

لمن يتقىها شرح موطأ مالك

تأليف
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء الأول

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تضخيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر. أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى
١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦١١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohory st., Melkart bldg, 1st Floor.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



<http://www.al-ilmiyah.com.lb/>
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى لا إله إلا هو، له ما فى السموات وما فى الأرض وله الحمد فى الآخرة، وهو الحكيم الخبير، يؤتى الحكمة من يشاء، ومن يؤت الحكمة فقد أوتى خيراً كثيراً، وما يذكر إلا أولو الألباب.

أما بعد، فإن الله سبحانه وتعالى أكرمنا بنبي تكرم مثله الأمم، وأهدانا لأجله من النعم الجليلة، ما لا تكفى أعمار البشرية كلها فى شكره. وسبحانه وتعالى تكفل إكراماً لنبيه الهادى المصطفى ﷺ بحفظ كتابه الكريم فقال عز وجل: ﴿إِنَّا لَنَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾، ثم زاد فى فيض رحمته ووجه لرسوله الخاتم صلوات الله وسلامه عليه، فقيض للسنة النبوى المطهرة رجالاً كالجبال الشوامخ يعنون بجمع السنة والبحث والتنقيب عن صحيحها، يفنون فى ذلك أعمارهم عن طيب خاطر وإخلاص وتفان لا نظير له، على رأس تلك الجبال الشوامخ يقف إمام أهل السنة، الإمام مالك ابن أنس رضى الله عنه، ثم زادت المنة والنعمة، فأفاض الله أخرى - وفيضه كثير لا ينقطع - برجال حبيبهم فى العلم والبحث والشرح والرحلة متحملين المشاق الكبار، آملين الأجر من الله، ومنهم إمام المالكية الإمام أبو الوليد سليمان بن خلف، إمام عصره صاحب كتاب «المنتقى شرح موطأ مالك»، موطأ مالك ذلك الكتاب الذى قال فيه إمامنا الشافعى محمد بن إدريس رضى الله عنه، قولته المشهورة: ما ظهر على الأرض كتاب بعد كتاب الله، أصبح من كتاب مالك.

وفى رواية: ما وضع على الأرض كتاب هو أقرب إلى القرآن، من كتاب مالك.

وفى رواية: ما فى الأرض بعد كتاب الله، أكثر صواباً من موطأ مالك.

وفى رواية: ما بعد كتاب الله، أنفع من الموطأ.

أما الإمام سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي القاضي أبو الوليد:

فهو فقيه محدث إمام متقدم مشهور عالم متكلم، روى بالأندلس عن جماعة منهم مكى وغيره وتفقه ثم رحل إلى المشرق روى فأكثر، روى عن أبي ذر والمقري وأبي علي الحسن بن علي البغدادي سمع عليه بمدينة السلام كتاب الإقناع في القراءات العشرين من تأليفه، روى هناك عن جماعة فيهم كثرة منهم أبو الطيب طاهر بن عبد الله الطبري وأبو إسحاق الشيرازي والقاضي أبو عبد الله الصيمري، أقام بالحجاز مع أبي ذر ثلاثة أعوام يخدمه فيها، حج فيها أربع حجج، ثم رحل إلى بغداد فأقام بها ثلاثة أعوام يتدارس الفقه ويكتب الحديث، وكانت رحلته في سنة ست وعشرين وكانت إقامته بالمشرق نحو ثلاثة عشر عاما وكانت أمه بنت الفقيه محمد ابن موهب وخاله أبو شاكر، ثم انصرف إلى الأندلس وقد نال حظا وافرا من العلم وله تواليف تدل على معرفته وسعة علمه، روى عنه جماعة من الأئمة فيهم كثرة منهم الحافظ أبو بكر الطرطوشي وأبو داود سليمان بن نجاح مولى المؤيد بالله وأبو علي الغساني وغيرهم، وروى عنه ببغداد أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب قال أنشدني أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي لنفسه:

إذا كنت أعلم علما يقينا فإن جميع حياتي كساعة
فلم لا أكون ضنينا بها وأجعلها في صلاح وطاعة

توفى سنة أربع وسبعين وأربعمائة بالمرية وكان علم عصره علما وديانة.

وذكره في شذرات الذهب في وفيات سنة أربع وتسعين وأربعمائة، وقال:

فيها: توفى أبو الوليد الباجي، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب التجيبي القرطبي^(١) بالمرية في رجب، عن إحدى وسبعين سنة. روى عن يونس بن عبد الله

(١) انظر: سير أعلام ١٨/٥٣٥ - ٥٣٦، الإكمال ١/٤٦٨، قلائد العقيان ٢١٥ - ٢١٦، الذخيرة ٢/١٤١ - ١٠٥، ترتيب المدارك ٤/٨٠٢ - ٨٠٨، الأنساب ٢/١٩ و ٢٠، الصلة ١/٢٠٠ - ٢٠٢، الخريدة ١٢/١٥٧، بقية الملتبس ٣٠٢ - ٣٠٣، معجم الأدباء ١١/٢٤٦ - ٢٥١، اللباب ١/١٠٣، المغرب في حلى المغرب ١/٤٠٤ - ٤٠٥، وفيات الأعيان -

مقدمة التحقيق ٥

ابن مغيث، ومكى بن أبى طالب، وجاور ثلاثة أعوام، ولازم أبا ذر الهروى، وكان يعضى معه إلى السراة.

ثم رحل إلى بغداد، وإلى دمشق. وروى عن عبد الرحمن بن الطيب وطبقته بدمشق، وابن غيلان وطبقته ببغداد، وتفقه على أبى الطيب الطبرى وجماعة، وأخذ الكلام بالموصل عن أبى جعفر السمنانى، وسمع الكثير، وبرع فى الحديث، والفقه، والأصول، والنظر، ورد إلى وطنه بعد ثلاث عشرة سنة بعلم جم، مع الفقر والقناعة، وكان يضرب ورق الذهب للغزل، ويعقد الوثائق، ثم فتحت عليه الدنيا، وأجزلت صلواته، وولى قضاء أماكن، وصنف التصانيف الكثيرة.

قال أبو على بن سكرة: ما رأيت أحداً على سمته وهيبته وتوقير مجلسه. قاله فى «العبر».

وقال ابن خلكان: كان من علماء الأندلس وحفاظها، سكن شرق الأندلس، ورحل إلى المشرق سنة ست وعشرين وأربعمائة، فأقام بمكة مع أبى ذر الهروى ثلاثة أعوام، وحج فيها أربع حجج، ثم رحل إلى بغداد وأقام بها ثلاثة أعوام يدرس الفقه، ويعلى الحديث، ولقى بها سادة من العلماء، كأبى الطيب الطبرى، وأبى إسحاق الشيرازى، وأقام بالموصل مع أبى جعفر السمنانى عاماً يدرس عليه الفقه، وكان مقامه بالمشرق نحو ثلاثة أعوام، وروى عن الحافظ أبى بكر الخطيب، وروى الخطيب أيضاً عنه.

وصنف كتباً كثيرة، منها «التعديل والتجريح فيمن روى عنه البخارى فى

= ٤٠٨/٢ - ٤٠٩، الروض المعطار ٧٥، دول الإسلام ٦/٢، العبر ٢٨١/٣ - ٢٨٢، تذكرة الحفاظ ١١٧٨/٣ - ١١٨٣، تمة المختصر ٥٧٢/١ - ٥٧٣، فوات الوفيات ٦٤/٢ - ٦٥، الوافى خ ١٢٩/١٣ - ١٣٠، مرآة الجنان ١٠٨/٣، البداية والنهاية ١٢٢/١٢ - ١٢٣، قضاة النباهى ٩٥، الديباج المذهب ٣٧٧/١ - ٣٨٥، وفيات ابن قنفذ ٢٥٥، تبصير المنتبه ١١٧/١، النجوم الزاهرة ١١٤/٥، طبقات الحفاظ: ٤٤٠ - ٤٤١، طبقات المفسرين للسيوطى ١٤، طبقات المفسرين للدارودى ٢٠٢/١ - ٢٠٧، نفح الطيب ٦٧/٢ - ٨٥، كشف الظنون ١٩ - ٢٠، ٤١٩، روضات الجنات ٣٢٢، إيضاح المكنون ٤٨/١، ٧٤، هدية العارفين ٣٩٧/١، الرسالة المستطرفة: ٢٠٧، تهذيب ابن عساكر ٢٥٠/٦ - ٢٥٢.

٦ مقدمة التحقيق
الصحيح» وغير ذلك. وممن أخذ عنه أبو عمر بن عبد البر صاحب «الاستيعاب»،
وبينه وبين ابن حزم الظاهري مناظرات ومجالس. انتهى ملخصاً.
وقال ابن ناصر الدين: أنكروا عليه في إثباته قصة الحديدية الكتابة وشنعوا عليه
ذلك وقبحوا عند العامة جوابه، وقال قائلهم:
برئت ممن شرى دنيا بآخرة وقال إن رسول الله قد كتبنا
انتهى.

* * *

هذا الكتاب: «المنتقى شرح الموطأ» الذي لا يعلم إلا الله وحده كم اتصلت الليالي
بالأيام حتى يخرج بهذه الصورة التي لا نأمل إلا أن تكون على قدر ما للكتاب من
أهمية، وقد انتهجنا في سبيل ذلك خطوات نوجزها في الآتي:

- ١- تخريج آيات القرآن الكريم على المصحف الشريف.
- ٢- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة على كتب السنة.
- ٣- تخريج آراء الإمام مالك بن أنس على أمهات المراجع الفقهية.
- ٤- استعنا بنسخة مطبوعة من «المنتقى شرح الموطأ» طبعة دار السعادة المصرية
١٣٣٢هـ.

- ٥- قمنا بشكل متن الموطأ، وضبط النص، ووضع علامات الترقيم في جميع
الكتاب؛ حيث افتقدت النسخة المعتمدة إلى هذا رغم أهميته.
- ٦- قمنا بتخريج معاني الكلمات الغريبة على القاموس المحيط.
- ٧- قمنا بترقيم الأحاديث والآثار الواردة بالنص.
- ٨- قمنا بالتقديم لهذا العمل الكبير بمقدمة ضافية اشتملت على ما يلي:
- الترجمة للإمام أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي.

- الترجمة للإمام مالك بن أنس وذكر كتاب الموطأ.
 - ذكر الذين رووا الموطأ عن مالك.
 - ذكر نسخ الموطأ.
 - ذكر أصح الموطآت وأشهرها.
 - ذكر شروح الموطأ.
 - ذكر شرح غريبه.
 - فى رجال الموطأ.
 - ذكر ما عليه العمل فى الموطأ.
 - باب فى معرفة المرسل والمسند والمنقطع والمتصل والموقوف ومعنى التدليس.
 - باب فى بيان التدليس ومن يقبل نقله ويقبل مرسله وتدليسه ومن لا يقبل ذلك منه.
 - باب فى ذكر عيون من أخبار مالك رحمه الله وذكر فضل موطئه.
 - ذكر شيوخ الإمام مالك.
- غير أن هذا العمل لم يكن ليتم لولا أن قبض الله له رجلاً من أولئك الرجال الذين عهد إليهم بحفظ هذا العلم من الاندثار، ألا وهو الأستاذ/ محمد عبد الحفيظ بيضون ممثلاً فى دار الكتب العلمية - بيروت، والتي صارت بفضل من الله وجهد لسنوات طوال إحدى كبريات الدور المهمة بنشر التراث العربى فى العالم.
- والله نسأل أن يجعل هذا العمل فى صالح أعمالنا، والله من وراء القصد، وهو يهدى سواء السبيل.

محمد عبد القادر عطا

* * *

الإمام مالك بن أنس وكتاب الموطأ

منذ أقدم عصور التاريخ والناس فى لهفة إلى تتبع تاريخ عظمائهم، ومن كان له أثر قوى فى حياتهم، ولاسيما هؤلاء الذين كان لهم شأن فى العقائد الدينية التى هى أقوم النواحي التى يعيش عليها المجتمع الإنسانى منذ وجد الإنسان، وقد ضرب المسلمون بسهم وافر فى ترجمة حياة أعلام المسلمين بحيث قل أن نجد فى تاريخ أمة من الأمم هذه الثروة الطائلة التى تركها المسلمون فى فن السير والتراجم والطبقات والمناقب إلى غير ذلك.

وربما كان الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه من أكبر الشخصيات التى تحدث عنها الكتاب منذ عرف فقه مالك، ومنذ روى كتابه الموطأ.

وربما كان كتابه الموطأ من أكثر الكتب التى عنى بها الناس رواية وشرحاً وتعليقاً، ومع ذلك كله فلا تزال الكتابة عن مالك وعن كتابه قاصرة، فنحن فى حاجة إلى بحث علمى دقيق يتحدث عن مالك من نواحيه المختلفة: عن أسرته ومكانتها فى الجاهلية والإسلام، عن حياة مالك من حيث علاقته بالمجتمع الذى كان يعيش فيه من الناحية السياسية والمذهبية والاقتصادية، عن شيوخ مالك وأثرهم فى آرائه ثم عن تلاميذ مالك وانتشار مذهبهم؛ وقد علمت من حسن الحظ أن أستاذنا أمين الخولى يبحث منذ سنين عديدة عن مالك وانتشار مذهبهم.

ولد مالك بن أنس سنة ثلاث وتسعين من الهجرة على أصح الأقوال، وينتهى نسبه من جهة أبيه إلى ملوك حمير فى الجاهلية، واختلف القدماء فى جد أبيه أبى عامر ابن عمرو، ذهب بعضهم إلى أنه صحابى شهد مع النبى جميع الغزوات إلا بدرأ، وقال آخرون بل أسلم بعد وفاة الرسول ونتيجة هذا الخلاف نرى خلافاً فى شأن جده، مالك بن أبى عامر، فقد ذهب بعضهم إلى أنه أول من وفد من هذه الأسرة من اليمن إلى الحجاز، وكان من التابعين الذين لهم رواية عن الصحابة وأنه من الذين كتبوا المصحف الشريف فى عهد عثمان، أما والد الإمام فكان مقعداً يحترف صنعه

مقدمة التحقيق ٩

النبيل ولا يذكر له شيء في العلم، ولا نعرف شيئاً نطمئن إليه عن أم الإمام لكثرة اختلافات القدماء عنها وعن اسمها.

بدأ مالك يطلب العلم صغيراً، فأخذ عن كثيرين من علماء المدينة، ولعل أشدهم أثراً في تكوين عقليته العلمية التي عرف بها هو أبو بكر عبد بن يزيد المعروف بابن هرمز المتوفى سنة ١٤٨ هـ، فقد روى عن مالك أنه قال: كنت آتى ابن هرمز من بكرة فما أخرج من بيته حتى الليل، ولازمه مالك على هذا النحو سبع سنوات أو ثمان.

ويروى الطبري، قال: حدثني محمد بن الحسن بن زبالة، قال: سمعت مالك بن أنس يقول: كنت آتى ابن هرمز فيأمر الجارية فتغلق الباب وترخي الستر يذكر أول هذا الأمة ثم ييكي حتى تخضل لحيته.

فمن ذلك نتبين مدى الصلة التي كانت بين مالك وبين شيخه ابن هرمز حتى كان ابن هرمز يسر إليه أشياء لا يفصح بها لسواه، ونحن لا نكاد نعرف شيئاً عن ابن هرمز، فلم نعثر له على ترجمة في كتب الطبقات، ولا ندرى إلى أي حد أخذ عنه مالك، فلم أجد له ذكراً في رجال الموطأ، ولكن ابن جرير يذكر ابن هرمز في ثورة محمد بن عبد الله، المعروف بالنفوس الزكية، ضد أبي جعفر المنصور، فيروى قدامة بن محمد قائلاً: خرج ابن هرمز ومحمد بن عجلان مع محمد، فلما حضر القتال تقلد كل واحد قوساً. قال: فظننا أنهما أرادا أن يريا الناس أنهما قد صلحا لذلك.

ولما انتهى القتال، يروى الطبري عن عبد الله بن برق: رأيت قائداً من قواد عيسى جاء في جماعة يسأل عن منزل ابن هرمز فأرشدناه إليه، فخرج وعليه قميص رباط، قال: فأنزلوا قائدهم وحملوه على برذونه وخرجوا به يرفونه حتى أدخلوه على عيسى فما هاجه، فقال له: أيها الشيخ أما منعك فقهمك عن الخروج مع من خرج، قال: كانت فتنة شملت الناس فشملتنا فيهم قال: اذهب راشداً.

فمن ذلك نستطيع أن نتبين ما عرف به ابن هرمز من فقه ومن أثر في أهل بلده حتى تقلد القوس ليطبعه الناس، ونحن لا ندرى عما أسر به إلى مالك حتى نتبين أثره

فى مالك، كما لا نستطيع أن نفترض أشياء لا تقوم على أساس ما دامت حياة ابن هرمرز مجهولة.

ومن شيوخ مالك ابن شهاب الزهرى المتوفى سنة ١٢٤ هـ، وكان من أكبر علماء المدينة فى عصره، بل يعد من أوائل المدونين، وكان من رجال الأمويين بالشام وتولى لهم القضاء والفتيا ورحل إلى المدينة فتزاحم عليه طلاب العلم يأخذون عنه ومنهم مالك فقد روى له فى الموطأ مائة واثنين وثلاثين حديثاً منها اثنان وتسعون مسندة وسائرهما منقطة ومرسلة.

ويقول الليث بن سعد فى خطاب له إلى مالك: ثم اختلف الذين كانوا بعدهم فحضر بهم بالمدينة وغيرها ورأسهم يومئذ ابن شهاب وربيعه بن أبى عبد الرحمن، وربيعه بن أبى عبد الرحمن المتوفى سنة ١٣٦ هـ، هو أحد شيوخ مالك، وهو الذى قال فيه مالك: ذهب حلاوة الفقه منذ مات ربيعة.

وقال سوار بن عبد الله: ما رأيت أحداً أعلم من ربيعة، كان مالك يحضر مجلس ربيعة ويحدث عنه.

ويقول الليث بن سعد لمالك: وكان من خلاف ربيعة لبعض ما قد مضى ما قد عرفت وحضرت وسمعت قولك فيه حتى اضطرك ما كرهت من ذلك إلى فراق مجلسه، فخطاب الليث يدل على أن مالكاً لم يكن صغيراً عندما فارق مجلس ربيعة الرأى إنما كان فى سن يستطيع بها أن ينكر على ربيعة بعض أقواله، وهذا لا يتأتى إلا من رجل بلغ من النضوج الفكرى حداً كبيراً، كما أنه ظل يحضر مجلس ربيعة مدة طويله، ومع ذلك فإننا نرى فى الموطأ اثنى عشر حديثاً منها خمسة مسندة وواحد مرسل وستة من بلاغاته رواها مالك عن ربيعة.

كذلك روى مالك عن نافع مولى عبد الله بن عمر المتوفى سنة ١٢٠ هـ، ونافع هو الذى بعثه عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلمهم القرآن والسنة، وكان يلقب بفقهاء المدينة، لزمه مالك غلاماً نصف النهار وكان مالك يقول: كنت إذا سمعت حديث نافع عن ابن عمر لا أبالى ألا أسمع من أحد غيره، وأهل الحديث يقولون: رواية

مالك عن نافع عن ابن عمر سلسلة الذهب لجلالة كل واحد من هؤلاء الرواة، وقد روى له مالك في الموطأ ثمانين حديثاً.

يذكر المؤرخون أن جعفر الصادق كان من شيوخ مالك، وجعفر أحد أئمة الشيعة، وكان من علماء المدينة المعروفين بالعلم والدين، ويروى الشيعة عن طريقه أحاديث كثيرة لا نجد لها إلا في الشيعة ويكفي أن نلقى نظرة إلى كتاب بحار الأنوار للمجلسي وكتاب دعائم الإسلام للقاضي النعمان بن محمد بن حيون المغربي لندرك إلى أي منطلق تنسب إلى جعفر الصادق هذه الأحاديث الكثيرة، ولم يكتف أصحابه بنسبة هذه الأحاديث إليه، بل نسبوا إليه كتباً عديدة في الصنعة الكيمياء وكتباً أخرى في الفلك والرياضة وكتاب الجفر الذي نبي عن الغيب، ولكن أكثر الباحثين المحدثين يرون أن ما روى عن الصادق لا يزال في حاجة إلى إثبات وتدليل.

فجعفر الصادق بين علماء المحدثين له شخصيتان، شخصية العالم الورع نراها في كتب أهل السنة وكتب المعتدلين من المؤرخين، وشخصية أخرى أضفاها عليه بعض المسرفين من الشيعة، ويكفي أن نذكر أن حركة أبي الخطاب الأسدي كانت من أشد الحركات إسرأفاً في إسباغ النعوت والصفات على جعفر الصادق.

وتذكر كتب الشيعة أن الصادق اضطر إلى التبرؤ منه ومن أتباعه وأحل قتله، والمعروف عن جعفر أنه لم يسهم في الحركات السياسية التي كان يقوم بها الشيعة، ولم يقم بالدعوة لنفسه، بل كان يؤثر مسالمة أولى الأمر من الأمويين والعباسيين.

ويروى الداعي إدريس مؤرخ طائفة الإسماعيلية في الجزء الرابع من كتاب عيون الأخبار أن أبا مسلم الخراساني أرسل إلى الصادق مع رسول أمين يطلب منه أن يقبل أن تكون الدعوة له، فقرأ الصادق الرسالة ثم حرقها وأمر الرسول أن يبلغ أبا مسلم ما رآه فهذه القصة سواء أكانت صحيحة، أم غير صحيحة فإنها تظهر لنا رغبة الصادق عن الحكم وزهده في الرياسة الدنيوية، فليس بغريب أن يأخذ إمام من أئمة أهل السنة شيئاً من علم هذا الإمام الشيعي، وإذا صح ما رواه صاحب الديباج من أن لمالك عدة كتب في الفلك والرياضيات، فلعلة أخذ ذلك عن جعفر الصادق. كما أنه

أخرج له في الموطأ تسعة أحاديث منها خمسة متصلة مسندة أصلها حديث واحد وهو حديث جابر الطويل في الحج والأربعة منقطعة.

هؤلاء هم أشهر العلماء الذين تتلمذ عليهم الإمام مالك، مع أنه لاقى كثيرين ممن وفدوا على الحجاز للحج وروى عنهم، فلم يذكر عن مالك أنه رحل في طلب العلم مع أن الرحلة في ذلك الوقت كانت من أهم مقومات العالم ولاسيما للمحدث.

وربما كان ذلك لأن الإمام كان يعتقد كما اعتقد غيره من العلماء أن العلم هو علم المدينة، وفي ذلك يقول الليث بن سعد: وإنى بحق على الخوف على نفسى لاعتماد من قبلى على ما أفتيهم به، وأن الناس تبع لأهل المدينة التى إليها كانت الهجرة، وبها نزل القرآن، وأما ما ذكرت من مقام رسول الله ﷺ بالمدينة ونزول القرآن بها عليه بين أصحابه وما علمهم الله منه، وأن الناس صاروا تبعاً لهم فيه فكما ذكرت. فلهذا لم يأبه مالك بالرحلة العلمية ما دام العلم هو علم أهل المدينة.

وفي حياة الإمام مالك شاهد العالم الإسلامى تطورات خطيرة كان لها أثرها القوى فى الحياة السياسية والاجتماعية والعقلية، ففى هذه السنوات نشطت دعوة العباسيين وتطورت هذه الدعوة إلى انقلاب الحكومة فسقطت دولة بنى أمية، وتولى العباسيون الأمر، وتتبعوا الأمويين ومن لاذ بهم قتلا وتعذيباً، وسقوط دولة وقيام أخرى يودى دائماً إلى لون من الاضطراب بين الناس، ويوجد فيهم شيئاً من عدم الطمأنينة ومن تبلبل الأفكار، فمنهم من يتخذ التقية فيضمّر غير ما يظهر، ومنهم من يستسلم للأمر الواقع ولا يأبه بمجرى الحوادث حوله، ومنهم من يقوم مع الحكومة الجديدة ابتغاء التقرب والزلفى لدى أولى الأمر، ومنهم من يؤازر الحركات التى ترمى إلى دعوة الحكومة القديمة، هذا ما نراه فى التاريخ فى كل العصور وفى كل انقلاب يحدث، وهذا ما يحدث فى التاريخ الإسلامى عند انتقال الحكم إلى العباسيين.

على أن العباسيين لم يخشوا من أمر خشيتهم من حزب العلويين، وكان الحجاز عامة والمدينة خاصة وكر الدعوة العلوية، وفيها كان الإمام جعفر الصادق، إمام الشيعة على اختلاف فرقها التى عرفت بعد وفاة الصادق سنة ١٤٨ هـ، من إسماعيلية ومباركية واثني عشرية وغيرها، وفيها خرج محمد بن عبد الله المعروف

بالنفس الزكية سنة ١٤٥ هـ، وخرج معه عدد من علماء المدينة منهم ابن هرمرز أحد شيوخ مالك، أما مالك نفسه فكان مضطراً إلى أن لا يسهم في هذه الثورة مساهمة إيجابية، ذلك أن المنصور العباسي أرسله مع من أرسل إلى بنى الحسن ليدفعوا إليه محمداً وإبراهيم ابني عبد الله، فلما قام محمد وإبراهيم بالثورة لم يسع مالك أن يشترك فيها وهو الذي كان رسولاً لتسلمها بالأمس، وفي الوقت نفسه كان ينقم على المنصور جبروته وطغيانه ولهذا كان يأتيه أهل المدينة يستفتونه في الخروج مع محمد ويقولون: إن في أعناقهم بيعة لأبي جعفر فيقول: إنما بايعتموه مكرهين وليس على مكره يمين.

وهذه التيارات السياسية اضطرت الإمام أن يتفطن، ولهذا وصف مالك بأنه كان أعظم الخلق مروءة وأكثرهم صمتاً قليل الكلام محفظاً بلسانه، ومع ذلك كله لم ينج مالك من نقمة العباسيين فجلدوه في أمر اختلف فيه القدماء، فمنهم من قال إنه جلد لما أفتى به في ثورة النفس الزكية، وقيل بل لأن المنصور طلبه للقضاء فرفض، فاعتبر المنصور أن رفضه لون من ألوان عدم التعاون مع الحاكم فأمر بضربه.

وقيل إن المنصور أمره بأن لا يروى حديث طلاق المكره فلم يخضع للأمر فعذب، ولكن يحيى بن بكير، أحد تلاميذ مالك، قال: ما ضرب مالك إلا في تقديمه عثمان على علي رضي الله عنهما، فسعى به الطالبيون حتى ضرب.

وأنكر القدماء قوله فقيل له: خالفت أصحابه فقال: أنا أعلم من أصحابه.

ونحن ننكر مع القدماء رأى ابن بكير فإننا لا نعرف للطلالبيون نفوذاً في عهد المنصور، ولم نعرف أن تقديم عثمان على علي بن أبي طالب رضي الله عنهما يوجب سخط العباسيين، بل من المؤكد أن العباسيين كانوا يعمدون إلى الانتقاص من فضائل علي وتقديم غيره من الصحابة عليه.

ويكفي أن نقرأ ما كتبه أبو جعفر المنصور إلى محمد النفس الزكية لندرك إلى أي حد عمد المنصور إلى دفع فضائل علي وتقديم غيره عليه، فقد قال: وأما ما فخرت به من علي، وسابقته فقد حضرت رسول الله ﷺ الوفاة فأمر غيره بالصلاة، ثم أخذ

الناس رجلاً بعد رجل فلم يأخذوه، وكان في السنة فتركوه كلهم دفعاً له عنها، ولم يروا له حقاً فيها، أما عبد الرحمن فقدم عليه عثمان، وقاتله طلحة والزبير، وأبى سعد بيعته وأغلق دونه بابه معاوية بعده، ثم طلبها بكل وجه وقاتل عليها، وتفرق أصحابه، وشك فيه شيعته قبل الحكومة... إلخ.

فهذه سياسة المنصور نحو على والعلويين فكيف يقبل قول الطالبين في مالك لتفضيله عثمان على على؟ حقيقة نفهم من قول الليث بن سعد أنه ومالكاً كانا يفضلان عثمان، ولم يرو مالك عن على، فلما سئل عن ذلك قال: إنه لم يكن بالمدينة، ولكن ليس معى ذلك أنه امتحن بسبب رأيه هذا، ولذلك تنكر رواية يحيى بن بكير، ونرجع قصة حديث طلاق المكره فهي أقرب إلى العقل، على أن العلاقة بين مالك والعباسيين لم تلبث أن وطدت، إذ تقرب إليه العباسيين ليتخذوا منه ومن أمثاله من العلماء سنداً وعاوناً في توطيد حكمهم، فزاره بعض الخلفاء العباسيين، وروى المهدي العباسي عنه الموطأ، والروايات كثيرة حول مقابلات مالك وخلفاء العباسيين، وكلها تثبت أن العباسيين عرفوا قدر هذا العالم الكبير، وأنهم أجزلوا له العطاء، ومنحوه سلطة تقرب من سلطة حاكم المدينة فكان يأمر بحبس من يشاء أو بضرب من يريد، وبالرغم من ذلك فلم يكن الإمام مالك من مؤيدي العباسيين فقد كان يرى أن الحكم هو حكم عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما وكان يرجو أن يتاح للمسلمين من يحكم بحكمهما.

ومن الناحية العقلية، كان المسلمون في جميع الأمصار قد نشطوا في الدراسات الدينية نشاطاً ملحوظاً، فدرسوا القرآن الكريم من نواحيه المتعددة، تفسيره وقراءاته ومفرداته ونحوه إلى غير ذلك من ألوان الدراسات التي هي محور الثقافة الإسلامية في كل العصور الإسلامية.

وبجانب هذه الدراسات وجدت دراسة أخرى قوامها رواية حديث الرسول ﷺ وتتبع آثاره وسننه، فقد خرج كثير من الصحابة والسابقين الأولين إلى الجهاد في سبيل الله، واجتمع إليهم الناس، فكان في كل طائفة منهم من يعلمون كتاب الله وسنة نبيه، وإذا استفتوا في أمر لم يذكره لهم القرآن الكريم والسنة النبوية اجتهدوا

فيه برأيهم، وكثيراً ما كان يستشار الخلفاء الراشدون فى مثل هذه الفتاوى فكان الخلفاء يرسلون إلى الأمصار برأيهم بعد استشارة من حضر من الصحابة والسابقين.

ومع ذلك لم يسلم الأمر من اختلاف فتاوى الصحابة ثم اختلف التابعون وتابعو التابعين وتابعوهم.

وفى ذلك يقول الليث بن سعد لمالك: ثم اختلف الذين كانوا بعدهم أى بعد السابقين والتابعين فحضرتهم بالمدينة وغيرها، ورأسهم يومئذ ابن شهاب وربيعه بن أبى عبد الرحمن، وكان من خلاف ربيعة لبعض ما قد مضى ما قد عرفت وحضرت وسمعت قولك فيه، وقول ذوى رأى من أهل المدينة يحيى بن سعيد وعبيد الله بن عمر وكثير بن فرقد وغيره كثير ممن هو أسن منه، حتى اضطرك ما كرهت من ذلك إلى فراق مجلسه، وذاكرتك أنت وعبد العزيز بن عبد الله بعض ما نعيب على ربيعة من ذلك فكنتما من الموافقين فيما أنكرت، تكرهان منه ما أكره.

وهذا الخلاف الذى ذكره الليث بن سعد لم يكن بين فقهاء المدينة فحسب بل نراه فى جميع الأمصار التى استجابت لدعوة الإسلام، فكان مصدر ثروة عقلية لا نكاد نجد لها مثيلاً فى تاريخ الحضارات والأديان لأنها خلفت تراثاً عاش عليه المسلمون بل لا يزالون يعيشون عليه إلى الآن.

على أن هذه الدراسات الخالصة قد وجدت فى عهد مالك بن أنس تطوراً جديداً بدخول بعض عناصر أجنبية عن العرب والإسلام بفضل اعتناق كثير من الأعاجم الدين الإسلامى، وهؤلاء كان لهم آراؤهم وتقاليدهم الدينية قبل الإسلام، ولهم عاداتهم التى لم يعرفها العرب والمسلمون ثم بفضل حركة الترجمة التى بدأت فى عصر الأمويين وآتت أكلها فى عصر العباسيين، فكثرت الأهوال والبدع، وكثرت الفرق، وكثر بينها الجدل فنجد، فرق الشيعة والخوارج والقدرة والمرجئة والمعتزلة، كما ظهرت فى عهد المنصور فرقة الخراسانية والرواندية والزنادقة وغيرها من فرق الغلاة.

على أن بيئة الحجاز لم تتأثر بذلك كله أثرًا كبيرًا، واستطاعت المدينة أن تحافظ على تقاليدھا التي ورثتها منذ عهد الرسول ﷺ، فلم تكن تميل إلى الجدل فى الدين بل كانت إلى الحفظ والنقل أقرب، ولهذا كان الناس يفضلون الأخذ برأى المدينة، وقد أخذ مالك نفسه بتميز المدينة ووافقہ الليث بن سعد وتلاميذ المدرسة المالكية، وھا هو ابن عبد الحكم رئيس المدرسة المالكية بمصر يقول: إذا جاوز الحديث الحرتين ضعفت شجاعته، وكان مالك بن أنس يتجنب أصحاب الفرق وأصحاب الأهواء، وطعن فى آرائهم.

فقد قيل إنه كان يقول إذا ذكر عنده أحد أصحاب الأهواء: قال عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه: سن رسول الله ﷺ وولاية الأمر بعده سننا الأخذ بها اتباع لكتاب الله تعالى واستكمال لطاعة الله، وقوة على دين الله ليس لأحد بعد هؤلاء تبديلها، ولا النظر فى شىء مما خالفها، فمن اهتدى بها فهو مهتد، ومن استنصر بها فهو منصور، ومن تركها اتبع غير سبيل المؤمنين، وولاه الله ما تولى وأصلاه جهنم وساءت مصيرًا.

على هذا النحو كان ينظر مالك إلى أصحاب الفرق المختلفة، فالدين عنده هو الأخذ بكتاب الله الكريم، وسنة الرسول صلوات الله وسلامه عليه، وما قال به الخلفاء الراشدون، وما رواه الصحابة وأهل العلم والتقوى من علماء المدينة.

وهذا هو المنهج الذى رسمه مالك لنفسه، والذى يقوم عليه كتابه الموطأ، ونحن نرى هذا المنهج واضحًا كل الوضوح فى الكتاب، وأيده ما قاله ابن أبى أوس أحد تلاميذ مالك فهو يقول: قيل لمالك: قولك فى الكتاب الأمر المجتمع عليه، والأمر عندنا وبلدنا، وأدركت أهل العلم، وسمعت بعض أهل العلم؟.

فقال: أما أكثر ما فى الكتاب فرأى، فلعمري ما هو برأى، ولكنه سماع من غير واحد من أهل العلم والفضل والأئمة المهتدى بهم الذين أخذت عنهم، وهم الذين كانوا يتقون الله تعالى، فكثرت على فقلت رأى، وذلك رأى إذ كان رأيهم رأى الصحابة الذين أدركوهم عليه وأدركتهم أنا على ذلك، فهذا وراثه توارثوها قرنًا عن

مقدمة التحقيق ١٧

قرن إلى زماننا، وما كان رأياً فهو رأى جماعة ممن تقدم من الأئمة، وما كان فيه الأمر المجتمع عليه فهو ما اجتمع عليه من قول أهل الفقه والعلم لم يختلفوا فيه.

وما قلت الأمر عندنا فهو ما عمل به الناس عندنا وجرت به الأحكام وعرفه الجاهل والعالم، وكذلك ما قلت فيه ببلدنا وما قلت فيه بعض أهل العلم، فهو شيء استحسنته من قول العلماء.

وأما ما لم أسمع منهم فاجتهدت ونظرت على مذهب من لقيته حتى وقع ذلك موقع كلامهم أو قريباً منه حتى لا يخرج عن مذهب أهل المدينة وآرائهم، وإن لم أسمع ذلك بعينه فنسبت الرأى إلى القياس بعد الاجتهاد مع السنة وما مضى عليه عمل أهل العلم المقتدى بهم، والأمر المعقول به عندنا من لدن رسول الله ﷺ والأئمة الراشدين مع من لقيت فذلك رأيهم ما خرجت إلى غيره.

فهذا المنهج الذى رضيه مالك لنفسه يدلنا على أنه كان ينقل العلم رواية، شأنه فى ذلك شأن كل العلماء فى عصره، إلا أنه ما رواه، وفسر ما نقله فهو رواية من ناحية، ومجتهد من ناحية أخرى، رواية للحديث النبوى الشريف، وآراء من أخذ عنهم من المجتهدين، وما رضى به علماء أهل المدينة لأنفسهم مما أخذوه عن السلف الصالح، وهو مقيد بنفسه بذلك كله لا يجيد عنه، ويتخرج من المجادلة فيه.

ولكنه مع ذلك كان مجتهد فى اختيار الحديث، ناقد مدقق، احتاط أشد الاحتياط فى رواية، حتى قال الشافعى: كان مالك إذا شك فى الحديث طرحه كله، وقال ابن أبى أويس: سمعت مالكا يقول: إن هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذونه، لقد أدركت سبعين ممن يقول قال رسول الله ﷺ عند هذه الأساطين، وأشار إلى المسجد، فما أخذت عنهم شيئاً، وإن أحدهم لو ائتمن على بيت مال لكان أميناً، إلا أنهم لم يكونوا من أهل هذا الشأن.

وبلغ به تحرجه واجتهاده معاً فى التدقيق فى المسائل التى يسأل عنها فقد روى ابن القاسم: سمعت مالكا يقول إنى لأفكر فى مسألة منذ بضع عشرة سنة ما اتفق لى فيها رأى إلى الآن.

وكان يقول: ربما وردت على المسألة فأسهر فيها عامة ليلتي، فهذا كله يدل على أن مالكا كان يفكر ويظلم التفكير، وينظر فى المسائل وينعم فيها النظر، يخاف ويحشاها فيما يسأل عنه لأنه يتحدث فى أمر دين الله، فقد رأيناه يقول: إن هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذونه، فلا غرو أن رأينا القدماء أنفسهم يثقون برواية مالك للحديث ثقة تامة، ووصفوا مالكا بصفات الراوية الكامل، وقدموه على شيوخه أنفسهم.

ويروى ابن عبد الحكم أن مالكا كان يفتى مع يحيى بن سعيد وربيعة ونافع وكانت له حلقة فى حياة نافع أكبر من حلقة نافع، فهذا اعتراف من معاصريه أنفسهم بتفضيله على نافع مع مكانة نافع وعلو كعبه وفضله حتى لقب بـ"فقيه المدينة"، وربما كان تفضيل معاصريه له وتسايقهم للأخذ عنه سببا فى أن حقد عليه بعض العلماء أمثال ابن إسحاق وابن أبى ذؤيب وغيرهما حسداً له على ما بلغه من مكانة فى نفوس معاصريه.

وربما حقدوا عليه لأن مالكا كان يخالفهم ويطعن عليهم، ومع ذلك فإن هؤلاء العلماء الذين نقدوا مالكا لم يستطع أحدهم أن ينقد رواية من روايته للحديث الشريف، إنما كان أكثر النقد يدور حول أمور فقهية كان يراها مالك ولم يأخذوا هم بها، أو نقد بعض تصرفات مالك الخاصة مثل تخلفه عن صلاة الجماعة، وعدم شهود الجنائز، أو عيادة المرضى، مع أنه كان يزور الأمراء، وذلك كله حدث فى أواخر أيام حياته حين حلت به الشيخوخة فهذه المسائل التى وجهت إلى الإمام مالك لا تنقص من قيمته العلمية ولا من صحة روايته، وهى أقرب ما يكون من نقد المتنافسين بعضهم إلى بعض.

وبجانب ما امتاز به الموطأ من صحة الحديث فهو من أوائل الكتب التى دوت فى الحديث، فنحن نعلم أن عمر بن الخطاب رضوان الله عليه أراد أن يدون السنن النبوية، واستشار فى ذلك بعض الصحابة فوافقوه على ذلك، ولكنه رجع عن ذلك خشية أن تلتبس السنة بكتاب الله الكريم، وأن الصحابة لم يكتبوا الحديث وإنما كانوا يؤدونه حفظاً.

إلا ما رواه البخارى عن أبى هريرة فى كتاب العلم حيث يقول: ما من أصحاب النبى ﷺ أكثر حديثاً عنه منى إلا ما كان من عبد الله بن عمرو فإنه كان يكتب ولا أكتب.

وفى عهد عمر بن عبد العزيز كتب إلى الأمصار يعلمهم السنن والفقہ وكان يكتب إلى علماء المدينة خاصة يسألهم، كما أمر أبى بكر بن محمد بن حزم أن ينظر ما كان من حديث الرسول أو سننه أو حديث عمر، فيكتبه خوفاً من ذهاب الحفاظ، فكان هذا كله ابتداء تدوين الحديث النبوى الشريف.

وورد فى تنوير الحوالك: وحدث فى أواخر عصر التابعين تدوين الآثار، وتبويب الأخبار، لما انتشر العلماء فى الأمصار، وكثرة الابتداع من الخوارج والروافض ومنكرى الأقدار، فأول من جمع ذلك الربيع بن صبيح وسعد بن أبى عروبة وغيرهما فكانوا يصنفون كل باب على حدة، إلى أن قام كبار أهل الطبقة الثالثة فى منتصف القرن الثانى فدونوا الأحكام، فصنف الإمام مالك الموطأ وتوخى فيه القوى من حديث أهل الحجاز ومزجه بأقوال الصحابة وفتاوى التابعين ومن بعدهم.

فمالك رضى الله عنه كان من أوائل المدونين للحديث الصحيح، العاملين على الحذر والاحتياط فى قبول ما يروى، المدققين الناقدين فى المتن والسند، ولذلك قال ابن عيينة: ما رأيت أحداً أجود أخذاً للعلم من مالك، وما كان أشد انتقاه للرجال والعلماء، ولعل مالكاً كان أسبق علماء الحديث فى وضع ما عرف بفن الحديث.

فإننا لا نكاد نعرف من سبقه فى نقد الرواية والتشدد فى الأخذ عن الرواة والعلماء. وكذلك فعل فى ما رواه فى المسائل الفقهية لأن الموطأ مزيج من حديث وتفسير وفقه وتاريخ، لأن العلوم لم تكن قد تحددت معالمها بعد، ولارتباط هذه العلوم بعضها ببعض وتداخلها بحيث احتاجت هذه العلوم إلى وقت طويل تطورت فيه حتى انفصل بعضها عن بعض، واتخذت معالمها المحددة التى هى عليها اليوم. وعلى هذا النحو صنف مالك الموطأ وجمع فيه ما صح عنده من ألوان هذه العلوم المختلفة.

وقد روى الطبري عن العباس بن الوليد عن إبراهيم بن حماد، قال: سمعت مالكا يقول: قال لي المهدي: يا أبا عبد الله ضع كتاباً أحمل الأمة عليه. قال: يا أمير المؤمنين، أما هذا الصقع، وأشار إلى المغرب، فقد كفيته، وأما الشام ففهم الذي علمته، يعني الأوزاعي، وأما أهل العراق فهم أهل العراق، فيفهم من ذلك أن المهدي هو الذي طلب من مالك أن يصنف الموطأ.

ولكن هناك رواية أخرى ذكرها الطبري أيضاً تخالف الرواية الأولى، فقد روى عن محمد بن عمر، قال: سمعت مالك بن أنس يقول: لما حج أبو جعفر المنصور دعاني فدخلت عليه فحدثته وسألني فأجبت، فقال: إني عزمته أن أمر بكتبك هذه التي قد وضعتها، يعني الموطأ، فتنسخ نسخاً ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة وأمرهم أن يعملوا بما فيها لا يتعدونه إلى غيره ويدعوا ما سوى ذلك من العلم المحدث، فإني رأيت أصل العلم رواية أهل المدينة وعلمهم.

قال: فقلت: يا أمير المؤمنين، لا تفعل هذا فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث، ورووا روايات، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وعملوا به ودانوا به من اختلاف الناس وغيرهم، وأن ردهم عما قد اعتقدوه شديد، فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل بلد لأنفسهم، فقال: لعمرى لو طاوعتني على ذلك لأمرت.

هكذا ساق ابن جرير تلك الرواية التي تناقض الأولى دون أن يرجح إحداهما، ويغلب على ظني رفض الروایتين، ذلك أن المهدي ولي الخلافة العباسية سنة ١٥٨هـ، وقت كان مالك في نحو الخامسة والستين من عمره، أي أنه كان في أواخر سني حياته، وأن المهدي وهو أمير روى عن مالك الموطأ، فكيف يطلب منه أن يصنف الموطأ وهو خليفة؟ ويفهم من الرواية الثانية أن علم مالك كان منتشرًا في بلاد المغرب، فهل كان هذا العلم هو ما دون في الموطأ أم غيره؛ وإذا كان هو ما دون في الموطأ فهل بلغ المغرب مدونًا أو غير مدون.

والنص يحدثنا عن كتب مالك التي وضعها أي أن مالكا كان وضع كتبه قبل أن يراه المنصور، ثم هل كان المنصور في غفلة حتى يطلب من مالك أن ينسخ كتبه ليعمل بها أهل الأمصار بما فيهم أهل العراق، ونحن نعلم أن الإمام مالك كان له رأى في علماء العراق، وعلماء العراق لهم رأى في مالك، فهل كان المنصور يضمن

تأييد علماء العراق أو غير العراق من الأمصار، لعلها رغبة الأمصار، أو لعلها رغبة جاشت في نفس المنصور، ولكنه أدرك أنها بعيدة التحقيق.

أما متى صنف الموطأ فتحديد ذلك لا سبيل إليه، ولا سيما إذا علمنا أن مالكا وضع الموطأ على نحو من عشرة آلاف حديث ولم يزل ينظر فيه كل سنة ويسقط منه حتى بقى ما بين أيدينا، فهذا يدل على أن تصنيفه استغرق أعواماً عديدة لا نستطيع أن نحدددها، بالرغم مما ذكره السيوطي، أن مالكا قال: ألفتها في أربعين سنة.

وقد روى الموطأ عن مالك عدد كبير من العلماء وفي ذلك يقول السيوطي: الرواة عن مالك فيهم كثرة بحيث لا يعرف لأحد من الأئمة رواة كرواته كانوا أساتذة مدرسته في الأمصار ولعل مدرسة المالكية في مصر كانت من أنشط المراكز لنشر تعاليم مالك ورواية الموطأ، وعن المصريين انتشر المذهب في المغرب والأندلس فهرع علماؤها إلى الأخذ عن مالك نفسه.

وفي ذلك يقول ابن خلدون: وأما مالك فاختص بمذهبه أهل المغرب والأندلس وكانت رحلتهم غالباً إلى الحجاز، وهو منتهى سفرهم، والمدينة يومئذ دار العلم ومنها خرج إلى العراق، ولم يكن العراق في طريقهم، فاقترضوا على الأخذ عن علماء المدينة وشيخهم يومئذ وإمامهم مالك، وشيوخه من قبله وتلاميذه من بعده.

فرجع إليه أهل المغرب والأندلس وقلدوه دون غيره ممن لم تصل إليهم طريقته، ويذكر المؤرخون أن أول من بث تعاليم مالك بالأندلس هو عبد الملك بن حبيب، وأشهر تلاميذ مالك من الأندلسيين هو يحيى بن يحيى الأندلسي الذي انتشرت روايته للموطأ وكادت تندثر روايات غيره من تلاميذ مالك، وهو الذي كان أثيراً عند أموي الأندلس فلم يتول قضاء الأندلس أحد إلا بمشورته، فكان جميع قضاتها من أصحابه وتلاميذه، وهذا لم يحدث لأحد من تلاميذ مالك إلا لليث بن سعد بمصر، ولكن الليث كان صاحب مذهب خالف فيه مالكا في بعض المسائل نراها مبثوثة في رسائله إلى مالك، وربما كان استئثار الحكومة الأموية بالأندلس بالعطف على يحيى بن يحيى من أسباب بقاء روايته وشهرتها دون غيرها من الروايات.

ذكر الذين رووا الموطأ عن مالك

من أهل المدينة:

- ١ - معن بن عيسى القزاز.
- ٢ - عبدالله بن مسلمة بن قعنب القعنبي المدني ثم البصرى سمع من الإمام نصف الموطأ، وقرأ هو عليه النصف الآخر.
- ٣ - أبو مصعب أحمد بن أبى بكر بن القاسم بن الحارث الزهرى.
- ٤ - بكار بن عبدالله الزبيرى.
- ٥ - مصعب بن عبدالله الزبيرى.
- ٦ - عتيق بن يعقوب.
- ٧ - مطرف بن عبدالله.
- ٨ - إسماعيل بن أبى أويس عبدالله.
- ٩ - عبدالحميد بن أبى أويس عبدالله.
- ١٠ - أيوب بن صالح، وسكن الرملة.
- ١١ - سعيد بن داود.
- ١٢ - محرز المدنى، قال عياض: وأظنه بن هارون الخديرى.
- ١٣ - يحيى بن الإمام مالك، ذكره ابن شعبان وغيره.
- ١٤ - فاطمة بنت الإمام.
- ١٥ - إسحاق بن إبراهيم الحنينى.
- ١٦ - عبدالله بن نافع.

١٧ - سعد بن عبد الحميد الأنصارى.

ومن أهل مكة:

١ - يحيى بن قزعة.

٢ - الإمام الشافعى. حفظ الموطأ بمكة، وهو ابن عشر، فى تسع ليال، ثم رحل إلى مالك فأخذه عنه.

ومن أهل مصر:

١ - عبدالله بن وهب.

٢ - عبدالرحمن بن القاسم.

٣ - عبدالله بن الحكم.

٤ - يحيى بن عبدالله بن بكير. وقد ينسب إلى جده، وفى الدياج: أنه سمع من مالك الموطأ سبع عشرة مرة.

٥ - سعيد بن كثير بن عفير الأنصارى، وينسب إلى جده.

٦ - عبدالرحيم بن خالد.

٧ - حبيب بن أبى حبيب إبراهيم، وقيل مرزوق، كاتب مالك.

٨ - أشهب.

٩ - عبدالله بن يوسف التنيسى، وأصله دمشقى.

١٠ - ذو النون المصرى.

ومن أهل العراق وغيرهم:

١ - عبدالرحمن بن مهدى البصرى.

٢ - سويد بن سعيد بن سهل الهروى.

- ٣ - قتيبة بن سعيد بن جميل البلخي.
- ٤ - يحيى بن يحيى التميمي الخنظلي النيسابوري.
- ٥ - إسحاق بن عيسى الطباع البغدادي.
- ٦ - محمد بن الحسن الشيباني، صاحب أبي حنيفة.
- ٧ - سليمان بن برد بن ليحج التجيبي.
- ٨ - أبو حذافة أحمد بن إسماعيل السهمي البغدادي. وسماعه للموطأ صحيح، وخلط في غيره.
- ٩ - محمد بن شروس الصنعاني.
- ١٠ - أبو قرّة السكسكي موسى بن طارق.
- ١١ - أحمد بن منصور الحراني.
- ١٢ - محمد بن المبارك الصوري.
- ١٣ - بربر المغني، بغدادي.
- ١٤ - إسحاق بن موسى الموصلي، مولى بني مخزوم.
- ١٥ - يحيى بن سعيد القطان.
- ١٦ - روح بن عبادة.
- ١٧ - جويرية بن أسماء.
- ١٨ - أبو الوليد الطيالسي.
- ١٩ - أبو نعيم الفضل بن دكين الكوفي.
- ٢٠ - محمد بن يحيى السباي اليماني.
- ٢١ - الوليد بن السائب القرشي.

٢٢ - محمد بن صدقة الفدكي.

٢٣ - الماضي بن محمد بن مسعود الغافقي.

٢٤ - محمد بن النعمان بن شبل الباهلي.

٢٥ - عبيد الله بن محمد العيشي.

٢٦ - محمد بن معاوية الحضرمي.

٢٧ - محمد بن بشير المغافري الناجي.

٢٨ - يحيى بن مضر القيسي.

ومن أهل المغرب من الأندلس:

١ - زياد بن عبدالرحمن الملقب شبطون. سمع الموطأ من مالك.

٢ - يحيى بن يحيى الليثي.

٣،٤ - حفص وحسان، ابنا عبدالسلام.

٥ - الغاز بن قيس.

٦ - قرعوس بن العباس.

٧ - سعيد بن عبدالحكم.

٨ - سعيد بن أبي هند.

٩ - سعيد بن عبدوس.

١٠ - عباس بن صالح.

١١ - عبدالرحمن بن عبدالله.

١٢ - عبدالرحمن بن هند.

١٣ - شبطون بن عبدالله الطليطلاني.

ومن القيروان:

- ١ - أسد بن الفرات.
- ٢ - خلف بن جرير بن فضالة.

ومن تونس:

- ١ - على بن زياد.
- ٢ - عيسى بن شجرة.

ومن أهل الشام:

- ١ - عبد الأعلى بن مسهر الغساني.
- ٢ - عبد بن حبان الدمشقيان.
- ٣ - عتبة بن حماد الدمشقي، إمام الجامع.
- ٤ - مروان بن محمد.
- ٥ - عمر بن عبدالواحد السلمى، دمشقيان أيضاً.
- ٦ - يحيى بن صالح الوحاظى الحمصى.
- ٧ - خالد بن نزار الأيلي.

قال القاضي عياض، بعد ذكر غالبهم: فهؤلاء الذين حققنا أنهم رَووا عنه الموطأ، ونص على ذلك المتكلمون في الرجال.

وقد ذكروا أيضاً: أن محمد بن عبدالله الأنصاري البصري أخذ الموطأ عنه، كتابة، وإسماعيل بن إسحاق، أخذه عنه، مناولة.

أما أبو يوسف، فرواه عن رجل، عنه.

وقد ذكر عن المهدي والهادي أنهما سمعا منه، ورويا عنه. وأنه كتب الموطأ للمهدي.

مقدمة التحقيق ٢٧

وذكروا أيضاً أن الرشيد وبنيه الأمين والمأمون والمؤمن أخذوا عنه الموطأ.

ولا مرية أن رواية الموطأ أكثر من هؤلاء ولكن إنما ذكرنا منهم من بلغنا، نصاً، سماعه له منه، وأخذه له عنه، أو من اتصل إسنادنا له فيه عنه.

والذى اشتهر من نسخ الموطأ، مما رويته، أو وقفت عليه، أو كان فى روايات شيوخنا، أو نقل منه أصحاب الخلاف الموطآت، نحو عشرين نسخة، وذكر بعضهم أنها ثلاثون نسخة.

وقد رأيت الموطأ رواية محمد بن حميد بن عبدالرحيم بن شروس الصنعانى عن مالك، وهو غريب؛ ولم يقع لأصحاب اختلاف الموطآت. فلهذا لم يذكروا عنه شيئاً.

هذا كله كلام القاضى عياض.

وقال الجلال السيوطى: وقد ذكر الخطيب، ممن روى الموطأ عن مالك، إسحاق ابن موسى الموصلى، مولى بنى مخزوم.

وقال بعض الفضلاء: اختار أحمد بن حنبل فى مسنده رواية: عبدالرحمن بن مهدى.

والبخارى رواية: عبدالله بن يوسف التنيسى.

ومسلم رواية: يحيى بن يحيى التميمى النيسابورى.

وأبو داود رواية: القعنبي.

والتسائى رواية: قتيبة بن سعيد.

وقد عقب على ذلك المرحوم الشيخ محمد بن حبيب الله الشنقيطى بقوله:

ومن هنا نعلم، بالضرورة أن أصحاب كتب الحديث المعتمدة، كلهم عالية على مالك وأصحابه وهو شيخ الجميع؛ لأن مدار الحديث اليوم على الكتب الستة،

ومسند الإمام أحمد، وقد رأيت تعويل الجميع على روايات الموطأ والسماع من أصحابه.

وقد قال الشيخ ولي الدين الدهلوى وطنا، العمري نسبة: كتاب الموطأ أصح الكتب وأشهرها، وأقدمها وأجمعها. وقد اتفق السواد الأعظم من الملة المرحومة على العمل به، والاجتهاد فى روايته ودرايته، والاعتناء بشرح مشكلاته ومعضلاته، والاهتمام باستنباط معانيه وتشبيده مبانيه.

ومن تتبع مذاهبهم، ورزق الإنصاف من نفسه، علم، لا محالة، أن الموطأ عدة مذهب مالك وأساسه، وعمدة مذهب الشافعى وأحمد ورأسه، ومصباح مذهب أبى حنيفة وصاحبيه ونبراسه.

وهذه المذاهب بالنسبة للموطأ كالشروح للمتون، وهو منها بمنزلة الدوحة من الغصون.

وإن الناس، وإن كانوا من فتاوى مالك فى رد وتسلم، وتنكىت وتقديم، ما صفى لهم المشرب، ولا تأتى لهم المذهب، إلا بما سعى فى ترتيبه، واجتهد فى تهذيبه

وقال الشافعى لذلك: ليس أحد أمن على فى دين الله من مالك.

وعلم أيضًا أن الكتب المصنفة فى السنن كصحيح مسلم وسنن أبى داود، وما يتعلق بالفقه من صحيح البخارى وجامع الترمذى مستخرجات على الموطأ تحوم حومه، وتروم رومه مطمح نظرهم منها وصل ما أرسله، ورفع ما أوقفه، واستدراك ما فاتته، وذكر المتابعات والشواهد لما أسنده، وإحاطة جوانب الكلام بذكر ما روى خلافه. وبالجملة، فلا يمكن تحقيق الحق فى هذا ولا ذاك، إلا بالإكباب. على هذا الكتاب.

مقدمة التحقيق ٢٩

ومما هو ضرورى عند المحدثين، أن مشايخ أصحاب الكتب الستة ومن عاصرهم، كالإمام أحمد فى مسنده، أغلبهم تلامذة الإمام مالك، الذين رروا عنه الموطأ بروايات عديدة، قل أن تخلو واحدة منها عن زيادة تفرد بها.

ولم يتركوا شيئاً من أحاديث الموطأ، بل أخرجوها فى مصنفاتهم، ووصلوا كثيراً من مراسلاته ومنقطعاته وموقوفاته، وبذلك يتضح ما نقلته هنا عن ولى الله الدهلوى.

* * *

ذكر نسخ الموطأ

أما نسخ الموطأ فعدتها أربع عشرة نسخة.

ذكرها الإمام عبدالحى اللىكنوى، فى مقدمة كتابه التعليق الممجد، على موطأ محمد وذكرها الإمام الشنقىطى فى كتابه دليل السالك إلى موطأ الإمام مالك. وها نحن نذكر أسماء أصحاب تلك النسخ، وشيئاً من تاريخهم، كما سرده هذان الإمامان الجليلان.

* * *

النسخة الأولى:

المفهومة من الموطأ عند الإطلاق فى عصرنا، هى نسخة يحيى بن يحيى المصمودى. وهو أبو محمد يحيى بن كثير بن وسلاس بن شملل بن منقايا المصمودى، نسبة إلى مصمودة، قبيلة من البربر. أخذ يحيى الموطأ، أولاً، من زياد بن عبدالرحمن بن زياد اللخمى، المعروف بشبظون، وكان زياد أول من أدخل مذهب مالك فى الأندلس. ورحل إلى مالك للاستفادة مرتين، ورجع إلى وطنه واشتغل بإفادة علوم الحديث، وطلب منه أمير قرطبة قبول قضاء قرطبة، فامتنع، وكان متورعاً زاهداً، مشاركاً إليه فى عصره. وارتحل يحيى إلى المدينة، فسمع الموطأ من مالك بلا واسطة، إلا ثلاثة أبواب من كتاب الاعتكاف باب خروج المعتكف إلى العيد وباب قضاء الاعتكاف وباب النكاح فى الاعتكاف. وكانت ملاقاته وسماعاته فى السنة التى مات فيها مالك، يعنى سنة تسع وأربعين ومائة، وكان حاضرًا فى تجهيزه وتكفينه.

وأخذ الموطأ أيضاً من أجل تلامذة مالك، عبدالله بن وهب، وأدرك كثيراً من أصحابه، وأخذ العلم عنهم، ووقعت له رحلتان من وطنه:

ففى الأولى، أخذ عن مالك، وعبدالله بن وهب، وليث بن سعد المصرى، وسفيان ابن عيينة، وغيرهم، وفى الثانية، أخذ العلم والفقہ عن ابن القاسم صاحب المدونة، من أعيان تلامذة مالك.

قال الإمام الزرقانى: كان يحبى عن مالك. فقيل: هذا الفيل. فخرجوا لرؤيته ولم يخرج. فقال مالك له: لم لم تخرج لنظر الفيل، وهو لا يكون ببلادك؟ فقال: لم أرحل لنظر الفيل، وإنما رحلت لأشاهدك، وأتعلم من علمك وهديك، فأعجبه ذلك، وسماه عاقل الأندلس وإليه انتهت رياسة الفقه بها.

وانتشر به المذهب، وتفقه به من لا يحصى، وعرض للقضاء فامتنع، فعلت رتبته على القضاة، وقبل قوله عند السلطان، فلا يولى قاضياً فى أقطاره إلا بمشورته واختياره، ولا يشير إلا بأصحابه، فأقبل الناس عليه لبلوغ أغراضهم.

وهذا سبب اشتهار الموطأ بالمغرب من روايته دون غيره.

قلت: ولكن يبقى معرفة سبب اشتهاره فى العالم الإسلامى، والاعتماد عليه دون سواه.

وبعد ما صار جامعاً بين الرواية والدراية عاد إلى أوطانه، وأقام بالأندلس، يدرس ويفتى على مذهب مالك، وبه ويعيسى بن دينار، تلميذ مالك، انتشر مذهب مالك فى بلاد المغرب.

وكانت وفاته سنة أربع وثلاثين بعد المائتين.

* * *

النسخة الثانية:

نسخة ابن وهب، وهو أبو محمد عبدالله بن سلمة الفهرى المصرى: ولد فى ذى القعدة سنة خمس وعشرين بعد المائة، وأخذ عن أربعمئة شيخ، منهم مالك، والليث

٣٢ مقدمة التحقيق

ابن سعد، ومحمد بن عبدالرحمن، والسفيانان، وابن جريج وغيرهم. وكان مجتهدا لم يقلد أحداً، كما قال بعضهم.

والصحيح أنه كان مقلداً للإمام مالك، وقد تعلم منه الاجتهاد والتفقه، ومن الليث، وكان كثير الرواية للحديث. وقد ذكر الذهبى وغيره أنه وجد فى تصانيفه مائة ألف حديث وعشرون ألفاً، كلها من رواياته.

ومع هذا لم يوجد فى أحاديثه منكر، فضلاً عن ساقط أو موضوع.

ومن تصانيفه الكتاب المشهور بجامع ابن وهب وكتاب المناسك، وكتاب المغازى، وكتاب تفسير الموطأ، وكتاب القدر، وغير ذلك.

وقد كان صنف كتاب أهوال القيامة، فقرأ عليه يوماً، فغلب عليه الخوف، فغشى عليه، وتوفى فى تلك الحالة يوم الأحد خامس شعبان سنة تسع وتسعين بعد المائة. وقد طلب بتوليته القضاء فامتنع.

ومما تفردت به هذه النسخة، وهو أولها:

مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة رضى الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله» الحديث.

ولا يوجد هذا الحديث فى الموطآت الأخرى، إلا موطأ ابن القاسم.

قال الإمام الشنقيطى: وتوجد الآن نسخته بمكتبة فيض الله شيخ الإسلام بالأستانة العلية، كما أخبرنى به بعض علماء الترك الأفاضل.

* * *

النسخة الثالثة:

نسخة أبى عبيد الله عبدالرحمن بن القاسم بن خالد المصرى، ولد سنة اثنتين وثلاثين بعد المائة، وأخذ العلم عن كثير من الشيوخ، منهم مالك، وهو الذى تمهر على يديه. ويروى أنه صحبه نحو عشرين سنة، أو أكثر، وكان من أخص تلاميذه

مقدمة التحقيق ٣٣

وكان زاهداً، فقيهاً، ورعاً، وكان يختم القرآن كل يوم ختمتين. وهو أول من دون مذهب مالك في المدونة، وعليها اعتمد فقهاء المذهب.

وكانت وفاته في مصر سنة إحدى وتسعين بعد المائة.

ومما انفردت به نسخته من الموطأ:

مالك عن العلاء بن عبدالرحمن عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال رواية عن ربه سبحانه وتعالى: «من عمل عملاً أشرك فيه معي غيري، فهو له كله، أنا أغنى الشركاء».

قال أبو عمر بن عبد البر: هذا الحديث لا يوجد إلا في موطأ ابن القاسم، وابن عقير، من الموطآت.

* * *

النسخة الرابعة:

نسخة أبي عبدالرحمن عبد الله بن مسلمة بن قعنب الحارثي، القعنبى نسبة إلى جده، أصله من المدينة وسكن البصرة، وكان بمكة في شوال سنة إحدى وعشرين بعد المائتين، وكانت ولادته بعد الثلاثين والمائة.

أخذ عن مالك، والليث، وحماد، وشعبة، وغيرهم.

قال ابن معين: ما رأينا من يحدث لله، إلا وكيعاً والقعنبى.

وله فضائل جمّة وكان مجاب الدعوات، وعد من الأبدال، رحمه الله، ومما انفردت

به نسخته:

أخبرنا مالك عن ابن شهاب، عن عبيد الله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود، عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ، قال: «لا تطروني كما أطرت النصارى عيسى ابن مريم، إنما أنا عبد، فقولوا: عبده ورسوله».

* * *

النسخة الخامسة:

نسخة عبد الله بن يوسف الدمشقي الأصل، التنيسى: نسبة إلى تنيس.

قال في القاموس: تنيس كسكين، بلدة بجزيرة من جزائر بحر الروم، قرب دمياط، تنسب إليها الثياب الفاخرة، وهو ثقة، وثقه البخاري وأبو حاتم، وأكثر عنه البخاري وغيره من كتبه، وهو أثبت الناس في الموطأ، بعد القعنبى.

قال أبو بكر بن خزيمة: سمعت نصر بن مرزوق يقول: سمعت يحيى بن معين يقول، وسألته عن رواية الموطأ عن مالك، فقال: أثبت الناس في الموطأ عبدالله بن مسلمة القعنبى، وعبدالله بن يوسف التنيسى، بعده، ومما انفردت به نسخة التنيسى عن غيرها، إلا نسخة ابن وهب:

مالك عن ابن شهاب عن حبيب، مولى عروة، عن عروة أن رجلا سأل رسول الله ﷺ: أى الأعمال أفضل؟ قال: «إيمان بالله» الحديث. هكذا قالوا.

* * *

النسخة السادسة:

نسخة معن القزاز، نسبة إلى بيع القز، وهو أبو يحيى معن بن عيسى بن دينار، المدني، الأشجعي، مولاهم.

كان يلقب بـ «عكاز مالك» لكثرة استناده عليه.

كان من كبار أصحاب مالك ومحققهم، ملازمًا له وإنما قيل له «عكاز مالك» لأن مالكا، بعدما كبر وأسن، كان يستند عليه، حين خروجه إلى المسجد، كثيرًا.

توفى بالمدينة سنة ثمان وتسعين ومائة، فى شهر شوال.

ومما انفردت به نسخته، عن غيرها من نسخ الموطأ:

مقدمة التحقيق ٣٥

مالك عن سالم أبي النضر، عن أبي سلمة، عن عائشة، قالت: كان رسول الله ﷺ يصلى فى الليل، فإن فرغ من صلاته، فإن كنت يقظانة تحدث معى، وإلا اضطجع حتى يأتيه المؤذن.

* * *

النسخة السابعة:

نسخة سعيد بن عفير، وهو سعيد بن كثير بن عفير بن مسلم الأنصارى. أخذ عن مالك والليث وغيرهما. روى عنه البخارى وغيره، وصار أحد المحدثين الثقات، ويقال: إن مصر لم تخرج أجمع للعلوم منه. توفى فى رمضان سنة ست وعشرين بعد المائتين.

ومما انفردت به نسخته عن غيرها من الموطآت، إلا موطأ محمد بن الحسن:

مالك عن ابن شهاب، عن إسماعيل بن محمد بن ثابت بن قيس بن شهاب عن جده أنه قال: «يا رسول الله، لقد خشيت أن أكون قد هلكت. قال: لم؟ قال: نهانا الله أن نحمد بما لم نفعل، وأجدنى أحب أن أحمد...» الحديث.

* * *

النسخة الثامنة:

نسخة ابن بكير: اشتهر بنسبته لجدته: وهو يحيى بن يحيى بن بكير، أبو زكريا، الموصوف بإحياء شوارد العلوم وجمع شتاتها المصرى. أخذ عن مالك والليث وغيرهما. وروى عنه البخارى ومسلم، بواسطة، فى صحيحيهما. وثقه جماعة.

مات فى صفر سنة إحدى وثلاثين بعد المائتين.

ومما انفردت به نسخته من الموطآت إلا نسخة محمد بن الحسن:

٣٦ مقدمة التحقيق

مالك عن عبدالله بن أبي بكر، عن عمرة عن عائشة؛ أن رسول الله ﷺ قال: «ما زال جبريل يوصيني بالجار، حتى ظننت أنه سيورثه».

فمتن هذا الحديث، فى رواية محمد، برواية مالك عن يحيى بن سعيد، عن أبى بكر، عن عمرة، عن عائشة.

* * *

النسخة التاسعة:

نسخة أبى مصعب الزهرى، اشتهر بكنيته، واسمه أحمد بن أبى بكر القاسم بن الحارث بن زرارة بن مصعب بن عبد الرحمن بن عوف الزهرى، العوفى، قاضى المدينة وأحد شيوخ أهلها.

لازم مالكاً وتفقه عليه، وروى عنه موطئه. أخرج عنه أصحاب الكتب الستة، إلا أن النسائى، روى عنه، بواسطة.

توفى، رحمه الله، فى رمضان سنة اثنتين وأربعين ومائتين، عن اثنتين وتسعين سنة. وقد قالوا: إن موطأه آخر الموطآت التى عرضت على مالك، ويوجد فى موطئه زيادة نحو مائة حديث على سائر الموطآت الأخرى. وكذلك موطأ أبى حذافة السهمى.

ومما انفردت به نسخته عن غيرها من الموطآت:

مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة؛ أن رسول الله ﷺ سئل: عن الرقاب، أيها أفضل؟ فقال: «أغلاها ثمناً، وأنفسها عند أهلها».

قال ابن عبد البر: هذا الحديث موجود فى موطأ يحيى أيضاً.

* * *

النسخة العاشرة:

نسخة مصعب الزبيرى، وهو مصعب بن عبدالله الزبيرى.

قال بعضهم: مما انفردت به نسخته:

مقدمة التحقيق ٣٧

مالك عن عبدالله بن دينار، عن عبدالله بن عمر؛ أن رسول الله ﷺ قال، في أصحاب الحجر: «لا تدخلوا على هؤلاء المعذنين، إلا أن تكونوا باكين....» الحديث.
قال ابن عبدالبر: هذا الحديث موجود في موطأ يحيى بن بكير، وسليمان أيضاً، أى سليمان بن برد وهو في موطأ محمد بن الحسن أيضاً.

* * *

النسخة الحادية عشرة:

نسخة محمد بن مبارك الصورى.

قال الإمام الشنقيطى: ولم أقف على أن نسخته انفردت ببعض الأحاديث.

* * *

النسخة الثانية عشرة:

نسخة سليمان بن برد بن نجيح التجيبى، مولاهم.

ولم أقف على أنها انفردت بشيء من الأحاديث، إلا حديث أصحاب الحجر.

ولم تنفرد به عن نسخة مصعب بن عبدالله الزبيرى، ولا عن نسخة محمد بن الحسن.

* * *

النسخة الثالثة عشرة:

نسخة سويد بن سعيد، أبى محمد الهروى.

روى عنه مسلم وابن ماجه وغيرهما، وكان من الحفاظ المعبرين. مات سنة أربعين بعد المائتين.

ومما انفردت به نسخته:

٣٨ مقدمة التحقيق

مالك عن هشام، عن عروة، عن أبيه، عن عبدالله بن عمرو بن العاص؛ أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ينتزعه من العباد، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء، حتى إذا لم يبق عالماً، اتخذ الناس رؤوساً جهالاً، فسئلوا فأفتوا بغير علم، فضلوا وأضلوا».

رواه البخارى من طريق مالك فى صحيحه، فى باب كيف يقبض العلم من كتاب العلم ورواه أيضاً من طريق جرير عن هشام بن عروة، إلى آخر إسناد مالك. كتاب الاعتصام باب ما يذكر من ذم الرأى وتكلف القياس.

ورواه مسلم من هذه الطريق فى صحيحه، فى باب رفع العلم وقبضه وظهور أهل الجهل، من كتاب العلم.

وتوجد نسخته بمكتبة الملك الظاهر بدمشق، كما أخبرنى بذلك بعض الثقات. ولم أقف عليها حين زيارتى لها أيام الحرب.

* * *

النسخة الرابعة عشرة:

نسخة محمد بن الحسن الشيبانى، صاحب أبى حنيفة.

وهى مطبوعة بالهند وإيران، ولها شهرة هناك، وفى الحرمين.

ومما انفردت به نسخته حديث:

«إنما الأعمال بالنية، وإنما لكل امرئ ما نوى...» الحديث.

ولذلك نسب الحفاظ هذا الحديث لموطأ مالك.

ولكن من لم تشتهر عنده رواية محمد بن الحسن، يزعم أن نسبة هذا الحديث للموطأ غلط.

مقدمة التحقيق ٣٩

ونسخته تزيد كثيراً على موطأ يحيى الليثي، لكنه شحنها بأثار ضعيفة من غير طريق مالك، يحتاج بها لفقهاء الحنفية، كما ذكر فيها ما وافق فقهاء الحنفية ظاهر أحاديث الموطأ.

وكما زادت نسخته بأحاديث؛ فهي خالية من عدة أحاديث ثابتة في سائر الروايات، كما قاله الزرقاني في أول شرح الموطأ، وكما وقفت عليه أنا حين درسي له بالمسجد الحرام.

* * *

أصح الموطآت وأشهرها

قال الإمام الشنقيطي:

وأشهر الموطآت ذكرا إذ كان بالصحة منها أخرى
موطأ الإمام يحيى الليثي من كان فى العزم شبيه الليث
فهو الذى شرحه النقاد وانتفعت بדרه العباد
وبلغت شروحه نحو المائة فكلها عما حواه منبئه

قال القاضى عياض فى المدارك: لم يعتن بكتاب من كتب الحديث والعلم؛ اعتناء
الناس بالموطأ.

* * *

شروح الموطأ

فمن شرحه: ابن عبد البر فى التمهيد، والاستذكار، وأبو الوليد بن الصفار،
وسماه الموعب.

والقاضى محمد بن سليمان بن خليفة، وأبو بكر بن سابق الصقلى، وسماه المالك.
وابن أبى صفرة، والقاضى أبو عبدالله بن الحاج، وأبو الوليد بن العواد، وأبو محمد بن
السميد البطليوسى النحوى، وسماه المقتبس، وأبو القاسم بن الحذاء الكاتب، وأبو
الحسن الأشبيلي، وابن شراحيل، وأبو عمر الطلمنكى، والقاضى أبو بكر بن العربى،
وسماه القبس، وعاصم النحوى، ويحيى بن مزين وسماه المستقصية، ومحمد بن أبى
زمنين، وسماه المعرب، وأبو الوليد الباجى، وله ثلاثة شروح: «المنتقى» وهو الكتاب
الذى بين أيدينا الآن، والإيماء، والاستيفاء.

* * *

شرح غريبه

ومن ألف فى شرح غريبه: البرقى، وأحمد بن عمران الأخفش، وأبو القاسم العثمانى المصرى.

* * *

فى رجاله

ومن ألف فى رجاله: القاضى أبو عبدالله بن الحذاء، وأبو عبدالله مفزع، والبرقى، وأبو عمر الطلمنكى.

مسنده وألف مسند الموطأ: قاسم بن أصبغ. وأبو القاسم الجوهرى. وأبو الحسن القابسى، فى كتابه الملخص، وأبو ذر الهروى، وأبو الحسن على بن حبيب السلجماسى، والمطرز، وأحمد بن بهزاء الفارسى، والقاضى ابن مقرع، وابن الأعرابى، وأبو بكر أحمد بن سعيد بن موضح الإخميمى.

شواهد: وألف القاضى إسماعيل شواهد الموطأ.

اختلاف الموطآت: وألف أبو الحسن الدارقطنى كتاب اختلاف الموطآت، وكذا القاضى أبو الوليد الباجى أيضاً.

وألف مسند الموطأ رواية القعنبرى أبو عمرو الطليطلى، وإبراهيم بن نصر السرقسطى.

ولاين جوصا جمع الموطأ من رواية ابن وهب، وابن القاسم.

ولأبى الحسن بن أبى طالب كتاب موطأ الموطأ.

ولأبى بكر بن ثابت الخطيب، كتاب أطراف الموطأ.

ولاين عبدالبر، كتاب التقصى فى مسند حديث الموطأ، ومرسله.

ولأبى عبدالله بن عيشون الطليطلى، توجيه الموطأ.

ولحازم بن محمد بن جازم، السافر عن آثار الموطأ.

٤٢ مقدمة التحقيق
ولأبى محمد بن يربوع، كتاب فى الكلام على أسانيده سماه: تاج الحلبة، وسراج
البغية ا.هـ.

* * *

ما عليه العمل في الموطأ

صلى الله على سيدنا محمد وعلى أهله، عونك اللهم.

قال أبو عمرو: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمرى الحافظ رضى الله عنه:

الحمد لله الأول والآخر، الظاهر الباطن، القادر، القاهر، شكراً على تفضله وهدايته، وفزغاً إلى توفيقه وكفايته، ووسيلة إلى حفظه ورعايته، ورغبة فى المزيد من كريم آلائه وجميل بلائه، وحمداً على نعمه التى عظم خطرها عن الجزاء وجل عددها عن الإحصاء.

وصلى الله على محمد خاتم الأنبياء وعلى آله أجمعين وسلم تسليماً.

أما بعد، فإننى رأيت كل من قصد إلى تخريج ما فى موطأ مالك بن أنس، رحمه الله، من حديث رسول الله ﷺ قصد بزعمه إلى المسند، وأضرب عن المنقطع والمرسل، وتأملت ذلك فى كل ما انتهى إلى مما جمع فى سائر البلدان، وألف على اختلاف الأزمان، فلم أر جامعيه وققوا عندما شرطوه، ولا سلم لهم فى ذلك ما أملوه، بل أدخلوا من المنقطع شيئاً فى باب المتصل، وأتوا بالمرسل مع المسند.

وكل من يتفقه منهم لمالك وينتقله، إذا سألت من شئت منهم عن مراسيل «الموطأ»، قالوا: صحاح لا يسوغ لأحد الطعن فيها، لثقة ناقلها، وأمانة مرسلها، وصدقوا فيما قالوه من ذلك، لكنها جملة ينقضها تفسيرهم بإضرابهم عن المرسل والمقطوع.

وأصل مذهب مالك، رحمه الله، والذى عليه جماعة أصحابنا المالكيين: أن مرسل الثقة تجب به الحجة ويلزم به العمل، كما يجب بالمسند سواء.

وأجمع أهل العلم من أهل الفقه والأثر فى جميع الأمصار - فيما علمت - على قبول خبر الواحد العدل وإيجاب العمل به إذا ثبت ولم ينسخه غيره من أثر أو

إجماع، على هذا جميع الفقهاء فى كل عصر من لدن الصحابة إلى يومنا هذا، إلا الخوارج وطوائف من أهل البدع، شردمة لا تعد خلافاً.

وقد أجمع المسلمون على جواز قبول الواحد السائل المستفتى لما يخبره به العالم الواحد إذا استفتاه فيما لا يعلمه، وقبول خبر الواحد العدل فيما يخبر به مثله، وقد ذكر الحجة عليهم فى ردهم أخبار الآحاد جماعة من أئمة الجماعة وعلماء المسلمين. وقد أفردت لذلك كتاباً موعباً كافياً^(١)، والحمد لله.

ولأئمة فقهاء الأمصار فى إنفاذ الحكم بخبر الواحد العدل مذاهب متقاربة، بعد إجماعهم على ما ذكرت لك من قبوله وإيجاب العمل به دون القطع على مغيبه، فجملة مذهب مالك فى ذلك إيجاب العمل بمسنده ومرسله ما لم يعترضه العمل الظاهر ببلده، ولا يبالي فى ذلك من خالفه فى سائر الأمصار، ألا ترى إلى إيجابه العمل بحديث التفليس، وحديث المصرة، وحديث أبى القعيس فى لبن الفحل؟

وقد خالفه فى ذلك بالمدينة وغيرها جماعة من العلماء، وكذلك المرسل عنده سواء، ألا تراه يرسل حديث الشفعة ويعمل به، ويرسل حديث اليمين مع الشاهد ويوجب القول به، ويرسل حديث ناقة البراء بن عازب فى جنائيات المواشى ويرى العمل به، ولا يرى العمل بحديث خيار المتبايعين، ولا بنجاسة ولوغ الكلب، ولم يدر ما حقيقة ذلك كله لما اعترضهما عنده من العمل، ولتلخيص القول فى ذلك موضع غير هذا.

وقالت طائفة من أصحابنا: مراسيل الثقات أولى من المسندات، واعتلوا بأن من أسند لك فقد أحالك على البحث عن أحوال من سماه لك، ومن أرسل من الأئمة حديثاً مع علمه ودينه وثقته، فقد قطع لك على صحته، وكفاك النظر.

وقالت منهم طائفة أخرى: لسنا نقول: إن المرسل أولى من المسند، ولكنهما سواء فى وجوب الحجة والاستعمال، واعتلوا بأن السلف - رضوان الله عليهم - أرسلوا، ووصلوا، وأسندوا، فلم يعب واحد منهم على صاحبه شيئاً من ذلك، بل كل من

(١) هو كتاب الشواهد فى إثبات خبر الواحد لابن عبد البر.

مقدمة التحقيق ٤٥

أسند لم يخل من الإرسال، ولو لم يكن ذلك كله عندهم ديناً وحقاً، ما اعتمدوا عليه، لأننا وجدنا التابعين إذا سئلوا عن شيء من العلم، وكان عندهم في ذلك شيء عن نبيهم ﷺ أو عن أصحابه رضی الله عنهم، قالوا: قال رسول الله ﷺ: كذا.

وقال عمر: كذا، ولو كان ذلك لا يوجب عملاً، ولا يعد علماً عندهم، لما قنع به العالم من نفسه، ولا رضی به منه السائل.

ومن كان يذهب إلى هذا القول من أصحابنا: أبو الفرج عمرو بن محمد المالكي، وأبو بكر محمد بن عبد الله بن صالح الأبهري، وهو قول أبي جعفر محمد بن جرير الطبري.

وزعم الطبري أن التابعين بأسرهم أجمعوا على قبول المرسل ولم يأت عنهم إنكاره، ولا عن أحد الأئمة بعدهم إلى رأس المائتين، كأنه يعني أن الشافعي أول من أبقى قبول المرسل.

وقالت طائفة أخرى من أصحابنا: لسنا نقول: إن المسند الذي اتفقت جماعة أهل الفقه والأثر في سائر الأمصار - وهم الجماعة - على قبوله والاحتجاج به واستعماله، كالمرسل الذي اختلف في الحكم به وقبوله في كل أحواله.

بل نقول: إن للمسند مزية فضل لموضع الاتفاق، وسكون النفس إلى كثرة القائلين به، وإن كان المرسل يجب أيضاً العمل به، وشبه ذلك من مذهبه بالشهود يكون بعضهم أفضل حالاً من بعض وأقعد وأتم معرفة أكثر عدداً، وإن كان البعض عدلين جائزي الشهادة، وكلا الوجهين يوجب العمل ولا يقطع العذر.

ومن كان يقول هذا: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن إسحاق بن خواز بنداد البصري المالكي.

وأما أبو حنيفة وأصحابه، فإنهم يقبلون المرسل ولا يردونه إلا بما يردون به المسند من التأويل والاعتلال على أصولهم في ذلك.

وقال سائر أهل الفقه، وجماعة أصحاب الحديث في كل الأمصار، فيما علمت:

٤٦ مقدمة التحقيق

الانقطاع فى الأثر علة تمنع من وجوب العمل به، وسواء عارضه خبر متصل أم لا، وقالوا: إذا اتصل خبر وعارضه خبر منقطع لم يعرج على المنقطع مع المتصل وكان المصير إلى المتصل دونه.

وحجتهم فى رد المراسيل: ما أجمع عليه العلماء من الحاجة إلى عدالة المخبر، وأنه لا بد من علم ذلك، فإذا حكى التابعى عن من لم يلقه لم يكن بد من معرفة الوسطة، إذ قد صح أن التابعين، أو كثيرا منهم رروا عن الضعيف وغير الضعيف، فهذه النكتة عندهم فى رد المرسل، لأن مرسله يمكن أن يكون سمعه ممن يجوز قبول نقله، وممن لا يجوز، ولا بد من معرفة عدالة الناقل، فبطل لذلك الخبر المرسل للجهل بالوسطة.

قالوا: ولو جاز قبول المراسيل، لجاز قبول خبر مالك والشافعى والأوزاعى ومثلهم، إذا ذكروا خبرا عن النبى ﷺ، ولو جاز ذلك فيهم، لجاز فيمن بعدهم إلى عصرنا، وبطل المعنى الذى عليه مدار الخبر.

ومن حجتهم أيضا فى ذلك: أن الشهادة على الشهادة قد أجمع المسلمون أنه لا يجوز فيها إلا الاتصال والمشاهدة، فكذلك الخبر، يحتاج من الاتصال والمشاهدة إلى مثل ما تحتاج إليه الشهادة، إذ هو باب فى إيجاب الحكم واحد.

هذا كله قول الشافعى وأصحابه وأهل الحديث، ولهم فى ذلك من الكلام ما يطول ذكره.

وأما أصحابنا، فكلهم مذهبه فى الأصل استعمال المرسل مع المسند، كما يوجب الجميع استعمال المسند، ولا يردون بالمسند المرسل، كما لا يردون الخبرين المتصلين، ما وجدوا إلى استعمالهما سبيلا، وما ردوا به المرسل من حجة، بتأويل أو عمل مستفيض أو غير ذلك من أصولهم، فهم يردون به المسند سواء، لا فرق بينهما عندهم.

قال أبو عمر: هذا أصل المذهب، ثم إنى تأملت كتب المناظرين، والمختلفين من المتفقيين، وأصحاب الأثر من أصحابنا وغيرهم، فلم أر أحدا منهم يقنع من خصمه، إذا احتج عليه، بمرسل، ولا يقبل منه فى ذلك خبرا مقطوعا، وكلهم،

عند تحصيل المناظرة، يطالب خصمه بالاتصال في الإخبار. والله المستعان.

وإنما ذلك، لأن التنازع إنما يكون بين من يقبل المرسل وبين من لا يقبله، فإن احتج به من يقبله على من لا يقبله، قال له: هات حجة غيره، فإن الكلام بيني وبينك في أصل هذا ونحن لا نقبله، وإن احتج من لا يقبله على من يقبله، كان من حجته: كيف تحتج على بما ليس حجة عندك، ونحو هذا.

ولم نشاهد نحن مناظرة بين مالكي يقبله، وبين حنفي يذهب في ذلك مذهبه، ويلزم على أصل مذهبهما في ذلك قبول كل واحد منهما من صاحبه المرسل إذا أرسله ثقة عدل رضا، ما لم يعترضه من الأصول ما يدفعه. وبالله التوفيق.

واختلف أصحابنا وغيرهم في خبير الواحد العدل هل يوجب العلم والعمل جميعاً، أم يوجب العمل دون العلم؟ والذي عليه أكثر أهل العلم منهم: أنه يوجب العمل دون العلم، وهو قول الشافعي وجمهور أهل الفقه والنظر، ولا يوجب العلم عندهم إلا ما شهد به على الله، وقطع العذر بحجته بحيث لا خلاف فيه.

وقال قوم كثير من أهل الأثر، وبعض أهل النظر: إنه يوجب العلم الظاهر والعمل جميعاً، منهم الحسين الكرابيسي وغيره وذكر ابن خواز بنسداد أن هذا القول يخرج على مذهب مالك.

قال أبو عمر: الذي نقول به: إنه يوجب العمل دون العلم كشهادة الشاهدين والأربعة سواء، وعلى ذلك أكثر أهل الفقه والأثر، وكلهم يدين بخبر الواحد العدل في الاعتقادات، ويعادى ويوالى عليها، ويجعلها شرعاً وديناً في معتقده، على ذلك جماعة أهل السنة، ولهم في الأحكام ما ذكرنا. وبالله توفيقنا.

ولما أجمع أصحابنا على ما ذكرنا في المسند والمرسل، واتفق سائر العلماء على ما وصفنا، رأيت أن أجمع في كتابي هذا كل ما تضمنه موطأ مالك بن أنس رحمه الله في رواية يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي عنه، من حديث رسول الله ﷺ مسنده، ومقطوعه، ومرسله، وكل ما يمكن إضافته إليه، صلوات الله وسلامه عليه.

وررتب ذلك مراتب قدمت فيها المتصل، ثم ما جرى بجراه مما اختلف فى اتصاله، ثم المنقطع والمرسل.

وجعلته على حروف المعجم فى أسماء شيوخ مالك، رحمهم الله. ليكون أقرب للمتناول.

ووصلت كل مقطوع جاء متصلاً من غير رواية مالك، وكل مرسل جاء مسنداً من غير طريقه - رحمة الله عليه - فيما بلغنى علمه، وصح بروايتى جمعه، ليرى الناظر فى كتابنا هذا موقع آثار الموطأ من الاشتهار والصحة. واعتمدت فى ذلك على نقل الأئمة، وما رواه ثقات هذه الأمة.

وذكرت من معانى الآثار وأحكامها المقصودة بظاهر الخطاب ما عول على مثله الفقهاء أولو الألباب.

وجلبت من أقاويل العلماء فى تأويلها، وناسخها ومنسوخها، وأحكامها ومعانيها، ما يشتقى به القارئ الطالب ويصبره، وينبه العالم ويذكره.

وأبيت من الشواهد على المعانى والإسناد، بما حضرنى من الأثر ذكره، وصحبنى حفظه، مما تعظم به فائدة الكتاب.

وأشرت إلى شرح ما استعجم من الألفاظ، مقتصرًا على أقاويل أهل اللغة.

وذكرت فى صدر الكتاب من الأخبار الدالة على البحث عن صحة النقل، وموضع المتصل والمرسل، ومن أخبار مالك رحمه الله وموضعه من الإمامة فى علم الديانة، ومكانه من الانتقاد والتوقى فى الرواية، ومنزلة موطنه عند جميع العلماء المؤلفين منهم والمخالفين، نبذاً يستدل بها اللبيب على المراد، وتغنى المقتصر عليها عن الازدياد. وأومات إلى ذكر بعض أحوال الرواة وأنسابهم وأسنانهم ومنزلهم.

وذكرت من حفظت تاريخ وفاته منهم، معتمداً فى ذلك كله على الاختصار، ضارباً عن التطويل والإكثار.

والله أسأله العون على ما يرضاه، ويذلف فيما قصدناه، فلم نصل إلى شىء مما

مقدمة التحقيق ٤٩

ذكرناه إلا بعونه وفضله، لا شريك له، فله الحمد كثيراً دائماً على ما ألهمنا من العناية بخير الكتب بعد كتابه، وعلى ما وهب لنا من التمسك بسنة رسوله محمد ﷺ، وما توفيقى إلا بالله، وهو حسبي ونعم الوكيل.

وأما اعتمدت على رواية يحيى بن يحيى المذكورة خاصة، لموضعه عند أهل بلدنا، من الثقة والدين والفضل والعلم والفهم، ولكثرة استعمالهم لروايته وراثته عن شيوخهم وعلمائهم، إلا أن يسقط من روايته حديث من أمهات أحاديث الأحكام أو نحوها، فأذكره من غير روايته، إن شاء الله.

فكل قوم ينبغي لهم امتثال طريق سلفهم فيما سبق إليهم من الخير، وسلوك منهاجهم فيما احتملوا عليه من البر، وإن كان غيره مباحاً مرغوباً فيه.

والروايات فى مرفوعات «الموطأ» متقاربة فى النقص والزيادة، وأما اختلاف روايته فى الإسناد والإرسال والقطع والاتصال، فأرجو أن ترى ما يكفى، ويشفى فى كتابنا هذا، مما لا يخرجنا عن شرطنا، إن شاء الله لارتباطه به؛ والله المستعان.

فأما روايتنا للموطأ من طريق يحيى بن يحيى الأندلسى، رحمه الله: فحدثنا بها أبو عثمان سعيد بن نصر لفظاً منه قراءة على من كتابه رحمه الله وأنا أنظر فى كتابى، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، ووهب بن مسرة، قالوا: حدثنا محمد بن وضاح، قال: حدثنا يحيى بن يحيى عن مالك.

وحدثنا به أيضاً أبو الفضل أحمد بن قاسم، قراءة منى عليه، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن أبى دليم، ووهب بن مسرة، قالوا: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا يحيى عن مالك.

وحدثنا به أيضاً أبو عمر أحمد بن محمد بن أحمد؛ قراءة منى عليه، قال: حدثنا وهب بن مسرة، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا يحيى عن مالك.

وحدثنا به أيضاً أبو عمر أحمد بن محمد بن أحمد المذكور رحمه الله قال: حدثنا أبو عمر أحمد بن مطرف، وأحمد بن سعيد، قالوا: حدثنا عبيدالله بن يحيى بن يحيى، قال: حدثنى أبى عن مالك.

٥٠ مقدمة التحقيق

وبين رواية عبيد الله، ورواية ابن وضاح حروف قد قيدتها في كتابي.

والله أسأله حسن العون على ما يرضيه ويقرب منه، فإثما نحن به لا شريك له،
وحسبنا الله، ونعم الوكيل.

* * *

باب معرفة المرسل والمسند والمنقطع والمتصل والموقوف ومعنى التدليس

قال أبو عمر: هذه أسماء اصطلاحية، وألقاب اتفق الجميع عليها، وأنا ذاكر في هذا الباب معانيها، إن شاء الله.

اعلم وفقك الله أنى تأملت أقاويل أئمة أهل الحديث، ونظرت فى كتب من اشترط الصحيح فى النقل منهم، ومن لم يشترطه، فوجدتهم أجمعوا على قبول الإسناد المعنعن؛ لا خلاف بينهم فى ذلك، إذا جمع شروطاً ثلاثة، وهى: عدالة المحدثين فى أحوالهم.

ولقاء بعضهم بعضاً مجالسة ومشاهدة. وأن يكونوا براء من التدليس.

والإسناد المعنعن: «فلان عن فلان عن فلان عن فلان».

وقد حدثنا إسماعيل بن عبد الرحمن، حدثنا إبراهيم بن بكر، حدثنا محمد ابن الحسين بن أحمد الأزدي الحافظ الموصلى، قال: حدثنا ابن زاكيا، قال: حدثنا أبو معمر، عن وكيع، قال: قال شعبة: فلان عن فلان ليس بحديث. قال وكيع: وقال سفيان: هو حديث.

قال أبو عمر: ثم إن شعبة انصرف عن هذا إلى قول سفيان.

وقد أعلمتك أن المتأخرين من أئمة الحديث، والمشرطين فى تصنيفهم الصحيح قد أجمعوا على ما ذكرت لك وهو قول مالك وعامة أهل العلم والحمد لله إلا أن يكون الرجل معروفاً بالتدليس؛ فلا يقبل حديثه حتى يقول: حدثنا، أو سمعت، فهذا ما لا أعلم فيه أيضاً خلافاً.

ومن الدليل على أن «عن» محمولة عند أهل العلم بالحديث على الاتصال حتى يتبين الانقطاع فيها: ما حكاه أبو بكر الأثرم عن أحمد بن حنبل: أنه سئل عن

٥٢ مقدمة التحقيق

حديث المغيرة بن شعبة: أن النبي، عليه السلام، مسح أعلى الخف وأسفله، فقال: هذا الحديث ذكرته لعبد الرحمن بن مهدي، فقال عن ابن المبارك: أنه قال: عن ثور: حدثت عن رجاء بن حيوة، عن كاتب المغيرة، وليس فيه المغيرة.

قال أحمد: وأما الوليد فزاد فيه: «عن المغيرة»، وجعله: «ثور عن رجاء»، ولم يسمعه ثور من رجاء: لأن ابن المبارك قال فيه: عن ثور حدثت عن رجاء.

قال أبو عمر: ألا ترى أن أحمد بن حنبل رحمه الله عاب على الوليد بن مسلم قوله: «عن؛ في منقطع ليدخله في الاتصال؟».

فهذا بيان أن «عن» ظاهرها الاتصال، حتى يثبت فيها غير ذلك. ومثل هذا عن العلماء كثير.

وسنذكر هذا الحديث بطرقه، عند ذكر حديث المغيرة بن شعبة، في باب: ابن شهاب عن عباد بن زياد، إن شاء الله.

وأما التدليس:

فهو أن يحدث الرجل عن الرجل الذي قد لقيه، وأدرك زمانه، وأخذ عنه، وسمع منه، وحدث عنه بما لم يسمعه منه، وإنما سمعه من غيره عنه ممن ترضى حاله، أو لا ترضى، على أن الأغلب في ذلك أن لو كانت حاله مرضية لذكره، وقد يكون لأنه استصغره.

هذا هو التدليس عند جماعتهم، لا اختلاف بينهم في ذلك.

وسنين معنى التدليس بالإخبار عن العلماء في الباب بعد هذا، إن شاء الله.

واختلفوا في حديث الرجل عن من لم يلقه، مثل مالك عن سعيد بن المسيب، والثوري عن إبراهيم النخعي، وما أشبه هذا فقالت فرقة: هذا تدليس، لأنهما لو شاءا لسميا من حدثهما، كما فعلا في الكثير مما بلغهما عنهما، قالوا: وسكوت المحدث عن ذكر من حدثه مع علمه به دلالة.

قال أبو عمر: فإن كان هذا تدليسا، فما أعلم أحدا من العلماء سلم منه، في

مقدمة التحقيق ٥٣

قديم الدهر ولا فى حديثه اللهم إلا شعبة بن الحجاج ويحيى بن سعيد القطان، فإن هذين ليس يوجد لهما شىء من هذا، لا سيما شعبة، فهو القائل: لأن أزنى أحب إلى من أن أدلس.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا محمد بن عبد السلام الخشنى، حدثنا بندار، حدثنا غندر، قال: سمعت شعبة يقول: «التدليس فى الحديث أشد من الزنا»، ولأن أسقط من السماء إلى الأرض أحب إلى من أن أدلس». وقال أبو نعيم: سمعت شعبة يقول: لأن أزنى أحب إلى من أن أدلس.

وقال أبو وليد الطيالسى: سمعت شعبة يقول: لأن آخر من السماء إلى الأرض أحب إلى من أن أقول: زعم فلان ولم أسمع ذلك الحديث منه.

وقالت طائفة من أهل الحديث: ليس ما ذكرنا يجرى عليه لقب التدليس، وإنما هو إرسال، قالوا: وكما جاز أن يرسل سعيد عن النبى ﷺ وعن أبى بكر وعمر، وهو لم يسمع منهما، ولم يسم أحد من أهل العلم ذلك تدليساً، كذلك مالك عن سعيد ابن المسيب. والإرسال قد تبعت عليه أمور لا تضيره، مثل:

أن يكون الرجل سمع ذلك الخبر من جماعة عن المعزى إليه الخبر، وصح عنده، ووقر فى نفسه، فأرسله عن ذلك المعزى إليه، علماً بصحة ما أرسله.

وقد يكون المرسل للحديث نسى من حدثه به وعرف المعزى إليه الحديث، فذكره عنه، فهذا أيضاً لا يضر، إذا كان أصل مذهبه ألا يأخذ إلا عن ثقة، كمالك وشعبة.

أو تكون مذاكرة فرمما ثقل معها الإسناد، وخف الإرسال، إما لمعرفة المخاطبين بذلك الحديث واشتهاره عندهم، أو لغير ذلك من الأسباب الكائنة فى معنى ما ذكرناه.

والأصل فى هذا الباب: اعتبار حال المحدث، فإن كان لا يأخذ إلا عن ثقة وهو فى نفسه ثقة وجب قبول حديثه مرسله ومسنده، وإن كان يأخذ عن الضعفاء، ويسامح نفسه فى ذلك، وجب التوقف عما أرسله حتى يسمى من الذى أخبره.

٥٤ مقدمة التحقيق

وكذلك من عُرف بالتدليس المجتمع عليه، وكان من المسامحين فى الأخذ عن كل أحد، لم يحتج بشيء مما رواه حتى يقول: أخبرنا، أو سمعت.

هذا إذا كان عدلاً ثقة فى نفسه، وإن كان ممن لا يروى إلا عن ثقة، استغنى عن توقيفه ولم يسأل عن تدليسه.

وعلى ما ذكرته لك أكثر أئمة الحديث، قال يعقوب بن شيبة: سألت يحيى بن معين عن التدليس فكرهه وعابه.

قلت له: فيكون المدلس حجة فيما روى حتى يقول: «حدثنا أو أخبرنا؟».

فقال: لا يكون حجة فيما دلس فيه.

قال يعقوب: وسألت على بن المدينى عن الرجل يدلس، أكون حجة فيما لم يقل: «حدثنا؟».

فقال: إذا كان الغالب عليه التدليس فلا، حتى يقول: «حدثنا».

قال على: والناس يحتاجون فى صحيح حديث سفيان إلى يحيى القطان.

يعنى على: أن سفيان كان يدلس، وأن القطان كان يوقفه على ما سمع وما لم يسمع.

وسترى فى الباب الذى بعد هذا ما يدل على ذلك، ويكشف لك المذهب والمراد فيه، إن شاء الله.

فأما المرسل: فإن هذا الاسم أوقعه بإجماع على حديث التابعى الكبير عن النبى ﷺ مثل أن يقول عبيد الله بن عدى بن الخيار، أو أبو أمامة بن سهل بن حنيف، أو عبد الله بن عامر بن ربيعة، ومن كان مثلهم: «قال رسول الله ﷺ» وكذلك من دون هؤلاء، مثل سعيد بن المسيب، وسالم بن عبد الله، وأبى سلمة بن عبد الرحمن، والقاسم بن محمد، ومن كان مثلهم.

وكذلك علقمة بن قيس، ومسروق بن الأجدع، والحسن، وابن سيرين،

مقدمة التحقيق ٥٥

والشعبي، وسعيد بن جبير، ومن كان مثلهم من سائر التابعين الذين صح لهم لقاء جماعة من الصحابة ومجالستهم.

فهذا هو المرسل عند أهل العلم. ومثله أيضا، مما يجرى مجراه عند بعض أهل العلم، مرسل من دون هؤلاء، مثل حديث ابن شهاب، وقتادة، وأبي حازم، ويحيى بن سعيد، عن النبي ﷺ يسمونه رسلاً، كمرسل كبار التابعين.

وقال آخرون: حديث هؤلاء عن النبي ﷺ يسمى منقطعاً لأنهم لم يلقوا من الصحابة إلا الواحد والاثنين، وأكثر روايتهم عن التابعين، فما ذكروه عن النبي ﷺ يسمى منقطعاً.

قال أبو عمر: المنقطع عندي كل ما لا يتصل سواء كان يعزى إلى النبي ﷺ أو إلى غيره.

وأما المسند: فهو ما رفع إلى النبي ﷺ خاصة. فالمتصل من المسند مثل: مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ.

ومالك، عن ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله، عن أبيه، عن النبي ﷺ.

ومالك، عن يحيى بن سعيد، عن عمرة، عن عائشة، عن النبي ﷺ.

ومالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ.

ومالك، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، أو أبي سلمة بن عبد الرحمن. أو الأعرج، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ.

ومعمر، عن همام بن منبه، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ.

وأيوب، عن ابن سيرين، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ. وما كان مثل هذا كله.

والمنقطع من المسند مثل: مالك، عن يحيى بن سعيد، عن عائشة، عن النبي ﷺ.

وعن عبد الرحمن بن القاسم، عن عائشة، عن النبي ﷺ.

وعن ابن شهاب، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ.

وعن ابن شهاب، عن أبي هريرة.

وعن زيد بن أسلم، عن عمر بن الخطاب، عن النبي ﷺ.

فهذا وما كان مثله مسند لأنه أسند إلى النبي ﷺ، ورفع إليه، وهو مع ذلك منقطع، لأن يحيى بن سعيد، وعبد الرحمن بن القاسم، لم يسمعا من عائشة، وكذلك ابن شهاب لم يسمع من ابن عباس، ولا من أبي هريرة، ولا سمع زيد بن أسلم من عمر، وقد اختلف في سماعه من ابن عمر، والصحيح عندي أنه سمع منه.

وسترى ذلك في موضعه من كتابنا هذا، إن شاء الله.

وأكثر من هذا في الانقطاع: مالك أنه بلغه، عن جابر بن عبد الله، عن النبي ﷺ. وعن عائشة.

وعن أنس، عن النبي ﷺ، وما كان مثله.

وأما المتصل جملة، فمثل: مالك عن نافع.

وعبد الله بن دينار، عن ابن عمر، مرفوعاً أو موقوفاً، وكذلك أيوب عن أبي قلابة، عن أنس، مرفوعاً أو موقوفاً.

وشعبة، عن قتادة، عن أنس، مرفوعاً أو موقوفاً.

وشعبة، عن الحكم بن عتيبة، عن مصعب بن سعد، عن أبيه، مرفوعاً أو موقوفاً.

ومثل منصور، عن إبراهيم، عن علقمة، عن ابن مسعود، مرفوعاً أو موقوفاً.

ومثل الأوزاعي، وهشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، مرفوعاً أو موقوفاً.

والزهري، عن أبي سلمة، عن عائشة، وأبي هريرة، مرفوعاً أو موقوفاً، وما كان مثل هذا.

وإنما سمي متصلاً لأن بعضهم صحت بحالسته ولقاؤه لمن بعده في الإسناد، وضح سماعه منه.

والموقوف: ما وقف على الصاحب ولم يبلغ به النبي ﷺ، مثل: مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر قوله.

وعن الزهري، عن سالم، عن أبيه قوله.

وابن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن جابر بن زيد، عن ابن عباس قوله، وما كان مثل هذا.

والانقطاع يدخل المرفوع وغير المرفوع.

وقد ذهب قوم إلى أن المرفوع كل ما أضيف إلى النبي ﷺ، متصلاً كان، أو مقطوعاً، وأن المسند لا يقع إلا على ما اتصل مرفوعاً إلى النبي ﷺ.

ففرقوا بين المرفوع والمسند بأن المسند هو الذى لا يدخله انقطاع، ومما يعرف به: اتصال الرواة ولقاء بعضهم بعضاً، فلذا صار الحديث مقطوعاً، وإن كان مسنداً، لأن ظاهره يتصل إلى النبي ﷺ، وهو منقطع.

وقال آخرون: المرفوع والمسند سواء، وهما شيء واحد، والانقطاع يدخل عليهما جميعاً والاتصال.

واختلفوا فى معنى «أن» هل هى بمعنى «عن» محمولة على الاتصال بالشرائط الذى ذكرنا حتى يتبين انقطاعها، أو هى محمولة على الانقطاع حتى يعرف صحة اتصالها؟.

وذلك مثل: مالك، عن ابن شهاب، أن سعيد بن المسيب قال: «كذا».

ومثل: مالك، عن هشام بن عروة، أن أباه قال: «كذا».

ومثل: حماد بن زيد، عن أيوب، أن الحسن قال: «كذا».

فجمهور أهل العلم اتفقوا على أن «عن» و«أن» سواء وأن الاعتبار ليس بالحروف، وإنما هو باللقاء والمجالسة والسماع والمشاهدة، فإذا كان سماع بعضهم من بعض صحيحاً، كان حديث بعضهم عن بعض أبداً بأى لفظ ورد محمولاً على الاتصال حتى تتبين فيه علة الانقطاع.

وقال البرديجي: «أن» محمولة على الانقطاع، حتى يتبين السماع في ذلك الخبر بعينه من طريق آخر، أو يأتي ما يدل على أنه قد شهدته وسمعه.

قال أبو عمر: هذا عندي لا معنى له، لإجماعهم على أن الإسناد المتصل بالصحابي سواء قال فيه: قال رسول الله ﷺ، أو: أن رسول الله ﷺ قال، أو: عن رسول الله ﷺ قال: أو سمعت رسول الله ﷺ كل ذلك سواء عند العلماء، والله أعلم.

وأما التدليس: فمعناه عند جماعة أهل العلم بالحديث: أن يكون الرجل قد لقي شيخا من شيوخه فسمع منه أحاديث لم يسمع غيرها منه، ثم أخبره بعض أصحابه، ممن يثق به عن ذلك الشيخ، بأحاديث غير تلك التي سمع منه، فيحدث بها عن الشيخ دون أن يذكر صاحبه الذي حدثه بها، فيقول فيها: عن فلان، يعني ذلك الشيخ.

وهذا لا يجوز إلا في الإسناد المنعن، ولا أعلم أحدا يميز للمحدث أن يقول: «أخبرني، أو حدثني، أو سمعت» من لم يخبره، ولم يحدثه، ولم يسمع منه، وإنما يقول: اكتبوا: «فلان عن فلان»، كما لو قال مالك: اكتبوا «مالك عن نافع» أو ابن عيينة يقول: اكتبوا: «سفيان عن عمرو بن دينار»، أو الثوري، أو شعبة يقول: اكتبوا «سفيان أو شعبة عن الأعمش»، وهو قد سمعه من رجل وثق به عن الذي حمله عنه.

وهذا أخف ما يكون في الذين لقي بعضهم بعضًا، وأخذ بعضهم عن بعض، وإذا وقع ذلك فيمن لم يلقه فهو أقبح وأسمج.

وسئل يزيد بن هارون عن التدليس في الحديث فكرهه وقال: هو من التزین.

باب بيان التدليس ومن يقبل نقله ويقبل مرسله وتدليسه ومن لا يقبل ذلك منه

قال أبو عمر: الذى اجتمع عليه أئمة الحديث والفقهاء فى حال المحدث الذى يقبل نقله، ويحتج بحديثه، ويجعل سنة وحكما فى دين الله: هو أن يكون حافظاً إن حدث من حفظه، عالماً بما يحيل المعانى، ضابطاً لكتابه إن حدث من كتاب يؤدى الشىء على وجهه، متيقظاً غير مغفل، وكلهم يستحب أن يؤدى الحديث بحروفه؛ لأنه أسلم له، فإن كان من أهل الفهم والمعرفة، جاز له أن يحدث بالمعنى، وإن لم يكن كذلك لم يجز له ذلك لأنه لا يدرى لعله يحيل الحلال إلى الحرام. ويحتاج، مع ما وصفنا، أن يكون ثقة فى دينه، عدلاً جازئ الشهادة مرضياً، فإذا كان كذلك، وكان سالماً من التدليس، كان حجة فيما نقل وحمل من أثر فى الدين.

وجملة تلخيص القول فى التدليس الذى أجازته من أجازته من العلماء بالحديث، هو: أن يحدث الرجل عن شيخ قد لقيه وسمع منه، بما لم يسمع منه وسمعه من غيره عنه، فيوهم أنه سمعه من شيخه ذلك، وإنما سمعه من غيره أو من بعض أصحابه عنه، ولا يكون ذلك إلا عن ثقة، فإن دلس عن غير ثقة فهو تدليس مذموم عند جماعة أهل الحديث، وكذلك إن دلس عن من لم يسمع منه، فقد جاوز حد التدليس الذى رخص فيه من رخص من العلماء، إلى ما ينكرونه ويذمونهم ولا يحمدهم، وبالله العصمة لا شريك له.

وكل حامل علم معروف العناية به، فهو عدل محمول فى أمره أبداً على العدالة، حتى تتبين جرحته فى حاله أو فى كثرة غلطه، لقوله ﷺ: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله»^(١).

(١) أخرجه ابن عدى فى الكامل، عن على ١٤٥/١ وعن ابن عمر، وأبى هريرة، وأبى أمامة ٣١/٣ وأخرجه الديلمى فى الفردوس برقم ٨٨٣٢، ٩٠١٢ عن ابن عمر. وأخرجه العقيلي فى =

قال صالح بن أحمد بن حنبل: حدثنا علي بن المديني، قال: سمعت عبد الرحمن ابن مهدي يقول: قال شعبة يوماً: حدثني رجل، عن سفیان، عن منصور، عن إبراهيم بكذا ثم قال: ما يسرني أني قلت: قال منصور، وإن لي الدنيا كلها.

وقد يكون المحدث عدلاً جائز الشهادة، ولا يعرف معنى ما يحمل، فلا يحتج بنقله، قال أحمد بن حنبل: سمعت يزيد بن هارون يقول: قد تجوز شهادة الرجل، ولا يجوز حديثه، ولا يجوز حديثه حتى تجوز شهادته، وقال أيوب: إن بالبصرة رجلاً من أزهدهم وأكثرهم صلاة، لو شهد عندي شهادة ما أجزت شهادته، يريد فكيف أقبل حديثه؟. وقال ابن مهدي: إني لأدعو الله لقوم قد تركت حديثهم.

حدثنا عبد الوارث بن سفیان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا أحمد ابن زهير، حدثنا الوليد بن شجاع، حدثنا سويد بن عبد العزيز، عن مغيرة، قال: خرجنا إلى شيخ بلغنا أنه يحدث بأحاديث، فلما انتهينا إلى إبراهيم قال: ما حبسكم؟ قلنا: أتينا شيخاً يحدث بأحاديث، قال إبراهيم: لقد رأيتنا وما نأخذ الأحاديث إلا ممن يعرف وجوهها وإنا لنجد الشيخ يحدث بالحديث يحرف خلاله من حرامه، وما يعلم.

وقال علي بن المديني: سمعت يحيى بن سعيد، يعنى القطان، يقول: ينبغي لصاحب الحديث أن تكون فيه خصال: ينبغي أن يكون جيد الأخذ، ويفهم ما يقال له، ويصبر الرجال، ويتعاهد ذلك من نفسه.

وقد ذكرنا في باب أخبار مالك بعد هذا الباب قوله فيمن يؤخذ العلم عنه، ومذهبه في ذلك هو مذهب جمهور العلماء.

والشرط في خبر العدل على ما وصفنا: أن يروى عن مثله سماعاً واتصلاً، حتى يتصل ذلك بالنبي ﷺ.

=الضعفاء ١/١٤٥ عن علي، ٣/١٣ عن ابن عمر وأبي هريرة. والخطيب في شرف أصحاب الحديث ص ٢٨ عن أبي هريرة. وذكره في كثر العمال برقم ٢٨٩/٨ وعزاه لابن عدى والديلمي والخطيب والعقيلي. وأخرج الخطيب في شرف أصحاب الحديث ٢٩ عن مهني بن يحيى، سألت أحمد عن هذا الحديث قلت له: كأنه كلام موضوع فقال أحمد: لا، هو صحيح سمعته من غير واحد.

وأما الإرسال، فكل من عرف بالأخذ عن الضعفاء والمساخرة في ذلك، لم يحتج بما أرسله، تابعياً كان أو من دونه، وكل من عرف أنه لا يأخذ إلا عن ثقة فتدليسه ومرسله مقبول.

فمراسيل سعيد بن المسيب، ومحمد بن سيرين، وإبراهيم النخعي عندهم صحاح، وقالوا: مراسيل عطاء والحسن لا يحتج بها، لأنهما كانا يأخذان عن كل أحد، وكذلك مراسيل أبي قلابة وأبي العالية.

وقالوا: لا يقبل تدليس الأعمش لأنه إذا وقف أحال على غير ملىء، يعنون: على غير ثقة، إذا سأله عن هذا؟ قال: عن موسى بن طريف، وعباية بن ربيعي، والحسن ابن ذكوان.

قالوا: ويقبل تدليس ابن عيينة، لأنه إذا وقف أحال على ابن جريح ومعمر ونظائرهما.

أخبرني أبو عثمان سعيد بن نصر رحمه الله قال: حدثنا أبو عمر أحمد بن دحيم ابن خليل قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن عبد العزيز البغوي قال: حدثنا أحمد بن حنبل قال: حدثنا سفيان بن عيينة يوماً، عن زيد بن أسلم، عن علي بن الحسين قال: يجزى الجنب أن ينغمس في الماء، قلنا: من دون زيد بن أسلم؟ قال: معمراً، قلنا: من دون معمراً؟ قال: ذاك الصنعاني عبد الرزاق.

وروى عن ابن معين قال: كان ابن عيينة يدلس، فيقول: عن الزهري، فإذا قيل له: من دون الزهري؟ فيقول لهم: أليس لكم في الزهري مقنع؟ فيقال: بلى، فإذا استقصى عليه يقول: معمراً أكتبوا لا بارك الله لكم.

قال يحيى بن معين: وكان هشيم مدلساً، وكان الأعمش مدلساً، وكان الوليد بن مسلم مدلساً.

حدثنا أبو عبد الله محمد بن رشيقي قال: حدثنا أبو الطيب أحمد بن سليمان بن عمرو البغدادي قال: حدثنا محمد بن محمد بن سليمان الباغندي قال: حدثنا علي بن عبد الله المدني قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، عن سفيان الثوري قال: حدثنا

٦٢ مقدمة التحقيق

سليمان الأعمش، عن إبراهيم التيمي، عن أبيه، عن أبي ذر، عن النبي ﷺ قال: «من بنى لله مسجدا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة»^(١).

قال علي بن المديني: قال يحيى بن سعيد: قال سفيان، وشعبة: لم يسمع الأعمش هذا الحديث من إبراهيم التيمي.

قال أبو عمر: هذه شهادة عدلين إمامين على الأعمش بالتدليس، وأنه كان يحدث عن من لقيه بما لم يسمع منه، وربما كان بينهما رجل أو رجلان. فلمثل هذا وشبهه قال ابن معين وغيره في الأعمش: إنه مدلس.

حدثنا إسماعيل بن عبد الرحمن، حدثنا إبراهيم بن بكر بن عمران، حدثنا محمد ابن الحسين الأزدي، حدثنا عمران بن موسى، حدثنا أبو موسى الزمن، حدثنا أبو الوليد قال: سمعت أبا معاوية الضرير يقول: كنت أحدث الأعمش عن الحسن بن عمارة، عن الحكم، عن مجاهد، فيجىء أصحاب الحديث بالعشى فيقولون: حدثنا الأعمش عن مجاهد بتلك الأحاديث، فأقول: أنا حدثته عن الحسن بن عمارة، عن الحكم، عن مجاهد.

قال أبو عمر: التدليس في محدثي أهل الكوفة كثير، قال يزيد بن هارون: لم أر بالكوفة أحداً إلا وهو يدلس، إلا مسعراً، وشريكاً.

وذكر إسحاق بن إبراهيم عن أبي بكر بن عياش عن الأعمش، قال: قال لي حبيب بن أبي ثابت: لو أن رجلاً حدثني عنك بحديث، ما باليت أن أرويه عنك.

وروى معاذ بن معاذ، عن شعبة قال: ما رأيت أحداً إلا وهو يدلس، إلا عمرو بن مرة وابن عون.

(١) أخرجه البخاري في تاريخه ٣٣٠/٥ عن أنس، وأحمد في مسنده ٢٤١/١ عن ابن عباس، والطبراني في الأوسط، عن ابن عمر برقم ٧١١٠. وأخرجه ابن حبان في صحيحه ٦٨/٣، ٦٩ عن أبي ذر وعثمان.

وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٣١/١ عن عثمان، والبيهقي في السنن الكبرى ٤٣٧/٢ عن عثمان، وابن عدي في الكامل ٣٩١/١ عن أسماء.

وقال يحيى بن سعيد القطان: مالك عن سعيد بن المسيب، أحب إلى من الثوري،
عن إبراهيم، لأنه لو كان شيخ الثوري فيه رمق، لبرح به وصاح.

وقال مرة أخرى: كلاهما عندي شبه الريح.

حدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا سعيد بن عثمان، حدثنا
الحشني، حدثنا أبو موسى الزمن، حدثنا الحسن بن عبد الرحمن، عن ابن عون قال:
ذكر أيوب لمحمد يوماً حديثاً عن أبي قلابة، فقال: أبو قلابة رجل صالح، ولكن
انظر عمن ذكره أبو قلابة.

وحدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا الحضرمي، حدثنا عبد الله
ابن أحمد بن حنبل، حدثنا أبي، حدثنا إسماعيل بن علي، عن أيوب قال: كان الرجل
يحدث محمداً بالحديث فلا يقبل عليه ويقول: والله ما أتهمك ولا أتهم ذاك، ولكن
أتهم من بينكما.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا أحمد بن زهير،
حدثنا أحمد بن حنبل قال: حدثنا أبو داود، يعني الطيالسي، قال: قال شعبة: كنت
أعرف إذا جاء ما سمع قتادة مما لم يسمع.

كان إذا جاء ما سمع يقول: حدثنا أنس بن مالك، وحدثنا الحسن، وحدثنا سعيد
ابن المسيب، وحدثنا مطرف. وإذا جاء ما لم يسمع يقول: قال سعيد بن جبيرة، وقال
أبو قلابة.

وذكر أبو عيسى الترمذي، حدثنا حسين بن مهدي البصري، حدثنا عبد الرزاق،
حدثنا ابن المبارك قال: قلت لهشيم: ما لك تدلس وقد سمعت كثيراً. قال: كان
كبيرك يدلسان: الأعمش والثوري، وذكر أن الأعمش لم يسمع عن مجاهد إلا أربعة
أحاديث.

وقال: قال أبو عيسى: قلت لمحمد بن إسماعيل البخاري: لم يسمع الأعمش من
مجاهد إلا أربعة أحاديث قال: ربح، ليس بشيء، لقد عدت له أحاديث كثيرة؛ نحواً
من ثلاثين أو أقل أو أكثر، يقول فيها: حدثنا مجاهد.

قال البخارى: ولا أعرف لسفيان الثورى، عن حبيب بن أبى ثابت، ولا عن سلمة بن كهيل، ولا عن منصور، وذكر مشايخ كثيرة فقال: لا أعرف لسفيان، عن هؤلاء تدليسا، ما أقل تدليسه!

قال البخارى: وكان حميد الطويل يدلس.

حدثنا أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن سعيد قال: حدثنا أحمد بن مطرف قال: حدثنا سعيد بن عثمان الأعناقى قال: حدثنا أبو يعقوب إسحاق بن إسماعيل الأيلى

قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن زيد بن أسلم قال: قال عبد الله بن عمر: «دخل رسول الله ﷺ مسجد بنى عمرو بن عوف؛ يعنى مسجد قباء يصلى فيه، ودخل رجال من الأنصار يسلمون عليه، ودخل معهم صهيب، فسألت صهيباً: كيف كان النبى ﷺ يصنع إذا سلم عليه؟ قال: يشير بيده»^(١).

قال سفيان بن عيينة: فقلت لرجل: سل زيد بن أسلم، وفرقت أن أسأله: هل سمعت هذا من ابن عمر؟ فقال له: يا أبا أسامة! أسمعته من ابن عمر؟ قال زيد: أما أنا فقد رأيته.

قال أبو عمر: جواب زيد هذا جواب جيد عما سئل عنه وفيه دليل، والله أعلم. على أنه لم يسمع هذا الحديث من ابن عمر، ولو سمعه منه لأجاب بأنه سمعه، ولم يجب بأنه رآه، وليست الرؤية دليلاً على صحة السماع، وقد صح سماعه من ابن عمر لأحاديث، وقد ذكرنا ذلك فى أول باب من هذا الكتاب، والحمد لله.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا أحمد بن حنبل، حدثنا شعيب بن حرب، قال: قال مالك بن أنس: كنا نجلس إلى الزهرى وإلى محمد بن المنكدر، فيقول الزهرى: قال ابن عمر: كذا

(١) أخرجه الحاكم فى المستدرک عن ابن عمر كتاب الهجرة باب من صلى بمسجد قباء كان كعدل عمره ١٢/٣ عن ابن عمر. وأخرجه أحمد فى مسنده، عن ابن عمر ١٢/٦. والبيهقى فى السنن الكبرى ٢٦٢/٢ كتاب الصلاة، عن ابن عمر. وأبو داود كتاب الصلاة باب الإشارة باليد برقم ٩٤٣ ٢٤٦/١ عن أنس. وابن ماجه برقم ١٠١٧، ١/٣٢٥ عن ابن عمر كتاب الصلاة، باب المصلى يشير بيده. وأخرجه الطبرانى فى الكبير ٣٥/٨ عن ابن عمر.

وكذا، فإذا كان بعد ذلك، جلسنا إليه فقلنا له: الذى ذكرت عن ابن عمر، من أخبرك به؟ قال: ابنه سالم.

وقال حبيب بن الشهيد: قال لى محمد بن سيرين: سل الحسن ممن سمع حديث العقيقة؟ فسألته، فقال: عن سمرة.

قال أبو عمر: فهكذا مراسيل الثقات، إذا سئلوا أحالوا على الثقات.

يقولون: لم يسمع الحسن من سمرة غير حديث العقيقة؛ هكذا قال ابن معين وغيره، وقال البخارى: قد سمع منه أحاديث كثيرة، وصحح سماعه من سمرة، فيما ذكر الترمذى أبو عيسى، عن البخارى، فالله أعلم.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سليمان الأعمش قال: قلت لإبراهيم: إذا حدثتني حديثاً فأسنده فقال: إذا قلت: عن عبد الله يعنى ابن مسعود فاعلم أنه عن غير واحد، وإذا سميت لك أحداً فهو الذى سميت.

قال أبو عمر: إلى هذا نزع من أصحابنا من زعم أن مرسل الإمام أولى من مسنده، لأن فى هذا الخبر ما يدل على أن مراسيل إبراهيم النخعى أقوى من مسانيد، وهو لعمري كذلك إلا أن إبراهيم ليس بعيار على غيره.

أخبرنا أبو إسحاق إبراهيم بن شاكر، قال: حدثنا محمد بن يحيى بن عبد العزيز، قال: حدثنا أسلم بن عبد العزيز، قال حدثنا الربيع بن سليمان، قال: حدثنا الشافعى رحمه الله قال: حدثنا عمى محمد بن على بن شافع، قال: حدثنا هشام بن عروة، عن أبيه عروة بن الزبير، قال: إني لأسمع الحديث أستحسنه فما يمنعنى من ذكره إلا كراهية أن يسمعه سامع فيقتدى به، وذلك أنى أسمع من الرجل لا أثق به، قد حدث به عنى أثق به، أو أسمع من رجل أثق به، قد حدث به عنى لا أثق به، فلا أحدث به.

قال أبو عمر: هذا فعل أهل الورع والدين، كيف ترى فى مرسل عروة ابن

الزبير، وقد صح عنه ما ذكرنا؟ أليس قد كفاك المؤنة؟ ولو كان الناس على هذا المذهب كلهم، لم يحتج إلى شيء مما نحن فيه.

وفى خبر عروة هذا دليل على أن ذلك الزمان كان يحدث فيه الثقة وغير الثقة، فمن بحث وانتقد كان إماماً، ولهذا شرطنا في المرسل والمقطوع إمامة مرسله، وانتقاده لمن يأخذ عنه، وموضعه من الدين والورع والفهم والعلم.

حدثنا إسماعيل بن عبد الرحمن، حدثنا إبراهيم بن بكر بن عمران، حدثنا محمد ابن الحسين بن أحمد الأزدي الحافظ، قال: حدثنا علي بن إبراهيم قال: حدثنا الربيع ابن سليمان، قال: حدثنا الشافعي، قال: أخبرني عمي محمد بن علي بن شافع، قال: حدثني هشام بن عروة، عن أبيه عروة بن الزبير قال: إني لأسمع الحديث أستحسنه، فذكر كلام عروة كما تقدم حرفاً بحرف إلى آخره، إلا أنه قال في آخره: فأدعه لا أحدث به وزاد قال الشافعي: كان ابن سيرين، وإبراهيم النخعي، وطاوس، وغير واحد من التابعين، يذهبون إلى أن لا يقبلوا الحديث إلا عن ثقة يعرف ما يروى ويحفظ، وما رأيت أحداً من أهل الحديث يخالف هذا المذهب.

قال أبو عمر: ما أظن قول عروة هذا إلا مأخوذاً من قوله ﷺ: «من روى عني حديثاً يرى أنه كذب فهو أحد الكذابين»^(١).

ذلك أن كل من حدث بكل ما سمع، من ثقة، وغير ثقة، لم يؤمن عليه أن يحدث بالكذب والله اعلم.

حدثني أحمد بن قاسم، وسعيد بن نصر، قالوا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إسماعيل أبو إسماعيل الترمذي، قال: حدثنا نعيم بن حماد، قال: حدثنا ابن المبارك، قال: سمعت يحيى بن عبيدالله، قال: سمعت أبي يقول: سمعت أبا هريرة

(١) أخرجه ابن ماجه في المقدمة ١٥/١ برقم ٤٠ عن علي. وأخرجه أحمد ٢٥٠/٤ عن المغيرة بن شعبة، والطبراني في المعجم الكبير ٢١٥/٧ عن سمرة بن جندب، والبيهقي في دلائل النبوة ٣٤/١ عن سمرة، وابن عدي في الكامل ١٥/١ عن سمرة.

يقول: قال رسول الله ﷺ: «كفى بالمرء كذباً أن يحدث بكل ما سمع»^(١).

قال ابن المبارك: وأخبرنا إسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم قال: سمعت أبا بكر الصديق يقول: «إياكم والكذب فإنه بجانب الإيمان»^(٢).

وروينا عن الثوري، قال: قال حبيب بن أبي ثابت: الذي يروى الكذب هو الكذاب.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا بكر بن حماد، قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى القطان، وأخبرنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أبو علي الحسن ابن سلام السويقي، قال: حدثنا عفان بن مسلم، قال: حدثنا شعبة بن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن سمرة بن جندب قال: قال رسول الله ﷺ: «من روى عنى حديثاً وهو يرى أنه كذب فهو أحد الكاذبين».

قال أبو عمر: عند شعبة في هذا إسناد آخر: أخبرنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أبو علي الحسن بن أحمد ابن سلام السويقي، قال: حدثنا عفان بن مسلم، وعلي بن الجعد، قال: حدثنا شعبة، عن حبيب بن أبي ثابت، عن ميمون بن أبي شبيب، عن المغيرة ابن شعبة، عن النبي ﷺ قال: «من حدث عنى يحدث وهو يرى أنه كذب فهو أحد الكاذبين»^(٣).

ورواه الثوري عن حبيب بإسناده مثله.

حدثنا عبد الوارث قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا أبو

(١) أخرجه مسلم في المقدمة ١٠/١ عن أبي هريرة، وذكره البغوي بشرح السنة ٣٦٢/١٢.

(٢) ذكره في كنز العمال برقم ٨٠٢٦ وعزاه لأبي الشيخ في التويع، وأحمد، وابن لال في مكارم الأخلاق.

(٣) أخرجه مسلم في المقدمة باب ١/٩ عن سمرة بن جندب، وابن ماجه برقم ٤١ في المقدمة ١٥/١ عن المغيرة. وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار، عن علي، والمغيرة ١٧٥/١، وأبو نعيم في الحلية ٣٥٦/٤ عن علي. وذكره في الكنز برقم ٢٩١٧١ وعزاه لأحمد، ومسلم، وابن ماجه، عن سمرة، والترمذي برقم ٢٦٦٢ عن المغيرة ٣٦/٥ كتاب العلم، وأحمد عن علي ١١٣/١.

نعيم، قال: حدثنا سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت، عن ميمون بن أبي شبيب، عن المغيرة بن شعبة، قال: قال رسول الله ﷺ. فذكره.

حدثنا أحمد بن عبد الله بن محمد، قال: حدثنا الميمون بن حمزة الحسنى، قال: حدثنا أبو جعفر الطحاوى، قال: حدثنا المزنى، وحدثنا عبد الله بن محمد بن يوسف، قال: حدثنا سليمان بن أيوب، قال: حدثنا أسلم بن عبد العزيز، قال: حدثنا الربيع ابن سليمان، قال: حدثنا الشافعى، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «حدثوا عن بنى إسرائيل ولا حرج وحدثوا عنى ولا تكذبوا على»^(١).

قال الشافعى رحمه الله: هذا أشد حديث روى فى تخريج الرواية عمن لا يوثق بخبره عن النبى ﷺ، لأنه ﷺ معلوم منه أنه لا يبيح اختلاق الكذب على بنى إسرائيل، ولا على غيرهم، فلما فرق بين الحديث عن بنى إسرائيل، وبين الحديث عنه ﷺ، لم يحتمل إلا أنه أباح الحديث عن بنى إسرائيل عن كل أحد، وأنه من سمع منهم شيئاً جاز له أن يحدث به عن كل من سمعه منه كائناً من كان، وأن يخبر عنهم بما بلغه، لأنه، والله أعلم، ليس فى الحديث عنهم ما يقدح فى الذمريعة، ولا يوجب فيها حكماً، وقد كانت فيهم الأعاجيب، فهى التى يحدث بها عنهم، لا شىء من أمور الديانة، وهذا الوجه المباح عن بنى إسرائيل هو المحظور عنه ﷺ، فلا ينبغى لأحد أن يحدث عنه ﷺ إلا عمن يثق بخبره ويرضى دينه وأمانته لأنها ديانة.

أخبرنا عبد الوارث بن سفيان، وسعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إسماعيل الترمذى، قال: حدثنا محمد بن عبد الله الأنصارى، قال: حدثنا سليمان التيمى، عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «من كذب

(١) أخرجه أبو داود برقم ٣٦٦٢ عن أبى هريرة كتاب العلم، باب الحديث، عن بنى إسرائيل، وأخرجه الترمذى برقم ٢٦٦٩ عن ابن عمر كتاب المناقب، باب ١٨ ٣٦/٥ وأخرجه أحمد، عن ابن عمر ١٥٩/٢. وأخرجه الحميدى فى مسنده برقم ١١٦٥ عن أبى هريرة. وأخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف ٦٢/٩ عن ابن عمر.

على متعمدا فليتبوأ مقعده من النار»^(١).

أخبرنا محمد بن عبد الملك قال: أخبرنا ابن الأعرابي، قال: حدثنا سعدان ابن نصر قال: حدثنا سفيان، عن هشام بن حجير، عن طاوس قال: كنت عند ابن عباس، وبشير بن كعب العدوي يحدثه، فقال ابن عباس: عد لحديث كذا وكذا، فعاد له، ثم إنه حدث، فقال له ابن عباس: عد لحديث كذا وكذا، فعاد له، ثم إنه حدث، فقال له بشير: ما لك تسألني عن هذا الحديث من بين حديثي كله أنكرت حديثي كله وعرفت هذا؟ أو عرفت حديثي كله، وأنكرت هذا؟ فقال له ابن عباس: «إنا كنا نحدث عن رسول الله ﷺ إذ لم يكن يكذب عليه، فلما ركب الناس الصعب والذلول، تركنا الحديث عنه»^(٢).

وفي هذا الحديث دليل على أن الكذب على النبي ﷺ قد كان قد أحس به ابن عباس في عصره.

وقال رجل لابن المبارك: هل يمكن أن يكذب أحد على رسول الله ﷺ؟ فأنهه، وقال: وماذا من الكذب!

وقال حماد بن زيد: وضعت الزنادقة على رسول الله ﷺ، اثني عشر ألف حديث بثوها في الناس.

(١) أخرجه البخاري في كتاب العلم، عن الزبير ٦٣/١ برقم ١٠٧ وفي كتاب الجنائز، عن المغيرة ١٧٤/٢ برقم ١٢٩١ - وفي كتاب الأنبياء، عن ابن عمر ٣٢٨/٤ برقم ٣٤٧١. وفي كتاب الأدب، عن أبي هريرة ٨٠/٨ برقم ٦١٩٧، وأخرجه مسلم في المقدمة برقم ٤/٣ عن أبي هريرة والمغيرة ١٠/١، وابن ماجه برقم ٣٠، ١٣/١ عن ابن مسعود، وأبو داود في كتاب التشديد في الكذب على الرسول برقم ٣٦٥١ عن أبي هريرة ٣/٣١٨. والترمذي كتاب الفتنة باب ٧٠ برقم ٢٩٥١ عن ابن عباس ٥/١٩٩. وأحمد ١/٧٨، عن علي. والبيهقي في السنن، عن عقبة بن عامر ٣/٢٧٦، والطبراني في الكبير، عن طلحة بن عبيدالله ١/٧٣. وذكره السيوطي في الأزهار المتناثرة في الأحاديث المتواترة.

(٢) أخرجه مسلم في المقدمة باب ٤ النهي عن الرواية عن الضعفاء والاحتياط في تحملها برقم ٧، ١٣/١٣ عن ابن عباس.

قال أبو عمر: تخويف رسول الله ﷺ أمته بالنار على الكذب، دليل على أنه كان يعلم أنه سيكذب عليه ﷺ.

حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن الحسين بن إسحاق الرازي، حدثنا أبو الزنباع روح بن الفرغ القطان، حدثنا يحيى بن عبد الله بن بكير، ويزيد بن موهب، قالوا: حدثنا الليث بن سعد، قال: حدثني ابن شهاب، عن أنس ابن مالك، عن النبي ﷺ قال: «من كذب على قال: حسبت أنه قال: متعمداً فليتبوأ بيته في النار»^(١).

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، حدثنا قاسم، حدثنا أحمد بن زهير، حدثنا إبراهيم ابن عبد الله الهروي، حدثنا أبو غياث أصرم بن غياث قال: حدثني أبو سنان، عن هارون بن عنترة قال: قال أبو هريرة: إن هذا العلم دين، فانظروا عمن تأخذونه^(٢).

حدثنا عبد الوارث، حدثنا قاسم، حدثنا أحمد بن زهير، حدثنا الوليد بن شجاع، حدثنا ابن المبارك، عن ابن لهيعة، عن خالد بن يزيد، عن عامر بن سعد أن عقبة بن نافع قال لبنيه: يا بني لا تقبلوا الحديث عن رسول الله ﷺ إلا من ثقة.

وروينا عن ابن معين أنه قال: كان فيما أوصى به صهيب بنيه أن قال: يا بني لا تقبلوا الحديث عن رسول الله ﷺ إلا من ثقة^(٣).

وقال ابن عون: لا تأخذوا العلم إلا ممن شهد له بالطلب.

وفيما أجاز لنا عبد بن أحمد، وحدثناه عبد الله بن سعيد عنه، قال: حدثنا علي بن عمر، قال: حدثنا محمد بن مسلم، حدثنا محمد بن هشام بن البخترى، قال: حدثنا

(١) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ١/١٦٩ عن أنس، وفي معاني الآثار ٤/٢٥١.

(٢) أخرجه مسلم في المقدمة، باب ٥ عن محمد بن سيرين ١/١٤ وأخرجه السهمي في تاريخ جرحان ص ٤٧٣ عن أنس، وأخرجه ابن خبير في الفهرسة ص ١٨ عن أنس، وأخرجه ابن عدى في الكامل، عن أنس ١/١٨٤.

(٣) أخرجه مسلم في المقدمة عن سعد بن إبراهيم من قوله ١/١٥، وأخرجه بلفظه الخطيب في الكفاية، عن عقبة بن عامر ص ٧٢ وأخرج نحوه ابن عدى في الكامل ١/١٥٩ عن الحسن مرسلاً بلفظ (لا تقبلوا الحديث إلا ممن تقبلون شهادته).

هشام بن هارون، حدثنا الحسين بن خالد، عن حماد ابن زيد، عن شعيب بن الحبحاب قال: غدوت إلى أنس بن مالك فقال: يا شعيب! ما غدا بك؟ فقلت: يا أبا حمزة غدوت لأتعلم منك، وألتمس ما ينفعني فقال: يا شعيب: إن هذا العلم دين، فانظر ممن تأخذه.

وقال سعيد بن عبد العزيز: عن سليمان بن موسى قال: لا يؤخذ العلم من صحفى^(١).

وقال القاسم بن محمد: أقبح من الجهل أن أقول بغير علم، أو أحدث عن غير ثقة^(٢).

حدثنا عبد الوارث، حدثنا قاسم، حدثنا أحمد بن زهير، حدثنا أحمد بن يونس، حدثنا زائدة، حدثنا هشام بن حسان قال: قال محمد بن سيرين: انظروا عمن تأخذون هذا الحديث فإنما هو دينكم^(٣).

حدثنا عبد الوارث، حدثنا قاسم، حدثنا أحمد بن زهير، حدثنا إبراهيم ابن محمد الشافعى، حدثنا فضيل بن عياض، عن هشام، عن ابن سيرين قال: إنما هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذونه^(٤).

حدثنا أحمد بن قاسم بن عيسى المقرئ، حدثنا أبو الحسن محمد بن أحمد ابن سمعون ببغداد، حدثنا محمد بن محمد بن أبي حذيفة، حدثنا ربيعة بن الحارث، حدثنا محمد بن زياد، حدثنا هشيم، عن المغيرة، عن إبراهيم قال: إن هذه الأحاديث دين فانظروا عمن تأخذون دينكم. قال: المغيرة: كنا إذا أتينا الرجل لناخذ عنه، نظرنا إلى سمته وصلاته.

وقد روى جماعة عن هشيم، عن مغيرة، عن إبراهيم، قال: كانوا إذا أتوا الرجل ليأخذوا عنه، نظروا إلى هديه وسمته وصلاته ثم أخذوا عنه.

(١) أخرج نحوه ابن عدى فى الكامل، عن سعيد بن عبدالعزيز ١٥٦/١.

(٢) أخرج نحوه مسلم، عن القاسم بن عبيدالله فى المقدمة، باب ٤، ١٦/١.

(٣) أخرجه مسلم فى المقدمة، باب ٤، ١٤/١ عن محمد بن سيرين.

(٤) أخرجه مسلم فى المقدمة، باب ٤، ١٤/١ عن محمد بن سيرين.

أخبرنا عبد الوارث، حدثنا قاسم، حدثنا أبو إسماعيل الترمذى، حدثنا ابن أبي أويس قال: سمعت خالى مالك بن أنس يقول: إن هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذون دينكم، لقد أدركت سبعين. فذكر الحديث، وهو بتمامه فى الباب الذى هو بعد هذا فى أخبار مالك، رحمه الله.

حدثنا خلف بن أحمد، وعبد الرحمن بن يحيى، قالوا: حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا إسحاق بن إبراهيم بن النعمان، حدثنا محمد بن على بن مروان قال: سمعت عفان ابن مسلم قال: سمعت يحيى بن سعيد القطان يقول: سمعت عبد الرحمن بن مهدى يقول: سألت شعبة وابن المبارك والثورى ومالك بن أنس عن الرجل يتهم بالكذب، فقالوا: انشره فإنه دين. وروينا عن حماد بن زيد أنه قال: كلمنا شعبة فى أن يكف عن أبان ابن أبى عياش لسنه وأهل بيته، فقال لى: يا أبا إسماعيل! لا يحل الكف عنه، لأن الأمر دين.

حدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى العقيلي، حدثنا محمد بن إسماعيل، حدثنا الحسن بن على، قال: سمعت يزيد ابن هارون يقول: حدث سليمان التيمى بحديث عن ابن سيرين، فذكر له الحديث فقال له ابن سيرين: ما هذا يا سليمان، اتق الله ولا تكذب على! فقال سليمان: إنما حدثنا مؤذنتنا، أين هو؟ فجاء المؤذن، فقال سليمان: أليس حدثتني عن ابن سيرين بكذا وكذا؟ فقال: إنما حدثني رجل عن ابن سيرين!

أخبرنا خلف بن قاسم، قال: حدثنا محمد بن إبراهيم بن إسحاق بن مهران السراج، قال: حدثنا جعفر بن أحمد بن الفرج الدورى، قال: حدثنا محمد بن سعيد ابن غالب، قال: حدثنا نصر بن حماد، يعنى الوراق، قال: كنا قعوداً على باب شعبة نتذاكر الحديث، فقلت: حدثنا إسرائيل، عن أبى إسحاق، عن عبد الله بن عطاء، عن عقبه بن عامر الجهنى، قال: «كنا نتناوب رعية الإبل على عهد رسول الله ﷺ فحجت ذات يوم والنبي، عليه السلام، حوله أصحابه، فسمعتة يقول: من توضأ ثم صلى ركعتين ثم استغفر الله، غفر له. قلت: بخ بخ قال: فجذبني رجل من خلفي،

مقدمة التحقيق ٧٣

فالتفت، فإذا عمر ابن الخطاب فقال: ما لك تبخبخ؟ فقلت: عجباً بها! قال: لو سمعت التي قبلها كانت أعجب وأعجب. قلت: وما قال؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «من شهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، قيل له: ادخل من أي أبواب الجنة شئت»^(١).

قال: قال نصر: فخرج علينا شعبة فلطمني ثم رجعت فدخل، قال: ففتحيت ناحية، أبكى، ثم خرج فقال: ما له بعد يبكي؟ فقال له عبد الله بن إدريس: إنك أسأت إليه.

قال: انظر ما يحدث به عن إسرائيل، عن أبي إسحاق، عن عبد الله بن عطاء، عن عقبة بن عامر، عن النبي ﷺ، أنا قلت لأبي إسحاق: من حدثك؟ قال: حدثنا عبد الله بن عطاء، عن عقبة بن عامر، عن النبي ﷺ، فقلت لأبي إسحاق: أو سمع عبد الله من عقبة؟ قال: فغضب، ومسعر بن كدام حاضر، فقال لي مسعر: أغضبت الشيخ، فقلت: ليصحح هذا الحديث، أو لأرمين بحديثه، فقال لي مسعر: هذا عبد الله بن عطاء بمكة، قال شعبة: فرحلت إلى مكة لم أرد الحج، أردت الحديث، فلقيت عبد الله بن عطاء، فسألته، فقال: سعد بن إبراهيم حدثني، قال شعبة: فلقيت مالك ابن أنس، فسألته عن سعد، فقال: سعد بن إبراهيم بالمدينة لم يحج العام، فرحلت إلى المدينة، فلقيت سعد بن إبراهيم بالمدينة، فسألته، فقال: الحديث من عندهم، حدثني زياد بن مخرق، قال شعبة: فلما ذكر زياد بن مخرق، قلت: أي شيء هذا؟ بينما هو كوفى، إذ صار مدنيًا إذ صار بصريًا، قال شعبة: فرحلت إلى البصرة، فلقيت زياد بن مخرق، فسألته فقال: ليس الحديث من بانتك (كذا)، فقلت: حدثني به، قال: لا ترده، قلت: حدثني به، قال: حدثني شهر بن حوشب، قلت: ومن لي بهذا الحديث، لو صح لي مثل هذا عن رسول الله ﷺ كان أحب إلي من أهلي ومالي ومن الناس أجمعين.

وذكره الدارقطني عن أبي عبيد القاسم بن إسماعيل المحاملي، ومحمد بن مخلد بن

(١) أخرجه أحمد في مسنده، عن عقبة بن عامر الجهني ١٤٦/٤ وأخرجه النسائي، عن عقبة بن عامر كتاب الطهارة، باب ثواب من أحسن الوضوء، ثم صلى ركعتين ٩٥/١.

حفص العطار، قالاً: حدثنا أبو يحيى محمد بن سعيد بن غالب، قال: سمعت نصر بن حماد يقول: كنا قعوداً على باب شعبة، فذكر مثله إلى آخره.

وقد روى هذا المعنى من وجوه عن شعبة، ولذلك ذكرته عن نصر بن حماد، لأن نصر بن حماد الوراق يروى عن شعبة مناكير تركوه، وقد رواه الطيالسي عن شعبة.

حدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا أحمد بن خالد، حدثنا أحمد ابن عبد الله الصنعاني، قال: سمعت أبا حفص، يعنى الفلاس، يقول: سمعت أبا داود يقول: كنا عند شعبة، فجاء بشر بن المفضل، فقال له: أتحفظ عن أبي إسحاق، عن عبد الله بن عطاء، عن عقبة بن عامر، عن النبي ﷺ: ما من مسلم يتوضأ؟ فضحك شعبة، فقال بشر: إنا نراك قد سقط عنك حديث جيد من حديث أبي إسحاق، وتضحك، قال: فقال شعبة: كنت عند أبي إسحاق، فحدث بهذا الحديث، فقال: حدثني عبد الله بن عطاء، عن عقبة بن عامر، قال شعبة: وكان أبو إسحاق إذا حدثني عن رجل لا أعرفه، قلت: أنت أكبر أم هذا؟ فقال: حدثني ذاك الفتى، فتحولت، فإذا شاب جالس، فسألته فقال: صدق أنا حدثته، فقلت: وأنت من حدثك؟ فقال: حدثني نعيم بن أبي هند، فأتيت نعيم بن أبي هند، فقلت: من حدثك؟ قال: زياد بن مخراق، قال شعبة: فقدمت البصرة فلقيت زياد بن مخراق فسألته فقال: حدثني رجل من أهل البصرة لا أدري من هو، عن شهر بن حوشب.

· قال أبو عمر: هكذا يكون البحث والتفتيش، وهذا معروف عن شعبة، ولهذا وشبهه قال أبو عبد الرحمن النسائي: أمناء الله عز وجل على حديث رسوله ثلاثة: مالك بن أنس، وشعبة بن الحجاج، ويحيى بن سعيد القطان.

قال أبو عمر: الحديث الذي جرى ذكره بين شعبة وبشر بن المفضل من حديث أبي إسحاق، حدثناه سعيد بن نصر، حدثنا قاسم، حدثنا ابن وضاح، حدثنا أبو بكر ابن أبي شيبة، حدثنا أبو الأحوص، عن أبي إسحاق، عن عبد الله بن عطاء، عن عقبة بن عامر، قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فكنا نتناوب الرعية، فلما كانت نوبتي، سرحت، ثم رحت، فحجت ورسول الله ﷺ يخطب الناس، فسمعتة يقول: ما من مسلم يتوضأ فيسبغ الوضوء، ثم يقوم في صلاته، فيعلم ما يقول فيها

إلا انفتل وهو كيوم ولدته أمه من الخطايا، ليس عليه ذنب، قال: فما ملكت نفسي عند ذلك أن قلت: بخ بخ»^(١).

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا أحمد بن زهير، حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: سمعت يحيى بن سعيد القطان يقول: ما رأيت الكذب في أحد أكثر منه فيمن ينسب إليه الخير والزهد. وقال عفان: سمعت محمد بن يحيى بن سعيد القطان يقول: سمعت أبي يقول: ما رأيت الصالحين أكذب منهم في الحديث.

قال أبو عمر: هذا معناه، والله أعلم، أنه ينسب إلى الخير وليس كما نسب إليه وظن به.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه قيل له: أيكون المؤمن كذاباً؟ قال: لا. وهذا أيضاً على أنه لا يغلب عليه الكذب، أو لا يكذب في دينه ليضل غيره.

وقد تكلمنا على غرار هذا المعنى في باب صفوان بن سليم، والحمد لله.

حدثنا خلف بن سعيد قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن علي قال: حدثنا أحمد بن خالد قال: حدثنا علي بن عبد العزيز، وحدثنا إبراهيم بن شاذان قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن عثمان، حدثنا سعيد بن حميد، وسعيد بن عثمان، قالوا: حدثنا أحمد بن عبد الله بن صالح، قال: حدثنا محمد بن عبد الله الرقاشي، حدثنا يزيد بن زريع، حدثنا محمد بن إسحاق، قال: حدثني عاصم بن عمر بن قتادة، عن محمود بن لبيد قال: أمرني يحيى بن الحكم على جرش، فقدمتها، فحدثوني أن عبد الله بن جعفر حدثهم: أن رسول الله ﷺ قال: «اتقوا صاحب هذا الداء، يعني الجنام، كما يتقى السبع، إذا هبط وأدياً، فاهبطوا غيره»^(٢).

(١) أخرجه بلفظ الحاكم في المستدرک ٣٩٨/٢ عن عقبه بن عامر، وذكره في الكنز برقم ١٨٩٨١ وعزاه للحاكم، عن عقبه.

(٢) أخرجه البخاري في تاريخه ٢٥٤/٤ عن أبي هريرة، وذكره بكنز العمال برقم ٢٨٣٣٢ وعزاه للسيوطي، لابن سعد، عن عبد الله بن جعفر.

فقلت: والله لئن كان ابن جعفر حدثكم هذا ما كذبكم، قال: فلما عزلنى عن جرش، قدمت المدينة، فلقيت عبد الله بن جعفر، فقلت له: يا أبا جعفر، ما حديث حدثه عنك أهل جرش؟ ثم حدثته الحديث، فقال: كذبوا والله ما حدثتهم، ولقد رأيت عمر بن الخطاب يدعو بالإناء فيه الماء، فيناوله معيقياً، وقد كان أسرع فيه هذا الداء، ثم يتناوله فيتيمم بفمه موضع فمه، يعلم أنه إنما يصنع ذلك كراهية أن يدخل نفسه شيء من العدوى، ولقد كان يطلب له الطب من كل من سمع عنده بطب، حتى قدم عليه رجلان من أهل اليمن فقال: هل عندكما من طب لهذا الرجل، فإن هذا الوجع قد أسرع فيه.

قالا: أما شيء يذهب به فلا، ولكننا ندأويه دواء يقفه فلا يزيد، قال عمر: عافية عظيمة، قالوا: هل تنبت أرضك هذا الحنظل؟ قال: نعم. قالوا: فاجمع لنا منه، قال: فأمر عمر فجمع منه مكتلتان عظيمتان، فأخذنا كل حنظلة فشقاها باثنتين، ثم أخذ كل واحد منهما بقدم معيقب فجعلنا يدلكان بطون قدميه حتى إذا أمحقت طرحاها وأخذنا أخرى، حتى رأينا معيقياً يتنخمه أخضراً مرّاً، ثم أرسله قال: فوالله ما زال معيقب منها متماسكاً حتى مات.

قال أبو عمر: فهذا محمود بن لبيد يحكى عن جماعة أنهم حدثوه عن عبد الله بن جعفر بما أنكره ابن جعفر، ولم يعرفه، بل عرف ضده، وهذا فى زمن فيه الصحابة، فما ظنك بمن بعدهم؟ وقد تقدم فى هذا الباب عن ابن عباس فى عصره نحو هذا المعنى.

حدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد بن حزم، حدثنا أحمد بن خالد، حدثنا ابن وضاح حدثنا أحمد بن سعد، حدثنا عمى سعيد بن أبى مریم، عن الليث ابن سعد، قال: قدم علينا رجل من أهل المدينة، يريد الإسكندرية مرابطاً، فنزل على جعفر بن ربيعة، قال: فعرضوا له بالحملان وعرضوا له بالمعونة فلم يقبل. واجتمع هو وأصحابنا: يزيد بن أبى حبيب وغيره، فأقبل يحدثهم: حدثنى نافع، عن عبد الله بن عمر، عن رسول الله ﷺ قال: فجمعوا تلك الأحاديث، وكتبوا بها إلى ابن نافع، وقالوا له: إن رجلاً قدم علينا وخرج إلى الإسكندرية مرابطاً، وحدثنا، فأجبنا ألا

يكون بيننا وبينك فيها أحد، فكتب إليهم: والله ما حدث أبي من هذا بحرف قط، فانظروا عمن تأخذون، واحذروا قصاصنا ومن يأتيكم.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا محمد بن الجهم، حدثنا يعلى، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن الشعبي، عن الربيع بن خثيم، قال: «من قال لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، يحيى ويميت، وهو على كل شيء قدير، عشر مرات كان له كعتق عشر رقاب أو رقبة»^(١).

قال الشعبي: فقلت للربيع بن خثيم: من حدثك بهذا الحديث؟ فقال: عمرو بن ميمون الأودي، فقلت لعمرو بن ميمون، فقلت: من حدثك بهذا الحديث؟ فقال: عبد الرحمن بن أبي ليلى، فقلت ابن أبي ليلى، فقلت: من حدثك؟ قال: أبو أيوب الأنصاري صاحب رسول الله ﷺ.

فعلى هذا كان الناس على البحث عن الإسناد، وما زال الناس يرسلون الأحاديث، ولكن النفس أسكن عند الإسناد وأشد طمأنينة، والأصل ما قدمنا.

حدثني خلف بن القاسم، قال: حدثنا أبو الميمون عبد الرحمن بن عمر بن راشد البجلي بدمشق، قال: حدثنا أبو زرعة الدمشقي، قال: حدثنا الحسن ابن الصباح، قال: حدثنا أبو قطن، عن أبي خلدة، عن أبي العالية، قال: كنا نسمع الرواية بالبصرة عن أصحاب رسول الله ﷺ، فما رضينا حتى رحلنا إليهم، فسمعناها من أفواههم.

حدثنا أبو عمر أحمد بن محمد بن أحمد، قال: حدثنا أبو علي الحسن بن سلمة بن المعلبي قال: حدثنا أبو عبد الله بن بحر المصري، قال: حدثنا الحسين ابن الحسن المروزي، قال: سمعت ابن المبارك يقول: لولا الإسناد لقال كل من شاء ما شاء، ولكن إذا قيل له عمن؟ بقي.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا بكر بن حماد،

(١) أخرجه بلفظه أحمد في مسنده، عن أبي أيوب الأنصاري ٤١٨/٥. وذكره في الكنز برقم

٣٧٢٢ وعزاه للبيهقي، والترمذي، والنسائي، عن أبي أيوب، وأخرجه البيهقي في الشعب، عن

أبي أيوب برقم ٥٩٣-٥٩٥.

قال: حدثنا مسدد قال: حدثنا عبد الواحد قال: حدثنا عاصم الأحول، عن أبي العالية، قال: حدثني من سمع من رسول الله ﷺ يقول: «اعطوا كل سورة حظها من الركوع والسجود»^(١). قال عاصم: فقلت لأبي العالية: أنسيت من حدثك؟ قال: لا، وإنني لأذكره، وأذكر المكان الذي حدثني فيه.

حدثنا خلف بن أحمد الأموي مولى لهم، قال: أخبرنا أحمد بن سعيد قال: حدثنا محمد بن قاسم قال: حدثنا محمد بن خيرون قال: حدثنا محمد بن الحسين البغدادي قال: سمعت أحمد بن حنبل يقول: سمعت يحيى بن سعيد يقول: «الإسناد من الدين»^(٢).

قال يحيى: وسمعت شعبة يقول: إنما يعلم صحة الحديث بصحة الإسناد. وقرأت على خلف بن القاسم، أن أبا الميمون عبد الرحمن بن عمر الدمشقي حدثهم بدمشق، قال: حدثنا أبو زرعة قال: حدثنا أبو مسهر قال: حدثنا عقبة صاحب الأوزاعي، قال: سمعت الأوزاعي يقول: ما ذهب العلم إلا ذهاب الإسناد.

أخبرنا أبو محمد إسماعيل بن عبد الرحمن القرشي، قال: حدثنا إبراهيم بن بكر بن عمران، قال: حدثنا أبو الفتح محمد بن الحسين الأزدي الموصلي الحافظ، قال: حدثنا عمران بن موسى، قال: حدثنا محمد بن المثني، قال: حدثنا الحسين بن عبد الرحمن، قال: حدثنا ابن عون، قال: كان الحسن يحدثنا بأحاديث لو كان يسندها لكان أحب إلينا.

قال أبو عمر: اختلف النار في مراسيل الحسن، فقبلها قوم، وأباها آخرون، وقد روى حماد بن سلمة، عن علي بن زيد قال: ربما حدثت بالحديث الحسن، ثم أسمعه بعد يحدث به، فأقول من حدثك يا أبا سعيد؟ فيقول: ما أدري! غير أنني قد سمعته من ثقة، فأقول: أنا حدثك به.

وقال عباد بن منصور: سمعت الحسن يقول: ما حدثني به رجلا، قلت: قال رسول الله ﷺ.

(١) أخرجه أحمد في مسنده ٥٩/٥ عن أبي العالية، عن سمع من النبي ﷺ.

(٢) روى نحوه عن ابن المبارك كذا في تحفة الأحوذى بشرح الترمذى ٣٣٨/٤، ٤٧٦/١٠.

وقال ابن عون: قال بكر المزني للحسن، وأنا عنده: عن هذه الأحاديث التي تقول فيها: قال رسول الله ﷺ، قال: عنك وعن هذا.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا أحمد بن زهير، حدثنا أبي، حدثنا يزيد بن هارون، قال: حدثنا بقية بن الوليد، قال: حدثنا أبو العلاء، عن مجاهد، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «هلك أمتي في القدرية والعصية والرواية عن غير ثبت»^(١).

هذا حديث انفرد به بقية عن أبي العلاء؛ وهو إسناد فيه ضعف لا تقوم به حجة، ولكننا ذكرناه ليعرف، والحديث الضعيف لا يرفع، وإن لم يحتج به، ورب حديث ضعيف الإسناد صحيح المعنى.

حدثنا أبو عثمان سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ قال: حدثنا محمد ابن إسماعيل الترمذي قال: حدثنا الحميدي قال: حدثنا سفيان قال: سمعت سعد ابن إبراهيم يقول: لا يحدث عن رسول الله ﷺ إلا الثقات، وهذا معناه: لا يحدث عن رسول الله من لم يلقه، إلا من يعرف كيف يؤخذ الحديث وعمن يؤخذ، وهو الثقة.

حدثنا خلف بن أحمد الأموي قال: حدثنا أحمد بن سعيد الصديقي قال: حدثنا أبو جعفر العقيلي قال: حدثنا جدي، وحدثنا عبد الله بن محمد بن يوسف قال: حدثنا يوسف بن أحمد قال: حدثنا أبو جعفر محمد بن عمرو ابن موسى العقيلي قال: حدثنا علي بن عبد العزيز قال: حدثنا القعبي قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن معان بن رفاعة السلامي، عن إبراهيم بن عبد الرحمن العذري قال: قال رسول الله ﷺ: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله، ينفون عنه

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ٩٠/١١ عن ابن عباس، وعن أبي قتادة ١٤٢/١ وابن عدي في الكامل، عن ابن عباس ١٤٢/١، ١٤٣، وعن أبي قتادة ١٤٢/١ ورواه ابن أبي عاصم في السنة ١٤٣/١ عن ابن عباس، وأخرجه الطبراني في الأوسط برقم ٣٥٧٩، ٣٣٦/٦ عن أبي قتادة. وذكره في الكنز برقم ٤٣٩٥٢ وعزاه للطبراني في الأوسط، عن أبي قتادة، وفي الكبير، عن ابن عباس.

تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين»^(١).

وحدثنا إسماعيل بن عبد الرحمن قال: حدثنا إبراهيم بن بكر قال: حدثنا محمد بن الحسين الأزدي قال: حدثنا أبو يعلى، وعبد الله بن محمد قالوا: حدثنا أبو الريح الزهراني، عن حماد بن زيد، عن بقية بن الوليد، عن معان ابن رفاعة، عن إبراهيم بن عبد الرحمن العذري قال: قال رسول الله ﷺ: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله، ينفون عنه تحريف الغالين، وتأويل الجاهلين، وانتحال المبطلين».

حدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى العقيلي قال: حدثنا أحمد بن داود القومسي قال: حدثنا عبد الله بن عمر الخطابي قال: حدثنا خالد بن عمرو، عن الليث بن سعد، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي قبيل، عن عبد الله بن عمرو، وأبي هريرة قالوا: قال رسول الله ﷺ يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله، فذكره.

وروي أيضا من حديث القاسم بن عبد الرحمن، عن أبي أمامة، عن النبي ﷺ مثله سواء.

حدثنا خلف بن أحمد قال: حدثنا أحمد بن سعيد قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن الفرج الزطني قال: حدثنا محمد بن زكرياء الجوهري قال: سمعت أبا رجاء يقول: بلغني أن عبد الرحمن بن مهدي قال لابن المبارك: أما تخشى على هذا الحديث أن يفسدوه! قال: كلا! فأين جهابذته.

حدثنا خلف بن القاسم قال: حدثنا عبد الله بن جعفر بن الورد قال: حدثنا أبو علي الحسن بن ياسر البغدادي قال: حدثنا أبو حاتم الرازي قال: حدثنا عبدة بن سليمان المروزي قال: قلت لابن المبارك: أما تخشى على العلم أن يجيء المبتدع، فيزيد في الحديث ما ليس منه؟ قال: لا أخشى هذا بعيش الجهابذة النقاد.

(١) أخرجه الخطيب في شرف أصحاب الحديث، عن معاذ بن جبل ص ١١، ١٤، ٥٢، ٥٣، وابن عدى في الكامل ١/١٤٥ عن علي بن أبي طالب، وذكره في كنز العمال برقم ٢٨٩١٨ وعزاه السيوطي لابن عدى في الكامل، والبيهقي، والخطيب في تاريخه، وابن عساكر في تاريخه، عن أسامة بن زيد، والدلمي، عن ابن عمر.

مقدمة التحقيق ٨١

قال أبو عمر: لعلم الإسناد طرق يصعب سلوكها على من لم يصل بعنايته إليها، ويقطع كثيرا من أيامه فيها، ومن اقتصر على حديث مالك رحمه الله فقد كفى تعب التفتيش والبحث، ووضع يده من ذلك على عروة وثقى لا تنفصم؛ لأن مالكاً قد انتقد وانتقى، وخلص ولم يرو إلا عن ثقة حجة. وسترى موقع مراسلات كتابه وموضعها من الصحة والاشتهار في النقل في كتابنا هذا، إن شاء الله.

وإنما روى مالك عن عبد الكريم بن أبي المخارق، وهو مجتمع على ضعفه وتركه، لأنه لم يعرفه إذ لم يكن من أهل بلده، وكان حسن السمعة والصلاة فغره ذلك منه، ولم يدخل في كتابه عنه حكماً أفرد به.

* * *

قال أبو عمر: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري في كتابه الاستيعاب^(١):

باب ذكر عيون من أخبار مالك رحمه الله

وذكر فضل موطنه

حدثنا أحمد بن سعيد بن بشر، وأحمد بن القاسم بن عبد الرحمن قالا: حدثنا محمد ابن عبد الله بن أبي دليم قال: حدثنا محمد بن وضاح قال: حدثنا الحارث بن مسكين قال: سمعت عبد الله بن وهب يقول: لولا أنى أدركت مالكاً والليث لضللت.

قال ابن وضاح: وسمعت أبا جعفر الأيلي يقول: سمعت ابن وهب ما لا أحصى يقول: لولا أن الله أنقذني بمالك والليث لضللت.

حدثنا أحمد بن عبد الله قال: حدثنا عبد الرحمن بن عبد الله قال: حدثنا أحمد بن الحسين، قال: حدثنا علي قال: حدثنا هارون قال: سمعت الشافعي يقول، وذكر الأحكام والسنن، فقال: العلم يعني الحديث يدور على ثلاثة: مالك بن أنس، وسفيان ابن عيينة، والليث بن سعد.

(١) انظر: الاستيعاب تاريخ خليفة ٤٣٢/١، ٧١٩/٢، طبقات خليفة ٢٧٥، المعارف ٤٩٨ - ٤٩٩، مشاهير الأمصار ترجمة ١١١، الخلية ٣١٦/٦، أنساب العرب ٤٣٥/١ - ٤٣٦، الفهرست ترجمة ٧٤٠، طبقات الشيرازي ٦٧، تذكرة الحفاظ ٢/٤٩، صفة الصفوة ١٧٧/٢ - ١٨٠، الكامل لابن الأثير ١٤٧/٦، تهذيب الأسماء ٧٥/٢ - ٧٩، وفيات الأعيان ٢٧٢/١، مرآة الجنان ٣٧٣/١ - ٣٧٧، البداية والنهاية ١٧٤/١٠ - ١٧٥، الديات المذهب ٥٥/١ - ١٣٩، تهذيب التهذيب ٥/١٠، النجوم الزاهرة ٩٦/٢ - ٩٧، مفتاح السعادة ١٢/٢، ٨٤ - ٨٨، التاريخ الكبير ٣١٠/٧، الصغيره ٢٢٠/٢، الطبقات الكبرى ٤٥، تهذيب التهذيب ١٤/٤، الكاشف ١١٢/٣، تاريخ ابن معين ٥٤٣/٢ - ٥٤٦، الأنساب ٢٨٧/١، اللباب ٦٩/١، الرسالة ١٣، مروج الذهب ٣٥٠/٣، طبقات الحفاظ ٨٩، تاريخ الخميس ٣٣٣/٢، سير أعلام النبلاء ٤٨/٨.

مقدمة التحقيق ٨٣

وقال عبد الرحمن بن مهدي: أئمة الناس في زمانهم أربعة: سفيان الثوري بالكوفة ومالك بالحجاز، والأوزاعي بالشام، وحماد بن زيد بالبصرة.

حدثنا أحمد بن محمد بن أحمد قال: حدثنا محمد بن معاوية بن عبد الرحمن، وحدثنا خلف بن القاسم بن سهل قال: حدثنا الحسن بن رشيق أنهما الاثنان سمعا أبا عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي يقول: أمناء الله عز وجل على علم رسوله ﷺ: شعبة بن الحجاج، ومالك بن أنس، ويحيى ابن سعيد القطان، قال: والثوري إمام، إلا أنه كان يروى عن الضعفاء، قال: وكذلك ابن المبارك من أجل أهل زمانه إلا أنه يروى عن الضعفاء قال: وما أحد عندي بعد التابعين أنبل من مالك بن أنس ولا أجل ولا آمن على الحديث منه، ثم شعبة في الحديث، ثم يحيى بن سعيد القطان، وليس بعد التابعين، آمن من هؤلاء الثلاثة ولا أقل رواية عن الضعفاء.

وقال يحيى القطان: سفيان وشعبة ليس لهما ثالث إلا مالك.

حدثنا عبد الله بن محمد بن يوسف قال: حدثنا يحيى بن مالك قال: حدثنا محمد ابن سليمان بن أبي الشريف قال: حدثنا إبراهيم بن إسماعيل الغافقي قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن عبد الحكم والربيع بن سليمان قالوا: سمعنا الشافعي يقول: لولا مالك وسفيان، يعنى ابن عيينة لذهب علم الحجاز، قالوا: وسمعنا الشافعي يقول: كان مالك إذا شك في الحديث طرحه كله.

حدثنا عبد الله، حدثنا يحيى، حدثنا ابن أبي الشريف، حدثنا إبراهيم بن إسماعيل، حدثنا محمد بن عبد الحكم قال: سمعت الشافعي يقول: إذا جاء الأثر فمالك النجم.

حدثني خلف بن قاسم قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن المفسر قال: حدثنا أحمد ابن علي بن سعيد القاضي قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري قال: كنا عند حماد بن زيد، فجاءه نعي مالك بن أنس، فسالت دموعه، ثم قال: يرحم الله أبا عبيد الله، لقد كان من الدين بمكان، ثم قال حماد: سمعت أيوب يقول: لقد كانت له حلقة في حياة نافع.

حدثنا أحمد بن عبد الله بن محمد بن علي قال: حدثنا أبي قال: أخبرنا مسلم بن عبد العزيز قال: حدثنا الربيع بن سليمان قال: سمعت الشافعي يقول: إذا جاء الحديث عن مالك فشد به يدك، قال: وسمعت الشافعي يقول: إذا جاء الأثر فمالك النجم.

حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا عبد الله بن جعفر بن الورد، حدثنا عبد الله بن أحمد بن عبد السلام الخفاف قال: حدثنا محمد بن إسماعيل البخاري قال: سمعت علي بن المديني يقول: مالك إمام، قال علي: وسمعت سفيان بن عيينة يقول: مالك إمام.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا أحمد بن زهير، حدثنا علي بن المديني قال: حدثنا أيوب بن المتوكل عن عبد الرحمن ابن مهدي قال: لا يكون إماماً في العلم من أخذ بالشاذ من العلم، ولا يكون إماماً في العلم من يروى عن كل أحد، ولا يكون إماماً في العلم من روى كل ما سمع، قال: والحفظ الإتيان.

قال أبو عمر: معلوم أن مالكا كان من أشد الناس تركاً لشذوذ العلم وأشدهم انتقاداً للرجال، وأقلهم تكلفاً، وأتقنهم حفظاً، فلذلك صار إماماً.

حدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا محمد بن عبد الملك ابن أيمن، حدثنا علان، حدثنا صالح بن أحمد بن حنبل، حدثنا علي بن المديني قال: سمعت يحيى بن سعيد القطان يقول: كان مالك إماماً في الحديث.

قال علي: وسمعت ابن عيينة يقول: ما كان أشد انتقاد مالك للرجال وأعلمه بهم. قال صالح: وحدثنا علي بن المديني قال: سمعت عبد الرحمن بن مهدي يقول: أخبرني وهيب بن خالد؛ وكان من أبصر الناس بالحديث وبالرجال، أنه قدم المدينة قال: فلم أر أحداً إلا يعرف وينكر إلا مالكا ويحيى ابن سعيد.

وكان عبد الرحمن بن مهدي يقول: ما أقدم علي مالك في صحة الحديث أحداً.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان قال: حدثنا قاسم بن أصبغ قال: حدثنا أبو يحيى

عبد الله بن أبي مسرة بمكة قال: حدثني مطرف بن عبد الله، عن مالك بن أنس قال: لقد تركت جماعة من أهل المدينة ما أخذت عنهم من العلم شيئاً، وإنهم لمن يؤخذ عنهم العلم، وكانوا أصنافاً، فمنهم من كان كذاباً في غير علمه، تركته لكذبه، ومنهم من كان جاهلاً بما عنده، فلم يكن عندي موضعاً للأخذ عنه لجهله، ومنهم من كان يدين برأى سوء.

حدثنا أبو القاسم خلف بن القاسم قراءة مني عليه أن أبا الطاهر محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى القاضى بمصر حدثهم قال: حدثنا جعفر بن محمد بن الحسين الفريابى قال: حدثني إبراهيم بن المنذر الخزامى قال: حدثنا معن ابن عيسى ومحمد بن صدقة، أحدهما أو كلاهما قالوا: كان مالك بن أنس يقول: «لا يؤخذ العلم من أربعة، ويؤخذ من سوى ذلك: لا يؤخذ من سفيه، ولا يؤخذ من صاحب هوى يدعو الناس إلى هواه، ولا من كذاب يكذب في أحاديث الناس، وإن كان لا يتهم على أحاديث رسول الله ﷺ، ولا من شيخ له فضل وصلاح وعبادة، إذا كان لا يعرف ما يحدث»^(١).

قال إبراهيم بن المنذر، فذكرت هذا الحديث لمطرف بن عبد الله فقال: أشهد على مالك لسمعته يقول: أدركت بهذا البلد مشيخة أهل فضل وصلاح يحدثون، ما سمعت من أحد منهم شيئاً قط. قيل له: لم يا أبا عبد الله؟ قال: كانوا لا يعرفون ما يحدثون. وحدثنا خلف، حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا أبو جعفر العقيلي، حدثنا محمد ابن إسماعيل الصائغ، حدثنا إبراهيم بن المنذر، أخبرنا معن بن عيسى قال: كان مالك بن أنس يقول: لا يؤخذ العلم من أربعة، فذكره إلى آخره سواء، لم يذكر فيه محمد بن صدقة.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إسماعيل الترمذى، قال: سمعت ابن أبي أويس يقول: سمعت خالى مالك بن أنس يقول: إن هذا العلم دين، فانظروا عمن تأخذون دينكم، لقد أدركت سبعين ممن يحدث: قال فلان: قال رسول الله ﷺ: عند هذه الأساطين، وأشار إلى مسجد

(١) أخرج نحوه الخطيب في الكفاية، عن ابن المبارك ص ٢٢٧.

رسول الله ﷺ فما أخذت عنهم شيئاً، وإن أحدهم لو أوْتمن على بيت المال لكان أميناً، لأنهم لم يكونوا من أهل هذا الشأن، وقدم علينا ابن شهاب، فكنا نزدحم على بابه.

وحدثنا خلف بن أحمد، وعبد الرحمن بن يحيى قالوا: حدثنا أحمد بن سعيد قال: حدثنا محمد بن أحمد قال: حدثنا ابن وضاح قال: حدثنا ابن أبي مريم قال: سمعت أشهب يقول: سمعت مالكا يقول: أدركت بالمدينة مشايخ أبناء مائة وأكثر، فبعضهم قد حدثت بأحاديثه، وبعضهم لم أحدث بأحاديثه كلها، وبعضهم لم أحدث من أحاديثه شيئاً، ولم أترك الحديث عنهم لأنهم لم يكونوا ثقات فيما حملوا، إلا أنهم حملوا شيئاً لم يعقلوه.

وحدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا سعيد بن عثمان، حدثنا محمد بن عبد الواحد الخولاني، حدثنا محمد بن عبد الله بن عبد الرحيم البرقي، حدثنا عمر بن أبي سلمة الدمشقي، عن ابن كنانة، عن مالك، قال: ربما جلس إلينا الشيخ، فيتحدث كل نهاره ما نأخذ عنه حديثاً واحداً، وما بنا أنا نتهمه، ولكنه ليس من أهل الحديث.

حدثنا أبو عثمان سعيد بن نصر، وأبو القاسم عبد الوارث بن سفيان قالوا: حدثنا قاسم بن أصبغ قال: حدثنا أبو قلابة محمد بن عبد الملك الرقاشي قال: حدثنا بشر بن عمر قال: سألت مالك بن أنس عن رجل فقال: هل رأيته في كتبي؟ قلت: لا، قال: لو كان ثقة لرأيته في كتبي.

ومما يؤيد قول مالك رحمه الله أنه لا يأخذ عن الكذاب في أحاديث الناس وإن لم يكذب في حديث رسول الله ﷺ: ما رواه عبد الرزاق، عن معمر، عن موسى الجندی قال: رد رسول الله ﷺ شهادة رجل في كذبة كذبها. قال معمر: لا أدري أكذب على الله أو على رسوله أو كذب على أحد من الناس.

حدثنا أبو القاسم عبد الرحمن بن عبد الله بن خالد الهمداني قال: حدثنا أبو بكر أحمد بن جعفر بن حمدان بن مالك، حدثنا أبو إسحاق إبراهيم بن

إسحاق الحربي قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة قال: حدثنا عبد الرزاق فذكره.

حدثنا خلف بن أحمد، قال: حدثنا أحمد بن سعيد قال: حدثنا محمد بن عمرو العقبلي قال: حدثنا أحمد بن زكرياء قال: حدثنا أحمد بن عبد المؤمن قال: حدثنا يحيى بن قعنب قال: حدثنا حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا أطلع على أحد من أهل بيته يكذب لم يزل معرضاً عنه حتى يحدث لله توبة»^(١).

حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا سعيد بن عثمان بن السكن، حدثنا بدر ابن الهيثم القاضي، حدثنا أحمد بن عثمان بن حكيم الأودي، حدثنا علي بن حكيم، حدثنا إبراهيم بن عبد الله الأنصاري قال: سئل شريك، فقيل له: يا أبا عبد الله، رجل سمعته يكذب متعمداً أصلي خلفه؟ قال: لا.

قال أبو عمر: قال يحيى بن معين: آلة المحدث الصدق.

حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا الحسين بن عبد الله القرشي، حدثنا عبد الله بن محمد القاضي، حدثنا يونس بن عبد الأعلى قال: سمعت بشر بن بكر قال: رأيت الأوزاعي في المنام مع جماعة من العلماء في الجنة فقلت: وأين مالك بن أنس؟ فقيل رفع، فقلت: بم ذا؟ قال: بصدقه.

حدثنا إسماعيل بن عبد الرحمن، حدثنا إبراهيم بن بكر بن عمران، حدثنا محمد ابن الحسين بن أحمد الأزدي الحافظ، حدثنا زكرياء بن يحيى الساجي، حدثنا محمد ابن عبد الرحمن بن صالح الأزدي قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم قال: حدثنا مطرف قال: سمعت مالك بن أنس يقول: قل ما كان رجل صادقاً لا يكذب إلا متع بعقله، ولم يصبه ما يصيب غيره من الهرم والخرف.

أخبرنا أبو محمد عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن قال: حدثنا إسماعيل بن محمد الصفار، قال: حدثنا إسماعيل بن إسحاق القاضي قال: حدثنا نصر بن علي قال: حدثنا حسين بن عروة، عن مالك قال: قدم علينا الزهري، فأتيناه ومعنا ربيعة،

(١) وذكره في كثر العمال برقم ١٨٣٨١ وعزاه لأحمد، والحاكم، عن عائشة.

فحدثنا بنيف وأربعين حديثاً، قال ثم أتينا من الغد فقال: انظروا كتاباً حتى أحدثكم منه، أرايتم ما حدثتكم أمس أى شىء فى أيديكم منه؟ قال: فقال له ربيعة: ها هنا من يرد عليك ما حدثت به أمس، قال: من هو؟ قال: ابن أبى عامر، قال: هات فحدثته بأربعين حديثاً منها، فقال الزهرى: ما كنت أظن أنه بقى أحد يحفظ هذا غيرى.

قال إسماعيل: وحدثنى عتيق بن يعقوب، قال: سمعت مالكا يقول: حدثنى ابن شهاب ببضعة وأربعين حديثاً، ثم قال: إيه أعد علىّ، فأعدت عليه أربعين، وأسقطت البضع.

حدثنا أبو عثمان سعيد بن سيد بن سعيد، وعبد الله بن محمد بن يوسف، قالوا: حدثنا عبد الله بن محمد الباجى، قال: حدثنا الحسن بن عبد الله الزبيدى، قال: حدثنا أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الأصبهاني فى المسجد الحرام، قال: حدثنا مصعب بن عبد الله الزبيرى، قال: سمعت أبى يقول: كنت جالسا مع مالك بن أنس فى مسجد رسول الله ﷺ إذ أتاه رجل فقال: أيكم أبو عبد الله مالك؟ فقالوا: هذا، فجاء فسلم عليه، واعتنقه، وقبل بين عينيه، وضمه إلى صدره، وقال: والله لقد رأيت البارحة رسول الله ﷺ جالسا فى هذا الموضع، فقال: هاتوا مالكاً، فأتى بك ترتعد فرائصك، فقال: ليس بك بأس يا أبا عبد الله، وكناك، وقال: اجلس، فجلست، فقال: افتح حجرك، ففتحت، فملاهُ مسكاً منثوراً، وقال: ضمه إليك، وبثه فى أمتى، قال: فبكى مالك طويلاً، وقال: الرؤيا تسر، ولا تغر، وإن صدقت رؤياك، فهو العلم الذى أودعنى الله.

وقال ابن بكير: عن أبى لهيعة قال: قدم علينا أبو الأسود يعنى يتيم عروة سنة إحدى وثلاثين ومائة، فقلت: من للرأى بعد ربيعة بالحجاز؟ فقال: الغلام الأصبهى.

وعن ابن مهدي أنه سئل: من أعلم: مالك أم أبو حنيفة؟ فقال: مالك أعلم من أستاذ أبى حنيفة، يعنى حماد بن أبى سليمان.

أخبرنى خلف بن قاسم، قال: حدثنا ابن سفيان، قال: حدثنا إبراهيم بن عثمان،

مقدمة التحقيق ٨٩

قال: حدثنا أبو داود السجستاني قال: سمعت أحمد بن حنبل يقول: مالك بن أنس أتبع من سفيان.

حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا أبو الميمون، حدثنا أبو زرعة قال: سمعت أحمد بن حنبل يسأل عن سفيان ومالك إذا اختلفا في الرأي، فقال: مالك أكبر في قلبي، فقلت: فمالك والأوزاعي إذا اختلفا؟ فقال: مالك أحب إلي، وإن كان الأوزاعي من الأئمة، فليل له: ومالك وإبراهيم النخعي فقال: هذا كأنه سمعه، ضعه مع أهل زمانه.

وأخبرنا خلف بن القاسم، حدثنا أبو الميمون، حدثنا أبو زرعة، حدثني الوليد ابن عقبة، حدثنا الهيثم بن جميل، قال: شهدت مالك بن أنس سئل عن ثمان وأربعين مسألة، فقال: في اثنتين وثلاثين منها لا أدري.

قال أبو زرعة: وحدثني سليم بن عبد الرحمن، حدثنا ابن وهب، عن مالك، قال: سمعت ابن هرمز يقول: ينبغي للعالم أن يورث جلساءه من بعده: لا أدري، حتى يكون أصلاً في أيديهم، فإذا سئل أحدهم عما لا يعلم، قال: لا أدري.

قال أبو زرعة: وحدثنا محمد بن إبراهيم، عن أحمد بن صالح، عن يحيى ابن حسان، عن وهب يعني ابن جرير قال: سمعت شعبة يقول: قدمت المدينة بعد موت نافع بسنة، ومالك يومئذ حلقة.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان قال: حدثنا قاسم بن أصبغ قال: حدثنا أحمد بن زهير قال: سمعت يحيى بن معين يقول: مالك بن أنس أثبت في نافع من عبيد الله ابن عمر وأيوب، وقال ابن أبي مريم: قلت لابن معين: الليث أرفع عندك أو مالك؟ قال: مالك قلت: أليس مالك أعلى أصحاب الزهري؟ قال: نعم، قال: فعبيد الله أثبت في نافع أو مالك؟ قال: مالك أثبت الناس.

وقال يحيى بن معين: كان مالك من حجج الله على خلقه.

حدثنا أبو محمد قاسم بن محمد قال: حدثنا خلف بن سعد قال: حدثنا أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن، قال: حدثنا إبراهيم بن نصر الحافظ قال: سمعت يونس بن

عبد الأعلى يقول: سمعت الشافعي يقول: إذا ذكر العلماء فمالك النجم، وما أحد أمن على في علم من مالك بن أنس.

وروى طاهر بن خالد بن نزار، عن أبيه، عن سفيان بن عيينة: أنه ذكر مالك بن أنس فقال: كان لا يبلغ من الحديث إلا صحيحاً، ولا يحدث إلا عن ثقات الناس، وما أرى المدينة إلا ستخرب بعد موت مالك بن أنس.

وحدثنا قاسم بن محمد قال: حدثنا خالد بن سعد قال: حدثنا عثمان بن عبد الرحمن، قال: حدثنا إبراهيم بن نصر، قال: سمعت محمد بن عبد الله بن عبد الحكم يقول: سمعت الشافعي يقول: قال لي محمد بن الحسن: صاحبنا أعلم من صاحبك، وما كان على صاحبك أن يتكلم، وما كان لصاحبنا أن يسكت. قال: ففضبت، وقلت: نشدتك الله، من كان أعلم بسنة رسول الله ﷺ مالك أو أبو حنيفة؟ قال: مالك، لكن صاحبنا أقيس، فقلت: نعم، ومالك أعلم بكتاب الله وناسخه ومنسوخه وسنة رسول الله ﷺ من أبي حنيفة، فمن كان أعلم بكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ كان أولى بالكلام.

قال أبو عمر: الأخبار في إمامة مالك وحفظه وإتقانه وورعه وثبته أكثر من أن تحصى، وقد ألف الناس في فضائله كتباً كثيرة، وإنما ذكرت هاهنا فقراً من أخباره دالة على ما سواها.

حدثنا أحمد بن عبد الله قال: حدثنا عبد الرحمن بن محمد قال: حدثنا أحمد بن الحسن قال: حدثنا علي بن حيون قال: حدثنا هارون بن سعيد الأيلي، قال: سمعت الشافعي قال: ما كتاب أكثر صواباً بعد كتاب الله من كتاب مالك، يعني الموطأ.

حدثنا عبد الله بن محمد بن يوسف قال: حدثنا يحيى بن مالك قال: حدثنا محمد ابن سليمان بن أبي الشريف قال: حدثنا إبراهيم بن إسماعيل قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى قال: قال الشافعي: ما في الأرض بعد كتاب الله أكثر صواباً من موطأ مالك بن أنس.

وأنبأنا على بن إبراهيم قال: حدثنا الحسن بن رشيق قال: حدثنا أحمد بن علي بن الحسن المدني قال: حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح، قال: سمعت هارون بن سعيد الأيلي يقول: سمعت الشافعي يقول: ما كتاب بعد كتاب الله عز وجل أنفع من موطأ مالك بن أنس.

وحدثنا على بن إبراهيم أبو الحسن يعرف بابن حمويه، قال: حدثنا الحسن بن رشيق قال: حدثنا عبد الرحمن بن عبد المؤمن بن سليمان التنيسي أبو محمد قال: أنبأنا أحمد بن عيسى بن زيد اللخمي قال: قال لنا عمرو بن أبي سلمة: ما قرأت كتاب الجامع من موطأ مالك بن أنس إلا أتاني آت في المنام، فقال لي: هذا كلام رسول الله ﷺ حقا.

أنبأنا عبد الله بن محمد بن يحيى، قال: حدثنا أبو عبد الله محمد بن أحمد ابن محمد ابن عمرو القاضي المالكي، قال: أنبأنا إبراهيم بن حماد قال: حدثنا أبو طاهر، قال: حدثنا صفوان، عن عمر بن عبد الواحد صاحب الأوزاعي، قال: عرضنا على مالك الموطأ في أربعين يوماً فقال: كتاب ألفته في أربعين سنة أخذتموه في أربعين يوماً قلما تفقهون فيه.

حدثنا عبد الله، حدثنا القاضي، حدثنا عبد الواحد بن العباس الهاشمي، حدثنا عباس بن عبد الله الترقفي، قال: قال عبد الرحمن بن مهدي: ما كتاب بعد كتاب الله أنفع للناس من الموطأ، أو كلام هذا معناه.

حدثنا عبد الله، حدثنا القاضي، حدثنا القاسم بن علي، حدثنا إبراهيم بن الحسن السرافي، حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح قال: سمعت أبي يقول: قال ابن وهب: من كتب موطأ مالك فلا عليه أن لا يكتب من الحلال والحرام شيئاً.

وحدثنا عبد الله، حدثنا القاضي، حدثنا القاسم بن علي، حدثنا إبراهيم ابن الحسن قال: سمعت يحيى بن عثمان يقول: سمعت سعيد بن أبي مريم يقول: وهو يقرأ عليه موطأ مالك، وكان ابنا أخيه قد رحلا إلى العراق في طلب العلم، فقال سعيد: لو أن ابني أخي مكثا بالعراق عمرهما يكتبان ليلاً ونهاراً، ما أتيا بعلم يشبه

موطأ مالك، وقال: ما أتيا بسنة يجتمع عليها خلاف موطأ مالك بن أنس.

وحدثنا عبد الله، حدثنا القاضي، قال: حدثني علي بن الحسين القطان، قال: حدثنا عبد الله بن محمد القروي قال: سمعت يونس بن عبد الأعلى يقول: سمعت الشافعي يقول: ما رأيت كتاباً ألف في العلم أكثر صواباً من موطأ مالك.

حدثنا أبو القاسم خلف بن قاسم، قال: حدثنا أبو الميمون عبد الرحمن بن عمر بن راشد البجلي بدمشق، قال: حدثنا أبو زرعة عبد الرحمن بن عمرو الدمشقي، قال: حدثنا أبو مسهر، عن سعيد بن عبد العزيز، عن سليمان بن موسى، قال: إذا كان فقه الرجل حجازياً وأدبه عراقياً فقد كمل.

أنبأنا عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن، قال: أنبأنا إسماعيل بن محمد الصفار ببغداد، قال: حدثنا إسماعيل بن إسحاق القاضي قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا الأصمعي، عن سفيان بن عيينة، قال: من أراد الإسناد والحديث المعروف الذي تسكن إليه القلوب فعليه بحديث أهل المدينة.

أنبأنا أحمد بن عبد الله قال: أنبأنا عبد الرحمن بن محمد الغافقي الجوهري، قال: أخبرني محمد بن أحمد المدني، قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: قال محمد بن إدريس الشافعي: إذا وجدت متقدم أهل المدينة على شيء فلا يدخل عليك شك أنه الحق، وكل ما جاءك من غير ذلك فلا تلتفت إليه فإنك تقع في اللجاج، وتقع في البحار.

قال: وحدثنا أبو الطاهر القاضي محمد بن أحمد الذهلي، قال: حدثنا جعفر، قال: حدثنا أبو قدامة، قال: قال عبد الرحمن بن مهدي: السنة المتقدمة من سنة أهل المدينة خير من الحديث، يعني حديث أهل العراق.

حدثنا أحمد بن عمر، قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن فطيس، قال: حدثنا ملك بن سيف التجيبي، قال: حدثنا عبد الله بن عبد الحكم، قال: سمعت مالك بن أنس يقول: إذا جاوز الحديث الحرتين ضعف نخاعه.

وحدثنا أحمد بن عبد الله، قال: حدثنا عبد الرحمن بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن

مقدمة التحقيق ٩٣

الحسين، قال: حدثنا العتبي قال: حدثنا الربيع بن سليمان قال: سمعت الشافعي يقول: إذا جاوز الحديث الحرتين ضعف نخاعه.

وروى شعبة، عن عمارة بن أبي حفصة، عن أبي مجلز، عن قيس بن عباد، قال: قدمت المدينة أطلب العلم والشرف، وذكر الحديث.

وأبنا عبد الرحمن بن يحيى قال: حدثنا علي بن محمد بن مسرور، قال: حدثنا أحمد بن أبي سليمان، قال: حدثنا سحنون، قال: حدثنا ابن وهب، قال: سمعت مالكا يقول: كان عمر بن عبد العزيز يكتب إلى الأمصار يعلمهم السنن والفقهاء، ويكتب إلى المدينة يسألهم عما مضى وأن يعملوا بما عندهم، ويكتب إلى أبي بكر بن حزم، أن يجمع السنن ويكتب إليه بها، فتوفى عمر، وقد كتب ابن حزم كتباً قبل أن يبعث بها إليه.

قال ابن وهب: وحدثني مالك قال: كان أبو بكر بن حزم على قضاء المدينة قال: وولى المدينة أميراً، وقال له يوماً قائل: ما أدرى كيف أصنع بالاختلاف! فقال له أبو بكر بن حزم: يا ابن أخي، إذا وجدت أهل المدينة مجتمعين على أمر فلا تشك فيه أنه الحق.

قال ابن وهب: وقال لي مالك: لم يكن بالمدينة قط إمام أخير بمحدثين مختلفين.

حدثنا أحمد بن عبد الله قال: حدثنا عبد الرحمن بن عبد الله قال: حدثنا محمد بن أحمد الذهلي قال: حدثنا جعفر بن محمد قال: حدثنا أبو قدامة عبيد الله بن سعد قال: سمعت عبد الرحمن بن مهدي يقول: ما أدركت أحداً إلا وهو يخاف هذا الحديث إلا مالك بن أنس وحماد بن سلمة، فإنهما كان يجعلانه من أعمال البر، قال: وقال عبد الرحمن بن مهدي: السنة المتقدمة من سنة أهل المدينة خير من الحديث قال: وقال أبو قدامة: كان مالك بن أنس من أحفظ أهل زمانه. وقال عبد الرحمن بن مهدي وقد سئل أى الحديث أصح؟ قال: حديث أهل الحجاز، قيل له: ثم من؟ قال: حديث أهل البصرة، قيل ثم من؟ قال: حديث أهل الكوفة، قالوا: فالشام؟ قال: فنفض يده.

وذكر الحسن الحلواني، قال: حدثنا عبد الله بن صالح، قال: حدثني الليث عن يحيى بن سعيد قال: ما أعلم الورع اليوم إلا في أهل المدينة وأهل مصر.

قال أبو عمر: لقد أحسن القائل:

أقول لمن يروى الحديث ويكتب
 إن أحببت أن تدعى لدى الحق عالماً
 أتترك داراً كان بين بيوتها
 ومات رسول الله فيها وبعده
 وفرق سبل العلم في تابعيهم
 وخلصه بالسبك للناس مالك
 فأبرأ لتصحيح الرواية داءه
 ولو لم يلح نور الموطأ لمن سرى
 أيا طالبا للعلم إن كنت تطلب
 فبادر موطأ مالك قبل فوته
 ودع للموطأ كل علم تريده
 هو الأصل طاب الفرع منه لطيبه
 هو العلم عند الله بعد كتابه
 لقد أعربت آثاره ببيانها
 ومما به أهل الحجاز تفاخروا
 وكل كتاب بالعراق مؤلف
 ومن لم تكن كتب الموطأ ببيته
 أيحجب منه إذ علا في حياته
 جزى الله عنا في موطائه مالكا
 لقد أحسن التحصيل في كل ما روى
 لقد رفع الرحمن بالعلم قدره
 فمن قاسه بالشمس ينخسه حقه
 ويسلك سبل العلم فيه ويطلب
 فلا تعد ما يحوى من العلم يثرب
 يروح ويغدو جبرئيل المقرب
 بسنته أصحابه قد تأدبوا
 وكل امرئ منهم له فيه مذهب
 ومنه صحيح في المقال وأجرب
 وتصحيحها فيه : اء مجرب
 بليل عماه ما درى أين يذهب
 حقيقة علم الدين محضاً وترغب
 فما بعده إن فات للحق مطلب
 فإن الموطأ الشمس والعلم كوكب
 ولم لا يطيب الفرع والأصل طيب
 وفيه لسان الصدق بالحق معرب
 فليس لها في العالمين مكذب
 بأن الموطأ بالعراق محبب
 نراه بأثار الموطأ يعصب
 فذاك من التوفيق بيت مخيب
 تعاليه من بعد المنية أعجب
 بأفضل ما يجزى اللبيب المهذب
 كذا فعل من يخشى الإله ويرهب
 غلاماً وكهلاً ثم إذ هو أشيب
 كلمع نجوم الليل ساعة تضرب

يرى علمهم أهل العراق مصدعًا إذا لم يروه بالموطأ يعصب
وما لاح نور لامرئ بعد مالك فذمته من ذمة الشمس أوجب
لقد فاق أهل العلم حيا وميتًا فأضحت به الأمثال فى الناس تضرب
وما فاقهم إلا بتقوى وخشية وإذا كان يرضى فى الإله ويغضب
فلا زال يسقى قبره كل عارض بمنبعق ظلت غرابيه تسكب
ويسقى قبره حولته دون سقيه فيصبح فيها بينها وهو معشب
وما بى بخل أن تسقى كسقيه ولكن حق العلم أولى وأوجب
فله قبر دمعنا فوق ظهره وفى بطنه ودق السحاب تسكب

وقال غيره:

ألا أن فقد العلم فى فقد مالك فلا زال فينا صالح الحال مالك
فلولاه ما قامت حقوق كثيرة ولولاه لانسدت علينا المسالك
يقيم سبيل الحق والحق واضح ويهدى كما تهدى النجوم الشوابك

وقال آخر فى مالك رحمه الله :

يأبى الجواب فما يراجع هية والسائلون نواكس الأذقان
أدب الوقار وعز سلطان التقى فهو المطاع وليس ذا سلطان

حدثني أحمد بن محمد بن أحمد قال: حدثنا أحمد بن الفضل بن العباس قال:
حدثنا أحمد بن محمد بن منير قال: حدثنا محمد بن إبراهيم بن جناد قال: حدثنا
مصعب بن عبد الله الزبيرى قال: قال سفيان بن عيينة: نرى أن هذا الحديث الذى
يروى عن النبى ﷺ: «تضرب الأكباد فلا يجدون أعلم من عالم المدينة»^(١)، إنه
مالك بن أنس.

وقال مصعب: وكنت إذا لقيت سفيان بن عيينة، سألتنى عن أخبار مالك.

(١) أخرجه أحمد، عن أبى هريرة مرفوعا ٢/٢٩٩، والحميدى فى مسنده برقم ١١٤٧ عن أبى هريرة
٤٨٥/٢. وأخرجه الحاكم، عن أبى هريرة، وقال: صحيح على شرط مسلم لم يخرجاه،
المستدرک ١/٩١.

قال أبو عمر: وهذا الحديث حدثناه عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا يحيى بن عبد الحميد، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن ابن جريج، عن أبي الزبير، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «يوشك الناس أن يضربوا أكباد الإبل فلا يجدون عالماً أعلم من عالم المدينة».

وقال سعيد بن عبد الجبار: كنا عند سفيان بن عيينة، فأتاه نعي مالك بن أنس، فقال: مات والله سيد المسلمين.

وروى الحارث بن مسكين قال: أخبرنا أشهب بن عبد العزيز: قال: سألت المغيرة المخزومي - مع تباعد ما كان بينه وبين مالك - عن مالك وعبد العزيز، فقال: ما اعتدلا في العلم قط، ورفع مالكاً على عبد العزيز، وبلغني عن مطرف بن عبد الله النيسابوري الأصم صاحب مالك أنه قال: قال لي مالك: ما يقول الناس في موطئى؟ فقلت له: الناس رجلان: محب مطر، وحاسد مفتر، فقال لي مالك: إن مد بك العمر فسترى ما يراد الله به.

حدثنا عبد الله بن محمد بن يحيى قال: حدثنا محمد بن أحمد بن عمرو القاضي المالكي قال: حدثني المفضل بن محمد بن حرب المدني، قال: أول من عمل كتاباً بالمدينة على معنى الموطأ، من ذكر ما اجتمع عليه أهل المدينة عبد العزيز بن عبد الله ابن أبي سلمة الماجشون، وعمل ذلك كلاماً بغير حديث.

قال القاضي: ورأيت أنا بعض ذلك الكتاب، وسمعت من حدثني به، وفي موطأ ابن وهب منه، عن عبد العزيز غير شيء.

قال: فأتى به مالك، فنظر فيه فقال: ما أحسن ما عمل، ولو كنت أنا الذى عملت لبدأت بالآثار، ثم شددت ذلك بالكلام، قال: ثم إن مالكاً عزم على تصنيف الموطأ، فصنفه، فعمل من كان فى المدينة يوماً من العلماء الموطآت، فقيل لمالك: شغلت نفسك بعمل هذا الكتاب، وقد شركك فيه الناس، وعملوا أمثاله، فقال: اتنوني بما عملوا، فأتى بذلك، فنظر فيه، ثم نبذه،

وقال: لتعلمن أنه لا يرتفع من هذا إلا ما أريد به وجه الله.

قال: فكأنما ألقيت تلك الكتب في الآبار، وما سمع لشيء منها بعد ذلك بذكر.

حدثني أبو القاسم أحمد بن فتح بن عبد الله قال: حدثنا أحمد بن الحسن الرازي بمصر، قال: حدثنا روح بن الفرج، قال: حدثنا أبو عدى محمد بن عدى بن أبي بكر الزهري، قال: رأيت مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي، لم يكن يخضب، ومات أبيض الرأس واللحية، وشهدت جنازته.

قال أبو عمر: أبو عدى هذا هو محمد بن عدى بن أبي بكر بن إبراهيم ابن سعد ابن أبي وقاص الزهري، لا أعلم له رواية عن مالك وهو يروى عن عبد الله بن نافع وغيره من أصحاب مالك.

وولد مالك بن أنس رضى الله عنه سنة ثلاث وتسعين فيما ذكره ابن بكير، وقال محمد بن عبد الله بن عبد الحكيم: ولد مالك بن أنس سنة أربع وتسعين، قال محمد: وفيها ولد الليث بن سعد.

ولا خلاف أنه مات سنة سبع وسبعين ومائة، وفيها مات حماد بن زيد.

وقال أبو رفاعه عمار بن وثيمة بن موسى: ولد مالك في ربيع الآخر سنة أربع وتسعين، وتوفي بالمدينة لعشر خلون في ربيع الأول سنة تسع وسبعين ومائة، مرض يوم الأحد، ومات يوم الأحد، لتمام اثنين وعشرين يوماً، وغسله ابن كنانة وسعيد ابن داود ابن زبير.

قال حبيب: وكنت أنا وابنه يحيى بن مالك نصب الماء، ونزل في قبره جماعة.

قال أبو عمر: كان لمالك رحمه الله أربعة أولاد: يحيى، ومحمد، وحماد، وأم البهاء. فأما يحيى وأم البهاء، فلم يوص بهما إلى أحد فكانا مالكين لأنفسهما.

وأما حماد ومحمد، فأوصى بهما إلى إبراهيم بن حبيب، رجل من أهل المدينة، كان مشاركاً لمحمد بن بشير.

وأوصى مالك رحمه الله عليه أن يكفن في ثياب بيض، ويصلى عليه في

موضع الجنائز، فصلى عليه عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس؛ كان واليا على المدينة من قبل أبيه محمد بن إبراهيم بن علي، وحضر جنازته ماشياً، وكان أحد من حمل نعشه، وبلغ كفته خمسة دنانير، وترك رحمه الله من الناض ألفى دينار، وستمائة دينار، وتسعاً وعشرين ديناراً، وألف درهم، فكان الذى اجتمع لورثته ثلاثة آلاف دينار وثلاثمائة دينار ونيف، فقبض إبراهيم بن حبيب مال محمد وحماد وقبض يحيى ماله، وكذلك أم البهاء قبضت مالها.

وكان الذى خلف مالكا في حلقة عثمان بن عيسى بن كنانة، وحج هارون الرشيد رحمه الله عام مات مالك، فوصل يحيى بن مالك بخمسمائة دينار، ووصل جميع الفقهاء يومئذٍ بصلات سنية.

ذكر ذلك كله إسماعيل بن أبي أويس وعبد العزيز بن أبي أويس، وحبيب، وعمارة بن وثيمة وغيرهم، دخل كلام بعضهم فى بعض، والله المستعان.

وقال البخارى: مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحسى كنيته أبو عبد الله حليف عبد الرحمن بن عثمان بن عبيدالله التيمى القرشى. ابن أخى طلحة بن عبيد الله. كان إماماً، روى عنه يحيى بن سعيد الأنصارى.

وأخبرنى أحمد بن فتح، قال: حدثنا أحمد بن الحسن الرازى قال: حدثنا روح بن الفرج أبو الزباع قال: سمعت أبا مصعب يقول: مالك بن أنس من العرب صلبه وخلفه فى قریش فى بنى تيم بن مرة.

وقال خليفة بن خياط: مالك بن أنس بن أبي عامر من ذى أصبح من حمير، مات سنة تسع وسبعين، يكنى أبا عبد الله.

وقال الواقدى: عاش مالك تسعين سنة، وقال سحنون عن عبد الله بن نافع: إن مالكا توفي وهو ابن سبع وثمانين سنة، سنة تسع وسبعين ومائة، وأقام مفتياً بالمدينة بين أظهرهم ستين سنة.

قال أبو عمر: لا أعلم فى نسبه اختلافاً بين أهل العلم بالأنساب إنه مالك بن

أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن عثمان بن حنبل بن عمرو بن الحارث وهو ذو أصبح، إلا أن بعضهم قال في عثمان: غيمان بالغيث المنقوطة والياء المنقوطة من أسفل بائنين، وفي حنبل: حنبل، وقد قيل حسل، والصواب حنبل كذلك ذكره أبو محمد الحسن بن أحمد بن يعقوب الهمداني، وأنا استغرب نسب مالك إلى ذي أصبح، وأعتقد أن فيه نقصاناً كثيراً، لأن ذا أصبح قديم جداً، وذو أصبح هو الحارث بن مالك بن زيد بن قيس بن صيفى بن زرعة حمير الأصغر ابن سبأ الأصغر بن كعب كهف الظلم ابن بديل بن زيد الجمهور بن عمر بن قيس بن معاوية بن جشم بن عبد شمس بن وائل بن الغوث بن حيدان بن معن بن عريب بن زهير بن أيمن بن الهميسع بن حمير بن سبأ بن يشجب بن يغوث بن قحطان.

وقيل في اسم أمه: العالية بنت شريك بن عبد الرحمن بن شريك من الأزدي وحمل به سنتين وقيل ثلاث سنين في بطن أمه، وكان أشقر شديد البياض ربعة إلى الطول، كبير الرأس أصلع، ولم يكن بالطويل، رحمة الله، ورضوانه عليه.

روى عنه جماعة من الأئمة، وحدثوا عنه، وكلهم مات قبله بسنين ولو ذكرناهم لطال الكتاب بذكرهم، وذكر وفاة كل واحد منهم.

واختلف أهل العلم بعد ذي أصبح في رفعه إلى آدم عليه السلام بما لم أر لذكره هنا معنى، وقد ذكرنا أن ذا أصبح من حمير في كتابنا، كتاب القبائل التي روت عن النبي ﷺ، فأغنى عن إعادته هاهنا.

حدثنا خلف بن القاسم قال: حدثني عبد الله بن جعفر قال: حدثنا عبد الله بن أحمد بن عبد السلام الخفاف قال: حدثنا محمد بن إسماعيل البخاري قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر قال: حدثنا أبو بكر الأويسى قال: حدثنا سليمان بن بلال، عن نافع بن مالك بن أبي عامر، عن أبيه قال: قال لي عبد الرحمن بن عثمان بن عبيد الله التيمي: يا مالك؛ هل لك إلى ما دعانا إليه غيرك، فأبيناه عليه، أن يكون دمنا دمك، وهدمنا هدمك ما بل بحر صوفة، فأجبتته إلى ذلك.

أخبرنا علي بن إبراهيم قال: حدثنا الحسن بن رشيق قال: حدثنا علي بن يعقوب

ابن سويد الوراق، قال: حدثنا أحمد بن محمد بن الحجاج المهري قال: حدثنا إبراهيم ابن المنذر الحزامي قال: حدثنا معن بن عيسى بن عمر قال: كان نقش خاتم مالك ابن أنس: حسبي الله ونعم الوكيل، فسئل عن ذلك فقال: سمعت الله تبارك وتعالى قال لقوم، قالوا: حسبنا الله ونعم الوكيل: ﴿فَانْقَلَبُوا بِنِعْمَةِ مِنَ اللَّهِ وَفَضَّلِ لَمْ يَمَسْسَهُمْ سُوءٌ﴾ [آل عمران ١٧٤].

وأخبرنا علي بن إبراهيم قال: حدثنا أحمد بن محمد بن عبد العزيز قال: حدثنا يحيى بن بكير قال: مات مالك بن أنس في ربيع الأول سنة سبع وتسعين ومائة، وولد سنة ثلاث وتسعين.

قال الحافظ ابن عساكر في كتابه كشف المغطا في فضل الموطا: ذكر ما أسنده أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن عثمان بن حثيل بن عمرو بن الحارث وهو أصبح بن عوف بن مالك بن زيد بن شداد زرعة وهو حمير الأصغر. وأمه العالية بنت شريك بن عبد الرحمن بن شريك الأزدي. وعمومته أبو سهيل نافع، وأويس، والربيع، والنضر بنو أبي عامر.

روى عن عميه الربيع، وأويس. وروى الزهري عن أبيه أنس وعن عميه أويس، ونافع. وقال مولى التميميين: ومات مالك بالمدينة سنة تسع وسبعين ومائة، ودفن بالبقيع في خلافة هارون. وكان مولده سنة ثلاث وتسعين وتوفي وله من السن ست وثمانون سنة.

روى عنه جماعة من الأئمة ممن مات قبله، ومنهم: الزهري، ويحيى بن سعيد الأنصاري، ويزيد بن الهاد، وزيد بن أبي أنيسة، وابن جريج، وعمر بن الحارث، والأوزاعي، والثوري، وشعبة، وعمر بن محمد بن زيد وغيرهم.

ومن نظرائه: جويرية بن أسماء، وهيب، والليث بن سعيد، وحامد بن زيد وسعيد ابن عبد الرحمن الجمحي، ويحيى بن أيوب.

شيوخ الإمام مالك

إبراهيم بن عقبة^(١)

وهو إبراهيم بن عقبة بن أبي عياش المدني، مولى لآل الزبير بن العوام، وهم ثلاثة أخوة: إبراهيم بن عقبة، ومحمد بن عقبة، وموسى بن عقبة بن أبي عياش: مديون، مولى الزبير بن العوام، وكان يحيى بن معين يقول: هم موالى أم خالد بن سعيد بن العاصى، ولم يتابع يحيى على ذلك، والصواب أنهم موالى آل الزبير، كذلك قال مالك وغيره، وكذلك قال البخارى.

سمع إبراهيم بن عقبة من أم خالد بنت خالد بن سعيد بن العاصى، وهى من المبايعات، وسمع منها أخوه موسى بن عقبة حديثها فى عذاب القبر، عن النبى ﷺ، وهو مشهور.

وأما رواية إبراهيم عنها، فمن رواية الأصمعى عن ابن أبي الزناد، عن إبراهيم بن عقبة، قال: سمعت أم خالد بنت خالد بن سعيد بن العاصى تقول: أبى أول من كتب بسم الله الرحمن الرحيم، فحصل إبراهيم بروايته عن أم خالد من التابعين.

وسمع إبراهيم بن عقبة من سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، وعمر بن عبد العزيز، وعامر بن سعد بن أبى وقاص، وأبى عبد الله القراظ، وكريب مولى ابن عباس.

روى عنه مالك بن أنس ومعمر والثورى وحماد بن زيد ومحمد بن إسحاق وابن عيينة ومحمد بن جعفر بن أبى كثير والدراوردى.

وهو ثقة حجة فيما نقل، هو أسن من موسى بن عقبة، ومحمد بن عقبة أسن منه، وأكثرهم حديثا موسى، وكلهم ثقة.

(١) انظر ترجمته فى: تهذيب الكمال ١٥٢/٢، ترجمة رقم ٢١٤.

١٠٢ مقلمة التحقن

وذكر أبو داود السجستاني عن يحيى بن معين في بنى عقبة، قال: موسى أكثرهم حديثاً، ومحمد أكبرهم، قال: ومحمد وإبراهيم أثبت من موسى.
لمالك عنه في الموطأ من حديث النبي ﷺ حديث واحد مرسل عند أكثر رواة الموطأ.

* * *

إبراهيم بن أبي عبلة^(١)

إبراهيم بن أبي عبلة أبو إسحاق، وقد قيل: أبو إسماعيل، قيل: إنه عقيلي من بنى عقيل بن كعب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة، وقد قيل: إنه تميمي، فإله أعلم.
واسم أبي عبلة شمير بن يقظان بن المرتحل، معدود في التابعين، رأى ابن عمر، وأدرك أنس بن مالك وأبا أمامة وريب عباد بن الصامت أبا أبي أم حرام، وروى عنهم واختلف في سمائه من وائلة بن الأسقع، سكن الشام، وعمر طويلًا، ومات في خلافة أبي جعفر، سنة إحدى أو اثنتين وخمسين ومائة، وكان ثقة فاضلاً له أدب ومعرفة، وكان يقول الشعر الحسن، روى عنه جلة: مالك ويونس بن يزيد، وبكر بن مضر.

لمالك عنه في الموطأ من حديث رسول الله ﷺ حديث واحد مرسل.

* * *

إسماعيل بن محمد بن سعد بن أبي وقاص

أحد الجلة الأشراف، قرشي، زهري ثقة، حجة فيما نقل وروى من أثر في الدين، وقد ذكرنا نسبه عند ذكر جده في كتاب الصحابة^(٢)، وأبوه محمد بن سعد بن أبي
(١) انظر: طبقات خليفة ٣١٥، التاريخ الكبير ٣١٠/١، التاريخ الصغير ١١٣/٢، الكامل ٦٠٨/٥، تهذيب الكمال ٦٠، تهذيب التهذيب ٣٩/١، تهذيب التهذيب ١٤٢/١ - ١٤٣، الخلاصة ١٩، سير أعلام النبلاء ٣٢٣/٦.
٢ - انظر ترجمته في: طبقات ابن سعد ٣٢١/١، ٣٣٤، ٤/٢، ٣١، ١١٤، ٣٨/٣، ٨٨، ١٠١، تهذيب التهذيب ٣٢١، ٢٦٤/٤، ٩٢/٦، ٣/٧، ٩٨، تاريخ يحيى برواية الدوري ١٩٣/٢، نسب قريش =

وقاص، قتله الحجاج صبرا لخروجه مع ابن الأشعث.

أخبرني عبد الله بن محمد بن يوسف، قال: أخبرني أحمد بن محمد بن إسماعيل، قال: أخبرنا محمد بن الحسن الأنصاري، قال: أخبرنا الزبير بن أبي بكر الزبيري، قال: حدثني محمد بن حسن، عن إبراهيم بن محمد بن محمد بن عبد العزيز الزهري، عن الحكم بن القاسم الأويسي، عن عبد الرحمن بن أبي سفيان بن حويطب، قال: وفدت على عبد الملك بن مروان أيام قتل عبد الرحمن بن محمد بن الأشعث، قلت: سرهم ما كان من ظفر أمير المؤمنين وما أعطاه الله وأيده، قال: فقال: أما والله يا ابن حويطب، لقد علمت قريش أني أقتلها لها قصعا واعفاها بعد عن مسيئتها، قال: ثم وافينا العشاء فأتني بإسماعيل بن محمد بن سعد بن أبي وقاص، وبعثمان بن عمر ابن موسى بن عبيدالله التيمي، قال: فقال ليحيى بن الحكم: يا يحيى قم فانظر إلى حال هذين الغلامين هل أنبتا؟ قال: فقام ثم رجع، فقال: يا أمير المؤمنين، ما ذلك منهما إلا مثل خدودهما، فأقبل عليهما عبد الملك، فقال: لا رحم الله أبويكما، ولا جبر يتمكما، اخرجنا عنى.

قال محمد بن حسن: فحدثني عيسى بن موسى الخطمي، عن محمد بن أبي بكر الأنصاري، قال: كان الحجاج قتل أبويهما صبرا، وكانا ممن أسر من أصحاب عبد الرحمن بن محمد بن الأشعث.

٩٤-، ٢٥١، ٢٦٣، ٢٦٩، ٣٩٣، ٤٢١، طبقات خليفة ١٥، ١٢٦، تاريخ خليفة ٢٢٣، فضائل الصحابة ٧٤٨/٢، تاريخ البخاري الكبير الترجمة ١٩٠٨، وتاريخه الصغير ٢٦/١، ٥١، ٦٩، ٧٢، ٨٣، ٩١، ١٠٠ - ١٠١، ١٠٤، ١٠٨، ١١٤، المعارف ٥٥٠، الكنى للدولابي ٦٣/١، الجرح والتعديل الترجمة ٤٠٥، مشاهيره الترجمة ١٠، حلية الأولياء ٩٢/١، جهرة ابن حزم، ٧٩، ١٢٩، ١٦٧، ٢٧٣، ٣٦٥، الاستيعاب ترجمة ٩٦٨، تاريخ بغداد ١٤٤/١، الجمع لابن القيسراني ١٥٧/١، تلقيح ابن الجوزي ٤٨، ١١٨، التبيين ١٢٧، ١٥٨، ١٨٢، ٢٠٢، ٢٢٣، ٥٣ - ٢٥٤، ٢٦٩ - ٢٧٠، ٢٨٣، ٣٩٧، ٤٥٢، ٤٥٩، أسد الغابة ٢/٢٩٠، تهذيب الأسماء واللغات ٢١٣/١، تاريخ الإسلام ٢٨١/٢، العبر ٦٠/١، الكاشف الترجمة ١٨٦٤ - التجريد الترجمة ٢٢٧٢، تذكرة الحفاظ ٢٢/١، سير أعلام النبلاء ٩٢/١، نكت الهميان ١٥٥، غاية النهاية ٣٠٤/١، تهذيب ابن حجر ٤٨٣/٣، الإصابة ٣٢٢٢، خلاصة الخزرحي الترجمة ٢٤٠٣، تهذيب الكمال ٢٢٢٩.

قال أبو عمرو: روى ابن شهاب عن إسماعيل بن محمد بن إسماعيل بن سعد ابن أبي وقاص حديث المغيرة في المسح على الخفين، وحسبك.

قال البخارى: سمع إسماعيل أباه، وعامر بن سعد، ومصعب بن سعد سمع منه الزهري ومالك وابن عيينة.

وذكر الحسن بن علي الحلواني، قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا ابن المبارك، عن مصعب بن ثابت، عن إسماعيل بن محمد بن سعد، عن عامر ابن سعد، عن أبيه، قال: رأيت رسول الله ﷺ عن يمينه وعن يساره كأنى أنظر إلى صفحة خده ﷺ، فقال الزهري: ما سمعنا هذا من حديث رسول الله ﷺ، فقال له إسماعيل بن محمد: أكل حديث رسول الله ﷺ قد سمعته؟ قال: لا؟ قال: فنصفه؟ قال: لا؟ قال: فاجعل هذا في النصف الذى لم تسمع.

قال أبو عمرو: إسماعيل بن محمد بن يكنى أبا محمد، سكن المدينة ومات بها سنة أربع وثلاثين ومائة في خلافة أبي العباس فيما ذكر الواقدي والطبري.

لمالك عنه في الموطأ من حديث النبي ﷺ حديث واحد، يجرى مجرى المتصل، اختلف عن إسماعيل في إسناده، والمتن صحيح من طرق.

* * *

إسماعيل بن أبي حكيم

وهو مولى لبنى بن نوفل بن أسد بن عبد العزى بن قصي، وثقه النسائي وغيره، ولم يرو عنه البخارى وقيل ولاء إسماعيل بن أبي حكيم لآل الزبير ابن العوام، فالله أعلم. سكن المدينة، وكان فاضلاً ثقة، وتوفى بها سنة ثلاثين ومائة وقيل سنة اثنين أو ثلاث وثلاثين ومائة، وهو حجة فيما روى عند جماعة أهل العلم.

لمالك عنه في الموطأ من حديث النبي ﷺ أربعة أحاديث أحدها متصل مسند، والثلاثة منقطعة مرسل.

* * *

إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة الأنصاري^(١)

يكنى أبا نجيح، وقيل: يكنى أبا محمد، وقيل: أبا يحيى، من تابعى أهل المدينة، من صغارهم، لقي أنس بن مالك، وهو ثقة، حجة فيما نقل، وأبوه عبد الله بن أبي طلحة، ولد بالمدينة في حياة النبي ﷺ. قال أنس: فغدوت به إلى النبي ﷺ ليحنكه فوافيته ويده السم يسم إبل الصدقة.

قال أبو عمر: اسم جده أبو طلحة زيد بن سهل، من كبار الصحابة قد ذكرناه وذكرنا طرفاً من أخباره في كتابنا؛ كتاب الصحابة^(٢) ورفعنا هناك في نسبه.

وأما إسحاق بئينة ابنة رفاعة بن رافع بن مالك بن العجلان الزرقى الأنصاري.

روى عن عبد الله بن أبي طلحة ابنه إسحاق، وروى عنه ابن شهاب أيضاً.

وروى عن إسحاق جماعة من الأئمة منهم يحيى بن أبي كثير، ومالك بن أنس، والأوزاعي، وحماد بن سلمة، وهمام بن يحيى.

ولإسحاق إخوة جماعة، وهم: عمرو، وعمر، وعبد الله، ويعقوب، وإسماعيل، بنو عبد الله بن أبي طلحة؛ كلهم قد روى عنهم العلم، وإسحاق هذا أرفعهم وأعلمهم وأثبتهم رواية.

قال الواقدي: كان مالك بن أنس، لا يقدم على إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة في الحديث أحداً.

(١) انظر: ابن سعد ٣/٤٧٦، التاريخ الكبير ٣/١٥٤، الصغير ٢/٧ - ٢٩، ثقات ابن حبان ٣/٤، الجرح ٢/١٣٣، ١٣٤، والعقد الثمين ٣/٢٦٦، تهذيب التهذيب ١/١٧٢، خلاصة تذهيب الكمال ٢٢، تهذيب الكمال ترجمة ٢٥٥ (٢/٢٢١)، التقريب ترجمة ٢٦٠، سير أعلام النبلاء ٦/١٢٣.

(٢) انظر ترجمته في: الإصابة، ترجمة رقم ٢٩١٢، الاستيعاب ترجمة رقم ٨٥٥، أسد الغابة ترجمة رقم ١٨٤٣، طبقات ابن سعد ترجمة ٣/٥٠٤، طبقات خليفة ٨٨، تاريخ خليفة ١٦٦، المعارف ١٦٦، ٣٠٨، الجرح والتعديل ٣/٥٦٤، الاستبصار ٥٠، تهذيب الكمال ٤٥٧، تاريخ الإسلام ٢/١١٩، العبر ١/٣٥، تهذيب التهذيب ٣/٤١٤، ٤١٥، خلاصة تذهيب الكمال ١٢٨، شذرات الذهب ١/٤٠.

١٠٦ مقدمة التحقيق

وتوفى إسحاق بالمدينة في سنة اثنتين وثلاثين ومائة، وقيل: كانت وفاته سنة أربع وثلاثين ومائة.

لمالك عنه في الموطأ من حديث النبي ﷺ خمسة عشر حديثاً، منها عن أنس عشرة، وعن رافع بن إسحاق حديثان، وعن زفر بن صعصعة حديث واحد، وعن أبي مرة حديث واحد، وعن حميدة امرأته حديث واحد.

* * *

أيوب السخيتاني بصري^(١)

وهو أيوب بن أبي تميم، واسم أبي تميمه كيسان، وهو من سبى كابل، مولى لعزة، وقيل: هو مولى لعمار بن شداد، مولى المغيرة، ثم انضموا إلى بنى طهية، وأيوب يكنى أبا بكر، وكان يبيع الجلود بالبصرة، ولذلك قيل له: السخيتاني، وهو أحد أئمة الجماعة في الحديث، والإمامة، والاستقامة، وكان من عباد العلماء، وحفاظهم وخيارهم.

ذكر البخاري، عن أبي داود، عن شعبة، قال: ما رأيت مثل هؤلاء قط، أيوب، ويونس، وابن عون.

أخبرنا خلف بن القاسم، حدثنا ابن المفسر، حدثنا أحمد بن علي بن سعيد، حدثنا أبو السائب، حدثنا حفص بن غياث، قال: سمعت هشام بن عروة يقول: ما قدم علينا أحد من أهل العراق أفضل من أيوب السخيتاني، ومن ذلك الرؤاسي، يعني مسعراً لأنه كان كبير الرأس.

وأخبرنا عبد الرحمن بن يحيى، قال: حدثنا أحمد بن سعيد، قال: حدثنا عبد المالك ابن بجر، قال: حدثنا موسى بن مروان، قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا وهيب، عن الجعد أبي عثمان، عن الحسن، قال: أيوب سيد شباب أهل البصرة.

(١) انظر: (ابن سعد ٢٤٦/٧، ٢٥١، الخلية ١٤/٢/٣، تهذيب الكمال ١٣٤، تذكرة الحفاظ ١٣٠/١، ١٣٢، تهذيب التهذيب ٣٩٧/١، الخلاصة ٤٢، سير أعلام النبلاء ١٥/٦).

مقدمة التحقيق ١٠٧

قال موسى بن هارون: وسمعت العباس بن الوليد، يقول: ما كان في زمن هؤلاء الأربعة مثلهم: أيوب وابن عون، ويونس والتميمي وما كان في الزمن الذي قبلهم، مثل هؤلاء الأربعة: الحسن، وابن سيرين، وبكر، ومطرف.

وكان ابن سيرين، إذا حدثه أيوب بالحديث قال: حدثني الصدوق.

وذكر أبو أسامة عن مالك، وشعبة، أنهما قالا: ما حدثناكم عن أحد إلا وأيوب أفضل منه.

وقال ابن عوف: لم يكن بعد الحسن ومحمد بالبصرة مثل أيوب، كان أعلمنا بالحديث.

وقال شعبة في حديث وذكره: حدثنا به سيد الفقهاء أيوب.

وقال نافع: خير مشرقى رأيت أيوب، وقال ابن أبي مليكة: أيوب خير أهل المشرق.

وقال ابن أبي أويس: سئل مالك متى سمعت من أيوب السخيتاني؟ فقال: حج حجتين فكنت أرمقه، ولا أسمع منه، غير أنه كان إذا ذكر النبي ﷺ بكى، حتى أرحمه، فلما رأيت منه ما رأيت، واجلاله للنبي ﷺ كتبت عنه، قال: وسمعت مالكا يقول: ما رأيت في العامة خيرا من أيوب السخيتاني.

أخبرنا أبو محمد عبد الله بن عبد المؤمن قال: حدثنا إسماعيل بن محمد، قال: حدثنا إسماعيل بن إسحاق قال: سمعت علي بن المديني يقول: أربعة من أهل الأمصار يسكن القلب إليهم في الحديث، يحيى بن سعيد بالمدينة، وعمرو بن دينار بمكة، وأيوب بالبصرة، ومنصور بالكوفة.

قال أبو عمرو: توفي أيوب رحمه الله سنة اثنتين وثلاثين ومائة بطريق مكة، راجعا إلى البصرة، في طاعون الجارف، لا أعلم في ذلك خلافا، وهو ابن ثلاث وستين.

لمالك عنه في الموطأ من حديث النبي ﷺ حديثان، مسندان، هذا ماله عنه، في

١٠٨ مقدمة التحقيق
رواية يحيى، وأما سائر رواية الموطأ غير يحيى، فعندهم فى الموطأ عن مالك عن أيوب،
حديثان آخران فى الحج، نذكرهما أيضاً، إن شاء الله.

* * *

أيوب بن حبيب

وهو مولى سعد بن أبى وقاص، كذلك نسبه مالك وغيره، يقول: أنه أيوب بن
حبيب الجمحى القرشى من بنى جمح.

قال معصب الزبيرى هو أيوب بن حبيب بن أيوب، بن علقمة، بن ربيعة، ابن
الأعور، واسم الأعور، خلف بن عمرو بن وهيب بن حذافة بن جمح، قتل بقديد،
هكذا قال مصعب.

قال أبو عمر: كان أيوب بن حبيب، من ثقات أهل المدينة، مات سنة إحدى
وثلاثين ومائة، قال البخارى: روى عنه مالك، وفليح، وعباد بن إسحاق.
لمالك عنه فى الموطأ من حديث رسول الله ﷺ حديث واحد مسند.

* * *

ثور بن زيد الديلى

هو من أهل المدينة صدوق، روى عنه مالك بن أنس وسليمان بن بلال وأبو
أويس والدراوردى. لم يتهمه أحد بالكذب، وكان ينسب إلى رأى الخوارج والقول
بالقدر، ولم يكن يدعو إلى شىء من ذلك.

قال أحمد بن حنبل: هو صالح الحديث، وقد روى عنه مالك.

قال أبو عمر: كأنه يقول حسبك برواية مالك عنه، وتوفى ثور بن زيد هذا سنة
خمسة وثلاثين ومائة لا يختلفون فى ذلك وذكر الحسن بن على الحلوانى، عن على بن
المدينى، قال: كان يحيى بن سعيد يابى إلا أن يوثق ثور بن زيد، وقال: إنما كان رأيه،
وأما الحديث فإنه ثقة.

مقدمة التحقيق ١٠٩

قال أبو عمر: لمالك عنه في الموطأ من حديث النبي ﷺ، أربعة أحاديث، أحدها مسند متصل والثلاثة منقطعة، يشركه في أحد الثلاثة حميد بن قيس.

قال البخارى: يسمع ثور بن زيد الأيلي المدني، من عكرمة وأبي الغيث.

قال أبو عمر: أبو الغيث، مولى ابن مطيع، يسمى سالما، وهو مولى عبد الله بن مطيع بن الأسود، القرشي، العدوي، أحد بنى عدى بن كعب.

* * *

جعفر بن محمد بن علي بن حسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم

يكنى أبا عبد الله، وأمه بنت القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، وهو جعفر المعروف بالصادق، وكان ثقة مأمونا عاقلا حكيماً ورعا فاضلا، وإليه تنسب الجعفرية، وتدعيه من الشيعة الإمامية وتكذب عليه الشيعة كثيراً، ولم يكن هناك في الحفظ، ذكر ابن عيينة أنه كان في حفظه شيء.

توفي بالمدينة سنة ثمان وأربعين ومائة في خلافة أبي جعفر، هذا قول الواقدي والمدائني.

وروى علي بن الجعد، عن زهير بن محمد، قال: قال أبي لجعفر بن محمد: إن لي جاراً يزعم أنك تبرأ من أبي بكر وعمر، فقال: برئ الله من جارك والله إنني لأرجو أن ينفعنني الله بقرابتي من أبي بكر، ولقد اشتكيت شكاة فأوصيت إلى خالي عبد الرحمن بن القاسم.

ومن كلامه - وكان أكثر كلامه حكمة - : أوفر الناس عقلاً أقلهم نسياناً لأمر آخرته. وهو القائل: أسرع الأشياء انقطاعاً مودة الفاسق.

وذكر مصعب الزبيري عن مالك رحمه الله قال: اختلف إلى جعفر بن محمد زماناً وما كنت أراه إلا على ثلاث خصال إما مصل، وإما صائم، وإما يقرأ القرآن، وما رأيته يحدث عن رسول الله ﷺ إلا على طهارة، وكان لا يتكلم فيما لا يعنيه، وكان

١١٠ مقدمة التحقن

من العلماء العباد الزهاد الذين يخشون الله، ولقد حججت معه سنة فلما أتى الشجرة أحرم، فكلما أراد أن يهل كاد يغشى عليه، فقلت له: لا بد لك من ذلك، وكان يكرمنى وينبسط إليّ، فقال: يا ابن أبى عامر، إنى أخشى أن أقول: لبيك اللهم لبيك، فيقول: لا لبيك ولا سعديك.

قال مالك: ولقد أحرم جده على بن حسين فلما أراد أن يقول: اللهم لبيك، أو قالها غشى عليه، وسقط من ناقته فهشم وجهه رضى الله عنهم أجمعين.

قال أبو عمر: لمالك عن جعفر بن محمد فى الموطأ من حديث النبى ﷺ تسعة أحاديث، منها خمسة متصلة. أصلها حديث واحد وهو حديث جابر الحديث الطويل فى الحج، والأربعة منقطعة تتصل من غير رواية مالك من وجوه.

* * *

حميد الطويل أبو عبدة

بصرى، وهو حميد بن أبى حميد مولى طلحة الطلحات، وهو طلحة بن عبد الله الخزاعى.

قيل كان حميد من سبى سحجان، وقيل من سبى كابل. واختلف فى اسم أبيه أبى حميد، فقيل: طرخان، وقيل: مهران، وقيل: حميد الطويل هو حميد ابن شرويه. قاله أبو نعيم، وقال غيره: هو حميد بن ثيرويه.

قال أبو عمر: سمع من أنس بن مالك والحسن بن أبى الحسن، وأكثر روايته عن أنس أخذها عن ثابت البنانى عن أنس، وعن قتادة عن أنس.

وقد سمع من أنس، توفى فى جمادى سنة أربعين ومائة، وقيل: سنة اثنتين أو ثلاث وأربعين ومائة، قاله ابن إبراهيم بن حميد، وهو ابن خمس وسبعين سنة. وكان ثقة روى عنه جماعة من الأئمة.

وذكر الحلوانى قال: حدثنا عفان قال: حدثنا يزيد بن زريع قال تناول رجل حميداً الطويل عند يونس بن عبدة فقال: أكثر الله فىنا أمثاله. قال عفان كان حميد الطويل

مقدمة التحقيق ١١١

فقيهاً وكان هو والبتى يفتيان، فأما البتى فكان يقضى وأما حميد فكان يصلح، فقال حميد للبتى: إذا جاءك الرجلان فلا تخبرهما بمر الحق ولكن أصلح بينهما احمل على هذا واحمل على هذا، فقال عثمان البتى: أنا لا أحسن سحرك.

وكان حميد رفيقاً. وقال الأصمعي: رأيت حميداً الطويل ولم يكن بالطويل كان طويل اليدين.

لمالك عنه من مرفوعات الموطأ سبعة أحاديث مسندات، وواحد موقوف لم يسنده عن مالك خاصة إلا من لا يوثق بحفظه.

* * *

حميد الأعرج المكي^(١)

وهو حميد بن قيس مولى بنى فزارة ومن نسبه إلى ولاء بنى فزارة، قال: هو آل منظور بن سيار، وقيل: مولى عفراء بنت سيار بن منظور، وقال مصعب الزبيري: مولى أم هاشم بنت سيار بن منظور الفزاري امرأة عبد الله ابن الزبير فنسب إلى الزبير ويقال: مولى بنى أسد وآل الزبير أسديون أسد قريش وحميد بن قيس، مكي، ثقة صاحب قرآن، يكنى أبا صفوان، وقيل: أبا عبد الرحمن، وإليه يسند كثير من أهل مكة قراءتهم وإلى عبد الله بن كثير وابن محيصن. وأخوه عمر بن قيس هو المعروف بسندل مكي ضعيف عندهم.

(١) انظر ترجمته في: (تهذيب الكمال ١٥٣٥، طبقات ابن سعد ٣٣/٦، تاريخ يحيى برواية الدوري، ١٣٧/٢، ابن طهمان رقم ١٨٤، طبقات خليفة ٢٨٢، تاريخه ٣٩٥، علل أحمد ٨١/١، ١٢٩، ٢٠٥، ٣٥٧، تاريخ البخاري الكبير ٣/الترجمة ٢٧١٩، المعرفة ليعقوب ٢٨٥/١، ٥٠٥، ٢٦/٢، ٢٩٦، ٧٣٤، ٧٩٨، ٤١/٣، تاريخ أبي زرعة الدمشقي ٥١٣، أبو زرعة الرازي ٣٥٩، الكنى للدولابي ١٢/٢، الجرح والتعديل ٣/الترجمة ١٠٠١، مشاهير علماء الأمصار الترجمة ١١٣٨، أسماء الدارقطني الترجمة ١٨٤، الجمع لابن القيسراني ٩١/١، تاريخ دمشق (تهذيبه ٤/٤٦٥)، تهذيب الأسماء واللغات ١/١٧٠، تاريخ الإسلام ٢٣٨/٥، العبر ١/٢٢٢، ميزان الاعتدال ١/الترجمة ٢٣٤١، المغنى ١/الترجمة ١٧٨٢، ديوان الضعفاء الترجمة ١١٧٥، الكاشف ١/٢٥٧، غاية النهاية لابن الجزري ١/٢٦٥، تهذيب التهذيب ٣/٤٦ - ٤٧، مقدمة الفتح ٣٩٧، خلاصة الخزرجي ١/الترجمة ١٦٥٦ تهذيب الكمال ١٥٣٥).

١١٢ مقدمة التحقيق

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا ابن أبي أويس، قال: حدثني أبي عن حميد بن قيس المكي مولى بنى أسد بن عبد العزى، قال أحمد بن زهير: وسمعت يحيى ابن معين يقول: حميد بن قيس مكي ثقة.

قال أبو عمر: لمالك عنه ستة أحاديث مرفوعة فى الموطأ منها حديثان متصلان مسندان، ومنها حديث ظاهره موقوف، ومنها ثلاثة متقطعات أحدها شركة فيه ثور ابن زيد وقد تقدم ذكره فى باب ثور بن زيد، وتأتى الخمسة فى باب هذا، إن شاء الله.

* * *

خبيب بن عبد الرحمن رجل من الأنصار

هو خبيب بن عبد الرحمن بن خبيب بن يساف بن عتبة بن عمرو بن خديج بن عامر بن جشام بن الحارث الأنصارى يكنى خبيب شيخ مالك هذا، أبا محمد، وقيل: يكنى أبا الحارث، لمالك عنه من مسندات الموطأ حديثان متصلان.

* * *

داود بن الحصين أبو سليمان^(١)

داود بن الحصين أبو سليمان مولى عبد الله بن عمرو بن عثمان، كذا قال مصعب الزبيرى.

وقال ابن إسحاق: داود بن الحصين، مولى عمرو بن عثمان مدنى جازى الحديث.

وقال يحيى بن معين: داود بن الحصين ثقة، قال مالك رحمه الله: كان لأن يختر من السماء أحب إليه من أن يكذب فى الحديث. قال ذلك فيه، وفى ثور بن زيد، وكانا

(١) انظر: (طبقات خليفة ٢٥٩، تاريخ خليفة ٤١١، تاريخ البخارى ٢٣١/٣، الجرح ٤٠٨/٣، ٤٠٩، تهذيب الكمال ٣٨٤، ميزان الاعتدال ٥/٢ - ٦، العبر ١٨٢/١، تهذيب التهذيب ١٨١/٣، الخلاصة ١٠٩، سير أعلام النبلاء ١٠٦/٦).

مقدمة التحقيق ١١٣

جميعاً ينسبان إلى القدر وإلى مذهب الخوارج ولم ينسب إلى واحد منهما كذب وقد احتملا في الحديث وروى عنهما الثقات الأئمة.

قال مصعب: كان داود بن الحصين يؤدب بنى داود بن علي مقدم داود ابن علي المدينة، وكان فصيحاً عالماً، وكان يتهم برأى الخوارج.

قال: ومات عكرمة عند داود بن الحصين كان محتفياً عنده وكان عكرمة يتهم برأى الخوارج.

وتوفى داود بن الحصين بالمدينة سنة خمسة وثلاثين ومائة وهو ابن اثنتين وسبعين سنة، ومالك عن داود من مرفوع حديث الموطأ أربعة أحاديث، منها: ثلاثة متصلة، وواحد مرسل.

* * *

ربيحة بن أبي عبد الرحمن المدني^(١)

(١) انظر: تهذيب الكمال ١٨٨١ (١٢٣/٩). والمنتظم، لابن الجوزي ٣٤٩/٧. وطبقات ابن سعد ٩/ الورقة ٢١٧ (أحمد الثالث). وتاريخ ابن معين ١٦٣/٢. وعلل ابن المديني ٩٦. وتاريخ خليفة ٤١٥. وطبقاته ٢٦٨. وعلل أحمد ١٦٥/١، ٢٤٤. والتاريخ الكبير ٣/ ٩٧٦. والصغير ٣٢٢/١، ٣٢٢/٢. وتاريخ بغداد ٤٥٣١. والبيان والتبيين ١٠٢/١. والكنى لمسلم، الورقة ٧١. وثقان العجلي، الورقة ١٥. والمعارف ٤٦٢. والجرح والتعديل ٣/ ٢١٣١. وثقات ابن حبان ١/ الورقة ١٣٠. ومشاهير الأمصار، الترجمة ٥٨٨. ووفيات ابن زبر، الورقة ٤٢. ورجال صحيح مسلم، لابن منجوية، الورقة ٤٨. وحلية الأولياء ٣/ ٢٥٩. وإكمال ابن ماكولا ٤/ ١٣١. والتمهيد لابن عبد البر ٥/ ٣. وجمهرة ابن حزم ١٣٥. والسابق واللاحق ٢٣١. ورجال البخاري للباغي، الورقة ٥٦. والجمع لابن القيسراني ١٣٥/١. والتبيين ٣٠٥. وتهذيب النورى ١٨٩/١. ووفيات الأعيان ٢/ ٢٨٨ - ٢٩٠. وأسماء الرجال للطيبى، الورقة ٢٠. وتاريخ الإسلام ٥/ ٢٤٥. وسير أعلام النبلاء ٦/ ٨٩ - ٩٦. وتذكرة الحفاظ ١/ ١٥٧. ومعرفة التابعين، الورقة ١١. والكاشف ١/ ٣٠٧. والتذهيب ١/ الورقة ٢٢١. وميزان الاعتدال ٢/ ٢٧٥٣. والمغني ١/ ٢١٠٤. وإكمال مغلطاي ٢/ الورقة ١٩ - ٢٠. ونهاية السؤل، الورقة ٩٦. وتهذيب ابن حجر ٣/ ٢٥٨ - ٢٥٩. وخلاصة الخزرجى ١/ ٢٠٤٤. والكواكب النيرات، الترجمة ٢٢. وشذرات الذهب ١/ ١٩٤.

مدني، تابعي، ثقة، واسم أبي عبد الرحمن فروخ مولى ربيعة بن عبد الله ابن الهدير التيمي هذا هو الصحيح.

وقيل: مولى التميميين، ومولى آل المنكدر. والصواب ما ذكرنا، ويكنى ربيعة أبا عثمان، وقيل: أبو عبد الرحمن. والأول أصح.

وكان أحد فقهاء المدينة الثقات الذين عليهم مدارج الفتوى، كان أكثر أخذه عن القاسم بن محمد، وقد أخذ عن سعيد بن المسيب وسائر فقهاء وقته، وأدرك أنس بن مالك وروى عنه.

وكان يذكر مع جلة التابعين في الفتوى بالمدينة، وكان مالك يفضلته، ويرفع به، ويثني عليه في الفقه والفضل، على أنه ممن اعتزل حلقتة لإغراقه في الرأي.

وكان القاسم بن محمد يثني عليه أيضاً: ذكر ابن لهيعة عن أبي الأسود، قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: ما يسرنى أن أمي ولدت لي أختاً مما ترون من أهل المدينة إلا ربيعة الرأي.

وذكر ابن سعد قال: أخبرني مطرف بن عبد الله قال: سمعت مالك بن أنس يقول: ذهب حلاوة الفقه مذمات ربيعة بن أبي عبد الرحمن.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا الوليد بن شجاع، قال: حدثنا ضمرة، عن رجاء ابن أبي سلمة، عن ابن عون، قال: كان ربيعة بن أبي عبد الرحمن يجلس إلى القاسم بن محمد فكان من لا يعرفه يظنه صاحب المجلس يغلب على صاحب المجلس بالكلام.

قال: وحدثنا مصعب، قال: كان عبد العزيز بن أبي سلمة يجلس إلى ربيعة فلما حضرت ربيعة الوفاة قال له عبد العزيز: يا أبا عثمان إنا قد تعلمنا منك، وربما جاءنا من يستفتينا في الشيء لم نسمع فيه شيئاً فنرى إن رأينا له خير من رأيه لنفسه فنفتيه؟ فقال ربيعة: اجلسوني، فجلس، ثم قال: ويحك يا عبد العزيز لأن تموت جاهلاً خير لك من أن تقول في شيء بغير علم. لا، لا، ثلاث مرات.

قال: وحدثنا مصعب، قال: حدثنا الدراوردي، قال: إذا قال مالك: وعليه أدركت أهل بلدنا، وأهل العلم ببلدنا، والأمر المجتمع عليه عندنا، فإنه يريد ربيعة بن أبي عبد الرحمن، وابن هرمز.

قال مصعب: ومات ربيعة في سلطان بنى هاشم، قدم على أبي العباس السفاح.

وذكر أحمد بن مروان المالكي، عن إبراهيم بن سهلويه، عن ابن أبي أويس، قال: سمعت خالي مالك بن أنس يقول: كانت أمي تلبسني الثياب، وتعممني وأنا صبي، وتوجهني إلى ربيعة بن أبي عبد الرحمن، وتقول: يا بني، ائت مجلس ربيعة، فتعلم من سمته، وأدبه، قبل أن تتعلم من حديثه، وفقهه.

وذكر ابن القاسم عن مالك أن ابن هرمز قال في ربيعة: إنه لفقيه في حكاية ذكرها.

وقال مالك وجدت ربيعة يوماً يبكي فقبل له: ما الذي أبكاك؟ أمصيبة نزلت بك؟ فقال: لا، ولكن أبكاني أنه استفتى من لا علم له، وقال: لبعض من يفتى ها هنا أحق بالسجن من السارق.

قال أبو عمر: هذه أخبار الحسان، وقد ذمه جماعة من أهل الحديث لإغراقه في الرأي، فرووا في ذلك أخبار قد ذكرت في غير هذا الموضوع.

وكان سفيان بن عيينة، والشافعي، وأحمد بن حنبل لا يرضون عن رأيه، لأن كثيراً منه يوجد له بخلاف السند الصحيح، لأنه لم يتسع فيه، فضحه فيه ابن شهاب.

وكان أبو الزناد معادياً له، وكان أعلم منه، وكان ربيعة أروع. والله أعلم.

قال أبو عمر: توفي ربيعة بن أبي عبد الرحمن بالمدينة في سنة ست وثلاثين ومائة، في آخر خلافة أبي العباس السفاح، وكان ثقة فقيهاً جليلاً.

لمالك عنه من مرفوعات الموطأ اثنا عشر حديثاً، منها خمسة متصلة، ومنها عن سليمان بن يسار واحد مرسل. ومنها من بلاغاته ستة أحاديث.

زيد بن أسلم مولى عمر بن الخطاب رضى الله عنه^(١)

قال أبو عمر: زيد بن أسلم، يكنى أبا أسامة، وأبوه أسلم يكنى أبا خالد بابنه خالد بن أسلم، وهو من سبى عين التمر، وهو أول سبى دخل المدينة فى خلافة أبى بكر، بعث به خالد بن الوليد فأسلموا وأنجبوا كلهم، منهم: حمران بن أبان، ويسار مولى قيس بن مخزومة، وأفلح مولى أبى أيوب، وأسلم مولى عمر.

وكان أسلم من جلة الموالى علماءً، ودينًا، وثقة.

وزيد بن أسلم أحد ثقات أهل المدينة، وكان من العلماء العباد الفضلاء، وزعموا أنه كان أعلم أهل المدينة بتأويل القرآن بعد محمد بن كعب القرظى.

وقد كان زيد بن أسلم يشاور فى زمن القاسم، وسالم.

روى ابن وهب، قال: أخبرنى أسامة بن زيد بن أسلم أنه كان جالسًا عند أبيه إذ أتاه رسول من النصارى، وكان أميرًا لهم، فقال: إن الأمير يقول لك: كم عدة الأمة تحت الحر؟ وكم طلاقه إياها؟ وكم عدة الحررة تحت العبد؟ وكم طلاقه إياها؟

قال أبى: عدة الأمة المطلقة حيضتان، وطلاق الحر الأمة ثلاث وطلاق العبد الحررة تطليقتان، وعدتها ثلاث حيض - ثم قام الرسول، فقال أبى: إلى أين تذهب؟ فقال: أمرنى أن أتى القاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله فأسألهما - فقال أبى: أقسمت عليك إلا ما رجعت إلى، فأخبرتني بما يقولان لك، قال: فذهب ثم رجعت فأخبره أنهما قالوا كما قال، وقال الرسول قالًا: قل له: ليس فى كتاب الله، ولا سنة من رسول الله، ولكن عمل به المسلمون.

وقال مالك: كان زيد بن أسلم من العلماء الذين يخشون الله، وكان ينبسط إلى، وكان يقول: ابن آدم اتق الله يحبك الناس، وإن كرهوا.

(١) انظر: (طبقات خليفة ٢٦٣، التاريخ الكبير ٣/٣٨٧، التاريخ ٢/٣٢، ٤٠، تاريخ الفسوى ١/٦٧٥، الجرح ٣/٥٥٤، الحلية ٣/٢٢١، ٢٢٩، تهذيب الكمال ٤٥١، تهذيب التهذيب ١/٢٤٨، تاريخ الإسلام ٥/٢٥١، تذكرة الحفاظ ١/١٣٢ - ١٣٣، تهذيب التهذيب ٣/٣٩٥، طبقات الحفاظ ٥٣، الخلاصة ١٢٦، سير أعلام النبلاء ٥/٣١٦).

مقدمة التحقيق ١١٧

قال أبو عمر: توفي زيد بن أسلم سنة ست وثلاثين ومائة في عشر ذي الحجة، وفي هذه السنة استخلف أبو جعفر المنصور.

وكان علي بن حسين بن علي يتخطى الخلق إلى زيد بن أسلم، وكان نافع بن جبير يثقل ذلك عليه فرآه ذات يوم يتخطى إليه فقال: أنتخطى مجالس قومك إلى عبد آل عمر بن الخطاب؟ فقال علي بن حسين: إنما يجالس الرجل من ينفعه في دينه.

وكان عمر بن عبد العزيز رحمه الله يدني زيد بن أسلم ويقربه، ويجالسه، وحجب الأحوص الشاعر يوماً، فقال:

خليلي أبا حفص هل أنت مخبري أفي الحق أن أقصى ويدني ابن أسلما

فقال عمر: ذلك الحق.

أخبرنا عبد الله بن محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن محمد بن عمرو القاضي المالكي، قال: حدثنا محمد بن علي، قال: حدثنا بن أبي شيبه، قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر الخزاعي، قال: أخبرني زيد بن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، قال: لما وضع مالك الموطأ جعل أحاديث زيد بن أسلم في آخر الأبواب، فأتيته فقلت: أخرت أحاديث زيد بن أسلم جعلتها في آخر الأبواب، فقال: إنها كالسراج تضيء لما قبلها.

لمالك عن زيد بن أسلم من مرفوعات الموطأ أحد وخمسون حديثاً:

منها مسندة ثلاثة وعشرون حديثاً، ومنها حديث منقطع: قصة معاوية مع أبي الدرداء تامة أربعة وعشرين.

ومنها رسالة سبعة وعشرون حديثاً: من مراسيل سعيد بن المسيب واحد، ومن مراسيل عطاء بن يسار خمسة عشر، ومن مراسيل عن نفسه أحد عشر حديثاً.

* * *

زيد بن أبي أنيسة الجزري^(١)

وهو زيد بن أبي أنيسة، يكنى أبا سعيد. اختلف فى ولائنه، فقيل: إنه مولى زيد بن الخطاب، أو لبني عدى.

وقيل مولى لبني كلاب، وقيل غير ذلك مما يطول ذكره، ولم يختلف أنه مولى، وقيل اسم أبى أنيسة زيد أيضاً والله أعلم.

فهو زيد بن زيد، وكان زيد بن أبى أنيسة من سكان الرها من عمل الجزيرة، ومات بالرها سنة خمس وعشرين ومائة فيما ذكر الواقدى والطبرى وكان كثير الحديث، راوية للعلم، ثقة، صاحب سنة.

روى عنه مالك والثورى وجماعة من الجلة، وكان الثورى يثنى عليه، ويدعو له كثيراً بعد موته بالرحمة.

وقال البخارى عن عمرو بن محمد الناقد، عن عمرو بن عثمان الكلابى، قال: مات زيد بن أبى أنيسة سنة أربع وعشرين ومائة، وهو ابن ست وثلاثين سنة.

وقيل: ولد زيد بن أبى أنيسة سنة إحدى وتسعين، وتوفى سنة أربع وعشرين، وقيل: سنة خمس، وقيل: سنة ست، وقيل: سنة سبع، وقيل: سنة ثمان وعشرين ومائة؛ وقيل: توفى وهو ابن بضع وأربعين.

وقال محمد بن سعد: سمعت رجلاً من أهل حران يقول: مات سنة تسع عشرة ومائة.

قال أبو عمر: هو معدود فى أهل الجزيرة، وهو رهاوى.

* * *

(١) انظر: طبقات ابن سعد ٤٨١/٧، طبقات خليفة ٣١٩، التاريخ الكبير للبخارى ٣/٣٨٨، التاريخ الصغير للبخارى ١/٣٢١، الجرح والتعديل ٣/٥٥٦، تهذيب الكمال ٤٤٩، تذكرة الحفاظ ١/١٣٩، تهذيب التهذيب ٣/٣٩٧، ٣٩٨، الخلاصة ١٢٧، سير أعلام النبلاء ٦/٨٨، المغنى ١/٢٤٥.

زيد بن رباح

وهو زيد بن رباح مولى أدرم بن غالب بن فهر، هكذا قال البخارى، وقال ابن شيبه: قتل زيد بن رباح سنة إحدى وثلاثين ومائة.

قال أبو عمر: هو ثقة مأمون على ما حمل وروى، روى عنه مالك بن أنس وغيره.

* * *

زياد بن أبي زياد

وهو زياد بن أبي زياد، مولى عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة المخزومي، يكنى أبا جعفر، واسم أبي زياد ميسرة، فيما ذكر البخارى.

وكان زياد هذا أحد الفضلاء العباد الثقات من أهل المدينة، يقال: إنه لم يكن فى عصره بالمدينة مولى أفضل منه، ومن أبى جعفر القارى، وولاؤهما جميعا واحد.

قال ابن وهب: سمعت مالكا يقول: كان زياد ابن أبى زياد عابدا، وكان يلبس الصوف، وكان يكون وحده، ولا يجالس أحدا، وكانت فيه لكنة.

وذكر العقيلي فى تاريخه الكبير، قال: أخبرنا يحيى بن عثمان، حدثنا حامد بن يحيى، حدثنا بكر بن صدقة، قال: وزياد بن أبى زياد، هو الذى يقول فيه جرير بن الخطمى، إذ اجتمعوا عند باب عمر بن عبد العزيز، فخرج الرسول، فقال: أين زياد ابن أبى زياد؟ فأذن له فقال جرير:

يا أيها القارئ المرخى عمامته هذا زمانك إنى قد مضى زمنى
أبلغ خليفتنا إن كنت لاقية أنا لدى الباب محبسون فى قرن

قال أبو عمر: قد روى من وجوه، أن هذا القول إنما قاله جرير لعون بن عبد الله بن عتبة، والله أعلم.

لمالك عن زياد بن أبي زياد، هذا من مرفوعات الموطأ، حديث واحد مرسل،
وآخر موقوف مسند.

* * *

زياد بن سعد بن عبد الرحمن الخراساني أبو عبد الرحمن^(١)

أصله من خراسان، ونشأته بها، ثم سكن مكة زماناً، ثم تحول منها إلى اليمن، فسكن عك. قال ابن عيينة: هو من العرب، وصحب الزهري إلى أرضه حين كتب عنه. قال ابن عيينة: وكان زياد بن سعد ثقة، قال: وكان لا يكتب إلا شيئاً يحفظه إذا كان قصيراً، وإن كان طويلاً لم يرض إلا الإملاء. قال: وقال لي زياد بن سعد: أنا لا أحفظ حفظك، أنت أحفظ مني؛ أنا بطيء الحفظ، فإذا حفظت شيئاً كنت أحفظ منك. قال ابن عيينة: وقال أيوب لزياد بن سعد: متى سمعت من هلال بن أبي ميمونة، ويحيى بن أبي كثير؟ فقال: سمعت منهما بالمدينة، قال: وكان زياد بن سعد خراسانياً.

وذكر ابن أبي حازم عن مالك: قال: حدثني زياد بن سعد وكان ثقة من أهل خراسان، سكن مكة، وقدم علينا المدينة، وله هيبة وصلاح.

وقال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سألت أبي عن زياد بن سعد، فقال: ثقة. وكذلك قال يحيى بن معين: زياد بن سعد خراساني ثقة.

(١) انظر ترجمته في: (تاريخ يحيى برواية الدوري ١٧٨/٢، تاريخ الدارمي الترجمة ٢٥، ٣٣٩،
سؤالات محمد بن عثمان بن أبي شيبة لابن المديني، الترجمة ١٥٢، علل أحمد ١/٣٢، ١٣٠،
٢٠٥، ٢٧٠، تاريخ البخاري الكبير ٣/الترجمة ١٢٠٧، المعرفة والتاريخ ١/٤٣٥، ٦٤٣، ٦٤٧،
١٣٨/٢، ٢٠٠، ٣٠٥، ٦٩٧، ٧٠١، تاريخ أبي زرعة الدمشقي ٤٣٦، الكنى للدولابي
٦٥/٢، الجرح والتعديل ٣/الترجمة ٢٤٠٨، مشاهير علماء الأمصار الترجمة ١١٥٠، ثقات ابن
شاهين الترجمة ٣٩٢، الجمع لابن القيسراني ١/١٤٦، تهذيب الأسماء واللغات ١/١٩٨، تاريخ
الإسلام ٦/٦٦، تذكرة الحفاظ، ١/١٩٨، سير أعلام النبلاء ٦/٣٢٣، الكاشف ١/٣٣١، شرح
علل الترمذي ٣٤٣، تهذيب ابن حجر ٣/٣٦٩، خلاصة الخرجي ١/الترجمة ٢٢٠٣، تهذيب
الكمال ٢٠٤٨).

مقدمة التحقيق ١٢١

قال أبو عمر: أروى الناس عنه ابن جريج، وكان شريكه. ويقال: إن زياد بن سعد، كان أمياً لا يكتب، وفي خير ابن عيينة ما يدل على أنه كان يكتب، إلا أن أراد أنه كان يكتب له، فالله أعلم.

ومالك عنه في الموطأ من حديث النبي ﷺ ثلاثة أحاديث، أحدهما متصل مسند، والثاني مرسل عند أكثر الرواة، والثالث موقوف.

* * *

طلحة بن عبد الملك الأيلي

روى عنه مالك حديثاً واحداً مسنداً صحيحاً، وليس عند يحيى عن مالك.

وقد رواه القعنبي وأبو المصعب وابن بكير والتنيسي وابن وهب وابن القاسم وجماعة الرواة للموطأ؛ فكرهنا أن نخلى كتابنا من ذكره، لأنه أصل من أصول الفقه. وما أظنه سقط عن أحد من الرواة، إلا عن يحيى بن يحيى، فإن رأيتهم لأكثرهم، والله أعلم.

وقد رواه من غير رواية الموطأ، قوم جلة عن مالك، منهم: يحيى بن سعيد القطان وأبو نعيم وعبد الله بن إدريس وغيرهم.

وهو حديث يدور على طلحة بن عبد الملك الأيلي هذا، وهو ثقة مرضي، حجة فيما نقل؛ روى عنه مالك، وعبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب. على أن عبيد الله بن عمر، قد لقي القاسم بن محمد وروى عنه.

* * *

محمد بن شهاب الزهري^(١)

(١) انظر: طبقات خليفة ٢٦١، التاريخ الكبير ٢٢٠/١، التاريخ الصغير ٣٢٠/١، تاريخ الفسوى ٦٢٠/١، الجرح والتعديل ٧١/٨، حلية الأولياء لأبي نعيم ٣٦٠/٣، ٣٨١، الشيرازي ٦٣، تهذيب الأسماء ٩٠/١، ٩٢، وفيات الأعيان ١٧٧/٤، تهذيب الكمال ١٢٦٨، تاريخ الإسلام ١٣٦/٥، تذكرة الحفاظ ١٠٨/١، ١١٣، ميزان الاعتدال ٤٠/٤، تهذيب التهذيب =

وهو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب بن عبد الله بن الحارث ابن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى.

هكذا نسبه مصعب الزبيري وغيره، ليس فى ذلك اختلاف. قال مصعب: وأمه من بنى الدئل بن عبد مناة بن كنانة.

قال أبو عمر: كنيته أبو بكر، وكان من علماء التابعين وفقهائهم، مقدم فى الحفظ والإتقان، والرواية والاتساع، إمام جليل من أئمة الدين.

أدرك جماعة من الصحابة وروى عنهم، منهم: أنس بن مالك، وسهل بن سعد، وعبد الرحمن بن أزهر الزهرى، وسنين أبو جميلة السلمى؛ ومنهم: عبد الله بن عمر فيما ذكره معمر عن ابن شهاب، أنه سمع منه حديثه فى الحج مع الحجاج. وقيل: إنه سمع منه حديثين، وقيل: ثلاثة، وقد ذكرنا من صحح ذلك ومن نقاه فى باب ابن شهاب عن سالم من هذا الكتاب.

وسمع ابن شهاب من جماعة أدركوا النبى ﷺ وهم صغار، مثل محمود بن ربيع، وعبد الله بن عامر بن ربيعة، وأبى الطفيل، والسائب بن يزيد، ونظرائهم.

وقد روى عن عمرو بن دينار، أنه ذكر عنده الزهرى فقال: وأى شىء عنده؟ أنا لقيت جابراً ولم يلقه، ولقيت ابن عمر ولم يلقه، ولقيت ابن عباس ولم يلقه. فقدم الزهرى مكة فقيل لعمرو: قد جاء الزهرى، فقال: احملونى إليه، وكان قد أقعد، فحمل إليه، فلم يأت أصحابه إلا بعد هوى من الليل، فقيل له: كيف رأيت؟ فقال: والله ما رأيت مثل هذا القرشى قط.

أخبرنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا عبد العزيز بن أبى سلمة الماجشون، قال: قلت لابن شهاب: يا أبا بكر فى حديث ذكره.

وحدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا أحمد بن زهير،

مقدمة التحقيق ١٢٣

قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا ابن عيينة، عن عمرو بن دينار، قال: جالست جابر بن عبد الله، وابن عمر، وابن عباس، وابن الزبير، فلم أر أحداً أنسق للحديث من الزهري.

حدثني خلف بن القاسم بن سهل الحافظ، قال: حدثنا أبو الميمون عبد الرحمن ابن عمر البجلي بدمشق، قال: حدثنا أبو زرعة عبد الرحمن بن عمرو الدمشقي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم دحيم، قال: حدثنا أيوب بن سويد، عن الأوزاعي، قال: ما داهن ابن شهاب ملكاً من الملوك قط إذ دخل عليه، ولا أدركت خلافة هشام أحداً من التابعين أفقه منه.

وحدثنا خلف بن القاسم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن عمر، قال: حدثنا أبو زرعة، قال: حدثنا هشام بن خالد، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا سعيد ابن عبد العزيز، قال: سمعت مكحولاً يقول: ابن شهاب أعلم الناس. قال الوليد: وسمعت سعيد بن عبد العزيز يقول: ما ابن شهاب إلا بحر.

وحدثني خلف بن القاسم، قال: حدثنا أبو الميمون، قال: حدثنا أبو زرعة، قال: حدثنا سليمان بن عبد الرحمن، قال: حدثنا ابن عياش، عن أبي بكر بن أبي مريم، قال: قلت لمكحول: من أعلم الناس؟ قال: ابن شهاب، قلت: ثم من؟ قال ابن شهاب.

أخبرنا أحمد بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن الفضل، قال: حدثنا محمد بن جرير، قال: حدثنا ابن البرقي، قال: حدثنا عمرو بن أبي سلمة، قال: سمعت سعيد بن عبد العزيز يقول عن مكحول قال: ما بقي على ظهرها أعلم بسنة ماضية من الزهري.

وحدثنا أحمد بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن الفضل، قال: حدثنا محمد بن جرير، قال: حدثنا ابن البرقي، قال: حدثنا عمرو بن أبي سلمة، قال: سمعت سعيد بن بشير يذكر عن قتادة، قال: ما بقي على ظهرها إلا اثنان: الزهري، وآخر؛ فظننا أنه يعني نفسه.

وحدثنا أحمد بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن الفضل، قال: حدثنا محمد بن

١٢٤ مقدمة التحقيق

جرير، قال: حدثت عن عبد العزيز بن عبد الله الأويسى، قال: حدثنى إبراهيم ابن سعد بن إبراهيم، عن أبيه قال: ما جمع أحد بعد رسول الله ﷺ، ما جمع الزهرى.

وذكر الحسن بن على الحلوانى فى كتاب المعرفة، قال: حدثنا محمد بن عيسى، قال: حدثنا إسحاق بن عيسى الطباع، قال: حدثنى إبراهيم بن سعد، عن أبيه، قال: ما وعى أحد من العلم بعد رسول الله ﷺ، ما وعى ابن شهاب.

وحدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا أبو مسلم، قال: حدثنا سفيان، قال: قال الهذلى: جالست الحسن، وابن سيرين، فما رأيت مثله يعنى الزهرى.

قال سفيان: كانوا يقولون ما بقى من الناس أحد أعلم بالسنة منه.

حدثنا خلف بن القاسم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن عمر، قال: حدثنا أبو زرعة، قال: حدثنى معن بن الوليد، قال: حدثنا جنادة بن محمد المرى، قال: حدثنا مخلد بن حسين، عن الأوزاعى، عن سليمان بن حبيب المحاربى، قال: قال لى عمر بن عبد العزيز: ما أتاك به الزهرى بسنده، فاشدد به يدك.

وأخبرنا عبد الرحمن بن مروان، قال: حدثنا الحسن بن يحيى القلزمى، قال: حدثنا حاتم بن سهل، قال: حدثنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا ابن مهدى، قال: حدثنا وهيب، قال: سمعت أيوب يقول: ما رأيت أحدًا أعلم من الزهرى، فقليل له: ولا الحسن؟ قال: ما رأيت أعلم من الزهرى.

وحدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدى، عن وهيب، قال: سمعت أيوب يقول: ما رأيت أحدًا أعلم من الزهرى. فقال له صخر بن جويرية: ولا الحسن، فقال: ما رأيت أعلم من الزهرى.

وحدثنا خلف بن القاسم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن عمر، قال: حدثنا أبو زرعة، قال: حدثنى أحمد، قال: حدثنا مروان بن محمد، قال: سمعت مالك بن أنس

يقول: أخذت بلجام بغلة الزهري، فسألته أن يعيد علي حديثاً؟ فقال: ما استعدت حديثاً قط.

حدثنا عبد الله، حدثنا أحمد، حدثنا محمد، حدثنا الزبير بن أبي بكر، حدثنا إسماعيل بن أبي أويس، حدثنا مالك، قال: حدثنا ابن شهاب أربعين حديثاً، فتوهمت في حديث منها فانتظرت حتى خرج، ثم سألته وأخذت بلجام بغلته عن الحديث الذي شككت فيه؛ فقال: أو لم أحدثك؟ قلت: بلى ولكني توهمت فيه، فقال: لقد فسدت الرواية، خلل لجام البغلة. فخليته ومضى.

أخبرنا عبد الوارث، حدثنا قاسم، حدثنا أبو إسماعيل الترمذي، حدثنا أبو صالح، عن الليث بن سعد، قال: ما رأيت عالماً قط أجمع من ابن شهاب، ولا أكثر علماً، ولو سمعت ابن شهاب يحدث بالترغيب، لقلت: ما يحسن إلا هذا، وإن حدث عن الأنبياء وأهل الكتاب، قلت: لا يحسن إلا هذا، وإن حدث عن العرب والأنساب، قلت لا يحسن إلا هذا، وإن حدث عن القرآن والسنة، كان حديثه.

وذكر الحلواني، قال: حدثنا يحيى بن بكير، قال: حدثنا الليث، عن جعفر بن ربيعة، قال: قلت لعراك بن مالك: من أفقه أهل المدينة؟ فقال أما أعلمهم بقضايا رسول الله ﷺ، وأبي بكر وعمر وعثمان، وأفقههم فقهاً، وأعلمهم بما مضى من أمر الناس فسهيد بن المسيب، وأما أغزرهم حديثاً، فعروة بن الزبير. ولا تشاء أن تفجر من عبيد الله بن عبد الله بجرأ، إلا فجرته. قال عراك: وأعلمهم عندي ابن شهاب؛ لأنه جمع علمهم جميعاً إلى علمه.

حدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد، حدثنا أحمد بن خالد، حدثنا مروان، حدثنا أبو حاتم، حدثنا الأصمعي، حدثنا عبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون، قال: سمعت ابن شهاب يقول: ما كتبت شيئاً قط، ولقد وليت الصدقة، فأتيته سالم بن عبد الله، فأخرج إلى كتاب الصدقة، فقرأه علي فحفظته، وأتيته إلى أبي بكر بن حزم فقرأ علي كتاب العقول فحفظته.

أخبرنا عبد الله بن محمد بن يوسف، قال: أخبرنا أحمد بن محمد بن إسماعيل،

١٢٦ مقدمة التحقيق

قال: حدثنا محمد بن الحسن، قال: حدثنا الزبير بن أبي بكر، قال: حدثني إبراهيم ابن المنذر، عن عبد العزيز بن عمران، أن عبد الملك كتب إلى أهل المدينة يعاتبهم، فوصل كتابه في طومار، فقرأ الكتاب على الناس على المنبر، فلما فرغوا وافترق الناس، اجتمع إلى سعيد بن المسيب جلساؤه، فقال لهم سعيد: ما كان في كتابكم؟ فإننا نود أن نعرف ما فيه، فجعل الرجل منهم يقول فيه كذا وكذا، والآخر يقول: فيه كذا وكذا أيضاً. فلم يشتف سعيد فيما سأله عنه، فقال: لابن شهاب فقال: أتحب يا أبا محمد أن تسمع كل ما فيه كاملاً؟ قال: نعم، قال: فأمسك فهذه والله هذا، كأنما هو في يده، فقرأه حتى أتى على آخره. قال: وقال ابن شهاب: ما استودعت قلبي شيئاً قط فنسيته.

أخبرنا سعيد بن نصر، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا ابن وضاح، حدثنا دحيم، حدثنا عبد الأعلى أبو مسهر، قال: حدثنا سعيد بن عبد العزيز، قال: كان سليمان ابن موسى يقول: إذا جاءنا العلم من الحجاز عن الزهري قبلناه، وإن جاءنا من العراق عن الحسن قبلناه، وإن جاءنا من الجزيرة عن ميمون بن مهران قبلناه، وإن جاءنا من الشام عن مكحول قبلناه. قال سعيد: كان هؤلاء الأربعة علماء الناس في خلافة هشام.

حدثنا خلف بن أحمد، حدثنا أحمد بن سعيد، قال: سمعت عبد الله بن جعفر أبا القاسم القزويني يقول: سمعت طاهر بن خالد بن نزار يقول: سمعت أبي يقول: سمعت القاسم بن مبرور يقول: سمعت يونس بن يزيد يقول: كان ابن شهاب إذا دخل رمضان، فإنما هو تلاوة القرآن، وإطعام الطعام. وكان ابن شهاب أكرم الناس، وأخباره في الجود كثيرة جداً، نذكر منها لمحة دالة:

أخبرنا عبد الله بن محمد، حدثنا أحمد بن محمد بن إسماعيل، حدثنا محمد ابن الحسن، حدثنا الزبير بن أبي بكر القاضي، حدثنا سفيان بن عيينة، عن عمرو بن دينار، قال: ما رأيت أنص للحديث من ابن شهاب، ولا رأيت أجود منه، ما كانت الدنانير والدراهم عنده، إلا بمنزلة البعر.

قال الزبير: وحدثني عبد الرحمن بن عبد الله الزهري، عن عمه موسى ابن عبد

مقدمة التحقيق ١٢٧

العزیز، قال: كان ابن شهاب إذا أبى أحد من أصحاب الحديث أن يأكل طعامه، حلف ألا يحدثه عشرة أيام.

وذكر ابن وهب عن مالك قال: قيل لابن شهاب: لو جلست إلى سارية تفتى الناس، قال: إنما يجلس هذا المجلس من زهد في الدنيا. وذكر الحلواني: حدثنا أبو صالح عن الليث، عن ابن شهاب أنه قال: ما استودعت قلبي شيئاً قط فنسيته.

قال الحلواني: وحدثنا أحمد بن صالح، قال: حدثنا مطرف، قال: سمعت مالكا يقول: ما رأيت محدثاً فقيهاً إلا واحداً، قلت: من هو؟ قال: ابن شهاب.

وقال عبيد الله بن سعيد أبو قدامة: سمعت يحيى بن سعيد القطان يقول: ما أحد أعلم بحديث المدنيين من الزهري، وبعد الزهري يحيى بن أبي كثير، وليس مرسل أصح من مرسل الزهري، لأنه حافظ. وقال ابن المبارك: حديث الزهري عندنا كأخذ باليد. قال: ورأى الزهري أحب إلى من حديث أبي حنيفة.

قال أبو عمر: أخبار الزهري أكثر من أن تحوى في كتاب، فضلاً عن أن تجمع في باب، وإنما ذكرت منها هاهنا طرفاً دالاً على موضعه ومكانه من العلم، وإمامته وحفظه. وكان نقش خاتم الزهري: محمد يسأل الله العافية. ومما ينشد لابن شهاب يخاطب أخاه عبد الله:

أقول لعبد الله يوم لقيته وقد شد أحلاس المطى مشرقاً
تتبع خبايا الأرض وادع مليكها لعلك يوماً أن تجاب فترزقا

وقد روى أنه قالها لعبد الله بن عبد الملك بن مروان، وهي أبيات.

وولد رحمه الله سنة إحدى وخمسين، وقبل سنة ثمان وخمسين في آخر خلافة معاوية، وهي السنة التي توفيت فيها عائشة أم المؤمنين، وأبو هريرة. ومات رضي الله عنه سنة أربع وعشرين ومائة، في شهر رمضان ليلة سبع عشرة منه، وهو ابن ست وستين سنة، وذلك قبل موت هشام بعام. وقيل إنه مات وهو ابن اثنتين وسبعين سنة. ودفن على قارعة الطريق ليدعى له. وكانت وفاته بضبعة له بناحية شغب وبدا؛ مرض

١٢٨ مقدمة التحقيق
هنالك وأوصى أن يدفن على قارعة الطريق، فدفن بموضع يقال له أدامى، وهى خلف
شغب وبدا، وهى أول عمل فلسطين، وآخر عمل الحجاز.
هذا كله قول الواقدي، ومصعب الزبيرى، والزبير بن بكار، والطبرى، وغيرهم.
دخل كلام بعضهم فى بعض، والله المستعان.

ولابن شهاب فى الموطأ رواية يحيى بن يحيى عن مالك، من حديث رسول الله
ﷺ، مائة حديث، وأحد وثلاثون حديثاً؛ منها متصلة مسندة اثنان وتسعون حديثاً،
وسائرهما منقطعة مرسله.

فأول المسند، ما رواه عن أنس بن مالك^(١)، وذلك خمسة أحاديث.

* * *

أبى الزبير المكي^(٢)

واسم أبى الزبير هذا، محمد بن مسلم بن تدرس مولى حكيم بن حزام، وقيل مولى
محمد بن طلحة، والأول أصح وأكثر؛ سكن مكة ومات بها سنة ثمان وعشرين ومائة
فى خلافة مروان بن محمد وهو ابن أربع وثمانين سنة، هذا قول الواقدي.

(١) انظر: ابن سعد ١٧/٧، طبقات خليفة ترجمة ٥٧٥، التاريخ الكبير ٢/٢٧، التاريخ الصغير
٢٠٩/١، المعارف ٣٠٨، الجرح ٢/٢٨٦، مشاهير الأمصار ترجمة ٢١٥، الاستيعاب ١٠٨،
طبقات الشيرازى ٥١، ابن عساكر ٣/٧٦ أ، أسد الغابة ١/١٥١، تهذيب الأسماء ١/١٢٧،
نهاية الأرب ١٨/٢٢٣، تهذيب الكمال ١٢٤، تاريخ الإسلام ٣/٣٣٩، تذكرة الحفاظ ١/٤٢،
العبر ١/١٠٧، تذهيب التهذيب ١/٧٣ ب، مرآة الجنان ١/١٨٢، البداية والنهاية ٩/٨٨، غاية
النهاية ترجمة ٨٠٣، تهذيب التهذيب ١/٣٧٦، الإصابة ١/٧١، النجوم الزاهرة ١/٢٢٤،
الخلاصة ٣٥، تهذيب ابن عساكر ٣/١٤٢، سير النبلاء ٣/٣٩٦.

(٢) انظر ترجمته فى: ابن سعد ٥/٤٨١، طبقات خليفة ٢٨١، التاريخ الكبير ١/٢٢١، تاريخ
الفسوى ٢/٢٢، الجرح ٨/٧٤، تهذيب الكمال ١٢٦٦، تاريخ الإسلام ٥/١٥٢، ميزان
الاعتدال ٤/٣٧، تذكرة الحفاظ ١/١٢٦، العبر ١/١٦٨، العقد الثمين ٢/٣٥٤، تهذيب
التهذيب ٩٠/٤٤٠، طبقات الحفاظ ٥٠ - ٥١، الخلاصة ٣٥٨، سير أعلام النبلاء ٥/٣٨٠.

مقدمة التحقيق ١٢٩

وقال على بن المديني: مات أبو الزبير قبل عمرو بن دينار بسنة. ومات عمرو بن دينار سنة ست وعشرين ومائة.

قال أبو عمر: كان أبو الزبير ثقة حافظاً، روى عنه مالك، والثوري، وابن جريج، والليث بن سعيد، وابن عيينة، وجماعة من الأئمة؛ وكان شعبة يتكلم فيه ولا يحدث عنه، ونسبه مرة إلى أنه كان يسيء صلواته، ومرة إلى أنه وزن فأرجع وهو عند أهل العلم مقبول الحديث، حافظ متقن، لا يلتفت فيه إلى قول شعبة.

قال معمر: ليتني لم أكن رأيت شعبة، جعلني أنى لا أكتب عن أبي الزبير ولا أحمل عنه، وخدعني.

وقال يحيى بن معين: أبو الزبير ثقة.

وقال أحمد بن حنبل: أبو الزبير ليس به بأس.

وروى هشيم عن الحجاج بن أرطاة، وابن أبي ليلي، عن عطاء، قال: كنا نكون عند جابر بن عبد الله فيحدثنا، فإذا خرجنا من عنده تذاكرنا حديثه، فكان أبو الزبير من أحفظنا للحديث.

حدثناه خلف بن القاسم، حدثنا ابن المفسر، حدثنا أحمد بن علي بن سعيد، حدثنا أحمد بن منيع، حدثنا هشيم، قال: حدثنا ابن أبي ليلي، والحجاج بن أرطاة، قالوا: قال عطاء فذكره.

وذكره عبد الرزاق قال: أنبأنا عمرو بن قيس، قال: كان عطاء بن أبي رباح وأصحابه إذا قدم جابر، قدموا أبا الزبير أمامهم ليحفظ لهم.

أخبرنا خلف بن القاسم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن عمر البجلي، قال: حدثنا أبو زرعة، قال: أخبرنا ابن أبي عمر، قال: سمعت سفيان بن عيينة يقول: ما نازع أبو الزبير عمرو بن دينار في حديث قط إلا زاد عليه أبو الزبير.

وأخبرنا أحمد بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن الفضل، قال: حدثنا محمد ابن جرير، قال: حدثنا الحسن بن الصباح، قال: حدثنا سفيان عن أبي الزبير، قال: كان

١٣٠ مقدمة التحقيق
عطاء يقدمني إلى جابر فأتحفظ لهم الحديث، وكان عطاء ربما سئل عن شيء فيقول
للسائل: سل أبا الزبير.

لمالك عنه في الموطأ من حديث النبي ﷺ ثمانية أحاديث متصلة مسندة.

* * *

محمد بن المنكدر^(١)

مدني تابعي، ثقة فاضل، وهو محمد بن المنكدر بن عبد الله بن الهدير بن عبد
العزى، ويقال: الهدير بن محرز بن عبد العزى بن عامر بن الحارث بن حارثة بن
سعد بن تيم ابن مرة القرشي التيمي، يكنى أبا عبد الله.

وقيل: يكنى أبا بكر، وأمه أم ولد، وكان من فضلاء هذه الأمة، وعبادها
وفقهاؤها، وخيارها. كان أهل المدينة يقولون: إنه كان مجاب الدعوة وكان مقلا،
وكان مع ذلك جوادا.

توفي بالمدينة سنة ثلاثين ومائة، أو إحدى وثلاثين ومائة، وذكر الأويسى، عن
مالك، قال: كان محمد بن المنكدر سيد القراء، وكان كثير البكاء عند الحديث،
وكنت إذا وجدت من نفسى قسوة آتية فأنظر إليه فأتعظ به، وأنتفع بنفسى أياما،
وكان كثير الصلاة بالليل.

قال أبو جعفر الطبري: كان محمد بن المنكدر ثقة، كثير الحديث، أمينا على ما
روى ونقل من أثر فى الدين.

قال أبو عمر: لمالك عنه فى الموطأ من حديث رسول الله ﷺ خمسة أحاديث،
منها أربعة مسندة، وواحد مرسل.

* * *

(١) انظر ترجمته فى: طبقات خليفة ٢٦٨، التاريخ الكبير ٢١٩/١، التاريخ الصغير ٢٨٧/١،
٣٢/٢، المعارف ٤٦١، الجرح ٩٧/٨، حلية الأولياء ١٤٦/٣، ١٦٥، تهذيب الكمال ١٢٧٥،
تهذيب التهذيب ٤٧٣/٩، تاريخ الإسلام ١٥٥/٥، تذكرة الحفاظ ١٢٧/١، الخلاصة ٣٦٠،
سير أعلام النبلاء ٣٥٣/٥.

محمد بن يحيى بن حبان^(١)

لمالك عنه أربعة أحاديث مسندة صحاح.

وهو محمد بن يحيى بن حبان بن منقذ، وقد ذكرنا جده هذا فى الصحابة بما يغنى عن ذكره هاهنا، ويكنى محمد بن يحيى بن حبان أبا عبد الله، وكان ثقة مأمونا على ما جاء به حجة فيما نقل، سكن المدينة، ومات بها، سنة إحدى وعشرين ومائة، وهو ابن أربع وسبعين سنة.

قال محمد بن عمر الواقدي كانت لمحمد بن يحيى بن حبان حلقة فى مسجد رسول الله ﷺ.

وكان يفتى، وكان مالك يثني عليه، ويصفه بالعلم والعبادة. قال يحيى بن معين: وقد سمع ابن عمر.

* * *

محمد بن عمرو بن علقمة بن وقاص الليثي^(٢)

وهو محمد بن عمرو بن علقمة بن وقاص الليثي من أنفسهم يكنى أبا عبد الله، وكان من ساكني المدينة، وبها كانت وفاته فى سنة أربع وأربعين ومائة، فى خلافة أبى جعفر، وكان كثير الحديث.

روى عنه مالك وابن عيينة، والثورى، وجماعة من الأئمة، إلا أنه يخالف فى

(١) انظر ترجمته فى: ابن سعد ٤٤٩/٧، طبقات خليفة ٢٥٨، التاريخ الكبير ٢٦٥/١، تاريخ الفسوى ٣٨٩/١، الجرح ١٢٢/٨، ١٢٣، تهذيب الكمال ١٢٨٤، تهذيب التهذيب ٨/٤، تاريخ الإسلام ١٦٢/٥، العبر ١٥٣/١، تهذيب التهذيب ٥٠٧/٩، الخلاصة ٣٦٣، سير أعلام النبلاء ١٨٦/٥.

(٢) انظر ترجمته فى: تاريخ خليفة ٤٢٠، طبقات خليفة ٢٧٠، التاريخ الكبير ١٩١/١ - ١٩٢، الجرح ٣٠/٨، مشاهير الأمصار ١٣٣، الكامل ٥٢٨/٥، تهذيب الكمال ١٢٥١، ميزان الاعتدال ٦٧٣/٣ - ٦٧٤، العبر ٢٠٥/١، الوافى بالوفيات ٢٨٩/٤، تهذيب التهذيب ٣٧٥/٩ - ٣٧٧، الخلاصة ٣٥٤، سير أعلام النبلاء ١٣٦/٦.

١٣٢ مقدمة التحقيق
أحاديث فإذا خالفه في أبي سلمة الزهري، أو يحيى بن كثير، فالقول قولهما عن أبي
سلمة عند أهل العلم بالحديث.

وقال يحيى بن معين: محمد بن عمرو بن علقمة أعلى من سهيل بن أبي صالح.

وقال يحيى القطان: محمد بن عمرو أحب إلي من ابن حرملة. وقال يحيى ابن معين
أيضاً: محمد بن عجلان أوثق من محمد بن عمرو. قال: لم يكونوا يكتبون حديث
محمد بن عمرو حتى اشتهاها أصحاب الإسناد فكتبوها.

قال أبو عمرو: محمد بن عمرو ثقة محدث، روى عنه الأئمة ووثقوه، ولا مقال
فيه إلا كما ذكرنا: أنه يخالف في أحاديث، وأنه لا يجرى بجرى الزهري وشبهه،
وكان شعبة مع تعسفه وانتقاده الرجال يثنى عليه.

ذكر العقيلي، قال: حدثني محمد بن سعد الشاشي، قال: حدثنا محمد بن موسى
الواسطي، قال: سمعت يزيد بن هارون يقول: قال شعبة: محمد بن عمرو أحب إلي
من يحيى بن سعيد الأنصاري في الحديث.

قال أبو عمرو: حسبك بهذا. ويحيى بن سعيد أحد الأئمة الجلة.

وقد روى ابن أبي مريم عن خاله موسى بن سلمة قال: أتيت عبد الله ابن يزيد
بن هرمز، فسألته أن يحدثني، فقال: ليس ذلك عندي، ولكن إن أردت الحديث،
فعليك بمحمد بن عمرو بن علقمة.

وقال أبو مسهر: سمعت مالك بن أنس يقول: أكثر محمد بن عمرو. وحدثنا عبد
الوارث، حدثنا قاسم، حدثنا أحمد بن زهير، قال: سمعت يحيى ابن معين، يقول:
محمد بن عمرو بن علقمة ثقة.

قال أبو عمرو: لم يخرج مالك عن محمد بن عمرو بن علقمة في موطئه حكماً،
واستغنى عنه في الأحكام بالزهري ومثله، ولم يكن عنده إلا في عداد الشيوخ
الثقات، وإنما ذكر عنه في موطئه من المسند حديثاً واحداً.

* * *

محمد بن أبي أمامة

وهو محمد بن أبي أمامة بن سهل بن حنيف بن وهب الأنصاري، ولد أبوه أمامة على عهد رسول الله ﷺ سماه رسول الله ﷺ أسعد باسم جده أبي أمه أبي أمامة أسعد بن زرارة الأنصاري وكان أحد الثقباء، وأبوه سهل ابن حنيف جد محمد هذا من كبار الصحابة أيضًا.

وقد ذكرنا أبا أمامة بن سهل^(١) وأباه سهل بن حنيف^(٢)، وذكرنا أبا أمامة أسعد ابن زرارة جد أبي أمامة بن سهل لأمه كل هؤلاء في كتابنا في الصحابة.

وذكرنا هناك من أخبارهم ما يوقف به على مواضعهم ومنازلهم وأحوالهم. ومحمد بن أبي أمامة هذا من ثقات شيوخ أهل المدينة روى عنه مالك وغيره.

* * *

محمد بن أبي بكر الثقفي

وهو محمد بن أبي بكر بن عوف بن الرباح الثقفي، مدني. تابعي ثقة. روى عنه مالك بن أنس وغيره.

* * *

(١) انظر ترجمته في: طبقات ابن سعد ٨٢/٥، طبقات خليفة ترجمة ٦٥٤، ٢١٧٦، المعرفة والتاريخ ٣٧٥/١، الكنى ١٤/١، مشاهير الأمصار ١٣٩، الاستيعاب ٨٢، ابن عساكر ٤٠٣/٢، أسد الغابة ٤٧٠/٣، تهذيب الكمال ١٨/٦، تهذيب الكمال ٩٤، تاريخ الإسلام ٧١/٤، العبر ١١٨/١، تلهيب التهذيب ٥٩/١ ب، مرآة الجنان ٢٠٧/١، البداية والنهاية ١٩٠/٩، الخلاصة ٣٨، الإصابة ٩/٤، سير النبلاء ٥١٧/٣.

(٢) انظر ترجمته في: ابن سعد ١٥/٦، ٤٧١/٣، طبقات خليفة ٨٥، ١٣٥، تاريخ خليفة ١٩٨، التاريخ الكبير ٩٧/٤، المعارف ٢٩١، تاريخ الفسوى ٢٢٠/١، الاستبصار ٣٢٠، الاستيعاب ٦٦٢/٢، أسد الغابة ٤٧٠/٢، تهذيب الكمال ٥٥٧، تهذيب التهذيب ٢٥١/٤، الإصابة ٢٧٣/٤، الخلاصة ١٥٧، سير الأعلام ٣٢٥/٢.

محمد بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري

أمه فاطمة بنت عمارة بن عمرو بن مخزوم، ويكنى أبا عبد الملك، وكان قاضيًا بالمدينة.

قال الواقدي: توفي محمد أبي بن بكر بن محمد بن عمرو بن حزم سنة اثنتين وثلاثين ومائة، في دولة بني العباس، وهو ابن اثنتين وسبعين سنة، وتوفي أبوه أبو بكر^(١) سنة عشرين ومائة.

* * *

محمد بن عبد الرحمن أبو الأسود

وهو محمد بن عبد الرحمن بن نوفل بن الأسود بن نوفل بن خويلد بن أسد القرشي الأسدي يكنى أبا الأسود يعرف ببيتيم عروة؛ لأنه كان يتيمًا في حجره. سكن المدينة، ثم سكن مصر في آخر أيام بني أمية وهو من جلة المحدثين بها، ثقة حجة فيما نقل.

قال يحيى بن معين: وهو أحب إلي من هشام بن عروة. قال مالك: كان أبو الأسود: محمد بن عبد الرحمن صاحب عزلة، وحج، وغزو، قال: وكان الناس أصحاب عزلة.

* * *

محمد بن عمارة الحزمي الأنصاري

وهو محمد بن عمارة بن عمرو بن حزم الأنصاري.

* * *

(١) انظر ترجمته في: تهذيب الكمال ٤٣٤٧ (٥٨٥/٢١)، تاريخ خليفة ٩٤، ٩٧، ٢١٨، طبقات ٨٩، التاريخ الكبير ٦/ترجمة ٢٤٧٨، الصغير ١/٦٥، ٨١، المعرفة ١/٣٣١، الجرح ٦/ترجمة ١٢٤٧، الاستيعاب ٣/١١٧٢، أسد الغابة ٤/٩٨، التجريد ١/ترجمة ٤٣٦٩، تهذيب التهذيب ٣/٩٦، تهذيب التهذيب ٨/٢٠، التقريب ٢/٦٨، الإصابة ٢/ترجمة ٥٨١٠، الخلاصة ٢/ترجمة ٥٢٧٦.

محمد بن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصعة الأنصاري المازني

مدني، ثقة، توفي سنة تسع وثلاثين ومائة، لمالك عنه حديثان.

* * *

محمد بن عبد الرحمن أبو الرجال يكنى أبا عبد الرحمن

وإنما قيل له أبو الرجال، وغلب ذلك عليه، لولده كانوا عشرة رجالا، ذكورا، فكنى أبا الرجال: وهو محمد بن عبد الرحمن بن عبد الله بن حارثة ابن النعمان الأنصاري من بني مالك بن النجار وقد ذكرنا حارثة بن النعمان في كتابنا في الصحابة بما يغني، عن ذكره هاهنا.

وأم محمد هذا عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة بن عدس بن عبيد ابن ثعلبة بن غنم بن مالك بن النجار أنصارية أيضا، تابعة ثقة وابنها أبو الرجال هذا مدني ثقة روى عنه مالك، وابن عيينة، ومحمد بن إسحاق، وغيرهم، وروى عنه يحيى بن سعيد الأنصاري.

ولأبي الرجال ابن محدث أيضا، يسمى حارثة بن أبي الرجال، وهو ضعيف فيما نقل، عن أبيه، وعن غيره وأما أبو الرجال فنقة.

* * *

موسى بن عقبة^(١)

تابعي، مدني، ثقة، وهو موسى بن عقبة بن أبي عياش - يكنى أبا محمد مولى الزبير بن العوام - كان الزبير قد أعتق جده أبا عياش. هكذا قال الواقدي وغيره.

(١) انظر ترجمته في: طبقات خليفة ٢٦٧، تاريخ خليفة ٤١١، تاريخ البخاري ٢٩٢/٧، التاريخ الصغير ٧٠/٢، الجرح ١٥٤/٨، الثقات ٢٤٨/٣، تهذيب الكمال ١٣٩٢، تذكرة الحفاظ ١٤٨/١، العبر ١٩٢/٤، الوافي بالوفيات ١٣٧/٢، الخلاصة ٣٩٢، سير أعلام النبلاء ١١٤/٦.

١٣٦ مقدمة التحقيق

وقال يحيى بن معين: موسى بن عقبة، مولى أم خالد بنت خالد بن سعيد ابن العاص.

وقد ذكرنا فى باب إبراهيم بن عقبة فى صدر كتابنا هذا فى نسبه وولائه ما هو أكثر من هذا، وسمع موسى بن عقبة من أم خالد بنت خالد بن سعيد ابن العاص، ورأى ابن عمر وسهل بن سعد، قال: حججت وابن عمر بمكة، عام حج نجدة الحرورى، ورأيت سهل بن سعد يتخطا حتى توكأ على المنبر، فسار الإمام بشيء.

وكان موسى بن عقبة من ساكنى المدينة، وبها توفى سنة إحدى وأربعين ومائة، قبل خروج محمد بن عبد الله بن حسن.

وكان مالك يثنى على موسى بن عقبة، وكان لموسى علم بالمغازى والسيره، وهو ثقة فيما نقل من أثر فى الدين، وكان رجلاً صالحاً رحمه الله.

لمالك عنه من حديث رسول الله ﷺ فى الموطأ حديثان مسندان.

* * *

موسى بن ميسرة

وكان موسى بن ميسرة من فضلاء أهل المدينة، وكان مالك يثنى عليه، ويصفه بالفضل، وتوفى موسى بن ميسرة سنة ثلاث وثلاثين ومائة.

* * *

موسى بن أبى نهيم

وموسى هذا مدنى ثقة روى عنه مالك وغيره.

* * *

مسلم بن أبى مريم وهو مدنى ثقة

روى عنه مالك، وابن عيينة، وهيب بن خالد، ويحيى بن سعيد الأنصارى، وكان مالك يثنى عليه، ويقول: كان رجلاً صالحاً وكان يهاب أن يرفع الأحاديث لمالك

مقدمة التحقيق ١٣٧
عنه من حديث النبي ﷺ في الموطأ ثلاثة أحاديث أحدها لم يختلف الرواة عن مالك
في رفعه، والاثنتان جمهور رواته على توقيفهما: يحيى بن يحيى، وغيره، ورفع ابن
وهب أحدهما، ورفع بن نافع الآخر. وهما مرفوعان من غير رواية مالك من وجوه
صحاح كلها.

* * *

مخرمة بن سليمان

وهو مخرمة بن سليمان الوالبي، قتل يوم قديد، سنة ثلاثين ومائة، وهو ابن سبعين
سنة، وكان ثقة، وروى عنه جماعة من الأئمة.

* * *

المسور بن رفاعه بن أبي مالك القرظي

توفى المسور بن رفاعه هذا سنة ثمان وثلاثين ومائة.

* * *

نافع مولى عبد الله بن عمر^(١)

هو نافع بن جرجس.

قال أبو عمر: يكنى نافع أبا عبد الله. قال ابن معين: كان ديلميا، وقال غيره:
كان من أهل أبرشهر، وقيل كان أصله من المغرب، أصابه عبد الله ابن عمر في
غزاته، وكان ثقة، حافظا، ثبتا فيما نقل، وكانت فيه لكنة، وكان يلحن أيضا مع
ذلك لحنا كثيرا.

ذكر معاذ بن معاذ، عن ابن عون، قال: كانت في نافع لكنة، وذكر الواقدي

(١) انظر ترجمته في: تاريخ خليفة ٢٠٦، التاريخ الكبير ٨/٨٤، التاريخ الصغير ٢/٥٩، المعارف
٤٦٠، تاريخ الفسوى ١/٦٤٥، ٦٤٧، الجرح ٨/٤٥١، تهذيب الأسماء ٢/١٢٣، تذكرة
الحفاظ ١/٩٩، العبر ١/١٤٧، مرآة الجنان ١/٢٥١، البداية ٩/٣١٩، تهذيب التهذيب
١٠/٤١٢، طبقات الحفاظ ٤٠، الخلاصة ٤٠٠، سير أعلام النبلاء ٥/٩٥.

قال: حدثني نافع بن أبي نعيم، وإسماعيل بن إبراهيم بن عقبة، وأبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن أبي فروة، قالوا: كان كتاب نافع الذي سمع من عبد الله ابن عمر في صحيفة، فكنا نقرأها عليه، فنقول: يا أبا عبد الله، إننا قد قرأنا عليك فنقول: حدثنا نافع؟ فيقول: نعم، قال: وسمعت نافع ابن أبي نعيم، يقول: من أخبرك أن أحدا من أهل الدنيا قرأ عليه نافع فلا تصدقه، كان ألحن من ذلك.

قال أبو عمر: قد روينا عن سليمان بن موسى، قال: رأيت نافعا مولى ابن عمر يملئ عليه، ويكتب بين يديه، وذكر حماد بن زيد، عن عبيد الله بن عمر، أن عمر ابن عبد العزيز بعث نافعا إلى أهل مصر يعلمهم السنن، وكان مالك يقول: نشر نافع عن ابن عمر علما جما.

وقال ابن عيينة: أى حديث أوثق من حديث نافع. وقال يحيى بن معين: أثبت أصحاب نافع فيه مالك بن أنس، وهو عندي أثبت من عبيد الله بن عمر، وأيوب.

وقال يحيى بن سعيد القطان: أثبت أصحاب نافع أيوب، وعبيد الله، وابن جريج، ومالك. قال: وابن جريج أثبت في نافع من مالك.

قال أبو عمر: هؤلاء الثلاثة عبيد الله بن عمر، ومالك، وأيوب، أثبت الناس في نافع عند الناس، وابن جريج رابعهم، إلا أن القطان يفضلهم، وليس يلحق بهؤلاء الثلاثة في نافع عندهم إذا خالفوه.

حدثنا خلف بن القاسم، قال: حدثنا أبو الميمون، حدثنا أبو زرعة، قال: سمعت سليمان بن حرب يقول: قال يحيى، وعبد الرحمن بن مهدي عبيد الله، ومالك أثبت من أيوب في نافع ثم تعجب.

حدثنا خلف بن القاسم، قال: حدثنا أبو الميمون، حدثنا أبو زرعة، قال: سمعت أحمد بن حنبل يسأل: من أثبت في نافع؟ عبيد الله أو مالك أو أيوب، فقدم عبيد الله ابن عمر وفضله بقاء سالم والقاسم قلت له: فمالك بعده؟ قال: إن مالكا أثبت. قلت: فإذا اختلف مالك وأيوب، فتوقف وقال: ما تجترى على أيوب، ثم عاد في ذكر عبيد الله، ففضله وقال: شيخ من أهل البلد جليل، فقلت له: إنهم يتحدثون عن

مقدمة التحقيق ١٣٩

شعبة، قال: قدمت المدينة بعد موت نافع بسنة، ومالك يومئذ حلقة، أثبت ذلك؟ قال: نعم.

وقال الواقدي: مات نافع بالمدينة سنة سبع عشر ومائة في خلافة هشام بن عبد الملك، وذكر الحسن بن علي الحلواني قال: حدثنا أحمد بن صالح المصري، قال: حدثنا محمد بن إدريس الشافعي، قال: أخبرني عمي محمد بن علي بن شافع قال: شهدت القاسم وسالما، وحضرت الصلاة، فقال كل واحد منهما لصاحبه: تقدم أنت أسن؛ فتدافعا حتى قدما نافعا. قال: وحدثنا بشر بن عمر، قال: سمعت مالك بن أنس يقول: كنت إذا سمعت نافعاً يحدث حديثاً عن ابن عمر لم أبال إلا أسمع من غيره.

لمالك عنه في موطنه من حديث رسول الله ﷺ ثمانون حديثاً.

* * *

نعيم بن عبد الله المجرم

وهو نعيم بن عبد الله المجرم مولى عمر بن الخطاب، كان أبوه عبد الله يجرم المسجد إذا قعد عمر على المنبر، وقد قيل إنه كان من الذين كانوا يجرمون الكعبة، والأول أصح والله أعلم؛ لأنه كان مولى عمر، وكان يجرم له مسجد رسول الله ﷺ.

ونعيم أحد ثقات أهل المدينة، وأحد خيار التابعين بها، قال مالك: جالس المجرم أبا هريرة عشرين سنة. ذكره الحلواني في كتاب المعرفة، عن سعيد بن أبي مريم، عن مالك.

لمالك عن نعيم هذا في الموطأ ثلاثة أحاديث مسندة، ومن الموقوفات حديثان تنمة خمسة، وهي كلها عندنا صحاح مسندة، وكان نعيم يوقف كثيراً من حديث أبي هريرة مما يرفعه غيره من الثقات.

* * *

صفوان بن سليم (١)

وسليم أبوه مولى حميد بن عبد الرحمن بن عوف الزهري، كان صفوان بن سليم من عبّاد أهل المدينة وأتقاهم لله عز وجل، ناسكاً، كثير الصدقة بما وجد من قليل وكثير، كثير العمل، خائفاً لله؛ يكنى أبا عبد الله، سكن المدينة، لم ينتقل عنها، ومات بها سنة اثنتين وثلاثين ومائة.

ذكر عبد الله بن أحمد بن حنبل، قال: سمعت أبي يسأل عن صفوان بن سليم فقال: ثقة، من خيار عباد الله وفضلاء المسلمين.

ذكر أبو داود السجستاني قال: ذكر أحمد بن حنبل صفوان بن سليم، فقال: يستنزل بذكره القطر، وقال يحيى القطان: صفوان بن سليم أحب إليّ من زيد بن أسلم.

وقال أبو ضمرة أنس بن عياض: رأيت صفوان بن سليم - ولو قيل له إن الساعة غدا ما كان عنده مزيد.

وقال أحمد بن صالح: كان صفوان بن سليم أسود.

لمالك عن صفوان بن سليم من حديث النبي ﷺ في الموطأ سبعة أحاديث، منها حديثان مسندان، وخمسة أحاديث مرسلة.

* * *

صيفي

وهو صيفي بن زياد، يكنى أبا زياد مولى ابن أفلح مولى أبي أيوب الأنصاري رحمه الله.

(١) انظر ترجمته في: طبقات خليفة ٢٦١، تاريخ خليفة ٤٠٤، التاريخ الكبير ٣٠٧/٤، ٣٠٨، التاريخ الصغير ١٩/٢، تاريخ الفسوي ١٦٦/١، الجرح ٤٢٣/٤، الخلية ١٥٨/٣ - ١٦٦، تهذيب الكمال ٦٠٨، تهذيب التهذيب ٩٣/٢، تاريخ الإسلام ٢٦٢/٥، العبر ١٧٦/١، تهذيب التهذيب ٤٢٥/٤، طبقات الحفاظ ٥٤، الخلاصة ١٧٤، تهذيب ابن عساكر ٤٣٥/٦ - ٤٣٦، سير أعلام النبلاء ٣٦٤/٥ - ٣٦٥.

وقيل: صيفى هذا يكنى أبا سعيد، يقال فيه: مولى ابن أفلح، ويقال مولى أفلح مولى أبي أيوب الأنصارى، ويقال: مولى الأنصار، ويقال: مولى أبي السائب ومولى ابن السائب، والصواب قول من قال: مولى ابن أفلح، كنيته أبو زياد. وهو رجل من أهل المدينة، روى عنه مالك، وابن عجلان، وسعيد المقبرى، وسعيد بن أبي هلال، وابن أبي ذئب، وسعيد بن أبي هند، ولا أعلم له رواية إلا عن أبي السائب مولى هشام ابن زهرة.

* * *

صدقة بن يسار^(١)

وصدقة بن يسار هذا يعد فى أهل مكة، وكان من ساكنيها، وأصله الجزيرة؛ يقال: صدقة بن يسار الجزرى، ويقال: صدقة بن يسار المكى، وهو ثقة مأمون، سمع ابن عمر، وله عنه أحاديث صالحة، فهو من التابعين الثقات، وقد روى عن رجل، عن ابن عمر، وروى عن الزهرى أيضاً.

روى عنه شعبة، ومالك، وابن عيينة، وموسى بن عبيدة، وغيرهم، قال عبد الله ابن أحمد بن حنبل: حدثنى أبى، قال: حدثنا سفيان، قال: قلت لصدقة بن يسار: إن أناساً يزعمون أنكم خوارج، قال: كنت منهم، ثم إن الله عافانى. قال سفيان: وكان من أهل الجزيرة، قال عبد الله: وسمعت أبى يقول: صدقة بن يسار من الثقات، روى عنه شعبة.

* * *

(١) انظر ترجمته فى: (طبقات ابن سعد ٤٨٥/٥، تاريخ الدورى ٢٦٩/٢، طبقات خليفة ٢٨٢، علل أحمد ١٥٣/١، ١٩٩، تاريخ البخارى الكبير الترجمة ٢٨٧٢، المعرفة ليعقوب ٤٣٧/١، تاريخ أبى زرعة الدمشقى ٥١١، ٥٢٩، ١٦٧٨، الجرح والتعديل الترجمة ١٨٨٤، ثقات ابن حبان ٣٧٨/٤، ثقات ابن شاهين الترجمة ٥٧٥، سوالات البرقانى للدارقطنى الترجمة ٢٢٥، رجال صحيح مسلم لابن منجويه الورقة ٨٣، الجمع لابن القيسرانى ٢٢٥/١، الكاشف الترجمة ٢٤٠٨، تهذيب التهذيب ٩٢/٢، ميزان الاعتدال ٣٨٨٣٣/٢، تاريخ الإسلام ٢٦١/٥، إكمال مغلطاي الورقة ١٨٩، نهاية السؤل ١٤٧، تهذيب التهذيب ٤١٩/٤، التقريب ٣٦٦/١، تهذيب الكمال ١٥٥/١٣.

صالح بن كيسان^(١)

وصالح بن كيسان هذا يكنى أبا محمد، وقيل: يكنى أبا الحارث؛ واختلف فى نسبه وولائه، فقيل: هو من خزاعة، وقيل: هو مولى لبني عامر، أو بنى غفار، وقيل: مولى لأصبيغ، وقيل: مولى لدوس.

وقال الواقدي: حدثني عبد الله بن جعفر، قال: دخلت على صالح بن كيسان - وهو يوصى، فقال: أشهد أن ولائى لامرأة لامرأة مولاة لآل معيقب الدوسى، فقال له سعيد بن عبد الله بن هرمز: ينبغى أن تكتبه، فقال: إنى لأشهدك، أنت شكاك وكان سعيد صاحب وضوء وشك فيه.

قال أبو عمر: كان صالح بن كيسان هذا من أهل العلم والحفظ والفهم، وكان كثير الحديث، ثقة، حجة فيما نقل؛ كان مع عمر بن عبد العزيز - وهو أمير على المدينة، ثم بعث إليه الوليد بن عبد الملك فضمه إلى ابنه عبد العزيز بن الوليد، وكان مسنا أدرك عبد الله بن عمر، وعبد الله بن الزبير، وسمع منهما؛ ثم روى، عن نافع، وعن ابن شهاب كثيرا.

قال يحيى بن معين: صالح بن كيسان أكبر من الزهرى، قال: وقد سمع من ابن عمر، وابن الزبير.

وقال البخارى: أخبرنا إبراهيم بن موسى، حدثنا بشر بن المفضل، عن عبد الرحمن ابن إسحاق، عن صالح بن كيسان، سمع ابن عمر فى الصرف.

وقال ابن عيينة، عن عمرو بن دينار: كان صالح بن كيسان من رجالنا عند الحسن بن محمد يعنى بالمدينة.

وروى معمر، وعمرو بن دينار، عن صالح بن كيسان، قال: اجتمعت أنا

(١) انظر ترجمته فى: طبقات خليفة ٢٦٣، التاريخ الكبير ٢٨٨/٤، الجرح ٤/٤١٠، تهذيب الكمال ٦٠٠، تهذيب التهذيب ٨٨/٢، تاريخ الإسلام ٨٢/٦، تذكرة الحفاظ ١/١٤٨ - ١٤٩، ميزان الاعتدال ٢/٢٩٩، تهذيب التهذيب ٤/٣٩٩٩، طبقات الحفاظ ٦٣، الخلاصة ١٧١، سير أعلام النبلاء ٥/٤٥٤.

مقدمة التحقيق ١٤٣

والزهري ونحن نطلب العلم، فقلنا: نكتب السنن، فكتبنا ما جاء، عن النبي ﷺ، ثم قال الزهري: نكتب ما جاء عن أصحابه، فإنه سنة؛ قال: قلت أنا: ليس بسنة فلا نكتبه، قال: فكتب ولم أكتب، فأنجح وضيعت.

وذكر الحسن بن علي الحلواني، قال: حدثنا عبد الله بن صالح، قال: حدثنا يعقوب بن عبد الرحمن، عن أبيه، قال: كنت أخرج مع صالح بن كيسان إلى الحج والعمرة، فكان ربما ختم القرآن مرتين في ليلة بين شعبي رحله، وصالح بن كيسان هو القائل: إن الله عز وجل جواد إذا أشار بشيء من الخير إلى أحد أئمه ولم ينقص منه شيئاً في كلام، قاله لصديقه عكرمة بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، وكان صديقاً له يشاوره في شيء، واختلف في وقت وفاته فقيل: كانت وفاته بالمدينة سنة أربعين ومائة.

وقال الواقدي: مات صالح بن كيسان بعد سنة أربعين ومائة، قبل مخرج محمد بن عبد الله بن حسن.

* * *

ضمرة بن سعيد المازني

وهو ضمرة بن سعيد المازني النجاري، من بني مازن بن النجار من الأنصار مدني ثقة، روى عنه مالك، وابن عيينة، وأبو أويس، وسليمان بن بلال، وغيرهم، لمالك عنه حديثان مسندان.

* * *

عبد الله بن دينار

وهو عبد الله بن دينار، مولى عبد الله بن عمر بن الخطاب، يكنى عبد الرحمن وكان ثقة؛ روى عنه جماعة من الأئمة، منهم: مالك، وشعبة، والثوري، وابن عيينة، وغيرهم. سكن المدينة وتوفي بها سنة سبع وعشرين ومائة. هكذا ذكر الواقدي.

وحدثنا خلف بن القاسم، قال: حدثنا أحمد بن أسامة بن عبد الرحمن بن أبي

السمح، قال: حدثني أبي، قال: حدثنا هارون بن سعيد الأيلي، قال: حدثنا خالد ابن نزار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، قال مات عبد الله بن دينار، وابن أبي نجيح سنة إحدى وثلاثين ومائة.

لمالك عنه في الموطأ من حديث لرسول الله ﷺ ستة وعشرون حديثاً، وعن سليمان بن يسار حديثان، وعن أبي صالح حديثان.

* * *

عبد الله بن أبي بكر بن حزم^(١)

وهو عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن حزم الأنصاري، من بني مالك بن النجار، يكنى أبا محمد، وكان من أهل العلم، ثقة، فقيهاً، محدثاً، مأموناً، حافظاً، كان من ساكني المدينة، وبها كانت وفاته في سنة خمس وثلاثين ومائة، وهو ابن سبعين سنة، وقيل: سنة ست وثلاثين، وقال بعضهم: كانت وفاته في سنة ثلاثين ومائة، قال الواقدي: كانت لآل حزم حلقة في المسجد.

قال أبو عمر: روى عن عبد الله بن أبي بكر جماعة من الأئمة، مثل مالك، ومعر، والثوري، وابن عيينة، وغيرهم، وهو حجة فيما نقل وحمل، وكان أبوه أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم من جلة أهل المدينة وأشرفهم، وكان له بها قدر وجلالة؛ ولى القضاء لعمر بن عبد العزيز أيام إمرته على المدينة، ثم لما ولى الخلافة، ولاه المدينة؛ وكان لأبي بكر بنون، منهم: محمد بن أبي بكر، وعبد الله بن أبي بكر، وعبد الرحمن بن أبي بكر، وكلهم قد روى عنه العلم، وأجلهم عبد الله هذا، وكانت له ابنة تسمى: أمة الرحمن ابنة أبي بكر، واسم أبي بكر كنيته، وسنذكر وفاته وزيادة في الخبر عنه عند ذكر رواية ابنه عنه بعد هذا في هذا الكتاب، إن شاء الله.

وذكر ابن القاسم عن مالك قال: كان عبد الله بن أبي بكر من أهل العلم

(١) انظر ترجمته في: طبقات خليفة ٢٦٤، الجرح ١٧/٥، تهذيب الأسماء ١٩٥/٢ - ١٩٦، تهذيب الكمال ٦٦٩، تهذيب التهذيب ١٣٤/٢، تاريخ الإسلام ٢٦٤/٥، تهذيب التهذيب ١٦٤/٥، الخلاصة ١٩٢، سير أعلام النبلاء ٣١٤/٥ - ٣١٥.

والبصر؛ وروى أشهب عن مالك قال: أخبرني ابن غزيرة، أن ابن شهاب سأله، من بالمدينة يفتى؟ فأجابه فقال: ما فيهم مثل عبد الله بن أبي بكر، وما يمنع أن يرتفع إلا مكان أبيه أنه حى، وقد روى عنه ابن شهاب حديث مس الذكر، عن عروة، عن مروان، عن بسرة، هكذا يرويه أهل الحفظ والإتقان، عن ابن شهاب، عن عبد الله بن أبي بكر، عن عروة، عن مروان، عن بسرة، وقد اختلف فيه عن ابن شهاب، ولا يصح عنه فيه إلا ما ذكرت، وبالله التوفيق.

لمالك عنه فى الموطأ من حديث النبى ﷺ ستة وعشرون حديثاً، منها ثمانية عشر مسندة، منها اثنان، ظاهر أحدهما الانقطاع، وهو متصل، وذلك: حديث أبى بكر ابن عبد الرحمن، عن أم سلمة: «ليس بك على أهلك هوان». الحديث، والآخر صحيح الانقطاع، وهو حديث أبى سلمة، عن أم سليم، فى صدر النفساء قبل طواف الوداع بعد الإفاضة، وسائرهما متصلة مسندة، وثمانية مرسلة، منها ثلاثة عن أبيه، وخمسة من مراسلاته عن نفسه.

* * *

عبد الله بن عبد الرحمن بن محمر أبو طوالة

وهو عبد الله بن عبد الرحمن بن معمر بن حزم، أبو طوالة الأنصارى، سمع أنس ابن مالك، وروى عنه، وروى عن كبار التابعين وولى القضاء بالمدينة فى أيام ولاية أبى بكر بن محمد بن عمرو من حزم عليها.

وهو من ثقات أهل المدينة، روى عنه جماعة من أئمة أهل الحديث، منهم: مالك وابن عيينة، والثورى، وزهير بن معاوية والدراوردى، وإسماعيل بن جعفر، وسليمان ابن بلال، وزائدة، وخالد بن عبد الله الواسطى.

حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا عبد الله بن جعفر بن الورد، حدثنا أحمد ابن إسحاق بن واضح، حدثنا سعيد بن أسد، حدثنا أصبغ الفرج، حدثنا ابن وهب، حدثنى مالك، قال: كان عبد الله بن عبد الرحمن بن معمر. رجلاً صالحاً، وكان قاضياً فى خلافة سليمان، وعمر بن عبد العزيز، وكان يسرد الصيام، وكان يحدث

١٤٦ مقدمة التحقيق
حديثاً حسناً، وكان يدخل على الوالى فينصحه ولا يرفق به. ويكلمه فى الأمر كله
من الحق قال مالك: وغيره من الناس يفرق أن يضرب.

قال أبو عمر: لمالك عنه فى الموطأ: ثلاثة أحاديث، أحدها عند يحيى مرسل، وهو
متصل من وجوه من راوية مالك وغيره، والثانى متصل مسند، لا خلاف عن مالك
فى اتصاله والثالث مرسل، لم يختلف رواة مالك فى إرساله.

* * *

أبو الزناد عبد الله بن ذكوان^(١)

قال أبو عمر: أبو الزناد لقب غلب عليه، وكنيته أبو عبد الرحمن، لا يختلفون فى
ذلك؛ وهو عبد الله بن ذكوان، وذكوان أبوه مولى رملة ابنة شيبه بن ربيعة بن عبد
شمس بن عبد مناف؛ وكانت رملة هذه تحت عثمان ابن عفان، وقيل: هو مولى
عائشة بنت عثمان، وقيل: مولى عثمان؛ ويقال: إن ذكوان أبا أبى الزناد، كان أخوا
أبى لؤلؤة قاتل عمر بن الخطاب - بولادة العجم، هكذا قال الواقدي، ومصعب
الزبيرى، والطبرى.

وأخبرنا عبد الرحمن بن يحيى، قال: أخبرنا أحمد بن سعيد، قال: أخبرنا أبو مسلم
صالح بن أحمد بن عبد الله بن صالح، قال: قال أبى: أبو الزناد من رهط أبى لؤلؤة،
كانت بينهم قرابة، قال: وكان أحد مفتى أهل المدينة.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا أحمد بن زهير،
حدثنا مصعب بن عبد الله، قال: كان أبو الزناد فقيه أهل المدينة، وكان صاحب
كتاب وحساب؛ وكان كاتباً لعبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب،
وكاتباً أيضاً لخالد بن عبد الملك بن الحارث بن الحكم بالمدينة؛ قال: وقدم على هشام

(١) انظر ترجمته فى: طبقات خليفة ٢٥٩، التاريخ الكبير ٨٣/٥، التاريخ الصغير ٢٧/٢، الجرح
٤٩/٥، تهذيب الكمال ٦٧٩، تهذيب التهذيب ١٤٢/٢، تاريخ الإسلام ٢٦٥/٥، ميزان
الاعتدال ٤١٨/٢ - ٤٢٠ تهذيب التهذيب ٢٠٣/٥، الخلاصة ١٩٦، تهذيب ابن عساكر
٢٧٩/٧، ٢٨٠ سير أعلام النبلاء ٤٤٥/٥.

ابن عبد الملك - بحساب ديوان المدينة، فجالس هشاماً مع ابن شهاب، فسأل هشام، ابن شهاب: فى أى شهر كان عثمان يخرج العطاء فى أهل المدينة؟ فقال: لا أدرى؛ فقال أبو الزناد: كنا نرى أن ابن شهاب لا يسأل عن شىء إلا وجد عنده علمه، قال أبو الزناد: فسألنى هشام، فقلت: فى المحرم؛ قال هشام لابن شهاب: يا أبا بكر، هذا علم قد أفدته اليوم؛ فقال ابن شهاب: مجلس أمير المؤمنين أهل أن يفاد منه العلم؛ قال مصعب: وكان أبو الزناد معاديا لربيعة بن أبى عبد الرحمن، قال: وكان أبو الزناد وربيعة فقيهى أهل المدينة فى زمانهما، وذكر الحلوانى فى كتاب المعرفة عن ابن أبى مریم، عن الليث، عن عبد ربه بن سعيد.

قال: رأيت أبا الزناد دخل مسجد رسول الله ﷺ ومعه من الأتباع مثل ما مع السلطان من بين سائل عن حديث، وبين سائل عن فقه، وبين سائل عن فريضة، وبين سائل عن شعر؛ قال: وحدثنا على بن المدينى، حدثنا سفيان بن عيينة، قال: سألت سفيان الثورى، قلت له: كيف رأيت أبا الزناد؟ قال: أو كان ثم أمير غيره؟!

حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا أبو الميمون، حدثنا أبو زرعة، قال: سمعت أحمد بن حنبل يقول: أبو الزناد أعلم من ربيعة، فقلت لأحمد: حديث ربيعة كيف هو؟ قال: ثقة، وأبو الزناد أعلم منه.

وحدثنا عبد الوارث، حدثنا قاسم، حدثنا أحمد بن زهير، حدثنا سليمان ابن أبى شيخ، قال: ولى عمر بن عبد العزيز أبا الزناد بيت مال الكوفة.

وحدثنا عبد الوارث، حدثنا قاسم، حدثنا أحمد بن زهير، حدثنى أبى، حدثنا ابن عيينة، عن ابن شبرمة، قال: كان الشعبى يقول لأبى الزناد: جئت بها زيوفاً وتذهب بها جهاداً.

وقال المدائنى: كان خالد بن عبد الملك بن الحارث بن الحاكم قد ولى أبا الزناد المدينة، فقال على بن الجون الغطفانى:

رأيت الخير عاش لنا فعشنا وأحيانى مكان أبى الزناد
وسار بسيرة العمرين فىنا نعدل فى الحكومة واقتصاد

١٤٨ مقدمة التحقيق

وقال الواقدي: سمعت مالك بن أنس يقول: كانت لأبي الزناد حلقة على حدة في مسجد رسول الله ﷺ.

قال الواقدي: مات أبو الزناد فجأة في مغتسله ليلة الجمعة لسبع عشرة خلعت من شهر رمضان سنة ثلاثين ومائة، وهو ابن ست وستين.

وقيل: توفي أبو الزناد سنة إحدى وثلاثين ومائة - وهو ابن أربع وستين.

وقال الطبري: كان أبو الزناد ثقة، كثير الحديث، فصيحاً، بصيراً بالعربية، كاتباً، حاسباً، فقيهاً، عالماً، عاقلاً، وقد ولي خراج المدينة.

قال أبو عمر: لمالك عنه في الموطأ أربعة وخمسون حديثاً مسندة ثابتة صحاح متصلة.

* * *

عبد الله بن الفضل

قال ابن البرقي: هو عبد الله بن الفضل بن عباس بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هاشم، يروي عن نافع، عن جبير بن مطعم، والأعرج.

وقال غيره: هو عبد الله بن الفضل بن عبد الرحمن بن ربيعة بن الحارث ابن عبد المطلب بن هاشم.

وهكذا ذكره أبو داود قال: حدثنا الحسن بن علي، قال: حدثنا سليمان ابن داود الهاشمي قال: حدثنا ابن أبي الزناد، عن موسى بن عقبة، عن عبد الله بن الفضل بن عبد الرحمن بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هاشم.

قال أبو عمر: عبد الله بن الفضل الهاشمي هذا مشهور بالرواية، ثقة، روى عنه مالك وزياد بن سعد، وموسى بن عقبة، ومحمد بن إسحاق، وأبو أويس، إلا أنني لم أحده في كتب نساب قريش: مصعب الزبيري، والعدوي. فمن رواية مالك، وزياد بن سعد، عن عبد الله بن الفضل هذا، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس - حديث: «الأيام أحق بنفسها من وليها».

وروى عنه أبو أويس، عن نافع بن جبير أيضاً، عن ابن عباس مرفوعاً - حديث «المقتول يأتي يوم القيامة ملبياً قاتله، تشخب أوداجه»^(١) الحديث.

وروى عنه موسى بن عقبة، عن الأعرج، عن عبيد الله بن أبي رافع، عن علي - مرفوعاً في رفع اليدين في الصلاة مع كل خفض ورفع.

وروى عنه محمد بن إسحاق، عن سليمان بن يسار، عن جعفر بن عمرو بن أمية خبيراً ونسبه محمد بن إسحاق - كما ذكر ابن البرقي، وجعل البخاري عبد الله بن الفضل الهاشمي الذي روى عنه أبو أيس، ومالك، وزباد بن سعد - غير عبد الله ابن الفضل الهاشمي الذي روى عنه موسى بن عقبة، ومحمد بن إسحاق، وقال العقيلي: هما عندي واحد.

قال أبو عمر: هو عندي كما قال العقيلي، والله أعلم.

* * *

عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان

هكذا قال مالك: مولى الأسود بن سفيان، وروى عنه أبو أويس، فقال عبد الله ابن يزيد مولى الأسود بن عبد الأسد المخزومي.

وروى عنه عبد الرحمن بن إسحاق، فقال: عن عبد الله بن يزيد مولى آل سفيان ابن عبد الأسد، فالصواب ما قاله مالك، وهو مولى الأسود بن سفيان ابن عبد الأسد ابن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم، وكان لعبد الأسد ثلاثة بنين: عبد الله - وهو أبو سلمة زوج أم سلمة رضی الله عنها وقد ذكرناه في كتابنا في الصحابة بما فيه كفاية، والأسود بن عبد الأسد، قتل يوم بدر كافرًا قتله حمزة، وسفيان بن عبد الأسد - قال العدوي: وكان له قدر، ولسفيان هذا ابن يسمى الأسود بن سفيان، وكان لهم بنون لهم قدر وهم موالى عبد الله بن يزيد هذا شيخ مالك؛ والذي قاله مالك وعبد الرحمن بن إسحاق فيه هو الصواب عند أهل العلم بالنسب، والله أعلم. وما قاله أبو أويس فليس بمنكر، لأنه نسب الأسود إلى جده، وعبد الله بن يزيد هذا ثقة حجة فيما نقل.

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ٣٧٢/١٠، عن ابن عباس.

١٥٠ مقدمة التحقيق

ذكر العقيلي: حدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل، قال: سألت أبي عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان، فقال: ثقة، وسألت عنه يحيى بن سفيان، فقال: ثقة، حدث عنه مالك، والليث بن سعد.

قال أبو عمر: لمالك عنه من مرفوعات الموطأ خمسة أحاديث شركه في أحدها أبو النضر.

* * *

عبد الله بن عبد الله بن جابر بن عتيك الأنصاري المهاوي

وعبد الله هذا مدني تابعي ثقة، روى عنه مالك وعبيد الله بن عمر، وقد ذكرنا نسبه عند ذكر جده جابر بن عتيك في كتاب الصحابة.

* * *

عبد الله بن أبي حسين المكي

وهو عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين بن الحارث بن عامر بن نوفل ابن عبد مناف القرشي النوفلي، من أهل مكة، كبير ثقة، فقيه عالم بالمناسك. روى عنه مالك، والثوري، وابن عيينة، وشعيب بن أبي حمزة، وروى عنه من الكبار: أبو إسحاق السبيعي الكوفي حديث: «تصل من قطعك، وتعطى من حرمك، وتعفو عمن ظلمك».

وهو ثقة عند الجميع، كان أحمد بن حنبل يثنى عليه. وقال البخاري: سمع نوفل ابن مساحق، ونافع بن جبير. قال سعيير ابن الخمس: سمعت عبد الله بن حسن، يقول: ما أحد أعلم بالمناسك من ابن أبي حسين.

* * *

عبيد الله بن أبي عبد الله الأغر

. وعبيد الله هذا أحد ثقات أهل المدينة، روى عنه مالك، وموسى بن عقبة،

مقدمة التحقيق ١٥١

وغيرهما، وأبوه أبو عبد الله الأغر، اسمه سلمان: مولى جهينة يقال: أصلهم من أصبهان، وهو من ثقات تابعي أهل المدينة، يروى عن أبي هريرة وأبي سعيد، روى عنه ابن شهاب وغيره.

* * *

عبيد الله بن عبد الرحمن

وهو عبيد الله بن عبد الرحمن بن السائب بن عمير، مدني ثقة.

* * *

عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي صعصعة الأنصاري المازني

مدني ثقة، روى عن مالك، ويحيى بن سعيد الأنصاري، ولابن عيينة، لمالك عنه في الموطأ - خمسة أحاديث، منها: ثلاثة مسندة، واثنان مرسلان، أحدهما عن سليمان بن يسار، والآخر عن نفسه.

* * *

عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق

يكنى أبا محمد رضي الله عنهم

قال مصعب الزبيري: أمه قرية ابنة عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، وقال غيره: أمه أسماء بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، وكان من خيار المسلمين.

قال أبو عمر: كان عبد الرحمن بن القاسم هذا فقيها جليلا منتظما بالمدينة ثقة حجة فيما نقل، كان نقش خاتمه: عبد الرحمن بن القاسم، وكان أيوب السختياني يجله ويعظمه، وكان إذا كتب إليه بدأ به، وكان يحيى بن سعيد الأنصاري يحدث عن عمرة، عن عائشة، عن النبي ﷺ أنه قال: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا»^(١)،

(١) أخرجه البخاري ٢٨٧/٨ كتاب الحدود باب قول الله ﴿والسارق﴾... إلخ عن عائشة. وأبو داود برقم ٤٣٨٤، ١٣٤/٤ عن عائشة. وأحمد ٣٦/٦ عن عائشة. والبيهقي في السنن الكبرى ٢٥٤/٨ كتاب السرقة، باب ما يجب فيه القطع عن عائشة.

١٥٢ مقدمة التحقيق

فنهاه عبد الرحمن بن القاسم عن رفعه، وقال: إنها لم ترفعه، فترك يحيى الرفع فيه إلى أن مات إجلالا له.

وقال البخارى: حدثنا على بن المدينى، عن ابن عيينة، أخبرنا عبد الرحمن ابن القاسم - وكان أفضل أهل زمانه - أنه سمع أباه القاسم بن محمد - وكان أفضل أهل زمانه - وقال ابن عيينة: مات الزهري سنة أربع وعشرين قبل عبد الرحمن بن القاسم.

قال أبو عمر: يعنى أن عبد الرحمن بن القاسم توفى بعد الزهري فى عام واحد سنة أربع وعشرين، وكان لعبد الرحمن بن القاسم ابن يسمى عبد الله بن عبد الرحمن ابن القاسم، ولى قضاء المدينة أيام حسن بن زيد، وابنه محمد ابن عبد الله بن عبد الرحمن بن القاسم، ولى قضاء المدينة للمأمون، والمأمون بخراسان، وقيل كانت وفاة عبد الرحمن بن القاسم سنة ست وعشرين ومائة، وقيل سنة إحدى وثلاثين ومائة. ماللك عنه عشرة أحاديث، أحدها مرسل، وسائرهما مسندة.

* * *

عبد الرحمن بن حرمة بن عمرو الأسلمى

أبو حرمة مدنى صالح الحديث، ليس به بأس، روى عنه مالك، وابن عيينة، وغيرهما من الأئمة، ولم يكن بالحافظ، وكان يحيى القطان يغمزه.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن حرمة قال: كنت سيع الحفظ، فسألت سعيد بن المسيب فرخص لى فى الكتاب.

قال أبو عمر: لحرمة والد عبد الرحمن هذا صحبة ورواية، وقد ذكرناه فى كتابنا فى الصحابة بما يغنى عن ذكره هاهنا.

وتوفى عبد الرحمن بن حرمة فى خلافة أبى العباس السفاح، وقيل سنة خمس وأربعين ومائة.

لمالك عن عبد الرحمن بن حرملة هذا فى الموطأ من حديث النبى ﷺ خمسة
أحاديث، أحدها متصل، والأربعة مرسله.

* * *

عبد الرحمن بن أبى عمرة الأنصارى

هكذا قال فيه مالك: عبد الرحمن بن أبى عمرة - نسبة إلى جده وهو عبد الرحمن
ابن عبد الله بن أبى عمرة الأنصارى، مدنى ثقة؛ يروى عن القاسم بن محمد، وعن
عمه عبد الرحمن بن أبى عمرة؛ وله رواية عن أبى سعيد الخدرى وما أظنه سمع منه
ولا أدركه، وإنما يروى، عن عمه عنه؛ يروى عنه مالك، وعبد الله بن خالد أخو
عطاف بن خالد، وابن أبى الموالى، وغيرهم؛ وأما عمه عبد الرحمن بن أبى عمرة،
فمن كبار التابعين بالمدينة، يروى عن عثمان ابن عفان، وأبى هريرة، وزيد بن خالد
الجهنى، وغيرهم؛ روى عنه إسحاق ابن عبد الله بن أبى طلحة، ومحمد بن إبراهيم
ابن الحرث التيمى، وعبد الله ابن عمرو بن عثمان، وغيرهم؛ لأبيه أبى عمرة صحبة،
وقد ذكرناه فى كتاب الصحابة، وذكرنا نسبه، والاختلاف فى اسمه فى باب الباء،
وفى باب الكنى، والحمد لله.

* * *

عبد ربه بن سعيد بن قيس الأنصارى أخو يحيى بن سعيد

لمالك عنه ثلاثة أحاديث، أحدها مرسل؛ وهو عبد ربه بن سعيد بن قيس ابن
عمرو بن سهل بن ثعلبة الأنصارى، لجده قيس بن عمرو صحبة، وقد ذكرناه ونسبناه
فى كتاب الصحابة. ويقال عبد ربه بن سعيد بن قيس بن أبى قيس فهد بن خالد،
والأول أصح.

وتوفى عبد ربه بن سعيد بن قيس سنة تسع وثلاثين ومائة، وقيل: سنة إحدى
وأربعين ومائة، وكان ثقة مأموناً، روى عنه مالك، وشعبة، وجماعة من الأئمة.

* * *

عبد الحميد بن سهيل

ويقال: عبد الحميد، يكنى أبا عبد الرحمن، وقيل: يكنى أبا وهب وهو عبد الحميد ابن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري المدني، سمع سعيد ابن المسيب، وعثمان بن عبد الرحمن، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، روى عنه مالك بن أنس، وابن عيينة، وسليمان بن بلال، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي، وهو ثقة حجة عندهم فيما نقل.

لمالك عنه في الموطأ حديث واحد، اختلف على مالك في اسم هذا الرجل، فقال يحيى بن يحيى صاحبنا عنه فيه عبد الحميد، وتابعه ابن نافع، وعبد الله بن يوسف التنيسي، وروى بعض أصحاب ابن عيينة، عن ابن عيينة عنه حديثه هذا، فقال فيه عبد الحميد، كما قال يحيى، وابن نافع، والتنيسي. وقال جمهور رواة الموطأ، عن مالك فيه: عبد الحميد، وهو المعروف عند الناس، وكذلك قال فيه الدراوردي، وسليمان بن بلال، عنه في هذا الحديث، وابن عيينة في غير هذا الحديث، ونسبه مالك، والدراوردي، وسليمان بن بلال في حديثه هذا فقالوا فيه: عبد الحميد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف.

ونسبه غيرهما فقال فيه: عبد الحميد بن سهيل بن عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عوف، والقول فيه قول مالك ومن تابعه.

قال أبو عمر: سهيل والد عبد الحميد هذا هو الذي تزوج الثريا بنت عبد الله بن الحارث بن أمية الأصغر بن عبد شمس بن عبد مناف، وفيه يقول عمر ابن أبي ربيعة:

أيها المنكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يلتقيان
هي شامية إذا ما استقلت وسهيل إذا استقل يمان

وأول هذا الشعر:

أيها الطارق الذي قد عناني بعدما نام سائر الركبان

زار من نازح بغير دليل يتخطى إلى حتى أتانى

وقد قالت طائفة من أهل العلم: بالنسب والخبر إن سهيلا الذى تزوج الثريا، وذكره عمر بن أبى ربيعة فى شعره هذا، هو سهيل بن عبد العزيز بن مروان، قالوا: إنها حملت إلى مصر، وكانت معه بمصر، قالوا: ولم يكن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف بمصر. وقال الزبير بن بكار، وهو قول طائفة من أهل النسب: تزوج الثريا بنت عبد الله بن الحارث بن أمية الأصغر بن عبد شمس أبو الأبيض سهيل بن عبد الرحمن بن عوف، وأمه مجد بنت يزيد ابن سلامة الحميرى، وابنه عبد المجيد روى عنه مالك وغيره الحديث. كذا قال الزبير عبد المجيد بالجيم.

قال الزبير: والثريا هذه هى مولاة الغريض، وخالف الزبير غيره فقال: هى الثريا بنت عبد الله بن محمد بن عبد الله بن الحارث بن أمية الأصغر.

وذكر عمر بن شبة أن الثريا هذه هى بنت على بن عبد الله بن أمية الأصغر، وقال: بما ذكره عمر بن شبة طائفة من أهل العلم بالنسب، ولعبد الله بن الحارث بن أمية الأصغر بنون كثير منهم: على الأكبر، وعلى الأصغر، ولم يختلف فى أن الثريا هذه هى التى ذكرها عمر بن أبى ربيعة فى شعره، ولا اختلف فى أنها من ولد عبد الله بن الحارث بن أمية الأصغر، وبنو أمية الأصغر يعرفون بالعبلات.

أخبرنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد ابن عمر ابن على، قال: حدثنا على بن حرب، قال: حدثنا سفيان، عن عبد المجيد بن سهيل ابن عبد الرحمن، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، «أن مجوسيا دخل على النبى ﷺ وقد أعفى شاربه، وأحفى لحيته، فقال: من أمرك بهذا؟ قال: أمرنى ربى، قال: لكن ربى أمرنى أن أحفى شاربى وأعفى لحيتى»^(١).

هكذا قال على بن حرب، عن سفيان بن عيينة: عبد المجيد.

وهو الصواب فى اسم هذا الرجل، وكذلك ذكره البخارى، والعقيلي فى باب

(١) ذكره فى الكنز رقم ١٧٢٤٨ وعزاه السيوطى لابن سعد، عن عبد الله. وابن سعد فى

الطبقات، عن عبيد الله بن عبد الله، عن النبى ٤٤٩/١.

عبد المجيد، ومن قال فيه عبد الحميد فقد غلط والله أعلم.

أخبرنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أبو يحيى عبد الله بن أحمد بن أبي مسرة، قال: حدثنا القعنبى، قال: حدثنا سليمان بن بلال، عن عبد المجيد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف، أنه سمع سعيد بن المسيب، يحدث أن أبا هريرة، وأبا سعيد الخدرى، حدثاه «أن رسول الله ﷺ بعث أخوا بنى عدى الأنصارى واستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا؛ ولكن مثلاً بمثل، أو يبعوا هذا واشتروا بتمنه من هذا، وكذلك الميزان».

وأخبرنا سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا إسماعيل بن إسحاق، قال: حدثنا إبراهيم بن حمزة، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد، عن عبد المجيد بن سهيل بن عبد الرحمن بن عوف، فذكره بإسناده مثله سواء. فاتفق ابن عيينة، وسليمان بن بلال، والدراوردى فيه على عبد المجيد، وكذلك قال جمهور رواة الموطأ، عن مالك فيه: عبد المجيد، وهو الحق الذى لا شك فيه إن شاء الله.

* * *

عبد الكريم بن مالك الجزرى

لمالك عنه حديث واحد، وعبد الكريم بن مالك هذا يكنى أبا سعيد، يقال: مولى قيس غيلان، وقيل: مولى بنى أمية، وقيل: مولى محمد بن مروان ابن الحكم، وهذا هو الصحيح، إن شاء الله.

كان عبد الكريم هذا أصله من اصطخر، فانتقل إلى حران وسكنها إلى أن مات بها سنة سبع وعشرين ومائة، وهو معدود فى أهل الجزيرة نسبة إلى البلدة، وهو ابن عم نخصيف الجزرى لحاء، وكان عبد الكريم هذا ثقة مأمونا محدثا كثير الحديث، روى عنه جماعة من الأئمة، منهم: شعبة، ومالك، والثورى، وابن عيينة، ويروى أنه رأى أنس بن مالك، رواه عبد الله بن جعفر الرقى، عن عبيد الله بن عمرو الرقى،

مقدمة التحقيق ١٥٧

عن عبد الكريم الجزرى، قال: رأيت أنس بن مالك يطوف بالبيت وعليه ثوب خز. وقال الثورى: ما رأيت أفضل منه! كان يحدثنا بالشىء لا يوجد إلا عنده، فلا نعرف ذلك فيه.

وقال ابن عيينة: عبد الكريم الجزرى ثقة رضى لا يقول إلا حدثنا أو سمعت، وقال على بن المدينى ويحيى بن معين وأحمد بن حنبل: عبد الكريم الجزرى ثقة.

* * *

عبد الكريم بن أبى المخارق

واسم أبى المخارق طارق، وقيل: قيس هو أبو أمية البصرى، لقيه مالك بمكة فروى عنه؛ له عنه فى الموطأ من مرفوع الأثر حديث واحد فيه ثلاثة أحاديث مرسله، تتصل من غير روايته، وتستند من وجوه صحاح؛ وعبد الكريم هذا ضعيف، لا يختلف أهل العلم بالحديث فى ضعفه، إلا أن منهم من يقبله فى غير الأحكام خاصة ولا يحتج به على حال؛ ومن أجل من جرحه أطرحه أبو العالية وأيوب السختيانى - تكلم فيه مع ورعه، ثم شعبة، والقطان، وأحمد بن حنبل، وعلى بن المدينى، ويحيى بن معين. روى عن الحسن، وعطاء، ومجاهد، وإبراهيم النخعى.

روى عنه الثورى، ومالك، وابن عيينة، وسعيد بن أبى عروبة؛ وكان مؤدب كتاب، وكان حسن السميت غر مالكا منه سمته، ولم يكن من أهل لده فيعرفه؛ كما غر الشافعى من إبراهيم بن أبى يحيى حنقه ونباهته، فروى عنه - وهو أيضا مجتمع على تجريجه وضعفه؛ ولم يخرج مالك عن عبد الكريم ابن أبى المخارق حكما فى موطئه، وإنما ذكر فيه عنه ترغيبا وفضلا؛ وكذلك الشافعى لم يحتج بابن أبى يحيى فى حكم أفرده به.

حدثنى محمد بن إبراهيم بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أيوب بن حبيب، قال: حدثنا أحمد بن عمرو البزار، قال: حدثنا الحسين بن مهدى، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، قال: قلت لأيوب:

كيف لم تسمع من طاوس، قال: أتيتته فإذا قد اكتنفه ثقيلان: ليث بن أبي سليم،
وعبد الكريم بن أبي المخارق فتركته.

أخبرنا أحمد بن محمد، قال: قال: حدثنا أحمد بن الفضل، قال حدثنا محمد ابن
جرير، قال: حدثنا محمد بن إسحاق، قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا هشام
ابن يوسف، عن معمر، قال: قال لى أيوب: عبد الكريم أبو أمية غير ثقة، فلا تحمل
عنه، قال: فما حملت عنه شيئا.

وحدثنا أحمد بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن الفضل، قال: حدثنا محمد بن جرير،
قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن عمرو الغزى، قال: حدثنا الحميدى، قال: أخبرنا
سفيان بن عيينة، قال: قلت لأيوب: يا أبا بكر، ما لك لم تكثر عن طاوس، قال:
جئته لأجلس إليه فوجدته بين ثقيلين: عبد الكريم أبى أمية وليث بن أبى سلم،
فرجعت وتركته.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن
زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن بن يونس، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، قال: أول من
جالست من الناس عبد الكريم أبو أمية، جالسته وأنا ابن خمس عشرة سنة، وتوفى
فى سنة ست وعشرين ومائة. قال أحمد بن زهير: وسئل يحيى بن معين عن عبد
الكريم بن أبى المخارق، فقال: هو أبو أمية ليس بشيء. وقال البخارى، عن على بن
المدينى، عن ابن عيينة، قال: هلك سنة سبع وعشرين، وذكر العقيلى: قال: حدثنا
داود بن محمد، حدثنا حجاج بن يوسف، أخبرنا عبد الرزاق، قال لى معمر: ما رأيت
أيوب اغتاب أحدا قط إلا عبد الكريم، فإنه ذكره فقال - رحمه الله - : كان غير
ثقة، لقد سألتى عن حديث لعكرمة، ثم قال: سمعت عكرمة، قال: وأخبرنا أحمد بن
على، حدثنا عبد الواحد بن غياث، قال: سمعت عبد الكريم بن أمية يقول: الحسن
ومحمد بن سيرين ضالان. قال: وحدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل، حدثنا أبى،
حدثنا سفيان، قال: كان أبو أمية يحيى يوم الجمعة فيتخطى، ويقول: رحم الله من لم
يتأذ، قال عبد الله: سألت أبى عن عبد الكريم بن أبى الخارق فقال: ضعيف.

قال أبو عمر: أما الأحاديث التى ذكر عنه مالك فصحاح مشهورة جاءت من

طرق ثابتة، ونحن نذكر من طرقها هاهنا ما حضرنا ذكره بفضل الله وعونه، لا شريك له.

* * *

عثمان بن حفص بن عمر بن خلدة

وهو عثمان بن حفص بن عمر بن عبد الرحمن بن خلدة الزرقى الأنصارى: ثقة، روى عنه مالك وعبد العزيز بن أبي سلمة، ولم يرو عنه غيرهما فيما علمت، إلا أنه قد قيل إن عثمان بن حفص الذى روى عنه عباد ابن إسحاق، عن إسماعيل بن محمد ابن سعد بن أبي وقاص، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ أنه قال: «من قال: يثرب، فليقل: المدينة»^(١).

هو عثمان بن حفص بن خلدة هذا، وهذا الحديث رواه إبراهيم بن طهمان عن عباد بن إسحاق، عن عثمان؛ وعثمان هذا يروى عن الزهرى.

روى عنه مالك حديثين؛ أحدهما: حديث هذا الباب فى قصة أبى لبابة، والآخر: رواه عنه أيضا، عن ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله بن عمر، أن عبد الله بن عمر سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل، فيضع عنه صاحب الحق: ويعجل له الآخر؛ فكره ذلك عبد الله بن عمر، ونهى عنه. وله عن معاوية حديث منقطع.

وروى الزهرى عن جده عمر بن عبد الرحمن بن خلدة، وأظن عمر هذا الذى روى عنه ابن شهاب؛ هو عمر بن خلدة الذى روى ابن أبى ذئب عن أبى المعتمر عنه، عن أبى هريرة حديث التفليس. وبنو خلدة معروفون بالمدينة، لهم أحوال وشرف وجلالة فى الفقه ومحل العلم.

وأما حديث مالك عن عثمان هذا، فهو بلاغ.

* * *

(١) أخرجه بلفظه البخارى فى تاريخه ٢١٧/٦ عن سعد. وأخرجه بنحوه أبو نعيم بتاريخ أصبهان عن ابن عباس ٣٥٧/٢. وذكره بنحوه فى الدر المنثور ١٨٨/٥ وعزاه لأحمد وابن أبى حاتم عن البراء بن عازب.

عامر بن عبد الله بن الزبير

وهو عامر بن عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد القرشي الأسدي يكنى أبا الحارث، كذلك قال الزبير بن بكار وغيره: وكان ثقة فاضلا ناسكا، من العباد المنقطعين.

أخبرنا عبد الله بن محمد بن يوسف، قال: حدثنا أحمد بن محمد بن إسماعيل، قال: حدثنا محمد بن الحسن، قال: حدثنا الزبير بن أبي بكر، قال: حدثني عياش بن المغيرة، قال: كان عامر بن عبد الله إذا شهد جنازة وقف على القبر فقال: ألا أراك ضيقا؟ ألا أراك مظلما؟ لأتأهبن لك أهبتك. فأول شيء تراه عيناه يتقرب به إلى ربه، فلقد كان رقيقه يتعرضون له عند انصرافه من الجنائز ليعتقهم.

قال: وحدثني محمد بن الضحاک الخزامي أن عامر بن عبد الله بن الزبير دفع إلى محمد بن زياد مولى مصعب بن الزبير ثلاثين ألف درهم وقال: أقسمها في بيوتات الأنصار ولا تعطى بيتا حارثيا منها درهما، فإني سمعت الله يقول: **إِنَّ بُيُوتَنَا عَوْرَةٌ وَمَا هِيَ بِعَوْرَةٍ إِنْ يُرِيدُونَ إِلَّا فِرَارًا** [الأحزاب ١٣]. وهم الذين أدخلوا على قومي يوم الحرة.

قال: وحدثني عمي مصعب بن عبد الله، ومحمد بن الضحاک، ومن شئت من أصحابنا أن رجلا أودع محمد بن المنكدر خمسمائة دينار فاستنفقها محمد ابن المنكدر، فقدم الرجل فجعل محمد بن المنكدر يدعو ويقول: اللهم إنك تعلم أن فلانا أودعني خمسمائة دينار واستنفقتها، وقد قدم، وليست عندي؛ اللهم فاقضها عني ولا تفضحني؛ فسمع عامر دعاءه؛ فانصرف إلى منزله فصر خمسمائة دينار، ثم جاء بها فوضعها بين يدي محمد بن المنكدر، ومحمد مشغول بالصلاة والدعاء لا يشعر، فانصرف محمد من صلاته فرآها بين يديه، فأخذها، وحمد الله؛ قال عامر: فخشيت أن يفتن فذكرت له أني وضعتها، وأخبرته بما خفت عليه من الفتنة.

قال: وبلغ عبد الله بن الزبير أن ابنه عامر يصحب أقرانا يصعقون، فقال له: إن بلغني بعد أنك تجالسهم أو جعلتك ضربا.

قال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سمعت أبي يقول: عامر بن عبد الله بن الزبير ثقة من أوثق الناس.

وذكر العقيلي، قال: أخبرنا أحمد بن محمد الشافعي، قال: حدثني عمي، قال: سمعت جدي محمد بن علي يقول: ما رأيت أحدا أعبد من عامر بن عبد الله بن الزبير قال: وكان أكثر كلامه: أستغفر الله الذي لا إله إلا هو الحى القيوم وأتوب إليه.

وقال مصعب عن مالك بن أنس: كان عامر بن عبد الله بن الزبير يواصل الصيام ثلاثة أيام فكنت آتية آخر يوم صيامه أسأله عن حاله بعد العصر فيشير بيده - يرد السلام، وكان يرسلنى إليه ربيعة.

وروى محمد بن مسلمة عن مالك - أن عامر بن عبد الله بن الزبير كان يواصل فى رمضان ثلاثا، فقيل له: ثلاثة أيام؟ قال: لا، من يقوى على ثلاثة أيام؟ بل ثلاثا من الدهر: يومين وليلة.

وقال مصعب: وقال ابن عيينة: كان عامر بن عبد الله بن الزبير يرخى عمامته يسدلها من خلفه شبرا.

وتوفى عامر هذا بالشام سنة أربع وعشرين، وقيل سنة إحدى أو اثنتين وعشرين ومائة.

قال الزبير: حدثني عمي مصعب، قال: سمع عامر بن عبد الله بن الزبير المؤذن وهو يجود بنفسه ومنزله قريب من المسجد - فقال: خذوا بيدي، فقيل له: أنت عليل؟ فقال: أسمع داعى الله فلا أجيبه؟ فأخذوا بيده، فدخل فى صلاة المغرب، فركع مع الإمام ركعة ثم مات، رحمه الله.

وروى إسحاق بن محمد الفروي، حدثني مالك بن أنس، قال: لم أر مثل عامر بن عبد الله بن الزبير فى زمانه فضلا، قال: ولقد شهدت ابن ذى الزوائد السعدى ينشده فى المسجد، فأعطاه عن كل بيت ديناراً؛ وذلك أنه مدح أبويه، وكان إذا مدح فذكر أبواه أو احدهما أتاب من فعل، وإذا لم يذكر لم يفعل.

علقمة بن أبي علقمة

لمالك عنه حديثان، يقال له علقمة بن أم علقمة، وعلقمة بن أبي علقمة، واسم أبي علقمة أبيه بلال مولى عائشة أم المؤمنين، وأمه أيضا مولاة عائشة، يقال: اسمها مرجانة، ولم يختلف في أمه أنها مولاة عائشة واختلف في أبيه، فقال مالك: علقمة ابن أبي علقمة مولى عائشة، وقال الزبير بن بكار: علقمة ابن أبي علقمة مولى مصعب بن عبد الرحمن بن عوف، وأمه مولاة عائشة زوج النبي ﷺ. وقال مصعب: قال: إني تعلمت النحو في كتاب علقمة بن أبي علقمة مولى عائشة، وأمه أيضا مولاة عائشة زوج النبي ﷺ وكان نحويا.

قال أبو عمر: كان علقمة ثقة مأمونا، روى عنه مالك وغيره من الأئمة، وقد قيل: إن علقمة هذا من بني سليم، فالله أعلم.

* * *

عمرو بن يحيى المازني

وهو عمرو بن يحيى بن عمار بن أبي حسن المازني الأنصاري، مدني، ثقة، روى عنه مالك، وشعبة، وخالد الواسطي، والثوري، وهيب، وسليمان بن بلال، وابن عيينة، وغيرهم من الأئمة. وروى عنه ممن فوق هؤلاء: يحيى بن سعيد الأنصاري، وعبيد الله بن عمر. وأبوه يحيى بن عمار، تابعي، ثقة، روى عنه محمد بن يحيى بن حبان وغيره.

وتوفى عمرو بن يحيى سنة أربعين ومائة.

* * *

عمرو بن الحارث المصري

وهو عمرو بن الحارث بن يعقوب بن عبد الله، مولى سعد بن عبادة، وقيل مولى قيس بن سعد بن عبادة، يكنى أبا أمية.

قال سعيد بن كثير بن عفير، في تاريخ أهل مصر: ولد عمرو بن الحارث ابن

مقدمة التحقيق ١٦٣

يعقوب، مولى قيس بن سعد بن عبادة سنة اثنتين وتسعين، وتوفى سنة ثمان وأربعين ومائة، ويكنى أبا أمية، وكان من أحفظ الناس، وأرواهم للشعر، وأبلغهم فى رسالة.

قال البخارى: كنيته أبو أمية، وهو مولى الأنصار. وقال مضعب: أخرجه صالح ابن على من المدينة إلى مصر مؤدباً لبنيه.

وقال ابن وهب: لو بقى لنا عمرو بن الحارث ما احتجنا إلى مالك بن أنس، ذكره العقيلي عن أحمد بن على عن أحمد بن وزير، قال: سمعت ابن وهب، فذكره وذكر الحلوانى عن أبى سعيد الجعفى، عن ابن وهب، قال: قال لى ابن مهدى: انتق لى من حديث بن الحارث مائتى حديث، وجئنى بها. قال: فانتقيتها، ثم حملتها إلى مكة فحدثته بها.

وذكر ابن وهب عن ابن زيد، عن ربيعة، أنه قال: لا يزال بذلك المغرب فقه ما كان فيه ذلك القصير؛ يعنى عمرو بن الحارث. وقد قيل: إن عمرو بن الحارث توفى سنة تسع وأربعين ومائة.

* * *

عمرو بن أبى عمرو

وهو عمرو بن أبى عمرو، يكنى أبا عثمان واسم أبى عمرو ميسرة، وهو مولى المطلب بن عبد الله بن حنطب المخزومى القرشى، مدنى ليس به بأس. روى عن أنس بن مالك، وعكرمة مولى ابن عباس، وعن مولاة المطلب بن عبد الله بن حنطب، والمطلب مولاة يكنى أبا الحكم.

وروى عن عمرو بن أبى عمرو: مالك بن أنس وعبد العزيز الدراوردى، قال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سألت أبى عن عمرو بن أبى عمرو، فقال: سمع من أنس، ليس به بأس، روى عنه مالك بن أنس. وقال ابن أبى حاتم: سألت أبى عن عمرو بن أبى عمرو فقال: لا بأس به. روى عنه مالك. وسئل أبو زرعة عن عمرو بن أبى عمرو، فقال: مدنى ثقة.

١٦٤ مقدمة التحقيق

وأما ابن معين، فروى عنه عياض الدورى أنه قال: عمرو بن أبى عمرو ليس بحجة، وقول أبى زرعة أولى من قول ابن معين - إن شاء الله - لرواية مالك عنه، وكان لا يروى عندهم إلا عن ثقة.

قال أبو عمر: قد ضعفه بعضهم ولم يفردوه مالك فى موطنه بحكم.

* * *

العلاء بن عبد الرحمن

وهو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب مولى الحرقة، والحرقة امرأة من جهينة، وهى فخذ من أفخاذ جهينة، ينسب إليه الحرقيون.

روى عن جماعة من الأئمة منهم: مالك وشعبة والثورى، وابن عيينة، وهو من تابعى أهل المدينة، سمع أنس بن مالك، كان ابن معين لا يرضاه، وليس قوله فيه بشىء.

قال أحمد بن زهير: سمعت يحيى بن معين يقول: العلاء ابن عبد الرحمن ليس بذلك، قال: وسمعت يحيى بن معين يقول: لم يزل الناس يتقون حديث العلاء بن عبد الرحمن.

قال أبو عمر: لبت شعرى من الناس الذين كانوا يتقون حديثه، وقد حدث عنه هؤلاء الأئمة الجللة، وجماعة غيرهم كثيرة؟. وقال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سمعت أبى يقول: العلاء بن عبد الرحمن ثقة، والعلاء من التابعين بإدراكه أنس بن مالك، وأبوه من التابعين أدرك أبا هريرة، وأبا سعيد وجده يعقوب أدرك عمر بن الخطاب، فهو من كبار التابعين.

وذكر ابن إسحاق، وعبد العزيز بن أبى حازم، وإسماعيل بن جعفر وغيرهم، عن العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه - ومعنى حديثهم واحد، دخل بعضه فى بعض - أن يعقوب أباه كان مكاتبا لأوس بن الحدثان النصرى، فتزوج جده مولاة لرجل من الحرقة، فولدت له عبد الرحمن أبا العلاء هذا، ثم أن يعقوب قضى كتابته بعدما ولد

مقدمة التحقيق ١٦٥

عبد الرحمن، فقدم الحرقى فأخذ بيد عبد الرحمن، فقال: مولاي وقال النصرى: مولاي، فارتفعا إلى عثمان بن عفان، ففضى عثمان بأن الولاء للحرقى، وأن ما ولدت أم عبد الرحمن ويعقوب مكاتب فهو للحرقى، وما ولدت بعد عتقه وأداء كتابته، فهو لأوس بن الحدثان النصرى.

وروى الليث بن سعد، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي النضر، عن عبد الرحمن ابن يعقوب مولى الحرقى معنى ما تقدم من ولاء يعقوب وامرأته، إلا أنه جعل مكان الكتابة تدبيراً.

قال أبو عمر: لمالك عن العلاء بن عبد الرحمن عشرة أحاديث مرفوعة أحدها مقطوع، وتوفى العلاء فى خلافة أبى جعفر سنة تسع وثلاثين ومائة.

* * *

عطاء الخراسانى أبو عثمان

وهو عطاء بن أبى مسلم، قيل عطاء بن عبد الله، وقيل عطاء بن ميسرة مولى المهلب بن أبى صفرة، وقيل مولى لهذيل، والأول أكثر وأشهر: أنه مولى المهلب بن أبى صفرة. أصله من مدينة بلخ من خراسان، وسكن الشام، وهو يعد فى الشاميين، وكان فاضلاً عالماً بالقرآن عاملاً، روى عنه جماعة من الأئمة، منهم: مالك ومعمار والأوزاعى وسعيد بن عبد العزيز، وغيرهم.

ولد سنة خمسين من التاريخ، وتوفى سنة خمس وثلاثين ومائة، ذكر ذلك ضمرة وغيره عن عثمان بن عطاء، وذكر البخارى عن عبد الله بن عثمان بن عطاء أنه سأله، فقال: نحن من أهل بلخ، قال: وعطاء مولى المهلب بن أبى صفرة، ذكر ذلك فى التاريخ الكبير، وأدخله البخارى فى كتاب الضعفاء له، وذكر حكاية أيوب عن القاسم بن عاصم، قال: قلت لسعيد بن المسيب: إن عطاء الخراسانى حدث عنك أن النبى ﷺ أمر الذى واقع امرأته فى رمضان بعقوبة أو بكفارة الظهار؟ فقال سعيد: كذب ما حدثته، إنما بلغنى أن النبى ﷺ قال له: «تصدق، تصدق».

فأدخله البخارى فى كتاب الضعفاء له من أجل هذه الحكاية، وليس القاسم بن

١٦٦ مقدمة التحقيق

عاصم ممن يجرح بقوله ولا بروايته مثل عطاء الخراساني، وعطاء الخراساني أحد العلماء الفضلاء، وربما كان في حفظه شيء، وله أخبار طيبة عجيبة في فضائله ليس هذا موضع ذكرها.

منها: ما أخبرنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا ضمرة عن إبراهيم بن أبي عبلة، قال: كان عطاء الخراساني يتكلم إذا صلى بكلمات، فغاب يوماً، فتكلم المؤذن، فقال رجاء بن حيوة: اسكت، إنا نكره أن نسمع الخبر إلا من أهله.

وحدثنا أحمد بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن الفضل، قال: حدثنا محمد بن جرير، قال: حدثنا علي بن سهل الرملي، قال: حدثنا ضمرة، عن إبراهيم بن أبي عبلة، قال: كنا نجلس إلى عطاء الخراساني فكان يدعو بدعوات، فغاب، فتكلم رجل من المؤذنين، قال: فأنكر رجاء بن حيوة صوته، فقال: من هذا؟ فقال: أنا يا أبا المقدم. فقال: اسكت، فإننا نكره أن نسمع الخبر إلا من أهله.

وقال يحيى بن معين: روى مالك، عن عطاء الخراساني، وعطاء ثقة، قد رأى ابن عمر وسمع منه. لمالك عنه من مرفوعات الموطأ ثلاثة أحاديث أحدها مسند، والاثنان مرسلان.

* * *

قطن بن وهب بن عويمر بن الأجدع أحد بنى سعد بن ليث

وهو مدني ثقة، روى عنه مالك وغيره، لمالك عنه حديث واحد.

* * *

سعيد بن إسحاق، ويقال سعد

وهو سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة صاحب رسول الله ﷺ وقد ذكرنا جده كعب بن عجرة في كتاب الصحابة بما يغني، عن ذكره هاهنا، وهو من بلى

مقدمة التحقيق ١٦٧

حليف لبنى سالم من الأنصار، وسعد بن إسحاق هذا ثقة، لا يختلف فى ثقته وعدالته.

روى عنه مالك، ومعمر، والثورى، والقطان، وشعبة، وكان من ساكنى المدينة، وبها كانت وفاته سنة أربعين ومائة.

وروى عنه من الجلة: ابن شهاب، ويحيى بن سعيد الأنصارى، وعبد الله ابن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم؛ وقد قيل إن هذا الحديث رواه ابن شهاب، عن مالك فقال فيه: حدثنى رجل من أهل المدينة يقال له مالك بن أنس، عن سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة، عن عمته زينب بنت كعب، عن الفريعة بنت مالك بن سنان - فذكر الحديث. رواه أحمد بن شبيب، عن أبيه، عن يونس، عن يزيد، عن ابن شهاب؛ كتبناه، عن خلف ابن قاسم من وجوه، وأحمد بن شبيب يتكلمون فيه.

* * *

سعيد بن أبى سعيد المقبرى

يكنى بأبى سعد، واسم أبيه أبى سعيد كيسان، وهو مولى لبني جندع من بني ليث بن بكر بن عبد مناة، كان مكاتباً لرجل منهم، فأدى كتابته فى زمن عمر بن الخطاب وعتق؛ ولهما جميعاً رواية عن أبى هريرة وغيره من الصحابة، ويقال: إنهما قد سمعا من سعد بن أبى وقاص - وسماعهما واحد ممن سمعا منه، أو قريب بعضه من بعض، وكانا ثقتين؛ وسعيد فى الرواية أشهر من أبيه، روى عنه من الأئمة جماعة، منهم: مالك، وابن أبى ذئب، وابن عيينة، والليث؛ وقيل: إنه اختلط قبل وفاته بأربع سنين، وسماع ابن أبى ذئب منه قبل الاختلاط، وكذلك مالك.

واختلف فى وفاة سعيد بن أبى سعيد، فقيل: كانت وفاته بالمدينة، وكان بها سكناه قبل سنة ثلاث وعشرين ومائة فى خلافة هشام قبل موت الزهرى بعام، وقيل: سنة خمس وعشرين، وقيل: سنة ست وعشرين ومائة، وتوفى أبوه أبو سعيد فى خلافة عمر بن عبد العزيز، وقيل: فى خلافة الوليد بن عبد الملك، وكان يقال له: المقبرى لأنه كان يسكن على المقبرة، وفى المقبرة لعتان مقبرة ومقبرة - بالضم والفتح.

لمالك عن سعيد بن أبي سعيد خمسة أحاديث، أحدها موقوف يستند مرفوعاً من وجوه ثابتة.

* * *

سعيد بن عمرو بن شرحبيل

وهو سعيد بن عمرو بن شرحبيل بن سعيد بن سعد بن عبادة الأنصاري الخزرجي، قد ذكرنا نسب جده سعد بن عبادة في كتاب الصحابة بما يغني عن ذكره هاهنا. وسعيد هذا ثقة، عدل فيما نقل.

* * *

أبو حازم سلمة بن دينار المكيم

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: سمعت مصعب بن عبد الله يقول: اسم أبي حازم: سلمة بن دينار، وأصله فارسي، مولى لبني ليث، وأمه رومية، وكان أشقر أقرن أحول. قال أحمد بن زهير: وسألت يحيى بن معين عن أبي حازم، فقال: سلمة بن دينار مشهور مدني ثقة.

وسمعت يحيى بن معين يقول: مات أبو حازم المدني سنة أربعين ومائة، وقيل غير ذلك، وهذا أصح، إن شاء الله.

وذكر الحسن بن علي الحلواني، قال: حدثنا مطرف، قال: أخبرني ابن أبي حازم، عن أبيه حدث بحديث عند هشام - وهو عامل المدينة، وابن شهاب حاضر - فقال ابن شهاب: ما سمعت بهذا عن النبي ﷺ، فقال أبو حازم: أكل حديث رسول الله ﷺ سمعته؟ قال: لا؛ قال: فنصفه؟ قال: أرى ذلك؛ قال: فاجعل هذا في النصف الذي لم تسمع، فقال ابن شهاب: أصلحك الله، والله إنه لجاري منذ كذا وكذا، وما عرفته هكذا قط. فقال أبو حازم: أما والله لو كنت من الأغنياء، لعرفتني منذ زمان، ولكنني من الفقراء.

مقدمة التحقيق ١٦٩

هذا الخبر مختلف فيه، قد روى عن أبي سهيل مع الزهري، وروى لغيره أيضا؛ وقصة أبي حازم في خبره الطويل عند سليمان مخطئا جرى قول الزهري فيما روى، والله أعلم.

وأبو حازم القائل: ما الدنيا؟ أما ما مضى منها فأعلام، وأما ما بقي فأمانى؛ وأما إبليس، والله لقد أطيع فما نفع، ولقد عصى فما ضر.

وكان أبو حازم هذا أحد الفضلاء الحكماء العلماء الثقات الأثبات من التابعين، وله حكم وزهديات ومواعظ ورقائق ومقطعات يطول الكتاب بذكرها.

لمالك عنه في الموطأ من مرفوعاته تسعة أحاديث، فيها واحد مرسل وآخر موقوف عند أكثر الرواة.

* * *

سلمة بن صفوان

وهو سلمة بن صفوان بن سلمة الزرقى، مدني ثقة، يروى عن أبي سلمة وغيره، روى عنه مالك وغيره.

* * *

أبو النضر مولى عمر بن عبید الله

واسمه سالم بن أبي أمية مولى عمر بن عبید الله بن معمر التميمي تيم قريش، وكان كاتباً لعمر بن عبید الله، وهو أحد الثقات الأثبات من أهل المدينة. روى عن جماعة من التابعين بالمدينة، وقد رأى عبد الله بن عمر وسمع منه، ويروى عن ابن أبي أوفى والسائب بن يزيد.

حدثنا سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا إسماعيل ابن إسحاق، قال: حدثنا إسحاق بن محمد الفروي، حدثنا عبد الله بن عمر، عن أبي النضر مولى عمر بن عبید الله، قال: كنت جالسا مع عبد الله بن عمر فجاء رجل فسلم عليه فرأى بين عينيه أثر سجدة، فقال: ما هذا؟ صحبت رسول الله ﷺ وأبا

بكر، وعمر - فلم أر هاهنا شيئاً - ومسح عبد الله بين عينيه.

وروى عن أبي النضر - جماعة من الأئمة، منهم: مالك، والثوري، وابن عيينة، ومحمد بن إسحاق، وعبيد الله بن عمر، وغيرهم؛ ونسبه محمد بن إسحاق، فقال: سالم بن أبي أمية، وتوفي أبو النضر في سنة ثلاثة وثلاثين، وقيل سنة ثلاثين ومائة.

لمالك عنه في الموطأ خمسة عشر حديثاً، منها: تسعة متصلة مسندة، ومنها حديث ظاهره الاتصال - وليس بمتصل، وسائرهما منقطعة مرسلة.

قال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سألت أبي عن سالم أبي النضر، فقال: ثقة، وقال يحيى بن معين: سالم أبو النضر مدني ثقة، وقال الحميدي: سئل سفيان بن عيينة عن سالم أبي النضر، فقال: ثقة وكان مالك يصفه بالفضل والعقل والعبادة.

* * *

سهيل بن أبي صالح

واسم أبي صالح ذكوان، يقال له: السمان، ويقال له: الزيات، وهو مولى جويرية امرأة من غطفان - قاله مصعب وغيره، ولا خلاف بينهم في ذلك، قال مصعب: كان أبو صالح السمان، وتوفي أبو صالح بالمدينة سنة إحدى ومائة.

قال أبو عمر: هو معدود في أهل المدينة، وروى عنه جماعة من علمائها جلة، مثل زيد بن أسلم ويحيى بن سعيد، وعبد الله بن دينار، وغيرهم وكان أبو هريرة إذا رأى أبا صالح يقول: ما ضر هذا أن لا يكون من بني عبد مناف.

وأما ابنه سهيل فروى عنه مالك، والثوري وموسى بن عقبة، وهيب وابن عيينة والدراوردي وغيرهم وهو ثقة فيما نقل إلا أن يحيى بن معين كان يضعفه ولا حجة له في ذلك، وقد روى عنه الأئمة واحتجوا به، ولا يلتفت إلى قول ابن معين فيه، وقد روى عباس الثوري، عن ابن معين قال: بنو أبي صالح: سهيل وعباد وصالح كلهم ثقة وذكر العقيلي، عن محمد بن عيسى، عن محمد بن علي، قال: سمعت أحمد بن حنبل، وقيل له: سهيل بن أبي صالح: كيف حديثه؟ فقال صالح، قيل له: إن

مقدمة التحقيق ١٧١

يحيى القطان يقدم محمد بن عمرو على سهيل؟ فقال: لم يكن له بسهيل علم، وكان قد جالس محمد بن عمرو.

وقال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سألت أبي عن سهيل بن أبي صالح، ومحمد ابن عمرو بن علقمة: أيهما أحب إليك؟ فقال: ما أقربهما! ثم قال: سهيل أحب إلى.

وتوفى سهيل فى أول خلافة أبى جعفر المنصور لمالك عنه فى الموطأ من حديث النبى ﷺ عشرة أحاديث منها واحد مرسل يتصل من وجوه وسائر التسعة مسندة.

* * *

سمى مولى أبى بكر

هو سمي مولى أبى بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام المخزومي، مدنى ثقة ثبت لا قول فيه ولا مقال؛ روى عنه جماعة من الأئمة، ولا يختلفون فى عدالته وأمانته؛ إلا أن على بن المدينى قال: قلت ليحيى بن سعيد: أسمى أثبت عندك أو القعقاع بن حكيم؟ قال: القعقاع أحب إلى منه.

وقال عبدالله بن أحمد بن حنبل: سألت أبى عن سمي، فقال: ثقة، روى عنه مالك؛ وقتل سمي - رحمه الله - بقديد، وكانت غزوة قديد فى صفر سنة ثلاثين ومائة.

أخبرنا عبدالله بن محمد، حدثنا إسماعيل بن محمد، حدثنا إسماعيل بن إسحاق، أخبرنا على بن المدينى، قال: قال سفيان: أتيت المدينة فسألت عن سمي، قالوا: خرج إلى الغزو، قيل لسفيان: كأن سمياً قتل؟ قال: زعموا أن الخوارج قتلته.

قال أبو عمر: لمالك عنه ثلاثة عشر حديثاً، أحدها مرسل، وفى حديث واحد منها ثلاثة أحاديث فتصير خمسة عشر حديثاً.

* * *

هلال بن أسامة

وهو هلال بن أبي ميمونة، قال مصعب: هو مولى عامر بن لؤى.

قال أبو عمر: روى عنه مالك فقال: هلال بن أسامة، وروى عنه يحيى بن أبي كثير، وزباد بن سعد فقالا: هلال بن أبي ميمونة. وروى عنه فليح بن سليمان فقال: هلال بن على، وقيل إنه هلال بن على بن أسامة. وأبوه يكنى أبا ميمونة، وبه يعرف بالكنية، وهو بها أشهر. لمالك عنه، حديث واحد، اختصره من حديثه الطويل.

* * *

هاشم بن هاشم

وهو هاشم بن هاشم بن عتبة بن أبي وقاص معروف، مشهور النسب شريف. وقيل فيه: هاشم بن هاشم بن هاشم، وقال بعضهم: إنه معروف النسب، مجهول فى نفسه، وهذا - عندى - ليس بشىء.

وقد روى عنه مالك، والدراوردى، وشجاع بن الوليد، أبو بدر السكونى، وأبو ضمرة أنس بن عياض، ومكى بن إبراهيم، وأبو أسامة، ومروان الفزارى. ذكره أبو حاتم الرازى وغيره. ويروى هاشم بن هاشم، عن سعيد بن المسيب، وعامر بن سعد، وعائشة بنت طلحة، وعبدالله بن نسطاس.

* * *

هشام بن عروة بن الزبير بن العوام

أبو المنذر وكان أحد الحفاظ الثقات العدول، أخبرنا عبدالله بن محمد، حدثنا أحمد ابن محمد بن إسماعيل، حدثنا محمد بن الحسن الأنصارى، حدثنا الزبير بن أبى بكر القاضى، أخبرنى عيسى بن سعيد بن زاذان، عن المنذر بن عبدالله، قال: رويت الشعر ثلاث عشر سنة قبل أن أروى الحديث، فلقى أبى هشام بن عروة فقال له: إن ابنك يروى الشعر؟ قال: نعم، قال: فأرسله إلى، فقال لى أبى: اغد إلى هشام بن عروة، فإنه قد استزارك وهو بالعقيق، فأخذت حمارا وذهبت إليه، فسلمت وجلست،

مقدمة التحقيق ١٧٣

فقال: بلغني أنك تروى الشعر، فلأى العرب أنت أروى؟ قلت: لبنى سليم، قال: فتروى لفلان كذا، ولفلان كذا فجعل ينشدني لشعراء من بنى سليم لم أكن سمعت بهم، ثم قال لي: يا ابن أخي، اطلب الحديث، فمن ذلك اليوم رويت الحديث.

قال الزبير: وحدثني مصعب بن عثمان، عن المنذر بن عبدالله، قال: ما سمعت من هشام بن عروة رفنا قط، إلا يوما واحدا، فإن رجلا من أهل البصرة كان يلزمه، فقال له: يا أبا المنذر، نافع مولى ابن عمر كان يفضل أباك على أخيه عبدالله، فقال: كذب -والله- نافع، وما يدرى نافع عاض بظر أمه! عبدالله -والله- خير وأفضل من عروة.

حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: سمعت مصعب بن عبدالله يقول: هشام بن عروة أبو المنذر، قال: وأمه أم ولد خراسانية اسمها صافية.

قال أحمد بن زهير: وسمعت يحيى بن معين يقول: عمر بن عبدالعزيز وهشام بن عروة والأعمش ولدوا في سنة إحدى وستين، قال: ورأيت في كتاب علي بن المديني، سمعت يحيى بن سعيد يقول: كان هشام بن عروة يخضب بالحمرة، قال يحيى: ومات هشام عروة بعد الهزيمة، يعني هزيمة إبراهيم كأنه يريد السنة التي بعدها، وكانت الهزيمة سنة خمس وأربعين ومائة قال: وسمعت يحيى بن معين يقول: مات هشام بن عروة سنة ست وأربعين ومائة.

وقال المدائني: توفي هشام بن عروة سنة سبع وأربعين ومائة بعد خروج إبراهيم، وكان محمد وعده أن يوليه المدينة.

وقال الطبري: كان هشام بن عروة من ساكني المدينة، وقدم بغداد في آخر عمره فمات بها في سنة ست وأربعين ومائة بعد أن هزم إبراهيم بن عبدالله، فدفن في مقبرة الخيزران، وقيل: مات بالكوفة سنة ثمان وأربعين ومائة، وقيل: توفي هشام بن عروة سنة ست أو خمس وأربعين ومائة وهو ابن ست وتسعين سنة، وولد سنة خمسين، كل هذا قد قيل في مولده ووفاته، رحمه الله.

وقال يحيى بن معين: قال هشام بن عروة: رأيت ابن سهل بن سعد، وابن عمر، وجابر بن عبد الله، وأنس بن مالك قال هشام: ومسح ابن عمر على رأسى ودعا لى وقبلنى، قال: ورأيت عبد الله بن عمر وله حجة أو قال: وفره.

وذكر الزبير، قال: أخبرنى عثمان بن عبد الرحمن، قال: يا أمير المؤمنين المنصور، لهشام بن عروة دخل عليه هشام: يا أبا منذر تذكر يوم دخلت عليك أنا وإخوتى مع أبى الخلائف - وأنت تشرب سويقاً بقبعة يراع فلما خرجنا من عندك قال لنا أبوك: اعرفوا لهذا الشيخ حقه فإنه لا يزال فى قومكم بقية ما بقى، فقال هشام: لا أذكر يا أمير المؤمنين، فلما خرج قيل له: يذكرك أمير المؤمنين ما تمت به إليه، فتقول لا أذكره، فقال: لم أكن أذكر ولم يعودنى الله فى الصدق إلا خيراً.

قال: وحدثنى عمى مصعب بن عبد الله، عن جدى عبد الله بن مصعب، عن هشام ابن عروة، قال: وضع عندى محمد بن على بن عبد الله بن العباس وصيته، قال الزبير: توفى هشام بن عروة بمدينة السلام عند أمير المؤمنين أبى جعفر المنصور فى صحابته سنة ست وأربعين، وصلى عليه المنصور، وكبر عليه أربعاً وكبر على مولى له خمساً، وذلك فى وقت واحد.

لمالك عن هشام بن عروة من مرفوعات الموطأ ستة وخمسون حديثاً منها ستة وثلاثون مسندة متصلة، وسائرهما مراسيل تستند من وجوه صحاح أحاديث عروة عن عائشة.

* * *

وهب بن كيسان أبو نعيم

لمالك عنه حديثان، قد غلبت عليه كنيته، فأهل المدينة يقولون: وهب بن كيسان، وغيرهم يقول: وهب بن أبى مغيث، وهو وهب بن كيسان مولى عبد الله بن الزبير بن العوام، ويقال: مولى آل الزبير. قال الواقدى: كان محدثاً ثقة، ولقى عدة من أصحاب النبى ﷺ، منهم: سعد بن أبى وقاص، وابن عمر، وجابر، وأبو هريرة، وأبو سعيد الخدرى، ولم تكن له فتوى؛ وكان من سكان المدينة، وبها كانت وفاته سنة سبع وعشرين ومائة.

حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا عبيد الله ابن عمر، عن وهب بن كيسان، قال: رأيت سعد بن مالك، وأبا هريرة، وجابر بن عبدالله، وأنس بن مالك، يلبسون الخبز.

قال أحمد بن زهير: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا بكر بن مضر، عن ابن عجلان، عن وهب بن كيسان - وكان قد أدرك ابن عمر.

أخبرني أحمد بن محمد بن أحمد، قال: حدثنا أحمد بن العباس، قال: حدثنا محمد ابن جرير، قال: حدثنا يونس بن عبدالأعلى، قال: حدثنا أشهب، عن مالك، قال: كان وهب بن كيسان يقعد إلينا ولا يقوم أبدًا حتى يقول لنا: اعلموا أنه لا يصلح آخر هذا الأمر إلا ما أصلح أوله. قلت: يريد ماذا؟ قال: يريد في بادئ الإسلام، أو قال: يريد التقوى.

* * *

الوليد بن عباد

له عند مالك حديث واحد.

* * *

يزيد بن قسيط

وهو يزيد بن عبدالله بن قسيط الليثي من أنفسهم، يكنى أبا عبدالله وكان من سكان المدينة ومعدود في علمائها، وثقاتها، وفقهائها.

روى عن أبي هريرة وابن عمر وسمع منهما روى عنه مالك بن أنس وعبيدالله ابن عمر وابن أبي ذئب وكان أعرج يجمع من رجله.

قال الواقدي: توفي يزيد بن عبدالله بن قسيط بالمدينة سنة اثنتين وعشرين في خلافة هشام، وقال غيره: سنة ثلاث وعشرين.

* * *

بزييد بن خصيفة

وهو يزيد بن خصيفة بن يزيد بن عبدالله الكندي بن أخى السائب بن يزيد الكندي، وكان ثقة مأمونا محدثا محسنا، لا أقف له على وفاة، روى عنه جماعة من أهل الحجاز.

* * *

بزييد بن رومان

وبزييد بن رومان هذا مولى الزبير بن العوام، كان أحد قراء أهل المدينة، وكان عالما بالمغازي: مغازي رسول الله ﷺ، وكان ثقة، سكن المدينة، وبها كانت وفاته سنة ثلاثين ومائة.

* * *

بزييد بن الهادي

وهو يزيد بن عبد الله بن الهادي.

* * *

بزييد بن زياد

وهو يزيد بن زياد القرظي.

* * *

ببجبي بن سعيد الأنصاري رحمه الله

وهو بجبي بن سعيد بن قيس بن عمرو بن سهل بن ثعلبة بن الحارث بن زيد بن ثعلبة بن غنم بن مالك بن النجار، ولجده قيس بن عمرو صحبة، وقد ذكرناه في كتاب الصحابة، وقال قوم: جد بجبي بن سعيد: قيس بن فهد.

وقال آخرون: قيس بن عاصم وكل ذلك خطأ وإنما جده قيس بن عمرو على ما ذكرناه، وهو الصحيح، عندنا؛ ويكنى بجبي بن سعيد أباً سعيد، وكان فقيها عالما

مقدمة التحقيق ١٧٧

حدثنا حافظاً ثقة مأموراً عدلاً مرضياً، وكان كريماً جواداً حين أدرك الغنى بعد ولايته القضاء؛ وكان نزه النفس، وكان فى أول أمره مقلاً قد ركب الدين ثم أثرى بعد. وله أخبار كثيرة كرهت اجتلابها، وسنذكر ما يستدل به على ما قلنا، إن شاء الله.

حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا ابن مهدى، عن حماد ابن زيد، عن هشام بن عروة، قال: حدثنى الأمين المأمون على ما يعيب عليه: يحيى بن سعيد، عن عروة قال: يقطع الأبق إذا سرق قال: وسمعت أبى ويحيى بن معين يقولون: يحيى بن سعيد بن قيس الأنصارى مدنى ثقة.

وأخبرنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا إسماعيل بن محمد، قال: حدثنا إسماعيل بن إسحاق، قال: سمعت على بن المدينى يقول: أربعة من أهل الأمصار يسكن القلب إليهم فى الحديث: يحيى بن سعيد بالمدينة، وعمرو بن دينار بمكة، وأيوب بالبصرة، ومنصور بالكوفة.

وذكر الواقدى قال: ولما استخلف الوليد بن يزيد بن عبدالملك، استعمل على المدينة يوسف بن محمد بن يوسف الثقفى، فاستقضى سعد بن إبراهيم على المدينة ثم عزله، واستقضى يحيى بن سعيد الأنصارى. قال الواقدى: وقدم يحيى بن سعيد على أبى جعفر الكوفة - وهو بالهاشمية، فمات بها سنة ثلاث وأربعين.

قال: وأخبرنا سليمان بن بلال، قال: خرج يحيى بن سعيد إلى إفريقية لميراث وجب له هناك، وطلب له ربيعة بن أبى عبدالرحمن البريد فركبه إلى إفريقية، فقدم بذلك الميراث - وهو خمسمائة دينار، قال: فأتاه الناس يسلمون عليه، وأتاه ربيعة فسلم عليه؛ فلما أراد ربيعة أن يقوم بحبسه، فلما ذهب الناس، أمر بالباب فأغلق؛ ثم دعا بمنطقته فصبها بين يدى ربيعة، وقال: يا أبا عثمان، والله الذى لا إله إلا هو ما غيبت منها ديناراً إلا شيئاً أنفقته فى الطريق، ثم عد خمسين ومائتى دينار فدفعها إلى ربيعة، وأخذ خمسين ومائتى دينار لنفسه، قاسمه إياها، وكان ثقة صدوقاً.

أخبرنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر الحزامي، قال: حدثنا يحيى بن محمد، قال: حدثنا سليمان بن بلال، قال: لما خرج يحيى بن سعيد إلى العراق، خرجت أشيعه فكان أول ما استقبلته جنازة، فتغير وجهي لذلك، فالتفت إلى فقال: يا أبا محمد كأنك تطيرت؛ فقلت: اللهم لا طير إلا طيرك. فقال: لا عليك، والله لئن صدق، لينعش الله أمرى؛ قال: فمضى - والله - ما أقام إلا شهرين حتى بعث بقضاء دينه ونفقة أهله وأصاب خيرا.

قال: وحدثنا إبراهيم بن المنذر، قال: حدثنا يحيى بن محمد بن طلحة بن عبدالله ابن أبي بكر الصديق، قال: حدثني سليمان بن بلال، قال: كان يحيى بن سعيد قد ساءت حاله، وأصابه ضيق شديد، وركبه الدين؛ فبينما هو على ذلك، إذ جاءه كتاب أبي العباس يستقصيه؛ قال سليمان: فوكلني يحيى بأهله وقال لي: والله ما خرجت وأنا أجهل شيئا، فلما قدم العراق، كتب إلى أبي: كنت قلت لك حين خرجت: قد خرجت، وما أجهل شيئا، وإنه والله لأول خصمين جلسا بين يدي فافتصا شيئا، والله ما سمعته قط؛ فإذا جاءك كتابي هذا، فسل ربيعة بن أبي عبدالرحمن واكتب إلى بما يقول ولا يعلم أني كتبت إليك بذلك.

قال: وحدثنا إبراهيم بن المنذر، قال: حدثنا ابن وهب، قال: حدثنا مالك، قال: قال لي يحيى بن سعيد: اكتب لي أحاديث من أحاديث ابن شهاب في الأفضية، قال: فكتب له ذلك في صحيفة كأنني أنظر إليها صفراء، فقيل لمالك: يا أبا عبدالله أعرض عليك؟ قال: هو كان أفاقه من ذلك.

قال أبو عمر: يحيى بن سعيد من فقهاء التابعين بالمدينة، سمع من أنس بن مالك، وروى عنه أحاديث مسندة وغير مسندة، وليس عند مالك عنه، عن أنس حديث مسند.

قال محمد بن عبدالله بن نمير: مات يحيى بن سعيد سنة ثلاث وأربعين ومائة، ويكنى أبا سعيد، وكذلك قال يزيد بن هارون والواقدي؛ إلا أنهما قالا: بالهاشمية سنة ثلاث وأربعين.

ولمالك عنه في الموطأ من حديث النبي ﷺ خمسة وسبعون حديثاً، منها ثلاثون حديثاً مسندة في يسير منها انقطاع، ومنها تسعة موقوفة وسائرهما مرسلتان ومنقطعة وبلاغات، وكلها مرفوعة إلى النبي ﷺ نصاً أو معنى.

* * *

ابن حماس

واختلف في اسمه، فقيل يونس بن يوسف بن حماس، وقيل يوسف بن يونس، واضطرب في اسمه رواية الموطأ اضطراباً كثيراً وأظن ذلك من مالك.

وكان ابن حماس هذا رجلاً صالحاً فاضلاً بحاب الدعوة.

أخبرنا أحمد بن عبدالله، قال: حدثنا عبدالرحمن بن عمر، قال: حدثنا الحسين بن علي، حدثنا أسامة بن علي، حدثنا أبي، حدثنا عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالحكم، قال: حدثنا عاصم بن أبي بكر الزهري، قال: سمعت مالك بن أنس يقول: كان يونس بن يوسف، أو يوسف بن يونس - شك عبدالرحمن - من عباد الناس، فراح إلى المسجد ذات يوم فلقيته امرأة، فوقع في نفسه منها: فقال: اللهم إنك خلقت لي بصرى نعمة، وأخشى أن يكون علي نعمة فاقبضه إليك. فكان يروح إلى المسجد يقوده ابن أخ له، فإذا استقبل الأسطوانة اشتغل الصبي يلعب مع الصبيان، فإن نابته حاجة، حصبه وأقبل إليه، فبينما هو يصلي ذات يوم ضحوة، إذ حس في بطنه شيئاً فحصب ابن أخيه فاشتغل مع الصبيان يلعب ولم يأت، فلما خاف على نفسه، قال: اللهم إنك خلقت لي بصرى نعمة، وخشيت أن يكون علي نعمة؛ وسألتك فقبضته اللهم إني قد خشيت الفضيحة، قال: فأنصرف إلى منزله وهو يبصر، قال مالك: فرأيته أعمى، ورأيته بصيراً.

* * *

أبو عرفة يعقوب بن زيد بن طلحة

وهو يعقوب بن زيد بن طلحة بن عبدالله بن أبي مليكة، وابن أبي مليكة هو:

١٨٠ مقدمة التحقيق

عبدالله بن عبدالله بن أبي مليكة بن عبدالله بن جدعان القرشي التيمي، واسم أبي مليكة زهير، وكان يعقوب بن زيد قاضيا ثقة مأمونا؛ روى عن أبيه زيد بن طلحة، وروى هو وأبوه عن سعيد المقبري، روى عن يعقوب بن زيد مالك بن أنس، وهشام بن سعد، وابن عيينة، وموسى بن عبيدة، ومحمد بن جعفر بن أبي كثير، وسمع أبوه زيد بن طلحة من ابن عباس.

فروى عنه الثوري، وعبدالرحمن بن إسحاق، وابنه يعقوب، وأبو علقمة الفروي، ولم يرو عنه مالك.

قال ابن معين: زيد بن طلحة ثقة، وقال ابن المديني: هو شيخ معروف، وقال أبو زرعة: ليس به بأس - وليس بحجة وأبوه مثله.

* * *

أبو بكر بن نافع

وهو أبو بكر بن نافع مولى عبدالله بن عمر، وقد تقدم ذكر أبيه نافع في موضعه من هذا الكتاب بما يغني عن ذكره هاهنا.

ولنافع هذا بنون ثلاثة: أبو بكر بن نافع - وهو أوثقهم وأجلهم، وعمر بن نافع وعبدالله بن نافع.

وتوفي أبو بكر سنة ثلاث وسبعين ومائة، ولا يوقف على اسمه.

* * *

أبو ليلى الأنصاري

قال أبو عمر: اختلف في اسم أبي ليلى هذا فقيل اسمه عبدالله بن عبدالله ابن عبدالرحمن بن سهل بن أبي حثمة. وقيل: عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل، وقيل: داود بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل. وقال فيه ابن إسحاق: أبو ليلى عبدالله بن سهل بن عبدالرحمن بن سهل بن أبي حثمة.

مقدمة التحقيق ١٨١

أبو عبيد هولى سليمان بن عبد الملك بن مروان

وأبو عبيد هذا حاجب سليمان بن عبد الملك، ومولاه اسمه حى، ويقال حى، وكان ثقة ومالك عنه مرفوعات فى الموطأ حديثان، أحدهما مرسل يتصل معناه من وجوه حسان.

* * *

قائمة المراجع المعتمدة

- ١ - الإيمان لابن منده.
- ٢ - التوحيد لابن خزيمة.
- ٣ - السنة للمروزي.
- ٥ - شعب الإيمان للبيهقي.
- ٦ - القراءة خلف الإمام للبيهقي.
- ٧ - القراءة خلف الإمام للبخاري.
- ٨ - خلق أفعال العباد للبخاري.
- ٩ - رفع اليدين في الصلاة للبخاري.
- ١٠ - الأربعون الصغرى للبيهقي.
- ١١ - المدخل للبيهقي.
- ١٢ - أحكام القرآن للبيهقي.
- ١٣ - بيان خطأ من خطأ الشافعي للبيهقي.
- ١٤ - إثبات عذاب القبر للبيهقي.
- ١٥ - حياة الأنبياء للبيهقي.
- ١٦ - البعث والنشور للبيهقي.
- ١٧ - الزهد الكبير للبيهقي.
- ١٨ - البعث لابن أبي داود.
- ١٩ - الرسالة القشيرية للقشيري.

- ٢٠ - نودار الأصول للحكيم الترمذى.
- ٢١ - المعراج للقشيري.
- ٢٢ - فض الوعاء برفع اليدين فى الدعاء للسيوطى.
- ٢٣ - مصباح الزجاجة.
- ٢٤ - الرد على الجهمية.
- ٢٥ - فضيلة الشكر للخرائطى.
- ٢٦ - الترغيب والترهيب للأصبهاني.
- ٢٧ - الفردوس للديلمى.
- ٢٨ - التطفيل للخطيب.
- ٢٩ - ذيل تاريخ بغداد لابن النجار.
- ٣٠ - التدوين لأخبار قزوين للرافعى القزوينى.
- ٣١ - الشكر لابن أبى الدنيا.
- ٣٢ - مجابو الدعوة لابن أبى الدنيا.
- ٣٣ - اليقين لابن أبى الدنيا.
- ٣٤ - العقل لابن أبى الدنيا.
- ٣٥ - من عاش بعد الموت لابن أبى الدنيا.
- ٣٦ - الحلم لابن أبى الدنيا.
- ٣٧ - الأولياء لابن أبى الدنيا.
- ٣٨ - الشكر لابن أبى الدنيا.
- ٣٩ - محاسبة النفس لابن أبى الدنيا.

- ٤٠ - الصمت لابن أبي الدنيا.
- ٤١ - الغيبة والنميمة لابن أبي الدنيا.
- ٤٢ - ذم الملاحى لابن أبي الدنيا.
- ٤٣ - فضائل الصحابة لأحمد بن حنبل.
- ٤٤ - فضائل الصحابة للنسائى.
- ٤٥ - تهذيب خصائص على للنسائى.
- ٤٦ - فضائل القرآن.
- ٤٧ - فضائل بين المقدس.
- ٤٨ - تحفة الأشراف.
- ٤٩ - الطبرانى فى الكبير.
- ٥٠ - الاعتقاد للبيهقى.
- ٥١ - المحلى لابن حزم.
- ٥٢ - نيل الأوطار للشوكانى.
- ٥٣ - المحرر لابن قدامة.
- ٥٤ - اختلاف الحديث للشافعى.
- ٥٥ - تعريف أهل التقديس.
- ٥٦ - إكرام الضيف للحربى.
- ٥٧ - أحاديث الوجدان.
- ٥٨ - علل الدارقطنى.
- ٥٩ - الجامع لأدأب الراوى والسامع.

- ٦٠ - الجعديات للبعوى.
- ٦١ - التاريخ والعلل لابن معين.
- ٦٢ - معرفة الرجال لابن معين.
- ٦٣ - التاريخ والمعرفة للفسوى.
- ٦٤ - علل الحديث لابن المدينى.
- ٦٥ - الأوائل للطبرانى.
- ٦٦ - الأوائل لابن أبى عاصم.
- ٦٧ - الزهد لابن أبى عاصم.
- ٦٨ - الأمثال للرامهرمزي.
- ٦٩ - الأمثال للعسكري.
- ٧٠ - تصحيقات المحدثين للعسكري.
- ٧١ - التطفيل للخطيب البغدادي.
- ٧٢ - تلخيص المتشابه.
- ٧٣ - تاريخ دمشق لابن عساكر.
- ٧٤ - الحدائق لابن الجوزي.
- ٧٥ - الأطراف بأوهام الأطراف للعراقي.
- ٧٦ - كشف الأستار.
- ٧٧ - الأم للشافعي.
- ٧٨ - الرسالة للشافعي.
- ٧٩ - أخلاق العلماء للآجرى.

- ٨٠ - أجلاق أهل القرآن.
- ٨١ - المعجم الأوسط للطبراني.
- ٨٢ - تغليق التعليق.
- ٨٣ - الزهد لهناد.
- ٨٤ - الزهد لوكيع.
- ٨٥ - مسند خليفة بن خياط.
- ٨٦ - الناسخ والمنسوخ للحازمي.
- ٨٧ - نهاية البداية والنهاية.
- ٨٨ - جزء حسن بن عرفة.
- ٨٩ - الإلزامات والتتبع للدارقطني.
- ٩٠ - مسند عائشة لأبي بكر بن أبي داود.
- ٩١ - المصاحف لابن أبي داود.
- ٩٢ - منتخب من كتاب أزواج النبي ﷺ لابن زبالة.
- ٩٣ - الآداب للبيهقي.
- ٩٤ - الفوائد العوالي.
- ٩٥ - من حديث خيثمة.
- ٩٦ - النكت على كتاب ابن الصلاح.
- ٩٧ - تحفة الودود لابن القيم.
- ٩٨ - اللجنة لأبي نعيم.
- ٩٩ - عمل اليوم والليلة للنسائي.

- ١٠٠ - المنتقى لابن الجارود.
- ١٠١ - الإحسان فى ترتيب صحيح ابن حبان.
- ١٠٢ - الناسخ والمنسوخ للنحاس.
- ١٠٣ - النزول لدارقطنى.
- ١٠٤ - الصفات للدارقطنى.
- ١٠٥ - تحريم الرد للأجرى.
- ١٠٦ - رد الدارمى على المرسى.
- ١٠٧ - مسند عمر لابن يعقوب بن شيبه.
- ١٠٨ - تقييد العلم.
- ١٠٩ - فضل الصلاة على النبى للجهمة.
- ١١٠ - الإيمان لابن عبيد.
- ١١١ - العلم لابن خيثمة.
- ١١٢ - اقتضاء العلم والعمل للخطيب.
- ١١٣ - مسند أبى يعلى.
- ١١٤ - الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر للخلال.
- ١١٥ - القول البديع فى الصلاة للسخاوى.
- ١١٦ - جلاء الأفهام فى الصلاة لابن القيم.
- ١١٧ - الصلاة والبشر فى الصلاة للفيروزآبادى.
- ١١٩ - مختصر قيام الليل للمروزى.
- ١٢٠ - تعظيم قدر الصلاة للمروزى.

١٨٨ مقدمة التحقيق

١٢١ - مشيخة ابن طهمان.

١٢٢ - التمهيد لابن عبد البر.

١٢٣ - السلسلة الضعيفة.

١٢٤ - مسند الشهاب للقضاعي.

١٢٥ - الأحكام لابن حزم.

١٢٦ - تخریج أحاديث الكشاف الزيلعي.

* * *

قائمة بالمراجع الخاصة بتراجم المحدثين

- ١ - تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني تصوير دار الفكر العربى عن طبعة حيدر أباد سنة ١٣٣٤هـ.
- ٢ - تقريب التهذيب لابن حجر العسقلاني مطابع دار الكتاب العربى بالقاهرة.
- ٣ - تهذيب الكمال للحافظ المزى تصوير دار المأمون للتراث بيروت - دمشق عن مخطوطة دار الكتب.
- ٤ - خلاصة تذهيب تهذيب الكمال للخزرجى مطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٣١٩هـ - ١٩٧١م.
- ٥ - الكاشف للذهبي مطبعة دار التأليف بالمالية ١٩٧٢م.
- ٦ - تكملة إكمال الكمال لابن الصابونى المجمع العلمى العراقى سنة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م.
- ٧ - تعجيل المنفعة لابن حجر العسقلاني تصوير دار الكتاب العربى عن طبعة حيدر أباد سنة ١٢٨٠هـ.
- ٨ - الجرح والتعديل لابن أبى حاتم الرازى مطبعة حيدر أباد سنة ١٢٧١هـ - ١٩٥٢ نسخة مصورة.
- ٩ - تذكرة الحفاظ للذهبي - دار التراث العربى بيروت سنة ١٣٧٤هـ.
- ١٠ - ذيل تذكرة الحفاظ لأبى المحاسن الحسينى ملحق بتذكرة الحفاظ.
- ١١ - لحظ الألفاظ بذيل طبقات الحفاظ.
- ١٢ - ذيل تذكرة الحفاظ للسيوطى ملحق بتذكرة الحفاظ.
- ١٣ - طبقات الحفاظ للسيوطى مطبعة الاستقلال الكبرى سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

- ١٩٠ مقدمة التحقيق
- ١٤ - الثقات لابن حبان.
- ١٥ - التاريخ الكبير للبخارى نسخة مصورة عن مطبعة دار المعارف بالهند.
- ١٦ - التاريخ الصغير للبخارى دار التراث سنة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- ١٧ - حلية الأولياء لأبى نعيم - دار الكتاب العربى بيروت سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.
- ١٨ - ميزان الاعتدال للذهبي مطبعة عيسى الحلبي ١٣٨٢هـ - ١٩٦٣م.
- ١٩ - لسان الميزان لابن حجر العسقلاني نسخة مصورة عن طبعة حيدر آباد سنة ١٣٢٩هـ.
- ٢٠ - المغنى فى الضعفاء للذهبي مطبعة البلاغة حلب سنة ١٣٩١هـ - ١٩٧١م.
- ٢١ - مجمع الزوائد للهيثمى مكتبة القدس سنة ١٣٥٣هـ.
- ٢٢ - المجروحين لابن حبان دار الوعى حلب سنة ١٣٩٦هـ.
- ٢٣ - الضعفاء الصغير للبخارى دار الوعى حلب.
- ٢٤ - الضعفاء والمتروكين للنسائى دار الوعى حلب.
- ٢٥ - ديوان الضعفاء والمتروكين للذهبي مطبعة النهضة الحديثة بمكة المكرمة سنة ١٣٨٧هـ.
- ٢٦ - الوافى بالوفيات للصفدى.
- ٢٧ - تاريخ بغداد للخطيب البغدادي تصوير بيروت.
- ٢٨ - شذرات الذهب لابن العماد.
- ٢٩ - المنتظم لابن الجوزى نسخة مصورة عن طبعة حيدر آباد سنة ١٣٥٧هـ.
- ٣٠ - العبر فى خبر من غير للذهبي. الكويت ١٩٦٠.
- ٣١ - وفيات الأعيان لابن خلكان دار صادر بيروت.

مقدمة التحقيق ١٩١

- ٣٢ - ذيل وفيات الاعيان (درة الحجال فى أسماء الرجال) لابن القاضى.
- ٣٣ - التحفة اللطيفة فى تاريخ المدينة الشريفة للسخاوى مطبعة دار نشر الثقافة
بالقاهرة سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٣٤ - العقد الثمين فى تاريخ البلد الأمين للفاسى.
- ٣٥ - تاريخ جرجان للسهمى تصوير عالم الكتب بيروت سنة ١٤٠١هـ -
١٩٨١.
- ٣٦ - التاريخ ليحيى بن معين مركز البحث العلمى مكة المكرمة سنة ١٣٩٩ -
هـ - ١٩٧٩م.
- ٣٧ - سير أعلام النبلاء للذهبى.
- ٣٨ - تاريخ الإسلام للذهبى.
- ٣٩ - البداية والنهاية لابن كثير.
- ٤٠ - الموضوعات لابن الجوزى.
- ٤١ - العلل المتناهية لابن الجوزى.
- ٤٢ - نسيم الرياض شرح الشفا.
- ٤٣ - التنكيل.
- ٤٤ - مقدمة فتح البارى.
- ٤٥ - اللآلىء المصنوعة.
- ٤٦ - الترغيب والترهيب.
- ٤٧ - إسعاف المبطأ.
- ٤٨ - تهذيب تاريخ دمشق.
- ٤٩ - تاريخ دمشق.

١٩٢ مقدمة التحقيق

- ٥٠ - الأنساب للسمعاني.
- ٥١ - تهذيب الأسماء للنووي.
- ٥٢ - اللباب في تهذيب الأنساب لابن الأثير.
- ٥٣ - الأعلام للزركلي.
- ٥٤ - معجم المؤلفين.
- ٥٥ - المشتبه في الرجال للذهبي.
- ٥٦ - تبصير المتنبه للذهبي.
- ٥٧ - جامع المسانيد للخوارزمي.
- ٥٨ - مقدمة الكامل في ضعفاء الرجال لابن عدي مطبعة الأعظمي بغداد سنة ١٩٧٧م.
- ٥٩ - تراجم الأخبار من رجال شرح معاني الآثار.
- ٦٠ - الطبقات الكبرى لابن سعد.
- ٦١ - هدية العارفين لإسماعيل باشا البغدادي صورة بالأوفست عن طبعة استانبول سنة ١٩٥٠م.
- ٦٢ - الإكمال لابن ماكولا - نسخة مصورة عن مطبعة دائرة المعارف العثمانية بالهند سنة ١٩٦١م.
- ٦٣ - الشقائق النعمانية - طاشكبرى زاده دار الكتاب العربي بيروت سنة ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- ٦٤ - العبد المنظوم في ذكر أفاضل الروم ملحق بالشقائق النعمانية.
- ٦٥ - الفهرست لابن النديم.
- ٦٦ - رجال من السند والهند للمباركفوري مطبعة التقدم سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨.

- ٦٧ - رجال الطبرى فى تفسيره تحقيق محمود شاكر.
- ٦٨ - الإكمال فى أسماء الرجال للتبريزى ملحق بأخر مشكاة المصابيح.
- ٦٩ - ثلاثيات مسند أحمد للسفاريين.
- ٧٠ - الكنى والأسماء للدولابى.
- ٧١ - أعلام النساء، عمر رضا كحالة، المطبعة الهاشمية دمشق.
- ٧٢ - نثر الدر المكنون من فضائل اليمن الميمون للحسينى مطبعة زهران سنة ١٣٥٠هـ.
- ٧٣ - طبقات فقهاء اليمن للجعدى مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٧م.
- ٧٤ - تاريخ التراث العربى، الهيئة العامة للكتاب مصر.
- ٧٥ - روضات الجنات للخوانسارى - طهران.
- ٧٦ - نفع الطيب للتلمسانى دار صادر سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ٧٧ - أزهار الرياض فى أخبار عياض للتلمسانى مطبعة لجنة التأليف والترجمة.
- ٧٨ - رياض النفوس لأبى بكر عبد الله المالكى مكتبة النهضة العربية.
- ٧٩ - الكواكب السائرة فى أعيان المائة العاشرة للغزى.
- ٨٠ - الضوء اللامع للسخاوى.
- ٨١ - الدرر الكامنة لابن حجر العسقلانى.
- ٨٢ - البدر الطالع للشوكانى.
- ٨٣ - ترتيب المدارك للقاضى عياض.
- ٨٤ - الديباج المذهب لابن فرحون دار النصر للطباعة سنة ١٩٧٢م.
- ٨٥ - نيل الابتهاج بتطريز الديباج سنة ١٣٥١هـ بهامش الديباج المذهب مطبعة المعاهد.

١٩٤ مقدمة التحقيق

- ٨٦ - نزهة الخواطر للحسنى طبعة الهند سنة ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م.
- ٨٧ - ذيل تاريخ بغداد لابن النجار طبعة الهند سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ٨٨ - ذيل تاريخ بغداد لابن الديبشى طبعة دار السلام بغداد سنة ١٩٧٤م.
- ٨٩ - ربحانة الأدب محمد على مدرسى - تبريز.
- ٩٠ - جامع الرواة للحائرى - دار الأضواء بيروت سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٩١ - الوفيات للسلامى مؤسسة الرسالة سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ٩٢ - أعيان الشيعة - محسن الأمين دار المعارف للمطبوعات بيروت سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٩٣ - التاج المكلل صديق حسن خان بمباى سنة ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م.
- ٩٤ - الذيل على الروضتين أبو شامة.
- ٩٥ - شجرة النور الزكية محمد محمد مخلوف ١٣٤٩هـ.
- ٩٦ - المنهج الأحمد للعلمى طبعة المدنى سنة ١٣٨٢هـ - ١٩٦٣م.
- ٩٧ - طبقات الخنابلة لابن أبى يعلى، طبعة الاعتدال دمشق ١٣٥٠هـ، ومطبعة المحمدية سنة ١٣٧١هـ.
- ٩٨ - الذيل على طبقات الخنابلة لابن رجب طبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢.
- ٩٩ - طبقات الشافعية الكبرى للسبكي - عيسى الخلبى سنة ١٣٨٣هـ وما بعدها.
- ١٠٠ - طبقات الشافعية للأسنوى، بغداد سنة ١٣٩١هـ - ١٩٧١م.
- ١٠١ - طبقات الفقهاء الشافعية للعبادى ليدن سنة ١٩٦٤م.
- ١٠٢ - طبقات الشافعية لابن هداية الله دار الآفاق الجديدة بيروت.

- ١٠٣ - طبقات الفقهاء للشيرازي دار الرائد العربية بيروت سنة ١٩٧٠م.
- ١٠٤ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي سنة ١٣٢٤هـ.
- ١٠٥ - الطبقات السنية في تراجم الحنفية للغزى مطابع الأهرام سنة ١٣٩٠هـ.
- ١٠٦ - الجواهر المضية في تراجم الحنفية لابن أبي الوفا - عيسى الحلبي سنة ١٣٩٨هـ.
- ١٠٧ - ذيل تاريخ دمشق لابن القلانسي ليدن ١٩٠٨م.
- ١٠٨ - معجم المطبوعات لسركيس سنة ١٣٤٦هـ.
- ١٠٩ - الرسالة المستطرفة للكتاني سنة ١٣٨٠هـ مطبعة دار الفكر.
- ١١٠ - المعرفة والتاريخ مطبعة الإرشاد بغداد سنة ١٣٩٤هـ.
- ١١١ - دائرة معارف الأعلمي.
- ١١٢ - نكت الهميان للصفدي المطبعة الجمالية سنة ١٣٢٩هـ - ١٩١١م.
- ١١٣ - الشعاع الشائع في أئمة عمان لابن رزق - عيسى الحلبي سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ١١٤ - غاية النهاية في طبقات القراء لابن الجزري بغداد سنة ١٩٣٢م.
- ١١٥ - أنساب الأشراف للبلاذري.
- ١١٦ - موارد الأتحاف في نقباء الأشراف للحسيني مطبعة الآداب بالنجف سنة ١٣٨٨هـ.
- ١١٧ - مشاهير علماء الأمصار للبستي لجنة التأليف والترجمة سنة ١٣٧٩هـ.
- ١١٨ - نظم العقيان للسيوطي المطبعة السورية نيويورك سنة ١٩٢٧م.
- ١١٩ - الفلاكة والمفلوكون للدجلي مطبعة الشعب سنة ١٣٢٢هـ.
- ١٢٠ - المحن، للتميمي - دار الغرب الإسلامي بيروت سنة ١٤٠٣هـ.

١٩٦ مقدمة التحقيق

١٢١ - مقاتل الطالبين للأصفهاني - دار المعرفة.

١٢٢ - تعريف الخلف برجال السلف، للغول المكتبة العتيقة تونس سنة ١٤٠٢هـ.

١٢٣ - فتح الشكور في معرفة أعيان علماء التكرور - للبرتلي دار الغرب سنة ١٩٨١م.

١٢٤ - فهرسة الإشبيلي - سرقسطة سنة ١٨٩٣م.

١٢٥ - أعيان دمشق للشطبي - المكتب الإسلامي دمشق سنة ١٩٧٢م.

١٢٦ - فهرس الرصاع - المكتبة العتيقة تونس.

١٢٧ - معرفة القراء الكبار للذهبي - دار التأليف سنة ١٣٨٧هـ.

١٢٨ - التكملة لوفيات النقلة للمنزدي عيسى الحلبي سنة ١٣٩٥هـ.

١٢٩ - التحجير في المعجم الكبير للسمعاني مطبعة الإرشاد بغداد سنة ١٣٩٥هـ.

١٣٠ - أنباء الغمر بأبناء العمر لابن حجر العسقلاني المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - مصر سنة ١٣٨٩هـ.

١٣١ - تاريخ علماء المستنصرية، ناجي معروف الشعب سنة ١٩٧٤م.

١٣٢ - الذخيرة في محاسن الجزيرة للشنتريني - دار الثقافة سنة ١٣٩٩هـ.

١٣٣ - المنهل الصافي للأتابكي دار الكتب سنة ١٣٧٥هـ.

١٣٤ - المغرب في حلي المغرب لابن دار المعارف سنة ١٩٦٤.

١٣٥ - الحلة السيراء لابن الأبار لجنة التأليف سنة ١٩٦٤م.

١٣٦ - المقتبس من أنباء أهل الأندلس لابن حبان المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - مصر سنة ١٣٩٠.

١٣٧ - التكملة لكتاب الصلة لابن الأبار مطبعة السعادة سنة ١٣٧٥هـ.

- مقدمة التحقيق ١٩٧
- ١٣٨ - تاريخ علماء الأندلس لابن الفرضى الدار المصرية للتأليف والترجمة سنة ١٩٦١ م.
- ١٣٩ - قضاة قرطبة للخشنى الدار المصرية للتأليف والترجمة سنة ١٩٦١ م.
- ١٤٠ - جذوة المقتبس للحميدى الدار المصرية للتأليف والترجمة سنة ١٩٦١ م.
- ١٤١ - الصلة لابن بشكوال الدار المصرية للتأليف والترجمة سنة ١٩٦١ م.
- ١٤٢ - تاريخ قضاة الأندلس للنباهى المكتب التجارى بيروت.
- ١٤٣ - العجم فى أصحاب القاضى الصدفى لابن الأبار دار الكتاب العربى سنة ١٣٨٧ هـ.
- ١٤٤ - بغية الملتمس - الضبى - دار الكتاب العربى سنة ١٩٦٧ م.
- ١٤٥ - الإحاطة فى أحبار غرناطة لسان الدين الخطيب، الشركة المصرية للطباعة والنشر سنة ١٣٩٤ هـ.
- ١٤٦ - معالم الإيمان فى معرفة أهل القيروان، الأسيدى الدباغ مطبعة السنة المحمدية سنة ١٩٦٨ م.
- ١٤٧ - طبقات علماء إفريقية وتونس لأبى تميم والخشنى.
- ١٤٨ - عنوان الدراية للغبرينى، لجنة التأليف والنشر بيروت سنة ١٩٦٩ م.
- ١٤٩ - معجم أعلام الجزائر لنويهيض - المكتب التجارى للطباعة بيروت سنة ١٩٧١ م.
- ١٥٠ - معجم الثقات للتبريزى مطبعة مهراستوار قم.
- ١٥١ - طبقات أعلام الشيعة أغابزرك الطهرانى دار الكتاب العربى بيروت سنة ١٣٩٢ هـ.
- ١٥٢ - تهذيب المقال للنجاشى مطبعة الآداب بالنجف سنة ١٣٩٠ هـ.

- ١٩٨ مقدمة التحقيق
- ١٥٣ - رجال الطوسي أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي المطبعة الحيدرية
بالنجف سنة ١٣٨١هـ.
- ١٥٤ - عبد الله بن سبأ مرتضى العسكري دار الكتاب بيروت سنة ١٣٥٢هـ.
- ١٥٥ - الجامع في الرجال موسى الزنجاني سنة ١٣٩٤هـ.
- ١٥٦ - أمل الآمل للعالمى مكتبة الأندلس بغداد.
- ١٥٧ - موارد الإتحاف عبد الرزاق أكويه مطبعة الآداب بالنجف سنة ١٣٨٨هـ.
- ١٥٨ - معجم أعلام الجزائر، عادل نويهض المكتب التجارى بيروت سنة
١٩٧١م.
- ١٥٩ - رايات المبرزين لابن سعيد الأندلسى مطابع الأهرام سنة ١٣٩٣هـ.
- ١٦٠ - الحلل السندسية فى الأخبار التونسية للسراج الدار التونسية للنشر سنة
١٩٧٠م.
- ١٦١ - اختصار القدر المعلى دار الكتاب المصرى اللبنانى سنة ١٤٠٠هـ.
- ١٦٢ - الخفاجيون فى التاريخ دار الطباعة المحمدية سنة ١٣٩١هـ محمد عبد
المنعم خفاجى.
- ١٦٣ - معجم الأدياء.
- ١٦٤ - الجوهر الأسنى فى تراجم علماء وشعراء بوسنة محمد بن صالح المطبعة
العلمية سنة ١٣٤٩هـ.
- ١٦٥ - بغية الوعاة للسيوطى عيسى الحلبي سنة ١٣٨٥هـ.
- ١٦٦ - إنباه الرواة للقفطى دار الكتب سنة ١٩٧٣م.
- ١٦٧ - خلاصة الأثر فى أعيان القرن الحادى عشر.
- ١٦٨ - الطالع السعيد للأدقوى الدار المصرية للتأليف سنة ١٣٩٢هـ.

مقدمة التحقيق ١٩٩

١٦٩ - طبقات المفسرين للداودي مطبعة الاستقلال سنة ١٣٩٢هـ.

١٧٠ - الجمع بين كتابي الكلاباذي والأصبهاني لابن القيصراني طبع الهند سنة

١٣٢٣هـ.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الشيخ الإمام العالم العلامة الهمام القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي،
رحمه الله:

الحمد لله فائق الإصباح، وجعل الليل سكناً، يرسل الرياح بين يدي رحمته نشرًا، مالك السموات والأرض وما بينهما، وهو العزيز الحكيم، وله ما سكن في الليل والنهار، وهو السميع العليم، لا إله إلا هو، لم يشرك في ملكه أحدًا، ولم يتخذ صاحبة ولا ولدًا، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، أرسله بالهدى ودين الحق وبينات من الرشد، ووعد الصدق، وأنزل عليه كتابه المجيد، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، تنزيل من حكيم حميد، فبلغه للناس كافة، وبينه للخاصة والعامّة ليهلك من هلك عن بينة، ويحيى من حيى عن بينة، حتى كمل دين الإسلام وتقرر شرائعه ولاحت سبيل الأحكام وثبتت مناهجه وأمر بتبليغه إلى من شهدته وإلى من سمعه ومن لم يسمعه، لتكون معالم الدين بعده لائحة، وأحكامه على ما أثبتها باقية، فصلى الله عليه وعلى آله وأتباعه وسلم تسليمًا.

أما بعد: وفقنا الله وإياك لما يرضيه، فإنك ذكرت أن الكتاب الذي ألفت في شرح الموطأ المترجم بكتاب «الاستيفاء» يتعذر على أكثر الناس جمعه، ويعد عنهم درسه، لاسيما لمن لم يتقدم له في هذا العلم نظر ولا تبين له فيه بعد أثر، فإن نظره فيه يولد خاطره ويحيره، ولكثرة مسائله ومعانيه يمنع تحفظه وفهمه، وإنما هو لمن رسخ في العلم وتحقق بالفهم، ورجبت أن أقصر فيه على الكلام في معاني ما يتضمنه ذلك الكتاب من الأحاديث والفقهاء، وأصل ذلك من المسائل مما يتعلق بها في أصل كتاب الموطأ ليكون شرحًا له وتبيينًا على ما يستخرج من المسائل منه، ويشير إلى الاستدلال على تلك المسائل والمعاني التي يجمعها وينصها ما يخف ويقرب ليكون ذلك حظ من ابتداء بالنظر في هذه الطريقة من كتاب «الاستيفاء» إن أراد الاقتصار عليه وعونًا له إن طمحت همته إليه، فأجبتك إلى ذلك وانتقيته من الكتاب المذكور على حسب ما رغبته وشرطته، وأعرضت فيه عن ذكر الأسانيد واستيعاب المسائل والدلالة وما احتج به المخالف،

٢٠٢.....خطبة الكتاب

وسلكت فيه السبيل الذى سلكت فى كتاب «الاستيفاء» من إيراد الحديث والمسألة من الأصل، ثم أتبعته ذلك ما يليق به من الفرع وأثبتته شيوخنا المتقدمون رضى الله عنهم من المسائل وسد من الوجوه والدلائل، وبالله التوفيق وبه أستعين وعليه أتوكل وهو حسبي ونعم الوكيل.

وقد قدمت فى الكتاب المذكور ما لا أخلى هذا الكتاب من حرف من ذكره وذلك أن فتوى المفتى فى المسائل وكلامه عليها وشرحه لها إنما هو بحسب ما يوفقه الله تعالى إليه، ويعينه عليه وقد يرى الصواب فى قول من الأقوال فى وقت ويراه خطأ فى وقت آخر، ولذلك يختلف قول العالم الواحد فى المسألة الواحدة، فلا يعتقد الناظر فى كتابى أن ما أوردته من الشرح والتأويل والقياس والتنظير طريقه القطع عندى حتى أعيب من خالفها وأذم من رأى غيره، وإنما هو مبلغ اجتهادى وما أدى إليه نظرى وأما فائدة إثباتى له فتبين منهج النظر والاستدلال والإرشاد إلى طريق الاختبار والاعتبار، فمن كان من أهل هذا الشأن فله أن ينظر فى ذلك ويعمل بحسب ما يؤدى إليه اجتهاده من وفاق ما قلته أو خلافه، ومن لم يكن نال هذه الدرجة فليجعل ما ضمته كتابى هذا سلمًا إليها وعونًا عليها. والله ولى التوفيق والهدى إلى سبيل الرشاد، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

* * *

وقوت الصلاة

جمع وقت، كضرب وضروب، وفلس وفلوس، ووجه ووجوه، فوقت الصلاة يتسع لتكرار فعلها مراراً وجميعه وقت لجواز فعلها.

واختلف الناس في وقت الوجوب منه: فذهب أكثر شيوخنا من المالكيين إلى أن جميعه وقت للوجوب، وذهب أصحاب أبي حنيفة إلى أن آخره وقت للوجوب، وذهب أصحاب الشافعي إلى أن أوله وقت الوجوب، وإنما ضرب آخره فصلاً بين الأداء والقضاء.

وذهب بعض العلماء إلى أن وقت الوجوب منه وقت غير معين، فإن للمكلف تعيينه بفعل الصلاة فيه.

قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه: وهذا أظهر عندي وأجرى على أصول المالكية؛ لأن معظمهم قالوا: إن الأفعال المخير بينها كالعتق والإطعام والكسوة في الكفارة الواجب منها واحد غير معين، وللمكلف تعيين وجوبه بفعله ولم يخالف في ذلك أحد من أصحابنا غير محمد بن خويز منداد، فإنه قال: إن جميعها واجب، فإذا فعل المكلف أحدها سقط وجوب سائرهما وما قدمناه هو الصحيح إن شاء الله؛ لأن الأفعال الواجب جميعها لا يسقط وجوب بعضها بفعل غيرها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف الناس في جواز تأخير الصلاة عن أول الوقت: فذهب القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر إلى أنه لا يجوز ذلك إلا لبدل وهو العزم على فعلها.

وحكى عن غيره أنه يجوز تركه إلى غير بدل إلى أن يبقى من وقتها ما يفعل فيه. وقال قوم من أصحابنا: إن العزم واجب ولا أسميه بدلاً. وهذا أظهر؛ لأنه لا يجوز للمكلف ترك العزم على فعلها متى تذكرها في وقت ولا غيره.

مسألة: وأما الصلاة، فاختلف الناس في معنى تسميتها بذلك، فقال أبو إسحاق والزجاجي وابن قتيبة وابن الأنباري أن الصلاة في كلام العرب الدعاء، وإلى ذلك ذهب أكثر أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة والشافعي، ومن ذلك سميت صلاة الجنائز صلاة، وإن لم يكن فيها ركوع ولا سجود.

٢٠٤ وقوت الصلاة

قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه: وأخبرنا أبو محمد مكى بن أبى طالب، رحمه الله: إنما سميت بذلك من الصلويين، وهما عرقان فى الردف ينحنيان فى الصلاة، وحكى مثل هذا عن المبرد.

وقال ابن عزيز: الصلاة الرحمة، واختلف العلماء فى لفظ الصلاة، فذهب القاضي أبو محمد: إلى أنها جملة لأن هذا اللفظ واقع على الركوع والسجود وسائر ما تشتمل عليه الصلاة من الأفعال والأقوال. وذهب محمد بن خويز منداد، إلى أنها لفظة عامة؛ لأنها واقعة على الدعاء منها خاصة، وأن سائر الأفعال والأقوال شروط فيها ومعان تقترب بها.

فصل: وإنما ابتداء مالك، رحمه الله، بذكر أوقات الصلاة فى كتابه؛ لأنه أول ما يراعى من أمر الصلاة؛ ولأنه حيثنذ يجب فعل الطهارة بحسب وجوب الصلاة، فكان الابتداء بذكر أوقات الصلاة أولى فى الرتبة.

١ - مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَخَّرَ الصَّلَاةَ يَوْمًا

١- أخرجه البخارى كتاب مواقيت الصلاة برقم ٥٢٢. ومسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة برقم ٦١٠، ٦١١. والترمذى كتاب الصلاة برقم ١٤٧. والنسائى كتاب المواقيت ٤٩٤، ٥٠٥. وأبى داود كتاب الصلاة ٣٩٤، ٤٠٧. وابن ماجه كتاب الصلاة ٦٦٨. وأحمد بالمسند برقم ١٦٦٤٠، ٢١٨٤٨. والدارمى كتاب الصلاة ١١٨٥. وأخرجه عبدالرزاق بالمصنف بلفظه برقم ٢٠٧٢ مختصراً، عن عائشة ٥٤٧/١. والطبرانى فى الكبير ٢٥٨/١٧ عن أبى مسعود.

وقال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث عن مالك جماعة الرواة عنه فيما بلغنى، وظاهر مساقه فى رواية مالك يدل على الانقطاع، لقوله: «إن عمر بن عبدالعزيز أخر الصلاة يوماً، فدخل عليه عروة»، ولم يذكر فيه سماعاً لابن شهاب من عروة، ولا سماعاً لعروة من بشير بن أبى مسعود. وهذه اللفظة أعنى «أن» عند جماعة من أهل العلم بالحديث محمولة على الانقطاع، حتى يتبين السماع واللقاء، ومنهم من لا يلتفت إليها، ويحمل الأمر على المعروف من مجالسة بعضهم بعضاً ومشاهدة بعضهم بعضاً وأخذهم بعضهم عن بعض، فإن كان ذلك معروفاً لم يسأل عن هذه اللفظة، وكان الحديث عنده على الاتصال، وهذا يشبه أن يكون منزه مالك. وهذا الحديث متصل عند أهل العلم، مسند صحيح لوجوه؛ منها: أن مجالسة بعض المذكورين فيه لبعض معلومة مشهورة، ومنها أن هذه القصة قد صح شهرود ابن شهاب لما جرى فيها بين عمر بن عبدالعزيز وعروة بن الزبير بالمدينة، وذلك فى أيام إمارة عمر عليها لعبد الملك، وابنه الوليد، وهذا محفوظ من رواية الثقات لهذا الحديث عن ابن شهاب. انظر التمهيد: (حديث أول لابن شهاب عن عروة).

٢٠٦ وقوت الصلاة

المغيرة تأنيس لعمر بن عبدالعزيز؛ لأنه لم ينفرد بهذا الأمر بل قد سها عن علمه كثير من فضلاء الصحابة، وذلك مما يخفف على عمر سهوه.

واحتج عروة على قوله بحديث النبي ﷺ ليصح قوله وتثبت حجته؛ لأن عمر بن عبدالعزيز من الأئمة الذين يسوغ لهم الاجتهاد، فليس لعروة أن يرده عن رأيه وما يؤديه إليه اجتهاده إلا بخبر يمنع الاجتهاد المؤدى إلى ما يخالفه، وأرسل عروة الخبر فلم ينكر عليه عمر إرساله، وهذا يدل على اتفاقهما على القول بالمراسيل.

فصل: وقول أبي مسعود: «ما هذا يا مغيرة أليس قد علمت أن جبريل نزل فصلى، فصلى رسول الله ﷺ؟» على وجه الإنكار لفعله، إن كان قد علم من صلاة جبريل بالنبي ﷺ وتبين الأوقات له ما علم هو، واستبعاد أن يخفى هذا على من صحب النبي ﷺ كصحبة المغيرة له، وإخباره أن جبريل صلى بالنبي ﷺ فى أوقات الصلاة واحتججه به على المغيرة فى مراعاة الوقت غير يبين من لفظ الحديث، وإنما فيه من التعلق بذلك أن هاهنا وقتاً مأموراً بالصلاة فيه.

وأما تعيين الوقت فليس فى لفظ هذا الحديث، وإنما انفرد به عن ابن شهاب، أسامة ابن زيد الليثى، ولا يحتمل مخالفة مثل ذلك وغيره من حفاظ أصحاب الزهري، ويحتمل أن يكون المغيرة علم وقت الصلاة وظن أن ذلك مصروف إلى اجتهاده ونظره، وأن فعل النبي ﷺ فى وقت معين على وجه الندب والفضيلة، أو على وجه الإباحة والتخيير بينه وبين غيره من الأوقات، فأخبره أبو مسعود أن جبريل أقام للنبي ﷺ فى ذلك الوقت وأعلمه أنه مأمور به، وذلك يمنع تأخيرها عن هذا الوقت.

فصل: وقوله: «إن جبريل نزل فصلى، فصلى رسول الله ﷺ»، ذهب بعض المفسرين إلى أن الفاء هاهنا بمعنى الواو لأن النبي ﷺ إذا اتهم بجبريل عليه السلام يجب أن يكون مصلياً معه، وإذا حملت الفاء على حقيقتها وجب أن يكون مصلياً بعده.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: والصحيح عندى أن الفاء على بابها للتعقيب، ومعنى ذلك أن يكون جبريل كلما فعل جزءاً من الصلاة فعله النبي ﷺ بعده، وهذه سنة الصلاة أن يكون المأموم تبعاً للإمام فى أفعال الصلاة يفعلها بعده، ولا يفعلها معه، فإنه على ضربين، منهما ما تفسد به الصلاة، ومنها ما لا تفسد به، وسيأتى بعد هذا مبيناً إن شاء الله تعالى.

ولا يمتنع أن يقال: صلى فصلى عمرو، وإذا افتتح زيد الصلاة قبل عمرو، وفعل سائر

وقوت الصلاة ٢٠٧
أفعال الصلاة على ذلك، ألا ترى أنك تقول: سافر زيد، فسافر عمرو، إذا شرع زيد في السفر وخرج له قبل عمرو، وإن كان عمرو قد شرع فيه قبل تمام زيد، وهذا أوضح في اتتمام النبي ﷺ بجبريل من أن تكون الفاء بمعنى الواو، ولأن العطف بالواو يحتمل أن يكون النبي ﷺ صلى قبل جبريل، والفاء لا تحتمل شيئاً من ذلك، فهي أبعد من وجوه الاحتمال وأبلغ في البيان.

فصل: واحتجاج أبي مسعود على المغيرة، وعروة على عمر بهذا الخبر، إن كانا أخرًا الصلاة عن جميع وقتها المستحب بين، وإن كانا إنما أخرها إلى آخره، فلما فيه من التغير بفواتها والتشديد عليها في ذلك بتأكد وجوبها، وإنما تتم الحجة في ذلك بأن يكون قد تقدر عند المغيرة وعمر من خبر أبي مسعود وعروة وقت صلاة جبريل بالنبي ﷺ إما بإشارة أو بزيادة لفظ في الخبر لأنه ليس في قولهما: «صلى فصلى ﷺ» بيان وقت الصلاة، ولا دليل على أن المغيرة وعمر أخر الصلاة عنه.

فصل: وقوله: «بهذا أمرت»، وأمرت، روايتان، فأما أمرت، بالضم، فمعناه أمرت أن أبلغه إليك وأبينه لك، ومعنى أمرت، بالفتح، وهي رواية ابن وضاح، أمرت أن تصلى فيه وتشرع فيه الصلاة لأمتك.

وقوله: هذا إن كان صلى في أول الوقت، ومقتضى هذا الأمر الوجوب، وإن كان إنما صلى به يوماً واحداً فهو إشارة إلى الوقت الذي يستحب للأئمة إقامة صلاة الجماعة فيه، والله أعلم.

فصل: وقول عمر لعروة: «أعلم ما تحدث به يا عروة، أو أن جبريل هو الذي أقام لرسول الله ﷺ وقت الصلاة» لا معنى للاتمام له، ولكن على سبيل الحض له، على زيادة الثبوت والتنبيه على إعادة النظر والتعجب من أن يكون مثل هذا من أمر الصلاة مع أنها رأس هذا الدين وأهم أموره، لم يصل إليه علمه مع اجتهاده في طلب العلم والاهتمام بأمر الشريعة، لاسيما الصلاة التي إليه إقامتها، وهو الإمام فيها، فعظم عليه أن يكون عليه أن يكون قد ذهب عليه مثل هذا من شأنها، ومعرفة سبب إقامة أوقاتها ومن الذي أقامها، فقال عروة: «كذلك كان بشير بن أبي مسعود يحدث عن أبيه» إتماماً لحجته وإقامة لها بإسناد الحديث والإعلام باسم من حدثه به.

وأكد ذلك عروة واستشهد عليه بما حدثه به عائشة رضي الله عنها من أن النبي ﷺ

٢٠٨ وقوت الصلاة

كان يصلى العصر والشمس فى حجرتها، فيحتمل أن يكون أكد ذلك بزيادة عدالة عائشة على عدالة بشير بن أبى مسعود، ويحتمل أن يكون أراد بذلك تقوية الأمر فى نفس عمر بكثرة الرواة والناقلين لمعناه، وفيه بيان أن عروة إنما أنكر تأخير فعل الصلاة عن أول الوقت ووصف الوقت الذى حض فيه على الصلاة، وهو إذا كانت الشمس فى الحجر، وقولها: «قبل أن تظهر»، قيل معناه تذهب، وأنشدوا فى ذلك:

وتلك شكاة ظاهر عنك عارها

أى ذاهب، وقيل معنى: تظهر: تعلق وتصير على ظهر الحجر، قال الله تعالى: ﴿فَمَا اسطاعوا أن يظهروه﴾ [الكهف: ٩٧] الآية، والمعنيان متقاربان، وروى حبيب عن مالك، قال: معناه أن الشمس فى الأرض لم تبلغ الجدار، أى لم تظهر فيه.

٢ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنْ وَقْتِ صَلَاةِ الصُّبْحِ، قَالَ: فَسَكَتَ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى إِذَا كَانَ مِنَ الْغَدِ صَلَّى الصُّبْحَ حِينَ طَلَعَ الْفَجْرُ ثُمَّ صَلَّى الصُّبْحَ مِنَ الْغَدِ بَعْدَ أَنْ أَسْفَرَ ثُمَّ قَالَ: أَيُّ السَّائِلِ عَنْ وَقْتِ الصَّلَاةِ؟ قَالَ: هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: «مَا بَيْنَ هَذَيْنِ وَقْتٌ».

الشرح: هذا الحديث مرسل، ولا نعلم أحداً من أصحاب مالك أسنده، ولا نعلم أحداً أسنده من طريق عطاء، وقد ذكر القنازعى، رحمه الله، أن سفيان أسنده عن زيد، عن عطاء، عن النبي ﷺ، وأراه وهم.

٢ - أخرجه النسائى كتاب الأذان برقم ٦٤٢. وأحمد، عن أنس ١١٣/٣. والنسائى ٢٧١/١ عن أنس بكتاب الأذان، باب وقت أذان الصبح. والترمذى برقم ١٥٢ عن بريده ٢٨٦/١ كتاب الصلاة، باب ١١٥ المواقيت. وابن ماجه برقم ٦٦٧ عن بريده جـ ٢١٩/١ كتاب الصلاة، باب المواقيت. ابن حبان برقم ١٤٩٠ جـ ٢٤/٣ عن بريده. وأبو عوانة ٣٧٤/١ فى مسنده. قال السيوطى: اتفقت رواية الموطأ على إرساله وقد ورد موصولاً من حديث أنس بن مالك. وأخرجه البزار فى مسنده وابن عبد البر فى التمهيد بسند صحيح من طريق حميد عنه، ومن حديث عبد الله بن عمر. وأخرجه الطبرانى فى الكبير بسند حسن. ومن حديث عبد الرحمن بن زيد بن جارية، أخرجه الطبرانى فى الكبير والأوسط. ومن حديث زيد بن جارية، أخرجه أبو يعلى فى مسنده.

وقال ابن عبد البر: بلغنى أن سفيان بن عيينة حدث بهذا الحديث عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار عن أنس بن مالك مرفوعاً. قال: ولا أدرى كيف صحه هذا عن سفيان والصحيح عن زيد بن أسلم أنه من مراسلات عطاء. انظر: (تنوير الحوالك ص ١٦).

وقوت الصلاة ٢٠٩

وقوله: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن وقت الصلاة» يجوز أن يكون الرجل طارئاً أو قاطناً قد علم أن وقت صلاة النبي ﷺ هو من أكد وقت الصلاة، ولم يعلم جميع الوقت فيسأله عن تحديده.

فصل: قوله: «فسكت عنه رسول الله ﷺ حتى إذا كان من الغد»، يحتمل أن يكون النبي ﷺ ترك تعجيل القول في ذلك حتى يبينه بالفعل قصدًا إلى المبالغة في البيان وأنه أقرب إلى المتعلم وأسهل عليه.

ويحتمل أن يريد بذلك البيان للجماعة لأنه لو أخبر السائل لانفرد بعلم ذلك والصلاة جامعة يحضرها معه كثير من الصحابة فيكون ذلك تعليمًا لجميعهم إذ كان هذا مما تعم الحاجة إليه وسكوته عنه على ما ذكر في الخبر يحتمل أن يكون قد علم من حاله أنه قاطن معه ملازم له كأبي هريرة وغيره من أهل الصفة، فكفاه علمه بعادته الماضية ومعرفته بحاله في ملازمة الصلاة معه عن أمره له بذلك.

ويحتمل أن يكون طارئاً قد علم من حاله أنه لا يرحل إلا بعد انقضاء مدة التعليم إما بوحى على ما حكاه كثير من شيوخى أو بغير ذلك.

على أنه قد روى هذا الحديث بريدة بن خصيب الأسلمى، وذكر فيه أن النبي ﷺ قال له: «صل معنا هذين اليومين». أخرجه مسلم في صحيحه، فيحتمل أن يكون الراوى لحديث عطاء لم يسمع أمر النبي ﷺ السائل بأن يشاهد معه الصلاة، ويحتمل أن يكون سمعه، وأراد بقوله: «فسكت عنه» سكوته عن جواب مسأله وتأخير النبي ﷺ جواب السائل عن وقت الصلاة يحتمل أن يكون أنه لم يكن ثبت عنده هذا، فأخر ذلك إلى أن يعلم الحكم بوحى أو بنظر، ويحتمل أن يكون أخره لما رأى في ذلك من المصلحة إما للوجوه التي ذكرناها أو لغير ذلك من وجوه المصالح التي علمها النبي ﷺ.

وليس هذا من تأخير البيان الذى تكلم شيوخنا فى جواز تأخيره عن وقت الخطاب بالعبادة إلى وقت الحاجة فمنع ذلك أبو بكر الأبهري وغيره من شيوخنا، وجوزه القاضى أبو بكر وجمهور أصحابنا ووقت الخطاب بالصلاة وبيان أحكامها وأوقاتها قد تقدم قبل سؤال هذا السائل لأنه لم يسئل إلا عن عبادة ثابتة.

ولم يختلف أحد من المسلمين فى أن النبي ﷺ له أن يؤخر جواب السائل له عن وقت السؤال ولا يجيبه أصلاً، وقد فعل ذلك فى مسائل كثيرة وأنكر على السائل مسألة اللعان، ولم يختلفوا أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إلى الفعل.

٢١٠ وقوت الصلاة

وقد تكلم قوم من شيوخنا في وجه تأخير جواب السائل وما في ذلك من التغيرير بفوات العلم لجواز أن يموت السائل قبل وقت التعليم الذي أحر إليه الجواب، فقالوا: يجوز أن يكون الوحي قد نزل عليه ﷺ بأن ذلك لا يكون، وهذا الوجه إن كان سائغاً، فلا يحتاج إليه مع ما فيه من التعسف لأن النبي ﷺ كان حكمه في إجراء الأمور على ظواهرها وجعلها على عاداتها حكم أمته، ولذلك كان يرسل أمراءه على الجيوش ورسله إلى البلدان مع تجويزه عليهم الموت إلا أنه كان يحمل ذلك على العادة واستصحاب السلامة.

ولا خلاف أن سائلاً لو سائل عالماً عن حكم مسألة لجاز له تأخير الجواب عنها، ما لم يخف فواتها لاسيما إذا كان في تأخير الجواب تقريب على السائل وزيادة في البيان له، وإن كان لا طريق له إلى المعرفة بيقائه إلى وقت جوابه، وأيضاً فإن الظاهر من هذا الحديث أنه سأله بعد صلاة الصبح من يوم سؤاله لأنه بدأ بتعليمه من صلاة الصبح من الغد، فلم يتخلل بين وقت السؤال ووقت التعليم وقت صلاة يخاف عليه فيها الجهل بالوقت.

وعلى قولنا أنه سأل عن تحديد الوقت، فالأمر أسهل، ووجه جواز التأخير آيين، ولو مات السائل قبل وقت التعليم لكان قد أثيب على بحثه وسؤاله عن العلم ولم يدخل عليه تفريط بتأخيره.

فصل: وقوله: «حتى إذا كان من الغد صلى الصبح حين طلع الفجر»، تحقيق هذا اللفظ على أصل موضوعه في كلام العرب يقتضى أن طلوع الفجر هو كان وقت فعل الصلاة، وذلك غير جائز ولا بد أن يتقدم طلوع الفجر ابتداء الصلاة، إلا أن هذا اللفظ قد يستعمل في كلام العرب بمعنى المبالغة، تقول: جلست حين جلس زيد، فيقتضى ذلك أن جلوسهما كان في وقت واحد، غير أن ابتداء جلوس زيد تقدم، فعلى هذا يصح قوله: «صلى حين طلع الفجر».

والفجر هو البياض الذي يتفجر من المشرق يشبه بانفجار الماء، وهما فجران، الأول منهما كذب سرحان، والسرحان الذيب، ولا يتعلق به حكم صلاة ولا صوم ويسمى الفجر الكاذب. والثاني هو الفجر الصادق وبه يتعلق تحريم الأكل على الصائم ووجوب الصلاة على المصلي.

وروى ابن ثوبان عن النبي ﷺ نحو هذا المعنى وهو وإن كان لا يعتمد على ما روى بمثل إسناده إلا أنه معمول به متفق على صحة معناه.

وقوت الصلاة ٢١١

فصل: وقوله: «ثم صلى من الغد بعد أن أسفر»، يريد بذلك بعد بدء الإسفار، ثم وقعت الصلاة في بقية الأسفار ولو كانت الصلاة بعد جميع الإسفار لكانت عند طلوع الشمس، وليس كذلك من وقتها وإنما قصد المحدث بذلك إلى الإخبار بتقديم الصلاة في أول ما يمكن فعلها فيه من الوقت وتأخيرها إلى آخر ما يمكن فعلها فيه من الوقت، فأتى بالفاظ المبالغة فيما قصد به.

وفي هذا بيان أن ليس لصلاة الصبح وقت ضرورة وأن وقت الاختيار لها متصل بطلوع الشمس.

ولمالك، رحمه الله، مسائل تدل على أن قوله اختلف في ذلك، فقال مرة: ليس لها وقت ضرورة، على مقتضى الحديث. وقال مرة لها وقت ضرورة فأما ما يقتضى أن جميع وقتها وقت اختيار فهو قوله: «إن من رجا أن يدرك الماء قبل طلوع الشمس لم يتيمم»، فلو كان وقت الاختيار إلى الإسفار، لراعى الإسفار في جواز التيمم كما يراعى مغيب الشفق في التيمم للمغرب، وكذلك سائر الصلوات.

وأما ما يقتضى من قوله: «إن لها وقت ضرورة»، فهو ما روى ابن نافع عن مالك في المسافرين يقدمون الرجل لسنه صلى بهم فيسفر بصلاة الصبح وأن يصلى الرجل وحده في أول الوقت أحب إلى من أن يصلى بعد الإسفار مع الجماعة وهذا من قوله مبنى على أن وقت الإسفار وقت ضرورة لصلاة الصبح، لا وقت اختيار، ولو كان من جملة وقت الاختيار لكانت صلاة الجماعة فيه أفضل من الصلاة في أول الوقت لأن فضيلة الجماعة متفق عليها، وفضيلة أول وقت الاختيار على آخره، اختلف فيه.

ووجه الأول الخبر المتقدم، ومن جهة المعنى أن أول وقت صلاة الصبح لما لم يكن فيه وقت ضرورة لها ولا لغيرها من الصلوات المفروضة لم يكن في آخر وقتها وقت ضرورة وليس كذلك سائر الصلوات، فإن في أول وقت كل صلاة منها وقت ضرورة لها، ولما شاركها في وقتها من الصلوات فلذلك كان في آخر وقتها وقت ضرورة. ووجه رواية ابن نافع أن هذه إحدى الصلوات الخمس، فكان لها وقت اختيار ووقت ضرورة كسائر الصلوات.

فصل: وقوله: «أين السائل عن وقت الصلاة»، يقتضى اهتمامه ﷺ بتعليم السائل وإرادته لإتمام ما شرع فيه من تعليمه، ويدل ذلك على أنه اعتقد مقامه عنده إلى أن يتم تعليمه، وهو وإن كان ﷺ يعلم الجميع إلا أنه خص السائل لفضل اجتهاده وبخثه عن العلم.

٢١٢ وقت الصلاة

وقوله: «ما بين هذين وقت» إخبار أن ما بين وقتي صلاتيه وقت لصلاة الصبح، وليس في ذلك إخبار على أن وقت الصلاتين وقت للصلاة إن أشار بقوله: هذين، إلى وقتي الصلاتين.

وقد ذكر بعض المفسرين أنه يفهم من قوله ﷺ: «ما بين هذين وقت» أن وقت الصلاة أيضاً من الوقت، وأن ذلك من مفهوم الخطاب كقوله تعالى: ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره﴾ [الزلزلة: ٧] وأنه يفهم من الخطاب أنه من يعمل قنطاراً من الخير يره، وهذا ليس بصحيح.

وقوله: «ما بين هذين وقت»، إنما يتناول الخبر أن ما بين وقتي صلاتيه وقت للصلاة المستعمل عنها، ولم يتناول الخبر وقتي الصلاتين من الوجه الذي ذكره كما لو قال زيد: ما بين داري هاتين لعمرو، ولم يفهم منه أنه أقر بداريه لعمرو، وإنما يتناول إقراره ما بين الدارين خاصة، وكذلك لو قال: ما بين طلوع الفجر وطلوع الشمس، وقت لصلاة الصبح، لم يفهم منه أن وقت طلوع الفجر ووقت طلوع الشمس وقت للصبح.

وأما قوله تعالى: ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره﴾ فهذا يفهم منه أن من عمل مثقال قنطار من الخير يره لأن القنطار كله مثاقيل ذر، فلو كان من عمل مثقال قنطار من الخير لم يره لما كان قول القائل: «من يعمل مثقال ذرة خيراً يره» صدقاً لأن من عمل قنطار من خير فقد عمل مثاقيل ذر، وزاد على ذلك.

والصحيح في تأويل قوله ﷺ: «ما بين هذين وقت»، أن الخبر إنما ثبت به أن ما بين وقتي ما أشار إليه وقت لصلاة الصبح، فإن كان أشار إلى الصلاتين فقد ثبت بالخبر أن ما بينهما وقت لصلاة الصبح وثبت بفعله أن وقتي صلاتيه وقت لها، فثبت بعض الوقت بالقول وبعضه بالفعل.

وإن كان أشار إلى ابتداء صلاته في أول يوم وإلى انتهائها في اليوم الثاني، فقد ثبت جميع الوقت بالقول، وإن كان أوله وآخره قد ثبت أيضاً بالفعل. وقوله: «وقت»، وإن كان نكرة، ولم يضاف إلى شيء يكون وقتاً له، فإن المراد به: وقت الصلاة، واستغنى عن ذكرها بما تقدم من قوله: «أين السائل عن وقت الصلاة».

٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ

٣ - أخرجه البخاري كتاب الصلاة، وكتاب مواقيت الصلاة، وكتاب الأذان برقم ٣٧٢، ٥٧٨، ٨٦٧، ٨٧٢. ومسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة برقم ٦٤٥. والترمذي كتاب =

وقوت الصلاة ٢١٣
النَّبِيُّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيُصَلِّي الصُّبْحَ فَيُنْصَرِفُ النِّسَاءَ
مُتَلَفَعَاتٍ^(١) بِمُرُوطِهِنَّ^(٢) مَا يُعْرِفَنَّ مِنَ الْغَلَسِ^(٣).

=الصلاة برقم ١٤١. والنسائي كتاب المواقيت، وكتاب السهو برقم ٥٤٥، ٥٤٦، ١٣٦١.
وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٤٢٣. وابن ماجه كتاب الصلاة برقم ٦٦٩، وأحمد فى مسند
الأَنْصَارِ ٢٣٥٣١، ٢٣٥٧٦، ٢٤٩٢٦، ٢٥٥٧٩، ٢٥٦٩٠. والدارمي كتاب الصلاة برقم
١٢١٦.

(١) متلفعات: قال ابن عبد البر: رواية يحيى بفاءين وتبعه جماعة فى كثير منهم بفاء ثم عين
مهمله وعزاه القاضى عياض لأكثر رواة الموطأ. وقال الأصمعى: التلْفَعُ أن يشتعل بالثوب
حتى يجلل به جسده. وقال صاحب النهاية: اللْفَاعُ: ثوب يجلل به الجسد كله كساء كان أو
غيره وتلفع بالثوب إذا اشتعل به. وقال عبد الملك بن حبيب فى شرح الموطأ: التلْفَعُ أن يلقى
الثوب على رأسه ثم يلتف به ولا يكون الالتفاح إلا بتغطية الرأس. وقال الرافعى فى شرح
المسند: التلْفَعُ بالثوب الاشتغال به وقيل الالتفاح مع تغطية الرأس. انظر: (تنوير الحوالك
ص ١٧).

(٢) مرطوطين: جمع مرط بكسر الميم كما فى الصحاح قال: وهى أكسية من صوف أو خز
كان يؤتزر بها. قال الشاعر:

كساهم توبهم وفى السدرع رادة وفى المرط لقا وإن رد فهما عبل
وقال الرافعى: المرط كساء من صوف أو خز أو كتان، عن الخليل. ويقال: هو الأزار، ويقال:
درع المرأة. وفى الحكم: هو الثوب الأخضر. وفى مجمع الفرائب، المرط: أكسية من شعر
أسود. وعن الخليل، هى أكسية معلمة. وقال ابن الأعرابى: هو الأزار. وقال النضر بن شميل:
لا يكون المرط إلا درعا وهو من خز أخضر ولا يسمى المرط إلا الأخضر، ولا يلبسه إلا
النساء نقل ذلك مغلطاي فى شرح البخارى. وقال ابن دقيق العيد فى شرح العمدة: زاد
بعضهم فى صفتها، أن تكون مربعة. وقال بعضهم: إن سداها من شعر. وقال ابن حبيب فى
شرح الموطأ: المرط كساء صوف رقيق خفيف مربع كان النساء فى ذلك الزمان يأتزرن به
ويلتفنن. وقال أبو جعفر النحاس فى شرح المعلقات عند قول امرئ القيس:

فقمتم بها أمشى تجر وراءنا على أثرينا أذيال مرط مرحل
المرط: إزار خز معلم. انظر: (تنوير الحوالك ص ١٧).

(٣) الغلس: قال الرافعى: هو ظلمة آخر الليل. وقيل: اختلاط ضياء الصبح بظلمة الليل.
انتهى. والأول هو المجزوم به فى الصحاح.

وقال فى النهاية: الغلس ظلمة آخر الليل إذا اختلطت بضوء الصباح. وقال القاضى عياض:
الغلس بقايا ظلمة الليل يخالطها بياض الفجر، قاله الأزهرى والخطابى. وقال الخطابى: والغبش
بالباء والشين المعجمة قيل الغبس بالسین المهمله وبعده الغلس باللام وهى كلها فى آخر الليل
ويكون الغبش أول الليل. انظر: (تنوير الحوالك ص ١٧، ١٨).

٢١٤ وقوت الصلاة

الشرح: قوله: «إن كان رسول الله ﷺ ليصلي الصبح»، على معنى التأكيد، وإن مخففة من الثقيلة. وروى يحيى: «متلفعات»، وتابعه على ذلك بعض رواة الموطأ، والأكثر على «متلفعات»، والمعنى متقارب، إلا أن التلفع يستعمل مع تغطية الرأس، والمروط أكسية مربعة سداها شعر.

وقوله: «ما يعرفن من الغلس»، يحتمل أمرين: أحدهما لا يعرف أرجال هن أم نساء، من شدة الغلس، إنما يظهر إلى الرائي أشخاصهن خاصة، قال ذلك الراوى.

ويحتمل أيضاً أن يريد: لا يعرفن من هن من النساء، من شدة الغلس، وإن عرف أنهن نساء، إلا أن هذا الوجه يقتضى أنهن سافرات عن وجوههن، ولو كنَّ غير سافرات لمنع النقاب وتغطية الوجه من معرفتهن لا الغلس، إلا أنه يجوز أن يبيح لهن كشف وجوههن أحد أمرين: إما أن يكون ذلك قبل نزول الحجاب، أو يكون بعده، لكنهن أمن أن تدرك صورهن من شدة الغلس، فأبيح لهن كشف وجوههن، فى هذا الحديث إباحة خروج النساء إلى المساجد للصلاة لأن معناه: فينصرف النساء اللواتى صلين معه الصبح، ولو لم يكن ذلك مراداً باللفظ لما كان ذكر انصرفهن تبييناً للوقت، وعلى هذا جماعة أهل العلم.

وقد قال بعض من فسر هذا الحديث: إن فيه دليلاً على مبادرة خروج النساء من المسجد لثلاثين يوماً من الرجال.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: والذى يقتضيه عندى ظاهر اللفظ اتصال خروجهن بانقضاء الصلاة لقولها: ليصلى الصبح فينصرف النساء، والفاء فى العطف تقتضى التعقيب، ويصح أن يبادرن بالخروج لما ذكر هذا المفسر من أن يسلمن من مزاحمة الرجال، ويصح أن يفعلن ذلك اغتناماً لستر الظلام لهن، ويصح أن يفعلن ذلك مبادرة إلى مراعاة بيوتهن، وفعل ما يلزمهن فعله من أمور دنياهن.

مسألة: وفى هذا الحديث دليل على أن أكثر فعل النبى ﷺ صلاة الصبح فى أول وقتها لقولها: «إن كان رسول الله ﷺ ليصلى الصبح»، وهذا اللفظ لا يستعمل إلا فيما يثابر عليه، وذلك دليل على أن أداءها فى أول وقتها أفضل من أدائها فى سائرته لأن النبى ﷺ لا يثابر على ذلك إلا للفضيلة، وإلى هذا ذهب مالك والشافعى، وذهب أهل الكوفة إلى أن آخر الوقت أفضل، فإن قيل: إن هذا اللفظ يستعمل فيمن يفعل الفعل مرة واحدة، ولا يثابر عليه ولا يفضل، ولذلك نقول: كان الشافعى يمسح بعض رأسه فى

وقوت الصلاة ٢١٥
الوضوء، وكان مالك يقضى بالشاهد مع اليمين، ولا يدل ذلك على أن الشافعي كان
يثابر على مسح بعض رأسه ويراه أفضل من مسح جميعه، ولا على أن مالكاً كان يرى
القضاء باليمين مع الشاهد أولى من القضاء بالشاهدين.

والجواب أن مثل هذا اللفظ لا يستعمل فى الأغلب إلا فيما يلزم المخير عنه من
الأفعال، ولذلك يقال كان فلان يلبس الخضرة إذا كانت غالب لباسه، وكان ابن عمر
يخضب بالصفرة، وكان رسول الله ﷺ يأتي قباء راكباً، وإنما يقال لمن فعله مرة واحدة
لبس فلان الخضرة، وخضب زيد بالصفرة، وأتى عمرو الكوفة، هذا هو المعهود من
كلامهم المعروف فى خطابهم.

وأما قول القائل: كان الشافعي يمسح بعض رأسه، وكان مالك يقضى باليمين مع
الشاهد، وإن لم يقتض أن ذلك كان عندهما أفضل، فإنه يقتضى تكرر قولهما به، أن
قولهما به أفضل عندهم من القول بغيره.

وإذا ثبت أن هذا اللفظ يقتضى التكرار، ثبت أنه هو الأفضل فيما اختلفنا فيه لأن
النبي ﷺ لا يكرر ولا يثابر إلا على الأفضل واستدلالى فى المسألة وهو أن المبادرة بها
فى أول وقتها احتياط للشريعة وإبراء للذمة لئلا يطرأ على المكلف ما يمنع من فعله فى
آخر الوقت من النسيان وغير ذلك من الأعذار، وفى التأخير تعريض للتغريب، وتسبب
للغوات.

٤ - مَالِك، عَنِ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنِ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ وَعَنِ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ وَعَنِ

٤ - أخرجه البخارى كتاب مواقيت الصلاة برقم ٥٧٩. ومسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة
برقم ٦٠٨. والترمذى كتاب الصلاة برقم ١٧١. والنسائى كتاب المواقيت برقم ٥١٥،
٥١٧. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٤١٢. وابن ماجه كتاب الصلاة برقم ٦٩٩. وأحمد
بالمسند برقم ٧١٧٥، ٧٤٠٨، ٧٤٨٥.

قال أبو السعادات بن الأثير: وأما تخصيص هاتين الصلاتين بالذكر دون غيرهما، مع أن هذا
الحكم ليس خاصاً بهما، بل يعم جميع الصلوات، فلأنهما طرفا النهار، والمصلى إذا صلى بعض
الصلاة وطلعت الشمس أو غربت عرف خروج الوقت فلو لم يبين ﷺ هذا الحكم، وعرف
المصلى أن صلاته تجزئه، لظن فوات الصلاة وبطلانها بخروج الوقت؛ وليس كذلك آخر
أوقات الصلاة ولأنه نهى عن الصلاة عند الشروق والغروب فلو لم يبين لهم صحة صلاة من
أدرك ركعة من هاتين الصلاتين لظن المصلى أن صلاته فسدت بدخول هذين الوقتين، فعرفهم
ذلك ليزول هذا الوهم.

٢١٦ وقوت الصلاة

الأعرج كلهم يُحَدِّثُونَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنْ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ الصُّبْحَ، وَمَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْعَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ الْعَصْرَ».

الشرح: قوله: «من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس، فقد أدرك الصبح»، يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ: أحدهما من كان بصفة المكلفين وأدرك مقدار ركعة من الوقت قبل أن تطلع الشمس، فقد أدرك وجوب الصبح، وهذا معنى قول ابن القاسم، رحمه الله، إنما ذلك في أهل الأعذار، الحائض تطهر، والمجنون يفيق، والنصراني يسلم، والصبي يحتلم.

والوجه الثاني: أن من أدرك أن يصلي ركعتين من صلاة الصبح قبل طلوع الشمس، فقد أدرك الصلاة، ولم يكن قاضياً لها بعد وقتها، ولم يخرجها فعل بعضها بعد طلوع الشمس عن حكم الأداء، كما أن من أدرك ركعة من الصلاة مع الإمام فإن حكمه في جميعها حكم المأموم، وليس فعله لبعضها وحده. بمخرج له عن حكم الجماعة.

وإذا قلنا إن المراد به إدراك وقت الوجوب، فإن المراد من أدرك مقدار ركعة من صلاة الصبح، وليس في قوله، ذلك إباحة لتأخير الصلاة إلى آخر الوقت حتى لا يدرك إلا بعضها فيه، وإنما بين حكم من أخرها كما أن من قال: من قتل عبد زيد عليه قيمته، فإنه قد بين حكم من فعل ذلك ولم يبيح القتل.

فصل: وقوله ﷺ: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس، فقد أدرك العصر»، يَحْتَمِلُ مِنَ الْوَجْهِ مِثْلَ مَا تَقَدَّمَ، وَفِيهِ أَنْ آخِرَ وَقْتِ الْعَصْرِ غُرُوبُ الشَّمْسِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، فَثَبِتَ بِهَذَا الْحَدِيثِ وَمَا سَنَدَكَرَهُ بَعْدَ هَذَا مِنَ الْأَخْبَارِ فِي تَفْسِيرِ خَيْرِ

= (فائدة): روى أبو نعيم في كتاب الصلاة الحديث بلفظ: «من أدرك ركعتين قبل أن تغرب الشمس، وركعتين بعدما غابت الشمس لم تفته العصر». انظر: (تنوير الحوالك ص ١٨، ١٩).

وقال ابن عبد البر في التمهيد: وذكر الحسن بن علي الحلواني، قال: حدثنا أحمد بن صالح، قال: حدثنا ابن وهب، قال: حدثنا أبو صخر، عن هلال بن أسامة قال: كان عطاء بن يسار إذا جلس يكون زيد ابن أسلم عن يمينه، وكنت عن يساره. وأما بسر بن سعيد فإنه كان مولى لحضرموت من أهل المدينة، وكان ثقةً فاضلاً مستأناً، سمع سعد بن أبي وقاص، وحالسه كثيراً، ولم ينكر يحيى القطان أن يكون قد سمع زيد بن ثابت. انظر: (التمهيد حديث خامس لزيد ابن أسلم متصل صحيح مسند).

وقوت الصلاة ٢١٧

عمر في أوقات الصلوات أن لصلاة العصر وقتين، أحدهما: وقت اختيار واستحباب، والآخر وقت ضرورة وكراهية ويجرى مجرى العشاء الآخرة وسنين الأوقات بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله في هذا الحديث: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر»، يقتضى أنه أقل ما يكون به المدرك مدركاً، وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه.

وقال أبو حنيفة والشافعي أيضاً: من أدرك تكبيرة من الصلاة قبل أن تغرب الشمس، فقد أدرك العصر. واختلفوا فيما أدرك من أدرك تكبيرة قبل غروب الشمس، فقال أبو حنيفة: أدرك العصر خاصة.

وقال الشافعي: أدرك الظهر والعصر. فإن قالوا: ليس فى قولهم: أدرك ركعة من العصر، أنه مدرك، ما يقتضى أن من أدرك أقل من ركعة لا يكون مدركاً إلا من جهة دليل الخطاب، وأنتم لا تقولون به.

فالجواب أن كثيراً من أصحابنا يقولون بدليل الخطاب، كالقاضي أبى الحسن بن القصار، والقاضي أبى محمد بن نصر وغيرهما، وبه قال متقدمو أصحابنا كابن القاسم وغيره، فعلى هذا يحتاج بدليل الخطاب، فإن سلمتم وإلا نقلنا الكلام إليه. وإن تركنا القول بدليل الخطاب على اختيار القاضي أبى بكر وغيره من أصحابنا، فإن الحديث حجة فى موضع الخلاف لأنه ﷺ إنما قصد إلى بيان آخر الوقت وما يكون المدرك به مدركاً من أفعال الصلاة ما يعتد به ولا يحتاج إلى إعادة، فلم يكن مدركاً لحكمها كما لو لم يدرك شيئاً منها، فإنهم قالوا: روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من أدرك من العصر سجدة قبل أن تغرب الشمس، أو من الصبح قبل أن تطلع، فقد أدركها».

فالجواب أن السجدة هاهنا تقع على الركعة، يدل على ذلك أن عائشة رضى الله عنها روت مثل هذا الحديث ثم قالت فى آخره: والسجدة إنما هى الركعة.

وجواب ثان أنه قد شرط إدراك السجدة، ومن لم يدرك الركعة فلم يدرك السجدة بدليل أنه لا يعتد بها من صلاته.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالركعة التى يكون مدركاً بإدراكها، حكى القاضي أبو محمد أن مذهب أصحابنا أن الركعة التى يدرك بها مدركها الوقت، إنما هى الركعة بسجديتها، وهذا كلام صحيح لأن الركعة لا تتم إلا بسجديتها، وقد يطرأ عليها الفساد

مع سلامة الصلاة ما لم تكمل بسجديتها، ألا ترى أنه لو صلى ركعة ونسى منها سجدة ثم ركع ركعة ثانية بطلت الركعة الأولى مع سلامة الصلاة، ولو أكمل الركعة بسجديتها، لم يفسدها شيء بوجه مع سلامة الصلاة.

فرع: إذا ثبت أن إدراك وقت العصر يكون بإدراك ركعة منها قبل غروب الشمس، فإذا أحرمت المرأة بالعصر قبل الغروب بركعة، فلما كانت في آخر ركعة منها وقد غربت الشمس حاضت، فإنها تقضى العصر لأنها حاضت بعد خروج وقتها، رواه ابن سحنون عن أبيه، وقد رأيت لأصبيغ: لا قضاء عليها، والله أعلم، والأول أظهر.

٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعِ مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَتَبَ إِلَى عُمَالِهِ إِنَّ أَمْرَكُمْ عِنْدِي الصَّلَاةُ، فَمَنْ حَفِظَهَا^(١) وَحَافِظَ عَلَيْهَا حَفِظَ دِينَهُ، وَمَنْ ضَيَعَهَا فَهُوَ لِمَا سِوَاهَا أَضْيَعُ، ثُمَّ كَتَبَ: أَنْ صَلُّوا الظُّهْرَ إِذَا كَانَ الْفَيْءُ ذِرَاعًا إِلَى أَنْ يَكُونَ ظِلُّ أَحَدِكُمْ مِثْلَهُ، وَالْعَصْرَ وَالشَّمْسُ مُرْتَفِعَةً بَيَضَاءُ نَقِيَّةً قَدَرًا مَا يَسِيرُ الرَّأْيُ فَرَسَخَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةَ قَبْلِ غُرُوبِ الشَّمْسِ، وَالْمَغْرِبَ إِذَا غَرَبَتِ الشَّمْسُ، وَالْعِشَاءَ إِذَا غَابَ الشَّقَقُ إِلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ؛ فَمَنْ نَامَ فَلَا نَامَتْ عَيْنُهُ، فَمَنْ نَامَ فَلَا نَامَتْ عَيْنُهُ، فَمَنْ نَامَ فَلَا نَامَتْ عَيْنُهُ، وَالصُّبْحَ وَالنُّجُومَ بَادِيَةً مُشْتَبِكَةً^(٢).

٥ - الحديث في الموطأ برقم ٥.

وقال السيوطي: هذا منقطع، فإن نافعاً لم يلق عمر. وأخرج نحوه البخاري في كتاب مواقيت الصلاة، باب تأخير الظهر إلى العصر جـ ٢٢٩/١ عن أنس. ومسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب استحباب التبكير إلى العصر جـ ٣٤٣/١ عن أنس. وذكره بكنز العمال ٤٣/٨ برقم ٢١٧٨٣ عن أنس، وعزاه إلى مالك، وعبد الرزاق، والبخاري ومسلم والنسائي، وأبي عروانة.

(١) من حفظها: قال ابن رشيقي: أي علم ما لا تتم إلا به من وضوئها وأوقاتها وما يتوقف على صحتها وتمامها.

وفي معجم الطبراني الأوسط عن أنس برفوعاً: «ثلاث من حفظهن فهو ولي حقاً، ومن ضيعهن فهو عدو حقاً: الصلاة والصيام والجنابة». انظر: (تنوير الخوالك ص ١٩).

(٢) مشتبكة: قال في النهاية: اشتبكت النجوم، أي ظهرت جميعها واختلط بعضها ببعض لكثرة ما ظهر منها؛ وشاهد هذه الجملة من المرفوع ما أخرجه أحمد عن أبي عبد الرحمن الصنابحي قال: قال رسول الله ﷺ: «لن تنزل أمتي بخير ما لم يوحروا المغرب انتظار الاظلام مضاهاة لليهود، وما لم يوحروا الفجر لانحاق النجوم مضاهاة للنصرانية».

وقوت الصلاة ٢١٩

الشرح: قوله: «إن أهم لمركم عندي الصلاة»، يقتضى أن أمورهم مهمة، ولكن للصلاة مزية لأنها عماد الدين وعلامة للمؤمنين، وقد أمر بإقامتها جميع الناس.

وقوله: «من حفظها وحافظ عليها حفظ دينه»، يقال: حفظت الشيء، إذا قمت برعايته، ولم تضيعه، ومن رعاية الصلاة أن تقام بشروطها، من طهارتها وركوعها وسجودها وأوقاتها وغير ذلك.

وقوله: «و حافظ عليها»، قال ابن المراز: المراد به مراعاة أوقاتها، وقد قيل ذلك فى قوله تعالى: ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾ [البقرة: ٢٣٨] فيكون ذلك تأكيداً لمراعاة الوقت مع دخوله فى وقتها من حفظها، كقوله تعالى: ﴿من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال﴾ [البقرة: ٩٨] وقيل: إن معنى قوله: «حافظ عليها»، تأكيد لقوله: «من حفظها»، ومعناه.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: والأين عندي فى ذلك أن يكون بمعنى أدام الحفظ لها، يقال: حافظ فلان على الصلاة، أدام الحفظ لها، ويقال: حافظ فلان على أمر كذا وكذا، أدام الرعاية له والاهتمام به، ولا يقال: حافظ عليه إذا راعاه مرة واحدة، كما يقال: حفظه، فمعنى ذلك من حفظها وأدام الحفظ لها، حفظ دينه.

وقال الداودى: يروى من حفظها أو حافظ عليها، وإن ذاك شك من الراوى، والأول أصح.

فصل: «حفظ دينه» يحتمل معنيين، أحدهما: أنه حفظ معظم دينه وعماده، كما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الحج عرفة» يعنى معظمه وعماده، والثانى أن يريد هنا به حفظ سائر دينه، فإن مواظبة الصلوات فى الجماعات، مما يستدل به على صلاح المرء وخيره لتكررها وظهورها دون سائر العبادات.

فصل: وقوله: «ومن ضيعها فهو لما سواها أضيع»، يحتمل معنيين، أحدهما إذا علم أنه مضيع للصلاة ظن به التضييع لسائر العبادات التى تخفى. والثانى: أنه إذا ضيع الصلاة فقد ضيع سائر العبادات، وإن عملها؛ لما روى عن يحيى بن سعيد أنه قال: بلغنى أن أول ما ينظر فيه من عمل العبد الصلاة، فإن قبلت منه، نظر فيما بقى من عمله، وإن لم تقبل منه لم ينظر فى شيء من عمله.

فصل: وقوله: «أضيع» على مثال أفعل فى المفاضلة من الرباعى وهو قليل، واللغة المشهورة فى ذلك فهو لما سواها أشد تضييعا.

٢٢٠ وقوت الصلاة

وحكى السيرافي أن بعض النحاة قال: إن سيويه يرى الباب في الرباعي مما يجوز فيه التعجب والمفاضلة بأفعل، فيقال: ما أيسر زيدًا من اليسار، وما أعدمه من العدم، وما أسرفه من السرف، وما أفرط جهله وزيد أفلس من عمرو، وقال ذو الرمة في أضيع:

وماشية خرقاء واهية الكلا سقى بهما ساق ولما تبللا
بأضيع من عينيك للماء كلما تعرفت ربعا أو تذكرت منزلا

ويحتمل أن تكون اللام في قوله: «لما سواها أضيع» بمعنى في كقوله تعالى: ﴿يَوْمَ يَجْمَعُكُمْ لِيَوْمِ الْجَمْعِ﴾ [التغابن: ٩]، معناه في يوم الجمع، حكاه ابن النحاس، ويكون معنى ذلك أنه ضائع في تركه للصلاة وأنه أضيع في غيره لأنه لا ينتفع بعمله.

فصل: وقوله: «ثم كتب أن صلوا الظهر إذا فاء الفى ذراعًا»، الفىء، هو الظل الذى تفىء عنه الشمس بعد الزوال، أى ترجع. قال الله تعالى: ﴿وحتى تفىء إلى أمر الله﴾ [الحجرات: ٩]، أى ترجع، فما كان قبل الزوال من الظل، فليس يفىء.

وقوله: «ذراعًا»، يعنى ربع القامة، وإنما أطلق عليه اسم الذراع لأنه أكثر ما يقدر به لأن الإنسان لا يعدم التقدير به ولا يحتاج فيه إلى أمارة فى العمل، ووجه العمل فى ذلك أن يقام قائم على أى قدر كان، ويدار حوله دوائر يكون مركزها كلة موضع قيام القائم ثم ترقب الشمس، فما دام الظل ينقص فهو فى أول النهار ولم يدخل بعد وقت الظهر، وكذلك إذا وقف الظل، فإذا أخذ فى الزيادة فقد زالت الشمس، وهو أول وقت الظهر، ثم ينظر إلى زيادة الظل فى تلك الدوائر، فإذا زاد بمقدار ربع القائم على الظل الذى وقعت عليه الزيادة فقد فاء الفىء ذراعًا، وهو الوقت الذى أمر عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن تقام فيه صلاة الجماعة.

وقوله: «إلى أن يصير ظل أحدكم مثله» يعنى إلى أن يتم الفىء مثل كل قائم أو إلى أن يتم الظل الذى زاد بعد تنافى نقصان الظل مثل كل قائم، وإنما مثل بالإنسان لأنه لا يعدم التقدير به، وإذا صار فى كل إنسان فهو آخر وقت الظهر عنده، وهو بعينه أول وقت العصر، فإذا زاد على ذلك زيادة بينة، فقد خرج وقت الظهر وانفرد وقت العصر.

فصل: قوله: «والشمس مرتفعة بيضاء نقية» لم يذكر القعبى ولا سويد بن سعيد ولا أبو مصعب: مرتفعة، ونقاؤها أن لا يشوب بياضها صفرة وبياضها صفرتها، إنما يعتبران فى الأرض والجدار لا فى عين الشمس، حكاه ابن نافع فى المبسوط عن مالك، وهذه كلها حدود للوقت يقرب بعضها من بعض، وفى قوله: «والشمس مرتفعة بيضاء نقية»، إخبار بجميع الوقت.

وقوت الصلاة ٢٢١

فصل: وقوله: «قدر ما يسير الركب فرسخين للبطيء وثلاثة فراسخ للجواد السريع»، وقد قيل إن ذلك شك من المحدث، ويحتمل أن يريد فرسخين في الشتاء وثلاثة فراسخ في الصيف لطوال النهار، والأظهر في ذلك أنه بمعنى الحزر والتقدير، كما يقال هذا الوعاء يسع أردبين أو ثلاثة، أى أن تقديره يترجح بين الأربدين والثلاثة، وقد تيقن أنه لا يصح أن يسع أقل من أردبين ولا يسع أكثر من ثلاثة، وكذلك تقول من دار فلان إلى دار فلان أربعة أميال أو خمسة، بمعنى أنه يعلم أنه ليس بينهما ما أقل من أربعة أميال ولا أكثر من خمسة، وتقديره يترجح بين الأربعة والخمسة.

مسألة: والفرسخ ثلاثة أميال، والميل عشرة غلاء، والغلوة مائتا ذراع، ففي الميل ألف باع، وهى ألف ذراع. قاله ابن حبيب.

قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أبواب الدواب، وأما باع الإنسان وهو طويل ذراعيه وعرض صدره فأربعة أذرع، وهو القامة.

فصل: قوله: «قبل غروب الشمس». رواه يحيى بن يحيى، وتابعه على ذلك مطرف من رواية ابن حبيب عنه، ولم يذكره ابن القاسم ولا ابن بكير ولا سويد ولا أبو مصعب.

واختلف أصحابنا في الوقت الذى يمشى الراكب قبله فرسخين أو ثلاثة، قال سحنون: إن ذلك إلى الاصفرار. وقال ابن حبيب: إلى غروب الشمس، وهو الأظهر لموافقتة لرواية يحيى ومطرف، لأن وقت العصر لا يتسع لمشى الراكب من أوله فرسخين أو ثلاثة إلى اصفرار الشمس.

فصل: وقوله: «والمغرب إذا غربت الشمس»، يعنى بعد غروب الشمس، والعشاء إذا غاب الشفق يعنى الحمرة فى أفق المغرب، فهو أول وقت العشاء.

وقوله: «إلى ثلث الليل»، يعنى أن ذلك آخر الوقت المختار لهذه الصلاة عنده.

وقوله: «فمن نام فلا نامت عينه» يحتمل أن يريد به المنع من النوم قبل صلاة العشاء على ما يأتى بعد هذا، ويحتمل أن يريد فمن غفل عن فعل الصلاة فى وقته مع سעתه فلا نامت عينه، دعاء عليه بما يسهره ويمنعه من النوم. والعرب تستعمل مثل هذا فى ألفاظها، تقول: نامت عينك، إذا دعت لك بالسعة والرفاهية وصلاح الحال وخلو البال، وتكراره ثلاث مرات يحتمل أن يكون أراد الاقتداء بالنبي ﷺ فيما روى عنه أنه كان إذا قال شيئاً كرره ثلاثاً، ويحتمل أن يريد بذلك التأكيد والإبلاغ.

٢٢٢ وقوت الصلاة

فصل: وقوله: «والصبح والنجوم بادية مشتبكة»، يريد بذلك آخر ما تكون بادية مشتبكة، لأن هذه حالها من أول الليل، ويحتمل أن يريد: والنجوم بادية مشتبكة مع الإصباح بعد لم يغيرها عن حالها في ليلها من الظهور والاشتباك، إذا ثبت ذلك، فإنه يتعلق بقوله: «أن صلوا الظهر إذا فاء الفىء ذراعاً إلى أن يصير ظل أحدكم مثله» أربع مسائل:

إحداها: أول وقت الظهر وقت الزوال، ولا خلاف في ذلك.

الثانية: أنه يستحب تأخير صلاة الظهر في مساجد الجماعة إلى أن يفىء الفىء ذراعاً. قال ابن حبيب: وذلك في مساجد الجماعة، وأما الرجل في خاصة نفسه، فأول الوقت أفضل. وحكى القاضى أبو محمد أن ذلك للقد. وقال الشافعى: إن أداءها على كل وجه أول الوقت أفضل. وقال أبو حنيفة: إن آخر الوقت أفضل.

والدليل لنا على الشافعى حديث عمر بن الخطاب: «أن صلوا الظهر إذا فاء الفىء ذراعاً» وإنما خاطب بذلك عماله وأمرأه الذين يقيمون الصلاة فى مساجد الجماعة، ومحال أن يأمرهم بأن يتعدوا بالصلاة أفضل أوقاتها.

ومن جهة المعنى أنه لا خلاف أنه لا يؤذن لها إلا فى أول وقتها، وهى صلاة ترد على الناس غير متأهين بل تجدهم نياماً غافلين فى أغلب الأحوال، فلو صلى الإمام عقيب الأذان لفاتت أكثر الناس، فاستحب تأخيرها إلى أن يفىء الفىء ذراعاً، فيدرك من يحتاج الغسل الصلاة، ويدركها من كان نائماً بعد أن يستيقظ ويتوضأ ويروح إليها. الثالثة: أن آخر وقت الظهر أن يصير ظل كل شىء مثله.

وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: آخر وقت الظهر أن يصير كل شىء مثليه، والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما كتب به عمر إلى عماله: أن صلوا الظهر إذا فاء الفىء ذراعاً إلى أن يصير ظل أحدكم مثله، وهذا مما كتب به إلى الأمصار وأخذ به عماله ولم ينكر ذلك عليه أحد، فثبت أنه إجماع.

الرابعة: أن آخر وقت الظهر إذا كملت القامة على ما قدمناه وهو بنفسه أول وقت العصر، فيقع الاشتراك بين الوقتين ما دام ظل كل شىء مثله، فإذا تبينت الزيادة خرج وقت الظهر وانفرد وقت العصر، هذا الذى حكاه أشهب عن مالك فى المجموعة، وقاله أبو محمد بن نصر، وهو الصواب إن شاء الله، ووافقنا أبو حنيفة فى الاشتراك، وخالفنا فى وقته، فعنده أن وقت الاشتراك إذا كان ظل كل شىء مثليه.

وقوت الصلاة ٢٢٣

ونفى الشافعي الاشتراك جملة، فقال: إن آخر وقت الظهر إذا كان ظل كل شيء مثله وأنه يليه وقت العصر بغير فصل. وقال ابن حبيب: آخر وقت الظهر مقدار ما يصلي الظهر، فيتم صلاته قبل تمام القامة، وأول وقت العصر تمام القامة. قال الشيخ أبو محمد: هذا خلاف قول مالك، رحمه الله.

والدليل على صحة ما نقوله ما رواه أحمد بن زهير، أنبأنا أحمد بن الحاج، أنبأنا الفضل بن موسى، عن محمد بن عمرو بن علقمة الليثي، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «هذا جبريل جاء يعلمكم دينكم» فصلى له صلاة الصبح حين طلع الفجر، ثم صلى له الظهر حين زاغت الشمس، ثم صلى له العصر حين كان ظل الشيء مثله، ثم صلى المغرب لوقت واحد حين غربت الشمس وحل فطر الصائم، ثم صلى العشاء حين ذهب ساعة من الليل، ثم قال له: «الصلاة ما بين صلاتك بالأمس وصلاتك اليوم».

فصل: وقوله: «والعصر والشمس بيضاء نقية قدر ما يسير الراكب فرسخين أو ثلاثة قبل غروب الشمس» يتعلق به أيضاً أربع مسائل:

إحداها: أن أول وقت العصر إذا صار ظل كل شيء مثله، وقد تقدم الكلام فيه أنه ثبت أن أول وقت العصر إذا صار ظل كل شيء مثله.

الثانية: أن أول وقتها مشترك، وقد تقدم.

الثالثة: أن أداؤها في مساجد الجماعات وغيرها في أول وقتها أفضل، هذا قول جمهور أصحابنا. وقال أشهب: وأحب إلينا أن يزداد على القامة ذراع لاسيما في شدة الحر. وقال ابن حبيب: ويستحب تقديمها يوم الجمعة أكثر من تقديمها في سائر الأيام رفقا بالناس بتعجيل إياهم إلى منازلهم. وقال أبو حنيفة بالتأخير في ذلك كله.

والدليل على قول الجمهور أن وقتها يأتي على الناس في الأغلب وهم متأهبون للصلاة، رواه في المبسوط ابن وهب عن مالك.

الرابعة: أن آخر وقتها إذا صار ظل كل شيء مثليه، رواه عن مالك، عبدالله بن عبدالحكم، وبه قال الشافعي. وروى ابن القاسم عن مالك، أنه لا يعرف ذلك، وأن العصر تصلى ما دامت الشمس بيضاء نقية لم يدخلها صفرة، وبه قال أبو حنيفة.

وجه رواية ابن القاسم حديث عبدالله بن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: «إن وقت العصر ما لم تصفر الشمس»، وهذا نص.

٢٢٤ وقوت الصلاة

وروجه رواية ابن عبدالحكم خبر أبي هريرة المتقدم، وفيه أنه صلى العصر فى اليوم الثانى حين صار ظل كل شىء مثليه. ومن جهة القياس أن هذه صلاة حدّ أول وقتها بالظل، فوجب أن يحد آخرها به كالظهر.

فصل: وقوله: «والمغرب إذا غربت الشمس»، يتعلّق به خمس مسائل:

إحداها: أن اسمها المختص بها المغرب يدل على ذلك الحديث الذى أخرجه البخارى من حديث عبدالله المزنى أن النبى ﷺ قال: «لا يغلبنكم الأعراب على اسم صلاتكم المغرب». قال: وتقول الأعراب هى العشاء.

الثانية: أن أول وقت المغرب غروب الشمس. والدليل على ذلك ما تقدم من حديث أبى هريرة.

الثالثة: معرفة آخر وقتها، وقد اختلف فى ذلك قول مالك، فروى عنه فى الموطأ أن آخر وقت المغرب إذا غاب الشفق، وروى عنه فى المدونة ما يقتضى ذلك، وبه قال أبو حنيفة، وقال محمد بن مسلمة: إن أول وقتها غروب الشمس، ومن شاء تأخيرها إلى مغيب الشفق، فذلك له وغيره أحسن منه، والذى حكاه عن مالك أصحابنا العراقيون أنه ليس لها إلا وقت واحد، وبه قال ابن المواز والشافعى.

والدليل على أن آخر وقتها مغيب الشفق ما روى مسلم فى حديث عبدالله بن عمرو أن النبى ﷺ قال: «وقت المغرب ما لم يسقط نور الشفق».

الرابعة: أن آخر وقت المغرب هو أول وقت العشاء وإن اشتركا كاشتراك الظهر والعصر، ولذلك جاز الجمع بينهما، وسنينه إن شاء الله تعالى.

الخامسة: أنه يستحب أداء المغرب فى أول وقتها، ولا خلاف فى ذلك بين أهل السنة. ووجه ذلك أنها تصادف الناس متأهين لها منتظرين أداءها كصلاة الجمعة. ووجه آخر، وهو أن فى ذلك رقماً بالصائم الذى شرع له تعجيل فطره بعد أداء صلاته.

فصل: وقوله فى الخبر: «والعشاء إذا غاب الشفق إلى ثلث الليل»، يقتضى أربع مسائل:

إحداها: أن اسمها فى الشرع العشاء، وسيرد بيان ذلك.

الثانية: بيان معنى الشفق، والذى حكاه أصحابنا عن مالك وقاله فى موطئه أن الشفق الحمرة تكون فى المغرب من بقايا شعاع الشمس، وبه قال الشافعى. وحكى

الداودي أن ابن القاسم قال عن مالك في السماع: إن البياض عندي أبيض، قال: وكأنه في هذا القول يريد الاحتياط، وهو مذهب أبي حنيفة.

واستدل أصحابنا على صحة ما ذهب إليه مالك، رحمه الله، من أن الشفق الذي حدّ به أول وقت صلاة العشاء هو الحمرة بما رواه أبو داود: أخبرنا مسدد، أخبرنا أبو عوانة، عن أبي بشر، عن بشير بن أبي ثابت، عن حبيب بن سالم، عن النعمان بن بشير قال: أنا أعلم الناس بوقت هذه الصلاة، صلاة العشاء الآخرة، كان رسول الله ﷺ يصليها لسقوط القمر الثالثة.

وقد ذكر أبو عبد الرحمن هذا الحديث وضعفه، قيل له حبيب هو مضطرب، فقال: إن شعبة يضعف هذا الحديث، قيل له: لعله من قبل أبي بشر أو حبيب، فقال: أبو بشر لا علة فيه، وقد أدخل بين حبيب والنعمان رجلاً ليس بالمشهور.

قال أصحابنا في احتجاجهم: فإذا ثبت ذلك، فوجه الاستدلال من الخبر أنه قال: إن النبي ﷺ كان يصلي العشاء لسقوط القمر لثلاثة، وذلك يكون عنده مغيب الحمرة. وأما الحمرة فإنها تبقى بعد ذلك بزمان طويل.

وقد أخرج أبو عبد الرحمن هذا الحديث في مصنفه، وجعله موافقاً لقول من يقول إن شفق الصلاة هو البياض، لأن سقوط القمر لثلاثة من الشهر [لا يكون^(١)] إلا عند مغيب البياض.

ودليلنا من جهة المعنى أنه إذا كانت الحمرة تسمى شفقاً، والبياض يسمى شفقاً، وعلى حكم من الأحكام على مغيب الشفق على الإطلاق تعلق ذلك بأولها، لأنه قد غاب ما يسمى شفقاً. ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثلاثة أنوار متتابعة مارة بالأفق، فوجب أن تتعلق أحكام الصلاة بأوسطها كالطوالع.

الثالثة: أن خروج وقت العشاء انقضاء الثلث الأول من الليل، وبه قال الشافعي، وقال ابن حبيب: انقضاء النصف الأول من الليل، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على القول الأول ما روى عن عائشة أنها قالت: أعتم رسول الله ﷺ بالعشاء حتى ناداه عمر: الصلاة نام النساء والصبيان، فخرج فقال: «ما ينتظرها من أهل الأرض غيركم»، قال: ولا يُصلى يومئذ إلا بالمدينة، وكانوا يصلون فيما بين أن يغيب الشفق إلى ثلث الليل الأول.

(١) ما بين المعقوفين غير موجود بالأصل، وأضفناه لاستقامة المعنى المحقق.

٢٢٦ وقوت الصلاة

الرابعة: أن الإتيان بصلاة العشاء في أول وقتها عند مغيب الشفق وبعد ذلك قليلاً أفضل، وهو الذي رواه ابن القاسم عن مالك، وكره تأخيرها إلى ثلث الليل، وبه قال الشافعي. وروى العراقيون من أصحابنا عن مالك، أن تأخيرها أفضل، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول، على ما ذكرناه قبل هذا من الأدلة على أن الصلاة في أول الوقت أفضل، فيغنى عن إعادته.

وجه القول الثاني، حديث أم كلثوم بنت أبي بكر، عن عائشة: أعتم النبي ﷺ حتى ذهب عامة الليل وحتى نام أهل المسجد، خرج، فصلى، فقال: «إنه لوقتها لولا أن أشق على أمتي»، وهذا ليس ببين لأن النبي ﷺ قد رأى الفضل في التخفيف. وقد قال ابن حبيب: إنه يستحب تأخيرها في الشتاء شيئاً، وهذا لطول الليل، وهذا وجه حسن لأنه ليس في ذلك مشقة على الأمة، ويستحب تأخيرها في رمضان أكثر من ذلك شيئاً توسعة على الناس في إفطارهم، وهذا أيضاً وجه صحيح لما فيه من الرفق بالناس.

فصل: وقوله: «فمن نام فلا نامت عينه»، يريد من نام قبل صلاة العشاء لأن النوم قبلها ممنوع منه لما روى أبو هريرة: أن رسول الله ﷺ كان يكره النوم قبل العشاء والحديث بعدها.

٦ - مالك، عن عمه أبي سهيل، عن أبيه أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي موسى الأشعري: أن صل الظهر إذا زاغت الشمس^(١) والعصر والشمس بيضاء نقيّة قبل أن يدخلها صفرة، والمغرب إذا غربت الشمس، وأخر العشاء ما لم تنم، وصل الصبح والنجوم بادية مشتبكة، وأقرأ فيها بسورتين طويلتين من المفصل^(٢).

الشرح: قوله: «أن صل الظهر إذا زاغت الشمس»، ظاهره مخالف لظاهر كتابه إلى عماله المتقدم ذكره في قوله: «أن صلوا الظهر إذا فاء الفاء ذراعاً»، ويحتمل أن يكون كتب إلى أبي موسى الأشعري بذلك في خاصة نفسه في غير وقت إمارته لأن صلاة الفذ في أول الوقت أفضل، ويحتمل أن يريد بذلك الجمعة.

٦ - أخرجه البخاري عن أنس بكتاب الصلاة، باب وقت العصر ٢٣١/١. ومسلم بكتاب المساجد

- ٤٣٤/١ عن أنس. وذكره بالكنز ٤٣/٨ برقم ٢١٧٨٣. وعزاه لعبد الرزاق في المصنف، عن

أنس وعزاه للبخاري، ومسلم، وأبي عوانة، عن أنس.

(١) زاغت الشمس: أي مالت الشمس.

(٢) المفصل: ابتداء من الحجرات حتى آخر المصحف.

وقوت الصلاة ٢٢٧

وقوله: «والعصر والشمس بيضاء نقية ما لم تدخلها صفرة» تحديد لآخر وقتها.

وقوله: «وأخر العشاء ما لم تم»، يحتمل أن يكون أمره بذلك في خاصة نفسه على ما اختاره ابن حبيب في قوله: إن الإنسان في خاصة نفسه يستحب له أن يبطئ بها بعد وقت الصلاة في المساجد ما لم يخف النوم.

ويحتمل أن يكون قد علم من حاله المبادرة بالنوم في أول الليل حرصاً على التهجد في آخره، فأمره بتأخير العشاء ليدركها معه العمال وأهل الأشغال ما لم ينم قبلها في الوقت الذي جرت عادته بالنوم فيه.

فصل: وقوله: «واقراً في الصبح بسورتين طويلتين من المفصل»، يريد بعد قراءة أم القرآن، ولم يحتاج إلى ذكرها لما علم أنه تقرر عندهم أنه لا يجزئ صلاة إلا بها، وسنين ذلك بعد هذا، وإنما أمره أن يقرأ في كل ركعة بسورة من طوال المفصل، لأن صلاة الصبح أطول الصلاة قراءة، وطوال المفصل فيها عدل، لأن في ذلك أخذنا بحظ من التطويل، ولا يخلو ذلك من الرفق بالناس، وأما الرجل في خاصة نفسه فليطول ما شاء، وإنما سمي المفصل لكثرة انفصال سورته، وقيل سمي بذلك لثبوت أحكامه، وقلة المنسوخ فيه ولذلك سمي المحكم.

٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَنَّ صَلَّ الْعَصْرَ وَالشَّمْسُ بِيضَاءُ نَقِيَّةٌ قَدَرَ مَا يَسِيرُ الرَّكِيبُ ثَلَاثَةَ فَرَاسِخَ، وَأَنَّ صَلَّ الْعِشَاءَ مَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ ثَلَاثِ اللَّيْلِ، فَإِنْ أَخْرَجْتَ، فَإِلَى شَطْرِ اللَّيْلِ وَلَا تَكُنْ مِنَ الْغَافِلِينَ^(١).

الشرح: قوله: «أن صل العصر والشمس بيضاء نقية قدر ما يسير الراكب ثلاثة فراسخ»، الكلام فيه على نحو ما تقدم، غير أنه قال هاهنا: ثلاثة فراسخ بغير شك، وهذا يقتضى أحد أمرين، إما أن يكون الراوى لهذا الحديث لم يحفظ الزيادة، إذا قلنا أن «أو» في الحديث لغير الشك من راويه، وإما أن يكون الراوى لهذا الحديث لم يشك وتيقن أنها ثلاثة فراسخ، ووقع الشك في الحديث الأول من راويه.

٧ - الحديث في الموطأ برقم ٧. وراجع تخريج الحديث رقم ٥.

(١) ولا تكن من الغافلين: أى عن الصلاة. وقال السيوطي: شاهده من المرفوع ما أخرجه الحاكم وصححه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من حافظ على هؤلاء الصلوات المكتوبات لم يكتب من الغافلين».

٢٢٨ وقوت الصلاة

فصل: وقوله: «وأن صل العشاء ما بينك وبين ثلث الليل»، كلام مجمل فى أول الوقت، ووجهه أن تقول له افعل هذا ما بين وقتك هذا وبين انقضاء وقت كذا، لما علم أن المكتوب إليه عالم بأول الوقت قام ذلك عنده مقام كونه فيه مقام تحديد أوله، فيكون معنى قوله: «ما بينك وبين ثلث الليل»، ما بينك إذا كنت فى الوقت، وما بين ثلث الليل.

وقوله بعد ذلك: «فإن أخرت فإلى شطر الليل»، يعنى أخرت لضرورة مانعة من الصلاة فى الوقت المتقدم، فصل ما بين ذلك وبين شطر الليل، وإن كانت أفضل. والضرورة لا توقت إذ ليست باختيار الفاعل إلا أن ذلك على معنى المبالغة فى الاجتهاد والإتيان بأكثر ما يقدر عليه من ذلك، كما تقول إن منعتك الضرورة من الصلاة قائماً فصل قاعداً، وقد تكون الضرورة تمنعه من القعود إلا أن يفعل مما كلفه الله أكثر ما يقدر عليه.

ويحتمل أيضاً أن يكون عرف من مذهب أبى موسى الأشعري أن وقت صلاة العشاء إلى نصف الليل، وما هو مما يسوغ فيه الاجتهاد، فأمره عمر رضى الله عنه بالصواب، ثم قال له بعد ذلك: «فإن أخرت» عن ذلك بما تعتقده من جواز التأخير «فإلى شطر الليل».

فصل: وقوله بعد ذلك: «ولا تكن من الغافلين»، رأيت بعض المفسرين حكى عن أبى عمر الإشبيلي، رحمه الله، أن معناه لا تكن من الغافلين بتأخيرها عن نصف الليل، وهو كلام صحيح، ويحتمل أيضاً أن يريد ولا تتخذ تأخير الصلاة إلى شطر الليل عادة، فتكن من الغافلين، وإن جاز أن يفعل ذلك فى النادر إما لضرورة، وإما لحال يقتضى ذلك مما يعتقده من جواز التأخير إلى ذلك الوقت وغيره.

٨ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ زِيَادٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ رَافِعٍ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا هُرَيْرَةَ عَنْ وَقْتِ الصَّلَاةِ، فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: أَنَا أُخْبِرُكَ: صَلَّى الظُّهْرَ

٨ - الحديث فى الموطأ برقم ٨. وأخرج نحوه السهمي، عن معاذ مرفوعاً فى تاريخ جرحان ٢٤٧. قال ابن عبد البر: هذا الحديث موقوف فى الموطأ عند جماعة رواه والمواقيت لا تواخذ بالرأى ولا تدرك إلا بالتوقيف. وقال: وقد روى عن أبى هريرة حديث المواقيت مرفوعاً بأنهم من هذا أخرجه النسائي بسند صحيح، إلا أنه إنما اقتصر فيه على ذكر أواخر الأوقات المستحجة دون أوائها وجعل للمغرب وقتاً واحداً. وقد روى عن أبى هريرة مرفوعاً كلاماً بذكر أوائ الأوقات وأواخرها. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢٠)، والتمهيد حديث ثانى ليزيد بن زياد.

وقوت الصلاة ٢٢٩
إِذَا كَانَ ظِلُّكَ مِثْلَكَ، وَالْعَصْرُ إِذَا كَانَ ظِلُّكَ مِثْلِكَ، وَالْمَغْرِبُ إِذَا غَرَبَتِ الشَّمْسُ،
وَالْعِشَاءُ مَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ ثُلُثِ اللَّيْلِ، وَصَلِّ الصُّبْحَ بِغَيْشٍ^(١) يَعْنِي الْغَلَسَ.

الشرح: يحتمل أن يكون سؤاله عن آخر الوقت، ولذلك أجاب أبو هريرة عنه، ولو
سأله عن جميع وقت الصلاة لكان جوابه بتحديد جميعه.

وقول أبي هريرة: «صل الظهر إذا كان ظلك مثلك، والعصر إذا كان ظلك مثلك»
معناه: فتكون قد أدركت وقت الاختيار، لأن ما ذكره ليس بجميع الوقت وإنما هو
آخره، ويحتمل أن يكون أبو هريرة اعتقد حينئذ أن ذلك أفضل وقت الصلاتين والأول
أبين، إن شاء الله.

فصل: قوله: «والمغرب إذا غربت الشمس»، يحتمل أمرين: أن يعتقد أن لا وقت
للمغرب غير ذلك، ويحتمل أن ينكر تأخير الصلاة عنه وإن اعتقد أن وقتها ممتد بعده،
وقد تقدم القول في ذلك.

وقوله: «وصل الصبح بغيش»، الغيش بقايا ظلمة الليل، وهو الغلس، وهذا على
معنى تفضيل الصلاة في ذلك الوقت، وقد تقدم ذكره.

٩ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ:
كُنَّا نُصَلِّي الْعَصْرَ ثُمَّ يَخْرُجُ الْإِنْسَانُ إِلَى بَنِي عَمْرٍو بْنِ عَوْفٍ^(١) فَيَجِدُهُمْ يُصَلُّونَ
الْعَصْرَ^(٢).

(١) بغيش: بفتح الغين المعجمة، والباء الموحدة وشين معجمة كذا في رواية يحيى بن يحيى،
وزاد يعنى الغلس، وفي رواية يحيى بن بكير والتعني وسويد: بغلس. وقال الخطابي: والغيش
بالياء والشين المعجمة قيل الغيبس بالسین المهملة وبعده الغلس باللام وهي كلها في آخر الليل
ويكون الغيش أول الليل. انظر: (تنوير الحوالك ص ١٧، ١٨، ٢٠).

٩ - أخرجه البخاري كتاب مواقيت الصلاة برقم ٥٤٨، ٥٥٠، وكتاب الاعتصام بالكتاب والسنة
برقم ٧٣٢٩. ومسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة برقم ٦٢١. والنسائي برقم ٥٠٦. وأبو
داود كتاب الصلاة برقم ٤٠٤. والدارمي كتاب الصلاة ١٢٠٨.

قال ابن عبد البر: هذا يدخل عندهم في المسند، فقال: كنا نصلي العصر مع النبي ﷺ. وأخرجه
النسائي من طريق ابن المبارك عن مالك.

(١) بنى عمرو بن عوف: قال النووي: قال العلماء: كانت منازلهم على ميلين من المدينة.
(٢) قال النووي: كانت صلاتهم في وسط الوقت ولعل تأخيرهم لكونهم أهل أعمال في =

٢٣٠ وقت الصلاة

الشرح: قوله: «كنا نصلى العصر، ثم يخرج الإنسان إلى بنى عمرو بن عوف فيجدهم يصلون العصر»، يقتضى أن صلاتهم العصر كانت فى أول الوقت، ولذلك كان يخرج الإنسان بعد صلاتهم إلى بنى عمرو بن عوف فيجدهم يصلون، ولا يقال هذا إلا فيما يكثر ويتكرر، ولا يجوز أن يكون المصلون فى بنى عمرو بن عوف يصلون بعد انقضاء الوقت، وإنما كانوا يصلون فى الوقت، ولعلمهم كانوا يشابرون على ذلك لأنهم كانوا عمالاً فى الحوائط، فيتأهبون للصلاة بعد تمام العمل، فتأخر بذلك صلاتهم عن أول الوقت إلى وسطه، فكان من صلى فى أول الوقت يأتهم بعد انقضاء صلاته فيجدهم يصلون.

١٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنَّا نُصَلِّي الْعَصْرَ ثُمَّ يَذْهَبُ الذَّاهِبُ^(١) إِلَى قَبَاءِ^(٢) فَيَأْتِيهِمْ وَالشَّمْسُ مُرْتَفِعَةً.

=حروثهم وزروعهم وحوايطهم، فإذا فرغوا من أعمالهم تأهبوا للصلاة، ثم اجتمعوا إليها فتأخر صلاتهم لهذا المعنى. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢٠).

١٠ - أخرجه البخارى كتاب مواقيت الصلاة برقم ٥٤٨. ومسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة برقم ٦٢١. والنسائى برقم ٥٠٦.

قال ابن عبد البر: هكذا هو فى الموطأ ليس فيه ذكر النبى ﷺ، ورواه عبدالله بن نافع وابن وهب فى رواية يونس بن عبد الأعلى عنه، وخالد بن مخلد، وأبو عامر العقدي كلهم عن مالك، عن الزهرى، عن أنس، أن رسول الله ﷺ كان يصلى العصر ثم يذهب الذاهب الحديث، وكذلك رواه عبدالله بن المبارك عن مالك، عن الزهرى وإسحاق بن عبدالله بن أبى طلحة جميعاً، عن أنس أن رسول الله ﷺ كان يصلى العصر، ثم يذهب الذاهب إلى قباء، قال أحدهم: فيأتيهم وهم يصلون، وقال الآخر: فيأتيهم والشمس مرتفعة، ورواه أيضاً كذلك الزهرى وعند مسلم وأبى داود والنسائى وابن ماجه من طريق الليث عن الزهرى. وعند الدارقطنى من طريق إبراهيم بن أبى عيلة عن الزهرى. ورواية ابن المبارك التى أوردها ابن عبدالبر أخرجه الدارقطنى فى سننه. وقال فى غرائب مالك: لم يستدع عن مالك عن إسحاق غير ابن المبارك. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢٠، ٢١).

(١) ثم يذهب الذاهب: قال الحافظ ابن حجر: أراد نفسه لما أخرجه النسائى والطحاوى من طريق أبى الأبيض عن أنس قال: كان رسول الله ﷺ يصلى بنا والشمس بيضاء مخلقة، ثم أرجع إلى قومي فى ناحية المدينة فأقول لهم: قوموا فصلوا فإن رسول الله ﷺ قد صلى. قلت: بل أعم من ذلك لما أخرجه الدارقطنى والطبرانى من طريق عاصم بن عمر بن قتادة عن أنس قال: كان أبعد رجلين من الأنصار من رسول الله ﷺ دار أبى لبابة بن عبد المنذر وأهله بقباء وأبو عيس بن جبير ومسكنه فى بنى حارثة فكانا يصليان مع رسول الله ﷺ ثم يأتيان قومهما لتعجيل رسول الله ﷺ بها. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢١).

وقوت الصلاة ٢٣١

الشرح: قوله: «كنا نصلي العصر ثم يذهب الذهاب إلى قباء فيأتيهم والشمس مرتفعة»، تأكيد للحديث الأول ومبين أن صلاتهم كانت في أول الوقت، وأن الذهاب بعد ذلك إلى قباء وهو من أدنى من العوالي - بينه وبين المدينة نحو الميادين أو دون - يأتيها والشمس مرتفعة.

وحكى أبو المطرف القنازعي، عن أحمد بن خالد أنه قال: لم يتابع على قوله: ثم يذهب الذهاب إلى قباء. ورواه الليث، عن الزهري، عن أنس، فقال فيه: «ثم يذهب

(٢) قباء: قال النووي: يمد ويقصر ويصرف ولا يصرف، ويذكر ويؤنث. والأصح فيه التذكير والصرف والمد، وهو على ثلاثة أميال من المدينة. وقال النسائي: لم يتابع مالك على قوله: إلى قباء: والمعروف إلى العوالي، وقال الدارقطني: رواه إبراهيم بن أبي عيلة عن الزهري. فقال: إلى العوالي، قال: وكذلك رواه صالح بن كيسان، ويحيى بن سعيد الأنصاري وعقيل ومعمرو بن وهب والليث وعمرو بن الحارث وشعيب بن أبي حمزة وابن أبي ذؤيب وابن أخي الزهري وعبد الرحمن بن إسحاق ومعتل بن عبيد الله وعبيد الله بن أبي زياد الرصافي والنعمان ابن راشد والزبيدي وغيرهم عن الزهري عن أنس. وقال ابن عبد البر: الذي قاله جماعة أصحاب ابن شهاب عنه: يذهب الذهاب إلى العوالي، وهو الصواب عند أصحاب الحديث، وقول مالك عندهم إلى قباء وهم لا شك فيه، ولم يتابعه أحد عليه في حديث ابن شهاب هذا، إلا أن المعنى متقارب في ذلك على سعة الوقت لأن العوالي مختلفة المسافة فأقربها إلى المدينة ما كان على ميلين أو ثلاثة، ومنها ما يكون على ثمانية أميال أو عشرة، ومثل هذا هي المسافة بين قباء والمدينة. وقد رواه خالد بن مخلد عن مالك فقال فيه: إلى العوالي، كما قال سائر أصحاب ابن شهاب ثم أسنده من طريقه. وقال: هكذا رواه خالد بن مخلد عن مالك. وسائر رواة الموطأ قالوا: قباء. وقال القاضي عياض: مالك أعلم ببلدته وأمكنته من غيره، وهو أثبت في ابن شهاب ممن سواه. وقد رواه بعضهم عن مالك: إلى العوالي، كما قالت الجماعة. ورواه ابن أبي ذؤيب عن الزهري، فقال: إلى قباء، كما قال مالك. وقال الحافظ ابن حجر: نسبة الوهم فيه إلى مالك منتقد، فإنه إن كان وهما احتمل أن يكون منه، وأن يكون من الزهري حين حدث به مالكاً، فإن الباجي نقل عن الدارقطني أن ابن أبي ذؤيب رواه عن الزهري: إلى قباء، وقد رواه خالد بن مخلد عن مالك، فقال فيه: إلى العوالي، كما قال الجماعة فقد اختلف فيه على مالك وتويع عن الزهري بخلاف ما حزم به ابن عبد البر. قال: وقوله الصواب عند أهل الحديث: العوالي، صحيح من حيث اللفظ وأما المعنى فمتقارب لأن قباء من العوالي وليست العوالي كل قباء، فإنها عبارة عن القرى المجتمعة حول المدينة من جهة نجد قال: ولعل مالكاً لما رأى في رواية الزهري إجمالاً حملها على الرواية المفسرة وهي روايته عن إسحاق حيث قال فيها: لم يخرج الإنسان إلى بني عمرو بن عوف وهم أهل قباء، فبنى مالك على أن القصة واحدة لأنهما جميعاً حدثاه عن أنس. انتهى. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢١).

٢٣٢ وقوت الصلاة

الذاهب إلى العوالى»، والعوالى فى طرف المدينة، وقباء على فرسخ من المدينة، فلهذا لم يتابع مالك عليه لأن قوله يدل على أن العصر كانت تصلى أول وقتها، وكلام أحمد بن خالد يحتاج إلى تأمل، أن الليث إذا خالف مالكاً فى الزهري قضى لمالك، لأنه أوثق أصحاب الزهري وأحفظهم، وليس الليث من متقدمى أصحاب الزهري.

وقوله: «إن العوالى فى طرف المدينة»، ليس بصحيح، إذ قباء من العوالى، وهى من أدنى العوالى إلى المدينة، ومالك أعلم الناس بهذا لأنها بلدته ومنشؤه، فكيف يقرون به الليث فى علم ذلك، وهو من أهل مصر، وإنما دخل المدينة دخول المسافر، ولم يطل فيها مقامه، وكثير من حديث الزهري كما يرويه عن عقيل عنه، وقال: قال مالك فى كتاب الصلاة الثانى من المدونة: إن العوالى من المدينة على ثلاثة أميال، فكيف يصح أن يقال إن العوالى فى طرف المدينة، وإن قباء أبعد منها.

وقد روى البخارى: حدثنا أبو اليمان، أنبأنا شعيب، عن الزهري، أخبرنى أنس بن مالك قال: «كان رسول الله ﷺ يصلى العصر، والشمس مرتفعة حية، فيذهب الذاهب إلى العوالى فيأتهم والشمس مرتفعة». وبعض العوالى من المدينة على أربعة أميال ونحوها.

وقوله: وإنما لم يتابع مالك على ذلك؛ لأن روايته تقتضى أن العصر كانت تصلى قبل وقتها، كلام فيه نظر؛ لأن من صلى العصر فى أول وقتها يمشى الفرسخ وأكثر قبل أن ينقضى الوقت، وليس الوقت من الضيق على ما ذكره.

ويدل على ذلك قول عمر بن الخطاب فى وقت العصر: قدر ما يسير الراكب ثلاثة فراسخ. وقد قال سحنون: إن ذلك إلى اصفرار الشمس، فلا وجه لاعتراضهم على رواية مالك بهذا، ولا فرق بينها وبين رواية الليث إلا اللفظ، بل رواية مالك أشد تحقيقاً.

وقولهم: إن هذه الرواية انفرد بها مالك، ليس بصحيح، وقد تابعه على ذلك ابن أبى ذئب من رواة الشافعى، عن أبى صفوان، عن عبدالله بن سعيد بن عبدالمالك بن مروان، عن ابن أبى ذئب، عن الزهري، عن أنس، فقال فيه: «فيذهب الذاهب إلى قباء» كما قال مالك.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: أخبرنا بذلك الشيخ الحافظ أبو ذر، فقال: أنبأنا بذلك أبو الحسن الدارقطنى، رحمه الله.

وقوت الصلاة ٢٣٣

١١ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ إِلَّا وَهُمْ يُصَلُّونَ الظُّهْرَ بِعَشَى^(١).

الشرح: الظاهر من قوله: «ما أدركت الناس» أنه يريد الصحابة، لأنه أدرك منهم جماعة. وأيضاً فإنه قصد الاحتجاج بفعلهم وتصحيح ما ذهب إليه بنقل مثله عنهم، وقد أخبر أنه أدركهم يصلون الظهر بعشى، وإنما ذلك على معنى الإبراد فى الصيف ووقت الحر، وسيأتى بيانه بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

ويحتمل أن يكون أراد بذلك الإنكار على من أنكر تأخيرها عن وقت الزوال ممن يرى ذلك، فأخبر أنه لم يدرك الناس إلا وهم يصلونها جماعة بعد أن يفىء الفىء ذراعاً، وإذا فاء الفىء ذراعاً فهو أول العشى.

* * *

وقت الجمعة

١٢ - مَالِك، عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ أَرَى طَنْفَسَةً^(١) لِعَقِيلِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ يَوْمَ الْجُمُعَةِ تَطْرَحُ إِلَى جِدَارِ الْمَسْجِدِ الْغَرْبِيِّ، فَإِذَا غَشِيَ الطَّنْفَسَةَ كُلَّهَا ظِلُّ الْجِدَارِ، خَرَجَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَصَلَّى الْجُمُعَةَ.

قَالَ مَالِكٌ: ثُمَّ نَزَجَ بَعْدَ صَلَاةِ الْجُمُعَةِ فَنَقِيلُ قَائِلَةَ الضَّحَاءِ.

الشرح: قول مالك بن أبى عامر: «كنت أرى طنفسة لعقيل بن أبى طالب يوم الجمعة»، الطنافس هى البسط كلها، واحدها طنفسة. كذلك روينا بالكسر، ووقع فى كتابى عقيداً طنفسة بالكسر، وطنفسة بالضم.

١١ - الحديث فى الموطأ برقم ١١.

(١) يصلون الظهر بعشى: قال فى الاستذكار: قال مالك: يريد الإبراد بالظهر. وفى النهاية والمطالع: العشى ما بعد الزوال إلى الغروب، وقيل: إلى الصباح.

١٢ - الحديث فى الموطأ برقم ١٢.

(١) الطنفسة: بكسر الطاء والفاء وبضمها وبكسر الطاء وفتح الفاء البساط الذى له حمل رقيق ذكره فى النهاية. وقال فى المطالع: الأنصح كسر الطاء وفتح الفاء، ويجوز ضمها وكسرهما. وحكى أبو حاتم فتح الطاء مع كسر الفاء. وقال أبو على القالى: بفتح الفاء لا غير وهى بساط صغير. وقيل حصير من سعف أو دوم عرضه ذراع. وقيل: قدر الذراع. انتهى. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢٢).

٢٣٤ وقوت الصلاة

وقال أبو علي: الطنفسة بالفتح وعرض الطنفسة الغالب منها، والأكثر من جنسها ذراعاً، وإنما كانت تطرح يجلس عليها عقيل بن أبي طالب ويصلي عليها الجمعة. ويحتمل أن يكون سجوده على الحصب، وجلوسه وقيامه على الطنفسة.

وقد روى في العتبية عن مالك أنه رأى عبدالله بن الحسن بعد أن كبر يصلي على طنفسة في المسجد يقوم عليها ويسجد ويضع يديه على الحصب. ومعنى ذلك أن السجود على الطنفس مكروه عند مالك، وكذلك كل ما ليس من نبات الأرض باقياً على صفته الأصلية، فإنه يكره السجود عليه، إلا أن يكون من ضرورة شدة حر أو برد، وهذا الجدار وإن كان غريباً فليس بمحيقة الغرب؛ لأن قبلة مسجد النبي ﷺ ليست إلى وسط الجنوب وانحرافها إلى المشرق كثير، فجداره الغربي الذي يكون له الظل قبل الزوال، ولكنه لا يمتد الذراعين ونحوهما بقدر الطنفسة إلا بعد الزوال، وإنما يقع التحديد بذلك عند من عاين الموضع أو عرف السعة ومقدار ارتفاع الحائط. وقال الداودي: إنما ذلك في الشتاء لامتداد الظل وانحراف الجدار، فيكون له ظل قبل الفاء.

ويحتمل أن يكون هذا الحائط قد غير عما كان عليه في زمن النبي ﷺ برفع ووضع رف عليه، فإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد زاد في المسجد، وما رواه البخاري، قال: حدثنا يحيى بن يعلى المحاربي، حدثني أبي، قال: حدثنا إياس بن أبي سلمة بن الأكوع، حدثني أبي، وكان من أصحاب الشجرة، قال: كنا نصلي مع النبي ﷺ في الجمعة ثم ننصرف وليس للحيطان ظل نستظل فيه، فيحتمل أن تكون الحيطان في ذلك الوقت ليس لها علو ولا رف تقتضى الظل في أول الزوال، أو يكون خير ابن أبي سلمة، عن حيطان معتدلة إلى الجنوب من دور المدينة وغيرها.

وروى ابن زياد عن مالك معنى ذلك أنهم كانوا ينصرفون وليس للحيطان ظل ممدود وقد زاغت الشمس.

فصل: وقوله: «فإذا غشى الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب فصلي الجمعة». يعنى أن وقت خروج عمر بن الخطاب إلى صلاة الجمعة هو إذا غشى الطنفسة كلها ظل الجدار على هيئته التي كان، وإن جاز أن يكون ظله قد غشى بعضها قبل خروج عمر. وقيل: وقت الصلاة الزوال.

وقوله: «فصلي الجمعة». قال اللحياني: يقال الجمعة، والجمعة يريد أنه خطب ثم صلى، لكنه اقتصر على علم السامع بالأمر المعتاد المشروع في ذلك.

مسألة: وأما بسط الطنفسة في المسجد، فقد روى ابن حبيب عن مالك أنه لا بأس أن يتوقى برد الأرض والحصباء بالحصر والمصليات في المساجد، يريد بالمصليات الطنافس، وكره أن يجلس فيه على فراش أو يتكى فيه على وساد، ومعنى أن الجلوس على الفراش والاتكاء على الوساد ينافي التواضع المشروع في المساجد، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ثم نرجع فنقيل قاتلة الضحاء» بفتح الضاد، والمدحر الشمس، والضحى بالضم والقصر ارتفاعها عند طلوعها، قال ذلك أبو عبد الملك القطان. وقال أبو علي في الممدود والمقصور: وبعض اللغويين يجعل الضحى والضحاء، مثل النعماء والنعمى، وبعضهم يجعل الضحى من حين طلوع الشمس إلى أن يرتفع النهار وتبيض الشمس جدًا ثم يعود بعد ذلك الضحاء إلى قريب من نصف النهار.

وبعضهم يجعل الضحى حين تطلع الشمس، والضحاء إذا ارتفعت، وإنما يعنى بذلك في الحديث أنهم كانوا يرجعون بعد صلاة الظهر فيدركون ما فاتهم من راحة قاتلة الضحاء بالتهجير إلى صلاة الجمعة لأن سنتها أن يهجر إليها قبل وقتها، وأن تصلى في أول وقتها لأن في تعجيلها إدخال الراحة على الناس بسرعة رجوعهم إلى منازلهم.

مسألة: وأول وقت الجمعة زوال الشمس، وآخر وقتها عند ابن القاسم وأشهب ومطرف آخر وقت الظهر على حسب انقسامه في الضرورة والاختيار. وآخر وقتها عند ابن عبد الحكم وابن الماجشون وأصبغ، إلى صلاة العصر.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن الجمعة بدل من الظهر، فوجب أن يكون وقتها كوقتها. ووجه ما قاله ابن الماجشون أن الجمعة من شرطها الجماعة، وهي مبنية على الاختيار والفضيلة، فلا يجوز أن يؤتى بها في وقت الضرورة، لأن ذلك يخرجها عن موضعها.

١٣ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ ابْنِ أَبِي سَلَيْطٍ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ صَلَّى الْجُمُعَةَ بِالْمَدِينَةِ وَصَلَّى الْعَصْرَ بِمَلَلٍ^(١).

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ لِلتَّهْجِيرِ وَسُرْعَةِ السَّيْرِ.

الشرح: قوله: «وأن عثمان بن عفان رضي الله عنه صلى الجمعة بالمدينة وصلّى»

١٣ - الحديث في الموطأ برقم ١٣.

(١) ملل: بفتح الميم ولا مين بوزن جمل موضع بين مكة والمدينة على تسعة عشر ميلا من المدينة كذا في النهاية. وقال بعضهم: على ثمانية عشر ميلا. وقال ابن وضاح: على اثنين وعشرين ميلا حكاهما ابن رشيقي. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢٢).

٢٣٦ وقوت الصلاة

العصر بملال»، يقتضى أنه صلى الجمعة فى أول وقتها لأنه قد علم من حال عثمان أنه إنما صلى العصر فى وقتها المختار، ولولا ذلك لم يفد قوله تعجيل الجمعة. وقال ابن حبيب وعيسى بن دينار: بين المدينة وملل ثمانية عشر ميلا، وفسر ذلك مالك بقوله: «وذلك للتهجير وسرعة السير» يعنى إدراكه صلاة العصر فى وقتها بملل.

* * *

من أدرك ركعة من الصلاة

١٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصَّلَاةِ فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ»^(١).

١٤ - أخرجه البخارى كتاب الغسل برقم ٢٥٤. وكتاب مواقيت الصلاة برقم ٥٥٦، ٥٧٩، ٥٨٠، وكتاب الجمعة برقم ١٠١٢. وسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة برقم ٦٠٧. والترمذى كتاب الصلاة برقم ١٧١. والنسائى كتاب المواقيت برقم ٥١٤، ٥١٥، ٥١٧، وكتاب المساجد برقم ٦٩٩. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٤١٢، ٨٩٣، ١١٢١. وابن ماجه كتاب إقامة الصلاة والسنة برقم ١١٢٢. وأحمد بالمسند برقم ٧١٧٥، ٧٢٤٢، ٧٤٠٨، ٧٤٨٥، ٧٥٤٠، ٧٦٩٠، ٧٧٠٧، ٧٩٩٥، ٨٣٦٥. والبيهقى فى السنن الكبرى ٢٠٢/٣ كتاب الجمعة، باب من أدرك ركعة من الجمعة، عن أبى هريرة. والبعوى فى شرح السنة ٢٤٩/٢ كتاب الصلاة، باب من أدرك شيئا من الوقت، عن أبى هريرة. وعبدالرزاق فى المصنف ٢٨١/٢ كتاب الصلاة، باب من أدرك ركعة أو سجدة برقم ٣٣٦٩ عن أبى هريرة. (١) قال ابن عبد البر: لا أعلم اختلافاً فى إسناد هذا الحديث، ولا فى لفظه عند رواة الموطأ، عن مالك. وكذلك رواه سائر أصحاب ابن شهاب، إلا أن ابن عيينة رواه عن الزهرى، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك» لم يقل: «الصلاة». والمعنى المراد فى ذلك واحد. وقد روى نافع بن زيد، عن ابن الهاد، عن عبدالوهاب بن أبى بكر، عن ابن شهاب، عن أبى سلمة بن عبدالرحمن، عن أبى هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة» وهذه لفظة لم يقلها أحد عن ابن شهاب غير عبدالوهاب هذا، وليس بحجة على من خالفه فيها من أصحاب ابن شهاب، على أن الليث بن سعد قد روى هذا الحديث عن ابن الهاد، عن ابن شهاب، لم يذكر فى إسناده عبدالوهاب، ولا جاء بهذه اللفظة أعنى قوله: «وفضلها». وقد روى عمار بن مطر، عن مالك، عن الزهرى، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة». وهذا لم يقله عن مالك أحد غير عمار بن مطر، وليس ممن يحتج به فيما خولف فيه.

وقوت الصلاة ٢٣٧

الشرح: قوله ﷺ: «فقد أدرك الصلاة»، لا يجوز أن يريد أنه قد أدرك جميعها بالفعل، وإنما المراد أنه أدرك حكمها، مثل أن يدرك ركعة من صلاة الإمام فيكون مدركاً لصلاة الجماعة، وإن صلى من صلاته ركعة في الوقت فيكون مدركاً لوقتها، وإن صلى بعض صلاته بعد وقتها، وليس ذلك أن فضيلة الإدراكين واحدة لأن من أدرك الصلاة من أولها إلى آخرها أتم فضيلة من الذي أدرك الإمام قبل أن يرفع رأسه من آخر ركعة منها.

وكذلك من صلى جميع صلاته في وقتها أتم فضيلة من أدرك ركعة منها في وقتها، إلا أنهما اتفقا في حكم الأداء والجماعة، فإذا ثبت ذلك، فإن الإدراك في الوقت والجماعة يختلف، فلا يكون مدركاً للركعة في الوقت إلا أن يدرك منها مقدار ما يكبر فيه للإحرام، ويقرأ بعد ذلك بأم القرآن، ثم يركع فيطمئن راکعاً ثم يرفع رأسه فيطمئن

=وقد أخبرنا محمد بن عمرو، حدثنا علي بن عمر الحافظ، حدثنا إبراهيم بن جهماد، حدثنا يعقوب بن إسحاق القلزمي، حدثنا أبو علي الحنفي، حدثنا مالك، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الفضل» لم يقله غير الحنفي، عن مالك، والله أعلم. ولم يتابع عليه، وهو أبو علي بن عبيدالله بن عبدالمجيد الحنفي.

وقال أبو عمر: أما قوله في هذا الحديث: «فقد أدرك الصلاة» فإنه قد اختلف في معناه فقالت طائفة من أهل العلم: أراد بقوله ذلك: أنه أدرك وقتها.

وحكى أبو عبدالله أحمد بن محمد بن سعد الداودي في كتابه الموجز عن داود بن علي وأصحابه، قالوا: إذا أدرك الرجل من الظهر أو العصر ركعة وقام يصلي الركعات الثلاث فقد أدرك الوقت في جماعة وثوابه على الله عز وجل.

قال ابن عبد البر: هؤلاء قوم جعلوا قول رسول الله ﷺ: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة» في معنى قوله ﷺ: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح»، فليس كما ظنوا، لأنهما حديثان، لكل واحد منهما معنى. وقال آخرون: من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك فضل الجماعة، لأن صلاته صلاة جماعة في فضلها وحكمها، واستدلوا من أصولهم على ذلك بأنه لا يعيد في جماعة من أدرك ركعة من صلاة الجماعة. وقال آخرون: معنى هذا الحديث أن مدرك ركعة من الصلاة، مدرك لحكمها، وهو كمن أدرك جميعها فيما يفوته من سهو الإمام وسجوده لسهوه، ولو أدرك الركعة مسافر من صلاة مقيم، لزمه حكم صلاة المقيم، وكان عليه الإتمام ونحو هذا من حكم الصلاة. انظر: (التمهيد كتاب وقوت الصلاة حديث أول لابن شهاب عن أبي سلمة):

٢٣٨ وقوت الصلاة

قائمًا، ثم يسجد فيطمئن ساجدًا، ثم يجلس فيطمئن جالسًا، ثم يسجد فيطمئن ساجدًا، ثم يقوم، فهذا أقل ما يكون به مدركًا لحكم الوقت. حكاه القاضي أبو محمد عبد الوهاب.

وأما إدراكه صلاة الإمام، فهو أن يكبر لإحرامه قائمًا، ثم يمكن يديه من ركبتيه رافعًا قبل أن يرفع الإمام رأسه من الركوع. قاله ابن القاسم عن مالك، لأن الإمام يحمل عنه القراءة والقيام لها ولا يحمل عنه تكبيرة الإحرام ولا القيام بسببها على ما قاله ابن المواز، لأن الإحرام عقد الصلاة وموضع النية، فلا بد له من الإتيان بما لا يحمله عنه الإمام قبل رفع رأسه من الركوع الذي هو تمام ركوعها.

يبين ذلك أنه لا خلاف أن للمأموم الدخول مع الإمام ما لم يرفع، والاعتداد بما يعمله معه من الصلاة وأنه لا يعتد بما يعمله معه إذا دخل في الصلاة بعد الركوع، فوجب أن يكون ذلك آخر عمل الركوع، ولذلك جاز للمأموم إذا أدرك الإمام رافعًا وخاف أن يرفع رأسه من ركوعه قبل أن يدرك هو الصف أن يدخل في الصلاة ويركع ويدب بعد ذلك حتى يصل إلى الصف فثبت أن إدراك الإمام يحصل بما يخاف أن يفوت به وهو رفع الرأس من الركوع.

١٥ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ كَانَ يَقُولُ: إِذَا فَاتَتْكَ الرَّكْعَةُ فَقَدْ فَاتَتْكَ السَّجْدَةُ.

الشرح: قوله: «إذا فاتتك الركعة فقد فاتتك السجدة»، يعنى أنه يفوت الاعتداد بها، لأن إدراكها من جهة الفعل مشاهد، ولا خلاف بين الأمة أن من أدرك سجدة من صلاة الإمام، فإنه لا يعتد بها وإنما يعتد بها إذا أدرك الركعة.

١٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَزَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ كَانَا يَقُولَانِ مَنْ أَدْرَكَ الرَّكْعَةَ فَقَدْ أَدْرَكَ السَّجْدَةَ^(١).

١٥ - أخرجه بمعناه أحمد ٣١٨/٢ عن أبي هريرة. وذكره الزيلعي في نصب الراية ٢٠٠/٢ كتاب الصلاة، وعزاه لمسلم، عن أبي هريرة.

١٦ - الحديث في الموطأ برقم ١٦.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد (١٣٣/١): ذكر ابن أبي شيبة، عن يحيى بن آدم قال: حدثنا إسرائيل، عن أبي إسحاق، عن هبيرة، عن علي، رضي الله عنه، قال: لا يعتد بالسجود إذا لم يدرك الركوع، قال: وحدثنا يحيى بن آدم، حدثنا إسرائيل، عن أبي إسحاق، عن أبي الأحوص، وهبيرة، عن عبدالله قال: إذا لم يدرك الركوع فلا يعتد بالسجود.

وقوت الصلاة ٢٣٩

الشرح: قولهما: «من أدرك الركعة، فقد أدرك السجدة»، يريد أن يدرك السجدة الاعتداد بها، وهذا إنما يكون في صلاة الجماعة، فمن أدرك الركعة من صلاة الإمام، فإنه يعتد بالسجدة التي بعدها ولا يصح مثل هذا في الوقت، فإنه يدرك الركعة في الوقت من لا يدرك السجدة.

١٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ كَانَ يَقُولُ: مَنْ أَدْرَكَ الرَّكْعَةَ فَقَدْ أَدْرَكَ السَّجْدَةَ، وَمَنْ فَاتَهُ قِرَاءَةُ أُمَّ الْقُرْآنِ فَقَدْ فَاتَهُ خَيْرٌ كَثِيرٌ^(١).

الشرح: معنى ذلك أن من أدرك الركعة فقد أدرك الاعتداد بالسجدة وليست فضيلة من أدرك الركعة قراءة كفضيلة من أدرك القراءة من أولها، وأشار من ذلك إلى فضيلة حضور قراءة أم القرآن، لأنها أعظم فضيلة من قراءة الركعة.

وقد قال ابن وضاح والداودي: إن تلك الفضيلة قول المأموم: آمين، عند قول الإمام: ولا الضالين، لما روى عن أبي هريرة أنه قال للإمام: لا تسبقني بآمين، فثبت بذلك أن لإدراك هذا الموضع من القراءة مزية على غيره، إلا أن ظاهر قوله هاهنا يقتضى أن الفضيلة التي أدرك إنما هي بجميع قراءة أم القرآن لأن حضور قراءة جميعها فضيلة، يدخل فيها فضيلة إدراك آمين وغيرها.

وفي هذا الأثر معنى آخر، وهو أن من جاء فوجد الإمام راكعاً كبيراً وركع ولم يقرأ بأم القرآن، ويتبع الإمام بعد رفع رأسه من الركوع ولذلك وصفه بأنه قد فاتته قراءة أم القرآن ولو كان من حكمه أن يقرأ بأم القرآن قبل اتباع الإمام لما وُصف بفوات ذلك كما لا يوصف بفوات تكبيرة الإحرام.

* * *

ما جاء في دلوك الشمس وغسق الليل

١٨ - مَالِكٌ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: دُلُوكُ الشَّمْسِ مِثْلُهَا.

١٧ - الحديث في الموطأ برقم ١٧.

(١) وفاته خيرٌ كثير: قال ابن وضاح وغيره ذلك لموضع التأمين وما يترتب عليه من غفران ما تقدم من ذنبه. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢٣).

١٨ - الحديث في الموطأ برقم ١٨. عزاه السيوطي في تنوير الحوالك لابن مرويه في تفسيره من طريق الزهري عن سالم عن ابن عمر مرفوعاً.

٢٤٠ وقوت الصلاة

الشرح: قول عبدالله بن عمر حجة في اللغة لأنه من أهل اللسان مع ما ينضاف إلى ذلك من العلم بالشريعة وصحبته النبي ﷺ والدين والورع، وإذا كان يحتج بقول امرئ القيس والنابعة في اللغة، فبأن يحتج بقوله أولى، والميل بتسكين الياء فيما ليس بخلفة ثابتة، يقال: مالت الشمس ميلاً، وقال الله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُواهَا كَالْمَلْعَلِقَةِ﴾ [النساء: ١٢٩]، وأما الخلق والأجسام فبفتح الياء، يقال: في أنفه ميل، وفي الحائط ميل.

١٩ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ قَالَ: أَخْبَرَنِي مُخْبِرٌ^(١) أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ كَانَ يَقُولُ: دُلُوكُ الشَّمْسِ إِذَا فَاءَ الْفَيْءِ وَغَسَقُ اللَّيْلِ اجْتِمَاعُ اللَّيْلِ وَظُلْمَتُهُ.

الشرح: دلوك الشمس واقع على كل ميل لها، فابتداء دلوكها إذا زالت الشمس، وهو أول وقت الظهر، وإذا فاء الفياء ذراعاً، وهو دلوك أيضاً، وهو عند مالك وقت إقامة صلاة الجماعة في المساجد، وبذلك كتب عمر إلى عماله، وما بعد ذلك إذا صار ظل كل شيء مثله، وهو وقت العصر إلى آخر وقتها دلوك أيضاً، وما بعد ذلك من غروب الشمس دلوك أيضاً، وهو حد لدخول وقت صلاة المغرب.

ولذلك روى مجاهد عن ابن عباس أنه قال: دلوك الشمس غروبها، فاسم الدلوك واقع على ذلك كله، فيحتمل أن يعتقد في الآية أنها تتناول ما ذكرناه من جهة العموم ويحتمل أن يعتقد فيها بعض ذلك إذا دل عليه الدليل، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وغسق الليل اجتماع الليل وظلمته»، وصف الليل بالاجتماع، وإنما هو في الحقيقة الوقت ولا يوصف بالاجتماع وإنما يجتمع بذلك ظلامه.

وقوله: «وظلمته»، عطف على الاجتماع، والمراد بذلك سواده.

* * *

جامع الوقت

٢٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الَّذِي

١٩ - الحديث في الموطأ برقم ١٩.

(١) مخبر: قال في الاستذكار: هو عكرمة، وكان مالك يكتم اسمه لكلام سعيد بن المسيب فيه.

٢٠ - أخرجه البخاري كتاب مواقيت الصلاة برقم ٥٢٢. ومسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة =

تَفُوتُهُ^(١) صَلَاةُ الْعَصْرِ كَأَنَّهَا وَرَثَ أَهْلُهُ وَمَالُهُ^(٢) .»

=برقم ٦٢٦. والترمذى كتاب الصلاة برقم ١٦٠. والنسائى كتاب الصلاة برقم ٤٧٨. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٤١٤. وابن ماجه كتاب الصلاة برقم ٦٨٥. وأحمد بالمسند برقم ٤٥٣١، ٤٦٠٧، ٤٧٩٠، ٥٠٦٥، ٥١٣٩، ٥٢٩١، ٥٤٣٢، ٥٧٤٦، ٦١٤٢، ٦٢٨٤، ٦٣٢٢. والدارمى كتاب الصلاة برقم ١٢٣٠، ١٢٣١. وعبدالرزاق بالمصنف برقم ٢٠٧٤. عن ابن عمر ج١/٥٤٨. وابن خزيمة برقم ٣٣٥ عن ابن عمر. والبيهقى بشرح السنة ٢/٢١٣ عن ابن عمر.

(١) اختلف فى معنى الفوات فى هذا الحديث فقيل هو فىمن لم يصلها فى وقتها المختار وقيل: هو أن تفوته بغروب الشمس، قال الحافظ مغلطاي فى موطأ ابن وهب: قال مالك: تفسيرها ذهاب الوقت. وقال الحافظ ابن حجر: قد أخرج عبدالرزاق هذا الحديث من طريق ابن جريج عن نافع، وزاد فى آخره: قلت لنافع: حتى تغيب الشمس؟ قال: نعم، قال: وتفسير الراوى إذا كان فقيهاً أولى. قلت: وقد ورد مصرحاً برفعه فيما أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف عن هشيم عن حجاج عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً: «من ترك العصر حتى تغيب الشمس من غير عذر فكأنما وتر أهل وماله» وقيل: هو تفويتها إلى أن تصفر الشمس، وقد ورد مفسراً من رواية الأوزاعي فى هذا الحديث قال فيه: وفواتها أن تدخل الشمس صفرة. وقال الحافظ ابن حجر: ولعله مبنى على مذهبه فى خروج وقت العصر. وقال مغلطاي فى علل ابن أبى حاتم: من فاتته صلاة العصر، وفواتها أن تدخل الشمس صفرة، فكأنما وتر أهله وماله. قال أبو حاتم: التفسير من قبل نافع. وقالت طائفة: المراد فواتها فى الجماعة لما يفوته من شهود الملائكة الليلية والنهارية. ويؤيده ما أخرجه ابن منده بلفظ: «الماتور أهله وماله من وتر صلاة فى جماعة وهى صلاة العصر» وروى عن سالم أنه قال: هذا فىمن فاتته ناسياً ومشى عليه الترمذى. وقال الداودى: إنما هو فى العامد، قال النووى: وهذا هو الأظهر.

وقد اختلف أيضاً فى تخصيص صلاة العصر بذلك فقيل: نعم، لزيادة فضلها ولأنها الوسطى ولأنها تأتى وقت تعب الناس من مقاشاة أعمالهم وحرصهم على قضاء أعمالهم واجتماع المتعاقبين من الملائكة فيها، وهذا ما رجحه الرافعى فى شرح المسند والنووى فى شرح مسلم. قال ابن عبد البر: الحق أن الله يخص ما يشاء من الصلوات بما شاء من الفضيلة. وقال ابن عبد البر: يحتتمل أن الحديث خرج جواباً على سؤال السائل عن تفوته العصر وأنه لو سئل عن غيرها لأجاب به. يمثل ذلك فىكون حكم سائر الصلوات كذلك خصوصاً وقد ورد الحديث من رواية نوفل بن معاوية الدثلى بلفظ: «من فاتته الصلاة» ولفظ «من فاتته صلاة» ولم يخص العصر. انظر: (تنوير الحوالك ص٢٣، ٢٤).

(٢) وتر أهله وماله: قال الخطابى وغيره: معناه نقص أهله وماله وسلبهم فىبقى وترأ بلا أهل ولا مال، فليحذر من إصابة من إصابة يطلب بها وترأ، والوتر الجنابة التى يطلب تارها، فيجتمع عليه غم، غم المصيبة، وغم مقاشاة طلب الثأر، ولذا قال: وتر ولم يقل: مات أهله. وقال=

٢٤٢ وقوت الصلاة

الشرح: اختلف أصحابنا فى معنى الفوات فى هذا الحديث، فقال ابن وهب: إنما ذلك لمن لم يصل فى الوقت المختار، وهو إلى أن يصير ظلك مثلك. واختار هذا القول الداودى، وذكر سحنون فى تفسير حديث النبى ﷺ: «من أدرك ركعة من صلاة العصر قبل أن تغرب الشمس، فقد أدرك العصر»، فقال: يريد فيما ترى وقتها فى الحديث الذى جاء: «الذى تفوته صلاة العصر كأنما وتر أهله وماله»، هو الذى تغرب عليه الشمس، ولم يدرك منها شيئاً، واختار هذا القول أبو محمد الأصبلي، وقال: الفوات هو أن يصلى بعد أن يذهب النهار كله، وهذا أشبه بلفظ الفوات.

وقد روى التأويلان عن نافع، فروى ابن جريح بإثر هذا الحديث، قلت لنافع: حتى تغرب الشمس. وروى الوليد، عن الأوزاعي، عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «من فاتته صلاة العصر، وفواتها أن تدخل الشمس صفرة، فكأنما وتر أهله وماله». ومعنى الفوات أن لا يمكن الأداء فى الوقت، وهو قد روى عن سالم بن عبدالله أنه قال: ذلك فى الناسى.

فصل: وقوله: «وتر أهله وماله»، يحتمل أن يريد به أن وتر أهله وماله فوات ثواب يدخر له، فيكون ما فاتته من ثواب صلاة العصر فى وقتها مثل ما فات الموتور من الثواب الجزيل الذى وعده الله على وتر أهله وماله فى سبيل الله، ويحتمل أن يريد بذلك أن ما فاتته الصلاة يلحقه من الأسف على ذلك عند معاينة الثواب مثل ما يلحق من وتر أهله وماله.

وقال الداودى: معناه أنه يجب عليه من الاسترجاع ما يجب على من وتر أهله وماله؛ لأن من فرط فى صلاته فقد أتى كبيرة يجب عليه الأسف والندم عليها والتوبة منها. وهذا الذى ذكره الداودى إنما يتوجه على من ترك الصلاة عامداً، وأما من تركها ساهياً أو ناسياً، فلا يجب عليه شيء من ذلك ولا يمتنع أن يكون قد فاتته من الثواب مثل ما فات من وتر أهله وماله دون ثواب أو يلحقه من الأسف عند معاينة ما فاتته من الثواب ما يلحق من وتر أهله وماله.

وعلى أن ما قاله من أن من وتر أهله وماله يجب عليه الاسترجاع ليس بصحيح، بل لا يجب عليه شيء من ذلك، وإنما يجب عليه الصبر والتسليم، وإن استرجع مع ذلك

=الجوهري: الموتور هو الذى قتل له قتيل فلم يدرك دمه ويقال أيضاً: وتره حقه: أى نقصه.

وقيل: الموتور من أخذ أهله وماله، وهو ينظر، وذلك أشد لغمه. انظر: (تنوير الحوالك

وقوت الصلاة ٢٤٣
فحسن لقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ إِذَا أَصَابَتْهُمُ مَصِيبَةٌ قَالُوا إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ﴾
[البقرة: ١٥٦]، وقد روى ابن حبيب عن مالك أن معنى من وتر أهله: انتزعوا منه
وذهب بهم، والله أعلم.

٢١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَنْصَرَفَ مِنْ صَلَاةِ
الْعَصْرِ فَلَقِيَ رَجُلًا^(١) لَمْ يَشْهَدْ الْعَصْرَ، فَقَالَ عُمَرُ: مَا حَبَسَكَ عَنْ صَلَاةِ الْعَصْرِ؟
فَذَكَرَ لَهُ الرَّجُلُ عُذْرًا. فَقَالَ عُمَرُ: طَفَّفْتَ^(٢).

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ: وَيُقَالُ لِكُلِّ شَيْءٍ وَقَاءٌ وَتَطْفِيفٌ.

الشرح: ذكر الداودي أن الرجل الذي لم يشهد العصر مع عمر بن الخطاب، هو
عثمان بن عفان، وذكر غيره أنه ابن حديدة صاحب النبي ﷺ.

وقول عمر له: «طففت»، أى نقصت نفسك حظها، يريد أنه نقص حظها من
فضيلة الجماعة المقصودة في مسجد النبي ﷺ لأنه لا يمكنه أن يصلى فيه جماعة إذا كان
له إمام راتب قد صلى فيه، وإن كان هذا المخاطب يدرك فضيلة المسجد بصلاة الفذ
ويدرك فضيلة الجماعة في غير ذلك المسجد.

٢٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ؛ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِنَّ الْمُصَلِّيَ لَيُصَلِّيَ الصَّلَاةَ
وَمَا فَاتَهُ وَقْتُهَا، وَلَمَّا فَاتَهُ مِنْ وَقْتِهَا، أَغْظَمُ أَوْ أَفْضَلُ، مِنْ أَهْلِهِ وَمَالِهِ^(١).

٢١ - الحديث فى الموطأ برقم ٢١.

(١) قال فى الاستذكار: ذكر بعض من شرح الموطأ أن هذا الرجل هو عثمان بن عفان. قال:
وهذا لا يوجد فى أثر علة وإنما هو رجل من الأنصار من بنى حديدة. انظر: (تنوير الحوالك
ص-٢٥).

(٢) طففت: أى نقصت نفسك حظها. والتطفيف فى لسان العرب: هو الزيادة على العدل
والنقصان منه. انظر: (لسان العرب مادة (طفف)). وتنوير الحوالك ص-٢٥).

٢٢ - وأخرجه الدارقطنى ٢٤٨/١ عن أبى هريرة. وعبد الرزاق بالمصنف ٥٨٤/١ عن طلق بن
حبيب مرسلاً.

(١) قال ابن عبد البر: هذا - يعنى الحديث - له حكم المرفوع إذ يستحيل أن يكون مثله رأياً
وقد ورد نحوه من طرق مرفوعاً، فأخرجه الدارقطنى فى سنته من طريق عبيد الله بن موسى عن
إبراهيم بن الفضل عن المقبرى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن أحدكم ليصلى
الصلاة وقد ترك من الوقت الأول ما هو خير له من أهله وماله». وأخرجه ابن عبد البر من-

الشرح: قال مالك في حديث يحيى بن سعيد: لا يعجبني ذلك، ويصلى الناس فى أول الوقت ووسطه وكره التضييق فى ذلك، ووجه كراهية مالك لهذا الحديث أن ظاهره يعارض الحديث الذى لا خلاف فى صحته من قوله ﷺ: «الذى تفوته صلاة العصر كأنما وتر أهله وماله»، فجعل ﷺ من فاتته صلاة العصر كأنما وتر أهله وماله، وجعل يحيى بن سعيد من صلى الصلاة فى بعض وقتها ولم يفته الوقت أنه قد فاتته منه بفوات أوله ما هو أعظم من أهله وماله، فجعل فى فوات بعض الوقت أعظم مما جعله النبى ﷺ فى فوات جميعه، وفى ذلك أشد التضييق على الناس.

وقد ذهب أشهب إلى قول يحيى بن سعيد، فقال: من صلى العصر فى تغير الشمس فقد فاتته من وقتها أفضل من أهله وماله، ولا أقول فاتته الوقت كله حتى تغرب الشمس، فجعل قول يحيى بن سعيد على فوات الوقت المختار، وكان هذا ينحو إلى تأويل ابن وهب فى حديث ابن عمر، والله أعلم.

مَالِكُ: مَنْ أَدْرَكَ الْوَقْتَ وَهُوَ فِي سَفَرٍ، فَأَخَّرَ الصَّلَاةَ سَاهِيًا أَوْ نَاسِيًا، حَتَّى قَدِمَ عَلَى أَهْلِهِ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ قَدِمَ عَلَى أَهْلِهِ وَهُوَ فِي الْوَقْتِ، فَلْيُصَلِّ صَلَاةَ الْمُقِيمِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ قَدِمَ وَقَدْ ذَهَبَ الْوَقْتُ، فَلْيُصَلِّ صَلَاةَ الْمُسَافِرِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَقْضِي مِثْلَ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِكُ: وَهَذَا الْأَمْرُ هُوَ الَّذِي أَدْرَكَتْ عَلَيْهِ النَّاسَ، وَأَهْلَ الْعِلْمِ بِيَلَدِنَا.

الشرح: قوله: «من أدركه الوقت فأخر الصلاة ساهياً أو ناسياً». السهو: الذهول عن الشيء، تقدمه ذكر أو لم يتقدمه، وأما النسيان، فلا بد أن يتقدمه الذكر، فمعنى قوله هذا من غفل عن الصلاة فلم يذكرها فى الوقت جملة أو غفل عنها بعد أن ذكرها، فحكمه ما ذكر.

ويحتمل أيضاً أن يأتى باللفظين لاختلافهما وإن كان معناه واحداً كقوله تعالى: ﴿فَسَجِدِ الْمَلَائِكَةَ كُلَّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾ [ص: ٧٣، الحجر: ٣٠]، وإنما كان عليه أن يصلى صلاة الحضر إذا قدم على أهله فى وقت الصلاة مؤد لها فى وقتها فى الحضر، وقد كان المصلى مخيراً بين أداء الصلاة فى أول الوقت وفى وسطه وآخره، فلما لم يصل فى أول

= طريق شعبة عن سعد بن إبراهيم عن الزهرى عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «إن الرجل ليدرك الصلاة وما فاتته منها خيراً من أهله وماله».

وقوت الصلاة ٢٤٥

الوقت ولا في وسطه تعينت عليه الصلاة في آخره، وكان ذلك وقت وجوبها عليه، وهو في ذلك الوقت من أهل الحضر، فوجب عليه حضرية، وكذلك لو ترك الصلاة في الحضر ساهياً أو ناسياً وسافر في بقية من وقتها، فإنه يصليها سفرياً، هذا قول جماعة الفقهاء.

وقال مجاهد: فرضه الإتمام، والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ [النساء: ١٠١]، ولم يفرق بين آخر الوقت وأوله.

ومن جهة المعنى أن الاعتبار في صفتها بوقت وجوبها، ووقت الوجوب من وقتها غير متعين على ما بيناه، وله تعيينه في أي جزء شاء منه، والتعيين إنما يكون بالفعل دون النية والقول، فإذا أخرها حتى سافر في آخر الوقت، فقد عين وقت الوجوب فيه، وهو في حال سفره، فلزمته سفرياً.

مسألة: والمقدار الذي يراعى من أدرك الوقت في ذلك ركعة من الصلاة المنسية، فإن كانت العصر، فمقدار ركعة، وإن كانت الظهر والعصر، فمقدار ثلاث ركعات فأكثر؛ لأنه يصلى الظهر ركعتين وتبقى ركعة العصر، وإن كانت العشاء الآخرة فمقدار ركعة فأكثر، وإن كانت المغرب والعشاء، فاختلف أصحابنا في هذا الأصل إذا خرج لمقدار ثلاث ركعات، فعلى قول سحنون وابن عبدالحكم: يصلى العشاء سفرياً، وعلى قول ابن القاسم وأصبغ: يصليها حضرياً.

فصل: «وإن كان قدم وقد ذهب الوقت فليصل صلاة المسافر» لأنه إنما يقضى مثل الذي كان عليه هذا مذهب مالك، رحمه الله، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يقضيها حضرياً.

والدليل على ما نقوله، أن هذه صلاة مقضية، فوجب أن تقضى على حسب ما تؤدي عليه من قصر أو إتمام، أصله إذا نسيها في الحضر ثم ذكرها في السفر.

فروع: قال القاضى أبو محمد في إشرافه: من نسي صلاة سفرياً، فذكرها في الحضر فالأولى أن يقضيها سفرياً، فإن أتمها كره له ذلك وجاز، ومن رأى من أصحابنا أن القصر فرض المسافر، قال: يجب قصرها، وأما إذا ذكرها في السفري، فإنه يقضيها سفرياً، فجعل لذكرها في الحضر تأثيراً، وهذا فيه نظر، والله أعلم.

٢٤٦ وقوت الصلاة

الشَّفَقُ الحُمْرَةُ الَّتِي فِي الْمَغْرِبِ، فَإِذَا ذَهَبَتِ الحُمْرَةُ، فَقَدْ وَجِبَتْ صَلَاةُ العِشَاءِ، وَخَرَجَتْ مِنْ وَقْتِ الْمَغْرِبِ.

الشرح: قوله: «الشفق الحمرة»، قد تقدم الكلام فيه مع أبي حنيفة، وقوله بعد هذا: «إن وقت المغرب يخرج بمغيب الشفق»، تصريح منه بأن وقت المغرب ممتد كسائر أوقات الصلوات وأنه ينتهي إلى مغيب الشفق، وقد تقدم الكلام عليه.

وقال الداودي: إن معنى ذلك في المسافر الذي يجد به السير ويريد الجمع بين العشاءين، وهذا عدول منه عن الظاهر مع أنه حجة عليه لأنه لا يجوز الجمع بين الصلاتين على الوجه الذي ذكر إلا في الوقت المختار لهما، ولذلك لا يجمع بين الظهر والعصر بذلك السبب إلا على الوجه المختار لهما.

وقول مالك، رحمه الله، يقتضى في هذه المسألة أن وقت الاشتراك للمغرب والعشاء ينقضى بمغيب الشفق وأن ما بعده يختص بالعشاء، وفي المجموعة عن أشهب ما يدل على أن ما بعد مغيب الشفق، هو وقت الاشتراك وأن ما قبله يختص بالمغرب، ولا يتجه حينئذ على القولين وقت الاشتراك إلا بمقدار فعل كل واحدة من الصلاتين فيه بدلاً من الأخرى.

ووجه قول مالك حديث أبي أيوب المراغى، عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «وقت المغرب ما لم يسقط نور الشفق» وفي حديث بريدة: «وصلى المغرب قبل أن يغيب الشفق».

٢٣ - مَالِكُ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ أَعْمَى عَلَيْهِ، فَذَهَبَ عَقْلُهُ، فَلَمْ يَقْضِ الصَّلَاةَ.

قَالَ مَالِكُ: وَذَلِكَ فِيمَا نَرَى - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ الْوَقْتَ قَدْ ذَهَبَ، فَأَمَّا مَنْ أَفَاقَ فِي الْوَقْتِ، فَإِنَّهُ يُصَلِّي.

الشرح: هذا الذى قاله مالك، رحمه الله، من أن من أعمى عليه، فذهب عقله حتى انقضى وقت الصلاة أنه لا قضاء عليه وإن لم يغم عليه إلا عن صلاة واحدة ولمقدار ركعة من آخر وقتها. ورواه عن ابن عمر رضى الله عنه، وهو قول أكثر العلماء، وهو الظاهر من مذهب الشافعى.

وقوت الصلاة ٢٤٧

وقال أبو حنيفة: إن أغمى عليه يوماً وليلة أو أقل من ذلك قضى الصلاة، وإن أغمى عليه أكثر من ذلك لم يقص من الصلاة ما آخر وقتها.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يسقط فرض الصلاة كثيره، فوجب أن يسقط فرضها قليله كالحيض، وسواء اقترن بذلك مرض أو عرا عنه.

فصل: وقوله: «فأما من أفاق وقد بقي عليه بعض الوقت، فإنما عليه قضاء الصلاة التي أفاق في وقتها» للحديث الذي روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر»، وهذا قد أدرك ركعة منها قبل أن تغيب الشمس، فوجب أن يكون مدركاً لجميعها على ما قدمناه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالوقت الذي يدرك الصلاة به المغمى عليه يفيق، والحائض تطهر، والصبي يحتلم، والكافر يسلم، هو وقت ضرورة، وقد مضى الكلام فى وقت الاختيار، والكلام هاهنا فى وقت الضرورة، وذلك للظهر والعصر إلى غروب الشمس، فمن أدرك من هؤلاء قبل غروب الشمس مقدار خمس ركعات، فقد أدرك الظهر والعصر، وهذا للمقيم.

وأما المسافر، فإنه يدرك الصلاتين بمقدار ثلاث ركعات، وإن لم يدرك إلا مقدار ركعتين، فقد أدرك العصر وفاتته الظهر، وهذا حكم المغرب والعشاء، فأما المقيم، فإن أدرك مقدار خمس ركعات قبل الفجر، فقد أدرك الصلاتين، وإن أدرك مقدار أربع ركعات، فقد قال مالك: يصلى المغرب والعشاء؛ لأنه إذا صلى المغرب أدرك ركعة من العشاء.

وهكذا روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبع، وروى القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه عن محمد بن مسلمة وابن الماجشون يصلى العشاء دون المغرب؛ لأن وقت المغرب قد خرج. قال القاضى أبو إسحاق: والقياس ما قاله مالك.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: والذى عندى أن أصحابنا اختلفوا فى هذه المسألة لاختلافهم فى أصلين إليهما تعدت هذه المسألة. وعليهما ترتبت، وربما قيل أحدهما أصل للآخر، فأما الأصل الأول، فهو أن من أصحابنا من قال: إن ما بعد الزوال بمقدار ركعتين للمسافر وأربع ركعات للمقيم يختص بالعصر لا مشاركة فيه للظهر، وإنما يشتركان فيما بين هذين الوقتين، وإلى هذا ذهب القاضى أبو الحسن والقاضى أبو محمد وذكره القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه.

وقال آخرون من أصحابنا: إن جميع الوقت من الزوال والعصر بما قبل الغروب للترتيب، فإذا سقط فرض العصر بوجه ما وبقي فرض الظهر، جاز أن يؤدي قبل الغروب بركعة أو ركعتين، ويكون المصلي لها في ذلك الوقت مؤدياً لا قاضياً، والمغرب والعشاء مثل ذلك على القول الأول ما بعد الغروب بمقدار ثلاث ركعات يختص بالمغرب، وما قبل الفجر بمقدار ركعتين للمسافر وأربع ركعات للمقيم يختص بالعشاء ووقت الاشتراك بينهما. وعلى القول الثاني: الاشتراك من وقت الغروب إلى طلوع الفجر.

فوجه القول الأول أن هذه صلاة فرض، فوجب أن يكون لها وقت يختص بها كالصبح.

ووجه آخر: وهو أنه لا خلاف في أنه إذا ضاق الوقت عنهما أن الأولى تسقط، فلم يكن الوقت مشتركاً بينهما لوجب أن يكون المدرك الركعة مدركاً لهما، وأن تسقط الأخيرة لتقدم الأولى في الرتبة، فلما سقطت الأولى مع تقدمها وثبتت الثانية مع تأخيرها، ثبت أن الوقت للثانية خاصة دون الأولى، يبين ذلك أن الوقت المشترك بينهما إذا اجتمعتا، قدمت الأولى على كل حال.

ووجه القول الثاني: أن هذا وقت العصر، فوجب أن يكون وقتاً مشتركاً بينهما وبين الظهر، أصله إذا صار ظل كل شيء مثله.

ووجه آخر، وهو أن السفر لا ينقل أوقات الصلوات، ولذلك لم يجوز أن ينقل الظهر إلى ما قبل الزوال ولا الفجر إلى ما قبل طلوع الفجر، فلو لم يكن ما بعد الزوال بمقدار ركعتين وقتاً للعصر في الحضر لما جاز أن يكون وقتاً لهما في السفر.

والأصل الثاني: أنه إذا ضاق وقت الصلاتين، فهل يعتبر إدراك وقتها باعتبار وقت الأولى منهما أولاً أو باعتبار وقت الأخيرة أولاً، اختلف أصحابنا في ذلك، فمنهم من قال: يبدأ أولاً باعتبار وقت الأولى، ومنهم من قال: يعتبر أولاً بإدراك وقت الثانية.

مثال ذلك أن يفيق مغمى عليه لمقدار أربع ركعات قبل الفجر، فإن قلنا باعتبار وقت الأولى، فإنه مدرك لوقت الصلاتين لأنه يدرك ثلاث ركعات للمغرب، ثم ركعة من العشاء، وأن يبدأ باعتبار وقت الأخرى، فإنه مدرك لوقت صلاة العشاء.

فوجه القول الأول: أن النظر في وقت الصلاتين يجب أن يكون على حسب أدائها من الترتيب، فيكون أولاً في المغرب لأن الفعل يتناولها قبل أن يتناول العشاء.

وقوت الصلاة ٢٤٩

وروجه القول الثاني: أن آخر الصلاتين أحق بآخر الوقت بدليل أنه إذا ضاق الوقت عنهما تسقط الأولى، فكان الاعتبار في الوقت بالثانية منهما عند ضيق الوقت، فإن فضل عنها من الوقت شيء كان للأولى، وإن لم يفضل شيء، سقطت الأولى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالذي تحصل به الحائض مدركة للوقت أن تكمل طهارتها وتمكن من الشروع في الصلاة، وقد بقي عليها منه مقدار خمس ركعات قبل غروب الشمس، إن كانت مقيمة، أو ثلاث ركعات، إن كانت مسافرة، ولا يعتبر في ذلك بوقت انقطاع الدم وإنما الاعتبار بوقت كمال شروط الصلاة، وكذلك الصبي يبلغ، فأما الكافر يسلم، فقد قال ابن القاسم وابن حبيب: يراعى وقت إسلامه دون فراغه من طهوره، والفرق بينه وبين الحائض أنه عاص بترك الطهور والصلاة، ولا تعصى بذلك الحائض. أما المغمى عليه، فأجراه مالك مجرى الحائض لأنه مغلوب غير ملوم.

وقال ابن حبيب: هو كالنصراني يسلم، قال: ووجه ذلك أن المغمى عليه حين يفتيق من الصلاة كالكافر وإنما هو كالمحدث، وأما الحائض فليست من أهل الصلاة حتى تغتسل، وما قاله غير مسلم، ولنازعه أن يقول: إن المغمى عليه ليس من أهل الصلاة لأن حدثه يمنعه من ذلك كالتى انقطع عنها دمها.

وحكى ابن سحنون في كتابه عن أبيه، أن الكافر يسلم والمغمى عليه يفتيق كالحائض بعد فراغها من غسلها. وكذا حكى ابن حبيب في واضحته عن أصبغ. قال القاضي أبو محمد: وهو القياس لأن الإسلام يجب ما قبله، ولو وجبت عليه الصلاة بترك الإسلام لوجب عليه قضاء الصلوات قبل إسلامه.

مسألة: ولو أن مغمى عليه أفاق قبل الغروب، فذكر صلاة نسيها قبل الإغماء، فإنه يبدأ بالصلاة التي نسي، فإن بقي بعد فراغها وقت للصلتين أو أحدهما صلى ما أدرك وقته، وإن لم يدرك شيئاً من الوقت، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم، فقال في كتاب محمد: لا يصلى ظهراً ولا عصرًا. واختاره أصبغ ورواه عن مالك، وقال مرة أخرى: يصلى ما أفاق في وقته. ورواه القاضي أبو إسحاق عن محمد بن مسلمة.

فوجه الرواية الأولى ما روى عن النبي ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها»، فإذا اجتمع في هذا الوقت ثلاث صلوات، استوعب الصلاة الأولى للوقت وسقط فرض ما بعدها لما كانت أحق منها بالوقت.

وروجه الرواية الثانية أنه مغمى عليه أدرك وقت الظهر والعصر، فلزمه الإتيان بهما،

٢٥٠ وقوت الصلاة

وإنما قدمت عليهما القائمة للترتيب لا لأن الوقت مختص بهما، وذلك لا يسقط فرض الظهر، وهذا حكم إفاقة المغمى عليه وطهر الحائض في آخر الوقت، فأما ما يطرأ من الإغماء والحيض في آخر الوقت، فإنه يسقط فرض الصلاة إذا أدرك من وقتها مقدار ركعة فأكثر، فقد طرأ عليه ذلك، وهو مقيم لمقدار أربع ركعات قبل الغروب أو لمقدار ركعتين للمسافر سقط عنه فرض العصر.

وإن كان ذلك لمقدار خمس ركعات في المقيم أو ثلاث ركعات في المسافر سقط عنه فرض الظهر والعصر، ولو كان ذلك لمقدار خمس ركعات للمقيم قبل الفجر سقط عنه فرض المغرب والعشاء، ولو كان لمقدار أربع ركعات قبل الفجر. فعلى قول مالك: يسقط فرض المغرب والعشاء، وعلى رواية القاضي أبي إسحاق عن محمد بن مسلمة وابن الماجشون: يسقط فرض العشاء، ويقضى المغرب.

ولو كان مسافراً فطرأ ذلك عليه لمقدار ثلاث ركعات قبل الفجر، فعلى رواية القاضي أبي إسحاق عن عبد الملك ومحمد، يسقط فرض المغرب والعشاء لأنه قد أدرك جميع وقت العشاء ومقدار ركعة من المغرب، وعلى قول مالك: يسقط فرض العشاء ويقضى المغرب.

مسألة: فإن طرأ ذلك على مقيم لمقدار ركعة من آخر النهار، وهو ناس للعصر، سقط عنه فرضها، ولو كان ناسياً الظهر مصلياً للعصر، ففي العتبية من رواية سحنون وعيسى عن ابن القاسم: لا يقضى الظهر لأن ذلك وقتها.

وروى يحيى، عن ابن القاسم: يقضى الظهر لأنه قد فات وقتها قبل الإغماء، فرواية عيسى وسحنون مبنية على الاشتراك في جميع الوقت ورواية يحيى مبنية على أن ما قبل المغرب يختص بالعصر.

وأخذ ابن حبيب في هذه المسألة بالاحتياط، فإذا كان الاحتياط في رواية عيسى وسحنون أخذ بها، وذكر أنه قول مطرف وأصيفغ، وإذا كان الاحتياط في رواية يحيى أخذ بها، وذكر أنه قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم، فلو صلت امرأة الظهر بثوب نجس والعصر بثوب طاهر، ثم ذكرت ذلك لمقدار ركعة من النهار لم تقض الظهر في قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم وقضتها في قول الآخرين لما فيه من الاحتياط للصلاة، والله أعلم.

* * *

النوم عن الصلاة

٢٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حِينَ قَفَلَ^(١) مِنْ خَيْبَرَ، أُسْرِيَ^(٢) حَتَّى إِذَا كَانَ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ، عَرَّسَ^(٣) وَقَالَ لِبِلَالٍ: «اكَأْ^(٤) لَنَا الصُّبْحَ» وَنَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَصْحَابُهُ، وَكَأَلَ بِلَالٌ مَا قُدِّرَ لَهُ، ثُمَّ اسْتَنَّدَ إِلَى رَاحِلَتِهِ، وَهُوَ مُقَابِلُ الْفَجْرِ، فَغَلَبَتْهُ عَيْنَاهُ، فَلَمْ يَسْتَيْقِظْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَلَا بِلَالٌ، وَلَا أَحَدٌ مِنَ الرُّكْبِ، حَتَّى ضَرَبَتْهُمُ الشَّمْسُ، فَفَزِعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ بِلَالٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَخَذَ بِنَفْسِي الَّذِي أَخَذَ بِنَفْسِكَ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اِقْتَادُوا»^(٥). فَبَعَثُوا رَوَاجِلَهُمْ، وَاقْتَادُوا شَيْئًا ثُمَّ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِلَالًا فَأَقَامَ الصَّلَاةَ، فَصَلَّى بِهِمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الصُّبْحَ، ثُمَّ قَالَ حِينَ قَضَى الصَّلَاةَ: «مَنْ نَسِيَ الصَّلَاةَ فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا، فَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿اقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾» [طه: الآية ١٤].

- ٢٤ - أخرجه مسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة برقم ٦٨٠. والترمذي كتاب تفسير القرآن برقم ٣٠٨٧. والنسائي كتاب المواقيت برقم ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٤٣٥. وابن ماجه كتاب الصلاة برقم ٦٩٧.
- قال السيوطي في تنوير الحوالك: هذا مرسل تبين وصله، فأخرجه مسلم وأبو داود وابن ماجه من طريق ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به.
- (١) قفل: القفول: هو الرجوع من السفر، ولا يقال لمن سافر مبتدئاً قفلاً. انظر: (تنوير الحوالك ص٢٦).
- (٢) أسرى: قال في النهاية: السرى: السير بالليل، يقال سرى يسرى سرى، وأسرى إسراء لعتان، ولأبي مصعب أسرع، ولأحمد من حديث ذى مخبر زيادة، وكان يفعل ذلك لقلعة الزاد. انظر: (تنوير الحوالك ص٢٦).
- (٣) عرس: بتشديد الراء، قال الخليل والجمهور: التعريس نزول المسافر آخر الليل للنوم والاستراحة ولا يسمى نزول أول الليل تعريس. انظر: (تنوير الحوالك ص٢٦).
- (٤) اكأ: بالهمز، أى احفظ وارقب، قال تعالى: ﴿قل من يكلوكم بالليل﴾ أى: يحفظكم والمصدر كلاءة، بفتح الكاف والمد. انظر: (تنوير الحوالك ص٢٦).
- (٥) اقتادوا: أى ارتحلوا وزاد مسلم: «وإن هذا منزل حضرنا فيه الشيطان». قال ابن رشيقي: قد علله النبي ﷺ بذلك، ولا يعلم ذلك إلا هو. وقال القاضي عياض: هذا أظهر الأقوال فى تعليقه. انظر: (تنوير الحوالك ص٢٧).

الشرح: قال أبو محمد الأصيلي: قول الزهري في هذا الحديث حين قفل من خيبر غلط، وإنما هو حين قفل من حنين، ولم يعرض ذلك للنبي ﷺ إلا مرة واحدة حين رجع من حنين إلى مكة، والصحيح ما قاله ابن شهاب.

وفي حديث عبدالله بن مسعود أن نومه ذلك كان عام الحديبية، وذلك في زمن خيبر، وعلى ذلك يدل حديث أبي قتادة، وكذلك قال أهل السير.

وقوله: «أسرى»، يعنى سار ليلاً، ويقال أسرى وسرى بمعنى واحد، وسير الليل عند الحاجة إليه كخوف أو شدة حر غير ممنوع، إلا أن الفضل مع المتمكن نوم الليل وسيره آخره لما روى أنس، عن النبي ﷺ أنه قال: «عليكم بالدلجة فإن الأرض تطوى بالليل».

فصل: وقوله: «حتى إذا كان من آخر الليل عرس». التعريس نزول آخر الليل، قاله صاحب العين. ويستحب للمعرس التنحي عن الطريق، والأصل في ذلك ما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا سافرتم في الخصب فأعطوا الإبل حقها، وإذا سافرتم في الجذب فأسرعوا السير، وإذا أردتم التعريس فتنكبوا عن الطريق».

فصل: وقوله: «اكلاً لنا الصبح»، دليل على صحة العمل بخبر الواحد؛ لأنه ﷺ رجع في وقت الصلاة، وهو من أهم أمر الشريعة وأعظمها شأنًا إلى قول بلال وحده.

وقوله: «نام رسول الله ﷺ وأصحابه» إرادة الرفق بهم والإبقاء عليهم لما أدركهم من نصب السفر، ومثل هذا يجوز لمن أراد النوم قرب وقت الصلاة وإن جاز أن يتمادى به النوم حتى يخرج وقت الصلاة لأن مثل هذا التجويز يلحق من أراد أن ينام الليل، وأفرد بلالاً بحفظ الوقت لما توهم فيه من القوة على ذلك ولعلمه بأوقات الصلاة.

فصل: وقوله: «وكلاً بلال ما قدر له»، إخبار منه ﷺ أن فعل بلال كان يقدر الله تعالى وتكديماً للقدرية الذين ينفون ذلك.

وقوله: «ثم استند إلى راحته وهو مقابل الفجر»، إخبار عن بلال أنه لم يترك حفظ الصبح، وإنما استند إلى راحته ليقوى بذلك على حفظ الفجر، وكذلك قابله فغلبته عيناه.

فصل: وقوله: «لم يستيقظ رسول الله ﷺ ولا أحد من الركب حتى ضربتهم الشمس»، يريد: نالهم شعاعها وضوؤها عند ارتفاعها، «ففرغ رسول الله ﷺ». قال أبو محمد الأصيلي: إن فزعه كان لأجل المشركين الذين رجع من غزوهم لئلا يتبعوه ويطلبوا أثره فيجدوه وجميع أصحابه نياماً.

وقوت الصلاة ٢٥٣

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: ويصح عندى أن يكون فزعه ﷺ لما فات من وقت الصلاة، ولم يكن عنده قبل ذلك الوقت، ما يجب على من نابه مثل ذلك، ففزع له، وهذا أشبه بالخبر، فلذلك ذكر فى حديث زيد بن أسلم أنه قال للناس، وقد رأى من فزعهم: «يا أيها الناس، إن الله قبض أرواحنا ولو شاء لردّها إلينا فى حين غير هذا»، إخبار منه لهم بأنه لا أثم ولا حرج على من نابه مثل هذا.

فصل: وقوله: «فقال بلال: يا رسول الله، أخذ بنفسى الذى أخذ بنفسك»، اعتذار منه للنبي ﷺ حيث لم يقم بما أمره به، يريد: غلب نفسى الذى غلب على نفسك، وحال بينى وبين مرادى منها، الذى أخذ بنفسك، وهو الله تعالى الفعال لما يريد.

فصل: وقوله ﷺ: «اقتادوا»، يريد أن يقتادوا رواحلهم، قال: «فبعثوا رواحلهم واقتادوا شيئاً»، اختلف الناس فى تأويل أمره لهم بالاقتياد مع وجوب المبادرة إلى الصلاة القائمة بإثر الاستيقاظ من النوم، وترك كل ما منع، فقال عيسى بن دينار، وعبدالله بن وهب: هو منسوخ، قال عيسى: نسخه قوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لذكرك﴾ [طه: ١٤]، ونسخه قوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها».

فأما قوله: إن الناسخ ﴿أقم الصلاة لذكرك﴾ فليس بصحيح، لأن الآية مكية، وفعله هذا بعد هجرته إلى المدينة بأعوام، ولا يتسخ الحكم قبل وروده والعمل به، ولا خلاف فى ذلك.

وقوله: إنه منسوخ بقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها» أقرب قليلاً إلا أنه يتوجه عليه الاعتراض من وجهين، أحدهما: أنه أثبت ذلك بقوله ﷺ: فإن الله تعالى يقول: ﴿أقم الصلاة لذكرك﴾ فجعل ذلك مأخوذاً من هذه الآية المكية، وما كان بهذه المثابة لا ينسخ به فعله فى المدينة. والثانى: أن النسخ لا يثبت نظراً إلا إذا لم يمكن الجمع بين الناسخ والمنسوخ، فإذا أمكن الجمع بينهما لم يجز دعوى النسخ فيهما.

وقد ذكر أصحابنا ممن منع نسخ هذا الفعل فى ذلك وجهين، أحدهما أنه ﷺ أمر بالاقتياد لئلا يبقى من أصحابه نائم، وقد كانوا نصبوا من طول السرى، فأشفق أن يبقى منهم جماعة لا يستيقظون بالأذان والإقامة، والرحيل يعم جميعهم، ويوقظ أولهم وآخرهم.

والثانى: وهو الأبين أن النبي ﷺ علل وجه الاقتياد والامتناع من الصلاة فى ذلك

٢٥٤ وقت الصلاة

الوادى بما ذكره فى حديث زيد بن أسلم: «إن هذا واد به شيطان»، وهذه علة لا طريق لنا إلى معرفتها، فلا يلزمنا العمل بها، ومن استيقظ منا لصلاة فى بطن واد، وجب عليه فعلها لأننا لا ندرى هل فيه شيطان أم لا.

وقد ذكر محمد بن مسلمة فى المبسوط نحو هذا، ولو علمنا ذلك الوادى الذى أمر النبى ﷺ بالخروج منه وجرى لنا فيه مثل ذلك، فقد ذهب الداودى إلى أنه لا تجوز الصلاة فيه للعلة التى ذكرها نبينا ﷺ، ويحتمل أيضاً أن تجوز الصلاة فيه لأننا لا ندرى هل بقى الشيطان فيه أم لا؟، ولعله قد ذهب، فلا يجوز لنا ترك العبادة إلى صلاة قد فات وقتها وتعين فعلها لعدة، لا ندرى هل هى باقية أم لا؟.

وذهب أبو حنيفة إلى أن تأخير رسول الله ﷺ الصلاة وأمره بالاعتقاد إنما كان لأنه اتبه فى حين طلوع الشمس ولا يجوز قضاء الفوائت ذلك الوقت عنده، فأمرهم بالاعتقاد إلى أن ترتفع الشمس عن الأفق ويتم طلوعها فتجوز الصلاة.

وهذا الذى ذهب إليه ليس بصحيح لا يحتمله لفظ الحديث لأن وقت طلوع الشمس وكونها فى الأفق لا يكون لها ضوء يضرب شيئاً مما على الأرض وإنما تضرب الناس الشمس ويرتفع ضوءها عليهم بعد ارتفاعها من الأفق، يؤيد هذا التأويل قوله فى حديث عمران بن حصين: «فما أيقظنا إلا حر الشمس»، ولا يكون ذلك إلا بعد تمكن ارتفاعها.

ومما يبين فساد ما ذهب إليه، قوله ﷺ: «إن هذا واد به شيطان»، فجعل ذلك علة فى خروجهم عن الوادى وافتقارهم رواحلهم شيئاً، ولو كان طلوع الشمس مانعاً من الصلاة وموجباً للاقتياد لعلل به، ولقال: اقتادوا فإن الشمس طالعة.

وأيضاً فإن أبا حنيفة لا يقول بمقتضى هذا الحديث لأنه يجوز عليه أن يصلى فى هذا الوقت صبح يومه وإنما منع أن يصلى فيه غيرها من الفوائت، والذى امتنع النبى ﷺ من أدائها فى الوادى هى صبح ذلك اليوم، فلا يتناول الحديث موضع الخلاف معه.

فصل: وقوله: «ثم أمر رسول الله ﷺ بلالا، فأقام الصلاة بهم - رواه جماعة أصحاب الموطأ - فأقام على اليقين - رواه ابن بكير - ثم أمر بلالا فأذن فأقام الصلاة». وقول الجماعة عن مالك أصح وأولى، واختلف الفقهاء فى الأذان للفوائت، فقال مالك والأوزاعى والشافعى: من فاتته صلاة أو صلوات، فإنه لا يؤذن لشيء منها ويقام لكل صلاة. وقال أبو حنيفة: يؤذن للفوائت ويقام، وبه قال أحمد بن حنبل وأبو ثور، وقال سفيان: لا يؤذن لها ولا يقام.

وقوت الصلاة ٢٥٥

والدليل على أنه لا يؤذن لها أن الأذان إنما هو إعلام للناس بالوقت ودعاء لهم إلى الجماعة، ووقت القضاء ليس بوقت إعلامهم ولا وقت دعائهم إلى الصلاة.

ودليل آخر: وهو أن الأذان إنما يختص بأوقات الصلوات لأن في الأذان في غير أوقاتها تخليطاً على الناس وإذا اختص بأوقات الصلوات لم يكن مشروعاً في الفوائت لأن الفوائت لا تختص بوقت كالتوافل، وإذا ثبت ذلك، فإن الأذان المذكور في الحديث، هو الإعلام بالصلاة دون الأذان المشروع بدليل ما ذكرناه، والله أعلم.

والدليل على أن الإقامة مشروعة في الفوائت حديث مالك المذكور، وفيه: فأمر رسول الله ﷺ بلالاً فأقام الصلاة بهم. ومن جهة المعنى، أن الإقامة ذكر شرع في استفتاح الصلاة لا يجوز أن ينفصل عنها، فكان لازماً للفوائت وغيرها كتكبيرة الإحرام. فرع: ومن ذكر صلاة يخاف فواتها إن أذن لها وهو في جماعة يلزمهم الأذان في الوقت فليقيموا وليصلوا جماعة، ويتركوا الأذان، فإن خافوا الفوات بالإقامة صلوا بغير إقامة.

ووجه ذلك أن الأذان والإقامة من فضائل الصلاة التي تتقدمها، والوقت من فروض الصلاة، فلا يجوز أن يترك للفضائل.

مسألة: وهل يصلى ركعتي الفجر من فاتته صلاة الصبح قبلها أم لا؟ روى ابن وهب عن مالك، أنه لا يركع، وقال أشهب: لا يركع الفجر حتى يصلى الفريضة، وبه قال الثوري والليث.

وقال أشهب وعلى بن زياد: يركع ركعتي الفجر ثم يصلى الصبح، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد وداود.

وجه رواية ابن وهب قوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»، وهذا ينفي فعل صلاة قبلها. ومن جهة المعنى أن الصلاة الفاتنة يتعين وقتها بالذكر، وهو مقدار ما تفعل فيه، فلا يجوز أن يفعل غيرها فيه، كما لو ضاق وقتها المعين بها.

ووجه قول أشهب ما روى عن أبي هريرة أنه قال: عرسنا مع النبي ﷺ فلم يستيقظ حتى طلعت عليه الشمس، فقال النبي ﷺ: «ليأخذ كل رجل منكم برأس راحلته، فإن هذا منزل حضرنا فيه شيطان»، قال: ففعلنا ثم دعا بالماء فتوضأ ثم سجد سجدين. وقال يعقوب: ثم صلى سجدين ثم أقيمت الصلاة فصلى الغداة.

فصل: وقوله: «فصلى بهم الصبح»، بيان أن الجماعة إذا فاتت جميعهم الصلاة صلوا جماعة بعد وقتها، وهذا في جميع الصلوات إلا الجمعة، وسيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

وقوله حين قضى الصلاة: «من نسى الصلاة فليصلها إذا ذكرها»، تنبيه لهم على فقه ما فعله، وإخبار أن الاشتغال بالرحيل من الوادى وغير ذلك ليس مما يجوز أن يقاس عليه غيره من الأعمال التى ليست بشرط فى صحة الصلاة لأن فرض من ذكر صلاة أن يصلها، ولا يشتغل برحيل ولا غيره، ولكن الرحيل من ذلك الوادى كان شرطاً فى صحة الصلاة على الوجه الذى ذكرناه، ومثل ذلك أن يذكر الصلاة وهو فى موضع نجس، فإن عليه أن ينتقل منه إلى موضع طاهر.

فصل: وقوله ﷺ: «فإن الله تعالى يقول فى كتابه: ﴿أقم الصلاة لذكرى﴾» [طه: ١٤]، تنبيه على هذا الحكم وأخذه من الآية التى تضمنت الأمر لموسى عليه السلام بذلك وأن هذا مما يلزمنا اتباعه فيه.

واختلف أهل التفسير فى معنى قوله: «﴿وأقم الصلاة لذكرى﴾»، فقال مجاهد: معناه، وأقم الصلاة لذكرى فيها، وقيل معناه: أقم الصلاة لأن أذكرك بالمدح، وقيل معناه أقم الصلاة إذا ذكرتنى، وقيل معناه: أقم حين تذكرها.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: وهذا أبين الأقوال عندى لأن النبى ﷺ احتج بهذه الآية على قوله: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»، ولو كان المراد بقوله: «﴿لذكرى﴾» غير المراد بقوله: إذا ذكرها، لما صح احتجاجه عليه على هذا الوجه الذى احتج به، وقد قرئ: «﴿أقم الصلاة لذكرى﴾» ووجه إضافة الذكر إلى البارئ تعالى لأن الصلاة عبادة له، فمن ذكر العبادة ذكر المعبود، وبالله التوفيق.

٢٥ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ؛ أَنَّهُ قَالَ: عَرَّسَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيْلَةً، بِطَرِيقِ

٢٥ - أخرجه البيهقى فى الدلائل ٢٧٣/٤ عن زيد بن أسلم، وذكر أنها كانت عند مرجع الصحابة من خيبر فى الدلائل ٢٧٢/٤، وقد روى البيهقى بسنده الحديث السابق (١٤٩) عن أبى هريرة، وذكر أن القصة وقعت بطريق مكة، روى نفس القصة، عن ابن مسعود وأنها وقعت زمان الحديبية بالدلائل ٢٧٤/٤، ثم قال البيهقى، وأحمد ٣٩١/٤: يشبه والله أعلم أن يكون نوم الصحابة عن صلاة الصبح وقع مرتين: مرة فى مرجعهم من الحديبية، ومرة فى مرجعهم من خيبر. وقال النووى فى شرحه على مسلم: ظاهر الأحاديث يدل على أن تلك الواقعة حدثت مرتين وهذا هو الذى رجحه عياض.

مَكَّةَ، وَوَكَّلَ بِلَالًا أَنْ يُوقِظَهُمْ لِلصَّلَاةِ، فَرَقَدَ بِلَالٌ وَرَقَدُوا، حَتَّى اسْتَيْقَظُوا وَقَدْ طَلَعَتْ عَلَيْهِمُ الشَّمْسُ، فَاسْتَيْقَظَ الْقَوْمُ، وَقَدْ فَرَعُوا، فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَرْكَبُوا حَتَّى يَخْرُجُوا مِنْ ذَلِكَ الْوَادِي، وَقَالَ: «إِنَّ هَذَا وَادٍ بِهِ شَيْطَانٌ» فَرَكَبُوا حَتَّى خَرَجُوا مِنْ ذَلِكَ الْوَادِي، ثُمَّ أَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، أَنْ يَنْزِلُوا وَأَنْ يَتَوَضَّعُوا، وَأَمَرَ بِلَالًا أَنْ يُنَادِيَ بِالصَّلَاةِ، أَوْ يُقِيمَ، فَصَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالنَّاسِ. ثُمَّ انصَرَفَ إِلَيْهِمْ وَقَدْ رَأَى مِنْ فَرَعِهِمْ، فَقَالَ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّ اللَّهَ قَبَضَ أَرْوَاحَنَا^(١)، وَلَوْ شَاءَ لَرَدَّهَا إِلَيْنَا فِي حِينٍ غَيْرِ هَذَا، فَإِذَا رَقَدَ أَحَدُكُمْ عَنِ الصَّلَاةِ، أَوْ نَسِيَهَا ثُمَّ فَرَعَ إِلَيْهَا، فَلْيُصَلِّهَا كَمَا كَانَ يُصَلِّيهَا فِي وَقْتِهَا». ثُمَّ التَمَّتْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَيَّ أَبِي بَكْرٍ فَقَالَ:

=قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث في الموطآت لم يسنده عن زيد أحد من رواة الموطأ، وقد جاء معناه متصلًا مسندًا من وجوه صحاح ثابتة في نومه ﷺ عن صلاة الصبح في سفره، روى ذلك جماعة من الصحابة وأظنها قصة لم تعرض له إلا مرة واحدة فيما تدل عليه الآثار، والله أعلم، إلا أن بعضها فيه مرجعه من خبير، كذا قال ابن شهاب: عن سعيد ابن المسيب في حديثه هذا، وهو أقوى ما يروى في ذلك، وهو الصحيح، إن شاء الله. وقول زيد بن أسلم في حديثه هذا: بطريق مكة، ليس بمخالف لأن طريق خبير وطريق مكة من المدينة يشبهان أن يكونا واحدًا، وربما جعلته القوافل واحدًا. وحديث زيد بن أسلم هذا مرسل، وليس مما يعارض حديث ابن شهاب. انظر: (التمهيد، حديث ثالث وأربعون لزيد بن أسلم مرسل).

(١) إن الله قبض أرواحنا: زاد أبو داود من حديث ذى مخبر: ثم ردها إلينا. وله من حديث أبي قتادة: وإن الله قبض أرواحكم حين شاء وردها حين شاء. وللبخاري من حديث أنس: وإن هذه الأرواح عارية في أجساد العباد يقبضها ويرسلها إذا شاء. قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام: في كل جسد روحان: إحداهما: روح اليقظة التي أجرى الله العادة أنها إذا كانت في الجسد كان الإنسان مستيقظًا، فإذا خرجت من الجسد نام الإنسان ورأت تلك الروح المنامات، والأخرى: روح الحياة التي أجرى الله العادة أنها إذا كانت في الجسد كان حيًا، فإذا فارقت مات، فإذا رجعت إليه حي، قال: وهاتان الروحان في باطن الإنسان لا يعرف مقرهما إلا من أطلعه الله على ذلك فهما كحنينين في بطن امرأة واحدة، قال: ولا يبعد عندي أن تكون الروح في القلب، قال: ويدل على وجود روحى الحياة واليقظة قوله تعالى: ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا﴾ تقديره: ويتوفى الأنفس التي لم تمت أجسادها في منامها، فيمسك الأنفس التي قضى عليها الموت عنده، ولا يرسلها إلى أجسادها، ويرسل الأنفس الأخرى وهي أنفس اليقظة إلى أجسادها إلى انقضاء أجل مسمى وهو أجل الموت، فحينئذ تقبض أرواح الحياة وأرواح اليقظة جميعًا من الأجساد. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢٨).

٢٥٨ وقوت الصلاة

«إِنَّ الشَّيْطَانَ أَتَى بِلَالًا وَهُوَ قَائِمٌ يُصَلِّي، فَأَضْجَعَهُ فَلَمْ يَزَلْ يُهْدِئُهُ^(٢)، كَمَا يُهْدِئُ الصَّبِيَّ حَتَّى نَامَ». ثُمَّ دَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِلَالًا فَأَخْبَرَ بِلَالًا، رَسُوْلَ اللَّهِ ﷺ مِثْلَ الَّذِي أَخْبَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبَا بَكْرٍ. فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: أَشْهَدُ أَنَّكَ رَسُولُ اللَّهِ.

الشرح: ذكر جماعة من الناس أن حديث زيد بن أسلم وسعيد بن المسيب عن صلاة واحدة ومعنى الحديثين متقارب في أكثر ألفاظها.

وقوله: «فركبوا حتى خرجوا من ذلك الوادي»، ليس بمخالف لقوله في حديث سعيد: «فاقتادوا»، إلا أنه يحتمل أن يكون أمرهم بذلك على التخيير، فركب بعضهم واقتاد بعضهم.

وقوله: «فأمرهم أن ينزلوا وأن يتوضئوا» يحتمل أن يكون هو الأذان المذكور في حديث عمر بن حصين.

وقوله: «وأمر بلالا أن يؤذن أو يقيم»، شك من الراوى، وليس على معنى التخيير : لأنه لا خلاف بين الناس في نفي التخيير.

وقوله: «إن الله قبض أرواحنا ولو شاء لردها إلينا في حين غير هذا» على سبيل التأنيس لهم والرفق بهم.

وقد روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ طرده وفاطمة بنت النبى ﷺ ليلة، فقال: «ألا تصليان؟»، فقلت: يا رسول الله، أنفسنا بيد الله، فإذا شاء أن يبعثها بعثها، فانصرف حين قلت ذلك، ولم يرجع إلى بشيء، ثم سمعته وهو يولى يضرب فخذه ويقول: «وكان الإنسان أكثر شيء جدلاً» [الكهف: ٥٤]، وإنما أراد رسول الله ﷺ أن يتأسف على من فاته ذلك ويشق ولا يخف عليه ويسهل فوات ما فاته من العبادة لأن الأجر الجزيل يحصل للمتأسف على ذلك.

وذكر في حديث زيد بن أسلم «الروح» فقال: إن الله قبض أرواحنا، وذكر في حديث سعيد بن المسيب «النفس»، وقال: أخذ بنفسى الذى أخذ بنفسك. قال الشيخ

(٢) وأما قوله: يهدئه كما يهدئ الصبي، فمعناه يسكنه ويعلله حتى نام؛ وروى أهل الحديث هذه اللفظة بترك الهمز، وأصلها الهمز عند أهل اللغة. قال إبراهيم بن هرمة:
خود تعاطيك بعد رقدتها إذا تلاقى العيون مهدؤها
انظر: (التمهيد، حديث ثالث وأربعون لزيد بن أسلم مرسل).

وقوت الصلاة ٢٥٩

أبو محمد: النفس والروح شيء واحد، وكذلك قال القاضي أبو بكر والقاضي أبو جعفر السمناني وأبو عمران الفاسي وعليه جماعة أهل السنة، ويؤيد ما ذهبوا إليه الأخبار في هذين الحديثين على معنى واحد، مرة باسم النفس، ومرة باسم الروح.

فصل: وقوله: «فليصلها كما كان يصلها في وقتها»، يريد أن يفعل فيها من تمام الركوع والسجود وأداء الفرائض وسائر الاحكام وما كان يفعله في وقتها.

فصل: وقوله: «ثم التفت رسول الله ﷺ إلى أبي بكر، فقال: إن الشيطان أتى بلالاً»، الخبر إظهار لنبوته وإنبائه بما أطلعه الله عليه من علم غيبه بما ينفرد الناس به من أحوالهم ولا طريق إلى معرفته إلا لمن أطلعه الله عليه بالوحي، ثم دعا رسول الله ﷺ بلالاً ليريهم تحقيق ما أخبرهم به مما انفرد بلال بعلمه من حال نفسه، فأخبر بلال رسول الله ﷺ بمثل ما أخبر به رسول الله ﷺ أبا بكر.

وقوله: «يهدئه» من أهدأت الصبي إذا ضربت بيدك عليه رويداً لينام.

وقول أبي بكر: «أشهد أنك رسول الله» استدامة الإيمان وإظهار لما تجدد في نفسه من قوته بظهور الآيات على يدي رسول الله ﷺ.

* * *

النهى عن الصلاة بالهجرة

٢٦ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ:

٢٦ - أخرجه البخاري ٢٢٥/١ كتاب مواقيت الصلاة، باب الإبراد بالظهر في شدة الحر، عن أبي هريرة. ومسلم بكتاب المساجد باب ٣٢، ٤٣٠/١ عن أبي هريرة. والترمذي ج١/٢٦٨ رقم ١٥٨ عن أبي ذر بكتاب الصلاة، باب ما جاء في تأخير.. إلخ. والنسائي ٢٤٩/١ عن أبي هريرة. وأبو داود بكتاب الصلاة، باب ٤ ج١/١٠٨ عن أبي هريرة رقم ٤٠٢. وابن ماجه ٢٢٢/١ كتاب الصلاة، باب ٤ رقم ٦٧٧ عن أبي هريرة. وأحمد ٢٥٦/٢ عن أبي هريرة. والبيهقي في السنن الكبرى ٤٣٨/١ كتاب الصلاة، باب تأخير الظهر، عن زيد بن وهب. وابن حزيمة ٣٢٨/١: ١٧٠/١ عن أبي هريرة. وابن حبان ج٢/٣٠ عن أبي ذر. والبخاري بشرح السنة ٢٠٢/٧ عن أبي ذر. وابن أبي شيبة ٣٢٤/١ عن أبي ذر، كتاب الصلاة. باب من كان يرد بها.. إلخ، عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار، قال ابن العربي: هذا من مراسيل عطاء التي تكلم الناس فيها، وقال ابن عبد البر: يقويه الأحاديث المتصلة التي رواها مالك وغيره من طرق كثيرة.

«إِنَّ شِدَّةَ الْحَرِّ مِيزَ فَيْحٍ^(١) جَهَنَّمَ، فَإِذَا اشْتَدَّ الْحَرُّ فَأَبْرِدُوا عَنِ الصَّلَاةِ» وَقَالَ: «اشْتَكَّتِ النَّارُ إِلَى رَبِّهَا فَقَالَتْ: يَا رَبِّ، أَكَلَّ بَعْضِي بَعْضًا فَأَذِنَ لَهَا بِنَفْسَيْنِ^(٢) فِي كُلِّ عَامٍ، نَفْسٍ فِي الشِّتَاءِ وَنَفْسٍ فِي الصَّيْفِ^(٣)».

الشرح: الفيح سطوع الحر، فأخبر ﷺ أن لجهنم فيحًا، وأن شدة الحر من ذلك الفيح، وأمر بالإبراد بالصلاة عند شدة الحر، ومعنى ذلك أن يؤخر فعلها إلى أن يبرد وقتها.

(١) إن شدة الحر من فيح جهنم: بفاء مفتوحة وياء تحتية ساكنة وحاء مهملة، والفوح بواو سطوع الحر وانتشاره، واختلف هل هذا على حقيقته، فقال الجمهور: نعم، وقيل: إنه كلام خرج مخرج التشبيه، أى كأنه نار جهنم فى الحر فاجتنبوا ضرره. قال القاضى عياض: كلا الوجهين ظاهر وحمله على الحقيقة أولى، وقال النووى: إنه الصواب لأنه ظاهر الحديث ولا مانع يمنع من حمله على حقيقته، فوجب الحكم بأنه على ظاهره.

وجهنم: قال يونس وغيره: اسم أعجمى، ونقله ابن الأنبارى عن أكثر النحويين، وقيل: عربى، ولم يصرف للتأنيث والعلمية، وفى المحكم سميت بذلك لبعدها من قولهم بعيدة القمر، وفى الموعب عن أبى عمرو: جهنم اسم للغليظ، وفى المغيث لأبى موسى المدنى: جهنم تعريب كهنام بالبرانية. انظر: (تنوير الحوالك ص ٢٨، ٢٩).

(٢) فأذن لها بنفسين: بفتح الفاء، قال القرطبي: النفس التنفس. وقال غيره: وأصله الروح، وهو ما يخرج من الجوف، ويدخل فيه من الهواء فشبه الخارج من حرارة جهنم بردها إلى الدنيا بالنفس الذى يخرج من جوف الحيوان. وقال ابن العربى: فى الحديث إشارة إلى أن جهنم مطبقة محاط عليها بجسم يكتنفها من جميع نواحيها، قال: والحكمة فى التنفيس عنها إعلام الخلق بتميز جهنم منها. قلت: وقد روى الطبرانى فى الكبير بسند حسن عن ابن مسعود قال: وتطلع الشمس من جهنم فى قرن شيطان فما ترتفع من قسبة إلا فتح باب من أبواب النار، فإذا اشتد الحر فتحت أبوابها كلها، وهذا يدل على أن التنفس يقع من أبوابها وعلى أن شدة الحر من فيح جهنم حقيقة.

(٣) نفس فى الشتاء ونفس فى الصيف: هما بالجر على البدل أو البيان ويجوز الرفع، ولمسلم زيادة: وفما ترون من شدة البرد فذلك من زمهرها، وما ترون من شدة الحر فهو من سموها أو قال: من حرها. قال القاضى عياض: قيل: معناه إنها إذا تنفست فى الصيف قوى لهب تنفسها حر الشمس، وإذا تنفست فى الشتاء دفع حرها شدة البرد إلى الأرض. وقال ابن عبد البر لفظ الحديث يدل على أن نفسها فى الشتاء غير الشتاء، ونفسها فى الصيف غير الصيف. وقال ابن التين: فإن قيل: كيف يجمع بين البرد والحر فى النار؟ فالجواب: أن جهنم فيها زوايا فيها نار وزوايا فيها زمهرير وليست محلا واحداً يستحيل أن يجتمعا فيه. وقال مغلطاي: لقائل أن يقول: الذى خلق الملك من ثلج ونار قادر على جمع الضدين فى محل واحد. قال وأيضاً فالنار من أمور الآخرة، والآخرة لا تقاس على أمر الدنيا.

وقوت الصلاة ٢٦٩

وقوله: «اشتكت النار إلى ربها، فقالت: يا رب أكل بعضى بعضًا»، يهتمل وجهين، الحقيقة وهو أن يخلق لها حياة وكلامًا فتتكلم بذلك، والثاني المجاز كقول الشاعر:

شكى إلى جملى طول السرى

وقوله: «أكل بعضى بعضًا» يريد بذلك كثرة حرها وأنها تضيق بما فيها ولا تجد ما تأكله وتحرقه حتى يعود بعضها على بعض.

وقوله: «فأذن لها بنفسين في كل عام» يريد أنه أذن لها أن تتنفس فيخرج عنها بعض ما تضيق به من أنفاس حرها وزمهريرها، أعادنا الله برحمته منها.

وفى هذا الحديث من معنى الإبراد مسألة وقت استحباب الصلاة، وذلك أنا حددنا أوقات الصلوات وبيننا فضيلة أوقاتها بما يغنى عن إعادتها وبقي علينا الكلام فى الفضائل التى ترد على فضيلة أول الوقت، فتكون لها الفضيلة فى نوع من التأخير، ولأصحابنا فيه أقاويل نحن نذكر منها ما يعول عليه ثم نخلص معانيها، إن شاء الله، وذلك أن ابن القاسم روى عن مالك فى كتاب الصلاة من المدونة أنه قال: أحب إلى أن يصلى الناس الظهر فى الشتاء والصيف، والفيء ذراعًا.

وقال ابن حبيب: أول الوقت أحب إلينا فى الأوقات كلها للعامه فى ذات أنفسها، فأما الأئمة فى المساجد والجماعات، فذلك على ما هو أرفق بالناس، ويستحب فى الصيف تأخير الظهر إلى وسط الوقت وما بعده قليلاً لأن الناس يقلون ويستحب تعجيلها فى الشتاء فى أول الوقت حين تميل الشمس عن أفق المواجه للقبلة لأن الناس لا يقلون.

وقال ابن وهب، عن مالك: إنه كره تعجيل الصلاة لأول الوقت، قال عنه ابن القاسم: ولكن بعدما يتمكن ويذهب بعضه، فمعنى التأخير الذى حكاه ابن القاسم ليس من معنى الإبراد فى شىء، وإنما هو لأجل اجتماع الناس، فحصل فى صلاة الظهر تأخيران، أحدهما: لأجل الجماعة، وذلك يكون فى الصيف والشتاء فى المساجد ومواضع الجماعات، دون الرجل يصلى فى خاصة نفسه، فإنه يستحب له تقديم الصلاة فى أول الوقت إذ هو الأفضل على ما تقدم، والتأخير الثانى بمعنى الإبراد، وهو يختص بوقت الحر دون غيره من الأوقات ويستوى فيه الجماعة والفذ.

فوقت التأخير لأجل الجماعة إلى أن يفيء ذراعًا، ووقت التأخير لأجل الإبراد أكثر من ذلك، ويصح أن يكون إلى نحو الذراعين، وقد فسر ذلك أشهب، وذلك أنه

٢٦٢ وقوت الصلاة

قال: تأخير الظهر في الصيف والشتاء إلى أن يفىء الفىء ذراعاً، ثم قال ياتر ذلك: وهذا في غير الحر، فأما في الحر، فالإبراد بها أحب إلينا ولا يؤخر وقتها. ووجه ما ذكره من الإبراد الحديث المتقدم بالأمر به.

ومن جهة المعنى أن المصلي مندوب إلى الخشوع في الصلاة والإكمال لركوعها وسجودها وغير ذلك من أفعالها وأقوالها، وشدة الحر تمنع من استيفاء ذلك من الصلاة على هذه الحال كما منع من الصلاة بالحلقن الذي يمنع الخشوع وإتمام الأقوال والأفعال وكما أمر بتقديم العشاء بحضرة الصلاة لهذا المعنى، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهل يبرد بصلاة العصر أم لا؟ قال أشهب: أحب إلى أن يزيد المصلي ذراعاً على القامة ولا سيما في الحر. وقال ابن حبيب: وقتها واحد تعجل ولا تؤخر إلا في الجمعة، فإنه يعجل بها أكثر من سائر الأيام.

وجه ما قاله أشهب، أن هذه صلاة رباعية من صلوات النهار، فثبت فيها الإبراد وانتظار الجمعة كالظهر.

ووجه قول ابن حبيب، أن العصر يكون في وقت يخف الحر ويطرأ على الناس وهم متأهبون للصلاة، وكان المستحب تقديمها كالمغرب، وأما المغرب فلا خلاف في استحباب تعجيلها وإنما الاختلاف في جواز تأخيرها، وقد تقدم ذكره.

مسألة: وأما العشاء الآخرة، فقال ابن القاسم، عن مالك: يستحب أن يؤخر بعد مغيب الشفق قليلاً. وقال ابن حبيب: يؤخر في الشتاء قليلاً لطول الليل ويؤخر أكثر من ذلك في رمضان توسعة على الناس في إفطارهم، وقد تقدم ذكره، وجملة ذلك أن فعل الصلاة في أول وقتها عند مالك أفضل، وإنما يستحب التأخير لمعان توجب ذلك وقد تقدم بيانها.

٢٧ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

٢٧ - أخرجه البخارى كتاب مواقيت الصلاة برقم ٥٣٤، ٥٣٧. ومسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة برقم ٦١٥، ٦١٧. والترمذى كتاب الصلاة برقم ١٤٥. والنسائى كتاب المواقيت برقم ٥٠٠. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٤٠٢. وابن ماجه كتاب الصلاة برقم ٦٧٧، ٦٧٨. وأحمد بالمسند برقم ٧٠٩٠، ٧٢٠٥، ٧٤٢٤، ٧٥٥٨، ٧٦٦٥، ٧٧٧٠، ٧٧٧٠، ٧٧٧٠، ٧٧٧٠. والدارمى كتاب الصلاة برقم ١٢٠٧. وكتاب الرقاق برقم ٢٨٤٥. والبيهقى بالسنن الكبرى ٤٣٧/١ عن أبى هريرة بكتاب الصلاة، باب تأخير الظهر.. إلخ، وعبدالرزاق بالمصنف برقم=

وقوت الصلاة ٢٦٣

قَالَ: «إِذَا اشْتَدَّ الْحَرُّ فَأَبْرِدُوا عَنِ الصَّلَاةِ، فَإِنَّ شِدَّةَ الْحَرِّ مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ».

الشرح: أمر النبي ﷺ بالإبراد، وعلل ذلك بأن شدة الحر من فيح جهنم، وذكر أن للنار نفسين، نفس في الشتاء، ونفس في الصيف، ولم يأمر بتأخير الصلاة في شدة البرد، فلا يتعلق به حكم التأخير.

والأصل في ذلك ما رواه أبو خلدة عن أنس: كان النبي ﷺ إذا اشتد البرد، بكر بالصلاة، وإذا اشتد الحر أبرد بالصلاة. ومن جهة المعنى أنه لا رفق بتأخيرها، بل الرفق في تقديمها؛ لأن تأخيرها يزيد المانع من إتمامها بتزايد البرد كما تمكن العشى وقرب الليل، والله أعلم.

* * *

النهى عن دخول المسجد بريح النوم

٢٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ:

٢٠٤٩ = ٥٤٢/١ حـ عن أبي هريرة. وابن خزيمة برقم ٣٢٩ عن أبي هريرة جـ ١٧٠/١، والطبراني في الصغير ١٣٧/١ عن أبي هريرة. والبخاري بشرح السنة ٢٠٤/٢ عن أبي هريرة. وذكره الزيلعي بنصب الراية ٢٤٥/١ في كتاب الصلاة، باب المواقيت عن أبي هريرة. ٢٨ - أخرجه مسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة برقم ٥٦٣. وابن ماجه برقم ١٠١٥. وأحمد بالمسند برقم ٧٥٢٩، ٧٥٥٥.

وهكذا هو في الموطأ عند جميعهم مرسل، إلا ما رواه محمد بن معمر، عن روح بن عبادة، عن صالح بن أبي الخضر، ومالك بن أنس، عن الزهري، عن سعيد، عن أبي هريرة، مرة موصولاً. وقد وصله معمر، ويونس وإبراهيم بن سعد، عن ابن شهاب. فأما رواية معمر، فذكرها عبدالرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أكل من هذه الشجرة - يعني النوم - فلا يؤذينا في مسجدا».

وذكره البخاري، عن مسدد، عن يحيى، عن عبيد الله. قال البخاري: وحدثنا أبو معمر، حدثنا عبدالوارث، عن عبدالعزيز، قال: سأل رجل أنس بن مالك: ما سمعت من نبي الله ﷺ في النوم؟ فقال: قال النبي ﷺ: من أكل من هذه الشجرة فلا يقربنا ولا يصلين معنا. وحدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا أحمد ابن حنبل، قال: حدثنا يحيى عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبي ﷺ قال: «من أكل من هذه الشجرة فلا يقربن المساجد».

وذكره ابن وهب، عن يونس، عن ابن شهاب كذلك سواء مسنداً. وحدثنا أحمد بن عبدالله بن محمد، قال: حدثنا مسلمة بن القاسم، قال: حدثنا أبو عبدالله =

«مَنْ أَكَلَ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ، فَلَا يَقْرُبُ مَسَاجِدَنَا، يُؤْذِنَا بِرِيحِ الثُّومِ».

الشرح: قوله: «من أكل من هذه الشجرة» لا يقتضى إباحة ولا حظراً، فقد يرد مثل هذا اللفظ في الحظر كقوله: «من غشنا فليس منا»^(١)، ويرد مثله فى الإباحة كقوله: «من دخل دار أبى سفيان فهو آمن»، وإنما ذلك شرط يتنوع معناه بتنوع جوابه.

وقوله: «فلا يقرب مساجدنا» منع لمن أكل هذه الشجرة من دخول المسجد لما فى ذلك من إذابة الناس برائحها ولما يجب من تنزيه المساجد عن كريه الرائحة، وقد بين ذلك ﷺ بقوله: «يؤذينا بريح الثوم»، وروى فى هذا الخبر «مساجدنا» على العموم، وروى «مسجدنا» على الأفراد، ولا تنافى بينهما، فثبت النهى عن دخول مسجد النبى ﷺ برواية من أفرد، وثبت النهى عن دخول جميع المساجد برواية من عم.

وليس يتناول نهيه هذا دخول المساجد وإنما يتناول دخولها برائحة الثوم، وقد علل ذلك بأن الملائكة تتأذى به، فيقال من حديث جابر عنه: «من أكل البصل والكراث

=الحسين بن إسماعيل المحاملى ببغداد، قال: حدثنا فضل الأعرج، قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم بن سعد، قال: حدثنى أبى، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ قال: من أكل من هذه الشجرة فلا يؤذينا فى مسجدينا، يعنى الثوم. قال يعقوب: وذكر أبى، عن أبيه، أنه ذكر معه الكراث والبصل.

قال ابن عبد البر: روى النهى عن أكل الثوم بألفاظ متقاربة المعانى عن النبى ﷺ جماعة، منهم: عمر بن الخطاب، وعلى بن أبى طالب، وحذيفة، وابن عمر، وجابر، وأنس، وأبو سعيد، والمغيرة بن شعبة، ومقل بن يسار، وأم أيوب. فأما حديث ابن عمر، فرواه عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبى ﷺ قال فى غزوة خيبر: «من أكل من هذه الشجرة - يعنى الثوم - فلا يقرب مسجدينا».

وقال ابن عبد البر: اختلف العلماء فى معنى هذا الحديث، فقال بعضهم: إنما خرج النهى عن مسجد النبى ﷺ من أجل جبريل - عليه السلام - ونزوله فيه على النبى ﷺ. وقال آخرون، وهم الأكثرون: مسجد النبى ﷺ وسائر المساجد غيره فى ذلك سواء، وملائكة الوحى فى ذلك وغيرها سواء، لأنه قد أخبر أنه يتأذى منه بنو آدم، وقال: إن الملائكة تتأذى بما يتأذى منه بنو آدم. وقال: يؤذينا بريح الثوم، ولا يخل أذى الجليس المسلم حيث كان. انظر: (التمهيد باب النهى عن دخول المسجد بريح الثوم وتغطية الفم، حديث تاسع لابن شهاب، عن سعيد ابن المسيب مرسل).

وذكره بالكنز ٢٦٨/١٥ برقم ٤٠٩١٨ وعزاه إلى مسلم، وابن ماجه، عن أبى هريرة.

(١) أخرجه مسلم فى صحيحه حديث رقم (١٠١) من حديث أبى هريرة.

وقوت الصلاة ٢٦٥

والثوم فلا يقربن مسجدنا، فإن الملائكة تتأذى مما يتأذى به بنو آدم».

وفى هذا مسألتان، إحداهما: الموضع الذى يمنع دخوله برائحة الثوم، والثانية: بيان ما يكره لمن أكله دخول المسجد، فأما المسألة الأولى: فإن المواضع التى يحصل فيها اجتماع الناس على ضربين، أحدهما: ما اتخذ للعبادات كالجامع والمسجد، فهذه يكره دخولها برائحة الثوم، وقد نص أصحابنا على المسجد الجامع.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: وعندى أن مصلى العيد والجنائز كذلك. وقال ابن وهب فى المبسوط: الذى يأكل الثوم يوم الجمعة، وهو ممن تجب عليه الجمعة لا أرى أن يشهد الجمعة فى المسجد ولا فى رحابه.

فرع: وهل يدخلها من أكل الثوم إذا لم يكن فيها أحد.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه لا يجوز ذلك لقوله ﷺ: «فإن الملائكة تتأذى مما يتأذى به بنو آدم».

والضرب الثانى من المواضع: ما اتخذ لغير العبادة كالأسواق ونحوها، فقد قال مالك، رحمه الله: ما سمعت بكراهية فى دخول الأسواق ممن أكل الثوم، والفرق بينهما أن المواضع المتخذة للعبادة لها حرمة يجب أن يتنزه بها عن كراهة الأرياح بخلاف المتخذة لغير العبادة، فإنه لا حرمة لها، فلو منع دخول الأسواق برائحة الثوم لكان ممنوعاً من أكله جملة لأن الأسواق بمنزلة سائر المواضع.

مسألة: وأما الروائح التى تقرب من الثوم كالبصل والفجل والكراث، فقد قال مالك فى البصل والكراث هنا مثل الثوم، وقال: إن كان الفجل يؤذى ويظهر، فلا يدخل من أكله المسجد. وروى عن مالك أنه قال: لم أسمع فى الكراث والبصل منعاً، وما أحب أن يؤذى الناس. وقال فى العتبية: وسئل عن الكراث، فقال: إنه ليكره كل ما يؤذى الناس، والصحيح أن كل الخضر الكريهة الرائحة فى ذلك كالثوم.

والدليل على ذلك ما روى عنه ﷺ أنه قال: «من أكل البصل والكراث والثوم فلا يقرب مساجدنا فإن الملائكة تتأذى مما يتأذى منه بنو آدم».

ومن جهة المعنى أن هذه رائحة يتأذى أهل المسجد بها، فأشبهت رائحة الثوم.

وقال مالك فى العتبية: إن الناس فى ذلك لمختلفون، منهم من لا توجد له رائحة إن أكله، ومنهم من تكون له الرائحة إذا أكله، فإن أكله أحد وأتى المسجد أخرج منه لما

٢٦٦ وقوت الصلاة

روى عن عمر بن الخطاب أنه قال: ثم إتكم أيها الناس تأكلون شجرتين ما أراهما إلا خبيثتين، لقد رأيت رسول الله ﷺ إذا وجد ريحهما من الرجل أمر به فأخرج إلى البقيع، من أكلهما فليتمهما نضجًا.

مسألة: وليس أكل ذلك بحرام لما روى عن أبي سعيد أنه قال: لما فتحت خيبر وقع أصحاب رسول الله ﷺ في تلك البقلة الثوم، والناس جياع، فأكلنا منها أكلاً شديداً ثم رحلنا إلى المسجد، فوجد رسول الله ﷺ الريح، فقال: «من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يغشنا في المسجد»، فقال الناس: حرمت حرمت، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فقال: «يا أيها الناس، ليس في تحريم ما أحل الله، ولكنها شجرة أكره ريحها» وهذا فيمن أكل ذلك نيئاً، فأما من أكله بعد الإنضاج بالنار، فلا منع فيه لحديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه: فليتمها نضجًا، ولم يخالفه أحد. ومن جهة المعنى أن رائحته تذهب بالإنضاج فيصير بمنزلة سائر الطعام.

٢٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْمُجَبَّرِ (١) أَنَّهُ كَانَ يَرَى سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ إِذَا رَأَى الْإِنْسَانَ يُغْطِي فَاَهُ وَهُوَ يُصَلِّي جَبَدَ الثَّوْبِ عَنْ فِيهِ جَبْدًا شَدِيدًا حَتَّى يَنْزِعَهُ عَنْ فِيهِ.

الشرح: روى ابن القاسم، عن مالك في المجموعة: لا يلتثم المصلى ولا يغطي فاه، ومعنى ذلك أن الخشوع مشروع في الصلاة واللثام يناهى الخشوع لأن معناه الكبر. وقال مالك في المختصر: لا يطوف رجل ملثمًا ولا امرأة متنقبة. قال الشيخ أبو بكر: وذلك لأن الطواف بالبيت صلاة، فلا يجوز أن يفعل الرجل والمرأة في الطواف إلا ما يجوز لهما أن يفعلاه في الصلاة.

مسألة: قال ابن حبيب: لا ينبغي أن يغطي فمه ولا ذقنه ولا لحيته في الصلاة، وحكى ابن شعبان في مختصره الخلاف في تغطية الذقن عن مالك، فروى عنه أنه لا بأس به، وإنما المنع من اللثام وتغطية الوجه والقم، قال: وقد روى عنه مطرف أنه كرهه.

فوجه الرواية الأولى أن الرواية إذا منعت تغطية الوجه لم تمنع تغطية الذقن كالإحرام. ووجه رواية مطرف أنه تغطية لبعض الوجه كاللثام.

٢٩ - الحديث في الموطأ برقم ٣٠.

(١) قال في الاستذكار: عبدالرحمن بن مجبر: هو عبدالرحمن بن عمر بن الخطاب وإنما قيل له

المجبر لأنه سقط فتكسر فجبر.

وقوت الصلاة ٢٦٧

مسألة: ولا تصلى المرأة متنقبة، رواه ابن وهب عن مالك. زاد ابن حبيب: ولا متلثمة، فإن فعلت، فقد روى ابن القاسم عن مالك: لا تعيد، ووجهه ما قدمناه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالتقنع في غير الصلاة مكروه للرجل، قال مالك: إلا أن يكون لحر أو برد أو غير ذلك من العذر، فلا بأس أن يتقنع للرجل بثوبه، وأما لغير ذلك فلا، وكان أبو النضر يلزمه لحر يجده، قال: ورأت سكينه أو فاطمة بنت الحسين بعض ولدها مقنعاً رأسه، فقالت: اكشف رأسك، فإن القناع ريبة بالليل ومذلة بالنهار. وقال مالك: أكرهه لغير عذر، وما علمته حراماً، ولكن ليس من لباس خيار الناس.

* * *

العمل في الوضوء

٣٠ - مَالِك، عَنْ عَمْرٍو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدِ ابْنِ عَاصِمٍ^(١)، وَهُوَ جَدُّ عَمْرٍو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ^(٢)، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: هَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تُرَبِّنِي كَيْفَ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَتَوَضَّأُ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ زَيْدِ بْنِ عَاصِمٍ: نَعَمْ، فَدَعَا بِوَضُوءٍ، فَأَفْرَغَ عَلَى يَدَيْهِ فَغَسَلَ يَدَيْهِ مَرَّتَيْنِ مَرَّتَيْنِ، ثُمَّ

٣٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٥. وأخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ١٨٥. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٣٥. والترمذى كتاب الطهارة برقم ٣٠. والنسائى برقم ٩٧، ٩٨. وأبو داود برقم ١١٨. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٤٣٤. وأحمد بالمسند برقم ١٥٩٩٦. والدارمى كتاب الطهارة برقم ٦٩٤.

(١) قال السيوطى فى تنوير الحوالك: لأبى مصعب وأكثر رواة الموطأ أن رجلا قال لعبدالله ولمعن بن عيسى عن عمرو، وعن أبيه يحيى أنه سمع أبا حسن، وهو جد عمرو بن يحيى، قال لعبدالله بن زيد. وفى موطأ محمد بن حسن عن مالك: حدثنا عمرو عن أبيه يحيى أنه سمع جده أبا حسن يسأل عبدالله بن زيد، وكذا ساقه ساجنون فى المدونة. وعند البخارى من طريق وهيب عن عمرو بن يحيى عن أبيه قال: شهدت عمرو بن أبى حسن يسأل عبدالله بن زيد. وعنده أيضاً من طريق سليمان عن عمرو بن يحيى عن أبيه قال: كان يكثر عمرو من الوضوء، فقال لعبدالله بن زيد. وفى المستخرج لأبى نعيم من طريق الداروردي عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن عمه عمرو بن أبى حسن قال: كنت كثير الوضوء، فقلت لعبدالله بن زيد. قال الحافظ ابن حجر: والذى يجمع هذا الاختلاف أن يقال: اجتمع عند عبدالله بن زيد أبو حسن الأنصارى وابنه عمرو وابن يحيى، فسألوه عن صفة الوضوء، وتولى السؤال منهم له عمرو بن أبى حسن، فحيث نسب إليه السؤال كان على الحقيقة، وحيث نسب إلى أبى حسن، فعلى المجاز لكونه الأكبر، وكان حاضراً، وحيث نسب ليحيى، فعلى المجاز أيضاً لكونه ناقل الحديث، وقد حضر السؤال، قال: ويؤيده ما فى رواية الإسماعيلى من طريق خالد الواسطى عن عمرو بن يحيى عن أبيه قال: قلنا لعبدالله، فإنه يشعر بأنهم اتفقوا على سؤاله.

(٢) وهو جد عمرو بن يحيى قال ابن عبد البر هكذا فى الموطأ عند جميع رواته، وانفرد به مالك ولم يتابعه عليه أحد، ولم يقل أحد من رواة هذا الحديث فى عبدالله بن زيد بن عاصم إنه جد عمرو بن يحيى المازنى إلا مالك وحده، فإنه عمرو بن يحيى بن عمارة بن أبى حسن المازنى الأنصارى لا خلاف فى ذلك، ولجده أبى حسن صحبة فيما ذكر بعضهم، فعسى أن يكون جده لأمه.

تَمَضَّمَضَ وَأَسْتَنْثَرَ ثَلَاثًا، ثُمَّ غَسَلَ وَجْهَهُ ثَلَاثًا، ثُمَّ غَسَلَ يَدَيْهِ مَرَّتَيْنِ مَرَّتَيْنِ إِلَى الْمِرْفَقَيْنِ، ثُمَّ مَسَحَ رَأْسَهُ بِيَدَيْهِ، فَأَقْبَلَ بِهِمَا وَأَذْبَرَ، بَدَأَ بِمُقَدِّمِ رَأْسِهِ، ثُمَّ ذَهَبَ بِهِمَا إِلَى قَفَاةِ، ثُمَّ رَدَّهُمَا حَتَّى رَجَعَ إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي بَدَأَ مِنْهُ ثُمَّ غَسَلَ رِجْلَيْهِ (٣).

الشرح: قوله: «وهل تستطيع أن تريني كيف كان وضوء رسول الله ﷺ؟» سؤال له، هل حفظ وضوء رسول الله ﷺ حفظاً يمكن أن يريه إياه على صفته وجميع هيئاته، ولا يقتصر على ما يجزئ من الوضوء. والوضوء بضم الواو، هو الفعل، والوضوء بفتحها هو الماء. وحكى عن الخليل الوضوء بالفتح فيهما.

فصل: وقوله: «فأفرغ على يده»، لا يخلو وضوء عبدالله بن زيد هذا أن ينوى به مع التعليم استباحة عبادة أو لا ينوى به غير التعليم، فإن كان نوى به استباحة عبادة، فإنه يستباح به الصلاة وغيرها، وإن لم يرد به إلا التعليم، فإنه لا يستباح به صلاة ولا غيرها،

(٣) وقال ابن عبدالبر في التمهيد: وأما ما في هذا الحديث من المعاني، فأول ذلك غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء مرتين.

وأما قوله: ثم مضمض واستنثر ثلاثاً، فالثلاث في ذلك وفي سائر أعضاء الوضوء أكمل الوضوء وأتمه، وما زاد فهو اعتداء، ما لم تكن الزيادة لتتمام نقصان، وهذا ما لا خلاف فيه، والمضمضة معروفة، وهي أخذ الماء بالفم من اليد وتحريكه في الفم هي المضمضة، وليس إدخال الإصبع وذلك الأسنان بها من المضمضة في شيء، فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل، وقال: فأما الاستنثار والاستنشاق، فمعناهما واحد متقارب، إلا أن أخذ الماء بريح الأنف هو الاستنشاق والاستنثار رد الماء بعد أخذه بريح الأنف أيضاً، وهذه حقيقة اللفظين، وقد كان مالك يرى أن الاستنثار أن يجعل يده على أنفه ويستنثر.

وأما غسل الوجه ثلاثاً فهو الكمال، والغسلة الواحدة إذا عمت تجزئ بإجماع العلماء؛ لأن رسول الله ﷺ توضأ مرة مرة، ومرتين مرتين، وثلاثاً ثلاثاً، وهذا أكثر ما فعل من ذلك ﷺ، وتلقت الجماعة ذلك من فعله على الإباحة والتخيير؛ وطلب الفضل في الثنتين والثلاث، لا على أن شيئاً من ذلك نسخ لغيره منه، فقف على إجماعهم فيه؛ والوجه مأخوذ من المواجهة، وهو من منابت شعر الرأس إلى العارض والذقن والأذنين، وما أقبل من اللحيين.

وقد اختلف في البياض الذي بين الأذن والعارض في الوضوء، فروى ابن وهب، عن مالك قال: ليس ما خلف الصدغ الذي من وراء شعر اللحية إلى الأذن من الوجه.

وقال الشافعي: يغسل المتوضئ وجهه من منابت شعر رأسه إلى أصول أذنيه، ومنتهى اللحية إلى ما أقبل من وجهه وذقنه؛ فإن كان أمرد، غسل بشرة وجهه كلها؛ وإن نبتت لحيته وعارضاه، أفاض على لحيته وعارضيه، وإن لم يصل الماء إلى بشرة وجهه التي تحت الشعر، أجزأه إذا كان شعره كثيراً. انظر: (التمهيد، حديث أول لعمر بن يحيى، متصل صحيح).

٢٧٠ الطهارة

وكذلك من نوى بوضوئه تعلم الوضوء، وهو فى العتبية عن ابن القاسم.

وروى عن سفيان الثورى أنه قال: من علم غيره الوضوء أجزاء، ومن علمه التيمم لم يجزه حتى ينويه لنفسه، وهذا مبنى على أن التيمم يفتقر إلى النية دون الوضوء، وما قدمناه عن ابن القاسم مبنى على افتقار الوضوء إلى النية.

فصل: وقوله: «فغسلهما مرتين مرتين»، يريد أنه نظفهما بذلك قبل إدخالهما فى وضوئه، واختلف أصحاب مالك فى صفته، فروى أشهب عن مالك أنه استحب أن يفرغ على يده اليمنى فيغسلها ثم يدخلها فى إنائه، ثم يصب على اليسرى. وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم: أحب إلى أن يفرغ على يديه فيغسلهما. كما جاء فى الحديث.

فوجه رواية أشهب قوله فى حديث عبدالله بن زيد: «فغسلهما مرتين مرتين»، وهذا يقتضى إفراد كل واحدة منهما بالغسل مرتين، ولو غسلهما جميعاً لقال: فغسل يديه مرتين.

ومن جهة المعنى أن ذلك أيسر لأنه يتناول يسراه إلقاء فيفرغ بها على يمينه، فإذا غسلها أدخلها فى الإناء فصب بها على يسراه.

ووجه آخر، وهو أن هذا يجب أن يبنى على أن غسل اليدين قبل إدخالهما فى الإناء طريقة العبادة ومن حكم الأعضاء فى طهارة العبادة أن يستوعب تكرار غسل اليمنى قبل أن يبدأ بغسل اليسرى.

ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم أن غسل اليد قبل إدخالها فى الإناء إنما هو على معنى التنظيف بما عسى أن يكون علق بها من أوساخ البدن والعرق وغسل اليدين ببعضهما ببعض أنظف لهما وأبلغ فى إزالة ما يقدر تعلقه بهما.

فصل: وقوله: «مرتين»، دليل على أن الغسل للعبادة دون النجاسة؛ لأن غسل النجاسة لا يعتبر فيه العدد، وإنما يعتبر العدد فيما يغسل عبادة كأعضاء الوضوء، والعدد المشروع فى ذلك اثنان وثلاثة للحديث المتقدم.

ولحديث عبدالله بن سفيان، عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده فى الإناء حتى يغسلها ثلاثاً، فإنه لا يدري أين باتت يده».

فصل: وقوله: «ثم مضمض واستنثر ثلاثاً»، المضمضة ليست بواجبة عند مالك فى

الطهارة ٢٧١
الطهارة الصغرى، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال ابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل:
هي واجبة فيها.

والدليل على ما نقوله، أن هذا عضو باطن في أصل الخلق، فلم يجب إيصال الماء إليه
في الوضوء كداخل العينين.

فصل: وقوله: «غسل وجهه ثلاثاً»، غسل الوجه فرض في الطهارة، وله أبواب في
الغسل والمغسول به والمغسول يجب بيانها.

* * *

باب في بيان غسل الوجه

فأما الغسل، فإن ابن القاسم حكى عن مالك أنه لم يجد في الوضوء شيئاً، ومعنى
ذلك أنه لم يجد فيه حدّاً لا يجوز التقصير عنه ولا تجوز الزيادة عليه، وأما تحديد فرضه
ونقله، فمعلوم من قول مالك وغيره، ولا خلاف فيه نعلمه، وذلك أن الفرض في
الوضوء مرة.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا
وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦]، والأمر بالغسل أقل ما يقتضى فعله مرة
واحدة لأنه أقل ما يسمى به غاسلاً لأعضاء الوضوء.

وقد روى عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ توضأ مرة مرة، وأما النقل فمرتين
وثلاثاً. وقد روى عبدالله بن زيد أن النبي ﷺ توضأ مرتين مرتين.

وروى عن عثمان أنه أراهم وضوء رسول الله ﷺ فتوضأ ثلاثاً ثلاثاً، وهو أكمل
الوضوء وأتمه، وهو حد للفضيلة.

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ توضأ ثلاثاً ثلاثاً، ثم
قال: «هذا الوضوء فمن زاد على هذا فقد أساء وتعدى وظلم».

وروى عنه عبدالله بن عمر أنه توضأ ثلاثاً ثلاثاً، وقال: «هذا وضوئي ووضوء
الأنبياء قبلي»، وليست الآثار في ذلك بالقوية إلا أن الفقهاء اتفقوا على العمل بها.

* * *

باب فى بيان المغسول به

وأما المغسول به، وهو الماء، فإن المشزوع منه ما يكفى ويصح به الغسل، ومقدار ذلك للمتوضىء مقدار مد بمد النبى ﷺ، وللمغتسل صاع، وسيأتى بيانه إن شاء الله.

مسألة: وفرضه أن يكون العضو المغسول به مع إمرار اليد بأن ينقل باليد أو ينزل عليه من مطر أو غير ذلك من الوجوه، وأما أن يتناول بيده ثم يرسله ثم يمرها على العضو المغسول، فلا يجوز لأنه مسح، وليس بغسل.

* * *

باب فى بيان المغسول

وأما المغسول وهو الوجه، فحده طولاً من منابت شعر الرأس على الوجه المعتاد إلى طرف الذقن فى الأمر، وأما الملتحى، فاختلف أصحابنا فيه، فروى عن ابن القاسم أن حده إلى آخر الشعر.

وقال سحنون: فمن لم يمر بيديه إلى آخر شعر لحيته، لم يجزه. وقال أبو بكر الأبهري: إن الفرض من ذلك ما حاذى المغسول من الوجه. وسنين ذلك بعد هذا إن شاء الله.

مسألة: فإن كانت اللحية خفيفة لا تستر البشرة وجب إيصال الماء إليها، وإن كانت كثيفة، فقد اختلف أصحابنا فى ذلك، ففى العتبية، أنه عاب تحليلها. وقال ابن حبيب: يخللها رغبة وليس بواجب. وقال محمد بن عبدالحكم: يخلل فى الوضوء، وبه قال أبو ثور.

ووجه ما قاله مالك، أن هذا شعر يستر البشرة، فلم يجب إيصال الماء إلى ما تحته كشعر الرأس.

ووجه قول ابن عبدالحكم أن هذه طهارة يغسل فيها الوجه، فوجب أن تخلل فيها اللحية كالغسل.

مسألة: وحد الوجه عرضاً فى الملتحى من الصدغ إلى الصدغ، وأما الأمر، فروى ابن وهب فى المجموعة عن مالك أنه بمنزلة الملتحى، وحكى أبو محمد بن نصر، عن متأخرى أصحابنا أن عرض الوجه فى حق الأمر ما بين الأذنين بخلاف الملتحى.

الطهارة ٢٧٣

وقال أبو حنيفة والشافعي: عرض الوجه في الأمد والملتحي ما بين الأذنين. وفي المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك مثله.

وجه القول الأول، البياض بين الصدغين والأذنين لا تقع المواجهة به، فلم يجب غسله مع الوجه في الوضوء كالقفا.

ووجه القول الثاني أنه عضو بين الأذنين في الوجه كالخدين.

مسألة: حكى الشيخ أبو محمد في نوادره أن عليه أن يغسل ما تحت مارنه وما غار من أجزائه، ومعنى ذلك أن كل ما كان ظاهراً، فإنه يجب إيصال الماء إليه، فلا يجب غسله كجرح برئ على استغوار كبير وما كان خلقاً خلق به لأنه يشق إيصال الماء إليه وغسله كموضع القطع من الكوع وأصابع القدم.

فصل: وقوله: «ثم غسل يديه مرتين مرتين إلى المرفقين»، ذكر غسل اليدين ولم يذكر الترتيب فيهما، والسنة أن يبدأ باليمنى لما روى عن مسروق، عن عائشة قالت: كان النبي ﷺ يعجبه التيامن في تنعله وترجله وطهوره وفي شأنه كله.

فصل: وقوله: «إلى المرافق»، اختلف أصحابنا في اقتضاء دخول المرفقين في الغسل مع اليدين، وقد حكى عن المبرد أنه يقتضى دخول المرفقين في الغسل لأن الحد إذا لم يستغرق المسمى وإنما حدد بعضه، فإنه يجب أن يدخل في جملة ما حد منه، كما لو قال: بعثك هذا الثوب من أوله إلى نصفه، لاقتضى ذلك اشتمال البيع على نصف الثوب.

وقال جماعة: إن «إلى» في الآية بمعنى «مع»، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢]، والصحيح من ذلك أن «إلى» لا تقتضى دخول الحد في المحدود وأنها على بابها إلى أن يدل الدليل على كونها بمعنى مع أو غير ذلك مما يصح أن يحمل عليه. وليس إذا دل الدليل على العدول بها عن ظاهرها في سائر المواضع بغير دليل، فمن ادعى دخول المرفقين في الغسل مع اليدين، وجب عليه أن يدل على ذلك من غير لفظ «إلى».

وقد اختلف الفقهاء في ذلك، فروى ابن القاسم عن مالك وجوب إدخالهما في الغسل مع اليدين، وهو المشهور من مذهب مالك، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وروى ابن نافع في المجموعة عن مالك، أنه يبلغ بالغسل إلى المرفقين وإلى الكعبين.

٢٧٤ الطهارة

وقد ذكر الاختلاف في ذلك الشيخ أبو محمد، وأنكر القاضي أبو محمد أن يكون ذلك من مذهب مالك، وقال: إنما هو من مذهب زفر بن الهذيل.

وقال أبو الفرج من أصحابنا: إن المرفقين يجب إدخالهما في الطهارة، لا على معنى أن الطهارة واجبة فيهما، ولكن على معنى أنه يجب استيعاب الذراعين إليهما ولا يتيقن ذلك لهما إلا بغسل المرفقين.

وذهب بذلك أصحابنا في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، والواجب إمساك جزء من الليل يتيقن بذلك الإمساك جميع النهار. وحكى ذلك القاضي أبو محمد عن بعض أصحابنا وأنكره، وذهب إلى أن المرفقين على الطهارة وهو الصحيح إن شاء الله.

والدليل على ذلك حديث أبي هريرة أنه غسل يده اليمنى حتى شرع في العضد، ثم ذكر بعد أن أكمل وضوءه، هكذا رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا أحد طرفي المعصم، فوجب غسله في الوضوء كالرسغ.

مسألة: فإن كان في يده خاتم، فهل عليه تحريكه أم لا؟ قال مالك في العتبية: ليس عليه تحريك الخاتم في الوضوء. وقال ابن المواز: ولا في الغسل. وقال ابن حبيب: إن كان ضيقاً فعليه تحريكه، وليس عليه ذلك إن كان واسعاً. وقال الشيخ أبو إسحاق: عليه تحريك الخاتم ضيقاً كان أو غير ضيق.

ويحتمل ما قاله مالك تعليين أحدهما: أن الخاتم لما كان ملبوساً معتاداً يستدام لبسه من غير نزاع في الغالب لم يجب إيصال الماء إلى ما تحته بالوضوء كالحفنين، والثاني أن الماء برقته مع دقة الخاتم يصل إلى ما تحته من البشرة، فلا يحتاج إلى تحريكه، فعلى هذا لا يخالف ما قاله ابن حبيب.

وقد قال محمد بن دينار فيمن يلصق بذراعيه قدر الخيط من العجين أو غيره، فلا يصل الماء إلى ما تحته فيصل بذلك، فلا شيء عليه. قال ابن القاسم: عليه الإعادة.

مسألة: وهل يلزمه تحليل أصابعه أم لا؟ قال ابن وهب في العتبية: لا بد من التحليل في أصابع اليدين، وأما أصابع الرجلين، فإن لم يخللها فلا بد من إيصال الماء إليها، وذكر نحوه ابن حبيب.

وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بمحدث لقيط بن سبرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا توضأت فأسيغ الوضوء وخلل بين الأصابع»، وإنما المراد بذلك إمرار اليدين على ما بين الأصابع على أن حك بعضها ببعض فى اليدين يجزى عن ذلك إلا أن التخليل أفضل.

وأما عفوهم عن تخليل أصابع الرجلين، فقد قال قوم من أصحابنا إن هذه رواية عن مالك فى جواز ترك إمرار اليد على أعضاء الطهارة فى الوضوء، وقد أشار مالك إلى إبداء فرق بينهما؛ لأن أصابع الرجلين ملتصقة لا يظهر ما بينهما لأنه قال فى العتبية: لا يدخل يده فى لحيته عند الوضوء، وهو مثل أصابع الرجلين.

ويؤكد هذا التأويل أن ابن حبيب قال: ليس عليه تخليل أصابع رجليه فى الوضوء، وإن تركه فى ذلك فى غسله من الجنابة أو ترك تخليل لحيته، لم يجزه.

وقد نصوا على وجوب إيصال الماء إلى ما بين الرجلين، والفرق بين ذلك وبين البشرة التى تحت اللحية أن ما بين أصابع الرجلين مستور فى أصل الخلقة وبشرة الوجه ساترها طار، فانتقل الفرض إليه.

فصل: وقوله: «ثم مسح رأسه، فأقبل بهما وأدبر»، يريد بمقدم رأسه حتى ذهب بهما إلى قفاه ثم ردهما حتى رجع إلى المكان الذى بدأ منه، اختلف الناس فى تأويل قوله: «فأقبل بهما وأدبر»، فقال قوم: معنى ذلك أن الإقبال هو إلى قفاه والإدبار إلى مقدم رأسه.

وقال أحمد بن داود من أصحابنا: إنه بدأ بناصيته ثم أقبل بيديه إلى مقدم رأسه، ثم أدبر بهما إلى قفاه ثم ردهما إلى ناصيته، وهو الموضع الذى بدأ منه، فيصير الإقبال متبعضاً، ويكون ابتداءه من وسط رأسه حتى انتهى إلى وجهه، وأيضاً فإن سنة أعضاء الوضوء أن يبدأ بطرفها، فيجب أن يجرى الرأس مجراها فى ذلك لأنه عضو من أعضاء الطهارة.

وقد قال قوم: إن الواو لا تقتضى رتبة، وأنه قدم الإقبال فى اللفظ وهو مؤخر فى العمل وهذا أصح هذه الأقوال.

فصل: وما ذكره من صفة وضوء النبى ﷺ فى مسح الرأس يقتضى ثلاثة أبواب حده وإيصال الماء إليه، واستيعابه.

باب بيان حد الرأس

أما حده، فهو منابت شعره مما يلي الوجه إلى آخر منابت شعره مما يلي القفا وفي العرض ما بين الصدغين، وهو حد منابت الشعر المضاف إلى الرأس مما يليهما، وقد حكى الشيخ أبو محمد في نوادره أن شعر الصدغين من الرأس يدخل في المسح.

قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه: ومعناه عندى ما فوق العظم من حيث يعرض الصدغ من جهة الرأس لأن ذلك الموضع يخلقه المحرم، وأما ما دون ذلك، فهو من الرأس.

وحكى القاضي أبو محمد أنه إذا كان شعر العارضين من الخفة بحيث لا يستر البشرة لزم إيصال الماء إلى البشرة، واحتج على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: ٦]، هذا يقتضى عنده أن العارض من الوجه.

قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى من موضع العظم وحيث يتدئ نبات الشعر بعرض من جهة الوجه.

* * *

باب كيفية إيصال الماء إليه

وأما إيصال الماء إليه، فهو أن ينقل بلل الماء بيده ولا يجزيه، أن يمر يديه جافتين على بلل رأسه، فإن ذلك ليس بمسح بالماء، وإنما هو مسح بيد، حكى ذلك ابن حبيب عن ابن الماجشون، والذي يتوضأ بالمطر ينصب يديه للمطر، فيمسح بالبلل رأسه، وأما الغسل فيجزئه فيه أن يمر يده على جسده بما صار فيه من ماء مطر أو غيره، قاله ابن القاسم وسحنون.

والفرق بينهما أن المسح يسير، فإذا كان على العضو المسوح لم يكن الماسح ماسحاً بالماء، وإذا كان الماء فى اليد كان ماسحاً بالماء وأما الغسل يتعلق باليد وينصرف معها على أعضاء الغسل كان فى اليد ماء أو لا لكثرتة، فيكون غاسلاً بالماء ومباشرة المسوح بالماء يجب أن تكون على وجه المسح.

فإن كان على وجه الغسل، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: يجزيه، وقال ابن حبيب: فى الخفين. ووجه ذلك أنه أتى بما عليه وزيادة ممنوعة على وجه الكراهية بمنزلة من كرر مسح الرأس.

* * *

باب استيعاب الرأس مسحًا

وأما استيعاب الرأس، فهو الفرض عند مالك، وقال محمد بن مسلمة: يجزى مسح أكثره، فإن ترك الثلث أجزاءه، وحكى العتبي عن أشهب، أن من مسح مقدم رأسه، أجزاءه. وقال أبو الفرج: إن اقتصر على مسح الثلث، أجزاءه.

وقال أبو حنيفة: الواجب قدر ثلاثة أصابع. وقال أيضًا: قدر الناصية، وهو ربع الرأس. وقال الشافعي: الفرض أقل ما يقع عليه الاسم، ولأصحابه في ذلك وجهان، منهم من قال: إن اسم الرأس ينطلق على الشعرة الواحدة. ومنهم من قال: لا ينطلق إلا على ثلاث شعرات فما زاد.

والدليل على وجوب الاستيعاب قوله تعالى: ﴿وَامْسَحُوا بِرءوسكم﴾ [المائدة: ٦]، وهذا يقتضى مسح الرأس لأن هذا اللفظ إنما يقع حقيقة على جميعه دون بعضه، وقد أمر بمسح ما يتناوله الاسم، فيجب مسح جميعه.

مسألة: وإذا كثرت المرأة شعرها بصوف أو شعر، لم يجز أن تمسح عليه لأنه لا يصل الماء إلى شعرها من أجله، وإن وصل فإنما يصل إلى بعضه، وهذا مبني على وجوب الاستيعاب.

مسألة: وأما المسترسل من الرأس، فهل يجب عليه إمرار اليدين أم لا؟ اختلف أصحابنا في ذلك، فقال أبو بكر الأبهري: لا يمسح منه إلا ما حاذى الممسوح من الرأس، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك وابن القاسم: يمسح جميعه إلى أطراف الشعر، واختاره القاضي أبو محمد، وبه قال الشافعي.

ودليلنا من جهة القياس أنه شعر ثابت على محل تجب مباشرته بالماء في الوضوء، فوجب إمرار الماء عليه كشعر الحاجبين.

مسألة: وسنة مسح الرأس مرة واحدة دون تكراره ثلاثًا، وبه قال أبو حنيفة. وروى ابن نافع عن مالك في مسح الرأس مرة أو مرتين، فقد يقل الماء فيكون مرتين، ويكثر فيكون مرة، وليس هذا من باب التكرار، وإنما هو من باب استئناف أخذ الماء لما بقى من مسح الرأس. وقال الشافعي: يكرر مسح الرأس ثلاثًا كسائر الأعضاء.

والدليل على صحة ما نقوله ما روى عن عبدالله بن زيد أنه وصف وضوء النبي ﷺ مرتين مرتين، ومسح رأسه مرة واحدة، فوجه الدليل أن عدوله فيه عن التكرار الذى فعله فى سائر الأعضاء دليل على اختلاف الحكمين.

٢٧٨ الطهارة

وما روى في حديث عبدالله بن زيد المتقدم في الموطأ أنه أقبل بهما وأدبر، فليس مما اختلفا فيه، وإنما ذلك تكرار مسح بغرفة واحدة، وإنما اختلفا في تكرار مسح ما قد مسح منه بماء قد يستأنف اغترافه كسائر الأعضاء.

وقد قال الشيخ أبو القاسم بن الجلاب: إن قوله: «فأقبل بهما وأدبر»، ولا تكرار فيه، ولكن ذهب بهما أولاً واضعاً يديه في وسط رأسه رافعاً كفيه عن فوديه، ثم ردهما رافعاً يديه عن وسط رأسه وواضعاً كفيه على فوديه ليم استيعاب الرأس في المرتين. ودليلنا من جهة القياس أنه ممسوح في الطهارة، فلم يسن فيه التكرار كالتيمم والمسح على الخفين.

مسألة: مسح شعر الرأس أصل في الطهارة، وليس ببدل، فمن مسح رأسه ثم حلقه لم يجب عليه إعادة المسح خلافاً لعبدالعزیز بن أبي سلمة، والدليل على ذلك أن هذا ظاهر من الأصل، فكان أصلاً في الطهارة كالبشرة.

فصل: وقوله: «غسل رجليه» يقتضى وجوب غسلهما لأن أفعاله ﷺ على الوجوب، وبهذا قال فقهاء الأمصار.

وقال ابن جرير الطبرى وداود: إن الفرض التخيير في المسح والغسل، والدليل على ذلك أن هذا ظاهر من الأصل، فكان أصلاً في الطهارة كالبشرة.

فصل: وقوله: «غسل رجليه»، يقتضى وجوب غسلهما لأن أفعاله ﷺ على الوجوب، وبهذا قال فقهاء الأمصار. وقال ابن جرير الطبرى وداود: إن الفرض التخيير في المسح والغسل.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة: ٦]، وهى قراءة نافع وابن عامر والكسائى وعاصم من رواية حفص عنه.

فإن قيل إنه إذا وجب غسل الرجلين لقراءة من قرأ بالنصب وجب مسحها لقراءة من قرأ بالجر، فالجواب أن هذا الذى ذهبتم إليه من التخيير غير صحيح لأن الأمر بالشىء نهى عن ضده.

وفى الأمر بالغسل نهى عن المسح كما أن فى الأمر بالمسح نهى عن الغسل، ولا يجوز أن يقال إن مجرد الأمر بهما يقتضى التخيير بينهما لأن الأمر بكل واحد منهما غير

معين، ويصرف تعينه إلى المأمور به، فكلا القراءتين حجة عليكم مما تدعونه من التخيير، لأن ظاهر القراءتين جميعاً ينفي التخيير بينهما.

فإن قيل، فإن الأمر بالشىء والنهى عنه إذا وردا على وجه فلم يعلم الآخر من الأول فيحمل أنه ناسخ له حملاً على التخيير.

والجواب أن هذا لا يجوز ولا يقول به أحد، بل إذا ورد الأمر بالشىء والنهى عنه على وجه يمكن الجمع بينهما، جمع بينهما سواء علم الآخر منهما أو لم يعلم، وإنما يحتاج إلى التاريخ أو إلى أن ينظر ما يحمل عليه إن جهل أمره على اختلاف الناس فى ذلك متى تمكن الجمع بينهما.

وهاتان القراءتان لا يمكن الجمع بينهما، بل تحمل قراءة الجر على الجواز، وهو كثير سائغ فى القرآن وكلام العرب، قال الله تعالى: ﴿يطوف عليهم ولدان مخلدون بأكواب وأباريق﴾ [الواقعة: ١٧]، إلى قوله: ﴿وحور عين كأمشال اللؤلؤ المكنون﴾ [الواقعة: ٢٣]، والخور العين لا يطاق بهن، ولكن يظن بأنفسهن كالولدان. وقال امرؤ القيس: حفيف شواء أو قديد معجل

وقال النابغة:

لم يبق إلا أسير غير منفلت أو موثق فى جبال القد مسلوب
فخفض أو موثق على الجواز، فإن قيل فإن مثل هذا يلزمكم أيضاً فإن قراءة النصب يصح أن يحمل العطف على موضع الرأس لأن موضعه النصب، وذلك مشهور شائع فى كلام العرب، قال الشاعر:

معاوى إننا بشر فاسجح فلسنا بالجبال ولا الحديد
فالجواب أن هذا الاعتراض لا يجوز لكم إيراده لأنه يقتضى المنع من الغسل، وأنتم لا تقولون به.

وجواب ثان، وهو أن العطف على الموضع إنما يجوز إذا كان المعطوف عليه يتعدى بحرف جر، وفى معنى ما يتعدى بغير حرف جر كقولك: مررت بزيد وعمرا، فمعناه لقيت زيدا وعمرا.

وأما قوله: ﴿فامسحوا براءوسكم﴾ [المائدة: ٦]، فإنه لا يتعدى إلا بحرف جر، فلا يجوز أن يعطف على موضعه. وقد ذكرنا معنى ذلك فى مسألة مسح الرأس.

وجواب ثالث، وهو أن العطف على الموضع لا يجوز إلا حيث لا يشكل، وذلك يجوز أن تقول: مررت بزيد وعمرا، لما لم يكن فى الكلام ما يصح أن يعطف عليه على اللفظ، ولو قلت: رأيت زيدا ومررت بعمرو وخالدًا، وأنت تريد العطف على موضع

عمرو لم يجز لأنه لا يعلم حيثنذ على أيهما تريد عطفه.

ووجه آخر فى العطف، وهو أن الغسل قد يسمى مسحاً لأن المسح خفيف الغسل، حكى ذلك أبو على الفارسى، قال: ولذلك يقال: تمسحت للصلاة، بمعنى توضأت، فيجوز لذلك أن يعطف على الرأس، فيكون المراد به الغسل لأن المعطوف والمعطوف عليه متى اشتركا فى لفظ ما يعطف به أحدهما على الآخر جاز العطف، وإن اختلفا فى المعنى، يدل ذلك على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٦]، فجمع بينهما فى لفظ الصلاة، وإن كانت الصلاة من البارى تعالى بمعنى الرحمة، ومن الملائكة بمعنى الدعاء.

ودليلنا من جهة السنة ما رواه مسلم، حدثنا شيبان بن فروخ وأبو كامل جميعاً عن أبى عوانة، قال أبو كامل: حدثنا أبو عوانة عن أبى بشر، عن يوسف بن ماهك، عن عبدالله بن عمرو قال: تخلف النبى ﷺ فى سفر سافرناه فأدركنا، وقد حضرت صلاة العصر، فجعلنا نمسح على أرجلنا، ونادى: «ويل للأعقاب من النار». ودليلنا من جهة القياس أنه عضو منصوص على حده، فكان فرضه فى الوضوء الغسل كاليدين.

ودليل ثان، أن هذه طهارة ترفع الحدث، فكان فرض الرجلين فيها الغسل كالطهارة الكبرى، أما هم، فأحتج من نص قولهم بما رواه يعلى بن عطاء عن أوس الثقفى «رأيت رسول الله ﷺ أتى كظامة قوم فتوضأ ومسح على قدميه». والجواب أن حديث يعلى بن عطاء هذا ليس مما يجرى مجرى الصحيح، ولو لم يكن فيه علة إلا إجتماع الرواة على مخالفته فيه لقالوا «ومسح على خفيه». وجواب ثان، وهو أنه يحمل على الخفين لأن من مسح على خفيه يجوز أن يقال: مسح على قدميه، وكذلك لو ضرب خفاً فيه رجله لجاز أن يقال: ضرب رجله، ويقال: أخذت بعضد زيد، وإنما أخذت بثوبه من فوقه.

ويحتمل أن يريد الغسل وسماه مسحاً على ما قدمناه، فنحمله على ما ذكرناه، ونجمع بينه وبين حديث عبدالله بن عمرو المتقدم على أنه لو مسح رجله لجاز أن يحمل على أنه فعله لعله مائة من الغسل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف أصحابنا فى الكعبين اللذين إليهما حد الغسل فى الوضوء، فحكى القاضى أبو محمد عن مالك فى ذلك روايتين، إحداهما: أنهما العظمان اللذان فى ظهور القدمين، وروى عن مالك أيضاً أنهما النائمات فى جانبى الساقين، وهذه الرواية هى المشهورة عن مالك، وهى الأظهر.

٣١ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا تَوَضَّأَ أَحَدُكُمْ فَلْيَجْعَلْ فِي أَنْفِهِ (١) مَاءً، ثُمَّ لِيَنْثُرْهُ (٢)، وَمَنْ اسْتَجَمَرَ (٣) فَلْيُورِثْهُ».

٣١ - أخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ١٦٦١. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٣٧. والنسائى كتاب الطهارة برقم ٨٦، ٨٨. وأبو داود برقم ٣٥. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٣٣٨، ٤٠٩. وأحمد بالمسند برقم ٧١٨٠، ٧٤٠٣، ٧٦٧٣، ٨٠١٦٠، ٨٣٩٩٩، ٨٤٦٢، ٨٥٠٨، ٨٦٢١، ٨٧٩٦. والدارمى كتاب الطهارة برقم ٦٦٢، ٧٠٣.

(١) «إذا توضع أحدكم فليجعل في أنفه»: قال ابن عبد البر: هكذا رواه يحيى: فليجعل في أنفه ثم ليستنثر ولم يقل ماء، وهو مفهوم من الخطاب؛ وهكذا وجدناه عند جماعة شيوخنا، إلا فيما حدثناه أحمد بن محمد، عن أحمد بن مطرف، عن عبيد الله بن يحيى، عن أبيه، فإنه قال فيه: فليجعل في أنفه ماء. وأما القعنبي فلم يقل: ماء، في رواية على بن عبد العزيز عن القعنبي.

ورواه أبو داود، عن القعنبي، فقال فيه: فليجعل في أنفه ماء، وكذلك رواية ابن بكير، ومعن، وجماعة عن مالك: فليجعل في أنفه ماء، وعند أكثر الرواة هو هكذا: فليجعل في أنفه ماء.

وقال أبو خليفة الفضل بن حباب القاضى البصرى، عن القعنبي في هذا الحديث: فليجعل في أنفه الماء، وهذا كله معنى واحد والمراد مفهوم؛ ورواية ورقاء لهذا الحديث، عن أبي الزناد كما روى يحيى، عن مالك، لم يقل: ماء. انظر: (التمهيد حديث ثان وعشرون لأبي الزناد).

(٢) قال ابن عبد البر: في هذا الحديث الأمر بالاستنثار بالماء عند الوضوء، وذلك دفع الماء بريح الأنف بعد الاستنشاق، والاستنشاق أخذ الماء بريح الأنف من الكف، والاستنثار دفعه، ومحال أن يدفعه من لم يأخذه، ففي الأمر بالاستنثار أمر بالاستنشاق فافهم؛ وعلى ما وصفت لك في الاستنشاق والاستنثار جمهور العلماء؛ وأصل هذه اللفظة في اللغة: القذف، يقال: نشر واستنثر بمعنى واحد؛ وذلك إذا قذف من أنفه ما استنشق مثل الامتخاط، ويقال: الجراد نثرة حوت، أى قذف به من أنفه، وقد روى ابن القاسم، وابن وهب، عن مالك قال: الاستنثار أن يجعل يده على أنفه ويستنثر، قيل لمالك: أيستنثر من غير أن يضع يده على أنفه؟ فأنكر ذلك، وقال: إنما يفعل ذلك الحمار! وسئل مالك عن المضمضة والاستنثار مرة أم مرتين أم ثلاثاً؟ فقال: ما أبالي أى ذلك فعلت، وكل ذلك جائز عند مالك وجميع أصحابه أن يتمضمض ويستنثر من غرفة واحدة. انظر: (التمهيد، حديث ثان وعشرون لأبي الزناد).

(٣) استجمر: قال القاضى عياض: قال الهروى: الاستجمر هو المسح وهي الأحجار الصغار ومنه سميت جمار الرمي. وقال ابن القصار: يجوز أن يقال أنه أخذ من الاستجمر بالبخور الذى يطيب به الرائحة وهذا يزيل الرائحة القبيحة. قال: وقد اختلف قول مالك وغيره فى معنى الاستجمر المذكور فى هذا الحديث فقيل هذا، وقيل المراد: به فى البخور أن يأخذ منه ثلاث قطع أو يأخذ ثلاث مرات تستعمل واحدة بعد أخرى، قال: والأول أظهر. وقال النووي: إنه الصحيح المعروف. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٣).

٢٨٢ الطهارة

الشرح: وقوله: «إذا توضأ أحدكم فليجعل في أنفه»، يريد الماء، وكذلك هو في بعض الروايات، ومعنى ذلك أن الاستنشاق هو وضع الماء في الأنف وجذبه بالنفس والمبالغة في ذلك مستحبة لغير الصائم، وأما الصائم فممنوع من ذلك لأن فيه تغيراً بصومه.

فصل: قوله: «ثم لينثره»، معناه ينزل الماء من أنفه يدفعه بنفسه ومن سسته أن يضع يده عند ذلك على أنفه، وقد روى ابن وهب عن مالك في المجموعة في الذي يستنثر من غير ذلك أن يضع يده على أنفه، أنه أنكره، وقال: هكذا يفعل الحمار.

فصل: وقوله: «ومن استجمر فليوتر»، اختلف مالك وأصحابه في الاستجمار، فروى سحنون في التفسير، قال: قال لنا علي بن زياد: قلت لمالك: كيف الوتر في الاستجمار؟ فقال: أما أنا فأخذ العود فأكسره ثلاث كسرة، وأستجمر بكل كسرة منهن، فإن كان العود مدقوقاً، أخذت منه ثلاث مرات.

قال علي: فكلمه في ذلك رجل من قريش، وأنا شاهد، فقال: إن العرب تسمى الاستنجاء بالحجارة من الغائط استجماراً، فرجع إلى ذلك مالك. قال علي: وقوله الأول أحب إليّ. قال سحنون: القول ما رجع إليه مالك. وقد روى عبدالرزاق عن معمر مثل قول مالك الأول.

فرع: إذا ثبت أن الاستجمار هو الاستنجاء، فقد اختلف أصحابنا في معناه، فمنهم من قال: سمي بذلك لأنه يتعلق بالأحجار، وهي الجمار. قال أبو بكر بن الأنباري: استجمر الرجل إذا تمسح بالجمار، والجمار الحجارة الصغار، وبه سميت جمار مكة.

وقال القاضي أبو الحسن: يجوز أن يقال إنه أخذ من الاستجمار بالبخور الذي تطيب به الرائحة، وهذا يزيل الرائحة القبيحة، وهذا الفصل يتعلق به ثلاثة أبواب، أحدها: وجوب إزالة النجاسة، والثاني: تمييز النجاسات من غيرها، والثالث: في اختلاف أحكامها لاختلاف محالها.

* * *

باب حكم إزالة النجاسة

فأما إزالة النجاسة، فإن أصحابنا العراقيين اختلفوا فيما حكوا عن مالك في ذلك، فحكى القاضي أبو محمد في المعونة عن مالك في ذلك روايتين، إحداهما: أن إزالتها

الطهارة ٢٨٣

واجبة وجوب الفرائض، فمن صلى بها عامداً ذاكراً أعاد أبداً، وهو الذى رواه أبو طاهر عن ابن وهب.

والثانية: أنها واجبة وجوب السنن، ومعنى ذلك أن من صلى بها عامداً أثم، ولم يعد إلا فى الوقت استحباباً، وهذا ظاهر قولى ابن القاسم وعلى الوجهين جميعاً: من صلى بها ناسياً أو غير قادر على إزالتها أجزأته صلاته، ويستحب له الإعادة فى الوقت.

وذهب القاضى أبو الحسن إلى أننا إن قلنا إنها واجبة وجوب الفرائض، أعاد الصلاة أبداً من صلى بها ناسياً أو عامداً، وإذا قلنا إنها واجبة وجوب السنن، أعاد الصلاة أبداً من صلى بها عامداً، ومن صلى بها ناسياً أو مضطراً أعاد فى الوقت استحباباً.

وقال القاضى أبو محمد مثل هذا فى شرح الرسالة، وقال فى تلقين المبتدى: إنها واجبة لا خلاف فى ذلك من قوله، وإنما الخلاف فى الإزالة، هل هى شرط فى صحة الصلاة أم لا؟ وهذا هو الصحيح عندى إن شاء الله وبالله التوفيق.

والدليل على وجوب إزالة النجاسة قوله تعالى: ﴿وَتِيَابُكَ فَطَهِّرْ﴾ [المدثر: ٤]، ولا خلاف إنه ليست هاهنا طهارة واجبة للثياب غير طهارتها من النجاسة.

فإن قيل إن الثياب هاهنا القلب، والمراد بالآية تطهيره من الشرك، ويدل على ذلك أن هذه الآية أول ما نزل من القرآن قبل الأمر بالصلاة، والوضوء، وإزالة النجاسة إنما شرع للصلاة؟

فالجواب أن اسم الثياب أظهر فى ثياب اللباس، فيجب أن يحمل على ما هو أظهر فيه، أو يحمل عليهما جميعاً لاحتماله لهما إلا أن يدل دليل على إخراج بعض ما يتناوله اللفظ من الجملة.

وأما قولهم: إن الآية نزلت قبل الأمر بالصلاة وفى ذلك دليل على أن المراد بذلك القلب، فغير صحيح لجواز أن يكون النبى ﷺ خص بذلك فى أول الإسلام وفرض عليه دون أمته.

وجواب ثان، وهو أن شرع من قبلنا شرع لنا، فيحتمل أن يكون قد اتبع فى الصلاة شرع من قبله من النبيين، فوجب ذلك باتباعهم وتأخر الأمر به بنص شرعنا عن ذلك الوقت، فلا يمتنع أن يكون قد أمر على الوجهين بتطهير الثياب للصلاة فى أول الأمر ثم ورد بعد ذلك نص الأمر بالصلاة.

٢٨٤ الطهارة

والدليل على ما قلناه من جهة السنة ما رواه البخارى حدثنا محمد بن المثنى، حدثنا محمد بن حازم، حدثنا الأعمش، عن مجاهد، عن طاوس، عن ابن عباس، قال: مر النبي ﷺ بقبرين، فقال: «إنهما ليعذبان، وما يعذبان فى كبير أما أحدهما فكان لا يستتر من البول، وأما الآخر فكان يمشى بالنميمة، ثم أخذ جريدة رطبة فشققها بنصفين فغرز فى كل قبر واحدة»، قالوا: يا رسول الله، لم فعلته؟ قال: «لعله يخفف عنهما ما لم ييبسا».

فرع: إذا ثبت ذلك، فوجه قولنا إنها ليست بشرط فى صحة الصلاة، وهو الذى يناظر عليه أصحابنا أن كل ما صحت الصلاة مع يسيره، فإنها تصح مع كثيره كدم الاستحاضة.

فإن قيل لا يجوز اعتبار الكثير باليسير لأن دم البراغيث لا يمكن الاحتراز منه، فلذلك صحت الصلاة به، وأما ما كثر من النجاسة، فإنه يمكن الاحتراز منه، فلم تصح الصلاة به كالحدث.

فالجواب أن ما قلتموه من أن يسير الدم لا يمكن الاحتراز منه، فلذلك لم تصح الصلاة به كالحدث غير صحيح على أصلكم؛ لأنه ينتقض بمن له جرح ينفجر دمًا فى الصلاة، فإن عليه عندكم إعادة الصلاة به، وإن كان لا يمكن الاحتراز منه، والفرق بين هذه الطهارة وطهارة الحدث على أصولنا أن هذه لا تجب بالشك، وطهارة الحدث تجب بالشك، فلذلك قلنا: إن طهارة الحدث شرط فى صحة الصلاة دون هذه.

ووجه الرواية الثانية، وبها قال أبو حنيفة والشافعى واختارها القاضى أبو محمد، أن هذه طهارة تجب للصلاة، فكانت شرطاً فى صحتها كطهارة الحدث.

فرع: إذا ثبت أنها شرط فى صحة الصلاة، فهل تكون شرطاً مع النسيان؟ ذهب القاضى أبو الحسن إلى أنها شرط مع الذكر والنسيان.

واستدل القاضى أبو محمد فى ذلك بما رواه أبو داود، حدثنا موسى بن إسماعيل، حدثنا حماد بن سلمة، عن أبى نعام السعدى، عن أبى نضرة، عن أبى سعيد الخدرى، قال: بينما رسول الله ﷺ يصلى بأصحابه إذ خلع نعليه فوضعهما عن يساره، فلما رأى القوم ذلك ألقوا نعالهم، فلما قضى رسول الله ﷺ صلاته، قال: «ما حملكم على إلقاء نعالكم؟» قالوا: رأيناك ألقيت نعليك، فألقينا نعالنا، فقال رسول الله ﷺ: «إن جبريل أتانى، فأخبرنى أن فيهما قدرًا، وقال: إذا جاء أحدكم المسجد فليُنظر، فإن رأى فى نعله قدرًا أو أذى فليمسحه وليصل فيهما».

الطهارة ٢٨٥

ودليلنا من جهة المعنى أن النسيان يسقط التكليف كعدم الماء، ثم ثبت وتقدر أنه لو عدم الطهارة بالماء لعدم الماء لصحت صلاته، فكذلك إذا نسى.

ووجه ما قاله أبو الحسن أنها طهارة تجب للصلاة، فكان عدمها ونسيانها سواء في إبطال الصلاة كطهارة الحدث.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن رأى نجاسة من بول أو غيره في ثوبه أو في جسده، وهو في صلاته، فروى ابن القاسم عن مالك: يقطع الصلاة، وقال ابن القاسم في المدونة: وإن كان وراء الإمام، ويتدثها بعد إزالة ذلك، وحكى أبو الفرج في جوايه إن استطاع إزالتها تمادى في صلاته.

فرع: ومن ألقى عليه في صلاته ثوب نجس، فسقط عنه مكانه، قال سحنون: أرى أن يتدث صلاة، وهذا مبنى على رواية ابن القاسم. وأما على رواية أبي الفرج، فإنه يتمادى في صلاته، ومن رآها بعد أن كملت صلاته، فإنه يعيدها مادام في الوقت ولا إعادة عليه بعد الوقت.

واختلفت الرواية عن مالك في تحديد آخر الوقت، فروى ابن القاسم أن وقت صلاتي النهار في ذلك إلى اصفرار الشمس، وروى عنه محمد بن يحيى أن وقتها إلى غروب الشمس، وهذا في صلاة العصر واضح لأن آخر وقتها المختار أن يكون ظل كل شيء مثليه، لكنه لما كان بعد ذلك إلى اصفرار الشمس وقت اختيار الصلاة تشاركها في الوقت، كان وقتاً لاستدراك فضيلتها.

فعلى هذا للظهر ثلاثة أوقات: وقت اختيار من زوال الشمس إلى أن يكون ظل الشيء مثله، ووقت استدراك فضيلته وهو إلى اصفرار الشمس أو إلى أن يصير ظل كل شيء مثليه، ووقت ضرورة وهو إلى أن يبقى قبل غروب الشمس قدر ما تختص به العصر أو إلى غروب الشمس على الخلاف في ذلك.

وأما وقت المغرب والعشاء في هذا الحكم على ما قدمناه من رواية محمد بن يحيى فيلى طلوع الفجر، وعلى رواية ابن القاسم، فيلى أن يمضى ثلث الليل، ويمضى نصفه على قول ابن حبيب، ووقت استدراك فضيلة صلاة المغرب ووقت مغيب الشفق إلى انقضاء وقت الاختيار للعشاء الآخرة.

وأما صلاة الصبح فوقتها على رواية محمد بن يحيى، إلى طلوع الشمس، وأما على رواية ابن القاسم، فإن قلنا: ليس لها وقت ضرورة، فيلى طلوع الشمس، وإن قلنا: لها

وقت ضرورة فيألى آخر وقت الاختيار، وهو الإسفار، وليس لها وقت استدراك فضيلة لأنه ليس بعدها صلاة تشاركها فى وقتها، والله أعلم وأحكم.

* * *

باب تمييز النجاسة

وأما تمييز النجاسات من غيرها، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: تمييز جنسها، والثانى: تمييز الكثير الممنوع من اليسير المرخص فيه، فأما تمييز جنسها، فإن أبوال ما لا يؤكل لحمه لتحريمه محرمة، وما لا يؤكل لحمه لكراهيته مكروهة.

قال الشيخ أبو بكر: وقد اختلف فى جواز مسحه، وأصل ذلك أن الأبوال والأرواث تابعة لأجناس اللحوم فى الطهارة والنجاسة، وعرق الدواب كلها طاهر، وأما الخمر والمسكر فتجس تعاد منه الصلاة كما تعاد من سائر النجاسات، رواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة.

مسألة: وأما تبيين قليل النجاسة من كثيرها، فتحقيق مذهب مالك أن قليل النجاسات كلها وكثيرها سواء إلا الدم، فإن قليله مخالف لكثيره.

وقال الشافعى: قليل النجاسات كلها وكثيرها سواء. وقال أبو حنيفة: قدر الدرهم من النجاسات مغفوعه، وما زاد على قدر الدرهم فمأمور بإزالته.

والدليل على ما نقوله حديث ابن عباس المتقدم وفيه: فكان لا يستتر من البول، ولم يفرق بين القليل والكثير. ودليلنا من جهة القياس أن هذه نجاسة يمكن الاحتراز منها، فوجب إزالتها كالزائد على قدر الدرهم.

والاستدلال فى هذه المسألة هو أن ما ذهب إليه أبو حنيفة فى هذه المسألة مخالف للأصول وموجب لغسل قليل النجاسة ومبيح لترك كثيرها، ذلك أنه يقول: إن النجاسة إذا كانت بقدر الدرهم، وكانت متراكمة بذلك المقدار بحيث لو بسطت لعمت جميع الثوب، فإنه لا يجب غسلها وإذا كانت أوسع من الدرهم، ولم تكن متراكمة، فإنه يجب غسلها إذا كانت أقل من الأولى.

أما هم، فأحتج من نص قولهم بأن هذه نجاسة لا تجاوز قدر الدرهم، فلم تجب إزالتها كأثر الحدث على موضع الاستنجاء.

والجواب أنه لا يجوز اعتبار سائر النجاسات بموضع الحدث، ألا ترى أن النجاسة فى

الطهارة ٢٨٧

موضع الحدث القبيل والدبر من المرأة معفو عنه، وقد زاد على قدر الدرهم، ولا يجوز مثل ذلك في سائر النجاسات.

وجواب ثان، وهو أن النجاسة في موضع النجو متكررة، لا يمكن الاحتراز منها مع عدم الماء ولا مع وجوده.

وليس كذلك فيما عاد إلى مسألتنا، فإنه ليس متكرراً تكررًا لا يمكن الاحتراز منه فوجب إزالتها كالذى يزيد على قدر الدرهم، استدلوا بأن هذه نجاسة، فلم يجب إزالة يسيرها كالدم.

والجواب أن الدم متكرر لا يمكن الاحتراز عنه، فلم تجب إزالته، وليس كذلك في مسألتنا، فإن يسيرها يمكن الاحتراز منه، فوجب كالكثير.

مسألة: وأما الدم، فإنه معفو عن يسيره، والدليل على ذلك أنه لا يجب على المكلف غسل دم البرغوث الواحد من ثوبه ولا ما يسيل من البثرة من جسده؛ لأنه لا تخلو الأجسام والثياب من ذلك، ولا يمكن الاحتراز منه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد روى ابن القاسم عن مالك أن ما قل من الدم أو كثر يغسل. وقال الداودي، رحمه الله: إن مالكا، رحمه الله، لم يرد بذلك اليسير جدًا لأنه قد قال: لا يغسل دم البراغيث إلا أن ينتشر، فدل هذا على أن اليسير جدًا ليس على المكلف غسله.

فعلى هذا تكون الدماء على ثلاثة أضرب: ضرب يسير جدًا لا يجب غسله ولا يمنع الصلاة، وضرب أكثر منه يجب غسله ولا يمنع الصلاة كقدر الأتملة والدرهم، وضرب ثالث كثير جدًا يجب غسله ويمنع الصلاة.

مسألة: والدماء عند مالك كلها سواء، دم الحوت وغيره إلا دم الحيضة، فعنه فيه روايتان، إحداهما: أنه كسائر الدماء يعفى عن قليله، رواه ابن القاسم. والثانية: أن قليله وكثيره سواء تجب إزالته، رواه ابن وهب، وفي المدينة من رواية عيسى عن ابن القاسم، بلغني أن مالكا قاله ثم رجع عنه، وقال: الدم كله واحد.

فوجه الرواية الأولى أنه دم، فوجب أن يفرق بين قليله وكثيره كسائر الدماء.

وجوه الرواية الثانية أنه مائع خرج من القبيل، فاستوى قليله وكثيره كالبول، وروى أبو الطاهر عن ابن وهب: من صلى بدم حيضة أو دم ميتة أو بول أو رجيع أو احتلام، فإنه يعيد أبدًا ولا يفرق بين القليل والكثير.

وقال ابن حبيب: إن الميتة كدم المذكى، ودم الإنسان والبهيمة والحوت لا تعاد الصلاة إلا من كثيره. وقال الشيخ أبو الحسن: إن دم الحوت طاهر. ووجه رواية ابن وهب أنه مائع يجاور الميتة، ويمكن الاحتراز منه، فوجب أن يغسل قليله وكثيره كالماء الذى يسيل منها.

مسألة: وكم مقدار اليسير المعفو من الدم؟ روى على بن زياد عن مالك فى المجموعة أن قدر الدرهم من الدم لا تعاد منه الصلاة، ولكن الفاشى الكثير المنتشر. وقال ابن حبيب: سئل مالك عن قدر الدرهم، فرآه كثيراً، ورأى قدر الخنزير قليلاً.

فوجه رواية على، أنها نجاسة متكررة، ولا يمكن الاحتراز من يسيرها، فوجب أن تتقدر بقدر الدرهم كموضع النجو.

فرع: ومعنى ذلك فى الدم دون أثره، فإن ما فوق الدرهم منه فى حيز اليسير. وقال ابن حبيب: من لم يغسل موضع المحاجم من الدم حتى صلى، لم يعد. ومن سماع أشهب فى العتبية فىمن تجفف من غسل فى ثوب فيه دم يسير لا يخرج بالتجفيف، لا شئء عليه، وإن كان كثيفاً يخاف أن يخرج ببلل التجفيف، فليغسل بجلده.

* * *

باب اختلاف النجاسة باختلاف محلها

وأما اختلاف أحكام النجاسات لاختلاف محلها، فهو أن النجاسات على ضربين، ضرب يندر ويمكن الاحتراز منه كالبول والغائط فى الثوب والجسد فى غير مخرجيهما وكسائر النجاسات فى الثوب والجسد وكالدم الكثير فيهما، فهذا تجب إزالة عينه وأثره، وضرب متكرر لا يمكن الاحتراز منه كالبول والغائط فى مخرجيهما، وما يتطاير من بعض النجاسات فى الطرقات على الثوب والجسد والخف وبنجاسة الدم على السيف، فهذا تجب إزالة عينه دون أثره. فأما وجوب إزالة عين الضرب الأول وأثره، فقد تقدم الكلام فيه.

وأما الضرب الثانى، فهو على أقسام، منها ما اختلف فيه، ومنها ما اتفق عليه. فأما المتفق عليه، فأثر البول والغائط فى مخرجيهما، فهذا لا خلاف فى أنه لا تجب إزالته. والآثار فى ذلك من جهة السنة كثيرة.

ومن جهة المعنى أن الناس محتاجون إلى التصرف فى السفر فى مواضع تقل فيها المياه

وخروج البول والغائط أمر معتاد لا يمكن مدافعتة، فلو كلف الناس إزالة أثره بالماء لكان في ذلك منعاً من أكثر الأسفار والحج والجهاد ومعظم العبادات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما الذى يختص به هذا الحكم؟ روى عيسى بن دينار عن أبى حازم أن ذلك يختص بالمرحرج وما لا بد منه، وهذا الذى يحكيه أصحابنا العراقيون عن مالك، وروى ابن القاسم عن مالك أنه لم يسمعه يذكر ذلك، قال ابن القاسم: وحكم ذلك سواء، والذى عندى أن الذى يريد ابن القاسم مثل قول أبى حازم، وإنما يخالف فى العبارة، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فتطهير المحلين على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يزيل العين بالجمار والأثر بالماء، وهذا أفضلها. والثانى: أن يزيل العين والأثر بالماء. والثالث: أن يزيل العين بالجمار ويبقى الأثر، وهو أضعفها؛ لأنه مزيل للعين خاصة دون الأثر.

فرع: وهذا فيما يخرج من النجاسات والسبيلين، والاستنجاء مشروع فيه. وأما ما يخرج منهما من طاهر كالريح فلا استنجاء فيه خلافاً لمن قال: يستنجى منه، والدليل على ما نقوله أن الاستنجاء مأخوذ من النجوى، فإذا لم يكن نجوى، لم يشرع الاستنجاء.

مسألة: وأما خروج الحصى والدود دون شىء من الآدمى، فعندى أنه لا يجب فيه الاستنجاء إن أمكن الرد مع بعده؛ لأنه خارج طاهر، فلم يجب منه الاستنجاء كالريح.

فصل: وأما ما يتطاير من نجاسات الطرقات على الثوب والجسد والخف، فعلى ضربين، أحدهما: ما تحفى عينه ويتيقن وجوده لكثرتة فى الطرقات وتكرره بها، فهذا لا يجب غسله من خف ولا ثوب ولا جسد؛ لأنه مما يتكرر ولا يمكن الاحتراز منه، فكان معفو عنه.

وثانيهما: ما ظهرت عينه وهو على ضربين، محرم ومكروه، والمحرم كبول بنى آدم وعذرتهم والدماء وبول ما حرم لحمه وما يأكل النجاسات من سائر الحيوان، فهذا يجب غسله من الثوب والخف والجسد؛ لأنه مما يمكن الاحتراز منه ولا يتكرر ولا تحفى عينه ولا يكثر كثرة الاحتراز منه.

مسألة: وأما المكروه، فكروث الدواب وبولها وما يكره أكل لحمه، فلا خلاف على المذهب أنه مأمور بغسل الثوب والجسد منه ما لم يكن فى غسله مشقة داعية لأن يترك التوقى منه عبادات يضطر إلى ذلك فيها كالمجاهد فى أرض العدو بمسك فرسه، ولا يكاد ينجو من بوله، فهذا ليس عليه غسله.

٢٩٠ الطهارة

وأما فى أرض الإسلام، فقال مالك فى العتبية: يتوقى جهده ودين الله يسر، فالظاهر من قوله أنه مأمور بالتوقى إلى من اضطر إلى ذلك من معيشتة فى السفر بالدواب، والله أعلم.

مسألة: وقد اختلف قول مالك فى غسل الخف منه، فقال مرة: يغسل، وقال مرة: يجرى المسح، فوجه الغسل أنه مأمور بغسل الثوب منه، فكان مأموراً بغسل الخف منه كبول ما حرم لحمه، ووجه القول الثانى يختلف باختلاف أصله.

فإن قلنا: إن لحوم الحمر محرمة، فإن هذا متكرر فى الطرقات لا يمكن حفظ الخف منه، ويمكن حفظ الثياب، ويخالف هذا العذرة وبول الناس؛ لأنه لا يكاد يوجد فى وسط الطرق، وإنما يقصد بها المستراح، وإن قلنا: إن لحوم الحمر مكروهة فلأن أرواثها ليست بنجسة، إنما هى مكروهة ولا يمكن حفظ الخفاف منها مع أن الخف يفسد بالغسل.

فرع: فإن قلنا: يجرى المسح فى الخف، فهل يجرى ذلك فى النعل، فقال ابن حبيب: لا يجرى فيه إلا الغسل، وروى عيسى أن ابن القاسم فرق بين الخف والنعل، وفى المدونة ما ظاهره أن المسح يجرى فيهما.

فوجه قول ابن القاسم، أن المشقة لا تلحق بنزعهما فى الصلاة بخلاف الخف. ووجه القول الثانى أن الغسل يفسد النعلين كالخف.

مسألة: أما الرجل، فلم أر فيها نصاً، وعندنا أن المسح يجرى فيها بعد إزالة العين؛ لأن العلة المبيحة لمسح الخف تكرر لهذه العين وعدم خلو الطرقات منها، وهذا المعنى موجود فى القدم، ويجوز أن يقال بغسل القدم؛ لأن الغسل لا يفسدها ومسح الخف؛ لأن الغسل يفسده.

مسألة: وأما الدم على السيف، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: يمسح ويصلى به، وقد علل القاضى أبو محمد ذلك بصقالته، وأن النجاسة تزول عينها وأثرها بمسحها؛ لأنها لا تبقى فيه، ويحتمل أن يقال فى ذلك أن الذى يبقى منه فيه يسير معفو عنه كأثر المحاجم، وهذا أكد؛ لأن السيف يفسد بالغسل والحاجة إلى مباشرة الدماء متكررة، وبالله التوفيق.

٣٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ أَبِي إِدْرِيسَ الْخَوْلَانِيِّ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ تَوَضَّأَ فَلَيْسَتْ تُبْرَأُ وَمَنْ اسْتَجْمَرَ فَلْيُوتِرْ»^(١).

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يَتَمَضَّمُ وَيَسْتَنْتِرُ مِنْ غَرَفَةٍ وَاحِدَةٍ: إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

الشرح: قوله: «أنه لا بأس بهما من غرفة واحدة»، يريد أن الفاعل لذلك لا يخالف السنة المباحة ولا يخرج، وإن ترك الأفضل.

وقوله: «يتمضمض ويستنثر من غرفة واحدة»، يحتمل وجهين، أحدهما: أن يفعل المضمضة كلها والاستنثار كله من غرفة واحدة. والثاني: أن يجمع كل مضمضة واستنثار في غرفة واحدة، فيأتي بالمضمضة والاستنثار في ثلاث غرفات.

واختلف أصحابنا في تأويل قول مالك: إن تفريق ذلك أولى، على وجهين، أحدهما: أن الأفضل عنده أن يأتي بمضمضة واستنثار في غرفة واحدة، ثم يأتي بهما في ثانية، ثم في ثالثة فيفعل ذلك في ثلاث غرفات، والوجه الثاني أن يأتي بالمضمضة على النسق في ثلاث غرفات، ثم يأتي بالاستنشاق على نسق في ثلاث غرفات، فيأتي بهما في ست غرفات.

٣٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٧. وأخرجه البخاري كتاب الوضوء برقم ١٦١، ومسلم كتاب الطهارة ٢٣٧. والنسائي كتاب الطهارة برقم ٨٦، ٨٨. وأبو داود برقم ٣٥. وابن ماجه كتاب الطهارة وسنها برقم ٣٣٨، ٤٠٩. وأحمد بالمسند برقم ٧١٨٠، ٧٤٠٣، ٧٦٧٣، ٨٠١٦، ٨٣٩٩، ٨٤٦٢، ٨٥٠٨، ٨٦٢١. والدارمي كتاب الطهارة ٦٦٢، ٧٠٣. وابن أبي شيبة ٢٧/١ عن سلمة بن قيس.

(١) قال ابن عبد البر: لا يصح عن مالك ولا عن ابن شهاب في هذا الحديث غير هذا الإسناد، وقد وهم فيه عثمان الطرايفي، عن مالك، أخبرنا محمد، حدثنا علي بن عمر، حدثنا أبو محمد الحسين بن أحمد بن صالح، حدثنا عبدالله بن محمد بن ناجية، حدثنا أحمد بن عبدالرحمن بن المفضل، حدثنا عثمان بن عبدالرحمن، حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «من تَوَضَّأَ فَلَيْسَتْ تُبْرَأُ وَمَنْ اسْتَجْمَرَ فَلْيُوتِرْ».

قال أبو الحسن علي بن عمر: هذا وهم، ولا يصح فيه عن مالك ولا عن الزهري غير حديث أبي إدريس الخولاني، وقد رواه أسيد بن عاصم، عن بشر بن عمر، عن مالك، عن ابن شهاب، عن حميد بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ وذلك أيضاً خطأ والصواب ما في الموطأ. انظر: (التمهيد، حديث ثان لابن شهاب، عن أبي إدريس الخولاني).

وقال الشافعي: إن الجمع بينهما في غرفة واحدة أفضل.

والدليل على ما نقوله رواية وهيب لحديث عبدالله بن زيد بن عاصم، وفيه تلميح واستنشاق واستنشاق واستنشاق من ثلاث غرفات. ودليلنا من جهة المعنى أن هذين عضوان منفصلان، فوجب أن يفصل بينهما في الطهارة كاليدين.

٣٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ، أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ أَبِي بَكْرٍ قَدْ دَخَلَ عَلَيَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ، يَوْمَ مَاتَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ، فَدَعَا بِوَضُوءٍ، فَقَالَتْ لَهُ عَائِشَةُ: يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ، أَسْبِغِ الْوَضُوءَ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «وَيْلٌ^(١) لِلْأَعْقَابِ مِنَ النَّارِ».

الشرح: قول عائشة، رضی الله عنها: «أسبغ الوضوء»، على وجه التنبيه له على إكمال واستيعاب أعضائه.

وقوله ﷺ: «ويل للأعقاب من النار» دليل على أن عائشة تلقنت ذلك من قوله ﷺ على الوعيد لمن لم يبلغ بالوضوء أعقابه، والألف واللام في قوله ﷺ: «ويل للأعقاب»، يحتمل أن تكون للعهد، وأن يريد به الأعقاب التي لا ينالها الوضوء، ويعد أن يريد به الجنس لأن ذلك يخرج عن أن يكون وعيداً لمن أحل ببعض الوضوء.

٣٤ - مَالِكُ، عَنِ يَحْيَى بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ طَحْلَاءَ، عَنِ عَثْمَانَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ

٣٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٨. وأخرجه البخاري ٤٠/١ كتاب العلم، باب من رفع صوته بالعلم، عن أنس. مسلم ٢١٣/١ كتاب الطهارة، باب ٩ عن ابن عمرو. الترمذي ٥٨/١ برقم ٤١ عن أبي هريرة. أبو داود ٢٤/١ برقم ٩٧ عن عبدالله بن عمرو. النسائي ٧٨/١ كتاب الطهارة، باب ٨٨ عن ابن عمرو. ابن ماجه ١٥٤/١ برقم ٤٥٠ عن ابن عمر، برقم ٤٥١ عن عائشة. أحمد ١٩٣/٢ عن ابن عمرو. عبدالرزاق في المصنف برقم ٥٨، ٦٢ عن أبي هريرة ٢١٢٠/١. الدارمي ١٧٩/١ عن ابن عمرو. ابن خزيمة برقم ١٦١ عن ابن عمرو ٨٤/١. ابن أبي شيبة ٢٦/١ عن عبدالله بن عمرو. الطبراني في الكبير ٣٤٧/٨ عن أبي أمامة. الدارقطني ٩٥/١ عن عائشة. البغوي في شرح السنة ٤٢٨/١ عن عبدالله بن عمرو. البيهقي في السنن الكبرى ٦٩/١، ومعرفة السنن والآثار ٦٥٩/١.

(١) ويل: قال النووي: أي هلكة وخيبة. وقال الحافظ ابن حجر: اختلف في معناه على أقوال أظهرها ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث أبي سعيد مرفوعاً: ويل، واد في جهنم. قال: وحاز الابتداء بالنكرة لأنه دعاء. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٣).

٣٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٩.

أَبَاهُ حَدَّثَهُ أَنَّهُ سَمِعَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَتَوَضَّأُ بِالْمَاءِ وَضَوْعًا لِمَا تَحْتَ إِزَارِهِ^(١).

الشرح: معنى قوله: «إنه سمع عمر بن الخطاب يتوضأ بالماء»، يريد أنه سمع وقع الماء وحركة يديه.

وقوله: «وضوءاً لما تحت إزاره»، يريد أنه كان يستعمل الماء فى الاستنجاء، وقد كان سعيد بن المسيب وغيره من السلف يكرهون ذلك، ويقول ابن المسيب: إنما ذلك وضوء النساء، فبين مالك، رحمه الله، وجه إباحته بالعمل الجارى به، مع ما يعضده من النظر فى مبالغة التطهير به.

وقوله: «لما تحت إزاره»، يحتمل أن تكون اللام بمعنى «فى» وكنى عن موضع الحدث بما تحت الإزار؛ لأن الوضوء لو أطلق لكان الأظهر حملة على الوضوء الراجع للحدث، فبين أن المراد به الاستنجاء.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَوَضَّأَ فَنَسِيَ، فَغَسَلَ وَجْهَهُ قَبْلَ أَنْ يَتَمَضَّمَضَ، أَوْ غَسَلَ ذِرَاعَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَغْسِلَ وَجْهَهُ؟ فَقَالَ: أَمَّا الَّذِي غَسَلَ وَجْهَهُ قَبْلَ أَنْ يَتَمَضَّمَضَ، فَلْيَتَمَضَّمَضْ وَلَا يُعِيدْ غَسْلَ وَجْهِهِ. وَأَمَّا الَّذِي غَسَلَ ذِرَاعَيْهِ قَبْلَ وَجْهِهِ، فَلْيُغْسِلْ وَجْهَهُ ثُمَّ لْيُعِيدْ غَسْلَ ذِرَاعَيْهِ، حَتَّى يَكُونَ غَسْلُهُمَا بَعْدَ وَجْهِهِ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي مَكَانِهِ، أَوْ بِحَضْرَةِ ذَلِكَ.

الشرح: يحتمل أن يكون ذكر الناسى؛ لأنه لا عتب عليه فى فعله ولا إنكار بترك الترتيب المستحب فى الطهارة، وهذا على مذهب ابن القاسم، وأما على رواية ابن حبيب، فهو آيين؛ لأن حكم الناسى عنده غير حكم العامد والجاهل ولا خلاف فى أن الترتيب مشروع، وإنما الخلاف فى وجوبه، وفرق بين المضمضة وبين غسل الوجه فى الترتيب؛ لأن المضمضة من سنن الوضوء وغسل الوجه من فرائضه، وحكم الترتيب إنما ورد فى الفرائض، وهذا على مذهب ابن القاسم.

وأما ابن حبيب، فقال: من نكس طهارته عامداً أو جاهلاً ابتداءً الوضوء، وإن فعل ذلك ناسياً، نظرت فإن خالف بين مفروض ومسنون، فلا شىء عليه، وإن كان بين مفروضين، آخر ما قدم وأتى بما بعده من مفروض ومسنون، حكى ذلك عن مطرف وابن الماجشون.

(١) «لما تحت إزاره»: قيل: كناية عن موضع الاستنجاء تأديباً، أى أنه بالماء أفضل منه بالحجر.

وروى ابن مسلمة في المبسوط فيمن غسل رجليه قبل مسح رأسه، يمسح رأسه، وليس عليه أن يعيد غسل رجليه؛ لأن المسح خفيف.

فصل: «وأما الذى غسل ذراعيه قبل وجهه، فليغسل وجهه، ثم ليغسل ذراعيه»، ظاهره أنه بدأ بغسل يديه، ثم ذكر بعد أنه يغسل وجهه، فهذا إن كان بحضرة ذلك غسل وجهه؛ لأنه لم يكن غسله بعد غسل يديه، ثم أتى بياقى وضوئه ليحصل له الترتيب والموالة.

وأما إن كان ذكر بعد أن غسل وجهه، فإنه لا يحتاج إلى إعادة غسل وجهه، وإنما عليه أن يعيد غسل يديه ليكون غسلهما بعد وجهه فيحصل الترتيب بينهما ثم يتم وضوءه على ذلك، وهذا حكم من أتى بالوضوء كله غير غسل وجهه ثم ذكره، فإنه يغسله ثم يعيد غسل يديه ثم يتم وضوءه، فيحصل له الترتيب والموالة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «إن كان فى مكانه أو بحضرة ذلك»، يريد أنه إذا بدأ بغسل ذراعيه ثم غسل وجهه، فإن كان بحضرة ذلك غسل ذراعيه ليحصل له الترتيب المستحب إذا أدرك الموالة المستحقة، وإن ذكر غسل وجهه بعد أن طال وزال عن مكانه، غسل وجهه خاصة، ولم يكن عليه فى رواية ابن القاسم إعادة غسل يديه؛ لأن الموالة المستحقة قد فاتته، فسقط حكم الترتيب الملازم لها، وفى المبسوط لمحمد بن مسلمة فى شرح مسألة الموطأ: هكذا وقع فى النسخة الثانية.

فصل: وقوله: «إذا كان فى مكانه أو بحضرة ذلك» ويخرج عن حد الموالة؛ لأن جبر الترتيب يحصل له بغسل يديه وسائر أعضاء الطهارة بعد وجهه؛ لأنه إنما نقض الترتيب بين الوجه واليدين على سائر الأعضاء، فقد وجد ذلك.

ولما كان لهذا الغسل الآخر حظ من الوضوء بترتيبه، شرعت الموالة بينه وبين سائر أعضاء الطهارة، وذلك إنما يكون ما لم يجف الوضوء، ولم تفت الموالة، فإذا جف الوضوء فاتت الموالة، فلم يشرع الإتيان بياقى الطهارة؛ لأنه لا فائدة فى ذلك إلا الموالة، وقد فات حكمها وإنما تجب مع الذكر دون النسيان.

وفى المبسوط لمحمد بن مسلمة فى شرح مسألة الموطأ: أنه يعيد غسل ذراعيه بعد وجهه، إن كان بحضرة ذلك، وإن تناول استأنف وضوءه بمنزلة من فرق وضوءه، وهذا مبنى على أن طول النسيان يبطل الموالة وعلى أن الموالة مستحقة، والترتيب مستحب

الطهارة ٢٩٥

على وجه ما، وفرق ابن حبيب بين مسألة التنكيس ومسألة النسيان لبعض أعضاء الوضوء، فجعله يستأنف الوضوء فى مسألة النسيان؛ لأن الموالاة شرط فى صحة الطهارة.

فرع: ومقتضى هذه المسألة أن الترتيب ليس بشرط فى صحة الطهارة. وبه قال أبو حنيفة، وروى على بن زياد عن مالك أن الترتيب شرط فى صحة الطهارة، وبه قال الشافعى.

والدليل على صحة القول الأول، وهو المشهور من المذهب، قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة: ٦]، فعطف أعضاء الوضوء بعضها على بعض بالواو، والواو فى كلام العرب تقتضى الجمع دون الترتيب، فإن قالوا: فإنه قال: ﴿فَاغْسِلُوا﴾ فتلقى الأمر بالفاء فى قوله: ﴿فَاغْسِلُوا﴾ وذلك يقتضى الترتيب، وإذا وجب الترتيب فى الوجه والبداءة وجب فى غيره؛ لأن أحداً لم يفرق بينهما.

فالجواب أنا لا نسلم أن الفاء للتعقيب، وإنما هى لجواب الشرط وإنما تكون للترتيب فى العطف خاصة.

وجواب ثان، وهو أنا لو سلمنا أن الفاء للتعقيب لما لزم ذلك؛ لأنه عطف الأعضاء بعضها على بعض بالواو التى تقتضى الجمع، فكأنه قال: إذا قمت للصلاة فاغسلوا هذه الأعضاء، وهذا يمنع الترتيب.

سُئِلَ مَالِكُ عَنْ رَجُلٍ نَسِيَ أَنْ يَتَمَضَّمْ وَيَسْتَنْتِزَ حَتَّى صَلَّى؟ قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُعِيدَ صَلَاتَهُ، وَلَيْمَضُمُضْ وَيَسْتَنْتِزْ مَا يَسْتَقْبِلُ، إِنْ كَانَ يُرِيدُ أَنْ يُصَلِّيَ.

الشرح: وهذه المسألة مبنية على ما ذكرنا من أن المضمضة والاستنشاق ليسا من فرض الوضوء، فلذلك لم يكن على من نسيها أن يعيد الصلاة إذا أتى بالواجب من الطهارة، وإنما أمره بالمضمضة والاستنثار إذا أراد الصلاة ليكمل نقل طهارته وفرضها، فإن لم يرد أن يصلى فلا بمضمض ولا يستنثر؛ لأن وقت ذلك قد ذهب بفعل الصلاة، والطهارة عبادة لا تتراد لنفسها وإنما تتراد لغيرها.

* * *

وضوء النائم إذا قام إلى الصلاة

٣٥ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ فَلْيَغْسِلْ يَدَهُ قَبْلَ أَنْ يُدْخِلَهَا فِي وَضُوئِهِ^(١)، فَإِنَّ أَحَدَكُمْ لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ^(٢)».

٣٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٠. وأخرجه البخاري كتاب الوضوء برقم ١٦٢. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٧٨. والترمذي كتاب الطهارة برقم ٢٤. والنسائي كتاب الغسل والتميم برقم ٤٤١. وأبو داود كتاب الطهارة برقم ١٠٣، ١٠٥. وابن ماجه كتاب الطهارة وستنها برقم ٣٩٣. وأحمد بالمسند برقم ٧٢٤٠، ٧٣٩٠، ٧٤٦٥، ٧٦١٧، ٧٧٥٦، ٢٧٣٩٩، ٨٣٨٠، ٨٧٤١، ٨٨٩٤، ٨٩٨٥، ٩٥٥٩، ٩٦٧١، ١٠١١٩، ١٠٢١١. والبعوى بشرح السنة ٤٠٦/١ عن أبي هريرة. والبيهقي في السنن الكبرى ٤٥/١ عن أبي هريرة كتاب الطهارة، باب غسل اليدين.. إلخ. والدارمي ١٩٦/١ عن أبي هريرة.

(١) يدخلها في وضوئه: أى في الماء الذى فى الأثناء المعد للوضوء. زاد الشافعى ومسلم وأبو داود: «ثلاثاً» وفى رواية: ثلاث مرات. قال الرافعى: والقدر الذى يستحب غسله ما بين رعوس الأظافر والكوع هو الذى يغمس فى الأثناء غالباً للاغتراف. قال: وعلى ذلك ينزل قوله تعالى: ﴿فَاقْطِعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾. قال: ولو دخل الساعد فى مسمى اليد لم يكن إلى التقييد بالمرافق حاجة فى قوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٤).

(٢) قال ابن عبد البر: لم تختلف الرواية عن مالك فى حديث أبي الزناد هذا فى قوله: «فليغسل يده قبل أن يدخلها» بغير توقيت ولا تجديد فى الغسلات، وكذلك رواية الأعرج، فيما علمت، عن أبي هريرة فى هذا الحديث بغير توقيت، كما قال مالك، عن أبي الزناد سواء. وروى الليث بن سعد، عن جعفر بن ربيعة، عن عبدالرحمن بن هرمز الأعرج، عن أبي هريرة رفعه قال: إذا استيقظ أحدكم من منامه، فلا يدخل يده فى الإناء حتى يغسل يده أو يفرغ فيها، فإنه لا يدرى أين باتت يده.

وكذلك رواه عمار بن أبي عمار، عن أبي هريرة، ذكر حماد بن سلمة، عن عمار بن أبي عمار، قال: سمعت أبا هريرة، يقول: إذا استيقظ أحدكم من نومه، فلا يضع يده فى الإناء حتى يغسلها، فإنه لا يدرى على ما باتت يده؛ فقال له قين: رأيت إذا أتينا مهراسكم هذا الليل، فكيف نصنع؟ فقال: أعوذ بالله من شرك يا قين! هكذا سمعت النبى ﷺ يقول.

وكذلك رواية همام بن منبه، عن أبي هريرة أيضاً سواء بغير توقيت؛ ذكره عبدالرزاق، عن معمر، قال: حدثنا همام بن منبه، عن أبي هريرة، عن النبى ﷺ قال: إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده فى وضوئه حتى يغسلها، فإنه لا يدرى أين باتت يده.

وكذلك رواه ثابت مولى عبدالرحمن بن زيد، عن أبي هريرة بغير تجديد.

الشرح: اختلف الناس فى سبب غسل اليد لمن قام من النوم، فقال ابن حبيب فى واضحته: إنما أمر بذلك لما لعله أن ينال به ما قد ييس من نجاسة خرجت منه لا يعلم بها أو غير نجاسة مما يتقدر، وقيل أيضاً: إنما ذلك لأن أكثرهم كان يستحمر بالحجارة، فقد لمس يديه أثر النجاسة، وهذه الأقوال ليست بيينة؛ لأن النجاسات لا تخرج من الجسد فى الغالب إلا بعلم من تخرج منه، وما لا يعلم به، فلا حكم له.

وكذلك موضع الاستحمار لا تناله يد النائم إلا مع القصد لذلك، ولو كان غسل اليد بتجويز ذلك لأمر بغسل الثياب التى ينام فيها لجواز أن تخرج النجاسة منه فى نومه فتتال ثوبه، أو لجواز أن لمس ثوبه موضع الاستحمار، وهذا باطل.

والأظهر ما ذهب إليه شيوخنا العراقيون من المالكين وغيرهم، أن النائم لا يكاد أن يسلم من حك جسده، وموضع بثرة فى بدنه، ومس رفقته وإبطه، وغير ذلك من مغايب جسده، ومواقع عرقه، فاستحب له غسل يده قبل أن يدخلها فى وضوءه على معنى التنظيف والتنزه، ولو أدخل يديه فى إنائه قبل أن يغسلها لما أثم خلافاً لأحمد بن حنبل فى قوله: غسل اليدين قبل إدخالهما فى الإناء واجب، إذا قام من نوم الليل دون نوم النهار.

= وذكره عبدالرزاق، عن ابن جريج، عن زياد بن سعد، عن ثابت مولى عبدالرحمن بن زيد، أنه أخبره، أنه سمع أبا هريرة، يقول: قال رسول الله ﷺ: «إذا كان أحدكم نائماً ثم استيقظ فأراد الوضوء، فلا يضع يده فى الإناء حتى يصب على يده، فإنه لا يدرى أين باتت يده.

قال ابن عبدالبر: احتج بعض أصحاب الشافعى لمذهبهم فى الفرق بين ورود الماء على النجاسة وبين ورودها عليه بهذا الحديث؛ وقالوا: ألا ترى أن رسول الله ﷺ لما خاف على النائم المستيقظ من نومه القائم منه إلى وضوئه أن تكون فى يده نجاسة، أمره بطرح الماء من الإناء على يده ليغسلها، ولم يأمره بإدخال يده فى الإناء ليغسلها فيه، بل نهاه عن ذلك، قال: فدلنا على أن النجاسة إذا وردت على الماء القليل أفسدته ومنعت من الطهارة به وإن لم تغيره؛ قال: ودلنا ذلك أيضاً على أن ورود الماء على النجاسة لا تضره، وأنه بوروده عليها مطهر لها وهى غير مفسدة له؛ لأنها لو أفسدته مع وروده عليها لم تصح طهارة أبداً فى شىء من الأشياء، واحتجوا أيضاً بنهيه ﷺ عن البول فى الماء الدائم وبحديث «ولوغ الكلب فى الإناء» وبنحو ذلك من الآثار مع أمره بالصب على بول الأعرابى.

قال ابن عبدالبر: أما لو لم يأت عن النبي ﷺ فى الماء غير هذا الحديث، لساغ فى الماء بعض هذا التأويل، ولكن قد جاء عن النبي ﷺ - فى الماء أنه لا ينجسه شىء - يريد إلا ما غلب عليه، بدليل الإجماع على ذلك، وهذا الحديث موافق لما وصف الله - عز وجل - به الماء فى قوله: «وأنزلنا من السماء ماء طهوراً» يعنى: لا ينجسه شىء إلا أن يغلب عليه. انظر: (التمهيد، حديث ثالث وعشرون لأبى الزناد).

والدليل على ما نقوله أن هذه طهارة عقيب نوم، فاستحب غسل اليد قبلها، أصل ذلك الطهارة عقيب نوم الليل، وأما الحديث فإنه وإن كان ظاهر الأمر الوجوب، فإنه قد اقترن به ما دل على أن المراد به الندب دون الوجوب؛ لأنه قال: «فإن أحدكم لا يدرى أين باتت يده»، فعلل بالشك، ولو شك هل مست يده نجسًا أم لا؛ لما وجب عليه غسل يده.

مسألة: وتعليق هذا الحكم بنوم الليل لا يدل على اختصاصه به؛ لأن النائم إن كان لا يدرى أين باتت يده، فكذلك المجنون والمغمى عليه، وكذلك من قام إلى وضوء من بائل أو متغوط أو محدث، فإنه يستحب له غسل يده قبل أن يدخلها في إنائه، خلافًا للشافعي؛ لأن المستيقظ لا يمكنه التحرز من مس رفعه، وتنف إبطه، وقتل ما يخرج من أنفه، وقتل برغوث، وعصر بثر وحك موضع عرق.

وإذا كان هذا المعنى الذى شرع له غسل اليد موجودًا فى المستيقظ، لزمه ذلك الحكم ولا يسقط عنه أن يكون علق فى الشرع على النائم، ألا ترى أن الشرع علقه على نوم المبيت، ولم يمنع ذلك من أن يتعدى إلى نوم النهار لما تساوى فى علة الحكم.

مسألة: من غسل يده قبل وضوءه ثم شرع فى وضوءه، فأحدث فى أثناء وضوءه ولزمه استنافه، فهل عليه غسل يده ثانية فى استفتاح وضوءه أم لا؟ روى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى المجموعة: يعيد غسل يديه، وهذا اختيار ابن القاسم. وروى ابن وهب عن مالك فى المجموعة أيضًا رواية أخرى: لا يعيد غسل يديه، وهو اختيار أشهب ويحيى بن يحيى.

فوجه الرواية الأولى أن الطهارة متى شرعت للنظافة ثم دخلها أحكام العبادة المحضة لتأكيدها، غلب عليها حكم العبادة المحضة، لم يراع فيها ويعود سببها كغسل الجمعة، أصله إزالة الرائحة، فلما دخلت أحكام العبادة المحضة من اعتبار العدد، لزمه الإتيان به، وإن عدت الرائحة، فكذلك فى مسألتنا لما دخله ما يختص بالعبادة المحضة من اعتبار العدد، لزم الإتيان بها، وإن لم يوجد سببها.

٣٦ - مَالِكُ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: إِذَا نَامَ

٣٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤١. وأخرجه الترمذى ١١١/١ كتاب الطهارة، باب ما جاء فى الوضوء من النوم برقم ٧٧ عن ابن عباس. الدارقطنى ١٦٠/١ كتاب الطهارة، باب فيما روى فىمن نام قاعدًا وقائمًا ومضجعًا، عن ابن عباس. الطبرانى فى الكبير ٢٩٠/٨ عن أبى أمامة.

أَحَدُكُمْ مُضْطَجِعًا فَلْيَتَوَضَّأْ^(١).

الشرح: وجوب الوضوء على النائم المضطجع من باب نواقض الطهارة الصغرى، وهى ثلاثة أنواع لا خلاف فيها فى المذهب: ذهاب عقل، وخارج، وملامسة. فأما ذهاب العقل، فهو النوم وما كان فى معناه من الإغماء والسكر والجنون، والأصل فى وجوب الوضوء من النوم فى الجملة قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى

(١) قال ابن عبد البر: وروى أبو خالد يزيد الدالانى، عن قتادة، عن أبى العالية، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: وإنما الوضوء على من نام مضطجعا، وهو عندهم حديث منكر، لم يروه أحد من أصحاب قتادة الثقات؛ وإنما انفرد به أبو خالد الدالانى، وأنكره عليه، وليس بحجة فيما نقل.

وقال الليث بن سعد: إذا تصنع للنوم جالسا فعليه الوضوء، ولا وضوء على القائم؛ والجالس إذا غلبه النوم توطأ.

وقال الشافعى: على كل نائم الوضوء إلا الجالس وحده، فكل من زال عن حد الاستواء ونام فعليه الوضوء، وسواء نام قاعدا، أو ساجدا، أو قائما، أو راکعا، أو مضطجعا وهو قول الطبرى وداود بن على.

وروى عن على، وابن مسعود، وابن عمر، أنهم قالوا: من نام جالسا فلا وضوء عليه. وروى عن ابن عباس، أنه قال: وجب الوضوء على كل نائم إلا من خفق برأسه خفقة أو خفقتين. رواه هشيم، عن يزيد بن أبى زياد، عن مقسم، عن ابن عباس؛ ورواه الثورى، عن يزيد، عن مقسم، عن ابن عباس، قال: وجب الوضوء على كل نائم إلا من خفق خفقة برأسه. وقال الحسن، وسعيد بن المسيب: إذا جالط النوم قلب أحدكم واستحلى نومًا فليتوضأ. وروى ذلك عن أبى هريرة، وابن عباس، وأتس بن مالك، وبه قال إسحاق وأبو عبيد، وهو معنى قول مالك.

وكان عبدالله بن المبارك يقول: إن نام ساجدا فى صلاته فلا وضوء عليه، وإن نام ساجدا فى غير صلاته فعليه الوضوء، وكذلك إن تعمد النوم جالسا وهو فى صلاته، فعليه الوضوء. وروى عن أبى موسى الأشعري ما يدل على أن النوم عنده ليس يحدث على أى حال كان حتى يحدث النائم حدثا غير النوم، لأنه كان ينام ويوكل من يجرسه. وروى عن عبيدة نحو ذلك. وروى عن سعيد بن المسيب أنه كان ينام مرارا مضطجعا ينتظر الصلاة، ثم يصلى ولا يعيد الوضوء للصلاة.

وقال المزنى صاحب الشافعى: النوم حدث، وقليله وكثيره يوجب الوضوء كسائر الأحداث. قال ابن عبد البر: حجة من ذهب منهج المزنى فى النوم حديث صفوان بن عسال، مع القياس على ما أجمعوا عليه فى أن غلبة النوم وتمكنه يوجب الوضوء إلا شىء روى عن أبى موسى وعبيدة، محتمل للتأويل. انظر: (التمهيد، حديث ثالث وعشرون لأبى الزناد).

٣٠٠ الطهارة
الصلاة فاغسلوا وجوهكم ﴿ [المائدة: ٦] الآية، وهذا قائم إلى الصلاة، فوجب عليه
الوضوء.

ودليلنا من جهة المعنى أن الغالب من النوم مع الاستئصال خروج الحدث لاسترخاء
المفاصل، فأجرى جميعه بجرى غالبه.

فرع: وليس النوم بحدث في نفسه، لما روى ابن عباس أنه قال: بت عند خالتي
ميمونة، والنبي ﷺ عندهم فتوضأ، ثم قام يصلي، فقامت عند يساره، فأخذني فجعلني
عن يمينه، فصلى ثلاث عشرة ركعة، ثم نام حتى نفخ، وكان إذا نام نفخ، ثم أتاه المؤذن
فخرج وصلى ولم يتوضأ.

فرع: وحكم وجوب الوضوء به أن من استغرق في النوم وطال أمره على أى حالة
كان، فعليه الوضوء. وقال أبو حنيفة: من نام على هيئة الصلاة، فالوضوء عليه، وقال
الشافعي: من نام جالساً فلا وضوء عليه. ورواه ابن وهب. عن مالك.

والدليل على صحة المشهور من المذهب أن هذا مستغرق النوم، فوجب عليه الوضوء
أصل ذلك المضطجع.

فرع: ولا وضوء ليسير النوم خلافاً لأبي إبراهيم المزني في قوله: إن الوضوء يجب
بقليل النوم وكثيره.

والدليل على ما نقوله أن النوم ليس بحدث في نفسه، وإنما يجب الوضوء لما يخفى عنه
وقوعه كغيره من الحدث الذي يكون الغالب خروجه، وأما يسير النوم، فإنه يخلو من
ذلك ولا يخفى عليه ما يجري له من ذلك ومن غيره.

إذا ثبت ذلك، فإن أحوال الإنسان تختلف في النوم باختلاف هيئته على ضربين،
أحدهما: يكثر منه الحدث ويتهيأ خروجه. والثاني: لا يتمكن معه في الغالب، وهو
بمعنيين، أحدهما: لا يتهيأ معه الاستغراق في النوم كحالة الركوع، والثاني: لا يتهيأ معه
خروج الحدث كحال الجلوس.

فإذا تهيأ أن يتفق المعنيان، فلا يمكن استغراق النوم، ولا يتهيأ خروج الحدث، فلا
وضوء على من نام على هذه الهيئة، وهي هيئة الاحتباء.

وإن انفردت إحدى الحالتين، فإن مالكا، رحمه الله، راعى الهيئة التي لا يمكن معها
خروج الحدث، فيقول: لا وضوء على من نام جالساً ما لم يطل ذلك، ولا يراعى

الطهارة ٣٥١
الهيئة الأخرى، فيوجب الوضوء على من نام راکعًا. وابن حبيب يراعى هذه الهيئة، ولا يوجب عليه الوضوء.

٣٧ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، أَنَّ تَفْسِيرَ هَذِهِ الْآيَةِ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة: ٦] أَنَّ ذَلِكَ إِذَا قُمْتُمْ مِنَ الْمَضَاجِعِ، يَعْنِي النَّوْمَ.

الشرح: ذهب زيد في هذه الآية إلى أن القيام إنما هو القيام من النوم خاصة، وذهب إلى ذلك جماعة من المالكيين وغيرهم، واستدلوا على ذلك بأن الآية قد ورد فيها ذكر سائر الأحداث الموجبة للوضوء، فيجب حمل أولها على القيام من النوم ليجتمع في الآية أنواع الأحداث الموجبة للوضوء.

وذهب غير زيد بن أسلم إلى أن الآية عامة في كل قائم إلى الصلاة إلا ما خصه الدليل، وليس هذا ببعيد؛ لأنه لا يمتنع أن يعم في أول الآية جميع الأحداث، ثم يخص بعضها بالذكر بعد ذلك.

فصل: وقوله عز وجل: ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة: ٦]، قال القاضى أبو محمد: معناه، فاغسلوا وجوهكم للصلاة. قال: وذلك دليل على اعتبار النية فى الطهارة، وإلى ذلك ذهب مالك والشافعى وجمهور الفقهاء.

والدليل على ما نقوله الآية المتقدمة. ومن جهة السنة قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرئ ما نوى»، وهذا ما لم ينو الوضوء، فلم يكن له. ودليلنا من جهة القياس أن هذه طهارة تتعدى محل موجبها من جسم المكلف، فافتقرت إلى النية. أصل ذلك التيمم. إذا ثبت ذلك، ففيه ثلاثة أبواب، الأول: فى تبيين ما يفتقر إلى النية من الطهارة، والباب الثانى: فى إيضاح ما يجزئ فى ذلك من النيات، والباب الثالث: فى محل النية من الطهارة.

* * *

٣٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٢. أخرجه أبو داود ٤٣/١ كتاب الطهارة، باب الرجل يصلى الصلوات بوضوء واحد برقم ١٧٢ عن بريدة. الترمذى ٨٩/١ برقم ٦١ كتاب الطهارة، باب ٤٥ عن بريدة. النسائى ٨٦/١ عن بريدة بكتاب الطهارة. مسلم ٢٣٢/١ كتاب الطهارة، باب ٢٥ عن بريدة. ابن ماجه برقم ٥١٠ عن بريدة. أحمد ٣٥٠/٥ عن بريدة. البيهقى فى السنن الكبرى ١٦٢/١ عن بريدة. أبو عوانة ٢٣٧/١ عن بريدة. ذكره الزيلعى بنصب الراية ١٦٤/١ عن بريدة.

باب فيما يفتقر إلى النية من الطهارة

إذا ثبت ذلك، فإن غسل الجمعة يفتقر إلى النية عند جمهور أصحابنا، ويجيء على قول أشهب والشيخ أبي إسحاق أنها لا تفتقر إلى نية.

فوجه القول الأول قوله عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات». ومن جهة المعنى أن هذا الغسل وإن كان أصله لما يكون بالإنسان من العرق والصنان الذي يلزم إزالته للصلاة التي شرع لها النظافة والتجمل، فإنه قد اعتبر فيها من العدد وغير ذلك مما يعتبر في العبادات المحضة كالوضوء وغسل الجنابة، فثبت لها حكم العبادة، فافتقرت إلى النية، ولأنها أيضًا تتعدى محل موجبها لأنها تلزم من لا عرق له ولا صنان، وتتعلق من الأعضاء بما يعدم فيه ذلك كما تتعلق بما يوجد فيه ذلك.

ووجه قول أشهب وأبي إسحاق أنها طهارة لإزالة معنى، فاعتبرت إزالته دون النية كغسل الجنابة.

مسألة: وأما غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء، فإن افتقاره إلى النية يتخرج على وجهين، من جعله من سنن الوضوء كابن القاسم، اعتبر فيه النية، ومن رأى غسلهما على سبيل النظافة كأشهب ويحيى بن يحيى، فلا يعتبر في ذلك نية. وقد روى ابن وهب عن مالك ما يقتضى الوجهين جميعًا.

مسألة: وأما غسل الذكر من المذى، فحكى الشيخ أبو محمد في نوادره، أنه لا يفتقر إلى النية كغسل النجاسة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والصحيح عندي أنه يفتقر إلى النية؛ لأنها طهارة تتعدى محل وجوبها. وأما من خلع خفيه بعد المسح عليهما، فأراد أن يغسل رجليه أو يمسخ على خفين أسفلين.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وقد انفصلت من جملتها، فلا بد من تجديد النية لها، وكذلك من نسي غسل عضو من أعضاء الطهارة الكبرى والصغرى، ثم ذكره بعد أن جف وضوءه وطال أمره، فإنه لا بد له في غسله من النية.

مسألة: وأما من مس ذكره بيده في أثناء غسله قبل غسل أعضاء الوضوء، فليس عليه تجديد النية، وإن كان ذلك بعد غسل أعضاء الوضوء، فقد قال الشيخ أبو محمد: يحتاج إلى تجديد نية الوضوء عند غسل أعضاء الوضوء، ومنع من ذلك الشيخ أبو

الحسن، وسيأتي ذكره في الوضوء من مس الذكر، إن شاء الله تعالى..

* * *

باب فى إيضاح ما يجرى من النية

وأما الباب الثانى، فيما يجرى من النية فى الطهارة، فإن الاعتبار فى ذلك بمعنيين، أحدهما: بما يتناول من الأحداث والأسباب، والثانى: بما يتناول من العبادات، فإذا تساوت الطهارة فى أنفسهما وفيما تتناولهما من الأحداث والأسباب، وفيما تمنعه من العبادات، فلا خلاف أن نية إحدى الطهارة تنوب عن الأخرى، وإن تساوتا فى الغسل، واختلفتا فى أن إحدهما عن حدث، والأخرى سبب غسل الجنابة، والغسل للروح للجمعة، فقد اختلف أصحابنا فىمن اغتسل للجمعة ولم ينو الجنابة، فقال ابن القاسم: لا يجزیه نية الغسل للروح عن نية الجنابة، ورواه عن مالك، وبه قال ابن عبدالحكم وأصبغ. وقال ابن وهب وابن كنانة وابن الماجشون ومطرف وابن نافع: تجزیه. ورواه عن مالك.

فوجه قول ابن القاسم أن غسل الجمعة غير واجب، فلا تجزیه نية عن نية غسل الجنابة، وهو واجب.

ووجه القول الثانى أن غسل الجمعة مشروع مأمور به، فوجب أن تجزى نيته عن نية غسل الجنابة. قال ابن حبيب: كمن توضأ لناقلة، فإنه يصلى بها فريضة.

فروع: وإن نوى الجنابة، فهل يجزیه عن نية غسل الجمعة؟ ذهب أكثر أصحابنا إلى أنه لا يجزیه. وقال محمد بن مسلمة وأشهب: يجزیه.

وجه قول الجماعة أن غسل الجمعة إنما يثبت بعد ارتفاع الحدث ولا يتنقض بالحدث، ويحتمل أن يكون قول أشهب مبنياً على أن غسل الجمعة لا تقتصر إلى النية، فإن نوى الطهارة معاً، ففي المدونة عن ابن القاسم: تجزیه. وقال محمد بن مسلمة: لا تجزیه إلا أن يغتسل للجنابة ويجزیه ذلك عن غسل الجمعة.

مسألة: وأما من اعتقد أنه على وضوء يتوضأ مجدداً للطهارة، ثم ذكر أنه قد أحدث، فذكر الشيخ أبو محمد فى نوادره عن أشهب، أن ذلك يجزیه. وفى كتاب ابن سحنون: أنه لا يجزیه؛ لأنه قصد الناقلة.

وذكر أبو محمد عبدالحق: أن ما زاد على الفرض فى تكرار الوضوء يجب أن يفعل

٣٠٤ الطهارة

بنية الفرض لتتوب الغسلة الثانية عما نقص من الأولى، فإن أتى بالثانية والثالثة بنية الفضل، فإنه يخرج على الخلاف المذكور في تجديد الطهارة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: إنه لا يكون التكرار بنية النفل، وإنما يؤتى به بنية الفرض بمنزلة تطويل القراءة فى الصبح والركوع والسجود؛ لأن النفل ليس من جنس الفرض فتم به فضيلته، ألا ترى أن من صلى صلاة فرض فذاً ثم أراد أن يعيدها فى جماعة للفضيلة، فإنه لا يعيدها إلا بنية الفرض، ولو صلاها بنية النفل لما كملت بها فضيلة الأولى، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن لم يذكر جنابة فاغتسل على أنه إن كانت به جنابة، فهذا الغسل يرفع حكمها، ثم ذكر بعد ذلك جنابة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: لا يجزيه. وقال عيسى: يجزيه، واحتج بأن ابن كنانة قال: من اغتسل للجمعة ناسياً للجنابة أجزاه. قال عيسى: فكيف بهذا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه أراد بذلك أن نية الطهارة الواجبة لا تفتقر إلى نية الوجوب، وهذه المسألة تحتاج إلى نظر وتقسيم، وذلك أن الذى يغتسل على هذا الوجه لا يخلو أن يشك هل أجنب بعد غسله أو رأى شيئاً، فشك أهو جنابة أو غيرها أو لم يشك، بل تيقن أنه على طهارة، فإن شك فى الجنابة بعد الغسل، فهذا على مذهب ابن القاسم، يجب عليه الغسل، وهذا الشك عنده يقوم مقام تيقن الجنابة، فلا يجوز أن يقول ابن القاسم: لا يجزيه، ولا أن يشبهه بغسل الجمعة، وإنما يجوز أن يقال ذلك على مذهب من قال من أصحابنا: إن الطهارة مع هذا النوع من الشك مستحبة، وأما من رأى بطلاً فشك فيه، فإنه يتخرج على قول ابن نافع: إن الغسل يلزمه، وعلى رواية ابن زياد أن الغسل لا يلزمه، وأما من تيقن الطهارة، فاغتسل مع ذلك استظهاراً مجدداً لغسله، فهو بمنزلة من توضأ مجدداً لوضوئه.

مسألة: فإذا تساوت الطهارتان عن حدث، واختلفت مواعنهما كالجنابة والحيض، فإن الحيض يمنع الوطء ولا تمنعه الجنابة، فإن اغتسلت الحائض تنوى الجنابة دون الحيض، ففى كتاب ابن سحنون عن أبيه: لا يجزى.

وفى كتاب الحاوى للقاضى أبى الفرج: يجزى. وقال محمد بن عبدالحكم: وجه قول سحنون أن الحيض يمنع مما لا تمنع منه الجنابة، وإذا رفع موجب الجنابة لم يرتفع جميع موجب الحيض، فوجب أن لا يجزيه.

الطهارة ٣٠٥

ووجه القول الثانى أن هذين حدثان موجبهما واحد، فوجب أن تنوب نية أحدهما عن نية الآخر كالوضوء من النوم والبول واختلاف مواعنهما لا يوجب التنافى بينهما؛ لأن الحائض لو نوت استباحة الصلاة خاصة لأجزأها ذلك من جميع مواعن الحيض، وهذا المعنى موجود فى مسألتنا، ولهذا اختلف قول مالك وأصحابه فى الجنب يتيمم ناسياً لجنابته، ينوى من الحدث الأصغر، فمنع منه مالك، وجوزه ابن مسلمة ورواه عن مالك.

مسألة: فإن نوت بغسلها الحيض دون الجنابة، فقد قال مالك: يجزئها عن غسل الجنابة، وكذلك قال ابن القاسم فى المجموعة، وهذا مطرد على رواية من لا يرى للحائض قراءة القرآن عند انقطاع الدم، وعلى رواية من لا يرى لها قراءة القرآن جملة. أما من حمل قول أصحابنا فى ذلك على تجويز القراءة لها على الإطلاق، فإنه يتخرج على قول سحنون أن نية الحيض لا تجزئ عن نية الجنابة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما ما تختلف موجباته ومواعنه كالجنابة والحدث الأصغر، فإن نية الأعم منه تنوب عن نية ما هو أخص منه، فتنوب نية الجنابة عن نية الحدث الأصغر ولا تجزئ نية الحدث الأصغر عن نية الأكبر فى الطهارة بالماء، وأما فى التيمم فقد اختلف فيه على ما تقدم لاختلاف مواعنهما واتفاق موجبهما.

فصل: وأما تناول النية للعبادات والأفعال، فإن نوى بالطهارة استباحة جميع ما يمنعه حدثها أجزأ ذلك، وهو أعم وجوهها، فإن نوى استباحة فعل بعينه، فإن الأفعال على ثلاثة أضرب، أحدها: ما تكون الطهارة شرطاً فى صحته، والثانى: ما شرعت فيه الطهارة على وجه الاستحباب، والثالث: ما لم تشرع فيه طهارة بوجه، فإن نوى استباحة فعل شرعت الطهارة فى صحته، فلا خلاف على المذهب أنه يجزئ، ويستباح بها ذلك الفعل مثل أن ينوى الجنب الصلاة أو مس المصحف وقراءة القرآن.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه يجرى مجرى ذلك أن ينوى الجنب دخول المسجد أو ينوى المحدث صلاة نافلة.

فروع: وهل له أن يستبىح به سائر مواعن ذلك الحدث؟ المشهور من المذهب أن من نوى صلاة بعينها أو مس مصحف وما أشبه ذلك، فإنه يستبىح به كل ما يمنع منه ذلك الحدث.

وقال القاضى أبو الحسن فىمن نوى بطهارته استباحة صلاة بعينها دون غيرها: أنه يتخرج على روايتين عن مالك فى رفع نية الطهارة، فإن قلنا إن الطهارة لا ترفع، جاز

٣٠٦ الطهارة

له أن يصلى ما نوى وغيرها، وإن قلنا إنها ترفع، لم يجز له أن يصلى غيرها؛ لأنه قد نوى رفض طهارته بعدها، فليس له أن يصلى شيئاً بعدها. وفرق القاضى بين أن ينوى استحابة صلاة بعينها، وبين أن ينوى استحابة صلاة بعينها دون غيرها.

مسألة: وأما الضرب الثانى، فهو أن ينوى بطهارته فعلاً شرعت فيه استحباباً مثل أن يتوضأ المحدث لدخول المسجد أو لقراءة القرآن أو النوم، فقد حكى أبو الفرج فيمن توضأ لقراءة القرآن: له أن يصلى بوضوئه ذلك ومثل ذلك فى المختصر فيمن توضأ ليكون على طهر.

وحكى ابن حبيب أنه لم يختلف أصحابنا فى صحة الصلاة بالوضوء للنوم، ومثل هذا يلزم فى الوضوء لدخول المسجد أو السعى أو الغسل للجمعة ودخول مكة والوقوف بعرفة، وألحق ابن حبيب بذلك من توضأ ليدخل على الأمير ورواه فى المجموعة ابن نافع عن مالك، وقال القاضى أبو محمد: لا يجوز شىء من ذلك.

مسألة: وأما الضرب الثالث، وهو أن ينوى بوضوئه استحابة ما لم تشرع فيه الطهارة أصلاً، فإنه لا يستباح بتلك الطهارة صلاة ولا خلاف فى ذلك نعلمه، ومن توضأ ليعلم الوضوء أو ليتعلمه، قال ابن حبيب: لا يصلى به. وفى النوادر من قول أصحابنا: مكرهاً لم يجزه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فيلزم الجنب معنيان، أحدهما: أن ينوى بطهارته الجنابة أو ما يغسل منه جميع الجسد وجوباً أو استحباباً، والثانى: أن ينوى استحابة جميع موانعها وبعضها.

وأما الوضوء فيحتاج إلى نية الطهارة من معنى تجب منه أو شرعت فيه استحباباً وليس عليه تعيين الحدث ونية استحابة الموانع وبعضها، فإن اغتسل ولم يعين حدثاً، فالظاهر من المذهب أنه لا يجزيه.

وقال الشيخ أبو إسحاق: من اغتسل بِنوى التطهير ولا ينوى الجنابة، قال مالك مرة: لا يجزيه. وقال مرة: يجزيه، وعلى ذلك أكثر أصحابنا. ويلزم فى التيمم تعيين الفعل الذى يستباح به. وحكى ابن حبيب أن ذلك على الوجوب ويتخرج على قول مالك وابن القاسم أن ذلك على الاستحباب، والله أعلم.

* * *

باب فى محل النية من الطهارة

ومحل النية من الطهارة على ما يقتضيه قول القاضى أبى محمد فى أولها عند التلبس بها، وقد رأيت ذلك لغيره من أصحابنا، وظاهر قول القاضى أبى محمد يدل على أن محلها عند ابتدائه بفرض الطهارة، وبه قال الشافعى.

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن توجه إلى البحر أو الحمام ينوى غسل الجنابة، فلما أخذ فى الطهر نسى الجنابة، أنه يجزيه، وقال سحنون: يجزيه فى البحر، ولا يجزيه فى الحمام، قال ابن القاسم: ومنزلته ذلك منزلة من يوضع له الماء، وهو يقصد الاغتسال من الجنابة، فنسى حتى فرغ، فإن ذلك يجزئ عنه؛ لأنه على نيته ما دام مشتغلاً بالعمل، فلا يؤثر فيه النسيان.

وفرق سحنون بين البحر والحمام بأن البحر لا يقصده فى الغالب إلا لغسل الجنابة، وأما الحمام فيقصده ليغتسل فيه تنظفاً، وهذا التعليل صحيح إن شاء الله، غير أنه يحتاج أن يفرق بينه وبين قوله فى نية الصلاة: أنها مقارنة لتكبيرة الإحرام.

ووجه ذلك أن من حكم نيات العبادة أن تقارن افتتاحها إلا أن يمنع من ذلك مانع كما يمنع من الصوم، وذلك أنه يجوز لمن أراد الصوم فى غرة أن ينوى ذلك فى أول ليلته.

وأما الطهارة، فإنها تفتتح بنوافلها فلو قارنت النية الفرض لعرا غسل اليدين والمضمضة والاستنشاق عن النية، فجاز له تقديم النية عند الشروع فى أمر الطهارة من المشى إلى موضع الماء وغير ذلك مما يحتاج إليه الوضوء مع اتصال العمل به إلى الشروع فى الوضوء.

وأما فى الصلاة، فإنها تفتتح بفرض من فروضها ولا يخفى على المكلف الدخول فيها؛ لأنه يفعله، فوجب أن تقارن النية افتتاحها وكذلك الحج.

فصل: وأما ما يفعله فى غيره، فلا يفتقر إلى نية كغسل الميت، وغسل الإناء من ولوغ الكلب وغسل الكتانية إذا انقطع عنها دم حيض أو نفاس ومن وضاً غيره لمرض أو زمانه، فإن الشيخ أبى محمد قال: النية على الموضأ لا على الغاسل.

فصل: ذكر ابن الجهم أن فرض الوضوء نزل بالمدينة فى سورة المائدة، وكان الطهر بمكة من النوادر، وهذا أمر لو صح لحملناه على ذلك غير أنه يحتاج إلى نقل صحيح،

ويحتمل أن يريد بذلك أنه كان الوضوء بمكة أمر النبي ﷺ ووارداً من قبله، وإن كان على الوجوب لكنه لم ينزل فيه القرآن إلا بالمدينة، والله أعلم وأحكم.

فصل: قوله: ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً﴾ [النساء: ٤٣]، فذكر الملامسة والمجئ من الغائط مع النوم، وهى أصول أسباب الطهارة، إلا أن فى الآية تقدماً وتأخيراً تقديراً على التحقيق إذا قمتم إلى الصلاة أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء، فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق، وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين، وإن كنتم جنباً فاطهروا، وإن كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا، قال ذلك محمد بن مسلمة.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا يَتَوَضَّأُ مِنْ رُعَافٍ^(١)، وَلَا مِنْ دَمٍ، وَلَا مِنْ قَيْحٍ يَسِيلُ مِنَ الْجَسَدِ، وَلَا يَتَوَضَّأُ إِلَّا مِنْ حَدَثٍ يَخْرُجُ، مِنْ ذَكَرٍ أَوْ ذُبُرٍ أَوْ نَوْمٍ.

الشرح: قد تقدم قولنا أن الأحداث المتفق عليها فى المذهب ثلاثة أضرب، ذهاب العقل، وقد ذكرنا حكمه، والثانى: ما يخرج من السبيلين، ونحن نبين حكمه الآن، والثالث: الملامسة، وما فى معناها، وسيأتى ذكرها بعد هذا إن شاء الله.

فأما ما يخرج من الجسد، فإنه على ضربين خارج من السبيلين، وخارج من غير السبيلين، فأما الخارج من السبيلين، فإنه يوجب الطهارة على وجوه سببها بعد هذا إن شاء الله، وأما الخارج من غير السبيلين، فإنه لا يجب به الوضوء، طاهراً كان أو نجساً، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: كل نجاسة سالت من الجسد من أى موضع خرجت منه، فالوضوء يجب بها.

والدليل على ما نقوله أن هذا خارج لا ينقض الطهارة قليله، فلم ينقضها كثيره كالإصاق.

مسألة: وأما الخارج من السبيلين، فإنه لا يخلو أن يكون معتاداً أو غير معتاد، فإن كان معتاداً فإنه يجب فيه الطهارة، وهو على ثلاثة أضرب: البول والغائط والودى.

وروى ابن نافع عن مالك فى المجموعة: أنه ماء أبيض خائر يخرج بأثر البول يكون من الجماع. وقال ابن حبيب: يكون من الرجل والمرأة لحمام أو أبردة.

(١) الرعاف: هو خروج الدم من الأنف.

الطهارة ٣٠٩

قال القاضي أبو محمد: هو بذال معجمة، وقيل بدال غير معجمة، وكل قد حكى عن أهل اللغة، وقد استوعب الكلام فيه في الاستيفاء، فهذه المعاني الثلاثة يجب بها الوضوء خاصة، والذي هو ماء رقيق يخرج عند الالتذاذ عند الملاعبة أو التذكار، فإن فيه الوضوء، وهل يجب فيه غسل الذكر أم لا؟ سيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله، وأما المنى، فإنه يجب به الطهارة الكبرى.

فرع: وهذا كله إذا تيقن خروجه، فإن شك في ذلك، فهو على ثلاثة أضرب، أحدها: إن تيقن أنه أحدث ولا يدري أن ذلك قبل الوضوء أو بعده، فهذا يجب عليه الوضوء، والثاني: إن تيقن الوضوء، وشك أحدث بعده أم لا؟ فروى ابن القاسم عن مالك: يعيد الوضوء، وروى عنه: لا يعيده.

واختلف في تأويل ذلك، فذهب العراقيون إلى أنهما روايتان، إحداهما: إيجاب إعادة الوضوء، والثانية: نفيه. وذهب المغاربة إلى أنه على الاستحباب.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والأول أظهر عندي؛ لأن مالكاً قاسه على من شك أصلى ركعتين أو ثلاثاً، وقال: عليه إتمام ما شك فيه. ولا خلاف أن ذلك على الوجوب.

وروجه ذلك أنه قد لزمه أداء الصلاة بطهارة، فلا يبرأ منها إلا بيقين، ولا يحصل له اليقين إلا باستئناف الطهارة. ووجه آخر وهو أنه ليس بمحدث في نفسه، وإنما يجب به الوضوء للشك في بقاء الطهارة، وهذا المعنى موجود في مسألتنا.

فرع: فإذا قلنا بوجوب الوضوء بالشك في الحدث، فإن شك خارج الصلاة فهذا حكمه، وإن شك في الصلاة، فقد روى القاضي أبو الحسن عن مالك في ذلك روايتين، إحداهما: يقطع ويتوضأ، والثانية: إن شك في نفس الصلاة، فلا وضوء عليه، وإن شك خارج الصلاة، فعليه الوضوء، وبه قال إبراهيم النخعي.

وجه الرواية الأولى أن هذا شك في الطهارة، فوجب عليه الوضوء لما يلزمه من فعل الصلاة، كالذي يشك قبل التلبس بالصلاة.

وجه الرواية الثانية ما روى عنه عليه السلام في الذي يخيل إليه الشيء في الصلاة لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً.

ومن جهة المعنى أن التلبس بالصلاة لم يبطل تيممه، وإذا وجدته قبل التلبس بها بطل تيممه، والله أعلم.

٣٩٠ الطهارة

فصل: وأما الضرب الثالث، فهو أن يوجد منه أمر يشك، هل هو حدث أم لا؟ مثل أن يتخيل له ريحاً وجدت منه أو يجد بللاً فلا يدري، فهذا قد اختلف أصحابنا فيه، فقال ابن حبيب، فى المتخيل: لا طهارة عليه. وفرق بينه وبين الذى يشك بعد الطهارة فى الحدث، وروى على بن زياد عن مالك فى الذى يجد البلل، فلا يدري ما هو: لا غسل عليه، ولعله عرق.

وروى ابن نافع عن مالك: إن وجد البلل فى الصلاة، فلا ينصرف حتى يستيقن، قال: وإن وجده خارج الصلاة، فشك، فعليه الغسل.

مسألة: وأما غير المعتاد، فهو كالحصى والدم والدود، فإن المشهور عن مالك وأصحابه أنه لا يجب به وضوء. وقال محمد بن عبدالحكم: يجب به الوضوء، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه القول الأول أنه خارج غير معتاد، فلم يجب به الوضوء كدم الفصادة. ووجه القول الثانى أنه خارج من السبيلين، فوجب به الوضوء كالمعتاد.

٣٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ يَنَامُ جَالِسًا؛ ثُمَّ يُصَلِّي وَلَا يَتَوَضَّأُ.

الشرح: معنى ذلك أن نومه كان يسيراً يعلم معه أنه لم ينتقل عن مستوى جلوسه، وهذا على ما يقتضيه مذهب مالك، ويحتمل أن يكون ابن عمر رأى فى ذلك رأى المخالف.

* * *

الطهور للوضوء

٣٩ - مَالِك، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ سَلَمَةَ مِنْ آلِ يَنبَى الْأَزْرَقِ^(١)،

٣٨ - أخرجه أبو داود ٥١/١ كتاب الطهارة، باب الوضوء من النوم برقم ٢٠٢ عن ابن عباس.
٣٩ - أخرجه الترمذى كتاب الطهارة برقم ٦٤. والنسائى كتاب المياه برقم ٣٣٢. وكتاب الصيد والذبائح برقم ٤٣٤٨. وأبو داود كتاب الطهارة برقم ٨٣. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٣٨٦. وكتاب الصيد برقم ٣٢٤٦. وأحمد بالمسند برقم ٧١٩٢، ٨٥١٨، ٨٦٩٥، ٨٨٥، والدارمى كتاب الطهارة برقم ٧٢٨، ٧٢٩. وابن أبى شيبه بالمصنف ١/١٣٠ عن عبدالله بن المغيرة، عن رجل من بنى مدلج «أنه سأل النبى». وأخرجه الحاكم عن المغيرة بن أبى بردة، عن رجل من بنى مدلج ١/١٤١. وأخرجه عبدالرزاق فى المصنف، عن المغيرة بن عبدالله بن أبى بردة ٤/٥١٤ برقم ٨٦٥٧. وأخرجه البيهقى بسنده، عن المغيرة بن أبى بردة، عن رجل من بنى مدلج ٣/١.

عَنِ الْمُغِيرَةَ بْنِ أَبِي بُرْدَةَ^(٢)، وَهُوَ مِنْ بَنِي عَبْدِ الدَّارِ، أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا هُرَيْرَةَ^(٣) يَقُولُ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا نَرَكِبُ الْبَحْرَ، وَنَحْمِلُ مَعَنَا الْقَلِيلَ مِنَ الْمَاءِ، فَإِنْ تَوَضَّأْنَا بِهِ عَطِشْنَا، أَفَتَوَضَّأُ مِنْ مَاءِ الْبَحْرِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُوَ الطَّهُّورُ مَاؤُهُ الْجِلُّ مِيتُهُ»^(٤).

الشرح: قوله: «إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء»، يحتمل أن ما يركبونه لا يحمل أكثر من ذلك، ويحتمل أن يكون ذلك لغير هذا الوجه، فيكون اقتصارهم على قليل الماء لهذا الوجه؛ لأن ذلك مباح، ويكون على الوجه الأول للضرورة.

وقوله: «فإن توضحنا به عطشنا»، دليل على أن العطش له تأثير في ترك استعمال الماء المعد للشرب، ولذلك أقره النبي ﷺ على التعلق به.

فصل: وقوله ﷺ: «هو الطهور»، يعنى الذى يتكرر التطهير به، ولا يصح أن يكون معنى طهور، طاهر لأنهم لم يسألوه هل هو طاهر، وإنما سألوه هل هو مطهر، فأجابهم بأنه طهور، وهذا يقتضى أن لفظ طهور يتضمن معنى مطهر، ولا يكون مطهراً حتى يكون ماء طاهراً، ولا خلاف فى جواز التطهير بماء البحر، إلا ما يروى عن عبد الله بن عمر، وقد أنكر القاضى أبو الحسن أن يكون ذلك قولاً لأحد، والأصل فى جواز

(١) سعيد بن سلمة من آل بنى الأزرق: قال ابن عبد البر: لم يرو عنه فيما علمت إلا صفوان ابن سليم ومن كانت هذه حاله فهو مجهول لا تقوم به حجة عندهم، وتعقب بأنه روى عنه أيضاً الجلاح أبو كثير، ذكره الرافعى فى شرح المستند، وحديثه عنه فى مستدرک الحاكم. قال الرافعى: وعكس بعض الرواة الاسمين فقال: سلمة بن سعيد وبدل بعضهم فقال: عبد الله بن سعيد. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٥).

(٢) قال ابن عبد البر: سأل محمد بن عيسى الترمذى البخارى عن حديث مالك هذا، فقال: هو حديث صحيح قال: قلت: هشيم يقول فيه المغيرة بن أبى بردة فقال: وهم فيه. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٥).

(٣) قال الرافعى: روى الحديث بعضهم عن المغيرة عن أبيه عن أبى هريرة قال: ولا يوهم ذلك إرسالاً فى إسناد الكتاب قال: فيه ذكر سماع المغيرة من أبى هريرة. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٥).

(٤) قال الرافعى لما عرف ﷺ اشتباه الأمر على السائل فى ماء البحر أشفق أن يشتبه عليه حكم ميته وقد يتلى بها راكب البحر فعقب الجواب عن سؤاله ببيان حكم الميتة، قال: والحل بمعنى الحلال، وقد ورد بلفظ الحلال فى بعض الروايات انتهى. قلت: أخرج الدارقطنى من حديث جابر بن عبد الله وأنس وعبد الله بن عمر. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٥).

التطهير به هذا الحديث، وهو نص فى الحكم.

مسألة: والمياه على ضربين، مطلق ومضاف، فالمطلق ما لم يتغير بمخالطة ما ليس بقرار له، وينفك الماء عنه غالباً كماء السماء والآبار والأنهار والعيون والبحر، وهذا هو الطاهر المطهر، وكذلك ما تغير من المياه والتراب والحماة الذى هو قرار لها، وكذلك ما جرى من المياه على كحل أو نورة أو شب أو كبريت أو زاج أو غير ذلك مما هو فى معناه يغير صفاته، وعلى ذلك عمل الناس فى الحمامات، وكذلك ما تغير بالطحلب؛ لأنه لا ينفك الماء عنه غالباً.

وأما إذا سقط ورق الشجر أو الحشيش فى الماء فتغير، فإن مذهب شيوخنا العراقيين أنه لا يمنع الوضوء به. وقال أبو العباس الإيبانى: لا يجوز الوضوء به.

وجه القول الأول أنه مما لا ينفك الماء عنه غالباً، ولا يمكن التحفظ منه ويشق ترك استعماله كالطحلب. وقد روى فى المجموعة ابن غانم عن مالك فى غدر تردها الماشية، فتبول فيها وتروث، فتغير طعم الماء ولونه: لا يعجبنى الوضوء به ولا أحرمه، ومعنى ذلك أن هذا مما لا ينفك الماء عنه غالباً، ولا يمكن منعه منه.

وأما مخالطة الملح الماء، فقد قال القاضى أبو الحسن: المالح من جنس الأرض، يجوز التيمم عليه، فإذا غير الماء يمنع الوضوء به.

وقد رأيت الشيخ أبا محمد وأبا الحسن اختلفا فى مسألة المالح يخالط الماء، فأجاز أحدهما الوضوء به، ومنعه الآخر، ولم يفصلا، ويحتمل كلام شيوخنا العراقيين أن المالح المعدنى هو الذى حكمه حكم التراب، وهو الذى ذكره القاضى أبو الحسن.

وأما ما يجمد لصنعة آدمى، فقد دخلته الصنعة المعتادة، فلا يجوز التيمم به، وإن غير الماء بمخالطته، منع الوضوء به، والله أعلم.

مسألة: وأما المضاف من المياه، فهو فى اللغة ما خالطه غيره وكان مضافاً إليه، ولكنه عند الفقهاء ولاسيما المالكيين واقع على ما تغيرت صفاته بما أضيف إليه، فأما ما لم تتغير صفاته، فلا يخلو أن يخالطه طاهر أو نجس، فإن خالطه طاهر كاليسير من الخل والعسل والمذى، فلا خلاف بين الفقهاء نعلمه فى أنه لا يمنع الطهارة به، إلا ما روى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال: لا يطهر، وإذا توضع مكلف بالماء، وأزال به حكم الحدث، فإنه يكره أن تعاد طهارة للخلاف فى ذلك، ومن لم يجد غيره توضعاً به وأجزأه. قال ابن القاسم: وهذا يقتضى أنه طاهر مطهر.

الطهارة ٣١٣

والمشهور من مذهب مالك وأصحابه إلا أصبغ، فإنه قال: لا يرفع الحدث، وهو أحد قولى الشافعى. وحكى القاضى أبو الحسن تأويلاً على رواية ابن القاسم: يتوضأ به ويتمم.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ [الفرقان: ٤٨]، وطهور على مثال شكور وصبور، وإنما يستعمل فيما يكثر منه الفعل، وهذا يقتضى تكرار الطهارة بالماء.

ودليلنا من جهة القياس أن رفع الحدث بالماء مرة لا يمنع من رفعه به ثانية كرفعه من آخر العضو بعد تطهير أوله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وقول أصبغ عندى مبنى على ما ذكر عن الشيخ أبى الحسن أن يسير الطاهر يسلب الماء حكم التطهير، وإن لم يغيره لأنه لا يخلو أن يكون على جسد الإنسان أثر يسير من عرق أو غبار أو غيره، فخالط الماء فيسلب حكم التطهير، وإن لم يغيره.

فروع: إذا قلنا بقول أصبغ، فإن هذا الماء طاهر غير مطهر. وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة، أنه نجس، وبه قال أبو يوسف. والدليل على ما نقوله أن هذا ماء طاهر لاقى أعضاء طاهرة، فلم ينجس بذلك كما لو توضأ به تبرداً.

مسألة: وإن كان المخالط للماء ولم يغيره نجساً، فإن كان الماء كثيراً فهو طاهر على الإطلاق، وإن كان الماء قليلاً فالذى رواه أهل المدينة عن مالك، أنه طاهر مطهر. وابن القاسم يطلق عليه اسم النجاسة فى روايته.

وقوله: ويرى على من توضأ به الإعادة فى الوقت دون غيره، وهو يعود إلى مذهب مالك الذى حكاه أهل المدينة عنه.

وأما الخلاف فى العبارة. وقال أبو حنيفة: كلما وردت عليه النجاسة، فإنه نجس، وإن لم يتغير، فإن كان كثيراً لم ينجس منه غير موضع النجاسة، وإن كان قليلاً نجس جميعه، والكثير عنده الغدير الذى لا يتحرك أحد طرفيه بتحرك الآخر.

وقال الشافعى: إن بلغ الماء قلتين فهو طاهر، وإن كان أقل من قلتين فهو نجس، والقلة عنده خمسمائة رطل.

ودليلنا ما روى المقدم بن شريح بن هانئ، عن أبيه، عن عائشة، عن النبى ﷺ قال:

٣١٤ الطهارة

«الماء لا ينجسه شيء». ودليلنا ما رواه الوليد بن كثير، عن محمد بن كعب، عن عبد الله ابن عبد الرحمن بن رافع بن خديج، عن أبي سعيد الخدري قيل لرسول الله ﷺ: أنتوضأ من بئر بضاعة وهي تطرح فيها الخيض ولحوم الكلاب والنتن؟، فقال رسول الله ﷺ: «الماء طهور لا ينجسه شيء».

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ماء لم يتغير بمخالطة ما ليس بقراره وينفك الماء عنه غالباً، فوجب أن يكون طاهراً مطهراً كما لو زاد على القلتين.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالظاهر من المذهب أنه مكروه لخوف الخلاف فيه، وهذا الماء يسميه ابن القاسم نجساً، ويحكم له بحكم الماء المكروه في رفع الحدث به، بحكم الماء النجس في غسل الثوب والجسم منه، وتبعه على هذا جماعة من أصحابنا.

قال الشيخ أبو محمد في نوادره: أعرف لبعض أصحابنا فيمن توضأ بماء نجس ثم اغتسل في البحر تبرداً، أنه يجزيه من طهارة أعضائه، يعنى من الماء النجس، ويصح وضوؤه بالماء النجس، قال: إلا أن يكون نجساً لا اختلاف فيه كالذى تغير لونه وطعمه، فلا يجزيه حتى يعيد الوضوء بنيته.

وقال ابن الماجشون ومحمد بن مسلمة: هو ماء مشكوك فيه، وكذلك يقولون في سؤر الكلب. وأما سؤر النصراني وفضل وضوئه، فهو من هذا الباب. وفي المدونة: لا يتوضأ بواحد منهما. قال الشيخ أبو محمد: وذلك على الكراهية. وفي العتبية من رواية أبي القاسم عن مالك: يتوضأ بسؤره ولا يتوضأ بفضله وضوئه.

ووجه ذلك أن الغالب عليه النجاسة لأنه لا يتدين بالتوقى منها لأنه يأكل الميتة والخنزير ويشرب الخمر، فهو بمنزلة ما يأكل النجاسة من الدجاج المخلاة وغيرها التي يمنع من الوضوء بسؤرها. وفي العتبية عن سحنون: إذا أمنت أن يأكل ميتة أو يشرب خمرًا، فلا بأس بسؤره لغير ضرورة.

وأما البئر تقع فيها فأرة أو دجاجة أو هرة، ففي العتبية من رواية أشهب وابن نافع عن مالك، في البئر تقع فيه الهرة فتموت فينزع منها قدر ما يطيبها، وأشار إلى مثل ذلك في بئر وقعت فيها فأرة فتمعطت.

وروى علي بن زياد في المجموعة عن مالك: إن سال في البئر من فرثها أو دمها شيء، نزحت إلى أن يغلب الماء، وإن لم تنفسخ نزع منها شيء.

الطهارة ٣١٥

وفرق ابن الماجشون بين أن تقع فيها ميتة، وبين أن تقع فيها حية فتموت فيها، فقال: إن وقعت ميتة لم يضر ذلك الماء، وإن تغيرت رائحته حتى يتغير لونه أو طعمه، ولم يؤمر أهل البئر أن ينحوا منها شيئاً، وإن ماتت فيها نزع منها قدر ما يطيبها، وإن لم يتغير.

وحكى ذلك عنه أبو زيد في ثمانيته، وحكى عن أصبغ أن كلا الوجهين يفسد الماء، ويوجب عدم إباحتها، والتي تقع فيها ميتة أشد إفساداً، وفي هذا ثلاثة أبواب، الأول: فى حكم ذلك الماء المحكوم بالمنع من استعماله، والثانى: فى صفة تطهير المحل منه، والثالث: فى الفرق بين هذا القليل وبين الكثير الذى لا يفسد إلا بالتغيير.

* * *

باب فى حكم الماء المنوع من استعماله

يمنع منه مع وجود غيره، فإن لم يوجد غيره، فالذى عليه شيوخنا العراقيون وهو المشهور من قول مالك أنه يستعمل فى كل ما يستعمل فيه الماء الطاهر، وقال ابن الماجشون وسحنون: يجمع بين التيمم والوضوء لأنه ماء مشكوك فيه، وبه قال الثورى.

وقال ابن القاسم: يتيمم أحب إلى من الوضوء به، فأما القول، فهو على ما قدمناه من أن الماء لا ينجس إلا بالتغيير، وإنما يكره مع القدرة على غيره للخلاف الظاهر فيه.

ووجه قول سحنون وعبدالمالك أنه ماء مشكوك فى طهارته، فإن كان ماء طاهراً فقد توضع به، وإن كان نجساً فقد تيمم.

وما قاله ابن القاسم يحتمل معنيين، أحدهما: أن يسير الماء ينجسه قليل النجاسة، وإن لم يغيره، والثانى: أن التيمم يلزم مع وجود الماء المكروه، وإنما يمنع مع وجود الماء المطلق، وهذا أظهر لقوله: «من توضع به وصلى يعيد الصلاة مادام فى الوقت، ولا يعيدها بعد الوقت».

فرع: فإذا قلنا يجمع بين الوضوء والتيمم، فإن ابن سحنون روى عن أبيه قال: يتيمم ويصلى، ثم يتوضأ بذلك الماء، ويعيد الصلاة. وقال ابن الماجشون: يتوضأ بالماء ويتيمم ويصلى.

وجه قول سحنون ما احتج به من أنه إن بدأ بالوضوء، وكان الماء نجساً، تنجست أعضاؤه وثيابه، وإن أجز الوضوء صلى، وقد نجست أعضاؤه أيضاً، فيصلى بالتيمم أولاً

٣١٦ الطهارة

وأعضاؤه طاهرة، فإن كان الماء نجسًا صحت صلاته بالتيميم، وإن كان الماء طاهرًا توضأ بعد ذلك وصلى.

ووجه قول ابن الماجشون أنه لا يصح تيممه، وهو واجد للماء، فيتوضأ ثم يتيمم بعد ذلك لعدم الماء، وقد رأيت لسحنون: يهريق الماء ثم يتيمم ويصلى.

مسألة: فإن توضأ بهذا الماء وصلى، فقد روى ابن القاسم وعلى بن زياد عن مالك يعيد في الوقت ولا يعيد بعده. وقال ابن حبيب: إن توضأ به جاهلاً أو عامداً أعاد الصلاة أبداً، وإن توضأ به غير عالم، أعاد في الوقت، وهذه طريقة ابن حبيب فيمن ترك المسنون.

وروى يحيى بن يحيى في عشرته عن ابن القاسم، فى الذى يتوضأ بماء وقعت به دجاجة فتزلعت ثم صلى، وهو مما لو عجن به لطح ذلك الطعام، لا يعيد الصلاة إلا فى الوقت.

قال يحيى بن يحيى: هو كمن لم يتوضأ، ويعيد الصلاة أبداً، وقول يحيى مبنى على أنه نجس كالمغفر، ومثل هذا يلزم على قول ابن الماجشون وسحنون لمن توضأ به وصلى دون تيمم لأنه لا يتيقن أداءه للصلاة حين توضأ لها. بماء لا يعلم هل يرفع الحدث أم لا؟.

مسألة: وأما ما امتزج بهذا الماء من عجين أو حنطة تبيل، ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك: لا يؤكل ذلك الخبز. قال الشيخ أبو بكر: ذلك على الكراهية.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتمل عندى وجهين، التحريم والكراهية، فأما ما يقتضى التحريم، ففي العتبية لأشهب عن مالك: أن قوماً سألوه، وقد عجنوا به خبزاً بمخين من دراهم ثم أعلموه بذلك، فأمرهم بطرحه أو علقه الدواب، ونهى عن أكله، ولو لم يكن على التحريم لما أمرهم بطرحه لما فيه من إهانة أرفع الأقوات، والشرع يمنع من ذلك، ولما فيه من إضاعة المال الكثير.

وأما ما يقتضى الكراهية، فقد حكى ابن حبيب، أن من عجن بالماء النجس المتغير لا يطعم الدجاج، وهو كالميتة وهذا يقتضى أنه إنما أمرهم فى رواية أشهب بإطعامه الدواب والإبل لما لم يكن عنده نجسًا.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ: أن ما عجن من الخبز

الطهارة ٣١٧
بما لم يتغير أحد أوصافه، فلا بأس أن يطعمه رفيقه من اليهود والنصارى. وحكى ابن
سحنون عن أبيه: لا يطعمهم إياه ولا يمنعهم منه.

قال ابن حبيب: وما تغير لونه أو طعمه أو ريحه فلا يطعم ما عجن به شيء من
الحيوان. وحكى ابن القاسم فى المدونة، أن العسل النجس يعلفه النحل.

وهذا ظاهر فى أن الحرام النجس يعلفه الحيوان، ويجب أن لا يجوز ذلك على أصل
ابن حبيب. ووجه ذلك على قول ابن القاسم، أن النحل تأكل ذلك لأن العسل يفتدى
به ويحتنى عسلاً آخر من التوار، ويحكم له فى نفسه بحكم الطهارة لتغييره عنا ووروده
المياه، كالهرة تتناول الميتة ثم تغيب عنا.

وقال المغيرة: سقى الدواب ذوات اللبن، والأشجار ذوات الثمر هذا الماء، قال يحيى
ابن عمر: فينجس بول الحيوان، ولا ينجس لبنه، ولا ثمر الشجر.

وأما ما طبخ من اللحم بهذا الماء، ففى العتبية من رواية معاوية بن موسى عن ابن
القاسم: يغسل ذلك ويؤكل. وروى أشهب عن مالك: لا يؤكل.

وجه قول ابن القاسم أن ما فى اللحم من المائية تقوى بالنار، فمنع الماء المكروه أن
يصل إلى باطنه، وإنما يتعلق بظاهره، والماء يزيل ذلك عنه.

وجه قول مالك أن مائية اللحم تمتزج بهذا الماء المكروه، فيحصل له حكمه، ولا
سبيل إلى إزالة ذلك من باطن اللحم بال غسل، والله أعلم.

* * *

باب فى صفة التطهير من هذا الماء

وأما تطهير المحل من هذا الماء، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يطهر مستقره،
والثانى: أن يطهر ما أصابه، فأما تطهير مستقره، فروى أشهب عن مالك: إن ماتت فى
البئر أخرج منها بقدر ما يطيبها، وقاله ابن الماجشون، قال: وليس لذلك حد.

وروى على بن زياد عن مالك فى المجموعة: إن تفسخت فى البئر نزعت، إلا أن
يغلب الماء، وإذا لم تفسخ نزع منها شيء. قال ابن كنانة: بقدر ما يطيبها. وروى أبو
زيد فى ثمانيته عن أصبغ قولاً هو عندى أصل هذه المسألة، والله أعلم، وذلك أنه يراعى
فى قدر ما ينزع من البئر قدرها وقدر ماء البئر وطول إقامتها فى الماء ودروجها فيه،
قال: وأصل ذلك أنه إنما يباح من الماء ما يرى أنه جاوزها وأصابها.

٣١٨ الطهارة

مسألة: وأما تطهير ما أصاب هذا الماء من جسم أو ثوب، فروى ابن القاسم عن مالك يغسل منه الثوب والجسد، وقد قال إنه يرفع الحدث لأنه إنما يعيد المتوضئ مادام في الوقت.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يغسل الثوب الرفيع الذى يفسده الغسل، وله بيعه كذلك والصلاة فيه، ويستحب أن يغسل غيره من الثياب وجسده، وقد قال: إنه مشكوك فى طهارته، وذلك يقتضى إعادة المتوضئ منه الصلاة أبداً، وحكى الشيخ أبو محمد فى نوادره عن ابن نافع عن مالك: ينضح منه الثوب.

* * *

باب فى الفرق بين الكثير والقليل منه

والفرق بين هذا الماء وبين الكثير الذى لا يؤثر فيه إلا التغيير يكون من وجهين، أحدهما: القلة والكثرة، والثانى: البقاء والتجدد، فأما الكثرة والقلة، فحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ: أن الآبار الصغار مثل آبار الدور تفسد بما مات فيها من شاة أو دجاجة، وإن لم تتغير ولا تفسد بما وقع فيها ميتاً حتى تتغير. وأما آبار الزرائق والسوانى، فلا يفسدها ما مات فيها، وإن لم يغيرها إلا أن تكون البرك العظام جداً.

وقد قال ابن وهب فى الدابة تموت فى جب فيه ماء السماء، فتنشق فيه وتتفسخ ولم يتغير من الماء لكثرتة إلا ما قرب منها: أنها تخرج وينزع منها ما ذهب دسم الميتة والرائحة واللون، فتطيب بذلك إن كان الماء كثيراً، وأنكر هذا ابن القاسم، وقال: لا خير فيه، فيجب على قول ابن وهب أن الماء المتجدد والدائم سواء فى هذا الحكم، وإن اختلفا فى الكثرة، وعند ابن القاسم وأصحابه أن الماء الدائم خلاف المتجدد فى هذا الحكم إلا أن يكثر الدائم جداً.

فصل: ويجب أن يراعى فى ذلك فصلان، أحدهما: قلة النجاسة، والثانى: تخفيف حكمها، فأما قلتها، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم، فى إناء وقعت فيه قطرة من بول أو دم: إن كان مثل الجزار لم تفسده، وإن كان مثل إناء الوضوء أفسدته.

وروى أبو زيد فى ثمانيته عن ابن القاسم: أن ذلك لا يفسد ماء بئر الدار، وأما تخفيف حكمها، فروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: أن إناء الوضوء يفسده روث

الطهارة ٣١٩
الدابة، وإن وجدته طافاً في الجب لم يفسده، ولا تأثير له. ومعنى ذلك لاختلاف الناس في نجاسته.

وروى عن مالك في الجب تجد فيه الروث طافياً رطباً أو يابساً: لا خبير فيه، ولعله مبنى على قوله بنجاسة أرواثها. وقد اختلف قوله في غسل الخف منها، فقال مرة: يغسل، وقال مرة: لا يغسل، وعلل ذلك بعلمين، إحداهما: أنه لا يمكن التحرز منها، والثانية: للاختلاف في نجاستها.

فصل: ثم نعود إلى أصل التقسيم، وقد قضينا الكلام في الماء المطلق، وأما الماء المضاف، فهو الذي تغير بمخالطة ما ليس بقرار له، وينفك عنه الماء غالباً، وتغيره يكون في المشهور من مذهب مالك من ثلاثة أوجه: لونه أو طعمه أو ريحه. وقال ابن الماجشون: لا اعتبار في تغير الرائحة، وإنما الاعتبار بتغير الطعم واللون.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمضاف ما تغير بمخالطة ما ليس بقرار له وينفك عنه الماء غالباً، فما تغير بنجاسة خالطته، فلا خلاف في نجاسته وما تغير بطاهر كالزعفران وغيره، فإنه طاهر غير مطهر، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: هو طاهر مطهر.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣، المائدة: ٦]، فشرط عدم الماء المطلق في جواز التيمم، ولم يجعل بينهما واسطة، وأبو حنيفة يجعل بينهما واسطة، وهو ماء الزعفران.

ودليلنا من جهة القياس أنه ماء قد تغير بمخالطة ما ليس بقرار له، وينفك عنه الماء عنه غالباً، فلم يكن مطهراً كما الباقلاء.

مسألة: فإن وجد مرید الطهارة الماء متغيراً ولم يدر من أى شىء تغير أمن معنى يمنع التطهير به؟ أم معنى لا يمنع ذلك؟ فإنه ينظر إلى ظاهر أمره، فيقضى عليه به، وإن يكن له ظاهر، ولم يدر من أى شىء هو، حمل على الطهارة. روى ذلك ابن القاسم عن مالك في المجموعة.

وأما إذا كان له ظاهر، فقد روى في العتبية أشهب عن مالك في بئر في دار تغيرت، ولم يدر من أى شىء تغيرت، قال: ينزف يومين وثلاثة، فإن طابت وإلا لم يتوضأ منها، وقال في موضع آخر: أخاف أن تسقيه قناة مرحاض، ولو علم أنه ليس منه لم أر به بأساً، يحكم بالظاهر من أمرها لقرب المراحيض من آبار الدور ورخاوة الأرض.

٣٢٠ الطهارة

وقد روى عنه على بن زياد فى المجموعة: رب بئر فى الصفا والحجر لا يصل إليها شىء، ورب أرض رخوة يصل منها، فهذا أيضاً من المعانى التى يجب أن تراعى فى مثل هذا.

وفى المجموعة من رواية ابن وهب عنه فى البئر يمتلئ من النيل إذا زاد ثم تقيم بعذر واله شهراً لا يستقى منها، فتتغير رائحتها بغير شىء: لا بأس بالوضوء منها.

وقد روى أشهب عنه فى العتبية فى خليج الإسكندرية الذى تجرى فيه السفن، فإذا جاء النيل صفا ماؤه وبيض، وإذا ذهب النيل ركذ وتغير والمراحيض إليه خارجة، قال: لا يعجبني إذا خرجت إليه المراحيض وتغير لونه، وقال بإثر هذا: اجعل بينك وبين الحرام سترًا من الحلال لا تحرمه، فظاهر هذا أنه منع منه كراهية واستظهارًا لا الحكم بنجاسته لأنه يجرى المراحيض إليه يجوز أن يكون لها تأثير فيه.

مسألة: ومن كان عنده مياه ماء فأكثر، فعلم بنجاسة أحدها، ولم يعلم عينه، فذلك على ضربين، أحدهما: أن يتغير أحدها بنجاسة وسائرهما بما لا يمنع الطهارة، والثانى: أن يكون سقط فى أحدها نجاسة يسيرة لم تغيره إلا أنه يمنع التطهير به عند ابن القاسم، فحكى ابن سحنون عن أبيه: يتيمم ويتركها، وبه قال المزنى. وينزوى عنه: يتوضأ بأحدها ويصلى ثم يتوضأ بالآخر ويصلى، وبه قال ابن الماجشون.

وقال محمد بن مسلمة: يتوضأ بأحدها، ويصلى ثم يغسل من الآخر مواضع الطهارة ثم يتوضأ به ويصلى. واختاره القاضى أبو محمد، وقال محمد بن المواز: يتحرى أحدها، فيتوضأ به ويصلى به ويجزئه، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وقال القاضى أبو الحسن: إن كان عدد المياه قليلاً لا يشق عليه أن يتوضأ من كل إناء منها ويصلى بطهارته، فلا يجوز التحرى، وإن كانت كثيرة يؤدى استعمال ذلك إلى المشقة، جاز له التحرى.

وجه منع التحرى أنه أمر يتعلق بأداء الصلاة اشتبه عليه، وله طريق يوصله إلى اليقين فيه، فلزمه كما لو نسى صلاة واحدة لا يدرى أى صلاة هى، فإنه يجوز له صلاة يوم وليلة، ولا يجوز له التحرى.

ووجه قول سحنون أنه إذا توضأ بأحدها لم يؤد الصلاة بيقين، وإذا توضأ بكل واحد منها وصلى لزمه صلاتان للظهر، وهو خلاف الأصول، فوجب العدول إلى التيمم.

قال القاضي أبو محمد: وهذا أضعف الأقوال؛ لأنه يلزمه على هذا من نسي صلاة وجهل عينها.

ووجه قول ابن المواز بالتحري، أن هذه عبادة تؤدي تارة بيقين، وتارة بظاهر، فجاز دخول التحري فيها عند الاشتباه كاستقبال القبلة عند معاينتها. والظاهر مع عدم المعاينة واليقين في الوصول أن يتوضأ من البحر والنيل، والظاهر أن يتوضأ بماء متغير لا يدرى أى شيء غيره.

فرع: وأما إذا قلنا بقول ابن الماجشون ومحمد بن مسلمة في الوضوء بكل إناء، فوجه قول عبدالملك في تركه غسل أعضاء الوضوء بماء الإناء الثاني قبل الوضوء به، أن الماء الثاني إذا غلب على آثار الماء الأول في الأعضاء، صار له حكم في نفسه، فإمرار اليد معه على هذه الصورة يجزى من الوضوء به، ولا يلزمه نقله إلى العضو لرفع الحدث خاصة، بدليل من نزل عليه المطر، فأمر يده معه على أعضاء الوضوء، أجزأه.

وقول محمد بن مسلمة مبنى على أنه يجب غسل العضو من النجاسة، ثم يستأنف غسله بعد ذلك للوضوء. وقال القاضي أبو محمد في هذه المسألة: إن لم يغسل ذراعيه، جاز؛ لأنه ليس بمتحقق، وبناء على أن ذلك مذهب محمد بن مسلمة، وقد رأيت لمحمد ابن مسلمة مثل ما قدمته فيمن كانت في ذراعيه نجاسة فتوضأ، ولم ينقلها: أنه يعيد أبدأ.

فرع: وإذا قلنا بقول ابن المواز في التحري، فإنه يجوز ذلك مع تساوي المحظور والمباح مع كون المحظور أكثر، وهذا حكم الثياب، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ذلك في الثياب، ومنع ذلك في المياه، وقال: لا يجوز التحري فيها إلا إذا كان عدد المباح أكثر.

والدليل على ما نقوله أن هذا جنس يجوز فيه التحري إذا كان عدد المباح أكثر، فجاز فيه التحري وإن تساوى أو كان عدد المحظور أكثر كالثياب.

فصل: وقوله: «الحل ميتته»، يريد ما مات من حيوانه المنسوب إليه من غير ذكاة، والحيوان جنسان، بحري وبري، أما البحري فنوعان، نوع لا تبقى حياته في البر كالحوت، ونوع تبقى حياته في البر كالضفدع والسرطان والسلحفاة.

فأما الحوت، فإنه طاهر مباح على أى وجه فاتت نفسه، وبهذا قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: ما مات منه حتف أنفه، فإنه غير مباح.

٣٢٢ الطهارة

والدليل على صحة قولنا قوله تعالى: ﴿أَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ﴾ [المائدة: ٩٦]، فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه، وهو من أهل اللسان: صيده ما صدته، وطعامه ما رمى به.

ودليلنا قوله ﷺ في البحر: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته»، واسم الميتة إذا أطلق فى الشرع، فإنما يطلق على ما فاتت نفسه من غير ذكاة، ولذلك قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣].

مسألة: وأما ما تدوم حياته كالضفدع والسلحفاة، فهو عند مالك طاهر حلال لا يحتاج إلى ذكاة. وقال ابن نافع: هو حرام نجس، إن مات حتف أنفه.

وروجه قول مالك، أن هذا من دواب الماء، فلم يفتقر إلى ذكاة كالحوت.

وروجه قول ابن نافع أنه حيوان تبقى حياته فى البر كالطير.

مسألة: وأما حيوان البر، فعلى نوعين أيضاً، ما له نفس سائلة كالطير والفأرة والحية والوزغة وشحمة الأرض. وزاد القاضى أبو الحسن: والبراغيث، فإن ذلك كله ينجس بالموت، وهذا الذى ذكره فى البراغيث، يحتاج إلى تحقيق لأن من هذا الخشاش ما يكون فيه دم ينتقل إليه وغيره، وليس له دم من ذاته كالبراغيث والبعوض. وقد قال سحنون فى برغوث وقع فى ثريد: لا بأس أن يؤكل.

وفى كتاب ابن حبيب عن مالك: ما ليس له لحم ولا دم سائل كالجذع والنمل والدود والبعوض والذباب وما أشبه ذلك، من احتاج شيئاً منها للدواء وغيره فليذكه، بما يذكى الجراد، فجعل البعوض من صنف ما ليس له دم، وفيه دم ينتقل إليه، فعلى هذا إنما يراعى فى الدم أن يكون من نفس الحيوان، فيكون فيما ليس فيه دم قول واحد، أنه لا ينجس بالموت، وما له دم قول واحد، أنه ينجس بالموت، وفيما فيه دم وليس له دم القولان، ينجس على قول القاضى أبى الحسن، ولا ينجس على قول سحنون ومالك.

ويحتمل ذلك وجهاً آخر، وهو أن يكون البرغوث ينجس بالموت إذا كان فيه الدم ولا ينجس إذا لم يكن فيه دم، وذكر اللحم فيما يعتبر به مع الدم والحلزون لحم وحكمه حكم الجراد، والله أعلم.

مسألة: وأما فأرة المسك، فقد قال أبو إسحاق: هى ميتة ويصلى بها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وتفسير ذلك عندى أنها كخراج يحدث

الطهارة ٣٢٣

بالحيوان يجتمع فيه مداد ثم يستحيل مسكاً، ومعنى كونها ميتة أنها تؤخذ منه حال الحياة أو بذكاة من لا تصح تذكيتها من أهل الهند؛ لأنهم ليسوا أهل كتاب، وإنما حكم لها بالطهارة، والله أعلم؛ لأنها قد استحالت عن جميع صفات الدم، وخرجت عن اسمه إلى صفات واسم يختص بها، فظهرت بذلك كما يستحيل الدم وسائر ما يتغذى به الحيوان من النجاسات إلى اللحم، فيكون طاهراً ويستحيل الخمر إلى الخل، فيكون طاهراً، وكما يستحيل ما يدمن به من العذرة والنجاسة تمرّاً أو بقللاً فيكون طاهراً، وإنما لم تنجس فأرة المسك بالموت لأنها ليست بحيوان، ولا جزء منه، فتنجس بعدم الذكاة، وإنما هي شيء يحدث في الحيوان كما يحدث البيض في الطير، والله أعلم.

وقد أجمع المسلمون على طهارته، وهو أقوى في إثبات طهارته من كل ما يتعلق به مما ذكرنا، وإنما ذلك بمعنى تبيين به وجه حكمه، والله أعلم وأحكم.

والنوع الثاني ما ليست له نفس سائلة كبنات وردان والصرار والخنفساء والذباب والحشرات، فإن ذلك لا ينجس بالموت. وقال الشافعي: ينجس بالموت.

والدليل على ما نقوله، قوله ﷺ: «إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليغمسه كله ثم ليطره، فإن في أحد جناحيه داء، وفي الآخر دواء»، وإنه يؤخر الدواء ويقدم الدواء، فلو كان ينجس بالموت، وينجس ما مات فيه لما أمرنا أن نفسد الطعام والشراب بغمسه فيه، فإنه بذلك يموت في الغالب. ومن جهة المعنى أن هذا ليست له نفس سائلة، فلم ينجس بالموت كالجراد.

٤٠ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنْ حُمَيْدَةَ بِنْتِ عُبَيْدِ بْنِ رِفَاعَةَ^(١)، عَنْ خَالَتِهَا كَبِشَةَ بِنْتِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ، وَكَانَتْ تَحْتَ ابْنِ أَبِي قَتَادَةَ^(٢)

٤٠ - أخرجه الترمذی كتاب الطهارة برقم ٥٨. والنسائی برقم ٦٨. وأبو داود برقم ٧٥. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٣٦٧. وأحمد بالمسند برقم ٢٢٠٢٢، ٢٢٠٧٤، ٢٢١٣٠. والدارمی كتاب الطهارة برقم ٧٣٦. والحاكم ١٥٩/١ عن كبشة كتاب الطهارة، باب سور الهرة. والدارقطنی ٧٠/١ عن كبشة. والبيهقی فی السنن ٢٤٥/١ كتاب الطهارة، باب سور الهرة، عن كبشة. وابن أبي شيبه ٣١/١ كتاب الطهارات، باب من رخص فی الوضوء بسور الهرة، عن كبشة. والحمیدی برقم ٤٣٠ عن كبشة. وابن خزيمة برقم ١٠٢ عن كبشة. والبقوی بشرح السنة ٦٩/٢ عن كبشة.

(١) حميدة بنت أبي عبيد بن فروة: قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى وهو غلط منه لم يتابعه عليه أحد، وإنما يقول رواة الموطأ كلهم ابنة عبيد بن رفاعه إلا أن زيد بن الحباب، قال فيه: =

الأنصاري، أنها أخبرتها: أن أبا قتادة دخل عليها، فسكبت له وضوءاً فجاءت هرة لتشرب منه، فأصغى لها الإناء حتى شربت، قالت كبشة: فرآني أنظر إليه فقال: أتعجبين يا ابنة أخي، قالت: فقلت: نعم، فقال إن رسول الله ﷺ قال: «إنها ليست بنجس إنما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات»^(٣).

الشرح: قوله: «إن أبا قتادة دخل عليها»، يريد دخل عليها منزلها، وعلى هذا المعنى يستعمل هذا اللفظ.

وقوله: «فسكبت وضوءاً» على معنى إكرام الحِم، وإنما جاز له ذلك لأنه كان ذا محرم منها.

فصل: وقوله: «فجاءت هرة لتشرب منه، فأصغى لها الإناء»، يريد أنه أماله لها يمكنها من الشرب ابتغاء الأجر في ذلك لأنها من ذى الكبد الرطبة، قالت كبشة: «فرآني أنظر إليه»، وإنما كان نظرها إليه تعجباً من أن مكنها من أن تشرب من وضوئه، وقد شرعت فيه الطهارة مع ما علم أن الهرة تتناول من الميتة.

وقوله: «أتعجبين يا ابنة أخي»، يحتمل أن يكون على معنى التحقيق لما ظنه من تعجبها لجواز أن يكون نظرها إليه لغير ذلك، فلما قالت: «نعم»، قال لها: «إن رسول الله ﷺ قال: إنها ليست بنجس»، وهذا اللفظ ينفي نجاسة العين، فكل حى طاهر، فالهرة عند مالك طاهرة العين، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: هي نجسة العين، ولكنه لما لم يمكن الاحتراز منها عفى عن

عن مالك: حميدة بنت عبيد بن رافع نسبة إلى جدها وهو عبيد بن رافع بن مالك بن العجلان الأنصاري، وقال يحيى أيضاً حميدة بفتح الحاء، وأن عبيد الله بن يحيى ومحمد بن وضاح عنه وغير يحيى من رواية الموطأ عن مالك يقول حميدة بضم الحاء، وحميدة هذه امرأة إسحاق، وكذلك قال يحيى القطان ومحمد بن الحسن الشيباني عن مالك وكنيتها أم يحيى. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٥، والتمهيد، حديث خامس عشر لإسحاق، عن حميدة).

(٢) قال ابن عبد البر: ورواه ابن المبارك، عن مالك، عن إسحاق، بإسناده مثله، إلا أنه قال: كبشة امرأة أبي قتادة، وهذا وهم منه، وإنما هي امرأة ابن أبي قتادة، وأما حميدة، فامرأة إسحاق، وكنيتها أم يحيى. انظر: (التمهيد، حديث خامس عشر لإسحاق، عن حميدة).

(٣) قال ابن عبد البر: معنى الطوافين علينا، الذين يداخلوننا ويخالطوننا، ومنه قول الله عز وجل في الأطفال: ﴿طوافون عليكم بعضكم على بعض﴾.

الطهارة ٣٢٥

سورها، وظاهر قوله ﷺ: «إنها ليست بنجس» ينفي نجاسة العين، والله أعلم وأحكم.

وأما نجاسة المجاورة، فهو أمر طارئ، والأصل عدمه، فإذا ظهرت النجاسة في فيها أو علمت بتناولها الميتة فهي نجسة بالمجاورة، وإذا شربت في إناء ماء، فغلب الماء النجاسة طهر فمها، وكان الماء طاهراً بحسب ما تقدم.

فصل: وقوله ﷺ: «إنما هي من الطوافين عليكم» تنبيه على تعذر الاحتراز منها وإشارة إلى تأكد طهارتها لعل مؤثرة فيها.

وقوله: «أو الطوافات» يحتمل أن يكون على معنى الشك من الراوى، ويحتمل أن يكون ﷺ قال ذلك، يريد أن هذا الحيوان لا يخلو أن يكون من جملة الذكور الطوافين أو الإناث الطوافات.

قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ بِهِ إِلَّا أَنْ يُرَى فِي فَمِهَا نَجَاسَةٌ.

الشرح: ومعنى ذلك: لا بأس باستعمال سورها، إلا أن يرى في فيها نجاسة. وقال ابن حبيب: وإن وجدت عنه غنى، فهو أحب إلى، ومعنى ذلك التوقى مما يحصل في الماء من ريقها، وربما غلب عليه وهذا على معنى الاختيار، وأما الإباحة فمتفق عليها.

٤١ - مَالِكٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ الثَّمِيمِيِّ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَرَجَ فِي رَكْبٍ، فِيهِمْ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ، حَتَّى وَرَدُوا حَوْضًا، فَقَالَ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ لِصَاحِبِ الْحَوْضِ: يَا صَاحِبَ الْحَوْضِ، هَلْ تَرُدُّ حَوْضَكَ السَّبَاعَ؟ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: يَا صَاحِبَ الْحَوْضِ لَا تُخْبِرْنَا، فَإِنَّا نَرُدُّ عَلَى السَّبَاعِ، وَتَرُدُّ عَلَيْنَا.

الشرح: قوله: «حتى وردوا حوضاً»، الورد مستعمل في الشرب، وقد يحتمل أن يريد به الطهارة، والحوض مجتمع الماء. وقد روى عمرو بن دينار أن هذا الحوض مجنة.

٤١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٥. وأخرجه من طرق أخرى البيهقي عن أبي سعيد ٢٥٣/١. والنسائي عن أبي سعيد الخدرى ١٧٩/٧. وذكره بالكنز برقم ٢٨٣٠، ٤٨/١ وعزاه لأحمد، والنسائي، والحاكم، عن أبي سعيد الخدرى. وأحمد ٢٤/٣ عن أبي سعيد.

٣٢٦ الطهارة

وقول عمرو بن العاص: «هل ترد حوضك السباع»، استخبار لهم عن حال الماء إذ كان يختلف عنده ما ترده السباع، وما لا ترده.

وقول عمر بن الخطاب: «يا صاحب الحوض لا تجربنا، فإننا نرد على السباع، وترد علينا»، إنكار لقول عمرو بن العاص، وإخبار أن ورود السباع على المياه لا تغير حكمها.

ويحتمل قوله: «فإننا نرد على السباع وترد علينا»، معنيين، أحدهما: قصد تبيين علة منع الاعتبار بورودها لأن ما لا يمكن الاحتراز منه فمعفو عنه، والمعنى الثاني: أن يريد أن ورود السباع علينا، وورودنا عليها مباح لنا.

مسألة: وقول عمر رضى الله عنه يقتضى أن أسأر السباع طاهرة، وبه قال مالك. وقال الشافعى: هى طاهرة إلا الكلب والخنزير.

وقال أبو حنيفة: هى نجسة، واستثنى سؤر سباع الطير وكذلك سؤر الهوام.

والدليل على ما نقوله أن هذا سبع، فوجب أن يكون سؤره طاهراً كالهر.

فرع: إذا ثبت أن أسأر السباع طاهرة، فإنها قد تكره لمعان، أحدها: أن يكون الماء يسيراً يخاف عليه من غلبة ريقها عليه لكثرة ريق الكلب وما جانسه منها.

وروى على بن زياد عن مالك فى المدونة من توضأ بما ولغ فيه كلب لم يعد فى وقت ولا غيره. وروى عنه على بن زياد عن مالك فى المجموعة.

الكلب كالسباع لا يتوضأ بسؤرها إلا الهر، وهى من المعانى التى تقتضى الكراهية.

قال سحنون: إلا أن الهر فى ذلك أيسر من الكلب، والكلب أيسر حالاً من السباع، وذلك بقدر الحاجة إليه؛ لأن النبى ﷺ علل طهارتها بتطوافها علينا.

وفى المختصر: لا بأس بفضل جميع الدواب والطيور، إلا أن يكون بموضع يصيب فيه الأذى، ولا بأس بسؤر الهر ما لم يكن بخطمه أذى، فبين أن حكم سائر الحيوان أشد؛ لأنه يعتبر فيه تمكنه من الأذى ولا يعتبر فى الهر إلا بمعاينة الأذى فى خطمه.

فرع: وحكى ابن حبيب أن بعض العلماء كره أسأر الدواب التى تأكل أرواثها. وحكى ابن القاسم أنه قال: لا بأس به ما لم ير ذلك فى أفواهها عند شربها، إلا أن أكثرها يفعل ذلك.

الطهارة ٣٢٧

وأما الجلالة التي تأكل القذر، فلا يتوضأ بسورها وليتيمم، فجعل الدواب لما كانت الحاجة إليها عامة، وكان أكلها أرواثها فيها شائعاً بمنزلة الهرة التي تغم الحاجة إليها، وجميعها تأكل الميتة، وقد قال ابن القاسم في المدونة: لا بأس بسور البرذون والبغل والحمار.

مسألة: وأما سور الخنزير، فيكره لما ذكرناه، وروى أبو زيد في حياض الريف: لا بأس بالوضوء والشرب منها، وإن ولغت فيها الكلاب، فإن ولغت فيها الخنازير، فلا يتوضأ ولا يشرب منها، وذلك أن كراهيتها أشد من كراهية الكلاب؛ لأنه لا يجوز اتخاذها بوجه.

وقد حكى القاضي أبو الحسن أن الخنزير طاهر حال حياته، وهذا حقيقة المذهب، وغير ذلك محمول على الكراهية، وممنوع من الماء القليل لما يخاف أن يغلب عليه من ريقه.

مسألة: والمقدار الذي لا يكره استعماله من الماء الذي ولغت فيه السباع كالحوض، ونحوه، قاله في المختصر؛ لأن مثل هذا المقدار لا يغلب عليه ريقها ولا تغيره أفواهها، ويحتمل أن يريد بالسباع هاهنا غير الخنزير، ويريد برواية أبي زيد، الخنزير خاصة، ويحتمل أن يكون اختلافاً بين الروایتين في الكراهية، ويكون الاختلاف في حد القليل والكثير، والله أعلم.

٤٢ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: أَنْ كَانَ الرَّجَالُ وَالنِّسَاءُ فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَيَتَوَضَّئُونَ جَمِيعًا^(١).

٤٢ - أخرجه البخاري كتاب الوضوء برقم ١٩٣. والنسائي كتاب الطهارة برقم ٧١. وأبو داود برقم ٧٩. وابن ماجه كتاب الطهارة وستنها برقم ٣٨١. وأحمد بالمسند برقم ٤٤٦٧، ٥٧٦٥، ٥٨٩٢، ٦٢٤٧. وذكره بالكنز ٥٨٠/٩ برقم ٢٧٥١٦ وعزاه للطبراني، عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر: رواه هشام بن عمار، عن مالك، فقال فيه: من إناء واحد، حدثنا خلف ابن قاسم، حدثنا علي بن الحسن بن علي الخرائي، حدثنا محمد بن معافى، ومحمد بن محمد. وحدثنا خلف، حدثنا عبدالله بن عمر بن إسحاق، حدثنا أحمد بن محمد بن الحجاج بن رشدين، قالوا: حدثنا هشام بن عمار، حدثنا مالك، عن نافع، عن ابن عمر، قال: كان الرجال والنساء يتوضئون على عهد رسول الله ﷺ من إناء واحد. ليس في الموطأ من إناء

٣٢٨ الطهارة

الشرح: قوله: «يتوضئون جميعاً»، يعنى مجتمعين فى فور واحد، هذا أظهر ما يحمل عليه هذا اللفظ، وقد يحتمل اللفظ الإخبار عن جميعهم أنهم كانوا يتوضئون، والأول أولى؛ لأن الفائدة فى الإخبار عنه، وأكثر الفقهاء على إباحة أن يتوضأ الرجال والنساء فى فور واحد من إناء واحد ويغتسل الرجل بفضل المرأة. وقال أحمد بن حنبل: لا يغتسل الرجل بفضل المرأة.

والدليل على ما نقوله ما روى ابن عباس عن ميمونة أنها قالت: اجنبت أنا ورسول الله، فاغتسلت من جفنة، وفضلت منها فضلة، فجاء النبي ﷺ ليغتسل منها، فقلت له: قد اغتسلت منها، قالت: فأغتسل منها، وقال: «إن الماء ليس عليه جنابة».

ودليلنا من جهة القياس أن هذين شخصين، فجاز أن يتوضأ أحدهما بفضل الآخر كالمراة تغتسل بفضل الرجل.

* * *

ما لا يجب منه الوضوء

٤٣ - مَالِك، عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَارَةَ، عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، عَنِ أُمِّ وَكَلْدٍ

واحد، والمعنى فى ذلك سواء.

= حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا بن محمد بن الحسين العسكرى، حدثنا الربيع بن سليمان، حدثنا الشافعى، أخبرنا مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر، أنه كان يقول: إن الرجال والنساء كان يتوضئون فى زمن رسول الله ﷺ، فى هذا الحديث دليل واضح على إبطال قول من قال: لا يتوضأ بفضل المرأة لأن المراة والرجل إذا اغترفا جميعاً من إناء واحد فى الوضوء فمعلوم أن كل واحد منهما متوضئ بفضل صاحبه، وقد وردت آثار مرفوعة بالنهى عن أن يتوضأ الرجل بفضل المراة؛ وزاد بعضهم فى بعضها، ولكن ليغترفا جميعاً، فقالت طائفة: لا يجوز أن يغترف الرجل مع المراة فى إناء واحد، لأن كل واحد منهما متوضئ حينئذ بفضل صاحبه. وقال آخرون: إنما كره من ذلك أن تنفرد المراة بالإناء، ثم يتوضأ الرجل بعدها بفضلها، وكل واحد منهم روى ما ذهب إليه أثراً. انظر: (التمهيد حديث تاسع وعشرون لنافع عن ابن عمر).

٤٣ - أخرجه الترمذى كتاب الطهارة برقم ١٣٣. وأبو داود برقم ٣٨٣. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٥٣١. وأحمد بالمسند برقم ٢٥٩٤٩. والبيهقى بالسنن الكبرى ٤٠٦/٢ عن أم سلمة. كتاب الطهارة. وابن أبى شيبة ٥٦/١ عن أم سلمة. والبخارى بشرح السنة ٩٤/٢ عن أم سلمة. وأبو نعيم فى الحلية ٣٣٨/٦ عن أم سلمة. وذكره بالكنز ٢٧٢٧٨، ٥٢٧/٩ وعزاه لابن أبى شيبة.

لإبراهيمَ بنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، أَنَّهَا سَأَلَتْ أُمَّ سَلَمَةَ، زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَتْ: إِنِّي امْرَأَةٌ أُطِيلُ ذَيْلِي، وَأَمْشِي فِي الْمَكَانِ الْقَدْرِ، قَالَتْ أُمَّ سَلَمَةَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يُطَهَّرُهُ مَا بَعْدَهُ»^(١).

الشرح: قوله: «إني امرأة أطيل ذيلي»، تريد أنها كانت تطيل ثوبها الذي تلبسه؛ ليستر قدميها في مشيها على عادة العرب، ولم يكن نساؤهم يلبسن الخفاف، فكن يطلن الذيل للستر، ورخص النبي ﷺ في ذلك لذلك المعنى.

فصل: وقولها: «أمشي في المكان القدر»، تريد أنها لا يمكنها ترك المشي فيه؛ لأن المتصرف الماشي يمشي على موضع قدر، وغير قدر؛ لأن الطريق لا يخلو في الأغلب من هذا، وترك المشي في مثل هذا يمنع التصرف جملة، والمرأة تحتاج من إرخاء ذيلها وستر قدميها في المكان القدر إلى ما تحتاج إليه في غيره.

فصل: وقول أم سلمة: قال رسول الله ﷺ: «يطهره ما بعده»، أفتها بالحديث وأخبرتها بما عندها في ذلك من العلم ليجمع لأم ولد إبراهيم معرفة الحكم، ونقل الحديث الموجب له، وهذا لما رآته أم سلمة من حفظها وضبطها، وأنها ممن تصلح لنقل العلم وفهمه، وهكذا يجب أن يكون حكم العالم إذا سأله من يفهم، ويصلح للتعليم عن مسألة بينها له، وذكر أدلتها وفروعها ما أمكنه، وبحسب ما يليق به ويصلح له.

وإذا سأله عن مسألة من ليس من أهل العلم، ولا يصلح لنقله أجابه بحكم الذي سأله عنه خاصة.

وقد اختلف أصحابنا في معنى هذا الحديث وتفسير الموضع القدر الذي يطهر الذيل ما بعده، فروى ابن نافع عن مالك: أن ذلك في الموضع اليابس الذي لا يعلق بالثوب.

قال أبو بكر بن محمد: وقال بعض أصحابنا: إن معنى ما روى في المرأة من جر ذيلها أن الدرع يطهره ما بعده، أنها تسحب ذيلها على الأرض تدية نجسة، وقد أرخص لها أن ترخيها وهي تجره، بعد تلك الأرض على أرض طاهرة، فذلك له طهور.

قال الداودي: وقد قال بعض أصحاب مالك بظاهر الحديث، ورووه في الرطب

(١) يطهره ما بعده: قال ابن عبد البر وغيره: قال مالك: معناه في العن اليابس والقدر الجاف الذي لا يلصق منه بالثوب شيء وإنما يعلق فيزول المتعلق بما بعده لأن النجاسة يطهرها غير الماء. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٧).

٣٣٠ الطهارة
واليابس، فأما من ذهب إلى أنه في القشب اليابس، فإن القشب اليابس لا ينجس الثوب
بجاورته، فلا يحتاج إلى تطهيره، فكذلك إذا مر الثوب على أرض يابسة، فإنه يحتاج إلى
تطهيره؛ لأنه لا ينجس بمروره ذلك.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وأما معنى ذلك عندي، والله أعلم، أن
النجاسة التي في الطرقات لا يمكن الاحتراز منها مع التصرف الذي لا بد منه للناس،
فخفف أمرها إذا خفي عنها، فإذا مر الذيل على موضع نجس، ثم مر بعد ذلك على
موضع طاهرًا خفي عين النجاسة، فأسقط عن اللابس حكم التطهير، ولو لم يمر على
موضع يطهره بإخفاء عين النجاسة لظهرت عين النجاسة، ولو جبت تطهيرها، وإنما معنى
ذلك أن ما لم تظهر عين النجاسة لا يجب غسله.

وإن جوزنا وجود نجاسة خفيت عنها به، وهذه بمنزلة الطرقات من الطين والمياه التي
لا تخلو من العذرة والأبوال وأرواث الدواب، فإذا غلب عليها الطين، وأخفى عنها لم
يجب غسل الثوب منها، فكان ذلك تطهيرًا لها، ولو ظهرت عين النجاسة، فإن رأتها لم
يطهره إلا الغسل.

وإنما معنى يطهره ما بعد أنها لم تعلم بالنجاسة، وإنما تخاف أن يكون ثوبها قد
أصاب ما لا تخلو الطرقات منه، فقليل لها: إن خفاء عين النجاسة بما يتعلق بالثوب من
الطين والتراب يمنعك من مشاهدة العين، وتحقق وصولها إليه، فيسقط عنك فرض تطهير
ثوبك، وكان ذلك بمنزلة تطهيره، ولو مر رجل بطين فيه نجاسة فطارت على ثوبه وعلم
بها ثم تطاير عليها طين، وأخفى عنها لم يكن له بد من غسلها، وإنما يسقط عنه
غسلها إذا لم ير عنها في ثوبه ولا علم بوصولها إليه.

وهذا يقتضى أن سؤال المرأة إنما كان على ما يتوقع من النجاسات لمشيها في المكان
القدر ولا تعلم هل يتعلق بثوبها منه نجاسة أم لا؟، ولم تسأل عن مشيها على نجاسة
معلومة مشاهدة بتيقن تعلقها بذيلها وأن تلك لا بد من غسلها.

٤٤ - مَالِك، أَنَّهُ رَأَى رِبِيعَةَ بِنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ يَقْلِسُ^(١) مِرَارًا، وَهُوَ فِي

٤٤ - أخرجه أبو داود برقم ٣٨٣، ١٠٢/١ كتاب الطهارة، باب الأذى يصيب الذيل، عن أم
سلمة. والترمذي برقم ١٤٣، ٢٢٦ عن أم سلمة، كتاب الطهارة، باب الوضوء من الوطئ.
وابن ماجه برقم ٥٣١، ١٧٧/١ كتاب الطهارة، باب الأرض يطهر بعضها بعضا، عن أم
سلمة. وأحمد ٢٩٠/٦ عن أم سلمة. والبيهقي في السنن الكبرى ٤٠٦/٢ عن أم سلمة، -

الْمَسْجِدِ، فَلَا يُنْصَرَفُ وَلَا يَتَوَضَّأُ، حَتَّى يُصَلِّيَ.

الشرح: وهذا مما تقدم، أن ما خرج من غير السبيلين فلا ينقض الطهارة، نجسًا كان أو غيره، والقلس ماء أو طعام يسير يخرج إلى الفم، فلا يوجب وضوءًا وليس بنجس، فوجب غسل الفم، ولكن إن قلس طعامًا، فإنه يستحب تنظيف فمه منه بالغسل؛ لأن تنظيف الفم مشروع للصلاة كالسواك، وإنما كان ربيعة لا ينصرف حتى يصلي؛ لأنه كان يقلس، وذلك أمر خفيف يذهب بالبصر، وأما الطعام فإنه يبقى له أثر، فيستحب المضمضة منه. وقال أبو حنيفة: القلّس أول القىء.

فصل: وقوله: «فلا ينصرف ولا يتوضأ»، يحتمل أن يريد وضوء الحدث، ويحتمل أن يريد به أنه لا يتمضمض، وهكذا روى هذا الحديث يحيى، وأكثر رواة الموطأ ورواه ابن حبيب، عن مطرف، عن مالك، أنه قال: كنت أرى ربيعة كثيرًا ما يقلّس في صلاته، فيمضى ولا ينصرف.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ قَلَسَ طَعَامًا، هَلْ عَلَيْهِ وَضُوءٌ؟ فَقَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ وَضُوءٌ، وَلَيَتَمَضَّمُ مِنْ ذَلِكَ وَلَيُغْسِلُ فَاَهُ.

الشرح: وهذا على معنى ما تقدم من أنه ليس عليه وضوء حدث وليست المضمضة عليه بواجبة، ولكنه يستحب أن يتمضمض من ذلك ويغسل فمه؛ لأن القلّس لا يكون طعامًا متغيرًا، وإنما يستحب منه تنظيف الفم، وإزالة ما عسى أن يكون فيه من رائحة الطعام.

٤٥ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمَرَ حَنَّطَ^(١) ابْنًا لِسَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ، وَحَمَلَهُ ثُمَّ دَخَلَ الْمَسْجِدَ، فَصَلَّى وَلَمْ يَتَوَضَّأُ.

= كتاب الطهارة. وابن أبي شيبة ٥٦/١ عن أم سلمة. والبعوى في شرح السنة ٩٤/٢ عن أم سلمة. وأبو نعيم في الحلية ٣٣٨/٦ عن أم سلمة. وذكره في الكنز ٢٧٢٧٨، ٥٦٧/٩ وعزاه لابن أبي شيبة.

(١) القلّس: قال في النهاية: القلّس بالتحريك. وقيل بالسكون ما خرج من الجوف ملاً الفم أو دونه وليس بقىء فإن عاد فهو القىء. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٧).

٤٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٨. وأخرجه ابن عدى في الكامل ٣٤٧/١ عن ابن عباس.

(١) الخنوط: نوع من الطيب يُطَيَّب به الميت.

٣٣٢ الطهارة

الشرح: لا خلاف أن من حنط ميتاً لا وضوء عليه، ومن حمله فلا وضوء عليه عند جمهور الفقهاء. وما روى في ذلك: من غسل ميتاً فليغتسل، ومن حمله فليتوضأ، فليس بثابت، ولو صح كان معناه أن يتوضأ إن كان محدثاً ليكون على وضوء، فيصلى عليه مع المصلين.

قال يحيى: وسُئِلَ مَالِكٌ هَلْ فِي الْقَيْءِ وَضُوءٌ؟ قَالَ: لَا، وَلَكِنْ لِيَتَمَضَّمُ مِنْ ذَلِكَ وَلِيُغْسَلَ فَاهُ وَلَيْسَ عَلَيْهِ وَضُوءٌ.

الشرح: وهذا مما ذكرناه؛ لأنه لا ينتقض الوضوء بالقىء؛ لأنه خارج من غير السيلين.

وقوله: «يتمضمض من ذلك وليغسل فاه»، ولا يخلو أن يكون القىء متغيراً أو غير متغير، فإن كان غير متغير فغسل الفم منه على وجه الاستحباب لإزالة رائحته على ما تقدم، وإن كان تغير فهو نجس وغسل الفم منه واجب.

* * *

ترك الوضوء مما مست النار

٤٦ - مَالِكٌ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَّارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَكَلَ كَتِفَ شَاةٍ ثُمَّ صَلَّى وَلَمْ يَتَوَضَّأْ.

الشرح: قوله: «أكل كتف شاة ثم صلى ولم يتوضأ»، يمنع وجوب الوضوء مما مست النار، وإن كان لم يذكر أنه مطبوخ، إلا أنه معلوم من حاله، فاستغنى عن ذكره كذكاة الشاة، وعلى ترك الوضوء مما مست النار جميع الفقهاء في زماننا، وإنما كان الخلاف فيه في زمان الصحابة والتابعين، ثم وقع الإجماع على تركه.

وقد روى عن النبي ﷺ، بأسانيد لا بأس بها أنه قال: «توضئوا مما أنضجت النار»، واختلف أصحابنا في تأويل ذلك، فمنهم من قال: إنه لم يكن قط الوضوء مما أنضجت النار واجباً، وإنما كان معناه المضمضة وغسل الفم على وجه الاستحباب.

٤٦ - وأخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ٢٠٧. ومسلم برقم ٣٥٤. والنسائي كتاب الطهارة ١٨٤. وأبو داود برقم ١٨٧. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٤٨٨. وأحمد بالمسند برقم ١٩٨٩، ٢١٥٤، ٢٢٨٦، ٢٣٣٥، ٢٤٠٢، ٢٥٢٠، ٢٥٤١، ٣٠٠٥، ٣٢٧٧، ٣٤٤٣، ٣٣٩٣.

الطهارة ٣٣٣

ومنهم من قال: قد كان واجباً ثم نسخ، وتعلقوا في ذلك بما رواه شعيب بن حمزة، عن محمد بن المنكدر، عن جابر بن عبد الله أنه قال: كان آخر الأمرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما مست النار.

وقد قال قوم من أصحاب الحديث: إن شعيب بن أبي حمزة اختصر حديث ابن المنكدر الذي يأتي بعد هذا، فغير معناه، والله أعلم وأحكم، وقد ألحق بنواقض الطهارة معان نبين منها ما يليق بهذا الكتاب، فمئتها أكل لحوم الإبل.

قال مالك: لا ينقض الطهارة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وفقهاء الأمصار. وقال أحمد بن حنبل: ينقض ذلك الطهارة.

والدليل على ما نقوله أن هذا لحم، فلم يجب بأكله وضوء كلحم الضأن.

فروع: القهقهة في الصلاة لا تنقض الطهارة، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: تنقض الطهارة.

والدليل على ما نقوله أن ما لا ينقض الطهارة خارج الصلاة، فإنه لا ينقضها داخلها كالكلام وقذف المحصنات.

فروع: ورفض الطهارة ينقضها في رواية أشهب عن مالك؛ لأنه روى عنه من تصنع للنوم، فعليه الوضوء، وإن لم ينم. قال الشيخ أبو إسحاق: وهذا يدل على أن رفض الوضوء يصح، وابن القاسم يخالف في هذا ويقول: هو كالحج لا يصح رفضه من مختصر ما ليس في المختصر.

وجه رواية أشهب أن هذه عبادة يبطلها الحدث الأصغر، فصح رفضها كالصلاة.

وجه قول ابن القاسم أن هذه طهارة، فلم تبطل بالرفض كالطهارة الكبرى.

فروع: وأما الردة، فقال في العتبية موسى بن معاوية، عن ابن القاسم، فيمن ارتد وهو على وضوء، ثم تاب وراجع الإسلام: الإسلام أحب إلى أن يأتنف الوضوء. قال يحيى: ذلك واجب عليه؛ لأن الشرك أحبط عمله.

وجه قول ابن القاسم أن هذه طهارة، فلم تبطلها الردة كالطهارة الكبرى.

وجه قول يحيى بن عمر قوله تعالى: ﴿لئن أشركت ليحبطن عملك﴾ [الزمر: ٢٥]، وهذا عام في كل عمل إلا ما خصصه الدليل.

٤٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ، مَوْلَى يَنبَى حَارِثَةَ، عَنْ سُؤَيْدِ بْنِ النُّعْمَانِ، أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ خَرَجَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ خَيْبَرَ، حَتَّى إِذَا كَانُوا بِالصَّهْبَاءِ (١) وَهِيَ مِنْ أَدْنَى خَيْبَرَ، نَزَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى الْعَصْرَ، ثُمَّ دَعَا بِالْأَزْوَادِ، فَلَمْ يُؤْتِ إِلَّا بِالسُّوَيْقِ (٢) فَأَمَرَ بِهِ فَتُرِي (٣) فَأَكَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَكَلْنَا، ثُمَّ قَامَ إِلَى الْمَغْرِبِ فَمَضَمَضَ وَمَضْمَضْنَا ثُمَّ صَلَّى وَلَمْ يَتَوَضَّأْ.

الشرح: قوله: «خرجنا مع رسول الله ﷺ عام خيبر»، يريد فتح خيبر.

وقوله: «بالصهباء، وهي من أدنى خيبر»، يريد أنها أدنى من أعمال خيبر إلى المدينة.

وقوله: «فامر بالأزواد»، يريد أنه ﷺ أمر بها على التواصي فيها لما ضاقت الأزواد، وخاف أن يكون فيهم من لا زاد له، مثل ما روى أبو بردة، عن أبي موسى، قال النبي ﷺ: «إن الأشعرين إذا أرملوا في الغزو، وقل طعام عيالهم بالمدينة، جمعوا ما عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم بالسوية، فهم مني وأنا منهم».

ومثل هذا يجوز للإمام أن يفعله في الأسفار والمواضع التي لا يوجد فيها الطعام. وقد فعل ذلك أبو عبيدة في جيش الخنيط، وسيأتي ذكره إن شاء الله. فهذا ما للإمام فعله لاسيما إذا فعل ذلك بزاد من يخصه، ومن يعلم مسارعتة إلى ما يدعو إليه من ذلك، ويحتمل أنه إنما أمر بخلط ما كان معه من الزاد ليطعم أصحابه وأهل الفقر ومن قرب منه.

فصل: وقوله: «فمضمض»، يريد لإزالة ذفر السمن والسويق للتنظيف للصلاة. وقد روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ شرب لبنًا، فدعا بإناء فمضمض منه، وقال: «إن له دسمًا».

٤٧ - وأخرجه البخاري كتاب الإيمان برقم ٩، وكتاب الوضوء برقم ٢٠٩، ٢١٥، وكتاب الجهاد والسير برقم ٢٩٨١، وكتاب الأطعمة برقم ٥٣٨٤، ٥٣٩٠، ٥٤٥٥، والنسائي كتاب الطهارة برقم ١٨٦. وابن ماجه كتاب الطهارة وسنتها برقم ٤٩٢. وأحمد بالمسند برقم ١٥٣٧٢، ١٥٥٦٠.

(١) الصهباء: بفتح المهملة والمد، وهي من أدنى خيبر، أي: طرفها مما يلي المدينة، قال أبو عبيد البكري في معجم البلدان: هي على برید من خيبر، وبين البخاري أن هذه الجملة من قول يحيى ابن سعيد أدرجت. انظر: (تنوير الحوالك ص٣٧).

(٢) السويق: طعام يتخذ من مدقوق الخنطة والشعير.

(٣) ثرى: أى مزج بالماء.

الطهارة ٣٣٥

وروى محمد بن يحيى أن مالكاً استحب لمن أكل طعاماً مسته النار أن يتمضمض قبل الصلاة، وهو من الفاكهة أخف، والصلاة بأثر الأكل أشد؛ لأنه إذا طال ذلك أزال الريق الرائحة.

فصل: وقوله: «ثم صلى ولم يتوضأ»، يريد وضوء الحدث، وهو دليل بين على أن لا وضوء مما غيرت النار، وأن ما رواه أبو هريرة من ذلك إن كان منسوخاً، فلم يشاهده، وإنما رواه عن غيره؛ لأن أبا هريرة لم يحضر التوجه إلى خيبر.

٤٨ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ، وَعَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ، أَنَّهُمَا أَخْبَرَاهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهُدَيْرِ، أَنَّهُ تَعَشَّى مَعَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ثُمَّ سَلَى وَلَمْ يَتَوَضَّأْ.

الشرح: ذكر في هذا الحديث أنه تعشى مع عمر بن الخطاب، ثم صلى ولم يتوضأ، ولم يذكر إن كان ما تعشى به مما مسته النار، وقد يجوز أن يكون تمرًا لم تمسه النار، إلا أنه حمله على الأغلب من أحوال الطعام، أنه لا يستبد بما مسته النار.

٤٩ - مَالِك، عَنْ ضَمْرَةَ بْنِ سَعِيدِ الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِي بَانَ بْنِ عُثْمَانَ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أَكَلَ خُبْزًا وَلَحْمًا، ثُمَّ مَضْمَضَ، وَغَسَلَ يَدَيْهِ، وَمَسَحَ بِهِمَا وَجْهَهُ، ثُمَّ صَلَّى وَلَمْ يَتَوَضَّأْ.

الشرح: قوله: «ثم مضمض»، يريد لإزالة رائحة الطعام من الفم على ما روى من فعل النبي ﷺ.

وقوله: «وغسل يديه ومسح بهما وجهه»، يريد أنه مسحه ببلل يديه ليزيل عنه الشعث.

وقوله: «ثم صلى ولم يتوضأ»، من باب ما ذكرناه من أنه لا ينقض الوضوء كل ما مسته النار.

٥٠ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ كَانَا لَا يَتَوَضَّأَانِ مِمَّا مَسَّتِ النَّارُ.

٤٨ - الحديث في الموطأ برقم ٤٩.

٤٩ - أخرجه أبو داود، عن جابر بن عبد الله برقم ١٩٢ ج ٤٨/١.

٥٠ - الحديث في الموطأ برقم ٥١.

٥١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، أَنَّهُ سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَامِرٍ بْنِ رَبِيعَةَ، عَنِ الرَّجُلِ يَتَوَضَّأُ لِلصَّلَاةِ، ثُمَّ يُصِيبُ طَعَامًا قَدْ مَسَّتْهُ النَّارُ، أَيَتَوَضَّأُ؟ قَالَ: رَأَيْتُ أَبِي يَفْعَلُ ذَلِكَ وَلَا يَتَوَضَّأُ.

الشرح: سأل يحيى بن سعيد، عبد الله بن عامر عن ما عنده في الوضوء مما مسته النار، فأجابه بعمل أبيه عامر بن ربيعة في هذا، وهذا يدل على أخذه به وموافقته له عليه، ولولا ذلك ما أجابه.

٥٢ - مَالِك، عَنْ أَبِي نُعَيْمٍ وَهَبِ بْنِ كَيْسَانَ، أَنَّهُ سَمِعَ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيَّ يَقُولُ: رَأَيْتُ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ أَكَلَ لَحْمًا ثُمَّ صَلَّى وَلَمْ يَتَوَضَّأُ.

الشرح: وإنما اختلف مالك، رحمه الله، في هذه الآثار كلها، وفعل الصحابة وفتوى التابعين بعدهم بخلاف جماعة من الصحابة والتابعين في ذلك لاسيما أهل المدينة. روى ذلك عن عائشة، وأم حبيبة، وزيد بن ثابت، وابن عمر وعمر بن عبدالعزيز، وابن شهاب، فلذلك اختلف مالك، رحمه الله، فيما عنده في ذلك من الأحاديث وعمل الأئمة من الصحابة، والله أعلم.

٥٣ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دُعِيَ لِطَعَامٍ، فَقَرَّبَ إِلَيْهِ خُبْزٌ وَلَحْمٌ، فَأَكَلَ مِنْهُ ثُمَّ تَوَضَّأَ وَصَلَّى، ثُمَّ أَتَى بِفَضْلِ ذَلِكَ الطَّعَامِ، فَأَكَلَ مِنْهُ ثُمَّ صَلَّى وَلَمْ يَتَوَضَّأُ^(١).

الشرح: وضوؤه ﷺ بعد أن أكل من الخبز واللحم، يحتمل أن يكون لأجل الطعام الذى مسته النار، ثم يكون ترك الوضوء منه في الصلاة الثانية ناسخاً له، ويحتمل أن

٥١ - الحديث فى الموطأ برقم ٥٢.

٥٢ - أخرجه ابن ماجه كتاب الطهارة وسنتها برقم ٤٨٩.

٥٣ - أخرجه الترمذى كتاب الطهارة برقم ٧٥. والنسائى برقم ١٨٥. وأبو داود برقم ١٩١،

١٩٢. وابن ماجه كتاب الطهارة وسنتها برقم ٤٨٩. وأحمد بالمسند برقم ١٤٠٤٤.

وقال السيوطى فى تنوير الحوالك: وصله أبو داود من طريق ابن جريح والترمذى من طريق

سفيان بن عيينة كلاهما عن محمد بن المنكدر عن جابر، وفيه: أن الداعى امرأة من الأنصار.

(١) قال ابن عبد البر عند هذا الحديث: مرسلات مالك كلها صحيحة مسندة. انظر: (تنوير

الحوالك ص ٣٨).

الطهارة ٣٣٧
يكون وضوؤه أولاً؛ لأنه لم يكن على طهارة ثم بين بتركه الوضوء بعد هذا أن ما فعله
أولاً لم يكن لما مسته النار.

٥٤ - مَالِك، عَنْ مُوسَى بْنِ عُقْبَةَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ يَزِيدَ الْأَنْصَارِيِّ، أَنَّ
أَنْسَ بْنَ مَالِكٍ قَدِمَ مِنَ الْعِرَاقِ، فَدَخَلَ عَلَيْهِ أَبُو طَلْحَةَ وَأَبِيُّ ابْنُ كَعْبٍ، فَقَرَّبَ لَهُمَا
طَعَامًا قَدْ مَسَّتُهُ النَّارُ، فَأَكَلُوا مِنْهُ، فَقَامَ أَنْسٌ فَنَوَضَّأَ، فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ وَأَبِيُّ بْنُ
كَعْبٍ: مَا هَذَا يَا أَنْسُ، أَعِرَاقِيَّةٌ؟^(١) فَقَالَ أَنْسٌ: لَيْتَنِي لَمْ أَفْعَلْ، وَقَامَ أَبُو طَلْحَةَ وَأَبِيُّ
بْنَ كَعْبٍ، فَصَلَّيَا وَلَمْ يَتَوَضَّأَا.

الشرح: قوله: «إن أنس بن مالك قدم من العراق فدخل عليه أبو طلحة وأبي بن
كعب»، هذه سنة في زيارة القادم من السفر.

وقول أبي طلحة وأبي بن كعب: «ما هذا يا أنس أعراقية»، إنكار منهما لوضوئه مما
مست النار، ونسباً ذلك للموضع الذي جاء منه. بمعنى أنه مخالف للسنة التي تستفاد
بالمدينة، وتتعلم من أهلها. بمعنى أن هذا مما أخذته من أهل العراق، أو رأته من بعض
أهلها.

وقول أنس: «ليتني لم أفعل»، انقياد منه لقولهما، ورجوع لرأيهما وموافقتها، ونبذ
لما فعله من الوضوء مما مست النار.

ويحتمل أن يكون أنس فعل ذلك تجديداً للوضوء لاعتقاد وجوب الوضوء مما
مست النار، فأنكر عليه موافقة من خالف السنة عندهما في ذلك، وإن وافقهم في
الصورة دون المعنى، فقال أنس: ليتني لم أفعل، لما ظهر له من موافقته من غير الصواب
في الوضوء مما مست النار، فيجب ترك النوافل التي تدعى فيها الفرائض، ويكثر في
ذلك الخلاف حتى يخاف عليه منه اعتقاد الخطأ لاسيما إذا كان ممن يقتدى به، ويعتمد
على قوله.

* * *

٥٤ - أخرجه من طرق أخرى ابن عدى في الكامل ٣٤٧/١ عن ابن عباس.
(١) أعراقية: قال ابن رشيح أى أبالعراق استفدت هذا العلم، يعنى: وتركت عمل أهل المدينة.

جامع الوضوء

٥٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنِ
الاسْتِطَابَةِ^(١)، فَقَالَ: «أَوْ لَا يَجِدُ أَحَدُكُمْ ثَلَاثَةَ أَحْجَارٍ^(٢)».

الشرح: الاستطابة هي الاستجمار بالأحجار، مأخوذ من الطيب، فلما سئل عن ذلك قال ﷺ: «أَوْ لَا يَجِدُ أَحَدُكُمْ ثَلَاثَةَ أَحْجَارٍ»، يريد بذلك تسهيل الأمر وتيسيره؛ لأن المحدث لا يكاد يعدم مثل هذا، وعلقه بالثلاثة من الأحجار؛ لأنه مما يقع به الإنقضاء في الغالب، وإنما قصر على الأحجار؛ لأن أكثر ما يستعمل في الاستطابة وتتهياً إزالة عين النجاسة به. وقد روى ابن عبدالحكم، عن مالك أنه تستحب الاستطابة بها. ووجه ذلك لفظ الحديث؛ لأنه متفق عليه.

مسألة: فإن استجمر بغير ذلك من الخرق والقشب وما في معناهما جاز، خلافاً لزيد في قوله: لا يجوز شيء من ذلك.

ودليلنا أن هذا ظاهر منفصل منق لا حرمة له، فجاز الاستجمار به كالأحجار.

مسألة: وأما الاستجمار بالعظم والروثة والحمئة، فروى ابن القاسم عن مالك النهي عن الاستجمار بالعظم والروث، وروى عنه مثل ذلك في الحمئة. وروى عنه أشهب أنه قال: ما سمعت في العظم الروث نهياً عاماً، وأما أنا في علمي، فما أرى به بأساً. واختار القاضي أبو الحسن أن الاستجمار بذلك يجوز.

٥٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٠. وهو حديث مرسل، وصله أبو داود عن عائشة كتاب الطهارة، باب الاستنجاء بالحجارة. والنسائي كتاب الطهارة باب الاجتزاء في الاستطابة بالحجارة دون غيرها.

وأخرجه أبو داود برقم ٤٠ عن خزيمة بن ثابت ١٠/١ كتاب الطهارة، باب الاستنجاء بالحجارة، عن عائشة أم المؤمنين. والنسائي في كتاب الطهارة، باب الاستنجاء بالحجارة، عن أم المؤمنين عائشة ٤٢/١. وذكره في مجمع الزوائد ٢١١/١ عن سهل بن سعد، وعزاه للطبراني في الكبير.

(١) الاستطابة: التطهر بعد قضاء الحاجة بالماء.

(٢) قال ابن عبد البر: هكذا رواه عن مالك جماعة الرواة مرسلًا إلا ما ذكره سحنون في رواية بعض الشيوخ عنه عن ابن القاسم عن مالك عن هشام عن أبيه عن أبي هريرة، قال: وقد روى عن ابن بكير أيضاً في الموطأ هكذا، وهو غلط فاحش، ولم يروه واحد كذلك لا من أصحاب هشام ولا من أصحاب مالك ولا رواه أحد عن عروة عن أبي هريرة وإنما رواه مسلم بن قريظ عن عروة عن عائشة، قلت: ومن طريقها أخرجه أبو داود والنسائي.

وجه القول الأول أنها ممنوعة لحق الغير لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إنها زاد إخوانكم من الجن»، وما منع من الاستجمار به لحق الغير لا يمنع صحة الاستجمار كمن تمسح بثوب لغيره، أو استجمر بحجارة لغيره.

مسألة: ويمنع الاستجمار بما كان نجسًا أو مكروهًا، وبكل شيء مأكول، قال الشيخ أبو بكر: فإن فعل، فلا أعرف فيه نصًا للملك ولا لأحد من أصحابنا، وعندى أنه قد أساء، ولا شيء عليه كمن استنجى يمينه.

وقال أصبغ: يعيد في وقت الصلاة، أى المفروضة. وقولنا فى القياس المتقدم: لا حرمة له، يقتضى أنه لا يجوز له ذلك ولا يجزى؛ لأن له حرمة والله أعلم، وقد رأيت القاضى أبا محمد يشترط الطهارة فيما يستجمر به.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه إن كان ما يستجمر به نجس العين، فإنه لا يجوز الاستجمار به، فقد طرأت على المحل نجاسة بنجاسة ما استجمر به، وزوال ما أراد إزالتها، ولا ترتفع هذه النجاسة إلا بالغسل؛ لأنها نجاسة واردة غير معتادة، فلا يؤثر فيها الاستجمار، وإنما يؤثر فى إزالتها وتطهير المحل منها الماء الطاهر المطهر، وإن كان ما استجمر به نجسًا بالمجاورة كالحجر، فإن باشر الاستجمار بالموضع الذى فيه النجاسة، فحكمه ما تقدم، وإن باشر الاستجمار بموضع طاهر منه كالحجر الواحد منه فى أحد جهاته نجاسة، فيستجمر هو بجهة طاهرة، فإن الاستجمار به يصح ولا يضره وجود النجاسة فى جهة غير الجهة التى باشر الاستجمار بها، وبالله التوفيق.

وقوله ﷺ: «أو لا يجد أحدكم ثلاثة أحجار» اختلف العلماء فى اعتبار العدد، فذهب مالك إلى الاعتبار بالإتقاء دون العدد، وبه قال أبو حنيفة. وقال أبو الفرج والشيخ أبو إسحاق: الاعتبار بالعدد مع الإتقاء، وبه قال الشافعى.

وجه قول مالك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: ومن استجمر فليوتر، والوتر يكون واحدًا، وهو أقل من الثلاثة. ومن جهة المعنى أن هذه إزالة نجاسة، فلم يعتبر فيها العدد كالغسل.

وجه قول أبي الفرج ما روى عن النبي ﷺ فى حديث سلمان: ونهانا أن نستنجى بأقل من ثلاثة أحجار.

فإن قلنا بقول مالك، ووقع الإتقاء بأقل من ثلاثة أحجار، فإنه يستحب له أن يكمل

٣٤٠ الطهارة

ثلاثة أحجار ليخرج من الخلاف. ويحمل حديث سلمان على الندب أو على أنه قصد إلى ذكر ما لا يقع الإنقاء غالبًا بأقل منه.

وإن قلنا بقول أبي إسحاق وأبي الفرج، فقد قال أبو إسحاق: لا يجزيه حجر له ثلاثة حروف، وحكمه حكم الحجر الواحد خلافًا للشافعي في قوله: يجزئ. ووجه قوله أنه حجر لا يجزئ في الجمار عن ثلاثة أحجار، فلم يجز في الاستجمار عنها، كأنه ليس له إلا حرف واحد.

مسألة: ومن بال أو تغوط، فإنه لا يجزيه على قول من يعتبر العدد أقل من ستة أحجار، ثلاثة أحجار لكل مخرج مع الإنقاء، فإن لم يوجد الإنقاء بثلاثة أحجار، فلا خلاف في أنه لا بد من الزيادة عليها حتى يوجد الإنقاء.

مسألة: وصفة الاستجمار أن يبدأ بمخرج البول، فيمسحه حتى يجف أثر البول منه، والبداءة بما فضل لثلا يقطر على يده منه ثم يمسح مخرج الغائط، وصفة ذلك على قول أكثر بعض العلماء أن يعم بكل حجر موضع النجو.

وقال الأخفش: يأخذ ثلاثة أحجار، فيمسح بأحدها إحدى الصفحتين، ويمسح بالثاني الثانية، ويمسح بالثالث عليهما، والأول أظهر وأحوط، والله أعلم.

مسألة: ومن استجمر فلبس ثوبًا، فعرق فيه، فأصاب موضع الاستنجاء، فقد قال القاضى أبو الحسن: ينجسه. ووجه ذلك أنه إذا وصل أثر النجو إلى موضع من الجسد غير المخرج، فإنه لا يطهره إلا الماء، فكذلك إذا نال الثوب، وتعلق به مثل ذلك الأثر فإنه لا يطهره إلا الماء.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندى أنه لا ينجس ولا يتعلق به شيء بعد الإنقاء، وهذا مما لا يمكن الاحتراز منه وتلحق به المشقة كموضع النجو.

مسألة: ومن نسى الاستجمار وصلى، فقد روى أشهب عن مالك: أرجو أن لا تكون عليه الإعادة. قال الشيخ أبو محمد: أراه يريد إذا مسح. وقال محمد بن مسلمة فى المبسوط: من تغوط أو بال فلم يغسله، ولم يمسح حتى صلى يعيد فى الوقت؛ لأنه كسائر الجسد، إلا أنه يجزئ فيه المسح بالأحجار، ولا جزئ فى سائر الجسد.

٥٦ - مَالِك، عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ

اللَّهُ ﷻ، خَرَجَ إِلَى الْمَقْبَرَةِ، فَقَالَ: «السَّلَامُ عَلَيْكُمْ دَارَ قَوْمٍ مُؤْمِنِينَ، وَإِنَّا إِن شَاءَ اللَّهُ، بِكُمْ لَاحِقُونَ، وَدِدْتُ أَنِّي قَدْ رَأَيْتُ إِخْوَانَنَا». فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَلَسْنَا بِإِخْوَانِكَ؟ قَالَ: «بَلْ أَنْتُمْ أَصْحَابِي، وَإِخْوَانُنَا الَّذِينَ لَمْ يَأْتُوا بَعْدُ، وَأَنَا فَرَطُهُمْ»^(١) عَلَى الْحَوْضِ. فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَيْفَ تَعْرِفُ مَنْ يَأْتِي بَعْدَكَ مِنْ أُمَّتِكَ؟ قَالَ: «أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ لِرَجُلٍ خَيْلٌ غُرٌّ مُحَجَّلَةٌ، فِي خَيْلٍ ذُهُمٌ بِهِمْ، أَلَا يَعْرِفُ خَيْلَهُ؟» قَالُوا: بَلَى، يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «فَإِنَّهُمْ يَأْتُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ غُرًّا مُحَجَّلِينَ مِنَ الْوُضُوءِ، وَأَنَا فَرَطُهُمْ عَلَى الْحَوْضِ، فَلَا يُذَادَنَّ»^(٢) رَجَالٌ عَنِ حَوْضِي، كَمَا يُذَادُ الْبَعِيرُ الضَّالُّ، أَنَادِيهِمْ أَلَا هَلُمَّ، أَلَا هَلُمَّ أَلَا هَلُمَّ. فَيَقَالُ: إِنَّهُمْ قَدْ بَدَلُوا بَعْدَكَ، فَأَقُولُ: «فَسُحْقًا، فَسُحْقًا، فَسُحْقًا».

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ خرج إلى المقبرة»، يقتضى إباحة زيارة القبور؛ لأن ظاهر قوله: «خرج إلى المقبرة»، يقتضى قصد إليها.

فصل: وقوله: «السلام عليكم دار قوم مؤمنين»، يعنى بذلك المقبرة، إلا أن قوله: «عليكم»، يدل على أن المراد بالسلام أهلها فكأنه قال: السلام عليكم أهل دار قوم مؤمنين، ويحتمل أن يحيوا فيسمعوا سلامه، ويحتمل أن يسلم عليهم مع كونهم أمواتاً، وهو أظهر؛ لامثال أمته بعده لذلك.

فصل: وقوله: «وإننا إن شاء الله بكم لاحقون»، يحتمل معانى، أحدها: أنه مأمور بأنه لا يقول أفعالاً غداً شيئاً، إلا أن يقول: إن شاء الله، فعلى ذلك قال: «وإننا إن شاء

= كتاب الطهارة برقم ١٥٠. وأبو داود كتاب الجنائز برقم ٣٢٣٧. وابن ماجه كتاب الزهد برقم ٤٣٠٦. وأحمد فى المسند برقم ٧٩٣٣، ٨٦٦١، ٩٠٣٧. والبيهقى فى السنن الكبرى ٧٨/٤ عن أبى هريرة، ٧٩/٤ عن عائشة. والبخارى فى شرح السنة ٤٧١/٥ عن عائشة. والبيهقى فى الدلائل ٥٣٧/٦ عن أبى هريرة.

(١) الفرط: السابق والمتقدم.

(٢) فلا يذادن: قال ابن عبد البر: كذا رواه يحيى وتابعه مطرف وابن نافع على النهى، أى لا يفعلن أحد فعلاً يذاد به عن حوضى، ورواه أبو مصعب: فيلذادن، وتابعه ابن القاسم وابن وهب وأكثر رواة الموطأ بلام التأكيد على الإخبار، أى ليكونن لا محالة من يذاد عن حوضى، أى يطرد عنه وذاله الأولى معجمة، والثانية مهملة، ومنه قوله تعالى: ﴿امرأتين تزدودان﴾. انظر: (تنوير الحوالك ص ٣٩).

٣٤٢ الطهارة

الله بكم لاحقون»، ويحتمل أن يقول ذلك مع القطع على اللحاق، كقوله تعالى: ﴿لندخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمين﴾ [الفتح: ٢٧].

ويحتمل أن يقول ذلك غير قاطع على اللحاق بهم إذ وصفهم بأنهم مؤمنون على الظاهر من حالهم، فيكون معنى ذلك إن شاء الله أن يرحمكم ويفضل عليكم، وقد كان النبي ﷺ لا يدرى ما يفعل به ولا بأحد من أمته.

وقد قال ﷺ في حديث عثمان بن مظعون: «أما هو وقد جاءه اليقين، والله إنى لأرجو له الخير، وما أدرى والله وإنى رسول الله ما يفعل بي»، ثم أعلم بعد ذلك ﷺ بما أعد له، وما تفضل به عليه وعلى كثير من أصحابه.

وروى الداودي أن معنى قوله: «إن شاء الله» كما شاء الله. وقال أبو القاسم الجوهري: معناه لا نبدل ولا نغير، تموت على ما تم عليه إن شاء الله تعالى، وهو قول محتمل.

فصل: وقوله ﷺ: «وددت أنى قد رأيت أخواننا» تمن منه ﷺ لرؤية من يأتي بعده من أمته، وقد علم أنه لا يراهم إلا بعد الموت، وقد قال ﷺ: «لا يتمنين أحدكم الموت، إما محسنًا فعله يزداد، وإما مسيئًا فعله يستعقب»، وإنما معنى ذلك أن لا يعلق التمنى بالموت، وإنما تعليقه بما يرضاه الإنسان بعد الموت، فإنه جائز كما يجوز للإنسان أن يعلقه بدخول الجنة.

فصل: وقوله ﷺ: «إخواننا»، لقوله تعالى: ﴿إنما المؤمنون إخوة﴾ [الحجرات: ١٠]، فقالوا، يعنى أصحابه: «ألسنا بإخوانك»، فقال: «بل أنتم أصحابي»، يريد أن لهم مزية على إخوانه واختصاصًا لصحبته، ولم ينف بذلك أن يكونوا إخوانه، وإنما منع أن يسموا بذلك؛ لأن التسمية بذلك إنما هي على سبيل الثناء على المسمى والمدح والترفيح من حاله، فيجب أن يسمى بأرفع حالاته، ويوصف بأفضل صفاته، وللصحابة بصحة النبي ﷺ درجة لا يلحقهم فيها أحد، فيجب أن يوصفوا بها، والذين لم يكونوا أتوا بعد من أنه ليست لهم درجة الصحبة، فلذلك وصفهم بأنهم إخوانه، جعلنا الله منهم برحمته.

فصل: وقوله: «وأنا فرطهم على الحوض»، يريد أنه يتقدمهم إليه، ويجدون عندده، رواه حبيب عن مالك يقال: فرطت القوم إذا تقدمتهم لترتاد لهم الماء وتهيئ الماء والرشاء، وافتراط فلان ابنا له، أى تقدمه ابن.

فصل: وقولهم: «كيف تعرف من يأتى بعدك من أمتك»، يعنون أنه لم يرههم فى

الطهارة ٣٤٣

الدنيا، فبأى شىء يعرفهم فى الآخرة، فقال ﷺ: «أرأيت لو كان لرجل خيل غر محجلة فى خيل دهم بهم، ألا يعرف خيله»، يريد ﷺ أنه يعرفهم بسيماهم كما يعرف ذوا الخيل الغر المحجلة خيله فى جملة خيل دهم بهم، والغرة بياض فى وجه الفرس.

والتحجيل بياض فى يديه ورجليه، وهذه سيماء ظاهرة لا يمكن تغييرها ولا خفاؤها، ثم قال ﷺ: «فإنهم يأتون يوم القيامة غرًا محجلين من أثر الوضوء»، وهذا مما يدل على أن سائر الأمم لا تكون على هذه الصفة، ولذلك يعرف الغر المحجلين منهم.

وقد ذهب قوم بهذا الحديث إلى أن سائر الأمم كانت لا تتوضأ، وأن الوضوء اختصت به أمة محمد ﷺ، ولذلك يعرف أمته بآثار الوضوء، وهذا وجه محتمل.

ويحتمل أن يكون سائر الأمم كانت تتوضأ وضوءنا هذا أو غيره، ولا يأتون يوم القيامة غرًا محجلين من أثر الوضوء، فيكون ما جعل لأمة محمد ﷺ من الغرة، والتحجيل فضيلة خصت بها.

فصل: وقوله: «فلا يذادن» هكذا رواه يحيى، وتابعه عليه مطرف. وروى أبو مصعب «فليذادن»، وتابعه ابن القاسم وابن وهب وأكثر رواة الموطأ.

قال ابن وضاح: معنى «فلا يذادن» لا يفعلن رجل فعلاً يذاد به عن حوضى كما يذاد البعير الضال، يريد الذى لا رب له فيسقيه. قال ابن وهب: معناه يطردن.

وقوله ﷺ: «ألا هلم، ألا هلم، ألا هلم»، يحتمل هذا أن المنافقين والمرتدين وكل من توضأ منهم مسلماً فإنه يحشر بالغرة والتحجيل من أثر الوضوء، ولذلك يدعوهم النبى ﷺ، ولو لم يكن سيماء سيماء المسلمين لما دعاهم ويعرف أنهم ليسوا ممن يرد حوضه، وإنما يدعوهم لما يرى بهم من سيماء أمته، فإذا علم أنهم بدلوا بعده قال: «فسحقاً» أى بعداً لهم، قيل: معنى بدلوا غيروا سبتك، ويحتمل أن يكون ذلك لمن رأى النبى ﷺ فبدل بعده من أهل الردة، ويحتمل أن يكونوا ممن يأتى بعده إلى يوم القيامة.

وقال الداودى: أنه ليس هذا مما يختم به للمذاين عنه بدخول النار؛ لأنه يحتمل أن يذادوا وقتاً فتلحقهم شدة، ثم يتوفاهم الله برحمته، ويقول لهم النبى ﷺ: «سحقاً»، ثم يشفع فيهم، وهذا بدل من قوله، على أنه جوز ذلك على أهل الكبائر من المؤمنين.

٥٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ حُمْرَانَ^(١)، مَوْلَى عُثْمَانَ بْنِ

٥٧ - أخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ١٦٠. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٢٦، ٢٢٩. وأبو=

عَفَّانَ، أَنَّ عُمَانَ بْنَ عَفَّانَ جَلَسَ عَلَى الْمَقَاعِدِ^(٢)، فَجَاءَ الْمُؤَذِّنُ فَأَذَّنَهُ بِصَلَاةِ الْعَصْرِ، فَدَعَا بِمَاءٍ فَتَوَضَّأَ، ثُمَّ قَالَ: وَاللَّهِ لَأَحَدَنَّكُمْ حَدِيثًا، لَوْلَا أَنَّهُ فِي كِتَابِ اللَّهِ^(٣) مَا حَدَّثْتُكُمْوه، ثُمَّ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «مَا مِنْ أَمْرٍ يَتَوَضَّأُ، فَيُحْسِنُ وَضُوءَهُ، ثُمَّ يُصَلِّيَ الصَّلَاةَ، إِلَّا غُفِرَ لَهُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّلَاةِ الْأُخْرَى حَتَّى يُصَلِّيَهَا».

= داود كتاب الطهارة برقم ١٠٦. وأحمد بالمسند برقم ٤٠٨، ٤٦١، ٤٧٤، ٤٨٠. والدارمي كتاب الطهارة برقم ٦٩٣. والنسائي ٩١/١ عن عثمان في كتاب الطهارة، باب فرض الوضوء. والبيهقي بشرح السنة ٣٢٥/١ عن عثمان في كتاب الطهارة، باب فضل الوضوء. وذكره في كنز العمال برقم ١٨٩٣٩ وعزاه للنسائي، والهيتمي في موارد الظمان، عن عثمان.

(١) قال ابن عبد البر: حمران مولى عثمان هو حمران بن أعين بن خالد بن عبد عمرو بن عقيل ابن كعب بن سعد بن جندلة بن مسلم بن أوس بن زيد مائة بن النمر بن قاسط، وهو ابن عم صهيب بن سنان، يلتقى هو وصهيب في خالد بن عبد عمرو، وكان حمران من سبى عين النمر، وهو أول سبى، دخل المدينة في خلافة أبي بكر الصديق، سباه خالد بن الوليد، فرآه غلامًا أحمر محتونًا كيسًا، فتوجه به إلى عثمان - رضى الله عنه - فأعتقه، ودار حمران بالبصرة مشرفة على رحبة المسجد الجامع، وكان عثمان أقطعه إياها وأقطعه أيضًا أرضًا على فراسخ من الأيلة فيما يلي البحر. ذكر ذلك أهل السير والعلم بالخبر، قالوا: وكان حمران أحد العلماء الأجلة أهل الوداعة والرأى والشرف بولائه ونسبه، وهو أحد الشاهدين على الوليد بن عقبة يشرب الخمر، فجلده بشهادته على، جعل ذلك إليه عثمان، وتولى ضرب الوليد بيده عبدالله ابن جعفر بأمر علي له بذلك، وكان جلده له أربعين جلدة. انظر: (التمهيد، حديث تاسع وعشرون لهشام بن عروة).

(٢) المقاعد: قيل دكاكين حول دار عثمان، وقيل الدرج، وقيل موضع قرب المسجد، قال القاضي عياض: ولفظها يقتضى أنها مواضع جرت العادة بالعود فيها. انظر: (تنوير الحوالك ص ٤٠).

(٣) قال ابن عبد البر: أما قوله: لولا أن في كتاب الله، فاختلف في هذا اللفظة، فطائفة روت: «لولا أنه في كتاب الله»، بالنون وهاء الضمير، وطائفة روت: «لولا آية في كتاب الله»، بالياء وتاء التانيث، وقد روى عن عروة أن الآية قوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَى﴾ الآية، وروى آخرون كما قال مالك: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ﴾ الآية، وعلى هذا المعنى ينبغي أن تكون الرواية: «لولا أنه»، بالنون وهاء الضمير، والله أعلم. وقول مالك أراه يريد هذه الآية يحتل الوجهين جميعًا أيضًا. انظر: (التمهيد، حديث تاسع وعشرون لهشام بن عروة).

بحسبى: قَالَ مَالِكٌ: أَرَاهُ يُرِيدُ هَذِهِ الْآيَةَ: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفَى النَّهَارِ وَزُلْفَا﴾، إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ذَلِكَ ذِكْرَى لِلذَّاكِرِينَ﴾ [هود: ١١٤].

ح: قوله: «أن عثمان بن عفان جلس على المقاعد»، وهو موضع عند باب المدينة. وقال ابن حبيب: قال مالك: المقاعد، الدكاكين عند دار عثمان.

الداودى: هو المدرج، فجاءه المؤذن فأذنه بصلاة العصر، يريد أن المؤذن كان حتماع الناس بعد الأذان لشغله بأمر الناس.

: وقوله رضى الله عنه: «لولا أنه فى كتاب الله ما حدثتمكوه» هكذا رواه يحيى، ويحيى بن بكير. وروى أبو مصعب: لولا آية فى كتاب الله ما وه، ثم ذكر مالك ما اعتقد أنه يريد بذلك، فقال: أراه يريد هذه الآية: ﴿إِنْ يَذْهِبِ السَّيِّئَاتِ﴾ [هود: ١١٤]، وعلى هذا التأويل تصح رواية يحيى ورواية ، فىكون معنى قوله: «لولا أنه فى كتاب الله»، لولا أن معنى ما أورده عليكم الله ما أخبرتكم به لئلا تتكلموا، ويكون معنى قول أبى مصعب لولا آية فى له تتضمن معنى هذا الحديث لما أخبرتكم به لئلا تتكلموا.

عروة بن الزبير أنه قال: يريد قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ وَالْهُدَى﴾ [البقرة: ١٥٩]، فعلى هذا التأويل لا تصح رواية يحيى، وإنما يجب أن رواية الصحيحة: لولا آية من كتاب الله، ما روى أبو مصعب ومن تابعه، لك لولا آية فى كتاب الله تمنع من كتمان شيء من العلم لما أخبرتكم.

: وقوله ﷺ: «ما من امرئ يتوضأ فيحسن وضوءه»، يعنى يأتى على أكمل والفضائل، وتقديره فيحسن فى وضوئه.

: «إلا غفر له ما بينه وبين الصلاة الأخرى حتى يصلبها»، ومعنى هذا، والله ، ثواب ما فعله من الوضوء الذى أحسن فيه، والصلاة بعده أكثر من أثم ما ، المعاصى بين الصلاتين. ولذلك قال مالك، رحمه الله: أراه يريد هذه الآية: صلاة طرفى النهار وزلفا من الليل إن الحسنات يذهب السيئات﴾ [هود:

— مَالِكٌ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ

ترجمه النسائى كتاب الطهارة برقم ١٠٣. وابن ماجه كتاب الطهارة وسنتها برقم ٢٨٢. حمد بالمسند برقم ١٨٥٨٥. والحاكم ١/١٢٩ عن الصنائجى.

الصَّنَائِحِي^(١)، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا تَوَضَّأَ الْعَبْدُ الْمُؤْمِنُ، فَتَمَضَّمَضَ، خَرَجَتْ الْخَطَايَا مِنْ فِيهِ، وَإِذَا اسْتَنْشَرَ خَرَجَتْ الْخَطَايَا مِنْ أَنْفِهِ، فَإِذَا غَسَلَ وَجْهَهُ خَرَجَتْ الْخَطَايَا مِنْ وَجْهِهِ، حَتَّى تَخْرُجَ مِنْ تَحْتِ أَشْفَارِ عَيْنَيْهِ، فَإِذَا غَسَلَ يَدَيْهِ خَرَجَتْ الْخَطَايَا مِنْ يَدَيْهِ، حَتَّى تَخْرُجَ مِنْ تَحْتِ أَظْفَارِ يَدَيْهِ، فَإِذَا مَسَحَ بِرَأْسِهِ خَرَجَتْ الْخَطَايَا مِنْ رَأْسِهِ حَتَّى تَخْرُجَ مِنْ أُذُنَيْهِ، فَإِذَا غَسَلَ رِجْلَيْهِ خَرَجَتْ الْخَطَايَا مِنْ رِجْلَيْهِ، حَتَّى تَخْرُجَ مِنْ تَحْتِ أَظْفَارِ رِجْلَيْهِ». قَالَ: «ثُمَّ كَانَ مَشِيئُهُ إِلَى الْمَسْجِدِ، وَصَلَاتُهُ نَاقِلَةً لَهُ»^(٢).

الشرح: قوله: «إِذَا تَوَضَّأَ الْعَبْدُ الْمُؤْمِنُ، فَتَمَضَّمَضَ، خَرَجَتْ الْخَطَايَا مِنْ فِيهِ»، يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى ذَلِكَ أَنْ فِيمَا يَفْعَلُهُ مِنَ الْمُضْمَضَةِ كِفَارَةٌ لِمَا يَخْصُ الْفَمُ مِنَ الْخَطَايَا، فَعَبَّرَ عَنِ ذَلِكَ بِخُرُوجِهَا مِنْهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى ذَلِكَ أَنْ يَعْفُو تَعَالَى عَنِ عِقَابِ ذَلِكَ الْعَضْوِ بِالذَّنُوبِ الَّتِي آكْتَسَبَهَا الْإِنْسَانُ، وَإِنْ لَمْ يَخْتَصْ بِذَلِكَ الْعَضْوِ.

فصل: وقوله: «فَإِذَا غَسَلَ وَجْهَهُ، خَرَجَتْ الْخَطَايَا مِنْ وَجْهِهِ، حَتَّى تَخْرُجَ مِنْ تَحْتِ أَشْفَارِ عَيْنَيْهِ» جَعَلَ الْعَيْنَيْنِ مَخْرَجًا لَخَطَايَا الْوَجْهِ دُونَ الْفَمِ وَالْأَنْفِ؛ لِأَنَّ الْفَمَ وَالْأَنْفَ يَخْتَصُّانِ بِطَهَارَةِ مَشْرُوعَةٍ فِي الْوَضُوءِ دُونَ الْعَيْنَيْنِ.

فصل: وقوله: «فَإِذَا مَسَحَ رَأْسَهُ خَرَجَتْ الْخَطَايَا مِنْ رَأْسِهِ حَتَّى تَخْرُجَ مِنْ أُذُنَيْهِ» دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْأُذُنَيْنِ مِنَ الرَّأْسِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُمَا مَخْرَجًا لَخَطَايَاهُ كَمَا جَعَلَ الْعَيْنَيْنِ مَخْرَجًا لَخَطَايَا الْوَجْهِ، وَالْأَظْفَارَ مَخْرَجًا لَخَطَايَا الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ، إِلَّا أَنَّهُمَا يَنْفَرِدَانِ لِأَخْذِ الْمَاءِ لِهَمَا كَمَا يَنْفَرِدُ الْفَمُ وَالْأَنْفُ عَلَى الْوَجْهِ.

(١) عبدالله الصنائجي: قال ابن عبد البر: سئل معين عن أحاديث الصنائجي عن النبي ﷺ،

فقال: مرسله، ليس له صحبة، وإنما هو من كبار التابعين وليس هو عبدالله وإنما هو أبو عبيدالله واسمه عبدالرحمن بن عسيلة. انظر: (تنوير الحوالك ص ٤١).

(٢) قال ابن عبد البر: وفي هذا الحديث من الفقه: أن الوضوء سنة مستنونة ومفروضة جاء فيه مجيئاً واحداً، وأن من شرط المؤمن، وما ينبغي له إذا أراد الصلاة: أن يأتي بما ذكر في هذا الحديث لا يقصر عن شيء منه، فإن قصر عن شيء منه كان للمفترض حيثنذ حكم، وللمسنون حكم، إلا أن العلماء أجمعوا على أن غسل الوجه، واليدين إلى المرفقين، والرجلين إلى الكعبين، ومسح الرأس فرض ذلك كله، لأمر الله به في كتابه المسلم عند قيامه إلى الصلاة إذا لم يكن متوضئاً، لا خلاف علمته في شيء من ذلك إلا في مسح الرجلين وغسلهما.

واختلفوا في المضمضة والاستنثار فقالت طائفة: ذلك فرض، وقال آخرون: ذلك سنة، وقال بعضهم: المضمضة سنة، والاستنثار فرض. انظر: (التمهيد، حديث تاسع لزيد بن أسلم).

والفرق بين الأذنين والفم والأنف فى أنه جعل الأذنين مخرجًا لخطايا الرأس مع إفرادهما بالماء، ولم يجعل الفم والأنف مخرجًا لخطايا الوجه؛ لأن الفم والأنف مقدمان على الوجه، فلم يكن لهما حكم التبع وخرجت خطاياهما منهما قبل خروجها من الوجه، والأذنان مؤخران على الرأس، فكان لهما حكم التبع، وخرجت خطاياهما منهما قبل خروجهما من الوجه والأذنان مؤخران على الرأس، فكان لهما حكم التبع، فتخرج خطايا الرأس منهما.

فصل: قوله: «ثم كان مشيه إلى المسجد وصلاته نافلة»، يحتمل أن يريد أن الوضوء يكفر ذنوبه كلها ويطهر أعضائه كلها من الخطايا، وذلك يوجب طهارة جميع جسده من الحدث ثم يكون مشيه إلى المسجد وصلاته، وإن كانت فريضة نافلة له، يريد زيادة له من الأجر على ما يكفر به ذنوبه، والنافلة فى كلام العرب الزيادة، ولذلك قال فى حديث عثمان: إن صلاته بعد وضوئه، تكفر عنه مستقبل ذنوبه، ومستقبل ذنوبه إلى الصلاة التى تليها؛ لأن بوضوئه خاصة يكفر عنه ماضى ذنوبه على ما جاء فى هذا الحديث، والله أعلم وأحكم.

٥٩ - مَالِك، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا تَوَضَّأَ الْعَبْدُ الْمُسْلِمُ أَوْ الْمُؤْمِنُ فَغَسَلَ وَجْهَهُ، خَرَجَتْ مِنْ وَجْهِهِ كُلُّ خَطِيئَةٍ نَظَرَ إِلَيْهَا بِعَيْنَيْهِ مَعَ الْمَاءِ أَوْ مَعَ آخِرِ قَطْرِ الْمَاءِ، فَإِذَا غَسَلَ يَدَيْهِ، خَرَجَتْ مِنْ يَدَيْهِ كُلُّ خَطِيئَةٍ بَطَشَتْهَا يَدَاهُ»^(١) مَعَ الْمَاءِ أَوْ مَعَ آخِرِ قَطْرِ الْمَاءِ، فَإِذَا غَسَلَ رِجْلَيْهِ خَرَجَتْ كُلُّ خَطِيئَةٍ مَسَّتْهَا رِجْلَاهُ مَعَ الْمَاءِ أَوْ مَعَ آخِرِ قَطْرِ الْمَاءِ، حَتَّى يَخْرُجَ نَقِيًّا مِنَ الذُّنُوبِ».

٥٩ - أخرجه البخارى كتاب الأذان برقم ٧٥٤. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٤٤. والترمذى كتاب الطهارة برقم ٢، وأحمد بالمسند برقم ٧٩٦٠. والدارمى كتاب الطهارة برقم ٧١٨. والبيهقى بالسنن الكبرى ١/٨١ عن أبى هريرة فى كتاب الطهارة، باب فضيلة الوضوء. وابن خزيمة برقم ٥/٤ عن أبى هريرة فى كتاب الوضوء، باب ذكر حط الخطايا بالوضوء. والبعوى بشرح السنة ١/٣٢٢ عن أبى هريرة فى كتاب الطهارة، باب فضل الوضوء.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا هو فى الموطأ فى هذا الحديث: «بطشها يدها»، ليحيى وغيره جماعة، بتثنية الضمير المتصل بالفعل، وهو ضمير الخطيئة، والخطيئة المفردة، وليس بالجمع؛ لأن التثنية إنما هى لليدين لا للخطيئة، ويقال إنه فى رواية ابن وهب عن مالك كذلك أيضًا. انظر: (التمهيد حديث سادس لسهيل).

٣٤٨ الطهارة

الشرح: قوله: «إذا توضأ العبد المسلم أو المؤمن»، تخصيص له بهذا الحكم؛ لأن الوضوء لا يكفر مع الكفر ذنباً، والظاهر أن هذا اللفظ شك من الراوى.

وقوله: «خرجت من وجهه كل خطيئة نظر إليها بعينه»، يدل على ما قلناه فى الحديث قبل هذا الحديث، من أن معنى خروج الخطايا من العضو تكفير ما اختص به من الخطايا.

وقوله: «مع الماء أو مع آخر قطر الماء أو نحو هذا»، الشك من الراوى مع تقارب المعنى.

فصل: وقوله: «حتى يخرج نقياً من الذنوب من أعضاء الطهارة تكمل الطهارة لسائر الجسد منها»، وهكذا روى هذا الحديث رواة الموطأ غير ابن وهب، فإنه زاد فيه ذكر الرأس والرجلين، ورواه الوليد بن مسلم، فلم يذكر غير الوجه، والله أعلم.

٦٠ - مَالِك، عَنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، وَحَانَتْ صَلَاةُ الْعَصْرِ، فَالْتَمَسَ النَّاسُ وَضُوءًا فَلَمْ يَجِدُوهُ، فَأَتَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِوَضُوءٍ فِي إِنَاءٍ، فَوَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي ذَلِكَ الْإِنَاءِ يَدَهُ، ثُمَّ أَمَرَ النَّاسَ بِتَوَضُّؤِهِ مِنْهُ، قَالَ أَنَسٌ: فَرَأَيْتُ الْمَاءَ يَنْبُعُ مِنْ تَحْتِ أَصَابِعِهِ، فَتَوَضَّأَ النَّاسُ حَتَّى تَوَضَّؤُوا مِنْ عِنْدِ آخِرِهِمْ^(١).

الشرح: قوله: «فالتمس الناس وضوءاً»، الوضوء اسم للماء الذى يتوضأ به، ولذلك قال: فأتى رسول الله ﷺ بوضوء فى إناء، فوضع فى ذلك الإناء يده، ثم أمر الناس أن

٦٠ - أخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ١٦٩. ومسلم كتاب الفضائل برقم ٢٢٧٩. والترمذى كتاب المناقب برقم ٣٥٦٤. والنسائى كتاب الطهارة برقم ٧٦، ٧٨. وأحمد بالمسند برقم ١١٩٣٩، ١٢٠٨٨، ١٢٣١٦، ١٢٨٣٢، ١٣٦٦٧.

(١) قال ابن عبد البر: فى هذا الحديث تسمية الشيء باسم ما قرب منه، وذلك أنه سمي الماء وضوءاً، لأنه يقوم به الوضوء، ألا ترى إلى قوله: «فأتى رسول الله ﷺ بوضوء فى إناء»، بفتح الواو فعل المتوضئ، ومصدر فعله، وبضمها الماء. وفيه إباحة الوضوء من إناء واحد للجماعة، يفترقون منه فى حين واحد، وفيه أنه لا بأس بفضل وضوء الرجل المسلم يتوضأ به، وهذا كله فى فضل ظهور الرجال، إجماع من العلماء، والحمد لله. وفيه العلم العظيم، من أعلام نبوته ﷺ وهو نبع الماء من بين أصابعه، وكم له من هذه، صلوات الله وسلامه ورضوانه عليه. انظر: (التمهيد حديث ثان لإسحاق عن أنس مسند).

يتوضئوا، وهذا إنما يكون بوحي يعلم به أنه وضع يده فى الإناء نبع الماء حتى يعم أصحابه الوضوء، وهذا من أعظم المعجزات وأبين الدلالات على صدقه ونبوته، وعلى أن ما جاء به من عند الله وحى؛ لأن إخراج الماء من بين أصابعه وخلقه هناك لا يقدر عليه إلا الله تبارك وتعالى القادر على كل شىء، والمصدق لرسالة نبيه، وقد روى حميد عن أنس أن الإناء كان مخضباً صغر عن أن يضع فيه يده وتوضأ منه ثمانون رجلاً وأزيد.

٦١ - مَالِك، عَنْ نُعَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْمَدَنِيِّ الْمُجَوِرِ، أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: مَنْ تَوَضَّأَ فَأَحْسَنَ وَضُوءَهُ، ثُمَّ خَرَجَ عَامِداً إِلَى الصَّلَاةِ، فَإِنَّهُ فِي صَلَاةٍ مَا دَامَ يَعْمِدُ إِلَى الصَّلَاةِ، وَأَنَّهُ يُكْتَبُ لَهُ بِإِحْدَى خَطْوَتَيْهِ حَسَنَةٌ، وَيَمْحَى عَنْهُ بِالْأُخْرَى سَيِّئَةٌ، فَإِذَا سَمِعَ أَحَدَكُمْ الْإِقَامَةَ فَلَا يَسْعُ^(١)، فَإِنَّ أَعْظَمَكُمْ أَجْرًا أَبْعَدُكُمْ دَارًا، قَالُوا: لِمَ يَا أَبَا هُرَيْرَةَ؟ قَالَ: مِنْ أَجْلِ كَثْرَةِ الْخُطَا.

الشرح: قوله: «ثم خرج عامداً إلى الصلاة»، يريد أن يقصدها دون غيرها، فإنه فى صلاة ما كان يعمد إلى الصلاة، يريد أن أجره أجر المصلى ما دام يقصد إلى الصلاة.

وقوله: «فإنه تكتب له بإحدى خطوته حسنة وتمحى عنه بالأخرى سيئة»، يحتمل أن يريد بذلك أن لخطاه حكمين، فيكتب له ببعضها الحسنات، وتمحى عنه ببعضها السيئات، وأن حكم الحسنات غير حكم محو السيئات، وهذا ظاهر اللفظ، ولذلك فرق بينهما، وقد ذكر قوم أن معنى ذلك واحد، وأن كتب الحسنات هو بعينه محو السيئات.

فصل: وقوله: «فإذا سمع أحدكم الإقامة، فلا يسع، فإن أعظمكم أجراً أبعدكم داراً»، قال مالك: لا يجب ولا بأس أن يسرع فى مشيه. وقال ابن القاسم: لا يجزى، والسعى فى الحديث هو الإسراع فى إتيان الصلاة حتى يخرج بذلك عن حد المشى،

٦١ - ذكره فى الكنز ٥٧١/٧ برقم ٢٠٣٠٦ وعزاه لابن جرير، والبيهقى فى شعب الإيمان، عن أبى هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوف فى الموطأ، لم يتجاوز به أبى هريرة، ولم يختلف على مالك فى ذلك، ومعناه يتصل ويستند إلى النبى ﷺ من طرق صحاح من غير حديث نعيم عن أبى هريرة، من حديث أبى سعيد الخدرى وغيره، عن النبى ﷺ؛ والأسانيد فيه صحاح كلها، ومثله أيضا لا يقال بالرأى. انظر: (التمهيد، حديث رابع لنعيم، موقوف).

(١) لا يسع: أى لا يسرع ولا يعجل فى مشيته.

٣٥٠ الطهارة

ومنع من ذلك لوجهين، أحدهما: أنه تقل به الخطأ وكثرة الخطأ مرغبا فيها مرجو منها ما تقدم من كتب الحسنات وحو السيئات، ولذلك قال: «وإن أعظمكم أجراً أبعدهم داراً»، وفسرت أنا ذلك من أجل كثرة الخطأ. والوجه الثاني: أنه يخرج عن الوقار المشروع في إتيان الصلاة.

٦٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يُسْأَلُ عَنِ الْوُضُوءِ مِنَ الْغَائِطِ بِالْمَاءِ، فَقَالَ سَعِيدٌ: إِنَّمَا ذَلِكَ وَضُوءُ النِّسَاءِ.

الشرح: قال ابن نافع: يريد سعيد بن المسيب أن الاستنجاء بالحجارة يجزى الرجل، وإنما يكون الاستنجاء بالماء للنساء.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: يحتمل عندى وجهين، أحدهما أن يكون سعيد بن المسيب أراد أن ذلك حكم من أحكام النساء من جهة العادة والعمل، وأن عمل الرجال الاستجمار.

ويحتمل أن يريد بذلك عيب الاستنجاء بالماء كما قال ﷺ: «إنما التصفيق للنساء»، وهذا لا يراه مالك ولا أكثر أهل العلم، والاستنجاء عندهم بالماء أفضل، وجميع الفقهاء على أن الاستنجاء يجزى مع وجود الماء، وقال ابن حبيب: ليس الاستجمار يجزى إلا مع عدم الماء. ولعله أراد بذلك وجه الاستحباب وإلا فهو خلاف الإجماع فيما علمناه.

٦٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

٦٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٦.

٦٣ - أخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ١٧٢، ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٧٩. والترمذى كتاب الطهارة برقم ٨٤. والنسائى كتاب المياه برقم ٣٣٥، ٣٣٨، ٣٣٩. وأبو داود كتاب الطهارة برقم ٧١، ٧٣. وأحمد بالمسند برقم ٧٣٠٠، ٧٣٩٨، ٧٥٤٩، ٧٦١٦، ٢٧٣٦٥، ٨٥٠٨، ٢٧٥٦٩. والبيهقى بالسنن الكبرى ١٨/١ عن أبي هريرة فى كتاب الطهارة، باب منع الانتفاع بجلد الكلب. وعبدالرزاق بالمصنف برقم ٣٣٥ عن أبي هريرة جـ ١/٩٧. والطبرانى فى الأوسط، عن أبي هريرة برقم ٣٧٣١ جـ ٤/٤٣٦. والبغوى بشرح السنة ٧٤/٢ عن أبي هريرة. والخطيب فى تاريخه ٣٦/٤ عن ابن عمر. وابن أبى شيبه بالمصنف ١٧٣/١ عن أبي هريرة. والطبرانى فى الكبير ٣٦٥/١٢ عن ابن عمر. والحميدى بالمسند برقم ٩٦٧ عن أبي هريرة. وأبو عوانة بالمسند ٢٠٧/١ عن أبي هريرة. وابن ماجه برقم ٣٦٣ عن أبي هريرة جـ ١/١٣٠. وابن خزيمة برقم ٩٨ عن أبي هريرة. والطبرانى فى الكبير ١١/٢٢٦ عن ابن عباس.

قَالَ: «إِذَا شَرِبَ الْكَلْبُ^(١) فِي إِنَاءٍ أَحَدِكُمْ فَلْيَغْسِلْهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ^(٢)».

الشرح: اختلف قول مالك، رحمه الله، في أمر النبي ﷺ بغسل الإناء من ولوغ الكلب، فمرة حملة على الوجوب، ومرة حملة على الندب.

فوجه الوجوب أمره ﷺ بغسله، والأمر يقتضى الوجوب. ووجه الندب أنه حيوان، فلم يجب غسل الإناء من ولوغ، أصل ذلك الحيوان.

مسألة: واختلف قول مالك في الكلب الذى يجب غسل الإناء من ولوغ، فروى عنه ابن أبي الجهم روايتين، إحداهما: أنه فى الكلب المنهى عن اتخاذه. والثانية: أنه فى جميع الكلاب.

وجه الرواية الأولى أن الأمر بذلك إنما كان على وجه التغليظ، والمنع من اتخاذه، وذلك يختص بالمنهى عنه لا بالمباح.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا الحديث فى الموطأ بهذا الإسناد عند جميع رواة، فيما علمت. ورواه يعقوب بن الوليد، عن مالك، عن سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة، وليس بمحفوظ لمالك بهذا الإسناد.

حدثنا خلف بن القاسم، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن هارون الأنماطى بمكة، حدثنا عبد الله ابن محمد بن عبدالعزيز، حدثنا جدى، حدثنا يعقوب بن الوليد، حدثنا مالك، عن سهيل بن أبى صالح، عن أبيه عن أبى هريرة، عن النبي ﷺ قال: «إذا ولغ الكلب فى الإناء غسل سبع مرات». هذا عندى خطأ فى الإسناد لا شك فيه، والله أعلم.

حدثنى خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن محمد بن الحسين العسكرى، حدثنا الربيع بن سليمان، والمزنى، قال: حدثنا محمد بن إدريس الشافعى، قال: أخبرنا مالك، عن أبى الزناد، عن الأعرج، عن أبى هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا شرب الكلب فى إناء أحدكم فليغسله سبع مرات». وهكذا يقول مالك فى هذا الحديث: «إذا شرب الكلب»، وغيره من رواية حديث أبى هريرة هذا - بهذا الإسناد وبغيره - على تواتر طرقه وكثرتها عن أبى هريرة وغيره، كلهم يقول: «إذا ولغ الكلب»، ولا يقولون: «شرب الكلب»، وهو الذى يعرفه أهل اللغة.

(٢) قال ابن عبد البر: وأما قوله فى الحديث: «فليغسله سبع مرات» ولم يزد، ولا ذكر التراب فى أخرهن ولا أولهن؛ فكذلك رواه الأعرج، وأبو صالح، وأبو رزين، وثابت الأحنف، وهمام بن منبه، وعبدالرحمن أبو السرى، وعبيد بن حنين، وثابت بن عياض مولى عبدالرحمن ابن زيد، وأبو سلمة، كلهم رواه عن أبى هريرة، ولم يذكروا التراب. انظر: (التمهيد، حديث خامس وعشرون لأبى الزناد).

وروجه الرواية الثانية عموم الخبر ولم يخص كلبًا دون كلب.

ومن جهة المعنى أنه إذا وجب غسل الإناء من ولوغها لم يتخذ منها إلا ما تدعو الضرورة إليه والحاجة الوكيدة.

مسألة: ولم يختلف قول مالك في أن إناء الماء يغسل من ولوغ الكلب. واختلف قوله في غسل إناء الطعام، فروى عنه ابن القاسم نفي غسله، وروى عنه ابن وهب وغيره، إثبات غسله.

وجه رواية ابن القاسم أن الأمر بغسل الإناء من ولوغ الكلب إنما كان على وجه التغليظ في اتخاذ الكلب، وإنما يحصل ذلك بغسل إناء الماء؛ لأنه هو الذى يمكن أن تصل إليه الكلاب، وأما إناء الطعام فلا تصل إليه لقلته وكثرة التوقى فيه.

وروجه الرواية الثانية، أن هذا إناء ولغ فيه كلب، فشرع غسله كإناء الماء.

فصل: وقوله: «فليغسله سبع مرات»، يقتضى اعتبار العدد، وقال أبو حنيفة: لا يعتبر فى ذلك العدد.

والدليل على ما نقوله الحديث المذكور، وفيه أمره بغسل الإناء سبع مرات، والأمر يقتضى الوجوب.

مسألة: وغسل الإناء من ولوغ الكلب عبادة لا لنجاسة. وذهب ابن الماجشون إلى أنه للنجاسة وللشك فى النجاسة. وقال أبو حنيفة والشافعى: إنه يغسل للنجاسة. والدليل على ما نقوله أن هذا حيوان يجوز الانتفاع به من غير ضرورة، فكان طاهرًا كالأنعام.

٦٤ - مَالِك^(١)، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «اسْتَقِيمُوا^(٢) وَلَكِنْ تَحْصُوا،

٦٤ - أخرجه ابن ماجه عن ثوبان برقم ٢٧٧، ١/١٠٠، فى كتاب الطهارة ٢، باب لا يقبل الله صلاة بلا طهور. أحمد، عن ثوبان فى مسنده ٢٧٧/٥. البيهقى فى السنن الكبرى، عن ثوبان ١/٨٢ ٤٥٧. الحاكم فى المستدرک، عن ثوبان، وعن جابر ١/١٠٣. الطبرانى فى الكبير ١٣/٨ برقم ٧٠١٥ عن ثوبان. ابن المبارك فى الزهد ٣٦٧ برقم ١٠٤٠ عن ثوبان.

(١) قال السيوطى: قال ابن عبد البر: هذا الحديث يتصل مستندًا من حديث ثوبان وعبدالله بن عمرو من طرق صحاح. قلت: حديث ثوبان أخرجه ابن ماجه وابن حبان والحاكم وصححه بلفظ الموطأ إلا أن فيه: «واعلموا أن خير أعمالكم الصلاة»، وحديث ابن عمر وأخرجه ابن ماجه، والبيهقى فى سننه وفيه: «واعلموا أن من أفضل أعمالكم الصلاة». وأخرج ابن ماجه -

وَأَعْمَلُوا، وَخَيْرُ أَعْمَالِكُمُ الصَّلَاةُ، وَلَا يُحَافِظُ عَلَى الْوُضُوءِ إِلَّا مُؤْمِنٌ.

الشرح: قوله: «استقيموا ولن تحصوا»، قال ابن نافع: معناه، ولن تحصوا الأعمال الصالحات، ولا يمكنكم الاستقامة فى كل شيء.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: معناه عندى لا يمكنكم استيعاب أعمال البر من قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَقْدِرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ عِلْمَ أَنْ لَنْ تَحْصُوهُ﴾ [المزمل: ٢٠]، وقال مطرف: معناه، ولن تحصوا مالكم من الأجر إن استقمتم.

فصل: وقوله ﷺ: «واعملوا وخير أعمالكم الصلاة»، يريد أنها أكثر أعمالكم أجراً، وقد روى عن عبدالله بن مسعود أنه سأل رسول الله ﷺ، أى الأعمال أفضل؟ فقال: الصلاة.

فصل: وقوله: «ولا يحافظ على الوضوء إلا مؤمن»، يريد والله أعلم، أنه لا يدينم فعله بالمكارة وغيرها منافق ولا يواظب على ذلك إلا مؤمن.

* * *

ما جاء فى المسح بالرأس والأذنين

٦٥ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَأْخُذُ الْمَاءَ بِإِصْبَعَيْهِ لِأُذُنَيْهِ.

الشرح: وقال عيسى بن دينار: معناه أنه كان يقبض أصابعه من كلتى يديه ويمد إصبعيه اللتين تليان الإبهامين إصبعاً من كل يد، ثم مسح بهما أذنيه من داخل وخارج. قال: وهو حسن من الفعل، وهذا الذى قاله عيسى محتمل، وهو حسن فى صفته تناول الماء لمسح الأذنين.

وأما تناوله للغسل، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك، يدخل يديه جميعاً فى الإناء، فيأخذ بهما الماء.

=أيضاً عن أبى أمامة يرفع الحديث قال: «استقيموا ونعما إن استقيم وخير أعمالكم الصلاة» الحديث. وأخرجه ابن عبد البر من وجه آخر عن ثوبان مرفوعاً: «سددوا وقاربوا واعملوا وخير أعمالكم الصلاة» الحديث. انظر: (تنوير الحوالك ص٤٣، ٤٤).

(٢) قوله: «استقيموا»، أى لا تزيغوا وتميلوا عما سن لكم وفرض عليكم، فقد تركتم على الواضحة ليلاً كنهارها ليتكم تطيقون ذلك. انظر: (التمهيد، حديث تاسع وعشرون من البلاغات).

وفى المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك فى مسح الرأس: يتناول الماء يميناه ويفرغه على يسراه. وكذلك قال عيسى بن دينار فى جميع الوضوء، ومعنى ذلك أن يأخذ الماء يميناه ثم يجعل بعضه فى يسراه، فينقله بهما إلى وجهه، وخير ابن حبيب بين الأمرين، وبه قال الشيخ أبو محمد، والقاضى أبو محمد.

وجه رواية ابن القاسم أن الطهارة مبنية على أنه متى كان الغسل باليدين كان تناول الماء بهما، ومتى كان باليمنى خاصة كان تناول الماء بها، وتحريره أن هذا عمل من أعمال الطهارة للوجه، فكان حكمه أن يكون باليدين كإمرارهما مع الماء.

ووجه رواية ابن وهب حديث ابن عباس أنه توضأ أخذ غرفة من ماء فجعل بها هكذا أضافها إلى يده الأخرى ثم غسل بها وجهه، ثم قال: هكذا رأيت النبى ﷺ يتوضأ.

ومن جهة المعنى أن هذا تناول الماء للطهارة، فوجب أن يختص باليمنى، أصله إذا غرف يميناه ليغسل يسراه. ووجه التخيير تساوى الدليلين، وهكذا الكلام إنما هو فى غسل الوجه ومسح الرأس، وأما غسل اليدين والرجلين، فلا يتهيأ إلا أن يغرف الماء باليمنى ويغسل باليسرى غير غسل يده اليسرى، فإنه يعرف باليمنى، فيفرغ بها على اليسرى ثم يغسل باليمنى.

فصل: والذى يقتضيه الحديث تجديد الماء للأذنين، ويحتمل أن يكون عبدالله بن عمر كان يأخذ الماء بإصبعين من كل يد، فيمسح بهما أذنيه، وهو أشبه بحديث عبدالله بن عمر، ونحو ما روى عن عبدالله بن عباس: أن باطن الأذنين يمسح بالسبابة، وظاهرهما بالإبهام، وهذه طهارة الأذنين عند مالك وأبى حنيفة والشافعى وجمهور الفقهاء. وقال الزهرى: يغسلان مع الوجه. وقال الشافعى: يغسل باطنهما مع الوجه، وظاهرهما مع الرأس.

وقد روى عن ابن عباس فى صفة وضوء النبى ﷺ: ثم يمسح رأسه وأذنيه ظاهرهما بالسبابتين، وباطنهما بإبهاميه.

مسألة: وصفة مسحهما أن يمسح ظاهرهما وباطنهما. قال مالك فى المختصر: يدخل إصبعيه فى صماخيه، لا يتبع غضونهما.

فروع: إذا ثبت ذلك، فهل يمسحان فرضاً أو نفلًا؟ ذهب محمد بن مسلمة وأبو بكر الأبهري إلى أنهما يمسحان فرضاً، وذهب سائر أصحابنا إلى أنهما يمسحان نفلًا، وهو الظاهر من مذهب مالك، رحمه الله.

الطهارة ٣٥٥

وجه القول الأول أنهما عضوان جعلوا في الشرع مخرجًا لخطايا عضو، فكان حكمهما في الوضوء حكمه كالعين مع الوجه والأظفار مع اليدين والرجلين.
ووجه القول الثاني أنهما عضوان سن لهما تجديد الماء، فلم يكونا مع الرأس كسائر الأعضاء.

فصل: وقوله: «وكان يأخذ الماء بإصبعيه لأذنيه»، ظاهره أنه يتناول بإصبعيه، ويقتضى استئناف الماء لهما، ولذلك أخذ الماء لهما دون غيرهما من الأعضاء، وهذا هو الظاهر من المذهب، وقد قال مالك في المختصر: يستحب تجديد الماء لهما. وقال ابن حبيب: من لم يجدد لهما ماء، فهو بمنزلة من لم يمسخهما.

وقال محمد بن مسلمة: إن شاء جدد لهما الماء، وإن شاء مسحهما بما فضل بيده من مسح رأسه. وأبو حنيفة يقول: لا يستأنف لهما الماء.

ودليلنا على استئناف الماء لهما أن المغسولات نفلًا لما انفصلت من المغسولات فرضًا، فكذلك المسوحات نفلًا يجب أن تنفصل عن المسوحات فرضًا. وأما قول محمد بن مسلمة: إن شاء مسحهما بما فضل بيده من مسح رأسه، فمبنى على أنهما موضع من الرأس، فحكمهما حكمه في تجديد الماء، غير أنهما آخر العضو، فيختم مسحه مسحهما.

٦٦ - مَالِك، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ، سُئِلَ عَنِ الْمَسْحِ عَلَيَّ الْعِمَامَةِ، فَقَالَ: لَا، حَتَّى يُمَسَّحَ الشَّعْرُ بِالْمَاءِ.

الشرح: قوله: «سئل عن المسح على العمامة، قال: لا حتى يمسخ الشعر بالماء»، يقتضى أن المسح على العمامة لا يجزى، وبه قال جمهور العلماء. وقال أحمد وداود: يجزى المسح على عمائم العرب.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾ [المائدة: ٦]، والأمر يقتضى الوجوب، فمن مسح على العمامة لم يمسخ رأسه، ولا امثل الأمر. ودليلنا من جهة القياس أن هذا عضو مفترض مسحه، فوجب أن لا يجزى المسح على حائل دونه مع السلامة كالوجه في التيمم.

فصل: وقوله: «حتى يمسخ الشعر بالماء»، يقتضى مسح جميعه؛ لأن لفظ يمسخ الشعر

٣٥٦ الطهارة

بالماء، يقتضى أن المسح لا يكون إلا بما فى يديه، ولو مسحه بما على رأسه من بلبل أو غيره لم يجزه، قاله ابن القاسم. ووجهه أنه لم يمسخ رأسه بالماء، وإنما مسح شعرًا مبلولاً بيد جافة.

ولو مسحه بما فضل على يديه من بلبل ذراعيه، فقد قال مالك: من مسح رأسه ببلبل ذراعيه أو لحيته وصلّى، أعاد الوضوء والصلاة، وإن ذهب الوقت، وليس هذا بمسح.

وقال ابن الماجشون: إن كان بحضرتة ماء، فلا يمسخه بما ذكر من البلبل، فإن لم يكن بحضرتة ماء، فليمسح به، وبه قال عطاء.

فقول مالك يحتمل أن يكون موافقاً لقول أصبغ: إن الماء المستعمل فى الوضوء لا يرفع الحدث، ويحتمل أن يريد أن ما تعلق باليدين من البلبل عن غسل الذراعين أو بلبل اللحية يسير لا يتأتى المسح به، وهو الأظهر لقوله، وليس هذا بمسح ولو كان من الكثرة بحيث يمكن أن يمسخ به لكان حكمه حكم الماء المستعمل، وهو معنى قول ابن الماجشون، والله أعلم وأحكم.

٦٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، أَنَّ أَبَاهُ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَنْزِعُ الْعِمَامَةَ، وَيَمْسَحُ رَأْسَهُ بِالْمَاءِ.

٦٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّهُ رَأَى صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدٍ، امْرَأَةَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، تَنْزِعُ خِمَارَهَا، وَتَمْسَحُ عَلَى رَأْسِهَا بِالْمَاءِ، وَنَافِعٌ يَوْمَئِذٍ صَغِيرٌ.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الْمَسْحِ عَلَى الْعِمَامَةِ وَالْخِمَارِ؟ فَقَالَ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يَمْسَحَ الرَّجُلُ وَلَا الْمَرْأَةُ عَلَى عِمَامَةٍ وَلَا خِمَارٍ وَلِيَمْسَحَا عَلَى رُءُوسِهِمَا.

انشرح: هذا على نحو ما تقدم من حديث جابر أنه يجب مباشرة الشعر بالماء ولا يجزئ المسح على حائل دون الرأس، وأن حكم المرأة فى ذلك حكم الرجل.

فصل: وقوله: «ونافع يومئذ صغير»، يريد أنه كان وقت رآها تفعل ذلك صغيراً سنه، بحيث لا تحجب منه، ويجوز أن يطلع على مثل هذا من حال صفية بنت أبى عبيد، وذلك أن للمرأة ثلاثة أحوال، حال صغر وهى حال لا تؤمر فيها بالاستتار، ثم حال

٦٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦١. وأخرجه أبو داود ٣٦/١ برقم ١٤٧ عن أنس.

٦٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٢.

شباب وهي حال تؤمر فيها بالاستتار، ثم حال هرم وهي حال تؤمر فيها ببعض الاستتار، وسيأتي بيان ذلك كله إن شاء الله.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَوَضَّأَ، فَنَسِيَ أَنْ يَمْسَحَ عَلَى رَأْسِهِ، حَتَّى جَفَّ وَضُوءُهُ؟ قَالَ: أَرَى أَنْ يَمْسَحَ بِرَأْسِهِ وَإِنْ كَانَ قَدْ صَلَّى يُعِيدُ الصَّلَاةَ.

الشرح: ومعنى ذلك أن من توضأ ونسى مسح رأسه، فلا يخلو أن يذكر ذلك بحضرة الوضوء أو ما يقارب من ذلك أو بعد مدة طويلة، فإن ذكر ذلك بحضرة الوضوء أو قربه مسح رأسه وما بعده ليحصل الترتيب المشروع في الطهارة، وإن كان ما نسي مغسولاً كرر فيه الغسل على حسب ما كان يفعله في نفس الطهارة، ولا يكرر الغسل فيما يأتي بعده لمعنى الترتيب. روى ذلك عن الشيخ أبي عمران.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن تفريق الوضوء لغير عذر يبطله على المشهور من المذهب. وقال محمد بن عبدالحكم: لا يبطله، وقد تأوله غيره من أصحابنا على المذهب، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وجه القول الأول أن هذه عبادة يبطلها الحدث الأصغر، فكانت الموالة شرطاً في صحتها كالصلاة والطواف.

ووجه القول الثاني أن هذه طهارة، فلم يكن من شرطها الموالة كطهارة النجاسة.

مسألة: وأما تفريق الطهارة لعذر، فعلى ضربين، أحدهما: النسيان، والثاني: العجز عن قدر الكفاية.

فأما النسيان، فلا يفسد الطهارة عند مالك وابن القاسم على ما تقدم، سواء كان ما أخرج مغسولاً أو ممسوحاً، طال ذلك أو لم يطل. وروى عن مالك مطرف وابن الماجشون أن ذلك في الممسوح والمسنون من المغسول، قال أبو زيد في ثمانيته: إذا كان الممسوح رأساً دون خف. وأما المغسول من المفروض، فإن تأخيره يفسد الطهارة بأى وجه أخره من نسيان أو غيره.

وجه الرواية الأولى أن المغسول أحد نوعي الطهارة، فلم يفسدها تأخيره ناسياً كالممسوح. وأنكر حبيب بن الربيع الرواية الثانية عن مالك، على ابن حبيب، وقال: هي سهو على من نقلها. وقد تابع ابن حبيب على هذه الرواية أبو زيد، وهو قول محمد ابن مسلمة، واحتج لها بأن شأن المسح أخف.

٣٥٨ الطهارة

مسألة: وأما عجز الماء عن قدر الكفاية، فإنه يبطل الوضوء تفريقه له من أجله إذا طال ولا يبطله فيما قرب. وروى ابن وهب عن مالك، أنه بينى فى عجز الماء عن قدر الكفاية، وإن جف، وفى الطول المعتبر على رواية ابن القاسم قولان، أحدهما: بينى ما لم يجف، والثانى: الرجوع فى ذلك إلى اجتهاد المتطهر دون الجفوف، كالعمل فى الصلاة، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى المسح على الخفين

٦٩ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَبَادِ بْنِ زِيَادٍ، وَهُوَ مِنْ وَلَدِ الْمُغِيرَةَ بْنِ شُعْبَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ الْمُغِيرَةَ بْنِ شُعْبَةَ^(١) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ذَهَبَ لِحَاجَتِهِ^(٢) فِي

٦٩ - أخرجه البخارى كتاب اللباس برقم ٥٧٩٨. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٧٤. والترمذى كتاب الطهارة برقم ٩٠، ٩١. والنسائى برقم ٧٩، ٨٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٣٨٩، ٥٥٠. وأحمد بالمسند برقم ١٧٦٦٨، ١٧٦٩١، ١٧٦٩٩، ١٧٧١٠، ١٧٧١٧، ١٧٧٥٥. البيهقى فى السنن الكبرى ٢/٢٩٦ عن المغيرة. والبعغوى فى شرح السنة ٤٥٦/١ عن المغيرة.

(١) قال ابن عبد البر: وهكذا قال مالك فى هذا الحديث عن عباد بن زياد، وهو من ولد المغيرة ابن شعبة، لم يختلف رواة الموطأ عنه فى ذلك. وهو وهم وغلط منه، ولم يتابعه أحد من رواة ابن شهاب، ولا غيرهم عليه، وليس هو من ولد المغيرة بن شعبة عند جميعهم. وزاد يحيى ابن يحمى فى ذلك أيضا شيئا لم يقله أحد من رواة الموطأ، وذلك أنه قال فيه: «عن أبيه المغيرة ابن شعبة»، ولم يقل أحد فيما علمت فى إسناد هذا الحديث: «عن أبيه المغيرة»، غير يحيى بن يحمى، وسائر رواة الموطأ عن مالك يقولون: «عن ابن شهاب عن عباد بن زياد، وهو من ولد المغيرة بن شعبة، عن المغيرة بن شعبة»، لا يقولون: «عن أبيه المغيرة» كما قال يحيى، ولم يتابعه واحد منهم على ذلك. كتبت هذا وأنا أظن أن يحيى بن يحمى وهم فى قوله: «عن أبيه»، حتى وجدته لعبد الرحمن بن مهدى، عن مالك، عن ابن شهاب، عن عباد بن زياد، من ولد المغيرة ابن شعبة، عن أبيه كما قال يحيى، ذكره أحمد بن حنبل وغيره عن ابن مهدى، وقد ذكرناه. وذكر الدارقطنى أن سعد بن عبد الحميد بن جعفر قال فيه: «عن أبيه»، كما قال يحيى، قال: «وهو وهم». قال: ورواه روح بن عباد، عن مالك، عن الزهرى، عن عباد بن زياد، عن رجل من ولد المغيرة، عن المغيرة، قال: فإن كان روح حفظ فقد أتى بالصواب؛ لأن الزهرى يرويه عن عباد عن المغيرة. وإسناد هذا الحديث من رواية مالك فى الموطأ وغيره إسناد ليس بالقائم؛ لأنه إنما يرويه ابن شهاب عن عباد بن زياد عن عروة وحمزة ابنى المغيرة بن شعبة، عن أبيه المغيرة بن شعبة. وربما حدث به ابن شهاب عن عباد بن زياد عن عروة بن المغيرة عن أبيه =

غَزْوَةَ تَبُوكَ^(٢). قَالَ الْمُغِيرَةُ: فَذَهَبْتُ مَعَهُ بِمَاءٍ، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَسَكَبْتُ عَلَيْهِ الْمَاءَ، فَغَسَلَ وَجْهَهُ، ثُمَّ ذَهَبَ يُخْرِجُ يَدَيْهِ مِنْ كُمِّي جَبْتِهِ، فَلَمْ يَسْتَطِعْ مِنْ ضَيْقِ كُمِّي الْجُبَّةِ، فَأَخْرَجَهُمَا مِنْ تَحْتِ الْجُبَّةِ، فَغَسَلَ يَدَيْهِ، وَمَسَحَ بِرَأْسِهِ، وَمَسَحَ عَلَيَّ الْخُفَيْنِ، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ يُؤْمُهُمْ، وَقَدْ صَلَّى بِهِمْ رَكْعَةً، فَصَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الرُّكْعَةَ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَيْهِمْ، فَفَزِعَ النَّاسُ، فَلَمَّا قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَلَاتَهُ قَالَ: «أَحْسَنْتُمْ».

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ ذهب لحاجته في غزوة تبوك»، إخبار بأن أحكام هذا الخبر متعلقة بالسفر.

وقوله: «فذهبت معه بماء»، يريد أنه ذهب معه إلى بعض طريقه؛ لأنه لا بد أن يبعد عنه أو يتوار لقضاء حاجة. وقد روى عنه هذا الحديث من غير هذا الطريق.

فصل: وقوله: «فجاء رسول الله ﷺ، فسكبت عليه الماء، فغسل وجهه»، أخبر المغيرة عن المفروض في الوضوء، وترك ذكر غير ذلك من مسنونه؛ لأنه هو القصد.

فصل: وقوله: «ثم ذهب يخرج يديه من كمي جبته فلم يستطع من ضيق الجبة»، يريد أنه لم يستطع أن يخرجهما إلى المرفقين. وأما الكفان، فإنهما كانا خارجين، وبهما غسل وجهه، وأخرجهما من تحت الجبة؛ لأنه كان عليه إزار يستره.

فصل: وقوله: «ومسح برأسه ومسح على الخفين»، المسح على الرأس أصل في الطهارة، والمسح على الخفين بدل، وهو مما يستحب به الصلاة في الجملة، وبه قال جمهور الفقهاء.

ولا يذكر حمزة بن المغيرة. وربما جمع حمزة وعروة ابني المغيرة في هذا الحديث عن أبيهما المغيرة. ورواية مالك لهذا الحديث عن ابن شهاب عن عباد بن زياد عن المغيرة مقطوعة، وعباد ابن زياد لم ير المغيرة، ولم يسمع منه شيئاً. انظر: (التمهيد، باب المسح على الخفين، ابن شهاب عن عباد بن زياد حديث واحد).

(١) ذهب لحاجته في غزوة تبوك: زاد مسلم وأبو داود: قبل الفجر.

(٢) تبوك: كانت غزوة تبوك سنة تسع من الهجرة في رجب وهي آخر غزواته ﷺ بنفسه، وهي من أطراف الشام المقاربة للمدينة. قيل سميت بذلك لأنه ﷺ رأى قومًا من أصحابه ييكونون عين تبوك، أي يدخلون فيها القدح ويحركونه ليخرج الماء، فقال: ما زلتهم تيبوكونها بوكا. انظر: (تنوير الحوالك ص ٤٥).

٣٦٠ الطهارة

وقد روى عن مالك فى العتبية ما ظاهره المنع منه. وإنما معناه إشار الغسل عليه، وحسبك بما أدخل فى موطعه، وهو أصح ما نقل عنه.

وقد قال الشيخ أبو بكر فى شرح المختصر الكبير: إنه روى عن مالك: لا يمسح المسافر ولا المقيم، فإن صحت هذه الرواية، فوجهها أن المسح منسوخ.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى يبعد؛ لأن ابن وهب روى عنه أنه قال: لا أمسح فى سفر ولا حضر، وكأنه كرهه.

وفى النوادر عن ابن وهب أنه قال: آخر ما فارقتة على المسح فى السفر والحضر، وكأنه وهو الذى روى عنه متأخرو أصحابه مطرف وابن الماجشون، فدل ذلك على أنه منعه أولاً على وجه الكراهية لما لم ير أهل المدينة يمسحون، ثم رأى الآثار فأباح المسح على الإطلاق.

مسألة: وهذا فى السفر، فأما المسح فى الحضر، فعن مالك فيه روايتان، إحداهما: المنع، والثانية: الإباحة، وهو الصحيح، وإليه رجع مالك.

والدليل على ذلك حديث على بن أبى طالب، رضى الله عنه، قال: جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر، ويوماً وليلة للمقيم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن المحرم لا يمسح على الخف، قاله مالك فى المختصر. قال ابن القاسم فى المجموعة: لأنه مقطوع تحت الكعبين. وقد روى الشيخ أبو إسحاق فى مختصره عن الوليد بن مسلم عن مالك: يمسح المحرم على خف. قطعه أسفل من الكعبين، ويمر على ما بدا من كعبيه. وهذه رواية غير معروفة عن مالك، وإنما يعرف هذا من أقوال الأوزاعى، والوليد بن مسلم كثير الرواية عنه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه لا يجوز للمحرم أن يمسح على الخف، وإن لم يقطعه أسفل من الكعبين؛ لأنه منهى عن لبسه، وإنما يتعلق المسح بما أبيض له لبسه وحكم النساء فى المسح على الخف حكم الرجال، رواه ابن القاسم وعلى بن زياد عن مالك.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه يجوز لها المسح على الخف حال الإحرام؛ لأنها ليست بممنوعة من لبسه.

فصل: وقوله: «فجاء رسول الله ﷺ، وعبدالرحمن بن عوف يؤمهم»، يريد أنه جاء

الطهارة ٣٦١

موضع الصلاة وجماعة أصحابه، فألفى عبدالرحمن بن عوف يؤمهم، وفى ذلك دليل على أن الصلاة فى أول الوقت مندوب إليها، وأن لها فضيلة متأكدة، ولذلك قدموا عبدالرحمن بن عوف إذ تغيب النبى ﷺ فى حاجته مع فضيلة الصلاة خلف النبى ﷺ، وقرب موضع تعيينه لا يجوز أن يكونوا قدموا عبدالرحمن بن عوف خوفاً فوات الوقت؛ لأن النبى ﷺ صلى بعض صلاته بعد تمام صلاة عبدالرحمن بن عوف، ولا يظن به تأخير الصلاة حتى يخرج الوقت.

فصل: وقوله: «فصلى رسول الله ﷺ الركعة التى بقيت عليهم»، يريد الركعة التى أدركها معهم. وروى أن تلك الصلاة صلاة الصبح.

وقوله: «فلما قضى رسول الله ﷺ صلاته قال: أحسنتم»، يريد أنه قضى ما بقى من صلاته بعد سلام عبدالرحمن بن عوف، وهذا هو الظاهر من لفظ الحديث، فقال لهم: «أحسنتم» على سبيل التأنيس لهم، والإمضاء لفعلهم.

٧٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، أَنَّهُمَا أَخْبَرَاهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَدِمَ الْكُوفَةَ عَلَى سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، وَهُوَ أَمِيرُهَا، فَرَأَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَمْسَحُ عَلَى الْخُفَّيْنِ، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فَقَالَ لَهُ سَعْدٌ: سَلْ أَبَاكَ إِذَا قَدِمْتَ عَلَيْهِ، فَقَدِمَ عَبْدُ اللَّهِ، فَسَأَلَ أَنْ يَسْأَلَ عُمَرَ عَنْ ذَلِكَ، حَتَّى قَدِمَ سَعْدٌ، فَقَالَ: أَسَأَلْتُ أَبَاكَ؟ فَقَالَ: لَا، فَسَأَلَهُ عَبْدُ اللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: إِذَا أَدْخَلْتَ رَجُلَيْكَ فِي الْخُفَّيْنِ، وَهُمَا طَاهِرَتَانِ، فَاْمْسَحْ عَلَيْهِمَا، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: وَإِنْ جَاءَ أَحَدُنَا مِنَ الْغَائِطِ؟ فَقَالَ عُمَرُ: نَعَمْ، وَإِنْ جَاءَ أَحَدُكُمْ مِنَ الْغَائِطِ.

الشرح: إنكار عبدالله بن عمر على سعد بن أبى وقاص المسح على الخفين فى الحضرة، وهو أمير البلدة على ما علم من حال الصحابة فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ولا يهابون فى ذلك أميراً ولا غيره، ولا سيما وقد علم من فضل سعد المسارعة إلى ما يظهر له من الصواب، ويدل إنكار عبدالله بن عمر لذلك أنه لم ير أباه ولا أحداً من جملة الصحابة بالمدينة يمسحون مع تجويزهم له أخذاً بالأفضل.

فصل: وقول سعد بن أبى وقاص: إذا قدمت، فسل أباك، يحتمل أنه قد كان علم من

٧٠ - وأخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ٢٠٢. وابن ماجه كتاب الطهارة وستنها برقم ٥٤٦، ٥٥٣. وأحمد فى المسند برقم ٨٨، ١٢٩، ١٩٤، ٢١٦، ٢٣٩، ٣٠٩، ٣٤٥، ٣٨٩.

٣٦٢ الطهارة

عمر موافقته في ذلك، إما بمفاوضة في هذا الحكم أو بغير ذلك، ويحتمل أن يكون أراد أن يعلم ما عند عمر رضى الله عنه في ذلك من فعل النبي ﷺ.

فصل: وقوله: «فقدم عبدالله، فنسى أن يسأل عمر عن ذلك حتى قدم سعد»، يحتمل أن يكون عبدالله إنما أغفل سؤال أبيه؛ لأنه سكن ووثق، واستغنى بخبر سعد، فسي ذلك وعلم فضله وحفظه وصدقه، فلما قدم سعد وأمره بالسؤال، سأل عبدالله عن ذلك، إما ليعلم أباه بما ظهر إليه، ووصل إليه من علم هذه الحادثة، وإما ليطلب زيادة إن كانت عنده وأخبره عمر بمثل ما أخبره به سعد. وقال له: «إذا أدخلت رجلك في الخفين وهما طاهرتان، فامسح عليهما»، فجعل طهارة الرجلين عند إدخالهما في الخفين شرطاً في صحة المسح عليهما، وسيأتي بيانه إن شاء الله.

فصل: وقول عبدالله بن عمر: «وإن جاء أحدنا من الغائط»، تثبيتاً في الأمر وتقريباً له على طهارة الحدث دون طهارة الفضيلة، فأجابه عمر بأن ذلك لمن تطهر عن حدث.

مسألة: ومن تيمم ثم لبس خفيه، فقد قال أصبغ في العتبية: إن لبس خفيه قبل أن يصلى كان له أن يمسخ على خفيه، وإن لبسهما بعد أن صلى لم يمسخ عليهما.

قال سحنون: لا يمسخ عليهما، وإن لبسهما قبل الصلاة. حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم معناه.

وجه قول أصبغ أنه لبس خفيه بطهارة يستبيح بها الصلاة، فكان له أن يستبيح بها الماء كالمسح على الجبائر.

وجه القول الثاني أن هذا أحد حالتى التيمم، فلم يستبيح المسح على الخفين، أصله إذا لبسهما بعد الصلاة، واحتج مطرف وصاحبايه بأن منتهى طهر التيمم فراغ تلك الصلاة.

مسألة: المشهور من قول مالك وأصحابه أن مدة المسح غير مقدرة. قال الشيخ أبو محمد: وقال غير واحد من أصحابنا البغداديين فى الرسالة المنسوبة إلى مالك فى التوقيت: إنها لا تصح، وفيها أحاديث لا تصح عنه.

وفى العتبية من رواية ابن وهب وابن القاسم: للمقيم والمسافر أن يمسخا، وليس لذلك حد من الأيام. وقال عنه ابن نافع فى المجموعة: حده للحاضر من الجمعة إلى الجمعة، يريد أنه يلزمه خلعه لغسل الجمعة. قال الشيخ أبو بكر: وقد روى أشهب عن مالك: يمسخ المسافر ثلاثة أيام، ولم يذكر للمقيم وقت.

وجه القول الأول أن هذه طهارة، فلم تتوقت بزمن مقدر كغسل الرجلين.
 ووجه القول الثاني ما روى عن النبي ﷺ: «مسح المسافر ثلاثة أيام، والمقيم يوماً
 وليلاً»، ومن جهة المعنى أن انتقال الطهارة من الغسل إلى المسح مؤثر في المنع من
 استدامتها كالتييمم.

٧١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ بَالَ فِي السُّوقِ، ثُمَّ تَوَضَّأَ، فَغَسَلَ
 وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ، وَمَسَحَ رَأْسَهُ، ثُمَّ دَعَى لِحَنَازَةَ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهَا حِينَ دَخَلَ الْمَسْجِدَ،
 فَمَسَحَ عَلَى خَفِيِّهِ، ثُمَّ صَلَّى عَلَيْهَا.

الشرح: قوله: «ومسح رأسه، ثم دعى لحنازة ليصلى عليها حين دخل المسجد»،
 يحتمل أن يكون آخر المسح لما اعتقد تفريق الطهارة، ويحتمل أن يكون آخر ذلك لعجز
 الماء عن قدر الكفاية، وقد قال ابن القاسم في المجموعة: لم يأخذ مالك بفعل ابن عمر
 في تأخير المسح، فحمل ذلك على القصد إلى تأخيرها.

وروى على بن زياد عن مالك، أن من أخرج مسح خفيه في الوضوء، وحضرت
 الصلاة فليمسحهما، ويصلى ولا يتخلع، وهذا يحتمل تجويز التفريق في الطهارة أجمع،
 ويحتمل أن يكون ذلك لتجويزها في المسح خاصة، وقد فسر ذلك محمد بن مسلمة في
 المبسوط، وقال: إن ذلك إذا صار إلى المسح، فهو خفيف.

فصل: وظاهر قوله: «إنه دعى لحنازة حين دخل المسجد فمسح على خفيه، ثم صلى
 عليها»، يقتضى أنه مسحها بعد دخول المسجد، إما أن يكون في المسجد، وإما أن
 يكون بعد الخروج منه، فإن كان في المسجد، فقد استجاز ذلك لقلبة الماء الذي يقطر
 منه.

وأما الوضوء في المسجد، فقد اختلف فيه أصحابنا، فأجاز ابن القاسم في صحته
 من رواية موسى بن معاوية عنه، وكرهه سحنون لما في ذلك من مج الريق في المسجد،
 وما يتناثر من الماء مما يؤثر في نظافة المسجد.

وقد روى محمد بن يحيى في المدينة عن مالك: لا يصلح أن يتمضمض في المسجد،
 وإن غطي بالحصباء بخلاف النخامة؛ لأن النخامة لا يجد الناس منها بدأ ولا مضرة عليهم
 في ترك المضمضة في المسجد، يريد والله أعلم، أن النخامة تكثر وتكرر فشق الخروج

٣٦٤ الطهارة

لها من المسجد، والله أعلم، والمضمضة تندر وتقل، فلا مضرة ولا مشقة في الخروج لها من المسجد، والله أعلم، وهذا التعليل مروى عن القاسم بن محمد.

فرع: إذا قلنا إن ذلك ممنوع في المسجد، فقد قال ابن حبيب: جاء النهي أن يتطهر إلا خارجاً عنه في رحابه، وعلى أبوابه، فأباح ذلك في رحاب المسجد وعند أبوابه متحياً عن طريق الناس في الدخول إليه والخروج عنه.

فصل: وقوله: «ثم صلى عليها»، يريد على الجنابة، يحتمل أن يكون يصلى عليها في موضع الجنائز، لقوله: «ثم صلى عليها»، و«ثم» تقتضى المهلة والتراخي، ويحتمل أن يكون صلى عليها في المسجد والجنابة خارج المسجد، وسيأتى الكلام على هذه المسألة في كتاب الجنائز، إن شاء الله.

٧٢ - مَالِكُ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ رُقَيْشِ الْأَشْعَرِيِّ، أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ أَتَى قُبَاءَ فَبَالَ، ثُمَّ أَتَى بَوْضُوءَ^(١) فَتَوَضَّأَ، فَغَسَلَ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ إِلَى الْمِرْفَقَيْنِ، وَمَسَحَ بِرَأْسِهِ، وَمَسَحَ عَلَى الْخَفَّيْنِ، ثُمَّ جَاءَ الْمَسْجِدَ فَصَلَّى.

الشرح: قوله: «ثم أتى قباء فبال»، إخبار منه بتقديم حديثه على الوضوء، وأن ما حكاه من المسح على الخفين لم يكن في تجديد طهارة، وإنما كان في طهارة حدث لا تجزى الصلاة إلا بها، وتم ذلك بالإخبار عن دخول المسجد وصلاته فيه، ولم يعين الصلاة؛ لأن الطهارة لا تختلف لذلك.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَوَضَّأَ وَضُوءَ الصَّلَاةِ ثُمَّ لَبَسَ خُفَّيْهِ، ثُمَّ بَالَ، ثُمَّ نَزَعَهُمَا، ثُمَّ رَدَّهُمَا فِي رِجْلَيْهِ، أَيْسَّتَانِ الْوُضُوءِ؟ فَقَالَ: لِيَنْزِعَ خُفَّيْهِ، وَلِيُغْسِلَ رِجْلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَمْسَحُ عَلَى الْخَفَّيْنِ، مَنْ أَدْخَلَ رِجْلَيْهِ فِي الْخَفَّيْنِ وَهُمَا طَاهِرَتَانِ بِطَهْرِ الْوُضُوءِ، وَأَمَّا مَنْ أَدْخَلَ رِجْلَيْهِ فِي الْخَفَّيْنِ وَهُمَا غَيْرُ طَاهِرَتَيْنِ بِطَهْرِ الْوُضُوءِ، فَلَا يَمْسَحُ عَلَى الْخَفَّيْنِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لبس خفيه بعد وضوئه، ثم خلعهما ثم لبسهما، فقد زال حكم لبسهما على الطهارة، وصار لابساً لهما على غير طهارة، وإدخالهما في الخف

٧٢ - الحديث في الموطأ برقم ٧٢.

(١) بوضوء: الماء المعد للوضوء.

الطهارة ٣٦٥

طاهرتين شرط في صحة المسح على الخفين، والفرق بين الخفين وبين الجبائر أن سبب لبس الخفين موقوف على اختيار لا يسهما، وسبب الجبائر غير موقوف على اختيار من وضعت به.

مسألة: ولبس الخفين إنما أبيح المسح عليهما إذا لبسهما للوجه المعتاد من المشى فيهما أو التدفئ بهما، وأما من لبسهما ليمسح عليهما، فالمشهور من المذهب أنه لا يجزئ، وحكى أبو زيد في ثمانيته عن أصبغ، أنه يكره، فمن فعله أجزاءه، وأجاز ذلك إبراهيم النخعي والحكم بن عتيبة.

وجه المنع أنه إنما أبيح المسح عليهما للحاجة ومشقة خلعهما، ولم ييح المسح عليهما لمشقة إيصال الماء إلى العظم، وإنما ذلك حكم الجبائر.

ووجه الرواية الأخرى أنه ملبوس يجوز المسح عليه لضرورة اللبس، فجاز المسح عليه إذا لبس للمسح عليه كالجبائر.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن المسح على الخفين لا يرفع الحدث، وبه قال جمهور الفقهاء. وقال داود: يرفع الحدث الأصغر.

وفائدة ذلك أن خلع الخفين بعد المسح عليهما يبطل حكم المسح، ويوجب غسل الرجلين. وقال داود: الطهارة باقية لا تبطل إلا بحدث.

والدليل على ما يقوله أن هذا مسح على حائل دون عضو من أعضاء الوضوء، فظهور أصله يبطل حكمة أصله، إذا مسح على الجبائر والعصائب.

فروع: إذا قلنا إنه يجب غسلهما عند نزع الخفين بنوعهما، فقد روى ابن القاسم عن مالك، أنه إن غسلهما مكانه أجزاءه. وروى زيد بن شبيب الإسكندري عن مالك أنه ينتقض وضوؤه، وبه قال الشافعي.

وجه ذلك عند مالك أن الموالة شرط في صحة الطهارة، وذلك معدوم في غسل رجله بعد خلع خفيه.

ووجه القول الأول أنه لم يوجد بين حالي الطهارة مهلة، فلم تعد الموالة، وإنما تعدم الموالة بأن تمضي مدة طويلة بين أول الطهارة وآخرها يعلم فيها المكلف أنه غير كامل الطهارة، وهذا معدوم في مسألتنا، ولذلك جاز لمن نسي عضوًا من أعضاء طهارته، ثم ذكر بعد مدة أن يفرده بالطهارة؛ لأنه في تلك المدة لم يكن عالمًا بأنه على غير طهارة، ففي مسألتنا آيين، والله أعلم.

٣٦٦ الطهارة

فروع: فإذا قلنا إنه يغسل، فإن غسلهما. مكانه أجزاءه، وإن أخذ ذلك، فقد روى ابن القاسم عن مالك، أنه يستأنف الوضوء.

وروى محمد بن يحيى عن مالك: يجزيه غسلهما. وروى ابن وهب عن مالك: أرجو أن يجزيه ذلك، وابتداء الطهارة أحب إلي.

وجه القول ما قدمنا من أن الموالة شرط في صحة الطهارة، وتمنع الموالة إن تخللها مدة يعلم فيها أنه على غير طهارة.

والرواية الثانية مبنية على أن الموالة ليست بشرط في صحة الطهارة أو على أنها ليست بشرط في صحة تطهير ما ظهر من المحل بعد إكمال الطهارة بتطهير البول.

قال القاضي أبو الحسن: من قال من أصحابنا: الموالة مستحبة، فإنه يغسل رجليه، وإن طال ذلك.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَوَضَّأَ وَعَلَيْهِ خُفَّاهُ، فَسَهَا عَنِ الْمَسْحِ عَلَى الْخُفَّيْنِ، حَتَّى جَفَّ وَضُوءُهُ وَصَلَّى، قَالَ: لِيَمْسَحَ عَلَى خُفَّيْهِ، وَيُعِيدَ الصَّلَاةَ، وَلَا يُعِيدُ الْوُضُوءَ.

الشرح: وهذا كما قال؛ لأننا قد بينا أن تأخير غسل الرجلين عن الطهارة ناسياً لا يفسدها، فلذلك لم يجب عليه إعادة الوضوء، ولم يكمل الوضوء دون ذلك، فوجب إعادة الصلاة والمسح على الخفين بدلاً من غسل الرجلين، فكان ذلك حكمهما.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ غَسَلَ قَدَمَيْهِ، ثُمَّ لَبَسَ خُفَّيْهِ، ثُمَّ اسْتَأْنَفَ الْوُضُوءَ، فَقَالَ: لِيَنْزِعَ خُفَّيْهِ ثُمَّ لِيَتَوَضَّأَ، وَيُغْسِلَ رِجْلَيْهِ.

الشرح: هذا المشهور من مذهب مالك، رحمه الله، والمرى عن جماعة من أصحابه. وروى موسى بن معاوية الصمادحى، عن ابن القاسم، عن مالك فى العتبية: أنه إذا غسل رجليه دون سائر أعضاء وضوئه، ثم أدخلهما فى الخفين، جاز المسح عليهما وإن نام بعد أن لبس خفيه، وقبل أن يكمل طهارته، فالخلاف بين الروايتين مبنى على فصلين.

وأما الفصل الأول، فإن الرواية الأولى مبنية على أنه لا يطهر عضو من أعضاء الطهارة إلا بكمال الطهارة كلها، ولا يكمل بتطهيره خاصة، فمن غسل رجليه قبل أن يتوضأ لم تطهر قدماه بغسل قدميه، وإنما يطهران بإكمال طهارته، وكذلك سائر أعضائه.

الطهارة ٣٦٧

وأما الرواية الثانية، فمبنية على أن كل عضو تكمل طهارته بتطهيره، فإذا غسل رجله فقد طهرتا بالغسل، فكان حكمه في لبس الخفين حكم من كملت طهارته؛ لأن قدميه قد كملت طهارتهما.

فصل: وأما الفصل الثاني، فهو أفراد القدمين بالغسل طهارة شرعية يستباح بها المسح على الخفين دون الطهارة المشروعة في رفع الحدث، فلذلك قال: إنه إن نام قبل تمام الطهارة جوز له المسح مع ذلك على الخفين، وعلى الرواية الثانية، ليست بطهارة شرعية، ولا يستباح بها مسح ولا غيره.

مسألة: ولو توضأ فغسل إحدى رجله ثم لبس الخف الواحد، ثم غسل الأخرى ثم لبس الآخر، فالشهور من مذهب مالك أنه لا يمسح عليهما. وقال مطرف من أصحابنا: يمسح عليهما، وبه قال أبو حنيفة.

وجه الرواية الأولى أن كل ما كانت الطهارة شرطاً في صحته، وجب أن يتقدم على جميعه كالصلاة. ووجه الرواية الثانية أنه حدث ورد على طهر كامل، فأشبهه إذا ابتدأ اللبس بعد غسل القدمين.

* * *

العمل في المسح على الخفين

٧٣ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، أَنَّهُ رَأَى أَبَاهُ يَمْسَحُ عَلَى الْخَفَيْنِ، قَالَ: وَكَانَ لَا يَزِيدُ إِذَا مَسَحَ عَلَى الْخَفَيْنِ، عَلَى أَنْ يَمْسَحَ ظُهُورَهُمَا، وَلَا يَمْسَحُ بِطُونَهُمَا.

الشرح: وهذا على ما ذكر من جواز المسح على الخفين، وذلك أن عروة كان لا يزيد في مسح الخفين على مسح الظهر، ومعنى ذلك أن ظهر الخف عنده محل وجوب المسح، وبه قال مالك، ولو مسح الأسفل دون الأعلى لم يجزه، ويعيد أبدأ، قاله سحنون

٧٣ - أخرجه مسلم ٢١٥/١ كتاب الطهارة باب ٩ عن أبي هريرة. وابن ماجه ١٥٤/١ برقم ٤٥٢ عن عائشة. وأحمد ٤٧١/٢ عن أبي هريرة. والبيهقي في السنن الكبرى ٦٩/١ عن عائشة بكتاب الطهارة، باب الدليل على.. إلخ. والطبراني في الكبير ٣٤٨/٨ عن أبي أمامة. وابن أبي شيبة ٢٦/١ عن أبي هريرة. وأبو عوانة ٢٣٠/١ عن عبد الله بن عمرو. وابن عدى ٤١٧/٢ عن عائشة. وذكره في الكنز ٤٣٠/٩ برقم ٢٦٨٢٧ وعزاه لسعيد بن منصور، عن أبي ذر.

٣٦٨ الطهارة

وابن حبيب. هذا المشهور من المذهب. وروى ابن عبدالحكم عن أشهب، أنه يجزئه، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

والدليل على المشهور من المذهب أن ظاهر الخف له حكم الخف بدليل أنه لا يجوز للمحرم لبسه، وأسفل الخف له حكم النعل، بدليل أنه يجوز للمحرم لبسه، فوجب أن يختص المسح بما له حكم الخف دون ما حكمه حكم النعل.

وتحرير ذلك أن هذا موضع من الملابس في القدم لا يلزم المحرم بلبسه فدية، فلم يجز أن يفرد بالمسح كما لو انفرد.

ووجه قول أشهب، والله أعلم، أن المسوح عنده غير مستوعب، ولذلك جوز المسح ببعض الرأس، وإذا كان أسفل الخف عنده محلاً للفرض؛ لأنه يجازى من القدم ما هو محل لفرض الغسل، جاز له الاقتصار عليه.

٧٤ - مَالِك، أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ الْمَسْحِ عَلَى الْخَفَيْنِ كَيْفَ هُوَ؟ فَأَدْخَلَ ابْنَ شِهَابٍ إِحْدَى يَدَيْهِ تَحْتَ الْخَفِّ، وَالْأُخْرَى فَوْقَهُ، ثُمَّ أَمَرَهُمَا.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: وَقَوْلُ ابْنِ شِهَابٍ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال ابن شهاب، رحمه الله، جمع في مسحه بين الفرض، وهو ظاهر الخف، وبين الفضيلة، وهو باطن الخف، فمسح جميع الخف إلى العقب، وهذا هو المشهور من المذهب، وبه قال ابن القاسم.

وقال ابن عبدالحكم: إن مسح باطن الخف فرض لا يخرق الإخلال به. وقال ابن نافع: من ترك مسح باطن الخف أعاد أبدأ.

وروى ابن عبدالحكم، عن أشهب: أن الفرض مسح باطن الخف، وأنه إن مسحه دون ظاهره أجزأ، وقد تقدم توجيه قول ابن القاسم.

ووجه قول ابن عبدالحكم وابن نافع، أنه موضع من الخف يجازى المغسول من القدم، فوجب غسله كالظاهر.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فإن مسح أعلى الخف دون باطنه، أعاد في الوقت. وقال سحنون: لا إعادة عليه.

٧٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٦. أخرجه البغوي في شرح السنة ٤٦٣/١ عن المغيرة.

وجه قول ابن القاسم: يعيد في الوقت ليؤدى الفرض باتفاق وليأتى به على أكمل هيئاته.

مسألة: وهل عليه استيعاب المسوح من الخف بالمسح أم لا؟ الظاهر من المذهب وجوب الاستيعاب، وهو مقتضى رواية موسى بن معاوية عن ابن القاسم فى العتبية، ويقتضى قول محمد بن مسلمة: ليس شأن المسح الاستيعاب أن ذلك غير واجب، وقد قال به قوم من أصحابنا. قال الشيخ أبو بكر: وجه وجوب الاستيعاب أنه مسح أبدل من غسل، فكان حكمه فى الاستيعاب كالجيرة.

مسألة: ويجوز المسح على الخف إذا كان إلى الكعبين.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أن يستر محل الغسل، ويكون من الصحة بحيث يمكن متابعة المشى فيه غالباً، فإن كان الخرق يسيراً جاز المسح عليه خلافاً لأحد قولى الشافعى، وإن كان كثيراً لم يجز المسح عليه. وقال الثورى: يمسح عليه، وعلى ما ظهر من الرجل.

والدليل على ما نقوله أن هذا ملبوس لا يمكن متابعة المشى فيه غالباً، فلم يجز المسح عليه كالخرق تلف على الرجل.

فرع: وفرق العراقيون من أصحابنا بين القليل الذى لا يمنع المسح وبين الكثير الذى يمنعه، فإن القليل ما يمكن متابعة المشى عليه غالباً، والكثير لا يمكن متابعة المشى معه غالباً.

وقال ابن القاسم: إن الخرق إذا ظهر منه القدم منع المسح، وإذا لم يظهر منه القدم لم يمنعه، ولم يجد فيه أحد من أصحابنا ربعا ولا ثلثا، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن كان الخرق أقل من ثلاثة أصابع، جاز المسح عليه، وإن كان ثلاثة أصابع فأكثر ما جاز المسح عليه.

والدليل عليه ما تقدم، فإن أشكل الخرق، فلم يدر أهو من الكثير الذى يمنع المسح أم من القليل الذى لا يمنعه؟ فقد قال ابن حبيب: لا يمسح عليه.

ووجه ذلك أنه لا يجوز المسح إلا على ما تيقن أجزاءه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: واختلف قول مالك فى جواز المسح على الجرموق، فأجازه مرة وأخذ به ابن القاسم، ومنعه مرة.

٣٧٠ الطهارة

ووجه الجواز أن هذا خف يمكن متابعة المشى فيه غالباً. ووجه الرواية الثانية أن المسح على الخف أبيض لضرورة مشقة خلعه ولبسه، وذلك معدوم في الجرموق كالتعليل. واستدل القاضى أبو محمد فى ذلك بإنه ملبوس على ممسوح، فلم يجوز أن يمسخ فى الوضوء لغير ضرورة كالعمامة، فافتضى استدلاله أن الجرموق هو خف ملبوس على خف.

قال الشيخ أبو محمد فى نوادره: قال بعض البغداديين: اختلف قول مالك فى مسح خف الملبوس على خف، فقال مرة: يمسخ، وقال مرة: لا يمسخ، وهكذا ذكره الشيخ أبو بكر فى شرحه.

وقال القاضى أبو الحسن: الجرموق هو الخف فوق الخف. وقال ابن حبيب: هو خف غليظ لا ساق له.

مسألة: ومن لبس مهاميز فوق خف، فقد قال سحنون: يمسخ على المهاميز. ووجه ذلك على قول من يرى تبويض المسح بين، وعلى قول من لا يرى ذلك أنه لما سوح فى يسير الخرق، فبأن يسامح فى يسير الحائل الذى تدعو الضرورة إليه أولى.

* * *

ما جاء فى الرعاف

٧٥ - مَالِكُ، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا رَعَفَ، أَنْصَرَفَ فَتَوَضَّأَ، ثُمَّ رَجَعَ فَبَنَى وَلَمْ يَتَكَلَّمْ.

الشرح: قوله: «انصرف» معناه، والله أعلم، إذا كان بأن يراه قاطراً أو سائلاً أو يرى أثره فى أنامله، فإن لم يتيقن ذلك، ففي المدونة عن مالك فى مصلٍ ظن أنه أحدث أو رعى، فانصرف لقبلى الدم ثم تبين له أنه لم يصبه شىء، يرجع فيستأنف الصلاة، ولا يبنى.

قال ابن القاسم: ومن قطع صلاته تعمدًا أفسد على من خلفه، فظاهر هذا يقتضى إن فعل الإمام ذلك بطلت صلاته، وصلاة من خلفه. وقال سحنون فى المجموعة: إن استخلف الإمام فى الرعاف، ثم تبين له أنه يعرف لم تبطل على من خلفه؛ لأنه خرج لما يجوز له وليعد هو صلاته خلف المستخلف.

٧٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٧. وأخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٤٠٧/٢.

ابن أبى شيبة فى المصنف ١٠٣/١. المحلى ٨٤/٣. كشف الغمة ١٨٦/١.

الطهارة ٣٧١

وروجه قول مالك ما احتج به ابن القاسم، وجعل خروجه من الصلاة بظن الرعاف ممنوعاً منه؛ ولذلك أبطل صلاته وصلاة من خلفه.

وقد قال سحنون: إن ذلك يجوز له، ولذلك لم تبطل صلاة من خلفه؛ لأن ما كان على وجه السهو لا يتعدى صلاة الإمام إلى صلاة المأموم كالمصلي محدثاً.

وقد قال سحنون في الإمام شك في ثلاث ركعات أو أربع، فيسلم على شك: أنه قد أبطل عليه وعليهم، والفرق بينهما أن هذا مأمور بالتمادي على إتمام صلاته، ومنهى عما أتى به من السلام ومن ظن الرعاف، فمأمور بالخروج منهى عن التمادي، وإنما يبنى على الظاهر، ويحتمل أن يفرق بين الظن والشك.

وقد قال في الواضحة، وكتاب ابن سحنون في الذي يسلم على الشك في ثلاث أو أربع: أنها تجزئه. قال ابن حبيب: كمن تزوج امرأة لها زوج غائب، لا يدري أحى هو أم ميت، ثم تبين أنه مات لمثل ما تنقضى فيه عدتها قبل نكاحها، فنكاحه ماض.

وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية فيمن صلى ركعتين ثم شك في الوضوء فأتى الصلاة على ذلك، ثم تيقن الوضوء: أن صلاته تجزئه. وقال أشهب: لا تجزئه، وهو باطل.

فصل: وقوله: «انصرف فتوضأ، ثم رجع فبنى»، يريد انصرف عن صلاته ثم رجع إلى الصلاة، فبنى على ما تقدم له منها، ولم يتكلم، يريد أنه استدأى حكم الصلاة. وأما قوله: «فتوضأ»، فإنه يحتمل قوله: «فتوضأ» وضوء الحدث، ويحتمل غسل الدم.

والكلام في هذا الحديث في أربعة فصول، أحدها: أن الرعاف لا ينقض الطهارة، والثاني: في أن الحدث يمنع البناء، والثالث: في أن الرعاف لا ينقض الصلاة، والرابع: فيما يلزم من الخروج إلى غسل الدم وحكم البناء، فأما الأول فقد تقدم دليلنا على أن ما يخرج من غير السبيلين من الدم لا ينقض الطهارة.

فصل: وأما الفصل الثاني في أن الحدث يمنع البناء، سواء كان غالباً أو غير غالباً، فهو مذهب مالك وجميع أصحابه. وقال أبو حنيفة: إن الحدث الغالب لا يمنع البناء، والرعاف عنده حدث غالب، فلذلك يمنع البناء.

والدليل على ما نقوله أن المحدث إذا خرج إلى الوضوء لا يخلو أن يكون في صلاة أو في غير صلاة، فإن كان في غير صلاة، وجب أن لا يبنى على أول صلاته للإجماع

٣٧٢ الطهارة

على أن التفريق مفسد لها، وإن كان في صلاة وجب أن تبطل صلاته للإجماع على أن الطهارة شرط في صحتها، ولو صح بعضها مع عدم الطهارة لوجب أن يصح جميعها مع عدم الطهارة. وهذا باطل باتفاق، وإذا بطل هذان الوجهان بطل البناء مع الحدث.

فصل: وأما الفصل الثالث في أن الرعاف لا يبطل الصلاة ولا يمنع البناء، فقد قال القاضى أبو محمد: إنه إجماع الصحابة، يروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وأنس، ولا يخالف لهم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى فى ذلك المتعلق بالقياس؛ لأنه مانع يخرج من الجسد من غير مسلك الطعام والشراب، فلم يبطل خروجه الصلاة كالعرق والدموع.

فصل: وأما البناء، فإن الأفضل عند مالك إن رعف أن يقطع الصلاة بكلام أو غيره، فيغسل عنه الدم ثم يبدأ الصلاة، رواه فى المجموعة ابن نافع وعلى بن زياد عن مالك. وجه ذلك أن يخرج من الخلاف ويؤدى الصلاة باتفاق.

فرع: وهذا إذا كان مأموماً، فإن كان فداً، فهل له أن يبنى أم لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: ليس له ذلك، وهو المشهور من مذهبه، والثانية: له ذلك، وبه قال محمد بن مسلمة.

وجه الرواية الأولى أن العمل يبطل الصلاة وينافىها إلا أن يكون بفائدة لا تصح لهما به، وإذا كان وراء إمام أبيع له الخروج وغسل الدم؛ ليحرز صلاة الجماعة مع الإمام، ولولا ذلك لفاتته، وإن كان وحده، فلا فائدة فى خروجه إلا بمجرد العمل فى الصلاة؛ لأنه يقدر بعد غسل الدم على الصلاة وحده.

وجه الرواية الثانية قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣]، وقد تقدم له عمل، فوجب أن لا يبطله. ومن جهة المعنى أن هذا رعف فى الصلاة، فكان له أن يبنى فى الرعاف كالمأموم.

مسألة: واختلف أصحابنا فى حكم الرعاف، فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك لا يبنى حتى يتقدم له ركعة بسجديتها، فإن رعف قبل ذلك لم يبن، وقال ابن الماجشون: إن رعف فى الركعة الأولى قطع واستأنف الإقامة. وروى ابن وهب عن مالك فيمن رعف بعد ركعة وسجدة إن بنى أجزاءه.

الطهارة ٣٧٣

وفرق ابن حبيب بين الجمعة وغيرها فقال: إن كان في الجمعة لم يبين، إلا أن يعرف بعد كمال الركعة. وأما في غير الجمعة، فإنه يبنى. قال سحنون: إن أحرم ثم رعى بنى على إحرامه.

وجه رواية ابن القاسم أن البناء لا يكون على غير شيء، وإنما يكون على شيء قد كمل وحصل وأقل ما يوصف بذلك من الصلاة ركعة بسجودها. وقول ابن القاسم على أن الفذ لا يبنى، ومن جوز البناء قبل عقد الركعة، فمبنى على أن للفذ أن يبنى، وعلى ذلك فرق ابن حبيب بين الجمعة وغيرها؛ لأن الجمعة لا تكون إلا بالإمام، ولا يحصل للمأموم حكم صلاة الإمام إلا بأن يصلى معه ركعة بسجودتها.

فرع: فإذا أدرك ركعة بسجودتها، وبعدها ركعة سجد لها سجدة، ثم رعى فخرج ثم رجع بعد أن غسل الدم، فروى ابن القاسم أنه يأنف تلك الركعة الثانية من أولها. وقال ابن الماجشون: إذا تقدمت له ركعة كاملة، ثم رعى في الثانية، فإنه يبنى على ما تقدم.

وجه قول ابن القاسم أن الركعة الواحدة لا يصح الفصل فيها بعمل غيرها، وإن كان من الصلاة، وكذلك من فصل بين ركعة وسجودتها بركوع أو سجود لغيرها، فقد فاته إتمامها، ولما كان الخروج لغسل الدم ليس من الركعة كان فصلاً بين الركعة مانعاً من إتمامها.

ووجه القول الثاني أن الخروج لغسل الدم لم يكن مانعاً من إتمام الركعة.

فصل: وقوله: «ثم رجع فبنى ولم يتكلم»، يريد أنه رجع إلى صلاته وإلى موضع صلاته، وذلك أن المأموم إذا رعى فخرج وغسل الدم، فإن اعتقد أن إمامه في صلاته لزمه الرجوع إلى تمام ما أدرك معه من الصلاة، فإذا سلم الإمام قام فأتى بما فاته من صلاة الإمام، وإن اعتقد أن إمامه قد أتم صلاته فلا يخلو أن يكون في جمعة أو غير جمعة، فإن كان في جمعة لزمه الرجوع إلى الجامع؛ لأن بقية صلاته من الجمعة، والجمعة لا تصلى إلا في الجامع، وإن كان في غير جمعة، أتم حيث غسل عنه أو في أقرب المواضع إليه مما يمكنه أن يتم فيه؛ لأن الزيادة على ذلك عمل تستغنى عنه الصلاة، فكان مفسداً لها. هذا هو المشهور من مذهب مالك.

ورواية ابن القاسم عنه، وهو في المدينة من رواية محمد بن يحيى عن مالك، أنه لا يرجع لإتمام الصلاة إلا في مسجد رسول الله ﷺ وفي المسجد الحرام، فجعل له الرجوع لفضيلة المكان، وإن لم يكن من شرط صحة الصلاة.

٣٧٤ الطهارة

ولعل قوله في حديث ابن عمر: «فتوضأ ثم رجع»، إنما عنى بذلك أنه كان يرجع إلى مسجد النبي ﷺ، والله أعلم.

فرع: فإن كان في جهة، فقد قال أبو إسحاق: وإنما يرجع إلى أدنى موضع تصلى فيه الجمعة بصلاة الإمام. ومعنى ذلك أن ما زاد على هذا المقدار عمل كثير مستغنى عنه، فإن أتم في غير الجامع مع القدرة على إتيانه، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: لا إعادة عليه، فجعل الرجوع إلى الجامع من فضيلة ما بقى عليه من صلاته وليس شرطاً في صحتها.

والظاهر من قول مالك أن ذلك لا يجزئه. وقد قال ابن المواز: من ذكر سجدي السهو قبل السلام من الجمعة، فلا يسجدهما إلا في المسجد، فإن سجدهما فلا يجزئه.

وقول أبي إسحاق يصح على رواية محمد بن يحيى عن مالك: يرجع الراعف لإتمام صلاته في المسجد الحرام؛ لأن إتيانه فضيلة، وليس بشرط في صحة الصلاة.

مسألة: والمشهور من المذهب أن الراعف يرجع مادام إمامه في بقية من صلاته من تشهد أو غيره. وقال أبو إسحاق: إن رجا أن يدرك مع إمامه ركعة، وإلا صلى مكانه.

٧٦ - مَالِك، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ، كَانَ يَرْعَفُ فَيَخْرُجُ فَيَغْسِلُ الدَّمَ عَنْهُ، ثُمَّ يَرْجِعُ فَيَبْنِي عَلَيَّ مَا قَدْ صَلَّى.

٧٧ - مَالِك، عَنِ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ قَسِيطِ اللَّيْثِيِّ، أَنَّهُ رَأَى سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ رَعَفَ وَهُوَ يُصَلِّي، فَأَتَى حُجْرَةَ أُمِّ سَلْمَةَ، زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ، فَأَتَى بِوَضُوءٍ فَتَوَضَّأَ، ثُمَّ رَجَعَ فَبَنَى عَلَيَّ مَا قَدْ صَلَّى.

الشرح: وقوله في حديث ابن عباس: «أنه رعف، فخرج فغسل عنه الدم»، إخبار وتصريح بأنه كان لا يرى الوضوء من الرعاف، وأنه رأى ذلك تكرر من عبدالله بن عباس حتى خرج عن أن يفعل ذلك ساهياً.

فصل: وقوله في حديث سعيد بن المسيب: «أنه أتى حجرة أم سلمة زوج النبي، لعله كان أقرب المواضع إلى مصلاه مما يمكنه فيه غسل الدم؛ لأن الراعف إنما يجب

٧٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٨.

٧٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٩.

الطهارة ٣٧٥
أن يخرج إلى أقرب المواضع المباحة له التي يمكنه فيها غسل الدم، فإن زاد على ذلك بطلت صلاته؛ لأن الزيادة على ذلك عمل كثير في الصلاة لا تعلق له بالصلاة.

وقوله فيه: «فأتى بوضوء فتوضأ»، على حسب ما روى في حديث ابن عمر، يتمثل الوجهين المذكورين فيه.

فصل: وقوله: «ثم رجع، فبنى على ما قد صلى»، يقتضى أنه قد كان تقدم من صلاته ما بنى عليه.

* * *

العمل فى الرعاف

٧٨ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حَرْمَلَةَ الْأَسْلَمِيِّ، أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَرْعُفُ، فَيَخْرُجُ مِنْهُ الدَّمُ، حَتَّى تَخْتَضِبَ أَصَابِعُهُ مِنَ الدَّمِ الَّذِي يَخْرُجُ مِنْ أَنْفِهِ، ثُمَّ يُصَلِّي، وَلَا يَتَوَضَّأُ.

الشرح: قوله: «يرعف فيخرج منه الدم حتى تختضب أصابعه»، ظاهر هذا اللفظ يقتضى أنها كانت تختضب أصابعه كلها، وهذا فى حيز الدم الكثير، ولعله أراد الأنامل العليا من أصابع يده، وأن ذلك فى حيز اليسير، والرعاف على ضربين، قليل وكثير.

فأما الكثير، فهو الذى يخرج الراعف إلى غسله، ثم يبنى على ما تقدم من صلاته. وأما القليل، فإنه يقتله بأصابعه حتى يجف، ويتمادى على صلاته، ويجرى ذلك مجرى البثرة يحكها فى الصلاة، فيخرج منها يسير الدم، فإنه يقتله بأصابعه حتى يجف ويتمادى فى صلاته، وهذا مما لا نعلم فيه خلافاً.

فروع: والكثير أن يسيل أو يقطر، لقوله تعالى: ﴿أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾ [الأنعام: ١٤٥]، فإن لم يسيل ولم يقطر، وإنما كان يرشح من أنفه، فإنه يقتله بأصابعه، فإن عم أنامله الأربعة العليا، ولم يزد على ذلك فهو يسير لا ينصرف عنه، وإن زاد على ذلك إلى الأنامل التى تليها فلينصرف، فإنه كثير. قاله ابن نافع فى المجموعة عنه، وفى كتاب ابن المواز نحوه. ومعنى انصرافه فى هذا قطع صلاته واستئنافه بعد غسل الدم؛ لأنه حامل نجاسة فى خروجه، فتبطل بذلك صلاته.

فصل: وقوله: «ثم يصلى ولا يتوضأ»، يحتمل أيضاً معنيين، يحتمل أن يقصد إلى الإخبار عن أن مثل هذا المقدار من الدماء لا يوجب عليه وضوء حدث، وهو مذهب من يقول إن خروج الدم من الجسد ينقض الطهارة أنه إنما ينقضها الكثير الذى يسيل، فأما الرش فلا ينقضها، والوجه الثانى أن يريد به ولا يغسل عنه الدم الخارج من أنفه.

٧٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْمُجَبَّرِ، أَنَّهُ رَأَى سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَخْرُجُ مِنْ أَنْفِهِ الدَّمَّ، حَتَّى تَحْتَضِبَ أَصَابِعُهُ، ثُمَّ يَفْتَلُهُ^(١)، ثُمَّ يُصَلِّي وَلَا يَتَوَضَّأُ.

الشرح: قوله: «ثم يفتله»، يريد أنه كان يفتله بإصبعه ليحف فيها، وتذهب رطوبته، فلا يفسد ثوبه ولا شيئاً من جسده، وهذا فى اليسير على ما تقدم ذكره.

* * *

العمل فيمن قلبه الدم من جرح أو رعاف

٨٠ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ الْمِسُورَ بْنَ مَخْرَمَةَ، أَخْبَرَهُ، أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ مِنَ اللَّيْلَةِ الَّتِي طُعِنَ فِيهَا فَأَيَّقَظَ عُمَرَ لِصَلَاةِ الصُّبْحِ، فَقَالَ عُمَرُ: نَعَمْ، وَلَا حَظٌّ فِي الْإِسْلَامِ لِمَنْ تَرَكَ الصَّلَاةَ^(١)، فَصَلَّى عُمَرُ، وَجَرِحُهُ يَثْعَبُ^(٢) دَمًا.

الشرح: قوله: «إنه دخل على عمر بن الخطاب من الليلة التي طعن فيها»، ظاهره أن وقت صلاة الصبح من الليل؛ لأن الذى صح عن عمر أنه طعن فى صلاة الصبح من أول ركعة، ولعل هذا مخالف لتلك الرواية، ويحتمل أنه أراد بذلك من الوقت المتصل بتلك الليلة، وعند مالك أن النهار من طلوع الفجر. وقد روى عيسى عن ابن القاسم أن عمر مات من يومه الذى طعن فيه.

٧٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧١.

(١) يفتله: أى يحكه ويزيله.

٨٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٢. وأخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٥٧/١. عبد الرزاق فى المصنف ١٥٠/١.

(١) «ولا حظ فى الإسلام لمن ترك الصلاة»، أخذ بظاهره من كفر بترك الصلاة تكاسلاً وهو مذهب جمع من الصحابة، وبه قال أحمد وإسحاق، ومال إليه الحافظ المنذرى فى ترغيبه. انظر: (تنوير الحوالك ص ٤٨).

(٢) يثعب: أى ينزف ويسيل منه الدم. وقال فى النهاية: أى يجرى، وقال فى العين: أى ينفجر. انظر: (تنوير الحوالك ص ٤٨).

فصل: وقوله: «فأيقظ عمر لصلاة الصبح»، يقتضى أن ذلك يجب عليه؛ لأن الصلاة لا تسقط بجرح ولا شدة مع بقاء العقل، ولذلك قال عمر: «نعم ولا حظ فى الإسلام لمن ترك الصلاة»، يعنى أنه لا نصيب له فى الإسلام، ولا تقبل منه أعناله إذ الصلاة أول أعمال الإسلام قبولاً وأرفعها شأنًا، فمن ترك الصلاة بطل نصيبه من سائر أعمال الإسلام، ولم ينتفع بها، ولم يكن له نصيب منها.

ويحتمل أيضًا أن يريد بذلك: ولا حظ فى الإسلام لمن ترك الصلاة مكذبًا بها، وسيأتى الكلام فى ذلك، ويحتمل أن يكون أراد بذلك: ولا يحقن دمه من لا يصلى؛ لأن الذى يحقن الإنسان به دمه، هو إظهار الشهادتين والصلاة والزكاة، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، فمعنى ذلك من ترك الصلاة فليس له فى الإسلام حظ يحقن به دمه.

فصل: وقوله: «فصلى عمر وجرحه يشعب دمًا»، يريد يسيل دمًا، وخروج الدم من الجرح على وجهين، أحدهما: أن يكون متصلًا غير منقطع، والثانى: أن يجرى فى وقت دون وقت، فإن اتصل خروجه، فعلى المجروح أن يصلى على حاله، ولا تبطل بذلك صلاته؛ لأنه نجاسة لا يمكنه التوقى منها، وليس عليه غسلها إلا إذا كثرت وتفاحشت، فإنه يستحب غسلها.

فرع: وأما ما لا يتصور خروجه ويمكن التوقى من نجاسته ودمه، فإن انبعث فى الصلاة بفعل المصلى أو بغير فعله، فإنه يقطع الصلاة لنجاسة جسمه وثوبه، فيغسل ما به من الدم، ثم يستأنف صلاته؛ لأن هذه نجاسة يمكن التوقى منها.

٨١ - مَالِكُ، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ قَالَ: مَا تَرَوْنَ فِيمَنْ غَلَبَهُ الدَّمُ مِنْ رُعَافٍ فَلَمْ يَنْقَطِعْ عَنْهُ؟ قَالَ مَالِكُ: قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: ثُمَّ قَالَ سَعِيدُ ابْنُ الْمُسَيَّبِ: أَرَى أَنْ يُومِىَ بِرَأْسِهِ إِيمَاءً.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ: وَذَلِكَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَىٰ فِي ذَلِكَ.

الشرح: سؤال ابن المسيب لأصحابه على سبيل الاستخبار لهم بالمسائل والتدريب لهم فى فهمها والنظر فى أحكامها، ويحتمل أن يكون ذلك على سبيل التنبيه لهم على السؤال عن حكم من رغه الدم وغلبه ولم ينقطع.

٣٧٨ الطهارة

وقوله: «أرى أن يومئ برأسه إيماء»، يريد أنه لا يتمكن من غسل الدم؛ لأنه لا ينقطع، فحكمه أن يصلى به على هيئته ويومئ لركوعه وسجوده.

واختلف أصحابنا في توجيه ذلك، فقال ابن حبيب: إنما ذلك ليدراً عن ثوبه الفساد بالإيماء له؛ لأنه لو ذهب فتم ركوعه وسجوده لأفسد ثوبه الدم، فكان ذلك من الأعذار التي تبيح الإيماء كما يبيح التيمم الزيادة في ثمن الماء، وتسقط فرض استعماله. وقال محمد بن مسلمة: إنما ذلك إذا كان الرعاف يضر به في ركوعه وسجوده كالرمد، ومن لا يقدر على السجود.

* * *

الوضوء من المذى

٨٢ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عُيَيْدِ اللَّهِ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنِ الْمُقَدَّادِ بْنِ الْأَسْوَدِ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ أَمَرَهُ أَنْ يَسْأَلَ لَهُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الرَّجُلِ إِذَا دَنَا مِنْ أَهْلِهِ فَخَرَجَ مِنْهُ الْمَذْيُ مَاذَا عَلَيْهِ، قَالَ عَلِيُّ: فَإِنَّ عِنْدِي ابْنَةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَنَا أَسْتَحِي أَنْ أَسْأَلَهُ، قَالَ الْمُقَدَّادُ: فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ

٨٢ - أخرجه البخارى كتاب العلم برقم ١٣٢. ومسلم كتاب الحيض ٣٠٣. والنسائى كتاب الطهارة برقم ١٥٢، ١٥٣، ١٥٦، ١٥٧، ١٩٣، ١٩٤. وكتاب الغسل والتيمم برقم ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠. وأبو داود كتاب الطهارة برقم ٢٠٦، ٢٠٧. وابن ماجه كتاب الطهارة وستنها برقم ٥٠٥. وأحمد بالمسند برقم ٦٠٧، ٦١٩، ٨٤٩، ٨٥٨، ١٠١٢، ١٠٧٤، ١٢٤٢، ١٦٢٨٤، ٢٣٢٩٦، ٢٣٣٠٧. وعبدالرزاق برقم ٦٠٠ عن المقداد. وذكره فى كتر العمال برقم ٢٧٠٧١ وعزاه السيوطى لعبدالرزاق بالمصنف، عن المقداد. وقال ابن عبدالبر: هذا إسناد ليس بمتصل؛ لأن سليمان بن يسار لم يسمع من المقداد ولا من على ولم ير واحدا منهما.

ومولد سليمان بن يسار سنة أربع وثلاثين، وقيل سنة سبع وعشرين، ولا خلاف أن المقداد توفي سنة ثلاث وثلاثين، وهو المقداد بن عمرو الكندى يكنى أبا معبد تبناه الأسود بن عبد يغوث الزهرى فنسب إليه. وقال: بين سليمان وعلى فى هذا الحديث ابن عباس. وأخرجه مسلم والنسائى من طريق ابن وهب عن مخزومة بن بكير عن أبيه عن سليمان بن يسار عن ابن عباس قال: قال على بن أبى طالب أرسلت المقداد بن الأسود... الحديث. انظر: (التمهيد، حديث عاشر لأبى النضر، باب الوضوء من المذى، وتنوير الحوالك ص ٤٨).

ذَلِكَ، فَقَالَ: إِذَا وَجَدَ ذَلِكَ أَحَدُكُمْ فَلْيَنْضَحْ فَرْجَهُ^(١) وَلْيَتَوَضَّأْ وَضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ.

الشرح: قوله: «إن علي بن أبي طالب أمره أن يستل رسول الله ﷺ»، أصل في التعاون على طلب العلم والنيابة فيه وقبول خبر الثقة فيما يعقل عنه.

فصل: وقوله: «عن الرجل إذا دنا من أهله، فخرج منه المذي»، الأصل هاهنا الزوجة، وفي غير هذا الموضع القرابة، قال الله تعالى في قصة نوح: ﴿إِن ابْنِي مِنَ أَهْلِي﴾ [هود: ٤٥]، والمذي بفتح الميم وإسكان الذال المعجمة وتخفيف الياء وبتحريك الذال وتشديد الياء، حكى ذلك القاضي أبو محمد.

قال ابن حبيب: هو ماء رقيق إلى الصفرة يخرج على وجه الصحة عند الالتذاذ بالنساء، ولذلك قال في سؤاله عن الرجل إذا دنا من أهله، فسأل عن المذي الخارج بلذة دون المذي الخارج على وجه السلس.

فصل: وقوله: «فإن عندي ابنة رسول الله ﷺ، وأنا أستحي أن أسأله» إظهار، للعذر المانع له من المباشرة لسؤال رسول الله ﷺ، وهو غاية في حسن الأدب وكريم الأخلاق وتمام المروءة، إذا كانت ابنة رسول الله ﷺ، فأعظمه ووقره على أن يذكر بحضرتة شيئاً من مباشرة النساء والدنو منهن على وجه الالتذاذ بهن.

فصل: وقوله ﷺ: «إذا وجد أحدكم ذلك فلينضح فرجه وليتوضأ وضوءه للصلاة»، النضح يكون على معنيين، الرش، والثاني بمعنى إرسال الماء وسكبه، وفي الحديث بمعنى إرسال الماء على الفرج لغسله، وإنما يكون النضح بمعنى الرش في موضع الشك في نجاسة الثوب، وسنين ذلك إن شاء الله.

مسألة: وقد اختلف أصحابنا في الواجب بالمذي، فروى علي بن زياد عن مالك: يجب به غسل الذكر كله. وقال أصحابنا البغداديون: معنى ذلك غسل مخرج الأذى من الذكر دون سائرته، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

(١) فلينضح فرجه: أي ليغسله. وقال في النهاية: يريد النضح بمعنى الغسل والإزالة وأصله الرشح ويطلق على الرش. وضبطه النووي بكسر الضاد. قال الزركشي واتفق في بعض مجالس الحديث أن الشيخ أبا حيان قرأه بفتح الضاد فرد عليه السراج الدمهوري، وقال: نص النووي على أنه يكسر، فأساء أبو حيان، وقال: حق النووي أن يستفیده مني والذي قلت هو القياس. قال الزركشي: وكلام الجوهرى يشد لما قاله النووي لكن نقل عن صاحب الجامع أن الكسر لغة وأن الأفصح الفتح. انظر: (تنوير الحوالك ص ٤٩).

٣٨٠ الطهارة

وجه إيجاب غسل الذكر قوله ﷺ للسائل: «توضأ واغسل ذكرك». ومن جهة المعنى أن ما يخرج من الذكر للذة وجب به غسل الذكر، يريد على ما يجب بالبول كالمنى.

٨٣ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: إِنِّي لِأَجِدُهُ يَنْحَدِرُ مِنِّي مِثْلَ الْخُرَيْزَةِ^(١)، فَإِذَا وَجَدَ ذَلِكَ أَحَدَكُمْ فَلْيَغْسِلْ ذَكَرَهُ، وَلْيَتَوَضَّأْ وَضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ^(٢). يَعْنِي الْمَذَى.

الشرح: قول عمر بن الخطاب: «إنى لأجده ينحدر منى مثل الخريزة»، يريد أن انحدره على فخذه كانهدار الخريزة. ورواه عمر فقال: مثل الجمانة، يحتمل أن يريد به أن يجده، وهو قائم فى الصلاة على ما سنذكره بعد هذا، «فإذا وجد ذلك أحدكم»، يريد والله أعلم، فإذا وجد المذى على غير هذا الوجه.

وقد يحتمل أن يريد به، فإذا وجد انحدره منه مثل الخريزة، والأول أظهر؛ لأن حكم المذى المنحدر مثل الخريزة، وحكم غيره مما يجده الإنسان مضطجعاً أو جالساً، فلا ينحدر على فخذه، سواء عندنا.

فصل: وقوله: «فإذا وجد ذلك أحدكم، فليغسل ذكره وليتوضأ»، يحتمل أن يكون عمر بن الخطاب خصهم بهذا الحكم، وإن كان هو غير داخل فيه، إذا كان خروجه منه على غير وجه اللذة.

ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب أمرهم بذلك، وحكمه فيه حكمهم لخروجه منه على وجه اللذة، وأمر بغسل الذكر على ما قدمناه ظاهره أنه غسّل على وجه التعبد، ولو كان يغسله لنجاسة المذى لقال: فليغسل المذى.

٨٣ - أخرجه أبو داود برقم ٢٠٧ عن على فى كتاب الطهارة، باب فى المذى. والنسائي ٩٧/١ عن على فى كتاب الطهارة، باب ما ينقض الوضوء. وابن ماجه برقم ٥٠٥ عن عبد الله بن زيد فى كتاب الطهارة، باب الوضوء من المذى. وعبد الرزاق برقم ٦٠٠ عن المقداد. وأحمد ٦/٤ عن المقداد. وذكره فى كتر العمال برقم ٢٧٠٧١ وعزاه السيوطى لعبد الرزاق بالمصنف، عن المقداد.

(١) الخريزة: الخريزة الصغيرة. والمراد: أى حامداً مثلها.

وقال السيوطى فى تنوير الحوالك: تصغير الخريزة وهى الجوهرة، وفى رواية عنه مثل الجمانة وهى اللؤلؤة. انظر: (تنوير الحوالك ص ٤٩).

(٢) وليتوضأ وضوءه للصلاة، قال الرافعى: يقطع احتمال حمل التوضؤ على الوضوء الحاصلة بغسل الفرج فإن غسل العضو الواحد قد يسمى وضوءاً كما ورد أن الوضوء قبل للطعام ينفى الفقر والمراد غسل اليد. انظر: (تنوير الحوالك ص ٤٩).

الطهارة ٣٨١

فصل: وقوله: «وليتوضأ وضوءه للصلاة» مبالغة في البيان لئلا يظن السامع أنه يريد بالوضوء غسل الذكر من المذي، فيبين أنه يريد وضوء الحدث.

وقوله: «يعنى المذي»، يريد أنه يعنى بقوله: إنه يجده ينحدر منه مثل الخريزة هو، المذي.

٨٤ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ جُنْدُبِ، مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عِيَّاشٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ عَنِ الْمَذْيِ، فَقَالَ: إِذَا وَجَدْتَهُ، فَاغْسِلْ فَرْجَكَ، وَتَوَضَّأْ وَضُوءَكَ لِلصَّلَاةِ.

الشرح: قوله: «إذا وجدته»، يريد إذا وجدته قد برز من مخرجه، «فاغسل فرجك»، يحتمل أن يريد به مخرج المذي من الذكر، ويحتمل أن يريد الذكر.

وقوله: «توضأ وضوءك للصلاة»، على ما تقدم.

* * *

الرخصة في ترك الوضوء من المذي

٨٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ، أَنَّهُ سَمِعَهُ، وَرَجُلٌ يَسْأَلُهُ، فَقَالَ: إِنِّي لِأَجِدُ الْبَلَّلَ وَأَنَا أُصَلِّي، أَفَأَنْصَرِفُ؟ فَقَالَ لَهُ سَعِيدٌ: لَوْ سَأَلَ عَلِيٌّ فَحِذِي مَا أَنْصَرَفْتُ حَتَّى أَقْضِيَ صَلَاتِي.

الشرح: قوله: «إني لأجد البلل وأنا أصلي»، يريد أنه يجد في صلاته بللاً مما يخرج من ذكره. فقال سعيد: «لو سأل علي فحذني ما انصرفت»؛ لأن ذلك عنده مما لا ينقض الطهارة، ولا يمنع صحة الصلاة، فحمل مالك، رحمه الله، ذلك على سائر المذي، وإنما وردت هذه اللفظة عامة في البلل، فكان مذهب حذيفة وزيد بن ثابت والحسن وعطاء وقتادة أن البلل لا يبطل الوضوء في الصلاة على من يتيقنه حتى يقطر، فإذا قطر يبطل الوضوء.

وكان سعيد بن المسيب يقول: لا يبطل الوضوء في الصلاة، وإن قطر وسال، فهذا وجد حديث سعيد بن المسيب، إلا أن مالكاً، رحمه الله، حمّله على المذي الخارج لغير اللذة.

٨٤ - أخرجه من طرق أخرى الطبراني في الكبير، عن سهل بن حنيف ١٠٦/١.

٨٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٦.

٣٨٢ الطهارة

وقد روى ابن نافع عن مالك: إن وجد بطلاً في الصلاة فلا ينصرف حتى يستيقن، إلا أن يكون مستنكحاً، فيتمادى، فتقرر من هذا أن ما خرج من العادة، وتكرر حتى تشق مراعاته دخل في باب السلس المعفو عنه.

ومن قول مالك: أن ما خرج من منى أو مذى أو بول على وجه السلس، فإنه لا ينقض الطهارة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي.

والدليل على ما نقوله أن هذا مائع تجب به الطهارة إذا خرج على وجه الصحة لم تجب به تلك الطهارة كدم الحيض. وحكى القاضى أبو الحسن فى المرأة يخرج منها دم الاستحاضة المرة بعد المرة: عليها الوضوء، وإن كان يتكرر عليها بالساعات استحباب لها الوضوء.

قال: ويخرج من ذلك قول مالك لابن القاسم فيمن اعتراه المذى مرة بعد مرة: عليه الوضوء، إلا أن يستنكحه، فظاهر قول أبى الحسن أن المذى الخارج بغير لذة يجب به الوضوء، إلا أن يكثر، وهو خلاف المشهور من المذهب، وإنما حمل شيوختنا قول مالك فى المذى يخرج المرة بعد المرة للذة؛ لأن ذلك غالب حال المذى أن يخرج للذة.

وأما ما يستنكح به وهو أن يخرج لغير لذة ولا سبب، فلا يجب به الوضوء؛ لأنه خارج على غير الوجه المعتاد، فيجىء على مذهب القاضى أبى الحسن أن معنى خروجه على وجه الصحة أن يخرج المرة بعد المرة ولا يكثر جداً، ولا يراعى اللذة.

قال الشيخ أبو إسحاق: وقد اختلف فى غسل من لدغته عقرب أو ضرب أسواطاً أو كانت به حكة، فاغتسل بماء سخن، فأنزل، فالاختيار أن يغتسل للإتزال، فيجىء على اختياره هذا أن معنى خروجه على وجه الصحة أن يخرج سواء كان السبب اللذة أو الماء.

وقال سحنون فى كتاب ابنه: من أمنى للذغة عقرب أو ضرب بسيف، فلا غسل عليه، وإنما الغسل على من خرج منه ذلك للذة مثل أن ينتشر لشبق، فيمنى أو ينزل الحوض، فيمنى فيجىء على مذهبه أن ما كان من المياه يخرج للذة، فإن خروجه على وجه الصحة أن يخرج لتلك اللذة، فإن عرا منها فهو خارج على وجه الصحة، فلا تجب به تلك الطهارة، وهذا إجراء على المذهب.

فصل: إذا ثبت أنه لا يجب بسلس المذى والبول وضوء، فهو على قسمين، أحدهما: أن ينقطع فى بعض الأوقات، فهذا يستحب منه الوضوء لكل صلاة، إلا أن يؤذى

الطهارة ٣٨٣

ويشتد البرد، وقسم لا ينقطع فهذا لا معنى للوضوء منه؛ لأنه يأمن أن يطراً مثله قبل التلبس بالصلاة.

رواه علي بن زياد عن مالك، فإن قرن بين صلاتين بوضوء واحد من به سلس أو استحاضة، يقطع في بعض الأوقات، ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك فى المستحاضة: لا إعادة عليها. وروى ابن المواز عنه: تعيد الثانية فى الوقت.

فروع: ومن به سلس البول، فإنه يجب عليه الوضوء، إذا تعمد البول كالذى به سلس المذى لا يجب عليه الوضوء حتى يقصد اللذة، بأن يلاعب، فيخرج منه المذى للذة. وروى معنى هذا على بن زياد عن مالك، ووجهه أنه خارج على المعتاد، والله أعلم.

٨٦ - مَالِك، عَنِ الصَّلْتِ بْنِ زِيَادٍ، أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ عَنِ الْبَلْلِ أَجْدُهُ، فَقَالَ: انْضَحْ مَا تَحْتَ ثَوْبِكَ، وَالْهَ عَنَّهُ.

الشرح: قوله: «سألت سليمان بن يسار عن البلل أجده» أدخله مالك، رحمه الله، فى باب ترك الوضوء من المذى، وليس فى اللفظ ما يقتضيه دون غيره مما يقع عليه اسم بلل إلا أن يكون عنده فى ذلك توقيف، ويحتمل أن يكون مالك، رحمه الله، استوى عنده بلل المذى وبلل البول الخارجان على وجه السلس، وكان السؤال إنما يكون عن أحدهما فى الغالب، ولما كان هذا الخبر يقتضى الجواب عنهما أدخله فى الباب.

فصل: وقوله: «انضح ما تحت ثوبك واله عنه»، دليل على أن المراد به رفع ما يقع فى النفس من الوسواس من احتباس البول وتوقع نجاسة، فأمره أن ينضح ما تحت ثوبه، وهو الفرج وما قرب منه ثم يلهو عن ذلك البلل، ويعتقد أنه من الماء الذى نضحه.

* * *

الوضوء من مس الفرج

٨٧ - مَالِك، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ، أَنَّهُ

٨٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٧.

٨٧ - أخرجه الترمذى كتاب الطهارة برقم ٧٧. والنسائى برقم ١٦٣، ١٦٤. وأبو داود برقم ١٨١. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٤٧٩. وأحمد بالمسند برقم ٢٦٧٤٩. والدارمى كتاب الطهارة ٧٢٤، ٧٢٥. والبيهقى ١٢٨/١ عن بسرة. والحاكم بالمستدرک ١٣٨/١ عن بسرة. والدارقطنى، عن بسرة. وعبدالرزاق بالمصنف برقم ٤١٢ عن بسرة. وابن خزيمة فى =

سَمِعَ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ يَقُولُ: دَخَلْتُ عَلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، فَتَذَاكَرْنَا مَا يَكُونُ مِنْهُ الْوُضُوءُ، فَقَالَ مَرْوَانُ: وَمِنْ مَسِّ الذَّكَرِ الْوُضُوءُ، فَقَالَ عُرْوَةُ: مَا عَلِمْتُ هَذَا، فَقَالَ مَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ: أَخْبَرْتَنِي بِسُرَّةِ بِنْتِ صَفْوَانَ، أَنَّهَا سَمِعَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «إِذَا مَسَّ أَحَدُكُمْ ذَكَرَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ».

الشرح: قوله: «فتذاكرنا ما يكون منه الوضوء»، إخبار عما كانوا عليه من تذاكر العلم والاجتماع إليه، وقول عروة: ما علمت ذلك مراجعة لمروان بن الحكم فيما ادعاه من الوضوء من مس الذكر، وإظهار مخالفته.

ولذلك احتج عليه مروان بن الحكم بالخبر الذي رواه عن بسرة بنت صفوان عن النبي ﷺ: «إِذَا مَسَّ أَحَدُكُمْ ذَكَرَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ»، والمس ينطلق من جهة اللغة على مسه بأى جزء من جسده، وعلى أى وجه مسه عليه، إلا أنه من جهة العرف والعادة، فجرى ذلك فى الأكثر على المس باليد؛ لأن القصد إلى المس فى الغالب إنما يكون بها.

وقد اختلف أصحابنا فى وجوب الوضوء من مس الذكر، فروى ابن القاسم فى المدونة عن مالك: أن الوضوء منه واجب. وروى عنه فى المستخرجة: أنه ليس بواجب، واختلف أصحابنا فى توجيه القولين، فذهب سحنون وغيره من أصحابنا إلى أن ذلك على روايتين، إحداهما: إيجاب الوضوء من مس الذكر، وبه قال الشافعى. والثانية: نفيه، وبه قال أبو حنيفة.

وذهب العراقيون من أصحابنا إلى أن ذلك لاختلاف حالين، وأنه يجب الوضوء، إذا قارنه معنى، وينفيه إذا عرا من ذلك المعنى. واختلف القائلون بذلك فى المعنى المرعى، فقالت طائفة: المعنى المرعى هو اللمس بباطن الكف، وهو مذهب ابن القاسم. وقال إسماعيل القاضى وجمهور أصحابنا العراقيون: إن المرعى فى ذلك اللذة.

والدليل على صحة وجوب الوضوء من مس الذكر خبر بسرة بنت صفوان، وهو نص فى موضع الخلاف.

ودلينا على ذلك من جهة القياس أن هذا التقاء بشرتين على معنى الاستمتاع، فوجب بذلك طهارة كالتقاء الختانين. ودلينا على أن لمس الذكر إذا عرا عن اللذة لم

=صحيحه برقم ٣٣، ٢٢/١ عن بسرة. والبعوى فى شرح السنة ٣٤٠/١ عن بسرة فى كتاب الطهارة، باب الوضوء من مس الفرج. وابن حبان فى صحيحه ٢٢٠/١ عن بسرة.

الطهارة ٣٨٥
يوجب الوضوء، أن هذا لمس عرا عن اللذة، فلم يجب به الوضوء كما لو مسه بظاهر كفه.

ووجه ثان، وهو أن من اغتسل من جنابة فلا بد له من غسل ذكره، فلو كان حدثاً مع تعريه من قصد اللذة لما كان طهارة؛ لأنه لا خلاف إن كان حدث من الأحداث ليس بطهارة من جنسه من الأحداث، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا بوجوب الوضوء، فمن صلى قبل أن يتوضأ أعاد الوضوء والصلاة أبداً، قاله ابن نافع. وإن قلنا بنفي الوجوب، ففى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم فى ذلك روايتان، إحداهما: يعيد الصلاة فى الوقت. والثانية: لا يعيدها فى الوقت ولا غيره.

مسألة: واختلفت الرواية فى إيجاب الوضوء بمس المرأة فرجها، فروى ابن القاسم وأشهب عن مالك: لا وضوء عليها. وروى على بن زياد: عليها الوضوء.

وروى إسماعيل بن أبى أويس: عليها الوضوء إذا ألطفت أو قبضت عليه، واختلف أصحابنا فى تأويل هذه الرواية، فقال الشيخ أبو بكر: إن ذلك ليس باختلاف أقوال، وإنما هو لاختلاف أحوال، فمن روى لا وضوء عليها، فإن معنى ذلك إذا لم تلتذ، ومن روى عليها الوضوء، فإنما ذلك إذا التذت.

ومن أصحابنا من يحمل ذلك على اختلاف روايتين، إلا أن الوجوب يتعلق بالإلطاف، وهو إدخال الإصبع ومس الفرج به، والكلام فى توجيه ذلك مبنى على الكلام فى مس الذكر، والله أعلم وأحكم.

٨٨ - مالك، عن إسماعيل بن محمد بن سعد بن أبى وقاص، عن مصعب بن سعد بن أبى وقاص، أنه قال: كنت أمسك المصحف على سعد بن أبى وقاص، فاحتككت، فقال سعد: لعلك مسست ذكرك؟ قال: فقلت: نعم، فقال: قم، فتوضأ. فقمت فتوضأت، ثم رجعت.

الشرح: قوله: «فاحتككت»، يمتل أن يكون احتكاكه دون الثوب، فباشر ذكره بيده، ويحتمل أن يكون من فوق الثوب، ويرى سعد فيه الوضوء.

٣٨٦ الطهارة

وقد روى ابن القاسم عن مالك فيمن مس ذكره فوق ثوب عليه الوضوء. وروى عنه على بن زياد: إنما ذلك في الثوب الخفيف، يريد عند العراقيين من أصحابنا، الثوب الذي لا يمنع بشرة اليد أن تصل إلى الذكر. وأما الثوب الكثيف الذي يمنع ذلك، ويحول دونه، فلا يوجب ذلك.

وجه قول ابن القاسم أن بالقبض على الذكر تحصل اللذة. وهذا المعنى الموجب للوضوء.

وجه الرواية الثانية أن اللذة لا تأثير لها إلا مع اللمس والمباشرة، وأما مجرد اللذة، فلا وضوء فيها، وقد يلتذ الإنسان بالذكر ولا يجب عليه وضوء.

فصل: وأمر سعد لمصعب بالوضوء، يقتضى أنه كان يرى أن لا يمسه المصحف إلا طاهرًا، وسيأتي ذكره، ويقتضى أيضًا أنه كان يرى الوضوء من مس الذكر. وقد روى عن مصعب أن أباه سعدًا قال له: اغسل يدك، والأول أصح؛ لأن روايته أثبت. والمعنى أصح؛ لأنه لا وجه لغسل اليد منه، ولا خلاف أن ذلك لا يجب.

وقد روى قيس بن حازم أن رجلاً قال لسعد: مسست ذكرى، قال: إن علمت أن بضعة منك تنجس، فاقطعها، وهذا يعارض ما روى من غسل اليد من مس الذكر.

٨٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: إِذَا مَسَّ أَحَدُكُمْ ذَكَرَهُ فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْوُضُوءُ.

٩٠ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ مَسَّ ذَكَرَهُ فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْوُضُوءُ.

٨٩ - أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة، باب ٦٩ الوضوء من مس الذكر ٤٥/١ عن بسرة. والترمذي في كتاب الطهارة، باب ٦١ الوضوء من مس الذكر ١٢٦/١ عن بسرة. والنسائي في كتاب الطهارة، باب ١١٨ الوضوء من مس الذكر ١٠٠/١ عن بسرة. وابن ماجه في كتاب الطهارة، باب الوضوء من مس الذكر ١٦١/١ برقم ٤٧٩ عن بسرة. وأحمد ٤٠٧/٦ عن بسرة. والبيهقي ١٢٨/١ عن بسرة. والحاكم في المستدرک ١٣٨/١ عن بسرة. وعبد الرزاق في المصنف برقم ٤١٢ عن بسرة. وابن ماجه في صحيحه برقم ٣٣ عن بسرة. والبخاري في شرح السنة ٣٤٠/١ عن بسرة في كتاب الطهارة، باب الوضوء من مس الفرج. وابن حبان في صحيحه ٢٢٠/١ عن بسرة.

٩٠ - الحديث في الموطأ برقم ٩٠.

الشرح: الوضوء في الحديثين محمول على الوضوء الشرعي دون غسل اليد؛ لأن اليد إنما تغسل للنجاسة، ولا نجاسة في الذكر توجب غسل اليد.

وقول عروة: «من مس ذكره فقد وجب عليه الوضوء»، تصريح منه بالأخذ بخبر بسرة واعتقاد العمل به، ولا يجوز أن يكون عروة مع دينه وفضله يصير إلى العمل به، ويترك ما كان يعتقد من ترك الوضوء من مس الذكر، إلا أن يصح عنده الخبر، ويأخذه عن يوثق بنقله، ويلزم الأخذ بروايته.

٩١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ أَبِي عَبْدَ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، يَغْتَسِلُ ثُمَّ يَتَوَضَّأُ، فَقُلْتُ لَهُ: يَا أَبَتِ، أَمَا يَجْزِيكَ الْغُسْلُ مِنَ الْوَضُوءِ؟ قَالَ: بَلَى، وَلَكِنِّي أَحْيَانًا أَمَسُّ ذَكَرِي، فَأَتَوَضَّأُ.

الشرح: إنما كان سؤال سالم أباه لما رآه يتوضأ بعد غسله، وافتتحه بالوضوء، فأنكر عليه إعادة الوضوء، ولا يصح أن ينكر عليه الوضوء مع الغسل برفع صغير الحدث وكبيره، وإنما يتوضأ مع الغسل على معنى تخصيص أعضاء الطهارة، فقال عبدالله بن عمر: أن الغسل يجزيه من الوضوء، ولكنه ربما مس ذكره فتوضأ لذلك، ويجوز أن يكون مس ذكره من غير قصد المنى، بل مرور يديه في ذلك جسده، ويحتمل أن يكون ذلك بقصد، وقد روى معمر في هذا الحديث ما يدل على ذلك.

مسألة: لم يذكر في حديث عبدالله بن عمر متى مس ذكره إن كان في حين غسله أو بعد الفراغ منه، فإن بعد غسله فهو حدث مستأنف يحتاج أن يجدد له طهارة، وإن كان حال غسله وهو الأظهر من قول سالم: «رأيت أبي عبدالله يغتسل ثم توضأ»، ولفظة «ثم» وإن كان موضوعها للمهلة، فلا تستعمل في مثل هذا إلا للرتبة، فهي بمعنى القاء.

وهذا يقتضى أن مس ذكره كان حين غسله، ولا يخلو أن يكون مس ذلك قبل أعضاء الوضوء، فلا ريب أن غسل أعضاء الوضوء بعد ذلك لا يفتقر إلى نية؛ لأن نية الغسل في أوله التي تشتمل على نية الوضوء ثابت حكمها، ما لم يغسل أعضاء الوضوء.

وإن مس ذكره بعد وضوئه، فقد قال الشيخ أبو محمد: تلزمه النية للوضوء، ومنع من

٣٨٨ الطهارة

ذلك الشيخ أبو الحسن، والأولان مبنيان على أصل اختلف فيه قول مالك وأصحابه، وهو المتطهر إذا غسل عضواً من أعضاء طهارته، فهل يطهر بتمام غسل ذلك العضو أم لا يطهر إلا بتمام طهارته؟.

فإذا قلنا إن الحدث لا يزول عن ذلك العضو إلا بتمام الطهارة؛ لأن أعضاء الوضوء التي غسلها حكم الحدث ثابت فيها، فكان ذلك بمنزلة أن يمس ذكره قبل غسله، فحكم نية الغسل بأولها؛ لأنه لا يأتي إلى الآن بموجبها، والفعل فلا يحتاج في غسل أعضاء الوضوء إلى تجديد نية.

وإن قلنا إن أعضاء الوضوء قد طهرت، وارتفع الحدث عنها بتمام إمرار الماء عليها قبل تمام الغسل، فإن ذلك بمنزلة من مس ذكره بعد تمام وضوئه، فعليه أن يستأنف الوضوء بنية مستأنفة، وعلى هذا أيضاً يجب أن يكون الخلاف فيمن مس ذكره في أثناء غسل أعضاء وضوئه، وإن قلنا إن كل عضو يزول حدثه بتمام غسله، فلا بد من تجديد نية وضوئه، وإن قلنا لا يرتفع حدثه إلا بتمام وضوئه، فحكم النية الأول باق، فلا يحتاج إلى تجديد نية، والله أعلم.

٩٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فِي سَفَرٍ، فَرَأَيْتُهُ، بَعْدَ أَنْ طَلَعَتِ الشَّمْسُ، تَوَضَّأَ ثُمَّ صَلَّى، قَالَ: فَقُلْتُ لَهُ: إِنَّ هَذِهِ لَصَلَاةٌ مَا كُنْتَ تَصَلِّيَهَا، قَالَ: إِنِّي بَعْدَ أَنْ تَوَضَّأْتُ لِصَلَاةِ الصُّبْحِ مَسَيْتُ فَرَجِي، ثُمَّ نَسِيتُ أَنْ أَتَوَضَّأَ، فَتَوَضَّأْتُ، وَعَدْتُ لِصَلَاتِي.

الشرح: إعادة عبدالله بن عمر الوضوء والصلاة من مس الذكر بعد طلوع الشمس، دليل على تأكيد ذلك عنده، وعلى وجوب الطهارة منه، وعلى أنه من جملة الأحداث التي لا تبقى الطهارة حكمها.

وروى ابن القاسم وابن نافع عن مالك أنه يعيد الصلاة في الوقت، فإن خرج الوقت فلا إعادة عليه، وهذا على رواية نفي وجوب الوضوء من مس الذكر في الزمت؛ ليؤدي الصلاة على يقين، فإذا خرج الوقت فقد فات ذلك، وقد روى عن ابن القاسم نفي الإعادة في الوقت وغيره.

وذهب العراقيون من أصحابنا إلى أنه يعيد أبدأ، وبه قال ابن نافع وعيسى بن دينار،

وهو المروى عن عبدالله بن عمر. وقد روى الزهري عن سالم أن الصلاة التي أعاد عبدالرحمن بن عمر كانت صلاة العصر.

* * *

الوضوء من قبلة الرجل امرأته

٩٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: قُبْلَةُ الرَّجُلِ امْرَأَتُهُ، وَجَسَّهَا بِيَدِهِ، مِنَ الْمَلَامَسَةِ، فَمَنْ قَبَّلَ امْرَأَتَهُ، أَوْ جَسَّهَا بِيَدِهِ، فَعَلَيْهِ الْوُضُوءُ.

الشرح: قول عبدالله بن عمر: «أن قبلة الرجل امرأته، ووجسها بيده من الملامسة» التي أوجب الله تعالى بها الوضوء في قوله: ﴿أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [النساء: ٤٣، المائدة: ٦]، وأخبر ابن عمر أن القبلة والجلس باليد واقعان تحت ذلك، وأنهما مما يجب به الوضوء، وإلى هذا ذهب أكثر الفقهاء، وبه قال مالك والشافعي.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يوجب شيء من ذلك الوضوء، وإنما يجب الوضوء بالمباشرة الفاحشة التي يقدر معها خروج الماء.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ واللامسة التقاء بشرتين، فإن قيل إن الملامسة هي الجماع، وقد روى ذلك عن ابن عباس، فالجواب أن عبدالله ابن عباس من أهل اللسان وعبد الله بن عمر من أهل اللسان، وقد قالوا: إن القبلة من الملامسة. وتابعه على ذلك عبدالله بن مسعود وهو من كبار الصحابة وأهل اللسان، ولا يجوز أن يختلفوا في اللغة، وإنما اختلفوا في الحكم.

وذهب عبدالله بن عباس إلى أن الملامسة التي ذكرت في الآية هي الجماع، ولذلك روى عنه أنه قال: ربنا حيي كريم، كنى عن الجماع باللامسة، وليس هذا مما يرد به قول ابن عمر وابن مسعود، وقد حملا اللفظ على مقتضاه في اللغة.

فإن قيل أن الملامسة من باب المفاعلة، ولا تكون إلا من اثنين، واللمس باليد إنما يكون من واحد، فثبت أن الملامسة هي الجماع الذي يكون من اثنين.

٩٣ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف، عن ابن عمر ١/١٣٢. وأخرج نحوه ابن أبي شيبة، عن ابن مسعود ١/٤٥، ١/١٦٦ كتاب الطهارة. وذكره في الكنز برقم ٢٧٠٩٢، عن ابن مسعود، وعزاه لابن أبي شيبة في المصنف وعبد الرزاق بالمصنف.

٣٩٠ الطهارة

فالجواب إن الملامسة هي التقاء بشرتين، سواء كان ذلك من فعل واحد أو من فعل اثنين؛ لأن كل واحد منهما ملامس وملموس على أنه لو سلم له ما ذكر، فإن الملامسة فعل اثنين أيضاً؛ لأن كل واحد منهما يقصد إليها بها، ولو امتنع ذلك في اللمس لامتنع في الجماع؛ لأن الفعل لواحد.

وجواب ثان، وهو أن الملامسة قد تكون من الواحد، ولذلك نهى النبي ﷺ عن بيع الملامسة، وإن كان الثوب ملموساً وليس بلامس.

وجواب ثالث وهو إذا قرئ: «أو لامستم النساء»، وبها قرأ الكسائي وحمزة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن التقاء البشريتين يكون على ضربين، أحدهما: أن يفعل على وجه اللذة، فهذا القدر يجب به الوضوء. والثاني: أن يكون لغير لذة، فهذا لا يجب منه الوضوء، وبه قال النخعي ومالك. وقال الشافعي: يجب به الوضوء على كل حال، وبه قال زيد بن أسلم والأوزاعي.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث الذي يأتي بعد هذا، وهو ما روى عن عائشة أنها قالت: كنت أنام بين يدي رسول الله ﷺ ورجلاي في قبلته، فإذا سجد غمزني فقبضت رجلي، فإذا قام بسطتهما، والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح.

ودليلنا من جهة القياس، أن هذه المس عرا اللذة، فلم ينقض الطهارة كالمس الذكر.

فصل: وقوله: «فيمن قبل امرأته أو جسها بيده فعليه الوضوء»، لفظ عام يحتمل أن يريد به من فعل ذلك ملتذاً، ولذلك خصه بامرأته؛ لأن قبله الرجل امرأته في الأغلب لا تنفك من لذة وجسها بيده لا يكون إلا للذة بخلاف لمس يدها لتناول شيء أو مناولته، هذا الذي قاله أصحابنا.

والذي من مذهب مالك وأصحابه أن الوضوء إنما يجب بقصد اللذة دون وجودها، فمن قصد اللذة بلمسه فقد وجب عليه الوضوء، التذ بذلك أو لم يلتذ، وهذا معنى ما في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم.

مسألة: وأما الإنعاض بمجرده، فقد روى ابن نافع عن مالك أنه لا يوجب وضوءاً ولا غسل ذكر. وقال الشيخ أبو إسحاق: من أنعظ إنعاضاً قوياً انتقض وضوؤه، وهو قول مالك في المدونة.

وجه القول الأول أن مجرد اللذة لا يجب لها طهارة حتى يقارنها معنى آخر من ملامسة أو مذى أو غير ذلك.

٩٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مِنْ قُبْلَةِ الرَّجُلِ امْرَأَتُهُ الْوُضُوءُ.

٩٥ - مَالِك، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ: مِنْ قُبْلَةِ الرَّجُلِ امْرَأَتُهُ الْوُضُوءُ.

الشرح: قوله: «من قبلة الرجل امرأته الوضوء»، على نحو ما تقدم، وخص المرأة بذلك لأنها مقصودة باللذة في الأغلب، فأما تقبيل الطفل الصغير، فلا وضوء فيه؛ لأن ذلك لغير لذة.

وفي المجموعة: ليس في قبلة أحد الزوجين الآخر لغير شهوة من فرض أو غيره وضوء. قال ابن القاسم وأصبغ: إن أكرهها، فعليه الوضوء.

وجه الرواية الأولى أنه لما كان الغالب عدم اللذة من التقبيل على وجه الإشفاق والتحنين لم يجب بذلك الوضوء.

وجه الرواية الثانية أن هذا مما لا يعرى من اللذة في الأغلب، فإذا كان ذلك المعلوم منه حمل نادره على حكم الغالب، كالجماع للذة لما كان لا يفعل إلا للذة وكان ذلك بابه حمل الإكراه فيه على الاختيار في وجوب الطهارة.

* * *

العمل في غسل الجنابة

٩٦ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنِ أَبِيهِ، عَنِ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، كَانَ إِذَا اغْتَسَلَ مِنَ الْجَنَابَةِ، بَدَأَ فغَسَلَ يَدَيْهِ، ثُمَّ تَوَضَّأَ كَمَا يَتَوَضَّأُ لِلصَّلَاةِ، ثُمَّ يُدْخِلُ أَصَابِعَهُ فِي الْمَاءِ، فَيُخَلِّلُ بِهَا أَصُولَ شَعْرِهِ، ثُمَّ يَصُبُّ عَلَى رَأْسِهِ

٩٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٢.

٩٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨١.

٩٦ - أخرجه البخارى كتاب الغسل برقم ٢٤٨. ومسلم كتاب الحيض برقم ٣١٦، ٣٢١.

والترمذى كتاب الطهارة برقم ٩٧. والنسائى برقم ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٨، ٢٤٩.

وأبو داود كتاب الصوم برقم ٢٤٦٧، ٢٤٦٩. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها، برقم

٥٤٧. وأحمد بالمسند برقم ٢٣٧٣٦، ٢٤٥٨٠، ٢٤٨٤١، ٢٤٨٥١، ٢٤٨٦١، ٢٥٦٠٩.

والدارمى كتاب الطهارة برقم ٧٤٨. والبغوى بشرح السنة ١٠/٢ عن عائشة فى كتاب

الطهارة، باب كيفية الغسل. وعبدالرزاق بالمصنف برقم ٩٩٩ عن عائشة.

ثَلَاثَ غَرَفَاتٍ بِيَدَيْهِ، ثُمَّ يُفِيضُ الْمَاءَ عَلَى جِلْدِهِ كُلِّهِ^(١).

الشرح: قوله: «بدأ فغسل يديه»، يحتمل أن يكون ذلك لما أصابها من منى أو غيره من التحات، فيكون ذلك واجباً على ما سنذكره بعد هذا، ويحتمل أن يكون لقيامه من نومه أو لبعده عهده بغسلهما، فيكون ذلك مستحباً على ما تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «ثم يتوضأ كما يتوضأ للصلاة»، يريد الوضوء المشروع، وقد تقدم ذكر وصفنا له ومن جملة غسل الرجلين.

وقد اختلف أصحابنا في تأخير غسل الرجلين إلى آخر الغسل أو تقديم ذلك في جملة الوضوء في ابتداء الغسل، فروى على بن زياد عن مالك: يتم وضوءه في أول غسله، وليس الغسل على تأخير غسل الرجلين.

وروى ابن وهب عن مالك في المبسوط: ومن أحب أن يؤخر غسل رجليه حتى يفرغ من غسله فيغسلها، فذلك واسع.

وجه القول الأول حديث عائشة هذا أنه يتوضأ كما يتوضأ للصلاة، وذلك يقتضى غسل رجليه كما يقتضى غسل وجهه ويديه.

وجه القول الثاني حديث ميمونة في وصف غسل النبي ﷺ قالت: توضأ رسول الله ﷺ وضوءه للصلاة وأخر غسل رجليه، وغسل فرجه، وما أصابه من الأذى، ثم أفاض عليه الماء ثم نحي رجليه فغسلهما، هذا غسله من الجنابة.

ومن جهة المعنى أنه لما افتتح غسله بوجهه الذى هو أول أعضاء الوضوء ختمه برجليه التى هى آخر أعضاء الوضوء ليكون سائر الجسد تبعاً لأعضاء الوضوء، فإن قلنا

(١) قال ابن عبد البر: وفي هذا الحديث كيفية غسل المغتسل من الجنابة، وهو من أحسن حديث روى في ذلك، وفيه فرض وسنة، فأما الوضوء قبل الاغتسال من الجنابة ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ أنه كذلك كان يفعل، إلا أن المغتسل من الجنابة إذا لم يتوضأ وعم جميع جسده ورأسه ويديه ورجليه وسائر بدنه بالماء وأسبغ ذلك وأكمله بالغسل ومرور يديه فقد أدى ما عليه إذا قصد الغسل ونواه وتم غسله؛ لأن الله عز وجل إنما فرض على الجنب الغسل دون الوضوء بقوله عز وجل: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾ وقوله: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَرُوا﴾ وهذا إجماع لا خلاف فيه بين العلماء، إلا أنهم مجمعون أيضاً على استحباب الوضوء قبل الغسل للجنب، تأسياً برسول الله ﷺ؛ ولأنه أَعَزُّ عَلَى الْغَسْلِ وَأَهْدَبُ فِيهِ، وَأَمَّا بَعْدَ الْغَسْلِ فَلَا. انظر: (التمهيد، حديث أول لهشام بن عروة، باب العمل في غسل الجنابة).

الطهارة ٣٩٣
برواية علي بن زياد، فعندى أن عليه أن يمسح رأسه قبل غسل رجليه، ثم يغسل رجليه
ثم يستأنف تخليل شعر لحيته، وتخليل شعر رأسه، وهو عندى معنى قول ابن حبيب:
يتوضأ وضوءه للصلاة كاملاً. وروى ابن القاسم عن مالك فى المدونة: يتوضأ الجنب
قبل غسله.

وإن قلنا برواية ابن وهب، فإنه إذا غسل وجهه خلل أصول شعر لحيته ثم غسل يديه
ثم غرف ما يخلل به أصول شعر رأسه، ثم يفيض الماء على سائر جسده.

فرع: وإذا قلنا برواية علي بن زياد، فقدم وضوءه وأخر غسل رجليه، فقد روى
علي عن مالك، أنه يعيد الوضوء عند الفراغ من الغسل. ورواه ابن القاسم عن مالك
فى المبسوط. ووجهه أنه راعى الموالاتة فى الوضوء، والإتيان به على هيئته وصورته.

فصل: وقوله: «ثم يدخل أصابعه فى الماء فيخلل بها أصول شعره»، فى ذلك أغراض
مقصودة، أحدها: تسهيل إيصال الماء إلى البشرة وأصول الشعر، وهذا مذكور فى
المختصر والواضح. والثانى: مباشرة الشعر باليد على أكثر ما يمكن لما يلزم من إمرار
اليد على جميع الجسد، وقد أشار إليه مالك من رواية علي بن زياد عنه فى المجموعة.

مسألة: وهذا حكم شعر اللحية فى التخليل فى الطهارة. وقد اختلفت الرواية فى
ذلك عن مالك، فروى ابن القاسم عنه: ليس على المغتسل من الجنابة تخليل لحيته.
وروى عنه أشهب: أن ذلك عليه.

وجه رواية ابن القاسم أن الفرض قد انتقل إلى الشعر النابت على البشرة، فوجب أن
يسقط حكم إيصال الماء إلى البشرة بإمرار اليد عليها.

ووجه قول أشهب، قول عائشة فى هذا الحديث: ثم يدخل أصابعه فى الماء، فيخلل
بها أصول شعره.

ومن جهة المعنى أن استيعاب جميع الجسد فى الغسل واجب والبشرة التى تحت
اللحية من جملته، فوجب إيصال الماء إليها ومباشرتها بالليل، وإنما انتقل الفرض إلى
الشعر فى الطهارة الصغرى؛ لأنها مبنية على التخفيف ونيابة الأبدال فيها من غير
ضرورة، ولذلك جاز فيها المسح على الخفين ولم يجزى فى الغسل.

فصل: وقوله: «ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات»، يحتل أن يكون على ما شرع
فى الطهارة من التكرار، ويحتل أن يكون لتمام الطهارة؛ لأن الغرفة لا تجزى فى
استيعاب ما يحتاج إليه من غسل رأسه.

فرع: قال القاضى أبو محمد: ويتخرج فى تحليل شعر الرأس روايتان، على رواية ابن القاسم، أن ذلك جائز، وعلى رواية أشهب، لا يجوز.

وقال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى فى هذا نظير؛ لأن بشرة الرأس مسوحة فى الوضوء، مغسولة فى الغسل، فلذلك اختلف حكم شعرها، وليس كذلك بشرة الوجه، فإنها مغسولة فى الحالتين، فيحتمل أن يكون الشعر النابت عليها واحداً فى الحالين، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ثم يفيض الماء على جلده كله»، إفاضة الماء على الجلد يكون بإرسال الماء باليد على الجسم، وقد يكون إمرار اليد مع الماء معيناً فى الإفاضة، وقد يجوز خلو الإفاضة من ذلك إلا أنه لما جمع على أن الجلد لا بد من استيعابه بالإفاضة، وعلمنا أن من الجسد مغابن ومواضع لا يصل إليها الماء بإرساله من أعلى الجسد حتى يوصل إليها باليد، دلنا ذلك على أن إمرار اليد، معتبر مع الإفاضة فى جميع الجسد للإجماع على أن حكم الجسد متساو فى الغسل. وهذا مذهب مالك أنه لا تصح الطهارة إلا بإمرار اليد على جميع البدن.

وقال أبو حنيفة والشافعى: ليس إمرار اليد على الجسد شرطاً فى صحة الطهارة، وبه قال محمد بن عبدالحكم وأبو الفرج من أصحابنا.

والدليل على صحة القول الأول قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾ [النساء: ٤٣]، وجه الاستدلال من الآية أنه نهى عن الصلاة إلا بالاغتسال والاغتسال معنى مفعول، فمعلوم أنه زائد على إفاضة الماء والغمس فى الماء، فلذلك فرقت العرب بين قولهم: غسلت الثوب، وقولهم: أفضت عليه الماء، وغمسته فى الماء. ودليلنا من جهة القياس أن هذا أحد نوعى الطهارة، فلزم فيها إمرار اليد مع الماء كالمسح.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن لم يستطع إمرار يده على جميع جسده، فقد قال سحنون: يجعل من يلى ذلك منه أو يعالجه بخرقة. وفى الواضحة: أنه يمر يده على ما يدركه من جسده ثم يفيض الماء حتى يعم ما لم تبلغه يده.

وللقاضى أبى الحسن فى ذلك قولان، أحدهما: أنه إذا لم يجد ثوباً يمره على جسده، ولم يجد من يتناول ذلك منه أجزاءه إفاضة الماء للضرورة. والقول الثانى: أنه إن كان الذى لا يناله من جسده كثيراً فعليه أن يأتى بمن يلى ذلك منه، وإن كان يسيراً لا بال، فهو معفو عنه كالعمل اليسير فى الصلاة.

٩٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنِ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَغْتَسِلُ مِنْ إِنْاءٍ هُوَ الْفَرْقُ^(١) مِنَ الْجَنَابَةِ^(٢).

الشرح: قولها: «كان يغتسل من إناء هو الفرق»، يحتمل معنيين، أحدهما: أنه كان يغتسل من هذا الإناء، وإن استعمل اليسير من مائه، ويبقى أكثره، أو استعمل جميع ما فيه وزيادة معه، فيتناول ذلك إباحة الوضوء بذلك الإناء.

وقد أجمع الفقهاء على جواز الوضوء بكل إناء طاهر، ليس فيه من ذهب ولا فضة إلا ما يروى عن ابن عمر أنه كان يمنع الوضوء من إناء الشبه ونحوه ناحية الذهب. وقد روى أن الإناء الذي أشارت إليه عائشة أنه كان من شبه.

والمعنى الثاني أنه يحتمل أن يريد أنه كان يستعمل غسله ملء ذلك الإناء المسمى بالفرق، فتقصد بذلك الإخبار عن مقدار ما كان يستعمله غالباً من الماء، وإن لم يكن فيه إخبار عن أقل ما يجزى عن ذلك.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه كان يتوضأ بالمد ويتطهر بالصاع، وهذا أيضاً ليس فيه تحديد لأقل ما يستعمل في الوضوء والغسل، ومن اغتسل أو توضأ بأقل من ذلك أجزأه، هذا هو المشهور من المذهب.

٩٧ - أخرجه البخارى كتاب الغسل برقم ٢٥٠. ومسلم كتاب الحيض برقم ٣١٩. والنسائى كتاب الطهارة برقم ٢٢٨، وكتاب الغسل والتميم برقم ٤١٠. وأبو داود كتاب الطهارة برقم ٢٣٨. وأحمد بالمسند برقم ٢٣٥٦٩، ٢٥١٠٦. والدارمى برقم ٧٥٠. والبيهقى بالسنن ١٩٣/١ عن عائشة ١٩٤. وابن أبى شيبه ٦٥/١ عن عائشة. وذكره بالكنز برقم ٢٧٥١٠ وعزه لعبدالرزاق بالمصنف، وابن أبى شيبه، وسعيد بن منصور.

(١) الفرق: إناء يسع قدر ثلاثة أصع.

وقال السيوطى فى تنوير الحوالك: الفرق: بفتح الراء على الأفصح الأشهر وحكى إسكانه ونقل أبو عبيد الاتفاق على أنه ثلاثة أصع، وأنه ستة عشر رطلا، وقال الأزهرى: الفرق فى كلام العرب بالفتح والمحدثون يسكنونه. وفى النهاية لابن الأثير: الفرق بالتحريك مكىال يسع ستة عشر رطلا وهى اثنا عشر مداً وثلاثة أصع فأما الفرق بالسكون فمائة وعشرون رطلا. وقال الحافظ ابن حجر: وهو غريب. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥١).

(٢) قال ابن عبد البر: هكذا قال مالك فى هذا الحديث، وتابعه ابن عيينة والليث بن سعد، على إسناده ومثته، إلا أنهما زادا فيه: «وكننت اغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد» وهذا اللفظ عند مالك عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة. وروى هذا الحديث عن ابن شهاب معمر، وابن جريج بمثل إسناد مالك، إلا أنهما قالوا: «كننت اغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد، هو الفرق». انظر: (التمهيد، حديث ثان لابن شهاب عن عروة).

قال الشيخ أبو إسحاق: لا يجزى في الغسل أقل من صاع، ولا في الوضوء أقل من مد. وفي العتبية من رواية عيسى، عن ابن القاسم، عن مالك قال: رأيت عياش بن عبد الله بن معبد، وكان فاضلاً يتوضأ بثلاث مد هشام، ويفضل له منه، ويصلى بالناس، فأعجب مالكاً، وثلاث المد بمد هشام دون الرطل. وقال ابن نافع الفرق: ثلاثة أصع بصاع النبي ﷺ.

وروى يحيى الفرق بتسكين الراء، وروى غيره الفرق بتحريكها وهو الصحيح، والفرق ثلاثة أصع، قاله عيسى عن ابن كنانة.

٩٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا اغْتَسَلَ مِنَ الْجَنَابَةِ، بَدَأُ فَأَفْرَغَ عَلَى يَدِهِ الْيُمْنَى، فَغَسَلَهَا، ثُمَّ غَسَلَ فَرْجَهُ، ثُمَّ مَضَمَضَ وَأَسْتَنْشَرَ، ثُمَّ غَسَلَ وَجْهَهُ، وَنَضَحَ فِي عَيْنَيْهِ^(١)، ثُمَّ غَسَلَ يَدَهُ الْيُمْنَى، ثُمَّ الْيُسْرَى، ثُمَّ غَسَلَ رَأْسَهُ، ثُمَّ اغْتَسَلَ، وَأَفَاضَ عَلَيْهِ الْمَاءَ.

الشرح: قوله: «كان إذا اغتسل من الجنابة بدأ، فأفرغ على يده اليمنى، فغسلها»، لما ذكرناه من غسل اليد قبل إدخالها في الإناء، ويكفي غسل اليمنى في هذا الموضع على قول أشهب ليتمكنه غرف الماء بها، ولا معنى لغسل اليد اليسرى معها؛ لأنه يغسل بها فرجه، بعد ذلك فيياشر النجاسة ولا يياشر شيئاً من ذلك بيمنه، فلذلك غسلها ليتناول بها الماء.

فصل: وقوله: «ثم غسل فرجه»، بدأ بغسل فرجة قبل وضوئه لما فيه من إزالة نجاسة، إن كانت عليه وإنما تكون طهارة الحدث بعد إزالة النجاسة وتطهير الأعضاء منها؛ ولأن في غسل الفرج من الذكر يجب أن يقدم ذلك قبل الوضوء؛ لأن مس الذكر بعد الوضوء ناقض للطهارة عند جماعة من الفقهاء، ومما يجب التوقى منه عند سائرهم للخلاف في ذلك.

فرع: فإذا قلنا إنه يؤثر في الطهارة الصغرى دون الكبرى؛ لأنه إذا غسل ذكره في جنابته، فإنه يقضى بذلك من غسله، وإن كان ماساً له.

٩٨ - الحديث في الموطأ برقم ٩٨. البيهقي في السنن الكبرى ١/١٧٧.

(١) ونضح في عينه: قال ابن عبد البر: لم يتابع ابن عمر على النضح في العين أحد، قال: وله شدائد حملها عليها الورع، قال: وفي أكثر الموطآت سئل مالك عن ذلك، فقال: ليس عليه العمل. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥١).

الطهارة ٣٩٧

فصل: وقوله: «ثم مضمض واستنثر»، يريد أنه لما كان غسل يده ليتناول الماء ثم غسل فرجه لإزالة النجاسة منه لتقدم غسله على وضوئه، ثم بدأ بالوضوء ليفتح به غسله على ما تقدم.

فصل: وقوله: «ثم غسل وجهه ونضح الماء في عينيه»، كان عبدالله بن عمر ينضح الماء في عينيه في طهارته على معنى المبالغة لا على معنى الوجوب. وروى عن مالك أنه قال: ليس العمل على حديث ابن عمر في نضح العينين، يريد أنه لا يرى فعل ذلك لملا يلحق بالسنن.

وأما المضمضة والاستنشاق فهما سنتان في الغسل، وهو الذي ذهب إليه مالك أن المضمضة والاستنشاق ليسا بواجبين في غسل الجنابة، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: هما واجبان فيه.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ومن قال بقوله أن هذه طهارة تتعلق بالبدن، فلم يجب فيها إيصال الماء إلى داخل الفم والأنف من غير نجاسة كغسل الميت.

فصل: وقوله: «ثم غسل يده اليمنى ثم غسل يده اليسرى»، إخبار عن استعماله التيمن في غسله والترتيب فيها، ولا خلاف أن هذا الترتيب مستحب وليس بمستحق، والله أعلم.

٩٩ - مالك، أنه بلغه أن عائشة سُئِلَتْ عَنْ غُسْلِ الْمَرْأَةِ مِنَ الْجَنَابَةِ، فَقَالَتْ: لَتَحْفِنُ عَلَيَّ رَأْسَهَا ثَلَاثَ حَفَنَاتٍ مِنَ الْمَاءِ، وَلَتَضَعُ^(١) رَأْسَهَا بِيَدَيْهَا.

الشرح: سؤالا عن غسل المرأة من الجنابة خاصة؛ لأنه أمر متكرر، وليس عليها نقض رأسها، وأما الحيض فقليل، ولا بد لها من نقض رأسها إلى تلك المدة في الأغلب إلا أن صفة الغسل منهما واحدة.

وقولها: «لتحفن على رأسها ثلاث حففات»، قصدت إلى الأهم على السائلة فيما علمت من حالها، فأجابتها عنه، بأنه يكفيها نقض رأسها أن تحفن عليه ثلاث حففات من الماء وتضعها بيدها ليدخله الماء ويصل إلى بشرة الرأس؛ لأن الفرض في الغسل استيعاب البشرة بالغسل.

* * *

٩٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٥.

(١) لتضع: بإعجام الضاد والغين ومثلثة. وقال في النهاية: الضغت معالجة شعر الرأس باليد عند الغسل كأنها تخلط بعضه ببعض ليدخل فيه الغسول والماء. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥١).

واجب الغسل إذا التقى الختانان

١٠٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، وَعَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانُوا يَقُولُونَ: إِذَا مَسَّ الْخِتَانُ الْخِتَانَ^(١) فَقَدْ وَجِبَ الْغُسْلُ.

الشرح: قوله: «إذا مس الختان الختان فقد وجب الغسل»، يريد ختان الفرج وختان الذكر، ولا يتماسان إلا بالإيلاج، قاله ابن حبيب، ورواه عن مطرف وابن الماجشون عن مالك، وهو موجب للغسل عند مالك والشافعي وأبي حنيفة.

وقد اختلف في ذلك الصحابة اختلافاً كثيراً، ثم رجعوا فيه إلى رواية عائشة عن النبي ﷺ في الغسل منه، وقال داود: لا يجب بذلك الغسل، وقد أخرج البخاري ومسلم حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ: «إذا قعد بين شعبها الأربع ثم جهدها، فقد وجب الغسل». وفي حديث مسلم: «وإن لم ينزل».

ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى يتعلق بالجماع، فوجب أن يتعلق بالتقاء الختانين كالحد والمهر.

١٠١ - مَالِك، عَنِ أَبِي النَّضْرِ، مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ، مَا يُوجِبُ الْغُسْلُ؟ فَقَالَتْ: هَلْ تَدْرِي مَا مَثَلُكَ يَا أَبَا سَلَمَةَ؟ مَثَلُ الْفَرُوجِ، يَسْمَعُ الدِّيَكَةَ تَصْرُخُ، فَيَصْرُخُ مَعَهَا، إِذَا جَاوَزَ الْخِتَانُ الْخِتَانَ فَقَدْ وَجِبَ الْغُسْلُ^(١).

١٠٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٦. وأخرجه الترمذي كتاب الطهارة حديث رقم ١٠٢.

(١) قال أهل اللغة: ختان المرأة إنما يسمى خفاضاً، فذكره هنا بلفظ ختان للمشاكلة. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥٢).

١٠١ - أخرجه الترمذي كتاب الطهارة برقم ١٠١. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٦٠٨، وأحمد بالمسند برقم ٢٠٥٨٤، ٢٤٧٥٣، ٢٥٧٥٧.

(١) قال ابن عبد البر: على هذا القول جمهور أهل الفتوى بالحجاز والعراق والشام ومصر، وإليه ذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم والليث بن سعد والأوزاعي والثوري وأحمد ابن حنبل وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد والطبري واختلف أصحاب داود في هذا المسألة، فبعضهم قال بما عليه الفقهاء والجمهور على ما وصفنا من إيجاب الغسل بمجاوزة الختان =

الشرح: سؤاله عما يوجب الغسل عام، غير أنها فهمت عنه أنه سأل عن معنى الجماع، ولذلك لم تجبه عن جميع ما يوجب الغسل، وإنما جاوبته على ما يوجب الغسل بمعنى الوطاء.

فصل: وقولها: «هل تدرى ما مثلك يا أبا سلمة، مثل الفروج يسمع الديكة تصرخ فيصرخ معها»، يحتل معنيين أحدهما: أن أبا سلمة كان في زمان الصبا، وقبل أن يبلغ حد الجماع يستل عن مسائل الجماع ويتكلم فيها، وهو لا يعرفها إلا بالسمع من غيره كالفروج الذى يسمع الديكة التى بلغت حد الصراخ تصرخ، فيصرخ معها، وإن لم يبلغ ذلك الحد، والثانى: أن أبا سلمة كان صبياً لم يبلغ مبلغ الكلام فى العلم، إلا أنه كان يسمع الرجال والكهول يتكلمون فى العلم، فيتكلم معهم.

١٠٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، أَنَّ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ أَتَى عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ لَهَا: لَقَدْ شَقَّ عَلَيَّ اخْتِلَافُ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ فِي أَمْرٍ، إِنِّي لِأَعْظِمُ أَنْ أَسْتَقْبَلَكَ بِهِ. فَقَالَتْ: مَا هُوَ؟ مَا كُنْتَ سَأَلًا عَنْهُ أُمَّكَ فَسَلْنِي عَنْهُ، فَقَالَ: الرَّجُلُ يُصِيبُ أَهْلَهُ ثُمَّ يُكْسِلُ وَلَا يُنْزِلُ؟ فَقَالَتْ: إِذَا جَاوَزَ الْخِتَانُ الْخِتَانَ، فَقَدْ وَجَبَ الْغُسْلُ. فَقَالَ أَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ: لَا أَسْأَلُ عَنْ هَذَا أَحَدًا بَعْدَكَ أَبَدًا^(١).

=الختان، ومنهم من قال: لا غسل عليه إلا بإنزال الماء الدافق، وجعل فى الإكسال الوضوء؛ واحتج من ذهب هذا المذهب بما حدثنا سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا بكر بن حماد، قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى القطان، عن هشام بن عروة، قال: أخبرني أبي، قال: أخبرني أبو أيوب الأنصارى، قال: أخبرني أبي بن كعب، قال: «يارسول الله، إذا جامع الرجل المرأة فلم ينزل، قال: يغسل ما مس المرأة ثم يتوضأ ويصلى». وذكره البخارى عن مسدد بإسناده مثله سواء. انظر: (التمهيد، باب وجوب الغسل باللقاء الختانيين).

١٠٢ - أخرجه مسلم كتاب الحيض برقم ٣٤٩. والترمذى كتاب الطهارة برقم ١٠١. وابن ماجه كتاب الطهارة وسنتها برقم ٦٠٨. وأحمد بالمسند برقم ٢٤١٣٤، ٢٥٧٥٧.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفاً فى الموطأ عند جماعة الرواة، وقد روى عن أبى قرة عن مالك مرفوعاً ما حدثناه خلف بن القاسم، حدثنا أبو الحسن على بن محمد بن أحمد المقدسى، بمنى فى مسجد الخيف إملاء من حفظه، قال: حدثنا أبو سعيد الخدرى، حدثنا على بن زياد اللخمي، حدثنا أبو قرة، قال: ذكر مالك بن أنس، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد ابن المسيب، عن أبى موسى، عن عائشة، أن النبى ﷺ قال: «إذا التقى الختانان وجب الغسل» =

الشرح: قوله: «لقد شق عليَّ اختلاف أصحاب النبي ﷺ في أمر إني لأعظم أن أستقبلك به»، يريد أن الخلاف شق عليه، ولم يشق عليه إلا لقوته ولقوة موجهه، والأخبار الصحاح التي يتعلق بها الفريقان، فيشق عليه ترك بعضها والتعلق بسائرهما، ولا يصح ذلك إلا بدليل، وأعظم أن يستقبلها به لما فيه من التصريح بمجماعة النساء، فبيتهه على أن حرمتها مؤبدة، وأنها في ذلك بمنزلة الأم وأن كل ما يجوز للرجل أن يستقبل به أمه إذا رجا عندها منه علمًا، فلا عليه أن يستقبل به أم المؤمنين.

فصل: وقوله: «الرجل يصيب أهله»، يريد بذلك الجماع.

وقوله: «ثم يكسل ولا ينزل»، يقال: أكسل الرجل إذا فتر عن الجماع، فقالت: «إذا جاوز الختان الختان، فقد وجب الغسل»، فأجابته بعلمها في ذلك، وما توفي عنه النبي ﷺ، وهي كانت أعلم الناس بذلك، وبما تقدم منه، وما تأخر لمكانها من النبي ﷺ، ولذلك قال لها أبو موسى: «لا أسئل عن هذا أحدًا بعدك»، يريد أنه قد أخذ بقولها في ذلك ووثق بعلمها.

١٠٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبٍ، مَوْلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَانَ، أَنَّ مَحْمُودَ بْنَ لَبِيدٍ الْأَنْصَارِيَّ سَأَلَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ عَنِ الرَّجُلِ يُصِيبُ أَهْلَهُ ثُمَّ يُكْسِلُ^(١) وَلَا يُنْزِلُ، فَقَالَ زَيْدٌ: يَغْتَسِلُ، فَقَالَ لَهُ مَحْمُودٌ: إِنَّ أَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ كَانَ لَا

=وهذا خطأ، والصواب ما في الموطأ، وهذا الحديث يدخل في المسند بالمعنى والنظر لأنه محال أن ترى عائشة نفسها في رأيها حجة على غيرها من الصحابة في حين اختلافهم في هذه المسألة النازلة بينهم، ومحال أن يسلم أبو موسى لعائشة قولها من رأيها في مسألة قد خالفها فيها من الصحابة غيرها برأيه؛ لأن كل واحد ليس بحجة على صاحبه عند التنازع؛ لأنهم أمروا إذا تنازعوا في شيء أن يردوه إلى كتاب الله وسنة رسوله، وهذا يدل على أن تسليم أبي موسى لعائشة في هذه المسألة إنما كان من أجل أن علم ذلك كان عندها عن رسول الله ﷺ فلذلك سلم لها، إذ هي أولى بعلم مثل ذلك من غيرها؛ ومع ما ذكرناه من جهة الاستدلال، فقد روى هذا الحديث عن عائشة عن النبي ﷺ مسندًا، وروى أن سعيد بن المسيب دخل مع أبي موسى على عائشة في هذه القصة، فبان بذلك حقيقة قولنا وصحة استدلالنا، وبالله التوفيق. انظر: (التمهيد، باب وجوب الغسل بالتقاء الختانين، حديث ثان ليحيى بن سعيد).

١٠٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٩. وأخرجه من طرق أخرى البيهقي في السنن، عن محمود بن لبيد ١/١٦٦.

(١) يكسل: الإكسال: قطع الجماع قبل الإنزال. وقال في النهاية: أكسل الرجل إذا جامع ثم أدركه فتور فلم ينزل ومعناه صار ذا كسل. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥٢).

الطهارة ٤٠١
يَرَى الْغُسْلَ، فَقَالَ لَهُ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: إِنَّ أَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ نَزَعَ عَنِّي ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ
يَمُوتَ.

الشرح: سؤال محمد بن لبيد، زيد بن ثابت عن هذا الحكم؛ لأن الأنصار كانت
تقول: لا يجب الغسل إلا بالإنزال، وكان المهاجرون يقولون: يجب الغسل بالتقاء
الختانين، فأرسلوا أبا موسى الأشعري إلى عائشة، رضى الله عنهما، ليعلموا ما توفي عنه
النبي ﷺ، فلما أخبرتهم بموجب الغسل نزع أبي بن كعب وزيد بن ثابت وغيرهما ممن
كان ينفي الغسل إلى قول عائشة وعلموا أن ما كان عندهم من نفيه منسوخ أو
مخصوص.

وقد روى عن سهل بن سعد الساعدي عن أبي بن كعب أن النبي ﷺ إنما جعل
ذلك رخصة للناس في أول الإسلام لقلّة الثبات، ثم أمرنا بالغسل ونهينا عن ذلك، يعنى
«الماء من الماء». وروى عن ابن عباس أنه قال: إنما ذلك في الاحتلام.

١٠٤ - مَالِكُ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: إِذَا جَاوَزَ الْخِتَانُ
الْخِتَانَ فَقَدْ وَجِبَ الْغُسْلُ.

الشرح: قوله: «كان يقول: إذا جاوز الختان الختان»، يدل على تكرار هذا القول عنه
واعتقاده له، وأخذه به، وهذا حكم الواطئ في الفرج، فأما في غير الفرج، فلا غسل
على الواطئ إلا أن ينزل، فيجب عليه الغسل بالإنزال، ولا يغسل على المرأة إلا أن تنزل،
فإن وصل شيء من مائه إلى فرجها، ففي المدونة عن مالك: لا يغسل عليها إلا أن تكون
التذت. قال ابن القاسم: يريد أنزلت. وقال الشيخ أبو إسحاق: وقد قيل عليها الغسل
وإن لم تنزل، وهو الاختيار احتياطاً.

وجه قول ابن القاسم أن غسل الجنابة إنما يجب بالتقاء ختانين أو إنزال، وقد عدما
في حق المرأة، فلا غسل عليها.

وجه الرواية الثانية أنه إذا وصل ماء الرجل قبلها والتذت أشكل عليها أمرها، فلم
تدر أنزلت أم لا؟ ولما كان غالب حالها الإنزال عند وجودها اللذة حمل أمرها على
الغالب.

١٠٤ - أخرجه مسلم في كتاب الحيض، باب ٢٢ نسخ حديث (الماء من الماء) برقم ٨٨ عن أبي
موسى ٢٧٢/١ بنحوه. وأحمد ١٣٥ عن عائشة. والترمذي ١٨٢/١ عن عائشة في كتاب
الطهارة، باب ٨٠ «إذا التقى الختانان وجب الغسل».

٤٠٢ الطهارة
قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهو عندي معنى قول مالك، والله أعلم
وأحكم.

* * *

وضوء الجنب إذا أراد أن ينام أو يطعم قبل أن يغتسل

١٠٥ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ قَالَ: ذَكَرَ
عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، أَنَّهُ تُصَيِّهُ جَنَابَةٌ مِنَ اللَّيْلِ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ:
«تَوَضَّأَ وَاغْسَلَ ذَكَرَكَ ثُمَّ نَمَّ»^(١).

الشرح: سؤال عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، في هذا الحديث مخذوف؛ لأنه سأله
هل له أن ينام قبل أن يغتسل إذا أصابته الجنابة، فقال النبي ﷺ: «توضأ واغسل ذكرك ثم
نم»، يريد والله أعلم، أن له تأخير الغسل ما لم يأتي وقت الصلاة، وندبه إلى أن يتوضأ
ويغسل ما بذكره من الأذى ثم ينام إن شاء، وليس هذا بواجب على من أراد النوم.

وروى ابن نافع في المجموعة عن مالك: من لم يفعل فليستغفر الله تعالى. وقال
الداودي: من ترك ذلك لم تسقط عدالته، وهذا الأظهر من قول الفقهاء.

والأصل في ذلك ما رواه أبو إسحاق السبيعي، عن الأسود بن يزيد، عن عائشة
قالت: كان النبي ﷺ ينام، وهو جنب من غير أن يمس ماء.

١٠٥ - أخرجه البخاري كتاب الغسل برقم ٢٨٧. ومسلم كتاب الحيض برقم ٣٠٦. والترمذي
كتاب الطهارة برقم ١١١. والنسائي برقم ٢٥٩، ٢٦٠. وأبو داود برقم ٢٢١. وابن ماجه
كتاب الطهارة وستنها برقم ٥٨٥. وأحمد بالمسند برقم ٢٦٥، ٣٦١، ٥٠٣٦، ٥١٦٨،
٥٢٩٢، ٥٤١٩، ٥٤٧٣، ٥٩٣١. والبيهقي بالسنن الكبرى ١٩٩/١ عن ابن عمر. والبغوي
بشرح السنة ٣٢٩/١ عن علي.

(١) توضأ واغسل ذكرك ثم نم، قال ابن الجوزي: الحكمة فيه أن الملائكة تبعد عن الوسخ
والريح الكريهة وأن الشياطين تقرب من ذلك، وقال النووي: اختلف في حكمة هذا الوضوء،
فقال أصحابنا: لأنه يخفف الحدث وقيل: لعله أن ينشط إلى الغسل إذا بل أعضاءه، وقيل ليبين
على إحدى الطهارتين خشية أن يموت في منامه، قلت: أخرج الطبراني في الكبير بسند لا
بأس به عن ميمونة بنت سعد، قالت: قلت: يا رسول الله، هل يأكل أحدنا وهو جنب، قال:
لا يأكل حتى يتوضأ، قلت: يا رسول الله، هل يرقد الجنب، قال: ما أحب أن يرقد وهو
جنب حتى يتوضأ فإني أخشى أن يتوفى فلا يحضره جبريل عليه السلام. انظر: (تنوير الحوالك
ص٥٢، ٥٣).

الطهارة ٤٠٣

وذكر الشيخ أبو محمد عن ابن حبيب وجوب ذلك قال: وما روى عن النبي ﷺ أنه كان ينام جنباً ولا يمس ماء، فحمله عندنا أنه لم يحضره ماء وأنه تيمم، وهذا الذى قاله يبعد؛ لأنه لا يستعمل هذا اللفظ فى العادم الماء، ولذلك لا يقال كان رسول الله ﷺ يصلى ولا يمس ماء، ويريد به عدم الماء؛ لأنه إنما جرت العادة بذكر العلة المانعة من ذلك، وهو عدم الماء، هذا عرف التخاطب.

ولما قالت: كان ينام بعد الجماع من غير أن يمس ماء، كان مقتضى اللفظ وظاهره استباحة ذلك، ولذلك قلنا فيما روى أن ماعزاً زنا فرجم، أن الرجم كان لأجل الزنا، وليس لقائل أن يقول كان قتل.

وكذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه سها فسجد، ظاهره أن سجوده كان لسهوه، ولا يصح أن يقال أن سجوده كان على وجه الشكر أو لغير ذلك من المعانى، فلا يصرف عن هذا اللفظ إلا بدليل.

مسألة: ولا يبطل هذا الوضوء ببول ولا غائط، قاله مالك فى المجموعة، ولا يبطل بشيء إلا بمعاودة الجماع، فإن جامع بعد وضوئه أعاد الوضوء؛ لأن الجماع الثانى يحتاج من أحدث الوضوء مثل ما احتججه الأول.

١٠٦ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهَا كَانَتْ تَقُولُ: إِذَا أَصَابَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَنَامَ قَبْلَ أَنْ يَغْتَسِلَ فَلَا يَنْمُ حَتَّى يَتَوَضَّأَ وَضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ.

الشرح: قولها: «وضوءه للصلاة»، يريد وضوءاً كاملاً كالوضوء الذى يستتبع به الصلاة، وكذلك قال مالك. وقال ابن حبيب: إن أخذ بقول ابن عمر، فترك غسل رجله، فذلك واسع، وقول مالك أولى بما فى حديث النبي ﷺ من إطلاق لفظ الوضوء، وذلك يقتضى الوضوء الشرعى.

١٠٦ - أخرجه البخارى كتاب الغسل برقم ٢٨٦، ٢٨٨. ومسلم كتاب الحيض برقم ٣٠٥. والنسائى كتاب الطهارة برقم ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، وكتاب الغسل والتيمم برقم ٤٠٤. وأبو داود كتاب الطهارة برقم ٢٢٢، وكتاب الصلاة برقم ٤٢٤. وابن ماجه برقم ٥٨٤. وأحمد بالمسند برقم ٢٣٥٥٠، ٢٤٠٧٨، ٢٤١٨٠، ٢٤١٨٥، ٢٤٣٤٥، ٢٤٦٣٣. والدارمى كتاب الطهارة برقم ٧٥٧.

٤٠٤ الطهارة

١٠٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَنَامَ أَوْ يَطْعَمَ، وَهُوَ جُنُبٌ، غَسَلَ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ إِلَى الْمِرْفَقَيْنِ، وَمَسَحَ بِرَأْسِهِ، ثُمَّ طَعِمَ أَوْ نَامَ.

الشرح: قوله: «إذا أراد أن ينام أو يطعم وهو جنب»، كان عبدالله بن عمر يسوى بينهما في الوضوء لهما، وبه قال عطاء.

وأما مالك فقال: لا يتوضأ إلا من أراد أن ينام فقط، وأما من أراد أن يطعم ويعاود الجماع، فلم يؤمر بالوضوء، وما روى الأسود بن يزيد عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ إذا كان جنباً، فأراد أن يأكل أو ينام توضأ وضوءه.

فمعنى وضوئه هاهنا إذا أراد أن يأكل غسل يده من الأذى، ومعنى وضوئه إذا أراد أن ينام الوضوء الشرعى، إلا أنه لما اشتركا في اللفظ جمع بينهما، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٦]، والصلاة من البارى رحمة ومن الملائكة دعاء.

وقد روى ذلك مفسراً أبو سلمة عن عائشة أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن ينام، وهو جنب توضأ وضوءه للصلاة قبل أن ينام، فإذا أراد أن يطعم غسل فرجه ثم طعم.

وقد روى عن ابن عمر أنه لم يكن يتوضأ لشيء من ذلك، والفرق بين النوم والأكل أن النوم وفاة، فشرع له نوع من الطهارة كاللوات، وأما الأكل، فإنما يراد للحياة، فلم يشرع له وضوء كسائر تصرفات الأحياء.

فصل: وقوله: «إنه كان يغسل وجهه ويديه ويمسح برأسه»، لم يذكر غسل الرجلين على ما تقدم من الخلاف فيه، وإنما فرق بين الرجلين وبين سائر الأعضاء على قول ابن عمر لأنه عضو يسقط مباشرته بالماء لغير عذر، وذلك فى المسح على الخفين، والله أعلم وأحكم.

* * *

إعادة الجنب الصلاة وغسله إذا صلى ولم يذكر وغسله ثوبه

١٠٨ - مَالِك، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَكِيمٍ، أَنَّ عَطَاءَ بْنَ يَسَارٍ أَخْبَرَهُ أَنَّ

١٠٧ - الحديث فى الموطأ برقم ١٠٧.

١٠٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٣.

وقال السيوطى فى تنوير الحوالك: قال ابن عبد البر: هذا حديث مرسل وقد روى متصلاً=

الطهارة ٤٠٥

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، كَبَّرَ فِي صَلَاةٍ مِنَ الصَّلَوَاتِ، ثُمَّ أَشَارَ إِلَيْهِمْ بِيَدِهِ أَنْ امْكُثُوا، فَذَهَبَ ثُمَّ رَجَعَ وَعَلَى جِلْدِهِ أَثَرُ الْمَاءِ.

الشرح: قوله: «كبر في صلاة من الصلوات» يريد تكبيرة الإحرام لأنها أظهر ما ينطلق عليه هذا اللفظ منها.

وقوله: «ثم أشار إليهم أن امكثوا» يريد أن يقيموا على حالهم، وهذه من سنة الصلاة لا يتكلم الإمام إذا طرأ له ما يمنعه التمدد في الصلاة ويستخلف إشارة أو يشير إليهم بالمكث إلا أن يخاف أن لا يفهموا فليتكلم، ولو تكلم عامدا من غير ضرورة لم تبطل صلاة من خلفه، وليس في الحديث بيان عن تكبير أصحابه، فيحتمل أن يكون النبي ﷺ أشار إليهم «أن امكثوا» بعد أن كبروا، وقد قال ابن نافع: إن المأمومين إذا كانوا في الصلاة، فأشار إليهم إمامهم بالمكث، فإنه يجب عليهم انتظاره حتى يأتي، فيتم بهم الصلاة.

وروى عن علي بن زياد عن مالك، أنه لا ينبغي لهم انتظاره وأما الذي فعله النبي ﷺ فهو له خاص، وهذا الذي روى عن مالك يحتاج إلى دليل في اختصاص هذا الحكم بالنبي ﷺ إلا أن في عبارة أصحابه عنه تجوزاً، فقد ينقلون العمل عن هذا الحديث وإنما يريدون، ليس العمل على ظاهره عندهم وينقلون عنه: هذا خاص بالنبي ﷺ، يريد أن ظاهره لا يجوز لأحد بعده ويتورع عن تأويله في خاصة النبي ﷺ فيمسك عنه، ويقال هذا خاص النبي ﷺ.

وفي الجملتين القولان مبنيان على صحة بناء الصحابة على ما تقدم من تكبيرهم للصلاة، وذلك يدل على صحة الطاهر خلف إمام محدث ناس لحدثه. روى ابن أبي زياد في نوادره عن بعض أصحابنا أن ما ورد «أن النبي ﷺ خرج وانتظروه حتى اغتسل ثم عاد» أنه لم يجرم، وقال: هذا الثابت أنه لم يكن أحرم، وما ذهب إليه هذا القائل ليس بيين لأن ما سئل عطاء فسنة يعمل بها عندنا لا سيما وقد روى مسنداً، والأبين أن

=مسنداً من حديث أبي هريرة وأبي بكرة. قلت: حديث أبي هريرة أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي، وحديث أبو بكرة أخرجه أبو داود، وفيه: أنها صلاة الفجر. وانظر: التمهيد، باب إعادة الجنب الصلاة وغسله إذا صلى ناسياً أنه جنب وغسله ثوبه، حديث ثالث لإسماعيل بن أبي حكيم مرسل.

أخرجه البخاري في كتاب الغسل، باب ١٧ إذا ذكر في المسجد أنه جنب ١٢٨/١ عن أبي هريرة. ومسلم في كتاب المساجد برقم ١٥٧، ١٥٨، ٤٢٢/١ عن أبي هريرة.

تكبير النبي ﷺ ثابت وتكبير من خلفه محتمل، فإن قلنا بما ذهب إليه مالك فنحمله أن القوم لم يجرموا وأنه أشار إليهم أن ينتظروا لما لم يدخلوا في الصلاة، وذلك حكم الإمام مع الناس اليوم.

وقد قال ابن القاسم في المدونة: ولو أحدث الإمام قبل أن يجرم أو بعد ما أحرم، أن ذلك كله سواء ويستخلف من يتم بهم الصلاة، وإن قلنا بقول ابن نافع في جواز ذلك للناس اليوم، حملناه على الغالب من الحال لأن الإمام متى كبر، كبر الناس بأثره ولا يكاد يتأخر تكبيرهم عن تكبيره.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يصح للإمام قطع صلاته ولا يفسد ذلك صلاة المأمون غلبة الحدث أو ذكر حدث متقدم. وفي كتاب ابن سحنون: إذا صلى الإمام ركعة ثم انقلبت دابته وخاف عليها أو على صبي أو أعمى أن يقع في نار أو بئر أو ذكر متاعاً خاف عليه أن يتلف، فذلك عذر يبيح له أن يستخلف ولا يفسد على من خلفه شيئاً.

١٠٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زُبَيْدِ بْنِ الصَّلْتِ، أَنَّهُ قَالَ: خَرَجْتُ مَعَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِلَى الْجُرْفِ^(١)، فَنَظَرَ فَإِذَا هُوَ قَدْ احْتَلَمَ، وَصَلَّى وَلَمْ يَغْتَسِلْ. فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا أَرَانِي إِلَّا احْتَلَمْتُ وَمَا شَعَرْتُ، وَصَلَّيْتُ وَمَا اغْتَسَلْتُ. قَالَ: فَأَغْتَسَلْتُ وَغَسَلْتُ مَا رَأَيْتُ فِي ثَوْبِي وَنَضَحْتُ مَا لَمْ يَرِ وَأَذَّنَ أَوْ أَقَامَ، ثُمَّ صَلَّيْتُ بَعْدَ ارْتِفَاعِ الضُّحَى مُتَمَكِّنًا.

الشرح: قوله: «خرجت مع عمر بن الخطاب إلى الجرف»، الجرف موضع.

وقوله: «فنظر فإذا هو قد احتلم وصلى ولم يغتسل»، يريد أنه رأى في ثوبه من أثر النبي ما دله على الاحتلام، فقال: «والله ما أراي إلا وقد احتلمت وما شعرت»، ظاهره أنه لم يذكر احتلامه جملة.

وقوله: «وصليت وما اغتسلت»، يريد أنه فعل ما يقع عليه اسم الصلاة، وأن خروج المتى على وجه الاحتلام يوجب الغسل لأنه خارج على وجه اللذبة كخروجه حال اليقظة بملاعبة أو تذكار وسواء ذكر أنه جامع في نومه والتذ أو لم يذكر شيئاً إلا أنه

١٠٩ - الحديث في الموطأ برقم ١٠٩.

(١) الجرف: بضم الجيم والراء وفاء، قال الرافعي: على ثلاثة أميال من المدينة من جانب

الشام. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥٣).

الطهارة ٤٠٧

من رأى المنى فى ثوبه، فإنه يجب عليه الغسل لأن الغالب خروجُه على وجه اللذة، فيحمل على المعتاد من حاله.

مسألة: وقد تتقدم اللذة المنى ثم يخرج بعد سكونها كالرجل يلاعب أهله فيجد اللذة الكبرى ولا ينزل فيتوضأ ويصلى ثم ينزل، فروى على بن زياد عن مالك: يجب عليه الغسل من المجموعة. وقال القاضى أبو الحسن: والظاهر من مذهب مالك أنه إذا لم تقارنه لذة حال خروجِه لم يجب عليه غسل.

وجه القول الأول، أن الماء انفصل عن مستقره باللذة، وذلك المراعى فى وجوب الغسل دون ظهوره.

وجه القول الثانى ما يتعلق به أبو الحسن من أن الاعتبار من اللذة ما قارن خروج المنى لأنه حيثئذ يكون له حكم المنى فى وجوب غسل الجنابة وثبوت الحدث، وأما قبل ذلك فلا حكم له.

فرع: وإذا قلنا يجب عليه الغسل فهل عليه إعادة الصلاة، روى فى المجموعة عن ابن القاسم عن مالك يعيد الصلاة، وبه قال ابن كنانة. وروى ابن المواز عن أصبغ: يغتس ولا يعيد الصلاة. وفى المجموعة عن ابن القاسم عن مالك فيمن رأى أنه احتلم ولم ينزل فتوضأ وصلى ثم أنزل لغير لذة.

فالرواية الأولى مبنية على أنه راعى اللذة حين انفصال الماء عن مستقره، فصلى على حال جنابة لم يغتسل من ذلك فوجب عليه أن يستأنف الغسل والصلاة.

وجه الرواية الثانية ما احتج به ابن المواز أنه إنما صار جنبا بخروج الماء وذلك بعد تمام الصلاة وصحتها. وقال القاضى أبو الحسن: ومعنى هذه الرواية أن الماء خرج بلذة ثانية.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: وقول ابن المواز عندما ظاهر، يريد أنه لو اغتسل قبل خروج الماء لم يجزه، والله أعلم.

مسألة: ومن جامع ولم ينزل فاغتسل لالتقاء الختائين وصلى ثم خرج منه المنى بعد ذلك، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا غسل عليه، وبه قال ابن المواز وسحنون فى كتاب ابنه، وقد قال أيضا: يعيد الغسل، وحكاه عن بعض أصحابنا.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز وسحنون من أنه ماء اغتسل له مرتين،

٤٠٨ الطهارة

واحتج له يحيى بن عمر بأنه خرج لغير لذة، والله أعلم، أنه لم يجد اللذة الكبرى التى يقدر معها انفصال الماء عن مستقره، وإنما وجد لذة الإتعاظ خاصة والمباشرة.

ووجه القول الثانى الذى يوجب إعادة الغسل أن وجود لذة الجماع مع وجود خروج المنى موجب للغسل، وهو بانفراذه حدث، والتقاء الختانين حدث، فإذا اجتمعا تداخلا وإذا انفصلا لزم بكل واحد منها الغسل.

فرع: وإذا قلنا أنه لا يجب بهذا المنى غسل، فروى عيسى عن ابن القاسم وابن وهب عن مالك أنه يتوضأ. قال القاضى أبو الحسن: والظاهر من مذهب مالك أن الوضوء فيه واجب، ومن أصحابنا من قال: هو مستحب.

وجه القول الأول أنه خارج من الفرج على وجه الصحة والعادة فوجب به طهارة كالبول.

ووجه القول الثانى أن هذا منى فلم يجب به الوضوء كمنى السلس.

وإن قلنا: يجب عليه الغسل، فهل يجب عليه إعادة الصلاة؟ قال سحنون: قال بعض أصحابنا: يعيد الصلاة. وقال آخر: يعيد الغسل ولا يعيد الصلاة. وبه قال قتادة، وتوجيه القول فى ذلك كالذى تقدم، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فاغتسل عمر»، يريد من جنابة، «وغسل ما رأى فى ثوبه»، يريد أنه غسل ما تيقن فى ثوبه من المنى لنجاسته ونضح ما لم ير منه، يريد ما شك فيه من ثوبه أن يصيبه منى، وهذا حكم ما يشك فيه من الثياب أن تنضح فى قول مالك. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا تنضح، وهو محمول على الطهارة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما شك فيه من النجاسة، ثلاثة أضرب، أحدها: أن يتيقن وصول النجاسة إلى الثوب ويشك هل غسله بعد ذلك أم لا؟ والثانى: أن يشك هل أصابه بول أو غير ذلك مما لو تيقن وصوله إليه لحكم بنجاسته. والثالث: أن يصيب الثوب شىء لا يدري أظاهر هو أو نجس؟.

فأما الأول، فلا خلاف أنه يجب غسله ولا يجزى نضحه لأن النجاسة متيقنة فلا يزول حكمها إلا بيقين. وأما الثانى: فحكمه النضح على ما قدمناه. وأما الثالث: فليس فيه نضح ولا غيره، وقد روى عن ابن عبد الملك ما يقتضى أنه ينضح.

فرع: إذا ثبت هذا، فهذا حكم الثوب، وأما الجسد، فاختلف أصحابنا فيه، فقال ابن

الطهارة ٤٠٩

شعبان: إن حكمه حكم الثوب في النضح، وفي المدونة ما يدل على أن حكم الجسد الغسل إذا شك في نجاسته وذلك ما رواه علي بن زياد عن مالك: ليس على الرجل غسل أنثيه من المذى إلا أن يخشى أن يصيبهما شيء، وهذا يقتضى إن خشى ذلك كان عليه غسلهما، وفرق بينه وبين الثوب لأن الثوب يفسد بالغسل، والجسد لا يفسد بالغسل.

١١٠ - مَالِك، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَكِيمٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، أَنَّ عُمَرَ ابْنَ الْخَطَّابِ غَدَا إِلَى أَرْضِهِ بِالْجُرْفِ، فَرَأَى فِي ثَوْبِهِ احْتِلَامًا، فَقَالَ: لَقَدْ ابْتَلَيْتُ بِالْاحْتِلَامِ مِنْذُ وَلِيْتُ أَمْرَ النَّاسِ^(١)، فَاغْتَسَلَ وَغَسَلَ مَا رَأَى فِي ثَوْبِهِ مِنَ الْاحْتِلَامِ، ثُمَّ صَلَّى بَعْدَ أَنْ طَلَعَتِ الشَّمْسُ.

الشرح: قوله: «إن عمر بن الخطاب غدا إلى أرضه بالجرف»، يدل على أن لمن ولى شيئاً من أمور المسلمين أن يخرج إلى أرضه ويتعاهد ضيعته وأمور دنياه. وقد روى ابن حبيب عن مالك: لا بأس أن يطالع القاضى ضيعته فيقيم في إصلاحها اليومين والثلاثة وأكثر من ذلك، وهذا الذى قال صحيح لأنه لو منع ذلك لأدى إلى خراب ضيعته وفساد حاله وذهاب قوت عياله.

فصل: وقوله: «فرأى في ثوبه احتلاماً»، يريد منياً من احتلام، وهذا يقتضى أن ثوب لبسه كان لنومه.

وقوله: «لقد ابتليت بالاحتلام منذ وليت أمور المسلمين»، يحتمل أن يريد أن شغله بأمر الناس واهتمامه بهم صرفه عن الاشتغال بالنساء وأكثر عليه الاحتلام، ويحتمل أن يريد أن ذلك كان وقتاً لا بتلاته بالاحتلام لمعنى من المعانى لم يذكره ووقته بما ذكر من ولايته.

١١٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٤. وذكره بلفظه فى كنز العمال ٢٢٤٠١/٨ وعزاه للبيهقى فى السنن، عن مطيع بن الأسود وأنه أصاب وذكر أنه رأى أنه أصاب احتلاماً، وعزاه للبيهقى، وابن شيبه، وذكر رؤيته بللا.

(١) ابتليت بالاحتلام منذ وليت أمر الناس، قال الباجي: يحتمل أن يريد أن شغله بأمر الناس واهتمامه بهم صرفه عن الاشتغال بالنساء فكثر عليه الاحتلام، ويحتمل أن يريد أن ذلك كان وقتاً لا بتلاته به لمعنى من المعانى لم يذكره ووقته بما ذكر من ولايته. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥٤).

فصل: وقوله: «فاغتسل وغسل ما رأى في ثوبه من الاحتلام»، يريد اغتسل من حدث الجنابة وغسل ما يجسده منها وغسل ثوبه من منى الاحتلام، ثم صلى بعد أن طلعت الشمس فقضى صلاته حيثئذ إذ لم يكن صلاحها على طهارة.

١١١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ صَلَّى بِالنَّاسِ الصُّبْحَ، ثُمَّ غَدَا إِلَى أَرْضِهِ بِالْحُرُوفِ، فَوَجَدَ فِي ثَوْبِهِ اخْتِلَامًا، فَقَالَ: إِنَّا لَمَّا أَصَبْنَا الْوَدَكَ لَأَنْتِ الْعُرُوقُ، فَاغْتَسَلْ وَغَسَّلِ الْاِخْتِلَامَ مِنْ ثَوْبِهِ، وَعَادَ لِصَلَاتِهِ^(١).

الشرح: قوله: «إنا لما أصبنا الودك لانت العروق»، قيل إن معنى ذلك أن عمر بن الخطاب لما ولى كان يرد عليه أعيان الناس والعرب من البلاد وكان يطعمهم ويأكل معهم استتلافا لهم، والمشهور من حال عمر أنه لم يتغير من حاله شيء بالولاية ولا كان يصطنع لمن ورد عليه من الطعام إلا مثل ما كان يأكله تعليماً لهم وإنكاراً على الناس السرف فيه، ويحتمل أن يكون معنى قول عمر، أن الناس كانوا قبل ذلك فى جهد من الجذب فامتنع من أكل الودك والسمن ليكون حاله فى القلة حال المسلمين حتى روى عنه أنه ضرب بطنه، وقال: «لنصبرن على أكل الزيت ما دام السمن يباع بالأواقى»، وأنه جعل على نفسه أن لا يأكل سمناً حتى يناله جميع الناس ثم إن الناس أخصبوا بعد ذلك، فعاد إلى أكل السمن والودك، فكثر عليه الاحتلام، فقال: لما إنا أصبنا الودك لانت العروق، وكان قبل الخلافة إذا أصاب الودك والخصب نال النساء ما يقطع عنه

١١١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٣.

(١) قال ابن عبد البر: وأما اختلاف الفقهاء فى القوم يصلون خلف إمام ناس بجنابته، فقال مالك، والشافعى وأصحابهما، والثورى، والأوزاعى: لا إعادة عليهم، وإنما إعادة عليه وحده إذا علم اغتسل وصلى كل صلاة صلاحها وهو على غير طهارة، وعليه أكثر العلماء، وقال حماد: أعجب إلى أن يعيدوا، وقال أبو حنيفة وأصحابه: عليهم إعادة، لأن صلاتهم مرتبطة بصلاة إمامهم، فإذا لم تكن له صلاة، لم تكن لهم، وروى إيجاب إعادة على من صلى خلف جنب أو غير متوضئ عن على بن أبى طالب، من حديث عبدالرزاق، عن إبراهيم بن يزيد، عن عمرو بن دينار، عن أبى جعفر، عن على، وهو منقطع، وفيه عن عمر حبر ضعيف، لا يصح، وهو قول الشعبي، وحماد بن أبى سليمان، وذكر الأثرم عن أحمد بن حنبل إذا صلى إمام يقوم وهو على غير وضوء، ثم ذكر قبل أن يتم، فإنه يعيد ويعيدون، ويتدرون الصلاة، فإن لم يذكر حتى يفرغ من صلاته، أعاد وحده، ولم يعيدوا. انظر: (التمهيد: باب إعادة الجنب الصلاة وغسله إذا صلى ناسياً أنه جنب وغسله ثوبه).

الاحتلام، فلما ولى الخلافة واشتغل عن الإكثار من الجماع ونال الودك أصابه الاحتلام.

فصل: وقوله: «وعاد لصلاته»، يريد قضاء صلاته لأنه كان صلاها على غير طهارة، وأما من كان صلى بصلاته، فقد اختلف العلماء في ذلك، فقال: إن كان الإمام ناسياً لجنابته فصلاة من خلفه صحيحة، وإن كان عالماً بها فصلاة من خلفه فاسدة.

وروى ابن الحكم في المولدات عن أشهب: أن صلاة المأموم صحيحة في الوجهين، وهو قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: صلاة المأموم فاسدة في الوجهين. وقال أبو الفرج في حاويه: إن هذا قياس قول مالك في قوله: إن صلاة المأموم مرتبطة بصلاة الإمام.

والدليل على صحة صلاة المأموم إذا لم يعلم بجنابته حديث عطاء المتقدم «أن رسول الله كبر في الصلاة فأشار إليهم أن امكثوا، فذهب ثم رجع وعلى جلده أثر الماء».

ووجه الدليل منه أنه لم يعدل عن الكلام إلى الإشارة مع أن الكلام أعم وأبين في مثل هذا المعنى إلا لتصحيح صلاة من خلفه إذ لا فائدة لذلك غيرها، وما لا يمكن التحرز منه من الحدث في صلاة الإمام لا يفسد صلاة المأموم، أصل ذلك إذا سبقه الحدث.

والدليل على فساد صلاة المأموم إذا كان الإمام عالماً بجنابته، أن الصلاة خلف الفاسق غير صحيحة.

وحكى ابن القصار عن أبي بكر الأبهري أنه يعيد المصلي خلفه أبداً، وهذا إذا تعمد الصلاة بالناس جنباً فاسق، فلا تصح الصلاة خلفه ولأن كل معنى لو علمه المأموم من الإمام لم تصح صلاته، فإذا علمه الإمام من نفسه لم تصح صلاة المأموم كالكفر، ويفرق بينهما أن ابتداء حدث الإمام عامداً يبطل صلاة المأموم وابتدأه سهواً وغلبة لا يبطل صلاة المأموم، فكذا استدامة الصلاة به عمداً تبطل صلاة المأموم واستدامة ذلك سهواً لا تبطل صلاة المأموم.

١١٢ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ؛ أَنَّهُ اعْتَمَرَ مَعَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فِي رَكْبٍ فِيهِمْ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ، وَأَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ عَرَّسَ بَعْضَ الطَّرِيقِ، قَرِيبًا مِنْ بَعْضِ الْمِيَاهِ فَاحْتَلَمَ عُمَرُ، وَقَدْ كَادَ أَنْ يُصْبِحَ فَلَمْ يَجِدْ مَعَ الرَّكْبِ مَاءً فَرَكِبَ، حَتَّى جَاءَ الْمَاءَ، فَجَعَلَ يَغْسِلُ مَا رَأَى

مِنْ ذَلِكَ الْاِحْتِلَامِ حَتَّى اَسْفَرَ. فَقَالَ لَهُ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ: اَصْبَحْتَ وَمَعَنَا يِيَابٌ، فَدَعَّ ثَوْبَكَ يُغْسِلُ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: وَاعَجَبًا لَكَ يَا عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ! لَيْسَ كُنْتَ تَجِدُ يِيَابًا أَفْكَلُ النَّاسِ يَجِدُ يِيَابًا؟ وَاللَّهِ لَوْ فَعَلْتَهَا لَكَانَتْ سُنَّةً، بَلْ اَغْسِلْ مَا رَأَيْتُ، وَأَنْضِجْ مَا لَمْ أَرَ.

الشرح: قوله: «اعتمر عمر بن الخطاب في ركب فيهم عمرو بن العاص»، خصه بالذكر لما كان سببا لقول عمر ما احتاج إلى إيراده من العلم.

وقوله: «إن عمر بن الخطاب عرس ببعض الطريق قريبا من بعض المياه» يريد أنه نزل من آخر الليل بقرب بعض المياه التي بطريقه، ويجوز أن يمنعه من الوصول إلى الماء أنه لم يكن على طريقه، ويجوز أن يمنعه بعد مسافة أو خوف سرف مع ما كان عنده من المياه التي تجزئ في رفع الحدث الأصغر ولا تجزئ في رفع الحدث الأكبر.

فصل: وقوله: «فاحتلم عمر، وقد كاد أن يصبح فلم يجد مع الركب ماء»، يقتضى طلبه عندهم، وكذلك يجب لمن عدم الماء أن يطلبه عند رفقته إذا كانت عددًا يسيرًا.

فصل: وقوله: «فركب حتى جاء الماء»، ذكر أن الماء الذي جاءه ماء الروحاء، ويحتمل أن يكون نكب عن طريقه إليه، إما لقربه أو لمبالغته في طلبه، وإن كان لا يلزمه.

وروى ابن القاسم عن مالك في المسافر يكون الماء حائدا عن طريقه، أن ذلك على قدرة قوة الرجل وضعفه وبعد الموضع وقربه، فإن كان فيه مشقة أجزاءه التيمم ولم يكن عليه أن يعدل إليه.

وقال سحنون: ليس عليه أن يعدل عن طريقه إلى الماء ميلين وإن لم يخف. وأما إن كان الماء على طريقه ولا يقدر أن يصل إليه في وقت الصلاة إلا بأن يتفرد عن أصحابه الميل ونصف ويخاف في ذلك لسلاية أو سباع، فروى ابن القاسم عن مالك: عليه ذلك وسنذكر شيئاً من هذا التيمم إن شاء الله، ويحتمل أن يكون الماء على طريق عمر بن الخطاب فعجل السير إليه حين احتلم بحاجته إلى الاغتسال، وقد روى ذلك عبدالرزاق.

فصل: وقوله: «فجعل يغسل ما رأى من الاحتلام حتى أسفر»، يريد أنه تتبع ما كان في ثوبه من المنى حتى أسفر الصبح، رأى أن تطهير ثوبه الذي هو فرض أولى من مبادرة أول الوقت الذي هو أفضل، وهذا يدل على نجاسة المنى لأن اشتغاله به وتبعه له حتى ذهب أكثر الوقت وخيف عليه من ضيقه، وأنكر عليه عمرو بن العاص التأخير وأمره

الطهارة ٤١٣

باستبدال ثوب، دليل على نجاسة الثوب عندهم ولو لم يكن نجسا عندهم لما اشتغل عمر بغسله، ولو اشتغل به ل قيل له تشتغل عن الصلاة بإزالة ما لم تلزم إزالته وبنجاسة المنى.

قال أبو حنيفة وقال الشافعي: هو طاهر، والدليل على نجاسته فعل عمر بن الخطاب بحضرة جماعة من الصحابة فى سفره، وأفعاله كانت تنقل ويتحدث بها ولم ينكر ذلك عليه منكر فثبت أنه إجماع. ودليلنا من جهة القياس أنه مائع تشيره الشهوة فوجب أن يكون نجسا كالمذى.

فصل: وقول عمرو بن العاص: «أصبحت»، هذه اللفظة تقولها العرب على وجهين، أحدهما: أن يكون ذلك قبل الصباح، بمعنى أنك قاربت الصباح، وتستعمل بمعنى تمكن الصباح وتبنيه على قرب فواته، كقول عمرو لعمر بن الخطاب: أصبحت وقد أسفر، تبنيها على تمكن الوقت وخوف فواته.

فصل: وقوله: «ومعنا ثياب»، يريد أن معهم ثيابا طاهرة يصلى بها ويترك ثوبه حتى يغسل بعد صلاته لثلا يفوتهم الوقت أو يصيروا فى ضيق منه.

فصل: وقوله: «واعجبا لك يا عمرو بن العاص لئن كنت تجد ثيابا أفكل الناس يجد ثيابا»، تعجب عمر بن الخطاب من عمرو بن العاص حيث لم ينتظر فى حال جميع الناس الذى لا يجد أكثرهم إلا ثوبا واحدا، وبنى قوله على حال نفسه وأهل الجدة مثله، وعمر ابن الخطاب من الأئمة المقتدى بهم، فكان يجرى أمره مجرى يقتدى به الفقير والضعيف، قال: فإذا كنت تجد ثيابا تلبسها من احتلام ولا تشتغل بغسل ثوبك فمن أين يجد غيرك ذلك.

فصل: ثم قال: «والله فعلتها لكنت سنة»، يريد لو تركت الاشتغال بغسل ثوبى لكنت ذلك سنة يقتدى بها من بعدى، فيؤديهم ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك غسل الثياب والصلاة بها على نجاستها. وإما اتخاذ ثياب معدة لذلك ويكلف ما لا يلزم من الاستكثار، وعمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يؤثر التقليل.

فصل: وقوله: «بل أغسل ما رأيت وأنضح ما لم أر»، على ما تقدم، والنضح هو الرش. وقال الداودى: هو صب الماء وليس بالرش وهو ضرب من الغسل.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وأنضح يستعمل عندى فى الوجهين فى هذا الثوب لما خص به ما شك فيه من النجاسة فى الثياب على معنى التدفئة، ولو كان صب الماء يبلغ مبلغ الغسل لقال: أغسل ما رأيت وما لم أر.

فصل: وقول عمر: «بل اغسل ما رأيت وأنضح ما لم أر»، يقتضى وجوب النضح لأنه لا يشتغل عن الصلاة بالناس فى ذلك الوقت مع ضيقه إلا لمعنى واجب مانع من الصلاة، وصرح بذلك بحضرة الصحابة فلم يسمع منكراً لقوله ذلك ممن حضره ولا ممن بلغه، ويحتمل أن يكون عمر رضى الله عنه شك فى نجاسة ثوبه لشيء رآه فيه لا يدرى أنجس هو أم طاهر؟ فهذا قد قلنا: إنه يجب نضحه، ويحتمل أن يكون كان ينضحه لما يخاف أن يكون قد وصل إليه من المنى مع النوم وعدم التوقى. وقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون: من صلى ولم ينضح ثوبه، فإن كان ذلك لغير شك كالجنب والحائض فلا شيء وينضحه لما يستقبل.

وروى أبو زيد فى العتبية عن ابن القاسم: يعيد فى الوقت، وكلا القولين مبنى على صحة الصلاة.

وإن كان لشك فى نجاسته، فقد قال ابن حبيب: إن صلى به جاهلاً أعاد أبداً، وإن صلى به ناسياً أعاد فى الوقت لأن النضح لما شك فيه كالغسل لما تيقن، وليس يشبه المحتمل هذا شك وذلك لم يشك. وفى المجموعة عن ابن القاسم: من شك فى نجاسة ثوبه فصلى قبل أن ينضحه أعاد فى الوقت.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ وَجَدَ فِي ثَوْبِهِ أَثَرَ احْتِلَامٍ وَلَا يَدْرِي مَتَى كَانَ وَلَا يَذْكُرُ شَيْئًا رَأَى فِي مَنَامِهِ، قَالَ: لِيَغْتَسِلَ مِنْ أَحَدِثِ نَوْمٍ نَامَهُ، فَإِنْ كَانَ صَلَّى بَعْدَ ذَلِكَ النَّوْمِ فَلْيُعِدْ مَا كَانَ صَلَّى بَعْدَ ذَلِكَ النَّوْمِ مِنْ أَجْلِ أَنَّ الرَّجُلَ رُبَّمَا احْتَلَمَ وَلَا يَرَى شَيْئًا وَيَرَى وَلَا يَحْتَلِمُ، فَإِذَا وَجَدَ فِي ثَوْبِهِ مَاءً، فَعَلَيْهِ الْغُسْلُ وَذَلِكَ أَنَّ عُمَرَ أَعَادَ مَا كَانَ صَلَّى لِأَخْرِجِ نَوْمٍ نَامَهُ وَلَمْ يُعِدْ مَا كَانَ قَبْلَهُ.

الشرح: وهذا كما ذكر مالك، رحمه الله، فيمن وجد فى ثوبه احتلاماً، ولم يذكر شيئاً رآه، فالذى عليه جمهور الفقهاء أن الغسل واجب عليه، وبه قال الشافعى والنخعى. وقال مجاهد: لا غسل عليه.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أنه غير متيقن لطهارته وهى شرط فى صحة صلاته وإذا لم يتيقن طهارته لم يتيقن صحة صلاته ولم تبرأ ذمته منها.

فصل: وقوله «فيمن وجد فى ثوبه احتلاماً ولا يدرى متى كان ولا يذكر شيئاً: أنه يغتسل من أحدث نوم نامه»، لا يخلو أن يلبس ذلك الثوب أبداً لا ينام إلا فيه أو يكون

الطهارة ٤١٥

ينام فيه في بعض الأوقات دون بعض، فإن كان ينام فيه في بعض الأوقات دون بعض، أعاد ما صلى من الصلوات بعد أحدث نومة نامها لأنه مما لا يشك أن تلك الصلاة بلاها على غير طهارة، سواء كان ذلك الاحتلام في تلك النومة أو قبلها، وما قبل تلك النومة من الصلوات فهو شاك فيها، وهذا الشك إنما طرأ على الصلاة بعد كمالها وبراءة الذمة منها.

وفيه قولان، أحدهما: أنه غير مؤثر فيها كما لو سلم من الصلاة ثم شك هل أحدث بعد طهارته أم لا، فلا شيء عليه لأنه شك طرأ بعد تمام العبادة وتيقن سلامتها، فهذا القول في هذه المسألة مبني على هذا الأصل.

والقول الثاني: أن الشك يؤثر فيها ويوجب إعادتها فعلى هذا القول يجب عليه إعادة الصلوات كلها من أول نومة نامها في ذلك الثوب، فيلزمه إعادة ما صلى بعد أحدث نومة نامها، في ذلك الثوب قولاً واحداً، وما قبل ذلك على قولين لما ذكرناه، وهذا لم يغتسل في طول هذه المدة، فإن اغتسل فيها ولو مرة واحدة تعلق الشك بجميع الصلوات وجرى الاختلاف في جميعها على ما تقدم.

مسألة: ولو كان لابس هذا الثوب لا ينام إلا فيه، فروى ابن حبيب عن مالك، أنه يعيد الصلاة من أول نومة نامها فيه.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ورواه أكثر شيوخنا يحملون هذا على أنه تفسير لمسألة الموطأ وأن المسألتين مفترقتان، فإذا كان ينام في غير هذا الثوب، فإنه يعيد الصلاة من أول ما نام فيه وهذا التأويل عندي غير بين ولا فرق بين المسألتين من هذا الوجه لأن الذي ينام فيه أبداً يتيقن أن أخرى الصلوات صلاحها على حدث ويشك فيما قبل ذلك كما يفعل الذي ينام فيه مرة وفي غيره أخرى.

قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه: والصواب عندي أن يكون اختلف قوله في المسألة ونقلها عنه الناقل على غير ذلك، وهذا على أن هذه المسألة الثانية مبنية على أنه لم يغتسل في جميع المدة من جنابة، فإن اغتسل من جنابة كان حكمه ما تقدم أيضاً.

فصل: وقوله: «من أجل أن الرجل ربما احتلم ولا يرى شيئاً، ويرى ولا يحتلم»، يريد أن الرجل قد يكون منه الإنزال بما يراه في النوم فينسى ذلك جملة ولا يذكره، فهذا عليه الاغتسال لأنه أنزل ملتدماً وخرج منه المتى على الوجه الصحيح من مقارنة اللذة، وإنما ذهب عنه ذكر ذلك.

فصل: وقوله: «ويرى ولا يحتلم»، يريد يرى في نومه يجامع ولا ينزل، فلا يجب عليه غسل لأن الغسل إنما يجب على الرجل بأحد أمرين: إما بالتقاء الختانين على ما تقدم، أو بأنزال الماء الدافق على الوجه المعتاد، فمتى رأى المحتلم أنه يجامع ولا ينزل، فلا غسل عليه لأنه لم يوجد منه أحد أمرين.

فصل: وقوله: «وذلك أن عمر بن الخطاب أعاد ما كان صلى لآخر نومة نامها ولم يعد ما كان قبله»، احتج بذلك على إعادة ما صلى بعد النوم ولم يفرق في هذه المسألة بين أن يكون ينام في هذا الثوب أو ينام فيه وفي غيره، وكذلك حديث عمر محتمل، ويحتمل أيضا أن يكون قد اغتسل قبل أحدث نومة نامها، ويحتمل أن يكون ذكر احتلامه لما رأى المنى في ثوبه أو لعله قد وجد فيه ما دله على حدوثه من رطوبة أو غيرها، ويحتمل أن يكون رأى في ذلك رأى مالك، والله أعلم.

* * *

غسل المرأة إذا رأت في المنام مثل ما يرى الرجل

١١٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بِنِ الزُّبَيْرِ، أَنَّ أُمَّ سُلَيْمٍ قَالَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: الْمَرْأَةُ تَرَى فِي الْمَنَامِ مِثْلَ مَا يَرَى الرَّجُلُ، أَتَغْتَسِلُ؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ فَلتَغْتَسِلِ» فَقَالَتْ لَهَا عَائِشَةُ: «أَفْ لَكَ! وَهَلْ تَرَى ذَلِكَ الْمَرْأَةُ؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تَرِبَتْ يَمِينُكَ وَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشُّبُهَةُ؟» (١).

الشرح: وقولها: «المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل»، تريد من الإنزال والاحتلام «أغتسل» فقال لها رسول الله ﷺ: «نعم، فلتغتسل» فأجبرها أن يحكمها في ذلك الغسل حكم الرجل يرى ذلك، فقالت لها عائشة: «أف لك»، على معنى الإنكار

١١٣ - الحديث في الموطأ برقم ١١٣. الاستذكار برقم ٩٥. أخرجه مسلم كتاب الحيض برقم ٣١١ والنسائي كتاب الطهارة برقم ١٩٦. وأبو داود برقم ٢٣٧. وأحمد بالمسند برقم ٢٥٦٦٣. والدارمي كتاب الطهارة برقم ٧٦٣.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث في الموطأ عن عروة أن أم سليم، وقال فيه ابن أبي أويس: عن مالك، عن أبي شهاب، عن عروة، عن أم سليم. وكل من روى هذا الحديث عن مالك لم يذكر فيه عن عائشة فيما علمت، إلا ابن أبي الوزير، وعبدالله بن نافع أيضا، فإنهما رواه عن مالك عن عروة عن عائشة. انظر: (التمهيد، باب غسل المرأة إذا رأت في المنام مثلما يرى الرجل، حديث خامس عشر لابن شهاب عن عروة).

لقولها والإغلاط عليها لما أخبرت به عن النساء، قالت: «وهل ترى ذلك المرأة؟» فقال لها رسول الله ﷺ: «تربت يمينك».

قال عيسى بن دينار: ما أراه يريد بذلك إلا خيراً وما الإتراب إلا الغنى، فرأى أن ترب وليس من الإتراب بسبيل، وإنما هو من الترب. وقال ابن نافع: معناه أضعف عقلك أجهلين هذا، وقد قيل: إن معناه افتقرت يداك من العلم، ومعناه على هذا، والله أعلم، إذ جهلت مثل هذا فقد قل حظك من العلم، وهو معنى قول ابن كيسان.

وقال الأصمعي: معناه الخض على تعلم مثل هذا كما تقول: انج ثكلتك أمك، لا يريد أن تنكل. وقال أبو عمر: معنى تربت يداك، أصابها التراب، ولم يدع عليها بالفقر. وقال الداودي: وقد قال قوم: إنه تربت بالتاء، يريد استغنت من التراب الذى هو التبيج، وقال: هى لغة القبط صيروا التاء تاء حتى جرى على ألسنة العرب كما أبدلوا من التاء فاء، والأظهر أن النبى ﷺ خاطبها على عادة العرب فى مخاطبتها وهم يستعملون هذه اللفظة عند الإنكار لمن لا يريدون فقره، وإن كان معناها افتقرت يداك، يقال ترب فلان إذا افتقر فلصق بالتراب، وأترب إذا استغنى صار ماله كالتراب كثرة، ويحتمل أن يفعل ذلك بعائشة على وجه التأديب لها لإنكارها ما أقر عليه، وهو لا يقر إلا على الصواب.

وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «اللهم فأبنا مؤمن سببته فاجعل ذلك له قرية إليك يوم القيامة». فلا يمتنع على هذه الأقوال أن يقوم ذلك لها النبى ﷺ لتوَجَّر وليكفر بها ما قالته لأم سليم. وروى حبيب عن مالك: تربت بمعنى خسرت، وهو بمعنى ما قدمناه وقيل معناه امتلاً ترأباً، والله أعلم.

فصل: وقوله: «من أين يكون الشبه»، يريد شبه الابن لأحد أبويه أو لأقاربه منه، ومعنى ذلك أن للمرأة ماء تدفعه عند اللذة الكبرى كما للرجل ماء يدفعه عند اللذة الكبرى، فإذا سبق ماء الرجل ماء المرأة خرج الولد يشبه عمومته، وإذا سبق ماء المرأة خرج الولد يشبه خؤولته.

١١٤ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ

١١٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٦. أخرجه البخارى كتاب العلم برقم ١٣٠. ومسلم كتاب الحيض ٣١٣. والترمذى كتاب الطهارة برقم ١١٣. والنسائى كتاب الطهارة برقم ١٩٧. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٦٠٠. وأحمد بالمسند برقم ٢٥٩٦٤، ٢٦٠٣٩، ٢٦٠٧٣، ٢٦٥٧٣.

أُمُّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ؛ أَنَّهَا قَالَتْ: جَاءَتْ أُمُّ سُلَيْمٍ، امْرَأَةُ أَبِي طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيِّ، إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَسْتَحِي مِنْ الْحَقِّ^(١)، هَلْ عَلَى الْمَرْأَةِ مِنْ غُسْلِ إِذَا هِيَ احْتَلَمَتْ؟ فَقَالَ: «نَعَمْ. إِذَا رَأَتْ الْمَاءَ»^(٢).

الشرح: قولها: «يا رسول الله، إن الله لا يستحي من الحق»، يحتمل أن تريد بذلك لا يأمر أن يستحيا من الحق ويحتمل أن تريد به لا يمتنع من ذكره امتناع المستحي، وإنما قدمت ذلك بين يدي قولها لما احتاجت إليه من السؤال عن أمر يستحي النساء من ذكره، ولم يكن لها بد منه لأنه من أهم أمر دينها، فقدمت هذا من قولها بمعنى أنه إن كان أمراً يستحيا منه إلا أنه حق واجب يلزم النساء السؤال عنه والتوصل إلى علمه.

وقد روى عن عائشة أنها قالت: نعم النساء نساء الأنصار لم يمنعهن الحياء أن يتفقهن في الدين.

فصل: وقولها: «هل على المرأة من غسل إذا هي احتلمت» تريد هل يلزمها غسل كما يلزم الرجال من الاحتلام، فقال: «نعم إذا رأت الماء» يريد الماء الدافق عند اللذة الكبرى وما يخرج من الرجل على هذا الوجه هو المنى، بتشديد الياء، وذلك أن الاحتلام منه ما يكون معه الإنزال فيجب به الغسل، فذلك بين لها وفرق بين الأمرين.

(١) إن الله لا يستحي من الحق، قال الباجي: يحتمل أن تريد: لا يأمر أن يستحي من الحق، ويحتمل أن تريد لا يمتنع من ذكره امتناع المستحي، قال: وإنما قدمت ذلك بين يدي قولها لما احتاجت إليه من السؤال عن أمر يستحي النساء من ذكره ولم يكن لها بد منه. وقال الراجزي: معناه لا يتركه فإن من يستحي من الشر يتركه، والمعنى أن الحياء لا ينبغي أن يمنع من طلب الحق ومعرفته، وقال ابن دقيق العيد: لعل لقائل أن يقول إنما يحتاج إلى تأويل الحياء في حق الله إذا كان الكلام مثبتاً كما جاء إن الله حيي كريم، وأما في النفي فالمستحيات على الله تنفى ولا يشترط في النفي أن يكون المنفى ممكناً، وجوابه أنه لم يرد النفي على الاستحياء مطلقاً بل ورد على الاستحياء من الحق وبطريق المفهوم يقتضى أنه يستحي من غير الحق. فيعود بطريق المفهوم إلى جانب الإثبات. ويستحي بياءين في لغة الحجاز وبياء واحدة في لغة تميم. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥٦).

(٢) إذا رأت الماء: أى المنى بعد الاستيقاظ. وقال السيوطي: وزاد البخاري من طريق آخر عن هشام: فغطت أم سلمة يعني وجهها، وقالت: يا رسول الله وتحتلم المرأة، قال: نعم، تربت يمينك فبم يشبهها ولدها، ولأحمد أنها قالت: وهل للمرأة ماء، فقال: هن شقائق الرجل. قال الراجزي: أى نظائرهم وأمثالهم في الخلق. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥٦).

مسألة: وماء المرأة مخالف لماء الرجل، ماء الرجل أبيض خائر رائحته كرائحة الطلع، وماء المرأة رقيق أصفر.

* * *

جامع غسل الجنابة

١١٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، كَانَ يَقُولُ: لَا بَأْسَ أَنْ يُغْتَسَلَ بِفَضْلِ الْمَرْأَةِ، مَا لَمْ تَكُنْ حَائِضًا، أَوْ جُنُبًا.

١١٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، كَانَ يَعْرِقُ فِي الثَّوْبِ وَهُوَ جُنُبٌ ثُمَّ يُصَلِّي فِيهِ.

١١٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، كَانَ يَغْسِلُ جَوَارِيهِ رِجْلَيْهِ، وَيُعْطِيَنَّهُ الْخُمْرَةَ^(١)، وَهِنَّ حَيْضٌ.

الشرح: قوله: «لا بأس أن يغتسل الرجل بفضل المرأة»، يريد لا بأس أن يغتسل الرجل بفضل وضوء المرأة وبفضل غسلها، ما لم تكن المرأة في استعمال الماء حائضًا أو جنبًا، فإن ابن عمر كان لا يرى أن يغتسل الرجل بفضل المرأة الحائض والجنب، وبه قال أحمد، وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء يجوز ذلك وقد تقدم الكلام فيه.

فصل: وقوله: «كان يعرق في الثوب وهو جنب ثم يصلي فيه»، لأن الجنابة حدث

١١٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٧. وأخرجه من طريق آخر البخاري في كتاب وضوء الرجل مع امرأته ٩٩/١ عن ابن عمر. والنسائي ١٧٩/١ عن ابن عمر في كتاب الوضوء، باب الرخصة في فضل المرأة. وأبو داود برقم عن ابن عمر ٢٠/١ كتاب الطهارة، باب الوضوء بفضل المرأة. وذكر بالكنز ٥٨٠/٩ برقم ٢٧٥١٦ وعزاه للطبراني، عن ابن عمر، ويرقم ٢٧٥١٧ وعزاه لابن البخاري، عن ابن عمر جـ ٥٨١/٩.

١١٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٨.

١١٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٩.

(١) الخمرة: قال في النهاية: هي مقدار ما يضع الرجل عليه وجهه في سجوده من حصير أو نسجة أو نحوه من الثياب، ولا يكون خمرة إلا في هذا المقدار وسميت خمرة لأن خيوطها مستورة بسعفها. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥٦، ٥٧).

٤٢٠ الطهارة

ليس بأمر يتعلق بالثوب فينجسه، وهذا إذا لم يكن على جسد الجنب نجاسة، فإن كان على جسده نجاسة، فعرق في ثوب نجس منع ذلك من الصلاة فيه، وكذلك لو كان الثوب نجساً فعرق فيه، نجس جسده.

فصل: وقوله: «كان عبدالله بن عمر يغسل جواريه رجليه»، يحتمل أن يريد بذلك في الوضوء، على ذلك حملة سحنون. وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك: أنه سئل عن ذلك وقيل له ألا يخاف أن يكون غسل الجوارى رجلي عبدالله من امتهانهن؟ فقال: لا لعمرى، وما كان عبدالله بن عمر يفعل ذلك إلا من شغل أو ضعف يجده.

فصل: وقوله: «ويعطينه الخمرة وهن حيض»، يريد أن الحيض لم يكن يمنع عبدالله ابن عمر من الصلاة على الخمرة التي يتناولنها بأيديهن لأن الحيض إنما هو حدث وليس نجاسة فينجس ما جاور الحائض أو تمسه.

وقد روى عن عائشة أنها قالت: قال لى رسول الله ﷺ: «ناوليني الخمرة، قالت: فقلت: إني حائض، فقال: إن حيضتك ليست بذلك».

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ لَهُ نِسْوَةٌ وَجَوَارِي، هَلْ يَطْوُهُنَّ جَمِيعًا قَبْلَ أَنْ يَغْتَسِلَ؟ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِأَنْ يُصِيبَ الرَّجُلُ جَارِيَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَغْتَسِلَ. فَأَمَّا النِّسَاءُ الْحَرَائِرُ، فَيَكْرَهُ أَنْ يُصِيبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ الْحُرَّةَ فِي يَوْمِ الْأُخْرَى. فَأَمَّا أَنْ يُصِيبَ الْجَارِيَةَ، ثُمَّ يُصِيبَ الْأُخْرَى وَهُوَ جُنُبٌ، فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

الشرح: قوله: «لا بأس أن يصيب الرجل جاريته قبل أن يغتسل بالماء»، لما روى عن أنس أن النبي ﷺ كان يطوف على نسائه في فور واحد، لأن الغسل إنما يراد للصلاة أو لما جرى مجراها شرط فيه الطهارة وليس الجماع مما شرط فيه الطهارة فيحتاج إلى الغسل، إلا أنه يستحب له غسل فرجه ومواضع النجاسة من جسده لئلا تنجس بذلك ثيابه لما روى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أتى أحدكم أهله ثم أراد أن يعود فليتوضأ» والوضوء في هذا الحديث محمول على ما ذكرنا من غسل الفرج وإزالة النجاسة من الجسد.

فصل: وقوله: «فأما النساء الحرائر فإنه يكره أن يصيب الرجل المرأة في يوم الأخرى»، هذا الذى ذكره بمعنى القسم بين النساء ولأنه لا يجوز أن يصيب امرأة من حرائر نسائه في يوم صار بالقسم لأخرى إلا أن تأذن له فى ذلك، وما ذكر فى حديث

الطهارة ٤٢١

أنس أن النبي ﷺ كان يجمع بينهن، يحتمل أحد أمرين، أحدهما: اختصاص ذلك النبي ﷺ، والثاني: إباحتهن له ورضاهن به.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ جُنِبَ وَوَضِعَ لَهُ مَاءٌ يَغْتَسِلُ بِهِ، فَسَهَا فَأَدْخَلَ إصْبَعَهُ فِيهِ، لِيَعْرِفَ حَرَّ الْمَاءِ مِنْ بَرْدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ لَمْ يَكُنْ أَصَابَ إصْبَعُهُ أَدَى، فَلَا أَرَى ذَلِكَ يُنَجِّسُ عَلَيْهِ الْمَاءَ.

الشرح: وهذا كما قال أنه إن لم يكن على أصابعه ماء، فإن الماء طاهر، ولا خلاف في ذلك، وإن كان في أصابعه أذى، فإن كان الماء كثيراً فإن إدخال يده فيه لا يفسده، وإن كان قليلاً فليتحيل في شيء يتناول به الماء فيغسل يده قبل أن يدخلها فيه، فإن لم يجد إلى ذلك سبيلاً ولم يكن عنده غير هذا فلا يخلو أن يكون ما بيده من النجاسة يغير ما عنده من الماء أو لا يغيره، فإن كان يغيره فلا يدخل يده فيه لأن ذلك ينجس الماء، ويفسده، وحكمه حكم من ليس عنده ماء لأنه ممنوع من تناوله وإن كان لا يغيره فليدخل يده فيه ثم يغسل يديه بما يعرف بهما من الماء ثم يتوضأ أو يغتسل لأن إدخال يده في الماء إذا لم يغيره، فإنه لا ينجسه، وإنما يكره ذلك مع وجود غيره وحكم هذا حكم من ليس عنده ماء لأنه ممنوع من تناوله وإن كان لا يغيره فلا يخلو أن يكون قليلاً أو كثيراً، فإن كان قليلاً فحكمه حكم اليسير تحمله نجاسة لا تغيره، فالظاهر من قول أصحابنا أنه أولى من التيمم فعلى هذا القول يدخل يده فيه ثم يغسل يده ثم يتوضأ بما فضل.

وظاهر قول ابن القاسم في المدونة محتمل فتأول عليه قوم أن التيمم أولى منه، فعلى هذا التأويل لا يدخل يده فيه ويتيمم. وقد قال مالك: لا يغتسل الجنب في الماء الدائم وإن غسل عنه الأذى. قال ابن القاسم: لا بأس به إذا غسل عنه الأذى، ولو كان الماء كثيراً يحتمل ما وقع في ذلك لجاز، وإن لم يغسل عنه الأذى فيقتضى قول ابن القاسم أنه أراد بالماء الكثير مقداراً يزيد على ما يغير بالنجاسة، ويحتمل أن يكون عنده في حيز المتنوع.

مسألة: وأما أخذه الماء بفيه ليغسل به يديه، فقد اختلف أصحابنا في ذلك، فروى أشهب عن مالك في العتبية المنع منه، وروى موسى بن معاوية عن ابن القاسم إباحة ذلك.

٤٢٢ الطهارة

ووجه قول مالك أن ما يضاف إليه من الريق مع قلته يجعله ماء مضافاً ويمنع إزالة النجاسة به.

ووجه قول ابن القاسم أن الريق من قربه لطعم الماء ولونه وريحه مع قلته لا يغيره، فلا يمنع رفع النجاسة.

مسألة: وأما اغتسال الجنب، فقد قال مالك: لا يغتسل الجنب فى الماء الدائم وإن غسل عنه الأذى. قال ابن القاسم: لا بأس إذا اغسل عنه الأذى، ولو كان الماء كثيراً يحمل ما وقع فيه لجاز ذلك وإن لم يغسل منه الأذى، والله أعلم.

* * *

هذا باب فى التيمم

١١٨ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ؛ أَنَّهَا قَالَتْ: خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعْضِ أَسْفَارِهِ، حَتَّى إِذَا كُنَّا بِالْبَيْدَاءِ، أَوْ بِنَادَاتِ الْحَيْشِ، انْقَطَعَ عِقْدٌ لِي، فَأَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَيَّ الْيَمَاسِيَةَ، وَأَقَامَ النَّاسُ مَعَهُ وَلَيْسُوا عَلَيَّ مَاءً، وَلَيْسَ مَعَهُمْ مَاءٌ، فَأَتَى النَّاسُ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، فَقَالُوا: أَلَا تَرَى مَا صَنَعَتْ عَائِشَةُ؟ أَقَامَتْ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَبِالنَّاسِ وَلَيْسُوا عَلَيَّ مَاءً، وَلَيْسَ مَعَهُمْ مَاءٌ. قَالَتْ عَائِشَةُ: فَجَاءَ أَبُو بَكْرٍ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَاضِعَ رَأْسَهُ عَلَيَّ فَخِذِي، قَدْ نَامَ، فَقَالَ: حَبَسْتَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَالنَّاسَ وَلَيْسُوا عَلَيَّ مَاءً، وَلَيْسَ مَعَهُمْ مَاءٌ. قَالَتْ عَائِشَةُ: فَعَاتَبَنِي أَبُو بَكْرٍ، فَقَالَ: مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يَقُولَ، وَجَعَلَ يَطْعُنُ بِيَدِهِ فِي خَاصِرَتِي، فَلَا يَمْنَعُنِي مِنَ التَّحَرُّكِ إِلَّا مَكَانُ رَأْسِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَيَّ فَخِذِي، فَنَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى أَصْبَحَ عَلَيَّ غَيْرِ مَاءٍ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى آيَةَ التَّيْمُمِ، فَتَيَّمَّمُوا. فَقَالَ أُسَيْدُ بْنُ حُضَيْرٍ: مَا هِيَ بِأَوَّلِ بَرَكَتِكُمْ يَا آلَ أَبِي بَكْرٍ. قَالَتْ: فَبَعَثْنَا

١١٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٠. أخرجه البخارى كتاب التيمم وكتاب المناقب وكتاب تفسير القرآن وكتاب النكاح وكتاب اللباس بأرقام ٣٣٤، ٣٣٦، ٣٦٧٢، ٣٧٧٣، ٤٥٨٣، ٤٦٠٧، ٤٦٠٨، ٥١٦٤، ٥٨٨٢. ومسلم كتاب الحيض برقم ٣٦٧. والنسائى كتاب الطهارة برقم ٣١٠، ٣١٢. وأبو داود كتاب الطهارة ٣١٧، ٣٧٢. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٥٦٨، ٥٧٥. وأحمد بالمسند برقم ٢٣٧٧٨، ٢٤٩٢٧، ٢٥٨٠٩. والدارمى كتاب الطهارة ٧٥٣.

الْبَعِيرَ الَّذِي كُنْتُ عَلَيْهِ، فَوَجَدْنَا الْعِقْدَ تَحْتَهُ^(١).

الشرح: قول عائشة: «خرجنا مع رسول الله ﷺ في بعض أسفاره»، دليل على جواز سفر الرجل بأهله وقد كان للنبي ﷺ أزواج فيحتمل من جهة اللفظ أن يكون خرج بجميعهن، ويحتمل أن يكون خرج ببعضهن، وقد كان رسول الله ﷺ يسهم بين نسائه إذا أراد سفراً، وسيأتي بيان ذلك في النكاح، إن شاء الله تعالى.

فصل: وقولها: «حتى إذا كنا بالبيداء أو بذات الجيش انقطع عقد لي»، هذه مواضع بقرب المدينة، والعقد قلادة در كان فيها جزع، وروى أن القلادة كانت من جزع أظفار ولم يكن المقام لأجل انقطاعه وإنما كان لأجل ضياعه لأن معنى ذلك أنه انقطع بغير علمها، فلما ذكرت أمره خفي عليها مكانه.

فصل: وقولها: «فأقام رسول الله ﷺ على التماسه»، تريد أنه أقام حتى يمكنه التماسه بذهاب الظلام المانع من التماسه أو لا تنتظر من أرسله لطلب ذلك، ويحتمل أن يكون أقام ولا يظن عدم الماء، ونام رسول الله ﷺ قبل دخول الوقت واستيقظ ولا يقدر على الوصول إلى الماء إلا بعد انقضاء الوقت، ويحتمل أن يكون أقام على التماسه مع علمه بعدم الماء لوجهين، أحدهما: أن تكون إقامته طلب العقد خاصة ليكون ذلك سنة في حفظ الأموال فيجوز للرجل المقام على طلب ماله وحفظه، وإن أدى ذلك إلى عدم الماء في الوقت والاضطرار إلى أداء الصلاة بالتيمم، ويجوز له أيضاً سلوك طريق يتيقن فيه عدم الماء طلباً للمال ورعى المواشى في الفلوات لأنه إذا جاز له المقام بموضع لا ماء فيه وليس بقرار له، فبأن يجوز له المرور به أولى وأحرى. ونحو هذا لمحمد بن مسلمة في المبسوط.

فصل: وقوله: «وأقام الناس معه وليسوا على ماء وليس معهم ماء»، إقامة الناس معه دون ماء مع علمهم بعدمه وتركه الإنكار عليهم، دليل على جواز المقام بموضع لا ماء فيه لمن لا ماء معه لما يعن له من الحاجات فيه أو لمن يكون معه.

(١) قال ابن عبد البر: فيه من الفقه: خروج النساء مع الرجال في الأسفار، وأن خروجهن مع الرجال في الغزوات، وغير الغزوات مباح إذا كان العسكر كبيراً يؤمن عليه الغلبة. انظر: (التمهيد، باب التيمم حديث خامس لعبد الرحمن بن القاسم).

وقال السيوطي: لأبي داود من حديث عمار بن ياسر في آخره زيادة: «...فقام المسلمون مع رسول الله ﷺ فضربوا بأيديهم الأرض ثم رفعوا أيديهم ولم يقبضوا من التراب شيئاً فمسحوا وجوههم بأيديهم إلى المناكب ومن بطون أيديهم إلى الآباط». انظر: (تنوير الحوالك ص ٥٩).

فصل: وقولهم: «ألا ترى ما صنعت عائشة أقامت برسول الله ﷺ وبالناس وليسوا على ماء وليس معهم ماء» دليل على علمهم بعدم الماء، وأن المقام إنما كان لطلب العقد خاصة وإنما نسب المقام في ذلك إلى عائشة وشكوا فعلها إما لأنهم لم يعلموا أن النبي ﷺ علم بعدم الماء عندهم فظنوا أنه أقام لطلب عقد عائشة وهو لا يعلم بعدم الماء حتى ضاق الوقت عن إدراك الماء وخيف ذلك فيه، أو لأن النبي ﷺ أقام على طلب العقد ونام فلم يكن لهم سبيل إلى الرحيل دون إذنه ولا أمكنهم إيقاظه لأن النبي ﷺ إذا نام لا يوقظ لأجل الوحي.

فصل: وقولها: «فجاء أبو بكر ورسول الله ﷺ واضع رأسه على فخذي قد نام»، يريد أن أبا بكر جاء ليعاتبها فيما ذكر له عنها أو ليعلم عذرها في ذلك ودخل عليها ورسول الله ﷺ واضع رأسه على فخذه ولم تمنع هذه الحالة دخول أبي بكر عليها.

فصل: وقولها: «فعاتبني أبو بكر وقال ما شاء الله أن يقول»، تريد أنه لامها وبالع في لومها وطعنها بيده في خاصرتها أو أنه أراد المبالغة في عتبتها وإظهار التغليظ عليها أو أنه أراد أن يكون تحريكها سبباً لإيقاظه ﷺ لما خاف من وقت فوات الصلاة على نحو ما روى عن عمر أنه رفع صوته بالتكبير ليوقظه.

فصل: وقولها: «فلا يمنعني من التحرك إلا مكان رسول الله ﷺ على فخذي»، تريد أن طعن أبي بكر في خاصرتها كان يقتضى تحريكها لألمه، ولكن منعها من ذلك إكرامها للنبي ﷺ ورفقها به وإشفاقها من أن تتحرك فخذه فينقطع عليه نومه.

فصل: وقوله: «فقام رسول الله ﷺ حتى أصبح على غير ماء»، وقد منا أن يحتمل أن يكون نومه قبل أن يعلم بعدم الماء، غير أنه ﷺ يعلم ما يكون من حاله في وقت نومه فلا يجب عليه الوضوء بمجرد النوم وأما الواحد منا فإنه لا يعلم ما يكون منه حال النوم فيجب عليه الوضوء بالنوم.

والأحداث على ضربين: ضرب يكون معتاداً ولا يمكن الامتناع منه كالنوم والبول والغائط، فهذا يجوز فعله للمتوضئ مع عدم الماء. وضرب يمكن الاحتراز منه كالجماع والملاسة ومس الذكر فلا يجوز فعله مع عدم الماء فيما يقرب ويطرأ من المشقة.

فصل: وقولها: «فأنزل الله تعالى آية التيمم»، وهي قوله عز وجل: ﴿فإن لم تجدوا ماء فتميموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [النساء: ٤٣].

قال أسيد بن حضير: «ما هي بأول بركتكم يا آل أبي بكر»، يريد أن بركتكم،

كانت متواليه على الصحابة متكررة وكانوا سببا لكل ما لهم فيه وفق ومصلحة.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَيَّمَّمَ لِصَلَاةٍ حَضَرَتْ، ثُمَّ حَضَرَتْ صَلَاةَ أُخْرَى، أَيَتَيَّمَّمُ لَهَا أَمْ يَكْفِيهِ تَيَّمُّهُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: بَلْ يَتَيَّمَّمُ لِكُلِّ صَلَاةٍ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَتَنَغَّى الْمَاءَ لِكُلِّ صَلَاةٍ؛ فَمَنْ ابْتَغَى الْمَاءَ فَلَمْ يَجِدْهُ، فَإِنَّهُ يَتَيَّمَّمُ.

الشرح: وقوله: «يتيمم لكل صلاة»، أصله أن يتيمم لا يرفع الحدث. وقال الزهري وسعيد بن المسيب والحسن: يرفع الحدث الأصغر. وقال أبو سلمة: يرفع الحدثين جميعاً، ودليلنا على أنه لا يرفع الحدث أنه معنى لا يرفع الحدث مع وجود الماء فلم يرفعه مع عدمه كسائر المائعات.

مسألة: إذا ثبت أنه لا يرفع الحدث، فإنه يستباح به ما لا يجوز فعله مع الحدث، وهو على ضربين: عبادة مؤقتة، وعبادة غير مؤقتة. فأما العبادة المؤقتة فإنها لا تستباح بالتيمم إلا مع ثلاثة شروط، أحدها: عدم الماء وعدم القدرة على استعماله، والثاني: طلب الماء، والثالث: دخول وقت العبادة المؤقتة.

فأما عدم الماء، فإنه معتبر بالوقت مع التماذي على المعتاد من السفر فليس عليه أن يجهد نفسه في الجرى لإدراك الماء ولا أن يخرج عن مشيه المعتاد ولا أن يعدل عن طريقه أكثر من مقدار ما جرت به العادة بالعدول له إلى الاستقاء من العيون والمياه التي يعدلها عن الطريق.

وفي المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك: أن كل ما يشق على المسافر طلبه والخروج إليه وإن خرج إليه فاته أصحابه، فإنه يتيمم ولم يجد فيه حداً، وروى ابن المواز عن مالك: إذا لم يخف في نصف الميل إلا العناء، فمن الناس من يشق ذلك عليه. قال محمد: فتأويل قوله، المرأة والرجل الضعيف بخلاف القوى. وقال سحنون في عدول المسافر عن طريقه الميلين إلى الماء: أراه كثيراً وإن كان أمناً ولا أرى ذلك عليه ولو كان في سفر لا تقصر فيه الصلاة.

مسألة: والذي يراعى من وجود الماء أن يجد منه ما يكفي لطهارته وإن وجد منه أقل من الكفاية تيمم ولم يستعمل ما وجد منه، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يستعمل ما معه من الماء ولا يتيمم، والدليل على ما نقوله أنه مائع ولا يرفع الحدث فلم يجب عليه استعماله كما لو كان مستعملاً.

٤٢٦ الطهارة

فرع: وأما عدم القدرة على استعمال الماء كأن يجد الماء ولكنه يخاف من تناوله مضرة بجسمه من تلف نفسه أو تجدد مرضه أو زيادته، حكى ذلك ابن نافع فى المجموعة. وقال القاضى أبو الحسن: مثل أن يخاف الصحيح نزلة أو حمى وكذلك إن كان المريض يخاف زيادة مرض أو نحو ذلك، قاله أبو حنيفة. وقال الشافعى: لا يجوز له التيمم مع وجود الماء إلا أن يخاف التلف. ورواه القاضى أبو الحسن عن مالك.

والدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [النساء: ٤٣] فوجه الدليل منه أنه ذكر الأحداث وهى ملامسة النساء والمجىء من الغائط، فأمر بالوضوء إلا مع المرض أو مع عدم الماء فى السفر فإنه نقل إلى التيمم ولا يجوز أن يعلق المرض بعدم الماء لأنه لا تأثير له فيه وإنما يؤثر بعدم القدرة على استعماله، وإنما علقه بالسفر لأن الغالب من حاله عدم الماء وقتله.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا مسح أبيض للضرورة فلم يفترق الحكم فيه بين خوف المرض وخوف التلف كالمسح على الجبائر.

مسألة: فأما الفصل الثانى، وهو طلب الماء فإنه يراعى فى الظاهر من المذهب، وبه قال الشافعى. وروى القاضى أبو الفرج عن مالك أنه لا بأس أن يجمع بين الصلاة من الفوائت بتيمم واحد. وذهب القاضى أبو محمد بن نصر وغيره من أصحابنا إلى أن وجه ذلك أن طلب الماء ليس بشرط فى صحة التيمم، وبه قال أبو حنيفة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى وجها آخر أن يكون طلب الماء شرطاً فى صحة التيمم وأن تيممه لو لم يتقدمه طلب الماء لما كان تيمماً يستبيح به الصلاة، ولكنه لما صح تيممه ذلك لم يجب عليه إعادة طلب الماء لكل صلاة فيكون تحديداً للخلاف فى هذا أن المشهور من مذهب مالك ما فى الموطأ أن طلب الماء لكل صلاة شرط فى صحة التيمم.

وعلى رواية أبى الفرج طلب الماء شرط فى صحة التيمم على الإطلاق.

والدليل على أن طلب الماء شرط فى صحة الصلاة قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا﴾ [النساء: ٤٣] فوجه الدليل من الآية أنه قال: ﴿فلم تجدوا﴾ وذلك لأنه لا يستعمل إلا بعد طلب الماء، وقد شرط فى صحة التيمم فوجب أن يكون الطلب شرطاً فى صحته.

الطهارة ٤٢٧

ودليلنا من جهة القياس أن هذا بدل مأمور به عند العجز عن مبدله فلا يجزى فعله إلا مع تيقن عدم مبدله كالصوم مع العتق في الكفارة.

مسألة: ولا يجمع بين صلاتي فرض بتيمم واحد في وقتيهما لما قدمناه من وجوب دخول الوقت قبل التيمم ولو جب طلب الماء لكل تيمم، فإن فعل ولم يكن بين وقتي الصلاة اشتراك أعاد الثانية أبدأ، وإن كان بينهما اشتراك كالظهر والعصر، روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: يعيد الثانية ما دام في الوقت.

وروى أبو زيد في ثمانيته عن مطرف وابن الماجشون: يعيد الثانية أبدأ، وهو الذي يناظر عليه أصحابنا. والقول الأول مبنى على أن طلب الماء ليس بشرط في صحة التيمم لكل صلاة.

مسألة: فإن صلى نوافل متصلة بتيمم واحد أجزاءه وكذلك إن صلى فريضة ثم صلى بعدها نافلة أو نوافل واتصل ذلك بالفريضة ولو صلى نافلة ثم صلى بذلك التيمم الفريضة، فالذي روى ابن القاسم عن مالك: يستأنف التيمم للفريضة، وروى محمد بن يحيى عن مالك أنه خفف أن يصلى الصبح بعد ركعتي الفجر.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن طلب الماء يتعلق بالمواضع التي يغلب على الظن وجود الماء فيها أو سؤال من يغلب على الظن وجوده عنده على الوجه المعتاد، وأما المريض الذي لا يقدر على مس الماء، فإنه يتطلب بغلبة قدرته على استعمال الماء.

مسألة: وأما الشرط الثالث، فهو دخول الوقت، وهذا مراعى في المشهور من مذهب مالك، وبه قال الشافعي. وقال ابن شعبان من أصحابنا: ليس بشرط في صحة التيمم، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: ٦] إلى قوله: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ وهذا يفيد أن يكون التيمم في وقت القيام إلى الصلاة ولا يكون ذلك إلا بعد دخول الوقت. ودليلنا من جهة القياس، أن هذا مستغن عن التيمم فلم يجزه التيمم كالواحد للماء.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَيَمَّمَ، أَيُّومٌ أَصْحَابُهُ وَهُمْ عَلَى وُضُوءٍ؟ قَالَ: يَوْمُهُمْ غَيْرُهُ أَحَبُّ إِلَيَّ. وَلَوْ أَنَّهُمْ هُوَ لَمْ أَرَ بِذَلِكَ بَأْسًا.

الشرح: وهذا كما قال أن الأفضل أن يؤم المتوضئين متوضئ لأن من حكم الإمام أن

يكون حاله مساوياً لحال من خلفه وأفضل منها، والتميم غير لاحق بفضيلة المتوضئ فلا يؤمه ولا يتقدم عليه، هذا المشهور من مذهب مالك. وفي المبسوط عن محمد بن مسلمة: يؤمهم التميم لأن حاله متساوية بحال المتوضئ بالماء، والأول أظهر.

فصل: وقوله: «لو أمهم هو لم أر بذلك بأساً»، يريد أن الأفضل ما تقدم وأن إمامته لهم مما لا تمنع صحة الصلاة وإن منعت فضيلتها. وقد قال ربيعة ومحمد بن الحسين: لا تصح إمامته لهم، ودليلنا أن هذه طهارة تصح بها الصلاة فصحت بها إمامته المتوضئين كالطهارة بالماء.

وَسُئِلَ قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ تَيَّمَّ حِينَ لَمْ يَجِدْ مَاءً، فَقَامَ وَكَبَّرَ، وَدَخَلَ فِي الصَّلَاةِ، فَطَلَعَ عَلَيْهِ إِنْسَانٌ مَعَهُ مَاءٌ؟ قَالَ: لَا يَقْطَعُ صَلَاتَهُ، بَلْ يُتِمُّهَا بِالتَّيْمِمْ، وَلِيَتَوَضَّأَ لِمَا يُسْتَقْبَلُ مِنَ الصَّلَوَاتِ.

الشرح: وهذا كما قال مالك، رحمه الله، وذلك أن تيمم الواجد للماء لا يخلو من ثلاثة أحوال، أحدها: أن يجد الماء قبل التلبس بالصلاة، والثاني: أن يجده بعد التلبس بالصلاة وقبل الفراغ منها، والثالث: أن يجده بعد الفراغ منها، فإن وجدته قبل التلبس بالصلاة فإن عليه استعماله، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو سلمة بن عبدالرحمن: ليس عليه استعمال الماء.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور حديث أبي ذر أن النبي ﷺ قال له: «الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو بقى عشر سنين، فإذا وجدت الماء فامسه».

ودليلنا من جهة القياس، أن هذا بدل من مبدل يراد لغيره، فإذا وجد المبدل قبل التلبس بالمقصود وجب الرجوع إليه كوجود النص قبل إنفاذ الحكم بالقياس المخالف له.

فصل: وإذا وجد الماء بعد التلبس بالصلاة وقبل الفراغ منها فليس عليه قطع الصلاة واستعمال الماء وليتم صلاته وليتوضأ لما يستقبل، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقطع الصلاة ويتوضأ ويستأنف الصلاة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣].

ودليلنا من جهة القياس، أنه دخل في صلاة متعبد بها بتيمم مأمور به فلم يلزم الخروج عنها بطلوع الماء عليه كما لو دخل، في صلاة الجنابة.

فصل: فإن وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة لم تجب عليه إعادة الصلاة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وقال طاوس: يجب عليه الوضوء وإعادة الصلاة في الوقت. والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أن هذا أدى الصلاة بما وجب عليه أن يؤديها به فلم يجب عليه إعادتها بوجود الماء بعد الفراغ منها كما لو وجدته بعد انقضاء الوقت.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ قَامَ إِلَى الصَّلَاةِ، فَلَمْ يَجِدْ مَاءً، فَعَمِلَ بِمَا أَمَرَهُ اللَّهُ بِهِ مِنَ التَّيْمِمْ، فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ، وَلَيْسَ الَّذِي وَجَدَ الْمَاءَ، بِأَطْهَرَ مِنْهُ، وَلَا أَتَمَّ صَلَاةً؛ لِأَنَّهُمَا أَمْرًا جَمِيعًا، فَكُلُّ عَمَلٍ بِمَا أَمَرَهُ اللَّهُ بِهِ، وَإِنَّمَا الْعَمَلُ بِمَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ مِنَ الْوُضُوءِ، لِمَنْ وَجَدَ الْمَاءَ، وَالتَّيْمِمْ، لِمَنْ لَمْ يَجِدِ الْمَاءَ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ فِي الصَّلَاةِ.

الشرح: قوله: «فعمل بما أمر الله به من التيمم»، يريد أنه كان ممن يجوز له التيمم لاجتماع شروط التيمم فيه من عدم الماء بعد الطلب ودخول الوقت فهذا الذي أطاع الله تعالى.

وقوله: «ليس من وجد الماء بأطهر منه»، يريد أن هذا المتيمم قد أدى فرضه كما أداه المتوضئ وليست استباحة المتوضئ بالماء لصلاته بأكثر من استباحة المتيمم لها ولا أتم صلاة، يريد في الأداء لأن ذمة المتيمم قد برئت من صلاته كما برئت ذمة المتوضئ، وبين هذا بقوله: لأنهما أمرًا جميعًا، أمر المتيمم بالتيمم وأمر الواحد للماء بالوضوء. فإذا تيمم هذا وصلى وتوضأ الآخر فقد فعل كل واحد منهما ما أمر به وأدى فرضه على الوجه الذي لزم، وكذلك الصحيح وصاحب الجبائر كل واحد منهما قد عمل بما أمر الله به من المسح على الجبائر للشحوج ومباشرة العضو بالماء للصحيح، فلا يقال إن أحدهما أدى فرضه دون الآخر ولا أن طهارة أحدهما أتم في باب الأجزاء، وهو الذي قصده مالك، رحمه الله، وأما الكلام على الفضيلة فلم يعرض لها فإن الفضل قد يوجد في الوضوء بالماء.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ الْجُنُبِ أَنَّهُ يَتِيمٌ وَيَقْرَأُ حِزْبَهُ مِنَ الْقُرْآنِ، وَيَتَنَفَّلُ مَا لَمْ يَجِدْ مَاءً، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الْمَكَانِ الَّذِي يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ بِالتَّيْمِمْ.

الشرح: وهذا كما قال أن الجنب يتيمم ويقرأ حيزه من القرآن ويتنفل مرارًا هذه المسألة على فصلين، أحدهما: أن الجنب يتيمم ويقرأ حيزه من القرآن يستبيح ما تمنع منه الجنابة بالتيمم. والثاني: تفسير ما يستبيحه الجنب بالتيمم.

٤٣٠ الطهارة

فأما استباحة الجنب الصلاة وغيرها من ممنوعات الجنابة بالتيمم، فهو مذهب جمهور الفقهاء، وروى منعه عن عمر بن الخطاب وعبدالله بن مسعود. والذى يظهر لى من قولهما أنهما إنما منعنا ذلك للذريعة وذلك أن أبا وائل روى عن عبدالله بن مسعود أنه قال: لو رخصنا لهم فيها لأوشك إذا يرد على أحدهم الماء أن يدعه ويتيمم.

وقد روى الضحاك بن مزاحم أن عبدالله بن مسعود ترك قوله فى الجنب لا يصلى حتى يغتسل، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وإن كنتم جنباً فاطهروا﴾ [المائدة: ٦] إلى قوله: ﴿فلم تجدوا ماء فتيموا﴾.

ودلينا من جهة السنة حديث عمران بن حصين «أن النبى ﷺ صلى بالناس فلما انفتل من الصلاة إذا رجل معتزل لم يصل مع القوم، قال: ما منعك يا فلان أن تصلى مع القوم؟ قال: أصابتنى جنابة ولا ماء، قال: عليك بالصعيد فإنه يكفيك». ودلينا من جهة القياس، أن هذا حكم محدث لم يجد الماء فكان فرضه التيمم مع التمكن منه إذا أراد الصلاة كالمحدث.

مسألة: وأما ما يستبيحه الجنب بالتيمم فهو كل أمر من شرطه الطهارة الكبرى كالصلاة والطواف وقراءة القرآن ومس المصحف، وقد قال مالك: إن الجنب لا يمر فى المسجد، فعلى هذا إذا اضطر إليه وجب عليه التيمم.

فصل: وقوله: «وإنما ذلك فى المكان الذى يجوز له أن يصلى فيه بالتيمم»، يريد أن من كان واجدا للماء لا يجوز له أن يستبيح قراءة القرآن بالتيمم لأن التيمم لا يكون بدلاً من الوضوء إلا عند الحاجة إليه وعدم الماء ولا خلاف فى وجوب ذلك فى السفر وإجزائه.

وأما فى الحضر، فقد قال مالك: يتيمم. ويصلى عند عدم الماء فى الحضر، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يصلى بالتيمم عند عدم الماء فى الحضر.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن عدم الماء معنى يجوز له التيمم فى السفر فوجب أن يجوز معه التيمم فى الحضر كالمريض.

فرع: إذا قلنا بالتيمم فى الحضر، فهل يعيد إذا وجد الماء أو لا؟ المشهور من مذهب مالك أنه لا يعيد. وقال ابن حبيب ومحمد بن عبدالحكم: يعيد أبداً، وبه قال الشافعى. والدليل على صحة القول الأول أن هذا مأمور بالصلاة وبالتيمم، فوجب أن تكون صلاته مجزئة كالمسافر.

* * *

العمل في التيمم

١١٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّهُ أَقْبَلَ هُوَ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ مِنَ الْجُرْفِ، حَتَّى إِذَا كَانَا بِالْمَرْبِدِ^(١)، نَزَلَ عَبْدُ اللَّهِ فَتَيَمَّمَّ صَعِيدًا طَيِّبًا، فَمَسَحَ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ إِلَى الْمِرْفَقَيْنِ، ثُمَّ صَلَّى.

الشرح: قوله: «أقبل هو وعبدالله بن عمر من الجرف»، موضع بقرب المدينة ليس بينه وبينها ما تقصر فيه الصلاة، وأما المربرد، فروى سفيان الثوري أن بينه وبين المدينة ميلا أو ميلين، وهذا يقتضى اعتقاد عبدالله جواز التيمم لعدم الماء فى الحضر لأن من يقصر التيمم على السفر لا يجزئه من المسافة إلا فيما تقصر فيه الصلاة، قاله ابن حبيب.

فصل: قال محمد بن مسلمة: وإنما تيمم عبدالله بالمربرد، وهو بطرف المدينة، ولم ينتظر الماء لأنه خاف فوات الوقت ويجب أن يريد بذلك خروج الوقت المستحب وهو أن تصفر الشمس. وقد روى سفيان وابن عمجلان أنه دخل المدينة والشمس مرتفعة. وروى سفيان الثوري أنه لم يعد، وقد روى ذلك عبدالرزاق عن مالك، انفرد به عنه فى هذا الحديث.

وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد بقوله: والشمس مرتفعة، أى أنها مرتفعة عن الأفق لم تغب بعد إلا أن الصفرة قد دخلتها فخاف فوات وقت الصلاة فتيمم على هذا الاجتهاد وصلى ثم تبين له أنه كان فى فسحة من الوقت فلم يعد. وقد روى عن ابن القاسم أنه قال: من رجا إدراك الماء فى آخر الوقت فتيمم فى أوله وصلى فإنه تجزئه ويعيد فى الوقت خاصة على معنى الاستحباب، ويحتمل أن يكون عبدالله رأى هذا رأى وذهب إليه، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله.

١١٩ - أخرجه أبو داود برقم ٣٢٤، ٨٧/١ كتاب الطهارة، باب التيمم، عن عمار. والنسائي ١٦٦/١ كتاب الطهارة، باب التيمم فى الحضر، عن عمار. وابن ماجه برقم ٥٦٩، ١٨٨/١ كتاب الطهارة، باب ٩١ عن عمار. وأحمد ٢٦٣/٤ عن عمار. وابن خزيمة برقم ٢٦٨ عن عمار بن ياسر. والحميدى فى مسنده برقم ١٤٤، ١٧٩ عن أبى خفاف ناجية بن كعب. وأبو عوانة فى المنسد ٣٠٦/١ عن عبد الرحمن بن أبى. والدارقطنى ١٨٣/١ عن عمار بن ياسر. والبيهقى فى السنن الكبرى ٢٠٩/١ عن عمار.

(١) المربرد: هو مربرد النعم موضع على ميلين من المدينة. وقال الأصمعى: المربرد: كل شىء حبست فيه الإبل، ولهذا قيل مربرد النعم بالمدينة. انظر: (معجم البلدان).

٤٣٢ الطهارة

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالعادمون الماء على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يغلب على ظن المكلف عدم الماء في جميع الوقت. والثاني: أن يشك في الأمر. والثالث: أن يغلب على ظنه وجود الماء في آخر الوقت، فإنه يستحب له التيمم والصلاة في أول الوقت أفضل على ما قدمناه، فإذا فاتته فضيلة الماء فإنه يستحب له أن يحوز فضيلة أول الوقت، وأما إذا شك في الأمر، فالذى حكاه أصحابنا عن مالك أنه يتيمم في وسط الوقت، ومعنى ذلك أن يتيمم من الوقت في آخر ما يقع عليه اسم أول الوقت لأنه يؤخر الصلاة رجاء إدراك الماء ما لم تمت فضيلة أول الوقت، فإذا خاف فوات فضيلة أول الوقت تيمم وصلى لفلا تفوته فضيلة أول الوقت ثم لا يدرك فضيلة الماء فتفوته الفضيلتان.

وأما إن غلب على ظنه إدراك الماء في آخر الوقت فإنه يؤخر الصلاة إلى أن يجد الماء في آخره لأن فضيلة الماء أعظم من فضيلة أول الوقت لأن فضيلة أول الوقت مختلف فيها وفضيلة الماء متفق عليها، وفضيلة أول الوقت يجوز تركها دون ضرورة ولا يجوز ترك فضيلة الماء إلا لضرورة، والله أعلم.

فرع: والوقت في ذلك هو الوقت المختار، قاله ابن حبيب، فلو علم وجود الماء في آخر الوقت تيمم في أوله وصلى، فقد قال ابن القاسم: تجزئه، فإن وجد الماء أعاد في الوقت خاصة. وقال عبدالمملك: إن وجد الماء في الوقت فلم يعد أعاد الصلاة أبداً.

وروجه قول ابن القاسم أنه يتيمم ليحوز فضيلة لا تتم إلا بالطهارة فكان تيممه صحيحاً كما لو تيمم للنافلة.

وروجه قول ابن الماجشون أنه يتيمم لصلاة مع الاستغناء عن التيمم كالذى قبل الوقت.

فصل: وقوله: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣]. قال محمد بن مسلمة في المبسوط: يريد أن يكون طاهراً، ولم يرد كرم الأرض ولا لؤمها.

فصل: وقوله: «ومسح بوجهه وعلى يديه إلى المرفقين ثم صلى»، لا خلاف في أن حكم الوجه في الوضوء والتيمم في الاستيعاب واحد، وقد تقدم ذكره في الوضوء، وأما اليدين فاختلف العلماء في حكمهما في التيمم، فقال ابن شهاب: حكمهما المسح إلى المناكب. وعن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: أن فرض التيمم فيهما إلى الكوعين، وبه قال ابن حنبل. والثانية: إلى المرفقين، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وجه القول الأول، ما قاله عمر بن يسار لعمر بن الخطاب: أما تذكر أنا كنا في

الطهارة ٤٣٣
سفر أنا وأنت فأما أنت فلم تصل، وأما أنا فتمعكت فصليت، فذكرت ذلك للنبي ﷺ
فقال النبي ﷺ: «إنما يكفيك هذا، فضرب بكفيه الأرض ونفخ فيهما ثم مسح بهما
وجهه وكفيه».

ودليلنا من جهة القياس أن هذا حكم علق في الشرع على اسم اليد فوجب أن يخص
بالكوع كالقطع في السرقة. قال ابن نافع: من تيمم إلى الكوعين أعاد الصلاة أبدأ.
ووجه القول الثاني، أن هذه طهارة تتعدى محل موجبها فلم يقتصر بفرض اليدين
فيهما على أدون من المرفقين كالوضوء.

١٢٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَتِيمٌ إِلَى الْعِرْفَقَيْنِ.
وَسُئِلَ مَالِكٌ كَيْفَ التَّيْمُ وَأَيْنَ يُلْغُ بِهِ؟ فَقَالَ: يَضْرِبُ ضَرْبَةً لِلْوَجْهِ، وَضَرْبَةً
لِلْيَدَيْنِ، وَيَمْسَحُهُمَا إِلَى الْعِرْفَقَيْنِ.

الشرح: وهذا كما قال أن حكم التيمم ضربة للوجه وضربة لليدين. وقال عطاء:
ضربة واحدة للوجه واليدين.

والدليل على صحة القول الأول أن هذه طهارة فشرع فيها استئناف الطهور لكل
عضو كالوضوء، وإنما يجزئ في اليدين ضربة واحدة لأن الطهر في اليد اليمنى إنما يفعل
باليد اليسرى خاصة، والطهر في اليد اليسرى إنما يفعل باليد اليمنى خاصة، فجعل لكل
يد طهارة بيد ليس يباشرها تطهر عضو آخر فكان ذلك بمنزلة استئناف طهور.

فروع: فإن اقتصر على ضربة واحدة للوجه واليدين فهل يكفيه أو لا؟ حكى ابن
سحنون عن ابن نافع: لا يجزئه ويعيد أبدأ. وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك:
أرجو أن تجزئه.

ووجه قول ابن نافع، أن هذا مسح مفترض في طهارة فوجب أن لا يجزئ إلا
باستئناف الطهور، وأصل ذلك إذا مسح رأسه بفضله ذراعيه.

ووجه قول مالك أن المسح في الوضوء من فروضه ممسوح به، وهو الماء، ولذلك
قال: إنه إذا فنى الماء من يديه قبل استيعاب رأسه جدد آخر، فأما التيمم فليس من
فروضه ممسوح به لأنه يعلم أنه لا يبقى إلى آخر العضو من آثار ما تعلق باليد من التراب

٤٣٤ الطهارة
شئ، وبديل أنه يجوز له التيمم على الحجر الصلد وإنما الغرض منه وضع اليد على
الصعيد في التيمم، وهذا قد وجد في مسألتنا.

فصل: وقوله: «ويعسجهما إلى المرفقين»، يحتل أن يريد به الوجوب، ويحتل أن يريد
به الاستحباب على ما تقدم من الاختلاف في ذلك، وقد اختلف أصحابنا في صفة
المسح فقال مالك من رواية ابن القاسم: يبدأ فيمسح اليمنى باليسرى، يبدأ من ظاهرها
من أطراف أصابعها إلى المرفقين ثم يمسخ من باطنها إلى المرفق إلى أطراف الأصابع من
جهة الكف ثم يمسخ اليسرى باليمنى مثل ذلك. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجشون عن مالك: أنه يبدأ فيمسح اليمنى باليسرى من ظاهرها على أطراف أصابعها
إلى المرفق ثم يمسخ باطنها من المرفق إلى الكف ولا يمسخ الكف ثم يمسخ اليسرى
باليمنى مثل ذلك ويمسخ الكفين بعضهما ببعض مرة واحدة، واختار أصحابنا رواية ابن
القاسم لأن أعضاء الطهارة مبنية على أنه لا يشرع في تطهير عضو إلا بعد استيفاء الذى
قبله.

فرع: قال الشيخ أبو إسحاق: ويخلل أصابعه في التيمم وليس عليه متابعة العضوين،
ووجه ذلك استيعاب ظاهر بشرة اليدين بالمسح، وقال الشيخ أبو محمد: لم أر تحليل
الأصابع في التيمم لغيره.

* * *

تيمم الجنب

١٢١ - مَالِك، عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَرْمَلَةَ؛ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ سَعِيدَ بْنَ
الْمُسَيَّبِ، عَنِ الرَّجُلِ الْجُنُبِ يَتِيمٌ ثُمَّ يُدْرِكُ الْمَاءَ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: إِذَا أَدْرَكَ الْمَاءَ،
فَعَلَيْهِ الْغُسْلُ لِمَا يُسْتَقْبَلُ.

الشرح: معنى ذلك أنه كان جنبا ولذلك قال: «عليه الغسل لما يستقبل» لأنه إذا
تيمم بعد أن تمت له شروط التيمم المتقدمة ثم صلى بعد ذلك، فإذا وجد الماء لم تلزمه
إعادة الصلاة لأنه قد أتى بها على ما لزمه، وعليه أن يغتسل لما يستقبل لأن تيممه لم
يرفع حدث جنابته، وإنما أباح له الصلاة، وقد تقدم من قول أبي سلمة: إن التيمم يرفع
حدث الجنابة.

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ اِحْتَلَمَ وَهُوَ فِي سَفَرٍ، وَلَا يَقْدِرُ مِنَ الْمَاءِ إِلَّا عَلَى قَدْرِ الْوُضُوءِ، وَهُوَ لَا يَعْطَشُ حَتَّى يَأْتِيَ الْمَاءَ. فَقَالَ: يَغْسِلُ بِذَلِكَ فَرْجَهُ، وَمَا أَصَابَهُ مِنْ ذَلِكَ الْأَذَى، ثُمَّ يَتِيمُّ صَعِيدًا طَيِّبًا، كَمَا أَمَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح: وهذا كما قال أن من وجب عليه الغسل لاحتلام ولا يقدر من الماء إلا على قدر الوضوء فإنه غير واجد للماء وفرضه التيمم، وبه قال جمهور الفقهاء. وقال عطاء والحسن: يتوضأ بذلك الماء ويصلي، فإن لم يكن معه من الماء إلا قدر ما يغسل به وجهه ويديه، فهو أولى من التيمم، وإن لم يجد إلا ما يغسل به وجهه غسله ومسح كفيه بالتراب.

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور ما قدمناه من أن من وجد من الماء أقل من كفايته للطهارة فليس بواجد للماء، وأن الاعتبار بوجود قدر الكفاية.

فصل: وقوله: «وهو في سفر»، إنما خص السفر لأن الغالب من عدم الماء إنما يكون في الأسفار، واشترط أنه لا يخاف العطش باستعمال الماء لئلا يكون تركه لاستعماله بسبب ضرورة العطش؛ إذ هو ما يبيح التيمم.

فصل: وقوله: «يغسل بذلك الماء فرجه وما أصابه من ذلك الأذى»؛ لأنه كانت عليه طهارتان طهارة الجنابة وطهارة النجاسة فلما أمكنه فعل إحداهما فعلها، وهى طهارة النجاسة، وأبدل التيمم من الآخر، أو لم يكن عنده ما يغسل به النجاسة عنه، تيمم وصلى ولم يكن عليه إعادة بعد خروج الوقت. وبهذا قال أبو حنيفة. وقد قال الشافعي: يكون عليه الإعادة.

ودليلنا أن هذه نجاسة لا تمنع صحة الصلاة فلم يجب لأجلها الإعادة، وأصل ذلك إذا صلى بدم البراغيث وأثر الاستنجاء.

فصل: وقوله: «ثم يتيمم صعيدًا طيبًا كما أمره الله»، يريد أنه من خوطب بقوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣].

وسئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ جُنِبَ، أَرَادَ أَنْ يَتِيمَّمَ فَلَمْ يَجِدْ تَرَابًا إِلَّا تَرَابَ سَبْحَةٍ^(١)، هَلْ يَتِيمَّمُ بِالسَّبْحِ؟ وَهَلْ تُكْرَهُ الصَّلَاةُ فِي السَّبْحِ؟

(١) السبخة: أرض مالحة لا تكاد تنبت.

٤٣٦ الطهارة

قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ بِالصَّلَاةِ فِي السَّبَّاحِ، وَالتَّيْمُمِ مِنْهَا، لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣] فَكُلُّ مَا كَانَ صَعِيدًا فَهُوَ يَتَيَمَّمُ بِهِ سَبَّاحًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا بأس بالصلاة في السباح والتيمم بها للآية التي احتج بها، وروى عن مجاهد أنه قال: لا يتيمم بالسباح، والدليل عليه الآية.

ومن جهة السنة ما روى عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: «أعطيت حمسًا لم يعطهن أحد قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجدًا وطهورًا، فأما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل، وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي، وأعطيت الشفاعة، وكان النبي ﷺ يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة».

فقال النبي ﷺ: «جعلت لي الأرض مسجدًا وطهورًا» ولم يفرق بين السباح وغيرها، وأصل مالك في ذلك أن كل ما كان من جنس الأرض ولم يتغير عن حكم الأصل، فإنه يجوز التيمم به، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يجوز التيمم بغير التراب، وله في الرمل قولان. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا يتيمم برمل لا تراب فيه، ولا بحجر سقط عنه ترابه، فذهب مذهب الشافعي.

والدليل على ما ذهب إليه مالك وجمهور العلماء قوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣] والصعيد وجه الأرض، ترابًا كان أو رملًا أو حجرًا. قال ابن الأعرابي وأبو إسحاق والزجاج: قال أبو إسحاق: لا أعلم فيه خلافًا بين أهل اللغة.

ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم: «جعلت لي الأرض مسجدًا وطهورًا» ولم يخص ترابًا من غيره.

ودليلنا من جهة القياس، أن هذا جزء طاهر من الأرض لم يتغير عن جنس الأصل، فجاز التيمم به كالتراب.

مسألة: ولا يجوز التيمم بالجير، ويجيء على قول ابن حبيب: أنه يجوز التيمم به. والأول أصح لأنه قد تغير بالطبخ عن جنس أصله.

مسألة: وهل يجوز التيمم بالمسح أم لا؟ قال القاضي أبو الحسن: يتيمم به، ورأيت لبعض أصحابنا لا يتيمم به.

الطهارة ٤٣٧

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والملح عندى على ضربين، معدنى تحت من الأرض كالحجارة، فهذا حكمه حكم الزرنيخ والكحل. والضرب الثانى، يجمد من الماء، فحكمه عندى حكم الثلج، بل هو أشد من الثلج لما فيه من الصنعة.

مسألة: وأما الثلج، فقد روى ابن زياد عن مالك فى المدونة، وابن وهب عن مالك فى المبسوط: ويتيمم به. زاد ابن وهب: والجليد، وذكر الشيخ أبو بكر أن ابن القاسم روى عن مالك: لا يجوز التيمم بالثلج.

وجه الرواية الأولى: أن الثلج جامد إذا قصد المكلف تغيير الماء به لم يسلبه ذلك حكم التطهير، فجاز به حال انفراده كالتراب. ووجه الرواية الثانية أن هذا ليس بصعيد، فلم يجز التيمم به كالنبات.

مسألة: وأقل ما يكفى التيمم من التراب ما يضرب عليه بيده مرتين، فإن لم يجد إلا ما يضرب عليه مرة واحدة، فقد قال القاضى أبو الحسن: ليس عليه استعماله لأنه لا ينتفع به إذا لم يكمل تيممه، وهذا مبنى على قول ابن نافع المتقدم: أن الضربة الواحدة لا تجزئ، وأما على قول مالك فإنه يستعمله ويجزيه ذلك لوجهه ويديه، وبالله التوفيق.

فصل: ومن لم يجد ماءً، ولا تراباً من مريض أو مربوط لا يجد من يناوله إياه، فروى عن مالك: لا صلاة عليه، وبه قال أصبغ. وروى أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم: يصلى كذلك.

وجه قول مالك أن هذا محدث لا يقدر على رفع حدث ولا استباحة الصلاة بالتيمم، فلم تكن عليه صلاة كالحائض.

ووجه قول ابن القاسم: أن هذا مكلف يقدر على إزالة حدثه، فوجبت عليه الصلاة وإن لم يجد ما يزيله به كالذى لا يجد الماء يجد التراب.

فروع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، ففى العتبية عنه من رواية أبى زيد: يعيد أبدأ. ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وروى ابن سحنون عن أبيه: لا إعادة عليه. وإذا قلنا بقول أصبغ، فقد قال ابن حبيب: لا يعيد، وحكاه القاضى أبو الحسن على المذهب أنه لا يعيد، قال: ومن قال من أصحابنا: يعيد، فمعناه فى المربوط على طهارة لا يصلى إيماءً.

* * *

ما يحل للرجل من امرأته وهي حائض

١٢٢ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ؛ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: مَا يَحِلُّ لِي مِنْ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَتَشُدَّ عَلَيْهَا إِزَارَهَا، ثُمَّ شَأْنُكَ بِأَعْلَاهَا».

الشرح: قوله: «ما يحل لي من امرأتي وهي حائض»، وإن كان لفظاً عاماً فهو خاص بالاستمتاع بالوطء؛ لأنه إذا وقع السؤال على عين من الأعيان انصرف بالعرف والعادة إلى المنافع المقصودة منه، والمقصود من المرأة الاستمتاع والوطء، فكان السؤال على ما يحل له من وطئها في حال حيضها لما علم أنه ممنوع من وطئها في الفرج لقول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وانصرف الاعتزال أيضاً إلى اعتزال وطء لما تقدم ذكره، وعلم هذا السائل أن الاستمتاع بالنظر إليها والمباشرة لها والقبل وغير ذلك من الاستمتاع مباح، فطلب تحديد المباح وتمييزه من المحظور.

فصل: وقوله ﷺ: «لتشدد عليها إزارها ثم شأنك بأعلاها» جواب للسائل ونص منه له على المباح بأنه ما فوق المتزر، وما ليس بمباح، فلا يجوز أن يطأ امرأته تحت الإزار في فرج ولا غيره، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وذهب أصبغ من أصحابنا ومحمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة إلى أنه يجوز وطؤها تحت الإزار فيما عدا الفرج.

والدليل على صحة القول الأول قوله تعالى: ﴿قُلْ هُوَ أَذَى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وعلم أنه أراد اعتزالهن بالوطء، فيجب حمل ذلك على عمومه إلا ما خصه الدليل واستدلالي في المسألة، وهو أن الوطء في الحيض إنما منع لموضع أذى الدم أن ينال الرجل أو يصيبه ولا يؤمن من ذلك فيما دون الإزار، وإنما جاز ذلك فيما فوق الإزار لأن ذلك يؤمن به، وهذا القول أحوط. والقول الثاني محتمل إذا أمن الدم.

فصل: فأما الوطء في الفرج في وقت الحيض، فلا خلاف في منعه، فمن فعل ذلك

١٢٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠١.

وقال ابن عبد البر: لا أعلم أحداً روى هذا الحديث مستنداً بهذا اللفظ. ومعناه صحيح ثابت. وأخرجه الدارمي كتاب الطهارة برقم ١٠٣٢. والبيهقي في السنن الكبرى ١٩١/٧ عن زيد بن أسلم. وذكره في الكنز برقم ٤٤٨٩٥ ١٦/٣٥٣ وعزاه لمالك، والبخاري، ومسلم، عن زيد بن أسلم.

الطهارة ٤٣٩

فقد أثم ولا غرم عليه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد. وقال في القديم: عليه دينار يتصدق به، وبه قال ابن حنبل. ودليلنا من جهة القياس، أن هذا وطء محرم لا لحرمة عبادة فلم تجب فيه كفارة كالزنا.

١٢٣ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ؛ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ مُضْطَجِعَةً مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، وَأَنَّهَا قَدْ وَثَبَتْ وَثْبَةً شَدِيدَةً. فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا لَكَ؟ لَعَلَّكَ نَفِسْتِ» يَعْنِي الْحَيْضَةَ. فَقَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: «شُدِّي عَلَى نَفْسِكَ إِزَارَكَ، ثُمَّ عُدِّي إِلَى مَضْجَعِكَ».

الشرح: قولها: «إنها وثبت وثبة شديدة»، يريد لما رآته من دام الحيضة لمكان رسول الله ﷺ معها.

وقوله: «لعلك نفست»، يريد لعل الموجب لو ثبتك النفاس؟ وهو الحيض، فقالت: «نعم»، فأعلمها بما يجب أن تمتثله في مثل هذا الحال، فقال: «شدي على نفسك إزارك» يريد أن تشد الإزار على ما جرت العادة بشده عليها منها ونفسها حقيقتها، ففهم من ذلك شدي الإزار على ما جرت به العادة كما لو قال: شدي عليك إزارك، لفهم ذلك منه.

فصل: وقوله ﷺ: «ثم عودي إلى مضجعك» دليل على ما تقدم من مباشرة الحائض إذا اتزرت ومضاجعتها لأن الذي حظر عليه وطؤها في موضع مخصوص، وأما الالتذاذ بها فليس بممنوع ولا محذور.

١٢٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّ عُبَيْدَ اللَّهِ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، أَرْسَلَ إِلَى عَائِشَةَ، يَسْأَلُهَا: هَلْ يِيَّاشِيرُ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ؟ فَقَالَتْ: لِيَشُدَّ إِزَارَهَا عَلَى أَسْفَلِهَا، ثُمَّ يِيَّاشِيرُهَا^(١) إِنْ شَاءَ.

١٢٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٢.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث في الموطأ، كما روى، منقطع، ويتصل معناه من حديث أم سلمة عن النبي ﷺ، ولا أعلم أنه روى من حديث عائشة بهذا اللفظ البتة. أخرجه الترمذي كتاب الطهارة برقم ١٢٢. والنسائي كتاب الحيض والاستحاضة برقم ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥. وابن ماجه كتاب الطهارة وسنتها برقم ٦٣٥، ٦٣٦. وأحمد بالمسند برقم ٢٣٨٢٨.

١٢٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٣. أخرجه الدارمي كتاب الطهارة برقم ١٠٣٣.

(١) المباشرة: المعاشره فيما دون الجماع.

٤٤٠ الطهارة

الشرح: سؤال عبدالله عائشة وإن كان من أهل النظر والاستدلال لموضعها من رسول الله ﷺ وأنها عرفت ذلك من فعله مراراً فسألها عن ذلك، فقالت: «لتشد عليها إزارها على أسفلها»، تريد على الوجه المعتاد ثم يياشرها، إن شاء على ما تقدم من مباشرة الحائض بعد شد إزارها.

١٢٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ؛ أَنَّ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ، سُئِلَا عَنِ الْحَائِضِ، هَلْ يُصَيِّبُهَا زَوْجُهَا إِذَا رَأَتْ الطَّهْرَ قَبْلَ أَنْ تَغْتَسِلَ؟ فَقَالَا: لَا، حَتَّى تَغْتَسِلَ.

الشرح: قوله: «هل يصيبها زوجها إذا رأت الطهر»، يريد بذلك إذا رأت علامة وجوب الطهر، وأما الطهر فليس بحرئى وإنما ترى المرأة من القصة البيضاء أو الجفوف ما يوجب عليها الطهر ولا يجب لزوجها أن يصيبها بذلك حتى تغتسل، سواء كان انقطع دمها لأكثر الحيض أو لأقله، وعلى هذا جمهور الفقهاء، وبه قال مالك والشافعى. وقال ابن بكير: الإمساك عنها استحسان. وقال أبو حنيفة: إذا انقطع الدم لأكثر أمد الحيض، وهو عشرة أيام عنده، جاز للزوج أن يطأها قبل أن تغتسل، فإن انقطع عنها قبل ذلك لم يجز له أن يطأها حتى تغتسل أو يحكم بطهرها لمجئ آخر وقت صلاة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٢٢] والتطهر إنما هو الاغتسال لأنه تفعل ولا يقال لانقطاع الدم تطهر، وإن جاز أن يقال له طهر، فإن قيل لا نسلم أن معنى يطهرن يغتسلن، ويجوز أن يقال تطهرت المرأة، إذا انقطع عنها الدم، وإن لم يكن ذلك من فعلها، كما يقال تطهرت الأرض، إذا زال ما فيها من الأذى والنجاسة ويقال تقطع الحبل وتكسر الكوز، وإن لم يكن شيء من ذلك من فعلهما، وإنما معناه انقطع الحبل وانكسر الكوز، وكذلك فى مسألتنا معنى تطهرن، تطهرن بانقطاع الدم عنهن، وإن لم يكن من فعلهن.

والجواب أن الفراء من أهل العلم بهذا الشأن، قال فى معنى قوله: ﴿حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، هو الغسل، ولا نعلم له فى ذلك مخالفاً، ويدل على ذلك أن تطهرن هو تفعلن، والتفعل وقوع الفعل ممن يضاف إليه هذا مقتضاه فى كلام العرب وهو يمنع من حمله على انقطاع الدم لأن ذلك ليس من فعل النساء. وقولهم: تطهرت الأرض وتكسر

الطهارة ٤٤١

الكوز على سبيل التجوز والاتساع لأن ذلك ليس من فعلها، وإنما معناه طهرت لما يقال طال الزرع وكثر الماء، وإن لم يكن شيء من ذلك من فعلهما، ولكنه يضاف إليهما مجازاً واتساعاً، ولا يجوز أن يصرف اللفظ عن موضوعه، ومقتضاه إلى مجاز له إلا بدليل ولا دليل لكم من هذا الموضوع.

ومما يبين ما ذكرناه قوله في آخر الآية: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] فمدح المتطهرين وأثنى عليهم، وذلك يقتضى أن يكون التطهير من فعلهم، وقد علمنا أن انقطاع الدم ليس من فعل المرأة ولا تمدح به.

فرع: وإذا لم تجد التي انقطع دم حيضتها الماء فقيممت لم يجز وطؤها بطهر التيمم، هذا المشهور من مذهب مالك. وقال الشيخ أبو إسحاق: ويجوز وطؤها بالتيمم، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن صلت بالتيمم جاز وطؤها، وإن لم تصل لم يجز وطؤها، والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢]. ودليلنا من جهة القياس أن الوطء يتقدمه معنى يبطل التيمم، وهو المباشرة، فلم يجز بعده الوطء كما لو رأى الماء.

* * *

طهر الحائض

١٢٦ - مَالِك، عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ أَبِي عَلْقَمَةَ، عَنْ أُمِّ مَوْلَاةٍ لِعَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ؛ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ النِّسَاءُ يَنْعَنُّ إِلَى عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ، بِالدرَجَةِ^(١) فِيهَا الْكَرْسُفُ^(٢)، فِيهِ الصُّفْرَةُ مِنْ دَمِ الْحَيْضَةِ، يَسْأَلْنَهَا عَنِ الصَّلَاةِ. فَتَقُولُ لَهُنَّ: لَا تَعْجَلْنَ حَتَّى تَرَيْنَ الْقِصَّةَ^(٣) الْبَيْضَاءَ. تُرِيدُ بِذَلِكَ، الطَّهْرَ مِنَ الْحَيْضَةِ.

١٢٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٥.

(١) بالدرجة: قال ابن عبد البر: من رواه هكذا فهو على تأنيث الدرج، وكان الأخصش يرويه الدرجة، ويقول: هو جمع درج مثل خرجة، وخرج وترسة وترس، وقال صاحب النهاية: هكذا يروى بكسر الدال وفتح الراء جمع درج، وهو كالصفد الصغير تضع فيه المرأة حنف متاعها وطيبها، وقيل إنما هو بالدرجة تأنيث درج، وقيل: إنما هي الدرجة بالضم وجمعها الدرج وأصله شيء يدرج أى يلف فيدخل في حياء الناقة، ثم يخرج ويترك على حوار فتشبهه فتظنه ولدها فتر أمه. انظر: (تنوير الحوالك ص ٥٩).

(٢) الكرسف: هو القطن.

(٣) القصة: بفتح القاف والصاد المهملة المشددة، قال ابن رشيقي: وهو الطهر الأبيض الذى =

الشرح: قولها: «كان النساء يبعثن إلى عائشة بالدرجة»، تريد لعلمها بهذا الأمر لأنها كانت مع النبي ﷺ، وتدلل عليه في السؤال عن أحكام الحيض وتظهر إليه من السؤال عنه ما يستحي منه النساء، فاستقر عندها من علم ذلك ما لم يصل إلى غيرها، فكان النساء يرجعن في علم ذلك إليها فكن يبعثن إليها بالدرجة، وهي جمع درج فيه الكرسف، وهو القطن لأنه أفضل ما يستبرأ به الرحم والدم لنقاؤه وبياضه وتجفيفه الرطوبات فتظهر فيه آثار الدم ما لا تظهر في غيره.

فصل: وقولها: «فيه الصفرة من دم الحيضة»، فإن النساء كن يسألن عائشة إذا رأيتها عن الصلاة فكانت عائشة تحكم بأنها حيضة، وتقول لهن: «لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء»، وترى أنهن ممنوعات من الصلاة إذا رأين الصفرة في زمن الحيض؛ لأنها حيض، وهذا الذي ذهب إليه مالك أن الصفرة والغبرة والكدره كلها دماء لها بحكم الدم، وذلك يرى في وقتين، أحدهما: قبل الطهر، والثاني: بعده، فأما ما رأت منه قبل الطهر، فهو عند مالك دم حيض، سواء تقدمه دم قليل أو كثير، وكذلك لو رأت زمن من الحيض ابتداء، دون أن يتقدمه دم، فإنه يكون حيضاً، وإن رآته النفساء كان نفاساً، وإن كان في زمن الاستحاضة كان استحاضة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي.

وقال أبو يوسف: لا يكون حيضاً إلا أن يتقدمه دم يوماً وليلة. وحكى عن بعضهم، أنه لا يكون حيضاً إلا في الأيام المعتادة فإن رآته المبتدأة أو رآته المعتادة في غير أيام العادة لم يكن حيضاً.

والدليل على ما نقوله، قول عائشة في الحديث المتقدم، وهي من أعلم الناس بهذا الشأن، وقد شاع ذلك من فتواها مع تكرار ذلك عليها ولم ينكره عليها أحد ولا خالفها فيه مخالف، فثبت أنه إجماع.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى لو روى بعد دم يوم وليلة كان حيضاً، فإذا روى مبتدأ وجب أن يكون حيضاً كالدم الأحمر.

مسألة: وأما ما روى بعد الطهر، فقال عبدالمالك: ما رآته المرأة بعد الاغتسال من حيض أو نفاس من قطرة دم أو غسالة، فإنه لا يجب به غسل وإنما يجب به الوضوء، وهي الترية عنده.

يرينه النساء عند النقاء من الحيض شبه بياضه بالقص، وهو الجص، وقال في النهاية: هو أن تخرج القطن أو الخرق التي تحشى بها الحائض كأنها قصة بيضاء لا يخالطها صفرة، وقيل القصة شيء كالخيط يخرج بعد انقطاع الدم كله. انظر: (تنوير الحوالك ص ٦٠).

الطهارة ٤٤٣

ووجه ذلك ما رواه قتادة عن أم الهذيل عن أم عطية، قالت: كنا لا نعد الصفرة والكدرة بعد الطهر شيئاً. قال الداودي: الترية الماء المتغير دون الصفرة. وقال أحمد بن المعدل في المبسوط: الترية هي الدفعة من دم الحيض لا يتصل بها من الحيض ما يكون حيضة كاملة.

فصل: وقولها: «لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء»، تريد لا تعجلن بالصلاة حتى ترين القصة البيضاء وهي علامة الطهر، والمعتاد في الطهر أمران: القصة البيضاء، وهي ماء أبيض، وروى علي بن زياد عن أنه شبه المنى، وروى ابن القاسم عن مالك أنه شبه البول.

والأمر الثاني: الجفوف، هو المرأة تدخل القطن أو الخرق في قبلها فيخرج ذلك جافاً ليس عليه شيء من دم. وعادة النساء تختلف في ذلك فمنهن من عادت أن ترى القصة البيضاء، ومنهن من عادت أن ترى الجفاف، فمن كانت من عادت أن ترى أحد الأمرين، فرأته حكم بطهرها، وإن رأت غيره هل تطهر بذلك أم لا؟ قال ابن القاسم: القصة البيضاء، ومن كانت عادت أن ترى القصة البيضاء لم تطهر برؤية الجفوف.

وروى ابن حبيب عن ابن عبدالحكم: الجفوف أبلغ فمن كانت عادت أن ترى القصة البيضاء طهرت بالجفوف، ومن كانت عادت أن ترى الجفوف لم تطهر بالقصة البيضاء.

وجه ما قاله ابن القاسم أن القصة البيضاء علامة للطهر لا تكون إلا عنده، والجفوف قد يوجد في أثناء الدم كثيراً فكانت القصة البيضاء التي لا توجد مع الدم أصلاً أبلغ في الدليل على انقطاعه.

ووجه قول ابن عبدالحكم أن القصة من بقايا ماء ترخيه الرحم من الحيضة كالصفرة والكدرة، والجفوف انقطاع ذلك كله فكان أبلغ.

وقال القاضي أبو محمد وأبو جعفر الداودي: النظر أن يقع الطهر بكل واحد من ذلك لمن كانت تلك عادتها، ولو لم تكن عادتها.

فرع: وهذا في المعتادة فأما المبتدأة، فقد قال ابن القاسم وابن الماجشون: أنها لا تطهر إلا بالجفوف. وهذا من ابن القاسم نزوع إلى قول ابن عبدالحكم.

١٢٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ عَمِّهِ، عَنِ ابْنَةِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ؛ أَنَّهُ

بَلَّغَهَا، أَنَّ نِسَاءً كُنَّ يَدْعُونَ بِالْمَصَابِيحِ مِنْ جَوْفِ اللَّيْلِ، يَنْظُرُونَ إِلَى الطُّهْرِ، فَكَانَتْ تَعِيبُ ذَلِكَ عَلَيْهِنَّ، وَتَقُولُ: مَا كَانَ النِّسَاءُ يَصْنَعْنَ هَذَا.

الشرح: وقولها: «بلغها أن النساء كن يدعون بالمصابيح من جوف الليل»، تريد أنهن كن يفعلن ذلك في أثناء نومهن ينمن ثم يقمن، فيدعون بالمصابيح من جوف الليل قبل وقت الصلاة ثم يعدن إلى النوم، ولم يكن يردن الصلاة من الليل فكانت تعيب ذلك عليهن لتكلفهن من ذلك ما لا يلزم، وإنما يلزم النظر إلى الطهر إذا أردن النوم، وإذا قمن لصلاة الصبح، قاله مالك في المبسوط.

وقال الداودي: عليهن أن ينظرن قرب الفجر، هل يجب عليهن صلاة العشاءين أو أحدهما؟ وهل يجب عليهن الصوم إن كان في رمضان؟ ومن المبسوط: وعليهن أن ينظرن في أوقات الصلوات فأما أن يقمن من جوف الليل أو قبل الفجر للنظر إلى الطهر خاصة، فإن مالكا قال: لا يعجبني ذلك، ولم يكلف الناس مصابيح.

وروجه ذلك أنه لو كان عليهن النظر من جوف الليل إلى الطهر لما جاز لهن النوم لئلا يفوتهن النظر بالنوم.

فصل: وقول ابنة زيد: «ما كان النساء يصنعن هذا»، تريد أن هذا تكلف ما لا يجب عليهن وذلك أن من أدركته من النساء كن أكثر اجتهادا وأفضل علما ولم يكن يصنعن ذلك لسبب العشاءين لأن النظر إلى الطهر بسببهما انقضى عند النوم أو الليل، وإنما يكون على قول أبي جعفر الدمياطي في آخر وقتها مع التمكن من ذلك.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الْحَائِضِ تَطَهَّرُ فَلَا تَجِدُ مَاءً هَلْ تَتَيَّمُ قَالَ: نَعَمْ لِيَتَيَّمَنَّ فَإِنَّ مِثْلَهَا مِثْلُ الْحُنْبِ إِذَا لَمْ يَجِدْ مَاءً تَيَّمَّ.

الشرح: وهذا كما قال لأن الحيض بعد انقطاع دمه حدث يمكن رفعه بالغسل كالجنابة والجنب إذا لم يجد الماء تيمم للصلاة وغيرها من موانع الجنابة، فكذلك الحائض إذا لم تجد الماء تيمم وتستبيح بذلك موانع الحيض غير الوطء مما قدمنا ذكره.

* * *

جامع الحيضة

١٢٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَتْ فِي الْمَرْأَةِ الْحَامِلِ تَرَى الدَّمَ أَنَّهَا تَدْعُ الصَّلَاةَ.

الشرح: قولها في المرأة الحامل ترى الدم: «أنها تدع الصلاة»، تريد أن دمها دم حيض يحكم له بإسقاط فرض الصلاة ومنع الصلاة وغير ذلك من موانع الحيض، كما لو كانت حائضاً وإلى هذا ذهب مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: ما رأته الحامل من الدم، فهو دم فساد وليس بدم حيض، فلا تدع الصلاة ولا الصوم ولا تمتنع من شيء من موانع الحيض، وقال: لو أخذت في هذا بالأحوط فتصلى وتصوم ولا يقربها زوجها ثم تقضى الصوم لكان أحوط.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا دم في زمن الحيض خارج من المخرج المعتاد، فوجب أن يكون حيضاً كدم الحائض.

١٢٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ، عَنِ الْمَرْأَةِ الْحَامِلِ تَرَى الدَّمَ؟ قَالَ: تَكْفُ عَنْ الصَّلَاةِ.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا على ما تقدم من أن الحمل لا يمنع الحيض، وأن الدم متى وجد من الحامل حكم بكونه حيضاً وامتنعت المرأة من مواضع الحيض، ونص على الصلاة لأنها أكد العبادات وأعظمها شأنًا، وإذا كان الدم يمنعها وبوجب الكف عنها، فبأن يمنع ذلك أولى وأحرى، ودم الحيض يمنع عشرة أشياء، أحدها: رفع حدثه، والثاني: صحة الصلاة، والثالث: صحة الصوم، والرابع: مس المصحف.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية: للحائض أن تمسك اللوح تقرأ فيه وتكتب القرآن على وجه التعلم وما كتب في الرقاع من آيات القرآن على وجه التعوذ، فيعلق على الحائض والصبى، وقد روى أشهب عن مالك: لا بأس بذلك إذا خرز أو جعل في شيء يكنه.

والخامس: الجماع على وجه مخصوص، والسادس: دخول المسجد، والسابع: الطواف، والثامن: الاعتكاف، والتاسع: إيقاع الطلاق على الحائض.

وفى منعه قراءة القرآن، روايتان، إحداهما: المنع، والثانية: الإباحة. ذكر القاضي أبو محمد تسعة أشياء، فلم يذكر الاعتكاف ولا إيقاع الطلاق، وزاد على ما ذكرنا منعه وجوب الصلاة، وقال في الصوم: يمنع فعله ولا يمنع وجوبه.

وهذا الذى ذكره يحتاج إلى تأمل وذلك أن الفعل إذا لم يصح انتفى وجوبه؛ لأن تكليفه لا يصح، فإذا قلنا: إن دم الحيض يمنع صحة الصوم، فلا معنى لقولنا: إنه يمنع وجوبه لأن تكليفه لا يصح، فإذا قلنا: إن دم الحيض يمنع صحة الصلاة، فلا معنى لقولنا: إنه وجوبها لأنه يستحيل أن يجب ولا يصح فعلها.

وكذلك قوله: لا يمنع وجوب الصوم، غير صحيح؛ لأن الصوم فى زمن الحيض لا يجب لوجه، ولو وجب لأتمت الحائض بتأخيرها ولو وجب أن يصح منها فعله، وإنما يجب عليها صيام آخر فى غير أيام الحيض، وإنما يقال أن ما تفعله الحائض من الصوم بعد انقضاء أيام الحيض قضاء على سبيل المجاز والاتساع.

١٢٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كُنْتُ أُرْجِلُ^(١) رَأْسَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَنَا حَائِضٌ.

الشرح: ترجيلها لرأس رسول الله ﷺ، دليل على جواز مباشرة الحائض، وقد ذكر ذلك إذا كان بمعنى الاستمتاع، وفى هذا زيادة جواز مباشرتها لغير الاستمتاع وتصرفها كتصرف الطاهر فى جميع حوائج الرجال، وقد كانت اليهود إذا حاضت منهم المرأة أخرجوها من البيت فلم يؤاكلوها ولم تتصرف بين أيديهم، فأمر النبى ﷺ بمخالفتهم فى ذلك وأباح مباشرتها لأن الحائض ليست بنجس، وإنما النجاسة فى الدم. وأما الحديث فليس بنجاسة وإنما هو حكم، وقد روى عن النبى ﷺ إنه قال لعائشة: «ناولينى الخمرة، من المسجد، فقالت: إني حائض، فقال رسول الله ﷺ: إن حيضتك ليست فى يدك». ومعنى ذلك أن نجاسة الحيض ليست فى يدها فتنجس الخمرة بذلك.

مسألة: وأما استناد المصلى إلى الحائض، فقد قال ابن القاسم فى المريض، لا يستطيع

١٢٩ - أخرجه البخارى كتاب الغسل برقم ٢٤٨. ومسلم كتاب الحيض برقم ٢٩٧. والنسائى كتاب الطهارة برقم ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، الحيض والاستحاضة برقم ٣٨٦، والغسل والتيمم برقم ٤١٣. وأبو داود كتاب الصوم برقم ٢٤٦٩. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٦٣٣، وكتاب الصيام برقم ١٧٧٨، واللباس برقم ٣٦٥٣. وأحمد بالمسند برقم ٢٣٧١٨، ٢٤٠٠، ٢٥٢٠٧، ٢٥٤١٠، ٢٥٤٤٢، ٢٥٥٧١، ٢٥٧١٦. والدارمى كتاب الطهارة برقم ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٦، ١٠٦٨، ١٠٦٩. والخطيب فى كتاب الفقيه والمتفقه للخطيب ٨٢/٢ عن عائشة. والخطيب فى كتاب الفقيه والمتفقه للخطيب ٨٢/١ عن عائشة. وأبو عوانة ٣١٢/١ عن عائشة.

(١) أرجل: الترحل هو تمشيط الشعر.

الطهارة ٤٤٧

أن يصلي جالساً إلا أن يستند إلى أحد: أنه يصلي مستنداً ولا يستند إلى حائض ولا إلى جنب، وقال أشهب: يستند إن شاء إلى حائض وإلى جنب.

وجه ما قاله ابن القاسم أن حدث الحيض لما منع الحائض الصلاة منع غيرها أن يستند إليها كالنجاسة.

ووجه ما قاله أشهب ما روى منصور بن صفيية عن أمه عن عائشة أن النبي ﷺ كان يتكئ في حجرى، وأنا حائض، ثم يقرأ القرآن.

ومن جهة المعنى أن هذا حدث فلم يمنع صحة صلاة من استند إليه كالحديث الأصغر، وقد قال بعض القرويين: إن ذلك ليس باختلاف من قولهما، وإنما معنى قول ابن القاسم أنه إنما منع ذلك لنجاسة الثوب أو الجسد لأن الغالب أن ثوب الجنب والحائض لا يسلم من نجاسة، وأن أشهب إنما جوز ذلك إذا تيقن سلامة ثيابهما من النجاسة، والقول الأول أظهر.

١٣٠ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ الْمُنْذِرِ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ أَنَّهَا قَالَتْ: سَأَلْتُ امْرَأَةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: أَرَأَيْتَ إِحْدَانَا إِذَا أَصَابَ ثَوْبَهَا الدَّمُ مِنَ الْحَيْضَةِ كَيْفَ تَصْنَعُ فِيهِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا أَصَابَ ثَوْبَ إِحْدَاكُنَّ الدَّمُ مِنَ الْحَيْضَةِ فَلْتَقْرُضِيهِ» (١) ثُمَّ

١٣٠ - أخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ٢٧٧. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٩١. والترمذى كتاب الطهارة برقم ١٢٨. والنسائى برقم ٢٩٣. وأبو داود برقم ٣٦٠، ٣٦١. وابن ماجه كتاب الطهارة وستنها برقم ٦٢٩. وأحمد بالمسند برقم ٢٦٣٨٠، ٢٦٤٤١. والدارمى كتاب الطهارة برقم ٧٧٢، ١٠١٦، ١٠١٨. والبيهقى بشرح السنة ٧٦/٢ عن أسماء. وابن عساكر ٥٥/٥ بتهديب تاريخ دمشق عن أسماء.

(١) قال ابن عبد البر: وروى: «فلتقرصه» بفتح التاء وضم الراء وكسرهما أيضاً، ويروى على التكثير: «فلتقرصه» بضم التاء وكسر الراء وتشديد لهما. وقال أبو عبيد: «فلتقرصه»، يقول: «فلتقطعه بالماء»، وكل مقطع فهو مقرص، يقال منه: المرأة قرصت العجين إذا قطعته. قال ابن عبد البر: قول أبي عبيد - عندي - فى هذا بعيد، وبحير منه قول الأخفش: سئل عن هذه الكلمة فأراهم كيف ذلك القرص، فضم إصبعيه الإبهام والسبابة، وأخذ بهما شيئاً من ثوبه، فقال: هكذا يفعل بالماء فى موضع الدم، ثم كما يقرص الرجل حارثته هو كذلك القرص، قال: وأما القرص بالسین فهو قرص البرد.

قال ابن عبد البر: هولاء إنما فسروا اللفظة فى اللغة، وأما المعنى المقصود إليه بهذا الحديث =

لِتَنْضِجَهُ بِالْمَاءِ ثُمَّ لِتُصَلِّ فِيهِ».

الشرح: سؤال المرأة يحتمل أن يكون عما يلزم من أصابها ذلك من الامتناع من لبس الثوب أو قطع موضع الدم لشناعة نجاسته في نفسها، وأنه ليس كسائر الدماء، ويحتمل أن تسأل كيف تصنع في غسله فأمرها رسول الله ﷺ أن تقرضه، رواه يحيى «فلتقرضه»، بضم الراء وتخفيفها، وتابعه على ذلك ابن بكير وأكثر الرواة. ورواه القعنبى «فلتقرضه» بكسر الراء وتشديد هاءها، ومعنى ذلك أن تأخذ من موضع الدم بأصبعيها وتغمزه للغسل، فيحتمل أن يكون ذلك هو الغسل، واستغنى عن ذكر الماء مع القرص لما علم أنه يقتضى ذلك لأن فائدته إنما تتم ثم يكون النضح بعد ذلك لسائر الثوب لما لم يتيقن منه نجاسة.

وقد روى عن عائشة تفسير ذلك: كانت إحدانا تحيض ثم تقرص الدم من ثوبها عند طهرها فتغسله وتنضح على سائرته، ثم تصلى فيه، فأخبرت أن النضح كان على سائر الثوب وأن القرص والغسل كان لموضع الدم، ويحتمل أن يكون التقرص معه نضح الماء فيكونان غسلًا للدم وتكون «ثم» بمعنى الواو كقوله تعالى: ﴿آمَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا ثُمَّ اهْتَدَى﴾ [الكهف: ٨٨] ومعناه واهتدى، إلا أن الأول أظهر لأن «ثم» تقتضى الترتيب والمهلة.

وقوله: «ثم لتصلى فيه» يقتضى أن ذلك كمال طهارته لأنها لا تصلى فيه إلا بعد أن تتم طهارته.

* * *

المستحاضة

١٣١ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا

=في الشريعة، فهو غسل دم الحيض من الثوب إذا أصابه، والخبر بأنه يجب غسله لنجاسته، وحكم كل دم كدم الحيض، إلا أن قليل الدم متجاوز عنه لشرط الله عز وجل في نجاسة الدم أن يكون مسفوحًا فحيثئذ هو رجس، والرجس النجاسة. انظر: (التمهيد، حديث رابع وثلاثون لهشام بن عروة).

١٣١ - أخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ٢٢٨. ومسلم برقم ٣٣٣. والترمذى كتاب الطهارة برقم ١١٦. والنسائى كتاب الحيض والاستحاضة برقم ٣٥٩، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧. وأبو داود كتاب الطهارة برقم ٢٨٢، ٢٨٦، ٣٠٤. وابن ماجه كتاب الطهارة وسنتها برقم ٦٢٤، ٦٢١. وأحمد بالمسند برقم ٢٥٠٩٤، ٢٦٨١٤، ٢٧٠٨٣. والدارمى كتاب =

قَالَتْ: قَالَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ أَبِي حُبَيْشٍ^(١): يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي لَا أَطْهَرُ، أَفَأَدْعُ الصَّلَاةَ؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّمَا ذَلِكَ عِرْقٌ»^(٢)، وَلَيْسَتْ بِالْحَيْضَةِ، فَإِذَا أَقْبَلَتِ الْحَيْضَةَ فَاتْرُكِي الصَّلَاةَ، فَإِذَا ذَهَبَ قَدْرُهَا، فَاغْسِلِي الدَّمَ عَنْكَ وَصَلِّي.»

الشرح: قوله: «إني لا أطهر»، تريد لا ينقطع عنها الدم، فهل تدع الصلاة أبداً ما دامت ترى الدم، فقال رسول الله ﷺ: «إنما ذلك عرق وليس بالحیضة» يريد أن الدم إذا تمدى بها علم أنه عرق لأن دم الحيضة يتقطع ويأتي بعده الطهر.

فصل: وقوله: «فإذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة» فى المبسوط من رواية يحيى الفربرى عن مالك أن معنى إقبال الحيضة وإدبارها فى التى تتقطع حیضتها وتحتلط بأيام الطهر، فأمرت بترك الصلاة إذا رأت الدم، وهو إقبال الحيضة، وأمرت بفعل الصلاة إذا رأت الطهر، وهو إدبار الحيضة.

قال القاضى أبو الوليد: والحديث عندى يحتمل وجهين، أحدهما: أن تكون من أهل التمييز لدم الحيض باللون والرائحة. وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا كانت دم الحيضة فهو دم أسود معرق». وإن كان الحديث ليس بثابت إلا أن فيه ترجيحاً للتأويل، فعلى هذا إذا كانت من أهل التمييز، وكانت مستحاضة فإنها تصلى أبداً وتصوم حتى ترى دمًا لا تشك أنه دم حيض، ويمضى لها من العدة مقدار أقل الطهر، فتمسك عن الصوم والصلاة وتكون حائضًا، فإن رأت دم حيض لا تشك فيه ولم يمض لها مقدار أقل الطهر، أو مضى لها مقدار طهر ولم تر التغيير الذى لا يكون إلا للحيض، فإنها لا تكون حائضًا ولا يمتنع منها زوجها، فعلى هذا يكون تقدير الحديث.

«فإذا أقبلت الحيضة» بأن ترى الدم المتغير، وقد مضى الطهر، «فدعى الصلاة فإذا ذهب قدرها»، وذلك بأن ترى غير دم الحيض «فاغسلى عنك الدم وصلّى»، فيكون هذا فعلها أبداً مستمراً.

=الطهارة برقم ٧٧٤، ٧٧٩. وعبدالرزاق بالمصنف برقم ١١٦٥ ج١/٣٠٣ عن عائشة. وابن أبى شيبه ١٢٥/١ عن عائشة. والحميدى برقم ١٦٠ ج١/٨٧ عن عائشة. وأبو عوانة بالمسند ٣١٩/١ عن عائشة.

(١) قال السيوطى فاطمة بنت حبيش: بالحاء المهملة والموحدة والشين المعجمة بصيغة التصغير وهى غير فاطمة بنت قيس التى طلقت ثلاثاً. انظر: (تنوير الحوالك ص ٦١).

(٢) قال السيوطى: عرق: بكسر العين وسكون الراء، هو المسمى بالعاذل، بالذال المعجمة.

٤٥٠ الطهارة

والوجه الثانى أن تكون من غير أهل التمييز فإذا رأت تركت الصلاة قدر أمد أكثر الحيض، فإذا انقضى اغتسلت وصلت، وكانت مستحاضة فيكون إقبال الحيضة أول ما ترى الدم وإدبارها عند التقدير لها، فيكون ذلك على وجه التعليم لمن يصيها بعد هذا ما قد أصاب فاطمة بنت أبى حبيش، وهذا إذا حملنا قولها: إني لا أطهر، على حقيقته، وأن الدم يتصل ولا ينقطع عنها.

وإن قلنا: إنه على المجاز، وأن معناه لا يكاد ينقطع، فإنه يكون إقبال الحيض أول الدم ثم إدبارها إذا انقضى مقدار دم الحيض، ثم إقبالها إذا رآته مرة أخرى بعد انقطاعه، وهكذا أبدًا فيكون ذلك جواب فاطمة بنت أبى حبيش فيما سألته عنه وما تمتلته فى المستقبل.

مسألة: عن مالك فى مقدار أقل الطهر روايتان، روى عنه ابن القاسم أن ذلك غير مقدر وأن الرجوع فيه إلى العرف والعادة.

ووجه ذلك أن كل أمر احتيج إلى تحديده ولم يرد فى الشرع تحديده، فإن الرجوع فيه إلى العرف والعادة كالعمل فى الصلاة.

والرواية الثانية أنه مقدر، واختلف فى التقدير، فروى فى المبسوط عبدالمملك بن الماجشون: أقل الطهر خمسة أيام. وقال ابن حبيب: عشرة أيام. وقال محمد بن مسلمة: خمسة عشر يومًا.

وجه ما قاله محمد بن مسلمة، قال القاضى أبو الوليد: وهو الأظهر عندي، أن الله تعالى، جعل عدة المطلقة التى تحيض ثلاثة قروء وجعل عدة اليائسة ثلاثة أشهر، فأعلمنا بذلك أن بدل كل قرء شهر، فإذا صح ذلك لم يخل الشهر أن يكون قد أقيم مقام أكثر الحيض وأقل الطهر، أو مقام أقل الحيض وأكثر الطهر، أو مقام أكثرهما أو مقام أقلهما.

ولا يجوز أن يقام مقام أقلهما لأن أقل الحيض الذى يقع الاستبراء به ثلاثة أيام أو خمسة أيام على اختلاف الرواية فى ذلك وأقل الطهر خمسة عشر يومًا؛ وأقل من ذلك فيما دون مدة الشهر بكثير ولا يجوز أن يقام مقام أكثرهما، ولا مقام أقل الحيض وأكثر الطهر لأن أكثر الطهر لا حد له، فلم يبق إلا أن يقام مقام أكثر الحيض وأقل الطهر وليس من أصحابنا من يجعل الحيض أكثر من خمسة عشر يومًا فوجب أن يكون أقل الطهر بقية الشهر، وذلك خمسة عشر يومًا.

فصل: وقوله ﷺ: «فإذا ذهب قدرها»، يريد قدر الحيضة، وهذا يحتمل أن يراد به

الطهارة ٤٥١

قدر الحيضة على ما قدره الشرع، إن كان في الشرع تقديره، ويحتمل أن يريد ﷺ قدره على ما تراه الحائض المكلفة لذلك وتقدره وأن ذلك يصرف إلى اجتهادها أو لاجتهاد من يقدر ذلك لها ممن يلزم الحائض تقليده، ويحتمل أن يريد بقدرها على ما تقدم من عاداتها في حيضها وفي هذا ثلاث مسائل، إحداها: معرفة أقل الحيض، والثانية: معرفة أكثره، والثالثة: معرفة مقدار حيض المبتدأة والمعتادة، إذا تمادى بها الدم اتصلت أيام الدم أو تخللها طهر.

مسألة: فأما أقل الحيض، فقال أصحابنا عن مالك: لا حد له، وهذا يحتاج إلى تفصيل على أصله، فأما في موانع الحيض فلا حد لأقله، وأما في الاعتداد والاستبراء، فلا أقله حد. وقد قال القاضي أبو الفرج من أصحابنا: إن الدفعة من الدم حيض، وليست بحيضة.

وقد اختلف فيه أصحابنا فروى ابن القاسم عن مالك في كتاب الاستبراء من المدونة في التي ترى الدم يوماً أو يومين يستلن عنه النساء، فإن قلن يقع به الاستبراء استبرأت به الأمة. وقال ابن الماجشون: لا يقع الاستبراء والاعتداد بأقل من خمسة أيام. زاد الشيخ أبو إسحاق في مختصره عنه: بلياليها. وقال محمد بن مسلمة: أقله ثلاثة أيام، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: أقل الحيض يوم وليلة. فيرجع الخلاف في إعادة الصلاة إذا كان الدم أقل من ثلاثة أيام، مع أبي حنيفة، وإذا كان أقل من يوم وليلة، مع الشافعي.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢] قلنا: من هذه الآية دليلان، أحدهما: اقتضاه في إجابته عن سؤالهم عن المحيض بأنه أذى وتفسيره لهم المحيض بالأذى، وذلك يقتضى أن كل أذى من هذا الجنس لما كان في جوابه تفسير ولا إعلام بمعنى الحيض.

والدليل الثاني: أمره باعتزال النساء في المحيض، وذلك يقتضى أن يكون لنا طريق إلى معرفته ليصح اعتزالهن فيه، ولو لم يعلم ذلك إلا بعد انقضاء يوم وليلة أو ثلاثة أيام لكان قد علق الأمر بما لا طريق لنا إلى معرفته وهذا باطل باتفاق.

ودليلنا من جهة السنة، قوله في حديث فاطمة بنت أبي حبيش: «إذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة». ولنا في هذا دليلان، أحدهما: أمرها بأن تترك الصلاة عند إقبال أمر يسمى بإقباله حيضاً، وعندهم لا يكون حيضاً إلا بعد يوم وليلة أو بعد ثلاثة أيام.

٤٥٢ الطهارة

والدليل الثانى: أنه أمرها بأن تترك الصلاة عند إقبال الحيضة، وذلك يقتضى ترك الصلاة بأقل الدم وأنه حيض بإقباله، ولو لم يكن حيضاً إلا بعد يوم وليلة أو بعد ثلاثة أيام، لما جاز ترك الصلاة إلا بعد ذلك، ولما أجمعنا على وجوب ترك الصلاة بأول ما ترى من الدم، ثبت أنه حيض.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا دم يسقط فرض الصلاة، فلم يكن لأقله حد كدم النفاس.

مسألة: وأما المسألة الثانية، وهو معرفة أكثر الحيض فذهب مالك والشافعى إلى أن أكثر الحيض خمسة عشر يوماً. وقال أبو حنيفة: أكثر الحيض عشرة أيام. وقال الأوزاعى: أكثر الحيض سبعة عشر يوماً، وبه قال داود.

ودليلنا فى هذه المسألة على أبى حنيفة قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَزَلُوا النَّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وذلك يقتضى حمله على كل أذى من جنسه إلا ما خصه الدليل.

ومن جهة القياس أن هذه مدة أبقت لأقل الطهر وقتاً فى الشهر، فوجب أن يكون حيضاً كالعشرة أيام.

مسألة: وأما المسألة الثالثة، وهى مقدار مكث الحائض إذا اتصل بها الدم، فإن الحائض على ضربين، حائل وحامل، فأما الحائل فعلى ضربين، مبتدأة ومعتادة، فأما المبتدأة، فهى التى ترى الدم أول بلوغها، فإن تمادى بها الدم، فعن مالك فيها ثلاث روايات، روى عنه على بن زياد أنها تقعد أيام، لداتها ثم تغتسل وتكون مستحاضة، وروى ابن وهب تقعد أيام لداتها ثم تستظهر بثلاثة أيام، ثم تكون مستحاضة، وروى عنه ابن القاسم وأكثر المدنين: تقعد خمسة عشر يوماً ثم تكون مستحاضة.

وقال أبو حنيفة: تقعد أكثر مدة الحيض ثم تكون مستحاضة، وهو نحو رواية ابن القاسم عن مالك. وقال الشافعى: تقيم أكثر مدة الحيض، فإن تمادى بها الدم، فله فى ذلك قولان، أحدهما: أنه يكون الحيض من ذلك يوماً وليلة وتعيد صلاة سائر المدة. والقول الثانى: تعد من ذلك حيضاً سبعة أيام، وتعيد صلاة سائر المدة.

وجه رواية على بن زياد أنها لما لم تكن لها عادة ترجع إليها وجهل أمرها، وجب اعتبارها بأحوال لداتها، إذ لا طريق إلى معرفة حالها بأكثر من ذلك.

الطهارة ٤٥٣

ووجه رواية الاستظهار أن هذا خارج من الجسد أريد التميز بينه وبين غيره، فجاز أن يعتبر فيه بثلاثة أيام، أصل ذلك لبن المصراة.

وجه رواية ابن القاسم أن هذه مدة حيض، فإذا رأت الدم فيها وجب أن يكون حيضًا كأيام لداتها.

وما ذهب إليه الشافعي من إعادة الصلاة فغير صحيح لأن تلك الأيام لو لم يحكم بكونها حيضًا لما جاز أن تمتنع فيها الصلاة، فلما منعت فيها من الصلاة لم تجب عليها إعادتها، وقد كان الأصح إذا لم يتبين أمرها أن تؤمر بالصلاة، فإن كانت ممن تصح منها وتجب عليها فقد أدتها وأخذت بالأحوط في أمرها، وإن كانت ممن لا تصح منها ولا تجب عليها فقد فعلتها استظهارًا، فأما أن تمتنع منها في وقتها الذي يختص بها وتمنع من أدائها وتؤمر بها في غير وقتها، فإن ذلك لا يصح كغير الحائض.

ولذلك قال مالك رحمه الله في التي ترى الدم خمسة عشر يومًا وعادتها ثمانية أيام: أنها تستظهر بثلاثة أيام ثم تصوم وتصلى استظهارًا إلى انقضاء خمسة عشر يومًا، فإذا طهرت قضت الصوم، فإن كانت ممن يصح منها الصوم والصلاة، فقد أدتها وإن لم يصح ذلك منها فهي تقضى الصوم وتسلم من تضييع عبادة في وقتها وتركها حين وجوبه، وهذا وجه الاحتياط فيما شك فيه.

فرع: وأما المعتادة، فإن تمادى بها الدم أكثر من أيام عادتها، فعن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: أنها تقيم أيام عادتها تستظهر بثلاثة أيام، والرواية الثانية: تقيم أكثر مدة الحيض، وذلك خمسة عشر يومًا ثم تكون مستحاضة على معنى الاحتياط تصوم وتصلى ولا يطؤها زوجها ثم تنظر في أمرها، فإن انقطع دمها عند تمام الخمسة عشر يومًا علم أنها قد انتقلت عادتها، وكانت المدة كلها حيضًا، وإن زادت المدة على خمسة عشر يومًا علم أنها قد انتقلت على أن ذلك دم استحاضة واعتدت بحيضها على ما تقدم من عادتها وتقضى الصوم فيما بين ذلك وبين الزيادة على خمسة عشر يومًا.

وقال ابن الماجشون ومحمد بن مسلمة ومطرف: تجلس خمسة عشر يومًا، فإن انقطع دمها، فذلك أكثر حيضها، وإن زاد فهي مستحاضة، واختلفوا في الحيضة الثانية بعدها، فقال عبد الملك: تجلس أيام عادتها ثم تستظهر. وقال محمد بن مسلمة: تجلس أيام عادتها دون استظهار. وقال مطرف: تجلس خمسة عشر يومًا أبدًا ثم تكون مستحاضة.

فرع: وأما الحامل، فاختلف في أكثر مدة حيضها، فقال ابن الماجشون: أكثره خمسة

عشر يوماً، رواه أبو زيد في ثمانيته، وقال: لا أنظر إلى أول الحمل ولا إلى آخره. روى عن مالك قال ابن القاسم في رواية سحنون عنه: في مدة ثلاثة أشهر ونحوها من أول الحمل خمسة عشر يوماً. وقال ابن وهب: تضعف الحامل أيام عاداتها، فعلى هذا إن كانت عاداتها خمسة عشر يوماً، فأكثر حيضتها ثلاثون يوماً. وقال مطرف: في أول شهر من شهور الحمل أيام عاداتها وتستظهر بثلاث، وفي الثاني تضعف أيام عاداتها دون استظهار، والثالث تضعف أيام عاداتها ثلاث مرات، والرابع أربع مرات حتى تبلغ ستين يوماً، وهي في الواضحة من رواية مطرف عن مالك.

فصل: وقوله: «إذا ذهب قدرها فاغسلي عندك الدم وصللي» يحتمل أن يريد غسل الاستحاضة واستغنى عن ذكر الغسل من المحيض لأنه قد تقرر علمه.

١٣٢ - مالك، عن نافع، عن سليمان بن يسار، عن أم سلمة زوج النبي ﷺ، أن امرأة كانت تهراق الدماء في عهد رسول الله ﷺ، فاستفتت لها أم سلمة رسول الله ﷺ. فقال: «لتنظري إلى عدد الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر، قبل أن يصببها الذي أصابها، فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر، فإذا خلفت ذلك فلتغتسل، ثم لتستفر بثوب، ثم لتصلي»^(١).

الشرح: قوله: «إن امرأة كانت تهراق الدماء»، يقال هي فاطمة بنت أبي حبيش، وقد بين ذلك حماد بن زيد وسفيان بن عيينة في حديثهما عن أيوب عن نافع عن سليمان بن يسار.

وقوله: «كانت تهراق الدماء»، يريد أنها كانت من كثرة الدم بها كأنها تهريقه

١٣٢ - أخرجه النسائي في الحيض والاستحاضة برقم ٣٥٤، ٣٥٥. وأبو داود كتاب الطهارة برقم ٢٧٤. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٦٢٣. وأحمد بالمستند برقم ٢٦١٧٦، ٢٦٢٠٠. والدارمي كتاب الطهارة برقم ٧٨٠. والطحاوي بمشكّل الآثار ٣/٣٠٣ عن أم سلمة.

(١) هكذا رواه مالك، عن نافع بن سليمان، عن أم سلمة، وكذلك رواه أيوب السخيتاني، عن سليمان بن يسار، كما رواه مالك عن نافع سواء، ورواه الليث بن سعد، وصخر بن حويرية، وعبيد الله بن عمر على اختلاف عنهم، عن نافع، عن سليمان بن يسار «أن رجلاً أخبره عن أم سلمة، فأدخلوا بين سليمان بن يسار وبين أم سلمة رجلاً. انظر: (التمهيد، نافع عن سليمان بن يسار، حديث واحد، وهو حديث رابع وسبعون لنافع).

فاستفتت أم سلمة لها لاستحيائها من ذلك إذ كانت امرأته، وكان في ذكره عورة، فسألت أم سلمة أن تسأل لها عن حكمها رسول الله ﷺ لما كانت أم سلمة تحمل من النبي ﷺ محلاً يزِيل الخجل في سؤالها إياه عن مثل ذلك، ويقتضى ذلك أن يكون النبي ﷺ قد عرف المرأة باسم أو صفة أو إشارة إليها لذلك لم يستفسر حالها مع اختلاف أحوال الناس في ذلك لأن النساء على ثلاثة أضرب: حال صغر، وحال حيض، وحال يأس.

فأما حال الصغر، فإنه لا يثبت لما روى فيه من الدم شيء من أحكام الحيض وإنما هو دم جرح فاسد. وأما حال الحيض، فهو الذي أجاب عنه ﷺ وقد تقدم كلامنا فيه. وأما حال اليأس من المحيض، فهو في سن الشيخ والهرم، وما روى من الدم في تلك الحال، فليس يحيض، وهل يثبت له أحكام الحيض أم لا؟ اتفق أصحابنا على أنه لا يقع به اعتداد، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

فرع: وهل تترك اليائسة الصلاة والصوم؟ في النوادر من رواية ابن المواز عن مالك: أنها تترك الصوم والصلاة. وقال ابن وهب: لا تترك الصوم ولا الصلاة.

وجه رواية ابن المواز، أن هذا دم كثير وجد بكثرة، فوجب أن يكون منه ما يمنع من صحة الصوم والصلاة كغير اليائسة.

وجه رواية ابن حبيب أنه دم من لا يحمل مثلها، فلم يمنع صحة الصلاة والصوم كدم الصغيرة.

مسألة: فإذا انقطع عنها الدم، فقد قال ابن القاسم: لا غسل عليها. وقال ابن حبيب: عليها الغسل، وإن أشكل أمرها تركت الصلاة كالحائض.

وجه قول ابن القاسم، أن هذا دم لا يمنع الصلاة فلم يوجب الغسل كدم الاستحاضة.

فرع: والسن الذي يحكم فيه للمرأة باليأس من المحيض، قال الشيخ أبو إسحاق: خمسون عاماً، واحتج على ذلك بأن عمر بن الخطاب، قال: بنت خمسين عجوز في الغابرين. وقالت عائشة: قل امرأة تجاوز الخمسين فتحيض إلا أن تكون قرشية.

فصل: وقوله ﷺ: «لتنظر إلى عدد الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل

أن يصيبها ما أصابها». تعليقه ذلك بالشهر لما في عادة النساء في الأغلب من أنهن يحضن في كل شهر، ولذلك أقيمت حيضة وطهرها مقام شهر، وقصر حيضها على أيامها التي كانت تحيضن من كل شهر، يحتمل أن يكون النبي ﷺ قد علم حيضتها وأنها كانت أكثر الحيض، فلذلك قصرها عليها، وهذا هو الأظهر لأنه لو لم يعلم حيضتها لجواز أن تختلف عاداتها فيكون الجواب غير مستوفى في حقها، ويحتمل أنه لم يعلم مقدار حيضها، فأجابها بجواب يقتضى حكم كل حائض معتادة، وذلك أنها لما أحالها من عدد الأيام والليالي على ما كان من عاداتها من الاستحاضة، وعلم أنها عادة النساء في ذلك، وإن اختلف فغير خارجة عن قدر أيام الحيض، فقد أمرهن باعتبار قدر من أيام الحيض على حسب عادة كل واحدة منهن.

ولذلك اختلف الناس في حكم الحائض إذا تمادى بها الدم، فقال بعضهم: حيضتها على ما ثبت من عاداتها، وقد بينا أن ذلك قول المغيرة وأبي مصعب وهو قول محمد بن مسلمة في الحيضة الثانية، وقد قال قوم: تنتقل إلى أكثر الحيض، وكذلك قال مالك ومطرف، وحملوا هذا الحديث على أنه مختص بالمرأة لاحتمال أن يكون النبي ﷺ أجابها على ما علم من حالها.

فصل: وقوله ﷺ «فلترك الصلاة قدر ذلك من الشهر» يقتضى منع الحيض للصلاة وتعليق ذلك بالشهر ظاهره يقتضى أن الحيض يتكرر غالباً وأن الحيض قدرا من كل شهر لا يختلف أقله وأكثره وإن زاد على قدر أكثره خرج عن حكم الحيض المانع مدة الصلاة وذلك القدر في المشهور من مذهب مالك خمسة عشر يوماً، وعلى قول أصحابنا: لكل امرأة قدر عاداتها إلا أنها تزيد العادة في ذلك على خمسة عشر يوماً فإذا زاد على خمسة عشر يوماً خرجت عن حكم الحيض إلى حكم الاستحاضة التي لا تحيض بعادة.

١٣٣ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْنَبِ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ أَنَّهَا رَأَتْ زَيْنَبَ بِنْتَ جَحْشِ التَّمِيمِيِّ كَانَتْ تَحْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَكَانَتْ تُسْتَحَاضُ فَكَانَتْ تَغْتَسِلُ وَتُصَلِّي.

الشرح قولها: «إن زينب بنت جحش التي كانت تحت عبدالرحمن بن عوف»^(١)،

١٣٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٢. أخرجه أبو داود كتاب الطهارة برقم ٢٩٣.
(١) قال القاضي عياض: اختلف أصحاب الموطأ في هذا عن مالك، فأكثرهم يقولون:-

هذا وهم والله أعلم؛ لأن زينب بنت جحش كانت زوج النبي ﷺ وأختها حمنة كانت تحت طلحة بن عبيد الله وأختها أم حبيبة هي التي كانت تحت عبدالرحمن بن عوف، واسمها حبيبة. وقد روى هذا الحديث مالك عن ابن عمر، فقال: ابنة جحش، فلم يسمها، وكذلك رواه القاضي أبو إسحاق عن القعنبى عن مالك، فإن كان هذا محفوظاً، فهو الصواب والله أعلم.

فصل: وقولها: «وكانت تستحاض فكانت تغتسل وتصلى»، يحتمل أن الاستحاضة كانت تتكرر عليها فكانت تغتسل متى استحاضت عند خروجها من الحيض وتتمادى بعد ذلك على الصلاة، ويحتمل أنها كانت تغتسل متى انقطع عنها دم الاستحاضة.

وقد اختلف قول مالك فقال مرة: تغتسل، وقال مرة: ليس ذلك عليها. وقال ابن القاسم: ذلك واسع. ويحتمل أيضاً أن يكون معنى ذلك أنها كانت تغتسل للصلاة إذا أرادتھا.

١٣٤ - مَالِك، عَنْ سُمَى مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ؛ أَنَّ الْقَعْقَاعَ بْنَ حَكِيمٍ، وَزَيْدَ بْنَ أَسْلَمَ أَرْسَلَهُ إِلَى سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ، يَسْأَلُهُ كَيْفَ تَغْتَسِلُ الْمُسْتَحَاضَةُ؟ فَقَالَ: تَغْتَسِلُ مِنْ طُهْرٍ إِلَى طُهْرٍ، وَتَتَوَضَّأُ لِكُلِّ صَلَاةٍ، فَإِنْ غَلَبَهَا الدَّمُ اسْتَشْفَرَتْ.

الشرح: قوله: «كيف تغتسل»، يقتضى صفة غسلها والمراد به فى هذا الحديث السؤال عن وقت اغتسالها، ولذلك جاوبه سعيد بوقت الغسل دون صفته. وروى أبو داود السجستاني قال: قال مالك: إني لأظن حديث سعيد بن المسيب من ظهر إلى ظهر، وإنما من ظهر إلى ظهر، فقلبها الناس، فقالوا: من ظهر إلى ظهر؛ وقد تابع مالكاً على هذا القول هود بن عبد الملك وسعيد بن عبدالرحمن، فقالا: إنما هو من ظهر إلى ظهر، وإنما قال ذلك مالك، رحمه الله، لما لم يكن لوقت الظهر معنى يقتضى اغتسالها، فرأى أن اللفظ قد صحف عن ابن المسيب، وأصله ما ذكره وذلك لمن تميز الدم فتغتسل

=زينب بنت جحش، وكثير من الرواة يقولون: عن ابنة جحش، قال: وهذا هو الصواب، قال: وبين الوهم فيه قوله: كانت تحت عبدالرحمن، وزينب هي أم المؤمنين لم يتزوجها عبدالرحمن بن عوف قط وإنما تزوجها أولاً زيد بن حارثة ثم تزوجها رسول الله ﷺ والتي كانت تحت عبدالرحمن بن عوف هي أم حبيبة. انظر: (تنوير الحوالك ص ٦٣).

١٣٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣. أخرجه الدارمى فى الطهارة ٨٠٨، ٨١٠.

إذا انقطع عنها الدم الأسود أو حكم بأنها مستحاضة لتمادية، فلاغتسال في هذا الموضع له وجه صحيح.

وقد بين عبدالكريم الجزري في روايته عن سعيد بن المسيب أنه من ظهر إلى ظهره، فقال: تغتسل كل يوم عند صلاة الظهر، وعبد الكريم حافظ.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك عندي أنه شرع لها الغسل في كل يوم تجديداً للنظافة، وذلك الوقت أحق بالغسل لما يختص به من الحر وكثرة العرق وظهور الرائحة التي تحتاج المرأة إلى إزالتها وخفة الغسل في ذلك الوقت، ولذلك شرع غسل الجمعة ذلك الوقت دون سائر الأوقات ومما يدل على أن الغسل ليس بواجب على المستحاضة قوله ﷺ: «إنما ذلك عرق وليست بالحیضة» وهذا وجوب الغسل كسائر العروق.

فرع: إذا ثبت أنه لا يجب به غسل، فهل يجب به الوضوء؟، فالمشهور من المذهب أنه لا يجب به الوضوء. وقال القاضي أبو الحسن: إنه على ضربين: منه ما يكون مرة بعد مرة، فهذا يجب به الوضوء لأنه ليس بمرض ومنه ما يتكرر بالساعات فيستحب منه الوضوء ولا يجب.

ودليلنا على نفي الوضوء أنه دم لا يجب به الغسل فلم يجب به الوضوء كما لو خرج من سائر الجسد.

١٣٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَحَاضَةِ إِلَّا أَنْ تَغْتَسِلَ غُسْلًا وَاحِدًا ثُمَّ تَتَوَضَّأَ بَعْدَ ذَلِكَ لِكُلِّ صَلَاةٍ.

الشرح: وهذا على ما تقدم من أن المستحاضة إنما يجب عليها غسل واحد عند انقضاء حيضتها وابتداء استحاضتها لتزيل بذلك حدث الحيض، وأما دم الاستحاضة، فإن القاضي أبا الحسن قال: اختلف أصحابنا فيه، فقال بعضهم: هو حدث، معفو عنه. وقال بعضهم: ليس بحدث.

قَالَ مَالِك: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُسْتَحَاضَةَ إِذَا صَلَّتْ أَنْ لِرُؤُوسِهَا أَنْ يُصَيَّبَهَا وَكَذَلِكَ النَّفْسَاءُ إِذَا بَلَغَتْ أَقْصَى مَا يُمَسِكُ النَّسَاءَ الدَّمُ، فَإِنْ رَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يُصَيَّبُهَا رُؤُوسِهَا، وَإِنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَحَاضَةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن موانع الحيض هي الصلاة والوطء، فإذا وجبت الصلاة

وجبت إباحة الوطاء، وما لا يمنع منه الطهر فلا تمنع منه الاستحاضة، وبهذا قال سعيد ابن جبير والحسن وعكرمة. وقال سليمان بن يسار والزهرى: لا يصيب المستحاضة زوجها.

فصل: حكم النفساء عند مالك فى ذلك حكم الحائض إذا بلغت أقصى ما يمسك النفساء دم النفاس وتمادى بها الدم اغتسلت، وكانت مستحاضة، واختلف الرواة عن مالك فى أقصى ما يمسك النساء النفاس، فقال مرة: لا حد فى ذلك، ويرجع فيه إلى النساء ومعرفتهن. وقال مرة: أقصى ذلك ستون يوماً، وبه قال الشافعى. وقال ابن الماجشون: ستون أو سبعون يوماً. وقال أبو حنيفة: أربعون يوماً. وجه ما قاله مالك أن الرجوع فى ذلك إلى المعروف والعادة، وقد وجد النفاس ستين يوماً عادة مستمرة.

مسألة: وأقل النفاس لا حد له، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. وقال أبو يوسف: أقله أحد عشر يوماً.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور، أن هذا أمر طريقه العادة وقد وجد معتاداً بأقل من أحد عشر يوماً، فلم يجوز أن يحد بأحد عشر يوماً كما لم يحد بثلاثين يوماً لما وجد معتاداً أقل من هذا المقدار.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمُسْتَحَاضَةِ عَلَى حَدِيثِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ وَهُوَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَىٰ فِي ذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال لأن حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبى ﷺ فى قصة فاطمة بنت أبى حبيش أصح ما ورد فى هذا الباب ويحتمل أن يريد به حديث هشام بن عروة عن أبيه أنها لا تغتسل إلا غسلاً واحداً ثم تتوضأ بعد ذلك لكل صلاة وهذا أظهر من جهة المعنى.

* * *

ما جاء فى بول الصبى

١٣٦ - مَالِكُ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا

(١) قال: إن عروة كان يفتى بأن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة، وذلك عند مالك على

الاستحباب لا على الإيجاب. انظر: (التمهيد باب المستحاضة).

١٣٦ - أخرجه البخارى كتاب الوضوء برقم ٢٢٢. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٨٦. والنسائى

كتاب الطهارة برقم ٣٠٣. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٥٢٣. وأحمد بالمسند برقم

٢٣٦٧٢، ٢٣٧٣٥، ٢٥٢٤٠.

٤٦٠ الطهارة

قَالَتْ: أَتَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِصَبِيٍّ قَبَالَ عَلَى ثَوْبِهِ، فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِمَاءٍ فَأَتْبَعَهُ
إِيَّاهُ^(١).

الشرح: قولها: «أتى رسول الله ﷺ بصبي»، معناه أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يأتون بصبيانهم إلى النبي ﷺ ليدعو لهم ويحنگهم يسميهم تبركاً به ﷺ، فأتى بصبي فبال على ثوبه، فدعا بماء فأتبعه إياه، يريد اتباع الماء بول الصبي، وهذا يدل على نجاسته على قولنا: إن أفعال النبي ﷺ على الوجوب، ولو لم يكن نجساً لما وجب اتباعه بالماء، هذا مذهب مالك في بول الصبي والجارية سواء أكل الطعام أو لم يأكله. وقال عبدالله: بول الصبي الذي لم يأكل الطعام طاهر لا يجب غسله ويغسل بول الجارية لنجاسته، وبه قال الشافعي. وروى الوليد بن مسلم عن مالك في مختصر ما ليس بالمختصر: لا يغسل بول الجارية ولا الغلام حتى يأكل الطعام، وهذه رواية شاذة، والصحيح المشهور ما تقدم.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا بول آدمي فوجب غسل الثوب منه، أصل ذلك بول من أكل الطعام.

١٣٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ^(١) بْنِ عُثْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنِ أُمِّ قَيْسِ بِنْتِ مِحْصَنٍ^(٢)؛ أَنَّهَا أَتَتْ بِابْنِ لَهَا صَغِيرٍ، لَمْ يَأْكُلِ الطَّعَامَ، إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَجْلَسَهُ فِي حَجْرِهِ، فَبَالَ عَلَى ثَوْبِهِ؛ فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِمَاءٍ، فَنَضَحَهُ وَلَمْ يَغْسِلْهُ^(٣).

(١) أتبعه أي: أتبع رسول الله ﷺ البول بالماء أي صبه عليه، ولمسلم: فاتبعه ولم يغسله، ولا بن المنذر فنضحه عليه. انظر: (تنوير الحوالك ص ٦٣).

١٣٧ - أخرجه البخاري كتاب الوضوء ٢٢٣. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٨٧. والترمذي كتاب الطهارة برقم ٦٦. والنسائي برقم ٣٠٢. وأبو داود برقم ٣٧٤. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٥٢٤. وأحمد بالمسند برقم ٢٦٤٥٦. والدارمي كتاب الطهارة برقم ٧٤١.

(١) في تنوير الحوالك: عن «عبيدالله بن عتبة» ولم يذكر: «ابن عبدالله» واكتفى بال تعليق بأنها زائدة في بعض النسخ. وذكره ابن عبدالبر في التمهيد: عبيدالله بن عبدالله.

(٢) قال ابن عبدالبر: أم قيس هذه اسمها جذامة بنت وهب بن محسن، أخت عكاشة بن وهب بن محسن. انظر: (التمهيد، باب ما جاء في بول الصبي، حديث عاشر بن شهاب عن عبيدالله).

(٣) ولم يغسله: ادعى الأصيلي أن هذه الجملة مدرجة في آخر الحديث من كلام ابن شهاب وأن المرفوع انتهى عند قوله: فنضحه. قال: وكذلك روى معمر عن ابن شهاب، وكذلك =

الشرح: قوله «أتت بآبن لها صغير لم يأكل الطعام»، يريد أن الصحابة كانوا يأتون بمن ولد من أولادهم قبل أن يأكل يحنكه رسول الله ﷺ رجاء البركة في ذلك، وقد تقدم ذكره، وهذا إذا أراد بقوله: لم يأكل الطعام، لم يقبل غذاء من رضاع ولا غيره، ويحتمل أن يريد بذلك أنه لم يتقوت بالطعام ولم يستغن به عن الرضاع، فإن الصحابة كانوا يأتون بأبنائهم ليدعو لهم لاسيما عند شيء يجده أحدهم من مرض أو شبهه.

فصل: وقوله: «فأجلسه في حجره»، يريد وضعه فيه، فسمى ذلك إجلاساً وإن كان الطفل عند الولادة لا يجلس، ويحتمل أن يكون ذلك على التأويل بخالص النبي ﷺ، ويحتمل أن يريد بذلك الإجلال المعتاد، وأن ذلك كان قبل انقضاء الحولين في وقت يمكن فيه جلوسه.

وقوله: «فبال على ثوبه»، إلى قوله: «ففضحه ولم يغسله»، يريد أنه صب عليه من الماء ما غمره وأذهب لونه وطعمه وريحه فطهر بذلك الثوب، وهذه حجة لمالك في أن قليل الماء لا ينجسه قليل النجاسة، إذا غلب عليها وليس يفتقر تطهير النجاسة إلى إمرار اليد وإنما المقصود منه إزالة العين والحكم لم يأت بأي وجه كان من غلبة الماء عليه أو غير ذلك.

* * *

ما جاء في البول قائماً وغيره

١٣٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلَ أَعْرَابِي الْمَسْجِدَ، فَكَشَفَ عَنْ فَرْجِهِ لِيُبَوِّئَ، فَصَاحَ النَّاسُ بِهِ، حَتَّى عَلَا الصَّوْتُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ:

=أخرج ابن أبي شيبة. قال: فرشه، ولم يزد على ذلك. وتوقف الحافظ ابن حجر في ذلك، قال: نعم زاد معمر في روايته. قال ابن شهاب: فمضت السنة أن يرش بول الصبي ويغسل بول الجارية. أخرج عبد الرزاق في مصنفه. انظر: (تنوير الحوالك ص ٦٤).

١٣٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٨.

وقال ابن عبد البر: هذا حديث مرسل في الموطأ عند جماعة الرواة، وقد روى مسنداً متصلاً عن يحيى بن سعيد، عن أنس من وجوه صحاح، وهو محفوظ ثابت من حديث أنس، ومن حديث أبي هريرة، عن النبي ﷺ. انظر: (التمهيد باب ما جاء في البول قائماً).

أخرج البخاري كتاب الوضوء برقم ٢٢١. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٨٤. والترمذي كتاب الطهارة ١٣٧. والنسائي برقم ٥٤، ٥٥. وأحمد بالمسند برقم ١١٦٧٢، ١١٧٢٢، ١٢٢٩٨. والدارمي كتاب الطهارة برقم ٧٤٠.

٤٦٢ الطهارة
«اتركوه» فتركوه، فَبَالَ، ثُمَّ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِذُنُوبٍ مِنْ مَاءٍ، فَصَبَّ عَلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ.

الشرح: وقوله: «دخل أعرابي المسجد ليبول»، روى أبو هريرة وعبدالله بن مغفل أنه دخل وصلى، فلما قضى الصلاة بال في المسجد، وذلك أنه لم يعهد المساجد ولا عرف ما يجب لها من الإكرام والتنزيه وصاح الناس إنكاراً لفعله ومادرة إلى منعه، فقال لهم النبي ﷺ: «اتركوه» رفقا في تعليمه، وهذه سنة من الرفق في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لاسيما لمن قرب معهته بالإسلام ولم يعلم منه الاستهانة به فيعلم أصول الشرائع ويعذر في غيرها حتى تمكن الإسلام من قلوبهم لأنهم إن أخذوا بالتشديد في جميع الأحوال خيف عليهم أن تنفر قلوبهم عن الإيمان وتبغض الإسلام فيؤول ذلك إلى الارتداد والكفر الذي هو أشد مما أنكر عليهم.

فصل: وقوله: «ثم أمر رسول الله ﷺ بذنوب من ماء»، الذنوب^(١) الدلو، فصب على ذلك المكان، وهذا يدل على ما قدمنا أن الماء إذا صب على البول فغمره وأذهب عينه وصفاته حكم بطهارة المغسول، وهو حجة على أبي حنيفة والشافعي وغيرهما في قولهم: إن قليل الماء ينحسه قليل النجاسة، وإن لم تغيره. وهذا مسجد النبي ﷺ وهو أرفع المواضع التي يجب تطهيرها وقد حكم فيه النبي ﷺ بصب دلو من ماء على ما نجس منه بالبول، ولا معنى له إلا تطهيره للمصلين فيه.

١٣٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ قَائِمًا.

الشرح: البول على قدر الموضع الذي يبال فيه، فإن كان موضعاً طاهراً دمثاً لينا يؤمن تطاير البول على البائل جاز أن يبال فيه قائماً لأن البائل حيثنذ يأمن تطاير البول عليه، ويجوز أن يبول قاعداً لأنه يأمن على ثوبه من الموضع، والبول قاعداً أفضل وأولى لأنه أستر للبائل.

مسألة: وإن كان موضعاً طاهراً جليداً يخاف أن يتطاير منه البول إذا بال قائماً،

(١) قال ابن عبد البر: الذنوب الدلو الكبيرة هاهنا، وقد يكون الذنوب الحظ والنصيب من قوله تعالى: ﴿ذُنُوبًا مِثْلَ ذُنُوبِ أَصْحَابِهِمْ﴾ [الذاريات: ٥٩]. انظر: (التمهيد باب ما جاء في البول قائماً).

الطهارة ٤٦٣

فحكّم ذلك الموضع أن يبول البائل فيه جالساً؛ لأن طهارته تبيح له الجلوس وصلابة الأرض تمنع الوقوف لئلا يتطاير عليه من وقع البول ما ينجس ثيابه.

مسألة: وإن كان الموضع دمثاً، وهو مع ذلك قدر، بال قائماً، ولم يسبل جالساً؛ لأن جلوسه يفسد ثوبه، وهو يأمن تطاير البول إذ وقف. وقد روى حذيفة عن النبي ﷺ أنه أتى سباطة قوم فبال قائماً.

مسألة: فإن كان الموضع صلباً نجساً لم يسبل فيه قائماً وبال قاعدًا لما قدمناه.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ غَسْلِ الْفَرْجِ مِنَ الْبَوْلِ وَالْغَائِطِ؛ هَلْ جَاءَ فِيهِ أَثْرٌ؟ فَقَالَ: بَلَّغْنِي أَنَّ بَعْضَ مَنْ مَضَى ^(١) كَانُوا يَتَوَضَّئُونَ مِنَ الْغَائِطِ، وَأَنَا أُحِبُّ أَنْ أُغْسِلَ الْفَرْجَ مِنَ الْبَوْلِ.

الشرح: قد تقدم أن الغسل أفضل من الاستجمار، وأنه سئل مالك عن غسل الفرج من البول والغائط هل فيه أثر؟ فأجاب عنه وخص مالك غسل الفرج بالماء؛ لأن البول مائع لا يكاد يسلم من الانتشار، فلذلك رأى أنه أحق باستعمال الماء فيه، ويحتمل أن يكون مالك أخبر بأن عنده أثرًا في غسل الفرج من الغائط وأنه يستحب غسل الفرج من البول فبين ما عنده فيه أثر وميزه مما يذهب إليه لنوع من النظر.

* * *

باب ما جاء في السواك

١٤٠ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ ابْنِ السَّبَّاقِ ^(١)؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي

(١) قال في الاستذكار: عني بن مضي، عمر بن الخطاب لأن من روايته أنه كان يتوضأ بالماء لما تحت إزاره، وقد روى في قصة أهل قباء أنهم كانوا يتوضئون من الغائط بالماء. انظر: تنوير الحوالك ص ٦٤.

١٤٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٠.

وقال السيوطي: وصله ابن ماجه من طريق بن صالح بن أبي الأخضر عن الزهري عن عبيد ابن السباق عن ابن عباس به وفات ابن عبد البر ذلك. انظر: (تنوير الحوالك ص ٦٤).

وانظر: سنن ابن ماجه كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٩٨.

(١) قال ابن عبد البر: ابن السباق هذا عبيد، روى عنه ابن شهاب، وابنه سعيد بن عبيد بن السباق، وهو من ثقات التابعين بالمدينة، ومن أشرافهم من بنى عبد الدار بن قصي. ولم يذكره أهل النسب وللسباق بن عبد الدار بن قصي، عوفًا، وعبيد، وعميلة، وعبد الله. قال الزبير: =

٤٦٤ الطهارة

جُمُعَةٍ مِنَ الْجُمُعِ: «يَا مَعْشَرَ الْمُسْلِمِينَ، إِنَّ هَذَا يَوْمٌ جَعَلَهُ اللَّهُ عِيدًا فَأَعْتَسِلُوا، وَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ طِيبٌ فَلَا يَضُرُّهُ أَنْ يَمَسَّ مِنْهُ، وَعَلَيْكُمْ بِالسَّوَاكِ».

الشرح: وقوله: «هذا يوم جعله الله عيداً»، يقتضى ظاهره أنه شرع فيه الغسل لأنه عيد وهذا يدخل فيه كل ما يقع عليه هذا الاسم فى الحكم، وذلك أن الأعياد مشروع فيها التحمل والمباهاة والنظافة من أفضل التحمل.

فصل: وقوله: «ومن كان عنده طيب فلا يضره أن يمس منه» على معنى الندب إليه والتصريح بأنه غير واجب ولا لازم لما فى ذلك من المشقة والكلفة وقد يشق استعماله على من لا يجده أو من يتكلف تحصيله بمؤنة، وأما استعمال الماء فلا مشقة فيه فى الغالب.

وقوله: «وعليكم بالسواك» أمر به وندب إليه. وقد روى عن داود أنه قال: السواك واجب. والدليل على ذلك أنه تنظيف من غير نجاسة، فلم يكن واجباً كغسل الفم من الذفر والغمر.

١٤١ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَوْلَا أَنْ أَشَقَّ عَلَيَّ أُمَّتِي لِأَمْرَتِهِمْ بِالسَّوَاكِ^(١)».

الشرح: قوله: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك» على ما علم من إشفاقه ﷺ على أمته ورققه وحرصه على التخفيف عنهم والمراعاة لما يشق عليهم، فالمراد بالأمر

= بغى بعضهم على بعض فهلكوا وانقضوا، قال: وهم أول من بغى بمكة فتفانوا فى البغى، ولم يبق منهم إلا قليل، قال: وصار بعض بنى السباق فى عك، ولم يذكر ابن شهاب هذا. انظر: (التمهيد، باب ما جاء فى السواك).

١٤١ - أخرجه البخارى كتاب الجمعة برقم ٨٨٧. والترمذى كتاب الطهارة برقم ٢٢. والنسائى برقم ٧. وأبو داود برقم ٤٦. وابن ماجه كتاب الطهارة وسننها برقم ٢٨٧. وأحمد بالمسند بأرقام ٧٢٩٤، ٧٣٦٤، ٧٧٩٤، ٨٩٢٨، ٨٩٤١، ٩٢٦٤، ٩٣٠٨، ١٠٢٤٠، ١٠٣١٨، ١٠٤٨٧. والدارمى كتاب الطهارة وكتاب الصلاة برقم ٦٨٣، ١٤٨٤.

(١) لأمرتهم بالسواك، قال الرافعى: أى أمر بإيجاب، وقال ابن دقيق العيد: استدل به بعض أهل الأصول على أن الأمر للوجوب، ووجه الاستدلال أن كلمة لولا تدل على انتفاء الشيء لوجود غيره، فتدل على انتفاء الأمر لوجود المشقة والمنفى لأجل المشقة إنما هو الوجوب لا الاستحباب، فإن استحباب السواك ثابت عند كل صلاة فيقتضى ذلك أن الأمر للوجوب. انظر: (تنوير الحوالك ص ٦٥).

الطهارة ٤٦٥

هاهنا الوجوب واللزوم دون الندب، فقد ندب ﷺ إلى السواك وليس فى الندب إليه مشقة لأنه إعلام بفضيلته واستدعاء لفضله لما فيه من جزيل الثواب.

وفيه وجه آخر، وهو امتناعه ﷺ من الأمر لهم لمعنى المشقة، أى لولا المشقة لأمرهم به، وهذا يقتضى أن النبى ﷺ الأمر بالأحكام وإيجابها وأن ذلك مصروف إلى اجتهاده ولولا ذلك لم يمنعه الإشفاق على أمته من أن يوجب عليهم السواك لأجل المشقة إن كان البارى تعالى قد أمره به وأوجبه ولو لم يكن البارى أمر به وأوجبه لم يكن له إيجابه، وإن لم يكن فى ذلك مشقة على أمته ويدل هذا أيضا على أن السواك ليس بواجب.

١٤٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّهُ قَالَ: لَوْلَا أَنْ يَشُقَّ عَلَى أُمَّتِهِ لِأَمْرِهِمْ بِالسَّوَاكِ مَعَ كُلِّ وُضُوءٍ.

الشرح: قوله: «مع كل وضوء» يقتضى أن الأمر بالسواك مع كل وضوء امتنع لأجل المشقة، فهذا يثبت بهذا الحديث ويثبت بحديث الأعرج الامتناع من الأمر به على وجه الوجوب فى الجملة لأجل المشقة، والله أعلم وأحكم.

* * *

انتهى الجزء الأول ويليهِ الجزء الثانى وأوله كتاب الصلاة،

١٤٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٢، وفى التمهيد باب ما جاء فى السواك. قال ابن عبد البر: هذا الحديث يدخل فى المسند لاتصاله من غير ما وجه، ولما يدل عليه اللفظ، وبهذا اللفظ رواه أكثر الرواة عن مالك. انظر: (التمهيد، باب ما جاء فى السواك).
أخرجه البخارى كتاب الجمعة ٨٧٧. ومسلم كتاب الطهارة برقم ٢٥٢. وأبو داود كتاب الطهارة برقم ٤٦. وأحمد بالمسند برقم ٧٣٦٤، ٨٩٤١، ٩٣٠٨، ٩٦١٢، ١٠٣١٨.
والدارمى كتاب الطهارة ٦٨٣.

**فهرس محتويات
الجزء الأول
من
كتاب المنتقى
شرح موطأ مالك**

المحتويات

٢٠٣	وقوت الصلاة.....
٢٣٣	وقت الجمعة.....
٢٣٦	من أدرك ركعة من الصلاة.....
٢٣٩	ما جاء في دلوك الشمس وغسق الليل.....
٢٤٠	جامع الوقوت.....
٢٥١	النوم عن الصلاة.....
٢٥٩	النهى عن الصلاة بالهاجرة.....
٢٦٣	النهى عن دخول المسجد بريح الثوم.....
٢٦٨	العمل فى الوضوء.....
٢٧١	باب فى بيان غسل الوجه.....
٢٧٢	باب فى بيان المغسول به.....
٢٧٢	باب فى بيان المغسول.....
٢٧٦	باب بيان حد الرأس.....
٢٧٦	باب كيفية إيصال الماء إليه.....
٢٧٧	باب استيعاب الرأس مسحًا.....
٢٨٢	باب حكم إزالة النجاسة.....
٢٨٦	باب تمييز النجاسة.....
٢٨٨	باب اختلاف النجاسة باختلاف محلها.....
٢٩٦	و. ر.ء. النائم إذا قام إلى الصلاة.....
٣٠٢	باب فيما يفتقر إلى النية من الطهارة.....
٣٠٣	باب فى إيضاح ما يجرى من النية.....
٣٠٧	باب فى محل النية من الطهارة.....
٣١٠	الطهور للوضوء.....
٣١٥	باب فى حكم الماء المنوع من استعماله.....
٣١٧	باب فى صفة التطهير من هذا الماء.....

المحتويات	٤٧٠
باب فى الفرق بين الكثير والقليل منه	٣١٨
ما لا يجب منه الوضوء	٣٢٨
ترك الوضوء مما مست النار	٣٣٢
جامع الوضوء	٣٣٨
ما جاء فى المسح بالرأس والأذنين	٣٥٣
ما جاء فى المسح على الخفين	٣٥٨
العمل فى المسح على الخفين	٣٦٧
ما جاء فى الرعاف	٣٧٠
العمل فى الرعاف	٣٧٥
العمل فيمن غلبه الدم من جرح أو رعاف	٣٧٦
الوضوء من المذى	٣٧٨
الرخصة فى ترك الوضوء من المذى	٣٨١
الوضوء من مس الفرج	٣٨٣
الوضوء من قبلة الرجل امرأته	٣٨٩
العمل فى غسل الجنابة	٣٩١
واجب الغسل إذا التقى الختانان	٣٩٨
وضوء الجنب إذا أراد أن ينام أو يطعم قبل أن يغتسل	٤٠٢
إعادة الجنب الصلاة وغسله إذا صلى ولم يذكر وغسله ثوبه	٤٠٤
غسل المرأة إذا رأت فى المنام مثل ما يرى ارجل	٤١٦
جامع غسل الجنابة	٤١٩
هذا باب فى التيمم	٤٢٢
العمل فى التيمم	٤٣١
تيمم الجنب	٤٣٤
ما يحل للرجل من امرأته وهى حائض	٤٣٨
طهر الحائض	٤٤١
جامع الحيضة	٤٤٤
المستحاضة	٤٤٨
ما جاء فى بول الصبى	٤٥٩
ما جاء فى البول قائماً وغيره	٤٦١
باب ما جاء فى السواك	٤٦٣
المحتويات	٤٦٩

لمناتقيا شرح موطأ مالك

تأليف
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٤٩٤ هـ

تحقيق
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء الثاني

منشورات
مركز أبي براهيم
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

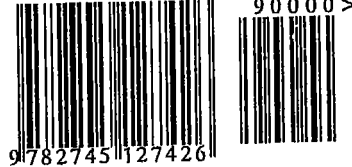
العنوان : رمل الظريف، شارع البحري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٢٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11-9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



9 782745 112742 6
<http://www.al-ilmiyah.com.lb/>
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلاة ما جاء في النداء للصلاة

١٤٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَدْ أَرَادَ أَنْ يَتَّخِذَ خَشَبَتَيْنِ، يُضْرَبُ بِهِمَا لِيَجْتَمِعَ النَّاسُ لِلصَّلَاةِ، فَأَرَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ زَيْدٍ الْأَنْصَارِيَّ ثُمَّ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ، خَشَبَتَيْنِ فِي النَّوْمِ. فَقَالَ: إِنَّ هَاتَيْنِ لَنَحْوُ مِمَّا يُرِيدُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. فَقِيلَ: أَلَا تُؤَذِّنُونَ لِلصَّلَاةِ؟ فَأَتَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، حِينَ اسْتَيْقَظَ، فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْأَذَانِ.

الشرح: قوله: «كان رسول الله ﷺ قد أراد أن يتخذ خشبتين يضرب بهما»، دليل على أن النبي ﷺ كان له الاجتهاد في أمور الشريعة ما لم ينص له على الحكم، ولذلك أداه اجتهاده إلى اتخاذ الخشبتين لاجتماع الناس للصلاة، فلما رأى عبدالله بن زيد الأذان صار إليه ولو أمر باتخاذ الخشبتين لم يعدل عن ذلك لرؤيا رآها عبدالله بن زيد، وإنما أراد بذلك ﷺ اجتماع الناس للصلاة لفضيلة الجماعة وإقامة الصلاة في المساجد.

فصل: وقوله: «فأرى عبدالله بن زيد الأنصاري خشبتين في النوم» إلى أن قيل «ألا

١٤٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٣.

قال ابن عبد البر: روى عن النبي في قصة عبدالله بن زيد هذه في بدء الأذان جماعة من الصحابة بألفاظ مختلفة ومعان متقاربة، وكلها يتفق على أن عبدالله بن زيد أرى النداء في النوم، وأن رسول الله ﷺ أمر به عند ذلك، وكان ذلك أول أمر الأذان، والأسانيد في ذلك متواترة حسان ثابتة. انظر: (التمهيد، كتاب الصلاة، باب النداء للصلاة).

٤ كتاب الصلاة

تؤذنون» قد روى أن عمر بن الخطاب رأى مثل ذلك، وروى أن عمر بن الخطاب أشار بذلك من رأيه والذي ذكره مالك أشهر الأقوال في ذلك، والله أعلم.

١٤٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عَطَاءِ بْنِ يَزِيدَ اللَّيْثِيِّ، عَنِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا سَمِعْتُمُ النَّدَاءَ فَقُولُوا مِثْلَ مَا يَقُولُ الْمُؤَذِّنُ»^(١).

الشرح: قوله: «إذا سمعتم النداء»، يريد الأذان لأنه النداء الشرعي، وهو الذي يقتضى العموم وأنه متى سمع النداء، فعلى السامع أن يقول مثله، وقد يكون الأذان في وقت يكون السامع في الصلاة نافلة أو فرض أو قراءة قرآن، فهل عليه أن يقول مثل ما يقول المؤذن.

روى ابن القاسم عن مالك: أنه يقول ذلك في النافلة ولا يقوله في الفريضة. وروى أبو مصعب عن مالك: يقول ذلك في الفرض والنفل، وهو قول ابن وهب. وقال سحنون: لا يقوله في فرض ولا نفل.

وجه رواية ابن القاسم أن الفريضة أكد من النافلة فلا يجوز تركها والاشتغال عنها بالنافلة، وليس كذلك إذا كان في نافلة فهذه زيادة من هذا الجنس، وهو يعود إلى ما كان فيه من نافلة، ولذلك جاز الاشتغال في النافلة بالتعوذ والبسمة والإتيان بها ومنع ذلك في الفريضة.

١٤٤ - أخرجه البخارى كتاب الأذان برقم ٦١١. والترمذى كتاب الصلاة برقم ١٩٢. والنسائى كتاب الأذان برقم ٦٧٣. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٥٢٢. وابن ماجه كتاب الأذان والسنة فيه برقم ٧٢٠. وأحمد بالمسند برقم ١٠٦٣٧، ١١١١٢، ١١٣٣٣، ١١٤٥٠. والدارمى كتاب الصلاة برقم ١٢٠١.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا رواه جماعة الرواة عن مالك، إلا المغيرة، فإنه رواه عن مالك، عن الزهرى، عن سعيد بن المسيب، وعطاء بن يزيد الليثى - جميعاً - عن أبي سعيد الخدرى، ولم يذكر سعيداً في إسناد هذا الحديث غيره، والله أعلم. وقد روى هذا الحديث عن مسدد، عن يحيى القطان، عن مالك، عن الزهرى، عن السائب بن يزيد، عن النبي ﷺ وذلك خطأ من كل من رواه بهذا الإسناد عن مسدد أو غيره، ولا يعرف فيه ويحفظ إلا حديث الزهرى، عن عطاء ابن يزيد، عن أبي سعيد الخدرى، وهو الصحيح فيه، والله أعلم. واختلف العلماء فى معنى هذا الحديث بعد إجماعهم على صحته، فذهب بعضهم إلى أن الذى يسمع يقول مثل ما يقول المؤذن من أول الأذان إلى آخره، وحجتهم ظاهر هذا الحديث وعمومه.

كتاب الصلاة ٥

ووجه رواية أبي مصعب أن هذا ذكر الله تعالى غير مناف للصلاة فلا يمنع في صلاة فرض ولا نفل كالتشهد والدعاء.

ووجه قول سحنون أن الصلاة وقراءة القرآن أفضل الأذكار فلا يجوز قطعه لغيره من أفضل الأذكار لأنه لا يقطعه لما هو مثله.

فصل: وقوله عليه السلام: «فقولوا مثل ما يقول المؤذن». قال ابن القاسم في روايته: يقول التشهد مرة واحدة، فإذا رجع إليه المؤذن لم يكن عليه أن يقول مثله. وقال الداودي: يعاود التشهد إذا عاوده المؤذن.

وجه قول ابن القاسم أن المؤذن إنما يرجع إليه يرفع صوته يريد الإسماع، والسماع له إنما يقوله على حد واحد فلا معنى لإعادته له.

ووجه قول الداودي، التعلق بما جاء في الحديث «فقولوا مثل ما يقول المؤذن».

مسألة: قال مالك: فقولوا مثل ما يقول المؤذن، أن ذلك إلى آخر التشهد فيما يقع في قلبي ولو فعل ذلك رجل لم أر به بأساً، يريد مالك أن تخصيصه اللفظ العام إنما هو من جهة النظر لا من جهة نص عنده، وأن من اقتصر على ما رآه من ذلك فلا بأس به، ولم يذكر هل بقول ما بعد ذلك بأس أو لا؟.

قال الشيخ أبو محمد: معنى قوله: لو فعل ذلك رجل لم أر به بأساً، يعني لو أتم الأذان مع المؤذن لم أر به بأساً. وحكى القاضى أبو محمد أن القول إلى آخر التشهد خاصة، وعلل ذلك بأن التشهد من الدعاء إلى الصلاة مما يختص به المؤذنون، فلا معنى لقول السامع مثله لأنه ليس بداع للصلاة.

وقال ابن القاسم في المدونة: إذا فرغ المؤذن من حى على الفلاح، فقال: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله، فإن شاء السامع قال مثله، وإن شاء ترك، وقال ابن حبيب: إذا قال المؤذن: حى على الصلاة أو حى على الفلاح، قال السامع: لا حول ولا قوة إلا بالله، فإذا عاد إلى التكبير والتهليل، قال مثله.

وجه ما قاله القاضى أبو محمد أنه إذا انتهى إلى التشهد فلم يتبعه فيما بعده، فليس له أن يقول غيره من القول لأنه لما قطع متابعتة لم يكن عليه الرجوع بعده.

ووجه ما قاله ابن القاسم من التخيير أنه إذا رجع إلى التكبير فقد شرع له بعموم قوله: «فقولوا مثل ما يقول المؤذن» وشرع له أيضاً غير ذلك من القول بعموم قوله

٦ كتاب الصلاة

تعالى: ﴿فَاذْكُرُونِي أَذْكَرَكُم﴾ [البقرة: ١٥٢] فكان مخيراً بينهما، وما قاله ابن حبيب رواه عمر عن النبي ﷺ وليس بداخل تحت عموم قوله ﷺ: «فقولوا مثل ما قال المؤذن» ولكنه مشروع بغير ذلك، وبالله التوفيق.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن حبيب، فإن هذا إذا كان السامع خارج الصلاة بأن كان في الصلاة فقال مثل ما يقول المؤذن، حتى على الصلاة، فقد قال أبو محمد الأصيلي: لا تبطل صلاته لأنه متأول، وقال عبدالحق عن بعض القرويين: تبطل، وهو كالتكلم.

مسألة: وهل يقول ذلك قبل المؤذن أو بعده؟ روى ابن القاسم عن مالك: إن أبطأ المؤذن فله أن يعجل قبله، وروى عنه علي بن زياد، يقول بعده أحب إلي، وهذا يختلف، فإن كان في صلاة أو ذكر، فإن أراد أن يقول مثل ما يقول المؤذن، وكان المؤذن بطيئاً يطول من صوته للاستماع، فله أن يعجل ليعود إلى ما هو من ذكر أو صلاة، وإن كان في غير ذلك منفرداً للاستماع، فالصواب أن يقول بعد المؤذن لأنه لا يكون قائلاً مثل قوله إلا بعد قوله.

١٤٥ - مَالِك، عَنْ سُمَيِّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ مَا فِي النِّدَاءِ وَالصَّفِّ الْأَوَّلِ، ثُمَّ لَمْ يَجِدُوا إِلَّا أَنْ يَسْتَهْمُوا^(١) عَلَيْهِ، لَاسْتَهَمُوا، وَلَوْ يَعْلَمُونَ مَا فِي التَّهْجِيرِ لَاسْتَبَقُوا إِلَيْهِ. وَلَوْ يَعْلَمُونَ مَا فِي الْعَتَمَةِ وَالصُّبْحِ لَأَتَوْهُمَا وَلَوْ حَبَوًّا».

الشرح: قوله: «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا إن يستهموا عليه لاستهموا» يريد ﷺ تعظيم أمر الثواب على النداء والصف الأول فإن

١٤٥ - أخرجه البخارى كتاب الأذان برقم ٦١٥. ومسلم كتاب الصلاة برقم ٤٣٧. والترمذى كتاب الصلاة برقم ٢٠٩. والنسائى كتاب المواقيت برقم ٥٤٠، وكتاب الأذان ٦٧١. وابن ماجه كتاب المساجد والجماعات برقم ٧٩٧، وكتاب إقامة الصلاة والسنة فيها برقم ٩٨٨. وأحمد بالمسند برقم ٧١٨٥، ٧٦٨٠، ٧٩٦٢، ٨٦٥٥، ٢٧٣٣٠.

(١) يستهموا: أى يقتنعوا. وقيل: المراد يترموا بالسهم، وإنه خرج مخرج المبالغة ويؤيده حديث لتجالدوا عليه بالسيوف. انظر: (تنوير الحوالك ص٦٧).

كتاب الصلاة ٧
الناس لو يعلمون مقدار ذلك لتبادروا ثوابه كلهم ولم يجدوا إلا أن يستهموا عليه تشاحاً
فيه ورغبة في ثوابه.

وقد اختلف في الصف الأول ف قيل معناه السابق إلى المسجد، وقيل معناه الصف
الذى يلي الإمام إن لم يكن في المسجد مقصورة يمنع من دخولها بعض الناس، فإن كان
ذلك فالصف الأول هو الذى يلي المقصورة.

فصل: وقوله: «لو يعلمون ما فى التهجير لاستبقوا إليه» التهجير هو التبكير إلى
الصلاة فى الحجرة، وذلك لا يكون إلا للظهر أو الجمعة وهذا يدل على جواز التنفل
ذلك الوقت لأنه لا خلاف أنه من دخل المسجد ذلك الوقت تنفل.

فصل: وقوله ﷺ: «لو يعلمون ما فى العتمة والصبح لأتوهما ولو حبواً» خص
هاتين الصلاتين بذلك لأن السعى إليهما أشق من السعى إلى غيرهما لما فى أوقتهما من
مشقة الخروج والتصرف، فأخبر ﷺ عن عظيم الأجر على إتياهما حضاً للناس عليهما
وأن المشى إليهما لو لم يكن إلا حبواً لاستسهله من يعلم مقدار الثواب عليهما.

١٤٦ - مَالِك، عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ يَعْقُوبَ، عَنِ أَبِيهِ، وَإِسْحَاقَ بْنِ
عَبْدِ اللَّهِ؛ أَنَّهُمَا أَخْبَرَاهُ، أَنَّهُمَا سَمِعَا أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا
تَوَّابٌ^(١) بِالصَّلَاةِ، فَلَا تَأْتَوْهَا وَأَنْتُمْ تَسْعَوْنَ^(٢)، وَأَتَوْهَا وَعَلَيْكُمْ السَّكِينَةُ، فَمَا

١٤٦ - أخرجه البخارى كتاب الأذان برقم ٦٣٦، وكتاب الجمعة برقم ٩٠٨. ومسلم كتاب
المساجد ومواضع الصلاة برقم ٦٠٢. والترمذى كتاب الصلاة برقم ٣٠١، ٣٢٧. والنسائى
كتاب الإمامة برقم ٨٦١، ٨٧١. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٥٧٢، ٥٧٣، ٦٦٩، ٨٨٦.
وابن ماجه كتاب المساجد والجماعات برقم ٧٧٥، ٧٨٣. وأحمد بالمسند برقم ٧١٨٩،
٧٢٠٩، ٧٦٠٦، ٧٧٣٥، ٨٧٤٠، ٨٧٨٤، ٩٢٣٠، ٩٥٢٥. والدارمى كتاب الصلاة برقم
١٢٨٢، ١٣١٦.

(١) التشويب: إقامة الصلاة.

(٢) قال ابن عبد البر: فالسعى هاهنا فى هذا الحديث: المشى بسرعة والاشتداد فيه والهرولة،
هذا هو السعى المذكور فى هذا الحديث: وهو معروف مشهور فى كلام العرب، ومنه السعى
بين الصفا والمروة، وقد يكون السعى فى كلام العرب العمل، ومن ذلك قوله: ﴿ومن أراد
الأخرة وسعى لها سعيها﴾ [الإسراء: ١٩]. ﴿وإن سعيكم لشتى﴾ [الليل: ٤] ونحو هذا
كثير. ذكر سنيد، قال: حدثنا وكيع، عن موسى بن عبيدة، عن محمد بن كعب، قال: السعى
العمل. واختلف العلماء فى السعى إلى الصلاة لمن سمع الإقامة، فروى مالك، عن نافع، عن=

٨ كتاب الصلاة

أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا، وَمَا فَاتَكُمْ فَأَتِمُّوا، فَإِنَّ أَحَدَكُمْ فِي صَلَاةٍ، مَا كَانَ يَعْمِدُ إِلَى الصَّلَاةِ».

الشرح: قوله: «إذا ثوب بالصلاة»، التثويب إعادة الصوت، يقال نادى فلان ثم ثوب، يريد أعاد النداء، وقد ورد في الشرع بمعنى الرجوع إلى التشهد في الأذان لأنه رجوع إلى الأذان، وقد يقال للأذان بعد الأذان تثويب، وقد يقال للإقامة تثويب لأنها إعادة للنداء بالصلاة.

قال القاضي أبو الوليد: والأظهر عندي أنها في هذا الحديث بمعنى الإقامة وهي التي تقتضى تعجيل من سمعها خوف فوات بعضها، فأما الأذان والترجيع فيه فلا يقتضى شيئاً من ذلك.

فصل: وقوله: «ولا تأتوها وأنتم تسعون» السعى هنا الجرى، منع فى إتيان الصلاة لما فى ذلك من ترك الوقار المشروع فيها وفى القصد إليها، وأما الإسراع الذى لا ينافى الوقار والسكينة لمن يسمع الإقامة وخاف أن يفوته بعض الصلاة، فذلك جائز.

والدليل على ذلك ما روى أن عبدالله بن عمر سمع الإقامة وهو بالبقيع، فأسرع المشى إلى المسجد.

فصل: وقوله: «فما أدركتم فصلوا» يقتضى الوجوب فى الدخول مع الإمام على الهيئة التى يوجد عليها ولا يشتغل بإعادة ما فات منها لأن ذلك يؤدى أن لا يصلّى ما أدرك مع الإمام ويقتضى أن يتبعه فيما لا يعتد به من صلاته كالسجدة التى فاتت ركعتها لأنه مما أدرك فعله.

فصل: وقوله: «وما فاتكم فأتوا» اختلف فى رواية هذه اللفظة، فرواها العلاء ابن عبدالرحمن كذلك وتابعه أكثر الرواة عن الزهرى غير ابن عيينة، فإنه قال عن الزهرى: وما فاتكم فاقضوا، وكذلك رواه أبو رافع بن سيرين وأبو سلمة عن أبى هريرة.

=ابن عمر، أنه سمع الإقامة وهو بالبقيع، فأسرع المشى، سيأتى ذكر حديث ابن عمر. وروى ذلك عن ابن عمر من طرق. وروى عن عمر أنه كان يهرول إلى الصلاة وفى إسناده عنه لين وضعف، والله أعلم. انظر: (التمهيد، حديث سادس لعلاء بن عبدالرحمن).

١٤٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي صَعَصَعَةَ الْأَنْصَارِيِّ ثُمَّ الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ أَبَا سَعِيدٍ الْخُدْرِيَّ قَالَ لَهُ: إِنِّي أَرَاكَ تُحِبُّ الْغَنَمَ وَالْبَادِيَةَ، فَإِذَا كُنْتَ فِي غَنَمِكَ، أَوْ بَادِيَتِكَ^(١)؛ فَأَذْنَتَ بِالصَّلَاةِ، فَارْفَعْ صَوْتَكَ بِالنِّدَاءِ؛ فَإِنَّهُ «لَا يَسْمَعُ مَدَى صَوْتِ الْمُؤَذِّنِ جَنَّ وَلَا إِنْسٌ وَلَا شَيْءٌ، إِلَّا شَهِدَ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ». قَالَ أَبُو سَعِيدٍ: سَمِعْتُهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

الشرح: قوله: «فإذا كنت في غنمك أو باديتك فارفع صوتك بالنداء»، ذهب مالك إلى أن النداء إنما يلزم في مساجد الجماعات والقبائل وحيث يكون الأئمة، وقد روى نحو ذلك عن ابن عمر، قال مالك: وأما الرجل في خاصة نفسه، فإذا أذن فحسن وإن ترك الأذان فلا بأس بذلك، وكذلك الجماعات يصلى بهم رجل منهم غير الإمام المقدم لأمر الناس في غير المساجد فليس عليهم أذان، وقد روى في هذا الحديث الأمر برفع الصوت بالأذان للرجل المنفرد في غنمه أو باديته.

ووجه ذلك أن من كان في غنمه أو باديته معتزلاً عن الحواضر التي يقام فيها الأذان في المساجد يحتاج إلى شعار المسلمين، وهو الأذان، ليحترم بشعار الإسلام ويحتبته سرايا المسلمين وجيوشهم.

وقد روى أنس بن مالك «كان رسول الله ﷺ يغير إذا طلع الفجر، وكان يستمع الأذان، فإن سمع أذاناً أمسك، وإلا أغار، فسمع رجلاً يقول: الله أكبر الله أكبر، فقال رسول الله ﷺ: على الفطرة، ثم قال: أشهد أن لا إله إلا الله، قال: خرجت من النار، فنظروا فإذا هو راعي معزى».

ومن صلى وحده في حواضر المسلمين وبلادهم استغنى عن الأذان لأن الأذان في المساجد وعند الإمام شعار له ولغيره ممن سكن ذلك البلد.

فصل: وقوله: «فارفع صوتك بالنداء» أمره برفع صوته بالإعادة لئلا يسمع من بعد عنه وتعلم بذلك حاله وجعل له على ذلك من الأجر أن يشهد له يوم القيامة من سمع صوته من جن وأنس.

١٤٧ - أخرجه البخاري كتاب الأذان برقم ٦٠٩. والنسائي كتاب الأذان برقم ٦٤٤. وابن ماجه

كتاب الأذان والسنة فيه برقم ٧٢٣. وأحمد بالمسند برقم ١٠٩١٢، ١١٠٠٠.

(١) وفي غنمك أو باديتك: قال الراجعي: يُحتمل أن يكون شكاً من الراوي ويحتمل أن يريد

في غنمك أو في باديتك بعيداً من الغنم أو بلا غنم. قال مغلطاي: والبادية هي الصحراء التي لا عمارة فيها.

١٠ كتاب الصلاة

وقوله: «ولا شيء»، يحتمل أن يريد سائر الحيوان لأنه الذى يصحح أن يسمع صوته، ومعنى فائدة المؤذن فى ذلك أن يكون من يشهد له به أعظم أجراً فى الآخرة ممن أذن، فلم يسمعه من يشهد له به.

١٤٨ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ أَدْبَرَ الشَّيْطَانُ، لَهُ ضُرَاطٌ^(١)، حَتَّى لَا يَسْمَعَ النَّدَاءَ، فَإِذَا قُضِيَ النَّدَاءُ، أَقْبَلَ، حَتَّى إِذَا تُوِّبَ بِالصَّلَاةِ أَدْبَرَ، حَتَّى إِذَا قُضِيَ التَّوْبِ، أَقْبَلَ، حَتَّى يَخْطِرَ بَيْنَ الْمَرْءِ وَنَفْسِهِ، يَقُولُ: اذْكُرْ كَذَا، اذْكُرْ كَذَا، لِمَا لَمْ يَكُنْ يَذْكُرْ، حَتَّى يَظَلَّ الرَّجُلُ لَنْ يَذْرَى كَمْ صَلَّى».

الشرح: قوله: ﷺ: «إذا نودى بالصلاة أدبر الشيطان له ضراط» إخبار عن انزعاجه وفراره حين الأذان عن سماعه يجوز أن يكون البارئ تعالى أجرى العادة بتأذيه بالأذان حين سماعه، وقد روى أنه يبعد إلى مثل الروحاء عن المدينة.

فصل: وقوله ﷺ: «فإذا قضى الأذان أقبل»، يريد أقبل إلى الإنسان ليوسوس له ويدهيه عن أعمال الطاعة.

فصل: وقوله ﷺ: «حتى إذا توب بالصلاة». قال عيسى بن دينار: معناه إذا أقيمت الصلاة، وقال يحيى عن ابن نافع: معناه إذا نودى لها، يريد النداء الثانى.

وقول عيسى آيين، وقد روى مفسراً من حديث الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة، قال: «فإذا سمع الإقامة ذهب حتى لا يسمع صوته، فإذا سكت رجع فوسوس».

فصل: قوله: «حتى إذا قضى التوب أقبل حتى يخطر بين المرء ونفسه» يريد حتى يمر

١٤٨ - أخرجه البخارى كتاب الأذان برقم ٦٠٨. ومسلم كتاب الصلاة برقم ٣٨٩. والترمذى كتاب الصلاة برقم ٣٦٣. والنسائى كتاب الأذان برقم ٦٧٠، وكتاب السهو برقم ١٢٥٣. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٥١٦. وابن ماجه كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها برقم ١٢١٧. وأحمد بالمسند برقم ٢٧٣٥٦، ٨٩١٩، ٢٧٤٩٥، ٩٦١٥، ٩٨٩٣، ١٠١٦٥، ١٠٤٩٥. والدارمى كتاب الصلاة برقم ١٢٠٤، ١٤٩٤.

(١) له ضراط: جملة اسمية وقعت حالا بدون واو لحصول الارتباط بالضمير، وفى رواية للبخارى وله بالواو. وقال القاضى عياض: يمكن حمله على ظاهره لأنه جسم منفذ يصح منه خروج الريح، ويحتمل أنه عبارة عن شدة خوفه ونفاره. انظر: (تنوير الحوالك ص ٦٨).

بين المرء ونفسه، فيحول بينه وبين ما يريده منها، والإقبال على صوته والاهتبال بمعرفة ما قضى منها وما بقى عليه، فيقول له: اذكر كذا، اذكر كذا، لما لم يكن ذكره في صلاته فيشغله بذلك عنها حتى يظل الرجل لن يدري كم يصلي، معناه يبقى متحيراً لا يدري كم صلى، يقال ظل فلان يفعل كذا إذا أقام يفعله. قال الداودي: ويروى حتى يضل الرجل، ومعناه يتحير، ومنه قوله تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولا أعلم أحداً روى ذلك غير ما قال أبو جعفر، والله أعلم وأحكم.

١٤٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدِ السَّاعِدِيِّ؛ أَنَّهُ قَالَ: سَاعَتَانِ يُفْتَحُ لَهُمَا أَبْوَابُ السَّمَاءِ، وَقَلَّ دَاعٍ تُرَدُّ عَلَيْهِ دَعْوَتُهُ: حَضْرَةُ النَّدَاءِ لِلصَّلَاةِ، وَالصَّفِّ فِي سَبِيلِ اللَّهِ.

الشرح: قوله: «ساعتان تفتح لهما» يحتمل أن يريد تفتح فيهما، ويحتمل أن يريد تفتح أبواب السماء من أجل فضيلتها.

وقوله: «وقل داع ترد عليه دعوته حضرة النداء للصلاة»، إخبار بأن الإجابة في ذينك الوقتين هي الأكثر وأن رد الدعاء فيهما ينذر ولا يكاد يقع.

وسئل مالك عن النداء يوم الجمعة، هل يكون قبل أن يجل الوقت؟ فقال: لا يكون إلا بعد أن تزول الشمس.

الشرح: وهذا كما قال أن الجمعة لا يؤذن لها قبل وقتها، ووقتها زوال الشمس كالظهر في سائر الأيام. قال ابن نافع عن الجمعة: من صلاها قبل الزوال أعاد الخطبة والصلاة. قال ابن حبيب عن مطرف عن مالك: ولو خطب بهم قبل الزوال وصلى

١٤٩ - قال ابن عبد البر: هكذا هو موقوف على سهل بن سعد في الموطأ عند جماعة الرواة، ومثله لا يقال من جهة الرأي؛ وقد رواه أيوب بن سويد، ومحمد بن مخلد، وإسماعيل بن عمرو، عن مالك مرفوعاً. وذكره بطرق متعددة عن أبي حازم عن أبي سهل بن سعد. انظر: (التمهيد، كتاب الصلاة، حديث تاسع لأبي حازم).

وقال السيوطي: ومن بعض طرقه المرفوعة، أخرجه الحاكم في المستدرک، ولأبي نعیم في الحلیة من حدیث عائشة مرفوعاً: «ثلاث ساعات للمرء المسلم ما دعا فيهن إلا استجيب له ما لم يسأل قطیعة رحم أو مائماً، حين يؤذن المؤذن بالصلاة حتى يسكت، وحين يلتقي الصفيان حتى يحكم الله بينهما، وحين ينزل المطر حين يسكن». انظر: (تنوير الحوالك ص ٦٩).

بعده لم يجزهم ويعيدون الجمعة بخطبة ما لم تغرب الشمس. زاد ابن سحنون: ويعيدون الظهر أفذاذاً أبداً، وهو قول جمهور الفقهاء. وقال أحمد بن حنبل: يؤذن لها وتصلى قبل الزوال.

والدليل لنا على ذلك أن هذه صلاة فرض يجوز الأذان لها بعد الزوال، فلم يجز الأذان لها قبل الزوال كالظهر في سائر الأيام. وقال ابن حبيب: كان النبي ﷺ إذا دخل المسجد رقى المنبر فجلس، فأذن المؤذن على المنار واحداً بعد واحد، فخطب، قال: ثم أمر عثمان لما كثر الناس أن يؤذن عند الزوال بالزوراء، وهو موضع السوق ليرتفع منها الناس، فإذا خرج وجلس على المنبر أذن المؤذنون على المنار، ثم إن هشام بن عبد الملك في إقامته نقل الأذان الذي في الزوراء فجعله مؤذناً واحداً يؤذن عند الزوال على المنار، فإذا خرج هشام وجلس على المنبر، أذن المؤذنون بين يديه، فإذا فرغوا خطب. قال ابن حبيب: وفعل النبي ﷺ أحق أن يتبع.

سُئِلَ مَا لِكَ عَنْ تَنْبِيَةِ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ، وَمَتَى يَجِبُ الْقِيَامُ عَلَى النَّاسِ حِينَ تُقَامُ الصَّلَاةُ؟ فَقَالَ: لَمْ يَبْلُغْنِي فِي النَّدَاءِ وَالْإِقَامَةِ إِلَّا مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ عَلَيْهِ. فَأَمَّا الْإِقَامَةُ، فَإِنَّهَا لَا تُتَنَّى، وَذَلِكَ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ يَلْدِنَا. وَأَمَّا قِيَامُ النَّاسِ، حِينَ تُقَامُ الصَّلَاةُ، فَإِنِّي لَمْ أَسْمَعْ فِي ذَلِكَ بِحَدِّ يُقَامُ لَهُ، إِلَّا أَنِّي أَرَى ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ طَاقَةِ النَّاسِ. فَإِنَّ مِنْهُمْ الثَّقِيلَ وَالْخَفِيفَ، وَلَا يَسْتَطِيعُونَ أَنْ يَكُونُوا كَرَجُلٍ وَاحِدٍ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يصح في الأذان والإقامة إلا ما أدرك الناس عليه، واتصل العمل به في المدينة وهو أصل يجب أن يرجع إليه وفي الأذان والإقامة، خمس مسائل.

الأولى: أنه يقال في أول الأذان: الله أكبر الله أكبر، مرتين، ولا يقال أربعاً، وقال أبو حنيفة والشافعي يربع.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما أشار إليه في هذا الكتاب وصرح به في غيره أن الأذان بالمدينة أمر متصل يؤتى به في كل يوم وليلة مراراً جملة بحضور الجمهور العظيم من الصحابة والتابعين الذين أدركهم مالك، رحمهم الله، وعاصرهم، وهم عدد كثير لا يجوز على مثلهم التواطؤ ولا يصح على جميعهم النسيان والسهو عما ذكر

بالأمس من الأذان ولا يجوز عليهم ترك الإنكار على من أراد تبديله أو تغييره كما لا يجوز ولا يصح على جميعهم نسيان يومهم الذى هم فيه ولا شهرهم الذى يؤرخون به، واهتمامهم بأمر الأذان ومثابرتهم على مراعاته أكثر من اهتمامهم بذكر اليوم والشهر ومراعتهم.

فإذا رأينا الجماعة الذين شهدوا بالأمس الأذان قد سمعوه اليوم ولم يكن لأحد منهم إنكار لشيء منه علم أنه هو الأذان الذى كان بالأمس، ولو جاز أن يكون هذا حكمه من التكرار والانتشار، ويصح مع ذلك عليه التبديل والتغيير، ويذهب ذلك على جميعه جاز أن يذهب عليهم تبديل مسجد النبي ﷺ وهو ما لا يقوله عاقل فكيف أن يرضى بالتزامه مسلم، وهذا أمر طريقه القطع والعلم وهو أشهر من أن يحتاج فيه إلى الاستدلال بأخبار الآحاد التى مقتضاها غلبة الظن وقد استدل أصحابنا فى ذلك بما أخرجه مسلم من حديث أبى مخذرة «أن نبى الله ﷺ علمه هذا الأذان: الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله إلا الله، إلى آخره.

أما المسألة الثانية: فإن الترجيع مسنون، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: ليس بمسنون.

والدليل على ما نقوله النقل المستفيض بالمدينة والخبر المتواتر بها على حسب ما قدمناه وبيناه. ودليل آخر، وهو حديث أبى مخذرة فى الأذان وفيه: ثم يعود فيقول: أشهد أن لا إله إلا الله.

وأما المسألة الثالثة: فهى أن قوله: الصلاة خير من النوم، مسنون فى الأذان لصلاة الصبح، وبه قال الشافعى فى أحد قوليه، وقال أبو حنيفة: ليس ذلك بمسنون.

والدليل على ما نقوله النقل المستفيض بالمدينة والعمل المتصل على ما قدمناه وبيناه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهل يقال الصلاة: خير من النوم مرة أو مرتين؟ قال مالك: يقال مرتين، وقال ابن وهب: يقال مرة واحدة.

فوجه قول مالك، رحمه الله، العمل المستفيض بالمدينة، وما روى «أنس أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة». ومن جهة المعنى أن هذا أحد النداءين فوجب أن يكون اللفظ المختص به من جنسه فى شفع أو وتر. أصله قوله: قد قامت الصلاة، فى الإقامة.

١٤ كتاب الصلاة

ووجه قول ابن وهب أنه لفظ يختص بأحد النداءين فوجب أن تكون سنته الأفراد، أصل ذلك كله قد قامت الصلاة، في الإقامة.

وأما المسألة الرابعة: فهي أن الإقامة لا تثني في قول مالك، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: تثني كالأذان.

والدليل على ما نقوله نقل أهل المدينة المتواتر وعلمهم المستفيض على ما تقدم، والدليل على ذلك ما أخرجه البخاري من حديث أنس «أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة»، وهذا نص في موضع الخلاف.

وأما المسألة الخامسة: فإن المشهور من المذهب أن المقيم يقول: قد قامت الصلاة مرة واحدة، وروى عنه المصريون في مختصر ابن شعبان، يقول: ذلك مرتين، وبه قال الشافعي. وجه القول الأول عموم قول أنس: أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة.

فصل: وقوله: وأما قيام الناس حين تقام الصلاة، فلم أسمع في ذلك بحد يقام له، يعنى أنه لم يرد فيه حد، لا يتقدم عليه ولا يتأخر عنه، وإنما ذلك على قدر أحوال الناس، فمنهم الخفيف فلا حرج عليه في التقديم، ومنهم الثقيل فلا حرج عليه في التأخير، وإنما يراد أن يتكامل الناس قياماً في صفوفهم في آخر الإقامة. وقال الشافعي: إن القيام يكون إذا قال المؤذن: قد قامت الصلاة، وما احتج به مالك، رحمه الله، بين لأن من الناس من يخف عليه القيام فيدرك الإمام قبل التكبير ومنهم من يثقل عليه ويحتاج فيه إلى التأني والتكليف فلا حرج عليه في أن يشرع في القيام قبل ذلك ليدرك التكبير مع الإمام.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ قَوْمٍ حُضِرُوا أَرَادُوا أَنْ يَجْمَعُوا الْمَكْتُوبَةَ، فَأَرَادُوا أَنْ يُقِيمُوا وَلَا يُؤَدُّنَهَا؟

قَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ مُجْزِيٌّ عَنْهُمْ، وَإِنَّمَا يَجِبُ النَّدَاءُ فِي مَسَاجِدِ الْجَمَاعَاتِ الَّتِي تُجْمَعُ فِيهَا الصَّلَاةُ.

الشرح: وهذا كما قال وهو أن الأذان ليس بشرط في صحة الصلاة، وبه قال جمهور الفقهاء. وقال عطاء: من صلى دون أذان ولا إقامة أعاد. وقال داود: الأذان والإقامة فرض في الجماعة وليس على الفرد ولا على المرأة أذان ولا إقامة.

ودليلنا من جهة القياس أن كل ذكر لا يكون شرطاً في صحة صلاة الفذ، فإنه لا يكون شرطاً في صحة صلاة الجماعة كسائر الأذكار.

مسألة: إذا ثبت أن الأذان ليس بشرط في صحة الصلاة، فقد قال الشيخ أبو محمد: إنه واجب في المساجد والجماعات الراتبية. وقال القاضي أبو محمد: معنى ذلك أنه من مؤكد السنن.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وحمل لفظ مالك على ظاهره عندى أولى وأن الأذان واجب وليس بشرط في صحة الصلاة ووجوبه على الكفاية، ولو أن أهل مصر اتفقوا على ترك الأذان لأتموا بذلك ولو جب جبرهم عليه وأخذهم به ووجوبه لمعنيين، أحدهما: أنه شعار الإسلام؛ ولذلك روى أنس فى هذا الحديث المتقدم «أن النبى ﷺ كان إذا أراد أن يغير اسمتغ، فإن سمع أذاناً أمسك، وإلا أغار».

والوجه الثانى: أنه دعا إلى الصلاة فى المساجد التى لا يجوز الاتفاق على ترك الصلاة فيها والإعلام بأوقات الصلوات التى لا يجوز الاتفاق على ترك مراعاتها إلا أن بعض الناس يحمل مراعاتها عن بعض، فإذا علم بأوقات الصلوات أعلم بها بالأذان، فعلى هذا تحمل الإخبار بالأمر بالأذان على ظاهرها، ومالك على قول من قال من أصحابنا: أنه ليس بواجب، أراد به إلا أنه ليس بشرط فى صحة الصلاة، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الأذان مأمور به فى أوقات الصلوات خاصة فى المواضع التى يلزم الدعاء فيها إليها، وهى المساجد ومواضع الأئمة، وهذه المواضع التى نصبت لإقامة الصلوات وأمر الناس بإتيانها لذلك، وأما الفذ والجماعة فى غير مسجد ودون اتمام، فإن كان ذلك فى الحواضر لم يجب عليهم أذان لأن معنى شعار الإسلام قد سقط عنهم بقيام أهل المصر به، ولا يجب ذلك عليهم للدعاء إلى الصلاة لأن موضعهم ليس بموضع منصوب لإقامة الصلاة فيدعى الناس إليه، فإن أذنوا فحسن لأنه ذكر الله تعالى وإعلام بوقت الصلاة وأخذ يحظ من إظهار شعار الإسلام.

وأما إن كان ذلك فى أرض قفر أو سفر، فقد قال الشيخ أبو محمد: لا أذان عليه لأنه ليس من أهل الجماعة، وهذا يحتاج إلى تفصيل، فإن كان الأمير مع جماعة فى سفر أو وحده، فإن من سنته الأذان لأنه جماعة، وقد نصب موضعه لإقامة الصلاة فلزم أن يدعو إلى الصلاة.

قال القاضي أبو الوليد: وإن كان غير إمام، فالظاهر عندي أن الأذان مشروع لأنه شعار الإسلام على ما تقدم في حديث أبي سعيد الخدري، وقد قاله ابن حبيب، وسيأتي بعد هذا إن شاء الله.

فرع: وأما الإقامة، فقد قال أصحابنا: هي غير واجبة. وقد قال ابن سحنون عن ابن كنانة: إن من تركها عامداً أعاد الصلاة. وقال ابن القاسم في العتبية: لا يعيد.

قال القاضي: وإن ابن كنانة قصد بذلك التغليب على المتعمد.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ تَسْلِيمِ الْمُؤَذِّنِ عَلَى الْإِمَامِ وَدُعَائِهِ إِيَّاهُ لِلصَّلَاةِ، وَمَنْ أَوَّلُ مَنْ سَلَّمَ عَلَيْهِ؟ فَقَالَ: لَمْ يُلْغِنِي أَنَّ التَّسْلِيمَ كَانَ فِي الزَّمَانِ الْأَوَّلِ.

الشرح: وهذا كما قال مالك لأن هذا أمر لم يكن في الزمان الأول من رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم أجمعين وإنما كان المؤذنون يؤذنون، فإن كان الإمام في شغل جاء المؤذن فأعلمه باجتماع الناس للصلاة دون تكلف ولا استعمال، فأما ما كان يتكلف اليوم للأمير من وقوف المؤذن ببابه والسلام عليه والدعاء للصلاة بعد ذلك، فإنه المباهاة والتكبر، والصلاة يجب أن تنزه عن جميع ذلك، وقد قال القاضي أبو إسحاق في مبسوطه، عن عبد الملك بن الماجشون: إن كيفية السلام عليك أيها الأمير ورحمة الله وبركاته، حتى على الصلاة، حتى على الصلاة، حتى على الفلاح، حتى على الفلاح، يرحمك الله. قال: وأما في الجمعة، فيقول: السلام عليك أيها الأمير ورحمة الله وبركاته، قد حانت الصلاة، قد حانت الصلاة. قال الشيخ أبو إسحاق: وروى أن عمر أنكر ذلك على أبي مخزومة دعاه إياه للصلاة وأول من فعله معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ مُؤَذِّنِ أَذَّنَ لِقَوْمٍ، ثُمَّ انْتَهَرَ هَلْ يَأْتِيهِ أَحَدٌ، فَلَمْ يَأْتِهِ أَحَدٌ؛ فَأَقَامَ الصَّلَاةَ، وَصَلَّى وَحْدَهُ، ثُمَّ جَاءَ النَّاسُ بَعْدَ أَنْ فَرَغَ، أَيُعِيدُ الصَّلَاةَ مَعَهُمْ؟ قَالَ: لَا يُعِيدُ الصَّلَاةَ، وَمَنْ جَاءَ بَعْدَ انصِرَافِهِ، فَلْيُصَلِّ لِنَفْسِهِ وَحْدَهُ.

الشرح: وهذا كما قال، وأصل هذا أن الإمام الراتب للمسجد له إقامة الصلاة فيه دون غيره، فإذا جمع فيه الصلاة ثم أتت طائفة أخرى لم يكن لها أن تجتمع فيه لأن الأئمة يجب الاجتماع إليهم والاتفاق على تقديمهم، فإذا ثبت ذلك لم يجوز الاختلاف عليهم، ولو جاز الجمع في مسجد مرتين لكان ذلك داعية إلى الافتراق والاختلاف

كتاب الصلاة ١٧

ولكان أهل البدع يفارقون الجماعة بإمامهم ويتأخرون من جماعتهم ثم يقدمون منهم، ولو جاز مثل هذا لفعلوا مثل ذلك بالإمام الذى تودى إليه الطاعة، فيؤدى ذلك إلى إظهار منابذة الأئمة ومخالفتهم ومفارقة الجماعة، فوجب عليهم سد هذا الباب.

ووجه آخر، أنه لو وسع فى مثل هذا الأمر لأدى إلى أن لا تراعى أوقات الصلوات ولآخر من شاء وصلى بعد ذلك فى جماعة وقصر الناس على إمام واحد داع إلى مراعاة صلاته والمبادرة إلى إدراك الصلاة معه.

مسألة: فإن كان فى مسجد إمام راتب يجمع فيه بعض الصلوات ولا يجمع سائرهما، فهل يجمع فيه غير الإمام الراتب فى تلك الصلوات وغيرها أم لا؟ وروى أشهب عن مالك: يجمع فيها غير صلوات الإمام الراتب مرة بعد مرة.

وجه رواية أشهب أن الإمام الراتب إنما يراعى الخلاف عليه فى الصلوات التى يجمعها، وأما غير ذلك من الصلوات فلا خلاف عليه فيها لأنه ليس بإمام فيها.

ووجه رواية ابن القاسم^(١) أن الإمام إذا رتب لبعض الصلوات فى المسجد كان إمامه فى جميعها، فلا يجوز أن يفتات عليه فى الجمع فى ذلك المسجد.

فصل: وقوله: «فى مؤذن أذن لقوم ثم انتظر أن يأتيه أحد» إلى آخر المسألة، لم يسأل مالك، رحمه الله، إن كان المؤذن إمام المسجد أو غير إمامه، ولا يخلو من أحد الأمرين، فإن كان إمام المسجد فأذن وانتظر الجماعة، فلم يأتها أحد فصلى وحده، ثم أتت الجماعة بعده، فإنها لا تجتمع فيه، لأن الاعتبار فى الجماعة بالإمام لا بالمؤمنين بدليل أن أمرها مصروف إليه واتباعه واجب عليهم، ولو تعمد إفساد صلاتهم فسدت صلاتهم ولو تعمدوا إفساد صلاتهم لم تفسد صلاته، فثبت أنهم تبع له، فإن صلى وحده، فقد قضيت الجماعة فى ذلك المسجد فلا يصلحها فيه غيره.

مسألة: وإن كان المؤذن لا يؤمهم، فهل تقوم صلاته مقام صلاة الجماعة؟ قال عيسى ابن دينار، فى ذلك: حكم الجماعة. وقال يحيى عن ابن نافع: حكمه حكم الفرد.

وجه ما قاله عيسى بن دينار أن المؤذن إمام وإليه يرجع فى أوقات الصلاة، فإذا جمع فى موضعه، فقد أقام الجماعة فى ذلك المسجد من يوم فيه فلا يجمع فيه ثانية.

ووجه قول ابن نافع أن المؤذن ليس بإمام فى الصلاة وإنما يؤتم به فى مراعاة الأوقات والدعاء إلى الصلوات.

(١) لم يذكر القاضى أبو الوليد الباجى ما قاله ابن القاسم فى شرحه واكتفى هنا بذكر ما

بنى عليه قوله. المحقق.

قال القاضي أبو الوليد: والذي يظهر لي أن قول عيسى إنما هو في مسجد له مؤذن راتب وليس له وإمام راتب ولو كان له إمام راتب لكان حكم الجماعة يتعلق به دون المؤذن.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ مُؤَذِّنِ أُذُنٍ لِقَوْمٍ، ثُمَّ تَنَفَّلَ. فَأَرَادُوا أَنْ يُصَلُّوا بِإِقَامَةِ غَيْرِهِ؟ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ، إِقَامَتُهُ، وَإِقَامَةُ غَيْرِهِ سَوَاءٌ.

الشرح: سؤاله عن مؤذن أذن لقوم ثم تنفل هكذا رواه يحيى بن يحيى وابن القاسم والقعني ورواه ابن بكير، ثم تنفل، فأما تنفله بعد الأذان، فإن تنفله وتنفل غيره بعد الأذان جائز. وقال ابن حبيب: يستحب التنفل بعد الأذان إلا في المغرب.

قال القاضي: وعندى أنه يجب أن يزداد ويأثر الأذان للجمعة، والأصل في ذلك أن صلاة المغرب مأمور بتقديمها يآثر الأذان للاختلاف باختصاصها بذلك الوقت ولما في تعجيلها من الرفق بالناس لفطر الصائم وانصراف المتصرف جميع نهاره إلى بيته فكان تعجيلها أولى من التنفل قبلها، فمن آثر التنفل تنفل بعدها وأما الجمعة فإن الأذان تتعقبه الخطبة وهي تمنع التنفل، والله أعلم.

فصل: وأما قوله: «إقامته وإقامة غيره سواء»، فهذا مذهب مالك، وكرهه الشافعي، ودليلنا على جواز ذلك أن هذا مؤذن، فجاز أن يقيم غيره كالمؤذن الثاني والثالث.

قَالَ مَالِكٌ: لَمْ تَزَلِ الصُّبْحُ يُنَادِي لَهَا قَبْلَ الْفَجْرِ. فَأَمَّا غَيْرُهَا مِنْ الصَّلَوَاتِ، فَإِنَّا لَمْ نَرَهَا يُنَادِي لَهَا، إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَجِلَّ وَقْتُهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا ينادى لشيء من الصلوات قبل وقتها لأن الأذان دعاء إلى الصلوات، وقد تقدم الكلام فيه، وأما صلاة الصبح فإنه ينادى لها قبل وقتها، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا ينادى لها قبل الفجر. وقال أبو الحسن الكرخي، من أصحاب أبي حنيفة: كان أبو يوسف يقول في هذه المسألة بقول أبي حنيفة حتى أتى المدينة فسمع الأذان، فعلم أنه علمهم المتصل، فرجع في ذلك إلى قول مالك كما رجع في مسألة الصاع بما شهد من النقل المتواتر، ما وقع له به العلم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك قوله ﷺ: «إن بلالا ينادى بليلى فكلوا واشربوا حتى ينادى ابن أم مكتوم» وهذا الذي ذكره أصحابنا في هذه المسألة.

قال القاضي أبو الوليد: والذي يظهر لي أنه ليس في الآثار ما يقتضى أن الأذان قبل

الفجر هو لصلاة الفجر، إن كان الخلاف في الأذان ذلك الوقت، فالآثار حجة لمن أثبتته، وإن كان الخلاف في المقصود به، فيحتاج إلى ما بين ذلك من اتصال الأذان إلى الفجر أو غير ذلك مما يدل عليه، والله أعلم.

فصل: واختلف أصحابنا في وقت الأذان لها، فقال ابن وهب وسحنون: لا يؤذن لها حتى يبقى السلس الآخر من الليل. وقال ابن حبيب: يؤذن لها بعد آخر أوقات العشاء، وذلك نصف الليل. وقال الواقار: يؤذن لها بعد العشاء وإن كان من أول الليل، وهذا قول فيه بعد، والأظهر قول ابن وهب، والله أعلم.

١٥٠ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْمُؤَذِّنَ جَاءَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ يُؤَذِّنُهُ لِصَلَاةِ الصُّبْحِ، فَوَجَدَهُ نَائِمًا، فَقَالَ: الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي نِدَاءِ الصُّبْحِ^(١).

الشرح: قوله: «فأمره عمر أن يجعلها في نداء الصباح»، يحتمل أن يكون عمر قال ذلك إنكاراً لاستعماله لفظة من ألفاظ الأذان في غير الأذان، فأنكر ذلك عليه، وقال له: اجعل هذه اللفظة في الأذان، يعني لا تستعملها في غيره، وقد أنكر جماعة من أهل العلم هذا التشويب الذي يكون بين الأذان والإقامة وهو أن يقول المؤذن إذا استبطناً الناس: حى على الفلاح؛ لإفراد بعض ألفاظ الأذان والنداء به في غير الأذان الذي يختص به.

وقد روى ابن وهب وابن حبيب عن مالك: التشويب بعد الأذان والفجر في رمضان وغيره مكروه، فعلى هذا الوجه أنكر عمر قول المؤذن: الصلاة خير من النوم، فقال: اجعلها في نداء الصباح، يعني لا تستعملها في غيره.

مسألة: ولا يترك المؤذن قوله: الصلاة خير من النوم، في نداء الصباح في سفر ولا حضر ومن أذن في ضيعته متنحياً عن الناس، فتركه فلا بأس به، وأحب إلينا أن لا يأتي به، قاله مالك في مختصر ابن شعبان.

١٥٠ - انفرد به مالك.

(١) قال ابن عبد البر: لا أعلم أحداً روى هذا عن عمر من وجه يحتاج به وتعلم صحته وإنما جاء من حديث هشام بن عروة عن رجل يقال له إسماعيل لا أعرفه. وقال السيوطي: روى ابن ماجه من حديث ابن المسيب عن بلال أنه أتى النبي ﷺ يؤذنه لصلاة الفجر فقبل هو نائم فقال: الصلاة خير من النوم مرتين، فأقرت في تأذين الفجر فثبت الأمر على ذلك. انظر: (تنوير الحوالك ص ٧١).

٢٠ كتاب الصلاة

١٥١ - مَالِك، عَنِ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ، عَنِ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ قَالَ: مَا أُعْرِفُ شَيْئًا مِمَّا أُدْرِكْتُ عَلَيْهِ النَّاسَ، إِلَّا النَّدَاءَ بِالصَّلَاةِ^(١).

الشرح: قوله: «ما أعرف شيئاً مما أدركت عليه الناس»، يريد الصحابة لأنه قد أنكر أكثر أفعال أهل عصره، ورأى أنها مخالفة لما أدرك من أفعال الصحابة، وذلك أن التغيير يمكن أن يلحق صفة الفعل، كتأخير الصلاة عن أوقاتها، ويمكن أن يلحق الفعل جملة، كترك الأمر بكثير من المعروف والنهي عن كثير من المنكر مع علم الناس بذلك كله.

فصل: وقوله: «إلا النداء»، يريد أنه باق على ما كان عليه ولو دخله تغيير لعرف الناس ذلك ولعرفوا أول من غيرَه، فاتصل الخبر بالمدينة على ما كان عليه لم يدخله تغيير ولا تبديل.

١٥٢ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ سَمِعَ الْإِقَامَةَ وَهُوَ بِالْبَيْعِ فَأَسْرَعَ الْمَشَى إِلَى الْمَسْجِدِ.

الشرح: إسراع عبدالله بن عمر كان من غير جرى ولا خروج عن حد الوقار والسكينة المأمور بهما في إتيان الصلاة، وهذا جائز فعله ومندوب إليه، وقد تقدم ذكره. وقال مالك فيمن سمع مؤذن الحرس فحرك فرسه ليدرك الصلاة: لا بأس به.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك عندي أن يحركه للإسراع في المشى دون جرى ولا خروج عن حد الوقار، والله أعلم.

* * *

النداء في السفر وعلى غير وضوء

١٥٣ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ أذَّنَ بِالصَّلَاةِ فِي لَيْلَةٍ ذَاتِ بَرْدٍ

١٥١ - انفرد به مالك.

(١) وأدركت الناس عليه: يريد الصحابة. «إلا النداء بالصلاة» يريد أنه باق على ما كان عليه لم يدخله تغيير ولا تبديل بخلاف الصلاة فقد أحررت عن أوقاتها وسائر الأفعال دخلها التغيير. والكلام للباحي. انظر: (تنوير الحوالك ص ٧١).

١٥٢ - انفرد به مالك.

١٥٣ - أخرجه البخاري كتاب الأذان ٦٣٢، ٦٦٦. ومسلم كتاب صلاة المسافرين وقصرها برقم ٦٩٧، ٦٩٧. والنسائي برقم ٦٥٤. وأبو داود كتاب الصلاة ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، -

وَرِيحٍ، فَقَالَ: أَلَا صَلُّوا فِي الرَّحَالِ^(١). ثُمَّ قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَأْمُرُ الْمُؤَذِّنَ إِذَا كَانَتْ لَيْلَةٌ بَارِدَةً، ذَاتُ مَطَرٍ، يَقُولُ: «أَلَا صَلُّوا فِي الرَّحَالِ»^(٢).

الشرح: قوله: «ألا صلوا في الرحال» دليل على السفر، فأذن لهم أن يصلوا في رحالهم بصلاته إذا كان إماماً لذلك احتاج أن يبيح لهم الصلاة في الرحال لشدة البرد والريح، ويحتمل أن يكون أذن لهم أن يصلوا في رحالهم أفذاذاً أو يوم كل طائفة منهم رجل منهم، فأراد التخفيف عنهم بالأذان بالصلاة في الرحال.

واستدل ابن عمر على ذلك بما كان النبي ﷺ يأمر مؤذنه في الليلة الباردة ذات المطر، والنبي ﷺ إماماً لهم، فقام ابن عمر حال الريح بحال المطر، والعلة الجامعة بينهما المشقة اللاحقة، ويحتمل أن يكون قال المؤذن: ألا صلوا في الرحال، بعد حال الأذان، وهو الأول لأن الأذان متصل لا يجوز أن يتخلله ما ليس منه؛ لأنه علم على الوقت، ودعاء إلى الصلاة، وإنما يكون ذلك باتصاله، ولو تفرق وتخلله كلام آخر لما وقع به الإعلام لأن مثل ألفاظه تتكرر في كلام الناس في جميع الأوقات، وقد ورد ذلك مفسراً في هذا الحديث.

١٥٤ - مَالِكُ، عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يَزِيدُ عَلَيَّ الْإِقَامَةَ فِي

=١٠٦٣. وابن ماجه كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها برقم ٩٣٧. وأحمد بالمسند برقم

٤٤٦٤، ٤٥٦٦، ٥١٢٩، ٥٢٨٠، ٥٧٦٦. والدارمي كتاب الصلاة برقم ١٢٧٥.

(١) الرحال: جمع رحل وهو المنزل والمسكن. وقال الراعي: وقد يسمى ما يستصحبه الإنسان في سفره من الأثاث رحلا. انظر: (تنوير الحوالك ص ٧١).

(٢) قال ابن عبد البر: وفي هذا الحديث من الفقه الرخصة في التخلف عن الجماعة، في ليلة المطر والريح الشديدة، وقيل: إن هذا إنما كان في السفر. وعلى ذلك تدل ترجمة مالك للباب الذي ذكر فيه هذا الحديث، وقيل: إن ذلك كان يوم الجمعة، وإذا كان في السفر فلا معنى لذكر يوم الجمعة، وجائز أن يكونوا ذلك الوقت كانوا يصلون بصلاة الإمام في رحالهم، وجائز أن تكون لهم رخصة في سفرهم يتخلفون عن الجماعة لشدة المضرة في السفر، وفي ذكر الرحال دليل على أنه كان في سفره - والله أعلم - وقيل إن ذلك جائز في الحضر والسفر، ولا فرق بين الحضر والسفر، لأن العلة المطر والأذى، والحضر والسفر في ذلك سواء، فيدخل السفر بالنص، والحضر بالمعنى، لأن العلة فيه المطر. انظر: (التمهيد، باب النداء في السفر وعلى غير وضوء).

السَّفَرِ إِلَّا فِي الصُّبْحِ، فَإِنَّهُ كَانَ يُنَادِي فِيهَا، وَيُقِيمُ، وَكَانَ يَقُولُ: إِنَّمَا الْأَذَانُ لِلْإِمَامِ الَّذِي يَجْتَمِعُ النَّاسُ إِلَيْهِ^(١).

الشرح: قوله: «إن عبد الله بن عمر كان لا يزيد على الإقامة في السفر»، يحتمل أن يكون غير أمير في هذا السفر، وإنما كان أميراً في الرقعة إذا أذن فيها في الليلة الباردة، وقال بعد أذانه: ألا صلوا في الرحال، ولذلك أباح للناس في تلك الليلة أن يصلوا كل واحد منهم في رحله لما كان يلزمهم من الاجتماع إليه.

وقال في هذا الحديث: إنما الأذان للإمام الذي يجتمع إليه الناس، فكان هو لا يزيد على الإقامة التي تختص بصلاة الفرض على كل حال لا يلزم الناس من الاجتماع إليه، وكان يؤذن في صلاة الصبح على معنى إظهار شعار الإسلام لما كان في وقت الإغارة، وهو الوقت الذي كان رسول الله ﷺ يغير إذا لم يسمع الأذان ويمسك إذا سمعه، فكان ابن عمر يؤذن لذلك.

وقال ابن حبيب: ومن أم جماعة في غير مسجد ولا مع الإمام الذي تؤدي إليه الطاعة، فلا يستحب له الأذان إلا لمسافر أو وحيد في فلاة، فيرغب أذانه، وهو لما ذكرناه شعار الإسلام، وقد تقدم ذكره.

١٥٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ؛ أَنَّ أَبَاهُ قَالَ لَهُ: إِذَا كُنْتَ فِي سَفَرٍ، فَإِنْ شِئْتَ أَنْ تُؤَذَّنَ وَتُقِيمَ فَعَلْتَ، وَإِنْ شِئْتَ فَأَقِمْ وَلَا تُؤَذَّنْ.

الشرح: وهذا يدل على نحو ما ذكرناه عن أصحابنا أن الأذان لا يلزم المسافر لأن السفر موضع تخفيف ولعدم المسجد والإمام، وأما ما شرع من أذان المسافر في الصبح

(١) قال ابن عبد البر: اختلف العلماء في وجوب الأذان، فالمشهور من مذهب مالك عنه وعن أصحابه أن الأذان إنما هو للجماعات حيث يجتمع الناس للأئمة، فأما سوى ذلك من أهل الحضر والسفر فإن الإقامة تجزيهم، واختلف المتأخرون من أصحاب مالك على قولين في وجوب الأذان، فقال بعضهم: الأذان سنة مؤكدة واجبة على الكفاية، وليس بفرض، وقال بعضهم: هو فرض على الكفاية في المصر خاصة، وقول أبي حنيفة، وأصحابه: أنه سنة مؤكدة على الكفاية، وقال الشافعي: لا أحب لأحد أن يصلوا إلا بأذان وإقامة والإقامة عنده مؤكدة، وهو قول الثوري، واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: هو سنة على الكفاية، ومنهم من قال: هو فرض على الكفاية. انظر: (التمهيد، باب النداء في السفر وعلى غير وضوء).

كتاب الصلاة ٢٣
أو غيرها لإظهار شعار الإسلام، فلا يلزم لزومه في مساجد الجماعات وموضع الإمام.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: لَا بَأْسَ أَنْ يُؤَذَّنَ الرَّجُلُ وَهُوَ رَاكِبٌ.

الشرح: وهذا كما قال: إن الراكب يؤذن، وذلك أنها حالة لا تمنع الإبلاغ وليس من سنة الأذان الاتصال بالصلاة، فيفصل بينهما بالنزول والمشى إلى موضع الصلاة.

مسألة: وهل يؤذن القاعد أم لا؟ قال في المدونة: لا يؤذن القاعد. وفي كتاب القاضى أبى الفرج: لا بأس أن يؤذن القاعد.

وجه ما فى المدونة أن الإبلاغ والاستعلاء فى الأذان مشروع، ولذلك شرع الأذان فى المنار، والقعود ضد الاستعلاء.

ووجه رواية أبى الفرج أن الاستعلاء مشروع فى المكان دون حال المؤذن، بدليل أنه يؤذن الراكب.

فرع: وهل يقيم الراكب أم لا؟ فى ذلك روايتان، إحداهما: لا يقيم؛ لأن من شروء الإقامة الاتصال بالصلاة، ونزوله من دابته، ومشيه إلى موضع صلاته عمل يفصل بين الإقامة والصلاة، قاله الشيخ أبو بكر.

والرواية الثانية: يقيم الراكب لأن نزوله إلى الصلاة عمل يسير، فلم يعد فاصلاً كأخذ الثوب وبسط ما يصلى عليه، رواه ابن وهب عن مالك.

١٥٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ صَلَّى بِأَرْضِ فَلَاةٍ صَلَّى عَنْ يَمِينِهِ مَلَكٌ وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ، فَإِذَا أَدَّنَ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ أَوْ أَقَامَ صَلَّى وَرَاءَهُ مِنَ الْمَلَائِكَةِ أَمْثَالُ الْجِبَالِ.

الشرح: قوله: «صلى عن يمينه ملك وعن شماله ملك»، يحتمل أنت يبلغ بالملكين درجة الجماعة إذا كان بموضع لا يقدر عليها، وهو راغب فيها، وأن هذا المصلى إن أذن وأقام، صلى ورائه من الملائكة عدد عظيم، فيكون فضل صلاته أكثر لكثرة عدد من يصلى ورائه، ويقتضى هذا أن للجماعة الكبيرة من الفضيلة ما ليس للجماعة اليسيرة، وإلا فلا فائدة لهذا المصلى فى ذلك، وهذا يقتضى أن تكون هذه الصلاة صلاة فرض، ولذلك يتم فضيلتها بالأذان والإقامة.

١٥٦ - قال السيوطى: هذا مرسل له حكم الرفع فإن مثله لا يقال من جهة الرأى، وقد روى موصولاً ومرفوعاً. انظر: (تنوير الحوالك ص ٧٢).

فصل: وقوله: «صلى عن يمينه ملك وعن يساره ملك»، وليس هذا مقام الآدميين مع الإمام عند مالك وإنما يقفان وراءه، وسنين، حكمه بعد هذا إن شاء الله، وهذا الحديث ليس مسنداً فيحتج به في موضع الخلاف، ولا طريق لسعيد بن المسيب إلى أن يعرف هذا بنظر فيقلده فيه من فرضه التقليد، ويحتمل أن يكون هذا فرضاً يختص بالملائكة، وحكم الآدميين مخالف لذلك لأن أنسا صلى مع النبي ﷺ فقال: قمت أنا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا، ويحتمل أن يكون الملكان هما الحافظان وأن ذلك مكانهما من المكلف في الصلاة وغيرها وإذا أذن وأقام، فإنما يصلى وراءه غيرهما من الملائكة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فأذن وأقام الصلاة أو أقام، صلى وراءه من الملائكة أمثال الجبال»، هذه رواية يحيى وأبي مصعب وغيره، يقول: فإن أذن وأقام صلى وراءه أمثال الجبال من الملائكة.

قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه: وهذه الرواية عندي هي الأصل، ورواية يحيى تحتمل الشك، ولو كانت للتقسيم وقلنا: إن ذلك في صلاة فرض اقتضتها أن صلى بأذان وإقامة أو بإقامة فقط، صلى وراءه أمثال الجبال من الملائكة، ومن صلى الفرض دون أذان ولا إقامة صلى عن يمينه ملك وعن يساره ملك، وترك الإقامة منهي عنه وذلك ينافي الفضيلة.

قال: صلى عن يمينه ملك وعن يساره ملك، إلا أن يريد به أنه إن صلى نافلة فلم يؤذن ولم يقيم، صلى عن يمينه ملك وعن يساره ملك، وإن صلى فريضة فاقصر على الإقامة صلى وراءه أمثال الجبال من الملائكة.

وقول أبي مصعب يحتمل أن تكون الصلاتان صلاتي فرض، فيكون معناه إن اقتصر على الإقامة صلى عن يمينه ملك وعن يساره ملك، تتم بهما فضيلة الجماعة وإن أضاف إلى الإقامة الأذان، صلى وراءه من الملائكة أمثال الجبال.

* * *

قدر السحور من النداء

١٥٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٥٧ - أخرجه البخارى كتاب الأذان برقم ٦١٧. ومسلم كتاب الصيام برقم ١٠٩٢. والترمذى كتاب الصلاة برقم ١٨٧. والنسائى كتاب الأذان برقم ٦٣٧، ٦٣٨. وأحمد بالمسند برقم=

قَالَ: «إِنَّ بِلَالاً يُنَادِي بِلَيْلٍ^(١)، فَكَلُّوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يُنَادِيَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ».

الشرح: قوله: «إن بلالا ينادى بليل» دليل على ما ذكرناه، وجواز الأذان لصلاة الصبح قبل الفجر، ولذلك قال ﷺ: «فكلوا واشربوا حتى ينادى ابن أم مكتوم» فأباح الأكل والشرب في وقت يؤذن فيه بلال، ولا خلاف أنه لا يجوز الأكل بعد طلوع الفجر.

١٥٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ بِلَالاً يُنَادِي بِلَيْلٍ، فَكَلُّوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يُنَادِيَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ» قَالَ: وَكَانَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ رَجُلًا أَعْمَى لَا يُنَادِي حَتَّى يُقَالَ لَهُ: أَصْبَحْتَ. أَصْبَحْتَ.

=٤٥٣٧، ٥١٧٣، ٥٢٩٤، ٥٤٠١، ٥٤٧٤، ٥٨١٨، ٦٠١٤. والدارمي كتاب الصلاة برقم ١١٩٠.

(١) قال الحافظ ابن حجر: في صحيح ابن عزيمة وابن حبان وغيرهما من حديث أنيسة مرفوعاً: أن ابن مكتوم ينادى بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن بلال. وادعى ابن عبد البر وجماعة من الأئمة أنه مقلوب وأن الصواب حديث الباب. وجاء عن عائشة أيضاً أنها كانت تنكر حديث ابن عمر وتقول: إنه غلط أخرج ذلك البيهقي من طريق الدراوردي عن هشام عن أبيه عنها مرفوعاً: أن ابن أم مكتوم يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن بلال. قالت عائشة: وكان بلال لا يؤذن حتى يبصر الفجر. قال: وكانت عائشة تقول: غلط ابن عمر. انظر: (تنوير الحوالك ص٧٢).

١٥٨ - أخرجه البخاري كتاب الأذان برقم ٦١٧، وكتاب الشهادات برقم ٢٦٥٦. ومسلم كتاب الصيام برقم ١٠٩٢. والترمذي كتاب الصلاة برقم ١٨٧، ٢٠٣. والنسائي كتاب الأذان برقم ٦٣٨، ٦٤٢. وأحمد بالمسند برقم ٤٥٣٧. والدارمي كتاب الصلاة برقم ١١٩٠، ١٢١٦.

وقال ابن عبد البر: هكذا رواه يحيى مرسلًا، وتابعه على ذلك أكثر الرواة، عن مسالك، ووصله القعنبى، وابن مهدي، وعبدالرزاق، وأبو قرّة موسى بن طارق، وعبدالله بن نافع، ومطرف بن عبدالله الأصم، وابن أبي أويس، ومحمد بن عمر الواقدي، وأبو قتادة الحارثي، ومحمد بن حرب الأحرش، وزهير بن عباد الرواسي، وكامل بن طلحة كل هؤلاء وصلوه، فقالوا فيه: عن سالم، عن أبيه، وسائر رواة الموطأ أرسلوه، ومن أرسله: ابن قاسم، والشافعي، وابن بكير، وأبو المصعب الزهري، وعبدالله بن يوسف التنيسي، وابن وهب في الموطأ، ومصعب الزبيري، ومحمد بن الحسن، ومحمد بن المبارك الصوري، وسعيد بن عفير، ومعن بن عيسى، وجماعة يطول ذكرهم، وقد روى عن ابن بكير متصلًا، ولا يصح عنه إلا مرسلًا كما في الموطأ له. انظر: (التمهيد، حديث سابع لابن شهاب، عن سالم مرسل عند يحيى وأكثر الرواة).

الشرح: قوله: «فكلوا واشربوا حتى ينادى ابن أم مكتوم» يقتضى منع الأكل إذا أذن على قول القاضى أبى بكر بدليل الخطاب فى الغاية، ويدل هذا الحديث على جواز اتخاذ مؤذنين فى مسجد، يؤذنان لصلاة واحدة.

وروى على بن زياد عن مالك: لا بأس أن يؤذن للقوم فى السفر والحرس والمركب ثلاثة مؤذنين وأربعة، ولا بأس أن يتخذ فى المسجد أربعة مؤذنين وخمسة.

قال ابن حبيب: ولا بأس فيما اتسع وقته من الصلوات كالصبح والظهر والعشاء أن يؤذن خمسة إلى عشرة، واحد بعد واحد، وفى العصر من الثلاثة إلى الخمسة ولا يؤذن فى المغرب إلا واحد.

فصل: وقوله: «وكان ابن أم مكتوم رجلاً أعمى»، دليل على جواز أذان الأعمى إذ كان النبى ﷺ قد اتخذ مؤذناً لأن عماء لا يمنعه من الإعلام بالصلاة إذا كان له من يعلمه بالأوقات ويرقبها له فيجزئ عنها على حسب ما كان يخبر به ابن أم مكتوم.

قال مالك: إن المؤذن إمام والأعمى يجوز أن يكون إماماً، ومعنى ذلك أنه يقال وقت الصلاة إلى الأئمة إقامتها ويقتدى بهم فيها.

فصل: وقوله: «لا ينادى حتى يقال له أصبحت أصبحت»، قال ابن وضاح: قال بعض أهل العلم فى قوله: أصبحت أصبحت: ليس معنى ذلك أن الصبح قد ظهر وانفجر، ولكنه على معنى التحذير من طلوعه.

قال القاضى أبو الوليد: وهذا الذى ذكره يحتاج إلى تأمل، والأولى عندى أنه كان لا يؤذن حتى يقول له من يرقب الفجر: أصبحت، بمعنى أن الفجر قد بدأ، فيؤذن حيثئذ، ولو كان على ما قاله ابن وضاح أذان ابن أم مكتوم فى بقية من الليل قبل انفجار الصبح، ولكان لا يمنع من الأكل والشرب، فإن قيل لو لم يؤذن حتى يقول له من رأى الفجر: أصبحت، وقد أباح النبى ﷺ الأكل حتى يؤذن لكان أكل المتظر لأذانه بعد الفجر لا يمنع صحة الصوم؟.

فالجواب أن ذلك على معنى قوله: «فكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر» [البقرة: ١٨٧] ومعنى ذلك أن من وقع أكله إلى وقت يتبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود، فإنه لا يمنع صحة صومه، ولم يرد أن للصائم أن يأكل حتى يتبين له وأنه إن أكل بعد طلوع الفجر وقبل أن يتبين له الخيط الأبيض من الخيط الأسود، فصومه صحيح.

وكذلك معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم»
أن الأكل والشرب مباح إلى الوقت الذي أمر ابن مكتوم أن يؤذن فيه، إذا قيل له:
أصبحت، وهو أول طلوع الفجر.

* * *

ما جاء في افتتاح الصلاة

١٥٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍ؛
أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا افْتَتَحَ الصَّلَاةَ، رَفَعَ يَدَيْهِ حَذْوَ مَنْكِبَيْهِ، وَإِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ
مِنَ الرُّكُوعِ، رَفَعَهُمَا كَذَلِكَ أَيْضًا، وَقَالَ: «سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ، رَبَّنَا وَلَكَ
الْحَمْدُ» وَكَانَ لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ فِي السُّجُودِ^(١).

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ كان إذا افتتح الصلاة»، افتتاح الصلاة يكون
بالنطق بالتكبير، ولا يكون بمجرد النية لمن يقدر على النطق، والأصل في ذلك ما روى
عن أبي هريرة «كان رسول الله ﷺ إذا أقام الصلاة يكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع»
وذكر الحديث وأفعال النبي ﷺ على الوجوب.

مسألة: ولا يجزئ من النطق غير التكبير، وبه قال الشافعي وجمهور الفقهاء، وقال أبو
حنيفة: يجزئ من ذلك كل لفظ فيه تعظيم الله تعالى، نحو الله أجل وأعظم، والله
الكبير، والله العظيم.

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور الحديث المتقدم، والدليل على ذلك أيضا ما روى
عن نافع أن ابن عمر كان إذا دخل في الصلاة كبر ورفع يديه، وإذا قال: سمع الله لمن
حمده، رفع يديه، وإذا قام من الركعتين رفع يديه، ورفع ذلك ابن عمر إلى النبي ﷺ.

١٥٩ - أخرجه البخاري كتاب الأذان برقم ٧٣٥. ومسلم كتاب الصلاة برقم ٣٩٠. والترمذي
كتاب الصلاة برقم ٢٣٧. والنسائي كتاب الافتتاح برقم ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ١٠٢٥،
وكتاب التطبيق ١٠٥٩، ١٠٨٨، ١١٤٤. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٧٢١، ٧٢٢.
وأحمد بالمسند برقم ٤٥٢٦، ٤٦٦٠، ٥٠٦١، ٥٢٥٧. والدارمي كتاب الصلاة ١٢٥٠،
١٣٠٨.

(١) قال ابن عبد البر: وفي هذا الحديث من الفقه رفع اليدين في المواضع المذكورة فيه، وذلك
عند أهل العلم تعظيم لله، وابتهاال إليه، واستسلام، له وخضوع للوقوف بين يديه، واتباع
لسنة رسوله ﷺ. انظر: (التمهيد، باب افتتاح الصلاة).

ودليلاً من جهة القياس أن هذا اللفظ عراً من لفظ التكبير وبنيته مع القدرة عليه لم يكن إحراماً بالصلاة، أصل ذلك: اللهم اغفر لي وارحمني، وليس من سنن الصلاة، ولا من فضائلها التوجيه على ما قبل الإحرام، فقد قال ابن حبيب: لا بأس به، وأما بعد الإحرام، ففي مختصر ابن شعبان عن ابن وهب: صليت مع مالك في بيته فكان يقول ذلك عند افتتاح الصلاة: وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين.

وقال مالك: أكره أن أحمل الناس على ذلك، فيقول جاهل: هذا من فرض الصلاة.

فرع: إذا ثبت أنه لا يجزئ في الإحرام إلا التكبير، فلا يجزئ من ذلك، الله أكبر، الله أكبر. وقال الشافعي: يجزئ الله أكبر.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذه زيادة غيرت من بنية قوله: الله أكبر، فمنعت صحة افتتاح الصلاة بها، أصل ذلك الله أكبر.

فصل: وقوله: «رفع يديه حدو منكبيه»، في الرفع ثلاث مسائل، إحداها: بيان مواضع الرفع، فالخلاف فيه في موضعين، أحدهما: عند تكبيرة الافتتاح. وذهب جمهور الفقهاء إلى أن رفع اليدين عندها مشروع. وروى عن بعض المتقدمين المنع من ذلك، وقد تأول ذلك أصحابنا على رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة وهو قوله: وكان رفع اليدين ضعيفاً إلا في الافتتاح. وصرح بها الشيخ أبو إسحاق في مختصره من رواية ابن القاسم عن مالك.

والدليل على أن الرفع مشروع عند تكبيرة الافتتاح حديث ابن عمر هذا. ومن جهة المعنى أن هذا ذكر في أحد طرفي الصلاة، فكان من حكمه أن يقترن به عمل كالسلام، وبيان ذلك أن التكبير شرع في الصلاة عند عمل قرن به للانتقال من حال إلى حال فلما لم يكن عند تكبيرة الإحرام عمل من الانتقال من حال إلى حال قرن به رفع اليدين كما قرن بالسلام الإشارة بالرأس والوجه إلى اليمين.

فرع: وأما الموضع الثاني، فعند الانحطاط للركوع وعند الرفع منه، وروى ابن القاسم عن مالك المنع منه، وبه قال أبو حنيفة. وروى ابن وهب وأشهب عنه الرفع، وبه قال الشافعي.

وتعلق أصحابنا في رواية ابن القاسم بما روى عبدالرحمن بن سليمان النهشلي عن عاصم بن كليب، عن أبيه، عن علي بن أبي طالب، عن النبي ﷺ: «أنه كان يرفع يديه

في أول الصلاة ثم لا يعود» وهذا الحديث موقوف على عليّ رضي الله عنه.

ومن جهة المعنى أن هذا تكبير للانتقال من حال إلى حال، فلم يكن معه رفع اليدين كالانتقال من الجلوس إلى السجود.

وجه رواية ابن وهب وأشهب حديث ابن عمر المتقدم، وهو صحيح متفق على صحته. ومن جهة القياس أن تكبيرة الركعة [الثانية]^(١) تكبيرة تجعل مدرّكها مدرّكاً للركعة الأولى، فشرع فيها رفع اليدين كتكبيرة الإحرام.

فرع: وأما التكبيرة عند السجود، فلم يشرع الرفع معه، وقد رويت في ذلك أحاديث.

مسألة: وأما نهاية الرفع، فالمشهور عن مالك أنه يرفع يديه إلى منكبيه، وبه قال الشافعي. وروى أشهب عن مالك: يرفع إلى صدره. وقال أبو حنيفة: يرفع إلى أذنيه. والدليل على نهاية الرفع إلى المنكبين حديث ابن عمر المتقدم، وفيه «كان يرفع يديه حذو منكبيه».

وأما ما روى مالك بن الحويرث «أن رسول الله ﷺ كان إذا كبر رفع يديه حتى يحاذي بهما أذنيه» فلنا على ذلك جوابان، أحدهما: الترجيح، والثاني: الجمع بين الحديثين.

فأما الترجيح، فإن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر، أصح من قتادة عن نصر بن عاصم عن مالك بن الحويرث.

وأما الجمع بينهما، فإننا نقول: كان يحاذي بكفيه منكبيه، وبأطراف أصابعه أذنيه، فيجمع بين الحديثين، ويكون أولى من إطراح أحدهما.

مسألة: وأما صفة الرفع، فالذي عليه شيوخنا العواقبون أن تكون يدها قائمتين تحاذي كفاه منكبيه وأصابعه أذنيه. وروى عن سحنون أنهما تكونان منصوبتين ظهورهما إلى السماء وبطونهما إلى الأرض.

قال القاضي أبو الوليد: والأول عندي أولى؛ لأننا نتمكن بذلك من الجمع بين الحديثين ولأنه أبعد في التكلف وأيسر في الرفع.

فصل: وقوله: «وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضاً»، لم يذكر يجيى

(١) ما بين المعفوقتين غير موجود بالأصل، وأضفناه لاستقامة المعنى.

٣٠ كتاب الصلاة

رفعهما عند الانحناء للركوع، وتابعه على ذلك أبو مصعب والقعنبى وجماعة من أصحاب الموطأ، وزاد الرفع عند الانحناء، جماعة من الحفاظ منهم يحيى بن سعيد القطان وعبدالرحمن بن مهدي وعبدالله بن المبارك وعبدالرحمن بن القاسم وغيرهم. وقولهم أولاً؛ لأنهم زادوا وفيهم جماعة من الحفاظ الأثبات.

١٦٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُكَبِّرُ فِي الصَّلَاةِ كُلَّمَا خَفَضَ وَرَفَعَ، فَلَمْ تَزَلْ تِلْكَ صَلَاتُهُ حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ.

الشرح: قوله: «كان رسول الله ﷺ يكبر في الصلاة كلما خفض»، يريد بالخفض الركوع والسجود، وبالرفع الرفع من السجود. وأما الرفع من الركوع، فقد تقدم أن حكمه التحميد دون التكبير والتكبير والتحميد للاتقال من حال إلى حال، وحكمه أن يكون في نفس الخفضين.

وأما الرفع عند التكبير الذى يكون عند القيام إلى الثالثة، فإن حكمه عند مالك أن يكون إذا استوى قائماً. وقال الشافعى: يكبر في نفس القيام.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذا رفع رأس من سجود فلم يشرع فيه أكثر من تكبيرة واحدة إلى استيفاء القيام، كالقيام من الركعة الأولى، ولما لم يكن بد من اختصاص إحدى الحالتين بالتكبير، اختص بها رفع الرأس من السجود؛ لأنه ابتداء العمل وابتداء التكبير عند ابتداء العمل، فعرا آخر القيام من تكبير.

ومن حكمه أيضاً أن لا ينتقل من عمل إلى عمل إلا بتكبير، فاختص بذلك أول القيام فى الركعة الثانية لمعنيين، أحدهما: أنه أول الوقوف. والثانى: أنها حال قد شرع فيها تكبير، وهى تكبيرة الإحرام، وأما القيام من الجلوس فإنه آخر عمل فلم يشرع فيه ابتداء تكبير، والله أعلم.

١٦١ - مَالِك، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَرْفَعُ يَدَيْهِ فِي الصَّلَاةِ.

١٦٠ - قال ابن عبد البر: لا أعلم بين رواة الموطأ خلافاً فى إرسال هذا الحديث. انظر: (التمهيد، باب افتتاح الصلاة، حديث ثان لابن شهاب عن على بن حسين مرسل).

١٦١ - قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث مرسلًا عند كل من رواه عن مالك، وكذلك رواه شعبة، عن يحيى بن سعيد. انظر: (التمهيد، حديث ثالث عشر ليحيى بن سعيد).

الشرح: قوله: «كان يرفع يديه في الصلاة»، إخبار عن رفعهما في الجملة، ولم يعين موضع رفعهما، فلا حجة فيه إلا على من منع الرفع جملة.

١٦٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ؛ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ كَانَ يُصَلِّي لَهُمْ، فَيَكْبِرُ كُلَّمَا خَفَضَ وَرَفَعَ، فَإِذَا انصَرَفَ، قَالَ: وَاللَّهِ إِنِّي لِأَشْبَهُكُمْ بِصَلَاةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ^(١).

الشرح: قوله: «كان يكبر كلما خفض أو رفع»، ثم يقول: «والله إنى لأشبهكم بصلاة رسول الله ﷺ»، يقتضى الشبه من وجهين، أحدهما: أنه قال: إنى لأشبهكم بصلاة رسول الله ﷺ، وهذا عام فى التكبير وغيره، والثانى: أن الراوى إنما ذكر من صلاة أبى هريرة التكبير، فدل ذلك على أنه هو الذى قصد به الشبه بصلاة رسول الله ﷺ، وقد قال بعض الناس: إن التكبير ليس بمشروع كلما خفض ورفع، ويروى ذلك عن عكرمة، وقد وقع الإجماع على التكبير.

مسألة: وقال بعض أصحابنا: إن التكبير غير واجب إلا تكبيرة الإحرام خلافاً لأحمد ابن حنبل فى قوله: إن التكبير كله واجب.

والدليل على ذلك أن هذا تكبير فى الصلاة لم يشرع للافتتاح، فلم يكن واجباً كالتكبير فى العيدين.

قال القاضى أبو الوليد: إن معنى قول أصحابنا: ليس بواجب، أنه ليس بشرط فى

١٦٢ - أخرجه البخارى كتاب الأذان برقم ٧٨٥. ومسلم كتاب الصلاة برقم ٣٩٢. والترمذى كتاب الصلاة برقم ٢٣٦. والنسائى كتاب الافتتاح برقم ١٠٢٣. وأبو داود كتاب الصلاة برقم ٨٣٦. وأحمد بالمسند برقم (٧١٧٩، ٧٦٠١، ٨٠٥٦). والدارمى كتاب الصلاة برقم ١٢٤٨.

(١) قال ابن عبد البر: فى هذا الحديث من الفقه أن حكم الصلاة أن يكبر فى كل خفض ورفع منها، وأن ذلك سنتها وهذا قول مجمل لأن رفع الرأس من الركوع ليس فيه تكبير وإنما هو التحميد بإجماع، فتفسير ذلك أنه كان يكبر كلما خفض ورفع إلا فى رفعه رأسه من الركوع لأنه لا خلاف فى ذلك. وفيه أن الناس لم يكونوا كلهم يفعلون ذلك، ولذلك قال: أنا أشبهكم صلاة برسول الله ﷺ، ومما يدل على ذلك ما ذكره ابن أبى ذئب فى موطئه، عن سعيد بن سمعان، أنه قال: ثلاث كان رسول الله ﷺ يفعلهن تركهن الناس: كان إذا قام إلى الصلاة رفع يديه مداً، وكان يقف قبل القراءة هنية يسأل الله من فضله، وكان يكبر كلما خفض ورفع. انظر: (التمهيد، حديث ثان لابن شهاب عن أبى سلمة).

صحة الصلاة وأما مسائل أصحابنا، فإنها تقتضى وجوبه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «إني لأشبهكم بصلاة رسول الله ﷺ»، دليل على اقتدائهم بصلاته وحرصهم على الشبه به وفخرهم بالمزية فى ذلك، وترك الجماعة الإنكار عليه والرد لقوله، دليل على صدقه.

١٦٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُكَبِّرُ فِي الصَّلَاةِ، كُلَّمَا خَفَضَ وَرَفَعَ.

الشرح: قوله: «كان يكبر فى الصلاة كلما خفض ورفع»، يقتضى ذلك فى جميع الصلاة إلا أنا نخصه بالدليل فى رفع رأسه من الركوع، وقال ابن حبيب: إن التكبير فى السجود أخفض منه فى الركوع، ولا وجه له نعلمه إلا أن يكون للاتباع إن كان فيه أثر، فالاتباع أحسن.

وقد قال مالك: أحب للمأموم أن لا يجهر بالتكبير، وبقوله: ربنا لك الحمد، فإن جهر بذلك جهراً يسمع من يليه، فلا بأس بذلك وأحب إلى أن لا يجهر معه إلا بالسلام جهراً يسمع من يليه.

١٦٤ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا افْتَتَحَ الصَّلَاةَ رَفَعَ يَدَيْهِ حَذْوَ مَنْكِبَيْهِ وَإِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ رَفَعَهُمَا دُونَ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «إذا رفع رأسه من الركوع، رفعهما دون ذلك»، مخالف لما رواه سالم بن عبدالله عنه أنه كان يرفع يديه عند الافتتاح حذو منكبيه، وكان يرفع يديه عند رفعه من الركوع كذلك، ويحتمل أن يكون عبدالله بن عمر كان يفعل الأمرين جميعاً، ويرى ذلك واسعاً فيهما.

١٦٥ - مَالِك، عَنِ أَبِي نُعَيْمٍ وَهَبِ بْنِ كَيْسَانَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ كَانَ

١٦٣ - أخرجه ابن ماجه برقم (٨٥٨). وأبو داود عن ابن عمر كتاب الصلاة برقم (٧٤١)، (٧٤٢).

١٦٤ - انفرد به مالك. وأخرجه من طرق أخرى البخارى بكتاب الأذان، باب رفع اليدين فى التكبير الأولى مع الافتتاح سواء ج١/٢٩٤ عن ابن عمر. ومسلم بكتاب الصلاة، باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين حديث رقم ٢١ ج١/٢٩٢ عن ابن عمر.
١٦٥ - انفرد به مالك.

يُعَلِّمُهُمُ التَّكْبِيرَ فِي الصَّلَاةِ، قَالَ: فَكَانَ يَأْمُرُنَا أَنْ نُكَبِّرَ كُلَّمَا خَفَضْنَا وَرَفَعْنَا.

الشرح: قوله: «كان يعلمهم التكبير في الصلاة»، دليل على أنه كان عنده مؤكد أحكام السنن في الصلاة، ولذلك كان يهتبل به اهتبالاً يخصه بالتعليم.

١٦٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِذَا أَدْرَكَ الرَّجُلُ الرَّكْعَةَ فَكَبِّرَ تَكْبِيرَةً وَاحِدَةً أَجْزَأَتْ عَنْهُ تِلْكَ التَّكْبِيرَةَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ إِذَا نَوَى بِتِلْكَ التَّكْبِيرَةِ افْتِتَاحَ الصَّلَاةِ.

الشرح: قوله: «إذا أدرك الرجل الركعة فكبر»، يريد إدراك مع أصلها الإمام ولم يفته ذلك، وهو بأن يصير الإمام إلى رفع الرأس من الركوع فيها قبل أن يدخل معه في الصلاة بالإحرام لها.

فصل: وقوله: «فكبر تكبيرة واحدة أجزأت عنه تلك التكبيرة»، قال ابن الموزان: وتلك التكبيرة يجب أن تكون قبل خفض المأموم إلى الركوع لأنه لا بد للمأموم من جزء من القيام في افتتاح الصلاة لأنه لا يجوز أن يفتتحها راکعاً، وإنما يفتتحها قائماً وأقل ما يجزئه من القيام قدر تكبيرة الإحرام لأن الإمام يحمل عنه القراءة، فيحمل عنه قيامها، ولما لم يحمل عنه تكبيرة الإحرام لم يحمل عنه قيامها.

وظاهر ما قاله مالك في المدونة مخالف لهذا القول لأنه قال: فإن كبر للركوع ينسوى بذلك تكبيرة الافتتاح أجزأته صلاته، وإن لم ينسوى بها تكبيرة الافتتاح ثمادى، وأعاد الصلاة والتكبير للركوع لا يكون في حال القيام، وإنما يكون في نفس الانحطاط إلا أنه لما ابتدأه في آخر أجزاء القيام أجزأه.

فصل: وقوله: «إذا نوى بتلك التكبيرة»، تكبيرة الافتتاح التي ليست كذلك، ولا تتميز من غيرها إلا بمقارنة النية، والله أعلم.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ دَخَلَ مَعَ الْإِمَامِ فَنَسِيَ تَكْبِيرَةَ الْاِفْتِتَاحِ وَتَكْبِيرَةَ الرَّكُوعِ حَتَّى صَلَّى رَكْعَةً ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ كَبَّرَ تَكْبِيرَةَ الْاِفْتِتَاحِ وَلَا عِنْدَ الرَّكُوعِ وَكَبَّرَ فِي الرَّكْعَةِ الثَّانِيَةِ، قَالَ: يَنْتَدِي صَلَاتُهُ أَحَبُّ إِلَيَّ وَلَوْ سَهَا مَعَ الْإِمَامِ عَنْ تَكْبِيرَةِ

١٦٦ - انفرد به مالك. وأخرجه من طرق أخرى أحمد ٣١٨/٢ عن أبي هريرة. وذكره الزيعلي في نصب الرأية ٢٠٠/٢. كتاب الصلاة، وعزاه لمسلم، عن أبي هريرة.

الافتتاح وكَبَّرَ فِي الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ رَأَيْتُ ذَلِكَ مُجْزِئًا عَنْهُ إِذَا نَوَى بِهَا تَكْبِيرَةَ
الافتتاح.

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا ركع دون تكبير أنه يبتدئ الصلاة متى ما ذكر؛ لأنه لا خلاف أنه لم يدخل في صلاة لأنه لم توجد منه نية الدخول فيها ولا لفظه، فهو إذا ذكر كمن أدرك الإمام ذلك الوقت، وعليه أن يبتدئ الصلاة، فإن كبر للركوع ينوي بذلك تكبيرة الافتتاح أجزأ ذلك عنه على ما قدمناه.

مسألة: وإن كان كبر للركوع أول ركعة ولم ينو الافتتاح، فهل يتمادى في الصلاة أو يبتدئها؟ عن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: أنه يبتدئها، والثانية: أنه يتمادى ويعيدها.

وجه الرواية الأولى أنها صلاة لا تجزئه ولا تبرأ بها ذمته من الصلاة، فلا يتمادى عليها كما لم لو يكبر للركوع.

ووجه آخر، أنه تفوته صلاة الجماعة بالتمادى عليها، ثم يقضى الصلاة بنفس الانفراد مع التمكن من فضيلة الجماعة.

ووجه الثانية ما احتج به مالك من أنها صلاة مختلف فيها؛ لأن ابن شهاب يرى أنها مجزئة عنه، وربيعة يقول: لا تجزئ عنه، فقد عقد ركعة من صلاة مختلف فيها، فيكره أن يبطل صلاته وعملاً قد اختلف العلماء في إجزائه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] والأفضل أن يتمادى عليها ثم يعيدها، فيجمع بين القولين.

مسألة: وهذا في الركعة الأولى، فأما إن دخل مع الإمام بعد ركعة، فأكثر، فنسى الإحرام، فليكبر متى ما ذكر كبر للركوع أو لم يكبر، وليس عليه أن يقطع بسلام ولا كلام، قاله ابن حبيب.

وروى على بن زياد عن مالك أنه إن كبر للركوع في الثانية تمادى وأعاد. زاد ابن المواز: بعد أن يقضى ركعة.

وجه قول ابن حبيب أن الوارد للصلاة والعمد إليها لا يتصور أن لا توجد منه نية إليها، فإذا نسيها عند تكبيرة الإحرام، فالذي حكاه القاضي أبو محمد عن المذهب أنها لا تجزئه، وهو قول الشافعي.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وهو عندي معنى قول مالك وربيعة. وعند أبي

حنيفة أنها تجزئه إذا نواها قبل التكبير عند القيام للصلاة، وإن نسيها عند التكبير، وهو معنى قول سعيد بن المسيب وابن شهاب، فإذا وجدت منه النية عند القيام للصلاة، ولم يكبر للإحرام وكبر للركوع، اقتضت النية المتقدمة بتكبيره الركوع فأجزأته عند سعيد بن المسيب وابن شهاب، ولم تجزه عند ربيعة ما لم تقارن النية التكبير، وإن لم يكبر للركوع للركعة الأولى وكبر للركعة الثانية فصل بين النية المتقدمة وبين تكبيره الركعة الثانية عمله للركعة الأولى، فلم يصح انتظامها بها لأنه لا خلاف بين المسلمين في أنه لا يجوز أن يفصل بين النية وبين تكبيره الإحرام عمل كثير ولا مدة طويلة، والله أعلم.

وهذا فيمن دخل مع الإمام في أول ركعة، فلم يكبر إلا للركوع في الركعة الثانية، وأما من دخل مع الإمام في الركعة الثانية، فإن حكمه حكم من دخل معه في الركعة الأولى ولا فرق بينهما، والله أعلم.

ووجه رواية علي بن زياد أن تمام الصلاة على تكبيره الركوع إنما هو لثلاثي عملاً مختلفاً في إجزائه، وهذا موجود في مسألتنا فيجب إتمامها.

مسألة: ومن نسي تكبيره الإحرام في الجمعة، فقد روى يحيى عن ابن القاسم، يجزيه في هذا خاصة أن يكبر في الثانية، ويجعلها أولاه، رواه ابن حبيب عن مالك. وفي المجموعة عن ابن القاسم: يتمادى ويعيدها ظهراً.

وجه رواية يحيى أن سائر الصلوات تصح من غير إمام، ف يتمادى مع الإمام لما ذكرناه ويعيدها لأن تماديه لا يفيتها، والجمعة لا تصح بغير إمام، فتماديه مع الإمام في صلاة لا تجزيه يفيت الجمعة التي تجزيه.

وجه الرواية الثانية أن هذا نسي تكبيره الإحرام ثم ذكرها بعد أن كبر للركوع، فيلزمه التمدادى كمصلى العصر وغيرها.

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يُصَلِّي لِنَفْسِهِ فَنَسِيَ تَكْبِيرَةَ الْاِفْتِتَاحِ: إِنَّهُ يَسْتَأْنِفُ صَلَاتَهُ.

الشرح: وهذا كما قال، وحكمه مخالف لحكم المأموم لأن المأموم تحمل عنه القراءة والقيام لها، فلذلك كان في أمره ما تقدم، وأما الفذ فلا يحمل ذلك عنه أحد، وهو شرط في صحة الصلاة، فلذلك لم يشكل أمره ولم يختلف أن ما عمل ليس بصلاة ولا مجزئ عنه، فكان عليه استئناف الصلاة على كل حال وترك الاعتداد بما تقدم منها والإمام كالفذ.

قَالَ مَالِكٌ فِي إِمَامٍ يُنْسَى تَكْبِيرَةَ الْاِفْتِتَاحِ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْ صَلَاتِهِ. قَالَ: أَرَى أَنْ يُعِيدَ وَيُعِيدُ مَنْ خَلَفَهُ الصَّلَاةَ وَإِنْ كَانَ مَنْ خَلَفَهُ قَدْ كَبَّرُوا فَإِنَّهُمْ يُعِيدُونَ.

الشرح: وهذا كما قال لأن تكبيرة الإحرام ركن من أركان الصلاة، فإذا أسقطها الإمام ساهياً أو عامداً لم تصح صلاته، وتعدى فساد ذلك إلى صلاة المأموم كما لو ترك الركوع والسجود، فإن ذلك يفسد صلاة من خلفه، وإن ركعوا وسجدوا، والله أعلم.

* * *

القراءة في المغرب والعشاء

١٦٧ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَرَأَ بِالطُّورِ فِي الْمَغْرِبِ.

الشرح: قوله: «سمعت رسول الله ﷺ قرأ بالطور في المغرب»، يريد أنه قرأ بها بعد فاتحة الكتاب بما يأتي بعد هذا من الأدلة على وجوب القراءة بأم القرآن، والقراءة في الصلاة على ضربين، فرض ونقل.

فأما الفرض، فهو قراءة أم القرآن، وسيأتي بعد هذا بيان ذلك إن شاء الله تعالى. وأما النقل فهو قراءة سورة مع أم القرآن في الركعتين الأوليين من الصلاة. والأصل في ذلك ما أخرجه البخاري من حديث أبي قتادة أن النبي ﷺ كان يقرأ في الظهر في الأوليين بأم الكتاب وسورتين، وفي الركعتين الأخريين بأم الكتاب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن القراءة في جميع الصلوات على نحو ما ذكرنا من قراءة السورة مع أم القرآن في الركعتين الأوليين، وأي سورة قرأ بها أجزاءه، إلا أنه يختار التطويل في بعض الصلوات والتخفيف في بعضها، فأطول الصلوات قراءة الصبح ثم الظهر ثم العشاء الآخرة ثم المغرب والعصر، وهما متساويتان، وهذا كله قول مالك، وإن كان الرواة عنه لذلك غير واحد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يستحب أن يقرأ في الصبح بطوال المفصل، ويقرأ في

١٦٧ - أخرجه البخاري في الأذان حديث رقم ٧٦٥. مسلم في الصلاة حديث رقم ٤٦٣. النسائي في الصغرى في الافتتاح حديث رقم ٩٨٧. أبو داود في الصلاة ٨١١. ابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ٨٣٢. أحمد في المسند حديث رقم ١٦٢٩٣، ١٦٣٢١، ١٦٣٣٢. الدارمي في الصلاة حديث رقم ١٢٩٥.

الظهر بأقصر من ذلك، ويقرأ في العشاء الآخرة ﴿إِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ﴾ [التكوير: ١] ونحوها، ويقرأ في العصر والمغرب بقصار المفصل. قال ابن حبيب: يقرأ فيها بـ«ق» و«الضحى» إلى آخر القرآن.

١٦٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ أُمَّ الْفَضْلِ بِنْتَ الْحَارِثِ سَمِعَتْهُ وَهُوَ يَقْرَأُ ﴿وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا﴾ فَقَالَتْ لَهُ: يَا بُنَيَّ لَقَدْ ذَكَرْتَنِي بِقِرَاءَتِكَ هَذِهِ السُّورَةَ إِنَّهَا لِأَخْرُ مَا سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقْرَأُ بِهَا فِي الْمَغْرِبِ.

الشرح: قولها: «لقد ذكرتني بقراءتك هذه السورة»، يحتمل أن تريد بذلك أنه ذكرها قراءة رسول الله ﷺ إياها، ويحتمل أن يكون ذكرها بقراءته إياها، ثم فسرت أن ذلك الذي ذكرها آخر ما سمعت رسول الله ﷺ يقرأ بها في المغرب، ويحتمل ذلك معنيين أحدهما: أن تريد بذلك أنها آخر قراءة سمعته ﷺ يقرأ بها في المغرب، وأن ذلك صادف قراءته إياها في المغرب، ويحتمل أن يريد أنها آخر ما سمعته يقرأ بها في المغرب، وإن جاز أن تكون سمعته يقرأ بها في غير المغرب.

١٦٩ - مَالِك، عَنِ أَبِي عُبَيْدٍ مَوْلَى سُلَيْمَانَ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّادَةَ بْنِ نَسِيٍّ، عَنْ قَيْسِ بْنِ الْحَارِثِ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الصَّنَابِحِيِّ قَالَ: قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ فِي خِلَافَةِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ فَصَلَّيْتُ وَرَاءَهُ الْمَغْرِبَ، فَقَرَأَ فِي الرَّكْعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ بِأَمِّ الْقُرْآنِ وَسُورَةَ سُورَةٍ مِنْ قِصَارِ الْمُفْصَلِ ثُمَّ قَامَ فِي الثَّلَاثَةِ فَذَنُوتُ مِنْهُ حَتَّى إِذَا تَيَّابِي لَتَكَادُ أَنْ تَمَسَّ تَيَّابُهُ فَسَمِعْتُهُ قَرَأَ بِأَمِّ الْقُرْآنِ وَبِهَذِهِ الْآيَةِ ﴿رَبَّنَا لَا تُرْغِ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ﴾ [آل عمران: ٨].

الشرح: قوله: «قدمت المدينة في خلافة أبي بكر»، لا دليل فيه على أنه لم يقدمها قبل ذلك مرة أخرى؛ لأنه يحتمل أن يريد أنه قدمها في خلافة أبي بكر، وذلك بعد أن

١٦٨ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٧٦٣، مسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٦٢، الترمذى فى الصلاة حديث رقم ٢٨٣. وأبو داود حديث رقم ٨١٠. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ٨٣١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٦٣٣٠. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٢٩٤.

٣٨ كتاب الصلاة

قدمها قبل خلافته، ويحتمل أن يريد به أول قدمة قدم المدينة كانت في خلافة أبي بكر إلا أنه قد روى عن أبي عبدالله الصنابحي أنه قال: فاتني النبي ﷺ بخمس ليال.

فصل: وقوله: «فصليت وراءه المغرب، فقرأ في الركعتين الأولين بأم القرآن وسورة سورة من قصار المفصل»، على حسب ما قدمناه من أن ذلك المستحب في الجماعة والعدد الذي لا يؤمن أن يكون فيهم الضعيف والصائم والمستعجل.

فصل: وقوله: «ثم قام في الثالثة فدنوت منه حتى إن ثيابي لتمس ثيابه»، يحتمل أن يريد بدنوه منه تأخير أبي بكر حتى قرب من الصف الذي كان فيه أبو عبدالله الصنابحي، ويحتمل أن يريد أن الصف كله تقدم حتى قربوا من مقام أبي بكر، وإن كان يحتمل من جهة اللفظ أن يكون أبو عبدالله دنا وحده حتى قرب من مقام أبي بكر إلا أنه يكره لواحد من أهل الصف أن يخرج عنهم ويتقدم عليهم حتى يقرب من الإمام، لما سنذكره بعد هذا إن شاء الله فيما يلزم من إقامة الصف في الصلاة إلا أن يكون أبو عبدالله صلى وحده مع أبي بكر عن يمينه فقرب منه في الركعة الثالثة ما لم يقرب في الركعتين قبلها، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فقرأ بأم القرآن»، وبهذه الآية: ﴿رَبَّنَا لَا تَزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا﴾ يحتمل أن يكون أبو بكر دعا بهذه في آخر الركعة على معنى الدعاء لمعنى تذكره أو خشوع حضره لا على معنى أنه قرن قراءته تلك بقراءة أم القرآن على حسب ما تقرن بها قراءة السورة في الركعتين الأوليين، والله أعلم.

١٧٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا صَلَّى وَحْدَهُ يَقْرَأُ فِي الْأَرْبَعِ جَمِيعًا فِي كُلِّ رَكْعَةٍ بِأَمِّ الْقُرْآنِ وَسُورَةٍ مِنَ الْقُرْآنِ وَكَانَ يَقْرَأُ أَحْيَانًا بِالسُّورَتَيْنِ وَالثَّلَاثِ فِي الرُّكْعَةِ الْوَاحِدَةِ مِنْ صَلَاةِ الْفَرِيضَةِ وَيَقْرَأُ فِي الرُّكْعَتَيْنِ مِنَ الْمَغْرِبِ كَذَلِكَ بِأَمِّ الْقُرْآنِ وَسُورَةٍ سُورَةٍ.

الشرح: قوله: «إذا صلى وحده»، الحديث، يريد أن فعله إنما كان فيما يتفرد به من الصلوات.

فصل: وأما قراءته في الأربع ركعات بسورة مع أم القرآن، فإن جعلناه على ظاهره، فيحتمل أن يفعل ذلك عبدالله بن عمر إذا صلى وحده حرصاً على التطويل في الصلاة،

إن كانت الأربع ركعات فريضة، ويحتمل أن يفعل ذلك في النافلة، غير أن لفظ «الأربع ركعات» في الفريضة أظهر؛ لأنه لا عرف في الشرع لأربع ركعات من النافلة، فحمل اللفظ عليها أولى، إلا أن يريد بالأربع ركعات من النافلة في وقت كانت تفردت فيه نافلتها بأربع ركعات قبل الظهر أو بعدها، أو في أربع ركعات كان يجمع بينهما بتسليم واحد سهواً أو تجويزاً، يبين ذلك أنه لما وصف قراءته في الفريضة بينها فقال: وقرأ في الركعتين من المغرب بأمر القرآن وسورة سورة، وأيهم ذكر هذه الأربع ركعات، والله أعلم.

وقد كره مالك أن يقرأ في الركعتين الأخيرتين بشيء سوى أم القرآن. وقال الشافعي: يقرأ في الأربع ركعات كلها بأمر القرآن وسورة سورة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث المتقدم «أن رسول الله ﷺ كان يقرأ في الظهر في الركعتين الأوليين بأمر القرآن وسورتين، وفي الركعتين الأخيرتين بأمر القرآن ويسمعنا الآية، ويطول في الركعة الأولى ما لا يطول في الثانية، وهكذا في العصر».

ومن جهة المعنى أن الركعتين الأخيرتين مبنيتان على الحذف والاختصار، ولذلك أسرت قراءتهما ولم يجهر فيهما في صلاة الجهر.

فصل: وقوله: «وكان يقرأ أحياناً بالسورتين والثلاث في الركعة الواحدة من الفريضة»، يحتمل أن يفعل ذلك رغبة في تطويل القراءة، واحتراراً ممن يدخل معه في الصلاة من الضعفاء، فكان إذا شرع في الصلاة قرأ من السور بعد أم القرآن ما يستحب أن يقرأ به في مثل تلك الصلاة في الجماعة خوفاً أن يشرع في قراءة سورة طويلة، فيدخل معه في الصلاة من لا يقوى على القيام، فيشرع لذلك في قراءة سورة قصيرة، فإذا فرغ منها وأراد من طول الصلاة أكثر من ذلك، زاد سورة أخرى مثلها ثم ثالثة حتى يبلغ غرضه من طول القراءة.

ولو أراد التطويل من أول قراءته وعزم عليه لشرع في قراءة سورة طويلة. وقد قال، مالك رحمه الله: لا بأس أن يقرأ بسورتين وثلاث في ركعة واحدة، وسورة واحدة أحب إلينا.

ووجه جوازه ما روى عن عبدالله بن مسعود أنه قال: لقد عرفت النظائر التي كان النبي ﷺ يقرن بينهما، فذكر عشرين سورة من المفصل، سورتين في كل ركعة، ووجه

٤٠ كتاب الصلاة

اختيار السورة الواحدة أنه فعل النبي ﷺ المأثور عنه. وخبر ابن مسعود محمول على أن ذلك في التوافق دون الفرائض.

ومن جهة المعنى أن السورة تقرأ مع أم القرآن على وجه التبع، فيجب أن تكون على حكمها سورة وحدة كاملة مثلها.

مسألة: واختلف قول مالك في القراءة ببعض سورة، فقال في المختصر: لا يفعل ذلك، فإن فعل أجزاءه. وروى الواقدي عن مالك: لا بأس أن يقرأ بأم القرآن وآية مثل آية الدين.

وجه كراهية ذلك الآثار المروية عن النبي ﷺ من قراءته «بالمرسلات» في ركعة و«ق» و«الطور» وغير ذلك من السور.

ومن جهة المعنى أن قراءة السورة على وجه التبع لأم القرآن فكما لا يقتصر على بعض أم القرآن كذلك لا يقتصر على بعض السورة.

ووجه إباحة ذلك ما روى عبدالله بن السائب قال: صلى لنا رسول الله ﷺ بمكة، فاستفتح سورة المؤمنين، حتى جاء ذكر موسى وهارون، أو ذكر موسى عليه السلام، أخذت النبي ﷺ سعة فرقع، وعبدالله بن السائب حاضر ذلك.

فصل: وقوله: «يقرأ في الركعتين من المغرب كذلك بأم القرآن وسورة سورة»، يريد في الركعتين الأوليين، وأما الركعة الثالثة، فإن حكمها حكم الثالثة والرابعة من سائر الصلوات يقرأ فيهما بأم القرآن خاصة، وهذا القول في المغرب يدل على أن العدول عن ظاهر قوله: في سائر الصلوات، ولعله أراد بقوله: يقرأ في الأربع جميعاً، الصلاة الرباعية.

وقوله: «في كل ركعة»، أراد به من الركعتين الأوليين، وبين ذلك بقوله: ويقرأ في الركعتين من المغرب بأم القرآن وسورة.

١٧١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ بْنِ ثَابِتِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنِ الْبَرَاءِ

١٧١ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٧٦٧، ٧٦٩. وتفسير القرآن حديث رقم ٤٩٥٢. والتوحيد حديث رقم ٧٥٤٦. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٦٤. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٢٨٥. والنسائى فى الصغرى فى الافتتاح حديث رقم ١٠٠٠، ١٠٠١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٢٢١. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ٨٣٥. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٨٠٣٣، ١٨٠٥٦، ١٨٢٠٦، ١٨٢١٣، ١٨٢٢٣.

أَبْنِ عَازِبٍ أَنَّهُ قَالَ: صَلَّيْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْعِشَاءَ فَقَرَأَ فِيهَا بِالَّتَيْنِ وَالزَّيْتُونَ.

الشرح: قوله: «إنه صلى مع رسول الله ﷺ العشاء، فقرأ فيها بالتين والزيتون» إخبار عن مشاهدته للصلاة وبيان لسماعه لما أراد أن يخبر به من الحكم، وقراءة النبي ﷺ بهذه السورة في صلاة العشاء، وهي صلاة العتمة، يحتمل أن يكون فعل ذلك لأنه قصد التخفيف، على أنها من السور التي يقرأ بها الإمام في هذه الصلاة، مع سلامة الحال لأن ما يختص بالصلوات من السور ليست على قدر واحد، بل منها ما يكون تخفيفاً على الجماعة، ومنها ما يكون إتماماً مع الأخذ بالخط من التخفيف الذي يلزم فيها، ولإمام أن يقصد من السور ما يليق بالجماعة في تلك الصلاة، فإن لم يكن ما يمنع الإتمام والإكمال وعرف أحوال من معه، فالإتمام أفضل، والتخفيف جائز، والله أعلم.

* * *

العمل في القراءة

١٧٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حُنَيْنٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ لُبْسِ الْقَسِيِّ وَعَنْ تَخْتُمِ الذَّهَبِ وَعَنْ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ فِي الرُّكُوعِ.

الشرح: قوله: «نهى عن لبس القسي»، القسي بفتح القاف وتشديد السين، روى سحنون في تفسيره عن ابن وهب أنها ثياب مضلعة، يريد مخططة بالحرير، كانت تعمل بالقس الماحوز الذي يلي الفرما، فنهى النبي ﷺ عن لبسها، وهذا في الحرير المحض أو ما كان الغالب عليه الحرير المحض، فإنه يحرم لبسه في غير الغزو.

أما الغزو، فأجاز ابن حبيب لبسه والصلاة فيه، ومنع غيره من أصحابنا، وقال أبو محمد: إن ما حكاه ابن حبيب خارج عن مذهب مالك.

وجه ما قاله ابن حبيب أن الغزو موضع مباهاة وإرهاب على العدو.

ووجه ما ذهب إليه مالك أن ما لا يجوز في غير الغزو من اللباس، فإنه لا يجوز في الغزو كالذهب والفضة.

١٧٢ - أخرجه مسلم في اللباس والزينة حديث رقم ٢٠٧٨. والترمذي في اللباس حديث رقم

١٦٥٩. والأدب حديث رقم ٢٧٣٢. والنسائي في الصغرى في التطبيق حديث رقم

١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤. والزينة ٥١٦٣، ٥١٦٤.

فرع: ويمنع لبس الحرير على كل وجه، فلا يفرش ولا ييسط ولا يتكأ عليه ولا يلتحف فيه ولا يركب عليه. قال ابن حبيب: لأن هذا كله ليس بمعتاد.

فرع: من صلى بثوب حرير، فقد اختلف أصحابنا فيه، فروى عن عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب: من صلى به، وهو واجد لغيره لم يعد في الوقت، ولا في غيره. قال ابن الماجشون في الثمانية: سواء من صلى به عامداً أو ساهياً. وقال أشهب: إن كان عليه غيره مما يستره، فلا إعادة عليه، وإن لم يكن عليه غيره، أعاد في الوقت. وقال سحنون: يعيد في الوقت، وإن كان عليه غيره يستره، وهو قول ابن القاسم. وقال ابن حبيب: إن كان عليه غيره يستره أتم، ولا إعادة عليه، وإن لم يكن عليه غيره أعاد أبداً.

فصل: وقوله: «والمعصفر»، زاد أبو مصعب هذا اللفظ، فقال: نهى عن لبس القسى والمعصفر، وتابعه على ذلك القعنبى ومعمر وبشر بن عمر وأحمد بن إسماعيل السهمى وجماعة، ورواه الضحاك بن عثمان عن إبراهيم بن عبدالله بن حنين، فقال: عن تختم الذهب، وعن لبس المقدم والمعصفر. قال أحمد بن حنبل: لم يذكر المقدم غير الضحاك.

وروى سحنون في التفسير عن ابن وهب أنه قال: إن أهل المدينة لا يرون بأساً بالمقدم للرجل في الدور والأبنية، ولا بأس به مع النساء على كل حال، وأنا استحب في لبسه للرجال أن يصبغ بنصف ما يصبغ به للمرأة، وكذلك بلغنى عن عائشة رضی الله عنها.

فصل: وقوله: «وعن تختم الذهب»، خاتم الذهب ممنوع للرجال، فمن صلى به، فقد قال أشهب: لا إعادة عليه، وهذا على قياس قوله في ثياب الحرير: إذا كان معه ما يستر عورته. وقال سحنون: يعيد في الوقت، وهو قياس قوله في ثوب الحرير، وأما من صلى، وهو حامل حلى ذهب على غير الوجه الذى يلبس عليه، فلا بأس بذلك.

فصل: وقوله: «وعن قراءة القرآن في الركوع»، ممنوع منه لهذا الحديث. وقد كره مالك الدعاء في الركوع وإنما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «نهيت أن أقرأ راکعاً أو ساجداً فأما الركوع، فعظموا فيه الرب، وأما السجود، فاجتهدوا في الدعاء فقمن أن يستجاب لكم».

فوجه الدليل منه أنه أمر بتعظيم الله تعالى في الركوع، وهذا يقتضى إفراده لذلك.

ووجه ثان، وهو أنه خص كل حالة من الحالتين بنوع من العمل، فالظاهر اختصاصه

به، وإلا بطلت فائدة التخصيص، فلا يعدل عن هذا الظاهر إلا بدليل والله أعلم.

١٧٣ - مَالِك، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ، عَنِ أَبِي حَازِمِ التَّمَارِيِّ، عَنِ الْبَيَاضِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَرَجَ عَلَى النَّاسِ وَهُمْ يُصَلُّونَ وَقَدْ عَلَتْ أَصْوَاتُهُمْ بِالْقِرَاءَةِ فَقَالَ: إِنَّ الْمُصَلِّيَ يُنَاجِي رَبَّهُ فَلْيَنْظُرْ بِمَا يُنَاجِيهِ بِهِ وَلَا يَجْهَرُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ بِالْقُرْآنِ.

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ خرج على الناس وهم يصلون وقد علت أصواتهم بالقراءة»، ظاهره أن صلاتهم كانت نافلة، لمعان أحدها: أنها لو كانت فريضة لأمرهم فيها النبي ﷺ. والثاني: علوا أصواتهم وقراءة جميعهم، ولو كانت فريضة لرفع صوته الإمام وحده لأن المعهود أنهم كانوا يصلون الفريضة بصلاة النبي ﷺ أو بصلاة إمام، وقد بين في حديث حماد بن زيد أن ذلك كان في رمضان؛ لأن النبي ﷺ لم يكن جمعهم على إمام في نوافل رمضان.

فصل: وقوله ﷺ: «إن المصلي يناجي ربه» تنبيه على معنى الصلاة، والمقصود بها ليكثر معنى الاحتراز من الأمور المكروهة المدخلة للنقص فيها، والإقبال على أمور الطاعة المتممة لها.

فصل: وقوله: «بما يناجيه به»، وإن كان القرآن قراءة جميعهم وقراءة كلة طاعة وقربة، فإنما أراد به، والله أعلم، أن لا يناجيه به على وجه مكروه من رفع صوت بعضهم على بعض، وقد بين ذلك بقوله ﷺ: «ولا يجهر بعضهم على بعض بالقرآن» لأن في ذلك إيذاء بعضهم لبعض، ومنعاً من الإقبال على الصلاة وتفريغ السر لها وتأمل ما يناجى به ربه من القرآن، وإذا كان رفع الصوت بقراءة القرآن ممنوعاً حيثئذ لإذابة المصلين، فبأن يمنع رفع الصوت بالحديث وغيره أولى وأحرى لما ذكرناه، ولأن في ذلك استخفافاً بالمساجد وإطراحاً لتوقيرها وتنزيها الواجب وإفرادها لما بنيت من ذكر الله تعالى قال الله العظيم: ﴿وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا﴾ [الحج: ٤٠].

مسألة: وأما قراءة الإمام فيما يجهر به من الفرائض، فلا بأس برفع الصوت بالقراءة لمن تنقل في بيته، ولعله أنشط له وأقوى، وزاد في المختصر: بالليل والنهار.

١٧٣ - أخرجه أحمد ٦٧/٢ عن ابن عمر. والبيهقي في السنن الكبرى ١٢٣ كتاب الصلاة، باب من لم يرفع صوته، عن البياض. وعبد الرزاق في المصنف ٤٢١٧، ٤٩٨/٢ عن أبي حازم مولى الأنصار. والبقوى في شرح السنة ٨٧٣ عن البياض.

١٧٤ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: قُمْتُ وَرَاءَ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ فَكُلُّهُمْ كَانَ لَا يَقْرَأُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ إِذَا افْتَتَحَ الصَّلَاةَ.

الشرح: قوله: «قمت وراء أبي بكر وعمر وعثمان»، يريد القيام وراءهم في الصف، وذلك هيئته وهو أن يقف مستقبل القبلة، الوقوف المعتاد، وليس عليه استعمال الاعتماد على رجله جميعاً، فيقرنهما ويحركهما، ولا بأس أن يروح إحدى رجله ويعتمد على الأخرى، ويقدم إحداهما ويؤخر الأخرى لأن هذا هو الوقوف المعتاد العارى عن الاستعمال.

فصل: وقوله: «فكلهم كان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم إذا افتتحوا الصلاة»، يقتضى نفى ذلك جملة وذلك يكون من وجهين، أحدهما: أن يخبره كل واحد منهم عن فعله في السر ويدل ذلك على اهتمام أنس بن مالك، رحمه الله، بهذا الحكم وتتبع فعل الخلفاء فيه.

والثانى: فيما جهروا، وذلك أن يسمع قراءتهم لأم القرآن يآثر فراغهم من الإحرام من غير فصل، فيعلم بذلك أنهم لم يقرؤها، وهذا الحديث الذى ذهب إليه مالك من ترك قراءة «بسم الله الرحمن الرحيم» فى الفريضة، فلا يقرؤها سرّاً ولا جهراً.

وروى ذلك عن ابن القاسم، وهو المشهور عنه، وروى عنه ابن نافع فى المبسوط: إن جهر فى المكتوبة «بسم الله الرحمن الرحيم» فلا حرج عليه. وقال الشافعى: نجب القراءة بها فيما يجهر فيه الإمام. وقال أبو حنيفة: يقرأ بها سرّاً ولا يجهر بها.

واختلف قولهم فى ذلك لاختلافهم فى أصل ما بنيت عليه هذه المسألة، وذلك أن مالكاً، رحمه الله، ذهب إلى أن «بسم الله الرحمن الرحيم» ليست بآية من القرآن. وقال الشافعى: هى آية من القرآن، وفى هذا الحديث دلالة واضحة على أن «بسم الله الرحمن الرحيم» ليست بآية من القرآن؛ لأن أبا بكر وعمر وعثمان أقاموا للناس الصلاة أربعاً وعشرين سنة بحضرة المهاجرين والأنصار وجماعة المسلمين لا يقرعون «بسم الله الرحمن الرحيم» فلو كانت من أم القرآن لما جاز إقرارهم على ذلك كما لو تركوا قراءة أم القرآن، لما أقرؤا على ذلك، فتركهم للقراءة بها وإجماع الصحابة على ذلك مع أنه لا تصح الصلاة إلا بقراءة جميع القرآن، دليل واضح وإجماع مستقر على أن «بسم الله الرحمن الرحيم» ليست منها.

والدليل على أن «بسم الله الرحمن الرحيم» ليست بأية من القرآن أن رسول الله ﷺ ألقى القرآن إلى أمته إلقاءً شائعاً يوجب الحجّة، ويقطع العذر ويثبت العلم الضروري، ويمنع الاختلاف والتشكك، ويوجب تكفير من جحد حرفاً منه، وليس هذا طريق «بسم الله الرحمن الرحيم» أنها آية من أم القرآن لأنه أمر قد وقع فيه الاختلاف، ولم يقع لنا به العلم ولا يوجب جحد ذلك تكفير من جحد، فوجب بأن لا يكون قرآناً.

ودليل آخر، وهو أن القرآن إنما يثبت بالنقل، ولا يخلو إثباتكم «بسم الله الرحمن الرحيم» آية من أم القرآن أن يكون بنقل تواتر أو بأحد، ولا يجوز أن يكون بنقل تواتر لأنه لو كان لبلغنا كما بلغكم، ولا يجوز أن يكون خبر آحاد لأن القرآن لا يثبت بخبر الآحاد، وإذا بطل الأمران جميعاً، بطل أن يكون آية من القرآن.

فروع: وأما الدليل على أنه لا يقرأ بها في الصلاة، فخير حميد المذكور، وهو إجماع لصلاة الإمام بحضرة جملة الصحابة وعدم المنكر عليه والمخالف له، وحديث أبي هريرة الذى يأتى بعد هذا: «قسمت الصلاة بينى وبين عبدى بنصفين، فنصفها لى ونصفها لعبدى، ولعبدى ما سأل» ثم ذكر آى أم القرآن حتى أتى على جميعها، وما يقال للعبد عند قراءة كل ذلك، ولم يذكر «بسم الله الرحمن الرحيم» وهذا دليل واضح على أنها ليست منها.

فروع: وأما قراءة «بسم الله الرحمن الرحيم» فى النوافل، فالذى عليه شيوخنا العراقيون من المالكيين أنه لا بأس أن يقرأ بها فى النافلة فى أول ﴿الحمد لله رب العالمين﴾ [الفاتحة: ٢] وفى أول كل سورة يقرأ بها فى الصلاة، وقد قال مثل ذلك ابن حبيب، وزاد: إلا أن يوالى بين السورتين، فيؤمر أن يفصل بها بين السور.

وروى ابن القاسم عن مالك فى العتبية: يستفتح القراءة بـ ﴿الحمد لله رب العالمين﴾ ويقرأ بعد ذلك «بسم الله الرحمن الرحيم» بين كل سورتين إلا سورة براءة.

١٧٥ - مَالِك، عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كُنَّا نَسْمَعُ قِرَاءَةَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ عِنْدَ دَارِ أَبِي جَهْمٍ بِالْبَلَّاطِ.

الشرح: يحتمل ذلك أن عمر بن الخطاب كان الإمام فى الصلاة، فلذلك كان له أن يجهر بالقراءة فيها، والصلاة التى كان يفعل ذلك فيها هى الفريضة التى كان يجتمع أهل

المسجد على الاقتداء به فيها، فلا يبقى أحد ينكر أن عمر بن الخطاب قد جهر عليه بالقراءة، والبلاط موضع بالمدينة، وإنما قصد بذلك مالك بن أبي عامر أحد أمرين: إما أنه أراد أن يحد نهاية ما كان يسمع منه صوت عمر بن الخطاب، وإما أن ذلك كان موضع جلوس مالك بن أبي عامر وغيره ممن أخبر عنه، فأخبر عما كان في علمه. وقد ذكر بعض أهل التفسير أن صوت عمر إنما سمع في ذلك المكان لجهارته وقوته، وقول مالك هذا يقتضى أنه لم يكن مع عمر بن الخطاب في تلك الصلاة، وذلك لمعان، إما أن يكون قد فاته بعض الصلاة، فسمع قراءة عمر بن الخطاب من ذلك الموضع أو يكون ذلك في حال مرض منعه من إتيان المسجد، ويحتمل أن يخبر بذلك عن طائفته وأهله ومن ينضاف إليه أنهم كانوا يسمعون صوت عمر بن الخطاب من ذلك الموضع على ما يقوله وجه القبيلة وكبير المحلة فعلنا ذلك، وإنما فعله أتباعه وإنما قلنا ذلك لأن الأليق بفضل مالك ودينه أنه لا يترك الصلاة في الجماعة وهو يسمع قراءة الإمام مع القدرة على إتيانه، ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب كان يجهر ذلك فى نافلته بالليل وتهجده، فكان يسمع من ذلك الموضع.

١٧٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا فَاتَهُ شَيْءٌ مِنَ الصَّلَاةِ مَعَ الْإِمَامِ فِيمَا جَهَرَ فِيهِ الْإِمَامُ بِالْقِرَاءَةِ أَنَّهُ إِذَا سَلَّمَ الْإِمَامُ قَامَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ فَقَرَأَ لِنَفْسِهِ فِيمَا يَقْضِي وَجَهَرَ.

الشرح: عبدالله بن عمر على دينه وفضله قد كان يدركه ما يدرك البشر من فوات بعض صلاة الإمام، فإن كان ذلك فيما يجهر فيه الإمام بالقراءة تبع الإمام، فإذا سلم الإمام، قام عبدالله فقرأ لنفسه، ولم يسقط عنه فرض القراءة، فيما أدرك معه من صلاة الجهر، فكان يأتي فيما يصلية لنفسه بعد سلام الإمام بالقراءة على حسب ما أتى به الإمام من الجهر.

وقد حمل ذلك بعض من فسر حديثه على مذهب مالك، رحمه الله، من رواية ابن القاسم عنه أن المأموم إنما يقضى ما فاته من الصلاة على نحو ما فاته من القراءة، والجهر وهو الأظهر، إلا أنه يحتمل أن يكون عبدالله بن عمر فعل ذلك فيما يجهر فيه من رأى إتمام الصلاة، وأن الذى يأتى به المأموم بعد ذلك هو آخر صلاته فى مثل أن يفوته ركعة من الصبح أو يدرك ركعة من المغرب أو العشاء، فإن الخلاف مرتفع هناك ولا بد للمأموم من الجهر فى القضاء على القولين.

١٧٧ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ رُومَانَ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ أُرْصَلُ إِلَى جَانِبِ نَافِعِ بْنِ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ فَيَغْمِزُنِي فَأَفْتَحُ عَلَيْهِ، وَنَحْنُ نُصَلِّي.

الشرح: يحتمل أن يكون ابن رومان كان يصلى بصلاة نافع ويأتم به فى نفل أو فرض.

وقول يزيد: «فيغمزنى فأفتح عليه» يريد أن نافع بن جبير يرتج عليه، فيغمزه فى الصلاة.

قال عيسى: وإنما كان يغمزه بيده دون الغمز بالعين، وإنما كان يستدعى بذلك أن يفتح عليه. وقد أجاز مالك، رحمه الله وغيره، الفتح على الإمام فى صلاة الفريضة والنافلة، وذلك أن المرتج عليه والفتاح عليه لا يخلو أن يكونا فى صلاة واحدة أو فى صلاتين أو يكون المرتج عليه فى الصلاة، والفتاح فى غير صلاة، فإن كانا فى صلاة واحدة، فلا خلاف أن الفتح عليه لا يبطل الصلاة، ولم ير مالك به بأساً، وكرهه الكوفيون.

والدليل على جواز ذلك أن الفتح على الإمام معونة على إتمام صلاته، وإصابة القراءة، فكان ذلك بمنزلة الإنصات عند إصابة القراءة.

مسألة: وإن كانا فى صلاتين مختلفتين لا يفتح أحدهما على الآخر لأن فيه اشتغالا للفتاح عن صلاته بصلاة غيره، وتغريباً بفرضه، وربما أداه ذلك إلى السهو، وإدخال نقص فى العبادة.

فروع: فإذا فتح عليه، فقال ابن القاسم فى المجموعة: قد أبطل صلاته وهو بمنزلة الكلام. وقال ابن حبيب: لا يعيد، وبه قال أشهب، ولا بأس أن يفتح من ليس فى صلاة على من هو فى صلاة، قاله مالك فى المختصر.

مسألة: والفتح على الإمام إنما يكون إذا ارتج عليه، وإذا غير قراءته، فأما عن الارتجاج عليه، فهو إذا وقف ينتظر التلقين، رواه ابن حبيب عن مالك. وأما إذا غير القراءة، فلا يفتح إذا خرج من سورة إلى سورة، أو من آية إلى أخرى ما لم يخلط آية رحمة بآية عذاب، أو يغير تغييراً يقتضى كفرًا، فإنه ينبه على الصواب.

فصل: وإما غمز نافع بن جبير، يزيد بن رومان، ليفتح عليه، فقد كان الوجه أن

يفتح عليه يزيد بن رومان إذا وقف نافع ولا يجوجه إلى غمزه، وذلك الصواب لأن الغمز زيادة عمل في الصلاة، فإن لم يفعل ذلك المأموم عند توقف الإمام.

قال القاضي أبو الوليد: فقد رأيت جماعة من أصحابنا ذكروا خبير يزيد بن رومان وتكلموا عليه، ولم أر أحدا منهم أنكر ذلك عليه، ولعله أن يخفف فيه لما كان فيه من العون على إتمام القراءة وأنه عمل للصلاة مع قراءته، وإن لم يفتح المأموم على الإمام مع ذلك، فوجه العمل فيه أن يتردد الإمام أو يخطف تلك الآية، فإن تعذر ذلك عليه ركع وسجد وسلم.

قال مالك: ولا ينظر في مصحف إن كان بين يديه.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وذلك عندي إذا ارتج عليه في غير أم القرآن، وأما أن ارتج في أم القرآن، فليستدع الفتح عليه من حيث أمكنه وليغمز من يصلى معه ولينظر في مصحف إن كان قريباً منه، فإن ذلك مما تدعو الضرورة إليه لتمام فرضه، والله أعلم وأحكم.

* * *

القراءة في الصبح

١٧٨ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ صَلَّى الصُّبْحَ فَقَرَأَ فِيهَا بِسُورَةِ الْبَقَرَةِ فِي الرَّكَعَتَيْنِ كِلْتَيْهِمَا.

الشرح: معناه أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان يطيل القراءة في صلاة الصبح، والظاهر أن من قرأ بالبقرة في صلاة الصبح يدرك الإسفار، وإن بدأ في أول الوقت، وقد ذكرت عائشة رضي الله عنها عن زمن رسول الله ﷺ أن النساء كن ينصرفن من الصلاة معه في الغلس، وكل ذلك واسع جائز.

فصل: وقوله: «قرأ فيها بسورة البقرة في الركعتين كليهما»، سئل عيسى بن دينار: أجزأ السورة بينهما أم قرأها في كل ركعة من الصلاة المكتوبة؟ ولكن يقرأ بسورة، وإنما قال بذلك لأن اللفظ محتمل للأمرين.

وأما جهة الظاهر، فإنه لو أكملها في كل واحدة من الركعتين لخرج عن الوقت، والله أعلم، فلما كان الأظهر عنده من جهة السورة أنه قرأ بعضها في كل ركعة، أوجب بأن الأفضل عنده أن يقرأ سورة كاملة في كل ركعة.

١٧٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ يَقُولُ: صَلَّيْنَا وَرَاءَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ الصُّبْحَ فَقَرَأَ فِيهَا بِسُورَةِ يُوسُفَ وَسُورَةَ الْحَجِّ قِرَاءَةً بَطِيئَةً، فَقُلْتُ: وَاللَّهِ إِذَا لَقَدْ كَانَ يَقُومُ حِينَ يَطْلُعُ الْفَجْرُ قَالَ: أَجَلٌ.

الشرح: معنى ذلك أن عمر بن الخطاب قرأ في إحدى الركعتين مع أم القرآن بسورة يوسف، وفي الركعة الثانية بسورة الحج، واستغنى عن ذكر أم القرآن لعلم السامع بذلك.

وقوله: «قراءة بطيئة»، يريد يتمهل في النطق بالحروف، ويبالغ في الترتيل.

وقول عروة له: «لقد كان يقوم حين يطلع الفجر»، إنما علم ذلك لأنه قد تقرر عنده أنه لا يثبت في مصلاه إلى خروج الوقت وطلوع الشمس؛ لأن ذلك تعمد لأداء بعض الصلاة في غير وقتها، ولا يظن هذا بمثل عمر رضى الله عنه، وعلى من أدرك من الصلاة آخر وقتها وعلم أنه إن خفف صلاته مع الإتمام لفرضها أدرك جميعها في الوقت، وإن أطال قراءتها أدرك منها ركعة وأتى بسائرها في غير الوقت أن يخفف صلاته لأن فضيلة الوقت أعظم من فضيلة الإطالة لأنه لا يقدر أن يؤدي الفرض كله في الوقت، ويتنفل بعده بما شاء، والإطالة والزيادة على الذي يجزئ منها في معنى النافلة، والله أعلم.

١٨٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ وَرَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنِ الْقَاسِمِ ابْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْفَرَاغَةَ بْنَ عُمَيْرِ الْحَنْفِيَّ قَالَ: مَا أَخَذْتُ سُورَةَ يُوسُفَ إِلَّا مِنْ قِرَاءَةِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ إِيَّاهَا فِي الصُّبْحِ مِنْ كَثْرَةِ مَا كَانَ يُرَدِّدُهَا لَنَا.

الشرح: قوله: «ما أخذت سورة يوسف»، يريد ما حفظتها إلا من قراءة عثمان إيها في الصبح، وهذا يدل على كثرة إنصاته إلى قراءة الإمام، وتفريغه سرّة لما يقرأ به وكثرة ترداد الإمام بهذه السورة، وذلك جائز، فقد يحضر الإنسان من الخشوع عند قراءة بعض السور أكثر مما يحضره عند قراءة بعض، فيجوز له أن يقصد بالقراءة في كثير من أوقاته ما يحضره الخشوع عند قراءته، والله أعلم.

١٨١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقْرَأُ فِي الصُّبْحِ فِي السَّفَرِ بِالْعَشْرِ السُّورِ الْأَوَّلِ مِنَ الْمُفْصَلِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ بِأَمِّ الْقُرْآنِ وَسُورَةٍ.

الشرح: معنى ذلك أن عبدالله بن عمر كان يقرأ في صلاة الصبح في سفره بالسور التي ذكرها لا يكاد يخرج منها، وذلك لتمهله وتأنيه وقلة عجلته، وإلا فالغالب من حال الإسفار العجلة. وقد قال مالك: يقرأ فيها بـ ﴿السماذ ذات البروج﴾ [البروج: ١] و﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ [الأعلى: ١] والأكرياء يعجلون الناس ولأن السفر تقصر فيه الصلاة، ويحذف فيه بعض أركانها لما فيه من المشقة والحاجة إلى استصحاب الرقعة، فبأن يخفف القراءة فيها أولى وأحرى إلا أن يكون الرجل في خاصة نفسه، فلا بأس أن يطيل ما أراد، والله أعلم.

* * *

ما جاء في أم القرآن

١٨٢ - مَالِك، عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ يَعْقُوبَ أَنَّ أَبَا سَعِيدٍ مَوْلَى عَامِرِ ابْنِ كُرَيْزٍ أَخْبَرَهُ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَادَى أَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ، وَهُوَ يُصَلِّي، فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ صَلَاتِهِ لِحَقِّهِ فَوَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدَهُ عَلَى يَدِي، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَخْرُجَ مِنْ بَابِ الْمَسْجِدِ، فَقَالَ: إِنِّي لَأَرْجُو أَنْ لَا تَخْرُجَ مِنَ الْمَسْجِدِ حَتَّى تَعْلَمَ سُورَةَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِي التَّوْرَةِ وَلَا فِي الْإِنْجِيلِ وَلَا فِي الْقُرْآنِ مِثْلَهَا، قَالَ أَبِي: فَجَعَلْتُ أُبْطِئُ فِي الْمَشْيِ رَجَاءَ ذَلِكَ ثُمَّ قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ السُّورَةُ الَّتِي وَعَدْتَنِي؟ قَالَ: كَيْفَ تَقْرَأُ إِذَا افْتَتَحْتَ الصَّلَاةَ قَالَ: فَقَرَأْتُ: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ حَتَّى آتَيْتُ عَلَى آخِرِهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هِيَ هَذِهِ السُّورَةُ وَهِيَ السَّبْعُ الْمَثَانِي وَالْقُرْآنُ الْعَظِيمُ الَّذِي أُعْطِيتُ».

الشرح: إن حمل الخبر على ظاهره من أن النبي ﷺ علم بصلاة أبي أفاد جواز مناداة المصلي، وذلك بالأمر اليسير مما لا يشغله عن صلته، ويمكنه أن يعيه مع الاشتغال بصلته والإقبال عليها.

قال ابن حبيب: سواء كان في مكتوبة أو نافلة، فأما إن كان كثيراً لا يعيه إلا مع الإقبال عليه والاشتغال عن صلاته، فإن ذلك لا يجوز، ولذلك لم يخبر النبي ﷺ أيّياً في الصلاة بما أخبره بعد الفراغ منها.

وقال الداودي: معنى ذلك أنه أمن على أبي أن يجيبه في الصلاة لعلمه، وفي قوله هذا نظر لأن النبي ﷺ احتج على أبي بعد إخباره له بأنه كان في الصلاة بقوله تعالى: ﴿استجبوا لله وللرسول إذا دعاكم﴾ [الأنفال: ٢٤] وهذا يقتضى أن الأمر يقتضى إجابة النبي ﷺ حال الصلاة، ويحتمل أن يكون جواب أبي للنبي ﷺ لو أجابه بالتلبية والصلاة لا يقطع صلاته، ويكون هذا حكماً يختص بالنبي ﷺ لأنه مأمور بإجابته، ولأن إجابته بالتلبية، والتعظيم له، والصلاة عليه من الأذكار التي لا تنافي الصلاة بل هي مشروعة فيها.

وقد قال ابن حبيب: إذا سمع المأموم ذكر النبي ﷺ في الصلاة والخطبة فصلّى عليه، أنه لا بأس بذلك، ولا يجهر به ولا يكثر منه.

ومعنى قوله: «ولا يجهر به»، لئلا يخلط على الناس.

ومعنى قوله: «ولا يكثر»، لئلا يشتغل بذلك عن صلاته، ويحتمل أن يكون النبي ﷺ إنما استدعى منه أن يجيبه بلفظ القرآن. وقد قال ابن حبيب في واضحته: ما جاز للرجل أن يتكلم به في صلاته من معنى الذكر والقراءة، فرفع بذلك صوته لينبه به رجلاً وليستوقفه، فذلك جائز، وقد استأذن رجل على ابن مسعود، فقال: ﴿ادخلوا مصر إن شاء الله آمين﴾ [يوسف: ٩٩].

فصل: وقوله: «فلما فرغ من صلاته لحقه»، يريد أنه أجابه حين أمكنته الإجابة على أسرع ما أمكنه، ولعله قد تجوز في صلاته. وقد قال ابن حبيب: من أتاه أبوه أو أمه ليكلمه وهو في نافلة، يبادر الأمر بالتسبيح ويوجز لهما في صلاته ويكلمهما، وكذلك قال ابن حبيب، فيمن جلس إلى مصلى نافلة، وهو يريد أن يكلمه فليجوز في صلاته ثم يقبل عليه.

ووجه ذلك ما ندب إليه المسلمون من حسن العشرة مع إتمام النافلة والتمكن من العودة إليها إن أراد الزيادة فيها.

فصل: وقول أبي: «فوضع رسول الله ﷺ يده على يدي»، إنما ذلك لمعنى التأنيس والتقريب والتنبيه على الإقبال عليه والتأمل لما يرد عليه جهته من قول أو فعل.

فصل: وقوله ﷺ: «إني لأرجو أن لا تخرج من المسجد حتى تعلم سورة» على معنى التسليم لأمر الله تعالى والإقرار بقدرته وأنه وإن كان تعليم ذلك يسيراً إلا أنه لا يقطع بتمامه إلا أن يعلمه الله عز وجل بذلك، ومعنى تعلم سورة أن يعلم من حالها ما لم يكن يعلمه قبل ذلك، وألا فقد كان عالماً بالسورة وحافظاً لها.

فصل: وقوله ﷺ: «ما أنزل في التوراة ولا في الأنجيل ولا في الفرقان مثلها»، ذكر تشويخنا أن معنى ذلك أنها تجزئ عن غيرها في الصلاة، ولا يجزئ غيرها عنها، وسائر السور يجزئ بعضها عن بعض، وهي سورة قسمها الله بينه وبين عبده، ويحتمل أن تكون هذه من الصفات التي تختص بها من أنها السبع المثاني والقرآن العظيم، أو غير ذلك من كثرة ثواب أو حسنة، والله أعلم.

فصل: وقول أبي بن كعب: «فجعلت أبطي في المشى رجاء ذلك»، دليل على حرصه على العلم. وقال الداودي: إن ابطاءه خوفاً على النبي ﷺ من النسيان، فيخرج من المسجد قبل أن يعلمه.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: والأظهر عندي أنه إنما حمله على ذلك شدة الحرص، وإن بعد خوف النسيان بقرب المدة على أن النسيان يزيله بقوله: «يا رسول الله السورة التي وعدتني بها»، وهذه مبالغة في الحرص واستنجاز للوعد.

فصل: وقوله ﷺ: «كيف تقرأ إذا افتتحت الصلاة»، دليل على أن من حكم الصلاة أن يقرأ فيها بأم القرآن عند افتتاحها، ولو كانت القراءة بغيرها في الصلاة تجزئ ولم تتعين بها لما صح هذا السؤال من النبي ﷺ لأبي؛ لجواز أن يجيبه بغير أم القرآن، فلا يتم الغرض من تعليمه أحكام أم القرآن وصفاتها، وإنما سأله عن ذلك لما علم أنه لا يفتتح الصلاة إلا بها، فقال له: «كيف تقرأ إذا افتتحت الصلاة».

فصل: وقول أبي: «فقرأت ﴿الحمد لله رب العالمين﴾ حتى أتيت على آخرها»، استدلل بذلك جماعة من أصحابنا على أن «بسم الله الرحمن الرحيم» ليست بآية في أولها لأن أياً لم يذكر ذلك فيما ذكر أنه قرأه، ولو كانت من أم القرآن لبدأ بها.

فصل: وقوله ﷺ: «هي السبع المثاني والقرآن العظيم» يعني أن من فضائلها أيضاً السبع المثاني، وهذا أصح ما قيل في السبع المثاني، وقيل إنما سميت بذلك لأنها تنثني في كل ركعة، وإنما قيل لها القرآن العظيم على معنى التخصيص لها بهذا الاسم، وإن كان شيء من القرآن قرأناً عظيماً كما يقال في مكة بيت الله، وإن كانت البيوت كلها لله،

كتاب الصلاة ٥٣

ولكن على سبيل التخصيص والتعظيم لمكة، ويقال: محمد عبد الله ورسوله، وإن كان كل بشر عبداً لله، وكل رسول رسول الله على سبيل التخصيص والتعظيم له ﷺ.

فصل: وقوله ﷺ: «الذى أعطيت» يحتمل أن يريد بذلك، والله أعلم، قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَاكَ سَبْعًا مِنَ الْمَثَانِي وَالْقُرْآنَ الْعَظِيمَ﴾ [الحجر: ٨٧].

١٨٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي نُعَيْمٍ وَهَبِ بْنِ كَيْسَانَ أَنَّهُ سَمِعَ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ: مَنْ صَلَّى رَكْعَةً لَمْ يَقْرَأْ فِيهَا بِأَمِّ الْقُرْآنِ فَلَمْ يُصَلِّ إِلَّا وَرَاءَ الْإِمَامِ.

الشرح: قوله: «من صلى ركعة»، يعنى من أتى من أفعال الصلاة بركعة، ولم يقرأ مع تلك الأفعال بأم القرآن، وإنما سميت أم القرآن لأنها أصل له فيما من شرطه أن يقرأ فيه بأم القرآن، وهذه المسألة قد اختلف فيها أهل العلم، فذهب مالك وجمهور الفقهاء إلى أن القراءة شرط في صحة الصلاة.

والدليل على ذلك ما رواه أبو هريرة أن رجلاً دخل المسجد وصلى ثم جاء فسلم على النبي ﷺ، فقال له: «ارجع فصل فإنك لم تصل» ثلاثاً، فقال: والذي بعثك ما أحسن غيره، فعلمنى، فقال: «إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً».

مسألة: إذا ثبت أن القراءة شرط في صحة الصلاة، فالذى يجب قراءته أم القرآن، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأكثر الفقهاء. وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي: يقرأ ما شاء من القرآن في الصلاة ويجزيه.

والدليل على ما نقوله خبر أبي قتادة المتقدم أنه ﷺ كان يقرأ في الركعتين المتقدمتين في كل ركعة سورة مع أم القرآن وفي الركعتين الأخيرتين بأم القرآن، وأفعاله على الوجوب لاسيما وقد قال ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلى».

فصل: وقوله: «من صلى ركعة، ولم يقرأ فيها بأم القرآن، فلم يصل إلا وراء إمام»، يقتضى قراءة أم القرآن في كل ركعة لأنه نص على أن كل ركعة لم يقرأ فيها بأم القرآن فليست بصلاة للفقذ، ولا للإمام، فمن قرأ في كل ركعة بأم القرآن، فقد أتى من صلاته بما لا خلاف في صحته، وإن ترك قراءتها في جميع الصلاة، فلا خلاف في المذهب أن الصلاة غير جائزة إلا رواية شاذة، رواها الواقدي والجمهور على خلافها،

٥٤ كتاب الصلاة

وإن قرأ بها في بعض الصلاة دون بعض، فالذى عليه شيوخنا العراقيون أنه لا يجزئ إلا بقراءة أم القرآن في كل ركعة، وبه قال الشافعى وابن عون وأيوب وأبو ثور.
وقال المغيرة المخزومى: إذا قرأ بأمر القرآن في ركعة واحدة من الصلاة أجزأه، وبه قال الحسن البصرى.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور حديث أبى قتادة المتقدم، وفيه أنه ﷺ كان يقرأ بها في كل ركعة من الأربع ركعات، وقد قال ﷺ: «صلوا كما رأيتمونى أصلى».

ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى يتكرر فى كل ركعة، فإذا كان شرطاً فى صحة بعضها وجب أن يكون شرطاً فى صحة سائرهما كالركوع والسجود والقيام.
مسألة: فإن ترك القراءة فى ركعة، فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات، رواها كلها عنه ابن القاسم، إحداها: أنه يجزئه سجدتا السهو قبل السلام. والثانية: أنه يلغى الركعة ولا يعتد بها ويتم صلاته ويسجد لسهوه بعد السلام. والثالثة: أنه يتم صلاته ويعيدها.

فرع: وهذا إذا كانت الصلاة رباعية، فإن كانت ثلاثية، فقد سئل ابن القاسم عن ذلك، فقال: الصلوات كلها عند مالك محمل واحد، ومن ترك القراءة فى ركعة من الصبح أعاد، تأول ذلك بعض أصحابنا على أنها بمنزلة الصلاة الرباعية، وأن يدخلها من الاختلاف ما يدخل الرباعية. وحكى هذا القول ابن المواز عن مالك. وقال محمد بن مسلمة فى المبسوط بجوازها لأنه يستخف فى عامة الأشياء الثلث، والله أعلم وأحكم.

* * *

القراءة خلف الإمام فيما لا يجهر فيه الإمام بالقراءة

١٨٤ - مَالِك، عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ يَعْقُوبَ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا السَّائِبِ مَوْلَى هِشَامِ بْنِ زُهْرَةَ يَقُولُ: سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «مَنْ صَلَّى صَلَاةً لَمْ يقرأ فِيهَا بِأَمِّ الْقُرْآنِ فَهِيَ خِدَاجٌ، هِيَ خِدَاجٌ، هِيَ خِدَاجٌ»

١٨٤ - أخرجه مسلم فى كتاب الصلاة حديث رقم ٣٩٥. والترمذى فى كتاب تفسير القرآن حديث رقم ٢٨٧٧. والنسائى فى الصغرى فى الافتتاح حديث رقم ٩٠٩. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٨٢١. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ٨٣٨. وأحمد فى المسند حديث رقم (٧٢٤٩، ٧٣٥٨، ٧٧٧٧، ٧٨٤١).

غَيْرُ تَمَامٍ». قَالَ: فَقُلْتُ: يَا أَبَا هُرَيْرَةَ إِنِّي أَحْيَانًا أَكُونُ وَرَاءَ الْإِمَامِ قَالَ: فَغَمَزَ ذِرَاعِي ثُمَّ قَالَ: أَقْرَأْ بِهَا فِي نَفْسِكَ يَا فَارِسِيُّ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: قَسَمْتُ الصَّلَاةَ بَيْنِي وَبَيْنَ عَبْدِي نِصْفَيْنِ فَنِصْفُهَا لِي وَنِصْفُهَا لِعَبْدِي، وَلِعَبْدِي مَا سَأَلَ». قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اقْرَعُوا يَقُولُ الْعَبْدُ: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ [الفاتحة: ٢] يَقُولُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: حَمِدَنِي عَبْدِي، وَيَقُولُ الْعَبْدُ: ﴿الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ [الفاتحة: ٣] يَقُولُ اللَّهُ: أَتْنِي عَلَى عَبْدِي، وَيَقُولُ الْعَبْدُ: ﴿مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ﴾ [الفاتحة: ٤] يَقُولُ اللَّهُ: مَجَدَّنِي عَبْدِي، يَقُولُ الْعَبْدُ: ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾ [الفاتحة: ٥] فَهَذِهِ الْآيَةُ بَيْنِي وَبَيْنَ عَبْدِي وَلِعَبْدِي مَا سَأَلَ، يَقُولُ الْعَبْدُ: ﴿اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ﴾ [الفاتحة: ٦ - ٧] فَهَؤُلَاءِ لِعَبْدِي وَلِعَبْدِي مَا سَأَلَ».

الشرح: قوله ﷺ: «من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج» يعنى ناقصة عما يجب فيها، وكذلك قال فى المدينة عيسى بن دينار وابن نافع: إن الخداج الناقص الذى لا يتم، وذلك يقتضى أن لا تكون مجزئة.

وقد تعلق بعض من تكلم فى ذلك بهذا اللفظ وجعله دليلا على الإجزاء لأنه سماها صلاة، ووصفها بالنقصان، وذلك يقتضى أن يثبت لها حكم الصلاة، وإن نقصت فضيلتها أو صفة من صفاتها لا تخرج بعدمها عن كونها صلاة، وليس هذا بصحيح لأن اسم الصلاة ينطلق على المجزئ منها وغير المجزئ، يقال صلاة فاسدة، وصلاة غير مجزئة، كما يقال صلاة صحيحة، وصلاة مجزئة، وإطلاق اسم النقصان عليها يقتضى نقصان أجزائها، والصلاة لا تتبع، فإذا بطل بعضها، بطل جميعها، ولا يجوز أن يطلق اسم النقصان على عدم الفضيلة لمن كملت أجزاؤه ووصف الصلاة بأنها خداج إذا لم يقرأ بأم القرآن، يعنى فسادها.

وقد أكد ذلك بقوله ﷺ: «غير تام» فإن قرأ فى بعض ركعاتها دون بعض، فهذه قضية لم يذكر حكمهما فى هذا الحديث ولا يتناولها لفظه. ومن جهة المعنى يخرج فساد كل ركعة لا يقرأ فيها بأم القرآن على ما قدمنا ذكره.

٥٦ كتاب الصلاة

فصل: وقول أبي السائب: «يا أبا هريرة إني أحياناً أكون وراء الإمام»، اعتراض منه على العموم بجواز التخصيص عليه بالعمل الشائع عنده، وما شاهده من الأئمة فى ترك القراءة وراء الإمام.

فصل: وقوله: «فغمز ذراعى»، على معنى التأنيس له وتنبهه على فهم مراده والحث له على جمع ذهنه وفهمه لجوابه، وقال له: «أقرأ بها فى نفسك يا فارسى»، ترجم مالك، رحمه الله، على هذا الحديث بالقراءة خلف الإمام فيما لا يجهر فيه.

وذهب جماعة ممن تكلم فى ذلك أن الترجمة مبنية على قوله: «كل صلاة لا يقرأ فيها بأمر القرآن فهى خداج» لا يجوز أن يكون ذلك على ما ذهبوا إليه لأنه من تأول خداجاً على ما ذكرناه غير تامة ولا مجزئة، فلا يجوز أن يكون ذلك مراده فى المأموم فيما يسر فيه الإمام لأن الأفضل عنده أن يقرأ، فإن ترك القراءة، فلا شىء عليه لأن الإمام يحملها، وإنما يستحب له القراءة لشغل نفسه فى الصلاة بالقراءة، وذكر الله ولا يتفرغ للوسواس.

وأما من حمل قوله: «خداج» على نقصان الفضيلة، فهذا القول أجرى على رأيه وقد بينا المنع من ذلك.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: والأولى عندى أن ترسم الترجمة على قول أبى هريرة: «أقرأ بها فى نفسك يا فارسى»، والقراءة فى النفس هى بتحريك اللسان بالتكلم، وإن لم يسمع نفسه سرّاً. رواه سحنون عن ابن القاسم فى العتبية، قال: ولو أسمع نفسه يسيراً لكان أحب إلى.

وقد قال فى المدينة عيسى بن دينار وابن نافع: ليس العمل على قوله: «أقرأ بها فى نفسك يا فارسى»، ولعلهما أرادا إجراءها على قلبه دون أن يقرأها بلسانه، وإن كان المستحب قراءتها باللسان والشفيتين دون الاقتصار على النفس، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول»، احتجاج على ما ذهب إليه من القراءة فى النفس، وأن لا يترك ذلك من كان وراء الإمام فيما يسر فيه بالقراءة لما أعلم به النبى ﷺ من فضيلة القراءة بأمر القرآن، قال الله تعالى: «قسمت الصلاة بينى وبين عبدى بنصفين» ثم عد آى أم القرآن فسماها صلاة لمعنيين، أحدهما: أن الصلاة فى كلام العرب، هو الدعاء، وهذه هى الصلاة التى أمرنا بأداء الفرائض بها دون سائر ما يقع هذا الاسم عليه، وذلك أيضاً يصح من وجهين، أحدهما: أن تكون الألف واللام

للعهد، فلا يقع تحت هذه اللفظة في الحديث ما يقع عليه اسم الصلاة غير أم القرآن، والثاني: أن تكون للجنس، ثم وقع التخصيص والبيان أن المراد بذلك أم القرآن دون غيرها، والمعنى الثاني على قول من قال: إن الصلاة هي الأفعال، لكنه سمي أم القرآن صلاة لما كانت لا تتم إلا بها، وكلا المعنيين يدل على أن الصلاة لا تصح إلا بأم القرآن كما روى أن رسول الله ﷺ قال: «الحج عرفة» لما كان الحج لا يتم إلا بعرفة.

فصل: وقوله تعالى: «قسمت الصلاة بيني وبين عبدى بنصفين» معنى هذه القسمة أنه جعل لنفسه نصفاً ثناء عليه ونصفاً دعاء إلى ربه في الاستعانة به في توفيقه وهدايته، وأرجو أن يكون البارى تعالى بفضله إذا أتى العبد بالنصف الذى لربه من الحمد لله والثناء عليه والتمجيد له أن يؤتیه هو ما يدعوه فيه من الهداية والتوفيق، وقد وعد بذلك تعالى ووعدته الحق بقوله: «ولعبدى ما سأل».

فصل: وقوله: «بنصفين» يقتضى المساواة فى القسمة، ولا يخلو أن يريد التساوى فى المعنى أو فى عدد الألفاظ أو فى عدد الآى، ولا يجوز أن يريد بذلك المعنى لأن قسم البارى تعالى ثناء عليه وقسم العبد دعاء ورغبة، فلا يجوز أن يقال إن ذلك بينهما بنصفين، والبارى تعالى منفرد بالثناء، والعبد منفرد بالدعاء والرغبة التى ينزه البارى عنها كما لا يقال هذا الثوب والعبد بين زيد وعمرو بنصفين، إذا كان الثوب لأحدهما والعبد للآخر.

ولا يجوز أن يريد بذلك عدد الألفاظ ولا عدد الحروف لأن القسمة لا تصح مع ذلك بوجه، فلم يبق إلا أن يريد بذلك تعالى عدد الآى، ويبين هذا قوله فى الحديث «يقول: العبد: اياك نعبد واياك نستعين، فهذه الآية بيني وبين عبدى، ولعبدى ما سأل» يبين أن القسمة بالآى، وذلك يدل على أن «بسم الله الرحمن الرحيم» ليست من أم القرآن لأن ثلاث آيات من أول السورة يختص بالحمد لله والثناء عليه والتمجيد له. وعلى ذلك ذكرت فى الحديث والآية الرابعة فيها إقرار لله بالعبادة واستعانة به، فهى بين العبد وبين ربه، وبذلك وصفت فى الحديث والثلاث الآيات من السورة تختص بالعبد رغبة فى التوفيق، وبذلك وصفت فى الحديث، ولو كانت «بسم الله الرحمن الرحيم» من أم القرآن لكان البارى يختص من السورة بأربع آيات ثم تكون آية خامسة بينه وبين العبد ثم يختص العبد باثنتين لأنه لا اختلاف أنها سبع آيات، وهذا يمنع قسمتها بنصفين، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «اقرأوا يقول العبد: الحمد لله رب العالمين» على معنى البيان للصلاة التي قسم البارئ بينه وبين عبده، وبيان معنى القسمة لها، فذكر النبي ﷺ ما يقوله البارئ تعالى عند قراءة العبد كل آية منها، وأعلم العبد أن ربه يسمع قراءته وحمده وثناؤه عليه وتمجيده إياه ودعائه ورغبته إليه حصنًا للعبد على الخشوع عند قراءة هذه السورة التي تختص بها هذه المعاني التي لا نعلم اجتماعها في سورة من السور.

فصل: وقوله ﷺ: «يقول العبد: الحمد لله رب العالمين» بيان أن هذه أول السورة من وجهين، أحدهما: أنه بدأ بقوله: الحمد لله رب العالمين، ولو كانت بسم الله الرحمن الرحيم أول السورة لبدأ بها. والثاني: أنه قرأ جميع ما سمي صلاة، وذكر فضل كل شيء منها، فلو كانت «بسم الله الرحمن الرحيم» منها لقرأها وذكر فضلها.

وقوله تعالى: «يقول العبد: الرحمن الرحيم، يقول الله: أثنى على عبدي»، معنى ذلك، والله أعلم، أنه أثنى عليه بأنه الرحمن الرحيم بخلقه وعباده وكذلك قوله عز وجل عند قول العبد: «مالك يوم الدين، مجدني عبدي» والدين في كلام العرب الحساب، وقيل الجزاء، وهذا إقرار من العباد للبارئ عز وجل بأنه مالك يوم الدين، وإن كان هو المنفرد بملك غيره من الأيام لمعان، أحدها: أنه خص يوم الدين بالذكر لعظمته الثناء عليه، وذو الملاك فيه، وعجزهم عن ملك شيء منه. والثاني: أنه اليوم الذي يكون فيه الجزاء، ويرجى الثواب، ويخشى العقاب، فحب أن ينفرد بالعبادة من يملكه ويملك فيه النفع والضرر، وهو الله الذي لا إله إلا هو. والثالث: أن مآل الأيام إليه وانقطاع كل مملكة قبله، فيجب أن ينفرد بالعبادة من يبقى ملكه دون من ينقطع ملكه وتضمحل رئاسته، وإنما قال: «مجدني» في هذا اللفظ وإن كان التمجيد ثناء إلا أن المجد الشرف والعلو في كلام العرب، وفي قول العبد: «مالك يوم الدين»، اختصاص بهذا المعنى.

فصل: ومعنى قوله تبارك وتعالى عند قول العبد: «إياك نعبد وإياك نستعين، هذا بينى وبين عبدي» إن بعض الآية تعظيم للبارئ تعالى وبعضها استعانة من العبد له على أمر دينه ودينه، ويقول مع ذلك عز وجل: «ولعبدي ما سأل» وظاهر اللفظ يقتضى أن له ما سأل من العون.

وكذلك قوله تعالى عند قول العبد: «اهدنا الصراط المستقيم إلى آخر الآية، فهؤلاء لعبدي ولعبدي ما سأل» معناه، والله أعلم، أن هذه الآيات مختصة بالعبد لأنها دعاؤه بالتوفيق إلى صراط من أنعم عليهم، والعصمة من صراط المغضوب عليهم والضالين، وقد وعد ربنا لمن قرأ بذلك وسأل أن له ما سأل، والله لا يخلف الميعاد.

١٨٥ - مَالِكُ، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقْرَأُ خَلْفَ الْإِمَامِ فِيمَا لَا يَجْهَرُ فِيهِ الْإِمَامُ بِالْقِرَاءَةِ.

١٨٦ - مَالِكُ، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الْقَاسِمَ ابْنَ مُحَمَّدٍ كَانَ يَقْرَأُ خَلْفَ الْإِمَامِ فِيمَا لَا يَجْهَرُ فِيهِ الْإِمَامُ بِالْقِرَاءَةِ.

١٨٧ - مَالِكُ، عَنِ يَزِيدَ بْنِ رُوْمَانَ أَنَّ نَافِعَ بْنَ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ كَانَ يَقْرَأُ خَلْفَ الْإِمَامِ فِيمَا لَا يَجْهَرُ فِيهِ بِالْقِرَاءَةِ.

قَالَ مَالِكُ: وَذَلِكَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَىٰ فِي ذَلِكَ.

الشرح: معاني هذه المتون واحدة، وإنما أورد مالك في ذلك عمل الأئمة والفقهاء ليقوى بذلك تأويله في الحديث المتقدم وأن المراد به قراءة المأموم، وذكر أنه أحب الأقوال إليه في ذلك على اختلافها، وهو المشهور من قول مالك أن المأموم يقرأ خلف الإمام فيما أسر فيه ولا يقرأ فيما جهر فيه.

وقال ابن وهب: لا يقرأ المأموم أصلاً، أسر الإمام أو جهر، ورواه ابن المواز عن أشهب.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أنا إنما منعنا المأموم من القراءة حال جهر الإمام للإتصاف إليه، وذلك معدوم عند الإسرار، فاستحب له أن يقرأ لأنه إذا لم يشغل نفسه بالتفكير في قراءة الإمام إذا جهر، ولم يشغل نفسه بالتدبر ولا يقرأ هو إذا أسر الإمام تفرغ للوسواس، وحديث النفس وما يشغله عن الصلاة، فاستحب له أن يقرأ.

وتعلق ابن وهب بحديث عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ صلى الظهر والعصر ورجل يقرأ خلفه، فلما انصرف قال: «أيكم قرأ ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾؟ فقال رجل من القوم: أنا، ولم أرد بها إلا الخير، فقال رسول الله ﷺ: قد عرفت أن بعضكم خالجنها».

١٨٥ - انفرد به مالك. انظر كنز العمال ٢٠٣٥١ وعزاه لعبد الرزاق، عن ابن عمرو ج-٧/٦١٦.

١٨٦ - أخرجه أبو داود ٧٧٧، ١/٢٠٤ عن سمرة بن جندب. والحاكم في المستدرک ١/٢١٥ عن سمرة.

١٨٧ - انفرد به مالك.

٦٠ كتاب الصلاة

والجواب أن الظاهر من حال هذا القارئ أنه جهر بالقراءة، فسمع النبي ﷺ قراءته
بـ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ [الأعلى: ١] وهذا ممنوع باتفاق والله أعلم.

* * *

ترك القراءة خلف الإمام فيما يجهر فيه

١٨٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا سُئِلَ هَلْ يَقْرَأُ أَحَدٌ خَلْفَ
الإمام؟ قَالَ: إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ خَلْفَ الإِمَامِ فَحَسْبُهُ قِرَاءَةُ الإِمَامِ وَإِذَا صَلَّى وَحْدَهُ
فَلْيَقْرَأْ. قَالَ: وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ لَا يَقْرَأُ خَلْفَ الإِمَامِ.

الشرح: قوله: «فحسبه قراءة الإمام»، يريد أن قراءة الإمام تكفيه أن يقرأ هو، وإذا
صلى وحده، فليقرأ لأنه ليس وراء من يكفيه القراءة ثم أكد ذلك بفعله، فقال: «وكان
عبدالله لا يقرأ وراء الإمام»، فأخبر بذلك أنه كان يفتى بالمنع من القراءة وراء الإمام،
وأنه كان يأخذ بذلك في خاصة نفسه، وهذا يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون لا يقرأ
وراء الإمام فيما جهر فيه، وإن كان يقرأ وراءه فيما يسر فيه، وأتى باللفظ عاماً،
والوجه الثاني: وهو الظاهر من اللفظ أنه كان لا يقرأ وراء الإمام جملة، ولكن أورده
مالك، رحمه الله، وإن كان لا يأخذ بقوله في أحد الموضوعين لبيان الاختلاف في
ترك القراءة خلف الإمام ثم يسوغ له بعد ذلك إيراد دليل على ما يقول به منه.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنْ يَقْرَأَ الرَّجُلُ وَرَاءَ الإِمَامِ فِيمَا لَا
يَجْهَرُ فِيهِ الإِمَامُ بِالقِرَاءَةِ وَيَتْرُكُ القِرَاءَةَ فِيمَا يَجْهَرُ فِيهِ الإِمَامُ بِالقِرَاءَةِ.

الشرح: ذكر مالك، رحمه الله، بأثر قول ابن عمر رضی الله عنه ما يختاره ويراه بعد
أن ذكر اختلاف الناس ثم احتج بعد ذلك على ترك القراءة وراء الإمام إذا جهر في
القراءة بالحديث الذي بعد هذا.

١٨٩ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ ابْنِ أُكَيْمَةَ اللُّيْثِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ

١٨٨ - انفرد به مالك. وأخرجه من طرق أخرى الخطيب في تاريخه ٤٢٦/١١ عن ابن مسعود.
١٨٩ - أخرجه الترمذی في الصلاة حديث رقم (٢٨٧). والنسائي في الصغرى في الافتتاح حديث
رقم (٩١٩). وأبو داود في الصلاة حديث رقم (٨٢٦). وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة
فيها حديث رقم (٨٤٩). وأحمد في المسند حديث رقم (٧٢٢٨، ٧٧٦٠، ٧٧٧٤، ٧٩٤٧،
٩٩٤٥).

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْصَرَفَ مِنْ صَلَاةٍ جَهَرَ فِيهَا بِالْقِرَاءَةِ، فَقَالَ: «هَلْ قَرَأَ مَعِيَ مِنْكُمْ أَحَدٌ آتِفًا؟» فَقَالَ رَجُلٌ: نَعَمْ أَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنِّي أَقُولُ مَا لِي أَنْزَعُ الْقُرْآنَ» فَانْتَهَى النَّاسُ عَنِ الْقِرَاءَةِ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيمَا جَهَرَ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْقِرَاءَةِ حِينَ سَمِعُوا ذَلِكَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

الشرح: قوله: «انصرف رسول الله ﷺ من صلاة»، يحتمل أن يريد بها الدعاء، ويكون معنى جهر فيها بالقراءة بها، ويحتمل أن يريد بالصلاة الأفعال على ما تقدم.

فصل: وقوله ﷺ قال: «هل قرأ معي أحد منكم آتفا»، يدل على أنهم لم يجهروا بالقراءة، ولو جهروا بالقراءة، لقال: ما لي أنزع القرآن، كما قال حين أخبروه بالقراءة معه، ولو قرأ بعضهم لقال: من قرأ معي آتفا، ويحتمل أن يكون ابتدائهم بالسؤال ليبين لهم العلم.

فصل: وقوله ﷺ: «ما لي أنزع القرآن» يريد، والله أعلم، أقول لكم ما لي أنزع القرآن، وقد يقال مثل هذا اللفظ لمعان، أحدها: أن يعاتب الإنسان نفسه، فيقول: ما لي فعلت كذا وكذا، وقد يقال ذلك لمعنى التثريب واللوم لمن فعل ما لا يجب، فيقول: ما لي أؤذى وما لي أمتع حقي، وقد يقول ذلك إذا أنكر أمرا غاب عنه سببه، فيقول الإنسان: ما لي لم أدرك أمر كذا، وما لي أوقف على أمر كذا، ومعنى ذلك في الحديث ما الذي يظهر من إباحتي لكم القراءة معي في الصلاة، فتنازعوا في القراءة فيها، ومعنى منازعتهم له، لا يفردهم بالقراءة ويقرءون معه، فيكون ذلك منازعتهم له في القراءة.

وروى نحوه عن عيسى بن دينار، والتنازع يكون بمعنيين، أحدهما: بمعنى التجاذب، والثاني: بمعنى المعاطاة، قال الله تعالى: ﴿يَتَنَازَعُونَ فِيهَا كَأْسًا لَا لَغْوٍ فِيهَا وَلَا تَأْتِيمٌ﴾ [الطور: ٢٣]، أى يتعاطون.

فصل: وقوله: «فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله ﷺ فيما جهر فيه رسول الله ﷺ بالقراءة حين سمعوا ذلك»، يريد أنهم تلقوا إنكاره عليهم القراءة فيما جهر فيه بالانتهاء عما نهاهم عنه، وترك ما أنكر عليهم.

وهذا الحديث أصل مالك، رحمه الله، في ترك المأموم القراءة خلف الإمام في حال الجهر لأنه لما علق حكم الامتناع من القراءة على الجهر كان الظاهر أن الجهر علة ذلك الحكم. وذهب الشافعي إلى أن القراءة واجبة على المأموم على كل حال.

٦٢ كتاب الصلاة

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾ [الأعراف: ٢٠٤] وهذا يقتضى منع القراءة جملة وجميع الكلام ووجوب الإنصات عند قراءة كل قارئ إلا ما خصه الدليل.

ودليلنا من جهة السنة ما رواه أبو صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا وإذا قرأ فأنصتوا»، وهذا أمر، والأمر يقتضى الوجوب.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا حال اتمام، فوجب أن تسقط معها القراءة عن المأموم، أصله ما لو أدركه راكعًا.

فصل: فإن كان الإمام ممن يسكت بعد التكبير، سكت، ففي المجموعة من رواية ابن نافع عن مالك: يقرأ من خلفه في سكتته أم القرآن، وإن كان قبل قراءته.

ووجه ذلك أن اشتغاله بالقراءة أولى من تفرغه للوسواس وحديث النفس إذا لم يقرأ الإمام قراءة ينصت لها، ويشغل بتأملها وتدبرها.

فصل: فإن قرأ المأموم خلف الإمام خال جهره بالقراءة، فبئس ما صنع ولا تبطل صلاته. وروى عن قوم: أن صلاته باطلة، وقد روى ذلك عن الشافعي.

والدليل على صحة قولنا: أنها قراءة قرآن، فلم تبطل الصلاة. أصل ذلك حال الإسرار.

مسألة: وصفة الجهر أن يسمع القارئ نفسه، فإن كان معه غيره أسمع من يليه من المأمومين، فأما المرأة فتسمع نفسها ولا تسمع غيرها، في قراءة ولا تلبية لأن صوتها عورة، وليست بإمام فتسمع غيرها روى ذلك على بن زياد عن مالك.

مسألة: وقد اختلف أصحابنا في الجهر والإسرار هل هما من واجبات الصلاة أو من هيئاتها، فمذهب مالك، رحمه الله، وأكثر أصحابه يقتضى أنها من الهيئات، ومذهب ابن القاسم يقتضى أنها من الواجبات، فمن جهر فيما يسر فيه وأسر فيما يجهر فيه، قال مالك: يسجد لسهوه، إلا أن يكون الشيء اليسير كقوله: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ [الفاتحة: ٢]. وقد روى أشهب عن مالك: لا سجود عليه، ومن فعل ذلك عامدًا؟ قال ابن القاسم: يعيد الصلاة. وقال ابن نافع: لا يعيد. وهو مبنى على ما تقدم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن من الصلوات ما يجهر فيها ومنها ما يسر فيها، فالتى يجهر

كتاب الصلاة ٦٣

فيها بالقراءة الصبح والجمعة والركعتان الأولتان من المغرب والعشاء، ومن غير الفرائض صلاة العيدين والاستسقاء والوتر إذا أمَّ فيها، فأما الناس إذا أوتروا في المسجد، فإنهم يسرون لأن كل واحد منهم يصلى لنفسه، فلا يجوز أن يجهر بعضهم على بعض في القراءة.

وأما ما يسر فيه من الفرائض فصلاة الظهر والعصر وما بعد الركعتين الأوليين من المغرب والعشاء ومن غير الفرائض ركعتا الفجر وصلاة الكسوف.

وأما النوافل التي لا تتقدر كصلاة الليل وغيرها فمن شاء أن يجهر فيها جهر، ومن شاء أن يسر فيها أسرًا. قال ابن حبيب: الجهر في الليل أفضل. وقال مالك: يستحب رفع الصوت في صلاة الليل، وكان الناس يتواعدون بالمدينة لقيام القراء بالليل. قال الشيخ أبو محمد: ويستحب في نوافل النهار.

* * *

ما جاء في التأمين خلف الإمام

١٩٠ - مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن أنهما أخبراه، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أمَّن الإمام فأمنوا فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه».

قال ابن شهاب: وكان رسول الله ﷺ يقول: «آمين».

الشرح: قوله: «إذا أمَّن الإمام فأمنوا»، ذهب بعض المفسرين إلى أن معناه بلغ موضع التأمين من القراءة. وقال بعضهم: معناه إذا دعا، قالوا، وقد يسمى الداعي مؤمنًا، كما يسمى المؤمن داعيًا، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿قَدْ أَجَبْتِ دَعْوَتَكُمَا﴾ [يونس: ٨٩] وإنما كان أحدهما داعيًا، والآخر مؤمنًا، والأظهر عندنا أن معنى تأمين الإمام قول: آمين، كما أن معنى أمنوا، قولوا: آمين، إلا أن يعدل عن هذا الظاهر، بدليل إن وجد إليه وجه سائغ في اللغة.

١٩٠ - أخرجه البخاري في الأذان حديث رقم ٧٨٠. ومسلم في الصلاة حديث رقم ٤١٠.

والترمذي في الصلاة حديث رقم ٢٣٢. والنسائي في الصغرى في الافتتاح حديث رقم

٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٩٣٥، ٩٣٦. وابن ماجه في إقامة

الصلاة والسنة فيها حديث رقم ٨٥١، ٨٥٢. وأحمد في المسند حديث رقم ٧١٤٧، ٧٢٠٣،

٧٦٠٤. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٢٤٦.

وأما ما احتج به القائل أنه لما قيل للمؤمن داعٍ، وجب أن يقال للداعى مؤمن، فغير صحيح؛ لأن اللغة لا تؤخذ بالقياس، وإنما ثبتت بالسمع مع أن تأويله فى قوله تعالى: ﴿قد أجيبت دعوتكما﴾ أن أحدهما كان داعياً، والثانى كان مؤمناً، يحتاج إلى دليل، وإلا فالظاهر أنهما كانا داعيين، ولا يمتنع ذلك فيهما، والأظهر فى الجواب فى هذا الحديث أن إخباره ﷺ عن تأمين الإمام لا يدل على وجوبه، ولا على الندب إليه لأنه قد يخبر عن فعل المباح ولا ينكر على فاعله.

فصل: وقوله ﷺ: «فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة» من الإخلاص والخشوع وحضور النية والسلامة من الغفلة، وقيل معنى ذلك أن يكون دعاؤه للمؤمنين كدعاء الملائكة لهم، فمن كان دعاؤه على ذلك، فقد وافق دعاءهم، وقيل إن الملائكة الحفظة المتعاقبين يشهدون الصلاة مع المؤمنين، فيؤمنون إذا أمن الإمام، فمن فعل مثل فعلهم فى حضورهم الصلاة، وقولهم: آمين، عند تأمين الإمام، غفر له.

وقال بعض الناس: معنى الموافقة، الإجابة، فمن استجيب كما يستجاب للملائكة غفر له ذنبه، وهذه تأويلات فيها تعسف لا يحتاج إليه ولا يدل على شىء منها دليل، والأولى حمل الحديث على ظاهره ما لم يمنع من ذلك مانع، ومعناه أن من قال: آمين، عند قول الملائكة: آمين، غفر له، وإلى هذا ذهب الداودى، ولا يمتنع أن يكون البارى تعالى يفعل ذلك بمن وافق قوله: آمين، قول الملائكة: آمين.

وقوله: «غفر له ما تقدم من ذنبه» يقتضى غفران جميع الذنوب المتقدمة.

فصل: وقول ابن شهاب: «وكان رسول الله ﷺ يقول: آمين»، مرسل، ولم يسنده أحد غير حفص بن عمر بن عبد الملك، وقد غلط فيه، والصواب أنه مرسل، ولو أسند لم يكن فيه ذلك التعلق؛ لأنه لم يقل: إن رسول الله ﷺ كان يقول: آمين، فيما يؤم فيه جهراً، وإنما قال ذلك قولاً مطلقاً، ولعله كان يقوله فيما يصلى فيه فداً أو يؤم فيه سراً.

مسألة: وفى آمين لغتان، المد والقصر. وحكى الداودى فى آمين لغة ثلاثة: آمين، بالمد والتشديد، وذكر أنها شاذة، وذكر ثعلب أنها خطأ. وذكر أبو محمد بن درستويه أن القصر ليس بمعروف فى الاستعمال، وإنما قصر الشاعر فى قوله:

تباعد منى فطحل إن سأته آمين فزاد الله ما بيننا بعدا

للضرورة إن كان قصره، وقد روى:

فآمين زاد الله ما بيننا بعداً

بالمدة، ولم يرو أحد عن النبي ﷺ: «إذا قال الإمام: غير المغضوب عليهم ولا الضالين، فقولوا: آمين»، إلا بالمدة. قال: ومعنى آمين، اللهم استجب لي، وهى كلمة عبرانية أنت معربة مبنية على الفتح للياء التى قبل نونها.

مسألة: ولا يخلو المصلى، إما أن يكون إماماً أو مأموماً أو فذاً، فأما الإمام، فلا يخلو أن يسر القراءة أو يجهر بها، فإن جهر بالقراءة، فاختلف قول مالك فى قوله: آمين، فروى عنه المصريون المنع من ذلك، وبه قال أبو حنيفة.

وروى عنه مطرف وابن الماجشون أنه يقولها، وبه قال الشافعى.

وجه رواية المصريين أن الإمام داع، ومن سنة المؤمن أن يكون غير الداعى.

وجه رواية المدنيين وهى عندى الخبر المتقدم، وهو محمول على الندب؛ لأن الأمة بين قائلين، قائل يقول: هو مندوب إليه، وقائل: يقول هو مكروه، فإذا بطلت الكراهية بإقرار النبي ﷺ ثبت الندب؛ لأنه لا يجوز إحداث قول ثالث.

ولا يعترض على هذا الحديث بقوله ﷺ: «إذا قال الإمام: غير المغضوب عليهم ولا الضالين، فقولوا: آمين» لأن الفاء فى الشرط لا تقتضى التعقيب، ولو اقتضت التعقيب، فإن خبر من روى: إذا أمن الإمام فأمنوا، يمنع منه، وأيضاً فإن الإمام إذا أسر آمين، فإن قول المأموم: آمين، يكون عقيب قوله: ولا الضالين، ويكون معنى قوله: إذا أمن الإمام فأمنوا، أى إذا قدرتم أنه أمن بقوله: ولا الضالين، فقولوا: آمين، عقب قوله: ولا الضالين، ويكون جمعا بين الحديثين.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا إمام، فكان التأمين مشروعاً له، أصل ذلك إذا أسر القراءة، وهذا إذا كان المأموم يسمع قراءة الإمام، وإن لم يسمعها، فلا يقل آمين، قاله عيسى بن دينار فى المدينة.

وجه ذلك أنه إذا تحرى قد يصادف تأمينه آية وعيد وليست، مما شرع التأمين عندها.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن قلنا برواية المصريين، فلا يحتاج إلى تفريع، وإن قلنا برواية المدنيين، إن الإمام يقول: آمين، فإنه يسرها ولا يجهر بها. وقال الشافعى: يجهر بها.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قوله ﷺ: «إذا قال الإمام: غير المغضوب عليهم ولا

٦٦ كتاب الصلاة

الضالين، فقولوا: آمين» والظاهر أنه لو كان تأمينه ظاهراً العلق تأميننا به لا بقوله: ولا الضالين، إلا أنه به يعرف قوله: آمين.

ودليلنا من جهة القياس أنه لو كان دعاء من غير الذكر حال القيام، فلم يكن من سنته الجهر كسائر ما يدعى به.

مسألة: وإذا أسر الإمام القراءة، فلم يختلف أصحابنا في أنه يقول: آمين، لأنه قد عرا دعاؤه من مؤمن عليه غيره، فلذلك أمن هو، وأما المأموم، فإنه يؤمن، فإن جهر الإمام بالقراءة، فإنه يؤمن عند قول الإمام: ولا الضالين، وإن أسر القراءة، فإنه يؤمن عند قوله هو: ولا الضالين، لأننا قد قدمنا أنه يقرأ فيما يسر الإمام فيه بالقراءة، وأما الفذ، فإنه يؤمن عند تمامه بقراءة أم القرآن فيما جهر فيه بالقراءة أو أسره، ولا يجهر بقول: آمين كالإمام.

١٩١ - مَالِك، عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا قَالَ الْإِمَامُ: ﴿غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ﴾ [الفاتحة: ٧] فَقُولُوا: آمِينَ، فَإِنَّهُ مَنْ وَاَفَقَ قَوْلَهُ قَوْلَ الْمَلَائِكَةِ غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ».

الشرح: قوله: «إذا قال الإمام: غير المغضوب عليهم ولا الضالين» يقتضى ظاهره أن من حكم الصلاة القراءة بأم القرآن وأن الصلاة معروفة غير خالية منها حتى صار لقراءتها ولايتها أحكام في الصلاة للأئمة والمأمومين، ولو كان الإمام ربما تركها وقرأ بغيرها لقليل: إن قال الإمام: غير المغضوب عليهم ولا الضالين، فقولوا: آمين؛ لأن «إذا» تستعمل فيما لا بد من وقوعه، يقال إذا طلع الفجر فصل، ولا يقال إن طلع الفجر فصل لأن «إن» إنما تستعمل فيما يشك في وقوعه، فتقول: إن جاء زيد فأعطته درهماً، ولا تقل: إذا جاء زيد فأعطته درهماً، وأنت شك في مجيئه، هذا ظاهر الاستعمال في كلام العرب.

١٩٢ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٩١ - أخرجه البخارى في الأذان حديث رقم ٧٨٢. والدارمى في الصلاة حديث رقم ١٢٤٥.

وانظر: باقى التحريج فى الحديث السابق.

١٩٢ - انظر: تحريج الحديث السابق والذى قبله.

قَالَ: «إِذَا قَالَ أَحَدُكُمْ: آمِينَ وَقَالَتِ الْمَلَائِكَةُ فِي السَّمَاءِ: آمِينَ فَوَافَقَتْ إِحْدَاهُمَا الْآخْرَى، غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ».

الشرح: الحديثان المتقدمان يختصان بالمأموم، وهذا الحديث عام في كل قائل: آمين، ودعا إليه وحض عليه بقوله: إن من هذه حاله إذا وافق قول الملائكة آمين غفر له ما تقدم من ذنبه، وهذه حال يرجوها كل مؤمن، إلا أن يقوم الدليل على المنع.

وبهذا الحديث يتبين ما ذهبنا إليه من أن موافقة تأمين المصلي تأمين الملائكة معناه أن يقول العبد مع قول الملائكة، وخص في هذا الحديث ملائكة السماء، يريد من كان من الملائكة لأنهم أهل السماء، ويحتمل أن يريد به من كان منهم عند ذلك في السماء، ولا يمتنع أن يكون البارئ تعالى قد جعل الملائكة تقول: آمين، عند دعاء المصلي بأمر القرآن، فإذا وافق تأمينه تأمينهم كان دليلاً على إرادة الله تعالى مغفرة ما تقدم من ذنبه، وأن ذلك لا يتفق ممن لم يرد الله تعالى أن يغفر له نستل الله تعالى أن يتفضل علينا بمغفرته ولا يجرمنا إياها برحمته.

فإن قيل قد تقدم من حديث أبي هريرة أنه بالوضوء يخرج نقياً من الذنوب، ومن حديث الصنابحي مثل ذلك، وأن مشيه إلى المسجد يكون نافلة له، فما الذي يغفر له بقول: آمين؟ قال الداودي: يحتمل أن يكون قال هذا قبل قوله في الوضوء ويحتمل أن يكون قاله بعد حديث الوضوء، فيكون معناه أن يغفر له ما يحدث في ممشاه من الذنوب، وهذا على ما قال ويحتمل مع ذلك أن يكون هذا بقرائن لم يطلعنا الله عليها من استصحاب نية وتمام خشوع، وأنه من عدم ذلك عند الوضوء غفرت ذنوبه عند قوله مع الملائكة: آمين، ويحتمل أيضاً أن يختص كل شئ من ذلك بغفران نوع من الذنوب، والله أعلم، ونبينا الصادق المعروف عليه السلام.

١٩٣ - مَالِك، عَنْ سُمَيِّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا قَالَ الْإِمَامُ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ، فَقُولُوا: اللَّهُمَّ رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ، فَإِنَّهُ مَنْ وَافَقَ قَوْلَهُ قَوْلَ الْمَلَائِكَةِ غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ».

١٩٣ - أخرجه البخاري في الأذان حديث رقم ٧٩٦. ومسلم في الصلاة حديث رقم ٤٠٩. والترمذي في الصلاة حديث رقم ٢٤٧. والنسائي في التطبيق حديث رقم ١٠٦٣. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٨٤٨. وأحمد في المسند حديث رقم ٩١٢١، ٢٧٢٠٩، ٩٦٠٧.

الشرح: قوله ﷺ: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده، فقولوا: اللهم ربنا ولك الحمد» يدل على أن سنة الإمام أن يقول: سمع الله لمن حمده، فى موضع مخصوص، وقد ورد بيانه من غير وجه. قال الشيخ أبو إسحاق: إن قول الإمام سمع الله لمن حمده، على معنى الدعاء، فمعناه اللهم اسمع لمن حمدك، فيقول المأموم: اللهم ربنا ولك الحمد، كالداعى والمؤمن.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى أن يكون بمعنى الترغيب فى التحميد، وقد أكد ذلك ﷺ بقوله: «فإنه من وافق قوله قول الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه» ومعنى الموافقة فى ذلك يحتمل ما قدمنا ذكره فى التأمين إلا أن فى هذا الخبر لم يبين أن قول الملائكة كقول المأموم: اللهم ربنا ولك الحمد.

وقد اختلف أهل العلم فى مسائل من الفقه تتعلق بهذا الحديث، إحداها: قول الإمام سمع الله لمن حمده، هل يقول معها: اللهم ربنا ولك الحمد أم لا؟ فذهب مالك إلى أن الإمام لا يقول ذلك. وقال عيسى بن دينار وابن نافع: يقول الإمام اللفظتين، وكذلك المأموم، وبه قال الشافعى.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث المذكور، وهو قوله ﷺ: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده، فقولوا: اللهم ربنا ولك الحمد»، فقد خص الإمام بلفظ، وخص المأموم بلفظ آخر، فيجب أن يكون ما أضافه إلى كل واحد منهما يختص به دون ما أضافه إلى غيره، وإلا بطل معنى التخصيص.

ودليلنا من جهة القياس أنه انتقال من ركن إلى ركن، فوجب أن يكون ذكره واحداً فى حق الإمام كالذكر فى القيام من السجود والكلام فى المأموم كالكلام فى الإمام لأن الخلاف فىهما واحد، وأما المنفرد، فإنه يقولهما لأن كل ما يقوله المأموم على سبيل الإجابة للإمام بغير لفظه، فإن المنفرد يأتى بهما جميعاً. أصل ذلك آخر أم القرآن وقول آمين.

مسألة: ولا خلاف فى صفة ما يقوله الإمام من ذلك، وقد اختلف العلماء فيما يقوله المأموم واختلفت الآثار فى ذلك، فروى فى هذا الحديث: اللهم ربنا لك الحمد، بزيادة اللهم، ونقصان الواو من قوله: ولك الحمد.

وفى حديث عائشة وأنس: ربنا ولك، وفى حديث سعيد عن أبى هريرة: اللهم ربنا ولك الحمد. وروى عن مالك أنه كان يقول: اللهم ربنا ولك الحمد، واختاره ابن القاسم. وروى عنه أنه كان يقول: اللهم ربنا لك الحمد، واختاره أشهب.

وجه ما اختاره ابن القاسم أن سعيد بن أبي سعيد قد رواه، وهو ثقة والأخذ بالرائد أولى، إذا كان ثقة. ومن جهة المعنى أنه زيادة في لفظ الذكر.

وجه ما اختاره أشهب أن الواو الزائدة في الكلام لا تفيد معنى، فكان حذفها أولى. وقد قال الداودي: إنها واو الابتداء كقوله تعالى: ﴿وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [آل عمران: ١٣٣] في قراءة من قرأها والله أعلم.

قال القاضي أبو الوليد: ويحتمل عندي أن يكون معنى الكلام «اللهم افعل ولك الحمد». إذا ثبت ذلك، فإن قول المصلي سمع الله لمن حمده يحتمل الإخبار عن ذلك على وجه الإذكار لمن معه من المأمومين إذ الصلاة مبنية على الجماعة، ويحتمل أن تكون بمعنى الدعاء أن يسمع الله لمن حمده، ويكون معنى يسمعه أى يثيبه ويتقبل منه، وقول المأموم: اللهم ربنا لك الحمد، معناه المبادرة إلى فعل ما دعا إليه، والعمل بما دعا له، أى يثاب عليه ويتقبل منه.

* * *

العمل في الجلوس في الصلاة

١٩٤ - مَالِك، عَنْ مُسْلِمِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمُعَاوِيِّ أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، وَأَنَا أَعْبَثُ بِالْحَصْبَاءِ، فِي الصَّلَاةِ فَلَمَّا أَنْصَرَفْتُ نَهَانِي وَقَالَ: اصْنَعْ كَمَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَصْنَعُ فَقُلْتُ: وَكَيْفَ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَصْنَعُ، قَالَ: كَانَ إِذَا جَلَسَ فِي الصَّلَاةِ وَضَعَ كَفَّهُ الْيُمْنَى عَلَىٰ فَخِذِهِ الْيُمْنَى، وَقَبَضَ أَصَابِعَهُ كُلَّهَا وَأَشَارَ بِإِصْبَعِهِ الَّتِي تَلِي الْإِبْهَامَ، وَوَضَعَ كَفَّهُ الْيُسْرَى عَلَىٰ فَخِذِهِ الْيُسْرَى، وَقَالَ: هَكَذَا كَانَ يَفْعَلُ.

الشرح: قوله: «رأى عبد الله بن عمر، وأنا أعبث بالحصباء في الصلاة»، يحتمل أن يكون عبد الله بن عمر في الصلاة أيضاً، وينظر إليه على غير قصد، فأخر تعليمه بسبب الصلاة وأخبر أنه لا يجوز العبث في الصلاة بشيء من الأشياء، ولم يقتصر عبد الله بن عمر على ذلك لأنه ليس في منعه من العبث بالحصباء منعه من غير ذلك حتى قال:

١٩٤ - أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٨٠. والترمذي في الصلاة حديث رقم ٢٧١. والنسائي في الصغرى في التطبيق حديث رقم ١١٦٠. والسهو ١٢٦٦، ١٢٦٧. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٩٨٧. وأحمد في المسند حديث رقم ٥٠٢٣.

٧٠ كتاب الصلاة

«اصنع كما كان رسول الله ﷺ يصنع»، فجمع له في ذلك بين أشياء منها أنه علمه سنة الصلاة، والثاني: أنه دخل تحت ذلك الامتناع من كل عبث في حال الجلوس أنه لا يمكنه أن يعبث بشيء مع امتثاله فعل النبي ﷺ، والثالث: أنه أتاه بالحجة فيما أمره به.

فصل: وقوله: «وكيف كان رسول الله ﷺ يصنع» حرص على العلم، ومبادرته بالسؤال عنه، فقال له عبدالله بن عمر معلماً له ومخبراً بسنة النبي ﷺ: «كان إذا جلس في الصلاة وضع كفه اليمنى على فخذه اليمنى وقبض أصابعه كلها، وأشار بإصبعه التي تلي الإبهام»، وهذا يدل على أنه كان فعله في جميع صلاته، ولو كان هذا فعله في بعض صلاته لما صح إطلاقه الإخبار عن صلاته.

فصل: وقوله: «وقبض أصابعه»، يعني غير السبابة قبضها، وهذه الصفة التي وصف هي عقد ثلاثة وخمسين.

مسألة: ومعنى إشارته بالسبابة، روى سفيان بن عيينة هذا الحديث عن مسلم بن أبي مريم، وزاد في آخره، وحدثنا يحيى بن سعيد أولاً، ثم لقيته فسمعت منه، وزاد فيه مسلم قال: هي مدية الشيطان، لا يسهو أحدكم ما دام يشير بإصبعه، وهو يقول هكذا، ففيه أن تحريك السبابة، إنما هو لرفع السهو، وقمع الشيطان، يتذكر بذلك أنه في الصلاة.

وقد روى عن مالك أنه كان يخرجها من تحت البرنس ويواطب على تحريكها. وقال ابن القاسم: يمدها من غير تحريك، ويجعل جنبها الأيسر من فوق، وقاله يحيى. فمن ذهب إلى تحريكها، فهو الذي يتأول الاشتغال بها عن السهو وقمع الشيطان، ومن ذهب إلى مدها، فهو الذي يتأول التوحيد.

وقد روى عن يحيى بن عمر أنه كان يحركها عند قوله: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، ولعله يريد بذلك مدها والإشارة بها، والله أعلم.

١٩٥ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَصَلَّى إِلَيْ جَنْبِهِ رَجُلٌ فَلَمَّا جَلَسَ الرَّجُلُ فِي أَرْبَعٍ تَرَبَّعَ وَتَنَّى رِجْلَيْهِ، فَلَمَّا أَنْصَرَفَ عَبْدُ اللَّهِ عَابَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فَقَالَ الرَّجُلُ: فَإِنَّكَ تَفْعَلُ ذَلِكَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: فَإِنِّي أَشْتَكِي.

الشرح: قوله: «فلما جلس الرجل في أربع تربع»، على ضربين، أحدهما: أن يخالف

بين رجله، فيضع رجله اليمنى تحت ركبته اليسرى، ورجله اليسرى تحت ركبته اليمنى، والضرب الثاني: أن يتربع ويثنى رجله من جانب، واحد، فتكون رجله اليسرى تحت فخذه وساقه اليمنى ويثنى رجله اليمنى، فتكون عند أليته اليمنى، ويشبه أن هذه كانت قاعدة الرجل.

فلما انصرف عبدالله بن عمر من صلاته عاب ذلك عليه لأنه ترك هيئة الجلوس في الصلاة، فقال الرجل لعبدالله: إنك تفعل مثل ذلك، وعبدالله بن عمر ممن يقتدى به، فلذلك امثل الرجل فعله، فأخبره عبدالله بن عمر أنه لا يفعل ذلك لأنه من سنة الصلاة، وإنما يفعله لشكوى رجله لأنه كان فدع بخير، فلم تعد رجلاه على ما كانت عليه، وكانت يشتكيها، فكان يجلس في الصلاة على حسب ما كان يقدر عليه، وهو الواجب أن يتكلف سنة الصلاة من يقدر عليها، ومن لا يقدر عليها أتى بما يقدر عليه.

مسألة: وصفة الجلوس في الصلاة أن ينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى ويخرجهما جميعاً من جهة ورکه الأيمن ويفضى بأليته إلى الأرض، ويجعل باطن إبهامه اليمنى إلى الأرض، ولا يجعل جنبها، ولا ظاهرها إلى الأرض هذه صفة الجلوس عند مالك، في الجلستين وفيما بين السجدين.

وقال الشافعي: يجلس في الجلسة الأولى على رجله اليسرى وينصب اليمنى، ويجلس في الجلسة الأخيرة متوركاً يخرج رجله من جهة ورکه اليمنى، ويفضى بأليته إلى الأرض، ويضع رجله اليسرى وينصب اليمنى. وقال أبو حنيفة: يجلس في الجلستين على نحو ما قاله الشافعي في الجلسة الأولى.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث الذي يأتي بعد هذا من الأصل من قول عبدالله بن عمر: «إنما سنة الصلاة أن تنصب رجلك اليمنى وتثنى رجلك اليسرى». ومن جهة القياس أن هذا فعل يتكرر في الصلاة، فوجب أن يتكرر على صفة واحدة كالقيام والسجود.

١٩٦ - مَالِك، عَنْ صَدَقَةَ بْنِ يَسَارٍ، عَنِ الْمُغِيرَةِ بْنِ حَكِيمٍ أَنَّهُ رَأَى عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ عُمَرَ يَرْجِعُ فِي سَجْدَتَيْنِ فِي الصَّلَاةِ عَلَى صُدُورِ قَدَمَيْهِ فَلَمَّا انْصَرَفَ ذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ: إِنَّهَا لَيْسَتْ سُنَّةَ الصَّلَاةِ، وَإِنَّمَا أَفْعَلُ هَذَا مِنْ أَجْلِ أَنِّي أَشْتَكِي.

الشرح: معنى رجوع عبدالله بن عمر على صدور قدميه فى السجدين فى الصلاة أنه كان يرجع عليها عند رفع رأسه من كل واحدة من سجديته فى الصلاة إلى أن يستوى على قدميه، فرجوعه من الأولى إلى القعود على رجله لأنه لم يكن يستطيع على التورك، فكان يفعل بين السجدين بأقرب ما كان يقدر عليه من هيئات الجلوس مما كان أيسر عليه فى الرجوع إلى السجود، وهذه الهيئة ييسر عليه الرجوع منها إلى السجود، فأما هيئته فى الجلوس فى الصلاة، فإنه يشق عليه الرجوع إلى السجود.

وأما رجوعه على قدميه فى السجدة الثانية، فلا يخلو أن يكون إلى قيام أو جلوس، فإن كان رجوعه إلى الجلوس، عاد إلى تلك الحال ثم تربع لأنه كان لا يقدر على غير ذلك، وإن كان إلى قيام رجوع على صدور قدميه إلى الاعتماد عليها، وهو قاعد وألتياه تكاد أن تمس الأرض، ثم ينهض على تلك الحال إلى القيام وهو الإقعاء الذى كرهه مالك.

ونفى عبدالله بن عمر أن يكون شىء منه من سنة الصلاة، وأخبر أنه إنما كان يفعله لأجل شكواه. وقد قال الشافعى: إن الرجوع على القدمين من السجدة الأخيرة، ويقعد على قدميه يسيراً ثم ينهض إلى القيام، فى أول ركعة من سنة الصلاة ولا يسميه إقعاء، وإنما الإقعاء عنده أن يرجع فى الجلوس بين السجدين على عقبيه، فيجلس عليهما. وقال أبو عبيد: إن الإقعاء هو أن يجلس الرجل على أليته ناصباً فخذه مثل إقعاء الكلب، وهو أشبه بما ذهب إليه مالك، رحمه الله.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا جلوس لم يسن فيه ذكر، وليس يفصل به بين مشتهين، فلم يكن من سنة الصلاة كاجلوس بين الركوع والسجود. وفى المدونة عن ابن نافع وعيسى بن دينار: من انصرف على ظهور قدميه لم يعد.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن ذكر المغيرة لعبدالله بن عمر ذلك رأى من فعل غيره ما يخالفه، فإن أراد أن يعرف، هل فعل ذلك لسنة علمها أو لتمييز بين الفعلين أو لعذر اضطره إلى ذلك، فأخبره عبدالله بن عمر أن ذلك لعذر الشكوى التى به لا أنه من سنة الصلاة.

١٩٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ

١٩٧ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٨٢٧. والنسائى فى التطبيق حديث رقم ١١٥٧،

١١٥٨. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٩٥٨، ٩٥٩.

أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ كَانَ يَرَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَتَرَبَّعُ فِي الصَّلَاةِ إِذَا جَلَسَ. قَالَ: فَفَعَلْتُهُ وَأَنَا يَوْمَئِذٍ حَدِيثُ السَّنِّ، فَنَهَانِي عَبْدُ اللَّهِ، وَقَالَ: إِنَّمَا سُنَّةُ الصَّلَاةِ أَنْ تَنْصِبَ رِجْلَكَ الْيُمْنَى وَتَنْبِيَّ رِجْلَكَ الْيُسْرَى، فَقُلْتُ لَهُ: فَإِنَّكَ تَفْعَلُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: إِنَّ رِجْلِي لَا تَحْمِلَانِي.

الشرح: قوله: «ففعَلتُه، وأنا يومئذ حديث السن» أخبر أن ما فعل من التربع في جلوس الصلاة إذ رأى أباه يفعله، ولم يعلم عذره، وإنما فعله لحدائثه سنه، وأنه لم يكن بعد من رسخ في العلم حتى نهاه عبدالله بن عمر عن ذلك، فأخبره بسنة الصلاة وأمره بها.

١٩٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ أَرَاهُمُ الْجُلُوسَ فِي التَّشَهُدِ فَنَصَبَ رِجْلَهُ الْيُمْنَى، وَنَبَى رِجْلَهُ الْيُسْرَى، وَجَلَسَ عَلَى وَرِكِهِ الْاَيْسَرِ، وَلَمْ يَجْلِسْ عَلَى قَدَمِهِ، ثُمَّ قَالَ: أَرَانِي هَذَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، وَحَدَّثَنِي أَنَّ أَبَاهُ كَانَ يَفْعَلُ ذَلِكَ.

هذا الحديث يدل على اهتمام التابعين ومن قبلهم بهيئة الجلوس، وأن بعضهم كان يأخذ ذلك عن بعض بالقول والفعل.

فصل: وقوله في الخبر: «وجلس على وركه الأيسر»، يريد أنه جلس على طرف وركه، وبين ذلك بقوله: «ولم يجلس على قدميه»، ومتى لم يجلس على قدميه، فلا بد أن يفضى بأليته إلى الأرض.

فصل: وقوله: «أراني هذا عبدالله بن عبدالله بن عمر»، هذا قول يحيى بن يحيى وأكثر الرواة عن مالك، وقال يحيى بن بكير: عبيدالله بن عبدالله، وأما إخباره إن أباه كان يفعل ذلك، فإنه يحتمل أنه كان يفعله قبل شكواه من رجليه، ويحتمل أنه كان يأمر بذلك ويطاع فيه.

* * *

التشهد في الصلاة

١٩٩ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ

١٩٨ - انفرد به مالك. وأخرجه من طرق أخرى أبو داود ٢٥٠/١ عن القاسم برقم ٩٥٨. البيهقي

بالسنن الكبرى ٢٣١/٩ عن عائشة.

١٩٩ - انفرد به مالك.

٧٤ كتاب الصلاة

القَارِيءُ أَنَّهُ سَمِعَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ يُعَلِّمُ النَّاسَ التَّشَهُدَ يَقُولُ: قُولُوا: التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ الزَّكَايَاتُ لِلَّهِ الطَّيِّبَاتُ الصَّلَوَاتُ لِلَّهِ، السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ.

الشرح: قال ابن حبيب: التحيات جمع تحية والسلام منه، وقال غيره: التحيات الملك. وقال ابن حبيب: والزكيات صالح الأعمال، والطيبات طيبات القول.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أن معنى الصلوات لا ينبغي أن يراد بها غير الله، وهذا تشهد عمر رضى الله عنه، وهو الذى اختاره مالك. وأما أبو حنيفة، فاختار تشهد عبدالله بن مسعود، واختار الشافعى تشهد عبدالله بن عباس.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن تشهد عمر بن الخطاب يجرى مجرى الخبر المتواتر؛ لأن عمر بن الخطاب علمه للناس على المنبر بحضرة جماعة الصحابة وأئمة المسلمين، ولم ينكره عليه أحد ولا خالفه فيه، ولا قال له: إن غيره من التشهد يجرى مجراه، فثبت بذلك إقرارهم عليه، وموافقتهم إياه على تعيينه، ولو كان غيره من ألفاظ التشهد يجرى مجراه، لقال له الصحابة أو أكثرهم: إنك قد ضيقت على الناس واسعاً، وقصرتهم على ما هم مخيرون، بينه وبين غيره، وقد أباح النبي ﷺ فى القرآن القراءة بما تيسر علينا من الحروف السبعة المنزلة، فكيف بالتشهد، وليست له درجة القرآن أن يقصر الناس فيه على لفظ واحد، ويمنع مما تيسر مما سواه.

ولما لم يتعرض عليه أحد بذلك ولا بغيره علم أنه التشهد المشروع، هذا الذى ذهب إليه شيوخنا العراقيون فى التشهد. وقال الداودى: إن ذلك من مالك، رحمه الله، على وجه الاستحسان وكيفما تشهد المصلى عنده جائز، وليس فى تعليم عمر الناس هذا التشهد منع من غيره.

فصل: وقوله: «السلام علينا»، قال أبو بكر بن الأنبارى: قال قوم: السلام، الله عز وجل، قال الله تعالى: ﴿السلام المؤمن المهيمن العزيز الجبار المتكبر﴾ [الحشر: ٢٣] فمعنى السلام عليكم، الله عليكم، أى على حفظكم. وقال قوم: السلام، المسلم لعباده. وقال قوم: معناه: ذو السلام، فحذف المضاف، وأقام السلام مقامه. والسلام التسليم، يقال: سلم سلاماً وتسليماً. وقال قوم: معناه السلامة عليكم، والسلام جمع سلامة.

٢٠٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو كَانَ يَتَشَهَّدُ فَيَقُولُ: بِسْمِ اللَّهِ التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ الصَّلَوَاتُ لِلَّهِ الزَّكَايَاتُ لِلَّهِ، السَّلَامُ عَلَى النَّبِيِّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، شَهِدْتُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، شَهِدْتُ أَنْ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، يَقُولُ: هَذَا فِي الرَّكَعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ، وَيَدْعُو إِذَا قَضَى تَشَهُدَهُ بِمَا بَدَأَ لَهُ، فَإِذَا جَلَسَ فِي آخِرِ صَلَاتِهِ تَشَهُدَ كَذَلِكَ أَيْضًا إِلَّا أَنَّهُ يُقَدِّمُ التَّشَهُدَ ثُمَّ يَدْعُو بِمَا بَدَأَ لَهُ، فَإِذَا قَضَى تَشَهُدَهُ وَأَرَادَ أَنْ يُسَلِّمَ قَالَ: السَّلَامُ عَلَى النَّبِيِّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ عَنْ يَمِينِهِ، ثُمَّ يَرُدُّ عَلَى الْإِمَامِ، فَإِنْ سَلَّمَ عَلَيْهِ أَحَدٌ عَنْ يَسَارِهِ رَدَّ عَلَيْهِ.

الشرح: قوله: «فيقول: بسم الله التحيات لله»، ليس من سنة التشهد عند مالك البسمة في أول التشهد لأننا قد بينا أن السنة تشهد عمر بن الخطاب، وليس فيه ذكر ذلك. ومن جهة المعنى أن هذا ذكر مشروع في الصلاة، ليس من العجز فلم يستفتح بيسم الله الرحمن الرحيم، كالتسبيح والتكبير والتحميد.

فصل: وقوله: «يقول هذا في الركعتين الأوليين»، ثم يدعو إذا قضى تشهده، بيان أن التشهد عنده قبل الدعاء، وهو مذهب مالك. والأصل في ذلك ما روى عن عبدالله بن مسعود أنه قال: كنا مع النبي ﷺ في الصلاة نقول: السلام على الله من عباده، السلام على فلان وفلان، فقال النبي ﷺ: «لا تقولوا السلام على الله، فإن الله هو السلام، ولكن قولوا: التحيات لله» وذكر التشهد حتى بلغ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ثم ليتخير من الدعاء أعجبه إليه، فيدعو به.

فصل: وقوله: «ثم يدعو إذا قضى تشهده بما بدا له»، يريد من أمور دينه ودينه مما لم يمنع الدعاء به، ولا بأس بالدعاء في الصلاة كلها بغير القرآن، ويدعو على الظالم ويدعو للمظلوم. وقال أبو حنيفة: لا يدعو بغير القرآن. والأصل في ذلك ما أخرجه البخاري، قال أبو هريرة: «وكان رسول الله ﷺ حين يرفع رأسه، يقول: سمع الله لمن حمده، ربنا ولك الحمد، يدعو لرجال، فيسميهم بأسمائهم، فيقول: اللهم أنج الوليد بن الوليد وسلمة بن هشام وعياش بن أبي ربيعة والمستضعفين من المؤمنين، اللهم اشدد وطأتك على مضر، واجعلها عليهم كسنى يوسف».

مسألة: وهل يدعو في التشهد الأول؟ في المجموعة من رواية على بن زياد عن مالك: ليس بعد التشهد الأول موضع للدعاء. وقال عنه ابن نافع: لا بأس أن يدعو بعده.

وجه رواية على بن زياد أن آخر التشهد الأول لما كان مشبهاً لأوله في أنه ليس بمنتهى العبادة، ولم يشرع ليستدرك فيه ما فات منها، لم يكن موضعاً للدعاء كأوله. ووجه رواية ابن نافع أنه آخر تشهد في الصلاة، فلم يمنع فيه الدعاء، أصل ذلك التشهد الثاني.

فصل: وقوله: «فإذا جلس في آخر صلاته تشهد كذلك أيضاً إلا أنه يقدم التشهد»، بيان أن التشهدين عنده على صفة واحدة، ولفظ واحد متقدمين على الدعاء من موضعيهما. وقد اختلف الناس في وجوب التشهد، فقال مالك: ليس بواجب في الصلاة، وبه قال أبو حنيفة: وقال أحمد بن حنبل وإسحاق والليث وأبو ثور: هو واجب في الجلستين جميعاً. وقال الشافعي: هو واجب في الجلسة الأخرى دون الأولى. ورواه أبو مصعب عن مالك.

ودليلنا على صحة ما ذهب إليه مالك أنه ذكر لا يجهر به في الصلاة بوجه، فلم يكن واجباً كالتسبيح في الركوع والسجود.

فصل: وقوله: «فإذا قضى تشهده، وأراد أن يسلم، قال: السلام على النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين»، يريد أنه يعيد من آخر التشهد ما هو من جنس السلام، وهو السلام على النبي، وعلى المصلى، وعلى عباد الله الصالحين، ثم يصل بذلك سلامه من الصلاة، ليدخل الصلاة على النبي ﷺ، والدعاء بعده في حكمه، ويكون آخر التشهد المسنون متصلاً بسلامه.

وقد روى على بن زياد عن مالك أنه استحب للمأموم إذا سلم إمامه أن يقول: السلام على النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، السلام عليكم ويسلم بأثر سلام إمامه، ولا يثبت إلا أن يريد أن يتشهد، فيتشهد ويسلم.

فصل: وقوله: «فيقول السلام عليكم عن يمينه، ثم يرد على الإمام، فإن سلم عليه أحد عن يساره»، رد عليه. هذا بيان حكم المأموم في السلام. وفي هذا سبع مسائل، إحداها: أن السلام واجب، لا يتحلل من الصلاة بغيره، هذا قول مالك، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يتحلل منها بكل فعل وقول يناقياها، ويقصد به إلى الخروج عنها، والانفصال منها.

وقد روى عن ابن القاسم أنه إذا أحدث في التشهد في آخر صلاته، أن صلاته قد صحت وكملت، وهو يقرب من قول أبي حنيفة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، ما رواه البخارى من حديث عتبان بن مالك «صلينا مع رسول الله ﷺ فسلمنا حين سلم». فوجه الدليل منه أنه سلم وأفعاله على الوجوب، وقد قال ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلى».

مسألة: وصفة التسليم فى الصلاة «السلام عليكم»، بالتعريف، فإن نكر ونون، لم يجز خلافاً للشافعى فى قوله: يجزئ سلام عليكم.

وقد روى نحوه عن الشيخ أبى إسحاق، والذى رأيت له إنما حكاه عن قوم من أهل العلم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، ما روى عن واسع بن حبان أنه سأل عبدالله ابن عمر عن صلاة رسول الله ﷺ، فقال: الله أكبر، كلما وضع، الله أكبر، كلما رفع، يقول: السلام عليكم ورحمة الله، عن يمينه، السلام عليكم عن يساره.

وهذا هو المشهور عنه الذى لم يرو عنه خلافاً، وقد روى عنه ﷺ أنه قال: «صلوا كما رأيتموني أصلى».

مسألة: والفرض من السلام واحد، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. وقال أحمد بن حنبل: الفرض اثنان. والدليل على صحة ما نقوله أن هذا نطق فى أحد طرفى الصلاة، فوجب أن يكون الفرض منه واحداً كالتكبير.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن أحوال المصلين فى ذلك على ضربين: مأموم وغير مأموم، فأما غير المأموم، وهو الإمام أو الفذ، فإنه يسلم تسليمه واحدة يخرج بها عن صلاته، ونحو ذلك. قال الليث: وروى عن مطرف عن مالك فى الواضحة: يسلم الفذ تسليمه عن يساره، وبهذا كان يأخذ مالك فى خاصة نفسه. وقال الثورى وأبو حنيفة والشافعى وغيرهم: إن كل مسلم، فإنه يسلم تسليمين، تسليمه عن يمينه وتسليمه عن يساره. وقال الشافعى: يشير بالأولى عن يمينه، وبالثانية عن يساره، وينوى المأموم الإمام بالتسليمه التى فى جهته، عن يمينه كان أو عن يساره. وقد روى عن النبى ﷺ أحاديث فى أنه كان يسلم تسليمه واحدة، وهى غير ثابتة. وروى عنه أنه كان يسلم تسليمين، لم يخرج البخارى منها شيئاً، وأخرجها مسلم، وهو إخبار يمتثل التأويل. والقياس يقتضى إفراد السلام الذى يتحلل به من الصلاة، وذلك فى حكم الإمام والفذ، وما زاد على ذلك فإنما هو على حكم الرد، والله أعلم.

مسألة: وأما المأموم، فإنه يسلم تسليمتين، إحداهما: يخرج بها من الصلاة، والثانية: يرد بها على الإمام. وأصل ذلك حديث جابر بن سمرة أنه رضي الله عنه قال: «وإنما يكفى أحدكم أن يضع يده على فخذه، ثم يسلم على أخيه من عن يمينه وشماله».

وهذا حكم المصلي في جماعة فيسلم أولاً عن يمينه وشماله. ووجه التعلق به أنه رضي الله عنه شرع للمصلي أن يسلم على أخيه من عن يمينه وشماله، فيسلم أولاً عن يمينه ثم يسلم عن يساره، ثم يرد هو عليه بعد ذلك، فإن سلموا هذا فيمن عن يساره، قسنا عليه الإمام لأنه مسلم على من كان معه في صلاته، فكان حكمه الرد عليه كالمؤمنين.

فرع: فعلى هذا يسلم المأموم تسليمتين، إحداهما عن يمينه، يتحلل بها من صلاته، وأخرى يرد بها على إمامه. وهل يرد بتلك الثانية على من كان عن يساره أو يسلم للرد عليه تسليمة ثالثة؟ قال القاضي أبو محمد: ذلك مختلف فيه، فإن قلنا: إنه يرد عليهم بالتسليمة الثانية، فدلينا على ذلك أنه لو لم يجوز أن يرد على الإمام والمأموم بتسليمة واحدة، لم يجوز أن يرد على اثنين من المؤمنين بتسليمة واحدة، حتى يفرد كل واحد منهم بتسليمة، وذلك باطل.

وإن قلنا إنه يفرد المأموم بتسليمة ثالثة، فدلينا على ذلك أن حكم المأمومين غير حكم الإمام، وقد يفرد الإمام عنهم، فكان عليه أن يفردهم بسلام يرد به عليهم كالإمام لما كان له حكم غير حكم الخروج عن الصلاة، أفرد برد السلام عليه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فاختلفت الرواية عن مالك، بأى سلام الرد يبدأ المأموم، فروى أشهب ومطرف عن مالك، أنه يبدأ بالرد على من سلم عن يساره. وروى عنه ابن القاسم أنه رجع إلى أن يبدأ بالرد على الإمام. وحكى عن القاضي أبو محمد رواية ثالثة، وهو التخيير في ذلك.

وجه رواية ابن القاسم أن الإمام بدأ بالسلام، فكان أن يبدأ بالرد عليه أولاً.

فرع: ومن فاته بعض صلاة الإمام، فسلم بعد القضاء، فقد روى ابن القاسم عن مالك أنه لا يرد على الإمام، قال: ثم رجع، فقال: أحب إلى أن يرد عليه، وبه أخذ ابن القاسم.

وجه القول الأول أن من سنة الرد الاتصال بالسلام، فإذا بطل ذلك بطل حكمه. ووجه القول الثاني أن حكم الإمام باق، فلزمه منه ما يلزم لو بقيت صلاته.

مسألة: ويجهر المأموم بأول السلام، وهو الذى يرد به على من على يساره، فقد روى على بن زياد عن مالك أنه ينبغي للمأموم أن يخفيه لئلا يقتدى به فيه.

ووجه ذلك أن السلام الأول يقتضى الرد عليه فيه، فلذلك كان حكمه حكم الجهر به، والسلام الثانى هو رد، فلا يستدعى به ردًا، فلذلك كان حكمه حكم الإسرار.

مسألة: وأما تعيين مواضع الإشارة بالسلام، فذلك على قدر أحكام المصلين، فأما الإمام، فقد قال ابن القاسم عن مالك: يسلم واحدة قبالة وجهه، ويتيامن بها قليلاً، وهذا حكم الفذ على رواية ابن القاسم، وعلى رواية غيره عن مالك: يسلم تسليمتين، إحداهما: يشير بها عن يمينه، والثانية: يشير بها عن يساره.

ووجه ذلك حديث سعد بن أبى وقاص «كنت أرى رسول الله ﷺ يسلم عن يمينه وعن يساره حتى يرى بياض خده». وأما المأموم، فالذى قاله ابن القاسم وغيره عن مالك أنه يسلم الأولى ويتيامن بها قليلاً، ولم يذكروا قبالة وجهه، ويقصد بها الإمام، وإن لم يكن إمامه، ويسلم التى يرد بها على المأموم ويشير بها عن يساره.

٢٠١ - مَالِك، عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنِ أَبِيهِ، عَنِ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا كَانَتْ تَقُولُ إِذَا تَشَهَّدَتْ: التَّحِيَّاتُ الطَّيِّبَاتُ الصَّلَوَاتُ الزَّكَايَاتُ لِلَّهِ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ.

الشرح: قوله عائشة رضى الله عنها: «وعلى عباد الله الصالحين، السلام عليكم» حتى وصلت السلام بآخر التشهد، الشافعى يقول: إنها شرط فى صحة الصلاة، وهذه مقالة لا نعلم أحداً تقدم الشافعى قال بها.

٢٠٢ - مَالِك، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تَقُولُ إِذَا تَشَهَّدَتْ: التَّحِيَّاتُ الطَّيِّبَاتُ الصَّلَوَاتُ الزَّكَايَاتُ لِلَّهِ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ

٢٠١ - انفرد به مالك.

٢٠٢ - انفرد به مالك.

اللَّهُ وَرَسُولُهُ، السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، السَّلَامُ عَلَيْكُمْ.

الشرح: فإن قال قائل: فقد أثبتتم أن تشهد عمر بن الخطاب هو الصواب المأمور به، وأن ما عداه ليس بمأمور به، ورددتكم بدليلكم ذلك حديث عبدالله بن مسعود وحديث عبدالله بن عباس، وهما مسندان عن النبي ﷺ، فلم أدخل مالك، رحمه الله، حديث عائشة وحديث عبدالله بن عمر وهما أشد خلافاً لحديث عمر بن الخطاب مع كونهما موقوفين.

فالجواب أن مالكاً، رحمه الله، إنما اختار تشهد عمر بن الخطاب على سائر ما روى فيه بالدليل الذي ذكرناه إلا أنه مع ذلك يقول: من أخذ بغيره لا يأثم، ولا يكون تاركاً للتشهد في الصلاة، وإنما ذلك بمنزلة من غير شيئاً من الأدعية التي علمها رسول الله ﷺ الناس، وحضهم عليها، وأتوا بمعانيها، ونقل شيء من ألفاظها، فإنه يقال له: قد تركت الأفضل من الدعاء المأمور به، ولم يقل له: إنك تركت الدعاء جملة، ولم يأمر النبي ﷺ بالتشهد على الوجوب، ولا جعله شرطاً في صحة الصلاة، فتكون ألفاظه المختصة به شرطاً في صحة الصلاة.

٢٠٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ وَنَافِعًا مَوْلَى ابْنِ عُمَرَ، عَنْ رَجُلٍ دَخَلَ مَعَ الْإِمَامِ فِي الصَّلَاةِ، وَقَدْ سَبَقَهُ الْإِمَامُ بِرُكْعَةٍ، أَيَتَشَهَّدُ مَعَهُ فِي الرُّكْعَتَيْنِ وَالْأَرْبَعِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَهُ وَتُرَا؟ فَقَالَا: لَيَتَشَهَّدُ مَعَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وجه ما رواه من ذلك أن المأموم يتبع الإمام في الأفعال، وإن لم يعتد بها والأقوال تتبع الأفعال، ألا ترى أنه متى سقطت عن المأموم الأفعال، سقطت الأقوال، بأن يدركه راعياً فيما أسر فيه بالقراءة، وإن لم تسقط الأفعال بأن يدركه في أول الركعة، لم تسقط الأقوال، فإذا كان المأموم يتبع الإمام في الجلوس، وإن كان لا يتعبد به، فكذلك في التشهد وإن لم يعتد به.

* * *

ما يفعل من رفع رأسه قبل الإمام

٢٠٤ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ عَلْقَمَةَ، عَنْ مَلِيحِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ السَّعْدِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: الَّذِي يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَيَخْفِضُهُ قَبْلَ الْإِمَامِ فَإِنَّمَا نَاصِيَتُهُ بِيَدِ شَيْطَانٍ.

الشرح: معنى هذا الحديث الوعيد لمن رفع رأسه وخفضه فى صلاته قبل إمامه، وإخبار عنه أن ذلك من فعل الشيطان، وأن انقياده له وطاعته إياه فى المبادرة بالخفض والرفع قبل إمامه، انقياد لمن كانت ناصيته بيده، وفى رفع المأموم وخفضه مع الإمام ثلاث صفات، إحداها: أن يخفض ويرفع بعده، فهذه هى السنة. والأصل فى ذلك الحديث الذى يأتى بعد هذا «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا». والثانية: أن يخفض ويرفع معه، فهذا يكره، ولكنه لا تبطل بذلك صلاته. والثالثة: أن يرفع ويخفض قبل الإمام، وذلك غير جائز لما روى عن أنس أنه قال: «صلى بنا رسول الله ﷺ ذات يوم، فلما قضى صلاته أقبل علينا بوجهه، فقال: أيها الناس إنى إمامكم، فلا تسبقونى بالركوع ولا بالقيام ولا بالانصراف».

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ سَهَا فَرَفَعَ رَأْسَهُ قَبْلَ الْإِمَامِ فِي رُكُوعٍ أَوْ سُجُودٍ: إِنَّ السُّنَّةَ فِي ذَلِكَ أَنْ يَرْجِعَ رَأْسَهُ أَوْ سَاجِدًا وَلَا يَنْتَظِرُ الْإِمَامَ وَذَلِكَ خَطَأٌ مِمَّنْ فَعَلَهُ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ فَلَا تَخْتَلِفُوا عَلَيْهِ» وَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: الَّذِي يَرْفَعُ رَأْسَهُ وَيَخْفِضُهُ قَبْلَ الْإِمَامِ فَإِنَّمَا نَاصِيَتُهُ بِيَدِ شَيْطَانٍ.

الشرح: وهذا كما قال، وقد تقدم بأن السنة أن يتبع الإمام فى الركوع والسجود، فإن رفع رأسه قبل إمامه ساهيا، فلا يخلو أن يرفع رأسه من الركوع قبل ركوع إمامه أو بعد ركوعه، فإن رفع رأسه قبل ركوعه، فعليه الرجوع لاتباع إمامه، إن أدرك ذلك، وحكمه فى ذلك حكم الناعس والغافل يفوته الإمام بركعة، فيتبعه ما لم يفت، فإن رفع من ركوعه بعد ركوع إمامه، فلا يخلو من إحدى حالتين، إحداهما: أن يكون قد تبع الإمام فى ركوعه بمقدار فرضه أو رفع قبل ذلك.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: فإن رفع قبل ذلك، فحكمه عندى حكم من

٢٠٤ - أخرجه أحمد فى مسنده برقم ٤٧٥ عن أبى هريرة. وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد ٢/٧٨ وعزاه للبخارى والطبرانى بالأوسط عن أبى هريرة.

رفع قبل ركوع الإمام، وإن كان قد تبع الإمام في مقدار الفرض فركوعه صحيح؛ لأنه قد اتبع إمامه في فرضه.

فرع: ولا يخلو أن يدرك الإمام راکعاً إن رجع لاتباعه أن يفوته ذلك، فإن علم أنه يدركه راکعاً، فإنه يلزمه أن يرجع إلى متابعتة كما قال مالك، رحمه الله؛ لأن ترك ذلك مخالفة للإمام، وقد قال عليه السلام: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه». وإن علم أنه لا يدركه راکعاً، فهل يرجع أم لا؟ قال أشهب: لا يرجع. ورواه ابن حبيب عن مالك. وروى ابن سحنون عن أبيه: يرجع، ويبقى بعد الإمام بقدر ما انفرد الإمام بعده. وجه قول مالك أنه قد أدى فرضه من اتباع الإمام، فكان اتباعه فيما ينتقل إليه أولى من مخالفته بما ينتقل عنه.

وجه قول سحنون أن اتباع الإمام يلزمه في فضيلة الركعة، كما يلزمه اتباعه في فريضتها، ولو فاته فرضها معه لعاد إليه، فكذلك إذا فاته فضلها. ووجه آخر، وهو أنه يصح أن يبنى هذا القول على أن الرفع من الركوع مستحق، فيجب أن يرجع لاتباع الإمام فيه، ولكن لا يمكن على هذا التعليل بمقدار ما أقام الإمام بعده.

مسألة: هذا حكم الرفع، فأما الخفض قبل الإمام لركوع أو سجود، فإنه غير مقصود في نفسه بلا خلاف عن المذهب، وإنما المقصود منه الركوع أو السجود، فإن أقام بعد ركوع الإمام راکعاً أو ساجداً، مقدار فرضه صحت صلاته إلا أنه قد أساء في خفضه قبل إمامه، وإن لم يقم بعد ركوع إمامه راکعاً أو ساجداً، مقدار فرضه لم تصح صلاته، وعليه أن يرجع لاتباع إمامه بركوعه وسجوده.

مسألة: وهذا في الأفعال، فأما الأقوال، فعلى ضربين، فرائض وفضائل، فأما الفرائض، فتكبيرة الإحرام والسلام، ومتى تقدم المأموم في تكبيرة الإحرام، ساهياً أو عامداً بطلت صلاته لأن الإحرام دخول في الصلاة، فإذا دخل فيها قبل إمامه لم يصح أن يتبعه فيها لأنه عقدها غير مؤتم، وأما السلام، فإن سلم قبل إمامه عامداً بطلت صلاته، وإن سلم ساهياً لم تبطل صلاته وحمل عنه الإمام سهوه.

* * *

ما يفعل من سلم من ركعتين ساهياً

٢٠٥ - مالك، عن أيوب بن أبي تميم السخيتاني، عن محمد بن سيرين، عن

٢٠٥ - أخرجه البخارى في الصلاة حديث رقم ٤٨٢. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٧٣. والترمذى في الصلاة حديث رقم ٣٦٥. والنسائي في السهو حديث رقم =

أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْصَرَفَ مِنْ اثْنَتَيْنِ فَقَالَ لَهُ ذُو الْيَدَيْنِ: أَقْصَرْتَ الصَّلَاةَ أَمْ نَسِيتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَصَدَقَ ذُو الْيَدَيْنِ؟» فَقَالَ النَّاسُ: نَعَمْ. فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى رَكْعَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ ثُمَّ سَلَّمَ ثُمَّ كَبَّرَ، فَسَجَدَ مِثْلَ سُجُودِهِ أَوْ أَطْوَلَ، ثُمَّ رَفَعَ ثُمَّ كَبَّرَ فَسَجَدَ مِثْلَ سُجُودِهِ أَوْ أَطْوَلَ ثُمَّ رَفَعَ.

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ انصرف من اثنتين»، يعنى انصرف وخرج عنها من ركعتين، وكانت رباعية على ما روى أنها كانت صلاة العصر، وأن صلاته كانت في المسجد، وذلك يقتضى الحضر، فقال له ذو اليدين، واسمه الخرباق: «أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله؟» إنكاراً لفعله مع أنه شرع الشرائع، وعنه تؤخذ الصلاة إلا أن ذا اليدين جوز عليه النسيان وجوز أن يكون حدث فيها تقصير، فطلب منه بيان ذلك، فصادف سؤاله من رسول الله ﷺ يقيناً أن صلاته قد كملت أو شكاً فى ذلك، على ما سنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى، فقال: «أصدق ذو اليدين».

وقوله يحتمل معنيين، أحدهما: أن يقول ذلك وهو يتيقن كمال صلاته، فيستشهد على رد قول ذى اليدين، بقول من شهد معه الصلاة، وبين هذا قوله فى الخبر الآخر كل ذلك لم يكن تيقناً، لتمام صلاته، ولو كان شكاً فى تمام صلاته وكمالها لأخذ فى الإتيان بما شك فيه، ولا التزم من الصمت ما يلتزمه المصلى.

فلما أخبر الصحابة بتصديق قول ذى اليدين، طرأ عليه الشك أو الذكر، فأخذ فى إتمام صلاته والتزام الصمت الذى هو شرط فى صحتها ما لم تدع إلى غير ذلك ضرورة لسببها، ويحتمل أن يقول ذلك وقد دخله الشك فى إتمام صلاته بقول ذى اليدين، فأراد أن يتيقن أحد الأمرين بخبر من شهد معه الصلاة، فلما صدقوا ذا اليدين وتيقن أن صلاتهم لم تتم أخذ فى إتمامها والتزم شروطها.

وإنما جاز له الكلام مع الشك على هذا القول لأنه قد تيقن كمال صلاته، واعتقد الخروج منها وبرئت ذمته منها، فحدوث الشك بعد ذلك لا يوجب عليه الرجوع إليها، وهذا أصل مختلف فيه ترد لأصحابنا مسائل تدل على أن الشك بعد السلام على يقين

= ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٠٠٨، ١٠١٤، ١٠١٥. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢١٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧١٦٠، ٧٧٦١، ٨٧٨٣، ٩١٨١، ٩٦٠٩. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٩٦، ١٤٩٧.

مؤثر، وترد مسائل تدل على أنه غير مؤثر، قال ابن حبيب: إذا سلم الإمام على يقين، ثم شك بنى على يقينه، فإن سأل من خلفه، فأخبروه أنه لم يتم، فقد أحسن، ولتيم ما بقى ويجزيهم.

ولو كان الفذ سلم من اثنتين على يقين ثم شك، فقد قال أصبغ: لا يسأل من حوله، فإن فعل فقد أخطأ بخلاف الإمام الذى يلزمه الرجوع إلى يقين من معه، فهذه المسألة مبنية على أن الشك بعد السلام على اليقين مؤثر، ويوجب الرجوع إلى الصلاة إلا أنه مع ذلك لم يجعلوا له حكم الشك داخل الصلاة لأنه لو شك قبل السلام، لم يجز له أن يسأل أحداً، فإن فعل استأنف الصلاة، قاله ابن حبيب. وكذلك لو سلم على شك ثم سألهم، وقاله ابن القاسم وأشهب وابن وهب. وقال عبدالمملك فى الواضحة وكتاب ابن سحنون: يجزيه.

وجه قول ابن القاسم أن حكم الشاك أن يبنى على يقينه ويتم صلاته، فإذا سلم على شك، فقد أبطل صلاته لأنه تعمد الكلام وقطع الصلاة فى وقت يلزمه التمدادى فيها. وجه قول عبدالمملك أنه سلام لو قارنه ييقن بتمام الصلاة كملت الصلاة، فإذا قارنه شك ثم ييقن كمال صلاته، وجب أن يكمل به الصلاة. أصل ذلك من صلى ركعتين من الظهر، ثم شك فى الوضوء، فأتم الصلاة على ذلك ثم ييقن أنه على وضوئه، فإن صلاته تجزئه. رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

فصل: وقوله: «فقام رسول الله ﷺ فصلى ركعتين أخريين»، يقتضى أحد أمرين، إما أن يكون سلم، ولم يقم من مكانه حتى قال له ذو اليمين ما قال، فمن كان هذا حاله، فذكر على تلك الهيئة التى كان عليها فى صلاته، فهذا ليس عليه من استئناف الهيئة شىء.

وأما إن قام من مجلسه، فعاد إلى الجلوس لما علم بالسهو ثم قام إلى صلاته بعد ذلك لأنه تحلل من صلاته فى حال جلوسه، فكان قيامه فى غير صلاة وقيامه للصلاة مستحق، فيجب أن يعود إلى الهيئة التى تحلل من صلاته فيها، ثم يكون قيامه إلى الركعة الثالثة، وهو فى صلاة.

وقد اختلف أصحابنا فيمن سلم ثم قام من مجلسه، فذهب ابن القاسم إلى أنه يجلس ثم يقوم ويتم صلاته. وقال ابن نافع: لا يجلس.

وجه ما قاله ابن القاسم ما ذكرناه من أن النهوض مستحق عليه فى نفس الصلاة،

وهو لم يفعله فى الصلاة، وبذلك احتج ابن القاسم لقوله هذا. ووجه ما قاله ابن نافع أنه لم يفته ركن من أركان الصلاة والنهوض إلى القيام ليس بمقصود، وليس عليه فعله إذا فات محله بالقيام. قال ابن حبيب: ولو سلم من ركعة أو ثلاث ركعات دخل بإحرام، ولم يجلس، وهذا مطرد على مذهب ابن نافع، ولا فرق بين أن يسلم من ركعة أو ركعتين لأن الجلوس للركعتين، قد انقضى والقيام من ركعتين كالقيام بعد السجود من ركعة.

مسألة: ويجوز للعامة إذا لم يفهم عنه الإمام بالتسييح موضع السهو أن يكلم بذلك، ويعلمه بموضع السهو، ولا يفسد ذلك صلاته على نحو ما فعل ذو اليمين فى خبر أبى هريرة. قال ابن القاسم: سواء كان سهوه فى ذلك فى سلامه من اثنتين أو غير ذلك من السهو. وهذا المشهور من مالك، وعليه تناظر شيوخنا بالعراق. وقال سحنون: إنما يجوز ذلك فىمن سها، فسلم من اثنتين على مثل خبر ذى اليمين. وهذا الحكم مقصور عليه. وقال عبدالله بن وهب وابن نافع: لا يجوز لأحد أن يفعل مثل ذلك اليوم، فإن فعله أحد، فلا إعادة عليه. وقال ابن كنانة: لا يجوز لأحد أن يفعله اليوم، ومن فعله، فعليه الإعادة، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى وجهاً آخر، وهو أن يكون ذلك ممنوعاً اليوم وأن يكون حكم الإجابة يختص بالنبي ﷺ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ﴾ [الأنفال: ٢٤] ولم يخص صلاة من غيرها، وقد أنكر النبي ﷺ على أبى إذ لم يجبه حين دعاه، وهو فى الصلاة ونبهه على إباحتها ذلك بالآية المذكورة، فيكون قول ابن كنانة على هذا التأويل هو الأظهر، والله أعلم.

مسألة: والتكبير للرجوع إلى الصلاة مستحق، قاله ابن القاسم عن مالك. وكل من جاز له أن يبنى بعد انصرافه بقرب ذلك، فليرجع بإحرام. وقال ابن نافع: إن لم يكبر بطلت صلاته؛ لأنه قد خرج عنها بالسلام، فلا يعود إليها إلا بإحرام.

وحكى الشيخ أبو محمد نكتة عن بعض القرويين أنه إذا سلم من اثنتين، وذكر ذلك، وهو جالس فى مقامه لم يكن عليه أن يحرم إذا رجع إلى صلاته بالقرب؛ لأنه لم ينصرف ولم يعمل عملاً، وإنما حصل منه السلام فقط، فهو كلام تكلم به فى حال صلاته سهواً، فإنه يتمادى من غير إحرام يجده، ولو ذكر ذلك، وهو قائم لم ينصرف من موضعه، لزمه أن يحرم كالمصرف.

وهذا الذى قال، فيه نظر مع مخالفته لقول مالك وابن القاسم، وذلك أن السلام من الصلاة سهو على ضربين، أحدهما: أن لا يقصد التحلل، فهو بمنزلة من تكلم فى الصلاة ساهياً، فهذا لا يحتاج إلى تحديد إحرام يعود به إلى صلاته لأنه لم يوجد منه التحلل منها. والثانى: أن يقصد بسلامه التحلل يظن أنه قد أكمل صلاته، فهذا يحتاج إلى إحرام يعود به إلى صلاته لأنه لم يوجد، وإلا كان بناؤه عارياً من الإحرام.

وأما الذى يتكلم ساهياً، فلا يقصد التحلل من صلاته، ولو قصد ذلك لأبطل صلاته. وأما ما اعتبره من الفعل، فإن الأفعال لا يقع التحلل بها، فلا تأثير لها فى وجوب الإحرام.

فروع: ومتى يكبر؟ حكى أبو محمد فى نكته عن ابن القاسم: أنه يكبر ثم يجلس، قال: رواه بعض الأندلسيين، ومعنى ذلك أنه لا يجوز له تأخير التكبير عن وقت ذكره. وحكى ابن شبلون أنه يجلس أولاً ثم يكبر.

ووجه ذلك أنه يكبر على الحالة التى فارق عليها صلاته، وهو الجلوس. وقال على ابن عيسى الطليطلى، فىمن ذكر بعد أن سلم، وهو جالس: أنه يكبر تكبيرة، ينوى بها الرجوع إلى الصلاة ثم يكبر تكبيرة أخرى يقوم بها.

فصل: وقوله: «فصلى ركعتين أخريين»، يفيد اعتداده بالركعتين الأوليين، وإضافة الركعتين الأخريين إليهما لأن أحداً لا يشك أن الركعتين الأوليين اللتين صلى بعد سهوه، غير الركعتين اللتين صلى قبله من جهة الفعل، ولكنه لما جاز أن يصليهما على سبيل القضاء والبدل من الركعتين الأوليين، وأن يصليهما على سبيل البناء عليهما، والإضافة إليهما احتاج إلى أن يبين على أى وجه صلاهما.

فصل: وقوله: «فسلم ثم كبر فسجد مثل سجوده أو أطول، ثم رفع ثم كبر، فسجد مثل سجوده أو أطول»، بيان واضح فى أن السجودتين كانتا بعد السلام من الصلاة، وبيان واضح فى مقدار سجوده فيهما وأنهما كسجوده فى صلاته أو أطول، وقد بين مع ذلك الفصل بينهما والرفع من آخرهما ولم يذكر التشهد بعدها، ولا السلام منهما، ويقتضى ذلك التكبير فى الخفض والرفع لسجود السهو، وكذلك روى ابن القاسم عن مالك. وروى على زياد عن مالك أن الإمام يسمع من خلفه التكبير والسلام فى سجودتى السهو ويفعلون كفعله.

٢٠٦ - مَالِك، عَنِ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنِ أَبِي سُفْيَانَ مَوْلَى ابْنِ أَبِي أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَلَاةَ الْعَصْرِ فَسَلَّمَ فِي رَكْعَتَيْنِ فَقَامَ ذُو الْيَدَيْنِ، فَقَالَ: أَقْصَرْتَ الصَّلَاةَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَمْ نَسِيتَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كُلُّ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ». فَقَالَ: قَدْ كَانَ بَعْضُ ذَلِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَقْبَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى النَّاسِ، فَقَالَ: «أَصَدَقَ ذُو الْيَدَيْنِ؟» فَقَالُوا: نَعَمْ، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَتَمَّ مَا بَقِيَ مِنَ الصَّلَاةِ ثُمَّ سَجَدَ سَجْدَتَيْنِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ جَالِسٌ.

الشرح: بين أبو هريرة بهذا الحديث الصلاة التي جرت فيها قصة ذى اليدين أنها صلاة العصر. وقد روى عنه أنه قال: إحدى صلاتي العشى.

وقوله ﷺ، لذى اليدين لما قال له: أقصرت الصلاة أم نسيت؟ «كل ذلك لم يكن» بيان أنه لم ينسخ حكم الصلاة ولم يقصر شيء منها، فثبت بذلك عند ذى اليدين ومن معه من الصحابة القسم الآخر، وهو أنه نسي إلا أنه ﷺ أخبر عن يقينه، وما كان يعتقد أنه فعله من إتمام الصلاة، فقال ذو اليدين: «قد كان بعض ذلك»، يريد أنه قد كان أحد الأمرين، وهو النسيان.

وقوله ﷺ: «أصدق ذو اليدين» استبعاد لقوله، وقطع منه أنه لا يذهب على الجماعة الصحة في ذلك.

وقوله: «فأتم ما بقى من الصلاة»، يقتضى اعتداه بما صلى منها.

٢٠٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ سُلَيْمَانَ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ قَالَ: بَلَغَنِي «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَكَعَ رَكْعَتَيْنِ مِنْ إِحْدَى صَلَاتِي النَّهَارِ الظُّهْرِ أَوْ الْعَصْرِ، فَسَلَّمَ مِنْ اثْنَتَيْنِ، فَقَالَ لَهُ ذُو الشَّمَالَيْنِ: أَقْصَرْتَ الصَّلَاةَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَمْ نَسِيتَ؟ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَا قْصَرْتُ الصَّلَاةَ وَمَا نَسِيتُ. فَقَالَ ذُو الشَّمَالَيْنِ: قَدْ كَانَ بَعْضُ ذَلِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَقْبَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى النَّاسِ، فَقَالَ: أَصَدَقَ ذُو الْيَدَيْنِ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَتَمَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا بَقِيَ مِنَ الصَّلَاةِ ثُمَّ سَلَّمَ».

٢٠٦ - انظر: تخريج الحديث السابق.

٢٠٧ - أخرجه النسائي في الصغرى في السهو حديث رقم ١٢٣٢.

مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ، وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِثْلَ ذَلِكَ.

الشرح: قول ابن شهاب فى هذا الحديث: «ذو الشمالين»، فيه نظر. وقال ابن خيثمة: ذو الشمالين عمير بن عمرو بن نضلة من خزاعة، حليف لبني زهرة بن كلاب، قتل يوم بدر، وذو اليمين هو الخرباق، وهو غير ذى الشمالين. والجمع بينهما فى حديث الزهرى معاً مخالفه فيه الحفاظ من الرواة عن أبى هريرة، محمد بن سيرين وأبو سفيان وغيرهما، وكذلك رواه الحفاظ عن أبى سلمة.

وبين هذا أن أبا هريرة يقول فى هذا الحديث «صلى لنا رسول الله ﷺ». وكذلك رواه أبو مصعب وغيره، وهذا يقتضى مشاهدة أبى هريرة لهذه الصلاة، وذو الشمالين قتل يوم بدر وإسلام أبى هريرة بعد ذلك بأعوام جملة.

فصل: ولم يذكر ابن شهاب فى حديثه هذا فى الموطأ سجود السهو، وقد ذكره جماعة من الحفاظ عن أبى هريرة، والأخذ بالزائد أولى إذا كان راويه ثقة.

قَالَ مَالِك: كُلُّ سَهْوٍ كَانَ نُقْصَانًا مِنَ الصَّلَاةِ فَإِنَّ سُجُودَهُ قَبْلَ السَّلَامِ، وَكُلُّ سَهْوٍ كَانَ زِيَادَةً فِي الصَّلَاةِ فَإِنَّ سُجُودَهُ بَعْدَ السَّلَامِ.

الشرح: هذا مذهب مالك ومن تبعه رحمهم الله. وقال الشافعى: السجود قبل السلام. وقال أبو حنيفة: السجود كله بعد السلام. والدليل على أن سجود الزيادة بعد السلام حديث أبى هريرة المتقدم، وهو نص فيما ذكرناه، فإن قيل يحتمل أن يراد بذلك السلام الذى فى التشهد. فالجواب أن السلام إذا أطلق فى الشرع، وأضيف إلى الصلاة اقتضى السلام من الصلاة، لأنه لا خلاف أنه الأظهر فيه، فيجب أن يحمل عليه حتى يدل الدليل على خلافه.

وجواب ثان، وهو أنه لو تساوى مع الإطلاق، لكان قوله بعد السلام، يقتضى استغراق جنس السلام، فيجب أن يكون السجود بعد كل ما ينطلق عليه هذا الاسم.

والدليل على ذلك من جهة المعنى أن سهو الزيادة لا يجوز أن يوجب سجود سهو فيها؛ لأن النقص إنما دخل فى الصلاة بالزيادة فى فعلها، فلا يصح أن يزال ذلك النقص ويجبر بزيادة أخرى لأنها من جنس ما أدخل النقص فيها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهل يحرم لهما أو لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما:

أنه يحرم لهما. والثانية: نفى ذلك. وفي العتبية من رواية عيسى: لا يحرم لهما، قال: ثم رجع ابن القاسم، فقال: لا يرجع إليهما إلا بإحرام.

وجه الرواية الأولى أن سجود السهو بعد السلام صلاة في نفسها لأنها تفتقر إلى طهارة، وتفعل بعد شهر من السهو، ويسلم منها، فوجب أن يكون التكبير في أولها تكبير إحرام، وأن تفتقر إلى النية كسائر الصلوات. ووجه الرواية الثانية أن هذا سجود يفعل خارج الصلاة مفردًا كسجود التلاوة.

فرع: ومذهب مالك أنه يتشهد لهما ويسلم، وقال الحسن البصرى: لا يتشهد لهما.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، ما روى عن عمران بن حصين «أن رسول الله ﷺ، العصر، فسلم من ثلاث ركعات، ثم دخل منزله، فقام إليه رجل يقال له الخرباق، وكان في يديه طول، فقال: يا رسول الله، فذكر له صنيعه، فخرج غضبًا، يجر رداءه حتى انتهى إلى الناس، فقال: أصدق هذا؟ فقالوا: نعم، فصلى ركعة ثم سلم، ثم سجد سجدين، ثم سلم».

وهذا نص في السلام بعد سجدي السهو اللتين بعد السلام.

ومن جهة المعنى أن السجود إذا كان شفعًا لم يكن إلا في صلاة وكل موضع شرع فيه السجود في غير صلاة، وإنما شرع وترا كسجود التلاوة وسجود الشكر عند من يراه، فإذا ثبت أنه في صلاة، فإنه لا يتحلل منها إلا بسلام بعده كسجود الصلاة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف قول مالك، رحمه الله، في صفة السلام منها، فروى عنه ابن القاسم وعلي بن زياد أنها في السر والإعلان كسائر الصلوات. وروى عن مالك أنه يسر ولا يجهر بها.

وجه الرواية الأولى أنه سلام عقب سجود سهو، فجاز أن يجهر به كسلام الصلاة نفسها بعد سجدي السهو قبل السلام. ووجه الرواية الثانية أنها صلاة يقتصر فيها على ركن واحد من أفعال الصلاة، فكانت سنة السلام منها الإسرار كصلاة الجنائز، والخلاف في الجنائز كالخلاف في هذا، وسيأتى بعد هذا ذكر السجود لسهو النقص، والدليل على أنه قبل السلام.

إتمام المصلي ما ذكر إذا شك في صلاته

٢٠٨ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى أَثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا، فَلْيُصَلِّ رَكْعَةً وَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ، وَهُوَ جَالِسٌ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ كَانَتْ الرُّكْعَةُ الَّتِي صَلَّى خَامِسَةً، شَفَعَهَا بِهَاتَيْنِ السَّجْدَتَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ رَابِعَةً، فَالْسَّجْدَتَانِ تَرْغِيمٌ^(١) لِلشَّيْطَانِ».

الشرح: قوله: «إذا شك أحدكم في الصلاة فلم يدر كم صلى» يدل على أن السهو والشك يقع منا في الصلاة مع أدائها، وأن ذلك لا يمنع صحتها لتعذر الاحتراز منه.

وقوله: «فليركع ركعة وليسجد سجدتين، وهو جالس قبل التسليم» ظاهره خلاف ما رويناه من حديث أبي هريرة وعمران بن حصين أن السجود في السهو بالزيادة بعد السلام، وكذلك في حديث عبدالله بن مسعود.

ولنا في ذلك طريقان، أحدهما: الترجيح، والثاني: الجمع بين الحديثين، فأما الترجيح، فلنا أخبار كلها صحاح ولا اضطراب في أسانيدنا، وخبرهم مضطرب الإسناد، لأن مالكاً وأكثر الحفاظ على إرساله.

وقد اضطرب في إسناده، فرواه ابن بلال وغيره عن عطاء عن أبي سعيد، ورواه الدراوردي وغيره عن عطاء عن ابن عباس، فكان ما تعلقنا به أولى لسلامة روايته من الاضطراب.

والوجه الثاني: أن خبر عطاء رواه واحد، والأخبار التي تعلقنا بها رواها جماعة من أئمة الصحابة، والتعلق بخبرهم أولى؛ لأن السهو عن الجماعة أبعد. والوجه الثالث: أن رواية ما تعلقنا به أثبت لأن علقمة ومحمد بن سيرين أثبت من عطاء، فكان التعلق بروايتهم أولى.

وأما الجمع بين الحديثين، فإننا نجتمع بينهما على أن المراد بالسلام في حديث أبي

٢٠٨ - أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٧١. والنسائي في السهو حديث رقم ١٢٣٨، ١٢٣٩. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٠٢٤، ١٠٢٦. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢١٠. وأحمد في المسند حديث رقم ١١٢٩٢، ١١٣٧٣، ٢٧٧٣٥. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٤٩٥.

(١) الترغيم: الإذلال والإغماظة.

هريرة وابن مسعود وعمران بن حصين: السلام من الصلاة، والسلام المذكور فى حديث عطاء سلام التشهد.

وقد أطلق النبى ﷺ اسم السلام، وهو فى قوله عليه السلام: «والسلام كما قد علمتم» يحتمل أن يريد به مجرد الصلاة لأنه نص ما يفعله من الركوع والسجود والجلوس والسلام، فكان حمل الحديثين على ذلك أولى من إطراح أحدهما.

فصل: وقوله: «فإن كانت الركعة التى صلى خامسة شفعها بهاتين السجدة»، على ما قدمنا من التأويل يحتمل أن يكون، الراوى، قد ترك ذكر سجدة السهو ثم أشار إليهما بقوله: «شفعهما بهاتين السجدة»، ويقوم ذلك مقام ذكرهما، والله أعلم، فعلى هذا يحتمل أن يريد أن الصلاة مبنية على الشفع، فإن دخل عليها ما يوترها من زيادة، وجب إصلاح ذلك بما يشفعها.

ويجب أن يكون ذلك على وجه يأمن أن يكون ما زاد به الشفع يوتر الصلاة، ولا يكون ذلك إلا بأن تكون السجدة خارج الصلاة لأن ما يقع به الشفع يقع به الوتر، فلو كانت السجدة داخل الصلاة لم يأمن أن يكون على شفع، فينقلها ذلك إلى الوتر، فوجب لذلك أن تكون السجدة خارج الصلاة.

فإن قيل فإن كانت خارج الصلاة لم يقع بها شفع كما أنه لا يقع بها وتر، وإن كانت الصلاة شفعاً.

فالجواب أن هذا غير صحيح لأن ما يفعل خارج الصلاة يجبر الصلاة، ولا يؤثر فى نقصها وإفسادها، ألا ترى أن من سلم متيقناً لتمام صلاته، ثم تيقن أنه سلم من اثنتين، فرجع إلى صلاته فصلاها على ما بدا له، فإنه يجبر بذلك نقص صلاته ويتمها، فإن ذكر بعد إتمامها أو قبل ذلك أنه قد كان أتم صلاته أولاً، لم يؤثر هذا فى نص صلاته، ولا فى إفسادها، ولا وجب عليه سجود سهو لشيء من زيادته تلك.

فصل: وقوله: «إن كانت رابعة، فالسجدة ترغيم الشيطان» دليل أيضاً على أن السهو بعد السلام، وأن السلام المذكور فى الحديث، هو سلام التشهد؛ لأن ترغيم الشيطان، إنما يصح بعد تمام العبادة، وبعد أن يؤمن بإفساده إياها بالنسوة وغيره، وقد تعلق محمد بن يحيى بن عمر بن لبابة بظاهر هذا الحديث، فقال: إن السجود للسهو المتيقن أنه نقص، وللسهو المشكوك فيه قبل السلام، وإنما يسجد بعد السلام من تيقن الزيادة.

٢٠٩ - مَالِك، عَنْ عُمَرَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ زَيْدٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَتَوَخَّ الَّذِي يَظُنُّ أَنَّهُ نَسِيَ مِنْ صَلَاتِهِ فَلْيُصَلِّهِ ثُمَّ لِيَسْجُدْ سَجْدَتِي السَّهْوِ، وَهُوَ جَالِسٌ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «فليتوخ الذى يظن أنه نسي من صلاته فليصله»، علق الإعادة بالظن، ولم يذكر التجويز، وإن كان حكمه فى ذلك حكم غلبة الظن، وإنما يعتد من صلاته بما تيقن أداءه له، هذا مذهب مالك وأصحابه. وقال أبو حنيفة: يرجع إلى غالب ظنه، فإن غلب على ظنه، أنه صلى أربعاً لم يصل خامسة، وإن غلب على ظنه أنها ثلاثة صلى رابعة.

والدليل على ما نقوله حديث عطاء المتقدم ذكره، وهو نص فيما ذهب إليه مالك، رحمه الله، وقد أسنده سليمان بن بلال عن زيد بن أسلم.

ودليلنا من جهة المعنى أن الصلاة متيقن تعلقها بالذمة، فلا تبرأ الذمة منها إلا بيقين.

مسألة: ويلزم الشاك فى الصلاة أن يتذكر ما لم يطل ذلك، فإن تذكر وإلا بنى على اليقين، وألغى الشك، وهل يلزمه سجود سهو لتذكره أم لا؟.

أفعال الصلاة على ضربين، ضرب فى تطويله قربة كالقيام والركوع والسجود والجلوس، فهذا ليس فى تطويله لذلك سجود سهو، قاله ابن القاسم وأشهب. قال سحنون فى الجلوس: إلا أن يخرج عن حده، فيسجد لسهوه.

وأما ما لا قربة فى تطويله كالجلوس بين السجدين أو المستوفز للقيام على يديه وركبتيه، فقد قال مالك: من أطال التذكر على ذلك، فليس عليه سجود سهو لأن الشك بانفراده لا يوجب سجود سهو، وتطويل ذلك الفعل على وجه العمد، فلا تعلق له بسجود السهو. وقال أشهب: يسجد لسهوه لأنه إنما طولها بالشك ولا قربة فى تطويلها، فلزم بذلك سجود السهو.

٢٠٩ - أخرجه مسلم بكتاب الصلاة برقم ٨٩، ٤٠٠/١ عن ابن مسعود. والنسائي ٢٨/٣ عن ابن مسعود كتاب الصلاة، باب التحرى. وابن ماجه برقم ١٠٢٤، ١١٠/٢ عن أبى سعيد. وأحمد ٧٢/٣ عن عطاء، عن أبى سعيد. وابن حبان فى صحيحه عن عطاء بن يسار عن أبى سعيد ١٥٣/٤. وابن ماجه برقم ١٢١٠ عن عطاء عن أبى سعيد ٣٨١/١ كتاب الصلاة باب من شك فى صلاته فرجع إلى اليقين. والدارقطنى ٣٧١/١ عن أبى سعيد.

فصل: وقوله: «فسجد سجدة السهو، وهو جالس»، يعنى قبل قيامه وزواله عن مصلاه، ويحتمل أن يريد بذلك أن الدخول فيها لا يكون إلا من جلوس، وكذلك الانفصال عنها، ولا ينحط لها من قيام كما يفعل فى سجود التلاوة لمن قرأها، وهو قائم فى الصلاة أو غيرها.

٢١٠ - مَالِك، عَنْ عَفِيْفِ بْنِ عَمْرٍو السَّهْمِيِّ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو بْنَ الْعَاصِ وَكَعْبَ الْأَحْبَارِ عَنِ الَّذِي يَشْكُ فِي صَلَاتِهِ فَلَا يَدْرِي كَمْ صَلَّى أَثَلًا أَمْ أَرْبَعًا، فَكَلَاهُمَا قَالَ: لِيُصَلِّ رُكْعَةً أُخْرَى ثُمَّ لَيْسَ جَدُّ سَجْدَتَيْنِ وَهُوَ جَالِسٌ.

الشرح: جواب عبدالله بن عمرو وكعب الأحبار فى هذا الحديث على ما قدمناه من مذهب مالك، وهو إن شاء الله تقرير قول عبدالله بن عمرو، وهذا يدل على اتصال عمل الصحابة به.

٢١١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو كَانَ إِذَا سُئِلَ عَنِ النُّسْيَانِ فِي الصَّلَاةِ قَالَ: لِيَتَوَخَّ أَحَدُكُمْ الَّذِي يَظُنُّ أَنَّهُ نَسِيَ مِنْ صَلَاتِهِ فَلْيُصَلِّهِ.

الشرح: وهذه الرواية مثل رواية سالم، إلا أنه لم يذكر سجود السهو، وهو أعلم، بمعنى ما تقدم من حديث عبدالله بن عمرو وكعب.

* * *

من قام بعد الإتمام وفى الركعتين

الشرح: معنى قوله: «بعد الإتمام» يريد إتمام ركوع صلاته وسجودها، وهو أن يقوم من الرابعة إلى الخامسة ساهياً.

وقوله: «أوفى الركعتين» يعنى أن يقوم منهما، ولا يجلس الجلسة الأولى.

٢١٢ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُحَيْنَةَ أَنَّهُ قَالَ:

٢١٠ - أخرجه أبو داود عن عطاء بن يستر مرسلًا برقم ١٠٢٦، ٢٦٧/١ كتاب الصلاة.

٢١١ - انفرد به مالك.

٢١٢ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٨٢٩، ٨٣٠. والجمعة حديث رقم ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٣٠. والأيمان والنذور حديث رقم ٦٦٧٠. ومسلم فى المساجد ومواضع =

صَلَّى لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَكَعَتَيْنِ ثُمَّ قَامَ وَلَمْ يَجْلِسْ، فَقَامَ النَّاسُ مَعَهُ، فَلَمَّا قَضَى صَلَاتَهُ وَنَظَرْنَا تَسْلِيمَهُ كَبَّرَ ثُمَّ سَجَدَ سَجْدَتَيْنِ، وَهُوَ جَالِسٌ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ثُمَّ سَلَّمَ.

الشرح: وقوله: «ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه» يحتمل أمرين، أحدهما: أن يكونوا قد علموا حكم هذه الحادثة، وأنه إذا استوى قائماً لا يرجع إلى الجلسة الأولى، لأنها ليست من الفرائض ولا محلاً للفرض، أو يكونوا لم يعلموا فسبحوا، فأشار إليهم أن قوموا.

وقد روى في حديث المغيرة بن شعبة أنه قام من ركعتين فسبحوا به، فأشار إليهم أن قوموا، ثم قال: هكذا صنع رسول الله ﷺ.

مسألة: وفي ذلك ثلاث مسائل، إحداها: أن يسبحوا به، وقد شرع في القيام، ولم ينفصل عن الأرض. والثانية أن ينفصل عن الأرض، ولم يستوعب قيامه. والثالثة بعد أن يستوعب القيام.

فأما إذا سبحوا به قبل أن يفارق الأرض، فإنه يرجع ولا سجود عليه، وأما إذا سبحوا به بعد أن فارق الأرض، ولم يستوعب القيام، فإنه يرجع وعليه سجود السهو للزيادة بعد السلام. رواه ابن حبيب عن مالك.

وقال ابن القاسم عن مالك: لا يرجع بعد أن يفارق الأرض.

وجه الرواية الأولى أنه يرجع ما لم يتشبهت بركن من أركان الصلاة، وهو الوقوف وما قبل ذلك فليس بركن فلا يمنع من الرجوع إلى فعل من الجلوس. ووجه رواية ابن القاسم أن المحل قد فات بالانتقال عن هيئته.

مسألة: فأما إذا سبحوا به بعد أن يستوى قائماً، فلا يرجع إلى الجلوس، لأنه قد فات محل الجلسة، وتلبس بركن من أركان الصلاة، وهو الوقوف.

فإن رجع، فهل تفسد صلاته أم لا؟ قال ابن القاسم وأشهب وعلي بن زياد: لا

= الصلاة حديث رقم ٥٧٠. والترمذي في الصلاة حديث رقم ٣٥٦، ٣٩١. والنسائي في الصغرى في التطبيق حديث رقم ١١٧٧، ١١٧٨. والسهو حديث رقم ١١٩٠، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٦١، ١٢١٧. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢١٦، ١٢١٧. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٢٤١١، ٢٢٤٢١. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٤٩٩، ١٥٠٠، ١٥٤٣، ١٥٤٤.

تفسد عليه صلاته. وقال ابن سحنون: تفسد صلاته.

وجه قول ابن القاسم أنه لم يحل بينه وبين محل الجلوس ركن من أركان الصلاة، فلم تفسد بالجلوس كما لو رجع إلى الجلوس قبل استوائه. ووجه قول محمد أنه ممنوع من الجلوس، فوجب أن تبطل صلاته كما لو رجع بعد الركوع.

فرع: فإذا قلنا إن صلاته لا تفسد بالرجوع، فهل يسجد قبل السلام أو بعده؟ قال ابن القاسم: يسجد بعد السلام. وقال علي بن زياده وأشهب: يسجد قبل السلام.

فصل: وقوله: «فلما قضى صلاته ولم يبق إلا أن يسلم»، يحتمل أن يريد به قضى الصلاة التي هي الدعاء، وصار من وراءه ينتظرون تسليمه «كبر ثم سجدة»، ويحتمل أن يريد بالصلاة الأفعال والأقوال التي ينطلق عليها هذا الاسم في عرف الشرع، ويكون معنى قضى صلاته، قارب قضاءها، وأتى بجميعها غير التسليم.

فصل: وقوله: «كبر» يقتضى أن سجود السهو قبل السلام يكبر له. ووجه ذلك أنه انتقال من حال إلى حال في نفس الصلاة وذلك مما شرع فيه التكبير.

فصل: وقوله: «ثم سجدة سجدين، وهو جالس قبل التسليم ثم يسلم» نص في أنه سجدة لسهوه قبل التسليم لما كان مقتضى سهوه النقص مما سن في الصلاة، وهو الجلسة الأولى، وبهذا قال مالك. وقال أبو حنيفة: يسجد لمثل هذا بعد السلام.

والدليل على ما نقوله هذا الحديث، وهو نص في موضع الخلاف.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا جبران للنقص الواقع في العبادة، فوجب أن يكون فيها كهدي المتعة والقران في الحج.

مسألة: وإن كانت سجدة السهو قبل السلام، فهل يعاد له التشهد أم لا؟ في ذلك عن مالك روايتان.

وجه قوله: «يعاد» أن هاتين سجديتان في الصلاة، فكان من سنتها أن لا يسلم منهما إلا بعد تشهد سجديتي الصلاة. ووجه الرواية الثانية أن سنة الصلاة لا يتكرر التشهد في ركعة واحدة، وإذا أعدنا التشهد بعد سجديتي السهو، فقد كررناه في ركعة واحدة، وذلك مخالف لسنة الصلاة.

مسألة: ولا إحرام لسجديتي السهو قبل السلام، حكى ذلك ابن المواز. ووجهه أن كل سجود في نفس الصلاة، فإنه لا يختص بإحرام كسجود التلاوة.

مسألة: ومن انصرف من صلاته، فذكر سجدة السهو قبل السلام بالقرب، قال ابن المواز: يسجدهما في موضع ذكر ذلك إلا في الجمعة، فلا يسجدهما إلا في المسجد، وكذلك في السلام وغيره، وإن أتم ذلك في غير المسجد لم تجزه الجمعة.

قال الشيخ أبو محمد: يريد سجود السهو قبل السلام.

ووجه ذلك أنه سجود من نفس صلاة الجمعة قبل التحلل منها، فلا يكون إلا في موضع الجمعة كسجود الصلاة. وقد قال الشيخ أبو إسحاق في الراءف يوم الجمعة، يتم في غير الجامع: لا إعادة عليه.

٢١٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ هُرْمُزٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُحَيْنَةَ أَنَّهُ قَالَ: صَلَّى لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الظُّهْرَ، فَقَامَ فِي اثْنَتَيْنِ، وَلَمْ يَجْلِسْ فِيهِمَا، فَلَمَّا قَضَى صَلَاتَهُ سَجَدَ سَجْدَتَيْنِ، ثُمَّ سَلَّمَ بَعْدَ ذَلِكَ.

الشرح: بين يحيى بن سعيد في حديثه أن الصلاة الظهر.

وقوله: «فلما قضى صلاته سجد سجدتين»، يريد انقضت أفعال صلاته، ولم يبق له إلا التحلل منها، وقد بين ذلك ابن شهاب بقوله: وانتظرنا تسليمه.

وقوله: «سجد سجدتين»، يريد لسهوه، «ثم سلم بعد ذلك» ذكر السلام من الصلاة ولم يذكر التشهد من سجدة السهو قبل السلام، وقد تقدم الكلام في ذلك.

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ سَهَا فِي صَلَاتِهِ فَقَامَ بَعْدَ إِتْمَامِهِ الْأَرْبَعِ فَقَرَأَ ثُمَّ رَكَعَ، فَلَمَّا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنْ رُكُوعِهِ ذَكَرَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ أَتَمَّ: إِنَّهُ يَرْجِعُ فَيَجْلِسُ وَلَا يَسْجُدُ، وَلَوْ سَجَدَ إِحْدَى السَّجْدَتَيْنِ لَمْ أَرَأْ أَنْ يَسْجُدَ الْأُخْرَى، ثُمَّ إِذَا قَضَى صَلَاتَهُ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ، وَهُوَ جَالِسٌ بَعْدَ التَّسْلِيمِ.

الشرح: هذا الذي ذكره مالك مما لا اختلاف فيه نعلمه، لأن فرض الصلاة أربع ركعات، فلما زاد ساهياً، وهو في نفس الزيادة وجب عليه الرجوع عنها متى ما ذكر قبل الركوع وبعده وبين السجدتين، وعلى أى حال ذكر ذلك كان عليه الترك لما هو فيه من العمل، والأخذ فيما بقى عليه من تشهده، ولذلك قال: «قضى صلاته»، يريد أتم ما بقى عليه منها من جلوس وتشهد وسلام «وسجد سجدتين» يريد لسهوه بعد السلام.

* * *

النظر في الصلاة إلى ما يشغلك عنها

٢١٤ - مَالِك، عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ أَبِي عَلْقَمَةَ، عَنْ أُمِّهِ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَتْ: أَهْدَى أَبُو جَهْمٍ بِنُ حُذَيْفَةَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ خَمِيصَةً شَامِيَةً لَهَا عَلَمٌ، فَشَهِدَ فِيهَا الصَّلَاةَ فَلَمَّا انصَرَفَ قَالَ: «رُدِّي هَذِهِ الْخَمِيصَةَ إِلَى أَبِي جَهْمٍ، فَإِنِّي نَظَرْتُ إِلَى عَلَمِهَا فِي الصَّلَاةِ فَكَادَ يَفْتِنَنِي».

الشرح: الخميصة كساء صوف رقيق يكون له في الأغلب علم، وكانت من لباس أشرف العرب وشهوده ﷺ فيها الصلاة يدل على جواز الصلاة بها، وذلك لمعنيين، أحدهما أن الصوف والشعر لا ينجس بالموت. والوجه الثاني أن ذبائح أهل الكتاب حلال لنا، وهم كانوا سكان الشام في ذلك الوقت، فيحمل ما ورد من جهتهم على الذكاة لما علم أن ذلك كان عملهم.

فصل: وقوله: «فلما انصرف، قال: ردى هذه الخميصة إلى أبي جهم» دليل على جواز رد الهدية إلى مهديها باختيار المهدي إليه.

وقوله: «فإنني نظرت إلى علمها في الصلاة» يحتمل معنيين، أحدهما: أنه بين علة ردها ليقترن به في ترك لباسها من غير تحريم. والثاني: على وجه التأنيس لأبي جهم في رد هديته إليه، وقد بين أن الفتنة لم تقع، وأن صلاته ﷺ كملت قوله: «فكاد يفتنني».

٢١٥ - مَالِك عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَبِسَ خَمِيصَةً لَهَا عَلَمٌ ثُمَّ أَعْطَاهَا أَبَا جَهْمٍ وَأَخَذَ مِنْ أَبِي جَهْمٍ أَنْبِجَانِيَةً، لَهُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ

٢١٤ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٣٧٣. والأذان حديث رقم ٧٥٢. واللباس حديث رقم ٥٨١٧. مسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٥٦. والسلام حديث رقم ٢١٨٣، ٢١٨٤. والنسائى فى القبلة حديث رقم ٧٧١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٩١٤. وابن ماجه فى اللباس حديث رقم ٣٥٥٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٦٧، ٢٣٦٧، ٢٣٦٧٠، ٢٤٩١٧، ٢٥١٠٧، ٢٥٢٠٦.

٢١٥ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٣٧٣. ومسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٥٦. والنسائى فى القبلة حديث رقم ٧٧١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٩١٤. وابن ماجه فى اللباس حديث رقم ٣٥٥٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٦٧، ٢٣٦٧، ٢٥١٠٧، ٢٥٢٠٦.

وَلَمْ؟ فَقَالَ: «إِنِّي نَظَرْتُ إِلَى عِلْمِهَا فِي الصَّلَاةِ».

الشرح: لباسه ﷺ الخميصة، دليل على إباحة لباسها، وإن كان لها علم والأنبجانية، والأنبجاني كساء صوف غليظ إن أردت الثوب والكساء ذكرت، وإن أردت الرقعة والخميصة أثنت، قال ثعلب: يقال أنبجانية بفتح الياء وكسرهما في كل ما كثف والتف، ويقال شاة أنبجانية، إذا كان صوفها كثيراً ملتفاً.

وقال ابن قتيبة: إنما هي منبجاني، ولا يقال البجاني إنما هو منسوب إلى منبج، وفتحت باؤه في النسب لأنه خرج مخرج منظراني ومخبراني، والذي قاله ثعلب أظهر والنسب إلى منبج، منبجي.

فصل: وقوله: «أعطاها أبا جهم»، وأخذ من أبي جهم أنبجانية، يقتضى المعاوضة، وإن كان أصلها التبسط على من علم أنه يسعف رغبته، ولا يرد إرادته، فإن كان هذا الحديث الأول الذى يرويه علقمة فى أن أصل الخميصة من عند أبى جهم أهداها إلى النبى ﷺ، فإنه يدل على أن للإنسان أن يشتري ما أهده من المهدي له، وغيره بخلاف الصدقة التى يكره للمتصدق بها أن يشتريها لمنع النبى ﷺ عمر أن يشتري الفرس الذى كان حمل عليه فى سبيل الله.

فصل: وقول أبى جهم: «يا رسول الله ولم؟»، سؤال عن معنى كراهيته للخميصة مخافة أن يكون حدث فيها تحريم لابسها، فقال النبى ﷺ: «إنى نظرت إلى علمها فى الصلاة»، وهذا يدل على كراهية الاشتغال عن الصلاة بالنظر إلى غيرها، يقبله فيها دون تكلف ولا قصد، ولا امتناع من كل ما يشغل فيها، والقصد إلى التفرغ لها، والإقبال عليها، وإن لم يجرم علينا أن نلبس من الثياب خيرها، ولا ما يمكن أن ينظر إليه فى الصلاة، فلذلك لم يمنع أبا جهم من لابسها، ويحتمل أن يفعل ذلك النبى ﷺ لأحد معينين، أحدهما: أن يكون قد فرض عليه من ذلك ما لم يفرض على غيره، والثانى: أن يكون ﷺ أراد أن يأتى بالصلاة على أكمل وجوهاها ويزيل عن نفسه كل ما يكون سبباً لإدخال التقص فيها بالشغل عنها، وإن لم يكن ذلك واجباً فهو مندوب إليه.

٢١٦ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ أَبَا طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيَّ كَانَ يُصَلِّي فِي حَائِطِهِ فَطَارَ دُبْسِي فَطَفِقَ يَتَرَدَّدُ يَلْتَمِسُ مَخْرَجًا، فَأَعْجَبَهُ ذَلِكَ، فَجَعَلَ يُتْبِعُهُ

٢١٦ - أخرجه أحمد ٢٨٣/٣ عن أنس. والبخارى كتاب الصلاة باب إذا صلى فى ثوب مصلب عن أنس. وفى كنز العمال برقم ٤١٥٧١ وعزاه لأحمد والبخارى عن أنس جـ ٤٠٤/١.

بَصْرَهُ سَاعَةً ثُمَّ رَجَعَ إِلَى صَلَاتِهِ، فَإِذَا هُوَ لَا يَدْرِي كَمْ صَلَّى، فَقَالَ: لَقَدْ أَصَابْتَنِي فِي مَالِي هَذَا فِتْنَةٌ، فَجَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَ لَهُ الَّذِي أَصَابَهُ فِي حَائِطِهِ مِنْ الْفِتْنَةِ، وَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هُوَ صَدَقَةٌ لِلَّهِ فَضَعُهُ حَيْثُ شِئْتَ.

الشرح: قوله: «فطفق يتردد يلتمس مخرجاً»، يعنى أن اتساق النخل، واتصال جرائدها لتتساقها، كانت تمنع الدبسى من الخروج، فجعل يتردد يطلب المخرج، فرأى ذلك أبو طلحة، فاتبعه بصره اتباع السرور بصلاح ماله وحسن اقباله وتنعمه، فشغله ذلك عما هو فيه من صلاته.

فصل: وقوله: «ثم رجع إلى صلاته»، معناه رجع إلى الإقبال عليها، وتفريغ نفسه لإتمامها، فإذا هو لا يدري كم صلى لأنه نسى ذلك بنظره إلى الدبسى، فقال: «لقد أصابتنى فى مالى هذا فتنة» أصل الفتنة فى كلام العرب الاختيار، قال الله تعالى: ﴿وَفِتْنَاكَ فِتْنُونًا﴾ معناه، والله أعلم، اختبرناك اختباراً إلا أن لفظ الفتنة إذا أطلق فإنما يستعمل غالباً فيمن أخرجته الاختبار عن الحق، يقال فلان مفتون، بمعنى أنه اختبر، فوجد على غير الحق، فمعنى قوله: «أصابتنى فتنة»، أى اختبرت بهذا المال، فشغلنى عن الصلاة وتكون الفتنة بمعنى الميل عن الحق، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَادُوا لِيَفْتَنُونَكَ الَّذِى أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ﴾ [الإسراء: ٧٣] معناه يميلون، فيكون معنى أصابتنى فتنة، أى أصابتنى من بهجة هذا المال ما أمالنى عن الإقبال إلى صلاتى، وتكون الفتنة أيضاً الإحراق، يقال فتنت الرغيف إذا أحرقته، قال الله تعالى: ﴿يَوْمَ هُمْ عَلَى النَّارِ يَفْتَنُونَ﴾ [الذاريات: ١٣] أى يحرقون. واللغة المشهورة فتنت الرجل، وأهل نجد يقولون: أفنتت الرجل، لما أصابت أبا طلحة الفتنة فى ماله جاء النبى ﷺ فذكر له الذى أصابه فى حائطه من الفتنة، وقال: «يا رسول الله»، يريد بذلك إخراج ما فتن به من ماله، وتكفير اشتغاله عن صلاته، وهذا يدل على أن مثل هذا كان يقل منهم ويعظم فى نفوسهم، فكيف بمن يكثر ذلك منه تغمد الله زلنا بفضله، وفى الجملة أن الإقبال على الصلاة، وترك الالتفات فيها مأموريه من أحكامها.

قال مالك فى العتبية فى قوله الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ﴾ [المؤمنون: ٢] قال: الإقبال عليها والخشوع فيها، وقد كره كل ما يكون سبباً إلى الالتفات فيها. قال مالك: ولذلك كره الناس تزويق المسجد بالذهب والفضة والفسيفسا، وتأولوا أنه يشغل الناس فى صلاتهم.

فصل: وقوله: «هو صدقة لله، ضعه حيث شئت»، يقتضى الصدقة، برقة المال، وإنما صرف ذلك إلى اختيار رسول الله ﷺ لعلمه بأفضل ما تصرف إليه الصدقات وحاجته إلى صرفها في وجوهها.

٢١٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ كَانَ يُصَلِّي فِي حَائِطٍ لَهُ بِالْقَفِّ وَادٍ مِنْ أَوْدِيَةِ الْمَدِينَةِ فِي زَمَانِ النَّعْمِ، وَالنَّخْلُ قَدْ ذُلَّتْ، فَهِيَ مُطَوَّقَةٌ بِشَمَرِهَا، فَنظَرَ إِلَيْهَا فَأَعْجَبَهُ مَا رَأَى مِنْ ثَمَرِهَا ثُمَّ رَجَعَ إِلَى صَلَاتِهِ، فَإِذَا هُوَ لَا يَدْرِي كَمْ صَلَّى، فَقَالَ: لَقَدْ أَصَابْتَنِي فِي مَالِي هَذَا فِتْنَةٌ، فَجَاءَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ، وَهُوَ يَوْمَئِذٍ خَلِيفَةٌ فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، وَقَالَ: هُوَ صَدَقَةٌ فَاجْعَلْهُ فِي سُبُلِ الْخَيْرِ، فَبَاعَهُ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ بِخَمْسِينَ أَلْفًا، فَسُمِّيَ ذَلِكَ الْمَالُ الْخَمْسِينَ.

الشرح: قوله: «بالقف»، القف ما صلب من الأرض، واجتمع وأصل القفوف الاجتماع، ومنه قفا شعرك، أى اجتمع وتقبض.

وقوله: «قد ذللت»، قال محمد بن عيسى: معنى ذللت مالت الثمرة بعراجينها فبرزت، وصارت كالطوق للنخلة. وقال ابن مزين معنى ذلك أن النخل تجمع عراجينها بجبل أو شيء، فتبرز الثمرة، فتبين للخرص وغير ذلك. وقيل معناه أن الثمرة تفتل عراجينها لتثمر. وروى عيسى أنهم كانوا يفعلون ذلك ليتمكن الخرص.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندي فى ذلك أن الثمرة إذا عظمت وبلغت حد النضج ثقلت فمالت بعراجينها، فهو معنى تذليلها، وهو فيما يقع فى نفسى معنى قوله تعالى: ﴿وَذَلَّلْتَ قُطُوفَهَا تَذْلِيلًا﴾ [الإنسان: ١٤].

فصل: وقوله: «هو صدقة»، هذه اللفظة بانفرادها تقتضى السبر، وإن لم يقل صدقة لله، ولذلك من تصدق على ابنه لم يكن له اعتصار صدقته بخلاف الهبة، فإن له اعتصارها حتى يقول: هبة لله، وتفارق الصدقة الهبة فى موضع آخر، وهو أنه إذا قال: صدقة، ولم يبين المتصدق عليه كملت الصدقة، ولم تفتقر إلى ذكر المتصدق عليه، والهبة تفتقر إلى ذكر الموهوب له. وقال عبد الملك: إن فى هذا الحديث دليلاً على أن من تصدق بشيء معين من ماله، وإن كان أكثر من الثلث، فإنه يلزمه، وليس ذلك بين لأنه ليس فى الحديث ما يدل أن ما أخرججه كان أكثر من ثلث ماله، ولو عرفوا ذلك فليس

في الحديث ما يدل على أنه ألزم ذلك، وحكم عليه به مع امتناعه منه.

* * *

العمل في السهو

٢١٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ أَحَدَكُمْ إِذَا قَامَ يُصَلِّي جَاءَهُ الشَّيْطَانُ، فَلَبَسَ عَلَيْهِ حَتَّى لَا يَدْرِي كَمْ صَلَّى، فَإِذَا وَجَدَ ذَلِكَ أَحَدُكُمْ، فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ، وَهُوَ جَالِسٌ».

الشرح: لم يذكر في الحديث ما يعمل عند شكه في صلاته من البناء على يقينه أو غير ذلك، ويحتمل أن يكون ذلك موافقاً لحديث أبي سعيد، فيكون الأخذ بالزائد المفسر أولى، وقد ذهب بعض المفسرين لهذا الحديث إلى أن هذا في المستكح وقال: إنه لو كان حكمه حكم حديث أبي سعيد، فمن يصح منه اليقين لوجب أن يذكره لأن هذا موضع تعليم، فلا يجوز أن يخل فيه ببعض المقصود، وهذا ليس بين لأن هذا يلزمه فيما يرداه من الاستكح لأن لمن خالفه أن يقول هذا موضع تعليم، فلو أراد به المستكح لوجب أن يبينه، وأيضاً فإن النبي ﷺ قد بينه، ولكنه حفظه بعض الرواة ونسيه بعضهم، فيؤخذ برواية من حفظ، والصواب أنه محمول على كل ساء، وإن حكمه السجود، ويرجع في بيان حكم المصلي فيما شك فيه، وفي موضع سجوده من صلاته إلى سائر الأحاديث المفسرة.

٢١٩ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنِّي لَأَنْسَى أَوْ أَنْسَى لَأُسِّنُّ».

الشرح: قوله ﷺ: «إِنِّي لَأَنْسَى أَوْ أَنْسَى لَأُسِّنُّ» ذهب بعض المفسرين إلى أن «أو» للشك. وقال عيسى بن دينار وابن نافع: ليست للشك، ومعنى ذلك أنسى أنا أو ينسيني

٢١٨ - أخرجه البخاري في الأذان حديث رقم ٦٠٨. ومسلم في الصلاة حديث رقم ٣٨٩. والترمذي في الصلاة حديث رقم ٣٦٣. والنسائي في الأذان حديث رقم ٧٦٠. والسهو ١٢٥٣. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٥١٦. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢١٦، ١٢١٧. وأحمد في المسند حديث رقم ٧٦٣٧، ٧٧٤٤، ٧٧٦٣، ٩٨٩٣. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٢٠٤، ١٤٩٤.

٢١٩ - أخرجه عياض في الشفا ٣٢٠/٢. ابن عبد البر في الاستذكار ١٠٠/١.

١٠٢ كتاب الصلاة

الله تعالى، ويحتاج هذا إلى بيان لأنه أضاف أحد النسيانين إليه، والثاني أن الله تعالى وإن كنا نعلم أنه إذا نسي، فإن الله تعالى هو أنساه أيضاً.

وذلك يحتمل معنيين، أحدهما: أن يريد به لأنسى في اليقظة أو أنسى في النوم لأن النبي ﷺ لا ينام قلبه، وإن نام عن صلاة أو غيرها فإنما هو بمعنى النسيان، فأضاف النسيان في اليقظة إليه لأنه حال التحرز في غالب أحوال الناس.

وأضاف النسيان في النوم إلى غيره، إما لأنها كانت حالاً يمكن فيها التحرز، ولا يمكن فيها ما يمكن في حال اليقظة، والوجه الثاني أنه يريد إنى لأنسى على حسب ما جرت به العادة من النسيان مع السهو والذهول عن الأمر، أو أنسى مع تذكر الأمر والإقبال عليه، والتفرغ له، فأضاف أحد النسيانين إلى نفسه لما كان له بعض السبب فيه، وأضاف النسيان الآخر إلى غيره لما كان كالمضطر إليه.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس لأحدكم أن يقول: نسيت آية كيت وكيت بل هو نسي»، فنفي أن يضيف الإنسان النسيان هاهنا إلى نفسه، وقد قال ﷺ في حديث ابن مسعود: «وإنما أنا بشر أنسى كما تنسون، فإذا نسيت فذكروني»، فيحتمل أن يكون معنى الحديث الأول ما كان ينسخ من القرآن بالنسيان ينساه جميع الناس، فلا يبقى في حفظ أحد، فيكون ذلك نسخه له، ويكون معنى الحديث الآخر النسيان المعتاد من السهو المعتاد في الصلاة وما جرى مجراه.

فصل: وقوله: «لأسن» يريد لأرسم لكم النسيان والسهو ما يتلقى به من إفساد العبادة أو إدخال النقص فيها، وما يجب لذلك من سجود أو غيره.

٢٢٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ فَقَالَ: إِنِّي أَهْمُ فِي صَلَاتِي فَيَكْثُرُ ذَلِكَ عَلَيَّ، فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: امْضِ فِي صَلَاتِكَ، فَإِنَّهُ لَنْ يَذْهَبَ عَنْكَ حَتَّى تَنْصَرِفَ، وَأَنْتَ تَقُولُ: مَا أَتَمَمْتُ صَلَاتِي.

الشرح: هذا القول من القاسم بن محمد الذي يستكحه السهو والوهم، فلا يكاد يثبت له يقين، وذلك أن الساهي على ضربين، ضرب يمكنه التيقن لأن السهو يقع منه نادراً، وضرب يكثر منه السهو حتى لا يكاد يحصل له يقين، فهذا من باب الوسواس.

فأما الأول: فقد ذكرنا حكمه قبل هذا. وأما الثاني: فإنه يقال له امض على

كتاب الصلاة ١٠٣

صلاتك، ولا تلتفت إلى السهو لأنه لو أراد البناء على اليقين لن تتم له صلاة.
وهل يسجد أم لا؟ روى ابن نافع وأبو مصعب عن مالك: لا يسجد. وقال مالك
في المختصر الكبير: وإن سجد بعد السلام، فحسن. وقال ابن حبيب في واضحته:
يسجد. ورواه ابن القاسم عن مالك.

وجه رواية المدنيين أنه لما استنكحه السهو استنكاحًا، وجب إطراحه، ووجب أيضًا
أن يطرح ما يوجهه من سجود السهو. ووجه رواية ابن القاسم أن هذا سهو في الصلاة،
وجب أن يجبر نقصه بالسجود كالنادر.

فرع: فإذا قلنا برواية السجود، فمتى يسجد؟ روى ابن القاسم عن مالك: يسجد
بعد السلام. وقال ابن حبيب: يسجد قبل السلام.

وجه رواية ابن القاسم أن سهوه زيادة في صلاته، وسجوده ترغيم للشيطان، ولا
تأثير لتجويز النقص، ولو كان له تأثير لما أجزأ عنه السجود، لأنه يجوز نقص ما لا يجزئ
عنه السجود. ووجه قول ابن حبيب أن المصلي يجوز النقصان، ويجوز الزيادة، فوجب أن
يغلب حكم النقصان كما لو تيقنها.

مسألة: وهاهنا قسم ثان من كثرة السهو، حكاه ابن المواز عن مالك أنه قال فيمن
يلزمه السهو، ويكثر عليه ينسى، ولا يسجد لسهوه، قال محمد: يريد لأنه قد استنكحه
السهو، وأما الذي يكثر عليه الشك، فلا يدرك أسها أم لم يسه؟ إلا أنه يخاف أن يكون
قد سها ونقص، فهذا لا ينسى ويجزئ سجود السهو بعد السلام، ففرق بين ما تيقن
السهو، وبين من يجوزه، فجعل من تيقنه يلزمه إتيانه، ومن يجوزه يسجد له ولا يكمله
والله أعلم.

* * *

العمل في غسل يوم الجمعة

٢٢١ - مَالِك، عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ

٢٢١ - أخرجه البخاري في الجمعة حديث رقم ٨٨١، ٩٢٩. وبدء الخلق حديث رقم ٣٢١١.
ومسلم في الجمعة حديث رقم ٨٥٠. والترمذي في الجمعة حديث رقم ٤٥٩. والنسائي في
الصفري في الجمعة حديث رقم ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧. وأبو داود في الطهارة
حديث رقم ٣٥١. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٩٢. وأحمد في
المسند حديث رقم ٧٢١٧، ٧٤٦٧، ٧٧٠٨، ٩٦١٠، ١٠٠٩٦، ١٠١٩٠، ١٠٢٦٨.
والدارمي في الصلاة ١٥٤٣، ١٥٤٤.

السَّمَان، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ غُسْلَ الْجَنَابَةِ، ثُمَّ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الْأُولَى، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَدَنَةً، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الثَّانِيَةِ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَقْرَةً، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الثَّلَاثَةِ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ كَبْشًا أَقْرَنَ، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الرَّابِعَةِ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ دَجَاجَةً، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الْخَامِسَةِ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَيْضَةً، فَإِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ حَضَرَتِ الْمَلَائِكَةُ يَسْتَمِعُونَ الذُّكْرَ».

الشرح: قوله: «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة»، يحتمل أن يريد به الجنب المغتسل بجنابته، فقد روى عن الشيخ أبي محمد بن أبي زيد معنى ما روى عن النبي ﷺ قال: «من غسل واغتسل» أوجب على غيره الغسل بالجماع واغتسل هو منه.

فصل: وقوله: «ثم راح في الساعة الأولى والثانية»، إلى قوله: «الخامسة» ذهب مالك، رحمه الله، إلى أن هذا كله في ساعة واحدة، وأن هذه أجزاء من الساعة السادسة، ولم ير التكبير لها من أول النهار، رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك في العتبية. وذهب عبد الملك بن حبيب والشافعي إلى أن ذلك في الساعات المعلومات، وأن أفضل الأوقات في ذلك أول ساعات النهار.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن الساعة السادسة من النهار لم يذكر فضيلة من راح فيها، وليست بوقت قعود الإمام على المنبر، ولا بوقت استماع الذكر منه، والحديث يقتضي أنه في ذلك الوقت ترتفع فضيلة الرواح وتحضر الملائكة للذكر، وأن ذلك متصل بالساعة الخامسة، وهذا باطل باتفاق، فثبت أنه لم يرد به الساعة الخامسة من ساعات النهار لأن الساعة السادسة تفصل بينها وبين الخامسة وإذا بطل ذلك ثبت أنه إنما أريد به أجزاء من الساعة السادسة، وتلك الساعة يصح تجزئتها على خمسة أجزاء وأقل وأكثر.

ودليل ثان من الحديث، وهو أنه ﷺ قال: «ثم راح في الساعة الأولى»، والرواح إنما يكون بعد نصف النهار أو ما قرب من ذلك.

مسألة: وإذا ثبت ذلك، فإن مالكا رحمه الله كره الرواح إلى الجمعة عند صلاة الصبح، رواه عنه ابن القاسم. وقال ابن حبيب: هو المختار، والكلام عليه على نحو ما تقدم والمشى إلى الجمعة أفضل إلا أن يتعبه ذلك لماء وطين أو بعد مكان.

والأصل في ذلك ما رواه عباية بن رفاعة قال: أدركني أبو عيسى، وأنا أذهب إلى

كتاب الصلاة ١٠٥
الجمعة، فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من اغبرت قدماه في سبيل الله حرمه الله على النار».

فصل: وقوله: «فإذا خرج الإمام»، يريد به خرج عليهم في الجامع، لأنه خرج مما كان مستورا فيه من منزل أو غيره.

وقوله: «حضرت الملائكة يستمعون الذكر»، كلام يدل على انقطاع فضيلة التهجير إلى الجمعة في ذلك الوقت لأنه روى في حديث أبي عبدالله الأغر عن أبي هريرة «إن الملائكة يكتبون الأول فالأول» وعلى مقدار ذلك جعل في الحديث فضائلهم، وإن الملائكة يطوون صحفهم إذا جلس الإمام واستمعوا الذكر. بمعنى أنه لا تكتب فضيلة من يأتي ذلك الوقت، ويحتمل أن يكون هؤلاء الملائكة غير الحفظة لأن الحفظة لا يفارقون بنى آدم، ولعل هؤلاء مخصوصون بكتب هذا العمل.

٢٢٢ - مَالِك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: غُسْلُ يَوْمِ الْجُمُعَةِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُحْتَلِمٍ كَغَسْلِ الْجَنَابَةِ.

الشرح: قوله: «غسل يوم الجمعة» إضافة الغسل إلى يوم الجمعة. بمعنى أنه لا يخلو اليوم من إتيان الجمعة.

وقوله: «واجب» على ما ورد في الحديث المذكور بعد هذا. وقد روى عن أبي هريرة موقوفاً بغير هذا اللفظ، رواه طاوس عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «على كل مسلم حق أن يغتسل في كل سبعة أيام يوماً» وطاوس أثبت من سعيد المقبري، ولفظ الحق يكون بمعنى الوجوب، ويكون بمعنى الندب، فإن حقوق الله تتنوع على الوجهين.

فصل: وإضافة وجوبه إلى كل محتلم لجريان الأحكام عليهم، وتوجه الأوامر إليهم.

وقوله: «كغسل الجنابة»، يعني صفة الغسل واستيعابه الجسد، وباللغة التوفيق.

٢٢٣ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلَ رَجُلٌ مِنْ

٢٢٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٩٩.

٢٢٣ - أخرجه البخاري في الجمعة حديث رقم ٨٧٨. ومسلم في الجمعة حديث رقم ٨٤٥. والترمذي في الجمعة حديث رقم ٤٥٥. وأبو داود في الطهارة حديث رقم ٣٤٠. وأحمد في المسند حديث رقم ٩٢، ٣١٤، ٢٧٢٠١ الدارمي في الصلاة حديث رقم ١٥٣٩.

أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْمَسْجِدَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَخْطُبُ، فَقَالَ عُمَرُ: آيَةُ سَاعَةٍ هَذِهِ؟ فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ انْقَلَبْتُ مِنَ السُّوقِ، فَسَمِعْتُ النَّدَاءَ، فَمَا زِدْتُ عَلَيَّ أَنْ تَوَضَّأْتُ، فَقَالَ عُمَرُ: وَالْوُضُوءَ أَيْضًا، وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَأْمُرُ بِالْغُسْلِ.

الشرح: قول عمر بن الخطاب: «آية ساعة هذه» إشارة إلى أن هذه الساعة ليست من ساعات الرواح إلى الجمعة لأنه وقت طويت فيه الصحف، وفي هذا بيان أن للإمام أن يأمر في خطبته بالمعروف وينهى عن المنكر، ولا يكون لاغياً وأن لمن خاطبه الإمام أن يجاوبه عما سأله عنه، ولا يكون أيضاً في ذلك لاغياً لأن ذلك كان بحضرة الصحابة، ولم ينكر أحد منهم على واحد منهما. وقد قال ابن القاسم في المدونة: من كلمه الإمام فرد عليه، لم أره لاغياً.

ووجه ذلك أن الإنصات إنما هو للإمام، والإصغاء إليه وإلى كلامه، فإذا سأله عن أمر، فقد أذن له في الجواب عنه، فليس بمفتات عليه، ولا معرض عنه، وليس لغيرهما أن يتكلم حينئذ لأن ما يأمر الإمام به، وينهى عنه ويسأل بسببه، ويجاب عنه حكمه حكم الخطبة، فإن المقصود منه تبليغه إلى الجماعة، وإعلامهم به، فلا يجوز الإعراض عنه بالتكلم كما لا يجوز ذلك في نفس الخطبة.

فصل: وقول عثمان بن عفان، وهو المخاطب لعمر بن الخطاب: «يا أمير المؤمنين»، وهو أول من دعى بذلك، «انقلبت من السوق، فسمعت النداء»، إظهار منه لعذره المباح له الاشتغال به لأنه قد يقيم لعقد بيع أو شغل إلى وقت النداء.

وفيه أن البيع ليس بممنوع ذلك اليوم إلى حين وقت النداء، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾ [الجمعة: ٩] وهو يدل على الاشتغال به إلى ذلك الوقت، وإلا لم يصح تركه، وهذا كله يقتضى جواز العمل والبيع والشراء يوم الجمعة إلى وقت الأذان.

وروى أشهب عن مالك في العتبية، أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يكرهون ترك العمل يوم الجمعة على نحو تعظيم اليهود للسبت والنصارى للأحد.

فصل: وقوله: «فما زدت على أن توضحأت»، اعتذار منه على أنه لم يشتغل بغير الفرض مبادرة إلى سماع الخطبة والذكر. وقول عمر: «الوضوء أيضاً، وقد علمت أن

كتاب الصلاة ١٠٧

رسول الله ﷺ كان يأمر بالغسل»، معناه أنك مع ما فاتك من التهجير، فاتتكَ فضيلة الغسل الذي علمت أن رسول الله ﷺ كان يأمر به تذكيرًا لأمر النبي ﷺ وحضًا له على أن لا يفوته في المستقبل من فضيلة ما فاته ذلك اليوم.

إلا أن عمر رأى اشتغاله بعد باستماع الخطبة والصلاة أولى من خروجه إلى فضيلة الغسل، ولذلك لم يأمره ولا أنكر عليه قعوده، وإنما أنكر عليه ما مضى من تركه الغسل ليكون ذلك تنبيهًا له على ما ينبغي أن يفعل في مثل ذلك اليوم عند سعة الوقت، ويقتضى ذلك إجماع الصحابة، على أن الغسل يوم الجمعة ليس بواجب وجوبًا يعصى تاركه، وإنما يوصف بالوجوب على معنى التأكيد لحكمه، ولو كان فيهم من يعتقد وجوبه لسارع إلى الإنكار على عثمان، والأمر بالقيام إلى الاغتسال، وهذا مذهب مالك وجماعة أهل العلم غير داود، فإنه يقول: إن الغسل واجب يوم الجمعة وجوب الفرائض. والدليل على صحة ذلك، خبر عمر بن الخطاب المذكور، فهو إجماع يجب التزامه والعمل به.

٢٢٤ - مَالِك، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «غَسَلُ يَوْمِ الْجُمُعَةِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُحْتَلِمٍ».

الشرح: معنى الوجوب تأكيد لزمومه، وقد يستعمل هذا اللفظ على معنى تأكيد ما ليس بواجب، فيقال يجب على الإنسان أن يجتهد في عبادة ربه، ويكثر النوافل الموصلة إلى رضاه.

وقد روى عمر بن سليم: أشهد على سعيد، وقال: أشهد على رسول ﷺ قال: «الغسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم، وأن يستن وأن يمس طيبًا إن وجد». قال عمر: فأما الغسل فأشهد أنه واجب، وأما الاستن والطيب فالله أعلم أوجب هو أم لا، ولكن هذا الحديث، فقد ذكر في حديث أبي سعيد وجوب الاستن والطيب، ولا خلاف بيننا أن المراد به تأكيد حكمه دون إيجابه.

٢٢٤ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٨٥٨. ومسلم فى الجمعة حديث رقم ٨٤٦. والنسائى فى الجمعة حديث رقم ١٣٧٤، ١٣٧٦، ١٣٨٢. وأبو داود فى الطهارة حديث رقم ٣٤١. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٨٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٠٦٤٤، ١٠٨٥٧، ١١١٨٤، ١١٢٣١، ١١٢٦١. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥٣٧.

١٠٨ كتاب الصلاة

وقد يستعمل هذا اللفظ بمعنى من يلزمه لحقه، فيقال فيجب للإنسان أن ينظر لنفسه، وأن يترفق طريقه ولا يصحب إلا من يأمنه، وهذا اللفظ في الحديث يصح أن يستعمل مع الوجهين أحدهما على معنى تأكيد الندب إليه، والثاني وجوبه لما يخص الإنسان، ويلزمه لحق نفسه من التحمل بين أترابه وجبرانه وجماعة المسلمين يوم تجملهم، وأخذه بالخط من الزينة المباحة ولا يضع حظه منها، وإن كان ظاهر الوجوب يقتضى اللزوم إلا أنه قد يستعمل على هذين الوجهين، ومع ذلك فإن اللفظ عام، فلو كان الوجوب بمعنى الفرض لا يحتمل غير ذلك لخص بما قدمناه من الأدلة، وعمل الحديث على الجنب الرائح إلى الجمعة، وأجمع فقهاء الأمصار على أن الغسل للجمعة ليس بواجب.

وذهب أهل الظاهر إلى وجوبه، وأنه أى وقت اغتسل من اليوم أجزأه سواء اغتسل قبل الصلاة أو بعدها.

والدليل على ما نقوله حديث عثمان المتقدم، وما اقترن: «من توضأ يوم الجمعة فيها ونعمت، ومن اغتسل فالغسل أفضل».

قال ثعلب: يقال إن فعلت كذا فيها ونعمت، بالتاء، والعامية فيها ونعمه، وتقف بالهاء. وقال ابن درستويه: ينبغي أن يكون ذلك عند ثعلب هو الصواب، وأن تكون التاء خطأ، لأن الكوفيين يزعمون أن نعم وبئس اسمان، والأسماء يدخل فيها الهاء، بدل تاء التأنيث، والبصريون يقولون: هما فعلان ماضيان، والأفعال تليها تاء التأنيث ولا يلحقها الهاء، فإذا ثبت ذلك، فإن هذا نص في موضع الخلاف. ومن جهة المعنى أن هذه طهارة لا ينقصها الحدث، فلم تكن واجبة كالطهارة على وجه التبرد.

فصل: وقوله: «على كل محتلم» يقتضى تعلق هذا الحكم من العبادات بالاحتلام دون الإنبات، وهى الخمس عشرة سنة، ويقتضى اختصاصه بالرجال لأن لفظه تذكير مع أن الاحتلام معتبر فيهم وتمام لهم، وأما الاحتلام فى النساء فنادر، وإنما الاعتبار فيهن بالحيض.

٢٢٥ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا جَاءَ أَحَدُكُمْ الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ».

٢٢٥ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ٨٧٧. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٤٥٤. والنسائى فى الصغرى فى الجمعة حديث رقم ١٣٧٥، ١٤٠٤، ١٤٠٦. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٨٨. وأحمد فى المسند حديث رقم ٣٠٥٠، ٤٤٥٢، ٤٥٣٩، ٤٩٠١، ٤٩٢٣. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥٣٦.

الشرح: قوله: «إذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل» جعل الجمعة فى هذا الحديث اسماً للصلاة، وأمر بالاعتسال من جاءها، وذلك يقتضى تعلق الاعتسال بالصلاة دون اليوم.

وقوله: «فليغتسل» أمر، والأمر ظاهره الوجوب ويصح أن يحمل على الندب بدليل، وقد تقدم الكلام فيه بما يغنى عن إعادته.

مسألة: وإنما يلزم الغسل للجمعة من يأتيها ممن تجب عليه، وهو الرجل المقيم البالغ المستطيع، وكذلك من لا تجب عليه الجمعة من مسافر أو عبد أو امرأة، إذا أتوا الجمعة، هذا هو المشهور من مذهب مالك، رحمه الله، وهو الذى روى عنه ابن القاسم فى المدونة. وفى المختصر عن مالك تقسيم، وذلك أنه قال: إنما يلزم الغسل من يأتيها لفضل الجمعة كالمرأة والعبد والمقيم وكذلك المسافر يأتيها للفضل، فإن لم يشهدا المسافر للفضل، وإنما شهدا للصلاة أو لغير ذلك، فلا غسل عليه، والأول أبين والله أعلم.

مسألة: ويلزم الآتى للجمعة مع الغسل الطيب والزينة وحسن الهيئة، قاله ابن حبيب، ويستحب له أن يتفقد فطرة جسده من قص شاربه وأظفاره وتنف إبطه وسواكه واستحداه، إن احتاج إليه.

ووجه ذلك أن التحمل فيه مشروع، وهذه كلها من باب التحمل والتنظيف.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ أَوَّلَ نَهَارِهِ، وَهُوَ يُرِيدُ بِذَلِكَ غَسَلَ الْجُمُعَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ الْغُسْلَ لَا يَجْزِي عَنْهُ حَتَّى يَغْتَسِلَ لِرَوَّاحِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: «إِذَا جَاءَ أَحَدُكُمْ الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ».

الشرح: ذهب مالك، رحمه الله، إلى أن الغسل للجمعة يكون متصلاً بالرواح لها. وقال ابن وهب فى العتبية: يصح أن يغتسل لها بعد طلوع الفجر، قال: وأفضل له أن يتصل غسله برواحه، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. واحتج مالك فى ذلك بحديث ابن عمر عن النبى ﷺ: «إذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل».

ووجه الدليل منه أنه لما أمر من جاء الجمعة بالاعتسال كان الظاهر أن اغتساله للمجئ لها، ويجب على ذلك أن يبقى أثره إلى وقت الإتيان لها، وذلك لا يصح إلا أن يكون اغتساله متصلاً برواحه، وأما من اغتسل أول نهاره ثم نام وتصرف، فإن أثر غسله لا يبقى، ولذلك قال: من أتى العيد، فليتحمل ويلبس أفضل ثيابه، ففهم منه

استصحاب ذلك فى إتيانه إلى العيد، ولم يفهم منه أن يتجمل ثم يزيل ذلك ويرجع إلى حال البداوة وحين خروجه إلى العيد.

ويدل على ذلك حديث عائشة رضى الله عنها «كان الناس ينتابون الجمعة من العوالى فيصيبهم الغبار، فيخرج منهم العرق، وإن النبي ﷺ قال: لو تطهروا ليومكم» هذا فأمر النبي ﷺ بالاعتسال لما كان يخرج منهم من العرق والرائحة بحضور الجمعة، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ مُعَجَّلًا أَوْ مُؤَخَّرًا، وَهُوَ يَنْوِي بِذَلِكَ غُسْلَ الْجُمُعَةِ، فَأَصَابَهُ مَا يَنْقُضُ وَضُوءَهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الْوُضُوءُ، وَغُسْلُهُ ذَلِكَ مُجْزِئٌ عَنْهُ.

الشرح: قوله: «معجلاً أو مؤخراً»، يريد بالتعجيل أن يجعل غسله ورواحه، والمؤخر أن يؤخر غسله ورواحه.

وقوله: «وهو ينوى بذلك غسل الجمعة»، يقتضى أن غسل الجمعة ينوى، ويقصد ظاهره يدل على أنه يفتقر إلى النية، ولو لم يفتقر إلى النية عنده لما أثر فيه وجودها ولا عدما كغسل الجنابة.

والظاهر من قول أشهب وابن شعبان أنه لا يفتقر إلى النية. والدليل على افتقاره إلى النية أنه غسل من غير نجاسة، فافتقر إلى النية كغسل الجنابة. ووجه تعلقه بالنية أنه تأكد وتعدى على موجب حتى بالسنن والعبادات التى تفتقر إلى النية، وذلك أنه لو اختص بإزالة الرائحة؛ لاختص بالموضع الموجبة لذلك، وبمن يتوقع ذلك منه، ولما شمل جميع الجسد، ولزم التنظيف للجسد الذى يؤمن منه وجود رائحة تتعدى محل موجب كغسل الجنابة، فلحق بالسنن التى تلزم فيها النية، ولا يمتنع أن يكون الفعل ثبت بمعنى من المعانى ثم يتعدى ذلك الموضع، فيجب مع عدمه ويلحق بالسنن والعبادات كما قلنا فى الرمل حول البيت، فإنه كان لإظهار الجلد للمشركين، ثم ثبت مع عدم الحاجة إلى ذلك، فلحق بالسنن والعبادات.

فروع: فإذا قلنا يفتقر إلى النية، فمن اغتسل ينوى الجمعة والجنابة، فقد قال ابن القاسم: يجزئه، وبه قال الشافعى. وقال محمد بن مسلمة: لا يجزئه ذلك، وإنما يجزئه أن يغتسل لجنابته، وينوى أن يجزئه عن غسل جماعته.

كتاب الصلاة ١١١

وجه ما قاله ابن القاسم أن الجمعة والجنابة موجهما واحداً، وهو الغسل، وهي عبادة تتداخل، فجاز أن يفعل لهما كالوضوء من البول والغائط والنوم ومس الذكر والطواف والسعي والحج والعمرة.

وروجه قول محمد بن مسلمة أن نية الجمعة تقتضى النفل ونية الجنابة تقتضى الوجوب، ومقتضى أحدهما ينافى الآخر، ويحتمل أن يعنى بذلك أن غسل الجمعة لا يفتقر إلى النية، فإذا نواه مع غسل الجنابة الذى يفتقر إلى النية منع ذلك صحة النية، وقد تقدم ذكر هذا الباب مستوعباً، والله الموفق.

فصل: وقوله: «فأصابه ما ينقض وضوءه، فليس عليه إلا الوضوء، وغسله ذلك مجزئ عنه»، ومعنى ذلك أن هذا الغسل لا ينافيه الحدث، وإنما ينافيه العرق والصنان، ولذلك لو لم يحدث وطال مقامه بعد اغتساله لانتقض غسله ولو لم ينتقض وضوؤه، وكذلك قال ابن القاسم فيمن اغتسل ثم أكل أو نام: أن عليه أن يعيد غسله.

وروى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة قال: وذلك إذا أراد النوم، فأما من يغلب عليه، فكنوم المحتبى. وقد قال الشيخ أبو القاسم فى تعريفه: إن اغتسل للجمعة فى أول نهاره أجزاءه، وإن تشاغل بعد الغسل أعاده، يريد أنه إنما يجزئه اغتساله فى أول النهار إذا اتصل به سعيه إلى الجمعة، وقد قدمنا أن التأخر إلى وقت الرواح هو المشروع، والله أعلم.

مسألة: ومن اغتسل وبينه وبين الجمعة مسافة، فذهب فيها أثر الغسل لم يكن عليه إعادة الغسل.

وروى ابن نافع عن مالك فيمن يأتى الجمعة من ثمانية أميال: رب دابة سريعة المشى، وأخرى المشى خير من ركوبها، فإعادة الغسل فى مثل هذا أحب إلى، وما هو بالبين وفيه سعة، ومن كان على خمسة عشر ميلاً، فاغتسل لم يجزه، والله أعلم.

* * *

باب ما جاء فى الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب

٢٢٦ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

٢٢٦ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ٩٣٤. ومسلم فى الجمعة حديث رقم ٨٥١. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٤٧٠. والنسائى فى الجمعة حديث رقم ١٤٠٠، ١٤٠١.

قال: «إِذَا قُلْتَ لِصَاحِبِكَ أَنْصِتْ وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَقَدْ لَفَوْتَ».

الشرح: معنى هذا المنع، والله أعلم، المنع من الكلام إذا خطب الإمام يوم الجمعة، وأكد ذلك ﷺ بأن من أمر حيثنذ غيره بالصمت، فهو لاغ، لأنه قد أتى من الكلام بما نهى عنه، كما أن من نهى في الصلاة مصلياً عن الكلام، فقد أفسد على نفسه صلاته، وإنما نص على أن الأمر بالصمت وقت الخطبة لاغ تنبيهاً على أن كل مكلم غيره لاغ، واللغو ردىء الكلام وما لا خير فيه منه.

قال الداودي: ترك اللغو ورفث التكلم والإنصات للخطبة، واجب على من شهدها، سمعها أو لم يسمعها، قاله مالك وأبو حنيفة وأكثر الفقهاء.

وقال النخعي والشعبي: لا يجوز الإنصات إلا إذا قرأ القرآن خاصة. وقال أحمد بن حنبل: يجب الإنصات على من سمع الخطبة دون من لم يسمعها، وهو أحد قولي الشافعي.

والدليل على وجوب الإنصات للخطبة حديث أبي هريرة المتقدم، وهو عام، فإن قيل فإن معنى «قد لفوت» إنك أمرت بالإنصات من لم يجب عليه. فالجواب أنه لا خلاف بيننا في أن الأمر بالإنصات لاغياً لأجل أمره؟ لأن الإنصات مأمور به في الجمعة، فلم يبق إلا أن يكون لاغياً لم يتكلم في وقت هو ممنوع من الكلام فيه، يبين ذلك قوله ﷺ: «من اغتسل يوم الجمعة وتطهر بما استطاع من طهر ثم ادهن أو مس من طيب، ثم راح فلم يفرق بين اثنين، فصلى ما كتب له ثم إذا خرج الإمام أنصت، غفر له ما بينه وبين الجمعة الأخرى».

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ما يتكلم به من حضر الجمعة على ضربين، ضرب فيه عبادة كقراءة القرآن، وذكر الله تعالى، وضرب لا عبادة فيه، فقليله وكثيره ممنوع، لما ذكرناه.

وأما ما فيه عبادة، فإن كثيره ممنوع؛ لأن الخطبة مشروعة لمعنى التذكير والوعظ، وأمر الإمام ونهيه وتعليمه، فهو ذكر مخصوص يفوت ما قصد بها، وما يأتي به من الذكر والتسييح وقراءة القرآن لا يفوته. وأما يسير الذكر، فإنه على ضربين ضرب

= وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١١١٢. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث

رقم ٢١١٠. وأحمد في المسند حديث رقم ٧٢٨٨، ٧٦٢٩، ٧٧٠٦، ٨٩٠٢، ٩٩٢٧.

الدارمي في الصلاة حديث رقم ١٥٤٨.

كتاب الصلاة ١١٣
يختص به كحمد الله عند العطاس، والتعوذ من النار عند ذكرها، فهذا خفيف؛ لأنه
ليس يشغل عن الإصغاء، ولا يمنع من الإنصات إلى الخطبة.
وقال أشهب: الإنصات أحب إلى منه، وإن فعلوا فسرًا في أنفسهم. والضرب الثاني
لا يختص به مثل أن يعطس غيره، فيشتمه فهذه ممنوع منه.

وقد روى على بن زياد عن مالك: إذا قرأ الإمام ﴿إِنْ اللَّهُ وَمَلَأْتَكُنْهُ يَصْلُونَ عَلَى
النَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٦] فليصل عليه في نفسه. وقد قال ابن حبيب: إذا دعا الإمام في
خطبته المرة بعد المرة أمن الناس، وجهروا جهرا ليس بالعالى، قال: وذلك فيما ينوب
الناس من قحط أو غيره، ومعنى ذلك أنه بدعائه مستدع تأمينهم وأذن فيه. وكذلك إذا
قرأ ﴿إِنْ اللَّهُ وَمَلَأْتَكُنْهُ يَصْلُونَ عَلَى النَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٦] الآية، مستدع منهم
الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم تسليمًا، فهذا لاخلاف في إباحته، وإنما الاختلاف في
صفة النطق به من سر وجهر.

مسألة: والإنصات المذكور لازم من وقت يشرع الإمام في الخطبة الأولى بين
الخطبتين إلى أن تكمل الخطبة الثانية.

٢٢٧ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبِي مَالِكٍ الْقُرْظِيِّ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُمْ
كَانُوا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ يُصَلُّونَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ حَتَّى يَخْرُجَ عُمَرُ، فَإِذَا خَرَجَ
عُمَرُ وَجَلَسَ عَلَى الْمِنْبَرِ وَأَذَنَ الْمُؤَذِّنُونَ، قَالَ ثَعْلَبَةُ: جَلَسْنَا نَتَحَدَّثُ، فَإِذَا سَكَتَ
الْمُؤَذِّنُونَ وَقَامَ عُمَرُ يَخْطُبُ أَنْصَتْنَا، فَلَمْ يَنْكَلِمْنَا مِنْ أَحَدٍ. قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَخَرُجُ
الإمام يقطع الصلاة وكلامه يقطع الكلام.

الشرح: قوله: «كانوا في زمان عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة»، يعنى
المهجرين إلى الجمعة يصلون، «فإذا خرج عمر وجلس على المنبر»، يقتضى استقراءه
للعمل وتتبعه الأخبار عند اتصال خروجه على الناس بارتقائه المنبر، ولا يفصل بينهما
بركوع ولا غيره، وهذه السنة أن يدخل الإمام إلى المسجد، فيرقى المنبر بأثر دخوله ولا
يركع لأن دخوله المسجد يمنع صلاة الناقل، ويقتضى الأخذ في الغرض من الخطبة
والصلاة بعدها، وإنما يركع عند دخول المسجد من أراد الجلوس وأما متى شرع في
الغرض، فليس عليه ركوع.

فصل: وقوله: «وجلس على المنبر»، حكم الإمام إذا صعد على المنبر أن يجلس ولا يسلم، ولذلك لم يذكره ابن شهاب من فعل عمر، وهو المشهور من مذهب مالك. وقال ابن حبيب: إن كان ممن إذا دخل رقى المنبر، ووقف إلى جنبه، فليسلم على الناس عن يمينه وشماله.

وأما من كان مع الناس ركع أو لم يركع، فإنه لا يسلم إذا جلس للخطبة. وقال الشافعي: يسلم إذا جلس على المنبر ولم يفصل، والدليل على ما ذهب إليه مالك عمل أهل المدينة المتصل في ذلك، وهو حجة قاطعة، فيما طريقه الخبر.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا موضع شغل بافتتاح عبادة، فلم يشرع فيه السلام على الناس كافتتاح سائر العبادات.

فروع: فإذا قلنا بقول ابن حبيب، فإنه يجهر بالسلام فيسمع من يليه ويرد عليه من سمعه.

ووجه ذلك أن من حكم المسلم أن يسمع المسلم عليهم أو بعضهم ويلزم الرد عليه.

مسألة: ولا خلاف في الجلوس على المنبر يوم الجمعة، وأما في سائر الخطب، فعن مالك في ذلك، روايتان، إحداهما: أنه يجلس لأن ارتقاء المنبر للخطبة يتعلق بالصلاة، فكان من سنته الجلوس كالارتقاء يوم الجمعة. والرواية الثانية: لا يجلس لأن الجلوس إنما شرع يوم الجمعة انتظاراً لفراغ المؤذنين من الأذان يوم الجمعة، ولا أذان في خطبة العيد، فلا معنى للجلوس في أولها.

فصل: ومعنى قوله: «وجلسنا نتحدث»، يقتضى المنع من الصلاة في ذلك الوقت، وإباحة الكلام لأنه أخبرهم أنهم كانوا على صلاة، حتى إذا خرج عمر وجلس على المنبر جلسوا يتحدثون، وهذا أبين في تركهم ما كانوا عليه وانتقالهم إلى حال أخرى غيرها، وهو الحديث.

وأما الإنصات، فليس بواجب في ذلك الوقت، وهذا قول مالك. وقال أبو حنيفة: يجب الإنصات إذا قعد الإمام على المنبر، وقبل أن يشرع في الخطبة.

والدليل على ذلك أن الإنصات، إنما هو للإصغاء إلى الخطبة وقبل أن يبتدئ الإمام بالخطبة لم يوجد ما يصغى له، ولم يلزم بعد حكم الإنصات للخطبة، فلا معنى له، ولا يلزم على هذا الإنصات بين الخطبتين، لأن حكم الإنصات قد لزم.

كتاب الصلاة ١١٥

فصل: وقوله: «وأذن المؤذنون»، يقتضى أن الأذان كان عند جلوس عمر على المنبر، وهى السنة، «فإذا فرغ المؤذنون، وقام عمر يخطب أنصتاً»، يقتضى أن من سنة الخطبة القيام.

والدليل على ذلك ما رواه ابن عمر «كان النبي ﷺ يخطب قائماً، ثم يعقد، ثم يقوم كما تفعلون».

فصل: وقوله: «أنصتنا فلم يتكلم منا أحد»، بين اتفاقهم على الإنصات، وأن ذلك مما لا اختلاف فيه بينهم.

فصل: وقول ابن شهاب: «إن خروج الإمام يقطع الصلاة، وكلامه يقطع الكلام»، تفسير لحديث ثعلبة، وتقرير لمعناه.

وذلك أن المتفل يوم الجمعة، لا يخلو أن يحرم قبل دخول الإمام أو بعده، فإن أحرم قبل دخول الإمام، فقد قال مالك: يتمادى على صلاته، وإن خرج الإمام؛ لأنه قد شرع فى الصلاة فى وقت يجوز له الشروع فيها، ولزمه إتمامها، وإن دخل الإمام المسجد قبل أن يحرم، فقد قال مالك فى المدونة: يقعد ولا يحرم.

وقال مالك فى المختصر: الصلاة جائزة إلى أن يجلس الإمام على المنبر، وإنما كره له أن يحرم بعد دخول الإمام، وقبل أن يجلس لقرب ذلك من جلوسه على المنبر، وعليه أن يتم الصلاة قبل أن يجلس.

مسألة: فإن دخل قبل أن يجلس الإمام على المنبر، والمؤذنون يؤذنون، فلا يصلى وإن أحرم ساهياً أو جاهلاً، فقد روى ابن وهب عن مالك: لا يقطع صلاته وليتمها. ووجه ذلك أنه قد تلبس بالصلاة ولزمه حكمها، فكان عليه إتمامها.

مسألة: وأما من جاء والإمام يخطب، فإنه يجلس ولا يركع، هذا مذهب مالك وجماعة أصحابه، وبه قال أبو حنيفة والثورى.

وقال الشافعى: يركع من دخل يوم الجمعة، والإمام يخطب.

ودليلنا على ذلك ما تقدم من الأدلة على وجوب الإنصات، والمصلى لا يمكنه الإنصات لما يلزمه من القراءة.

٢٢٨ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ مَالِكِ بْنِ أَبِي عَامِرٍ أَنَّ عَثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ كَانَ يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ، قَلَّ مَا يَدْعُ ذَلِكَ إِذَا حَطَبَ: إِذَا قَامَ الْإِمَامُ يَخْطُبُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَاسْتَمِعُوا وَأَنْصِتُوا، فَإِنَّ لِلْمُنْصِتِ الَّذِي لَا يَسْمَعُ مِنَ الْحِظِّ مِثْلَ مَا لِلْمُنْصِتِ السَّامِعِ، فَإِذَا قَامَتِ الصَّلَاةُ فَاعْدِلُوا الصُّفُوفَ، وَحَاذُوا بِالْمَنَاكِبِ، فَإِنَّ اعْتِدَالَ الصُّفُوفِ مِنْ تَمَامِ الصَّلَاةِ، ثُمَّ لَا يُكَبَّرُ حَتَّى يَأْتِيَهُ رِجَالٌ قَدْ وَكَّلَهُمْ بِتَسْوِيَةِ الصُّفُوفِ فَيُخْبِرُونَهُ أَنْ قَدْ اسْتَوَتْ فَيُكَبِّرُ.

هذا الخبر، وخبر ثعلبة عن أبي مالك حجتان فيما تضمنه كل خبر منهما لحضور الصحابة وجماعة المسلمين لهما، وعدم المخالف، وترك الاعتراض فى شىء منهما، ومثابرة عثمان رضى الله عنه فى خطبته على الأمر بالإنصات عند الخطبة يوم الجمعة دليل على وجوب تأكد ذلك عنده، وعند من سمعه ممن لم ينكر عليه.

فصل: قوله: «فإن للمنصت الذى لا يسمع من الحظ مثل للمنصت السامع»، على استواء الحالتين فى الوجوب، وأما فى الأجر، فقد قال الداودى: إنما ذلك لمن لم يفرط فى التهجير، وهذا الذى قاله ليس بالقوى لأن المفرط فى التهجير، وغير المفرط يجب عليهما الإنصات، ويؤجران عليه، وإنما يختلف حالهما ويتباين أجرهما فى التهجير، وتلك قرينة أخرى غير الإنصات.

فصل: قوله: «فإذا قامت الصلاة، فاعدلوا الصفوف وحاذوا بالمنالك»، أمر بتعديل الصفوف لأن ذلك من سنة الصلاة وإقامتها، وليس ذلك بشرط فى صحة الصلاة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى. وقال أحمد بن حنبل: من صلى خلف الصف بطلت صلاته.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا موضع تصح صلاة المرأة فيه، فصحت صلاة الرجل فيه كالصف.

فصل: قوله: «وكان عثمان رضى الله عنه قد وكل أناساً بتسوية الصفوف»، لما علم من أمر النبى ﷺ بذلك، وعلم اعتقاد الناس أن ذلك من هيئة الصلاة وفضائلها دون فرائضها، فرجوا تجوز بعضهم فى ذلك لاعتقاده صحة صلاته، وكان عثمان رضى الله عنه يريد أن يأخذهم بالأفضل الأكمل.

٢٢٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ رَأَى رَجُلَيْنِ يَتَحَدَّثَانِ وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَحَصَّبَهُمَا^(١) أَنْ اصْمُتَا.

الشرح: معنى ذلك أنه أنكر على المتحدثين، ولم يكن له أن يتكلم بالإنكار عليهما، فحصبهما. وقال عيسى بن دينار: وليس العمل على تحصيب من تكلم، والإمام يخطب، ولا بأس أن يشير إليه.

ويحتمل أن يكون ابن عمر إنما حصبهما لبعدهما وخلو ما بينه وبينهما، وأمن أن يؤذى بذلك أحداً، فحصبهما، يعنى أنه رمى الحصب بقربهما لينظرا إليه، فيشير إليهما بالصمت، فإن كان ابن دينار خاف من أن يؤذى أحداً بذلك، فإنما أنكر إطلاق اللفظ من أذى المحبوب أو من بينه وبين الحاصب، وإن كان أنكر كثرة العمل والاشتغال عن الخطبة، فهو مخالف لما رواه عبدالله.

وفى الجملة، فإن مقتضى مذهب مالك أن لا يشير إليهما، وهو الصواب لأن الإشارة إليهما أن يصمتا بمنزلة أن يقول لهما: اصمتا، فى ترك الإنصات للخطبة، وقد سُمى النبي ﷺ من فعل ذلك لاغيًا، والله أعلم.

٢٣٠ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا عَطَسَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ فَشَمَّتُهُ إِنْسَانٌ إِلَى جَنْبِهِ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ فَنَهَاهُ عَنْ ذَلِكَ، وَقَالَ: لَا تَعُدْ.

الشرح: هذا من قبيل ما ذكرنا النهى عنه، لأن تشميت العاطس كلام من المشمت فى حال الخطبة لغير الإمام، وذلك مكروه، ومخرج من الإنصات، وقد قال أشهب فى العاطس حين الخطبة: إن حمد الله ففى نفسه، ومعنى ذلك أن الجهر به استدعاء لتشميت من سمعه، ومعنى التشميت أن يقال له: يرحمك الله، ويقال شمته، وسمته، قال ابن الأنبارى: والشين أفصح، ومعنى التشميت الدعاء، فمعنى شمته، أى دعا له.

وقوله: «فنهاه عن ذلك، وقال: لا تعد»، من باب اتصال العمل بالأمر بالصمت، واتفاق أئمة المسلمين عليه.

٢٢٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٠٥.

(١) الحَصْبُ: الرمى بحجارة صغيرة.

٢٣٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٠٦.

١١٨ كتاب الصلاة

٢٣١ - مَالِكُ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ الْكَلَامِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ إِذَا نَزَلَ الْإِمَامُ عَنِ الْمِنْبَرِ قَبْلَ أَنْ يُكَبِّرَ، فَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

فهذا الحديث من قول ابن شهاب، ومعناه صحيح لأن الأمر بالإنصات، إنما كان لأجل الخطبة، فإذا انقضت الخطبة وزال حكمها، فلا يوجب الإنصات إلا الإحرام بالصلاة، وذلك مباح في حال الإقامة، ولا خلاف فيه.

* * *

ما جاء فيمن أدرك ركعة يوم الجمعة

٢٣٢ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ أَدْرَكَ مِنْ صَلَاةِ الْجُمُعَةِ رَكْعَةً فَلْيُصَلِّ إِلَيْهَا أُخْرَى. قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: وَهِيَ السُّنَّةُ.

قَالَ مَالِكُ: وَعَلَى ذَلِكَ أَدْرَكْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ بِلَدِينَا، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَدْرَكَ مِنَ الصَّلَاةِ رَكْعَةً فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ»^(١).

الشرح: في إدراك المصلي يوم الجمعة أربع مسائل، إحداها: أن يدرك بعض الخطبة، فهذا لا خلاف. في إدراكه الجمعة. والثانية: أن يفوته جميع الخطبة، ويدرك جميع الصلاة، فالذي عليه فقهاء الأمصار أن صلاته صحيحة.

وقال عطاء ومكحول ومجاهد وطاوس: إن الجمعة قد فاتته بفوات الخطبة، وفرضه أن يصلي ظهراً أربعاً.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور قوله ﷺ: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة» وهو عام في جميع الصلوات إلا ما خصه الدليل.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه صلاة، فوجب أن تدرك مع الإمام بإدراك ركعة منها كسائر الصلوات.

وأما المسألة الثالثة، فهو أن يدرك ركعة من صلاة الإمام، فإن جمعته صحيحة، وعليه

٢٣١ - أخرجه أحمد ٣١٨/٢. وذكره الزيلعي في نصب الراية ٢٠٠/٢ كتاب الصلاة، وعزاه لمسلم، عن أبي هريرة.

٢٣٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٠٧.

(١) تقدم تخريجه في باب من إدرك ركعة من الصلاة.

أن يأتي بركعة على نحو ما فاتته، فتتم بذلك صلاة الجمعة، وهذا يقتضى أن الإمام والجماعة شرط في إدراك ركعة من الجمعة، وليستا شرطاً في إدراك جميعها، وقد اختلف في الجامع على ما تقدم.

وأما المسألة الرابعة، فإن يدرك الإمام جالساً في صلاته، فذهب مالك والشافعي وجماعة من الفقهاء أن الجمعة قد فاتته، وعليه أن يصلى ظهرًا أربعاً. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يصلى ركعتين لأنه مدرك للجمعة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذا لم يدرك من صلاته الإمام ما يتعد به، فلم يكن مدركاً كما لو لم يدركه إلا بعد السلام.

فرع: فإذا ثبت ما قلناه، فهل يتم صلاته على إحرامه الذى أحرم مع الإمام أم يستأنف الإحرام سنذكره بعدها إن شاء الله.

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يُصِيْبُهُ زِحَامٌ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، فَيَرْكَعُ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَسْجُدَ حَتَّى يَقُومَ الْإِمَامُ أَوْ يَفْرُغَ الْإِمَامُ مِنْ صَلَاتِهِ: أَنَّهُ إِنْ قَدَرَ عَلَى أَنْ يَسْجُدَ إِنْ كَانَ قَدْ رَكَعَ فَلْيَسْجُدْ إِذَا قَامَ النَّاسُ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى أَنْ يَسْجُدَ حَتَّى يَفْرُغَ الْإِمَامُ مِنْ صَلَاتِهِ فَإِنَّهُ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَتَدَيَّ صَلَاتَهُ ظَهْرًا أَرْبَعًا.

الشرح: الظاهر من هذه المسألة أن الزحام كان في الركعة الأولى بعد أن رفع رأسه من ركوعها، فلم يقدر على السجود، فإن قدر على أن يسجدها، والإمام قائم في الثانية سجدها، واعتد بها، وإن لم يقدر على سجودها حتى يفرغ الإمام من صلاته كلها، فعليه أن يصليها ظهرًا أربعاً، وفي هذا أربعة أبواب، أحدها: فى بيان الأسباب التى يجب بها اتباع الإمام. والثانى: فى اختلاف محل الأسباب. والثالث: فى بيان فوات الاتباع فى ما يجب فيه الاتباع. والرابع: العمل فيما تركه للمصلى.

* * *

باب بيان الأسباب التى يجب بها اتباع الإمام

وهو على ثلاثة أضرب، نعاس وغفلة وزحام، فأما الغافل والناعس، فلم يختلف قول مالك ولا أصحابه فى أنهما يتبعان الإمام، واختلف أصحابنا فى المزاحم، فقال مالك: يتبع الإمام، وعلى ذلك جماعة أصحابنا غير ابن القاسم وأصبغ فى رواية ابن حبيب عنهما، فإنهما روي أن المزاحم لا يتبع الإمام بوجه.

١٢٠ كتاب الصلاة

وروى سحنون عن ابن القاسم أن المزاحم يتبع الإمام .تمثل رواية الجماعة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وجه القول الأول أن الغافل يتبع الإمام، والمزاحم أعذر منه، فقال: يكون اتباعه له أولى وأخرى. ووجه قول ابن القاسم في رواية ابن حبيب أن المزاحم ذاكراً، ولهذا تأثير في لزوم الفرائض، ولذلك اتفق أصحابنا على أن المربوط في جميع وقت الصلاة يلزمه قضاء الصلاة أبداً، والمعنى عليه في جميع وقت الصلاة يسقط عنه فرضها، والله أعلم.

* * *

باب في اختلاف محل الأسباب

أما محل اختلاف الأسباب، فإن من نعس أو غفل عن اتباع الإمام أو نسي، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الركوع أو بعده، فإن كان غفل عن الركعة الأولى فقد روى ابن المواز عن أصبغ عن ابن وهب وأشهب فيمن أحرم قبل ركوع الإمام، فإنه يتبعه في الأولى والثانية ما لم يرفع رأسه من سجودها.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون فيمن نعس أو غفل حتى رفع الإمام رأسه من الأولى: لم يتبعه فيها، ولو نابه ذلك في الثانية بعد أن عقد الأولى لتبعه.

مسألة: وأما إن غفل بعد الركوع، فلا يخلو أن يكون ذلك في الركعة الأولى والثانية، فإن كان ذلك في الركعة الأولى فعن مالك في ذلك روايتان رواهما عيسى بن دينار عن ابن القاسم، إحداهما: لا يتبعه في الأولى ويتبعه فيما بعدها، وبه قال الشافعي والثانية يتبعه في الأولى وفيما بعدها، وبه قال أشهب وابن وهب وأبو حنيفة والشافعي أيضاً.

وجه الرواية الأولى أنه لم يعقد معه من الصلاة ما يكون به مدركاً للإمام، فلا يتبعه كما لو لم يدرك الركوع بتكبيرة الإحرام. ووجه الرواية الثانية أن هذه ركعة من الصلاة فجاز أن يتبع فيها الغافل والناعس الإمام. كالركعة الثانية..

* * *

باب في بيان فوات الاتباع

أما ما يفوت به المأموم اتباع الإمام فيما يجب له فيه اتباعه، فإنه لا يخلو أن يكون في

الأولى أو فى الثانية، فإن كان فى الأولى، فعلى رأى من رأى الاتباع فيها عن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما يتبعه ما لم يرفع رأسه من سجودها. والثانية: يتبعه ما لم يرفع رأسه من الركوع الذى يليها.

وجه الرواية الأولى أن له اتباع الإمام ما لم يلتبس بفعل ركعة أخرى، فإن تلبس بها اتباعه فيها أولى من اتباعه فى الأولى التى قد فارقها لأن اتباعه فى الأولى مخالفة له، ألا ترى أن من وجد الإمام قد سبقه ببعض الصلاة، فإنه يتبعه فيما أدرك معه دون ما سبقه به.

ووجه الرواية الثانية أن القياس ليس بحائل فى الصلاة يمنع من تصحيح ما قبله، وإنما الحائل رفع الرأس من الركوع، ألا ترى أن من ذكر سجدة من ركعة أولى، وهو واقف فى الثانية يؤمر أن يرجع إليها، ما لم يرفع رأسه من الركعة الثانية، فإن رفع رأسه منها، فقد فاته تصحيح ما قبلها، فكذلك فى مسألتنا.

مسألة: وأما إن كان فى الركعة الثانية، فقد قال ابن حبيب ومطرف وابن القاسم وأشهب: يتبع الإمام وإن لم يدركه إلا بعد السلام، فليسجد بعد سلامه ويجزيه. ومن أصحابنا من قال: لا يتبعه فى السجود من الركعة الثانية إلا بعد السلام، فليسجد بعد سلام الإمام.

وجه القول الأول أن هذه آخر صلواته، وليس للإمام عمل فى ركعة أخرى، فيلزم المأموم اتباعه فيها لعقد الإمام لها، وإنما عمل الإمام فى إتمام تلك الركعة، فيجب على المأموم اتباعه فيها كما يلزم اتباعه فى الركعة الأولى ما لم يعقد الثانية أو يتلبس بها. ووجه القول الثانى أن الركعة لا تتم إلا بسجديها، فإذا سلم الإمام قبل أن يدركها، فلم يدرك معه ركعة كاملة، فلا يتبعه فيها.

فرع: فإذا قلنا إنه يتبعه بعد السلام وكان ذلك فى الجمعة فهل يكون بذلك مدركا للجمعة؟ اختلف قول ابن القاسم فيمن أدرك الركعة الثانية من الجمعة ثم ذكر بعد سلام الإمام سجدة، فقال مرة: يسجدها، ويقضى ركعة وتصح له الجمعة. وروى عنه أنه يسجد، ويبنى عليها أربعاً.

وجه القول الأول أنه أدرك من صلاة الإمام ركعة شرع له إتمامها والاعتداد بها، فكان بها مدركاً للجمعة، كما لو أتى بها وبسجديها مع الإمام. ووجه القول الثانى أنه لم يصل مع الإمام ركعة بسجديها، فلم يكن مدركاً لصلاة الإمام كما لو لم يدرك معه إلا الجلوس.

فرع آخر: وهل يصح بناؤه على تلك التكبيرة؟، إذا قلنا إنها لا تكون جمعة، وإنما يتمها ظهراً أربعاً، وقال الشيخ أبو القاسم: اختلف في ذلك قول ابن القاسم، فقال مرة: يتم عليها ظهراً أربعاً، وبه قال عبد الملك. وقد قال أيضاً: يسلم ويتدئ ظهراً أربعاً. وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه: والاختيار أن يتدئ تكبيرة أخرى للإحرام. وقال أصبغ: يتم ركعتين، ويعيد ظهراً أربعاً.

قال الإمام أبو الوليد: ووجه ذلك عندى الاعتبار بعدد الركعات فى أول الصلاة، فمن قال: إنه نوى ركعتين لم يكن له أن يتم على ذلك أربعاً؛ لأن نيته فى أول الصلاة لم تتناولها، لم يميز له البناء هنا، وإتمام الأربع، ومن قال: ليس عليه فى أولى صلواته أن ينوى عدد الركعات، جوز له هاهنا الإتمام أربعاً.

* * *

ما جاء فيمن رَعَف يوم الجمعة

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ رَعَفَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ، فَخَرَجَ فَلَمْ يَرْجِعْ حَتَّى فَرَغَ الْإِمَامُ مِنْ صَلَاتِهِ، فَإِنَّهُ يُصَلِّيَ أَرْبَعًا.

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَرْكَعُ رَكْعَةً مَعَ الْإِمَامِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ثُمَّ يَرْعَفُ فَيَخْرُجُ، فَيَأْتِي وَقَدْ صَلَّى الْإِمَامُ الرَّكْعَتَيْنِ كِلْتَاهِمَا: أَنَّهُ يَبْنِي بِرَكْعَةٍ أُخْرَى مَا لَمْ يَتَكَلَّمْ.

الشرح: وهذا كما قال أن من لم يدرك من صلاة الإمام ما يعتد به، فإنه يصلى ظهراً أربعاً، ومن أدرك منها ركعة، يريد بسجديتها، فإنه قد أدرك صلاة الجمعة، فلما فاتته الثانية بالرعاف كان له أن يبني عليها بركعة ثانية، يتم بها جمعته، وقد بينا معنى هذا الباب فيما تقدم.

وعلى الذى يعرف يوم الجمعة بعد أن أكمل ركعة بسجديتها أن يرجع إلى المسجد، فيبنى فيه لأن الجمعة لا تكون إلا فى المسجد الجامع، فيكون مشيه فى الرجوع إليه من عمل الصلاة، فلا يسقط عنه من شرط الجمعة فى ركعة البناء إلا ما لا سبيل إلى استدراكه من أمر الإمام والجماعة.

مسألة: فإن أتم صلاته حيث غسل عنه الدم ولم يرجع، فالظاهر من المذهب أن ذلك لا يجوز لما قدمناه. وقال الشيخ أبو إسحاق: إن لم يرجع أن يدرك صلاة الإمام، فالأفضل له إتيان الجامع، فإن لم يفعل، وأتم مكانه أجزاءه، وهذا له أصل فى المذهب، وقد تقدم

كتاب الصلاة ١٢٣
ذكره، فيجىء هذا على أصل من يقول: إن الإتيان بجميع الصلاة في الجامع، ليس بشرط في صحة الجمعة وإنما شرط من ذلك عقد ركعة منها في جامع كالإمامة أو يقول: الرجوع إلى الجامع فضيلة، وليس بفريضة، فلذلك أبيح له المشى إليها وجوز له تركها، فيكون التخيير في المشى إلى الفضائل لا يمنع صحة البناء للراعى.

فرع: فإن قلنا يلزومه الرجوع إلى الجامع، فإنه يلزمه الرجوع منه إلى الموضع الذى تصح فيه الجمعة، ولا يزيد على ذلك، فإن زاد على ذلك بطلت صلاته، لأنه زاد فيها ما يستغنى عنه، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ عَلَى مَنْ رَعَفَ أَوْ أَصَابَهُ أَمْرٌ لَا بُدَّ لَهُ مِنَ الْخُرُوجِ أَنْ يَسْتَأْذِنَ الْإِمَامَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ.

الشرح: وهذا كما قال مالك، وبه قال جمهور الفقهاء المشهورين وذهب قوم من التابعين إلى أنه لا يخرج حتى يستأذن.

والدليل على صحة ما ذهب إليه أن الإمام إنما يستأذن فيما فيه النظر إليه، والمنع منه إن شاء لأن ذلك فائدة الاستئذان، وما ليس له منعه فلا يستأذن فيه، ولذلك لا يستأذنه الناس في سائر تصرفهم.

* * *

ما جاء فى السعى يوم الجمعة

٢٣٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩] فَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ: كَانَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَقْرَأُهَا: «إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاْمْضُوا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ»^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا السَّعْيُ فِي كِتَابِ اللَّهِ، الْعَمَلُ وَالْفِعْلُ يَقُولُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى:

٢٣٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١٠.

(١) وقال فى البحر المحيط ٢٦٨/٨: وقرأ بها كبار من الصحابة والتابعين. انظر: مختصر شواذ القراءات ١٥٧، الطبرى ٦٥/٢٨، ٦٦، القرطبي ١٠٢/١٨، التبيين ٨/١٠، القراء ١٥٦/٣، الكشاف ١٠٥/٤ الألوسى ١٠٣/٢٨.

﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ﴾ [البقرة: ٢٠٥] وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَمَّا مَنْ جَاءَكَ يَسْعَى وَهُوَ يَخْشَى﴾ [عبس: ٨ - ٩] وَقَالَ: ﴿ثُمَّ أَدْبَرَ يَسْعَى﴾ [النازعات: ٢٢] وَقَالَ: ﴿إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّى﴾ [الليل: ٤].

قَالَ مَالِكٌ: فَلَيْسَ السَّعَى الَّذِي ذَكَرَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ بِالسَّعَى عَلَى الْأَقْدَامِ وَلَا الْأَشْتِدَادَ، وَإِنَّمَا عَنَى الْعَمَلَ وَالْفِعْلَ.

إنما سأل مالك عن تفسير لفظة السعى لما كانت تحتل في كلام العرب الجرى من قوله ﷺ: «فلا تأتوها وأنتم تسعون» والمشى من غير جرى من قوله تعالى: ﴿وَأَمَّا مَنْ جَاءَكَ يَسْعَى وَهُوَ يَخْشَى﴾ [عبس: ٨] فأجابه ابن شهاب بقراءة عمر بن الخطاب لها لأن في ذلك بيانا منه أنها عنده بمعنى المشى، فاحتج ابن شهاب في ذلك بقراءة عمر، وإن لم تكن ثابتة في المصحف إلا أنها تجرى عند جماعة من أهل الأصول بجرى خبر الآحاد، سواء أسندها القارئ أو لم يسندها، وذهبت طائفة أخرى إلى أنها لا تجرى بجرى خبر الآحاد إلا إذا استندت إلى النبي ﷺ، فإذا لم يسندها فهي بمنزلة قول القارئ لها، لأنه يحتل أن يأتي بذلك على وجه التفسير لنص القرآن الثابت، والذي ذهب إليه القاضى أبو بكر أنه لا تجوز القراءة بها، ونقل مالك ذلك بمعنى أن عمر، وهو من أهل اللسان حمل السعى في الآية على معنى المضى، فكان ذلك بمنزلة أن تفسير السعى الثابت بنص القرآن بأنه المضى دون العدو، وقولنه في ذلك حجة بلا خلاف بين العلماء، واحتج مالك، رحمه الله، في ذلك بما ذكره بعد هذا إلى آخر الباب من كتاب الله.

فصل: وقوله: «وإنما السعى في كتاب الله العمل»، ذهب مالك في هذا الباب إلى أن المشى والمضى إلى الجمعة إنما سميا سعياً من حيث كان عملاً، وكان عملاً بيديه أو غير ذلك، فقد سعى وأما السعى بمعنى الجرى، فهو العمل بالقدمين على نوع مخصوص من الاشتداد والإسراع، ولذلك قال ﷺ: «فلا تأتوها وأنتم تسعون وأتوها وعليكم السكينة والوقار» فنهى عن العدو خاصة دون المشى، والمضى إلى الصلاة إلا أن السعى إذا كان بمعنى العدو أو بمعنى المضى إلى الصلاة، فإنه يتعدى إلى الغاية بإلى، يقال سعى إلى غاية كذا وكذا، أى جرى إليها ومشى إليها، وإذا كان بمعنى العمل، فإنه لا يتعدى بإلى وإنما يتعدى باللام، فتقول سعيت لكذا وكذا، وسعيت لفلان، قال الله تعالى: ﴿وَمَسَى لَهَا سَعِيهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ [الإسراء: ١٩] وإنما تعدى السعى إلى الجمعة بإلى لأنه بمعنى المضى.

كتاب الصلاة ١٢٥

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالسعى واجب على كل من تلزمه الجمعة في الجملة، وقد يباح التأخير عنها لأعدار، فروى ابن القاسم عن مالك أنه يجوز أن يتخلف عنها لجناساة أخ من إخوانه ينظر في أمره. قال ابن حبيب: ويتخلف لغسل ميت عنده.
قال مالك: أو مريض يخاف عليه الموت، واختلف في تخلف العروس والمجنوم عنها وفي التخلف عنها في اليوم المطير.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فللسعى إليها وقتان، أحدهما: استحباب، وقد تقدم بيانه ووقت وجوب، وهو وقت النداء إذا جلس الإمام على المنبر، هذا الذي حكاه القاضى أبو محمد. ويجب أن يكون فى ذلك تفصيل، وذلك أننا إذا قلنا إن حضور الخطبة واجب، فيجب رواجه بمقدار ما يعلم أنه يصل ليحضر الخطبة، وإن قلنا إن ذلك غير واجب، فيجب عليه الرواح بمقدار ما يدرك الصلاة، وقد رأيت للشيخ أبى إسحاق نحوه.

وقد اختلف فى صحة الخطبة دون جماعة، فحكى القاضى أبو محمد عن شيوخنا أنه يجىء على المذهب إن ذلك شرط فيها، وهو معنى ما فى المدونة، والذى يقوله أصحابنا إن إتيان الجمعة يجب بالأذان، يدل على ذلك أنه ليس بشرط فى صحة الخطبة لأن الأذان هو عند جلوس الإمام على المنبر، ومن وجب عليه الإتيان ذاك الوقت، وهو فى طرف المصر، فمعلوم أنه لا يأتى المسجد إلا بعد انقضاء الخطبة، فدل على أن الخطبة ليس من شرطها الجماعة، وبه قال أبو حنيفة. والذى حكاه القاضى أبو محمد يقتضى وجوب السعى بمقدار ما يأتى المسجد قبل الشروع فى الخطبة، وهو الأظهر عندى، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجب السعى إلى الجمعة لمن كان منها على مسيرة ثلاثة أميال وزيادة يسيرة، وإن كان خارج المصر. وقال أبو حنيفة: لا يجب النزول لمن كان خارج المصر. وقال الشافعى: لا يجب النزول إليها لمن كان خارج المصر، ومنع التحديد بثلاثة أميال.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] ولم يخص أهل المصر من غيرهم، فيجب حمله على عمومهم.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا سليم يبلغه النداء، فوجب أن تلزمه الجمعة كالذى

داخل المصر. ودليلنا على اعتبار المسافة أننا قد دللنا على تعلق الحكم بالنداء، ويجب أن يتعلق بالموضع الذى يسمع منه لا بنفس السماع بدليل أن الأصم يلزمه إتيان الجمعة، وإن لم يسمع النداء.

والذى جرت عليه العادة أن يسمع النداء فى غالب الحال من ثلاثة أميال أو ما قرب منها، فلذلك اعتبر ذلك المقدار فى وجوب إتيانها، وإنما يراعى فى ذلك المكان الذى يكون المقيم فيه وقت وجوب السعى عليه دون مكان منزله، والله أعلم.

مسألة: والنداء الذى يحرم به البيع هو النداء، والإمام على المنبر، رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية، قال: وأنكر منع الناس البيع قبل ذلك، وكل من لزمه النزول إلى الجمعة، فإنه يحرم عليه ما يمنعه من ذلك من بيع أو نكاح أو عمل، فمن باع فى الوقت الذى يجب فيه النزول، فقد روى ابن وهب وعلى بن زياد عن مالك فيمن باع من وقت الأذان عند الخطبة إلى انقضاء الصلاة ممن يلزمه الإتيان إلى الجمعة: أنه يستغفر الله، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. وروى عنه ابن القاسم أن البيع يفسخ، وبه قال أكثر أصحابنا.

والدليل على القول الأول قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥]. ووجه القول الثانى قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾ [الجمعة: ٩].

وقد اختلف أصحابنا فى عقد النكاح، وقال القاضى أبو محمد: الهبات والصدقات مثلها. وقال الشيخ أبو القاسم: النكاح والإجارة فى ذلك بمنزلة البيع. فرع: فإذا قلنا يفسخ، ففات بزيادة أو نقصان أو حوالة سوق، فقد قال المغيرة وسحنون: يمضى بالثمن ولا يرد. وقد قال ابن القاسم وأشهب: يرد إلى القيمة.

وجه ما قاله المغيرة ما احتج له به ابن عبدوس أن الفساد فى العقد لا فى العرض، وذلك يقتضى أن يمضى بالمسمى إذا فات. ووجه ما قاله ابن القاسم أن هذا بيع فاسد لا يفوت بالقبض، وإنما يفوت بالزيادة والنقصان وحوالة الأسواق، فوجب أن يرد إلى القيمة. أصل ذلك إذا كان الفساد فى المعقود عليه.

فرع: وإذا قلنا برد القيمة، فقال ابن القاسم: تراعى القيمة حين القبض. وقال أشهب: القيمة حين انقضاء الصلاة وقت جواز البيع.

ما جاء في الإمام ينزل بقرية الجمعة في السفر

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا نَزَلَ الْإِمَامُ بِقَرْيَةٍ تَجِبُ فِيهَا الْجُمُعَةُ، وَالْإِمَامُ مُسَافِرٌ، فَخَطَبَ وَجَمَعَ بِهِمْ، فَإِنَّ أَهْلَ تِلْكَ الْقَرْيَةِ وَغَيْرَهُمْ يُجْمَعُونَ مَعَهُ.

الشرح: وهذا كما قال لأن شروط الجمعة قد وجدت، والإمام وإن كان مسافراً، فإن واليه النائب عنه مستوطن تجب عليه الجمعة، وإن كانت الجمعة تجب بحق النيابة عن الإمام وجبت أيضاً على الإمام الذي ينوب عنه الوالي، والفرق بين الجمعة والقصر أن من كان فرضه الإتمام أتم وراء من يقصر، ومن كان فرضه في الجمعة أربعاً لم يجز له أن يصلّيها وراء من يصلّي الجمعة.

مسألة: والمستحب أن يصلّي بهم الإمام دون الوالي، لأن القرية المجمع بها من عمله ونظيره، وإنما ينوب الوالي عنه مع غيبته، فإذا حضر كان أحق بالصلاة، فإن صلى الوالي جازت الصلاة كما لو استخلف الإمام في وطنه من يصلّي الجمعة، وهو حاضر.

وجملة ما تبني عليه المسألة أن للجمعة أربعة شروط تجب بوجودها، ولها شرط آخر، هو شرط في صحتها بعد وجوبها، فأما الأربعة فهي موضع استيطان، وإقامة وجامع وجماعة وإمام، وأما المعنى الذي هو شرط في صحتها، فهو الخطبة. وسنذكر ذلك كله إن شاء الله.

فأما موضع الاستيطان، فإنما يعنى به المصر والقرية، وإنما يختلف في الاستيطان والإقامة، فهي اعتقاد المقام بموضع مدة يلزمه إتمام الصلاة بها، فكل استيطان إقامة وليس كل إقامة استيطاناً، فإن عللنا بالاستيطان، فلا يجوز لجماعة مرت بقية خالية من أهلها، فعدنا فيها إقامة شهر أو شهرين أن يجمعوا، لأنه ليس بموضع استيطان، وإن عللنا بالإقامة جاز لهم ذلك، وقد رواه ابن القاسم عن مالك.

فروع: إذا ثبت ذلك، فموضع الاستيطان هو المصر أو القرية الجامعة المتصلة بالنيان، فأما المصر، فلا خلاف في وجوب الجمعة فيه. وأما القرية، فإن مالكاً رحمه الله، جعلها في ذلك بمنزلة المصر، فقال في المختصر الكبير: إن كانت القرية بيوتها متصلة وطرقها في وسطها، وفيها سوق ومسجد يجمع فيه للصلوات، فليجمعوا، كان لهم والٍ أو لم يكن، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تقام الجمعة إلا في مصر.

والدليل على جواز ذلك ما رواه ابن عباس أنه قال: إن أول جمعة جمعت في الإسلام

١٢٨ كتاب الصلاة

بعد، جمعة جمعت في مسجد رسول الله ﷺ بالمدينة لجمعة جمعت بجواثي قرية من قرى البحرين. وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك: ليس على أهل العمود جمعة.

فرع: واختلفت الرواية عن مالك في تحديد القرية التي تلزم فيها الجمعة، فروى عنه ابن القاسم أنه لم يجد في ذلك غير أنه قال: القرية المتصلة البنيان.

وروى عنه مطرف وابن الماجشون أنها التي فيها ثلاثون بيتا متصلة، وذلك متقارب في المعنى. ويجب أن تكون القرية الموصوفة حيث الجامع، فإن كان موضع الجامع لا تصح فيها الجمعة بانفراده، ويجتمع إليه ممن يقرب منه عدد كثير لم يصح فيه الجمعة، وبه قال ابن حبيب؛ لأن موضع إقامتها لا تصح فيه الجمعة بانفراده، فلا تصح بما هو تبع له.

فصل: فأما الجامع، فإنه من شروط الجمعة، ولا خلاف في ذلك إلا خلاف لا يعتد به مما نقله القزويني في كتابه عن أبي بكر الصالحى، وتأوله على رواية ابن القاسم عن مالك، وتأوله في المسألة التي في المدونة، أن الجمعة تقام في القرية المتصلة البنيان التي بها الأسواق، وترك ذكر الأسواق مرة أخرى، فقال أبو بكر الصالحى: لو كان من صفة القرية أن يكون فيها الجامع لذكره.

قال الإمام أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي غير صحيح؛ لأنه إنما قصد من ذكر القرية إلى ما يختص بصفاتها دون أن يذكرها فهو شرط منفرد عنها كما لم يذكر أن تكون معمورة بعده تنعقد بهم الجمعة، وأن يحضرها إمام، وأن يكونا مؤمنين، وغير ذلك من الشروط على أنه قد تقدم من قول مالك في المختصر الكبير: إن كانت القرية بيوتها متصلة وطرفها في وسطها، وفيها سوق ومسجد، فليجمعوا بشرط المسجد، ولا يلزمه ذكر ذلك في كل موضع، ولا أن ينقله عنه كل راو، وهذا قول قد انعقد الإجماع على خلافه، فلا نعلم ممن بقى من العلماء من يقول به، والله أعلم.

وقد تقدم قول مالك في غير موضع أن الجمعة لا تكون إلا في الجامع، وليس القزويني ولا الصالحى بالموثوق بعلمهما في النقل والتأويل، فيعتمد على ما أثبتاه ويحتاج إلى المراجعة عنه. وأما الصالحى فمجهول، وإنما أثبتناه لنبين وجه الصواب فيه لئلا يغير به من يقع هذا القول إليه ممن لا يميز وجه الأقوال، وبالله التوفيق.

والأصل في ذلك فعل النبي ﷺ وعمل الأئمة بعده إلى هلم جرا.

فرع: ومن شرطه البنيان المخصوص على صفة المساجد، فأما البراح الذي لا بنيان

فيه، أو ما كان فيه من البنيان ما لا يقع عليه اسم مسجد، فلا يصح ذلك فيه.

ووجه ذلك أن كل ما كان شرطاً في صحة الجمعة، فإن شروطها متعلقة بأسمائها كالجماعة، ألا ترى أن الإمام له حكم الجماعة في سائر الصلوات، وليس له أن يجزئ بذلك في الجمعة حتى يوجد الاسم مع الحكم به.

فرع: والجامع صفة زائدة على كونه مسجداً، فكل جامع مسجد، وليس كل مسجد جامعاً، وإنما يوصف بأنه جامع لاجتماع الناس كلهم فيه لصلاة الجمعة، وهذا حكم يختص بهذا المسجد دون غيره من المساجد، فلا يصح أن تقام الجمعة في غيره من المساجد مما لا يحكم له بهذا الحكم حتى يحكم له على التأييد دون أن ينقل إليه هذا الحكم في يوم بعينه، ولو أصاب الناس ما يمنع من الجامع في يوم ما، لم تصح لهم جمعة في غيره من المساجد ذلك اليوم إلا بأن يحكم له الإمام بحكم الجامع وينقل الحكم إليه عن الجامع المنوع، فيبطل حكم الجمعة في المسجد الأول، ولذلك قال مالك فيمن رجع يوم الجمعة، وهو جالس في التشهد: إنه يخرج فيغسل عنه الدم، ويرجع إلى الجامع فيتم تشهده، ويسلم وإن علم أن الإمام قد قضى صلاته بعده لأن الجمعة لا تكون إلا في الجامع، ولو كانت سائر المساجد تنوب عن الجامع لقال: يتم صلاته في أقرب المساجد إليه لأن إتمامها فيه يجزئ عنه.

فرع: ويجب أن يكون بين الجامع وبين جامع آخر منه مسافة، لا يجب المضى منها إلى الجامع الأقدم، وقد اختلف أصحابنا فيمن كان من الحضرة أو من القرية التي يجمع فيها على أقل من بريد، فقال ابن حبيب: لا يتخذ بها جامع حتى يكون منه على مسافة بريد، فأكثر.

وقال يحيى بن عمر: لا يجمعوا حتى يكونوا منها على ستة أميال. وقال زيد بن بشير: يتخذوا جامعاً إن كانوا على أكثر من فرسخ.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهو الصحيح عندي لأن كل موضع لا يلزم أهله النزول إلى الجمعة لبعدهم عنه، وكملت فيهم شروط الجمعة لزمتهم إقامتها في موضعهم كأهل مصر، وقد قال يحيى بن عمر ومحمد بن عبدالحكم: لا بأس أن تقام الجمعة في موضعين في الأمصار العظام كبغداد ومصر، والله أعلم. وقال الشيخ أبو القاسم: لا يصلى الجمعة في مصر واحد في مسجدين، فإن فعلوا ذلك، فالصلاة صلاة أهل المسجد العتيق، يعنى القديم.

١٣٠ كتاب الصلاة

فصل: وأما الإمام، فهو أيضاً شرط في وجوب الجمعة، والأصل في ذلك فعل النبي ﷺ وأيضاً، فإنها صلاة من شرطها الجماعة، والجماعة لا بد لها من إمام، فإن كانت قرية لا والى لها، قدموا من أنفسهم من يصلى بهم، وصحت الجمعة.

فرع: ومن صفة الإمام الذكورة والحرية، قاله ابن القاسم ومطرف وابن الماشجون. وحكى القاضى أبو محمد فى إشرافه، أن الجمعة تصح خلف العبد، ومن صفاته أن يكون بالغاً، ومن صفاته أن يكون عدلاً، وهل يصح أن يكون فاسقاً؟ قال القاضى أبو محمد: القياس يقتضى أن لا تصح إمامة الفاسق، ولم يخص جمعة من غيرها. وقال ابن حبيب: إمامته، وإن بلغ فسقه ما بلغ فى الجمعة دون غيرها، والأول أظهر لأنه يعتبر فى صفات إمام الجمعة ما لا يعتبر فى غيره، وإذا كان الفسق يمنع إمامته فى غير الجمعة، فبأن يمنع ذلك فى الجمعة أولى.

فرع: وهل من صفاته أن يكون مقيماً؟ قال ابن القاسم: لا يؤم المسافر ابتداءً، ولا مستخلفاً. وقال أشهب وسحنون: يؤم فى الحالتين. وقال ابن الماشجون ومطرف: يؤم مستخلفاً، ولا يؤم ابتداءً.

وجه ما قاله ابن القاسم أنه ليس من أهلها كالمرأة. ووجه ما قاله أشهب أنه لما أتاهما صار من أهلها، ولم يكن فيه نقص يمنع من التقدم فيها كالإمام بقرية من عمله، وهو مسافر. ووجه ما قاله ابن الماشجون أنه إذا عقد المسافر مع الإمام إحرامه، فقد لزم حكم الجمعة، وثبت كونه من أهلها، فصح أن يستخلف على إمامها، وإذا لم يتعقد إحرامه مع الإمام لم يثبت له حكمها، ولم تصح إمامته فيها.

فصل: وأما الجماعة، فشرط فى وجوب الجمعة ولا حد لها عند مالك إلا أن يكونوا عددًا تقرى بهم قرية، وتمكنهم الإقامة بانفرادهم، ومنع ذلك فى الثلاثة والأربعة. وقال أبو حنيفة: تتعقد بالإمام وثلاثة معه. وقال الشافعى: لا تتعقد إلا بأربعين مع الإمام.

والدليل على أبى حنيفة أن الجمعة لما كان من شرطها الإقامة بدليل سقوطها عن أهل الظعن، وجب أن يكون من شرط وجوبها من يمكنه الإقامة من الجمع، ومعلوم أن ذلك لا يمكن فى الاثنين والثلاثة والأربعة، فوجب أن لا تتعقد بهم الجمعة.

وقد استدل أصحابنا فى ذلك على الشافعى بما روى عن جابر بن عبد الله: بينما نحن نصلى مع النبي ﷺ إذ أقبلت غير تحمل طعاماً، فانفضوا إليها حتى ما بقى مع رسول الله ﷺ إلا اثنا عشر رجلاً، فنزلت هذه الآية: ﴿وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُوا إِلَيْهَا﴾

كتاب الصلاة ١٣١

وتركوك قائماً ﴿ [الجمعة: ١١] واستدلوا بهم بهذا الحديث على ضعف التعلق به، يقتضى إجازتهم للجمعة من اثني عشر رجلاً مع الإمام، والذي يجب أن يعتمد عليه من الدليل أن هذا عدد يصح منهم الانفراد بالاستيطان، فصح أن تنعقد بهم الجمعة كالأربعين رجلاً.

فرع: ومن صفتهم أن يكونوا ممن تجب عليهم الجمعة، فإن كانوا مسافرين أو عبيداً، لم تنعقد بهم لأنهم ليسوا من أهلها. وقال أشهب في الإمام يفد من عنده، فلم يبق إلا نساء أو عبيد: فليصل يوم الجمعة ركعتين، هذا يحتمل أن يرى أن الجمعة تنعقد بهم، ويحتمل أن يكون حكم الجمعة قد ثبت بالإحرام، والله أعلم.

فرع: وهل من شرط هذه الجماعة أن تحضر جميع الصلاة؟ قال أشهب: إن عقد الإمام معهم ركعة، ثم تفرقوا عنه بعد ذلك أتم الجمعة ركعتين. قال ابن سحنون: هو القياس. وقال سحنون في المجموعة: لا تصح له الجمعة، ولو تفرقوا عنه فى التشهد حتى يبقى معه من الرجال الأحرار المقيمين عدد تنعقد بهم الجمعة، وإن لم يبق معه إلا عبيد أو مسافرون، جعلها نافذة وسلم وانتظر الجماعة.

وجه القول الأول أنه من شرط الجمعة أن يؤتى بجميع الصلاة مع الإمام، وأنها من شرطها أن ينعقد منها ركعة مع الإمام، لذلك من أدرك منها ركعة مع الإمام جاز له أن يقضى الركعة الأخرى وحده.

وجه القول الثانى أن الجماعة شرط من شروط الجمعة، فلم يجز أن يعرى عنها شىء منها كالجامع، ولا يلزم على هذا من فاتته ركعة من صلاة الإمام لأن صلاة الإمام قد كملت بشروطها، وفى مسألتنا بخلافه.

فصل: وأما الخطبة فهى شرط فى صحة الصلاة بعد وجوبها، وبه قال أبو حنيفة والشافعى، وقال ابن الماجشون فى رواية أبى زيد عنه: من ترك الخطبة على أى وجه تركها، فإن جمعته ماضية، ورواه عن مالك فى الثمانية، وبه قال داود.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور ما نقلته الأمة من فعل النبى ﷺ وأفعاله على الوجوب. وقال مطرف فى الثانية: إن تركها على أى وجه كان، أعاد أبداً، ورواه ابن حبيب عن مالك.

فرع: وهل من شرطها أن تكون بحضرة من تنعقد بهم الجمعة؟ حكى القاضى أبو محمد عن شيوخنا، أنه يجزئ على المذهب، وأنه لم يجد فيها نصاً لمالك ولا لمتقدمى أصحابه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه نص على ذلك فى المدونة بقوله: لا تجمع الجمعة إلا بالجماعة، والإمام يخطب خلافاً لأبى حنيفة. والدليل على ما نقوله أنه ذكر جعل شرطاً فى صحة الجمعة، فوجب أن تكون من شرطه الجماعة كتكبيرة الإحرام.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ جَمَعَ الْإِمَامُ، وَهُوَ مُسَافِرٌ، بِقَرْيَةٍ لَا تَجِبُ فِيهَا الْجُمُعَةُ، فَلَا جُمُعَةَ لَهُ وَلَا لِأَهْلِ تِلْكَ الْقَرْيَةِ، وَلَا لِمَنْ جَمَعَ مَعَهُمْ مِنْ غَيْرِهِمْ، وَلَيْتَمَّ أَهْلُ تِلْكَ الْقَرْيَةِ وَغَيْرُهُمْ مِمَّنْ لَيْسَ بِمُسَافِرٍ الصَّلَاةَ.

الشرح: وهذا كما قال لأنه لا جمعة لأحد من المصلين لعدم شروط الجمعة، من المصر أو القرية الموصوفة على ما تقدم.

فصل: وقوله: «وليتم أهل تلك القرية وغيرهم ممن ليس بمسافر»، يحتمل معنيين، أحدهما: أن يعودوا إلى الإتمام، والثانى: أن يتموا على ما تقدم من صلاتهم، وهذا أظهر من جهة اللفظ لأنه لو أراد المعنى الأول لقال: ليعد جميع المصلين معه. فيتم المقيم ويقصر المسافر، ولما خص المقيمين بالذكر كان أظهر إذ صلاة المسافر جائزة.

وقد اختلف أصحابنا فى هذه المسألة، فروى عن ابن القاسم فى المدونة والمجموعة، ورواه عن مالك أن الصلاة لا تجزئ الإمام ولا أحداً ممن معه. وروى عنه أبو زيد وابن المواز تجزئته ولا تجزئ أحداً من أهل القرية، حتى يتموا عليها ظهراً أربعاً. ورواه ابن نافع عن مالك.

وجه الرواية الأولى أن الإمام أفسد صلاته بتعمد الجهر فى صلاة السر، وإذا فسدت صلاته بالعمد تعدى إلى صلاة الجماعة معه.

وقد قال الشيخ أبو القاسم: إن الجهر فيما يجهر فيه والإسرار فيما يسر فيه ممن ستن الصلاة، وهذا مقتضى هذه الرواية. ووجه الرواية الثانية، أن تعمده للجهر لا يفسد صلاته لأنها صفة للقراءة مشروعة، فلم تمنع صحة صلاة الإمام، وإذا لم تمنع صحة صلاته لم تمنع صحة صلاة من وراءه.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا جُمُعَةَ عَلَى مُسَافِرٍ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن المسافر على ضربين: رجل ابتداء سفره يوم الجمعة، ورجل مستديم لسفره، فأما من ابتداء يوم الجمعة، فلا يخلو أن يتدنه قبل الزوال

كتاب الصلاة ١٣٣

أو بعد الزوال قبل الصلاة، فإن شرع فيه قبل الزوال، فروى ابن وهب وابن القاسم عن مالك: أنه مكروه. وروى علي بن زياد عنه: لا بأس به.

فإن أنشأه قبل الزوال وقبل الصلاة فهو ممنوع خلافًا لبعض أصحاب أبي حنيفة. والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ﴾ [الجمعة: ٩]، والأمر بالشيء يقتضى وجوبه وتحريم تركه.

مسألة: فإن خرج من منزله يوم الجمعة، فأذن لصلاة الجمعة قبل أن يكون بينه وبين موضع الجمعة ثلاثة أميال، فالظاهر من المذهب أن يجب عليه الرجوع لأنه قد نودي للصلاة، وهو من أهل الجمعة، بموضع يلزم منه إتيان الجمعة كما لو كان بالمصر.

مسألة: وأما من كان مستليماً لسفره، فلا جمعة عليه، وإن كان بموضع الجمعة، والدليل على ذلك أن السفر عذر يبيح الفطر للصائم، فوجب أن يسقط فرض الجمعة كالمرض.

مسألة: وأما إن كان المسافر وارداً على موضع استيطانه، فإن علم أنه يدرك الجمعة بمصره، فليؤخر الصلاة حتى يصلى الجمعة، فإن عجل فصلى الظهر لم يجزه لأن فرضه الجمعة، وإن ظن أنه لا يدرك الجمعة، فصلى الظهر، فالذى رواه ابن المواز عن مالك: إن أدرك ركعة من صلاة الجمعة مع الإمام فعليه أن يأتيها. قال ابن الماجشون: لأنه صار من أهل الجمعة، فانتقض ما كان صلى من الظهر.

وقال أشهب: إن كان صلى الظهر في جماعة، فالأولى فرضه، وكان ينبغي له أن لا يأتي الجمعة، وإن كان صلى الأولى، فذا كان له أن يعيدها جمعة ثم الله أعلم بصلاته، ولو أدرك من الجمعة ركعة أضاف إليها أخرى.

وقال سحنون في كتاب ابنه: إن كان صلى على ثلاثة أميال من موضع الجمعة، فعليه إتيان الجمعة، وإن كان صلى على ستة أميال، فليس عليه إتيانها، بل يكره له ذلك.

وجه القول الأول، أن صلاة الجمعة كانت مراعاة لأنه إن كان ممن يدرك الجمعة، فلا ظهر له، وإن كان ممن لا يدركها، فظهره ثابت، فإذا طلع الغيب عن أحد الأمرين حكم له بذلك.

وجه القول الثاني أنه لما صلى، وهو معتقد أن الجمعة قد فاتته، كان ما صلى فرضه، فلا يعيد إلا للمثل ما يعيد له العبد.

١٣٤ كتاب الصلاة

ووجه القول الثالث أنه إذا صلى على ثلاثة أميال من موضع الجمعة فصلاته غير صحيحة لأن فرضه الجمعة، وإن كان صلى على ستة أميال فظهره صحيحة لأن ذلك فرضه.

* * *

ما جاء في الساعة التي في يوم الجمعة

٢٣٤ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ذَكَرَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، فَقَالَ: «فِيهِ سَاعَةٌ لَا يُوَافِقُهَا عَبْدٌ مُسْلِمٌ وَهُوَ قَائِمٌ يُصَلِّي يَسْأَلُ اللَّهَ شَيْئًا إِلَّا أَعْطَاهُ إِيَّاهُ، وَأَشَارَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهِ يُقَلِّلُهَا».

الشرح: قوله ﷺ: «فيه ساعة» يقتضى جزءاً من اليوم غير مقدر ولا معين، وبيان ذلك ما أشار إليه النبي ﷺ من تقليلها، ولو كانت مقدره أو معينة لما كان للتقليل معنى.

وقوله: «لا يوافقها عبد مسلم» تخصيصاً لدعاء المسلمين بالإجابة في تلك الساعة.

فصل: قوله: «وهو قائم يصلي» هكذا رواه أكثر رواة الموطأ، وخالفهم قتيبة وعبدالله بن يوسف وأبو مصعب فأسقطوا لفظة «وهو قائم» وهى ثابتة صحيحة من حديث من حديث أبي الزناد.

وقوله: «يصلي» اختلف الناس في تأويل هذه اللفظة لاختلافهم في تعيين الساعة، ورويت في ذلك أخبار نذكر ما شهر منها، وذلك أن عبد الله بن سلام وجماعة من الصحابة والتابعين قالوا: إن الساعة هي من بعد صلاة العصر إلى غروب الشمس من يوم الجمعة.

وتأولوا قوله: «يصلي». بمعنى أن له حكم المصلي على ما يأتي بعد هذا، ويصح أيضاً أن يتأولوا «يصلي». بمعنى يدعو، وتأول من ذهب إلى ذلك من المتأخرين قوله: «وهو

٢٣٤ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ٩٣٥. والطلاق حديث رقم ٥٢٩٥. والدعوات ٦٤٠٠. ومسلم فى الجمعة حديث رقم ٨٥٢. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٤٥٣. والنسائى فى الصغرى فى الجمعة حديث رقم ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٠٤٦. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١١٣٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧١١١، ٧٤٢٣، ٧٦٣١، ٧٧١١، ٧٧٦٤، ٧٧٣٣٥، ٨٩٥.

قائم يصلى» بمعنى مواظب من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا دَمْتَ عَلَيْهِ قَانِمًا﴾ ويحتمل اللفظ هذا التأويل وإن لم يكن ظاهره.

وذهب قوم إلى أن ساعة الإجابة ما بين أن يجلس الإمام على المنبر إلى انقضاء الصلاة، ويجب أن تكون الساعة على قول هؤلاء في نفس الصلاة، وإلا احتاجوا من التأويل إلى مثل ما تحتاج إليه الطائفة الأولى لأن وقت الخطبة ليس بوقت قيام في صلاة عندنا ولا ينتدب إلى ذلك بإجماع، وأقل ما يقتضى هذا اللفظ الندب، وقد روى عن على رضى الله عنه أنه قال: تلك الساعة إذا زالت الشمس.

٢٣٥ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجْتُ إِلَى الطُّورِ، فَلَقَيْتُ كَعْبَ الْأَخْبَارِ، فَحَلَسْتُ مَعَهُ فَحَدَّثَنِي عَنِ التَّوْرَةِ وَحَدَّثَنِي عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَكَانَ فِيمَا حَدَّثَنِي أَنْ قُلْتُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خَيْرُ يَوْمٍ طَلَعَتْ عَلَيْهِ الشَّمْسُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، فِيهِ خُلِقَ آدَمُ، وَفِيهِ أَهْبَطَ مِنَ الْجَنَّةِ، وَفِيهِ تَيْبَ عَلَيْهِ، وَفِيهِ مَاتَ، وَفِيهِ تَقُومُ السَّاعَةُ، وَمَا مِنْ دَابَّةٍ إِلَّا وَهِيَ مُصِيخَةٌ يَوْمَ الْجُمُعَةِ مِنْ حِينَ تُصْبِحُ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ شَفَقًا مِنَ السَّاعَةِ إِلَّا الْجِنَّ وَالْإِنْسَ، وَفِيهِ سَاعَةٌ لَا يُصَادِفُهَا عَبْدٌ مُسْلِمٌ، وَهُوَ يُصَلِّي، يَسْأَلُ اللَّهَ شَيْئًا إِلَّا أَعْطَاهُ إِيَّاهُ».

قَالَ كَعْبٌ: ذَلِكَ فِي كُلِّ سَنَةٍ يَوْمٌ، فَقُلْتُ: بَلْ فِي كُلِّ جُمُعَةٍ فَقَرَأَ كَعْبُ التَّوْرَةَ، فَقَالَ: صَدَقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: فَلَقَيْتُ بَصْرَةَ بْنَ أَبِي بَصْرَةَ الْغِفَارِيَّ فَقَالَ: مِنْ أَيْنَ أَقْبَلْتَ؟ فَقُلْتُ: مِنَ الطُّورِ، فَقَالَ: لَوْ أَدْرَكْتُكَ قَبْلَ أَنْ تَخْرُجَ إِلَيْهِ مَا خَرَجْتَ، سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: لَا تَعْمَلُ الْمَطْيُ إِلَّا إِلَى ثَلَاثَةِ مَسَاجِدَ، إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، وَإِلَى مَسْجِدِي هَذَا، وَإِلَى مَسْجِدِ إِبِلْيَاءَ، أَوْ بَيْتِ الْمُقَلِّسِ يَشُكُّ.

٢٣٥ - أخرجه الترمذى فى الصلاة حديث رقم ٣٠٢. والجمعة حديث رقم ٤٥٣. والنسائى فى الجمعة حديث رقم ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٠٤٦. وابن ماجه فى المساجد والجماعات حديث رقم ٧٩٩. وإقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١١٣٧، ١١٣٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٢٦٧، ٢٣٢٦٩، ٢٣٢٣٦، ٢٦٦٨٨.

قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: ثُمَّ لَقِيتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَلَامٍ فَحَدَّثَنِي بِمَجْلِسِي مَعَ كَعْبِ الْأَخْبَارِ وَمَا حَدَّثَنِي بِهِ فِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ، فَقُلْتُ: قَالَ كَعْبٌ: ذَلِكَ فِي كُلِّ سَنَةٍ يَوْمٌ، قَالَ: قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: كَذَبَ كَعْبٌ، فَقُلْتُ: ثُمَّ قرَأَ كَعْبُ التَّوْرَةَ، فَقَالَ: بَلْ هِيَ فِي كُلِّ جُمُعَةٍ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: صَدَقَ كَعْبٌ، ثُمَّ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: قَدْ عَلِمْتُ آيَةَ سَاعَةِ هِيَ، قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: فَقُلْتُ لَهُ أَخْبِرْنِي بِهَا، وَلَا تَضَنَّ عَلَيَّ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: هِيَ آخِرُ سَاعَةٍ فِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ.

قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: فَقُلْتُ: وَكَيْفَ تَكُونُ آخِرَ سَاعَةٍ فِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ. وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يُصَادِفُهَا عَبْدٌ مُسْلِمٌ وَهُوَ يُصَلِّي» وَتِلْكَ السَّاعَةُ سَاعَةٌ لَا يُصَلِّي فِيهَا؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: أَلَمْ يَقُلْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ جَلَسَ مَجْلِسًا يَنْتَظِرُ الصَّلَاةَ، فَهُوَ فِي صَلَاةٍ حَتَّى يُصَلِّيَ». قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: فَقُلْتُ: بَلَى، قَالَ: فَهُوَ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «خرجت إلى الطور»، الطور في كلام العرب واقع على كل جبل إلا أنه في الشرع يطلق على جبل بعينه، وهو الذي كلم فيه موسى عليه السلام، وهو الذي عناه أبو هريرة.

وقوله: «فلقيت كعب الأخبار، فحدثني عن التوراة»، يعني أخبره بما في التوراة التي بأيديهم على وجه القصص والأخبار عما ينسب إليها واعتبار ما يوافق منها ما عند أبي هريرة عن النبي ﷺ.

فصل: وقوله: فكان فيما حدثته أن قلت: «خير يوم طلعت عليه الشمس يوم الجمعة، فيه خلق آدم وفيه أهبط وفيه تيب عليه» إخبار عن وقوع الأمور العظام فيه واختصاصها به في الأغلب دون سائر الأيام، وذلك حض على الاستكثار من الطاعات فيه، وزجر عن موقعة المعاصي.

فصل: وقوله: «وما من دابة إلا وهي مصيخة يوم الجمعة من حين يصبح حتى تطلع الشمس شفقاً من الساعة» الإصاححة الأسماع، مع التوقع لأمر يطرأ فأخبر ﷺ أن إصاحتها إنما هي توقع للساعة وشفقة منها.

وقوله: «إلا الجن والإنس»، استثنى هذين النوعين من كل دابة وهو استثناء من الجنس لأن اسم الدابة واقع على كل ما دب ودرج إذ هذا الجنس لا يصبخ يوم الجمعة

إشفاقاً من الساعة لأنه قد علم أن بين يدي الساعة أشراطاً ينتظرها.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا عندي ليس بالبين لأننا نجد منها ما لا يصيخ ولا علم له بالأشراط، وقد كان الناس قبل أن يعلموا بالأشراط على حالتهم التي هم عليها لا يصيخون.

فصل: وقوله: «وفيه ساعة لا يصادفها عبد مسلم وهو يصلى يسأل الله شيئاً إلا أعطاه إياه» إخبار عن فضيلة اليوم وعظيم درجته لاختصاصه بهذه الساعة.

وقول كعب: «ذلك في كل سنة يوم»، يحتمل أن يكون على سبيل السهو في الإخبار عن التوراة أو التأويل للفظها، فلما راجعه أبو هريرة راجع قراءة التوراة، فقال: «صدق رسول الله ﷺ»، على معنى أن الذى فى التوراة موافق له لا على معنى أن صدقه إنما ظهر بموافقة ما قرأ من التوراة لأن الذى عند النبى ﷺ أصح وصدقته أظهر من أن يعلم ذلك بموافقة ما قرأ كعب له.

فصل: وقول أبي هريرة: «فلقيت بصرة الغفارى، فقال: من أين أقبلت؟» يعنى أنه لقيه منصرفاً من الطور، وقد كان يحتمل أن يكون خروجه هذا إلى الطور لحاجة عنت له فيه، ويحتمل أن يكون قصده على معنى التبعد والتقرب بإتيانه إلا أن قول بصرة: «لو أدر كنتك قبل أن تخرج إليه ما خرجت» دليل على أنه فهم من التقرب بقصده وسكوت أبي هريرة حين أنكر عليه دليل على أن الذى فهم منه كان قصده.

فصل: وقوله: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا تعمل المطى» هو تسييرها والسفر عليها لأن ذلك عملها المقصود منها، ونهيه عن إعمال المطى إلى مسجد غير المساجد الثلاثة يقتضى أن من نذر صلاة بمسجد البصرة والكوفة أنه يصلى بموضعه ولا يأتيه لحديث بصرة المنصوص فى ذلك، وذلك أن النذر إنما يكون فيما فيه القربة ولا فضيلة لمساجد البلاد بعضها على بعض قصده بإعمال المطى إليه إلا المساجد الثلاثة، فإنها تختص بالفضيلة.

وأما من نذر الصلاة والصيام فى شىء من مساجد الثغور، فإنه يلزمه إتيانها والوفاء لأن نذره قصدها لم يكن لمعنى الصلاة فيها، بل قد اقترن بذلك الرباط، فوجب الوفاء به، ولا خلاف فى المنع من ذلك فى غير المساجد الثلاثة إلا ما قاله محمد بن مسلمة فى المبسوط، فإنه أضاف إلى ذلك مسجداً رابعاً وهو مسجد قباء، فقال: من نذر أن يأتيه فيصلى فيه كان عليه ذلك.

١٣٨ كتاب الصلاة

فصل: وقوله: «وإلى مسجد إيلياء أو بيت المقدس» يشك في اللفظة، ومسجد إيلياء هو مسجد بيت المقدس، وهذا الحديث قد رواه سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ «تشد الرحال إلى ثلاثة مساجد»، ولم يذكر فيه بصرة، وهذا يدل على أن الصحابة كان يرسل بعضهم عن بعض.

فصل: وقول عبد الله بن سلام: «كذب كعب» لما أخبر عنه أبو هريرة أن ذلك في كل سنة مرة، يعنى أنه أخبره بالشئ على غير ما هو به، سواء تعمد ذلك أو لم يتعمده. وقال بعض الناس: إن الكذب إنما هو أن يتعمد الإخبار عن المخير على ما ليس به وليس ذلك بصحيح، قال الله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لَا يَبْعَثُ اللَّهُ مِنْ يَمُوتَ بَلَىٰ وَعَدًّا عَلَيْهِ حَقًّا وَلَكِن أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ لِيَبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي يُخْتَلَفُونَ فِيهِ وَلِيَعْلَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّهُمْ كَانُوا كَاذِبِينَ﴾ [النحل: ٣٨، ٣٩] فأخبر تعالى أنهم يعلمون إذا بعثوا بعد الموت أنهم كانوا كاذبين في قولهم: ﴿لَا يَبْعَثُ اللَّهُ مَنْ يَمُوتُ﴾ وإن كانوا في حال قولهم ذلك يعتقدون أنهم صادقون.

فصل: وقوله بعد ذلك: «صدق كعب» بمعنى أنه أخبر بالشئ على ما هو عليه، ثم قال عبد الله بن سلام: «قد علمت أية ساعة هي»، إظهار لعلمه وتنبئه لأبي هريرة على أنها معلومة، فأما أن يكون عنده منها علم يوافقه عليه أو لا يكون عنده علم، فبيئه له.

فصل: وقول أبي هريرة: «أخبرني بها ولا تضن علي»، بمعنى لا تبخل عليّ بالعلم الذي ينتفع به أبو هريرة ولا يستضر به عبد الله بل ينتفع بتعليمه، وإنما قال أبو هريرة ذلك لأن فطرة كثير من الناس البخل بما ينفرد بعلمه، فقال عبد الله: «هي آخر ساعة في يوم الجمعة، وقد قال رسول الله ﷺ، وهو يصلي: وتلك ساعة لا يصلى فيها» مطالبة من أبي هريرة لعبد الله بتصحيح قوله، وليزيل من نفس أبي هريرة الشبهة التي تعترض على قول عبد الله.

وهذا يدل على كثرة بحثهم عن معانى الألفاظ وتحقيقهم فيها وصحة مناظرتهم عليها. بمعنى استخراج الفائدة، ففزع عبد الله إلى تأويل الظاهر الذي اعترض أبو هريرة به والجمع بينه وبين ما أورده، ولم يقنع في ذلك بأن ما رواه عن النبي ﷺ ليس عليه العمل أو بأن ما قلته أولى منه لما كان أبو هريرة عنده من أهل العلم والفهم حتى بين له وجهه وموافقته لما رواه عن النبي ﷺ وأقام الدليل على أن اسم المصلى ينطلق في الشرع على منتظر الصلاة بقوله ﷺ: «من جلس مجلسا ينتظر فيه الصلاة فهو في صلاة حتى يصلى».

* * *

الهيئة وتخطى الرقاب واستقبال الإمام يوم الجمعة

٢٣٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا عَلَى أَحَدِكُمْ لَوْ اتَّخَذَ ثَوْبَيْنِ لِجُمُعَتِهِ سِوَى ثَوْبِي مَهْنَتِهِ».

الشرح: هذا حض من النبي ﷺ على التجمل للجمعة في اللباس كما حض على التطيب والغسل والسواك لأنه يوم عيد، فكان التجمل مستونا فيه كالفطر والأضحى.

وقوله ﷺ: «لو اتخذ ثوبين لجمعته» دليل على أن ذلك أقل ما يكون من لبس الجمال وحسن الهيئة على عاداتهم من اللباس في ذلك الوقت واتخاذها للجمعة سوى الثياب التي يمتنعها في سائر أوقاته، يفيد قصرها على يوم الجمعة، وأن تكون الجمعة مخصوصة بلبسها وأن تكون له ثياب غيرها يمتنعها ويباشر الأعمال فيها.

٢٣٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يَرُوحُ إِلَى الْجُمُعَةِ إِلَّا آدَهْنَ وَتَطَيَّبَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ حَرَامًا.

الشرح: هذا من فعل ابن عمر موافق للحديث والعمل به وعلى ذلك عمل الأمة والحديث إذا تلقته الأمة بالقبول والعمل به لم يحتج إلى إسناد صحيح لأن عمل الأمة به يقتضى العلم بصحته بتقرير الشرع وتصحيح إسناده لا يقتضى ذلك فكان العمل به على هذا الوجه أقوى.

٢٣٨ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عُمَرَ بْنِ حَزْمٍ عَمَّنْ حَدَّثَهُ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لِأَنَّ يُصَلِّيَ أَحَدُكُمْ بِظَهْرِ الْحَرَّةِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَقْعُدَ حَتَّى إِذَا قَامَ الْإِمَامُ يَخْطُبُ جَاءَ يَتَخَطَّى رِقَابَ النَّاسِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ.

الشرح: معنى ذلك أن المؤتم عنده في تخطى الرقاب يؤم الجمعة أكثر من المؤتم في التخلف عن الجمعة والتخطى يوم الجمعة على ضربين، أحدهما: قبل أن يجلس الإمام على المنبر. والثاني: بعد ذلك. فأما التخطى قبل الجلوس لمن رأى فرجة لجلوسه، فإنه مباح، ورواه ابن القاسم عن مالك لأن للداخل حقا في الجلوس في الفرجة، ما لم

٢٣٦ - أخرجه أبو داود في الصلاة حديث رقم ١٠٧٨.

٢٣٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢١٤.

٢٣٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢١٥.

١٤٠ كتاب الصلاة

يجلس فيها غيره لأن جلوس الجالس فيها قبل الداخل لا يمنع هذا الداخل من الجلوس فيها لأنه لم يتأخر عن وقت الوجوب ولا بد له من طريق إليها إلا أنه يؤمر بالتحفظ من إذابة الناس والوجوب ولا بد له من طريق إليها إلا أنه يؤمر بالتحفظ من إذابة الناس والوجوب في التخطي إليها، وأما الداخل بعد جلوس الإمام فلا يتخطى إلى فرجة ولا غيرها لأن تأخره عن وقت وجوب السعي قد أبطل حقه من التخطي إلى الفرجة يبين ذلك ما روى عن عبد الله بن بشر أن النبي ﷺ قال للداخل يوم الجمعة: «اجلس فقد أذيت».

قَالَ مَالِكُ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنْ يَسْتَقْبَلَ النَّاسُ الْإِمَامَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَخْطُبَ مَنْ كَانَ مِنْهُمْ يَلِي الْقِبْلَةَ وَغَيْرَهَا.

الشرح: وهذا كما قال وعليه جمهور الفقهاء وعمل الناس، وذلك أن الإمام قد ترك استقبال القبلة واستقبلهم بوجهه ليكون ذلك أبلغ في وعظهم وأتم في إحضارهم أفهامهم فعليهم أن يستقبلوه إجابة له وطاعة وإقبالاً على كلامه ووقت استقباله هو إذا قام يخطب. قال ابن حبيب: ويلزم استقبال الإمام من لا يسمعه ولا يراه ممن كان داخل المسجد وخارجه، وللمستقبل أن يلتفت يميناً وشمالاً. زاد علي بن زياد عن مالك: وله أن يلتفت، وإن حول ظهره إلى القبلة.

* * *

القراءة في صلاة الجمعة والاحتباء ومن تركها من غير عذر

ذكر في هذه الترجمة الاحتباء ولم يجرى له ذكر في الباب. ولأصحابنا في صفة الجلوس مسائل نذكرها، فأولها الاحتباء، روى ابن نافع عن مالك: لا بأس أن يحتبى الرجل يوم الجمعة والإمام يخطب وله أن يمد رجله لأن ذلك معونة له على ما يريد من أمره، فليفعل من ذلك ما هو أرفق به.

٢٣٩ - مَالِكُ، عَنْ ضَمْرَةَ بْنِ سَعِيدِ الْمَازِنِيِّ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ

٢٣٩ - أخرجه مسلم في الجمعة حديث رقم ٨٧٨. والنسائي في الجمعة حديث رقم ١٤٢٢. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١١٢٣. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١١١٩. وأحمد في المسند حديث رقم ١٧٩١٤، ١٧٩٦٣. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٥٦٦، ١٥٦٧.

ابن مسعودٍ أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ قَيْسٍ سَأَلَ النُّعْمَانَ بْنَ بَشِيرٍ مَاذَا كَانَ يَقْرَأُ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ الْجُمُعَةِ عَلَى أَثَرِ سُورَةِ الْجُمُعَةِ؟ قَالَ: كَانَ يَقْرَأُ ﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ﴾.

الشرح: قوله: «على أثر سورة الجمعة»، دليل على أن قراءة سورة الجمعة أمر معروف مشهور لا يحتاج إلى التساؤل عنه لكون ذلك من فعل النبي ﷺ والمواظبة عليه. ومن المجموعة من رواية ابن نافع: قيل لمالك قراءة سورة الجمعة سنة؟ قال: ما أدري ما سنة، ولكن من أدركنا كان يقرأ بها فى الأولى، وأما الركعة الثانية فكانت تختلف القراءة فيها فمرة كان يقرأ فيها: ﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ﴾ روى أنه قرأ بـ ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ وروى أنه قرأ «بالمناققين» ولذلك قال مالك: إنه يستحب قراءة الجمعة فى الركعة الأولى، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: هى وغيرها من السور سواء.

والدليل على ما ذهب إليه مالك حديث ضمرة بن سعيد المذكور. ومن جهة المعنى أن هذه السورة تختص بتضمن أحكام الجمعة، فكانت أولى بذلك من غيرها وأشبه بالحال.

فصل: وقوله: «على أثر سورة الجمعة» يحتمل من جهة القراءة بأثر سورة الجمعة فى الركعة الأولى، غير أنه لا خلاف أن المراد بذلك الركعة الثانية، واللفظ يحتمل ذلك فحمل عليه، فقال: كان يقرأ ﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ﴾ وروى عن النعمان بن بشير أيضاً أنه كان يقرأ بـ ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ و﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ﴾ ولا خلاف أن الركعة الثانية لا تختص بإحدى هاتين السورتين، وهى عند مالك وأبى حنيفة لا تختص بغيرهما من السور. وقال الشافعى: لا يقرأ فيها إلا بسورة المنافقين.

والدليل على ما نقوله أنه قد روى عن النبي ﷺ قراءته بهذه السور كلها، وهو محمول عندنا وعندكم على الركعة الثانية، وهذا يدل على أنها غير مختصة بسورة من السور لأنها لو اختصت بسورة لم يقرأ فيها بغيرها.

فصل: ويتضمن هذا الحديث جهر النبي ﷺ بالقراءة، ولذلك علموا ما قرأ به ولو أسر لذهبوا فى ذلك إلى التغرير كما ذهبوا إلى ذلك فى قراءته فى الظهر والعصر وفى صلاة الكسوف.

٢٤٠ - مَالِك، عَنِ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ، قَالَ مَالِكُ: لَا أَدْرِي أَعَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَمْ لَا؟ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ تَرَكَ الْجُمُعَةَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ وَلَا عَلَيْهِ طَبَعُ اللَّهِ عَلَى قَلْبِهِ».

الشرح: هذا الحديث يدل على وجوب إتيان الجمعة مع تقدم ذكرنا له من قوله تعالى: ﴿إِذَا نُوذِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ وأما معنى اعتبار العدد في الحديث، والله أعلم، فانتظار للفيضة وإمهال منه تعالى عبده للتوبة، ومعنى الطبع على القلب أن يجعل بمنزلة المختوم عليه لا يصل إليه شيء من الخير، نسأل الله العصمة بفضله.

٢٤١ - مَالِك، عَنِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَطَبَ خُطْبَتَيْنِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَجَلَسَ بَيْنَهُمَا^(١).

الشرح: لا خلاف أن من سنة الخطبة أن تفصل على خطبتين، فإن ترك الإمام الثانية لانحصار أو نسيان أو حدث وصلى غيره أجزاءهم، وكذلك لو لم يتم الأولى وأتى منها بما له بال. ورواه مطرف، عن مالك وروى ابن حبيب، عن ابن القاسم: إن لم يخطب من الثانية ما له بال، لم تجز م وأعاد.

مسألة: والجلوس بين الخطبتين مسنون، والمشهور من مذهب مالك أنه ليس بشرط في صحتها. ووجه ذلك أن الخطبتين ذكران يتقدمان الصلاة، فلم يكن الجلوس بينهما شرطاً في صحتها كالأذان والإقامة.

مسألة: ومقدار الجلسة بين الخطبتين مقدار الجلسة بين السجدين، رواه يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم لأنه فصل بين مشتبهين كالجلوس بين السجدين.

مسألة: ومن سنته أن يخطب قائماً، فإن خطب جالساً، فقد ذكر القاضي أبو محمد

٢٤٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢١٧. وأخرجه أبو داود حديث رقم ١٠٥٢. الترمذي حديث رقم ٥٠٠. ابن حبان حديث رقم ٢٧٨٦. البيهقي في السنن الكبرى ١٧٢/٣.

٢٤١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢١٨.

(١) قال ابن عبد البر: مرسل في روايته عند جميع رواة، وذكر أثر متصله في معنى حديث مالك منها: حديث جابر بن سمرة: «أن رسول الله كان يخطب بخطبتين قائماً يفصل بينهما بجلوس». أخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٩٦٢). أبو داود حديث رقم (١٠٩٣).

كتاب الصلاة ١٤٣
فى إشرافه: أنه قد أساء ولا تبطل بذلك خطبته، خلافاً للشافعى. والدليل على ذلك أنه ذكر يتقدم الصلاة، فلم يكن القيام شرطاً فى صحته كالأذان.

مسألة: وكم المقدار الذى يجزئ من الخطبة؟، ذكر القاضى أبو محمد أن فى ذلك روايتين، إحداهما أنه لا يجزئ إلا ما له بال، ويقع عليه اسم خطبة. والثانية أنه إن سبح وهلل أو سبح فقط، فإنه يعيد ما لم يصل، فإن صلى أجزاءه، وفى ثمانية أبى زمد، عن مطرف، أنه إذا صعد المنبر وتكلم بما قل أو كثر، فجمعتهم جمعة.

مسألة: ويستحب تقصير الخطبتين، قال ابن حبيب: والثانية أقصرهما. والأصل فى ذلك ما روى عن أبى وائل أنه قال: خطبنا عمار بن ياسر فأوجز وأبلغ فلما نزل قلنا: يا أبا اليقظان، لقد أبلغت وأوجزت، فلو سكت تنفست، فقال: إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن طول صلاة الرجل وقصر خطبته مئنة من فقهه، فأطيلوا الصلاة وأقصروا الخطبة، فإن من البيان لسحراً».

مسألة: ومن سنة الخطبة الطهارة، وهل ذلك شرط فى صحتها أم لا؟ قال سحنون: إن خطب جنباً أعادوا الصلاة أبداً. قال الشيخ أبو محمد: يريد وهو ذاكر، فذهب إلى أنها بمنزلة الصلاة إذا خطب بهم ناسياً لجنبته، صحت خطبته، وإن كان ذاكراً لجنبته بطلت خطبته، وقد أساء، وإلى مثل هذا قصد مالك فى المختصر فيمن خطب غير متوضى ثم ذكر فتوضاً وصلى أجزاءه.

قال الشيخ أبو القاسم: الاختيار أن يخطب على طهارة، فإن خطب على غير طهارة أساء والخطبة صحيحة، ولو أحدث فى أثناء خطبته أو بعد الفراغ منها أجزاءه خطبته. قال الشيخ أبو محمد: وقد قال بعض أصحابنا فيمن ذكر فى الخطبة أنه جنب، فتمادى فى خطبته واستخلف للصلاة أجزاءه، ونحو هذا ذكر القاضى أبو محمد عن المذهب.

مسألة: ومن حكم الخطبة الاتصال بالصلاة اتصال قرب، فإن خطب فى وقت الظهر وصلى فى وقت العصر فى غيم. قال أشهب: أحب إلى أن يعيدوا إلا أن يكون ما بين الخطبة والصلاة قريب فيجزئهم، والله أعلم.

* * *

التقريب فى الصلاة فى رمضان

٢٤٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنِ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ

«أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى فِي الْمَسْجِدِ ذَاتَ لَيْلَةٍ، فَصَلَّى بِصَلَاتِهِ نَاسٌ، ثُمَّ صَلَّى اللَّيْلَةَ الْقَابِلَةَ فَكَثُرَ النَّاسُ، ثُمَّ اجْتَمَعُوا مِنَ اللَّيْلَةِ الثَّلَاثَةِ أَوْ الرَّابِعَةِ، فَلَمْ يَخْرُجْ إِلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَلَمَّا أَصْبَحَ، قَالَ: «قَدْ رَأَيْتُ الَّذِي صَنَعْتُمْ، وَلَمْ يَمْنَعْنِي مِنَ الْخُرُوجِ إِلَيْكُمْ إِلَّا أَنِّي خَشِيتُ أَنْ تَفْرُضَ عَلَيْكُمْ» وَذَلِكَ فِي رَمَضَانَ.

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ صلى في المسجد ذات ليلة، فصلى بصلاته ناس»، يدل آخر الحديث على أن صلاته نافلة وصلاة الناس معه في الليلة الأولى، والثانية تدل على جواز الاجتماع في النافلة في رمضان وفعلهم ذلك في رمضان دون غيره دليل على اختصاصه بهذا المعنى على وجه ما كما خصه بالاعتكاف ويحتمل أن يكون ذلك لفضيلة العمل فيه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ثم اجتمعوا في الليلة الثالثة والرابعة فلم يخرج إليهم» لا يدل على المنع من ذلك لإقراره لهم في الليلتين المتقدمتين عليه، ولا يدل على النسخ لأنه علل امتناعه من الخروج، فإنه خشي أن يفرض عليهم، فإذا زالت العلة بانقطاع الفرض بعده ذهب المانع وثبت جواز الاجتماع لقيام رمضان. وقد روى عن عائشة رضي الله عنها في الحديث الذي بعد هذا من الأصل. قال: «إن كان رسول الله ﷺ ليدع العمل، وهو يجب أن يعمل به، خشية أن يعمل به الناس فيفرض عليهم وما سبح رسول الله ﷺ سبحة الضحى قط وإنى لأستحبها».

قال القاضي أبو بكر: يحتمل أن يكون الله تعالى أوحى إليه أنه إن واصل هذه الصلاة معهم فرضها عليهم، إما لإرادته فرضها فقط على ما يذهب إليه أو لأنه يحدث فيهم من الأحوال والاعتقاد ما يكون الأصلح لهم فرض هذه الصلاة عليهم، ويحتمل أن يكون ﷺ ظن أن ذلك سيفرض عليهم لما جرت به عادته، فإن دام عليه على وجه الاجتماع من القرب فرض على أمته، ويحتمل أن يريد بذلك، أنه خاف أن يظن أحد من أمته بعده إذا داوم عليها وجوبها وإلزام الناس أمرها، وهذه المعاني كلها مأمونة بعد النبي ﷺ.

وقد روى ابن حبيب في واضحته عن مالك استدامة المنع من ذلك إلى وقتنا، فقال: ليس من الأمر الذي تواطأت عليه العامة أن يصلى الرجل بالنفر في سبحة الضحى وغيرها من النافلة بالليل والنهار غير نافلة رمضان، إلا أن يكون نفرًا قليلاً، الرجلين

=حديث رقم ٧٦١. والنسائي في قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٠٣. والصيام حديث رقم ٢١٩٢، ٢١٩٤. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٣٧٣. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٤٨٣٤، ٢٤٩٠٣، ٢٥٧٧٥.

والثلاثة ونحوه من غير أن يكون أمراً مشهوراً، فمعنى ذلك، والله أعلم. : اشتهر ذلك فيها، فإنه يمنع من إشهارها والاجتماع لها مخافة أن يظن كثير من الناس أنها من جملة الفرائض.

٢٤٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُرْغَبُ فِي قِيَامِ رَمَضَانَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْمُرَ بِعَزِيمَةٍ، فَيَقُولُ: «مَنْ قَامَ رَمَضَانَ إِيمَانًا وَاحْتِسَابًا غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ».

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَتَوَفَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ كَانَ الْأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ فِي خِلَافَةِ أَبِي بَكْرٍ وَصِدْرًا مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ.

الشرح: قوله: «كان يرغب في قيام رمضان»، يعني أنه كان يحضهم عليه ويندبهم إليه ويخبرهم عن ثوابه بما يرغبهم فيه وقيام رمضان يجب أن يكون صلاة تختص به ولو كان شائعاً في جميع العام لما اختص به ولا انتسب إليه كما لا تنتسب إليه الفرائض والنوافل التي تفعل في غيره على حسب ما تفعل فيه، وإنما خص به معنى الحض عليه لمن عمز عن جميع قيام العام رجاء أن يأخذ من القيام بحظ، وأن يكون ذلك في أكثر أشهر العام ثواباً كما أنه يحض على قيام العشر الأواخر من لم يستطع قيام جميع رمضان، والأفضل لمن استطاع أن يقوم جميع العام لحديث عائشة الذي يأتي بعد هذا «ما كان رسول الله ﷺ يزيد في رمضان ولا غيره على إحدى عشرة ركعة».

وقالت في حديث آخر يأتي بعد هذا: «وأيكم يستطيع ما كان رسول الله ﷺ يستطيعه كان عمله ديمة، فلما علم ﷺ أن أمته لا تطيق من ذلك ما يطيقه حضهم على أفضل الأوقات بالقول والعمل لأنه كان أكثرهم محافظة عليها وأعلمهم بها».

فصل: وقوله: «من غير أن يأمر بعزيمة» يعني من غير أن يوجهه إيجاباً لا يحل تركه ثم

٢٤٣ - أخرجه البخارى فى الإيمان حديث رقم ٣٧. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٦٠. و الترمذى فى الصوم حديث رقم ٦١٩. والنسائى فى قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٠١، ١٦٠٢. والصيام حديث رقم ٢١٩٣، ٢١٩٥، ٢١٩٦، ٢١٩٧، ٢١٩٨، ٢١٩٩، ٢٢٠٠، ٢٢٠١، ٢٢٠٥، ٢٢٠٦. والإيمان وشرايعه حديث رقم ٥٠٢٢، ٥٠٢٣، ٥٠٢٤، ٥٠٢٥. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٣٧١، ١٣٧٢. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٣٢٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٢٣٨، ٢٧٦٧٥، ٢٧٥٨٣، ٩١٨٢، ٩٧٦٧، ٩٧٦٧، ١٠١٥٩. والدارمى فى الصوم حديث رقم ١٧٧٦.

١٤٦ كتاب الصلاة

بين الترغيب بقوله: «من قام رمضان إيمانًا واحتسابًا غفر له ما تقدم من ذنبه» وهذا من أعظم الترغيب وأولى ما يجب أن يسارع إليه إذا كان فيه السيئات التي تقدمت له.

وأعلم أن الوجه الذي يكون التكفير به هو أن يقومه إيمانًا بصدق النبي ﷺ في ترغيبه فيه، وعلماً بأن ما وعد به من قامه على ما وعده به واحتسابًا عند الله تعالى وأنه يقومه رجاء ثواب الله تعالى لا رياء ولا سمعة ولا غير ذلك مما يفسد العمل.

فصل: وقوله: «فتوفى رسول الله ﷺ والأمر على ذلك» إلى آخر الحديث وهو مرسل، أرسله ابن شهاب، ويعنى بقوله: «والأمر على ذلك»، وحال الناس على ما كانت عليه في زمن النبي ﷺ من ترك الناس والندب إلى القيام، وأن لا يجتمعوا فيه على إمام يصلى بهم خشية أن يفرض عليهم ويصح أن يكونوا لا يصلون إلا في بيوتهم أو يصلى الواحد منهم في المسجد، ويصح أن يكونوا لم يجتمعوا على إمام واحد، ولكنهم كانوا يصلون أوزاعًا متفرقين على حسب ما ذكر في حديث عمر رضی الله عنه بعد هذا.

فصل: وقوله: «ثم كان الأمر على ذلك في خلافة أبي بكر وصدراً من خلافة عمر» وإنما أمضاه على ذلك أبو بكر، وإن كان قد علم أن الشرائع لا تفرض بعد النبي ﷺ لأحد وجهين، إما لأنه شغل ولم يفرغ للنظر في جميع أمور المسلمين بأمر أهل الردة وغير ذلك من الأمور مع قصر المدة أو لأنه رأى من قيام الناس في آخر الليل وقوتهم عليه ما كان أفضل عنده من جمعهم على إمام في أول الليل.

وقال ابن حبيب: رغب النبي ﷺ في قيام رمضان من غير أن يأمر فيه بعزيمة، فقام الناس وحداناً منهم في بيته، ومنهم في المسجد، فمات النبي ﷺ وهم على ذلك، وكان الناس على ذلك في خلافة أبي بكر وصدراً من خلافة عمر، ثم رأى عمر أن يجمعهم فأمر أيًا وتميمًا الدارى أن يصليا بهم إحدى عشرة ركعة بالوتر.

* * *

ما جاء في قيام رمضان

٢٤٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيُّ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجْتُ مَعَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي رَمَضَانَ إِلَى الْمَسْجِدِ، فَإِذَا النَّاسُ

أَوْزَاعٌ^(١) مُتَفَرِّقُونَ، يُصَلِّي الرَّجُلُ لِنَفْسِهِ، وَيُصَلِّي الرَّجُلُ فَيُصَلِّي بِصَلَاتِهِ الرَّهْطُ^(٢)، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ إِنِّي لَأَرَانِي لَوْ جَمَعْتُ هَؤُلَاءِ عَلَى قَارِيٍّ وَاحِدٍ لَكَانَ أَمْثَلَ فَجَمَعَهُمْ عَلَى أَبِي ابْنِ كَعْبٍ، قَالَ: ثُمَّ خَرَجْتُ مَعَهُ لَيْلَةً أُخْرَى، وَالنَّاسُ يُصَلُّونَ بِصَلَاةِ قَارِيهِمْ، فَقَالَ عُمَرُ: نِعِمَّتِ الْبِدْعَةُ هَذِهِ، وَالَّتِي تَنَامُونَ عَنْهَا أَفْضَلُ مِنَ الَّتِي تَقُومُونَ، يَعْنِي آخِرَ اللَّيْلِ، وَكَانَ النَّاسُ يَقُومُونَ أَوَّلَهُ.

الشرح: قوله: «فإذا الناس أوزاع متفرقون» يعنى جماعات متفرقة، تكون الجماعة فى ناحية المسجد وفى ناحية أخرى منها جماعة أخرى، وكذلك فى نواح منه.

وقوله: «يصلى الرجل لنفسه، ويصلى بصلاته الرهط»، يحتمل معنيين، أحدهما: يصلى رجل لنفسه ويصلى آخر ومعه الرهط يصلون بصلاته، فالضمير فى قوله: بصلاته، راجع إلى غير المذكور، ويدل عليه قوله: الرجل، فتكون الألف واللام فى قوله: الرجل ليست للعهد وإنما هى للجنس.

والوجه الثانى: أن يريد أن الرجل يصلى لنفسه ويصلى بصلاة ذلك الرجل الرهط، فيصح أن تكون الألف واللام على هذا التأويل للجنس، ويصح أن تكون للعهد، ويقتضى أن المأموم يصح أن يقتدى بالمصلى، وإن لم يقصد المصلى ذلك.

فصل: وقول عمر: «والله إنى لأرانى لو جمعت هؤلاء على قارئ واحد، لكان أمثل»، فبان أن ذلك فيما أدى إليه اجتهاده ورأيه واستنباطه ذلك من إقرار النبى ﷺ الناس على الصلاة معه فى الليلتين وقيامه ذلك على جمع الناس على إمام واحد فى الصلوات المفروضة، ولما فى اختلاف الأئمة من اختلاف الكلمة وأسباب الحقد؛ ولأن هذا الشرط يحمل الكثير من الناس على الصلاة.

وقوله: «أمثل»، يريد أفضل.

مسألة: قال ابن حبيب: ولا بأس أن يصلى من حول المسجد فى دورهم بصلاة الإمام إذا سمعوا التكبير، ولا بأس أن يسمع الناس رجل التكبير، ولا يفعل ذلك فى الفرائض.

فصل: وقوله: «فجمعهم على أبى بن كعب» يعنى أنه جمعهم على الائتلاف به والصلاة معه.

(١) أوزاع: جماعات متفرقة.

(٢) الرهط: الجماعة من الرجال دون العشرة.

قال: «ثم خرجت معه ليلة أخرى، والناس يصلون بصلاة قارئهم»، يعنى الذى جمعهم عليه عمر، فقال: «نعمت البدعة هذه»، هكذا وقعت هذه اللفظة نعمة فيما رأيت من النسخ، نعمة بالهاء، وذلك وجه الصواب على أصول الكوفيين، وأما البصريون فإنما تكون عندهم نعمت بالتاء الممدودة لأن نعم عندهم فعل، فلا تتصل به إلا تاء التأنيث دون هذا.

وهذا القول تصريح من عمر رضى الله عنه بأنه أول من جمع الناس على قيام رمضان على إمام واحد بقصد الصلاة بهم، ورتب ذلك فى المساجد ترتيباً مستقراً لأن البدعة هو ما ابتدأ فعله المبتدع دون أن يتقدمه إليه غيره، فابتدعه عمر وتابعه عليه الصحابة والناس إلى هلم جرأ، وهذا أبين فى صحة القول بالرأى والاجتهاد وإنما وصفها بنعمت البدعة لما فيها من وجوه المصالح التى ذكرناها.

فصل: وقوله: «والتى ينامون عنها» يريد الصلاة آخر الليل، «أفضل من التى يقومون»، يريد مع الإمام أول الليل لأن الصلاة فى النصف الآخر أفضل منها فى النصف الأول لما روى عن عائشة، رضى الله عنها «أن رسول الله ﷺ كان ينام أول الليل ويحىي آخره» وأيضاً فإن النوافل فى بيت الرجل أفضل منها فى المسجد، لما روى عن زيد بن ثابت أن النبى ﷺ قال: «إن أفضل الصلاة صلاة المرء فى بيته إلا المكتوبة» وسيأتى بعد هذا مسنداً.

مسألة: ويكره للقارئ التطريب فى قراءته ولا بأس أن يحزن قراءته من غير تطريب ولا ترجيع ولا تحزين فاحش يشبه النوح أو يميت به حروفه، ولكن على معنى الترتيل والخشوع، قاله ابن حبيب. والأصل فى ذلك: ﴿ورتل القرآن ترتيلاً﴾.

مسألة: ولا بأس بالاستعاذة للقارئ فى رمضان فى رواية ابن القاسم عن مالك فى المدونة، وروى عنه أشهب فى العتبية: ترك ذلك أحب إلى.

وجه رواية ابن القاسم تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ أن الآية عنده محمولة على القراءة فى غير الصلاة لأن هذا لفظ ليس من المعجز، فلم يسن الإتيان به مع القراءة كسائر الكلام.

فرع: فإذا قلنا يجوز ذلك، فقد روى بن حبيب عن مالك: لا بأس بالجهر بذلك. وروى أشهب عن مالك: كراهة الجهر بذلك.

وجه رواية بن حبيب أنه ذكر مشروع حال القيام، فكان حكمه فى السر والجهر

حكم القراءة. ووجه رواية أشهب أنه ليس من المعجز، فكان شأنه الإسرار ليفرق بينه وبين المعجز. وروى ابن حبيب عن مالك ذلك في افتتاح القارئ، قال ابن حبيب: وأحب إلى أن يفتح بها في كل ركعة.

٢٤٥ - مَالِك، عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ يُوسُفَ، عَنِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ أَنَّهُ قَالَ: أَمَرَ عُمَرُ ابْنَ الْخَطَّابِ أَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ وَتَمِيمًا الدَّارِيَّ أَنْ يَقُومَا لِلنَّاسِ بِإِحْدَى عَشْرَةَ رَكْعَةً قَالَ: وَقَدْ كَانَ الْقَارِئُ يَقْرَأُ بِالْمُعِينِ حَتَّى كُنَّا نَعْتَمِدُ عَلَى الْعِصِيِّ مِنْ طُولِ الْقِيَامِ، وَمَا كُنَّا نَنْصَرِفُ إِلَّا فِي بُرُوعِ الْفَجْرِ.

الشرح: قوله: «أمر عمر بن الخطاب، أبي بن كعب وتميم الداري أن يقيما للناس»، يعني أن يؤمهم في قيام رمضان يصلى بهم أي ما قدر، ثم يخرج فيصلي تميم، والصواب أن يقرأ الثاني من حيث انتهى الأول لأن الثاني إنما هو بدل من الأول ونائب عنه ولأن القارئ من غير ذلك الموضع إنما يقصد ما يوافق صوته ويحسن فيه الخشوع وسنة قراءة القرآن على الترتيب.

فصل: وقوله: «إحدى عشر ركعة» يقتضى أنه كان يصلى ركعتين ركعتين، ثم يوتر بركعة، وسيأتى الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى، ولعل عمر إنما امتثل في ذلك صلاة النبي ﷺ من الليل على ما روته عائشة أنه كان يصلى من الليل إحدى عشر ركعة، وقد اختلفت الرواية فيما كان يصلى به في رمضان في زمان عمر، فروى السائب بن يزيد: إحدى عشر ركعة، وروى يزيد بن رومان: ثلاثاً وعشرين ركعة، وروى نافع مولى ابن عمر: أنه أدرك الناس يصلون بتسع وثلاثين ركعة، يوترون منها بثلاث، وهو الذى اختاره مالك.

واختار الشافعى عشرين ركعة غير الوتر على حديث يزيد بن رومان، ويحتمل أن يكون عمر أمرهم بإحدى عشر ركعة وأمرهم مع ذلك بطول القراءة يقرأ القارئ بالثلاثين في الركعة لأن التطويل في القراءة أفضل الصلاة، فلما ضعف الناس عن ذلك أمرهم بثلاث وعشرين ركعة على وجه التخفيف عنهم من طول القيام، واستدراك بعض الفضيلة بزيادة الركعات، وكان يقرأ سورة البقرة في ثمان ركعات أو اثنتى عشرة على حديث الأعرج.

وقد قيل إنه كان يقرأ من ثلاثين آية إلى عشرين، وكان الأمر على ذلك إلى يوم الحرة، فنقل عليهم القيام فنقصوا من القراءة وزادوا في عدد الركعات، فجاءت ستا وثلاثين ركعة، والوتر بثلاث، فمضى الأمر على ذلك، وأمر عمر بن عبد العزيز في أيامه أن يقرأ في كل ركعة بعشر آيات وكره مالك أن ينتقص من ذلك وتر القراءة، وهو الذى مضى عليه عمل الأئمة، واتفق عليه رأى الجماعة، فكان هو الأفضل، بمعنى التخفيف.

قال الشيخ أبو الوليد: وهذا عندي في الجماعات والمساجد، ولو استطاع أحد في خاصة نفسه أن يصلى بإحدى عشر ركعة في كل ركعة بالمئين لكان أفضل. وقد ورد عنه عليه السلام أنه قال: «أفضل الصلاة طول القيام».

فصل: وقوله: «وكنا نعتد على العصا من طول القيام» والاعتماد على العصا والحائط في النافلة لا بأس به لطول القيام لأن ذلك معونة عليه، وهذا مبنى على أن لطول القيام فضيلة ربما استعين عليها بالاعتماد على العصا أو حائط لأن الاعتماد جائز في النافلة مع القدرة عليه على القيام.

وأما في الفريضة فلا يجوز ذلك لأن القيام من فروضه مع القدرة عليه، فمن لم يستطع القيام إلا بالاعتماد، كان ذلك فرضه، ولا ينتقل إلى الجلوس إلا مع العجز عنه، ومن ذلك الاعتماد بإحدى اليدين على الأخرى فإنه مكروه في الفريضة؛ لأنه اعتماد في صلاة الفريضة لا يحتاج إليه إلا أنه لم يبلغ مبلغ الاعتماد على العصا والعود.

فصل: وقوله: «وما كنا ننصرف إلا في بزوغ الفجر» وهى أوائله، وأول ما يبدو منه؛ يعنى بذلك أنهم كانوا لا يقضون صلاتهم لطول القيام إلا لقرب الفجر، وهذه صلاة من كانت له قوة على قيام آخر الليل.

وقول عمر: «والتي ينامون عنها خير من التي يقومون» لمن كان يقوم أول الليل خاصة، وهذا يدل على أن أحوال الناس كانت تختلف، فمنهم من كان يصلى أول الليل، ومنهم من كان يصلى آخره، ومنهم من كان يصلى جميعه.

فصل: إحدى عشر ركعة، يريد أمرين، أحدهما: أن يكون الثلاث منها وترًا، والثاني: أن يكون الوتر منها ركعة واحدة. وقد اختار مالك أن يكون الوتر ثلاث ركعات.

قال الإمام أبو الوليد، رضى الله عنه: وله عندي ثلاثة وجوه، أحدها: أن ذلك لمن

آخر وتره عن صلاته، وأما من وصل صلاته بوتره، فإنه تجزئه ركعة واحدة. والثاني: مراعاة الخلاف لأن جماعة من أهل العلم يقولون: الوتر ثلاث ركعات لا سلام فيها، فأراد مالك إبقاء الصورة إذ لم يجز عنده اتصالها. والثالث: أنه لا يجوز عنده أن يوتر بركعة واحدة لأن الوتر نفل، فيلزم أن نفلاً وأقل ما يكون ذلك ركعتين، فلزمت هاتان الركعتان الوتر حتى صارتا من جملة لأنهما شرط فيه، وما زاد على ذلك من النوافل، فله غير هذا الحكم لأنه إن شاء جاء به، وإن شاء تركه ولا تأثير له في الوتر.

٢٤٦ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ رُوْمَانَ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ النَّاسُ يَقُومُونَ فِي زَمَانِ عُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ فِي رَمَضَانَ بِثَلَاثٍ وَعِشْرِينَ رَكْعَةً^(١).

الشرح: قوله: «كانوا يقومون في رمضان بثلاث وعشرين ركعة» يريد عشرين ركعة غير الوتر، والركعتين اللتين تفعلان معه في سائر العام والعشرون ركعة خمس تراويح، أربع ركعات ترويجة، ويسلم من كل ركعتين، وقد جرت عادة الأئمة أن يفصلوا بين كل ترويختين من هذه الصلاة بركعتين خفيفتين يصلونهما أفذاذاً ولذلك وجهان، أحدهما: أن يكون ذلك أقرب إلى التصحيح في عدد الركعات وأبعد من الغلط فيها والثاني: أن يتمكن من فاتته الإمام بركعة من قضاء ما فاتته في تلك المدة.

فمن أدرك مع الإمام ركعة فلا يخلو أن تكون من الركعتين الأخيرتين أو من الأوليين، فإن كانت من الأخيرتين، فإنه يقضى الركعة التي فاتته إذا قام الإمام إلى الركعتين اللتين ينفرد بهما، وإن كانت من الركعتين الأوليين، فقد روى بن القاسم عن مالك أنه لا يسلم سلامه، ولكن يقوم فيصحب الإمام فإذا قام الإمام من الركعة الأولى من الأخيرين تشهد وسلم، ثم دخل معه في الركعتين الأخيرتين فصلى منهما ركعة ثم قضى الثانية منهما حين انفراده بالتنفل.

٢٤٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٢٣.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ١٥٦/٥: هذا كله يشهد بأن الرواية بإحدى عشرة ركعة وهم وغلط، وأن الصحيح ثلاث وعشرين، وإحدى وعشرون ركعة. والله أعلم. وقد روى أبو شيبة، واسمه إبراهيم بن علي بن عثمان، عن الحكم، عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ كان يصلي في رمضان عشرين ركعة والوتر. وليس أبو شيبة بالقوى عندهم. وذكره ابن أبي شيبة، عن يزيد بن رومان عن أبي شيبة إبراهيم بن عثمان. وروى عشرون ركعة، عن علي، وششير بن شكل، وابن أبي مليكة، والحارث الهمداني، وأبي البختري. وهو قول جمهور العلماء، وبه قال الكوفيون، والشافعي وأكثر الفقهاء.

٢٤٧ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ أَنَّهُ سَمِعَ الْأَعْرَجَ يَقُولُ: مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ إِلَّا وَهُمْ يَلْعَنُونَ الْكُفْرَةَ فِي رَمَضَانَ، قَالَ: وَكَانَ الْقَارِيُّ يَقْرَأُ سُورَةَ الْبَقْرَةِ فِي ثَمَانِ رَكَعَاتٍ، فَإِذَا قَامَ بِهَا فِي اثْنَتَيْ عَشْرَةَ رَكَعَةً رَأَى النَّاسَ أَنَّهُ قَدْ خَفَّفَ.

الشرح: قوله: «ما أدركت الناس إلا وهم يلعنون الكفرة في رمضان»، يريد الناس الصحابة ومعنى ذلك أنهم كانوا يقننون في رمضان بلعن الكفرة ومحل قنوتهم الوتر. وعن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: نفى القنوت في الوتر جملة، وهى رواية ابن القاسم وعلى. والثانية: أن ذلك مستحب في النصف الآخر من رمضان، وهى رواية ابن حبيب عن مالك، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: إن ذلك مستحب فى جميع رمضان.

وجه القول الأول أن هذه صلاة وتر، فلم يكن القنوت مشروعاً فيها كالمغرب وجه الرواية الثانية ما روى عن عبد الرحمن الأعرج، قال: ما أدركت الناس إلا وهم يلعنون الكفرة فى رمضان، ولا خلاف أن المراد به القنوت، وإنما اختص ذلك بالنصف الآخر، لما قاله القاضى أبو محمد: إن أياً صلى بالناس النصف الأول، فلم يقنت ثم مرض وصلى مكانه معاذ، فقنت فحصل الاتفاق منهما ومن سائر الصحابة الذين لم ينكروا على واحد منهما، على أن القنوت مشروع فى النصف الآخر دون الأول كما اختص بالركعة الآخرة من صلاة الصبح.

فروع: وفى المدنية من رواية محمد بن يحيى عن مالك أنه قال: لعن الكفرة فى رمضان إذا أوتر الناس، فصلى الركعتين، ثم قام به الثالثة فركع، فإذا رفع رأسه من الركوع وقف يدعو على الكفرة ويلعنهم ويستنصر للمسلمين ويدعو، قال: وكل ذلك شىء خفيف غير كثير، وكان للإمام دعاء معروف يجهر به كما يجهر بالقراءة، وإنه لحسن وهذا أمر محدث لم يكن فى زمان أبى بكر وعمر وعثمان.

قال ابن القاسم: كان مالك بعد ذلك ينكره إنكاراً شديداً ولا أرى أن يعمل به. قال ابن يحيى عن مالك: كان الناس يدعون به فى ليلة خمس عشرة من الشهر.

فصل: وقوله: «وكان القارئ يقرأ بسورة البقرة فى ثمان ركعات» مخالف لقوله: «كان يقرأ بالمئين»، وذلك أنه كان يقرأ بها فى ثمان ركعات بعد أن خففت الصلاة عن القراءة بالمئين لما رأى عمر رضى الله عنه أن ذلك أرفق بالناس وأدعى لهم إلى الصلاة.

٢٤٨ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ قَالَ: سَمِعْتُ أَبِي يَقُولُ: كُنَّا نَنْصَرِفُ فِي رَمَضَانَ فَنَسْتَعْجِلُ الْحَدَمَ بِالطَّعَامِ مَخَافَةَ الْفَجْرِ.

الشرح: هذا لمن كان يستديم القيام إلى آخر الليل أو لمن كان يخص آخره بالقيام، فأما من قال عنه عمر: والتي ينامون عنها خير، فلم تكن هذه حالهم، وهذا يدل على اختلاف أحوال الناس في ذلك، والله أعلم.

٢٤٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ ذَكَوَانَ أَبَا عَمْرٍو وَكَانَ عَبْدًا لِعَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ فَأَعْتَقْتُهُ عَنْ دُبُرِ مِنْهَا^(١) كَانَ يَقُومُ يَقْرَأُ لَهَا فِي رَمَضَانَ.

الشرح: قوله: «كان يقوم يقرأ لها في رمضان» يقتضى أن قيام رمضان كان أمراً فاشياً عند الصحابة معمولاً به حتى إن النساء كن يلتزمه ويتخذن من يقوم بهن في بيوتهن، وفي هذا إجازة لإمامة العبد في أيام رمضان لأن حكم المدبر حكم العبد. وقد روى أشهب عن مالك أنه يقوم في أهله حسبما فعلته عائشة، وأما في المساجد الجامعة فلا.

ووجه ذلك أن الإمامة الراتبية إنما تكون في المساجد، وفي ذلك يراعى تمام أحوال الأئمة فهذا على قول من رأى العبودية نقصاً مؤثراً في الإمامة، فأما ابن الماجشون، فإنه يجوز أن يكون العبد إماماً راتباً. وقد روى أن ذكوان هذا كان يقرأ في المصحف، وقد قال مالك: لا بأس أن يوم نظراً من لا يحفظ.

* * *

ما جاء في صلاة الليل

٢٥٠ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِيرِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، عَنْ رَجُلٍ عِنْدَهُ رِضًا أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا مِنْ

٢٤٨ - انفرد به مالك.

٢٤٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٢٦.

(١) دبر منها: أى أنت حر بعد موتي.

٢٥٠ - أخرجه النسائي في الصغرى في قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٧٨٣، ١٧٨٤،

١٨٠٧. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٣١٤، ١٥٣٧. وأحمد في المسند حديث رقم

٢٣٨٢٠، ٢٣٩٢٠، ٢٤٩٣٦.

امرى تكون له صلاة بليل يغلبه عليها نوم إلا كتب الله له أجر صلاته وكان نومه عليه صدقة.

الشرح: قوله: «ما من امرئ تكون له صلاة بليل»، يعنى أن تكون له عادة من صلاة نافلة فى ليله، فيغلبه على تلك الصلاة نوم يمنعه منها وذلك على وجهين، أحدهما: أن يذهب به النوم فلا يستيقظ. والثانى: أن يستيقظ ويمتنع النوم من الصلاة، فهذا حكمه أن ينام حتى يذهب عنه مانع النوم.

فصل: وقوله: «إلا كتب له أجر صلاته»، يريد الصلاة التى اعتادها.

قال الإمام أبو الوليد: ويحتمل ذلك عندى وجوهاً، أحدها: أن يكون له أجرها غير مضاعف، ولو عملها لكان له أجرها مضاعفاً لأنه لا خلاف أن الذى يصلحها أكمل حالاً ولذلك قال عليه السلام لعلى وفاطمة: «ألا تصليان»، فلما قال له على رضى الله عنه: إنما أنفسنا بيد الله، فإذا شاء أن يبعثها بعثها، خرج رسول الله عليه السلام يضرب فخذه، ويقول: ﴿وكان الإنسان أكثر شياً جدلاً﴾ [الكهف: ٥٤]. ويحتمل أن يريد أن له أجر من تمنى أن يصلى مثل تلك الصلاة، ولعله أراد أجر تأسفه على ما فاته منها.

وقوله: «وكان نومه صدقة عليه» يعنى أنه لا يحتسب عليه به، ويكتب له أجر المصلين.

٢٥١ - مالك، عن أبي النضر مولى عمر بن عبید الله، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن عائشة زوج النبي عليه السلام أنها قالت: كنت أنام بين يدي رسول الله عليه السلام ورجلاى فى قبليته، فإذا سجد غمزنى فقبضت رجلى، فإذا قام بسطتُهما، قالت: والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح.

الشرح: قوله: «كنت أنام بين يدي رسول الله عليه السلام» يحتمل أن يكون مضجعها من القبلة إلى الجوف متصل رجلاها من قبلته إلى موضع سجوده. وقد روى أنها قالت: إن النبي عليه السلام كان يصلى من الليل، وأنا معترضة بينه وبين القبلة كاعتراض الجنابة.

٢٥١ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٣٨٢. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٥١٢. و
النسائى فى الطهارة حديث رقم ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم
٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٦٣٣، ٢٣٧٥٣،

فصل: وقولها: «فإذا سجد غمزني، فقبضت رجلي، فإذا قام بسطتهما» مع كونها معترضة بين يديه، فيه معنى المرور بين يدي المصلي لزوالها عن قبلته مرة ورجوعها إليها ثانية لتبين أن ذلك لا يقطع الصلاة، وأنه مباح مع الضرورة. وفي هذا صحة صلاة المصلي إلى المرأة، وهي في قبلته، وقد كره مالك الصلاة إلى المرأة لتلا يتذكر منها ما يشغله عن صلاته، ويدخل عليه النقص فيها، والنبى ﷺ معصوم من ذلك ولذلك صلى وعائشة في قبلته مع ضيق المنزل.

فصل: وقولها: «فإذا سجد غمزني فقبضت رجلي» يدل على أن اللمس لغير اللذة لا ينقض الطهارة لوجهين، أحدهما: أن حقيقة قولها: غمزني، يقتضى المباشرة لجسدها بيده. والثاني: قولها: والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح، وهذه حالة لا يؤمن معها أن تقع يده على شيء من جسدها للظلام، وأن النائم لا يؤمن انكشاف بعض جسده، وغمزه إياها بيده لتقبض رجليها، دليل على أن يسير العمل في الصلاة لا يبطلها.

والعمل في الصلاة على ثلاثة أضرب، أحدها: اليسير جداً، كالغمز وحك الجسد والإشارة، فهذا لا ينقض الصلاة عمدته ولا سهوه، وكذلك التخطى إلى الفرجة القرية. والثاني: أكثر من هذا، وهو يبطل الصلاة عمدته ولا يبطلها سهوه، كالانصراف عن الصلاة. واختلف أصحابنا في الأكل والشرب، فقال ابن القاسم: يبطل الصلاة عمدته وسهوه. وقال ابن حبيب: لا يبطل الصلاة إلا أن يكون يسيراً جداً كسائر الأعمال. وأما الضرب الثالث، فهو الكثير جداً كالمشى الكثير والخروج من المسجد والعمل الكثير، فهذا يبطل الصلاة على أى وجه كان من العمد والسهو.

فصل: وقولها: «والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح» تريد في زمان الليل بدليل أن المصابيح لا تتخذ في الأيام وإنما تتخذ في الليالي، فاقضى ذلك أن معنى قولها: يومئذ، تريد ذلك الزمان، ولم ترد أيامه دون لياليه.

٢٥٢ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ

٢٥٢ - أخرجه البخارى فى الوضوء حديث رقم ٢١٢. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٨٦. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٣٢٣. والنسائى فى الطهارة حديث رقم ١٦٢. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٣١٠. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٣٧٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٧٦٦، ٢٥١٣٣، ٢٥١٧١، ٢٥٦٩٩.

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا نَعَسَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَرُقُدْ حَتَّى يَذْهَبَ عَنْهُ النَّوْمُ، فَإِنَّ أَحَدَكُمْ إِذَا صَلَّى وَهُوَ نَاعِسٌ لَا يَدْرِي لَعَلَّهُ يَذْهَبُ يَسْتَعْفِرُ فَيَسُبُّ نَفْسَهُ».

الشرح: معنى قوله إن من غلب عليه النوم ولم يستطع مدافعتة فليرقد حتى يذهب عنه النوم ويقدر على إقامة الصلاة، وقد قال تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾. وقال جماعة من أهل التفسير: معنى سكارى: من النوم، وإذا قلنا بالعموم فنجعله على سكر النوم وغيره.

فصل: وقوله: «فإن أحدكم إذا صلى، وهو ناعس، لا يدري لعله يذهب يستغفر فيسب نفسه» يريد أنه إذا صلى في حال غلبة النوم عليه، فإنه لا يتيقن أنه يستغفر إذا أراد الاستغفار، بل يجوز أن يكون يأتي بسب نفسه بدلاً من الاستغفار، وهذا مما ينافي الصلاة، وهذا اللفظ عام في كل صلاة، وقد أدخله مالك في صلاة الليل. وقد حمله على ذلك جماعة لأن النوم الغالب لا يكون في الأغلب إلا في صلاة الليل وإن جرى ذلك في صلاة الفرض، فكان في الوقت من السعة ما يعلم أنه يذهب عنه فيه ضيق ويدرك صلاته أو يعلم أن معه من يوقظه فليرقد وليتفرغ لإقامة صلاته في وقتها، فإن كان في ضيق الوقت وعلم أنه إن رقد فاته الوقت، فليصل ما يمكنه وليجهد نفسه في تصحيح صلاته ثم يرقد، فإن تيقن أنه قد أتى في ذلك بالفرض وإلا قضاها بعد نومه.

٢٥٣ - مَالِك، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَكِيمٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَمِعَ امْرَأَةً مِنَ اللَّيْلِ تَصَلِّي، فَقَالَ: «مَنْ هَذِهِ فَقِيلَ لَهُ هَذِهِ؟ الْحَوْلَاءُ بِنْتُ تُوَيْتٍ^(١) لَا تَنَامُ اللَّيْلَ، فَكَّرَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى عَرَفَتْ الْكِرَاهِيَةَ فِي وَجْهِهِ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَا يَمَلُّ حَتَّى تَمَلُّوا، اكْلَفُوا مِنَ الْعَمَلِ مَا لَكُمْ بِهِ طَاقَةٌ».

الشرح: قوله: «سمع امرأة من الليل تصلي» يحتمل أنه سمعها تذكر صلاتها من

٢٥٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٣٠.

وقال ابن عبد البر في التمهيد: هذا الحديث منقطع من رواية إسماعيل بن أبي حكيم، وقد

يتصل معنى ولفظاً عن النبي ﷺ من حديث مالك ابن أنس وغيره من طرق صحاح ثابتة.

وأخرجه البخارى في صحيحه حديث رقم ٢١٢. مسلم حديث رقم ٧٨٥. أبو داود حديث

رقم ١٣١٠، من حديث مالك بن أنس.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠٩/٥: الحولاء امرأة قرشية من بنى أسد بن عبد العزى

ابن قصي، والتويتات في بنى أسد.

الليل، ويحتمل من جهة اللفظ أن يسمع قراءتها، وهذا ممنوع للنساء لأن أصواتهن عورة، وإنما حكمها فيما تجهر فيه أن تسمع نفسها خاصة، وأما الرجل فإنه يرفع صوته بالقراءة على حسب ما هو أرفق به، وقد ذكر مالك أن الناس كانوا يتواعدون بالمدينة لقيام القراء في الصلاة.

فصل: وقوله: «لا تنام الليل» يريد أنها تصلى في جميع ليلتها وإنما وصفها بالامتناع من النوم خاصة لأنه عادة النساء بالليل ولأنها لا تمتنع منه إلا لغرض مقصود، وذلك ما أشارت إليه من الصلاة وإنما كره النبي ﷺ لأنه علم أنه أمر لا تستطيع الدوام عليه، وكان يعجبه من العمل ما داوم عليه صاحبه، وإن قل.

وقد اختلف قول مالك فيمن يحى الليل كله فكرهه مرة، وقال: لعله يصبح مغلوباً، وفي رسول الله ﷺ أسوة حسنة، كان يصلى أدنى من ثلثي الليل ونصفه وثلثه، وإذا أصابه النوم فليرقد حتى يذهب عنه، ثم رجع مالك فقال: لا بأس به ما لم يضر ذلك بصلاة الصبح، قال مالك: إن كان يأتيه الصبح، وهو ناعس، فلا يفعل، وإن كان إنما يدركه كسل وفتور فلا بأس به.

فصل: وقوله: «حتى عرفت الكراهية في وجهه» يعنى أنه رأى في وجهه من التقطيب وغير ذلك من علامات الكراهية ما عرفت به كراهيته لما وصفت به الحولاء من أنها لا تنام الليل.

وقوله ﷺ: «إن الله لا يمل حتى تملوا». قال ابن وضاح: معناه لا يمل من الثواب حتى تملوا من العمل، ومعنى ذلك، والله أعلم، إن الملل من البارئ إنما هو ترك الإثابة والإعطاء، والملل منا هو السامة والعجز عن الفعل، إلا أنه لما كان معنى الأمرين الترك، وصف تركه بالملل على معنى المقابلة، وبه قال القاضي أبو بكر، وذكر الداودي أن أحمد بن أبي سليمان، قال: معناه لا يمل، وأنتم تملون.

فصل: وقوله ﷺ: «اكلفوا من العمل ما لكم به طاقة» يحتمل معنيين، أحدهما: الندب لنا إلى تكلف ما لنا به طاقة من العمل، والثاني: نهينا عن تكلف ما لا نطيع، والأمر بالاعتصار على ما نطيعه، وهو الأليق بنفس الحديث.

وقوله: «من العمل» الأظهر أنه أراد به عمل البر لأنه ورد على سببه وهو قول مالك: إن اللفظ لو أراد مقصور عليه، والثاني أنه لفظ ورد من جهة صاحب الشرع فيجب أن يحمل على الأعمال الشرعية.

وقوله: «ما لكم به طاقة» يريد، والله أعلم، ما لكم بالمدامومة عليه طاقة.

٢٥٤ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يُصَلِّي مِنَ اللَّيْلِ مَا شَاءَ اللَّهُ حَتَّى إِذَا كَانَ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ أَتَقَطَّ أَهْلُهُ لِلصَّلَاةِ، يَقُولُ لَهُمْ: الصَّلَاةُ الصَّلَاةُ نُمُّ يَتَلَوُ هَذِهِ الْآيَةَ ﴿وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لَا نَسْأَلُكَ رِزْقًا نَحْنُ نَرْزُقُكَ وَالْعَاقِبَةُ لِلتَّقْوَى﴾ [طه ١٣٢].

الشرح: قوله: «إن عمر كان يصلي من الليل ما شاء الله»، يقتضى أن التنفل غير محدود وأن ذلك بحسب قوة كل إنسان ونشاطه وما يمكنه أن يداوم عليه. وإيقاظه أهله من آخر الليل، يريد بذلك أن يأخذوا من نافذة الليل بحظ، وإن قل، فكان يجعل ذلك في أفضل أوقات الليل، وهو السحر، وقد قل قيامه فليتوخ به أفضل أوقات الليل. وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «وأحب الصلاة إلى الله صلاة داود كان ينام نصف الليل ويقوم ثلثه وينام سدسه».

فصل: وقوله: «ثم يتلو هذه الآية: ﴿وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ﴾» يحتمل أن يوقظهم امتثالاً لأمر البارئ تعالى فيتلو هذه الآية عند امتثالها ليتأكد قصده لذلك، ويحتمل أن يقرأ ذلك على سبيل الاعتذار من إيقاظهم.

٢٥٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: يُكْرَهُ النَّوْمُ قَبْلَ الْعِشَاءِ وَالْحَدِيثُ بَعْدَهَا.

الشرح: يعنى كراهية النوم قبل العشاء لما فيه من التفرير بصلاة العشاء وتعريضها للفوات، فقد يذهب به النوم حتى يفوت وقتها، ومعنى كراهية الحديث بعدها أن ذلك يمنع من صلاة الليل، وقد أرخص في ذلك لمن تحدث مع ضيف أو قرأ علماً. زاد الدوادى: أو العروس أو مسافر.

٢٥٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٣١. أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٤٩/٣.

٢٥٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٣٢. وفي التمهيد ٣١٩/٢.

وقال ابن عبد البر في التمهيد ٣١٩/٢: هذا وإن لم يكن فيه ذكر النبي ﷺ وكان على ذكر من لم يسم فاعله، فإنه مروى عن النبي ﷺ مشهور محفوظ عند أهل الحديث من حديث أبي برزة الأسلمي، وغيره.

أخرجه البخارى ٢٣٦/١ كتاب مواقيت الصلاة باب ما يكره من النوم قبل العشاء، عن أبي برزة. مسلم ٤٤٧/١ كتاب المساجد باب ٤٠، عن أبي برزة.

٢٥٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: صَلَاةُ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ مَثْنَى مَثْنَى، يُسَلِّمُ مِنْ كُلِّ رَكَعَتَيْنِ.
قَالَ يَحْيَى: وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله ﷺ «صلاة الليل» يريد بذلك النافلة ولذلك أضيف إلى الليل والنهار، وبين ذلك بقوله «يسلم من كل ركعتين» فإضافتها إلى الليل والنهار تقتضى أن الليل نافلة والنهار نافلة، وأفضل أوقات الليل ما تقدم ذكره، وأفضل أوقات النهار الهاجرة. قال مالك: إنما كانت عبادتهم الصلاة من آخر الليل وبالهاجرة والورع والفكرة. قيل له: فالتنفل بين الظهر والعصر؟ قال: إنما كانت صلاة القوم بالليل والهاجرة. قال عنه ابن القاسم: كأنى رأيته يكره الصلاة بين الظهر والعصر.

ووجه ذلك أن هذا وقت التصرف والاشتغال بأمر الدنيا وإنما يجب أن تكون الصلاة فى وقت النوم والدعة كصلاة الليل وفى وقت يبعد عن صلاة فرض كصلاة الليل.

فصل: وقوله مالك، رحمة الله: «مثنى مثنى»، يريد أن كل ركعتين منها صلاة قائمة بنفسها.

قال مالك: «وذلك الأمر عندنا» يريد أن النوافل لا يزداد فيها على ركعتين، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن.

قال أبو حنيفة إن شاء مسلم من ركعتين، وإن شاء سلم من أربع. وقال الثورى والحسن بن صالح: صل كم شئت بسلام واحد بعد أن تجلس فى كل ركعتين.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث الذى يأتى بعد هذا من الأصل «أن رجلا سأل النبى ﷺ عن صلاة الليل، فقال رسول الله ﷺ: صلاة الليل مثنى مثنى، فإذا خشى أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى». فإن قيل معنى ذلك أن يجلس فى كل ركعتين، فالجواب أن هذا غير صحيح لأن مثل هذا اللفظ لا

٢٥٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٣٣.

وقال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢٢/٥ - ٢٢٣: وهذا تفسير لحديثه المجمع الذى رواه عن النبى ﷺ: «صلاة الليل مثنى مثنى». ويدل على ما قاله الشافعى: إنه حديث خرج على جواب السائل كأنه قال: يا رسول الله، كيف صلاة الليل؟ فقال: مثنى مثنى، ولو سأله عن صلاة النهار لقال أيضاً مثل ذلكج بدليل هذا الحديث عن ابن عمر أنه قال: صلاة الليل والنهار مثنى مثنى.

١٦٠ كتاب الصلاة
يستعمل للفصل بالجلوس، ولذلك لا يقال الظهر والعصر، مثنى مثنى، وإن كان يجلس
فى كل ركعة منهما، ويقال صلاة الصبح مثنى لما كان يسلم فيها من ركعتين.

وجواب ثان، وهو أن قوله: «صلاة الليل مثنى مثنى» يقتضى أن يكون كل ركعتين
منها صلاة ولا تكون صلاة إلا بأن يفصلها عما بعدها بالسلام، ودليلنا من جهة المعنى
أن هذه صلاة نفل فلم تجز الزيادة فيها على ركعتين كصلاة العيد.

* * *

باب صلاة النبي ﷺ فى الوتر

٢٥٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنِ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ
ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُصَلِّي مِنَ اللَّيْلِ إِحْدَى عَشْرَةَ رَكْعَةً يُوتِرُ مِنْهَا بِوَاحِدَةٍ،
فَإِذَا فَرَغَ اضْطَجَعَ عَلَى شِقِّهِ الْأَيْمَنِ.

الشرح: روى هذا الحديث جماعة عن ابن شهاب، فزادوا فيه: يسلم من كل
ركعتين. وقوله: «يوتر منها بواحدة» يقتضى أن الوتر من حملتها ركعة واحدة. وقد
اختلف الناس فى الوتر فى ثلاث مسائل، إحداها: وجوبه، والثانية: عدده، والثالثة:
إفراده من الشفع. فأما وجوبه، فإن مالكاً رحمه الله ذهب إلى أنه غير واجب، وبه قال
الشافعى.

وقال أبو حنيفة: هو واجب، وليس بفرض، والواجب عنده دون الفرض وفوق
السنن ومزيته على السنن أنه يجوز ترك السنن ولا يجوز ترك الواجب، ونقصه عن
الفرض أنه يكفر جاحد الفرض ولا يكفر جاحد الواجب.

وقال القاضى أبو محمد: الواجب عندنا والفرض واللازم والحتم والمستحق بمعنى

٢٥٧ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ٩٩٤، ١١٢٣، ١١٣٩، ١١٤٠. والدعوات
حديث رقم ٦٣١٠. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٣٦، ٧٣٧.
والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٤٠٣، ٤٠٤. والنسائى فى الأذان حديث رقم ٦٨٥.
والسهو حديث رقم ١١٩١. وقيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٩٥، ١٦٩٦،
١٧٤٨. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠،
١٣٤١، ١٣٤٢. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٣٥٨. وأحمد فى
المسند حديث رقم ٢٣٥٣٧، ٢٣٥٥٥، ٢٣٩٢٥، ٢٤٠١٦، ٢٤٢١١، ٢٤٥٨١، ٢٤٨٠١،
٢٤٩٥٨، ٢٥٢٢٦٣، ٢٥٥٧٥. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٤٧، ١٤٧٣.

فيتحقق معهم الكلام فى هذه المسألة، فإن أراد بالواجب أنه لا يحرم تركه، فهو خلاف فى عبارة، فلا معنى للانتقال بالمناظرة فى ذلك، وإن قالوا: إنه مما يحرم تركه، فهو خلاف فى معنى، والدليل على نفي وجوبه حديث طلحة بن عبيد الله فى الأعرابي الذى سأل النبى ﷺ عن الفرائض، فقال ﷺ: «خمس صلوات فى اليوم والليلىة، فقال: هل على غيرها؟ فقال: لا، إلا أن تطوع» فوجه الدليل أنه ﷺ سئل عن الفرض، فأجاب بالخمسة، وهذا يقتضى أن الخمس صلوات هى جميع فرض الصلاة. والثانى: أنه قال: «هل على غيرها؟ قال: لا» فنفى وجوب غيرها. والثالث: أنه قال: «لا، إلا أن تطوع» فوصف ما زاد على الخمس بالتطوع.

فأما المسألة الثانية: فى عدد الوتر، فإن مالكا، رحمه الله، ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: الوتر ثلاث ركعات. والدليل على ما نقوله قول عائشة رضى الله عنها فى الحديث: يوتر منها بواحدة.

وأما المسألة الثالثة: وهو أن الوتر لا يكون إلا عقيب شفع وأقله ركعتان، قاله ابن حبيب عن مالك، وهو المشهور من المذهب. وقال سحنون فى كتاب ابنه: وقد روى على بن زياد عن مالك: يوتر المسافر بركعة واحدة، وقد أوتر سحنون فى مرضه بركعة واحدة، وذلك يدل من رأيها على تخفيف ذلك على أصحاب الأعذار، وأن الشفع ليس بشرط فى صحة الوتر. وقال الشافعى: ذلك جائز دون عذر.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذه صلاة وتر، فوجب أن يوتر بها ما هو من جنسها كالمغرب التى توتر ما هو من جنسها، وهو الفرض.

فرع: وهل يتعين للوتر قراءة على الوجوب أو الاستحباب؟ قال ابن نافع فى المجموعة: إن الناس ليلتزمون فى الوتر قراءة ﴿قل هو الله أحد﴾ والمعوذتين مع أم القرآن، وما هو بلازم، وهذا ينفى الوجوب، وروى عنه ابن القاسم: إنى لأفعله، وذلك يدل على الاستحباب. وروى ابن القاسم عن مالك: من قرأ فى الوتر سهواً بأم القرآن فقط، فلا سجود عليه.

مسألة: وأما الشفع قبل الوتر، فقد روى على بن زياد عن مالك: ما عندى شىء يستحب القراءة به دون غيره، وهذا يدل على أن هذا الشفع من جنس سائر النوافل.

قال الإمام أبو الوليد: وهذا عندى لمن كان وتره بواحدة عقيب صلاته بالليل، فأما

١٦٢ كتاب الصلاة

من لم يوتر إلا عقيب شفع الوتر، فإنه يستحب له أن يقرأ في الشفع «ب» ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ ﴿وقل يا أيها الكافرون﴾ على ما تقدم في حديث ابن عباس.

فصل: وقوله: «إذا فرغ»، يحتمل أن يكون أراد به إذا فرغ من الإحدى عشرة ركعة، وهو الأظهر؛ لأنها التي ذكر فعلها فالظاهر أن الفراغ كان منها، ويحتمل أن يكون قوله: فإذا فرغ، يعنى من جميع ما صلى إلا أن الأول هو الأظهر أن صلاة الليل والوتر قبل طلوع الفجر وركعتا الفجر إنما تكون بعد طلوع الفجر.

وقد روى عمر بن الحارث ويونس بن يزيد والأوزاعي عن الزهري في هذا الحديث أن اضطجاعه ﷺ إنما كان بعد ركعتي الفجر راحة وانتظاراً لطلوع الفجر، وكان يضطجع بعد ركعتي الفجر راحة وانتظار اجتماع الناس للصلاة.

فصل: وقوله: «اضطجع على شقه الأيمن»، هذه الضجعة ليست بقربة، وإنما كان النبي ﷺ يضطجع راحة وإبقاء على نفسه، قال مالك: من فعلها راحة فلا بأس بذلك، ومن فعلها سنة وعبادة فلا خير في ذلك، وإلى هذا ذهب جماعة الفقهاء. وقال ابن حبيب: استحب الضجعة بين ركعتي الفجر وصلاة الصبح.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور ما روى عن عائشة رضيت الله عنها أن النبي ﷺ كان إذا صلى، فإن كنت مستيقظة حدثني، وإلا اضطجع حتى يؤذن بالصلاة، وأما اضطجاعه على شقه الأيمن، فلما روى عنه أنه كان يستحب التيمن في شأنه كله.

٢٥٨ - مَالِك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ

٢٥٨ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ٩٩٤، ١١٢٣، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤٧. والدعوات حديث رقم ٦٣١٠. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٣٩، ٤٤٣. والنسائى فى السهو حديث رقم ١١٩١. وقيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٩٥، ١٦٩٦. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢. والزكاة حديث رقم ١٥٦٢، ١٥٦٣، ١٥٦٥، ١٥٦٧، ١٥٦٨، ١٥٧١، ١٥٩٤، ١٥٩٥. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٠١، ١٣٦٨، ١٣٦٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٣٧، ٢٣٥٥٠، ٢٣٥٩٦، ٢٣٧٠٥، ٢٣٩٢٥، ٢٤٠١٦، ٢٤٠٥٦، ٢٤٢١١، ٢٢٤٥٨١، ٢٤٩٥٨، ٢٥٢٦٣، ٢٥٣٢٩، ٢٥٥٧٥. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٤٧، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٨٤، ١٥١٢، ١٥١٣، ١٥١٤، ١٥٨١. والزكاة حديث رقم ١٦٣٧، ١٦٤٢.

الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّهُ سَأَلَ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَيْفَ كَانَتْ صَلَاةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي رَمَضَانَ؟ فَقَالَتْ: مَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَزِيدُ فِي رَمَضَانَ وَلَا فِي غَيْرِهِ عَلَى إِحْدَى عَشْرَةَ رَكْعَةً، يُصَلِّي أَرْبَعًا، فَلَا تَسْأَلُ عَنْ حُسْنِيَّهِمْ وَطَوْلِيَّهِمْ ثُمَّ يُصَلِّي أَرْبَعًا فَلَا تَسْأَلُ عَنْ حُسْنِيَّهِمْ وَطَوْلِيَّهِمْ، ثُمَّ يُصَلِّي ثَلَاثًا، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَتَنَامُ قَبْلَ أَنْ تُؤْتِرَ؟ فَقَالَ: «يَا عَائِشَةُ إِنَّ عَيْنِي تَنَامَانِ وَلَا يَنَامُ قَلْبِي».

الشرح: قوله: «كيف كانت صلاة رسول الله ﷺ في رمضان؟» يحتمل السؤال عن صفة صلاته، وهو الأظهر من جهة اللفظ، ويحتمل أن يكون ذلك سؤالاً عن عدة ما يصلى من الركعات، يدل على ذلك جواب عائشة ما كان يزيد في رمضان ولا في غيره على إحدى عشرة ركعة فأجابته بالعدد ثم أتبعته ذلك الصفة على ما يأتي في الحديث، وقد تأتي كيف بمعنى كم، وإنما قصر السؤال على رمضان لما رأى من الحض على صلاة رمضان، فظن لذلك أن النبي ﷺ كان يخصه بصلاة، فأخبرته عائشة أن فعله كان في رمضان وغيره سواء، وفي ذلك بيان أن حضه لنا على صلاة رمضان لما علم من ضعفنا عن إقامة ذلك في جميع العام، فحضنا على أفضل أوقات العام.

فصل: وقوله: «يصلى أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن»، تريد والله أعلم، أنه كان يفصل بينهما بكلام ولكنها جمعتهما في اللفظ لأحد معنيين، أحدهما: أن صفتيهما وطولهما وحسنهما من جنس واحد، وأن الأربع الأخر ليست من جنسها، وإن كانت أخذت من الحسن والطول حفظها، والمعنى الثاني: أنه يحتمل أنه كان يصلى أربعاً ثم يصلى أربعاً ثم ينام ثم يصلى ثلاثاً.

وقد روى عن عبد الله بن عباس «أنه رقد عند رسول الله ﷺ فاستيقظ فتسوك وتوضأ وهو يقول: ﴿إِن فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ آيَاتٍ لِأُولَى الْأَلْبَابِ﴾ فقرأ هؤلاء الآيات حتى ختم السورة ثم قام فصلى ركعتين، فأطال فيهما القيام والركوع والسجود ثم انصرف، فقام ثم فعل ذلك ثلاث مرات بست ركعات كل ذلك يستاك ويتوضأ، ويقرأ هؤلاء الآيات، ثم أوتر بثلاث، فأذن المؤذن فخرج إلى الصلاة».

فصل: وقوله: «ثم يصلى ثلاثاً» على ما ذكرنا من الفضل وأن الركعتين من جنس الوتر في الحسن والطول.

وقولها: «يا رسول الله، أتنام قبل أن توتر»، يحتمل معنيين، أحدهما: أنه كان ينام بأثر صلاة العشاء قبل أن يوتر ثم يقوم من الليل لصلاته ووتره، فقالت له: كيف تفعل ذلك، وربما ذهب بك النوم عن وترك، ويحتمل أن تكون أرادت أنه صلى أربعاً ثم نام قبل أن يوتر، فقالت له ذلك، فقال: «يا عائشة، إن عيني تنامان ولا ينام قلبي» يعنى والله أعلم، أنه لا ينام عن مراعاة الوقت، وهذا مما خص به النبي ﷺ من أمر النبوة والعصمة، ولذلك كان ﷺ لا يحتاج إلى الوضوء من النوم لعلمه بما يكون منه.

٢٥٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ قَالَتْ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُصَلِّي بِاللَّيْلِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ رَكْعَةً، ثُمَّ يُصَلِّي إِذَا سَمِعَ النَّدَاءَ بِالصُّبْحِ رَكْعَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ.

الشرح: ذكرت في هذا الحديث أنه كان يصلي ثلاث عشرة ركعة غير ركعتي الفجر وذكرت في رواية أبي سلمة المتقدمة أنه كان لا يزيد على إحدى عشرة ركعة، وقد ذكر بعض من لم يتأمل قوله، أن رواية عائشة رضي الله عنها اضطربت في الحج والرضاع وصلاة النبي ﷺ بالليل وقصر الصلاة في السفر، وهذا غلط ممن قاله وسهو عن وجه التأويل، ولو اضطربت روايتها في صلاة النبي ﷺ بالليل مع مشاهدتها له مدة عمرها في حياته لوجب أن يكون اضطراب روايتها فيما لم تشاهده إلا مرة أو مرتين أشد، ولا تصح لها رواية.

وقد أجمع من تعلق بشيء من العلم على أنها من أحفظ الصحابة، فكيف بغيرهم، وإنما حمله على ذلك قلة معرفته بمعانى الكلام ووجوه التأويل.

ورواية عائشة في ذلك تحتمل وجهين، أحدهما: أنه كان ﷺ تختلف صلواته بالليل

٢٥٩ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٦١٩، ٦٢٦. والجمعة حديث رقم ٩٩٤، ١١٥٩، ١١٦٤، ١١٦٥. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٢٤، ٧٢٧، ٧٤٩، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٨، ٨٠١، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٧، ٨٢٢. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٤٢١. والنسائى فى الصغرى فى الأذان حديث رقم ٦٨٥. والافتتاح حديث رقم ٩٤٦. وقيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٧٤٨، ١٧٥٤، ١٧٥٦، ١٧٥٧، ١٧٦١، ١٧٧٩، ١٧٨٠. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٣٣٩. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٣٥٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٤٩٧، ٢٣٥٣٧، ٢٣٥٩٦، ٢٣٦٤٧، ٢٣٧٠٥، ٢٣٧٣٧، ٢٣٧٤١، ٢٣٨١٩، ٢٣٩٢٥، ٢٣٩٩٦، ٢٤٠١٦. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٣٩، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٧٣، ١٤٧٤.

لأنه لا حد لصلاة الليل فمرة كانت تخبر بما شاهدت منه في وقت ما، ومرة كانت تخبر بما شاهدت منه في غيره، وإنما قالت: إنه ﷺ كان لا يزيد في رمضان ولا غيره على إحدى عشرة ركعة، تريد صلاته المعتادة الغالبة، وإن كان ربما يزيد في بعض الأوقات على ذلك فقصدت في تلك الرواية إلى الإخبار عن غالب صلاته، وذكرت في هذه الرواية أكثر ما كانت تنتهي إليه صلاته في النادر، أن ما كانت تنتهي إليه صلاته في الأغلب إذا زاد على المعتاد.

والوجه الثاني أن تكون رضى الله عنها تقصد في بعض الأوقات إلى الإخبار عن جميع صلاته في ليلة، وتقصد في وقت ثان إلى ذكر نوع من صلاته في الليل وجميع صلاة النبي ﷺ بالليل في رواية عائشة خمس عشرة ركعة، يفتح صلاته بركعتين خفيفتين.

وقد روى عن عائشة رضى الله عنها «كان رسول الله ﷺ إذا قام من الليل يفتح صلاته بركعتين خفيفتين ثم يصلى إحدى عشرة ركعة بالوتر ثم يصلى ركعتي الفجر» فلم تعتد في رواية الزهري عن عروة وأبي سلمة بركعتي الافتتاح ولا بركعتي الفجر، فلذلك وصفت صلاته بأنها إحدى عشر ركعة.

وروى هاشم بن عروة أنه كان يصلى ثلاث عشرة ركعة غير ركعتي الفجر، فاعتدت فيها بركعتي الافتتاح، وقد روى عنها أبو سلمة أيضا أنها قالت: «كانت صلاته في رمضان وغيره ثلاث عشرة ركعة بالليل منها ركعتا الفجر» فعائشة رضى الله عنها كانت تخبر بالأمر على وجوه شتى، ولعله أن يكون ذلك على قدر أسباب السؤال.

فصل: وقولها: «ثم يصلى إذا سمع النداء بالصبح ركعتين خفيفتين»، تريد أنه كان يصلى إذا علم بالصبح ركعتي الفجر، ومن سنتها التخفيف، وسيأتى بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

٢٦٠ - مَالِك، عَنْ مَخْرَمَةَ بْنِ سُلَيْمَانَ، عَنْ كُرَيْبِ مَوْلَى عَبْدِ بْنِ عَبَّاسٍ أَخْبَرَهُ

٢٦٠ - أخرجه البخارى فى العلم حديث رقم ١١٧. والوضوء حديث رقم ١٣٨. والأذان حديث رقم ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٢٦، ٧٢٨، ٨٥٩. والجمعة حديث رقم ٩٩٢، ١١٣٨، ١١٩٨. وتفسير القرآن حديث رقم ٤٥٦٩، ٤٥٧١، ٤٥٧٢. واللباس حديث رقم ٥٩١٩. والأدب حديث رقم ٦٢١٥. والدعوات حديث رقم ٦٣١٦. والتوحيد حديث رقم =

أَنَّهُ بَاتَ لَيْلَةً عِنْدَ مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ، وَهِيَ خَالَتُهُ، قَالَ: فَاضْطَجَعْتُ فِي عَرْضِ
الْوَسَادَةِ، وَاضْطَجَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَهْلُهُ فِي طُولِهَا، فَنَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى إِذَا
اتَّصَفَ اللَّيْلُ أَوْ قَبْلَهُ بِقَلِيلٍ أَوْ بَعْدَهُ بِقَلِيلٍ اسْتَيْقِظَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَجَلَسَ يَمْسَحُ
النَّوْمَ عَنِ وَجْهِهِ بِيَدِهِ، ثُمَّ قَرَأَ الْعَشْرَ الْآيَاتِ الْخَوَاتِمَ مِنْ سُورَةِ آلِ عِمْرَانَ، ثُمَّ قَامَ
إِلَى شَنْ مُعَلَّقٍ فَتَوَضَّأَ مِنْهُ فَأَحْسَنَ وُضُوءَهُ، ثُمَّ قَامَ يُصَلِّي.

قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: فَقُمْتُ فَصَنَعْتُ مِثْلَ مَا صَنَعَ ثُمَّ ذَهَبْتُ فَقُمْتُ إِلَى جَنْبِهِ، فَوَضَعَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدَهُ الْيُمْنَى عَلَى رَأْسِي وَأَخَذَ بِأُذُنِي الْيُمْنَى يَفْتُلُهَا، فَصَلَّى رَكَعَتَيْنِ،
ثُمَّ رَكَعَتَيْنِ، ثُمَّ رَكَعَتَيْنِ، ثُمَّ رَكَعَتَيْنِ، ثُمَّ رَكَعَتَيْنِ، ثُمَّ أَوْتَرَ، ثُمَّ
اضْطَجَعَ حَتَّى آتَاهُ الْمُؤَذِّنُ، فَصَلَّى رَكَعَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ، ثُمَّ خَرَجَ فَصَلَّى الصُّبْحَ.

الشرح: قوله: «بات عند ميمونة زوج النبي ﷺ وهي خالته»، يحتمل أن يريد بذلك
عبد الله بن عباس الاستئناس والصلة، ويحتمل أن يكون قصد بذلك تعلم العلم ومعرفة
عمل النبي ﷺ بالليل، وقد روى ذلك عنه.

فصل: وقوله: «فاضطجعت في عرض الوسادة، واضطجع رسول الله ﷺ في
طولها»، الوسادة هو الفراش الذي ينام عليه، فكان اضطجاع عبد الله بن عباس في
عرضها عند رعوسهما أو عند أرجلهما. وقال الداودي: الوسادة ما يضعون عليه
رعوسهم للنوم، فوضع رسول الله ﷺ وأهله رعوسهما في طولها، ووضع ابن عباس
رأسه في عرضها، والعرض بالضم، هو الجانب الضيق منها.
قال الإمام أبو الوليد: وهذا ليس بالبين عندى، ولو كان الأمر على ذلك لقال:
يتوسد رسول الله ﷺ وأهله طول الوسادة وتوسد ابن عباس عرضها.

=٧٤٥٢. ومسلم في الحيض حديث رقم ٣٠٤. وصلاة المسافرين وقصرها حديث رقم
٧٦٣، ٧٦٤. والترمذي في الصلاة حديث رقم ٢١٥، ٤٠٥. والنسائي في الصغرى في
الغسل والتميم حديث رقم ٤٤٢. والإمامة حديث رقم ٨٠٦. والتطبيق حديث رقم ١١٢١.
وقيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦١٩. وأبو داود في الطهارة حديث رقم ٥٨.
والصلاة حديث رقم ٤٤٢، ٦١٠، ١٣٥٣، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٦٤،
١٣٦٥، ١٣٦٧. والأدب حديث رقم ٥٠٤٣. وابن ماجه في الطهارة وسننها حديث رقم
٥٠٨. وإقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ٩٧٣. وأحمد في المسند حديث رقم ٢١٦٥،
٢٤٨٤، ٢٥٥٥، ٣١٥٩، ٣١٨٤، ٣٢٦١، ٣٢٩١، ٣٣١٤، ٣٣٤٩، ٣٤٦٩، ٣٤٨٠،
٣٤٩٢، ٣٥٣١. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٢٥٥.

كتاب الصلاة ١٦٧

وأما قوله: «واضطجع في عرضها» فإنه يقتضى أن يكون العرض محلاً لاضطجاعه، ولا يصح ذلك إلا بأن يكون فراشاً له، وما قاله فى العرض غير صحيح من جهة النقل، ومن جهة المعنى لأن هذا الحديث قد روينا عن جماعة فى عرضها بالفتح، ولم يروه أحد فى علمنا بالضم. ومن جهة المعنى فإن العرض الجانب، والذى كان يتوسد رسول الله ﷺ منها إنما كان الجانب بلا فرق بينهما إلا بالطول والعرض، والله أعلم.

والظاهر أنه لم يكن عندها فراش غيره، ولذلك ناموا جميعاً فيه، وهذا نهاية ما يكون من تقريب النبي ﷺ لأهله وأهل ميمونة وزوجه وفيه إباحة مثل هذا لمن كان فى مثل سنه، ويحتمل أن يكون سنه فى ذلك الوقت نحو العشرة الأعوام لأن النبي ﷺ تزوج ميمونة فى ذى القعدة من سنة سبع من الهجرة عند خروجه إلى عمرة القضية. وقد كان عبد الله والله أعلم، فى ذلك الوقت على ما ذكرنا من السن، وهو سن يمنع من أن يرقد من بلغه مع أحد من الأجانب أو ذى المحارم دون حائل بينهما، ذكراً كان أو أنثى.

وقد روى ابن وهب أن النبي ﷺ قال: «يؤمر الصبيان بالصلاة لسبع ويضربون عليها لعشر ويفرق بينهم فى المضاجع». وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم، وسألته متى يفرق بينهم فى المضاجع، فقال ابن القاسم: إذا تغروا من ناحية التفرقة فى البيع. وقال ابن حبيب فى الواضحة: تفسير الحديث «وفرقوا بينهم فى المضاجع»، أن لا يتجرد الغلام والجارية إذا بلغا عشراً ولا الجاريتان ولا الغلامان، وإن كانا أخوين، ولا يتجردا مع أيهما ولا مع أمهما إلا وعلى واحد منهما ثوب.

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن هذه تفرقة فكان حلها الإثغار كالتفرقة فى البيع. ووجه الرواية الثانية، وبها قال عيسى: إن الصبى لا يعرف معانى الجماع ولا يتشوق إلى شىء منها فى أقل من عشرة، فلزمت التفرقة بينهما فى ذلك، وأما ابن سبع سنين فلا يأبه لشىء من ذلك فى الغالب، فلم يفرق بينه وبين غيره.

فصل: وقوله: «فنام رسول الله ﷺ حتى إذا انتصف الليل أو قبله بقليل أو بعده بقليل»، على معنى التغيرير، وهذا هو الوقت المستحب فى القيام.

وقوله: «استيقظ رسول الله ﷺ»، فجلس يمسح النوم عن وجهه بيده، يحتمل أمرين، أحدهما: أنه أراد به إزالة النوم من الوجه، والثانى: إزالة الكسل بمسح الوجه.

وقوله: «ثم قرأ العشر الآيات الخواتم من سورة آل عمران»، يعنى من قوله: ﴿إِنْ

١٦٨ كتاب الصلاة

في خلق السموات والأرض ﴿﴾ إلى آخر السورة، ويحتمل أن يفعل ذلك ليتدبّر يقظته بذكر الله ويحتملها بذكر الله عند نومه، ويحتمل أن يفعل ذلك لذكر الله تعالى، وليذكر ما ندب إليه من العبادة وما وعد على ذلك من الثواب وتوعد على معصيته من العقاب، فإن هذه الآيات جامعة لكثير من ذلك ليكون ذلك تنشيطاً له على العبادة.

فصل: وقوله: «ثم قام إلى شن مغلق»، وهو السقاء البالي، «فتوضأ فأحسن الوضوء»، يقال أحسن فلان كذا بمعنىين، أحدهما: أنه أتى به على أكمل هيئة. والثاني: أنه علم كيف يأتي به، يقال: فلان يحسن صنعة كذا، أي يعلم كيف يصنع.

فصل: وقوله: «قام يصلي» إلى قول ابن عباس «فقمتم فصنعت مثل ما صنع»، يحتمل أن يريد جميع ما فعله رسول الله ﷺ على وجه الاقتداء بالنبي ﷺ والمبادرة إلى الانتفاع بما تعلم منه، فقام إلى جنبه، يريد أنه قام يصلي بصلاته. وقد ورد ذلك مفسراً في غير هذه الرواية وهذا يدل على أن المأموم يأتيه من لم ينو أن يؤم لأنه ذكر أن النبي ﷺ قام يصلي ثم قام بعد ذلك عبد الله بن عباس فتوضأ ودخل معه، وبهذا قال مالك. وقال الشافعي: لا يجوز أن يأتيه به حتى ينوي ذلك الإمام عند إحرامه. وقال أبو حنيفة: يأتيه به الرجل ولا يأتيه به النساء.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك فعل ابن عباس هذا وأقره النبي ﷺ، وهو دليل على جوازها لأنه لا يقر على المنكر، فإن قيل يحتمل أن يكون ابن عباس صادف دخوله في الصلاة افتتاح النبي ﷺ ركعتين بعد أن سلم مما قبلهما فنوى النبي ﷺ إمامته، فالجواب إن هذا التأويل لا يصح لأنه كان يقيم على جنبه، ولم يكن ليقره على أن يقوم على يساره، فيديره في نفس الصلاة. والثاني أنه حكى أنه صلى بعد إدارته اثنتي عشرة ركعة ثم أوتر لأنه وصف إدارته ثم قال: فصلى ركعتين ثم ركعتين، والفاء تقتضي التعقيب في العطف، وقد قال في حديث أبي سلمة عن كريب: «كانت صلاة رسول الله ﷺ من الليل ثلاث عشرة ركعة» فثبت أن ابن عباس لم يفته من صلاة رسول الله ﷺ شيء غير افتتاح الصلاة. ودليلنا من جهة القياس أنها نية لا تؤثر في صلاة من نواها فلم تؤثر في صلاة غيره كالتخفيف.

مسألة: وفي هذا دليل على صحة صلاته وإن لم يبلغ الحلم إذا عقل معنى الصلاة، وقد روى ابن وهب عن النبي ﷺ «يؤمر الصبيان بالصلاة لسبع سنين ويضربون عليها لعشر» وهذا الحديث وإن كان لا يدخل من جهة إسناده، فقد قال فيه جماعة الفقهاء:

وحديث ابن عباس في ذلك أصل صحيح، فذهب مالك وإبراهيم النخعي أن يؤمر الصبي بالصلاة إذا أضر، رواه ابن حبيب. وقال ابن المسيب وابن شهاب: يؤمر بذلك إذا عرف يمينه من شماله، ومعنى ذلك متقارب، والله أعلم، ولا يضرب عليها لسبع سنين، قاله عيسى بن دينار. وقال أشهب: يؤمر بها للسبع ويضرب عليها، فإذا بلغ عشرة أعوام، فقد روى عيسى عن ابن القاسم أنه يضرب عليها.

فصل: وقوله: «فقمتم إلى جنبه»، إنما فعل ذلك لأنه كان المؤتم به وحده، وللمأموم مع الإمام سبعة أحوال، إحداها: أن يكون المأموم رجلاً واحداً، فإن من سنته أن يقف عن يمين الإمام، وبهذا قال جمهور الفقهاء. وقال ابن المسيب: يقوم عن يساره.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور ما روى عن أنس «صليت خلف النبي ﷺ فأقامني عن يمينه». وقد روى عن ابن عباس أنه قال: «قمت إلى شق رسول الله ﷺ الأيسر فأخذ بيده وراء ظهره يعدلني كذا من وراء ظهره إلى الشق الأيمن».

فرع: فإن قام عن يساره أداره الإمام عن يمينه وتكون إدارته من وراء ظهره للحديث المتقدم، وهو بين في هذا المعنى. ومن جهة المعنى أن تحويله من بين يديه من باب المرور بين يدي المصلي، وذلك ممنوع منه.

مسألة: فإن كان المقتدى بالإمام رجلين فزائداً صلوا وراءه خلافاً لابن مسعود في قوله: يصلى بينهما. والدليل على ما نقوله ما روى عن جابر أنه قال: «سرت مع رسول الله ﷺ في غزاة فقام يصلى ثم جئت حتى قمت عن يسار رسول الله ﷺ، فأخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه، فجاء ابن صخر حتى قام عن يساره فأخذ بيديه جميعاً حتى أقامنا خلفه».

ومن جهة المعنى أن صلاة الجماعة تكون من اثنين فصاعداً ولا تكون واحداً وكذلك الصف إنما يكون من الاثنين فصاعداً، فإذا كان المأموم واحداً وقف عن يمين الإمام ليقوم منها صف واحد، فإذا كانا اثنين صح منها الصف ولزم تقدم الإمام.

فصل: وقوله: «فوضع رسول الله ﷺ يده اليمنى على رأسه وأخذ بأذني اليمنى يفتلها»، يدل على أن يسير العمل في الصلاة لا يمنع صحتها، ويحتمل أن يفعل ذلك تأنيساً له، ويحتمل أن يفعله إيقاظاً له. وقد روى عنه أنه قال: «فجعل إذا أغفيت يأخذ بشحمة أذني».

فصل: وقوله: «فصلى ركعتين ثم ركعتين» يقتضى بظاهره الفصل بين كل ركعتين،

كتاب الصلاة ١٧١
قالوا عن مالك: في الأولى خفيفتين، ويحتمل أن يكون النبي ﷺ كان يفعل ذلك افتتاحاً
لصلاته، ويحتمل أن يكون يفعله تحية للمسجد، إن كانت صلته في المسجد.

وقد روى ابن القاسم: قيل لمالك فيمن يريد تطويل التنفل، يبدأ بركعتين خفيفتين،
فأنكر ذلك، وقال: يركع كيف شاء، وأما أن يكون هذا شأن من يريد التنفل، فلا،
وإنما أنكر مالك من هذا أن يكون سنة التنفل في كل وقت حتى لا يجزئ غيره أو يكون
تأول الحديث على أنه كان في المسجد فيمنع منه في غير المسجد، والله أعلم.

والموضع الثاني، أنه قال: طويلتين، طويلتين، ثلاثاً، وسائر اصحاب الموطأ
يقول ذلك مرتين فقط، يعنى بذلك المبالغة في طولهما.

فصل: وقوله: «ثم صلى ركعتين، وهما دون اللتين قبلهما»، يعنى في الطول لأنه
بذلك وصفهما ثم كرر ذلك بأن وصف كل ركعتين ركعهما بأنهما دون اللتين قبلهما
وذلك خمس مرات، ومعنى ذلك أن آخر الصلاة مبنى على التخفيف عما تقدم في أولها
من الإتمام والتطويل، ولذلك شرع هذا المعنى في صلاة الفرض.

فصل: وقوله: «ثم أوتر، فذلك ثلاث عشرة ركعة»، بين في أن الوتر ركعة
واحدة.

* * *

الأمر بالوتر

٢٦٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلًا

٢٦٢ - أخرجه البخارى في الصلاة حديث رقم ٤٧٢، ٤٧٣. والجمعة حديث رقم ٩٩١، ٩٩٣،
٩٩٥، ٩٩٨، ١١٣٧. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٤٩، ٧٥٢،
٧٥٣، ٧٤٩، ٧٩٥. والترمذى في الصلاة حديث رقم ٤٠١، ٤٢٣. والجمعة حديث رقم
٥٤٣. والنسائى في الصغرى في قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٦٥، ١٦٦٦،
١٦٦٧، ١٦٦٨، ١٦٦٩، ١٦٧٠، ١٦٧١، ١٦٧٢، ١٦٧٣، ١٦٨٨، ١٦٨٩، ١٦٩٠،
١٦٩١، ١٦٩٢، ١٦٩٣، ١٦٩٤. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٢٩٥، ١٤٢١. وابن
ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١٣٢٢. وأحمد في
المسند حديث رقم ٤٥٤٥، ٤٨٣٢، ٤٨٤٥، ٤٩٥١، ٥٠١٢، ٥١٩٥، ٥٣٧٦، ٥٣٧٦،
٥٤٣١، ٥٤٤٧، ٥٤٦٦، ٥٥١٢، ٥٥٢٥، ٥٧٥٩، ٥٩٠١، ٥٩٧٢، ٦١٣٤، ٦٢٢٢،
٦٣٨٥، ٦٣١٩. والدارمى في الصلاة حديث رقم ١٤٥٨، ١٤٥٩.

١٧٢ كتاب الصلاة

سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ صَلَاةِ اللَّيْلِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «صَلَاةُ اللَّيْلِ مِثْنَى مِثْنَى، فَإِذَا خَشِيَ أَحَدُكُمْ الصُّبْحَ صَلَّى رَكْعَةً وَاحِدَةً تُؤْتِرُ لَهُ مَا قَدْ صَلَّى».

الشرح: قوله: «مِثْنَى مِثْنَى»، يقتضى ما ذكرناه من الفصل بين كل ركعتين، فتكون صلاته تامة ولا غاية لأكثرها، وإنما ذلك على قدر طاقة المصلى.

والدليل على ذلك أنه قال: مِثْنَى مِثْنَى، فلم يجد بجد. والثانى: أنه قال: فإذا خشى أحدكم الصبح صلى ركعة، فجعل غاية ذلك أن يخشى الصبح، ولم يجعل غايته عدداً، ويحتمل قوله: فإذا خشى أحدكم الصبح صلى ركعة، أن تكون خشيته بسبب صلاة الليل، ويحتمل أن تكون بسبب صلاة الوتر، ويحتمل أن تكون بسببهما، وهذا يقتضى أن آخر وقت صلاة الليل ووقت الوتر المختار لهما الفجر، ولهما وقت ضرورة، وهو ما لم يصل الصبح، فإذا صلى الصبح فقد فات، وأما أول وقت الوتر، فهو إتمام صلاة العشاء الآخرة.

مسألة: ويكره تأخير صلاة الليل إلى بعد الفجر، فمن نام عنها أو غلبه عليها نوم، فلا بأس أن يصليها بعد الفجر.

٢٦٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَيْرِيزِ الْجُمَحِيِّ أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي كِنَانَةَ يُدْعَى الْمُخْدَجِيُّ، سَمِعَ رَجُلًا بِالشَّامِ يُكْنَى أَبُو مُحَمَّدٍ يَقُولُ: إِنَّ الْوِتْرَ وَاجِبٌ، فَقَالَ الْمُخْدَجِيُّ: فَرُحْتُ إِلَى عِبَادَةِ ابْنِ الصَّامِتِ، فَأَعْتَرَضْتُ لَهُ وَهُوَ رَائِحٌ إِلَى الْمَسْجِدِ فَأَخْبَرْتُهُ بِالَّذِي قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ، فَقَالَ عِبَادَةُ: كَذَبَ أَبُو مُحَمَّدٍ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «خَمْسُ صَلَوَاتٍ كَتَبَهُنَّ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى الْعِبَادِ فَمَنْ جَاءَ بِهِنَّ لَمْ يُضَيَّعْ مِنْهُنَّ شَيْئًا اسْتِخْفَافًا بِحَقِّهِنَّ كَانَ لَهُ عِنْدَ اللَّهِ عَهْدٌ أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ، وَمَنْ لَمْ يَأْتِ بِهِنَّ فَلَيْسَ لَهُ عِنْدَ اللَّهِ عَهْدٌ إِنْ شَاءَ عَذَّبَهُ وَإِنْ شَاءَ أَدْخَلَهُ الْجَنَّةَ».

الشرح: قوله: «إن الوتر واجب»، معنى الواجب هو ما فى تركه عقاب من حيث هو ترك له على وجه ما، وقد عبر بعض الناس بالواجب عن مؤكّد السنن اتساعاً ومجازاً

٢٦٣ - أخرجه النسائى فى الصغرى فى الصلاة حديث رقم ٤٦١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٤٢٥، ١٤٢٠. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٤٠١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢١٨٥، ٢٧٧٤٠، ٢٢٢٤٦. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥٧٧.

كتاب الصلاة ١٧٣
على حسب ما تقدم من أن غسل الجمعة واجب، فإن كان من قال: إن الوتر واجب، يريد ذلك فهو خلاف في عبارة، ولا معنى لمعارضته، وإن كان يريد بذلك أنه يأتى بتركه على حسب ما يأتى بتركه الفرائض، فهو خلاف في معنى، وهذا الحديث حجة عليه. ومن جهة المعنى أن هذه صلاة تفعل في السفر على الراحلة، فلم تكن واجبة كسائر النوافل.

فصل: وقوله: «فرحت إلى عبادة بن الصامت، فاعترضت له وهو رائج في المسجد، فأخبرته بالذي قال أبو محمد»، دليل على استباحة الفتوى بما خف من المسائل في الطرق، وأما ما طال منها وأشكل واحتاج إلى التأمل، فواجب على المفتى أن يجلس له ويتدبره، ولا يفتى فيه مستوفزاً ولا ماشياً، وكذلك الحكم، وفيه إعلام المفتى بما قال غيره من أهل العلم ممن عسى أن يخالفه، ليعتد ذلك على الاجتهاد والبحث، وهذا على سلامة النفوس وخلو الصدور من الغل والحسد.

فصل: وقول عبادة: «كذب أبو محمد»، يعنى أنه أخبره بالأمر على ما ليس عليه والكذب ينقسم على قسمين، أحدهما: لا يأتى صاحبه، وهو على ضربين، أحدهما: أن يقع فيه على وجه السهو والغلط فيما خفى عنه، والثاني: أن يعتمد ذلك فيما لا يحل فيه الصرف، مثل أن يؤمن رجلاً يستتر، فيسأل عنه من يريد قتله ظلمًا، فإنه يجب عليه أن يكذب عنه ولا يصرفه عن موضعه.

وأما القسم الثاني: فيأتى صاحبه، وهو ما قصد فيه إلا الكذب مما حصر فيه القصد إلى الكذب، وإنما أراد عبادة، والله أعلم، أن أبا محمد، وهو مسعود بن أوس قد أتى من ذلك بما لم يرضه، وكان عنده من تدقيق النبي ﷺ ما يخالفه، فأتى بهذه اللفظة تغليظاً على من ذهب إلى مخالفته لما عنده من النبي ﷺ خلافه، فإن من جاء بالخمس الصلوات التي كتبهن الله على العباد، فإن له عند الله عهداً أن يدخله الجنة وهذا ينفي وجوب صلاة غيرها.

فصل: وقوله ﷺ: «لم يضيع منهن شيئاً استخفافاً بحقهن» احتراز من النسيان والسهو التي لا يمكن أحد الاحتراز منه إلا من تفضل الله عليه بالعصمة، فمن نقص منهن شيئاً عالماً بذلك وقادراً على إتمامه، فذلك المستخف الذي لا عهد له عند الله.

فصل: وقوله: «ومن لم يأت بهن، فليس له عند الله عهد، إن شاء عذبه وإن شاء أدخله الجنة»، نص في أن من ارتكب الكبائر في المشيئة، ومانع من قول من قال: إنه لا

١٧٤ كتاب الصلاة

يغفر له، ومانع من قول من قال: إنه كافر، ومعنى الحديث إن كان لا يأتي بها مع إيمانه بها، فحكمه في الدنيا أن ينتظر خروج وقت الصلاة، فإن صلاها وإلا قتل حداً، ولو تركها مكذباً بها استتيب ثلاثاً، فإن تاب وإلا قتل كفراً.

٢٦٤ - مَالِك، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عُمَرَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: كُنْتُ أُسِيرُ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ بِطَرِيقِ مَكَّةَ، قَالَ سَعِيدٌ: فَلَمَّا خَشِيتُ الصُّبْحَ نَزَلْتُ فَأَوْتَرْتُ ثُمَّ أَذْرَكْتُهُ، فَقَالَ لِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: أَيْنَ كُنْتَ؟ فَقُلْتُ لَهُ: خَشِيتُ الصُّبْحَ، فَنَزَلْتُ فَأَوْتَرْتُ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: أَلَيْسَ لَكَ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ؟ فَقُلْتُ: بَلَى وَاللَّهِ، فَقَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُؤْتِرُ عَلَى الْبَعِيرِ.

الشرح: قوله: «فلما خشيت الصبح»، نزلت فأوترت، يدل على أنه كان يخاف طلوع الفجر بفوات الوتر، ولذلك صلى الوتر حين خشي طلوع الفجر.

وقوله: «أليس لك في رسول الله أسوة»، الأسوة ما يتأسى به، وهو بمعنى القدوة.

وقوله: «بلى والله»، يدل على استباحة اليمين لغير ضرورة في تصارييف الكلام.

فصل: قوله: «وإن رسول الله ﷺ كان يوتر على البعير»، يدل على أن الوتر ليس بواجب لثبوت النافلة فيه، وهو فعله على الراحلة، وإن كان الأفضل فعل الوتر على الأرض لتأكد أمره، واختلاف الناس في وجوبه، فمن صلى على راحلة في الليل استحب له، إذا أراد الوتر أن ينزل.

٢٦٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ أَبُو

٢٦٤ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٩٥. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٠٠. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٤٣٤. والنسائى فى الصغرى فى الصلاة حديث رقم ٤٩٠. والقبلة حديث رقم ٧٤٤. وقيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٨٥، ١٦٨٦، ١٦٨٧. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٢٢٤، ١٢٢٦. و ابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٠٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٠٤، ٥١٨٤، ٦١٨٦. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥٩٠.

٢٦٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٤٢.

وقال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٧٤/٥: فيه الإباحة فى تقديم الوتر فى أول الليل وتأخيرها عن ذلك، وهو أمر مجتمع عليه لا مدخل للقول فيه، لأن الوتر من صلاة الليل، وصلاة الليل لا وقت لها محدود، وإنما الأوقات المكتوبات، فما فعل الإنسان من ذلك فحسن.

بَكَرَ الصُّدِّيُّ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَأْتِيَ فِرَاشَهُ أَوْتَرَ، وَكَانَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يُوتِرُ آخِرَ اللَّيْلِ، قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: فَأَمَّا أَنَا فَإِذَا جِئْتُ فِرَاشِي أَوْتَرْتُ.

الشرح: قوله: معنى تقديم أبي بكر الوتر للإحتياط مخافة أن يذهب به النوم فينام عن الوتر، فكان يقدم الوتر، فإن قام بعد ذلك تنفل ما أمكنه، وكان عمر قد علم من نفسه القوة على القيام، وأنه لا يغلبه أمر عليه في غالب العادة، فكان يؤخر الوتر إلى آخر صلاته على حسب ما كان يفعله رسول الله ﷺ.

٢٦٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ عَنِ الْوَتْرِ أَوْاجِبٌ هُوَ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: قَدْ أَوْتَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَوْتَرَ الْمُسْلِمُونَ، فَجَعَلَ الرَّجُلُ يُرَدِّدُ عَلَيْهِ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَقُولُ: أَوْتَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَوْتَرَ الْمُسْلِمُونَ.

الشرح: هذا السائل كان سأل عبد الله بن عمر عن وجوب الوتر، فيحتمل أن يكون عبد الله قد علم أنه غير واجب، ولم ير الرجل أهلاً لهذا المقدار من العلم، وكان يخبره بما يحتاج هو إليه من أن النبي ﷺ قد أوتر وأوتر المسلمون بعده، وطوى عنه ما لا يحتاج إليه هو، ولا هو من أهله، ويحتمل أيضا أن يكون ابن عمر لم يبين له حكم ما سأله عنه، فلذلك أجابه بما كان وترك ما أشكل عليه فلم يجبه به^(١).

٢٦٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تَقُولُ: مَنْ خَشِيَ أَنْ يَنَامَ حَتَّى يُصْبِحَ فَلْيُوتِرْ قَبْلَ أَنْ يَنَامَ، وَمَنْ رَجَا أَنْ يَسْتَيْقِظَ آخِرَ اللَّيْلِ فَلْيُؤَخِّرْ وَتَرَهُ.

الشرح: معنى ذلك أن الوتر آخر الليل أفضل لمن قوى وأمن النوم عنه، ومن خاف أن يفوته بنومه فليقدمه في أول ليله، لأن ذلك أفضل من أن يفوته، وقد روى هذا عن مالك.

٢٦٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٤٤.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧٧/٥: في الحديث دليل على أن الوتر ليس بواجب ولو كان واجبا عنده لأفصح له بوجوبه، ولكنه أخبره بما دله على أنه سنة معمول بها ليدفع عنه تأويل الخصوص في ذلك، والنسخ لأن في رسول الله ﷺ الأسوة الحسنة، فلما تلقى المسلمون علمه ذلك بالاتباع بان بأنه لم يخص به نفسه كالوصال في الصيام وما أشبهه. وقد روى عبد الحميد بن جعفر، عن أبيه، عن عبد الرحمن بن أبي عمرة أنه سأل عبادة بن الصامت عن الوتر، فقال: أمر حسن جميل، قد عمل به رسول الله ﷺ والمسلمون بعده.

٢٦٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٤٣.

٢٦٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ بِمَكَّةَ وَالسَّمَاءِ مُغِيْمَةً فَخَشِيَ عَبْدُ اللَّهِ الصُّبْحَ، فَأَوْتَرَ بِوَاحِدَةٍ ثُمَّ انْكَشَفَ الْغَيْمُ، فَرَأَى أَنَّ عَلَيْهِ لَيْلًا فَشَفَعَ بِوَاحِدَةٍ ثُمَّ صَلَّى بَعْدَ ذَلِكَ رَكْعَتَيْنِ رَكْعَتَيْنِ، فَلَمَّا خَشِيَ الصُّبْحَ أَوْتَرَ بِوَاحِدَةٍ^(١).

الشرح: قوله: «والسمااء مغيمة، فخشي عبد الله الصبح»، مما ذكرناه من استحبابهم الإتيان بالوتر قبل الصبح.

وقوله: «فأوتر بواحدة»، على ما تقدم من أن الوتر ركعة، فلما انكشف الغيم رأى عبد الله أن عليه ليلًا، فشفع وتره بواحدة، يجوز أن يكون لم يسلم من الواحدة حين رأى أن عليه ليلًا فشفع بواحدة، أكمل بها مع وتره ركعتين، وهذا هو الصواب على ما يذهب إليه من قال من أصحابنا: إنه لا يحتاج في نية أول الصلاة إلى اعتبار عدد الركعات، ولا اعتبار وتر ولا شفع.

ويحتمل أن يكون سلم ثم رأى أن عليه وقتًا، فصلى ركعة أخرى مفردة اعتدها مشفعة للأولى، وقد روى إجازة ذلك عن عبد الله بن عمر وعثمان وعلي رضي الله

٢٦٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٤٥. وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٢/٢٨٢. المغنى ١٦٣/٢. المجموع ٥٢١/٣.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٥/٢٧٨: قد روى عن ابن عمر هذا المذهب في شفع الوتر بعد النوم من وجوه، روى الثوري عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر: أنه كان يشفع وتره، ثم يصلى منى منى، ثم يوتر. وروى الشعبي، عن ابن عمر مثلها وهذه مسألة يعرفها أهل العلم بمسألة تقض الوتر. وقد روى مثل قول ابن عمر في ذلك عن علي، وعثمان، وابن مسعود، وأسامة، ولم يختلف عنهم في ذلك. واختلف فيها عن ابن عباس وسعد بن أبي وقاص. وقال مذهب ابن عمر في ذلك جماعة منهم: عروة بن الزبير، ومكحول، وعمرو بن ميمونة. وحجتهم قوله ﷺ: «الوتر ركعة من آخر الليل». وقوله ﷺ: «فإذا خشى أحدكم الصبح أوتر بركعة واحدة».

وخالف هذا المذهب في تقض الوتر جماعة أيضا من السلف: فروى عن أبي بكر الصديق، من وجوه: أنه كان يوتر قبل النوم، ثم إن قام صلى ركعتين ركعتين ولم يعد الوتر. وروى ذلك عن طائفة من الصحابة أيضًا، منهم عمار بن ياسر، وعائذ بن عمرو، وعائشة أم المؤمنين. وكانت عائشة تقول في ذلك: أوتران في ليلة! إنكارًا منها لتقض الوتر. وقال بذلك من التابعين جماعة، منهم: علقمة، وأبو مجلز وطاروس والنخعي، وهو قول مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد بن حنبل، وأبي ثور، والحجة لهم قوله ﷺ: «لا وتران في ليلة».

عنهم وأنكر ذلك جماعة من الصحابة عمر بن يسار وعائشة، وبه قال أكثر الفقهاء.

والدليل على ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا وتران في ليلة». ومن جهة المعنى أن السلام ينافي استدامة الصلاة، وذلك يمنع إضافة ما بعده من عدد الركعات إلى ما قبله، ويجعل لكل واحدة منهما حكماً غير حكم الأخرى، كما لو أراد أن يضيف إلى الظهر بعد السلام منها ركعة، أو أكثر لم يوتر ذلك في الظهر.

مسألة: فإن فعل فلا يجوز أن يفعل ذلك ناسياً أو ذاكراً فقد تقدم الحكم، وإن فعل ذلك ناسياً، فقد روى ابن القاسم وعلي بن زياد عن مالك أنه يشفع ما شفع به الوتر. وروى سحنون عن مالك أنه كره لمن أحرم على وتر أن يشفع.

وجه الرواية الأولى أن الوتر والشفع يجمعهما معنى التنفل ولما لم يحتج المتنفل إلى زيادة على نية التنفل، وكان الشفع نفلاً جاز أن يحال الوتر إليه ولا يجوز أن يحال الشفع إلى الوتر لأنه أكد منه فيحتاج إلى زيادة نية يتغير بها كما يجوز أن يحال الفرض إلى النفل، ولا يجوز النفل إلى الفرض. وقد حكى الداودي عن أصحابنا أنه لا يجوز أن يوتر بركعة، يفتتح بغير نية الوتر.

وجه الرواية الثانية أن الشفع من غير جنس الوتر، فلا يحال أحدهما إلى الآخر، ولذلك قال مالك، فيمن افتتح صلاة في المسجد، فصلى منها ركعة فأقيمت عليه تلك الصلاة: أنه يشفعها نافلة ويسلم من اثنتين ويدخل مع الإمام. وقال في المغرب: إن أقيمت عليه بعد أن صلى منها ركعة قطعها ولم يشفعها.

فرع: وهذا إن ذكر قبل السلام، فإن ذكر بعد السلام، فروى علي بن زياد عن مالك أنه يعود فيشفع وتره إن كان قريباً، وإن طال لم يعد وأجزأه وتره الأول.

٢٦٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُسَلِّمُ بَيْنَ الرَّكْعَتَيْنِ وَالرَّكْعَةَ فِي الْوُتْرِ حَتَّى يَأْمُرَ بِبَعْضِ حَاجَتِهِ^(١).

٢٦٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٤٦.

(١) قال في الاستذكار ٢٨١/٥ - ٢٨٣: هذه مسألة اختلف فيها السلف والخلف: فروى الفصل بين الشفع وركعة الوتر بالسلام، عن عثمان، وسعد، وزيد بن ثابت، وابن عمر، وابن عباس، وأبي موسى الأشعري ومعاوية، وابن الزبير، وعائشة. وكان معاذ القاري يوم جماعة من أصحاب النبي ﷺ في رمضان فيفعل ذلك معهم. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأصحابهما، وأحمد، وأبو ثور. وهو قول سعيد بن المسيب، والقاسم بن محمد، وعطاء بن =

الشرح: قوله: «كان يسلم بين الركعتين والركعة في الوتر»، يقتضى أنه قد تسمى الثلاث ركعات وترًا مجازًا لما كان الوتر لا يستبد منها إلا أن الوتر فى الحقيقة لما كان واقعًا على الركعة الواحدة، وجب أن يفصل بينه وبين الركعتين اللتين من توابعه.

مسألة: من أدرك مع الإمام ركعة من الشفع، فلا يسلم منه وليصل معه الوتر، فإذا سلم منه سلم معه ثم أوتر، كان الإمام ممن يسلم من الشفع أو ممن لا يسلم، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون ومطرف.

وروى عن ابن القاسم أنه إن كان إمامه يسلم من الشفع، سلم معه من الوتر، وإن كان لا يسلم من الشفع، فليصل ذلك بركعة الوتر كفعل إمامه، ومعنى ذلك عند الشيخ أبى محمد أن يجازى بركوعه وسجوده ركوع الإمام وسجوده، فأما أن يأتى به فلا، لأنه يكون محرماً قبل إمامه.

٢٧٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ كَانَ يُوتِرُ بَعْدَ الْعَتَمَةِ

بِوَأَحِدَةٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ عَلَى هَذَا الْعَمَلُ عِنْدَنَا، وَلَكِنْ أَدْنَى الْوَتْرِ ثَلَاثٌ.

=أبى رباح، وغيرهم. وحجة من ذهب هذا المنهج: قوله ﷺ: «صلاة الليل مثنى مثنى، فإذا خشيت الصبح فصل ركعة توتر لك ما قد صليت». وما رواه جماعة من أصحاب ابن شهاب، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة: أن رسول الله ﷺ كان يصلى إحدى عشرة ركعة يسلم بين كل ركعتين منها ويوتر بواحدة. وقال آخرون: الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام. روى ذلك عن عمر بن الخطاب، وعلى بن أبى طالب، وعبد الله بن عباس، على اختلاف عنه، وعبد الله بن مسعود، وأبى بن كعب، وأنس بن مالك، وأبى أمامة. وبه قال عمر بن عبد العزيز، وأبو حنيفة، وأصحابه. وهو الذى استحبه الثورى. وكان الأوزاعى يقول: إن شاء فصل قبل الركعة بسلام وإن شاء لم يفصل. وحجة هؤلاء: حديث عائشة إذا سئلت عن صلاة رسول الله ﷺ: فقال: كان يصلى أربعاً فلا تسلم عن حسنهن وطولهن، ثم يصلى أربعاً فلا تسلم عن حسنهن وطولهن، ثم يصلى ثلاثاً. قالوا: صلى أربعاً بغير سلام وأربعاً كذلك وثلاثاً أوتر بها. وما رواه ابن سيرين، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ أنه قال: «صلاة المغرب وتر صلاة النهار». ومعلوم أن المغرب ثلاث ركعات لا يسلم إلا فى آخرهن، فكذلك وتر صلاة الليل. وحديث أبى أيوب الأنصارى: أن رسول الله ﷺ قال: «من شاء أوتر بسبع ومن شاء أوتر بخمس ومن شاء أوتر بثلاث ومن شاء أوتر بواحدة». اهـ.

كتاب الصلاة ١٧٩

الشرح: قوله: «كان يوتر بعد العتمة بواحدة»، يريد أن جميع ما كان يصلى بعد العتمة واحدة.

وقول مالك: «ليس عليه العمل عندنا»، يريد أن المختار عندهم أن يكون أقل ما يصلى بعد العتمة ثلاث ركعات.

ووجه ذلك أن الوتر نفل فلا يوتر إلا نافلة، فيجب أن تتقدمه نافلة يوترها، وأقل تلك النافلة ركعتان، والأصل في ذلك الحديث المتقدم: «صلاة الليل، مثنى مثنى، فإذا خشى أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة، توتر ما قد صلى».

مسألة: ومن أوتر بركعة واحدة، قال ابن سحنون عن أشهب: يعيد وتره بأثر شفيع ما لم يصل الصبح. وقال سحنون: إن كان بحضرة ذلك شفيعها بركعة ثم أوتر، وإن تباعد أجزأه. وقد أخبرني علي بن زياد عن مالك: لا بأس. أن يوتر المسافر بركعة.

وجه قول أشهب أن الركعة الواحدة موترة، فلا بد أن يكون قبلها ما توتره، وتكون من جنسه لأن الصلوات إنما توتر من جنسها كالمغرب، فإذا عرا الوتر عما يوتره لم يكن وترًا، فكان على المصلى أن يأتي به على شروطه ما لم يفت وقته، فإذا فات ذلك بفعل الصبح لم يقض لأن النوافل لا تقضى بعد الفوات، والله أعلم.

ووجه قول سحنون أن فصلها بالسلام مما قبلها، يقتضى استقلالها بنفسها، وإنما يقدم الشفيع على سبيل الفضيلة وقد روى سحنون أنه أوتر في مرضه بركعة.

مسألة: ومن حكم الشفيع أن يتصل بوتره فيما رواه ابن القاسم عن مالك أنه قال فيمن تنفل بعد العشاء ثم انصرف: فلا ينبغي أن يوتر حتى يأتي بشفيع. وقال عنه ابن نافع: لا بأس أن يوتر بواحدة في بيته. وكذلك من تنفل ثم جلس ما بدا له، فإن له أن يوتر بواحدة.

وجه رواية ابن القاسم ما ثبت من فعل النبي ﷺ والصحابة من بعده. ومن جهة المعنى أن وقتها واحد لاختصاص هذا الشفيع بالوتر حتى نسب إليه، وسمى باسمه، فوجب أن يفارقه. ووجه رواية ابن نافع أنه قد وجد الوتر ووجد ما يكون وترًا له في وقته، وذلك يقتضى صحتهما وإن تفرقا كالمغرب الذي يوتر صلاة النهار، وإن تفرقا في الوقت والفعل.

١٨٠ كتاب الصلاة

٢٧١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: صَلَاةُ الْمَغْرِبِ وَتُرُ صَلَاةِ النَّهَارِ.

الشرح: يعنى بقوله: «المغرب وتر صلاة النهار»، أنها توترها فيصير عددها وتراً، ويحتمل أن يريد أنها الوتر خاصة دون غيرها، والأول أظهر لما روى عن النبي ﷺ أنه أمر من خشى الصبح أن يصلى ركعة توتر له ما قد صلى، وكذلك أمر فى الحديث أن توتر صلاة الليل.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ أَوْتَرَ أَوَّلَ اللَّيْلِ ثُمَّ نَامَ، ثُمَّ قَامَ قَبْدًا لَهُ أَنْ يُصَلِّيَ، فَلْيُصَلِّ مِثْنِي مِثْنِي، فَهُوَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى.

الشرح: يريد مالك أنه لا يصلى ركعة تشفع له وتره وليعتد بوتره على ما مضى، ويصلى ما أمكنه ركعتين، ويحتمل أن يكون الوتر إنما يوتر ما قبله من النوافل، ويحتمل أن يوتر ما قبله وما بعده إلا أن الفضيلة فى تأخره جميع ما يوتره.

* * *

الوتر بعد الفجر

٢٧٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ بْنِ أَبِي الْمُخَارِقِ الْبَصْرِيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ رَقَدَ ثُمَّ اسْتَيْقَظَ، فَقَالَ لِخَادِمِهِ: انظُرْ مَا صَنَعَ النَّاسُ، وَهُوَ يَوْمِيذٍ قَدْ ذَهَبَ بَصْرُهُ، فَذَهَبَ الْخَادِمُ ثُمَّ رَجَعَ، فَقَالَ: قَدْ انصَرَفَ النَّاسُ مِنَ الصُّبْحِ فَقَامَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ فَأَوْتَرَ ثُمَّ صَلَّى الصُّبْحَ.

الشرح: قول عبد الله بن عباس لخادمه: «انظر ما صنع الناس، وهو يومئذ قد ذهب بصره»، لما لم يمكنه الاجتهاد فى الوقت اقتدى بجماعة الناس فى ذلك لأنه يبعد اجتماعهم على الخطأ فى الوقت لاسيما وأكثرهم فى ذلك الوقت علماء أئمة، فلما قال له الخادم: «قد انصرف الناس من الصبح»، علم أن ذلك وقت يتسع لوتره وفرضه لأنه علم من حال الناس فى ذلك الوقت أنهم لا ينصرفون إلا فى الوقت الذى قالت عائشة: ينصرف النساء متلفعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس، فلذلك قدم وتره.

٢٧١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٤٨. وقال قد روى مرفوعاً عن النبي ﷺ.

أخرجه أحمد فى المسند حديث رقم ٤٨٣٢. ابن أبى شيبه فى المصنف ٢/٢٨٢.

٢٧٢ - انفرد به مالك.

كتاب الصلاة ١٨١

مسألة: وقد أوتر بعد الفجر لضرورة، فقد روى ابن المواز وعيسى عن ابن القاسم: يوتر الآن بركعة لأنه قدم في ليلته من النافلة ما يوتره لأن هذا ليس بوقت نافلة إلا لضرورة، فإن كان لم يتنفل في ليلته، فقد روى ابن المواز عن أصبغ: يتنفل بركعتين ثم يوتر بركعة.

مسألة: إذا ثبت أن الوتر يصلى للضرورة بعد الفجر، فلا يخلو أن يذكره قبل أن يحرم للصبح أو بعد ذلك، فإن ذكره قبل أن يحرم للصبح، وقد رأى أنه يترك الوتر وركعتي الفجر والصبح قبل الشمس بدأ بالوتر ثم بركعتي الفجر لأنه قد اختلف فى وجوب الوتر، ولم يختلف فى نفي وجوب ركعتي الفجر، فإن ضاق الوقت عنهما ترك الوتر وصلى الفرض.

مسألة: فإن ذكر الوتر، وقد أقيمت صلاة الصبح، فقد روى على بن زياد عن مالك أنه يخرج فيصليها ولا يخرج لركعتي الفجر، وسبب ذلك أنه لم يتلبس بصلاة الفجر فخرج ليدرك الصلاتين.

مسألة: فإن ذكر الوتر وهو فى صلاة الصبح، فلا يخلو أن يذكره قبل الركوع أو بعده، فإن ذكره قبل الركوع، فلا يخلو أن يذكره، وهو يصلى وحده أو فى جماعة، فإن كان وحده قطع الصلاة، وصلى الوتر ثم صلى الصبح. وفى النوادر عن المغيرة: لا يقطع الصبح للوتر، ولم يفرق بين أن يكون فذاً أو فى جماعة.

قال الإمام أبو الوليد: وهو عندى أولى لأنه لا يقطع الفرض بعد الشروع فيه للتنفل؛ ولأن للمكلف أن يعين وقت وجوب الصلاة، وإنما يتعين ويلزم بدخوله فيها، فليس له قطعها إلا بما هو بالوقت منها.

فروع: فإذا قلنا برواية المغيرة، فلا يحتاج إلى تفريع، وإن قلنا برواية ابن القاسم وغيره، وكان الذاكر للوتر مصلياً فى جماعة، فلا يخلو أن يكون إماماً أو مأموماً، فإن كان مأموماً فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات، إحداها: أنه يقطع الصلاة ويصلى الوتر ثم الصبح. والثانية: يتمادى على الصبح، وقد فاته الوتر، ورواهما ابن القاسم. والثالثة: أنه بالخيار بين الأمرين، رواها عنه ابن وهب.

وجه الرواية الأولى أنه بذلك يصل إلى الجمع بين الصلاتين، فكان أولى من ترك الوتر. ووجه الرواية الثانية ما ذكرناه قبل هذا من توجيه قول المغيرة.

١٨٢ كتاب الصلاة

فرع: وإن كان إماماً، فقد روى ابن حبيب عن مالك: يقطع إلا أن يسفر جداً، وقد تقدم من قول المغيرة أنه لا يقطع.

قال الإمام أبو الوليد: وهو الأظهر عندي، والله أعلم.

مسألة: فإن صلى الصبح ثم ذكر الوتر، فإنه لا يصلها قبل طلوع الشمس لأنها من النوافل فلا تصلى بعد صلاة الصبح إلى طلوع الشمس كسائر النوافل، فإذا طلعت الشمس لم يوتر؛ لأنه قد خرج وقت الوتر وحال بينه وبين ما هو وتر له صلاة فرض لا ينتسب إليها، فكان ذلك مما يفوت به وقته، والنوافل لا تقضى وإنما تختص بأوقاتها.

٢٧٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَعُبَادَةَ بْنَ الصَّامِتِ وَالْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَامِرٍ بْنِ رَبِيعَةَ قَدْ أوترُوا بَعْدَ الْفَجْرِ.

الشرح: وهذا ما قدمناه أن من أدرك الوتر قبل صلاة الصبح وبعد الفجر، فقد أدرك وقته، إلا أنه وقت ضرورة لا وقت اختيار، وقد يجوز أن يكون من أخره من هؤلاء إنما أخره نسياناً أو لأنه منعه من تبين الوقت مانع.

٢٧٤ - مَالِكُ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ قَالَ: مَا أَبَالِي لَوْ أُقِيمَتْ صَلَاةُ الصُّبْحِ، وَأَنَا أُوتِرُ.

الشرح: معنى ذلك والله أعلم، أنه لا يمنعه ذلك من الوتر، ولعله أراد بذلك أن تقام في المسجد، وهو يوتر في بيته.

٢٧٥ - مَالِكُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ يَوْمًا قَوْمًا فَخَرَجَ يَوْمًا إِلَى الصُّبْحِ، فَأَقَامَ الْمُؤَذِّنُ صَلَاةَ الصُّبْحِ، فَأَسَكَّتَهُ عِبَادَةُ حَتَّى أوترَ ثُمَّ صَلَّى بِهِمُ الصُّبْحَ.

الشرح: قوله: «فخرج يوماً إلى الصبح»، يحتمل أن يكون غلس إلى المسجد، وهو يعتقد أن الفجر لم يطلع لغيمة حال بينه وبين معرفته ذلك مع توارى الأفق عنه، فرجا أن يدرك تنفلاً في المسجد، فجعل وتره بعده، وكان المؤذن قد علم بطلوع الفجر، فأقام

٢٧٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٤٩.

٢٧٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٥٠.

٢٧٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٥١.

كتاب الصلاة ١٨٣

الصلاة، فلما رأى ذلك عبادة بن الصامت علم أن الفجر قد طلع، فأسكت المؤذن ليوتر قبل أن يصلى بهم صلاة الصبح، ويحتمل أن يفعل ذلك لرأى رآه^(١)، والله أعلم.

وأما إسكاته المؤذن مع ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة» يحتمل أن يعتقد أن ذلك فى المأموم، وأما الإمام، فله إسكات المؤذن والإتيان بمؤكد النفل لأن الصلاة لا تنفذ إقامتها دونه، وهو بخلاف غيره، وقد روى ابن القاسم عن القاسم عن مالك أنه إذا أخذ المؤذن فى الإقامة للفجر، ولم يكن الإمام ركع ركعتى الفجر، فلا يخرج إليه ولا يسكنه وليصل ركعتى الفجر قبل أن يخرج إليه.

٢٧٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمِيرِ ابْنَ رَبِيعَةَ يَقُولُ: إِنِّي لَأُوتِرُ وَأَنَا أَسْمَعُ الْإِقَامَةَ أَوْ بَعْدَ الْفَجْرِ يَشْكُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ أَيُّ ذَلِكَ قَالَ.

٢٧٧ - مَالِك عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَاهُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ: إِنِّي لَأُوتِرُ بَعْدَ الْفَجْرِ.

(١) قال فى الاستذكار ٢٨٦/٥ - ٢٨٨: اختلف السلف من العلماء والخلف بعدهم فى آخر وقت الوتر بعد إجماعهم على أن أول وقته بعد صلاة العشاء، وأن الليل كله حتى ينفجر الصبح وقت له، إذ هو آخر صلاة الليل. فقال منهم قائلون: لا يصلى الوتر بعد طلوع الفجر وإنما وقتها من صلاة العشاء إلى طلوع الفجر، فإذا طلع الفجر فلا وتر. ومن قال هذا سعيد بن جبير، ومكحول، وعطاء بن أبى رباح. وهو قول سفيان الثورى وأبى يوسف ومحمد. وحدثهم حديث خارحة بن حذافة العدوى، قال: خرج علينا رسول الله ﷺ فقال: «إن الله تعالى قد أمدكم بصلاة هى خير لكم من حمر النعم، هى الوتر جعلها لكم ما بين صلاة العشاء وطلوع الفجر». وذكر أبو بكر بن أبى شيبة، عن هشيم، عن أبى هارون، عن أبى سعيد الخدرى، قال: نادى منادى رسول الله ﷺ: «ألا لا وتر بعد طلوع الفجر». وأبو هارون العبدى ليس ممن يحتج به.

وقال آخرون: يصلى الوتر ما لم يصل الصباح، فمن صلى الصبح فلا يصلى الوتر. روى هذا القول عن ابن مسعود، وابن عباس، وعبادة بن الصامت، وأبى الدرداء، وحذيفة، وعائشة. وبه قال مالك والشافعى وأحمد بن حنبل وأبى ثور وإسحاق وجماعة. وهو الصواب عندى لأنى لا أعلم لهؤلاء الصحابة مخالفاً من الصحابة. فدل إجماعهم على أن معنى الحديث مراعاة طلوع الفجر أريد ما لم تصل الفجر.

٢٧٦ - انفرد به مالك.

٢٧٧ - انفرد به مالك.

الشرح: هذان الحديثان على ما تقدم من جواز الإتيان بالوتر بعد الفجر وكثر من الآثار في ذلك لبيان أن ذلك كان ظاهراً موجوداً عن الصحابة، والتابعين حتى يخبروا بذلك عن أنفسهم إنكاراً على من منع ذلك، ومعنى وجود ذلك منهم لمن فاته الإتيان به قبل الفجر لأن طلوع الفجر لا يمنع الإتيان بالوتر، وإن أثر في نقص فضيلته، وشك عبد الرحمن فيما رواه عن عبد الله بن عامر أنه كان يوتر بعد الفجر وهو يسمع الإقامة لاختلاف جنسهما لأن الإقامة دعاء إلى الصلاة، فتركها والاشتغال بالوتر أبين في تأكده من الإتيان به بعد الفجر وقبل إقامة الصلاة.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا يُؤْتَرُ بَعْدَ الْفَجْرِ مَنْ نَامَ عَنِ الْوَتْرِ، وَلَا يُنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَتَعَمَّدَ ذَلِكَ حَتَّى يَضَعَ وَتْرَهُ بَعْدَ الْفَجْرِ.

الشرح: وهذا كما قال: أنه لا ينبغي لأحد أن يتعمد تأخير الوتر عن طلوع الفجر لأنه من صلاة الليل، وذلك وقته المختار، وإنما يأتي به بعد الفجر من فاته الإتيان به قبله لنوم أو لسهو أو غير ذلك، وقد تقدم ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا خشى أحدكم الصبح فليوتر» وفي هذا اللفظ متعلقان لما ذكرنا، أحدهما: أنه قال: «إذا خشى أحدكم الصبح» فنص على أنه مما ينبغي لصاحب الوتر، وذلك يدل على أنه تأخير وقته. والثاني أنه قال: «فليوتر إذا خشى الفجر» وذلك يقتضى فعله قبل الفجر، وقد تقدم من فعل أبي بكر رضى الله عنه أنه كان يوتر قبل أن ينام، وإنما ذلك مخافة أن يفوته فعله، وإلا فلا شك أنه يستيقظ بعد الفجر لصلاة الصبح مع ما جرت عادته، به من التغليس.

* * *

ما جاء في ركعتي الفجر

٢٧٨ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ حَفْصَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا سَكَتَ الْمُؤَذِّنُ عَنِ الْأَذَانِ لِصَلَاةِ الصُّبْحِ صَلَّى رَكْعَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ تُقَامَ الصَّلَاةُ.

٢٧٨ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٦١٨. والجمعة حديث رقم ١١٧٣، ١١٨١. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٢٣. والنسائى فى الصغرى فى قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٧٥٩، ١٧٦٠، ١٧٦٤، ١٧٦٦، ١٧٦٧، ١٧٦٨، ١٧٦٩، ١٧٧٠، ١٧٧١، ١٧٧٢، ١٧٧٣، ١٧٧٤، ١٧٧٥، ١٧٧٦، ١٧٧٧، ١٧٧٨. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٨٨٤، ٢٥٨٩٠. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٤٣، ١٤٤٤.

الشرح: قوله: «كان إذا سكت المؤذن عن الأذان لصلاة الصبح»، يريد بذلك الأذان الذي يكون بعد الفجر، فذلك الأذان الذي يكون في آخر الليل، وإنما هو للاستعداد للصلاة، وليرجع القائم ويستيقظ النائم، وإنما كان يؤخر إلى فراغ الأذان لأنه ﷺ لعله كان يقول مثل ما يقول المؤذن، ويدعو عند آخره، فإذا أكمل ذلك عند سكوت المؤذن قام فصلى ركعتين خفيفتين، يعنى أنه كان يقصر فيها القراءة والركوع والسجود.

فصل: وقوله: «قبل أن تقام الصلاة»، يعنى قبل أن تقام الصلاة المفروضة صلاة الصبح، وذلك أن وقت ركعتي الفجر من لدن طلوع الفجر إلى صلاة الصبح، وهى صلاة يختص بها ذلك الوقت دون سائر النوافل على وجه الاختيار. وقد روى عن حفصة أنها قالت: كان رسول الله ﷺ إذا طلع الفجر لا يصلى إلا ركعتين.

فرع: وقد اختلف أصحابنا فى ركعتي الفجر، فقال أصبغ وابن عبد الحكم: هما من الرغائب وليستا من السنن، وروى ذلك عن مالك. وقال أشهب: هما من السنن، فمعنى السنة، ما رسم ليحتذى، وقد يكون ذلك واجباً، وقد يكون ندباً، ومعنى الرغائب ما رغب فيه. وقد يرغب فى فعل الواجب لكن الفقهاء من أصحابنا قد أوقعوا هذه الألفاظ على ما تأكد من المندوب إليه، وكانت له مزية على النوافل المطلقة.

واختلفوا فى المعنى الذى تستحق به النوافل الوصف بالسنن فعند أشهب أن السنن منها كل ما تقرر، ولم يكن للمكلف الزيادة فيه بحكم التسمية المختصة به كالوتر، ولذلك قال فى المجموعة: ركعتا الفجر من السنن. وعند مالك أن السنن من النافلة ما تكرر فعل النبي ﷺ فى الجماعة كصلاة العيدين والاستسقاء، ومن لم يكن له هذا الحكم، فمقصر عن رتبة السنن، وإنما يوصف بأنه من الرغائب.

قال مالك فى المختصر: ليست ركعتا الفجر بسنة ولا ينبغى تركها. وقال أصبغ وابن عبد الحكم فى الموازية: ليست بسنة، وهى من الرغائب، وهذه كلها عبارات اصطلاح بين أهل الصناعة، ولا خلاف فى تأكد ركعتي الفجر، وكذلك روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: لم يكن رسول الله ﷺ على شىء من النوافل أشد تعاهداً منه على ركعتي الفجر.

مسألة: ومن شروطها التعيين بالنية. ووجه ذلك أن كل ما كان من الصلوات له وقت معين، فإنه يجب أن يعين بالنية كركعتي العيد.

٢٧٩ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَتْ: إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِيُخَفِّفُ رَكَعَتِي الْفَجْرِ حَتَّى إِنِّي لِأَقُولُ أَقْرَأُ بِأَمِّ الْقُرْآنِ أَمْ لَا.

الشرح: ومن سنة ركعتي الفجر التخفيف، واستحب مالك أن يقرأ فيهما بأم القرآن خاصة لقوله في هذا الحديث: «حتى أني لأقول أقرأ بأم القرآن أم لا» والظاهر لتغيير عائشة لقراءته مع علمها بحاله في ذلك وتوسله أنه كان لا يقرأ بغيرها. ومن جهة المعنى أنها مع صلاة الفجر من جهة الصورة كالصلاة الرباعية.

ومن سنة الصلاة الرباعية أن تكون ركعتان منها بأم القرآن فقط، وفرض الصبح قد بين فيه أن تكون سورة مع أم القرآن، فوجب أن تكون سنة ركعتي الفجر الإفراد بأم القرآن.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: يقرأ فيها بأم القرآن، وسورة من قصار المفصل. وروى ابن وهب أن النبي ﷺ قرأ فيها بـ ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ و﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ وذكر الحديث لمالك فأعجبه.

مسألة: ومن سنة القراءة فيها الإسرار، قاله علي بن زياد عن مالك، يبين ذلك حديث عائشة رضي الله عنها «حتى أني لأقول أقرأ فيها بأم القرآن أم لا» ولو جهر بالقراءة لم تحتج إلى تغيير قراءته، ولعلمت ماذا قرأ به فيهما، وأيضا فقد تقدم من قولنا أنه مع ركعتي الفجر في صورة الصلاة الرباعية، ومن حكم الصلاة الرباعية الإسرار منها في ركعتين، وقد أجمعنا على أن الجهر من سنة الفجر، فوجب أن تكون سنة ركعتي الفجر الإسرار.

٢٨٠ - مَالِكٌ، عَنْ شَرِيكَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي نَمِرٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعَ قَوْمَ الْإِقَامَةِ، فَقَامُوا يُصَلُّونَ فَخَرَجَ عَلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ

٢٧٩ - أخرجه البخاري في الجمعة حديث رقم ١١٦٥. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها

حديث رقم ٧٢٤، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٨٨. والنسائي في الصغرى في الافتتاح حديث رقم

٩٤٦. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٢٥٥، ١٢٦٢. وأحمد في المسند حديث رقم

٢٣٥٩٦، ٢٤٣٣٩، ٢٤٧٧٤، ٢٥٤٥٢. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٤٤٧.

٢٨٠ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف برقم ٣٩٩٥، ٤٣٧/٣، عن محمد بن جعفر، عن أبيه. وابن

خزيمة برقم ١١٢٦، ١٧٠/٢، عن أنس. والبخاري في التاريخ ١/١٨٦، عن أنس، والطبراني

في الكبير ١١/٢١٢، عن ابن عباس. وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٢/٧٦، عن أنس.

قَالَ: «أَصَلَاتَانِ مَعًا؟ أَصَلَاتَانِ مَعًا؟» وَذَلِكَ فِي صَلَاةِ الصُّبْحِ فِي الرَّكَعَتَيْنِ اللَّتَيْنِ قَبْلَ الصُّبْحِ.

الشرح: قوله: «سمع قوم الإقامة، فقاموا يصلون»، ظاهر هذا اللفظ أنهم كانوا جلوسًا عالين بطلوع الفجر، فلما سمعوا الإقامة قاموا في ذلك الوقت يصلون، ويحتمل أن يكونوا دخلوا عند الإقامة، فقاموا يصلون، والأول أظهر.

وظاهر اجتماعهم وخروج النبي ﷺ يدل على أن ذلك كان في المسجد، وذلك يختلف باختلاف الصلاة التي قاموا إليها، واختلاف موضعها، فمن قام بعد ركعتي الفجر من النوافل، فلا يختلف في ذلك مسجد ولا غيره، ومن قام لركعتي الفجر، فلا يخلو أن يكون في المسجد أو غيره، فإن كان في المسجد، وأقيمت الصلاة فليصل مع الإمام، وليترك ركعتي الفجر، لقوله عليه السلام: «أصلاتان معًا» إنكارًا على من قام يصلي عند إقامة الصلاة. وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أقيمت الصلاة، فلا صلاة إلا المكتوبة».

مسألة: وإن كان خارج المسجد وسمع الإقامة للصبح، ولم يكن صلى ركعتي الفجر، فإن علم أنه تفوته ركعة من الصبح لاشتغاله بركعتي الفجر، فليترك ركعتي الفجر، وليدخل مع الإمام في الفرض، رواه ابن القاسم عن مالك.

وروى عنه أيضًا: ما لم يخف فوات الصلاة، لأنه إذا لم يكن له من فوات إحداهما بدء فوات النفل أيسر، فإن رجا أن يصلى ركعتي الفجر ويدرك ركعتي الفرض، فليصلهما ثم ليدخل مع الإمام، ففي ذلك إدراك الأمرين، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

والفرق بين هذا وبين من كان داخل المسجد، أن هذا لم يلزمه حكم الإمام، ومن كان داخل المسجد قد لزمه حكم الإمام. وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه في سعة من ترك ركعتي الفجر والدخول مع الإمام في الفرض، وإن لم يخف فوات الفرض.

فروع: ويجوز إذا جوزنا له صلاة ركعتي الفجر أن يكون الموضع الذي يسمع منه الإقامة موضعًا يجوز له فيه الإتيان بهما، وهو خارج المسجد وخارج أفئتيه المتصلة به، ومن الجامع خارج رحابه.

مسألة: ومن ركعها في بيته ثم أتى المسجد، فهل يركع أم لا؛ قال مالك مرة: يركعها، رواه عنه ابن القاسم وابن وهب. وروى عنه ابن نافع: لا يعيدها.

١٨٨ كتاب الصلاة

وجه القول الأول، أن دخول المسجد قد شرع له الركوع، والوقت يمنع من ذلك إلا من ركعتي الفجر، فلزمه إعادتهما لذلك. ووجه القول الثاني أنه قد أتى بهما فلم يشرع له إعادتهما كسائر الصلوات.

فصل: وقوله في الحديث: «أصلانان معاً» تويخ وإنكار للإتيان بصلاة غير الصلاة التي اجتمع على الائتمام بالإمام فيها في موضع الائتمام به.

وقوله: «وذلك في صلاة الصبح في الركعتين اللتين قبل الصلاة»، يريد أن الصلاة المجتمعة لها، والتي خرج النبي ﷺ إليها هي صلاة الصبح وأن إنكاره عليه السلام على كل من قام ليصلي الركعتين قبلها.

٢٨١ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ فَاتَتْهُ رَكَعَتَا الْفَجْرِ، فَقَضَاهُمَا بَعْدَ أَنْ طَلَعَتِ الشَّمْسُ.

٢٨٢ - مَالِكُ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ صَنَعَ مِثْلَ الَّذِي صَنَعَ ابْنُ عُمَرَ.

الشرح: قوله: «فاتته ركعتا الفجر فقضاهما»، يحتل أن يذكرهما بعد صلاة الصبح وقبل طلوع الشمس. والدليل على ما نقوله أن رسول الله ﷺ نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس، وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس.

مسألة: فإن ذكرها بعد طلوع الشمس، فلا يخلو أن يكون نسي الصبح وركعتي الفجر جميعاً، أو يكون صلى الفرض ونسي ركعتي الفجر، فإن كان تركهما جميعاً، فقال: قال مالك: يصلى الصبح دون ركعتي الفجر، وما بلغني أن رسول الله ﷺ قضى ركعتي الفجر حين نام عن الصلاة. وقال أشهب: بلغني ذلك، ويصلى ركعتي الفجر ثم يصلى الصبح.

وجه القول الأول قوله عليه السلام: «من نام عن صلاة أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها» بأن ذكر وقتها، وإن كان وقت ذكره للفرض وقت فرضه، وضاق عنه، لم يجوز له الإتيان بركعتي الفجر فيه كما لا يجوز له الإتيان بركعتي الفجر إذا خاف فوات الصبح في وقته. ويحمل الحديث على أنه من نام عن ركعتي الفجر خاصة أو نام عن

٢٨١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٥٨.

٢٨٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٥٩.

كتاب الصلاة ١٨٩
صلاة الصبح، فسمها ركعتي الفجر. ووجه قول أشهب الحديث المذكور، وحمله على
ظاهره.

ومن جهة المعنى أنه لم يجل بين ركعتي الفجر وبين فعلهما صلاة فرض لم ينسب
إليه، فجاز الإتيان بهما، وهذا يقتضى أن له أن يصليها ما لم يصل الظهر.
فصل: ويحتمل أن يكون عبد الله بن عمر نسي ركعتي الفجر خاصة، فذكرهما بعد
أن طلعت الشمس فصلاهما، فذلك جائز. قال مالك: يقضيها إن شاء بعد طلوع
الشمس.

والدليل على ذلك ما روى عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من لم يصل
ركعتي الفجر فليصلهما بعد ما تطلع الشمس».

* * *

فضل صلاة الجماعة على صلاة الفرد

٢٨٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «صَلَاةُ
الْجَمَاعَةِ تَفْضُلُ صَلَاةَ الْفَرْدِ بِسَبْعٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً».

الشرح: معنى ذلك أن صلاة الجماعة تزيد على صلاة الفرد، ولا معنى لفضيلتها
عليها إلا أن يكون الجزاء عليها يضاعف على أجر صلاة الفرد بالعدد الذي ذكره،
ويحتمل أن يريد بالجماعة جماعات المساجد، وأخرج اللفظ على الغالب من حال
الجماعات، ويريد بالفرد الذي يصلى في بيته وفي سوقه وحده.

وهذا الذي ذكره يدل على أن الجماعة ليست بشرط في صحة الصلاة ولا بفرض،
واختلف العلماء في ذلك فذهب بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي إلى أن الجماعة
فرض على الكفاية. وذهب بعضهم إلى أنها سنة مؤكدة. وقال داود: إن صلاة الجماعة
فرض ولا تجوز صلاة الفرد مع القدرة عليها.

والدليل على صحة ذلك الخبر الذي ذكرناه، ووجه الدليل منه معنيان، أحدهما: أنه

٢٨٣ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٦٤٥. ومسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث
رقم ٦٥٠. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ١٩٩. والنسائى فى الصغرى فى الإمامة حديث
رقم ٨٣٧. وابن ماجه فى المساجد والجماعات حديث رقم ٧٨٩. وأحمد فى المسند حديث
رقم ٤٦٥٦، ٥٣١٠، ٥٧٤٥، ٥٨٨٥، ٦٤١٩.

١٩٠ كتاب الصلاة

جعل صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ، ولو لم تكن صلاة الفذ مجزئة لما وصفت بأن صلاة الجماعة، تفضلها لأنه لا يصح أن يفاضل بين صلاة الجماعة وبين ما ليس بصلاة. والثاني: أنه حد ذلك بسبع وعشرين درجة، فلو لم تكن لصلاة الفذ درجة من الفضيلة لما جاز أن يقال إن صلاة الجماعة تزيد عليها سبعا وعشرين درجة ولا أكثر ولا أقل لأنه إذا لم يكن لصلاة الفذ مقدار من الفضيلة، فلا يصح أن تتقدر الزيادة عليها بدرجات معدودة مضافة إليها.

فصل: وقوله: «بسبع وعشرين درجة» يقتضى أن صلاة المأموم تعدل ثمانية وعشرين درجة من صلاة الفذ لأنها تساويها وتزيد عليها سبعا وعشرين جزءاً.

٢٨٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «صَلَاةُ الْجَمَاعَةِ أَفْضَلُ مِنْ صَلَاةِ أَحَدِكُمْ وَحَدَهُ بِخَمْسَةِ وَعِشْرِينَ جُزْءًا».

الشرح: الكلام فى هذا المتن كالكلام فى حديث ابن عمر إلا أنه ذكر فى حديث أبى هريرة: خمسة وعشرين جزءاً، وفى حديث ابن عمر: سبعا وعشرين درجة، ويحتمل ذلك معانى، أحدها: أن يكون خاطب بقوله: خمسة وعشرين جزءاً، قوماً بأعيانهم، وأراد بقوله فى حديث ابن عمر غيرهم، ويحتمل أن يكون ذكر حديث أبى هريرة أنه أعلم بفضيلة صلاة الجماعة على صلاة الفذ بخمسة وعشرين جزءاً، ثم أعلم بعد ذلك بفضيلة صلاة الجماعة بسبع وعشرين درجة، فأعلم بذلك، ورواه عنه ابن عمر.

وقد روى أبو صالح هذا الحديث فأشار إلى بيان معنى الفضيلة، فقال: سمعت أبا هريرة، يقول: قال: قال رسول الله ﷺ: «صلاة الرجل فى جماعة تضاعف على صلاته فى بيته، وفى سوقه خمساً وعشرين ضعفاً، وذلك أنه توضع فاحسن الوضوء، ثم خرج إلى المسجد لا يخرج إلا الصلاة، لم يخط خطوة إلا رفعت له بها درجة، وحطت عنه

٢٨٤ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٤٧٧. والأذان حديث رقم ٦٤٧، ٦٤٩. والبيوع حديث رقم ٢١١٩. وتفسير القرآن حديث رقم ٤٧١٧. ومسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٦٤٩. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ١٩٩، ٢٠٠. والنسائى فى الصغرى فى الصلاة حديث رقم ٤٨٦. والإمامة حديث رقم ٨٣٨. وابن ماجه فى المساجد والجماعات حديث رقم ٧٨٨٦، ٧٨٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧١٤٥، ٧٣٦٧، ٧٥٣٠، ٧٥٥٧، ٨١٤٩، ٨٩٠٥، ٩٥٥١، ٩٧٦٢، ٩٧٩٩، ٩٩٢٦، ١٠١٢١.

بها خطيئة، فإذا صلى لم تنزل الملائكة تصلى عليه ما دام في مصلاه، اللهم صل عليه، اللهم ارحمه، ولا يزال أحدكم في صلاة ما انتظر الصلاة».

فقوله: «في بيته أو في سوقه»، يحتمل أن يريد صلاة الجماعة في البيت والسوق، ولذلك علل الفضيلة وبينهما بالخطأ إلى المسجد في الصلاة، وانتظار الصلاة، والمقام في المصلى بعد الصلاة، ويكون معنى حديث أبي سعيد الخدري ومعنى رواية سعيد بن المسيب: أن صلاة الجماعة في المسجد أفضل من صلاة الفذ فيه بخمس وعشرين درجة، لفضيلة الجماعة فيه.

ومعنى حديث ابن عمر أن صلاة الجماعة في المسجد أفضل من صلاة الفذ في البيت بسبع وعشرين درجة، ولعله لم يضيف إلى فضل صلاة الجماعة فضيلة الخطأ إلى الصلاة في المسجد، ولا فضيلة انتظار الصلاة فيه، ولا فضيلة القيام في المصلى بعد الصلاة، وأنه لو أضيف ذلك كله لكانت الدرجات أكثر، ومع ذلك فقد ترك صلاة الجماعة في البيت والسوق ولم يفاضل بينهما وبين صلاة الجماعة في المسجد لفضل صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة في بعض الصلوات وبعضها بخمس وعشرين درجة، لأن الصلوات تختلف في ذلك على ما روى من حديث عثمان أن صلاة العشاء في جماعة تعدل قيام نصف ليلة، وصلاة الصبح في جماعة تعدل قيام ليلة.

٢٨٥ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَمُرَّ بِحَطْبٍ، فَيَحْطَبَ ثُمَّ أَمُرَّ بِالصَّلَاةِ فَيُؤَدَّنَ لَهَا، ثُمَّ أَمُرَّ رَجُلًا فَيُؤَمِّمَ النَّاسَ، ثُمَّ أُخَالِفَ إِلَى رَجَالٍ فَأُحَرِّقَ عَلَيْهِمْ بِيوتَهُمْ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ يَعْلَمُ أَحَدُهُمْ أَنَّهُ يَجِدُ عَظْمًا سَمِينًا أَوْ مِرْمَاتَيْنِ حَسَنَتَيْنِ لَشَهِدَ الْعِشَاءَ».

الشرح: قوله عليه السلام: «لقد هممت أن أمر بحطب فيحطب» الحديث، وعيد

٢٨٥ - أخرجه البخارى في الأذان حديث رقم ٦٤٤. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٦٥١. والترمذى في الصلاة حديث رقم ٢٠١. والنسائى فى الصغرى فى الإمامة حديث رقم ٨٤٨. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٥٤٨، ٥٤٩. وابن ماجه فى المساجد والجماعات حديث رقم ٧٩١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٢٨٤، ٧٨٥٦، ٢٧٣٦٦، ٢٧٤٧٥، ٨٦٧٣، ٩١١٩، ٩٢٠٢، ٩٧٥٠، ٩٨٦٠، ١٠٤٢٣، ١٠٤٩٦، ١٠٥٥٢. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٢٧٤.

لمن تخلف عن الصلاة وإخبار بما هم به فيهم، وفي ذلك تحذير لهم عن معاودة التخلف عنها لجواز أن يرى إنفاذها، قد هم به، وقد استدلت جماعة من أصحابنا بهذا اللفظ على أن شهود الجماعة ليس بواجب لما لم ينفذ ما هم به، وليس هذا بصحيح لأنه قد توعد على التخلف عن الصلاة، ولا يتوعد إلا على ترك الواجب، والأصح في هذا، والله أعلم، أن الذين كانوا يتخلفون عن الصلاة قوم من المنافقين ممن كان لا يعتقد فرض الصلاة، ويعلم من حاله الاستخفاف بها والتضييع لها، يبين ذلك أنه لا بد أن يكون هؤلاء المتخلفون موسومين عنده بذلك، إما لتكرر فعلهم لذلك، أو لوحى أو لغير ذلك لأنه لا يجوز أن يهم بذلك إلا فيمن يعتقد فيه الاستخفاف والتضييع، ولذلك أعلم ﷺ من حالهم أنهم أشد مسارعة.

وقوله: «أو مرمتين» ولا يكون هذا إلا ممن استخف أمرها، ولا يعتقد وجوبها.

وقد روى أبو صالح عن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: «ليس صلاة أثقل على المنافقين من الفجر والعشاء، ولو يعلمون ما فيهما لأتوهما ولو حبوا، ولقد هممت أن أمر المؤذن، فيقيم ثم أمر رجلا يؤم الناس ثم أخذ شعلاً من نار، فأجرق من لا يخرج إلى الصلاة بعده» فبين أن ذلك للمنافقين لأنهم هم المذكورون في الخبر بتأخرهم عن صلاة العشاء، ويؤكد هذا ما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال: وما يتخلف عنها إلا منافق معلوم نفاقه. ويحتمل أن تكون تلك الصلاة صلاة الجمعة، فهي فريضة على الأعيان.

فصل: وقوله: «ثم أمر بالصلاة فيؤذن لها ثم أمر رجلاً فيؤم الناس، ثم أخالف إلى رجال فأحرق عليهم بيوتهم» دليل واضح على أن حضور الجماعة ليس بفرض على الأعيان لأن النبي ﷺ لا يخبر عن نفسه بما يكون فيه معصية.

وقوله: «فأحرق عليهم بيوتهم» بيان أنه هم أن يؤدب بإتلاف الأموال على سبيل الإبلاغ في النكاية، ويحتمل أن يريد بذلك تشبيه عقوبتهم بعقوبة أهل الكفر في تحريق بيوتهم وتخريب ديارهم.

فصل: وقوله: «والذى نفسى بيده لو يعلم أحدهم أنه يجد عظماً سمياً أو مرمتين حسنتين لشهد العشاء». قال ابن وضاح: هي حديدة كالسنان يكومون كوماً من تراب ويقومون منه على أذرع ويرمونه بتلك الحديدة، فأيهم أثبتها فيه، فقد غلب، وقيل المرمان، السهمان. ورواه ابن حبيب عن مالك.

كتاب الصلاة ١٩٣

وقال أبو عبيد: المرماتان، ما بين ظلفي الشاة، وقال: هذا حرف لا أدرى ما هو، ولا ما وجهه، إلا أن هذا تفسيره يقال: مرماتان، وواحدة مرماة، مثل مدحاة، وإنما نص النبي ﷺ على المرماتين والعظم السمين على وجه التحقير لما يؤثره المناقون ويأدرون إليه، ويتخلفون مع ذلك عن العشاء والصبح مع عظيم أجرهما.

وأما المؤمنون فقد أخبر عبد الله بن مسعود أنهم كانوا يتحملون المشقة في إتيان الصلاة حتى أن الرجل منهم ليعجز عن المشى، فيتهدى بين الرجلين حتى يوقف في الصف، فمحال أن يتخلف عنهما مع القدرة عليهما من يأتيهما، إذا عجز يتهدى بين رجلين.

٢٨٦ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ قَالَ: أَفْضَلُ الصَّلَاةِ صَلَاتُكُمْ فِي بُيُوتِكُمْ إِلَّا صَلَاةَ الْمَكْتُوبَةِ.

الشرح: معنى ذلك أن صلاة المكتوبة إظهارها والاجتماع إليها أفضل، وأما التنفل في البيوت لأن إخفاءها والاستار بها أفضل، وقد جعل لها النبي ﷺ فضيلة على التنفل في المسجد، فقد قال عليه السلام: «صلوا أيها الناس في بيوتكم، فإن أفضل الصلاة صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة».

وروى ابن القاسم عن مالك أن التنفل في البيوت أحب إليه من التنفل في مسجد النبي ﷺ إلا للغرباء، فإن تنفلهم في مسجد النبي ﷺ أحب إليه.

* * *

ما جاء في العنمة والصبح

٢٨٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَرْمَلَةَ الْأَسْلَمِيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ

٢٨٦ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٧٣١. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٨١. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٤١٢. والنسائى فى الصغرى فى قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٥٩٨. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٠٤٤، ١٤٤٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢١٠٧٢، ٢١٠٨٤، ٢١١١٤. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٣٦٦.

٢٨٧ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٥٩/٣، عن عبد الرحمن بن حرملة. وذكره بالكنز برقم ٣٦٠ وعزاه السيوطى إلى الشافعى والبيهقى، عن عبد الرحمن بن حرملة مرسلا.

١٩٤ كتاب الصلاة

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْمُنَافِقِينَ شُهُودُ الْعِشَاءِ وَالصُّبْحِ لَا يَسْتَطِيعُونَهُمَا» أَوْ نَحْوَ هَذَا.

الشرح: قوله: «بيننا وبين المنافقين شهود العشاء والصبح»، ورواه القعنبي وابن بكير. صلاة العتمة والصبح على لفظ الترجمة، وهذا الحديث يدل على أن الذين كانوا يتخلفون عن الصلاة إذ هم أن يحرق بيوتهم المنافقون، وأن بحضور هاتين يتميز المؤمن من المنافق، وقد جمع معنى الحديثين أبو صالح في روايته عن أبي هريرة، وقد قال النبي ﷺ: «لا يستطيعونهما». والظاهر أنه أراد بذلك التأكيد في حضورها في الجماعة والمساجد ومفارقة حال المنافقين بالتخلف عنها.

فصل: وقوله: «أو نحو هذا»، يحتمل أن يكون شكاً من الراوى، ويحتمل أن يفعل ذلك على سبيل التوقى في العبارة مع ما روى عن عبد الله بن مسعود أنه كان يفعل ذلك في حديث النبي ﷺ.

٢٨٨ - مَالِك، عَنْ سُمَى مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «بَيْنَمَا رَجُلٌ يَمْشِي بِطَرِيقٍ إِذْ وَجَدَ غُصْنَ شَوْكٍ عَلَى الطَّرِيقِ، فَأَحْرَهُ فَشَكَرَ اللَّهُ لَهُ فَغَفَرَ لَهُ».

وَقَالَ: «الشُّهَدَاءُ خَمْسَةٌ: الْمَطْعُونُ وَالْمَبْطُونُ وَالْغَرِقُ وَصَاحِبُ الْهَدْمِ وَالشَّهِيدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ».

انتهت رواية يحيى بن يحيى وجماعة من رواية الموطأ إلى حيث ذكرنا، وزاد أبو مصعب بعد ذلك.

وَقَالَ: «لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ مَا فِي النَّدَاءِ وَالصَّفِّ الْأَوَّلِ ثُمَّ لَمْ يَجِدُوا إِلَّا أَنْ يَسْتَهْمُوا،

٢٨٨ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٦١٥. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٣٧. والبر والصلة والأداب حديث رقم ١٩١٤. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٢٠٩. والجنائز حديث رقم ٩٨٣. والبر والصلة حديث رقم ١٨٨١. والنسائى فى الصغرى فى المواقيت حديث رقم ٥٤٠. والأذان حديث رقم ٦٧١. وأبو داود فى الأدب حديث رقم ٥٢٤٥. وابن ماجه فى المساجد والجماعات حديث رقم ٧٩٧. والجهاد حديث رقم ٢٨٠٤. والأدب حديث رقم ٣٦٨٢. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧١٨٥، ٧٦٨٠، ٧٩٦٢، ٨١٠٦، ٨٦٥٥، ٢٧٢٩٢، ١٠٣٧٤، ١٠٥١٥.

عَلَيْهِ لاسْتَهْمُوا وَلَوْ يَعْلَمُونَ مَا فِي التَّهْجِيرِ لاسْتَبَقُوا إِلَيْهِ، وَلَوْ يَعْلَمُونَ مَا فِي الْعَتَمَةِ وَالصُّبْحِ لَأَتَوْهُمَا وَلَوْ حَبَوًّا».

الشرح: معنى تعلق هذا الحديث بالترجمة على رواية يحيى أنه ذكر أولاً أن بيننا وبين المنافقين إتيان العشاء والصبح، ثم أدخل حديث الرجل الذي أخر الغصن عن الطريق، فغفر الله له مع نزاره هذا الفعل وصغره في النفس بإتيان العشاء والصبح، وهذا حض على المبادرة إلى إتيانها، فشكر الله له، يحتمل أن يريد جازاه على ذلك بالمغفرة، أو أثنى بما اقتضى المغفرة له، ويحتمل أن يريد به أمر المؤمنين بشكره والثناء عليه بجميل فعله، وقد وصف نفسه في كتابه بالشكر فقال: ﴿والله شكور حليم﴾ وقوله عليه السلام: «الشهداء همسة» إلى آخر الحديث، مذكور في كتاب الجنائز.

٢٨٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ سُلَيْمَانَ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ أَنَّ عُمَرَ ابْنَ الْخَطَّابِ فَقَدَ سُلَيْمَانَ بْنَ أَبِي حَثْمَةَ فِي صَلَاةِ الصُّبْحِ، وَأَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ غَدَا إِلَى السُّوقِ، وَمَسَكَنُ سُلَيْمَانَ بَيْنَ السُّوقِ وَالْمَسْجِدِ النَّبَوِيِّ، فَمَرَّ عَلَى الشُّفَاءِ أُمِّ سُلَيْمَانَ، فَقَالَ لَهَا: لَمْ أَرَ سُلَيْمَانَ فِي الصُّبْحِ؟ فَقَالَتْ: إِنَّهُ بَاتَ يُصَلِّي فَعَلَّبَتْهُ عَيْنَاهُ، فَقَالَ عُمَرُ: لِإِنْ أَشْهَدَ صَلَاةَ الصُّبْحِ فِي الْجَمَاعَةِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَقُومَ لَيْلَةً.

الشرح: قوله: «فقد سليمان بن أبي حثمة في صلاة الصبح»، يدل على مواظبة سليمان لصلاة الصبح معه، وذلك لاختصاصه به والقربة التي بينهما، وسؤاله أم سليمان من كرم الأخلاق ومواصلة الأهلين، وقد يجوز أن يحبس سليمان عن الجماعة عذر مرض أو غيره.

وقولها: «إنه بات يصلي، فغلبت عيناه»، يحتمل أن تكون غلبته بأن لم يستيقظ وقت الصلاة واستيقظ بعد أن فاتته الجماعة، ويحتمل أن تكون غلبتها له بأن بلغ منه النوم مبلغاً لا يمكنه الصلاة معه، فنام عن صلاة الجماعة ليتمكن من الصلاة، فيكون قول عمر لها ما قال حضاً وتعليماً لسليمان أن يؤثر صلاة الصبح في الجماعة، على أن يصلي من الليل صلاة تمنعه منها، وذلك أنا قد ذكرنا أن صلاة الجماعة عند كثير من مشايخنا من فروض الكفاية، فهو أكد من النوافل.

٢٩٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ابْنِ أَبِي عَمْرَةَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ إِلَى صَلَاةِ الْعِشَاءِ، فَرَأَى أَهْلَ الْمَسْجِدِ قَلِيلًا، فَاضْطَجَعَ فِي مُؤَخَّرِ الْمَسْجِدِ يَنْتَظِرُ النَّاسَ أَنْ يَكْثُرُوا، فَأَتَاهُ ابْنُ أَبِي عَمْرَةَ فَجَلَسَ إِلَيْهِ فَسَأَلَهُ مَنْ هُوَ فَأَخْبَرَهُ، فَقَالَ: مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ فَأَخْبَرَهُ، فَقَالَ لَهُ عُثْمَانُ: مَنْ شَهِدَ الْعِشَاءَ فَكَأَنَّمَا قَامَ نِصْفَ لَيْلَةٍ، وَمَنْ شَهِدَ الصُّبْحَ فَكَأَنَّمَا قَامَ لَيْلَةً.

الشرح: اضطجع عثمان بن عفان رضى الله عنه فى مؤخر المسجد ينتظر الناس ليكثروا من أدب الأئمة ورفقهم بالناس وانتظارهم الصلاة إذا تأخروا تعجيلها إذا اجتمعوا. وقد روى جابر عن النبي ﷺ أنه كان يفعل ذلك فى صلاة العشاء.

فصل: وقوله: «فأتاه ابن أبي عمرة فجلس إليه»، يحتمل أن يكون جلس إليه ليقبس منه علمًا أو يقتدى به فى عمل أو يسأله حاجة، فسأله [عمر]^(١) رضى الله عنه من هو، وما معه من القرآن، وهذا اهتبال من الأئمة بأحوال الناس، وبما يحصل معهم من العلم والقرآن، ويعرف منازلهم بذلك، وهذا مما ينشط الناس إليه وإخبار عثمان بما كان عنده من العلم فى صلاة العشاء وصلاة الصبح لما رآه أهلا لذلك، ولما رجح أن ينشط على المواظبة عليها، وهذا يدل على أن حضور الجماعة ليس بفرض على الأعيان لأن النبي ﷺ ساوى بينه وبين التوافل، ولا يعدل الفرض النفل ولا يساويه، ألا ترى أن من ترك صلاة لا يجزئ عنه قيام ليلة.

* * *

إعادة الصلاة مع الإمام

٢٩١ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي الدَّيْلِ، يُقَالُ لَهُ بُسْرُ بْنُ

٢٩٠ - أخرجه مسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٦٥٦. والترمذى فى الصلاة حديث

رقم ٢٠٥، ٢٢١. وأبو داود حديث رقم ٥٥٥، ٦٥٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤١٠،

٤٩٣. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٢٥٢.

(١) هكذا وردت فى الأصل، والصواب «عثمان».

٢٩١ - أخرجه النسائى فى الصغرى فى الإمامة حديث رقم ٨٥٧. وأحمد فى المسند حديث رقم

مِخْجَنَ، عَنْ أَبِيهِ مِخْجَنَ أَنَّهُ كَانَ فِي مَجْلِسٍ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأُذِنَ بِالصَّلَاةِ، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى ثُمَّ رَجَعَ، وَمِخْجَنُ فِي مَجْلِسِهِ لَمْ يُصَلِّ مَعَهُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا مَنَعَكَ أَنْ تُصَلِّيَ مَعَ النَّاسِ، أَلَسْتَ بِرَجُلٍ مُسْلِمٍ؟» فَقَالَ: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَلَكِنِّي قَدْ صَلَّيْتُ فِي أَهْلِي، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِذَا جِئْتَ فَصَلِّ مَعَ النَّاسِ، وَإِنْ كُنْتَ قَدْ صَلَّيْتَ».

الشرح: قوله عليه السلام: «ألسنت برجل مسلم» يحتمل معنيين، أحدهما: الاستفهام، والثاني: التوبيخ، وهو الأظهر، والله أعلم، أنه إنما ذهب إلى توبيخه على ترك الصلاة مع الجماعة التي لا يتركها مسلم، وإنما تركها من علامات المنافق، ولا يقتضى قوله ذلك أن من لم يصل مع الناس، فليس بمسلم، وهذا لا يقوله أحد، وإنما ذلك كما يقول القائل لمن علم أنه قرشى: مال ك لا تكون كريماً، ألسنت بقرشى؟ لا يريد بذلك نفيه عن قریش، وإنما يوبخه على أنه قد ترك أخلاق قریش.

فصل: وقوله: «بلى يا رسول الله، ولكنى قد صليت فى أهلى»، يريد أنه لم يترك الصلاة، وإنما اجتزأ بصلاته فى أهله، فقال له رسول الله ﷺ: «إذا جئت فصل مع الناس، وإن كنت قد صليت»، يريد والله أعلم، إذا جئت المسجد، فهذا أمر له إذا أتى المسجد أن يصل مع الناس، ولا يخلو أن يأتى المسجد قبل أن تقام الصلاة، أو حين إقامة الصلاة أو بعد إقامة الصلاة، والإمام فيها، فإن أتى المسجد قبل أن تقام الصلاة، فإن له أن يخرج من المسجد ما لم تقم الصلاة، وهو فى المسجد، قاله ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن الصلاة معهم لا تلزمه إلا بإقامتها عليه؛ لأن الصلاة إنما تلزم بالأذان لمن كان فى المسجد، ولم يكن أدى فرضها.

مسألة: فإن أتى المسجد، فوجد الصلاة تقام أو وجدهم قد شرعوا فى الصلاة، فعليه أن يصلحها معهم.

ووجه ذلك أن الصلاة قد تعينت عليه لدخول المسجد فى ذلك الوقت، أو دخول موضع لا يجوز له فيه ركعتا الفجر، فأما من رأى الناس يصلون، وهو مار، فإنه لا تلزمه إعادة الصلاة مع الإمام بعد أن صلى وحده، وذلك مما لا ينبغى.

فصل: وقوله عليه السلام: «وإن كنت قد صليت» يحتمل أن يصلح فذاً أو فى جماعة، ويحتمل الفذ خاصة غير أنه حمل على غالب أحوال الناس فى أن من صلى فى

١٩٨ كتاب الصلاة

بيته صلى فذاً قصر على الفذ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي. وقال أحمد وإسحاق: ذلك في الفذ وغيره.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور ما روى عن سليمان بن يسار أنه قال: رأيت ابن عمر جالساً على البلاط، والناس يصلون، قلت: يا أبا عبد الرحمن، ما لك لا تصلي؟ قال: إني قد صليت، إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تعاد الصلاة في يوم مرتين».

ودليلنا من جهة القياس أن هذه صلاة فرض أداها مع الإمام، فلم يكن مأموراً بإعادتها مع إمام غيره كالعصر.

فرع: وهذا في الجماعات ومساجد الآفاق، فأما المسجد الحرام ومسجد المدينة ومسجد إيلياء، فقد قال ابن حبيب: يعيد الصلاة فيها في جماعة من صلى في جماعة في مسجد أو غيره. ورواه عن مالك، قال: وذلك لفضل الصلاة فيها على غيرها.

٢٩٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ فَقَالَ: إِنِّي أَصَلْتُ فِي بَيْتِي ثُمَّ أَدْرَكْتُ الصَّلَاةَ مَعَ الْإِمَامِ، أَفَأَصَلِّي مَعَهُ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: نَعَمْ، فَقَالَ الرَّجُلُ: أَيَّتَهُمَا أَجْعَلُ صَلَاتِي؟ فَقَالَ لَهُ ابْنُ عُمَرَ: أَوْ ذَلِكَ إِلَيْكَ إِنَّمَا ذَلِكَ إِلَى اللَّهِ يَجْعَلُ أَيَّتَهُمَا شَاءَ.

٢٩٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ، فَقَالَ: إِنِّي أَصَلْتُ فِي بَيْتِي ثُمَّ أَتَيْتُ الْمَسْجِدَ، فَأَجِدُ الْإِمَامَ يُصَلِّي، أَفَأَصَلِّي مَعَهُ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: نَعَمْ، فَقَالَ الرَّجُلُ: فَأَيَّتَهُمَا أَجْعَلُ صَلَاتِي؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: أَوْ أَنْتَ تَجْعَلُهَا، إِنَّمَا ذَلِكَ إِلَى اللَّهِ.

الشرح: قوله: «أيتهما أجعل صلاتي» يريد أيتهما أعتد عن فرضي، فقال له عبد الله: «أو ذلك إليك، إنما ذلك إلى الله»، أي هو الذي يتقبل عن فرضك ما شاء منهما. قال ابن حبيب: معناه أن الله يعلم التي تقبلها منه، فأما على وجه الاعتداد بها، فهي الأولى، وهذا يقتضي أن يصلي الصلاتين بنية الفرض، ولو صلى إحداهما بنية النفل لم يشك أن الأخرى هي فرضه.

٢٩٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧٠.

٢٩٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧١.

وقد اختلف قول مالك فيمن صلى وحده ثم صلى مع الإمام، فروى عنه: أن الأولى فرض، والثانية نفل. وروى عنه أنه قال: لا تدري، وذلك إلى الله يجعل أيتهما شاء فرضه.

والقولان في هذه المسألة مبنيان على صحة فرض الصلاة بعد تمامها، فإذا قلنا لا يصح ذلك، فالأولى فرضه على كل حال. وإذا قلنا يصح رفضها جاز أن يقال بالقول الثاني، والله أعلم.

مسألة: فإن دخل مع الإمام فأحدث، ففي المبسوط عن محمد بن مسلمة يلزمه إعادة الثانية سواء كان بغلبة أو تعمد. وقال ابن حبيب: إن أحدث بعد عقد ركعة لزمته الثانية، لأنه أدرك صلاة الإمام وإن لم يعقد معه ركعة لم يلزمه القضاء. وقال أشهب: لا يعيد، وإن حدث بعد ركعة، سواء قصد بصلاته رفض الأولى أو الفضل. وقال ابن حبيب: روى المصريون عن مالك تجزئه صلاته الأولى، وليس عليه أن يعيد الثانية. وقال مالك: إن كان أراد بصلاته مع الإمام أن تكون هي فريضة أو أن ذلك إلى الله، فليعد هذه.

٢٩٤ - مَالِك، عَنْ عَفِيْفِ السَّهْمِيِّ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي أَسَدٍ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيَّ، فَقَالَ: إِنِّي أَصَلَّيْتُ فِي بَيْتِي ثُمَّ أَتَيْتُ الْمَسْجِدَ فَأَجَدْتُ الْإِمَامَ يُصَلِّي، أَفَأَصَلِّي مَعَهُ؟ فَقَالَ أَبُو أَيُّوبَ: نَعَمْ فَصَلِّ مَعَهُ، فَإِنَّ مِنْ صَنَعِ ذَلِكَ فَإِنَّ لَهُ سَهْمَ جَمْعٍ أَوْ مِثْلَ سَهْمِ جَمْعٍ.

الشرح: قوله: «فإن له سهم جمع». قال ابن وهب: ومعنى ذلك له سهمان من الأجر. وقال الأَخْفَشُ: الجمع الجيش، قال الله تعالى: ﴿سَيُهْزَمُ الْجَمْعُ وَيُوَلُّونَ الدُّبُرَ﴾ قال: وسهم الجمع هو السهم من الغنيمة.

قال الإمام أبو الوليد رضي الله عنه: ويحتمل عندي أن ثوابه مثل سهم الجماعة من الأجر، ويحتمل عندي أن يريد به مثل سهم من بيت بالمزدلفة في الحج لأن جمعاً اسم المزدلفة، حكاه ابن سحنون عن مطرف، فلم يعجب سحنونا، ويحتمل أن يريد به أن له

٢٩٤ - أخرجه البخاري ٦٩/٢ كتاب الوتر باب ما جاء في الوتر، عن ابن عمر. ومسلم ٥١٦/١ كتاب صلاة المسافرين باب ٢٠ رقم ١٠٤٥، عن ابن عمر: وأبو داود ٣٧/٢ برقم ١٣٢٦، عن ابن عمر. والترمذي برقم ٥٩٧ ج ٢/٤٩١، عن ابن عمر. والنسائي ٣/٢٢٨، عن ابن عمر. وابن ماجه برقم ١٣١٩ ج ٤١٨، عن ابن عمر. وأحمد ٣٠/٢، عن ابن عمر.

٢٠٠ كتاب الصلاة

سهم الجمع بين الصلاتين، صلاة الفذ وصلاة الجماعة، فيكون في ذلك إخبار له بأنه لا يضيع له إحدى الصلاتين. وقال الدارمي: إن هذا يروى، بأن له سهم جمع بالتونين، ومعنى ذلك أنه يضاعف له الأجر مرتين، والصحيح من الرواية، والمعنى ما قدمناه.

وقوله: «أو مثل سهم» جمع على الشك من الراوى.

٢٩٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: مَنْ صَلَّى الْمَغْرِبَ أَوْ الصُّبْحَ، ثُمَّ أَذْرَكَهَا مَعَ الْإِمَامِ فَلَا يَعْدُ لَهَا.

قَالَ يَحْيَى: وَلَا أَرَى بَأْسًا أَنْ يُصَلِّيَ مَعَ الْإِمَامِ مَنْ كَانَ قَدْ صَلَّى فِي بَيْتِهِ إِلَّا صَلَاةَ الْمَغْرِبِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَحَادَهَا كَانَتْ شَفْعًا.

الشرح: اختلف الناس فيما يعاد من الصلوات مع الإمام، فقال مالك: تعاد الصلوات كلها إلا المغرب، وبه قال الثورى. وقال المغيرة: تعاد الصلوات كلها، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: يعيد الظهر والعشاء، ولا يعيد سائر الصلوات. وقال أبو ثور: يعيدها كلها إلا الفجر والعصر.

والدليل على جواز إعادة الصبح والعصر قوله ﷺ فى حديث محجن: «إذا جئت فصل مع الناس وإن كنت قد صليت» ولم يفرق، فيجب أن يحمل على عمومه. ومن جهة القياس أن هذه صلاة شفع، فجاز أن تعاد مع الإمام للفضيلة كالظهر والعشاء.

مسألة: ومن صلى العشاء وحده ثم أوتر، فإنه لا يعيدها فى جماعة، رواه ابن القاسم عن مالك. ودليلنا على أن المغرب لا تقضى أن هذه صلاة وتر، فلا تعاد مع الإمام للفضيلة. أصل ذلك وتر النافلة.

مسألة: إذا ثبت ذلك ممن أعاد المغرب مع الإمام، فلا يخلو أن يريد إصلاح ذلك قبل إكمال صلاته أو عند إتمامها أو بعد السلام منها، فإن أراد ذلك قبل أن يركع، فقد قال ابن حبيب: يقطع ما لم يركع، فإن ركع شفعها بركعة أخرى وسلم ويحىء على أحد أصلى ابن القاسم أنه يقطع بعد الركوع.

قال ابن حبيب: فإن أكمل صلاته مع الإمام، وأراد الإصلاح قبل السلام، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: من أعاد المغرب فى جماعة، فإنه يشفعها بركعة وبلغنى ذلك عن مالك.

كتاب الصلاة ٢٠١

وقال ابن وهب: لا يشفع، ولكن يسلم ويعيدها ثالثة، وإن ذكر ذلك قبل السلام، فقد قال ابن حبيب: إن كان بالقرب شفعتها بواحدة، وإن تباعد ذلك، فلا شيء عليه.

وجه رواية ابن القاسم أنه إنما دخلت الكراهية والنقص في صلاته الثانية لأن صلاته الثانية نافلة، والنافلة لم يشرع فيها الوتر، وإنما شرع في الفروض والسنن، وأما النوافل المطلقة فلم يشرع فيها وتر، فإذا أتى بنافلة مطلقة على حكم الوتر، فيجب أن يتدارك ذلك، فيشفع صلاته ويردها إلى حكم النافلة المشروعة ما لم يفت ذلك بسلام، أو طول، أو عمل مانع من استدراك إتمام الصلاة.

وهذا القول مبنى على أن نية الشفع لا تنافي نية الوتر، فإذا فات تشفيها بشيء مما ذكرناه لم يكن عليه أن يأتي بصلاة ثالثة لأنه ليس في ذلك أكثر من الإتيان بنافلة أخرى على غير الوجه المشروع من الوتر.

وهذا القول مبنى على أن نية الشفع تنافي نية الوتر، وهذا لو دخل في صلاة بنية الوتر، فلا يتمها شفعا، وإنما دخل النقص في جملة الصلاتين من جهة الصورة، فإن المغرب وتر، فلما أعادها صارت شفعا من جهة الصورة، فكان عليه أن يزيل ذلك النقص بصلاة ثالثة يعيدها إلى صورة الوتر، وقد يكون للنفل مدخل في الوتر كوتر صلاة الليل.

قال الإمام أبو الوليد: فهذا عندي وجه القولين، وقد يجيء لابن القاسم وغيره من أصحابنا مسائل على الأصلين، ومما ورد له على الأصل الذي ذهب إليه ابن وهب في هذه المسألة من منافاة نية الوتر لنية الشفع قوله في المدونة فيمن افتتح صلاة المغرب، فأقيمت عليه، وقد صلى ركعة يضيف إليها أخرى ويسلم ويدخل مع الإمام، ففرق بين صلاة الظهر والمغرب لما قدمناه، والله أعلم.

* * *

العمل في صلاة الجماعة

٢٩٦ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

٢٩٦ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٧٠٣. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٦٧.

والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٢١٩. والنسائى فى الصغرى فى الإمامة حديث رقم ٨٢٣.

وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٧٩٤، ٧٩٥. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٤٢٥،

٧٦١١، ٢٧٤٤٠، ٨٨٦٠، ٩٩٣٣، ١٠١٤٤، ١٠٥٥٥.

٢٠٢ كتاب الصلاة

قَالَ: «إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ بِالنَّاسِ فَلْيُخَفِّفْ، فَإِنَّ فِيهِمُ الضَّعِيفَ وَالسَّقِيمَ وَالْكَبِيرَ، وَإِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ لِنَفْسِهِ فَلْيَطْوِلْ مَا شَاءَ».

الشرح: قوله ﷺ: «إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ بِالنَّاسِ فَلْيُخَفِّفْ» يريد التخفيف من القراءة الركوع والسجود وغير ذلك من الأقوال والأفعال، ومعنى ذلك التخفيف الذى لا يبلغ الإخلال بالفرض، وإنما هو التخفيف مما زاد على الفرض الذى لا تجزئ الصلاة إلا به. والدليل على ذلك ما روى عن أنس «كان النبى ﷺ يؤخر الصلاة ويكملها».

فصل: وقوله: «فإن فيهم الضعيف والسقيم والكبير»، يريد أن الضعيف لا يستطيع التطويل فيضر به، ولا يجوز له الخلاف على الإمام فينقطع عن الجماعة، وكذلك الكبير والسقيم، فيجب على الإمام أن يصلى صلاة يتجاوز فيها بحيث لا يشق على أحدهم.

فصل: وقوله ﷺ: «وإذا صلى أحدكم لنفسه» يريد أن يصلى وحده، فليطوّل ما شاء، فإن تطويله ذلك لا يضر بغيره.

٢٩٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّهُ قَالَ: قُمْتُ وَرَاءَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فِي صَلَاةٍ مِنَ الصَّلَوَاتِ، وَكَيْسَ مَعَهُ أَحَدٌ غَيْرِي، فَخَالَفَ عَبْدُ اللَّهِ بِيَدِهِ فَجَعَلَنِي حِذَاءَهُ عَنْ يَمِينِهِ.

الشرح: قال الإمام أبو الوليد رضى الله عنه: قد ذكرنا فيما تقدم مراتب المأموم مع الإمام، وأن الواحد يجب أن يقوم عن يمين الإمام، وإن تعدى المأموم، فقام عن يسار الإمام، فلا شىء عليه، قاله أشهب.

وقوله: «فخالف عبد الله بيده» يحتل أن يريد خالف سنة الصلاة فى ترك العمل بمد يده إلى نافع، واستباح ذلك لأن يسير العمل معفو عنه فى الصلاة، ويحتل أن يريد بذلك أنه خالف ما أراده نافع من الوقوف عن يساره، فنقله إلى يمينه، ويحتل غير ذلك من المعانى، والله أعلم.

٢٩٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا كَانَ يَوْمُ النَّاسِ بِالْعَقِيقِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فَنَهَاهُ.

قَالَ مَالِك: وَإِنَّمَا نَهَاهُ لِأَنَّهُ كَانَ لَا يُعْرِفُ أَبُوهُ.

٢٩٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٧٤.

٢٩٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٧٥.

كتاب الصلاة ٢٠٣

الشرح: اختلف الناس فى ولد الزنى، هل يكون إمامًا راتبًا، فذهب مالك إلى أنه يكره ذلك، فإن أمّ، جازت صلاة من ائتم به، وهو قول الليث والشافعى. وقال عيسى ابن دينار: لا تكره إمامة ولد الزنى إذا كان فى نفسه أهلاً لذلك، وبه قال الأوزاعى والثورى ومحمد بن عبد الحكم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن موضع الإمامة موضع رفعة، وكمال ينافس صاحبه، ويحسد على موضعه، ومن كان بهذه الصفة كره له أن يعرض نفسه لألسنة الناس، ويستشرف الطعن والسب.

ومما يدل على ذلك أن موضع الإمامة موضع رفعة وتقدم على الناس فى أهم أمر الدين وأجل عبادة المسلمين، وهى مما يلزمه الخلفاء ويقوم به الأمراء، والإمامة موضع شرف ورفعة وعلو منزلة، فيكره أن يقوم لذلك من فيه شىء من النقائص المذولة، ألا ترى أنه لا يجوز أن تكون المرأة إمامًا لتقصها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المعانى المانعة من رتبة الإمامة على ضربين، أحدهما: يمنع صحتها. والثانى: يمنع فضيلتها، فأما ما يمنع صحة الإمامة عند مالك، فعلى ثلاثة أضرب، أحدها: الأنوثة، والثانية: الصغر وعدم التكليف، والثالثة: نقص الدين.

فأما الأنوثة، فإن المرأة لا تؤم رجالا ولا نساء فى فريضة ولا نافلة، وبهذا قال أبو حنيفة وجمهور الفقهاء. وروى ابن أئمن عن مالك: تؤم النساء. وقال الطبرى وداود: تؤم الرجال والنساء.

والدليل على صحة القول الأول أن هذا جنس وصف فى الشرع بنقصان الدين والعقل، فلم يصح إمامته كالكافر. وتعلق فى الرواية الثانية بما روى أن النبى ﷺ كان يزور أم ورقة بنت عبد الله بن الحارث فى بيتها، وجعل لها مؤذنا يؤذن لها، وأمرها أن تؤم أهل دارها، وهذا الحديث مما لا يجب أن تعول عليه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن صلى خلف امرأة أعاد أبدأ، قاله ابن حبيب. ووجه ذلك أن هذا ائتم بمن لا تجوز إمامته لنقص دينه وعقله كالكافر، وفى النوازل لسحنون: إن كان الخنثى ممن يحكم بحكم الرجال، فلا إعادة عليهم.

مسألة: فأما الصغر وعدم التكليف، فقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة: لا يؤم الصبى رجالا ولا نساء فى فريضة. وفى العتبية من سماع أشهب عن مالك: أما النوافل، فالصبيان يؤمون الناس فيها، ويقومون فى رمضان، ولا بأس بذلك. وقال أبو مصعب: إن أمّ الصبى مضت صلاة من ائتم به، وبه قال الشافعى.

٢٠٤ كتاب الصلاة

والدليل على ما نقوله أن هذا غير مكلف للصلاة، فلم يجز الائتمام به كالمجنون.

ووجه قوله أبي مصعب ما روى عن عمرو بن سلمة، قال: كنا بحاضر يمر بنا الناس إذا أتوا النبي ﷺ، فكانوا إذا رجعوا مروا بنا فأخبرونا أن رسول الله ﷺ، قال كذا وقال كذا، وكنت غلاماً حافظاً، فتحفظت من ذلك قرأناً، كثيراً، فانطلق أبي وافداً إلى رسول الله ﷺ في نفر من قومه فعلمهم الصلاة، وقال: «يؤمكم أقرؤكم»، فكنت أؤم بهم، وأنا ابن سبع سنين أو ثمان سنين.

فرع: إذا قلنا أنه لا يصلى، والصبى ممن صلى معه أعاد أبداً، قاله ابن حبيب، وبه قال أبو حنيفة. ووجه ذلك أنه ممن لا تصح إمامته، فأوجب ذلك إفساد صلاة من اتسم به كالكافر والمرأة.

قال الإمام أبو الوليد: وهذه المسألة بينة عندي على أنه لا يجوز أن يصلى أحد الفريضة وراء من يصلى الناقله وقول أبي مصعب، يحتمل وجهين، أحدهما: أن هذه الصلاة جازت وراء الصبى لما صلاها بنية الفرض، فعلى هذا لا تجوز الصلاة خلف المتنفل، ويحتمل أن تبنى على تجويز صلاة الفريضة خلف المتنفل لأن صلاة الصبى ناقله، وهو مذهب الشافعى.

والدليل على المنع من ذلك إن كان من أدى صلاته بنية إمامه لم تجزه، فإذا أداها بغير نيته لم تجزه كالجمعة.

مسألة: وأما النقض فى الدين، فإنه فسق وكفر، فأما الفسق، فقد قال القاضى أبو محمد عن مالك: إنه يمنع صحة الإمامة، وحكاها القاضى أبو الحسن. والدليل على ذلك أن هذا نوع فسق، فوجب أن يمنع الإمامة كالكفر.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن صلى وراء فاسق، فقد قال القاضى أبو الحسن: قال لى الشيخ، رحمه الله، يريد أبا بكر الأبهري: إن ذلك على قسمين، فإن كان بتأويل أعاد الصلاة فى الوقت، وما كان فسقاً بإجماع أعاد أبداً، وقد قال ابن حبيب، فيمن صلى وراء من يشرب الخمر، ولم يكن فى وقته ذلك سكران، ولكنه ممن يشرب: فإنه يعيد أبداً، وليس ممن تجب إمامته إلا أن يكون الوالى الذى تولى إليه الطاعة، فلا إعادة على من صلى خلفه إلا أن يكون فى وقته ذلك سكران. وكذلك قال من لقيت من أصحاب مالك.

وقد خالف ذلك ابن وهب من رواية عبد الملك بن الحسن عنه، فقال: لا يصلى

كتاب الصلاة ٢٠٥
خلف عاصر الخمر، فمن صلى وراءه لم يعد، وهذا يقتضى أن الفسق بإجماع لا يمنع صحة الإمامة. ووجه القول الأول أن الإمامة مبنية على الفضل فى الدين، ولا شك أن المرأة أتم ديناً من الفاسق ومن صلى وراءها أعاد أبدأ، فبأن يعيد من صلى وراء الفاسق أولى وأحرى.

* * *

باب

وأما ما يمنع فضيلة الإمامة وتكره معها، فالنقائص التى تمنع كمال الفروض، أو ما يقرب من الأنوثة والنقائص التى تحط المنزلة وتسرع إلى صاحبها الألسنة، فاما ما يمنع كمال الفروض، فمنه الرق فيكره للعبد أن يكون إماماً راتباً.

وروى على بن زياد عن مالك أنه قال: لا يؤم العبد الأحرار إلا أن يكون يقرأ وهم لا يقرءون فيؤمهم فى موضع الحاجة. وقال ابن الماجشون: يؤم العبد راتباً.

وجه القول الأول أنه ناقص الفروض لأنه لا يجب عليه حج ولا جمعة ولا زكاة، وذلك يؤثر فى المنع من الإمامة كالمرأة لما لم تجب عليها الجمعة منعت إمامتها. ووجه ثان وهو أن الإمامة موضع رفعة وشرف، فوجب أن يؤثر فيها الرق لأنه من النقائص. ووجه قول ابن الماجشون أن العبد سالم من نقص الأنوثة والفسق، فصح أن يكون إماماً راتباً كالحر.

مسألة: ولا يؤم الأعرابى الحضريين، وإن كان أقرأهم، وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: ما ذكره ابن حبيب، وهو جهله بالسنة.

قال الإمام أبو الوليد: والأوضح عندى أن يكون ذلك لأنه يستديم نقص الفرائض والفضائل، فأما نقص الفرائض، فلأنه ليس من أهل الجمعة، وأما نقص الفضائل، فلأنه لا يشهد الجماعات.

مسألة: وأما ما يقرب من الأنوثة، فكالحصى لا يكون إماماً، وإنما قاله مالك. قال عنه ابن حبيب: ونحا به نحو التأنيث. وقال ابن الماجشون وعيسى بن دينار: لا بأس أن يكون الحصى إماماً راتباً فى الجمعة وغيرها.

وجه قول مالك أن له حالا ظاهراً فى القرب من الأنوثة والبعد عن الذكورة. وقد بينا أن للأنوثة تأثيراً فى منع الإمامة، فوجب أن يكون كل ما يقرب من ذلك له تأثير فى المنع منها، ولا يلزم على هذا العنين، فإن حاله ليس مما يقرب من الأنوثة. ووجه

٢٠٦ كتاب الصلاة
القول الثاني أن قطع عضو من أعضائه لا يمنع استدامة الائتمام به كقطع اليد والرجل.

مسألة: وأما النقائص التي تسرع إلى أصحابها الألسنة وتكثر فيهم المقالة فكولد الزنا، وقد تقدم الكلام فيه.

مسألة: وأما ما كان نقصاً في الخلقة، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون العضو الناقص له تعلق بالصلاة، أو لا تعلق له بها، فإن لم يكن له تعلق بها، ولا يقرب من الأنوثة، فإنه لا يمنع صحة الإمامة، ولا فضيلتها كالأعمى والأصم، وإن كان له تعلق بالصلاة، فلا يخلو أن يتعلق بها فضيلة كاليد التي تتعلق بها فضيلة السجود وغيرها، فالذي عليه جمهور أصحابنا أن ذلك لا يمنع صحة الائتمام به.

وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب: لا أرى أن يؤم الأقطع، وإن حسنت حاله، ولا الأشل إذا لم يقدر أن يضع يده بالأرض.

وجه القول الأول أن ما نقص من خلقه لا يمنع شيئاً من فروض الصلاة، فلا يمنع الائتمام به كالأعمى والأصم.

* * *

صلاة الإمام وهو جالس

٢٩٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَكِبَ فَرَسًا فَصَرِخَ فَجَحِشَ^(١) شِقُّهُ الْأَيْمَنُ، فَصَلَّى صَلَاةً مِنَ الصَّلَوَاتِ، وَهُوَ قَاعِدٌ، وَصَلَّيْنَا وَرَاءَهُ قُعُودًا، فَلَمَّا انْصَرَفَ قَالَ: «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ، فَإِذَا صَلَّى قَائِمًا فَصَلُّوا قِيَامًا، وَإِذَا رَكَعَ فَارْكَعُوا، وَإِذَا رَفَعَ فَارْفَعُوا، وَإِذَا قَالَ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ فَقُولُوا رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ، وَإِذَا صَلَّى جَالِسًا فَصَلُّوا جُلُوسًا أَجْمَعُونَ».

٢٩٩ - أخرجه البخاري في الصلاة حديث رقم ٣٧٨. ومسلم في الصلاة حديث رقم ٤١١. والترمذي في الصلاة حديث رقم ٣٢٩. والنسائي في الصغرى في الإمامة حديث رقم ٧٩٤، ٨٣٢. والتطبيع حديث رقم ١٠٦١. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٦٠١. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٣٨. وأحمد في المسند حديث رقم ١١٦٥٥، ١٢٢٣٥. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٢٥٦، ١٣١٠.

(١) جَحِشٌ: خُلِشٌ.

كتاب الصلاة ٢٠٧

الشرح: قوله: «فجحش شقه الأيمن» الجحش معناه الخلدش والتوجع من السقطة ونحوها.

وقوله: «فصلى صلاة من الصلوات وهو قاعد وصلينا وراءه قعوداً». قوله: «من الصلوات» يحتمل «أل» من جهة اللفظ أن تكون للعهد، ويحتمل أن تكون للجنس، فإذا قلنا إنها للعهد، فإنه يحتمل أن ترجع إلى الصلوات المفروضة، ويحتمل أن ترجع إلى الصلوات التي صلاها بهم، وإن كانت للجنس، فإنها تكون بمعنى التأكيد يفيد ما يفيدته قوله: «صلى».

فصل: وقوله: «وهو قاعد» يحتمل أن يكون ذلك لعدم القدرة على القيام إن جعلنا الألف واللام في الصلوات للعهد راجعاً إلى الصلوات المفروضة، ويحتمل أن يكون صلى جالساً في نافذة مع القدرة على القيام طلباً للرفق، وليقوى على ما يريد بعد ذلك من الطاعات، فتكون الألف واللام راجعة إلى غير المفروضات من الصلوات أو الجنس.

فأما الفريضة، فلا يخلو إذا صلى الإمام جالساً لعجزه عن القيام أن يكون من وراءه مثله عاجزين عن القيام أو قادرين عليه، فإن كانوا عاجزين عن القيام، فاختلف في ذلك أصحابنا، فروى موسى عن ابن القاسم في العتبية: لا بأس أن يؤمهم في الفريضة؛ لأن حالهم قد استوت كما لو أضافوا القيام، وبه قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ.

وروى سحنون عن ابن القاسم: لا يؤمهم؛ لأن هذا عاجز عن القيام، فلا يؤم من يقدر عليه، ولا من يعجز عنه كما لو لم يقدر إلا على الاضطجاع، فإنه لا يؤم من ساواه فيه.

وقد روى عيسى عن ابن القاسم: لا يؤم المضطجع المضطجعين.

فرع: فإذا قلنا أنه لا يؤم الجالس الجلوس مع تساويهم في العجز، فوقع ذلك، فقد قال سحنون عن ابن القاسم: يجزئ الإمام ويعيد ما أتم به، لأن الإمام قد أتى بصلاته على الوجه المأمور به من الانفراد، وترك الاقتداء بغيره، ومن أتم به، فقد أتم بمن ليس بإمام، فعليه الإعادة كما لو أتمت امرأة بامرأة.

فرع: فإن لم يقدر الإمام على الجلوس ولا من وراءه، فقد روى موسى عن ابن القاسم: لا إمامة في هذا. قال يحيى بن عمر: فإن صلوا على ذلك أجزأته وأعادوا.

٢٠٨ كتاب الصلاة

ووجه ذلك أن هذه ليست من هيئة الصلاة، فلا تصح إقامة الجماعة عليها كما لا يجوز التنفل عليها من غير ضرورة.

مسألة: فإن كان من وراء الإمام قادرين على القيام، فالمشهور عن مالك أنه لا يجوز أن يأتوا به، وبه قال محمد بن الحسن. قال سحنون: وقد اختلف في هذا قول مالك، هكذا ذكره أبو محمد في النوادر. والذي في روايتنا في العتبية، إنما هو من قول العتبي: إنما اختلف فيها قول مالك، والله أعلم.

وروى الوليد بن مسلم عن مالك: يجوز لهم الاتمام به قياماً، وبه قال أبو حنيفة والشافعي والأوزاعي.

وجه القول الأول أن هذا ركن من أركان الصلاة، فلا يصح الاتمام عن عجز عنه كالقراءة. ووجه الرواية الثانية ما روى أن النبي ﷺ أم، وهو جالس وأبو بكر والمسلمون معه قيام، يقتدى أبو بكر بصلاة رسول الله ﷺ ويقتدى الناس بصلاة أبي بكر.

فرع: فإذا قلنا برواية الجمهور، فصلوا على ذلك، فقد قال مطرف: تجزئه وعليهم الإعادة أبدأً.

ووجه ذلك أن الإمام عجز عن ركن من أركان الصلاة، فلم يجزهم ما اتتموا به فيه من الصلاة، كما لو كان الإمام أخرس، وإذا قلنا برواية الوليد، فقد روى عن مالك أنه يستحب أن يصلى إلى جنبه من يقتدى به يكون علماً لصلاته.

ووجه ذلك الاقتداء بالنبي ﷺ حين صلى بأناس في آخر حياته، وإلى جنبه أبو بكر قائماً.

فصل: وقوله: «إنما جعل الإمام ليؤتم به» يريد ليقتدى، وهذا يفيد الاقتداء به في كل شيء إلا ما خصه الدليل.

وقوله: «فإذا صلى فصلوا قياماً» يريد من يستطيع ذلك ممن يأتهم به، ومن لم يستطع ذلك فليصل جالساً. ووجه ذلك أن عجز المأموم عن القيام لا يدخل على الإمام نقصاً في صلاته بل يدرك معه فضيلة الجماعة.

فصل: وقوله: «فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا» يقتضى أن تكون أفعال المأموم كلها بعد أفعال الإمام، وهو معنى الاتمام به، والاقتداء بفعله، ولا خلاف أن

كتاب الصلاة ٢٠٩

ذلك من سنته، والصلاة على ضربين: أفعال وأقوال، وأفعالها على قسمين، قسم: مقصود في نفسه، وقسم هو فضل لغيره.

فأما المقصود في نفسه كالقيام والركوع والسجود، فلا يخلو أن يفعله المأموم بعد فعل أو معه أو قبله، فإن فعله بعده، فإن ذلك على وجهين، أحدهما: أن يتبع الإمام في الدخول فيه، والخروج عنه، ويدركه فيه فهذه سنة الصلاة وحكمها، وهو معنى قوله: «فإذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارفعوا».

وأما الوجه الثاني بأن يدخل في الفعل بعد خروج الإمام عنه، فإن تعمله ممنوع.

مسألة: وأما فعله معه، فإن ينحط للركوع مع انحطاطه، ويرفع منه مع رفعه، وهو ممنوع في الجملة لما تقدم من قوله ﷺ: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا» وهو أيضا على وجهين، أحدهما: أن يأتي الإمام من الركوع والسجود بأكثر من مقدار الفرض، فإذا أدرك المأموم منه بعد الإمام مقدار الفرض، فلا خلاف في صحة اتتمامه، لأنه قد تبعه في مقدار فرضه، وصار مؤتما به فيه، وإن لم يدرك به الإمام منه الأقل من مقدار الفرض، أو كان الإمام اقتصر من ذلك على مقدار الفرض، فإن ذلك مبنى على صحة تكبير الإحرام معه.

مسألة: وهذا في الأفعال، وأما الأقوال، فعلى ضربين: فرائض وفضائل، فالفرائض تكبير الإحرام والسلام، وقد تقدم الكلام فيهما إذا فعلا قبل الإمام أنه لا يجوز، فإن فعل مع الإمام، ففي المجموعة: أن المأموم يحرم بعد أن يسكت الإمام، فإن أحرم معه أعاد الإحرام، وإن لم يفعل أجزاءه، وبه قال ابن عبد الحكم.

وقال ابن حبيب، وأصيح: يعيد الصلاة أبداً من فعل ذلك.

قال الإمام أبو الوليد، رضي الله عنه: وهو الأظهر عندي لأن من صحة الاتتمام الاقتداء بفعله، ولا يصح ذلك إلا بأن يتقدم ما يقتدى به، وإذا وجد منهما في حال واحدة، فلا يصح أن يمثل أحدهما فعل صاحبه، والفرق بين الأفعال والأقوال أن الفعل أمر يدوم ويتكرر منه مقدار الفرض، وما يقع عليه اسم ركوع وسجود، فلذلك قلنا إنه يصح أن يقتدى بمن يفعله معه إذا زاد على مقدار الفرض لأنه قد صح اتباعه له مقدار الفرض، وفيما يقع عليه اسم ركوع وسجود. وأما تكبير الإحرام، فإنها قول واحد غير متكرر جميعها فرض واحد لا يتبعض، ولا يقع على أجزائها اسم تكبير، فإذا وجد منها في حال واحدة لم يتبع المأموم الإمام في فرضه، ولا فيما يقع عليه اسم تكبير منه.

وأما فضائل الأقوال، فإنه يكره أن يتقدم المأموم فيها الإمام، ولا يفسد ذلك صلاته.

فصل: وقوله: «إذا قال: سمع الله لمن حمده، فقولوا: ربنا ولك الحمد» يدل على أن جميع ما يقوله المأموم: ربنا ولك الحمد، ولو كان الإمام والمأموم يأتي على كل واحد منهما باللفظين على وجه واحد لبطلت فائدة التخصيص والتقسيم، وقد تقدم الكلام فيه.

فصل: وقوله: «إذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون» يقتضى من جهة سياق الحديث أنه إذا صلى جالساً فى موضع الجلوس أن يقتدى به فى الجلوس، لأنه وصف أفعال الصلاة من أولها فصلاً فصلاً وأمر المأموم أن يقتدى بالإمام فيها فنص على أن المعنى الذى نصب له الإمام هو أن يقتدى به، وأن ذلك يمنع مخالفته، ثم قال: وإذا قال: سمع الله لمن حمده، فقولوا: ربنا ولك الحمد، ثم قال: وإذا صلى جالساً، فصلوا جلوساً أجمعون، فانتقل إلى وصف الائتمام به فى حال الجلوس، وهو موضع التشهد.

ويحتمل من جهة السبب أنه قال لهم: إذا صلى قائماً فصلوا قياماً، أى إذا استطاع القيام فصلوا بصلاته قياماً، ثم ذكر صفة الائتمام به فى الانتقال من ركن إلى ركن، ثم ختم ذلك، بأن قال: وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون، يريد إن لم يستطع القيام وصلى جالساً، فحكمكم أن تجلسوا بجلوسه، وهذا القول أظهر من جهة السبب. والقول الأول أظهر من جهة سياق الحديث.

وقال أحمد وإسحاق: يصلى المأموم جالساً، وإن قدر على القيام إذا صلى الإمام جالساً.

والدليل لنا أن هذا ركن من أركان أفعال الصلاة فلا يسقط عن المأموم مع القدرة عليه كالركوع والسجود، وقد قال بعض أصحابنا فى حديث أنس أنه منسوخ بصلاة أبى بكر خلف النبى ﷺ فى مرضه الذى توفى منه، وهذا يصح على رواية الوليد بن مسلم، وقد تأول ابن القاسم أنه فى النافلة، وذلك كله محتمل، والله أعلم.

٣٠٠ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ شَاكٍ، فَصَلَّى جَالِسًا وَصَلَّى وَرَاءَهُ قَوْمٌ قِيَامًا،

٣٠٠ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٦٨٨. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤١٢. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٦٠٥. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٣٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٧٢٩، ٢٣٧٨٢، ٢٣٨٧٥، ٢٤٦٢٥، ٢٥٠٩٠.

فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ أَنْ اجْلِسُوا، فَلَمَّا انْصَرَفَ قَالَ: «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ، فَإِذَا رَكَعَ فَارْكَعُوا، وَإِذَا رَفَعَ فَارْفَعُوا، وَإِذَا صَلَّى جَالِسًا فَصَلُّوا جُلُوسًا.

الشرح: وقولها: «وصلى وراءه قوم قيامًا فأشار إليهم أن اجلسوا» بين معنى جابر في حديثه أن ذلك على سبيل التواضع والمخالفة لأهل فارس في قيامهم على رءوس ملوكهم، فمنع ذلك من أن يصلى وراءه أحد قائمًا إذا صلى هو جالسًا، ويحتمل مع ذلك ما قدمناه من التأويل في حديث أنس، ولعلهم قاموا وراءه في موضع الجلوس تعظيمًا له، فأمرهم باتباعه والجلوس معه إذا جلس في التشهد.

٣٠١ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَرَجَ فِي مَرَضِهِ، فَأَتَى فَوْجَدَ أَبَا بَكْرٍ، وَهُوَ قَائِمٌ يُصَلِّي بِالنَّاسِ، فَاسْتَأْخَرَ أَبُو بَكْرٍ، فَأَشَارَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ كَمَا أَنْتَ، فَجَلَسَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى جَنْبِ أَبِي بَكْرٍ، فَكَانَ أَبُو بَكْرٍ يُصَلِّي بِصَلَاةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ جَالِسٌ، وَكَانَ النَّاسُ يُصَلُّونَ بِصَلَاةِ أَبِي بَكْرٍ.

الشرح: اختلفت الآثار في صلاة النبي ﷺ في موضعه وصلاة أبي بكر اختلافًا بينًا. واختلف العلماء في الأحكام المتعلقة بها لاختلافها، وأخذ كل طائفة ببعض تلك الأحاديث، فروى عنه ما تقدم من أن النبي ﷺ أمَّ أبا بكر. وروى الأسود بن يزيد عن عائشة أن النبي ﷺ صلى خلف أبي بكر، ورواه مسروق عن عائشة، فمن جوز أن يؤم القاعد القيام تعلق بحديث عروة عن عائشة في ذلك، ومن منع ذلك قال: إن رواية عائشة اختلفت في ذلك، ولم تختلف رواية أنس أن أبا بكر أمَّه في تلك الصلاة، فكانت أولى، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فكان أبو بكر يصلى بصلاة رسول الله ﷺ»، وكان الناس يصلون بصلاة أبي بكر، يحتمل أن يريد أن أبا بكر كان يصلى بصلاة رسول الله ﷺ مؤتمًا به وسامعًا بتكبيره، وكان الناس يصلون بصلاة أبي بكر على معنى أنهم كانوا يتعرفون به ما كان النبي ﷺ يفعله، فيأتمون بالنبي ﷺ، وذلك أن النبي ﷺ ضعف صوته عن أن يسمع الناس تكبير الانتقال من حال إلى حال، فكان أبو بكر يسمعهم ذلك وهذا معنى صلاة الناس بصلاة أبي بكر.

٣٠١ - أخرجه البخارى في الأذان حديث رقم ٦٨٣. ومسلم في الصلاة حديث رقم ٤١٨. وابن

ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٣٣.

٢١٢ كتاب الصلاة

وقد اختلف أصحاب مالك فيمن ائتم بمأموم، فروى ابن سحنون عن أبيه: إنما استخلف الإمام من فاتته ركعة، فأتم بهم صلاة الإمام، ثم قام يقضى، فائتم به من فاتته تلك الركعة أنه تجزئهم. قال: ثم رجع، فقال: أحب إلي، أن يعيدوا. وفي الموازية: من اتبعه فيها منهم أو من غيرهم فصلاته باطلة.

فإذا قلنا تبطل صلاة من صلى معه، فإن ذلك لمعنيين، أحدهما: أن من ائتم به فيها فقد لزمه حكم الإمام الأول، فلا يجوز له أن يتم صلاته مع ذلك المستخلف ولا غيره من الأئمة، وإنما حكمه أن يقضى ما فاتته من صلاة الإمام وحده.

وقد روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم من فاتته ركعة، فقضاها مع إمام فاتته من الجماعة ركعة، فأحب إلي أن يعيد أبدًا. وروى عنه ابن المواز: بطلت عليه. وقال سحنون في المجموعة: وقال ابن عبد الحكم: من لزمه أن يقضى فذا، فقضى بإمام بطلت صلاته.

والوجه الثاني أن من ائتم بمأموم فعليه القضاء، ويشهد لهذا الوجه، قول ابن المواز من اتبع المأموم في القضاء ممن كان معه في الصلاة أو من غيرهم بطلت صلاته، وهذا يقتضى أنه من دخل معه حينئذ مؤتمًا به في تلك الركعة، فصلاته باطلة.

وقال ابن حبيب في إمام كان يصلى بقوم في السفر، فرأى أمامه جماعة تصلى بإمام، فجهل فصلى بصلاتهم: أجزأته صلاته؛ لأنه كان مأمومًا، وأعاد من وراءه أبدًا لأنهم لا إمام لهم، وقاله ابن القاسم ومن لقيت من أصحاب مالك.

وأما من قال: تجزئهم، فقد جوز الصلاة مع الأمرين جميعًا، فبأن يجزئ مع أحدهما أولى، فإذا قلنا يجوز ذلك، فيحتمل أن يكون أبو بكر يأتى بالنبي ﷺ، والناس يأتون بصلاة أبي بكر، وإن قلنا بالمنع من ذلك، فتأويله على ما تقدم، ويحتمل أن يكون ذلك خاصًا بالنبي ﷺ كما اختلفت بأن أتم صلاة افتتحها أبو بكر، والله أعلم.

فصل: فإذا قلنا إن النبي ﷺ كان الإمام في تلك الصلاة، فإنه يعترض فيه فصل آخر، وهو أن يأتى أبو بكر قائمًا بالنبي ﷺ جالسًا. وقد روى الوليد بن مسلم وغيره عن مالك جوازه، فإذا قلنا بالمنع منه، فيحتمل أن يكون ذلك خاصًا بالنبي ﷺ، فقد روى ابن حبيب عن مالك أنه منسوخ لترك أبي بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم الإمامة حال الجلوس، وهذا فيه نظر لأن النسخ لا يكون بعد النبي ﷺ إلا أن يريد أن النسخ كان بعد هذه الصلاة في حياة النبي ﷺ، ويدل على ذلك النسخ إجماع

كتاب الصلاة ٢١٣
الأئمة على الامتناع منه، والمنع من إمامة الجالس. وهذا أيضاً يحتاج أن يثبت عنهم ثبوتاً
شائعاً مع عدم المخالف لهم في ذلك، وإلا لم يكن إجماعاً.
فرع: فإذا اتم الواقف بالجالس، فقد قال الشيخ أبو القاسم في تفريعه: يكره أن يؤم
قاعداً قياماً، فإن أمهم أعادوا في الوقت.

قال الإمام أبو الوليد: وهذا عندي على رواية الوليد بن مسلم عن مالك، وأما على
المشهور من قول مالك وابن القاسم، فإنه يعيد أبداً، والله أعلم.

* * *

فصل صلاة القائم على صلاة القاعد

٣٠٢ - مَالِك، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، عَنْ مَوْلَى
لِعَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ أَوْ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ
أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «صَلَاةُ أَحَدِكُمْ وَهُوَ قَاعِدٌ مِثْلُ نِصْفِ صَلَاتِهِ وَهُوَ قَائِمٌ».

الشرح: معنى قوله ﷺ: «صلاة أحدكم وهو قاعد مثل نصف صلاته وهو قائم»
يريد أجر صلاة القاعد مثل نصف أجر صلاة القائم، لأن الصلاة لا تتبعض، فلا يصح
نصفها دون سائرها، فلا يصح نصفها دون سائرها، وهذا اللفظ وإن كان عاماً يقتضى
أن كل صلاة يصلّيها القاعد على كل حال، فهي مثل نصف صلاة القائم إلا أن الدليل
قد دل على أن المراد بذلك بعض الصلوات وبعض الحالات. وأصل ذلك أن القيام ركن
من أركان الصلاة، وشرط في صحة الفرض منها مع القدرة عليها.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَقَوْمُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ البقرة: ٢٣٨ ولا خلاف في
ذلك فثبت بذلك وجوب القيام. وروى عن عمران بن حصين أنه قال: كانت بي
بواسير، فسألت النبي ﷺ، فقال: «صل قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع،
فعلى جنب». فخص بهذا الخبر من الآية من لم يستطع القيام، وبقيت الآية على
عمومها في المستطيعين.

٣٠٢ - أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٣٥. والنسائي في الصغرى في
قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٥٨. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث
رقم ١٢٢٩. وأحمد في المسند حديث رقم ٦٤٧٦، ٦٧٦٤، ٦٨٤٤. والدارمي في الصلاة
حديث رقم ١٣٨٤.

وقد ثبت بحديث عائشة المروى بعد هذا جواز الجلوس فى التنفل مع القدرة على القيام، فخصت بذلك الآية أيضا على قول من زعم أنها تتناول الفرض والنفل، وبقيت عامة فى المستطيعين القيام فى الفريضة.

وثبت بذلك أن صلاة القاعد إنما تكون على النصف من صلاة القائم فى موضعين، أحدهما: من صلى الفريضة غير مستطيع القيام، والثانية: من صلى النافلة مستطيعا أو غير مستطيع. وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون فى تأويل قول النبى ﷺ: «صلاة القاعدة مثل نصف صلاة القائم»: إنهم كانوا يستطيعون أن يصلوا قياما إلا أن القعود كان أرفق بهم، فأما من أقعده المرض والضعف فى مكتوبة أو نافلة، فإن صلاته قاعداً فى الثواب مثل صلاته قائما.

قال الإمام أبو الوليد: وما ذكرته عندي أظهر، وحكى القاضى أبو إسحاق أن الحديث ورد فى النوافل لأنها ليست بواجبة، فالإتيان بها على حال الجلوس على النصف من الإتيان بها على حال القيام، وهذا التخصيص يحتاج إلى دليل، وبالله التوفيق.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففى هذا مسألتان إحداهما: فى وصف من تجوز له صلاة الفريضة جالسا، والثانية: فى وصف صلاته. فأما من تجوز له صلاة الفريضة، قاعداً فهو المقعد الذى لا يقدر على القيام أو المريض الذى لا يستطيع بحال. وقال محمد بن مسلمة: من لا يقدر على القيام إلا بمشقة صلى جالسا.

قال الإمام أبو الوليد: وعندى أن ذلك كالمريض والمسافر فى السفينة.

ووجه ذلك الحديث المتقدم: «صل قائما، فإن لم تستطع فقاعداً».

فرع: وأما من أراد أن يقدح عينيه ويصلى جالسا أربعين يوماً، ففى الواضحة عن مالك: لا بأس بذلك.

ووجه ذلك أنه عذر مانع من القيام يجوز له الصلاة جالسا، فلا يمنع من الأفعال المؤدية إلى ذلك إذا كان فيها منفعة ما لم يمنع المسافر من السفر الذى سبب الفطر والقصر والتيمم عند عدم الماء.

فرع: ومن صلى جالسا مع القدرة على القيام، أعاد أبداً، ومن صلى جالسا، مع العجز عن القيام ثم قدر على القيام فى الوقت لم يعد، رواه موسى عن ابن القاسم فى العتبية.

ووجه ذلك أيضًا إذا أتى بالصلاة على ما يلزمه من فرضها، فلم يجب عليه إعادتها في وقتها كما لو صلى بتيمم ثم وجد الماء.

مسألة: ومن لم يقدر على القيام إلا مستندًا أو متكئًا، فإن ذلك أولى من صلته جالسًا، قاله في المختصر. ووجه ذلك أن هذا الحال أقرب إلى فرضه، فلا يجوز له الانتقال عنها مع القدرة عليها.

فرع: ويصلى المريض جالسًا مستندًا أحب إلى من أن يصلى مضطجعًا، قاله ابن القاسم في المدونة. ووجه ذلك أن الجلوس هيئة من هيئات الصلاة، فلم يجوز له تركها مع القدرة عليها كالقيام.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه إن لم يستطع القيام ولا القعود، أدى فرضه مضطجعًا. والدليل على ذلك قوله ﷺ: «صل قائمًا، فإن لم تستطع، فقاعدًا، فإن لم تستطع فعلى جنب».

فرع: والسنة أن يصلى على جنبه الأيمن، ووجهه إلى القبلة، ورأسه إلى المغرب، ورجلاه إلى المشرق؛ لأن التيامن مشروع، ولا يمكن استقبال القبلة معه إلا على هذه الحال.

فرع: فإن عجز أن يصلى على جنبه الأيمن، فهل يصلى على جنبه الأيسر أو على ظهره، قال ابن القاسم: يصلى على ظهره. وقال ابن المواز: يصلى جنبه الأيسر.

وجه القول الأول أنه لما عجز عن التيامن الذي هو مشروع في الصلاة كان الاضطجاع على الظهر أمكن في استقبال القبلة، وأشبه في ذلك بحال القيام التي هي الأصل. ووجه ما قاله ابن المواز قوله ﷺ: «فإن لم تستطع فعلى جنب» ولم يفرق فإن صلى على جنبه الأيسر، فإنه يصلى ورأسه إلى المشرق ورجلاه إلى المغرب؛ لأنه لا يتأتى له استقبال القبلة إلا كذلك.

فرع: فإن عجز عن ذلك صلى على ظهره ورجلاه إلى القبلة، وهو مستقبل القبلة بوجهه؛ لأن استقبال القبلة مشروع، ولا يتأتى لمن كان على ظهره إلا على هذا الوجه.

٣٠٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ أَنَّهُ قَالَ: لَمَّا

٣٠٣ - أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٣٥. والنسائي في الصغرى في قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٥٨. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٩٥٠. وابن =

٢١٦ كتاب الصلاة

قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ نَالْنَا وَبَاءَ مِنْ وَعَكِيهَا شَدِيدًا، فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى النَّاسِ وَهُمْ يُصَلُّونَ فِي سُبْحَتِهِمْ قُعُودًا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «صَلَاةُ الْقَاعِدِ مِثْلُ نِصْفِ صَلَاةِ الْقَائِمِ».

الشرح: قوله: «نالنا وباء من وعكها شديد» الوباء سرعة الموت، وكثرته في الناس، الوعك شدة الحر من المرض.

وقوله: «فخرج رسول الله ﷺ على الناس، وهم يصلون في سبحتهم قعودًا» قيل إن السبحة صلاة النافلة، وقد قيل في قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا أَنَّهُ كَانَ مِنَ الْمُسَبِّحِينَ﴾ [الصفات: ١٤٣] يريد المصلين.

وروى عن ابن عباس في قوله: ﴿فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ وَلَهُ الْحَمْدُ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَعَشِيًا وَحِينَ تُظْهِرُونَ﴾ [الروم: ١٧، ١٨] أنه قال: هذه الآية في الصلوات الأربع الظهر والعصر والصبح والمغرب، وقد قيل إن معنى السبحة الصلاة، فإذا كان لفظ السبحة واقعا على الفريضة والنافلة، جاز أن بالحديث الأمران أو أحدهما.

فصل: وقوله ﷺ: «صلاة القاعد مثل نصف صلاة القائم» تنشيطا لهم على القيام، وندب لهم إلى فضله، وتذكير لهم لئلا يجتزأوا بالقعود مع القدرة على القيام لما فيهم من ألم الوعك وشدة المرض.

* * *

ما جاء في صلاة القاعد في النافلة

٣٠٤ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ، عَنِ الْمُطَّلِبِ بْنِ أَبِي وَدَاعَةَ السَّهْمِيِّ، عَنِ حَفْصَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى فِي سُبْحَتِهِ قَاعِدًا قَطُّ حَتَّى كَانَ قَبْلَ وَقَاتِهِ بَعَامٌ، فَكَانَ يُصَلِّي فِي سُبْحَتِهِ قَاعِدًا، وَيَقْرَأُ بِالسُّورَةِ فَيُرْتِّلُهَا حَتَّى تَكُونَ أَطْوَلَ مِنْ أَطْوَلَ مِنْهَا.

ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٢٩. وأحمد في المسند حديث رقم

٦٤٧٦، ٦٧٦٤، ٦٨٤٤. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٣٨٤.

٣٠٤ - أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٣٣. والترمذي في الصلاة حديث

رقم ٣٤٠. والنسائي في الصغرى في قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٥٧. وأحمد في

المسند حديث رقم ٢٥٩٠٢. والدارمي في حديث رقم ١٣٨٥.

الشرح: قوله: «ما رأيت رسول الله ﷺ في سبحة قاعدًا قط» إخبار عنه ﷺ أنه كان يصلي الصلاة في تنفله على أتم هيئاتها من القيام إذ هو أفضل هيئات الصلاة، فلما كان قبل وفاته بعام وتقل عن القيام صلى قاعداً وفقاً به واستدامة للصلاة وتوفير قوته لما يلزم من أمور المسلمين، وإطلاق هذا اللفظ يقتضى الجلوس فى موضع القيام من الصلاة هذا عند استعماله، وإن كانت الصلاة لا تخلو من الجلوس إلا إذا قيل صلى فلان قاعداً أو جالساً، فهم منه أنه جلس فى موضع القيام.

٣٠٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا لَمْ تَرَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُصَلِّي صَلَاةَ اللَّيْلِ قَاعِدًا قَطُّ حَتَّى أَسَنَّ، فَكَانَ يَقْرَأُ قَاعِدًا حَتَّى إِذَا أَرَادَ أَنْ يَرْكَعَ قَامَ فَقَرَأَ نَحْوًا مِنْ ثَلَاثِينَ أَوْ أَرْبَعِينَ آيَةً ثُمَّ رَكَعَ.

الشرح: قولها: «أنها لم تر رسول الله ﷺ يصلي صلاة في الليل قاعداً قط» تريد بذلك نافلة الليل، ويحتمل تخصيصها للذكر بصلاة الليل معنيين، أحدهما: «أنها نصت على صلاة النافلة، ونبهت بذلك على فعله فى الفريضة التى هى أكد منها. والثانى: أنها قصدت إلى الإخبار عن فعله فى النافلة باللفظ الخاص؛ لأنها لو ذكرت أنه كان يصلى قائماً يجوز أن يكون ذلك فى الفريضة دون النافلة، فلا يحصل فى ذلك الحث والتأكد فى قيام النافلة.

ثم قالت: «حتى أسن فكان يصلى قاعداً»، فأخبرت عن عذره فى تركه القيام بالسنة إبقاء على نفسه ليستديم الصلاة، ثم قالت: «حتى إذا أراد أن يركع، قام فقرأ»، فأخبرت بذلك عن مواظبته على القيام، وتأكدته عنده بأنه لا يجلس عما يطيقه منه.

وفى ذلك أن من لم يطق أن يقوم فى جميع صلاته جاز له أن يقوم فيما أمكنه منها، ولا خلاف نعلمه فى جواز ذلك فى النافلة.

مسألة: وهذا لمن افتتح النافلة قاعداً، ثم أراد القيام، فإن له ذلك ولو افتتح الصلاة قائماً ثم أراد القعود، فإن ذلك يجوز له عند ابن القاسم. وقال أشهب: لا يجوز له ذلك.

٣٠٥ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١١١٨. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٣١. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٣٤١. والنسائى فى الصغرى فى قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٤٧، ١٦٤٨، ١٦٤٩. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٢٦، ١٢٢٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٤٤٤٠، ٢٤٩١٩، ٢٥١٤٩، ٢٥٤٠٥.

٢١٨ كتاب الصلاة

وجه قول ابن القاسم أنها حالة تبيح له افتتاح الصلاة جالساً، فجاز أن ينتقل لها إلى الجلوس من افتتاحها كحالة العذر. ووجه قول أشهب أن من شرع في عبادة لزمه إتمامها، وهذا لما افتتح نافلته قائماً لزمه إتمامها قائماً، والله أعلم.

فصل: وقولها: «فكان يقرأ قاعداً حتى إذا أراد أن يركع قام» دليل على تكرار ذلك منه، وإنما كان يفعله لحال كان عليها من الضعف عن القيام في جميعها والقوة على القيام في بعضها، ولم يكن ذلك عن أمر طراً له في بعض الصلاة، ولو كان أمراً طراً له في بعض الصلاة لم يكن يجده حين الشروع فيها لم يخرج عن حد الجواز في النافلة لما ذكرناه.

مسألة: وأما في الفريضة، فإن افتتح الصلاة قاعداً لعجزه عن القيام، ثم أطاق القيام لزمه أن يقوم فيتمها قائماً، ولو افتتح الصلاة قائماً ثم عجز عن القيام، جاز أن يتم صلاته قاعداً. وقال محمد بن الحسن: يستأنف الصلاة.

والدليل على ما نقوله أنه افتتح الصلاة بما كان فرضه في افتتاحها، فلا تبطل بقدرته على القيام في الركعة الثانية أو الثالثة كما لو افتتحها بالقيام.

مسألة: لو افتتح صلاة بالاضطجاع لضعفه عن القيام والجلوس ثم استطاع القيام أو الجلوس أتم صلاته على ما أدت حاله. وقال أبو حنيفة: يستأنف الصلاة.

والدليل على ما نقوله أنه افتتح الصلاة بما كان حكمه أن يفتتحها به، فلم تبطل بقدرته على القيام كما لو افتتحها بالجلوس.

فصل: وقولها: «ويقرأ بالسورة حتى تكون أطول من أطول منها» يقتضى أنه كان يستعمل الترتيل في قراءتها للتدبر ولامثال قوله: ﴿ورتل القرآن ترتيلاً﴾ [المزمل: ٤] ولعله يشير إلى أن هذا كان أخف عليه وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله.

٣٠٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ الْمَدَنِيِّ وَعَنْ أَبِي النَّضْرِ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ

٣٠٦ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١١١٨. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٣١، ٧٣٢. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٣٤١، ٣٧٤، ٣٧٥. والنسائى فى الصغرى فى قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦٤٧، ١٦٤٨، ١٦٤٩، ١٦٦٤، ١٦٦٥، ١٦٦٦، ١٦٦٧، ١٦٦٨، ١٦٧٠، ١٦٧٤، ١٦٧٥. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٢٦، ١٢٢٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٤٤٤٠، ٢٤٩١٩، ٢٥١٤٩، ٢٥٤٠٥.

ابن عبد الرحمن، عن عائشة زوج النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ كان يصلي جالساً فيقرأ وهو جالس، فإذا بقي من قراءته قدر ما يكون ثلاثين أو أربعين آية قام فقرأ وهو قائم ثم ركع وسجد ثم صنع في الركعة الثانية مثل ذلك.

الشرح: قولها: «كان يصلي فيقرأ، وهو جالس» بيان أن آخر جلوسه كان حين القراءة.

وقولها: «فإذا بقي من قراءته قدر ما يكون ثلاثين أو أربعين آية» يقتضى أن ما يقرأه قبل القيام أكثر لأن البقية لا تنطلق في الأغلب إلا على الأقل.

وقولها: «قدر ما يكون ثلاثين أو أربعين» يحتمل أن يكون جميع قراءته في الركعة مقدراً عند عائشة لتكرر صلاته بحضرتها ومعرفتها بمقدارها، ومقدار ترتيله لها، وهذا هو الأغلب من حاله، ويحتمل أيضاً أن تكون حاله تختلف في طول القيام وقصره، ولكنه كان لا يختلف عليها مقدار قراءته قائماً، وإن كانت القراءة قاعداً تختلف عليها لطولها وقصرها، فتقدر لعائشة مقدار قراءته حال القيام خاصة.

فصل: وقولها: «ثم صنع في الركعة الثانية مثل ذلك» يدل على جواز الجلوس في النافلة بعد القيام مع القدرة عليه لأن عائشة إنما وصفت المتكرر من فعله، وأخبرت أنه كان يستفتح القراءة جالساً ثم يقوم لبقية القراءة في كل ركعة، وأن ذلك كان المتكرر من فعله، ولا يصح بجرى العادة أن يطراً عليها المانع في أول كل ركعة، ويزول في أثنائها، وإنما كان ذلك من فعله لما قدمناه من الاستدامة للصلاة، وإبقاء القدرة عليها والله أعلم وأحكم.

ويحتمل أن يكون النبي ﷺ كان ينوي ذلك عند افتتاح نافلته، ولعل أشهب لا يمنع من ذلك إلا ما افتتحه بنية القيام أو بإطلاق النية، ولا يمنع ذلك فيما نوى فيه الجلوس بعد القيام.

٣٠٧ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَا يُصَلِّيَانِ النَّافِلَةَ وَهُمَا مُحْتَبِيَانِ.

الشرح: قوله: «كانا يصليان النافلة وهما محتبيان» يريد أنهما كانا يجلسان موضع القيام على صفة الاحتباء. والأصل أن الجلوس في الصلاة موضع القيام ليست له صفة

٢٢٠ كتاب الصلاة

مخصوصة لا يجزئ إلا عليه، بل يجزئ على كل صفات الجلوس من الاحتباء والتربع والتورك وغيرها من صفات الجلوس.

غير أن القاضى أبا محمد رأى أن أفضلها التربع؛ لأنه أوفر هيئات الجلوس فى الصلاة، إلا أن الاحتباء مع ذلك جائز، وليس فى احتباء سعيد وعروة دليل على أنه أفضل هيئات الجلوس فى الصلاة، ولا فى ذلك دليل على اختيارهما له على غيره، وإنما فيه دليل على أنه كان يتكرر منهما، ولعله كان يتكرر عنه عند السأمة للتربع أو غير ذلك، والله أعلم.

* * *

الصلاة الوسطى

٣٠٨ - مَالِك، عَنِ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنِ الْقَعْقَاعِ بْنِ حَكِيمٍ، عَنِ أَبِي يُونُسَ مَوْلَى عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهُ قَالَ: أَمَرْتَنِي عَائِشَةُ أَنْ أَكْتُبَ لَهَا مُصْحَفًا نُمَّ قَالَتْ: إِذَا بَلَغْتَ هَذِهِ الْآيَةَ فَادْنِي ﴿حَافِظُوا عَلَيَّ الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوَسْطَى وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة ٢٣٨] فَلَمَّا بَلَغْتُهَا آذَنْتَهَا فَأَمَلْتُ عَلَيَّ: حَافِظُوا عَلَيَّ الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوَسْطَى وَصَلَاةِ الْعَصْرِ وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ. قَالَتْ عَائِشَةُ: سَمِعْتُهَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

الشرح: قوله: «أمرتني عائشة أن أكتب لها مصحفًا» يقتضى أن يكون قبل جمع القرآن مصحفًا، وقبل أن يجمع الناس على المصاحف التى كتب بها عثمان إلى الأمصار؛ لأنه لم يكتب بعد ذلك من المصاحف إلا ما وقع الإجماع عليه، وثبت بالخبر المتواتر أنه قرآن، فأما غير ذلك مما كان يكتب من معنى التفسير فأجمعوا على المنع منه.

فصل: وقوله: «فلما بلغت آذنتها» إنما أمرت أن يستأذنها لما أرادت أن تملى عليه زيادة لم تكن ثبتت فى المصحف الذى كان ينتسخ منه، ولا فى غيره مما يمكنه أن ينسخ منه، وإنما روت أنها سمعت تلك الزيادة من النبى ﷺ فأرادت أن تثبتها فى المصحف لذلك، ولو لم يكن يقوم به نفع.

٣٠٨ - أخرجه مسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٦٢٩. والترمذى فى تفسير القرآن حديث رقم ٢٩٠٨. والنسائى فى الصغرى فى الصلاة حديث رقم ٤٧٢. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٤١٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٩٢٧، ٢٤٩٢٢.

فصل: وقوله: «فأملت على ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وقوموا الله قانتين﴾» [البقرة: ٢٣٨] فأملت عليه زيادة في المحفوظ من التلاوة «وصلاة العصر» فكان الأظهر بهذه الزيادة أن الصلاة الوسطى غير صلاة العصر.

وقد اختلف أهل العلم في الصلاة الوسطى، فالذى يقتضى ما أملته عائشة أنها غير صلاة العصر لأنها عطفت صلاة العصر على الصلاة الوسطى، ولا يعطف الشيء على نفسه، وليس في هذه الزيادة تعيين للصلاة الوسطى، وذهب مالك والشافعي وأكثر أهل المدينة إلى أن الصلاة الوسطى صلاة الصبح.

وقال زيد بن ثابت: الصلاة الوسطى صلاة الظهر، وبه قال عمرو بن الزبير. وقال جماعة من الصحابة: هي صلاة العصر، وبه قال ابن حبيب وأبو حنيفة. وقال قوم: إنها المغرب.

ويجب أن نبين معنى وصفنا لها بأنها الوسطى قبل أن نبدأ بالدلالة على ما نختاره من ذلك، وذلك أن الوسطى يحتمل ثلاثة معان، أحدها: أن تسمى وسطى، بمعنى فاضلة الصلوات، يقال هذا أوسط القوم. بمعنى فاضلهم، قال الله تعالى: ﴿قال أوسطهم ألم أقل لكم لولا تسجون﴾ [القلم: ٢٨] وقال تعالى: ﴿وكذلك جعلناكم أمة وسطاً﴾ [البقرة: ١٤٤] يريد أمة فاضلة.

وأما المعنى الثانى، فإنه يحتمل أن يراد بها المتوسطة. بمعنى أن وقتها يتوسط أوقات سائر الصلوات، فيكون بعضها قبلها وبعضها بعدها.

والمعنى الثالث أن توصف بذلك التخصيص وإن كانت كل صلاة وسطى على المعنيين المتقدمين، وعلى الوجوه الثلاثة، فإن جميع الصلوات يصح أن توصف بأنها وسطى، بمعنى أنها فاضلة، وبمعنى أن وقتها يتوسط الأوقات. وبمعنى التخصيص لأن ما من صلاة من الصلوات الخمس إلا ويصح أن تجعلها وسطى، وتجعل ما قبلها صلاتين من الفروض وبعدها صلاتين.

وإذا وصفت صلاة من الصلوات المفروضة بأنها وسطى، ولم ينص لنا عليها نصاً تتميز به من غيرها علمنا أنها لا توصف بأنها وسطى. بمعنى التخصيص خاصة، ولكن لمعنى فيها يتوصل إلى معرفة ذلك من حالها بالنظر والاستدلال، فنظر إلى أول الصلوات بأن توصف بأن لها مزية في الفضيلة وأن وقتها أولى بأن يوصف بالتوسط من غيرها، فيصرف هذا الاسم إليها.

والدليل على أن الصلاة الوسطى ليست بصلاة العصر، ما روته عائشة رضی الله عنها: حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وصلاة العصر، فعطفت صلاة العصر على الصلاة الوسطى، فدل ذلك على أنها غيرها، وقد روت ذلك عن النبي ﷺ.

وما يدل على أن صلاة الصبح أحق بهذا الاسم من سائر الصلوات من جهة تأكد فضيلتها أنه ليس في الصلوات كلها أشق منها ولا أبن عذراً في التخلف عنها لأنها تطراً على الناس في ألد أوقات النوم، ويتكلف لها من ترك وثارة المضجع ودفقه وترك لذيذ النوم مع شدة الحاجة إليه، والقيام إلى شدة البرد، وتناول الماء البارد ما لا يتكلف لسائر الصلوات أنها في الغالب تجيء أوقاتها والناس أو أكثرهم متصرفون، ولذلك قال الله تعالى: ﴿وَقْرآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قْرآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا﴾ [الإسراء ٧٨].

وروى عن أبي هريرة أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس صلاة أثقل على المنافقين من الفجر والعشاء لا يستطيعونهما». وقال ﷺ: «لو يعلمون ما في العتمة والصبح لأتوهما ولو حبوًا» فخص صلاة الصبح بهذا الوصف مع مشاركة غيرها من الصلوات في هذا المعنى لتأكد فضيلتها، فثبت أنها أعظم الصلوات أجراً وأتمها فضلاً.

ومما يدل على أنها أحق بهذا الاسم من جهة توسط الوقت أن صلاة الصبح لا تشارك واحدة من الصلوات في وقتها ولا تشاركها صلاة من الصلوات في وقتها وسائر الصلوات أوقاتها مشتركة فالظهر والعصر مشتركان والمغرب والعشاء مشتركان في وقتها، فلو جعلنا العصر هي الوسطى لكنا قد فصلناها مما شركها وهي الظهر، وأضفنا إلى الظهر ما لا يشركها في وقت وهي الصبح، وأيضاً فإن الموصوفة بأنها وسطى لا تكون أولى بذلك مما يشاركها في الوقت، فإذا وصفنا الصبح بأنها الوسطى سلمت من ذلك، وقرنت كل صلاة بما يشاركها في وقتها، وانفصلت مما لا يشاركها، فكانت المغرب والعشاء مشتركتين ثم الصبح ثم الظهر والعصر مشتركتين، فكانت الصبح أولى بالوصف بالتوسط.

وأما ما تعلقوا به مما روى عن علي بن أبي طالب رضی الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ، يوم الأحزاب: «شغلونا عن الصلاة الوسطى صلاة العصر ملاً الله بيوتهم وقبورهم ناراً» فإنه يحتمل أن يريد به الوسطى من الصلوات التي شغل عنها وهي الظهر والعصر والمغرب، ووصفها بأنها وسطى من هذه الثلاث لتأكد فضيلتها على الصلاتين اللتين معها، ولا يدل ذلك على أنها أفضل من الصبح، ويحتمل أيضاً أن توصف بأنها وسطى إذا قرنت ذكرها واسمها، وكذلك سائر الصلوات وإنما الخلاف عند الإطلاق.

فصل: وقوله تعالى: ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ القنوت فى كلام العرب السكوت والقنوت الطاعة والقنوت الدعاء. وقد استدل القاضى أبو محمد على أن الصلاة الوسطى صلاة الصبح بقوله تعالى: ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ والقنوت لا يكون إلا فى صلاة الصبح، فأشار إلى أن المراد بذلك القنوت الذى يكون فى الصبح، وقد قيل أيضاً إن القنوت طول القيام.

فصل: وقوله: «ثم قالت: سمعتها من رسول الله ﷺ» وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن تكون هذه اللفظة الزائدة من القرآن ثم نسخت، روى ذلك عن البراء بن عازب، فإن صح خبر البراء بنسخها، فلعل عائشة لم تعلم بنسخها إذا أرادت إثباتها فى المصحف، ولعلها اعتقدت أنها مما نسخ حكمها، وثبت رسمها، فأرادت إثباته.

والوجه الثانى أن تكون عائشة سمعت اللفظة من النبى ﷺ ذكرها على أنها من غير القرآن لتأكيد فضيلة العصر مع الصلاة الوسطى كما روى عنه جرير بن عبد الله البجلي أنه قال: إن استطعتم أن لا تغلبوا على صلاة قبل طلوع الشمس وقبل غروبها فافعلوا، ثم قرأ: ﴿فسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها﴾ [طه: ١٣٠] فأكد فضيلتها. فأرادت عائشة أن تثبتها فى المصحف لما ظنت أنها من القرآن، ولأنها اعتقدت جواز إثبات غير القرآن مع القرآن على ما روى عن أبى بن كعب وغيره من الصحابة أنهم جوزوا إثبات القنوت وبعض التفسير فى المصحف، وإن لم يعتقدوه قرآناً.

٣٠٩ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ رَافِعٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ أَكْتُبُ مُصْحَفًا لِحَفْصَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ فَقَالَتْ: إِذَا بَلَغْتَ هَذِهِ الْآيَةَ فَأَذِّنِي ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَىٰ وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة ٢٣٨] فَلَمَّا بَلَغْتُهَا أَذْنْتُهَا فَأَمَلْتُ عَلَىٰ حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَىٰ وَصَلَاةِ الْعَصْرِ وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ.

الشرح: أمرت حفصة بإثبات هذه الزيادة فى المصحف، وإن لم تذكر أنها سمعتها من النبى ﷺ، ويحتمل أن تكون سمعتها منه، وإن لم تذكر ذلك، ويحتمل أن تكون سمعتها من عائشة أو غيرها فأرادت إثباتها على أحد الوجوه المذكورة قبل.

٣١٠ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنِ ابْنِ يَرُبُوعِ الْمَخْزُومِيِّ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ يَقُولُ: الصَّلَاةُ الْوُسْطَى صَلَاةُ الظُّهْرِ.

الشرح: يذكر عن زيد بن ثابت أنه أخذ هذا القول عن عائشة ولم يثبت، ولعله أراد وسطى بمعنى أنها فاضلة لا على معنى أنها المخصوصة بهذا القول، وأن لها بذلك مزية على غيرها من الصلوات.

٣١١ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ كَانَا يَقُولَانِ: الصَّلَاةُ الْوُسْطَى صَلَاةُ الصُّبْحِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَقَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَىٰ فِي ذَلِكَ.

الشرح: روى أن علي بن أبي طالب رضی الله عنه اختلف قوله في ذلك، فقال: كنا نرى الصلاة الوسطى الصبح، حتى سمعت رسول الله ﷺ يوم الأحزاب يقول: «مألاً الله قبورهم وبيوتهم ناراً كما شغلونا عن الصلاة الوسطى حتى غابت الشمس»^(١) ولم يكن صلى يومئذ الظهر والعصر حتى غابت الشمس.

وإنما يصح ذلك بأن يكون علي رضی الله عنه لم يسمع من النبي ﷺ حديث يوم الأحزاب، وإنما بلغه عنه بعد أن حدث بأن الصلاة صلاة الصبح، فرجع عن روايته في ذلك لما سمع حديث يوم الأحزاب أو يكون أخبر أنه كان يعتقد ذلك حتى سمع من النبي ﷺ ما سمعه يوم الأحزاب أو يكون سمع منه ما سمع يوم الأحزاب فلم يتأوله ولا حقق النظر فيه إلا بعد مدة فرجع إليه.

فصل: قال مالك: «وقول علي وابن عباس أحب ما سمعت إلى في ذلك» معناه ما ذكرناه فيما تقدم أن اختيار مالك في الصلاة أنها صلاة الصبح، وذلك على سبيل الترجيح لما ذهب إليه على سائر الأقوال على احتمالها، والله أعلم بالصواب.

* * *

٣١٠ - انفرد به مالك.

٣١١ - انفرد به مالك.

(١) أخرجه مسلم ٤٣٦/١ كتاب المساجد باب ٣٦ رقم ٢٠٢، عن علي. النسائي ٢٣٦/١، عن علي. أحمد ١١٣/١، عن علي. البيهقي في السنن الكبرى ٤٦٠/١، عن ابن مسعود. الطبراني في الكبير ٣٨٤/١١، عن ابن عباس. ابن خزيمة برقم ١٣٣٧، ٢٩٠/٢، عن علي.

الرخصة في الصلاة في الثوب الواحد

٣١٢ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عُمَرَ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ أَنَّهُ رَأَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُصَلِّي فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ مُشْتَمِلًا بِهِ فِي بَيْتِ أُمِّ سَلَمَةَ وَاضِعًا طَرْفَيْهِ عَلَى عَاتِقَيْهِ^(١).

الشرح: قوله: «رأى رسول الله ﷺ يصلي في ثوب واحد» يعني أنه كان لباسه في صلاته تلك ثوب واحد، وإنما عنى بنقل ذلك لأن اللباس من أحكام الصلاة، والكلام فيه فيما بين أحدهما في مقدار الملبوس، والآخر في صفة الملبوس واللباس.

* * *

باب

فأما الملبوس، فإن له مقدارين، مقدار الفرض، ومقدار الفضل، فأما الفرض للرجال، فهو ما يستر العورة، ولا خلاف في أنه فرض. واختلف أصحابنا في تفسير ذلك فقال القاضي أبو الفرج: هو فرض من فروض الصلاة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وقال القاضي أبو إسحاق: إنه من سنن الصلاة، وبه قال ابن بكير والشيخ أبو بكر. وفائدة الخلاف في ذلك أننا إذا قلنا إنها من فروض الصلاة بطلت بعدم ذلك، وإذا قلنا ليست من فروض الصلاة أثم التارك ولم تبطل.

وجه القول بأنها من فروض الصلاة الحديث المروى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تقبل صلاة حائض إلا بخمار». ومن جهة القياس أن هذه عبادة من شرطها الطهارة لها تعلق بالنية، فوجب أن يكون من شرطها ستر العورة كالطواف، فإن سلموا، وإلا دللنا عليهم بما روى عن أبي هريرة أن أبا بكر بعثه في مؤذنين ينادى بمعنى أن لا يطوف بالبيت عريان.

واستدل القاضي أبو إسحاق في ذلك لأنه لو كان من فروض الصلاة لاختص بها، ولما كان مشروعاً في غير الصلاة ثبت أنه ليس من فروضها، فالجواب أن هذا يبطل بالإيمان فإنه فرض في الجملة، ثم هو من فروض الصلاة وشروطها.

٣١٢ - أخرجه البخارى في الصلاة حديث رقم ٣٥٦. ومسلم في الصلاة حديث رقم ٥١٧. والترمذى في الصلاة حديث رقم ٣١١. والنسائى في الصغرى في القبلة حديث رقم ٧٦٤. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٦٢٨. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٤٩. وأحمد في المسند حديث رقم ١٥٨٩٤.

(١) العاتق: ما بين المنكب والعنق.

٢٢٦ كتاب الصلاة

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن العورة التي يجب سترها هي ما بين السرة إلى الركبة، هذا الذي ذهب إليه جمهور العلماء من أصحابنا وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وقال الشيخ أبو القاسم: العورة القبل والدبر والفخذ. ويروى عن بعض أهل الظاهر العورة: القبل والدبر خاصة.

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور الحديث الذي يأتي بعد هذا أن النبي ﷺ قال لجرهد: «غط فخذك فإن الفخذ عورة». ومن جهة المعنى أن هذا موضع يستتره المتزر غالباً، فوجب أن تكون من العورة كالقبل والدبر.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد روى عن أبي حنيفة أنه قال: العورة على ضربين، مغلظة ومخففة، فالمغلظة هي القبل والدبر، والمخففة سائر ما ذكرنا قبل هذا أنه من العورة.

قال الإمام أبو الوليد: ليس ببعيد عندي هذا القول، وقد روى عن مالك في الواضحة ما يؤيده أنه قال: من صلى وفخذه مكشوفة، فلا إعادة عليه.

مسألة: وقد يسقط فرض ستر العورة مع عدم ما تستر به، فمن لم يكن عنده ما يستر عورته صلى قائماً وأجزأته صلاته. وقال الشافعي: يصلى جالساً.

والدليل على ما نقوله أن ستر العورة من أحكام الصلاة، فلا يسقط شيء من أركانها بالعجز عنه كالوضوء.

مسألة: وأما مقدار الفضيلة للرجال بأن يكون على كتفيه ثوب يسترهما ويكره أن لا يلقى على كتفيه من ثوبه شيئاً إذا أمكنه ذلك لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يصلى أحدكم في الثوب الواحد ليس على منكبيه منه شيء». ومن جهة المعنى أن في ذلك خروجاً عن الوفاق المشروع في الصلاة.

* * *

باب

وأما صفة اللبوس واللباس، فإن اللبوس لا يخلو أن يكون ثوباً واحداً أو أكثر من ذلك، فإن كان ثوباً واحداً، فإن من صفته الجامعة لأنواعه أن يستر جميع العورة، وأن يكون من الصفاقة والمتانة بحيث لا يصف ولا يشف، فإن كان خفيفاً يشف أو رقيقاً يصف، فقد حكى ابن حبيب في واضحته عن مالك أنه لا يصلى فيه، ومن صلى فيه أعاد، رجلاً كان أو امرأة. ووجه ذلك أنه ليس بسائر العورة، وسترها هو المشروع.

كتاب الصلاة ٢٢٧

مسألة: ومن صلى وعليه قميص ورداء أو رداء أو إزار، فقد كره له أن يطرح الرداء عن منكبيه للحر في الفريضة وخفف في النافلة. ووجه ذلك أنه يراعى في المكتوبة ما لا يراعى في النافلة لأنها أهم والحرص على إتمامها أكد.

مسألة: ويستحب أن يلبس المصلي ثيابه على أفضل هيئاتها من السكينة والوقار؛ لأن السكينة والوقار مشروع في الصلاة، فإن خالف هذه الصفة بأن يشمر كفه أو يشد ثيابه بجزام أو فعل ذلك لشغل هو فيه، فالأفضل أن يزيل ذلك عنه ويصلي الصلاة على الهيئة المستحبة، فإن صلى على حال التشمير أجزأه ولم يخرج، وإن فعل ذلك لصلاته فقد أساء وخالف السنة لأنه قصد الصلاة بما يخالفها وتهيب لها بما يضاد هيئاتها إلا أنه مع ذلك تجزئه صلاته.

فصل: وقوله: «مشتملاً به». قال الأخفش: الاشتمال أن يلتحف من رأسه إلى قدميه، والتوشح أن يأخذ الثوب من تحت يمينه، فيرده على منكبه من يمينه. وهذا الذى قال الأخفش ليس هذا هو الاشتمال المذكور فى الحديث، وإنما هو نوع من الاشتمال، والاشتمال على ضرب، أحدها: التوشح وهو المذكور فى الحديث المباح فى الصلاة. والثانى: اشتمال الصماء، وهو الذى أنكره ﷺ على جابر بن عبد الله حين قال له: «ما هذا الاشتمال».

وقد ورد المنع منه فى الصلاة، وهو أن يشتمل فى الثوب على منكبيه وتكون يداه تحت الثوب، فهذا منع فى الصلاة لمن يكن عليه إزار، فلا بد أن يياشر الأرض بيده للسجود، وهو مأمور به أو يخرج يديه لذلك فتبدو عورته.

مسألة: وإن كان إزار غير الثوب الذى يشتمل به، فلا بأس بذلك؛ لأنه يأمن حيثئذ من كشف عورته، قاله ابن القاسم عن مالك، وروى عنه أيضاً الكراهية، وبها قال ابن القاسم. ووجه ذلك التعلق بعموم الحديث: نهى رسول الله ﷺ عن اشتمال الصماء.

مسألة: والضرب الثالث من الاشتمال هو الاضطباع. قال مالك: وهو أن يرتدى ويخرج ثوبه من تحت يده اليمنى، فيرده على كتفه اليسرى ويأتى بالثوب من الجانب الآخر فوق يده اليسرى، فهو الذى قاله ابن القاسم هو الاضطباع من ناحية اشتمال الصماء، وذلك أنه لا يمكنه إخراج يده اليسرى لسجود ولا لغيره إلا لحقه فيه ما يلحقه فى اشتمال الصماء.

فصل: وقوله: «واضعاً طرفيه على عاتقيه» يريد أنه أخذ طرف ثوبه تحت يده

٢٢٨ كتاب الصلاة

اليمنى، فوضعه على كتفه اليسرى، وأخذ الطرف الآخر تحت يده اليسرى، فوضعه على كتفه اليمنى وهذا نوع من الاشتمال يسمى التوشح، ويسمى الاضطباع وهو مباح فى الصلاة وغيرها لأنه يمكنه إخراج يديه للسجود وغيره دون كشف عورته.

٣١٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ سَائِلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الصَّلَاةِ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَوْ لِكُلِّكُمْ ثَوْبَانِ».

الشرح: قوله ﷺ: «أو لكلكم ثوبان» مع سؤال السائل إباحة الصلاة فى ثوب واحد، الإشارة إلى نفي الحرج اللاحق فى المنع من ذلك إذ ليس كل الناس يجد ثوبين، وليس فى عدم الرجل الثوبين يلبسهما فى صلاته، دليل على أنها تجزئه الصلاة فى ثوب واحد إذا وجدهما كما أن عدمه للثوب الواحد لا يدل على إجزاء صلاته عرياناً مع وجوده.

وإنما يدل قوله: «أو لكلكم ثوبان» على استباحة الصلاة بالثوب الواحد مع القدرة على الثوبين من ثلاثة أوجه: أحدها: أنه قال: «أو لكلكم ثوبان» فأشار إلى أن عدم أكثر من الثوب الواحد أمر شائع كثير، والضرورة إذا كانت شائعة كثيرة كانت الرخصة المتعلقة بها عامة، يدل على ذلك أنه لما كان الغالب من حال السفر التعب والمشقة كانت رخصة الفطر فيه عامة، وإن كان من الناس من لا تلحقه المشقة فى سفره.

ولما كانت فى الحضر نادرة لم تدرك الرخصة فيها من يدركه التعب ولا أحد يسلم منه، فلما كان الغالب من حال الناس فى وقت مخاطبة النبى ﷺ عدم ما زاد على الثوب، كانت الرخصة عامة فى جواز الصلاة به للواحد والعام، ولما كان عدم الثوب الواحد نادراً لم تجز الصلاة دونه مع التمكن منه.

والوجه الثانى: أن قوله ﷺ: «أو لكلكم ثوبان» دليل على أنه قد علم من حالهم أن فيهم من لم يجد إلا ثوباً واحداً، فأقرهم على ذلك مع الأمر بالصلاة، فدل ذلك على

٣١٣ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٣٥٨. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٥١٥. والنسائى فى الصغرى فى القبلة حديث رقم ٧٦٣. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٦٢٥. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٤٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧١٠٩، ٧٢١٠، ٧٥٥١، ٨٣٤٤، ١٠٠٤٦، ١٠٠٨٦، ١٠١٢٥. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥١٤.

إجزاء الصلاة بالثوب الواحد، وهذا الذى أباحه ﷺ هو أقل ما يجزئ، والثوبان أفضل لمن وسع الله عليه، وكذلك روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: إذا وسع الله عليكم، فأوسعوا على أنفسكم جمع رجل عليه ثيابه، صلى فى إزار، ورداء فى إزار، وقميص فى إزار، وقباء فى سراويل، ورداء فى سراويل، وقباء فى تبان، وقباء فى تبان وقميص.

والوجه الثالث: أن السائل لما سأل عن الصلاة فى الثوب الواحد، وكان معناه السؤال عن إجزاء ذلك، فأجابته ﷺ بأن غالب حال الناس عدم ما زاد عليه، وأن ذلك مستقر فى علمه، كان المفهوم من ذلك إباحة الصلاة فى الثوب الواحد، والله أعلم.

٣١٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ أَبُو هُرَيْرَةَ هَلْ يُصَلِّي الرَّجُلُ فِي ثُوبٍ وَاحِدٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقِيلَ لَهُ: هَلْ تَفْعَلُ أَنْتَ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ إِنِّي لِأُصَلِّي فِي ثُوبٍ وَاحِدٍ، وَإِنَّ ثِيَابِي لَعَلَى الْمَشْحَبِ.

الشرح: قول أبى هريرة: «إنى لأصلى فى ثوب واحد وإن ثيابى لعلى المشجب» مع روايته عن عمر: إذا وسع الله عليكم فأوسعوا، اقتصار منه على الجائر دون الأفضل، وقد يجوز أن يكون أبو هريرة يفعل ذلك بين جوازه، فيقتدى به فى ذلك، ويحتمل أن يكون السائل لأبى هريرة ممن لا يجد ثوبين، فأراد أن يطيب نفسه، ويعلمه بصحة إباحته، وأنه يفعل ذلك مع قدرته على الثوبين، فكيف من لا يجد إلا ثوباً واحداً، وأخبره عن فعله فى النادر دون الأغلب، وأخبره عما يفعله فى منزله دون المساجد.

فصل: وقوله: «وإن ثيابى لعلى المشجب» إخبار عن قرب تناولها، وتمكنه من لبسها، والمشجب عود تنشر عليه الثياب، قاله صاحب العين.

٣١٥ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ كَانَ يُصَلِّي فِي الثُّوبِ الْوَاحِدِ.

الشرح: هذا الذى بلغ مالكاً من فعل جابر، يحتمل من الوجوه ما ذكرته فى فعل أبى هريرة، ويحتمل مع ذلك عدم الثوب الثانى غير أنه روى عن محمد بن المنكدر أنه قال: دخلت على جابر بن عبد الله، وهو يصلى فى ثوب ملتحف به ورداؤه موضوع، فلما انصرف قلت: يا أبا عبد الله تصلى وردائك موضوع؟ قال: نعم، أحييت أن أرى الجهال أمثالكم، رأيت النبى ﷺ يصلى كذا، فقد نص جابر على أنه قصد بذلك إعلام جوازه لمن لم يعلمه، وأخبره أنه رأى النبى ﷺ يصلى كذا.

٣١٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٩١.

٣١٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٩٢.

٢٣٠ كتاب الصلاة

ويحتمل أنه رأى النبي ﷺ يفعل ذلك ورداؤه موضوع لبيان رسول الله ﷺ جوازه، فاعتقد جابر فعل ذلك على هذا الوجه.

ويحتمل أن يكون جابر فعل ذلك لما صلى وحده في منزله، وأنه اعتقد في فعل النبي ﷺ مثل ذلك. وفي المبسوط، قال مالك: ليس من أمر الناس أن يلبس الرجل الثوب الواحد في جماعة الناس، فكيف بالمسجد، وهو موضع اجتماع الناس وموضع تجمل، وقد قال تعالى: ﴿خذوا زينتكم عند كل مسجد﴾ [الأعراف: ١٣] وقال السدي: الزينة ما يوارى العورة.

قال الإمام أبو الوليد: والأظهر عندي أن الزينة ما يتجمل به من الثياب، وهو السرداء وما أشبهه، ولذلك خص ذلك بالمسجد، والله أعلم.

٣١٦ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ عَمْرٍو بْنَ حَزْمٍ كَانَ يُصَلِّي فِي الْقَمِيصِ الْوَاحِدِ.

الشرح: وهو يقتضى ما ذكرناه قبل. هذا في فعل جابر إلا أنه أتم في اللباس لأن القميص أتم ثوب واحد يصلى فيه الرجل وآمن من التكشف.

٣١٧ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ لَمْ يَجِدْ ثَوْبَيْنِ فَلْيُصَلِّ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ مُلْتَحِفًا بِهِ، فَإِنْ كَانَ الثَّوْبُ قَصِيرًا فَلْيَتَزَرَّ بِهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «من لم يجد ثوبين فليصل في ثوب واحد» أمر لمن لم يجد ثوبين أن يصلى في ثوب واحد، وليس فيه حكم من وجد ثوبين، وقد تقدم من حديث جابر جواز الصلاة بثوب واحد لمن وجد ثوبين، ويحتمل لمن قال بدليل الخطاب أن يمنع من الصلاة في ثوب واحد من وجد ثوبين على معنى أن الصلاة بثوب واحد أفضل فيتعلق المنع المفهوم من دليل الخطاب بالفضل دون التحريم.

فصل: وقوله: «ملتحفًا به» قال البخارى: قال الزهري: الملتحف المتوشح، وهو المخالف بين طرفيه على عاتقيه، وهو الاشتمال على عاتقيه، فجعل الالتحف هو التوشح، والمشهور من لغة العرب أن الالتحف، هو الالتفاف في الثوب على أى وجه

٣١٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٩٣.

٣١٧ - أخرجه البخارى ١/١٦١، عن عمر بن أبى سلمة بلفظه. مسلم ج١/٣٦٨ كتاب الصلاة

باب ٥٢ رقم ٢٧٨، عن عمر بن أبى سلمة.

كتاب الصلاة ٢٣١

كان فيدخل تحته التوشح والاشتمال، وقد خص منه اشتمال الصماء.

فصل: وقوله: «فإن كان الثوب قصيراً فليتزّر به» يعنى إن قصر عن ستر جسده، فليستر به عورته، لأن سترها أكد من ستر سائر جسده لأن ستر جسده سنة وفضيلة، وستر عورته فريضة. وإنما أمره بالالتحاف بالثوب الكامل ليجمع فى اللباس بين الفضل والفرض، فإذا قصر الثوب عن ذلك أمره بالاتزار به لأنه الفرض.

قَالَ مَالِكٌ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَجْعَلَ الَّذِي يُصَلِّي فِي الْقَمِيصِ الْوَاحِدِ عَلَى عَاتِقَيْهِ ثَوْبًا أَوْ عِمَامَةً.

الشرح: وهذا كما ذكر بمعنى حديث عمر «فليوسع على نفسه ويحسن زيه فى الصلاة من وسع الله عليه» ولأن الرداء من سنن الصلاة لأن سنة الصلاة الوقار والرداء من زى الوقار، فاستحب ذلك فى الصلاة.

* * *

الرخصة فى صلاة المرأة فى الدرع والخمار

٣١٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تُصَلِّي فِي الدَّرْعِ وَالْخِمَارِ.

الشرح: قوله: «كانت تصلى فى الدرع والخمار» يقتضى أنها كانت تقتصر عليهما، والنساء على ضربين: حرة وأمة، فأما الحرة فجسدها كله عورة غير وجهها وكفيها، وذهب بعض الناس إلى أنه يلزمها أن تستر جميع جسدها. واستدل أصحابنا فى ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] قالوا: إن الذى يظهر منها الوجه واليدان، وعلى ذلك أكثر أهل التفسير.

ومما يدل على ذلك أن هذا عضو يجب كشفه بالإحرام، فلم يكن عورة، كوجه الرجل وسائر ما ذكرناه من جسد الحرة يجرى مجرى عورة الرجل فى وجوب ستره فى الصلاة.

مسألة: وأما ما يجرى المرأة من اللباس فى الصلاة، فالدرع الذى يستر ظهور قدميها، والخمار الذى تتقنع به، والأفضل أن يكون تحت الثوب مئزر، فإن لم تفعل أجزاءها، قاله

٢٣٢ كتاب الصلاة

ابن حبيب، فإن صلت في ثوب واحد ملتحفة به، وستر منها ما يجب ستره، ولم تشتغل بإمساكه، فلا بأس به، وإن اشتغلت بذلك، فلا خير فيه.

مسألة: فأما الأمة، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: تستر الأمة في الصلاة ما يستر الرجل، وعورتها من السرة إلى الركبتين. وقال ابن القاسم: تستر المرأة في الصلاة جميع جسدها.

وجه قول أصبغ أن ما لا يكون منها عورة خارج الصلاة، فإنه لا يكون منها عورة في الصلاة كالوجه والكفين. ووجه الرواية الثانية أنها امرأة، فكانت مأمورة بتغطية جميع جسدها في الصلاة كالحرّة، والفرق بينها وبين الرجل أنها مأمورة بتغطية جسدها إذا برزت لأن النظر فيه يفتن بخلاف الرجل.

مسألة: وإذا اعتقت الأمة في الصلاة، فقد قال ابن القاسم وغيره: تختمر في بقية الصلاة، وتجزئها. وقال سحنون: تستأنف الصلاة، وكذلك العريان يجد الثوب في الصلاة.

وجه قول ابن القاسم أن ستر العورة شرط في صحة الصلاة، فإذا عدم حين شرع في الصلاة، فإنه لا يبطلها وجوده كالوضوء بالماء. ووجه ما قاله سحنون أن الصلاة غير مسقطه، فإذا لزم تغطية الرأس في بعضها لزم في جميعها، ولما أجمعنا على أنه يلزمها تغطية الرأس في بقية الصلاة، وأن ترك ذلك يبطل صلاتها، فكذلك يبطل ما تقدم منها.

فرع: فإذا قلنا بتغطية الرأس وتماديها على صلاتها، فلم تفعل جهلاً أو لم يمكنها من تناولها حمارها، فقد قال ابن القاسم: تعيد ما دامت في الوقت. وروى عيسى عن ابن القاسم: إن لم تجد من تناولها الخمار، ولا وصلت إليه لم تعد، وإن قدرت على أخذه، فلم تأخذه أعادت في الوقت، وكذلك العريان.

وقال أصبغ: لا تعيد في وقت ولا غيره، وإن تركت ذلك عمداً.

وجه رواية ابن القاسم أنه لما اختلف في صحة صلاتها استحب لها الإتيان بها في الوقت على وجه مجمع على صحتها. ووجه ما قاله أصبغ أنها دخلت في الصلاة بما يجوز لها، فلا يخرجها عنها وجود ما عدته قبلها كالتيتم يدخل في الصلاة ثم يجد الماء.

فصل: فأما الدرع، فهو القميص والخمار ما تختمر به المرأة، فيجب أن يكونا

كتاب الصلاة ٢٣٣

خصيفين يستران ما تحتهما، فإن كانا خفيفين يصفان ما تحتها لم يجزئ لأن الستر لم يقع بهما، ويكره الرقيق الصفيق من الثياب لأنه يلصق بالجلسد فيبدو حجم ما تحته وفيه بعض الوصف لما تحته.

فصل: ومن صفة القميص أن يكون سابقاً يستر ظهور قدميها، ويستر الخمار عنقها وقصتها ودلايلها، ولا يظهر منها غير دور وجهها، وذلك أقل المجزئ من اللباس في القياس والأفضل أن يكون مع ذلك مترز لأنه أبلغ في الستر.

٣١٩ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ زَيْدِ بْنِ مُنْفَذٍ، عَنْ أُمِّهِ أَنَّهَا سَأَلَتْ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ مَاذَا تُصَلِّي فِيهِ الْمَرْأَةُ مِنَ الثِّيَابِ فَقَالَتْ: تُصَلِّي فِي الْخِمَارِ وَالذَّرْعِ السَّابِغِ إِذَا غَيَّبَ ظُهُورَ قَدَمَيْهَا.

الشرح: قولها: «ماذا تصلى فيه المرأة من الثياب» سؤال عن مقدار ما يكفيها من الثياب في الصلاة لتعرفها بما لا يجزئ، ويحتمل من جهة اللفظ أن يكون سؤالاً عن جنس ما يجزئ في الصلاة، لكن الجواب يدل على أن السؤال كنان عن المقدار، وإن ذلك قد فهم بشاهد الحال، ولو فهم أنه كان عن الجنس لوجب أن تصفه بالكثافة والستر، فلما قالت: إنها تصلى في الخمار والدرع السابغ المغيب لظهور قدميها، علم أنها أجابتها عن مقدار ذلك، وأنها راعت في مقدار مقاس السبوغ أن يغيب الدرع ظهور قدميها.

والدليل على ذلك أن هذا عضو لا يكشف للإحرام، فوجب على المصلية الحرة أن تستره كالذراع والعضد.

مسألة: فإن صلت بادية الشعر أو الصدر أو ظهور القدمين استحب لها أن تعيد في الوقت، وقد أئمت لمخالفتها السنة إن قصدت ذلك، وهذا يحتمل معنيين، أحدهما: أن يكون هذا على قول من رأى إعادة الصلاة من كشف العورة في الوقت، وقد سلم ابن القصار أن تعاد الصلاة من ذلك في الوقت مع كونه عنده فرضاً. والثاني ذلك أخف من كشف العورة. وقد روى عن مالك الفرق بينهما في المرأة يكون بجسدها عيب أنه يقر عنه، فينظر إليه أهل البصر، وإن كان في العورة لم ينظر إليه إلا النساء ويصفنه لأهل البصر من الرجال.

٣١٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٩٦. أخرجه أبو داود في الصلاة حديث رقم ٦٣٩.

٢٣٤ كتاب الصلاة

٣٢٠ - مَالِك، عَنِ الثَّقَةِ عِنْدَهُ^(١)، عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشَجِّ، عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَسْوَدِ الْخَوْلَانِيِّ وَكَانَ فِي حَجَرِ مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ مَيْمُونَةَ كَانَتْ تُصَلِّي فِي الدَّرْعِ وَالْخِمَارِ لَيْسَ عَلَيْهَا إِزَارٌ.

الشرح: قوله: «كان في حجر ميمونة» يريد أنه كان ممن يظهر إليه ذلك لأنه كان ابن أختها، ومع ذلك فقد كان معها ومضطرباً إلى كثرة تكرره عليها، فكان يراها تصلي في الدرع والخمار دون إزار والإزار ما يتزر به المرأة، وليس ذلك شرطاً في صحة الصلاة إذا كان على الجسد ذرع يستره.

٣٢١ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ امْرَأَةً اسْتَفْتَتْهُ، فَقَالَتْ: إِنَّ الْمِنْطِقَ^(١) يَشِقُّ عَلَيَّ أَفَأُصَلِّي فِي دِرْعٍ وَخِمَارٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ إِذَا كَانَ الدَّرْعُ سَابِغًا.

الشرح: المنطق هو الإزار، قال صاحب العين: المنطق إزار فيه تكة تنطق به المرأة، والمنطقة ما يشبهه به الوسط.

وقولها: «يشق علي» تريد أنه يشق عليها لبسه، وذلك أنها تتأذى من لبسه ولم تعتده، فاستفتت عروة إن كان لها رخصة في ترك لبس المنطق في الصلاة، فقال لها: لا بأس بذلك، إذا كان الدرع يستر ما يستره الإزار لسبوغه وتمامه.

* * *

الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر

٣٢٢ - مَالِك، عَنِ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَجْمَعُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ فِي سَفَرِهِ إِلَى تَبُوكَ.

الشرح: قوله: «كان يجمع بين الظهر والعصر في سفره إلى تبوك» يعنى أنه عليه السلام كان يفعل ذلك على وجه الرفق بالمصلي، وذلك على حد أربعة أوجه، أحدها:

٣٢٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٩٧.

(١) قال في الاستذكار: الثقة الذي رواه عنه مالك هو الليث بن سعد.

٣٢١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٩٨.

(١) المنطق: ما يشد به وسط الإنسان.

٣٢٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٩٩.

السفر، والثاني: المرض، والثالث: المطر، والليل، والرابع: الخوف، والجمع إنما يكون بين صلاتين بينهما اشتراك في الوقت، وهما الظهر والعصر والمغرب والعشاء.

وأما كل صلاتين لا اشتراك بينهما، فلا يجمع بينهما لشيء من ذلك، فأما السفر، فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية، أنه قال: إنني لأكره جمع الصلاتين في السفر. وروى عنه في المدونة: لا يجمع بين الصلاتين في غزو ولا حج ولا غيره إلا أن يجد به السير، فلا بأس بذلك.

وجه كراهة مالك إنما هو على إتيان الأفضل لئلا يترك ذلك من يقدر عليه دون مشقة تلحقه. وأما إباحته إذا جد به السير، فلحديث عبد الله بن عمر أنه كان إذا عجل به السير يجمع بين المغرب والعشاء، وجميع ما روى عن النبي ﷺ في الجمع إنما هو إخبار عن فعله، وليس فيه شيء من قوله، والفعل لا يحتمل العموم، وإنما يقع على وجه واحد، فيحتمل أن يكون ذلك لشدة السير، ويحتمل غيره.

وأما الجمع لغير عذر عند جماعة أصحابنا وجمهور الفقهاء، فإن فعل فقد روى عن ابن القاسم في المجموعة: من جمع بين العشاءين في الحضر من غير مرض أعاد الثانية أبداً، يريد إن صلاها قبل مغيب الشفق. وقال أشهب: أحب إلى أن لا يجمع بين الظهر والعصر في سفر ولا حضر إلا بعرفة. ومع ذلك فإن للمسافر في جمعها ما ليس للمقيم، وإن لم يجد به السير، وله إذا جد به السير من الرخصة ما ليس له إذا لم يجد به، وللمقيم أيضاً في ذلك رخصة، وإن كان الفضل في غير ذلك إلا أن له الرخصة لأنه صلى في أحد الوقتين اللذين وقت جبريل عليه السلام، وقد منع من الجمع بين الصلاتين إلا بعرفة والمزدلفة، أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله حديث معاذ بن جبل «أن رسول الله ﷺ كان في غزوة تبوك إذا زاغت الشمس قبل أن يرتحل جمع بين الظهر والعصر، فإن رحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر حتى ينزل إلى العصر، وفي المغرب مثل ذلك إن غابت الشمس قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر حتى ينزل إلى العصر، وفي المغرب مثل ذلك إن غابت الشمس قبل أن يرتحل جمع بين المغرب والعشاء وإن ارتحل قبل أن تغيب الشمس أخر المغرب حتى ينزل للعشاء ثم جمع بينهما».

ودليلنا من جهة القياس أنه سفر تقصر به الصلاة، فجاز أن يجمع فيه بينهما، فالجمع بين الظهر والعصر بعرفة، وفي الجملة أن هذا مبني على اشتراك الصلاتين في الوقت، فهو وقت اختيار للظهر ووقت ضرورة العصر.

٢٣٦ كتاب الصلاة

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الجمع فى السفر بين الظهر والعصر على وجهين، أحدهما: أن يرتحل عند الزوال، فيجمع حينئذ بين الصلاتين الظهر والعصر، والثانى أن يرتحل قبل الزوال، فيؤخر الظهر إلى آخر وقتها فيصليها ثم يصلى بعدها العصر فى أول وقتها.

والدليل على ذلك حديث معاذ بن جبل المتقدم، ومعنى ذلك أن الجمع بين الصلاتين إنما شرع للرفق بالمسافر لمشقة النزول والركوب عليه والتأخر عن أصحابه، ولم يجر أداء الفريضة على الراحلة، فخفف عليه الجمع بينهما فى وقتها، وللصلاة وقتان: وقت اختيار، وقد ذكرناه، ووقت ضرورة، وهو ما ذكره القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه: أن ما بعد الزوال بمقدار ما تودى فيه الظهر وقت يختص بالظهر وما قبل غروب الشمس بمقدار ما تودى فيه العصر، وقت يختص بالعصر، وما بينهما وقت مشترك بينهما، وكذلك المغرب والعشاء على هذا الترتيب، ولذلك صلى رسول الله ﷺ الظهر والعصر بعرفة بعد الزوال والمغرب والعشاء بالمزدلفة بعد مغيب الشفق، فإن ركب راحلته، وسار قبل الزوال شرع له أن يجمع بينهما فى الوقت المختار لهما، وهو إذا كان ظل كل شىء مثله لأن مشقة النزول لا بد منها، فيجب أن تكون الجمع فى أولى الوقت بالصلاتين، وهو الوقت المختار لهما أن يتدئ الظهر، والفقى قامه أو تنقضى، والفقى قامه ثم يصلى بآثرها العصر، ويجمع بين المغرب والعشاء عند مغيب الشفق لأنه وقت لهما يشتركان فيه، قاله أشهب فى المجموعة.

وروجه ذلك فيهما أن تنقضى المغرب، وقد غاب الشفق أنه يتدئ حينئذ ثم يصلى بآثرها العشاء، وذلك الظهر والعشاء أجوز لأن للمغرب وقتين.

قال الإمام أبو الوليد، رضى الله عنه: وهو الأظهر عندي.

مسألة: وإذا ركب بعد الزوال وبعد أن حانت صلاة الظهر، جوز له أن يجمع بينهما فيصلى الظهر فى وقتها المختار والعصر فى وقت ضرورتها، قاله ابن القاسم فى المدونة، وكان ذلك مبالغة فى الرفق لأنه لا يحتاج إلى النزول، فكان أخف عليه من أن ينزل بعد ذلك فى وقتها المختار، وإذا رحل قبل الزوال، فلا بد له من النزول، فكان نزوله فى الوقت الذى يصليهما جميعا فى وقتها المختار لهما أولى، وهذا فى الظهر والعصر.

وأما المغرب والعشاء، ففى المدونة: ولم يذكر فى المغرب والعشاء مثل ما ذكر عند الرحيل من المنهل. وحكى الشيخ أبو محمد فى مختصره عن سحنون أنهما فى ذلك كالظهر والعصر.

وجه القول الأول أن ذلك ليس بوقت ارتحال من المنهل في جرى العادة، فلم تتعلق به الرخصة كتعلقها بمن ارتحل بعد الزوال؛ أن ذلك الوقت معتاد للرحيل. ووجه قول سحنون أنه ارتحل من النزول في سفره، وقد أمكن الجمع بين الصلاتين لاشتراك وقتيهما كالظهر والعصر.

فرع: فإن جمع بين الصلاتين على غير هذا الوجه بأن يكون قد ارتحل قبل الزوال، فنزل عند الزوال فجمع بينهما، فقد روى على بن زياد عن مالك: يعيد العصر ما دام في الوقت.

ووجه ذلك أنه خالف سنة الجمع، فالمستحب له الإتيان بها على الوجه المستحب، وكذلك يجب أن يكون حكم من جمع بين الصلاتين إذا لم يجد به السير عند من شرط ذلك ولم أر فيه نصاً لأصحابنا.

مسألة: وحد الإسراع الذي شرع معه الجمع هو مبادرة ما يخاف فواته، والإسراع إلى ما يهيمه، قاله أشهب في المجموعة. وقال ابن حبيب: يجوز للمسافر الجمع إذا جد في السفر لقطع سفره خاصة لا لغير ذلك، وبه قال ابن الماجشون وأصبيغ.

ووجه ما روى عنه عليه السلام أنه كان إذا عجل به السير جمع بين المغرب والعشاء.

فصل: وأما المريض، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يخاف أن يغلب على عقله إن أخر العصر إلى وقتها المختار أو يخاف مانعاً من فعلها أو حمى في وقتها. والثاني: أن يأمن ذلك، ولكنه يشق عليه تجديد الطهارة والقيام مرتين، ويخاف من ذلك زيادة ألم.

فأما الأول، فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة فيمن خاف أن يغلب على عقله: أن له أن يجمع بين الظهر والعصر عند زوال الشمس والمغرب والعشاء إذا غربت، ونحوه في العتبية فيمن خاف نافضاً عرف وقته. وقال سحنون: لا يجمع الذي يخاف أن يغلب على عقله ولا يصلى العصر إلا في آخر وقت الظهر وأول وقت العصر.

وجه ما قاله مالك أن هذا احتياط للصلاة لأن تأخيرها ربما أدى إلى تضييعها، وإذا جاز أن يقدم العصر مع الظهر إذا جد به السير، فبأن يجوز ذلك إذا خاف على عقله أولى.

مسألة: وأما من يشق عليه تجديد الوضوء والتحرك للصلاة وقتاً بعد وقت، فقد روى ابن القاسم عن مالك أنه يجمع بين الظهر والعصر في آخر وقت الظهر، وأول وقت العصر.

والدليل على ذلك أن المشقة التي تلحقه بما ذكر أشد من المشقة التي تلحق المسافر عند النزول والركوب، فإذا جاز للمسافر الجمع بينهما لمشقة السفر، فيأن يجوز لمشقة المرض أولى.

وأما القسم الثالث من الأعذار المبيحة للجمع فهو المطر والليل وسنذكره بعد هذا إن شاء الله.

٣٢٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ، عَنْ أَبِي الطُّفَيْلِ عَامِرِ بْنِ وَائِلَةَ أَنَّ مُعَاذَ ابْنَ جَبَلٍ أَخْبَرَهُ أَنَّهُمْ خَرَجُوا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ تَبُوكَ، فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَجْمَعُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَالْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ، قَالَ: فَأَخَّرَ الصَّلَاةَ يَوْمًا ثُمَّ خَرَجَ فَصَلَّى الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ جَمِيعًا، ثُمَّ دَخَلَ ثُمَّ خَرَجَ فَصَلَّى الْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ جَمِيعًا، ثُمَّ قَالَ: «إِنَّكُمْ سَتَأْتُونَ غَدًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَيْنَ تَبُوكَ، وَإِنَّكُمْ لَنْ تَأْتَوْهَا حَتَّى يَضْحَى النَّهَارُ فَمَنْ جَاءَهَا فَلَا يَمَسَّ مِنْ مَائِهَا شَيْئًا حَتَّى آتَى فَجَنَّتَاهَا، وَقَدْ سَبَقْنَا إِلَيْهَا رَجُلَانِ وَالْعَيْنُ تَبِضٌ»^(١) بِشَيْءٍ مِنْ مَاءٍ، فَسَأَلَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ هَلْ مَسِسْتُمَا مِنْ مَائِهَا شَيْئًا، فَقَالَا: نَعَمْ، فَسَبَّهُمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: لَهُمَا مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يَقُولَ ثُمَّ غَرَفُوا بِأَيْدِيهِمْ مِنَ الْعَيْنِ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى اجْتَمَعَ فِي شَيْءٍ ثُمَّ غَسَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِيهِ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ، ثُمَّ أَعَادَهُ فِيهَا فَجَرَّتِ الْعَيْنُ بِمَاءٍ كَثِيرٍ، فَاسْتَقَى النَّاسُ ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: يُوشِكُ يَا مُعَاذُ إِنْ طَالَتْ بِكَ حَيَاةٌ أَنْ تَرَى مَا هَاهُنَا قَدْ مُلِئَتْ جَنَانًا».

الشرح: قوله: «أنهم خرجوا مع رسول الله ﷺ عام تبوك» أضاب العام إلى تبوك، وإن كان الموضوع موجوداً في غير ذلك العنام، وإنما أراد غزوة عام تبوك إلا أنه كثير استعمال ذلك وشهر وعرف المقصد فيه، فاستغنى عن ذكر الغزوة، وتعين العام بعام تبوك لأنه لم يكن لتبوك قصة تشهر ويتحدث بها إلا فيه.

٣٢٣ - أخرجه مسلم في الفضائل حديث رقم ٧٠٦. والترمذى في الجمعة حديث رقم ٥٠٨. والنسائي في الصغرى في المواقيت حديث رقم ٥٨٧. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٢٠٦. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٧٠. وأحمد في المسند حديث رقم ٢١٥٥٧. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٥١٥.
(١) تبض: أى تسيل.

كتاب الصلاة ٢٣٩

فصل: وقوله: «فكان رسول الله ﷺ يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء»
على نحو ما تقدم والله أعلم، ثم فسر بعض ذلك، فقال: «فأخر الصلاة يوماً ثم خرج
فصلى الظهر والعصر جميعاً» جمع فى هذا بين فصلين، أحدهما: الجمع بين الظهر
والعصر، والثانى: أنه كان على وجه تأخير الظهر لا على وجه تقديم العصر.

وقوله: «ثم دخل ثم خرج» يقتضى أنه مقيم غير مسافر؛ لأنه إنما يستعمل فى
الدخول إلى المنزل أو الخباء أو الخروج منهما، وهذا غالب الاستعمال إلا أن يريد به أنه
خرج من الطريق إلى الصلاة ثم دخله للسير إلا أنه لا يكاد يستعمل فى مثل هذا، فإما
أن يريد بالخروج ما ذكرناه من الخروج من الطريق، وإما أن يريد به أنه كان مقيماً
بالأرض، ولكنه فعل ذلك لضرورة مطر، وقد تعلق أشهب بظاهر اللفظ، وقال: إن
للمقيم رخصة فى الجمع بين الصلاتين لغير عذر مطر ولا مرض، وهو قول محمد بن
سيرين.

فصل: وقوله ﷺ: «إنكم ستأتون غداً إن شاء الله عين تبوك وإنكم لن تأتوها حتى
يضحى النهار» يحتمل معنيين، أحدهما: أن يقول ذلك بوحي على حسب ما قال ذلك
من خبر العين، وخبر أن يملئ ما أشار إليه جنائنا. وقوله على هذا: «إن شاء الله» على
معنى قوله: ﴿لندخلن المسجد الحرام إن شاء الله﴾ [الفتح: ٢٧] وعلى التأدب لقوله
تعالى: ﴿ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾ [الكهف: ٢٣، ٢٤]
ويحتمل أيضاً أن يقول على معنى التقدير لسيرهم.

فصل: وقوله ﷺ: «فمن جاءها فلا يمس منها شيئاً حتى يأتى» هذا مبين أن للإمام
أن يمنع من الأمور العامة كالمياه والكأ وغير ذلك من المنافع التى يشترك فيها المسلمون
لما يراه من المصلحة، ويحتمل أن يريد بذلك ﷺ ظهور بركته فى مائها إذا سبق إليها،
ويحتمل أيضاً أن يوحى إليه أنه إن سبق إليها أو إلى الوضوء من مائها فسيكثر ماؤها
ويكفى المؤمنين.

فصل: وقوله: «والعين تبض بشيء» فما رواه يحيى بن يحيى وجماعة من أصحاب
الموطأ: تبض بالصاد غير معجمة، ومعناه تبرق بشيء من الماء، يقال تبض الشيء يبص
بصيصاً، ووبص يبص وبيصاً إذا برق، ورواه ابن القاسم وألقينى تبض بالضاد المعجمة،
ومعناه ينشع منها الماء، يقال بض الماء إذا قطر وسال، وضب أيضاً بمعناه، وهو من
المقلوب، والوجهان جميعاً صحيحان.

وقوله: «بشيء من ماء» يشير إلى تقليله.

فصل: وقوله: «سألهما رسول الله ﷺ هل مسستما من مائها شيئا» يحتمل أن يكون ﷺ سألهما لما رأى من قلة الماء، ولعله قد كان أوحى إليه أنه يكثر إذا سبق إليه، فأنكر قلته، ويحتمل أن يسألهما لما رآهما قد سبقا إليه مخافة أن يفوته فيها من كثرة الماء إذا مس أحد شيئا من مائها ما قد كان أوحى إليه به من أنه يكثر ماؤها إذا توضع منه قبل أن يمسه غيره.

فصل: وقولهما: «نعم» يحتمل أن يكونا لم يقدموا على ذلك، ولم يعلموا نهي ﷺ، ويحتمل أن يكونا ممن علم بنهي ﷺ وأقدا على ذلك لأحد معنيين، أحدهما: أن يكونا مؤمنين صحيحى الإيمان، فحملا نهي على الكراهية أو نسيا نهي عن ذلك، فقالا: «نعم» ليصرفاه عن أنفسهما، ويحتمل أن يكونا من المنافقين، فأرادا أن يمنعا من مراده بإظهار بركتة ومعجزته فيها، فقالا: نعم، ليدخلا عليه المشقة بامتناع مراده، وقد روى الدولابي أنهما كانا من المنافقين، وذكر أن ذلك كان يرسل بواد من المنتفق.

فصل: وقوله: «فسبها رسول الله ﷺ وقال لهما ما شاء الله أن يقول» فأما وجه سبه لهما إن كانا منافقين أو عالمين بنهي، فيحتمل أن يسبها إذ كانا سبباً لفوات ما أراده من إظهار المعجزة وإدخالهما المشقة بذلك عليه كما يسب الساهى والناسى ويلحقهما اللوم إذا كانا سبباً لفوات أمر مفروض عليه.

فصل: وقوله: «ثم غرلوا من العين قليلاً قليلاً حتى اجتمع فى شىء» يريد أنهم جمعوا من ماء العين بأيديهم ما أمكنهم إلى أن اجتمع منه قدر ما غسل منه وجهه ويديه، وهذا نهاية فى القلة.

وقوله: «ثم أعاده فيه فجرت العين» إخبار عن المعجز العظيم، وعمّا أظهر الله من بركة رسول الله ﷺ تويخاً وتقريباً للمنافقين وتصديقاً لما عليه المؤمنون.

فصل: وقوله: «فاستغنى الناس» أيضاً عن كثرة الماء أن يسقى منه الناس وهم أهل الجيش على كثرة عدده فى تلك الغزوة، ثم قال رسول الله ﷺ: «يوشك يا معاذ إن طالت بك حياة أن ترى ما هاهنا قد ملئ جناحاً» إخبار لمعاذ بما أوحى إليه من علم الغيب الذى لا طريق لأحد إلى معرفته وإخباره بذلك لمعاذ أن معاذاً كان ممن استوطن الشام من أصحاب النبي ﷺ ومات بها، دليل على أنه إنما خصه بالإخبار عن ذلك لما علم بالوحي أنه يرى ذلك الموضع، وقد ملئ جناحاً، ولعله ﷺ قد أشار إلى أنه سيتملى

كتاب الصلاة ٢٤١

جناناً بماء تلك العين ببركة النبي ﷺ. وفي هذا الخبر من المعجزات الظاهرة والدلالة البينة على نبوة نبينا ﷺ ما لو لم تكن له معجزة غيرها لظهرت حجته وتبين صدقه.

٣٢٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا عَجَلَ بِهِ السَّيْرُ يَجْمَعُ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ.

الشرح: قد تقدم الكلام في الجمع بين الصلاتين في السفر، وإنما خص عبد الله بن عمر في خبره هذا ذكر الجمع بين المغرب والعشاء، لأنه جرى له ذلك في سفر استعجل فيه بسبب زوجه صفية بنت أبي عبيد استصرخ عليها، فقيل له في ذلك فذكر فعل النبي ﷺ.

٣٢٥ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ جَمِيعًا وَالْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ جَمِيعًا فِي غَيْرِ خَوْفٍ وَلَا سَفَرٍ.

قَالَ مَالِكٌ: أَرَى ذَلِكَ كَانَ فِي مَطَرٍ.

الشرح: قد تقدم الكلام في الجمع بين الصلاتين لعذر السفر والمرض، ويعنى الكلام في الجمع بينهما لعذر المطر، وأما الخوف، فهل يجمع بين الصلاتين لخوف العدو؟ قال ابن القاسم في العتبية: لم أسمعه لأحد ولو فعله لم أر به بأساً.

ووجه ذلك أن هذا عذر تلحق به المشقة، ومشقته أكثر من مشقة السفر والمرض والمطر، فإذا كان الجمع يجوز في السفر والمطر والمرض، فبأن يجوز للخوف من العدو

٣٢٤ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١٠٩٢. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٠٣. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٥٠٩. والنسائى فى الصغرى فى المواقيت حديث رقم ٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٢٠٧، ١٢٠٩، ١٢١٢، ١٢١٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٥٨، ٢٧٨٣٤، ٥٠٩٩، ٥١٤١، ٥٤٥٤، ٥٤٩٢، ٥٨٠٤، ٦٣١٨، ٦٣٣٩. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥١٧.

٣٢٥ - أخرجه البخارى فى مواقيت الصلاة حديث رقم ٥٤٣. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٠٥. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ١٧٢. والنسائى فى الصغرى فى المواقيت حديث رقم ٦٠١، ٦٠٢. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٢١٠، ١٢١١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٥٣.

٢٤٢ كتاب الصلاة
أولى، وقد قال قبل ذلك: لا يجمع بينهما لأن الله تعالى قال: ﴿فإن خفتهم فرجالاً أو
ركباناً﴾ [البقرة: ٢٣٩].

فرع: فإذا قلنا لأنه يجمع بين الصلاتين لعذر الخوف، فإنه على ضربين كالمرض، فإن
كان خوفاً يتوقع مع آخر الصلاة جمعها في أول الوقت، وإن كان خوفاً يمنع من تكرار
الإقبال عليها والانفراد بها جمع بينهما في وقتها المختار.

فصل: وقول مالك: «إن ذلك كان في مطر». وقد روى عن ابن عباس في غير
خوف ولا مطر. وروى أنه قال: في سفرة سافرهما. فأما المطر والطين، فليسا مما يبيح
الجمع في صلوات النهار، وإنما يبيحها في صلاة الليل للظلمة. قال ابن حبيب: ويجمع
في الوحل والمطر، وإن لم يكن ظلمة، يريد في الليل. وقال أبو حنيفة: لا يجمع بين
الصلاتين في حضر لمطر ولا لغيره.

وقد روى عن ابن القاسم في المجموعة ما يقرب من قول أبي حنيفة أنه قال: من
جمع بين المغرب والعشاء في الحضر لغير مرض أعاد العشاء أبداً. قال الشيخ أبو محمد:
يريد إن كان صلاها قبل مغيب الشفق. وقد روى زياد بن عبد الرحمن عن مالك: لا
يجمع بين صلاتين ليلة المطر إلا في مسجد النبي ﷺ لفضله، ولأنه ليس هناك مسجد
غيره، فينتابها على بعد، وقد تقدم قول أشهب في الجمع بين الصلاتين في الحضر.

والدليل على صحة قول مالك أن هذا معنى يلحق به المشقة غالباً، فكان له تأثير في
أداء الصلاة في وقت الضرورة كالسفر والمرض.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن ظاهر الحديث وتفسير مالك له يقتضى إباحة الجمع بين
الظهر والعصر بضرورة المطر. وقد روى عن مالك كراهية ذلك، وإنما كرهه لأن الغالب
من أحوال الناس تصرفهم في معاشهم وأسواقهم وزراعتهم وغير ذلك من متصرفاتهم
في وقت المطر والطين لا يمتنعون من شيء من ذلك بسببهما، فكره أن يمتنع مع ذلك
من أداء الفرائض وهي عماد الدين في أوقاتها المختارة لها، ولا يمتنع لأجله من السعي
في أمور الدين، وليس كذلك المغرب والعشاء، فإنه ليس بوقت تصرف، وإنما يتصرف
من الجمع بين الصلاتين إلى السكون في منزله والراحة فيه مع أن مشقته بالنهار أخف
لأن له من ضوء النهار ما يستعين به على المشى وتوقى الطين، وذلك متعذر مع ظلام
الليل، وبه قال أحمد بن حنبل.

فإذا ثبت ذلك، فالحديث محمول عنده على أنه ﷺ فعل ذلك ليرى اشتراك الوقت.

وقد روى في هذا الحديث أنه قيل لابن عباس: ما أراد إلى ذلك؟ قال: أراد أن لا يخرج أمته. ويحتمل أن يكون فعل ذلك بأن صلى كل واحدة منهما في وقتها المختار، وليس هذا الجمع الذي كرهه مالك، وإنما كره الجمع بتقديم العصر على وقتها المختار على حسب ما أجازته في العشاء، ويحتمل على رواية زياد بن عبد الرحمن عن مالك أن يختص ذلك بمسجد النبي ﷺ لما يختص به من الفضيلة، فلا يجوز في غيره من المساجد الجمع بين صلاتي نهار ولا ليل، ويجوز ذلك بمسجد النبي ﷺ وتستوى صلاة النهار وصلاة الليل في منع ذلك في سائر المساجد، والله أعلم.

فصل: وقول ابن عباس: «في غير خوف ولا سفره»، روى ذلك عنه، وروى عنه:
في غير خوف ولا مطر، وروى أنه قال: كان ذلك في سفرة سافرها، ويحتمل أن يكون ذلك في أوقات متغايرة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن صفة الجمع بين المغرب والعشاء في ذلك أن ينادى بالمغرب في أول الوقت، قال ذلك ابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك الإعلام بوقتها لما يتعلق به من العبادات لمن لا يجمع معهم من المصلين والمفطرين، ويتعلق بالأذان بالمغرب في المنار لما ذكرنا لأنه لا يلحقه شيء من التغيير.

مسألة: فأما العشاء الآخرة، فإنه يؤذن لها بأثر صلاة المغرب في صحن المسجد أذناً ليس بالعالى، قاله ابن حبيب، وقال بعضه على بن زياد عن مالك.

ووجه ذلك أن هذا الأذان إنما يختص بأهل المسجد لما شرع من الأذان للصلوات المفروضة في المسجد، ولما في الإعلان به من التلبس على من ليس من أهل المسجد معهم، فإن وقت العشاء الآخرة لمن يصلى في بيته لم يدخل، فاستحب أن يقصر من ذلك على ما اختص به أهل المسجد، ولا يحتاج ذلك إلى صعود المنار لأنه إنما شرع للمبالغة في الإسماع.

مسألة: فإذا فرغ من الأذان للمغرب، فهل يؤخر قليلاً أم لا؟ قال ابن حبيب: يؤخر قليلاً ثم يصلى. وقال ابن عبد الحكم: لا يؤخر قليلاً، ويصلى المغرب بأثر الأذان لها، وحكى أنه اختلف فيها قول مالك.

وجه القول الأول أنه يؤخر قليلاً ليقترب وقت العشاء المختار ما لم يخف اجتماع الظلمة وأضرار ذلك بالناس. ووجه الرواية الثانية أن الجمع مرفق بالناس لسرعة العودة قبل اجتماع الظلمة، فيجب أن يكون ذلك على وجه يدرك به رفق الرجوع في بقية

٢٤٤ كتاب الصلاة

الضوء ليحصل بذلك المقصود، وهذا لا يحصل إلا بتعجيل صلاة العشاء إثر صلاة المغرب.

مسألة: فإذا فرغ من صلاة المغرب وشرع المؤذن في الأذان للعشاء الآخرة، فهل يتنفل أحد ممن في المسجد؟ قال ابن حبيب: من شاء تنفل. وروى ابن نافع عن مالك: لا يتنفل بين العشاءين.

وجه قول ابن حبيب أنه مبنى على وجه تأخير العشاء بعد الأذان لهما ليتنفل من يريده، وقد تقدم ذكره. ووجه رواية ابن نافع أنها مبنية على المنع من التنفل وتقديم العشاء لما في ذلك من الرفق.

مسألة: ومن أتى المسجد بعد أن صلى في أهله المغرب، فهل يصلى معهم العشاء؟ قال ابن القاسم في المدونة: يصليها معهم. وروى عنه في المبسوط: لا يصليها معهم. وجه الرواية الأولى أن المغرب تؤدي في وقتها بلا تأثير لها في جواز تقديم العشاء لأن العشاء إنما تقدم للتخفيف، وهذا يحتاج إلى أداء الصلاة في جماعة كالذي صلى المغرب في المسجد.

وجه الرواية الثانية أن تقديم العشاء إنما أبيض لحكم الجمع، فكان له تأثير في ذلك، ولذلك وصف بالجمع ولو لم يكن له تأثير لو وصف بتقديم العشاء خاصة، فإذا فات معنى الجمع امتنع تقديم العشاء، فإن صلاها معهم على هذا القول، فقد قال أصبغ وابن عبد الحكم: لا يعيدها.

وجه ذلك أن هذا عندهم على معنى الاستحباب لما قدمنا اشتراك الوقت.

مسألة: فإن وجدهم قد صلوا العشاء الآخرة، فقد قال مالك: لا يصليها وحده في المسجد قبل الشفق لأن الجماعة التي أبيض لها تقديم الصلاة قبل الشفق قد فاتته، فيجب تأخير الصلاة إلى وقتها إلا أن يكون في مسجد مكة أو المدينة، فقد قال مالك: فيصليها بعد الجماعة قبل الشفق لأن إدراك الصلاة في هذه المساجد أعظم من إدراك فضيلة الجماعة.

٣٢٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا جَمَعَ الْأَمْرَاءَ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ فِي الْمَطْرِ جَمَعَ مَعَهُمْ.

الشرح: جمع عبد الله بن عمر مع الأمراء ظاهره يقتضى أنه كان يرى الجمع فى المطر، فلذلك كان يجمع معهم، وقد تقدم الكلام فى جوازه، وظاهر هذا اللفظ يقتضى تكرار ذلك منه. وأما ما رواه أيوب عن نافع أنه لم يره جمع بين المغرب والعشاء إلا مرة، يحتتمل أن يريد بذلك السفر، وكان يجمع فى المطر لثلاثا تفوته فضيلة الجماعة.

مسألة: ويجمع بين المغرب والعشاء فى الطين والظلمة، وإن لم يكن مطر، قاله ابن القاسم. قال ابن حبيب: والجمع جائز إذا كان المطر والوحل، وإن لم تكن ظلمة أو كان المطر المضرب، ولم يكن وحل ولا ظلمة.

ووجه ذلك أن هذه كلها مشاق تمنع التعقيم بالصلاة، فأبيح أداء الصلاة فى وقت يمكن الانصراف منها، وقد بقى من ضوء الشفق ما يخفف المشقة.

مسألة: ويجمع معهم من كان قريب الدار جدًا. وقال يحيى بن عمرو: يجمع معهم المنعكف فى المسجد.

ووجه ذلك أن الجمع إنما هو لإدراك فضيلة الجماعة، ويستوى فى فوات ذلك من بعدت داره ومن قربت ومن هو مقيم فى المسجد.

٣٢٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَأَلَ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ هَلْ يُجْمَعُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ فِي السَّفَرِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ أَلَمْ تَرَ إِلَى صَلَاةِ النَّاسِ بِعَرَفَةَ.

الشرح: قول سالم: «يجمع بين الظهر والعصر فى السفر» وتمثله ذلك بصلاة الناس بعرفة، جواب هل، إلا أن يكون اختصر بعض السؤال ولعل السائل إنما سأله عن الجمع بينهما بأثر الزوال لمعنى يقتضى ذلك من الرحيل من المنزل ذلك الوقت، فأعلمه سالم بأن الجمع بينهما فى ذلك الوقت جائز لأن ذلك الوقت وقت العصر على وجه الضرورة، ولولا ذلك لما جمع بينهما كما لا يجمع قبل الزوال لأنه لا يجوز تقديم الصلاة قبل وقتها للضرورة، وإنما يجوز تقديم الصلاة قبل وقتها المختار إلى وقتها على وجه الضرورة، وعللة الجمع مختلفة فى الموضعين؛ لأنه إنما جمع بينهما بعرفة لحاجة الناس إلى الاشتغال بالدعاء والتفرغ له إلى غروب الشمس، فشرع تقديمها لذلك، ولما كانت العلة عامة وأصلها للشريعة لحقت بالواجب.

وأما علة المسافر بمعنى المشقة التى تلحقه بالنزول لصلاة العصر، وهى علة غير عامة، ولكنها شائعة، وهى الرفق بالإنسان دون التفرغ للشريعة، فأوجب الإباحة.

٣٢٨ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَسِيرَ يَوْمَهُ جَمَعَ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ، وَإِذَا أَرَادَ أَنْ يَسِيرَ لَيْلَهُ جَمَعَ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ.

الشرح: قوله: «إذا أراد أن يسير يومه» يحتمل أن يريد به أن ذلك نهاية سفره الذي يبيح له الجمع بين الصلاتين، ويحتمل أن يريد أنه، وإن كان سفره بعيداً، فإنه كان لا يجمع بين الصلاتين في سفر تقصر في مثله الصلاة إلا إذا جد به السير واستوعب يومه بالسير، وأقوال أصحابنا تدل على أن ذلك جائز عند شدة السير، وإن لم يكن سفر قصر لأن الجمع لا يختص بسفر القصر.

* * *

قصر الصلاة في السفر

٣٢٩ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ آلِ خَالِدِ بْنِ أَسِيدٍ أَنَّهُ سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ إِنَّا نَجِدُ صَلَاةَ الْخَوْفِ وَصَلَاةَ الْحَضَرِ فِي الْقُرْآنِ وَلَا نَجِدُ صَلَاةَ السَّفَرِ؟ فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: يَا ابْنَ أَخِي إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ بَعَثَ إِلَيْنَا مُحَمَّدًا ﷺ وَلَا نَعْلَمُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا نَفْعَلُ كَمَا رَأَيْنَاهُ يَفْعَلُ.

الشرح: قوله: «إننا نجد صلاة الخوف والحضر في القرآن، ولا نجد صلاة السفر» معنى ذلك أنه لم يتناولها نص القرآن، وذلك أن السائل إما أن يعتقد أن أصل الصلاة القصر، ثم طرأ نسخ ذلك بالتمام، أو يعتقد أن أصلها التمام، ثم طرأ نسخ ذلك بالقصر.

فأما اعتقاده أن الأصل التمام، فبين، وذلك أنه إذا اعتقد أن الأصل الإتمام، وأن النسخ طرأ بقوله تعالى: ﴿فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن

٣٢٨ - أخرجه مسلم بنحوه ٤٨٩/١ كتاب صلاة المسافرين باب ٥ رقم ٤٨ عن أنس بن مالك.

البيهقي ١٦١/٣ بنحوه عن أنس بن مالك. النسائي ٢٨٧/١ بنحوه عن أنس بن مالك. أبو

نعيم في الخلية ٣٢١/٨ عن أنس بن مالك.

٣٢٩ - أخرجه النسائي في الصغرى في الصلاة حديث رقم ٤٥٧. وتقصير الصلاة في السفر

حديث رقم ١٤٣٣. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٦٦. وأحمد في

المسند حديث رقم ٥٣١١.

كتاب الصلاة ٢٤٧

يفتنكم الذين كفروا ﴿ [النساء: ١٠١] فعلق حكم القصر بالخوف وبقيت صلاة الحضر وصلاة سفر الأمن على ما كانت عليه، فسأل عبد الله بن عمر من أين أخذوا قصرها.

وأما وجه ذلك مع اعتقاده أن أصل الصلاة القصر، فإنه يحتمل أن يكون حمل النسخ بالزيادة على العموم، ثم خص بالقصر للخوف ذلك العموم، فبقيت صلاة المسافر الآمن على حكم عموم الإتمام.

فصل: وصلاة الخوف التي عنها السائل لعبد الله بن عمر إنما هي صلاة السفر للخائف في قوله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا﴾ [النساء: ١٠١] فوجد قصر الصلاة للخائف المسافر في الآية، ولم يجد قصر الصلاة للآمن المسافر.

وفي الواضحة لابن حبيب أن معنى قوله تعالى: ﴿فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا﴾ أن معنى قصرها في الخوف الترتيب وتخفيف الركوع والسجود والقراءة. قال الشيخ أبو محمد: وقاله غير واحد من أصحابنا البغداديين.

قال الإمام أبو الوليد، رحمه الله: والأظهر عندي في الآية القصر المعروف لأنه أظهر في عرف الشرع. وقد روى عن يعلى بن أمية قال: قلت لعمر: إنما قال الله تعالى: ﴿أن تقصروا من الصلاة إن خفتم﴾ وقد أمن الله، فقال عمر: عجبت مما عجبت منه، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «صدقة تصدق الله بها عليكم، فاقبلوا صدقته» فتأويل عمر وابنه عبد الله والسائلين لهما أن الآية تدل على القصر الذي هو رد الصلاة الرباعية إلى ركعتين لأنه هو الذي أقر عليه في حال الأمن.

فصل: وإنما سماها السائل صلاة الخوف لتعلق حكم القصر عنده بالخوف، ولم يجد في كتاب الله تعالى صلاة السفر المطلق، فلذلك طلب حكمه، وهذا على تأويلنا في الآية، فأما على قول ابن حبيب، فإن صلاة الخوف هي المعروفة، وسنذكر حكمها بعد هذا إن شاء الله.

فصل: وقول عبد الله بن عمر: «إن الله بعث إلينا محمداً ولا نعلم شيئاً» يريد ولا نعلم وجوب شيء من الشرائع، ولا ما يجب من صفاتها، وهذا يدل على أن الأشياء كلها لا تجب إلا بالشرع دون الفعل.

٢٤٨ كتاب الصلاة

وقوله: «وإنما نفعل كما رأيناه يفعل» يريد أن قصرهم الصلاة في السفر آمنين مما اتسوا فيه بفعل النبي ﷺ، وإن لم تكن آية القصر تناوله، فثبت بذلك أنه مرفوع إلى النبي ﷺ.

٣٣٠ - مَالِك، عَنْ صَالِحِ بْنِ كَيْسَانَ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنهَا قَالَتْ: فُرِضَتِ الصَّلَاةُ رَكْعَتَيْنِ رَكَعَتَيْنِ فِي الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ، فَأَقْرَتْ صَلَاةَ السَّفَرِ وَزَيْدًا فِي صَلَاةِ الْحَضَرِ.

الشرح: قولها: «فرضت الصلاة ركعتين ركعتين»، يقتضى أن فرض الصلاة كان ركعتين ركعتين، وإنما المراد بقوله: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ بما نزل بمكة ثم طراً بعد ذلك النسخ بالتمام في الحضر دون السفر، وبقيت صلاة السفر على ما كانت عليه من القصر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف أصحابنا في القصر في السفر، هل هو واجب أو مندوب إليه أو مباح؟ وقد اختلف قول مالك في ذلك، فروى عنه أشهب أنه فرض، وبه قال أبو حنيفة. وروى أبو مصعب عن مالك أنه سنة، وروى نحوه عن الشافعي والبغداديون من أصحابه يقولون: إنه على التخيير.

وجه القول الأول بأن القصر واجب حديث عائشة رضی الله عنها «فرضت الصلاة ركعتين ركعتين، فزيد في صلاة الحضر وأقرت صلاة السفر».

ودليلنا من جهة القياس أن هذه صلاة رباعية ردت بالتغيير إلى ركعتين، فكان ذلك فرضها كصلاة الجمعة.

ووجه الرواية الثانية أن المسافر يدخل خلف المقيم فيتم صلاته، فلو كان فرضه القصر لما جاز له الإتمام، قال أبو بشر الدولابي: قدم رسول الله ﷺ المدينة، وهو يصلي ركعتين، ثم نزل تمام صلاة المقيم في الظهر يوم الثلاثاء لاثنتي عشرة ليلة خلت من ربيع الآخر بعد مقدمه بشهر، وأقرت صلاة السفر ركعتين.

٣٣٠ - أخرجه البخارى في الصلاة حديث رقم ٣٥٠. والجمعة حديث رقم ١٠٩٠. والمناقب حديث رقم ٣٩٣٥. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٦٨٥. والنسائي في الصغرى في الصلاة حديث رقم ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١١٩٨. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٥٤٣٦، ٢٥٨٠٦. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٥٠٩.

فصل: وقولها: «فزيد في صلاة الحضر» يحتتمل أن تريد بذلك النسخ، وذلك أنه إذا زيد فيها، قبلت أربع ركعات، فقد منعت زيادة الركعتين أن تكون الركعتان صلاة بانفرادهما، فكان ذلك نسخاً لها.

فصل: وقولها: «وأقرت صلاة السفر» تريد أنها بقيت على ما كانت قبل النسخ من وجوب كونها ركعتين، وهذا على قول من يقول: إن القصر هو الفرض.

وأما من قال: إن القصر سنة، فإنما معنى ذلك عنده إنما أقرت صلاة القصر بمعنى أنها أقل ما يجوز للمسافر، فيكون إقرارها بمعنى الاجتزاء والجواز، لا بمعنى الوجوب، ويكون الوجوب منسوخاً، ويكون القصر في الحضر منسوخاً، ويكون القصر في الحضر منسوخاً وجوبه وجوازه، وهذا على قول من قال: إنه إذا نسخ الوجوب، جاز أن يتعلق بذلك في الجواز.

قال الإمام أبو الوليد: وهو عندي ظاهر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالأسفار على ثلاثة أضرب، سفر عبادة كالغزو والحج، وسفر مباح كسفر التجارات، وسفر مكروه كسفر الصيد للذة، وسفر المعصية.

فأما سفر الغربة، فلا خلاف أن القصر فيه مشروع. وأما السفر المباح، فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء إلى أن القصر مشروع فيه. وروى عن عبد الله بن مسعود منع ذلك إلا في سفر العبادة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾. ودليلنا من جهة القياس أن هذا سفر لم يحظر في مسيره يوم وليلة، فشرع فيه القصر كسفر العبادة.

مسألة: وأما السفر المكروه، فقال مالك لما سئل عن القصر في سفر المتصيد للذة: أنا لا أمره بالخروج، فكيف أمره بالقصر. ووجه ذلك أنه سفر غير مباح، فلم يشرع فيه القصر كسفر المعصية.

مسألة: وأما سفر المعصية، فالمشهور من مذهب مالك أنه لا تقصر فيه الصلاة، وبه قال الشافعي. وروى زياد بن عبد الرحمن عن مالك أنه تقصر فيه الصلاة، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول أن سفر المعصية ممنوع منه مأمور بالرجوع عنه، فلا يصح تناول

٢٥٠ كتاب الصلاة

النية الشرعية لمسافة القصر فيه. ووجه الرواية الثانية أن هذا معنى يترخص به فى الطاعة، فجاز أن يترخص به فى سفر المعصية كأكل الميتة.

فصل: وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت مع روايتها لهذا الحديث، تتم الصلاة فى السفر. قال الزهري: قلت لعروة: فما بال عائشة تتم؟ قال: تأولت ما تأول عثمان، رحمه الله.

وقد اختلف فى تأويل ذلك فقيل تأول أنه لما كان الخليفة، وأن كل موضع يمر فيه فهو قطره، وأن من فيه ملتزم لطاعته، فهو بمنزلة استيطانه فيه فحكمه لذلك أن يتم. وتأولت عائشة أنها لما كانت أم المؤمنين، وأن كل نزل تنزله، فهو منزل لمن يحرم عليها بالبنوة، كان حكمها لذلك أن يتم.

ووجه ما ذهب إليه عثمان فى ذلك أن للإمامة تأثيراً فى أحكام الإتمام كما لها تأثير فى إمامة الجمعة، ولذلك كان حكم الإمام يمر بموضع جمعة أن يصلى بهم الجمعة، وهو مسافر غير أن عثمان وعائشة رضى الله عنهما سافرا مع رسول الله ﷺ إلى مكة وغيرها، وكان مع ذلك يقصر الصلاة.

قال الإمام أبو الوليد: ويحتمل عندى أن يكون عثمان وعائشة اعتقدا فى ذلك التخيير على ما ذهب إليه أصحاب الشافعى فأثرا الإتمام، وتأولا أفعال النبى ﷺ فى القصر أنه قصد به التخفيف عن أمته كالفطر.

وقد روى أن عثمان أتم الصلاة بمنى، ثم خطب الناس، فقال: أيها الناس إن السنة سنة محمد عليه السلام ثم سنة صاحبيه، ولكن حدث طغام من الناس، فخفت أن ينسوا.

ويحتمل أن يكون عثمان وعائشة رضى الله عنهما إنما عمى بعد المقام بمكة مدة الإتمام لما لم يكن فى الخروج إلى عرفة مسافة قصر لمن احتسب فى القصر بالخروج خاصة دون الرجوع والله أعلم، وسيأتى بعد هذا غير هذا من وجوه الإتمام، وبالله التوفيق.

٣٣١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ لِسَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ: مَا أَشَدَّ مَا رَأَيْتَ أَبَاكَ أَخْرَجَ الْمَغْرِبَ فِي السَّفَرِ؟ فَقَالَ سَالِمٌ: غَرَبَتِ الشَّمْسُ وَنَحْنُ بِذَاتِ الْجَيْشِ، فَصَلَّى الْمَغْرِبَ بِالْحَقِيقِ.

الشرح: سؤاله عن أشد ما رآه آخر أبوه المغرب من الوقت ليعرف بذلك آخر وقتها المختار، فأخبر سالم بما شاهد من فعله، وعلم ذلك بموضعين لا يعرف مقدار التأخير إلا من عرف ما بينهما، وحمل ذلك على المعروف من سير من جد في السير.

* * *

ما يجب فيه قصر الصلاة

٣٣٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا خَرَجَ حَاجًّا أَوْ مُعْتَمِرًا قَصَرَ الصَّلَاةَ بِذِي الْحُلَيْفَةِ.

الشرح: قوله: «كان إذا خرج حاجًا أو معتمرًا» خص سفره بالحج والعمرة لأنهما مما لا خلاف في قصر الصلاة فيه.

وقوله: «أنه كان يقصر الصلاة في سفره ذلك بذي الحليفة» يحتمل معنيين، أحدهما: قدر السفر الذي تقصر في مثله الصلاة، والثاني: قدر المسافة التي يشرع في القصر منها، فأما قدر السفر الذي تقصر في مثله الصلاة، فإنه قد نص على أن السفر من المدينة إلى الحج تقصر فيه الصلاة، وهذا مما لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في أقل مقادير سفر القصر، فالمشهور عن مالك أن أقل سفر القصر أربعة برد، وهي ستة عشر فرسخًا، وهي ثمانية وأربعون ميلًا، وإلى ذلك ذهب الشافعي، وروى عنه مسيرة يوم وليلة. وروى ابن القاسم أن مالكًا رجع عنه.

قال القاضي أبو محمد: عن بعض أصحابنا أن قوله: مسيرة يوم وليلة، ومسيرة أربعة برد، واحد، وأن اليوم والليلة في الغالب هو ما يسار فيه أربعة برد، فيكون معنى قول ابن القاسم ترك التحديد باليوم والليلة أنه ترك ذلك اللفظ إلى لفظ هو أبين منه.

قال ابن حبيب: وتقصر في أربعين ميلًا، وهذا قريب من أربعة برد. وروى أشهب عن مالك: القصر في خمسة وأربعين ميلًا. وروى أبو زيد عن ابن القاسم: من قصر في ستة وثلاثين ميلًا، فإنه لا يعيد.

قال ابن المواز عن ابن عبد الحكم: يعيد في الوقت، فإن قصر في أقل من ذلك أعاد أبدًا.

وقال أبو حنيفة: لا تقصر الصلاة في أقل من مسيرة ثلاثة أيام. وقال داود: إن سافر لحج أو عمرة قصر الصلاة في قصير السفر وطويله.

ودليلنا على ما نقوله ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، تسافر مسيرة يوم وليلة ليس معها ذو محرم» فوجه الدليل من ذلك أنه ثبت هذا الحكم لهذا المقدار، وجعله سفرًا.

ولا خلاف أن للمرأة الخروج إلى الموضع القريب دون ذى محرم، فإذا جعله النبي ﷺ حدا للسفر، وجب أن يتعلق به هذا الحكم، ويحدد منه قياسًا، فنقول أنه سفر لا تخرج فيه المرأة إلا مع ذى محرم، فجاز أن يتعلق به حكم القصر، أصله مسيرة ثلاثة أيام.

ودليلنا على أنه لا يجوز القصر فى الميل والميلين أن هذه مسافة لا تلحق المشقة بقطعها غالبًا، فلم يتعلق بها حكم القصر كالخروج إلى المسجد والسوق.

مسألة: إذا ثبت ما ذكرناه من مراعاة المسافة فى البر، فإن حكم البحر فى ذلك حكم البر، فإن كان السفر فى بر وبحر، فقال ابن الماجشون: إن كان فى أقصاه باتصال البر مع البحر مسافة القصر، قصر. وقال ابن الوار: إذا لم يكن فى البر مسافة قصر، وكان المركب لا ييرح إلا بالريح، فلا يقصر فى البر حتى يركب فى البحر، ويرز وعن المرسى، وإن كان يجرى بالريح وغيرها فليقصر من حين يخرج بالبر.

فوجه قول ابن الماجشون أن من عزم على مسيرة أربعة برد، فحكمه القصر، ولا يخرج عن ذلك إلا بتغير عزمه، وهذا متيقن للسفر عازم عليه، فلا يمنعه القصر انتظار الريح كما لا يمنعه ذلك فى أثناء سفره فى البحر، وما قاله ابن المواز مبنى على أنه لا يجوز القصر حتى يمكنه العزم على اتصال السير.

٣٣٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ رَكِبَ إِلَى رِيمٍ فَقَصَرَ الصَّلَاةَ فِي مَسِيرِهِ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ نَحْوٌ مِنْ أَرْبَعَةِ بُرْدٍ (١).

٣٣٤ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ رَكِبَ إِلَى ذَاتِ النَّصْبِ، فَقَصَرَ الصَّلَاةَ فِي مَسِيرِهِ ذَلِكَ.

٣٣٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣١٠.

(١) واحدها برید، وهو: ما يقارب اثنى عشر ميلاً.

٣٣٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣١١. ابن أبى شيبة فى المصنف ٤٤٥/٢. البيهقى فى سننه الكبرى ١٣٦/٣. عبد الرازق فى المصنف ٥٢٦/٢.

قَالَ مَالِكٌ: وَبَيْنَ ذَاتِ النَّصْبِ وَالْمَدِينَةِ أَرْبَعَةٌ بُرْدٍ.

الشرح: قد روى عقيل عن الزهري عن سالم أن ريم من المدينة على نحو ثلاثين ميلاً، وكذلك روى عبد الرزاق عن مالك، وما رواه جماعة رواة الموطأ عن مالك أولى، وهو أعلم بذلك لتكرره عليه، ونشأته به، وإخباره بمسافته إخبار من يروح إليه ويغدو منه، وهذا كله ليس فيه دليل على أقل مقادير القصر، وإنما فيه دليل على جواز القصر في مثل تلك المسافة، وإنما يجيز كل إنسان منهم بما يشاهد من ذلك، وتختلف عباراتهم، فبعضهم يحد ما رواه بالمسافة وبعضهم بالزمان وبعضهم بالأميال، ويعود ذلك كله إلى معنى واحد، والله أعلم.

٣٣٥ - مَالِكٌ، عَنِ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يُسَافِرُ إِلَى خَيْبَرَ فَيَقْصُرُ الصَّلَاةَ.

الشرح: وهذا على نحو ما تقدم، ويحتمل أن يكون بين خيبر وبين مبتدأ سفره مثل ما تقدم من مسافة القصر، إلا أنه لم يذكر في هذا الحديث مبتدأ سفره.

والظاهر أنه كان من المدينة لأنها موضع استيطانه، والقصر حكم يختص بالسفر لا يؤثر فيه غيره من مرض ولا سواه، ورواه القاضي أبو إسحاق في مبسوطه عن مالك.

٣٣٦ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقْصُرُ الصَّلَاةَ فِي مَسِيرِهِ الْيَوْمَ التَّامَّ.

الشرح: وهذا على نحو ما تقدم من المسافة لأن اليوم التام هو أن يقطع جميعه يجد السير، ولا يقال في عشرة أميال مسيرة يوم، وإن مشاها في جميع يومه. وقال محمد بن المواز: معنى قول ابن عمر في اليوم التام، أن ذلك في الصيف للرجل المجد، وإنما قصد بذلك ابن المواز الإشارة إلى استكمال المسافة التي تقدم ذكرها.

٣٣٧ - مَالِكٌ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّهُ كَانَ يُسَافِرُ مَعَ ابْنِ عُمَرَ الْبُرَيْدَ فَلَا يَقْصُرُ الصَّلَاةَ.

الشرح: وهذا على نحو ما قدمناه من أن قصير المسافة كالبريد ونحوه لا تقصر في مثله الصلاة، وإنما وصف خروجه معه إلى البريد ونحوه سفرًا على سبيل المجاز

٣٣٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣١٣. البيهقي في السنن الكبرى ١٣٧/٣. المحلى ١١/٥. عبد الرزاق في المصنف ٥٢٣/٢.

٣٣٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣١٢. المجموع ٢١٦/٤. المغنى ٢٥٧/٢.

٣٣٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣١٤.

والإمتاع، فأما أن ينطلق عليه اسم السفر حقيقة في كلام العرب، فلا، وإنما ينطلق عندهم اسم السفر على طويل المسافة لأن القائل لو قال: سافر زيد، لما فهم منه الخروج إلى مسيرة الميلى والثلاثة، ولا فهم منه إلا السفر، وهو الخروج إلى طويل المسافة مع أن هذا لفظ نافع، ولم يكن من العرب، فيحتج بلفظه في اللغة. وقد روى أنه كانت في نطقه لكنة.

٣٣٨ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ كَانَ يَقْصُرُ الصَّلَاةَ فِي مِثْلِ مَا بَيْنَ مَكَّةَ وَالطَّائِفِ، وَفِي مِثْلِ مَا بَيْنَ مَكَّةَ وَعُسْفَانَ، وَفِي مِثْلِ مَا بَيْنَ مَكَّةَ وَجُدَّةَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ أَرْبَعَةُ بُرْدٍ، وَذَلِكَ أَحَبُّ مَا تُقْصَرُ إِلَيْهِ الصَّلَاةُ.

الشرح: وهذا على نحو ما تقدم لأن هذه المسافات التي ذكر هي أربعة برد أو نحوها، وإنما أراد مالك في ذلك أفعال الصحابة وكثر منها لما لم يصح فيه توقيت عنده من النبي ﷺ، فاقتدى في ذلك بعمل الصحابة، وشهرة الأمر بينهم، وتكرره منهم، وعدم الخلاف فيه، ولعله اعتقد فيه الإجماع، وإلى ذلك ذهب القاضي أبو محمد وجماعة من شيوخنا إلى أن إجماع الصحابة في اعتبار مسافة لا يجوز القصر دونها، وأن من لم يعتبر المسافة فقد خالف الإجماع.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَقْصَرُ الَّذِي يُرِيدُ السَّفَرَ الصَّلَاةَ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْ بُيُوتِ الْقَرْيَةِ، وَلَا يُتِمُّ حَتَّى يَدْخُلَ أَوَّلَ بُيُوتِ الْقَرْيَةِ أَوْ يُقَارِبَ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «لا يقصر الذي يريد السفر» معناه أن ينوي مسافة القصر بنية عزم، فإن لم يستقر عزمه على نية السفر مثل أن يمر بمنزل رفيقه، فإن خرج سافر معه، وإن أقام لم يسافر، فهذا لا يقصر لأنه لم يوجد منه العزم على السفر.

مسألة: فإن نوى مسافة القصر بسير متصل، قصر، وإن لم ينو سيراً متصلاً ونوى في أثنائه مقاماً لا يتم فيه الصلاة، ففي المدونة: يقصر الصلاة في جميع سفره، وإن نوى مقاماً يتم فيه الصلاة، ففي الموازية: ذلك كوطنه، يراعى ما قبل المقام من مسافة القصر بنفسه، وكذلك ما بعده.

٣٣٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣١٥. البيهقي في السنن الكبرى ١٣٧/٣. ام للشافعي ١٨٣/١. عبد الرزاق في المصنف ٥٢٤/٢. المغني ٢٥٥/٢. معرفة السنن والآثار

كتاب الصلاة ٢٥٥

وقال عبد الملك وسحنون: لا يقصر إلا في مقامه، وجعل ما قبل مقامه وما بعده مسافة واحدة.

وجه القول الأول أنه قد فصل بينهما ما تتم فيه الصلاة كمن مر بوطنه، فأتم فيه الصلاة. ووجه القول الثاني أن المسافة كلها مسافة قصر في حقه، هذا الذي ذهب إليه مالك أنه لا يقصر الصلاة حتى يجاوز بيوت القرية، ولا يكون عن يمينه ولا عن يساره منها شيء، وهو المشهور عنه من رواية ابن القاسم وغيره.

وروى عنه مطرف وابن الماجشون أن من كان من المدن التي يجمع فيها، فإنه لا يقصر حتى يجاوز بيوت القرية بثلاثة أميال، وأما من كان من القرى التي لا يجمع فيها فحتى يجاوز بساكنها ولا ينظر إلى مزارعها.

وجه رواية ابن القاسم أن ما كان خارج القرية، فليس من مواضع الاستيطان، وإنما موضع الاستيطان البيوت، فيجب أن يعتبر بها في المقام، ويعتبر بالخروج عنها في السفر.

وجه الرواية الثانية أن هذا موضع يجب النزول منه إلى الجمعة، فكان حكمه حكم الوطن. أصل ذلك ما بين البيوت في البر. وأما في البحر، ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: إذا جاوز البيوت ورفع فليقصر.

المسألة: ومن خرج في سفر فقصر، فلما سار ثلاثة أميال أو بريدًا من منزله رجع لحاجة في منزله أو في موضع آخر، وممره في ذلك على منزله، قال مالك: يتم من حين أخذ في الرجوع إلى أن يدخل مسكنه ثم ينفصل عنه. وقال ابن الماجشون في المجموعة: يقصر حتى يدخل أهله، وهو كمن رده الريح.

وجه قول مالك أنه قد أراد الدخول إلى مسكنه، فحكمه حكم المقيم لأنه ليس بين مسكنه، وموضع نوى منه الرجوع إليه ما تقصر فيه الصلاة. ووجه القول الثاني ما احتج به ابن الماجشون من أنه لم ينو منه الرجوع إليه ما تقصر فيه الصلاة. ووجه القول الثاني ما احتج به ابن الماجشون من أنه لم ينو الإقامة.

فصل: وقوله: «ولا يتم حتى يدخل أول بيوت القرية أو يقارب ذلك» يريد أنه يقصر حتى يدخل بيوت القرية فيتم الصلاة، فجعل الإتمام يثبت في الرجوع بما لا يثبت به التقصير في الخروج لأنه جعل في الخروج حكم القصر بالخروج عن البيوت، ثم جعل حكم القصر في الرجوع بقرب البيوت قبل الدخول إلى البيوت، وهذا آخر

الموضع الذى فارق فيه حكم الإتمام.

ووجه ذلك أن حكم الإتمام مغلب بدليل أنه إذا نوى الإقامة فى موضع سفره أتم الصلاة وانتقل من حكم السفر بمجرد النية، وإذا نوى السفر فى موضع الإقامة لم تنتقل نيته عن حكم الإقامة. وروى ابن القاسم فى المدونة: يقصر حتى يدخل بيوت القرية أو يقاربها.

وروى على بن زياد عن مالك فى المجموعة يقصر حتى يدخل منزله. وروى مطرف وابن الماجشون: يقصر إلى الموضع الذى أمر بالقصر منه عند خروجه.

فصل: وقوله: «أو يقارب ذلك» يحتمل معنيين، أحدهما: أن يقارب الدخول، والثانى أن يقارب البيوت، وهذا هو الأظهر لأن مقارب البيوت هو الذى له حكم الإقامة، وأما مقارنة الدخول فلا تأثير لها لأنه يلزمه الإتمام بالوصول إلى موضعه، وإن تأخر دخوله لمعنى يوجب بقاءه بها ويؤخر دخوله.

* * *

صلاة المسافر ما لم يجمع مكناً

٣٣٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: أَصَلَّى صَلَاةَ الْمُسَافِرِ مَا لَمْ أُجْمَعْ مُكَّنًا وَإِنْ حَبَسَنِي ذَلِكَ أَنْتَى عَشْرَةَ لَيْلَةً.

الشرح: وجه ذلك أن المسافر الذى يقصر الصلاة لا يخلو أن يكون مبتدئاً لسفره أو مستديماً له، فإن كان مبتدئاً لسفره، فلا يجوز له القصر إلا بالنية والعمل. فأما النية، فإن ينوى البلوغ إلى غاية، بينها وبين مبتدأ سفره ثمانية وأربعون ميلاً على ما تقدم من اتصال السير وانفصاله.

وأما العمل، فعلى روايتين، إحداهما: أن يبرز من بيوت القرية، والثانى: أن يتجاوزها بثلاثة أميال. وأما المستديم لسفره، فإنه يقصر الصلاة ما لم يحل بين الماضى من سفره والمستقبل منه فاصل متيقن، والفاصل على ضربين، أحدهما: أن يرد على موضع استيطانه، فينزل فيه أو يشق بيوته، فيجب عليه صلاة، فإنه يتمها، ويفصل بين ماضى سفره ومستقبله، وإن كان مستديماً لسفره. والثانى: أن يجمع على مقام أربعة

أيام في غير موضع استيطانه، فإنه فاصل بين الماضي من سفره ومستقبله، ومخرج له عن حكم المسافر، ومانع له من القصر حتى يستأنف سفر قصر. قال ابن المواز: وهذا أخذته من اختلاف قول مالك في هذا، وبه أخذ ابن القاسم وأصبغ.

وهذا يقتضى أن حكمه حكم من نوى سفر قصر على أن يقيم في أثائه أربعة أيام في اختلاف قول أصحاب مالك في ذلك على ما تقدم فيه على اختلاف قول مالك فيه.

مسألة: ومن أقام بموضع مدة الإتمام، فهل يثبت في حقه حكم الوطن؟ في المدونة عن ابن القاسم فيمن أقام بمكة بضع عشرة ليلة فأوطنها ثم خرج إلى الجحفة معتمراً، فلما قدم مكة أقام بها يوماً أو يومين، قال مالك: يتم الصلاة كأن مكة صارت له وطناً، وبلغنى عن مالك أنه قال بعد ذلك: يقصر الصلاة، وهو أعجب إلى. ومعنى استيطانه لها أنه أقام بها بنية الإتمام مدة الإتمام، ولم يبق تلك المدة بنية القصر، فقال في قوله الأول: يتم إذا عاد إليها لأقل من مدة القصر.

وقال في قوله الآخر: يتم إذا عاد إليها لأنه قد أتم بها، ثم خرج منها بنية الرجوع إليها، فصارت كالوطن له، يتم فيها، وإن كانت صلاة واحدة. وقال في قوله الآخر: لا يتم فيها، لأنه لم يتخذها وطناً، وإنما أتم بها أولاً لطول المقام بها، فبخروجه عنها إلى مسافة قصر يبطل حكم المقام الأول كما لو لم ينو الرجوع إليها، ولو خرج إلى مسافة لا يقصر فيها لبقى على حكم الإتمام، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المعتبر في الأيام المانعة من القصر اختلف أصحابنا في ذلك، فروى ابن القاسم أنه يراعى فيها أربعة أيام كاملة، قال عنه عيسى: ولا يعتد بيوم دخوله إلا أن يدخل في أوله. وقال ابن الماجشون وسحنون: إذا نوى مقام زمان تجب فيه عشرون صلاة، فإنه يتم.

وجه رواية ابن القاسم أن الخبر المستفاد منه حكم المقام، وإنما ورد بلفظ الأيام، وذلك يقتضى تعلق الحكم بها. ووجه الرواية الثانية أن الحكم إنما يتعلق بالأيام من أجل الصلوات، فوجب أن يعتبر بها.

مسألة: وإذا نوى المقام بعد أن تسرع في الصلاة بنية القصر، فلا يخلو أن يكون قبل أن يركع وبعد أن يركع، فإنه نوى ذلك قبل أن يركع، فإنه يستحب له أن يجعلها نافلة ركعتين ويستأنف فرضه أربعاً لأنه يستحب له أن يفتح صلاته بنية تستوعب جميعها.

وهذا إنما أحرم على ركعتين فإن تمادى على صلاته وصلاتها أربعاً أجزأته، رواه ابن حبيب عن مالك. واختار قول ابن الماجشون، وهو أنه يتمادى على إحرامه ويصليها أربعاً وتجزئه؛ لأن نية السفر والحضر غير مختلفة، ولذلك جاز أن يصلى المقيم خلف المسافر.

مسألة: وإن نوى الإمامة بعد أن عقد ركعة، فقد روى ابن حبيب عن مالك أن يشفعها بركعة ويجعلها نافلة ثم يصلى فرضه أربعاً. وروى عن عبد الملك بن الماجشون أنه يضيف إليها ركعة أخرى تكون فرضه؛ لأنه لما عقد ركعة من صلاته على حكم السفر لزمه حكم السفر، فالذى فى المدونة عن مالك: يضيف إليها ركعة ويجعلها نافلة ولو بدا له أن يفرغ من صلاته، فأحب إلى أن يعيدها، وظاهره مخالف لرواية ابن حبيب، وظاهر قول عيسى بن دينار يقتضى أنها لا تجزئه، وإن تمادى عليها.

فرع: فإن نوى السفر بعد أن نوى المقام قبل أن يقيم أو بعد أن أقام، فقد أجزأه ما صلى من الصلوات على الإتمام، وعليه أن يأتنف القصار برجوع نيته إلى السفر من موضعه ذلك. وقال سحنون: لا يقصر حتى يظعن من موضعه ذلك.

وجه قول ابن حبيب إنما كان على حكم السفر، وإنما رجع عنه بما نوى من المقام، فإذا نوى السفر رجع بمجرد النية إلى حكم الأصل وهو السفر. ووجه آخر، وهو أن نية السفر بمجرد عاملها فى غير موضع الاستيطان، وإنما يحتاج إلى اقتران العمل بها فى موضع الإقامة لوجود النية والموضع فى المقام. ووجه ما قاله سحنون أن نية السفر لا توجب القصر حتى يقارنها العمل والخروج كما لو ابتدأ السفر.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن معنى قول عبدالله بن عمر: «صلى صلاة المسافر ما لم أجمع مكثاً يريد ما لم أنو المقام مدة تمنع ذلك، وقد ذكرنا أن ذلك أربعة أيام، وأما من أقام بمنزل أربعة أيام وخمسة أيام وأكثر من ذلك، وهو ينوى فى كل يوم الانتقال ثم يعرض له مانع، ولا يدري متى ينتقل، فإن هذا يقصر أبداً ما لم يجمع مكثاً.

٣٤٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ أَقَامَ بِمَكَّةَ عَشْرَ لَيَالٍ يَقْصُرُ الصَّلَاةَ إِلَّا أَنْ يُصَلِّيَهَا مَعَ الْإِمَامِ فَيُصَلِّيَهَا بِصَلَاتِهِ.

الشرح: وهذا على نحو ما تقدم ذكره من أنه لم يقم هذه العشرة الأيام، وهو ينوى إقامتها، وإنما كان ينوى كل يوم السفر، وقد دللنا على ذلك.

فصل: وقوله: «إلا أن يكون وراء إمام فيصليها بصلاته» يريد أنه كان يتم وراء الإمام المقيم، وإن كان مسافراً، وقد كره مالك للمسافر أن يصلي وراء المقيم إلا لمعان تقتضى ذلك لأن في اتمامه به تغيير صلته، رواه ابن حبيب وغيره، فإن اتسم به، فقد روى ابن القاسم في العتبية عن مالك: لا يعيده، قال مالك في الواضحة. لا يتم المسافر وحده، ولا خلف إمام، فإن فعل أعاد في الوقت إلا في جوامع المدن وأمهاة الخواضر. وجه قول مالك الأول أن القصر من سنن الصلاة إلا أن فضيلة الجماعة أكد منها لأنه قد اختلف في تفضيل القصر، ولم يختلف في تفضيل الجماعة، ولا تعاد صلاة أديت بفضيلة متفق عليها لفضيلة مختلف فيها.

وجه القول الثاني أن الائتمام بالإمام مستحب، ما لم يؤد إلى تغيير الصلاة في العدد، فإن أدى إلى ذلك كان ترك الجماعة أفضل، ولذلك لم يجوز لمن كانت عليه جمعة أن يأتهم بمن يصلي الظهر أربعاً، وإنما استثنى الأمراء لما يلزم من طاعتهم والاجتماع عليهم، فكان ذلك أفضل من الانفراد بالصلاة دونهم؛ لأن في ذلك إظهار الخلاف عليهم.

فرع: ومن المعاني التي تبيح للمسافر أن يأتهم بالمقيم ما ذكرنا من حضور صلاة الجماعة في جوامع الأمصار ومن ذلك أن يكون المنزل للمقيم أو يكون أسنهم وأفضلهم.

مسألة: فإن حضر جماعة مسافرون وحاضرون، فالأفضل أن يؤم المسافرين أحدهم، والحاضرين أحدهم، فإن أمهم كلهم رجل واحد، فالأفضل أن يتقدمهم مسافر، وهذا في غير مواضع الأمراء، وحيث يكون الإمام الراتب. وجه ذلك أن تقديم المسافر لا يوجب تغيير صلاة من وراءه، وتقديم المقيم يوجب تغيير صلاة من صلى معه من المسافرين بزيادة العدد، وذلك ممنوع.

* * *

صلاة المسافر إذا أجمع مكناً

٣٤١ - مالك، عن عطاء الخراساني أنه سمع سعيد بن المسيب قال: من أجمع إقامة أربع ليالٍ وهو مسافر أتم الصلاة.

٣٤١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣١٨. البيهقي في السنن الكبرى ١٤٨/٣، وفي

معرفة السنن والآثار ٦١١٦/٤.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى.

الشرح: وهذا قد تقدم ذكره، وذلك أن المسافر إذا أجمع إقامة أربعة أيام، فإنه مقيم؛ لأن هذا المقدار من الإقامة لمن نواها حد ما بين المقيم والمسافر. قال أبو حنيفة: لا يتم الصلاة حتى يجمع مقام خمسة عشر يوماً.

والدليل على ما نقوله أن المهاجر من أصحاب النبي ﷺ منع من المقام بمكة وأبيح له المقام بها ثلاثة أيام، وذلك يدل على أن حكم الثلاثة الأيام مخالف للحكم ما زاد عليها في المقام. وقد روى العلاء بن الحضرمي أن رسول الله ﷺ قال: «ثلاث للمهاجر بعد الصدر».

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ صَلَاةِ الْأَسِيرِ، فَقَالَ: مِثْلُ صَلَاةِ الْمُقِيمِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُسَافِرًا.

الشرح: وهذا كما قال لأنه مستوطن، وظاهر أمره المقام المدة الطويلة فيجب عليه إتمام الصلاة، وليس أحد يقطع بمقامه، وإنما يتم الصلاة على ما يظهر إليه من أمره، وقد يطرأ ما يوجب غير ذلك، وأما الأسير، فإنما مقامه وسفره باختيار من يملكه، فكانت نيته معتبرة في إتمامه وقصره بما يظهر إليه من أمره، وكذلك العبد المسلم في بلد المسلمين.

* * *

صلاة المسافر إذا كان إماماً ووراء إمام

٣٤٢ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ إِذَا قَدِمَ مَكَّةَ صَلَّى بِهِمْ رَكَعَتَيْنِ، ثُمَّ يَقُولُ: يَا أَهْلَ مَكَّةَ أَتَمُّوا صَلَاتِكُمْ فَإِنَّا قَوْمٌ سَفَرٌ.

٣٤٣ - مَالِكٌ، عَنِ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنِ أَبِيهِ، عَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ مِثْلَ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «إذا قدم مكة صلى بهم ركعتين» يريد أن عمر كان لا يستوطن مكة، وإن أقام بها اليوم واليومين والثلاثة؛ لأن المهاجر ممنوع من استيطانها؛ لأنها قد

٣٤٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣١٩.

٣٤٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٢٠. البيهقي في السنن الكبرى ١٦٢/٣. عبد

الرزاق في المصنف ٥٤٠/٢.

هجرها لله تعالى، فكان حكمه فيها حكم المسافر، وكان أمير المؤمنين والمستحق للصلاة، كان يأتي منها بما شرع في حقه، وكان يلزم الجميع اتباعه فيها لما في ذلك من طاعته وموافقته، واجتماع الكلمة عليه، وترك الخلاف له.

فصل: وقوله: «يا أهل مكة أتموا صلاتكم، فإننا قوم سفر» أمر للمقيمين خاصة بأن يقيموا صلاتهم لأن ذلك فرضهم، وإعلام لهم، ولأن معهم من المسافرين بأن حكمهم القصر لأجل سفرهم، وهكذا المسافر إذا صلى بمسافرين ومقيمين صلى صلاة مسافر، فإذا سلم سلم معه المسافرون، ثم يقوم المقيمون فيقيمون بعده أفذاذاً كما لو سبقهم الإمام ببعض الصلاة.

٣٤٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُصَلِّي وَرَاءَ الْإِمَامِ بِعِنْيِ أَرْبَعًا، فَإِذَا صَلَّى لِنَفْسِهِ صَلَّى رَكْعَتَيْنِ.

الشرح: وهذا على نحو ما ذكرناه كما يجب من متابعة الإمام وترك إظهار الخلاف له، وإن اعتقد معتقد أن الإمام قد ترك الأفضل، فإنه يجب عليه ترك الخلاف له، وإنما يتم المسافر بإتمام إمامه إذا أدرك من صلاته ركعة، فأكثر وإن لم يدرك معه ركعة ودخل معه في جلوس أو سجود من آخر ركعة لم يتم صلاته، وكان عليه قصرها، والإمام الذي كان يتم بمكة عثمان رضی الله عنه، ومن تبعه على ذلك.

وقد روى عن ابن عمر قال: صحبت عثمان رضی الله عنه، فلم يزد على ركعتين بالسفر حتى قبضه الله، وهذا يدل على أن إتمام عثمان بمعنى حمله عبدالله بن عمر على أن وراءه مقاماً يمنع القصر.

وإنما يصح أن يعتقد ذلك عثمان بأن يكون النبي ﷺ يقيم بمكة قبل الخروج إلى منى مدة توجب الإتمام، وأقام بها عثمان مدة توجب الإتمام، واعتقد أن مسافة الخروج إلى عرفة إذا انفصلت مما قبلها من السفر لا تبيح القصر، ولا شك أن عثمان لا يتعمد خلاف النبي ﷺ، وقد قيل في ذلك أن عثمان تأهل بمنى، فلزمه الإتمام لهذا الوجه.

وروى معمر عن الزهري أنه بلغه أن عثمان إنما أتم؛ لأنه أزمع المقام بعد الحج، ولا يمتنع ذلك إذا كان له أمر أوجب مقامه أربعة أيام لضرورة دفعته إلى ذلك. وقد قال مالك في العتبية في الذي يقيم بمنى ليخف الناس: فليتم بها، وقد تقدم غير هذا من ٣٤٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٢٢. البيهقي في السنن الكبرى ١٥٧/٣. كشف الغمة ١/١٣٨. الأم ٧/٢٤٨.

وجوه الإتمام.

مسألة: وحكم جميع الحاج بمنى القصر غير أهلها وكذلك عرفة يقصر بها جميع الحاج غير أهلها، وإنما وجب على المكي القصر بمنى وعرفة، وإن لم يكن بينه وبين منى، وبينه وبين عرفة، ما تقصر في مثل الصلاة لثلاثة معان، أحدها: أن عمل الحاج لا ينقضى إلا في أكثر من يوم وليلة، مع الانتقال اللازم فيه، والمشى من موضع إلى موضع لا يجوز الإخلال به، فجرى في ذلك مجرى المشى الدائم، ولا يلزم على هذا الانتقال من موضع إلى موضع بمسافة قصيرة يلحقه بها من التعب أكثر من مشقة يوم وليلة لأن تلك أمور لا يلزم التمادى فيها بالشروع وأفعال الحج يلزم التمادى فيها بالشروع.

ووجه ثان أن من مكة إلى عرفة ثم الرجوع من عرفة إلى مكة مقدار ما تقصر فيه الصلاة، ويلزم بالدخول فيه القصر، ولا يلزم على هذا من خرج إلى سفر ثمانية وعشرين ميلاً أو خمسة وعشرين ميلاً لأن رجوعه هناك ليس بلازم ورجوعه إلى مكة في الحج لازم، فلذلك اعتبر فيها بمسافة سفره.

ووجه ثالث أن الحاج من مكة لا تصح نيته إلا بأن ينوى الرجوع إلى مكة للطواف، فصار سفره ذلك لا يصح إلا بأن يجمع على مسيره مقدار ما تقصر فيه الصلاة، وليس كذلك سائر الأسفار، فإن سفر الخارج فيها يصح، وإن لم ينو الرجوع، فلذلك اعتبر بالرجوع في سفر الحج دون غيره، وهذان القولان لا يدخل فيهما العرفى إذا وقف بعرفة، وتوجه إلى منى ومكة، فإنه لا يقصر لأنه ليس ينوى مسافة قصر ولا يلزمه.

وقد روى عيسى عن ابن القاسم في أهل منى وعرفة يقيمون: يقصر العرفى، ويتم المنوى إلى منى.

ووجه ذلك أن المنوى بعد الإفاضة يرجع إلى وطنه في مسافة الإتمام، والعرفى يفيض من مكة إلى غير وطنه لإتمام حجه، فيقصر، فإذا دفع من منى بعد انقضاء حجه لم يقصر إلى عرفة لما ذكرناه. وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: من أدركته الصلاة من المكيين والمنويين قبل أن يصل إلى مكة بالحصب أو تأخروا بمنى لزحام ونحوه، فليتموا، ثم رجع فقال: يصلون ركعتين.

واختلف فيه قول ابن القاسم، وإلى آخر القولين رجع، قال ابن المواز: ثم رجع مالك إلى الإتمام.

قال الإمام أبو الوليد: وعندى إنما اختلف في هذه المسألة قول مالك وابن القاسم

كتاب الصلاة ٢٦٣
لاختلاف قوليهما في التحصيب، فإذا قلنا إنه مشروع فحكمهما القصر لأنهما قد بقى
عليهما شيء من عمل الحج، وهما في غير محلها، وإذا قلنا إنه غير مشروع
فحكمهما الإتمام لأنهما لم يبق عليهما شيء من عمل الحج، وكان يلزم على هذا أن
يقصر المنوي في رجوعه إلى منى من مكة؛ لأنه بقى عليه عمل من عمل الحج.

٣٤٥ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ صَفْوَانَ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ
يَعُودُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ صَفْوَانَ، فَصَلَّى لَنَا رَكَعَتَيْنِ، ثُمَّ أَنْصَرَفَ فَقُمْنَا فَأَتَمَمْنَا.

الشرح: قوله: «فصلى لنا ركعتين» إلى آخر الحديث، يقتضى أنه قدمه صفوان بن
عبدالله صاحب المنزل للصلاة لأن الظاهر أن المنزل منزله لأن من شأن العليل أنه يعاد
في منزله، ويحتمل أن يكون قدمه للصلاة لفضله خاصة مع تمكن صفوان بن عبدالله من
الصلاة بهم، ويحتمل أيضًا أن يكون قدمه مع ذلك لعجزه عن الصلاة بهم.

والأصل في الإمامة في المنزل أنها لصاحب المنزل، ولو كان عبدًا ويستحب له أيضًا
أن يقدم غيره إذا كان من أهل الدين والفضل، وقد صلى عبدالله بن عمر وهو مسافر
بقوم مقيمين. وقد روى أشهب عن مالك في العتبية: أن المسافر إذا زار المقيمين في
رحالهم لم يكن لهم أن يقدموه.

* * *

صلاة النافلة في السفر بالنهار والليل

والصلاة على الدابة

٣٤٦ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يُصَلِّي مَعَ صَلَاةِ
الْفَرِيضَةِ فِي السَّفَرِ شَيْئًا، قَبْلَهَا وَلَا بَعْدَهَا، إِلَّا مِنْ جَوْفِ اللَّيْلِ، فَإِنَّهُ كَانَ يُصَلِّي
عَلَى الْأَرْضِ وَعَلَى رَاحِلَتِهِ حَيْثُ تَوَجَّهَتْ.

الشرح: ومعنى هذا الحديث أن عبدالله بن عمر كان يكره التنفل بالنهار في السفر
قبل الفريضة وبعدها، ويقول: لو كنت مسبحًا لأتممت، يعنى لو كان التنفل مطلقًا
لكان الإتمام أولى، وعبدالله بن عمر ممن صحب النبي ﷺ في السفر، وكان من أكثر

٣٤٥ - انفرد به مالك.

٣٤٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٢٣. الأم للشافعي ٧/٢٤٨.

٢٦٤ كتاب الصلاة

الناس اقتداء به، وذكر أنه لم ير النبي ﷺ يزيد في السفر على ركعتين، فلما لم يره تنفل بالنهار امتنع من ذلك، وراه يتنفل بالليل على راحلته، فكان يفعل ذلك. وأكثر العلماء على جواز تنفل المسافر بالليل والنهار على راحلته وعلى الأرض، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وابن حنبل وغيرهم.

الدليل على ما نقوله حديث أم هانئ أنها رآته يصلى فى فتح مكة ضحى ثمان ركعات، وسيأتى ذكره بعد هذا. ومن جهة القياس أن هذا زمان يجوز التنفل فيه فى الحضر، فجاز التنفل فيه فى السفر كزمان الليل.

٣٤٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَعُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَأَبَا بَكْرٍ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ كَانُوا يَتَنَفَّلُونَ فِي السَّفَرِ.

الشرح: ليس فى ظاهر هذا الحديث ما يدل على مخالفتهم لعبدالله بن عمر ولا موافقتهم له لأن إطلاق تنفلهم فى السفر لا يتعلق بوقت معين، وإنما نفسى عبدالله بن عمر التنفل فى وقت معين، غير أن المشهور عن جميع السلف، جواز ذلك فى الليل والنهار، وإدخاله لذلك فى هذا الباب دليل على أنه حمله على التنفل بالنهار.

* * *

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ النَّافِلَةِ فِي السَّفَرِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ كَانَ يَفْعَلُ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا على نحو ما ذكرناه من جواز التنفل بالليل والنهار.

وقوله: «قد بلغنى أن بعض أهل العلم كان يفعل ذلك» إظهاراً منه لاقتدائه فيه بغيره، وأنه لما عمل به أهل العلم ورواه قبله.

٣٤٨ - مَالِكٌ قَالَ: بَلَغَنِي عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَرَى ابْنَهُ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَتَنَفَّلُ فِي السَّفَرِ، فَلَا يُنْكِرُ عَلَيْهِ.

الشرح: قوله: «كان يرى ابنه عبدالله بن عمر يتنفل فى السفر» يحتمل أن يكون ذلك بالليل، فلا ينكر عليه لجوازه هذا، ويحتمل أن يكون ذلك بالنهار، فلا

٣٤٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٢٤.

٣٤٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٢٥.

كتاب الصلاة ٢٦٥
ينكر عليه لكثرة من خالفه فيه من الأئمة والعلماء، وهو الأشبه بنقل الخبر؛ لأن مثل هذا لا ينقل في الغالب إلا فيما فيه خلاف من السائل، وسمع بإنكار على فاعله، ولا خلاف بين الأئمة في جواز التنقل بالليل في السفر، وعلى هذا الظاهر أدخله مالك في باب صلاة النافلة في السفر بالنهار.

٣٤٩ - مَالِك، عَنْ عَمْرٍو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِي الْحُبَابِ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُصَلِّي، وَهُوَ عَلَى حِمَارٍ وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ إِلَى خَيْبَرَ.

الشرح: قوله: «يصلى، وهو على حمار، متوجه إلى خيبر» ظاهر هذا اللفظ لا يخص صلاة فريضة من صلاة نافلة، غير أنه قد علم بالإجماع المنع من صلاة الفرض على غير الأرض لغير عذر، فوجب حمله على صلاة النافلة، وصلاة الفريضة على الراحلة لا يخلو أن يكون لضرورة أو لغير ضرورة، فإن كان لغير ضرورة، فلا خلاف نعلمه في أن ذلك غير جائز، وإن كان لضرورة، فلا يخلو أن يكون لمخافة، وسنذكره في باب الخوف أو لمرض أو طين.

فإن كان لمرض فقد اختلف في ذلك قول مالك، ففي العتبية عنه من سماع ابن القاسم: لا يصلى المريض على محمله المكتوبة، وإن اشتد مرضه، وكان يومئذ. وقال في المختصر: إن كان لا يصلى في الأرض إلا إيماء، فيصلى في محمله.

وجه رواية المنع ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً». وهذا عام إلا ما خصه الدليل. ووجه الرواية الثانية أن مباشرة الأرض بالصلاة ليست من فروض الصلاة، ولو جاز ذلك لما جاز أن يصلى في علو ولا على حائل، وإنما يتعلق بها من أحكام الصلاة السجود، فإذا تعذر السجود، وصار إلى الإيماء سقط فرض الصلاة عليها.

فرع: فإذا قلنا بالمنع، فقد قال سحنون: من صلى على المحمل لشدة مرض أعاد أهدأ.

٣٤٩ - أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٠٠. والنسائي في الصغرى في المساجد حديث رقم ٧٤٠. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٢٢٦. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٥٠٤، ٥٠٨٠، ٥١٨٤، ٥٥٣٢، ٦٠٨٥.

٢٦٦..... كتاب الصلاة

وجه ذلك أن الصلاة على الأرض عنده من فرض الصلاة للحديث المتقدم. وأما الصلاة على السرير والدكان فجائز، رواه ابن القاسم عن مالك. وقال الشيخ أبو محمد: هو جائز للصحيح. ووجهه أن هذا جزء من الأرض ثابت فيها، فأشبهه الجبل، وإن كان غير ثابت، فنقول إنه موضوع في الأرض، فأشبهه الفراش والبنيان.

فصل: وأما صلاة النافلة على الراحلة، فلا خلاف في جواز ذلك في سفر القصر، واختلفوا في جواز ذلك فيما عداه، فمنعه مالك، وجوزه أبو يوسف في الحضر. والدليل على ما ذهب إليه الجمهور أن هذه صلاة، فلا يجوز الإتيان بها في الحضر على الراحلة كالقصر.

مسألة: إذا ثبت أنه لا يجوز ذلك في الحضر، فهل يجوز في سفر لا تقصر فيه الصلاة أو لا، منع منه مالك، وأجازه أبو حنيفة والشافعي في قصر السفر. والدليل على ما نقوله أن هذا حكم يختص بالسفر، فوجب أن يختص بسفر القصر. أصل ذلك القصر والفطر.

٣٥٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُصَلِّي عَلَى رَاحِلَتِهِ فِي السَّفَرِ حَيْثُ تَوَجَّهَتْ بِهِ. قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ دِينَارٍ: وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَفْعَلُ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «كان يصلي على راحلته في السفر» على نحو ما تقدم من حديث سعيد بن يسار غير أنه أفاد حديث ابن دينار تكرار ذلك منه بقوله: «كان يصلي» لأننا قد قدمنا أن هذا اللفظ لا يستعمل غالباً إلا فيما يتكرر.

وقوله: «حيث توجهت به» يريد إلى القبلة، وإلى دبرها، وإلى المشرق، وإلى المغرب.

٣٥٠ - أخرجه البخاري في الجمعة حديث رقم ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١١٠٥. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٠٠. والترمذي في تفسير القرآن حديث رقم ٢٨٨٣. والنسائي في الصغرى في الصلاة حديث رقم ٤٩٠. والسهو حديث رقم ١٢٠٠. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٤٧٢، ١٢٢٤، ١٢٢٦. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٥٠٤، ٤٧٠٠، ٤٩٣٦، ٤٩٨١، ٥٠٤٢، ٥١٦٧، ٥٣١٢، ٥٣٨٣، ٥٤٢٤، ٥٥٠٤، ٦٠٣٥، ٦١٢٠، ٦١٨٦. ودارمي في الصلاة حديث رقم ١٥٩٠.

وقد روى على بن زياد عن مالك في الذى يصلى على راحلته فى محمله مشرقاً أو مغرباً لا ينحرف إلى القبلة، وإن كان يسيراً، وليصل قبل وجهه.

وجه ذلك الاقتداء بالنبي ﷺ، فإنه كان يصلى على راحلته حيث توجهت به، ومفهوم ذلك أن يجلس عليها على هيئته التى يركبها عليها غالباً، ويستقبل بوجهه ما استقبلته الراحلة، فتقديره يصلى على راحلته إلى حيث توجهت به.

وقد كان يحتمل غير هذا التقدير من جهة اللفظ، وهو أن يريد أنه كان يصلى على راحلته، وهى حيث توجهت بقوله: «يصلى» وعلى التأويل الثانى بقوله: «على راحلته» غير أنه يمنع من هذا التأويل، أمران، أحدهما: أنه روى مفسراً، وهو ما روى عن عامر بن ربيعة أنه قال: رأيت رسول الله ﷺ، وهو على الرحل، يومئ برأسه قبل أى وجه توجه، ولم يكن رسول الله ﷺ يصنع ذلك فى الصلاة المكتوبة.

والوجه الثانى أنه لا فائدة فى ذكر قوله: «حيث توجهت به» إذا كان يتحرف إلى القبلة إلا ما فى قوله: «عن راحلته» إلا أن يحمله على أنه كان يصلى إلى حيث توجهت به، مع أن الإجماع قد انعقد على تجويز ذلك، وعلى حمل تأويل الحديث عليه.

مسألة: وهذا فى نفس الصلاة، وأما افتتاحها، فقد اختلفوا فيه، فذهب مالك إلى أن الافتتاح وغيره سواء. وقال الشافعى وابن حنبل: يفتتح الصلاة إلى القبلة، ثم يصلى كيف أمكنه.

والدليل على ما نقوله أن هذا جزء من الصلاة النافلة، فجاز أن يفعل فى السفر على الراحلة إلى حيث توجهت به كسائر الصلوات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن تنفل فى السفينة، فقد روى ابن حبيب عن مالك: يتنفل فيها حيث توجهت به كالدابة. وقال فى المدونة: لا يتنفل إلا إلى القبلة بخلاف الراحلة.

وجه الرواية الأولى أنها كثيرة التحرف إلى غير القبلة، فكانت المشقة تلحق باستقبال القبلة فيها كالراحلة. ووجه الرواية الثانية واسعة للانحراف. فيها كالأرض بخلاف الراحلة.

٣٥١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: رَأَيْتُ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ فِي السَّفَرِ، وَهُوَ

٣٥١ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١١٠٠. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها

حديث رقم ٧٠٢. والنسائى فى الصغرى فى المساجد ٧٤١. وأحمد فى المسند حديث رقم

يُصَلِّي عَلَى حِمَارٍ وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ إِلَى غَيْرِ الْقِبْلَةِ، يَرْكَعُ وَيَسْجُدُ إِيمَاءً مِنْ غَيْرِ أَنْ يَضَعَ وَجْهَهُ عَلَى شَيْءٍ.

الشرح: ذكر في هذا الحديث توجه أنس إلى غير القبلة، وظاهره من طريق العادة أنه كان مستقبل غير القبلة، ويحتمل من جهة اللفظ أن يكون قوله: «وهو متوجه» راجعاً إلى الحمار. وقد روى عنه مفسراً. وقال ابن سيرين: استقبلنا أنساً حين قدم من الشام، فلقينا بعين التمر، فرأيتَه يصلي على حمار، ووجهه من ذا الجانب، يعني من يسار القبلة، فقلت: رأيتك تصلي لغير القبلة، فقال: لولا أنني رأيت رسول الله ﷺ يفعلُه لم أفعله. وقوله: «يركع ويسجد إيماء» يريد أنه يشير إلى الركوع والسجود، ولا يأتي به على هيئته، وهذه سنة الصلاة على الراحلة.

والدليل على ذلك حديث ابن ربيعة المتقدم «يومئ برأسه إيماء قبل أي وجه توجه بوجهه».

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجب أن يكون إيماء سجوده أخفض من إيماء ركوعه لما روى عن جابر «بعثنى رسول الله ﷺ لحاجة، فجئت، وهز يصلي على راحلته نحو المشرق، ويومئ إيماء السجود أخفض من الركوع».

فروع: وهذا لمن كان على الراحلة، فأما من كان في الأرض، فتنفل يجوز أن يومئ في النافلة لغير عذر. وروى عيسى عن ابن القاسم: لا يومئ الجالس من غير عذر. قال عيسى: في النوافل وغيرها. وقال ابن حبيب: له أن يومئ في النوافل من غير عذر، كما له أن يدع القيام في النوافل من غير علة. وقد روى عيسى عن ابن القاسم أنه إن أوماً في النوافل أجزاءه، وكأنه ذهب إلى الكراهية.

وظاهر قول عيسى المنع. وجهه أن الإيماء ليس بهيئة من هيئات الصلاة، فلا يكون بدلاً من الركوع والسجود والجلوس من هيئة الصلاة، فجاز أن يكون بدلاً من القيام في النافلة.

مسألة: ولا يجوز له أن يسجد على الكور ولا على القربوس، وإنما سنته أن يومئ إيماء، قاله ابن حبيب. ووجه ذلك أن سنته الإيماء لأنه لا يقدر على مباشرة الأرض، ولا ما يقوم مقامها بالسجود كالمضطجع. ووجه آخر، وهو أن ما تعلق به الرخصة في صلاة النافلة على الراحلة، فإنما تتعلق به على وجه الوجوب دون الجواز كاستقباله حيث توجهت به راحلته.

صلاة الضحى

٣٥٢ - مَالِك، عَنْ مُوسَى بْنِ مَيْسَرَةَ، عَنْ أَبِي مُرَّةٍ مَوْلَى عَقِيلِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ أُمَّ هَانِئِ بِنْتَ أَبِي طَالِبٍ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى عَامَ الْفَتْحِ ثَمَانَ رَكَعَاتٍ مُلْتَحِفًا فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ.

الشرح: قولها: «أن رسول الله ﷺ عام الفتح ثمان ركعات» تريد بذلك أنه صلاها نافلة، ولم تبين ذلك في هذا الحديث، وسيرد بيانه بعد هذا، وليست صلاة الضحى من الصلوات المحصورة بالعدد، فلا يزداد عليها ولا ينقص منها، ولكنها من الرغائب التي يفعل الإنسان منها ما أمكنه، وإن قصد بذلك التأسي بالنبي ﷺ فليصلها ثمان ركعات من غير أن يجعل ذلك حدًا، ولا بأس به، وليس ما صلاه النبي ﷺ منها يوم رآته أم هانئ حدًا لذلك، وإنما هو إيماء إلى أنه مقدار ما صلاه النبي ذلك اليوم، وإن كان في غيره من الأيام التي كان يصلى فيها ذلك الوقت ربما نقص من ذلك، وربما زاد، ولعله كان ذلك المقدار الذي كان يقدر عليه إذا صلى هذه الصلاة كما روى عنه أنه كان يصلى من الليل إحدى عشرة ركعة، وإن لم يكن ذلك بحد ولا تقدير لصلاة الليل، وإنما ذلك مقدار ما استطاع من ذلك أو ما اختار لنفسه مع ما رزق من القوة على ذلك.

فصل: وليس في قولها: «ثمان ركعات» ما يدل على أنه كان يسلم من كل ركعتين ولا أنه صلاها كلها بإحرام واحد، وإنما قصدت إلى ذكر عدد الركعات، وقد روى ابن وهب في حديث أم هانئ أنه سلم من ركعتين.

٣٥٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ أَنَّ أَبَا مُرَّةٍ مَوْلَى عَقِيلِ

٣٥٢ - أخرجه البخارى فى الغسل حديث رقم ٢٨٠. والصلاة حديث رقم ٣٥٧. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٣٣٦. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٤٣٦. والاستئذان والآداب حديث رقم ٢٦٥٨. والنسائى فى الصغرى فى الطهارة حديث رقم ٢٢٥. والغسل والتيمم حديث رقم ٤١٥. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٢٩٠. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٣٧٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٦٣٤٧، ٢٦٣٥٦، ٢٦٨٣٣، الدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٥٢، ١٤٥٣.

٣٥٣ - أخرجه البخارى فى الغسل حديث رقم ٢٨٠. والصلاة حديث رقم ٣٥٧. والجمعة حديث رقم ١١٠٤، ١١٧٦. والجزية والموادعة حديث رقم ٣١٧١. والأدب حديث رقم ٦١٥٨. ومسلم فى الحيض حديث رقم ٣٣٦. وصلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٣٣٦، ٧٣٠. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ١٢٩٠. والزكاة حديث رقم ١٦٣٣. وابن ماجه فى =

ابن أبي طالب أخبره أنه سمع أم هانئ بنت أبي طالب تقول: ذهبت إلى رسول الله ﷺ عام الفتح فوجدته يغتسل، وفاطمة ابنته تسترهُ بثوب، فقالت: فسلمتُ عليه، فقال: من هذه؟ فقلت: أم هانئ بنت أبي طالب، فقال: مرحباً بأم هانئ، فلما فرغ من غسله قام فصلى ثمان ركعات ملتجفاً في ثوبٍ واحدٍ ثم انصرف، فقلت: يا رسول الله زعم ابن أُمى علي أنه قاتل رجلاً أجرته فلانُ بن هبيرة، فقال رسول الله ﷺ: «قد أجرنا»^(١) من أجرته يا أم هانئ، قالت أم هانئ: وذلك ضحى.

الشرح: قولها: «ذهبت إلى رسول الله ﷺ عام الفتح» ذهابها هذا كان بمكة.

وقولها: «فوجدته يغتسل وفاطمة ابنته تستره» فيه ستر ذوى المحارم من النساء من لم يحرم عليهن من الرجال.

وقولها: «فسلمت عليه، فقال: من هذه» يحتمل أنه لم يعرفها بنطقها بالسلام.

وقد استدل بهذا بعض من زعم أن شهادة الأعمى لا تجوز على أن الأصوات لا يقع التمييز بها، وليس فيه تعلق؛ لأن من يميز ذلك لا يقول إن كان من سمع متكلمًا يميز صوته، ولكنه يقول: إن منها ما يقع به التمييز.

فصل: وقوله ﷺ: «مرحبا بأم هانئ» من كرم الأخلاق الترحب بالأهل والتأنيس لهم، وتأخيرها سؤال حاجتها حتى قضى صلاته من حسن التساؤل وجميل الأدب أنها تركته حتى تفرغ لحاجتها، وخلا لسماع شفاعتها، والنظر في أمرها.

فصل: وقولها: «زعم ابن أُمى علي» إخبار عن قرب محله منها مع ما يريد من مخالفتها أنه قاتل رجلاً أجرته، فكان ابن هبيرة، وهذا جسده، وكانت أم هانئ أجرته لموضعها.

وقد اختلف الفقهاء في جواز تأمين المرأة والعبد والصبي، يجوز ذلك مالك، وسيأتي بيانه في كتاب الجهاد إن شاء الله، وليس في هذا الحديث بيان لجواز حوار المرأة إلا من

=الطهارة وسنها حديث رقم ٤٧٢، ٦٢٢. وإقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٣٦، ١٣٧٩، ١٣٨٩. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٦٣٤٧، ٢٦٣٥٦، ٢٦٨٣٣. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٩٠.

(١) الإجارة: عهد بالمنع والحماية.

حيث أقرها على قولها: قد أجرته، ولم ينكر عليها ذلك.

فصل: وقولها: «وذلك ضحى» تبين أن دخولها عليه وصلاته كانت ضحى، وليس ذلك بوقت صلاة فرض، وهذا أصل في صلاة الضحى. على أن صلته تلك تحتمل أن يكون ﷺ فعل ذلك لما اغتسل، وجدد طهارته، لا لقصد للوقت إلا أنه قد روى أنها سأته، فقالت له: «ما هذه الصلاة؟ فقال: صلاة الضحى» فأجابها إلى الوقت.

وقد روى عن أنس أن النبي ﷺ صلى الضحى يوماً برجل ضخم من الأنصار، وكان لا يستطيع الصلاة معه، فدعاه إلى بيته، وصنع له طعاماً، فصلى عنده النبي ﷺ ركعتين، فقال لأنس: أكان النبي ﷺ يصلى الضحى. قال: لم أره صلاحاً إلا يومئذ.

وقد روى عن أبي هريرة أنه قال: أوصاني خليلي بثلاث لا أدعهن حتى أموت: صوم ثلاثة أيام من كل شهر، وصلاة الضحى، ونوم على وتر.

٣٥٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بِنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنهَا قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُصَلِّي سُبْحَةَ الضُّحَى قَطُّ، وَإِنِّي لَأَسْتَجِبُهَا وَإِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيَدْعُ الْعَمَلَ وَهُوَ يُجِبُّ أَنْ يَعْمَلَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَعْمَلَ بِهِ النَّاسُ فَيُفْرَضَ عَلَيْهِمْ.

الشرح: قولها: «ما رأيت رسول الله ﷺ يصلى سبحة الضحى قط» هذا صحيح عنها. وقد روى عنها من حديث معاذة أنها سألت عائشة: كم كان رسول الله ﷺ يصلى الضحى؟ قالت: أربع ركعات.

وروى في هذا الحديث أبو عبد الرحمن القسام، وقال: خالفها عروة وعبدالله بن سفيان، وليس الأمر على ما ذهبوا إليه؛ لأن عروة إنما روى عنها نفي صلاة الضحى لغير سبب، والذي روته معاذة عنها أنه صلاحاً لسبب، وذلك إذا قدم من سفر أو غيره.

وقد رواه شعبة عن يزيد الرشك عن معاذة قالت: سألت عائشة أكان رسول الله ﷺ يصلى الضحى؟ فقالت: نعم، إذا جاء من سفر، فيحمل على هذا رواية عروة على نفي صلاحها لغير سبب، وقد بين ذلك عبدالله بن سفيان في رواية قال: قلت لعائشة:

٣٥٤ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١١٢٨. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧١٨. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٢٩٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٣٦، ٢٤٠٣٠، ٢٤٨٣٥، ٢٤٨٣٥، ٢٤١٩٦، ٢٥٢٧٨، ٢٥٣٤٢، ٢٥٤٨٠.

هل كان النبي ﷺ يصلى الضحى؟ قالت: لا، إلا أن يجيء من مغيبه.

فصل: وقولها: «وانى لأستحب» هكذا رواه يحيى بن يحيى الليثى، ورواه غيره «وانى لأستحبها تعنى أنها تنفل بها، وإنما كانت تفعل ذلك وتؤثرها على النوافل فى سائر الأوقات لها لحديث أم معاذ. وأما حديث أبى هريرة، ولعلها قد سمعت منه الخض عليها، وأنه ﷺ إنما ترك مداومة عليها لما ذكرته، وهو قولها: «وان كان رسول الله ﷺ ليدع العمل وهو يجب أن يعمل خشية أن يعمل به الناس فيفرض عليهم ﷺ» تعنى أن النبي ﷺ قد كان علم من متابعة أصحابه له واقتدائهم بصلاته ما إن داوم على عمل من الأعمال داوموا عليه، ولم يتركوه، وكان يخشى إذا داوموا على عبادة أن تفرض عليهم، وكان يجب التخفيف عنهم من الفروض، لأن بتركها يقع العصيان وعلى هذا ترك مداومة القيام لرمضان فى جماعة خشية أن يفرض على الناس، وكان بالمؤمنين رحيمًا. وإنما أمر أبى هريرة بصلاة الضحى على أحد وجهين، أحدهما: أنه أفرد به، وعلم أنه لا يثابر عليه الصحابة لمداومة أبى هريرة عليه، فأما أن يفرض عليهم بذلك، والثانى أن يكون أوصاه أن يداوم عليه بعد موت النبي ﷺ وذلك وقت لا يفترض على الناس شىء بمداومتهم عليه.

٣٥٥ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا كَانَتْ تُصَلِّي الضُّحَى ثَمَانِيَّ رَكَعَاتٍ، ثُمَّ تَقُولُ لَوْ نُشِرَ لِي أَبَوَايَ مَا تَرَكْتُهُنَّ.

الشرح: قوله: «أنها كانت تصلى الضحى ثمان ركعات» يحتمل أنها كانت تفعل ذلك بخبر منقول عن النبي ﷺ كخبر أم هانئ، ولذلك اقتصرنا على هذا الأمر، ويحتمل أن يكون هذا المقدار هو الذى كان يمكنها المداومة عليه.

وقولها: «لو نشر لى أبواى ما تركتهن» أى لو بعنا وأحييا ما تركتهن، وذلك دليل على قوة فضيلتها عندها وتأكد أمرها.

* * *

جامع سبحة الضحى

٣٥٦ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ

٣٥٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٣٢.

٣٥٦ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٣٨٠. ومسلم فى المساجد ومواضع الصلاة-

جَدَّتُهُ مَلِيكَةً دَعَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِطَعَامٍ، فَأَكَلَ مِنْهُ ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: قُومُوا فَلَأُصَلِّيَ لَكُمْ، قَالَ أَنَسٌ: فَقُمْتُ إِلَى حَصِيرٍ لَنَا قَدْ اسْوَدَّ مِنْ طُولِ مَا لُبَسَ، فَنَضَحْتُهُ بِمَاءٍ، فَقَامَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَصَفَفْتُ أَنَا وَالْيَتِيمُ وَرَأَاهُ وَالْعَجُوزُ مِنْ وَرَائِنَا، فَصَلَّى لَنَا رَكَعَتَيْنِ ثُمَّ أَنْصَرَفَ.

الشرح: إجابة النبي ﷺ مليكة لطعامها؛ لما كان عليه من التواضع، وقربه من المساكين، ومخالطته لهم ورفقه بهم.

وقوله ﷺ: «قوموا فلأصل لكم» يريد أن يخصهم ببركة صلاته ودعائه أو يريد أن يعلمهم بالمشاهدة والقرب.

فصل: وقول أنس: «فقمتم إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس» يقتضى قلة ما عندهم من الحصر، وإلا فلم يكونوا يخصون النبي ﷺ إلا بأفضل ما عندهم مما يصلح للصلاة، وإنما نضح بالماء على سبيل تجديد نظافته وطهارته لأنه ربما وقع في النفس من طول لبسه أنه لا يسلم من أن يناله شيء من النجاسة، فنضحه؛ لينذهب ما فى النفس من ذلك، لما كان النضح طهور لما لم يتيقن طهره. والظاهر أنه إنما نضح لما خيف أن يناله من النجاسة؛ لأنهم كانوا يلبسونه، ومعهم صبي فطيم اسمه أبو عمير.

وقد أخرج البخارى فى الأدب حديثاً عن أبى التياح عن أنس، قال: كان النبى ﷺ أحسن الناس خلقاً، وكان لى أخ يقال له أبو عمير، قال: أحسبه فطيماً، وكان إذا جاء قال: يا أبا عمير ما فعل النغير، نغير كان يلعب به، فرمما حضر الصلاة، وهو فى بيتنا، فيأمر بالبساط الذى تحته فيكنس وينضح، ثم يقوم ونقوم خلفه، فيصلى بنا.

فوجه الدليل أنه أمر بالنضح، وظاهر الأمر الوجوب، وهو والله أعلم، بما أخبر به من طول لبسهم للبساط مع تصرف الطفل الذى لا يتوقى النجاسة فيه.

وقال القاضى أبو إسحاق: إنما غسله ليلين، وهذا ليس بيبين، لأنه قد تقدم من كلامه ما يدل على أن نضحه لم يكن لجساوته، وإنما كان لأجل لونه، وطول لبسه، وقد يَحْتَمِلُ أن يكون النضح بمعنى الغسل، وأن يكون غسله لنجاسة فيه أو لونه، والأول هو أظهر.

= حديث رقم ٦٥٨. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٢١٧. والنسائى فى الصغرى فى الإمامة حديث رقم ٨٠١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٦١٢. وأحمد فى المسند حديث رقم ١١٩٣١، ١٢٠٩٨، ١٢٢٦٩. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٢٨٧.

فصل: وقوله: «فقام عليه رسول الله ﷺ» دليل على جواز القيام فى الصلاة على ما كان من نبات الأرض لم يتغير عن حكم الأصل، وقد ألحق بذلك فى جواز القيام أنواع من الثياب وغيره كالقطن والصوف والكتان، وسنذكره بعد هذا إن شاء الله.

فصل: وقوله: «فصفت أنا واليتيم وراءه» البيتيم هو ضميرة، وهو جد حسين بن عبدالله بن ضميرة، وهذا يقتضى أن يكون اليتيم ممن يعقل الصلاة وإلا لم يعتد به فى جماعة المؤمنين، وهذا مما يدل على أن المصلين وراء الإمام يقفان وراءه.

وقوله: «والعجوز من ورائنا» دليل على تأخر النساء عن صفوف الرجال، وقد تقدم ذكره. ويقتضى ذلك أن المرأة المفردة إذا صلت خلف الصف صحت صلاتها، ولا خلاف فى ذلك نعلمه.

وأما الرجل يصلى خلف الصف، فقد قال مالك: صلاته صحيحة، وبه قال حنيفة والشافعى. وقال ابن حنبل وأبو ثور: تبطل صلاته.

والدليل على ما نقوله أن هذا مقام لو صلت فيه المرأة صحت صلاتها، فإذا صلى فيه الرجل صحت صلاته كالصف.

فصل: وقوله: «فصلى لنا ركعتين ثم انصرف» يقتضى فى الأغلب أنها نافلة؛ لأن الفرائض إنما كان يصليها فى مسجده، وليس فى الحديث ما يدل على أنها كانت صلاة الضحى. وقد أدخل مالك هذا الحديث فى باب سبحة الضحى، وقد تقدم من حديث أنس أنه لم ير رسول الله ﷺ يصلى الضحى إلا مرة فى دار رجل من الأنصار سألته أن يصلى فى بيته ليتخذ مكانه مصلى، ولكنه يتحرج ذلك على وجهين، أحدهما: أن يكون مالك قد بلغه أن صلاته فى دار مليكة كانت ضحى، وأنه لما اعتقد فيها أن المقصود منها التعليم دون الوقت لم يعتقدها صلاة الضحى. والوجه الثانى أن يكون مالك لم يبلغه ذلك، ولكنه لما كانت صلاة الضحى عنده نافلة محضة، ناب ذكر هذه النافلة عن ذكرها وقام مقامها.

٣٥٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلْتُ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ بِالْهَاجِرَةِ، فَوَجَدْتُهُ يُسَبِّحُ، فَقُمْتُ وَرَاءَهُ، فَقَرَّبَنِي حَتَّى جَعَلَنِي جِذَاءَهُ عَنِ يَمِينِهِ، فَلَمَّا جَاءَ يَرْفَأُ تَأَخَّرْتُ فَصَفَّقْنَا وَرَاءَهُ.

كتاب الصلاة ٢٧٥

الشرح: قوله: «دخلت على عمر بن الخطاب بالهاجرة فوجدته يسبح» إدخال مالك، رحمه الله، هذا الحديث في باب سبحة الضحى يدل على أحد أمرين، إما أنه أدخل ذلك لما كان حكم هذه الصلاة عنده حكم صلاة الضحى في أنها نافلة محضة. والثاني: أن يكون هذا وقت صلاة الضحى عنده، والهاجرة هو وقت قوة الحر.

وقد روى عن زيد بن أرقم أنه رأى قوماً يصلون من الضحى، فقال: أما لقد علموا أن الصلاة في غير هذا الوقت أفضل أن رسول الله ﷺ قال: «صلاة الأوابين حين ترمض الفصال».

فصل: وقوله: «فقيمت وراءه فقربني حتى جعلني حذاءه» دليل على جواز الإمامة في النافلة. وقد قال ابن حبيب في تفسير هذا الحديث: وهذا لا بأس أن يفعله الناس اليوم في الخاصة، وليس من الأمر الذي توأطأت عليه العامة أن يصلى الرجل بالنفر في سبحة الضحى وغيرها من النافلة بالليل والنهار في غير نافلة رمضان، إلا إذا كان النفر قليلاً، الرجلين والثلاثة ونحوهم، من غير أن يكون ذلك كثيراً مشهوراً، وكذلك قال مالك.

فصل: وقوله: «فقربني حتى جعلني حذاءه» موافق لما تقدم ذكره أن موقف المصلي بصلاة الإمام عن يمينه، فإذا خالف ذلك، فمن سنة الإمام أن يعلمه بالإشارة، وأن يقيمه عن يمينه، وكذلك فعل رسول الله ﷺ بابن عباس حين قام عن يساره، فأداره عن يمينه.

فصل: وقوله: «فلما جاء يرفاً تأخرت فصفنا وراءه» موافق لما تقدم من أن المؤمنين بالإمام يقفان خلفه، وفيه انتقال المأموم عن محله إذا دخل معه في الصلاة من ينتقل من أجله عن ذلك المقام إلى غيره، ولا يقيم على الوقوف في المكان الذي لزمه الوقوف فيه أول صلته.

* * *

التشديد في أن يمر أحد بين يدي المصلي

٣٥٨ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ،

٣٥٨ - أخرجه البخاري في الصلاة حديث رقم ٥٠٩. وبدء الخلق حديث رقم ٣٢٧٥. ومسلم في الصلاة حديث رقم ٥٠٥. والنسائي في الصغرى في القبلة حديث رقم ٧٥٧. والقسامة حديث رقم ٤٨٦٠. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٦٩٧، ٦٩٩، ٧٠٠. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ٩٥٤. وأحمد في المسند حديث رقم ١٠٩٠٦، ١١٠٠١، ١١٠٦٧، ١١١٤٦، ١١٢١٣. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٤١١.

٢٧٦ كتاب الصلاة

عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ يُصَلِّي، فَلَا يَدَعُ أَحَدًا يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْهِ وَلَيْدَرَاهُ مَا اسْتَطَاعَ، فَإِنْ أَبِي فَلْيُقَاتِلْهُ فَإِنَّمَا هُوَ شَيْطَانٌ».

الشرح: قوله: «إذا كان أحدكم يصلي فلا يدع أحدًا يمر بين يديه» هذا يكون على نوعين، أحدهما: يكون المصلي به عاصيًا. والثاني: لا يكون المصلي عاصيًا. فأما الذى يكون المصلي به عاصيًا، بأن يصلى إلى غير سترة فى موضع يغلب عليه المرور بين يديه، فهذا قد عرض نفسه لما لا يجوز من المرور بين يديه، فمتى مر أحد بين يدي المصلي فقد أثم المار والمصلي، أما إثم المار، فلأنه ارتكب المحذور، وأما أثم المصلي، فلأنه عرض نفسه لذلك.

وأما ما لا يكون المصلي به عاصيًا، فعلى ضربين، أحدهما: أن يصلى إلى سترة. والثاني: أن يصلى إلى غير سترة فى الموضع الذى لا يظن أن يمر أحد فيه بين يديه كالبرارى والقفار. وفى هذا اختلاف، قال ابن القاسم: ليس عليه أن يصلى إلى سترة حيث يغلب على ظنه أنه لا يمر بين يديه أحد. وقال ابن حبيب: من شأن المصلي أن لا يصلى إلا إلى سترة أمن أن يمر بين يديه أحد أو لم يأمن.

وجه ما قاله ابن القاسم الحكم بغلبة الظن. ووجه ما قاله ابن حبيب الاحتياط والتحرز.

مسألة: فمن صلى إلى سترة أو إلى غير سترة حيث يجوز له أن يصلى دونها، فمر أحد بينه وبين السترة أو بين يديه، فقد أثم المار ولا يَأْثَمُ المصلي لأنه فعل ما يجوز له فعله، ولا يخلو المار بين يدي المصلي أن يمر بالقرب منه حيث يمكنه رده دون أن يتكلف خطأ ولا كبير عمل أو يمر بالبعد حيث لا يمكنه ذلك إلا بالمشى إليه، والعمل الكثير.

فإن أمكنه ذلك دون مشى ولا تكلف عمل، فهو مأمور برده ودرئه ما استطاع بما خلف، فإن رجع وإلا فلا ينزعه، فإن ذلك أشد من مروره، وما ورد فى الحديث، «فإن أبى فليقاتله، وإنما هو شيطان»، يحتمل أن يريد به فليلعنه، فإن المقاتلة تكون فى اللغة والشرع بمعنى اللعن، قال الله تعالى: ﴿قَاتِلِ الْخَرِصُونَ﴾ [الذاريات: ١٠] وقال: ﴿قَاتِلْهُمْ اللَّهُ أَنَّى يُؤْفَكُونَ﴾ [التوبة: ٣٠] قيل معناه لعنهم الله.

ويحتمل أن يريد به، فليؤاخذه على ذلك بعد تمام صلاته، ويدفعه على فعله. وقيل معناه فليدفعه دفعًا أشد من الدرء، منكرًا عليه ومغلظًا له، وقد يسمى ذلك مقاتلة على سبيل المبالغة، ويعدل عن ظاهر المقاتلة بالإجماع على أنه لا يجوز أن يقاتله المقاتلة التى

كتاب الصلاة ٢٧٧
تفسد صلاته. وروى ابن نافع عن مالك: بمنعه بالمعروف، وقد درأ رجل رجلا فكسر
أنفه، فقال له عثمان: لو تركته فيمر لكان أهون من هذا.
مسألة: وأما إن كان لا يصل إلى درئه إلا بالمشى إليه، فقد قال أشهب: يرد
بالإشارة، فإن فعل وإلا تركه، فهذا وجه صحيح؛ لأن الإشارة عمل يسير فى الصلاة،
والمشى عمل كثير.

مسألة: وهذا الرد كله إنما هو ما لم يتقدم مروره بين يديه، فأما إذا مر، فلا يرده،
رواه ابن القاسم عن مالك، لأن رده بعد أن جاوزه مرور ثان بين يديه.

٣٥٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ
زَيْدَ بْنَ خَالِدٍ الْجُهَنِيَّ أَرْسَلَهُ إِلَى أَبِي جُهَيْمٍ يَسْأَلُهُ مَاذَا سَمِعَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي
الْمَارِّ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّي، فَقَالَ أَبُو جُهَيْمٍ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَوْ يَعْلَمُ الْمَارُّ بَيْنَ
يَدَيْ الْمُصَلِّي مَاذَا عَلَيْهِ لَكَانَ أَنْ يَقِفَ أَرْبَعِينَ خَيْرًا لَهُ مِنْ أَنْ يَمُرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ». قَالَ
أَبُو النَّضْرِ: لَا أَدْرِي أَقَالَ أَرْبَعِينَ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا أَوْ سَنَةً.

الشرح: قوله: «أرسله إلى أبي جهيم يسأله ماذا سمع من رسول الله ﷺ فى المار
بين يدي المصلى» من باب طلب العلم والسؤال عنه، وفيه استنابة غيره فى السؤال، إما
لشغل أو غيره، وفيه قبوله لخبر الواحد عن الواحد، وتسامحه بالنزول فى الرواية،
وسماع الحديث من التابع مع قدرته على سماعه من الصحابي، على أنه يحتمل أن
يكون أرسله ليعلم هل عنده من ذلك علم فيلقاه فيأخذه عنه، والأول أظهر من جهة
اللفظ؛ لأنه سأل ما سمع من رسول الله ﷺ فيه، فلو أراد أن يعلم أو كان عنده من
ذلك علم لأرسله إليه يسأله هل يسمع من رسول الله ﷺ فى المار بين يدي المصلى شيئاً
أم لا؛ لأن هذا اللفظ يستعمله من شك فى السماع، واللفظ الأول يستعمله من يقن
السماع.

فصل: وقوله ﷺ: «لو يعلم المار بين يدي المصلى ماذا عليه» يعنى من الوزر والإثم
«لكان أن يقف أربعين خيراً له» ومعنى ذلك أنه لو علم ماذا عليه من الإثم لاختار

٣٥٩ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٥١٠. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٥٠٧.
والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٣٠٨. والنسائى فى الصغرى فى القبلة حديث رقم ٧٥٦.
وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٧٠١. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم
٩٤٥. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٧٠٨٩. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤١٦،
١٤١٧.

٢٧٨ كتاب الصلاة

وقوف أربعين على مروره بين يديه، وإن كان ظاهر اللفظ يقتضى أنه لو علم بذلك لكان وقوفه خيراً له، وأنه إذا لم يعلم بذلك لم يكن خيراً له، وعظم الإثم فى مروره بين يدي المصلى أن لا يقف على معرفة المار بقدره، وإنما معنى ذلك من جهة اللفظ أنه لو علم بذلك لكان وقوفه أربعين خيراً له عنده. بمعنى أنه كان يؤثره على المرور بين يدي المصلى.

فصل: وقول أبى النضر: «لا أدري أقال: أربعين يوماً أو شهراً أو سنة» يقتضى أنه قد نص له على أحدهما، وشك أبو النضر فيما ذكر بسر من ذلك، والغرض به معلوم وهو التغليظ فى المرور بين يدي المصلى، وإشارة إلى عظيم ما يرتكبه المار بين يديه.

٣٦٠ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ كَعْبَ الْأَحْبَارِ قَالَ: لَوْ يَعْلَمُ الْمَارُّ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّي مَاذَا عَلَيْهِ لَكَانَ أَنْ يُخَسَفَ بِهِ خَيْرًا لَهُ مِنْ أَنْ يَمُرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ.

الشرح: قوله: «لو يعلم المار بين يدي المصلى ماذا عليه» على ما تقدم.

وقوله: «لكان أن يخسف به خيراً له» ومعنى الخسف به أن يخسف بالأرض التى هو عليها وهو تهورها، فيصير هو معها فى أطباق الأرض، فلو علم المار بين يدي المصلى بما عليه لاختار ذلك مع ما فيه على إثم المرور بين يدي المصلى.

٣٦١ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَمُرَّ بَيْنَ أَيْدِي النِّسَاءِ وَهُنَّ يُصَلِّينَ.

الشرح: كراهيته للمرور بين يدي النساء وهن يصلين، يحتمل معنيين، أحدهما: أن يكون يكره ذلك كما يكره المرور بين يدي المصلين من الرجال. والوجه الثانى أنه خص النساء بذلك لدخوله إلى المسجد وخروجه منه، وهو فى آخر الصفوف فكره المرور بين أيديهن إذا صلين، وإن كن فى طريقه.

٣٦٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْ أَحَدٍ وَلَا يَدْعُ أَحَدًا، يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْهِ وَهُوَ يَصَلِي.

٣٦٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٣٧.

٣٦١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٣٨. كشف الغمة ١/٩٤.

٣٦٢ - انفرد به مالك.

الشرح: قوله: «كان لا يمر بين يدي أحد» لما جاء في ذلك من التغليظ على من مر بين يدي المصلي.

وقوله: «ولا يدع أحدًا يمر بين يديه» لما ذكرناه من أمره ﷺ للمصلي أن يدرأ من يمر بين يديه في الصلاة، فيتعلق المنع من المرور بين يدي المصلي بالمار لحديث أبي جهيم وبالمرور بين يديه لحديث أبي سعيد في الأمر له بمنعه.

فرع: ومن باب المرور بين يدي المصلي مناولة الشيء بين يديه؛ لأن ذلك مما يشغل المصلي ويقطع عليه الإقبال على صلاته، وإنما يمنع المرور بين يديه بهذا المعنى. وقد روى ابن القاسم عن مالك في المجموعة أنه كره أن يتكلم من عن يمنة المصلي ومن على يساره. قال: وحسن أن يتأخر عنهما. ووجه ذلك ما ذكرناه أنه مما يشغل المصلي بما يجرى بين يديه، فإذا تأخر عنهما فقد صار مصليًا خلفهما.

* * *

الرخصة في المرور بين يديه المصلي

٣٦٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُثَيْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: أَقْبَلْتُ رَأِيًا عَلَى آتَانٍ (١) وَأَنَا يَوْمَئِذٍ قَدْ نَاهَزْتُ الْإِحْتِلَامَ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُصَلِّي لِلنَّاسِ بِمِنَى، فَمَرَرْتُ بَيْنَ يَدَيْ بَعْضِ الصَّفِّ، فَتَزَلْتُ فَأَرْسَلْتُ الْآتَانَ تَرْعُ، وَدَخَلْتُ فِي الصَّفِّ فَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ عَلَيَّ أَحَدًا.

الشرح: قول مالك، رحمه الله، في الترجمة «الرخصة في المرور بين يدي المصلي» الرخصة في الشرع بمعنى الإباحة للضرورة أو للحاجة، وقد تستعمل في إباحة نوع من جنس ممنوع، وهذه الترجمة تحتل معنيين، أحدهما: أن تكون الألف واللام لاستغراق

٣٦٣ - أخرجه البخاري في العلم حديث رقم ٧٦. والصلاة حديث رقم ٤٩٣. والحج حديث رقم ١٨٥٧. والأذان حديث رقم ٨٦١. والمغازي حديث رقم ٤٤١٢. ومسلم في الصلاة حديث رقم ٤٦٨، ٥٠٤. والترمذي في الصلاة حديث رقم ٣٠٩، ٣٣٧. والنسائي في الصغرى في الطهارة حديث رقم ٢٤٠. والقبلة حديث رقم ٧٥٢، ٧٥٤، ٧٦٠، ٧٦٢. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٧١٥، ٧١٦، ٨٤١، ٨٤٢. وابن ماجه في إقامة السنة فيها حديث رقم ٩٧٤. وأحمد في المسند حديث رقم ١٨٩٤، ٢٣٧٢، ٢٨٠١، ٣٠١٠، ٣١٥٧، ٣٢٩٦، ٣٤٤٤. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٤١٥، ١٤٥١.

(١) الآتان: أثنى الحمار.

جنس المصلى، وتكون الرخصة تناولت بعض أحواله، وهو أن يكون مأموماً، والثانى أن تكون الألف واللام للعهد، فتكون الإباحة تناولت مصلياً معهوداً تقدم ذكره، وهو المأموم.

فصل: وقوله فى الحديث: «أقبلت راكباً على أتان وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام» أى قاربته ووصفه لنفسه بذلك، يفيد أن إقرار النبى ﷺ له على المرور بين يديه بعض الصف دليل على إباحته لأنه قد كان يعقل الأمر والنهى ويصح منه امتثالهما. وقد ورد الشرع بتقرير من هو دون هذا السن على الشرائع، ومنعه من المحظورات، وقد نزع ثمرة من الصدقة من فى الحسين بن على، وقال: أما علمت إنا لا نأكل الصدقة.

فصل: وقوله: «ورسوله ﷺ يصلى للناس بمنى» يريد أنه يؤمهم، ولذلك وصفه بأنه يصلى لهم، ولو كان يصلى فذاً لما كانت صلاته لهم.

فصل: وقوله: «فمررت بين يديه فى بعض الصف» يريد الصف الذى يأتمون بالنبى ﷺ، وكان مروره على الصفه التى ذكرها من كونه على الأتان، فنزل من عليها وأرسلها، ولا يخلو أن يكون أرسلها بين يديه بعض الصف أو أرسلها بحيث لا يأمن أن تمر بين يديه، وكان دخوله بعد ذلك فى الصف مع المصلين.

فصل: وقوله: «فلم ينكر ذلك على أحد» دليل على جواز فعله؛ لأن النبى ﷺ لا يقر على المنكر.

ووجه ذلك أنه لا يصح فى الأغلب أن يخفى عليه مرور عبدالله بن عباس على الأتان بين يديه بعض الصف. ووجه آخر وهو أن عبدالله بن عباس لم يكن ليخبر ويحتج بأنه لم ينكر عليه فعله إلا لفائدة، وهى أن يكون علم بفعله، فأقره عليه من يلزم إقراره وإنكاره.

ومعنى ذلك أن الإمام سترة لمن وراءه، ولذلك لم يكره المرور بين يديه المصلى المأموم، وكره المرور بين يديه الإمام، فأبعد، ولذلك كان النبى ﷺ إذا صلى بالناس يوضع بين يديه ما يستتره عنزلة أو غيرها، ولا يحتاج من صلى معه إلى ذلك.

٣٦٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ كَانَ يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْ بَعْضِ الصُّفُوفِ، وَالصَّلَاةُ قَائِمَةٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَأَنَا أَرَى ذَلِكَ وَاسِعًا إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ وَبَعْدَ أَنْ يُخْرَمَ الْإِمَامُ وَلَمْ يَجِدِ الْمَرْءُ مَدْخَلًا إِلَى الْمَسْجِدِ إِلَّا بَيْنَ الصُّفُوفِ.

الشرح: وهذا على نحو ما تقدم من أنه لا بأس بالمرور بين يدي بعض من يأتى بالإمام؛ لأن الإمام سترة له، يدل على ذلك أنه قال: بين يدي بعض الصفوف، والصفوف لا تكون إلا مع الإمام.

وقوله: «والصلاة قائمة» يحتمل أن يريد بذلك أنهم فى نفس الصلاة، ويحتمل أن يريد به حين إقامتها، وعليه يدل قول مالك: «إنى لأرى ذلك واسعًا إذا أقيمت الصلاة»، وبعد أن يحرم الإمام، فحمل إقامة الصلاة على إقامتها قبل الإحرام، وجوز ذلك بعد الإحرام غير أنه قيد ذلك بعدم المدخل إلى المسجد إلا بين الصفوف.

وحديث عبدالله بن عباس يدل على جواز ذلك مع عدم الحاجة إليه؛ لأن الظاهر أن من أتى فى البراح والمتسع من الأرض، فمشى بين يدي بعض الصف أنه لم يأتى لضيق وأنه أتى ذلك مختارًا، ويحتمل ما ذهب إليه مالك من ذلك وجهين، أحدهما: أنه قصد الاحتياط بأن أجاب عمن لم يجد طريقًا إلا بين يدي الناس، ولم يجب عمن وجده. والوجه الثانى أن يكون سبب الإباحة هو ما ذكره إلا أن الحكم قد يكون أوسع من الحاجة إليه إذا ثبتت الحاجة كالفطر فى السفر، وقد يباح ممن لا تلحقه المشقة فيه.

٣٦٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ قَالَ: لَا يَقْطَعُ الصَّلَاةَ شَيْءٌ مِمَّا يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّيِّ.

٣٦٦ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: لَا يَقْطَعُ الصَّلَاةَ شَيْءٌ مِمَّا يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّيِّ.

الشرح: هذا الذى ذكره عن على بن أبى طالب رضى الله عنه هو الذى عليه جمهور الفقهاء، وقد ذهب قوم إلى أن الصلاة يقطعها المرأة والحصار والكلب الأسود.

ومما يدل على صحة ما ذهب إليه الجمهور ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها

٣٦٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٤٢. البيهقى فى السنن الكبرى ٢/٢٧٨. عبد الرزاق فى المصنف ٢/٢٩.

٣٦٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٤٣. ابن أبى شيبة فى المصنف ١/٢٨٠. عبد الرزاق ٢/٣٠.

٢٨٢ كتاب الصلاة

قالت: عدلتمونا بالكلاب والحمر، ولقد رأيتني مضطجعة على السرير فيجىء رسول الله ﷺ فيتوسط السرير، فيصلى، فأكره أن أزاحه، فأنسل من قبل رجلى السرير حتى أنسل عن لحافى.

ودليلنا من جهة المعنى أن كل ما لا يقطع صلاة المأموم، فإنه لا يقطع صلاة الإمام كالمطائر يطير. وما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب» وبقي ذلك مثل مؤخرة الرجل، فإن معنى القطع للصلاة فى هذا الحديث شغل المصلى عما هو عليه من الإقبال عليها، والبعد عن الاشتغال عنها بدليل حديث عائشة المتقدم، فنفى فى حديث عائشة القطع الذى هو بمعنى إفساد الصلاة، والمنع من التماذى فيها، وثبت بالحديث الثانى القطع عن الإقبال عليها والاشتغال بها.

* * *

سترة المصلى فى السفر

٣٦٧ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَسْتَتِرُ بِرَاحِلَتِهِ إِذَا صَلَّى.

الشرح: قوله: «كان يستتر براجلته إذا صلى» فيه مسائل؛ إحداهما: أنه مستعمل للاستتار فى الصلاة ممن يمر بين يديه. والثانية: صفة ما يقع به الاستتار. والثالثة: مقامه مما يستتر به.

فأما استعماله للاستتار، فإن ذلك مندوب إليه؛ لفعل النبي ﷺ ومواظبته عليه. والأصل فى ذلك ما رواه طلحة بن عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرجل فليصل، ولا يبالي من يمر وراء ذلك».

مسألة: وأما صفة ما يستتر به، فقد قال مالك: إن قدر ذلك مثل عظم الذراع فى جلة الريح، وإنما قال: إنه يكفى من ارتفاعه مثل عظم الذراع للخبر الذى تقدم ذكره أن مؤخرة الرجل يصلى إليها، ولا يبالي بمن يمر وراءها، وارتفاعها نحو مما قاله مالك.

وأما ما ذكره من جلة الريح، فلما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ كان إذا خرج يوم العيد أمر بالحرية، فتوضع بين يديه فيصلى إليها، والناس وراءه، وكان يفعل ذلك فى السفر، فمن ثم اتخذها الأمراء.

٣٦٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٤٤. البيهقى فى السنن الكبرى ٢/٢٦٩. عبد الرزاق فى المصنف ٩/٢. المغنى ٢/٢٤٠.

كتاب الصلاة ٢٨٣

فرع: فإذا صلى الإمام إلى الرمح، فسقط، فقد روى علي بن زياد عن مالك: يقيمه، إن كان ذلك خفيفاً، فإن شغله فليتركه.

ووجه ذلك أن يسير العمل في الصلاة معفو عنه، ولذلك قال مالك فيمن قام للقضاء بعد سلام الإمام: إذا كان عن يمينه أو عن يساره فيما يقرب منه سترة مشى إليها، وإن كانت وراءه رجع إليها القهقري فإن بعدت عنه صلى في موضعه.

فرع: ولا تقع السترة بالخط في مذهب مالك وجمهور الفقهاء، وأجاز ذلك بعضهم، واختلفوا في صفته، فقال ابن حنبل: يخط عرضاً. وقال مسدد: يخط طولاً.

ووجه ذلك ما روى طلحة بن عبدالله أن رسول الله ﷺ قال: «إذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل ولا يزال من يمر وراء ذلك» فوجه الدليل منه أنه ﷺ قصد إلى الإخبار عن يسير ما يستتر به المصلي، وهذا يقتضى أن ينص على أقله إلا ما دل الدليل عليه.

فصل: فأما استتار عبدالله بن عمر براجلته، فإنه يجب أن تكون مناخة لأنها على الصفة التي يؤمن معها مشيها، وأما أن يستتر بالخيول والبغال والحمار، فقد نهى عنه مالك من رواية ابن القاسم عنه، واحتج لذلك بنجاسة أرواثها. ووجه آخر، وهو أنها في الأغلب قائمة لا يؤمن مشيها وانتقالها.

مسألة: وأما مكانه مما يستتر به، فإنه يستحب أن يقرب منه. وقد روى ابن القاسم عن مالك: ليس من الصواب أن يصلى وبينه وبين سترته قدر صقين، والدنو من السترة حسن لما رواه سهل أنه كان بين مصلى رسول الله ﷺ وبين الجدار ممر الشاة.

ومن جهة المعنى أن دنوه من السترة أقرب له من امتناع المار بين يديه، وإذا بعد عنها أمكن المار من المرور بين يديه.

٣٦٨ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ يُصَلِّي فِي الصَّخْرَاءِ إِلَى غَيْرِ سُرَّةٍ.

الشرح: ما فعله عروة رضي الله عنه من ذلك هو الصواب؛ لأن السترة إنما وضعت بين يدي المصلي لتستره مما يمر بين يديه، فإذا كان في موضع يأمن فيه أن يمر أحد بين يديه، فلا معنى لها، وإنما يحتاج إليها حيث يخاف أن يمر أحد بين يديه، وهذا هو

٢٨٤ كتاب الصلاة

المشهور من مذهب مالك، رحمه الله. وقد قال ابن حبيب: من شأن المصلي أن لا يصلى إلا إلى سترة فى سفر كان أو حضر، أمن أن يمر أحد بين يديه أو لم يأمن، وقد تقدم ذكره.

* * *

مسح الحصباء فى الصلاة

٣٦٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي جَعْفَرِ الْقَارِيِّ أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ إِذَا أَهْوَى لِيَسْجُدَ مَسَحَ الْحَصْبَاءَ لِمَوْضِعِ جَبْهَتِهِ مَسْحًا خَفِيفًا.

الشرح: مسح الحصباء فى الصلاة لإزالة ما عليه من التراب، وهو فى الجملة ممنوع لمعنيين، أحدهما: الاشتغال عن الصلاة. والثانى: ترك التواضع لله عز وجل، فإذا دعت إلى ذلك ضرورة من تراب يؤذى أو غير ذلك، فليمسح مرة واحدة لما رواه معيقب أن النبى ﷺ قال: «لا تمسح، يعنى الأرض، وأنت تصلى، فإن كنت ولابد فواحدة تسوى بها الحصباء».

٣٧٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَّغَهُ أَنَّ أَبَا ذَرٍّ كَانَ يَقُولُ: مَسَحُ الْحَصْبَاءِ مَسْحَةً وَاحِدَةً وَتَرَكُهَا خَيْرٌ مِنْ حُمْرِ النَّعَمِ.

الشرح: قوله: «مسح الحصباء مسحة واحدة» يقول: المباح من ذلك مرة واحدة؛ لأن فى الزائد على ذلك شغلاً عن الصلاة لما لا يحتاج إليه فى الصلاة. وأما المسحة الواحدة، فإنه يحتاج إليها المصلى ليزيل شغله عن الصلاة بما يحصل على جبهته من التراب أو يتأذى به، فيضطر إلى مسحه من جبهته، فيحصل الاشتغال بمسح الجبهة، والاشتغال قبل ذلك بما حصل عليها من التراب والمتأذى به إلى أن يمسه فلذلك أبيع له مسحه الحصباء مرة واحدة، لأنها أخف مما يؤول إليه تركها من الشغل كما ذكرناه.

فصل: وقوله: «وتركها خير من حمر النعم» يريد لمن أمكنه ذلك ولم يتأذى بما يحصل على جبهته من التراب ولا احتاج إلى مسحه، وفى المبسوط عن مالك: من صلى على تراب يؤذيه ينثر على وجهه إذا رفع رأسه من السجدة: لا بأس أن يمسه.

* * *

٣٦٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٤٦. البيهقى فى السنن ٢/٢٨٥.

٣٧٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٤٧.

ما جاء فى تسوية الصفوف

٣٧١ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَأْمُرُ بِتَسْوِيَةِ الصُّفُوفِ، فَإِذَا جَاءُوهُ فَأَخْبَرُوهُ أَنَّ قَدِ اسْتَوَتْ كَبْرًا.

الشرح: أمره بتسوية الصفوف، يقتضى من جهة اللفظ أمرين، أحدهما: أن يأمر أهل الصفوف بذلك. والثانى: أن يوكل بذلك من يسوى الناس فى الصفوف وهذا يشهد له قوله: «فإذا جاءوه، فأخبروه أن قد استوت الصفوف» فظاهره أن المأمورين بذلك كانوا يعودون إليه فيعلمونه باستوائها وتسوية الصفوف مما كان يأمر به رسول الله ﷺ ويندب إليه.

وقد روى أنس عن النبى ﷺ أنه قال: «سوا صفوفكم، فإن تسوية الصفوف من تمام الصلاة» حتى توعد عليها، فقال ﷺ: «لتسون صفوفكم أو ليخالفن الله بوجوهكم».

ومعنى ذلك أن تسوية الصفوف من هيئات الصلاة، وهو يتصل بمقام المأمومين من الإمام، وقد تقدم ذكره، فإذا كانوا عددًا لزم فيهم إقامة الصفوف، وهو تقويمها وتماها، والتراص فيها، وقد تقدم ذكره، فأما تسويتها، فهو إتمامها، فيجب أن يكمل الأول فالأول، فإن كان نقص فى المؤخر.

والأصل فى ذلك ما روى أنس أن النبى ﷺ قال: «أتموا الصف الأول ثم الذى يليه، فإن كان نقص فليكن فى الصف المؤخر».

مسألة: وأما التراص فيها فلما روى أنس أن النبى ﷺ قال: «أقيموا صفوفكم وتراصوا، فإنى أراكم من وراء ظهري». قال ابن حبيب: وانضمام الصفوف من التراص. والأصل فى ذلك ما روى أنس أن النبى ﷺ قال: «رصوا صفوفكم وقاربوا بينها وحاذوا بالمناكب والأعناق، فوالذى نفسى بيده إنى لأرى الشيطان يدخل من خلل الصف كأنه الخذف».

٣٧٢ - مَالِك، عَنِ عَمْرِو أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ مَعَ عَثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَقَامَتِ الصَّلَاةُ، وَأَنَا أُكَلِّمُهُ فِي أَنْ يَفْرِضَ لِي، فَلَمْ أَزَلْ أُكَلِّمُهُ،

٣٧١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٤٨. المحلى ٥٨/٤. عبد الرزاق فى المصنف ٤٧/٢.

٣٧٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٤٩.

٢٨٦ كتاب الصلاة

وَهُوَ يُسَوِّي الْحَصْبَاءَ بِنَعْلَيْهِ حَتَّى جَاءَهُ رِجَالٌ قَدْ كَانُوا وَكَلَّهُمْ بِتَسْوِيَةِ الصُّفُوفِ، فَأَخْبَرُوهُ أَنَّ الصُّفُوفَ قَدْ اسْتَوَتْ، فَقَالَ لِي: اسْتَوِيَ فِي الصَّفِّ ثُمَّ كَبَّرَ.

الشرح: وقوله؟: «فأقيمت الصلاة فلم أزل أكلمه حتى جاءه رجال فأخبروه أن الصفوف قد استوت، فقال: لي استوي في الصف» دليل على جواز الكلام بعد إقامة الصلاة قبل الإحرام بها، وبهذا قال فقهاء الأمصار غير أهل الكوفة، فإنهم قالوا: إن الكلام ممنوع بعد إقامة الصلاة، وقبل الإحرام لها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك والجمهور من جواز ذلك ما رواه أنس قال: أقيمت الصلاة والنبي عليه السلام ينادي رجلاً في جانب المسجد، فما قام إلى الصلاة حتى قام القوم، وإنما كان يكلمه في أن يفرض له اغتناماً لخلوته به.

فصل: وقوله: «وهو يسوي الحصباء بنعليه» يحتل أن يسوي مكانه لسجود أو غيره.

فصل: وقوله: «حتى جاءه رجال قد كان وكلهم بتسوية الصفوف» دليل على اهتبال الأئمة بتسويتها؛ لأنه يلزم الأئمة مراعاته، على حسب ما قدمناه من فعل عثمان وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما. قال ابن حبيب: وقد رأيت أمير المدينة، وكل رجالاً بتسوية الصفوف في مسجد النبي ﷺ، فمن وجدوه دون الصف، وهو يمكنه أن يدخله فيه ساروا به بعد الصلاة إلى السجن.

فصل: وقوله: «فأخبروه أن قد استوت الصفوف» كان انتظاره لمجيء الرجال ليعلموه بتسوية الصفوف، وهذا مما يلزم الإمام أن يترى بعد الإقامة يسيراً حتى يعتدل الناس في صفوفهم، رواه ابن حبيب عن مالك.

فصل: وقوله: «فقال لي: استوي في الصف ثم كبر» أباح له مكالمته لما كان ينتظر الاستواء في الصفوف، فلما وجب الإحرام باستواء الصفوف، أمره أن يدخل في الصف ليأخذ بحظه من استواء الصفوف وتسويتها، وكان ذلك لأنه قد رأى مكانه في الصف خالياً، وأن في مواضع الناس في الصف من السعة، ما يحتل أن يكون فيه معهم، ثم كبر عثمان للصلاة بأثر ذلك؛ لأنه قد كمل ما كان يؤخر التكبير بسببه من استواء الصفوف.

* * *

وضع اليدين إحداهما على الأخرى في الصلاة

٣٧٣ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ بْنِ أَبِي الْمُخَارِقِ الْبَصْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: مِنْ كَلَامِ النَّبِيِّ إِذَا لَمْ تَسْتَحِي فَاَفْعَلْ مَا شِئْتَ، وَوَضَعَ الْيَدَيْنِ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فِي الصَّلَاةِ، يَضَعُ الْيَمْنَى عَلَى الْيُسْرَى، وَتَعْجِيلُ الْفِطْرِ، وَالْأَسْتِيْنَاءُ بِالسَّحُورِ.

الشرح: قوله: «مما أدرك الناس من كلام النبوة» يريد أن مما بقي من حكمتهم على السنة الناس «إذا لم تستحي، فافعل ما شئت»، وقد تناول الناس في ذلك تأويلين، أحدهما: إذا كنت ممن لا يستحي من القبيح الذي يستحي الناس، وأهل الصلاح منه، فاصنع ما شئت، أى ولا مانع لك، وهذا وإن كان لفظه لفظ الأمر، فإن معناه التوبيخ. والثانى: إذا كان ما تفعله مما لا يستحيا منه، فافعل ما شئت، فإنه لا يرتدع أهل الدين إلا مما يستحيا منه، ويكون قوله: فافعل ما شئت، على الإباحة.

فصل: وأما وضع اليمنى على اليسرى في الصلاة، فقد أسند عن النبي ﷺ من طريق صحاح رواه وائل بن حجر أنه رأى النبي ﷺ رفع يديه حين دخل في الصلاة كبر ثم التحف في ثوبه، ثم وضع يده اليمنى على اليسرى.

وقد اختلف الرواة عن مالك في وضع اليمنى على اليسرى، فروى أشهب عن مالك أنه قال: لا بأس بذلك فى النافلة والفريضة. وروى مطرف وابن الماجشون عن مالك أنه استحسنته.

وروى العراقيون عن أصحابنا عن مالك فى ذلك روايتين، إحداهما: الاستحسان. والثانية: المنع.

وروى ابن القاسم عن مالك: لا بأس فى النافلة، وكرهه فى الفريضة. وقال القاضى أبو محمد: ليس من باب وضع اليمنى على اليسرى، وإنما هو من باب الاعتماد، والذى قاله هو الصواب، فإن وضع اليمنى على اليسرى إنما اختلف فيه، هل هو من هيئة الصلاة أم لا؟ وليس فيه اعتماد، فيفرق فيه بين النافلة والفريضة.

ووجه استحسان وضع اليمنى على اليسرى فى الصلاة الحديث المتقدم. ومن جهة المعنى أن فيه ضرباً من الخشوع، وهو مشروع فى الصلاة. ووجه الرواية الثانية أن هذا الوضع لم يضعه مالك، وإنما منع الوضع على سبيل الاعتماد، ومن حمل منع مالك على

هذا الوضع اعتل بذلك لتلا يلحقه أهل الجهل بأفعال الصلاة المعتبرة في صحتها.

مسألة: وفي أى موضع توضع اليدين؟ قال ابن حبيب: ليس لذلك موضع معروف. وقال القاضي أبو محمد: المذهب وضعهما تحت الصدر وفوق السرة، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: السنة وضعهما تحت السرة.

والدليل على ما ذهب إليه مالك أن تحت السرة محكوم بأنه من العورة، فلم يكن محلاً لوضع اليمنى على اليسرى كالعجز.

وقوله: «وتعجيل الفطر والاستيناء بالسحور» سنذكره في باب الصوم إن شاء الله.

٣٧٤ - مَالِك، عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ النَّاسُ يُؤْمَرُونَ أَنْ يَضَعَ الرَّجُلُ الْيَمْنَى عَلَى ذِرَاعِهِ الْيُسْرَى فِي الصَّلَاةِ. قَالَ أَبُو حَازِمٍ: لَا أَعْلَمُ إِلَّا أَنَّهُ يُعْنَى ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «أن يضع الرجل يده اليمنى على ذراعه اليسرى» يريد أن يضعها على رسغه؛ لأن يده اليمنى لا يضعها على كف يده اليسرى، وإنما يقتصر بها على المعصم والكوع من يده اليسرى، ولا يعتمد عليها.

فصل: وقوله: «لا أعلم إلا أنه ينمى ذلك» هكذا تقييد في كتابه بالإصلاح في رواية يحيى بن يحيى، وأخرجه البخاري من رواية عبد الله بن يوسف عن مالك لا أعلمه إلا أنه ينمى ذلك إلى النبي ﷺ: قال إسماعيل: ينمى ذلك، ولم يقل ينمى. قال ابن وضاح: يريد ينمى ذلك، يرفع ذلك، ويسنده إلى النبي ﷺ.

* * *

القنوت في الصبح

٣٧٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يَقْنُتُ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّلَاةِ.

الشرح: قال مالك، رحمه الله، في الترجمة: «القنوت في الصبح» ولم يدخل في الباب ما فيه القنوت في الصبح على ما كان يعتقد هو من القنوت في صلاة الصبح،

٣٧٤ - أخرجه البخاري في الأذان حديث رقم ٧٤٠. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٢٣٤٢.

٣٧٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٥٢. الأم للشافعي ٢٤٨/٧.

ثم أدخل فعل عبدالله بن عمر مخالفاً لما يعتقده هو في ذلك، والمراد هاهنا بالقنوت الدعاء في آخر الصلاة، فإنما أراد دعاء معروفاً في مكان من الصلاة معروف، ويسمى ذلك الدعاء قنوتاً.

قال ابن الأنباري: قنت الرجل، أخذ في الدعاء، والقنوت في الكلام على أربعة أقسام، القنوت الطاعة، قال الله تعالى: ﴿كُلْ لَهُ قَانِطُونَ﴾ [البقرة: ١١٦] يعنى مطيعين، والقنوت القيام روى «أن النبي ﷺ سئل أى الصلوات أفضل؟ فقال: طول القنوت». معناه طول القيام، قال: والقنوت السكوت، قال الله تعالى: ﴿وَقَوْمُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٨] والقنوت الأخذ في الدعاء. وقال أبو عبيد: ونزى قنوت الوتر سمي قنوتاً، لأن الإنسان قائم في الدعاء من غير أن يقرأ.

قال القاضي أبو الوليد: ويحتمل عندي أن يسمى قنوتاً على أربعة أوجه، يسمى قنوتاً بمعنى الطاعة لله تعالى باتباع النبي ﷺ، ويسمى قنوتاً بمعنى الدعاء، ويسمى قنوتاً باسم القيام الذي يختص به، ويسمى قنوتاً بالسكوت؛ لأن القانت يسكت عن القراءة في محلها.

وقد اختلف الفقهاء في القنوت، فذهب مالك والشافعي إلى أن القنوت مشروع في صلاة الصبح وأنه من فضائل الصبح. وقال أبو حنيفة: لا يقنت في شيء من الصلاة. وإليه ذهب يحيى بن يحيى الليثي من أصحابنا.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما روى عن عاصم أنه قال: سألت أنس بن مالك عن القنوت، فقال: إنه كان القنوت، قلت: قبل الركوع أو بعده؟ قال: قبله. قال: فإن فلاناً أخبرني عنك أنك قلت: بعد الركوع: فقال: كذب، إنما قنت رسول الله ﷺ بعد الركوع شهراً، أراه كان بعث قوماً يقال لهم القراء، زهاء سبعين رجلاً إلى قوم من المشركين، فأصيبوا دون أولئك، وكان بينهم وبين النبي ﷺ عهد، فقنت رسول الله ﷺ شهراً يدعو عليهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالقنوت عند مالك قبل الركوع أفضل. واختار ابن حبيب القنوت بعد الركوع، وبه قال الشافعي.

والدليل على ما نقوله خير أنس المذكور، وهو نص في موضع الخلاف. ودليلنا من جهة المعنى أن القنوت قبل الركوع أولى لأنه سبب لإدراك صلاة بعض من يأتي ممن سبقه الإمام، وإذا جعل بعد الركوع لم يكن فيه فائدة.

٢٩٠ كتاب الصلاة

مسألة: وليس في القنوت دعاء موقت، وليدع في القنوت بما شاء من حوائجه، رواه
على عن مالك، ويختص عند مالك بصلاة الصبح. زاد على بن زياد عن مالك: وفي
الوتر النصف الآخر من شهر رمضان. وروى عنه ابن نافع المنع منه في رمضان.

* * *

النهى عن الصلاة والإنسان يريد حاجته

٣٧٦ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الْأَرْقَمِ كَانَ يَوْمَ
أَصْحَابِهِ، فَحَضَرَتِ الصَّلَاةُ يَوْمًا، فَذَهَبَ لِحَاجَتِهِ ثُمَّ رَجَعَ، فَقَالَ: إِنِّي سَمِعْتُ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «إِذَا أَرَادَ أَحَدُكُمْ الْغَائِطَ، فَلْيَبْدَأْ بِهِ قَبْلَ الصَّلَاةِ».

الشرح: قوله: «فذهب لحاجته» استعمال هذه اللفظة على هذه الضفة يراد بها ما
يحتاج الإنسان إليه من الغائط والبول، وإن كان لفظ الحاجة واقعا على كل ما يحتاج
إليه، إلا أن عرف اللغة جرى باستعمالها على هذا الوجه، فيما ذكرنا، يقال ذهب فلان
لحاجة الإنسان، أى أتى الغائط.

فصل: وقوله ﷺ: «إذا أراد أحدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة» ليتفرغ لها ويخلو
سره للإقبال عليها، فإن بدأ بالصلاة، فلا يخلو أن يكون يجد من الحاجة إلى إتيان الغائط
الشيء الخفيف الذى لا يشغله عن الصلاة، ويعجله عنها، أو يعجله، ففي المجموعة من
رواية ابن نافع عن مالك: ينصرف، إماما كان أو مأموما.

ووجه ذلك أنه مأمر بتقديم الغائط قبل الصلاة لمعنى التفرغ لها، ولا يكون ذلك
فى مسألتنا إلا بقطع ما شرع فيه منها.

مسألة: فإن لم ينصرف وتمادى على صلاته وبه من الحقن ما يعجله ويشغله، فإن
عليه الإعادة. قال مالك: وأحب إلى أن يعيد فى الوقت وبعده. وقال أبو حنيفة
والشافعى: إن فعل فبئس ما صنع، ولا إعادة عليه.

والدليل على ما نقوله الحديث المذكور أنه أمر بتقديم قضاء الحاجة، وفيه نهى عن
تقديم الصلاة، والتهى يقتضى فساد النهى عنه.

٣٧٦ - أخرجه الترمذى فى الطهارة حديث رقم ١٣٢. والصلاة حديث رقم ١٤٢. والنسائى فى
الصفوى فى الإمامة حديث رقم ٨٥٢، ٨٦١. وأبو داود فى الطهارة حديث رقم ٨٨، ٩٦.
وابن ماجه فى الطهارة وسننها حديث رقم ٦١٦، ٦٢٤. وأحمد فى المسند حديث رقم
١٥٥٢٩، ١٥٩٦٥. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٦٣.

كتاب الصلاة ٢٩١

ومن جهة المعنى أن استدامته لمدافعة الحدث عمل كثير في الصلاة شاغل عنها يمنع استدامتها، فوجب أن يكون مفسدًا لها كسائر الأعمال، وذلك أنه لا يمكنه دفعه إلا باستدامة ضم شديد لوركيه، وتكلف إمساكه بمنزلة من يحمل في الصلاة حملًا ثقيلًا لا يستطيعه إلا بتكلف، وعمل متتابع، فإنه يمنع صحة الصلاة.

وقد روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم فيمن صلى بكيس كبير تحت إبطه يخاف أن يضعه في الأرض أن يختطف، فلا يقدر على وضع كفيه على ركبتيه، ولا في الأرض: يجزئه ذلك، كقول مالك في ممسك عنان فرسه.

ومعنى ذلك أن ضرورة حفظ المال جوزت له كما أباحت للخائف على فرسه إمساكه، وإن منعه ذلك من إتمام فرضه بوضع يده على الأرض في سجوده، ولو ترك وضع يده على الأرض في سجوده من غير ضرورة لما أجزأه ذلك، ولأعاد إليه أبدًا، وكذلك يجب أن يكون الحامل لكيس تحت إبطه لغير ضرورة ولا مخافة، فكذلك الضام لوركيه لأجل الحقن، والله أعلم.

وقد قال بعض أصحابنا: إن ما يجده الإنسان من ذلك على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يكون خفيفًا، فهذا يصلى به ولا يقطع. والثاني أن يكون ضامًا وركيه، فهذا يقطع، فإن تمدى صحت صلاته، ويستحب له أن يعيد في الوقت. والثالث: أن يشغله ويعجله عن استيفائها، فهذا يقطع، فإن تمدى أعاد أبدًا.

مسألة: وقال ابن القاسم: القرقرة بمنزلة الحقن، وأما الغنيان، فلم يجب عنه.

قال القاضي أبو الوليد: عندى لا تقطع له الصلاة، والفرق بينه وبين الحقن أن الحقن يقدر على إزالته، وأما الغنيان، فمرض من الأمراض لا يقدر على إزالته، فلا معنى لقطع الصلاة من أجله.

٣٧٧ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدُكُمْ وَهُوَ ضَامٌّ بَيْنَ وَرَكَيْهِ.

الشرح: قوله: «لا يصلين أحدكم وهو ضام بين وركيه» نهى عن الصلاة في حال الحقن الذي يبلغ بالمصلى أن يضم وركيه من شدة حقنه؛ لأن في ذلك ما يشغله عن الصلاة، ولا يمكنه من استيفائها، وليبدأ أولاً بقضاء حاجته، ثم يستقبل صلاته. وقد

٢٩٢ كتاب الصلاة
روى ابن نافع عن مالك أنه من أصابه ذلك فى صلاته خرج واضعاً يده على أنفه كالراعف، ومعنى ذلك أنه قد يحمله خجله من الخروج على ذلك من التمدادى على صلاته، فإذا خرج عن صفة الراعف سهل عليه ذلك، وبادر إلى الخروج.

* * *

انتظار الصلاة والمشى إليها

٣٧٨ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْمَلَائِكَةُ تُصَلِّي عَلَى أَحَدِكُمْ مَا دَامَ فِي مُصَلَاةِ الَّذِي صَلَّى فِيهِ مَا لَمْ يُحْدِثْ، اللَّهُمَّ اغْفِرْ لَهُ، اللَّهُمَّ ارْحَمَهُ.»

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى قَوْلَهُ: مَا لَمْ يُحْدِثْ، إِلَّا الْحَدِيثَ الَّذِي يَنْقُضُ الْوُضُوءَ.

الشرح: قوله ﷺ: «الملائكة تصلى على أحدكم» يريد تدعو له، وقد تقدم قولنا إن الصلاة تكون بمعنى الدعاء.

وقوله: «ما دام فى مصلاه، الذى صلى فيه» يعنى موضع صلاته، ويحتمل ذلك وجهين، أحدهما: أنها تدعو له ما دام فى مصلاه قبل أن يصلى فيه منتظراً للصلاة حتى يصلى فيه، إلا أن يحدث قبل صلاته، فيجب عليه القيام للوضوء، فلا يصلى عليه حيثنذ جلوسه.

والوجه الثانى: أن الملائكة تصلى عليه ما دام فى مكانه الذى صلى فيه جالساً بعد صلاته فيه إلا أن جلوسه فيه يكون لأحد وجهين، إما للذكر بعد الصلاة، وإما لانتظار صلاة أخرى، وهذا يعود إلى الوجه الأول.

فصل: وقوله: «اللهم اغفر له، اللهم ارحمه» يبين معنى الصلاة التى أضافها إلى الملائكة.

وقول مالك: «إن معنى الحدث ما ينقض الوضوء». وقد روى عن أبى هريرة مثل ذلك، وقال: الحدث فساء أو ضراط.

٣٧٨ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٤٤٥. ومسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٦٤٩. والنسائى فى الصغرى فى المساجد حديث رقم ٧٣٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٤٩٨، ٧٥٥٩، ٧٨٣٢، ٨٤١١، ٨٨٧٥، ٩١١٠، ٩١٦٦، ٩٩٣٤، ١٠١٢١، ١٠٤٥٢، ١٠٥٠٠، ١٠٥١٨.

٣٧٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: لَا يَزَالُ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاةٍ مَا كَانَتْ الصَّلَاةُ تَحْبِسُهُ، لَا يَمْنَعُهُ أَنْ يَنْقَلِبَ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا الصَّلَاةُ».

الشرح: قوله ﷺ: «لا يزال أحدكم في صلاة ما دامت الصلاة تحبسه» يريد أن حكمه حكم من هو في صلاة في كثرة ثوابه إذا نوى بمقامه في موضعه انتظار الصلاة، لا يكون لمقامه، وامتناعه من الانقلاب إلى أهله معنى غير انتظار الصلاة في المسجد، وقد يكون انتظار الصلاة لمعنيين، أحدهما: أن ينتظر وقتها. والثاني: أن ينتظر إقامتها في الجماعة.

وفى المبسوط، سئل مالك عن رجل صلى في غير جماعة، ثم قعد بموضعه ينتظر صلاة أخرى، أتراه في صلاة بمنزلة من كان في المسجد كما جاء في الحديث، قال: نعم، إن شاء الله أرجو أن يكون ذلك.

٣٨٠ - مَالِك، عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ كَانَ يَقُولُ: مَنْ غَدَا أَوْ رَاحَ إِلَى الْمَسْجِدِ لَا يُرِيدُ غَيْرَهُ لِيَتَعَلَّمَ خَيْرًا أَوْ لِيُعَلِّمَهُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى بَيْتِهِ كَانَ كَالْمُجَاهِدِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ رَجَعَ غَانِمًا.

الشرح: قول أبي بكر بن عبدالرحمن: «من غدا أو راح إلى المسجد لا يريد غيره» يريد أن يكون قصد إلى المسجد خاصة لا يقصد غيره، فيمر بالمسجد.

وقوله: «ليتعلم خيراً أو ليعلمه» تبين معنى قصده إلى المسجد، والخير يشتمل على جميع أنواع الصلاة وغيرها، وأدخل مالك هذا الحديث في المشى إلى الصلاة، وليس فيه ذكر الصلاة إلا أن الصلاة من جملة الخير.

فمن أتى المسجد ليتعلم أحكام الصلاة، فهو ممن مشى إلى الصلاة، ثم قال: «إذا رجع إلى بيته كان كالمجاهد في سبيل الله رجع غانماً»، ولم يذكر هل تعلم خيراً أو علمه، وإنما ذكر قصده إلى ذلك.

ويحتمل أن يريد أنه بقصده قد حصل له الأجر، فصار إذا رجع بما تفضل الله به عليه من الأجر كالمجاهد في سبيل الله الذي رجع بالغنيمة، ويحتمل أن يكون قد شبه ما

٣٧٩ - أخرجه البخاري في الصلاة حديث رقم ٤٤٥. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٧٤٦٦.

٣٨٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٥٨.

٢٩٤ كتاب الصلاة

حصل له من الأجر بالغنيمة التي حصلت للمجاهد، ويحتمل أن يريد أن ما رجع به من الأجر كأجر المجاهد وغنيمته ما يعلمه، والله أعلم.

٣٨١ - مَالِك، عَنْ نَعِيمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْمُخْمِرِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ ثُمَّ جَلَسَ فِي مُصَلَاةٍ لَمْ تَزَلِ الْمَلَائِكَةُ تُصَلِّي عَلَيْهِ، اللَّهُمَّ اغْفِرْ لَهُ، اللَّهُمَّ ارْحَمْهُ، فَإِنْ قَامَ مِنْ مُصَلَاةٍ، فَجَلَسَ فِي الْمَسْجِدِ يَنْتَظِرُ الصَّلَاةَ لَمْ يَزَلْ فِي صَلَاةٍ حَتَّى يُصَلِّيَ.

قول أبي هريرة: «إذا صلى أحدكم ثم جلس في مصلاه» يحتمل أن يكون جلوسه في مصلاه للذكر، ويحتمل أن يكون لانتظار صلاة أخرى.

وقوله: «لم تزل الملائكة تصلي عليه، اللهم اغفر له، اللهم ارحمه» على نحو ما روى عنه أبو الزناد مسنداً.

فصل: وقوله: «فإن قام من مصلاه فجلس في المسجد ينتظر الصلاة لم يزل في صلاة حتى يصلي» على نحو ما رواه أبو الزناد عنه مسنداً، أن من كانت الصلاة تحبسه، فهو في صلاة غير أنه بين في هذا الحديث أن انتظاره للصلاة، وإن كان في غير مجلس صلاته الأولى بمنزلة الصلاة، وأن جلوسه في مصلاه بعد صلاته مما يقتضى صلاته الملائكة عليه، ولعله إن جلس في مصلاه ينتظر الصلاة يجتمع له الأمران.

٣٨٢ - مَالِك، عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِمَا يَمْحُو اللَّهُ بِهِ الْخَطَايَا وَيَرْفَعُ بِهِ الدَّرَجَاتِ، إِسْبَاغُ الْوُضُوءِ عِنْدَ الْمَكَارِهِ، وَكَثْرَةُ الْخُطَى إِلَى الْمَسَاجِدِ، وَانْتِظَارُ الصَّلَاةِ بَعْدَ

٣٨١ - أخرجه البخارى فى الوضوء حديث رقم ١٧٦. والصلاة حديث رقم ٤٤٥، ٤٧٧. والنسائى فى الصغرى حديث رقم ٧٣٣. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٥٥٩. وابن ماجه فى المساجد والجماعات حديث رقم ٧٧٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٣٨٢، ٧٤٩٨، ٧٥٥٩، ٧٨٣٢، ٨٨٧٥، ٩١١٠، ٩١٦٦، ١٠٤٥٢، ١٠٥١٨، ١٠٥٠٠.

٣٨٢ - أخرجه مسلم فى الطهارة حديث رقم ٢٥١. والترمذى فى الطهارة حديث رقم ٤٧. والنسائى فى الصغرى حديث رقم ١٤٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧١٦٨، ٧٦٧٢، ٧٩٣٥، ٧٩٦١، ٩٣٦١.

الصَّلَاةِ، فَذَلِكُمْ الرِّبَاطُ، فَذَلِكُمْ الرِّبَاطُ، فَذَلِكُمْ الرِّبَاطُ».

قوله ﷺ: «ألا أخبركم بما يمحو الله به الخطايا» كناية عن غفرانها والعفو عنها، وقد يكون معوها من كتاب الحفظة الكرام دليلاً على عفوهِ تعالى عن كُتبت عليه باكتسابه لها.

وقوله: «يرفع به الدرجات» يريد، والله أعلم، المنازل في الجنة، ويحتمل أن يرفع درجته في الدنيا بالذكر الجميل، وفي الآخرة بالثواب الجزيل، ثم بين ﷺ الأعمال التي يحصل بها للمكلف ما ذكر من الفضيلة، فقال: «إسباغ الوضوء عند المكاره» وإسباغ الوضوء استيعابه، والمكاره على أنواعهن من شدة برد وألم جسم وقلّة ماء وحاجة إلى النوم وعجلة وتحفز إلى أمر مهم، وغير ذلك.

فصل: وقوله: «وكثرة الخطا إلى المساجد» وهو يكون يبعد الدار عن المسجد ويكون بكثرة التكرار عليه.

وأما انتظار الصلاة بعد الصلاة، فقد تقدم ذكره، وهو أن يصلى في جماعة ثم يجلس في مصلاه ينتظر الصلاة التي تليها، وهذا يكون في صلاتين أن يصلى الظهر، فينتظر بعدها العصر أو يصلى المغرب، فينتظر بعدها العشاء.

وأما انتظار الصباح بعد العشاء الآخرة، فلم يكن من عمل الناس؛ ولأنه وقت يتكرر فيه الحدث، وكذلك انتظار الظهر بعد الصبح، وأما انتظار المغرب بعد العصر، فلا أذكر الآن فيه نصاً، وحكمه عندي حكم انتظار الصباح بعد العشاء، وحكم انتظار الظهر بعد الصبح كالذي ينتظر صلاة ليس بينها، وبين التي صلى اشتراك في وقت، والذي يتقرر في نفسي أني قد رأيت رواية فيه عن مالك من طريق ابن وهب، ولا أذكر موضعها الآن.

فصل: وقوله ﷺ: «فذلکم الرباط» يعني أنه من الرباط المرغب فيه؛ لأنه قد ربط نفسه على هذا العمل وحبس نفسه عليه، ويحتمل قوله ﷺ: «فذلکم الرباط» التفضيل لهذا الرباط على غيره من الرباط في الثغور، ولذلك قال ﷺ: «فذلکم الرباط» يريد أنه أفضل أنواعه.

ولذلك يقول القائل: جهاد النفس هو الجهاد، يريد أنه أفضله، ويحتمل أن يريد أنه الرباط الممكن المتيسر. وقد قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي: إن ذلك من ألفاظ

٢٩٦ كتاب الصلاة

الحصر، وإنما تكرر قوله: «فدلكم الرباط» على معنى التعظيم لشأنه، ويحتمل أن يكون كثر ذلك على عادته ﷺ في تكرر كلامه ثلاثاً، إلا أنه لا يخلو في ذلك من فائدة التعظيم والإفهام أو غيرهما.

٣٨٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ قَالَ: يُقَالُ لَا يَخْرُجُ أَحَدٌ مِنَ الْمَسْجِدِ بَعْدَ النَّدَاءِ إِلَّا أَحَدٌ يُرِيدُ الرَّجُوعَ إِلَيْهِ إِلَّا مُنَافِقٌ.

الشرح: قوله: «لا يخرج أحد من المسجد» بعد النداء إخبار عن تعلق منع الخروج من المسجد بالنداء لما روى، ولأن النداء دعاء إلى صلاة الجماعة، واستحلاب للمسلمين إليها فمن خرج في ذلك الوقت من المسجد، فظاهرة قصر خلافهم وتفريق جماعتهم، وهذا ممنوع بالإجماع.

فصل: وقوله: «إلا أحد يريد الرجوع إليه» استثناء لمن نزلت به ضرورة من حدث أو غيره، فخرج ليزيل الضرورة، ويرجع فيدرك الصلاة مع الجماعة، فإن ذلك مباح، فإن كانت الضرورة ظاهرة كالأعف ونحوه ففي ذلك بيان لحاجته وإزالة اللبس في أمره ومانع من سوء الظن به، وإن كانت ضرورة باطنة، فيظهر أمراً يقوم به عذر من قبضه على أنفه كهيئة الراعف.

فصل: وقوله: «إلا منافق» يريد أن ذلك من أفعال المنافقين.

وقوله: «لا يريد الرجوع إليه» والإرادة من أفعال النفس، فلا يمكن النظر إليها.

مسألة: وهذا فيمن لم يصل تلك الصلاة، فأما من صلاها فلا يخلو أن يكون صلاها في جماعة فيخرج من المسجد عند النداء والإقامة. وأما إن كان صلاها فذأ، فقد قال ابن الماجشون: له أن يخرج من المسجد ما لم تقم عليه الصلاة، فإذا أقيمت عليه لزمه أن يعيدها في الجماعة.

٣٨٤ - مَالِكُ، عَنْ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَمْرِو بْنِ سُلَيْمِ الزُّرْقِيِّ،

٣٨٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٦٠.

٣٨٤ - أخرجه البخارى في الصلاة حديث رقم ٤٤٤. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧١٤. والترمذى في الصلاة حديث رقم ٢٩٠. والنسائي في الصغرى في المساجد حديث رقم ٧٣٠. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٤٦٧. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠١٣. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٢٠١٧، ٢٢٠٧٢، ٢٢٠٨٨، ٢٢١٤٦. والدارمى في الصلاة حديث رقم ١٣٩٣.

عَنْ أَبِي قَتَادَةَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ فَلْيَرْكَعْ رَكَعَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَجْلِسَ».

الشرح: قوله ﷺ: «إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ فَلْيَرْكَعْ رَكَعَتَيْنِ» لفظه لفظ الأمر، وهذا محمول على الندب لدليل أنه لا يجب من الصلوات غير الخمس، ومعنى ذلك والله أعلم، أن هذه المساجد إنما بنيت للصلاة، وإنما تقصد للصلاة، فيستحب أن يكون أول ما يبدأ به فيها من الأعمال الصلاة ليأمن بذلك فوات ما قصد له يحدث أو غيره، وأيضاً فإن النبي ﷺ قد أعلمنا أن المنتظر للصلاة في صلاة، وأن القاعد في المسجد بعد الصلاة تصلى عليه الملائكة، فيستحب أن يصلى ثم يجلس، فيحصل له أحد الأمرين، أو يكون منتظراً للصلاة، فيحصلان له.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالداخل للمسجد لا يخلو أن يكون يدخله للصلاة أو لغير صلاة، فإن دخله لصلاة، فإنه يستحب أن يركع رَكَعَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَجْلِسَ، وقال: فيمن أتى للمصلى في صلاة العيد يجلس ولا يركع، واختلف قوله فيمن أتى الجامع لصلاة العيد، فروى عنه ابن القاسم: يركع قبل أن يجلس. وروى عنه أشهب وابن وهب: لا يركع، ويحتمل ذلك معنيين، أحدهما: أن يكون المنع من الصلاة قبل العيد لأجل المكان، ويحتمل أن يكون لأجل الصلاة، فإن قلنا إنه لأجل المكان، فإن الصلاة في الجامع لمن أتى العيد غير ممنوعة.

ووجه ذلك أنه مصلى متخذ لصلاة سن لها البروز، فلم يسن الركوع لمن دخله كمصلى الجنائز، وإن قلنا إن المنع لأجل الصلاة فإنها صلاة قد لحقها التغيير وسن لها البروز، فلم يشرع لمن جاء الركوع قبلها كصلاة الجنائز، فعلى هذا التعليل لا يركع من أتى المسجد للعيد، ولا يمنع من أن يركع في المصلى من خرج إلى الاستسقاء، وكذلك قال مالك: يركع في المصلى من جاء قبل الإمام وبعده.

مسألة: إذا ثبت ما ذكرناه، فهذا حكم من دخل المسجد للصلاة، فأراد أن يجلس قبل الصلاة، فأما من أراد أن يصلى فرضه، فإنه إن كان في سعة من وقته، له أن يصلى فرضه، وله أن يركع قبله، وإن كان في ضيق من وقت فرضه لزمه تقديمه، والله أعلم.

فروع: وهذا إن كان في وقت نافلة على الإطلاق، وإن كان في وقت نافلة على الضرورة كما بين طلوع الفجر إلى صلاة الصبح، فقد اختلف قول مالك فيه، فمرة قال: له أن يركع، رواه عنه أشهب. وروى عنه ابن القاسم: لا يركع.

٢٩٨ كتاب الصلاة

ووجه قولنا إنه يركع، أن هذا وقت يؤتى فيه بالنوافل على وجه ما، فاستحب أن يؤتى فيه من النوافل بما له سبب كسجود التلاوة. ووجه القول الثاني أن هذا وقت منع فيه من النوافل، فوجب أن يمنع فيه من ركعتي تحية المسجد كما بعد العصر.

مسألة: فإن دخل المسجد بغير صلاة، فلا يخلو أن يريد الجلوس أو الجواز، فإن أراد الجلوس، فلا يجلس حتى يركع ركعتين على ما ورد في حديث أبي قتادة من قوله عليه السلام: «فليركع ركعتين قبل أن يجلس» وإن أراد الجواز، فقد قال مالك: ليس عليه أن يركع. وروى عن زيد بن ثابت أنه قال: يركع لدخوله المسجد.

وجه ما قاله مالك أن الأمر إنما توجه لمن أراد الجلوس، ولذلك قال ﷺ: «فليركع ركعتين قبل أن يجلس» ولا يقال ذلك لمن لا يريد الجلوس. وأما المار، فلم يتوجه إليه الأمر، والأصل عدمه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الداخل للمسجد يستحب أن يقرأ في كل ركعة من ركعتي المسجد بأم القرآن، وسورة، فإذا قرأ بأم القرآن فقط، أجزأه.

فروع: وهذا في مساجد الآفاق، فأما المسجد الحرام، فقد قال مالك في العتبية: يبدأ بالطواف قبل الركوع.

ووجه ذلك أن الطواف صلاة، وهو مختص بهذا المسجد، فلذلك ابتداء به قبل الصلاة التي لا تختص به بل يشاركه فيها سائر المساجد على أن الطواف لا بد بعده من ركعتين، فيجتمع له الأمران. وأما مسجد النبي ﷺ، فقد قال مالك في العتبية: يبدأ بالصلاة قبل السلام على النبي ﷺ: وكل ذلك واسع. قال ابن القاسم: يبدأ بالركوع أحب إلى.

٣٨٥ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ لَهُ: أَلَمْ أَرَ صَاحِبَكَ إِذَا دَخَلَ الْمَسْجِدَ يَجْلِسُ قَبْلَ أَنْ يَرْكَعَ؟ قَالَ أَبُو النَّضْرِ: يَعْنِي بِذَلِكَ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ، وَيَعِيبُ ذَلِكَ عَلَيْهِ أَنْ يَجْلِسَ إِذَا دَخَلَ الْمَسْجِدَ قَبْلَ أَنْ يَرْكَعَ.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ حَسَنٌ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ.

الشرح: أنكر أبو سلمة عن عمر بن عبد الله تركه السنة مع كونه من أعلام الناس

كتاب الصلاة ٢٩٩
وأشرفهم، فيما أن يكون علم بالسنة في ذلك فتركها، فعاب ذلك عليه أو يكون لم يعلم بها، فعاب عليه جهله بمثل هذا مع شهرته، وتكرر العمل به، ولا يصح أن يعرف ذلك أبو سلمة إلا بتكرره من عمر بن عبيدالله مراراً حجة ولا يجوز أن يكون له في جميعها مانع من حدث أو قيامه إلى الصلاة بعد جلوسه دون تجديد طهارة.

فصل: وقول مالك: «وذلك حسن وليس بواجب» يريد أن الركوع حين دخول المسجد ليس بواجب، وعلى ذلك فقهاء الأمصار، وذهب داود إلى وجوب ذلك. والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور، قوله عليه السلام للذي سأله عما يجب عليه من الصلوات فقال: «الصلوات الخمس، فقال: هل عليّ غيرهن، فقال: لا، إلا أن تطوع».

* * *

وضع اليدين على ما يوضع عليه الوجه في السجود

٣٨٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا سَجَدَ وَضَعَ كَفَّيْهِ عَلَى الَّذِي يَضَعُ عَلَيْهِ جَبْهَتَهُ. قَالَ نَافِعٌ: وَلَقَدْ رَأَيْتُهُ فِي يَوْمٍ شَدِيدِ الْبَرْدِ، وَإِنَّهُ لَيُخْرِجُ كَفَّيْهِ مِنْ تَحْتِ بُرْنَسٍ لَهُ حَتَّى يَضَعَهُمَا عَلَى الْحَصْبَاءِ.

الشرح: قوله: «إذا سجد وضع كفيه على الذي يوضع عليه وجهه» هو السنة، والذي يجب أن يعمل به؛ لأن اليدين مما ترفع وتوضع في السجود كالوجه، وبخلاف سائر الأعضاء فلزم أن يكون حكمهما حكم الوجه فيما يوضعان عليه، وإن كان عليه الأصابع يعنى غشاء متحذاً للأصابع من الجلد، فلا يصلى بها، رواه ابن القاسم عن مالك.

ومعنى ذلك أن الأصابع من اليد، فلزم أن يباشر بها ما يسجد عليه.

مسألة: فإن لم يباشر بيديه الأرض في السجود وكانت الأصابع في يديه أجزأته صلاته، وأما الجبهة والأنف فهما كالعضو الواحد والأنف عند ابن القاسم تبع للجبهة، فإن سجد على الجبهة دون الأنف أجزأه، وإن سجد على الأنف دون الجبهة لم يجزه. وقال ابن حبيب: هما سواء، ومن لم يسجد عليهما لم يجزه.

٣٨٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٦٣. البيهقي في السنن الكبرى ١٠٧/٢. الأم للشافعي ٢٥١/٧.

٣٠٠ كتاب الصلاة

ووجه رواية ابن القاسم أن الأنف ليس مع الجبهة عظمًا واحدًا، وإنما هو مضاف إلى الوجه، ولذلك لم تكن فيه موضحة، وإنما يدخل مع الوجه على معنى التبع. ووجه قول ابن حبيب ما روى عنه رضي الله عنه أنه قال: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم ولا أكف الشعر ولا الثياب، الجبهة والأنف واليدان والركبتان والقدمان».

مسألة: ويستحب أن يباشر بجهته الأرض في السجود لما ذكرناه، فإن سجد على العمامة أجزاءه، في رواية ابن القاسم عن مالك. وروى ابن حبيب عن مالك: إن كانت العمامة طاقًا أو طاقين أجزاءه، وإن كانت كثيفة استحب له أن يعيد في الوقت، واستحب للمومئ أن يحسر العمامة عن جهته إذا أوماً للسجود ليكون على هيئة السجود.

مسألة: وأما الركبتان والقدمان، فليس من سنتهما مباشرة الأرض بهما في السجود لأنهما لا يرفعان ويوضعان في السجود، ولأنهما مستورتان في الغالب. وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء ولا أكف الشعر ولا الثياب».

فصل: وقوله: «ولقد رأيته في يوم شديد البرد وإنه ليخرج كفيه من تحت بونس له حتى يضعهما على الحصاء» إخبار عن تشدده رضى الله عنه وأخذه بالأفضل على شدة البرد، ولو توفى البرد بفضل ثوبه لأجزأه.

وقد روى عن أنس بن مالك قال: كنا نصلى مع النبي صلى الله عليه وسلم في شدة الحر، فإذا لم يستطع أحدنا أن يمكن وجهه من الأرض بسط ثوبه، فسجد عليه.

٣٨٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: مَنْ وَضَعَ جَبْهَتَهُ بِالْأَرْضِ فَلْيَضَعْ كَفَّيْهِ عَلَى الَّذِي يَضَعُ عَلَيْهِ جَبْهَتَهُ، ثُمَّ إِذَا رَفَعَ فَلْيُرْفَعُهُمَا، فَإِنَّ الْيَدَيْنِ تَسْجُدَانِ كَمَا يَسْجُدُ الْوَجْهُ.

الشرح: قوله: «إذا وضع جبهته بالأرض فليضع يديه، وإذا رفع فليرفعهما» أن حكم اليدين في السجود في الوضع والرفع حكم الوجه، ولا يشار إليهما في الوضع والرفع سائر الأعضاء، فمن كانت جبهته أو يده بالأرض لمعنى من المعاني لم يجزه سجود إلا بعد رفعها، ووضعها للسجود ثم لا بد من رفعها عند كمال السجود بخلاف

٣٨٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٦٤. البيهقي في السنن الكبرى ١١٣/٢. عبد

الرزاق في المصنف ١٧٢/٢.

كتاب الصلاة ٣٠١
الركبتين والقدمين، فإنهما يجترأ فيهما بكونهما فى الأرض ولا يشترط وضعهما بالأرض للسجود، ولا رفعهما بعد السجود عن الأرض.

* * *

الالتفات والتصفيق فى الصلاة عند الحاجة

٣٨٨ - مالك، عن أبي حازم سلمة بن دينار، عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ ذهب إلى بنى عمرو بن عوف ليصلح بينهم، وحانت الصلاة، فجاء المؤذن إلى أبي بكر الصديق، فقال: أتصلى للناس فأقيم، قال: نعم، فصلى أبو بكر، فجاء رسول الله ﷺ والناس فى الصلاة، فتخلص حتى وقف فى الصف، فصفق الناس، وكان أبو بكر لا يلتفت فى صلاته، فلما أكثر الناس من التصفيق التفت أبو بكر، فرأى رسول الله ﷺ فأشار إليه رسول الله ﷺ أن امكث مكانك، فرفع أبو بكر يديه فحمد الله على ما أمره به رسول الله ﷺ من ذلك، ثم استأخر حتى استوى فى الصف، وتقدم رسول الله ﷺ فصلى ثم انصرف، فقال: «يا أبا بكر ما منعك أن تثبت إذ أمرتك». فقال أبو بكر: ما كان لابن أبى قحافة أن يصلى بين يدي رسول الله ﷺ. فقال رسول الله ﷺ: «ما لى رأيتكم أكثرتم من التصفيح من نابه شيء فى صلاته فليسبح، فإنه إذا سبح التفت إليه وإنما التصفيح للنساء».

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ ذهب إلى بنى عمرو بن عوف ليصلح بينهم» دليل على جواز إصلاح الإمام، والحكم بين الناس، وفى ذلك أيضاً أن الإمام أو الحكم قد يذهب بنفسه فيما احتاج إلى مشاهدته من القضايا والأحكام.

فصل: وقوله: «وحانت الصلاة وجاء المؤذن» يريد بالأول، وذلك يدل على أن مجيئه إلى أبى بكر إذا كان فى سعة من وقتها، وفى هذا دليل على فضل الصلاة فى أول

٣٨٨ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٦٨٤. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٢١. والنسائى فى الصغرى فى السهو حديث رقم ١١٨٣. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٩٤٠. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٣٥. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٢٩٥، ٢٢٣٠١، ٢٢٣٣٨، ٢٢٣٤١.

٣٠٢ كتاب الصلاة

الوقت، ولذلك آثروا التعجيل بالصلاة خلف أبي بكر رضى الله عنه مع ظنهم أن النبى ﷺ يصلى فى بنى عمرو بن عوف.

فصل: وقوله: «أتصلى بالناس فأقيم؟ قال: نعم» بيان أن الإقامة متصلة بالصلاة، ولذلك استفهمه هل يصلى ليكون يقيم إن أجابه إلى الصلاة أو يترك الإقامة إن لم يجبه، ولم يحتج إلى ذلك فى الأذان؛ لأنه ليس بمتصل بالصلاة، ولذلك روى جابر بن سمرة «كان بلال يؤذن إذا دحضت الشمس، فلا يقيم حتى يخرج النبى ﷺ، فإذا خرج أقام الصلاة حين يراه».

فصل: وقوله: «فصلى أبو بكر» يريد أنه شرع فى الصلاة ودخل فيها أثر الإقامة، وما روى أن النبى ﷺ جاء فتخلص حتى وقف فى الصف دليل على أنه جاوز الصفوف حتى وقف فى الصف الذى يلي الإمام، لأنه لو لم يشق من الصفوف ما قبله، لم يقل: فتخلص حتى وقف فى الصف؛ لأنه لم يمر إلا بما يوصف أنه تخلص منه، والألف واللام فى الصف للعهد، يريد الصف الأفضل، وهذا أصل فيمن دخل المسجد، فوجد الناس يصلون، فرأى فرجة فى الصف المقدم أنه يشق الصفوف إليها.

روى ابن القاسم عن مالك: لا بأس أن يخرق صفاً إلى فرجة يراها بصف آخر. وقال ابن نافع فى المجموعة: إذا رأى فرجة بينه وبينها صفان، فإن كانت وجاهه، فليتهض إليها. قال ابن حبيب: وإن كانت عن يمينه أو يساره فليدعها.

فصل: وقوله: «فصفق الناس» وجه ذلك أنهم لما كانوا ممنوعين من الكلام، ورأوا ما استعظموه وكبر فى أنفسهم من تقديم أبى بكر بحضرة النبى ﷺ فى الصلاة أرادوا إعلامه، فراموا ذلك بالتصفيق.

فصل: وقوله: «وكان أبو بكر لا يلتفت فى صلاته» يريد أنه كان مقبلاً عليها مشتغلاً بها لا يلتفت عن يمينه، ولا عن شماله، وهذا يدل على أن من سنة الصلاة أن يكون بصره فى قبلته، ولا يلتفت يميناً ولا شمالاً؛ لأن أبى بكر فعل ذلك، وداوم عليه حتى وصف به وعرف من حاله.

وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: سألت رسول الله ﷺ عن التفات الرجل فى الصلاة، فقال: «هو اختلاس يختلسه الشيطان من صلاة أحدكم». وإنما يلزم أن يكون بعده فى قبلته حيث وجهه. وقال ابن القاسم: بلغنى أنه يضع بصره أمام قبلته، وأنكر مالك أن ينكس رأسه، ولا يتكلف رفع رأسه ولا خفضه ولكن حالته التى يكون عليها إذا استرسل، وترك الاشتغال.

كتاب الصلاة ٣٠٣

فصل: وقوله: «فلما أكثر الناس من التصفيق» يريد صفق منهم العدد الكثير، ولم يرد أنه أكثر كل واحد منهم التصفيق، فالتفت أبو بكر لينظر ما أوجب كثرة تصفيقهم، وهذا يدل على أن الالتفات في الصلاة لا يبطلها، لأنه فعل ذلك بحضرة النبي ﷺ، فلم ينكره عليه، ولا خلاف في ذلك. وفي المذونة: من التفت في صلاته، لم يقطعها. قال ابن القاسم: وكذلك من التفت بجميع جسده.

ومعنى ذلك أنه، وإن تعلق به حكم المنع والكراهية لمن فعل ذلك لغير سبب، فإنه لا يقطع الصلاة. وأما النظر يمينا وشمالاً، فليس ذلك بممنوع، لما روى عن ابن عباس «كان رسول الله ﷺ يلحظ يمينا وشمالاً، ولا يلوى عنقه».

فصل: وقوله: «فراى رسول الله ﷺ» فعلم أن التصفيق كان من أجله، ولعله أشار إلى أن يتأخر إلى الصف أو اخذ في ذلك، فأشار إليه رسول الله ﷺ أن امكث مكانك. وفي ذلك دليل أن الإشارة في الصلاة للعدر والحاجة إلى ذلك لا تبطلها ولا تنقصها، لأن النبي ﷺ فعل ذلك، ومنه رد السلام بالإشارة باليد والرأس؛ لأنهما مما جرت العادة بالإشارة بهما. قال ابن الماجشون: ولا بأس بالمصافحة في الصلاة والإشارة برد السلام في المكتوبة وغيرها.

وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب: ولا بأس أن يشير في الصلاة بنعم أو لا. قال ابن الماجشون: وأما أن يشير إليه في المشى ويعطيه إياه، فلا أحب ذلك؛ لأنه يخطئ موضعه، فترد عليه الإشارة حتى يفهم، وذلك شغل عن الصلاة.

فصل: وأما إشارة رسول الله ﷺ إلى أبي بكر أن يمكث، فكأنه يحتمل معنيين، أحدهما أن يثب مكانه إماماً، والثاني: أن يثبت مكانه مأموراً بين يدي النبي ﷺ، والأول أظهر.

وقد روى مفسراً من حديث قتبية: «يا أبا بكر ما منعك أن تصلى بالناس حين أشرت إليك» ورفع أبي بكر يديه في الصلاة للدعاء، دليل على جواز ذلك في الصلاة. وقد روى عن مالك جواز رفع اليدين في موضع الدعاء.

فصل: وقوله: «فحمد الله أبو بكر على ما أمره به رسول الله ﷺ من ذلك» يحتمل أن يكون حمده على أن لم يكن أخطأ في تقدمه بالناس في موضع لا يأمن فيه ورود النبي ﷺ، ويحتمل أن يكون حمد الله تعالى على ما فضله به وأهله له النبي ﷺ من تقدمه بين يديه وصلاته به.

٣٠٤ كتاب الصلاة

وقد روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم فيمن أخبر في الصلاة بما يسره، فحمد الله تعالى أو بمصيبة، فاسترجع أو خبر بشيء، فقال: الحمد لله على كل حال أو الذى بنعمته تتم الصالحات، لا يعجبني وصلاته مجزئة. قال أشهب: إلا أن يريد بذلك قطع الصلاة.

فصل: وقوله: «فاستأخر أبو بكر حتى استوى فى الصف» دخولا فى جملة الصحابة المؤمنين وخروجاً للنبي ﷺ عن رتبة المأمور فأقره النبي ﷺ على ذلك، وتقدم رسول الله ﷺ يعنى إلى موضع الإمامة.

وفى ذلك مسألتان، إحداهما: تأخر أبى بكر رضى الله عنه. والثانية: تقدم النبي ﷺ فأما تأخر الإمام لغير عذر، فإنه غير جائز؛ لأنه قد لزمه إتمام صلاته، ولزم الناس الائتمام به، فلا يجوز له إبطال ما دخل فيه والتزمه، ولا إبطال صلاة من قد اتم به.

فروع: وهل يبطل ذلك صلاته، وصلاة من خلفه أم لا؟ قال ابن القاسم: فى إمام أحدث، فاستخلف ثم أتى، فأخر المستخلف، وأتم الصلاة: إن ذلك ماض، واستدل بفعل أبى بكر حين تأخر، وتقدم النبي ﷺ، وذلك يدل على أنه يرى أن هذا الفعل لا يختص بالنبي ﷺ. وقال يحيى بن عمر: ذلك مخصوص بالنبي ﷺ، وذلك يفيد أن مثل هذا لا يصح من غيره.

وقال القاضى أبو الوليد: وهو الأظهر عندي؛ لأن أبى بكر قال للنبي ﷺ حين سأله عن المانع له من أن يثبت مكانه إذ أمره بذلك: ما كان لابن أبى قحافة أن يصلى بين يدى رسول الله ﷺ، فأظهر بذلك العلة التى لها تأخر، وهذا حكم يختص بالنبي ﷺ، ولو قال: ما كان لابن أبى قحافة أن يصلى بين يدى من هو أفضل منه، وأقره النبي ﷺ لجاز اليوم أن يتأخر لإمام يرى أنه أفضل منه.

مسألة: وأما تأخر الإمام لعذر، فلا خلاف فى جواز ذلك، والأعذار على وجوه، منها ما يوجب للإمام كونه مأموماً، وذلك إذا عجز عن شيء من فروض الصلاة، فإنه يتأخر، ويقدم رجلا من القوم يتم بهم الصلاة ويأتم هو به. والثانى: أن يحدث به ما يمنع صحة الصلاة كالحديث، وما يمنع الصلاة، فإنه يقدم أحد المصلين يتم بهم الصلاة وينصرف هو لإزالة ما منعه إتمام الصلاة.

وفى الاستخلاف أربعة أبواب، الأول: فى حكم الاستخلاف والمستخلف. والباب الثانى: فى عمل المستخلف فيما بقى عليه من صلاة الإمام. والباب الثالث: فى عمل من

استخلف للصلاة بهم. والباب الرابع: فى عملهم بعد إتمام صلاة الإمام.

* * *

الباب الأول فى حكم الاستخلاف والمستخلف

من حكم الإمام إذا طرأ عليه ما يمنعه التماذى فى الصلاة، أن يستخلف من يتم بالقوم الصلاة، فإن لم يستخلف تقدم أحدهم فصلى بهم بقية صلاة الإمام، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك أنها صلاة جماعة تؤدى، فكان من حكمها أن تستوعب الإمامة جميعاً، كما لو كان الإمام باقياً على إمامته.

مسألة: ولو قدم المحدث رجلاً، فلم يتقدم حتى تقدم غيره فصلى بهم، فقد روى ابن سحنون عن أبيه: تجزئهم صلاتهم.

ووجه ذلك أن المستخلف لا يكون إماماً إلا بعد أخذه فى الإمامة، وأخذ الناس فى الاقتداء به، ولما عدم ذلك فى المستخلف لم يكن إماماً، ولما وجد ذلك فى الذى تقدم صح ائتمامهم به. وقد قال ابن القاسم فى المدونة: لم أسمع من مالك أن المستخلف يكون إماماً قبل أن يبلغ موضع الإمام.

مسألة: ولا يجوز أن يستخلف إلا من أحرم، ولو استخلف من لم يحرم، فأحرم بعد ما تقدم بطلت صلاة من ائتم به بمنزلة قوم أحرموا قبل إمامهم، قاله ابن القاسم.

مسألة: وإذا أحدث بعد الركوع وقبل السجود، فلا يستخلف من لم يدرك معه الركعة. رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية، قال: فإن استخلف، فليقدم هذا من أدركها ويتأخر.

ووجه ذلك أنه لا يعتد بذلك السجود، والإمام لا يأتى من الصلاة بما لا يعتد به، وإنما يفعل المأموم على وجه التبعية للإمام، وهذا لما استخلف قد صار إماماً، فلا يشتغل عن الصلاة بما لا يعتد به.

مسألة: ولا يجوز أن يستخلف جنباً ولا سكراناً ولا مجنوناً، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك أن المستخلف إمام، فيجب أن يكون بصفة من يصح إمامته. قال ابن

القاسم: فإن استخلف أحد من ذكرنا، فائتموا به بطلت صلاتهم، إذا كان الجنب ذاكراً الجنابته، وحكمهم أن يقدموا غيره كما لو لم يستخلف الإمام أحدًا.

مسألة: ولو لم يستخلف الإمام أحدًا، وقدمت طائفة رجالاً صلبت بصلاته، وقدمت طائفة رجالاً، صلت بصلاته في غير الجمعة أجزأتهم صلاتهم، قاله سحنون في العتبية قال أشهب: وقد أساءت الطائفة الثانية بمنزلة جماعة وجدوا في المسجد جماعة يصلون بإمام، فقدموا رجالاً منهم، وصلوا بصلاته، وهذا مبنى على أن المستخلف أو من تقدم إنما تلزم إمامته من شرع في الائتمام به دون من لم يشرع في ذلك، ولو قدموا رجالاً منهم إلا واحدا منهم صلى فذاً، فقد أساء وتجزئه صلاته بمنزلة رجل وجد جماعة تصلى بإمام فصلى فذاً.

مسألة: ولو لم يقدم الإمام أحدًا، فصلوا أفذاذًا، فقد قال ابن القاسم في المدونة: لا يعجبنى ذلك، فإن فعلوا أجزأتهم. وروى ابن المواز عن ابن عبدالحكم، من ابتداء صلاة مع إمام، فأتمها وحده، فليعد.

وجه قول ابن القاسم أن عنده صلاة تصح من الفذ، والإمام قد زال حكمه بما أحدث، فصح أن تتم هذه الصلاة على حكم الفذ كما لو سبقه الإمام بركعة، وكذلك لو لم يكن مع الإمام الذي أحدث غير مأموم واحد؛ لكان يقضى فذاً.

وجه قول ابن عبدالحكم أنه لما لزمه حكم الإمام بالدخول مع الإمام بطلت صلاته بالانفراد عن الإمام الذي لم يتم صلاته كما لو فارق الإمام مع بقاءه على حكم الإمامة.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فقد قال: إن ذلك في غير الجمعة، وأما الجمعة، فلا يصح ذلك فيها؛ لأنها لا تكون إلا بإمام يريد أن يؤم في جميعها أداء. وأما القضاء، فإنه يصح من الفذ، فمن أدرك ركعة من صلاة الإمام، فإنه يقضى ما فاتته بعد سلام الإمام.

وقد اختلف أصحابنا في الإمام تنفض عنه الجماعة في صلاة الجمعة بعد ركعة، فقال أشهب: يصلى ركعة وتجزئه جمعه. قال ابن سحنون: وهو القياس. وقال سحنون: لا يجزئه ذلك، ولا تكون له جمعة؛ فإذا قلنا بقول سحنون، فهو موافق لما قدمناه من مسألتنا، وإذا قلنا بقول أشهب تصح جمعه، فالظاهر في مسألتنا الجواز وألا نفرق بين انفراد الإمام والفذ في الجمعة.

كتاب الصلاة ٣٠٧
مسألة: ويستحب للإمام أن يستخلف من الصف الذي يليه، رواه علي زياد عن مالك في المجموعة.

ووجه ذلك أنه أقرب إليه وأقل لعمل المستخلف في التقدم إلى موضع الإمام، ولذلك شرع أن يلي الإمام أهل الفقه والعلم ليستخلف منهم إن احتاج. وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لينى منكم ذوو الأحلام والنهى».

مسألة: والأفضل أن يستخلف بالإشارة، ويضع يده على أنفه في خروجه يرى أن ما أصابه رعاف، فإن لم يفعل وتكلم لم يفسد عليهم شيئاً على ما تقدم، فإن أحدث راکعاً، فقد روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية: يرفع رأسه ويستخلف من يرفع بهم. وقال يحيى بن عمر: يرفع رأسه بغير تكبير، فيستخلف من يرفع بهم، وقيل يستخلف قبل أن يرفع رأسه لثلاثاً يرفعوا برفعه.

ووجه ذلك أنه لما أحدث، خرج عن الإمامة، فيستخلف من يرفع بهم؛ لأن الرفع بالركوع عمل من أعمال الصلاة المتعلقة بالإمام، وكان له أن يرفع رأسه قبل الاستخلاف؛ لأن ذلك أمكن له في تناول الاستخلاف بالإشارة والنظر إلى من يستخلفه، ويترك التكبير؛ لأنه قد خرج عن الصلاة، ولثلاثاً يتبع في التكبير فيقتدى به، وهو عالم بحدته، وذلك مبطل للصلاة. ووجه قول من قال: يستخلف على حالة الركوع، أن ذلك توقع من أن يقتدى به من وراءه في رفعه رأسه، فكان حكمه أن يستخلف على الحالة التي أحدث عليها.

* * *

الباب الثاني في عمل المستخلف فيما بقي عليه من صلاة الإمام

ما بقي من صلاة الإمام، فجملته أنه إن كان استخلفه بعد أن قرأ بعض القراءة، فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية: يقرأ المقدم من حيث انتهى إليه الإمام. وقال علي بن زياد عن مالك: إن استخلفه بعد تمام القراءة، فلا يعيدها ويركع. وقال عيسى عن ابن القاسم في العتبية: إن أحدث راکعاً، استخلف من يدب راکعاً، يريد إلى موضع الإمام ويرفع بهم. وروى موسى بن معاوية عن ابن القاسم المستخلف في الجلوس يدب جالساً، وفي القيام يتقدم قائماً.

ومعنى ذلك أن المستخلف من حكمه أن يعمل مثل عمل الإمام، ويتقدم إلى موضعه ليتم الاقتداء به على سنته، وبذلك يعلم تقدمه للإمامة، فرمما قد اعتقد الاقتداء بغيره،

٣٠٨ كتاب الصلاة

وذلك يمنع صحة الاقتداء به فيتقدم على الصفة التي استخلف عليها فيتقدم به في إتمامها.

مسألة: وعلى المستخلف أن يتم بهم صلاة الإمام، وإن كانت مخالفة لصلاته، فلو فاته من صلاة الإمام ركعة ثم ركع معه الثانية ثم أحدث، فاستخلفه قبل أن يتم سجوده، فإنه يتم بهم تلك الركعة، ويجلس لأنها ثانية الإمام، لأنه إنما يصلها كما كان يصلها مع الإمام، فإذا أكمل صلاة الإمام أشار إليهم أن اجلسوا، قاله ابن القاسم عن مالك في المجموعة.

ومعنى ذلك أن ينبههم على انتظاره لئلا يتبعوه فيما ينفرد به من القضاء، فإذا أتم ما فاته مع الإمام سلم بهم.

فروع: ولو صلى رجل وحده ركعة من الصبح، ثم دخل معه في الركعة الثانية من أتم به الركوع معه، ثم أحدث الإمام، فاستخلفه، فقد قال ابن المواز: يتم ركعته ويجلس ثم يقوم فيقضى الأول.

ووجه ذلك أنه قد لزمه حكم صلاة الإمام، فعليه أن يتم ما بقى من صلاة الإمام حتى يبلغ محل السلام ثم يقوم فيقضى ما فاته قبل أن يسلم ثم يسلم فتم صلاته، وهذا يقتضى أن الجماعة إذا أحدث إمامهم، فخرج ولم يستخلف وصلوا أفذاذًا، فإن كل واحد منهم إنما يبنى على صلاة الإمام من فاته منهم بعض صلاة الإمام، ومن لم يفت.

* * *

الباب الثالث في عمل من استخلف للصلاة

وحكم ذلك أن المأموم يتبع المستخلف فيما يبنى عليه من صلاة الإمام، وذلك أنه لا يخلو أن يكون المستخلف أدرك مع الإمام ابتداء ركعة أو لم يدركها معه، فإن أدرك معه الركعة، وكانت أول صلاة الإمام، فإن صلاتهم باقية على سنتها لا يلحقها تغيير ولو فاته ركعة من صلاة الإمام ثم استخلف الإمام بعد أن أدرك معه الثانية، فإنه يتم بهم صلاة الإمام حتى يبلغ محل السلام، فإذا بلغه أشار إليهم فقام، فقضى ما فاته من أول صلاة الإمام ثم سلم بهم، ولو كانت تلك الركعة قد فاتت جماعة منهم، فقد قال سحنون في المجموعة: من أصحابنا من يقول: يقوم المستخلف وحده للقضاء، ثم يسلم ويسلم معه من كملت صلاته، ويقوم من فاته شيء منها فيقضيه بعد سلامه. ومنهم من يقول: إذا قام يقضى قام كل واحد منهم يصلى لنفسه ثم يسلمون بسلامه.

كتاب الصلاة ٣٠٩
وجه القول الأول أن ما فاتهم من صلاة الإمام عليهم قضاؤه، والقضاء لا يكون إلا بعد سلام الإمام. أصل ذلك إذا أتم الإمام صلاته، فإن من فاته بعض صلاته لا يقضى إلا بعد سلامه.

ووجه القول الثاني أن تأخير السلام لقضاء المستخلف مدة، لا عمل على المأموم فيها غير انتظار تمامه، فجاز أن يتموا فيها صلاتهم كالطائفة الأولى في صلاة الخوف تتم صلاتها في مدة ينتظر فيها الإمام الطائفة الثانية. وقد قال سحنون في المجموعة، في المستخلف يتم صلاة الإمام، ثم قام يقضى لنفسه فضحك: أحب إلى أن يعيد القوم احتياطاً، وكأنه لم يوجبه، وهذا عندي يقتضى أن من أتم معه صلاة الإمام، قد خرجوا عن حكم إمامته، فينبغي أن يقوموا، وإذا قلنا إنهم في حكم إمامته لزمهم إعادة الصلاة، إذا أفسدها بضحك أو غيره.

فرع: فإذا قلنا إن المأموم يقضى ما فاته قبل سلام المستخلف، فقد حكى سحنون في المجموعة عن بعض أصحابنا إن اتم بالمستخلف بطلت صلاته. وروى ابن سحنون عن أبيه أنه قال: تجزئه، قال: ثم رجع، فقال: يعيد أحب إلى.

وجه القول الأول أنه اتم به فيما من حكمه أن يصله فذاً كما لو سلم الإمام، وقام للقضاء من فاته بعض صلاته، فاتم بعضهم ببعض، فإنه تبطل صلاة المأموم؛ لأن القضاء ينافى حكم الجمع والائتمام، ولذلك لا يأتى القاضى فى صلاة الجمعة، وإن كان أصلها لا تتم إلا فى جماعة.

ووجه آخر، وهو أن لا يتم صلاة مع إمام إلا من ابتدأها معه، ولذلك من ابتدأ صلاته فذاً لم يكن له أن يتمها مع الإمام. ووجه آخر، وهو أن ما نقص من الصلاة له حكم الائتمام بالإمام الأول، فجاز أن يقتدى فيه بالمستخلف، أصل ذلك البناء.

* * *

الباب الرابع فى عملهم بعد إتمام صلاة الإمام

وإذا استخلف الإمام، ولم يدرك معه الركعة، وقد بقيت عليه منها سجدة، وتمادى المستخلف على الصلاة، فلا يتبعوه فى سجدها لأنها له نافلة، ولا يعتدون بتلك الركعة، فإن اتبعوه فسدت صلاتهم، رواه فى العتبية عيسى عن ابن القاسم. قال ابن المواز: وقد قيل تجزيهم إن سجدوها معه.

٣١٠ كتاب الصلاة

وجه القول الأول ما احتج به من أن تلك السجدة نافلة للمستخلف؛ لأنه لا يعتد بها، وإنما يأتي بها اتباعاً لصلاة الإمام، فمن اتبعه فيها لم يقض بها فرضه؛ لأنه لا يقضى فرضه باتباع إمام متفعل، وإذا لم يجزه في صلاته وجب أن تبطل صلاته.

ووجه الرواية الثانية أن المستخلف إنما يأتي بهذه السجدة نيابة عن الإمام، ولو لم يصح أن يتبعه فيها المأموم لما جاز له أن يفعلها؛ لأنه لا فائدة في فعلها إلا اتباع المأموم له فيها، فإذا قلنا إنه يلزم الإمام فعلها، اقتضى ذلك أن يجزئ الإمام اتباعه فيها، ولا يقال إنها نافلة للمستخلف بل هي فرضه على وجه النيابة عن الإمام، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ما لي رأيتمكم أكثرتم من التصفيق» إنكار لفعلهم ذلك، وإن كان الإمام علق حكم الإنكار بالإكثار، والمراد إنكار جميعه إلا أنه لما كان الإنكار للإكثار منه أكثر قصد إليه، وعلق الإنكار به.

فصل: وقوله: «من نابه شيء في صلاته فليسبح» هذا عام في الرجال والنساء، فإن من تقع على كل من يعقل من الذكور والإناث، ولا خلاف في أن هذا حكم الرجال، فأما النساء، فذهب مالك إلى أن حكم النساء التسييح كالرجال. وقال الشافعي: إن حكم النساء إذا نابهن شيء التصفيق.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك قوله ﷺ: «من نابه شيء في صلاته فليسبح».

فإن قيل، فإن هذا الخبر إنما ورد بسبب القوم الذين صفقوا خلف أبي بكر، فيجب أن يقصر عليهم. فالجواب أن اللفظ عام مستقل بنفسه، فلا يقصر على سببه، ولذلك لم يقصر حكم الظهار على سلمة بن صخر ولا آية اللعان على هلال بن أمية، وحمل ذلك على عمومته.

وقوله ﷺ: «إنما التصفيق للنساء» ليس على أن ذلك حكمهن، ولكن على معنى العيب للفعل إضافته إلى النساء كما يقال: كفران العشير من أفعال النساء. إذا ثبت ذلك، فإن حكم التسييح أن يقول: سبحان الله، فإن قال: سبح، سبح، فقد قال سحنون في نوازله: أرجو أن يكون خفيفاً، وإنما كان القول: سبحان الله.

فصل: وقوله ﷺ: «فإنه إذا سبح التفت إليه» يدل أيضاً على جواز الالتفات في الصلاة للحاجة والضرورة، ليعلم سبب التسييح هل هو من أجل صلاته أم من أجل غيرها، فيعمل على حسب ذلك.

٣٨٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي جَعْفَرِ الْقَارِيِّ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ أُصَلِّي وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَرَائِي، وَلَا أَشْعُرُ بِهِ فَالْتَفَتُ فَعَمَزَنِي.

الشرح: وإنما كان ابن عمر لا يلتفت في صلاته لإقباله على صلاته، واشتغاله بها، وإعراضه عن غيرها.

وقول أبي جعفر: «ولا أشعر به» يعنى لم يعلم أنه وراءه، فلما التفت غمزه ابن عمر، يريد أشار إليه، منكراً لفعله، وأمرًا له بالإقبال على صلاته، ولعل ابن عمر لم يكن فى صلاة، وإنما كان جالسًا، وراءه وأبو جعفر يتنفل، فأنكر عليه الالتفات، ولو كان ابن عمر فى صلاة لاشتغل بها عن الإنكار عليه.

* * *

ما يفعل من جاء والإمام راع

٣٩٠ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي أَمَامَةَ بْنِ سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلَ زَيْدُ بْنُ نَابِتٍ الْمَسْجِدَ، فَوَجَدَ النَّاسَ رُكُوعًا، فَرَكَعَ ثُمَّ دَبَّ حَتَّى وَصَلَ الصَّفَّ.

٣٩١ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَدِبُّ رَاكِعًا.

الشرح: وقوله: «فوجد الناس ركوعًا» يريد فى صلاة الجماعة، فركع دون الصف لما خاف أن يسبقه الإمام بالركعة، ثم دب بعد ذلك إلى الصف، وتحرير هذا أن من دخل المسجد، فوجد الإمام راعًا، فخاف أن تفوته الركعة قبل أن يصل الصف، وخاف إن كبر لا يصل أول الصف حتى يرفع الإمام رأسه، ففى المبسوط من رواية ابن وهب عن مالك: لا يركع وليمش على هيئته حتى ينأتى الصف فيكبر، ويصلي ما أدرك، فهذا حكمه إذا كان بموضع اتمامه مصلون قليل، ليسوا ممن يقوم بهم صف، ولا جزء منه له بال، ولو أدرك صفًا أو جزءًا له بال من الصف، ركع به ثم كان حكمه حكم من كان فى صف، فرأى بين يديه فرجة.

٣٨٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٦٧.

٣٩٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٦٨.

٣٩١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٦٩.

٣١٢ كتاب الصلاة

فرع: فإن كبر قبل الصف، ففي المدونة عن مالك: ذلك يجزئه. ووجه ذلك أنه لم يخل بشرط من شروط صحة الصلاة، وإنما ترك الأفضل، وذلك لا يمنع الإجزاء.

مسألة: فإن علم أنه إن كبر دون الصف أدرك الركعة، فقد روى أبو القاسم عن مالك في العتبية والمدونة: أنه يكبر دون الصف. وروى عنه ابن حبيب: لا يكبر ولا يركع حتى يأخذ مقامه من الصف أو يقاربه، وأما ما كان بعيداً، فلا أحبه.

وجه رواية ابن القاسم أن صلاة الجماعة مرغّب فيها، وهو مضعف بسبع وعشرين درجة، ولا يأمن أن يسبقه الإمام برفع رأسه، فتفوته بذلك، فاستحب أن يركع دون الصف، ثم يدخل بعد ذلك في الصف، فهو أمر لا يفوته، فيجب أن يقدم ما يخاف فواته.

ووجه رواية ابن حبيب ما روى من طريق ابن عجلان قال رسول الله ﷺ: «إذا جاء أحدكم الصلاة، فلا يركع دون الصف حتى يأخذ مكانه».

فرع: إذا ثبت ذلك، فهو إدراك الركعة مع الإمام روى ابن القاسم عن مالك: أن يمكن يديه من ركبته قبل رفع الإمام رأسه.

ووجه ذلك أن هذا المقدار هو الفرض، فمن أدركه مع الإمام، فقد اتم به في الركوع، فكان مدرّكاً له معه.

مسألة: فإن كبر قبل أن يصل إلى الصف، فمتى يدب من فعل ذلك؟ قال في حديث زيد بن ثابت: فركع ثم دب، ويحتمل أن يريد به انخط للركوع ثم دب راکعاً، فيكون ذلك موافقاً لما روى عن ابن مسعود، ويحتمل أن يريد أنه أكمل الركوع ثم دب، فيكون ذلك مخالفاً له.

وقد روى ابن مسعود عن مالك: يكبر ويركع ويدب راکعاً. وروى عنه أشهب: لا يدب إلى الصف حتى يرفع رأسه من السجود، فروى عنه الوجهان جميعاً، ولعله اختلف قوله فيه، لما احتمله اللفظ من التأويل، والله أعلم.

وجه رواية ابن القاسم أن الصلاة في الصف مأمور بها والصلاة دون الصف منهي عنها، وإنما جاز له التكبير دون الصف خوفاً من الفوات والركوع والسجود من أركان الصلاة، فلا يفعلها دون الصف، وهو قادر على إدراك الصف.

ووجه رواية أشهب أن في ديبه في نفس الركوع اشتغالاً عن ركن من أركان الصلاة، فكان عليه أن يأتي به على هيئته ثم يدب بعد ذلك لإدراك الصف.

كتاب الصلاة ٣١٣

مسألة: ومقدار القريب الذى أبيع له فيه هذا، روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية أنه إنما يركع إذا كان قريباً يدب بعد ذلك صفيين أو ثلاثة، فأما إذا بعد، فلا أحبه.

* * *

ما جاء فى الصلاة على النبي ﷺ

٣٩٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بن محمد بن عمرو بن حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَمْرِو بْنِ سُلَيْمِ الزُّرْقِيِّ أَنَّهُ قَالَ: أَخْبَرَنِي أَبُو حُمَيْدٍ السَّاعِدِيُّ أَنَّهُمْ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَيْفَ نَصَلِّي عَلَيْكَ؟ فَقَالَ: «قُولُوا: اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَأَزْوَاجِهِ وَذُرِّيَّتِهِ كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ وَبَارِكْ عَلَى مُحَمَّدٍ وَأَزْوَاجِهِ وَذُرِّيَّتِهِ كَمَا بَارَكْتَ عَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيدٌ».

الشرح: قوله: «يا رسول الله، كيف نصلى عليك؟» الصلاة فى كلام العرب الدعاء، والصلاة الرحمة، إلا أن الصلاة التى أمرنا بها هى الدعاء، وإنما سألوا رسول الله ﷺ عن صفة الصلاة عليه، ولم يسألوه عن جنس الصلاة عليه؛ لأنهم لا يؤمرون بالرحمة، وإنما يؤمرون بالدعاء، إلا أن الدعاء بألفاظ كثيرة وعلى صفات مختلفة، فسألوا هل لذلك صفة تختص به؟ فأعلمهم أن المشروع فى ذلك صفة مخصوصة، وهى أن يدعو الله تعالى أن يصلى عليه.

فصل: وقوله: «قولوا اللهم صلى على محمد وأزواجه وذريته» أما الأزواج، فهن معروفات، وأما الذرية، فمن كانت للنبي ﷺ ولادة من ولده وولد ولده ممن تبع النبي ﷺ وأطاعه، وقد قال إبراهيم عليه السلام: ﴿رَبِّ اجْعَلْنِي مَقِيمَ الصَّلَاةِ وَمَنْ ذُرِّيَّتِي﴾ [إبراهيم: ٤٠].

فصل: وقوله ﷺ: «كما صليت على إبراهيم» أى كما رحمت آل إبراهيم، وآل إبراهيم أتباعه، ويحتمل أن يريد بذلك أتباعه من ذريته، ويحتمل أن يريد أتباعه من كل من اتبعه، وإلى هذا ذهب مالك، واحتج بقول تعالى: ﴿ادْخُلُوا آلَ فِرْعَوْنَ أَشَدَّ الْعَذَابِ﴾ [غافر: ٤٦]، يريد أتباعه من رهطه وغيرهم.

٣٩٢ - أخرجه البخارى فى أحاديث الأنبياء حديث رقم ٣٣٦٩. والدعوات حديث رقم ٦٣٦٠. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٠٧. والنسائى فى الصغرى فى السهو حديث رقم ١٢٩٤. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٩٧٩. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ٩٠٥. وأحمد فى المسند: حديث رقم ٢٣٠٨٩.

٣١٤ كتاب الصلاة

قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه: والأظهر عندي من الكلام أن الآل: الأتباع من الرهط والعشيرة.

فصل: وقوله ﷺ: «وبارك على محمد وأزواجه وذريته» البركة فى كلام العرب التكثير من الله تعالى للمبرة، فيحتمل أن يريد بقوله: «وبارك على محمد وأزواجه وذريته» تكثير الثواب لهم ورفع درجاتهم، وقد قال تعالى: ﴿رحمة الله وبركاته عليكم أهل البيت﴾ [هود: ٧٣]، ويحتمل بذلك تكثير عددهم مع توفيقهم.

وقد قال ابن الأثير: إن معنى قوله: تبارك اسمك، تقلس، أى تطهر، فعلى هذا يحتمل أن يكون معنى قوله: «وبارك على محمد وأزواجه وذريته» طهرهم، قال الله تعالى: ﴿إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيرا﴾ [الأحزاب: ٣٣].

٣٩٣ - مالك، عن نعيم بن عبد الله المجرى، عن محمد بن عبد الله بن زيد أنه أخبره عن أبي مسعود الأنصارى أنه قال: أتانا رسول الله ﷺ فى مجلس سعد بن عبد الله فقال له بشير بن سعد: أمرنا الله أن نصلى عليك يا رسول الله فكيف نصلى عليك؟ قال: فسكت رسول الله ﷺ حتى تمنينا أنه لم يسأله ثم قال: «قولوا: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على إبراهيم فى العالمين إنك حميد مجيد والسلام كما قد علمتم».

الشرح: قوله: «أتانا رسول الله ﷺ فى مجلس سعد بن عبادة»، دليل على أنه يجوز للإمام أن يخص رؤساء الناس وفضلاءهم بالزيارة فى مجالسهم والتأنيس لهم.

وقول بشير بن سعد: «أمرنا الله أن نصلى عليك»، يحتمل أن يريد قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليماً﴾ [الأحزاب: ٥٦]، وهذا الأمر لنا بالصلاة عليه، لا يختص بمكان ولا زمان، هذا الذى ذهب إليه مالك.

وقال ابن المراز: ذلك فريضة. قال الشيخ أبو محمد: يريد فريضة، ليست من فرائض

٣٩٣ - أخرجه مسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٠٥. والترمذى فى تفسير القرآن حديث رقم ٣١٤٤. والنسائى فى الصغرى فى السهو حديث رقم ١٢٨٥، ١٢٨٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٦٦١٩، ٢١٨٤٧.

كتاب الصلاة ٣١٥
الصلاة، وقاله محمد بن عبد الحكم وغيره. وقال الشافعي: يختص ذلك بعد التشهد الآخر من الصلاة وهو شرط في صحتها. والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذا ذكر نبي، فلم يكن شرطاً في صحة الصلاة كذكر سائر الأنبياء.

فصل: وقوله: «فكيف نصلى عليك»، سؤال عن صفة الصلاة عليه، وسكوت النبي ﷺ يحتمل أن يكون لأنه لم يكن عنده في ذلك نص، فأوحى إليه بذلك عند السؤال، فكان سكوته لأجل الوحي إليه، ويحتمل أن يكون ذلك مصروفاً إليه فسكت مختاراً وإنما تنموا أنه لم يكن سأل لما خافوا أن يكون سكوته لأنه لم يرض السؤال.

فصل: وقوله عليه السلام: «والسلام كما قد علمتم» يحتمل أن يريد قوله تعالى: ﴿وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [الأحزاب: ٥٦]، وأن صفة هذا التسليم قد عرفوها من قولهم في التشهد: السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته.

٣٩٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ قَالَ: رَأَيْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقِفُ عَلَى قَبْرِ النَّبِيِّ ﷺ فَيُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَعَلَى أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ.

الشرح: هكذا رواه يحيى بن يحيى وتابعه غيره، وقال فيه ابن القاسم: فيصلى على النبي ﷺ ويدعو لأبي بكر وعمر، وتابعه على ذلك القعني وغيره. وذهب ابن عباس إلى أن الصلاة لا تستعمل على أحد غير النبي ﷺ وذهب غيره إلى أن ذلك جائز لجميع الناس، وهو الأكثر من مذاهب الخاصة والعامة إلا أن يمنع من ذلك مانع.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَلِّي عَلَيْكُمْ وَمَلَائِكَتُهُ﴾ [الأحزاب: ٤٣]، وقوله ﷺ: «اللهم صلى على محمد وعلى آل محمد» وفي الجملة أن استعمال هذه اللفظة، إن خيف منه الإبهام، امتنع منه، وإن أمن ذلك فلا بأس به، ما لم يمنع بتوقيف أو اتفاق.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن من دخل المسجد وخرج لم يلزمه أن يقف بالقبر. قال مالك في المبسوط: وإنما ذلك على الغرباء إذا دخلوا وخرجوا وليس عليهم فيما بين ذلك وليس ذلك على أهل المدينة. قال ابن القاسم: ورأيت أهل المدينة إذا أرادوا الخروج منها أتوا القبر، فسلموا وإذا دخلوا المدينة، فعلوا مثل ذلك. قال ابن القاسم: وهو رأى.

٣١٦ كتاب الصلاة

وفرق مالك بين أهل المدينة والغرباء لأن الغرباء قصدوا لذلك، وأما أهل المدينة فهم مقيمون بها لم يقصدوها من أجل القبر والمسجد.

مسألة: والذي شرع لمن وقف بالقبر أن يسلم على النبي ﷺ وعلى أبي بكر وعمر، قاله مالك في المبسوط وفي غيره من رواية ابن وهب عن مالك، قال: تقول: السلام عليك أيها النبي ورحمة الله.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أنه يدعو للنبي ﷺ بلفظ الصلاة ولأبي بكر وعمر على ما تقدم من الخلاف، ووجدت لابن وهب عن مالك أن المسلم على النبي ﷺ يدنو فسلم ولا يمس القبر بيده.

مسألة: وأما الدعاء عند القبر، فقد قال مالك في المبسوط: لا أرى أن يقف الرجل عند قبر النبي ﷺ يدعو ولكن يسلم ثم يمضي، وروى عنه ابن وهب في غير المبسوط، أنه يدعو مستقبل القبر، ولا يدعو، وهو مستقبل القبلة وظهره إلى القبر.

* * *

العمل في جامع الصلاة

٣٩٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُصَلِّي قَبْلَ الظُّهْرِ رَكَعَتَيْنِ وَبَعْدَهَا رَكَعَتَيْنِ وَبَعْدَ الْمَغْرِبِ رَكَعَتَيْنِ فِي بَيْتِهِ وَبَعْدَ صَلَاةِ الْعِشَاءِ رَكَعَتَيْنِ وَكَانَ لَا يُصَلِّي بَعْدَ الْجُمُعَةِ حَتَّى يَنْصَرِفَ فَيُرَكِّعَ رَكَعَتَيْنِ.

الشرح: قوله: «كان يصلي قبل الظهر ركعتين»، يريد يتنفل بهما وهذا اللفظ يقتضى المداومة عليهما وكذلك الركعتان بعد الظهر وترك ذكرها قبل العصر وبعده، فأما التنفل قبلها فمباح وفيما بعدها فممنوع، وسنذكره إن شاء الله تعالى، وأما قبل

٣٩٥ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ٩٣٧، ١١٦٩، ١١٧٣. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٢٩. والجمعة حديث رقم ٨٨٢. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٣٩٠، ٣٩٧، ٣٩٨. والجمعة حديث رقم ٤٧٩، ٤٨٠. والنسائى فى الصغرى فى الإمامة حديث رقم ٨٧٣. والجمعة حديث رقم ١٤٢٧. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١١٢٧، ١٢٥٢. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١١٣٠، ١١٣١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٩٢، ٥١٠٦، ٥٢٧٤، ٥٣٩٤، ٥٤٠٩، ٥٤٢٥، ٥٤٥٦، ٥٧٠٥، ٥٧٢٤، ٥٧٧٣، ٥٩٤٢، ٦٠٢٠، ٦٢٢٤، الدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٣٧، ١٥٧٣.

كتاب الصلاة ٣١٧
المغرب، فقد روى عن أنس «كنا نصلى على عهد رسول الله ﷺ ركعتين بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب، فقلت له: أكان رسول الله ﷺ صلاهما؟ قال: كان يرانا نصليهما، فلا يأمرنا ولا ينهانا».

وهذا يدل على جواز ذلك غير أنه لما كان المستحب من صلاة المغرب تقديمها فى أول وقتها، قدم ذلك على التنفل قبلها، ولو تنفل متنفل ذلك الوقت، لم يكن به بأس.

فصل: أما التنفل بعد المغرب فجائز، ولا اختصاص لها ببيت ولا غيره أكثر من سرعة انصرافه إما للفطر أو غيره، على أنه لم يقل إنه كان لا يصليها فى المسجد، ما قال فى الجمعة: إنه كان لا يصلى بعدها حتى ينصرف، فيركع ركعتين، يريد بذلك على أصل مالك، الانصراف إلى منزله.

ويحتمل أن يريد بذلك الانصراف من مكانه، فأما فى المسجد، فلا يخلو أن يكون المصلى إماماً أو مأموماً، فأما الإمام فلا يصلى بعد الجمعة حتى ينصرف إلى منزله، قاله مالك.

والدليل على ذلك أنها صلاة فرض ركعتان غير مقصورة بجهر بالقراءة فيهما، فكان للمنع تأثير فى التنفل بعدها كصلاح الصبح.

مسألة: وأما المأموم، فإن شاء ركع، وإن شاء لم يركع، واختار ابن القاسم أن لا يركع.

ووجه ذلك القياس إلى قدمناه، والفرق بين الإمام فى ذلك والمأموم أن الإمام شرع له سرعة القيام من موضع مصلاه ولا يقيم به، ولم يشرع للمأموم.

٣٩٦ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَتَرُونَ قِبَلْتِي هَاهُنَا فَوَاللَّهِ مَا يَخْفَى عَلَيَّ خُشُوعُكُمْ وَلَا رُكُوعُكُمْ إِنِّي لَأَرَاكُمْ مِنْ وَرَاءِ ظَهْرِي».

الشرح: قوله ﷺ: «أترون قبلى هاهنا» يعنى حيث يستقبل بوجهه «فو الله ما يخفى على خشوعكم ولا ركوعكم» يعنى ﷺ أن ذلك ظاهر إليه وإنما أراد بذلك حضهم على الخشوع وإتمام الركوع. وقوله «إنى لأراكم من وراء ظهرى» ذهب بعض الناس

٣٩٦ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٤١٨. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٢٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٢٨٩، ٨٥٥٣، ٨٦٦٠.

٣١٨ كتاب الصلاة

إلى أن معناه لأعلم بأفعالكم، فإن الرؤية تكون بمعنى العلم، قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِأَصْحَابِ الْفِيلِ﴾ [الفيل: ١]، معناه ألم تعلم. ذهب الجمهور إلى أنه من رؤية البصر.

قال القاضي أبو الوليد: وهو الصحيح عندي لأنه لو أراد به الغلم ما كان لقوله: «من وراء ظهري» فائدة إذ لا فرق بين أن يعلم ذلك من وراء ظهره أو من بين يديه وإنما أراد به إعلامهم بأنه يرى مع إقباله على قبلته ما وراء ظهره.

وقد قال بعض الناس: إن ذلك مما خص به النبي ﷺ أن ينظر من وراء ظهره من غير التفات ولا يبعد ذلك، ويحتمل أن يريد به أنه يرى من كان منهم عن يمينه وعن يساره ممن يدركه نظره من غير التفات أو مع التفات يسير في نادر الأوقات ويوصف من يقف هناك بأنه وراء ظهره كما يوصف بأنه وراءه وخلفه.

٣٩٧ - مَالِكُ، عَنِ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَأْتِي قُبَاءَ رَاكِبًا وَمَاشِيًا.

الشرح: قوله: «كان يأتي قباء راكبًا» يريد مسجد قباء. وقد فسر ذلك عبدالعزيز ابن مسلم في روايته كان النبي ﷺ يأتي مسجد قباء كل سبت ما شياً وراكباً، وكان عبدالله يفعله، فبين المراد بالقصد إلى قباء، وعلى أنه لو لم يذكره لعلم أنه إنما كان يأتي المسجد لأنه إذا كان في الجمعة المقصودة موضع مقصود ثم وصف القصد إلى الجمعة وأطلق ذلك، فإنه يحمل على قصد الموضع المقصود، كما يقال خرج فلان إلى المدينة فيفهم منه توجهه إلى المسجد وإلى قبر النبي ﷺ إلا أن يتبين قصده لغير ذلك، وكذلك من قال: توجه فلان إلى مكة فإنه يفهم منه توجهه إلى المكان المقصود للعمل المقصود فيها، وليس في قباء موضع غير مسجدها.

وقد اختلف الناس في المسجد الذي أسس على التقوى، فذهب مجاهد وعروة وقتادة إلى أنه مسجد قباء، وذهب عبدالله بن عمر وسعيد بن المسيب إلى أنه مسجد النبي ﷺ، وقاله مالك من رواية أشهب عنه، وهو المروي عن النبي ﷺ أنه سئل عن ذلك، فقال: «هو مسجدى».

٣٩٧ - أخرجه البخاري في الجمعة حديث رقم ١١٩٢. ومسلم في الحج حديث رقم ١٣٩٩. والنسائي في الصغرى في المساجد حديث رقم ٦٩٨. وأبو داود في المناسك حديث رقم ٢٠٤٠. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٤٧١، ٥١٩٦، ٥٤٩٧، ٥٧٤٠، ٦٣٩٦.

فصل: وقوله: « كان يأتي قباء ركباً وماشيًا » ليس بمخالف لما نهى عنه من أن تعمل المطى إلا إلى ثلاثة مساجد مسجده ﷺ، والمسجد الحرام ومسجد إيلياء لأن إتيان قباء من المدينة ليس من باب إعمال المطى لأن إعمال المطى من صفات الأسفار البعيدة وقطع المسافات الطوال، ولا يقال لمن خرج إلى المسجد من داره ركباً أنه أعمل المطى، وإنما يحمل ذلك على عرف الاستعمال في كلام العرب ولا يدخل تحت المنع من إعمال المطى أن يركب إنسان إلى مسجد من المساجد القريبة منه جمعة أو غيرها لأنه لا خلاف في جواز ذلك، بل هو واجب في أوقات كثيرة، فإن الذى منع منه أن يسافر السفر البعيد إلى غير الثلاثة المساجد، ولو أن آتياً أتى قباء وقصد من بلد بعيد وتكلف فيه من السفر ما يوصف من إعمال المطى لكان مرتكباً للنهى عنه على هذا القول. وقال محمد ابن مسلمة فى المبسوط: من قدر أن يأتي مسجد قباء فيصلى فيه لزمه ذلك، والقول الأول أظهر وأكثر.

٣٩٨ - مالك، عن يحيى بن سعيد، عن النعمان بن مرة أن رسول الله ﷺ قال: ما ترون فى الشارب والشارب والزانى، وذلك قبل أن ينزل فيهم، قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: هن فواحش وفيهن عقوبة وأسوأ السرقة الذى يسرق صلاته، قالوا: وكيف يسرق صلاته يا رسول الله؟ قال: لا يتم ركوعها ولا سجودها.

الشرح: قوله: « ما ترون فى الشارب والشارب والزانى »، اختبار منه ﷺ بمسائل العلم على حسب ما يختبر به العالم أصحابه، وهو الذى قاله أصحابنا فى هذا الحديث. قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى وجهاً آخر، وهو أن يكون أراد بذلك تقريب التعليم عليهم، فقرر معهم حكم قضايا يسهل عليهم ما أراد تعليمهم إياه لأنه ﷺ إنما قصد أن يعلمهم أن الإخلال بإتمام الركوع والسجود كبيرة من الكبائر، وهى أسوأ مما تقرر عندهم أنه فاحشة.

فصل: وسؤاله ﷺ أصحابه عن حكم الشارب والشارب والزانى قبل أن ينزل فيهم صريح فى جواز الحكم بالرأى؛ لأنه إذا لم ينزل عليه حكم ما سألهم عنه، فإنه لا يسعهم أن يقولوا بأرائهم.

وفى قوله: « وذلك قبل أن ينزل فيهم » دليل على أنه قد نزل فى شارب الخمر حد بعد ذلك.

٣٢٠ كتاب الصلاة

فصل: وقولهم: «الله ورسوله أعلم»، تأدب منهم أو رد للعلم إلى الله تعالى وإلى رسوله ﷺ. وقوله: «هن فواحش وفيهن عقوبة الفواحش» جمع فاحشة، وهى ما فحش من الذنوب، يقال هذا خطأ فاحش وعيب فاحش، أى كبير شديد، وأما العقوبة فإنها مطلقة على ما يعاقب عليه المعتدى، ولا يختص ذلك بجنس منها ولا بقدر.

فصل: وقوله ﷺ: «وأسوأ السرقة الذى يسرق صلاته» السرقة تكون فى ذلك على وجهين، أحدهما: أن يسرقها من الحفظة الموكلين بحفظه، وكتب ما يأتى به منها، وذلك أنه إذا لم يأت بها على الوجه المأمور، فقد تعذر عليهم وجود ما أرادوا أن يكتبوه من صالح عمله فيها.

والثانى: أن تكون السرقة فيها بمعنى الخيانة، وذلك أن يؤتمن عليها فيخون فيها، ولا يأتى فيها على حسب ما يلزمه من أدائها، وأقل ما يلزمه من الركوع أن يضع يديه فى ركبتيه ويسوى ظهره حتى يستقر كذلك، ومن السجود أن يضع جبهته ويديه وسائر أعضاء سجوده على ما يسجد عليه ويستقر كذلك، فلو أحل بشيء من ذلك فقد سرق صلاته.

فصل: وقولهم «كيف يسرق صلاته؟» سؤال عن تفسير ما أجمله، فقال ﷺ مفسراً لذلك: «أن لا يتم ركوعها ولا سجودها» وإنما خص الركوع والسجود لأن الإخلال فى الغالب إنما يقع بهما.

٣٩٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: اجْعَلُوا مِنْ صَلَاتِكُمْ فِى بُيُوتِكُمْ.

الشرح: قوله: «اجعلوا من صلاتكم فى بيوتكم» ذهب بعض الناس إلى أن المراد بذلك أن يجعل بعض فرضه فى بيته ليقرب به أهله، وهذا ليس بصحيح، لأن النبى ﷺ لم يختلف عنه أنه قد أنكر التخلف عن الحضور الجماعات فى المساجد والنساء كن يخرجن فى ذلك الزمان إلى المساجد فيتعلمن ويقتدين بصلاة النبى ﷺ، وأيضاً فقد كان يقدر أن يعلم أهله بالقول.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وإنما معنى ذلك عندى، والله أعلم، أنه أراد صلاة النافلة، وكذلك ذكر ابن مزين عن عيسى بن دينار وعبدالله بن نافع.

٣٩٩ - أخرجه البخارى حديث رقم ١١٨٧. مسلم حديث رقم ١٧٩٠. ابن ماجه حديث رقم ١٣٧٧. أبو داود حديث رقم ١٠٤٣.

وروجه ذلك أن إتيانه بالنافلة في بيته أفضل من أن يأتي بها في مسجده، وهذا حكم النوافل كلها التستر بها أفضل يبين ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «أفضل الصلاة صلاة أجدكم في بيته إلا المكتوبة».

٤٠٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: إِذَا لَمْ يَسْتَطِعِ الْمَرِيضُ السُّجُودَ أَوْ مَأْ بِرَأْسِهِ إِيمَاءً وَلَمْ يَرْفَعْ إِلَيَّ جَبْهَتَهُ شَيْئًا.

الشرح: قوله «إذا لم يستطع المريض السجود أو مأ برأسه» يريد أن ذلك يجزيه، ويقوم مقام السجود والركوع في أداء الفرائض عند العجز عنه لأنه أكثر ما يستطيع منه، وقد تقدم الكلام في الإيماء وحكمه.

٤٠١ - مَالِك، عَنْ رَيْبَعَةَ بِنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا جَاءَ الْمَسْجِدَ وَقَدْ صَلَّى النَّاسُ بَدَأَ بِالصَّلَاةِ الْمَكْتُوبَةِ وَلَمْ يُصَلِّ قَبْلَهَا شَيْئًا.

الشرح: قوله: «إذا جاء المسجد وقد صلى الناس بدأ بالصلاة المكتوبة»، يريد أن الصلاة التي جاء لها وحضر وقتها وصلاتها الناس دونه لم يصل قبلها شيئاً، يحتمل أن يريد لضيق الوقت، ويحتمل أن يفعل ذلك مع سعته، وذلك أن من دخل المسجد يصلى وحده صلاة فرض في وقتها لا يخلو أن يكون قد ضاق الوقت أو يكون في سعة منه، فإن كان ذلك في وقت يضيق عن تلك الفريضة وعن نافلة قبلها بدأ بالفريضة، ولم يجوز له أن يصلى قبلها نافلة لأن ذلك يقتضى فوات الفريضة في وقتها.

مسألة: وإن كان في سعة من الوقت، فهو بالخيار بين أن يبدأ بالنافلة ثم الفريضة، وهو الأظهر من فعل ابن عمر لأنه إنما وصف فعله بتقدم صلاة الناس قبله، ولو كان في ضيق من الوقت لقصد ذلك بالذكر. ووجه آخر، وهو أنه إنما يقصد من نقل فعله ما يحتمل أن يفعل ضده، فأما ما لا يصح غيره فنقله لا فائدة فيه وحمل ما نقل عنه وأضيف إليه على فائدة أولى.

٤٠٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ مَرَّ عَلَى رَجُلٍ وَهُوَ يُصَلِّي، فَسَلَّمَ

٤٠٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٧٨.

٤٠١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٧٩.

٤٠٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٨٠. البيهقي في السنن الكبرى ٢/٢٥٩. ابن أبي

شيبه في المصنف ٢/٧٤. المحلى ٣/٨١. المغنى ٢/٦١. كشف الغمة ١/٨٩.

٣٢٢ كتاب الصلاة
عَلَيْهِ فَرَدَّ الرَّجُلُ كَلَامًا، فَرَجَعَ إِلَيْهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ فَقَالَ لَهُ: إِذَا سُلِّمَ عَلَيَّ أَحَدِكُمْ
وَهُوَ يُصَلِّي فَلَا يَتَكَلَّمُ وَلْيُشِيرْ بِيَدِهِ.

الشرح: السلام على المصلي جائز، والأصل في ذلك ما روى عن جابر قال: بعثنى
رسول الله ﷺ لحاجته ثم أدركنه، وهو يصلي، فسلمت عليه، فأشار إلي، فلما فرغ
دعاني، فقال: «إنك سلمت عليّ أنا وأنا أصلي».

فوجه الدليل منه أنه سلم عليه في الصلاة فلم ينكر عليه، وإنما أظهر المانع له من رد
السلام عليه نطقاً.

مسألة: ولا يرد بالكلام لأن الكلام ممنوع منه في الصلاة، قال قتادة والحسن: فرد
السلام كلام، والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَقَوْمًا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٨].
وما روى أن ابن مسعود قال: كنا نسلم على رسول الله ﷺ، وهو يصلي، فيرد علينا،
فلما أتينا الجيش فرجعنا سلمنا عليه، فلم يرد، فسألناه، فقال: «إن في الصلاة شغلاً».

فصل: وقوله: «وليشر بيده»، لما ممنوعاً من الكلام كان حكمه رد السلام بالإشارة،
وأما المؤذن والمليبي، فلا يسلم عليه، فإن سلم عليه لم يرد إشارة، والفرق بينه وبين
المصلي، أن المصلي يقطع الكلام صلته، والمؤذن والمليبي لا يقطع عبادتهما الكلام،
فلذلك كان الكلام في الصلاة بدل، ولم يكن للكلام في الأذان والتلبية بدل، وهذا
كما قلنا: إن غسل الجنابة شرط في صحة الصلاة، وغسل الجمعة ليس بشرط في صحة
الصلاة، وهما مشروعان، فكان لغسل الجنابة بدل وهو التيمم، ولم يكن لغسل الجمعة
بدل من تيمم ولا غيره فكذلك في مسألتنا مثله، والله أعلم.

٤٠٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: مَنْ نَسِيَ صَلَاةً فَلَمْ
يَذْكُرْهَا إِلَّا وَهُوَ مَعَ الْإِمَامِ فَإِذَا سَلَّمَ الْإِمَامُ فَلْيُصَلِّ الصَّلَاةَ الَّتِي نَسِيَ ثُمَّ لْيُصَلِّ بَعْدَهَا
الْأُخْرَى.

الشرح: قول ابن عمر: «من ذكر صلاة، وهو وراء إمام في صلاة أخرى، فإنه
يتمادى مع الإمام ثم يصلي التي ذكر ثم يصلي التي كان فيها»، دليل على أنه إنما
يتمادى لثلاث تقوته فضيلة صلاة الإمام لأنه لا يقطع بفساد صلته مع الإمام، فيتماهى مع

٤٠٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٨١. البيهقي في السنن الكبرى ٢/٢٢٢. المغنى
٦٠٨/١. كشف الغمة ١/٧٤. عبد الرزاق في المصنف ٥/٢.

كتاب الصلاة ٣٢٣

الإمام ثم يعيد صلاته تلك عند مالك وأبي حنيفة وأحمد. وقال الشافعي: يعتد بصلاته تلك ويقضى الفائتة خاصة، وهذه المسألة مبنية على مراعاة الترتيب في الصلاة، وذلك أن من ذكر صلوات فائتة، فلا يخلو أن تكون قليلة أو كثيرة، فإن كانت قليلة فلا يخلو أن يذكرها في صلاة أو في غير صلاة، فإن ذكرها في صلاة فلا يخلو أن يكون إماماً ومأموماً وفذاً، فإن كان إماماً قطع ما هو فيه من الصلاة، ووجب عليه أن يبدأ بما عليه من الفوائت، وسندل على ذلك، إن شاء الله.

فرع: وهل تبطل تلك الصلاة على من خلفه من المأمومين أو لا؟ عن مالك في ذلك روايتان، رواهما ابن القاسم، إحداهما: تبطل على من خلفه، ووجه ذلك أن الترتيب شرط في صحة الصلاة ولا يتصور انفصاله من الصلوات، فإذا فسدت صلاة الإمام لعدمه تعدى ذلك إلى صلاة المأموم كتكبير الإحرام.

والرواية الثانية أن صلاتهم صحيحة، ووجه ذلك أن هذا معنى لو ذكره الإمام قبل دخوله في الصلاة لم تجز له الصلاة مع عدمه، فإذا ذكره في نفس الصلاة لم يفسد بذلك صلاة من خلفه كالحديث.

مسألة: فإن كان الذاكر للصلاة مأموماً، فإنه يتمادى على ذكرناه مع الإمام ثم يقضى الفائتة ثم يعيد التي صلى مع الإمام، وهذا قول ابن القاسم. وقال ابن حبيب: إن ذكر في العصر ظهر يومه، قطع على شفع أو وتر، كذلك إن ذكر مغرب ليلته في العشاء، وإنما يتمادى مع الإمام ذاكر للصلاة خرج وقتها. وأما من ذكر صلاة وهو في خناق من وقتها فاستدراكه لوقتها أولى من صلاة نافلة لا تجزئه، وهذا كله مبنى على أن ذكر صلاة في صلاة لا يفسدها وإنما يستحب للذاكر وحده أن يقطعها ويبدأ بالتي ذكر، ولو بطلت التي هو فيها بذكر غيرها لوجب عليه القطع وراء إمام أو غيره.

فرع: وبماذا يحتسب التي تمادى فيها مع الإمام، مذهب ابن القاسم أنها فرضه، وإنما يعيد بعد التي ذكرها لفضيلة الترتيب. قال ابن حبيب: هي نافلة.

مسألة: إذا قلنا يقطع ما هو فيه من الصلوات، فإن عليه أن يبدأ بالفوائت، وإن خاف فوات وقت الصلاة التي هو فيها. وقال الشافعي: يتمادى على صلاته.

والدليل على نقوله، ما روى عن عبدالله بن مسعود قال: «كنا مع رسول الله ﷺ فحبسنا عن صلاة الظهر والعصر والمغرب والعشاء، فاشتد ذلك على، فقلت: نحن مع رسول الله ﷺ وفي سبيل الله، فأمر رسول الله ﷺ بلالاً فأقام فصلى الظهر بنا، ثم

٣٢٤ كتاب الصلاة

أقام فصلي العصر، ثم أقام فصلي المغرب، ثم أقام فصلي العشاء، ثم طاف علينا، فقال: ما على الأرض عصابة يذكر الله غيركم».

فوجه الدليل منه أنه قال: حبسنا عن الصلوات، وذكر العشاء وأنها مما حبسوا عنها ولك يقتضى منعهم من صلاتها في وقتها، ولو كان وقتها باقياً لما كانوا محبوسين عنها، ثم ذكر أنه بدأ بالظهر والعصر والمغرب قبلها.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ترتيب مشروع في الوقت، فلم يبطل بفوات الوقت كترتيب الركعات.

فروع: وهل تبطل الصلاة التي كان فيها بما ذكر فيها من الفاتحة أم لا؟ قال ابن حبيب: عليه أن يعيدها أبداً. وقال سحنون: لا يعيدها بعد الوقت. والقولان مبنيان على أن الترتيب مراعى في الصلوات المفروضة، وهل الترتيب شرط في صحة الصلاة أم لا؟ ذهب القاضي أبو محمد: إلى أنه شرط في صحة الصلاة. روى مطرف وابن الماجشون عن مالك معناه، وروى علي بن زياد عن مالك فيمن ذكر الظهر والعصر من يومه في وقت العصر فجهل فبدأ بالعصر، أنه يعيدها إن علم مكانه، وإن طال ذلك، فلا شيء عليه، ونحوه رأيت لابن القاسم.

ووجه الرواية الأولى، أنه معنى لا يتصور انفصاله من الصلاة، فوجب يكون شرطاً في صحتها كتكبير الإحرام.

ووجه الرواية الثانية، أنه ليس في تقديم ما هو في وقتها أكثر من تأخير الثانية عن وقتها، وذلك لا يمنع صحتها كتأخير الصلاة عن وقتها ولا يمنع ذلك صحة صلاة الوقت لأنه لا يجوز أن يقال إن ذلك ليس بوقت لها، وتقدم الأخرى عليها لا يكون شرطاً في صحتها كما لو كانت صلوات كثيرة.

مسألة: وإن كانت الصلوات التي ذكر كثيرة فلا يبطل ما هو من الصلوات وليقتض ما ذكر من الفوائت بعد إتمامها. واختلف أصحابنا في تحديد ذلك، فروى ابن القاسم عن مالك، أن القليلة خمس فما دون ذلك، وحكى ابن سحنون عن أبيه أن الخمس فما فوقها من حيز الكثير، وإلى ذلك أشار ابن القاسم في المدونة.

وجه القول الأول أن هذا عدد لا تنكر فيها صلاة، فكان في حيز القليل كالاتين والثلاث.

كتاب الصلاة ٣٢٥

ووجه قول سحنون حديث ابن مسعود، وليس فيها المسوالة إلا فى أربع صلوات.
ومن جهة المعنى أن الترتيب فى الصلوات مقيس على الترتيب فى الركعات وأكثرها
أربع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ذكر الفذ صلاة فرض فى صلاة فرض، ففى المحدونة: إن
كان افتتح الصلاة فليقطعها، وإن كان بعد أن صلى منها ركعة، فليضيف إليها أخرى
يجعلها نافلة ويسلم، ويصلى التى ذكر ثم يصلى التى كان شرع فيها، وإن ذكرها بعد
ثلاث ركعات، فقد قال مالك: يضيف إليها ركعة أخرى.

قال ابن القاسم: وأحب إلى أن يقطع إذا ذكر بعد ثلاث، والفرق بينهما على مذهب
ابن القاسم أنه يختار أن يكون لذكر الصلاة تأثير فى الصلاة التى ذكرها فيها، ولذلك
إذا ذكرها بعد ركعة سلم من ركعتين ولم يتمها أربعاً، فأثر الذكر فيها الاختصار منها
على ركعتين، وصرفها عن الفرض إلى النفل فلو أتم التى ذكر فيها بعد ثلاث لما كان
للذكر فيها تأثير لأنه أتمها على حسب ما ابتدأها به، فاستحب له أن يقطع ليظهر بذلك
تأثير ذكر الصلاة فى صلاته.

وعلى هذا يجب إذا ذكرها فى الصبح بعد ركعة أن يقطع، وعلى قول مالك المتقدم
يضيف إليها ركعة أخرى.

ووجه ذلك أن من افتتح صلاة على شفيع فأتى منها بوتر، فإنه يستحب له تبليغها
الشفيع ما بينه وبين أربع ركعات كما لو ذكر بعد ركعة.

مسألة: فإن ذكر صلاة فرض فى نافلة قطعها إن كان لم يصل منا شيئاً، وإن كان
صلى منها ركعة، فقد اختلف قول مالك فيه، فقال مرة: يقطع، وقال مرة أخرى: لا
يقطع بل يتم نافلة. واختار ابن القاسم أن يتم نافلته، والفرق بين هذه المسألة وبين التى
ذكر بعد ثلاث من الفريضة، وقد اختار ابن القاسم فيها القطع، أن القطع إنما هو ليظهر
تأثير الذكر فى الصلاة التى كان فيها إذا كان بين الصلاتين ترتيب، ولما كان الترتيب
مشروعاً بين الفريضتين، لزم أن يكون لذكر المقدمة فى المتأخرة ترتيب.

وأما الفرض والنفل فلا ترتيب بينهما، فلذلك لم يلزم أن يكون لذكر الفرض فى
النفل بعد ركعة تأثير.

ووجه اختيار مالك القطع فى النافلة أنه ذكر لصلاة فرض فى صلاة نفل، فاستحب
له قطع النفل، أصل ذلك إذا ذكر الفريضة فى أول ركعة من النافلة، فإن اعترض على

٣٢٦ كتاب الصلاة

قول ابن القاسم بأنه يلزمه إن ذكر صلاة في أول ركعة من النافلة أن لا يقطع وقد تقدم من قوله: يقطع.

فالجواب عن هذا، أن هذا إلا يلزمه لأن النافلة إذا لم يعقد منه ركعة فإنها لم تستحق الوقت، فكانت الصلاة التي ذكر أحق منها بالوقت لقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها ويدرك بذلك وقتها» فلما كانت الصلاة التي ذكر تستحق الوقت دون التي شرع فيها لزمه قطعها والشروع في التي تستحق بالوقت.

وأما من عقد ركعة من النافلة فقد استحقت تلك النافلة الوقت لقوله ﷺ: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة» فلما استحقت الوقت بالإدراك لم تقطع لفريضة وإنما تستحق الوقت بالذكر فيتم نافلة ثم يصلى فريضته.

٤٠٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، عَنْ عَمْرِو وَاسِعِ بْنِ حَبَّانَ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ أَصَلِّي وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ مُسْنِدًا ظَهْرَهُ إِلَى جِدَارِ الْقِبْلَةِ فَلَمَّا قَضَيْتُ صَلَاتِي انصرفتُ إِلَيْهِ مِنْ قِبَلِ شِقَى الْأَيْسَرِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: مَا مَنَعَكَ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْ يَمِينِكَ؟ قَالَ: فَقُلْتُ: رَأَيْتَكَ فَانصرفتُ إِلَيْكَ، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: فَإِنَّكَ قَدْ أَصَبْتَ إِنَّ قَائِلًا يَقُولُ: انصرفتُ عَنْ يَمِينِكَ فَإِذَا كُنْتَ تُصَلِّي فَانصرفتُ حَيْثُ شِئْتُ، إِنْ شِئْتَ عَنْ يَمِينِكَ، وَإِنْ شِئْتَ عَنْ يَسَارِكَ.

الشرح: قوله: «كنت أصلي وعبدالله بن عمر مسند ظهره إلى جدار القبلة»، يبين «فانصرفت إليه من قبل شقى الأيسر»، أنه لم يكن في قلبه وإنما كان عنه في جانب لأنه يكره أن يصلى إلى من يستقبله لما في ذلك من الاشتغال بالنظر إليه عن الصلاة.

وقول عبدالله بن عمر: «ما منعك أن تنصرف عن يمينك» على وجه الاختبار لواسع لما رآه قد أصاب في انصرافه عن يساره، فأراد أن يعلم أكان قصد ذلك أو أتاه سهواً، وقول واسع: «رأيتك فانصرفت إليك»، يعنى إنه لم يقصد الانصراف عن الصلاة في ذلك الشق، وإنما انصرف إلى عبدالله بن عمر من الجهة التي كانت تليه.

فصل: وقول عبدالله بن عمر: «أصبت»، يعنى حيث رأيت الانصراف عن يسارك جائزاً لأن قائلًا يمنع من ذلك، ويقول: إن الانصراف من الصلاة لا يكون إلا عن يمين المصلى، وأراد عبدالله بن عمر أن يتقدم إلى واسع بن حبان بتعليم صواب من انصرف

٤٠٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٨٢. ابن أبي شيبة في المصنف ١/٣٠٥.

كتاب الصلاة ٣٢٧

على أى شق لتلا يتبع قول ذلك القائل فيعمل به، إذا لم يكن فى ذلك عنده علم ولا أتاه عن قصد وإنما فعله على حسب ما تيسر له، ولعل عبدالله بن عمر قد كان عنده فى ذلك عن النبى ﷺ أثر، فقد روى عن ابن مسعود أنه قال: «لا يجعل أحدكم للشيطان شيئاً من صلاته» يرى أن حقا عليه أن لا ينصرف إلا عن يمينه، لقد رأيت النبى ﷺ كثيراً ينصرف عن يساره.

٤٠٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ رَجُلٍ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ لَمْ يَرَ بِهِ بَأْسًا أَنَّهُ سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو بْنَ الْعَاصِ أَصْلَى فِي عَطْنِ^(١) الْإِبِلِ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: لَا وَلَكِنْ صَلِّ فِي مُرَاحٍ^(٢) الْغَنَمِ.

الشرح: نهى عبدالله بن عمر عن الصلاة فى معاطن الإبل وإباحته للصلاة فى مراحي الغنم، جواب للسائل عما سأله، وزاده مع ذلك علماً لعله خاف أن لا يدرك السائل السؤال عنه، ولعله خاف أن يظن أن مراحي الغنم مثله، فأخبره بالفرق بينهما، وعطن الإبل مباركها عند الماء، ومراحي الغنم مجتمعها من آخر النهار، ولا خلاف بين العلماء فى كراهية الصلاة فى عطن الإبل.

وذكر أصحابنا فى المنع من الصلاة فى مبارك الإبل عللاً مختلفة، فذهبت طائفة إلى أنه لا يصلى فى أعطان الإبل لأنها يستتر بها للبول والغائط، فلا تكاد تسلم مباركها من النجاسة، وعلى هذا التعليل تجوز الصلاة فى مباركها إذا أمنت النجاسة ببسط ثوب أو تيقن طهارة أو غير ذلك.

وقد روى فى ذلك يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، وقال بعض أصحابنا: إن المنع من ذلك لأنها خلقت من الشياطين، على ما جاء فى الحديث عن البراء بن عازب «سئل رسول الله ﷺ عن الوضوء من لحوم الإبل، فقال: توضئوا منها» و «سئل عن الوضوء من لحم الغنم، فقال: لا تتوضئوا منها» و «سئل عن الصلاة فى مبارك الإبل، فقال: لا تصلوا فى مبارك الإبل، فإنها من الشياطين» و «سئل عن الصلاة فى مرائب الغنم، فقال: صلوا فيها فإنها بركة» وهذا التعليل يمنع من الصلاة فى مباركها بكل وجه.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة لا يصلى فيها، وإن لم يجد غيرها، وإن

٤٠٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٨٣.

(١) العطن: موضع بروك الإبل.

(٢) المراح: مكان مبيت الغنم والإبل.

٣٢٨ كتاب الصلاة

بسط ثوبًا. وقال بعض أصحابنا: إن المنع من ذلك لأن نفاها جنابة، وأن نفاها ذلك يمنع إتمام الصلاة، فعلى هذا أيضًا لا يصلى فى مباركها ما دامت فيها وإن تيقنت طهارتها يصلى فيها بعد أن تزول عنها إذا تيقنت طهارتها، ويجب أن تجرى البقر مجراها لأن نفاها أيضًا جنابة، ولا يؤمن قطعها للصلاة بنفاها.

وقال قوم: المنع من ذلك لرفورتها وثقل رائحتها والصلاة قد سنت النظافة لها وتطيب المساجد بسببها، وأشبه هذه الوجوه أنه يكره الصلاة فى معاطنها لما يتكرر من النجاسة فيها، فإذا تيقنت الطهارة جازت لما روى عن نافع، قال: رأيت ابن عمر يصلى إلى بعيره، فقال: رأيت النبي ﷺ يفعله.

فرع: فمن صلى فى مبارك الإبل، فقد قال ابن حبيب: من صلى فيها عامدًا أو جاهلاً أعاد أبدًا كمن صلى فى موضع نجس. وروى ابن المواز عن أصبغ يعيد فى الوقت.

مسألة: وأما الصلاة فى مراح الغنم، فإنه جائز لسلامتها من العلل المذكورة فى الإبل ولا خلاف فى ذلك نعلمه، والأصل فى ذلك قوله ﷺ: «جعلت لى الأرض مسجداً وطهوراً» وما روى عن أنس «كان رسول الله ﷺ يصلى فى مرائب الغنم» ويدل جواز الصلاة فى مرائب الغنم على طهارة أبوالها وبعرها وكذلك كل ما يؤكل لحمه. وبذلك قال مالك وأحمد بن حنبل. وقال أبو حنيفة والشافعى: أبوالها نجسة. ودلينا على ذلك الحديث المتقدم.

مسألة: إذا ثبت أنه يجوز الصلاة فى مرائب الغنم، فإن مرائب البقر بمثابها فى جواز الصلاة بها، رواه ابن القاسم عن مالك، والأصل فى ذلك ما قدمناه من طهارة أبوالها وأرواتها.

٤٠٦ - مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب أنه قال: ما صلاة يجلس فى كل ركعة منها، ثم قال سعيد: هى المغرب إذا فاتت منها ركعة وكذلك سنة الصلاة كلها.

الشرح: قول سعيد ذلك على وجه الاختبار لأصحابه وتدريبهم فى المسائل مثل ما تقدم من قوله ﷺ لأصحابه: «ما ترون فى الشارب والشارق والزانى» وقوله سعيد:

كتاب الصلاة ٣٢٩
وهي المغرب إذا فاتتك منها ركعة، معنى ذلك أنه أدرك مع الإمام الركعتين الأخيرين
فجلس مع الإمام فيها ثم يأتي هو الركعة الثالثة، فلا بد أن يجلس فيها لأن من سنة
الصلاة أن يكون آخرها جلوساً.

فصل: وقول مالك: «وكذلك سنة الصلاة كلها»، يعنى أن من فاتته من الصلاة، أى
صلاة كانت ركعة فإنه يجلس فيها لأنها آخر صلاته ومحل جلوسه لسلامه، وأما من
أدرك ركعة من المغرب، فإنها تصير أيضاً جلوساً كلها لأنه مع الإمام فى آخر ركعة من
صلاته، ثم صلى الثانية فيجلس فيها لأن من سنة الثانية الجلوس، ثم صلى الثالثة فيجلس
فيها لأنها آخر صلاته، وليس هذا حكم الصلاة الرباعية لمن أدرك منها ركعة، فإنه
يجلس فى الثانية ويقوم فى الثالثة، وإنما تصير الرباعية جلوساً كلها إذا فاتته ركعة ثم
درك الثانية ثم فاتته بقية الصلاة برعاف أو غيره.

وإذا أدرك المقيم من صلاة مسافر ركعة، فقد قال ابن الموز وابن حبيب: تصير
جلوساً كلها لأنه يجلس مع الإمام فى ثانية الإمام، وهى أولاه، ثم جلس فى ثانية ثم
جلس فى ثالثة منها يقوم إلى القضاء ولا يقام إلى القضاء إلا من جلوس ثم يجلس فى
الآخرة لأنها رابعة. وقال سحنون: يقوم فى الثالثة ولا يجلس.

* * *

جامع الصلاة

٤٠٧ - مَالِك، عَنْ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَمْرِو بْنِ سُلَيْمِ الزُّرَقِيِّ،
عَنْ أَبِي قَتَادَةَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُصَلِّي وَهُوَ حَامِلٌ أُمَامَةَ بِنْتَ
زَيْنَبَ بِنْتِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي الْعَاصِ بْنِ رَيْبَعَةَ بْنِ عَبْدِ شَمْسٍ، فَإِذَا سَجَدَ
وَضَعَهَا، وَإِذَا قَامَ حَمَلَهَا.

الشرح: روى ابن القاسم عن مالك فى معنى ها الحديث أنه قال: ذلك فى النوافل،
ووجه ذلك أن النوافل قد يترخص فيها بيسير العمل وأمر الفرض أكد، فيجب أن

٤٠٧ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٥١٦. ومسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث
رقم ٥٤٣. والنسائى فى الصغرى فى السهو حديث رقم ١٢٠٤، ١٢٠٥. وأبو دارد فى
الصلاة حديث رقم ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٠٣١،
٢٢٠٧٣، ٢٢١٣٩.

٣٣٠ كتاب الصلاة

يتفرغ لها من جميع الأعمال، ووضع أمانة عند السجود وحملها عند القيام من العمل الذي يستباح مثله في النوافل. وروى ابن نافع وأشهب عن مالك أنه سئل عن تأويل الحديث، فقال: ذلك عندي على حال الضرورة إنما كان الرجل لا يجد من يكفيه، ولم يفرق في هذا الرواية بين الفرض والنفل.

وهذا على ما قاله وجه صحيح لأن الضرورة تبيح للرجل الاشتغال في فرضة بكثير مما ليس له فعله مع الكفاية، وربما كان الصبي يضيع إذا لم يكن له ممسكاً ومما يدل على أن ذلك كان للضرورة أن فيها من التفرير في الصلاة بما لا يمكن الاحتراز منه من بول الصبي الذي لا يفهم الزجر.

وقد روى هذا الحديث محمد بن عجلان وعثمان بن أبي سليمان فقلا فيه، عن عامر بن عبدالله عن عمرو بن سليم: رأيت النبي ﷺ يوم الناس، وهو حامل أمانة، الحديث أخرجه مسلم من حديثهما.

قال القاضي أبو الوليد: وذلك عندي ينقسم على قسمين، فإن كان إنما يحمل الرجل الصبي على معنى الكفاية لأمه أو لاشتغالها بغير ذلك مما يهملها أو يحمله عن المرأة على وجه الرفق بها، فإن ذلك لا يجوز أن يكون إلا في النافلة، والفرق بينها وبين الفريضة أن مدة الفريضة يسيرة يمكن أن يتفرغ لها ويسلم الصبي في ذلك الوقت أبداً إلى من يقوم به ويخف عليه إمساكه في ذلك الوقت، ومدة النفل طويلة ولذلك أبيض في الفريضة من الجلوس مع القدرة على القيام.

مسألة: وأما إن كان لضرورة يخاف على الصبي هلاكاً أو أمراً شديداً ولا يجد من يقوم مقامه فيه، فإن إمساكه له جائز في الفرض وغيره، وأصل ذلك أن العمل ممنوع في الصلاة في الجملة إلا أن تدعو ذلك ضرورة، فإنه على حسب ما تقرر في الشرع، وقد استوعبنا ذلك في الاستيفاء.

مسألة: وقال ابن القاسم، في حمل المرأة ولدها، تركع به وتسجد في الفرض: لا ينبغي ذلك، فإن فعلت ولم يشغلها عن الصلاة لم تعد.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك عندي أن يكون إمساكها حال القيام على وجه لا يشغلها ولا تتكلف إمساكه بيدها وإنما يكون على عاتقها أو في ثوب معلق منها، وأما إن كانت تمسكه بيديها أو تحمله في ذراعيها، فإنه عمل متصل كثير في الصلاة، وذلك يمنع صحتها.

كتاب الصلاة ٣٣١
قال القاضي أبو الوليد: وهو عندي معنى قوله: ولم يشغلها، وأما في حال الركوع والسجود، فإنه إن كان على عاتقها وضعت حتى تكمل ذلك، وتأخذه عند قيامها، فيكون من العمل المتفرق في الصلاة وذلك من حيز القليل الذي لا يمنع صحة الصلاة، والله أعلم.

٤٠٨ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يَتَعَاقِبُونَ فِيكُمْ مَلَائِكَةٌ بِاللَّيْلِ وَمَلَائِكَةٌ بِالنَّهَارِ وَيَجْتَمِعُونَ فِي صَلَاةِ الْعَصْرِ وَصَلَاةِ الْفَجْرِ ثُمَّ يَعْرُجُ الَّذِينَ بَاتُوا فِيكُمْ فَيَسْأَلُهُمْ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِهِمْ، كَيْفَ تَرَكَتُمْ عِبَادِي؟ فَيَقُولُونَ: تَرَكَنَاهُمْ وَهُمْ يُصَلُّونَ وَأَتَيْنَاهُمْ وَهُمْ يُصَلُّونَ».

الشرح: قوله ﷺ: «يتعاقبون فيكم» معناه تأتي عقيب أخرى، وتعاقبهم، أى تأتي ملائكة بالليل وتعاقبهم ملائكة بالنهار، يريد، والله أعلم، يتداولون فيجتمعون في صلاة الصبح فتعرج، ملائكة الليل وتبقى ملائكة النهار، ثم تنزل ملائكة الليل فيجتمعون في صلاة العصر، ثم تعرج ملائكة النهار وتبقى ملائكة الليل، وهو من تفضل الله على عباده أن جعل اجتماعهم في أوقات الصلوات فتكون الصلاة في أول أعمال العباد وآخرها، ويحتمل أن يكون هذا التعاقب من الملائكة في جملة الناس فتكون الصلاة التي يتعاقبون فيها وقت صلاة الناس ووقت إقامتها في المساجد، ويحتمل أن تكون الملائكة هم الحفظة الكرام وأن يكون التعاقب فيما يخص كل إنسان مما في وقت صلاته.

فصل: وسؤاله لهم تعالى، وهو أعلم، يحتمل أن يكون تعبدًا للملائكة كما أمرهم الله أن يكتبوا ويحسبوا أعمال العباد، وهو عالم بسرهم وجهرهم.

٤٠٩ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مُرُوا أَبَا بَكْرٍ فَلْيُصَلِّ لِلنَّاسِ». فَقَالَتْ عَائِشَةُ: إِنَّ أَبَا بَكْرٍ يَا

٤٠٨ - أخرجه البخارى فى مواقيت الصلاة حديث رقم ٥٥٥. ومسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٦٣٢. والنسائى فى الصغرى فى الصلاة حديث رقم ٤٨٥. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٤٤٠، ٢٧٣٣٦، ٨٣٣٣، ٨٩٠٦، ٩٩٣٦.

٤٠٩ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٦٦٤. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤١٨. والترمذى فى المناقب حديث رقم ٣٦٠٥. والنسائى فى الصغرى فى الإمامة حديث رقم ٨٣٣. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٣٢. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٣٨٦، ٢٠١٣٥، ٢٤٧٢٨، ٢٤١٢٦.

رَسُولَ اللَّهِ إِذَا قَامَ فِي مَقَامِكَ لَمْ يُسْمِعِ النَّاسَ مِنَ الْبُكَاءِ فَمُرَّ عُمَرَ فَلْيُصَلِّ لِلنَّاسِ، قَالَ: «مُرُوا أَبَا بَكْرٍ فَلْيُصَلِّ لِلنَّاسِ». قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ لِحَفْصَةَ: قَوْلِي لَهُ إِنَّ أَبَا بَكْرٍ إِذَا قَامَ فِي مَقَامِكَ لَمْ يُسْمِعِ النَّاسَ مِنَ الْبُكَاءِ، فَمُرَّ عُمَرَ فَلْيُصَلِّ لِلنَّاسِ، فَفَعَلْتُ حَفْصَةَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّكَ لَأَتْنَنَّ صَوَاحِبُ يُوسُفَ، مُرُوا أَبَا بَكْرٍ فَلْيُصَلِّ لِلنَّاسِ». فَقَالَتْ حَفْصَةُ لِعَائِشَةَ: مَا كُنْتُ لِأُصِيبَ مِنْكَ خَيْرًا.

الشرح: أمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يصلي للناس لأنه أفضل الصحابة وأعلمهم، وقد اختلف الفقهاء فيمن هو أحق بالإمامة فذهب مالك والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي إلى أن أحقهم بالإمامة أفضلهم، وإن اختلفت عباراتهم، فقال مالك: يؤم القوم أفقهم إذا كانت له حال حسنة.

قال ابن حبيب: ولا يكون عالماً حتى يكون قارئاً. وقال الثوري: يؤم القوم أقرؤهم. وقال أصحاب الظاهر: يؤم القوم أكبرهم، ومعنى الخلاف عندي أن يكون أحد الرجلين فقيهاً عالماً وقرأ من القرآن ما يقيم به صلاته ولا يقرؤه كله، ويكون الآخر قارئاً لجميع القرآن حسن التلاوة، ويعلم إقامة الصلاة على وجهها إلا أنه لا يفقه في أحكامها ولا يعلم دقائق أحكام السهو فيها، فيكون أحقهما الفقيه إذا كانت له حال حسنة.

والدليل على ذلك تقديم النبي ﷺ أبا بكر لما كان أعلم الصحابة وأفضلهم، وإن كان فيهم من هو أقرأ منه. وقد قال عمر: أبي أقرؤنا. ودليلنا من جهة المعنى أن المقدار الذي تفتقر إليه الصلاة من القراءة قد استويا فيه، والصلاة لا يؤمن أن يطراً فيها على الإمام ما لا يعلم حكمه القراء، فيفسدها لأن ذلك مما ينفرد به الفقيه.

فصل: وقول عائشة: «إن أبا بكر إذا قام مقامك لم يسمع الناس من البكاء» دليل على أن من الصلوات ما حكمها الجهر، ودليل على أن البكاء من خشية الله لا يقطع الصلاة، وفيها دليل على جواز القول بالرأى، ولذلك أقرها على اعتراضها عليه بالرأى بعد نصه على الحكم.

فصل: وقوله ﷺ جواباً لعائشة: «مرؤا أبا بكر فليصل للناس» دليل على ترك اعتبار شيء مما اعترضت به، ودليل على أن كله لا ينقص من الصلاة.

وقول عائشة لحفصته: «قولي له: إن أبا بكر إذا قام في مقامك لم يسمع الناس من البكاء» إلى آخر الفصل على سبيل التكرار والتأكيد مخافة أن يكون مرض النبي ﷺ

كتاب الصلاة ٣٣٣
وشدة وجعه قد منعه من استيفاء قولها فهابت عائشة أن تراجع في القول وأرادت أن يخاطبه بذلك غيرها، ويتكرر على النبي ﷺ من جماعة، فيكون أدعى إلى الإصغاء إليه.

فصل: وقوله ﷺ: «إنكن لأنتن صواحب يوسف» يريد جنس النساء إنهن صواحب يوسف، فيحتمل أن يريد امرأة العزيز، وأتى بلفظ الجمع على معنى الجنس، كما يقال فلان يميل إلى النساء ولعله إنما مال إلى امرأة واحدة منهن، ويحتمل أن يريد اللاتي قطعن أيديهن، وقلن: «ما هذا بشرا إن هذا إلا ملك كريم» وإنما أراد بذلك إنكار مراجعتهم إياه في تقديم أبي بكر بأمر قد تكرر سماعه ولم يره، فذكرهما بفساد رأى من تقدم من جنسهن، وأنهن قد دعون إلى غير صواب، وأن هذا الذي دعت إليه غير صواب أيضا.

٤١٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَزِيدَ اللَّيْثِيِّ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ، قَالَ: بَيْنَمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَالِسٌ بَيْنَ ظَهْرَانِي النَّاسِ إِذْ جَاءَهُ رَجُلٌ فَسَارَهُ فَلَمْ يُدْرَ مَا سَارَهُ بِهِ حَتَّى جَهَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَإِذَا هُوَ يَسْتَأْذِنُهُ فِي قَتْلِ رَجُلٍ مِنَ الْمُتَأَفِّقِينَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حِينَ جَهَرَ: «أَلَيْسَ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ» فَقَالَ الرَّجُلُ: بَلَى وَلَا شَهَادَةَ لَهُ، فَقَالَ: «أَلَيْسَ يُصَلِّي» قَالَ: بَلَى وَلَا صَلَاةَ لَهُ فَقَالَ ﷺ: «أَوْلَيْكَ الَّذِينَ نَهَانِي اللَّهُ عَنْهُمْ».

الشرح: قوله: «بينما رسول الله ﷺ بين ظهري الناس»، هكذا الرواية فيه، والمعروف من كلام العرب ظهراي الناس.

وقوله: «إذا جاء رجل»، يقال إنه عتبان بن مالك، دليل على جواز مسارة الإمام الحاجة الناس إلى ذلك. وقد كان ذلك ممنوعا في أول الإسلام إلا لمن قدم بين يديه صدقة، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةٌ﴾ [المجادلة: ١٢]، ثم نسخ ذلك بإباحته دون تقديم صدقة، قال الله تعالى: ﴿وَأَشْفَقْتُمْ أَنْ تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَاتٍ فَإِذَا لَمْ تَفْعَلُوا وَتَابَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [المجادلة: ١٣].

٤١٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٨٨. صحيح ابن حبان ١٣/٥٩٧١. مجمع الزوائد

٣٣٤ كتاب الصلاة

فصل: وقوله: «فلم ندر ما ساره، حتى جهر رسول الله ﷺ»، دليل على جواز جهر من أسر إليه بالسر إذا أوجب ذلك الشرع.

فصل: وقوله: «فإذا هو يستأذن في قتل رجل من المنافقين»، يقال إنه مالك بن الدخشم بن غنم شهد بدرًا ويختلف في شهوده العقبة، كان يتهم بالنفاق، ولم يصح عنه، وقد ظهر من حسن إسلامه ما ينفي ذلك عنه، استأذنه هذا الرجل ولم يذكر لماذا شهد عليه بالنفاق ولا يحكم به على أحد ممن أظهر الشهادتين وأقام الصلوات، وقد روى أنهم استدلوا على نفاقه بميله إلى أهل الكفر ونصحهم فلم ير رسول الله ﷺ ذلك يبيع دمه.

فصل: وقوله ﷺ: «أليس يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله» قال السائل: «بلى، ولا شهادة له». وقال مثل في الصلاة، فقصده النبي ﷺ بسؤاله المعاني المبيحة لدمه من ترك إظهار الشهادتين وتأبيه عن الصلاة، فلما قال: إنه يظهر الشهادتين ويقيم الصلاة، قال ﷺ: «أولئك الذين نهانى الله عنهم» ولم ينظر إلى قوله: «ولا شهادة له ولا صلاة له»، لأن القائل بذلك لا طريق له إلى معرفة في قلبه ولا يعرف هل له شهادة أو صلاة وإنما ذلك على حسب ما اعتقد فيها لما رأى من ميله إلى أقرابه المنافقين والمشركين.

فصل: وقوله ﷺ: «أولئك الذين نهانى الله عنهم» يعنى نهاه عن قتلهم لمعنى الآيات، وإن جاز أن يلزمهم القتل بعد ما يلزم سائر المسلمين من وجوب القصاص والحدود.

٤١١ - مالك، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ قال: «اللهم لا تجعل قبري وثنا يُعبد، اشتد غضب الله على قوم اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد».

الشرح: دعاؤه ﷺ أن لا يجعله قبره وثنا يعبد تواضعًا والتزامًا للعبودية لله تعالى وإقرار بالعبادة وكراهية أن يشركه أحد في عبادته، وقد روى أشهب عن مالك أنه لذلك كره أن يدفن في المسجد، هذا وجه يحتمل أنه إذا دفن في المسجد كان ذريعة إلى أن يتخذ مسجدًا فرما صار مما يعبد.

كتاب الصلاة ٣٣٥

فصل: وقوله ﷺ: «اشتد غضب الله» يريد أنه أراد عذاب قوم اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد، وإنما قال ﷺ ذلك في مرضة تحديراً مما صنعه اليهود والنصارى من ذلك.

مسألة: وأما الصلاة في مقابر المسلمين فغير منهي عنها، قال مالك في العتبية: لا بأس به في المقابر التي درست وغيرت، قال: وإنما هي مثل غيرها من الأرضين، وهذا مبنى على أن المؤمن لا ينجس بالموت، وقال القاضي أبو محمد: لا يصلى في المقابر التي يكون فيها النباش، وهذا مبنى على أن الميت ينجس بالموت.

مسألة: فأما الصلاة في مقابر المشركين فقد نص الشيخ أبو محمد على المنع من ذلك، وقال بعض أصحابنا: معنى ذلك أنها بقعة خصت بأهل العذاب وسخط الله تعالى، فشرع اجتنابها كما شرخ تحرى مواضع الصالحين، ولذلك كان يتحرى عبدالله، عمر والناس بعده موضع صلاة النبي ﷺ فيصلون فيه.

٤١٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَيْهَابٍ، عَنْ مَحْمُودِ بْنِ الرَّبِيعِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ عَتِيبَانَ بْنَ مَالِكٍ كَانَ يَوْمَ قَوْمِهِ وَهُوَ أَعْمَى وَأَنَّهُ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنَّهَا تَكُونُ الظُّلْمَةُ وَالْمَطَرُ وَالسَّيْلُ وَأَنَا رَجُلٌ ضَرِيرُ الْبَصَرِ فَصَلِّ يَا رَسُولَ اللَّهِ فِي بَيْتِي مَكَانًا أَتَّخِذُهُ مُصَلًّى فَجَاءَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «أَيْنَ تَحِبُّ أَنْ أُصَلِّيَ» فَأَشَارَ لَهُ إِلَى مَكَانٍ مِنَ الْبَيْتِ فَصَلَّى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

الشرح: قوله: «إن عتيبان بن مالك كان يوم قومه، وهو أعمى»، دليل على جواز إمامة الأعمى لأن مثل هذا لا يخفى على النبي ﷺ مع تكرره.

فصل: وقوله: «إنها تكون الظلمة والمطر والسييل، وأنا ضيرير البصر»، يريد أن هذه موانع له عن المسجد الذي يوم فيه وعن شهود صلاة الجماعة فيه، فسأل النبي ﷺ أن يصلى في بيته مكاناً يتخذه مصلى، يريد أن يصلى من بيته في مكان يخصه بصلاته لبركة النبي ﷺ فيه.

فصل: وقوله: «فجاءه رسول الله ﷺ»، فقال: «أين تحب أن أصلي» يسأله عن المكان الذي يجب أن يتخذه مصلى، إما لطهارته أو تمكنه من إفراده لذلك أو لغير ذلك من

٤١٢ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٦٦٧. ومسلم فى الإيمان حديث رقم ٣٣. والنسائى فى الصغرى فى الإمامة حديث رقم ٧٨٨. وابن ماجه فى المساجد والجماعات حديث رقم ٧٥٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٦٠٤٤، ٢٣٢٥٨.

٣٣٦ كتاب الصلاة
المعاني، فأشار له عتبان إلى مكان من البيت، ويجوز مع الإشارة قوله: هذا المكان الذي أحبه، فنقل الراوي الإشارة دون القول، ويحتمل أن يكون عتبان اكتفى بالإشارة خاصة لأن في ذلك تعييناً لموضع اختياره.

٤١٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَبْدِ بْنِ تَمِيمٍ، عَنْ عَمِّهِ أَنَّهُ رَأَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مُسْتَلْقِيًا فِي الْمَسْجِدِ وَأَضْعًا إِحْدَى رِجْلَيْهِ عَلَى الْأُخْرَى.

٤١٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كَانَا يَفْعَلَانِ ذَلِكَ.

الشرح: قد روى الليث وحماد بن سلمة وابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ أن يضع الرجل إحدى رجله على الأخرى، وهو مستلق على ظهره. وقد روى محمد بن مسلم الطائفي عن عمرو بن دينار عن جابر ولا طريق لنا إلى معرفة التاريخ فيهما، فيقتضى بأن أحدهما ناسخ للآخر.

ويمكن الجمع بينهما على وجوه، أحدها أن يكون النبي ﷺ يختص بحواز ذلك في المسجد ونهى عنه غيره لأن نهية لا يتناولها، وإنما يتوجه إلى غيره إلا أن فعل عمر وعثمان ذلك في المسجد وتكرر ذلك منهما مع عدم الخلاف عليهما فيه دليل على جوازه لغير النبي ﷺ.

ووجه ثان مع الجمع بينهما، وهو أن المنع من ذلك متوجه إلى صفة، وهو أن يقيم إحدى رجله ويضع عليها الأخرى لأنه لا يكاد يستبد مؤتزر بفعل ذلك إلا بعد التحذر وأن فعل من يفعل فعله إنما كان بأن ييسط إحدى رجله يدها ويضع عليها الأخرى.

ووجه ثالث من الجمع بينهما، وهو أنه نهى عن ذلك من عليه ثوب واحد لأن ذلك يؤدي إلى كشف عورته، ولذلك لم يختص النهى عن ذلك بالمسجد، وإنما نهى عن ذلك في الجملة، ولا خلاف في جوازه لمن كان عليه مالا تبدو وعورته مع فعله، على أنه لو

٤١٣ - أخرجه البخاري في الصلاة حديث رقم ٤٧٥. ومسلم في اللباس والزينة حديث رقم ٢١٠٠. والترمذي في الأدب حديث رقم ٢٦٨٩. والنسائي في الصغرى في المساجد حديث رقم ٧٢١. وأبو داود في الأدب حديث رقم ٤٨٦٦. وأحمد في المسند حديث رقم ١٥٩٩٥، ١٦٠٠٩. والدارمي في الاستئذان حديث رقم ٢٦٥٦.

٤١٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٩٢.

كتاب الصلاة ٣٣٧
لم يصح الجمع بينهما لكان حديث الزهري أولى لأن روايته أثبت، وأخذ الجماعة به
واتصال العمل به دليل على صحته وبقاء حكمه. وإن كان أحدهما ناسخاً للآخر فخبير
الإباحة هو الناسخ للإجماع بعد النبي ﷺ على جوازه.

٤١٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ قَالَ لِلْإِنْسَانِ: إِنَّكَ
فِي زَمَانٍ كَثِيرٍ فَقَهَاؤُهُ قَلِيلٌ قُرْأُوهُ، تُحْفَظُ فِيهِ حُدُودُ الْقُرْآنِ، وَتُضَيِّعُ حُرُوفَهُ، قَلِيلٌ
مَنْ يَسْأَلُ، كَثِيرٌ مَنْ يُعْطَى، يُطِيلُونَ فِيهِ الصَّلَاةَ وَيَقْصُرُونَ الْخُطْبَةَ، يُدْعُونَ أَعْمَالَهُمْ
قَبْلَ أَهْوَائِهِمْ، وَسَيَاتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ قَلِيلٌ فَقَهَاؤُهُ كَثِيرٌ قُرْأُوهُ، يُحْفَظُ فِيهِ حُرُوفُ
الْقُرْآنِ وَتُضَيِّعُ حُدُودَهُ، كَثِيرٌ مَنْ يَسْأَلُ قَلِيلٌ مَنْ يُعْطَى، يُطِيلُونَ فِيهِ الْخُطْبَةَ
وَيَقْصُرُونَ الصَّلَاةَ يُدْعُونَ فِيهِ أَهْوَاءَهُمْ قَبْلَ أَعْمَالِهِمْ.

الشرح: قوله: «إنك في زمان كثير فقهاؤه قليل قراؤه»، لم يرد بذلك عبدالله بن
مسعود أن من يقرأ القرآن كان قليلاً في زمانه وإنما أراد أن من يقرأ القرآن فيكون حظه
منه قراءته دون الفقه فيه قليل لأن عبدالله بن مسعود إنما قصد إلى مدح الزمان الذي
كان فيه، وهو عصر الصحابة رضي الله عنهم، والثناء عليهم بكثرة الفقهاء والعلماء
وجل فقه أهل ذلك العصر إنما كان من القرآن والاستنباط منه، ولم يكونوا أهل كتاب
ولا دواوين ولا ضمنوا القرايطس العلم، وإنما كان علمهم في صدورهم واستنباطهم من
محفوظهم، ومحال أن يستنبط من القرآن من لا يحفظه وأصل الفقه ومعظمه كتاب الله
تعالى الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا خلفه وهو الذي قال فيه تعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا
فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ وَأَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٨٩]، فمحال
أن يوصف بالفقه والعلم والتقدم في الدين من لا يقرأ القرآن مع ما علم من حال
الصحابة رضي الله عنهم في اقتصارهم في العلم على القرآن.

ولا يجوز أن يقصد عبدالله بن مسعود مع فضله ومحلته من تلاوة القرآن وكونه أحد
الأئمة فيه إلى أن يمدح زمن الصحابة وصدر الأمة بقلة القرآن فيه لأن أهل ذلك العصر
كانوا ألهج الناس بتلاوة القرآن وتلقيه من الركبان وتدارسه والعمل به وكان ذلك منهم
لما رأوا من تفضيل النبي ﷺ من تعلم القرآن وعلمه وتقديمه في اللحد من كان أكثر
أخذاً للقرآن ودعائه أصحابه في مواطن الشدائد، أين أصحاب البقرة بأفضل ما يدعون
به حضاً لهم على الرجوع وتذكيراً لهم بأن هذه الصفة من أفضل صفات المؤمنين التي

يجل عن الفرار صاحبها، ولا يدعو بذلك واحداً ولا اثنين لأنه لا ينتفع بهم وإنما يدعو بمثل ذلك العدد الكثير.

ومعلوم في العادة أنه لا يكاد أن يكون من أصحاب سورة البقرة إلا من قرأ القرآن كله وأكثره وإنما ثبت بما ذكرناه أن تلاوة القرآن وحفظه من أفضل المناقب وأرفع المراتب وأنه مما لا يجوز أن يعاب به أحد فيجب أن يحمل قوله على ما يليق به من العلم وحسن الظن فيجعل مدحه لزمان الصحابة بكثرة الفقهاء وقلة القراء على أنه أراد به أن من قرأ القرآن فيه ولا يفقهه قليل، وأن الفقهاء فيه من قراء القرآن المتسبطين الأحكام منه كثير، وهذا هو المعلوم من حال الصحابة رضى الله عنهم وحشرنا معهم.

فصل: وقول عبدالله: «تحفظ فيه حدود القرآن وتصنيع حروفه»، من قبيل ما ذكرناه قبل هذا وأنه لا يجوز حمله على إطلاقه لما عرف من حال عبدالله بن مسعود القائل لذلك وحال الصحابة الموصوفين بذلك لأن ترك الحروف لا يخلو أن يريد بها حروف القرآن من ألف ولام وميم وغير ذلك من حروف التهجي أو يريد به لغاته، وفي تضييع أحد الأمرين على الإطلاق منع من تحفظه وإطراح تلاوته، وهذا ما لا يستحيزه مسلم أن يؤم به أحداً من الصحابة الذين وصفهم الله بأنهم خير أمة أخرجت للناس.

فإذا ثبت أن عبدالله بن مسعود لا يجوز أن يمدح الزمان بتضييع حروف القرآن فيه فلا بد من حمله على وجه يليق بلفظه، فمعنى ذلك أنه قصد صفة الزمان بإظهار الحق وإقامة حدوده وإجراء الأحكام على ما يقتضيه القرآن وأن ذلك عام في ذلك الزمان من بين راغب فيه ومحمود عليه ممن يخشى أن يكون من المنافقين والمسرفين على أنفسهم ممن لم يدرك النبي ﷺ، وأن هذا الصنف لا يقرءون القرآن ويضيعون حروفه وتلاوته، وإن أظهروا التزام أحكامه وحدوده خوفاً من الصحابة وفضلاء المسلمين، ولم يرد بذلك أن أبا بكر وعمر وفضلاء الصحابة يضيعون حروف القرآن لأن هؤلاء لو ضيعوا حروف القرآن لم يصل أحد إلى معرفة حدوده لأنه لا يعلم ما يتضمن من الأحكام والحدود إلا من قرأ الحروف وعرف معانيها.

فصل: وقوله: «قليل من يسأل كثير من يعطى» يعنى أن المتصدقين كثير وأن المتعطفين عن الصدقة من الفقراء كثير وإن السائلين منهم قليل، وهذا وصف لأغنياء ذلك الزمان بالصدقة والفضل والمواساة ووصف لفقرائهم بالصبر وغنى النفس والقناعة، وهذه صفة صدر الأمة رضى الله عنهم.

كتاب الصلاة ٣٣٩

فصل: وقوله: «يطيلون فيه الصلاة ويقصرون فيها الخطبة»، يعنى ملازمتهم للسنة وأن أكثر من يفعل الخطبة والصلاة للناس أهل العلم لأن هذا هو المشروع فى الخطبة والصلاة.

فصل: وقوله: «بيدءون أعمالهم قبل أهوائهم»، الأعمال هاهنا وإن كان اللفظ واقعاً فى أصل كلام العرب على كل عمل من بر وفسق إلا أن المراد به هاهنا البر، وهذا يقتضى إطلاقه فى الشرع، ومعنى ذلك أنه إذا عرض لهم عمل بر وهوى بدأوا بعمل البر وقدموه على ما يهوه.

فصل: وقوله: «وسياتى على الناس زمان قليل فقهاؤه»، يعنى أن من يفقه ممن يقرأ القرآن قليل وأن أكثر من فى ذلك الزمان يقرأ القرآن ولا يفقه فيه، وهذا إخبار منه بأن تلاوة القرآن لا تقل فى آخر الزمان لأن الله تعالى قد وعد بحفظه وإمن من نسيانه، فقال تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ [الحجر: ٩]، ولم يرد أن كثرة القراءة عيب فى ذلك الزمان، وإنما عابه بقلة الفقهاء فيه وأن قراءه لا يفقهون ولا يعلمون به وإنما غايتهم منه تحفظه، وهذا نقص وعيب فيهم.

فصل: وقوله: «تحفظ فيه الحروف القرآن وتضيع حدوده»، يعنى أن التالين لكتاب الله كثير لا يعلمون به ولا للناس إمام ولا رؤساء يحملونهم على العمل به، فتضيع لذلك حدوده وأحكامه وبهذا خالف الزمان الأول المدوح، فإن أئمتهم كانوا يقضون بالقرآن ويحملون الناس عليه.

فصل: وقوله: «كثير من يسأل، قليل من يعطى»، يعنى أن الحرص والرغبة تلقى فى نفوس فقرائهم والشح والمنع فى نفوس أغنيائهم، فيكثر السائل ويقل المعطى.

فصل: وقوله: «يطيلون الخطبة ويقصرون الصلاة»، يعنى أنهم يخالفون السنة فى ذلك، وفيه معنى آخر لأن الخطبة معناها الوعظ والصلاة عمل من أعمال البر، فمعنى ذلك أن وعظهم يكثر وعملهم يقل.

وقوله: «بيدءون فيه أهواءهم قبل أعمالهم»، يعنى أنهم إذا عرض لهم هوى وعمل بر، بدأوا بعمل الهوى.

٤١٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: بَلَّغْنِي أَنَّ أَوَّلَ مَا يُنْظَرُ فِيهِ مِنْ

عَمَلِ الْعِبَادِ الصَّلَاةِ، فَإِنْ قُبِلَتْ مِنْهُ نُظِرَ فِيهَا بَقِيَّ مِنْ عَمَلِهِ وَإِنْ لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ لَمْ يُنْظَرْ فِي شَيْءٍ مِنْ عَمَلِهِ.

الشرح: قوله: «أول ما ينظر فيه من عمل العبد الصلاة»، يقتضى تأكيدها وشدة مراعاتها لأنه يبدأ بالنظر فيها، على غيرها من أعمال البر لمزيتها عليها، ومن هذا قول عمر الخطاب المتقدم: إن أهم أمركم عندى الصلاة من حفظها وحافظ عليها حفظ دينه، ومن ضيعها فهو لما سواها أضيع، ففى هذا حض على الاهتمام بأمر الصلاة وتخصيصها بمزية من المراعاة لأنها إن قبلت منه نظر فى سائر أعماله ونفعه ما عمل من غير ذلك من أعمال البر، وإن لم تقبل لم ينفعه شىء من عمله، ولم ينظر له فيه.

٤١٧ - مَالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ أَحَبُّ الْعَمَلِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الَّذِي يَدُومُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ.

الشرح: المداومة على ضربين، أحدهما: بالنية، والثانى: بتكرار العمل، فأما بالنية فعلى ضربين، أحدهما: تكررها قبل وقت العمل، والثانى: تكررها مع العجز عن العمل والعزم على الإتيان به متى أمكن، وأما تكرار العمل فهو أن تكون له نافلة صوم أو صلاة أو صدقة فيداومها، فكانت هذه النافلة أحب الأعمال إليه، وإن قلت، ويراهما أفضل من كثير النافلة التى لا يداوم عليها.

ويحتمل أن يكون ذلك لمعنيين، أحدهما: أن يسير العمل الذى يدوم عليه صاحبه يكون منه فى جميع العمر أكثر من الكثير الذى يفعل مرة أو مرتين ثم يتركه ويترك العزم عليه والعزم على العمل الصالح يثاب عليه، والثانى: أن العمل الذى يداوم عليه هو المشروع، وأن ما توغل فيه بعنف ثم قطع، فإنه غير المشروع.

٤١٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ

٤١٧ - أخرجه البخارى فى الرقاق حديث رقم ٦٤٦٢. والنسائى فى الصغرى فى قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦١٥. والإيمان وشرايعه حديث رقم ٥٠٣٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٤١٠٧، ٢٤٦١٩، ٢٥١٤٣، ٢٥٨٤٢.

٤١٨ - الشطر الأخير من الحديث: أخرجه أحمد بلفظه ١٧٧/١ عن سعد بن أبى وقاص. الحاكم فى المستدرک ٢٠٠/١ عن سعد بن أبى وقاص. ابن أبى شيبه ٣٨٩/٢ عن جابر. السيوطى فى الدر المنثور ٣٥٤/٣ عن جابر. وذكره فى الكنز برقم ١٩٠٢٦. وعزاه السيوطى إلى البيهقى فى الشعب عن أبى هريرة.

رَجُلَانِ أَحْوَانَ فَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ بِأَرْبَعِينَ لَيْلَةً، فَذُكِرَتْ فَضِيلَةُ الْأَوَّلِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «أَلَمْ يَكُنِ الْآخِرُ مُسْلِمًا». قَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَانَ لَا بَأْسَ بِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَمَا يُدْرِيكُمْ مَا بَلَغَتْ بِهِ صَلَاتُهُ إِنَّمَا مَثَلُ الصَّلَاةِ كَمَثَلِ نَهْرٍ غَمْرٍ عَذْبٍ بِيَابِ أَحَدِكُمْ يَقْتَحِمُ فِيهِ كُلَّ يَوْمٍ خَمْسَ مَرَّاتٍ، فَمَا تَرَوْنَ ذَلِكَ يُثِقِي مِنْ دَرْنِهِ، فَإِنَّكُمْ لَا تَدْرُونَ مَا بَلَغَتْ بِهِ صَلَاتُهُ».

الشرح: قوله: «فذكرت فضيلة الأول عند رسول الله ﷺ» دليل على جواز الثناء على الميت بما فيه من الخير والإخبار عنه بالذكر لفضيلة بعد موته، وقد روى عن أنس «مرَّ بجنّازة فأتنوا عليها خيراً فقال النبي ﷺ: وجبت، ثم مروا بجنّازة أخرى، فأتنوا عليها شراً، فقال: وجبت، فقال عمر بن الخطاب: وما وجبت يا رسول الله؟ قال: هذا أتيتم عليه خيراً فوجبت له الجنة، وهذا أتيتم عليه شراً فوجبت له النار، أنتم شهداء الله في أرضه».

وما يجوز الثناء عليه بفعله ولا يخبر عما يصير إليه لأنه أمر مغيب عنا، ولذلك «روى عن أم العلاء أنها قالت لعثمان بن مظعون: رحمة الله عليك أبا السائب، فشهادتي عليك لقد أكرمك الله، فقال رسول الله ﷺ: وما يدريك أن الله أكرمهم».

وأما الحى فإن كان ممن يخاف عليه الفتنة بذكر ما فيه من المحاسن، فهو ممنوع. روى أن النبي ﷺ سمع رجلاً يثنى على رجل ويطريه فى المدح فقال: «أهلكم أو قطعتم ظهر الرجل» وإن لم يخف الفتنة عليه، فلا بأس به لما روى أن النبي ﷺ قال لعمر: «إيه يا ابن الخطاب، فو الذى نفسى بيده ما لقيك الشيطان سالكاً فجاً قط إلا سلك فجاً غير فجك».

فصل: وقوله ﷺ: «ألم يكن الآخر مسلماً» يحتمل أن يكون لم يعزف حاله فسألهم مستفهما عنه، ويحتمل أن يكون علم حاله، فأتى بلفظ الاستفهام ومعناه التقرير، فقالوا: «بلى، يا رسول الله، وكان لا بأس به»، يعنون أنه كان مع إسلامه لا بأس به، وهذه اللفظة تستعمل فى التخاطب فيما يقرب معناه ولا يراعى المبالغة فى تفضيله.

فصل: وقوله ﷺ: «وما يدركم ما بلغت به صلاته» يعنى، والله أعلم، أن صلاة هذا الثانى بعد الأول من أعمال البر التى يرفع صاحبها وقد عمل منها بعد أخيه أربعين يوماً ما ترفع به الدرجات، فلا يدرون لعلها قد بلغت أرفع من درجة أخيه، ثم فسر ﷺ

٣٤٢ كتاب الصلاة
فقال: «إنما مثل الصلاة كمثل نهر عذب غمر» خص العذب بالذكر لأنه أبلغ في
الإنتفاء، والغمر الكثير.

وقوله: «بباب أحدكم» يريد قرب موضعه، فإنه يتكلف فيه طول المسافة، «فيقتحم
فيه كل يوم خمس مرات» يريد بذلك عدد الصلوات المفروضات، وهذا يدل على نفي
وجوب غيرها.

فصل: وقوله: «فما ترون ذلك يبقى من درن» الدرن الوسخ على البدن، ومعنى
ذلك التقرير، وأن لفظه لفظ الاستفهام، وإذا كان هذا حكم الصلوات في أنها لا تبقى
سيئة ولا ذنباً إلا كفرته، فما علمكم أين بلغت بالثاني صلاته مدة حياته بعد أخيه.

٤١٩ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَطَاءَ بْنَ يَسَارٍ كَانَ إِذَا مَرَّ عَلَيْهِ بَعْضُ مَنْ يَبِيعُ فِي
الْمَسْجِدِ دَعَاهُ، فَسَأَلَهُ مَا مَعَكَ وَمَا تُرِيدُ فَإِنْ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ يُرِيدُ، أَنْ يَبِيعَهُ قَالَ: عَلَيْكَ
بِسُوقِ الدُّنْيَا وَإِنَّمَا هَذَا سُوقُ الْآخِرَةِ.

الشرح: قول عطاء لمن مر في المسجد: «ما معك»، لئلا يكون ما معه لم يقصد به
البيع أو مما لا يجوز بيعه، فإذا أخبره أنه يريد بيعه، أنكر عليه بيعه في المسجد، وقال:
عليك بسوق الدنيا، وأعلمه أن المسجد إنما هو سوق الآخرة لم يتخذ إلا للصلاة وقراءة
القرآن وذكر الله تعالى.

وذلك أن العمل في المسجد على ضريين: قرية وغير قرية، فأما القرية التي بنيت لها
المساجد، فالصلاة وقراءة القرآن وذكر الله تعالى، وأما ما ليس بقرية، فأفعال وأقوال،
فأما الأفعال كالبيع والشراء والأكل وعمل الصنائع وما أشبه ذلك، فأما البيع فقد روى
ابن القاسم عن مالك في المجموعة: لا بأس أن يقضى الرجل الرجل في المسجد ديناً،
فأما ما كان بمعنى التجارة والصرف، فلا أحبه، فأرخص في القضاء لخفته، وقلة ما
يحظر منه، فأما المصارفة، فيحظر كل واحد منه بما يعاوض به وتكثر المراجعة وهذان
المعنيان هما المؤثران في المنع، ولعله يريد بذلك كثرة اللغط، ولم يحظر فيه يسير العمل،
ولو كان قضاء لمال جسيم تتكلف المؤنة في استجلابه ووزنه وانتقاده ويكثر العمل فيه
لكثرته لكان مكروهاً.

وفي المبسوط عن مالك: لا أحب لأحد أن يظهر سلعة في المسجد، فأما أن يساوم

كتاب الصلاة ٣٤٣

رجلاً بثوب عليه أو سلعة تقدمت رؤيته لها ومعرفته بها فيواجهه البيع فيها فلا بأس به.

وقال محمد بن مسلمة: لا ينبغي لأحد أن يبيع في المسجد ولا يشتري شيئاً، حاضراً ولا غائباً، أما الحاضر فلأن المسجد ليس بموضع للسلع، ولو جاز ذلك صار المسجد سوقاً، وأما ما ليس بحاضر كالدور والأصول وبيع الصفة وشبهه، فلما فيه من اللغظ واللغو، وقد كره مالك ما هو أخف من هذا فاعتبر مالك إحضار العين في المسجد على غير الوجه المعتاد من الناس، ولم يذكر في هذه الرواية كثرة المراجعة المبلغة إلى اللغظ، واعتبر محمد بن مسلمة الأمرين جميعاً.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أن قول مالك راجع إلى ذلك وإنما يجوز من كلا الوجهين اليسير إذا انفرد، ولعله إذا اجتمعاً، فإنه يمنع اليسير منهما على ما ذكرناه في مسألة الصرف.

مسألة: وقال مالك في السؤال الذين يسألون الناس في المسجد ويقولون: قد وقفنا منذ يومين ويذكرون حاجتهم: أرى أن ينهوا عن ذلك.

مسألة: وإما الكتابة في المسجد، ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك في ذكر الحق يكتب في المسجد، قال: أما الشيء الخفيف فنعم، وأما شيء يطول فلا أحبه، ولم أر له شيئاً في كتبة المصاحف في المسجد، وقد كره سحنون تعليم الصبيان في المسجد، ولعله كره ذلك لقله توقيهم فيه، وإما الرجل المتوقى الذي يصون المسجد ويكتب المصاحف، فظاهره الجواز، وإن كان منعه سحنون لأنه عمل ظاهر على صورة الصنائع، فيلزم على هذا منع كتابة المصحف فيه.

مسألة: وأما الخياطة وغيرها من الأعمال الظاهرة التي لا تتعلق بالقرب، فقد قال سحنون: لا يجلس فيه للخياطة ويلزم أن تكون سائر الأعمال التي تشبه الخياطة على ذلك.

مسألة: وأما الأكل في المسجد، ففي المبسوط: كان مالك يكره أكل الأطعمة، اللحم ونحوه في المسجد، زاد ابن القاسم في العتبية: أو رحابه، وأما الصائم يأتيه من داره السويق وما أشبه ذلك، قال ابن القاسم: أما الطعام الخفيف، فلا بأس به. زاد ابن القاسم في العتبية: ولو خرج إلى بابه فشربه.

ووجه ذلك أن يسير العمل خفيف وكثيره مكروه، ويراعى مع ذلك عين الطعام فيكره إحضار الكثير منه في المسجد، وخفف في إحضار يسيره.

٣٤٤ كتاب الصلاة

وروى ابن نافع عن مالك في المجموعة في القوم يفطرون فيها على كعك وتمر منزوع النوى ثم يخرجون فيتمضمضون: أرجو أن يكون خفيفاً. قال ابن القاسم في العتبية: وأرخص لبعيد الدار أن يأتيه فيه طعامه. قال علي بن زياد عن مالك: والمعتكف والمضطر والمجتاز. قال ابن القاسم: كذلك المساجد تتخذ في القرى للأضياف، فيبيتون ويأكلون خفف فيها، فاتفتت أقوالهم على المنع على وجهين الإكثار وإحضار كثير الطعام، والغنى عن ذلك وتجويزه في الشيء اليسير كشرب الماء والسويق لغير عذر وتجويزه في المتوسط مع الحاجة إلى ذلك، وكرهه مع عدم الحاجة.

مسألة: وأما المبيت في المسجد، فجوزه مالك للغرباء دون الرجل الحاضر. قال ابن القاسم في العتبية: لا بأس بذلك للحاضر الضيف دون من له منزل. روى ابن حبيب عن مالك وابن وهب: لا توقد نار في المسجد.

وجوز مالك التعزير في المسجد الأسواط اليسيرة دون ما كثر من الضرب، وإقامة الحدود، والله أعلم.

٤٢٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ بَنَى رَحْبَةً فِي نَاحِيَةِ الْمَسْجِدِ تَسْمَى الْبُطِيحَاءَ وَقَالَ: مَنْ كَانَ يُرِيدُ أَنْ يَلْغَطَ أَوْ يُنْشِدَ شِعْرًا أَوْ يَرْفَعَ صَوْتَهُ فَلْيُخْرِجْ إِلَى هَذِهِ الرَّحْبَةِ.

الشرح: هذه البطحاء بناء يرفع على الأرض أز يد من الذراع ويحرق حواليه بشيء من جدار قصير ويوسع كهيئة الرحبة وييسط بالحصباء يجتمع فيها للجلوس، ولما رأى عمر الخطاب رضي الله عنه كثرة جلوس الناس في المسجد وتحديثهم فيه، وربما أخرجهم ذلك إلى اللغط، وهو المختلط من القول وارتفاع الأصوات وربما جرى في أثناء ذلك إنشاد شعر، بنى هذه البطحاء إلى جانب المسجد وجعلها لذلك ليتخلص المسجد لذكر الله تعالى وما يحسن من القول وينزه من اللغط وإنشاد الشعر ورفع الصوت فيها ولم يرد أن ذلك محرم فيها، وإنما ذلك على معنى الكراهية وتنزيه المساجد لاسيما مسجد النبي ﷺ فيجب له من التعظيم والتنزيه ما لا يجب لغيره.

وقد روى السائب بن يزيد قال: كنت قائماً في المسجد فحصبني رجل، فنظرت فإذا عمر بن الخطاب، فقال: اذهب فاتيني بهذين، فحجته بهما، فقال: من أتما؟ فقالا: من أهل الطائف، قال: لو كنتما من أهل البلد لأوجعتكما ترفعان أصواتكما في مسجد

٤٢٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٩٨. البيهقي في الكبرى ١٠/١٠٣.

رسول الله ﷺ. وزاد ابن مسلمة عن مالك: قال عمر بن الخطاب: إن مسجدنا هذا لا يرفع فيه الصوت.

وقال ابن القاسم في المبسوط: قد رأيت مالكا يعيب على أصحابه رفع أصواتهم في المسجد، وقد علل ذلك محمد بن مسلمة بعلمتين، إحداهما: أنه يجب أن ينزه المسجد من مثل هذا، ومعنى هذا أن المسجد مما أمرنا بتعظيمه وتوفيره. والثانية: لأنه مبنى للصلاة، وقد أمرنا أن نأتيها وعلينا السكينة والوقار فبأن نلتزم ذلك بموضعها المتخذ لها أولى.

مسألة: قال مالك في المبسوط في الذي ينشد الضالة في المسجد: لا يقوم رافعاً صوته، وأما أن يسأل عن ذلك جلساءه غير رافع لصوته، فلا بأس بذلك.

ووجه ذلك أن رفع الصوت ممنوع في المساجد لما ذكرناه، فأما سؤاله جليسه فمن جنس المحادثة، وذلك غير ممنوع ما لم يبلغ ذلك اللغظ من الإكثار. وقال محمد بن مسلمة: رفع الأصوات ممنوع في المساجد إلا ما لا بد منه كالجهر بالقراءة في الصلاة والخطبة والخصومة بين الجماعة عند السلطان فلا بأس به، واحتج لذلك بأن يجمع الناس ولا بد لهم من مثل هذا.

قال القاضي أبو الوليد: عندي إنما يصح أن يحتج فيه بما جوزه مالك من جلوس الحكم في المسجد للحكم بين الناس ولا بد للمتخاصمين من رفع الأصوات فعلى هذا يباح فيه رفع الصوت بالقراءة في الصلاة أو للضرورة من المراجعة اللازمة ولذلك شرع رفع الصوت بالخطب في المساجد للأمر يأمر به الإمام أو الخبر يخبر به من أمور الدنيا والنظر للناس فيها.

فروع: وهذا إنما يكون في القراءة على وجه مخصوص كالإمام يجهر بالقراءة وحده، وأما رفع الناس أصواتهم بعضهم على بعض في القراءة، فهو ممنوع، وقد تقدم ذكره.

مسألة: وأما الجلوس في المسجد لما لا لغو فيه من الحديث من غير رفع صوت فلا بأس به. قال مالك في العتبية: وقد كان عمر بن الخطاب يجلس في المسجد، ويجلس إليه رجال فيحدثهم عن الأجناد ويحدثونه بالإحاديث، ولا يقولون له: كيف تقول كما يفعل أهل هذا الزمان.

* * *

جامع الترفيب في الصلاة

٤٢١ - مَالِكُ، عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ سَمِعَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ

اللَّهُ يَقُولُ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ أَهْلِ نَجْدٍ نَائِرُ الرَّأْسِ يُسْمَعُ دَوِيَّ صَوْتِهِ وَلَا نَفْقَهُ مَا يَقُولُ حَتَّى دَنَا فَيَاذًا هُوَ يُسْأَلُ عَنِ الْإِسْلَامِ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خَمْسُ صَلَوَاتٍ فِي الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ» قَالَ: هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهُنَّ؟ قَالَ: «لَا إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ» قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَصِيَامُ شَهْرِ رَمَضَانَ» قَالَ: هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهُ؟ قَالَ: «لَا إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ» قَالَ: وَذَكَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «الزَّكَاةَ» فَقَالَ: هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا؟ قَالَ: «لَا إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ» قَالَ: فَأَدْبَرَ الرَّجُلُ وَهُوَ يَقُولُ: وَاللَّهِ لَا أُرِيدُ عَلَيَّ هَذَا وَلَا أَنْقُصُ مِنْهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَفْلَحَ الرَّجُلُ إِنْ صَدَقَ».

الشرح: نائر الرأس، يعنى أنه قد قام شعر رأسه، ولم يرجل بمشط ولا دهن ولا غيره.

وقوله: «يسمع دوى صوته، ولا نفقه ما تقول»، يريد أنهم يسمعون جهاره صوته، ولا يبين كلامه إجابة، يفهم به أو لبعده مكانه عمن يسمع دوى صوته حتى دنا وقرب، فإذا هو يستل عن الإسلام، يدل على قرب طلحة من النبي ﷺ، ولذلك لما دنا الأعرابي منه وسأل النبي ﷺ عن الإسلام، عرف طلحة ما يقول، وأنه يسأل عن الإسلام، والإسلام هو الانقياد والتذلل لله بالطاعة من قولهم: أسلم فلان الأمر، فكان، أى انقاد له، فكان هذا الأعرابي يسأل عما أوجب الله عليه من العبادات، فيكون يفعلها مسلماً، فقال له رسول الله ﷺ: «خمس صلوات فى اليوم واللييلة» فبدأ بالصلاة لأنها عمدة الدين، وأكد أفعاله، ولم يذكر الإيمان وإظهار الشهادتين، لأن السائل قد كان أقر بذلك كله، ويحتمل أن هذا السائل قد رأى الصلاة وعرف صفتها، ولم يعرف حكم الواجب منها ولا مقدارها، فأجابه النبي ﷺ عما سأل، ويحتمل أن يكون لم يعلم شيئاً من حالها فأخبره النبي ﷺ بجملة الواجب ثم يفسر له بعد ذلك.

فقال الأعرابي: «هل على غيرهن؟»، يعنى من الصلوات؟ فقال: «لا إلا إن تطوع»

= حديث رقم ٢٦٧٨. والحيل حديث رقم ٦٩٥٦. ومسلم فى الإيمان حديث رقم ١١.
والنسائى فى الصغرى فى الصلاة حديث رقم ٤٥٨، ٤٦٢. والجنائز حديث رقم ٢٠٨٩.
والصيام حديث رقم ٢١١٩. والإيمان وشرائعه حديث رقم ٥٠٢٦. والزينة حديث رقم ٥١١٧. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٣٩١، ٤٦٢، ٨٤١. والأيمان والنذور حديث رقم ٣٢٥٢. والأطعمة حديث رقم ٣٧٤٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٣٩٣. والدارمى فى الزكاة حديث رقم ١٦٣٤.

كتاب الصلاة ٣٤٧
وهذا نص في أنه لا يجب من الصلوات غير الصلوات الخمس، لا وتر ولا غيره، ولو اقتصر على قوله الأول: خمس صلوات، مع سؤاله عن الإسلام، لكان ظاهره أنها جميع الواجب عليه، إلا أن السائل أراد رفع الإشكال والتجوز بسؤاله: هل على غيرها؟ فقال النبي ﷺ «لا إلا أن تطوع» يريد ﷺ ليس عليه غيرها إلا أن يطوع الرجل، فيكون ذلك عليه بدخوله فيها.

وقد اختلف العلماء في الرجل يشرع في النافلة، هل يلزمه إتمامها أم لا؟ فذهب مالك إلى أن من دخل في نافلة، لم يكن له أن يقطعها عمدًا، وإن فعل ذلك كان عليه القضاء وإن غلبه على قطعها غالب لم يكن عليه القضاء. وقال أبو حنيفة: عليه القضاء في العمد والعذر. وقال الشافعي: له أن يقطعها ولا قضاء عليه.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك قوله ﷺ: «إلا أن تطوع»، لأن السائل سأل هل عليه غير ذلك، فقال ﷺ «لا إلا أن تطوع» تقديره والله أعلم، إلا أن تطوع، فيكون ذلك عليك، ولا يصح ذلك إلا بأن يجب عليه التطوع بالدخول فيه.

فصل: وقوله ﷺ: «وصيام شهر رمضان» يعني أن هذا من الصيام الذي سأل عنه، وقول الأعرابي: «هل على غيره؟». وقوله ﷺ: «لا إلا أن تطوع» على نحو ما ذكرناه في الصلاة لأنه لا صوم على المكلف غير صوم رمضان إلا أن يطوع، فيلزمه ذلك بالندب أو بالدخول فيه.

فصل: وقوله: «وذكر رسول الله ﷺ الزكاة»، فقال: «هل على غيرها؟» قال: «لا إلا أن تطوع» يحتمل أن يكون النبي ﷺ، فسر له الزكاة وأخبره بما يجب منها في العين والحرث والماشية، فسأله هل يجب عليه زيادة على المقادير التي ذكر له منها، فقال: لا، ويحتمل أن يكون أخبره بأن عليه زكاة لها مقدار ينتهي إليه، وحق في ماله، ولم يتبين له جنسها ولا قدرها، فقال: هل على زيادة على هذا الحق، فقال: «لا إلا أن تطوع» بالتزام ذلك بالقول وإخراجه عن يدك إلى يد المتصدق عليه.

فصل: وقوله: «فأدبر الرجل»، يعني السائل، وهو يقول: «والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه»، يحتمل أنه لا يزيد على هذا على وجه الوجوب، وإن زاد عليه تطوعًا ونفلًا، ويحتمل أن يريد، لا أزيد على اعتقاد وجوب غير هذا، ويحتمل أن يريد، لا أزيد في البلاغ إلى قومي على هذا، ويحتمل أن يريد من جهة اللفظ لا أزيد في الفعل على هذا، وإن كان قد ورد الشرع بالمنع من القسم على أن لا يتطوع بخير وعمل بر، قال

٣٤٨ كتاب الصلاة

الله تعالى: ﴿ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين في سبيل الله وليعفوا وليصفحوا ألا تحبون أن يغفر الله لكم والله غفور رحيم﴾ [النور: ٢٢].

وقال عليه السلام للذي سأله غريمه أن يحطه فأقسم أن لا يفعل: «تألى أن لا يفعل خيراً»، على وجه الإنكار لفعله وقد روى هذا الحديث عن أبي إسماعيل بن جعفر، فقال: والذي أكرمك لا أتطوع شيئاً ولا أنقص مما فرض الله على شيئاً، فقال رسول الله ﷺ: «أفلح إن صدق».

وما تقدم من رواية مالك أصح لأن مالكا أحفظ من مالك بن جعفر، وقد تابعه الرواة على قوله، وأرى إسماعيل بن جعفر نقله على المعنى بغيره، ولو صح لا حتمل أن يكون معناه لا أتطوع بشيء ألتزمه وأوجب غير ما أوجب الله على ويحتمل أن يكون سمع بمثل هذا في أول إسلامه، وقد قال مالك في العجمي، يسلم ولا يفقه الإسلام، فيأكل في رمضان: لا يضيق عليه في ذلك.

فصل: وقوله ﷺ: «أفلح إن صدق» الفلاح البقاء، والمراد به في الشرع البقاء في الجنة لأنها البقاء الدائم في الخير الدائم، ويحتمل أن يريد بقوله: أفلح إن صدق، فاز إن صدق، فقد قال جماعة من أهل اللغة: الفلاح الفوز، وقالوا في قوله تعالى: ﴿وأولئك هم المفلحون﴾ [النور: ٥١]: إن معناه الفائزون.

وأما الصدق، فاستعمله ﷺ في الخبر عن المستقبل، وقد قال ابن قتيبة: إن الكذب في مخالفة الخبر عن الماضي والخلف ومخالفته في المستقبل، ويجب على ذلك أن يكون الصدق في الخبر عن الماضي والوفاء في الخبر عن المستقبل، وهذا الحديث دليل على خلاف قوله.

فصل: أدخل مالك، رحمه الله، هذا الحديث في باب جامع الترغيب في الصلاة، ويحتمل ذلك معنيين، أحدهما: أن يكون ذلك لمعنى قوله: «إلا أن تطوع» فيكون ترغيبه في ذلك بقوله ﷺ: «إلا أن تطوع» فيكون الترغيب في النافلة، ويحتمل أن يريد قوله ﷺ: «أفلح إن صدق» فيكون الترغيب في الصلوات الخمس.

٤٢٢ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

٤٢٢ - أخرجه البخارى في الجمعة حديث رقم ١١٤٢. وبدء الخلق حديث رقم ٣٢٦٩. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٧٦. والنسائي في الصغرى في قيام الليل وتطوع =

قَالَ: يَعْقِدُ الشَّيْطَانُ عَلَى قَافِيَةِ رَأْسِ أَحَدِكُمْ إِذَا هُوَ نَامَ ثَلَاثَ عُقَدٍ، يَضْرِبُ مَكَانَ كُلِّ عُقْدَةٍ عَلَيْكَ لَيْلٌ طَوِيلٌ فَارُقْدُ، فَإِنْ اسْتَيْقَظَ فَذَكَرَ اللَّهَ انْحَلَّتْ عُقْدَةٌ، فَإِنْ تَوَضَّأَ انْحَلَّتْ عُقْدَةٌ، فَإِنْ صَلَّى انْحَلَّتْ عُقْدُهُ، فَأَصْبَحَ نَشِيطًا طَيِّبَ النَّفْسِ، وَإِلَّا أَصْبَحَ خَبِيثَ النَّفْسِ كَسُلَانٍ».

الشرح: وقوله ﷺ: «يعقد الشيطان على قافية رأس أحدكم» يحتمل أن يكون هذا العقد بمعنى السحر للإنسان والمنع له من القيام إلى الصلاة، قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ﴾ [الفلق: ٤]، والقافية مؤخر الرأس.

وقال صاحب العين: هو القفار، وقافية كل شيء آخره، ومنه سميت قافية البيت من الشعر لأنها آخره، ولما قال ﷺ: «إذا هو نام» كان ظاهره أن عقده إنما يكون عند النوم، ومعنى قوله: «يضرب مكان كل عقدة عليك ليل طويل، فارقد» إن ذلك مقصود ذلك العقد، ومراد الشيطان منه يعنى بقوله: «عليك ليل طويل فارقد» تسويفه بالقيام والإلباس عليه لأن في بقية الليل من الطول ما له فيه فسحة.

وقوله ﷺ: «فإن استيقظ فذكر الله، انحلت عقدة» يريد أن يذكر الله تعالى وبالوضوء وبالصلاة تنحل عقد الشيطان كلها، وينجو المسلم من كيده، ومن شر عقده، فيصبح نشيطاً قد انحلت عنه عقد الشيطان التي تكسله، طيب النفس بما عمل في ليله من عمل البر، «وإلا أصبح خبيث النفس»، يريد متغيراً، قد تمكن منه الشيطان، وثبت عليه عقده، وكسله عن النشاط في أعمال البر.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقولن أحدكم خبيث نفسي، ولكن ليقل لقست نفسي» وليس بين الحديثين اختلاف لأن النبي ﷺ نهى المسلم أن يقول: خبيث نفسي، لما كان خبيث النفس بمعنى فساد الدين، والنبي ﷺ وصف بعض الأفعال بذلك تحذيراً عنها.

مسألة: وهذا يدل على أن نافلة الليل مشروعة مرغوب فيها، وأن ذلك الوقت مقصود له، وقد تقدم تحديده، وكذلك صلاة الهاجرة لأنه وقت نوم وراحة وبعد عما تقدم من صلاة فريضة.

=النهار حديث رقم ١٦٠٦. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٣٠٦. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٣٢٩. وأحمد في المسند حديث رقم ٧٢٦٦، ٧٣٩٢، ١٠٠٧٥.

٣٥٠ كتاب الصلاة

وقد سئل مالك عن النفل بين الظهر والعصر، فقال: إنما كانت صلاة القوم بالهاجرة
والليل ولم تكن بعده.

* * *

الْعَمَلُ فِي غُسْلِ الْعِيدَيْنِ وَالنِّدَاءِ فِيهِمَا وَالْإِقَامَةَ

٤٢٣ - مَالِكُ أَنَّهُ سَمِعَ غَيْرَ وَاحِدٍ مِنْ عُلَمَائِهِمْ يَقُولُ: لَمْ يَكُنْ فِي عِيدِ الْفِطْرِ
وَلَا فِي الْأَضْحَى نِدَاءٌ وَلَا إِقَامَةٌ مُنْذُ زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَوْمِ.
قَالَ مَالِكٌ: وَتِلْكَ السُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا.

الشرح: هذا الحديث، وإن لم يسنده مالك إلا أنه يجري عنده مجرى المتواتر من
الأخبار، وهو أقوى من المسند لأنه ذكر أنه سمع منه غير واحد من علمائهم، ولا يقول
ذلك إلا من سمعه من عدد كثير، والعلماء الذين سمع ذلك منهم هم التابعون الذين
شاهدوا الصحابة، وصلوا معهم، وأخذوا عنهم، وسمعوا منهم.

وقد قالوا: إنه لم يكن ذلك منذ زمان رسول الله ﷺ إلى اليوم فأضافوه إلى زمان
النبي ﷺ وأنهم حققوا الخبر بذلك وأثبتوه باتصال العمل به إلى وقت إخبارهم به، ثم
أكد ذلك مالك بأن قال: «وتلك السنة التي لا اختلاف فيها» عنده، وأفعال الصلوات
المتكررة نقلها بالمدينة نقل المتواتر إذا اتصل العمل بها، ولا أعلم في هذه المسألة خلافاً
بين فقهاء الأمصار. وقد قال مالك في المختصر: لا أذان في نافلة ولا عيد ولا خسوف
ولا استسقاء.

ودليلنا على ذلك من جهة المعنى أن الأذان والإقامة إنما شرعا للفرائض، فأما النوافل،
فلا يؤذن لها ولا يقام وصلاة العيدين نافلة ليست بفريضة، فكان ذلك حكمها. وقد
قال ابن حبيب في واضحته: إن أول من أحدث الأذان لها هشام.

٤٢٤ - مَالِكُ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَغْتَسِلُ يَوْمَ الْفِطْرِ قَبْلَ أَنْ
يَغْدُوَ إِلَى الْمُصَلَّى.

٤٢٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٠١.

٤٢٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٠٢. عبد الرزاق في المصنف ٣/٣١٠. البغوي في

شرح السنة ١٦٧/٢.

كتاب الصلاة ٣٥١

الشرح: الغسل للعديد من مستحب عند جماعة علماء المدينة، وقد قال بذلك جماعة من أهل العراق والشام^(*)، وقال غيرهم: إن فعله لحسن والطيب يجيء منه. وروى مالك في ذلك عن عبدالله بن عمر الحديث المتقدم، وتابعه عليه موسى بن عقبة.

وقد روى أيوب عن نافع: ما رأيت عبدالله بن عمر اغتسل للعيد قط، وكان يبيت في المسجد ليلة الفطر ويغدو منه إذا صلى الصبح^(١)، فيحتمل أن يكون رواية أيوب في فعل عبدالله بن عمر عند اعتكافه بين ذلك مبيته في المسجد، لأنه لم يكن يبيت في المسجد إلا عند اعتكافه، ولو تعارض الخبران تعارضًا لا يمكن الجمع بينهما لكانت رواية مالك ومن تابعه أولى.

ودلينا من جهة المعنى أن هذا يوم يسن فيها الطيب، والتجمل، فسن فيه الغسل كالجمعة.

مسألة: قال مالك: ولا أوجب غسل العيد كغسل يوم الجمعة. وجه ذلك الاتفاق على غسل الجمعة، والاختلاف في غسل العيدين.

مسألة: ويستحب أن يكون غسله متصلًا بغدوه إلى المصلى. قال ابن حبيب: أفضل أوقات الغسل للعيد بعد صلاة الصبح. قال مالك في المختصر: فإن اغتسل للعديد قبل الفجر فواسع.

ووجه ذلك ما ذكرناه من أن من سنته الاتصال بالغدو عليها، فلذلك استحب أن يكون بعد صلاة الصبح، فإن قدمه قبل الفجر فواسع، لقرب ذلك ولأن الغسل لا تذهب آثاره قبل الغدو ولا تتغير نظافته.

* * *

الأمر بالصلاة قبل الخطبة في العيدين

٤٢٥ - مالك، عن ابن شهاب أن رسول الله ﷺ كَانَ يُصَلِّي يَوْمَ الْفِطْرِ وَيَوْمَ الْأَضْحَى قَبْلَ الْخُطْبَةِ.

(*) قال في الاستذكار ١٠/٧: روى ذلك عن جماعة من علماء أهل الحجاز والعراق والشام منهم: علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وعلقمة، والحسن، وقتادة، ومحمد بن سيرين، ومجاهد، ومكحول.

(١) انظر: عبد الرزاق في المصنف ٣/٣٠٩.

٤٢٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٠٣.

٤٢٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ كَانَا يَفْعَلَانِ ذَلِكَ.

الشرح: لا خلاف في هذا بين جماعة فقهاء الأمصار، واختلف في أول من بدأ بالخطبة قبل الصلاة، فروى عن يوسف بن عبدالله بن سلام، قال: أول من بدأ بالخطبة قبل الصلاة يوم الفطر عمر بن الخطاب لما رأى الناس ينفضون إذا صلى حسبهم للخطبة.

وروى ابن نافع عن مالك أن أول من قدم الخطبة في العيدين قبل الصلاة عثمان بن عفان، قال مالك: والسنة أن تقام الصلاة قبل الخطبة، وبذلك عمل رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان صدرًا من خلفته.

وقد روى عن عطاء أنه قال: لا أدري أول من بدأ بذلك إلا أنى أدركت الناس على ذلك، هذا يدل على أن تقدم العمل به واتصاله وقلة إنكار له، وإن كان قد روى عن أبي سعيد إنكاره لما شاهد من فعل النبي ﷺ فإنكاره إنما كان على وجه الكراهية، ولذلك شهد مع مروان العيد، ولو كان أمرًا محرّمًا أو شرطًا في صحة الصلاة لما شهد، ولعله لما ذكر له مروان العدد تبين له وجهه، ولذلك اتصل العمل به دون إنكار من جمهور الناس له حتى أخبر عطاء أنه وجد العمل على ذلك ولم يعلم أول من غيره.

مسألة: ومن بدأ بالخطبة قبل الصلاة أعادها بعد الصلاة، فإن لم يفعل فذلك مجزئ عنه، وقد أساء قاله أشهب.

ووجه ذلك أن تأخيرها ليس بشرط في صحة الصلاة، وكذلك كل خطبة بعد الصلاة، فليس بشرط في صحتها، وإنما يشترط في صحتها ما يقدم عليها ولكن السنة في العيدين أن يؤتى بها الصلاة، فإن لم يفعل فهو بمنزلة من لم يخطب فصلاته صحيحة، وقد أساء في ترك الخطبة.

٤٢٧ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ مَوْلَى ابْنِ أَزْهَرَ أَنَّهُ قَالَ: شَهِدْتُ الْعِيدَ مَعَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَصَلَّى ثُمَّ انْصَرَفَ فَخَطَبَ النَّاسَ فَقَالَ: إِنَّ هَذَيْنِ يَوْمَانِ

٤٢٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٠٤.

٤٢٧ - أخرجه البخارى في الصوم حديث رقم ١٩٩٠. ومسلم في الصيام حديث رقم ١١٣٧. والأضاحى حديث رقم ١٩٦٩. والترمذى في الصوم حديث رقم ٧٠٢. والنسائى فى الصغرى فى الضحايا حديث رقم ٤٤٢٢. وأبو داود فى الصوم حديث رقم ٢٤١٦. وابن ماجه فى حديث رقم ١٧٢٢. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٨٤.

نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ صِيَامِيهِمَا، يَوْمَ فِطْرِكُمْ مِنْ صِيَامِكُمْ، وَالْآخِرُ يَوْمَ تَأْكُلُونَ فِيهِ مِنْ نُسُكِكُمْ^(١).

قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: ثُمَّ شَهِدْتُ الْعِيدَ مَعَ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ فَجَاءَ فَصَلَّى ثُمَّ انْصَرَفَ فَخَطَبَ وَقَالَ: إِنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ لَكُمْ فِي يَوْمِكُمْ هَذَا عِيدَانِ فَمَنْ أَحَبَّ مِنْ أَهْلِ الْعَالِيَةِ أَنْ يَنْتَظِرَ الْجُمُعَةَ فَلْيَنْتَظِرْهَا، وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَرْجِعَ فَقَدْ أَذِنْتُ لَهُ.

قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: ثُمَّ شَهِدْتُ الْعِيدَ مَعَ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَعُثْمَانَ مَحْضُورًا، فَجَاءَ فَصَلَّى ثُمَّ انْصَرَفَ فَخَطَبَ.

الشرح: قوله: «شهدت العيد مع عمر بن الخطاب»، يريد صلاة العيد لأنها هي المقصودة من اليوم، وكذلك من قال: شهدت الجمعة، فإنما يفهم منه صلاة الجمعة، وأخبر أبو عبيد أن عمر بن الخطاب صلى ثم انصرف، فخطب الناس، فصرح بتقديم الصلاة على الخطبة ثم أخبر عما ذكر في خطبته من نهى النبي ﷺ عن صيام يومين، وهذه سنة في أن الإمام يعلم الناس ما يلزمهم من أحكام أيام الفطر والأضحى في خطبة العيد ليعلم الناس علم ذلك، وبه قال ابن حبيب: أحب إلى إن كان في الفطر أن يذكر في خطبة الفطر وسنته، ويحض الناس على الصدقة، فإن كان في أضحى، ذكر الأضحى وسنتها وأمر بالزكاة، وعلمهم فرضها، وحذرهم تضييعها.

فصل: وقول عمر بن الخطاب: «يوم فطركم من صيامكم، والآخر يوم تأكلون فيه من نسككم»، بين اليومين، وأضاف إلى كل واحد منهما أكلاً مشروعاً فيه يمنع صومه، فقال: إن يوم الفطر هو يوم سن فيه الفطر من صوم رمضان، وهذا يمنع صومه، ويوم الأضحى يوم يسن فيه أن يأكل من نسكه، وهو أيضاً يمنع من صومه.

فصل: وقوله: «ثم شهدت العيد مع عثمان بن عفان، فجاء فصلى ثم انصرف فخطب» على نحو ما تقدم ثم قال: «إنه قد اجتمع لكم في يومكم هذا عيدان»، يعني أن يوم العيد صادف يوم الجمعة «فمن أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة فلينتظر، ومن أحب أن يرجع، فقد أذنت له» العالية من العوالي.

قال مالك: بين أبعد العوالي وبين المدينة ثلاثة أميال، وهي منازل حوالى المدينة، سميت العوالي لإشراف مواضعها، وأهل العوالي يلزمهم حضور الجمعة إلا أن عثمان رأى أنه إذا اجتمع عيدان في يوم، جاز أن يأذن لهم في التخلف عن الجمعة.

(١) النسك: الذبح تقرباً وطاعة.

روى ابن القاسم عن مالك: ولم يبلغني أن أحداً أذن لأهل العوالي غير عثمان.
وقد اختلف الناس في جواز ذلك، فروى ابن القاسم عن مالك أن ذلك غير جائز،
وأن الجمعة تلزمهم على كل حال. وروى ابن وهب ومطرف وابن الماجشون عن
مالك: أن ذلك جائز، والصواب أن يأذن فيه الإمام كما أذن عثمان، وأنكروا رواية ابن
القاسم، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي.

وجه رواية ابن القاسم قوله تعالى: ﴿إِذَا نَادَى لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى
ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩] ولم يخص عيداً من غيره، فوجب أن يحمل على عمومته إلا ما
خصه الدليل.

ومن جهة المعنى أن الفرائض ليس للأئمة الأذن في تركها وإنما ذلك بحسب العذر
فمتى أسقطها العذر سقطت، ولم يكن للإمام المطالبة بها، وإن ثبتت لعدم العذر لم
يكن للإمام إسقاطها.

وجه الرواية الثانية ما يلحق الناس من المشقة بالتكرار والتأخير، وهي صلاة يسقط
فرضها بطول المسافة وبالمشقة، والله أعلم وأحكم.

ومن جهة الإجماع أن عثمان خطب بذلك يوم عيد، وهو وقت احتفال الناس ولم
ينكر عليه أحد، ويحتمل أن يكون معنى قول عثمان رضى الله عنه: قد أذنت له، يريد
أعلمت الناس أنني أجيزه وأخذ به، ولا أنكر على من عمل به، فإنه يجوز أن يكون أخذ
الناس بالمجئء إلى الجمعة والإنكار على من تخلف عنها إلا لعذر متفق عليه، فإن كان
مختلفاً فيه لزم الناس اتباع رأى الإمام إذا كان مثل عثمان رضى الله عنه.

فصل: وقوله: ﴿ثم شهدت العيد مع علي بن أبي طالب، وعثمان محصور، فصلى ثم
انصرف فخطب﴾، فدل ذلك على جواز إقامة العيد برجل من المسلمين إذا كان للإمام
عذر، لأن علياً فعل ذلك، وهو إمام من أئمة المسلمين، ولم ينكر ذلك عليه فثبت
إجماعهم عليه وموافقهم له فيه.

مسألة: قال ابن حبيب: ويستفتح خطبته بتسع تكبيرات تباعاً، فإذا مضت كلمات،
كبر ثلاثاً وكذلك في الثانية إلا أنه يفتتحها بسبع تكبيرات، قال: وكان مالك يقول:
يفتح بالتكبير، ويكبر بين أضعاف خطبته ولم يحده. قال ابن حبيب: وبما قلنا قال
مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبيغ، ووجه ما قالوه استحسان وما زاد أو
نقص، فلا حرج.

مسألة: هل يكبر الناس معه إذا كبر في خطبته؟ قال مالك: يكبرون معه، ومنع منه المغيرة. ووجه قول مالك أنه مروى عن ابن عباس، ولا يخالف له؛ ولأن التكبير في هذا اليوم مشروع للكافة، فإذا كبر الإمام كان ذلك استدعاء له من الناس. ووجه وقول المغيرة أن شروع الإمام في الخطبة يمنع الكلام ويوجب الإنصات.

مسألة: وإذا أحدث الإمام في خطبته بعد الصلاة تهادى عليها ولم يستخلف من يتمها لأنها بعد الصلاة، وليس من شرطها الطهارة ومن أحدث من الناس والإمام يخطب فلا يتصرف أيضاً، قاله مالك، والمعنى فيهما واحد، والله أعلم وأحكم.

* * *

الأمر بالأكل قبل الغدو في العيد

٤٢٨ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَأْكُلُ يَوْمَ عِيدِ الْفِطْرِ قَبْلَ أَنْ يَغْدُوَ.

الشرح: هذا الاسم يختص بأول يوم من شوال، وإن كان الأضحى أيضاً يوم فطر لا يجل فيه الصوم، إلا أن هذا الاسم يختص به في الشرع.

وقوله: «قبل أن يغدو»، يريد إلى الصلاة؛ لأنه هو الغدو المعروف بذلك اليوم، والسنة أن يؤكل يوم الفطر قبل الغدو إلى المصلى، لما روى عن أنس: «كان رسول الله ﷺ لا يغدو يوم الفطر حتى يأكل تمرات»^(١).

ومن جهة المعنى أن عليه يوم الفطر إخراج حق قبل الغدو إلى الصلاة، فكانت سنة أن يأكل عند إخراج ذلك الحق كما أن يوم الأضحى عليه أن يخرج حقاً، وهو الأضحى بعد الصلاة، فكان سنة أن يأكل ذلك الوقت.

مسألة: ويستحب أن يكون فطره على تمر، إن وجدته، لما روى عن أنس: «كان رسول الله ﷺ لا يخرج يوم الفطر حتى يأكل تمرات ويأكلهن وتراً».

* * *

٤٢٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٠٦.

(١) أخرجه البخار في صحيحه حديث رقم (٩٥٣) من طريق محمد بن عبدالرحيم، حدثنا سعيد بن سليمان، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا عبيدالله بن أبي بكر بن أنس، عن أنس بن مالك، فذكره.

٣٥٦ كتاب الصلاة

٤٢٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ النَّاسَ كَانُوا يُؤْمَرُونَ بِالْأَكْلِ يَوْمَ الْفِطْرِ قَبْلَ الْغُدُوِّ.

الشرح: قوله: «إن الناس كانوا يؤمرون»، إشارة إلى عصر النبي ﷺ أو إلى عصر الصحابة بعده، وأن الأمر بذلك سنة مأمور بها إما لأن النبي ﷺ كان يأمر به أو لأن أئمة الصحابة كانوا يأمرون به، وأن ذلك كان شائعاً فيهم دون تكبر ولا مخالاف ولا تغيير.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا أَرَى ذَلِكَ عَلَى النَّاسِ فِي الْأَضْحَى.

الشرح: وهذا كما قال: إنه ليس على الناس الأكل في الأضحى قبل الغدو، ولأنه ليس بوقت إخراج الحق فيه، وإنما عليهم ذلك بعد الصلاة، وهو وقت نحر أضحيتيه، وهو إخراج الحق المختص بذلك اليوم.

* * *

ما جاء في التكبير والقراءة في صلاة العيدين

٤٣٠ - مَالِك، عَنْ ضَمْرَةَ بْنِ سَعِيدِ الْمَازِنِيِّ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُثْبَةَ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ سَأَلَ أَبَا وَقْدٍ اللَّيْثِيَّ مَا كَانَ يَقْرَأُ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْأَضْحَى وَالْفِطْرِ، فَقَالَ: كَانَ يَقْرَأُ بِ: ﴿ق وَالْقُرْآنِ الْمَجِيدِ﴾ [ق: ١]، و﴿اقْتَرَبَتِ السَّاعَةُ وَانْشَقَّ الْقَمَرُ﴾ [القمر: ١].

الشرح: لا خلاف بين أهل العلم أن ذلك على التخيير، ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب سأل أبا واقد الليثي على وجه الاختبار له، ويحتمل أيضاً أن يكون نسي، فأراد أن يذكر، وقد روى عن سمرة بن جندب أن النبي ﷺ كان يقرأ في العيدين ب: ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ [الأعلى: ١]، و﴿هل أتاك حديث الغاشية﴾ [الغاشية: ١]، وحديث مالك أسند.

٤٢٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٠٧. البيهقي في معرفة السنن والآثار ٦٨٥١/٥. الشافعي في الأم ٢٣٣/١.

٤٣٠ - أخرجه مسلم في صلاة العيدين حديث رقم ٨٩١. والترمذي في الجمعة حديث رقم ٤٩١. والنسائي في الصغرى في صلاة العيدين حديث رقم ١٥٦٦. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١١٥٤. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٨٢. وأحمد في المسند حديث رقم ٢١٣٨٩.

٤٣١ - مَالِك، عَنْ نَافِعِ مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: شَهِدْتُ الْأَضْحَى وَالْفِطْرَ مَعَ أَبِي هُرَيْرَةَ فَكَبَّرَ فِي الرَّكْعَةِ الْأُولَى سَبْعَ تَكْبِيرَاتٍ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ وَفِي الْآخِرَةِ خَمْسَ تَكْبِيرَاتٍ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «فكبر في الأولى سبع تكبيرات»، ذهب مالك والشافعي وأحمد وابن أبي ثور إلى أن التكبير في الأولى سبع تكبيرات. وقال أبو حنيفة: التكبير في الأولى ثلاث غير تكبيرة الافتتاح وتكبيرة الركوع.

والدليل على ما نقوله ما روى كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ كان يكبر في الركعة الأولى سبع تكبيرات، وفي الركعة الثانية خمس تكبيرات قبل القراءة» وهذا الحديث وإن لم يكن بثابت، ولم يبلغ عندي مبلغ الاحتجاج به إلا أنه يترجح به، ومما روى في معناه المذهب إذ لم يرو عن النبي ﷺ غير ذلك^(١)، وقد اتصل العمل بما ذكرناه بالمدينة.

وقد قلنا: إن نقل أهل المدينة للصلوات والأذان على التواتر، وإذا اتصل بما قلناه العمل بالمدينة كان حجة يقطع بها، وكان ذلك أولى من صحيح الأسانيد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يعتد بتكبيرة الإحرام في السبع تكبيرات عند مالك والثوري وأحمد. وقال الشافعي: هي سبع تكبيرات سوى تكبيرة الإحرام.

٤٣١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٠٩. البيهقي في السنن الكبرى ٢٨٨/٣، وفي معرفة السنن والآثار ٦٨٧٤/٥. عبد الرزاق في المصنف ٥٦٨٠.

(١) قال في الاستذكار ٤٩/٧: قد روى عن النبي ﷺ أنه كبر في صلاة العيدين سبعا في الركعة الأولى وخمسا في الثانية من طرق كثيرة حسان، منها: حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ومن حديث جابر بن عبد الله رواه ابن لهيعة، عن أبي الزبير، عن جابر. ومن حديث عائشة، رواه أبو الأسود محمد بن عبد الرحمن، عن عروة، عن عائشة، ورواه عقيل وعبد الرحمن بن مسافر، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة. ومن حديث عمرو بن عوف المزني، رواه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده. ومن حديث ابن عمر، رواه عبد الله بن عامر الأسلمي، عن نافع، عن ابن عمر. وحديث أبي واقد الليثي كلها عن النبي ﷺ. وفي حديث عبد الله بن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «التكبير في الفطر سبع في الأولى وخمس في الآخرة والقراءة بعدها في كليهما».

٣٥٨ كتاب الصلاة

والدليل على ما نقوله الأخبار المتقدمة بذلك، واتصال العمل بالمدينة، وإطلاق اللفظ، فإنه كبير سبعا في الركعة الأولى، يقتضى أن ذلك جميع ما كبير.

مسألة: والتكبير في الركعة الثانية خمس غير تكبيرة القيام. وقال الشافعي: هي خمس سوى تكبيرة القيام.

والدليل على ما نقوله أن تكبيرة القيام هي في نفس القيام ولا يعتد من التكبير، إلا بما يكون بعد الاعتدال.

فروع: إذا ثبت ذلك، فقد روى عن مالك أنه خير في رفع اليدين مع كل تكبيرة من الزوائد، وعنه في المدونة: لا يرفع يديه إلا مع تكبيرة الإحرام. وروى عنه مطرف وابن كنانة: يستحب أن يرفع يديه في العيدين مع كل تكبيرة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، والكلام في هذا يقرب مما تقدم في رفع اليدين عند الركوع في الصلاة.

فصل: وقوله في الآخرة: «خمس تكبيرات قبل القراءة»، لم يختلف فقهاء الأمصار أن التكبير في الركعة الأولى قبل القراءة، وأما في الركعة الثانية، فإن التكبير عند مالك قبل القراءة أيضا، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: القراءة في الركعة الثانية قبل التكبير.

والدليل على ما نقوله عمل أهل المدينة المتصل بذلك. ودليلنا من جهة القياس أنها إحدى ركعتي صلاة العيد، فكان محل زوائد التكبير فيها قبل القراءة كالركعة الأولى.

مسألة: ومن لم يسمع تكبير الإمام، فليكبر، قاله ابن حبيب لأنه تكبير في الصلاة يفعلها المأموم مع الإمام، فلزمه فعله إن لم يسمعه كتكبيرة الركوع.

مسألة: وليس بين التكبيرات محل للدعاء ولا لغيره من الأذكار، قاله ابن حبيب. وقال الشافعي: يقف بين كل تكبيرتين مقدارا متوسطا يحمد الله ويهلله ويكبره.

والدليل على ما نقوله أن هذين ذكران بلفظ واحد ليسا من أركان الصلاة، يفعلان في حال واحد، فلم يسن بينهما ذكر غيرهما كالتسبيح حال السجود.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ وَجَدَ النَّاسَ قَدْ انصَرَفُوا مِنَ الصَّلَاةِ يَوْمَ الْعِيدِ: إِنَّهُ لَا يَرَى عَلَيْهِ صَلَاةً فِي الْمُصَلَّى وَلَا فِي بَيْتِهِ وَإِنَّهُ إِنْ صَلَّى فِي الْمُصَلَّى أَوْ فِي بَيْتِهِ لَمْ أَرَ بِذَلِكَ بَأْسًا، وَيُكَبِّرُ سَبْعًا، فِي الْأُولَى قَبْلَ الْقِرَاءَةِ وَخَمْسًا فِي الثَّانِيَةِ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ.

الشرح: وهذا كما قال لأن صلاة العيد إنما سنت للجماعة، وتلك الجماعة هم عند مالك الرجال الأحرار فمن فاتته تلك الجماعة لم يلزمه صلاة العيد، فإن شاء صلاحها، وإن شاء تركها. وقال ابن حبيب: هي لازمة لجميع المسلمين، والنساء والعيبد والمسافرين ومن عقل الصلاة من الصبيان، يصلونها في بيوتهم وحيث كانوا، وإن لم يشهدوها في الجماعة.

وقد قال مالك في المدونة: ليس على النساء ذلك، إلا أنه يستحب لهن.

وجه قول مالك أن هذه صلاة عيد، فلم تلزم المفرد كصلاة الجمعة. ووجه قول ابن حبيب أن كل صلاة لا تسقط عن الرجال، فإنها لا تسقط عن النساء إلى غير بدل كسائر الفروض.

فرع: وإذا صلاحها من تخلف عن الجماعة هل يصلونها في جماعة؟ قال مالك في المدونة، فيمن يخرج إليها من النساء: لا يجمع بهن أحد، وإن صلين، صلين أفذاذاً.

وقال ابن حبيب: لا بأس أن يجمع الرجل صلاة العيد، إذا تخلف عنها مع أهله أو مع نفر يكونون عنده، أو في مسجدهم.

وجه قول مالك أن هذه صلاة عيد فلا يجمعها من فاتته كصلاة الجمعة. ووجه قول ابن حبيب أن هذه صلاة مسنونة يلحقها التغيير، فجاز أن يجمع مع غير الإمام وإن جمع فيها الإمام كصلاة الكسوف.

مسألة: وفي أى المواضع يلزم؟ روى ابن نافع وأشهب أن صلاتها ليست إلا على من عليه صلاة الجمعة. وروى ابن القاسم عن مالك أنها تلزم القرية فيها عشرون رجلاً، والنزول إليها من ثلاثة أميال كالجمعة.

مسألة: وقوله: «إن صلى فى المصلى أو فى بيته، لم أر بذلك بأساً»، يريد أنه لا يمنع من ذلك حين فاتته لأنه ليس فى صلاته وحده بعد الإمام افتيات عليه، ولا إظهار لمخالفته، ولذلك جوز لمن فاتته صلاة الجماعة فى مسجد له إمام راتب أن يصلها فى المسجد وحده أو فى بيته، ومنعناه من أن يصلها فيه بجماعة أخرى.

ترك الصلاة قبل العيدين وبعدهما

٤٣٢ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ لَمْ يَكُنْ يُصَلِّي يَوْمَ الْفِطْرِ قَبْلَ الصَّلَاةِ وَلَا بَعْدَهَا.

الشرح: صلاة العيد تقام فى موضعين، أحدهما: الموضع المختص بها، والآخر الجامع، فأما الموضع المختص بها، فاختلف الفقهاء فى التنفل فيه قبل الصلاة وبعدها، فذهب مالك إلى أنه لا يتنفل فيه قبلها ولا بعدها. وقال أبو حنيفة والثورى: يتنفل بعدها، ولا يتنفل قبلها. وقال الشافعى: يتنفل قبلها وبعدها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، ما روى عن ابن عباس «أن النبى ﷺ خرج يوم الفطر، فصلى ركعتين لم يصل قبلها ولا بعدها».

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه صلاة لحقها الترخى - سن لها البروز، فلم تسن الصلاة قبلها فى مصلاها كصلاة الجنائز.

مسألة: فإن صليت فى الجامع، فهل يصلى قبلها وبعدها فيه أو لا؟ قول ابن القاسم عن مالك إجازة ذلك. وروى عنه ابن وهب وأشهب منعه قبلها وإباحته بعدها. وقال ابن حبيب: أحب أن تكون صلاة العيد حظه من النافلة ذلك اليوم إلى صلاة الظهر، والصواب جواز النافلة بعد الخروج من المسجد أو بعد طول المكث فيه، وإنما استحج تأخير التنفل لأنها صلاة عيد كصلاة الجمعة.

٤٣٣ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَغْدُو إِلَى الْمُصَلَّى بَعْدَ أَنْ يُصَلِّيَ الصُّبْحَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ.

الشرح: تأخير غدوه إلى المصلى حين يصلى الصبح لأن من سنة الصبح أن يصلى فى المسجد جماعة، فيجب أن يكون الغدو إلى صلاة العيد بعد ذلك، فأما الغدو قبل طلوع الشمس، فلمن أراد التكبير. وروى على بن زياد عن مالك: ومن غدا إليها قبل طلوع الشمس فلا بأس به، وهذا هو المستحب عند الشافعى، وذلك أن الركوع ليس بمسنون قبل الجلوس بالمصلى، فيكون ممنوعاً منه إلى طلوع الشمس، وتقدم جلوسه لانتظار الصلاة عمل بر.

٤٣٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤١٠. وأخرجه الترمذى فى الجمعة حديث رقم

٤٩٤. عبد الرزاق ٢٧٤/٣. المجموع ١٦/٥. المغنى ٣٨٧/٢.

٤٣٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤١١.

كتاب الصلاة ٣٦١

وروى ابن حبيب عن مالك أنه قال: والخروج إليها بعد طلوع الشمس، عمل الفقهاء عندنا، وهو الأمر المستحب لمن صلى الصبح أن لا ينصرف من موضعه، ويقبل على الذكر إلى طلوع الشمس أو قرب ذلك، وهذا كله حكم المأموم فأما الإمام، فيأتي بيان حكمه إن شاء الله تعالى.

مسألة: وإن غدا الغادى إلى صلاة العيد قبل طلوع الشمس، فلا يكبر في طريقه ولا جلوسه حتى تطلع الشمس، وإن غدا بعد طلوع الشمس فليكبر في طريقه إلى المصلى وإذا جلس حتى يخرج الإمام، وروى ذلك ابن القاسم وعلي بن زياد عن مالك.

ووجه ذلك أن التكبير شعار الخارج إلى صلاة العيد فيجب أن يكون في الوقت المختص بها، وأما قبل ذلك، فلا يختص به هذا الذكر، وإنما يختص به ذكر غيره.

مسألة: والفطر والأضحى في ذلك سواء عند مالك، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يكبر في الأضحى ولا يكبر في الفطر.

والدليل على نقوله، أن هذا يوم عيد، لا يتكرر في العام، فسن فيه التكبير في الخروج إليه كالأضحى.

* * *

الرخصة في الصلاة قبل العيدين وبعدهما

٤٣٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ أَبَاهُ الْقَاسِمَ كَانَ يُصَلِّي قَبْلَ أَنْ يَغْدُوَ إِلَى الْمُصَلَّى أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ.

الشرح: حكم هذا الباب غير حكم الباب الذي قبله لأن الباب الأول في منع الصلاة بالمصلى قبل العيد وبعدها، وهذا في الرخصة في التنفل قبل الغدو إلى المصلى، ولا خلاف في جوازه لمن تأخر في مصلاه بعد صلاة الفجر لذكر الله تعالى حتى تطلع الشمس، فيتنفل أربع ركعات ونحوها ثم يغدو إلى المصلى.

٤٣٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يُصَلِّي يَوْمَ الْفِطْرِ قَبْلَ الصَّلَاةِ فِي الْمَسْجِدِ.

٤٣٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤١٢.

٤٣٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤١٣.

٣٦٢ كتاب الصلاة

الشرح: وهذا على نحو ما تقدم، وإن كان فى الكلام تقديم وتأخير، وتقديره إن كان يصلى يوم الفطر فى المسجد قبل الصلاة، يريد أنه كان يصلى فى مسجده قبل أن يصلى صلاة العيد فى المصلى^(١).

* * *

غدو الإمام يوم العيد وانتظار الخطبة

قَالَ مَالِكٌ: مَضَتْ السُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا فِي وَقْتِ الْفِطْرِ وَالْأَضْحَى أَنَّ الْإِمَامَ يَخْرُجُ مِنْ مَنْزِلِهِ قَدَرًا مَا يَبْلُغُ مُصَلَّاهُ وَقَدْ حَلَّتِ الصَّلَاةُ.

الشرح: قوله: «مضت السنة التي لا اختلاف فيها عندنا»، يريد أنه لا خلاف عند أهل المدينة^(١)، فيما ذكره فى هذه المسألة من عمل الأئمة فى العيدين، وعمل أهل المدينة فى ذلك، فذكرنا أنه بمعنى الخبر المتواتر.

(١) قال فى الاستذكار بعد ذكره الحديثان السابقين ٥٨/٧ - ٥٩: ترجم الباب الأول بترك الصلاة، والثانى بالرخصة، وليست الرخصة فى الباب الثانى من الباب الأول فى شىء، لأن الصلاة فى المسجد قبل الغدو إلى المصلى ليست من باب الصلاة فى المصلى، وإنما اختلفوا فى الصلاة فى المصلى: فذهب أهل المدينة إلى أن لا يصلى أحد فى المصلى قبل صلاة العيد ولا بعدها. وأجمعوا أن رسول الله ﷺ لم يصل فى المصلى قبل صلاة العيد ولا بعدها، فسائر الناس كذلك. وذهب الكوفيون والأوزاعي إلى أن لا يصلى أحد فى المصلى قبل الصلاة، ويصلى بعدها إن شاء. وقال الثورى: يصلى أربعاً لا يفصل بينهم. وذهب البصريون إلى إباحة الصلاة فى المصلى قبل الصلاة وبعدها. وهو قول الشافعى، قال: يصلى قبل الجمعة وبعدها. وبه قال داود، ولكل واحد منهم سلف فيما ذهب إليه من الصحابة والتابعين. وروى أشهب وابن وهب عن مالك: إذا صلوا صلاة العيد فى الفطر فى المسجد أو عذر فلا بأس أن ينتفل بعدها ولا ينتفل قبلها. وروى ابن القاسم عن مالك، أن التنفل فى المسجد قبلها وبعدها جائز. قال أبو عمرو: الصلاة فعل خير فلا يجب المنع منها إلا بدليل معارض له فيه، وقد أجمعوا أن يوم العيد كغيره فى الأوقات المنهى عن الصلاة فيها، فالواجب أن يكون كغيره فى الإباحة وباله التوفيق. والركوع والسجود فى المسجد ليس بواجب فكيف فى المصلى ومن فعله فقد أحسن.

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٦٠/٧: قوله فى هذا الباب وقول غيره من فقهاء الأمصار سواء كله متقارب المعنى. وزاد الشافعى: ليس الإمام فى ذلك كالناس، إما الناس فأحب أن يتقدموا حين ينصرفوا من الصبح، وأما الإمام فيغدو إلى العيد قدر ما يرى فى المصلى وقد برزت الشمس. قال: ويؤخر الفطر ويعجل الأضحى، ومن صلى قبل طلوع الشمس أعاد. وهذا كله مروى معناه عن مالك وهو قول سائر العلماء.

كتاب الصلاة ٣٦٣

وقوله: «في الفطر والأضحى»، إلى آخر المسألة فيه ثلاث مسائل، إحداها: وقت خروج الإمام إلى العيد، والثانية: وقت صلاة العيد، والثالثة: أن الفطر والأضحى في ذلك سواء. فأما وقت خروج الإمام إلى العيد، فهو أن يخرج قدر ما يصل إلى المصلى، وقد برزت الشمس.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذا عيد، فلم يشرع للإمام الجلوس في مصلاه كالجمعة.

مسألة: فأما وقت صلاة العيد، فأوله إذا ارتفعت الشمس، وحلت السبحة، وفوق ذلك قليلاً. ووجه أن صلاة العيد صلاة نافلة، فيجب أن يتخير لها جواز التنفل بعد طلوع الشمس، ويزاد على ذلك بقدر تمكن الوقت واجتماع الناس، وورود من بعد ومن له عذر.

مسألة: والفطر والأضحى في ذلك سواء. وقال الشافعي: يعجل الأضحى ويؤخر الفطر. والدليل على نقوله أن صلاة الأضحى صلاة عيد يبرز لها كصلاة الفطر.

فروع: وآخر وقتها إذا زالت الشمس من يوم العيد، لا وقت لها غير ذلك لأن النوافل التي تختص بالأوقات أوقاتها إلى الزوال كصلاة الخسوف وصلاة الاستسقاء.

فصل: وقوله: قدر ما يبلغ مصلاه، يريد يبلغ الإمام مصلاه للعيد لأن النزول للعيد سنة، وتعين موضعه سنة لما روى عن ابن عمر «كان النبي ﷺ يغدو إلى المصلى، والعنزة بين يديه تحمل وتنصب بالمصلى بين يديه، فيصلى إليها» فوجه الدليل من ذلك أن الألف واللام في المصلى لا يصح أن تكون للجنس، فلم يبق إلا أن تكون للعهد، وذلك يفيد أن يكون مصلى العيد معروفاً معهوداً، والله أعلم وأحكم.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ صَلَّى مَعَ الْإِمَامِ، هَلْ لَهُ أَنْ يَنْصَرِفَ قَبْلَ أَنْ يَسْمَعَ الْخُطْبَةَ؟ فَقَالَ: لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَنْصَرِفَ الْإِمَامُ.

الشرح: وهذا كما قال؛ لأن الخطبة من سنة الصلاة وتوابعها ممن شهد الصلاة ممن تلزمه أو ممن لا تلزمه من صبي أو امرأة وغبد لم يكن له أن يترك حضور سنتها مع القدرة، رواه ابن القاسم عن مالك. والأصل في ذلك طواف النفل لما كان الركوع من توابعه لم يكن لمن تنفل به أن يترك الركوع.

مسألة: وإذا انصرف فلا يكبر في انصرافه لأننا قد بينا أن تكبيره ينقطع بخروج

٣٦٤ كتاب الصلاة

الإمام، ويستحب أن يرجع على غير الطريق الذي غدا منه لما رواه عن جابر « كان النبي ﷺ إذا كان يوم عيد خالف الطريق ». قال ابن حبيب: وذلك للإمام ألزم منه للناس.

مسألة: وسئل مالك أيكراه للرجل أن يقول لأخيه إذا انصرف من العيد: تقبل الله منا ومنك، وغفر لنا ولك؟ ويرد عليه أخوه مثل ذلك، قال: لا يكره.

* * *

صلاة الخوف

٤٣٦ - مالك، عن يزيد بن رومان، عن صالح بن خوات عمّن صلى مع رسول الله ﷺ يوم ذات الرقاع صلاة الخوف أن طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاء العدو فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبت قائماً وأتموا لأنفسهم ثم انصرفوا فصنّفوا وجاء العدو وجاءت الطائفة الأخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم.

الشرح: غزوة ذات الرقاع سنة خمس من الهجرة.

وقوله: «يوم ذات الرقاع»، أضاف اليوم إلى جبل يقال له الرقاع فيه بياض وحمرة وسواد، وقيل إن غزوة ذات الرقاع سميت بذلك لأن المسلمين لم يكن لهم إبل تحملهم، فكان أكثرهم مشاه، فتخرقت نعالهم، فلفوا الرقاع على أرجلهم. وحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن صلاة الخوف نزلت يوم ذات الرقاع.

فصل: قوله: «من صلى مع النبي ﷺ صلاة الخوف»، يريد أن لصلاة الخوف صفة تختص بها، ولولا ذلك لكانت من جملة الصلوات التي عم الناس معرفة صفاتها. وقد اختلف في صفتها، فروى عن سهل بن أبي حثمة، وهو الذي صلاها مع النبي ﷺ هذه الرواية، والرواية التي بعد هذا من رواية القاسم بن محمد عنه.

وروى ابن عمر أن يصلى بالطائفة الأولى ركعة ثم تصير في وجه العدو وتأتي الطائفة الأخرى، فيصلى بها الإمام ركعة أخرى، ثم يسلم ثم تقوم كل طائفة فتتم، وإلى هذا القول ذهب أشهب بن عبد العزيز، وزاد أن الطائفة الأولى تأتي بالركعة الثانية، والطائفة الثانية وجه العدو، فإذا انصرفت الطائفة الأولى وقفت وجه العدو ثم قضت الطائفة الثانية ركعتها الثانية.

والخلاف فى صلاة الخوف فى موضعين، أحدهما: جوازها، والثانى: صفتها، فأما جوازها، فعليه جمهور الفقهاء غير أبى يوسف، فإنه قال: لا تصلى صلاة الخوف، بإمام بعد النبى ﷺ.

والدليل على ذلك أن النبى ﷺ صلى صلاة الخوف، وقد أمرنا باتباعه والاقتداء به بل أفعاله عنده على الوجوب، ومما يدل على ذلك إجماع الصحابة، فإن جماعة من الصحابة قد فعلوا ذلك فى جيوش عظيمة ومحافل مختلفة مثلها تذيع وتسلم، ولم يعلم لهم مخالف.

ودليلنا من جهة القياس أنه ضرب من العذر بغير بنية الصلاة، فوجب أن يكون حكمنا فيه حكم النبى ﷺ كالمرض والسفر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الصفة المختلفة على صفة ظاهر حديث سهل بن أبى حثمة، فقال: الذى ذهب إليه مالك والشافعى، وهى عند أبى حنيفة على ظاهر حديث عبدالله بن مسعود، وهو أن يقف الجيش وراء الإمام صفيين، فيكبر الإمام ويكبر الصفان، فيصلى الإمام بالصف الذى يليه ركعة والصف الآخر وجاه العدو ثم يذهب الصف الأول إلى وجاه العدو ويأتى الصف الثانى، فيصلى بهم الإمام ركعة ثم يقضى الذين صلى بهم الركعة الثانية مكانهم، ثم يذهبون إلى مصاف أصحابهم، ويأتى أولئك فيقضون ركعة.

والدليل على ما ذهب إليه مالك أن حديث سهل بن أبى حثمة أسند، رواه عنه صالح بن خوات وسماعه منه صحيح، وخبر عبدالله بن مسعود رواه عنه ابنه أبو عبيدة وقد صغر عن السماع منه.

ودليل آخر وهو أنهما لو تساويا فى الإسناد لوجب الأخذ بحديث سهل لموافقته ظاهر القرآن، قال الله تعالى: ﴿فلتقم طائفة منهم معك﴾ [النساء: ١٠٢] وهذا يقتضى أن طائفة من المسلمين تقوم مع الإمام، وعلى حديث ابن مسعود جميع المسلمين يقومون معه، وقوله: ﴿فإذا سجدوا﴾ [النساء: ١٠٢]، وهذا يقتضى إفرادهم بالسجود، ولو سجد بهم الإمام لقال فإذا سجد ثم، ثم قال تعالى: ﴿فليكونوا من ورائكم﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ولنات طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك﴾، وظاهر هذا يقتضى إفراد الطائفة الأولى بالسجود ثم تكون وراء الإمام والطائفة الثانية فى صلاة.

وفى حديث ابن مسعود فلا تنفرد الطائفة الأولى بالسجود دون الإمام إلا بعد

٣٦٦ كتاب الصلاة

انقضاء صلاته، وقوله: ﴿وَلَنَأْتِيَنَّ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يَصَلُوا فليصلوا معك﴾ وعلى حديث ابن مسعود ليس طائفة لم تصل لأن جميعهم كبير بتكبير الإمام.

ودليل ثالث وهو أن الخبرين لو تساويا ولم يكن يرجح أحدهما على الآخر بشيء مما ذكرناه لوجب أن يسقط، ويرجع إلى سائر أدلة الشرع، وإذا رجعنا إليها فكان ما قلناه أولى لأن صلاة الخوف إنما شرعت لحفظ المسلمين ولحمايتهم من عدوهم، وما قلناه هو الذى يقع به التحرز لأن إحدى الطائفتين تكون أبداً فى غير صلاة لتحفظ الطائفة المصلية، وعلى ما ذهب إليه أبو حنيفة تكون الطائفتان أبداً مصليتين، فلا تبقى طائفة تحفظ المسلمين، فيكون تغير صلاة الخوف لغير فائدة، وإنما دخلها التغيير لفائدة التحرز والحفظ من المشركين.

فصل: ثم يرجع إلى تفسير حديث يزيد بن رومان فقوله: «إن طائفة صفت معه»، يعنى أنها تصلى معه، «وطائفة وجاه العدو»، ويعنى تحرس المصلين مع النبى ﷺ.

وقوله: «فصلى ركعة ثم ثبت قائماً»، يعنى أنه أتم بهم ركعة وسجدتيها، وهى الركعة الكاملة، وإنما ثبت قائماً لأن قيامه من الركعة الأولى لا يكون إلا إلى قيام، فثبت قائماً وهذا إذا كانت الصلاة ركعتين، فإن كانت أربعاً، فهل يثبت لانتظار الطائفة الثانية جالساً أو قائماً، اختلف قول مالك فى ذلك، فروى عنه ابن وهب وابن كنانة أنه ينتظرهم جالساً. وروى عنه ابن الماجشون أنه إذا أكمل التشهد، قام، فأتمت حيثئذ الطائفة الأولى صلاتها وانتظر الطائفة الثانية قائماً، وبه قال ابن القاسم ومطرف.

وجه رواية ابن وهب أن صلاة الخوف مبنية على المساواة ما أمكن ومن المساواة بين الطائفتين أن يبدأ الركعة الثالثة بالطائفة الثانية كما ابتدأ الركعة الأولى بالطائفة الأولى.

ووجه الرواية الثانية أنه لا غاية لعوده ولا أمانة تعلم بها الطائفة التى يصلى معها انقضاء تشهده لتقوم للقضاء إلا بإشارة، وهى زيادة فى الصلاة لغير ضرورة، وليس كذلك ما قلناه، فإن بقيامه يعلم ذلك، فكان انتظاره إياهم قائماً.

فروع: فإذا قلنا برواية ابن وهب، ينتظرهم جالساً، فإنه مخير بين أن يسكت أو يذكر الله تعالى، حتى تأتى الطائفة الثانية، فإذا قلنا ينتظرهم قائماً فإنه مخير بين أن يسكت أو يدعو ما بينه وبين أن تحرم الطائفة، وليس له أن يقرأ حتى تحرم الطائفة الثانية لأنه لا يقرأ فى هذه الركعة إلا بأمر القرآن، وربما أكملها قبل أن تأتى الطائفة الثانية، وإذا كان انتظاره الطائفة الثانية فى صلاة سفر قائماً فى الركعة الثانية، فإنه مخير بين ثلاثة أحوال:

كتاب الصلاة ٣٦٧
السكون والدعاء والقراءة، بما يعلم أنه لا يتمه حتى تكبر الطائفة الثانية وتدرك معه القراءة، قاله ابن حبيب.

فصل: وقوله: «وَأْتَمُّوا لَأَنْفُسِهِمْ»، يعنى أكملوا صلاتهم ليتفرغوا للقاء العدو وحفظ النبي ﷺ وحفظ الطائفة الثانية، قال ابن حبيب: يتمون الصلاة أفذاذاً.

فصل: وقوله: «صلى بهم الركعة الثانية»، يقتضى أنها صلاة سفر أو صلاة الصبح فى حضر.

وقوله: «ثم ثبت جالساً وأتموا لأنفسهم ثم سلم بهم»، اختلف فى هذا الفعل رواية يزيد بن رومان ورواية القاسم، وهما يرويان عن صالح بن خوات، وسيأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: قد تقدم الكلام فى صلاة السفر وصلاة الحضر، وبقي الكلام فى صلاة المغرب على حكم الخوف، وذلك أن الإمام يصلى بالطائفة الأولى ركعتين، وبالطائفة الثانية ركعة، وقال بعض الشافعية: يصلى بالطائفة الأولى ركعة وبالطائفة الثانية ركعتين.

والدليل على ما نقوله أن صلاة الخوف مبنية على المساواة بين الطائفتين ما أمكن، فإذا تعذر ذلك، وجب أن يكون التمام والكمال فى أول صلاته لأن أول الصلاة مبنى على الكمال، ألا ترى أن المصلى يجهر بالقراءة فى أول صلاته دون آخرها، ويطول فى أولها ما لا يطول فى آخرها، فإذا لم يكن قسم الركعة بين الطائفتين لتعذر قسمها، وجب أن يصليها بالطائفة الأولى.

٤٣٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ صَالِحِ بْنِ خَوَاتٍ أَنَّ سَهْلَ بْنَ أَبِي حَنْمَةَ حَدَّثَهُ أَنَّ صَلَاةَ الْخَوْفِ أَنْ يَقُومَ الْإِمَامُ وَمَعَهُ طَائِفَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ وَطَائِفَةٌ مُوَاجِهَةٌ الْعَدُوَّ فَيَرَكُّ الْإِمَامُ رُكْعَةً وَيَسْجُدُ بِالَّذِينَ مَعَهُ، ثُمَّ يَقُومُ، فَإِذَا اسْتَوَى قَائِمًا ثَبَتَ، وَأَتَمُّوا لَأَنْفُسِهِمُ الرُّكْعَةَ الْبَاقِيَةَ، ثُمَّ يُسَلِّمُونَ

٤٣٧ - أخرجه البخارى فى المغازى حديث رقم ٤١٣١. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٨٤١، ٨٤٢. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٥١٨. والنسائى فى الصغرى فى صلاة الخوف حديث رقم ١٥٣٥. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٥٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٥٢٨٣.

٣٦٨ كتاب الصلاة

وَيَنْصَرِفُونَ، وَالْإِمَامُ قَائِمٌ، فَيَكُونُونَ وَجَاهَ الْعُدُوِّ، ثُمَّ يُقْبَلُ الْآخَرُونَ الَّذِينَ لَمْ يُصَلُّوا، فَيَكْبُرُونَ وَرَاءَ الْإِمَامِ فَيَرْكَعُ بِهِمُ الرَّكْعَةَ وَيَسْجُدُ ثُمَّ يُسَلِّمُ، فَيَقُومُونَ فَيَرْكَعُونَ لِأَنْفُسِهِمُ الرَّكْعَةَ الْبَاقِيَةَ ثُمَّ يُسَلِّمُونَ.

الشرح: حديث عبدالرحمن بن القاسم موافق لحديث يزيد بن رومان فى قوله: ثم قعد حتى صلى الذين صلوا ركعة ثم سلم. فأما حديث يحيى بن سعيد عن القاسم، فإنه جعل من سنة الصلاة أن الإمام يسلم إذا كملت صلاته ثم تقوم الطائفة الثانية، فتقتضى بعد سلامه ركعة، وقد ترجح مالك، رحمه الله، فى الأخذ بكل واحد من الحديثين، فروى عنه عبدالرحمن بن مهدي وابن وهب والقعنبي أنه قال: أحب ما فى ذلك إلى حديث يزيد بن رومان، وبه قال الشافعى.

وقال ابن بكير: إنه قال مالك، ثم رجع إلى حديث يحيى بن سعيد، عن القاسم. وقال ابن القاسم فى الموطأ بأثر حديث يحيى بن سعيد: وهذا الحديث أحب إلى. وقال أحمد بن خالد: وبه أخذ جماعة أصحاب مالك، إلا أشهب، فإنه أخذ بحديث ابن عمر. ووجه تعلق مالك بحديث يزيد بن رومان، أنه مسند وحديث يحيى بن سعيد موقوف.

ووجه آخر أنه موافق لنص الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكُمْ﴾ [النساء: ١٠٢] وهذا يقتضى أن يفعل الصلاة فى حكمه، ولا يكون ذلك إلا حديث يزيد بن رومان.

ووجه تعلقه بحديث يحيى بن سعيد أن التغيير إنما يلحق صلاة الخوف للضرورة، فإذا لم تكن ضرورة أجريت على حكم الأصل فى سائر الصلوات، ولا ضرورة، بنا إلى انتظار الإمام الطائفة الثانية حتى يتموا صلاتهم، ولا فائدة فى ذلك لأن المأموم يتم صلاته بعد سلام الإمام، فلا معنى لانتظاره إياهم؛ لأن ذلك زيادة فى صلاة لا تدعو الضرورة إليها وذلك مفسد لها.

٤٣٨ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا سُئِلَ عَنْ صَلَاةِ الْخَوْفِ

٤٣٨ - أخرجه البخارى فى تفسير القرآن حديث رقم ٤٥٣٥. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٨٣٩. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٥١٧. والنسائى فى الصغرى فى صلاة الخوف حديث رقم ١٥٣٨، ١٥٣٩، ١٥٤٠، ١٥٤١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم =

قَالَ: يَتَقَدَّمُ الْإِمَامُ وَطَائِفَةٌ مِنَ النَّاسِ فَيُصَلِّي بِهَمُّ الْإِمَامِ رُكْعَةً، وَتَكُونُ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَدُوِّ لَمْ يُصَلُّوا، فَإِذَا صَلَّى الَّذِينَ مَعَهُ رُكْعَةً اسْتَأْخَرُوا مَكَانَ الَّذِينَ لَمْ يُصَلُّوا وَلَا يُسَلِّمُونَ، وَيَتَقَدَّمُ الَّذِينَ لَمْ يُصَلُّوا فَيُصَلُّونَ مَعَهُ رُكْعَةً ثُمَّ يَنْصَرِفُ الْإِمَامُ وَقَدْ صَلَّى رُكْعَتَيْنِ، فَتَقُومُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الطَّائِفَتَيْنِ فَيُصَلُّونَ لَأَنْفُسِهِمْ رُكْعَةً رُكْعَةً بَعْدَ أَنْ يَنْصَرِفَ الْإِمَامُ فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الطَّائِفَتَيْنِ قَدْ صَلَّى رُكْعَتَيْنِ، فَإِنْ كَانَ خَوْفًا هُوَ أَشَدَّ مِنْ ذَلِكَ صَلَّى رَجُلًا رَجُلًا قِيَامًا عَلَى أَقْدَامِهِمْ أَوْ رُكْبَانًا مُسْتَقْبِلِي الْقِبْلَةِ أَوْ غَيْرَ مُسْتَقْبِلِيهَا.

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ نَافِعٌ: لَا أَرَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ حَدَّثَهُ إِلَّا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

الشرح: قد تقدم الكلام في أكثر هذا الحديث. وقوله: «فإن كان خوفاً هو أشد من ذلك»، يعنى خوفاً لا يمكن معه المقام في موضع، ولا إقامة صف، «صلوا رجلاً قِيَامًا على أقدامهم»، وذلك أن الخوف على ضربين، ضرب يمكن فيه الاستقرار، وإقامة الصف لكن يخاف من ظهور العدو بالاشتغال بالصلاة، فها هنا لا يخلو من حالين أحدهما أن يرجو أن يأمن في الوقت، فهذا ينتظر أن يأمن ما لم يخرج الوقت. والثانية أن لا يرجو ذلك، فهذا يصلى صلاة الخوف على حسب ما قدمناه.

مسألة: وأما الضرب الثاني من الخوف، فهذا أن لا يمكن معه استقرار ولا إقامة صف، مثل المنهزم المطلوب، فهذا يصلى كيف أمكنه رجلاً أو ركباً، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرَجَلًا أَوْ رُكْبَانًا﴾ [البقرة: ٢٣٩].

ومن جهة المعنى أن الصلاة لما تأكد أمرها ولم يجز الإخلال بها ولا تركها بوجه، وجب أن يفعل في كل وقت على حسب ما أمكن من فعلها لأن الإتيان بها على وجهها يؤدي إلى تركها عند تعذر ذلك فيها.

فصل: وقوله: «رجلاً أو ركباً على أقدامهم»، يريد أن ركوعهم وسجودهم إيماء على أقدامهم، ولا يجوز أن يريد بذلك حال القيام لأنه لا فائدة في ذكره، وكل من منعه عدو من الركوع والسجود، فإن حكمه الإيماء.

= ١٢٤٣. وابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٥٨. وأحمد في المسند

حديث رقم ٦٣٤١. والدارمي في الصلاة حديث رقم ١٥٢١.

وأما قوله: «وركبانا»، فيريد على رواحلهم لأن فرض النزول إلى الأرض يسقط بالخوف، وكذلك كل من خاف على نفسه من لصوص أو سباع أو غير ذلك، فإنه يصلى على راحلته، قال مالك فى المدونة: حيث توجهت به، وكان أحب إليه إن أمن فى الوقت أن يعيد، ولم يره كالعِدو، فقوله: حيث توجهت به، يَحتمل أن يكون ذلك فى الممنوع من الوقوف وحاجته إلى الفرار، وفرق بين ذلك وبين العِدو، وأن يكون خوف هؤلاء غير متيقن، ولو استوى تيقن الخوفين أو ظنهما لاستوى حكمهما، لكنه حكم فى كل قسم بأغلب أحواله، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا كان مطلوباً، فإن كان طالباً، فهل يجوز له ذلك أم لا؟ قال ابن عبدالحكم: لا يصلى إلا بالأرض صلاة الأمن. وقال ابن حبيب: هو فى سعة من ذلك، وإن كان طالباً لأن أمره إلى الآن مع عدوه لم ينقض ولا يأمن رجوعه إليه. وحكى ذلك عن مالك، ويحتمل أن يكون ابن عبدالحكم رأى أن الذى قد بلغ بعدوه مبلغاً أمن رجوعه، ويحتمل أن يمنع ذلك الطالب بكل وجه لأن أحواله أن يمكنه إقامته الصف ومدافعة العدو، وهذه حالة لا تبيح الصلاة على الدابة، وإنما تبيح بالأرض صلاة الخوف والله أعلم وأحكم.

٤٣٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ قَالَ: مَا صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ يَوْمَ الْخَنْدَقِ حَتَّى غَابَتِ الشَّمْسُ^(١).

الشرح: قوله: «ما صلى رسول الله ﷺ الظهر والعصر يوم الخندق حتى غابت الشمس»، يحتمل أن يكون تأخيره للصلاتين نسياناً، ويحتمل أن يكون ذلك لأجل الخوف والشغل بحرب المشركين، وذلك قبل أن يكون حكم صلاة الخوف ما هو عليه اليوم، قاله ابن حبيب، ثم نسخ تأخير الصلاة لصلاة الخوف، وفيه أنه قضاها بعد انقضاء وقتها على ترتيبها.

قَالَ مَالِكُ: وَحَدِيثُ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ صَالِحِ بْنِ خَوَاتٍ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَىٰ فِي صَلَاةِ الْخَوْفِ.

٤٣٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤١٧.

(١) قال فى الاستذكار ٨٢/٧: قد احتج بهذا من ذهب إلى أن صلاة الخوف تؤخر إذا لم يستطع عليها على وجهها إلى وقت الأمن والاستطاعة. وهذا قول جماعة من فقهاء أهل الشام شدوا عن الجمهور الذين هم الحجة على من خالفهم. وقد بلن فساد ما ذهبوا إليه بالحديث الثابت أن يوم الخندق قبل صلاة الخوف، وقبل نزول الآية فيه.

الشرح: قد تقدم الكلام فى ذلك وبيان الاختلاف فيه، وقد يختلف حديث القاسم ابن محمد ويزيد بن رومان فى مسائل من السهو نشير منها إلى ما يدل على غيره، وذلك أن الإمام لو سها فى الركعة التى صلى بالطائفة الأولى، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: تصلى الأولى باقى صلاتها، وتسجد للسهو قبل السلام أو بعده، ثم تأتى الطائفة الثانية، فتصلى معه ركعة ثم يجلس الإمام حتى تتم بقية صلاتها ثم تسجد معه لسهوه كان قبل السلام أو بعده، وهذا على حديث يزيد بن رومان، وأما على حديث القاسم، فإن الإمام يصلى بالطائفة الثانية ركعة ثم يسلم، فإن كان سجوده قبل السلام يسجد من معه، وإن كان بعد السلام لم يسجدوا معه، وليسجدوا بعد أن يسلموا من تمام صلاتهم.

* * *

العمل فى صلاة الكسوف

٤٤٠ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: خَسَفَتِ الشَّمْسُ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالنَّاسِ فَقَامَ فَأَطَالَ الْقِيَامَ ثُمَّ رَكَعَ فَأَطَالَ الرُّكُوعَ، ثُمَّ قَامَ فَأَطَالَ الْقِيَامَ، وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ ثُمَّ رَكَعَ، فَأَطَالَ الرُّكُوعَ وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَفَعَ فَسَجَدَ ثُمَّ فَعَلَ فِي الرُّكُوعِ الْآخِرَةِ مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ أَنْصَرَفَ، وَقَدْ تَجَلَّتِ الشَّمْسُ فَخَطَبَ النَّاسَ فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ: «إِنَّ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ آيَاتُ مِنَ آيَاتِ اللَّهِ لَا يَخْسِفَانِ لِمَوْتِ أَحَدٍ وَلَا لِحَيَاتِهِ، فَإِذَا رَأَيْتُمْ ذَلِكَ فَادْعُوا اللَّهَ وَكَبِّرُوا وَتَصَدَّقُوا ثُمَّ قَالَ: يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ وَاللَّهِ مَا مِنْ أَحَدٍ أَعْيَرَ مِنَ اللَّهِ أَنْ يَزِنَى عَبْدُهُ أَوْ تَزِنَى أُمَّتُهُ، يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ وَاللَّهِ لَوْ تَعَلَّمُونَ مَا أَعْلَمُ لَضَحِكْتُمْ قَلِيلًا وَلَبَكَيْتُمْ كَثِيرًا».

٤٤٠ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١٠٤٤. ومسلم فى حديث رقم ٩٠١، ٩٠٣. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٥١٤. والنسائى فى الصغرى فى الكسوف حديث رقم ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٧١، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٩٦، ١٤٩٨، ١٤٩٩. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١١٧٧، ١١٨٠، ١١٩١. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٦٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٧٤٧، ٢٣٩٥٢، ٢٤٧٨٤، ٢٤٨٢٣. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥٢٧، ١٥٢٩.

٣٧٢ كتاب الصلاة

الشرح: اختلفت الرواية في صفة صلاة الكسوف، أصحابها حديث عروة وعمرة عن عائشة، فرواته أئمة هشام والزهرى عن عروة وعمرة عن عائشة، وقد تابعها على ذلك ابن عباس وبه أخذ الفقهاء مالك والثورى والشافعى.

وقول عائشة: «خسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ»، ذهب قوم من السلف وأهل اللغة إلى أنه لا يقال كسفت، وإنما يقال خسفت الشمس، وإنما يستعمل الكسوف فى القمر، روى ذلك عن عروة.

وقال آخرون يقال: كسفت وخسفت، بمعنى واحد، ويستعملان جميعاً فى الشمس والقمر، ومعنى الكسوف والخسوف ذهاب ضوءهما.

فصل: وقوله: «فصلى رسول الله ﷺ بالناس»، قال مالك: صلاة الخسوف سنة. قال ابن حبيب: على الرجال والنساء، ومن عقل الصلاة من الصبيان والمسافرين والعبيد. وجه ذلك أن هذه صلاة مسنونة لم تشرع لها خطبة، فكانت على الرجال والنساء كالوتر.

فصل: وقوله: «فاطال القيام»، وذلك لطول القراءة، وقد فسر ذلك ابن شهاب فى حديثه، فقال: فكبير فاقترأ رسول الله ﷺ قراءة طويلة، ويستفتح القراءة فى الركعة الأولى والثالثة بأمر القرآن، وأما الثانية والرابعة فإنه يقرأ فيهما بالسورة، وهل يستفتح قراءتهما بأمر القرآن أم لا؟ قال مالك: يستفتح بأمر القرآن. وقال محمد بن مسلمة: لا يقرأ فيهما بأمر القرآن.

وجه القول الأول أنها قراءة بركة، فوجب أن تستفتح بأمر القرآن كالأولى، وأيضاً فإنه إنما يقرأ فى كل ركعة بعد أمر القرآن بسورة واحدة، فلما قرأ بعد الركعة الثانية بسورة أخرى، ثبت لها حكم الركعة المفردة فى القراءة، وذلك يقتضى القراءة بأمر القرآن فيها.

وجه القول الثانى أن الركعتين فى حكم الركعة الواحدة بدليل أن المأموم يجزيه إدراك إحداهما، وأن القراءتين فى حكم القراءة الواحدة. فوجب أن لا يتكرر فيهما قراءة أمر القرآن.

مسألة: فأما صفة القراءة فى صلاة الكسوف، فإنها سر، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعى. وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن: يجهر بالقراءة فيها.

كتاب الصلاة ٣٧٣

والدليل على ما نقوله حديث ابن عباس المذكور بعد هذا: «فقام طويلاً نحواً من سورة البقرة»، فوجه الدليل منه أنه افتقر إلى التقدير لما لم يعلم ما قرأ به، ولو جهر بالقراءة لعم ما قرأ به، ولم يفتقر إلى التقدير، ولذا ذكر المقروء به.

مسألة: وأما مقدار القراءة في صلاة الكسوف، فإن مالكاً، رحمه الله، يستحب أن يقرأ في الأولى بسورة البقرة، وفي الثانية بآل عمران، وفي الثالثة بسورة النساء، وفي الرابعة بسورة المائدة، وإلى نحو ذلك ذهب الشافعي.

والدليل على ذلك قوله في القيام الثاني: فأطال القيام، وهو دون القيام الأول، وكرر ذلك في حديث ابن عباس في جميع القيام.

فصل: وقوله: «ثم ركع فأطال الركوع»، يعنى أنه خالف فيه عاداته في سائر الصلوات كما خالف عاداته في القيام، لأن التغيير دخل على واحد منهما. قال مالك: ويكون ركوعه نحواً من قيامه وقراءته.

وقد اختلف أصحابنا في تطويل السجود، فقال ابن حبيب: لا يطول السجود. وقال ابن القاسم: يطيل السجود.

وجه قول ابن حبيب أن الإطالة نوع من التغيير، فلم يلحق السجود كالتكرار. ووجه قول ابن القاسم ما روت عمرة في حديث عائشة: «ثم سجد سجوداً طويلاً» وذكر من تدريج السجود في الطول على حسب ما ذكر من ذلك في القيام والركوع.

ومن جهة المعنى أن هذا ركن من أركان أفعال الصلاة يتكرر فرضاً فدخله التغيير كالركوع.

فصل: وقوله: «ثم فعل في الركعة الآخرة مثل ذلك»، يعنى من التغيير بالتكرار والتطويل.

وقوله: «ثم انصرف»، يعنى الانصراف عن الصلاة، وقد تجلّت الشمس، يحتمل أن انصرافه من الصلاة كان عند تجلّي الشمس من الكسوف، وهى السنة، ولذلك تطال القراءة والركوع والسجود ليكون انقضاء الصلاة بقدر ما عهد في الأغلب من دوام الكسوف، فإن أتم الصلاة قبل انجلائه، فإنه لا تعاد الصلاة، ولكنه يصلى من شاء لنفسه ركعتين ركعتين، ويحتمل أن يريد أنه انصرف، وقد كانت تجلّت الشمس قبل ذلك،

٣٧٤ كتاب الصلاة

وهذا مختلف، فإن تجلت قبل أن يكمل ركعة بسجديتها كملها، وإن تجلت الشمس وقد صلى ركعتين وسجديتين، فقد قال أصبغ: إنه يصلى الركعة الثانية مثل الأولى.

وقال سحنون: يصليها ركعة واحدة بسجديتين على سنة صلاة الكسوف، لزمه إتمامها على حسب ما دخل فيه.

ووجه قول سحنون أن علة التغيير فى الصلاة الكسوف، فإذا زال الكسوف زال التغيير، ووجب إتمام الصلاة على سنة النوافل.

فصل: وقوله: «فخطب الناس، فحمد الله وأثنى عليه»، يريد أنه أتى بكلام على نظم الخطب، فيه ذكر الله تعالى وحمده وثناء ووعظ للناس، وليس بخطبتين يرقى لهما المنبر، ويجلس فى أولهما وبينهما، هذا قول مالك رحمه الله تعالى.

وقال أبو حنيفة والشافعى: الخطبة لصلاة الكسوف كالخطبة لصلاة الاستسقاء والعيدين والجمعة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذه صلاة نفل لم يجهر فيها بالقراءة، فلم يكن من سنتها الخطبة كسائر النوافل.

فصل: وقوله: «إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله» الآية فى كلام العرب العلامة، ويحتمل قوله: «من آيات الله»، أن يريد به أن ذلك من آياته التى يستدل بها على وحدانيته وقدرته وعظمته، ويحتمل أن يريد به أنهما من علامات تخوفه وتحذيره بآياته وخطوته، قال الله تعالى: ﴿وَمَا نُرْسِلُ بِالْآيَاتِ إِلَّا تَخْوِيفًا﴾ [الإسراء: ٥٩].

فصل: وقوله ﷺ: «فإذا رأيتم ذلك فادعوا الله وكبروا وتصدقوا» أمر عند الخسوف بالدعاء والتصريح بالتوبة والمغفرة، وصرف البلاء، وأمر بالتكبير والثناء عليه لأنه مما يتقرب به إليه ويستجلب به رضاه، ويستدفع بأسه وخطوته، وأمرهم بالصدقة لأنها من أقرب الأعمال التى يمكن استعجالها، وأما الصوم والحج والجهاد، فإنها مما يتأخر أمرها.

فصل: قوله ﷺ: «يا أمة محمد والله ما من أحد أغير من الله أن يزنى عبده أو تزنى أمته» وعظهم فى أول كلامه ثم أمرهم بأعمال البر ونهاهم عن المعاصى، وأعلمهم أنه ليس أحد أغير من الله، وإذا كان الواحد منا يغار على أن يزنى عبده أو أمته، وليس أحد أغير من البارى تعالى، فيجب أن يحدد عقوبته فى مواقعة الزنا، وأقسم فى أول هذه

الفصول، وإن كان لا يرتاب في صدقه على معنى التأكيد، والإبلاغ، ونداهم بيا «أمة محمد» على معنى إظهار الإشفاق عليهم، والتذكير لهم بما يعملون به إشفاقاً عليهم ورحمة لهم، كما يخاطب الرجل ولده: يا بني، وأخاه: يا أحمى، وغير ذلك، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «والله لو تعملونه ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيتم كثيراً»، يريد أنه ﷺ قد خصه الله تعالى بعلم لا يعلمه غيره ونور به قلبه، ولعله أن يكون ما أراه في عرض الحائط من النار، فرأى منها منظراً شنيعاً لو علمت أمته من ذلك ما علم لكان ضحكهم قليلاً وبكاؤهم كثيراً، إشفاقاً وخوفاً.

٤٤١ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: خَسَفَتِ الشَّمْسُ فَصَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالنَّاسُ مَعَهُ، فَقَامَ قِيَامًا طَوِيلًا نَحْوًا مِنْ سُورَةِ الْبَقَرَةِ، قَالَ: ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا ثُمَّ رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ فَقَامَ قِيَامًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ سَجَدَ ثُمَّ قَامَ قِيَامًا طَوِيلًا وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَفَعَ فَقَامَ قِيَامًا طَوِيلًا وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ سَجَدَ ثُمَّ أَنْصَرَفَ وَقَدْ تَحَلَّتِ الشَّمْسُ فَقَالَ: «إِنَّ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ آيَاتَانِ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ لَا يَخْسِفَانِ لِمَوْتِ أَحَدٍ وَلَا لِحَيَاتِهِ فَإِذَا رَأَيْتُمْ ذَلِكَ فَادْكُرُوا اللَّهَ». قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، رَأَيْنَاكَ تَنَاولْتَ شَيْئًا فِي مَقَامِكَ هَذَا ثُمَّ رَأَيْنَاكَ تَكَعَّكَمْتَ. فَقَالَ: «إِنِّي رَأَيْتُ الْجَنَّةَ فَتَنَاولْتُ مِنْهَا عُنُقُودًا وَلَوْ أَخَذْتُهَا لَأَكَلْتُ مِنْهُ مَا بَقِيََتِ الدُّنْيَا وَرَأَيْتُ النَّارَ فَلَمْ أَرَ كَالْيَوْمِ مَنْظَرًا قَطُّ وَرَأَيْتُ أَكْثَرَ أَهْلِهَا النِّسَاءِ». قَالُوا: لِمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «لِكُفْرِهِنَّ» قِيلَ: أَيَكْفُرْنَ بِاللَّهِ؟ قَالَ: «يَكْفُرْنَ الْعَشِيرَ وَيَكْفُرْنَ الْإِحْسَانَ»^(١) لَوْ أَحْسَنْتَ إِلَى إِحْدَاهُنَّ الدَّهْرَ كُلَّهُ ثُمَّ رَأَتْ مِنْكَ شَيْئًا قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ مِنْكَ خَيْرًا قَطُّ.

٤٤١ - أخرجه البخاري في الجمعة حديث رقم ١٠٥٢. ومسلم في حديث رقم ٩٠٧. والنسائي

في الصغرى في الكسوف حديث رقم ١٤٦٨، ١٤٩٢.

(١) كفران العشير: إنكار نعمة الزوج. وكفران الإحسان: إنكار المعروف.

٣٧٦ كتاب الصلاة

الشرح: قوله: «نحوًا من سورة البقرة»، دليل على أنه لم يجهر بالقراءة، ولو جهر بها لكان تبليغ ما قرأ به أبلغ قى تقدير صلاته.

وقوله، فى وصف القيام الثالث والرابع: «وهو دون القيام الأول والذى يليه». ووجه ذلك أن وصفه بأنه دون القيام الذى يليه أبين فى وصفه لأننا إن صرفناه إلى أول قيامه لم يعلم إن كان تقدير الثانى أكثر منه أو أقل، فكانت إضافته إلى الذى يليه أولى.

فصل: وقوله: «رأيناك تناولت شيئًا فى مقامك، ثم رأيناك تكعكعت»، يحتمل أنه فعل ذلك فى صلاته لأن يسير العمل لا يفسدها.

وقوله ﷺ: «رأيت الجنة والنار» ظاهر هذا اللفظ يقتضى أنه رآهما حقيقة بين ذلك قوله: «فتناولت منها عنقودًا» يعنى أنه مد يده ليأخذه، وهو تناول الذى رآوه يفعله ولا يمتنع أن يخلق البارئ تعالى له إدراكًا فى ذلك الوقت، يدرك به الجنة والنار فى جهة الحائط الذى أشار إليه.

فصل: وقوله ﷺ: «ولو أخذته لأكلتم منه ما بقيت الدنيا» يريد أنهم كانوا يأكلون منه ويأكل منه من بعدهم حتى تنقضى الدنيا لأنه كان لا يفنى ولا تنقطع ثمرته، فأخبرهم بذلك عن تناوله وأخبرهم عن تكعكعه فقال: «ورأيت النار فلم أر كاليوم منظرًا قط» يريد أنه لم ير كمنظر رآه فى اليوم منظرًا، فحذف المرئى وأدخل حرف التشبيه على اليوم، وأراد بذلك الإخبار عن شناعة ما رأى بوفظاعته وبعده عن المناظر المرييات.

فصل: وقوله: «ورأيت أكثر أهلها النساء» أخبر بذلك عن صفة النار، ووعظ النساء وزجرهن عن الأعمال الموجبة لذلك، فقالوا: «لم يا رسول الله؟ قال: بكفرهن» فأطلق اسم الكفر على فعلهن، وإن كان يقتضى فى الشرع الكفر بالله لما تقرر فى علم السامع أنه أراد جنس النساء، وأنه يبعد أن يكون جميعهن كافرات إلا أن يريد بذلك شرع فيكذب إقرارهن بالإيمان. والعشير الزوج، قال صاحب العين: عشير المرأة زوجها. وقال الهروى: يريد بقوله ﷺ: «ويكفرن العشير» الزوج، سمي عشيرا لأنه يعاشرها وتعاشره. وهو قول أكثر أهل اللغة والتفسير. وقال مكى فى قوله تعالى: ﴿لبئس المولى ولبئس العشير﴾ [الحج: ١٣] أى الخليلط والصاحب. وقال مجاهد: العشير، يعنى السولى، يريد، والله أعلم، أنه يقوم له مقام العشير.

وقال صاحب العين: يقال هذا عشيرك وشعيرك على القلب، فعلى هذا يحتمل أن

يريد بقوله: العشير، الزوج خاصة، بمعنى أنه اسم من أسمائه، ويحتمل أن يريد به كل من يعاشرها من زوج أو غيره، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «لو أحسنت إلى إحداهن الدهر كله، ثم رأيت منك شيئاً قالت: ما رأيت منك خيراً قط» وعظ وزجر عن كفر الإحسان وحجده عند بعض التغيير ومواقعة شيء من الإساءة فإنه لا يسلم أحد مع طول المؤلفات من إساءة أو مخالفة في قول أو فعل، فلا يجحد لذلك كثير إحسانه ومتقدم أفضاله.

٤٤٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ يَهُودِيَّةً جَاءَتْ تَسْأَلُهَا، فَقَالَتْ: أَعَاذُكَ اللَّهُ مِنْ عَذَابِ الْقَبْرِ، فَسَأَلَتْ عَائِشَةَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَيْعَذَبُ النَّاسُ فِي قُبُورِهِمْ؟ فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَائِذَا بِاللَّهِ مِنْ ذَلِكَ ثُمَّ رَكِبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ذَاتَ غَدَاةٍ مَرْكَبًا فَخَسَفَتِ الشَّمْسُ فَرَجَعَ ضَحَى، فَمَرَّ بَيْنَ ظَهْرَانِي الْحُجْرِ ثُمَّ قَامَ يُصَلِّي، وَقَامَ النَّاسُ وَرَأَاهُ، فَقَامَ قِيَامًا طَوِيلًا ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا، ثُمَّ رَفَعَ فَقَامَ قِيَامًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَفَعَ فَسَجَدَ ثُمَّ قَامَ قِيَامًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَفَعَ فَقَامَ قِيَامًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَفَعَ ثُمَّ سَجَدَ ثُمَّ أَنْصَرَفَ فَقَالَ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يَقُولَ ثُمَّ أَمَرَهُمْ أَنْ يَتَعَوَّدُوا مِنْ عَذَابِ الْقَبْرِ.

الشرح: قوله: «إن يهودية جاءت تسألها»، تريد عطاء، فقالت: «أعاذك الله من عذاب القبر»، تدعو لها بذلك، ولعل اليهودية سمعته في التوراة أو غيرها من كتبهم،

٤٤٢ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١٠٤٤، ١٠٥٠. ومسلم فى حديث رقم ٩٠١، ٩٠٣. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٥١٤. والنسائى فى الصغرى فى الكسوف حديث رقم ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٧١، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٩٦، ١٤٩٨، ١٤٩٩. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١١٧٧، ١١٨٠، ١١٩١. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٦٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٦٥٨، ٢٣٧٤٧، ٢٣٩٥٢، ٢٣٩٩٩، ٢٤٧٨٤، ٢٤٨٢٣، ٢٤٨٩١، ٢٥٤٧٧. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥٢٧، ١٥٢٩.

٣٧٨ كتاب الصلاة

فسألت عائشة رسول الله ﷺ عما سمعته لما لم يعلم حقيقته، وإنما كانت تسمع أن العذاب والثواب يكون بعد البعث، ولم تكن سمعت قبل ذلك بعذاب القبر، فقال ﷺ عائداً بالله من ذلك، ويحتمل أن يريد أنه تعوذ بالله من أن يعذب الناس في القبور، وإن لم يكن أخبر بذلك، ويحتمل أن يريد أنه تعوذ بالله من عذاب القبر، وإن كان الناس يعذبون في قبورهم.

فصل: وقوله: «ثم ركب رسول الله ﷺ ذات غداة مركباً، فحسفت الشمس، فرجع ضحى»، في ذلك مسألتان، إحداهما: وقت صلاة الكسوف، والثانية: موضعها، فأما وقتها، ففي هذا الحديث دليل على أنه ﷺ صلاها ضحى، ولهذه الصلاة وقت مختص بها، أوله وقت جواز النافلة بعد طلوع الشمس، وخلاف في ذلك، وأما آخره، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات، إحداهما: أن آخر وقتها زوال الشمس، رواها ابن القاسم عن مالك. والثانية: آخر وقتها امتناع صلاة النافلة بعد العصر، رواها ابن وهب عن مالك. والثالثة: تصلى بعد العصر، وفي كل وقت، رواها الشيخ أبو القاسم بن الجلاب.

وجه الرواية الأولى أنها صلاة نفل شرعت ضحى، فوجب أن يكون وقتها ما لم تزل الشمس كالعيدين والاستسقاء.

وجه الرواية الثانية أن هذه صلاة نافلة لم يشرع لها خطبة كسائر النوافل.

وجه الرواية الثالثة قوله ﷺ: «فاذا رأيتم ذلك بهما، فافزعوا إلى الصلاة».

ومن جهة المعنى، أن هذه صلاة شرعت لعل غير باقية، فوجب أن تختص بوجود تلك العلة دون سائر الأوقات كصلاة الخوف.

وأما المسألة الثانية في الموضع الذي يصلى فيه، فمن سنتها أن تصلى في المسجد دون المصلى. حكى ذلك القاضى أبو محمد عن مالك. وقال ابن حبيب عن أصبغ: تصلى في المسجد إن شاعوا أو في صحته أو يبرزوا لها إلى البراز كل ذلك وأسع.

وجه ما قاله مالك أن النبي ﷺ صلاها في المسجد. ومن جهة المعنى أن هذه صلاة نافلة لا يجهر فيها القراءة فلم يسن لها البروز كسائر النوافل.

وجه قول أصبغ أن هذه صلاة سن لها البناذة، فلم يمنع من البروز لها كصلاة الاستسقاء.

فصل: وقوله: «ثم الصرف، فقال ما شاء الله أن يقول» يقصده به تعظيم كلامه ومبالغته فيما قصد إلى الكلام به.

وقولها: «ثم أمرهم أن يتعوذوا من عذاب القبر»، يحتمل أن يكون قد تقدم علمه بذلك وظن أنه قد شمل ذلك أصحابه، فلما رأى سؤال عائشة عن ذلك احتج إلى أن يذكر به ويأمرهم بالاستعاذة منه، ويحتمل أنه لم يكن عنده قبل ذلك علمه، فكان سؤال عائشة سبب أن يعلم به، فأمر أصحابه أن يتعوذوا به.

* * *

ما جاء في صلاة الكسوف

٤٤٣ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ الْمُنْذِرِ، عَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ أَنَّهَا قَالَتْ: أَتَيْتُ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ حِينَ خَسَفَتِ الشَّمْسُ، فَإِذَا النَّاسُ قِيَامٌ يُصَلُّونَ، وَإِذَا هِيَ قَائِمَةٌ تُصَلِّي، فَقُلْتُ: مَا لِلنَّاسِ؟ فَأَشَارَتْ بِيَدَيْهَا نَحْوَ السَّمَاءِ، وَقَالَتْ: سُبْحَانَ اللَّهِ، فَقُلْتُ: آيَةٌ، فَأَشَارَتْ بِرَأْسِهَا أَنْ نَعَمْ، قَالَتْ: فَكُنْتُ حَتَّى تَجَلَّابِي الْغَشْيُ وَجَعَلْتُ أَصْبُ فَوْقَ رَأْسِي الْمَاءَ، فَحَمِدَ اللَّهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَنْتَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: «مَا مِنْ شَيْءٍ كُنْتُ لَمْ أَرَهُ إِلَّا قَدْ رَأَيْتُهُ فِي مَقَامِي هَذَا، حَتَّى الْجَنَّةِ وَالنَّارِ، وَلَقَدْ أُوحِيَ إِلَيَّ أَنْكُمْ تُفْتَنُونَ فِي الْقُبُورِ مِثْلَ أَوْ قَرِيْبًا مِنْ فِتْنَةِ الدَّجَالِ، لَا أَدْرِي أَيُّهُمَا قَالَتْ أَسْمَاءُ، يُؤْتَى أَحَدُكُمْ فَيَقَالُ لَهُ: مَا عَلِمَكَ بِهَذَا الرَّجُلِ، فَأَمَّا الْمُؤْمِنُ أَوْ الْمُؤَقِنُ - لَا أَدْرِي أَيُّ ذَلِكَ قَالَتْ أَسْمَاءُ - فَيَقُولُ: هُوَ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ جَاءَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَى، فَأَجَبْنَا وَأَمْنَا وَاتَّبَعْنَا، فَيَقَالُ لَهُ نَمَّ صَالِحًا قَدْ عَلِمْنَا إِنْ كُنْتَ لَمُؤْمِنًا، وَأَمَّا الْمُنَافِقُ - أَوْ الْمُرْتَابُ لَا أَدْرِي أَيُّهُمَا قَالَتْ أَسْمَاءُ - فَيَقُولُ: لَا أَدْرِي سَمِعْتُ النَّاسَ يَقُولُونَ شَيْئًا فَقُلْتُ».

الشرح: قولها: «أتيت عائشة، فإذا هي قائمة تصلي، فقلت: ما للناس»، دليل على

٤٤٣ - أخرجه البخارى فى العلم حديث رقم ٨٦. ومسلم فى الكسوف حديث رقم ٩٠٥. والنسائى فى الصغرى فى الجنائز حديث رقم ٢٠٦١. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٦٥. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٦٣٨٥، ٢٦٤١٤، ٢٦٤٥٣. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥٣١.

٣٨٠ كتاب الصلاة

استجازتها سؤال المصلى ومخاطبته بالأمر اليسير الذى لا يشغله عن صلاته لأنه مباح له الجواب بالإشارة على حسب ما صنعت عائشة، أشارت بيدها إلى السماء، وقالت: سبحان الله، وهذا يدل على أن حكم النساء كان عندهم حكم الرجال فى التسبيح دون التصفيق.

وقولها: «فقلت: آية، فأشارت برأسها أن نعم» يقتضى أنها كانت تجوز الإشارة باليد والرأس.

وقولها: «فقلت حتى تجلانى الغشى»، دليل على طول القيام. وروى عن جابر أن ذلك كان فى يوم شديد الحر، ولعلها لذلك كانت صببت الماء على رأسها لتزيل ألم الحر.

فصل: وقولها: «فحمد الله وأثنى عليه»، دليل على استفتاحه ﷺ كلامهم بالحمد لله، ولذلك وصف كلامه بعض الرواة بأنه خطبة، ثم قال: «ما من شىء لم أكن رأيتة إلا وقد رأيتة فى مقامى هذا» يحتمل أن يريد مما يصف الناس إليه، وفى ذلك وعظ للناس حين يخبر عن عيان.

وقوله: «حتى الجنة والنار» لأنهما غاية مصير الناس.

فصل: وقوله: «ولقد أوحى إلى أنكم تفتنون فى القبور» بيان أنه أعلم بذلك فى ذلك الوقت، والفتنة الاختبار، وليس الاختبار بالقبور بمنزلة التكليف والعبادة، وإنما معناه إظهار العمل وإعلام بالمآل والعاقبة كاختبار الحساب لأن العمل والتكليف قد انقطعوا بالموت. قال مالك: ومن مات فقد انقطع عمله. وفتنة الدجال، بمعنى التكليف والتعبد لكنه شبهها بها لصعوبتها، وعظم المحنة فيها، وقلة الثبات معها.

فصل: وقوله: «يؤتى أحدكم فيقال له: ما علمك بهذا الرجل» إشارة إلى النبى ﷺ، فإما المؤمن أو الموقن، شك من الراوى عن أسماء، فيقول: «محمد رسول الله جاءنا بالبينات والهدى، فأجبنا وآمنا واتبعنا»، فالأظهر أنه المؤمن لقوله: فأمننا، ولم يقل فأيقنا، فيقال له: «لم صالحاً»، النوم هاهنا العودة، إلى ما كان عليه، ووصفه بالنوم وإن كان موتاً لما يصحبه من الراحة وصلاح الحال.

وقوله: «قد علمنا إن كنت لمؤمناً»، مما يدل على أنه المؤمن المذكور فى أول الحديث لا الموقن.

فصل: وقوله: «وأما المنافق أو المرتاب» والمنافق الذى يظن خلاف ما يظهر، والمرتاب والشاك ومعناها متقارب فى الكفر، فيقول: «لا أدرى سمعت الناس يقولون شيئاً»، وهذا أقرب إلى المعنى.

* * *

العمل فى الاستسقاء

٤٤٤ - مالك، عن عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم أنه سمع عباد بن تميم يقول: سمعت عبد الله بن زيد المازني يقول: خرج رسول الله ﷺ إلى المصلى فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة.

الشرح: هكذا روى مالك هذا الحديث، ولم يذكر فيه الصلاة، ورواه سفيان بن عيينة عن عبد الله بن أبي بكر، فذكر فيه: صلى ركعتين.

وقوله: «خرج رسول الله ﷺ إلى المصلى»، نص فى البروز إلى الاستسقاء، ولا خلاف أنه يبرز إليها، وصفة البروز عند مالك أن يخرج الإمام غير مظهر للزينة.

وجه ذلك أنه يخرج على وجه التضرع، والتذلل. واختلف الفقهاء فى الصلاة له، فذهب مالك والشافعى إلى أنه يصلى له. وقال أبو حنيفة: لا يصلى للاستسقاء، وإنما سن فيه البروز للدعاء والتضرع خاصة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما روى الزهرى فى هذا الحديث عن عبد الله ابن زيد «رأيت النبى ﷺ يوم خرج يستسقى، قال: فحول إلى الناس ظهره، واستقبل القبلة، ثم حول رداءه، ثم لنا ركعتين جهر فيهما بالقراءة».

ومن جهة المعنى أن هذه خطبة مشروعة، فلم يجوز أن تعرى من صلاة كسائر الخطب.

٤٤٤ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١٠٠٥. ومسلم فى صلاة الاستسقاء حديث رقم ٨٩٤. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٥١٠. والنسائى فى الصغرى فى الاستسقاء حديث رقم ١٥٠٤، ١٥٠٦، ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥١٠، ١٥١١، ١٥١٨، ١٥١٩، ١٥٢١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٤، ١١٦٦، ١١٦٧. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٢٦٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٥٩٩٧، ١٦٠٠١، ١٦٠١٦، ١٦٠٢٥. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٥٣٣، ١٥٣٤.

٣٨٢ كتاب الصلاة

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا تكبير فى صلاة الاستسقاء. وقال الشافعى: يكبر فيها كتكبير العيدين. ودليلنا من جهة القياس أن هذه صلاة سن لها البنادة والخشوع، فلم يلحقها تغيير بالتكبير كصلاة الكسوف.

فصل: وقوله: «فاستسقى»، يريد استدعى السقى وتضرع فيه، وهذا المعنى موجود فى الصلاة والخطبة جميعاً، فوجب أن يقع لفظ الاستسقاء عليهما، ولاسيما وقد خص ذلك بالمصلى، ولا يختص إلا بصلاة وما يتبعها من خطبة.

فصل: وقوله: «وحول رداءه حين استقبال القبلة»، يقتضى أنه سنة، وهو قول مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة: ليس ذلك من سنة الاستسقاء.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث المنصوص: «وحول رداءه حين استقبال القبلة»، ومثل ذلك فى حديث الزهرى. وهذا نص فى موضع الخلاف. وقد حكى جماعة من شيوخنا أن تحويل الرداء على معنى التفاؤل للانتقال من حال الجذب إلى حال الخصب، وكان النبى ﷺ يحب الفأل الحسن.

مسألة: وصفة تحويل الرداء أن يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله عن يمينه. وبه قال الشافعى بالعراق، وقال بمصر: ينكس أعلاه أسفله.

والدليل على صحة ما قلناه الحديث المتقدم، وزاد فيه سفيان: وحدثنى المسعودى عن أبى بكر أنه جعل اليمنى على الشمال.

وقوله: «وحول رداءه»، أظهر فيما قلناه؛ لأن التنكيس لا ينطلق عليه اسم التحويل فى الأظهر.

فصل: وقوله: «حين استقبال القبلة»، يقتضى أن قلب الرداء لا يكون إلا عند استقبال القبلة، وقد اختلف قول مالك فى استقبال القبلة متى يكون، فروى عنه ابن القاسم أنه يفعل ذلك إذا فرغ من الخطبة، وقال عنه على بن زياد: يفعل ذلك فى أثناء خطبته يستقبل القبلة، ويدعو ما شاء ثم ينصرف فيستقبل الناس ويتم خطبته. وروى ابن حبيب عن أصبغ أنه اختار ذلك.

وجه رواية ابن القاسم أن هذه خطبة مشروعة، فلم يسن قطعها بذكر كخطبتي العيدين.

وجه رواية على بن زياد أن السنة فى الاستسقاء خطبتان لا زيادة عليهما، فإذا أتى

بالدعاء مفرداً، كان ذلك كالخطبة الثالثة لأن الدعاء حينئذ منفرد له حكم نفسه، وإذا أتى به في نفس الخطبة لم يكن له حكم نفسه، وكان من جملة الخطبة.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ صَلَاةِ الاسْتِسْقَاءِ: كَمْ هِيَ؟ فَقَالَ: رَكَعَتَانِ، وَلَكِنْ يَبْدَأُ الْإِمَامُ بِالصَّلَاةِ قَبْلَ الْخُطْبَةِ، فَيُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ ثُمَّ يَخْطُبُ قَائِماً، وَيَدْعُو وَيَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ وَيُحَوِّلُ رِدَاءَهُ حِينَ يَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ، وَيَجْهَرُ فِي الرُّكْعَتَيْنِ بِالْقِرَاءَةِ، وَإِذَا حَوَّلَ رِدَاءَهُ جَعَلَ الَّذِي عَلَى يَمِينِهِ عَلَى شِمَالِهِ، وَالَّذِي عَلَى شِمَالِهِ عَلَى يَمِينِهِ، وَيُحَوِّلُ النَّاسُ أَرْدِيَّتَهُمْ إِذَا حَوَّلَ الْإِمَامُ رِدَاءَهُ وَيَسْتَقْبِلُونَ الْقِبْلَةَ وَهُمْ قُعُودٌ.

الشرح: قوله: «سئل مالك عن صلاة الاستسقاء كم هي؟» فقال: إن صلاة الاستسقاء ركعتان، وقد تقدم الكلام في ذلك، والأصل فيه حديث عبدالله بن زيد، وقد تقدم ذكره.

وقوله: «إنه يبدأ بالصلاة قبل الخطبة»، اختلف قول مالك فيه، فكان يقول زماناً أن الخطبة قبل الصلاة، وبه قال الليث، ثم رجع إلى ما في الموطأ، فقال: الصلاة قبل الخطبة، وبه قال جماعة الفقهاء.

وجه قول مالك الأول ما روى في حديث الزهري أنه ﷺ استقبل القبلة يدعو، وحول رداءه، ثم صلى لنا ركعتين جهر فيهما بالقراءة، و «ثم» تقتضي الترتيب.

ومن جهة القياس أن هذه صلاة لم يلحقها تغيير، فإذا سنت لها خطبة كان القياس الإتيان بها قبل الصلاة كصلاة الجمعة.

ووجه القول الثاني أن هذه صلاة نافلة شرعت لها خطبة، فكانت سنتها تقديم الصلاة كالعيدين.

فصل: وقوله: «ثم يخطب قائماً»، هو سنة خطبة الصلاة، والأصل في ذلك حديث عبدالله بن عمر: «كان النبي ﷺ يخطب قائماً ثم يقعد كما يفعلون الآن».

فصل: وقوله: «يجهر في الركعتين»، هو السنة في صلاة الاستسقاء، وقد تقدم ذكر ذلك في حديث الزهري. ومن جهة المعنى أن هذه صلاة شرعت لها الخطبة، فكان من سنتها الجهر كالجمعة والعيدين، ولا يلزم على هذا يوم عرفة لأن الخطبة ليست للصلاة، وإنما هي تعليم للحج، فبين ذلك أن الجمعة لما كانت الخطبة لها قدم الأذان قبلها، ولما

لم تكن الخطبة للصلاة يوم عرفة أجزاء الأذان بعدها، وجعل في أول الصلاة على سنته.

فصل: وقوله: «ويستقبلون القبلة وهم قعود»، وهذا أيضًا سنة الناس في تحويلهم أرديتهم لأن الإمام سنته القيام في دعائه، فكان تحويله رداؤه على تلك الحال لأنه معنى يفعله في نفس الدعاء، ولأن الناس بين قائلين، قائل يقول: يحول الناس أرديتهم، وهم قعود، وهو مذهب مالك. وقائل يقول: لا يحول الناس أرديتهم، وبه قال الليث ومحمد بن عبد الحكم، ولا نعلم أحدًا قال: يحول الناس أرديتهم قيامًا.

* * *

ما جاء في الاستسقاء

٤٤٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا اسْتَسْقَى قَالَ: «اللَّهُمَّ اسْقِ عِبَادَكَ وَبَهِيمَتَكَ وَأَنْشُرْ رَحْمَتَكَ، وَأَخِي بَلَدَكَ الْمَيِّتَ».

الشرح: الدعاء الذى يدعى به فى الاستسقاء رجاء بركته، دعاء النبى ﷺ وإن كان ليس يحفظ فيه دعاء، دعا بما أمكنه.

٤٤٦ - مَالِك، عَنْ شَرِيكَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي نَعْرِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلَكَتِ الْمَوَاشِي وَتَقَطَّعَتِ السُّبُلُ فَادْعُ اللَّهَ، فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَمَطَرْنَا مِنَ الْجُمُعَةِ إِلَى الْجُمُعَةِ. قَالَ: فَجَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، تَهَدَّمَتِ الْبُيُوتُ وَأَنْقَطَّعَتِ السُّبُلُ وَهَلَكَتِ الْمَوَاشِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اللَّهُمَّ ظُهِورَ الْجِبَالِ وَالْأَكَامِ وَبُطُونَ الْأَوْدِيَةِ وَمَنَابِتِ الشَّجَرِ». قَالَ: فَانجَابَتْ^(١)، عَنِ الْمَدِينَةِ انجِيَابَ الثَّوْبِ.

٤٤٥ - أخرجه أبو داود فى كتاب الصلاة حديث رقم ١١٧٦.

٤٤٦ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ٩٣٢. ومسلم فى الاستسقاء حديث رقم ٨٩٧.

والنسائى فى الصغرى فى الكسوف حديث رقم ١٥٠٣. والاستسقاء حديث رقم ١٥١٤،

١٥١٦، ١٥١٧. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١١٧٤. وأحمد فى المسند حديث رقم

١١٦٠٨، ١٢٥٣٧، ١٢٦٠٤، ١٣١٥٤، ١٣٣٣٢، ١٣٤٥٥.

(١) انجابت: خرجت عنها كخروج الثوب عن لابس.

كتاب الصلاة ٣٨٥

الشرح: قوله: «هلكت المواشى»، إخبار عن قلة الكلاً الذى يكون من المطر.

وقوله: «وتقطعت السبل»، يريد أنه ضعفت الإبل لقلة الكلاً أن يسافر بها، ويحتمل أن يريد أنها لا تجد من الكلاً ما تبلغ به فى أسفارها، «فادع الله»، استشفاع بمن ترجى بركة دعائه وفضله، فدعا رسول الله ﷺ فمطرنا من الجمعة إلى الجمعة.

مسألة: الاستسقاء على ضربين، ضرب يبرز له ويجتمع بسببه، وهو الذى سنت فيه الصلاة والخطبة، وقد تقدم ذكره، وضرب لا يبرز ولا يجمع بسببه، وإنما يكون الاجتماع كما فعل النبي ﷺ، وجىء الرجل فى حديث أنس المذكور يوم الجمعة.

وقد روى ذلك قتادة عن أنس أن ذلك كان يوم الجمعة، فهذا الضرب من الاستسقاء، حكمه حكم ما هو تبع له من الصلوات، والخطب لا يزداد على ذلك غير دعاء الاستسقاء.

فصل: وقوله: «يا رسول الله، تهدمت البيوت، وانقطعت السبل، وهلكت المواشى»، إخبار عن كثرة المطر وضرره، فقال رسول الله ﷺ: «اللهم ظهور الجبال والأكام» قال ابن حبيب عن مالك: الأكام الجبال الصغار. قال البرقى: هى شىء مجتمع من تراب أكبر من الكدية، الواحدة أكمة.

وقوله: «وبطون الأودية ومنابت الشجر»، يريد شجر الرعى، رغبة منه ﷺ أن تكون الأمطار بحيث لا تضر بأحد كثرتها، وهذا أصل فى الاستسقاء على المنابر عند كثرة المطر ويدعو بذلك الإمام.

فصل: وقوله: «فانجابت عن المدينة»، قال ابن القاسم: قال مالك: معناه تدورت عن المدينة كما تدور جيب القميص. وقال ابن وهب: يعنى تقطعت عن المدينة كأنقطاع الثوب الخلق، وقاله سحنون.

فصل: وإذا ثبت أن هذا كان من النبي ﷺ فى خطبة يوم الجمعة، فإن ذلك كان بعد الزوال وكذلك هذا الاستسقاء الذى لا يجمع بسببه، ليس له وقت محدود، يفعل فى كل وقت لأنه دعاء مجرد، وأما الاستسقاء الذى يبرز له ويجمع بسببه، فإن وقته وقت صلاة العيدين من ضحوة إلى الزوال، قاله ابن حبيب، وفى المدونة عن مالك: أن وقته لا يكون فى غير ذلك وقت من النهار.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ فَاتَتْهُ صَلَاةُ الْاسْتِسْقَاءِ وَأَدْرَكَ الْخُطْبَةَ فَأَرَادَ أَنْ يُصَلِّيَهَا فِي الْمَسْجِدِ أَوْ فِي بَيْتِهِ إِذَا رَجَعَ.

قَالَ مَالِكٌ: هُوَ مِنْ ذَلِكَ فِي سَعَةٍ إِنْ شَاءَ فَعَلَ أَوْ تَرَكَ.

الشرح: قوله: «في رجل فاتته الصلاة»، خص الرجال بذلك، لأن الرجال هم المندوبون إلى ذلك، والمأمورون به، ولا بأس أن يخرج من شاء من النساء أو المتجالات، ولا يمنع من مشاهدة الخير والبر، ويكره خروج الشواب إليه لأن النظر إليهن فتنة.

مسألة: هل يخرج إليه أهل الذمة؟ روى عن أشهب منعهم من الخروج، وقال مالك في المدونة: لا يمنعون من ذلك.

وجه قول مالك أنهم دأبوا مظهرون الدعاء لله تعالى، فلا يمنعون من ذلك.

وجه قول أشهب أن دعاءهم ليس فيه إخلاص للبارئ تعالى، فوجب أن يمنعوا من إظهاره.

فروع: وهل يخرج أهل الذمة معنا مظهريين شعارهم؟ فقد روى ابن حبيب في واضحته: يخرجون ويمنعون من إظهار صلبهم في الطرقات والأسواق، ولا يمنعون من ذلك في الصحارى والخلوات، ولا يمنعون بين الناس من إظهار التضرع والعجيج والبكاء.

فصل: وقوله: «إنه في سعة أن يصلى في المسجد أو في بيته، إن شاء فعل وإن شاء ترك»، معناه أن ما اجتمع له الناس من الصلاة قد قصده وفاته حضوره، فإن شاء بعد ذلك أن يصلى ركعتين فهي نافلة لا تختص بمكان ولا زمان، وإن شاء ترك، فليس ذلك عليه، والله أعلم وأحكم.

* * *

الاستمطار بالنجوم

٤٤٧ - مَالِكٌ، عَنْ صَالِحِ بْنِ كَيْسَانَ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ

٤٤٧ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٨٤٦. ومسلم فى الإيمان حديث رقم ٧١. والنسائى فى الصغرى فى الاستسقاء حديث رقم ١٥٢٤. وأبو داود فى الطب حديث رقم ٣٩٠٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٦٦٠١.

مَسْعُودٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُ قَالَ: صَلَّى لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَلَاةَ الصُّبْحِ بِالْحُدَيْبِيَّةِ عَلَى أَثَرِ سَمَاءٍ كَانَتْ مِنَ اللَّيْلِ، فَلَمَّا انصَرَفَ أَقْبَلَ عَلَيَّ النَّاسَ، فَقَالَ: «أَتَدْرُونَ مَاذَا قَالَ رَبُّكُمْ؟ قَالُوا: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ، قَالَ: قَالَ: أَصْبَحَ مِنْ عِبَادِي مُؤْمِنٌ بِي وَكَافِرٌ بِي، فَأَمَّا مَنْ قَالَ: مُطِرْنَا بِفَضْلِ اللَّهِ وَرَحْمَتِهِ، فَذَلِكَ مُؤْمِنٌ بِي كَافِرٌ بِالْكَوْكَبِ، وَأَمَّا مَنْ قَالَ: مُطِرْنَا بِنَوْءِ كَذَا وَكَذَا، فَذَلِكَ كَافِرٌ بِي مُؤْمِنٌ بِالْكَوْكَبِ».

الشرح: قوله ﷺ: «أصبح من عبادي مؤمن بي وكافر بي» أخبر أن من عباده مؤمناً به، وهو من أضاف المطر إلى فضل الله ورحمته، وأن المنفرد بالقدرة على ذلك هو الله تعالى، دون سبب ولا تأثير للكوكب ولا لغيره، فهذا المؤمن بالله تعالى كافر بالكوكب، بمعنى أنه يكذب قدرته على شيء من ذلك، ويجحد أن يكون له فيه تأثير، وأن من عباده من أصبح كافراً به، وهو من قال: مطرنا بنوء كذا وكذا، فأضاف المطر إلى النوء وجعل له في ذلك تأثير وللكوكب فعلاً.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ما يدعى للكوكب من التأثير في ذلك على قسمين، أحدهما: أن يكون الكوكب فاعلاً للمطر. والثاني: أن يكون دليلاً عليه، وإذا حملنا لفظ الحديث على الوجهين لاحتماله لهما، اقتضى ظاهره تكفير من قال بأحدهما، فإن الله تعالى هو المنفرد بالخلق والإنشاء، وقد نبه على ذلك بقوله عز وجل: ﴿هَلْ مِنْ خَالِقٍ غَيْرِ اللَّهِ﴾ وإن الباري تعالى هو المنفرد بعلم ما يكون لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنزِلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مِمَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَى أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ [لقمان: ٣٤]، وقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا يَعْلَمُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ الْغَيْبَ إِلَّا اللَّهُ﴾ [النمل: ٦٥]، وقد اعترض من ذهب إلى تصحيح ذلك من الجهال على الاستدلال بهذه الآية بأن هذا ليس من الإخبار عن الغيب، لأنه إنما يخبر بما يظهر إليه من أدلة النجوم. وهذا قول من لا يعلم معنى الغيب لأن الغيب هو المعلوم، وما غاب عن الناس، ولو كان الأمر على ما ذهب إليه هذا القائل لما تصور أن يكون غيب، ينفرد الباري تعالى بعلمه لأن على قولهم الفاسد ما من شيء كان ويكون إلا والنجوم تدل عليه، وقال: يتمدح تعالى بأنه المنفرد بعلم الغيب، فقال تبارك اسمه ﴿قُلْ لَا يَعْلَمُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ الْغَيْبَ إِلَّا اللَّهُ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ [النمل: ٦٥].

٤٤٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَقُولُ: «إِذَا شَأَتْ بِحَرِيَّةٍ ثُمَّ تَشَاءَمَتْ فِتْلِكَ عَيْنٍ غُدَيْقَةٍ».

الشرح: قال ابن نافع وعيسى بن دينار: وإذا نشأت سحابة، ثم تشاءمت، يقول: إذا نشأت السحابة من ناحية البحر ثم استدارت، فصارت ناحية الشام، فذلك سحاب يكون منه المطر الغزير والغدق الغزير. وروى ابن سحنون عن ابن نافع: سمعت مالكا يقول: معنى ذلك إذا ضربت ريح بحرية، فأنشأت سحابة ثم ضربت ريح من ناحية الشام، فتلك علامة المطر الغزير.

فصل: وأما قوله: «فتلك عين غدقيقة» العين، مطر أيام لا يقلع وأهل بلدنا، يروون غدقيقة على التصغير. وقد حدثنا به أبو عبد الله الصنوبري الحافظ وضبطه بخطه غدقيقة بفتح الغين، وقال: هكذا حدثني به عبد الغنى الحافظ عن حمزة بن محمد الكنانى الحافظ، والله أعلم.

وقال سحنون في كتاب التفسير لابنه: معنى ذلك أنها بمنزلة ما يثور من العين، وإنما أدخل مالك، رحمه الله، هذا الحديث بأثر حديث زيد بن خالد الجهني ليبين ما يجوز للقائل أن يقول، لما جرت به العادة مثل ما جرت به العادة في كثير من البلاد، بأن يمحطوا بالريح الغربية، وفي بلاد بالرياح الشرقية، فيستبشر منتظر المطر إذا رأى الريح التي جرت عادة ذلك البلد أن يمحطوا بها، مع اعتقاده أن الريح لا تأثير لها في ذلك، ولا فعل ولا سبب، وإنما الله تعالى هو المنزل للغيث، وقد أجرى العادات بإنزاله عند أحوال يريها عباده.

٤٤٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٢٦. وذكره في الكنتز برقم ٢١٦٠٨. وعزاه السيوطى للشافعى. والبيهقى فى المعرفة، عن إسحاق ابن عبد الله مرسلاً، وأخرجه برقم ٢١٦٠٩ وعزاه السيوطى لأبى الشيخ فى الفطمة، عن عائشة. وذكره السيوطى فى الدر المنثور ٢٦٦/١.

وقال فى الاستذكار ١٦١/٧: هذا الحديث لا أعرفه بوجه من الوجوه فى غير الموطأ ومن ذكره إنما ذكره عن مالك فى الموطأ، إلا ما ذكره الشافعى فى كتاب الإبتسقاء عن إبراهيم ابن محمد بن أبى يحيى، عن إسحاق بن عبد الله، أن النبى ﷺ قال: «إِذَا أَنْشَأَتْ بِحَرِيَّةٍ ثُمَّ اسْتَحَالَتْ شَامِيَةً فَهُوَ أَمَطَرٌ لَهَا». وابن أبى يحيى مطوع عليه، متروك. وإسحاق بن عبد الله هو ابن أبى فروة ضعيف أيضاً متروك الحديث. وهذا الحديث لا يحتج به أحداً من أهل العلم بالحديث؛ لأنه ليس له إسناد.

كتاب الصلاة ٣٨٩
ولو جرت العادة بنزول المطر عند نوء من الأنواء، فاستبشر أحد لنزوله عند ذلك
النوء على معنى أن العادة جارية به وأن ذلك النوء لا تأثير له فى نزول المطر، ولا هو
فاعل له، ولا أثر له فيه، وأن المنفرد بإنزاله هو الله تعالى لما كفر بذلك بل يعتقد الحق،
وإنما كفر من قال: مطرنا بنوء كذا، لإضافة المطر إلى النوء واعتقاده أن له فيه تأثيراً أو
فعلاً، مع أن هذا اللفظ لا يجوز إطلاقه بوجه، وإن لم يعتقد قائله ما ذكرناه لورود
الشرع بالمنع منه، ولما فيه من إيهام السامع ما تقدم ذكره، فبان بذلك فضل مالك
وعلمه بالأصول والفروع.

٤٤٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ كَانَ يَقُولُ إِذَا أَصْبَحَ وَقَدْ مُطِرَ النَّاسُ:
مَطْرُنَا بِنُوءِ الْفَتْحِ ثُمَّ يَتْلُو هَذِهِ الْآيَةَ: ﴿مَا يَفْتَحُ اللَّهُ لِلنَّاسِ مِنْ رَحْمَةٍ فَلَا مُمْسِكَ لَهَا
وَمَا يُمْسِكُ فَلَا مُرْسِلَ لَهُ مِنْ بَعْدِهِ﴾ [فاطر: ٢].

الشرح: كان يقول: مطرنا بنوء الفتح مضادة لقول أهل الإلحاد: مطرنا بنوء كذا،
فيقول هو: مطرنا بنوء الفتح، يريد بذلك قوله: ﴿مَا يَفْتَحُ اللَّهُ لِلنَّاسِ مِنْ رَحْمَةٍ فَلَا
مُمْسِكَ لَهَا﴾ [فاطر: ٢]، يريد بذلك أنه لا نوء ينزل المطر ولا ينزل به وأن الذى به ينزل
المطر هو فتح الله تعالى الرحمة للناس.

* * *

النهى عن استقبال القبلة والإنسان على حاجته

٤٥٠ - مَالِكٌ، عَنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنِ رَافِعِ بْنِ إِسْحَاقَ
مَوْلَى لَأَلِ الشَّافِعِ، وَكَانَ يُقَالُ لَهُ مَوْلَى أَبِي طَلْحَةَ، أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيَّ
صَاحِبَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ بِمِصْرَ يَقُولُ: وَاللَّهِ مَا أَدْرَى كَيْفَ أَصْنَعُ بِهِذِهِ
الْكَرَابِيسِ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا ذَهَبَ أَحَدُكُمْ الْغَائِطَ أَوْ الْبَوْلَ فَلَا يَسْتَقْبِلِ
الْقِبْلَةَ وَلَا يَسْتَدْبِرُهَا بِفَرْجِهِ».

٤٤٩ - انفرد به مالك.

٤٥٠ - أخرجه البخارى فى الوضوء حديث رقم ١٤٤. ومسلم فى الطهارة حديث رقم ٢٦٤.
والنسائى فى الصغرى فى الطهارة حديث رقم ٢٠، ٢١، ٢٢. وأبو داود فى حديث رقم ٩.
وابن ماجه فى الطهارة وسنها حديث رقم ٣١٨. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٠٠٣،
٢٣٠١٣، ٢٣٠٤٧، ٢٣٠٦٥. والدارمى فى الطهارة حديث رقم ٦٦٥.

٤٥١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «نَهَى أَنْ تُسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةُ لِغَائِطٍ أَوْ بَوْلٍ».

الشرح: قوله: «ما أدري ما أصنع بهذه الكرايس»، يعنى المراحيض، واحدها كرايس، يعنى أنه يجد منها ما يستقبل القبلة أو يستدبرها، وكان النهى فى ذلك على عمومه، وهو قوله ﷺ: «إذا ذهب أحدكم الغائط أو البول» وهذا من قوله ﷺ يدل على أن الغائط إنما يستعمل فى الرجيع خاصة، وهو أكثر ما يذهب إلى الغائط. وأما البول فكانوا لا يعدون له ذلك الإبعاد ولا يشيرون له الغائط ولا غيره، وكان الرجل يولى الرجل ظهره لأن الرجيع يحتاج له من التكشف إلى ما لا يحتاج إليه البول، ويحتمل أن يكون قوله: «الغائط أو البول»، شك من الراوى فى أى اللفظين قال المحدث.

فصل: وقوله: «فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها بفرجه»، حمل أبو أيوب ذلك على عمومه، وكان يمنع منه فى الصحارى والبيوت، وبه قال أبو حنيفة. وذهب مالك والشافعى إلى أن المنع من ذلك فى الصحارى دون المباني، وذهب داود إلى إباحة ذلك فيهما.

والدليل على بطلان قول داود الحديث المتقدم. والدليل على صحة جواز ذلك فى المباني قول عبدالله بن عمر: لقد ارتقيت على ظهر بيت لنا، فرأيت رسول الله ﷺ على لبنتين مستقبل بيت المقدس لحاجته.

* * *

الرخصة فى استقبال القبلة لبول أو غائط

٤٥٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، عَنْ عَمِّهِ وَأَسِيعِ بْنِ حَبَّانَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِنَّ نَاسًا يَقُولُونَ: إِذَا قَعَدْتَ عَلَى حَاجَتِكَ، فَلَا تُسْتَقْبَلِ الْقِبْلَةَ وَلَا بَيْتَ الْمَقْدِسِ، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: لَقَدْ ارْتَقَيْتُ عَلَى

٤٥١ - أخرجه أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣١٣٤.

٤٥٢ - أخرجه البخارى فى الوضوء حديث رقم ١٤٥. ومسلم فى الطهارة حديث رقم ٢٦٦. والنسائى فى الصغرى فى الطهارة حديث رقم ٢٣. وأبو داود فى حديث رقم ١٢. وابن ماجه فى الطهارة وسنتها حديث رقم ٣٢٢. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٩٢، ٤٩٧١، ٥٦٨٢. والدارمى فى الطهارة حديث رقم ٦٦٧.

ظَهَرَ بَيْتُ لَنَا فَرَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى لِبْتَيْنِ مُسْتَقْبِلَ بَيْتِ الْمَقْدِسِ لِحَاجَتِهِ، ثُمَّ قَالَ: لَعَلَّكَ مِنَ الَّذِينَ يُصَلُّونَ عَلَى أَوْزَاكِهِمْ؟ قَالَ: قُلْتُ: لَا أَدْرِي وَاللَّهِ.

قَالَ مَالِكٌ: يَعْنِي الَّذِي يَسْجُدُ وَلَا يَرْتَفِعُ عَلَى الْأَرْضِ، يَسْجُدُ وَهُوَ لَاصِقٌ بِالْأَرْضِ.

الشرح: قوله: «كان يقول: إن ناساً يقولون: إذا قعدت على حاجتك، فلا تستقبل القبلة ولا بيت المقدس»، يحتمل أن يكون عبدالله بن عمر أنكر من ذلك قول من يحملة على عمومه، ورأى عبدالله أن المنع من ذلك إنما هو في الصحارى دون البنيان، وبذلك أورد الحجة في إباحته، فقال: لقد رقيت على ظهر بيت لنا، فرأيت رسول الله ﷺ على لبنتين مستقبل بيت المقدس، دليل على أن ابن عمر ارتقى من ظهر بيته موضعاً يطلع منه على النبي ﷺ في خلاء، ولا يجوز لعبدالله بن عمر أن يطلع على النبي ﷺ من غير إذن، ويحتمل أن يكون مأذوناً له في الاطلاع، ويحتمل أن يكون الموضع في دار عهدها ابن عمر غير مسكونة، فدخل فيها النبي ﷺ على هذه الحال.

وقد روى في المبسوط نافع عن ابن عمر: حانت مني لفتة، فرأيت رسول الله ﷺ في المخدع مستقبل القبلة، فافتضى ذلك أن ابن عمر لم يقصد النظر إلى النبي ﷺ على تلك الحال.

فصل: وقوله: «مستقبل بيت المقدس لحاجته»، يقتضى أنه كان مستدبر القبلة، وكذلك روى عبيدالله بن عمر، فرأيت رسول الله ﷺ يقضى حاجته مستدبر القبلة، مستقبل الشام. على أن عبدالله بن عمر قد بين أن ذلك كان بعد تحويل القبلة، وذكر عمر المنع فيهما جميعاً،

فقال: إن ناساً يقولون: إذا قعدت على حاجتك، فلا تستقبل القبلة ولا بيت المقدس، وإنما فرق بين البنيان والصحارى لأن البنيان موضع ضرورة وضيق، وليس كل من بنى خلاء يمكن أن يصرفه عن القبلة، والصحارى موضع اتساع وتمكن، ويمكنه في الأغلب أن ينحرف في جلوسه عن القبلة، إذا ليس هناك مانع يمنعه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف في الوطاء وهو مستقبل القبلة؛ فحكى القاضى أبو محمد عن ابن القاسم إباحته، وعن ابن حبيب كراهيته، والذي في المدونة عن ابن القاسم أنه سئل أيجامع الرجل إلى القبلة، فقال: لا أحفظ عن مالك فيه شيئاً، وأرى أنه

٣٩٢ كتاب الصلاة

لا بأس به، لأنه لا يرى بالمراحيض بأساً في المدن، وهذا يَحْتَمِل وجهين، أحدهما: أن جوابه إنما كان في البنيان، وأما في الصحارى، فلم يجب عنها.

والوجه الثاني: ما تأوله القاضي أبو محمد أن المنع إنما كان لاستقبال القبلة بالغائط والبول في الصحارى إكراماً للقبلة لعدم السترة، فإذا ستر البنيان القبلة، جاز ذلك، وإذا كان الوطء المباح لا يكون إلا تحت سترة لم يكن فيه استقبال القبلة بفرج، فجاز ذلك.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والوجه الأول أظهر عندي، والله أعلم وأحكم.

فصل: قوله: «لعلك من الذين يصلون على أوراكهم»، على وجه التحذير له من الصلاة عليها، والعيب على من يفعل ذلك، ومعنى الصلاة على الأوراك أن لا يرفع في سجوده عن الأرض يسجد، وهو لاصق بالأرض، ولا يقيم وركه، وإنما يفتح ركبتيه ويفرجهما حتى يصبر كالمعتمد على روكيه.

فصل: وقوله: «يعنى الذى يسجد ولا يرتفع»، إلى آخر الكلام من لفظ مالك، فسر ذلك عبد الله بن يوسف في روايته عنه، وأدخل هذا الحديث في باب الرخصة في استقبال القبلة لبول أو غائط، وإنما في الحديث استقبال بيت المقدس، فيحتمل أن يريد الاستقبال والاستدبار، فإذا استقبل بالمدينة بيت المقدس فقد استدبر مكة، فشمل النهى عنه الاستدبار، فراعى مالك المعنى دون اللفظ، فيكون المراد بالقبلة مكة دون بيت المقدس، ويكون المنع من ذلك في الصحارى يتعلق بمكة.

والمعنى الثانى أن تكون القبلة في الترجمة بيت المقدس لأنها قد كانت قبلة، وإن نسخت الصلاة إليها، فإن سائر أحكامها باقية وحرمتها ثابتة على حسب ما كانت عليه قبل النسخ، فيكون المنع من استقبال القبلة لغائط أو بول منعاً من استقبال مكة، ومن استقبال بيت المقدس، لأن كل واحد منهما قد كان قبلة، وعلى هذا فالمنع باق في استقبال بيت المقدس لبول أو غائط في الصحارى على حسب ما هو في استقبال مكة.

وقد روى أن النبى ﷺ نهى أن تستقبل واحدة من القبلتين لغائط أو بول، وإن لم يكن إسناده بذلك، فإنه يَحْتَمِل وجهين، أحدهما: أن يكون النهى عن ذلك بعد تحويل القبلة إلى الكعبة، فيقتضى ذلك المنع من استقبال القبلة بعد النسخ، وأن يكون حرمة بيت المقدس باقية في هذا الباب بعد النسخ.

والوجه الثانى أن يكون نهى عن استقبال القبلة إلى بيت المقدس حين كانت تستقبل

كتاب الصلاة ٣٩٣
بالصلاة، ثم نهى عن استقبال الكعبة حين صرفت القبلة إليها، فيعلم بذلك أن استقبال
القبلة ممنوع بعد النسخ، وينظر في استقبال بيت المقدس إلى ما يقتضى غير ذلك من
الأدلة، والله أعلم وأحكم.

* * *

النهى عن البصاق فى القبلة

٤٥٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَأَى بُصَاقًا
فِي جِدَارِ الْقِبْلَةِ، فَحَكَّهُ ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى النَّاسِ، فَقَالَ: «إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ يُصَلِّي، فَلَا
يَيْصُقُ قَبْلَ وَجْهِهِ، فَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَبْلَ وَجْهِهِ إِذَا صَلَّى».

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ رأى بصاقاً فى جدار القبلة» ظاهرًا فيه، ولذلك
رآه ﷺ فاكتفى بحك عينه، ولم يحتج إلى غسله لأنه ظاهر؛ «ثم أقبل على الناس، فقال:
إذا كان أحدكم يصلى فلا يصبق قبل وجهه» حال الصلاة. ويحتمل معاني، أحدها: أنه
نص فى هذا الحديث على النهى عن البصاق قبل وجهه حال الصلاة لفضيلة تلك الحال
على سائر الأحوال، فخصها بالذكر.

ووجه ثان، وهو أن يكون خص بذلك حال الصلاة لأنه حينئذ يكون مستقبل القبلة،
وفى سائر الأحوال قد تكون القبلة عن يساره، وهى الجهة التى أمر بالبصاق إليها أو
أمامه. ووجه ثالث، وهو أنه لو لم ينص على حالة الصلاة لجوز المكلف أن يكون النهى
توجه إلى سائر الأحوال، وأن حال الصلاة لا يجوز أن يقصد فيها إلى شىء وليصبق
كيف تيسر له فى قبلته وغيرها، فبين بذلك أن هذا من إكرام القبلة وتنزيهها.

فصل: وقوله: «فإن الله تبارك وتعالى قبل وجهه»، وذلك يحتمل معنيين، أحدهما:
أن ثوابه وإحسانه وتفضله من قبل وجهه، فيجب أن ينزه تلك الجهة عن البصاق.
والثانى أن البارئ تعالى أمرنا باستقبال القبلة وتعظيمها وتنزيهها، ولاسيما فى حال
الصلاة، فإن الله قبل وجهه، بمعنى أن ما أمره بتنزيهه وتعظيمه قبل وجهه، وأن فى
تعظيمه تلك الجهة تعظيم الله وطاعته، وهذا كما يقال: إذا ورد عليك فلان من قبل

٤٥٣ - أخرجه البخارى فى الصلاة حديث رقم ٤٠٦. ومسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث
رقم ٥٤٧. والنسائى فى الصغرى فى المساجد حديث رقم ٧٢٤. وابن ماجه فى المساجد
والجماعات حديث رقم ٧٦٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٩٥، ٤٨٢٦، ٤٨٩٠،
٥١٣٠، ٥٣١٣، ٥٧١١، ٦٢٢٩، ٦٢٧٠. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٣٩٧.

٣٩٤ كتاب الصلاة

الإمام، فأكرمه، فإن الأمير يرد عليك بوروده، وهذا كله إما هو فيمن بصق بصاقاً ظاهراً، والبصاق في جدار القبلة لا يتهيأ فيه إلا أن يكون ظاهراً لأنه لا يمكن ستره إلا بإزالته وحكمه كما فعل ﷺ وهذا البصاق فيه عن يمينه ويساره، وخص جهه القبلة لفضيلتها على سائر الجهات، ولأنها الجهة التي يتجه البصاق إليها في الأغلب لاسيما لمن كان يصلي.

مسألة: فأما من بصق في المسجد وستر بصاقه فلا أثم عليه. والأصل في ذلك ما روى عن أنس، قال النبي ﷺ: «البصاق في المسجد خطيئة وكفارتها دفنها» وذلك لطهارة البصاق.

وأما الدم وما كان نجساً، فقد روى ابن حبيب عن مالك: من دمی فوه فی المسجد فلینصرف حتى یزول عنه، ومعنى ذلك أن الدم نجس، فيجب أن ينزه المسجد عنه ظاهراً أو باطناً، والبصاق ليس بنجس، ولكنه كره المنظر والأثر، يمنع من ظهوره، ولا يمنع منه إذا ستر.

مسألة: وإذا جاز ذلك في البصاق، فلا بأس أن يبصق عن يمينه ويساره. قال مالك: لا بأس أن يبصق أمامه أو عن يساره أو عن يمينه. وقد روى عن أوس بن أوس «كنت عند النبي ﷺ نصف شهر فرأيتَه يصلي، وعليه نعلاه، ورأيتَه يبصق عن يمينه ويساره».

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الأفضل أن يبصق عن يساره، وكذلك روى ابن نافع عن مالك. والأصل في ذلك ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «إذا قام أحدكم إلى الصلاة، فلا يبصق أمامه، وإنما يناجي الله، ولا عن يمينه فإن عن يمينه ملكاً، وليبصق عن يساره أو تحت قدميه ليدفنها» فين ﷺ أن هذه الجهة أولى بالبصاق إليها لما ذكره، ولأن التياسر في الأقدار مشروع، ولذلك أمر المكلف أن يستنجى بشماله.

٤٥٤ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَأَى فِي جِدَارِ الْقِبْلَةِ بُصَاقًا أَوْ مُخَاطًا أَوْ نُخَامَةً فَحَكَّهُ.

الشرح: البصاق ما يخرج من الفم، والنخامة ما يخرج من الحلق، والمخاط ما يخرج من الأنف.

٤٥٤ - أخرجه البخاري في الصلاة حديث رقم ٤٠٧. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٤٩. وابن ماجه في المساجد والجماعات حديث رقم ٧٦٤. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٥٤٠٦، ٢٤٦٣٠.

وقوله: «فحكه»، يريد أزاله، وذلك يقوم مقام ستره، وإخفاء عينه، ولا يمكن في الحائط من ستره غير ذلك، ولو أراد أن يصبق في الأرض ويحكه برجله لم يكن ذلك لأن ستره في الأرض يمكنه بغير هذا الفعل مع ما فيه من تقدير الموضع لمن أراد الجلوس فيه.

* * *

ما جاء في القبلة

٤٥٥ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: بَيْنَمَا النَّاسُ يُقْبَاءُ فِي صَلَاةِ الصُّبْحِ إِذْ جَاءَهُمْ آتٍ فَقَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَدْ أَنْزَلَ عَلَيْهِ اللَّيْلَةَ قُرْآنًا، وَقَدْ أُمِرَ أَنْ يَسْتَقْبِلَ الْكَعْبَةَ فَاسْتَقْبَلُوهَا، وَكَانَتْ وُجُوهُهُمْ إِلَى الشَّامِ، فَاسْتَدَارُوا إِلَى الْكَعْبَةِ.

الشرح: قوله: «بينما الناس في قباء في صلاة الصبح»، هكذا روى ابن عمر. وروى البراء بن عازب: أن أول صلاة صلاها إلى الكعبة صلاة العصر، ويحتمل أن يكون أول صلاة صلاها إلى الكعبة، العصر، على ما روى البراء وأن أهل قباء لم يبلغهم ذلك إلا في صلاة الصبح، ولذلك قال هذا المخبر: إن رسول الله ﷺ أنزل عليه الليلة قرآن.

قال أبو بشر الدولابي: زار النبي ﷺ أم بشر في بني سلمة وصلى الظهر في مسجد القبوتين، ركعتين إلى الشام ثم أمر أن يستقبل القبلة، فاستدار، ودارت الصفوف خلفه، فصلى البقية إلى مكة.

فصل: وقوله: «وقد أمر أن يستقبل الكعبة»، يعني في صلاته لأن الاستقبال إنما هو فيها، وأمره باستقبال الكعبة نسخ لاستقبال بيت المقدس بالصلاة ونهى عنه.

فصل: قوله: «وكانت وجوههم إلى الشام، فاستداروا إلى الكعبة»، عمل بأخبار الآحاد مع أن مثل هذا في شهرته لا يخفى على النبي ﷺ، فأقر عليه ولم يذكره، وفيه

٤٥٥ - أخرجه البخارى في الصلاة حديث رقم ٤٠٣. وتفسير القرآن حديث رقم ٤٤٩٣. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٢٦. والترمذى في الصلاة حديث رقم ٣١٢. وتفسير القرآن حديث رقم ٢٨٨٩. والنسائى في الصغرى في الصلاة حديث رقم ٤٩٣. والقبلة حديث رقم ٧٤٥. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٦٢٨، ٥٨٩٨. والدارمى في الصلاة حديث رقم ١٢٣٤.

٣٩٦ كتاب الصلاة

أيضاً أن الأمر للنبي ﷺ بالعبادة متوجه إلينا حيث يجب علينا اتباعه، ولذلك لما أخبرهم أن النبي ﷺ أمرهم بذلك رجعوا إلى القبلة التي صرف إليها وظاهر هذا اللفظ يدل على أنهم بنوا على ما تقدم من صلاتهم، ولو شرع أحد في صلاة إلى غير القبلة، وهو يظنها إلى القبلة، ثم تبين له أن صلاته إلى غير القبلة، فإن كان منحرفاً يسيراً، رجع إلى القبلة وبنى على ما تقدم من صلاته لأنه صلى إلى جهة شرع الصلاة إليها مع الاجتهاد ووجود أدلة القبلة.

مسألة: وإن كان مستدبراً لها أو منحرفاً عنها انحرافاً كثيراً، مشرقاً أو مغرباً، استأنف الصلاة لأنه افتتحها إلى جهة لا يدخلها الاجتهاد مع إدراك علامات القبلة، والفرق بينه وبين أهل قباء، أن أهل قباء افتتحوا الصلاة إلى ما شرع لهم من القبلة، فلما طرأ النسخ في نفس العبادة لم يجز إفساد ما تقدم منها على الصحة، فهذا الذي افتتح صلاته إلى غير القبلة لم يفتتحها على ما شرع، ولا على جهة يجتهد فيها مع إدراك علامات القبلة، فكان عليه استئنافها.

فروع: فإن أتم صلاته على ذلك ثم تبين له بعد تمام صلاته، فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط وابن القاسم عن مالك في المدونة: إن استدبر القبلة، أو شرق أو غرب مخطئاً للقبلة، أعاد في الوقت دون ما بعده.

وقد قال ابن القاسم عن مالك، فيمن تبين القبلة في نفس الصلاة: يستأنف الصلاة، ففرق بين الأمرين لما كان إذا أتم الصلاة أعادها في الوقت، أمره أن لا يتمها على هذه الصورة، وهذا الأصل تشعب منه مسائل يجب أن نبينها، فقد قال مالك، فيمن كبر للركوع ونسى تكبيرة الافتتاح: يتمادى ويعيد.

وقال ذلك في عدة مسائل: يتمادى ويعيد، وذلك أن ما تردد الأمر فيه عنده بين الجواز والفساد، أمره بالتمام، لئلا يبطل عملاً يختلف فيه، ثم يعيده ليؤدي العبادة بيقين، فكيف بصلاة هي إذا تمت عنده صلاة، يقضى بها الفرض كانت أولى بأن يتمادى عليها ثم يعيدها، غير أنه يراعى في ذلك أن تكون الصلاة مجزية أو مختلفاً فيها مع ذكره للمعنى المؤثر فيها، فأما إذا كان المعنى المؤثر في العبادة يؤثر فيها مع اليقين، فلا يجوز معه، وإنما يجوز مع النسيان، فإن ذكره لذلك المعنى في نفس الصلاة يمنع عنده إتمامها، ويوجب إبطال ما مضى منها كذكره لصلاة في صلاة.

فروع: وقول مالك بهذه المسألة يحتاج إلى تأمل، وذلك أن من صلى إلى غير القبلة ثم

كتاب الصلاة ٣٩٧

علم بذلك بعد تمام صلاته، فالذى روى عن مالك فى ذلك: يعيد الصلاة فى هذا الوقت، وهذا قول مجمل، وذلك أن هذا المصلى إلى غير القبلة لا يخلو أن يفعل ذلك مع عدم أدلة القبلة، أو مع وجودها، ولم أر لأصحابنا فى ذلك فرقاً بينهما غير أن أبا الحسن بن القصار ذكر عن مالك إن فعل ذلك مجتهداً، أعاد فى الوقت استحباباً.

وحكى القاضى أبو محمد فى إشرافه: من عميت عليه القبلة، فصلى إلى ما غلب على ظنه أنها جهتها، ثم بان له الخطأ، لم يكن عليه إعادة، خلافاً للمغيرة ومحمد بن مسلمة والشافعى. والذى قاله المغيرة ومحمد بن مسلمة ليس على هذا الإطلاق، إنما قال المغيرة فى المبسوط: واستدبر القبلة أعاد أبداً، لأنه لم يستقبل القبلة بشىء من وجهه، فإن كانت قبلته إلى اليمن، فصلى إلى شرق أو غرب، أعاد فى الوقت لأن بعضه مستقبل القبلة، فأما من كان انحرافه بين المشرق والمغرب، فلا يعيد فى وقت ولا غيره، ومن انحرف عن البيت عامداً أعاد أبداً، وإن كان مستقبلاً له لأنه وإن كان استقبله، فلم يقصد الصلاة إليه، فهذا مذهب المغيرة ومحمد بن مسلمة على التحقيق، وهو كله فى المبسوط.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وقول محمد بن مسلمة عندى قول صحيح، ومحل عنده مع ظهور علامات القبلة، وأما مع خفائها فإن مذهب مالك أنه لا إعادة عليه، وإن استدبر القبلة، فعلى هذا، الانحراف عن القبلة يكون على ثلاثة أوجه، أحدها أن يتعمد ذلك، فهذا يعيد أبداً، وإن صلى إلى جهتها، والثانى: أن يتحرى استقبالها مع ظهور علاماتها، فهذا حكمه على قدمنا ذكره عن محمد بن مسلمة، والثالث: أن يتحرى استقبالها مع عدم علاماتها، فهذا لا إعادة عليه.

٤٥٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ أَنْ قَدِمَ الْمَدِينَةَ سِتَّةَ عَشَرَ شَهْرًا نَحْوَ بَيْتِ الْمُقَدِّسِ ثُمَّ حُوِّلَتْ الْقِبْلَةُ قَبْلَ بَدْرِ بِشَهْرَيْنِ.

الشرح: قوله: «إن النبى ﷺ صلى نحو بيت المقدس»، يريد نسخ الصلاة إلى بيت المقدس، وحول ذلك إلى الكعبة، وذلك يقتضى منع الصلاة إلى بيت المقدس بعد النسخ، ولولا ذلك لم يكن تحويلاً، وإنما كان يكون مشاركة، والنسخ فى الحقيقة إنما يتعلق

٤٥٦ - أخرجه البخارى فى الإيمان حديث رقم ٤١. والنسائى فى الصغرى فى القبلة حديث رقم

٣٩٨ كتاب الصلاة

بالمستقبل من الصلوات. وأما الماضي فقد مضى على الواجب أو غيره ولا يتناول الأمر بالانتقال عن ذلك، وإنما يتناول المستقبل، ولذلك إنما تنسخ العبادة قبل فعلها، وأما بعد فعلها، فلا يصح ذلك فيها.

وقد قال الحسن البصرى وغيره: صلى النبي ﷺ إلى بيت المقدس اختياراً من غير فرض عليه لتألف أهل الكتائب، ثم صرف إلى مكة، وهذا الذى قاله ظاهره أنه كان الأمر مفروضاً إليه قد خير فيه. والأظهر على هذا القول أن يكون تبع فى ذلك شريعة من قبله من الأنبياء عليهم السلام ممن كانت قبلته إلى بيت المقدس. وقد قال ابن جريج: صلى النبي ﷺ إلى الكعبة ثم صرف إلى بيت المقدس، ثم صرف إلى الكعبة.

٤٥٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَيْنَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ قِبْلَةٌ إِذَا تُوِّجَّهَ قِبَلَ الْبَيْتِ.

الشرح: قوله: «ما بين المشرق والمغرب قبلة». قال أحمد بن حنبل: هذا فى كل البلدان إلا بمكة عند البيت، فإنه يزال عنها شيئاً، وإن قل، فقد ترك القبلة^(١).

وقال أحمد بن خالد: إنما ذلك لأهل المدينة، ومن كان مثلهم ممن قبلته بين المشرق والمغرب، رواه محمد بن مسلمة عن مالك.

قال أحمد بن خالد: وأما من كان من مكة فى المشرق أو فى المغرب، فإن قبلتهم ما بين الجنوب والشمال، ولهم من السعة فى ذلك مثل ما لأهل المدينة وغيرهم. وهذا القول الذى ذكر أحمد بن خالد بين صحيح، ولكن هذا كله مع الاجتهاد لمن تعين اجتهاده فى هذه الجهة دون غيرها. وأصل ذلك أن الناس فى استقبال القبلة على ضربين، فأما من عاين البيت، فإن فرضه استقباله خاصة لا يجوز له غير ذلك لأنه معاين للقبلة التى فرض عليه استقبالها، فمن لم يستقبلها يتقن انحرافه عنها، وذلك غير جائز ولا خلاف فيه، وقد روى مثل هذا القول عن محمد بن مسلمة.

٤٥٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٣٥. ابن أبى شيبة فى المصنف ٣٦٢/٢. عبد الرزاق فى المصنف ٣٤٥/٢.

(١) ذكره هذا الخبر ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢٠/٧ - ٢٢١ ونصه: «قال الأثرم: سألت أحمد بن حنبل عن قول عمر: «ما بين المشرق والمغرب قبلة»؟ فقال: هذا فى كل البلدان إلا مكة عند البيت، فإنه إن زال عنه بشيء وإن قل، فقد ترك القبلة، قال: وليس كذلك قبلة البلدان، ثم قال: هذا المشرق، وأشار بيده، وهذا المغرب، وأشار بيده، وما بينهما قبلة. قلت له: فصلاة كم صلى بينهما جائزة؟ قال: نعم، ويتبغى أن يتجرى الوسط.»

كتاب الصلاة ٣٩٩

مسألة: وأما من لم يعاين القبلة، فلا يخلو أن يكون من أهل الاجتهاد أو من أهل التقليد، فإن كان من أهل الاجتهاد، ففرضه الاجتهاد في تعيين سمت القبلة بين المشرق والمغرب مع التوجه إلى جهة البيت، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ففرضه أن يقتدق بغيره من أهل الاجتهاد، إن وجد ذلك، فإن لم يجد ذلك.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: فهو بمنزلة من خفيت عليه دلائل القبلة ويستحب له عندي أن لا يصلى إلا في آخر الوقت لأنه يرجو أن يجد من يقلده، وهذا في غير المدينة، فأما المدينة فلا يسوغ لأحد الاجتهاد فيها إلى قبلة تخالف قبلة مسجد النبي ﷺ لأن النبي ﷺ نصب قبلتها، وهذا نص منه عليها. وروى ابن القاسم عن مالك أن جبريل عليه السلام هو الذى أقام للنبي ﷺ قبلة مسجده.

فصل: وقوله: «إذا توجه قبل البيت»، يريد أنه لا اجتهاد له في ذلك، وإنما اجتهاده في تعيين سمت القبلة في هذه الجهة دون سائر الجهات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فاختلف متأخرو أصحابنا هل يلزمه أن يجتهد في إصابة الجهة أو العين؟ قال القاضي أبو محمد: وأكثر أصحابنا أنه إنما يلزمه الاجتهاد في إصابة الجهة. والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فولوا وجوهكم شطره﴾ [البقرة: ١٤٤].

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والوجه الثانى عندي أظهر أن الفرض الاجتهاد في طلب العين، وإن لم يلزمنا إصابته، ولزمنا إصابة جهته وسمته، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في مسجد النبي ﷺ

٤٥٨ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ رَبَاحٍ وَعَبِيدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ

٤٥٨ - أخرجه البخارى في الجمعة حديث رقم ١١٩٠. ومسلم في الحج حديث رقم ١٣٩٤. والترمذى في الصلاة حديث رقم ٢٩٩. والمناقب حديث رقم ٣٨٥١. والنسائى في الصغرى في المساجد حديث رقم ٦٩٤. ومناسك الحج حديث رقم ٢٨٩٧. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٤٠٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٢١٢، ٧٣٦٧، ٧٦٧٦، ٨٧٨٥، ٨٩٠٨، ٩٦٧٩، ٩٧٠١، ٩٧٦٢، ٩٩٠٥، ٩٩٢٦، ١٠٠٩٧، ١٠٤٥٦.

٤٠٠ كتاب الصلاة
سَلَمَانَ الْأَعْرَى، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «صَلَاةٌ فِي مَسْجِدِي هَذَا خَيْرٌ
مِنْ أَلْفِ صَلَاةٍ فِيَمَا سِوَاهُ إِلَّا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ».

الشرح: قوله: «صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه» يريد أكثر
ثوابًا من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام، اختلف الناس في معنى
هذا الاستثناء، فروى أشهب عن مالك إلا المسجد الحرام، فإن صلاة في مسجد النبي
ﷺ تفضل أقل من ألف صلاة في المسجد الحرام، وبهذا قال ابن نافع. وقال ابن وهب:
معناه عندنا إلا المسجد الحرام، فإن صلاة فيه أفضل من الصلاة في مسجد النبي ﷺ،
وهذه المسألة مبنية عندهم على أي البلدان أفضل وسنين الكلام فيه في الجامع إن شاء
الله تعالى.

وأما الذي يقتضيه الاستثناء في هذا الموضع، فأن يكون حكم مكة خارجًا عن
أحكام سائر المواطن في الفضيلة المتقدمة في الخبر، ولا يعلم حكم مكة من هذا الخبر،
فيصح أن تكون الصلاة في مكة أفضل، ويصح أن تكون الصلاة في المدينة أفضل،
ويصح أن يتساويا.

مسألة: سئل مطرف عن هذه الفضيلة هل هي في النافلة أيضًا، قال: نعم. رواه ابن
سحنون في تفسيره، قال: وقال لي عمر: حدثه «جمعة خير من جمعة ورمضان خير من
رمضان».

٤٥٩ - مَالِك، عَنْ حُبَيْبِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ حَفْصِ بْنِ عَاصِمٍ، عَنْ أَبِي
هُرَيْرَةَ - أَوْ عَنْ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا بَيْنَ بَيْتِي
وَمِنْبَرِي رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الْجَنَّةِ، وَمِنْبَرِي عَلَى حَوْضِي».

٤٦٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ عَبَّادِ بْنِ تَعِيمٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ

٤٥٩ - أخرجه البخاري في الجمعة حديث رقم ١١٩٦. ومسلم في الحج لحديث رقم ١٣٩١.
والترمذي في المناقب حديث رقم ٣٨٥٠، ٣٨٥١. وأحمد في المسند حديث رقم ٧١٨٢،
٨٦٦٨، ٨٩٠٨، ٨٩٠٨، ٩٠٧٨، ٩٣٥٨، ٩٦٧٩، ١٠٤٥٦، ١٠٥١٦، ١٠٦٢٠،
١١٢١٦.

٤٦٠ - أخرجه البخاري في الجمعة حديث رقم ١١٩٥. ومسلم في الحج حديث رقم ١٣٩٠.
والنسائي في الصغرى في المساجد حديث رقم ٦٩٥. وأحمد في المسند حديث رقم
١٦٠١٨، ١٥٩٩٨.

زَيْدِ الْمَازِنِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا بَيْنَ بَيْتِي وَمِنْبَرِي رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الْجَنَّةِ».

الشرح: قوله: «ما بين بيتي ومنبري روضة من رياض الجنة»، يحتمل أن يريد بذلك أن الذي بين منبره وبيته روضة من رياض الجنة. قال الداودي: يحتمل أن ينقل ذلك الموضوع إلى الجنة، فيكون من رياضها، ويحتمل أن يريد بذلك أن ملازمة ذلك الموضوع والتقرب إلى الله تعالى فيه، يؤدي إلى رياض الجنة كما يقال: رياض الجنة تحت ظلال السيوف، وذلك يحتمل وجهين أحدهما: أن اتباع ما يتلى فيها من القرآن والسنة يؤدي إلى رياض الجنة، فلا يكون فيها للبقعة فضيلة إلا لمعنى اختصاص هذه المعاني دون غيرها.

والثاني: أن يريد أن ملازمته ذلك الموضوع بالطاعة والصلاة يؤدي إلى رياض الجنة لفضيلة الصلاة في ذلك الموضوع على سائر المواضع، وهذا أبين لأن الكلام إنما على معنى تفضيل ذلك الموضوع، ويشبه أن يكون مالك، رحمه الله، تأول فيه هذا الوجه، ولذلك أدخله في باب واحد مع فضل الصلاة في مسجد النبي ﷺ على الصلاة في سائر المساجد.

فصل: وقوله ﷺ: «ومنبري على حوضي» قريب من معنى ما تقدم، يحتمل أن يريد به أن إتيانه للصلاة والطاعات ولزومه بالأعمال الصالحة يؤدي إلى ورود حوضه ﷺ، وقد قيل أن معنى قوله ذلك أن لي منبراً على حوضي، وليس هذا بالبين لأنه ليس في الخبر ما يقتضيه وهو قطع الكلام عما قبله من غير ضرورة إلى ذلك.

* * *

ما جاء في خروج النساء إلى المساجد

٤٦١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللَّهِ مَسَاجِدَ اللَّهِ».

٤٦١ - أخرجه البخارى ٣٥/٢ كتاب الجمعة باب هل على من لم يشهد الجمعة، عن ابن عمر. مسلم ٣٢٧/١ كتاب الصلاة باب ٣٠ رقم ١٣٦، عن ابن عمر. أبو داود برقم ١٣٦ ١٥٢/١ كتاب الصلاة باب في خروج النساء إلى المسجد، عن أبي هريرة. أحمد ١٦/٢، عن ابن عمر. البيهقي في الكبرى ١٣٢/٣، عن ابن عمر. الطبراني في الكبير ٣٦٣/١٢، عن ابن عمر. ابن حزم برقم ١٦٧٩، ٩٠/٣، عن أبي هريرة.

٤٠٢ كتاب الصلاة

الشرح: قوله: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله» دليل على أن للزوج منعهن من ذلك وأن لا خروج لهن إلا بإذنه، ولو لم يكن للرجل منع المرأة من ذلك لخطب النساء بالخروج ولم يخاطب الرجال بالمنع، كما خطب النساء بالصلاة ولم يخاطب الرجال بأن لا يمنعهن منها. وفي المبسوط من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يمنع النساء الخروج إلى المساجد، ويحتمل أن يريد أنه يحكم به لهن على الأزواج، ويحتمل أن يريد به حض الأزواج على إباحة ذلك لهن، لما كان لهن المنع، والله أعلم. وقد روى بهذا الحديث «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله بالليل» تفرد بهذه الزيادة نصر بن علي.

فصل: وقوله: «مساجد الله» على سبيل التعظيم لها والتخصيص، ويجوز أن يكون لما أضاف الإمام إليه أتى بإضافة المساجد ليظهر وجه خروجهن إليها واختصاصهن بها.

٤٦٢ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا شَهِدْتَ إِحْدَاكُنَّ صَلَاةَ الْعِشَاءِ فَلَا تَمَسَّنَّ طَبِيًّا».

الشرح: قوله «إذا شهدت إحداكن صلاة العشاء» التي يمكن مشاهدة النساء لها لأن غالب ما يحضرون من الصلوات ما كان في أوقات الظلمات كالعشاء والصبح لأن ذلك أستر لهن وأخفى لأحوالهن. وقد روى ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «إذا استأذنكم بالليل إلى المسجد، فائذنو لهن» فخص بذلك الليل لما فيه من السترة.

والوجه الثاني أن تطيب النساء في غالب الأحوال إنما يكون في أول الليل لمضاجعة الأزواج، فكره لهن تعجيل التطيب قبل الخروج إلى العشاء لأن خروجهن مع التطيب والتحمل فتنة للناس، وإذابة لما وضع في نفوس كثير من الناس من الميل إليهن والشغل بهن والتطيب سبب لذلك وباعث عليه.

٤٦٣ - مَالِكُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَاتِكَةَ بِنْتِ زَيْدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ نَفِيلٍ امْرَأَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّهَا كَانَتْ تَسْتَأْذِنُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ إِلَى الْمَسْجِدِ فَيَسْكُتُ، فَتَقُولُ: وَاللَّهِ لَأُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ تَمْنَعَنِي، فَلَا يَمْنَعُهَا.

الشرح: استئذان عمر بن الخطاب في الخروج إلى المسجد، دليل على أنها كانت

٤٦٢ - أخرجه النسائي ١٥٤/٨ كتاب الزينة باب النهي للمرأة أن تشهد الصلاة إلخ، عن زينب لإمارة ابن مسعود.

٤٦٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٤٤١.

كتاب الصلاة ٤٠٣
تعتقد أن له منعها، ولولا ذلك لم يكن لاستئذانه وجه، وكان عمر بن الخطاب يسكت لتمتع من الخروج من غير أن يمنعها منه، لما ورد في ذلك من الأمر، وكان يكره خروجها إلى مسجد أو غيره لما كان طبع عليه من الغيرة، وكانت هي تقول: «والله لأخرجن إلا أن تمنعني» لأنها كانت تريد أن يكون لها أجر الخروج إن خرجت، وإن منعت مع نيتها في الخروج، ويحتمل أن يكون استئذانها بمعنى الإعلام بخروجها لئلا يكون له إليها حاجة تبيح له منعها، فإذا سكت عنها، علمت بعدم السبب المانع لها من الخروج، ولذلك كانت تقول: «والله لأخرجن إلا أن تمنعني» أنها تخرج إلا أن يحدث سبب يؤثر من أجله منها لما علمت أنه لا يمنعها ابتداءً من غير سبب، والله أعلم وأحكم^(١).

٤٦٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: لَوْ أَدْرَكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ لَمَنَعَهُنَّ الْمَسَاجِدَ كَمَا مَنَعَهُ نِسَاءُ بَنِي إِسْرَائِيلَ. قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: فَقُلْتُ لِعَمْرَةَ: أَوْ مَنَعَ نِسَاءُ بَنِي إِسْرَائِيلَ الْمَسَاجِدَ؟ قَالَتْ: نَعَمْ.

الشرح: قولها: «لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء»، يعنى التطيب والتجمل وقلة الستر وتسرع كثير منهن إلى المناكير، ويحتمل أن يريد به ما أدركن بعد النبي ﷺ من الملابس، والتجمل الذى يفتن به الناس، وإنما كن فى زمن النبي ﷺ يلبس المروط، فيخرجن متلفعات فيها.

فصل: وقوله: «لمنعهن المساجد كما منعه نساء بنى اسرائيل»، يحتمل أن يكون فى شريعة بنى اسرائيل منع النساء من المساجد، ويحتمل أن يكون نساء بنى اسرائيل إنما منعن بعد إباحة ذلك لهن لمثل هذا، ويحتمل غير ذلك من المعانى التى لا طريق لنا إلى معرفتها إلا بالخبر دون النظر، والله أعلم وأحكم.

(١) قال فى الاستذكار ذكرنا فى التمهيد حديث عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر، قال: كانت امرأة لعمر تشهد صلاة الصبح والعشاء فى جماعة، فقيل لها: لم تخرجين وقد تعلمين أن عمر يكره ذلك ويغار؟ قالت: فما يمنع أن ينهاني؟ قالوا: يمنع قول رسول الله ﷺ: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله». وقال ابن عبد البر: وهذا يفسر حديث مالك وبين الوجه الذى لم يمنعها منه عمر من أجله كراهته لخروجه. انظر التمهيد ٧٧/٤ - ٧٨.

٤٦٤ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٨٦٩. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٤٥. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٥٦٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٤٠٨١، ٢٥٠٨٢، ٢٥٤٥١.

٤٠٤ كتاب الصلاة
وقال محمد بن مسلمة في المبسوط: إنما يكره من خروجهن البيئة الرائحة أو الجميلة
المشهورة التي تكون في مثلها الفتنة.

* * *

الأمر بالوضوء لمن مس القرآن

٤٦٥ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ أَنَّ فِي الْكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ: «أَنْ لَا يَمَسَّ الْقُرْآنَ إِلَّا طَاهِرًا».

الشرح: قوله: «إن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم»، أصل
في كتابه العلم وتحصينه في الكتاب وأصل في صحة الرواية على وجه المناولة، لأن النبي
ﷺ دفعه إليه وأمره به، فجاز لعمرو بن حزم العمل به والأخذ بما فيه.

فصل: وقوله: «أن لا يمسه القرآن إلا طاهر»، ظاهر في أنه لا يجوز أن يمسه القرآن
محدث، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وجماعة الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم من
التابعين. روى ذلك عن علي، فإنه قال: لا بأس أن يمسه القرآن الجنب والحائض
والمحدث.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك قوله تعالى: ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾
[الواقعة: ٧٩]، وهذا نهى وإن كان لفظه لفظ الخبر، فمعناه الأمر لأن خبر البارئ تعالى
لا يكون بخلاف مخبره، ونحن نشاهد من يمسه غير طاهر.

ودليلنا من جهة السنة الحديث المذكور أن لا يمسه القرآن إلا طاهر. ودليلنا من جهة
المعنى أن هذا ممنوع من الصلاة لمعنى فيه، فكان ممنوعاً من مس المصحف كالمشرك أو
كالذي غمرت جسده النجاسة.

مَالِك: وَلَا يَحْمِلُ أَحَدٌ الْمُصْحَفَ بِعِلَاقَتِهِ وَلَا عَلَى وِسَادَةٍ إِلَّا وَهُوَ طَاهِرٌ، وَلَوْ
جَازَ ذَلِكَ لَحْمِلَ فِي خَبِيئَتِهِ، وَلَمْ يُكْرَهْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي يَدَيْ الَّذِي يَحْمِلُهُ
شَيْءٌ يُدْنَسُ بِهِ الْمُصْحَفُ، وَلَكِنْ إِنَّمَا كُرِهَ ذَلِكَ لِمَنْ يَحْمِلُهُ وَهُوَ غَيْرُ طَاهِرٍ إِكْرَامًا
لِلْقُرْآنِ وَتَعْظِيمًا لَهُ.

الشرح: هذا كما قال، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا بأس أن يحمله بعلاقة،

٤٦٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٤٣. عبد الرازق في المصنف ٦٧٩٣ عن معمر.

ويحملة على وسادة. والدليل على ما نقوله أن هذا محدث، فلم يجزله ذلك كما لو باشره بالحمل، ومن أصح الاستدلال فيه ما استدل به مالك، رحمه الله، فى قوله: ولو جاز ذلك لحمل فى أخيبته لأن الذى يحمله فى علاقته غير مباشر له، ولم يمنع من حمله إلا أنه محدث قاصد لحمله، وإذا كان هذا المعنى موجوداً، فيمن حمله بعلاقته، وجب أن يكون ممنوعاً من حمله.

فصل: وقوله: «ولم يكره له ذلك إلا أن يكون فى يد الذى يحمله نجاسة يندس بها المصحف»، ردًا على من فرق بين حمله بعلاقته أو على وسادة، وبين مباشرته بالحمل، ولكن منع من ذلك تعظيمًا للقرآن، ومن التعظيم له أن يمنع من حمله بعلاقته، وأما إن حمله فى غرارة بين متاعه أو غير ذلك من أسبابه، فلا بأس بذلك لأنه غير قاصد لحمله.

قَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾ [الواقعة: ٧٩] إِنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ هَذِهِ الْآيَةِ الَّتِي فِي عَبَسَ وَتَوَلَّى قَوْلُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿كَلَّا إِنَّهَا تَذِكْرَةٌ فَمَنْ شَاءَ ذَكَرْهُ فِي صُحُفٍ مُّكَرَّمَةٍ مَّرْفُوعَةٍ مُّطَهَّرَةٍ بِأَيْدِي سَفَرَةٍ كِرَامٍ بَرَرَةٍ﴾ [عبس: ١١ - ١٦].

الشرح: ذهب مالك، رحمه الله، فى هذه الآية إلى أنها على الخبر عن اللوح المحفوظ أنه لا يمسه إلا الملائكة المطهرون. وقال: إن هذا أحسن ما سمع فى هذه الآية. وقد ذهب جماعة من أصحابنا إلى أن معنى الآية النهى للمكلفين من بنى آدم عن مس القرآن على غير طهارة، وقولوا: إن المراد بالكتاب المكنون المصحف التى بأيدى الناس.

وقوله تعالى: ﴿لَا يَمَسُّهُ﴾ [الواقعة: ٧٩]، وإن كان لفظ الخبر، فإن معناه النهى لأن خير البارى تعالى لا يكون بخلاف مخبره ونحن نرى اليوم من يمسه غير طاهر، فثبت أن المراد به النهى، وجعلوا هذا حجة على المنع من مس المصحف على غير طهارة.

وأدخل مالك، رحمه الله، تفسير هذه الآية فى باب الأمر بالوضوء لمن مس القرآن وليس يقتضى ظاهر تأويله لها الأمر بذلك، ولكن يصح أن يدخله فى الباب لمعنيين، أحدهما: أنه أدخل هو أول الباب ما يصحح هو الاحتجاج به على الأمر بالوضوء لمن مس القرآن، وأدخل فى آخر الباب ما يحتج به الناس فى ذلك، وليس عنده بحجة، فأتى به وبين وجه ضعف الاحتجاج به، وهذا ما يفعله أهل الدين والإنصاف، ومن عصمه الله من التعصب.

٤٠٦ كتاب الصلاة

والوجه الثانى أنه يحتمل أن يكون مالك، رحمه الله، أدخل هذا التأويل أيضًا على وجه الاحتجاج فى وجوب الوضوء لمن مسَّ المصحف، وذلك أن البارى تعالى وصف القرآن بأنه كريم؟، وأنه فى الكتاب المكنون الذى لا يمسه إلا المطهرون، فوصفه بهذا تعظيمًا له، والقرآن المكنون فى اللوح المحفوظ، هو المكتوب فى المصاحف التى بأيدينا، وقد أمرنا بتعظيمها، فيجب أن نتمثل ذلك بما وصف الله القرآن به من أنه لا يمسه الكتاب الذى هو فيه إلا مطهر، وهذا وجه صحيح سائغ.

مسألة: وقد يبيح مس القرآن بغير طهارة ضرورة التعلم، وهل يبيح ذلك ضرورة التعليم؟ روى ابن القاسم عن مالك إباحته وكرهه ابن حبيب. وجه رواية ابن القاسم أن المعلم يحتاج من تكرر مسه، ما تلحقه المشقة باستدامة الطهارة له، فأرخص له فى ذلك كالتعلم. ووجه قول ابن حبيب أنه غير محتاج لتكرار مسه لحفظ، وإنما ذلك لمعنى الصناعة والكسب.

مسألة: وهذا فى المصحف الجامع. وفى العتبية: كره مالك أن يكتب القرآن أسداسًا وأسابعًا فى المصاحف [.....] ^(١) فيه وقال: قد جمعه الله وهؤلاء يفرقونه. وروى عنه أشهب فى العتبية أنه قال: ومن المصاحف، فلا أرى أن ينقط ولا يزداد فى المصاحف، وأما مصاحف صغار يتعلم فيها الصبيان وألواحهم فلا بأس بذلك.

مسألة: ومنع مالك فقط المصحف الذى هو الإمام، قال فى العتبية: ويكتب من الهجاء على المكتبة الأولى، ولا يكتب على ما أحكم الناس اليوم من الهجاء، قال: يبين ذلك أن براءة لا يكتب فى أولها «بسم الله الرحمن الرحيم» لثلاث يوضع شىء فى غير موضعه، ويكتب فى الألواح فى أولها «بسم الله الرحمن الرحيم» سواء بدأ بأول سورة أو غيره لأنه لا يجعل إمامًا، قال: وإنما كتب القرآن على ما كانوا يسمعون من رسول الله ﷺ.

مسألة: فأما الذكر من غير القرآء، فلا يمنع الحدث من النطق به، ولا من مسه. وفى العتبية قال ابن القاسم: استخف مالك فى الخاتم المنقوش يكون فى الشمال أن يستنجى به، قال: ولو نزعته كان أحب إلى وفيه سعة، ولم يكن من مضى يتحفظ من هذا قال ابن القاسم: إذا استنجى به، وفيه ذكر الله سبحانه حرم.

* * *

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

الرخصة في قراءة القرآن على غير وضوء

٤٦٦ - مَالِك، عَنْ أَيُّوبَ بْنِ أَبِي تَمِيمَةَ السَّخْتِيَانِيِّ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ فِي قَوْمٍ، وَهُمْ يَقْرَعُونَ الْقُرْآنَ، فَذَهَبَ لِحَاجَتِهِ ثُمَّ رَجَعَ وَهُوَ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَتَقْرَأُ الْقُرْآنَ وَلَسْتَ عَلَيَّ وَضُوءٌ؟ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: مَنْ أَفْتَاكَ بِهَذَا؟ أُمْسِلِمَةُ.

الشرح: قوله: «كان في قوم يقرعون»، دليل على جواز الاجتماع لقراءة القرآن، على معنى الدرس له والتعليم والمذاكرة، وذلك بأن يقرأ المتعلم على المعلم أو يقرأ المعلم على المتعلم، أو يتساويا في العلم فيقرأ أحدهما على الآخر، على وجه المذاكرة له والمدارسه له. وستل مالك عن قراء مصر الذين يجتمع الناس إليهم، فكان رجل منهم يقرأ في النفر يفتح عليهم: أنه حسن لا بأس به، وقد قال مرة: أنه كرهه وعابه.

وقال: يقرأ ذا ويقرأ ذا، قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنَ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [الأعراف: ٢٠٤]، ولو كان يقرأ واحد ويستتبت من يقرأ عليه أو يقرعون واحداً واحداً على رجل واحد، لم أر به بأساً.

مسألة: وأما أن يجتمعوا، فيقرعون في السورة الواحدة مثل ما يعمل أهل الإسكندرية، وهي التي تسمى القراءة بالإدارة، فكرهه مالك، وقال: لم يكن هذا من عمل الناس. ووجه ذلك الكراهية للمباراة في حفظه والمباهاة بالتقدم فيه.

مسألة: وأما القوم يجتمعون في المسجد أو غيره، فيقرأ لهم الرجل الحسن الصوت، فإنه ممنوع، قاله مالك لأن قراءة القرآن مشروعة على وجه العبادة والانفراد بذلك أولى. وإنما يقصد صرف وجوه الناس والأكل به خاصة، وفيه نوع من السؤال به، وهذا مما يجب أن ينزه عنه القرآن.

فصل: وقوله: «فذهب لحاجته»، كناية عن البول والغائط ثم رجع عمر، وهو يقرأ القرآن ولم يمنعه حدثه عن القراءة، والحدث على ضربين، أكبر وأصغر، فأما الأكبر، فإنه ينقسم إلى قسمين أحدهما: لا يمكن إزالته كالحيض، فلا يمنع القراءة على رأى. والثانى: وهو الذى تمكن إزالته، فإنه يمنع من قراءة القرآن. وبه أبو حنيفة والشافعى.

وقال داود: لا تمنع الجنابة قراءة القرآن. وقد روى نحو ذلك عن مالك فى المختصر.

٤٠٨ كتاب الصلاة

والدليل على ما نقوله أن هذا ركن يتكرر فى الصلاة، فلم يكن للجنب فعله كالركوع والسجود، ومتى ثبت ذلك، فإنه يجوز للجنب قراءة اليسير من القرآن على وجه التعوذ والتبرك وذكر الله تعالى، ولا حد لذلك.

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يقرأ بعض آياته، ولا يجوز له إتمامها. وقال الشافعى: لا يجوز للجنب أن يقرأ منه كلمة واحدة. والدليل على ما نقوله أن هذا مما تدعو الضرورة إليه للتعوذ، وذكر الله فلم تمنع الجنابة منه كما لم يمنع الحدث من مس الآية، والشىء اليسير من القرآن فى الرسالة والخطبة.

مسألة: فأما الحدث الأكبر الذى لا يمكن إزالته، وهو الحيض، فهل يمنع القراءة أم لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: أن الحيض لا يمنع قراءة القرآن.

وجه الرواية الأولى أن الحيض كدم الاستحاضة، وهو لا يمنع قراءة القرآن. ووجه الرواية الثانية أن هذا حدث يوجب الغسل، فوجب أن يمنع قراءة القرآن كالجنابة، وأما الحدث الأصغر، فإنه القراءة لتكرره، ولا خلاف فى ذلك نعلمه.

فصل: وقوله: «تقرأ ولست على وضوء»، يحتمل من جهة اللفظ الاستفهام، ويحتمل الإنكار إلا أن قول عمر له: «من أنباك بهذا مسيلمة؟» يدل على أنه تلقى ذلك منه على وجه الإنكار، وهذا القائل لعمر هو أبو مريم الحنفى إياس بن صبيح من قوم مسيلمة الكذاب، وإنما أضاف عمر هذا القول إليه لما كان القائل به من قومه ولبعده عن الصواب عنده.

وقد روى عن مالك ما يقتضى أن الوضوء مشروع له على وجه الاستحباب، ويحتمل على هذا أن يكون أبو مريم أنكر على عمر لما كان إمام المسلمين أن يترك الأفضل، وكان عمر بن الخطاب يأخذ فى بعض أوقاته بالإيسر لاسيما إذا كان فى ذلك تخفيف للعبادة، ورفق بالناس فى استدامتها مع أن لفظ أبى مريم ظاهره الإنكار، وإنما يتعلق ذلك بترك الواجب دون ترك المستحب، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما قراءة القرآن فى الطريق، فقد قال مالك فى العتبية: أما الشىء اليسير لمن يتعلم القرآن، فلا بأس به، وأما الرجل الذى يطوف بالكعبة يقرأ القرآن فى الطريق، فليس من شأن الناس.

* * *

ما جاء فى تحزيب القرآن

٤٦٧ - مَالِك، عَنِ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، قَالَ: مَنْ فَاتَهُ حَزْبُهُ مِنَ اللَّيْلِ، فَقَرَأَهُ حِينَ تَزُولُ الشَّمْسُ إِلَى صَلَاةِ الظُّهْرِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَفْتُهُ أَوْ كَأَنَّهُ أَدْرَكَهُ.

الشرح: قوله: «من فاته حزبه من الليل»، الحزب هو الجزء من القرآن، وفى هذا تجزئة القرآن وتحزيبه أحزاباً على قدر قوة المكلف، يقرأ فى سبع أو عشر أو ثلاثين ليلة أو أقل من ذلك أو أكثر على قدر طاقته.

فصل: وقوله: «فقرأه حين تزول الشمس إلى صلاة الظهر»، نرى أنه سهو من داود بن الحصين لأن غيره من الرواة إنما روه على غير هذا اللفظ. فروى عن ابن شهاب: من قرأه فيما بين صلاة الفجر وصلاة الظهر كتب كأنما قرأه من الليل. وقد قال مالك، فيمن فاته حزبه من الليل فذكره بعد طلوع الفجر: يصلية فيما بينه وبين صلاة الظهر؛ لأنه أقرب وقت يمكنه فيه فعله والإتيان به، والله أعلم وأحكم.

٤٦٨ - مَالِك، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ أَنَا وَمُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ جَالِسَيْنِ، فَدَعَا مُحَمَّدٌ رَجُلًا فَقَالَ: أَخْبِرْنِي بِالَّذِي سَمِعْتَ مِنْ أَبِيكَ، فَقَالَ الرَّجُلُ: أَخْبِرْنِي أَبِي أَنَّهُ أَتَى زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ، فَقَالَ لَهُ: كَيْفَ تَرَى فِي قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ فِي سَبْعٍ؟ فَقَالَ زَيْدٌ: حَسَنٌ وَلَآنُ أَقْرَأُهُ فِي نِصْفِ أَوْ عَشْرِ أَحَبُّ إِلَيَّ، وَسَلِّئِنِّي لِمَ ذَلِكَ؟ قَالَ: فَإِنِّي أَسْأَلُكَ، قَالَ زَيْدٌ: لِكَيْ أَتَدَبَّرَهُ وَأَقِفَ عَلَيْهِ.

الشرح: قوله: «كيف ترى فى قراءة القرآن فى سبع ليال، فقال زيد: حسن»، وزاد على سؤال السائل بما فيه بيان وجه الاستحسان، وهو الوقوف عليه والتدبر له وأن قراءة القليل مع ذلك أفضل عنده من قراءة الكثير دون تدبر ولا وقوف عليه.

مسألة: وقد تكلم الناس فى الترتيل والهز، فذهب الجمهور إلى تفضيل الترتيل، قال

٤٦٧ - أخرجه مسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٤٧. والنسائي فى الصغرى فى قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٧٨٩، ١٧٩٠، ١٧٩١. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٣١٣. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٣٤٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٠، ٣٧٩. والدارمى فى حديث رقم ١٤٧٧.
٤٦٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٤٦.

٤١٠ كتاب الصلاة
الله تعالى: ﴿رَوَيْتَ الْقُرْآنَ تَوْتِيلاً﴾ [المزمل: ٤]، وكانت قراءة النبي ﷺ موصوفة بذلك.
قالت عائشة: وكان يقرأ بالسورة، فيرتها حتى تكون أطول منها، وهو المروى عن
أكثر الصحابة.

وسئل مالك عن الهز في القرآن، فقال: من الناس من إذا هز كان أحف عليه، وإذا
رتل أخطأ، ومن الناس من لا يحسن يهز، والناس في ذلك على ما يخف عليهم وذلك
واسع.

وقال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ومعنى ذلك عندي أنه يستحب لكل
إنسان ملازمة ما يوافق طبعه ويخف عليه، فرمما تكلف ما يخالف طبعه ويشق عليه
ويقطعه ذلك عن القراءة والإكثار منها، وليس هذا مما يخالف ما قدمناه من تفضيل
الترتيل لمن تساوى في حاله الأمران، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في القرآن

٤٦٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ
القَارِيِّ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، يَقُولُ: سَمِعْتُ هِشَامَ بْنَ حَكِيمِ بْنِ
حِزَامٍ يَقْرَأُ سُورَةَ الْفُرْقَانِ عَلَى غَيْرِ مَا أُقْرَأُهَا، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَقْرَأَ نَبِيهَا،
فَكَدْتُ أَنْ أَعْجَلَ عَلَيْهِ ثُمَّ أَمَهَلْتُهُ حَتَّى أَنْصَرَفَ ثُمَّ لَبَيْتُهُ بِرِدَائِهِ، فَجِئْتُ بِهِ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي سَمِعْتُ هَذَا يَقْرَأُ سُورَةَ الْفُرْقَانِ عَلَى غَيْرِ مَا أُقْرَأُ نَبِيهَا،
فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرْسَلْتُهُ ثُمَّ قَالَ: اقْرَأْ يَا هِشَامُ، فَقَرَأَ الْقِرَاءَةَ الَّتِي سَمِعْتُهُ يَقْرَأُ،
فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَكَذَا أَنْزَلْتُ، ثُمَّ قَالَ لِي: اقْرَأْ، فَقَرَأْتَهَا فَقَالَ: هَكَذَا أَنْزَلْتُ،
إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ أَنْزَلَ عَلَى سَبْعَةِ أَحْرَفٍ فَاقْرَءُوا مَا تيسَّرَ مِنْهُ».

الشرح: قوله: «سمعت هشام بن حكيم يقرأ سورة الفرقان على غير ما أقرؤها»،
دليل على تشددهم في أمر القرآن، واهتبالهم بحفظ حروفه ولغاته، وضبطهم لقراءته

٤٦٩ - أخرجه البخاري في الخصومات حديث رقم ٢٤١٩. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها
حديث رقم ٨١٨. والترمذي في القراءات حديث رقم ٢٨٦٧. والنسائي في الصغرى في
الافتتاح حديث رقم ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٤٧٥. وأحمد
في المسند حديث رقم ١٥٩، ٢٧٩، ٢٩٨.

المنسوبة حتى بلغ ذلك لهم أن كان عمر بن الخطاب يعجل هشام بن حكيم في صلاته، ثم أمهله لحرمة الصلاة ثم لبيه بردائه، وذهب به إلى النبي ﷺ لما أعظم مخالفة قراءته للقراءة التي كان يقرؤها، وإنما أمر النبي ﷺ عمر بإرساله قبل أن يقرأ لتسكن نفسه، ويثبت جأشه ويتمكن من إيراد القراءة التي قرأها لتلا يدركه من الانزعاج ما يمنعه من ذلك.

فصل: وقوله ﷺ لقراءة هشام: «هكذا أنزلت» تصويب لقراءته ثم أمر عمر بالقراءة لتلا يكون الغلط والخطأ والتغيير من جهته، فلما أصاب عمر القراءة قال ﷺ: «هكذا أنزلت» فصوب أيضاً قراءته، وأخبر أنها قراءة منزلة ثم أعلمهما أن القرآن أنزل على سبعة أحرف تيسيراً على الأمة في تلاوته، يريد والله أعلم سبع قراءات وسبعة أوجه، لأن الوجه الطريقة التي يكون الكلام عليها، وتسمى في اللغة حرفاً، ولذلك يقولون: فلان يقرأ بحرف أبي عمرو، ويقرأ بحرف نافع، يريدون بذلك قراءته وطريقته.

ويدل على ذلك أن عمر إنما أنكر على هشام قراءة قرأ هو بخلافها، فجوزهما النبي ﷺ، قال: «إن القرآن أنزل على سبعة أحرف» فلو لم يكن الحرف القراءة لما كان ما قاله جواباً لهم.

مسألة: فإن قيل: هل تقولون إن جميع هذه السبعة الأحرف ثابتة في المصحف؟ فإن القراءة بجميعها جائزة، قيل لهم كذلك نقول. والدليل على صحة ذلك قوله عز وجل: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ [الحجر: ٩] ولا يصح انفصال الذكر المنزل من قراءته، فيمكن حفظه دونها.

ومما يدل على صحة ما ذهبنا إليه أن ظاهر قول النبي ﷺ يدل على أن القرآن أنزل على سبعة أحرف تيسيراً على من أراد قراءته ليقراً كل رجل منهم بما تيسر عليه، وبما هو أخف على طبعه وأقرب إلى لغته لما يلحق من المشقة بذلك المألوف من العادة في النطق، ونحن اليوم مع عجمة ألسنتنا وبعدها عن فصاحة العرب أحوج إلى [.....]^(١).

٤٧٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا

(١) ما بين المعقوفين بياض في الأصل.

٤٧٠ - أخرجه البخاري في فضائل القرآن حديث رقم ٥٠٣١. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٨٩. والنسائي في الصغرى في الافتتاح حديث رقم ٩٤٢. وابن ماجه في الأدب حديث رقم ٣٧٨٣. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٦٥١، ٤٧٤٥، ٤٨٣٠، ٥٢٩٣، ٥٨٨٧.

مَثَلُ صَاحِبِ الْقُرْآنِ كَمَثَلِ صَاحِبِ الْإِبِلِ الْمُعَقَّلَةِ^(١) إِنْ عَاهَدَ عَلَيْهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ أَطْلَقَهَا ذَهَبَتْ».

٤٧١ - وَحَدَّثَنِي عَنْ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ الْحَارِثَ بْنَ هِشَامٍ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ يَأْتِيكَ الْوَحْيُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَحْيَانًا يَأْتِينِي فِي مِثْلِ صَلْصَلَةِ الْجَرَسِ، وَهُوَ أَشَدُّ عَلَيَّ، فَيَفْصِمُ عَنِّي وَقَدْ وَعَيْتُ مَا قَالَ، وَأَحْيَانًا يَتَمَثَّلُ لِي الْمَلَكُ رَجُلًا، فَيَكَلِّمُنِي فَأَعْبِي مَا يَقُولُ». قَالَتْ عَائِشَةُ: وَلَقَدْ رَأَيْتُهُ يَنْزِلُ عَلَيْهِ فِي الْيَوْمِ الشَّدِيدِ الْبَرْدِ فَيَفْصِمُ عَنْهُ، وَإِنْ جَبِينَهُ لَيَتَفَصَّدُ عَرَقًا.

٤٧٢ - وَحَدَّثَنِي عَنْ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: أَنْزَلَتْ ﴿عَبَسَ وَتَوَلَّى﴾ فِي عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَجَعَلَ يَقُولُ: يَا مُحَمَّدُ اسْتَنْدِينِي، وَعِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ رَجُلٌ مِنْ عِظَمَاءِ الْمُشْرِكِينَ، فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ يُعْرِضُ عَنْهُ، وَيُقْبِلُ عَلَى الْآخَرِ، وَيَقُولُ: «يَا أَبَا فُلَانٍ هَلْ تَرَى بِمَا أَقُولُ بِأَسَاءَ». فَيَقُولُ: لَا وَالِدَمَاءِ مَا أَرَى بِمَا تَقُولُ بِأَسَاءَ، فَأَنْزَلَتْ ﴿عَبَسَ وَتَوَلَّى﴾ أَنْ جَاءَهُ الْأَعْمَى ﴿﴾.

٤٧٣ - وَحَدَّثَنِي عَنْ مَالِكٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَسِيرُ فِي بَعْضِ أَسْفَارِهِ، وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَسِيرُ مَعَهُ لَيْلًا، فَسَأَلَهُ عُمَرُ عَنْ شَيْءٍ فَلَمْ يُجِبْهُ، ثُمَّ سَأَلَهُ فَلَمْ يُجِبْهُ، ثُمَّ سَأَلَهُ فَلَمْ يُجِبْهُ، فَقَالَ عُمَرُ: تَكَلَّتْ أُمَّكَ

(١) المعلقة: المربوطة المشدودة بالحيال.

٤٧١ - أخرجه البخاري في بدء الوحي حديث رقم ٢. ومسلم في الفضائل حديث رقم ٢٣٣٣. والترمذي في المناقب حديث رقم ٣٥٦٧. والنسائي في الصغرى في الافتتاح حديث رقم ٩٣٣، ٩٣٤. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٤٧٢٤، ٢٤٧٧٥.

٤٧٢ - أخرجه الترمذي في تفسير القرآن حديث رقم ٣٢٥٤.

٤٧٣ - أخرجه البخاري في الشهادات حديث رقم ٢٦٧٨. والمغازي حديث رقم ٤١٧٧. والترمذي في حديث رقم ٤١٧٧. والترمذي في حديث رقم ٣١٨٥، ٣٢٦٢. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٠٩.

عُمَرُ، نَزَرْتُ^(١) رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ كُلُّ ذَلِكَ لَا يُجِيبُكَ، قَالَ عُمَرُ: فَحَرَّكَتُ بَعِيرِي حَتَّى إِذَا كُنْتُ أَمَامَ النَّاسِ وَخَشِيتُ أَنْ يُنْزَلَ فِيَّ قُرْآنٌ، فَمَا نَشِيتُ^(٢) أَنْ سَمِعْتُ صَارِخًا يَصْرُخُ بِي، قَالَ: فَقُلْتُ: لَقَدْ خَشِيتُ أَنْ يَكُونَ أَنْزَلَ فِيَّ قُرْآنًا، قَالَ: فَجِئْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ، فَقَالَ: لَقَدْ أَنْزَلْتُ عَلَى هَذِهِ اللَّيْلَةِ سُورَةَ لَهَا أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا طَلَعَتْ عَلَيْهِ الشَّمْسُ، ثُمَّ قَرَأَ ﴿إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُبِينًا﴾.

٤٧٤ - وَحَدَّثَنِي عَنْ مَالِكٍ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «يَخْرُجُ فِيكُمْ قَوْمٌ تَحْقِرُونَ صَلَاتَكُمْ مَعَ صَلَاتِهِمْ، وَصِيَامَكُمْ مَعَ صِيَامِهِمْ، وَأَعْمَالَكُمْ مَعَ أَعْمَالِهِمْ، يَقْرَءُونَ الْقُرْآنَ، وَلَا يُجَاوِزُ حَنَاجِرَهُمْ، يَمْرُقُونَ مِنَ الدِّينِ مُرُوقَ السَّهْمِ مِنَ الرَّمِيَّةِ، تَنْظُرُ فِي النَّصْلِ^(١) فَلَا تَرَى شَيْئًا، وَتَنْظُرُ فِي الْقِدْحِ^(٢) فَلَا تَرَى شَيْئًا، وَتَنْظُرُ فِي الرَّيشِ فَلَا تَرَى شَيْئًا، وَتَتَمَارَى فِي الْفُوقِ^(٣)».

٤٧٥ - وَحَدَّثَنِي عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ مَكَثَ عَلَى سُورَةِ الْبَقَرَةِ ثَمَانِي سِنِينَ يَتَعَلَّمُهَا.

(١) نزلت: ألححت وبالغت في السؤال.

(٢) نشبت: لبثت.

٤٧٤ - أخرجه البخاري في فضائل القرآن حديث رقم ٥٠٥٨. ومسلم في الزكاة حديث رقم

١٠٦٥. والنسائي في الصغرى في الزكاة حديث رقم ٢٥٧٦. وتحريم الدم حديث رقم

٤٠٩٩. وأبو داود في السنة حديث رقم ٤٧٦٤. وابن ماجه في المقدمة حديث رقم ١٦٩.

وأحمد في المسند حديث رقم ١٠٦٢٥، ١١٠٩٦، ١١١٨٥، ١١٢٥٤، ١١٢٩٦.

(١) النصل: رأس السهم المدبب.

(٢) القدح: حشب السهم.

(٣) الفوق: موضع وتر من السهم.

٤٧٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٥٣.

الشرح: [.....] (٤) لأنه لا غناء فيهم، وإنما يستدعى العدد الكثير، وسؤالهم في القتلى أيهم أكثر أخذاً للقرآن، فإذا أشير إلى أحدهم قدمه في اللحد تفضيلاً له وتحذيره من نسيانه بقوله ﷺ: «استدركوا القرآن فلهو أشد تفصيلاً من قلوب الرجال من النعم من عقلها» فكيف يظن بالصحابة الفضلاء وبعبدالله بن عمر مع اقتفائه لآثار النبي ﷺ، الزهد في تعلم مثل هذا، والتشاغل عنه بشيء من الأشياء إن هذا لمن أقبح وجوه التأويل، وأبعدها عن الصواب، فلو لم يكن لما ورد من ذلك وجه يعرف لوجب رده إذا الخبر المتواتر بالقرآن وغيره يوجب رد ما ظنه، فكيف ومعنى ذلك ظاهر واضح، فأما ما روى أنه لم يجمع القرآن على عهد النبي ﷺ غير أربعة، فإن المراد لم يستوعب تلقى جميعه عن النبي ﷺ غير أربعة.

وأما سائر الصحابة فكان النبي ﷺ يلقن الرجل السورة والسورتين، ويلقنها هو أصحابه، فمنهم تلقن منه نصف القرآن، ومنهم من تلقن منه ثلثه وأكثر من ذلك أو أقل، وتلقن سائره عن الصحابة، ولذلك روى عنه ابن مسعود أنه فخر على نظرائه بأنه أخذ من في النبي ﷺ سبعين سورة القرآن، ولا خلاف أنه جمع القرآن على عهد النبي ﷺ، وكذلك فعل زيد بن ثابت كان يأخذ الآية من القرآن عن رجلين ممن تلقنها عن النبي ﷺ وإن آلفاً ممن يقرؤها ويحفظها وتلقنها عن الصحابة إلا أنه كان لتلقنها عن النبي ﷺ قرابة ودرجة.

وأما عبدالله بن عمر فقد ذكرنا أن المراد بذلك الفقه في أحكامها وغير ذلك من علومها، فقد روى عن الصحابة كراهية التسرع في حفظ القرآن دون التفقه فيه، فروى عن مالك في العتبية: كتب إلى عمر بن الخطاب رجال من العراق يخبرونه أن رجالاً قد جمعوا كتاب الله تعالى، فكتب عمر أن أفرض لهم في الديوان. قال: فكثرت من يطلب القرآن، فكتب إليه من قابل أنه جمع القرآن سبعمائة رجل، فقال عمر: إنى لأخشى أن يسرعوا إلى القرآن قبل أن يتفقهوا في الدين، فكتب أن لا يعطيهم شيئاً.

سئل مالك عن صبي ابن سبع سنين جمع القرآن، فقال: ما أرى هذا ينبغي، وهو معنى ما عاب به عبدالله بن مسعود الزمن الآخر أن قراءه كثير وفقهاء قليل، وقد مدح زمنه أن فقهاء كثير وقراءه قليل. وقد بينت معناه هناك، وبالله التوفيق.

قال مالك في العتبية في قول عمر: وإنما ذلك مخافة أن يتأوله على غير تأويله، مع أنه

(٤) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل.

لا يمتنع أن يكون عبدالله بن عمر خلط مع ذلك من يعلم غيرها من أبواب العلم ودرسه، وسائر القرآن وأعمال البر من الجهاد وغيره الكثير، ولكنه كان بين أول ابتدائه بها وآخر إتمامها هذه المدة، ولعله حفظ تلاوتها وأكثر أحكامها في أيسر مدة ثم تعذر عليه حكم من أحكامها، وأشكل عليه شيء مما فيها، فلم يجد منه مراده ولم يفتح عليه فهمه إلا بعد تمام هذه المدة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في سجود القرآن

٤٧٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ مَوْلَى الْأَسْوَدِ بْنِ سُفْيَانَ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ قَرَأَ لَهُمْ ﴿إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ﴾ فَحَدَّثَ فِيهِ جَاءَ فَلَمَّا انصَرَفَ أَخْبَرَهُمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَجَدَ فِيهَا.

الشرح: قوله: «قرأ لهم: ﴿إذا السماء انشقت﴾» [الإنشاق: ١]، يحتمل أن يكون في صلاة، وهو الأظهر لقوله، فلما انصرف أخبرهم على أنه قد روى ذلك مفسراً.

وقوله: «فسجد فيها»، كان أبو هريرة يرى السجود في ﴿إذا السماء انشقت﴾ وروى ذلك عن النبي ﷺ.

وقد اختلف في ذلك أهل العلم، فالذي ذهب إليه مالك أنها ليست من عزائم السجود. وقال ابن وهب وابن حبيب من أصحابنا: هي من عزائم السجود، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. والذي تعلق به مالك في ذلك ما روى عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ لم يسجد في شيء من المفصل منذ تحول إلى المدينة.

ووجه قول ابن وهب ما روى عن أبي رافع قال: صليت خلف أبي هريرة صلاة العشاء، يعني العتمة، فقرأ ﴿إذا السماء انشقت﴾ فسجد فيها، فلما فرغ، قلت: يا أبا هريرة، ما كنا نسجدها. قال سجدها أبو القاسم ﷺ، وأنا خلفه، فلا أزال أسجدها

٤٧٦ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٧٦٦. ومسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٧٨. والترمذى فى الجمعة حديث رقم ٥٢٣. والنسائى فى الصغرى فى الافتتاح حديث رقم ٩٦٨. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٤٠٨. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٠٥٨، ١٠٥٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧١٠٠. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١.

٤١٦ كتاب الصلاة

حتى ألقى أبا القاسم عليه السلام. وهذا الخبر يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم سجد بها في المدينة، فإن أبا هريرة إنما أسلم وهو بالمدينة.

٤٧٧ - مالك، عن نافع مولى ابن عمر أن رجلاً من أهل مصر أخبره أن عمر ابن الخطاب قرأ سورة الحج فسجد فيها سجدين، ثم قال: إن هذِهِ السورة فضلت بسجدين.

٤٧٨ - مالك، عن عبد الله بن دينار أنه قال: رأيت عبد الله بن عمر يسجد في سورة الحج سجدين.

الشرح: السجدتان في سورة الحج، أولهما قوله تعالى: ﴿إِن اللّٰه يَفْعَلْ مَا يَشَاءُ﴾ [الحج: ١٨]، وهى متفق عليها، والثانية قوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]، هى التى اختلف العلماء فيها، فمنع مالك أن تكون من عزائم السجود. وقال ابن حبيب: هى من عزائم السجود. رواه ابن عبد الحكم عن ابن وهب، وبه قال الشافعى.

وجه ما قاله مالك أن إثبات السجود طريقه الشرع. والأصل براءة الذمة ولم يثبت من طريق صحيح، فمن ادعى ذلك فعليه بيانه. ومن جهة المعنى أن لفظ السجود إذا اقترن بالركوع لم يكن من عزائم السجود كقوله تعالى: ﴿يَا مَرْيَمُ اقْنُتِي لِرَبِّكِ وَاسْجُدِي وَارْكَعِي مَعَ الرَّاكِعِينَ﴾ [آل عمران: ٤٣].

وجه رواية ابن حبيب ما روى عن عقبة بن عامر أنه قال: «قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم: أو فى سورة الحج سجدتان؟ قال: نعم، ومن لم يسجدهما، فلا يقرأهما»^(١) والتعلق بمثله ليس بالقوى لضعف إسناده^(٢). وأظهر ما فى الأمر سجود الصحابة فيه.

٤٧٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٥٦. البيهقى فى السنن الكبرى ٣١٧/٢. الشافعى فى الأم ١٣٧/١.

٤٧٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٥٧. البيهقى فى السنن الكبرى ٣١٧/٢.

(١) أخرجه الترمذى حديث رقم ٥٧٨. أبو داود حديث رقم ١٤٠٢. الحاكم فى المستدرک

٢٢١/١. الدارقطنى ٤٠٨/١. البيهقى فى السنن الكبرى ٣١٧/٢.

(٢) قال أبو عيسى الترمذى تعليقاً على الحديث: هذا حديث ليس إسناده بذلك القوى، واختلف أهل العلم فى هذا، فروى عن عمر بن الخطاب وابن عمر أنهما قالوا: فضلت سورة الحج بأن فيها سجدين، وبه يقول ابن المبارك والشافعى وأحمد وإسحاق، ورأى بعضهم فيها سجدة وهو قول سفيان الثورى ومالك وأهل الكوفة.

٤٧٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ الْأَعْرَجِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَرَأَ بِ﴿النَّجْمِ إِذَا هَوَى﴾ فَسَجَدَ فِيهَا، ثُمَّ قَامَ فَقَرَأَ بِسُورَةِ أُخْرَى.

الشرح: وهذه السجدة أيضاً مما اختلف أهل العلم فيها، فذهب مالك إلى أنها ليست من عزائم السجود. وذهب ابن وهب وابن حبيب إلى أنها من عزائم السجود، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وجه ما تعلق به مالك ما روى عن زيد بن ثابت: قرأت على النبي ﷺ «النجم» فلم يسجد فيها.

ووجه ما قاله ابن وهب ما روى عن عبدالله بن مسعود «أن النبي ﷺ قرأ سورة النجم فسجد فيها، فمابقي أحد من القوم إلا سجد، فأخذ رجل من القوم كفا من حصي وتراب فرفعه إلى وجهه، وقال: يكفني هذا». قال عبدالله: لقد رأيته بعد، قتل كافراً.

وما تعلق به ابن وهب أجرى على أصولها لأن من قول مالك، رحمه الله، أن سجود التلاوة ليس بواجب، ولا تمنع أن يمسك النبي ﷺ عن السجود حين رآه زيد بن ثابت ترك السجود، ليرى جواز ترك السجود، ويعلم أنه ليس بواجب، وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب، ويحتمل أن يترك ذلك لأنه لم يكن على طهارة.

فصل: وقوله: «ثم قام، فقرأ بسورة أخرى»، يريد أنه لما سجد في آخر السورة، قام فاستأنف قراءة يتصل بها الركوع والسجود الذي بالصلاة. وقد روى ابن حبيب، فيمن قرأ في الصلاة سجدة سجد لها ثم قام، فإنه مخير بين أن يركع أو يقرأ من سورة أخرى شيئاً ثم يركع، والسورة التي قرأها عمر بن الخطاب هي ﴿إِذَا زُلْزِلَتْ﴾ [الزلزلة: ١]، رواه إبراهيم النخعي عن أبيه، أنه صلى مع عمر بن الخطاب صلاة الفجر، فقرأ في الركعة الأولى بسورة يوسف، ثم قرأ في الثانية بالنجم، ثم سجد، ثم قام فقرأ ﴿إِذَا زُلْزِلَتْ الْأَرْضُ زَلْزَالَهَا﴾.

مسألة: وكره مالك للإمام أن يقرأ بالسجدة في فريضة، رواه عنه ابن القاسم. قال عنه أشهب: إلا أن يكون من وراءه عدد قليل لا يخاف أن يخلط عليهم. روى عنه ابن وهب: لا بأس أن يقرأ الإمام بالسجدة في فريضة. وقد قال ابن حبيب: لا يقرأ الإمام بالسجدة، فيما يسر فيه.

٤١٨ كتاب الصلاة

وجه رواية ابن القاسم وأشهب ما احتجا به من أنه يخلط على من خلفه لأنه أمر غير معتاد فى الصلاة. وجه رواية ابن وهب فعل عمر بن الخطاب لذلك بمحضرة الصحابة، فلم ينكر عليه منكر.

وجه قول ابن حبيب أن التخليط إنما يحصل عند الإسرار بالقراءة. وأما مع الجهر فأكثر من وراءه يعلم بموضع السجدة، فيتأهب لها ولا ينكر السجود فيها، فإن قرأ بالسجدة فى فريضة، فليسجد لها لأن ذلك حكم من قرأها، فإن قرأها فى الركعة الأولى، فلم يسجد لها، فقد قال ابن حبيب: يقرؤها فى الركعة الثانية ويسجد لها. وقال: وقد اختلف فيه قول ابن القاسم.

وجه قولنا بإعادتها أنه لما قرأ بها قد لزمه حكمها، فإذا ترك السجود لها استحب أن يعيد قراءتها، فيستدرك ما فاته من السجود لها. وأما وجه القول الثانى، فإن المنع من إعادتها مبنى على المنع من تعمد قراءتها، فلما ترك حين قراءتها، وكانت قراءتها الأولى ممنوعة منعت إعادتها.

٤٨٠ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَرَأَ سَجْدَةً، وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَنَزَلَ فَسَجَدَ، وَسَجَدَ النَّاسُ مَعَهُ، ثُمَّ قَرَأَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ الْآخِرَى، فَتَهَيَّأَ النَّاسُ لِلْسُّجُودِ، فَقَالَ: عَلَى رَسُولِكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَكْتُبْهَا عَلَيْنَا إِلَّا أَنْ نَشَاءَ، فَلَمْ يَسْجُدْ، وَمَنْعَهُمْ أَنْ يَسْجُدُوا.

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ الْعَمَلُ عَلَى أَنْ يَنْزَلَ الْإِمَامُ إِذَا قَرَأَ السَّجْدَةَ عَلَى الْمِنْبَرِ فَيَسْجُدَ.

الشرح: قوله: «قرأ بسجدة، وهو على المنبر يوم الجمعة»، يحتمل أن يكون عمر أراد أن يعلم الناس ما عنده من أمر السجود، وأن فعله وتركه جائز، وإن لم يعلم هل منهم أحد يخالفه فى رأىة أم لا، ولم يجد مجلساً أجمل من اجتماع الناس عند خطبة يوم الجمعة، فقرأها على المنبر فسجد، قال: وسجدنا معه، ويحتمل أن يريد جماعة المسلمين، وأضاف الخطاب إليه لما كان من جملتهم، وإلا فهو غلط لأن عروة لم يدرك عمر بن الخطاب، وإنما ولد فى خلافة عثمان وأكثر ما يذكر حصار عثمان، وقد كره مالك من رواية على عنه أن ينزل الإمام عن المنبر ليسجد سجدة قرأها. روى ابن المواز عن أشهب: لا يقرأ بها، فإن فعل، فليتنزل فليسجدها، ويسجد الناس معه.

وجه قول مالك أن ذلك مما يتبع عليه عمر ولا عمل أحد بعده، ولعل عمر إنما فعل ذلك تعليمًا للناس، وخاف أن يكون في ذلك خلاف، فيبادر إلى حسمه. وكان ذلك الوقت لم يعم كثير من الأحكام الناس، وقد تقررت الآن الأحكام، وانعقد الإجماع على كثير منها، وعرف الخلاف السائغ في سواها. فلا وجه لذلك مع ما فيه من التخليط على الناس بالفراغ من الخطبة والقيام إلى الصلاة.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه لما وضع المنبر، صلى عليه بالناس، فكان يقوم على المنبر، فإذا أراد السجود نزل، ثم إذا قام رقى المنبر، فقام عليه فلما انصرف، قال: «إني فعلت ذلك لتعلموا صلاتي» ولا يفعل ذلك اليوم لأن الناس قد غمهم علم ذلك. ووجه قول أشهب، وهو الأظهر، فعل عمر بن الخطاب ولم ينكر عليه أحد من الحاضرين مع كثرة عددهم.

فصل: وقوله: «فسجد وسجدنا معه»، إنما سجدوا معه لأنهم استمعوا قراءته، وهذا حكم من جلس إلى القائم يسمع قراءته أن يسجد بسجوده لما روى عن ابن عمر، كان النبي ﷺ يقرأ علينا السورة فيسجد، ونسجد حتى ما يجد أهدنا موضعًا لجهته. ومن جهة المعنى أنهم لما جلسوا إليه لهذا المعنى لزمهم أن ينصتوا لقراءته، ومن لزمه الإنصات لقراءة القارئ لزمه أن يسجد لسجود تلاوته كالمصلي.

فصل: وقوله: «على رسلكم إن الله لم يكتبها علينا، إلا أن نشاء»، بيان أن سجود التلاوة غير واجب، وقد وافقه على ذلك الصحابة حين تركوا الإنكار عليه وإجماعهم معه على ذلك، دليل على ما ذكرناه، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: سجود التلاوة واجب.

والدليل على ما ذهب إليه مالك، إجماع الصحابة في خبر عمر المتقدم. ومن جهة القياس أن هذا سجود يفعل في السفر على الراحلة، فلم يكن واجبًا كسجود النوافل.

مسألة: إذا ثبت أنه غير واجب، فإنه مؤكد. وكره مالك لأحد أن يقرأ السجدة، ولا يسجد دون مانع لما قدمناه، وكره أن يخطر في موضع السجدة، وهو على طهارة وفي وقت سجود كما كره أن يقرأها ولا يسجد لها، لأن ذلك في الوجهتين ترك لسجودها.

مسألة: وكره أن يقرأ موضع السجدة خاصة ليسجد، ولا يقرأ ما قبلها ولا ما بعدها. ووجه ذلك أنه لسجود تلاوة وإنما شرع للتالي، فلا يجوز أن يخرج عن موضعه.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ عَزَائِمَ سُجُودِ الْقُرْآنِ إِحْدَى عَشْرَةَ سَجْدَةً لَيْسَ فِي الْمُفَصَّلِ مِنْهَا شَيْءٌ.

الشرح: وهذا كما قال، رحمه الله، وعليه جمهور أصحابه، وبه قال ابن عباس وابن عمر. وقال ابن وهب: عزائم سجود القرآن أربع عشرة سجدة، فأثبت مع ما قاله ابن نافع، ثلاث سجديات في المفصل، وبه أبو جنيقة. وقال ابن حبيب: عزائم السجود خمس عشرة، فزاد إليها الآخرة من الحج، وقد رواه ابن عبدالحكم عن ابن وهب. وقال الشافعي: عزائم سجود القرآن أربع عشرة سجدة أثبت ما تقدم من السجود، وأسقط سجدة، وقال: سجدة شكر.

وفائدة ذلك أن من قرأ بها في الصلاة لم يسجد، فإن سجد، فهل تبطل صلاته أو لا؟ لأصحابه في ذلك وجهان، وقد أجاب القاضي أبو محمد عما روى من الأحاديث الصحاح في سجود النبي ﷺ في المفصل، أن مالكا لا يمنع السجود في المفصل، وإنما يمنع أن يكون من عزائم السجود، إنما وصفت بذلك للعزم على الناس في السجود فيها، وبين أنها ليست من عزائم السجود خبر ابن عباس وزيد بن ثابت ترك النبي ﷺ السجود فيها بالمدينة، فعلى هذا يكون القرآن على ثلاثة أضرب، منه ما لا بد من السجود فيه، وهي عزائم سجود القرآن، ومنه ما لا يجوز السجود فيه جملة على معنى سجود التلاوة، ومنه ما خير فيه وهي المواضع المتكلم فيها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وقول ابن وهب أظهر عندي.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن مواضع سجود القرآن في آخر الأعراف، قوله تعالى: ﴿وَلَهُ يَسْجُدُونَ﴾ [الأعراف: ٢٠٦]، وفي الرعد قوله تعالى: ﴿بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ﴾ [الأعراف: ٢٠٥]، وفي النحل قوله تعالى: ﴿وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ [النحل: ١٦]، فية سبحان قوله تعالى: ﴿وَيُزِيدُهُمْ خَشِيعَةً﴾ [الأسراء: ١٠٩]، وفي مريم قوله تعالى: ﴿سَجِدًا وَبُكْيَا﴾ [مريم: ٥٨]، وفي الحج الأولى قوله تعالى: ﴿إِنِ اللَّهُ يَفْعَلْ مَا يَشَاءُ﴾ [الحج: ١٨]، والثانية وهي مختلف فيها قوله تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]، وفي الفرقان قوله تعالى: ﴿وَوَزَادَهُمْ نَفُورًا﴾ [الفرقان: ٦٠]، وفي النمل قوله تعالى: ﴿رَبِّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ﴾ [النمل: ٢٦].

وقال الشافعي في قوله تعالى: ﴿وَمَا يَعلَنُونَ﴾ [النمل: ٧٤]، وما قاله مالك أولى لأتمام الكلام وفي: ﴿أَلَمْ تَنْزِيلِ﴾ [السجدة: ٢]، قوله تعالى: ﴿وَهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ﴾

[السجدة: ١٥]، وفي ص قوله تعالى: ﴿وآخر راکعاً وأناً﴾ [ص: ٢٤]، وفي مختصر الوقار ﴿وحسن مأب﴾ [ص: ٢٥، ٤٠]، وفي «حم فصلت» قوله تعالى: ﴿إن كنتم إياه تعبدون﴾ [البقرة: ١٧٢]. وقال ابن وهب: يسأمون.

وقال ابن وهب: واسع وفي «النجم» خاتمها. قال ابن حبيب: وكذلك في «انشقت». وقال القاضي أبو محمد: ﴿وإذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون﴾ [الأنشاق: ٢١]، وهو أظهر لأن ما بعده لا تعلق له بذكر السجود، وفي سورة العلق آخرها.

* * *

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ يَقْرَأَ مِنْ سُجُودِ الْقُرْآنِ شَيْئًا بَعْدَ صَلَاةِ الصُّبْحِ وَلَا بَعْدَ صَلَاةِ الْعَصْرِ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الصَّلَاةِ بَعْدَ الصُّبْحِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ، وَعَنِ الصَّلَاةِ بَعْدَ الْعَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمْسُ، وَالسَّجْدَةَ مِنَ الصَّلَاةِ، فَلَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَقْرَأَ سَجْدَةً فِي تَيْنِكَ السَّاعَتَيْنِ.

الشرح: وهذا كما قال لأن سجود التلاوة لما كانت صلاة، وجب أن يكون لها وقت كسائر الصلوات، واختلف قول مالك في وقتها، فقال في الموطأ: لا يقرأ بها بعد الصبح إلى طلوع الشمس ولا بعد العصر إلى غروب الشمس. وهذا يقتضى المنع من السجود في ذلك الوقت، والمنع من قراءتها مع ترك السجود لأنه لا خلاف في جواز قراءة القرآن ذلك الوقت.

روى عنه ابن القاسم في المدونة: يسجد لها بعد الصبح ما لم يسفر؟، وبعد العصر ما لم تصفر الشمس. وقال ابن حبيب: يسجد لها بعد الصبح ما لم يسفر، ولا يرخص في السجود لها بعد العصر، وإن لم تتغير الشمس.

وجه الرواية الأولى أن هذه صلاة نافلة، فمنعت بعد الصبح والعصر كسائر النوافل. ووجه الرواية الثانية أنها صلاة اختلف في وجوبها، فجاز فعلها بعد الصبح ما لم يسفر، وبعد العصر ما لم يسفر، وبعد العصر ما لم تصفر الشمس كصلاة الجنابة. ووجه قول ابن حبيب ما احتج به من قياس هذا على الطائف، يجوز له أن يركع للطواف بعد الصبح ما لم يسفر، على قول من يرى وقت الإسفار للصبح، وقت ضرورة لا وقت اختيار كاصفرار الشمس للعصر.

٤٢٢ كتاب الصلاة

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن قرأها في وقت يمنع من سجود أو قرأها على غير طهارة قال مالك: يخطر فيها ولا يقرؤها.

ووجه ذلك أنه ممنوع من السجود، وممنوع من قراءتها وترك السجود، فلزمه أن يتعدى موضع السجود فلا يقرؤها. وقال بعض شيوخنا المتأخرين: يتعدى موضع السجود خاصة، ولا يتعدى الآية كلها.

سُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ قَرَأَ سَجْدَةً وَأَمْرًا حَائِضٌ تَسْمَعُ هَلْ لَهَا أَنْ تَسْجُدَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَسْجُدُ الرَّجُلُ وَلَا الْمَرْأَةُ إِلَّا وَهَمَا طَاهِرَانِ.

الشرح: وهذا كما قال، رحمه الله، لأن سجود التلاوة صلاة، فكان من شرطها الطهارة كسائر الصلوات، ولما كانت الحائض غير طاهرة لم يكن من حكمها السجود إذا تعين ذلك على من كان طاهرًا.

مسألة: واختلف قول مالك في التكبير لسجود التلاوة، فقال مرة: يكبر، وقال مرة: لا يكبر. وخير ابن القاسم في ذلك.

وجه القول الأول أنه سجود تلاوة، فشرع التكبير في الخفض والرفع له كما لو كان في نفس الصلاة. ووجه القول الثاني أن هذه عبادة لم يشرع لها تحليل، فلم يشرع لها إحرام كالصوم.

وَسُئِلَ عَنْ امْرَأَةٍ قَرَأَتْ سَجْدَةً، وَرَجُلٌ مَعَهَا يَسْمَعُ، أَعْلَيْهِ أَنْ يَسْجُدَ مَعَهَا؟

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَسْجُدَ مَعَهَا إِنَّمَا تَجِبُ السَّجْدَةُ عَلَى الْقَوْمِ يَكُونُونَ مَعَ الرَّجُلِ فَيَأْتِمُونَ بِهِ فَيَقْرَأُ السَّجْدَةَ، فَيَسْجُدُونَ مَعَهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ مَنْ سَمِعَ سَجْدَةً مِنْ إِنْسَانٍ يَقْرؤها لَيْسَ لَهُ بِإِمَامٍ أَنْ يَسْجُدَ تِلْكَ السَّجْدَةَ.

الشرح: وهذا كما قال أن من سمع قارئًا يقرأ السجدة، ولم يأت به والائتمام به أن يجلس للاستماع منه، فإنه ليس عليه أن يسجد معه، سواء كان مارًا أو جالسًا، وإذا كانت المرأة ممن لا يجوز الائتمام بها، فلا يصح السجود معها، فيما يكون لها سواء كان مارًا أو جالسًا، وإذا كانت المرأة ممن لا يجوز الائتمام بها، فلا يصح السجود معها، فيما يكون لها فيه حكم الإمامة.

مسألة: ومن جلس للاستماع من القارئ، فقد ائتم به ولزمه حكمه، فإن كان ممن

كتاب الصلاة ٤٢٣

يصلح للإمامة، فسجد، كان على من جلس إليه السجود معه. والأصل في ذلك ما روى عن ابن عمر قال: «كان النبي ﷺ يقرأ السجدة، ونحن عنده فيسجد، ونسجد معه، فنزدحم حتى ما يجد أحدنا لجنبته موضعاً يسجد عليه.

مسألة: فإن لم يسجد القارئ، فهل يسجد المستمع؟ روى ابن القاسم عن مالك: يسجد المستمع. وقال مطرف وابن الماجشون: لا يسجد المستمع.

وجه القول الأول أن سجود التلاوة يلزما القارئ والمستمع، فإذا ترك القارئ ما ندب إليه، فعلى المستمع أن يأتي به.

وجه القول الثاني أن القارئ إمام فلا تصح مخالفته.

* * *

ما جاء في قراءة «قل هو الله أحد» و«تبارك الذي بيده الملك»

٤٨١ - مالك، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي صعصعة، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري أنه سمع رجلاً يقرأ: «قل هو الله أحد» يرددّها، فلما أصبح غداً إلى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له، وكان الرجل يتقالها، فقال رسول الله ﷺ: «والذي نفسي بيده إنها لتعدل ثلث القرآن».

الشرح: قوله: «فلما أصبح غداً إلى رسول الله ﷺ»، يحتمل أن يكون الغادي هو الرجل، فذكر له أنه تهجد بـ «قل هو الله أحد» [الإخلاص: ١]، فأخبره ﷺ أنها تعدل ثلث القرآن، وكان الرجل يتقالها، يعني يراها قليلاً من القرآن، ويتأسف إذ لا يحسن غيرها ليتهجد به، ويحتمل أن يكون الغادي على رسول الله ﷺ هو أبو سعيد الخدري.

فصل: وقوله ﷺ: «والذي نفسي بيده» قسم على معنى التأكيد مع أنه مصدق بالخبر.

وقوله ﷺ: «إنها تعدل ثلث القرآن» يحتمل أن يريد أن للقارئ بها من الأجر ما

٤٨١ - أخرجه البخاري في فضائل القرآن حديث رقم ٥١٠٤. والنسائي في الصغرى في الافتتاح حديث رقم ٩٩٥. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ١٤٦١. وأحمد في المسند حديث رقم

٤٢٤ كتاب الصلاة

للقارئ بثلاث القرآن، ويحتمل أن يريد بذلك لمن لا يحسن غيرها، ومنعه من تعلمها عذر، ويحتمل أن يريد أن أجرها مع التضعيف يعدل أجر ثلث القرآن من غير تضعيف، ويحتمل أن الأجر عليها لذلك القارئ أو لقارئ على صفة ما من الخشوع والتفكير والتدبر وإحضار الفهم وتجديد الإيمان، مثل أجر من قرأ ثلث القرآن، على غير هذه الصفة، والله يضاعف لمن يشاء، والله أعلم بذلك.

٤٨٢ - مَالِك، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عُبَيْدِ بْنِ حُنَيْنٍ مَوْلَى آلِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: أَقْبَلْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَمِعَ رَجُلًا يَقْرَأُ: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَجِبَتْ» فَسَأَلْتُهُ مَاذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ: «الْحِنَّةُ» فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: فَأَرَدْتُ أَنْ أَذْهَبَ إِلَيْهِ فَأَبْشَرَهُ نُمٌّ فَرَفَّتُ^(١) أَنْ يَفُوتَنِي الْغَدَاءُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَثَرْتُ الْغَدَاءَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نُمٌّ ذَهَبْتُ إِلَى الرَّجُلِ فَوَجَدْتُهُ قَدْ ذَهَبَ.

الشرح: قوله: «فسمع رجلاً يقرأ ﴿قل هو الله أحد﴾» يحتمل أن يكون في غير صلاة.

وقوله ﷺ: «وجبت» يحتمل أن يريد بذلك تنبيه أبي هريرة ومن كان معه على فضلها وكثرة الثواب لقارئها.

وقوله: «ثم فرقت أن يفوتني الغداء مع رسول الله ﷺ». قال: بن وضاح: الغداء هاهنا صلاة الغداة، ولا يعرف ذلك في كلام العرب، وإنما الغداء ما يؤكل بالغداة. وكان أبو هريرة يلزم رسول الله ﷺ لشبع بطنه، فكان يتغذى معه ويتعشى، فحاف إن مر إلى الرجل يبشره أن يغيب عن الغداء معه فيفوته.

٤٨٣ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ تَعْدِلُ ثَلَاثَ الْقُرْآنِ^(١)، وَأَنَّ ﴿تَبَارَكَ الَّذِي

٤٨٢ - أخرجه الترمذى فى فضائل القرآن حديث رقم ٢٨٢٢. وأحمد فى المسند حديث رقم

١٠٥٣٦، ٧٩٥١.

(١) فرقت: رخصت.

٤٨٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٦١.

(١) أخرج شطره عن النبى ﷺ من طرق أخرجه البخارى ٣٢٥/٦ كتاب فضائل القرآن =

بِيَدِهِ الْمُلْكُ ﴿﴾ تُجَادِلُ عَنْ صَاحِبِهَا.

الشرح: قوله: «إن ﴿تبارك الذى بيده الملك﴾ [الملك: ١]، تجادل عن صاحبها»، قيل معناه تجادل عنه فى القبر. روى زاذان بن مسعود، قال: هى المانعة، تمنع من عذاب القبر، إذا توفى الرجل يؤتى من قبل رجله، فتقول رجلاه: إنه لا سبيل لكم على ما قبلى، إنه قد وعى بى سورة الملك، ويؤتى من قبل رأسه، فيقول: والله لا سبيل لكم على ما قبلى، إنه كان يقرأ فى سورة الملك.

قال: وهى فى التوراة مكتوبة: سورة الملك من قرأها فى ليلة فقد أكثر وأطنب. وقوله: فيقول بطنه: وعى فى سورة الملك، يحتمل أن يريد به باطن ظهره، فيدخل فيه الصدر وغيره لأن الصدر هو الذى حوى السورة، وهو نحو قول الرأس أنه قرأ فى السورة الملك، وإنما قرأها بالفم لكنه من جملة الرأس.

* * *

ما جاء فى ذكر الله تبارك وتعالى

٤٨٤ - مَالِك، عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ قَالَ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَخَدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ لَهُ الْمُلْكُ، وَلَهُ الْحَمْدُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، فِي يَوْمٍ مِائَةَ مَرَّةٍ، كَانَتْ لَهُ عَدْلَ عَشْرِ رِقَابٍ، وَكُتِبَتْ لَهُ مِائَةُ حَسَنَةٍ، وَمُحِيتَ عَنْهُ مِائَةُ سَيِّئَةٍ، وَكَانَتْ لَهُ حِرْزًا مِنَ الشَّيْطَانِ يَوْمَهُ ذَلِكَ حَتَّى يُمْسِيَ، وَلَمْ يَأْتِ أَحَدٌ بِأَفْضَلَ مِمَّا جَاءَ بِهِ إِلَّا أَحَدًا عَمِلَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ».

الشرح: قوله: «كانت له عدل عشر رقاب»، معناه أن ثوابها يعدل ثواب عتق رقاب.

=فضل ﴿قل هو الله أحد﴾، عن أبى سعيد الخدرى. وأحمد ٨/٣، عن أبى سعيد الخدرى. والدارمى ٤٦١/٢، عن أبى أيوب الأنصارى. والطبرانى فى الكبير ٢٥٥/١٧، عن أبى مسعود الأنصارى. وأبو نعيم فى تاريخ أصفهان ١١/٢، عن أبى مسعود الأنصارى، وغيرهم.

٤٨٤ - أخرجه البخارى فى بدء الخلق حديث رقم ٣٢٩٣. ومسلم فى الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار حديث رقم ٢٦٩١. والترمذى فى الدعوات حديث رقم ٣٣٩٠. وابن ماجه فى الأدب حديث رقم ٣٧٩٨. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٩٤٨، ٨٥٠٢، ٨٦٥٦.

٤٢٦ كتاب الصلاة

وقوله: «ولم يأت أحد بأفضل مما جاء به إلا أحد عمل أكثر من ذلك»، تنبيه على أن هذا غاية في ذكر الله تعالى، وأنه قل ما يزيد عليه، ولذلك قال: ولم يأت أحد بأفضل مما جاء، ولو لم يفد ذلك لبطلت فائدة الكلام؛ لأن كل ما أتى إنسان ببعضه، فإن أحدًا لا يأتي بأفضل مما جاء بأكثر من ذلك، لكنه أفاد بذلك أن هذا غاية في بابه، ثم قال: إلا رجل عمل أكثر من ذلك، لئلا يقطن السامع أن الزيادة على ذلك ممنوعة كتكرار العمل في الموضوع.

ووجه ثان، وهو يحتمل أن يريد أنه لا يأتي أحد من سائر أبواب البر بأفضل مما جاء به إلا رجل عمل من هذا الباب أكثر من عمله.

٤٨٥ - مَالِك، عَنْ سُمَى مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ قَالَ: سُبْحَانَ اللَّهِ وَبِحَمْدِهِ فِي يَوْمٍ مِائَةَ مَرَّةٍ حُطَّتْ عَنْهُ خَطَايَاهُ وَإِنْ كَانَتْ مِثْلَ زَبَدِ الْبَحْرِ».

٤٨٦ - مَالِك، عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ مَوْلَى سُلَيْمَانَ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَزِيدَ النَّيْسِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ سَبَّحَ دُبُرَ كُلِّ صَلَاةٍ ثَلَاثًا وَثَلَاثِينَ، وَكَبَّرَ ثَلَاثًا وَثَلَاثِينَ، وَحَمِدَ ثَلَاثًا وَثَلَاثِينَ، وَخَتَمَ الْمِائَةَ بِلا إِلَهَ إِلا اللَّهُ وَخَدَهُ لا شَرِيكَ لَهُ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، غُفِرَتْ ذُنُوبُهُ وَلَوْ كَانَتْ مِثْلَ زَبَدِ الْبَحْرِ.

الشرح: قوله ﷺ: «حطت عنه خطاياها»، يريد أنه يكون في ذلك كفارة، كقوله تعالى: ﴿إِن الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ﴾ [هود: ١١٤].

وقوله: «من قال: سبحان الله»، التسييح، وهو التنزيه لله تعالى عما يقوله الظالمون.

وقوله: «ثم ختم المائة بلا إله إلا الله»، يريد أن التسييح والتكبير والتحميد تسعة

٤٨٥ - أخرجه البخاري في الدعوات حديث رقم ٦٤٠٥. ومسلم في الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار حديث رقم ٢٦٩١. والترمذي في الدعوات حديث رقم ٣٣٨٨. وابن ماجه في الأدب حديث رقم ٣٨١٢. وأحمد في المسند حديث رقم ٧٩٤٨، ٨٦٥٦، ١٠٣٠٥.

٤٨٦ - أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٩٧. وأحمد في المسند حديث رقم ٧٢٠٢، ٨٦١٦، ٩٨٩٧.

كتاب الصلاة ٤٢٧
وتسعون اسما، فإذا هلك أكمل المائة، وذلك مما يغفر ذنوبه، والغفران معناه فى كلام العرب السترة.

وقوله: «وإن كانت مثل زيد البحر»، يريد فى كثرتها، فإن ما قاله يعدل ذلك.

٤٨٧ - مَالِك، عَنْ عُمَارَةَ بْنِ صَيَّادٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ فِي الْبَاقِيَاتِ الصَّالِحَاتِ: إِنَّهَا قَوْلُ الْعَبْدِ: اللَّهُ أَكْبَرُ، وَسُبْحَانَ اللَّهِ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ، وَلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ.

الشرح: قوله: «الباقيات الصالحات»^(١)، يحتمل أن يريد قوله تعالى: ﴿وَالْبَاقِيَاتِ الصَّالِحَاتِ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمْلًا﴾ [الكهف: ٤٦]، ويحتمل أن يصفها بذلك لأنها باقيات لصاحبها وصالحات لجزيل ثوابها فى المعاد وحين الحاجة لأن كل ما يتجمل به المشركون من المال والبنين زينة الحياة الدنيا، ليس يبقى لهم ولا يعود بمصلحة عليهم، فأخبر سعيد بن المسيب أن الباقيات الصالحات هى هذه الكلمات الخمس.

٤٨٨ - مَالِك، عَنْ زِيَادِ بْنِ أَبِي زِيَادٍ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ: أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ أَعْمَالِكُمْ وَأَرْفَعِهَا فِي دَرَجَاتِكُمْ، وَأَزْكَاهَا عِنْدَ مَلِيكِكُمْ، وَخَيْرِ لَكُمْ مِنْ إِعْطَاءِ

٤٨٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٦٥. الدرر المنثور ٣٩٨/٥.

(١) قال فى الاستذكار ١٢٨/٨: على مثل قول سعيد بن المسيب فى ﴿الباقيات الصالحات﴾ أكثر أهل العلم قالوا ذلك فى تأويل قول الله تعالى: ﴿وَالْبَاقِيَاتِ الصَّالِحَاتِ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمْلًا﴾. وروى ابن جريج عن عبد الله بن عثمان بن خيثم، عن نافع بن سرجس مولى ابن عباس أنه سأل عبد الله بن عمر عن ﴿الباقيات الصالحات﴾ فقال: لا إله إلا الله، والله أكبر، والحمد لله، وسبحان الله، ولا حول ولا قوة إلا بالله. وقال ابن جريج، وقال عطاء بن أبر رباح مثل ذلك. وقال عطاء الخراسانى عن ابن عباس قال: هى الأعمال الصالحة وسبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله، والله أكبر. وكان مسروق يقول: ﴿الباقيات الصالحات﴾: هن الصلوات وهن الحسنات ينهين السيئات. وروى معمر عن قتادة عن سعيد ابن المسيب، قال: لأن أذكر الله من بكرة إلى الليل أحب إلى أن أحمل على الجهاد فى سبيل الله من بكرة إلى الليل.

٤٨٨ - أخرجه الترمذى فى الدعوات حديث رقم ٣٢٩٩. وابن ماجه فى الأدب حديث رقم ٣٧٩٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢١١٩٥، ٢٦٩٧٧.

الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَخَيْرَ لَكُمْ مِنْ أَنْ تَلْقَوْا عَدُوَّكُمْ فَتَضْرِبُوا أَعْنَاقَهُمْ وَيَضْرِبُوا
أَعْنَاقَكُمْ؟ قَالُوا: بَلَى، قَالَ: ذِكْرُ اللَّهِ تَعَالَى.

الشرح: قوله: «ذكر الله تعالى» يحتمل معاني؛ لأن ذكر الله على ضربين، أحدهما: ذكر باللسان، والثاني: ذكر عند الأوامر بامثالها، وعند المعاصي باجتنابها، وهو ذكر، والذكر باللسان على ضربين: واجب ومندوب إليه، فالواجب قراءة القرآن في الصلاة والتكبير والتسليم فيها، وما جرى مجرى ذلك، والمندوب إليه سائر الأذكار من قراءة القرآن والتسبيح والتهليل وغير ذلك، فأما الواجب من الذكر، فيحتمل أن يفضل على سائر أعمال البر من الجهاد والزكاة وغيرها، فيقال إن ثواب المصلي أكثر من ثواب غيره، إما على الإطلاق، وإما في وقت من الأوقات أو على حال من الأحوال، وأما المندوب إليه، فيحتمل أن يفضل على سائر البر المندوب إليها لمعنيين، أحدهما: أن الثواب عليه أعظم، وهذا طريقه الخير، والثاني كثرة تكرره، وهذا يعرف بالمشاهدة والنظر.

قَالَ زِيَادُ بْنُ أَبِي زِيَادٍ، قَالَ أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ: مَا عَمِلَ ابْنُ آدَمَ مِنْ عَمَلٍ أَنْجَى لَهُ مِنْ عَذَابِ اللَّهِ مِنْ ذِكْرِ اللَّهِ.

الشرح: يحتمل أن يريد هاهنا بذكر الله الذكركين جميعاً بالقلب عند الأوامر والنواهي والذكر باللسان من التسبيح والتهليل وتلاوة القرآن، فإذا قلت إنه الذكر باللسان، فإنه يحتمل أن يريد الذكر في الصلاة لما تقدم من فضلها على غيره، ويحتمل أن يريد سائر الأذكار لتكررها، وخفتها على اللسان.

٤٨٩ - مَالِكٌ عَنْ نَعِيمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْمُخَمِرِيِّ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ يَحْيَى الزُّرْقِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ رَافِعٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنَّا يَوْمًا نُصَلِّي وَرَاءَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَلَمَّا رَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَأْسَهُ مِنَ الرَّكْعَةِ وَقَالَ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ، قَالَ رَجُلٌ: وَرَأَى رَبَّنَا وَكَانَ الْحَمْدُ حَمْدًا كَثِيرًا طَيِّبًا مُبَارَكًا فِيهِ، فَلَمَّا انصَرَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَالَ: مَنْ الْمُتَكَلِّمُ إِنْفَاءً؟ فَقَالَ الرَّجُلُ: أَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَقَدْ رَأَيْتُ بَضْعَةً وَثَلَاثِينَ مَلَكًا يَتَدِرُونَهَا أَيُّهُمْ يَكْتُبُهَا أَوَّلًا».

٤٨٩ - أخرجه البخارى فى الأذان حديث رقم ٧٩٩. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٣٦٩. والنسائى فى الصغرى فى الافتتاح حديث رقم ٩٣١. والتطبير حديث رقم ١٠٦٢. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٧٧٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٨٥١٧.

الشرح: وقوله ﷺ: «من المتكلم أنا»، وإن كان غيره لم يخل من الكلام في ذلك الوقت لما علم أنه المراد لأنه اختص بكلام غير معهود.

وقوله ﷺ: «لقد رأيت بضعا وثلاثين ملكا» البضع ما بين الثلاث إلى التسع. وقوله: «يبتدرونها أيهم يكتبها» أول دليل على عظم ثوابها ورفع درجة صاحبها وأن لكتابها أولا مزية، وإن كان جميعهم يكتبها، وقد روى عن مالك أنه لم ير عمل على هذا وكره أن يقولها المصلي. ووجه ذلك لمن يتخذها من الأقوال المشروعة كالتكبير وسمع الله لمن يحمده.

* * *

ما جاء في الدعاء

٤٩٠ - مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لكل نبي دعوة يدعو بها، فأريد أن أختبي دعوتي شفاعا لأمتي في الآخرة».

الشرح: قوله: «لكل نبي دعوة يدعو بها» يريد بذلك مجابة، قد وعد الإجابة فيها، وأن النبي ﷺ خبا ذلك لأمته إلى الآخرة ليشفع بها فيهم، وهذا يدل على ثبوت الشفاعة له في الآخرة.

٤٩١ - مالك، عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن رسول الله ﷺ كان يدعو فيقول: «اللهم فالق الإصباح، وجاعل الليل سكنا، والشمس والقمر حسبانا، اقض عني الدين، وأغنني من الفقر، وأمتعني بسمعي وبصري وقوتي في سبيلك».

الشرح: قوله ﷺ: «اللهم فالق الإصباح» دعا الله تعالى بما وصف به نفسه في قوله عز وجل: «فالق الإصباح وجاعل الليل سكنا» [الأنعام: ٩٦]، ومعنى فالق الإصباح الذي خلقه وأبدأه وأظهره، والفلق البحر.

٤٩٠ - أخرجه البخاري في الدعوات حديث رقم ٦٣٠٤. ومسلم في الإيمان حديث رقم ١٩٨. والترمذي في الدعوات حديث رقم ٣٥٢٦. وابن ماجه في الزاهد حديث رقم ٤٣٠٧. وأحمد في المسند حديث رقم ٧٦٥٧، ٢٧٣٤٨، ٨٧٣٦، ٨٨٩٨، ٩٠٤٨، ٩٢٢٠، ٩٢٦٨، ٩٩٣٨. والدارمي في الرقائق حديث رقم ٢٨٠٥.

٤٩١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٦٩.

وقوله: «وجاعل الليل سكناً» الجعل فى كلام العرب على معنيين، أحدهما: بمعنى الخلق وذلك كقوله تعالى: ﴿الحمد لله الذى خلق السموات والأرض وجعل الظلمات والنور﴾ [الأنعام: ١]، وأما إذا تعدى إلى مفعولين، فقد يكون بمعنى الحكم والتسمية، وقد يكون بمعنى الخلق، فأما الأول ففى قوله تعالى: ﴿وجعلوا الملائكة الذين هم عباد الرحمن إناثاً﴾ [الزخرف: ١٩]، معناه سموهم ووصفهم بأنهم إناث، وأما الثانى فمن قولهم: الحمد لله الذى جعلنى مسلماً معناه خلقنى مسلماً، فقوله تعالى: ﴿وجعل الليل سكناً﴾ يحتمل الوجهين جميعاً.

فصل: وقوله تعالى: ﴿وجعل الليل سكناً﴾، يعنى أنه يسكن فيه، وقوله تعالى: ﴿والشمس والقمر حسباباً﴾ [الأنعام: ٩٦]، بمعنى يحسب بهما الأيام والشهور والأعوام، قال الله تعالى ﴿الذى جعل الشمس ضياءً والقمر نوراً وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب﴾ [يونس: ٥].

فصل: وقوله ﷺ: «قوتى فى سبيلك» يحتمل أن يريد به جهاد العدو، ويحتمل أن يريد به سائر أعمال البر من تبليغ الرسالة وغيرها، فإن ذلك كله فى سبيل الله. وقد قال مالك فىمن قال: مالى هذا فى سبيل الله، سبيل الله كثيرة، ولكن يوضع فى باب الغزور.

وجه ذلك أن هذه اللفظة إذا أطلقت فإن عرفها الجهاد والغزور، وإن جاز أن تطلق على سائر الأعمال بقرينة.

٤٩٢ - مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقل أحدكم إذا دعا اللهم اغفر لى إن شئت، اللهم ارحمنى إن شئت، ليغزى المسألة فإنه لا مكره له».

الشرح: قوله ﷺ: «لا يقل أحدكم اللهم اغفر لى إن شئت» معناه لا يشترط مشيئته باللفظ، فإن ذلك أمر معلوم متيقن أنه لا يغفر إلا أن يشاء، ولا يصح غير هذا، فلا معنى لاشتراط المشيئة لأنها إنما تشتترط فىمن يصح منه أن يفعل دون أن يشاء بالإكراه وغيره، مما تنزه الله سبحانه عنه.

٤٩٢ - أخرجه البخارى فى الدعوات حديث رقم ٦٣٣٩. ومسلم فى الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار حديث رقم ٢٦٧٩. والترمذى فى الدعوات حديث رقم ٣٤١٩. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٤٨٣. وابن ماجه فى الدعاء حديث رقم ٣٨٥٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٢٧٢، ٧٢٧٣، ١٠١١٦، ١٠٤٨٦.

كتاب الصلاة ٤٣١

وقد بين ذلك ﷺ في آخر الحديث بقوله: «فإنه لا مكره له». ومعنى قوله: «ليعزم المسألة» أى يعرى دعاءه وسؤاله من لفظ المشيئة، ويسأل سؤال من يعلم أنه لا يفعل إلا أن يشاء. وأيضا فإن فى قوله: «إن شئت»، نوعاً من الاستغناء عن مغفرته كقوله القائل إن شئت أن تعطيني كذا فافعل، لا يستعمل هذا إلا مع الغنى عنه، وأما المضطر إليه، فإنه مسألته ويسأل سؤال فقير مضطر إلى ما سأله.

٤٩٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ مَوْلَى ابْنِ أَزْهَرَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يُسْتَجَابُ لِأَحَدِكُمْ مَا لَمْ يَعْجَلْ، فَيَقُولُ: قَدْ دَعَوْتُ فَلَمْ يُسْتَجَبْ لِي».

الشرح: قوله ﷺ: «يستجاب لأحدكم» يحتمل معنيين، أحدهما: أن يكون معنى قوله: يستجاب، الإخبار عن وجوب وقوع الإجابة، والثانى: الإخبار عن جواز وقوعها، فإذا كانت فى معنى الإخبار عن الوجوب، فإن الإجابة تكون لأحد الثلاثة أشياء، إما أن يعجل ما سأل فيه، وإما أن يكفر عنه به، وإما أن يدخر له، فإذا قال قد دعوت، فلم يستجب لى بطل وجوب أحد هذه الثلاثة الأشياء، وعرى الدعاء من جميعها، وإذا كان بمعنى جواز الإجابة، فإن الإجابة حينئذ تكون بفعل ما دعا به خاصة، ويمنع من ذلك قول الداعى: قد دعوت فلم يستجب لى؛ لأن ذلك من باب بالقنوط وضعف اليقين والسخط.

٤٩٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْأَعْرَبِيِّ، وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنِ

٤٩٣ - أخرجه البخارى فى الدعوات حديث رقم ٦٣٤٠. ومسلم فى الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار حديث رقم ٢٧٣٥. والترمذى فى الدعوات حديث رقم ٣٣٠٩، ٣٣٨٧، النسائى فى الصغرى فى الزينة حديث رقم ٥١١٧. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٤٨٤. والمناسك حديث رقم ١٧٤٦. وابن ماجه فى الدعاء حديث رقم ٣٨٥٣، ٣٨٦٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٩٩٣٩.

٤٩٤ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١١٤٥. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٥٨. والترمذى فى الصلاة حديث رقم ٤٠٨. والدعوات حديث رقم ٣٤٢٠. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ١٣١٥. والسنة حديث رقم ٤٧٣٣. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٣٦٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٤٥٧، ٧٥٣٨، ٧٧٣٣، ٨٧٥١، ٢٧٦٢٠، ٩٣٠٨، ٩٩٤٠، ١٠١٦٦، ١٠٢٤٠، ١٠٣٧٧. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٧٨، ١٤٧٩.

٤٣٢ كتاب الصلاة

أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يُنزِلُ رَبُّنَا تَبَارَكَ وَتَعَالَى كُلَّ لَيْلَةٍ إِلَى السَّمَاءِ الدُّنْيَا حِينَ يَبْقَى ثُلُثُ اللَّيْلِ الْآخِرِ، فَيَقُولُ: مَنْ يَدْعُونِي فَأَسْتَجِيبَ لَهُ، مَنْ يَسْأَلُنِي فَأُعْطِيَهُ، مَنْ يَسْتَغْفِرُنِي فَأَغْفِرَ لَهُ.»

الشرح: قوله ﷺ: «ينزل ربنا عز وجل كل ليلة إلى السماء الدنيا» إخبار عن إجابة الدعاء في ذلك الوقت وإعطاء السائلين ما سألوه، وغفرانه للمستغفرين، وتبنيه على فضيلة ذلك الوقت، وحض على كثرة الدعاء والسؤال والاستغفار فيه.

ومن هذا المعنى ما روى عنه ﷺ أنه قال: «إذا تقرب إلى عبدي شبرًا تقربت إليه ذراعًا، وإذا تقرب إلى ذراعًا تقربت إليه باعًا، وإذا أتاني يمشي أتيت إليه هرولة» ولم يرد به التقرب في المسافة، فإن ذلك غير ممكن ولا موجود، إنما أراد التقرب بالعمل من العبد، والقرب منه تعالى بالإجابة والقبول، ومن ذلك يقال فلان قريب من فلان، ويقولون في الرئيس: هو قريب من الناس إذا كان كثير الإسعاف لهم، والترحيب بهم، وهو مشهور في كلام العرب.

وفي العتبية سألت مالكًا عن الحديث الذي جاء في جنازة سعد بن معاذ في العرش، فقال: لا يتحدثن به وما يدعو الإنسان إلى أن يتحدث به، وهو يرى ما فيه من التغير، وحديث: «إن الله خلق آدم على صورته» وحديث الساق. قال ابن القاسم: لا ينبغي لمن يتقى الله أن يحدث بمثل هذا. قيل له: فالحديث الذي جاء «إن الله سبحانه ضحك» فلم يره من هذا وأجازه.

وقال: وحديث التنزل، ويحتمل أن يفرق بينهما من وجهين، أحدهما: أن حديث التنزل والضحك أحاديث صحاح، لم يطعن في شيء منها، وحديث اهتزاز العرش قد تقدم الإنكار له والمخالفة فيه من الصحابة، وحديث الصورة والساق ليست أسانيدنا تبلغ في الصحة درجة حديث التنزل. والوجه الثاني أن التأويل في حديث التنزل أقرب وأبين والغرر بسوء التأويل فيها أبعد، والله أعلم وأحكم.

٤٩٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ

٤٩٥ - أخرجه مسلم في الصلاة حديث رقم ٤٨٦. والترمذي في الدعوات حديث رقم ٣٤١٥. والنسائي في الصغرى في الطهارة حديث رقم ١٦٦. والتطبیق حديث رقم ١١٠٠. والاستعاذة حديث رقم ٥٥٣٢. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٨٧٩. وابن ماجه في الدعاء حديث رقم ٣٨٤١. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٣٧٩١، ٢٥١٢٧.

كتاب الصلاة ٤٣٣

أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ قَالَتْ: كُنْتُ نَائِمَةً إِلَى جَنْبِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَفَقَدْتُهُ مِنْ اللَّيْلِ، فَلَمَسْتُهُ بِيَدِي فَوَضَعْتُ يَدِي عَلَى قَدَمَيْهِ، وَهُوَ سَاجِدٌ، يَقُولُ: «أَعُوذُ بِرِضَاكَ مِنْ سَخَطِكَ، وَبِمَعَافَاتِكَ مِنْ عُقُوبَتِكَ، وَبِكَ مِنْكَ، لَا أَحْصِي ثَنَاءً عَلَيْكَ، أَنْتَ كَمَا أَنْثَيْتَ عَلَيَّ نَفْسِي».

الشرح: قولها: «فلمسته بيدي فوضعتها على قدميه وهو ساجد»، دليل على أن اللمس بمجرد لا ينقض الطهارة ولو كان ينقض الطهارة لمنعه ذلك من استدامة السجود، ولكنه لما عرى عن اللذة لم ينقض الطهارة، وقد تقدم الكلام فيه.

وقوله ﷺ: «لا أحصى ثناء عليك» يحتمل أن يريد به لا أحصى شيئاً من الثناء عليك، فيكون أبلغ في المدح من قوله: لا أحصى الثناء عليك.

٤٩٦ - مَالِك، عَنْ زِيَادِ بْنِ أَبِي زِيَادٍ، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَرِيزٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَفْضَلُ الدُّعَاءِ دُعَاءُ يَوْمِ عَرَفَةَ، وَأَفْضَلُ مَا قُلْتُ أَنَا وَالنَّبِيُّونَ مِنْ قَبْلِي: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَخَدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ».

الشرح: قوله: «أفضل الدعاء يوم عرفة»، يعنى أكثر الذكر بركة وأعظمه ثواباً وأقربه إجابة، ويحتمل أن يريد الحاج خاصة لأن معنى دعاء يوم عرفة فى حقه يصح وبه يختص وأن وصف اليوم فى الجملة بيوم عرفة، فإنه يوصف بفعل الحاج فيه، والله أعلم.

٤٩٧ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ، عَنْ طَاوُسِ الْيَمَانِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ

٤٩٦ - أخرجه الترمذى ٥٧٢/٥ حديث رقم ٣٥٨٥ كتاب الدعوات باب ١٢٣ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. عبدالرزاق فى المصنف برقم ٨١٢٥، ٣٧٨/٤ عن طلحة بن عبيدالله ابن كريب. البغوى فى شرح السنة ١٥٧/٧ عن طلحة بن عبيدالله بن كريب. وذكره فى الكنز برقم ١٢٠٧٩ وعزاه السيوطى إلى مالك عن طلحة بن عبيدالله بن كريب مرسلًا. وقال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٠١/٤: لا خلاف عن مالك فى إرسال هذا الحديث كما رأيت، ولا أحفظه بهذا الإسناد من وجه يحتج بمثله، وقد جاء مسنداً من حديث على بن أبى طالب، وعبدالله بن عمرو بن العاص. فأما حديث على، فإنه يدور على دينار أبى عمرو، عن ابن الحنفية وليس دينار ممن يحتج به. وحديث عبدالله بن عمرو من حديث عمرو بن شعيب، وليس دون عمرو من يحتج به فيه. وأحاديث الفضائل لا يحتاج فيها إلى من يحتج به.

٤٩٧ - أخرجه مسلم فى المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٥٩٠. والترمذى فى الدعوات =

٤٣٤ كتاب الصلاة

عَبَّاسٌ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُعَلِّمُهُمْ هَذَا الدُّعَاءَ كَمَا يُعَلِّمُهُمُ السُّورَةَ مِنَ الْقُرْآنِ يَقُولُ: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ عَذَابِ جَهَنَّمَ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ عَذَابِ الْقَبْرِ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الْمَسِيحِ الدَّجَالِ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الْمَحْيَا وَالْمَمَاتِ».

الشرح: قوله: «كان يعلمهم هذا الدعاء، كما يعلمهم السورة من القرآن»، دليل على تأكده وما ندب إليه من تحفظ ألفاظه.

وقوله ﷺ: «وأعوذ بك من فتنة المسيح الدجال» سمي الدجال المسيح لأنه ممسوح العين اليمنى، وسمى عيسى بن مريم عليه السلام مسيحاً لسياحته فى الأرض، وقيل لحسنه.

وقوله ﷺ: «وأعوذ بك من فتنة المحيا والممات» دليل على أن بعد الموت فتنة، وهى فتنة القبر.

٤٩٨ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ، عَنْ طَاوُسِ الْيَمَانِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا قَامَ إِلَى الصَّلَاةِ مِنْ جَوْفِ اللَّيْلِ، يَقُولُ: «اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ، أَنْتَ نُورُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ، وَلَكَ الْحَمْدُ أَنْتَ قِيَامُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ، وَلَكَ الْحَمْدُ أَنْتَ رَبُّ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَنْ فِيهِنَّ، أَنْتَ الْحَقُّ، وَقَوْلُكَ الْحَقُّ، وَوَعْدُكَ الْحَقُّ، وَلِقَاؤُكَ حَقٌّ، وَالْجَنَّةُ حَقٌّ، وَالنَّارُ حَقٌّ، وَالسَّاعَةُ حَقٌّ، اللَّهُمَّ لَكَ أَسَلَمْتُ، وَبِكَ آمَنْتُ، وَعَلَيْكَ تَوَكَّلْتُ، وَإِلَيْكَ أَنْبَتُ، وَبِكَ خَاصَمْتُ، وَإِلَيْكَ حَاكَمْتُ، فَاعْفِرْ لِي مَا قَدَّمْتُ وَأَخَّرْتُ وَأَسْرَرْتُ، وَأَعْلَنْتُ أَنْتَ إِلَهِي لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ».

=حديث رقم ٣٤١٦، ٣٤٩٤. والنسائي فى الصغرى فى الجنائز حديث رقم ٢٠٦٢. والصيام حد. رقم ٢٠٩٠. والاستعاذة حديث رقم ٥٥١٠. والأشربة حديث رقم ٥٦٠٦. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٩٨٤، ١١٦٥، ١٥٤٢. والمناسك حديث رقم ١٨٠٧. وابن ماجه فى الدعاء حديث رقم ٣٨٤٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢١٦٩، ٢٣٣٨، ٢٦٦٢، ٢٧٠٤، ٢٧٧٤، ٢٨٣٤.

٤٩٨ - أخرجه البخارى فى الجمعة حديث رقم ١١٢٠. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٧٦٩. والترمذى فى الدعوات حديث رقم ٣٣٤٠. والنسائي فى الصغرى فى قيام الليل وتطوع النهار حديث رقم ١٦١٨. وأبو داود فى الصلاة حديث رقم ٧٧١. وابن ماجه فى إقامة الصلاة والسنة فيها حديث رقم ١٣٥٥. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٧٠٥، ٢٧٤٣، ٢٨٠٨، ٢٣٥٨، ٣٤٥٨. والدارمى فى الصلاة حديث رقم ١٤٨٦.

الشرح: قوله ﷺ: «أنت نور السموات والأرض» يحتمل أن يكون من قوله: ﴿اللَّهُ نُورُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ [النور: ٣٥]، قيل معناه ذو نور السموات والأرض. وروى عن ابن عباس، معناه هادى أهل السموات والأرض. وروى عن ابن عباس ومجاهد معناه مدبرهما، شمسهما وقمرهما، ونحوهما.

وقال ابن عرفة: نور السموات والأرض، أى منيرهما، كما يقال فلان مغيث بمعنى مغيثنا، فعلى قول من قال: معناه ذو نور السموات، وذو نوره القرآن، قال كعب: النور محمد ﷺ، فهو يعود إلى أنه ذو النور الذى أصاب السموات والأرض، وإذا قلنا إن معناه هادى أهل السموات والأرض، فيحتمل أن يكون معناه أن الهدى الذى يهدى به منير بين فى نفسه، ويحتمل أن يريد به ينير قلوب المؤمنين، وإذا قلنا معناه مدبر السموات والأرض، فإن معناه أنه به يكون ومن خلقه وتدبيره الشمس والقمر والنجوم التى تنير السموات والأرض، ويحتمل أن يريد به النور بمعنى الهداية، وأنه هاد يهتدى به أهل السموات والأرض.

فصل: وقوله: «ولك الحمد أنت قيام السموات والأرض»، يقال فيه: قيام وقيوم، وقال ابن عباس: القيام الذى لا يزول. وقال مجاهد: معناه القائم على كل شىء، فإذا قلنا معنى القيام الذى لا يزول من قوله تعالى: ﴿قِيَوْمَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ أى الدائم حكمه فيهما وتدبيره لهما وأنه لا قائم يضاف تدبيرهما إليه غيره تعالى. وإذا قلنا معنى القيام، القائم على كل شىء، فيحتمل أن يكون من قوله تعالى: ﴿أَفَمَنْ هُوَ قَائِمٌ عَلَى كُلِّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ﴾ [الرعد: ٣٣]، قيل معناه أفمن هو حافظ على كل نفس لا يغفل ولا يموت، فيكون معناه، والله أعلم، أنه حافظ للسموات والأرض.

فصل: وقوله ﷺ: «ولك الحمد أنت رب السموات والأرض ومن فيهن». قال ابن الأنبارى: الرب ينقسم ثلاثة أقسام، الرب المالك، والرب السيد المطاع، قال الله تعالى: ﴿فِيَسْقَىٰ رَبَّهُمْ كَرِيمًا﴾ [يوسف: ١٤]، معناه سيده، ويكون الرب المصلح من قولهم: رب الشىء إذا أصلحه، فعلى هذا رب السموات والأرض ومن فيهن، معناه مالك ذلك كله، ويحتمل على قول بعض المفسرين أن يكون المعنى سيد السموات والأرض ومن فيهن.

وقد أنكر مالك الدعاء بسيدى، فعله إنما كره اللفظ دون المعنى، ويحتمل أن يكون معناه أن صلاحها به، ولولاها لم يكن صلاحها، قال الله تعالى: ﴿إِنِ اللَّهُ يَمْسِكْ

السموات والأرض أن تزولا ولئن زالتا إن أمسكهما من أحد من بعده ﴿فاطر: ٤١﴾.

فصل: وقوله: «ولك الحمد أنت الحق» يحتمل أن يريد به اسم من أسمائه، ويحتمل أن يريد أنه الحق ممن يدعى المشركون أنه إله، ومن قوله تعالى: ﴿ذلك بأن الله هو الحق وأن ما يدعون من دونه هو الباطل﴾ [لقمان: ٣٠]، وظاهره أن قوله في هذا الحق يعود إلى معنى الصدق، ويتعلق بتسميته إلهًا بمعنى أن من سماه إلهًا، وأخبر عنه أنه إله، فقد صدق، وقال الحق، ومن سمي سواه إلهًا وأخبر عنه بأنه إله فقد كذب وأبطل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «ووعدك حق» معناه، والله أعلم، وعده يفى به ولا يخلفه، قال الله تعالى: ﴿إن الله لا يخلف الميعاد﴾ وقيل في قوله تعالى: ﴿إن الله وعدكم وعد الحق﴾ [إبراهيم: ٢٢]، أى وعد الجنة من أطاعه، ووعد النار من كفر به، فوفى بوعده، فكأنه عائد إلى معنى الصدق، ويحتمل أن يريد به أن وعده حق بمعنى إثبات أنه قد وعد بالبعث والحشر والنشر والثواب والعقاب إنكارًا لقول من أنكر وعده بذلك وكذب الرسل عليهم السلام فيما بلغوه من وعده ووعيده.

فصل: وقوله: «والجنة حق، والنار حق، والساعة حق» يحتمل وجهين، أحدهما: أن خيره تعالى بذلك حق لا يدخله باطل ولا كذب ولا تحريف ولا تغيير، والثاني: أن خبير من أخبر عنه بذلك وبلغه حق.

فصل: وقوله: «اللهم لك أسلمت» معناه انقذت وأطلعت، من قولهم: أسلم فلان لفلان، إذا انقاد له، وعطف عليه قوله: «وبك آمنتم» فظاهر أن الإيمان ليس بحقيقة الإسلام، وإنما الإيمان التصديق.

وقال القاضى أبو بكر: الإيمان المعرفة بالله تعالى، والأول أشهر فى كلام العرب، قال الله تعالى: ﴿وما أنت بمؤمن لنا ولو كنا صادقين﴾ [يوسف: ١٧]، معناه وما أنت بمصدق لنا إلا أن الإسلام إذا كان بمعنى الانقياد والطاعة، فقد ينقاد المكلف بالإيمان، فيكون مؤمنًا مسلمًا، وقد ينقاد بغير الإيمان، فيكون مسلمًا ولا يكون مؤمنًا، قال الله تعالى: ﴿قالت الأعراب آمنا قل لم تؤمنوا ولكن قولوا أسلمنا ولما يدخل الإيمان فى قلوبكم﴾ [الحجرات: ١٤]، فأثبت لهم الإسلام منفى عنهم الإيمان، فتقرر أن ما أثبت لهم غير ما نفاه عنهم. وقد قال قوم من شيوختنا: إن الإيمان هو الإسلام، فإذا كان الكلام معهم رجع إلى ما قدمناه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «إليك أنبت» يريد تبت.

وقوله ﷺ: «وفيك خاصمت» يريد، والله أعلم، من خصص فيه بلسان أو سيف.
قال الله تعالى: ﴿يُجَادِلُونَ فِي آيَاتِ اللَّهِ بِغَيْرِ سُلْطَانٍ﴾ [غافر: ١٤]، وقال عز من
قائل: ﴿وَجَادِلُوا بِالْبَاطِلِ لِيُدْحِضُوا بِهِ الْحَقَّ﴾ [غافر: ٥].

فصل: وقوله: «وإليك حاكمت» ظاهره، والله أعلم، أنه لا يحاكمهم إلا الله تعالى،
ولا يرضى إلا بحكمه، قال الله تعالى: ﴿رَبَّنَا افْتَحْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ قَوْمِنَا بِالْحَقِّ وَأَنْتَ خَيْرُ
الْفَاتِحِينَ﴾ [الأعراف: ٨٩]، وقوله عز وجل: ﴿أَفَغَيْرَ اللَّهِ ابْتَغَىٰ حَكْمًا وَهُوَ أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ
الْكِتَابَ مَفْصَلًا﴾ [الأنعام: ١١٤].

فصل: وقوله: «فاغفر لي ما قدمت وما أخرت» يحتمل أن يريد به ما قدم وأخر مما
مضى، ويحتمل أن يريد ما قدم أخر مما مضى ويحتمل أن يريد بما قدم ما مضى وبما أخر
ما يستقبل، ويكون ذلك من قوله: ﴿لِيَغْفِرَ لَكَ اللَّهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِكَ وَمَا تَأَخَّرَ﴾
[الفتح: ٢]، حملة التفسير على أن الغفران تناول من أفعاله الماضي والمستقبل.

٤٩٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَابِرِ بْنِ عَتِيكٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَنَا عَبْدُ
اللَّهِ بْنُ عُمَرَ فِي بَنِي مُعَاوِيَةَ وَهِيَ قَرْيَةٌ، مِنْ قُرَى الْأَنْصَارِ، فَقَالَ: هَلْ تَذُرُونَ أَيْنَ
صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ مَسْجِدِكُمْ هَذَا؟ فَقُلْتُ لَهُ: نَعَمْ، وَأَشْرْتُ لَهُ إِلَى نَاحِيَةِ
مِنُهُ، فَقَالَ: هَلْ تَدْرِي مَا الثَّلَاثُ الَّتِي دَعَا بِهِنَّ فِيهِ؟ فَقُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: فَأَخْبِرْنِي
بِهِنَّ، فَقُلْتُ: دَعَا بِأَنْ لَا يُظْهَرَ عَلَيْهِمْ عَدُوًّا مِنْ غَيْرِهِمْ، وَلَا يُهْلِكُهُمْ بِالسِّنِينَ
فَأَعْطِيَهُمَا، وَدَعَا بِأَنْ لَا يَجْعَلَ بِأَسْهُمَ بَيْنَهُمْ فَمُنْعَهَا، قَالَ: صَدَقْتَ. قَالَ ابْنُ عُمَرَ:
فَلَنْ يَزَالَ الْهَرَجُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ.

الشرح: سؤال عبدالله بن عمر: أين صلى النبي ﷺ من مسجد بني معاوية، يحتمل
أن يكون حرصاً منه على معرفة ما دعا به النبي ﷺ، ويحتمل أن يكون على وجه
الاحتبار للمسئول عن ذلك، فإن كان عنده علم، وإلا أعلمه.

وقوله: «هل تدري ما الثلاث التي دعا بهن»، يحتمل الوجهين جميعاً.

وقوله: «أن لا يظهر عليهم عدوا من غيرهم»، يعنى من غير المؤمنين، قال الله تعالى:
﴿أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦].

٤٣٨ كتاب الصلاة

وقوله: «أن لا يظهر عليهم عدوا من غيرهم»، يعنى من غير المؤمنين، «ولا يهلكهم بالسنين»، يريد الشدائد والمحل، يقال عام سنة، أى عام جذب وجاعة.

وقوله: «ودعا بأن لا يجعل بأسهم بينهم فمنعها»، يعنى أن لا يجعل الحرب والهرج بينهم، قال الله تعالى: ﴿وسراييل تقيكم بأسكم﴾ [النحل: ٨١].

وقوله: «فلن يزال الهرج إلى يوم القيامة»، يعنى الحرب والفتن والاختلاف.

٥٠٠ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَا مِنْ دَاعٍ يَدْعُو إِلَّا كَانَ بَيْنَ إِحْدَى ثَلَاثٍ، إِمَّا أَنْ يُسْتَجَابَ لَهُ، وَإِمَّا أَنْ يُدْخَرَ لَهُ، وَإِمَّا أَنْ يُكْفَرَ عَنْهُ.

الشرح: هذا إما يكون للداعى من المسلمين إذا دعا فيما يجوز له أن يدعو فيه، فذلك الذى لا يخلو أن يستجاب له فيما دعا فيه أو يدخر له أجر بدعائه، وإخلاصه، وذكره لله وإقراره له بالربوبية، وأما يكفر له بعض ما سلف من ذنوبه. وفى العتبية عن مالك: بلغنى أنه ما من داع إلا كان على إحدى ثلاث، إما أن يعطى الدعوة التى دعا بها، أو يدخر له، أو يصرف عنه بها، فيحتمل أن يريد أنه يصرف عنه أثم ذنوبه، وهو فى معنى التكفير، والله أعلم.

* * *

٥٠٠ - ذكر ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٧٨. وأخرجه البيهقى فى شعب الإيمان ٤٧/٢ برقم ١١٢٧ عن زيد بن أسلم.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤/٢٢٠: ذكرنا هذا الخبر فى كتابنا هذا، وإن كان فى رواية مالك من قول زيد بن أسلم؛ لأنه خبر محفوظ عن النبى ﷺ، ولأن مثله يستحيل أن يكون رأيا واجتهادا، وإنما هو توقيف، ومثله لا يقال بالرأى.

وذكر الحديث من طرق عن النبى ﷺ منها: حدثنا أحمد بن قاسم بن عيسى، قال: حدثنا عبيد الله بن محمد بن حباب، ببغداد، وحدثنا عبد الله بن محمد بن يوسف، قال: حدثنا أحمد بن محمد بن إسماعيل بمصر، قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن عبدالعزيز البغوى، قال: حدثنا شيبان، قال: أخبرنا على بن على الرفاعى، عن أبى المتوكل الناجى، عن أبى سعيد الخدرى، قال: قال رسول الله ﷺ: «ما من مسلم يدعو دعوة ليس فيها إثم ولا قطيعة رحم، إلا أعطاه الله بها إحدى ثلاث: إما أن يعجل له دعوته، وإما أن يؤخرها له فى الآخرة، وإما أن يكف عنه من الشر مثلها، قالوا: إذا نكث، قال: الله أكثره. انظر باقى الحديث فى التمهيد ٤/٢٢٠ - ٢٢١.

العمل في الدعاء

٥٠١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ قَالَ: رَأَيْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، وَأَنَا أَدْعُو وَأَشِيرُ بِإِصْبَعَيْنِ، إِصْبَعٍ مِنْ كُلِّ يَدٍ، فَتَنْهَانِي^(١).

الشرح: إنما نهاه أن يشير بإصبعين لأن الدعاء إنما يجب أن يكون إما باليدين وبسطهما على معنى التضرع والرغبة وأما بالإشارة بالواحدة على معنى التوحيد.

٥٠٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: إِنَّ الرَّجُلَ لَيَرْفَعُ بِدُعَاءٍ وَلَدِيهِ مِنْ بَعْدِهِ، وَقَالَ بِيَدَيْهِ نَحْوَ السَّمَاءِ، فَرَفَعَهُمَا.

الشرح: قوله: «وقال بيديه نحو السماء»، رواية يحيى بن يحيى ومحمد بن عيسى: يرفعها يدعو لأبويه. وقال ابن القاسم: رفعها إشارة بيده، وقال: هكذا يرفع إلى فوق.

وقوله: «وقال بيده نحو السماء»، يريد إشارة بيديه وسمى ذلك قولاً لأن الكلام إنما

٥٠١ - ذكره ابن عبد البر في التمهيد برقم ٤٧٩.

(١) قال في الاستذكار ١٦٧/٨: هذا مأخوذ من فعل النبي ﷺ إذ مر بسعد وهو يدعو في صلاته ويشير بإصبعيه جميعاً فنهاه عن ذلك، وقال: «أحد أحد»، ثم ذكر الحديث بإسناده فقال: حدثنا محمد بن إبراهيم بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن معاوية بن عبد الرحمن، قال: حدثنا أحمد بن شعيب بن محمد النسوي، قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش، عن أبي صالح، عن سعد، قال: مر على النبي ﷺ وأنا أدعوا بأصبعي، فقال: «أحد أحد» وأشار بالسبابة. ورواه ابن عجلان عن القعاق بن حكيم عن أبي هريرة: أن رجلاً كان يدعو بأصبعيه، فقال له رسول الله ﷺ: «أحد أحد». والسنة أن يشير الداعي إذا أشار بأصبعه السبابة وحدها.

٥٠٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٨٠، وفي التمهيد ٢٢٢/٤.

قال في التمهيد: لم يختلف رواة الموطأ عن مالك في أن الحديث فيه هكذا، ورواه ابن وهب، عن عمرو بن الحارث، ومالك بن أنس، عن يحيى بن سعيد، قال: كان سعيد بن المسيب يقول - فذكره هكذا سواء من قول سعيد بن المسيب، وهذا لا يدرك بالرأى، وقد روى بإسناد جيد عن النبي ﷺ. قرأت على أبي عمر أحمد بن محمد بن أحمد أن أبا العباس، أحمد بن الفضل الخفاف حدثهم، قال: حدثنا أبو جعفر محمد بن جرير، قال: حدثنا إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني، قال: حدثنا يونس بن محمد، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن عاصم، عن أبي صالح، عن أبي هريرة - أن رسول الله ﷺ، قال: إن الله ليرفع العبد الدرجة فيقول: أي رب، أتى لي هذه الدرجة؟ فيقال: باستغفار ابنك لك.

٤٤٠ كتاب الصلاة

هو المعنى القائم فى النفس فتارة يعبر عنه باللفظ، وتارة بالإشارة، وتارة بالكتابة، فسمى ذلك كله كلامًا وقولًا لأنه عبارة عنه، والله أعلم وأحكم.

٥٠٣ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّمَا أَنْزِلْتُ هَذِهِ الْآيَةَ ﴿وَلَا تُجَهِّرْ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافِتْ بِهَا وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ١١٠] فِي الدُّعَاءِ.

الشرح: قال ابن نافع: ذلك فى الدعاء فمن دعا، فلا يجهر بدعائه، ولا يخافت به، وهو قول عائشة رضى الله عنها. وقال زياد بن عبدالرحمن: أحسن ما سمعت فى ذلك لا تجهر بقراءتك فى صلاة النهار ولا تخافت بها فى صلاة الليل.

قال ابن عباس: نزلت هذه الآية ورسول الله ﷺ محتف بمكة، كان إذا صلى بأصحابه رفع صوته بالقرآن، فإذا سمعه المشركون سبوا القرآن ومن أنزله ومن جاء به، فقال الله تعالى: ﴿وَلَا تُجَهِّرْ بِصَلَاتِكَ﴾ [الإسراء: ١١٠]، أى بقراءتك، فيسمع المشركون فيسبوا القرآن، ﴿وَلَا تُخَافِتْ بِهَا عَنْ أَصْحَابِكَ﴾ فلا تسمعهم ﴿وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا﴾.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الدُّعَاءِ فِي الصَّلَاةِ الْمَكْتُوبَةِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِالدُّعَاءِ فِيهَا.

الشرح: وهذا كما قال، لا بأس بالدعاء فى المكتوبة وغيرها من الصلوات، يدعو بما شاء من أمر دينه ودنياه، سواء كان ذلك من القرآن أو غيره. وقال غيره: لا يدعو فى الصلاة إلا بما كان من القرآن، فإن دعا بغير ذلك أبطل صلاته.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما روى أن النبى ﷺ كان إذا رفع رأسه من الركعة الآخرة يقول: «اللهم أنج الوليد بن الوليد، اللهم أنج المستضعفين من المؤمنين، اللهم اشدد وطأتك على مضر، اللهم اجلعه سنين كسنى يوسف» وأن النبى ﷺ قال: «غفار غفر الله لها، وأسلم سالمها الله». قال الراوى: فهذا كله فى الصحيح.

٥٠٤ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَدْعُو فَيَقُولُ: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ

٥٠٣ - أخرجه البخارى فى تفسير القرآن حديث رقم ٤٧٢٣. ومسلم فى الصلاة حديث رقم ٤٤٧.

٥٠٤ - أخرجه الترمذى برقم ٣٢٣٣ كتاب التفسير باب ٣٩ عن ابن عباس ج٥/٣٦٧ وأحمد ٢٤٣/٥ عن معاذ بن جبل. ٣١٩/٥ وعزاه السيوطى إلى عبدالرزاق وأحمد.

كتاب الصلاة ٤٤١
فَعَلَ الْخَيْرَاتِ، وَتَرَكَ الْمُنْكَرَاتِ، وَحُبَّ الْمَسَاكِينِ، وَإِذَا أَرَدْتَ فِي النَّاسِ فِتْنَةً
فَأَقْبِضْنِي إِلَيْكَ غَيْرَ مَفْتُونٍ».

الشرح: قوله ﷺ: «اللهم إني أسألك فعل الخيرات، وترك المنكرات» يقتضى أن
فعل الخيرات وترك المنكرات، إنما هو بفضل الله وتوفيقه وعصمته.

وقوله ﷺ: «وحب المساكين» وإن كان داخلا في فعل الخيرات إلا أنه مختص بفعل
القلب، ومع ذلك يختص بالتواضع والبعد عن الكبر.

فصل: وقوله ﷺ: «وإذا أردت في الناس فتنة» يقتضى أن البارئ تعالى مرید لوقوع
ما يقع منها، وأنها تكون بإرادته دون إرادة غيره، قال الله تعالى مخبر عن موسى عليه
السلام أنه دعا ربه فقال: ﴿إِن هِيَ إِلَّا فِتْنَتُكَ تُضِلُّ بِهَا مَن يَشَاءُ وَتَهْدِي مَن يَشَاءُ﴾
[الأعراف: ١٥٥]، ولذلك دعا نبينا ﷺ ربه أن يقبضه غير مفتون إذا أرادها ولو كان
يقع بإرادة غيره لما كان في دعائه أن يقبضه عند إرادته بغيره الفتنة فائدة؛ لأنه إنما كان
يسلم بذلك من بعض الفتن، وهى التى تكون بإرادة الله دون ما يكون من إرادة غيره.

٥٠٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا مِنْ دَاعٍ يَدْعُو إِلَى هُدًى إِلَّا
كَانَ لَهُ مِثْلُ أَجْرٍ مَنِ اتَّبَعَهُ لَا يَنْقُصُ ذَلِكَ مِنْ أَجْرِهِمْ شَيْئًا، وَمَا مِنْ دَاعٍ يَدْعُو إِلَى
ضَلَالَةٍ إِلَّا كَانَ عَلَيْهِ مِثْلُ أَوْزَارِهِمْ لَا يَنْقُصُ ذَلِكَ مِنْ أَوْزَارِهِمْ شَيْئًا».

الشرح: قوله: «ما من داع يدعو إلى هدى إلا كان له مثل أجر من اتبعه» هذا فضل
من الله تفضل الله به على عباده أن من دعا منهم إلى خير أتيب مثل ثواب جميع من
عمل به، لا ينقص ذلك من أجورهم شيئاً لأن ذلك ثواب على الدعاء إلى الهدى
والخير وللعاملين ثواب العمل، ومن دعا إلى ضلالة كان عليه مثل أوزار العاملين بها
عقوبة على الدعاء إليها وللعاملين بها أوزار العمل عدلاً من الله تعالى.

٥٠٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَالَ: اللَّهُمَّ اجْعَلْنِي مِنْ أُمَّةِ

الْمُتَّقِينَ.

٥٠٥ - أخرجه ابن ماجه برقم ٢٠٦ للمقدمة باب ١٤، ١/٧٥ عن أبى هريرة. مسلم كتاب العلم
برقم ١٦، ٤/٢٠٦٠ عن أبى هريرة. البغوى فى شرح السنة ١/٢٣٢ عن أبى هريرة. وذكره
فى الكنز برقم ٤٣٠٧٧ وعزاه لأحمد ومسلم عن أبى هريرة.
٥٠٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٨٤.

الشرح: قوله: «اللهم اجعلنى من أئمة المتقين» يحتمل أن يريد الاقتداء لقول تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا﴾ [الفرقان: ٧٤]، وقد يدعو بهذا المعنيين، أحدهما: أنه إذا كان ممن يدعو فى الخير، فإن له مثل أجر العاملين به على حسب ما تقدم، وهذا أكثر من أجر كل عامل به.

والثانى أن الإمام أفضل الجماعة فكأنه دعا أن يجعله من أفضل المتقين. قال مالك فى العتبية: وعد الله المتقين من الخير بما وعدهم فكيف بأئمتهم.

٥٠٧ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ كَانَ يَقُومُ مِنْ جَوْفِ اللَّيْلِ، فَيَقُولُ: نَامَتِ الْعُيُونُ وَغَارَتِ النُّجُومُ وَأَنْتَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ.

الشرح: قوله: «كان يقوم من جوف الليل»، يريد للتهجد، وذكر الله، فكان يشعر نفسه بهذا النظر فى صفات الله تعالى التى يختص بها، وأنه منفرد بها دون غيره ممن توجد فيه صفات الحدوث، وذلك أن عيون الخلائق فى ذلك الوقت نائمة، والنجوم التى شأنها أن تكون طالعة غائرة، والنوم فى العيون، والغور فى النجوم، دليل على الحدوث، وبذلك استدلل إبراهيم عليه السلام على حدوث الكواكب، فقال: ﴿لَا أَحِبُّ الْآفِلِينَ﴾ [الأنعام: ٧٦].

وقوله: «وأنت الحي القيوم»، يريد أنه مع كونه سبحانه حياً لا يجوز عليه النوم، وهو مع ذلك حى قيوم لا يجوز عليه الأفول ولا التغيير ولا العدم تبارك ربنا وتعالى.

* * *

النهى عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر

٥٠٨ - مَالِكُ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ الصُّنَابِحِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ الشَّمْسَ تَطْلُعُ وَمَعَهَا قَرْنُ الشَّيْطَانِ، فَإِذَا ارْتَفَعَتْ فَارْقَهَا، ثُمَّ إِذَا اسْتَوَتْ قَارَنَهَا، فَإِذَا زَالَتْ فَارْقَهَا، فَإِذَا دَنَتْ لِلْغُرُوبِ قَارَنَهَا، فَإِذَا غَرَبَتْ فَارْقَهَا»، وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الصَّلَاةِ فِي تِلْكَ السَّاعَاتِ.

٥٠٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٨٥.

٥٠٨ - أخرجه النسائى فى الصغرى فى المواقيت حديث رقم ٥٥٩. وابن ماجه فى حديث رقم

١٢٥٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٨٥٨٤.

كتاب الصلاة ٤٤٣

الشرح: قوله ﷺ: «إن الشمس تطلع ومعها قرن الشيطان» ذهب الداودي إلى أن له قرناً على الحقيقة، يطلع مع الشمس، وقد روى أنها تطلع بين قرني الشيطان، ولا يمتنع أن يخلق الله تعالى شيطاناً تطلع الشمس بين قرنيه وتغرب، ويحتمل أن يريد بقوله: ومعها قرن الشيطان، قرنه ما يستعين به على إضلال الناس، ولذلك يسجد للشمس حيثئذ الكفار، ويحتمل أن يريد به قبائل من الناس يستعين بهم الشيطان على كفره، فيكون طلوعها عليهم أولاً بمنزلة طلوعها معهم.

وقد روى عن أبي مسعود: أشار النبي ﷺ نحو فارس إلى أن الإيمان هاهنا، وأن القسوة وغلط القلوب في الفداد عند أصول أذنان الإبل، حيث يطلع قرن الشيطان، في ربيعة ومضر.

فصل: وقوله: «ونهى رسول الله ﷺ عن الصلاة في تلك الساعات»، عام في النهي عن الصلاة في وقت مقارنة قرن الشيطان للشمس عند الطلوع إلى الاستواء حتى تزول الشمس، وعند الغروب حتى تغرب.

وقد اتفق الفقهاء على المنع من النوافل التي لا سبب لها بعد الصبح إلى طلوع الشمس، وأما عند الزوال فالظاهر من مذهب مالك وغيره من الفقهاء إباحة الصلاة في ذلك الوقت.

وفي المبسوط عن ابن وهب: سئل مالك عن الصلاة نصف النهار؟ فقال: أدركت الناس وهم يصلون يوم الجمعة نصف النهار، وقد جاء في بعض الحديث نهى عن ذلك فأنا لا أنهى عنه للذي أدركت الناس عليه، ولا أحبه للنهي عنه، فعلى هذا القول بعض الكراهية. وجه القول الأول ما استدلل به. والذي عليه جمهور الفقهاء: إجماع الناس على التهجير يوم الجمعة قبل الزوال واستدامتهم الصلاة إلى أن يخرج الإمام للخطبة بعد الزوال، والناس بين مصل وناظر إلى مصل وغير منكر.

ويحمل النهي في الحديث على أنه يحتمل أن يريد به الأمر بالإبراد بصلاة الظهر، ويحتمل أن يتوجه النهي إلى تحرى تلك الأوقات بالنافلة، ويحتمل أن يكون النهي منسوخاً، ويدل على النسخ إجماع الأمة على جواز التنفل يوم الجمعة لمن راح قبل الخطبة ويصل ذلك إلى بعد الزوال، هذا إن حملناه على النهي عن النافلة، وإن حملناه على الفريضة، فله وجه صحيح وذلك أنه لا خلاف في منع تأخير الصبح إلى أن تطلع الشمس، وفي منع تقديم الظهر قبل الزوال حين استواء الشمس، وفي منع تأخير

٤٤٤ كتاب الصلاة

العصر إلى المغرب، وفي منع صلاة المغرب حين الغروب حتى تغرب الشمس، ويحتمل أن يريد بذلك أيضًا تحريم تلك الأوقات بالفريضة، فقد روى عن عمر رضی الله عنه: لا تحروا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها فكذلك استواؤها.

وقد قال أشهب: لا أكره الصلاة على الجنابة نصف النهار كما لا أكره التنفل حينئذ، ولم يثبت النهي عن الصلاة حينئذ وثبت النهي عنها عند طلوع الشمس وغروبها.

وقول أشهب هذا يحتمل وجهين، أحدهما: أن الحديث عنده غير ثابت على قول من يقول: إنه مرسل ولا يحتج بالمراسيل. والوجه الثاني: أن تأويل المنع عنده لا يصح وإن صح الحديث، ولكنه يتأول فيه، والله أعلم وأحكم، وأما رواية ابن وهب، فظاهرها التوقف ويحتمل أن يريد أنه لا ينهى عن الصلاة ولا يرى في الحديث التأويل ولا يجبه يريد يأمر به على الإطلاق لما أدرك عليه الناس، ويحتمل أن يخص النهي بحال دون حال وزمن دون زمن.

فصل: وأما التنفل بعد العصر إلى غروب الشمس، فمنع من ذلك مالك والشافعي وغيره، وقال داود: لا بأس بالصلاة بعد العصر ما لم تقرب الشمس من الغروب. والدليل على قول مالك ما روى عنه رضي الله عنه أنه نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس.

٥٠٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «إِذَا بَدَأَ حَاجِبُ الشَّمْسِ، فَأَخَّرُوا الصَّلَاةَ حَتَّى تَبْرُزَ، وَإِذَا غَابَ حَاجِبُ الشَّمْسِ، فَأَخَّرُوا الصَّلَاةَ حَتَّى تَغِيبَ».

الشرح: قوله ﷺ: «إِذَا بَدَأَ حَاجِبُ الشَّمْسِ فَأَخَّرُوا الصَّلَاةَ حَتَّى تَبْرُزَ» إلخ. قال العتبي: قرن الشمس أعلاها وحواجبها نواحبها.

قال القاضي أبو الوليد، رضی الله عنه: والذي عندي أن حاجب الشمس هو أول ما يبدو منها، وهو أعلاها نهى عن فعل الصلاة وقت طلوع الشمس ووقت غروبها

٥٠٩ - أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة حديث رقم ٥٨٣. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٨٢٩. والنسائي في الصغرى في المواقيت حديث رقم ٥٧١. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٥٩٨، ٤٦٨٠، ٥٨٠٠.

منذ يبرز حاجب الشمس إلى أن يطلع جميعها، ومنذ يغيب بعض الشمس إلى أن يغيب جميعها، هذا مقدار ما يتناوله هذا الحديث، ويتناول حديث الصنابحي النهي عن الصلاة عند طلوع الشمس حتى ترتفع، ولا تسمى مرتفعة حتى تتكامل وحينئذ ينتشر شعاعها، ويزيد مقدار جرمها وهو الوقت الذي يستباح فيه النافلة، وكذلك في حديث عقبة بن عامر الجهني.

٥١٠ - مَالِك، عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ قَالَ: دَخَلْنَا عَلَى أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ بَعْدَ الظُّهْرِ، فَقَامَ يُصَلِّي العَصْرَ، فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ صَلَاتِهِ ذَكَرْنَا تَعْجِيلَ الصَّلَاةِ أَوْ ذَكَرَهَا، فَقَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «تِلْكَ صَلَاةُ الْمُنَافِقِينَ، تِلْكَ صَلَاةُ الْمُنَافِقِينَ، تِلْكَ صَلَاةُ الْمُنَافِقِينَ، يَجْلِسُ أَحَدُهُمْ حَتَّى إِذَا اصْفَرَّتِ الشَّمْسُ وَكَانَتْ بَيْنَ قَرْنَيْ الشَّيْطَانِ أَوْ عَلَى قَرْنِ الشَّيْطَانِ، قَامَ فَفَنَقَرَ أَرْبَعًا لَا يَذْكُرُ اللَّهَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا».

الشرح: قوله: «دخلنا على أنس بن مالك بعد الظهر، فقام يصلي العصر» متصلاً بفراغه من الظهر أو بقرب ذلك لأن هذه اللفظة، إنما تستعمل على هذا الوجه، وعلى ذلك ما أخبر به من تعجيل أنس لصلاة العصر، ولو حمل اللفظ على مقتضاه لما كان فيه إخبار عن تعجيل أنس لصلاة العصر لأن ما بعد اصفرار الشمس، ينطلق عليه هذا اللفظ حقيقة، ويحتمل أن يكون العلاء صلى الظهر في آخر وقتها.

قال العلاء: «فلما فرغ من صلاته، ذكرنا تعجيل الصلاة»، يريد أنهم تذكروا تعجيل أنس لصلاة العصر إذ صلاها قريباً من وقت أن صلوا هم الظهر.

فصل: وقوله: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: تلك صلاة المنافقين» يريد أن التعجيل هو المشروع، وأن التأخير ممنوع، فأسند ذلك إلى النبي ﷺ، وأخبر أن التأخير إلى أن يؤدي الصلاة عند اصفرار الشمس من أفعال المنافقين، فقدم التأخير [.....] ^(١) هذا تعجلاً، ويحتمل أيضاً أن يكون ذم التأخير كله، وأضافه إلى

٥١٠ - أخرجه البخاري في مواقيت الصلاة حديث رقم ٥٤٩. ومسلم في المساجد ومواضع الصلاة حديث رقم ٦٢٢. والترمذي في الصلاة حديث رقم ١٤٨. والنسائي في الصغرى في المواقيت حديث رقم ٥١١. وأبو داود في الصلاة حديث رقم ٤١٣. وأحمد في المسند حديث رقم ١١٥٨، ١٢١٠٠، ١٢٥١٨.
(١) ما بين المعقوفين بياض في الأصل.

وقت اصفرار الشمس [.....] (٢).

وقوله: «يجلس أحدهم»، يحتمل أن يريد بذلك أن تأخيرهم كان لغير عذر ولا شغل وأنه أوجب تأخيره نسيان أو غلبة، لم يكن من عمل المنافقين.

فصل: وقوله: «حتى إذا اصفرت الشمس وكانت بين قرني الشيطان أو على قرن الشيطان» أن هذا الوقت يكون وقت منع الصلاة، لأنه على المنع منها بمقارنة قرن الشيطان لها.

وقوله: «قام فنقر أربعاً» عبر بالنقر إشارة لقلّة خشوعه وتسارعه في ركوعه وسجوده، فإنه مع ذلك قليل ذكر الله فيها، ويحتمل أن يريد الخشوع بالقلب والذكر باللسان، ويحتمل أن يريد بذلك ذكره بالقلب والإخبار عن قلة إقباله على صوته.

٥١١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَتَحَرَّ أَحَدُكُمْ فَيُصَلِّيَ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَلَا عِنْدَ غُرُوبِهَا».

الشرح: قوله: «لا يتحر أحدكم فيصلى عند طلوع الشمس» منع من تحرى ذلك وقصده، ويحتمل ذلك وجهين، أحدهما: أن يريد به المنع من النافلة في ذلك الوقت، والثاني: المنع من تأخير القرض إلى ذلك الوقت.

٥١٢ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الصَّلَاةِ بَعْدَ الْعَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمْسُ وَعَنِ الصَّلَاةِ بَعْدَ الصُّبْحِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ.

الشرح: قوله: «نهى عن الصلاة بعد العصر»، لا يخلو أن يريد صلاة العصر أو بعد وقت العصر، فإن كان أراد به وقت العصر، فإن كان أراد به وقت العصر، فإن هذا

(٢) ما بين المعرفتين بياض في الأصل.

٥١١ - أخرجه البخارى في مواقيت الصلاة حديث رقم ٥٨٣. ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٨٢٨، ٨٢٩. والنسائي في الصغرى في المواقيت حديث رقم ٥٦٣، ٥٦٤. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٥٩٨، ٤٦٨٠، ٤٧٥٧، ٤٨٧٠، ٤٩١٢، ٥٢٧٩، ٥٨٠٠.
٥١٢ - أخرجه مسلم في صلاة المسافرين وقصرها حديث رقم ٨٢٥. والنسائي في الصغرى في المواقيت حديث رقم ٥٦١. وابن ماجه في حديث رقم ١٢٤٨. وأحمد في المسند حديث رقم ٩٦٣٧، ١٠٠٦٤، ١٠٢٤٥، ١٠٤٦٥.

نهى عن الصلاة بعد انقضاء وقت العصر إلى غروب الشمس، لأن ما بعد انقضاء وقت العصر إن قد صلى العصر منعت النافلة لصلاة العصر، وإن كان لم يصل العصر لزمه تقديم العصر لفوات وقتها، ولم يجز الاشتغال بالنافلة عنها.

وفى حديث النهى عن الصلاة بعد الفراغ من صلاة العصر إلى غروب الشمس، فثبت النهى عن الصلاة بعد أن فعل صلاة العصر، بخبر أبي سعيد وثبت النهى عن الصلاة بعد وقتها إلى غروب الشمس بالحدِيثين، فلا تنافى بينهما، وإن كان المراد بقوله: بعد العصر، بعد صلاة العصر، ثبت النهى فى جميع ذلك بالخبرين جميعاً.

فصل: وقوله: «نهى عن الصلاة»، لو حملناه على عمومه لمنع كل صلاة غير أنه لا اختلاف بين الأمة أنه يجوز فعل صلاة اليوم عند طلوع الشمس وعن غروبها لمن فاتته، إلا ما روى عن أبي طلحة ولا يثبت ذلك.

والدليل على جواز ذلك ما روى عن [.....] (١) قال رسول الله ﷺ: «إذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر قبل أن تغرب الشمس فليتم صلاته، وإذا أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس، فليتم صلاته».

مسألة: فأما الفوائت، فقال مالك، رحمه الله: أنه يجوز فعلها فى كل وقت، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك فى وقت نهى عن الصلاة فيه.

والدليل على ما نقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها، فإن الله تعالى يقول: ﴿أقم الصلاة لذكري﴾» [طه: ١٤]، وهذا عام فى جميع الأوقات.

مسألة: وأما صلاة الجنائز، فلا يمنع فى وقت مختار لصلاة الصبح ولا لصلاة العصر، فإذا خرج الوقت المختار لهما إلى أن تصفر الشمس أو يسفر الصبح منع منها، وسجود التلاوة يجرى بجرى صلاة الجنائز، وفى صلاة الكسوف ثلاثة أقوال، وقد تقدم الكلام فى ذلك بما يغنى عن إعادته.

٥١٣ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَقُولُ: لَا تَحَرُّوا بِصَلَاتِكُمْ طُلُوعَ الشَّمْسِ وَلَا غُرُوبَهَا، فَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَطَّلِعُ قَرْنَاهُ مَعَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَيَغْرُبَانِ مَعَ غُرُوبِهَا، وَكَانَ يَضْرِبُ النَّاسَ عَلَى تِلْكَ الصَّلَاةِ.

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

٥١٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ أَنَّهُ رَأَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَضْرِبُ الْمُتَكَبِّرَ فِي الصَّلَاةِ بَعْدَ الْعَصْرِ.

الشرح: قوله: «يضرب الناس على تلك الصلاة» يريد الصلاة التي يتحرى بها طلوع الشمس وغروبها ولا طريق إلى معرفة [.....] ^(١) المصلى بذلك أو بفعل الصلاة وقت الطلوع ووقت الغروب، فيقوم عنده ذلك مقام التحرى [.....] ^(٢).

وفى حديث السائب أنه رأى عمر بن الخطاب يضرب المتكدر على الصلاة بعد العصر، وهذا من لا يتحرى غروب الشمس، ومن لا يصلى حين الغروب وضرب عمر ابن الخطاب المتكدر [.....] ^(٣) على أنه لا يسوغ الاجتهاد فى مثل هذا لما صح عنده عن النبى ﷺ من منعه [.....] ^(٤) هذا إن كان المتكدر من أهل الاجتهاد، وبالله التوفيق.

* * *

- (١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.
- (٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.
- (٣) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.
- (٤) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجنائز^(*)

٥١٥ - مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ غُسِّلَ فِي قَمِيصٍ.

الشرح: قوله: وأن رسول الله ﷺ غسل في قميص، ذهب مالك، إلى ذكر هذا الحديث على معنى أنه أشبه ما نقل في هذا الباب، ولم يخرج على شرط الصحيح في هذا الباب شيئاً، والذي ذهب إليه مالك وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء إلى أن الميت يجرد عن قميصه للغسل ولا يغسل على قميصه^(*).

(*) الجنائز، بفتح الجيم، جمع جنازة، بالكسر، والفتح لغة. ويقال بالفتح: للميت، وبالكسر: للنعش عليه الميت. ويقال: عكسه، ذكره صاحب المشارق. وإذا لم يكن الميت على السرير لا يقال له جنازة، ولا نعش. وإنما يقال له سرير. انظر كشاف القناع (٧٦/٢).
٥١٥ - أخرجه البيهقي بدلائل النبوة ٢٤٢/٧ عن عائشة بلفظه أيضاً. والبيهقي من طريق ابن أبي شيبة عن بريدة مختصراً ٢٤٧/٧. والحاكم في المستدرک ٣٥٤/٣ عن بريدة. وابن أبي شيبة ٢٤٠/٣ عن محمد بن علي بن الحسين مختصراً. وابن أبي شيبة بسنده ولفظه عن محمد بن علي بن الحسين كتاب الجنائز باب الميت يغسل، ٢٤٠/٣، وكتاب المغازي ٥٥٧/١٤ عن محمد بن علي.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٥٨/٤: هكذا رواه سائر رواة الموطأ، مرسلًا إلا سعيد بن عفير، فإنه جعله عن مالك، عن جعفر بن محمد بن أبيه، عن عائشة، فإن صحت روايته، فهو متصل، والحكم عندي فيه أنه مرسل عند مالك، لرواية الجماعة له عن مالك كذلك إلا أنه حديث مشهور عند أهل السير والمغازي، وسائر العلماء، وقد روى مسندًا من حديث عائشة من وجه صحيح، والحمد لله.

(*) وذهب إليه أحمد ونص عليه. وحزم به في الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، والمنور وغيرهم. قال الخرقى: فإذا أخذ في غسله ستر من سترته إلى ركبته. وقدمه في الفروع والمحرو و ابن تميم، والنظم، وجمع البحرين، والفاثق، والمغنى والشرح ونصراه، وغيرهم. واختاره ابن أبي موسى، والشيرازي، وأبو الخطاب في الهداية.

وقال الشافعي: لا يجرد الميت ويغسل على قميصه.

والدليل على ما ذهب إليه مالك أن ما لم يكن عورة من الحى، فليس بعورة من الميت كالوجه، وإذا لم يكن جسد الميت عورة، فلا معنى لستره بالقميص لأن تجريده منه أمكن لغسله وأبلغ فى تنقيته. قال أشهب فى كتاب ابن سحنون: وإذا جرد للغسل لا يطلع عليه إلا الغاسل ومن يليه.

ووجه ذلك أنها حالة لا يجوز للحى أن يطلع عليه فيها غالباً إلا لضرورة [.....] ^(١) وحسن الزى فلا يطلع على الميت ما دام عليها إلا لضرورة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن عورة الميت، كما قال ابن حبيب: من سرتة إلى ركبته، وقد تعلق الفقهاء بذلك لما روى أن النبى ﷺ قال لعلى: «لا تبرز فخذك، ولا تنظر إلى فخذ حى ولا ميت» ^(٢). ومن جهة المعنى أن حرمة المسلم باقية بعد موته، ولذلك يستر بالكفن، فكما لا يجوز النظر إلى عورته قبل الموت، فكذلك بعده.

إذا ثبت ذلك، فقد قال أشهب فى كتاب ابن سحنون: يستر عورته بممزر ويجعل على صدره ووجهه خرقة أخرى.

وظاهر قول أصحابنا: أنه لا يستر منه غير عورته على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

=وقال القاضى: يغسل فى قميص واسع [الكمين] حزم به فى الجامع الصغير، والتعليق، والشريف، وأبو الخطاب فى خلافهما، وابن البنا وغيرهم.
قال فى مجمع البحرين: اختاره القاضى وسائر أصحابه، والمجد فى شرحه، وابن الجوزى. انتهى. وهو الذى ذكره ابن هبيرة عن الإمام أحمد.
وقال الإمام أحمد: يعجبني أن يغسل الميت وعليه ثوب، يدخل يده من تحت الثوب. فإن كان القميص ضيق الكمين: فتق الدخاريص، فإن تعذر جرده.
قال فى الفروع: اختاره جماعة. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين.

قال فى البلغة: ولا ينزع قميصه إلا أن لا يتمكن. فيفتق الكم، أو رأس الدخاريص، أو يجرده ويستر عورته. وأطلقهما فى المنهب.

انظر: المحرر (١٨٣/١). المغنى (٣١٥/٢). الشرح الكبير (٣١٦/٢).

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٢) أخرجه أبو داود حديث رقم ٣١٤٠. ابن ماجه حديث رقم ١٤٦٠. أحمد فى المسند

حديث رقم ١٢٥٢.

مسألة: ويجعل الغاسل على يديه خرقة كثيفة مطوية مراراً يتناول بها غسل عورة الميت ليصل إلى غسله ولا يباشر عورته بيده لأنه نوع من الاطلاع عليها كالنظر إليها، فإن دعت ضرورة إلى مباشرة ذلك باشر بيده، لأن الضرورة تبيح النظر إلى عورة الحى للمداوة، فكذلك بعد موته، وهذا إذا غسل الرجال الرجل، والنساء المرأة، وكذلك إذا غسل أحد الزوجين الآخر، فأما غسل ذوى المحارم المرأة، فسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما ما روى من أن النبي ﷺ غسل في قميص، فإن صح ذلك فيحتمل أن يكون ذلك خاصاً له، وقد روى عن عائشة رضی الله عنها أنها قالت: «لما أرادوا غسل النبي ﷺ فقالوا: والله ما ندرى أنجرد رسول الله ﷺ من ثيابه كما نجرد موتانا أو نغسله وعليه ثيابه؟ فلما اختلفوا ألقى الله عليهم النوم حتى ما منهم رجل إلا وذقنه على صدره، ثم كلمهم مكلم من ناحية البيت لا يدرون من هو: اغسلوا رسول الله ﷺ وعليه ثيابه، فقاموا إلى رسول الله ﷺ فغسلوه، وعليه قميصه، يصبون فوق القميص ويدلكون دون أيديهم، وكانت عائشة تقول: لو استقبلت من أمرى ما استدبرت، ما غسله إلا نساؤه»^(٣). وهذا الحديث تفرد به محمد بن إسحاق، والله أعلم.

٥١٦ - مالك، عن أيوب بن أبي تميمة السخيتي، عن محمد بن سيرين،

(٣) أخرجه أبو داود حديث رقم ٣١٤١. أحمد في المسند حديث رقم ٢٥٧٧٤. ٥١٦ - أخرجه البخارى في الجنائز حديث رقم ١٢٥٣. ومسلم في حديث رقم ٩٣٩. والترمذى في الجنائز حديث رقم ٣١٤٢، ٣١٤٥. وابن ماجه في الجنائز حديث رقم ١٤٥٩. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٦٧٥٢. والبيهقى فى السنن الكبرى ٧/١ عن أم عطية. وذكره بنصب الراية ٢/٢٥٦ وعزاه الزيلعى إلى الجماعة عن أم عطية. والترمذى برقم ٣٠٦/٣، ٩٩٠. كتاب الجنائز باب ١٥ عن أم عطية. وابن أبى شيبة ٣/٢٤٢ عن أم عطية. قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤/٢٦٢: قالت طائفة من أهل السير والعلم بالخير: إن ابنة رسول الله ﷺ التى شهدت أم عطية غسلها هى أم كلثوم. فالله أعلم. وقال: وكل من روى هذا الحديث فيما علمت عن مالك فى الموطأ يقولون فيه بعد قوله، أو أكثر من ذلك، إن رأيت ذلك ليس فى روايته، ولا فى نسخته فى الموطأ، ولا أعلم أحدا من أصحاب أيوب أيضاً، إلا وقد ذكر هذه الكلمة فى حديثه هذا قوله: «إن رأيت ذلك». وقد روى هذا الحديث عن أيوب جماعة أثبتهم فيه حماد بن زيد، وابن علية وروايتهما لهذا الحديث كرواية مالك، سواء إلى آخره إلا أنهما زادا فيه فقالا: وقال: أيوب وقالت حفصة بنت=

عَنْ أُمِّ عَطِيَّةَ الْأَنْصَارِيَّةِ قَالَتْ: دَخَلَ عَلَيْنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حِينَ تُوُفِّيَتْ ابْنَتُهُ فَقَالَ: «اغْسِلْنَهَا ثَلَاثًا أَوْ خَمْسًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ إِنْ رَأَيْتَنَ ذَلِكَ»^(١) بِمَاءٍ وَسِدْرٍ وَاجْعَلْنَ فِي الْأَخِيرَةِ كَافُورًا أَوْ شَيْئًا مِنْ كَافُورٍ، فَإِذَا فَرَّغْتَنَّ فَأَذِنِّي، قَالَتْ: فَلَمَّا فَرَّغْنَا آذْنَاهُ، فَأَعْطَانَا حِقْوَهُ فَقَالَ: أَشْعِرْنَهَا إِيَّاهُ، تَعْنِي بِحِقْوِهِ إِزَارَهُ.

الشرح: قوله: «اغسلنها ثلاثًا أو خمسًا أو أكثر من ذلك»، يقتضى مراعاة الوتر على كل حال، وأصل ذلك باب الطهارات المشروعة كالوضوء وغسل الإناء من ولوغ الكلب وغير ذلك، وإلى هذا ذهب مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة: إذا غسل الميت ثلاثًا، كانت وترًا، فإن زاد الغاسل على ذلك لم يراع الوتر.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث المتقدم، وهو قوله: «اغسلنها ثلاثًا أو خمسًا» فجعل التخيير بين الثلاث والخمس، ولم يذكر ما بينهما من الأربع. فإن قيل: لفظ الحديث ما يسوى بين ما يزداد على الثلاثة، وهو قوله: «أو أكثر من ذلك». ذلك.

فالجواب أن على قول أبي حنيفة إنما يرجع الضمير إلى أقرب مذكور، فيجب أن يكون الضمير فى ذلك راجعًا إلى الخمسة، ويكون قوله: «أو أكثر من ذلك» محمولاً على الوتر، بدليل قوله: «ثلاثًا أو خمسًا».

وأما على قول مالك، فإن الضمير راجع إلى ما تقدم، فيكون معناه: أو أكثر من الثلاثة والخمسة، ويحمل على الوتر من وجهين، أحدهما: أن قوله: ثلاثًا أو خمسًا، دليل على أن المراد بأكثر من ذلك الوتر. والثانى، الإجماع؛ لأنه لا فرق بين الأربعة والستة، فإذا حمل قوله: ثلاثًا أو خمسًا، على المنع من الأربع وجب أن تكون الستة كذلك؛ لأن أحدًا لم يفرق بينهما.

— سيرين، عن أم عطية فى هذا الحديث اغسلنها ثلاثًا أو خمسًا أو سبعة أو أكثر من ذلك، إن رأيتن ذلك، قال: وقالت حفصة: قالت أم عطية مشطنها ثلاثة قرون.

(١) قال النووى: قوله: «إن رأيتن ذلك»: هو بكسر الكاف خطابًا لأم عطية، ومعناه إن احتجتن إلى ذلك وليس معناه التخيير وتقويض ذلك إلى شهوتهن وكانت أم عطية غاسلة للبنات وكانت من فاضلات الصحابيات واسمها نسبة بضم النون وقيل بفتحها وأما بنت رسول الله ﷺ هذه التى غسلتها رضى الله عنها فهى زينب هكذا قاله الجمهور وقال بعض أهل السير إنها أم كلثوم، والصواب زينب كما صرح به فى رواية مسلم. انظر: صحيح مسلم بشرح النووى كتاب الجنائز باب غسل الميت.

كتاب الجنائز ٤٥٣

وقد روى في هذا الحديث من طريق صحيح: «اغسلنها وترًا ثلاثًا أو خمسًا»^(*). وهذا يبين جميع ما قلناه. ودليلنا من جهة القياس أن هذه طهارة من حدث، فكان الوتر مشروعًا فيها كالوضوء.

فصل: وقوله: «أو أكثر من ذلك» على معنى تفويض هذا الأمر إلى اجتهاد الغاسل، وقد روى في هذا الحديث «أو أكثر من ذلك، إن رأيتن ذلك». وقد قال ابن سيرين: إن معنى ذلك الأمر بالغسل ثلاثًا، فإن خرج منه شيء فخمسًا، فإن خرج منه شيء فسبعًا.

فصل: وقوله: «بماء الظاهر من قول مالك وأصحابه أنه الماء الطاهر المطهر وقال الشيخ أبو إسحاق: إنما يكره غسل الميت بماء الورد وماء القرنفل للسرف، وإلا فهو جائز؛ إذ لا يغسل ليظهر، وإنما هو إكرام للقاء الملكين. قال الشيخ أبو محمد: إن كان يعنى أنه لا يغسل بغيره من الماء القراح فليس هذا قول أهل المدينة. قال الشيخ أبو إسحاق: لا يغسل بماء زمزم ميت ولا نجاسة. قال الشيخ أبو محمد في نوادره: لا وجه لهذا القول عند مالك وأصحابه، وما قاله الشيخ أبو محمد هو المذهب، والله أعلم.

فصل: وقوله: «بماء وسدر» على معنى المبالغة فى الغسل والتنظيف لأن السدر غاسول، وهذا إذا وجد، فإن عدم فما يقوم مقامه مما يعين على التنظيف والغسل كالأشنان والنطرون وغيرهما. قال ابن حبيب: فإن لم يجد فبالماء وحده، وإنما يكون ذلك فى الثانية وما بعدها، فأما الأولى فإتما تكون بالماء وحده، فهذا مذهب مالك.

وقال أبو قلابة: يغسل أولاً بالماء والسدر ثم بالماء وحده، ويحتسب بذلك غسلة واحدة. وقول مالك: إن الغسل أولاً هو الفرض، فوجب أن يكون بالماء وحده، وما بعد ذلك فإتما هو على وجه التنظيف والتطيب فلا يضره ما خالطه مما يزيد فى تنظيفه. ووجه قول أبى قلابة: إن فرض الغسل إتما يجب أن يكون بعد المبالغة فى تنظيفه من الأقدار وغيرها كغسل الجنابة.

فصل: وقوله: «واجعلن فى الآخرة كافورًا» يريد بذلك تطيب الرائحة وبقاء

(*) قال البخارى بعد ذكر الحديث رقم (١٢٤٥) فقال أبوب، وحدثنى حفصة بمثل حديث محمد وكان فى حديث حفصة: «اغسلنها وترًا». وكان فيه: «ثلاثًا أو خمسًا أو سبعًا». وكان فيه: أنه قال: «ابدعوا بميامنها ومواضع الوضوء منها». وكان فيه: أن أم عطية قالت: «ومشطناها ثلاثة قرون».

الطيب فى أن يجعل فى آخر غسلة، وإنما خص الكافور بذلك لأنه أقوى الأرائح الطيبة مع ما فيه من التجمير ومنع ما فى الميت من النتن. وقد قال أشهب: إن عدم أو عظمت مؤنته طيب الميت بغيره أو ترك.

فصل: وقوله ﷺ: «فإذا فرغتن فأذني» يريد إذا فرغن من غسلها أن يعلمنه، ويروى أن النبى ﷺ فعل ذلك لقرب عهد الحقو بجسمه، ويكون نقله منه إلى المغسولة رجاء الخير لها فى ذلك والبركة بإشعارها بثوب كان قريب العهد بجسمه ﷺ.

فصل: وقولها: «فأعطانا حقوه»^(٢)، وأرادت بحقوه: الإزار، وقال: «أشعرنها إياه» يريد ﷺ أن يكون ذلك الثوب الذى يلى جسدها من الثياب، وهو الشعار، والذى فوقه الدثار.

٥١٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ عُمَيْسٍ غَسَلَتْ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ حِينَ تُوُفِّيَ، ثُمَّ خَرَجَتْ فَسَأَلَتْ مَنْ حَضَرَهَا مِنَ الْمُهَاجِرِينَ، فَقَالَتْ: إِنِّي صَائِمَةٌ، وَإِنَّ هَذَا يَوْمٌ شَدِيدُ الْبُرْدِ، فَهَلْ عَلَيَّ مِنْ غُسْلٍ؟ فَقَالُوا: لَا.

الشرح: قوله: «إن أسماء بنت عميس امرأة أبى بكر الصديق غسلته» يدل على جواز غسل المرأة زوجها بعد وفاته لأن هذا كان بمحضرة جماعة الصحابة وموضع لا يتخلف عنه فى الأغلب أحد منهم، ومثل هذا مما يجزى فيه أن يتحدث به ويتشتر ولا سيما أن أبى بكر رضى الله عنه أوصى بذلك ولم يعلم له مخالف، فثبت أنه إجماع. قال ابن حبيب: من غير ضرورة وإن كانت قد تزوجت غيره، قال: وكذلك لو تزوج هو أختها غسلها. قال ابن حبيب: ويغسل أحد الزوجين الآخر، والميت منهما عريان. قال فى المختصر: ولا يطلع أحدهما على عورة الآخر بل يستر عورته، وكذلك لو انقضت عدة الزوجة بالوضع قبل غسل زوجها لجاز لها أن تغسله لأن الغسل حكم من أحكام النكاح كالموارث.

مسألة: وأما غسل الزوج زوجته، فقال مالك: يجوز، وبه قال الشافعى، ومنع من ذلك أبو حنيفة. والدليل على ما نقوله أن هذه زوجية كملت بالموت، فلم تمنع الغسل كما لو مات الزوج.

(٢) حقوه: بكسر الحاء وفتحها لغتان، فسر فى الموطأ بالإزار، وقال النووى: وأصل الحقو

معقد الإزار وسعى به الإزار مجازاً لأنه يشد فيه. انظر: تنوير الحوالك ١٧٢.

٥١٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٨٨. ابن أبى شيبة فى المصنف ٢/٤٩٩. المغنى

٥٢٣/٢. كشف الغمة ١/١٦٣.

كتاب الجنائز ٤٥٥

مسألة: وإن كانت مطلقة، فلا يخلو أن تكون رجعية أو بائناً، فإن كانت رجعية، فقد روى ابن القاسم عن مالك: ليس له غسلها. وروى عن ابن نافع: له غسلها. ورواه ابن نافع عن مالك في الحاوي.

وجه الرواية الأولى، أن هذه مطلقة، فلم يكن للزوج غسلها كالبائن. ووجه الرواية الثانية، أنها امرأة يرثها الزوج، فكان له غسلها، كالتى لم تطلق وإن كانت مبتوتة لم يكن له غسلها لأنه لا توارث بينهما كالأجنبية. قال الشيخ أبو محمد: قياس هذا على قول مالك في الحى لا يراها حتى يرتجع.

فصل: وقوله: «فسألت من حضرها من المهاجرين، فقالت: إنى صائمة»، دليل على جواز الإخبار بأفعال النفل، إن كان نفلًا أو الإخبار عن قضاء الواجب إن كان واجبًا إذا تعلق بذلك حكم يحتاج إلى السؤال عنه، وإن لم تكن أسماء من أهل النظر فحكمها التقليد للصحابة في هذا الحكم، وإن كانت من أهل النظر، ويحتمل أن تسئل عنه لخوف فوات الحادثة إذا لم يبين لها الحكم أو ليقوى في نفسها ما ظهر إليها منه إن كانت علمته.

فصل: وقولها: «إن هذا يوم شديد البرد، فهل على من غسل»، أخبرت بالعلة المانعة لها من الغسل أو السبب الذى تخاف الضرر به.

وقولهم لها: «لا»، يحتمل أن يكون جوابًا لها من أن الغسل ليس بواجب على من غسل ميتًا، ويحتمل أن وجوبه أسقطته عنها شدة البرد، إلا أن الذى عليه جمهور الفقهاء، أن غسل الميت لا يوجب الغسل.

وما روى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من غسل ميتًا فليغتسل، ومن حمه فليتوضأ»^(١)، ليس بثابت. وقد روى موقوفًا عن أبى هريرة، ولو ثبت لحمل على الاستحباب ليكون العازم على الاغتسال من غسل الميت يباليغ فى غسله وينبسط ولا يتحفظ ولا يتقبض إذا لم يبين على الاغتسال، وأمر الحامل للميت أن يتوضأ قبل أن يحمله ليكون على طهارة إذا صلى عليه، فيصلى مع المصلين عليه.

(١) أخرجه بلفظه: الإمام أحمد فى المسند حديث رقم ٩٥٥٣. وفيه: صالح مولى التوأمة، قال فيه أحمد بن حنبل: صالح ثقة، ما أعلم به بأسًا، يحيى بن معين: ثقة بحرف قبل موته، ابن عدى: لا بأس إذا سمعوا منه قديمًا. مالك بن أنس: ضعفه وترك السمع منه. يحيى بن سعيد القطان: لم يكن بثقة.

مسألة: وهل ينجس الماء الذي يغسل به الميت والثوب الذي يجفف به. قال ابن عبدالحكم: يروى أنه ينجس ذلك الثوب. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا يرى أن يصلى به حتى يغسل ولا بالذى يصيبه من مائه شيء. وقال سحنون: لا ينجس الثوب، وذلك مبنى على نجاسة الإنسان بالموت، فمن قال: إنه ينجس بالموت، قال بنجاسة ذلك، ومن قال: لا ينجس بالموت، حكم بطهارتهما، وهو الذى اختاره القاضى أبو الحسن.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ أَهْلَ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: إِذَا مَاتَتِ الْمَرْأَةُ وَلَيْسَ مَعَهَا نِسَاءٌ يُغَسِّلْنَهَا وَلَا مِنْ ذَوَى الْمَحْرَمِ أَحَدٌ يَلِي ذَلِكَ مِنْهَا، وَلَا زَوْجٌ يَلِي ذَلِكَ مِنْهَا، يُمَمَّتْ فَمُسِّحَ بَوَاجِهِهَا وَكَفَيْهَا مِنَ الصَّعِيدِ.

الشرح: وهذا كما قال أن المرأة إذا توفيت، وكان معها نساء يلين ذلك منها غسلتها، فإن لم يكن معها نساء، وكان معها رجال من ذوى محارمها، فظاهر قوله: «ولا من ذوى المحرم أحد»، يقتضى أن ذا المحرم يغسلها. وقال ابن القاسم: يغسلها فى قميصها. وقال أشهب عن مالك: يممها وإذا غسلت ذات المحرم الرجل غطت عورته لأن جسده ليس بعورة.

فرع: فإذا قلنا: يغسلها ذو المحرم، فصفة غسلها فى قول مالك أن تغسل فى قميصها. وقال ابن حبيب: تغسل وعليها ثوب يجافيه عنها ويصب الماء من تحت الثوب لئلا يلصق الثوب بجسدها فيصفها.

وقول مالك مبنى على أنه راعى لمس جسدها بيده. وقول ابن حبيب مبنى على مراعاة بصره ومنعه من أن يدرك شيئاً من حجم جسدها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأفضل عندي أن يجمع بين القولين فيلقى الماء من تحت الثوب على ما قاله ابن حبيب، ويجافى الثوب عن جسدها ويكون على يديه خرقة يغسل بها جسدها تمنع يده من مباشرة شيء من جسدها.

فصل: وقوله: «ممت فمسح بوجهها وكفيها من الصعيد» على ما قاله، أنه إذا لم يكن معها من يجل النظر إليها فباشر غسلها من النساء أو من ذوى محارمها يمم بالصعيد لأن هذا الطهور على معنى العبادة فى جسد الإنسان، فكان بدله التيمم عند تعذره ويختص التيمم بوجهها وكفيها لأن الوجه والكفين مما يجوز النظر إليه، وليس بعورة من المرأة، وأما الذراع فعورة، وفرض التيمم لا يتعلق بالذراع فقصر على الفرض الذى ليس بعورة.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا هَلَكَ الرَّجُلُ وَلَيْسَ مَعَهُ أَحَدٌ إِلَّا نِسَاءٌ يَمَّمْنَهُ أَيْضًا.

الشرح: وهذا كما قال أن المرأة لما منع الرجال من النظر إلى جسدها ومباشرته بأيديهم فكذلك يمنع النساء من النظر إلى جسد الرجل ومباشرته بأيديهن إلا أن يكن من ذوى محارمه فيغسلنه عرياناً ويسترن عورته. قال ابن القاسم وابن حبيب: وقال سحنون: يغسلنه فى قميصه.

وجه الرواية الأولى، ما روى عن أنس أن رسول الله ﷺ كان يدخل على أم حرام فتفليه وتطعمه. ومن جهة المعنى أن جسد الرجل ليس بعورة، ولذلك أيسح له كشف جسده بمحضرة ذوات محارمه من النساء، وإنما أمر بستر المرأة لأن جسدها عورة. ووجه الرواية الثانية، أن لمس المرأة الرجل ممنوع.

مسألة: فإن كن أجنيبات يمتنه على ما ذكر. قال ابن القاسم: يمتن وجهه ويديه إلى المرفقين لأن ذراعى الرجل ليستا بعورة، فتوصل إليهما الطهارة.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ لِيُغْسَلَ الْمَيِّتَ عِنْدَنَا شَيْءٌ مَوْصُوفٌ، وَلَيْسَ لِذَلِكَ صِفَةٌ مَعْلُومَةٌ، وَلَكِنْ يُغْسَلُ فَيُطَهَّرُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس لغسل الميت صفة لا يجوز أن تتعدى، فتكون شرطاً فى صحة غسله، ولكن الغرض من ذلك تطهيره، ويستحب أن يبدأ فى المرة الأولى من غسله فيصب عليه الماء ويبدأ بغسل رأسه ولحيته، ثم بجسده يبدأ بشقه الأيمن ثم بالأيسر لما روى عن النبي ﷺ أنه قال فى غسل ابنته: «ابدأ بيمينها ومواضع الوضوء منها»^(٢).

مسألة: ويستحب أن يوضئه الغاسل خلافاً لأبى حنيفة. والدليل على ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «ابدأ بيمينها ومواضع الوضوء منها» ومعنى ذلك عند مالك أن يبدأ بمواضع الوضوء منها عند الغسل الذى هو محض العبادة لا فى غسل الجسد مما به أذى أو غيره.

وقال أشهب: توضع فى الغسلة الأولى. وقال ابن حبيب: فى الثانية.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ١٦٧. مسلم حديث رقم ٩٣٩. الترمذى حديث رقم

٩٩٠. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٨٨٤. أبو داود حديث رقم ٣١٤٥. أحمد فى

المسند حديث رقم ٢٦٧٥٧.

٤٥٨ كتاب الجنائز

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن معنى ذلك إن كانت الغسلة الأولى لإزالة ما به من أذى أو غيره إن توضأ بعد الفراغ منها، وهو عند الشروع فى الثانية، والله أعلم. ومن جهة المعنى أن هذا الجسد لغير نجاسة فشرع فيه الوضوء كغسل الجنابة.

مسألة: وقال أشهب: يعاد وضوؤه فى الثانية، وأنكر ذلك سحنون وينبغى على قول أشهب أن لا يكرر وضوؤه فى أول مرة ثلاثاً، فيعاد الوضوء، فيكون ذلك تكراره. ومن قال من أصحابنا: لا يعاد وضوؤه، اقتضى أن يوضأ ثلاثاً، وبالله التوفيق.

مسألة: وبمضمض الميت ويدخل الماء فى فيه، قال ابن حبيب: وقال أشهب: ويأخذ على إصبه خرقة ويدخلها فى فمه لتنظف أسنانه وينقى أنفه ووجهه لأن هذا من طهارة الحى، فجاز أن يفعل بالميت كسائر الوضوء.

فصل: وإن كان المغسول امرأة، فقد قال ابن حبيب: لا بأس أن يضر شعرها. وقال ابن القاسم: يعمل فى شعر المرأة بما شاءوا من لفه، وأما الضفر فما أعرفه، ويحتمل أن يريد لا أعرفه من أحكام الغسل الذى لا بد منها، والصواب أنه يستحب لقول أم عطية فى غسل بنت النبى ﷺ: «فضفرنا شعرها ثلاث قرون، فألقيناها خلفها»، ولعل ابن القاسم تعلق فى ذلك بأن هذا أمر يمكن أن يخفى عن النبى ﷺ ولا يطلع عليه، والأول أظهر، والله أعلم.

مسألة: ولا يقلم للميت ظفر ولا يحلق له شعر ولا ينتف خلافاً لأبى حنيفة، وأحد قولى الشافعى، وبقولنا قال المزنى.

والدليل على ذلك أن هذا قطع جزء متصل بالميت، فلم يكن مشروعاً، أصل ذلك الختان، ويزال الوسخ من أظفاره وغير ذلك من ظاهر جسده لأنها نظافة له دون قطع شىء من جسده. قال أشهب: وما سقط من جسده من شعر أو غيره جعل فى أكفانه.

* * *

ما جاء فى كفن الميت

٥١٨ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ

٥١٨- أخرجه البخارى فى الجنائز حديث رقم ١٢٦٤. ومسلم الجنائز حديث رقم ٩٤١. والترمذى فى الجنائز حديث رقم ٩١٧. والنسائى فى الصغرى فى الجنائز حديث رقم =

كتاب الجنائز ... ٤٥٩

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَفَنَ فِي ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ بَيْضٍ سُحُولِيَّةٍ لَيْسَ فِيهَا قَمِيصٌ وَلَا عِمَامَةٌ.

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ كفن في ثلاث أثواب»، المستحب من الكفن الوتر؛ لأن النبي ﷺ كفن في ثلاثة أثواب، فكره أن يقصر عنها مع القدرة عليها أو يزداد عليها إلا إلى وتر. قال ابن حبيب: وثلاثة أثواب أحب إلى من أربعة، وثوبان أحب إلى من ثوب.

ووجه ذلك أن الزائد على الثلاثة إنما هو للاحتياط والمبالغة، ولا يكون ذلك إلا مع الوتر الذي هو فضل والنقصان من الثلاثة إنما يكون للضرورة والتقصير عن الكفاية، فلا يقصر عما يقدر عليه منه.

فصل: وقوله: «بيض»، البياض أفضل ألوان الكفن استئناً بكفن النبي ﷺ، قال ذلك أشهب. وقد روى عن سمرة أن النبي ﷺ، قال: «البسوا من ثيابكم البياض، فإنها أطهر وأطيب وكفنوا فيها موتاكم»^(١).

مسألة: وكره مالك أن يكفن رجل أو امرأة في معصر إلا أن لا يوجد غيره، رواه عنه ابن القاسم. وروى عنه ابن زياد: لا بأس به وبالمزعر للرجال والنساء.

وجه الكراهية أن هذه الألوان إنما هي للجمال، وليس الكفن بموضع تجمل. ووجه رواية علي بن زياد، أن ما جاز من اللباس حال الحياة، فإنه يكفن فيه بعد الممات كالأبيض.

فصل: وقوله: «سحولية»^(١)، قال ابن بكير: هي منسوبة إلى سحول بلد باليمن.

١٨٩٦، ١٨٩٧، ١٨٩٨. وأبو داود في الجنائز حديث رقم ٣١٥١. وابن ماجه في الجنائز حديث رقم ١٤٦٩. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٣٦٠٢، ٢٤١٠٤، ٢٤٤٨٤، ٢٥٤١٨، ٢٤٧٩٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٤/ ٢٦٩: هذا أثبت حديث يروى في كفن الرسول ﷺ، وهو الأصل في كفن الرجل الميت، وقد روى أن النبي ﷺ كفن في ثوب حبرة، وقد روى أنه كفن في ريطتين وبرد بخراني، وهذا غير صحيح؛ لأن عائشة قالت: أخرجته البرد. (* أخرجه الترمذي حديث رقم ٩٩٤. النسائي في الصغرى حديث رقم ١٨٩٦. أبو داود حديث رقم ٣٨٧٨. أحمد في المسند حديث رقم ٢٢٢٠.

(١) قال النووي بفتح السين وضمها والفتح أشهر، وهو رواية الأكثرين. انظر: صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الجنائز باب كفن الميت.

وقال السيوطي في تنوير الحوالك ١٧٣: قال ابن الأعرابي وغيره: هي ثياب بيض نقيه لا تكون إلا من القطن، وقال ابن قتيبة: ثياب بيض ولم يخصها بالقطن.

٤٦٠ كتاب الجنائز

وقال ابن حبيب: إنها منسوبة إلى القطن لأن السحول ثياب القطن والأمران راجعان إلى معنى واحد لأن ثياب اليمن إنما هي من القطن. وقال ابن وهب: السحول قطن ليس بالجيد، وأفضل الكفن القطن والكتان استثناءً في القطن بالنبي ﷺ والكتان يجرى مجراه لأنهما من نبات الأرض ومما يلبس غالباً لغير معنى المباهاة. وأما الحرير فإن مالكاً كرهه للرجال والنساء. وقال ابن حبيب: لا بأس به النساء.

وجه القول الأول أن الحرير إنما هو للمباهاة والجمال وليس الكفن بموضع مباهاة ولا تجمل. ووجه ما قاله ابن حبيب أن هذا من لباسها المباح لها كالقطن وكرهت المغالاة في الكفن لأنه من باب المباهاة، وهو ممنوع في الكفن.

فصل: وقوله في الحديث: «ليس فيها قميص ولا عمامة»^(٢)، يحتمل أمرين، أحدهما: أنه لم يكن في كفنه جملة قميص ولا عمامة، وإنما كان جميع ما كفن فيه ثلاثة أثواب. والثاني: أنه كفن في ثلاثة أثواب لم يعتد فيها بقميص ولا عمامة، وإن كان ذلك من جملة ما كفن به.

وقد اختلف العلماء في ذلك فروى ابن حبيب وابن القاسم عن مالك، أن الميت يقمص ويعمم، وبه قال أبو حنيفة. وقال القاضي أبو الحسن: إن مذهب مالك أنه غير مستحب. وقد رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: أن المستحب أن لا يقمص ولا يعمم، ونحا به نحو المنع، وبه قال الشافعي.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندي جوازه. والأصل في ذلك ما روى جابر بن عبدالله قال: «أتى رسول الله ﷺ عبدالله بن أبي، وقال: ما أدخل حفرته، فأمر به، فأخرج فوضعه على ركبتيه وألبسه قميصه، ونفت عليه من ريقه^(٣)، والله أعلم. وكان كسا عباساً قميصاً.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المستحب عند مالك من الكفن خمسة أثواب قميص

(٢) قال النووي: أي كفن في ثلاثة أثواب غيرهما، ولم يكن مع الثلاثة شيء آخر هكذا فسره الشافعي وجمهور العلماء، وهو الصواب الذي يقتضيه ظاهر الحديث. قالوا ويستحب أن لا يكون في الكفن قميص ولا عمامة، وقال مالك وأبو حنيفة: يستحب قميص وعمامة، وتأولوا الحديث على أن معناه ليس القميص والعمامة من جملة الثلاثة وإنما هما زائدان عليها. انظر: شرح النووي كتاب الجنائز باب كفن الميت، وتنوير الحوالك ١٧٣.

(*) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم ١٣٥٠، ٥٧٩٥. مسلم حديث رقم ٢٧٧٣. النسائي في الصغرى حديث رقم ١٩٠١، ٢٠١٩. أحمد في المسند حديث رقم ١٤٦٥٧.

وعمامة ومئزر وثوبان يدرج بعد ذلك، فيجوز أن يضاف المئزر إلى الثوبين في العدد لأنه من جنسهما، والمرأة مثل ذلك مئزر وثوبان ودرع وحمار، والزيادة في كفن الميت على الخمسة إلى السبعة لا بأس به لحاجة ما إلى الستر، وهذا على مذهب مالك، فأما على رأى ابن القاسم فإن الرجل يدرج في الثلاثة الأثواب إدراجًا، وتزاد المرأة على ذلك مئزرًا وحمارًا لحاجة ما إلى الستر.

مسألة: وعمامة الميت على حسب عمامة الحي، رواه مطرف عن مالك، يجعل منها تحت لحيته ويترك منها قدر الذراع ذؤابة تطرح على وجهه، وكذلك يفعل من حمار الميتة لأنه بمنزلة العمامة للرجال.

٥١٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ قَالَ لِعَائِشَةَ، وَهُوَ مَرِيضٌ: فِي كَمْ كَفَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ؟ فَقَالَتْ: فِي ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ بَيْضٍ سُحُولِيَّةٍ. فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: خُذُوا هَذَا الثَّوْبَ لِثَوْبٍ عَلَيْهِ قَدْ أَصَابَهُ مِشْقٌ أَوْ زَعْفَرَانٌ فَاغْسِلُوهُ ثُمَّ كَفِّنُونِي فِيهِ مَعَ ثَوْبَيْنِ آخَرَيْنِ. فَقَالَتْ عَائِشَةُ: وَمَا هَذَا؟ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: الْحَيُّ أَحْرَجُ إِلَيَّ الْجَدِيدَ مِنَ الْمَيِّتِ، وَإِنَّمَا هَذَا لِلْمُهَلَّةِ.

الشرح: سؤاله رضى الله عنه عائشة لما كانت أعلم الناس بأمره ﷺ لأنه مات فى يومها وفى بيتها ووليت أمره واهتبلت به، فكان يرجع فى ذلك إليها، وسألها أبو بكر رضى الله عنه فى مرضه استعدادًا للموت، ولتنظر فى كفنه وأمره ويجرى ذلك كله على اختياره من الاقتداء برسول الله ﷺ.

وقوله: «خذوا هذا الثوب، لثوب عليه»، وصية منه بأن يكفن فى ثوب لبيس، وهو جائز فى الكفن، ولا خلاف فى جواز التكفين فى خلق الثياب إذا كانت لها لمة من القطع وساترة له، ويحتمل أن يكون أوصى أن يكفن فيه لأنه قد لبسه فى مواطن الحروب مع النبى ﷺ أو أحرم فيه.

وقد قال ابن حبيب: إن مثل هذا مستحب للحديث المتقدم «أن النبى ﷺ أعطى

٥١٩ - أخرجه البخارى فى الجنائز حديث رقم ١٢٦٤. ومسلم فى حديث رقم ٩٤١. والترمذى فى الجنائز حديث رقم ٩١٧. والنسائى فى الصغرى فى الجنائز حديث رقم ١٨٩٦، ١٨٩٧، ١٨٩٨. وأبو داود فى الجنائز حديث رقم ٣١٥١. وابن ماجه فى الجنائز حديث رقم ١٤٦٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٦٠٢، ٢٤١٠٤، ٢٤٣٤٨، ٢٤٤٨٤، ٢٤٧٩٥، ٢٥٤١٨.

٤٦٢ كتاب الجنائز

حقوه أم عطية الأنصارية وأمرها أن تشعره ابنته، وهذا يقتضى أن وصية الميت معتبرة فى كفنه وغير ذلك من أمره إذا وافق سنة وصواباً، فإن أوصى بسرف، فقد روى على بن زياد عن مالك يكفن منه بالقصد. ووجه ذلك أن الوصية إذا تعدت إلى ما نهى اقتصر منها على المباح الجائز كالزيادة على الثلث.

مسألة: فإن لم يوص الميت بشيء وتشاح الورثة، لم ينقص من ثلاثة أثواب من جنس ما كان يلبس فى حياته. قال الشيخ أبو إسحاق: لأن الزيادة عليها والنقص منها خروج به عن عادته، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فاغسلوه»، يحتمل أن يكون ذلك لشيء علمه فيه، وإلا فإن الثوب اللبس لا يقتضى لبسه وجوب غسله، قاله سحنون. وربما كان الجديد أحق بالغسل منه ويحتمل أن يكون أمر بالغسل للحمرة التى كانت فيه لما أخبر أن النبى ﷺ كفن فى ثلاثة أثواب بيض.

وقول عائشة: «وما هذا» تريد أن ذلك الثوب لم يصلح عنده لكفنه، وأرادت أن يكفن فى جديد أو فى غيره مما هو أفضل، فقال رضى الله عنه: «إن الخى أحق بالجديد من الميت»، لما يلزمه فى طول عمره من اللباس وستر العورة، وأما الميت فإن تغيره سريع، ولذلك قال: «إنما هو للمهيلة^(١)»، تريد الصديد والقيح، يعنى أنه ليس لتجمل ولا لاستدامة، وإنما يصير عن قريب إلى التغير بالصديد، فلا معنى لكونه جديداً، هكذا رواه يحيى للمهيلة، بكسر الميم، ويروى للمهل. وقال ابن الأنبارى: لا يقال: المهلة بالكسر، ورواه ابن عبيد، وإنما هما للمهل والتراب، والمهل الصديد.

٥٢٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ أَنَّهُ قَالَ: الْمَيْتُ يُقَمَّصُ وَيُؤَزَّرُ وَيُلْفُ فِي الثَّوْبِ

(١) قال فى النهاية: يروى بضم الميم وكسرهما وهى القيح والصديد الذى يذوب فيسيل من الجسد ومنه قيل للنحاس الذائب مهل.

وقال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٧٢/٤: قال: ابن حبيب: المهلة - بكسر الميم - صديد الجسد والمهلة - بضم الميم - التمهيل عكر الزيت، ومنه قوله عز وجل: ﴿مَاءٌ كَالْمُهْلِ﴾، والمهلة، بضم الميم، التمهيل.

٥٢٠ - انفرد به مالك. وأخرجه من طرق أخرى ابن أبى شيبة عن ابن عمر، ١٩٥/٣.

وقال السيوطى فى تنوير الحوالك ١٧٤: كذا رواه يحيى وهو وهم وصوابه عن عبد الله بن عمرو.

كتاب الجنائز ٤٦٣

الثَّالِثِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ كُفِّنَ فِيهِ.

الشرح: قوله: «يقمص»، يريد يلبس القميص ويشد عليه المتزر، وهذا يؤيد ما ذكرنا من مذهب مالك في القميص والمتزر.

وقوله: «ويلف في الثوب الثالث»، يقتضى أن كفته ثلاثة أثواب وأن الثالث منها يلف به.

فصل: وقوله: «فإن لم يكن إلا ثوب واحد كفن فيه»، يريد أن ما ذكر أولاً هو المستحب عنده لمن وجد، فإن لم يجد إلا ثوباً واحداً اجتزأ به. والأصل فى ذلك ما روى عن عبدالرحمن بن عوف أنه قال: قتل مصعب بن عمير وكان خيراً منى، فلم يوجد له ما يكفن فيه إلا بردة وخلق نمرة^(١)، ورجل آخر خير منى، فلم يوجد ما يكفن فيه إلا بردة.

* * *

المشى أمام الجنائز

٥٢١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَأَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ كَانُوا يَمْشُونَ أَمَامَ الْجَنَائِزِ وَالْخَلَفَاءُ هَلُمَّ جَرًّا^(١) وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ.

(١) أخرجه نحوه ابن أبي شيبة ٢٦٠/٣ عن حباب.

٥٢١ - أخرجه الترمذى فى الجنائز حديث رقم ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١. والنسائى فى الصغرى فى الجنائز حديث رقم ١٩٤٣، ١٩٤٤. وأبو داود فى الجنائز حديث رقم ٣١٧٩. وابن ماجه فى الجنائز حديث رقم ١٤٨٢، ١٤٨٣.

قال ابن عبد البر فى المهيد ٢٧٤/٤: هكذا هذا الحديث فى الموطأ مرسل عند الرواة عن مالك للموطأ، وقد وصله عن مالك قوم منهم: يحيى بن صالح الوحاظى، وعبدالله بن عوف الخراز، وحاتم بن سالم القزاز.

(١) قال السيوطى فى تنوير الحوالك ١٧٤: قال الشيخ جمال الدين بن هشام هذا كلام مستعمل فى العرف كثيراً، وذكره الجوهري فى صحاحه، فقال: تقول كان ذلك عام كذا وهلم جراً إلى اليوم، وفى العباب للصغاني مثله.

وقال ابن الأثير فى كتاب الزاهر: معنى هلم جراً سيروا على هيتكم أى تثبتوا فى سيركم ولا تجهدوا أنفسكم. قال: وهو مأخوذ من الجر وهو أن تنزل الأبل والغنم ترعى فى السير. انتهى باختصار.

٤٦٤ كتاب الجنائز

الشرح: قوله: وكانوا يمشون أمام الجنازة، دليل على أن ذلك سنة المشى معها لأن مثل هذا اللفظ لا يستعمل إلا فيما يتكرر ويستدام ويواظب عليه، وإذا كان ذلك من فعل النبي ﷺ والخلفاء بعده، ثبت أنه مشروع ولا يصح أن يحمل على الإباحة لأن ذلك ليس بقول لأحد؛ لأن الناس بين قائلين قائل يقول: إن ذلك سنة مشروعة، وبه قال مالك والشافعي وابن حنبل. وقائل يقول: إن ذلك ممنوع، وإن السنة المشى خلفها، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم، وقد ذكر أصحابنا فى ذلك معانى ليست بالقوية منها أن الناس شفعاء له والشفيع يمشى بين يدي المشفوع، وهذا حكم الرجال فأما النساء فيمشين من وراء الجنازة لأن ذلك أستر لهن، قاله ابن نافع.

مسألة: ويكره الركوب فى المشى مع الجنازة، قاله مالك، ولا بأس به فى الانصراف، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أن المشى مع الجنازة فعل بر وموضع تواضع ومشى إلى صلاة، كالمشى إلى الجمعة والرجوع فليس بعبادة فى نفسه، والركوب فيه مطلق كالركوب للمنصرف من الجمعة.

فرع: فإن ركب إلى الجنازة فحكمه أن يمشى خلف الجنازة والنساء خلفه، قاله الشيخ أبو إسحاق.

ووجه ذلك أنه قد خالف السنة فى مسيره، فلم يكن له أن يمشى من على السنة، فيظهر مخالفته وأذيته بدابته، فكان موضع سيره خلف الجنازة وأما النساء ليستترن منه، والله أعلم.

٥٢٢ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهُدَيْرِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ رَأَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَقْدُمُ النَّاسَ أَمَامَ الْجَنَازَةِ فِى جَنَازَةِ زَيْنَبَ بِنْتِ جَحْشٍ.

٥٢٢- أخرجه أبو داود برقم ٣١٨٠، ٢٠٢/٣ كتاب الجنائز باب المشى أمام الجنازة عن المغيرة بن شعبة. وأحمد ٤/٢٤٩ عن المغيرة بن شعبة. والبيهقى فى السنن الكبرى ٤/٨ عن المغيرة بن شعبة. والحاكم فى المستدرک ١/٣٦٣ عن المغيرة بن شعبة. وابن أبى شيبة ٣/٢٨٠ عن المغيرة بن شعبة. والبقوى بشرح السنة ٥/٣٣٤ عن المغيرة بن شعبة. وذكره فى الكنز برقم ٤٢٣٣٥ وعزاه السيوطى إلى أحمد وأبى داود والترمذى والحاكم فى المستدرک عن المغيرة بن شعبة.

الشرح: قوله: «إنه رأى عمر بن الخطاب يقدم الناس أمام الجنائز» على نحو ما ذكرناه من رواية ابن شهاب، وزاد في هذا أنه بين أنه مما كان يأمر به ويأخذ الناس بالتزامه والعمل به، وقد فعل ذلك عمر بحضرة الصحابة لاسيما في مثل جنازة زينب بنت جحش زوج النبي ﷺ، فإنه لا يتخلف عنها أحد إلا لعذر، ثم لم يثبت في ذلك إنكار من أحد، فثبت أنه إجماع.

٥٢٣ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ قَالَ: مَا رَأَيْتُ أَبِي قَطُّ فِي جَنَازَةٍ إِلَّا أَمَامَهَا، قَالَ: ثُمَّ يَأْتِي الْبَقِيعَ، فَيَجْلِسُ حَتَّى يَمُرُّوا عَلَيْهِ.

الشرح: قوله: «ما رأيت أبي قط في جنازة إلا أمامها» يقتضى مداومة عروة على ذلك اقتداء بما روى في ذلك عن النبي ﷺ، وعن أبي بكر وعمر فأخبر هشام أنه لم ير أباه قط في جنازة إلا أمامها، وهذا يدل على اعتماده ذلك وقصده إليه.

فصل: وقوله: «ثم يأتي البقيع»، يريد مقبرة المدينة «فيجلس حتى يمروا عليه»، يريد أن جلوسه كان على طريقهم إلى القبر إذ كان يتقدمهم لسرعة سيره وإبطائهم وسرعة السير بالجنازة مستحب. والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «أسرعوا بجنائزكم، فإنما هو خير تقدمونها إليه أو شر تضعونه عن رقابكم»^(١).

فصل: وقوله: «فيجلس حتى يمروا عليه»، يريد أنه إنما كان يجلس ببعض الطريق، ولو كان يجلس بموضع القبر لقال: فيجلس حتى يلحقوا به. وقد روى عن النبي ﷺ المنع من الجلوس حتى توضع الجنازة ثم نسخ بعد، وروى عن علي بن أبي طالب أنه قال: قام رسول الله ﷺ ثم قعد.

٥٢٤ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: أَلْمَشِيُّ خَلْفَ الْجَنَازَةِ مِنْ خَطَأِ السُّنَّةِ.

الشرح: قوله: «من خطأ السنة» ما رسم ليحجرى، عليه ولا يطلق في الشرع إلا على جواب الفعل، فيحتمل أن يريد به من مخالفة السنة، وأن الفاعل لذلك قد أخطأ السنة وخالفها، ويحتمل أنه يريد أنه من خطأ أهل السنة وأن من أهل السنة من قد أخطأ في ذلك^(١).

٥٢٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١٨/٨.

(١) أخرجه مالك في الموطأ حديث رقم ٥٧٤، وسيأتي تحريجه.

٥٢٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١٨/٨.

(١) قال في الاستذكار ٢١٩/٨: أورد مالك في هذا الباب السنة وعمل الخلفاء بذلك ومن بعدهم واشتهار بذلك بالمدينة عندهم حتى جعله ابن شهاب مع علمه بآثار من مضى سنة مستنونة وجعل ما خالفها خطأ. وهذا كله خلاف ما ذهب إليه أهل العراق من الكوفيين =

وغيرهم فأجازوا المشى خلفها وعن يمينها وعن يسارها وأمامها. واختلف العلماء فى الأفضل، فقال مالك والليث والشافعى وأصحابهم: السنة المشى أمام الجنائز وهو الأفضل، وبه قال أحمد بن حنبل. وقال الثورى: لا بأس بالمشى بين يديها وخلفها وعن يمينها وشمالها إلا أن المشى عندهم خلفها أفضل. وحجة هؤلاء ومن قال بقولهم حديث عبد الرحمن بن أبزى، قال: كنت أمشى مع على فى جنازة وهو أخذ يمدى وهو يمشى خلفها، وأبو وعمر يمشيان أمامها فقلت له ذلك، فقال: إن أفضل الماشى خلفها على الماشى أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة، وإنهما ليعلمان ذلك ولكنهما يسهلان على الناس. وقد ذكرنا إسناده فى التمهيد من حديث عبد الرزاق وغيره عن الثورى. قال عبد الرزاق: وبه يأخذ الثورى. وروى أبو سعيد الخدرى عن على مثله بمعناه، وزاد: قال لى على: يا أبا سعيد: إذا شهدت جنازة فقدمها بين يديك، واجعلها نصب عينيك، فإنما هى موعظة وتذكرة وعبرة. ومن حديث ابن مسعود أنه كان يقول: سألتنا رسول الله ﷺ عن السير بالجنائز؟ فقال: «الجنائز متبوعة وليست بتابعة وليس معها من تقدمها». ومن حديث المغيرة بن شعبة عن النبى ﷺ قال: «الراكب يسير خلف الجنائز، والماشى يمشى خلفها وأمامها وعن يمينها ويسارها قريباً منها». ومن حديث أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: أمشوا خلف الجنائز. فهذا ما جاء من الآثار المرفوعة فى هذا الباب. وهى كلها أحاديث كوفية لا يقوم بأسانيدنا حجة، وقد ذكرناها بأسانيدنا وعللها فى التمهيد.

وروى عن أنس بن مالك، ومعاوية بن قرة، وسعيد بن جبير أنهم كانوا يمشون خلف الجنائز. وروى عن نافع مولى ابن عمر أنه قال: قلت لابن عمر: كيف المشى فى الجنائز؟ فقال: أما ترانى أمشى خلفها. فهذا يعارضه حديث ابن شهاب المذكور فى هذا الباب، وحديث أهل المدينة أثبت والله أعلم.

وأما الصحابة، رضى الله عنهم، فروى عن عثمان، وطلحة، والزبير، وابن عباس، وأبى هريرة، والحسن بن على، وابن الزبير، وأبى أسيد الساعدى، وأبى قتادة الأنصارى أنهم كانوا يمشون أمام الجنائز. وروى ابن وهب عن يحيى بن أيوب، عن يعقوب بن إبراهيم، عن محمد بن المنكدر، قال: ما رأيت أحداً ممن أدركت من أصحاب رسول الله ﷺ إلا وهم يمشون أمام الجنائز حتى أن بعضهم لينادى بعضاً ليرجع إليهم. ذكر ابن المبارك عن موسى الجهنى، قال: سألت عبد الرحمن بن أبى ليلى عن المشى بين يدي الجنائز، فقال: كنا نمشى بين يدي الجنائز مع أصحاب رسول الله ﷺ فلا يرون بأساً.

وأما التابعين فروى عن السائب بن يزيد، وعبيد بن عمير، وشريح القاضى، والأسود بن يزيد، وسالم بن عبد الله، والقاسم بن محمد، وسعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، وسائر الفقهاء السبعة المدنيين، وبشر بن سعيد، وعطاء بن يسار، وابن شهاب، وربعة، وأبى الزناد أنهم كانوا يمشون أمام الجنائز. وذكر هشيم عن مغيرة، عن إبراهيم أنه قال لأبى=

النهى عن تتبع الجنازة بنار

٥٢٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهَا قَالَتْ لِأَهْلِهَا: أَجْمِرُوا ثِيَابِي إِذَا مِتُّ، ثُمَّ حَنَطُونِي، وَلَا تَذُرُوا عَلَيَّ كَفَنِي حِنَاطًا، وَلَا تَتَّبِعُونِي بِنَارٍ.

الشرح: قولها: «أجمروا ثيابي»، يحتمل أن يكون ذلك منها على وجه التعليم بالسنة على وجه الأمر ببلوغها والتحذير من التقصير عنها، ويحتمل أن يكون على وجه الوصية لمن قد علم جواز ذلك وجواز غيره، وتريد بقولها: «أجمروا ثيابي»، تجميرها بالعود وغير ذلك مما يتبخر به. والأصل في ذلك أن الميت يحتاج إلى تطيب ريحه وريح كفنه، فإن ذلك من إكرامه وصيانتته لئلا تظهر منه ريح مكروهة، ولذلك شرع فى غسله الكافور ليطيب ريحه ولتخفى ريح كريهة إن كانت.

فصل: وقولها: «ثم حنطونى»، الحنوط ما يجعل فى جسد الميت وكفنه من الطيب والمسك والعنبر والكافور وكل ما الغرض منه ريحه دون لونه لأن المقصود منه ما ذكرنا من الرائحة دون التحمل باللون.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فموضع الحنوط، قال أشهب: إن جعل الحنوط فى لحيته ورأسه فواسع. وقال ابن حبيب: يجعل الكافور على مساجده ووجهه وكفيه وركبتيه وقدميه، ويجعل فى مسامه وعينيه وفمه وأذنيه ومنخريه، وعلى القطن الذى يجعله بين فخذه ويجعل بين أكفانه كلها ولا يجعل على ظاهر كفنه.

وجه ذلك أن الحنوط يجعل من أعضائه فيما يكرم وهو مواضع السجود وفيما تيقن

=وائل: أكان أصحابك يمشون أمام الجنازة؟ قال: نعم.

قال أبو عمر: المشى أمام الجنازة أكثر عن العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الخالفين، وهو منهب الحجازيين، وهو الأفضل إن شاء الله ولا بأس عندى بالمشى خالفها وحيث شاء الماشى منها؛ لأن الله عز وجل لم يحظر ذلك ولا رسوله، ولا أعلم أحدًا من العلماء كره ذلك ولا ذكر أن مشى الماشى خلف الجنازة يحبط أجره فيها ويكون كمن لم يشهدنها، وقد قال رسول الله ﷺ: «من شيع جنازة وصلى عليها كان له قيرط من الأجر، ومن قعد حتى تدفن كان له قيراطان، والقيرط كأخذ»، ولم يخص الماشى خلفها من الماشى أمامها. ومن عمل العلماء بالعراق والحجاز قرنا بعد قرنٍ مما ذكرنا عنهم يدل على قولنا، وبالله توفيقنا.

٥٢٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٩٢.

٤٦٨ كتاب الجنائز

منه خروج أذى، وهو جميع مسامه، ويكون ذلك مع قطن ليمنع خروجه من الأذى وليرد ريح الحنوط ما تيقن من ريح مكروهة، ولا يجعل على ظاهر الكفن شئ من ذلك لأن الحنوط إنما هو لمعنى الريح لا للون.

مسألة: ويفعل هذا بكل من يغسل ويصلى عليه محرماً كان أو غير محرم، وبه قال الحسن وعكرمة والأوزاعي وأبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يقرب المحرم الطيب ولا يغطي رأسه.

والدليل على ما نقوله أنه حكم من أحكام الحج، فوجب أن ييطل بالموت كالطواف. وأما ما روى عن النبي ﷺ أنه قال في محرم وقع عن راحلته فمات: «اغسلوا بماء وسدر وكفنه في ثوبين ولا تحنطوه ولا تجمروا رأسه فإن الله يبعثه يوم القيامة مليئاً»^(١) فليس يمنع من ذلك في غير ذلك الميت لأننا لا طريق لنا إلى أن نعلم نحن في غيره من الأموات أن الله يبعثه يوم القيامة مليئاً، وتعليل النبي ﷺ الحكم بما لا طريق لنا إلى معرفته دليل على أنه حكم مخصوص به، ولو كان حكماً يتعدى إلى غيره لعلنا طريق إلى معرفته.

فصل: وقولها: «ولا تتبعوني بنار». قال ابن حبيب: إنما ذلك للتفاؤل بالنار، ويحتمل أيضاً أن يكون هذا من أفعال الجاهلية فشرعت مخالفتها إذا لم يكن له وجه مقصود في الشريعة، ويحتمل أن يمنع لأنه كان يفعل على وجه الظهور والتعالى، والله أعلم.

٥٢٦ - مَالِك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ نَهَى أَنْ يُتَّبَعَ بَعْدَ مَوْتِهِ بِنَارٍ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَكْرَهُ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «نهى أن يتبع بعد موته بناره» ويجب على الإمام أن ينهى فاعليه ويوصيهم بتقوى الله واتباع السنة في أمره وغسله وكفنه ودفنه وغير ذلك من أحواله.

* * *

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٨٥٠. مسلم حديث رقم ١٢٠٦.

النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٨٥٥. الدارمي حديث رقم ١٨٥٢.

٥٢٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٩٣.

قال ابن عبد البر في التمهيد: قد روى النهي عن ذلك من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ.

التكبير على الجنازة

٥٢٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَعَى النَّجَاشِيَّ لِلنَّاسِ فِي الْيَوْمِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ، وَخَرَجَ بِهِمْ إِلَى الْمُصَلَّى فَصَفَّ بِهِمْ وَكَبَّرَ أَرْبَعَ تَكْبِيرَاتٍ.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ نعى النجاشي للناس»، يريد أخبرهم بموته، وقد أخبر بقتل زيد بن حارثة وجعفر بن أبي طالب وعبدالله بن رواحة، وهذا النعى غير محظور، فأما النعى الذي يكون معه الصباح والضجيج فإنه محظور، ولذلك كره مالك أن تدار بالجنائز على أبواب المساجد والأسواق لأنه من النعى.

قال علقمة بن قيس: الإنذار بالجنائز من النعى، والنعى من أمر الجاهلية.

فصل: فأما النجاشي^(١)، فملك الحبشة، واسمه أصحمة، وكان آمن بالنبي ﷺ وأخذ الإيمان به عمن هاجر من أصحاب النبي ﷺ، فمنع عنهم وآواهم وأسر إيمانه لمخالفة جميع الحبشة له، فلما مات نعاها النبي ﷺ لأصحابه في اليوم الذي مات فيه، وهذا دليل واضح على نبوته إذ لا سبيل إلى معرفته لمن يدعى النبوة إلا بوحي من رب العالمين.

فصل: وقوله: «وخرج بهم إلى المصلى»، يقتضى أن ذلك موضع معين عندهم

٥٢٧- أخرجه البخارى فى الجنائز حديث رقم ١٢٤٥. ومسلم فى الجنائز حديث رقم ٩٥١. والترمذى فى الجنائز حديث رقم ٩٤٣. والنسائى فى الصغرى فى الجنائز حديث رقم ١٨٧٨، ١٩٧١، ١٩٧٩، ٢٠٤١. وأبو داود فى الجنائز حديث رقم ٣٢٠٤. وابن ماجه فى الجنائز حديث رقم ١٥٣٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٧١٩، ٩٣٦٣، ٩٣٧١، ١٠٤٧١.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨٤/٤: النجاشى ملك الحبشة، قال ابن إسحاق: النجاشى اسم الملك كما يقال: كسرى، وقبصر، قال: واسمه أصحمة، وهو بالعربية عطية. وقال: وفى هذا الحديث علم من أعلام النبوة كبير، وذلك أن يكون النبي ﷺ علم بموته فى اليوم الذى مات فيه على بعد ما بين الحجاز وأرض الحبشة، ونعاها للناس فى ذلك اليوم، وكان نعى رسول الله ﷺ النجاشى، فى رجب سنة تسع من الهجرة، كذلك قال أهل السير: الواقدى وغيره وفيه إباحة الإشعار بالجنائز، والإعلام بها والاجتماع لها، وهذا أقوى من حديث حذيفة، أنه كان إذا مات له ميت، قال: «لا تؤذونا به أحدا، فإني أخاف أن يكون نعيًا، فإني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن النعى». انتهى باختصار.

٤٧٠ كتاب الجنائز

للصلاة على الجنائز، وفي ذلك بابان، أحدهما فى صفة من يصلى عليه وتمييزه من غيره. والثانى فى صفة الصلاة.

* * *

الباب الأول فى صفة من يصلى عليه وتمييزه من غيره

اعلم أن الصلاة فى الجملة على المسلمين لازمة إلا أن يمنع من ذلك موانع نبينها بعد هذا إن شاء الله تعالى. والأصل فى ذلك ما روى من فعل النبى ﷺ وصلاته على من مات من أصحابه، واختلف أصحابنا فى الصلاة على الميت، فقال مالك وجمهور أصحابنا: إنها واجبة. وقال أصيبغ: هى سنة وليست بواجبة.

وجه القول الأول، ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إن أبا لكم قد مات، فقوموا فصلوا عليه^(*). والأمر يقتضى الوجوب، ولا فرق بين الصلاة على النجاشى وغيره. ووجه قول أصيبغ أن هذا ركن من أركان الصلاة يفعل مفردًا لغير إصلاح صلاة فلم يكن واجبًا. أصل ذلك سجود التلاوة.

مسألة: إذا ثبت أنها واجبة، فهى فرض من فروض الكفاية، لأنه لا خلاف أنه لا تلزم الصلاة على ميت جميع المؤمنين، وأنه إذا صلى بعضهم عليه، فقد أدى فرض الصلاة وسقط وجوبه عن سائرهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمنع من الصلاة على الميت يكون على ضربين، عام وخاص، فأما العام، فلمعنى فى الميت، ويكون على معنيين، فضيلة فى الميت ونقيصة، فأما الفضيلة، فإنها الشهادة فى سبيل الله، تسقط فرض الغسل والصلاة، وبهذا قال مالك والشافعى وأكثر الفقهاء.

وقال أبو حنيفة: لا يغسل، ولكن لا يعرى من الصلاة عليه. وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى: يغسل ويصلى عليه.

والدليل على ما نقوله حديث جابر بن عبد الله «كان النبى ﷺ يجمع بين الرجلين من قتلى أحد فى ثوب واحد، وقال: أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة، وأمر بدفنهم

(*) أخرجه بلفظه مسلم حديث رقم ٩٥٢، ٩٥٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٩٧٠.

أحمد فى المسند حديث رقم ١٩٣٩٠.

بدمائهم ولم يغسلوا ولم يصل عليهم^(١). ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى يمنع فرض الغسل، فمنع فرض الصلاة كعدم الاستهلال في السقط.

مسألة: وأما النقص، فالكفر وعدم الاستهلال في السقط، فأما الكفر فلقلوله تعالى: ﴿وَلَا تَصِلْ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ مَاتَ أَبَدًا وَلَا تَقُمْ عَلَى قَبْرِهِ إِنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَمَاتُوا وَهُمْ فَاسِقُونَ﴾ [التوبة: ٨٤] وأما الاستهلال، فإن به تعرف الحياة وإذا لم تصح حياته لم يصل عليه، وسيأتي ذكره بعد هذا مستوعباً في الفرائض إن شاء الله.

مسألة: وهذا إذا كان الميت على هيئته، فإن كان مقطوعاً، فروى ابن القاسم عن مالك في العتبية: أن أكثر البدن يغسل ويصلى عليه، مجتمعاً كان أو مقطوعاً. وقال ابن حبيب عن مالك: إن كان مجتمعاً صلى عليه، وإن كان مقطوعاً لم يغسل ولم يصل عليه. وجه رواية ابن القاسم أن تقطيعه لا يبطل حرمة، ولا يسقط حكم الصلاة عليه؛ لأنه موجود. ووجه رواية عبدالمالك أن تقطيعه منع غسله وإذا منع غسله بطل حكم الصلاة عليه كالشهيد ولأن في غسله انتهاك الحرمة ومتابعة لما تقدم من التمثيل.

فروع: فإن لم يوجد منه إلا رأس أو رجل، فقد قال مالك: لا يغسل، ولا يصلى عليه حتى يوجد أكثره. وقال ابن حبيب: يغسل ويصلى عليه، وينوى به الجملة.

وجه قول مالك أن الأقل تابع للأكثر، فإذا غاب الأكثر كان بمنزلة مغيب جميعه ولا يصلى على غائب. وما قاله ابن حبيب يحتمل معنيين، أحدهما: تجويز الصلاة على الغائب، وسيأتي ذكره، والثاني: أنه لما وجد البعض لزمت الصلاة عليه، ولم يمكن إفراده بالصلاة، فوجب أن ينوى جميعه.

* * *

الباب الثاني في صفة الصلاة على الميت

أما صفتها، فأن يكبر فيها أربع تكبيرات، على حسب ما روى عن النبي ﷺ في هذه الصلاة على النجاشي، رحمه الله.

مسألة: فإن كان الإمام ممن يكبر خمس تكبيرات، فقد روى ابن القاسم ومالك:

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١٣٤٣، ١٣٤٥، ١٣٤٨، ٤٠٨٠. الترمذى حديث رقم ١٠٣٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٩٥٥. أبو داود حديث رقم ٣١٣٨. ابن ماجه حديث رقم ١٥١٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٣٧٧٧.

٤٧٢ كتاب الجنائز

يقطع المأموم ولا يتبعه. وروى ابن الماجشون عن مالك: يسكت ولا يكبر معه، فإذا سلم، سلم معه. وقاله أشهب ومطرف.

فوجه الرواية الأولى أن هذا أصل قد صار شعاراً لأهل البدع، فيجب إظهار الخلاف عليهم. ووجه الرواية الثانية أن هذا أمر أكثر فيه الخلاف بين أهل العلم، ولا تفسد الصلاة إذا كان الإمام من أهل الدين والسنة، والخطأ إنما هو منه في زيادة التكبير، فلا يتبعه فيها، وزيادة القيام في الصلاة لا يمنع منه، ولا يمنع صحة الصلاة، فيقوم حتى يسلم بسلامه، وأما إن كان الإمام من أهل البدع، فلا يصلى معه ولا يقتدى به كبر أربعاً أو خمساً. ورواية ابن القاسم أولى لأن الإجماع قد انعقد على بطلان الخامسة.

مسألة: وهل يقف الإمام بعد الرابعة للدعاء؟ قال سحنون: يقف بعد الرابعة، ويدعو كما يدعو بين كل تكبيرتين، وقال سائر أصحابه: لا يقف بعد الرابعة ويسلم بأثرها.

وجه ما قاله سحنون التكبيرة الآخرة من صلاة الجنائز، فكان الدعاء مشروعاً بعدها. أصل ذلك الأولى والثانية. ووجه القول الثاني أن الدعاء في صلاة الجنائز بمنزلة القراءة في غيرها، فلو دعا بعد الرابعة لاحتاج إلى تكبيرة تفصل بين القراءة والسلام كما يفصل الركوع بين القراءة والتسليم.

فرع: وهل يرفع يديه مع كل تكبيرة؟ روى ابن وهب عن مالك أنه يستحب ذلك. وروى ابن القاسم عنه: لا يرفع فيما بعد الأولى، وروى ابن حبيب عن ابن القاسم لا يرفع في الأولى ولا في غيرها، والخلاف في ذلك مبنى على الخلاف في رفع اليدين في صلاة الفريضة.

مسألة: فإن فاتته بعض التكبير صلى مع الإمام ما أدرك على ما نذكر بعد هذا إن شاء الله تعالى، فإذا سلم الإمام وأخذ في القضاء، فهل يوالى التكبير أو يدعو بين كل تكبيرتين؟ قال القاضى أبو محمد: يدعو بين التكبير، أن لم يخف رفع الجنائز قبل فراغه، وإن خاف الرفع والى التكبير. وروى ابن القاسم في المدونة: يكبر ما سبقه به الإمام تبعاً، ويحتمل أن يكون قال ذلك خوف رفع الجنائز، ويحتمل أن يكون خلافاً.

وجه ما رواه القاضى أبو محمد أن صلاة الجنائز مقصودها الدعاء للميت، فلا يجوز الإخلال به مع التمكن منه، فإذا خاف الفوات والى التكبير لئلا يصلى على الجنائز بعد

رفعها. ووجه رواية ابن القاسم إن حملناها على الخلاف أن أركان الصلاة هي التكبير، فعليه أن يأتي بها لأن الإمام قد حمل عنه الدعاء حين لم يدرك محله، وإن أراد أن يتماهل في الدعاء وحده، كان مصليا على الجنائز صلاة مفردة بعد صلاة الجمعة.

فصل: وقوله في الحديث: «فصّف بهم»، دليل على أن من سنة هذه الصلاة الصف كسائر الصلوات، ويتقدمهم إمامهم لأن هذه سنة كل صلاة شرع الصف لها، ولما روى أن النبي ﷺ مر على قبر منبوذ، فأمرهم وصلوا خلفه.

فصل: وقوله: «وكبر أربع تكبيرات»، على ما ذكرناه من أن ذلك حكم الصلاة وصلاة النبي ﷺ على النجاشي، وإن كان غائبا فإنه يحتمل أن يكون مثل له، فرآه دون أن يراه غيره، ويحتمل أن يكون جاز له لأنه من المسلمين، وقد علم به النبي ﷺ في وقت موته، ولذلك قال: نعى النجاشي للناس اليوم الذي مات فيه، وهذا لا يصح لأحد بعده، ويحتمل أن يجوز ذلك لأنه رجل من المسلمين. تيقن أنه لم يصل عليه، ولو كان بين المسلمين فصلوا عليه لم يصل عليه، والله أعلم، ولم يحفظ أن النبي ﷺ صلى على غيره ممن غاب عنه.

مسألة: ومن غرق في البحر أو قتل ولم يتمكن من غسله، أو أكله السبع فلم يبق منه شيء، فقد قال ابن حبيب: يصلى عليه كما فعل النبي ﷺ بالنجاشي. وقال غيره من أصحابنا: لا يصلى عليه.

ووجه ذلك أن الصلاة على الميت إنما شرعت عند موته أو ما يقرب منه، وأما إذا بعد موته أو طالبت مدته، فإنه لا يصلى عليه كما لا يصلى اليوم على أحد من الأمم الماضية ممن قتل ظلماً وعلمنا أنه لم يصل عليه أو ممن غرق في البحر فلم يصل عليه، ويحتمل أن يكون قول ابن حبيب فيمن عرف أمره، وعوين غرقه، أو أكل السبع له، فإذا لم يعلم ذلك إلا بعد أيام لم يصل عليه.

٥٢٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ أَبِي أُمَامَةَ بْنِ سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ

٥٢٨ - أخرجه النسائي في الصغرى في الجنائز حديث رقم ١٩٦٨، ١٩٨٠.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٤/٢٩٣: لم يختلف على مالك في الموطأ في إرسال هذا الحديث، وقد روى موسى بن محمد بن إبراهيم القرشي، عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف، عن رجل من الأنصار «أن رسول الله ﷺ، صلى على قبر امرأة بعدما دفنت، فكبر عليها أربعاً وهذا لم يتابع عليه، وموسى بن محمد هذا متروك الحديث.»

«أَنَّ مِسْكِينَةَ مَرَضَتْ، فَأَخْبَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِمَرَضِهَا، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعُودُ الْمَسَاكِينَ وَيَسْأَلُ عَنْهُمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِذَا مَاتَتْ فَأَذِّنُونِي بِهَا، فَخُرِجَ بِجَنَازَتِهَا لَيْلًا، فَكَرَهُوا أَنْ يُوقِظُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَلَمَّا أَصْبَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَخْبَرَ بِالَّذِي كَانَ مِنْ شَأْنِهَا، فَقَالَ: أَلَمْ أَمُرْكُمْ أَنْ تُؤَذِّنُونِي بِهَا، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ كَرِهْنَا أَنْ نُخْرِجَكَ لَيْلًا وَنُوقِظَكَ، فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى صَنَفَ بِالنَّاسِ عَلَى قَبْرِهَا، وَكَبَّرَ أَرْبَعَ تَكْبِيرَاتٍ».

الشرح: قوله: «إن مسكينة مرضت، فأخبر رسول الله ﷺ بمرضها»، دليل على اهتبال النبي ﷺ بأخبار ضعفاء المسلمين وتفقدته لهم، ولذلك كان يخبر بمرضاهم.

وقد أخبر أنه كان يعود ضعفاء المسلمين ويسأل عنهم، وذلك إخبار عن كريم خلق النبي ﷺ وتواضعه، واهتباله بالضعفاء والمساكين، وقيامته لهم، وتأنيسه إياهم ورفقه بهم كما وصفه الله تعالى، وكان بالمؤمنين رحيمًا صلى الله عليه وسلم تسليما، ومن ذلك أمره ﷺ أن يؤذن بها إذا ماتت لئلا يخفى عليه أمرها، وليشاهد جنازتها، ويصل عليها، وليستغفر لها لأن لها من الحق في دعائه وبركته كحق الأغنياء من المسلمين.

فصل: وقوله: «فخرج جنازتها ليلًا»، الخروج بالجنازة من الليل جائز، وإن كان الأفضل ترك ذلك إلى النهار ليحضرها من أمكن من المسلمين ذون مشقة، ولا تكلف خروج بالليل، فإن كان ذلك لضرورة فلا بأس به، روى ذلك علي بن أبي زياد عن مالك.

فصل: وقوله: «فكرهوا أن يوقظوا رسول الله ﷺ»، تعظيمًا منهم للنبي ﷺ وإجلالًا وإشفاقًا عليه من أن يوقظوه في وقت راحته، مع أن النبي ﷺ كان لا يوقظ من نومه لأنهم كانوا لا يدرون ما يحدث له في نومه، ومقتضى ذلك تعجيلهم بالجنازة وظنوا أن الأمر بذلك أكد من أمره بأن يؤذنه.

وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة «أن رسول الله ﷺ قال: أسرعوا بالجنازة، فإن تك صالحة فخير تقدمونها إليه، وإن تك سوى ذلك فشر تضعونه عن رقابكم».

=وقد روى سفيان بن حسين هذا الحديث، عن ابن شهاب، عن أنبي أمارة بن سهل، عن أبيه، عن النبي ﷺ، وهو حديث مسند متصل صحيح، من غير حديث مالك، من حديث الزهري، وغيره، وروى من وجوه كثيرة عن النبي ﷺ، كلها ثابتة.

وقال ابن حبيب: لا يمشى بالجنائز الهويناء، ولكن مشية الرجل الشاب، وهذا إذا كانت في البر، فإن كانت في البحر، فعن ابن القاسم إن لم يرج البر قبل التغير غسل وصلى عليه، ورمى على شقه الأيمن.

فصل: وقوله ﷺ: «ألم أمركم أن تؤذوني» تذكيراً لهم بأمره إياهم ونهيًا لهم عن استدامة مثل هذا في مثل هذه المرأة، وأن أمره لهم بذلك كان مؤكداً وأن اهتباله بمثل هذه المرأة من الضعفاء والمساكين شديد، فاعتذروا إليه بأن المانع لهم من ذلك الإشفاق من إخراجهم في الليل وإيقاظه.

فصل: وقوله: «فخرج رسول الله ﷺ»، يريد إلى موضع قبرها، «حتى صف الناس على قبرها»، وهذا يقتضى أن الصفوف على الجنائز مسنونة كسائر الصلوات، وأن صلاة الجنائز جماعة، ولذلك لم يصل عليها وحده، وإن كان من يصلى على الميت النساء فقط، فقد قال ابن القاسم: يصلين أحياناً لأن هذه صلاة، فلم تكن المرأة فيها إماماً كسائر الصلوات. وقال أشهب: تؤمهن امرأة منهن، ويحتمل أن تكون هذه الرواية مبنية على رواية ابن أئمن عن مالك في إمامة المرأة.

فصل: وقوله: «فصف بالناس على قبرها، وكبر أربع تكبيرات» بين في الصلاة على القبر، وعلى هذا جمهور أصحابنا غير أشهب وسحنون، فإنهما قالوا: إن نسي أن يصلى على الميت، فلا يصل على قبره، وليدع له.

قال سحنون: ولا أجعله ذريعة إلى الصلاة على الجنائز في القبور. وقال ابن القاسم وسائر أصحابنا: يصلى على القبر إذا فاتت الصلاة على الميت، فأما إذا لم تفت فلا يصلى عليه. وقال ابن وهب عن مالك: إن ذلك جائز، وبه قال الشافعي.

والدليل على المنع من ذلك فيمن صلى عليه، أن هذا حكم يجب فيه بعد موته، فوجب أن لا يتكرر مع بقاء حكم الأصل كالغسل. وجه قول ابن وهب والشافعي تعلقها بصلاة النبي ﷺ على هذه المرأة، والجواب أنه لا يجوز امتثاله لمعان، أحدها أن النبي ﷺ علل صلاته على القبور بما لا طريق لنا إلى العلم بأن حكم غيره فيه كحكمه، فقال: «إن هذه القبور ممتلئة ظلماً، والله ينورها بصلاتي عليهم».

ووجه آخر، وهو أن النبي ﷺ كان هو المستحق للصلاة على الجنائز، والولى فيها فإذا صلى غيره لم يسقط فرض الصلاة عليها، وهذا قول جماعة من أصحابنا، ومنهم من قال: إن الفرض يسقط، ولا تعاد الصلاة، غير أنه كان منهم من دفنها حتى يصلى عليها، فقال: «إن ماتت فلا تدفنها حتى أصلى عليها».

وروى أنه ﷺ قال: «لا يموتن فيكم ميت ما دمت بين أظهركم، إلا آذتموني به، فإن صلاتي له رحمة»^(١). روى ذلك في الوجهين أبو عبد الرحمن النسوي. فلما كان قد نهى أن تدفن حتى يصلى عليها لم تكن صلاتهم دونه تسقط فرض الصلاة عليها.

ووجه ثالث، وهو أننا لا نقول: إنه لا يجوز أن يصلى على قبر بوجهه، فيحتج علينا بأن النبي ﷺ صلى على قبر، وإنما نقول: إنه لا يجوز أن يصلى على قبر من قد صلى عليه قبل الدفن، فيجب أن يحتج علينا بأن النبي ﷺ صلى على قبر كان قد صلى على من دفن فيه، ولا طريق لهم إلى إثبات ذلك وليس لهم أن يقولوا: إن هذه المسكينة قد صلى عليها إلا ولنا أن نقول: لم يكن صلى عليها، وإذا تساوى الدعوتان، لم يصح الاحتجاج بخبرها، على أنه قد روى من حديث جابر أنه لما دفن الرجل ليلا نهى النبي ﷺ أن يدفن أحداً ليلاً حتى يصلى عليه، وهذا دليل على أنه دفن بغير صلاة، ولو دفن بعد أن صلى عليه لما نهى أن يدفن حتى يصلى عليه، وهذا دليل على أنه دفن بغير صلاة، ولو دفن عن أن يدفن حتى يكفن ويغسل، ولكنه لما قصد في كفنه، قال: «من ولى منكم أخاه فليحسن كفنه»^(٢)، وإن صلى على ميت، فلما فرغوا من الصلاة، قال لهم الإمام: إني لم أدع لهذا الميت، فذكر ابن حبيب أنه تعاد الصلاة عليه.

مسألة: فلو صلى على ميت ونسى بعض التكبير، وذكره قبل الدفن، فإن كان بقرب رفعها أعيدت وأتم بقية التكبير، وذكره قبل الدفن، فإن تطاول ذلك استؤنف، فإن دفنت تركت، ولم تكشف، ولم تعد الصلاة عليها.

وذكر في العتبية نحوه، فإما إتمام الصلاة بالقرب وابتدائها إذا تطاول فوجه صحيح؛ لأن اليسير من العمل لا يمنع البناء على ما تقدم من الصلاة، ويمنع من ذلك كثيره، وأما المنع من إعادة الصلاة بعد الدفن، فيحتمل أن يكون هذا القول مبنياً على قول أشهب

(١) جزء من حديث أخرجه الإمام أحمد في المسند حديث رقم (١٨٩٥٨) من طريق هشيم، أخبرنا عثمان بن حكيم الأنصاري، عن خارجة بن زيد، عن عمه يزيد بن ثابت، قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ فلما وردنا البقيع إذا هو بقبر جديد، فسأل عنه، فقيل: «فلانة فعرفها: فقال: «ألا آذتموني بها»، قالوا: يا رسول الله، كنت قائلاً صائماً، فكرهنا أن نؤذنتك، فقال: «لا تفعلوا لا يموتن فيكم ميت ما كنت بين أظهركم إلا آذتموني به فإن صلاتي عليه له رحمة»، قال: ثم أتى القبر فصفنا خلفه وكبر عليه أربعاً.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ٩٤٣. الترمذي حديث رقم ٩٩٥. النسائي في الصغرى حديث رقم ١٨٩٥. أبو داود حديث رقم ٣١٤٨. ابن ماجه حديث رقم ١٤٧٤. أحمد في المسند حديث رقم ١٣٧٣٢.

كتاب الجنائز ٤٧٧

وسحنون: لا يصلى على القبر بوجهه، والقياس أن يصلى على القبر إذا لم تكمل الصلاة على الميت لأنه بمنزلة من لم يصل عليه.

مسألة: إذا ثبت أنه لا يصلى على قبر بعد أن تفوت الصلاة على الميت، فبأى شىء يفوت ذلك؟ قال أشهب: تفوت الصلاة على الميت خارج القبر بأن يهال عليه التراب ويخرج، وإن وضع عليه اللبن ما لم يهل التراب عليه. وقال عيسى عن ابن وهب فى العتبية: إذا سوى التراب، فقد فات إخراجه والصلاة عليه، وقاله يحيى بن يحيى. وروى عيسى عن ابن القاسم: أن ذلك لا يفوت حتى يخاف عليه التغيير، وأن يخرج ما لم يخف التغيير عليه.

وجه قول أشهب أن وضع اللبن هو من بنيان داخل القبر، وأما إهالة التراب، فهو الشروع فى الدفن والتغطية، وإنما يفوت بالدفن. ووجه قول ابن وهب أن الفراغ من الدفن تسوية التراب، وبه يقع الفراغ.

ووجه قول ابن القاسم أنه لا تأثير للتراب وتسويته ذلا مضرة على الميت فى إزالته ولا هتك فى ذلك لحرمته ما لم يخف التغيير عليه، فإن خيف التغيير عليه، امتنع إخراجه لما فى ذلك من هتك حرمة.

٥٢٩ - مَالِكُ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ الرَّجُلِ يُدْرِكُ بَعْضَ التَّكْبِيرِ عَلَى الْجَنَازَةِ، وَيَفُوتُهُ بَعْضُهُ، فَقَالَ: يَقْضَى مَا فَاتَهُ مِنْ ذَلِكَ.

الشرح: التكبيرات الأربع، هى أركان صلاة الجنائز كركعات الصلاة وبها شبهها عمر بن الخطاب حين أجمعوا على أنها أربع تكبيرات كأطول صلاة الفرض، فمن جاء فوجد الإمام قد كبر بعض التكبير، فلا يخلو أن يجده فى حال تكبير أو فى حال دعاء، فإن وجدته فى حال تكبير، كبر معه ما أدركه من التكبير، وإن وجدته فى حال دعاء، فهل يكبر ويدعو؟

روى أشهب عن مالك فى العتبية: يكبر ويشرع فى الدعاء، وروى عنه فى المدونة: ينتظر حتى يكبر أخرى، فيكبر معه.

٥٢٩ - أخرجه النسائى ٤٠/٤ عن أبى أمامة بن سهل بن حنيف كتاب الجنائز باب الإذن بالجنائز. والشافعى فى بدائع السنن برقم ٥٦٥، ٢١٤/١ عن أبى أمامة بن سهل. وابن عساكر كذا بتهديب تاريخ دمشق ٧/٣ عن سهل بن حنيف. وذكره فى الكنز برقم ٤٢٨٦٩ وعزاه السيوطى لابن عساكر عن أبى أمامة بن سهل بن حنيف.

وجه رواية أشهب ما احتج به من أن هذه الصلاة شبهت بصلاة الفرض، ومن فاته في الفرض بعض صلاة الإمام دخل معه على أى حال وجده، ولم ينتظر أن يشرع فى غيره، فكذلك هذا. ووجه رواية على بن زياد أن التكبير فى هذه الصلاة كالركوع فى غيرها، فمن فاته ركعة من صلاة الفرض لم يقدمها ثم يدخل مع الإمام، بل كان يؤخر قضاءها حتى يكمل ما أدرك من صلاة الإمام، فكذلك هذا يبدأ بما أدرك من التكبير مع الإمام.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وجه ذلك عندى أن الخلاف إنما بنى على فوات اتباع المأموم الإمام فى التكبير، فعلى رواية أشهب يجوز للمأموم أن يتبع الإمام فى التكبير ما لم تكمل التكبيرة التى تليها، وعلى رواية على بن ينفوت اتباعه بالشروع فى الدعاء، فإن شرع فى الدعاء فقد فاته اتباعه، وليس من حكم صلاة الجنائز أن يعمل منها ما لا يعتد به، فلذلك لزم المأموم انتظار الإمام حتى يكبر فيتبعه فى تكبيرته تلك، إذ قد فاته اتباعه فى التى قبلها بالشروع فى الدعاء.

مسألة: فإذا تم ما أدرك من صلاة الجنائز قضى ما فاته من التكبير خلافاً للحسن. والدليل على ما نقوله أن هذه صلاة، فإذا فات المأموم بعض أركانها قضاءه بعد تمام ما أدرك مع الإمام كصلاة الفريضة.

* * *

ما يقول المصلى على الجنائز

٥٣٠ - مالك، عن سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا هُرَيْرَةَ كَيْفَ تُصَلَّى عَلَى الْجَنَائِزِ؟ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: أَنَا لَعَمْرُ اللَّهِ أُخْبِرُكَ، أَتَبِعُهَا مِنْ أَهْلِهَا، فَإِذَا وَضِعَتْ كَبُرْتُ وَحَمِدْتُ اللَّهَ، وَصَلَّيْتُ عَلَى نَبِيِّهِ، ثُمَّ أَقُولُ: اللَّهُمَّ إِنَّهُ عَبْدُكَ وَأَبْنُ عَبْدِكَ وَأَبْنُ أُمَّتِكَ، كَانَ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُكَ وَرَسُولُكَ، وَأَنْتَ أَعْلَمُ بِهِ، اللَّهُمَّ إِنْ كَانَ مُحْسِنًا فَزِدْ فِي إِحْسَانِهِ، وَإِنْ كَانَ مُسِيئًا فَتَجَاوَزْ عَنْ سَيِّئَاتِهِ، اللَّهُمَّ لَا تَحْرِمْنَا أَجْرَهُ وَلَا تَفْتِنَّا بَعْدَهُ.

الشرح: سؤاله أبا هريرة كيف نصلى على الجنائز؟ استخبار عن صلاة الجنائز

٥٣٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٩٦. ابن أبى شيبة فى المصنف ٢٩٥/٣. عبد الرزاق فى المصنف ٦٤٢٥. ابن حبان فى صحيحه ٣٠٧٣. وذكره فى الجمع ٣٣/٣.

خاصة، وجاوبه أبو هريرة بالاتباع من أهلها، فعمله بذلك إذا تبعها مبشروع.

وقوله: «فإذا وضعت كبرت»، يريد أن الصلاة متصلة بالوصول والوضع في الأرض إلا أن يتلوى للناس الواردين شيئاً يسيراً.

فصل: قوله: «وحدت الله وصليت على نبيه»، إعلام بأن استفتاح الصلاة بعد التكبير بالحمد لله والصلاة على نبيه، إلا أنه ليس فيه نطق معين لا يحدث غيره، ولا خلاف في ذلك، وإنما ذكر أبو هريرة ما دعا به.

٥٣١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: صَلَّيْتُ وَرَاءَ أَبِي هُرَيْرَةَ عَلَى صَبِيٍّ لَمْ يَعْمَلْ خَطِيئَةً قَطُّ، فَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: اللَّهُمَّ أَعِذْهُ مِنْ عَذَابِ الْقَبْرِ.

الشرح: قوله: «صلى على صبي لم يعمل خطيئة قط»، الصلاة على الصبي قرينة له ورغبة في إلحاقه بصالح السلف، ولا خلاف في وجوب الصلاة عليه^(١).

وقوله: «اللهم أعذه من عذاب القبر»، يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَبُو هُرَيْرَةَ اعْتَقَدَهُ لِشَيْءٍ سَمِعَهُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ وَأَنَّ عَذَابَ الْقَبْرِ عَامٌ فِي الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ، وَأَنَّ الْفِتْنَةَ فِيهِ لَا تَسْقُطُ عَنِ الصَّغِيرِ لِعَدَمِ التَّكْلِيفِ فِي الدُّنْيَا^(٢).

٥٣١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٩٧. ابن أبي شيبة في المصنف ٣/٣٠١.

(١) قال في الاستذكار ٢٥٨/٨: في هذا الحديث من الفقه: الصلاة على الأطفال، والسنة فيها كالصلاة على الرجال بعد أن يستهل الطفل. وعلى هذا جماعة الفقهاء وجمهور أهل العلم، والاختلاف فيه شذوذ، والشذوذ قول من قال: لا يصلى على الأطفال، وهو قول تعلق به بعض أهل البدع، وللفقهاء قولان في الصلاة على الأطفال. قال أحدهم: ما يصلى على السقط منهم وغير السقط. والثاني: لا يصلى على الطفل حتى يستهل صارخاً. والقول الذى تركه أهل الفتوى بالحجاز والعراق: أن لا يصلى على الطفل. روى عن سمرة بن جندب، وسعد بن جبيرة، وسويد بن غفلة. ومن قال: لا يصلى عليه حتى يستهل صارخاً: الزهرى، وإبراهيم النخعي، والحكم بن عيينة، وحماد، والشعبي، ومالك، والشافعي، وسائر الفقهاء بالكوفة والحجاز. ومن قال: يصلى على السقط وغيره: أبو بكر الصديق وعبد الله بن عمر. وروى عن قتادة، عن سعيد بن المسيب، قال في السقط: يقع ميتاً إذا تم خلقه ونفخ فيه الروح صلى عليه، وهو قول ابن أبي ليلى وابن سيرين. وروى عن النبي ﷺ من حديث المغيرة بن شعبة أنه قال: «الطفل يصلى عليه». وهذا يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ يَصَلَّى عَلَيْهِ إِذَا اسْتَهَلَ. وذكر ابن أبي شيبة قال: حدثنا ابن عليه، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر أنه صلى على سقط.

(٢) قال السيوطي في تنوير الحوالك ١٧٧: قال ابن عبد البر: عذاب القبر غير فتنة القبر=

٤٨٠ كتاب الجنائز

وقد روى أنس أن النبي ﷺ قال: «إن العبد إذا وضع في قبره، وتولى عنه أصحابه، وإنه ليسمع قرع نعالهم، أتاه ملكان فيقعد إنه فيقولان: ما كنت تقول في هذا الرجل محمد ﷺ؟ فأما المؤمن فيقول: أشهد أنه عبد الله ورسوله، فيقولان له: انظر إلى مقعدك من النار قد أبدلك الله مقعداً من الجنة، فيراهما جميعاً، وأما المنافق والكافر فيقولان له: ما كنت تقول في هذا الرجل؟ فيقول: لا أدري، كنت أقول ما يقول الناس، فيقال: لا دريت ولا تليت، ويضرب بمطارق من حديد»^(٣).

٥٣٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يَقْرَأُ فِي الصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَازَةِ.

الشرح: قوله: «كان لا يقرأ في الصلاة على الجنائز»، هذا مذهب مالك وأبي حنيفة والثوري وقال الشافعي وأحمد وإسحاق: يقرأ فيها بأمر القرآن في أول ركعة خاصة، ويدعو في سائرهما، وبه قال أشهب. وقال الحسن: يقرأ فاتحة الكتاب في كل تكبيرة.

والدليل على ما نقوله أن هذا ركن من أركان الصلاة، فلم يكن من شرط صحته قراءة أم القرآن كسجود التلاوة.

* * *

الصلاة على الجنائز بعد الصبح وبعد العصر

٥٣٣ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَرْمَلَةَ مَوْلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ بْنِ حُوَيْطِبٍ أَنَّ زَيْنَبَ بِنْتَ أَبِي سَلَمَةَ تُوُفِّيَتْ، وَطَارِقُ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ، فَأُتِيَ بِجَنَازَتِهَا بَعْدَ

=ولو عذب الله عباده أجمعين كان غير ظالم لهم، وقال بعضهم ليس المراد بعذاب القبر هنا عقوبته ولا السؤال بل مجرد الألم بالغم والههم والحسرة والوحشة والضغط، وذلك يعم الأطفال وغيرهم.

(٣) أخرجه البخاري حديث رقم (١٣٣٨، ١٣٧٤). مسلم حديث رقم (٢٨٧٠). النسائي في الصغرى حديث رقم (٢٠٥١). أبو داود حديث رقم (٣٧٥١). أحمد في المسند حديث رقم (١١٨٦٢).

٥٣٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٩٨. ابن أبي شيبة ٢٨٧/٣. كشف الغمة ١٦٩/١. المحلى ١٣١/٥.

٥٣٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٩٩. البيهقي في السنن الكبرى ٣٢/٤.

صَلَاةِ الصُّبْحِ، فَوُضِعَتْ بِالْبَيْعِ، قَالَ: وَكَانَ طَارِقٌ يُغْلَسُ بِالصُّبْحِ. قَالَ ابْنُ أَبِي حَرْمَلَةَ: فَسَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ لِأَهْلِهَا: إِمَّا أَنْ تُصَلُّوا عَلَيَّ جَنَازَتِكُمْ الْآنَ وَإِمَّا أَنْ تَتْرُكُوهَا حَتَّى تَرْتَفِعَ الشَّمْسُ.

الشرح: قوله: «أتى بجنائزها»، يعنى أتى بها إلى موضع الصلاة عليها، وقد صلى طارق الصبح، وهذا قبل الإسفار؛ لأنه كان يغلس بصلاته، فقال عبدالله لأهلها: «إما أن تصلوا على جنازتكم الآن»، يريد عند ابن القاسم قبل الإسفار، وإما أن تتركوا حتى ترتفع الشمس فتجوز الصلاة عليها ويخرج وقت المنع؛ لأن وقت المنع عنده هو من أول الإسفار إلى أن ترتفع الشمس وتجوز النوافل.

وفى هذه مسألتان، إحداهما: جواز الصلاة عليها بعد الصبح، والثانية: المنع من ذلك بعد الإسفار إلى أن ترتفع الشمس.

والدليل على جوازها بعد صلاة الصبح أن هذه صلاة فرض، فلم يمنع فعلها قبل الإسفار كسائر الفرائض. ووجه المنع من فعلها بعد الإسفار حديث ابن عمر المتقدم أن رسول الله ﷺ قال: «لا تحجروا بصلاتكم، فتصلوا عند طلوع الشمس ولا عند غروبها»^(١).

فوجه الدليل منه أن الصلوات فى الجملة ممنوعة فى ذلك الوقت، وإما يجوز فعل صلاة الوقت فيها خوف فوات وقتها، وأما صلاة الجنائز فإنه لا يخاف فوات وقتها، ولو خيف فوات وقتها بالضرورة إلى الدفن خوف تغييره أو غيره، جاز أن يصلى عليها ذلك الوقت وغيره خوف الفوات كصلاة الصبح.

٥٣٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَالَ: يُصَلَّى عَلَيَّ الْجَنَازَةَ بَعْدَ الْعَصْرِ وَبَعْدَ الصُّبْحِ إِذَا صَلَّيْنَا لَوَقْتَيْهِمَا.

الشرح: قوله: «يصلى على الجنائز بعد العصر وبعد الصبح»، يريد بعد هاتين الصلاتين.

وقوله: «إذا صليتا»، يحتمل أن يريد صلاة الجنائز بعد الصبح وبعد العصر، وذلك

(١) تقدم تحريجه فى باب النهى عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر.

٥٣٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٠٠. عبد الرزاق فى المصنف ٥٣٢/٣. كشف

الغمة ١٧٧٠/١. المغنى ٥٥٥/٢.

أولى من أن يريد به إذا صليت الصلاتان صلاة الصبح وصلاة العصر لوقتتهما لأنه قد تصلى الصلاتان فى آخر وقتتهما ولا يصلى بعدهما على الجنائز إلا أن يريد به إذا صليت فى أول وقتتهما، وهو تكلف من التأويل، والأول أظهر.

فصل: وقوله: «لوقتهما»، يحتمل أن يريد لوقت الصلاتين، وهو الوقت المختار لهما فى العصر إلى أن تصفر الشمس، وفى الصبح إلى الإسفار، وهو رواية ابن القاسم فى المدونة، وفى المختصر: يصلى عليها إلا عندما تهتم الشمس أن تطلع وعندما تهتم أن تغرب ويصفر أثرها فى الأرض، فلا تصلى عليها إلا أن يخاف عليها^(١).

وقوله: «هذا فى الصبح»، مبنى على أن الوقت المختار للصبح جميع وقتها، وأنه ليس لها وقت ضرورة.

ورواية ابن القاسم مبنية على أن لها وقت ضرورة، وهو من الإسفار إلى طلوع الشمس، ويحتمل أن يريد بقوله إذا صليت لوقتتهما، لوقت صلاتى الجنائز على ما تقدم، والله أعلم.

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٦٩/٨: اختلاف الفقهاء أئمة الفتوى فى ذلك: فقال مالك فى رواية ابن القاسم عنه: لا بأس بالصلاة على الجنائز بعد العصر ما لم تسفر الشمس فإذا اصفرت لم يصل عليها إلا أن يكون يخاف تغييرها، فإن خيف ذلك صلى عليها. قال: ولا بأس بالصلاة على الجنائز بعد الصبح ما لم يسفر فإذا أسفر فلا تصلوا إلا إن تخافوا عليها. وهذا معنى الحديين المتقدمين عن ابن عمر ومذهب ابن عمر معلوم قد تقدم ذكره أنه لا يمنع من الصلاة إلا عند الطلوع أو الغروب. وقد ذكر ابن عبد الحكم، عن مالك: أن الصلاة على الجنائز جائزة فى ساعات الليل والنهار عند طلوع الشمس وعند غروبها فى كل وقت. وهو قول الشافعى. قال الشافعى: يصلى على الجنائز فى كل وقت. لأن النهى عنده إنما فى التطوع لا فى الواجب ولا فى المسنون من الصلوات. وقال الثورى: لا يصلى على الجنائز إلا فى مواقيت الصلاة، ويكره الصلاة عليها نصف النهار وحين تغرب الشمس وبعد الفجر حتى تطلع الشمس. وقال الليث أيضاً: لا يصلى عليها ما دام فى ميقات العصر فإذا ذهب وقت العصر لم يصل عليها حتى تغرب الشمس. وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يصلى عليها عند الطلوع ولا عند الغروب ولا نصف النهار، ويصلى عليها فى غيرها من الأوقات. وحجتهم: حديث عقبة بن عامر، رواه الليث بن سعد، وعبد الله بن وهب، ووكيع وغيرهم، عن موسى ابن على، عن أبيه، عن عقبة بن عامر، قال: ثلاث ساعات نهى رسول الله ﷺ أن يصلى فيهن أو تقبر فيهن موتانا: عند طلوع الشمس حتى تبيض، وعند انتصاف النهار حتى تزول، وعند اصفرار الشمس حتى تغيب.

مسألة: فإن أحر الصلاة حتى تغرب الشمس، فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك: يبدأ بصلاة المغرب ثم يصلى على الجنائز، وذلك لضيق وقت المغرب أو لفضيلة تقدمها، وأما صلاة الجنائز فليس بعض الأوقات أخص بها من بعض، فإن صلى عليها قبل صلاة المغرب، فلا بأس بذلك إن وجد سعة وقت المغرب، والله أعلم.

* * *

الصلاة على الجنائز في المسجد

٥٣٥ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا أَمَرَتْ أَنْ يُعَمَّرَ عَلَيْهَا بِسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ فِي الْمَسْجِدِ حِينَ مَاتَ لِتَدْعُو لَهُ، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ النَّاسُ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: مَا أَسْرَعَ [مَا نَسِيَ] (١) النَّاسَ مَا صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى سُهَيْلِ بْنِ بَيْضَاءَ (٢) إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ.

الشرح: قوله: «أنها أمرت أن يمر عليها بسعد بن أبي وقاص في المسجد»، يريد أن حجرتها كانت في المسجد، فلذلك كانت تريد أن يمر في المسجد لتصل هي إلى الدعاء له بحضوره؛ لأن مشاهدته تدعو إلى الإشفاق عليه، وتمنع تأخير الدعاء له، وتحث على الاجتهاد؛ ولذلك يسعى إلى الجنائز ولا يجتري من يريد الصلاة عليها والدعاء لها بما يأتي من ذلك في منزله.

فصل: وإنما أمرت عائشة أن يمر على حجرتها به؛ لتدعو له لامتناعها هي وسائر

٥٣٥ - أخرجه مسلم في الجنائز حديث رقم ٩٧٣. والترمذي في الجنائز حديث رقم ٩٥٤. والنسائي في الصغرى في الجنائز حديث رقم ١٩٦٦، ١٩٦٧. وأبو داود في الجنائز حديث رقم ٣١٨٩، ٣١٩٠. وابن ماجه في الجنائز حديث رقم ١٥١٨. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٣٩٧٧، ٢٤٤٩٣، ٢٤٩٢٩، ٢٥٧١٣.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٤/٤: هكذا هو في الموطأ عند جمهور الرواة منقطعاً، ورواه حماد بن خالد الخياط عن مالك، عن أبي النضر، عن أبي سلمة، عن عائشة، فانفرد بذلك عن مالك.

(*) وقعت في الموطأ بدون ذكر «ما نسي» في النسخ التي بين يدي، وذكرها هكذا أيضاً ابن عبد البر في التمهيد، وأوردها الباجي هنا والسيوطي في تنوير الحوالك.

(١) سهيل ابن بيضاء: بيضاء هي أمه واسمها دعد والبيضاء وصف لها، وأبو وهب بن ربيعة القرشي الفهري، وكان سهيل قديم الإسلام هاجر إلى الحبشة، ثم إلى المدينة وشهد بدرًا وغيرها. ومات سنة تسع من الهجرة. انظر: تنوير الحوالك ١/١٧٨.

٤٨٤ كتاب الجنائز

أزواج النبي ﷺ من الخروج مع الناس إلى جنازته لكرهية خروجهن إلى الجنائز. وقد قال ابن حبيب: يكره خروج النساء في الجنائز، وإن كن غير نوائح ولا بواكس في جنازة الخاص من قرابتهن وغيره، وينبغي للإمام منعهن من ذلك.

وفي المدونة من قول ابن القاسم، أن مالكاً كان يوسع للنساء في الخروج مع الجنائز. وجه العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك، قد كان النساء يخرجن قديماً ولا أرى بذلك بأساً إلا في الأمر المستكر. وجه رواية الكراهية ما روى عن أم عطية «نهينا عن اتباع الجنائز ولم يلزم علينا»^(*). ووجه رواية الإباحة، إباحة الخروج لهن إلى المساجد، وهذا خروج إلى صلاة سن لها البرازة كالخروج إلى المساجد.

فرع: فإذا قلنا برواية الإباحة، فإن ذلك على ضربين، فأما المتحالة ومن قرب من ذلك، فلتخرج على القريب وغيره، وأما الشابة، فقد قال في المدونة: تتبع جنازة ولدها ووالدها ومثل زوجها وأختها ممن يخرج مثلها على مثله.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: يريد بذلك عندي قرب القرابة، وأما من لم يكن من هؤلاء، فيكره أن تخرج الشابة لجنازته، قاله ابن القاسم في المدونة والمبسوط. ووجه ذلك أن الشابة خروجها فتنة لها ولغيرها، فلا تخرج في المحافل إلا في الحقوق اللازمة المذكورة، والله أعلم.

فصل: وقولها «لتدعو له»، يحتمل أن تريد بذلك أن تصلى عليه بحيث يمكنها في الصلاة عليه من بيتها، ويحتمل أن تريد به الدعاء خاصة، فإذا قلنا بالقول الأول، فإنه يقتضى صلاة النساء على الجنائز، وهذا الذى يقتضيه مذهب مالك.

وقال الشافعى: لا يصلى النساء على الجنائز.

والدليل على صحة ذلك أن هذه صلاة يصح أن يفعلها الرجال، فصح أن يفعلها النساء كصلاة الجمعة، وهل يجوز أن يفعلها النساء دون الرجال؟ قال ابن القاسم وأشهب: يجوز ذلك، وإن اختلفا في صفتها.

فصل: وقوله: «فأنكر ذلك الناس عليها»، يريد أنكروا عليها إدخال الميت في المسجد، ولذلك قال مالك: لا يصلى على الميت في المسجد، إلا أن تكون الجنازة في

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١٢٧٨. مسلم حديث رقم ٩٣٨. ابن ماجه حديث رقم

غير المسجد، فيصلى من المسجد عليها لضيق الموضع، فلا بأس به، وبه قال أبو حنيفة، وأجازته ابن حبيب، وبه قال الشافعي.

وجه القول الأول أن لهذه الصلاة موضعاً يختص بها ولا يفعل في المسجد إلا لضرورة كصلاة العيدين. وقد روى نحو هذا عن ابن سحنون. ووجه القول الثاني أن هذه صلاة سن لها الجماعة، فجاز أن تفعل في المسجد من غير ضرورة كسائر الصلوات. وأما منع إدخال الميت المسجد فإنه تغرير بالمسجد وامتهان له لثلا يتفتق فيسيل منه ما يؤذى المسجد، وهذا على قول من قال: إنه طاهر، وعلى قول من قال: إنه نجس، فلا يدخل المسجد لنجاسته.

فصل: وقولها: «ما أسرع الناس»، يحتمل أن تريد به ما أسرعهم إلى الإنكار والعيب، ويحتمل أن تريد ما أسرع نسيانهم لحكم ما أنكروه عليها. قال ابن وهب: ما أسرع الناس، تريد إلى الطعن والعيب، قال: وسمعت مالكاً يقول: يعنى ما أسرع ما نسوه من سنة نبيهم ﷺ.

فصل: وقولها: «ما صلى رسول الله ﷺ على سهيل بن بيضاء إلا في المسجد»، تريد بذلك الحجة لما أنكروه، ويحتمل من وجهين، أحدهما أن يصلى عليها وهى فى المسجد، والثانى أن يصلى وهو فى المسجد، والجنائز خارج المسجد، وعلى هذا حمله من أنكرو إدخالها فى المسجد، فإن صلى عليها وهى فى المسجد، فقد قال الداودى: تمضى الصلاة ويسقط الفرض.

٥٣٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: صَلَّى عَلَيَّ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي الْمَسْجِدِ.

الشرح: معناه ما تقدم من أن يكون صلى عليه، وهو خارج المسجد والمصلون عليه فى المسجد، ويحتمل أن يكون صلى عليه فى الموضع الذى دفن فيه، وقد كان من المسجد، وله الآن حكم المقابر، وكذلك المسجد إذا كان فيه مقبرة فلا بأس أن يصلى فى موضع المقابر منه على ميت.

* * *

جامع الصلاة على الجنائز

٥٣٧ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَانَ بْنَ عَفَانَ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَأَبَا هُرَيْرَةَ كَانُوا يُصَلُّونَ عَلَى الْجَنَائِزِ بِالْمَدِينَةِ، الرَّجَالِ وَالنِّسَاءِ، فَيَجْعَلُونَ الرَّجَالَ مِمَّا يَلِي الْإِمَامَ، وَالنِّسَاءَ مِمَّا يَلِي الْقِبْلَةَ.

الشرح: قوله: وكان يصلون على الجنائز بالمدينة، يحتمل أن يكون عثمان وأبو هريرة يصليان عليها للإمام، وأن يكون عبدالله بن عمر كان يصلى عليها، إما لصلاحه وخيره، ويحتمل أن يكون ذلك لأن كل واحد منهم كانت له جنازة فى الجملة، والجنازة يصلى عليها بثلاثة معان، الولاية وهى الإمارة، والثانى الولاء والتعصيب، والثالث التعصيب والدين.

فإذا انفرد كل واحد من هذه المعانى مثل أن يموت أحد من المسلمين، فلا يكون له ولى ولا يحضر من يشار إليه بصلاح، ويحضر الوالى، لا خلاف أن يصلى عليه لأن هذه صلاة جماعة يحضرها الوالى، فكان أحق بالتقدم عليها كصلاة الفرض، وإن حضره ولى ولم يحضره وال ولا رجل مشهور بالصلاح، فإن الولى أولى بالصلاة عليه لأن الصلاة على الجنائز من حقوق الميت، ومن حقوق الولى، فإنه أحق بالقيام بها من الأجانب كسائر أموره من مواراته.

وكذلك إن حضره رجل مشهور بالصلاح، ولم يحضره وال ولا ولى، فإن أحق الناس بالصلاة عليه الرجل الصالح لما يرجى من بركة دعائه وفضله وصلاته للميت.

مسألة: فإن اجتمع هؤلاء ثلاثهم فى جنازة، فأحقهم بالصلاة عليه الوالى، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

والدليل على ذلك ما روى عن أبى حازم، قال: شهدت حسيناً حين مات الحسن، وهو يدفع فى قفا سعيد بن العاصى، وهو يقول: تقدم، فلولا السنة ما قدمناك، وسعيد أمير المدينة يومئذ. ودليلنا من جهة القياس أن هذه صلاة سن لها الجماعة، فكان الوالى أحق بإمامتها كصلاة الجمعة والعيدين.

مسألة: ومن الوالى الذى يستحق الصلاة على الجنازة، ويكون أولى بها من الولى؟ روى على بن زياد عن مالك أن ذلك من إليه الصلاة من والٍ أو قاضٍ أو صاحب شرطة، وبه قال ابن القاسم.

كتاب الجنائز ٤٨٧

وقال مطرف وابن الماجشون وأصبيغ: إنما ذلك إلى الأمير الذى تؤدى إليه الطاعة خاصة دون سائر الأئمة الحكام. وقال ابن وهب: إن ذلك للقاضى. وروى عن ابن القاسم، أن ذلك لمن كانت إليه الصلاة.

مسألة: فإذا لم يكن وال، فأحق الناس بالتقديم الولي إذا كان ممن تصح إمامته، ويستحق ذلك بالتعصيب، فأقوى عصبته تعصياً، وأقربهم منه أحقهم بذلك كالولاية فى النكاح.

مسألة: وإذا اجتمع جنازتان، فأكثر لكل واحدة منهما ولي، فقد قال مالك: إن أحقهم بالصلاة أفضلهم، وإن كان ولي امرأة، وغيره ولي رجل. قال ابن الماجشون: أحقهم ولي الرجل.

وجه القول الأول أنهما قد تشاركا فى الولاية لاستحقاق كل واحد منهما ذلك بسبب وليه، وللفاضل مزية الفضل، فوجب أن يتقدمه. ووجه القول الثانى، أن كل واحد منهما يستحق التقديم بسبب وليه الميت، فوجب أن يتقدم من يستحق ذلك بسبب الرجل كما يقدم الرجل فى الصلاة.

فصل: قوله: «كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة، الرجال والنساء»، يريد أنهم كانوا يجمعون الجنائز، فيصلون عليها صلاة واحدة تجزئ عن أفراد كل واحد منهم بصلاة، ولا خلاف فى جواز ذلك.

وترادف الجنائز بعضها على بعض على ضربين، أحدهما: أن تأتى جنازة بعد أن يشرع فى الصلاة على غيرها، فهذه قد فات الجمع بينهما، فيتم الصلاة على الأولى، ثم يستأنف على الثانية، والضرب الثانى أن تأتى جنازة قبل أن يشرع فى الصلاة على غيرها، فهذا لا خلاف فى جواز جمعها والصلاة عليها ما كانت.

فصل: وقوله: «فيجعلون الرجال مما يلي الإمام والنساء مما يلي القبلة»، هذا نوع من ترتيب الجنائز فى الصلاة عليهما، وهو على نوعين، أحدهما: ما ذكره أن يقدم الفضيلة إلى جهة الإمام، ويجعل غيره إلى جهة القبلة، وهى الجهة التى تبعد عن الإمام. والنوع الثانى: أن يجعلوا صفاً واحداً ويقوم الإمام وسط ذلك، فيجعل مستحق الفضيلة هذا الإمام، ويجعل غيره عن يمينه وعن يساره^(١).

(١) قال فى الاستذكار: على ما ذكره مالك عن عثمان وابن عمر وأبى هريرة أكثر العلماء فى موضع الرجال يلون النساء والنساء أمامهم. روى ذلك عن عثمان، وأبى هريرة، وابن=

مسألة: فإن اجتمعت جنائز، رجال وصبيان ونساء، وأحرار وعبيد، فإنه يلي الإمام الأحرار من الرجال، ثم الصبيان الأحرار، ثم الرجال العبيد، ثم النساء الحرائر، ثم إناث الصبيان، ثم إماء النساء. قال ابن حبيب: وهكذا قال لي من لقيت من أصحاب مالك.

وروجه ذلك أن الفضائل المعتبرة في الناس بالأحوال والتقدم هي الذكورة والبلوغ والحرية، كما أن النقائص ثلاثة، وهي الأنوثة والصغر والرق، فيجب أن يقدم في الصلاة من كملت له الفضائل وسلم من النقائص، وهو الذكر الحر البالغ، والأنوثة أبعد من هذا من الصغر والعبودية لأنهما يزولان، والأنوثة معنى ثابت، فلذلك قدم الصغير والعبد على المرأة وقدم الصغير على العبد لأنه أكمل حالاً لأن رتبته من صغره رتبة الحر البالغ ولأن الصغير لا يقدر أحد على منعه من زوال هذا النقص وبلوغ حال الكمال، والعبد يستطيع منعه من ذلك، وعلى حسب هذا يتوجه ترتيب النساء بعضهم على بعض.

=عمر من وجوه، وروى ذلك أيضاً عن أبي قتادة الأنصاري، وزيد بن ثابت، وأبي سعيد الخدري، ووائل بن الأسقع، والحسن، والحسين، وعن الشعبي، وإبراهيم النخعي، وسعيد بن المسيب، والزهرى. واختلف في ذلك عن عطاء. كل ذلك من كتاب عبد الرزاق، وأبي بكر ابن أبي شيبة من طرق شتى حسان كلها. وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج، عن نافع، أن ابن عمر صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس، وأبو هريرة، وأبو سعيد الخدري، وأبو قتادة، والأمير يومئذ سعيد بن العاص فسألهم عن ذلك أو أمر من سألهم؟ فقالوا: هي السنة. وفي المسألة قول ثان: ذكر عبد الرزاق عن معمر، عن رجل، عن الحسن، قال: الرجال يلون القبلة، والنساء يلون الإمام. وذكر أبو بكر، قال: حدثنا عبد الله بن رجاء، عن عبيد الله بن عمر، عن سالم والقاسم، قالوا: النساء مما يلي الإمام والرجال مما يلي القبلة. قال: وحدثنا ابن عليه، عن ليث، عن عطاء، قال: الرجال بين يدي النساء. وعن مسلمة بن مخلد أنه كان يصلى بمصر كذلك على الجنائز.

وفيها قول ثالث: عن عبد الله بن معقل، ومحمد بن سيرين، قالوا: يصلى على الرجال أو الرجال على حدة، وعلى النساء أو على المرأة على حدة. قال أبو بكر: وحدثنا ابن عليه، عن أيوب، عن ابن سيرين، أنه قال في جنائز الرجال والنساء: إن أبا السوار لما اختلفوا عليه صلى على هؤلاء ضربة وصلى على هؤلاء ضربة. قال أبو عمر: القول الأول أعلى وأولى لما فيه من الصحابة. وقد قالوا إنها السنة، وعليها جماعة الفقهاء.

٥٣٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا صَلَّى عَلَى الْجَنَائِزِ يُسَلِّمُ حَتَّى يُسْمِعَ مَنْ يَلِيهِ.

الشرح: قوله: «كان يسلم» سلام التحليل من الصلاة؛ لأنها صلاة شرع لها تكبير يدخل به فيها، فوجب أن يخرج منها بتسليم كصلاة الفرض^(١).

وقوله: «حتى يسمع من يليه»، يريد من يقرب منه من المصلين لأن ذلك إذن لهم بتمام الصلاة، وهي إحدى الروايتين عن مالك، وعنه رواية أخرى: يسر السلام فى نفسه.

وجه الرواية الأولى أن هذه صلاة فرض فى جماعة، فكان من سنة الإمام الإعلان بالسلام منها كصلاة الفرض. ووجه الرواية الثانية أنها ركن منفرد من الصلاة، فلم يشرع فيه الإعلان بالسلام كسجود السهو بعد السلام.

فرع: فإذا قلنا بالرواية الثانية فإن المأمومين يعلمون بحال الإمام بانصرافه، قال ابن حبيب: والمأمومون يسلمون فى أنفسهم لأنهم لا يحتاجون إلى الإعلان، وهل يردون على الإمام أم لا؟ روى ابن حبيب عن مالك: ليس عليهم رد السلام على الإمام، وروى عنه ابن غانم: أن عليهم ذلك.

وجه رواية ابن حبيب أن الإمام يسلم ولا يثبت فى موضعه، فيرد عليه. وجه رواية ابن غانم أن هذه صلاة فرض، فشرع فيها رد السلام على الإمام كالصلوات الخمس، ويصح أن تكون هاتان الروايتان مبنيتين على جهر الإمام بالسلام، فإذا قلنا يجهر الإمام بالسلام، قلنا: يرد عليه المأموم، وإذا قلنا: لا يجهر بالسلام، لم يلزم المأموم الرد عليه، والله أعلم وأحكم.

٥٣٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٠٤. البيهقى فى السنن الكبرى ٤/٤٤٤. عبد الرزاق فى المصنف ٣/٤٩٤.

(١) قال فى الاستذكار ٨/٢٨٢: لم يذكر مالك فى حديثه، عن نافع، عن ابن عمر، أنه كان يسلم تسليمه واحدة، لا تسليمتين، والمحفوظ عن ابن عمر أنه كان يسلم واحدة. ذكر عبد الرزاق، عن ابن جريج، عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، أنه كان إذا قضى الصلاة على الجنائز سلم عن يمينه. وذكر ابن أبى شيبة، عن على بن مسهر، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر أنه كان إذا صلى على جنازة سلم على يمينه واحدة.

٤٩٠ كتاب الجنائز

٥٣٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: لَا يُصَلِّي الرَّجُلُ عَلَيَّ الْجَنَازَةَ إِلَّا وَهُوَ طَاهِرٌ.

الشرح: منعه من الصلاة على الجنائز على غير طهارة، عليه جماعة الفقهاء إلا الشعبي، فإنه روى عنه أنه يصح من غير طهارة.

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور أن هذه صلاة، فكان من شرطها الطهارة كسائر الصلوات^(١).

مَالِكٌ يَقُولُ: لَمْ أَرَ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَكْرَهُ أَنْ يُصَلِّيَ عَلَيَّ وَلَدِ الزَّانَا وَأُمِّهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن ولد الزنى من جملة المسلمين، والموالة لا تنقطع بيننا وبين أهل الكبائر، وكيف ولا ذنب لولد الزنا في أمره، وهذا قول جمهور الفقهاء إلا قتادة، فقال: لا يصلى عليه.

والدليل على ما نقوله أن هذا مسلم مات فى غير المعتكف، فوجب الصلاة عليه كولد الرشدة.

مسألة: وأما أمه، فإنه يصلى عليها أيضاً غير أنه يستحب أن يجتنب الصلاة عليها أهل الفضل والعلم. وقد ذكرنا أن النقائص المانعة من الصلاة على الميت عامة وخاصة، وقد مر الكلام فى العامة، والكلام هاهنا فى الخاصة، وهو كل نقص لا يخرج عن الإيمان كأهل الكبائر وأهل البدع المستمسكين بالإيمان، فإنه يكره للإمام وأهل الفضل الصلاة عليهم ليكون ذلك ردعاً وزجرًا لغيرهم عن مثل حالهم.

٥٣٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٠٥.

(١) قال فى الاستذكار ٢٨٣/٨: وهو إجماع العلماء والسلف والخلف إلا الشعبي فإنه أجاز الصلاة عليها على غير وضوء فشذ عن الجميع ولم يقل بقول أحد من أئمة الفتوى بالأمصار ولا من حملة الآثار. وقد قال ابن علية، وهو ممن يرغب عن كثير من قوله: الصلاة على الميت استغفار له والاستغفار يجوز بغير وضوء. وهذا نحو قول الشافعى إلا أنه قال: السنة فى الصلاة على المولى أن يتطهر لها ومن خشى فوتها تيمم لها، وهو القياس. قال أبو عمر: قول الشعبي هذا لم يلتفت أحد إليه ولا عرج عليه، وقد أجمعوا أنه لا يصلى عليها إلا إلى القبلة، ولو كانت دعاء كما ذم الشعبي بلحازت إلى غير القبلة ولما أجمعوا على التكبير فيها، واستقبال القبلة بها علم أنها صلاة ولا صلاة إلا بوضوء.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٨٤/٨.

والأصل في ذلك ما روى جابر بن سمرة عن النبي ﷺ أنه أتى برجل قتل نفسه بمشاقص، فلم يصل عليه..

مسألة: وهذا ما لم يؤد ذلك إلى إبطال الصلاة عليه، فإن خيف ذلك صلوا عليه؛ لأن فرض الصلاة لازم بسببهم، ولا يسقطه كبائرهم وبدعهم، ما تمسكوا بالإسلام، وكذلك المقتول في الفئة الباغية يغسل ويصلى عليه، خلافاً لأبي حنيفة لأنه مسلم فلم تمنعه معصيته من وجوب الصلاة عليه كالزاني المحصن.

والأصل في ذلك ما روى أن النبي ﷺ كان إذا أتى بميت عليه دين لم يترك وفاء له، لم يصل عليه، وقال: «صلوا على صاحبكم»^(١).

مسألة: وأما من قتله الإمام في قصاص أو غيره، فإن الإمام لا يصلى عليه، ويصلى عليه غيره. والأصل في ذلك ما روى أن رجلاً من أسلم اعترف بالزنا والإحصان، فأمر به النبي ﷺ فرجم حتى مات، فقال له النبي ﷺ خيراً ولم يصل عليه.

٥٤٠ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ تُوْفِيَ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ وَدُفِنَ يَوْمَ الْاِثْنَاءِ، وَصَلَّى النَّاسُ عَلَيْهِ أَفْنَادًا لَا يُؤْمَهُمْ أَحَدٌ، فَقَالَ نَاسٌ: يُدْفَنُ عِنْدَ الْمِنْبَرِ، وَقَالَ آخَرُونَ: يُدْفَنُ بِالْبَيْعِ، فَجَاءَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، فَقَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: مَا دُفِنَ نَبِيٌّ قَطُّ إِلَّا فِي مَكَانِهِ الَّذِي تُوْفِيَ فِيهِ، فَحُفِرَ لَهُ فِيهِ، فَلَمَّا كَانَ عِنْدَ غُسْلِهِ أَرَادُوا نَزْعَ قَمِيصِهِ فَسَمِعُوا صَوْتًا يَقُولُ: لَا تَنْزِعُوا الْقَمِيصَ، فَلَمْ يُنْزَعِ الْقَمِيصُ، وَغُسِّلَ وَهُوَ عَلَيْهِ ﷺ^(٢).

الشرح: قوله: «توفي يوم الاثنين»، ودفن يوم الثلاثاء، دليل على التأخير إلى الغد من يوم الوفاة^(١).

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٢٩١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٩٦١. أحمد فى

المسند حديث رقم ١٦٠٧٥، ١٦٠٩٢.

٥٤٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستدكار برقم ٥٠٦.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٠٩/٤: هذا الحديث لا أعلمه يروى على هذا النسق بوجه

من الوجوه، غير بلاغ مالك هذا، ولكنه صحيح من وجوه مختلفة، وأجاديث شتى جمعها مالك، والله أعلم.

(١) قال السيوطى فى تنوير الحوالك ١٧٨: روى ابن سعد فى الطبقات عن ابن شهاب أن

رسول الله ﷺ توفي يوم الاثنين حين زغت الشمس. وروى من طريق الزهري عن عروة عن=

وقوله: «صلى عليه الناس أفذاذاً لا يؤمهم أحد»، قد اختلف فى الصلاة عليه، فقال بعض الناس: لم يصل عليه، وإنما كان يأتى الرجل والرجال فيدعون ويترحمون، ولهذا وجه لأنه أفضل من كل شهيد، وقد تقدم من قولنا: إن الشهيد يغنيه فضله عن الصلاة، فلأن يغنى النبي ﷺ فضله عن ذلك أولى.

وإنما فارق الشهيد فى الغسل لأن على الشهيد من الدم، ما هو طيب فى الآخرة وعنوان لشهادته، وليس على النبي ﷺ ما يكره إزالته عنه، فافترقا لذلك فى الغسل، والله أعلم، وقيل: إن الناس صلوا عليه أفذاذاً لا يؤمهم أحد، ولهذا أيضاً وجه، وذلك لتلا تفوت الصلاة عليه أحداً من أصحابه.

ويحتمل أن يكون ذلك لتلا يفوز بالإمامة والخلافة من صلى عليه من غير اتفاق من المسلمين، ولم يكن تقرر بعد أن الخلافة لا تكون فى غير قريش، ولذلك ادعاهما الأنصار، وقالوا: منا أمير ومنكم أمير، ثم ثبتت النصوص عن النبي ﷺ بالمنع من ذلك، ووقع الاتفاق عليه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فقال ناس: يدفن عند المنبر، وقال آخرون: يدفن بالقيع»، ولم يذكر عن أحد منهم نص فى موضع دفنه إخباراً منهم عن رأيهم فى ذلك ومبلغ اجتهادهم، حتى ذكر لهم أبو بكر ما ذكره النبي ﷺ فى ذلك، فرجعوا إليه وأخذوا به، وهذا حكم الاجتهاد إذا ظهر على النص وجب الرجوع إليه إلا أن يكون الاجتهاد موافقاً للنص.

فصل: وقوله: «ما دفن نبي قط إلا فى مكانه الذى توفى فيه»، إخبار عن حال الأنبياء قبله، وفيه تنبيه على حكمه هو ﷺ، وكذلك احتج به أبو بكر وأخذ به سائر الصحابة، فحفروا له فيه، يريد موضع وفاته ودفن فيه.

وصفه الدفن أن ينزل فى قبره مستقبل القبلة لأنها الجهة التى كان يعظمها المسلم فى حياته، ويجعل على شقه الأيمن لأن النبي ﷺ كان يحب التيامن فى شأنه كله.

فصل: وقوله: «فلما كان عند غسله أرادوا نزع قميصه»، دليل على أن هذه

عائشة، قالت: توفى رسول الله ﷺ يوم الاثنين، لاثنتى عشرة مضت من ربيع الأول. وروى من حديث على بن أبى طالب، قال: اشتكى رسول الله ﷺ يوم الأربعاء ليلة بقيت من صفر، وتوفى يوم الاثنين لاثنتى عشرة مضت من ربيع الأول، ودفن يوم الثلاثاء. انتهى باختصار.

كانت سنة الغسل عندهم؛ لأن النبي ﷺ أقام بين أظهرهم عشرة أعوام، ولا بد لاتصال الموت عندهم في الرجال والنساء من أن يعرفوا حكم الغسل، ومحال أن يجهل جميعهم حكم الغسل حين أرادوا استعمال المحظور منه في النبي ﷺ، ومحال أن يكون نزع القميص وإبقاؤه عندهم سواء، ولو كان ذلك لذهب إليه بعضهم كما ذهبوا في اللحد له، ولو كان أمراً لم يتقرر بينهم حكمه لاختلفوا فيه كاختلافهم في موضع دفنه، فثبت أن نزع القميص هو سنة الغسل؛ ولذلك أرادوا أن يستعملوه في النبي ﷺ حين سمعوا صوتاً يقول: لا تنزعوا القميص، وهذا من معجزات النبي ﷺ الظاهرة بسببه بعد موته تكريماً له وتفضيلاً من الله تعالى عليه وعلى أمته فيه؛ وليكون ذلك الأمر أمر الله تعالى، فإنه ﷺ معصوم في حياته وبعد موته، ممنوع كل شيطان مارد، ولذلك امتثلت الصحابة ما سمعت من الصوت، فلم ينزع القميص، وغسل في قميصه ﷺ.

٥٤١ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ بِالْمَدِينَةِ رَجُلَانِ أَحَدُهُمَا يَلْحَدُ وَالْآخَرُ لَا يَلْحَدُ، فَقَالُوا: أَيُّهُمَا جَاءَ أَوَّلُ، عَمِلَ عَمَلَهُ، فَجَاءَ الَّذِي يَلْحَدُ فَلَحَدَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ (١).

الشرح: قوله: «كان بالمدينة رجلان، أحدهما يلحد، والآخر لا يلحد»، يقتضى أن الأمرين جائزان، ولو كان أحدهما محظوراً لما استدام عمله، ومثل هذا لا يخفى عن النبي ﷺ من عمله لأنه من الأمور الظاهرة لاسيما والذي كان لا يلحد من أفضل الصحابة وأكثرهم اختصاصاً بالنبي ﷺ، وهو أبو عبيدة بن الجراح، والذي كان يلحد هو أبو طلحة زيد بن سهل الأنصاري.

٥٤١ - أخرجه ابن ماجه كتاب الجنائز برقم ١٥٥٧ باب ما جاء في الشق، ٤٩٦/١ عن أنس بن

مالك. البيهقي في الدلائل عن ابن عباس ٢٥٢/٧.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣١٤/٤: لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث، وقد رواه حماد بن سلمة، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة.

(١) وصله ابن سعد من طريق حماد بن سلمة عن هشام عن أبيه عن عائشة، وأخرج عن أبي طلحة، قال: اختلفوا في الشق واللحد للنبي ﷺ فقال: المهاجرون شقوا كما يحفر أهل مكة، وقالت: الأنصار ألودوا كما نحفر بأرضنا، فلما اختلفوا في ذلك، قالو: اللهم خرننبيك ابعثوا إلى أبي عبيدة وإلى أبي طلحة فأيهما جاء قبل الآخر فليعمل عمله فجاء أبو طلحة فقال: والله إنى لأرجو أن يكون الله قد خار لنبيه أنه كان يرى اللحد فيعجبه.

٤٩٤ كتاب الجنائز

وقد روى عن مالك أنه قال: اللحد والشق كل واسع، واللحد أحب إلى. ووجه ذلك التبرك بما فعل للنبي ﷺ، واللحد هو ما كان الشق في جانب القبر، والضريح ما كان في وسطه.

مسألة: قال ابن حبيب: ويستحب أن لا يغمق القبر جدًا، ولكن قدر عظم الذراع، ولعله أراد الشق الذي هو نفس اللحد، وأما نفس القبر، فإنه يكون مثل ذلك وأكثر منه، ويستحب أن يجعل على القبر اللبن. قال ابن حبيب: وكذلك فعل بالنبي ﷺ.

قال ابن القاسم: ويكره الدفن في التبت إلا أن لا يوجد الطوب. قال أشهب: لا بأس باللوح والآجر والقصب واللبن، وإنما كره من ذلك ما كان وجه السرف.

وجه ما قاله ابن القاسم أن الدفن في الأرض، ويجب أن تكون هي التي تلى الإنسان وتكون باقية على حكم الأصل لم يتغير إلى أن يصير أجزاء أو غير ذلك.

مسألة: ومن السنة تسنيم القبر ولا يرفع، قاله ابن حبيب. وقد روى عن سفيان الثمار أنه رأى قبر النبي ﷺ مسنمًا فأما بنيانه ورفعته على وجه المباهاة فممنوع. روى ابن القاسم عن مالك في العتبية، إنما يكره أن يرصص على القبر بالحجارة والطين أو الطوب.

قال ابن حبيب: وروى جابر أن النبي ﷺ نهى أن ترفع القبور أو يبنى عليها وأمر بهدمها وتسويتها بالأرض، وفعله عمر بن الخطاب، قال: وينبغي أن تسوى تسوية تسنيم.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندي، والله أعلم، أن يسوى نفس القبر بالأرض ويرفع رفع تسنيم دون أن يرفع أصله. قال ابن حبيب: ولا بأس بالمشى على القبر إذا عفا، وأما وهو مسنم والطريق دونه، فلا أحب ذلك لأن هذا يكسر تسنيمه ويبيحه طريقًا.

ووجه ذلك أن السنام يحفظه على أهله يعرفونه به ويمنع من ابتذاله بالمشى عليه وتعفية أثره، فأما البنيان المتخذ على وجه المباهاة فممنوع.

مسألة: وأما تقصيصها، ويقال تجصيصها وهو تبيضها بالجير أو التراب الأبيض، فقد قال ابن حبيب: نهى عن ذلك، والنقش على القبر، كره ابن القاسم أن يجعل على القبر بلاطة، ويكتب فيها ولم ير بالعمود والخشبة والحجر يعرف بها القبر من غير أن يكتب فيها بأسًا.

ووجه ذلك منع ما قدمناه من المباهاة وإباحة ما عرا منها، وأما الفسطاط يضرب على القبر، فقد قال ابن حبيب: ضربه على قبر المرأة أفضل من ضربه على قبر الرجل لما يستر منها عند إقبارها، وقد ضربه عمر على قبر زينب بنت جحش. وكره ضربه على قبر الرجل ابن عمر وأبو هريرة وأبو سعيد الخدرى وابن المسيب، وضربته عائشة على قبر أخيها عبدالرحمن، وضربه محمد بن الحنفية على قبر ابن عباس. قال ابن حبيب: وأراه واسعاً اليوم واليومين والثلاثة، وبيات فيه إن خيف من نبش أو غيره، وإنما كرهه من كرهه لمن ضربه على وجه السمعة والمباهاة.

٥٤٢ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تَقُولُ: مَا صَدَّقْتُ بِمَوْتِ النَّبِيِّ ﷺ حَتَّى سَمِعْتُ وَقَعَ الْكِرَازِينَ^(١).

الشرح: قولها: «ما صدقت بموت رسول الله ﷺ»، تريد أنها كانت تكذب ذلك وكذلك فعل أكثر الصحابة، وكان أشد الناس فيه عمر، حتى جاء أبو بكر فحقق موته. وقولها: «حتى سمعت وقع الكرازين»، تريد وقع المساحي بجثى التراب عليه ﷺ وشرف وكرم.

٥٤٣ - مَالِكُ، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَتْ: رَأَيْتُ ثَلَاثَةَ أَقْمَارٍ سَقَطْنَ فِي حُجْرَتِي، فَكَصَصْتُ رُؤْيَايَ عَلَى أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ، قَالَتْ: فَلَمَّا تُوُفِيَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَدُفِنَ فِي بَيْتِهَا، قَالَ لَهَا أَبُو بَكْرٍ: هَذَا أَحَدُ أَقْمَارِكِ، وَهُوَ خَيْرُهَا.

٥٤٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٥٠٨.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣١٣/٤: لا أحفظه عن أم سلمة متصلاً، والمعروف حديث عائشة: «ما علمنا بدفن رسول الله ﷺ». وإن صح حديث أم سلمة، فلعله أن يكون أدركها من الجزع عليه، ما أدرك عمر رضی الله عنه، فظننت أنه غشى عليه وأسرى به إلى ربه، على نحو ما ظن عمر حين خطبهم، فقال: إن محمداً لم يموت، وإنه ذهب به إلى ربه، وسيرجع فيقطع أيدي رجال، فيبلغ ذلك أبا بكر، فأتاهم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد من كان يعبد محمد، فإن محمد قد مات، ومن كان يعبد الله، فإن الله حي لا يموت، ثم تلا: ﴿وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ أَفَإِنَّ مَاتَ أَوْ قُتِلَ انْقَلَبْتُمْ عَلَى أَعْقَابِكُمْ وَمَنْ يَنْقَلِبْ عَلَى عَقْبِهِ فَلَنْ يضر الله شيئاً﴾. الآية، قال عمر: فكأنني لم أسمع هذه الآية إلا يومئذ.

٥٤٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٠٨. وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٨٠/٧، وذكره في ٣٨/٩ وعزاه الهيثمي إلى الطبراني في الكبير والأوسط عن عائشة.

الشرح: قولها: «رأيت ثلاثة أقمار سقطن في حجرتي، فقصبست رؤياي»^(١)، تريد أنها رأت في المنام ثلاثة أقمار سقطت في حجرتها، وأنها قصت رؤياها تلك على أبي بكر رضى الله عنه لاعتقادها فيها أنها جزء من النبوة، وأن الرؤيا أمر صحيح وبشرى للمؤمنين، فأمسك أبو بكر عن تعبيرها إذ تبين له منها موت النبى ﷺ لاجتماع دلالة الرؤيا فيه لأن القمر قد يدل على السلطان والرئيس، ويدل على العالم الذى يهتدى به، ويدل على الزوج والولد، وسقوطها فى حجرتها دليل على دفنهم فى حجرتها.

وسنة العبارة، إذا رأى المعبر فيها ما يكره أن لا يعبرها له، فصدقت رؤيا عائشة بدفن رسول الله ﷺ فى بيتها، فتأول لها أبو بكر حيثئذ الرؤيا إذ رآها قد خرجت، وقال لها: «هذا أحد أقمارك، وهو خيرها»، فدفن فى بيتها رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر رضى الله عنهما.

٥٤٤ - مَالِك، عَنِ غَيْرِ وَاحِدٍ مِّمَّنْ يَثِقُ بِهِ أَنَّ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَاصٍ وَسَعِيدَ بْنَ زَيْدِ ابْنِ عَمْرٍو بْنِ نُفَيْلٍ تُوْفِيََا بِالْعَقِيقِ، وَحُمِلَا إِلَى الْمَدِينَةِ، وَدُفِنَا بِهَا.

الشرح: قوله: «توفيا بالعقيق»، موضع بقرب المدينة وحملوا إلى المدينة ودفنا بها، يحتمل أن يكون فعل ذلك لكثرة من كان فيها من أصحاب النبى ﷺ ليتولوا الصلاة عليهما، ويحتمل أن يكون ذلك لفضل اعتقدوه فى الدفن بالعقيق، ويحتمل أن يكون

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣١٦/٤ - ٣١٧: فى هذا الحديث دليل على اشتغال أنفس السلف بالرؤيا وتأويلها والأقمار، والله أعلم: النبى ﷺ وأبو بكر وعمر دفنوا فى بيتها وذلك تأويل سقوط الأقمار فى حجرتها، وفيه دليل على أن القمر قد يكون فى التأويل: الملك الأعظم، كالشمس سواء. والله أعلم. وفيه رد لقول من قال: إن القمر ملك أعجمى، والشمس عربى فى التأويل. وأما رواية من روى: سقطن فى حجرتي، ففيها أن التأويل قد يخرج على اشتقاق اللفظ، وقرب المعنى؛ لأن قولها: سقطن فى حجرتي، تأوله أبو بكر رضى الله عنه على الدفن فى حجرتها وبيتها، فكان الحجره أحدها من الحجر، والبيت والحجره سواء؛ لأن أصل الكلمة الضم، فكأنه عندها على اللفظ. والله أعلم. والسقوط هاهنا الدفن، وعلم التأويل الرؤيا من علوم الأنبياء وأهل الإيمان، وحسبك بما أخبر الله من ذلك يوسف عليه السلام، وما جاء فى الآثار الصحاح فيها عن النبى ﷺ وأجمع أئمة الهدى من الصحابة على الإيمان بها، وعلى أنها حكمة بالغة، ونعمة يمن الله بها على من يشاء، وهى المبشرات الباقية بعد النبى ﷺ.

ذلك ليقرب على من لهم من الأصل زيارة قبورهم والدعاء لهم^(١).

٥٤٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: مَا أَحَبُّ أَنْ أُدْفَنَ بِالْبَقِيعِ لِأَنْ أُدْفَنَ بغيرِهِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أُدْفَنَ بِهِ، إِنَّمَا هُوَ أَحَدُ رَجُلَيْنِ إِنَّمَا ظَالِمٌ فَلَا أَحَبُّ أَنْ أُدْفَنَ مَعَهُ، وَإِنَّمَا صَالِحٌ فَلَا أَحَبُّ أَنْ تُنَبِّشَ لِي عِظَامُهُ.

الشرح: كره عروة الدفن بالبقيع لا لكراهية البقعة، وإنما ذلك لأنه لم يكن بقى فيه موضع إلا قد دفن فيه، فكره الدفن به لهذا المعنى؛ لأنه لا بد أن تنبش له عظام من دفن في ذلك الموضع قبله، فإن كان ظالمًا كره مجاورته، وإن كان صالحًا كره أن ينبش له لأنه يعظم نبش عظام الصالح من أجله لحرمة وصلاحه، وأن يكون للظالم حرمة أيضًا إلا أن كراهيته لمجاورته أعظم، فلذلك علق الكراهية لمجاورته، ولا تكره مجاورة الرجل الصالح، فلذلك لم يكره إلا نبش عظامه له.

* * *

(١) قال في الاستذكار ٢٩٣/٨ - ٢٩٤: الخبر بذلك عن سعد وسعيد كما حكاه مالك صحيح، ولكنها مسألة اختلف السلف ومن بعدهم فيه باختلاف الآثار في ذلك. فمن كره ذلك احتج بحديث جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ أمر بالقتلى أن يردوا إلى مضاجعهم. وبحديث جابر أيضًا عن النبي ﷺ أنه قال: «تدفن الأجساد حيث تقبض الأرواح». وبالحدِيث عن عائشة أنها قالت في أخيها عبد الرحمن: قد شهدته ما دفن إلا حيث مات. وكان دفن بالحيش مكان بينه وبين مكة اثنا عشر ميلاً أو نحوها.

قال أبو عمر: قد أجمع المسلمون كافة بعد كافة على حوازل نقل موتاهم من دورهم إلى قبورهم. فمن ذلك البقيع مقبر بالمدينة، ولكل مدينة جبانة يتدفن فيها أهلها. فدل ما ذكرناه من الإجماع على فساد نقل من نقل: «تدفن الأجساد حيث تقبض الأرواح إلا أن يكون أراد البلد والحضرة وما لا يكون سفرًا، والله أعلم. وليس في أمر رسول الله ﷺ برد القتلى يوم أحد إلى مضاجعهم ما يرد ما وصفنا. والحدِيث مأثور: «ما دفن نبي إلا حيث قبض» دليل ووجه على تخصيص الأنبياء بذلك، والله أعلم. وأما حديث عائشة في أخيها بذلك، والله أعلم؛ لأنها أرادت دفنه بمكة لزيارة الناس القبور بالسلام عليهم والدعاء لهم. وقد نقل سعد ابن أبي وقاص، وسعيد بن زيد من العقيق ونحوه إلى المدينة، وذلك بمحض جماعة من الصحابة وكبار التابعين من غير تكبر، ولعلهما قد أوصيا بذلك وما أظن إلا وقد رويت ذلك، والله أعلم وليس في هذا الباب، أعنى نقل الموتى، بدعة ولا سنة، فليفعل المؤمن ذلك ما شاء، وبالله التوفيق.

الوقوف للجنائز والجلوس على المقابر

٥٤٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ وَاقِدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ، عَنْ نَافِعِ بْنِ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ، عَنْ مَسْعُودِ بْنِ الْحَكَمِ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَقُومُ فِي الْجَنَائِزِ ثُمَّ جَلَسَ بَعْدُ.

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ كان يقوم في الجنائز ثم جلس بعد القيام، والجلوس في موضعين، أحدهما: لمن مرت به، والثاني: لمن يتبعها، فهل يقوم لها حتى توضع؟ فقد روى عن النبي ﷺ القيام لها في موضعين، روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «إذا رأيت الجنائز فقوموا، فمن تبعها فلا يجلس حتى توضع»^(*). ثم روى عنه بعد ذلك حديث على المذكور فيه «أنه جلس بعد أن كان يقوم».

اختلف أصحابنا في ذلك، فقال مالك وغيره من أصحابنا: إن جلوسه ناسخ لقيامه، واختاروا أن لا يقوم. وقال ابن الماجشون وابن حبيب: إن ذلك على وجه التوسعة، وإن القيام فيه أجر وحكمه باق، وما ذهب إليه مالك أولى لحديث على الذي فيه ثم جلس بعد.

٥٤٦ - أخرجه مسلم في الجنائز حديث رقم ٩٦٢. والترمذي في الجنائز حديث رقم ٩٦٥. والنسائي في الصغرى في الجنائز حديث رقم ١٩٢٢، ١٩٩٩، ٢٠٠٠. وأبو داود في الجنائز حديث رقم ٣١٧٥. وابن ماجه في الجنائز حديث رقم ١٥٤٤. وأحمد في المسند حديث رقم ٦٢٤، ١٠٩٧، ١١٧١.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣١٧/٤: هكذا قال يحيى، عن مالك: واقد بن سعد بن معاذ، وتابعه على ذلك أبو المصعب وغيره، وسائر الرواة عن مالك يقولون: عن واقد بن عمرو بن سعد بن معاذ. وهو الصواب إن شاء الله، وكذلك قال ابن عيينة وزهير بن معاوية، وهو واقد ابن عمرو بن سعد بن معاذ بن نعمان بن امرئ القيس الأشهلي الأنصاري، يكنى أبا عبدالله مدني ثقة، كناه خليفة بن خياط، وذكره الحسن بن عثمان في بني عبد الأشهل وقال: كانت وفاته سنة عشرين ومائة، وكان محمد بن عمرو بن علقمة يقول فيه: واقد بن عمرو بن سعد ابن معاذ يهيم فيه.

(*) لأخرجه البخاري حديث رقم ١٣١٠. مسلم حديث رقم ٩٥٩. الترمذي حديث رقم ١٠٤٣. النسائي في الصغرى حديث رقم ١٩١٤. أبو داود حديث رقم ٣١٧٣. أحمد في المسند حديث رقم ١٠٩٧٣.

٥٤٧ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ كَانَ يَتَوَسَّدُ الْقُبُورَ وَيَضْطَجِعُ عَلَيْهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا نَهَى عَنِ الْقُعُودِ عَلَى الْقُبُورِ فِيمَا نُرَى لِلذَّاهِبِ.

الشرح: معنى ذلك أن علي بن أبي طالب كان يتوسد على القبور ويضطجع عليها وهذا أكثر من الجلوس الذي تضمنه ظاهر الحديث، الذي تعلق به ابن مسعود وعطاء في منع الجلوس على القبور، وهو ما رواه أبو هريرة قال: رسول الله ﷺ: لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده، خير له من أن يجلس على قبر، فتناول مالك، رحمه الله، هذا على أن النهي عن الجلوس على القبور إنما تناول الجلوس عليها لقضاء الحاجة، وقد قال مثل قول مالك زيد بن ثابت، وهو الأظهر؛ لأن النبي ﷺ قد زار القبور وأباح زيارتها، ولا خلاف بين المسلمين في جواز الجلوس عليها عند الدفن، فيحمل الحديث على ذلك، ويجمع بينه وبين ما روى من قول علي رضي الله عنه وفعله.

٥٤٨ - مَالِكٌ، عَنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَثْمَانَ بْنِ سَهْلٍ بْنِ حُنَيْفٍ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا أُمَامَةَ ابْنَ سَهْلٍ بْنِ حُنَيْفٍ يَقُولُ: كُنَّا نَشْهَدُ الْجَنَائِزَ، فَمَا يَجْلِسُ آخِرُ النَّاسِ حَتَّى يُؤَذِّنُوا.

الشرح: قوله: «فما يجلس آخِرُ الناسِ حتى يؤذِنُوا»^(١)، يدل على أن الإسراع

٥٤٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥١٢. وذكره في كتاب الحارثي في بيان آثار الطحاوي (١٢٨/٣) حدثنا علي بن عبد الرحمن قال: ثنا عبد الله بن صالح قال: حدثني بكر ابن مضر، عن عمر بن الحارث، عن بكير، أن يحيى بن أبي محمد، حدثه أن مولى لآل علي، حدثه أن علي بن أبي طالب كان يجلس على القبور، وقال المولى: كنت أبسط في المقبرة فيتوسد قبراً ثم يضجع.

٥٤٨ - أخرجه البيهقي في السنن ٢٧/٤ عن علي بن أبي طالب. والشافعي. كذا في بدائع السنن برقم ٥٨١، ٢١٨/١ عن علي. والبيهقي بشرح السنة ٣٣٠/٥ عن علي. والبخاري بتاريخه ١٧٤/٨ عن علي. وأبو داود برقم ٣١٧٥، ٢٠١/٣ كتاب الجنائز باب القيام للجنائز عن علي.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٢١/٤: وهذا عندي لم يدخل في المنسوخ؛ لأن النسخ إنما جاء في القيام للجنائز عند رؤيتها شيعت حتى توضع، وقد كان من أهل العلم جماعة يذهبون إلى نسخ القيام على القبر، وغيره في الجنائز، وأظنهم ذهبوا إلى أن القيام كله في الجنائز منسوخ؛ لقول علي: «كان رسول الله ﷺ يقوم في الجنائز، ثم قعد بعده، ومن هنا - والله =

٥٠١ كتاب الجنائز

بالجنازة مشروع، وقد تقدم قوله: حتى يؤذنوا، يريد يؤذنوا بالصلاة عليها.

وقال الداودي: معناه حتى يؤذن لهم بالانصراف بعد الصلاة، وإنما كان ذلك في صدر الإسلام لأنهم كانوا لا يبنون القبور، وإنما كان إدلاؤه ورد التراب، وهذا لا يلبث الناس فيه وما ذكره ليس بصحيح لأنه قال: فلا يجلس آخر الناس حتى يؤذنوا، ولا يقال آخر الناس فيمن صلى على الميت وانتظر أن يؤذن لأنهم كلهم سواء وإنما يقال ذلك فيمن يأتي بين يدي الجنازة، فيصل أولهم قبل أن يصل آخرهم، فرمما لم يجلس أولهم حتى يدرك آخرهم، فتوضع الجنازة ويؤذنوا بالصلاة عليها، وأما بعد الصلاة عليها فلا بد من التريص حتى يدلى في القبر، ويرد التراب عليه، وذلك لا يكون إلا في مدة يجلس فيها أولهم وآخرهم، إن صح أن يوصفوا بأول وآخر، وإن لم يصح، فإنه يجلس فيها جميع الناس إلا من يتناول دفنه، أو يتكلف القيام مدة طويلة إلى أن يتم أمره، وأما الانقلاب عنها، فلا يحتاج إلى إذن عند زيد بن ثابت وعبدالله بن مسعود.

وقال ابن عمر والمسور بن مخرمة: لا ينصرف عنها إلا بإذن أهلها.

والدليل على ما نقوله أن أهل الجنازة لو شاءوا أن يمسكوا الناس لم يكن ذلك لهم، فلم يعتبر بإذنتهم في انصراف الناس لأن كل من ليس له الإمساك، فإنه لا اعتبار بإذنه كسائر الناس.

مسألة: ولا بأس بالانصراف عنها قبل أن يكمل دفنها إذا بقي معها من يلي ذلك منها، قاله ابن القاسم، وينصرف لعله ولغيره. قال الشيخ أبو محمد: وذلك إذا قام بها غيره.

ووجه ذلك أن الفرض إنما هو في الصلاة، وأما البقاء حتى تدفن، فإنما هو فضيلة، فمن أقام لها فحسن، وينصرف إن شاء بعد كمال الدفن دون إذن؛ لأنه ليس في حكم أحد، فيؤذن له.

وقد روى ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من شهد الجنازة حتى يصلى فله قيراط، ومن شهد حتى تدفن كان له قيراطان، قيل وما [القيراطان]؟ قال: مثل الجبلين العظيمين»^(*) فجعل لشاهد فرض الجنازة قيراطاً،

=أعلم قال أبو قلابة: قيام الرجل على القبر حتى يوضع الميت في اللحد بدعة، وقد جاء عن علي وهو روى حديث النسخ ما يدل على أن القيام على اللحد لم يدخل في النسخ.
(* ما بين المعقوفين ورد في الأصل القيراط، وما أورده من الصحيحين ومسنده الإمام أحمد وانظر تخريج الحديث أسفله.

ولمشاهدة فضل المواراة قبراً، ولعلهما إنما تساويا في الاسم دون الجنس والقدر، والله أعلم وأحكم.

* * *

النهى عن البكاء على الميت

٥٤٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَابِرِ بْنِ عَتِيكٍ، عَنْ عَتِيكِ بْنِ الْحَارِثِ، وَهُوَ جَدُّ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَابِرِ أَبُو أُمِّهِ، أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ جَابِرَ بْنَ عَتِيكٍ أَخْبَرَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَاءَ يَعُودُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ ثَابِتٍ، فَوَجَدَهُ قَدْ غَلِبَ عَلَيْهِ، فَصَاحَ بِهِ فَلَمْ يُجِبْهُ فَاسْتَرْجَعَ (١) رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: «غَلِبْنَا عَلَيْكَ يَا أَبَا الرَّبِيعِ، فَصَاحَ النِّسْوَةَ، وَبَكَيْنَا فَجَعَلَ جَابِرٌ يُسَكِّتُهُنَّ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «دَعِهِنَّ فَإِذَا وَجِبَ فَلَا تَبْكِينَ بَاكِيَةً». قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا الْوُجُوبُ؟ قَالَ: «إِذَا مَاتَ فَقَالَتْ ابْنَتُهُ وَاللَّهِ إِنْ كُنْتُ لَأَرْجُو أَنْ تَكُونَ شَهِيدًا، فَإِنَّكَ كُنْتَ قَدْ قَضَيْتَ جِهَازَكَ». فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَوْقَعَ أَجْرَهُ عَلَيَّ قَدْرَ نَيْتِهِ وَمَا تَعْدُونَ الشَّهَادَةَ؟» قَالُوا: الْقَتْلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الشُّهَادَةُ سَبْعَةٌ سِوَى الْقَتْلِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، الْمَطْعُونُ شَهِيدٌ، وَالغَرِقُ شَهِيدٌ، وَصَاحِبُ ذَاتِ الْحَنْبِ شَهِيدٌ، وَالْمَبْطُونُ شَهِيدٌ، وَالْحَرِيقُ شَهِيدٌ، وَالَّذِي يَمُوتُ تَحْتَ الْهَيْدَمِ شَهِيدٌ وَالْمَرْأَةُ تَمُوتُ بِجَمْعِ شَهِيدٍ».

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (١٣٢٥) من طريق عبد الله بن مسلمة، قال: قرأت على ابن أبي ذئب، عن سعيد بن أبى سعيد المقبرى، عن أبىه، أنه سأل أبى هريرة رضى الله عنه فقال: سمعت النبى ﷺ (ح) حدثنا أحمد بن شبيب بن سعيد، قال: حدثنى أبى، حدثنا يونس، قال ابن شهاب: وحدثنى عبدالرحمن الأعرج، أن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من شهد الجنائز حتى يصلى... فذكره. وأخرجه مسلم فى صحيحه حديث رقم (٩٤٥). أحمد فى المسند حديث رقم (٨٩٥٥) من حديث أبى هريرة.

٥٤٩ - أخرجه النسائى فى الصغرى فى الجنائز حديث رقم ١٨٤٥، والجهاد حديث رقم ٣١٩٢، ٣١٩٣. وأبو داود فى الجنائز حديث رقم ٣١١١. وابن ماجه فى الجهاد حديث رقم ٢٨٠٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٢٣٩. (١) استرجع: أى قال: إنا لله وإنا إليه راجعون.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ جاء يعود عبدالله بن ثابت»، إخبار عن تفضيل النبي ﷺ، ومواصلته أصحابه، وعيادته مرضاهم، ويريد بقوله: «قد غلب» أن الألم والمرض الذي كان به، غلب عليه حتى منعه من مجاورة النبي ﷺ حين صاح عليه، فاسترجع رسول الله ﷺ لما أصيب فيه.

وقد أثنى الله تعالى على من قال مثل هذا عند المصيبة، فقال: ﴿الذين إذا أصابتهم مصيبة قالوا إنا لله وإنا إليه راجعون أولئك عليهم صلوات من ربهم ورحمة وأولئك هم المهتدون﴾ [البقرة: ١٥٦، ١٥٧]. وكان ﷺ مشفقاً على أصحابه محباً فيهم، فإذا أصيب واحد منهم استرجع كما وصف الله تعالى، ومعنى ذلك تصبر لنفسه، وإشعار له أن الكل لله، وأن الكل راجع إليه، ويجب أن يقتدى بذلك من فعله ﷺ عندما يصاب الإنسان من أحواله وإخوانه وماله.

فصل: وقوله ﷺ، «غلبنا عليك يا أبا الربيع»، يحتمل أن يكون أراد التصريح بمعنى استرجاعه وتأسفه، «فصاح النسوة وبكين»، يحتمل أن يكون بكأوهن لما رأين من حاله وتيقن من موته، ولعله حركهن لذلك ما سمعن من استرجاع النبي ﷺ، وجعل جابر يسكتهن لما عرف من نهى النبي ﷺ عن رفع النساء أصواتهن بالبكاء ونياحهن، ولم يكن صياح النساء والله أعلم من ذلك، وإنما كان استرجاع وبكاء من غير كلام يقبح ولا نياحة، فقال ﷺ: «دعهن»، يريد ﷺ إطلاق البكاء والاسترجاع لهن، وبهذا استباح الناس البكاء.

قال ابن حبيب: لا بأس بالبكاء قبل الموت، وبعده ما لم يرفع به الصوت، ويكون معه كلام مكروه. وأما البكاء بعد الموت، فقد روى عن عبدالله بن عمر: اشتكى سعد ابن عباد، فأتاه النبي ﷺ يعوده مع عبدالرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وعبدالله ابن مسعود، فلما دخل عليه، فوجده في غاشية أهله، فقال: «قد قضى، قالوا: لا يا رسول الله، فبكى النبي ﷺ، فلما رأى القوم بكاء النبي ﷺ بكوا، فقال: ألا تسمعون أن الله لا يعذب بدمع العين، ولا بحزن القلب، ولكن يعذب بهذا وأشار إلى لسانه أو رحم عام^(*).

فأما قوله: «فإذا وجب، فلا تبكين باكية»، وفسر الوجوب ﷺ بالموت فيحتمل أن يكون ﷺ منع من بكاء مخصوص عند الوجوب، وهو ما جرت العادة به من الصياح، والمبالغة في ذلك بالويل والثبور، فتوجه نهيه إلى ذلك البكاء.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١٣٠٤. مسلم حديث رقم ٩٢٤.

كتاب الجنائز ٥٠٣

فصل: وليس فى الحديث أمر بتوجيهه إلى القبلة، وكذلك حديث وفاة النبى ﷺ ليس فيه أنه وجه إلى القبلة، ولا أنه أمر بذلك. وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة: ما علمت التوجيه من الأمر القديم.

وقد روى ابن حبيب أن ابن المسيب أغمى عليه فى مرضه، فوجه، فأفاق فأنكر فعلهم به، وقال: على الإسلام حييت، وعليه أموت، ليكن مضجعى ما كنت بين أظهركم. قال ابن حبيب: فأراه إنما كره عجلتهم بذلك قبل الحقيقة، وظاهر قول سعيد ابن المسيب مخالف لهذا التأويل. وقد روى ابن القاسم وابن وهب عن مالك: ينبغى أن يوجه إلى القبلة.

وجه القول الأول ما تقدم من الآثار الصحاح، ولم يذكر فى شىء منها التوجيه. بل الظاهر منها عدم التوجيه. ووجه القول الثانى أن هذه الحال وجدت فيها أسباب الوفاة، فشرع فيها التوجيه كالحمل والدفن.

فرع: فإذا قلنا بالتوجيه، فقد روى ابن القاسم وابن وهب عن مالك أنه ينبغى أن يوجه إلى القبلة على شقه الأيمن، فإن لم يقدر، فعلى ظهره، ورجلاه إلى القبلة، ووجه ذلك أن هذه صفات استقبال القبلة كاستقبالها فى الصلاة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنما يكون التوجيه إذا غلب عليه عند المعاينة بإحداد نظره وإشخاص بصره، ويلقن لا إله إلا الله، قاله ابن حبيب.

وقال مالك فى المختصر: لا بأس أن تغمضه الحائض والجنب.

وقال غيره: الإغماض سنة. وقال ابن حبيب: ويستحب أن يقال عنده: سلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين لمثل هذا فليعمل العاملون، وعد غير مكذوب. ويقال عند إغماضه: اللهم يسر عليه أمره وسهل موته، وأسعده بقلاتك، واجعل ما خرج إليه خيراً مما خرج عنه. قال: ويستحب أن لا يجلس عنده إلا أفضل أهله وأحسنهم هدياً وقولاً، ولا يكون عنده ولا قربه ثوب غير طاهر، ولا يحضره كافر ولا حائض.

وهذه المعانى التى ذكرها ابن حبيب إنما أوردها على وجه الاستحباب، فإن فعلت فحسن.

مسألة: وأما القراءة عنده، ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك: ليس القراءة عنده والإجمار من عمل الناس. وقال ابن حبيب: لا بأس أن يقرأ عنده «يس» وإنما كره

مالك ذلك لئلا يتخذ سنة، ولا بأس أن يقرب إليه الروائح الطيبة من بخور وغيره. وجه قول مالك ما احتج به من عمل السلف واتصل على ترك ذلك، فالعمل به مخالف لما اتفقوا عليه.

فصل: وقول ابنته: «إن كنت لأرجو أن تكون شهيداً، فإنك قد كنت قضيت جهازك»، أخبرت عن قوة رجائها في الشهادة له لما كانت ترى من حرصه على الجهاد ومبادرته إليه، وقد كان قضى جهازه للغزو، فأشفقت مما فاته من ذلك، فقال ﷺ: «إن الله قد أوقع أجره على قدر نيته» وهذا اللفظ يحتمل معنيين، أحدهما: أن أجره قد جرى له بمقدار العمل الذي نواه على حسب ما كان يكون له من الأجر أن لو عمله، فتكون النية بمعنى المنوى، والمعنى الثاني: أنه أوقع له من الأجر بقدر ما يجب لنيته، إلا أن هذا الوجه أظهر من جهة اللفظ، والأول أظهر من جهة المعنى؛ لأن الظاهر أنه ﷺ قصد إلى تسليتها وإخبارها بأن ما نواه لم يفته، وأن أجره قد جرى له بحسب نيته، ولو لم يكن له من الأجر إلا بقدر النية لما كان لها في ذلك راحة، إلا أن تكون استفادت معرفة ذلك من هذا الحديث، والله أعلم بما أراده من ذلك.

فصل: وقوله: ﷺ: «وما تعدون الشهادة» سؤال لهم عن معنى الشهادة ليختبر بذلك علمهم، ويفيدهم من هذا الأمر ما لا علم لهم به، قالوا: «القتل في سبيل الله»، وإنما سألهم عن جنس جميع الشهادة، فأخبروه عن بعضها، وهو جميع ما كان يسمى عنده شهادة، فقالوا: «القتل في سبيل الله»، فأخبرهم ﷺ أن الشهادة سبعة سوى القتل في سبيل الله، تسلياً للمؤمنين وإخباراً لهم بتفضل الله تعالى عليهم.

فإن الشهادة قد تكون بغير القتل، وإن شهداء أمة محمد ﷺ أكثر مما يعتقد الحاضرون، ثم فسر ذلك، فقال: «المطعون شهيد»، والمطعون هو المصاب بالطاعون، وسيأتى ذكره بعد هذا في الجامع إن شاء الله تعالى، «والغرق شهيد»، وهو من مات غرقاً في الماء، «وصاحب ذات الجنب» داء معروف وكذلك «المبطون والحرق شهيد»، وهو من يموت بالنار، «والذى يموت تحت الهدم شهيد»، والمرأة تموت بجمع شهيد. قيل إن معنى ذلك تموت بالولادة، وقيل إن معنى ذلك أن تموت جمعا بكرةً غير ثيب لم ينلها أحد.

وهذه ميتات فيها شدة الأمر فتفضل الله تعالى على أمة محمد ﷺ بأن جعلها تمحيصاً لذنوبهم زيادة في أجرهم حتى بلغهم بها مراتب الشهداء.

٥٥٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عُمَرَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا سَمِعَتْ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ تَقُولُ، وَذَكَرَ لَهَا أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ: إِنَّ الْمَيِّتَ لَيُعَذَّبُ بِبِكَاءِ الْحَيِّ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: يَغْفِرُ اللَّهُ لِأَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ، وَلَكِنَّهُ نَسِيَ أَوْ أَخْطَأَ، إِنَّمَا مَرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَهُودِيَّةٍ يَبْكِي عَلَيْهَا أَهْلُهَا، فَقَالَ: «إِنَّكُمْ لَتَبْكُونَ عَلَيْهَا وَإِنَّهَا لَتُعَذَّبُ فِي قَبْرِهَا».

الشرح: قول عبد الله بن عمر: «إن الميت ليعذب ببكاء الحي»^(١)، هذا المعنى قد رواه عن النبي ﷺ عمر وابن عمر والمغيرة بن شعبة، وقد ذكر الناس في ذلك وجوهاً، أحدها: أنه يعذب بما يبكي عليه به، وذلك أن من شأن نساء الجاهلية أن يتدبن الميت، ويمدحنه لقتله الناس، وظلمه لهم، وتسلمته عليهم، وهذا مما يعذب به، فقال: «وإنه ليعذب ببكاء الحي عليه، إذ كان من سببه النوح والبكاء، وإذا أمر به ولم يته عنه».

وقد أنكرت روايته عائشة، وحملت القول على ظاهره، واحتجت في رده بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤] وإذا حمل على ما ذكرناه من التأويل خرج عن معنى ما أنكرته لأنه حيثئذ لا يعذب بنوحهم، وإنما يعاقب بفعله في حياته أو بأمره لهم بالنياحة.

٥٥٠ - أخرجه البخاري في كتاب المغازي حديث رقم ٣٦٨١. ومسلم في كتاب الجنائز حديث رقم ١٥٤٧، والترمذي في كتاب الجنائز حديث رقم ٩٢٥، ٩٢٧. والنسائي في كتاب الجنائز حديث رقم ١٨٣١، ١٨٣٢، ٢٠٤٨. وابن ماجه في كتاب الجنائز حديث رقم ١٥٨٤. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٧٤، ٤٦٣٣، ٢٢٨٦، ٢٣٦١٤، ٢٣٩٢٨، ٢٤٥٧٢، ٢٤٩٨٤، ٢٥٢٠٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٢٨/٤: هذا حديث في الموطأ عند جماعة الرواة إلا القعني، فإنه ليس عنده في الموطأ، وهو عنده في الزيادات خارج الموطأ، وهو حديث ثابت، وليس في الموطأ لهذا الحديث غير هذا الإسناد، وقد روى الوليد بن مسلم، عن مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر، أن رسول الله ﷺ، قال: «الميت يعذب ببكاء الحي عليه».

(١) قال النووي: تأوله الجمهور على من أوصى أن يبكي عليه ويتاح بعد موته فنفذ وصيته، وكان من عادة العرب الوصية بذلك، وقالت طائفة: معناه أنه يعذب بسماعه بكاء أهله ويرق لهم وإليه ذهب ابن جرير ورجحه القاضي عياض، وقالت عائشة معناه أن الكافر يعذب في حال بكاء أهله عليه بذنبه لا ببكائه. قال: والصحيح قول الجمهور وأجمعوا على أن المراد بالبكاء بصوت ونياحة لا بمجرد دمع العين. انظر: شرح النووي كتاب الجنائز، باب الميت يعذب ببكاء أهله عليه.

٥٠٦ كتاب الجنائز

فصل: وقول عائشة: «إنما مر رسول الله ﷺ يهودية يكي عليها أهلها، فقال: إنهم ليكون عليها، وإنها لتعذب في قبرها، وعلى هذا لا يتعلق عذابها بالبكاء عليها، وإنما فيه إخبار عن حالها حين البكاء عليها، والله أعلم.

* * *

الحسبة في المصيبة

٥٥١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَمُوتُ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ثَلَاثَةٌ مِنَ الْوَالِدِ فَتَمَسَّهُ النَّارُ إِلَّا تَجَلَّةَ الْقَسَمِ»^(١).

الشرح: قوله: «لأحد من المسلمين ثلاثة من الولد، شرط الإسلام لأنه لا نجاة للكافر من النار يموت أولاده ولا بغير ذلك، وإنما ينجى منها بالإيمان والسلامة من المعاصي، أو المغفرة لها بأن يموت للمؤمن ثلاثة من الولد، ويحتمل بأن يكون ذلك لأن أجره على مصابه بهم يكفر عنه ذنوبه، فلا تمسه النار التي يعاقب بها أهل الذنوب، ففى هذا تسلية للمسلمين فى مصابهم بأولادهم، إذ فى ذلك ستر لهم من النار ونجاة من العذاب.

وقوله: «إلا تجلّة القسم»، قال ابن حبيب عن مالك: تفسيره قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ مِنْكُمْ إِلَّا وَارِدُهَا كَانَ عَلَى رَبِّكَ حَتْمًا مَقْضِيًّا﴾ [مريم: ٧١]. قال أبو عبيد:

٥٥١ - أخرجه البخارى فى كتاب العلم حديث رقم ٩٩. ومسلم فى كتاب البر والصلة والآداب حديث رقم ٤٧٦٧، ٤٧٦٨. والترمذى فى كتاب الجنائز حديث رقم ٩٨٠. والنسائى فى كتاب الجنائز حديث رقم ١٨٥١، ١٨٥٢. وابن ماجه فى كتاب الجنائز حديث رقم ١٥٩٢. وأحمد فى المسند حديث رقم ٦٩٦٧، ٧٣٩٦، ٩٧٣٧، ٩٨٢٠، ١٠٢١٣، ١٠٥٠٢.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤/٣٣٦: هكذا روى هذا الحديث مالك وغيره عن ابن شهاب. وفيه: أن المسلم تكفر بخطاياها، وتغفر له ذنوبه بالصبر على مصيبته، ولذلك زحزح عن النار، فلم تمسه؛ لأن من لم تغفر له ذنوبه، لم يزحزح عن النار - والله أعلم - أجازنا الله منها. وإنما قلت ذلك بدليل قوله ﷺ: «ولا يزال المؤمن يصاب فى ولده وحامته، حتى يلقى الله، وليست عليه الخطيئة، إنما قلت: إن ذلك بالصبر والاحتساب، والرضى، لقوله ﷺ: «ومن صبر على مصيبته؛ واحتسب، كان جزاؤه الجنة».

(١) تجلّة القسم هو قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ مِنْكُمْ إِلَّا وَارِدُهَا﴾ وهو المرور على الصراط.

كتاب الجنائز ٥٠٧

فإذا مر بها وجاوزها، فقد أبرّ الله تعالى قسمه. قال: وموضع القسم مردود إلى قوله: ﴿فَوربك لنحشرنهم والشياطين﴾ [مریم: ٦٨] ﴿ثم لنحضرنهم حول جهنم جثيًا﴾ [مریم: ٦٨] والعرب تقسم وتضمن المقسم به.

ومثله قوله تعالى: ﴿وَإِنْ مِنْكُمْ لَمَنْ لِيَبْطِئَنَّ﴾ [النساء: ٧٢] معناه وإن منكم والله لمن ليبطئن، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ مِنْكُمْ إِلَّا وَارِدُهَا﴾ [مریم: ٧١] وقال غيره: لا قسم في قوله: ﴿وَإِنْ مِنْكُمْ إِلَّا وَارِدُهَا﴾ [مریم: ٧١] فيكون له تحلة. ومعنى قوله: «إلا تحلة القسم» إلا الشيء الذي لا يناله معه مكروه، وأصله من قول العرب ضربه تحليلاً إذا لم يبالغ في ضربه ومعناه على هذين التأويلين أن النار لا تمسه إلا قدر وروده عليها ثم ينجو بعد ذلك لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ نَنْجِي الَّذِينَ اتَّقَوْا وَنَذَرُ الظَّالِمِينَ فِيهَا جثيًا﴾ [مریم: ٧٢].

٥٥٢ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي النَّضْرِ السَّلْمِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَمُوتُ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ثَلَاثَةٌ مِنْ الْوَلَدِ فَيَحْتَسِبُهُمْ إِلَّا كَانُوا لَهُ جُنَّةً مِنَ النَّارِ، فَقَالَتْ امْرَأَةٌ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «يَا رَسُولَ اللَّهِ أَوْ اثْنَانِ قَالَ: أَوْ اثْنَانِ».

الشرح: الكلام في هذا المتن كالکلام في الذي قبله.

وقوله: «فيحتسبهم»، بيان لصفة من يؤجر بمصابه في ولده، وهو أن يحتسبهم، وأما من لم يحتسبهم، ولم يرض بأمر الله فيهم، فإنه غير داخل في هذا الوجه^(١).

فصل: وقول المرأة «واثنان»، دليل على أن تعلق هذا الحكم على الثلاث على انتفائه عن كان أقل منه، ولو دل على ذلك لما سألته، ولكنها لما جوزت أن يكون حكم الاثنتين حكم الثلاثة في ذلك، وجوزت أن يخالفه لأن أجر المصيبة بالثلاثة من أجر المصيبة بالاثنتين، سألته فأخبرها أن تفضل الله في ذلك على من أصيب باثنتين، يبلغ به الستر من النار والنجاة من عذابها.

٥٥٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥١٦.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٤٣/٤: وبهذا الحديث يفسر الأول لأن فيه ذكر الحسبة! وقوله: فيحتسبهم، ولذلك جعله مالك بأثره مفسراً له: والوجه - عندي - في هذا الحديث وما أشبهه من الآثار إنها لمن حافظ على أداء فرائضه، واحتسب الكبائر، والدليل على ذلك، أن الخطاب في ذلك العصر لم يتوجه إلا إلى قوم الأغلب من أعمالهم ما ذكرنا - وهم الصحابة رضوان الله عليهم.

٥٠٨ كتاب الجنائز

٥٥٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ أَبِي الْحُبَابِ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا يَزَالُ الْمُؤْمِنُ يُصَابُ فِي وَكَلِدِهِ وَحَامَتِهِ حَتَّى يَلْقَى اللَّهَ، وَلَيْسَتْ لَهُ خَطِيئَةٌ».

الشرح: قوله ﷺ: «ما يزال المؤمن يصاب في ولده وحامته حتى يلقى الله، الحامة الخاصة، ومنه قيل حميم فلان، أى خاصته، يعنى أنه يفجع فيهم بموت أو قتل حتى يلقى الله، وليست له خطيئة، يحتمل أن يريد أن يحط عنه لذلك خطاياها حتى لا يبقى له خطيئة، ويحتمل أن يريد أن يحصل له على ذلك من الأجر ما يزن جميع ذنوبه، فيلقى الله تعالى وليس له ذنب يزيد على حسناته، فهو بمنزلة من لا ذنب له، وإنما هذا لمن صبر واحتسب، وأما من سخط ولم يرض بقدر الله تعالى، فإنه أقرب إلى أن يأتى لتسخطه، فيكثر بذلك سائر آثامه، وهذا تفسير للحديثين المتقدمين.

* * *

جامع الحسبة فى المصيبة

٥٥٤ - مَالِكُ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لِيُعْزَّ الْمُسْلِمِينَ فِي مَصَائِبِهِمُ الْمُصِيبَةُ بِي».

الشرح: قوله ﷺ: «ليعز المسلمين فى مصائبهم المصيبة بى»، يحتمل أن يريد ﷺ أن مصابه أعظم من سائر مصائب الدنيا، فإنه لا مصيبة أعظم من المصيبة به، وذلك أن كل مصاب به له منه عوض ولا عوض منه ﷺ، فإذا أصبنا بمصيبة فى غيره من قريب أو حميم، فإنها دون المصاب، فيعزى فى ذلك بأنه قد أصيب بأعظم من ذلك، وهو المصاب بالنبي ﷺ فصبر، فبأن يصبر على ما هو أيسر منه وأخف أولى.

٥٥٣ - ذكره السيوطى فى الدر المنثور ١/١٥٨ وعزاه السيوطى إلى مالك فى الموطأ والبيهقى فى الشعب عن أبى هريرة. الزبيدى فى الإتحاف ٩/٥٢٦ عن أبى هريرة. وذكره بالكنز برقم ٦٦٢٢ وعزاه السيوطى إلى الشيرازى فى الألقاب والبيهقى فى الشعب عن أبى هريرة.

٥٥٤ - ذكره فى الكنز برقم ٤٢٦١١ وعزاه السيوطى لابن المبارك عن القاسم مرسلًا.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤/٣٤٦: وهذا الحديث روته طائفة عن مالك، عن عبدالرحمن بن القاسم، عن أبيه؛ وقد روى مستندًا من حديث سهل بن سعد الساعدى. رواه سعيد بن أبى مریم، عن موسى ابن يعقوب الرمعى، عن أبى حازم، عن سهل بن سعد، عن النبى ﷺ وروى من حديث المسور بن مخرمة، وحديث عائشة مستندًا.

٥٥٥ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَصَابَتْهُ مُصِيبَةٌ فَقَالَ: كَمَا أَمَرَ اللَّهُ ﷻ إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ» [البقرة: ١٥٦] اللَّهُمَّ أَجْرُنِي فِي مُصِيبَتِي وَأَعْقِبْنِي خَيْرًا مِنْهَا إِلَّا فَعَلَ اللَّهُ ذَلِكَ بِهِ. قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ: فَلَمَّا تُوُفِّيَ أَبُو سَلَمَةَ، قُلْتُ: ذَلِكَ، ثُمَّ قُلْتُ: وَمَنْ خَيْرٌ مِنْ أَبِي سَلَمَةَ، فَأَعْقَبَهَا اللَّهُ رَسُولُهُ ﷺ فَتَزَوَّجَهَا.

الشرح: قوله: «من أصابته مصيبة» هذا اللفظ موضوع في أصل كلام العرب لكل من ناله شر أو خير، ولكنه مختص في عرف الاستعمال بالرزايا والمكاره.

وقوله ﷺ: «فقال كما أمره الله: إنا لله وإنا إليه راجعون» لم يرد لفظ الأمر بهذا القول؛ لأنه إنما ورد القرآن بتبشير من قاله والثناء عليه، قال الله تعالى: ﴿وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ الَّذِينَ إِذَا أَصَابَتْهُمُ مُصِيبَةٌ قَالُوا إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ أُولَئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَاتٌ مِنْ رَبِّهِمْ وَرَحْمَةٌ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُهْتَدُونَ﴾ [البقرة: ١٥٦، ١٥٧].

ويحتمل أن يشير إلى غير القرآن، فيخبر ﷺ عن أمر الباري لنا بذلك، ولذلك وصله بقوله: «اللهم أوجرني في مصيبتى وأعقبني خيرا منها» ثم قال ﷺ: «إلا فعل الله به مثل ذلك» يريد والله أعلم، أن الله يستجيب دعاءه، ويجمع له بين الأجر على مصيبتيه ويعقبه منها، يريد والله أعلم، يعطيه بعقب ذلك خيرا مما أصابه.

فصل: قالت أم سلمة: «فلما توفى أبو سلمة قلته، ثم قلت: ومن خير من أبي سلمة»، وذلك لما كانت تعلم من فضل أبي سلمة ودينه وخيره، واستبعدت لذلك أن تعوض خير منه، ولم تكن تظن أن رسول الله ﷺ يتزوجها، ولو ظنت ذلك لم تقله، فأعقبها الله رسول الله ﷺ وهو خير من أبي سلمة.

٥٥٥ - أخرجه مسلم في كتاب الجنائز حديث رقم ١٥٢٥. والترمذى في كتاب الجنائز حديث رقم ٨٩٩. والنسائي في كتاب الجنائز حديث رقم ١٨٠١. وأبو داود في كتاب الجنائز حديث رقم ٢٧١٢. وابن ماجه في كتاب الجنائز حديث رقم ١٤٣٧. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٥٤٠٦، ٢٥٤٤٨، ٢٥٤٧٤.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٤٩/٤: هذا حديث يتصل من وجوه شتى، إلا إن بعضهم يجعله لأم سلمة عن النبي ﷺ، وبعضهم يجعله لأم سلمة، عن أبي سلمة، عن النبي ﷺ وكذلك اختلف فيه أيضا عن مالك.

٥٥٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: هَلَكَتِ امْرَأَةٌ لِي، فَأَتَانِي مُحَمَّدُ بْنُ كَعْبِ الْقُرْطُبِيِّ يُعْزِينِي بِهَا، فَقَالَ: إِنَّهُ كَانَ فِي بَيْتِي إِسْرَائِيلَ رَجُلٌ فَقِيهٌ عَالِمٌ عَابِدٌ مُجْتَهِدٌ، وَكَانَتْ لَهُ امْرَأَةٌ، وَكَانَ بِهَا مُعْجَبًا، وَلَهَا مُجِيبًا فَمَاتَتْ فَوَجَدَ عَلَيْهَا وَجْدًا شَدِيدًا وَلَقِيَ عَلَيْهَا أَسْفًا حَتَّى خَلَا فِي بَيْتِي، وَعَلَّقَ عَلَيَّ نَفْسِي، وَاحْتَجَبَ مِنَ النَّاسِ، فَلَمْ يَكُنْ يَدْخُلُ عَلَيْهِ أَحَدٌ، وَإِنَّ امْرَأَةً سَمِعَتْ بِهِ فَجَاءَتْهُ، فَقَالَتْ: إِنَّ لِي إِلَيْهِ حَاجَةً أَسْتَفْتِيهِ فِيهَا لَيْسَ يُعْزِينِي فِيهَا إِلَّا مُشَافَهَتُهُ، فَذَهَبَ النَّاسُ وَلَزِمَتْ بَابَهُ، وَقَالَتْ: مَا لِي مِنْهُ بَدٌّ، فَقَالَ لَهُ قَائِلٌ: إِنَّ هَاهُنَا امْرَأَةٌ أَرَادَتْ أَنْ تَسْتَفْتِيكَ، وَقَالَتْ: إِنْ أَرَدْتُ إِلَّا مُشَافَهَتَهُ وَقَدْ ذَهَبَ النَّاسُ، وَهِيَ لَا تُفَارِقُ الْبَابَ، فَقَالَ: ائْذُنُوا لَهَا، فَدَخَلَتْ عَلَيْهِ، فَقَالَتْ: إِنِّي جِئْتُكَ أَسْتَفْتِيكَ فِي أَمْرٍ، قَالَ: وَمَا هُوَ، قَالَتْ: إِنِّي اسْتَعْرْتُ مِنْ جَارَةٍ لِي حَلِيًّا، فَكُنْتُ أَلْبَسُهُ وَأُعِيرُهُ زَمَانًا ثُمَّ إِنَّهُمْ أَرْسَلُوا إِلَيَّ فِيهِ، أَفَأُؤَدِّيهِ إِلَيْهِمْ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، وَاللَّهِ، فَقَالَتْ: إِنَّهُ قَدْ مَكَثَ عِنْدِي زَمَانًا، فَقَالَ: ذَلِكَ أَحَقُّ بِرُدِّكَ إِثَاءَهُ إِلَيْهِمْ حِينَ أَعَارَوْكَ زَمَانًا، فَقَالَتْ: أَيُّ يَرْحَمُكَ اللَّهُ، أَفَتَأْسَفُ عَلَيَّ مَا أَعَارَكَ اللَّهُ ثُمَّ أَخَذَهُ مِنْكَ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْكَ، فَأَبْصَرَ مَا كَانَ فِيهِ وَنَفَعَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهَا^(١).

الشرح: المتن كله ظاهر المعنى، وفيه وعظ العالم وتذكيره، وإن كان الواعظ أو المذكر دونه في الفضل والعلم، فيجب أن لا يأنف الفاضل من وعظ من هو دونه إذا أصاب وجه الحق ووفق للصواب، فقد يخطئ الفاضل في أمر يوفق فيه المفضل. والتعزية على ضربين، أحدهما: أن يبلغ عن الرجل من المسلمين شدة إشفاق وإفراط حزن فيعزيه على سبيل التذكير والوعظ، فهذا لا نعلم خلافاً في جوازه. والثاني: أن يقف الميت عند تسوية التراب على القبر، فيعزي فيه، فهذا قال النخعي: إنه مكروه.

* * *

٥٥٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٢٠.

(١) قال في الاستذكار: ليس في قول المرأة ولا ما ذكرته من العارية على جهة ضرب المثل ما يدخل في مذموم الكذب، بل ذلك من الخير المحمود عليه صاحبه. وقد قال رسول الله ﷺ: «ليس بالكاذب من قال خيراً، أو نعى خيراً، أو أصلح بين اثنين». وهذا خير حسن عجيب في التعازي وليس في كل الموطآت، ولي فيه ما يحتاج إلى شرح ولا تفسير ولا اجتهاد.

ما جاء في الاختفاء

الاختفاء فعل النباش، ومعناه الإظهار، يقال: خفيت الشيء، إذا أخرجته مما يستر وأظهرته، وخفيته إذا سترته.

٥٥٧ - مَالِك، عَنْ أَبِي الرَّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ سَمِعَهَا تَقُولُ: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمُخْتَفِيَ وَالْمُخْتَفِيَةَ»، يَعْنِي نَبَاشَ الْقُبُورِ^(١).

الشرح: قولها: «لعن رسول الله ﷺ المختفي»، اللعن الإبعاد في أصل كلام العرب، وهو مستعمل في الإبعاد من الخير، فلعن رسول الله ﷺ المختفي إنما هو الدعاء عليه بالإبعاد من رحمة الله، والمختفي والمختفية هما النباش والنباشة للقبور لأخذ أكفان الموتى، سيأتي ذكر وجوب القطع فيه في كتاب السرقة إن شاء الله.

٥٥٨ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تَقُولُ: كَسْرُ عَظْمِ الْمُسْلِمِ مِثْلًا كَكَسْرِهِ وَشَوْحَى، تَعْنِي فِي الْإِثْمِ.

الشرح: قولها: «كسر عظم المسلم ميثًا ككسره وهو حى»^(١)، يريد أن له من

٥٥٧- أخرجه أبو داود برقم ٣١١٩ بنحوه مختصرًا، ١٨٨/٣ كتاب الجنائز باب في الاسترجاع عن أم سلمة. وأحمد ٢٧/٤ عن أم سلمة.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٥٣/٤: هذا التفسير من قول مالك ولا أعلم أحدًا يخالفه في ذلك. وقال: وقد روى هذا الحديث مستندًا من حديث مالك، عن غيره، رواه عن مالك يحيى الوحاظي. وغيره حدثنا أحمد بن عبدالله بن محمد، قال: أخبرنا ميمون بن حمزة، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا إبراهيم بن أبي داود البرلسي، قال: حدثنا يحيى بن صالح الوحاظي، قال: حدثنا مالك، عن أبي الرجال، عن عمرة، عن عائشة قالت: «لعن رسول الله ﷺ المختفي والمختفية». رواية الوحاظي مشهورة عنه في توصيل هذا الحديث. وكذلك رواه عبدالله بن عبد الوهاب، عن مالك، حدثناه خلف بن قاسم، حدثنا أبو عبدالله محمد بن أحمد ابن يحيى، حدثنا هشام بن إسحاق، حدثنا جعفر بن محمد القلانسي، حدثنا عبدالله بن عبد الوهاب، قال: سمعت مالك بن أنس قيل له حدثك أبو الرجال، محمد بن عبد الرحمن، عن أمه عمرة، عن عائشة، أن رسول الله ﷺ «لعن المختفي والمختفية».

٥٥٨ - أخرجه أبو داود حديث رقم ٣٢٠٧. ابن ماجه حديث رقم ١٦١٦. البيهقي في السنن الكبرى ٥٨/٤. وفي معرفة السنن والآثار ٧٧٥٥/٥.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٥٦/٤: هذا كلام عام يراد به الخصوص؛ لإجماعهم على =

الحرمة في حال موته مثل ما له منها حال حياته، وأن كسر عظامه في حال موته يحرم كما يحرم كسرها حال حياته.

وقول مالك رحمه الله: «يعنى في الإثم»، يريد أنهما لا يتساويان في القصاص وغيره، وإنما يتساويان في الإثم.

* * *

جامع الجنائز

٥٥٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ عَبَادِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا سَمِعَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ، وَهُوَ مُسْتَنِدٌ إِلَيَّ صَدْرَهَا، وَأَصْغَتْ إِلَيْهِ، يَقُولُ: «اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي وَارْحَمْنِي وَأَلْحِقْنِي بِالرَّفِيقِ الْأَعْلَى».

الشرح: قوله: «اللهم اغفر لي وارحمني وألحقني بالرفيق الأعلى»^(١)، يحتمل أن يريد من يرافقه في الجنة من النبيين والصدّيقين. وقد روى عن عائشة أنها سمعته يقول في مرضه الذي مات فيه، وأخذته غشية يقول: ﴿مَعَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦٩] الآية، ويحتمل أن يريد به الرفيق الذي يرتفق به، يريد بالرفيق الأعلى رفيق الرفيق.

وروى ابن سحنون عن ابن نافع أنه يريد بالرفيق الأعلى، أعلى مرتفعها، وقد روى الزهري أخبره عروة عن عائشة كان رسول الله ﷺ وهو صحيح يقول: «إنه لم يقبض = إن كسر عظم الميت لا دية فيه ولا قود، فعلمنا أن المعنى ككسره حياً في الإثم لا في القود، ولا الدية؛ لإجماع العلماء على ما ذكرت لك، وفي لعن رسول الله ﷺ النباش، دليل على أن كل من أتى المحرمات، وارتكب الكبائر المحظورات في أذى المسلمين، وظلمهم، جائر لعنه، والله أعلم.

٥٥٩ - أخرجه البخاري في كتاب المرضى حديث رقم ٥٢٤٢. ومسلم في كتاب فضائل الصحابة حديث رقم ٤٤٧٦. والترمذي حديث رقم ٣٤١٨. وابن ماجه في كتاب الجنائز حديث رقم ١٦٠٨. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٣٠٤٦، ٢٣٠٨٣، ٢٣٣١٥، ٢٣٤٤٢، ٢٣٦٣٠، ٢٣٧٤٤، ٢٣٧٨٨، ٢٤٤٦٠، ٢٤٧٥٧، ٢٥١٤٢.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٤/٣٥٩: وأما قوله في هذا الحديث: وألحقني بالرفيق، فقيل: الرفيق أعلى الجنة، وقيل الرفيق: الملائكة والأنبياء والصالحون، من قوله عز وجل: ﴿وَحَسُنَ أُولَئِكَ رَفِيقًا﴾. قال أهل اللغة: رفيقا هاهنا، بمعنى رفقاء كما يقال: صديق بمعنى أصدقاء وعدو بمعنى أعداء.

كتاب الجنائز ٥١٣

قط حتى يرى مقعده في الجنة، ثم يجيأ أو يخير، فلما اشتكى وحضره القبض ورأسه على فخذ عائشة غشى عليه، فلما أفاق شخص بصره نحو سقف البيت، ثم قال: «اللهم في الرفيق الأعلى، فقلت: إذا لا يجاورنا، فعرفت أنه حديثه الذي كان يحدثنا، وهو صحيح، فظاهر لفظ هذا الحديث يقتضى أن الرفيق، بمعنى المرتفق، والله أعلم.

وقال الداودي: الرفيق اسم لكل سماء، وأراد الأعلى منها؛ لأن الجنة فوق ذلك، ولا نعلم أحداً من أهل اللغة ذكره، وأراه وهم.

٥٦٠ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا مِنْ نَبِيٍّ يَمُوتُ حَتَّى يُخَيَّرَ». قَالَتْ: فَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: «اللَّهُمَّ الرَّفِيقَ الْأَعْلَى فَعَرَفْتُ أَنَّهُ ذَاهِبٌ».

الشرح: قوله ﷺ: «ما من نبي يموت حتى يخير» يريد والله أعلم، أنه يرى ما أعد الله له من الثواب في الجنة، وما ذكر له فيها ليسر بذلك، ويتشوف به إلى لقاء الله. وقوله: «حتى يخير» يحتمل أن يكون أراد به أنه يخير بين المقام في الدنيا، وبين الانتقال إلى ما أعد الله له، وقد بينت ذلك عائشة بقولها: «فعلمت أنه ذاهب».

ويحتمل أن يريد به التخير في منازل الآخرة، فاختار ﷺ الرفيق الأعلى.

وقولها: «فعرفت أنه ذاهب»، يريد أنها علمت أن ذلك إنما كان جواب التخير الذي خير، فكان ذلك انقضاء عمره.

٥٦١ - مَالِكُ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ أَحَدَكُمْ إِذَا مَاتَ عُرِضَ عَلَيْهِ مَقْعَدُهُ بِالْعَدَاةِ وَالْعَشِيِّ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَمِنْ أَهْلِ الْجَنَّةِ وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ النَّارِ فَمِنْ أَهْلِ النَّارِ يُقَالُ لَهُ هَذَا مَقْعَدُكَ حَتَّى يَبْعَثَكَ اللَّهُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»^(١).

٥٦٠ - وصله البخارى فى كتاب المغازى، باب مرض النبى ﷺ ووفاته، ومسلم فى كتاب فضائل الصحابة، باب فى فضل عائشة رضى الله عنها.

٥٦١ - أخرجه البخارى فى كتاب الجنائز حديث رقم ١٢٩٠. ومسلم فى كتاب الجنة وصفة نعيمها وأهلها حديث رقم ٥١١١. والترمذى فى كتاب الجنائز حديث رقم ٩٩٢. والنسائى فى كتاب الجنائز حديث رقم ٢٠٤٢، ٢٠٤٣، ٢٠٤٤. وابن ماجه فى كتاب الزهد حديث رقم ٤٢٦٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٢٩، ٥٦٥٦، ٥٧٨٦.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٦١/٤: قال يحيى فى هذا الحديث: حتى يبعثك الله يوم=

الشرح: قوله: «إن أحدكم إذا مات عرض عليه مقعده بالغداة والعشي، العرض لا يكون إلا على حي، ولا يصح العرض على ميت لا يحتاج أن يعلم ما يعرض عليه ويفهم ما يخاطب به، وذلك لا يصح من الميت، وقد تقدم من حديث أنس عن النبي ﷺ: «أن الميت إذا وضع في قبره، وتولى عنه أصحابه، وإنه ليسمع قرع نعالهم، أتاه ملكان، فيقعدانه، فيقولان: ما كنت تقول في هذا الرجل محمد ﷺ، فأما المؤمن فيقول: أشهد أنه عبد الله ورسوله، فيقول له: انظر إلى مقعدك من النار، قد أبدلك الله به مقعداً من الجنة، فيراهما جميعاً»^(١) الحديث، وهذا يدل على إحياء الميت ومخاطبته، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «بالغداة والعشي، يحتمل أن يريد بذلك كل غداة وكل عشي، وذلك لا يكون إلا بأن يكون الإحياء جزءاً منه، فإننا نشاهد الميت ميتاً بالغداة والعشي، وذلك يمنع إحياء جميعه، وإعادة جسمه، ولا يمنع أن تعاد الحياة في جزء أو أجزاء منه، وتصح مخاطبته والعرض عليه.

ويحتمل أن يريد بالغداة والعشي، غداة واحدة يكون العرض فيها.

وقوله: «مقعده» يحتمل أن يريد به مقعده من الجنة، فيعرض عليه من قبره، وقد ورد ذلك مفسراً في حديث أنس المتقدم، ويكون معنى: «حتى يبعثك الله»، أى أنه مقعدك لا تصل إليه حتى يبعثك.

٥٦٢ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

=القيامة، وهو خارج المعنى على وجه التفسير والبيان، حتى يبعثك الله، وقال القعنبي: حتى يبعثك الله يوم القيامة. وهذا أبين وأصح من أن يحتاج فيه إلى قول. وقال فيه ابن القاسم: حتى يبعثك الله إليه يوم القيامة. وهذا أيضاً بين، يريد حتى يبعثك الله إلى ذلك المقعد، وإليه تصير، وهو عندي أشبه بقوله عرض عليه مقعده؛ لأن معنى مقعده عندي، والله أعلم مستقره وما يصير إليه، وكذلك رواه ابن بكير، كما رواه ابن القاسم سواء في رواية قوم، عن ابن بكير، منهم: إبراهيم بن باز، ويحيى بن عامر وغيرهم، ورواه مطرف بن عبد الرحمن بن قيس، عن ابن بكير، فقال فيه حتى يبعثك الله لم يزد واختلف في هذا الحديث أيضاً، على عبيد الله بن عمر قريباً من هذا الاختلاف على مالك.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ١٣٧٤. مسلم حديث رقم ٢٨٧٠. النسائي في الصغرى

حديث رقم ٢٠٥١. أحمد في المسند حديث رقم ١١٨٦٢.

٥٦٢ - أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن حديث رقم ٤٤٤٠. ومسلم في كتاب الفتن =

قَالَ: «كُلُّ ابْنِ آدَمَ تَأْكُلُهُ الْأَرْضُ إِلَّا عَجَبَ الذَّنْبِ»^(١) مِنْهُ خُلِقَ وَفِيهِ يُرَكَّبُ.

الشرح: قوله: «كل ابن آدم تأكله الأرض، يحتمل أن يريد به أن جميع جسم الإنسان مما تأكله الأرض، وإن جاز أن لا تأكل الأرض أجساماً كثيرة من الناس، الأنبياء وكثيراً من الشهداء، على ما روى من الحديث في عبدالله بن عمر وغيره، وما يشاهد من أكل السباع والوحوش من أجسام كثير من الناس، وحرقت بعضها بالنار، وعجب الذنب لا تأكله الأرض من أحد من الناس، وإن أكلت سائر جسده لأنه أول ما خلق من الإنسان، وهذا الذي يبقى منه ليعاد تركيب الخلق عليه، ويقال: عجب وعجم كما يقال لازب ولازم.

٥٦٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ أَبَاهُ كَعْبَ بْنَ مَالِكٍ كَانَ يُحَدِّثُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا نَسَمَةُ الْمُؤْمِنِ طَيْرٌ يَلْقَى»^(١) فِي شَجَرِ الْجَنَّةِ حَتَّى يَرْجِعَهُ اللَّهُ إِلَى جَسَدِهِ يَوْمَ يُعْتَبَهُ.

الشرح: قوله: «إنما نسمة المؤمن، في كتاب أبي القاسم الجوهري: أن النسمة النفس الروح والبدن، وفي هذا الحديث إنما يعنى الروح. قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أنه يحتمل أن يريد به ما يكون فيه الروح من الميت قبل البعث، فأخبر ﷺ أن ذلك طير، ويحتمل أن يريد به أن يطير ويلقى في شجر الجنة، يريد والله أعلم، يتعلق بها ويقع عليها، تكرمه للمؤمن وثواباً له.

=وأشراط الساعة حديث رقم ٥٢٥٣. والنسائي في كتاب الجنائز حديث رقم ٢٠٤٩. وأبو

داود في كتاب السنة حديث رقم ٤١١٨. وابن ماجه في كتاب الزهد حديث رقم ٤٢٥٦.

وأحمد في المسند حديث رقم ٧٩٣٤، ٩١٦٣، ١٠٠٧٢.

(١) عجب الذنب: العظم الذي في أسفل العمود الفقري.

٥٦٣ - أخرجه الترمذى في كتاب فضائل الجهاد حديث رقم ١٥٦٥. والنسائي في كتاب الجنائز

حديث رقم ٢٠٤٥. وابن ماجه في كتاب الجنائز حديث رقم ١٤٣٩، وكتاب الزهد

٤٢٦١. وأحمد في المسند حديث رقم ١٥٢١٦، ١٥٢٢٠، ٢٥٩١٣.

(١) قال السيوطى في تنوير الخوالك ١٨٦: «طير يلقى، بفتح اللام ويروى بالضم أى تأكل

وترعى، واختلف في هذا الحديث فقيل إنه عام فى الشهداء وغيرهم إذا لم تحبسهم عن الجنة

كبيرة ولا دين، وقيل إنه خاص بالشهداء دون غيرهم لأن القرآن والسنة لا يدلان إلا على

ذلك.

وروى: يعلق، ومعناه يأكل من شجر الجنة. قال الطرزي: إن أرواح الشهداء تسرح في الجنة، وتعلق أى تتناول، قال: والعلق التناول، حتى يرجعه الله تعالى إلى جسده يوم يعثه، يريد أن إحياء جميع الجسد بإعادة الروح إليه يكون يوم البعث.

مسألة: قال الشيخ أبو محمد: من قول أهل السنة وأئمة الدين في الأرواح أنها باقية، فأرواح أهل السعادة منعمة إلى يوم الدين، وأرواح أهل الشقاوة معذبة إلى يوم يعثون. وقال الله سبحانه وتعالى في الشهداء: ﴿أحياء عند ربهم يرزقون﴾ [آل عمران: ١٦٩] إلى قوله تعالى: ﴿ويستبشرون بالذين لم يلحقوا بهم من خلفهم أن لا خوف عليهم ولا هم يحزنون﴾ [آل عمران: ١٧٠] وقال الله تعالى، في آل فرعون: ﴿النار يعرضون عليها غدواً وعشياً﴾ [غافر: ٤٦] وهذا قبل قيام الساعة ﴿ويوم تقوم الساعة أدخلوا آل فرعون أشد العذاب﴾ [غافر: ٤٦] وقال سبحانه وتعالى في الكفار: ﴿والملائكة باسطوا أيديهم أخرجوا أنفسكم﴾ [الأنعام: ٩٣] ولم يقل: إنهم يميتون أنفسهم.

وقال في قول من قال من الموتى: ﴿رب ارجعون﴾ [المؤمنون: ٩٩] هذا قول الروح، ويحتمل أن يكون هذا شيء من محل الروح يبقى فيه الروح، وهو الذى يسمى نسمة، وهو الذى إذا كان من مؤمن بعلق في شجر الجنة، ويرزق إن كان من الشهداء، وهو الذى أشار أبو محمد إلى أنه إذا خرج من الجسد عدت الحياة من سائر الجسد وإذا أعيد يوم البعث إلى الجسد أعيدت الحياة إليه.

مسألة: وهذا حكم النسمة، وأما الروح والنفس، فقد قال الشيخ أبو محمد في نوادره: قيل إنهما اسمان لشيء واحد، وإليه ذهب غير واحد من أصحابنا منهم سعيد ابن محمد الحداد، وبهذا قال القاضى أبو بكر وجميع أصحابه.

قال أبو محمد: وذكر أصبغ عن ابن القاسم في العتبية وغيرها أنه سمع عبدالرحيم بن خالد يقول: بلغنى أن الروح له جسد ويدان ورجلان ورأس وعينان يسئل من الجسد سلاً.

وفى رواية ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم عن عبدالرحمن: أن النفس هى التى لها جسد مجسد، قال: وهى فى الجسد كخلق فى جوف خلق، يخرج من الجسد حين الوفاة ميتاً، ويبقى الجسد حياً. ونحوه حكى الشيخ أبو إسحاق عن ابن القاسم، وزاد: قال: والروح هو كالماء الجارى.

كتاب الجنائز ٥١٧

قال ابن حبيب: والروح هو النفس الجارى يدخل ويخرج ولا حياة للنفس إلا به، والنفس تألم وتلتذ، والروح لا يألم ولا يلتذ. وقد بسط القاضى أبو بكر الكلام فى ذلك فى كتاب الهداية بما لا مزيد عليه، والله أعلم وأحكم.

٥٦٤ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: إِذَا أَحَبَّ عَبْدِي لِقَائِي أَحْبَبْتُ لِقَاءَهُ وَإِذَا كَرِهَ لِقَائِي كَرِهْتُ لِقَاءَهُ».

الشرح: ومعنى ذلك والله أعلم، أن المؤمن المطيع لله إذا علم ما له عند الله من الثواب والكرامة، أحب لقاء الله لذلك، وأحب الله لقاءه ليجزيه ويكرمه، وأن الكافر العاصى إذا عاين ما له عند الله من الخزي والعقاب، كره لقاء الله، وكره لقاءه، بمعنى أنه أراد إبعاده من رحمته، وقد ورد هذا مفسراً.

٥٦٥ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «قَالَ رَجُلٌ لَمْ يَعْمَلْ حَسَنَةً قَطُّ لِأَهْلِهِ إِذَا مَاتَ فَحَرَّقُوهُ ثُمَّ أَذْرُوا نِصْفَهُ فِي السَّبْرِ وَنِصْفَهُ فِي الْبَحْرِ، فَوَاللَّهِ لَئِنْ قَدَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ لَيُعَذِّبُهُ عَذَابًا لَا يُعَذِّبُهُ أَحَدًا مِنَ الْعَالَمِينَ، فَلَمَّا مَاتَ الرَّجُلُ فَعَلُوا مَا أَمَرَهُمْ بِهِ، فَأَمَرَ اللَّهُ الْبِرَّ فَجَمَعَ مَا فِيهِ، وَأَمَرَ الْبَحْرَ فَجَمَعَ مَا فِيهِ، ثُمَّ قَالَ: لِمَ فَعَلْتَ هَذَا؟ قَالَ: مِنْ خَشْيَتِكَ يَا رَبِّ، وَأَنْتَ أَعْلَمُ، قَالَ: فَغَفَرَ لَهُ».

الشرح: قوله: «لم يعمل حسنة قط»، ظاهر أن العمل ما تعلق بالجوارح، وهو

٥٦٤- أخرجه البخارى فى كتاب التوحيد حديث رقم ٦٩٥٠. والنسائى ١٠/٤ كتاب الجنائز باب فمن أحب لقاء الله عن أبى هريرة.

٥٦٥- أخرجه البخارى فى كتاب أحاديث الأنبياء حديث رقم ٣٢٢٢. ومسلم فى كتاب التوبة حديث رقم ٤٩٤٩. والنسائى فى كتاب الجنائز حديث رقم ٢٠٥١. وابن ماجه فى كتاب الزهد حديث رقم ٤٢٤٥. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٣٢٧، ٧٦٩٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٧٧/٤: تابع يحيى على رفع هذا الحديث عن مالك بهذا الإسناد أكثر رواة الموطأ، ووقفه مصعب بن عبدالله الزبيرى، وعبدالله بن مسلمة القعنبي، فجعلاه من قول أبى هريرة. ولم يرفعا، وقد روى عن القعنبي مرفوعاً كرواية سائر الرواة عن مالك، ومن رواه مرفوعاً عن مالك عبدالله بن وهب، وابن القاسم، وابن بكير، وأبو المصعب، ومطرف، وروح بن عباد، وجماعة.

حقيقة العمل، وإن جاز أن يطلق على الاعتقاد على سبيل المجاز والاتساع، فأخبر ﷺ عن هذا الرجل أنه لم يعمل شيئاً من الحسنات التي تعمل بالجوارح، وليس فيه إخبار عن اعتقاد الكفر، وإنما يحمل هذا الحديث على أنه اعتقد الإيمان، ولكنه لم يأت من شرائعه بشيء، فلما حضره الموت خاف تفريطه، فأمر أهله أن يحرقوه، ويذروا نصفه في البحر ونصفه في البر.

وذلك على وجهين، أحدهما: على وجه الفرار مع اعتقاده أنه غير فائت كما يفر الرجل أمام الأسد مع اعتقاده أنه لا يفوته سبقاً ولكنه يفعل نهاية ما يمكنه فعله. والوجه الثاني أن يفعل هذا خوفاً من الباري تعالى، وتذليلاً أن يكون هذا سبباً إلى رحمته، ولعله كان مشروعاً في ملته.

فصل: وقوله: ﴿فوالله لئن قدر الله عليه ليعذبنه﴾^(١) يريد لئن ضيق الله عليه، وعاقبه على معصيته ليعذبنه عذاباً لا يعذبه به أحداً من العالمين، وقد يقال قدر عليه بمعنى ضيق عليه، قال الله تعالى: ﴿فظن أن لن نقدر عليه﴾ [الأنبياء: ٨٧] وقال: ﴿ومن قدر عليه رزقه﴾ [الطلاق: ٧].

ولا يصح أن يريد بأمره أن ذرى نصفه في البر ونصفه في البحر، أنه رجاء أن يعجز الله بذلك، واعتقد بأن الباري لا يقدر على إعادته مع هذا الفعل؛ لأن من اعتقد ذلك كفر، والكافر لا يغفر الله له لقوله تعالى: ﴿إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء﴾ [النساء: ٤٨] وقوله: ﴿إن الذين كذبوا بآياتنا واستكبروا عنها لا تفتح لهم أبواب السماء ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط﴾ [الأعراف: ٤٠] وقد قيل معناه: إن قدر الله أن يعذبنى، ولم يرد أن يغفر لي ليعذبنى عذاباً لا يعذبه أحداً من العالمين.

(١) قال ابن عبد البر: وأما قوله: ﴿لئن قدر الله علي﴾، فقد اختلف العلماء في معناه، فقال: منهم قائلون هذا رجل جهل بعض صفات الله عز وجل، وهي القدرة، فلم يعلم أن الله على كل ما يشاء قدير، قالوا: ومن جهل صفة من صفات الله عز وجل، وآمن بسائر صفاته وعرفها، لم يكن يجمله بعض صفات الله كافرًا؛ قالوا: وإنما الكافر من عائد الحق. لا من جهله، وهذا قول المتقدمين من العلماء، ومن سلك سبيلهم من المتأخرين، وقال آخرون: أراد بقوله: لئن قدر الله عليه، من القدر الذي هو القضاء، ليس من باب القدرة، والاستطاعة في شيء؛ قالوا: وهو مثل قول الله عز وجل، في ذى النون: ﴿إذ ذهب مغاضباً فظن أن لن نقدر عليه﴾.

فصل: وقوله: «فأمر الله البر فجمع ما فيه، وأمر البحر فجمع ما فيه»، يريد أن كل واحد منهما أطاع أمر الله فجمع ما فيه من هذا الإنسان، ثم أحياه الله تعالى ثم قال: «لم فعلت هذا»، يريد ما أمر به من إحراقه وتفريق أجزائه في البر والبحر، فقال: «من خشيتك يا رب وأنت أعلم»، وهذا يدل على إيمانه وعلمه بصفات الله تعالى، وأنه أعلم منه بمقصده ومعتقده، فكيف يظن مع هذا أنه لا يقدر على إعادته.

٥٦٦ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ كَمَا تُنَاتِجُ الْإِبِلُ مِنْ بَهِيمَةِ جَمْعَاءَ»^(١) هَلْ تُجِسُّ فِيهَا مِنْ جَدْعَاءَ؟ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ الَّذِي يَمُوتُ وَهُوَ صَغِيرٌ؟ قَالَ: «اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا كَانُوا عَامِلِينَ».

الشرح: قوله ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة، والفطرة في كلام العرب الخلقة، يقال: فطر الله الخلق، بمعنى خلقهم، وهو في الشرع: الحالة التي خلقوا عليها من الإيمان والمعرفة به، والإقرار بالربوبية، فمعنى هذا الحديث أن كل مولود يولد على الفطرة التي خلق عليها من الإيمان.

روى ابن وضاح عن سحنون أن تفسيره قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِنْ بُنَىٰ آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتَ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢] قال ابن القاسم الجوهري: وقد قيل على فطرة أبيه. وقال محمد بن الحسن: كان هذا في أول الإسلام قبل أن تنزل الفرائض، ويؤمر المسلمون بالجهاد.

قال أبو عبيدة: كأنه يذهب إلى أنه لو كان يولد على الفطرة، ثم مات قبل أن يهوده أبواه أو ينصرانه لم يتوارثا؛ لأنه مسلم وهذا كافر، وهذا الذي قاله ليس يبين لأنه بنفس تمام الولادة يسرى إليه هذا الحكم منهما.

فصل: قوله: «فأبواه يهودانه أو ينصرانه» يريد أن أبويه هما اللذان يصرفانه عن

٥٦٦ - أخرجه البخارى فى كتاب الجنائز حديث رقم ١٢٧٠. ومسلم فى كتاب القدر حديث رقم ٤٨٠٥، ٤٨٠٤. والترمذى فى كتاب القدر حديث رقم ٢٠٦٤. والنسائى فى كتاب الجنائز حديث رقم ١٩٢٢، ١٩٢٣. وأبو داود فى كتاب السنة حديث رقم ٤٠٩١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٦٨٨٤، ٧٠٢٣، ٧١٣٢، ٧٢٠٨، ٧٣١٦، ٧٣٨٧، ٧٤٦٣، ٧٨٣٢، ٨٢٠٦، ٨٧٣٩، ٨٩٤٩، ٩٦١١، ٩٧٠٣، ٩٨٥١، ١٠٣٠٣.

(١) نتائج: تتوالد وتتكاثر. جمعاء: سليمة الخلقة والأعضاء.

الفطرة، وما خلق عليه من الإيمان إلى دين اليهودية والنصرانية، ويحتمل ذلك وجهين، أحدهما، أنهما يرغبانه في اليهودية أو النصرانية، ويحييان ذلك إليه حتى يدخلانه فيه. والثاني: أن كونه تبعاً لهما في الدين يوجب الحكم له بحكهما، فيستن بسنتهما، ويعقد له عقد الذمة بعقدتهما له، ويوارثهما، والذي يقتضيه هذا الحديث كونه تبعاً لهما، وإن اختلفت أديانهما.

فصل: وقوله: «كما تناج الإبل من بهيمة جمعاء» يريد تامة الخلق، «هل تحس فيها من جدعاء»، يريد والله أعلم، لا جدعاء فيها من أصل الخلق، وإنما تجدد بعد ذلك ويغير خلقها، كالمولود يولد على الفطرة ثم يغيره بعد ذلك أبواه، فيهودانه أو ينصرانه.

فصل: وقوله: «قالوا: يا رسول الله، أرأيت الذي يموت وهو صغير»، يريد أنهم سألوه عن حال الصغير الذي لا يعقل صرف أبويه له عن الفطرة إلى دينهما ما يكون حاله في الآخرة، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٤٦] فكيف يعذبهم بذنوب آبائهم، ويخلدهم في النار بكفرهم، دون أن يكون منهم كفر؟ فقال ﷺ: «الله أعلم بما كانوا عاملين» يريد أن الله تعالى عالم بما كانوا يفعلونه لو أحياهم حتى يعقلوا ويمكنهم العمل.

وفي هذا إخبار عن أنه لا طريق لنا إلى معرفة مصيرهم في الآخرة إلا من جهة إخبار الله تعالى لنا، وأنه لا يعاقبهم بذنوب آبائهم، وإنما يفعل ما يريد بهم من التفضل عليهم، والتكليف لهم في الآخرة، ثم يجزيهم بذلك أو يكون جزاؤه لهم ما سبق في علمه تعالى أنه كان يوفقهم له من الضلال أو الهدى إلا أن قوله ﷺ: «الله أعلم بما كانوا عاملين» أظهر في أن جزاءهم يكون على ما علم تعالى منهم أنهم كانوا يفعلونه لو بلغهم حد التكليف.

٥٦٧ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَقُومُ السَّاعَةُ حَتَّى يَمُرَّ الرَّجُلُ بِقَبْرِ الرَّجُلِ فَيَقُولُ: يَا لَيْتَنِي مَكَانَهُ».

الشرح: هذا إخبار منه ﷺ بأن بين يدي الساعة أموراً يتمنى الناس معها الموت، وأنه يغبط الحي صاحب القبر، ويود لو أنه مكانه، وذلك إما لفتن لا يأمن المؤمن

٥٦٧- أخرجه البخارى فى كتاب الفتن حديث رقم ٦٥٨٢. ومسلم فى كتاب الفتن وأشرط الساعة حديث رقم ٥١٧٥. وابن ماجه فى كتاب الفتن حديث رقم ٤٠٢٧. وأحمد فى المسند حديث رقم ٦٩٢٩، ١٠٤٤٦.

أمرها فيتمنى الموت للنجاة منها، وإما لشدة من الزمان وفتن من الدنيا يهلك من شاهدها، فيتمنى الموت لأنه أيسر منها، وليس في هذا الحديث إطلاق تمنى الموت، مع أن تمنى الموت خوف الفتنة غير محظور، وإنما الذي ورد الشرع بمنعه تمنى الموت لضر ينزل بالإنسان.

٥٦٨ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَلْحَلَةَ الدَّيْلِيِّ، عَنْ مَعْبُدِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أَبِي قَتَادَةَ بْنِ رَبِيعٍ أَنَّهُ كَانَ يُحَدِّثُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَرَّ عَلَيْهِ بِحَنَازَةَ فَقَالَ: «مُسْتَرِيحٌ وَمُسْتَرَاخٌ مِنْهُ»، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا الْمُسْتَرِيحُ وَالْمُسْتَرَاخُ مِنْهُ؟ قَالَ: «الْعَبْدُ الْمُؤْمِنُ يَسْتَرِيحُ مِنْ نَصَبِ الدُّنْيَا وَأَذَاهَا إِلَى رَحْمَةِ اللَّهِ، وَالْعَبْدُ الْفَاجِرُ يَسْتَرِيحُ مِنْهُ الْعِبَادُ وَالْبِلَادُ وَالشَّجَرُ وَالذُّوَابُ».

الشرح: قوله ﷺ، لما رأى الجنائز: «مستريح ومستراح منه» يريد أن من توفى من الناس على ضربين، ضرب يستريح، وضرب يستراح منه، فسألوه عن تفسير مراده، بذلك فأخبر أن المستريح هو العبد المؤمن يصير إلى رحمة الله وما أعد له من الجنة والنعمى، ويستريح من نصب الدنيا وتعبها وأذاه، والمستراح منه هو العبد الفاجر، فإنه يستريح منه العباد والبلاد والشجر والذوَاب.

ويحتمل أن يكون أذاه للعباد بظلمهم وأذاه للأرض والشجر بعضها من حقها، وصرفها إلى غير وجهها، وإتاعب الذوَاب بما لا يجوز له من ذلك، فهذا مستراح منه.

وقال الداودي: معنى يستريح منه العباد، أنهم يستريحون مما يأتي به من المنكر، فإن أنكروا عليه نالهم أذاه، وإن تركوه أثموا، واستراحة البلاد منه أنه بما يأتي من المعاصي تخرب الأرض، فيهلك لذلك الحرث والنسل.

٥٦٨- أخرجه البخارى فى كتاب الرقاق حديث رقم ٦٠٣١. ومسلم فى كتاب الجنائز حديث رقم ١٥٧٩. والنسائى فى كتاب الجنائز حديث رقم ١٩٠٣، ١٩٠٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢١٤٩٧، ٢١٥٣١. والبيهقى فى الكبرى ٣/٣٧٩ كتاب الجنائز عن أبى قتادة ابن ربیع. وذكره فى الكنز برقم ٤٢٧٦٩ وعزاه السيوطى لمالك وأحمد وعبد بن حميد والبخارى ومسلم والنسائى عن أبى قتادة.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤/٤٢٤: هكذا هو فى جميع الموطآت بهذا الإسناد، ولا خلاف فيه، عن مالك، وأخطأ فيه على مالك سويد بن سعيد، فرواه عن محمد بن عمرو بن حلحلة، عن معبد بن كعب، عن أبيه وليس بشيء.

٥٢٢ كتاب الجنائز

وهذا الذى ذكره فيه نظر لأن من ناله الأذى من أهل المنكر لا يَأْتُم بترك الإنكار عليهم، ويكتفيه أن ينكره بقلبه أو بوجهه لا يناله به أذاه وسيأتى ذلك مفسراً فى الجامع، إن شاء الله.

٥٦٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَمَّا مَاتَ عُثْمَانُ بْنُ مَطْعُونٍ وَمَرَّ بِجَنَازَتِهِ: «ذَهَبَتْ وَلَمْ تَلْبَسْ مِنْهَا بِشْيَءٍ».

الشرح: قوله ﷺ: «ذهبت ولم تلبس منها بشيء» يريد والله أعلم، الدنيا، فإنه لم ينل منها شيئاً لموته فى أول الإسلام قبل أن يفتح على المسلمين الدنيا، فيتلبسون بها مع زهده فيما كان يناله منها، وهذه فضيلة لعثمان بن مظعون، فإنه هاجر إلى الله، فذهب ولم ينل من الدنيا شيئاً، فبقى أجره كاملاً، وقد غبط عبدالرحمن بن عوف مصعب بن عمير فى ذلك.

٥٧٠ - مَالِك عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ أَبِي عَلْقَمَةَ، عَنْ أُمِّهِ أَنَّهَا قَالَتْ: سَمِعْتُ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ تَقُولُ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ذَاتَ لَيْلَةٍ فَلَبَسَ ثِيَابَهُ ثُمَّ خَرَجَ، قَالَتْ: فَأَمَرْتُ جَارِيَتِي بَرِيرَةَ تَتَّبِعُهُ، فَتَتَّبِعْتُهُ حَتَّى جَاءَ الْبَقِيعَ، فَوَقَفَ فِى أَدْنَاهُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يَقِفَ، ثُمَّ انصَرَفَ فَسَبَقْتُهُ بَرِيرَةَ، فَأَخْبَرْتَنِي فَلَمْ أَذْكَرْ لَهُ شَيْئاً حَتَّى أَصْبَحَ ثُمَّ ذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: «إِنِّى بُعِثْتُ إِلَى أَهْلِ الْبَقِيعِ لِأُصَلِّىَ عَلَيْهِمْ».

الشرح: أمرها جارتها بريرة باتباعه، يحتمل أن تكون علمت بإباحة ذلك، لما رآته

٥٦٩- ذكره فى الكنز برقم ٣٣٦٠٧ وعزاه السيوطى لابن سعد عن أبى النضر، وأبو نعيم فى الحلية عن أبى النضر عن زياد عن ابن عباس.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤/٤٢٥: هكذا هو فى الموطأ عند جماعة الرواة مرسلأ مقطوعاً، لم يختلفوا فى ذلك عن مالك، وقد روينا متصلأ مستندأ من وجه صالح حسن: أخبرنا سعيد ابن عثمان، قال: أخبرنا أحمد بن دحيم بن خليل، قال: حدثنا عبدالله ابن محمد بن عبدالعزيز البغوى، قال: حدثنا محمد بن عبد الوهاب، قال: حدثنا محمد بن عبدالله بن عبيد بن عمير اللبى، عن يحيى بن سعيد، عن القاسم بن محمد، عن عائشة قالت: لما مات عثمان بن مظعون، كشف النبى ﷺ الثوب عن وجهه، وقيل بين عينيه، وبكى بكاء طويلاً؛ فلما رفع على السرير، قال: طويى لك يا عثمان، لم تلبسك الدنيا ولم تلبسها.

٥٧٠- أخرجه النسائى فى كتاب الجنائز حديث رقم ٢٠١٠. والحاكم فى المستدرک ١/٤٨٨ كتاب المناسك عن عائشة.

كتاب الجنائز ٥٢٣

خرج إلى موضع لا يمكن الستر فيه من الناس جواز تصرفهم في الطرقات والصحارى، فاستحازت الاطلاع على أثره، والتسبب إلى معرفة ما خرج له لذلك، ولو دخل موضعاً ينفرد فيه لما دخلت عليه ولا تبعته فيه.

ويحتمل أن تكون أرسلتها لاتباعه؛ لتستفيد علماً مما يفعله في ذلك الوقت من صلاة أو غيرها، ويحتمل أن يكون غير منها، وخوفاً أن يأتي بعض حجر نساءه، وقد روى في ذلك.

فصل: ووقوفه ﷺ في أدنى البقيع ما شاء الله، يحتمل أن يكون للدعاء لهم، ويحتمل أن يكون هو صلواته عليهم لأنه قد تقدم أنه لا يصلى على ميت بعد ثمانية أيام، وفي هذا إتيان القبور والدعاء لأهلها عندها.

٥٧١ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ: أَسْرِعُوا بِجَنَائِزِكُمْ، فَإِنَّمَا هُوَ خَيْرٌ تَقْدُمُونَهُ إِلَيْهِ أَوْ شَرٌّ تَضَعُونَهُ عَنْ رِقَابِكُمْ.

الشرح: قوله: وأسرعوا بجنائزكم، يريد تعجيل أمرها وترك تأخيرها.

ووجه ذلك أن في تعجيل دفنها سترًا لها ومبادرة لسترها، ولا مانع من تعجيلها، ولا فائدة في تأخيرها لأن الميت إن كان صاخًا، فتقدمه خير له لأنه يقدم على ما أعد الله تعالى له، وإن كان فاجرًا، فلا مرحبًا به، وإنما هو شر يضعه أهله عن رقابهم^(١).

٥٧١ - أخرجه البخارى في كتاب الجنائز حديث رقم ١٢٣١. ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة ٩٤٤. والترمذى في كتاب الجنائز حديث رقم ٩٣٦. والنسائي في كتاب الجنائز حديث رقم ١٨٨٣، ١٨٨٤. وأبو داود في كتاب الجنائز حديث رقم ٢٧٦٧. وابن ماجه في كتاب الجنائز حديث رقم ١٤٦٦. وأحمد في المستند حديث رقم ٦٩٦٩، ٧٤٤٤، ٩٩٤٠. والبيهقى في الكبرى ٢١/٤ عن أبي هريرة. والبعوى بشرح السنة ٣٢٤/٥ عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٤/٤٣٠: هكذا روى هذا حديث جمهور رواة الموطأ - موقوفًا على أبي هريرة، ورواه الوليد ابن مسلم، عن مالك، عن نافع، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ لم يتابع على ذلك، عن مالك، ولكنه مرفوع من غير رواية مالك من حديث نافع، عن أبي هريرة من طرق ثابتة، وهو محفوظ أيضًا من حديث الزهرى، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة مرفوعًا.

(١) قال ابن عبد البر: تأول قوم في هذا الحديث تعجيل الدفن لا المشى، وليس كما ظنوا: وفي قوله: «شر تضعونه عن رقابكم» ما يرد قولهم، مع أنه قد روى عن أبي هريرة، وهو رواية الحديث ما يعنى عن قول كل قاتل.

٥٢٤ كتاب الجنائز

وقد روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «إذا وضعت الجنائز فاحتملها الرجال على أعناقهم، فإن كانت صالحة قالت: قدموني، قدموني، وإن كانت غير صالحة، قالت: يا ويلها أين تذهبون بها، يسمع صوتها كل شيء إلا الإنسان ولو سمعه لصعق^(*)».

* * *

تم كتاب الجنائز وبه انتهى الجزء الثاني ويليه
الجزء الثالث وأوله كتاب الصيام

(*) البخاري حديث رقم ١٣١٤. النسائي في الصغرى حديث رقم ١٩٠٩. أحمد في المسند
حديث رقم ١٠٩٧٩، ١١١٥٨.

المحتويات

٢	كتاب الصلاة.....
٣	ما جاء في النداء للصلاة.....
٢٠	النداء في السفر وعلى غير وضوء.....
٢٤	قدر السحور من النداء.....
٢٧	ما جاء في افتتاح الصلاة.....
٣٦	القراءة في المغرب والعشاء.....
٤١	العمل في القراءة.....
٤٨	القراءة في الصبح.....
٥٠	ما جاء في أم القرآن.....
٥٤	القراءة خلف الإمام فيما لا يجهر فيه الإمام بالقراءة.....
٦٠	ترك القراءة خلف الإمام فيما يجهر فيه.....
٦٣	ما جاء في التأمين خلف الإمام.....
٦٩	العمل في الجلوس في الصلاة.....
٧٣	التشهد في الصلاة.....
٨١	ما يفعل من رفع رأسه قبل الإمام.....
٨٢	ما يفعل من سلم من ركعتين ساهياً.....
٩٠	إتمام المصلي ما ذكر إذا شك في صلاته.....
٩٣	من قام بعد الإتمام وفي الركعتين.....
٩٧	النظر في الصلاة إلى ما يشغلك عنها.....
١٠١	العمل في السهو.....
١٠٣	العمل في غسل يوم الجمعة.....
١١١	باب ما جاء في الإنصات يوم الجمعة والإمام يخطب.....
١١٨	ما جاء فيمن أدرك ركعة يوم الجمعة.....
١١٩	باب بيان الأسباب التي يجب بها اتباع الإمام.....
١٢٠	باب في اختلاف محل الأسباب.....
١٢٠	باب في بيان فوات الاتباع.....

.....	٥٢٦	المحتويات
١٢٢.....	ما جاء فيمن رعف يوم الجمعة.....	
١٢٣.....	ما جاء في السعي يوم الجمعة.....	
١٢٧.....	ما جاء في الإمام ينزل بقرية الجمعة في السفر.....	
١٣٤.....	ما جاء في الساعة التي في يوم الجمعة.....	
١٣٩.....	الهيئة وتخطى الرقاب واستقبال الإمام يوم الجمعة.....	
١٤٠.....	القراءة في صلاة الجمعة والاحتباء ومن تركها من غير عذر.....	
١٤٣.....	الترغيب في الصلاة في رمضان.....	
١٤٦.....	ما جاء في قيام رمضان.....	
١٥٣.....	ما جاء في صلاة الليل.....	
١٦٠.....	باب صلاة النبي ﷺ في الوتر.....	
١٧١.....	الأمر بالوتر.....	
١٨٠.....	الوتر بعد الفجر.....	
١٨٤.....	ما جاء في ركعتي الفجر.....	
١٨٩.....	فضل صلاة الجماعة على صلاة الفرد.....	
١٩٣.....	ما جاء في العتمة والصبح.....	
١٩٦.....	إعادة الصلاة مع الإمام.....	
٢٠١.....	العمل في صلاة الجماعة.....	
٢٠٦.....	صلاة الإمام وهو جالس.....	
٢١٣.....	فصل صلاة القائم على صلاة القاعد.....	
٢١٦.....	ما جاء في صلاة القاعد في النافلة.....	
٢٢٠.....	الصلاة الوسطى.....	
٢٢٥.....	الرخصة في الصلاة في القوب الواحد.....	
٢٣١.....	الرخصة في صلاة المرأة في الدرع والخمار.....	
٢٣٤.....	الجمع بين الصلاتين في الحضر والسفر.....	
٢٤٦.....	قصر الصلاة في السفر.....	
٢٥١.....	ما يجب فيه قصر الصلاة.....	
٢٥٦.....	صلاة المسافر ما لم يجمع مكثاً.....	
٢٥٩.....	صلاة المسافر إذا أجمع مكثاً.....	
٢٦٠.....	صلاة المسافر إذا كان إماماً ووراء إمام.....	
٢٦٣.....	صلاة النافلة في السفر بالنهار والليل.....	
٢٦٩.....	صلاة الضحى.....	
٢٧٢.....	جامع سبحة الضحى.....	
٢٧٥.....	التشديد في أن يمر أحد بين يدي المصلي.....	

المحتويات	٥٢٧
الرخصة في المرور بين يديه المصلى	٢٧٩
سترة المصلى في السفر	٢٨٢
مسح الخصباء في الصلاة	٢٨٤
ما جاء في تسوية الصفوف	٢٨٥
وضع اليدين إحداهما على الأخرى في الصلاة	٢٨٧
القنوت في الصبح	٢٨٨
النهي عن الصلاة والإنسان يريد حاجته	٢٩٠
انتظار الصلاة والمشى إليها	٢٩٢
وضع اليدين على ما يوضع عليه الوجه في السجود	٢٩٩
الالتفات والتصفيق في الصلاة عند الحاجة	٣٠١
الباب الأول في حكم الاستخلاف والمستخلف	٣٠٥
الباب الثاني في عمل المستخلف فيما بقي عليه من صلاة الإمام	٣٠٧
الباب الثالث في عمل من استخلف للصلاة	٣٠٨
الباب الرابع في عملهم بعد إتمام صلاة الإمام	٣٠٩
ما يفعل من جاء والإمام راكم	٣١١
ما جاء في الصلاة على النبي ﷺ	٣١٣
العمل في جامع الصلاة	٣١٦
جامع الصلاة	٣٢٩
جامع الترغيب في الصلاة	٣٤٥
بَابُ الْعَمَلِ فِي غُسْلِ الْعِيدَيْنِ وَالنِّدَاءِ فِيهِمَا وَالْإِقَامَةَ	٣٥٠
الأمر بالصلاة قبل الخطبة في العيدين	٣٥١
الأمر بالأكل قبل الغدو في العيد	٣٥٥
ما جاء في التكبير والقراءة في صلاة العيدين	٣٥٦
ترك الصلاة قبل العيدين وبعدهما	٣٦٠
الرخصة في الصلاة قبل العيدين وبعدهما	٣٦١
غدو الإمام يوم العيد وانتظار الخطبة	٣٦٢
صلاة الخوف	٣٦٤
العمل في صلاة الكسوف	٣٧١
ما جاء في صلاة الكسوف	٣٧٩
العمل في الاستسقاء	٣٨١
ما جاء في الاستسقاء	٣٨٤
الاستمطار بالنجوم	٣٨٦
النهي عن استقبال القبلة والإنسان على حاجته	٣٨٩

.....	المحتويات	٥٢٨
٣٩٠	الرخصة في استقبال القبلة لبول أو غائط	٣٩٠
٣٩٣	النهي عن البصاق في القبلة	٣٩٣
٣٩٥	ما جاء في القبلة	٣٩٥
٣٩٩	ما جاء في مسجد النبي ﷺ	٣٩٩
٤٠١	ما جاء في خروج النساء إلى المساجد	٤٠١
٤٠٤	الأمر بالوضوء لمن مس القرآن	٤٠٤
٤٠٧	الرخصة في قراءة القرآن على غير وضوء	٤٠٧
٤٠٩	ما جاء في تحزيب القرآن	٤٠٩
٤١٠	ما جاء في القرآن	٤١٠
٤١٥	ما جاء في سجود القرآن	٤١٥
٤٢٣	ما جاء في قراءة ﴿قل هو الله أحد﴾ و ﴿تبارك الذي بيده الملك﴾	٤٢٣
٤٢٥	ما جاء في ذكر الله تبارك وتعالى	٤٢٥
٤٢٩	ما جاء في الدعاء	٤٢٩
٤٣٩	العمل في الدعاء	٤٣٩
٤٤٢	النهي عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر	٤٤٢
٤٤٩	كتاب الجنائز	٤٤٩
٤٥٨	ما جاء في كفن الميت	٤٥٨
٤٦٣	المشي أمام الجنائز	٤٦٣
٤٦٧	النهي عن تتبع الجنائز بناز	٤٦٧
٤٦٩	التكبير على الجنائز	٤٦٩
٤٧٠	الباب الأول في صفة من يصلى عليه وتمييزه من غيره	٤٧٠
٤٧١	الباب الثاني في صفة الصلاة على الميت	٤٧١
٤٧٨	ما يقول المصلى على الجنائز	٤٧٨
٤٨٠	الصلاة على الجنائز بعد الصبح وبعد العصر	٤٨٠
٤٨٣	الصلاة على الجنائز في المسجد	٤٨٣
٤٨٦	جامع الصلاة على الجنائز	٤٨٦
٤٩٨	الوقوف للجنائز والجلوس على المقابر	٤٩٨
٥٠١	النهي عن البكاء على الميت	٥٠١
٥٠٦	الحسبة في المصيبة	٥٠٦
٥٠٨	جامع الحسبة في المصيبة	٥٠٨
٥١١	ما جاء في الاختفاء	٥١١
٥١٢	جامع الجنائز	٥١٢

المناقب

شرح موطأ مالك

تأليف
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء الثالث

مشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لحداو الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تلحين الكتاب كاملاً أو جزءاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر. أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright © All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى
١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

العنوان : رمل الزريف، شارع البحري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٢٣ (٩٦١ ١)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohory st., Melkart bldg., 1st Floor.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X
9 0000 >



9 782745 127426

<http://www.al-ilmyah.com.lb/>
e-mail : sales@al-ilmyah.com
info@al-ilmyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيام

ما جاء فى رؤية الهلال للصوم والفطر فى رمضان

الصيام فى كلام العرب، الإمساك، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنى نذرت للرحمن صوماً فلن أكلم اليوم إنسياً﴾ [مريم: ٢٦] إلا أن اسم الصوم واقع فى عرف الشرع على إمساك مخصوص، فى وقت مخصوص، عن أشياء مخصوصة، على وجه مخصوص. وأما الفطر فهو قطع الصوم الشرعى بالأكل والشرب؛ لأن الفطر إنما هو الأكل والشرب.

وقد يستعمل فى كل ما يقطع الصوم ويمنعه من الجماع والإنزال على سبيل المحاز والاتساع. ورمضان هو شهر الصوم مأخوذ من رمض الصائم يرمض، إذا حر جوفه من شدة العطش، والرمضاء شدة الحر.

فصل: وقوله: «للصيام والفطر فى رمضان»، الفطر لا يكون فى رمضان، وإنما يكون رؤية الهلال فى زمان رمضان للفطر، والصوم فى رمضان ورؤية الهلال فى الأغلب فى غيره.

٥٧٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ذَكَرَ رَمَضَانَ، فَقَالَ: «لَا تَصُومُوا حَتَّى تَرَوْا الْهَيْلَالَ، وَلَا تُفْطِرُوا حَتَّى تَرَوْهُ، فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمْ^(١) فَاقْدُرُوا لَهُ».

٥٧٢- أخرجه البخارى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٧٦٧. ومسلم فى كتاب الصيام حديث رقم ١٨٠١. والنسائى فى كتاب الصيام حديث رقم ٢٠٩٠، ٢٠٩١، ٢٠٩٢. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ١٩٧٦. وابن ماجه حديث رقم ١٦٤٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٢٥٨، ٥٠٤٢، ٦٠٤١. والدارمى ٣/٢ كتاب الصوم، باب الصوم لرؤية الهلال عن ابن عمر. والبيهقى فى السنن الكبرى ٢٠٤/٤ عن ابن عمر. والبيهقى بشرح السنة ٢٢٧/٦ عن عبدالله بن عمر.

(١) حال بينكم وبين رؤية الهلال غيم.

٤ كتاب الصيام
الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ ذكر رمضان»، ذكر بعض الناس أنه لا يقال
جاء رمضان، ولا دخل رمضان، وإنما يقال جاء شهر رمضان.
وروى في ذلك حديث عن سعيد المقبري عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال:
«لا تقولوا جاء رمضان، وقولوا جاء شهر رمضان، فإن رمضان اسم من أسماء الله
تعالى».

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: رأيت القاضي أبا الطيب الطبري، قال:
يقال صمت رمضان لأن المعنى معروف، فإذا وصف بالمجيء لا يقال جاء رمضان،
حتى يقال جاء شهر رمضان للإشكال فيه.

قال القاضي أبو الوليد: والصواب أن ذلك جائز، فقد روى ذلك من غير ما طريق
صحيح، وقد قال رسول الله ﷺ: «إذا دخل رمضان، فتحت أبواب السماء، وغلقت
أبواب جهنم، وسلسلت الشياطين»^(١).

مسألة: إذا ثبت ذلك، فأول ما فرض من الصيام صوم يوم عاشوراء، فلما فرض
رمضان نسخ وجوبه، فمن شاء صامه، ومن شاء أفطره.

فصل: قوله ﷺ: «لا تصوموا حتى تروا الهلال»^(٢) يقتضى منع الصوم فى آخر
شعبان قبل رؤية هلال رمضان، والمراد به منع ذلك على معنى التلقى لرمضان، أو
الاحتياط، وأما صيام يوم الشك وغيره من شعبان، على غير هذا الوجه لمن كان فى
صوم متتابع، أو لمن بدأ التنفل فيه فلا بأس به.

(*) أخرجه مسلم فى صحيحه حديث رقم ١٠٧٩. النسائي فى الصغرى حديث رقم ٢١٠٠.

أحمد فى المسند حديث رقم ٨٤٦٩. الدارمى حديث رقم ١٧٧٥.

(٢) حتى تروا الهلال: قال ابن حجر العسقلانى: ظاهره إيجاب الصوم حين الرؤية متى وجدت
ليلاً أو نهاراً لكنه محمول على صوم اليوم المستقبل، وبعض العلماء فرق بين ما قبل الزوال أو
بعده، وخالف الشيعة الإجماع فأوجبوه مطلقاً، وهو ظاهر فى النهى عن ابتداء صوم رمضان قبل
رؤية الهلال فيدخل فيه صورة الغيم وغيرها، ولو وقع الاقتصار على هذه الجملة لكفى ذلك لمن
تمسك به، لكن اللفظ الذى رواه أكثر الرواة أوقع للخالف شبهة وهو قوله: فإن غم عليكم
فاقدروا له، فاحتمل أن يكون المراد التفرقة بين حكم الصحو والغيم، فيكون التعليق على الرؤية
متعلقاً بالصحو، وأما الغيم فله حكم آخر. ويحتمل أن لا تفرقة ويكون الثانى مؤكداً للأول،
وإلى الأول ذهب أكثر الحنابلة، وإلى الثانى ذهب الجمهور، انتهى باختصار. انظر: فتح البارى
كتاب الصوم باب قول النبى «إذا رأيتم الهلال... إلخ»، ١٢١/٤.

كتاب الصيام ٥

وذهب بعضهم إلى أنه لا يصح صوم يوم الشك بوجه.

والدليل على صحة ذلك ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يتقدم أحدكم رمضان بيوم أو يومين إلا أن يكون رجل يصوم صوماً فليصم ذلك اليوم»^(*).

مسألة: ولا بأس أن يصام يوم الشك ابتداءً. وقال محمد بن مسلمة: لا يصومه إلا من كان يسرد الصيام، وبه قال الشافعي.

والدليل على ذلك أن هذا يوم من شعبان، فجاز أن يتدأ بصومه نفلاً كالذي قبله.

فصل: وقوله ﷺ: «حتى تروا الهلال» الرؤية تكون عامة وخاصة، فأما العامة، فهي أن يرى الهلال الجرم الغفير والعدد الكثير حتى يقع بذلك العلم الضروري، فهذه لا خلاف في وجوب الصوم والفطر لمن رآه، ومن لم يره.

فروع: وهذا يخرج عن حكم الشهادة إلى حكم الخبر المستفيض وذلك مثل أن تكون القرية الكبيرة يرى أهلها الهلال، فيراه منهم الرجال والنساء والعبيد ممن لا يمكن منهم التواطؤ على باطل، فقد قال محمد بن الحكم في مثل هذا: لا يحتاج إلى شهادة ولا تعديل ويلزم الناس الصوم بذلك من باب استفاضة الأخبار، لا من باب الشهادات.

وأما الرؤية الخاصة، فهي أن يراه العدد اليسير، وذلك على ضربين، أحدهما: أن تكون السماء مغيمة. والثاني أن تكون صاحبة، فإن كانت مغيمة، فلا خلاف أنه يجوز فيها شهادة رجلين من أهل العدل، وإن كانت صاحبة ثبت ذلك بشهادتهما عند مالك. وقال أبو حنيفة لا يثبت بشهادتهما، وبه قال سحنون.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يثبت به رؤية الهلال، إذا كانت السماء مغيمة، فوجب أن يثبت به وإن كانت صاحبة كالرؤية العامة.

مسألة: ولا يثبت هلال رمضان بشهادة شاهد واحد، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي. والدليل على ما نقوله أن هذه شهادة على هلال، فلم يقبل فيها أقل من اثنين. أصل ذلك الشهادة على هلال شوال وذى الحجة.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ١٩١٤. مسلم حديث رقم ١٠٨٢. الترمذي حديث رقم ٦٨٥، ٦٨٥. النسائي في الصغرى حديث رقم ٢١٧٢. أبو داود حديث رقم ٢٣٣٥. ابن ماجه حديث رقم ١٦٥٠. أحمد في المسند حديث رقم ٧١٥٩.

٦ كتاب الصيام

فرع: ولو شهد شاهد على هلال رمضان وشهد آخر على هلال شوال، فقد روى عن يحيى بن عمر أنه قال: لا تقبل شهادتهما.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أن الشاهد على هلال شوال لو رآه بعد ثلاثين يوماً من رؤية الثانى، لم يفطر بشهادتهما، حتى يكمل رمضان ثلاثين يوماً بعد إكمال شعبان ثلاثين يوماً، لأن شهادة الثانى لا تصحح شهادة الأول؛ لأنه يمتثل أن لا يكون الأول رأى شيئاً، ورأى الثانى هلال شوال لتسع وعشرين خلت من رمضان، وأما إذا رأى الثانى هلال شوال بعد تسعة وعشرين يوماً من رؤية الأول هلال رمضان، فإنه يجب أن يفطر بشهادتهما لأن شهادة الثانى تصحح شهادة الأول على كل حال لأنه محال أن يصدق الثانى ولا يصدق الأول، فيجب تأمل هذا، والله أعلم وأحكم.

وروى ابن نافع عن مالك فى المجموعة فى شاهدين شهدا على هلال شعبان، فعد لذلك ثلاثون يوماً، والسماء صاحبة، فلا يرى، قال: هذان شهداء سوء، وهذا يدل على أن الحكم واحد، ولو كانا حكيمين لما كان فى ذلك تكذيب للشاهدين، وبالله التوفيق. ويحتمل ما قاله يحيى بن عمر وجهاً آخر، وهو أن الحاكم لما شهد عنده شاهد واحد، ولم يقض به ردت شهادته، ولذلك لم يضاف إليه الذى شهد على هلال شوال.

وقد قال ابن القاسم، فىمن رأى هلال رمضان وحده: إن الإمام يرد شهادته، ومعنى ذلك على ما قدمناه أنه لا يحكم بها، فأما أن يبطلها حتى يمنع من أن يضيف شهادة غيره إليها، فلا.

مسألة: إذا ثبت أنه لا يصام بشهادة واحد ولا يفطر بها، فإنه يصام بشهادة شاهدين من صفتها أن يكونا عدلين، فإن لم يكونا من أهل العدالة، ولا يعرفان بسفه، فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يصام بشهادتهما ولا يفطر.

قال أشهب: ولو كان أحدهما عدلاً، وكان فى أحدهما بقية رق، وإن كان صالحاً لم يصم لشهادتهما، ولم يفطر.

ووجه ذلك أن هذه شهادة، فاعتبر فيها صفات العدالة كسائر الشهادات.

فرع: فإن شهد شاهدان يعرفا بعدالة ولا غيرها، واحتاج القاضى إلى أن يكشف عن حالهما، وذلك يتأخر، فقد قال محمد بن عبدالحكم: ليس على الناس صيام ذلك اليوم، فإن زكوا بعد ذلك، وأمر الناس بالصيام، فلا شىء عليهم فى الفطر.

كتاب الصيام ٧

فرع: وإذا ثبت رؤية الهلال عند الإمام، وحكم بذلك وأمر بالصيام، ونقل ذلك إليك عنه العدل، ونقل إليك عن بلد آخر، فقد قال أحمد بن ميسر الإسكندراني: يلزمك الصوم من باب قبول خبر الواحد العدل لا من باب الشهادة.

قال الشيخ أبو محمد: كما أن الرجل ينقل إلى أهله وابنته البكر مثل ذلك، فيلزمهم تبييت الصيام.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى هذا عندي أن الصوم يكون ثبوته بطريقتين أحدهما الخبر، والثاني الشهادة. فأما طريقة الخبر، فإذا عمَّ الناس رؤيته فمن أخبره العدل عن هذه الرؤية لزمه الصيام، ويجرى ذلك مجرى طلوع الفجر، وزوال الشمس وغروب الشمس في وجوب الصلاة، ووجوب الإمساك للصوم والفتور عند انقضاء اليوم بالغروب.

والطريق الثاني: الشهادة، وذلك إذا قل عدد الرائيين له، فإنه يثبت من طريق الشهادة، فيعتبر فيه من صفات الشهود عددهم، واختصاص ثبوته بالحكام ما يعتبر في سائر الشهادات.

ووجه ذلك اختلاف الناس في رؤيته، وأن اختصاص بعض الناس برؤيته دون بعض لدقته وبعده، واشتباه مطالعه أمر شائع ذائع، فلما كان هذا المعنى شائعاً فيه، وكان ما هذه سبيله لا يثبت إلا من طريق الشهادة لم يغل من إحدى حالتين، إما أن يبطل صوم كثير من أول شهر رمضان، وذلك ممنوع لوجوب صومه، أو يثبت ذلك من طريق الشهادة؛ لتعذر الخبر المتواتر فيه، والإجماع على رؤيته، ويخالف هذا طلوع الفجر وغروب الشمس للصلاة لأن الوقت للصلاة واسع، فإن لم يثبت أوله، ولم يتيقنه بعض الناس تيقن ما بعده لم يفته وقت الصلاة، ووقت الصوم يلزم استيعابه بالعبادة، فإن لم يشرع فيه من أوله، فات صومه، ولا يلزم على هذا طلوع الفجر من يوم الصوم لأن النية والإمساك يجوز تقديمهما قبل الفجر، فيمكن استيعاب الوقت بالصوم مع عدم تيقن أول الوقت.

ولا يجوز تقديم النية للصوم قبل تيقن دخول الشهر، فلذلك جاز أن يثبت بالشهادة، فإذا ثبت عند الحاكم بشهادة شاهدين للعلة التي تقدم ذكرنا لها، وحكم بالصوم جاز أن ينتقل عنه خبر الواحد ليتمكن انتقاله عنه لأننا قد بينا أنه إنما ينتقل للشهادة لتعذر الرؤية، وهي وجه ثبوته، فإذا ثبت الرؤية، وأمكن أن يشيع عن ثبوت عنده رجعت إلى حكم الخبر.

٨ كتاب الصيام

مسألة: وإذا رأى أهل البصرة هلال رمضان، ثم بلغ ذلك أهل الكوفة والمدينة واليمن، فالذى رواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى المجموعة: لزمهم الصيام أو القضاء إن فات الأداء.

وروى القاضى أبو إسحاق عن ابن الماجشون: أنه إن كان ثبت بالبصرة بأمر شائع ذائع يستغنى عن الشهرة والتعديل، فإنه يلزم غيرهم من أهل البلاد القضاء، وإن كان إنما ثبت عندهم بشهادة شاهدين عدلين لم يلزم ذلك من البلاد، إلا من كان يلزمه حكم ذلك الحاكم ممن هو فى ولايته أو يكون ذلك يثبت عند أمير المؤمنين، فيلزم القضاء جماعة المسلمين. قال: وهذا قول مالك.

وجه الرواية الأولى أنه لما ثبت عند الحاكم انتقل إلى الخبر الذى هو أصل ثبوته تتمكن أخذ ذلك عنه، فوجب أن يستوى حكم ما ينقل عن الحاكم ثبوته، وما عمت رؤيته لأنهما قد عادا إلى حكم الخبر. ووجه الرواية الثانية أنه حكم من الحاكم، فلا يلزم إلا من تناله ولايته ويلزمه حكمه.

مسألة: ومن كان بموضع ليس فيه حاكم يتفقد أمر الناس فى الصوم، أو كان ممن يضيع ذلك، فقد قال عبد الملك: ينبغى أن يراعى ذلك، ويتفقدته. عن ثبت ذلك عنده برؤية نفسه أو برؤية من يثق به فيصوم بذلك، ويفطر، ويحمل عليه من يقتدى به. وجه ذلك أن ثبوته عند الحاكم ما تعذر لعدمه أو لتفريطه، رجع إلى أصله فى ثبوته بالخبر، وبالله التوفيق.

فصل: وقوله: «ولا تفطروا حتى تروه»، يريد تروا هلال شوال، واتفق مالك وأبو حنيفة والشافعى على أنه لا يقبل فى هلال شوال من شاهدين. وقال أبو ثور: يقبل فى ذلك الواحد.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أن هذه شهادة، فلم يقبل فيها أقل من اثنين. أصل ذلك سائر الحقوق.

فصل: وقوله: «فإن غمَّ عليكم فأقدروا له» يريد منعكم من رؤيته سبحانه أو غيره من قولهم: غممت الشيء إذا سترته، فأقدروا له، يريد قدروا للشهر، وتقديره الشهر الذى أنت فيه ثلاثين، لأن الشهر إنما يكون تسعة وعشرين يوماً بالرؤية، فأما بالتقدير، فلا يكون إلا ثلاثين.

وقد فسر ذلك فى حديث أبى هريرة فقال ﷺ: «فإن غمَّ عليكم فأكملوا عدة

كتاب الصيام ٩
شعبان ثلاثين» وفي حديث ربيع بن حراش. «لا تصوموا حتى تروا الهلال أو تكملوا
العدة».

وذكر الداودي أنه قيل في معنى قوله: فاقدروا له^(٣)، أى قدروا المنازل، وهذا لا
نعلم أحداً قال به، إلا بعض أصحاب الشافعي أنه يعتبر في ذلك بقول المنجمين
والإجماع حجة عليه.

وقد روى ابن نافع عن مالك في المدينة في الإمام لا يصوم لرؤية الهلال ولا يفطر
لرؤيته، وإنما يصوم ويفطر على الحساب: أنه لا يقتدى به ولا يتبع.
قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: فإن فعل ذلك أحد، فالذى عندي أنه لا
يعتد بما صام منه على الحساب، ويرجع إلى الرؤية وإكمال العدد، فإن اقتضى ذلك
قضاء شيء من صومه قضاء، والله أعلم.

مسألة: فإن عدت الرؤية، لزم إتمام شعبان ثلاثين كان صحواً أو غيماً، وبهذا قال
جمهور الفقهاء. وقال أحمد بن حنبل: إن كان غيماً صام آخر يوم من شعبان
احتياطاً.

والدليل على ما نقوله حديث أبي هريرة المتقدم أنه ﷺ قال: «فإن غم عليكم
فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً». والدليل من جهة القياس أن هذا يوم شك، فلم يجز
صومه كما لو كانت السماء صاحية.

٥٧٣ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

(٣) فاقدروا له: قال النووي: اختلف في معناه، فقالت طائفة معناه ضيقوا له وقدره تحت
السحاب، وبهذا قال أحمد بن حنبل وغيره ممن يجوز صوم ليلة الغيم عن رمضان، وقال ابن
سريج، وجماعة معناه قدره بحساب المنازل. وذهب الأئمة الثلاثة، والجمهور إلى أن معناه قدره
له تمام العدد ثلاثين يوماً كما في الرواية الأخرى. انظر: شرح النووي كتاب الصيام باب
وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال.

٥٧٣ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم ١٧٧٣، ١٧٧٤. ومسلم في كتاب الصيام
حديث رقم ١٨٠١. والنسائي في كتاب الصيام حديث رقم ٢٠٩٠، ٢٠٩١، ٢٠٩٢،
٢١٠٩، ٢١١٠، ٢١١١، ٢١١٢، ٢١١٣. وأبو داود في كتاب الصوم حديث رقم ١٩٧٥،
١٩٧٦. وابن ماجه حديث رقم ١٦٤٤. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٢٥٨، ٤٣٨٢،
٦٠٤١. والترمذي برقم ٦٨٩ بنحوه مختصراً ٦٤/٣ كتاب الصوم باب ٦ عن ابن مسعود.
والبيهقي في الكبرى ٢٠٥/٤ بنحوه مختصراً عن ابن عمر.

١٠ كتاب الصيام
قَالَ: «الشَّهْرُ تِسْعٌ وَعِشْرُونَ، فَلَا تَصُومُوا حَتَّى تَرَوْا الْهَيْلَالَ، وَلَا تَفْطِرُوا حَتَّى تَرَوْهُ، فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمْ فَاقْدُرُوا لَهُ»^(*).

الشرح: قوله: «الشهر تسعة وعشرون يوماً فلا تصوموا حتى تروا الهلال» يشمل أن شهر رمضان قد يكون تسعاً وعشرين، فلا يريكم نقصه، إن نقص، ولا تشرعوا في صومه حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروا الهلال، فإن غم عليكم فى أوله أو رأيتم الهلال، ثم رأيتم هلال الفطر لتسع وعشرين، فلا ترتابوا بذلك، فإن الشهر قد يكون تسعاً وعشرين^(١).

(*) قال فى الاستذكار ١٣/١٠ - ١٧: جعل مالك، رحمه الله، حديث ابن عباس بعد حديث ابن عمر؛ لأنه عنده مفسر له ومبين لمعنى قوله: «فاقدروا له» فى حديث ابن عمر. وكان ابن عمر يذهب فى معنى قوله: «فاقدروا له» مذهباً خلافاً لما ذهب إليه مالك فى ذلك، والذى ذهب إليه مالك عليه جمهور العلماء، ولم يروا أحد فيما علمت «فاقدروا له» إلا ابن عمر وحده. والذى عليه الجمهور من أهل العلم أنه لا يصام رمضان إلا بيقين من خروج شعبان، واليقين فى ذلك رؤية الهلال أو إكمال شعبان ثلاثين يوماً، وكذلك لا يقضى بخروج رمضان إلا بيقين مثله. قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ يريد والله أعلم: من علم منكم بدخول الشهر علم يقين فليصمه، والعلم اليقين الرؤية الصحيحة الفاشية الظاهرة أو إكمال العدد. وكذلك فى الشريعة أيضاً شهادة عدلين أنهما رأيا الهلال ليلة ثلاثين فيصح بذلك أن الشهر الماضى من تسع وعشرين. وهذا عند بعضهم إذا لم يكن فى السماء علة فهذا معنى قوله ﷺ: «فاقدروا له» عند أكثر أهل العلم. ولا خلاف أن الشهر العربى قد يكون ثلاثين يوماً ويكون تسعة وعشرين.

وأما ابن عمر فله مذهب ذهب إليه فى تأويل ما رواه عن النبى ﷺ «فاقدروا له»، وذلك أنه كان يقول: إذا لم ير هلال رمضان ليلة ثلاثين من شعبان وكان صحواً فلا صيام لرمضان. وإن لم يكن صحواً وكان فى السماء غيم أصبح الناس صائمين وأجزأهم من رمضان، إن ثبت بعد، أن الشهر كان من تسع وعشرين. وإلى هذا ذهب طاووس اليماني، وأحمد بن حنبل. وروى مثل ذلك عن عائشة، وأسماء ابنتى أبى بكر، رضوان الله عليهم. وما أعلم أحدًا ذهب مذهب ابن عمر غيرهم.

(١) «الشهر تسعة وعشرون»: قال النووى: معناه أن الشهر قد يكون تسعة وعشرين. وقال ابن حجر: ويؤيده رواية البخارى إن الشهر يكون تسعة وعشرون يوماً، وقال ابن العربى معناه حصره من جهة أحد طرفيه أى إنه يكون تسعاً وعشرين، وهو أقله ويكون ثلاثين، وهو أكثره فلا تأخذوا أنفسكم بصوم الأكثر احتياطاً ولا تقتصروا على الأقل تخفيفاً، ولكن عبادتكم مرتبطة ابتداء وانتهاء باستهلاله. انظر: تنوير الحوالك ٢١١.

كتاب الصيام ١١

ويحتمل أن يريد بقوله: «الشهر تسع وعشرون» التنبيه على ترائى الهلال لتسع وعشرين من شعبان، وتسع وعشرين من رمضان، ثم قال: ومع ذلك، فلا تصوموا التسع وعشرين حتى تروه، ولا تفطروا حتى تروه، فإن غم عليكم فأقدروا له.

مسألة: وإذا اتصل غم الهلال أشهرًا، فقد روى ابن نافع عن مالك فى المدينة، فى القوم يكونون فى مركب، فلا يرون هلال رجب ولا شعبان ولا رمضان، فقال: ينظرون أى هلال رأوه رمضان أو غيره، فيعدوه بثلاثين، ثم رجب بثلاثين، ثم شعبان بثلاثين، ثم رمضان بثلاثين، فإن تبين لهم هلال شوال قبل الثلاثين أفطروا وقضوا ما فطروا. وروى عيسى عن ابن القاسم مثله.

ومعنى ذلك أنهم قد يروا الهلال لتسع وعشرين أو ثمان وعشرين من عددهم، فيفطروا ويعلموا أن الأهلة قبل الهلال الذى رأوه قد كان منها تسعًا وعشرين، ما اقتضى أن يروا الهلال فى الوقت الذى رأوه فيه، وهل بنوا على أن رمضان ثلاثين، فيما نقصوه منه، أو تسعًا وعشرين، لم أر فيه نصًا.

٥٧٤ - مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدِّيَلِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ذَكَرَ رَمَضَانَ، فَقَالَ: «لَا تَصُومُوا حَتَّى تَرَوْا الْهَيْلَالَ وَلَا تَفْطُرُوا حَتَّى تَرَوْهُ، فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَأَكْمِلُوا الْعِدَّةَ ثَلَاثِينَ».

قوله: «فإن غم عليكم، فأكملوا العدد ثلاثين» ظاهره أنه أراد، فإن غم عليكم فأكملوا عدة الشهر الذى أنتم فيه ثلاثين، يبين ذلك أنه قال مثل ذلك فى الفطر، ولا خلاف أنه أراد غم عليكم هلال شوال، فلا بد أن يكمل عدد رمضان ثلاثين، وإنما ورد فى النهى عن الصوم والفطر حتى يرى الهلال الموجب للصوم، أو يرى الهلال الموجب

٥٧٤- أخرجه الترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٦٢٤. والبسائى فى كتاب الصيام حديث رقم ٢٠٩٤، ٢٠٩٥، ٢٠٩٩، ٢١٠٠. وأبو داود فى كتاب الصوم ١٩٨٢. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٨٣٠، ١٨٨١، ٢٢١٩، ٢٦٥٣، ٣٢٩٥. والدارمى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٦٢٤. وعبدالرزاق فى المصنف برقم ٧٣٠٧، ١٥٦/٤ عن ابن عمر.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١١٠/٥: هكذا هذا الحديث، يعنى منقطع، فى الموطأ عند جماعة الرواة، عن مالك، عن ثور بن زيد، عن ابن عباس، ليس فيه ذكر عكرمة، والحديث محفوظ لعكرمة، عن ابن عباس، وإنما رواه ثور عن عكرمة، وقد روى عن روح بن عبادة هذا الحديث عن مالك، عن عكرمة، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ ذكر رمضان ثم ساقه إلى آخره سواء.

١٢ كتاب الصيام
للفطر، فإن غم علينا أحدهما، فهذا لأن هذا الشرط وارد بعدهما، فيجب أن يكون
راجعاً إليهما فيجب أن يكمل العدد ثلاثين.

وذلك إنما يكون في آخر الشهر الذى يكمل، فمعناه، وأن يكمل الشهر الذى هو
فيه من غم عليه الهلال ثلاثين، على أنه قد ورد ذلك مفسراً فى حديث أبى هريرة،
فقال ﷺ: «فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين».

٥٧٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْهَيْلَالَ رُئِيَ فِي زَمَانِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَانَ بَعْشَى، فَلَمْ
يُفْطِرْ عُثْمَانُ حَتَّى أَمْسَى، وَغَابَتِ الشَّمْسُ.

الشرح: قوله: «إن الهلال روى فى زمان عثمان بن عفان بعشى» العشى ما بعد
الزوال إلى آخر النهار.

وقوله: «لم يفطر عثمان حتى أمسى»، دليل على أنه كان فى رمضان، وأن الهلال
الذى روى، هو هلال شوال، ولا خلاف بين الناس أنه إذا روى بعد الزوال، فإنه لليلة
القادمة.

وأما إذا روى قبل الزوال، فإن مالكا والشافعى وأبا حنيفة وجمهور الفقهاء يقولون:
إنه لليلة القادمة. وقال ابن حبيب: هو لليلة الخالية. ورواه ابن يزيد عن ابن وهب، وبه
قال أبو يوسف.

قد روى القولان عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه، قال أبو بكر بن الجهم: وهذا
لا يثبت عن عمر، رواه شباك وهو مجهول.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أن هذا هلال روى نهاراً، فوجب أن
يكون لليلة القادمة، أصله إذا روى بعد الزوال، قال: وهذا الخلاف إنما هو إذا روى فى
يوم ثلاثين، ولا يصح أن يكون قبل ذلك^(١).

٥٧٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٩٦.

(١) قال فى الاستذكار: هذه المسألة اختلف فيها السلف والخلف ولم يختلف فيها عن عثمان
ولا عن على، ولا عن عمر، وابن مسعود، وأنس. واختلفت الرواية فيها عن عمر، فروى
الأعمش عن أبى وائل شقيق بن سلمة، قال: أتانا كتاب عمر ونحن بخانقين: إن الأهلة بعضها
أكثر من بعض، فإذا رأيت الهلال نهاراً فلا تفتروا حتى يشهد رجلان أنهما رأياه بالأمس. وهذا
مذهب عثمان، وعلى، وابن عمر، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، والشافعى، وأصحابهم إلا عبد
الملك بن حبيب عندنا فإنه قال فيها بالرواية الثانية عن عمر. وهى رواية رواها القطان، وابن

قَالَ يَحْتَسِبُ: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الَّذِي يَرَى هِلَالَ رَمَضَانَ وَحَدَّهُ: أَنَّهُ يَصُومُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُفْطِرَ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ ذَلِكَ الْيَوْمَ مِنْ رَمَضَانَ. قَالَ: وَمَنْ رَأَى هِلَالَ شَوَّالٍ وَحَدَّهُ، فَإِنَّهُ لَا يُفْطِرُ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَّهَمُونَ عَلَى أَنْ يُفْطِرَ مِنْهُمْ مَنْ لَيْسَ مَأْمُونًا، وَيَقُولُ: أَوْلَيْكَ إِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ قَدْ رَأَيْنَا الْهَيْلَالَ، وَمَنْ رَأَى هِلَالَ شَوَّالٍ نَهَارًا، فَلَا يُفْطِرُ وَيَتِمُّ صِيَامَ يَوْمِهِ ذَلِكَ، فَإِنَّمَا هُوَ هِلَالُ اللَّيْلَةِ الَّتِي تَأْتِي.

الشرح: وهذا كما قال من رأى هلال رمضان وحده صام، سواء كان في المصر أو منفردًا في صحراء، خلافًا لمن قال: لا يصوم حتى يحكم الإمام بأن ذلك اليوم من رمضان.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]. ومن جهة المعنى أنه إذا لزمه الصوم لرؤية غيره، فبأن يلزمه من رؤيته، وهي متيقنة أولى وأحرى.

فرع: فإن أفطر عامدًا، فعليه الكفارة خلافًا لأبي حنيفة، في قوله: لا كفارة عليه.

والدليل على ما نقوله أن هذا عامد للفطر، منتهك لحرمة الشهر، فعليه الكفارة كما لو أفطر في اليوم الثاني.

فصل: وقوله: «ومن رأى هلال شوال وحده، فإنه لا يفطر»، وهذا مما لا يختلف فيه في المذهب، إذا كان في المصر، وبه قال أبو حنيفة.

ووجه ما احتج به مالك، رحمه الله، من أن ذلك ذريعة لأهل الفسق والبدع إلى الفطر قبل الناس بيوم، ويدعون رؤية الهلال إذا ظهر عليهم. وقال أشهب: يفطر بالنية ويمسك عن الأكل، وهذا هو الصحيح لأن الإمساك عن الأكل يخرج عما خيف عليه.

مسألة: وأما إن كان وحده في سفر، فليفطر إذ لا يدرى لعل غيره قد رآه، ولو

=مهدى، ووكيع وغيرهم، عن الثوري، عن مغيرة، عن سماك، عن إبراهيم، قال: بلغ عمر بن الخطاب أن قومًا رأوا الهلال بعد زوال الشمس، فأفطروا، فكتب إليهم يلزمهم، وقال: إذا رأيتم الهلال نهارًا قبل زوال الشمس فأفطروا وإذا رأيتموه بعد الزوال فلا تفطروا. وبهذا قال سفيان الثوري، وأبو يوسف. وقال أبو حنيفة، ومحمد في ذلك برواية سفيان، عن عمر. وبه قال الأوزاعي، والليث بن سعد، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور. ورواية الأعمش عن شقيق أبي راتل أصح عن عمر؛ لأنها متصلة، وإبراهيم النخعي لم يدرك عمر.

علم أن غيره لم يره لكان حكمه الإمساك كالذى فى الحضرة.

فصل: وقوله: «ومن رأى هلال شوال نهاراً، فلا يفطر ويتم صومه ذلك، فإنما هو هلال الليلة التى تاتى» على ما تقدم من أن الهلال إذا روى قبل الزوال أو بعده، فإنه لليلة القادمة فإن رآه فى آخر شعبان لم يلزم الإمساك عن الأكل، وإن رآه فى آخر رمضان لم يجز الفطر.

قال يحيى: سمعت مالكا يقول: إذا صام الناس يوم الفطر وهم يظنون أنه من رمضان، فجاءهم ثبت^(١) أن هلال رمضان قد روى قبل أن يصوموا بيوم، وأن يومهم ذلك أحد وثلاثون، فإنهم يفطرون فى ذلك اليوم آية ساعة جاءهم الخبر، غير أنهم لا يصلون صلاة العيد إن كان ذلك جاءهم بعد زوال الشمس.

الشرح: قوله: «إذا صام الناس يوم الفطر»، وهم يظنون أنه من آخر رمضان، فجاءهم ثبت أنه يوم الفطر، وذلك يكون على وجهين، أحدهما: برؤية هلال رمضان فى أوله، أو كمال عدده قبل هذا اليوم، والثانى: برؤية هلال شوال بالأمس وعلى الوجهين يلزم الإفطار ساعة يصح الخبر بذلك، كان فى أول النهار أو فى آخره، فإن كان بعد الزوال لم يصلوا صلاة العيد لأنه قد فات وقتها ولا يصلى فى ذلك الوقت فى فطر ولا أضحى.

مسألة: فإن كانوا فى آخر شعبان فيما يظنون، فجاءهم ثبت أن اليوم من رمضان بأحد الوجهين اللذين قدمنا ذكرهما، وجب عليهم الإمساك عن جميع ما يمسك عنه الصائم، سواء كانوا أكلوا ذلك اليوم أو لم يأكلوا لأنه إنما جاز لهم الفطر، وهو يظنون أن ذلك اليوم من غير رمضان، فإذا علموا أنه من رمضان كان عليهم الإمساك، وإنما يجوز استدامة الفطر لمن كان له الفطر لعذر مع العلم بأن ذلك اليوم من رمضان، فإذا زال العذر كان له استدامة الفطر باقى يومه كالحائض والمرضى والمسافر.

فرع: فإن أفطروا بعد العلم بأن اليوم من رمضان، سواء كانوا أفطروا قبل ذلك أو لم يفطروا، قال ابن القاسم: لا شىء عليه، إلا أن يفطر جرأة وعلماً بما على من أفطر فى رمضان عامداً، فعليه الكفارة.

قال القاضى أبو محمد: القياس أن لا كفارة عليه لأن الكفارة لا تجب بالتعمد، وإنما

(١) الثبت: الرجل العدل الضابط.

كتاب الصيام ١٥
تجب بإفساد الصوم، يبين ذلك أنه لو أفسد الصوم بالأكل؛ لكان عليه الكفارة، ولو
أكل مرة ثانية فى يومه ذلك لم تجب عليه كفارة لأنه لم يفسد لذلك صوماً.

* * *

من أجمع الصيام قبل الفجر

٥٧٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لَا يَصُومُ إِلَّا مَنْ
أَجْمَعَ الصِّيَامَ قَبْلَ الْفَجْرِ.

٥٧٧ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَائِشَةَ وَحَفْصَةَ، زَوْجَي النَّبِيِّ ﷺ، بِمِثْلِ
ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «لا يصوم إلا من أجمع الصيام قبل الفجر»، الإجماع للصيام، هو
العزم عليه والقصد له، وذلك أن الصوم من جملة العبادات، فلا يصح رمضان ولا
غيره، إلا بنية، هذا هو المشهور من المذهب^(١).

٥٧٦ - أخرجه النسائي فى كتاب الصيام حديث رقم ٢٢٩٣، ٢٢٩٤، ٢٢٩٥، ٢٢٩٦، ٢٢٩٧،
٢٢٩٨، ٢٢٩٩، ٢٣٠٠، ٢٣٠١.

قال السيوطى: عن ابن شهاب عن عائشة وحفصة زوجى النبى ﷺ بمثل ذلك. وقال فى
الاستذكار: رواه يحيى بن أيوب عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم عن ابن شهاب عن سالم بن
عبد الله بن عمر عن أبيه عن حفصة عن النبى ﷺ قال: ومن لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام
له. وهو أحسن ما روى مرفوعاً فى هذا الباب. انظر: تنوير الخوالك ٢١٢.

٥٧٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠/٣٤.

(*) قال فى الاستذكار: روى ابن القاسم وغيره عن مالك، قال: لا يصوم إلا من بيت من
الليل. قال: ومن أصبح لا يريد الصيام ولم يصب شيئاً من الطعام حتى تعالى النهار قم بدا له أن
يصوم لم يجز له صيام ذلك اليوم. وقال مالك: من بيت الصيام أو ليلة من رمضان أجزاء ذلك
عن سائر الشهر. وقال مالك: من كان شأنه صيام يوم من الأيام لا يدعه فإنه لا يحتاج إلى
التبنييت لما قد أجمع عليه من ذلك. قال: ومن قال: لله على أن أصوم شهراً متتابعاً، فصام أول
يوم بنية ذلك أجزاء ذلك عن باقى أيام الشهر. ومنه الليث فى هذا كله كمنه مالك.
وقال الشافعى: لا يجزئ كل صوم واجب من رمضان أو نذر أو غيره إلا بنية قبل الفجر، ويجزئ
التطوع أن ينويه قبل الزوال. وقال الثورى فى صوم رمضان: يحتاج أن ينويه من الليل كل أيامه.
وقال الثورى فى صوم التطوع: إذا نواه فى آخر النهار أجزاءه. قال: وقال إبراهيم: له أجر ما
استقبل. وهو قول الحسن بن حى. وقال أبو حنيفة وأصحابه إلا زفر: لا يجوز صيام رمضان إلا-

١٦ كتاب الصيام

وفى المدونة فى المرأة الحائض تستيقظ بعد الفجر، فترى الطهر، فتشك أن ذلك الطهر ليلاً: أنها تصوم، وتقضى مخافة أن يكون الطهر بعد الفجر.

واختلف أصحابنا فى تأويل ذلك، فمنهم من قال: هذه رواية فى أن الحائض لا تقطع النية المتناولة لأول الشهر، بخلاف المسافر. ومنهم من قال: إن هذه رواية عن مالك فى جواز الصوم بغير نية كقول ابن الماجشون فىمن أصبح ولا يدرى بأن اليوم من رمضان، فثبت برؤية عامة لا يحتاج معها إلى شهرة أو برؤية خاصة تشهد عند الإمام قبل الفجر، فلم يأكل حتى علم بأن اليوم من رمضان: أنه يجزئه عن صومه، إن كان لم ينو فيه صوماً غيره، رواه القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه عن ابن الماجشون. والدليل على صحة القول الأول ما روى عنه رضي الله عنه أنه قال: «إنما الأعمال بالنيات،

=بنية كل يوم محدودة، ويجوز أن ينويه قبل الزوال، وإن لم ينوه من الليل. وهو قول الأوزاعي. وقال الوليد بن مزيد: قلت للأوزاعي رجل صام يوماً من آخر شعبان تطوعاً، ثم تبين له بعد ذلك أنه من رمضان أيجزئ ذلك عنه من شهر رمضان؟ قال: نعم، وقد وفق لصيامه. وقال زفر: يجزئ صوم رمضان بغير نية. قال: ولو نوى فيه الإفطار إلا أنه أمسك عما أمسك عنه الصائم أجزاء الصوم إلا أن يكون مسافراً أو مريضاً يعذر فى الإفطار فلا يجوز إلا أن ينويه من الليل. وحجته: أنه كما لا يجزئ أن يصوم أحد من شعبان أو غيره صوماً يستقبل به رمضان، كذلك لا يكون صيام رمضان عن غيره؛ لأنه وقت لا يصح فيه غيره. ولم يختلف عن مالك وابن القاسم أن المسافر يبيت كل ليلة فى شهر رمضان، وأنه لا يجزئه الصيام فى السفر إلا إن بيته من الليل. قال أبو عمر: روى الليث بن سعد، عن يحيى بن أيوب، وروى ابن وهب عن ابن لهيعة، ويحيى بن أيوب، عن عبد الله بن أبي بكر، عن سالم بن عبد الله بن عمر، عن أبيه، عن حفصة، قال: «من لم يبيت الصيام قبل الفجر فلا صيام له». قال أبو عمر: لم يخص فى هذا فرضاً ولا سنة من نفل، وهذا حديث فردّ فى إسناده، ولكنه أحسن ما روى مرفوعاً فى هذا الباب. والاختلاف فى هذا الباب عن التابعين اختلاف كثير، ولم يختلف عن ابن عمر، ولا عن حفصة أنهما قالوا: لا صيام إلا لمن نواه قبل الفجر. وروى ابن عباس، وزعلي، وابن مسعود، وحذيفة، وأنس أنهم أجازوا فى التطوع أن ينويه بالنهار قبل الزوال. وروى عن عائشة فى حديث مرفوع، عن النبى ﷺ أنه كان يأتى أهله ويقول: هل عندكم من طعام؟ فإن قالوا: لا، قال: «وأنا إذا صائم». رواه طلحة بن يحيى بن طلحة بن عبيد الله، فاختلف عليه فيه، فرواه عنه طائفة عن مجاهد، عن عائشة، وطائفة روت عنه، عن عائشة بنت طلحة، عن عائشة أم المؤمنين. ومنهم من لا يقول فيه: «إذا» ويقول: «فأنا صائم»، وتأولوا فيه. قال البخارى: قالت أم الدرداء: كان أبو الدرداء يقول: هل عندكم طعام؟ فإن قلت: لا، قال: فإنى صائم. وقال: فعله أبو طلحة، وأبو هريرة، وابن عباس، وحذيفة. انتهى.

كتاب الصيام ١٧
وإنما لامرئ ما نوى»^(١). ودليلنا من جهة القياس أن هذا صوم فلم يصح إلا
بنية.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن المسألة تحتمل غير هذا،
وذلك أن يكون معنى قوله: فتصوم، فتمسك عن الأكل فى بقية يومها، ويكون
حكمها فى ذلك حكم من طرأ عليه العلم بأن اليوم من رمضان، فإن عليه أن يصوم
بقية اليوم، ثم يقضى.

ويحتمل وجهاً آخر أن تكون رأت الطهر، وهى تشك فى الفجر، فنوت الصوم، ثم
لم يتبين لها أمر الفجر حتى نامت، واستيقظت بعد الفجر، وقد فاتها تبين أمرها، فإن
عليها أن تصوم ذلك اليوم لأنها تجوز أنها قد أدركت وقت النية، وتقضيه لأنها تجوز
أنها لم تدركه، والله أعلم.

فصل: قوله «لا يصوم إلا من أجمع الصيام قبل الفجر»، منع الصوم دون نية قبل
الفجر، فإن نوى بعد الفجر، فالذى ذهب إليه مالك أن ذلك لا يجزئه فى فرض ولا
نفل. وقال أبو حنيفة: كل ما كان من الصوم معينا كرمضان والنذر المعين، فإنه يجزئ
صومه بنية قبل الزوال، وما كان غير معين، فإنه لا يجزئ إلا بنية قبل الفجر. وقال
الشافعى وأحمد: إن الفرض يفتقر إلى نية قبل الفجر والنفل يجزئه بنية قبل الزوال.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا صوم شرعى، فافتقر إلى نية قبل الفجر، أصله
مع أبى حنيفة غير المعين، وأصله مع الشافعى الفرض.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فوقت النية من وقت غروب الشمس من ليلة يوم الفطر إلى
طلوع الفجر منه، إذا كان قبله يوم فطر، فمن أراد أن ينوى صيام أول يوم من رمضان
أو غيره، فوقت ذلك من وقت غروب الشمس من ليلته إلى طلوع الفجر من يومه.

ووجه التوسعة فى ذلك أن وقت الدخول فى هذه العبادة غير متعين للمكلف، وهو
وقت نوم وغفلة، وفى ارتقاب ذلك مشقة بخلاف الصلاة، فإن كان ذلك فى غير
صوم معين زمنه، فنوى ذلك من أول ليلته، فله أن يرجع عن نيته ما لم يبلغ فجر يومه،
وإن كان فى ذلك صوم يتعين زمنه، فإن من شرط صحة النية أن يستصحبها إلى وقت
طلوع الفجر، وهو وقت الدخول فى الصوم.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ١. مسلم حديث رقم ١٩٠٧. الترمذى حديث رقم ١٦٤٧.
النسائى حديث رقم ٧٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٠١. ابن ماجه حديث رقم ٤٢٢٧.

١٨ كتاب الصيام

مسألة: ويجوز أن ينوى صوم جميع رمضان من أوله خلافاً لأبي حنيفة والشافعي.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «وإنما لامرئ ما نوى» وهذا قد نوى جميع الشهر، فوجب أن يكون له.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا عبادة تجب في العام مرة، فجاز أن تشملها نية كالزكاة.

فرع: فإن نوى صوماً متتابعاً أو معيناً غير متتابع، أو كان شأنه سرد الصيام، فليس عليه تبييت الصوم لكل يوم، قاله مالك في المختصر.

قال الشيخ أبو القاسم: ذلك في كل صيام متصل متتابع ككفارة القتل والظهار والنذر. وقال الشيخ أبو بكر: وهذا استحسان، والقياس أن عليه التبييت جواز فطره.

وجه ما قاله أبو بكر أن حكم نية الصوم لا تتقدم على زمان صومها إلا بزمان لا يجوز فيه فطر نهار، ولا يصبح فيه غير ذلك الصوم، ولذلك جاز أن يتقدم اليوم من أول ليلته، ولا يجوز أن يتحلل بينها وبين زمن صومها نهار يجوز فطره، ولا صومه من غير جنس ذلك الصوم، كما لا يجوز أن ينوى صيام يوم من رمضان في يوم من شعبان لما ذكرناه.

ووجه هذا القول الذي حكى عن مالك أنه إذا شرع في الصوم، وأزمه نفسه، صح أن ينوى منه ما شاء لأن الدخول فيه، والالتزام له، يجعله بمنزلة العبادة الواحدة في النية، ولا يعتبر بما تخلله من أزمته الصوم والفطر كما لا يعتبر بما تخلله من زمن الليل، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهل يجزئ الأداء عن القضاء، تخرج في ذلك وجهان، على اختلاف أقوال أصحابنا في الأسير إذا التبت عليه الشهور، فصام شعبان يعتقد أنه رمضان، فقد قال عبد الملك: يجزئه الشهر الثاني عن رمضان الأول لأنه قضاء عنه، وقد قيل لا يجزئه شيء من ذلك.

وأما نية القضاء عن نية الأداء، فيتخرج في ذلك أيضاً وجهان، على اختلاف أقوال أصحابنا، فيمن صام رمضان قضاء عن صوم رمضان عليه، فقد روى يحيى عن يحيى عن ابن القاسم: لا يجزئه لواحد منهما، وقاله أشهب في المجموعة.

قال الشيخ أبو محمد: هذا خلاف قول ابن القاسم في المدونة، وقد اختلف في

كتاب الصيام ١٩
تأويله، فقال أبو الفرج: إن معنى قول ابن القاسم في المدونة، أنه يجزئه عن الشهر الذي حضر، ويقضى الأول. وقال علي بن جعفر التلياني: معناه يجزئ عن الماضي، والله أعلم.

* * *

ما جاء في تعجيل الفطر

٥٧٨ - مَالِك، عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدِ السَّاعِدِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَزَالُ النَّاسُ بِخَيْرٍ مَا عَجَّلُوا الْفِطْرَ».

٥٧٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَرْمَلَةَ الْأَسْلَمِيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَزَالُ النَّاسُ بِخَيْرٍ مَا عَجَّلُوا الْفِطْرَ».

الشرح: قوله: «لا يزال الناس بخير»^(١) يريد ﷺ لا يزالون بخير في أمر دينهم ما فعلوا ذلك على سنة، وسبيل بر وتعجيل الفطر أن لا يؤخر بعد غروب الشمس على وجه التشدد والمبالغة، واعتقاد أنه لا يجزئ الفطر عند غروب الشمس على حسب ما تفعله اليهود.

وأما من أخر فطره باختياره لأمر عن له مع اعتقاده أن صومه قد كمل عند غروب الشمس، فلا يكره له ذلك، رواه ابن نافع عن مالك في المجموعة.

وقد روى أبو سعيد أنه سمع النبي ﷺ يقول: «لا تواصلوا فأيكم أراد أن يواصل فليواصل حتى السحر»^(٢).

٥٧٨ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم ١٨٢١. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٨٣٨. والترمذي في كتاب الصوم حديث رقم ٦٣٥. وابن ماجه في كتاب الصوم حديث رقم ١٦٨٧. وأحمد في المسند حديث رقم ٢١٧٣٩، ٢١٧٦٢، ٢١٧٧٩، ٢١٧٨٩. والدارمي في كتاب الصوم حديث رقم ١٦٣٧. وعبدالرزاق في المصنف برقم ٧٥٩٢، ٢٢٦/٤ عن سهل بن سعد الساعدي. والطبراني في الكبير ١٧٠/٦ عن سهل بن سعد الساعدي.

٥٧٩ - انظر التخریج السابق.

وقال ابن عبد البر في التمهيد ١٢٤/٥: لم يختلف الرواة عن مالك في إرسال هذا الحديث بهذا الإسناد، وهو متصل في الموطأ من حديث مالك، عن أبي حازم، عن سهل بن سعد. ويتصل أيضاً من غير رواية مالك من حديث سهل بن سعد، وأبي هريرة.

(*) لأبي داود من حديث أبي هريرة: «لا يزال الدين ظاهراً».

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ١٩٦٣، ١٩٦٧. أبو داود حديث رقم ٢٣٦١. أحمد في المسند حديث رقم ١٠٦٧١.

٢٠ كتاب الصيام

وروى ابن وهب عن مالك أنه قال: لا يواصل أحد من السحر إلى السحر. وقال ابن وهب: الأخذ بحديث النبي ﷺ أولى.

وجه ما ذهب إليه مالك أنه تأول الحديث: أيكم أراد تأخير الأكل لما منع منه من الأكل من شغل أو مداواة أو غير ذلك، فليؤخر إلى السحر، ولا يصل بين اليومين، وإن كان زمن الليل لا يصح صومه، بدليل أنه لا يصح إفراده بالصوم دون النهار، ويصح إفراد النهار بالصوم دونه، وتعلق في ذلك بحديث عبدالله بن عمر عن أبي أوفى أن النبي ﷺ قال: «إذا رأيت الليل قد أقبل من هاهنا فقد أفطر الصائم» فجعل مجيء الليل فطراً.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فتمام الصوم ووقت الفطر، هو إذا انقضى غروب الشمس، وكمل ذهاب النهار. والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وهذا يقتضى الإمساك إلى أول جزء من الليل، غير أنه لا بد من إمساك جزء من الليل ليتيقن صيام جميع أجزاء النهار، وبماذا يعتبر في ذلك، فأما المفرد أو من كان في مكان ليس فيه مؤذنون، فإنه إذا رأى الفجر قد طلع أمسك للصوم، وإذا رأى الشمس قد غربت أفطر.

وأما الأعمى، فإنه يعتبر في ذلك بقول من يثق به، وأما البصير الذى يكون فى الحضر أو فى المصر فيه المؤذنون، فقد روى ابن نافع عن مالك: أنه لا يأكل إذا كان أذانهم عند الفجر، وإن رأى هو الفجر، لم يطلع ولا يفطر حتى يؤذن، وإن رأى هو الشمس قد غربت لأنهم موكلون بذلك، وهم رعاته.

وروى عيسى عن ابن القاسم: يأكل ويشرب حتى يطلع الفجر، ولا ينتظر إلى مؤذن ولا مثوب إذا كان ممن يعرف الفجر، فكان فى موضع ينظر إليه، فإن كان فى موضع لا يرى الفجر، فليحتط، وكذلك الفطر إذا غربت الشمس، ولم يشك، فإذا شك، فليحتط ولا ينتظر المؤذن، كان فى موضع فيه مؤذنون أو لم يكن. قال عيسى: وأمرنى أن أكتبه، وذلك كله فى المدينة.

٥٨٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ كَانَا يُصَلِّيَانِ الْمَغْرِبَ حِينَ يَنْظُرَانِ إِلَى اللَّيْلِ الْأَسْوَدِ قَبْلَ أَنْ يُفْطِرَا ثُمَّ يُفْطِرَانِ بَعْدَ الصَّلَاةِ، وَذَلِكَ فِي رَمَضَانَ.

الشرح: قوله: «كانا يصليان المغرب حين ينظران إلى الليل الأسود»، يريد حين كانا يريان في أفق المشرق، وذلك عند غروب الشمس، وهو معنى قوله ﷺ: «وإذا رأيت الليل قد أقبل من هاهنا، فقد أفطر الصائم»^(*) فكان عمر وعثمان إذا رأيا سواد الليل في أفق المشرق تيقنا غروب الشمس في أفق المغرب، يشرعان في صلاة المغرب لأنه لا خلاف أن تعجيلها مشروع، فكانا يبدآن بالعبادة، فإذا فرغا من الصلاة أفطرا، وليس هذا بتأخير للفطر؛ لأن التأخير إنما كره ممن أخره إلى اشتباك النجوم على وجه المبالغة، ولم يؤخر للمبادرة إلى عبادة.

* * *

ما جاء في صيام الذي يصبح جنباً في رمضان

٥٨١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَعْمَرِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَبِي يُونُسَ مَوْلَى عَائِشَةَ، عَنْ عَائِشَةَ «أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ وَقِفٌ عَلَى الْبَابِ وَأَنَا أَسْمَعُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصْبِحُ جُنْبًا، وَأَنَا أُرِيدُ الصِّيَامَ، فَقَالَ ﷺ: «وَأَنَا أَصْبِحُ جُنْبًا وَأَنَا أُرِيدُ الصِّيَامَ، فَأَغْتَسِلُ وَأَصُومُ» فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّكَ لَسْتَ مِثْلَنَا قَدْ غَفَرَ اللَّهُ لَكَ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِكَ وَمَا تَأَخَّرَ، فَغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: «وَاللَّهِ إِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَكُونَ أَحْشَاكُمْ لِلَّهِ، وَأَعْلَمَكُمْ بِمَا أَتَقَى».

الشرح: قوله: «إني أصبح جنباً، وأنا أريد الصيام»، معناه أنه قد نوى الصيام وقت تصح نيته، ويصبح جنباً، فكان سؤاله نحن حدث الجنابة، هل يمنع صحة الصيام أم لا؟ فأجابه النبي ﷺ أنه يفعل هذا فيغتسل ويصوم، ولا يمنعه حدث الجنابة من صحة صومه.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ١٩٤١، ١٩٥٤. مسلم حديث رقم ١١٠٠، ١١٠١. أبو داود حديث رقم ٢٣٥٢. أحمد في المسند حديث رقم ١٩٣، ٣٤٠.

٥٨١ - أخرجه البخاري في كتاب الإيمان حديث رقم ١٩. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٨٦٨. وأبو داود في كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٤١. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٣١٤٧، ٢٣١٨٣، ٢٣٢٤٩، ٢٤٠٦٩. والبيهقي في الكبرى ٢١٣/٤ عن عائشة. وذكره في الكنز برقم ٥٣٢٩ وعزاه السيوطي لمسلم وأبي داود عن عائشة.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٢٦/٥: هكذا روى يحيى هذا الحديث مرسلًا، وهي رواية عبيدالله ابنه عنه، وأما ابن وضاح في روايته عن يحيى في الموطأ، فإنه جعله عن عائشة، فوصله وأسنده، وكذلك هو عند جماعة الرواة للموطأ مستندًا عن عائشة، منهم: ابن القاسم، والقعنبي، وابن بكير، وأبو المصعب، وعبدالله بن يوسف، وابن عبدالحكم، وابن وهب.

٢٢ كتاب الصيام

وفى ذلك دليل للرجل من وجهين، أحدهما: أن النبي ﷺ كان يفعله، وقد أمرنا باتباعه والافتداء به، فقال تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ﴾ [الأعراف: ١٥٨] والوجه الثانى: أن السائل سأله عن مسألة، فأجابه النبي ﷺ بمثل ذلك من حال نفسه، وهذا يدل على أن حكمه ﷺ فى ذلك حكم السائل، ولو اختلف حكمهما فى هذه المسألة لما جاز أن يجيبه بمثل هذا أنه يفعله هو، ويجزئه.

فصل: وقول الرجل: «لست مثلنا قد غفر لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر»، وإن كان على معنى شدة الإشفاق وكثرة الخوف والتوقى، إلا أن ظاهره يقتضى أن يعتقد فى النبي ﷺ ارتكاب ما شاء من المحظور المحرم علينا لأنه قد غفر الله له، ولعله أن يكون قد أراد الله تعالى أن يحل لرسوله ما شاء، فأتى بهذا اللفظ الذى ظاهره أشد من مراده.

وقد روى: لسنا مثلك يحل الله لرسوله ما شاء.

وهذا أيضاً يقتضى أن يرد عليه النبي ﷺ قوله لأن قوله هذا يمنع الأمة أن تقتدى بالنبي ﷺ فى شىء من أفعاله.

فصل: وقوله: «ففضب رسول الله ﷺ» يحتمل أن يكون لما ظهر من قوله ولما منع من الاقتداء بالنبي ﷺ وقال: «والله إني لأرجو أن أكون أخشاكم لله وأعلمكم بما أتقى» معنى ذلك والله أعلم، أن ما غفر من ذنبي لا يمنعنى أن أكون أخشاكم لله بل أنا أخشاكم وأمن خشيتي له إني أعلمكم بما أجتنب وأنتم لا تعلمون فلا بد من الاقتداء.

٥٨٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ

٥٨٢ - أخرجه البخارى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٧٩١. ومسلم فى كتاب الصيام حديث رقم ١٨٦٤. والترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٧١٠. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٤٠. وابن ماجه حديث رقم ١٦٩٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٩٣٣، ٢٢٩٤٥، ٢٢٩٧٥، ٢٤٩٩٦، ٢٥٤٠٧. والدارمى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٦٦٢. والطبرانى فى الكبير ٢٩٣/١٨.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٢/٥: هكذا يروى مالك هذا الحديث عن عبد ربه بن سعيد، عن أبى بكر بن عبد الرحمن، عن عائشة وأم سلمة، وخالفه عمرو بن الحارث فرواه عن عبد ربه ابن سعيد، عن عبد الله بن كعب، عن أبى بكر بن عبد الرحمن: أخبرنا محمد بن إبراهيم، قال: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا أحمد بن شعيب، قال: حدثنا أحمد بن الهيثم قاضى الثغر، قال: حدثنا حرملة، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنى عمرو، عن عبد ربه - وهو ابن سعيد -

الْحَارِثُ بْنُ هِشَامٍ، عَنْ عَائِشَةَ وَأُمِّ سَلَمَةَ زَوْجَيِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُمَا قَالَتَا: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُصْبِحُ جُنُبًا مِنْ جِمَاعٍ غَيْرِ احْتِلَامٍ فِي رَمَضَانَ ثُمَّ يَصُومُ.

الشرح: قولهما: «كان رسول الله ﷺ يصبح جنبًا من جماع غير احتلام في رمضان ثم يصوم»^(١)، على معنى الإبلاغ في البيان ورفع الإشكال لما كان وقع في ذلك من الاختلاف على ما يأتي بعد ذلك، فاضطرتنا إلى المبالغة في البيان لزوال الشبهة. ووجوه الاحتمال وتخليص الحديث حجة في موضع الاختلاف، وذلك أن الأحداث كلها لا تمنع صحة الصوم، سواء كانت عن عمد أو غير عمد، وكان أبو هريرة يقول: إن من أصبح جنبًا من جماع غير احتلام لم يصح صومه، فزال ذلك الخلاف بخبر عائشة وأم سلمة وهما أعلم بهذا لمكانهما من رسول ﷺ، واطلاعهما في ذلك على حاله، ومعرفةهما بما يخفى على الناس من أمره.

مسألة: وأما حدث الحيض، فقد قال مالك: إنه لا يمنع صحة الصوم، وعليه جمهور الفقهاء سواء أخرجت الغسل عمدًا أو غير عمد. وقال محمد بن مسلمة: إنه يمنع صحة الصوم.

ودلينا على صحة قول الجمهور أم حدث هذا زال موجه قبل الفجر، فلا يمنع بقاء حكمه صحة الصوم كحدث الجنابة. وفي المجموعة من رواية ابن القاسم وابن وهب عن مالك: إنما ذلك في التي ترى الطهر قبل الفجر، فتأخذ في الغسل دون توان، فلا يكمل غسلها حتى يطلع الفجر، فإنها كالحائض، قاله عبد الملك، فجعل من شرط جواز الصوم إمكان الغسل قبل الفجر. قال الشيخ أبو إسحاق: تصوم ويجزئها. وفيها قول آخر: أنها تفتطر، وليست كالجنب.

٥٨٣ - مَالِكُ، عَنْ سُمَيِّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ

= عن عبدالله بن كعب الحميري، أن أبا بكر حدثه أن مروان أرسله إلى أم سلمة يسألها عن الرجل يصبح جنبًا يصوم، فقالت: «كان رسول الله ﷺ يصبح جنبًا من جماع لا حلّم، ثم لا يفطر ولا يقضى».

(١) قول: «من جماع غير احتلام» قال السيوطي: قصدت بذلك المبالغة في الرد والنفي على إطلاقه لا مفهوم له لأنه ﷺ كان لا يحتلم إذا احتلام من الشيطان وهو معصوم منه. انظر: تنوير الحوالك ٢١٤.

٥٨٣ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم ١٧٩١، ١٧٩٥، ١٧٩٦. ومسلم في-

أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا بَكْرٍ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ يَقُولُ: كُنْتُ أَنَا وَأَبِي عِنْدَ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ، فَذَكَرَ لَهُ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: مَنْ أَصْبَحَ جُنُبًا أَفْطَرَ ذَلِكَ الْيَوْمَ، فَقَالَ مَرْوَانُ: أَقْسَمْتُ عَلَيْكَ يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ لَتَذْهَبَنَّ إِلَيَّ أُمِّي الْمُؤْمِنِينَ عَائِشَةَ وَأُمُّ سَلَمَةَ، فَلْتَسْأَلْنَهُمَا عَنْ ذَلِكَ، فَذَهَبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ، وَذَهَبَتْ مَعَهُ، حَتَّى دَخَلْنَا عَلَى عَائِشَةَ فَسَلَّمْ عَلَيْهَا، ثُمَّ قَالَ: يَا أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّا كُنَّا عِنْدَ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، فَذَكَرَ لَهُ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: مَنْ أَصْبَحَ جُنُبًا أَفْطَرَ ذَلِكَ الْيَوْمَ. قَالَتْ عَائِشَةُ: لَيْسَ كَمَا قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ، أَرْتَرِغِبُ عَمَّا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَصْنَعُ؟ فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ: لَا وَاللَّهِ، قَالَتْ عَائِشَةُ: فَأَشْهَدُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ كَانَ يُصْبِحُ جُنُبًا مِنْ جَمَاعٍ غَيْرِ احْتِلَامٍ ثُمَّ يَصُومُ ذَلِكَ الْيَوْمَ. قَالَ: ثُمَّ خَرَجْنَا حَتَّى دَخَلْنَا عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ، فَسَأَلَهَا عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَتْ مِثْلَ مَا قَالَتْ عَائِشَةُ. قَالَ: فَخَرَجْنَا حَتَّى جِئْنَا مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ، فَذَكَرَ لَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ مَا قَالْتَا، فَقَالَ مَرْوَانُ: أَقْسَمْتُ عَلَيْكَ يَا أَبَا مُحَمَّدٍ لَتَرْكِبَنَّ دَائِبِي، فَإِنَّهَا بِالْبَابِ، فَلْتَذْهَبَنَّ إِلَيَّ أَبِي هُرَيْرَةَ، فَإِنَّهُ بَارِضِيهِ بِالْعَقِيقِ، فَلْتُخْبِرَنَّهُ ذَلِكَ، فَرَكِبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ، وَرَكِبَتْ مَعَهُ، حَتَّى آتَيْنَا أَبَا هُرَيْرَةَ، فَتَحَدَّثَ مَعَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ سَاعَةً ثُمَّ ذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ لَهُ أَبُو هُرَيْرَةَ: لَا عِلْمَ لِي بِذَلِكَ إِلَّا مَا أَخْبَرَنِيهِ مُخْبِرٌ.

= كتاب الصيام حديث رقم ١٨٦٤، ١٨٦٥، ١٨٦٦، ١٨٦٧، ١٨٦٨، ١٨٦٩. والترمذي في كتاب الصوم حديث رقم ٧١٠، وكتاب الحج حديث رقم ٧٧٩. وأبو داود في كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٤٠، وكتاب الجهاد حديث رقم ٢٣٨٨، ٢٣٨٩. وابن ماجه في كتاب الصيام حديث رقم ١٦٩٢، ١٦٩٣، ١٦٩٤، ١٧٠٣، ١٧٠٤. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٢٩٣٣، ٢٢٩٤٥، ٢٢٩٧٥، ٢٣٢٤٩، ٢٣٢٩٢، ٢٣٥٤٠، ٢٣٥٦٤، ٢٣٦٦٢، ٢٤٠٦٩، ٢٤١٩٩، ٢٤٣١٩، ٢٤٣٣٤، ٢٤٣٩٣، ٢٤٤٩٣، ٢٤٦٢٧، ٢٤٦٦٩، ٢٤٧٣٣، ٢٤٨٨٨، ٢٤٩٥٧، ٢٤٩٩٦، ٢٥٠٩٥، ٢٥١٦٨، ٢٥٢٧٦، ٢٥٤٠٧، ٢٥٤٣٠، ٢٥٤٤١. والدارمي في كتاب الصوم حديث رقم ١٦٦٢، وكتاب المناسك حديث رقم ١٧٢٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٣٣/٥: هذا الإسناد أثبت أسانيد هذا الحديث، وهو حديث جاء من وجوه كثيرة متواترة صحاح.

٥٨٤ - مَالِك، عَنْ سُمَى مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ وَأُمِّ سَلَمَةَ زَوْجَي النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُمَا قَالَتَا: إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيُصْبِحُ حُبًّا مِنْ جَمَاعٍ غَيْرِ احْتِلَامٍ ثُمَّ يَصُومُ.

الشرح: قوله: «كنا عند مروان، فذكر له أن أبا هريرة يقول: إن من أصبح جنباً أفر ذلك اليوم»، دليل على تذاكرهم بالعلم في مجالس علمائهم وأمرائهم، وتحفظهم لأقوال الناس فيه.

وقوله لعبدالرحمن بن الحارث: «أقسمت عليك لتذهبن إلى أمي المؤمنين، فلتسألنهما»، حرص على معرفة السنة، وموجب الشريعة، سؤال من يظن أنه أعلم بحكم الحادثة المختلف فيها، ولذلك خص عائشة وأم سلمة رضي الله عنهما بالسؤال.

فصل: وقول عائشة، وقد ذكر لها قول أبي هريرة: «ليس كما قال أبو هريرة»، هو الواجب من الرد ليس فيه أذى لأبي هريرة، ولا تقصير عن إنكار الباطل، لاسيما فيما عندها فيه النص الذي لا تحل مخالفته، ثم قالت له على سبيل التشديد عليه وإنكار التعلق بما أورد عليها من قول أبي هريرة: «أترغب عما كان رسول الله ﷺ يصنع»، وهذا لما استقر عندهم وأجمعوا عليه من أن الاقتداء بالنبي ﷺ واجب لازم لا يسوغ غيره، ثم ذكرت ما عندها من علم ذلك، وقالت: «أشهد على رسول الله ﷺ أنه كان يصبح جنباً من جماع غير احتلام، ثم يصوم ذلك اليوم»، وإنما بينت ذلك لأنه مختلف فيه، وأما الاحتلام فلا يمنع صحة الصوم هو ولا حديثه.

فصل: وقوله عن أم سلمة: «فقلت مثل ما قالت عائشة رضي الله عنها»، يريد أنها وافقتها في الحكم ولعلها لم تأت بمثل تلك الألفاظ.

وقول مروان: «أقسمت عليك لتخبرن أبا هريرة بذلك»، على وجه الاستقصاء لهذه القضية ليعلم ما عند أبي هريرة في ذلك، وربما كان عنده في ذلك نص يحتمل أن يكون ناسخاً ومنسوخاً أو يوجب تخصيصاً أو تأويلاً.

فصل: تحدث عبدالرحمن مع أبي هريرة قبل أن يذكر له ذلك من حسن الأدب

٥٨٤ - أخرجه البخارى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٧٩١. ومسلم فى كتاب الصيام حديث رقم ١٨٦٤. والترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٧١٠. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٤٠. وابن ماجه حديث رقم ١٦٩٤، ١٦٩٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٩٢٣، ٢٢٩٤٥، ٢٢٩٧٥، ٢٤٩٩٦، ٢٥٤٠٧. والدارمى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٦٦٢.

٢٦ كتاب الصيام
وتقديم التائيس، وقول أبي هريرة: «لا علم لي بذلك»، منه للحكم، وانقياد للحق إذ
جاءه من النص عن النبي ﷺ ما لا يمكن رفعه من عند من لا يشك في ثقته ولا حفظه
وعلمه، ولا سيما في مثل هذا الحكم.

وقول أبي هريرة: إنما أخبرني مخبراً أبعد الأصل قوله، والمخبر الذي أخبره هو الفضل
ابن العباس. وقد روى عن أبي هريرة رجوعه عن ذلك.

قال سعيد بن المسيب: إن أبا هريرة ترك فتياه بعد ذلك، ويؤكد حديث عائشة وأم
سلمة قوله تعالى: ﴿فَالآنَ بَاشِرُوهُمْ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى
يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ [البقرة: ١٨٧] فأباح الوطء
إلى تبين الفجر، ومن فعل هذا لم يكن اغتساله إلا بعد الفجر.

* * *

ما جاء في الرخصة في القبلة للصائم

٥٨٥ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَجُلًا قَبَلَ امْرَأَتَهُ،
وَهُوَ صَائِمٌ فِي رَمَضَانَ، فَوَجَدَ مِنْ ذَلِكَ وَجْدًا شَدِيدًا، فَأَرْسَلَ امْرَأَتَهُ تَسْأَلُ لَهُ عَنْ
ذَلِكَ، فَدَخَلَتْ عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهَا، فَأَخْبَرَتْهَا أُمُّ سَلَمَةَ
أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقْبَلُ، وَهُوَ صَائِمٌ، فَرَجَعَتْ فَأَخْبَرَتْ زَوْجَهَا بِذَلِكَ، فَزَادَهُ ذَلِكَ
شَرًّا، وَقَالَ: لَسْنَا مِثْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَاللَّهِ، يُحِلُّ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَا شَاءَ ثُمَّ رَجَعَتْ
امْرَأَتُهُ إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ، فَوَجَدَتْ عِنْدَهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا
لِهَذِهِ الْمَرْأَةِ» فَأَخْبَرَتْهُ أُمُّ سَلَمَةَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَلَا أَخْبَرْتِيهَا أَنِّي أَفْعَلُ ذَلِكَ»
فَقَالَتْ: قَدْ أَخْبَرْتَهَا فَذَهَبَتْ إِلَى زَوْجِهَا فَأَخْبَرَتْهُ فَزَادَهُ ذَلِكَ شَرًّا، وَقَالَ: لَسْنَا مِثْلَ
رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَاللَّهِ يُحِلُّ لِرَسُولِهِ ﷺ مَا شَاءَ، فَغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: «وَاللَّهِ
إِنِّي لَأَتَقَاكُمْ لِلَّهِ وَأَعْلَمُكُمْ بِحُدُودِهِ».

٥٨٥ - أخرج نحوه مسلم ٧٧٩/٢ كتاب الصيام، باب ١٢ عن عمرو بن أبي سلمة. والبيهقي في
الكبرى ٢٣٥/٤ عن عمرو بن أبي سلمة.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٣٨/٥: هذا الحديث مرسل عند جميع رواة الموطأ، عن مالك،
وهذا المعنى أن رسول الله ﷺ كان يقبل وهو صائم، صحيح من حديث عائشة، وحديث أم
سلمة، وحديث حفصة؛ يروى عنهن كلهن وعن غيرهن، عن النبي ﷺ من وجوه ثابتة.

الشرح: قوله: «فوجد من ذلك وجدًا شديدًا»، يريد حزن وأشفق أن يكون ذلك محظورًا، ولعله وقت أن قبل غفل عن النظر في ذلك، ثم تذكر فأشفق من فعله له، وظن أنه ممنوع، فأرسل امرأته تسأل له عن ذلك، فسألت أم سلمة، فأخبرتها بفعل النبي ﷺ إذ هو القدوة والأسوة، وإذا لا يفعل المحظور ولا يأتيه.

فصل: وقوله: «فزاده ذلك شرًا»، يقتضى أنه استدام الأسف والحزن، فكان ذلك زيادة على حزنه المتقدم قبل السؤال إذ لم يأتيه بما يقنعه، ويؤمن من خوفه مما كان يعتقد أنه أثم به، فيكون معنى: زاده هنا أدام الأسف والحزن، ولم يزل ما سمع فى ذلك من قول النبي ﷺ، ويحتمل أن يكون معنى زاده ذلك حزنًا، اشتد حزنه لما يقوى عنده من سند الحظر حين لم يكن عند أم سلمة من الإباحة غير ما أخبرته، ولم يكن ذلك عنده يقتضى الإباحة له.

فصل: وقوله: «فرجعت امرأته لتسأل له»، هل هذا الحكم مما يقتدى فيه بالنبي ﷺ أم لا؟ وقول النبي ﷺ لأم سلمة: «قد علمت فعل النبي ﷺ فى مثل هذا»، فكان يجب عليها أن تخبرها بذلك، وفيه المنع، ولعله ﷺ ظن أن أم سلمة لم تخبرها بذلك فأنكر عليها ذلك ونهها على الإخبار بأفعاله؛ إذ هى السنن، وإنما يؤخذ أكثر هذه المعانى عن أزواج النبي ﷺ، ويجب عليهن أن يخبرن بذلك ليقتندى الناس برسول الله ﷺ فى ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَأذْكُرْنَ مَا يُتْلَىٰ فِي بُيُوتِكُنَّ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ وَالْحِكْمَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ لَطِيفًا خَبِيرًا﴾ [الأحزاب: ٣٤] فلما علم أن أم سلمة قد أعلمتها بفعله ﷺ، وأنه قد اعتقد أن حكمه فى ذلك غير حكم النبي ﷺ غضب ﷺ إنكارًا لقوله، ولترك التأسى به، وقال: «إني والله لأتقاكم لله وأعلمكم بمحدوده».

٥٨٦ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا قَالَتْ: إِنَّ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيَقْبَلُ بَعْضَ أَزْوَاجِهِ وَهُوَ صَائِمٌ ثُمَّ ضَحِكَتُ.

٥٨٦ - أخرجه البخارى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٧٩٢، ١٧٩٣. ومسلم فى كتاب الصيام حديث رقم ١٨٥٤. والترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٦٥٩، ٦٦١. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٣٤، ٢٠٣٥، ٢٠٣٦. وابن ماجه حديث رقم ١٦٧٣، ١٦٧٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٩٨١، ٢٣٠٠٠، ٢٣٥٢٥، ٢٣٧٦٩، ٢٣٨٠٢، ٢٣٨٤٠، ٢٤٠٧١، ٢٤٤١٢، ٢٤٤٢٢، ٢٤٤٧٣، ٢٤٤٦١٧، ٢٤٦٦٣، ٢٤٧٦٣، ٢٤٧٧٥، ٢٤٨٥٢، ٢٤٩٩٤، ٢٥٠١٩، ٢٥٠٦٨، ٢٥٢٠٨. والدارمى فى كتاب المقدمة ٦٣٢، وكتاب الصوم ١٦٥٩.

٢٨ كتاب الصيام

الشرح: قولها: «يقبل بعض أزواجه، وهو صائم»، دليل على أن القبلة لا تمنع صحة الصوم، ولا خلاف في ذلك إلا أنه يكره لمن لا يأمن نفسه، ولا يملكها لثلاث تكون سبباً إلى ما يفسد الصوم، والمباشرة تجرى في ذلك مجرى القبلة لأنهما مما يلتذ بهما من باب الاستمتاع، وربما سبباً ما لا يملك من مذى أو منى.

فصل: وقوله: «ثم ضحكك»^(١)، يحتمل أن تكون عائشة تضحك عند ذلك لما كانت تخبر عن مثل هذا، ولعلها هي المخبر عنها، والنساء لا يحدثن الرجال عن أنفسهن بمثل هذا، فكانت تتبسم من إخبارها لحاجة الناس إلى معرفة هذا الحكم، ويحتمل أن تشير بضحكها إلى أنها هي المخبر عنها لتحقق معرفتها بما أخبرت به عنه ﷺ.

وقال الداودي: يحتمل أن تضحك تعجباً ممن يخالفها في ذلك ويحتمل أن تستذكر حب النبي ﷺ إياها، فتضحك سروراً بذلك وما قدمناه أولى وأظهر، والله أعلم وأحكم.

٥٨٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عَاتِكَةَ ابْنَةَ زَيْدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ نُفَيْلِ امْرَأَةَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ كَانَتْ تُقْبَلُ رَأْسَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَهُوَ صَائِمٌ فَلَا يَنْهَاهَا.

الشرح: قولها: «إنها كانت تقبل رأس عمر بن الخطاب، وهو صائم»، يحتمل أن تفعل ذلك على وجه الالتذاذ، ويحتمل أن تفعله على وجه الإكرام والبر.

وقوله: «وهو صائم»، لا يدل على أنها هي صائمة لجواز أن تكون حائضاً في وقت صومه في رمضان أو يكون صومه في غير رمضان، ولكنه يستدل على أن المباشرة لا تفسد الصوم بأن عمر لم يمنعها من ذلك خوفاً على صومه للالتذاذ بمباشرتها لشيء من جسده، ولكنه لما عرف من نفسه ملكها في مثل هذا لم يمنعها من ذلك ولم ينهها، ولعله قد التذ بفعلها.

٥٨٨ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَائِشَةَ بِنْتَ طَلْحَةَ

(١) قال السيوطي: زاد ابن أبي شيبة من طريق شريك عن هشام في هذا الحديث فظننا أنها هي وبذلك عرفنا حكمة ضحكها إشارة إلى أنها صاحبة القصة ليكون أبلغ في الثقة بها. انظر: تنوير الحوالك ٢١٥.

٥٨٧ - انفرد به مالك.

٥٨٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٠٨.

أَخْبَرْتُهُ أَنَّهَا كَانَتْ عِنْدَ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ فَدَخَلَ عَلَيْهَا زَوْجُهَا هُنَالِكَ، وَهُوَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ، وَهُوَ صَائِمٌ، فَقَالَتْ لَهُ عَائِشَةُ: مَا يَمْنَعُكَ أَنْ تَذُنُوَ مِنْ أَهْلِكَ فَتُقْبَلَهَا وَتُتْلَعِهَا، فَقَالَ: أُقْبَلُهَا وَأَنَا صَائِمٌ؟ قَالَتْ: نَعَمْ.

الشرح: قولها: «ما يمنعك أن تذنو من أهلك، فتقبلها وتلاعبيها»، قصداً لتعليمه مثل هذا الحكم، وإعلامه بجوازه، وأن الصوم لا يفسد بذلك، ولم تقصد بذلك أمره لأن أحداً لا يؤمر بمثل هذا، وإنما هو موقف على اختيار فاعله، وليس في ذلك إباحة لتقبيله إياها بحضرة عائشة وغيرها لأن هذا مما يجب أن يستتر به ولا يفعل بحضرة أحد، وإنما سألته عن المانع من ذلك إن كان الصوم أو غيره، ولعله قد بلغها ذلك عنه، فأرادت أن تعلمه بأنه غير مانع.

فصل: وقوله: «أقبلها وأنا صائم؟»، إظهار للأمر الذي كان يعتقد أنه مانعه مما أباحته له، فقالت له: «نعم»، ولم تعد عليه الحض على الملاعبة والتقبيل بعد أن كملت تعليمه الحكم، فثبت أنها إنما قصدت التعليم دون الحض على الملاعبة.

ولعل عائشة قد علمت من عبدالله هذا ملكه لنفسه عند مثل هذا بخبر زوجه أو غيرها، فلذلك أباحته له.

وروى ابن وهب في موطئه عن مالك: أما القبلة في التطوع، فأنا أرجو أن يكون ذلك واسعاً، وأما في الفريضة، فإن ترك ذلك أحب إلي، وليس في حديث عائشة من هذا الوجه ما يدل على نقل ولا فرض^(١).

(١) قال في الاستذكار: قد أجمع العلماء على أن من كره القبلة لم يكرهها لنفسها، وإنما كرهها خشية ما تحمل إليه من الإنزال، وأقل ذلك المذى. ولم يختلفوا في أن من قبل وسلم من قليل ذلك وكثيره فلا شيء عليه. ومن قال بإباحة القبلة للصائم: عمر بن الخطاب، وسعد بن أبي وقاص، وأبو هريرة، وأب عباس، وعائشة. وبه قال عطاء، والشعبي والحسن، وهو قول أحمد وإسحاق، وداود. وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا بأس بالقبلة للصائم إذا كان يأمن على نفسه. قالوا: وإن قبل وأمنى فعليه القضاء ولا كفارة عليه. وهو قول الثوري، والحسن بن حي، والشافعي، وكلهم يقول: من قبل فأمنى فليس عليه غير القضاء. وقال ابن عليه: لا تفسد القبلة الصوم إلا أن ينزل الماء الدافق.

قال أبو عمر: لا أعلم أحداً رخص في القبلة للصائم إلا وهو يشترط السلامة مما يتولد منها، وأن من يعلم أنه يتولد عليه منها ما يفسد صومه وجب عليه اجتنابها، ولو قبل فأمنى لم يكن عليه شيء عند الشافعي، وأبي حنيفة، والثوري، والأوزاعي، وابن عليه. وأما أحمد، والشافعي فلا=

٣٠ كتاب الصيام

٥٨٩ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ وَسَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ كَانَا يُرَخِّصَانِ فِي الْقُبْلَةِ لِلصَّائِمِ.

الشرح: قوله: «كانا يرخصان»، دليل على أن الباب يتعلق به منع، ولولا ذلك لكان مطلقاً مباحاً، وإنما يكون رخصة ما يتعلق ببابه المنع وأرخض في شيء منه لأمر ما.

* * *

ما جاء في التشديد في القبلة للصائم

٥٩٠ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ إِذَا ذَكَرَتْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقْبَلُ وَهُوَ صَائِمٌ تَقُولُ: وَأَيْكُمْ أَمَلِكُ لِنَفْسِهِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

الشرح: قولها: «إن رسول الله ﷺ كان يقبل وهو صائم»، تقول: «وأياكم أملك لنفسه من رسول الله ﷺ»، تنبيه على أن القبلة قد تؤول بصاحبها إلى إفساد الصوم، وأن النبي ﷺ إن كان يقبل، فإنه كان يملك نفسه ملكاً لا يجوز معه إفساد صومه، فمن يملك نفسه هذا الملك حتى يقتدى به في استئذان القبل، ولا تبقى على نفسه عاقبته، وأما من قد وقع منه هذا الفعل فسلم فلا شيء عليه، ولا يفسد صومه لأن النبي ﷺ كان يفعل ذلك ولا يفسد صومه.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ: قَالَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ: قَالَ عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ: لَمْ أَرَ الْقُبْلَةَ لِلصَّائِمِ تَدْعُو إِلَى خَيْرٍ.

الشرح: قوله: «لم أرا القبلة تدعو إلى خير»، يريد أنها من دواعي الجماع والإنزال،

=يريان الكفارة إلا على من جامع فأولج، أو أنزل ناسياً عند أحمد، وعند الشافعي عامداً. وقال مالك: لا أحب للصائم أن يقبل، فإن قبل في رمضان، فأنزل، فعليه القضاء والكفارة، وإن قبل فأمذى فعليه القضاء ولا كفارة عليه. والمتأخرون من أصحاب مالك البغداديون يقولون: إن القضاء هاهنا استحباب.

٥٨٩ - انفرد به مالك.

٥٩٠ - أخرجه البخاري موصولاً ٦٩/٣ كتاب الصوم، باب المباشرة للصائم عن عائشة. ومسلم ٧٧٧/٢ كتاب الصيام، باب ١٢ عن عائشة. وأبو داود برقم ٢٣٨٢، ٣٢٢/٢ كتاب الصوم، باب القبلة للصائم عن عائشة. والترمذي برقم ٧٢٩، ٩٨/٣ كتاب الصوم باب ٣٢ عن عائشة. وابن ماجه برقم ١٦٨٤، ٥٣٨/١ كتاب الصيام، باب ١٩ عن عائشة. وعبد الرزاق في المصنف برقم ٧٤٠٦، ١٨٢/٤ عن ابن المسيب. والبيهقي في السنن الكبرى ٢٣٠/٤ عن عائشة.

كتاب الصيام ٣١
وهذا مما يفسد الصوم، فليس في قصدها والفعل بها لمن لا يملك نفسه، إلا التفرغ
بصومه، وأما من ملك نفسه وعرف منها الانقياد على كل حال، فلا حرج عليه فيها
لما تقدم ذكره.

وفي المجموعة، قال ابن القاسم: شدد مالك في القبلة للصائم في الفرض والتطوع.
وروى ابن حبيب عن مالك أنه شدد في القبلة في الفريضة وأرخص فيها في
التطوع، وتركها أحب إليه من غير ضيق.

وجه رواية ابن القاسم أن ما يمنع منه صوم الفرض يمنع صوم التطوع كسائر الموانع.

٥٩١ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ
سُئِلَ عَنِ الْقُبْلَةِ لِلصَّائِمِ فَأَرْخَصَ فِيهَا لِلشَّيْخِ وَكَرِهَهَا لِلشَّابِّ.

الشرح: قوله: «سئل عن القبلة، فأرخص فيها للشيخ، وكرهها للشاب»، إنما ذلك
لأن الشيخ في الغالب يملك نفسه لأنه ليس فيه من الشهوة والشدة إلى معاني الجماع
ما في الشاب، فهو يأمن من عاقبة القبلة، ولا يتيقن أن يتسبب منها ما يفسد صومه.
وأما الشاب فلا يقدر في الغالب على ملك نفسه لحدته وشرهه إلى أمر النساء وقوة
شهوته، فرمما أفضى به الأمر إلى أن يمتحن لإفراط الشهوة عليه، فيفسد صومه، وإنما هذا
على الغالب من أحوال الناس، وقد يكون في الشباب من يأمن هذا ويملك نفسه فيه،
فلا جناح عليه.

٥٩٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَنْهَى عَنِ الْقُبْلَةِ وَالْمُبَاشَرَةِ^(١)
لِلصَّائِمِ^(٢).

٥٩١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦١١. الشافعي في الأم ٩٨/٢. البيهقي في الكبرى
٢٣٣/٤. عبد الرزاق في المصنف ١٨٥/٤. وذكره الهيثمي في المجمع ١٦٦/٣ عن ابن عباس،
وعزاه للطبراني في الكبير.

٥٩٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦١٢. وذكره الهيثمي في المجمع مرفوعاً إلى النبي
عن أبي هريرة ١٦٦/٣ وعزاه للطبراني في الأوسط.

(١) المباشرة: المعاشرة فيما دون الجماع.

(٢) قال في الاستذكار ٦٢/١٠: ومن كره القبلة للصائم: ابن مسعود، وابن عباس. روى
فضيل بن مرزوق عن عطية، عن ابن عباس في القبلة للصائم، قال: إن عروق الخصيتين معلقة
بالأنف، فإن وجد الريح تحرك ودعى إلى ما هو أكثر، والشيخ أملك لإربه.

٣٢ كتاب الصيام

الشرح: نهيه عن القبلة والمباشرة لما قدمناه من خوف ما يحدث عنها، فإن قبل وسلم، فلا شيء عليه، وكذلك إن باشر، فإن قبل أو باشر، فانعظ، ولم يخرج من قبله، فروى ابن القاسم عن مالك في الحمديسية: عليه القضاء. وروى ابن وهب عن مالك: لا قضاء عليه حتى يمضى.

وجه الرواية الأولى أن الانعاط لا يكون إلا مع لذة شديدة، ويتيقن معه انفصال الماء عن موضعه، فلا يتيقن أداء العبادة وسلامتها مما يفسدها، فلا بد من القضاء. ووجه رواية ابن وهب أن اللذة غير مراعاة لأن الإنسان لا يكاد يستبد منها، ولو روعى سلامة الصوم منها لبطل أكثر الصوم، ولو بلغت اللذة مبلغاً يخاف منه انفصال الماء لما سلم من المذى، فإذا عرا من المذى علمنا أنها لذة يسيرة لا ينفصل معها الماء من مستقره. وسوى ابن القاسم في رواية عيسى بين المباشرة وغيرها، فقال: لا يقضى إلا أن يمضى.

مسألة: وإن خرج منه ماء، فلا يخلو أن يكون مذيًا أو منيًا، فإن كان مذيًا كان عليه القضاء.

واختلف أصحابنا في وجه ذلك، فحكى القاضى أبو محمد أن من أصحابنا من حمل ذلك على الاستحباب، ومنهم من حمله على الوجوب، فأما من قال: إنه على الوجوب، أو على الندب، تعلق فى ذلك بما قدمناه.

فرع: قال القاضى أبو محمد: واتفق أصحابنا على أن لا كفارة عليه.

وجه ذلك أننا إنما نوجب عليه القضاء لأن الصوم قد ثبت فى ذمته، فإذا خرج منه المذى لم يتيقن أداء صومه ولا براءة ذمته، فلزمه القضاء. وأما الكفارة فإنها لم تثبت فى ذمته، وإنما يثبت لتيقن الفطر على صفات معتبرة ونحن لا نتيقن ذلك، فلم تجب الكفارة.

وذكر عبد الرزاق، عن معمر، عن عاصم بن سليمان الأحول، قال: جاء رجل شيخ إلى ابن عباس يسأله عن القبلة وهو صائم فرخص له. وجاءه شاب فنهاه. قال عبد الرزاق وأخبرنا ابن عيينة، عبد الله بن أبي يزيد، قال: سمعت ابن عباس يقول: لا بأس بها إذا لم يكن معها غيرها. قال أبو عمر: لم يأخذ مالك بقول ابن عباس فى ذلك؛ لأنه كرهها للشيخ والشاب، وذهب فيها مذهبه ابن عمر وهو شأنه فى الاحتياط، رضى الله عنه. والأصل أن القبلة لم يكرهها من كرهها إلا لما يخشى أن تولده على الصائم من التطرق إلى الجماع على كل صائم، وبالله التوفيق.

كتاب الصيام ٣٣

مسألة: وأما إن أمنى، فعليه القضاء، وهل عليه الكفارة أم لا؟ لا يخلو أن يكون قبل قبة واحدة، فأنزل أو قبل فالتذ، فعاود فأنزل، فإن قبل قبة واحدة أو باشر أو لمس مرة واحدة، فأنزل، فقال أشهب: لا كفارة عليه حتى يكرر.

وقال ابن القاسم: عليه الكفارة في ذلك كله، إلا في النظر، فلا كفارة عليه.

وجه قول أشهب أن اللمس والقبلة والمباشرة ليست بفطر في نفسها، وإنما يتقن أن يؤول إلى الأمر الذى يقع به الفطر، فإذا فعله مرة واحدة، فلم يقصد الإنزال وإفساد الصوم، فلا كفارة عليه كالنظر إليها، وإذا كرر ذلك، فقد قصد إفساد صومه، فعليه الكفارة، كما لو كرر النظر. وفي الجملة أن ذلك مبنى على أنه مباح، ما لم يظن منه وقوع الإنزال.

وجه قول ابن القاسم أن هذه معان يقع بها الإنزال كثيراً، وهى من دواعيه، فلا تفعل غالباً إلا لمعنى الاستمتاع الذى من صده الإنزال، فالفاعل لها مغرر بصومه، فإن كان سبب إفساده صومه، فعليه الكفارة كما لو استدام.

وهذا القول مبنى على المنع من هذه المعانى للصائم، وليس كذلك النظر، فإنه لا يستفاد منه، فهو بمنزلة المكاملة، وهذا إذا كان النظر لغير لذة، فإن تظر نظرة واحدة يقصد بها اللذة، فأنزل، فقد قال الشيخ أبو الحسن: عليه القضاء والكفارة، وهو الصحيح عندي لأنه إذا قصد بها الاستمتاع كانت كالقبة وغير ذلك من أنواع الاستمتاع، والله أعلم وأحكم.

وروى فى المدينة عن مالك أنه من نظر إلى امرأة متجردة، فالتذ: عليه القضاء دون الكفارة. قال ابن القاسم: إلا أن يديم النظر إليها تلذذاً، فعليه الكفارة. وفرق ابن نافع فى روايته عن مالك بين النظر وبين القبلة والمباشرة والملاعبة، فجعل فى ذلك كله الكفارة.

* * *

ما جاء فى الصيام فى السفر

٥٩٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ،

٥٩٣ - أخرجه البخارى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٨٠٨. ومسلم فى كتاب الصيام حديث رقم ١٨٧٥. والنسائى فى كتاب الصيام ٢٢٤٧، ٢٢٤٨، ٢٢٤٩، ٢٢٥٠، ٢٢٥١، ٢٢٧٢، ٢٢٧٣. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٥٢. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٧٠، ٢٩٢٦، ٣٠٤٠. والدارمى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٦٤٦.

٣٤ كتاب الصيام
عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَرَجَ إِلَى مَكَّةَ عَامَ الْفَتْحِ فِي رَمَضَانَ
فَصَامَ حَتَّى بَلَغَ الْكَدِيدَ ثُمَّ أَفْطَرَ، فَأَفْطَرَ النَّاسُ، وَكَانُوا يَأْخُذُونَ بِالْأَحْدَثِ فَلَا أَحْدَثَ
مِنْ أَمْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ (١).

الشرح: قوله: «خرج إلى مكة عام الفتح»، يريد عام فتح مكة، حتى بلغ الكديد،
وهذا يدل على جواز الصوم في السفر؛ لصوم النبي ﷺ فيه من المدينة حتى بلغ
الكديد، وهذا ما بين عسفان وقديد. كذلك قال البخاري: فأفطر به، فأفطر الناس
لفطره.

ويحتمل أن يكون ذلك ليتقوا لعدوهم.

وقد روى هذا منصوصاً عليه، ولعله لذلك أخرج الفطر إلى الكديد، ولا خلاف بين
فقهاء الأمصار في أن صيام رمضان في السفر يصح إلا ما روى عن بعض أهل الظاهر،
فإنه قال: لا يصح ولا يجزئ عنه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ
أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامِ مَسْكِينٍ فَمَنْ تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَأَنْ
تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٤]. فوجه الدليل من الآية أنه قال:
﴿وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

مسألة: إذا ثبت صحة الصوم في السفر، فإنه أفضل من الفطر لمن قوى عليه. وقال
عبد الملك بن الماجشون: الفطر أفضل. والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصُومُوا
خَيْرٌ لَكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٤].

وجه قول مالك أن الصوم تعلق بالذمة، فالمبادرة إلى إيرائها أولى لما ربما طرأ من
الموانع والأشغال، والفرق بينه وبين القصر في السفر أن الذمة تبرأ بما يؤتى به من
القصر، وفي مسألتنا الذمة مشتغلة بالصوم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يباح له الفطر في السفر ما دام يباح له القصر. قال الشيخ

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٤٩/٥: قوله في هذا الحديث: «وكانوا يأخذون بالأحدث
فالأحدث من أمر رسول الله ﷺ». يقولون: إنه من كلام ابن شهاب. وفيه دليل على أن في
حديث رسول الله ﷺ ناسخاً ومنسوخاً، وهذا أمر مجمع عليه، واحتج من ذهب إلى الفطر في
السفر بأن آخر فعل رسول الله ﷺ الفطر في السفر. وبقوله: «ليس من البر الصيام في السفر».

كتاب الصيام ٣٥
أبو القاسم، فيمن قدم في إضعاف سفره إلى بلد غير بلده، فله الفطر حتى يعزم على
مقام أربعة أيام، فيتحتّم عليه الصوم. ووجه ذلك أنه حكم تختص بإباحته بالسفر، فأشبهه
القصر.

٥٩٤ - مَالِك، عَنْ سُمَى مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ مَوْلَاهُ أَبِي بَكْرٍ
ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِ^(١) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ
النَّاسَ فِي سَفَرِهِ عَامَ الْفَتْحِ بِالْفِطْرِ، وَقَالَ: «تَقَوُّوا لِعَدْوِكُمْ» وَصَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.
قَالَ أَبُو بَكْرٍ: قَالَ الَّذِي حَدَّثَنِي: لَقَدْ رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِالْعَرَجِ^(٢) يَصُبُّ الْمَاءَ
عَلَى رَأْسِهِ مِنَ الْعَطَشِ أَوْ مِنَ الْحَرِّ ثُمَّ قِيلَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ طَائِفَةً
مِنَ النَّاسِ قَدْ صَامُوا حِينَ صُمْتَ، قَالَ: فَلَمَّا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْكَدِيدِ دَعَا
بِقَدَحٍ فَشَرِبَ، فَأَفْطَرَ النَّاسَ.

الشرح: قوله: «إن النبي ﷺ أمر الناس في سفره عام الفتح بالفطر»، ظاهر أمره
الندب لما قرنه به من العلة الداعية لذلك، وهو قوله: «تقووا لعدوكم» فكان ذلك سبب
فطرهم؛ لأن السفر لا يصح فيه الصوم، ولو كانت العلة السفر لما علل بالتقوى لعدو
ولعلل بالسفر، فقال: فإن السفر لا يحل فيه الصوم، ولا يصح.

ومما يبين ذلك أنه ﷺ صام، ولم يمنع من الصوم لما علم من نفسه القوة والجلد،
وقد بلغ به شدة العطش أو الحر أن صب الماء على رأسه ليتقوى بذلك على صومه،
وليخفف عن نفسه بعض ألم الحر أو العطش، وهذا أصل في استعمال ما يتقوى به
الصائم على صومه مما لا يقع به الفطر من التبريد بالماء والمضمضة به لأن ذلك يعينه على

٥٩٤ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم ١٧٩٥. ومسلم ٧٨٥/٢ كتاب الصيام،
باب ١٥ حديث ٩١ عن جابر بن عبد الله. وأبو داود في كتاب الصوم حديث رقم ٢٠١٨،
وكتاب الجهاد حديث رقم ٢٣٦٥. وأحمد في المسند حديث رقم ١٥٣٣٨، ١٦٠٠٦،
٢٢١٠٦. والحاكم في المستدرک ٤٣٢/١ عن أبي بكر بن عبد الرحمن.

(*) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٥٣/٥: هذا حديث مسند صحيح، ولا فرق بين أن يسمى
التابع الصاحب الذي حدثه أو لا يسميه في وجوب العمل بمحدثه، لأن الصحابة كلهم عدول
مرضيون ثقات أثبات، وهو أمر مجتمع عليه عند أهل العلم بالحديث.
(١) قال في النهاية: هو بفتح العين وسكون الراء، قرية جامعة من عمل الفرع على أيام من
المدينة.

٣٦ كتاب الصيام
الصوم، ولا يقع به الفطر لأنه يملك ما في من الماء ويصرفه على اختياره، ويكره له
الانغماس في الماء لئلا يغلبه الماء مع ضيق نفسه، فيفسد صومه، فإن فعل فسلم فلا
شيء عليه.

فرع: والسفر الذي يبيح له الفطر هو الذي يبيح له القصر، رواه ابن القاسم وابن
نافع عن مالك. قال ابن نافع في روايته: وذلك مسيرة اليوم التام. قال ابن القاسم:
وهو ثمانية وأربعون ميلاً. قال ابن نافع: قال مالك: وينظر لراكب البحر أن يكون
مسيرة في البحر قدر مسيره في البر أربعة برد.

فصل: وقوله: «ثم قيل لرسول الله ﷺ إن طائفة من الناس قد صاموا حين
صمت»، وذلك أن جماعة من أصحابه أحسوا من أنفسهم القوة واغتتموا الأجر لما
رأوه صام فصاموا، فلما علم بذلك النبي ﷺ، وهو كان أعلم بأحوالهم وبما يطبقونه
من ذلك دعا بالكديد بماء فشرب فأفطر، وعلموا بإفطاره فأفطروا.

وقد كان ﷺ يترك بعض العمل، وهو يجب أن يعمل به لئلا يعمل به الناس،
فيفرض عليهم، والظاهر من نسق الحديث أنه إنما أفطر لئلا يتكلف أصحابه الصوم،
فيضعفون عن العمل وعن لقاء العدو، ويحتمل أن يكون إفطاره نهاراً ليريههم فطره بعد
أن نوى من ليلته تلك.

وقد قال الداودي: إنه أفطر بعد أن بيت الصيام للضرورة، ولا طريق إلى معرفة
ذلك، وإذا احتمل الفعل الأمرين وجب أن يحمل فعله ﷺ على الواجب وألحق به
التقوى للعدو، فالغالب أنه لا يكون ضرورة تبيح الفطر بعد انعقاده إلا بوجود الضعف
أو العطش باللقاء والحرب.

والنبي ﷺ إنما أمرهم بهذا الفطر استعداداً لأمر مستقبل، وهذا لا يبيح الفطر بعد
انعقاد الصوم.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف أن المسافر له أن يفطر بعد أن بيت صيام رمضان،
واحتج في ذلك بفطر النبي ﷺ بالكديد، وما قدمناه أيين والله أعلم وأحكم.

وقد منع مالك من رواية ابن القاسم وغيره من أصحابنا للمسافر الفطر بعد انعقاد
صومه في سفره، وأوجب مالك عليه به الكفارة. وقال مطرف: ذلك مباح له، سواء
بيت أو لم يبيت. واحتج بهذا الحديث وحمله على استباحة الفطر بعد التلبس بالصوم.

كتاب الصيام ٣٧
وقال المغيرة وابن كنانة: يمنع الفطر، فإن أفطر، فلا كفارة عليه. ورواه ابن نافع عن مالك في المدينة.

وجه قول مالك أن من أفطر في رمضان على الحالة التي تلبس فيها بالصوم، فإن فطره موجب للكفارة كالمقيم، وبهذا فارق من تلبس بالصوم في الحضر ثم أفطر في السفر، فإن لما طرأ من السفر تأثيراً في إباحة الفطر يسقط عنه الكفارة. ووجه قول المغيرة وابن كنانة ما احتجوا به من أن صومه انعقد في حالة أبيض له تركه، فلم يجب عليه كفارة كما لو أفطر في قضاء رمضان.

٥٩٥ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: سَافَرْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي رَمَضَانَ، فَلَمْ يَعْيبِ الصَّائِمَ عَلَى الْمُفْطِرِ، وَلَا الْمُفْطِرُ عَلَى الصَّائِمِ.

الشرح: قوله: «سافرنا مع رسول الله ﷺ في رمضان، فلم يعيب الصائم على المفطر، ولا المفطر على الصائم»، يريد أن كل إنسان منهم كان يفعل من ذلك بقدر اختياره وبحسب قوته، ويرى أن الصوم والفطر له جائز، ولذلك لم يعيب الصائم على المفطر لاعتقاده جواز الفطر، ولم يعيب المفطر على الصائم صومه لاعتقاده جواز الصوم.

٥٩٦ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ حَمْرَةَ بْنَ عَمْرِوِ الْأَسْلَمِيِّ قَالَ

٥٩٥ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم ١٨١١. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٨٨٥. أبو داود حديث رقم ٢٤٠٥. البيهقي في الكبرى ٢٤٤/٤.
قال ابن عبد البر في التمهيد ١٥٩/٥: هذا حديث متصل صحيح. وبلغني عن ابن وضاح، رحمه الله، أنه كان يقول إن مالكا لم يتابع عليه في لفظه، وزعم أن غيره يرويه عن حميد، عن أنس، أنه قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم فلا يعيب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم، ليس فيه ذكر «رسول الله» ولا وأنه كان يشاهدتهم في حالهم هذه. وهذا عندي قلة اتساع في علم الأثر.

٥٩٦ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم ١٨٠٦. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٨٩٠. والترمذي في كتاب الصوم حديث رقم ٦٤٥. والنسائي في كتاب حديث رقم ٢٢٦٣، ٢٢٦٤، ٢٢٦٥، ٢٢٦٦، ٢٢٦٧، ٢٣٤١. وأبو داود في كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٥٠. وابن ماجه حديث رقم ١٦٥٢. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٣٠٥٦، ٢٤٤٢٩، ٢٤٤٨٥. والدارمي في كتاب الصوم حديث رقم ١٦٤٥. والبيهقي في الكبرى ٢٤٣/٤ عن حمزة بن عمرو الأسلمي. والبخاري بشرح السنة ٣٠٥/٦ عن حمزة بن عمرو الأسلمي.

٣٨ كتاب الصيام
لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي رَجُلٌ أَصُومُ، أَفَأَصُومُ فِي السَّفَرِ؟ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ
اللَّهِ ﷺ: «إِنْ شِئْتَ فَصُمْ، وَإِنْ شِئْتَ فَأَفْطِرْ».

الشرح: قوله: «إني رجل أصوم، أفأصوم في السفر»، سؤال عن أجزاء الصوم في
السفر، وجوازه لمن فعله، فأجابه النبي ﷺ أنه مخير بين الصوم والفطر، فقال «إن شئت
فصم، وإن شئت فأفطر». وسؤال حمزة بن عمرو عام، فإذا خرج الجواب مطلقاً حمل
على عمومته، فحمل على جواز الصوم للفرض والنفل في السفر، ولا يخص صوم دون
صوم إلا بدليل. وذهب بعض أهل الظاهر إلى أن ذلك محمول على التطوع وهذا
تخصيص بغير دليل، فوجب أن يكون باطلاً.

٥٩٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يَصُومُ فِي السَّفَرِ.

الشرح: يحتمل أن يكون عبدالله بن عمر يمتنع من الصوم في السفر لضعفه عنه
ولعل ذلك كان منه في آخر عمره ووقت ضعفه أو في أوقات مخصوصة وجد فيها
العجز عن الصيام، ويحتمل أنه كان يفطر في السفر لأنه كان يرى ذلك أفضل من
الصوم فيه على ما قاله عبدالملك بن الماجشون، ويحتمل أنه كان يفطر لأنه كان يرى
الصوم فيه ممنوعاً أو غيره مجزئ على ما تناول على أبي هريرة لما روى عن النبي ﷺ أنه
قال: «ليس من البر الصيام في السفر»^(١).

= والطبراني في الكبير ١٦٧/٣ عن حمزة بن عمرو الأسلمي. وعبد الرزاق في المصنف برقم
٤٥٠٣ عن حمزة بن عمرو الأسلمي.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٦٥/٥: هكذا قال يحيى: عن مالك، عن هشام، عن أبيه، أن حمزة
ابن عمرو قال سائر أصحاب مالك، عن هشام، عن أبيه، عن عائشة، أن حمزة بن عمرو
الأسلمي قال: يا رسول الله، أصوم في السفر؟ وكان كثير الصيام. والحديث محفوظ عن هشام،
عن أبيه، عن عائشة. كذلك رواه جماعة عن هشام، منهم: ابن عيينة، وحماد بن سلمة، ومحمد بن
عجلان، وعبدالرحيم بن سليمان، ويحيى القطان، ويحيى بن هاشم، ويحيى بن عبدالله بن سالم،
وعمر بن هاشم، وابن نمير، وأبو أسامة، ووكيع، وأبو معاوية، والليث بن سعد، وأبو ضمرة،
وأبو إسحاق الفزاري؛ كلهم روه عن هشام، عن أبيه، عن عائشة؛ كما رواه جمهور أصحاب
مالك، عن مالك، عن هشام، عن أبيه، عن عائشة.

٥٩٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦١٧. الطبري في تفسيره ٨٩/٢. عبد الرزاق في
المصنف ٥٦٤/٢.

(*) النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٢٥٥. ابن ماجه حديث رقم ١٦٦٤. أحمد في المسند
حديث رقم ٢٣١٦٨. الدارمي حديث رقم ١٧١٠.

كتاب الصيام ٣٩
 وإنما حمل ذلك فقهاء الأمصار على سفر مخصوص كان الفطر فيه مندوباً إليه أو
 واجباً لما كان يختص به من التقوى للقاء العدو مع الحاجة إلى ذلك، والله أعلم وأحكم.
 ٥٩٨ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يُسَافِرُ فِي رَمَضَانَ
 وَنَسَافِرُ مَعَهُ، فَيَصُومُ عُرْوَةَ وَنُفَطِرُ نَحْنُ، فَلَا يَأْمُرُنَا بِالصِّيَامِ.

الشرح: قوله: «إنه كان يسافر في رمضان» تبين لموضع الخلاف لأن الخلاف إنما
 هو في صوم رمضان في السفر، فالمخالف يقول: لا يجزئ قال هشام: «فكان عروة
 يصوم»، وذلك أنه كان يرى أن صومه يجزئه، وكان يسافر إلى إبراء ذمته من الصوم،
 وأدائه لفرضه مع أنه كان يجد من نفسه القوة، وكان لا ينكر على بنيه الفطر لأنه كان
 يعتقد جواز الصوم.

* * *

ما يفعل من قدم من سفر أو أراه في رمضان

٥٩٩ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ إِذَا كَانَ فِي سَفَرٍ فِي
 رَمَضَانَ، فَعَلِمَ أَنَّهُ دَاخِلَ الْمَدِينَةِ مِنْ أَوَّلِ يَوْمِهِ دَخَلَ وَهُوَ صَائِمٌ.

الشرح: قوله: «فعلم إنه داخل المدينة من أول يومه»، يحتمل أن يريد به قبل طلوع
 الفجر، فيجب عليه الصوم، ويحتمل أن يريد به بعد طلوع الفجر، وهو أظهر؛ لأنه أول
 اليوم وما قبل ذلك، فهو آخر الليل، فعلى هذا كان صومه مستحسناً^(١).

قَالَ مَالِك: مَنْ كَانَ فِي سَفَرٍ، فَعَلِمَ أَنَّهُ دَاخِلٌ عَلَى أَهْلِهِ مِنْ أَوَّلِ يَوْمِهِ وَطَلَعَ لَهُ
 الْفَجْرُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ، دَخَلَ وَهُوَ صَائِمٌ.

الشرح: وهذا كما قال أمن دخل من سفره إلى أهله في أول يومه، فإنه إن كان
 طلع الفجر قبل انقضاء سفره بدخوله إلى أهله، فإنه يستحب له الصوم، قاله مالك في
 المختصر؛ لأن المشقة تذهب عنه في أول يومه بدخوله إلى أهله، فبالأفضل له أن يسافر
 إلى أداء فرضه في محله وموضعه، فإن لم يصم، فلا شيء عليه غير القضاء، لأنه وقت

٥٩٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦١٨.

٥٩٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦١٩.

(١) قال في الاستذكار ٨٦/١٠: ما ذكره مالك عن عمر فهو المستحب عند جماعة العلماء، إلا
 أن بعضهم أشد تشديداً فيه من بعض، وما أعلم أحداً دخل مسافراً على أهله مفطراً كفارة.

الدخول في الصوم لم يكن من أهل الحضر الذين يلزمهم الصوم.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا أَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ فِي رَمَضَانَ، فَطَلَعَ لَهُ الْفَجْرُ، وَهُوَ بِأَرْضِهِ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ، فَإِنَّهُ يَصُومُ ذَلِكَ الْيَوْمَ^(٢).

وهذا كما قال أن ذلك الخارج لسفر لا يخلو أن يفطر قبل خروجه أو بعده، فإن أفطر نهاراً قبل خروجه، فالذى ذهب إليه مالك أنه يكفر، سواء خرج أو لم يخرج، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

(٢) قال في الاستذكار: اختلف العلماء في الذى يصبح فى الحضر صائماً فى رمضان ثم يسافر فى صبحية يومه، وذلك هل له أن يفطر فى ذلك اليوم فى سفره أم لا؟. فذهب مالك، وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي: إلى أنه لا يفطر ذلك اليوم. وهو قول الزهرى، ويحيى بن سعيد، والأوزاعى، وأبى ثور. وكلهم قالوا: إن أفطر بعد خروجه ذلك اليوم فليس عليه إلا القضاء. وروى عن المخزومى، وابن كنانة: أنه يقضى، ويكفر، وليس قولهما هذا بشئ ولا له حفظ من النظر ولا سلف من جهة الأثر. وروى عن ابن عمر فى هذه المسألة أنه يفطر فى يومه ذلك إن شاء إذا خرج مسافراً. وهو قول الشعبي، وأحمد، وإسحاق. قال أحمد: يفطر إذا برز عن البيوت. وقال إسحاق: يفطر حين يضع رجله فى الرحل. وهو قول داود. وروى عن الحسن فى رواية أنه لا يفطر ذلك اليوم إلا أن يشتد عليه العطش، فإن خاف على نفسه أفطر. وقال إبراهيم النخعي: لا يفطر ذلك اليوم. ولم يختلف عن مالك فى الذى يريد السفر: أنه لا يجوز له أن يفطر فى الحضر حتى يخرج. واختلف أصحابه فيه إن فطر قبل أن يخرج. فذكر ابن سحنون، عن الماحشون: أنه إن سافر فلا شئ عليه من الكفارة، وإن لم يسافر فعليه الكفارة. واحتج بما روى عن الحسن البصرى، قال: يفطر فى بيته إن شاء يوم يريد أن يخرج. وقال أشهب: لا شئ عليه من الكفارة سافر أو لم يسافر. وقال سحنون: عليه الكفارة سافر أو لم يسافر، وهو بمنزلة المرأة تقول: غداً تأتيني حيضتى فتفطر لذلك، ثم رجع إلى قول عبد الملك، وقال: ليس مثل المرأة؛ لأن الرجل يحدث السفر إذا شاء، والمرأة لا تحدث الحيضة. وقال ابن حبيب: إن كان قد تأهب لسفره، وأخذ فى سبب الحركة فلا شئ عليه. وحكى ذلك عن أصبغ، وابن الماحشون. فإن عاقه عن السفر عائق كان عليه الكفارة. قال أبو عمر: هذا ضعف من الذى قاله؛ لأنه إن كانت حركته لسفر وتأهب له الفطر، وحكمه فى ذلك حكم المسافر وقد وقع أكله مباحاً، وعذره قائم بالعائق المانع فلا وجه للكفارة هنا ولا معنى.

وروى عيسى، عن ابن القاسم أنه لا كفارة عليه؛ لأنه متأول فى فطره. قال أبو عمر: هذا أصح أقاويلهم فى هذه المسألة؛ لأنه غير منتهك لحرمة الصوم، وإنما هو متأول، ولو كان الأكل مع نية السفر يوجب عليه الكفارة؛ لأنه كان قبل خروجه ما أسقطها عنه خروجه. وتأمل ذلك تجد كذا إن شاء الله.

كتاب الصيام ٤١

وقال ابن القاسم فى العتبية: لا كفارة عليه، لأنه متأول. وقال أشهب: لا كفارة عليه، خرج أو أقام، وبه قال سحنون. وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وابن الماجشون إن أفطر قبل أن يأخذ فى أهبته للسفر، فعليه الكفارة، وإن أفطر بعد الأخذ فيها فلا كفارة عليه. وقال ابن الماجشون فى غير الواضحة: إن خرج، فلا كفارة عليه، وإن أقام فعليه الكفارة.

والدليل على صحة القول الأول أن فطره وجد قبل سبب الإباحة، فوجبت عليه الكفارة كما لو أفطر قبل ذلك اليوم.

مسألة: وإن أفطر بعد خروجه، فلا يخلو أن يخرج لسفره قبل الفجر أو بعده، فإن خرج قبل الفجر، فلا خلاف أنه يجوز له الفطر لأنه وقت انعقاد الصوم كان مسافراً، فكان له الفطر.

مسألة: فإن خرج بعد الفجر بعد أن نوى الصوم، فالمشهور من مذهب مالك أنه لا يجوز له الفطر، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. وقال القاضى أبو الحسن: إن ذلك على الكراهية. وقال ابن حبيب: يجوز له الفطر، وبه قال المزنى وأحمد وإسحاق.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ﴾ [البقرة: ١٨٧] وهذا أمر مقتضاه الوجوب. ودليلنا من جهة القياس أن هذه عبادة تختلف بالحضر والسفر، فإذا تلبس بها فى الحضر، ثم سافر كان عليه إتمامها حضرية كالصلاة.

فرع: فإن أفطر، فهل عليه كفارة أم لا؟ ذهب مالك إلى أنه لا كفارة عليه، وبه قال أبو حنيفة. وقال المغيرة وابن كنانة: عليه الكفارة، وبه قال الشافعى.

وجه قول مالك أنه معنى لو قارن أول الصوم لأسقط الكفارة، فإذا طراً بعد انعقاد الصوم أبطل حكم الكفارة كالمرض. ووجه رواية المغيرة بأن هذا فطر عمد، صادق صوماً قبل السفر، فلم يبطل السفر الكفارة. أصل ذلك إذا أفطر قبل السفر.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقْدُمُ مِنْ سَفَرِهِ، وَهُوَ مُفْطِرٌ وَأَمْرَأَتُهُ مُفْطِرَةٌ حِينَ طَهَّرَتْ مِنْ حَيْضِهَا فِي رَمَضَانَ: أَنَّ لِرِزْوَجِهَا أَنْ يُصَيَّبَهَا إِنْ شَاءَ.

الشرح: وهذا كما قال أن من أفطر فى رمضان لإباحة السفر، فإن له أن يفطر بقية يومه، وإن دخل الحضر، والمرأة تفطر لأجل حيضتها، فإن لها أن تفطر بقية يومها، وإن طهرت من حيضتها، فإذا جاز لهما الفطر، جاز لهما الجماع. وأصل ذلك أن من أفطر

٤٢ كتاب الصيام

لعله تبيح الفطر مع العلم بأن ذلك اليوم من رمضان، فإنه يستديم الفطر بقية يومه، وإن زالت العلة مثل الحائض تطهر، والمريض يطمئن، والمسافر يقدم، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: متى زالت علة الفطر، وجب الإمساك في بقية ذلك اليوم.

والدليل على ما نقوله أن هذا الفطر لعله سفر أباح له الفطر، فكانت له استدامة الفطر كما لو استدام السفر.

مسألة: وهذا إذا كانت زوجته مسلمة، فإن كانت كفاية، فقد قال بعض أصحابنا: ليس له وطؤها لأنها متعدية بتركها الإسلام والصوم. وهذا مبنى على أن الكفار مخاطبون بشرائع الإسلام من الصوم والصلاة وغير ذلك من العبادات، وذكره عبدالحق عن بعض شيوخه، وعن الشيخ أبي إسحاق.

وقد اختلف أصحابنا في ذلك، فالذي عليه جمهور أصحابنا ما تقدم، وبه قال الشافعي. وقال عبد الملك بن الماجشون في النصراني يسلم بعد الفجر: أنه يستحب له أن يكف عما يفعله المقطر. وقال أشهب: له أن يفعل ما يفعله المقطر من الأكل والجماع، وهذا كما قال محمد بن خويز منداد من أصحابنا، وهو مذهب أبي حنيفة، والأول أظهر لقوله تعالى: ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرٍ قَالُوا لِمَ لَمْ نَكُ مِنَ الْمَصْلُومِينَ وَلَمْ نَكُ نَطْعَمُ الْمَسْكِينِ وَكُنَّا نَخُوضُ مَعَ الْخَائِضِينَ وَكُنَّا نَكْذِبُ يَوْمَ الدِّينِ﴾ [المدثر: ٤٥] وقد بينت ذلك في أصول الفقه بما يغنى الناظر عنه إن شاء الله تعالى.

مسألة: ومن أفطر لعطش، فقد روى ابن سحنون عن أبيه يتمادى على فطره في بقية يومه بالأكل والشرب والجماع. وقال ابن حبيب: لا يفطر بعد أن يزول عطشه بالشرب.

وجه قول سحنون أن هذا جاز له الفطر مع العلم بأن اليوم من رمضان، فجاز أن يستديم ذلك في يومه كالمريض. ووجه قول ابن حبيب أنه إنما جاز له الفطر لضرورة العطش، فإن زال العطش رجع إلى أصل التحريم على قوله في المضطر: إذا أكل الميتة.

* * *

كفارة من أفطر في رمضان

٦٠٥ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ أَبِي

كتاب الصيام ٤٣
 هُرَيْرَةَ «أَنَّ رَجُلًا^(١) أَفْطَرَ فِي رَمَضَانَ، فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُكْفَرَ بِعِنَقِ رَقَبَةٍ أَوْ صِيَامِ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ أَوْ إِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا، فَقَالَ: لَا أَجِدُ فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِعَرَقٍ^(٢) تَمَرٌ فَقَالَ: خُذْ هَذَا فَتَصَدَّقْ بِهِ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا أَجِدُ أَحْوَجَ مِنِّي، فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى بَدَتْ أُنْيَابُهُ ثُمَّ قَالَ: كُلْهُ».

الشرح: اختلف الرواة لهذا الحديث فى لفظ، فقال أصحاب الموطأ وأكثر الرواة عن مالك: «أن رجلا أفطر فى رمضان»، وخالفهم جماعة من الرواة، فقالوا: «إن رجلا أفطر بجماع»، واتفق الرواة عن مالك على التخيير بين العتق والصيام، والإطعام بلفظ. ورواه يونس بن عقيل والأوزاعي على أن الكفارة بالعتق، فإن لم يجد فصيام، فإن لم يستطع فإطعام.

فصل: قوله: «أن رجلا أفطر فى رمضان» الفطر يكون بأحد ثلاثة أشياء بداخل، وهو الأكل والشرب أو إيلاج، وهو مغيب الحشفة فى الفرج، وهوائه أو بخارج، وهو المنى والحيض، فهذه معان يقع بجميعها الفطر، وإفساد الصوم، فإذا وجد شىء من ذلك فى يوم من رمضان فسد الصوم سواء كان بعذر أو بغير عذر، فأما المعذور، فسيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما غير المعذور، فإن الكفارة تلزمه بذلك كلبه عند مالك على أى وجه وقع فطره من العمد، والهتك لحرمة الصوم، وقال أبو حنيفة مثل قولنا فى ذلك كله إلا بخروج المنى بغير إيلاج، فإنه لا كفارة عليه عنده. وقال الشافعى: لا كفارة على من أفسد صومه بشىء من ذلك إلا بإيلاج.

=رقم ١٨٧٢. والترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٦٥٦. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٤٢، ٢٠٤٣. وابن ماجه حديث رقم ١٦٦١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٦٦٥٠، ٦٩٨٩، ٧٤٥٣، ١٠٢٦٩. والدارمى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٦٥٤. والبيهقى فى الكبرى ٢٢٥/٤ عن أبى هريرة.

(*) «وأن رجلا»: قال السيوطى حزم عبد الغنى وابن بشكوال فى المبهمات بأنه سلمان أو سلمة ابن صخر البياضى، وروى ابن عبد البر من طريق: سعد بن بشير عن قتادة عن سعيد بن المسيب أن الرجل الذى وقع على امرأته فى رمضان فى عهد النبى ﷺ هو سلمان بن صخر، وقال: أظنه وهما لأن المحفوظ أنه ظاهر، وقال ابن حجر: يحتمل وقوع الأمرين معًا. انظر: تنوير الحوالك . ٢١٨.

(١) العرق: وعاء يصنع من الخوص تكال به الأشياء.

٤٤ كتاب الصيام
والدليل على ما نقوله أن هذا قصد إلى الفطر وهتك حرمة الصوم بما يقع به الفطر،
فوجب الكفارة كالجامع.

فصل: إذا ثبت ذلك، فالفطر بالداخل هو الواقع بالأكل والشرب، وما وصل إلى
الجوف من الفم على وجه الاختيار، والقصد إلى وضعه فى الفم وازدراده مما يقع به
الاغتذاء، فأما ما وصل من غير قصد، فإنه على ضربين، ضرب مقصوده الاغتذاء،
وضرب ليس مقصوده الاغتذاء، فأما ما مقصوده الاغتذاء، فكغبار المكييل يدخل حلق
من يكيه، فقد قال أشهب: عليه القضاء فى صوم رمضان، والواجب دون التطوع.
وقد قال عبدالملك وسحنون: الغبار أمر غالب، فلا يقع به الفطر.

وجه قول أشهب: أنه مطعوم فوقه به الفطر، وإن كان أمرًا غالبًا كالمنغمس فى
الماء يغلب حلقه من فمه أو أنفه زاد فى الواضحة: أو أذنه، فإنه يقضى فى الواجب
دون التطوع، قاله فى المجموعة عبدالملك وسحنون. ووجه قول عبدالملك ما احتج به
من أنه غبار غالب لا يمكن التحرز منه كغبار الطريق. قال عبدالملك: وما أعلم أحدًا
أوجب منه قضاء.

مسألة: فأما الذباب يدخل فى الحلق أو فلقه حبة كانت بين الأسنان، فقد روى ابن
القاسم عن مالك: لا قضاء عليه. وفى المجموعة قال عبدالملك: فى الذباب والحصاة
والعود، فهذا يقتضى وجه قول مالك أنه أمر غالب لا يمكن التحرز منه، فأشبهه من
تمضمض بالماء فغلبه فإنه لا قضاء عليه.

ووجه قول عبدالملك أنه مطعوم وصل إلى موضع الفطر على الصفة التى يتناول
عليها كالمكروه، وهذا يفارق عنده غبار الدقيق، فإنه يصل على الصفة التى يتناول
عليها، وإنما يصل على وجه الغبار، ومن ابتلع ما بين أسنانه من حبة العنبة أو فلقه حبة
ساهيًا أو جاهلاً، فلا شئ عليه. قال ابن حبيب: إن تعمد ذلك على علم به، فهو
سواء ما لم يأخذه من الأرض إلى فيه، فيلزمه الكفارة فى العمد، فجعل الكفارة
متعلقة بقصد نقله إلى فيه.

مسألة: ومن كانت فى فيه حصاة أو لؤلؤة ولوزة أو نواة أو جوزة، فقد روى ابن
حبيب عن ابن الماجشون: إن سبق إلى حلقه، ففيه القضاء، وإن تعمد ذلك، ففيه
الكفارة. وقال سحنون فى كتاب ابنه: ولم يذكر النواة، قال: وإلى هذا رجح فيما لا
غذاء له، وقد كان يقول: لا يكفر، ويقضى، وقاله مالك فى المختصر.

وروى معن عن مالك: الحصاة خفيفة. قال سحنون: معناه حصاة تكون بين الأسنان، كقوله في فلقة الحبة: للضرورة، وأما لو ابتدأ أخذها من الأرض، فابتلعها عامداً لزمه القضاء والكفارة. وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم: ما كان له غذاء مثل النواة، ففى عمدته الكفارة وفى سهوه وغلبته القضاء، وما لا غذاء له كالحصاة واللوزة ففى عمدته الكفارة، ولا شىء فى سهوه.

مسألة: وأما البلغم يخرج من الصدر أو الرأس فيصير إلى طرف لسانه ويمكنه طرحه فيبتلع، فقال ابن سحنون عن أبيه: عليه فى سهوه القضاء، وشك فى الكفارة للعماد ولم يشك فى القضاء، وقال: رأيت لو أخذ شيئاً من الأرض متعمداً ليس عليه الكفارة.

وقال ابن حبيب: من تنخم ثم ابتلع نخامته بعد وصولها إلى طرف لسانه، وإمكان طرحها، فلا شىء عليه، وقد أساء، ولو كان قلساً لقضى وكفر فى العماد، والجهل بخلاف النخامة لأن هذا طعام. وفى المجموعة من رواية بن نافع عن مالك فى الذى يبتلع القلس ناسياً: لا قضاء عليه. وقال ابن القاسم: وهذا يقتضى أن لا كفارة عليه.

وجه القول الأول فى النخامة ما احتج به سحنون. ووجه قول ابن حبيب أنه لم يتعمد أخذه من الأرض، وإنما هو مجتمع فى فيه معتاد كالريق، إلا أنه لكما كان الريق دائماً لا ينفك عنه لم يكره ابتلاعه، وكره هذا لما أمكن الانفكاك منه. وجه قول ابن حبيب فى القلس ما احتج به من أنه طعام بخلاف النخامة التى ليست بطعام. ووجه قول مالك فيه أنه خارج يصير إلى الفم، فأشبهه النخامة.

مسألة: فأما الجماع، فإن الكفارة تجب منه بالتقاء الختانين إذا كان ذلك باختيار المجامع، فإن كان مكرهاً، فلا خلاف فى وجوب القضاء، وهل تجب عليه الكفارة أم لا؟ ذهب أكثر أصحابنا إلى أنه لا كفارة عليه. وقال ابن الماجشون: عليه الكفارة.

وجه القول الأول أنه مكره على الفطر، فلم تجب عليه الكفارة. كما لو أكره على الأكل. ووجه قول ابن الماجشون أنه ملتذ بالجماع، فوجب عليه الكفارة كالمختار، وهذا غير صحيح لأن الالتذاذ لا يوجب كونه عاصياً لأن الطائع يترك ما يشتهي ويلتذ به، فإذا أكره عليه لم يقدر على أن لا يلتذ به؛ لأن الالتذاذ ليس من فعله، ولا موقوفاً على اختياره، فهو يأتى ما لولا الإكراه لم يأت.

مسألة: وأما المرأة، فإن كانت طارعتة، فعليها الكفارة، على حسب ما يجب على الرجل لأنه قد وجد منها ما وجدت منه من موجب الكفارة، فلزمها ما لزمه كالحمد

٤٦ كتاب الصيام
وإن كان أكرهها، فالذى قاله جمهور أصحاب مالك: إن عليه الكفارة عنها، وقد قال ابن سحنون: لا كفارة عليها، ولا عليه عنها، ورواه ابن نافع عن مالك في المدينة.

وجه القول الأول أنه أكرهها على ما يوجب الكفارة، فلزمه أن يخرجها عنها كما لو أكرهها على ذلك في الحج. ووجه قول سحنون ما احتج به من أن الكفارة لم تجب عليها، فلم تجب عليه من أجلها.

فرع: فإذا قلنا إنه يكفر عنها، فقد قال المغيرة: يكفر عنها بعق أو إطعام والولاء لها.
فصل: وقوله: «فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر»، يقتضى وجوب ذلك عليه لأن الأمر يقتضى الوجوب.

وقوله: «بعق رقبة أو صيام شهرين أو إطعام ستين مسكيناً»، يقتضى التخيير لأن «أو» في مثل هذا إنما هي للمساواة بين الأشياء فيما تناولته من حظر أو إباحة أو جزاء أو غير ذلك من الأحكام، ولا يجوز أن تكون للشك هاهنا لأنه لا خلاف أنه لم يأمر بواحد من ذلك، فيشك فيه الراوى، بل الإجماع منعقد على أنه قد أمر بجميعها.

وإنما اختلف الفقهاء في صفة أمره بها، فقال مالك: هي على التخيير، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. قال ابن حبيب: وأنا أقول بالحديث الذى لم يأت فيه تخيير، ولكن بالترتيب كالظهار.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث، ولفظه التخيير كقوله تعالى: ﴿ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة: ١٩٦] وأجمعنا على أن ذلك على التخيير، فكذلك فى مسألتنا مثله. ودليلنا من جهة القياس أن هذه فدية يدخلها الإطعام وتختص بإدخال نقص فى العبادة، فكانت على التخيير كفدية الأذى أو جزاء الصيد.

فرع: إذا قلنا إن الكفارة على التخيير، فقد روى ابن الماجشون عن مالك أنه قال: الإطعام أفضل، وجرى عليه العراقيون. ووجه ذلك أن الإطعام أعم نفعاً لأنه يحيا به جماعة لا سيما فى أوقات الشدائد والمجاعات، وأما العتق فإن فيه إسقاط نفقة، وتكليف المعتق نفقته وموته، والمتأخرون من أصحابنا يراعون فى ذلك الأوقات والبلاد، فإن كانت أوقات شدة ومجاعة، فالإطعام عندهم أفضل، وإن كان وقت خصب ورخاء، فالعتق أفضل.

والذى احتج به ابن الماجشون فى تفضيل الإطعام أنه الأمر المعمول به فى الحديث،

كتاب الصيام ٤٧
وقد أفنى الفقيه أبو إبراهيم من استفته فى ذلك من أهل الغنى الواسع بالصيام لما علم من حاله أنه أشق عليه من العتق، والإطعام، وأنه أردع له عن انتهاك حرمة الصوم، والله أعلم وأحكم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالذى يجب من العتق رقبة مؤمنة، وسيأتى وصفها مستوعباً بعد هذا إن شاء الله تعالى. وأما الصيام فصيام شهرين متتابعين، وعلى هذا جمهور الفقهاء، وقال ابن أبى ليلى: ليس التابع بلازم فى ذلك.

والدليل على ما نقوله الخبر المتقدم، وفيه: «أو صوم شهرين متتابعين». ومن جهة القياس أن هذا صوم شهرين متتابعين ترتب بالشرع كفارة، فكان من شرطه التابع. أصل ذلك كفارة الظهارة والقتل.

فرع: وأما الإطعام، فإنه يجزئ منه إطعام ستين مسكيناً، كل مسكين مد بمد النبى ﷺ. وقال أشهب: مد لكل مسكين أو غداء وعشاء، والإطعام أحب إلينا من الغداء والعشاء. وقال أبو حنيفة: الإطعام لكل مسكين صاع بر أو صاع من تمر.

ودليلنا على صحة ما ذهبنا إليه أن هذه كفارة شرعت من غير عودة ولا غمطاة أذى، فكان الإطعام فيها مدا واحداً ككفارة اليمين.

فصل: وقول الرجل: «لا أجد»، يقتضى شدة فقره وضيق يده عن العتق والإطعام، وضعفه عن الصيام، وهذا يمنع وجوب تعجيل الكفارة عليه، وإن تعلقت بذمته حتى يجد أو يقوى.

فصل: وقوله: «فأتى رسول الله ﷺ بعرق من تمر، فقال: خذ هذا فتصدق به». العرق بفتح العين هو الزنبيل المضافور، ويقال عرقة أيضاً، قاله الأصمعى. وقال بعض رواه الموطأ: العرق، وهو عندى وهم على اللغة المشهورة، وإنما العرق بإسكان الراء، العظم الذى عليه لحم، فأعطاه النبى ﷺ التمر الذى جاءه ليكفر به الكفارة التى وجبت عليه على وجه التعجيل لإبراء ذمته، والرفق به لأن الرجل كان يجب ذلك عليه.

فصل: وقوله: «يا رسول الله ما أجد أحوج منا»، أعلمه أن ما به من الحاجة إلى القوت له ولعياله أشد من حاجته إلى تعجيل الكفارة لأن الكفارة، إن قدر عليها بعد وقته أجزأته، وإن مات قبل ذلك لم يعاقب مع التوبة من فعله، والاستغفار منه، والقوت لا يمكنه تأخيرها، فإن أخره مع القدرة عليه حتى يموت كان مشغولاً عن نفسه، وأخبر أنه مع ذلك أحوج من الذين تصرف إليهم الكفارة من أهل المدينة.

٤٨ كتاب الصيام

فصل: وقوله: «فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت أنيابيه»، لعله ضحك منه إذ وجبت عليه كفارة يخرجهما، فأخذها صدقة، فحملها وهو مع ذلك غير آثم، وهذا من فضل ربنا وسعة رفقته بنا وإحسانه إلينا، وهل يكون أكله للتمر يجزئ عن كفارته أم لا؟ لا الظاهر أنها لا تجزئه لأن النبي ﷺ قال له: كله. وروى أنه قال له: اطعمه لعمالك، فأما قوله: فإن الظاهر منه أن لا يجزئه، وإنما تصدق به عليه؛ ليتبلغ به وتبقى الكفارة في ذمته.

وأما قوله: «أطعمه لعمالك»، فإنه أقرب إلى الاحتمال، لأنه لا يجوز أن يطعمه من أهله من لا تلزمه نفقته، ولعله لو كان لأجزأ عنه. وقد روى عن الزهري أن هذا خاص بذلك الرجل، يريد أن يأكله ويجزئه، وهذا الذي قاله الزهري يحتمل أن يكون إنما أخذه من أنه لم يرد عن النبي ﷺ أنه أخبره ببقاء الكفارة في ذمته ولا يحتاج إلى هذا لأنه أخبره قبل هذا بوجوبها عليه وأمره بها، والأول أظهر عندي، والله أعلم. وقد رأيت نحوه للدودي.

٦٠١ - مَالِك، عَنْ عَطَاءِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْخُرَّاسَانِيِّ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: «جَاءَ أَعْرَابِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَضْرِبُ نَحْرَهُ وَيَنْتِفِ شَعْرَهُ^(١) وَيَقُولُ: هَلْكَ الْإِبْعَدُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: وَمَا ذَلِكَ؟ فَقَالَ: أَصَبْتُ أَهْلِي، وَأَنَا صَائِمٌ فِي رَمَضَانَ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تُعْتِقَ رَقَبَةً؟ فَقَالَ: لَا، فَقَالَ: هَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تُهْدِيَ بَدَنَةً؟ قَالَ: لَا، قَالَ: فَاجْلِسْ فَأَتَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِعَرَقِ تَمْرٍ، فَقَالَ: خُذْ هَذَا فَتَصَدَّقْ بِهِ، فَقَالَ: مَا أَحَدٌ أَحْوَجَ مِنِّي، فَقَالَ: كُلْهُ، وَصُمْ يَوْمًا مَكَانَ مَا أَصَبْتُ^(١)».

٦٠١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٢١٠. أخرجه البيهقي في الكبرى ٢٢٦/٤ عن أبي هريرة.

(*) زاد الدارقطني: ويحني على رأسه التراب.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٨٢/٥: هكذا هذا الحديث في الموطأ عند جماعة الرواة مرسلًا، وقد روى معناه متصلًا، من وجوه صحاح. إلا أن قوله في هذا الحديث: «هل تستطيع أن تهدي بدنة» غير محفوظ في الأحاديث المسندة الصحاح؛ ولا مدخل للبدن أيضًا في كفارة الواطئ في رمضان عند جمهور العلماء، وذكر البدنة هو الذي أنكر على عطاء في هذا الحديث. وأما ذكر الرقبة وذكر الصدقة بالعرق وسائر ما ذكرنا في هذا الحديث، فمحفوظ من حديث=

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ عَطَاءٌ: فَسَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَمْ فِي ذَلِكَ الْعَرَقِ مِنَ التَّمْرِ؟ فَقَالَ: مَا بَيْنَ خَمْسَةِ عَشْرَ صَاعًا^(١) إِلَى عِشْرِينَ.

الشرح: قوله: «جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ يضرب لحره ويتنف شعوره»، يريد أنه كان يفعل ندمًا على خطيئته وإشفاقًا مما أتى منها، وحرزًا على عظيم جرمه منها.

وقوله: «هلك الأبعد»، يريد أنه هلك بمواقفته الخطيئة، وكنى المحدث عنه بلفظ الأبعد على عادة العرب، إذا حكى عن من أخبر عن نفسه بما لا يجمل أو خاطبت به غيره، فلما قال النبي ﷺ: «وما ذاك؟» قال: «أصببت أهلي وأنا صائم في رمضان»، يريد الجماع، وهذا اللفظ يكتنى به عن الجماع، ويفهم ذلك منه بعرف الاستعمال إذا قرن بمحل الجماع.

فصل: وقوله ﷺ: «هل تستطيع أن تعتق رقبة» قد تقدم تأويل الفقهاء واختلافهم في ترتيب ذلك أو حمله على التخخير.

=أبي هريرة، وحديث عائشة من رواية الثقات الأثبات، والحمد لله. وقد روى القاسم بن عاصم البصرى، ويقال فيه التميمي، ويقال: الكلبي، وليس بشيء؛ ويمكن أن يكون كليبا، فكليبا في تميم، وكلب في قضاة، وأين قضاة من تميم؟ فروى القاسم بن عاصم هذا عن سعيد بن المسيب أنه كذب عطاء الخراساني في حديثه هذا، وعطاء الخراساني - عندي - فوق القاسم بن عاصم في الشهرة، يحمل العلم والفضل، وليس مثله عند أهل الفهم والنظر ممن يجرح به عطاء ويدفع ما رواه. وقد اختلف على القاسم في حكايته تلك: فروى سعيد بن منصور، عن إسماعيل بن علية، عن خالد الخذاء، عن القاسم بن عاصم، قال: قلت لسعيد بن المسيب ما حديث حدثناه عنك عطاء الخراساني؟ قال: ما هو؟ قلت: في الذي وقع على امرأته في رمضان، فذكر الحديث هكذا، قال فيه حدثنا عنك عطاء الخراساني. وروى أبو صالح، عن الليث بن سعد، عن عمرو بن الحارث، عن أيوب السخيتاني، عن القاسم، أنه قال لسعيد بن المسيب: إن عطاء بن أبي رباح حدثني، أن عطاء الخراساني حدث عنك في الرجل الذي أتى رسول الله ﷺ وقد أفرط في رمضان، أنه أمره بعتق رقبة، فقال: لا أحدها؛ فقال: فاهد جزورا، قال: لا أحدها؛ قال: فتصدق بعشرين صاعًا من تمر، قال: سعيد: كذب الخراساني، إنما قلت تصدق، تصدق. ففي هذه الرواية أن القاسم هذا قال لسعيد: إن عطاء بن أبي رباح حدثني أن عطاء الخراساني حدثه عنك، وفي الرواية الأولى أن القاسم هذا قال لسعيد: ما حديث حدثناه عنك عطاء الخراساني؟ وهذا اضطراب وباطل.

(١) الصاع: مكيال، والمراد مكيال أهل المدينة.

٥٠ كتاب الصيام

وقوله: «هل تستطيع أن تهدي بدنة»^(٢) انفرد عطاء بهذه اللفظة عن سعيد، وقد أنكره سعيد بن المسيب، وقال: كذب الخراساني، وقال: أما قلت له، فقال: تصدق.

فصل: وقوله ﷺ: «اجلس» يحتمل أنه كان ينتظر شيئاً يأتيه قد عرف به، ويحتمل أن يكون أمر به، ويحتمل أن يكون رجاله فضل الله.

وقوله في آخر الحديث: «كله وصم يوماً مكان ما أصبت» على حسب ما تقدم من التفسير، وأمره له بقضاء صوم ذلك اليوم لا خلاف فيه بين الفقهاء، إلا ما يحكى عن الأوزاعي وما رواه الإسفرايني عن الشافعي في أحد قوليه، فإنه قال: عليه الكفارة دون القضاء.

والدليل على صحة ما ذهب إليه ما روى عن النبي ﷺ أنه قال لهذا السائل: «كله أنت وأهل بيتك وصم يوماً واستغفر الله». ومن جهة القياس أن هذا أفسد صومه في رمضان، فوجب عليه القضاء كالمريض والمسافر.

فصل: وأما قول سعيد في العرق من التمر: ما بين خمسة عشر صاعاً إلى عشرين صاعاً، فقد روى أبو سلمة عن أبي هريرة أنه قدره بخمسة عشر صاعاً. وروى عن عائشة أنها قالت في هذه القضية: فأتى بعرق فيه عشرون صاعاً، وهذا والله أعلم، إنما هو بمعنى الحرز والتقدير واختلافه، فيجب أن يحمل على الخمسة عشر صاعاً لأنه قد نص على أن المساكين ستون مسكيناً، والكفارة مبنية على مد لكل مسكين أو مدين، وليس فيها مد وثلاث، فكان حمله على صحة المد اعتباراً لسائر الكفارات أولى، ويحتمل أن يكون ذلك قدر العرق إلا أنه الذي كان فيه من التمر خمسة عشر. وقد روى ابن حبيب قال: قال مالك: المكلل يسع ما بين خمسة عشر صاعاً إلى العشرين.

قَالَ مَالِكُ: سَمِعْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: لَيْسَ عَلَيَّ مَنْ أَفْطَرَ يَوْمًا فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ بِإِصَابَةِ أَهْلِهِ نَهَارًا أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ الْكَفَّارَةُ الَّتِي تُذَكَّرُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيمَنْ أَصَابَ أَهْلَهُ نَهَارًا فِي رَمَضَانَ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ قَضَاءُ ذَلِكَ الْيَوْمِ.

قَالَ مَالِكُ: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ فِيهِ إِلَيَّ.

(٢) قال ابن عبد البر: غير محفوظ في الأحاديث المسندة الصحاح؛ ولا مدخل للبدن أيضاً في كفارة الواطئ في رمضان عند جمهور العلماء، وذكر البدنة هو الذي أنكر على عطاء في هذا الحديث.

كتاب الصيام ٥١

الشرح: وهذا كما قال: لا كفارة على من تعمد الفطر، في قضاء رمضان، ولا في غيره من الصيام، حاشا رمضان بجماع أو غيره، ولا خلاف في ذلك إلا ما يروى عن قتادة أنه أوجب الكفارة على من تعمد الفطر في قضاء رمضان. والدليل على ما يقوله الجمهور أن هذا زمن ليست له حرمة، فلم يجب بالفطر فيه كفارة كما لو صامه نذرا أو كفارة.

* * *

ما جاء في حجامة الصائم

٦٠٢ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَحْتَجِمُ، وَهُوَ صَائِمٌ قَالَ: ثُمَّ تَرَكَ ذَلِكَ بَعْدُ، فَكَانَ إِذَا صَامَ لَمْ يَحْتَجِمِ حَتَّى يُفْطِرَ.

الشرح: قوله: «أنه كان يحتجم وهو صائم»، ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء إلى جواز ذلك، وأنه لا يفسد الصوم. وقال أحمد بن حنبل: من احتجم وهو صائم، بطل صومه وعليه القضاء دون الكفارة. وحكى عن عطاء: عليه الكفارة.

الدليل على ما نقوله حديث ابن عباس أن النبي ﷺ احتجم وهو صائم، وهذا نص. ودليلنا من جهة القياس أن هذه جراحة، فلم يجب بها الفطر للصائم كالفصاد. وقال الداودي: إن ترك الحجامة للصائم أحوط لما رأى في المنع من ذلك من أدلة المخالف، وهذا ميل منه إلى قول أحمد، والصحيح ما عليه الجمهور.

فصل: وقوله: «ثم ترك ذلك بعد، فكان إذا صام لم يحتجم حتى يفطر»، يريد أنه لما كبر وضعف كان يخاف على نفسه أن يفطر بالضعف من الحجامة إلى الفطر، ولهذا يكره من خاف الضعف على نفسه أن يحتجم حتى يفطر لأن الحجامة ربما أدته إلى إفساد صومه^(١).

٦٠٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ^(١)، وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ

٦٠٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٢٢.

(١) قال في الاستذكار: إنما ترك الحجامة صائماً لما بلغه فيها، والله أعلم، ومن الورع بالموضع المعلوم.

٦٠٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٢٣.

(١) قال في الاستذكار: حديث سعد في الموطأ منقطع، ورواه عفان عن عبد الواحد بن زياد، عن عثمان بن حكيم، عن عامر بن سعد، قال: كان أبي يحتجم وهو صائم. قال أبو عمر: هذا-

عُمَرَ كَانَا يَحْتَجِمَانِ، وَهُمَا صَائِمَانِ.

الشرح: قوله: «إنهما كانا يحتجمان وهما صائمان»، على ما تقدم من فعل عبدالله ابن عمر، قيل هذا إذا كانا يجسان من أنفسهما وقوتهما أن الحجامة مع الصوم لا تضعفهما ويعلمان أنه لا يدخل نقصاً في صومهما.

٦٠٤ - مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَحْتَجِمُ وَهُوَ صَائِمٌ ثُمَّ لَا يُفْطِرُ، قَالَ: وَمَا رَأَيْتُهُ احْتَجَمَ قَطُّ إِلَّا وَهُوَ صَائِمٌ.

الشرح: قوله: «أنه كان يحتجم وهو صائم ثم لا يفطر»، بين أن اتقاء الحجامة للصائم لما يخاف عليه من الفطر للضعف الذي يحدث بمن فعل ذلك في حال صومه، وأن عروة كان لا يحتاج إلى ذلك، فكان يحتجم في حال صيامه.

فصل: وقوله: «وما رأيتُهُ احتجم قط إلا وهو صائم»، ويحتمل ثلاثة أوجه، أحدها: أنه كان يسرد صومه، فلذلك لم يتفق له حجامة إلا وهو صائم^(١)، والثاني: أن يكون كان لا يسرد الصوم، ولكنه قصد ذلك ليبين جوازه ولمنفعة كان يرجو في ذلك، والوجه الثالث: أن يريد بقوله: إلا وهو صائم، غير الصوم الشرعي، وإنما أراد بذلك أنه كان يقصد أن يحتجم قبل أن يأكل لقوته على هذا المعنى أو لمنفعة كان يرجو بها من الحجامة على الصوم لأن ذلك يتضمن قوته على هذا المعنى.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يُكْرَهُ لِلصَّائِمِ الْحِجَامَةُ لِلصَّائِمِ إِلَّا خَشْيَةً مِنْ أَنْ يَضْعُفَ وَلَوْ لَا ذَلِكَ لَمْ تُكْرَهُ، وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا احْتَجَمَ فِي رَمَضَانَ ثُمَّ سَلِمَ مِنْ أَنْ يُفْطِرَ لَمْ أَرْ عَلَيْهِ شَيْئًا، وَلَمْ أَمْرُهُ بِالْقَضَاءِ لِذَلِكَ الْيَوْمِ الَّذِي احْتَجَمَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْحِجَامَةَ إِنَّمَا تُكْرَهُ لِلصَّائِمِ لِمَوْضِعِ التَّغْيِيرِ بِالصِّيَامِ، فَمَنْ احْتَجَمَ وَسَلِمَ مِنْ أَنْ يُفْطِرَ حَتَّى يُمَسِّيَ، فَلَا أَرَى عَلَيْهِ شَيْئًا، وَكَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءُ ذَلِكَ الْيَوْمِ.

الخبر عن سعد يضعف حديث سعد المرفوع إلى النبي ﷺ أنه قال: «أفطر الحاجم والمحجوم». وقد أنكروه على من رواه عن سعد لما جاء عنه من طريق ابن شهاب وغيره أنه كان يحتجم وهو صائم. وحديثه في «أفطر الحاجم والمحجوم» انفرد به داود بن الزبير، وهو متروك الحديث، عن محمد بن حجاج، عن مصعب بن سعد، عن أبيه، عن النبي ﷺ. وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «أفطر الحاجم والمحجوم» من طرق يوضح بعضها أهل العلم بالحديث.

٦٠٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٢٤.

(١) قال في الاستذكار: عروة بن الزبير كان يواصل الصوم، ومن هنا قال ابنه: ما احتجم إلا وهو صائم.

كتاب الصيام ٥٣

الشرح: وهذا كما قال أن الحجامة إنما تكره للتغريز بالصيام فمن أحس من نفسه بضعف أو لم يعرف حاله، كرهت له الحجامة في حال صيامه لأنه تغريز بصيامه ولا يدري هل يسلم أم لا؟ ولا يجوز التغريز بالعبادات التي حرم الخروج منها إلا بعد كما لها، فإن احتجم أحد هذين، فاحتاج إلى الفطر فقد وقع المحذور، ويكون عليه القضاء ولا تكون عليه الكفارة، لأنه لم يفطر متعمداً، وإنما فعل متعمداً ما جرّ إلى الفطر ضرورة، فإن سلم من الفطر، فلا شيء عليه لأنه غرر بأمر وخاطر فيه فسلم منه، وأما من عرف من نفسه القوة على ذلك وأن الحجامة مع الصوم لا تضعفه ولا تخرجه إلى الفطر، فإن الحجامة مباحة له، ولذلك كان سعد بن أبي وقاص وعروة يجتزمان، وكان عبدالله يجتجم في أول عمره وقوته وشبابه، فلما كبر وضعف ترك ذلك لئلا يغرر بصومه، هذا المشهور من المذهب. وفي المدينة من رواية ابن نافع عن مالك: لا يجتجم قوى ولا ضعيف في صومه حتى يفطر، فرما ضعف بعد القوة، وروى عيسى عن ابن القاسم مثله.

* * *

صيام يوم عاشوراء

٦٠٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ يَوْمٌ عَاشُورَاءَ^(١) يَوْمًا تَصُومُهُ قُرَيْشٌ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ

٦٠٥ - أخرجه البخارى في كتاب الصوم حديث رقم ١٨٦٣. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٨٩٨. والترمذى في كتاب الصوم حديث رقم ٦٨٤. وأبو داود في كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٨٦. وابن ماجه حديث رقم ١٧٢٣. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٢٨٨٤، ٢٣٠٩٧، ٢٤١٣١، ٢٤٩١٢. والدارمى في كتاب الصوم حديث رقم ١٦٩٥، ١٦٩٨. والبيهقى في الكبرى ٤/٢٩٠ عن عائشة. والطحاوى بشرح المعانى ٢/٧٤ عن عائشة.

(١) «يوم عاشوراء» قال السيوطى: هو بالمد على المشهور وحكى فيه بالقصر، وزعم ابن دريد أنه اسم إسلامى لا يعرف فى الجاهلية ورد على ابن دحية، واختلف أهل الشرع فى تعيينه فقال الأكثر هو اليوم العاشر من المحرم. قال ابن المنير: وهو مقتضى الاشتقاق والتسمية، وقال القرطبى: عاشوراء مصدر معدول عن عاشرة للمبالغة والتعظيم وهو فى الأصل صفة لليلة العاشرة لأنه مأخوذ من العشر الذى هو اسم العقد واليوم مضاف إليها فإذا قيل يوم عاشوراء فكأنه قيل يوم الليلة العاشرة إلا إنهما لما عدلوا به عن الصفة غلبت عليه الأسمية فاستغنوا عن الموصوف فحذفوا الليلة فصار هذا اللفظ علما على اليوم العاشر، وذكر أبو منصور الجوالقى أنه لم يسمع فاعولاء إلا هذا وضاروراء وساروراء، ودالولاء من الضار والساسر والبدال، وزاد ابن-

يَصُومُهُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَلَمَّا قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ صَامَهُ وَأَمَرَ بِصِيَامِهِ، فَلَمَّا فُرِضَ رَمَضَانُ كَانَ هُوَ الْفَرِيضَةَ، وَتَرَكَ يَوْمَ عَاشُورَاءَ، فَمَنْ شَاءَ صَامَهُ وَمَنْ شَاءَ تَرَكَهُ.

الشرح: اختلفت الأحاديث في صوم النبي ﷺ يوم عاشوراء في سبب ذلك، فروى يحيى عن مالك أن قريشاً كانت تصومه في الجاهلية، وأن رسول الله ﷺ كان يصومه في الجاهلية. وروى عن عبد الله بن عباس، قال: قدم النبي ﷺ المدينة، فرأى اليهود يصومون يوم عاشوراء، فقال: ما هذا؟ قالوا: يوم صالح، هذا يوم نجى الله فيه بنى إسرائيل من عدوهم، فصامه موسى عليه السلام، فقال: أنا أحق بموسى منكم، فصامه وأمر بصيامه، ويحتمل أن تكون قريش تصومه في الجاهلية. وكان النبي ﷺ يصومه قبل أن يبعث، فلما بعث ترك ذلك، فلما هاجر وعلم أنه كان من شريعة موسى عليه السلام صامه، وأمر بصيامه فلما فرض رمضان نسخ وجوبه.

فصل: وقوله: «فلما قدم رسول الله ﷺ المدينة صامه وأمر بصيامه»، يقتضى الوجوب من وجهين، من جهة فعله له، ومن جهة أمره به.

وقوله: «فلما فرض رمضان كان هو الفريضة وترك عاشوراء»، يريد أن رمضان لما فرض ورد الشرع بنسخ وجوب يوم عاشوراء، وليس في الأمر بصوم رمضان ما يدل على منع وجوب يوم عاشوراء، إلا أنه قرن به ما يدل على أنه جميع الفرض من الصوم، وقد بين ذلك ﷺ في قوله للذي سأله عن فريضة الصوم، فقال له: شهر رمضان، فقال: هل على غيره؟ فقال: لا، إلا أن تطوع.

فصل: وقوله: «فمن شاء صامه ومن شاء تركه»، يريد أنه لاحق بسائر الأيام التي لم يمنع صومها ولا وجب، ولكنه مستحب بدليل ما جاء في حديث معاوية: وأنا صائم، فمن شاء فليصم، ومن شاء فليفطر. قال أشهب: صيام يوم عاشوراء يستحب لما رجي من ثواب ذلك، وليس بواجب.

٦٠٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّهُ سَمِعَ

=دحية عن ابن الأعرابي خابوراء، وقيل هو اليوم التاسع. قال ابن المنير: فعلى الأول اليوم مضاف لليلة الماضية وعلى الثاني هو مضاف لليلة الآتية. انظر تنوير الحوالك ٢١٩.

٦٠٦ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم ١٨٦٤. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٩٠٩. والترمذي في كتاب الزهد ٢٢٩٣. وأحمد في المسند حديث رقم ١٦٢٦٤، =

كتاب الصيام ٥٥
مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ يَوْمَ عَاشُورَاءَ عَامَ حَجِّ، وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ يَقُولُ: يَا أَهْلَ الْمَدِينَةِ
أَيْنَ عُلَمَاؤِكُمْ؟ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لِهَذَا الْيَوْمِ هَذَا يَوْمُ عَاشُورَاءَ، وَلَمْ
يُكْتَبْ عَلَيْكُمْ صِيَامُهُ، وَأَنَا صَائِمٌ، فَمَنْ شَاءَ فَلْيَصُمْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُفْطِرْ».

الشرح: قوله: «يا أهل المدينة أين علماءكم»، يحتمل أن يريد بذلك استدعاءهم
ليسمعوا هذا الحديث منه، ويبلغوه عنه، ويكون عندهم منه علم، فيوافقوه ويبلغوه إلى
الناس معه.

وقوله: «سمعت رسول الله ﷺ يقول لهذا اليوم: هذا يوم عاشوراء ولم يكتب
الله عليكم صيامه» يحتمل أن يريد لم يفرضه الله عليهم حيثئذ، ولا أوجبه لأن وجوبه
قد كان نسخاً بمرضان، ويحتمل على قول من قال: إن شريعة من قبلنا ليست شريعة لنا
أن يريد أن الله لم يكتبه عليكم، وإنما أمرتكم أنا بصيامه رجاء الفضل فيه لصيام موسى
له.

فصل: وقوله: «وأنا صائم»، يحتمل أن يكون تنبيهاً على فضيلة اليوم أو على جواز
صومه، ثم قال: «فمن شاء فليصم، ومن شاء فليفطر»، تصريح بالتخيير في ذلك لتلا
يعتقد فيه عند نسخ صومه المنع منه جملة.

٦٠٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَرْسَلَ إِلَى الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ أَنَّ
غَدًا يَوْمُ عَاشُورَاءَ فَصُمْ، وَأَمْرُ أَهْلِكَ أَنْ يَصُومُوا.

الشرح: قول عمر: «إن غداً عاشوراء»، هو اسم اليوم العاشر من شهر المحرم عند
مالك، وقال الشافعي: إنه اليوم التاسع.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا الاسم مأخوذ من العشر، فكان أظهر في اليوم
العاشر بل يلزمه، ويختص به، وأما اليوم التاسع فإنما سمي التاسوعاء، وهذا يقتضي أن
إرسال عمر بذلك إنما كان في اليوم التاسع ليتمكن الحارث بن هشام ومن عنده من
تبييت صيامه ليلة عاشوراء. وقال ابن حبيب: خص بأن لم يبيت صومه حتى أصبح أن

١٦٢٨٦. وعبدالرزاق في المصنف برقم ٧٨٣٤ عن معاوية بن أبي سفيان، ٢٨٦/٤.
والطبراني في الكبير ٣٢٧/١٩ عن معاوية بن أبي سفيان. والبقوي بشرح السنة ٣٣٧/٦ عن
معاوية بن أبي سفيان.

٦٠٧ - انفرد به مالك. وذكره ابن عبد البر في التمهيد ١٨٥/٥.

٥٦ كتاب الصيام

يصومه أو باقيه إن أكل والذي عليه مالك وأصحابه أنه لا يجوز أن يصام إلا بنية قبل الفجر كسائر الأيام وأما حديث سلمة بن الأكوع عن النبي ﷺ «أمر رسول الله رجلاً من أسلم أن أذن في الناس: أن من كان أكل فليصم بقية يومه، ومن لم يكن أكل فليصم، فإن هذا يوم عاشوراء»^(*)، فإنه يحتمل أنه أمر به لما علم من صوم موسى له، فإنه طرأ علم الرجوب في بعض اليوم، فكان عليهم الإمساك، ولذلك أمر من أكل بالصيام وهذا بمنزلة من يطرأ عليه العلم بأن اليوم الذي هو فيه من رمضان بعد مضى صدر منه، فإن عليه أن يمسك أكل أو لم يأكل، ولا يدل تركه الأمر على الإجزاء، لأن القضاء إنما يجب بأمر ثان، وأيضاً فإن عدم أمره بالقضاء لا يدل أنه لم يأمر به.

* * *

صيام يوم الفطر والأضحى والدهر

٦٠٨ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ صِيَامِ يَوْمَيْنِ يَوْمِ الْفِطْرِ وَيَوْمِ الْأَضْحَى، يريد يوم النحر.

الشرح: وقد فسر ذلك عمر بن الخطاب، فقال: إن رسول الله ﷺ نهى عن صيام يومين، أما يوم الأضحى فتأكلون من نسككم، وأما يوم الفطر ففطرتم من صيامكم. وهذا الأصل في ذلك، والذي يختص به يوم الفطر أنه فصل للصوم المفترض من غيره من التطوع، فلو جاز صومه لاتصل التطوع بالفرض ولأشكل، والفرق بينه وبين آخر شعبان أنه يجوز أن يصام تطوعاً شهرة رمضان واستقبال الناس له يمنع من اتصاله بشعبان، وليس كذلك ما بعد رمضان، فإن استقباله بالصوم لا يسمع ولا يشيع، فلو لم يفصل بينهما بفطر لأشكل.

مسألة: وأما أيام التشريق، وهي الأيام الثلاثة التي تلي يوم النحر، فروى عن عائشة وعروة أنها كانا يصومانها ولعلهما إنما كانا يصومانها أو يأمران بصيامها عند عدم الهدى، فإن عروة يروى عن عائشة: لا يصومها إلا المتمتع لا يجد هدياً.

(*) أخرجه الإمام أحمد في المسند حديث رقم ١٥٥٣٢.

٦٠٨ - أخرجه البخارى في كتاب الصوم حديث رقم ١٨٥٦. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٩٢١. وأحمد في المسند حديث رقم ١٠٢١٤، ١٠٤٢٦. وابن ماجه برقم ١٧٢١، ٥٤٩/١ كتاب الصيام، باب ٣٦ عن أبي سعيد الخدرى. والترمذى برقم ٧٧٢، ١٣٣/٣ كتاب الصوم، باب ٥٨ عن أبي سعيد الخدرى. وابن أبى شيبة ١٠٤/٣ عن أبى سعيد الخدرى. والبيهقى في الكبرى ٢٩٧/٤ عن أبى هريرة.

كتاب الصيام ٥٧

وقد حكى القاضى أبو محمد أنه لا يجوز ذلك بإجماع، وبهذا قال مالك وفقهاء الأمصار. وقال القاضى أبو الفرج فى حاويه: من نذر أن يعتكف أيام التشريق اعتكفها فصامها.

والدليل على المنع من صيامها ابتداء ما روى عن عائشة وابن عمر قالوا: لم يرخص فى أيام التشريق أن تصمن إلا لمن يجد الهدى. ومن جهة المعنى أنها أيام عيد، فأشبهت الفطر والأضحى. وروى ابن نافع عن مالك: أحب إلى لا يصومها فى القعدة.

مسألة: وهل يجزئه أن يصومها عن ظهار؟ قال فى المختصر عن مالك: فى مبتدأ صوم الظهار، زاد فى المدينة: أو قتل نفس من ذى القعدة، نسي أو غفل، فأفطر يوم النحر وصام أيام منى، ووصل قضاء يوم النحر بصيامه، رجوت أن يجزئه ويتدى أحب إلى. وقال فى المدينة، من رواية داود بن سعيد وابن نافع عن مالك: أرى أن يفطر يوم النحر ويصوم أيام التشريق.

قال ابن القاسم: كلمت مالكا فيه، فضعفه، وقال: وقال أرى أن يتدى. قال ابن القاسم: هذا رأى ولا عذر لأحد فى خطأ خالف ما افترض الله عز وجل عليه. وقال أشهب: من شرع فى صيام شىء من أيام منى عن تطوع أو واجب، فليفطر متى ذكر، فإن أمه لم يجزه عن واجب.

وجه القول الأول أن هذا يوم يصح صومه عن الهدى، فصح صومه عن غيره كسائر الأيام. ووجه القول الثانى أن هذا يوم عيد، فلم يصح صومه عن واجب ولا تطوع، وإنما صح صومه بدلا عن الهدى لاختصاصه بالحج.

مسألة: وأما آخر أيام التشريق، فإنه يصومه من نذره مفردا، ولا خلاف نعلمه فى ذلك، وأما نذر صوم ذى الحجة، فقال ابن القاسم: يصومه. وقال ابن الماجشون: أحب إلى أن يفطره ويقضيه ولا أوجبه. وأما من نذر صوم عام معين، فى المختصر عن مالك: لا يصوم اليوم الرابع. وفى المدونة ما يدل على أنه لا يصومه.

مسألة: ويصومه من شرع فى صوم متتابع ولا يصوم اليومين قبله.

وجه ذلك أن اليومين قبله مختصان بالأحكام من النحر والتكبير بأثر الصلوات ولزوم الرمي فيهما للمتعمد وكانت فيهما أحكام العيد أكد وهذا لمن شرع فى صيام شهرى التتابع من أول شوال، فمرض أو منعه أمر غالب حتى وافاه الأضحى وأما من ابتداء صيام شهرى التتابع فى ذى القعدة، فلا يخلو أن يعلم أن صومه سينقطع، أولا

٥٨ كتاب الصيام
 يعلم ذلك فإن علمه، فإنه لا يجزئه، قاله ابن القاسم وأشهب وترجح فيه قول مالك.
 وقال ابن حبيب: يجزئه. وجه القول الأول أنه شرع في صومه، وقد علم أنه لا يتتابع،
 فوجب أن لا يجزئه كما لو نوى تفريقه في شوال وذى القعدة. ووجه القول الثاني أنه
 نوى التتابع في صوم ما يصح صومه من مدة صومه، فوجب أن يجزئه ولا يفسد تتابعه
 الفطر في مدة لا يصح صومها كالفطر في الليل وفطر المرأة في أيام حيضها.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ أَهْلَ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: لَا بَأْسَ بِصِيَامِ الدَّهْرِ إِذَا أَفْطَرَ الْأَيَّامَ الَّتِي نَهَى
 رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ صِيَامِهَا، وَهِيَ أَيَّامُ مِنْى، وَيَوْمُ الْأَضْحَى، وَيَوْمُ الْفِطْرِ فِيمَا بَلَّغْنَا،
 قَالَ: وَذَلِكَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَىٰ فِي ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن جماعة من أهل العلم يقولون: لا بأس بصيام الدهر لمن
 قوى عليه، ولم يرد ذلك إلى الضعف وأفطر الأيام التي نهى رسول الله ﷺ عن
 صومها، وقال هذا جمهور الفقهاء. وقال أهل الظاهر: لا يجوز ذلك ومن فعله أثم.

والدليل على ذلك قوله ﷺ: «كل عمل ابن آدم له إلا الصوم، فإنه لى وأنا أجزي
 به» ولم يخص صوماً من صوم. ومن جهة القياس أن هذا عمل يتقرب به، فجاز أن
 يستدام فى كل وقت يصح فعله فيه كالصلاة والحج.

* * *

النهى عن الوصال فى الصيام

٦٠٩ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ
 الْوِصَالِ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَإِنَّكَ تُوَاصِلُ، فَقَالَ: «إِنِّي لَسْتُ كَهَيْئَتِكُمْ إِنِّي أَطْعَمُ
 وَأُسْقَى».

٦١٠ - مَالِكٌ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

٦٠٩ - أخرجه البخارى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٧٨٨. ومسلم فى كتاب الصيام حديث
 رقم ١٨٤٥. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ٢٠١٣. وأحمد فى المسند حديث رقم
 ٤٤٩١، ٤٥٢٢، ٥٥٣٣، ٥٦٤٧، ٥٨٥١، ٦٠١٧، ٦١٢٥. والبيهقى فى الكبرى ٢٨٢/٤
 عن أبي هريرة. والدارمى ٨/٢ عن أبي هريرة. وابن أبي شيبة ٨٣/٣ عن أبي هريرة.
 ٦١٠ - أخرجه البخارى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٨٢٩. ومسلم فى كتاب الصيام حديث
 رقم ١٨٤٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ٦٨٦٥، ٦٩٣١، ٧٠٢٨، ٧١٢٨، ٧١٨٢، -

كتاب الصيام ٥٩
 قَالَ: «إِيَّاكُمْ وَالْوَصَالَ، إِيَّاكُمْ وَالْوَصَالَ»^(١)، قَالُوا: فَإِنَّكَ تُوَأِّصِلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ:
 إِنِّي لَسْتُ كَهَيْئَتِكُمْ إِنِّي أَبِيتُ يُطْعِمُنِي رَبِّي وَيَسْقِينِي».

الشرح: قوله: «أنه ﷺ نهى عن الوصال»^(١)، يريد وصال صوم يوم بصوم يوم
 آخر، وظاهر النهي يقتضى المنع والتحرير إلا أن الصحابة تلقوه منه على وجه التخفيف
 عنهم، ولذلك واصلوا بعد نهيه لهم، يدل على ذلك ما رواه أبو هريرة، قال: نهى
 رسول الله ﷺ عن الوصال فى الصوم، فقال له رجل من المسلمين: إنك تواصل يا
 رسول الله، قال: وأيكم مثلى إنى أبيت يطعمنى ربي ويسقين، فلما أبوا أن يتهوا عن
 الوصال وصل بهم يوماً ثم رأوا الهلال، فقال: لو تأخر لزدتكم، كالتنكيل لهم حين
 أبوا أن يتهوا، ففى هذا دليلان، أحدهما: أنه لو كان على التحريم والمنع لم يخالفوه
 بالمواصلة كما لم يخالفوه بصوم يوم الفطر والأضحى لما كان ذلك على التحريم،
 والثانى أنه واصل بهم، وهذا يدل على جوازه ولولا ذلك لما واصل بهم.

فصل: وقوله: «إنك تواصل»، استعلاماً منهم، إن كان ذلك حكم يختص به دون
 أمته أو لمعنى ما يخافه عليهم من الضعف، ويريده بهم من الرفق، فقال ﷺ: «لست
 كهيتتكم إنى أطعم وأسقى»، يريد ﷺ أن حاله من هذا غير حالهم من طريق قوته على
 الصوم بما يطعمه الله ويسقيه ولم يقل إن الزمان مختص بصومه دون صومهم، وإنما علل
 ذلك بقوته ﷺ بما يطعمه ربه ويسقيه، ولذلك قال فى حديث همام عن أبى هريرة.
 «أبيت يطعمنى ربي ويسقين، فاكفوا من العمل ما تطيقون» فيبين أن المحذور عليهم من
 ذلك ما لا يطيقونه، ويحتمل أن يريد بقوله: يطعم ويسقى، الكناية عما يخلق الله له من
 القوة على الصيام التى تقوم مقام الطعام والشراب، فلا يتأذى بالوصال والله أعلم
 وأحكم، ولو كان طعامه وشرابه من الطعام والشراب المعتادين لما كان مواصلاً وكان
 مفطراً.

= ٧٢٣٣، ٧٤٥٤، ٧٨٣٤، ٨١٩٠، ٨٥٤٨، ٩٠٤٨، ١٠٠٢٩، ١٠٢٧٦. والدارمى فى

كتاب الصوم حديث رقم ١٦٤٤.

(*) عند أبى شيبة من رواية أبى زرعة عن أبى هريرة «إياكم والوصال»، ثلاث مرات.
 (١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٩٥/٥: أجمع العلماء على أن رسول الله ﷺ نهى عن
 الوصال، وروى ذلك عنه ﷺ من وجوه، منها: حديث أنس، وحديث ابن عمر، وحديث أبى
 هريرة، وحديث أبى سعيد الخدرى، وحديث عائشة. واختلفوا فى تأويله، فقال منهم قائلون:
 إنما نهى رسول الله ﷺ عن الوصال رفقا منه بأمته، ورحمة بهم؛ فمن قدر على الوصال فلا
 حرج، لأنه لله عز وجل يدع طعامه وشرابه.

٦٠ كتاب الصيام

فصل: وقوله في حديث أبي هريرة: «إياكم والوصال» تأكيد في المنع لهم منه، ولعله لما كان يخافه من الضعف عليهم بالوصال عما كان أنفع منه بالجهد والقوة على العدو مع حاجتهم في ذلك الوقت إليه فلما سألوه عن وصاله أعلمهم أن حالته في ذلك غير حالتهم؛ لأنه يُطعم ويُسقى.

مسألة: إذا ثبت أنه يجوز الوصال ويصح، فإنه إنما يصام زمن الليل على سبيل التبع للنهار، فأما أن يفرد بالصوم، فلا يجوز.

* * *

صيام الذي يقتل خطأ أو يتظاهر

سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِيمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ صِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَّابِعَيْنِ فِي قَتْلِ خَطَاٍ أَوْ تَظَاهِرٍ، فَعَرَضَ لَهُ مَرَضٌ يَغْلِبُهُ وَيَقْطَعُ عَلَيْهِ صِيَامَهُ، أَنَّهُ إِنْ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ وَقَوِيَ عَلَى الصِّيَامِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَخَّرَ ذَلِكَ، وَهُوَ يَبْنِي عَلَى مَا قَدْ مَضَى مِنْ صِيَامِهِ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الَّتِي يَجِبُ عَلَيْهَا الصِّيَامُ فِي قَتْلِ النَّفْسِ خَطَاً إِذَا حَاضَتْ بَيْنَ ظَهْرِيَّ صِيَامِيهَا، أَنَّهَا إِذَا طَهَّرَتْ لَا تُؤَخَّرُ الصِّيَامَ، وَهِيَ تَبْنِي عَلَى مَا قَدْ صَامَتْ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ وَجَبَ عَلَيْهِ صِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَّابِعَيْنِ فِي كِتَابِ اللَّهِ أَنْ يُفْطِرَ إِلَّا مِنْ عِلَّةٍ مَرَضٍ أَوْ حَيْضَةٍ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ فَيُفْطِرَ^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ^(*) فِي ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال من وجب عليه صيام لقتل من تلزمه الكفارة بقتله، أو لتظاهر مع عدم الرقبة، فإن الذي يلزمه من الصيام شهران متتابعان، قال الله تعالى، في كفارة القتل: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَّابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [البقرة: ١٩٦].

فصل: فمن شرع في صيام شهرى التتابع، فعرض له مرض أو حيض، أمسك عن

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٣٢.

(*) قال في الاستذكار: قوله: «أحسن ما سمعت» يدل على علمه بالخلاف في هذه المسألة، والذي أراد، والله أعلم، الرجل يمرض بين ظهري شهرى التتابع في الظهار أو القتل أو الكفارة من رمضان.

كتاب الصيام ٦١
الصوم حتى يمكنه فيصوم، ولا يؤخره عن ذلك، لأنه إنما أخره للضرورة، فمتى أحر
بعد الإمكان بطل التتابع الذي هو شرط في صحة صومه، ووجب عليه استئناف
صومه من أوله.

مسألة: وإنما أبيع له الفطر ولا يقطع التتابع العذر الذي لا يمكن معه الصوم
كالحيض والمرض، ويجرى النسيان مجرى ذلك لأنه لا يمكن الاحتراز منه، فإن نسي أن
يصل أيام القضاء والحيض بصيامه أو غلط في العدد، فقد قال عبدالملك: يستأنف صيام
الشهرين، وقاله المغيرة في خطأ العدد، إن كان هذا عامداً، بخلاف المفطر ناسياً.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن لا يكون عليه استئناف
صومه، ويجزئه أن يصلى؛ لأن هذا مما يمكن الاحتراز منه، وأما ما يلحق به المشقة،
ويمكن معه الصوم كالسفر، فإنه لا يبيح الفطر وإن أفطر استأنف الصوم، والله أعلم.

* * *

ما يفعل المريض فى صيامه

سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ الَّذِي سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ الْمَرِيضَ إِذَا أَصَابَهُ
الْمَرَضُ الَّذِي يَشْقُ عَلَيْهِ الصِّيَامُ مَعَهُ وَيُنْعِبُهُ وَيَبْلُغُ ذَلِكَ مِنْهُ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُفْطِرَ،
وَكَذَلِكَ الْمَرِيضُ الَّذِي اشْتَدَّ عَلَيْهِ الْقِيَامُ فِي الصَّلَاةِ وَبَلَغَ مِنْهُ، وَمَا اللَّهُ أَعْلَمُ بِعُذْرِ
ذَلِكَ مِنَ الْعَبْدِ، وَمِنْ ذَلِكَ مَا لَا تَبْلُغُ صِفَتُهُ، فَإِذَا بَلَغَ ذَلِكَ صَلَّى، وَهُوَ جَالِسٌ،
وَدَيْنَ اللَّهِ يُسْرٌ، وَقَدْ أَرَخَصَ اللَّهُ لِلْمُسَافِرِ فِي الْفِطْرِ فِي السَّفَرِ، وَهُوَ أَقْوَى عَلَى
الصِّيَامِ مِنَ الْمَرِيضِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى
سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] فَأَرَخَصَ اللَّهُ لِلْمُسَافِرِ فِي الْفِطْرِ فِي السَّفَرِ،
وَهُوَ أَقْوَى عَلَى الصَّوْمِ مِنَ الْمَرِيضِ، فَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيْ، وَهُوَ الْأَمْرُ
الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن المريض إذا شق عليه الصيام وأتعبه أنه يجوز له الفطر،
والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] تقديره والله أعلم، فأفطر فعدة من أيام

(١) انظر: الاستذكار رقم ٦٣٣.

٦٢ كتاب الصيام
آخر، ومقدار المرض الذى يبيح ذلك لا يستطيع أن يقدر لنفسه، ولذلك قال مالك،
رحمه الله: والله أعلم بقدر ذلك من العبد، ومن ذلك ما لا يبلغ صفته.
وقد قال أشهب فى المجموعة: إن المريض الذى لو تكلف الصيام والصلاة لأتى
بهما بمشقة وتعب فليفطر، وليصل جالساً، ودين الله يسر.

قال ابن القاسم: والذى يصيبه الضربان من الخوى فى رمضان أنه مرض من
الأمراض، فإذا بلغ به ما يجهد، فليفطر فهذا تقدير منهما، وليس بالبين، ولكنه تقدير
بما يتقن أن يؤول إليه، وذلك أن يخاف منه ويغلب على الظن أن يزيد فى مرضه أو
يجدد له مرضاً غير مرضه، أو يديم زمن مرضه، فإن هذا المقدار يبيح له الفطر، ومثل
هذا المقدار يبيح له الصلاة جالساً لمن يخاف من القيام شيئاً مما ذكرناه، وهذا الذى قاله
البغداديون من أصحابنا، وحكاه الشيخ أبو محمد عن بعض أصحابنا، ولم يذكر دوام
زمن مرضه، وهذا الذى قاله البغداديون فيما خف من الأمراض وأما المرض الشديد،
فلا يراعى فيه ذلك وإنما يراعى مشقة ما يتكلف من ذلك، ولعله الذى أراد أشهب
فجمع بين القولين والله أعلم، واستدل مالك رحمه الله، على جواز فطره لمشقة الصيام
عليه بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة:
١٨٤] قال: فأرخص الله للمسافر فى الفطر فى السفر، وهو أقوى على الصيام من
المريض الذى يتعبه الصيام، فجعل جواز الفطر للمسافر ييسر المشقة، دليلاً على جواز
الفطر للمريض الذى يلحقه من مشقة الصيام أكثر من ذلك، وهذا من باب الاستدلال
بالأولى لأنه إذا كان أصل علة الفطر فى السفر المشقة، وكان مشقة المريض أشد، فبأن
يباح لنا الفطر معها أولى وهذا احتجاج على من أنكر الفطر للمريض إلا لخوف الهلال
دون ما ذكرناه، وما أعلم أحداً قال به، ولكنه لعله يخاف اعتراض معترض، به فتبرع
بالحجة عليه.

* * *

النذر فى الصيام والصيام عن الميت

٦١١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ نَذَرَ صِيَامَ
شَهْرٍ، هَلْ لَهُ أَنْ يَتَطَوَّعَ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: لِيَبْدَأَ بِالنَّذْرِ قَبْلَ أَنْ يَتَطَوَّعَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَبَلَغَنِي عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ مِثْلُ ذَلِكَ.

الشرح: النذر هو ما ينذره الإنسان ويلزمه نفسه بالقول قبل الدخول والتطوع هو ما لا يلتزمه بالقول، وإنما يدخل فيه اختياراً، فيلزمه بالدخول فيه إتمامه^(١).

وقوله: «ليبدأ بالنذر قبل أن يتطوع»، كلام صحيح حسن لأن النذر قد لزمه ووجب عليه والتطوع لم يلزمه بعد ما لم يدخل فيه، فمن النظر أن يبدأ بما قد لزمه وتبرأ ذمته منه ثم يتطوع إن شاء.

مسألة: فإن قدم التطوع صح صومه في التطوع، وبقي النذر في ذمته، وقد أساء النظر لنفسه وإنما قلنا يصح تطوعه قبل إذا نذره لأن الزمن لا يختص بصوم النذر بل يصح فيه التطوع وغيره، وهذا إذا كان النذر غير معين، فإن تعلق بزمن معين لم يجز له أن يصوم فيه غيره، فإن فعل أثم لأنه لم يف بنذره، وكان عليه قضاء نذره لأنه قد ترك صومه مع القدرة عليه، فإذا مضى زمن النذر ولم يصمه فيه، لما ذكرناه، تعلق قضاء صومه بذمته، وكان حكمه حكم النذر الذي لم يتعين بزمن معين.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ نَذْرٌ مِنْ رَقَبَةٍ يُعْتَقُهَا أَوْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ بَدَنَةٍ، فَأَوْصَى بِأَنْ يُوقَى ذَلِكَ عَنْهُ مِنْ مَالِهِ، فَإِنَّ الصَّدَقَةَ وَالْبَدَنَةَ فِي ثُلْثِهِ، وَهُوَ مَبْدَأُ عَلَيَّ مَا سِوَاهُ مِنَ الْوَصَايَا إِلَّا مَا كَانَ مِثْلَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ مِنَ النُّذُورِ وَغَيْرِهَا كَهَيْئَةِ مَا يَتَطَوَّعُ بِهِ مِمَّا لَيْسَ بِوَاجِبٍ، وَإِنَّمَا يُجْعَلُ ذَلِكَ فِي ثُلْثِهِ خَاصَّةً دُونَ رَأْسِ مَالِهِ لِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَهُ ذَلِكَ فِي رَأْسِ مَالِهِ لَأَخَّرَ الْمُتَوَقَّى مِثْلَ ذَلِكَ مِنَ الْأُمُورِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ حَتَّى إِذَا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، وَصَارَ الْمَالُ لِوَرَثَتِهِ سَمِيَ مِثْلَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي لَمْ يَكُنْ يَتَقَاضَاهَا مِنْهُ مُتَقَاضٍ، فَلَوْ كَانَ ذَلِكَ جَائِزاً لَهُ، أَخَّرَ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ حَتَّى إِذَا كَانَ عِنْدَ مَوْتِهِ سَمَّاهَا، وَعَسَى أَنْ يُحِيطَ بِجَمِيعِ مَالِهِ، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ.

(١) قال في الاستذكار: هذا عند أهل العلم على الاختيار، وعلى استحسان البدار إلى ما وجب عليه قبل التطوع. قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. وقال: ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ وَحَنَّةٍ﴾ وقال: ﴿فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ﴾. فهذا الذي ينبغي من جهة الاختيار، فإن تطوع قبل نذره ثم أتى بنذره في وقته إن كان موقفاً وأتى به قبل موته إن لم يكن موقفاً فقد أجزأه، ولا شيء عليه.

٦٤ كتاب الصيام

الشرح: أدخل مالك، رحمه الله، هذه المسألة فيمن مات وعليه نذر صوم، ولم يجب عليه لأنه اقتصر في ذلك على جواب عبدالله بن عمر: لا يصوم أحد عن أحد، ولا يصلي أحد عن أحد، وقال: إن من أوصى أن يوفى من ماله عنده ما نذره، فإنه ما كان من الأموال، فهي في ثلثه مبدأة على الوصايا، يريد التطوع، واحتج عليه بما أثبتته في آخر المسألة، فلا حاجة لنا إلى إعادته، وسنذكر ذلك كله مستقصى في الوصايا، إن شاء الله تعالى.

٦١٢ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُسْأَلُ هَلْ يَصُومُ أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ أَوْ يُصَلِّي أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ؟ فَيَقُولُ: لَا يَصُومُ أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ وَلَا يُصَلِّي أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ.

الشرح: قوله: «لا يصوم أحد عن أحد»، يريد لا يجزى أن ينوب أحد عن أحد، فمن لزمه من ذلك شيء ففعله، فقد أدى ما عليه وأبرأ ذمته، وإن لم يفعله، فلا ينوب عنه غيره في صيامه ولا تبرأ ذمته بذلك، وذلك أن العبادات على ثلاثة أضرب، ضرب منها من عبادات المال لا تعلق له بالبدن كالزكاة، فهذا يصح فيه النيابة. والضرب الثاني له تعلق بالمال، وله تعلق بالبدن كالحج والغزو. وقد اختلف أهل العلم في صحة النيابة فيه، وسيأتي ذكره في كتاب الحج إن شاء الله تعالى.

والضرب الثالث له اختصاص بالبدن، ولا تعلق له بالمال كالصوم والصلاة، وهذا لا يدخله النيابة بوجه، وبه قال جمهور الفقهاء، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي. وقال بعض أصحاب الشافعي: يصوم عنه وليه، وبه قال أهل الظاهر.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] فوجه الدليل من الآية أنه مأمور بالصيام، فإذا اتصل مرضه حتى مات، فلا حرج عليه فيصومه عنه وليه، وإن كان فرط في صومه فهو آثم مخالف للأمة، عاص ولا يخرج عن العصيان بصوم وليه عنه.

والدليل على ذلك من جهة السنة ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، وعلم ينتفع به من بعده، وولد صالح يدعو»

٦١٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٣٥. عبد الرزاق في المصنف ١٢٦/٣. الجصاص في أحكام القرآن ١١٣/٣.

كتاب الصيام ٦٥
له^(١). ودليلنا من جهة القياس أن هذه عبادة مختصة بالبدن، فلم يدخلها النيابة كالصلاة.

* * *

ما جاء في قضاء رمضان والكفارات

٦١٣ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَخِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَفْطَرَ ذَاتَ يَوْمٍ فِي رَمَضَانَ فِي يَوْمِ ذِي غَيْمٍ، وَرَأَى أَنَّهُ قَدْ أَمْسَى وَغَابَتِ الشَّمْسُ، فَجَاءَهُ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ طَلَعَتِ الشَّمْسُ، فَقَالَ عُمَرُ: الْخَطْبُ يُسِيرُ وَقَدْ اجْتَهَدْنَا.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ: يُرِيدُ بِقَوْلِهِ: الْخَطْبُ يُسِيرُ، الْقَضَاءَ فِيمَا نَزَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَخِيفَةَ مَوُوتِهِ وَيَسَارَتِهِ، يَقُولُ: نَصُومُ يَوْمًا مَكَانَهُ^(١).

الشرح: قوله: «أفطر ذات يوم في رمضان في يوم غيم ورأى أنه قد أمسى وغابت الشمس»، يريد أنه قد اجتهد في الوقت اجتهدًا، غلب على ظنه مغيب الشمس،

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٦٣١. الترمذى حديث رقم ١٣٧٦. النسائي في الصغيرى حديث رقم ٣٦٥١. أبو داود حديث رقم ٢٨٨٠. ابن ماجه حديث رقم ٢٤١. أحمد في المسند حديث رقم ٨٦٢٧.

٦١٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٣٦. عبد الرزاق في المصنف ١٧٨/٤. البيهقى في السنن الكبرى ٢١٧/٤. المجموع ٣٤٨/٦.

(١) قال في الاستذكار ١٧٤/١٠: ما تأوله مالك، رحمه الله، عمل عمر، رضوان الله عليه، فقد روى عن عمر من أهل الحجاز، وأهل العراق أيضًا. ذكر عبد الرزاق، عن ابن جريج، قال: حدثني زيد بن أسلم، عن أبيه، قال: أفطر الناس في شهر رمضان في يوم مغيم، ثم نظر ناظر، فإذا الشمس، فقال عمر: الخطب يسير، وقد اجتهدنا، نقضى يومًا مكانه. قال ابن جريج: فهذا الحديث عن زيد بن أسلم، عن أبيه، ولم يقل: عن أخيه.

وروى الثورى، عن جبلة بن سحيم، عن على بن حنظلة، عن أبيه: أنه شهد عمر..، فذكر هذه القصة. وقال: يا هؤلاء، من كان أفطر فإن قضاء يوم يسير، ومن لم يكن أفطر فليتم صومه. وروى معمر، عن الأعمش، عن زيد بن وهب، قال: أفطر الناس في زمان عمر، فرأيت عساسا أخرجت من بيت حفصة فشرّبوا في رمضان، ثم طلعت الشمس من سحاب، فكان ذلك شق على الناس، وقالوا: أنقضى هذا اليوم فقال عمر: ولم تقضى؟ والله ما تجانفنا الإثم. قال أبو عمر: فهذا خلاف عن عمر في هذه المسألة، والرواية الأولى أولى بالصائم إن شاء الله.

٦٦ كتاب الصيام

وهذا الذى يلزم الصائم فى يوم الغيم أن يجتهد فيه، فما لم يغلب على ظنه أن الشمس قد غابت لم يجوز له الفطر، فإن أفطر مع الشك، فعليه القضاء والكفارة لأنه قد دخل فى الصوم ولزمه الإمساك وحرم عليه الأكل إلا بالاجتهاد وتيقن مغيب الشمس، فإذا غلب على ظنه أن الشمس قد غابت حل له الفطر وهذا حكم الصلاة وسائر العبادات إذا خفيت علامات أوقاتها، قام الاجتهاد فى ذلك مقام المعرفة بدخول الوقت فى جواز الفعل.

فصل: وقوله: «فجاءه رجل، فقال: يا أمير المؤمنين أطلعت الشمس»، محتمل أن الرجل قصد إليه بذلك ليعلم من عنده ما يجب على من أفطر بعد الاجتهاد، ومحتمل أنه أخبره بذلك ليمسك عن الأكل فى بقية يومه لأن ذلك واجب على من أفطر، وهو لا يعلم أن الزمن زمن صوم، ثم علم بعد ذلك أنه زمن صوم بخلاف من أبيح له الفطر من علمه بأن الزمن زمن صوم، فإنه يجوز الأكل بقية يومه.

فصل: وقول عمر: «الخطب يسير وقد اجتهدنا»، محتمل أن يريد بذلك ما قال مالك بأن الخطب القضاء يسير فى ذلك إذ قد سقط عنهم الإثم بالاجتهاد، وقد روى عن عمر أنه أمر بالقضاء.

٦١٤ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: يَصُومُ قَضَاءَ رَمَضَانَ مُتَتَابِعًا مَنْ أَفْطَرَهُ مِنْ مَرَضٍ أَوْ فِي سَفَرٍ.

الشرح: قوله: «كان يقول يصوم قضاء رمضان متتابعًا»، محتمل أن يريد الإخبار عن الوجوب، ومحتمل أن يريد به الإخبار عن الاستحباب، وعلى الاستحباب جمهور الفقهاء، فإن فرقه أجزاءه، وبذلك قال مالك وأبو حنيفة والشافعى.

والدليل على صحة ما ذهبوا إليه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] ولم يخص متفرقة من متتابعة، وإذا أتى بها متفرقة، فقد صام عدة أيام أخر، فوجب أن تجزئه.

٦١٥ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَأَبَا هُرَيْرَةَ اختلفا فى

٦١٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٣٧. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٦٠/٤. المجموع ٤٥٤/٦. المغنى ١٥١/٣.

٦١٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٣٨.

كتاب الصيام ٦٧
قَضَاءَ رَمَضَانَ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: يُفَرِّقُ بَيْنَهُ، وَقَالَ الْآخَرُ: لَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ، لَا أَدْرَى
أَيُّهُمَا قَالَ: يُفَرِّقُ بَيْنَهُ.

الشرح: قوله: «لا أدري أيهما، قال: يفرق بينه ولا أيهما، قال: لا يفرق بينه»^(١)
على سبيل البيان والتأكيد لأنه إذا قال أنه لا يدري أيهما قال يفرق بينه، فقد علم أنه
لا يدري أيهما قال القول الآخر، ويحتمل أن يكون من قال لا يفرق، قاله على سبيل
الاستحباب ولم يرد به أنه لا يجزئ إلا متتابعًا.

٦١٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ اسْتَقَاءَ،
وَهُوَ صَائِمٌ، فَعَلِيهِ الْقَضَاءُ وَمَنْ ذَرَعَهُ الْقَيْءُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ^(١).

الشرح: قوله: «من استقاء»، يريد من استدعى ذلك، وغلب نفسه عليه، فهو الذي

(١) قال في الاستذكار: لا أدري عن من أخذ ابن شهاب ذلك. وقد صح عندنا عن ابن عباس
وأبي هريرة: أنهما أجازا أن يفرق قضاء رمضان. ذكر عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج، عن
عطاء، عن ابن عباس وأبي هريرة، قالوا في قضاء رمضان: فرقه إن شئت، حسبك إذا أحصيته.
قال: وأخبرنا معمر، عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عباس، قال: صم كيف شئت،
قال الله، عز وجل: ﴿فعدة من أيام أخر﴾. قال: وأخبرنا ابن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن
هشام بن يحيى، عن أبي هريرة، قال: صم كيف شئت وأحص العدة. قال: وأخبرنا الثوري، عن
رجل من قريش، عن أمه أنها سألت أبا هريرة عن قضاء رمضان؟ فقال: لا بأس أن تفرقه إنما
هي عدة من أيام أخر.

وأما ابن عمر فلا أعلم عنه خلافاً أنه قال: صمه متتابعًا كما أفطرته. ذكره معمر، وابن جريج،
عن ابن شهاب، عن سالم، عن ابن عمر. وعن الثوري، عن أبي إسحاق، عن الحارث، عن
علي، قال: صمه متتابعًا. وهو قول الحس، والشعبي. وذكر عبد الرزاق، عن ابن جريج، عن ابن
شهاب، عن عروة عن عائشة، قال: نزلت: ﴿من أيام أخر﴾ [متتابعات]، ثم سقطت متتابعات.
قال أبو عمر: قولها: سقطت، يحتمل نسخت ورفعت. وهو دليل على سقوط التتابع، وليس
بشيء بين الدفتين «متتابعات»؛ فصح سقوطها ورفعها. وعلى هذا جمهور العلماء، وهو قول
طاوس، ومجاهد، وعطاء، وعبيد بن عمير، وجماعة. وبه قال الأوزاعي، والثوري، وأبو حنيفة،
والشافعي، وأبو ثور، وأحمد وإسحاق، وكلهم مع ذلك يستحبونها متتابعات.

٦١٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٤٠. البيهقي في السنن الكبرى ٢١٩/٤.

(١) قال في الاستذكار: قد روى هذا المعنى عن النبي ﷺ مسندًا من حديث أبي هريرة. رواه
عيسى بن يونس، عن هشام بن حسان، عن محمد بن يزيد، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال:
«من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه القضاء، ومن استقاء فعليه القضاء».

٦٨ كتاب الصيام

يلزمه القضاء، هذا قول مالك. واختلف أصحابه في وجوب ذلك، فقال أبو بكر الأبهري: هو على الاستحباب. وقال أبو يعقوب الرازي: هو على الوجوب، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة.

والدليل على وجوب ذلك أن المتعمد للقيء والمستعمل له والمكروه لنفسه عليه، لا يسلم في الغالب من رجوع شيء إلى حلقة مما قد صار فيه، فيقع به فطره، فلما كان ذلك الغالب من حاله حمل سائره على غالبة كالنوم في الحدث.

فرع: فإذا قلنا بوجوب القضاء عليه، فهل تلزمه الكفارة؟ قال الشيخ أبو بكر عن ابن الماجشون: من استقاء عامداً عابثاً، فعليه الكفارة. وقال القاضي أبو محمد: من قال من أصحابنا: إن القضاء على الوجوب، فإنه تلزمه الكفارة. وقال أبو الفرج: لو سئل عنه مالك لأوجب عليه الكفارة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: هذا الذى قاله القاضى أبو محمد فيه نظير، ويطل عندى من وجهين، أحدهما: أننا إنما نوجب عليه القضاء لأننا لا نتيقن سلامة صومه، فلا بد له من القضاء لتبرأ ذمته من الصوم الذى لزمها ونحن لا نتيقن فساد صومه، فنوجب عليه الكفارة والكفارة لم تثبت فى ذمته قبل ذلك بأمر واجب، فيكون عليه، ولا يجب إلا بأمر متيقن. والثانى: أن الكفارة إنما تجب إذا كان الفطر نفسه باختيار الصائم، فأما إذا فعل فعلاً يؤدي إلى وقوع الفطر منه بغير اختيار، فإنه لا تجب به الكفارة، ألا ترى أنه لو أمسك الماء فى فمه فغلبه، فدخل حلقة، لم تجب عليه الكفارة، ووجب عليه القضاء، وكذلك من قطر فى أذنه دهناً أو كحللاً، فوصل إلى حلقة، فإنه يجب عليه القضاء ولا تجب عليه الكفارة، وفطر المستقي إنما يقع بالراجع وهو لم يتعمد ارتجاعه، وهو الظاهر عندى من قول مالك وأصحابه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ومن ذرعه القيء، فليس عليه القضاء»، معناه الذى يغلبه القيء، ولا يعلم أنه رجوع شيء من فيه إلى حلقة والغالب من حاله هذا أنه لا يرجع إلى حلقة شيء لأن ذرع القيء وغلبته له يندفع ويخرج ويمنع الرجوع بخلاف المعالجة والإكراه للنفس على القيء لأن الإكراه إنما هو إكراه على إخراج ما ليس بخارج بل من شأنه الرجوع ولو تيقن الذى ذرعه القيء رجوع شيء إلى حلقة بعد أن صار فى فمه، وجب القضاء.

قال ابن حبيب: وما رجع من القيء إلى الجوف من اللهوات أو الخلق قبل أن

كتاب الصيام ٦٩
يستيقن وصوله إلى الفم فلا قضاء عليه والقلس بسبيل القيء فيما وصفنا. وفي المدينة
من رواية داود بن سعيد عن مالك: من قلس فوصل القلس إلى فيه، فرده، لا قضاء
عليه في صوم رمضان.

قال ابن القاسم: رجع مالك وقال: إن خرج إلى موضع لو شاء طرحه ثم رده،
فعليه القضاء. قال الشيخ أبو القاسم إن ازدرده بعد أن ظهر على لسانه، فعليه القضاء،
وإن ازدرده قبل ذلك فلا شيء عليه.

٦١٧ - مَالِكُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يُسْأَلُ عَنْ
قَضَاءِ رَمَضَانَ، فَقَالَ سَعِيدٌ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ لَا يُفَرَّقَ قَضَاءُ رَمَضَانَ وَأَنْ يُوَاتَرَ.
قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ فَرَّقَ قَضَاءَ رَمَضَانَ: فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِعَادَةٌ،
وَذَلِكَ مُجْزِئٌ عَنْهُ، وَأَحَبُّ ذَلِكَ إِلَيَّ أَنْ يُتَابَعَهُ.

قوله: «أحب إلي أن لا يفرق»، على حسب ما تقدم من استحباب ذلك لأن
الاستحباب تعجيله، وإذا عجل أول يوم استحب له تعجيل الثاني، وذلك يقتضى
التواتر إلا أن هذا تواتر ليس بمقصود فى نفسه. ووجه ثان أن العلماء قد اختلفوا فى
وجوب التتابع، فالأفضل أن يؤتى بالعبادة على وجه متيقن على إجزائه، فعلى هذه
الطريقة يكون التتابع مقصودًا.

وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: مَنْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ فِي رَمَضَانَ سَاهِيًّا أَوْ نَاسِيًّا، أَوْ مَا
كَانَ مِنْ صِيَامٍ وَاجِبٍ عَلَيْهِ، أَنْ عَلَيْهِ قَضَاءُ يَوْمٍ مَكَانَهُ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن الفطر فى الصوم الواجب على ثلاثة أضرب
أحدها: أن يقصد إلى انتهاك حرمة الصوم، وهو العمد، والثانى: أن يفطر بعذر مرض
أو سفر أو غلط أو إكراه أو نسيان، والثالث: أن يقصد الفطر لغير عذر ولكنه بتأويل
يظن به أن الفطر له سائغ، فأما إذا أفطر مكرهًا، فإن عليه القضاء، وبه قال أبو حنيفة.

وهل عليه الكفارة؟ لا يخلو أن يفطر بأكل أو شرب أو جماع، فإن كان بأكل أو
شرب، فلا كفارة عليه، ولا خلاف فى ذلك وإن كان بجماع أكره عليه، فالذى عليه
جمهور الفقهاء أنه لا كفارة عليه. وقال ابن الماجشون: عليه الكفارة.

٧٠ كتاب الصيام
والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يقع به الفطر، فلا تجب به الكفارة مع الإكراه
كالأكل.

مسألة: فأما إذا أفطر بنسيان، فإنه يفسد صومه ويكون عليه قضاؤه، وقال أبو
حنيفة والشافعي: من أكل ناسياً في فرض أو غيره، فلا يفطر بذلك ولا قضاء عليه.

والدليل على صحة ما نقوله أن ما يفسد الصوم بعدمه على وجه العمد، فإنه يفسد
بعدمه على وجه النسيان كالنية، وهذا إذا كان بأكل، فإذا كان بجماع، فالذى عليه
جمهور أصحابنا أنه لا كفارة عليه. وقال ابن الماحشون وابن نافع عن مالك: عليه
الكفارة، والكلام فيه كالكلام في الإكراه.

مسألة: وأما إذا أفطر بتأويل، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون تأويل بمعنى
موجود مثل أن يدخل معتكفاً قبل الفجر، فيظن أن من لم يدخل قبل غروب الشمس،
فلا صوم له أو تطهير للصيام قبل طلوع الفجر، فيظن أنه لا يصح صومها حتى تطهر
قبل غروب الشمس أو يخرج المقيم إلى مسافة قريبة، فيعتقد جواز الفطر، فهذا لا
كفارة عليه لأنه لم يقصد هتك حرمة الصوم، ووقع التأويل منه بمعنى موجود، وإن
تعلق التأويل بمعنى لم يوجد بعد، وإنما يتوقع وجوده مثل أن تقول المرأة: إنى أحيض
اليوم، فتفطر قبل وجود الحيض أو يقول المحموم: اليوم يوم حمى، فيفطر قبل بدء
النوبة، فهذا عليه الكفارة، سواء وجد الحيض بعد ذلك أم لم يوجد.

٦١٨ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسِ الْمَكِّيِّ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ قَالَ: كُنْتُ مَعَ مُجَاهِدٍ،
وَهُوَ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ، فَجَاءَهُ إِنْسَانٌ فَسَأَلَهُ عَنْ صِيَامِ أَيَّامِ الْكُفَّارَةِ أُمَّتَابِعَاتٍ أَمْ
يَقْطَعُهَا، قَالَ حُمَيْدٌ: فَقُلْتُ لَهُ: نَعَمْ يَقْطَعُهَا إِنْ شَاءَ. قَالَ مُجَاهِدٌ: لَا يَقْطَعُهَا، فَإِنَّهَا
فِي قِرَاءَةِ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَّابِعَاتٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَكُونَ مَا سَمَى اللَّهُ فِي الْقُرْآنِ يُصَامُ مُتَّابِعًا.

الشرح: قوله: «كنت مع مجاهد وهو يطوف بالبيت، فجاءه إنسان، فسأله»، يقتضى
أن الكلام عندهم في الطواف مباح، وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

وقوله: «فسأله عن صيام أيام الكفارة»، يريد كفارة اليمين بالله، إن لم يقدر على
عتق ولا كسوة ولا إطعام، فسأله الإنسان هل من شرطها المتابعة أم لا؟ فقال حميد: له

كتاب الصيام ٧١
أن يفرقها؛ لما كان يعتقد فيها من جواز التفريق، فأنكره مجاهد عليه لما آذاه اجتهاده إليه من أن المتابعة فيها واجبة، فلم يسعه السكوت إذ كان هو المستول والمقلد، فلو سكت لظن السائل أن ذلك قوله فيأخذ به ويقلده فيه، وهو لا يراه والسائل لم ير تقليد حميد، إما لأنه لم يعرفه أو لأنه لم يكن عنده من أهل الاجتهاد، ثم احتج مجاهد على قوله بأن في قراءة أبي: فصيام ثلاثة أيام متتابعات.

وقد قال أبو هريرة وابن عباس: إن كل صوم مذكور في القرآن، فالأفضل فيه أن يكون متتابعاً، إلا أنه ما لم يشترط فيه التتابع، فإنه يجزئ عندهما تفريقه، وبه قال مالك. وكذلك في كفارة الأيمان والثلاثة الأيام في الحج والسبعة بعد الرجوع، وإنما كان الأفضل فيه التتابع لأنه على صفة ما هو قضاء بعينه، ولأن الأفضل تقديم الصوم لتبراً الذمة.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] وهذا مطلق، وأما ما تعلق به مجاهد من قراءة أبي، فإنها عند قوم تجرى مجرى أخبار الآحاد. والذي ذهب إليه القاضي أبو بكر، وهو الصحيح أنه لا يصح التعلق إلا بما يثبت على وجه التواتر؛ لأنه إذا لم يكن متواتراً لم يكن قرآناً، وإذا لم يصح كونه قرآناً لم يصح التعلق به.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الْمَرْأَةِ تُصْبِحُ صَائِمَةً فِي رَمَضَانَ، فَتَدْفَعُ دَفْعَةً مِنْ دَمٍ عَبِيْطٍ^(١) فِي غَيْرِ أَوْانٍ حَيْضِهَا ثُمَّ تَنْتَظِرُ حَتَّى تُمَسِّيَ أَنْ تَرَى مِثْلَ ذَلِكَ، فَلَا تَرَى شَيْئاً ثُمَّ تُصْبِحُ يَوْماً آخَرَ فَتَدْفَعُ دَفْعَةً أُخْرَى، وَهِيَ دُونَ الْأُولَى ثُمَّ يَنْقَطِعُ ذَلِكَ عَنْهَا قَبْلَ حَيْضِهَا بِأَيَّامٍ فَسُئِلَ مَالِكٌ كَيْفَ تَصْنَعُ فِي صَيَامِهَا وَصَلَاتِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ الدَّمُ مِنَ الْحَيْضَةِ، فَإِذَا رَأَتْهُ فَلْتَنْظُرْ، وَلْتَقْضِ مَا أَفْطَرَتْ، فَإِذَا ذَهَبَ عَنْهَا الدَّمُ فَلْتَغْتَسِلْ وَتَصُومْ.

الشرح: وهذا كما قال أن المرأة إذا رأت الدم في وقت يصح أن يكون حيضها، لأنه تخلل بينه وبين الحيض الذي كان قبله من زمن الطهر ما يكون طهراً كاملاً فإنه يكون حيضاً، سواء كان في وقت حيضتها المعتاد وفي غيره، فإذا رآته المرأة ولو دفعة في اليوم أفطرت لما قدمناه في كتاب الحيض من أن الدم إذا رؤى في زمن الحيض، فهو حيض، كثيراً كان أو قليلاً، وأن الحيض يمنع صحة الصوم.

(١) عبيط: طرى خالص لا خلط فيه.

٧٢ كتاب الصيام

فصل: وقوله: «وتقضى ما أفطرت»، يريد من الأيام بسبب الحيض؛ لأن الحائض تقضى الصوم ولا تقضى الصلاة.

وقوله: «فإذا ذهب عنها الدم فلتغتسل وتصوم»، أما غسلها، فإن الحائض يلزمها الغسل عند انقطاع الدم لتطهر به من حدث حيضها، وإن رأت الطهر في آخر يوم رأت الدم في أوله. وأما صومها فيعود إلى ما كانت عليه من الصوم في اليوم الثاني لأن اليوم الذي رأت الدم في أوله لا يصح أن تصوم شيئاً منه، وإنما تصوم ما بعده، إن كانت طاهراً.

وَسُئِلَ عَمَّنْ أَسْلَمَ فِي آخِرِ يَوْمٍ مِنْ رَمَضَانَ، هَلْ عَلَيْهِ قَضَاءُ رَمَضَانَ كُلِّهِ أَوْ يَجِبُ عَلَيْهِ قَضَاءُ الْيَوْمِ الَّذِي أَسْلَمَ فِيهِ؟ فَقَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءُ مَا مَضَى، وَإِنَّمَا يَسْتَأْنِفُ الصِّيَامَ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقْضِيَ الْيَوْمَ الَّذِي أَسْلَمَ فِيهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من أسلم في رمضان، وقد مضى بعض الشهر أنه لا يلزمه قضاء الماضي منه خلافاً للحسن وعطاء، والأصل في ذلك أن الأداء قد فات لمضى زمنه، والقضاء لا يجب إلا بأمر ثان، ولا فرق بين ما مضى من هذا الشهر وبين سائر الشهور المتقدمة من السنين الماضية في أن وقت الأداء قد فات فيها، فإذا لم يجب قضاء ما مضى من الأعوام، فكذلك ما مضى من شهر هذا العام.

فصل: وقوله: «وإنما يستأنف الصيام، فيما يستقبل»، يريد من ذلك الشهر وغيره، لأنه مخاطب بالصوم على وجه الاحتتام بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] وهذا قد شهد هذه الأيام من الشهر، وهو من المؤمنين، فوجب عليه أن يصومها كالذي يكون مقيماً في بعض الشهر ومسافراً في أوله، فإنه يلزمه صيام ما كان منه مقيماً فيه.

فصل: وقوله: «وأحب إلى أن يقضى اليوم الذي أسلم فيه»، وذلك أنه لا يجب عليه صيامه، لأن وقت صيامه قد فات بفوات وقت الدخول فيه بعد إسلامه، وأما وجوبه قبل إسلامه، فقد اختلف فيه العلماء فمن قال بوجوبه عليه حال كفره، قال: إن الإسلام يسقطه عنه لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَتُوهَا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨].

مسألة: إذا ثبت ذلك؛ فإنه يستحب له قضاؤه لما أدرك بعض زمن صومه وهو بصفة

كتاب الصيام ٧٣

من يصح منه صومه وهو كونه مسلماً، وهل يلزمه الإمساك فى ذلك اليوم من وقت إسلامه إلى آخره من قال من أصحابنا: إن الكفار مخاطبون بشرائع الإسلام، وهو مقتضى قول مالك وأكثر أصحابه، أوجب عليه الإمساك بقية يومه، ورواه فى المدينة ابن نافع عن مالك، وقاله الشيخ أبو القاسم، ومن قال من أصحابنا: ليسوا مخاطبين بشرائع الإسلام، قال: لا يلزمه الإمساك فى بقية يومه، وهو مقتضى قول أشهب وعبد الملك بن الماجشون، وقاله ابن القاسم، والله أعلم وأحكم.

* * *

قضاء التطوع

٦١٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَائِشَةَ وَحَفْصَةَ زَوْجَيِ النَّبِيِّ ﷺ أَصْبَحَتَا صَائِمَتَيْنِ مُتَطَوِّعَتَيْنِ، فَأَهْدَى لَهُمَا طَعَامًا، فَأَفْطَرْنَا عَلَيْهِ، فَدَخَلَ عَلَيْهِمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقَالَتْ حَفْصَةُ، وَبَدَّرْتَنِي بِالْكَلَامِ، وَكَانَتْ بِنْتُ أَبِيهَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصْبَحْتُ أَنَا وَعَائِشَةُ صَائِمَتَيْنِ مُتَطَوِّعَتَيْنِ، فَأَهْدَى إِلَيْنَا طَعَامًا، فَأَفْطَرْنَا عَلَيْهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَقْضِيَا مَكَانَهُ يَوْمًا آخَرَ».

الشرح: قوله: «أصبحتا صائمتين متطوعتين»، يحتمل أن يكون هذا فى يوم لم يكن

٦١٩ - أخرجه الترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٦٦٧. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ٢١٠١. وأحمد ٢٦٣/٦ عن عائشة. والبيهقى فى الكبرى ٢٨٠/٤ عن عائشة. وذكره الهيثمى فى المجمع ٢٠٢/٣ وعزاه للطبرانى فى الأوسط عن أبى هريرة. والبعوى بشرح السنة ٣٧٢/٦ عن عائشة.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٩٨/٥: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جميع رواته، فيما علمت. وقد روى عن عبدالعزيز بن يحيى، عن مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة مسنداً، ولا يصح ذلك عن مالك، والله أعلم.

ووصله ابن عبد البر من طريق عبد العزيز بن يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة وقال: وقد روى عن مطرف، وروح بن عباد - كذلك مسنداً، عن عروة، عن عائشة. وكذلك رواه القدامى، ولا يصح عنه، عن مالك، إلا ما فى الموطأ. وهو حديث اختلف فيه على ابن شهاب: فرواه مالك كما ترى، ورواه جعفر بن برقان، وسفيان بن حصين، وصالح بن أبى الأخضر، وإسماعيل بن إبراهيم بن أبى حبيبة، وصالح بن كيسان، ويحيى بن سعيد، عن الزهرى، عن عروة، عن عائشة، قالت: «كنت أنا وحفصة صائمتين» - الحديث مثله سواء معناه - مسنداً. انتهى باختصار.

٧٤ كتاب الصيام
عندهما فيه رسول الله ﷺ، ويحتمل أن يكون ذلك بإذنه وذلك أن المرأة إذا علمت أن زوجها لا حاجة له بها في الغالب نهاراً، جاز لها أن تصوم دون إذنه، فإن علمت أنه يحتاج إليها لم تصم إلا بإذنه، وكذلك البسرية وأم الولد لأن الاستمتاع حق من حقوق الزوج والسيد، فليس لها المنع منه بالنوافل.

فصل: ومما يعلم به أن لا حاجة لهما بذلك يكون، غائباً أو مسناً، لا ينبسط فهذا لا حق له في الإذن، وكذلك خادم الخدمة، بخلاف السرية وأم الولد، فلا يحتاج إلى إذنه في صومهما من جهة الاستمتاع بهما، إلا أن يضعف عن الخدمة بالصوم، فيكون كالعبد لا يأتي من الصوم ما يضعف به عن الخدمة إلا بإذن السيد لأن الخدمة أيضاً من حقوق السيد، فليس للعبد أن يبعد حقه منها، وهذا كله قول مالك.

قال الشيخ أبو إسحاق: وقد اختلف في صيام العبد بغير إذن سيده، وإن كان لا يضر به، فقيل: لا بأس به، وقيل: لا يجوز، وبهذا أقول.

فرع: وهذا في صوم التطوع، وفيما تدخله الزوجة على نفسها، فأما قضاء رمضان، فلا إذن لأحد فيه على زوجة ولا عبد، وإن أضعفه، قاله مالك في المجموعة.

ووجه ذلك أنه صوم لزمه بالشرع كصوم شهر رمضان.

فرع: ومن صام منهم بإذن أو بغير إذن لم يجز لهم الفطر حتى يتم صومه، لأنه صوم قد لزمه بالدخول فيه وهل للزوج أو للسيد جبرهن على الفطر مع الإذن، والمعرفة بالحاجة بعد التلبس بالصوم.

فصل: وقوله: «فأهدى لهما طعام فأفطرتا عليه»، يحتمل أن يكون للضرورة والحاجة إليه أو النسيان لصومهما، ويحتمل أن يكون لاعتقاد جواز ذلك ثم شكنا فيه. وقد اختلف الفقهاء في جواز فطر التطوع لغير ضرورة، فقال مالك: لا يجوز ذلك، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: يفطر كما شاء.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وهذا قد عقد الصوم، فوجب أن يفى به. والدليل على ذلك من جهة السنة قوله للأعرابي الذي سأله عما يجب عليه من الصوم فقال له: «شهر رمضان، فقال: هل على غيره؟ قال: لأن أن تطوع^(*)». وهذا يدل على أن عليه أن يطوع به. ودليلنا من جهة القياس أن هذا صوم، فلم يجز فيه الفطر لغير ضرورة بعد التلبس به كقضاء رمضان.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٤٦، ٢٦٧٨. مسلم حديث رقم ١١. النسائي في الصغيرى

حديث رقم ٤٥٨. أبو داود حديث رقم ٣٩١. أحمد في المسند حديث رقم ١٣٩٣.

كتاب الصيام ٧٥

فصل: وقوله: «فدخل عليهما رسول الله ﷺ» يحتتمل أن يكون دخوله عليهما بأن كان اليوم لغيرهما لأنهما كانتا فى بيت التى كان يومها، ويحتتمل أن يكون ذلك بإذنها، ويحتتمل بأن يكون اليوم لواحدة منهما فصامت بإذنه على ما قدمنا ذكره.

فصل: وقول عائشة: «فقلت حفصة، وبلدتنى بالكلام وكانت ابنة أبيها»، تريد أنها كانت جريئة على الكلام وجلدة فى سؤال النبى ﷺ، وفيها مبادرة إلى الكلام وإرادة أن تتولاه.

وقول حفصة: «إنى أصبحت أنا وعائشة صائمتين متطوعتين»، إن كان بإذنه، فيحتتمل أن يكون أذن لهما فى الصوم ولم يعلمهما، هو تطوع أو غيره، فأعلمته عند سؤالها، بأنه تطوع، لئلا يكون حكمه حكم غيره من الصيام، ويحتتمل أن يكون علم بأن صومهما تطوع، فأرادتا إذكاره.

وقولهما: «فإنه أهدي لنا طعام، فأفطرنا عليه»، يحتتمل أن يكون ﷺ علم من ضرورتهما وحالهما ما أغناهما عن أن تجرباه أن فطرهما وقع لضرورة، وعلمتا علمه بذلك وتفهمه به، فلم تذكره فى سؤالها، وهذا أظهر لأن نسيانها الصوم لا يعرفه النبى ﷺ، وكذلك اعتقادهما أن نفل الصوم لا يلزم إتمامه وأحكام النسيان والعمد يختلف فى الصوم وغيره، وفى هذا الصوم نفسه يختلف لأن النسيان لا يتصور فيه الكراهية والعمد مكروه أو محرم، وعائشة وحفصة من أئمة الصحابة، وممن لا يخفى عليهما الفرق بين العمد والنسيان، فالظاهر أنهما لم يتركا ذكر علة الفطر فى سؤالهما، إلا لأنه كان من الأمور التى لا تخفى على النبى ﷺ من حالهما، وهى الضرورة إلى الطعام.

فإن قيل: لا يصح هذا على أصلكم لأنه قال فيه: «اقضيا يوماً مكانه»، والمضطر إلى الفطر فى النفل، لا قضاء عليه عندكم.

فالجواب أنه يحتتمل أن يأمرهما بذلك على الاستحباب، ويحتتمل أن يكون أمرهما على الوجوب، ولم يكن فطرهما لضرورة، وإنما كان للحاجة إلى الطعام مع اعتقادهما أن ذلك يبيح الفطر ويمنع القضاء، فلما أمرهما بالقضاء تضمن ذلك المنع من الفطر لمثل هذا العذر، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقولها: «فقال رسول الله ﷺ: اقضيا مكانه يوماً آخر»، ظاهره الوجوب ويحتتمل الندب بدليل، وقد اختلف الناس فى قضاء التطوع، فقال مالك، رحمه الله: من

٧٦ كتاب الصيام
أفطر في صوم نفل مختاراً، فعليه القضاء، وإن أفطر لضرورة، فلا قضاء عليه. وقال
الشافعي: لا قضاء عليه في الوجهين. وقال أبو حنيفة: القضاء عليه في الوجهين إلا
الناسي، فلا قضاء عليه، فدللنا على وجوب القضاء في العمر أن هذه عبادة مقصودة
في نفسها، فكان القضاء على من أفسد نفلها من غير ضرورة كالحج.

سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: مَنْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ سَاهِيًا أَوْ نَاسِيًا فِي صِيَامٍ تَطَوُّعٍ، فَلَيْسَ
عَلَيْهِ قَضَاءٌ، وَلَيْتَمَّ يَوْمَهُ الَّذِي أَكَلَ فِيهِ أَوْ شَرِبَ، وَهُوَ مُتَطَوُّعٌ، وَلَا يُفْطِرُهُ، وَلَيْسَ
عَلَى مَنْ أَصَابَهُ أَمْرٌ يَقْطَعُ صِيَامَهُ، وَهُوَ مُتَطَوُّعٌ قَضَاءً إِذَا كَانَ إِنَّمَا أَفْطَرَ مِنْ عُدْرٍ
غَيْرِ مُتَعَمِّدٍ لِلْفِطْرِ، وَلَا أَرَى عَلَيْهِ قَضَاءَ صَلَاةٍ نَافِلَةٍ إِذَا هُوَ قَطَعَهَا مِنْ حَدَثٍ لَا
يَسْتَطِيعُ حَبْسَهُ مِمَّا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْوَضُوءِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من تلبس بصوم تطوع، فأفطر فيه بعذر من الأعذار من
السهو والإكراه والمرض وغير ذلك، فإنه لا قضاء عليه.

والدليل على ذلك أن هذا عذر يسقط الإثم في فطره، فوجب أن يسقط عنه القضاء
في التطوع كالنسيان.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالأعذار التي تسقط القضاء: النسيان والمرض والإكراه
وشدة الجوع والعطش والحر الذي يخاف منه تجدد مرض أو زيادته أو طول مدته. فأما
السفر، ففيه روايتان، إحداهما: أنه عذر يسقط القضاء، وهي رواية ابن حبيب
والأخرى أنه ليس بعذر ومن أفطر فيه لزمه القضاء، وهي رواية ابن القاسم وابن
عبدالحكم.

وجه الرواية الأولى أن كل معنى يسقط الكفارة في رمضان، فإنه يسقط القضاء في
التطوع كالمرض والنسيان. ووجه الرواية الثانية أنه أفطر مختاراً بعد التلبس بالصوم مع
إمكان إتمامه، فوجب عليه القضاء كالمقيم فإذا ابتداء صوم التطوع في السفر، ثم أفطر
لعذر السفر ففيهما أيضاً روايتان. وقال ابن حبيب: عليه القضاء، ويتوجه على ما
ذكرناه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَدْخُلَ الرَّجُلُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَعْمَالِ الصَّالِحَةِ، الصَّلَاةِ
وَالصِّيَامِ وَالْحَجِّ وَمَا أَشْبَهَ هَذَا مِنَ الْأَعْمَالِ الصَّالِحَةِ الَّتِي يَتَطَوُّعُ بِهَا النَّاسُ، فَيَقْطَعُهُ

حَتَّى يُتِمَّهُ عَلَى سُنَّتِهِ، إِذَا كَبَّرَ لَمْ يَنْصَرِفْ حَتَّى يُصَلِّيَ رَكَعَتَيْنِ، وَإِذَا صَامَ لَمْ يُفْطِرْ حَتَّى يُتِمَّ صَوْمَ يَوْمِهِ، وَإِذَا أَهَلَ لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يُتِمَّ حَجَّهُ، وَإِذَا دَخَلَ فِي الطَّوَافِ لَمْ يَقْطَعُهُ حَتَّى يُتِمَّ سُبُوعَهُ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتْرُكَ شَيْئًا مِنْ هَذَا إِذَا دَخَلَ فِيهِ حَتَّى يَقْضِيَهُ إِلَّا مِنْ أَمْرٍ يَعْضُ لَهُ مِمَّا يَعْضُ لِلنَّاسِ مِنَ الْأَسْقَامِ الَّتِي يُعْذَرُونَ بِهَا، وَالْأُمُورِ الَّتِي يُعْذَرُونَ بِهَا، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمْ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ نَمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] فَعَلَيْهِ إِمْتَامُ الصِّيَامِ كَمَا قَالَ اللَّهُ وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَتَمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] فَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَهَلَ بِالْحَجِّ تَطَوُّعًا وَقَدْ قَضَى الْفَرِيضَةَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتْرُكَ الْحَجَّ بَعْدَ أَنْ دَخَلَ فِيهِ وَيَرْجِعَ حَلَالًا مِنَ الطَّرِيقِ وَكُلُّ أَحَدٍ دَخَلَ فِي نَافِلَةٍ فَعَلَيْهِ إِمْتَامُهَا إِذَا دَخَلَ فِيهَا كَمَا يُتَمُّ الْفَرِيضَةُ وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: وهذا كما قال أن أعمال الطاعات التي تقصد لنفسها ولا تتبع كالصلاة والحج والصيام والطواف لا ينبغي لمن دخل فيها، وتلبس بعملها أن يقطعها حتى يتم منها أقل ما يكون من جنس تلك العبادة كاملة، وقد بينا وجوب ذلك فالتلبس بالحج هو الإهلال به والتلبس بالصوم هو الدخول فيه عند طلوع الفجر بنية مستصحبة قبله، إما ذكراً وإما حكماً والتلبس بالصلاة هو الإحرام بها، والتلبس بالطواف هو التكبير له عند الحجر الأسود، والشروع في المشي فيه لمن لم يكبر، وأقل ما يكون من الصيام عبادة يوم واحد، وأقل ما يكون من الحج عبادة حجة كاملة، وكذلك العمرة، وأقل ما يكون من الطواف عبادة سبعة أشواط مع ما يتبعه، وهما الركعتان بعده، وأقل ما يكون من الصلاة عبادة ركعتان، فهذا المقدار الذي يلزم من هذه العبادات بالتلبس بها، ويلحق بذلك الاعتكاف، وأقل ما يلزم منه يوم وليلة، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى، فمن تلبس بشيء من هذه العبادات لزمه أن يتم منها ما ذكرناه لأن الله تعالى قال في الصوم: ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وقال: ﴿وَأَتَمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] وكذلك سائر العبادات التي ذكرنا إلا أن يعرض مانع يبيح الخروج من الصيام والصلاة والحج والعمرة من الأعذار المعروفة، فيسقط وجوب التمام ويعين وجوب القضاء وقد بينا الأعذار التي تبيح ذلك في الصوم، وسيأتي

٧٨ كتاب الصيام
الأعدار التي تبيح ذلك في الحج والعمرة عند ذكرهما إن شاء الله تعالى.

* * *

فدية من أفطر في رمضان من علة

٦٢٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ كَبِرَ حَتَّى كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى الصِّيَامِ
فَكَانَ يَفْتَدِي^(١).

الشرح: قوله: «أن أنس بن مالك كبر حتى كان لا يقدر على الصيام، فكان يفتدي»، يريد أنه بلغ من الضعف للكبر أن عجز عن الصيام، والعجز عن الصيام على ضريين، أحدهما: موجود سببه في الجسد وهو المرض والعطش والحر والجوع، فهذه متى وجدت ومنعت تمام الصيام، سقطت الفدية لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] والأصل براءة الذمة مما عدا ذلك من الكفارة وغيرها لا يثبت إلا بدليل.

مسألة: ويبيح الفطر ما قدمنا ذكره من المشقة وخوف زيادة المرض أو تجده أو طول مدته، ويبيحه مع ذلك الحاجة إلى التداوى إذا لم يكن إلا بالفطر، وخيف من تأخير المرض أو تجده أو طول أمره أو المشقة الشديدة، وقد أرخص مالك، رحمه الله، لصاحب الحفر الشديد أن يفطر ويتداوى.

وجه ذلك أن التداوى هاهنا يقوم مقام الغذاء في حفظ الصحة، فإذا خيف من تأخره شيء مما ذكرنا أبيض الفطر كالأكل.

فصل: والضرب الثاني أن يكون الجسد سألماً من سبب العجز، إلا أنه بحال من شرع في الصوم طراً عليه المانع من تمام الصوم، وقد عرف ذلك من حاله واعتماده وكان الغالب من أمره لا يشك فيه كالشيخ الكبير والحامل، فهؤلاء ليس بهم مانع ولا مرض ولا عطش ولا جوع ولا حر إلا أن ذلك يطرأ عليهم عند الصوم، فمن شرع في الصوم، فغلبه عطش أو جوع أو ضعف عن الصوم، فأفطر فلا إطعام عليه عن ذلك

٦٢٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٤٣.

(١) قال في الاستذكار: الخبير بذلك عن أنس صحيح متصل رواه حماد بن زيد، وحماد بن سلمة، ومعمّر بن راشد، عن ثابت البناني، قال: كبر أنس بن مالك حتى كان لا يطيق الصوم قبل موته بعام أو عامين، فكان يفطر.

كتاب الصيام ٧٩

اليوم، ومن أفطر ابتداء لعلمه أن المشقة تلحقه إن شرع في الصوم، فأما الشيخ الكبير فيستحب له الإطعام ولا يجب عليه ذلك، وبه قال سحنون. وقال أبو حنيفة والشافعي: يجب عليه الإطعام.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذا مفطر بعذر موجود به، فلم يلزمه إطعام كالمسافر والمريض.

فصل: قوله في أنس: «إنه كان يفتدى» يحتمل أنه كان يفعل ذلك على وجه الاستحباب.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا أَرَى ذَلِكَ وَاجِبًا وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَفْعَلَهُ إِذَا كَانَ قَوِيًّا عَلَيْهِ، فَمَنْ فَدَى فَإِنَّمَا يُطْعِمُ مَكَانَ كُلِّ يَوْمٍ مَدًّا بِمَدِّ النَّبِيِّ ﷺ^(٢).

الشرح: وهذا كما قال أن الإطعام ليس بواجب على من عجز عن الصيام الكبير وهم، وإنما يستحب له ذلك لأنه لا عودة له إلى قضاؤه بخلاف المريض الذي يرجو القضاء.

وقوله: «فمن فدى فإنه يطعم مكان كل يوم مدًّا بمد النبي ﷺ»، يريد أن من أراد أن يأتي بذلك من المستحب، فإن الفدية في ذلك مد بمد النبي ﷺ عن كل يوم أفطره، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: كفارة كل يوم صاع من تمر أو نصف صاع بر. والدليل على ما نقوله أن هذه كفارة، فلم تنقدر بصاع أو فلم يتقدر جميعها بنصف صاع. أصل ذلك كفارة الأيمان ولأن ما قلنا هو قول عبدالله بن عباس وعبدالله ابن عمر ولا يخالف لهما.

٦٢١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ الْحَامِلِ إِذَا خَافَتْ عَلَى وَلَدِهَا وَاشْتَدَّ عَلَيْهَا الصِّيَامُ، قَالَ: تُفْطِرُ وَتُطْعِمُ مَكَانَ كُلِّ يَوْمٍ مِسْكِينًا مَدًّا مِنْ حِنْطَةٍ بِمَدِّ النَّبِيِّ ﷺ.

(٢) قال في الاستذكار ٢١٣/١٠: اختلف عن أنس في صفة إطعامه: فروى عنه مد لكل مسكين، وروى عنه نصف صاع، وروى عنه أنه كان يجمعهم فيطعمهم فرما جمع ثلاثمائة مسكين فأطعمهم وجبة واحدة. وربما أطعم ثلاثين مسكينًا كل ليلة من رمضان يتطوع بذلك، وكان يصنع لهم الجفان من الخبز واللحم.

٦٢١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٤٤. عبد الرزاق في المصنف ٢١٨/٤. المغنى ١٤٠/٣. الشافعي في الأم ٢٥١/٧. المجموع ٢٩٥/٦.

٨٠ كتاب الصيام
قَالَ مَالِكٌ: وَأَهْلُ الْعِلْمِ يَرَوْنَ عَلَيْهَا الْقَضَاءَ كَمَا قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة ١٨٤] وَيَرَوْنَ ذَلِكَ مَرَضًا مِنْ الْأَمْرَاضِ مَعَ الْخَوْفِ عَلَى وَلَدِهَا.

الشرح: قوله في الحامل: «إذا خافت على ولدها من شدة الصيام، تفطر وتطعم» لا خلاف في إباحة الفطر لها، ويحتمل أن يكون عبدالله أمر الحامل بالإطعام على سبيل الندب والاستحباب.

وقد اختلف الناس في ذلك، وعن مالك فيه روايتان إحداهما: لا إطعام عليها، وبه قال أبو حنيفة. والثانية: عليها الإطعام، ويخرج على هذه الرواية وجوب الإطعام على الشيخ الكبير. وقال ابن حبيب: إن أفطرت خوفاً على نفسها، فلا إطعام، وإن أفطرت خوفاً على حملها، فعليها الإطعام.

وجه الرواية الأولى أنها مفطرة لعذر موجود بها، فلم يلزمها إطعام كالمریضة.

وجه الرواية الثانية قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يَطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامَ مَسْكِينٍ﴾ [البقرة: ١٨٤] قال: والحبلى داخلة تحت هذا العموم لأنها تطيق الصيام. ومن جهة المعنى أنها عبادة يجب بإفسادها القضاء والكفارة العظمى، فجاز أن يجب فيها القضاء والكفارة الصغرى كالحج.

مسألة: وأما المرضع، فإن ضعفت عن الصوم مع إرضاع ولدها، فإنه يجب عليه أن يستأجر له من يرضعه إن أمكن ذلك وقبل غيرها، فإن لم يقبل غيرها ولم يمكن الاستئجار له أَرْضَعَتْ ابْنَهَا، وهل عليها إطعام أو لا؟ عن مالك في ذلك روايتان، إحداهما نفى الإطعام، وبه قال أبو حنيفة. والثانية إيجابه. وجه الروايتين على ما تقدم.

٦٢٢ - مَالِكٌ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ كَانَ عَلَيْهِ قَضَاءُ رَمَضَانَ، فَلَمْ يَقْضِهِ، وَهُوَ قَوِيٌّ عَلَى صِيَامِهِ حَتَّى جَاءَ رَمَضَانُ آخَرَ، فَإِنَّهُ يُطْعِمُ مَكَانَ كُلِّ يَوْمٍ مِسْكِينًا مَدًّا^(١) مِنْ حِنْطَةٍ، وَعَلَيْهِ مَعَ ذَلِكَ الْقَضَاءُ.

٦٢٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٤٥.

(١) المد: مكيال يعادل ملء الكفين.

٦٢٣ - عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ مِثْلُ ذَلِكَ.

الشرح: هذا الفصل يقتضى أن قضاء رمضان مؤقت عند ابن القاسم، وأن وقته إلى دخول رمضان آخر متى أخره عن وقته لغير عذر فعليه كفارة مع القضاء، وبها قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه شيء، والكلام معه أولاً في توقيت القضاء وأنه لا يجوز له تأخيرها عن وقته^(٢).

والدليل على ذلك حديث عائشة أنها ما كانت تستطيع قضاء رمضان حتى يأتي شعبان. ودليلنا من جهة القياس أن هذه عبادة وجبت على البدن تتكرر في وجوبها من

٦٢٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٤٥. عبد الرزاق في المصنف ٣/٣٤.

وقال في الاستذكار: ليس في هذا الباب عند مالك شيء عن أحد من الصحابة، ولا أعلم فيه حديثاً مسنداً، وما ذكر فيه أنه بلغه عن سعيد بن جبيرة فهو محفوظ عن سعيد بن جبيرة. رواه ابن أبي شيبة، عن غندر، عن شعبة، عن أبي بشر، عن سعيد بن جبيرة.

(٢) قال في الاستذكار ١٠/٢٢٤: أما أقاويل الفقهاء في هذه المسألة: فقال مالك، والثوري، والليث بن سعد، والشافعي، والحسن ابن حسي، والأوزاعي: إن فرط في رمضان حتى دخل رمضان آخر صام الآخر، ثم قضى ما كان عليه من الأول وأطعم عن كل يوم مسكيناً. وروى ذلك عن ابن عباس، وابن عمر، وأبي هريرة، وعطاء، والقاسم بن محمد، وابن شهاب الزهري. وبه قال أحمد بن حنبل، وإسحاق، والكوفيون: نصف صاع، والحجاز مد، كل على أصله. وذكر يحيى بن أكثم: أنه وجب في هذه المسألة الإطعام عن ستة من الصحابة لم يعلم لهم منهم مخالفاً. وقال أبو حنيفة وأصحابه: يصوم رمضان الثاني، ثم يقضى الأول، ولا فدية عليه، سواء قوى على الصيام أم لا. وهو قول الحسن، وإبراهيم النخعي. وبه قال داود: ليس على من أوجب الفدية في هذه المسألة حجة من كتاب ولا سنة ولا إجماع. وقال أبو جعفر الطحاوي: قال الله تعالى: ﴿فعدة من أيام أخر﴾ فأوجب القضاء دون غيره فلا يجوز زيادة الطعام. إلا أن هذه الجماعة من الصحابة قد اتفقت على وجوب الإطعام بالتفريط إلى دخول رمضان آخر. قال أبو عمر: التفريط أن يكون صحيحاً لا علة تمنعه من الصيام حتى يدخل رمضان آخر. واختلفوا فيما يجب عليه إن لم يصح من مرضه حتى دخل رمضان المقبل. فروى عن ابن عباس، وابن عمر، وسعيد بن جبيرة، وقتادة: يصوم الثاني إذا إدركه صحيحاً، ويطعم عن الأول، ولا قضاء عليه. وقال الحسن البصري، وإبراهيم النخعي، وطاوس، وحامد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة، والثوري، ومالك والأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وإسحاق: يصوم الثاني ثم يقضى الأول ولا فدية عليه لأنه لم يفرط. وقال الأوزاعي: إذا فرط في قضاء رمضان الأول، ومرض في الآخر حتى انتضى، ثم مات، فإنه يطعم عن الأول مدين مديناً لتضييعه، ومدناً للصيام. ويطعم عن الآخر مديناً لكل يوم.

٨٢ كتاب الصيام

شرطها النية، فإذا أخرها حتى يدخل وقت التي تليها كان مفترطاً عاصياً كالصلاة.

ودليلنا على وجوب الكفارة بتأخير القضاء عن وقته أن هذه عبادة يدخل في جبراتها المال، فإذا أخرها بتفريط حتى عاد وقتها لزمه كفارة كالحج، ومعنى ذلك أن يحرم بالحج ثم يؤخر الحج إلى عام ثان، وبذلك يكون مفترطاً.

فصل: وقوله: «لأنه يطعم كل يوم مسكيناً مداً من حنطة»، يريد أنه يلزمه عن كل يوم فرط فيه إطعام مسكين مداً، وهو الذي عليه جمهور أصحابنا. وقال أشهب: يطعم في غير المدينة مداً ونصفاً، وهو قدر سبع أهل مصر، وإنما ذلك منه على وجه الاستحباب على ما ذكره في إطعام كفارة اليمين. ومعنى المسألة أن يطعم مداً كاملاً لمسكين واحد لا يفرقه على مسكينين، وأكثر، فإن فعل، لم يجزه حتى يتم مداً كاملاً لمسكين واحد، وهكذا الكفارات يعتبر فيها قدر الطعام وعدد المساكين، والله أعلم وأحكم.

* * *

جامع قضاء الصيام

٦٢٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ^(١)، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ سَمِعَ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ تَقُولُ: إِنْ كَانَ لِيَكُونَ عَلَيَّ الصِّيَامُ مِنْ رَمَضَانَ، فَمَا أَسْتَطِيعُ أَصُومُهُ حَتَّى يَأْتِيَ شَعْبَانَ^(٢).

الشرح: قولها: «إن كان ليكون عليّ الصيام من رمضان»، تريد أياماً من رمضان لم يمكنها صومها فيه بمبيض أو مريض أو غير ذلك، فيكون عليها قضاؤها، فما

٦٢٤ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم ١٨١٤. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٩٣٣. والترمذي في كتاب الصوم حديث رقم ٧١٤. والنسائي في كتاب الصيام حديث رقم ٢٢٧٨. وأبو داود في كتاب الصوم حديث رقم ٢٠٤٧. وابن ماجه حديث رقم ١٦٥٩. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٣٧٨١، ٢٤٢٨٩.

(*) قال الحافظ ابن حجر: هو الأنصاري. وقال: وذهل من قال أنه القطان لأنه لم يدرك أبا سلمة.

(١) قال السيوطي: زاد البخاري قال يحيى: للشغل بالنبي ﷺ، وللترمذي وابن خزيمة من طريق عبد الله البهلي عن عائشة. قالت: ما قضيت شيئاً مما يكون علي من رمضان إلا في شعبان حتى قبض رسول الله ﷺ. انظر: تنوير الحوالك ٢٢٥.

كتاب الصيام ٨٣
تستطيع أن تصومها حتى يأتي شعبان، ومثل هذا إذا تكرر، فإنما يكون لمسانع شغل لأنه
يستحيل أن يتفق مرض في كل عام يتصل إلى شعبان وينقطع فيه، وقد بين ذلك يحيى
ابن أبي كثير أن عائشة قالت: كان يكون على الصوم من رمضان، فما أستطيع أن
أقضى إلا في شعبان.

قال يحيى: لشغل من النبي ﷺ أو بالنبي ﷺ، فإذا ثبت أن الزمن يصح فيه القضاء،
ولكنها كانت توخر القضاء لشغلها بالنبي ﷺ إلى شعبان، والشغل الذي كان من جهة
النبي ﷺ، إما الاستمتاع بها وإما التصريف لها في حوائجها وحاجته إلى ذلك في
شعبان كحاجته في غيره، وذلك يقتضى جواز تأخير الصوم مع التمكن منه إلى أن
يبقى من شعبان قدر ما عليها من أيام الصوم، ولما يكون المؤخر بذلك مفرطاً، ولو كان
مفرطاً لما جاز له التأخير عن أول إمكان القضاء كما لا يجوز تأخير صوم رمضان عن
زمن رمضان.

فمن كان عليه قضاء أيام رمضان، فمضت عليه بعد الفطر عدتها من الأيام أمكنه
فيها صيامها، فأخر ذلك ثم جاءه مانع منعه القضاء إلى رمضان آخراً، فلا إطعام عليه
لأنه ليس بمفرط حين فعل ما يجوز له من التأخير، هذا قول البغداديين من أصحابنا،
ويروونه معنى قول ابن القاسم في المدونة.

وفي المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم: من كان صحيحاً، ففرط في قضاء
رمضان حتى مرض، فذلك الذى عليه الإطعام ويجب أن يوصى به، وأما من مرض في
رمضان فلم يزل مريضاً حتى مات، فإنه يستحب له أن يوصى به ولا يجب عليه ذلك.

وروى ابن نافع عن مالك في الذى يفرط حتى يمرض: أحب إليه أن يوصى
بالإطعام، وهو نحو القول الأول. وقال الشيخ أبو القاسم: إن كان معذوراً فى بعض
العام دون بعض، لزمه مع القضاء الإطعام بعدد الأيام التى زال فيها عذره دون
غيرها.

مسألة: الأعذار التى تسقط الإطعام: المرض والسفر المتصل، قاله الشيخ أبو
القاسم.

مسألة: وهل يكون للزوج جبر المرأة على تأخير القضاء إلى شعبان أولاً؟

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: الظاهر عندى أنه ليس له ذلك إلا باختيارها
لأن لها حقاً فى إبراء ذمتها من الفرض الذى لزمها، وأما التنفل، فإن له منعها لحاجته

٨٤ كتاب الصيام إليها. وقد روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه»^(*).

فصل: قولها: «حتى إلى شعبان»، يقتضى أن ذلك غاية الزمن الذى تقضى فيه رمضان، وهذا يقتضى مخالفته لما قبله من الأيام التى يصح فيها قضاء رمضان لامتناع النبى ﷺ منها فى شعبان دون غيره مع تساوى الحاجة، وذلك لأن تأخير القضاء غير ممنوع قبل شعبان، وأنه ممنوع فى شعبان، فيقتضى ذلك أن يكون هذا آخر وقت القضاء لغير المفرد، وأن المؤخر يعد مفرداً، وقد تقدم القول فى وجوب الكفارة فيه.

* * *

صيام اليوم الذى يشك فيه

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ أَهْلَ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ أَنْ يُصَامَ الْيَوْمَ الَّذِي يُشَكُّ فِيهِ مِنْ شَعْبَانَ إِذَا نَوَى بِهِ صِيَامَ رَمَضَانَ، وَيُرْوَى أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ قَالَ: «لَا يُصَامُ يَوْمٌ مِنْ رَمَضَانَ إِذَا نَوَى بِهِ صِيَامَ رَمَضَانَ، وَبِإِذْنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ».

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا، وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا.

الشرح: وهذا كما قال أن أهل العلم قد نهوه عن صيام اليوم الذى شك فيه أنه من شعبان أو رمضان على سبيل الاحتياط لرمضان، ويرون أن صيامه لا يجزئ من صامه إذا ثبت بعد ذلك أنه من رمضان، وعليه أن يقضيه، وقد تقدم قول ابن حنبل أنه يصام احتياطاً فى الغيم، والصواب قول الجمهور، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأنه لا بأس بصيامه على وجه التطوع والنفل، وعلى ذلك أدرك مالك، رحمه الله، أهل العلم بالمدينة، وقد تقدم الكلام فى ذلك كله فى أول الكتاب بما يغنى عن إعادته.

* * *

جامع الصيام

٦٢٥ - مَالِكٌ، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥١٩٥. مسلم حديث رقم ١٠٢٦. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٧٤٠٥.

٦٢٥ - أخرجه البخارى فى كتاب الصوم حديث رقم ١٨٣٣. ومسلم فى كتاب الصيام حديث -

الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَصُومُ حَتَّى نَقُولَ لَا يُفْطِرُ، وَيُفْطِرُ حَتَّى نَقُولَ لَا يَصُومُ، وَمَا رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَكْمَلَ صِيَامَ شَهْرٍ قَطُّ إِلَّا رَمَضَانَ، وَمَا رَأَيْتُهُ فِي شَهْرٍ أَكْثَرَ صِيَامًا مِنْهُ فِي شَعْبَانَ.

الشرح: قولها: «كان رسول الله ﷺ يصوم حتى نقول: لا يفطر»، تريد أنه كان يصل الصوم، حتى يقول من علم ذلك من حاله أنه يتمادى على سرد الصيام، ولا يفطر وكذلك كان يفطر ويصل الفطر، حتى يقول من علم ذلك سيسرد الفطر ولا يصوم، وإنما كان ذلك والله أعلم؛ لأن هذا أفضل الصوم وأشدّه لمن استطاع عليه.

فصل: وقولها: «وما رأيت رسول الله ﷺ استكمل صيام شهر قط، إلا رمضان»، وهذا نفى لأن تراه استكمل صيام شعبان. وقد روى عنها أنها قالت: كان يصوم شعبان كله، وهذا يحتمل أن يريد به معظمه وأكثره، فيكون موافقاً لحديث الموطأ.

وقد روى ابن أبي ليبيد عن أبي سلمة عن عائشة: لم أر رسول الله ﷺ صائماً من شهر قط أكثر من صيامه من شعبان، كان يصوم شعبان كله، كان يصوم شعبان إلا قليلاً، وهذا يؤكد هذا التأويل، ويحتمل أن تريد بقولها: أنه ما استكمل صيام شهر قط غير رمضان، أنه استكمله على وجه التعيين والتخصيص له بذلك، وأن ما روى عنها أنه كان يصوم شعبان كله لم يكن على وجه التعيين له.

وقد روى عن عبد الله بن سفيان، قال: قلت لعائشة رضی الله عنها: هل كان رسول الله ﷺ له صوم معلوم سوى رمضان؟ قالت: والله إن صام شهراً معلوماً سوى رمضان حتى مضى لوجهه، ولا أفطر حتى يصوم منه.

فقولها: شهراً معلوماً سوى رمضان حتى مضى لوجهه، ولا أفطر حتى يصوم منه، فقولها: شهراً معلوماً، يقتضى أن يكون معلوماً بصومه، وهذا لا يمنع أن يكون صامه على غير هذا الوجه.

=رقم ١٩٥٦. والترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٦٩٩. والنسائى فى كتاب الصيام حديث رقم ٢١٤٧، ١٢٤٨، ٢١٤٩، ٢١٥٠، ٢١٥٢، ٢١٥٣، ٢١٥٤، ٢١٥٥، ٢٣٠٥، ٢٣٠٦، ٢٣٠٧، ٢٣٠٩. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ٢ - ٧٩. وابن ماجه حديث رقم ١٧٠٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٩٨٧، ٢٤١٥١، ٢٤٧٠٢، ٢٤٨٤٦، ٢٥١٠٣. والبيهقى فى السنن الكبرى ٢٩١/٤ عن ابن عباس. وابن أبى شيبه ١٠١/٣ عن ابن عباس.

٨٦ كتاب الصيام

فصل: وقولها: «وما رأيته في شهر أكثر صياماً منه في شعبان»، تريد أن صيامه في شعبان كان أكثر من صيامه في سائر الشهور غير رمضان، ويحتمل أن يكون ذلك تخصيصاً له لكثرة الصوم منه، والله أعلم.

٦٢٦ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الصَّيَامُ جُنَّةٌ^(١)، فَإِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ صَائِمًا فَلَا يَرُفْثُ^(٢) وَلَا يَجْهَلُ، فَإِنْ امْرُؤٌ قَاتَلَهُ أَوْ شَاتَمَهُ، فَلْيَقُلْ: إِنِّي صَائِمٌ إِنْ صَائِمٌ».

الشرح: قوله ﷺ: «الصيام جنة» يريد أنه ستر ومانع من الآثام، والجنة ما يستر به ومن ذلك سمي المعجن.

وقوله: «فإن كان أحدكم صائماً فلا يرفث ولا يجهل»، يريد لا يأت بما يكسب الآثام، والرفث قبيح الكلام. قال الراجز:

عن اللغا ورفث التكلم

والجهل ضد العلم يتعدى بغير حرف جر والجهل ضد الحلم يتعدى بحرف الجر، تقول العرب: جهل على فلان بمعنى تعدى، فيعدونه بحرف الجر. قال الشاعر:

ألا لا يجهلن أحد علينا فنجهل فوق جهل الجاهلينا

٦٢٦ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم حديث رقم ١٧٦١. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٩٤١. والترمذي في كتاب الصوم حديث رقم ٦٩٥. والنسائي في كتاب الصيام حديث رقم ٢١٨٤، ٢١٨٥، ٢١٨٦، ٢١٨٧، ٢١٨٨. وأبو داود في كتاب الصوم حديث رقم ٢٠١٦. وابن ماجه حديث رقم ١٦٨١. وأحمد في المسند حديث رقم ٧١٧٩، ٧٣٦٨، ٧٥٠٤، ٧٧١٢، ٧٧٨٠، ٨٨٢٤، ٨٨٥٧، ٩٥٦٤، ٩٦١٧، ٩٧٤٨، ٩٧٨٧، ١٠٠٢٤، ١٠١٤٨، ١٠٢٧٣. والدارمي في كتاب الصوم حديث رقم ١٧٠٦. والبيهقي في الكبرى ٢٦٩/٤ عن أبي هريرة.

(١) «الصيام جنة» قال السيوطي زاد سعيد بن منصور عن مغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد من النار، ولأحمد من طريق أبي يونس عن أبي هريرة «جنة وحصن حصين من النار»، وللنسائي من حديث عثمان بن أبي العاص «جنة كجنة أحدكم من القتال»، ولأحمد من حديث أبي عبيدة ابن الجراح «جنة مالم يخرقها». زاد الدارمي «بالغيبه». والجنة بضم الجيم الوقاية والستر. قال ابن العرابي: إنما كان الصوم جنة من النار لأنه إمساك عن الشهوات والنار محفوفة بالشهوات. انظر: تنوير الحوالك ٢٢٦.

(٢) الرفث: الكلام الفاحش، ويطلق على الجماع ومقدماته.

فصل: قوله: «فإن امرؤ قاتله أو شاتمه فليقل إنى صائم»^(٣) معناه فلا يقاتله ولا يشاتمه، وليذكر نفسه صيامه ليرتدع بذلك عن معاوضة الشاتم في المقاتل، ووصفه هنا بأنه مشاتم ومقاتل، وإن كان هذا لا يستعمل إلا من فعل اثنين، يحتمل ثلاثة أوجه، يحتمل أن يريد فإن امرؤ أراد أن يشاتمه أو يقاتله، فليمتنع من ذلك وليقل إنى صائم. والثاني: أن لفظ المفاعلة، وإن كانت أظهر في فعل الاثنين إلا أنها قد تستعمل في فعل الواحد، فيقال: سافر الرجل، وعالج الطبيب المريض، والثالث أن يريد أنه إن وجدت المشاتمة، والمقاتلة منهما جميعاً، فليذكر نفسه الصائم بصومه، ولا يستديم المشاتمة والمقاتلة.

٦٢٦ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَخُلُوفُ فَمِ الصَّائِمِ أَطْيَبُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ رِيحِ الْمِسْكِ، إِنَّمَا يَذَرُ شَهْوَتَهُ وَطَعَامَهُ وَشَبْرَابَهُ مِنْ أَجْلِي، فَالصَّيَامُ لِي وَأَنَا أَجْزَى بِهِ، كُلُّ حَسَنَةٍ بَعَشْرٍ

(٣) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٠٩/٥: فيه قولان: أحدهما أنه يقول للذي يريد مشاتمته ومقاتلته: إنى صائم، وصومى بمنعنى من مجاورتك، لأنى أصون صومى من الخنا والزور من القول، بهذا أمرت؛ ولولا ذلك، لاتصرت لنفسى بمنزل ما قلت لى سواء، ونحو ذلك. والمعنى حينئذٍ على هذا التأويل فى الحديث، أن الصائم نهى عن مقاتلته بلسانه، ومشاتمته وصوته صومه عن ذلك، وبهذا ورد الحديث: حدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا ابن أبى ذئب، عن المقبرى، عن أبيه، عن أبى هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «من لم يدع قول الزور والعمل به، فليس لله حاجة فى أن يدع طعامه وشرابه». وقال أحمد بن يونس: فهمت الإسناد من ابن أبى ذئب، وأفهمنى الحديث رجل إلى جنبه، أراه ابن أخيه؛ ورواه ابن المبارك عن ابن أبى ذئب بإسناده مثله. والقول الثانى: أن الصائم يقول فى نفسه لنفسه: إنى صائم يا نفسى، فلا سبيل إلى شفاء غيظك بالمشاتمة. ولا يظهر قوله: إنى صائم، لما فيه من الرياء وإطلاع الناس على عمله، لأن الصوم من العمل الذى لا يظهر، ولذلك يجزى الله الصائم أجره بغير حساب.

٦٢٧ - أخرجه البخارى ٥٨/٣ كتاب الصوم، باب فضل الصوم عن أبى هريرة. مسلم ٨٠٧/٢ كتاب الصيام، باب ٣٠ رقم ١٦٣ عن أبى هريرة. النسائى ١٥٩/٤ كتاب فى فضل الصيام عن على بن أبى طالب. أحمد ٤٦٥/٢ عن أبى هريرة. البيهقى فى الكبرى ٣٠٤/٤ عن أبى هريرة. ذكره الهيثمى بالمجمع ١٩٧/١ وعزاه للطبرانى فى الأوسط عن أبى ذر. قال ابن عبد البر فى التمهيد (٢٠٨/٥): هذا الحديث رواه عن أبى هريرة جماعة من أصحابه، منهم: سعيد بن المسيب، والأعرج، وأبو صالح، ومحمد بن سيرين، وغيرهم. ورواه أبو سعيد وغيره عن النبى ﷺ كما رواه أبو هريرة.

أَمْثَالَهَا إِلَى سَبْعِ مِائَةٍ ضِعْفٍ، إِلَّا الصَّيَّامَ فَهُوَ لِي وَأَنَا أَجْزَى بِهِ».

الشرح: قوله: «خلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك»، الخلوف تغير رائحة فم الصائم، وإنما يحدث من خلو المعدة بترك الأكل، ولا يذهب بالسواك؛ لأنها رائحة النفس الخارج من المعدة، وإنما يذهب بالسواك ما كان في الأسنان من التغيير. وقال البرني: خلوف فم الصائم، تغير طعم فمه وريحه؛ لتأخر الطعام.

وهذا ليس على أصل مالك رحمه الله، وإنما هو جار على مذهب الشافعي، ولذلك منع الصائم السواك بعد نصف النهار؛ لأنه وقت وجود الخلوف فيه عنده، وأباحه مالك، رحمه الله؛ لأن الخلوف عنده لا يزول بالسواك؛ لأن أصله من المعدة، ولو زال بالسواك لوجب أن يمنع منه قبل الزوال؛ لأن تعاهده بالسواك قبل الزوال يمنع وجوده منه بعد الزوال إن كان مجتمعاً بالفم.

وسمعت جماعة من خطباء بلدنا يدخلون قول الشافعي في خطبهم لقلّة معرفتهم لما وجدوا ذلك يائناً في خطب ابن نباتة الواردة من المشرق، وخطبهم مبثية على مذهب الشافعي، وهذه المسألة قوية لمالك، رحمه الله، يلزم التنبيه عليها لئلا يترك الأخذ بها من لا يعرف وجهها، والله أعلم.

فصل: قوله: «أن الخلوف أطيب عند الله من ريح المسك»، ليس فيه أمر بالاستكثار منه، وإنما هو ترغيب في الاستكثار من الصوم الذي يحدث به، ولذلك خص بخلوف فم الصائم دون خلوف فم غيره.

وقوله: «إنه أطيب عند الله من ريح المسك»، المسك يحتل ثلاثة أوجه، أحدها: أن صاحبه يجدها عند الله أطيب من ريح المسك؛ لأنه ينال من الثواب عليها أكثر مما ينال المتطيب بالمسك من طيب مسكه، ويحتمل أن يريد أنها تعبق في موضع يوصف بأنه عند الله أطيب من عبق طيب المسك، وقد روى. والثالث: أن البرئ تعالى يفيد بها للصائم أكثر مما يفيد به ريح المسك لصاحبه.

فصل: وقوله: «إنما يدر شهوته وطعامه وشرابه من أجلى»، يحتل أن يكون تعليقه لتفضيله ريح الخلوف على ريح المسك، ويحتمل أن يكون ابتداء ثناء على الصائم.

وقوله: «فالصيام لي، وأنا أجزي به»، يحتل أن يريد به أن الصيام خالص لله؛ لأن سائر الأعمال تظهر على صاحبها، وربما يدخلها شيء من حب السمعة، والصيام لا

كتاب الصيام ٨٩
يظهر على الصائم، فهو خالص لله تعالى، وإضافة الجزاء عليه إلى الله، دليل على فضيلته وعظم جزائه، وقد بين ذلك بقوله: «الحسنة بعشر أمثالها إلى سبعمائة ضعف»، وذلك أعظم التضعيف.

وقد قال الله تعالى: ﴿مَثَلُ الَّذِينَ يَنْفَقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلٍ فِي كُلِّ سَنَابِلَةٍ مِائَةٌ حَبَّةٌ﴾ [البقرة: ٢٦١]، فأخبر تعالى أن التضعيف في النفقة في سبيل الله إلى سبعمائة ضعف، وفضل تضعيف الصيام بأن أضاف الجزاء عليه إلى نفسه تعالى، وذلك أنه يقتضى أنه يزيد على السبعمائة ضعف.

٦٢٨ - مَالِكٌ، عَنِ عَمْرِو أَبِي سُهَيْلٍ بْنِ مَالِكٍ، عَنِ أَبِيهِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا دَخَلَ رَمَضَانُ فَتُحْتَأَبُ أَبْوَابُ الْجَنَّةِ وَغُلِّقَتْ أَبْوَابُ النَّارِ وَصُفِّدَتِ الشَّيَاطِينُ».

الشرح: قوله: «إذا دخل رمضان»، قال الفراء: جمع رمضان، رماضين. وقال: أكره جمعه لما فيه من الأثر: «لا تقولوا: رمضان، وقولوا: شهر رمضان». وقال المطرزي: يقال: شهر رمضان، ورمضان بلا شهر، والأثر الذي تعلق به الفراء لا أصل له، فلا معنى للتعلق به، وحديث النبي ﷺ: «إذا دخل رمضان»، دون ذكر الشهر، صحيح ثابت، فعليه يجب أن يعتمد، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فتحت أبواب الجنة وغلقت أبواب النيران»، يحتمل أن يكون هذا اللفظ على ظاهره، فيكون ذلك علامة على بركة الشهر، وما يرجئ للعامل فيه من الخير، ويحتمل أن يريد بفتح أبواب الجنة كثرة الثواب على صيام الشهر وقيامه، وأن العمل فيه يؤدى إلى الجنة، كما يقال عند ملاقة العدو قد فتحت لكم أبواب الجنة، بمعنى أنه قد أمكنكم فعل تدخلونها به، وغلقت أبواب النار بمعنى كثرة الغفران والتجاوز عن الذنوب.

٦٢٨ - أخرجه البخارى موصولاً ٦٠/٣ كتاب الصوم، باب هل يقال: رمضان أو شهر رمضان عن أبي هريرة. مسلم ٧٥٨/٢ كتاب الصيام، باب ١ رقم ١ عن أبي هريرة. النسائي ١٢٩/٤ حديث رقم ١٢٦ كتاب الصيام في فضل شهر رمضان عن أبي هريرة.
قال ابن عبد البر في التمهيد (٢١٤/٥): هذا الحديث مثله لا يكون رأياً، ولا يدرك مثله إلا توقيفاً، وقد روى مرفوعاً عن النبي ﷺ من حديث أبي سهيل هذا وغيره من رواية مالك وغيره، ولا أعلم أحداً رفعه عن مالك إلا معن بن عيسى، إن صح عنه.

٩٠ كتاب الصيام

فصل: وقوله: «وصفدت الشياطين»، يحتتمل أن يريد به على الوجه الأول أنها تصفد حقيقة، فتمتنع من بعض الأفعال التي لا تطيقها إلا مع الانطلاق، وليس في ذلك دليل على امتناع تصرفها جملة لأن المصفد هو المغلول اليد إلى العنق، يتصرف بالكلام والرأى وكثير من السعى، ويحتتمل على الوجه الثاني أن هذا الشهر لبركته وثواب الأعمال فيه، وغفران الذنوب تكون الشياطين فيه كالمصفدة؛ لأن سعيها لا يؤثر وإغواءها لا يضر، والحمد لله الذي تفضل على عباده، ويحتتمل أن يريد صنفًا من الشياطين يمنعون التصرف جملة، والله أعلم وأحكم.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ أَهْلَ الْعِلْمِ لَا يَكْرَهُونَ السُّوَاكَ لِلصَّائِمِ فِي رَمَضَانَ فِي سَاعَةٍ مِنْ سَاعَاتِ النَّهَارِ لَا فِي أَوَّلِهِ وَلَا فِي آخِرِهِ، وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَكْرَهُ ذَلِكَ وَلَا يَنْتَهَى عَنْهُ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن السواك لا يكره للصائم لا في أول نهاره ولا في آخره. واتفق الناس على أنه مباح في أوله، واختلفوا في كراهيته في آخره، فذهب مالك أن أول النهار وآخره سواء، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يكره السواك في آخر النهار.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة»^(٢) ولم يخص صائما من غيره.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى لا يكره أول النهار، فلم يكره آخره كالمضمضة.

مسألة: وهذا إذا كان السواك يابسًا فإن كان رطبًا، له طعم فإنه يكره السواك به في جميع النهار لموضع التفرير بالصوم، لأنه يخاف أن يسبق شيء من طعمه إلى حلق الصائم، فيفسد صومه، فلا يجوز أن يغزر بالفرض لموضع الفضيلة، وهي السواك.

ومعنى ذلك أن ما يجعله الصائم باختياره في فمه، ويصل باختياره إلى موضع فطره على ضربين، مكروه ومباح؛ فأما المكروه، فمثل الطعام بمضغه للصبي ولحسه المداد

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٥٢.

(٢) أخرجه البخاري حديث رقم ٨٨٧. مسلم حديث رقم ٢٥٢. الترمذي حديث رقم ٢٢.

النسائي في الصغرى حديث رقم ٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٨٧. أحمد في المسند حديث رقم

٧٢٩٤. الدارمي حديث رقم ٦٨٣.

كتاب الصيام ٩١
وذوق القدر، فإن ابن نافع روى عن مالك فى المجموعة: يكره ذلك للصائم. قال
أشهب: فى الفرض والنفل.

ووجه ذلك أنه أمر يمكن الامتناع منه دون ضرر ولا عون فيه على الصوم بل فيه
تفريز بالصوم.

فروع: فمن فعل شيئاً من ذلك فمجه، فقد سلم. قال ابن حبيب: ولا شىء عليه،
فإن دخل جوفه شىء منه، فقد روى ابن نافع عن مالك فى المجموعة: عليه القضاء.
قال ابن الماجشون: إن تعمد عليه الكفارة، وإن لم يتعمد، فلا كفارة عليه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى حكم السواك الرطب وما له
طعم مما يتعمد الإنسان وضعه فى فيه مما يمنع منه لما ذكرناه.

فصل: وأما ما له رطوبة عند وضعه فى فيه كالماء يتمضمض به الصائم لشدة
العطش، فى المجموعة عن مالك: لا بأس به ويتلغ ريقه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى بعد أن يزول عنه طعم
الماء، ويخلص طعم ريقه كالمغتسل والمتوضئ يتمضمض أو الدواء يضطر الصائم إلى
مداواة الحفر به فى النهار. وقد قال أشهب: إن خاف الضرر بتأخير التداوى به إلى
الليل، فلا بأس به، وهذا أيضاً لا شىء عليه إلا أن يفطر، فإن أفطر مغلوباً، بأن يصل
الماء بغير اختياره، فعليه القضاء، وإن تعمد ذلك فعليه مع القضاء الكفارة، وإن سلم فلا
شىء عليه إلا ما قاله ابن حبيب فى مداواة الحفر: يقضى لأن الدواء يصل إلى حلقه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه إن سلم، فلا شىء عليه،
والله أعلم وأحكم. قال ابن حبيب: ومن جهل أن يحج ما تجمع فى فيه من السواك
الرطب، فعليه القضاء، ولا كفارة عليه، وفى هذا نظر لأنه قد يغير الريق، وما كان
بهذه الصفة فى عمده الكفارة، وفى التأويل والنسيان القضاء فقط، ولو لم يغير طعمه
الريق لما منع منه كما لم يمنع من اليايس. قال ابن القاسم: يستاك باليايس، وإن بل.
قال ابن حبيب: يكره الرطب للجاهل الذى لا يحس إن لم يحج ما تجمع منه والذى
يقتضيه مذهب مالك وأصحابه به أنه يكره للجاهل والعالم لما فيه من التفريز، والله
أعلم.

قَالَ يَحْتَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: فِي صِيَامِ سِنَةِ أَيَّامٍ بَعْدَ الْفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ إِنَّهُ

٩٢..... كتاب الصيام
لَمْ يَرِ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَالْفِقْهِ يَصُومُهَا، وَلَمْ يُلْغِنِي ذَلِكَ عَنْ أَحَدٍ مِنَ السَّلَفِ،
وَإِنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ يَكْرَهُونَ ذَلِكَ وَيَخَافُونَ بَدْعَتَهُ، وَأَنْ يُلْحِقَ بِرَمَضَانَ مَا لَيْسَ مِنْهُ أَهْلُ
الْجَهَالَةِ وَالْجَفَاءِ لَوْ رَأَوْا فِي ذَلِكَ رُخْصَةً عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ وَرَأَوْهُمْ يَعْمَلُونَ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن صوم هذه الستة الأيام بعد الفطر، لم تكن من الأيام التي
كان السلف يتعمدون صومها، وقد كره ذلك مالك وغيره من العلماء، وقد أباحه
جماعة من الناس، ولم يروا به بأسًا وإنما كره ذلك مالك لما خاف من إلحاق عوام الناس
ذلك برمضان، وأن لا يميزوا بينها وبينه حتى يعتقدوا جميع ذلك فرضًا.

والأصل في صيام هذه الأيام الستة ما رواه سعد بن سعيد عن عمر بن ثابت عن
أبي أيوب الأنصاري أن رسول الله ﷺ قال: «من صام رمضان ثم أتبعه ستًا من شوال
كان كصيام الدهر»^(١) وسعد بن سعيد هذا ممن لا يحتل الانفراد بمثل هذا، فلما ورد
الحديث على مثل هذا، ووجد مالك علماء المدينة منكرين العمل بهذا احتياط بتركه
لئلا يكون سببًا لما قاله.

قال مطرف: إنما كره مالك صيامها، لئلا يلحق أهل الجهل ذلك برمضان، وأما من
رغب في ذلك لما جاء فيه فلم ينهه، والله أعلم وأحكم. وقد قال الشيخ أبو إسحاق:
أفضل صيام التطوع ثلاثة أيام من كل شهر وصيام ستة أيام متوالية بعد الفطر ذلك
كصيام الدهر.

وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: لَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَالْفِقْهِ وَرَأَى يُقْتَدَى بِهِ يَنْهَى
عَنْ صِيَامِ يَوْمِ الْجُمُعَةِ وَصِيَامِهِ حَسَنٌ، وَقَدْ رَأَيْتُ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَصُومُهُ وَأَرَاهُ
كَأَنَّ يَتَحَرَّاهُ.

الشرح: هذا مذهب مالك، رحمه الله: أن صيام يوم الجمعة ليس بممنوع، وأنه
يجوز صومه لمن أراد صيامه وكذلك سائر أيام الأسبوع، مفردًا ومتصلاً بغيره، إلا أنه
يكره أن يتحرى هذا وغيره بغير صيام.

والأصل في ذلك ما روى عن علقمة، قال: قلت لعائشة: هل كان رسول الله ﷺ
يختص من الأيام شيئًا؟ قالت: لا كان عمله ديمة.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١١٦٤. الترمذى حديث رقم ٧٥٩. أبو داود حديث رقم
٢٤٣٣. ابن ماجه حديث رقم ١٧١٦. أحمد في المسند حديث رقم ٢٣٠٢٢، ٢٣٠٤٤.
الدارمي حديث رقم ١٧٥٤.

كتاب الصيام ٩٣

وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه كره للرجل أن يجعل على نفسه صيام يوم يؤقته أو شهر، ويحتمل أن يكون هذا رواية عن مالك في المنع من قصد يوم الجمعة بالصوم، ومنع الشافعي صيام يوم الجمعة لمن لم يصله بصيام قبله ولا بعده.

وجه ما قاله مالك أن هذا يوم من الأسبوع، فجاز إفراده بالصوم كغيره من الأيام. وأما الشافعي، فتعلق في ذلك بما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يصم أحدكم يوم الجمعة إلا أن يصوم قبله أو بعده بيوم^(٢)» والحديث صحيح والتعلق واجب ولعله معنى رواية ابن القاسم عن مالك.

فصل: وقوله: «وقد رأيت بعض أهل العلم يصومه»، وأراه كان يتحراه على وجه الإخبار عن ظنه بالرجل، لا على معنى الاختيار لفعله وتحريه لأن ابن القاسم قد روى عنه ما قدّمناه من المنع لقصد شيء من الأيام بصوم أو غيره من أعمال البر، ولذلك كره صيام الاثنين والخميس لمن يتحرى ذلك.

وقد روى في صيامهما أحاديث لم أر منها شيئاً ثابتاً وورد أيضاً في صيام يوم السبت ويوم الأحد حديث وورد في صيام يوم الأربعاء حديث، ولم أر في شيء من ذلك ما يحتاج به.

مسألة: وأما صيام ثلاثة أيام، من كل شهر فحسن، ما لم يعين أياماً بعينها. والأصل في ذلك ما رواه أبو هريرة قال: أوصاني خليلي بثلاث، صيام ثلاثة أيام من كل شهر، وركعتي الضحى، وأن أوتر قبل أن أنام، ولأن صيامها مع أن كل حسنة بعشر أمثالها كصيام الدهر، وليس فيها تشبيه بالفرض ما لم يعين أياماً من الشهر مثل أن يقصد بذلك أيام البيض، فقد كرهه مالك، وقال: ما هذا بيلدنا وكره تعمد صومها. وقال: الأيام كلها لله.

والدليل على ذلك ما روى عن معاذة، قالت: قلت لعائشة: أكان رسول الله ﷺ يصوم من كل شهر ثلاثة أيام؟ قالت: نعم. قلت: من أي الشهر كان يصوم؟ قالت: ما كان يبالي من أي أيام الشهر كان يصوم^(٣).

(٢) أخرجه مسلم حديث رقم ١١٤٤. البخاري حديث رقم ١٩٨٥. الترمذي حديث رقم

٧٤٣. أبو داود حديث رقم ٢٤٢٠. ابن ماجه حديث رقم ١٧٢٣. أحمد في المسند حديث

رقم ٧٣٤١، ٧٩٦٥، ١٠٥٩٠.

(٣) أخرجه مسلم حديث رقم ١١٦٠. الترمذي حديث رقم ٧٦٣. أبو داود حديث رقم

٢٤٥٣. ابن ماجه حديث رقم ١٧٠٩.

٩٤ كتاب الصيام

وقد روى فى إباحة تعمدتها بالصوم أحاديث لا تثبت، والله أعلم. قال ابن حبيب: إن أبا الدرداء كان يصوم من كل شهر ثلاثة أيام، أول يوم، واليوم العاشر، ويوم عشرين، ويقول: هو صيام الدهر، كل حسنة بعشر أمثالها. قال: وأخبر ابن حبيب أن هذا كان صيام مالك.

قال القاضى أبو الوليد: إن هذا كان مقدار صيام مالك، فأما أن يتحرى صيام هذه الأيام، فإن المشهور عن مالك منع ذلك، والله أعلم وأحكم. وقال الشيخ أبو إسحاق: أفضل صيام التطوع أول يوم من الشهر فى العشر الأول، ويوم أحد عشر الثانى، ويوم واحد وعشرين الثالث، وما تقدم من قول مالك عليه المعتمد، والله أعلم.

* * *

ذكر الاعتكاف

٦٢٩ - مالك، عن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عمرة بنت عبد الرحمن، عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: كان رسول الله ﷺ إذا اعتكف يدينى إلى رأسه، فأرجله، وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان.

الشرح: قولها: «كان رسول الله ﷺ إذا اعتكف يدينى إلى رأسه»، الاعتكاف اللزوم، يقال: فلان عاكف على أمر كذا، إذا لازمه. قال الله تعالى: ﴿فَنظَّلْهَا كَافِينَ﴾ [الشعراء: ٧١] قال: معناه ملازمين بالعبادة.

٦٢٩ - أخرجه البخارى فى كتاب الغسل حديث رقم ٢٤٠، وكتاب الاعتكاف حديث رقم ١٨٨٩. ومسلم فى كتاب الحيض حديث رقم ٤٤٧. والترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٧٣٣. والنسائى فى كتاب الطهارة حديث رقم ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، وكتاب الحيض والاستحاضة حديث رقم ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦. وأبو داود فى كتاب الصوم حديث رقم ٢١١١، ٢١١٢. وابن ماجه فى كتاب الطهارة وسننها حديث رقم ٦٢٥، وكتاب الصيام حديث رقم ١٧٦٨. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣١٠٥، ٢٣١٤٥، ٢٣٣٨٠، ٢٤٣٨٧، ٢٤٥٠١، ٢٤٥٥٣، ٢٤٧٣٦، ٢٤٧٥١، ٢٤٧٨٢، ٢٤٩٠٧، ٢٥٠٤٧، ٢٥٢٠١. والدارمى فى كتاب الطهارة حديث رقم ١٠٤٠. والبيهقى فى الكبرى ٣١٥/٤ عن عائشة.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢١٩/٥: هكذا قال مالك فى الحديث عن ابن شهاب، عن عروة، عن عمرة، عن عائشة، كذلك رواه عنه جمهور رواة الموطأ، ومن رواه كذلك فيما ذكره الدارقطنى: معن بن عيسى، والقعنبنى، وابن القاسم، وأبو المصعب، وابن كثير، ويحيى بن يحيى، يعنى النيسابورى، وإسحاق بن الطباع، وأبو سلمة منصور بن سلمة الخزازى، وروح بن عبادة، وأحمد بن إسماعيل، وخالد بن مخلد، وبشر بن عمر الزهرانى.

والاعتكاف في الشرع ملازمة المسجد للعبادة.

وقولها: «يدنى إلى رأسه فأرجله»، وظاهر هذا امتناعه من دخول البيت، ولو لم يمنع من ذلك لدخل بيته ولم يحتج إلى أن يدنى إليها رأسه كما كان يفعل إذا لم يعتكف وفي هذا إباحة تناول المرأة من زوجها، من فلى رأسه وترجيله ومناولته ولمس جسده لغير لذة وإنما يمتنع من مباشرتها للذة على وجه الاستمتاع بها على ما يأتي بعد هذا.

فصل: وقولها: «وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان»، تريد أنه كان يلزم موضع معتكفه، ولا يدخل بيته إلا لضرورة قضاء الحاجة، وأفعال النبي ﷺ على الوجوب، وهذا يقتضى أن المعتكف لا يدخل بيته إلا لضرورة حاجة الإنسان، وما يجرى مجرى ذلك من طهارة الحدث وغسل الجنابة والجمعة مما تدعو الضرورة إليه، ولا يفعل في المسجد، ولا يدخله لأكل ولا نوم ولا غيره من الأفعال التي يجوز فعلها في المسجد، فأما الأكل، فإنه يباح له أن يأكل في المسجد، ولا يخرج ليأكل خارج المسجد، فإن فعل بعد اعتكافه، خلافاً لبعض الشافعية لأنه خرج لفعل يجوز الإتيان به في المسجد، بطل اعتكافه كما لو خرج للصلاة، وللجلوس خارج المسجد.

٦٣٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَائِشَةَ كَانَتْ إِذَا اعْتَكَفَتْ لَا تَسْأَلُ عَنِ الْمَرِيضِ إِلَّا وَهِيَ تَمْشِي لَا تَقِفُ.

الشرح: قوله: «كانت إذا اعتكفت لا تسأل المريض إلا وهي قمشى»، تريد أنها كانت تخرج لحاجتها، فتمر بأهل المريض أو بموضعه، فلا تقف للسؤال، ولكنها كانت تسأل عنه ماشية لأن الوقوف عليه من معنى العيادة له، ولا يجوز للمعتكف عيادة مريض، ولا حضور جنازة، ولا طلب دين له، ولا استيفاء حد وجب له، فإن خرج لشيء من ذلك بطل اعتكافه؛ لأن ذلك قطع لما يقتضيه الاعتكاف من الملازمة والمواصلة.

مسألة: فإن خرج لاقتضاء دين منه أو استيفاء حد عليه مكرهاً، فقد اختلف أصحابنا في ذلك، فقال ابن القاسم: يبطل اعتكافه. وروى ابن نافع عن مالك: لا يبطل اعتكافه.

وجه قول ابن القاسم أن سبب خروجه من جهته، فكان ذلك بمنزلة خروجه

٦٣٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٥٥. أخرج نحوه البيهقي في الكبرى ٣٢٠/٤ عن عائشة.

بإختياره. ووجه رواية ابن نافع أن هذا مكره على الخروج، فلا يفسد اعتكافه كما لا يفسده خروجه لحاجة الإنسان.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَأْتِي الْمُعْتَكِفُ حَاجَتَهُ، وَلَا يُخْرَجُ لَهَا، وَلَا يُعِينُ أَحَدًا إِلَّا أَنْ يُخْرَجَ لِحَاجَةِ الْإِنْسَانِ، وَلَوْ كَانَ خَارِجًا لِحَاجَةِ أَحَدٍ لَكَانَ أَحَقَّ مَا يُخْرَجُ إِلَيْهِ عِيَادَةَ الْمَرِيضِ، وَالصَّلَاةَ عَلَى الْجَنَائِزِ وَاتِّبَاعَهَا.

وهذا كما قال أنه لا يأتي المعتكف حاجة، ولا يخرج لها، وأراد بذلك الحوائج التي تندر، ويمكن الترك لها كالخروج لشراء ثوب أو نحوه أو تجارة أو عيادة مريض أو لطلب أمر، فأما الحوائج المعتادة التي لا يستبد منها، فمنها ما لا يدخله النيابة كالطهارة وغيرها، فلا بد للمعتكف منها، ومنها ما تدخله النيابة كسواء طعام لغذائه، وما لا بد له منه، فهذا يستحب له أن يستنيب فيه إن أمكنه، فإن تعذر ذلك جاز له الخروج إليه لأنه من الأمور المعتادة التي تدعو الحاجة إليها كقضاء الحاجة.

وقوله: «ولا يعين أحدا»، أى لا يعينه فى شىء من أموره المعتادة وغيرها، لأن المعتكف مستغن عنها، قال: ولو كان خارجاً لمعونة أحد أو شىء من الأمور المعتد بها، لكان أحق ما يخرج إليه عيادة المريض وشهود الجنائز لأنها عبادات مأمور بها مع ما شرع من التشارك فيها، والاحتفال بها، فإذا كان المعتكف ممنوعاً، فأن يمنع من غيرها أولى وأحرى.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَكُونُ الْمُعْتَكِفُ مُعْتَكِفًا حَتَّى يَجْتَنِبَ مَا يَجْتَنِبُ الْمُعْتَكِفُ مِنْ عِيَادَةِ الْمَرِيضِ وَالصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَائِزِ، وَدُخُولِ الْبَيْتِ إِلَّا لِحَاجَةِ الْإِنْسَانِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يكون معتكفاً إلا من التزم شرط الاعتكاف، وترك الخروج لشيء من الأمور المذكورة، وهذا يقتضى أنه إن فعل شيئاً من ذلك المعتكف، بطل اعتكافه، وخرج عن أن يكون معتكفاً.

٦٣١ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ الرَّجُلِ يَعْتَكِفُ هَلْ يَدْخُلُ لِحَاجَتِهِ تَحْتَ سَقْفِهِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

الشرح: قوله: «هل يدخل لحاجته تحت سقف»، يريد بذلك قضاء حاجة الإنسان،

فلا بأس أن يدخل تحت سقف، وقد كان النبي ﷺ يدخل بيته تحت سقف لقضاء حاجة الإنسان، وكذلك الطهارة، وكل ما يجوز له الخروج إليه لا يؤثر في اعتكافه أن يدخل له تحت سقف لأنه لا ينافي في اعتكافه إلا الخروج لغير ضرورة. وأما الكون تحت سقف، فلا ينافيه.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ الْأَعْتِكَافُ فِي كُلِّ مَسْجِدٍ يُجْمَعُ فِيهِ، وَلَا أَرَاهُ كُرْهَ الْأَعْتِكَافِ فِي الْمَسَاجِدِ الَّتِي لَا يُجْمَعُ فِيهَا إِلَّا كَرَاهِيَةً أَنْ يَخْرُجَ الْمُعْتَكِفُ مِنْ مَسْجِدِهِ الَّذِي اعْتَكَفَ فِيهِ إِلَى الْجُمُعَةِ أَوْ يَدْعَهَا، فَإِنْ كَانَ مَسْجِدًا لَا يُجْمَعُ فِيهِ الْجُمُعَةُ، وَلَا يَجِبُ عَلَى صَاحِبِهِ إِتْيَانُ الْجُمُعَةِ فِي مَسْجِدٍ سِوَاهُ، فَإِنِّي لَا أَرَى بَأْسًا بِالْأَعْتِكَافِ فِيهِ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة ١٨٧] فَعَمَّ اللَّهُ الْمَسَاجِدَ كُلَّهَا وَلَمْ يَخُصَّ شَيْئًا مِنْهَا^(١).

قَالَ مَالِكُ: فَمِنْ هُنَاكَ جَازَ لَهُ أَنْ يَعْتَكِفَ فِي الْمَسَاجِدِ الَّتِي لَا يُجْمَعُ فِيهَا الْجُمُعَةُ إِذَا كَانَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَخْرُجَ مِنْهُ إِلَى الْمَسْجِدِ الَّذِي تَجْمَعُ فِيهِ الْجُمُعَةُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا اختلاف عند أهل المدينة في صحة الاعتكاف في كل مسجد يجمع فيه، يريد يصلى فيه الجمعة، وأما المساجد التي لا يصلى فيها الجمعة، فإنما يكره الاعتكاف فيها، إذا كان الاعتكاف يتصل إلى وقت صلاة الجمعة، لأنه يقتضى أحد أمرين ممنوعين، أحدهما: التخلف عن الجمعة، والثاني، الخروج عن الاعتكاف إلى الجمعة، وذلك يبطل اعتكافه في المشهور من مذهب مالك.

وقد روى ابن الجهم عن مالك الخروج إلى الجمعة ولا ينتقض اعتكافه، وبه قال أبو حنيفة. فعلى هذا يكون اعتكافه في المساجد التي لا يجمع فيها مكروها، غير محرم؛ لأن

(١) قال في الاستذكار: وقال الشافعي: لا يعتكف في غير المسجد الجامع إلا من الجمعة إلى المسجد. قال: والاعتكاف في المسجد الجامع أحب إلى. قال: ويعتكف المسافر والعبد والمرأة حيث شاعوا ولا اعتكاف إلا في مسجد. وذكر عبد الحكم، عن مالك، قال: لا يعتكف أحد إلا في رحاب المسجد التي يجوز فيها الصلاة. واختلفوا في مكان اعتكاف النساء. فقال الشافعي ما قدمنا عنه. وقال مالك: تعتكف المرأة في مسجد الجماعة، ولا يعجبها اعتكافها في مسجد بيتها. وقال الكوفيون: لا تعتكف المرأة إلا في مسجد بيتها ولا تعتكف في مسجد الجماعة.

٩٨ كتاب الصيام
الاعتكاف في مسجد يجمع فيه أولى من اعتكافه في مسجد لا يجمع فيه، فيحتاج أن يخرج منه إلى الجمعة، فيدخل في اعتكافه نقصاً واختلافاً في جوازه وأن يدخل فيه إبطالاً.

مسألة: فإن كان الاعتكاف لا يصل إلى وقت الجمعة، فلا بأس به في سائر المساجد. وقد استدل مالك على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] قال: فعم المساجد كلها، وهذا تصريح منه بقوله بالعموم وتعلق به.

فروع: فإن نوى اعتكاف أيام لا تدركه فيها الجمعة والتزم الاعتكاف في مسجد لا يجمع فيه، فمرض ثم رجع إلى إكمال اعتكافه، فأدركته الجمعة، فمذهب مالك أن يخرج إلى الجمعة، ويبطل اعتكافه. وقال ابن الماجشون: لا يبطل اعتكافه.

وجه قول مالك أنه خروج من اعتكافه إلى الجمعة، فوجب أن يبطل اعتكافه كما لو شرع في اعتكاف يأتي على وقت الجمعة. ووجه قول ابن الماجشون أنه أمر طراً عليه خروج لعبادة يلزم الخروج إليها، فلم يبطل بذلك اعتكافه كما لو خرج إلى صلاة العيد.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَبِيْتُ الْمُعْتَكِفُ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ الَّذِي اعْتَكَفَ فِيهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ خِيَابُوهُ فِي رَحْبَةٍ^(١) مِنْ رِحَابِ الْمَسْجِدِ، وَلَمْ أَسْمَعْ أَنَّ الْمُعْتَكِفَ يَضْرِبُ بِنَاءً يَبِيْتُ فِيهِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ أَوْ فِي رَحْبَةٍ مِنْ رِحَابِ الْمَسْجِدِ، وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَبِيْتُ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ، قَوْلُ عَائِشَةَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا اعْتَكَفَ لَا يَدْخُلُ الْبَيْتَ إِلَّا لِحَاجَةِ الْإِنْسَانِ.

الشرح: وهذا كما قال لا يبيت المعتكف إلا في الموضع الذي يعتكف فيه أو بحيث يجوز له الاعتكاف، فإن أراد أن يضرب خباء في رحبة من رحاب المسجد يبيت فيه، فلا بأس بذلك؛ لأنه لو اعتكف في ذلك الموضع لصح اعتكافه. وأما أن يتخذ مبيتاً بحيث لا يجوز له الاعتكاف فيه، فلا يجوز له ذلك لأنه خروج من المعتكف. وقد ذكرنا أن من شرطه اللزوم والتتابع.

والدليل على ذلك ما استدل به مالك من أن النبي ﷺ كان إذا اعتكف لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان، من وجهين، أحدهما: ما قدمناه من أن من شرطه اللزوم

(١) الخباء: الخيمة. والرحبة: الساحة.

كتاب الصيام ٩٩
والمواصلة بالليل والنهار، والثاني: أنه إذا لم يدخل بيته للنوم لم يدخل غيره، فيستدل بهذا على أنه لا يجوز له أن يخرج من مسجده، وما هو في معناه، ولا يستدل به على أنه لا يجوز له أن يخرج من مكان معتكفه إلى ما يقرب منه وإلى ما يكون داخل المسجد من بيته أو غيره.

فصل: وقوله: «إلا أن يكون خباؤه في رحبة المسجد»، يريد صحن المسجد داخله، وأما خارج المسجد، فلا يجوز الاعتكاف فيه.

قال يحيى: قال مالك: وَلَا يَعْتَكِفُ فَوْقَ ظَهْرِ الْمَسْجِدِ وَلَا فِي الْمَنَارِ، يَعْنِي الصَّوْمَةَ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يعتكف المعتكف فوق ظهر المسجد؛ لأن ظهر المسجد ليس من المسجد، ولذلك لا تؤدي فيه الجمعة، وإن كانت تؤدي خارج المسجد بحيث لا يجوز الاعتكاف فيه، فإذا لم يجز أداء الجمعة فوق ظهر المسجد لبعده عن حكم المسجد، فبأن لا يجوز الاعتكاف فيه أولى وأحرى.

فصل: وقوله: «ولا في المنار، يعني الصومعة»، يريد أنه لا يجوز الاعتكاف في المنار. ووجه ذلك أن له اسما يختص به عن المسجد، ولأنه موضع متخذ لغير الصلاة، وإنما اتخذ للإعلام بالصلاة، فلم يجز الاعتكاف فيه كالبيت المتخذ فيه للاحتزان حصر المسجد وسرجه وغير ذلك من الآلة.

فرع: وهل يؤذن المعتكف في المنار أم لا؟ اختلف في ذلك قول مالك، رحمه الله، فمنع منه مرة وأباحه أخرى.

وجه منعه أنه من غير المسجد، فلم يمكن الخروج إليه لحاجة يمكن الإتيان بها في المسجد كما لو خرج للأكل. ووجه الرواية الثانية أن هذا معنى يراد للصلاة، فلم يبطل الاعتكاف بالخروج إليه كالطهارة.

وَقَالَ مَالِكٌ: يَدْخُلُ الْمُعْتَكِفُ الْمَكَانَ الَّذِي يُرِيدُ أَنْ يَعْتَكِفَ فِيهِ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ مِنَ اللَّيْلِ الَّتِي يُرِيدُ أَنْ يَعْتَكِفَ فِيهَا حَتَّى يَسْتَقْبِلَ بِاِعْتِكَافِهِ أَوَّلَ اللَّيْلِ الَّتِي يُرِيدُ أَنْ يَعْتَكِفَ فِيهَا.

الشرح: هذا كما قال أنه يؤمر المعتكف بأن يدخل معتكفه قبل غروب الشمس من

١٥٥ كتاب الصيام

الليلة التي يريد أن يعتكف فيها؛ لأن تلك الليلة التي قد عزم على الاعتكاف فيها ينبغي أن يتدبّر بالاعتكاف من أولها، ولا يكون ذلك إلا بأن يدخل معتكفه، وقد بقى من اليوم الذي قبلها بقية ليستوعب جميع الليلة في معتكفه؛ لأن الليلة لا تتبع، فإن دخل بعد غروب الشمس، وقبل طلوع الفجر في وقت يجوز له فيه أن ينوي الصوم أجزاءه، كما حكى ذلك القاضي أبو محمد. وفي كتاب ابن سحنون عن أبيه: لا يجزئه، وبه قال ابن الماجشون، إلا أن يدخل قبل غروب الشمس من اليوم الذي قبل ليلة الاعتكاف، وبه قال أبو حنيفة وابن الماجشون.

وجه ما قاله القاضي أبو محمد أن الليلة إنما تدخل في الاعتكاف على وجه التبع بدليل أن الاعتكاف لا يكون إلا بصوم، وليس الليل بزمان للصوم، فثبت أن المقصود بالاعتكاف هو النهار دون الليلة، وإذا أتى بالمقصود من العبادة لم يبطلها الإخلال ببعض ثوابها. ووجه ما قاله سحنون أنه زمن للاعتكاف، فلم يتبع بعض كالصوم.

فرع: فمن دخل معتكفه قبل غروب الشمس، فقد قال ابن الماجشون فيمن دخل معتكفه قبل الفجر، فلا يحتسب بذلك اليوم فيما لزم نفسه من الاعتكاف، فإن كان عشرة أيام استأنف بعده عشرة أيام بكمال لياليها إلا أنه في هذا اليوم الذي ترك بعض ليلته معتكف، فإن فعل ما يقطع الاعتكاف، لزمه ما يلزم المعتكف. وعلى مذهب القاضي أبي محمد يحتسب به في العشرة الأيام، وبالله التوفيق.

قال مالك: وَالْمُعْتَكِفُ مُشْتَغِلٌ بِاعْتِكَافِهِ، لَا يَعْزِضُ لِغَيْرِهِ مِمَّا يَشْتَغِلُ بِهِ مِنَ التَّجَارَاتِ أَوْ غَيْرِهَا، وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَأْمُرَ الْمُعْتَكِفُ بِضَيْعَتِهِ وَمَصْلَحَةِ أَهْلِهِ، وَأَنْ يَأْمُرَ بِبَيْعِ مَالِهِ أَوْ بِشَيْءٍ لَا يَشْغَلُهُ فِي نَفْسِهِ، فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا كَانَ خَفِيفًا أَنْ يَأْمُرَ بِذَلِكَ مَنْ يَكْفِيهِ إِيَّاهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن المعتكف لا يشتغل عن اعتكافه بشيء من التجارة وغيرها؛ لأنه دخل فيه على معنى التزام نوع من العبادات ومواظبتها، فليس له قطعها بالاشتغال عنها بأمر دنيا ولا غيرها من العبادات لأن في ذلك قطعاً لما يلزمه تمامه، ولأننا قد ذكرنا أنه ليس له أن يقطع ذلك بشيء من العبادات غير ما عكف عليه، فإن لا يجوز قطعه بغير العبادات أولى وأحرى.

فصل: وقوله: «لا بأس أن يأمر المعتكف بضيعته ومصالحة أهله ويبع ماله أو بشيء

كتاب الصيام ١٠١

لا يشغله في نفسه»، يريد أن اليسير من الأمر الذي ليس بقطع لاعتكافه لا بأس به، لأنه ليس من شرط اعتكافه الصمت، وإنما من شرطه اتصال أمره ببيع ماله كما لا يقطعه أمره بمناولته الطعام والماء والوضوء، وكذلك أداء الشهادة عند الحاكم الذي يجلس إلى جانبه، وسؤاله عن المريض من جلس إليه وتعزيتته بالميت من جلس إليه من أوليائه، ومحادثته صديقه، وأهله بما خف لأن ذلك كله ينقضى بيسير الكلام، فلا يقطع اعتكافه، وإنما يقطعه ما كثر من الكلام واتصل.

قَالَ مَالِكٌ: لَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَذْكُرُ فِي الْاِعْتِكَافِ شَرْطًا، وَإِنَّمَا الْاِعْتِكَافُ عَمَلٌ مِنَ الْأَعْمَالِ مِثْلُ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ وَالْحَجِّ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَعْمَالِ، مَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ قَرِيضَةً أَوْ نَافِلَةً، فَمَنْ دَخَلَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنَّمَا يَعْمَلُ بِمَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحَدِّثَ فِي ذَلِكَ غَيْرَ مَا مَضَى عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ لَا مِنْ شَرْطٍ يَشْتَرِطُهُ، وَلَا يَتَدَعُهُ وَقَدْ اِعْتَكَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَعَرَفَ الْمُسْلِمُونَ سُنَّةَ الْاِعْتِكَافِ.

الشرح: وهذا كما قال أن الاعتكاف عمل متصل كالصلاة والصوم والحج، مقتضاه الاتصال على ما دللنا عليه فلا يجوز أن يشترط عليه خلاف مقتضاه، وذلك أن يشترط الدخول فيه على أنه متى أراد الخروج منه كان له ذلك، فمن نذر اعتكافاً يشترط الخروج منه متى أراد لم يلزمه لأنه نذر اعتكافاً غير شرعي، وإنما يلزم من نذر الاعتكاف الشرعي كما لو نذر صوماً يفطر فيه نهاراً متى شاء، أو نذر صلاة يتكلم فيها متى شاء، ولا يبطلها عليه الحدث لم يلزمه شيء من ذلك، فإن نذر هذا ثم دخل فيه لزمه الاعتكاف بالدخول فيه، وبطل الشرط الذي شرطه.

وقال الشافعي: يصح اشتراط الخروج من معتكفه لعبادة مريض وشهود جنازة وغير ذلك من حوائجه، وهذا مبني عنده على أصليين، أحدهما: أن أفعال القرب إذا دخل فيها لزمتم بالدخول فيها.

والدليل على ذلك أن هذه عبادة لو لم يشترط الخروج في أثنائها لزمه إتمامها؛ فإذا شرط الخروج في أثنائها لم يصح ذلك بالحج والصلاة. والأصل الثاني أنه لا يصح أن يكون الاعتكاف أقل من يوم.

وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: يصح اعتكاف ساعة. والدليل على ما نقوله أن

١٠٢ كتاب الصيام
هذه عبادة من شرطها الصوم، وقد أجمعنا على أن الصوم لا يتبعض ولا يكون أقل من يوم كامل فوجب أن يكون أقل مدتها ما يصح فيه الصوم، وذلك يوم.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْاعْتِكَافُ وَالْجَوَارُ سَوَاءٌ، وَالْاعْتِكَافُ لِلْقُرْوَى وَالْبُدْوَى سَوَاءٌ.

الشرح: قوله: «الاعتكاف والجوار سواء»، يريد الجوار الذى بمعنى الاعتكاف فى التابع يلزم فيه الاعتكاف، وأما الجوار الذى يفعله أهل مكة، فإنما هو لزوم المسجد بالنهار والانقلاب بالليل، فإن ذلك لا يمنع شيئاً، وله أن يخرج فى حوائجه ولعيادة مريض وشهود جنازة ويطأ أهله وجاريتته متى شاء، فهذا الجوار غير الجوار الذى عند مالك.

فصل: وقوله: «واعتكاف القروى والبدوى سواء»، يريد أن حكمهما فيما يحرم عليهما ويباح لهما سواء، وقد يفترقان فى أمر الجمعة، فإن كان البدوى بموضع فيه جمعة، جاز له أن يعتكف فى مسجد لا يجمع فيه، ولا يجوز ذلك للقروى لأن الجمعة تلزمه دون البدوى.

* * *

ما لا يجوز الاعتكاف إلا به

٦٣٢ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَنَافِعًا مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ قَالَا:
لَا اعْتِكَافَ إِلَّا بِصِيَامٍ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي كِتَابِهِ: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى
يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ
وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة ١٨٧] فَإِنَّمَا ذَكَرَ اللَّهُ
الاعْتِكَافَ مَعَ الصِّيَامِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا اعْتِكَافَ إِلَّا بِصِيَامٍ.

الشرح: قولهما «إنه لا اعتكاف إلا بصيام»، نفى لوجود اعتكاف شرعى دون صيام، وهذا مذهب فقهاء المدينة وأهل الكوفة وأبى حنيفة والثورى وغيرهما، وقال الأوزاعى: وقاله من الصحابة، ابن عباس وابن عمر وغيرهما. وقال الشافعى: ليس من شرطه الصيام، وحكى ذلك عن ابن مسعود والحسن البصرى.

كتاب الصيام ١٠٣
والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور ما استدلل به القاسم ونافع من قوله تعالى:
﴿وَلَا تَبْشُرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] وهذا خطاب للصائمين
لقوله في أول الآية ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧].

ودليلنا من جهة القياس أن هذا لبث في مكان مخصوص، فوجب أن لا يكون قرينة
بمجردة دون أن ينضم إليه معنى آخر وهو قرينة في نفسه دليله الوقوف بعرفة.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإنه ليس من شرطه أن يكون الصوم للاعتكاف، بل يصح أن
يكون الصوم لرمضان ولنذر ولغيره، فإن نذر اعتكافاً فهل يجوز لك أدائه في رمضان
أو في صيام عليه أجاز ذلك مالك، ومنع منه ابن الماجشون.

وجه قول مالك أن الاعتكاف مقتضاه جواز فعله مع صيام لغيره، فإذا نذره الناذر،
فإنما ينصرف نذره إلى مقتضاه في أصل الشرع إلا أن ينوى غير ذلك، فيكون كمن
نذر اعتكافاً وصوماً وهذا كما نقوله أن من نذر صلاة لزمته، ولم يكن عليه أن يتطهر
لها خاصة بل يجوز له أن يؤدّيها بطهارة لغيرها.

وجه قول عبدالمالك أن الناذر للاعتكاف لزمه على جميع شروطه التي لا يصح إلا
بها، ولما كان الاعتكاف لا يصح إلا مع الصوم تناول صومه النذر معه، والله أعلم.

* * *

خروج المعتكف للعبد

٦٣٣ - عَنْ زِيَادِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ سُمَى مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ
الرَّحْمَنِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ اعْتَكَفَ، فَكَانَ يَذْهَبُ لِحَاجَتِهِ تَحْتَ سَقِيْفَةٍ
فِي حُجْرَةٍ مُغْلَقَةٍ فِي دَارِ خَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ، ثُمَّ لَا يَرْجِعُ حَتَّى يَشْهَدَ الْعَبْدَ مَعَ
الْمُسْلِمِينَ.

الشرح: قوله: «كان يذهب لحاجته تحت سقيفة في حجرة مغلقة في دار خالد بن
الوليد»، يريد أنها كانت غير منزله، ويستحب للمعتكف أن يكون موضع حاجته في
غير داره لأن في رجوعه إلى داره، ودخوله إليه ذريعة إلى الاشتغال ببعض ما يظهر
إليه فيه ويراه منه. قال ابن كنانة في المدينة: لا يدخل بيته ولا يرجع إليه لشيء ولا

١٠٤ كتاب الصيام

يتروضا إلا فى غيره، وليس النبى ﷺ كغيره، ويستحب أن يكون ذلك فى أقرب المواضع يمكنه إلى موضع معتكفه. قال عيسى عن ابن القاسم: إنما يقصد إلى أقرب المواضع إليه، وإن كان منزله لم يتعد إلى غيره مما هو أبعد منه.

وقوله: «ثم لا يرجع حتى يشهد العيد مع المسلمين»، يريد أنه كان يقيم فى معتكفه ليلة الفطر حتى يغدو من معتكفه إلى صلاة العيد، ثم لا يرجع إلى داره بعد أن يشهد العيد. وقد روى ابن القاسم: يخرج من معتكفه ليلة الفطر، ورواه عنه سحنون.

فرع: فإذا قلنا بالقول الأول، ففعل ذلك على الوجوب أو على الاستحباب؟ قال القاضى أبو محمد: على الاستحباب. وقال سحنون: هو على الوجوب، وإن خرج ليلة الفطر بطل اعتكافه، وقاله ابن الماجشون.

وجه القول الأول أن كل واحدة من العبادتين يصح إفرادهما، فلم تكن إحداهما من شرط صحة الأخرى كالصوم والصلاة، ولذلك جاز الاعتكاف فى زمن لا يتصل بليلة الفطر، ولو كان المقام ليلة الفطر بالمعتكف ليس شرطاً فى صحة الاعتكاف.

ووجه قول سحنون ما احتج به ابن الماجشون من أن كل عبادتين جرى عرف الشرع باتصالهما، فإن اتصلا على الوجوب كالطواف وركعتيه.

يَحْتَبِي، عَنْ زِيَادٍ، عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ رَأَى بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ إِذَا اغْتَكَفُوا الْعَشْرَ الْأَوَّلَ مِنْ رَمَضَانَ لَا يَرْجِعُونَ إِلَى أَهْلِيهِمْ حَتَّى يَشْهَدُوا الْفِطْرَ مَعَ النَّاسِ^(١).

قَالَ زِيَادٌ: قَالَ مَالِكٌ: وَبَلَّغَنِي ذَلِكَ عَنْ أَهْلِ الْفَضْلِ الَّذِينَ مَضَوْا، وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ.

الشرح: وهذا على نحو ما مضى، وأن ذلك قول أهل العلم والفضل، وفعلهم أن لا يرجعوا من معتكفهم إلى أهلهم حتى يشهدوا صلاة عيد الفطر مع الناس، فيصلون بين العبادتين وهذا لمن شهد صلاة العيد مع الناس، فأما من لم يشهدها من مريض يقدر على الاعتكاف، ولا يقدر على المشى إلى موضع صلاة العيد، فلم أر فيه نصاً لأصحابنا، والله أعلم وأحكم.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٦٠.

قضاء الإعتكاف

٦٣٤ - زياد عن مالك، عن ابن شهاب، عن عمرة بنت عبد الرحمن، عن عائشة أن رسول الله ﷺ أراد أن يعتكف، فلما انصرف إلى المكان الذي أراد أن يعتكف فيه وجد أخبية، خبياء عائشة وخبياء حفصة وخبياء زينب، فلما رآها سأل عنها، فقيل له: هذا خبياء عائشة وحفصة وزينب، فقال رسول الله ﷺ: «البرُّ تقولون بهن»^(١) ثم انصرف فلم يعتكف حتى اعتكف عشراً من شوال.

الشرح: قوله: «ثم انصرف إلى المكان الذي أراد أن يعتكف فيه»، يريد أنه انصرف إليه من موضع إقامته، وذلك يقتضى أن للمعتكف موضعاً يلزمه في مدة اعتكافه من مسجده، وليس لزومه شرطاً في صحة اعتكافه؛ لأن ذلك يمنعه من الإمامة لأن النبي ﷺ كان يؤم قومه في مدة اعتكافه، فمشيته إلى موضع إمامته مشى لأداء فريضته في مسجده، فلم يدخل نقصاً في اعتكافه.

وقد اختلف قول مالك في الأذان، فكرهه مرة، ولم يره بأساً ثانية، فإذا كان مطلقاً عنده، فلا فرق بينه وبين الصلاة، وإذا كان مكروهاً، فالفرق بينهما أن الإمامة ليست بشيء أكثر من الصلاة، وهو ما اعتكف عليه، والتزم الإتيان به مع وجوبها عليه، وأما الأذان، فليس بواجب عليه مع أنها عبادة غير العبادة التي التزمها المعتكف، فكره له ذلك كما كره له سائر العبادات التي ليست من جنس ما التزمه من حضور الجنائز والصلاة عليها، والله أعلم.

٦٣٤ - أخرجه البخارى في كتاب الاعتكاف حديث رقم ١٨٩٣. ومسلم في كتاب الاعتكاف حديث رقم ٢٠٠٧. والترمذى في كتاب الصوم حديث رقم ٧٢١. والنسائى فى كتاب المساجد حديث رقم ٧٠٢. وأبو داود حديث رقم ٢١٠٨. وابن ماجه حديث رقم ١٧٦١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٤٠٤، ٢٤٧١٠. وعبدالرزاق فى المصنف برقم ٨٠٣١، ٣٥٢/٤ عن عائشة.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٢٩/٥: هكذا هذا الحديث ليحى فى الموطأ، عن مالك عن ابن شهاب، هو غلط وخطأ مفرط لم يتابعه أحد من رواة الموطأ فيه «عن ابن شهاب»، وإنما هو فى الموطأ لمالك عن يحيى بن سعيد. إلا أن رواة الموطأ اختلفوا فى قطعه وإسناده، فمنهم من يرويه عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، وأن رسول الله ﷺ، لا يذكر عمرة، ومنهم من يرويه عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، عن عمرة لا يذكر عائشة، ومنهم من يرويه عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن عمرة، عن عائشة، ومنهم يصله بسنده.

(١) تقولون بهن: أى تظنون وإطلاق القول على الظن معروف فى العربية.

١٠٦ كتاب الصيام

فصل: وقوله: «وجد أخبية، خباء عائشة وخباء حفصة وخباء زينب» يريد أن كل واحدة من نسائه المذكورات ضربت لنفسها خباء تعتكف فيه، فقال رسول الله ﷺ: «ألبسوا تقولون بهن» يحتمل أن يكون ﷺ قد رهن، وخاف عليهن أن يكون منهن من حملها على ذلك الحرص على القرب منه والغيرة على سائر أزواجه أن يفعلن مثل فعله، فلا تسلم نيتها للاعتكاف، فكره اعتكافها على هذا الوجه، منع جميعاً لأنه لم يتعين له منهن من قصد هذا القصد.

وقوله: «ثم الصرف» يريد أن انصرافه كان قبل التزامه الاعتكاف والدخول فيه، ويحتمل أن يكون انصرف لما منع عزلهن أو لقربة أخرى رآها أولى من الاعتكاف، ويحتمل أن يكون انصرف عن ذلك لما أراد من صرف جميعهن، فرأى انصرافه أقرب لاستصلاحهن تطيب أنفسهن، وكان بالمؤمنين رحيماً.

فصل: وقوله: «فلم يعتكف حتى اعتكف عشراً من شوال» يقتضى أن الاعتكاف فى غير رمضان مطلق إذا كان فى زمن يصح صومه.

زِيَاد، عَنْ مَالِك: عَنْ رَجُلٍ دَخَلَ الْمَسْجِدَ لِعُكُوفٍ فِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ مِنْ رَمَضَانَ، فَأَقَامَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ثُمَّ مَرِضَ، فَخَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ، أَيْجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَعْتَكِفَ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَشْرِ إِذَا صَحَّ أَمْ لَا يَجِبُ ذَلِكَ عَلَيْهِ؟ وَفِي أَيِّ شَهْرٍ يَعْتَكِفُ إِنْ وَجِبَ عَلَيْهِ ذَلِكَ؟.

فَقَالَ مَالِك: يَقْضَى مَا وَجِبَ عَلَيْهِ مِنْ عُكُوفٍ إِذَا صَحَّ فِي رَمَضَانَ أَوْ غَيْرِهِ.

قَالَ مَالِك: وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرَادَ الْعُكُوفَ فِي رَمَضَانَ ثُمَّ رَجَعَ، فَلَمْ يَعْتَكِفْ حَتَّى إِذَا ذَهَبَ رَمَضَانُ اعْتَكَفَ عَشْرًا مِنْ شَوَّالٍ.

وهذا كما قال أن من لزمه اعتكاف فى رمضان وطراً عليه مانع من الصيام، فإن عليه قضاءه، وذلك أن الاعتكاف يلزم بوجهين، بالدخول فيه، فلا يخلو أن يكون فى رمضان أو غيره، فإن كان فى رمضان، فيأتى وجه لفطر لزمه قضاؤه، وذلك أنه لما دخل فى الاعتكاف فيه بنوى مدة منه لزمته تلك المدة، وصارت مع صوم رمضان بمنزلة العبادة الواحدة، فإذا لزمه قضاء صوم رمضان لزمه قضاء ذلك الاعتكاف، ويلزم على هذا إن كان صوم الاعتكاف واجباً فى غير رمضان، ففسد صومه لمعنى يوجب قضاءه أن يلزمه قضاء الاعتكاف.

كتاب الصيام ١٠٧

مسألة: وإن كان في غير رمضان وفي صوم غير واجب، فقد قال ابن الماجشون: إن أفطر ناسياً، فلا قضاء عليه؛ لأنه أفطر ناسياً في صوم تطوع، وإذا لم يلزمه قضاء الصوم لم يلزمه قضاء الاعتكاف، ويلزم على هذا أن يكون كل مانع من قضاء الصوم كالمرض ونحوه يمنع من قضاء الاعتكاف أيضاً.

فصل: فإن لزمه بالنذر، فلا يخلو أن يتعلق بزمن معين أو غير معين، فإن تعلق بزمن غير معين، فلا خلاف في وجوب قضاؤه، وإن تعلق بزمن معين، فحكم رمضان فيه على ما تقدم، وإن كان غير رمضان فلا يخلو أن يستغرقه المانع أو لا يستغرقه، فإن استغرقه، فالظاهر من المذهب أنه لا قضاء عليه، وإن لم يستغرقه، وكان المانع في آخر زمن الاعتكاف بعد التلبس به، فإن الظاهر من المدونة أن عليه القضاء، وبه قال ابن عبدوس. وقال سحنون: لا قضاء عليه.

وجه القول الأول أن من تلبس بالاعتكاف قد لزمه بعضه، فوجب عليه إتمامه. ووجه قول سحنون أن هذا مانع غالب مانع من صوم لم يتقدم وجوبه لغير الاعتكاف، فلم يجب قضاء ما منع منه كما لو منع من جميعه.

مسألة: والمعاني المانعة من الاعتكاف هي المرض والحيض والإغماء والجنون. وفي الجملة كل أمر غالب لا يصح معه فعله، ولا ينسب إلى المكلف فيه التفريط، ويلزم الحائض الخروج من المسجد والرجوع إلى بيتها، والمريض الرجوع إلى بيته إن كان ذلك أرفق به، وأمكن لعلاجه، فإن يكن ذلك أرفق به، فهل له الرجوع إلى بيته إلى أن يمكنه الصوم، فالذي قال أبو إسحاق القرطبي: يقيم في المسجد لأن عليه أن يأتي من العبادة بما يمكنه، وهو ملازمة المسجد والامتناع مما ينافي الاعتكاف.

وقال ابن نافع في المجموعة عن مالك: أنه يخرج ولا يقيم في المسجد حتى يفيق. وهذا يتخرج على قول ابن القاسم في المعتكف يوم العيد: لا يقيم في المسجد، فأما على قول ابن نافع يلزم المسجد، فعليه هاهنا مثله.

وقد اختلف فيمن تلبس في الثغور بالاعتكاف حال الأمان، ثم طرأ الخوف، فلزمه الخروج وترك الاعتكاف، فقال مالك: إذا أمن ابتداء اعتكافه ثم رجع، فقال: يبنى على ما تقدم من اعتكافه.

وجه القول الأول أنه خرج من اعتكافه وتشاغل عنه بعبادة وقطع مسافة كما لو خرج لحج أو جنازة. ووجه القول الثاني أنه خرج لطاعة لا يستبد منها ولا يتم

١٠٨ كتاب الصيام
اعتكافه إلا بها، فكان له أن يبنى كما لو خرج لشراء قوته وطهوره وغير ذلك مما لا بد
له منه، والله أعلم.

فصل: وقول مالك يقتضى ما وجب عليه من عكوف إذ صبح فى رمضان أو غيره،
يريد أن القضاء يبطل أول وقت الإمكان، وأنه لا يجوز له تأخير ذلك عن وقت
الإمكان فإن أخره عن ذلك وجب عليه استئناف الاعتكاف لأنه قد لزمه على حكمه،
وهو الاتصال، فإذا تركه مع الإمكان، فقد أدخل بشرط من شروط الصحة، فكان عليه
الاستئناف.

زياد، قَالَ مَالِكٍ: وَالْمُتَطَوِّعُ فِي الْعَتِكَافِ فِي رَمَضَانَ، وَالَّذِي عَلَيْهِ الْعَتِكَافُ
أَمْرُهُمَا وَاحِدٌ فِيمَا يَجِلُّ لَهُمَا وَيَحْرُمُ عَلَيْهِمَا، وَلَمْ يَلْغُغْنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ
اعْتِكَافُهُ إِلَّا تَطَوُّعًا.

الشرح: وهذا كما قال أن الذى تطوع بالاعتكاف، فلزمه بالدخول فيه، والذى
نذره فلزمه قبل الدخول فيه، حكمهما واحد، فيما يحل لهما ويحرم عليهما لأن ما
ينافى العبادة الواجبة ينافيها إذا تطوع بها كالصوم والحج والصلاة ولا يلزم على ذلك
التنفل فى السفر على الراحلة لأن ذلك لا ينافى فى الصلاة بل هو هيئة من هيئاتها
تسقط لعذر، والذى ينافى الصلاة، الكلام والحدث وتطوع الصلاة وفرضها يتساويان
فى ذلك.

مسألة: والذى يحرم فى الاعتكاف ويفسد لمنافاته هو الاستمتاع بالنساء بقبلة أو
مباشرة أو جسة أو جماع أو غير ذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي
الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧].

فرع: فإن فعل شيئاً من ذلك عمداً أو سهواً بطل اعتكافه. وقال الشافعى: لا يبطل
شئ من ذلك الاعتكاف إلا بالإيلاج.

والدليل على ذلك أن كل مباشرة لو قارنها الإنزال أفسدت الاعتكاف، فإنها
تفسده وإن عريت عن الإنزال كالإيلاج.

فرع: ويفسد الاعتكاف الأكل عمداً لما قلنا أن من شرطه الصوم والتتابع، ويفسده
ارتكاب كبيرة من الكبائر كالزنا واللواط وشرب الخمر والالتذاذ بمن لا يحل الالتذاذ
به، قاله القاضى أبو محمد.

كتاب الصيام ١٠٩
وقال القاضي أبو الحسن: إن السرقة والقتل ونحوهما مما يجرى مجرى الكبائر يبطل
الاعتكاف.

وجه ذلك أن الاعتكاف نهاية الطاعة والمبالغة حتى أنه يكره فيه التشاغل عنه
بتدريسه العلم والمشى إلى الجنائز وركوب الكبائر ينافي هذا وما ضاد العبادة أفسدها.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَرْأَةِ: إِذَا اعْتَكَفَتْ ثُمَّ حَاضَتْ فِي اعْتِكَافِهَا، إِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى
بَيْتِهَا، فَإِذَا طَهَّرَتْ رَجَعَتْ إِلَى الْمَسْجِدِ آيَةَ سَاعَةٍ طَهَّرَتْ، ثُمَّ تَبْنِي عَلَى مَا مَضَى
مِنَ اعْتِكَافِهَا، وَمِثْلُ ذَلِكَ الْمَرْأَةُ يَجِبُ عَلَيْهَا صِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ، فَتَحِيضُ ثُمَّ
تَطَهَّرُ، فَتَبْنِي عَلَى مَا مَضَى مِنْ صِيَامِهَا وَلَا تُؤَخَّرُ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن الحائض المعتكفة إذا حاضت خرجت من معتكفها لأن
الاعتكاف لا يكون إلا في المسجد، والحائض لا تدخل المسجد، فإذا طهرت رجعت
إلى معتكفها أية ساعة طهرت لا تؤخر رجوعها عن وقت طهرها، أى وقت كان من
ليل أو نهار، ولأن من شرط الاعتكاف التتابع، فإذا أخرت ذلك بطل التتابع، وبطل
بعده الاعتكاف، رواه ابن وهب عن مالك في المجموعة.

فرع: فإن رجعت نهاراً، فإنها لا تمسك عن الأكل بقية نهارها، ولا يحتسب لها به
في أيام اعتكافها، فإن رجعت ليلاً قبل طلوع الفجر ونوت الصوم، ففي المجموعة من
رواية ابن وهب عن مالك: يجوزها، وقال سحنون: لا تحتسب بذلك حتى يكون
دخولها في أول الليل كابتداء الاعتكاف.

فصل: وقوله: «مثل ذلك المرأة يجب عليها صيام شهرين متتابعين فتحيض فتبنى
على ما مضى من صيامها ولا تؤخر ذلك» يريد أن الموانع الغالبة كالحيض والمرض، لا
يقطع التتابع، وإنما يقطعه الفصل بين العبادة على وجه الاختيار، والتأخير له بعد الموانع
الغالبة عن وقت الإمكان، وكذلك تتابع الصيام، والله أعلم.

٦٣٥ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَذْهَبُ لِحَاجَةِ

٦٣٥ - أخرجه البخارى فى كتاب الاعتكاف حديث رقم ١٨٨٩. ومسلم فى كتاب الحيض
حديث رقم ٤٤٧. والترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٧٣٣. وأبو داود فى كتاب الصوم
حديث رقم ٢١١١. وابن ماجه حديث رقم ١٧٦٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٣٨٠،
٢٣٥٧٧، ٢٤٣٠٩، ٢٣٩٠٧، ٢٥٠٤٧. والبيهقى فى الكبرى ٣١٥/٤ عن عائشة.

الإنسان في البيوت، وهو مُعْتَكِفٌ.

الشرح: قوله: «كان يذهب لحاجة الإنسان في البيوت» دليل على جواز دخول البيوت لما لا يجوز فعله في المسجد من التغوط والطهارة والغسل من الجنابة وكذلك الخروج لشراء الطعام، وغير ذلك مما تدعو الحاجة إليه يؤتى له الأسواق ومواضع بيعه ويكون ذلك في أقرب ما يمكن منه.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَخْرُجُ الْمُعْتَكِفُ مَعَ جَنَازَةِ أَبِيهِ وَلَا مَعَ غَيْرِهِمَا.

الشرح: وهذا كما قال أن المعتكف لا يخرج إلا لما تدعو الضرورة إليه مما لا يصح فعله في المسجد أو لفرض متعين عليه، ويبطل ذلك اعتكافه، وأما خروجه لجنائز أبيه، فليس ذلك بفرض، ولا في التخلف عنه معصية، فلا يجوز ترك الاعتكاف له.

وقال ابن القاسم في العتبية: يخرج المعتكف لعيادة أبيه إذا مرضا، ويبتدئ اعتكافه.

وروجه ذلك أنهما إذا كانا حين لزمه طلب مرضاتهما، واجتناب ما يسخطهما، فجمع بين الأمرين من بر أبيه بالخروج إليهما والإتيان باعتكافه بأن يبتدئه، ولا يلزم على ذلك ترك حضور جنازتهما لأنهما لا يعرفان بحضوره، فيرضيهما ذلك، ولا يعلمان بتخلفه فيسخطهما، والله أعلم وأحكم.

* * *

النكاح في الاعتكاف

زِيَادٌ، قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ بِنِكَاحِ الْمُعْتَكِفِ نِكَاحَ الْمَلِكِ مَا لَمْ يَكُنِ الْمَسِيْسُ، وَالْمَرْأَةُ الْمُعْتَكِفَةُ أَيْضًا تُنَكَحُ نِكَاحَ الْخِطْبَةِ مَا لَمْ يَكُنِ الْمَسِيْسُ. قَالَ: وَيَحْرُمُ عَلَى الْمُعْتَكِفِ مِنْ أَهْلِهِ بِاللَّيْلِ مَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ مِنْهُنَّ بِالنَّهَارِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَجِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يَمَسَّ امْرَأَتَهُ، وَهُوَ مُعْتَكِفٌ وَلَا يَتَلَدُّ مِنْهَا بِقُبْلَةٍ وَلَا غَيْرِهَا، وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا يَكْرَهُ لِلْمُعْتَكِفِ وَلَا لِلْمُعْتَكِفَةِ أَنْ يَنْكِحَا فِي اعْتِكَافِهِمَا مَا لَمْ يَكُنِ الْمَسِيْسُ، فَيَكْرَهُ، وَلَا يُكْرَهُ لِلصَّائِمِ أَنْ يَنْكِحَ فِي صِيَامِهِ، وَفَرَقَ بَيْنَ نِكَاحِ الْمُعْتَكِفِ وَنِكَاحِ الْمُحْرِمِ أَنَّ الْمُحْرِمَ يَأْكُلُ وَيَشْرَبُ، وَيَعُودُ الْمَرِيضُ، وَيَشْهَدُ الْجَنَائِزَ، وَلَا يَتَطَيَّبُ، وَالْمُعْتَكِفُ وَالْمُعْتَكِفَةُ يَدْهِنَانِ وَيَتَطَيَّبَانِ وَيَأْخُذُ كُلُّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ شَعْرِهِ، وَلَا يَشْهَدَانِ الْجَنَائِزَ، وَلَا يُصَلِّيَانِ عَلَيْهَا، وَلَا يُعُودَانِ الْمَرِيضَ، فَأَمْرُهُمَا فِي النِّكَاحِ مُخْتَلِفٌ، وَذَلِكَ الْمَاضِي مِنَ السَّنَةِ فِي نِكَاحِ الْمُحْرِمِ وَالْمُعْتَكِفِ وَالصَّائِمِ.

الشرح: وهذا كما قال أن المعتكف يجوز أن يعقد نكاحه ونكاح غيره بما خفف من الكلام؛ لأن عقد النكاح لا ينافي الاعتكاف كما لا ينافيه دواعي النكاح من التطيب والترزين، وإنما ينافيه نفس المباشرة والجماع، والفرق بينه وبين الحج والعمرة أنه لا خلاف أن الحج يمنع دواعي النكاح من التطيب، فممنوع من مقدماته، والاعتكاف لا يمنع دواعي النكاح من التطيب، فلم يمنع مقدماته من العقد كالصوم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كثير العمل ممنوع في الاعتكاف، ويسيره على ضربين، أحدهما: أن يكون له موضع مخصوص. والثاني: أن لا يكون له موضع مخصوص، فأما ما له موضع مخصوص كصلاة الجنائز، فإنه لا يجوز للمعتكف أن يتشاغل بها، وإن كانت في موضع اعتكافه وانتهى إليه الزحام، رواه ابن نافع عن مالك.

مسألة: وأما ما ليس له موضع مخصوص كسؤال المريض عن حاله وتعزية الرجل في بيته وسلامه على من لقيته، وحديثه مع من رآه وكتابة يسير العلم والأخذ في يسيره ويسير الحكم للحاكم، فإن يسير ذلك جائز في موضع اعتكافه، والمسير إليه، وإن كان في المسجد ممنوع منه؛ لأن في ذلك خروجاً عن موضع معتكفه، لما ليس من جنس عبادة المعتكف، ولا يتعلق بها ولا يلزم على هذا المشي إلى المحراب للإمامة لأن ذلك من عبادته.

قال الشيخ أبو القاسم: ولا بأس أن يكتب في المسجد ويقرأ عليه غيره القرآن إذا كان في موضعه. وفي المدونة: كره مالك أن يكتب المعتكف العلم في المسجد، قال عنه ابن وهب: إلا أن يكون الشيء اليسير، والترك أحب إلى.

فصل: وقوله: «يحرم على المعتكف من أهله بالليل ما يحرم عليه منهن بالنهار» يريد أن حال الليل والنهار مما يمنع منه الاعتكاف سواء، وإنما ذلك لأن ذلك من حكمه التابع كشهري صيام التظاهر.

فصل: وقوله: «والمعتكف والمعتكفة يدهنان ويتطيبان» يريد أن الاعتكاف لا يمنع الطيب والتجمل بالحلى وغيره، وإن كان من دواعي النكاح؛ لأنه يحمى في فساده

١١٢ كتاب الصيام
كالصوم، وإنما يمنع دواعى النكاح ما يمنع الطيب ويمضى فى فسادة كالحج والعمرة.

* * *

ما جاء فى ليلة القدر

٦٣٦ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعْتَكِفُ الْعَشْرَ الْوَسْطَ مِنْ رَمَضَانَ، فَأَعْتَكَفَ عَامًا حَتَّى إِذَا كَانَ لَيْلَةَ إِحْدَى وَعِشْرِينَ، وَهِيَ اللَّيْلَةُ الَّتِي يَخْرُجُ فِيهَا مِنْ صُبْحَتِهَا^(*) مِنْ اعْتِكَافِهِ، قَالَ: «مَنْ اعْتَكَفَ مَعِيَ فَلْيَعْتَكِفِ الْعَشْرَ الْأَوَّخِرَ، وَقَدْ رَأَيْتُ هَذِهِ اللَّيْلَةَ ثُمَّ أَنْسَيْتُهَا، وَقَدْ رَأَيْتُنِي أَسْجُدُ مِنْ صُبْحَتِهَا فِي مَاءٍ وَطِينٍ، فَالْتَمِسُوهَا فِي الْعَشْرِ الْأَوَّخِرِ، وَالْتَمِسُوهَا فِي كُلِّ وَتْرٍ». قَالَ أَبُو سَعِيدٍ: فَأَمْطَرَتِ السَّمَاءُ تِلْكَ اللَّيْلَةَ وَكَانَ الْمَسْجِدُ عَلَى عَرِيشٍ فَوْكَفَ^(١) الْمَسْجِدُ قَالَ أَبُو سَعِيدٍ: فَأَبْصَرْتُ عَيْنَايَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ انْصَرَفَ وَعَلَى جَبْهَتِهِ وَأَنْفِهِ أَثَرُ الْمَاءِ وَالطِّينِ مِنْ صُبْحِ لَيْلَةِ إِحْدَى وَعِشْرِينَ.

الشرح: قوله: «كان رسول الله ﷺ يعتكف العشر الأوسط» هكذا وقع فى كتابى مقيداً بضم الواو والسين.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يكون جمع واسط، قال صاحب العين: واسط الرجل ما بين قادمته وأخرته. وقال أبو عبيد: وسط البيوت

٦٣٦ - أخرجه البخارى فى كتاب الأذان حديث رقم ٦٢٩. ومسلم فى كتاب الصيام حديث رقم ١٩٩٤. والنسائى حديث رقم ١٠٨٣. وكتاب السهو حديث رقم ١٣٣٨. وأبو داود فى كتاب الصلاة حديث رقم ١١٧٤. وابن ماجه فى كتاب الصيام حديث رقم ١٧٥٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٠٦١٠، ١٠٧٥٧، ١١١٥١، ١١٢٧٩، ١١٤٦٠. والبيهقى فى الكبرى ٢/٢٨٥ عن أبى سعيد الخدرى.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٥/٢٣٩: وأما قوله: «حتى إذا كان ليلة إحدى وعشرين، وهى الليلة يخرج فيها من صبحتها من اعتكافه»، فهكذا رواية يحيى: «من صبحتها»، وتابعه على ذلك جماعة، منهم: ابن بكير، والشافعى، وأما القعنبي، وابن وهب، وابن القاسم، وجماعة أيضاً؛ فقالوا فى هذا الحديث عن مالك: «وهى الليلة التى يخرج فيها من اعتكافه». لم يقولوا: «من صبحتها»، وقال يحيى بن يحيى، وابن بكير، والشافعى: «من صبحتها».

(١) وكَفَ: سال من سقفه المطر.

كتاب الصيام ١١٣
يسطها، إذا نزل وسطها، واسم الفاعل من ذلك واسط، ويقال في جمعه: وسط،
كنازل ونزل وباذل وبذل.

وأما الوسط بفتح الواو والسين^(٢)، فيحتمل أن يكون جمع أوسط، وهو جمع وسيط
ككبير وأكبر أو كبير، ويحتمل أن يكون اسماً لجميع الوقت على التوحيد كما يقال
وسط الدار ووسط الوقت والشهر، فإن كان قرئ بفتح الواو والسين، فهذا عندي معناه
والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «من اعتكف معي فليعتكف العشر الوسط وقد رأيت هذه الليلة
ثم أنسيها» ظاهره يقتضي أنه إنما كان يعتكف العشر الأوسط لما كان عنده أن الأظهر
أنها في العشر الأوسط، ويحتمل أنه بعد ذلك أعلم أنها في العشر الأواخر، وعينت له
ليلتها ثم أنسى التعيين، وبقي ذاكراً أنها في العشر الأواخر، فاعلم من عرف أنه كان
قصد الفضل بالاعتكاف معه أن يعتكف في العشر الأواخر تحريماً لها.

وقوله: «وقد أريت هذه الليلة ثم أنسيها» يحتمل أن الرؤية هاهنا بمعنى العلم،
فيكون معناه أعلم بها، بها، ويحتمل أن يكون بمعنى رؤية البصر، ويكون معنى ذلك أن
العلامة التي أعلمت لك بها.

فصل: وقوله: «وقد رأيتني أسجد من صبحها في ماء وطين» يحتمل أن يكون ذلك
رؤيا رآها حين أعلم بالليلة أو رآها، فبقي ذلك في ذكره، ويحتمل أن يكون هذه رؤيا
بعد النسيان، واستدل بها عليها.

فصل: وقوله: «فالتمسوها في العشر الأواخر والتمسوها في كل وتر» تحديد لها بما
يمكنه أن يجدها بها فحضر على قيام العشر الأواخر تحريماً لها ثم بين أنها إنما تكون في
الوتر منه، وبين ذلك ليتحراها في الوتر من عجز عن قيام جميع العشر كما بينها في
العشر الأواخر لمن عجز عن قيام رمضان وحضر على قيام جميع رمضان لمن عجز عن
قيام جميع العام.

وقد روى بيان ذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ
يقول: «التمسوها في العشر الأواخر، يعنى ليلة القدر، فإن ضعف أحدكم وعجز فلا
يغلبن على السبع البواقي»^(٣).

(٢) قال الفيروزآبادي: الوَسَطُ، محرّكة، من كلّ شيء: أَعَدَلُهُ. ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً
رَسَطًا﴾، أى: عَدَلًا خِيَارًا.

(*) أخرجه بلفظه: مسلم حديث رقم ١١٦٥. أحمد في المسند حديث رقم ٥٤٦١

١١٤ كتاب الصيام

فصل: وقوله: «وكان المسجد على عريش» العريش ما يستظل به، يريد أنه لم يكن سقيفة إلا ما يستظل به، ولا يكن من المطر، وقال أبو عبيد: سميت بيوت مكة عروشاً لأنها عيدان تنصب للتظلل، ويقال عرش فمن قال: عرش، فواحد لها عريش، مثل سبيل وسبل، ومن قال: عروش، فواحد لها عرش مثل فلس وفلوس، وقال صاحب العين: العريش شبه الهودج.

فصل: وقوله: «فأبصرت عيناى رسول الله ﷺ الصريف وعلى جبينه وأنفه أثر الماء والطين من صبح ليلة إحدى وعشرين» الجبين ما بين الصدغين والسجود يكون بوسطه. وقال ابن قتيبة: الجبهة وسط الجارحة، والجبينان يكتفانها من كل جانب جبين. وقول أبى سعيد هاهنا يخالف قوله: إن ليلة اثنين وعشرين هى التاسعة، وإنما أخبر بذلك أبو سعيد ليعين ليلة القدر فى ليلة إحدى وعشرين لما خبر به النبى ﷺ أنه رأى أنه يسجد فى صبحها فى ماء وطين، فرأى هو فى صبيحة تلك الليلة أثر الماء والطين على جبينه من سجوده فيه.

وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنها ليلة سبع وعشرين. وروى عن عبدالله بن عباس مثل ذلك، واستدل عليه بأن سورة القدر ثلاثون كلمة وأن «هى» منها هى الكلمة السابعة والعشرون.

وروى عن أبى بن كعب أنها ليلة سبع وعشرين، واستدل على ذلك بعلامة أنبأه رسول الله ﷺ بها أن الشمس تطلع فى صبحها بيضاء لا شعاع لها.

وروى عن عبدالله بن مسعود أنها تكون فى جميع شهر رمضان. وروى عنه أنها تكون فى جميع العام، ولعله حمل حض النبى ﷺ فى التماسها فى العشر الأواخر وفى كل وتر منه على ذلك العام خاصة، والله أعلم.

٦٣٧ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ:

٦٣٧ - أخرجه البخارى فى كتاب الصلاة حديث رقم ١٨٧٨. ومسلم فى كتاب الصيام حديث رقم ١٩٩٨. والترمذى فى كتاب الصوم حديث رقم ٧٢٢. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٣١٠٠، ٢٣١٥٧، ٢٤٥٠٩.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٥/٢٤٧: لم يختلف عن مالك - فيما علمت - فى إرسال هذا الحديث، وقد رواه أنس بن عياض أبو ضمرة، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، وهذا المعنى يتصل أيضاً من حديث نافع، وعبدالله بن دينار، عن ابن عمر.

«تَحَرَّوْا لَيْلَةَ الْقَدْرِ فِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ مِنْ رَمَضَانَ».

الشرح: قوله: «ليلة القدر» يحتمل أن تسمى بذلك لعظم قدرها، أى ذات القدر العظيم، ويحتمل أن يسمى بذلك لأن البارئ تعالى ينفذ فيها ما قدر من قوله تعالى: ﴿فِيهَا يَفْرُقُ كُلُّ أَمْرٍ حَكِيمٍ أَمْرًا مِنْ عِنْدِنَا إِنَّا كُنَّا مُرْسِلِينَ﴾ [الدخان: ٤] ويحتمل غير ذلك.

٦٣٨ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «تَحَرَّوْا لَيْلَةَ الْقَدْرِ فِي السَّبْعِ الْأَوَاخِرِ».

الشرح: قوله ﷺ: «تحروا ليلة القدر في السبع الأواخر» مع قوله ﷺ: تحروها في العشر الأواخر أن يكون أولاً علم أنها في العشر الأواخر، فأخبر به ثم أعلم أنها في السبع الأواخر، فأخبر به بعد ذلك، ويحتمل ما قدمنا أولاً أنه حض على العشر الأواخر من له بعض القوة، وحض على السبع الأواخر من لم يقدر على قيام جميع العشر، والله أعلم.

مسألة: والسبع الأواخر، روى عن ابن عباس أنها ليلة أربع وعشرين على التمام، ويحتمل أنها ليلة ثلاث وعشرين على النقصان، ويدل على صحة هذا التأويل قول النبي ﷺ: «التمسوها في كل وتر» والله أعلم.

٦٣٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عُيَيْدِ اللَّهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ أَنَيْسٍ

٦٣٨ - أخرجه مسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٩٨٩. وأبو داود في كتاب الصلاة حديث رقم ١١٧٧. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٧٠١، ٥٠٣١، ٥١٧٣، ٥٦٦٢. والبيهقي في الكبرى ٣١١/٤ عن ابن عمر، وذكره في الكنز برقم ٢٤٠٤٣ وعزاه السيوطي لمالك ومسلم وأبي داود، عن ابن عمر.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٤٩/٥: هكذا رواه جماعة الرواة عن مالك: لم يختلفوا فيه. ورواه شعبة، عن عبد الله بن دينار، عن عبد الله بن عمر، أن النبي ﷺ قال: «تحروها ليلة سبع وعشرين».

٦٣٩ - أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة حديث رقم ١١٧٢. والبيهقي في الكبرى ٣١٠/٤ عن عبد الله بن أنيس الجهني. والطبراني في الكبير ٣٢٤/٢ عن عبد الله بن جحش، عن أبيه الجهني. وعبد الرزاق في المصنف برقم ٧٦٩١، ٢٥٠/٤ عن عبد الله بن أنيس الجهني. والبخاري بشرح السنة ٣٨٥/٦ عن عبد الله بن أنيس. وذكره في الكنز برقم ٢٤٠٨٣ وعزاه السيوطي إلى الطبراني عن عبد الله بن أنيس.

١١٦ كتاب الصيام
الْجُهَنِيُّ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي رَجُلٌ شَاسِعُ الدَّارِ^(١)، فَمُرَّنِي لَيْلَةً
أَنْزَلُ لَهَا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَنْزِلْ لَيْلَةَ ثَلَاثٍ وَعِشْرِينَ مِنْ رَمَضَانَ».

الشرح: قوله: «إن عبد الله بن أنيس الجهني» قال الكلبي: هو ابن أنيس بن حرام،
وكان مهاجراً أنصاريًا عقيياً. قال غيره: يكنى بأبي يحيى، فسأل النبي ﷺ عن ليلة
القدر ينزل بها إلى المدينة للصلاة في مسجدتها خلف النبي ﷺ، يريد ليلة لها فضيلة
ترجى بركتها وإقرار النبي ﷺ له على ذلك يدل على جواز قصد مثل هذا.

فصل: وقوله ﷺ: «انزل ليلة ثلاث وعشرين» يحتتمل أن يكون نص عليها على
معنى التحرى لها، وأنها عنده أقرب إلى أن تكون فيها ليلة القدر من سائر ليالي الوتر،
ويحتتمل أن ينص عليها لفضيلة ثبتت لها عنده، ويقال إن هذه الليلة تسمى عند أهل
المدينة ليلة الجهني لما كان سبباً لتعيينها، والله أعلم.

٦٤٠ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ عَلَيْنَا
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي رَمَضَانَ فَقَالَ: «إِنِّي أُرَيْتُ هَذِهِ اللَّيْلَةَ فِي رَمَضَانَ حَتَّى تَلَاخِي^(١)

= قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٥٠/٥: هذا حديث منقطع، ولم يلق أبو النضر عبد الله بن
أنيس، ولا رآه، ولكنه يتصل من وجوه شتى صحاح ثابتة. ورواه الضحاك بن عثمان، عن أبي
النضر، عن بسر بن سعيد، عن عبد الله بن أنيس، ولكن جاء بلفظ حديث أبي سعيد الخدري،
وذلك عندي - منكر في هذا الإسناد.

(١) وشاسع الدار، قال السيوطي: في رواية أبي داود أنه كان بالبادية. تنوير الحوالك ٢٣٥.
٦٤٠ - أخرجه البخاري في كتاب الإيمان حديث رقم ٤٧. وأحمد في المسند حديث رقم
١٢٩٦٩. والدارمي في كتاب الصوم حديث رقم ١٧١٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٥٣/٥ - ٢٥٤: هكذا روى مالك هذا الحديث لا بخلاف عنه
في إسناده وامتته وفيه عن أنس وخرج علينا رسول الله. وإنما الحديث لأنس عن عبادة بن
الصامت حدثنا سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم ابن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا
أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الوهاب، عن أنس، عن عبادة قال: وخرج علينا رسول الله
ﷺ وهو يريد أن يخبر بليلة القدر فتلاخي رجلاً، فقال: إني خرجت أن أخبركم بليلة القدر
فتلاخي فلان وفلان ولعل ذلك أن يكون خيراً فالتمسوها في التاسعة والسابعة والخامسة.
(١) تلاخي: بالمهمله أى وقعت بينهما ملاحاة وهى المخاصمة والمنازعة والمشائمة والاسم اللحاء
بالكسر والمد.

رَجُلَانِ^(٢) فَرُفِعَتْ^(٣) فَالْتَمِسُوها فِي التَّاسِعَةِ وَالسَّابِعَةِ وَالْخَامِسَةِ.

٦٤١ - مَالِك، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أُرُوا^(١) لَيْلَةَ الْقَدْرِ فِي الْمَنَامِ فِي السَّبْعِ الْأَوَاخِرِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنِّي أَرَى رُؤْيَاكُمْ قَدْ تَوَاطَأَتْ فِي السَّبْعِ الْأَوَاخِرِ، فَمَنْ كَانَ مُتَحَرِّيًا فَلْيَتَحَرَّهَا فِي السَّبْعِ الْأَوَاخِرِ».

(٢) قال الحافظ ابن حجر: قيل هما عبد الله بن أبي حنرد وكعب بن مالك ذكره ابن دية ولم يذكر له مستندًا. انظر: فتح الباري كتاب فضل ليلة القدر، ٢٦٨.

(٣) قال ابن عبد البر: في حديث مالك «فرفعت»، وليس في هذا «فرفعت». وهي لفظة محفوظة عند الحفاظ في حديث حميد هذا، والله أعلم، بمعنى ما أراد رسول الله ﷺ بقوله ذلك. والأظهر من معانيه أنه رفع علم تلك الليلة عنه فأنسيها بعد أن كان علمها ولم ترفع رفعا لا تعود بعده، لأن في حديث أبي ذر أنها في كل رمضان، وأنها إلى يوم القيامة.

٦٤١ - أخرجه البخاري في كتاب صلاة التراويح حديث رقم ١٨٧٦. ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم ١٩٨٥، ١٩٨٦، ١٩٨٧، ١٩٨٩، ١٩٩١. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٢٧٠، ٤٣١٩، ٤٥٧٧، ٤٦٨٩، ٤٧٠١، ٤٧٨٩، ٥٠٣١، ٥١٧٣، ٥١٨٦، ٥٢٢٨، ٥٢٧٥، ٥٣٩٣، ٥٦٦٢، ٦١٨٥. والدارمي في كتاب المناسك حديث رقم ١٧٨٣.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٦٥/٥: هكذا روى يحيى عن مالك هذا الحديث وتابعه قوم؛ ورواه القعني، والشافعي، وابن وهب، وابن القاسم، وابن بكير، وأكثر الرواة، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر.

(١) قال الحافظ ابن حجر: أروا بضم أوله على البناء للمجهول أي قيل لهم في المنام إنها في السبع الأواخر، والظاهر أن المراد به أواخر الشهر، وقيل المراد به السبع التي أولها ليلة الثاني والعشرين وآخرها ليلة الثامن والعشرين، فعلى الأول لا تدخل ليلة إحدى وعشرين ولا ثلاث وعشرين، وعلى الثاني تدخل الثانية فقط ولا تدخل ليلة التاسع والعشرين، وقد رواه المصنف في التعبير من طريق الزهري عن سالم عن أبيه «أن ناسا أروا ليلة القدر في السبع الأواخر، وأن ناسا أروا ناسا أروا في العشر الأواخر، فقال النبي ﷺ: التمسوها في السبع الأواخر» وكأنه ﷺ نظر إلى المتفق عليه من الروايتين فأمر به، وقد رواه أحمد عن ابن عيينة عن الزهري بلفظ: «رأى رجل أن ليلة القدر ليلة سبع وعشرين أو كذا وكذا، فقال النبي ﷺ: التمسوها في العشر البواقى في الوتر منها» ورواه أحمد من حديث علي مرفوعاً «إن غلبتم فلا تغلبوا في السبع البواقى» ولمسلم عن جبلة بن سحيم عن ابن عمر بلفظ: «من كان يلمسها فليتمسها في العشر الأواخر» ولمسلم من طريق عقبة بن حريث عن ابن عمر «التمسوها في العشر الأواخر، فإن ضعف أحدكم أو عجز فلا يغلبن على السبع البواقى»، وهذا السياق يرجح الاحتمال الأول من تفسير السبع، انتهى. انظر: فتح الباري كتاب فضل ليلة القدر ٢٥٧.

١١٨ كتاب الصيام

الشرح: قوله ﷺ: «إني أريت هذه الليلة في رمضان» أخبر بذلك عن اختصاصها في رمضان، أنه الذي رآها، وعينت له حتى تلاحي رجالان، يعنى تسابا، فرفعت، يعنى رفع علم تعيينها فأمر بتحريها والتماسها في التاسعة وغيرها.

وقد يذنب القوم الذنب، فتعدى في الدنيا عقوبته إلى غيرهم، فيجزى به من لا سبب له في ذلك الذنب. وأما الآخرة فلا تزر وازرة وزر أخرى.

وقد روى أن نسيانها كان لغير ذلك، روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أريت ليلة القدر ثم أيقظنى بعض أهلى فنسيتها، فالتمسوها فى التاسعة والسابعة والخامسة»^(*) ويحتمل أن يكون سبب نسيانها تلاحي الرجلين، وإن كان قد أوقظ فقد يذكر الرؤيا من يوقظ من نومه.

فصل: وقوله ﷺ: «فالتمسوها فى التاسعة والسابعة والخامسة» روى فى المدينة ابن نافع وداود بن سعيد عن مالك أنه قال: التاسعة ليلة إحدى وعشرين، والسابعة ليلة ثلاث وعشرين، والخامسة ليلة خمس وعشرين، وأن ذلك على نقصان الشهر.

وروى عيسى عن ابن القاسم أنه قال: رجع مالك، وقال: مشرقى لا أعلمه.

وقد روى عن أبى سعيد الخدرى أنه قال: إذا مضت واحدة وعشرون، فالتى تليها اثنتان وعشرون، فهى التاسعة، فإذا مضت ثلاث وعشرون، فالتى تليها السابعة، فإذا مضت خمس وعشرون، فالتى تليها الخامسة، وهذا على كمال العدد.

وقوله ﷺ: «إنى أرى رؤياكم قد تواطأت فى السبع الأواخر» ظاهره أن قول النبى ﷺ إنما كان على غلبة الظن لرؤيا أصحابه، ولعله أن يكون هو ﷺ قد رأى أيضاً ما قوى ذلك أو بلغه اليقين، فأمره بتحريها فى السبع الأواخر.

مسألة: وقد اختلف الناس فى هذه الليلة، فذهب قوم إلى أنها تنقل فى الوتر فى العشر الأواخر، فتكون فى عام فى ليلة إحدى وعشرين، وفى عام آخر فى ليلة ثلاث أو خمس أو سبع أو تسع، فعلى هذا الاختلاف بين الأحاديث. وذهب قوم وهم الأكثر إلى أنها مختصة بليلة لا تنتقل عنها، والمعلوم من ذلك أنها فى السبع الأواخر، والقولان المتقدمان إنما هما من جهة التأويل للأحاديث.

(*) أخرجه مسلم فى صحيحه حديث رقم ١١٦٦. أحمد فى المسند حديث رقم ٧٨٤٥.

الدارمى حديث رقم ١٧٨٢.

٦٤٢ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ مَنْ يَتَّقُ بِهِ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرَى أَعْمَارَ النَّاسِ قَبْلَهُ، أَوْ مَا شَاءَ اللَّهُ مِنْ ذَلِكَ، فَكَأَنَّهُ تَقَاصَرَ أَعْمَارَ أُمَّتِهِ أَنْ لَا يَتَلَفُوا مِنَ الْعَمَلِ مِثْلَ الَّذِي بَلَغَ غَيْرُهُمْ فِي طُولِ الْعُمُرِ، فَأَعْطَاهُ اللَّهُ لَيْلَةَ الْقَدْرِ خَيْرًا مِنْ أَلْفِ شَهْرٍ.

الشرح: قوله: «أرى أعمار الناس قبله، فكأنه تقاصر أعمار أمته»، يحتمل أن يريد أنه رأى أعمار سائر الأمم أطول، فخاف أن لا تبلغ أمته من العمل في قصر أعمارها ما بلغه غيرها من الأمم في طول أعمارها، فتفضل الله تبارك وتعالى على هذه الأمة بليلة القدر، وهي تقتضى اختصاص هذه الأمة بهذه الليلة.

وقوله: «خير من ألف شهر» يريد أن ثواب العمل فيها أكثر من ثواب العمل في ألف شهر ليس فيها ليلة القدر، والله أعلم.

٦٤٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيْبِ كَانَ يَقُولُ: مَنْ شَهِدَ الْعِشَاءَ مِنْ لَيْلَةِ الْقَدْرِ فَقَدْ أَخَذَ بِحِظِّهَا.

الشرح: قوله: «من شهد العشاء من ليلة القدر فقد أخذ بحظه منها» يريد والله أعلم، معنى الحديث المتقدم في الصلاة أن من شهد العشاء في جماعة فكأنما قام نصف ليلة، فمن شهد العشاء في ليلة القدر عدل له ذلك قيام نصفها، وهذا بفضل الله تعالى حظ وافر منها، وخص بذلك صلاة العشاء دون صلاة الفجر على ما جاء فيها لأن صلاة العشاء من الليلة وليست صلاة الصبح من الليلة على ما قدمنا، والله أعلم.

* * *

٦٤٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٦٨. وذكره القرطبي في تفسيره «الجامع لأحكام

القرآن» ١٣٣/٢٠.

٦٤٣ - ذكره ابن عبد البر في التمهيد ٢٦٢/٥.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الزكاة

ما تجب فيه الزكاة

لفظ الترجمة يحتمل معنيين، أحدهما أن يبين مقدار ما تجب فيه الزكاة، والثاني أن يبين جنس ما تجب فيه الزكاة وقد قصد به مالك، رحمه الله الأمرين جميعاً، فأدخل حديث أبي سعيد الخدري، فبين فيه نصاب الزكاة. ودخل قول عمر بن عبدالعزيز، وفيه جنس ما تجب فيه الزكاة.

والزكاة في كلام العرب هي النماء فقول القائل: أخرج زكاة مالك، ذكر شيوخنا في ذلك وجهها، وهو أن ما يخرج على هذا الوجه يظهر الله به الأموال وينميها، ويقال زكا مال فلان إذا كبر، وزكا الزرع إذا حسن وكبر ريعه، وفلان زكى إذا كان كثير الخير، فسميت بركته المال بمعنى أن إخراجه يؤول إلى نماء كما قال الله تعالى: ﴿إِنِّي أَرَانِي أَعْرَصُ هَمْرًا﴾ [يوسف: ٣٦]، وإنما كان يعصر عنباً إلا أنه سماه همراً بالمأل، وعلى هذا سمي فعل الخير فلاحاً، وسمى فاعله مفلحاً، وإن كان الفلاح إنما هو البقاء بمعنى أن ذلك يؤدي إلى البقاء.

ويحتمل وجهاً آخر، وهو أن إخراج هذا الحق إنما يجب في الأموال المعرضة للنماء، ولذلك لا يجب في المقتنى لما لم يكن معرضاً للتنمية، ولذلك سقطت الزكاة في العين إذا منع صاحبه من تنميته بالغصب، فلما كان مختصاً بالأموال التي تنمى قيل له: واس من نمائه، وأخرج زكاة مالك، بمعنى أنه يخرج من نمائه.

مسألة: ولما يخرج من المال على هذا الوجه أسماء منها الزكاة، ومنها الصدقة، ومنها الحق، والنفقة والعفو، فالزكاة من قوله تعالى ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣] والصدقة من قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣] والحق من قوله تعالى: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١] وفي كتاب ابن سحنون عن ابن نافع عن مالك أن الزكاة والنفقة من قوله

تعالى: ﴿والذين يكتزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فيشرهم بعذاب أليم﴾ [التوبة: ٣٤] والعفو من قوله تعالى: ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾ [الأعراف: ١٩٩] فهذه الألفاظ كلها واقعة على الزكاة من جهة اللغة على الحقيقة، وعلى غيرها مما يشاركها في الحقوق والإنفاق والبدل إلا أن عرف الاستعمال في الشرع جرى فيها بلفظ الصدقة، والزكاة، وإن كانت الصدقة تعم النافلة والفريضة، والزكاة تخص في عرف الاستعمال بالفرض خاصة.

مسألة: والزكاة لفظة عامة وقد ذكر بعض أصحابنا أنها الجملة، وقد تقدم الكلام فيها في باب الصلاة، وهي واجبة. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ [البقرة: ٤٣] وهذا أمر، والأمر يقتضى الوجوب.

ومن جهة السنة ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «من كان له مال لم يؤد زكاته مثل له يوم القيامة شجاعاً أقرع له زبيتان يطوقه يوم القيامة ثم يأخذ بلهزمتيه، يعنى بشدقيه، ثم يقول له أنا كنزك، ثم تلا: ﴿ولا تحسبن الذين يخلون﴾^(١). [آل عمران: ١٨٠] ولا خلاف في وجوبها.

٦٤٤ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا سَعِيدٍ الْخُدْرِيَّ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسٍ ذَوْدٌ صَدَقَةٌ»

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ١٤٠٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٤٤٨.

٦٤٤ - أخرجه البخارى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣١٧. ومسلم حديث رقم ١٦٢٨. والترمذى فى كتاب الزكاة ٥٦٨. والنسائى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٢٤٠٠، ٢٤٠١، ٢٤٢٦، ٢٤٢٧، ٢٤٢٨، ٢٤٢٩، ٢٤٣٥، ٢٤٣٦، ٢٤٣٧، ٢٤٣٨، ٢٤٣٩. وأبو داود فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٣٢، ١٣٣٣. وابن ماجه فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٧٨٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٠٨٢٣، ١١١٣٨، ١١٢٧٢، ١١٣٢٣، ١١٣٨٦، ١١٤٩٤. والدارمى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٥٧٧، ١٥٧٨. والبيهقى فى الكبرى ٥/٧ كتاب الصدقات عن أبى سعيد الخدرى. وابن أبى شيبه ٣/١٢٤ عن أبى سعيد الخدرى كتاب الزكاة. وابن خزيمة برقم ٢٢٦٣، ١٧/٤ كتاب الزكاة، باب الدليل على أن الصدقة لا تجب فيما دون خمس، عن أبى سعيد الخدرى.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣/٥: هذا حديث صحيح الإسناد عند جميع أهل الحديث. وأما حديث مالك، عن محمد بن عبدالله بن عبدالرحمن بن أبى صعصعة، عن أبى سعيد الخدرى، عن النبى ﷺ فى مثل هذا المتن فخطأ فى الإسناد، وإنما هذا الحديث محفوظ ليحى بن عماره عن أبى سعيد الخدرى.

وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ خُمْسِ أَوْاقٍ صَدَقَةٌ، وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ^(١) صَدَقَةٌ.

٦٤٥ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي صَعْصَعَةَ الْأَنْصَارِيِّ ثُمَّ الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنَ التَّمْرِ صَدَقَةٌ، وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ خُمْسِ أَوْاقِيٍّ مِنَ الْوَرِقِ صَدَقَةٌ، وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ خُمْسِ ذَوْدٍ ^(١) مِنَ الْإِبِلِ صَدَقَةٌ».

الشرح: الذود، واقع في كلام العرب عند ابن حبيب على الثلاثة إلى التسعة، قال ابن يزيد عن عيسى بن دينار: الذود واقع على الواحد من الإبل، وعلى الجماعة منها، وهو هاهنا واقع على الجماعة لأن العدد إلى العشرة لا يضاف إلا إلى الجماعة من المعدود فكأنه قال: خمسة جمال أو خمس نوق. ولما أمر النبي ﷺ بالزكاة من الإبل، فقال: «في: أربع وعشرين، فما دونها من الغنم في كل خمس شاة» اقتضى ذلك وجوب الزكاة في قليل الإبل وكثيرها فيين ﷺ في هذا الحديث أن لا زكاة في أقل

(١) الذود: ما بين الثلاثة إلى العشرة من الإبل. والأوقية: أربعون درهماً من فضة. والوسق: ما قدره ستون صاعاً من تمر أو نحوه.

٦٤٥ - أخرجه البخاري في كتاب الزكاة حديث رقم ١٣١٧، ١٣٥٥، ١٣٦٦، ١٣٨٩. ومسلم حديث رقم ١٦٢٥، ١٦٢٦، ١٦٢٧، ١٦٢٨. والترمذي في كتاب الزكاة حديث رقم ٥٦٨، وكتاب الصوم حديث رقم ٦٢٦. والنسائي في كتاب الزكاة حديث رقم ٢٤٠٠، ٢٤٠١، ٢٤٢٦، ٢٤٢٧، ٢٤٢٨، ٢٤٢٩، ٢٤٣٥، ٢٤٣٦، ٢٤٣٧، ٢٤٣٨، ٢٤٣٩، ٢٤٤٥، ٢٤٤٦، ٢٤٤٧، ٢٤٤٨، ٢٤٤٩، ٢٤٧٥، ٢٤٧٦، ٢٤٨٣، ٢٤٨٤، ٢٤٨٥، ٢٤٨٦، ٢٤٨٧. وأبو داود في كتاب الزكاة ١٣٣٢، ١٣٣٣، وكتاب المناسك حديث رقم ١٥٥٨، ١٥٥٩. وابن ماجه في كتاب الزكاة حديث رقم ١٧٨٣، ١٧٩٣، ١٧٩٩. وأحمد في المسند حديث رقم ١٠٦٠٦، ١٠٨٢٣، ١٠٩٧٧، ١١١٣٨، ١١٢٧٢، ١١٣٢٣، ١١٣٨٦، ١١٤٩٤. والدارمي في كتاب الزكاة حديث رقم ١٥٧٧، ١٥٧٨، وكتاب الصوم حديث رقم ١٦٣٢، ١٦٣٤. والبيهقي في الكبرى ٨٤/٤ عن أبي سعيد الخدري. وابن خزيمة برقم ٢٢٩٩، ٣٤/٤ عن جابر بن عبد الله.

(١) قال النووي: الرواية المشهورة بإضافة خمس إلى ذود، وروى بتنين خمس، ويكون ذود بلاد منه. شرح صحيح مسلم للنووي كتاب الزكاة. وقال أهل اللغة: الذود من الثلاثة إلى العشرة لا واحد له من لفظه إنما يقال في الواحد بعير. قالوا وقولهم خمس ذود كقولهم خمسة أبعرة. قال سيوريه: تقول ثلاث ذود لأن الذود مؤنث. تنوير الحوالك ١٨٨. وانظر: الاستذكار ١٢/٩ - ١٣.

كتاب الزكاة ١٢٣
من خمس من الإبل، فخص بذلك اللفظ العام، وبقي الخمسة فما فوقها من اللفظ العام
تعلق به الزكاة، فصارت الخمسة نصاب الزكاة فى الإبل.

فصل: وقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمس أواق صدقة» روى أشهب عن مالك:
ليس لأوقية الذهب وزن معلوم وأوقية الفضة أربعون درهما، والنش نصف أوقية، وهو
عشرون درهماً، ووزن النواة خمسة دراهم، وهذه كلها بالدرهم الشرعى، ووزن عشرة
دراهم منها سبعة دناتير والخمس الأواقي مائتا درهم، فصار المائتا الدرهم نصاب الورق
فى الزكاة، وذلك أن لفظ الزكاة، ورد فيها عاماً لما رواه ابن عباس أن النبى ﷺ بعث
معاذاً إلى اليمن، فقال: «ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله، فإن هم
أطاعوا لك بذلك، فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس صلوات فى كل يوم وليلة،
فإن هم أطاعوا لك بذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة فى أموالهم، تؤخذ
من أغنيائهم وترد على فقرائهم» فظاهر هذا يقتضى فرض الزكاة فى كل ما يقع عليه
اسم مال بحق عموم هذا الخبر، ثم خص النبى ﷺ ذلك بقوله: «وليس فيما دون
خمس أواق من الورق صدقة» فثبت فرض الزكاة فى الخمس الأواقي، فما فوقها، فكان
ذلك نصاب الورق فى الزكاة، ومعنى النصاب فى كلام العرب الأصل، واستعمل فى
الشرع فى عرف الفقهاء فى أقل ما يجب فيه الزكاة، فنصاب الورق مائتا درهم من
الدراهم التى ذكرناها، فإن كانت بوزن الأندلس، وذلك ثلثا درهم من الدراهم
المذكورة، فإنه لا زكاة فيها لأنها ليست بخمس أواق.

فصل: وقوله: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» بين فى أن الحبوب لها نصاب
زكاة تجب فيما بعده، ولا تجب فيما دونه كالورق الإبل، وذلك النصاب خمسة أوسق،
والوسق ستون صاعاً، والصاع أربعة أمداد، والمد رطل وثلث، وسيأتى بيانه بعد هذا
إن شاء الله تعالى.

وقد ذهب إلى ما ذكرناه من نصاب الحبوب مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد
ابن الحسن، وقال أبو حنيفة: إن ما يجب فيه العشر أو نصف العشر من الحبوب أو
الثمار، فإنه يخرج من قليل ذلك وكثيره العشر أو نصف العشر، وإن كان وسقاً واحداً.
والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم، وهو نص فى مسألة الخلاف. ودليلنا من
جهة القياس أن هذا مال تجب من عينه الزكاة، فوجب أن يكون فيه نصاب الزكاة
كالعين والماشية.

١٢٤ كتاب الزكاة

٦٤٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عَامِلِهِ عَلَى دِمَشْقَ فِي الصَّدَقَةِ إِنَّمَا الصَّدَقَةُ فِي الْحَرْثِ وَالْعَيْنِ^(١) وَالْمَاشِيَةِ.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ: وَلَا تَكُونُ الصَّدَقَةُ إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ فِي الْحَرْثِ وَالْعَيْنِ وَالْمَاشِيَةِ.

الشرح: قوله: «إنما الصدقة في العين والحراث والماشية» إخبار بمنع الصدقة فيما عدا هذه الأصناف الثلاثة لأن «إنما» حرف موضوع للحصر، ولذلك قال ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»^(٢) وإنما أراد ﷺ نفي الولاء عن من يعتق، والصدقة هاهنا الزكاة، وإن جاز أن يقع اسم الصدقة على التطوع.

فصل: وقوله: «في الحراث والعين والماشية» يحتمل معنيين، أحدهما: أن يريد به نفى الصدقة عما عدا هذه الثلاثة الأصناف، وإن جاز أن يكون من هذه الثلاثة الأصناف ما لا زكاة فيه، لكنه لم يقصد إلى بيانه هاهنا، وإنما قصد إلى بيان ما لا زكاة فيه من غيرها. والثاني: أن يريد بذلك أن الذي تجب فيه الزكاة إنما هو من المحروث والماشية والعين، وأوقع على ما يجب فيه الزكاة هذه الأسماء لأن معظم كل جنس منها فيما تجب فيه الزكاة، فأطلق الاسم العام، والمراد معظم ما يتناوله كقوله ﷺ: «جعلت إلى الأرض مسجداً وترابها طهوراً»^(٣) فعبّر عن الأرض باسم التراب، لما كان أعم أجزائها والحراث هاهنا كل ما لا ينمو، ولا يزرع إلا بالحراث والعمل، كالثمار والزرع، وسيأتي تمييز ما تجب فيه الزكاة منها مما لا زكاة فيه إن شاء الله تعالى.

* * *

٦٤٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٣٨.

(١) العين: الذهب والفضة.

(٢) أخرجه البخاري حديث رقم ٤٥٦، ١٤٩٣، ٢١٥٥، ٢١٥٦. مسلم حديث رقم

١٥٠٤، ١٥٠٥. الترمذي حديث رقم ٢١١٢، ٢١٢٤. النسائي في الصغير حديث رقم

٢٦١٤، ٣٤٤٧، ٣٤٤٨، ٣٤٥٠. أبو داود حديث رقم ٢٩١٥، ٣٩٢٩. ابن ماجه حديث

رقم ٢٠٧٦، ٢٥٢١. أحمد في المسند حديث رقم ٢٥٣٨، ٣٣٩٥، ٤٨٠٢.

(٣) أخرجه البخاري حديث رقم ٤٣٨. الترمذي حديث رقم ٣١٧، ١٥٥٣. النسائي في

الصغير حديث رقم ٤٣٢، ٧٣٦. ابن ماجه حديث رقم ٥٦٧. أحمد في المسند حديث رقم

٢٢٥٦، ٢٧٣٧، ٧٢٢٥.

الزكاة في العين من الذهب والورق

٦٤٧ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُقْبَةَ مَوْلَى الزُّبَيْرِ أَنَّهُ سَأَلَ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنْ مَكَاتِبٍ لَهُ فَأَقْطَعَهُ^(١) بِمَالٍ عَظِيمٍ، هَلْ عَلَيْهِ فِيهِ زَكَاةٌ، فَقَالَ الْقَاسِمُ: إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ لَمْ يَكُنْ يَأْخُذُ مِنْ مَالٍ زَكَاةً حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ.

قَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ إِذَا أَعْطَى النَّاسَ أَعْطِيَتِهِمْ يَسْأَلُ الرَّجُلَ هَلْ عِنْدَكَ مِنْ مَالٍ وَجَبَتْ عَلَيْكَ فِيهِ الزَّكَاةُ؟ فَإِذَا قَالَ: نَعَمْ، أَخَذَ مِنْ عَطَائِهِ زَكَاةَ ذَلِكَ الْمَالِ، وَإِنْ قَالَ: لَا، أَسْلَمَ إِلَيْهِ عَطَاءَهُ، وَلَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا.

٦٤٨ - مَالِك، عَنْ عُمَرَ بْنِ حُسَيْنٍ، عَنْ عَائِشَةَ بِنْتِ قَدَامَةَ، عَنْ أَبِيهَا أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ إِذَا جِئْتُ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانٍ أَقْبِضُ عَطَائِي، سَأَلَنِي هَلْ عِنْدَكَ مِنْ مَالٍ وَجَبَتْ عَلَيْكَ فِيهِ الزَّكَاةُ، قَالَ: فَإِنْ قُلْتُ: نَعَمْ، أَخَذَ مِنْ عَطَائِي زَكَاةَ ذَلِكَ الْمَالِ، وَإِنْ قُلْتُ: لَا، دَفَعَ إِلَيَّ عَطَائِي.

الشرح: سؤاله هل تجب الزكاة في مال عظيم قاطع به مكتوبة؟، يحتمل أن يكون سؤالاً عن هذا النوع من هذا المال، هل تجب فيه الزكاة، إلا أن جواب القاسم بن محمد، يقتضى أن سؤاله إنما كان عن وجوب الزكاة فيه في وقت دون وقت، ولذلك أجابه أن أبا بكر لم يكن يأخذ من مال زكاة حتى يحول عليه الحول، ووصف له المال بالعظم ليدخل في حيز ما تجب فيه الزكاة، ويحتمل المساواة.

وقول القاسم بن محمد: «أن أبا بكر لم يكن يأخذ من مال زكاة حتى يحول عليه الحول»، احتجاج بفعل أبي بكر وأخذ بالمراسيل، وإنما احتج بفعل أبي بكر في ذلك لأنه كان الخليفة، وهو الذى كان يتولى أخذ الصدقات من مال الصحابة، وأهل العلم، ولم ينكر أحد منهم فعله فى ذلك مع اجتهاده فى طلب الصدقات وقتاله المانعين

٦٤٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٣٩. الشافعى فى الأم ١٧/٢. عبد الرزاق فى المصنف ٧٦/٤. البيهقى فى السنن الكبرى ١٠٩/٤. كشف الغمة ١٨٥/١. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ٨٠٤٩/٦.

(١) المكتوبة: تعهد العبد بدفع مال لسيده مقابل عتقه. أما مقاطعة المكاتب: أخذ مال معجل منه دون ما كوتب عليه ليعجل به عتقه، وهى فائدة لا زكاة على مستفدها حتى يحول الحول عليها.

٦٤٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٤٠.

١٢٦ كتاب الزكاة

للزكاة، فثبت أنه إجماع، ولا خلاف بين المسلمين أنه لا يجب فى مالك زكاة حتى يحول عليه الحول.

واختلفوا فى جواز إخراجها قبل الحول، فذهب مالك إلى أن ذلك غير جائز، حكاه ابن عبدالحكم عنه. وقال أشهب فى العتبية: من أخرج زكاته قبل الحول أعاد. وقال أبو حنيفة والشافعى: ذلك جائز.

والدليل على ما نقوله أن الحول شرط من شروط وجوب الزكاة، فلم يجز تقديمها قبل وجوبه. أصله النصاب. قال ابن المواز: واحتج مالك والليث فى ذلك بالصلاة. قال ابن وهب: لو أخذ الساعى منه جبراً لم يجزه. وروى ابن عبدالحكم عن مالك أنه سئل عن ذلك، فقال: إنما السبيل على الذين يظلمون الناس.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن أصحابنا من قال: يجوز إخراجها قرب الحول، فروى عيسى عن ابن القاسم: يجوز تقديمها على الحول بالشهر ونحوه. وقال ابن المواز وأبو الفرج: باليوم واليومين. قال محمد بن على: تكره. وقال ابن حبيب: قال من لقيته من أصحاب مالك: لا تجزئه إلا فيما قرب خمسة أيام أو عشرة. وقال أشهب: لا تجزئه.

وجه ذلك أن وقت الوجوب هو الحول فلقربه تأثير فى الاستحقاق كمرض المورث له تأثير فى منعه من التصرف فى ماله لحق الورثة. ووجه آخر أن الحول لا يعتبر فيه بالساعة التى أفيد فيها المال ولا بمقدار ما مضى منها، وإنما يعتبر بما قرب من ذلك، فكذلك اليوم لا يعتبر به، وما قرب منه فهو فى حكمه فى الحول، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما أخذه من كتابة وقطاعة فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول من يوم يقبضه، وإنما ضرب الحول من يوم قبضه المال أو قبض وكيله لأنه من حينئذ يتمكن من تنميته، وإنما ضرب الحول للتنمية، فيجب أن يكون الاعتبار بوقت التمكن من التنمية، وهو وقت القبض.

فصل: وقوله: «وكان أبو بكر إذا أعطى الناس أعطياتهم سأل الرجل هل عندك من مال وجبت عليك فيه الزكاة؟ فإن قال: نعم، أخذ من عطائه زكاة ذلك المال» الأعطيات فى اللغة اسم لما يعطيه الإنسان غيره على أى وجه كان إلا أنه فى الشرع واقع على ما يعطيه الإمام الناس من بيت المال على سبيل الأرزاق.

ولذلك كانوا يتبايعون إلى العطاء، فكان أبو بكر رضى الله عنه إذا أراد أن يعطى أحداً منهم عطاء، سأل إن كان عنده مال قد وجبت فيه الزكاة، يريد أن يجب عليه

بالحول، فإن قال: نعم، أخذ الزكاة من ذلك العطاء، ودفعها هو إلى أهل الزكاة.

وفي هذا بابان، أحدهما أن للإنسان أن يعطى زكاة ماله من غيره ولا يلزمه أن يخرجها من عينه، والثاني أنه يجوز أن يتوب عنه غيره في ذلك، فيؤديها في مواضعها.

* * *

باب في إخراج زكاة المال عن غيره

فأما إخراج زكاة مال من غيره، فلا خلاف في جوازه إذا كان ما يخرج من جنس المال. والأصل في ذلك فعل أبي بكر رضى الله عنه، ولا يخالف له فيه، ثبت أنه إجماع، وأما أن يخرج عن المال من غير جنسه، فإنه على وجهين، أحدهما: أن يكون هو الواجب كالغنم في جنس الإبل، والثاني أن يخرج على وجه البديل مما يجب فيه من جنسه مثل إخراج الورق من الذهب، فيجوز عند مالك إخراج الفضة عن الذهب، وإخراج الذهب عن الفضة، قاله مالك في المختصر الكبير، وبه قال أبو حنيفة.

وقال ابن كنانة من أصحابنا: يخرج الفضة عن الذهب، ولا يخرج الذهب عن الفضة. وقال سحنون: إخراج الفضة عن الذهب أجوز من إخراج الذهب عن الفضة. وقال الشافعي: لا يخرج أحدهما عن الآخر على وجه البديل.

والدليل على ما نقوله أنهما مالان، عما أصول الأئمان، وقيم التلقات، فجاز إخراج أحدهما عن الآخر على وجه البديل على وجه القيمة كالذهبين. ووجه قول ابن كنانة أن الفضة تخرج عن الذهب ليتوصل بذلك إلى قيمته، وهذا المعنى معدوم في إخراج الذهب عن الفضة.

فرع: إذا جاز إخراج الفضة عن الذهب، فكيف يكون ذلك، اختلف أصحابنا فيه، فقال ابن المواز: يخرج بمقدار القيمة، بالغة ما بلغت، وقاله في المدينة ابن القاسم وابن نافع.

وقال ابن حبيب: إذا زادت القيمة على عدة دراهم بدينار، وأخرجت الزيادة وإن قصرت عن عشرة دراهم لم يجوز أن يخرج أقل من عشرة دراهم. وقال الشيخ أبو بكر: لا يخرج إلا عشرة دراهم، زادت القيمة أو نقصت.

وجه ما قاله ابن المواز أن في إخراج أقل من القيمة ظلماً للمساكين، وفي إخراج ما زاد عليها ظلماً لرب المال، وهو أمر ينصرف له، فإذا رأى النقص على المساكين أنفذه، وإذا رأى النقص عليه امتنع منه، فيؤدى ذلك إلى ظلم المساكين أبداً.

١٢٨ كتاب الزكاة
ووجه ما قاله ابن حبيب مراعاة أحوال المساكين لكون الأمر مصروفًا إلى أرباب
الأموال. ووجه ما قاله أبو بكر الأبهري أن هذا حكم البدل عنده.

فرع: إذا ثبت أنه يخرج عن الذهب ورقًا، ففي الموازية: لا يخرج عن القيمة إلا
جيدًا، ولا يجزئه أن يخرج قيمة الفضة الرديئة دراهم جياذًا، يريد لما امتنع من التفاضل
بين جيدها ورديتها.

* * *

باب أخذ الإمام الزكاة من المزكى

فأما الباب الثاني، فإن الإمام إذا كان عدلاً، فيستحب لمن وجبت عليه الزكاة أن
يدفعها إليه، إن كانت من الأموال التي يغاب عليها، وهو العين الذهب والفضة، لأن
الإمام يكفيه الاجتهاد في أدائها، ولأن الإمام هو المستول والمطلوب بنوائب المسلمين،
فيدفع إليه الزكاة ليستعين بها على من يجب له أخذ الزكاة، فإن أخرجها، ولم يدفعها
إلى الإمام أجزاء ذلك، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

ووجه ذلك أن هذه أموال باطنة موكلة إلى أمانات أربابها، وكذلك كان أبو بكر
رضي الله عنه يسأل كل إنسان عما عنده ويكفل ذلك إلى أمانته، وهذا عمل الأئمة
المتصل، ويجوز للرجل أن يستتبع في أداء زكاته غيره، لأن العبادات المتعلقة بالأموال
تجوز النيابة فيها، ولذلك يجوز أن ينوب فيها الإمام.

مسألة: وأما الأموال الظاهرة، وهي الماشية والثمار والزرع، فإنه إن كان الإمام
جائرًا، وأمكنه إخفاؤها ووضعها في مواضعها أجزاء ذلك، فإن لم يمكنه إخفاؤها
وأداها إليه، فإنها تجزئه سواء وضعها الإمام موضعها أو غير موضعها؛ لأنه لا يجوز له
بجاهرة الإمام بالمخالفة؛ لأنه من باب شق العصا والخروج عليه، وذلك ممنوع فإذا
وجب عليه دفعها إليه، وجب أن يجزئه.

مسألة: وإن كان الإمام عدلاً، وجب دفعها إليه، ولم يجزه إخراجها دونه، وبه قال
أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه، وله قول آخر: أن ذلك يجزئه.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ
بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣] وهذا أمر بأخذ الصدقة والأمر يقتضى الوجوب.

ومن جهة السنة ما روى ابن عباس «أن رسول الله ﷺ قال لمعاذ بن جبل، حين

بعثه إلى اليمن: إنك ستأتى قومًا ما أهل كتاب، فإذا جئتهم فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله، فإن هم أطاعوك بذلك، فأعلمهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوك بذلك، فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة، تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم»^(١).

ودلينا من جهة القياس أن هذا مال للإمام فيه حق الولاية، فوجب دفعه إليه. أصله دفع مالك اليتيم إلى الوصى.

فصل: وقوله: «وإن قال: لا أسلم إليه عطاءه ولم يأخذ منه شيئاً» يقتضى تصديق الناس فى الأموال الباطنة، وهى التى سأل الإمام عنها أربابها، إذا كان عدلاً. قال مالك وابن القاسم فى الموازية: ويقبل الإمام العدل قول الرجل الصالح: قد أخرجتها.

مسألة: والناس فى ذلك على ثلاثة أضرب، ضرب يعرف بالخير والمبادرة إلى أداء الزكاة، فهذا يقبل قوله على ما تقدم. وضرب يعرف بمنعها، ففى المجموعة عن مالك: إذا علم الإمام أنه لا يزكى، فليأخذه بالزكاة، فإن ظهر له مال أخذ الزكاة منه، وأداها عنه، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: يلجئه إلى الأداء ويحبسه، ولا يأخذها منه.

والدليل على ما نقوله ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «أمرت أن أخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها على فقرائكم»^(٢).

ومن جهة المعنى أنه حق من حقوق المال المحض تصح النيابة فيه مع العجز والقدرة، فوجب أن يؤخذ جبراً عند الامتناع كديون الناس فيه.

فرع: وتقوم فى ذلك نية الإمام مقام نية من أخذت منه خلافاً لمن قال: لا تجزئه.

والدليل على ما نقوله أن هذه زكاة، فجاز أن تنوب فيها نية من يتولى إخراجها عن نية من يخرج عنه كالأب فى مال ابنه الصغير والكبير المجنون.

فرع: فإن لم يوجد له مال، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: إن عرف بمنع الزكاة سجن.

(١) البخارى حديث رقم ١٤٩٦. مسلم حديث رقم ١٩. الترمذى حديث رقم ٦٢٥. النسائى

فى الصغرى حديث رقم ٢٤٣٥. أبو داود حديث رقم ١٥٨٤. ابن ماجه حديث رقم ١٧٨٣.

أحمد فى المسند حديث رقم ٢٠٧٢. الدارمى حديث رقم ١٦١٤.

(٢) أخرجه أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٦١٧.

١٣٠ كتاب الزكاة

ووجه ذلك أنه حق من حقوق الآدميين، فجاز أن يسجن في أدائه كالديون.

مسألة: وأما الضرب الثالث، وهو من لا يعرف حاله ويتهم بمنع الزكاة، فإن قال: قد أخرجتها، ففي الموازية عن مالك وابن القاسم: لا يقبل قوله إن كان الإمام عدلاً كعمر بن عبدالعزيز.

ومعنى قوله: إنه لا يقبل منه، أنه إن عرف منه منع الزكاة أخذت منه، وإن لم يعرف حاله واتهم، استحلف ودين.

فرع: وإنما شرط إذا كان الإمام عدلاً لا غير لأن غير العدل لا يضعها عند أهلها، فتركها عند صاحبها من هذا المعنى، فلا وجه لمطالبته بها.

٦٤٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: «لَا تَجِبُ فِي مَالٍ زَكَاةٌ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ».

الشرح: قوله: «لا تجب في مال زكاة حتى يحول عليه الحول» يريد بذلك المشية والعين، فأما الزرع والثمار وما يخرج من المعدن، فإن الزكاة فيه ساعة يحصل منه النصاب، ولا يراعى في شيء من ذلك الحول، والفرق بينهما أن الحول إنما ضرب في العين والماشية لتكامل النماء فيهما، فإذا مرت مدة لتكامل النماء فيها وجبت الزكاة، وأما الزرع والمعدن وما أشبههما، فإن تكامل نمائه عند حصاد الحب وخروج العين من المعدن، ولا نماء بعد ذلك من جنس النماء الأول، وإنما له بعد ذلك نماء من جنس آخر، وهو تصريف الزكاة التي يعتبر فيها الحول، فلذلك وجبت الزكاة في الحب يوم الحصاد، قال الله تعالى: ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١].

٦٥٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: أَوَّلُ مَنْ أَخَذَ مِنَ الْأَعْطِيَةِ الزَّكَاةَ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ.

٦٤٩ - رواه مالك موقوفاً، وقال الدارقطني: والصحيح وقفه كما في الموطأ. وقال ابن عبد البر: ورواه مالك عن نافع عن ابن عمر موقوفاً، والناس عليه. وأخرجه أبو داود ١٠٣/٢ كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة عن علي بن أبي طالب. والبيهقي في الكبرى ٩٥/٤ عن عائشة. وذكره الزبيدي في الإتحاف ١٦/٤ عن عائشة. ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٤١.

٦٥٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٤٢. الشافعي في الأم ١٧/٢. البيهقي في السنن الكبرى ١٠٩/٤. البيهقي في معرفة السنن والآثار ٨٠٥٣/٦.

كتاب الزكاة ١٣١

الشرح: قوله: «أول من أخذ من الأعطية الزكاة معاوية» يريد أنه كان يأخذ من نفس الأعطية الزكاة، ويعتقد أن الزكاة فيها واجبة على من خرجت إليه لأنها كانت لهم قبل دفعها إليهم، فجرت عنده مجرى الأموال المشتركة يجرى فيها الحول فى حال اشتراكها.

وأما أبو بكر وعمر وعثمان فلم يكونوا يأخذون منها الزكاة؛ لأنها لم يتحقق ملك من أعطيتها لها إلا بعد الإعطاء والقبض؛ لأن للإمام أن يصرفها إلى غيرهم، إذا أداه اجتهاده إلى ذلك، فوجب أن يراعى الحول فيها من وقبضهم لها، وصحة ملكهم إياها، وعلى هذا فقهاء الأمصار. ونحو هذا ذكر ابن حبيب فى أخذ أبى بكر وعثمان الزكاة من الأعطية، وفى أخذ معاوية زكاة الأعطية، والله أعلم.

قَالَ مَالِكُ: السُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا أَنَّ الزَّكَاةَ تَجِبُ فِي عِشْرِينَ دِينَارًا عَيْنًا كَمَا تَجِبُ فِي مِائَتِي دِرْهَمٍ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن نصاب الذهب عشرون ديناراً من الدينار الشرعية، وهو كل عشرة دراهم سبعة دنانير، ولا خلاف فى ذلك بين فقهاء الأمصار إلا ما روى عن الحسن البصرى أنه قال: لا زكاة فى الذهب حتى يبلغ أربعين ديناراً، فيكون فيها دينار. والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أن الإجماع انعقد بعد الحسن على خلافه، وهذا من أقوى الأدلة على أن الحق فى خلافه.

ودليلنا من جهة السنة ما روى عاصم بن ضمرة والحارث الأعور عن على عن النبى ﷺ أنه قال: «فإذا كانت لك مائتا درهم، ففيها خمسة دراهم وليس عليك شىء يعنى فى الذهب حتى يكون لك عشرون ديناراً^(٢)»، وحال عليها الحول، ففيها نصف دينار، وهذا الحديث ليس إسناده هناك غير أن اتفاق العلماء على الأخذ به، دليل على صحة حكمه، والله علم وأحكم.

ودليلنا من جهة المعنى أن المائتى الدرهم نصاب الورق، ولا خلاف فى ذلك، والدينار كان صرفه فى وقت الزكاة عشرة دراهم، فوزان المائتى درهم عشرون مثقالاً فكان ذلك نصاب الذهب.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣٤/٩.

(٢) أخرجه أبو داود فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٥٧٢.

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ فِي عِشْرِينَ دِينَارًا نَاقِصَةٌ بَيْنَةَ النُّقْصَانِ زَكَاةٌ، فَإِنْ زَادَتْ حَتَّى تَبْلُغَ بَزِيادَتِهَا عِشْرِينَ دِينَارًا وَازِنَةٌ^(١) فَفِيهَا الزَّكَاةُ، وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ عِشْرِينَ دِينَارًا عَيْنُ الزَّكَاةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن العشرين ديناراً إذا نقصت نقصاناً بيناً، ومعنى البين هاهنا يحتمل تأويلين، أحدهما: أن لا يجرى بحرى الوزانة. والثاني أن تتفق الموازين عليه، وقد قال بكل من الوجهين قوم من أصحابنا، فإذا تبين النقصان، فلا زكاة فيها لما دللنا عليه من أن النصاب في الذهب عشرون مثقالاً، والمراعى في ذلك الوزن دون العدد، فإذا زادت حتى تبلغ بزيادتها عشرين ديناراً وزانة فقد بلغت النصاب، ووجبت فيه الزكاة، وإن قصرت عدتها عن العشرين.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ فِي مِائَتِي دِرْهَمٍ نَاقِصَةٌ بَيْنَةَ النُّقْصَانِ زَكَاةٌ، فَإِنْ زَادَتْ حَتَّى تَبْلُغَ بَزِيادَتِهَا مِائَتِي دِرْهَمٍ وَافِيَةٌ، فَفِيهَا الزَّكَاةُ، فَإِنْ كَانَتْ تَحْوِزُ بِحَوَازِ الْوَازِنَةِ، رَأَيْتُ فِيهَا الزَّكَاةَ دَنَانِيرَ كَانَتْ أَوْ دَرَاهِمَ^(٢).

الشرح: وهذا كما قال وذلك أن الدراهم تجرى وزناً، وتجرى عددًا فأما البلاد التي تجرى فيها بالوزن، فلا اعتبار فيها بالعدد، فإذا بلغت مائتين وهي خمس أواق فقد بلغت النصاب، ووجبت فيها الزكاة، فإذا نقصت من ذلك نقصاناً بيناً، وتأويل البين ما تقدم، فلا اعتبار فيها بالعدد، فإذا بلغت مائتين وهي خمس أواق فقد بلغت النصاب، ووجبت فيها الزكاة، فإذا نقصت من ذلك نقصاناً بيناً، وتأويل البين ما تقدم، فلا زكاة فيها لتقصيرها عن النصاب.

فصل: وقوله: «فإذا زادت حتى تبلغ بزيادتها مائتي درهم»، فالزيادة تكون فيها بنمائها، وتكون من فائدة مضافة إليها، فإن كانت من نمائها فحولها حول أصل المال إذا بلغت مائتي درهم أخرجت زكاتها يوم تبلغ النصاب، وإن كانت زيادتها فائدة مضافة إليها لم يخرج منها زكاة حتى يحول على الزيادة الحول من يوم أفادها.

فصل: وقوله: «فإن كانت تجوز بحواز الوزنة رأيت فيها الزكاة» يريد إن كانت الناقصة تجوز بحواز الوزنة، ففيها الزكاة. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا زكاة فيها.

(١) وازنة: وافية.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٩/٩.

كتاب الزكاة ١٣٣

والدليل على صحة ما نقول أنه مالك يملك من الذهب مقداراً يجوز لوزنه جواز
عشرين ديناراً، فوجب فيه الزكاة كالعشرين ديناراً.

فرع: إذا ثبت ذلك، فاختلف أصحابنا في تفسير قوله: «يجرى مجرى الوازنة»
فحكى أبو الحسين بن القصار وأبو بكر الأبهري أن معنى ذلك أن تكون في ميزان
وازنة، وفي ميزان ناقصة، فإذا نقصت في جميع الموازين، فلا زكاة فيها.

وقال القاضى أبو محمد: إنه أراد بذلك النقص اليسير في جميع الموازين كالحبة
والحبتين، وما جرت عادة الناس أن يتسامحوا به في الساعات وغيرها، وعلى هذا
جمهور أصحابنا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهو الأظهر عندي إذا قلنا أن ذلك فيما
يعتبر بالوزن؛ لأن اختلاف الموازين ليس بنقص، ولا بد من ميزان يقع الاعتماد عليه،
فيعتبر به الزيادة والنقص. وفي الموازنة: إذا نقصت نقصاناً بيناً، فلا زكاة فيها إلا أن
تجوز بجواز الوازنة. وروى ابن زيد عن عيسى عن ابن القاسم أن قول مالك أن لا
زكاة فيما نقصت يسيراً أو كثيراً إلا مثل الحبة والحبتين، ونحو ذلك ففيها الزكاة.

مسألة: هذا قول أصحابنا العراقيين في هذا الفصل، وحملوا قوله في ذلك على
الدنانير والدرهم الموزونة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندي أن تكون في المعدودة
كالفردى، فإنها ينقص بعضها النقص اليسير ويجرى مجرى الوازنة، وعندى أن هذه
الدنانير التى أشار إليها مالك ومتقدمو أصحابه لأنها إن نقصت نقصاناً يسيراً عن
الوازنة الجارية عدداً وجرت مجراها وجبت فيها الزكاة، وإن نقصت عنها نقصاناً كثيراً
لا تجرى به مجرى ما بلغ العدد المتقدم ذكره منها، لم تجب فيها الزكاة.

وقد يتبايع بالناقصة الوزن عدداً ويتبايع بالقائمة الوزن عدداً، ولكنه لا يعطى بعدد
من الناقصة ما يعطى بعدد من الوازنة من وزن ولا عرض ولا غيره، بل قد يكون بين
ذلك التفاوت كالفردى والقائمة المذكورة في كتب الصرف من المدونة وغيرها.

ومن ذلك الدراهم التى تجرى بالأندلس والدرهم منها ثلثا درهم من الدراهم التى
قدمنا ذكرها.

وفي العتبية قال سحنون في دراهم الأندلس: ليست كيلاً، وتجوز عندهم جواز

١٣٤ كتاب الزكاة

الوازنة الكيل لما تكون فيها الزكاة إلا أن ينقص من الكيل نقصاً يسيراً، ونحوه روى ابن زيد عن عيسى بن دينار، وأخرجه الشيخ أبو محمد فى نوادره عن العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم.

ولعل ذلك روايته فى العتبية، وإنما هو فى رواية الأندلسيين فى نوازل، سئل عنها سحنون من قوله، فقول سحنون فى دراهم الأندلس يجوز بجواز الوازنة، يريد أن الاعتداد فى البيع وسائر المعاملات بها، لأنه لا خلاف فى أنه لا يؤخذ بها ما يؤخذ بالدرهم الوزن المتقدم ذكره لأنه درهم ونصف بوزن الأندلس.

وقال ابن حبيب: إذا نقصت العشرون ديناراً فى العدد ديناراً واحداً أو نقصت المائة الدرهم فى العدد درهماً واحداً فلا زكاة فيها، وإن لم تنقص فى العدد، ونقصت فى الوزن أقل أو أكثر من ذلك، وهى تجوز بجواز الوازنة فى البلد، ففيها الزكاة، وكذلك من له فى هذا البلد فضة وزنها مائتا درهم بوزن هذه الدراهم التى تجوز بجواز الوازنة، فعليه زكاتها وكذلك الذهب، فيريد ابن حبيب بقوله: تجوز فى البلد بجواز الوازنة أن التعامل فى ذلك البلد يكون بعدد ذلك القدر، وأن ما بلغ ذلك القدر عندهم، فهو الوزن فجعل نصاب كل بلد معتبراً بوزن الدرهم الجارى عندهم، فيختلف على هذا نصاب الورق، والذهب فى البلاد على حسب اختلاف دراهمهم، ومثل هذا يلزمهم فى نصاب الحبوب والتمر إن اختلفت باختلاف البلد فى قدر الكيل ويلزمه أن يعتبر مثل هذا فى كيل زكاة الفطر والكفارات، ويلزمه أن يعتبر هذا فى أرباع صقلية، فإنه به يقع الاعتداد عندهم فى البيع والشراء، ولا فرق بينه وبين الدينار إلا الاسم، ولا تأثير له. وقول سحنون هو الصحيح والذى عليه أصحاب مالك من المتقدمين والمتأخرين.

قال القاضى، رضى الله عنه: وهو عندى إجماع العلماء والله أعلم.

وقال ابن المواز: إذا نقص كل مثقال حبة أو حبتين أو ثلاث حبات، وكانت تجوز بجواز الوازنة، ففيها الزكاة، وهذا الذى ذكره على طريق ما ذهبنا إليه إلا أن هذا أمر لا يكاد أيضاً أن يوجد بأن يباع بمائة دينار أو عشرين، ينقص من كل دينار منها حبتان ثم لا يكون بينها وبين عشرين ديناراً وازنة مزية، وإنما يجوز أن يتعامل بها، ويتعامل بالوازنة إلا أن الذى يدفع بها فى غالب الحال أقل مما يدفع بالوازنة. ولذلك فرق مالك، رحمه الله، فى كتاب الصرف بين القائمة والفرادى، ولا يجوز أن يعتبر بجوازها جواز الوازنة، وأن تكون عوضاً فى الغالب عوض الوازنة.

كتاب الزكاة ١٣٥

وهذا هو المشهور عن مالك، وما سوى ذلك فإنما على سبيل التفريع من أصحابنا على مذهبه والتأويل لقوله.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي وجه ثالث فى معنى قول مالك: إذا كانت العشرون ديناراً تجوز بجواز الوازنة، ففيها الزكاة، وقد تقدم اختلاف أصحابنا فى ذلك فى أول الكتاب بما يغنى عن إعادته.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ كَانَتْ عِنْدَهُ سِتُونَ وَمِائَةً دِرْهَمٍ وَأَزْنَةً، وَصَرَفَ الدَّرَاهِمَ بِيَلْدِهِ ثَمَانِيَةَ دَرَاهِمٍ بَدِينَارٍ: أَنَّهَا لَا تَجِبُ فِيهَا الزَّكَاةُ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الزَّكَاةُ فِي عِشْرِينَ دِينَارًا عَيْنًا أَوْ مِائَتِي دِرْهَمٍ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من كان عنده فضة لا تبلغ النصاب، فإنه لا زكاة عليه فيها، وإن كانت قيمتها من الذهب ما تبلغ النصاب؛ لأن ما تجب فيه الزكاة من الأموال، فإنما نصابه بنفسه دون غيره، فلو كانت لرجل ثلاثون شاة قيمتها أربعون شاة من غيرها، أو عشرين ديناراً أو مائتي درهم لما وجب عليه فيها الزكاة، وكذلك فى مسألتنا فلا تقوم بجنسها ولا بغير جنسها.

مسألة: وإن كانت الفضة أو الذهب تبلغ بقيمة صياغتها أكثر من نصاب ووزنها أقل من النصاب، فإنه لا زكاة فيها، لأن هذه زكاة العين والاعتبار بالوزن، والصياغة لا تأثير لها فى الوزن، ولا هى من جملة الفضة، فيكمل بها نصابها.

مسألة: والاعتبار فى نصاب الفضة والذهب بالخالص منهما إلا أن يخالطهما ما لا بد منه فى ضربه، فإنه يجرى مجراها، فأما إن كان فيهما غير ذلك من الغش، فلا اعتبار به فى الوزن، وإنما يجرى مجرى العرض على مذهب مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أقل من الفضة سقط حكمه، وإن كان مثل الفضة وأكثر وجب إسقاطه والاعتداد بالفضة خاصة، وإلى نحو هذا ذهب مالك ومن أصحابنا أبو عبدالله بن الفخار.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذا غش، فلم يعتبر به وزن الذهب والورق فى نصاب الزكاة، أصله إذا بلغ النصف. هذا الذى ذكره أصحابنا فى هذه المسألة.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٤٠/٩.

١٣٦ كتاب الزكاة

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي فيما يدخل على الذهب والورق من الغش. وأما ما يكون فيه من أصل المعدن، ولا يخرج عنه إلا بالتخليص فلم أر لأصحابنا فيه نصاً، وعندى أنه إذا كان فيه من النحاس وغيره المقدار اليسير جرت عادة الناس به فى دنائيرهم ودرهمهم الطيبة الموصوفة بالخالصة، فإنه لا اعتبار به.

وإن أمكن تخليصه وإخراجه وإن كان كثيراً مما لا يوصف الدينار معه بالطيب، وإنما يوصف بالرداءة من أجله، فإنه يعتبر ولا يحتسب فى نصاب الزكاة إلا بالطيب، وباللّه التوفيق. وذلك أن الزكاة إنما وضعت فى الأموال التى تحمل المواساة ولذلك اعتبر النصاب، وإذا كانت الدنانير رديئة كثيرة النحاس قصرت عما يحتمل المواساة، فإذا كانت فى حكم الطيبة الخالصة لم تقصر عن ذلك.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ خَمْسَةُ دَنَانِيرٍ مِنْ فَائِدَةٍ أَوْ غَيْرِهَا فَتَجَرَ فِيهَا، فَلَمْ يَأْتِ الْحَوْلُ حَتَّى بَلَغَتْ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ: أَنَّهُ يُزَكِّيهَا وَإِنْ لَمْ تَتِمَّ إِلَّا قَبْلَ أَنْ يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ بِيَوْمٍ وَاحِدٍ أَوْ بَعْدَ مَا يَحُولُ عَلَيْهَا الْحَوْلُ بِيَوْمٍ وَاحِدٍ ثُمَّ لَا زَكَاةَ فِيهَا حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ مِنْ يَوْمٍ زُكِّيَتْ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من كانت له دنائير أقل من نصاب فتجر فيها، فحال الحول وقد أكملت برمجها النصاب، فإن الزكاة واجبة، فيها لأن حول الربح حول الأصل سواء كان الأصل نصاباً أو دونه. وقال أبو حنيفة: إن كان الأصل أقل من النصاب، فإنه يستأنف حولاً من يوم كل النصاب.

الدليل على صحة ما نقوله أن هذا نماء حادث عن أصل تجب فى عينه الزكاة، فإذا كان من نفس الأصل كان حوله حول أصله كما لو كان الأصل نصاباً.

مسألة: وهذا حكم ما ربح فى مال اشترى به نقده، ومن عنده مائة دينار حال عليها الحول ثم اشترى بها سلعة، فلم ينقد ثمنها حتى باعها بربح ثلاثين ديناراً، ففى الموازية من رواية ابن القاسم عن مالك: يزكى الربح مع ما بيده. وقال عنه أشهب: يأتنف بالربح حولاً. زاد فى العتبية: من يوم يقبضه.

وجه رواية ابن القاسم أنه لما اشترى سلعة بمائة دينار، وعنده دينار، وكان شراؤه متعلقاً بها لأنه إنما يقضى منها، فكانت أصلاً لما ربح فى السلعة كما لو نقد فيها

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٤٣/٩.

كتاب الزكاة ١٣٧

المائة. ووجه رواية أشهب أنه لما اشترى على ذمته، فإذا لم ينقد الثمن صار الربح ربح ذمته. أصل ذلك إذا لم يكن بيده مال. قال محمد: وهذا أحب إلينا.

فرع: فإذا قلنا: لا يزكى حول المائة، فقد روى أشهب عن مالك يأتنف بالربح حولاً. قال ابن المواز: يكون حول الربح من يوم ادان واشترى. قال ابن القاسم: وإلى هذا رجح مالك لأن ثمن السلعة في ذمته والمائة التي بيده لم تصل إلى البائع، ولم يضمنها سوى أن ينقده غداً أو إلى شهر.

وجه رواية أشهب أنها فائدة محضة؛ لأنها لا تستند إلى مال يعتبر فيها حوله، فوجب أن يكون حوله من يوم قبضها. ووجه رواية ابن القاسم أنه من اشترى السلعة بنية التجارة نبت فيها حكم الحول، فإذا باعها بعد الحول، ولم يكن رأس المال مما تجب فيه الزكاة زكى الربح؛ لأنه كان موجوداً في قيمة السلعة من حين اشترت ولكنه الآن ظهر.

مسألة: ولو اشترى سلعة بمائة، وليس له مال، فباعها بمائة وثلاثين، ففي الموازية من رواية ابن وهب عن مالك: الربح فائدة. وروى أشهب عن مالك: إذا أقامت السلعة عنده حولاً زكى الربح مكانه.

وجه رواية ابن وهب أن الربح فائدة لا تستند إلى جنس مال تجب فيه الزكاة، فلم تجب فيه زكاة. ووجه رواية أشهب ما تقدم قبل هذا من تفسير قول ابن القاسم، وقيل إنه معنى قول أشهب في المسألة التي قبل هذه، وفي العتبية بما يمنع هذا التأويل، وقد أشرنا إليه في المسألة المذكورة.

مسألة: ومن تسلف عرضاً، فتجر فيه حولاً، فربح فيه مالا فرد ما تسلف، فليزك الربح، رواه ابن القاسم عن مالك. وكذلك لو تسلف مائة دينار فربح فيها بعد حول عشرين ديناراً، فإنه يزكى العشرين. قال ابن القاسم: وإلى هذا رجح مالك.

وأصل هذا ما تقدم من أن يبقى عنده السلف الذي لا عوض منه من عرض ولا عين حولاً كاملاً، فإن حكم الزكاة متعلق به فما ربح فيه فهو نماء مال، حال عليه الحول، فتسقط الزكاة عن الأصل للدين، ويبقى الربح يجري فيه الزكاة لأنه ليس عليه دين يقابله، وأما من لا يوجب عليه زكاته، فيرى أن الأصل لما لم تجب عليه فيه زكاة لم تجب في ربحه كغلة الرباع.

مسألة: ومن تسلف مائة دينار فبقيت بيده حولاً، ثم اشترى بها سلعة، فباعها بعد

١٣٨ كتاب الزكاة
الحول بمائتين، فقد قال ابن القاسم: يجعل مائة في دينه، ويزكى وكذب على من قال
عنى أن المائة فائدة.

وروى ابن سحنون عن نافع وعلى بن زياد عن ذلك: يزكى الربح. وقال المغيرة:
هو فائدة. وذكر ابن حبيب أن قول مالك اختلف في زكاة الربح قال مطرف: إن كان
له في ثمنها دينار واحد أو أقل، فلم يختلف قول مالك في هذا أنه يزكى الربح.

وفي كتاب ابن سحنون عن ابن نافع عن مالك ما يخالف رواية مطرف، فقال: من
اشترى سلعة بثمانين، فنقد فيها أربعين، ليس معه غيرها، ثم باعها بثلاثمائة، عند
الحول يزكى الأربعين، وما قابلها من الربح، وما بقى بيده فائدة.

وجه رواية مطرف أن أصل المال لما كان له منه شيء استند جميع الربح إليه، فزكاه
لأصله كمن معه عشرون، فيشترى بعشرين، فينقد منها عشرة ثم يبيع ويربح عشرين،
فإن الربح كله يستند إلى ما له فيه من النقد.

ورواية ابن نافع مبنية على أنه من اشترى بدين لا وفاء له عنده، فإن ربحه فائدة،
فإذا كان قد ربح فيما اشترى بأصل ماله، وذلك يوجب فيه الزكاة وبما اشترى على
ذمته، وذلك ينفي عنه الزكاة، وجب أن تسقط عنهما، فما قابل ما زكى أصله زكى
من الربح، وما قابل ما لا يزكى أصله لم يزك.

فصل: وقال الشافعي: لا يضم الربح إلى أصله، وإن كان الأصل نصائباً.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا نماء حادث عن أصل تجب فيه الزكاة فإذا كان
من جنس الأصل كان حوله حول أصله كالسخال مع الأمهات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن كانت له عشرة دنانير، حال عليها الحول، فأنفق منها
خمسة، واشترى بسائرها سلعة، فباعها بخمسة عشر ديناراً، فقد قال ابن القاسم: إذا
اشترى السلعة قبل الإنفاق بعد الحول زكى العشرين، وإن اشترى بعد الإنفاق أو قبل
الحول، وقبل الإنفاق، فلا شيء عليه.

وقال المخزومي: إن اشترى بعد الحول، فعليه الزكاة، اشترى قبل الإنفاق أو بعده،
وإن اشترى السلعة قبل الحول، فلا زكاة عليه، اشترى قبل الإنفاق أو بعده.

وقال أشهب: لا يزكى حتى يبيع بعشرين ديناراً، سواء، أنفق قبل الشراء أو بعده.

وجه ما قاله ابن القاسم أنه إذا اشترى السلعة بعد الإنفاق، فإنه لم يكمل عنده قط

كتاب الزكاة ١٣٩

نصاب؛ لأنه كان بيده عشرة دنانير، فأنفق خمسة وبقيت بيده خمسة اشترى بها سلعة قيمتها خمسة عشر مثقالاً فلم يجتمع عنده نصاب، فلا زكاة عليه، وأما إذا اشترى السلعة قبل الإنفاق ثم باع السلعة بخمسة عشر ديناراً، فقد تبين أن قيمتها كانت خمسة عشر ديناراً، فأكمل بقيمتها وبالخمسة دنانير النصاب بيده حين ابتاع السلعة، فوجبت فيها الزكاة.

ووجه قول المخزومي أن الشراء كان من جملة مال قد حال عليه الحول، فوجبت فيه الزكاة، كما لو اشترى قبل الإنفاق. ووجه قول أشهب أن السلعة لما اشترت بخمسة، ولم يكن المشتري مديراً كان حكمها حكم الخمسة حتى تباع بأكثر من ذلك، فحينئذ يحكم لها بما بيعت به، وذلك وقت قد أنفق فيه الخمسة الباقية بيده، فلا يعتد بها في نصاب الزكاة. ووجه آخر وهو أن وقت البيع هو وقت الحول لغير المدير، فلا يزكى إلا ما كان في ملكه ذلك الوقت، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا إذا كانت الزيادة نماء، فإن كانت فائدة، فإنها لا تضاف إلى الأصل سواء كان الأصل نصاباً أو غيره. وقال أبو حنيفة: إن الفائدة تضاف إلى النصاب، فتزكى لحوله، ولا تضاف إلى أقل من النصاب.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذه فائدة عين ليست من نماء الأصل، فلم يكن حولها حوله كما لو كان الأكل أقل من النصاب.

فصل: وقوله بعد ذلك: «ثم لا زكاة فيها حتى يحول عليها الحول من يوم زكيت» يريد أن الربح والأصل قد ثبت حولهما يوم أدت زكاتها فصارا شيئاً واحداً لأنهما لما جرى فيهما الحول الأول على حد واحد، وإن تأخر ملك النماء عن ملك الأصل لا يمنع من ثبوت حكم الحول الأول فيه، فبأن يجري فيهما الحول الثاني على حد واحد، وقد تساويا في الملك في جميع الحول أولى وأحرى.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ عَشْرَةُ دَنَانِيرٍ فَتَجَرَ فِيهَا، فَحَالَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ، وَقَدْ بَلَغَتْ عِشْرِينَ دِينَارًا: أَنَّهُ يُزَكِّيْهَا مَكَانَهَا وَلَا يَنْتَظِرُ بِهَا أَنْ يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ مِنْ يَوْمٍ بَلَغَتْ مَا تَحِبُّ فِيهِ الزَّكَاةُ لِأَنَّ الْحَوْلَ قَدْ حَالَ عَلَيْهَا وَهِيَ عِنْدَهُ عِشْرُونَ ثُمَّ لَا زَكَاةَ فِيهَا حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ مِنْ يَوْمٍ زُكِّيَتْ.

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا حال الحول في الأصل، وإن كان لا يبلغ النصاب،

١٤٠ كتاب الزكاة

فإن للحول تأثيراً فيه، فإذا كمل الحول وهو ينقص عن النصاب، فلا زكاة فيه لعدم شرط وجوب الزكاة وهو النصاب، فإذا اتجر فيها فبلغت ما تجب فيه الزكاة أدى الزكاة حيثئذ لأن شرطى الزكاة قد وجدا، وهو النصاب والحول، ويكون أول الحول الثانى من يوم كمل النصاب، ووجب إخراج الزكاة.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي إِجَارَةِ الْعَبِيدِ وَخَرَاجِهِمْ وَكِرَاءِ الْمَسَاكِينِ وَكِتَابَةِ الْمُكَاتِبِ، أَنَّهُ لَا تَجِبُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الزَّكَاةُ، قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ مِنْ يَوْمٍ يَقْبِضُهُ صَاحِبُهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن الأمر المجتمع عليه عند فقهاء الأمصار أنه لا زكاة فى شىء من الفوائد حتى يحول عليه الحول من يوم يقبضها صاحبها، وإنما كان فيه خلاف، روى عن معاوية وابن مسعود وابن عباس، وقد وقع بعدمه على ما ذكر مالك، فغلة العبيد وكراء المساكين وكتابة المكاتب كلها فوائد، فلا زكاة فى شىء منها إلا بعد أن يحول عليها الحول من يوم يقبضها ربها أو من يقوم مقامه.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ يَكُونُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ: أَنَّ مَنْ بَلَغَتْ حِصَّتُهُ مِنْهُمْ عِشْرِينَ دِينَارًا عَيْنًا أَوْ مِائَتِي دِرْهَمٍ، فَعَلَيْهِ فِيهَا الزَّكَاةُ، وَمَنْ نَقَصَتْ حِصَّتُهُ عَمَّا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ، وَإِنْ بَلَغَتْ حِصَصُهُمْ جَمِيعًا مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَكَانَ بَعْضُهُمْ فِي ذَلِكَ أَفْضَلَ نَصِيبًا مِنْ بَعْضٍ أُخِذَ مِنْ كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ إِذَا كَانَ فِي حِصَّةِ كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسٍ أَوْاقٍ مِنَ الْوَرِقِ صَدَقَةٌ»^(١).

(١) الخراج: الأجر والجعل. الكراء: التأجير.

(١) أخرجه البخارى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣١٧. ومسلم حديث رقم ١٦٢٨. والترمذى فى كتاب الزكاة ٥٦٨. والنسائى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٢٤٠٠، ٢٤٠١، ٢٤٢٦، ٢٤٢٧، ٢٤٢٨، ٢٤٢٩، ٢٤٣٥، ٢٤٣٦، ٢٤٣٧، ٢٤٣٨، ٢٤٣٩. وأبو داود فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٣٢، ١٣٣٣. وابن ماجه فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٧٨٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٠٨٢٣، ١١١٣٨، ١١٢٧٢، ١١٣٢٣، ١١٣٨٦، ١١٤٩٤. والدارمى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٥٧٧، ١٥٧٨. والبيهقى فى الكبرى ٥/٧ كتاب الصدقات عن أبى سعيد الخدرى. وابن أبى شيبه ١٢٤/٣ عن أبى سعيد الخدرى كتاب الزكاة. وابن خزيمة برقم ٢٢٦٣، ١٧/٤ كتاب الزكاة، باب الدليل على أن الصدقة لا تجب فيما دون خمس، عن أبى سعيد الخدرى.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن الشركاء وغيرهم في اعتبار النصاب سواء، فمن كان عنده عشرون ديناراً، وجب عليه فيها الزكاة، سواء كانت متميزة من مال غيره أو مختلطة بمال غيره، لأن مخالطة غيره بماله لا يدخل في ملكه من الجملة من الجملة أكثر من مقدار ماله منها، وإذا انفرد ماله من مال غيره، فلا زكاة عليه في أقل من النصاب، فكذلك إذ شاركه غيره، فإذا كان المال لجماعة، فإن كان منهم من له نصاب وجبت عليه الزكاة في حصته، ومن قصر ماله عن النصاب لم تجب عليه الزكاة، وإن كان لغيره من شركائه ما تجب فيه الزكاة، وإن كان لكل واحد منهم نصاب واختلفت سهامهم، فإن على كل واحد منهم من الزكاة بمقدار ما كان يكون عليه منها لو انفرد، ولا تؤثر الخلطة في العين، ولا في الحرث، وذلك لمعينين، أحدهما أن الزكاة إنما تجب على من ملك النصاب، والثاني أن العين لا عفو فيه بعد النصاب، فمن ملك أكثر من النصاب أخرج عن النصاب ما يجب عليه وأخرج عما زاد بحساب ذلك قليلاً كان أو كثيراً، فلذلك لم يتغير حكم العين في الزكاة بالخلطة. وهذا مذهب مالك والشافعي وأبي يوسف.

وقال أبو حنيفة: من عنده نصاب من العين وجبت عليه زكاته، ولا زكاة عليه في الزيادة على العشرين، حتى تبلغ بالزيادة أربعاً وعشرين ديناراً، فيكون عليه حيثئذ في الزيادة الزكاة، وكذلك لا زكاة عليه بعد نصاب الورق في الزيادة حتى يبلغ النصاب بالزيادة مائتي درهم وأربعين درهماً، فيزكى حيثئذ عن الزيادة.

والدليل على ما نقوله أن هذا مال يجب على متلفه مثله فلم يكن فيه عفو بعد الوجوب كالحبوب.

فصل: «وذلك أن رسول الله ﷺ قال: ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة» استدلال منه بعموم حديث النبي ﷺ في الشركاء وغيرهم على أن الزكاة لا تجب منهم على من عنده أقل من نصاب، وحمله لذلك على اجتماعها في الملك دون اجتماع الورق، وإن لم تكن في ملك واحد.

وقوله: «وهذا أحب ما سمعت إلى»، يقتضى أنه قد سمع فيه الخلاف^(١) مروياً عن

(١) قال في الاستذكار ٥٢/٩: الخلاف فيه أن من أهل العلم من يقول: إن الشركاء في الذهب والورق وفي الزرع وفي الماشية إذا لم يعلم أحدهم ماله بعينه أنهم يزكون زكاة الواحد، وتلزم=

١٤٢ كتاب الزكاة

عمر بن عبدالعزيز والحسن البصرى والشعبى. وقال مالك فى ذلك بقول على بن أبى طالب وعمر بن عبدالعزيز والشيخ السبعة بالمدينة ويحيى بن سعد الأنصارى. ومن جهة المعنى أن الزكاة مختصة بالأموال التى تحتل المواساة، ومن كان شريكاً فى عشرين ديناراً بدينار واحد لم يحتل ماله المواساة، أصل ذلك إذا لم يشارك به أحداً.

قَالَ مَالِكُ: وَإِذَا كَانَتْ لِرَجُلٍ ذَهَبٌ أَوْ وَرَقٌ مُتَفَرِّقَةٌ بِأَيْدِي أَنْاسٍ شَتَّى، فَإِنَّهُ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُحْصِيَهَا جَمِيعًا ثُمَّ يُخْرِجَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنْ زَكَاتِهَا كُلِّهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن من كانت عنده ذهب متفرقة بأيدى أناس شتى على وجه القراض أو الوديعة أو غير ذلك من الوجوه التى يتمكن بها من تنميتها ولا يتعذر عليه تصريفها، فإن حكمها حكم المجتمع فى يده لأن الاعتبار باجتماعها فى ملكه وتصرفه دون يده لأنه ما لو كانت بيده دون ملكه، لم يجب عليه فيها الزكاة.

قَالَ مَالِكُ: وَمَنْ أَفَادَ ذَهَبًا أَوْ وَرَقًا أَنَّهُ لَا زَكَاتَ عَلَيْهِ فِيهَا حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ أَفَادَهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن من أفاد فائدة، فلا زكاة عليه فيها حتى يحول عليها الحول، سواء كانت جميع ماله أو انضافت إلى نصاب عنده، فإنه لا زكاة عليه فيها، وقد تقدم القول فى ذلك.

مسألة: ومن أفاد عشرة دنانير فى رجب ثم أفاد عشرة أخرى فى المحرم، فإنه يزكياها لحول الآخرة. ولو كانت الأولى عشرين ديناراً والثانية عشرة دنانير، فإنه يزكى الأولى لحولها يزكى الثانية لحولها، وهكذا أبداً حتى يرجعها إلى أقل من النصاب، وذلك بأن يبقى منها أقل من عشرين ديناراً فتسقط الزكاة فيهما، فإن بلغت إحداهما بتمامها ما يبلغهما جميعاً النصاب بعد أن زكيت كل ذهب منهما، فلا يخلو أن يكون

= جميعهم فى مائتى درهم وفى خمسة أوسق وفى خمس ذود وفى أربعين شاة الزكاة. وإلى هذا ذهب الشافعى فى الكتاب المصرى المعروف بالجديد قياساً على الخلطاء فى الماشية. وأما قوله فى الكتاب العراقى فكقول مالك، وقال: الخلطاء لا تكون فى غير الماشية. قبول الكوفيين، وأبو حنيفة وأصحابه فى ذلك كقوله مالك، قال: يعتبر ملك كل واحد من الشريكين على حدة. وهو قول أبى ثور. وما احتج به مالك من قوله ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أُولَئِكَ بِأَقْرَبَ وَبِهِمْ جَزَاءٌ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَرَقِّبُونَ﴾ ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة» حجة صحيحة، لأنه خطاب للمفرد والشريك.

كتاب الزكاة ١٤٣
ذلك قبل أن يدرك حول الثانية أو بعده، فإن كان قبل أن يدرك حول الثانية أو الأولى
بعد حول الثانية، زكيت الأولى من يوم بلغت النصاب، سواء كان النماء فى الأولى أو
الثانية، وزكيت الثانية لحولها، وكاتتا على حولهما من حين زكيتنا، وإن كان ذلك بعد
أن يدرك حول الأولى منهما حول الثانية، فقد صار حولهما واحداً من يوم بلغا
النصاب، وزكيتنا على ذلك، وبالله التوفيق.

* * *

الزكاة فى المعادن

٦٥١ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَطَعَ لِبِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ الْمُزْنِيِّ مَعَادِنَ الْقَبْلِيَّةِ، وَهِيَ مِنْ نَاحِيَةِ الْفُرْعِ، فَتَلَّكَ أُمَّعَادِنٌ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا إِلَى الْيَوْمِ إِلَّا الزَّكَاةُ.

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ قطع لبلال بن الحارث المزني معادن القبلية». وقال ابن نافع: إن القبلية^(١) لم تكن حطة لأحد، وإنما كانت فلاة، والمعادن على ثلاثة أضرب، ضرب منها لجماعة المسلمين كالبرارى والموت وأرض العنوة، وضرب منها فى أرض الصلح، وضرب منها ظهر فى ملك رجل من المسلمين.

فأما ما كان لجماعة المسلمين، فإن للإمام أن يقطعها من شاء، ومعنى إقطاعها إياه أن يجعل له الانتفاع بها مدة محددة أو غير محددة ولا يملكه قبتها لأنها بمنزلة الأرض التى لجماعة المسلمين، فللإمام حبسها لمنافعهم ولا يبيعهما عليهم ولا يملكها بعضهم، وسيأتى بيان هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما ما ظهر منها فى أرض الصلح، فقال ابن حبيب: يقطعها الإمام من

٦٥١ - أخرجه أبو داود فى كتاب الخراج والإمارة والفتوى حديث رقم ٢٦٦٠. البيهقى فى السنن الكبرى ١٥٢/٤. الشافعى فى الأم ١٥٢/٤.
قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٣/٥: هكذا هو فى الموطأ عند جميع الرواة مرسلًا، ولم يختلف فيه عن مالك.

(١) قال ابن الأثير فى النهاية: القبيلة منسوبة إلى قبل بفتح القاف والفتح والباء الموحدة وهى ناحية من الفرع وهو بضم الفاء وسكون الراء وهو موضع بين مكة والمدينة هذا هو المحفوظ فى الحديث. وفى كتاب الأمكنة: معادن القبلة بكسر القاف وبعدها لا مفتوحة ثم باء، انتهى. انظر: تنوير الحوالك ١٩١.

١٤٤ كتاب الزكاة
ذكر، وذكر ذلك عن لقي من أصحاب مالك. وقال ابن نافع وابن القاسم: لا حق للإمام فيها، وهى لأهل الصلح.

وجه ما قاله ابن حبيب أنهم إنما صالحوا على ما تقدم ملكهم له، وهذه معادن مودوعة فى الأرض لم يعلموا بها ولا تقدم ملكهم عليها ولا تنارلها الصلح، فكان للإمام أن يقطعها من شاء.

وجه ما قاله ابن نافع أن هذا من جملة أملاكهم، وإن كانت غايته لأنها من أصل الأرض كسائر أرضهم. وابن القاسم وإن كان يوافق فى معادن الصلح، فإن وجه ذلك عندهم إنما صالحوا عليها، فوجب أن يوفى لهم بما اعتقدوه وعاقدوا عليه، وإن كان مما لا يملكه أهل الإسلام كما لو صالحوا بأيديهم شىء من أموال المسلمين وحقوق جماعتهم يؤخذ منهم وأقر بأيديهم وفاء لهم، ولذلك قال ابن القاسم: إن من أسلم من أهل الصلح، ويده معدن أخرج عن يده وأقطعه الإمام من شاء.

وجه ما ذهب إليه ابن نافع أن هذا من الأصول الثابتة، فجاز أن يملكها من كانت فى أرضه كالعيون والآبار.

مسألة: وأما ما كان منها فى أرض رجل من أهل الإسلام، فإنه لا يملكه فى قول ابن القاسم. وقال مالك: ذلك له، وله منعه، ووجه القولين ما تقدم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن أقطع من هذه المعادن شيئاً لم يكن له بيعها لأنه لا يملكها. قال ابن القاسم: ولا يورث عنه ذلك. وقال أشهب: يورث عنه، ولا يبيعها ولعله أن يريد أن ترك الإمام ذلك بيد ورثته بمنزلة الإقطاع لهم، وأما حقيقة الميراث فلا يصح فيها لأن مورثهم لم يملكها.

فصل: وقوله: «فتلك المعادن لا يؤخذ منها إلى اليوم إلا الزكاة»، دليل واضح على أن المعدن يجب فيما يخرج منه الزكاة إنما لا يؤخذ منها شىء غير زكاة ما يخرج منها، وفى هذا بابان، أحدهما: أن المعدن لا يسمى ركازاً، والثانى: أنه لا يؤخذ منه إلا الزكاة.

* * *

الباب الأول فى أن المعدن لا يسمى ركازاً

فأما المعدن فلا يسمى ركازاً، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: المعدن يسمى ركازاً.

كتاب الزكاة ١٤٥

والدليل على ما نقوله ما روى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الزكاة الخمس»^(*) فوجه الدليل منه أنه قال: «المعدن جبار وفي الركاز الخمس» ولو كان المعدن ركازًا لقال: وفيه خمس.

ودليلنا من جهة المعنى أن الركاز من ركزت الشيء إذا دفتته، والمعدن نبات أنبتته الله في الأرض وليس بوضع آدمي فسمى ركازًا. قال صاحب العين: ركزت الشيء ركزا غرزته.

* * *

الباب الثاني في أنه لا يؤخذ منه إلا الزكاة

وأما وجوب الزكاة في المعدن دون الخمس، فإن المعدن على ضربين، ضرب يتكلف به مؤنة عمل، فهذا لا خلاف أنه لا تجب فيه غير الزكاة، وضرب لا يتكلف فيه مؤنة عمل، وإنما يوجد ندره، فهذا يختلف قول مالك فيه، فقال مرة: فيه الزكاة، وقال مرة أخرى: فيه الخمس. وقال أحمد وإسحاق: لا يؤخذ من كل معدن إلا الزكاة. وقال أبو حنيفة: يؤخذ من كل معدن الخمس. والشافعي مثل الثلاثة الأقوال.

ودليلنا على أخذ الزكاة منه حديث ربيعة في معادن القبيلة، وأنها لا تؤخذ منها إلى اليوم غير الزكاة. ودليلنا من جهة القياس أن هذا ما لم يتقدم عليه ملك غيره واستفاده من الأرض يتكلف عمل فوجبت فيه الزكاة دون الخمس كالزراع، وقولهم: لم يتقدم عليه ملك، احتراز من الزكاة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالندرة لا يتكلف فيها عمل، رواه ابن القاسم عن مالك فيها الخمس. وروى ابن نافع عن مالك: فيها الزكاة.

وجه رواية ابن القاسم قوله ﷺ: «وفي الزكاة الخمس» والركاز الموضوع في الأرض. وهو دفن الجاهلية، والقطع الموجود في الأرض من الذهب والفضة وأن هذا لم يتكلف فيه مؤنة ولا عمل، فأشبهه الموسوع في الأرض. ووجه قول ابن نافع أن هذا مستفاد من الأرض فوجبت فيه الزكاة دون الخمس، كالذي يستفاد بالعمل، فعلى هذا يكون الركاز عند ابن القاسم ما يوجد في الأرض ولا يتكلف فيه عمل، سواء تقدم عليه ملك أو لم يتقدم عليه ملك، والركاز عند ابن نافع ما تقدم عليه ملك.

(*) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم ٦١٩٢. مسلم حديث رقم ١٣٣٤. الترمذي

حديث رقم ٦٤٢. البيهقي في السنن الكبرى ١٥٥/٤. البيهقي في الصغرى ٥٩/٢.

١٤٦ كتاب الزكاة

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فإن العمل المعتبر في تمييز الندرة من غيرها هو التصفية للذهب والتخليص لها دون الحفر والطلب، فإذا كانت القطعة خالصة لا تحتاج إلى تخليص، فهي الندرة المشبهة بالركاز وفيها الخمس، وأما إذا كانت ممازجة التراب وتحتاج إلى تخليص فهي المعدن وتجب فيها الزكاة، قاله الشيخ أبو الحسن.

قَالَ مَالِكٌ: أَرَى وَاللَّهِ أَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمَعَادِنِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا شَيْءٌ حَتَّى يَبْلُغَ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا قَدْرَ عِشْرِينَ دِينَارًا عَيْنًا أَوْ مِائَتِي دِرْهَمٍ، فَإِذَا بَلَغَ ذَلِكَ فَفِيهِ الزَّكَاةُ مَكَانَهُ وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ أُخِذَ بِحِسَابِ ذَلِكَ مَا دَامَ فِي الْمَعْدِنِ نَيْلًا، فَإِذَا انْقَطَعَ عِرْقُهُ ثُمَّ جَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ نَيْلًا فَهُوَ مِثْلُ الْأَوَّلِ يُبْتَدَأُ فِيهِ الزَّكَاةُ كَمَا ابْتَدِئْتُ فِي الْأَوَّلِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يؤخذ مما يخرج من المعادن شيء حتى يبلغ عشرين دينارًا من الذهب أو مائتي درهم من الورق. وقال أبو حنيفة: يؤخذ من قليله وكثيره ولا يعتبر فيه النصاب، وهذه المسألة مبنية على قوله بوجوب الخمس فيه لأن الخمس إذا أخذ بمعنى الركاز لم يعتبر فيه نصاب، على أن النصاب غير معتبر عنده في الحب إذا كانت الزكاة تجب فيه.

وعند مالك، رحمه الله، إنما تؤخذ منه الزكاة النصاب عنده معتبر في الحب وغير ذلك مما تؤخذ منه الزكاة، فأما الندرة التي تخرج من المعدن على رواية ابن القاسم: يؤخذ منها الخمس، وهي عنده من جملة الركاز، فكان يجب أن لا يعتبر فيه النصاب ولا أذكر فيه نصًا، والله أعلم.

مسألة: ومن أخرج من معدن نصابًا من ذهب وورق، فقد قال الشيخ أبو القاسم: يضم ما يخرج من أحدهما إلى الآخر وزكاه، فأما على قول محمد بن مسلمة: يضم ما خرج من معدن إلى ما خرج من معدن إذا كانا إقطاعًا لرجل واحد، فبين أن يضم ما يخرج من أحدهما من الورق إلى ما يخرج من الآخر من ذهب كما يضم أحدهما إلى الآخر في زكاة ما حال عليه الحول. وأما على قول سحنون فيبعد أن يكون معدن واحد يخرج منه ذهب وورق، والله أعلم.

مسألة: فإن عمل شركًا جماعة في المعدن، فأصاب كل واحد منهم أقل من النصاب، وما أصاب جميعهم أكثر من النصاب، قال ابن الماجشون: عليهم الزكاة. وقال سحنون: لا زكاة عليهم.

فقول ابن الماجشون مبنى على أن المعتبر في النصاب إنما هو لمن أقطع المعدن، وهو واحد، فلا اعتبار بعدد العاملين؛ إذ ما يخرج من المعدن على ملك واحد.

وقول سحنون مبنى على أن الاعتبار في ذلك بالعاملين، ولذلك قال سحنون والمغيرة: إنه يعتبر في صفة من يخرج من المعدن الذهب أو الورق ما يعتبر في صفة مالك سائر الأموال من الحرية والإسلام. وقال ابن الماجشون: تجب فيه الزكاة إن كان عبداً أو ذمياً.

فصل: وقوله: «فإذا بلغ ذلك، ففيه الزكاة مكانه»، يريد وجوبها، ويحتمل أن يريد بذلك عند أخذه من المعدن واجتماعه عند العامل، ويحتمل أن يريد به عند تصفيته واقتسامه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أن الزكاة إنما تجب فيه عند انفصاله من معدنه كالثمرة والزرع تجب فيه الزكاة يبدو صلاحه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «ما كان في المعدن نيل، فإن انقطع عرقه ثم جاء بعد ذلك نيل آخر، فهو مثل الأول يتدئ في الزكاة، كما لو ابتدئت في الأول»، يريد أن النيل الأول لا يضاف إلى الثاني في الزكاة سواء بلغ الأول نصاباً وقصر عنه أو زاد عليه لأن حكمه حكم الزرع فكما لا يضيف زرع عام إلى زرع عام آخر في الزكاة، كذلك لا يضيف نيلاً إلى نيل فانقطاع النيل بمنزلة انقراض العام واستئناف النيل بمنزلة استئناف حصاد عام آخر.

مسألة: ومن أقطع معادن، فأصاب في كل واحد منها أقل من نصاب وفيما أصاب من جميعها أكثر من نصاب، فقد قال سحنون: لا يضم بعض ذلك إلى بعض، ولكل معدن حكمه. وقال محمد بن مسلمة: يضم بعضها إلى بعض، كزرع فدادين زرعت في عام واحد.

وجه قول سحنون أن النيلين في معدن واحد لا يضم بعضهما إلى بعض مع قرب المدة، فبان لا يضم نيل إلى نيل في معدنين متباينين أولى وأحرى.

قَالَ مَالِكٌ: الْمَعْدِنُ بِمَنْزِلَةِ الزَّرْعِ يُؤْخَذُ مِنْهُ مِثْلُ مَا يُؤْخَذُ مِنَ الزَّرْعِ، يُؤْخَذُ مِنْهُ إِذَا خَرَجَ مِنَ الْمَعْدِنِ مِنْ يَوْمِهِ ذَلِكَ، وَلَا يُنْتَظَرُ بِهِ الْحَوْلُ، كَمَا يُؤْخَذُ مِنَ الزَّرْعِ إِذَا حُصِدَ الْعُشْرُ وَلَا يُنْتَظَرُ أَنْ يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يعتبر فيما يخرج من المعدن حول خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه لا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول.

والدليل على ما نقوله أن الحول إنما شرع في العين والماشية لتكامل النماء، ولما كان الزرع يتكامل نماءه عند حصاده ثم لا تتأتى فيه بعد ذلك تلك التنمية، وإن تأتت فيه غيرها بالتجارة لم يعتبر فيه بعد ذلك حول ثم وجدنا المعدن يتكامل نماءه من جهة الأرض عند إخراجها، ثم لا يتأتى فيه مثل تلك التنمية، وأن تتأتى فيه التنمية بوجه آخر فوجبت فيه الزكاة عند ظهوره، وإن لم ينتظر به الحول كالزرع.

* * *

زكاة الركاز

٦٥٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «فِي الرِّكَازِ (١) الْخُمْسُ» (٢).

الشرح: قوله ﷺ: «فِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ» نص منه ﷺ على أن هذا حكمه، وإنما اختلف الناس في معنى الركاز، فاختلف قول مالك في ذلك، فمعنى ما روى عنه ابن القاسم أن الركاز ما وجد في الأرض من قطع الذهب والورق مخلصاً لا يحتاج في تصفيته إلى عمل، سواء كان مما دفن في الأرض أو مما أنبتته الأرض مخلصاً كالنبات وغير ذلك.

٦٥٢ - أخرجه البخارى في كتاب الزكاة حديث رقم ١٤٠٣. ومسلم في كتاب الحدود حديث رقم ٣٢٢٦. والترمذى في كتاب الزكاة حديث رقم ٥٨١، وكتاب الأحكام حديث رقم ١٢٩٨. والنسائى في كتاب الزكاة حديث رقم ٢٤٤٧، ٢٤٤٨، ٢٤٤٩. وأبو داود فى كتاب الخراج والإمارة والفيء حديث رقم ٢٦٨١، وكتاب الديات حديث رقم ٣٩٧٧. وابن ماجه فى كتاب الديات حديث رقم ٢٦٦٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧١٤٥، ٧٣٧٩، ٧٩٠٤، ٨٦٤٤، ٨٨٩٨، ٩٥٠٢، ٩٦٥٣، ١٠٠١٣، ١٠٠٧٩، ١٠١١١، ١٠١٨٢. والدارمى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٦٠٨، وكتاب الديات حديث رقم ٢٢٧١، ٢٢٧٢، ٢٢٧٣. والطبرانى فى الكبير ١٤/١٧ عن كثير بن عبدالله، عن أبيه، عن جده.

(١) الركاز: الكنوز المدفونة.

(٢) قال فى الاستذكار ٦١/٩: هكذا ذكره مالك فى كتاب الزكاة مختصراً، وذكره فى كتاب العقول بتمامه، عن ابن شهاب، عن أبى سلمة، وعن سعيد، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جبار، والبحر جبار، والمعدن جبار، وفى الركاز الخمس». وتفسير الجبار: أنه لا دية فيه.

ومعنى ما روى عنه ابن نافع أن الركاز ما وضع فى الأرض وإنما وجد فيها من الندر، ولم يتقدم عليه ملك، فإنه معدن، وبهذا قال الشافعى. وقال ابن المواز: الركاز إنما هو ما دفن من الذهب والورق خاصة، وقال أبو حنيفة: الركاز لما يخرج من المعدن ولما يوضع فى الأرض من المال المدفون. وقال صاحب العين: إن الركاز يقال لما يوضع فى الأرض ولما يخرج من المعدن من قطع الذهب والورق، وأما تراب المعدن فلا نعلم أحدًا سماه ركازًا.

فصل: وقوله ﷺ: «فيه الخمس» يقتضى إثبات الخمس فيه، وليس فيه نص على من له ذلك الخمس، إلا أنه يستدل عليه بالإجماع على وجوب دفعه إلى الإمام العدل.

وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى مختصر ابن شعبان: إذا كان الإمام جائزًا يخرج الواجد له خمسة فيتصدق به، ولا يدفعه إلى من يعيىث فيه، وكذلك ما فضل من المال عن أهل الموارىث، ولا أعلم اليوم بيت مال إنما هو بيت ظلم، وكذلك العشر، والكلام فى هذا فى أربعة أبواب: أحدها صفة دافنه، والثانى صفة موضعه، والثالث صفة نفسه، والرابع حكم الواجد له^(٢).

* * *

الباب الأول فى صفة دافن الركاز

فأما صفة دافنه، فلا يخلو من ثلاثة أضرب، أحدها: أن يوجد عليه سيما أهل الإسلام، والثانى: أن يوجد عليه سيما الجاهلية، والثالث: أن يجهل أمره ويشكل، فأما وجد عليه سيما أهل الإسلام فيسمى كنزًا، وهو لقطه، يعرف كما تعرف اللقطة ثم حكمها حكم الإسلام، وأما ما وجد عليه سيما أهل الكفر، فهو الركاز، وفيه الخمس، وأما ما جهل أمره وأشكل حاله، فسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

* * *

(٢) فائدة: وقع فى زمن شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام أن رجلاً رأى النبى ﷺ فى النوم، فقال له اذهب إلى موضع كذا فاحفره فإن فيه ركازًا فحذه لك ولا خمس عليك فيه، فلما أصبح ذهب إلى ذلك الموضع فحفره فوجد الركاز فاستفتى علماء عصره فأفتوه بأنه لا خمس عليه لصحة الرؤيا وأفتى الشيخ عز الدين بن عبد السلام بأن عليه الخمس، وقال أكثر ما نزل مناه منزلة حديث روى بإسناد صحيح وقد عارضه ما هو أصح منه وهو الحديث المخرج فى الصحيحين وفى الركاز الخمس، فيقدم عليه، انتهى. ذكره السيوطى فى تنوير الحوالك ١٩١.

الباب الثاني فى صفة موضعه

وأما صفة موضعه، فما تيقن أنه من دفن الكفر، فعلى خمسة أضرب، أحدها: ما أصيب فى بلاد العنوة، والثانى: ما أصيب فى بلاد الصلح، والثالث: ما أصيب فى فيافي المسلمين، والرابع: ما أصيب فى أرض الحرب، والخامس: أن يجهل أمرها.

فأما ما أصيب فى بلاد العنوة، فقال ابن القاسم: حكمه حكم الفىء ويصرف خمسة إلى وجه الخمس، ويفرق أربعة أخماسه على مفتتحى الأرض وعلى ذريتهم بعدهم. وروى أنه بلغه عن مالك. وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ وابن نافع: يكون أربعة أخماسه لمن وجدته، ويخرج خمسة فى وجه الخمس. وقال أشهب فى المجموعة: إن عرف أنه لأهل العنوة، فهو لمن افتتح البلاد إن عرفوا، وإلا فلعمامة المسلمين، وخمسه فى وجه الخمس.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا مال لم يوصل إليه إلا بذلك الجيش، وهم الذين ظهروا على ذلك الموضع وعلى ما فيه بدعوة الإسلام، فكان فيها لهم كالظاهر على وجه الأرض. ووجه قول مطرف وابن الماجشون أن التوصل إنما كان إليه بالوجود له، وذلك مما انفرد الواجد له، وأما الغنائم للأرض والمتغلبون عليها فلم يقدرها على التوصل إليه فكان لمن وجدته دونهم.

مسألة: وأما الضرب الثانى وهو ما أصيب فى بلاد الصلح، فقال ابن القاسم والمغيرة: هو لأهل الصلح دون غيرهم. قال الشيخ أبو القاسم فى تفريعه: وفيه الخمس، وهذا إذا كان واجده من غير أهل الصلح، فإن كان واجده من أهل الصلح، فإن كان واجده من أهل الصلح، فقد قال ابن القاسم: هو له، وقال غيره: بل هو لجملة أهل الصلح. وقال مطرف وابن الماجشون وابن نافع وأصبغ: ما وجد فى أرض الصلح، فهو لمن وجدته. وقال أشهب: إن علم أنه من أموال أهل الصلح كان لهم، وكان حكمه حكم اللقطة يعرف فمن ادعاهم منهم أقسم على ذلك فى كنيسته وسلمت إليه اللقطة، وإن علم أنها ليست من أموالهم ولا من أموال من ورثوه، فهو لمن وجدته يخرج خمسة.

وجه قول ابن القاسم أن هؤلاء صالحوا على بلادهم فهم أحق بما فيها من غائب ما فى بطنها كما هم أحق بما على ظهرها، وعلى ذلك أدوا الجزية. ووجه قول مطرف أنهم إنما وقع صلحهم على ما ظهر إليهم، وما يمكن أن يعرفوه، وما كان مغيباً فى الأرض مما لا سبيل إلى معرفته، فلم يتناوله صلحهم كما لا يتناوله ابتياعهم لها لو

ابتاعوها. ووجه قول أشهب أنه إذا كان من أموالهم كانت لقطة لهم ضاعت لهم، فإن عرف أنها لرجل منهم دفعت إلى من اعترفها كدفن المسلمين، وإن لم يكن لهم فهي لقطة تبين ممن يعرفها، فهي لمن وجدها ويخمسها لأنه استفادها من جهة التخميم، ويجب على هذا أنه إن تبين أنها من أموال قوم قبلهم، أنه لا حق لهم فيها وهي لمن وجدها على حسب ما تقدم مثل أن تكون الأرض فيما تقدم من الزمان للروم ثم غلب عليها القبط، فصولحوا عليها ووجد الركاز وعليه سيم الروم، فإنه يكون لمن وجده، ويكون حكمه حكم ما وجد في بلاد العرب من دفن الجاهلية التي لم يصلحوا عليها.

مسألة: وأما ما وجد في فيافي العرب والصحارى التي تفتح عنوة، وأسلم أهلها عليها، فقال مالك: إنه لمن وجده ويخرج خمسه، لأنها لم تفتح عنوة، فيكون أربعة أخماسه لمن افتتحه ولم يصلح عليها أهلها، فيكون لأهل الصلح، فيكون لمن وجده ولا أعلم فيه خلافاً.

مسألة: وأما ما وجد في أرض الحرب، فهو للجيش الذي وصل الواجد له إليه بهم لأنه مال ظهر عليه وأغلب عليه باسم الإسلام كسائر الفىء.

مسألة: فإن جهلت الأرض فلم يدر حكمها؟ قال سحنون فى العتبية: هو لمن أصابه، يريد ويخمسه.

ووجه ذلك أنه لما لم يعلم عليه ملك متقدم لأحد وجب أن يكون لمن وجده كالذى يوجد فى فيافي الأرض وصحارى العرب.

* * *

الباب الثالث فى صفته فى نفسه

أما صفته فى نفسه، فإن هذا الذى تقدم حكم الذهب والفضة وأما غير ذلك من النحاس والحزنى واللؤلؤ والطيب، فاختلف قول مالك فيه فقال مرة: لا خمس فيه، وبه قال ابن القاسم وابن نافع.

وجه نفى الخمس ما احتج به ابن المواز من أن الركاز إنما هو الذهب والفضة، وأما سائر العروض فليست بركاز، فلا شىء فيها. ووجه القول الثانى أن اسم الركاز عام لكل ما وضع فى الأرض، فوجب أن يحمل على عمومته إلا ما خصه الدليل، وهذا

التأويل لهذه اللفظة اقتضى الخلاف على ما ذكرناه.

* * *

الباب الرابع فى صفة الواجد له

أما صفة الواجد له، فقد قال ابن نافع: هو لمن أصابه ويخمس سواء كان حرّاً أو عبداً أو امرأة، والأصل فيه عموم قوله ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ﴾: «وفى الركاز الخمس». ومن جهة المعنى أن هذا مال لم يوصل إليه بالغلبة فلم يختص بأهل الغلبة والحرب كاللقطة.

مسألة: وأما ما وجد فى أرض الصلح أو أرض العنوة من الركاز إذ قلنا بقول ابن الماجشون: هو لمن وجده، قال: إنما ذلك إذا كانت الأرض ملكاً له أو غير مملوكة، وإن كانت الأرض ملكاً لغيره فأربعة أخماس الركاز لرب الأرض، وقاسه على الأجير يحفر فى دار رجل فيجد كنزاً، فلا حق فيه للأجير.

وقال ابن نافع: إذا ملك الأرض غير الواجد، فهو لمن وجده دون رب الأرض، ووجهه أن رب الأرض إذا عرف أن المال لم يكن له ولا لمورثه، فهو لمن وجده ولا حق فيه لصاحب الدار، لأنه لا يملك الركاز بابتياح الدار.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا، وَالَّذِي سَمِعْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: إِنَّ الرِّكَازَ إِنَّمَا هُوَ دِفْنٌ يُوجَدُ مِنْ دِفْنِ الْجَاهِلِيَّةِ مَا لَمْ يُطْلَبْ بِمَالٍ، وَلَمْ يُتَكَلَّفْ فِيهِ نَفَقَةٌ وَلَا كَبِيرُ عَمَلٍ وَلَا مَثُونَةٌ، فَأَمَّا مَا طُلِبَ بِمَالٍ وَتُكَلِّفَ فِيهِ كَبِيرُ عَمَلٍ، فَأُصِيبَ مَرَّةً وَأُخْطِئَ مَرَّةً، فَلَيْسَ بِرِّكَازٍ.

الشرح: وهذا كما قال، ومعنى ذلك أن دفن الجاهلية هو الذى لا يطلب بمال ولا يتكلف فيه كبير عمل لأنه لا سيمة عليه، فيطلب فى الغالب، وأما ما طلب بمال وتكلف فيه عمل كالمعدن الذى له سيمة وعلامة يطلب لها وينفق فى طلبه الأموال ويتكلف فيه كبير العمل من التصفية، وطلب النيل وغيرهما، وربما أصيب وربما خطئ فليس بركاز ونحوه، رأيت لمحمد بن سلمة فى تفسير هذا القول لمالك، رحمه الله.

* * *

ما لا زكاة فيه من التبر والحلى والعنبر

٦٥٣ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تَلِي بَنَاتَ أَخِيهَا يَتَامَى فِي حَجَرِهَا لَهْنُ الْحَلِيِّ، فَلَا تُخْرِجُ مِنْ حُلِيِّهِنَّ الزَّكَاةَ.

الشرح: قوله: «كانت تلي بنات أخيها، يتامى في حجرها»، يريد أنها كانت تلي النظر لهن، وأخوها الذي كانت تلي بناته هو محمد بن أبي بكر، ولم يكن شقيقها، وإنما كان شقيقها عبدالرحمن، ويحتمل أن تكون ولايتها بإيصاله بهن إليها أو بتقديم الإمام لها على ذلك، ولا تكون لها الولاية بالأخوة وسيأتي تفسير هذا في الوصايا إن شاء الله تعالى، واليتيم هو الذي مات أبوه واحتاج إلى الولاية عليه، والحجر هو المنع يقال فلان في حجر فلان، إذا كان قد منعه من التصرف.

فصل: وقوله: «لهن الحلبي» يقتضى ملكهن له، وإن لم يتصرفن فيه لكونهن محجورات، فقد يملك من لا يتصرف، وهو الصغير والسفيه، ويتصرف من لا يملك وهو الموصى والأب والإمام.

وقوله: «فلا تخرج من حلبيهن الزكاة»، ظاهر هذا اللفظ أنها كانت لا تخرج زكاة الحلبي، ولا تترك مثل عائشة إخراجها إلا أنها كانت ترى أنها غير واجبة فيه، وهو مذهب مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: تخرج الزكاة من الحلبي. ودليلنا أن الحلبي مبتذل في استعمال مباح، فلم تجب فيه زكاة كالثياب.

٦٥٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُحَلِّي بَنَاتَهُ وَجَوَارِيَهُ الذَّهَبَ ثُمَّ لَا يُخْرِجُ مِنْ حُلِيِّهِنَّ الزَّكَاةَ.

الشرح: قوله: «كان يحلي بناته وجواريه الذهب»، دليل على أنه كان يجيز أن يحلى النساء الذهب، ولا خلاف في جواز ذلك.

وقوله: «كان يحلي بناته وجواريه بالذهب»، يحتمل أنه كان يملكهن ذلك ويحتمل أنه كان يزيهن به، ويبقى ذلك على ملكه.

٦٥٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٤٥. الشافعي في الأم ٤٠/٢. البيهقي في السنن الكبرى ١٣٨/١. وفي الصغرى ٥٤/٢.

٦٥٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٤٦. الشافعي في الأم ٤١/٢. البيهقي في الكبرى ١٣٨/٤.

فصل: وقوله: «ثم لا يخرج زكاته» على حسب ما ذكرناه من أن الحلّى المتخذ للبس المباح لا زكاة فيه»، وهذا مذهب ظاهر بين الصحابة، وأعلم الناس به عائشة رضی الله عنها، فإنها زوج النبي ﷺ، ومن لا يخفى عليها أمره فى ذلك وعبدالله بن عمر، فإن أخته حفصة كانت زوج النبي ﷺ، وحكم حلّيتها لا يخفى على النبي ﷺ ولا يخفى عنها حكمه فيه.

قَالَ مَالِكُ: مَنْ كَانَ عِنْدَهُ تَبْرٌ أَوْ حَلَى مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ لَا يُتَفَعُّ بِهِ لِلْبُسِّ، فَإِنَّ عَلَيْهِ فِيهِ الزَّكَاةَ فِي كُلِّ عَامٍ يُوزَنُ فَيُؤَخَذُ رُبْعَ عَشْرِهِ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ مِنْ وَزْنِ عِشْرِينَ دِينَارًا عَيْنًا أَوْ مِائَتَى دِرْهَمٍ، فَإِنْ نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَلَيْسَ فِيهِ زَكَاةٌ، وَإِنَّمَا تَكُونُ فِيهِ الزَّكَاةُ إِذَا كَانَ إِنَّمَا يُمَسِّكُهُ لِغَيْرِ اللُّبْسِ، فَأَمَّا التَّبْرُ وَالْحَلَى الْمَكْسُورُ الَّذِي يُرِيدُ أَهْلُهُ إِصْلَاحَهُ وَلُبْسَهُ، فَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ الَّذِي يَكُونُ عِنْدَ أَهْلِهِ فَلَيْسَ عَلَى أَهْلِهِ فِيهِ زَكَاةٌ.

الشرح: وهذا كما قال أن من كان عنده تبر أو حلّى لا يده للبس، فإن الزكاة عليه فيه لأن الذهب والفضة من الأموال المعدة للتنمية ولذلك يجب فيها الزكاة ولا يخرج عن ذلك إلا بالعمل، وهو الصياغة ونية اللبس، فإذا لم يوجد فيه اللبس تعلقت به الزكاة لأنه قد يعرض للتنمية وطلب الفضل مع الصياغة وكذلك سائر أنواع الذهب، يجب فيها الزكاة حتى يجتمع فيها الأمران الصياغة المباحة ونية اللبس المباح.

فرع: وسوى مالك بين حلّى الذهب والفضة بميراث أو شراء أو غير ذلك من نوى به التجارة فهو للتجارة ومن نوى به القنية فهو على القنية، رواه ابن المواز عن ابن القاسم، قال: إن الصياغة والنية قد وجدتا فيه، فأما العروض فيعتبر فى شرائها النية على ما يأتى بعد هذا، وأما ما ملك منها بميراث أو هبة فلا زكاة فيه، ينوى بذلك قنية أو تجارة، وأما الماشية التى تبلغ النصاب، ففيها الزكاة ملكها بميراث أو هبة نوى بها القنية أو التجارة، وسيأتى ذكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: الصياغة على وجهين، أحدهما: الصياغة المباحة فى الذهب والفضة للنساء، وهو ما يستعمل منها للتجمل والزينة وفى الجسد. قال الشيخ أبو إسحاق: وما يتخذه النساء لشعورهن وأزرار جيوبهن وأقفال ثيابهن وما يجرى مجرى اللباس، فلا زكاة فيه، يريد بأقفال ثيابهن ما يتخذ فى الثياب المفرجة كالأزرار. قال أبو إسحاق: وما يتخذ للمرايا وأقفال الصناديق وتحلية المذاب، ففيه الزكاة.

مسألة: وأما ما يباح من الفضة للرجل ففي ثلاثة أشياء: السيف والخاتم والمصحف. والأصل في ذلك ما روى أنس أن النبي ﷺ اتخذ خاتماً من فضة ونقشه محمد رسول الله^(١)، وأما السيف فإن فيه إعزاز الدين وإرهاباً على المشركين، وأما المصحف فإنه فيه إعزازاً للقرآن وجمالاً للمصحف.

وأما غير ذلك من آلة الحرب كالرمح والسرج واللجام والمنطقة فاختلف أصحابنا فيه، فقال ابن القاسم: لا يجوز اتخاذه من الفضة، ورواه عن مالك. وقال ابن حبيب: لا بأس باتخاذ المنطقة المفضضة والأسلحة كلها ومنع ذلك في السرج واللجام والمهاميز والسكاكين. وقال ابن وهب: لا بأس بتفضيض جميع ما يكون من آلة الحرب، السرج واللجام وغيره.

وجه رواية ابن القاسم أن ما يجوز للرجل أن يتحلى به من الفضة على ثلاثة أوجه، أحدها: ما يحلى به الأذكار، وهو المصحف، والثاني: ما يختص بالحرب وهو السيف، والثالث ما يختص باللباس، وهو الخاتم، ولما كان الذي يستعمل منه من باب الذكر واحد، وهو المصحف، وما يستعمل منه في باب اللباس واحد، وهو الخاتم، وجب أن يكون ما يستعمل منه في باب الحرب واحداً، وهو السيف، وقد أجمعت على أن السيف يباح فيه ذلك، فوجب أن تمنع سواه.

وجه رواية ابن حبيب أن آلة الحرب مما فيه إرهاب على المشركين، وأما السرج واللجام والمهاميز، فمما لا يختص بالحرب بل يستعمل في غيرها أكثر مما يستعمل في الحرب.

وجه رواية ابن وهب أن هذا كله مما لا يخلو الحرب منه، ففيه إرهاب على المشركين، فجاز تفضيذه كالسيف.

فرع: فهذا ما يباح للرجل من التحلى بالفضة على هذا الوجه، وأما للضرورة، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: من اتخذ أنفاً من ذهب أو ربط به أسنانه فلا زكاة فيه. ووجه ذلك أنه مستعمل مباح؛ لما روى أن أحد الصحابة اتخذ أنفاً من فضة فأتين عليه، فأمره النبي ﷺ أن يتخذ أنفاً من ذهب^(٢).

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٦٥، ٢٩٣٨، ٥٨٦٥. مسلم حديث رقم ٢٠٩٢. النسائي في الصغرى حديث رقم ٥٢٠١. أبو داود حديث رقم ٤٢١٤. ابن ماجه حديث رقم ٣٦٤١. أحمد في المسند حديث رقم ١٢٣٠٩.
(٢) أخرجه الترمذي حديث رقم ١٧٧٠. أبو داود حديث رقم ٤٢٣٢. النسائي في الصغرى حديث رقم ٥١٦١. أحمد في المسند حديث رقم ١٨٥٢٧، ١٩٧٥٧.

١٥٦ كتاب الزكاة

مسألة: وأما أواني الذهب والفضة والمكايل وغير ذلك مما لا يجلى به الجسد، فلا يجوز استعماله، وقال القاضي أبو محمد: لا يجوز اتخاذه، وقال الشيخ أبو القاسم بن الجلاب: اقتناؤه حرام، وقال الشافعي: يجوز اتخاذه ولا يجوز استعماله.

ومسائل أصحابنا تقتضى ذلك لأنهم يجوزون بيع أواني الذهب والفضة فى غير مسألة من المدونة، ولو لم يجر اتخاذهما لوجب فسخ البيع فيها. واستدل القاضي أبو محمد على أنه لا يجوز اتخاذهما بأن ما لا يجوز استعماله يجوز اتخاذه كالخمر والخنزير.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما لا يجوز استعماله ففيه الزكاة، قال الشيخ أبو إسحاق: يكسر الأواني من ذلك وما يجوز استعماله، فلا زكاة فيه.

فصل: وقوله: «فإن عليه الزكاة فى كل عام»، يريد أن الزكاة تتكرر فيه كتكريرها فى الدينار والدرهم، فالزكاة فيه ربع العشر كالدينار والدرهم ونصابه كنصاب الدينار والدرهم.

فصل: وقوله: «وإنما تكون فيه الزكاة إذا كان إنما يمسكه لغير اللبس»، يريد إذا اتخذ لغير لبس من المتخذ له ولا لبس غيره بسببه، وإنما اتخذ لتجارة أو اتخذته المرأة عدة للدهر إن احتاجت باعتها، ففيه عليها الزكاة، قاله ابن حبيب. وقال مطرف عن مالك، فيمن عنده حلئ للباس لا ينتفع به عليه: فيه الزكاة.

ووجه ذلك أنه لم يتخذ للباس المتخذ ولا لبس آخر بسببه.

مسألة: وأما اتخاذه للباس فعلى ضربين، أحدهما أن يلبسه المتخذ له أو يلبسه غيره بسببه، فأما ما اتخذ للباس، فهو مثل ما يتخذ الرجل من الحلئ الذى قدمنا ذكر إباحته، وتتخذ المرأة من الحلئ المباح لها فهذا لا خلاف فى المذهب فى نفي الزكاة فيه، وكذلك ما يتخذ من الحلئ المباح للعارية لأنه متخذ للباس مباح مع ما يقترن بذلك من القرية بالعارية.

مسألة: وأما إذا اتخذ الحلئ للكراء، فإن اتخذت المرأة ما هو مباح لها من حلئها أو اتخذ الرجل ما هو مباح له من حلئها، فقد قال ابن حبيب: لا زكاة فيه وإن كان لا يلبسه وإنما اتخذ لغيره. ورواه ابن القاسم عن مالك: ما أظن فيه زكاة، وأما إن اتخذ الرجل حلئ النساء للكراء، فقد قال ابن حبيب: فيه الزكاة، وحكى القاضي أبو محمد أن الشيخ أبا القاسم حكى عن مالك قولاً مطلقاً فيمن اتخذ يكره: فيه الزكاة، وبه قال محمد بن مسلمة.

وجه الرواية الأولى أنه متخذ للبس بسبب المتخذ، فأشبهه العارية. ووجه الرواية الثانية أنه ورق أو ذهب معد للنماء، فوجبت فيه الزكاة كالمتخذ للتجارة.

مسألة: وأما اتخاذ الرجل حلى النساء ليلبسه أهله، فإن كانت عنده من اتخذه لها، فإن ذلك يسقط الزكاة وإن اتخذه لامرأة يستقبل نكاحها أو امرأة يستأنف شراؤها، فقد روى ابن حبيب عن ابن القاسم وابن عبد الحكم والمدنيين من أصحاب مالك: فيه الزكاة. وروى عن أشهب وأصبغ: لا زكاة فيه.

وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب بأن المتخذ له ليس من لباسه ولا صار إلى ما أمل منه، يريد أنه ليس من لباسه ولا عنده حين اتخذه أهله للتخلى به، فلم يوجد شرط الإباحة.

ووجه القول الثاني أنه متخذ لاستعمال مباح فأثر ذلك في إسقاط الزكاة كما لو اتخذ حلى سيف أو مصحف أو خاتم يرصد لولد أو لعارية، فقد قال ابن حبيب: لا زكاة فيه، قال: وكذلك ما اتخذته المرأة من حلى النساء لا تلبسه ولكن لابنة عسى أن تكون لها.

فصل: وقوله: «التبر والحلى المكسور الذى يريد أهله إصلاحه ولبسه»، معناه أنه يريد إصلاحه للبس المباح، رواه ابن المواز عن مالك، وذلك أنه يستدام فيه شرط إسقاط الزكاة فى العين، وهذا إذا أرادت المرأة إصلاحها للبسها أو للبس أحد من النساء بسببها، وأما إصلاح الرجل ما للنساء ليرصد به امرأة يتزوجها، فقد روى ابن المواز عن مالك: يزكيه. وقال أشهب: لا يزكيه. وأنكره محمد.

وجه قول مالك أنه إنما يريد إصلاحه بمعاوضة فيلزمه فيه الزكاة، كما لو نوى إصلاحه للبيع. ووجه قول أشهب أن ما أصدقه الزوج المرأة من الحلى مقتضاه لجمالها به له، وليس لها الاستبداد بتصريفه فى غير ذلك من منافعها، فأثر ذلك فى إسقاط الزكاة، كما لو أبقاه فى ملكه وحلى به نساءه.

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ فِي اللَّوْلُوِّ وَلَا فِي الْمِسْكِ وَلَا الْعَنْبْرِ زَكَاةٌ.

الشرح: وهذا كما قال، أن اللؤلؤ والمسك والعنبر وسائر العرروض لا زكاة فيها لأنها لا تجب الزكاة فى أعينها فتزكى لا نفسها لما قدمناه. أنه لا زكاة إلا فى عين أو حرث أو ماشية لأنها لا تنمى وإنما أصلها القنية والابتياح ولبسها ما يتجر فتجب فيها

١٥٨ كتاب الزكاة
الزكاة، فإذا أراد بها التجارة لم تنتقل إلى وجوب الزكاة فيها بمجرد النية، لأن موضوعها النية كالدنانير والدرهم لما كانت موضوعة للتنمية إلى باب القنية.
وكذلك العروض، فلا ينتقل إلى التجارة ووجوب الزكاة بمجرد النية حتى يضاف إلى ذلك العمل المخالف لموضوع القنية، وهو البيع والشراء، فيصير للتجارة، ويجب فيها الزكاة.

مسألة: وما خرج بذلك عن موضوعه بالنية والعمل، فإنه يرجع إلى موضوعه بمجرد النية. قال ابن المواز: ما اتبعت من السلع للقنية لم ينصرف بالنية إلى التجارة، وما اتبعت منها أو من الحيوان للتجارة ثم صرفته إلى القنية ثم بعته، فروى ابن القاسم عن مالك: لا يزكى ثمنه لأنه قد صار للقنية. وروى أشهب عن مالك: يرجع إلى أصله في التجارة، ويزكى ثمنه ولا تغيره نية القنية.

فوجه رواية ابن القاسم ما احتج به أنه يرجع إلى أصله بمجرد النية كالذهب والفضة. ووجه رواية أشهب أن العروض لها قيم وبها تتعلق الزكاة فلا ينتقل عما اشترت عليه بمجرد القنية لأنها إن اشترت للتجارة، فلقيمتها أصل في التجارة وإن اشترت للقنية فلقيمتها أصل في القنية، فلا ينتقل عما اشترت به بمجرد النية، والله أعلم وأحكم.

* * *

زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها

٦٥٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: اتَّجَرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلْهَا الزَّكَاةَ.

الشرح: قوله: «اتجروا في أموال اليتامى»، أذن منه في إدارتها وتنميتها وذلك أن الناظر لليتيم إنما يقوم مقام الأب له. فمن حكمه أن ينمى ماله ويثمره له ولا يثمره لنفسه لأنه حينئذ لا ينظر لليتيم وإنما ينظر لنفسه، فإن استطاع أن يعمل فيه لليتيم، وإلا فليدفعه إلى ثقة يعمل فيه لليتيم على وجه القراض بجزء يكون له فيه من الربح وسائرته لليتيم.

٦٥٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٤٧. الشافعي في الأم ٢/٢٩. البيهقي في السنن الكبرى ٤/١٠٧. عبد الرزاق في المصنف ٤/٦٧. البيهقي في معرفة السنن والآثار ٦/٨٠١.

فصل: وقوله: «لا تأكلها الزكاة»، دليل على ثبوت حكم الزكاة فيها، ولو لم تجب فيها الزكاة لما قال ذلك كما لا يقول: لا تأكلها الخمس، لما لم يكن للخمس مدخل فيها. وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: الزكاة هاهنا النفقة عليهم، واستدل على ذلك بوجهين، أحدهما: أن الزكاة لا تفنى جميع المال، فعلم أن المراد به النفقة التي تستغرق جميع المال. والوجه الثاني: أن اسم الصدقة ينطلق على النفقة لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إن المسلم إذا أنفق على أهله كانت له صدقة»^(*).

وهذا الذى تعلق به ليس بصحيح لأن الزكاة لا تنطلق على النفقة شرعاً ولا لغة وليس إذا انطلق عليها اسم الصدقة مما يقتضى أن ينطلق عليها اسم الزكاة لأن اللغة لا تؤخذ قياساً. وجواب آخر وهو أن اسم الصدقة لا ينطلق على النفقة لأنه لو بنى داره لم يقل تصدق بشيء وإنما وصف ذلك بأنه صدقة، بمعنى أنه يؤجر به.

وما اعترض به من أن الزكاة لا تستغرق المال غير صحيح لأنها إن لم تستغرقه، فإما تذهب بأكثره، ولا يبقى منه إلا أقل من النصاب، وهذا فى حكم إتلاف جميعه، ولو أن رجلاً أكل لرجل مالا جسيماً ولم يبق منه إلا عشرين ديناراً أو ثلاثين ديناراً صح منه أن يقول له: أكلت مالى، فلا معنى لاعتراضهم، وإنما اضطروهم إلى هذا التعنيف فى التأويل قولهم: إن أموال اليتامى لا زكاة فيها.

والذى ذهب إليه مالك والشافعى أن الزكاة واجبة فى أموال الصبيان والمجانين. دليلنا من جهة السنة ما روى عن النبي ﷺ أنه قال لمعاذ بن جبل: «وأعلمهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم» وهذا عام فى جميعهم. ودليلنا من جهة القياس أن كل زكاة تلزم الكبير، فإنها تلزم الصغير كزكاة الحرث والفطر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الذى تجب عليه الزكاة هو الولى، وهو الذى يعصى بترك إخراجها وأما الطفل فليس بعاص، وكذلك إذا تركه يتلف أموال الناس ولا يأمره بالصلاة إذا وجب أمره بها فإن ذلك كله مما يلزم الولى وحاسب به دون الصغير.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٥٠٥، ٥٣٥١. مسلم حديث رقم ١٠٠٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٥٤٥. ابن ماجه حديث رقم ٢١٣٨. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٦٣٤، ١٦٦٦١. الدارمى حديث رقم ٢٦٦٤.

١٦٠ كتاب الزكاة

٦٥٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَتْ عَائِشَةُ تُلِينِي وَأَخًا لِي يَتِيمِينَ فِي حَجْرِهَا، فَكَانَتْ تُخْرِجُ مِنِّي أَمْوَالَنَا الزَّكَاةَ.

الشرح: قوله: «أنها كانت تليه، هو وأخاه له»، لعله يريد عبدالله بن عمر أخا القاسم بن محمد، فكانت عائشة رضى الله عنها تخرج الزكاة من أموالهما، وهذا مروى عن عمر وعبدالله بن عمر وعلى بن أبي طالب وجابر بن عبدالله، وقد قال ذلك عمر بن الخطاب للناس وأمرهم به، وهذا يدل على أنه كان من الحكم المعمول به والمتفق على إجازته.

٦٥٧ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تُعْطِي أَمْوَالَ الْيَتَامَى الَّذِينَ فِي حَجْرِهَا مَنْ يَتَجَرُّ لَهُمْ فِيهَا.

الشرح: قوله: «إن عائشة رضى الله عنها كانت تعطى أموال اليتامى من يتجر فيها»، يريد أنها مما كانت تراه نظراً لهم لتلا تفنيها الزكاة والنفقة منها على الأيتام فكانت تعطيه لمن يتجر فيها، وهذا جائز للولى أن يفعله فى مال اليتيم وقد تقدم ذكره.

٦٥٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ اشْتَرَى لِيَنِي أَخِيهِ يَتَامَى فِي حَجْرِهِ مَالًا فَبِيعَ ذَلِكَ الْمَالُ بَعْدُ بِمَالٍ كَثِيرٍ.

الشرح: يحتمل أن يكون اشتراه لهم من أموالهم على معنى النظر لهم؛ ليفضل لهم منه ما يقوم بهم وتبقى العين ويزيد بالعمارة والتنمية، وهذا من أفضل ما يفعل فى أموالهم، ويحتمل أن يكون إنما اشتراه لهم لما فيه من الربح وأنه يباع بعد ذلك بأكثر مما اشتراه به، وإن لم تكن له غلة تقوم بهم، وهذا كله جائز للوصى أن يفعله وليس له أن يبيع لهم شيئاً من أموالهم، إن باعه بقيمته إلا الحاجة تدعوهم إلى ذلك الإنفاق أو لوجود غبطة تبينها بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قَالَ مَالِكُ: لَا بَأْسَ بِالتَّجَارَةِ فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَهُمْ إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ مَأْمُونًا فَلَا أَرَى عَلَيْهِ ضَمَانًا.

٦٥٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٤٨. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ٦/٢٣٠٨.

٦٥٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٤٩. الشافعى فى الأم ٢/٣٠. عبد الرزاق فى

المصنف ٦٩/٤.

٦٥٨ - انفرد به مالك.

الشرح: وهذا كما قال، أن للولي وهو الأب أو الوصي أن يتجر في أموالهم وينميها لهم وأما أن يتسلفها ويتجر فيها لنفسه كما يفعل من لا خير فيه من الأوصياء، فإن ذلك نظر لأنفسهم دون الأيتام إلا أن يدعو إلى يسير من ضرورة في وقت ثم يسرع برده وتنميته للأيتام، فأما أن تصرف منافعه على الأيتام وتحصل التجارة فيه والانتفاع به للأوصياء، فذلك أثم، لا يحمل له لأن الأيتام يملكون رغبة الأملاك ويملكون الانتفاع بها، فكما ليس للوصي استهلاك الرقبة والاستبداد بها، كذلك ليس له استهلاك المنفعة، والافتراء بها، ولا يلزم هذا المودع لأن المودع قد ترك الانتفاع بها مع القدرة عليها، فجاز للمودع الانتفاع بها، ويجرى ذلك مجرى الانتفاع بظل حائطه وضوء سراج، وليس كذلك اليتيم، فإنه إنما دفع ماله إلى الوصي ليشره له، فلا يجوز له أن يصرف هذه المنفعة إلى نفسه كالبيضع معه لا يجوز له أن شيفع بالمال دون ربه.

فصل: وقوله: «إذا كان الولي مأموناً وتجر في مال اليتيم فخرس أو تلف المال، فإنه لا ضمان عليه»؛ لأنه لم يتعد، وإنما عمل ما وجب عليه أن يعمل.

* * *

زكاة الميراث

مَالِكٌ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا هَلَكَ وَلَمْ يُودَّ زَكَاةَ مَالِهِ، إِنِّي أَرَى أَنْ يُؤْخَذَ ذَلِكَ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهَا الثُّلُثُ، وَتُبَدَّى عَلَى الْوَصَايَا وَأَرَاهَا بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ^(١) عَلَيْهِ، فَلِذَلِكَ رَأَيْتُ أَنْ تُبَدَّى عَلَى الْوَصَايَا. قَالَ: وَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى بِهَا الْمَيِّتُ. قَالَ: فَإِنْ لَمْ يُوصِ بِذَلِكَ الْمَيِّتُ، فَفَعَلَ ذَلِكَ أَهْلُهُ فَذَلِكَ حَسَنٌ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ أَهْلُهُ لَمْ يَلْزَمَهُمْ ذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال، أن الرجل إذا أوصى بزكاة ماله أن يخرج من ثلث ماله، ويبدأ ذلك على الوصايا، وذلك أن ما يوصى به على ضربين، أحدهما: أن يكون ما لم يفرط فيه، مثل أن يرى عليه مالاً قد وجبت فيه الزكاة، فيموت قبل أن يتمكن من

(*) قال في الاستذكار ٨٧/٩: وأما قوله: «وأراها بمنزلة الدين» فكلام ليس على ظاهره، لأن الدين عنده وعند العلماء من رأس مال الميت ولا ميراث ولا وصية إلا بعد أداء الدين. وهذا امر مجتمع عليه. وإنما أراد أن الزكاة تبدي على الوصايا بمنزلة تبديه الدين عليها وعلى غيرها من الوصايا، ولو كان عنده أمراً لأشكلك فلذلك لم يحصل فيه لفظه، والله أعلم.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٥٠.

١٦٢ كتاب الزكاة
أدائها، فهذا إذا أوصى بها أو أمر بإخراجها في مرضه من رأس ماله، فإن لم يوص بها ولم يأمر بإخراجها فلا ين القاسم عن مالك: يأمر ورثته بذلك ولا يجبرون، وهذا حكم زكاة الفطر عنده. وأشهب يقول: هي من رأس ماله ويجبر ورثته على ذلك.

وجه رواية ابن القاسم أنه إذا لم يأمر بها لعله قد أخرجها، فلا يجب عليهم إخراج زكاة لا يتيقن بقاءها على غيرهم مع أن الظاهر إذا أمسك عنها ولم يأمر بها أنه قد أداها.

وجه قول أشهب أن هذه زكاة لم يفرط فيها، فكانت واجبة من رأس المال وإن لم يأمر بها كزكاة الخبث والثمار. قال ابن المواز: قاله مالك في الزرع والثمرة.
مسألة: وأما إن كانت زكاة فرط فيها، فإنه إن أوصى بها أخرجت من الثلث. وقال الشافعي: هي من رأس المال.

والدليل على صحة ما نقوله أنه لو كان ما قالوه لأوشك أن يفرط في زكاة ماله في كل عام ولا يخرجها، ويخصى ذلك كله ويوصى به عند موته فرما استغرق ذلك جميع ماله، وربما لم يف به ماله فيؤدى هذا إلى إبطال الزكاة والميراث.

مسألة: فوجه التفريط في العين أن يمكن من أدائه، فلا يؤديه، وفي الحسب والثمر أن يؤويه إلى بيته، قاله أشهب في المجموعة.

وجه ذلك أنه إذا آواه إلى بيته، فقد تعدى عليه بذلك لأنه كان يجب أن يدفعه إلى مستحقه قبل نقله إلى بيته، وبالله التوفيق.

فرع: فإذا أخرج الزكاة بما حكمه حكم الحول في الأجزاء وقبل استيفاء الحول على الحقيقة، فتلفت قبل دفعها إلى أهلها.

قَالَ مَالِكٌ: وَالسُّنَّةُ عِنْدَنَا النَّبِيُّ لَا اخْتِلَافَ فِيهَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيَّ وَارِثُ زَكَاةٍ فِي مَالٍ وَرِثَتُهُ فِي دَيْنٍ وَلَا عَرْضٍ وَلَا دَارٍ وَلَا عَبْدٍ وَلَا وَكِيْلَةٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيَّ ثَمَّنِ مَا بَاعَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ اقْتَضَى الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ بَاعَهُ وَقَبَضَهُ.

الشرح: قوله: «أنه لا يجب في مال ورثته زكاة حتى يحول عليه الحول»، قول صحيح لأن الموروث من المال فائدة، والفائدة يستقبل بها الحول من يوم يقبضها مستفيدا.

والأموال الموروثة على ضربين، ضرب تجب الزكاة في عينه، وضرب تجب الزكاة في قيمته، فأما ما تجب الزكاة في عينه، فإنه على قسمين، قسم ليس فيه عمل قنية، وقسم فيه عمل قنية، فأما ما ليس فيه عمل، فسواء نوى به تجارة أو غيرها، فإن زكاته تؤدي إذا حال عليه الحول، من يوم قبضه الوارث، وما كان فيه عمل قنية، وهى الصياغة، فإن نوى به التجارة زكاه لحول من يوم يرثه، وإن نوى به القنية، فلا زكاة عليه فيه، وإن لم ينو شيئاً فهو على أصله فى حكم الزكاة وتعلقها به، وما كانت الزكاة فى قيمته، فسواء نوى به التجارة أو لم يتنوها، تؤدي زكاته بعد أن يحول الحول على ثمن ما يبيع منه من يوم قبضه الوارث، وإن باعه بعرض ونوى به التجارة فحين يحول الحول على العرض الذى قبضه على نية التجارة والإدارة.

مسألة: ويعتبر الحول على حسب ما يمكن من تنمية المال، فإن كان من الأموال التى لا تنمو إلا بالعمل كالدينير والدرهم، فلا زكاة فيها حتى يحول عليها الحول من يوم يقبضها هو أو من يقوم مقامه من وكيل أو وصى، ولو أقامت قبل ذلك أعواماً، فإن كانت من الأموال التى تنمو بأنفسها كالماشية، فقد قال ابن القاسم: الزكاة عليه فيها إذا حال عليه الحول فيها من يوم ورثها، وإن لم يقبضها. وقال المغيرة: حكمها حكم الدينير والدرهم لا زكاة فيها حتى يقبضها.

وجه قول ابن القاسم أن الماشية تنمو بأنفسها، فلما لم تتعذر عليه تنميتها وجبت عليه فيها الزكاة، ولم يؤثر فى إسقاط عدم قبضها لما يؤثر فى تنميتها، وأما الدينير والدرهم، فإنها لا تنمو إلا بيده وتصريفه، فإذا تعذر قبضه لها تعذر وجه تنميتها، فلم يجب عليه فيها زكاة.

وجه قول المغيرة أن هذا ورث مالا تجب عليه فى عينه الزكاة، فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول من يوم قبضه كالذهب والفضة.

قَالَ مَالِكُ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيَّ وَارِثٌ فِي مَالٍ وَرِثُهُ الزَّكَاةُ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ.

الشرح: وهذا كما قال ما ذكرناه من أنه فى يد غيره، وهو قادر على تنميتها.

وقوله: «حتى يحول عليه الحول»، يريد من يوم قبضه أو قبضه من يجوز له قبضه، فيقيم بيده مدة التنمية، وهى الحول فحينئذ يجب عليه زكاته، فأما إذا تعذرت عليه

١٦٤ كتاب الزكاة
تتميته، فلا زكاة عليه فيه، وكذلك لا زكاة عليه بعد قبضه حتى تمضى له المدة المضروبة
للتتمية، والله أعلم وأحكم.

* * *

الزكاة فى الدين

٦٥٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ كَانَ
يَقُولُ: هَذَا شَهْرُ زَكَاتِكُمْ فَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيُؤَدِّ دَيْنَهُ حَتَّى تَحْصُلَ أَمْوَالُكُمْ
فَتُؤَدُّ مِنْهُ الزَّكَاةَ.

الشرح: قوله: «هذا شهر زكاتكم»، يحتمل أن يقول هذا لمن عرف حاله فى الحول،
ويحتمل أن يريد أنه الشهر الذى جرت عادة أكثرهم بإخراج الزكاة فيه، إن كان يريد
العين، وإن كان يريد الماشية والذى يجب إخراج الزكاة فيه ليتمكن من بعث السعاة
ذلك الوقت، فيؤخذ الزكاة منها ولا يحتسب لهم فى شىء من ذلك بما عليهم من
الدين.

فصل: وقوله: «فمن كان عليه دين فليؤد دينه حتى تحصل أموالكم»، يريد أو العين،
وإن كان الدين لا تؤخذ زكاته إلا أنه قد يجب إخراج الزكاة منه، إذا كان عنده عرض
يفى بدينه، فيكون حيثئذ الذى يجب عليه الدين يؤدي مالاً لولا بقاء الدين عليه لم
يتركه، فكان يأمرهم بذلك رفقاً بهم وإشفاقاً عليهم، وإن كانت من الأموال الظاهرة،
وهى الماشية، فكان يأمرهم أن يؤدوا منها ما عليهم من الدين من جنسها أو من غير
جنسها ببيعها وأداء دينهم لئلا تؤخذ منهم صدقاتها، وهى ما يباع بعد الصدقة لأداء
الدين، والله أعلم وأحكم.

٦٦٠ - مَالِك، عَنِ أَيُّوبَ بْنِ أَبِي تَمِيمَةَ السَّخْتِيَانِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ
كَتَبَ فِي مَالٍ قَبِضَهُ بَعْضُ الْوُلَاةِ ظُلْمًا: يَا مُرُّ بَرْدِهِ إِلَى أَهْلِهِ، وَيُؤْخَذُ زَكَاتُهُ لِمَا
مَضَى مِنَ السُّنِينَ ثُمَّ عَقِبَ بَعْدَ ذَلِكَ بِكِتَابٍ: أَنْ لَا يُؤْخَذَ مِنْهُ إِلَّا زَكَاتٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنَّهُ
كَانَ ضِمَارًا^(١).

٦٥٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٥١. الشافعى فى الأم ٥٠/٢. البيهقى فى السنن

الكبرى ١٤٨/٤. ومعرفة السنن والآثار ٨٣٢٣/٦.

٦٦٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٥٣.

(١) قال فى الاستذكار ٩٥/٩: الضمار: الغائب عن صاحبه الذى لا يقدر على أخذه أو لا-

الشرح: قوله: أولاً: «أن يؤخذ منه الزكاة لما مضى من السنين»، لما كان فى ملكه ولم يزل عنه كان ذلك شبهة عنده فى أخذ الزكاة منه لسائر الأعوام، ثم نظر بعد ذلك فرأى أن الزكاة تجب فى العين بأن يتمكن من تنميته، ولا تكون فى يد غيره، وهذا مال قد زال عن يده إلى يد غيره ومنع هذا عن تنميته، فلم تجب عليه غير زكاة واحدة، وهذا حكم المال المغضوب الذى كان مما يرجو رده إليه تطوعاً أو بحكم، فإنه لا يزكاه إلا لعام واحد.

ووجه ذلك أن المال قد نض فى يده فى طرفى الحول، ولو كانت أحوالاً، فإنه حصل منها حول واحد نض فى طرفيه المال فى يد صاحبه، ولا اعتبار بما بين ذلك لأن الغاصب لو غصبه منه يوماً ثم رده إليه لم يعتبر ذلك فى إسقاط الزكاة عنه فى ذلك الحول، لو غصبه منه ثم حال الحول، لم تجب عليه فيه زكاة حتى يرده إليه، فتجب عليه فيه زكاة، فثبت أن الاعتبار بحصول المال فى يد صاحبه طرفى الحول، والله أعلم.

مسألة: وأما اللقطة، فروى ابن القاسم وابن وهب وعلى بن زياد وابن نافع عن مالك: أن صاحبها لا يزكياها إذا رجعت إليه إلا لعام واحد. وقال المغيرة: يزكياها لكل عام.

وجه قول مالك أن المال فى يد غير مالكة ولا يقدر على تنمية المال المغضوب. ووجه قول المغيرة أن ضمانه منه فكان بمنزلة المال الذى بيد وكيله.

مسألة: وأما من دفن مالا، فنسى، موضعه فوجده بعد أعوام، فقد قال مالك: يزكيه لكل سنة، والفرق بينه وبين اللقطة، أن اللقطة بيد غيره، والمال المدفون ليس بيد غيره. وقال ابن المواز: إن دفنه فى صحراء ثم نسيه فلا زكاة عليه فيه، وإن دفنه فى بيته أو فى موضع يحاط به فعليه فيه الزكاة لكل عام.

ووجه ذلك أنه قادر على الوصول إليه بحفر جميع الموضع، وهذا لما يتهيأ فى الصحراء. وقد قال القاضى أبو الحسن بن القصار: إن من كان ممنوعاً من التصرف فى

= يعرف موضعه ولا يرجوه. وقد روى سفيان بن عيينة هذا الخبر وفسر فيه الضمار. وذكره ابن أبى عمر وغيره عن ابن عيينة، عن عمرو بن ميمون، قال: كتب عمر بن عبد العزيز إلى ميمون ابن مهران أن انظر أموال بنى عائشة التى كان أخذها الوليد بن عبد الملك فردها عليهم وأخذ زكاتها لما مضى من السنين. قال: ثم أردفه بكتاب آخر: لا تأخذ منها إلا زكاة واحدة فإنه كان مالا صامراً. والضمار الذى لا يدرى صاحبه أخرج أم لا. قال أبو عمر: هذا التفسير جاء فى الحديث وهو عندهم أصح وأولى.

١٦٦ كتاب الزكاة
ماله بكل حال فلا زكاة عليه فيه إلا لحول واحد، وإن أقام أحوالاً كثيرة، كالمغصوب
والملتقط والدين والقرض والمال الذي جحدته المودع خلافاً لأبي حنيفة والشافعي.

والدليل على ذلك أن هذا مال منع من تنميته فلم تجب فيه زكاة، كالذي خرج عن
ملكه، قال: ولا يلزم على هذا مال المحبوس لأنه قادر على تنميته بالوكالة، والله
أعلم.

٦٦١ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ حُصَيْفَةَ أَنَّهُ سَأَلَ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ، عَنْ رَجُلٍ لَهُ
مَالٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مِثْلُهُ أَعْلَيْهِ زَكَاةٌ؟ فَقَالَ: لَا.

الشرح: أنه لا زكاة على من عليه دين إذا كان له مال بمقدار الدين، يريد أنه لا
مال له غيره من عرض ولا غيره وللشافعي قولان، أحدهما: مثل هذا، والثاني أنه لا
يمنع الزكاة.

والدليل على ما نقوله أن الزكاة مال ينتقل إلى ملك من غير عوض، فإن كان على
المالك دين كان الدين أحق بالمال كالميراث والهبة والصدقة، هذا الذي قاله القاضي أبو
محمد، ويلزم على هذا زكاة العين والحرق.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر في ذلك عندي أن يقال إن الدين
متعلق بالذمة والدنانير والدرهم، وهما معنى الذهب والورق، ومعظم مقصودهما لا
يتعين وإنما يؤثر في قوة الذمة وضعفها، فلذلك اختص الدين بهذا النوع من المال
وأسقط حكم الزكاة فيه لأنه لما يعلق به حكم الزكاة، وحكم الدين كان الدين مقدماً
وذلك بخلاف زكاة الحرث والماشية، فإن الماشية والثمار والحبوب التي تتعلق بها الزكاة
متعينة، فتتعلق الزكاة بها ولا يتعلق الدين بها، فقدمت الزكاة فيها على الدين.

قَالَ مَالِك: الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي الدَّيْنِ أَنَّ صَاحِبَهُ لَا يُزَكِّيهِ حَتَّى
يَقْبِضَهُ، وَإِنْ أَقَامَ عِنْدَ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ سِنِينَ ذَوَاتِ عَدَدٍ ثُمَّ قَبِضَهُ صَاحِبُهُ لَمْ تَجِبْ
عَلَيْهِ إِلَّا زَكَاةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ قَبِضَ مِنْهُ شَيْئًا لَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ
سِوَى الَّذِي قُبِضَ تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، فَإِنَّهُ يُزَكِّي مَعَ مَا قَبِضَ مِنْ دَيْنِهِ ذَلِكَ.

٦٦١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٥٢. الشافعي في الأم ٥٠٠/٢. البيهقي في معرفة
السنن والآثار ٦/٨٣٢٨.

قَالَ: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَاضٍ^(١) غَيْرُ الَّذِي اقْتَضَى مِنْ دَيْنِهِ، وَكَانَ الَّذِي اقْتَضَى مِنْ دَيْنِهِ لَا تَجِبُ فِيهِ، الزَّكَاةُ فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ فِيهِ وَلَكِنْ لِيَحْفَظَ عَدَدَ مَا اقْتَضَى، فَإِنْ اقْتَضَى بَعْدَ ذَلِكَ عَدَدَ مَا تَتِمُّ بِهِ الزَّكَاةُ مَعَ مَا قَبِضَ قَبْلَ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ فِيهِ الزَّكَاةُ.

الشرح: وهذا كما قال، أن من كان له دين من مال لا يره، فإنه لا يزكيه. وجه ذلك ما قاله مالك، رحمه الله، أن الدين ربما توى ولا يدري صاحبه هل يقتضيه أم لا؟ فلا يكلف أداء الزكاة عنه من ماله، فرمما قبل أن يقبضه، فيؤدى الزكاة عما لم يصير إليه، قال أصبغ: ولأنه يملك إسقاط الزكاة فيه بأن يأخذ به عرضاً أو يهبه لمن هو عنده.

ومما يبين ما قاله مالك، رحمه الله، أنه لو كان له مال غائب عنه فى بلد نازح وحال عليه الحول، فإنه لا يكلف أداء الزكاة عنه مما بيده لأنه لا يدري هل يصل إليه أم لا، وإن كان فى يد وكيل أو مبضع معه ويده كيده لكان من ضمانه، فبأن لا يكلف أن يخرج ما بيده من ماله عن ماله هو بيد غيره أو فى ضمانه أولى وأحرى.

فصل: وقوله: «لا يزكيه، وإن أقام عند الذى هو عليه سنين ذوات عدد، ثم قبضه صاحبه لم تجب عليه إلا زكاة واحدة»، وهذا كما قال لما ذكرناه، والاعتبار أن ينض بيده فى طرفى الحول وهذه المدة، وإن كانت عشرة أعوام، إذا لم ينض المال فى يده إلا فى أولها وآخرها بمنزلة حول واحد، وإلا فلو أوجبنا عليه فيه الزكاة فى كل عام، وهو بيد غيره نماؤه له لأدى ذلك إلى أن تستهلكه الزكاة، ولهذا الوجه أبطلنا الزكاة فى أموال القنية؛ لأننا لو أوجبنا فيها الزكاة لاستهلكها، والزكاة إنما هى على سبيل المواساة فى الأموال التى تمكن من تنميتها، فلا تفتيتها الزكاة فى الأغلب.

فروع: وإن كان دينه دنائير، فإنما يزكى ما قبض، رواه ابن سحنون عن ابن نافع عن مالك. ووجه ذلك أن الزكاة المتعلقة بالعين إنما تجرى فى المال على ما هو عليه يوم وجوب الزكاة، وإنما تجب الزكاة فى الدين يوم قبضه، فإذا كان ذهباً، فحكمه حكم الذهب، وإن كان ورقاً، فحكمه حكم الورق، ولو أخذ به عوضاً لم يزكه إلا على حكم العوض، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فإن قبض منه شيئاً لا تجب فيه الزكاة، فإنه إن كان له مال سوى الذى قبض تجب فيه الزكاة، فإنه يزكى ما قبض من دينه ذلك»، يريد أنه إن قبض أقل من النصاب ولم يكن له مال غيره، فإنه لا يزكيه لجواز أن لا يقبض من دينه غيره،

(١) الناض: الذهب والفضة.

١٦٨ كتاب الزكاة

فنكون قد أوجبنا عليه الزكاة في أقل من النصاب، فإن كان عنده مال غيره قد حال عليه الحول، فزكاه أو لم يزكه بأن قد بلغ النصاب أو كان أقل من النصاب، وإذا أضيف إلى ما قبض من دينه، فبلغا النصاب زكى ما قبض من دينه لأنه قد وجد فيه سبب الحول، وهو مستند إلى مال قد حال عليه الحول، وبلغ النصاب أو بلغ ما قبض من الدين النصاب، فيكون ما قبض من دينه بمنزلة فائدة حال عليها الحول ثم قبض الدين، والله أعلم.

فصل: ولو كان ما بيده من المال لا يبلغ ما قبض من دينه النصاب لم يزك شيئاً منهما حتى قبض من دينه ما إذا أضافه إلى ما تقدم قبضه له، وإلى ما يكون بيده مما حال عليه الحول بلغ النصاب، فإنه يزكى جميع ذلك يوم قبض ذلك الذى بلغ النصاب، ثم يزكى بعد ذلك قليل ما يقبضه من دينه وكثيره لأنه مستند إلى ما قد زكى، والله أعلم.

مسألة: وإن كان ما بيده من المال لم يحل عليه الحول، فإنه لا يزكى ما قبضه من دينه مما هو أقل من النصاب، لأن ما قبض من دينه لو كان فائدة لم يزكه عند حلوله إذا لم يبلغ النصاب ولم يكن عنده مال عليه الحول يبلغ النصاب.

فرع: فإن أنفق ما قبضه من الدين وهو عشرة دنانير قبل أن يحول الحول على الفائدة التي هي عشرة دنانير، فقد حكى ابن المواز أن ابن القاسم وأشهب اختلفا فيمن أفاد عشرة بعد عشرة بستة أشهر، فأنفق العشرة الأولى بعد حولها حال حول الثانية، فقال أشهب: يزكى عن المالىن لأننا إنما أخرنا زكاة المال الأول لأننا لم نعلم أن المال الثانى يحول عليه الحول، فلما تيقنا ذلك الآن علمنا وجوب الزكاة عليه فيه. وقال ابن القاسم: لا زكاة عليه فى الثانية زكى الأولى أو لم يزكها لأنه لم يحل حول الثانية وعنده من المال الأول ما يتم به النصاب.

فرع: ومن زكى دينه قبل قبضه فهل يجزئه أم لا؟ قال ابن القاسم: لا يجزئه. وقال أشهب: يجزئه.

وجه قول ابن القاسم أن الزكاة لا تجب فيه إلا بقبضه، فإذا أخرج زكاته قبل وجوبها لم يجزه كما لو أخرجها قبل الحول. ووجه قول أشهب أن الزكاة تجب فى الدين بالحول لأنه عين وإنما يتأخر أداؤها لأننا لا نعلم وجوب الأداء لأن ذلك إنما يعلم بالقبض، فهذا إذا أخرج زكاته قبل قبضه، فلم يخرجها قبل وجوبها، وإنما ذلك بمنزلة

ما نقول إن الزكاة تجب في الثمرة يبدو والصالح ثم لا يلزمه الإخراج إلا بعد الجداد، ولو أخرج الزكاة قبل الجداد وبعد بدو الصلاح لأجزأه ذلك.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ كَانَ قَدْ اسْتَهْلَكَ مَا اقْتَضَى أَوْلاً أَوْ لَمْ يَسْتَهْلِكْهُ، فَالزَّكَاةُ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ مَعَ مَا اقْتَضَى مِنْ دَيْنِهِ، فَإِذَا بَلَغَ مَا اقْتَضَى عِشْرِينَ دِينَارًا عَيْنًا أَوْ مِائَتِي دِرْهَمٍ، فَعَلَيْهِ فِيهِ الزَّكَاةُ ثُمَّ مَا اقْتَضَى بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ، فَعَلَيْهِ الزَّكَاةُ بِحَسَبِ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال، أن استهلاكه لما كان قبضه من دينه إذا كان أقل من النصاب لا يسقط عنه الزكاة إذا قبض منه ما يتم به النصاب لأنه مال قد حال عليه الحول وإنما أجزت الزكاة فيما كان قبض إذا كان أقل من النصاب لأننا لا ندرى لعله لا يقبض سائره، فنوجب عليه الزكاة في أقل من النصاب.

فلما قبض سائره علمنا وجوبها فيما قبضه أولاً وآخرًا ثم إذا قبض بعد ذلك قليلاً أو كثيراً وجبت فيه الزكاة لأنه زيادة على النصاب، فوجبت الزكاة في قليله وكثيره.

فرع: ولو اقتضى عشرة من دينه، فتلفت بأمر من السماء ثم قبض أخرى، فقد قال محمد بن المواز: ليس عليه زكاة ما تلف من ذلك من الدين وثمن العرض. وقال سحنون في المجموعة: سواء تلفت بسببه أو بتغير سببه يزكيها، وهو قول ابن القاسم وأشهب.

وجه قول ابن المواز أنها تلفت بغير سببه قبل وجوب إخراج زكاته، فلم يجب عليه أن يزكيها. أصل ذلك إذا تلف المال قبل الحول أو بعد الحول من غير تفريط. ووجه قول سحنون أنه إذا اقتضى العشرة، فحكمها مراعاتها، فإن قبض كمال النصاب تبين أنه قد كان وجب عليه فيها الزكاة، وإن لم يقبض غيرها تبين أن له حكم الانفراد ويكون حول ما يقبضه من دينه حين يتم النصاب يوم يتم قبضه النصاب ثم ما قبض بعد ذلك فحوله يوم قبضه لأن يوم قبض ما يتم فيه النصاب هو اليوم الذي وجب فيه إخراج الزكاة، وأول حول المال الذي جرت فيه الزكاة يوم يجب إخراج الزكاة منه، فإن كثرت أحوال ما قبض منه بعد النصاب واختلطت فإنه يضيف الأخرى إلى الأولى في الدين، وفيما بيع من العروض واختلطت أحواله، رواه ابن نافع وعلي بن زياد عن مالك وقاله ابن القاسم.

١٧٠ كتاب الزكاة

وما كثر من الفوائد، فالتبست عليه أحوالها، فعند مالك وسحنون: يضيف الأولى الثانية. وقال ابن حبيب: يضيف الأخرى إلى الأولى.

وجه قول مالك أن هذا ما لم يحل فيه الحول، فإذا أضفت الأخرى إلى الأولى كنت مزكياً قبل الحول، وإذا أضفت الأولى إلى الأخرى كنت مزكياً بعد الحق، ولهذا فارق الديون والأموال التي تقدمت فيها الأحوال لأن حكم الحول قد جرى في جميعها. ووجه قول ابن حبيب أن هذه أحوال التبست فكان حكمها أن يضم الأخرى إلى الأولى كأحوال الديون.

فرع: ومن اقتضى ديناراً عن دين له أحوال، فتجر فيه فصار عشرين ديناراً ثم اقتضى ديناراً آخر، فتجر فيه فصار عشرين ديناراً، ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: يزكى أحداً وعشرين ديناراً فقط لأن الزكاة في الدينار. والثاني يوم قبضه، وما ذكر عن مالك أنه يزكى الحول من ينوم يربحه ليس بقوله وقول أصحابه، وهي رواية ابن عبدالحكم وأشهب عنه.

قال الشيخ أبو محمد: وقد ذكرها سحنون فأنكر منها ما أنكر ابن المواز، ومعنى ذلك أنه لما قبض الدينار الثاني، وقد زكى الدينار الأول وربحه كان الدينار الثاني مضافاً إليه تجب فيه الزكاة بقبضه وذلك حوله، فإذا تجر فيه بعد ذلك وربح فإنما حول الربح منه حول الدينار يوم قبضه، والله أعلم.

قَالَ مَالِكُ: وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ يَغِيْبُ أَعْوَامًا ثُمَّ يُقْضَى فَلَا يَكُونُ فِيهِ إِلَّا زَكَاةٌ وَاحِدَةٌ، أَنَّ الْعُرُوضَ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ لِلتَّجَارَةِ أَعْوَامًا ثُمَّ يَبِيعُهَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي أَثْمَانِهَا إِلَّا زَكَاةٌ وَاحِدَةٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ صَاحِبِ الدَّيْنِ أَوْ الْعُرُوضِ أَنْ يُخْرِجَ زَكَاةَ ذَلِكَ الدَّيْنِ أَوْ الْعُرُوضِ مِنْ مَالٍ سِوَاهُ، وَإِنَّمَا يُخْرِجُ زَكَاةَ كُلِّ شَيْءٍ مِنْهُ وَلَا يُخْرِجُ الزَّكَاةَ مِنْ شَيْءٍ عَنِ شَيْءٍ غَيْرِهِ.

الشرح: وهذا على نحو ما استدل به مالك، رحمه الله، وهو دليل صحيح على من خالفه في هذه المسألة ووافقه على أن العروض لا تؤدي زكاتها إلا بعد بيعها، فإنه يجب عليه مثل ذلك في الدين أن لا يزكى حتى يقبض، وذلك أن الزكاة إنما تتعلق بعين المال لا بالذمة، بدليل أنه لو تلف قبل الحول أو أتلفه باختياره لم تجب عليه الزكاة ولو حال فتلف قبل أن يتمكن من أدائه لم يلزمه شيء.

ووافقنا في ذلك كله أبو حنيفة إلا أنه قال: إن أتلف هو المال بعد الحول قبل مئىء الساعى ضمن. واختلف قول الشافعى فى ذلك فمرة قال: تتعلق الزكاة بالذمة، ومرة قال: تتعلق بالعين.

ودلينا قوله تعالى: ﴿وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم﴾ [الذاريات: ١٩]. ودلينا من جهة السنة قول النبى ﷺ: «وأعلمهم أن الله قد فرض عليهم زكاة فى أموالهم تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم». ودلينا من جهة القياس أن هذا حق طراً على المال فلم ينقل إلى الذمة ابتداء كحناية العبد المتعلقة برقبته، فإذا ثبت أن الزكاة متعلقة بعين لم يجب على رب المال أن يخرج زكاته من غيره كما لا يجب على صاحب العرض أن يخرج زكاته من غيره ولا يجب على رب الدين أن يقطع للمساكين بجزء من الدين لأنه لا خلاف أنه لا يجزىء أن يخرج الزكاة فى ذمم الرجال وإنما تخرج عيناً من جنس العين أو الحرث أو الماشية وكذلك لا يجزى أن يخرج صاحب العرض عن زكاة عرضه عرضاً فكما لصاحب العرض أن يؤخر الزكاة حتى يبيع عرضه، فيزكى ذلك المال لعام واحد، كذلك صاحب الدين له أن يؤخر الزكاة حتى يقبض دينه، فيزكيه لعام واحد، والدين فى ذلك أئين لأن العرض فى يد مالكة ونماؤه له وضمانه منه، والدين ليس بيد مالكة ولا نماؤه له ولا ضمانه عليه، فإذا لم يلزمه إخراج الزكاة عن عرضه مع ما ذكرنا، فبأن لا يلزمه إخراج الزكاة عن دينه أولى وأحرى.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَعِنْدَهُ مِنَ الْعُرُوضِ مَا فِيهِ وَفَاءٌ لِمَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ، وَيَكُونُ عِنْدَهُ مِنَ النَّاضِ سِوَى ذَلِكَ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، فَإِنَّهُ يُزَكَّى مَا بِيَدِهِ مِنْ نَاضٍ تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ.

الشرح: وهذا كما قال لأن الدين يسقط الزكاة من العين عن مقداره، إلا أن يكون لربه من العرض ما يفى بالدين، فإنه يحتسب بالدين فى ذلك العرض ويزكى جميع العين. وقال أبو حنيفة: يجعل الدين فى العين ويسقط الزكاة.

والدليل على ما نقوله أن هذا حر مسلم مالك لنصاب لا يبخس حق الغير أخذ الزكاة منه، فوجبت عليه الزكاة كما لو كان له من العين ما يؤدى منه دينه ويبقى له نصاب.

وفى هذا أربعة أبواب، الباب الأول: فى صفة المال الذى تسقط زكاته بالدين، والباب الثانى: فى معنى الدين الذى يسقط الزكاة، والباب الثالث: فى معنى العرض

١٧٢ كتاب الزكاة

الذى يحتسب به فى الدين، والباب الرابع: فى معنى الدين الذى يحتسب فيه بالعرض.

* * *

الباب الأول فى صفة المال الذى تسقط زكاته بالدين

فأما صفة المال الذى تسقط زكاته بالدين، فهو عرض التجارة وأنواع الذهب والفضة مما يعتبر زكاته بالحول دون ما يخرج من المعدن، فإنه لا يعتبر فيه بالحول ولا تسقط زكاته بالدين، قاله مالك، وكذلك الركاز.

ووجه ذلك أنه نماء مستفاد من الأرض، فإذا تعلق به الزكاة لم تسقط بالدين كالزرع والثمرة.

مسألة: ومن عنده عبد وعليه عبد مثله، ففى الموازية، قال ابن القاسم: لا نوجب عليه فيه زكاة فطر، وأشهب يوجبها.

وجه قول ابن القاسم أن عنده زكاة مصروفة إلى أمانته كزكاة العين. ووجه قول أشهب أنها زكاة تجب بسبب حيوان فلم تسقط بالدين كزكاة الماشية. قال أشهب: ولم يأت أن الأئمة قالت ذلك عند أخذهم زكاة الفطر، وقالوا فى العين وكان عثمان يتأدى به عند الحول فيمن عليه دين.

* * *

الباب الثانى فى معنى الدين الذى يسقط الزكاة

وأما الباب الثانى، فى معنى الدين الذى يسقط الزكاة، فقد قال مالك وأصحابه: من له مائة دينار حال عليها الحول وعليه مائة مثلها لا زكاة عليه فيها. قال مالك فى الموازية: سواء كان الدين عرضاً أو طعاماً أو ماشية أو غيره.

ووجه ذلك أن ما بيده من المال يستحق بالدين، وإن كان من غير جنسه كما يستحق إذا كان من جنسه.

مسألة: وهذا حكم الدين الذى تعلق بذمته قبل الحول ووجوب الزكاة عليه، فإن أدانه بعد الحول ووجوب إخراج الزكاة لم يسقط ما قد وجب عليه منها، وإنما يؤثر الدين فى منع وجوب الزكاة لا فى إسقاطها بعد وجوبها.

مسألة: فإن كان الدين من مهر امرأة، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: تسقط

كتاب الزكاة ١٧٣

الزكاة بمهر الزوجة، وقاله مالك، وقال ابن حبيب: تسقط الزكاة بكل دين إلا مهور النساء؛ إذ ليس شأنهن القيام به إلا في موت أو فراق، وإذا تزوج عليها، فلم يكن في القوة كغيره، قال: وقاله القاسم بن محمد. قال القاضي أبو محمد في نوادره: وما قاله ابن حبيب خلاف ما روى عن مالك.

ووجه قول مالك أنه دين يقضى به عليه ويخاص به الغرماء كسائر الحقوق.

مسألة: وأما نفقة الزوجة، فقد قال ابن المواز: اتفق ابن القاسم وأشهب على أن نفقة الزوجة إذا حلت تسقط الزكاة وإن لم يعرض ذلك لها.

ووجه ذلك ما احتجابه من أن نفقته قد تقرر وجوبها على الزوج في مقابلة الاستمتاع أو في مقابلة استباحته، فلا يحتاج في إثباتها عليه إلى حكم حاكم كسائر الديون الواجبة عليه.

مسألة: وأما نفقة الأبوين، ففي الموازية عن ابن القاسم: لا تسقطها، وإن كانت بقضاء. وعن أشهب مثل رواية ابن المواز عنه.

وجه الرواية الأولى أن حكم الحاكم بذلك يثبتها في ذمة الابن فتسقط بها الزكاة. ووجه الرواية الثانية أنها نفقة أب فلم تؤثر في إسقاط الزكاة كالتى لم يقبض بها، والفرق بينها وبين نفقة الزوجة أن نفقة الزوجة يسقط حكمها عند الإعسار لأنه يوجب لها الخيار ونفقة الأب وإن حكم بها حاكم فإن ذلك يبطل بالإعسار ولا يثبت للأب خياراً ولا غيره.

مسألة: وأما نفقة الإبن، ففي الموازية أن ابن القاسم جعلها كنفقة الأبوين لا تسقط الزكاة إلا أن يحكم بها حاكم، وهي رواية ابن حبيب عن مالك. وفي الموازية عن أشهب أنها كنفقة الزوجة لا تفتقر إلى حكم حاكم، وفرق أشهب في المدونة بين الابن والأبوين بأن قال: إن الابن لم تزل نفقته ثابتة ونفقة الأب قد كانت ساقطة عن ابنه، فإنما تثبت عليه بقضاء.

مسألة: ولو كان الدين من زكاة فرط فيها، ففي المدونة: من له عشرون ديناراً فرط في زكاتها بعد الحول واتجر فيها فحال عليها حول آخر، وهي أربعون، فإنه يزكى العشرين للحول الأول نصف دينار ويزكى للحول الثاني تسعة وثلاثين ونصفاً لأن زكاة العشرين عليه.

١٧٤ كتاب الزكاة

مسألة: ومن كانت بيده مائة دينار وعليه دين مثلها، فلما حال عليه الحول وهب إياها الغريم، فقد روى ابن القاسم عن مالك: لا يزكيه حتى يحول عليه حول من يوم وهبه له، وقال أشهب: عليه فيه الزكاة حين وهبت له ولم يكن له مال غيرها.

وجه القول الأول ما احتج به سحنون من أنها لو بقيت بيده لم توهب له، لم يجب عليه، فيها زكاة، لأنها ملك لغيره أو لمن يقدر على انتزاعها منه كمال العبد، فلما وهبت له صارت فائدة ملكها الساعة فيحب أن يستقبل بها حولاً كما لو كانت عنده وديعة كمال العبد يتقرر ملكه عليه بالعتق.

ووجه القول الثاني ما احتج به من أنه بمنزلة رجل كانت عنده خمسة دنانير، فلما حال عليها الحول اشترى بها سلعة فباعها بعشرين، فإنه يجب عليه فيها الزكاة، ومعنى ذلك أن الدين كان متعلقاً بذمته وبالمال الذي بيده، فلما وهبت له اقتضى الدين بذمته، فلزمته الزكاة في المال للملكه له في جميع الحول ولو أداها في دينه لم يجب عليه فيها الزكاة لأن الدين لما أدى منها اختص بها وتعين بها، والله أعلم وأحكم.

فروع: ولو وهبها لأجنبي، فقد قال أشهب: لا زكاة على الغريم ولا على الواهب. وقال محمد: أما الواهب فليزكها لأن يد القابض لها كيده. وقال ابن القاسم.

وجه قول أشهب أن الموهوب لم يقبضها للواهب وإنما قبضها لنفسه فلا زكاة على الواهب كما لو وهبها لمن هي عليه.

* * *

الباب الثالث في معنى العرض الذي يحتسب به في الدين

وأما العرض الذي يحتسب به في الدين ليزكى العين، فأصله أن الدين يسقط زكاة العين فمن لم يكن له عرض يفى بدينه احتسب بدينه، ومن كان له عرض يفى بدينه فيه ووجبت الزكاة فيما بيده، فإن كان العرض يفى ببعض دينه احتسب فيما يقابله من الدين وباقي دينه يسقط الزكاة عن قدره من المال.

مسألة: وهذا إذا كان العرض قد حال عليه عنده حول، فإن أفاده قبل الحول، فقد قال ابن القاسم في الموازية: لا يزكى حتى يكون العرض عنده من أول الحول. وروى عيسى عن ابن القاسم: لو أفاد مائة دينار عند الحول جعل دينه فيها وزكى ما بيده.

قال ابن المواز: وقال أشهب: يزكى، سواء أفاد العرض عند الحول أو قبله بيسير،

كتاب الزكاة ١٧٥

وإن أفاد بعد الحول زكى حيثئذ. قال محمد: وبه أقول وبه قال أصحاب ابن القاسم.

وجه القول الأول أنه قال: تجب بملكه الزكاة، فاعتبر فيه الحول كمال الزكاة. ووجه القول الثاني أن ما كان بيده معرض للتنمية مدة الحول، فإذا وجد الحول عند ما يؤدي منه دينه لزمته الزكاة كما لو أفاد عيناً.

وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن عليه دين وعنده عرض لا يفي بدينه، ثم صار عند الحول يفي بالدين، فإنما ينض إلى قيمة العرض يوم الحول، قال محمد: وهذه من قول ابن القاسم يرد ما قال فيمن أفاد العرض عند الحول.

مسألة: وما الذى تحتسب من عروضه؟ مقتضى قول مالك فى المدونة أن كل ما يباع عليه فى فلسه، فإنه يجعل فيه دينه، قال: وذلك سرجه وسلاحه وداره وخادمه، قال فى الموازية: ودابته، قال ابن القاسم فى الموازية والمدونة: وخاتمه، وقال أشهب: لا يحتسب بخاتمه.

وجه ذلك أنه مما يستغنى عنه كثير من الناس مع ضيق الحال، وأما ثياب جسده وثوباً جمعته إن لم يكن لها تلك القيمة، فلا يحتسب بها فى دينه، وإن كان لها قيمة احتسب بها عند ابن القاسم. قال أشهب: إن لم يكن لبسها سرفاً لم يحتسب بها.

مسألة: ومن كان عليه دين، وله دين، جعل مثله، جعل الدين الذى عليه فى دينه الذى له، وزكى ما بيده من الناض، قاله ابن القاسم وأشهب فى المجموعة، وذلك فى الدين الذى يرجى قضاؤه يحتسب بعدده. قال سحنون: بل يجعل قيمة دينه فى قدر الدين الذى عليه.

وروى عيسى عن ابن القاسم: إن كان دينه على غير ملىء احتسب بقيمته. قال الشيخ أبو محمد: وهذا يدل على أنه إن كان ملىء احتسب بقدره، وهذا إن كان حالاً، فإن كان مؤجلاً، فينبغى أن يحتسب بقيمته؛ لأنه لو فلس لاتبع بقيمته.

وجه ذلك أن الدين الذى له على هذا يجرى لأنه إن كان على ملىء عدد، وإن كان على غير ملىء فإنما يحتسبها بما يتحصل منه، وهو قيمته، وكذلك الدين المؤجل لا يمكن اقتضاؤه الآن على عدده، وإنما يمكن أن يقتضى قيمته، وأما ما عليه من الدين فذمته مشغولة بعدده.

مسألة: وأما مدبره، فروى ابن المواز: لم يختلف أصحاب مالك فى أنه يحتسب

١٧٦ كتاب الزكاة

بقيمته، وقال سحنون في المجموعة: لا يحتسب بقيمته ولا بخدمته؛ إذ لا يباع، يريد في حياة المدير. قال الشيخ أبو القاسم: وقال غير ابن القاسم: يجعل دينه في خدمة مديره، وبه أقول.

وجه القول الأول أنه مسترق خارج من الثلث بعد الموت، فأشبهه الموصى بعقده. ووجه القول الثاني أنه قد انعقد فيه عتق لازم يسقط جميعه بوجه، فلم يحتسب به في الدين المسقط للزكاة كأم الولد.

مسألة: وأما مكاتبه، ففي الموازية عن ابن القاسم: يحتسب بقيمة كتابته. وقال أشهب: بقيمته مكاتبًا بقدر ما عليه. وقال أصبغ: بل قيمته عبدًا. ورواه ابن حبيب عن أشهب وأصبغ.

وجه القول الأول أنه إنما يملك السيد كتابته، فوجب أن يحتسب بقيمتها. ووجه القول الثاني أنه إنما يتعلق ملكه بقيمته، ولو جنى عليه لكانت له قيمته، فاحتسب بذلك في الدين، وإنما يحتسب بقيمته مكاتبًا لأن الكتابة كالعيب فيه، فلا تحسب به سليمًا، وهو معيب. ووجه القول الثالث أنه لو جنى عليه للزمت قيمته عبدًا، فكذلك يحتسب به في الدين.

فأما المعتق إلى أجل فيحتسب بقيمة خدمته على غررها، وقاله أشهب في المجموعة، ووجه أن عقد عتقه لازم فلا يحتسب برقبته، وإنما يملك خدمته إلى أجل، فبذلك احتسب عليه، وأما إن أخدم عبده سنين أو عمره، فإنه تقوم رقبته على أن يخدمه إلى تلك المدة، ولو أخدم هو عبدًا قومت عليه تلك الخدمة.

مسألة: ولو كانت له ماشية يزكيها، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يجعل الماشية في دينه، ويزكي عينه.

وجه ذلك أن الماشية يصح أداء دينه منها والزكاة المتعلقة بها لا تمنعه من أن يحتسب بها في دينه، وهي من غير جنس زكاة العين.

مسألة: ومن كانت له مائتا دينار حل حول أحدهما وعليه مائة دينار دينًا، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يزكيها ويحتسب بالمائة التي لم يحل حولها في دينه ولا يزكي الثانية.

قال الشيخ أبو محمد: يريد لا يزكي الثانية عند حولها لأن دينه فيها. وفي كتاب ابن حبيب: يزكي كل مائة لحولها، ويجعل دينه في الأخرى.

وجه القول الأول أنه لو كان حولهما واحداً لجعل دينه في أحدهما وزكى الأخيرين، فكذلك إذا اختلف حولهما. ووجه القول الثاني أن تعلق الزكاة بكل واحد منهما عند حولها لا يمنع الاحتساب بها في الدين عند حول الأخرى لأن الدين يصح قبل تعيينه.

* * *

الباب الرابع في معنى الدين يحتسب فيه بعرض

وأما الدين الذي يحتسب فيه بعرض فقد تقدم أن كل دين مما قدمناه يحتسب فيه بالعرض ويزكى ما حال عليه الحول من العين، ومن كان عليه عشرون ديناراً من زكاة فرط فيها، فقد قال ابن القاسم في العتبية: إن كان عنده عرض قيمته عشرون ديناراً، فلا يحتسب به في دينه بخلاف ديون الناس ولا يحتسب ما عليه من الزكاة إلا فيما بيده من المال، فإن بقي في يده بعد ذلك نصاب زكاة، وإلا لم يزك.

قال ابن المواز: إنما ذلك عند مالك وابن القاسم إذا لم يكن له عرض، ولو كان له عرض زكى الجميع، وهذا قول أشهب في المدونة.

وجه القول الأول أن دين الزكاة أضعف من غيره، ولذلك لا يخرج من رأس المال بعد الموت بخلاف ديون الناس، فذلك لم يؤثر العرض في إسقاط حكمها. ووجه القول الآخر ما احتج به من أنه دين يسقط الزكاة، فاحتسب به في العرض كديون الناس.

* * *

زكاة العروض

٦٦٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ زُرَيْقِ بْنِ حَبَّانَ، وَكَانَ زُرَيْقٌ عَلِيَّ جَوَازٍ مِصْرَ فِي زَمَانِ الْوَلِيدِ وَسَلِيمَانَ وَعُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ، فَذَكَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَيْهِ: أَنْ أَنْظِرْ مَنْ مَرَّ بِكَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، فَخُذْ مِمَّا ظَهَرَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ مِمَّا يُدِيرُونَ مِنَ التَّجَارَاتِ مِنْ كُلِّ أَرْبَعِينَ دِينَارًا دِينَارًا، فَمَا نَقَصَ فَبِحِسَابِ ذَلِكَ حَتَّى يَبْلُغَ عِشْرِينَ دِينَارًا، فَإِنْ نَقَصَتْ تِلْكَ دِينَارٌ فَدَعُوهَا، وَلَا تَأْخُذْ مِنْهَا شَيْئًا، وَمَنْ مَرَّ بِكَ مِنْ أَهْلِ الدِّمَةِ فَخُذْ مِمَّا يُدِيرُونَ مِنَ التَّجَارَاتِ مِنْ كُلِّ عِشْرِينَ دِينَارًا دِينَارًا،

١٧٨ كتاب الزكاة

فَمَا نَقَصَ فَبِحِسَابِ ذَلِكَ حَتَّى يَبْلُغَ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ، فَإِنْ نَقَصَتْ ثُلُثَ دِينَارٍ فَدَعَهَا، وَلَا تَأْخُذُ مِنْهَا شَيْئًا، وَآكُتَبَ لَهُمْ بِمَا تَأْخُذُ مِنْهُمْ كِتَابًا إِلَى مِثْلِهِ مِنَ الْحَوْلِ^(١).

الشرح: هكذا وقع في رواية يحيى عن زريق، بالزاي المعجمة قبل الراء، والصواب زريق، بالراء غير المعجمة قبل الزاي المعجمة، وعليه جمهور الرواة، وزريق لقب، واسمه سعيد بن حيان الفزاري.

قوله: «فخذ مما ظهر من أموالهم» تصريح منه أنهم مؤمنون فيها، وأنهم لا يأخذون إلا بما ظهر وأموال التجارة من الأموال التي تخفى، فإنما يؤخذ ما ظهر منها ممن كان مؤتمناً فيها.

وقوله: «مما يديرون من التجارات» يستغرق العروض وغيرها، وهو في العرض أظهر لأن التجارة إنما تدار بها والربح والنماء إنما يقصد فيها، وإدارتها بالبيع والشراء.

ووجه آخر أن سائر الأموال لا يراعى فيها الإدارة من غيرها، ولا بد من أخذ الزكاة من العين على كل حال. وأما العروض، فهي التي تفرق بين المقتنى منها، فلا تؤخذ منه الزكاة وبين ما يدار منها في التجارة، فيؤخذ منه الزكاة، فكان الأظهر أنه أراد بذلك زكاة العروض.

وهذا كتاب أمير المؤمنين عمر بن عبدالعزيز بذلك إلى عماله وأصحاب جوائزه وأخذ زريق به الناس في زمانه، وهذا مما يحدث به في الأمصار، ولم ينكر ذلك عليه أحد ولا يعلم أحد تظلم منه بسببه، والناس متوافرون في ذلك الزمان من بقايا

(١) قال في الاستذكار ١٠١/٩: معلوم عند جماعة العلماء أن عمر بن عبد العزيز كان لا ينفذ كتاباً، ولا يأمر بأمر ولا يقضى بقضية إلا عن رأى العلماء الجلة ومشاورتهم والصدر عما يجمعون عليه ويذهبون إليه، ويرونه من السنن المأثورة عن النبي ﷺ، وعن أصحابه المهتدين بهديه المقتدين بسننه، وما كان ليحدث في دين الله مالم يأذن له به مع دينه وفضله. وفي حديثه هذا الأخذ من التجارات في العروض المدارات بأيدي الناس والتجار: الزكاة كل عام، ولم يعتبر من نض له شيء من العين في حوله ممن لم ينض، ولو كان ذلك من شرط زكاة التجارات لكتب به وأوضحه ولم يهمله، ومعلوم أن الإدارة في التجارة لا تكون إلا بوضع الدراهم والدنانير في العروض وابتغاء الربح، وهذا من أبين شيء في زكاة العروض، ولذلك صدر به مالك هذا الباب. وقد روى عن عمر بن الخطاب ما يدل على أن عمر بن عبد العزيز سلك طريقه في ذلك وملكه أمثل.

كتاب الزكاة ١٧٩
الصحابة، وجمهور التابعين ممن لا يحصى. كثرة، فثبت أنه إجماع، وخالف داود فى ذلك، فقال: لا زكاة فى العرض بوجه كان لتجارة أو غيرها.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣] وهذا عام، فيحمل على عمومه إلا ما خصه الدليل.

ودليلنا من جهة السنة ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من آتاه الله مالاً فلم يؤد زكاته مثل له يوم القيامة شجاعاً أقرع له زببتان يطوقه يوم القيامة ثم يأخذ بلهزمتيه، يعنى شذقيه، ثم يقول: أنا مالك أنا كنزك^(*)».

ودليلنا من جهة القياس أن هذا مال مرصد للنماء والزيادة، فجاز أن تجب فيه الزكاة كالعين.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن الأموال على ضربين، مال أصله التجارة كالذهب والفضة، فهذا على حكم التجارة حتى ينتقل عنه، ومال أصله القنية كالعروض والثياب وسائر الحيوان والأطعمة، فهذا على حكم القنية حتى ينتقل عنه، فما كان أصله التجارة لم ينتقل إلى القنية إلا بالنية والعمل، والعمل المؤثر فى ذلك أن الصياغة وما كان أصله القنية لم ينتقل إلى التجارة إلا بالنية والعمل، والعمل المؤثر فى ذلك الاتباع، فمن اشترى عرضاً ولم ينو به تجارة، فهو على القنية حتى يوجد منه نية التجارة.

ومن ورث عرضاً ينوى به التجارة، فهو على القنية لأنه لم يوجد منه عمل ينقله إلى التجارة، فإذا ابتاعه للتجارة، فقد اجتمع فيه النية والعمل، فثبت له حكم التجارة لما قدمناه.

وأما ما ابتاعه للغلة من الدور ثم باعه بعد حول، ففي الموازية من رواية ابن القاسم: عن مالك فى ذلك، روايتان، إحداهما: يزكى الثمن، وهو اختيار ابن نافع. والرواية الثانية: يستأنف به حولاً، وهو اختيار ابن القاسم.

وجه الرواية الأولى أن الغلة نوع من النماء، فالإرصاد له يوجب الزكاة كربح التجارة. ووجه الرواية الثانية أنه مال لم يرصد للتجارة، فلم تجب فيه زكاة كما لو اشتراه للقنية.

فروع: فأما إذا ابتاعه لأمرين، وجه من القنية، ووجه من التجارة كمن اشترى جارية لوطء أو خدمة، فإذا وجد بها ربحاً باعها، ففي الموازية: ثمنها فائدة.

(*) تقدم تخريجه.

١٨٠ كتاب الزكاة

وروى أشهب يزكى ثمننا، فعلى هذا لشراء السلعة أربعة أوجه، أحدها: يشتريها للتجارة المحضة، فهذا لا خلاف في تعلق الزكاة بها. والثاني: أن يشتريها للقنية، فهذا لا خلاف في انتفاء الزكاة عنها. والثالث: أن يشتريها للقنية والتجارة، فهذا اختلف في وجوب الزكاة فيها، وكذلك الوجه الرابع إذا اشتراها للغلة.

مسألة: ومن اشترى عرضًا للتجارة ثم صرفه إلى القنية ثم باعه، ففيه روايتان، روى ابن القاسم عن مالك حكمه القنية. وروى أشهب عن مالك حكمه التجارة.

وجه رواية ابن القاسم أن أصله القنية فأثر في رده إلى أصله مجرد داننية كالذهب والفضة. ووجه رواية أشهب أن النية مؤثرة في العروض كما لو اشتراها للتجارة، ثم نوى بها القنية، ولأنه لما اشتراها للتجارة وثبت لها هذا الحكم صار أصلًا لها فرجعت إليه لمجرد النية، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «مما يديرون من التجارات من كل أربعين دينارًا دينارًا» تصريح بأن الزكاة تجب في قيمتها دون عينها، ولو وجبت في عين العرض لقال ربع قيمة المال، فلما رد ذلك إلى العين علم أن الزكاة إنما تجب فيه، وهو قيمة العرض والزكاة على ضربين: زكاة عين، وهي زكاة العين والحرق والماشية، وزكاة قيمة، وهي زكاة العروض المدارة في التجارة.

وقال أبو حنيفة: الزكاة تجب في عين العرض، ولكن يخرج قيمة ذلك العرض.

والدليل على ما نقوله أن كل مال اعتبر النصاب فيه، فإن الزكاة متعلقة به كالماشية.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الأموال المدارة للتجارة على ضربين: ضرب لا تجب الزكاة في عينه، وضرب: تتعلق الزكاة بعينه.

فأما ما لا تجب الزكاة في عينه، فهي العروض التي ذكرناها وتجب فيها بالتجارة بالنية والعمل، وذلك أن يشتري بنية التجارة، فأما ما ورث منها للتجارة أو اشترى للقنية ونوى بها التجارة، فلا زكاة فيه خلافاً لأحمد وإسحاق، وقد تقدم الكلام فيها.

مسألة: فأما إذا كانت مما تجب الزكاة في عينه كالماشية، فإن زكاة العين أحق بها لأن الزكاتين إذا اجتمعتا كانتا أولاهما زكاة العين خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي.

كتاب الزكاة ١٨١
والدليل على ما نقوله أن زكاة العين متفق عليها وزكاة القنية مختلف فيها، فكانت
زكاة العين أولى.

فرع: وهذا إذا بلغت الماشية نصاباً، فإن لم تبلغ نصاب الماشية، وبلغت نصاب
القنية ثبتت زكاة القنية لعدم زكاة العين، والله أعلم.

فصل: وقوله: «لما نقص فبحساب ذلك حتى تبلغ عشرين ديناراً» موافق لما
ذكرناه من أن ما زاد على عشرين ديناراً، يؤخذ منه بحساب ذلك، وبيان أن النصاب
هو العشرون ديناراً.

وقوله: «فإن نقصت ثلث دينار فدعها» تصريح بأن النقص عن النصاب يسقط
الزكاة، وذكر الثلث الدينار، وليس فيه دليل على أنه إذا نقصت أقل من ثلث دينار
تجب فيها الزكاة لأنه لم يتعرض لذلك، ولا ذكره وقد تعلق قوم بهذا، وقالوا: إن
مذهب عمر بن عبدالعزيز أنها إذا نقصت أقل من ثلث دينار أن الزكاة فيها، وما قالوه
غير صحيح، ولا يجب أن يظن هذا به، ولو أراد هذا لقال حتى تبلغ عشرين ديناراً غير
ربع دينار أو غير أقل من ثلث دينار، فإن نقصت ثلث دينار فدعها، فقد روى ابن
مزين عن عيسى عن ابن القاسم: لم يأخذ مالك بهذا.

وقوله: «لا زكاة فيها إذا نقصت يسيراً أو كثيراً لا مثل الحبة والحبتين» ونحو ذلك
فيه الزكاة وكذلك الدراهم، وقد تقدم تفسير مذهب مالك وأصحابه في ذلك.
ومعنى قوله: «لم يأخذ مالك بهذا» يريد والله أعلم، لم يأخذ يظهر ما اعتقد فيه
من ذكرنا قوله، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ومن مر بك من أهل الذمة فخذ مما يديرون من التجارات من كل
عشرين ديناراً ديناراً» يحتمل أن يكون رأى ذلك اجتهاداً لكساد أسواق الجهة كما
فعل عمر بن الخطاب فيما كانوا يحملون إلى المدينة من الطعام والزيت، كان يأخذ منه
نصف العشر ليكثر بذلك طعامهم وزيتهم، ويحتمل أن يكون عمر بن عبدالعزيز قصد
بذلك الطعام وحده اقتداء بعمر رضى الله عنهما.

فصل: وقوله: «حتى تبلغ عشرة دنانير فإن نقصت ثلث دينار فدعها» يحتمل أن
يكون هذا اجتهاداً منه وأنه رأى ما دون العشرة لا يؤخذ منه شيء مما يتجر به أهل
الذمة، فإن ذلك من جملة اليسير الذى يجرى مجرى النفقة، ومما لا بد منه للمسافر فى
سفره.

١٨٢ كتاب الزكاة

والذى عليه جمهور الفقهاء أنه يؤخذ مما يحملونه للتجارة قليلاً كان أو كثيراً لأنهم انتفعوا بالتجارة فيؤخذ منه على قدره إذا انتفعوا بالتجارة فى غير أفقهم الذى يؤدون الجزية على المقام والتجارة فيه.

فصل: وقوله: «واكتب لهم بما تأخذ منهم كتاباً إلى مثله من الحول» يقتضى ظاهره أن يكون براءة لهم مما أخذ منهم ومنعاً من أن يؤخذ منهم شىء إلى انقضاء الحول، والذى عليه مالك وأصحابه أنه يؤخذ منهم فى كل مرة يأتون تجاراً إلى غير أفقهم، وإن كان ذلك مائة مرة فى عام واحد، فلا تكن لهم براءات إلى الحول، وسيأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَا يُدَارُ مِنَ الْعُرُوضِ لِلتَّجَارَاتِ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا صَدَّقَ مَالَهُ ثُمَّ اشْتَرَى بِهِ عَرْضًا بَرًّا أَوْ رَقِيقًا أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ثُمَّ بَاعَهُ قَبْلَ أَنْ يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ، فَإِنَّهُ لَا يُؤَدَّى مِنْ ذَلِكَ الْمَالِ زَكَاةً حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ صَدَقَهُ، وَأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَبِعْ ذَلِكَ الْعَرْضَ سِنِينَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْعَرْضِ زَكَاةً، وَإِنْ طَالَ زَمَانُهُ فَإِذَا بَاعَهُ فَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا زَكَاةٌ وَاحِدَةٌ.

الشرح: وهذا كما قال أن الذى يدار من العروض للتجارات على وجه الادخار وانتظار الأسواق إذا اشتراه بعد أن زكى ماله، ثم باعه قبل أن يحول عليه الحول من يوم زكى المال، أنه لا زكاة عليه لعدم الحول، وإن بقى عنده أعواماً، فإنه لا يؤدى من ذلك المال زكاة حتى يبيع، فإن باع أدى زكاة واحدة.

والإدارة فى كلامه على ضربين، أحدهما: أن يريد بالإدارة التقلب فى التجارة، وهو الذى أراهنا، فهذا لا زكاة على رب المال فيه، وإن أقام أعواماً حتى يبيع، فيزكى لعام واحد. والثانى البيع فى كل وقت من غير انتظار سوق كفعل أرباب الحوانيت المديرين، فهذا يزكى فى كل عام على شروط نذكرها إن شاء الله تعالى.

وقال أبو حنيفة والشافعى: يقوم التاجر فى كل عام، ويزكى مديراً كان أو غير مدير. وقال محمد بن الحسن عن أبى حنيفة: عليه إذا باع أن يزكى أثمانها لما تقدم من السنين، فإذا انقضت عما تجب فيه الزكاة، لم يكن عليه زكاة.

واستدل القاضى أبو محمد فى ذلك بأن هذا مال لا تجب فى عينه الزكاة، فلا يجب تقديمه فى كل عام كالعرض المقتنى. واستدل القاضى أبو إسحاق فى ذلك بأن أعيان

كتاب الزكاة ١٨٣
العروض لا صدقة فيها بقوله ﷺ: «ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة»^(١)
فإذا اشترى العرض بذهب للتجارة فقد صرف ما تجب في عينه الزكاة إلى ما لا تجب
في عينه، فما دام عرضاً فلا شيء فيه، فإن النية مفردة لا تؤثر ولو أثرت دون عمل
لوجبت الزكاة على من كان عنده عرض للقيمة، فنوى بذلك التجارة وقد أجمعنا على
بطلان ذلك.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي بِالذَّهَبِ أَوْ الْوَرِقِ حِنْطَةً أَوْ تَمْرًا أَوْ
غَيْرَهُمَا لِلتَّجَارَةِ ثُمَّ يُمَسِكُهَا حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ ثُمَّ يَبِيعُهَا: أَنَّ عَلَيْهِ فِيهَا
الزَّكَاةَ حِينَ يَبِيعُهَا إِذَا بَلَغَ ثَمَنُهَا مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِثْلَ الْحَصَادِ
يَحْصُدُهُ الرَّجُلُ مِنْ أَرْضِهِ وَلَا مِثْلَ الْجَدَادِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا اشترى حنطة أو تمرا للتجارة ثم باعه بعد الحول،
فإنه يزكى ثمنه زكاة الأثمان، ولا يزكيه زكاة الحبوب لأن الحبوب إنما تزكى زكاتها
عند تنميتها على وجه الحرث، وهو الزراعة والتنمية بالتجارة إنما هي تنمية الذهب
والفضة والمراعى في ذلك جهة التنمية فإذا كانت من جهة الزراعة روعى نصاب الحب
وكانت الزكاة في عينه، وإذا كانت التنمية بالتجارة روعى نصاب الثمن، وكانت
الزكاة في قيمة الحب دون عينه، وأما الماشية، فإذا اشتراها للتجارة، فإن زكاة الماشية
حق بها لأن تنميتها من جهة النسل والولادة بائنة فيها متمكن منها لا يمنع من ذلك
التجارة فيها بخلاف الحب، فإنه لا يتأتى فيه تنمية الزراعة مع تنمية التجارة.

فصل: وقوله: «يشترى بالذهب أو الورق حنطة أو تمراً أو غيرهما للتجارة» ليس
على معنى الشرط لأنه سواء اشترى الحنطة أو التمر بالذهب أو العروض، هذا حكمها
في وجوب الزكاة، وإنما يراعى في بيعها أن ينض في يديه ثمنها على الوجه الذي تجب
فيه الزكاة وسنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١٣٧٠، ١٣٧١. مسلم حديث رقم ١٦٣١، ١٦٣٢،
١٦٣٣. الترمذى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٥٦٩، ٦٢٨. النسائى حديث رقم ٢٤٢٠،
٢٤٢١، ٢٤٢٢، ٢٤٢٣. أبو داود حديث رقم ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٥٩٥. ابن ماجه حديث
رقم ١٨١٢، ١٨٠٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٦٩٩٤، ٧٠٩٠، ٧١٤٣، ٧٤٣٠،
٨٩١٣، ٨٩٤٦. الدارمى حديث رقم ١٥٧٦، ١٦٣٢.
(١) الجذ: قطع ثمر النخل، يحصل من ذهب أو فضة.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ عِنْدَ رَجُلٍ يُدِيرُهُ لِلتَّجَارَةِ وَلَا يَنْضُ لِمَصَاحِبِهِ مِنْهُ شَيْءٌ تَجِبُ عَلَيْهِ فِيهِ الزَّكَاةُ، فَإِنَّهُ يَجْعَلُ لَهُ شَهْرًا مِنَ السَّنَةِ يُقَوْمُ فِيهِ مَا كَانَ عِنْدَهُ مِنْ عَرْضٍ لِلتَّجَارَةِ، وَيُحْصِي فِيهِ مَا كَانَ عِنْدَهُ مِنْ نَقْدٍ أَوْ عَيْنٍ، فَإِذَا بَلَغَ ذَلِكَ كُلَّهُ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، فَإِنَّهُ يُزَكِّيهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من كان عنده مال للتجارة بديره، ولا يجتمع بيده منه عيناً ما له مقدار يقصد للتجارة، فإنه إنما يبيع في غالب حاله باليسير من الثمن على قدر ما يطلب ثم يتتبع به توفية، ولا ينتظر سوق نفاق يبيع فيه ولا سوق كساد يشتري فيه، فهذا الذي يقع عليه اسم المدير، وحكمه في الزكاة أن يجعل لنفسه شهراً يكون حوله، فيقوم فيه ما بيده من السلع، فيزكي قيمتها.

ووجه أنه لو لم يفعل ذلك لأدى إلى أحد أمرين، إما أن لا يزكى أصلاً، وقد بينا وجوب الزكاة عليه أو إلى أن نكلفه من ضبط الأحوال وحفظها ما لا سبيل له إليه، وقد قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] وإذا لم يجوز إسقاط الزكاة، ولم تلزم هذه المشقة، فلا بد مما ذكرناه من التقويم عند الحول ومضى مدة يتمكن فيها من التسمية.

مسألة: وهذا الشهر الذي جعله حوله، هو رأس الحول من يوم كان زكى المال قبل أن يديره أو من يوم أفاده، وإن كان حول ذلك كله واحداً، فإن اختلفت أحواله، فعلى حسبها اختلاف أصحابنا في ضم أحوال الفائدة بعضها إلى بعض، وهذا معنى قوله: «يجعل له شهراً من السنة يقوم فيه» لأن ذلك مصروف إلى اختياره.

فصل: قوله: «يقوم ما كان عنده من عروض التجارة، ويحصى ما كان عنده من نقد أو عين» دليل على أنه إنما قصد بكلامه من حال حوله وعنده عين وعرض، ولعله أن يكون يبيع في أكثر عامه بالعين، فأما إن كان يبيع في عامه كله بالعرض، فقد قال ابن حبيب: هو مدير، رواه مطرف وابن الماجشون عن مالك: يقوم ويزكى لما ينض له من العين قليلاً أو كثيراً. وقال ابن القاسم وابن نافع وأشهب: ليس بمدير، وإنما المدير من يبيع بالعين.

وجه قول مالك أن الإدارة إنما هي لاختلاف الأحوال والتباسها لتداخلها، وهذا المعنى موجود فيمن يبيع بالعرض. ووجه قول ابن القاسم وأشهب أن هذا لم يبيع بعين

كتاب الزكاة ١٨٥

فى أمد حوله، فلم تجب عليه زكاة حتى يبيع به كالمدخر ولا فرق بين المدخر والمدير إلا أن المدير يبيع بالعين وغيره والمدخر يبقى ماله عرضاً المدة الطويلة، فإذا باع فإنما عليه زكاة واحدة، وهذه صفة من لا يبيع إلا بالعرض.

مسألة: فإن كان للرجل مال يديره ومال يدخره، فإن كانا متساويين زكى كل مال على حكمه، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر، فحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن الحكم للأكثر والأقل تبع له.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه إن أدار أكثر ماله زكى جميعه على الإدارة، وإن أدار أقله زكى كل مال على حكمه.

وجه قول ابن الماجشون أن الأصول مبنية على أن الأقل تبع للأكثر، وإذا اجتمع مالان فى الزكاة كان أقلهما تبعاً للأكثر. أصل ذلك إذا كان المدار أكثر. ووجه قول ابن القاسم أن زكاة العين يغلب فيها حكم الحول، ألا ترى أنه لو نض له درهم واحد من جملة مال كثير لغلب حكم الحول ووجبت الزكاة.

مسألة: فإن أدار تجارته بعض الحول ثم بدا له أن لا يدير، فقد قال ابن القاسم: إذا أدار أحد عشر شهراً ثم بدا له أن لا يدير فلا تقوم عرضه، ولا يزكيه حتى يبيعه، ولا يزكى دينه حتى يقبضه.

وجه ذلك أن الأصل فى عروض التجارة أن لا تزكى حتى يقبض ثمنها، وإنما ثبت التقويم فى أموال التجارة للضرورة، ويرجع الفرع إلى الأصل بمجرد النية كالتقنية فيما يرد إليها من التجارة بمجرد النية.

مسألة: وإذا بار عرض المدير أعواماً، فقال مالك: يقوم عرضه البائر ودينه المحتبس، رواه ابن المواز عن ابن القاسم. وقال ابن الماجشون: لا يقوم شىء من ذلك، ويبطل حكم الإدارة، وتابعه عليه سحنون.

وجه قول مالك أن هذا مال قد ثبت له حكم الإدارة بالنية والعمل، فلا يخرج عنها إلا بالنية والعمل وليس بوار العرض من نية الادخار ولا من عمله لأنه كل يوم يعرضه للبيع ولا ينتظر به سوق نفاق.

وجه قول ابن الماجشون أن العروض ليست من جنس ما تجب فيه الزكاة، وإنما تجب الزكاة فى قيمته مع تعبيره بالتجارة، فإذا بقى ولم ينتقل بالتجارة رجع إلى حكم الادخار الذى هو أصله.

١٨٦ كتاب الزكاة

فرع: فإذا قلنا بقول عبدالمملك وسحنون، فحكم المدة التى تبور فيها حتى يسقط فيه حكم الإدارة لم يحد فى ذلك ابن الماجشون حدًا. وقال سحنون: إن بار عامين يطل فيه حكم الإدارة. ورواه ابن مزين عن ابن نافع.

ووجه ذلك أن العام الواحد مدة للتنمية والتحرك، فإذا اتصل بذلك عام آخر ثبت بواره وحكم ببطلان حكم التجارة فيه.

مسألة: إذا ثبت أن المدير يقوم عرضه وحال عليه الحول وليس عنده عين، فهل تقوم أم لا؟ قال مالك: تقوم، رواه عنه مطرف وابن الماجشون. وقال ابن القاسم: حتى ينض له شىء من العين. قال ابن حبيب: انفرد بذلك ابن القاسم.

وجه قول مالك أن التنمية تحصل له بالتجارة بالعرض، فكانت عليه الزكاة كما لو باع بالعين. ووجه قول ابن القاسم أن العروض لا تزكى وإنما تزكى العين، فلا بد أن ينض له شىء ليكون له أصلا فى الزكاة، فتكون قيمة عروضه تبعًا لذلك الدرهم.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فحكم مقدار ما ينض له حتى يقوم. قال ابن القاسم: يقوم، وإن لم ينض له إلا درهم واحد، ولا أعرف من أصحابنا من يقول أنه مدير، ويراعى أنه ينض له غير ذلك، وإنما تختلف أقوالهم لأن منهم من يقول ليس بمدير لأنه قد خرج ببيعه العرض عن حكم الإدارة، وهو رأى أشهب وابن نافع فبذلك يقع الخلاف.

فرع: قال ابن القاسم: ومتى ما نض له هذا الدرهم فى وسط الحول أو فى آخره، فإنه يقوم.

وقال القاضى أبو محمد: إنما يراعى حصول العين فى آخر الحول وهو الأولى لأن مراعاة أحوال الزكاة تكون عند الحول، ولا اعتبار بما قبل ذلك.

مسألة: فإن نض من العين أقل مما تجب فيه الزكاة أو لم ينض له عين أصلاً على قول من يرى عليه الزكاة، فروى ابن نافع عن مالك أنه مخير بين أن يبيع عرضًا، ويؤدى ثمنه فى زكاته، وبين أن يخرج عرضًا بقيمته من أى أصناف عروضه شاء، فيدفعه إلى أهل الزكاة. وحكى القاضى أبو محمد عن مالك: ليس له أن يخرج إلا العين، وبه قال سحنون.

وجه رواية ابن نافع أن الزكاة تجب عليه بالنصاب، فإذا كان عنده عين أدى منها،

وإن لم يكن عنده عين لم يكن عليه بيع العرض؛ لأنه لا يخلو أن يستأجر عليه من يبيعه، فتكون الأجرة زيادة على زكاته، أو يتولى بيعه، فيلزمه زيادة عمل، وهو مخالف لزكاة العين، وربما لم يجد من يشتري منه ذلك العرض بقيمته، فيلزمه الزيادة من ماله أو يخرج أقل من النصاب، فكان له أن يخرج العرض لأنه من جنس ما وجبت فيه الزكاة.

ووجه رواية القاضي أبي محمد أن النصاب إنما يعتبر بالدنانير والدرهم، فإذا لم يكن ضرر في الإخراج منها وجب الإخراج منها كسائر أموال الزكاة.

مسألة: والمدير يقوم عرضه قيمة عدل بما تساوى حين تقويمه لا ينظر إلى شرائه، وإنما ينظر إلى قيمته على البيع المعروف دون بيع الضرورة لأن ذلك هو الذى يملكه فى ذلك الوقت والمراعى فى الأموال والنصب حين الزكاة دون ما قبل ذلك وما بعده.

مسألة: وهل يزكى ديونه، الديون على ضربين، منها ما لم يكن أصله التجارة كالعروض وغيره، فهذا الاختلاف فى أنه لا يزكى. ومنها ما أصله التجارة، فهذا قال مالك وجمهور أصحابه: يزكىه المدين إذا كان يرتجيه، وما لا يرتجيه فلا يزكىه، عينا كان أو عرضا. وقال المغيرة: لا يزكى المدين دينه حتى يقبضه.

وجه قول مالك أن المدين لما كان يزكى عرضه بالقيمة، فكذلك دينه، ويجرى ذلك أن الدين مال على صفة لا يقطع الخول، فجاز أن يزكىه المدين كالعروض. ووجه قول المغيرة أن الدين فى ضمان غيره، فلم يلزمه أن يزكىه كالقرض.

فرع: فإذا قلنا إن المدين يزكى دينه، فإن الدين معجل ومؤجل، فإما فإنه يحسبه بعدده إن كان عينا لأن له قبضه، وإن تأخر عنه أياما، فتأخر العروض، رواه ابن المواز عن ابن القاسم. وإن كان عرضا، فإنه يقوم؛ لأنه لا زكاة فى عينه. وأما المؤجل فقال عبدالمالك: يقوم. وروى أبو زيد عن ابن القاسم: لا يزكىه حتى يجلب.

وجه قول عبدالمالك أنه مال لو احتاج إلى أداء ديونه منه لاستطاع على ذلك يبيعه، فوجب أن يزكىه إذا كان من أموال التجارة كالمال. ووجه رواية ابن القاسم أنه ممنوع منه، فلم تجب عليه زكاته كالمال المصوب.

مسألة: ولا يزكى المدين كتابة مكاتبه، قاله ابن القاسم، لأنها فائدة لم يكن أصلها التجارة، فلا بد من استئناف حول بها بعد قبضها كالميراث.

وَقَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ تَجَرَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَمَنْ لَمْ يَتَجَرَ سِوَاءَهُ، لَيْسَ عَلَيْهِمْ إِلَّا صَدَقَةٌ وَاحِدَةٌ فِي كُلِّ عَامٍ، تَجَرُوا فِيهِ أَوْ لَمْ يَتَجَرُوا.

الشرح: وهذا كما قال أن الزكاة واجبة في أموال التنمية، ومنها العين سواء صرفها أهلها بتنميته أو لم يصرفوا لأن التنمية ممكنة فيها، وإن تجرؤا بها ونموها مراراً، فإن الزكاة لا تجب عليهم إلا مرة واحدة في الحول لأن هذه المدة قد قدرها الشرع لتكامل النماء، وربما أمكن تنميتها في بعض العام، وربما تعذر في بعضه، فقدر الشرع هذه المدة لتكامل النماء، وذلك عدل بين من تجر في ماله مراراً، ومن لم يتجر به أصلاً كزكاة الماشية إنما هي مرة في الحول، وإن كان من الماشية ما ينمو مرتين بالولادة، ومنها ما لا يجب جملة، فالزكاة مبنية على مثل هذا من التعديل في الأموال، والله أعلم.

* * *

ما جاء في الكنز

٦٦٣ - مَالِكٌ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، وَهُوَ يُسْأَلُ عَنِ الْكَنْزِ مَا هُوَ؟ فَقَالَ: هُوَ الْمَالُ الَّذِي لَا تُؤَدَّى مِنْهُ الزَّكَاةُ.

الشرح: قوله في الكنز: «هو المال الذي لا تؤدى منه الزكاة» يريد أن هذا اسم مختص في الشرع بهذا النوع من المال؛ لأن أصل الكنز في اللغة هو الجمع وكل مال جمع، فهو كنز^(١)، لكن الشرع قرر هذا الاسم عنده على جمع المال على وجه منع الحق منه، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبِشْرِهِمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [التوبة: ٣٤] فتوعدهم تعالى على منع الحق من المال، ولا يجوز أن يتوعدهم على جمع مال قد أدت حقوقه وزكاته لأنه لا خلاف بين المسلمين في جواز ذلك، فثبت أن المراد به الجمع مع منع الزكاة.

٦٦٣ - أخرجه البخاري في كتاب الزكاة حديث رقم ١٣١٦. وابن ماجه في كتاب الزكاة حديث رقم ١٧٧٧. الشافعي في الأم ٣/٢. البيهقي في الكبرى ٨٣/٤. ومعرفة السنن والآثار ٧٨٤٠/٦.

قال السيوطي: أخرجه ابن مردويه من طريق سويد بن عبد العزيز عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً. انظر: تنوير الحوالك ١٩٥.

(١) الكنز: المال المدفون، وقد كنزه يكنزه، والذهب والفضة، وما يجرز به المال، وركز الرمح في الأرض وكل شيء غمزته في وعاء أو أرض، فقد كنزته.

وقد روى عن عبدالله بن عمر أن أعرابياً سأله، فقال: أخبرني قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾ [التوبة: ٣٤] قال ابن عمر: من كنزها فلم يؤد زكاتها فويل له، إنما كان هذا قبل أن تنزل الزكاة، فلما أنزلت الزكاة جعلها الله طهرة للأموال.

وقال زيد بن وهب: مررت على أبي ذر بالريذة، قلت: ما أنزلت بك بهذه الأرض؟ قال: كنا بالشام فقرأت: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبِشْرِهِمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [التوبة: ٣٤] قال معاوية: ما هذه فينا، ما هذه إلا في أهل الكتاب، قال: قلت: إنها لفينا وفيهم.

وروى عن علي «أربعة فما دونها نفقة، فإن زادت فهي كنز أدبت زكاته أو لم تؤد» فعلى هذين القولين منع ادخار كثير المال. وقال ابن عباس: هي خاصة فيمن لم تؤد زكاته من المسلمين وعامة في أهل الكتاب، من أدى زكاته، ومن لم يؤدها.

وقال عمر بن عبدالعزيز: أراها منسوخة بقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣] والكنز في كلام العرب كل شيء جمعت بعضه إلى بعض.

٦٦٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ كَانَ عِنْدَهُ مَالٌ لَمْ يُؤَدِّ زَكَاتَهُ مُثْلَ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ شُجَاعًا أَقْرَعَ لَهُ زَبِيَّتَانِ^(١) يَطْلُبُهُ حَتَّى يُمَكِّنَهُ يَقُولُ: أَنَا كُنْتُكَ.

الشرح: قوله: «من كان عنده مال لم يؤد زكاته» يريد أنه منع ذلك فيمثل له ماله يوم القيامة شجاعاً أقرع، الشجاع الحية، والأقرع ضرب منها، يقال إنه أقبحها منظراً.

٦٦٤ - أخرجه البخاري في كتاب الزكاة حديث رقم ١٣١٥. والنسائي في كتاب الزكاة حديث رقم ٢٤٠٣، ٢٤٣٤. وابن ماجه في كتاب الزكاة حديث رقم ١٧٧٦. وأحمد في المسند حديث رقم ٧٢٤٧، ٧٤٢٩، ٧٨٣٧، ٨٥٧٧، ٩٩٥١، ١٠٤٣٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٥/٥: هذا الحديث موقوف في الموطأ غير مرفوع. وقد أسنده عبدالرحمن بن عبدالله بن دينار أيضاً عن أبيه، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ بالإسناد الأول، ورواه عبدالعزيز بن الماجشون، عن عبدالله بن دينار، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، وهو - عندي - خطأ منه في الإسناد، والله أعلم.

(١) الشجاع: الثعبان الكبير، زبيتان: والزيتان: نقطتان سوداوان فوق عينيه أو نابان في فمه.

١٩٠ كتاب الزكاة
وقوله «زبيبتان» الزبيبتان زبدان فى شدقى المتكلم من شدة كلامه، وأكثر ما يعترى ذلك المتكلم عند الضجر، فيحتمل أن يوصف الشجاع بذلك لتغيظه على المفرط فى الزكاة وكثرة قوله: أنا كترك، أنا كترك.

فصل: وقوله: «يطلبه» يريد أنه يتبعه «حتى يمكنه» يريد حتى يتمكن من أذيته، ويقول له: أنا كترك، على وجه التوبيخ له والتقريع وإظهار سوء العاقبة فيما كان يعمل منه من منع الزكاة، وهذا يقتضى أن الكنز هو ما منع منه الحق.

* * *

صدقة الماشية

٦٦٥ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَرَأَ كِتَابَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ^(١) فِي الصَّدَقَةِ قَالَ:
فَوَجَدْتُ فِيهِ: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كِتَابُ الصَّدَقَةِ فِي أَرْبَعٍ وَعِشْرِينَ مِنْ الْإِبِلِ
فَدُونَهَا الْغَنَمُ فِي كُلِّ خَمْسِ شَاةٍ، وَفِيهَا فَوْقَ ذَلِكَ إِلَى خَمْسِ وَثَلَاثِينَ ابْنَةَ مَخَاضٍ،
فَإِنْ لَمْ تَكُنْ ابْنَةَ مَخَاضٍ فَأَبْنُ لَبُونٍ ذَكَرٌ، وَفِيهَا فَوْقَ ذَلِكَ إِلَى خَمْسِ وَأَرْبَعِينَ بِنْتُ
لَبُونٍ^(٢)، وَفِيهَا فَوْقَ ذَلِكَ إِلَى سِتِّينَ حِقَّةً طُرُوقَةَ الْفَحْلِ، وَفِيهَا فَوْقَ ذَلِكَ إِلَى
خَمْسِ وَسَبْعِينَ جَذَعَةً^(٣)، وَفِيهَا فَوْقَ ذَلِكَ إِلَى تِسْعِينَ ابْنَتَا لَبُونٍ، وَفِيهَا فَوْقَ ذَلِكَ
إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةَ حِقَّتَانِ طُرُوقَتَا^(٤) الْفَحْلِ، فَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ مِنَ الْإِبِلِ، فَفِي كُلِّ

٦٦٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٥٧. الشافعى فى الأم ٥/٢. عبد الرزاق فى
المصنف ٨/٤. البيهقى فى السنن الكبرى ٨٧/٤.

(١) قال السيوطى: أخرجه أبو داود والترمذى وحسنه من طريق سفيان بم حسنين عن ابن
شهاب عن سالم عن ابن عمر. قال كتب رسول الله ﷺ كتاب الصدقة فلم يخرجها إلى عماله
حتى قبض فعمل به أبو بكر حتى قبض ثم عمل به عمر حتى قبض فكان فى خمس الإبل شاة
فذكره. قال الترمذى: وقد روى يونس وغير واحد عن الزهرى عن سالم هذا الحديث ولم
يرفعوه وإنما رفعه سفيان بن حسين. انظر: تنوير الحوالك ١٩٥.

(٢) بنت مخاض: ما دخل فى السنة الثانية من الإبل. ابن لبون: ما دخل فى السنة الثالثة من
الإبل.

(٣) الحقة: أنثى الإبل التى دخلت فى السنة الرابعة. الجذعة: ما دخل فى السنة الخامسة من
الإبل.

(٤) الطروقة: الناقة فى سن يمكن أن يعلوها الجمل.

أَرْبَعِينَ بِنْتُ لُبُونٍ، وَفِي كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ وَفِي سَائِمَةٍ^(٥) الْغَنَمِ إِذَا بَلَغَتْ أَرْبَعِينَ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةِ شَاةٍ، وَفِيمَا فَوْقَ ذَلِكَ إِلَى مِائَتَيْنِ شَاتَانِ، وَفِيمَا فَوْقَ ذَلِكَ إِلَى ثَلَاثِ مِائَةٍ ثَلَاثُ شِيَاهٍ، فَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ، فَفِي كُلِّ مِائَةِ شَاةٍ وَلَا يُخْرَجُ فِي الصَّدَقَةِ تَيْسٌ وَلَا هَرْمَةٌ وَلَا ذَاتُ عَوَارٍ^(٦) إِلَّا مَا شَاءَ الْمُصَدِّقُ وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُفْتَرِقٍ وَلَا يُفْرَقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشْيَةَ الصَّدَقَةِ، وَمَا كَانَ مِنْ خَلِيطَيْنِ^(٧) فَإِنَّهُمَا يَتَرَاجَعَانِ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، وَفِي الرَّقَّةِ^(٨) إِذَا بَلَغَتْ خَمْسَ أَوْاقٍ رُبْعُ الْعُشْرِ.

الشرح: قوله: «في أربع وعشرين من الإبل فدونها الغنم» يقتضى أن الغنم مأخوذة من الأربع وعشرين، وإن كانت الأربع الزائدة على العشرين وقصاً.

وقد اختلف قول مالك في ذلك، فمرة، قال: إن ما يؤخذ من الصدقة، فإنما هو على الجملة، ومرة قال: إنما هو على ما تلزم به تلك الصدقة، وما زاد على ذلك، فإنما هو وقص إلى أن يتغير السن لا يجب في ذلك شيء، ولا يؤخذ عنه شيء، وهو الذى اختاره القاضى أبو الحسن.

وقد اختلف فى ذلك قول أبى حنيفة والشافعى.

وجه القول الأول حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى أربع وعشرين من الإبل فدونها الغنم.

وقوله: «وفىما فوق ذلك إلى خمس وثلاثين بنت مخاض».

ووجهه من جهة القياس أن هذا حق يتعلق بمقدار، فوجب أن يتعلق به وبالزيادة عليه إذا لم ينفرد بالوجوب كالقطع فى السرقة وأرض الموضحة. ووجه القول الثانى أن العشرين من الإبل نصاب، فوجب أن يتقدمه عفو كالخمس.

فصل: وقوله: «فى كل خمس شاة» يقتضى أن فيها أربع شياه؛ لأن ذلك عدد ما فيها من الخمس ويقتضى أن الغنم هى الواجبة فيها، فإن أخرج عن خمس من الإبل واحداً منها لم يجزه، وإنما يجزئه أن يخرج ما وجب عليه، وهى شاة، والشاة التى تؤخذ فى صدقة الإبل.

(٥) السائمة: الدواب التى ترعى فى البرارى ولا تعلق.

(٦) العوار: العيب كالشق والخرق.

(٧) الخليط: الشريك الذى يخلط ماله بمال شريكه.

(٨) الرقة: الدراهم المضروبة المتخذة من الفضة.

١٩٢ كتاب الزكاة
قال مالك: تؤخذ من غالب غنم ذلك البلد، فإن كان الغالب على غنمهم الضأن
أخذ منها، وإن كان الغالب على غنمهم المعز أخذ منها، لا ينظر إلى ما فى ملكه.

وروى ابن نافع عن مالك: من أدى من ضأن أو ما عز أجزأ عنه، ولا يكلف أن
يأتى بما ليس عنده. وهذا يقتضى أنه إن كان فى ملكه المعزى، وغالب غنم ذلك البلد
الضأن أنه يؤخذ منه ما يعطى من المعزى. وقال ابن حبيب: إن كان من أهل الضأن
فمنها وإن كان من أهل المعز فمنها، وإن كان من أهل الصنفين خير الساعى.

فصل: وقوله: «وفيما فوق ذلك إلى خمس وثلاثين بنت مخاض» يقتضى أن فى خمس
وعشرين بنت مخاض، وفى كل عدد بعدها إلى خمس وثلاثين، ولا خلاف فى ذلك إلا
ما روى عن على بن أبى طالب أنه قال: فى خمس وعشرين من الإبل خمس شياه، وفى
ست وعشرين بنت مخاض إلى خمس وثلاثين.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور حديث «أن أبا بكر كتب له لما وجهه إلى
البحرين: بسم الله الرحمن الرحيم، هذه فريضة الصدقة التى فرض رسول الله ﷺ على
المسلمين والتى أمر الله تعالى رسوله ﷺ، وفيه فى أربع وعشرين من الإبل فما دونها
الغنم فى كل خمس شاة، فإذا بلغت خمساً وعشرين إلى خمس وثلاثين، ففيها بنت
مخاض. انتهى.

فصل: وقوله: «فما فوق ذلك إلى خمس وثلاثين بنت مخاض فإن لم توجد فابن
لبون» ذكر يقتضى أنه إذا لم يكن عنده ابنة مخاض، وكان عنده ابن لبون ذكر أجزأ
عنه لأنه عدل لها لأنه أعلى منها بالسن وأدنى منها بالذكورة لأن الأنوثة فى الأنعام
فضيلة من أجل الدور والنسل.

مسألة: ولا يجوز إخراج ابن لبون مع وجود ابنة مخاض، وهذا مذهب مالك. وقال
أبو حنيفة: يجوز ذلك، وبناء على مذهبه فى إخراج القيم فى الزكاة، هذا الذى ذكره
شيوخنا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى وجهاً آخر، وهو أن يكون
على وجه البلد لأن كل ما يجمع بعضه إلى بعض فى الزكاة للجنس فإن إخراج بعضه
عن بعض على وجه البديل لا على وجه القيمة كالورق والذهب.

وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: التيس من ذوات العوار، وهو أدون
من الفحل، وإن رأى المصدق أخذه، وأخذ ذوات العوار لأنه خير له فعل. قال أشهب:

وربما كانت ذوات العوار أو العيب الكبير أنمن وأسمن، فلا ينبغي للساعي أن يردها إن أعطيها، فعلى التأويل الأول يكون معنى قوله، في إخراج ابن لبون مع وجود ابنة مخاض، من باب إخراج القيم في الزكاة، فلا يجوز لصاحب الماشية إخراجها، ولا للساعي أخذه على المشهور من مذهب مالك وعلى التأويل الثاني يكون من باب إخراج البديل، فلا يجوز ذلك لصاحب الماشية بمعنى أن لا يجزى عنه إلا إن يشاء الساعي أن يأخذه.

فروع: ومن أخرج ابنة مخاض مكان بنت لبون، وزاد ثمنًا أو أخرج بنت لبون مكان بنت مخاض، وأخذ ثمنًا، فقد قال ابن القاسم في الموازية: لا خير فيه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهو عندي يحتمل التأويلين، فإن فعل ذلك، فقد قال ابن القاسم وأشهب وسحنون: يجزيه. وقال أصبغ: إن أعطى بنت لبون، فليس عليه إلا رد ما أخذ من الثمن، وإن أعطى بنت مخاض مع الثمن، فعليه البديل، ولا يجزئه.

فقول ابن القاسم وأشهب يحتمل الوجهين المتقدمين. وقول أصبغ ظاهره المنع من إخراج القيم في الزكاة، ويجوز البديل، فإذا رد ما أخذ من الثمن كان قد أعطى أفضل من السن الواجبة عليه، وذلك جائز.

ولو أعطى بنت مخاض مكان بنت لبون كان من باب إخراج القيمة في الزكاة لأنه أعطى ثمنًا في بنت لبون ولا يمكنه إصلاح ذلك باسترجاع ما أعطى من الثمن؛ لأنه يعود إلى أن أعطى في الزكاة دون الثمن الذي يلزمه، وذلك لا يجزئه وقد جوز مالك الضأن عن الماعز، ومنع إخراج الماعز عن الضأن.

قال أشهب: إلا أن يبلغ بفراهيته مثل ما لزمه في الضأن، يريد في القيمة، ويحتمل قول مالك موافقته، ويحتمل مخالفته، ويميزه أشهب في بعض الجنس، وإن منعه في بعض السن، ومنعه مالك في الوجهين، ويميزه في العين الواحدة والجنس الواحد في نقص الصفات كذوات العوار، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فابن لبون ذكر» وإن كان الابن لا يكون إلا ذكرًا، فإنه يحتمل أن يريد به البيان لأن من الحيوان ما يطلق على الذكر والأنثى منه لفظ ابن كإبن عشرين، وإبن آوى، وإبن فترة، فينبى بقوله: «ذكر» لئلا يلحقه السامع بما ذكرناه، ويحتمل أن يريد به مجرد التأكيد لاختلاف اللفظ كقوله تعالى: ﴿وغيرايب سوب﴾ [فاطر: ٢٧].

فصل: وقوله: «وفيما فوق ذلك إلى خمس وأربعين بنت لبون» لفظة إلى للغاية، وهي

١٩٤ كتاب الزكاة

تقتضى أن ما قبل الغاية كله يشتمل عليه الحكم المقصود إلى بيانه، وما بعد الغاية غير داخل في ذلك إلا بدليل، فعلى هذا الخمس والأربعون لا يعقل من نفس اللفظين، حكمها بحكم ما قبلها، ولكنها تلحق بذلك من وجوه، أحدها: أنه لما قال: وفيما فوق ذلك، وذلك راجع إلى خمس وثلاثين؛ لأنه هو المذكور أخيراً، علم أن حكم الخمس والأربعين حكم ما دونها، فعلى هذا يكون الوقص واحداً.

والوجه الثانى أن هذه اللفظة اقتضت الوقص بين الخمس والثلاثين وبين الخمس والأربعين [.....] (٩) وقصاً ثانياً بعده الإجماع، فيكون على هذا وقصين متصلين كما بعد المائتى شاة إلى الثلاثمائة، فإنه وقص، ثم اتل به وقص آخر إلى الأربعمائة شاة.

والوجه الثالث أن حكم الأعداد فى الغايات مخالفة لغيرها من جهة العرف والعادة فى التخاطب، فلو قال رجل لغلامه: أبحث لك من هذه الدراهم ما بين الواحد إلى العشرة، لفهم منه إباحته العشرة فما دونها. ولو قال له: أبحث لك من هذه الدار إلى هذه الأخرى تجلس فيه لفهم منه جلوسه ما بين الدارين، ولم يفهم منه الجلوس فى واحدة منهما.

مسألة: ابنة المخاض التى لها سنة، ودخلت فى الثانية، وإنما سميت بابنة مخاض؛ لأن أمها حامل قد مخض بطنها، يعنى تحرك، وأول ما تلده الناقة، هو حوار، فإذا كمل السنة وفصل عن أمه، فهو فصيل، وهو ابن مخاض، فإذا أكمل الستين، ودخل فى الثالثة، فهو ابن لبون، والأنتى بنت لبون؛ لأن أمه قد ولدت، وهى ترضع غيره.

فصل: وقوله: «وفيما فوق ذلك إلى ستين حقة طروقة الفحل» الحقة هى التى تستحق أن تركب، ويحمل عليها. «وطروقة الفحل» يريد أن الفحل يضربها، وهى تلقح، وهذه التى قد أكملت الثلاث سنين ودخلت فى الرابعة، ولا يلحق الذكر حتى يكون ثنياً، وهو الذى يدخل فى السنة السادسة.

فصل: وقوله: «وفيما فوق ذلك إلى خمس وسبعين جذعة» الجذعة هى التى أكملت أربع سنين ودخلت فى الخامسة، وهى أعلى سن يجب فى الزكاة.

فصل: وقوله: «وفيما فوقه ذلك إلى تسعين ابنتا لبون، وفيما فوق ذلك إلى عشرين ومائة حقتان» لاختلافهما بعد الخمس وعشرين إلى المائة وعشرين، والعمل فيه على نص الحديث، لا نعلم فيه خلافاً بين أحد من المسلمين.

(٩) ما بين المعرفتين بياض فى الأصل.

فصل: وقوله: «وفيما زاد على ذلك من الإبل ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة» يقتضى أن ما زاد على المائة وعشرين، فإن زكاته بالإبل، وأن فى كل أربعين ابنة لبون، وفي كل خمسين حقة، وهذا راجع إلى الجملة.

وعلى هذا بنى أمر فروض الزكاة أنه إذا بلغت إلى فرض بطل ما قبله من الحكم ورجع الحكم إليه، فلا مدخل للغنم ولا غيرها فى الخمسة والعشرين فى زكاة الإبل، وبهذا قال الشافعى.

وقال أبو حنيفة: إذا زادت الإبل على مائة وعشرين، رجعت فريضة الغنم، فيكون فى مائة وخمسة وعشرين حقتان وشاة، وفى مائة وثلاثين حقتان وشاتان، وفى مائة وخمسة وثلاثين حقتان وثلاث شياه، وهكذا فى كل خمس شاة إلى خمس وأربعين ومائة، ففيها حقتان وبنت مخاض، وفى خمس ومائة ثلاث حقق، وفى مائة وخمسة وخمسين ثلاث حقاق وشاة، وعلى هذا الترتيب.

والدليل على صحة ما نقوله حديث عمر، وهو حجة فى الزكاة يجب الرجوع إليه؛ لأنه بعث به فى الآفاق، وأخذ الناس به حتى عمهم علمه، ولم يعلم لهم مخالف فى ذلك الوقت، وفيه: «فما زاد على ذلك ففي كل أربعين بنت لبون، وفى كل خمسين حقة وفى مائة وثلاثين، خمسون واحدة، وأربعون مضاعفة، فيجب فيها حقة وابتنا لبون».

فإن قالوا: إن قوله: «فى كل أربعين بنت لبون، وفى كل خمسين حقة» يرجع إلى الزيادة على العشرين والمائة.

فالجواب أن هذا خطأ لأن مثل هذا قيل فيما بعد الخمس وثلاثين، ولم يقل أحد أن هذا إنما يجب بعد الخمس والثلاثين، مع ما وجب فيما قبلها، وعلى أنهم قد ناقضوا فى هذا فجعلوا فى مائة وخمسين ثلاث حقاق، وإنما كان يجب أن يجعلوا فى مائة وستين بنت لبون وحقتين، وفى مائة وتسعين ثلاث حقاق.

فإن قيل المراد به الزيادة دون المزيد عليه؛ لأنه قد بين حكم المزيد عليه منفرداً، فإن قال بعد ذلك: فما زاد، ففي كل أربعين بنت لبون، وفى كل خمسين حقة، فإن ذلك يكون حكم المزيد، وهذا صحيح على ما ذهبنا إليه لأنه إذا زاد على مائة وعشرين، سبعين حتى يكون مائة وسبعين، فإنه يحصل فى الزيادة خمسون فيها حقة، وأربعون فيها بنت لبون.

١٩٦ كتاب الزكاة

والجواب أن هذا غير صحيح لأنه إذا قال: فإذا بلغت ستاً وثلاثين إلى خمس وأربعين، ففيها بنت لبون، ولم يدل ما قبل ذلك من حكم المزيد عليه على أن هذا حكم الزيادة خاصة لم يدل في مسألتنا على ما ذكرتموه.

وجواب ثان، وهو أن هذا لا يصح على مذهبهم لأن الزيادة إنما هي ما بعد العشرين ومائة، فكان يجب أن يجعلوا في مائة وستين حقتين وبنت لبون، وفي سبعين ومائة ثلاث حقا. وهذا خلاف الإجماع، فلا يصح على أصلكم أن يكون في كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة، لا في الزيادة منفردة، ولا فيها مع المزيد عليه.

فإن قالوا: فإن قوله: «فإذا زادت على مائة وعشرين شرط». وقوله: «ففى كل خمسين حقة، وفى كل أربعين بنت لبون»، جواب له، وهذا يقتضى اختصاصه به دون ما ليس بجواب له، وهو المزيد عليه.

والجواب أنه إنما يكون ذلك إذا كان الجواب خاصاً، وأما إذا كان الجواب عاماً، ويصح حمله على عمومه لاستناد الشرط إلى ما قبله، فإنه يحمل على ذلك، ألا ترى أنه إذا قال: فإذا بلغت ستاً وثلاثين، ففيها بنت لبون، ولم يحمل هذا الجواب على اختصاصه بالشرط لما ذكرناه.

ودليلنا من جهة القياس أن بنت مخاض سن لا يعود بعد الانتقال عنه فرضاً بنفسه قبل المائة، فوجب أن لا يعود بعد المائة فرضاً بنفسه كسن الجذعة.

مسألة: إذا ثبت أن الغنم لا تعود فى صدقة الإبل بعد العشرين ومائة، فاختلف أصحابنا فى تأويل قوله: «فما زاد على ذلك من الإبل، ففى كل أربعين بنت لبون، وفى كل خمسين حقة»، على ثلاثة أقوال، فروى ابن القاسم عن مالك أن الفرض يتغير إلى تخيير الساعى بين حقتين وثلاث بنات لبون. وروى أنه قال: لا ينتقل الفرض إلا بزيادة عشرين من الإبل، وبه قال أشهب. وروى عنه أن الفرض ينتقل إلى ثلاث بنات لبون من غير تخيير، وهو اختيار ابن القاسم.

وجه القول الأول أن الفرض لا ينتقل إلا إلى التخيير؛ لأنه قال: فما زاد، ففى كل أربعين بنت لبون، وفى كل خمسين حقة، فعلق تخيير الأسنان بالعشرات، فوجب أن يقتصر على ذلك، وجعل ما بعد العشرين مخالفاً لما قبلها، فلم يبق إلا أن تكون المخالفة بالتخيير، ولا يجوز أن يكون ما بعدها موافقاً لما قبلها؛ لأن ذلك يقتضى اجتماع وقصين لا يتخللهما فرض، وهذا خلاف الأصول.

ووجه القول الثانى أن الفرض لا ينتقل إلا بالعشر لأنه قال: فما زاد على ذلك من الإبل، ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة، فعلق انتقال الفرض على العشرات، فيجب أن تكون الزيادة منها، وهذا كما قال ﷺ في زكاة الغنم: «فما زادت واحدة على المائتين، ففيها ثلاث شياه إلى ثلاثمائة، فما زاد على ذلك، ففي كل مائة شاة» فعلق انتقال الفرض بالمائة، فكانت الزيادة منها، واجتمع بذلك وقصان لم يتخللهما فرض، وتحرر من هذا قياس، فنقول: إن هذه ماشية تزكى بالغنم، فوجب أن يكون فيها وقصان متصلان كالغنم.

ووجه القول الثالث أن الانتقال يقع إلى ثلاث بنات لبون.

قوله: «فما زاد على ذلك من الإبل، ففي كل أربعين بنت لبون» فعلق الانتقال إلى هذا الحكم عند الزيادة من الإبل، والواحدة زيادة، فيجب الانتقال بها، ويؤخذ في هذه الإبل ثلاث بنات لبون، فيجب أن ينتقل إليها.

فصل: وقوله: «فى سائمة الغنم إذا بلغت إلى عشرين ومائة شاة» السائمة هى الراعية، ويحتمل أن يكون إنما قصد إلى ذكر السائمة لأنها هى عامة الغنم، ولا تكاد أن تكون فيها غير سائمة، ولذلك ذكر السائمة فى الغنم، ولم يذكرها فى الإبل والبقر، ويحتمل أن يذكر ذلك ﷺ فى كتابه لينص على السائمة، ويكلف المجتهد فى إلحاق المعلوفة بها، فيحصل له أجر المجتهدين. وقال فيها: إذا بلغت أربعين إلى عشرين ومائة، وفيها شاة، فنصاب الغنم أربعون، ووقصها إلى تمام المائة وعشرين.

فصل: وقوله: «وفيما فوق ذلك إلى ثلاثة ثلاث شياه» يريد أن فى مائتى شاة شاتين، وكذلك فإذا زادت واحدة تغير الفرض، وهو قوله: «وفيما فوق ذلك إلى ثلاثمائة ثلاث شاه» يريد أن فى مائتى شاة وشاة ثلاث شياه وكذلك فى الثلاثمائة، ثم قال رضى الله عنه: فما زاد على ذلك ففي كل مائة شاة، يريد والله أعلم، أن فى المائتى شاة وشاة، ثلاث شياه، وكذلك فى ثلاثمائة وتسع وتسعين حتى تكون أربعمائة شاة، فيكون فيها أربع شياه؛ لأنه حكم انتقال الفرض على المبين، فوجب أن يكون الاعتبار بذلك.

فصل: وقوله: «ولا يخرج فى الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عوار» التيس هو الذكر من المعز، وهو الذى لم يبلغ حد الفحولة، فلا منفعة فيه لضراب ولا لدر ولا نسل، وإنما يؤخذ فى الزكاة ما فيه منفعة للنسل والهرمة التى قد أضر بها الكبير،

١٩٨ كتاب الزكاة

وبلغت فيه حدًا لا تكون فيه ذات در ولا نسل، وذات العوار هي ذات العيب.

قال ابن حبيب: العوار بالفتح، العيب، وهو الذى فى الحديث لا يؤخذ فى الصدقة، وأما برفع العين، فمن العور، فما كان منها مريضًا أو جربًا أو أعور، فليس على المصدق أخذه إلا أن يرى أن ذلك غبطة لأهل الزكاة، وأنها مع عيبها أغبط أو أفضل مما يجزى عنه من الصحيح، فإن له أخذها ويجزى عن ربها ذلك، وليس بمعنى القيمة لأنها من جنس ما وجب عليه.

مسألة: وإن كانت الغنم كلها تيوسًا أو هرمة ذات عوار، فإن على رب الغنم أن يأتيه بما يجزى، ولم يلزم المصدق أن يأخذ منها إلا أن يرى ذلك. وقال أبو حنيفة والشافعى: يأخذ منها.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفَقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمَا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ وَلَسْتُمْ بِآخِذِيهِ إِلَّا أَنْ تُغْمِضُوا فِيهِ﴾ [البقرة: ٢٦٧].

ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان يخرج على وجه القربة، فكان من شرطه السلامة كالضحايا، وهذا القياس إنما يتجه على قول القاضى أبى الحسن أن ذا العيب لا يجزى، وإن كانت قيمتها أكثر من قيمة السالمة. ومذهب مالك أنها تجزى إذا كانت أفضل للمساكين من السليمة.

فصل: وقوله: «ولا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين، فإنهما يترادان بينهما بالسوية» فإن تفسيره يأتي بعد هذا.

وقوله: «وفى الرقة إذا بلغت خمس أواق ربع العشر» قال بعض أصحابنا: الرقة اسم الورق، حكى القاضى أبو محمد، أن من أصحابنا من قال: هو اسم الورق والذهب، والأول أظهر، وعلى الوجهين، فإن فى المالىن ربع العشر، ولا فرق بينهما فى ذلك.

* * *

ما جاء فى صدقة البقر

٦٦٦ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسِ الْمَكِّيِّ، عَنْ طَاوُسِ الْيَمَانِيِّ أَنَّ مُعَاذَ بْنَ

٦٦٦ - أخرجه الترمذى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٥٦٦. والنسائى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٢٤٠٥، ٢٤٠٦، ٢٤٠٧، ٢٤٠٨. وأبو داود فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٤٥ =

جَبَلِ الْأَنْصَارِيِّ أَخَذَ مِنْ ثَلَاثِينَ بَقْرَةً تَبِيْعًا^(١) وَمِنْ أَرْبَعِينَ بَقْرَةً مُسِنَّةً^(٢) وَأَتَى بِمَا دُونَ ذَلِكَ فَأَبَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، وَقَالَ: لَمْ أَسْمَعْ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيهِ شَيْئًا حَتَّى أَلْقَاهُ فَاسْأَلُهُ، فَتَوَفَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَبْلَ أَنْ يَقْدَمَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ.

الشرح: قوله: «أخذ من ثلاثين بقرة تبيعاً»، التبيع هو العجل الذي فطم عن أمه، فهو تبع ويقوى على ذلك، وإنما يكون هذا إذا دخل في السنة الثانية. قال القاضي أبو محمد: وقال ابن حبيب: التبيع هو الجذع من البقر، وهو الذي أوفى سنتين، ودخل في الثالثة.

مسألة: وهذا الكلام على سنة، فأما صفة في نفسه، فالمشهور من الذهب أنه ذكر، ولا يلزم صاحب الماشية أن يخرجها إلا أن يشاء ذلك. وقال ابن حبيب: يجوز أن يؤخذ ذكر أو أنثى.

فصل: وقوله: «ومن أربعين بقرة مسنة» حكى القاضي أبو محمد أنها التي دخلت في السنة الثالثة وقال ابن حبيب. وابن المواز: هي التي أتت عليها ثلاث سنين، ودخلت في الرابعة. قال: ولا يؤخذ إلا أنثى، وسواء كانت بقرة، ذكورا أو إناثا كلها. وقال بعض أصحاب الشافعي: إذا كانت البقر كلها ذكورا، أخذ منها مسن ذكر. والدليل على ما نقوله، قوله في حديث معاذ: «ومن كل أربعين مسنة ولم يعرف»^(*).

= وابن ماجه فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٧٩٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢١٠٠٣، ٢١٠١١، ٢١١١٢. والدارمى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٥٦٩، ١٥٧٠. وعبدالرزاق بنحوه ٢٢/٤ برقم ٦٨٤١ عن معاذ.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٠/٥: هذا الحديث ظاهره الوقوف على معاذ بن جبل من قوله؛ إلا أن فى قوله: إنه لم يسمع من النبى ﷺ فيما دون الثلاثين والأربعين من البقر شيئا دليلا واضحا على أنه قد سمع منه ﷺ فى الثلاثين والأربعين ما عمل به فى ذلك مع أنه لا يكون مثله رأيا، وإنما هو توقيف ممن أمر بأخذ الزكاة من المؤمنين يطهرهم ويذكىهم بها ﷺ، ولا خلاف بين العلماء أن السنة فى زكاة البقر عن النبى ﷺ وأصحابه ما قال معاذ بن جبل.

(١) التبيع: ولد البقرة الذى دخل فى السنة الثانية.

(٢) المسنة: ما دخل فى السنة الثالثة من البقر.

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ٦٢٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٤٥٠، ٢٤٥٢. أبو داود حديث رقم ١٥٧٦. أحمد فى المسند حديث رقم ٢١٥٠٨. الدارمى حديث رقم ١٦٢٣. ابن ماجه حديث رقم ١٨٠٣.

٢٠٠ كتاب الزكاة

ومن جهة القياس أنه نصاب وجبت فيه مسنة، فوجب أن تكون أنثى كما لو كانت بقره، إنثاءً. وقال أبو حنيفة: إن كانت بقره إنثاءً، جاز فيها مسن ذكر. والدليل على ذلك الحديث المتقدم.

ومن جهة المعنى أن هذا فرض ورد الشرع فيه بالأنثى على الإطلاق، فلم يجز فيها الذكر كبنات لبون في الإبل.

فصل: وقوله: «وَأْتَى بِمَا دُونَ ذَلِكَ فَأَبَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا» انقيادًا من معاذ رضى الله عنه وطاعة للنبي ﷺ ووقوفًا عند حده، وبين ذلك بقوله: «لَمْ أَسْمَعْ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيهَا شَيْئًا حَتَّى أَلْقَاهُ» يقتضى أنه لم يسمع من النبي ﷺ فى ذلك أمرًا ولا شيئًا، ولا يثبت من أمره أن الثلاثين نصاب فى البقر، فأراد أن يؤخر حتى يسمع منه ذلك، ويجوز أن يتبين له حكم فى هذا مع الاجتهاد، ويحتمل أن يكون آخر الاجتهاد لما كان يرجوه من التمكن من النص بعد وقت، فلما توفى النبي ﷺ ثبت النصاب فى البقر، إما لخبر مروى من غير طريق معاذ أجمعت الأمة عليه، وإما باجتهاد منها لما عدت النص، فثبت النصاب بذلك الاجتهاد ووقع الاجتهاد عليه.

قَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِيمَنْ لَهُ غَنَمٌ عَلَى رَاعِيَيْنِ مُفْتَرِقَيْنِ أَوْ عَلَى رِعَاءِ مُفْتَرِقَيْنِ فِي بُلْدَانِ شَتَّى أَنْ ذَلِكَ يُجْمَعُ كُلُّهُ عَلَى صَاحِبِهِ، فَيُؤَدَّى مِنْهُ صَدَقَتُهُ وَمِثْلُ ذَلِكَ الرَّجُلُ يَكُونُ لَهُ الذَّهَبُ أَوْ الْوَرِقُ مُفْتَرَقَةً فِي أَيْدِي نَاسٍ شَتَّى إِنَّهُ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَجْمَعَهَا فَيُخْرِجَ مِنْهَا مَا وَجَبَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ مِنْ زَكَاةِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن من كانت له غنم مفترقة فى بلدان شتى، فإن جميعها عليه ويحتسب بها جملة فى زكاة غنمه؛ لأن المراعى فى ذلك ملكه، وهذا مثل الرجل يكون له الذهب فى أيدي ناس شتى، فإن ذلك يجمع فى الزكاة، ويؤدى عنه الزكاة كما يؤدى فيما اجتمع بيده من الذهب والفضة، ولا يراعى افتراقه فى أيدي ناس، وإنما يراعى اجتماعه فى ملكه، وجريات الحول فى جميعه، وقد تقدم الكلام فى هذا، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الضَّأْنُ وَالْمَعَزُ: أَنَّهَا تُجْمَعُ عَلَيْهِ فِي الصَّدَقَةِ فَإِنْ كَانَ فِيهَا مَا تَجِبُ فِيهِ الصَّدَقَةُ، صُدِّقَتْ. وَقَالَ: إِنَّمَا هِيَ غَنَمٌ كُلُّهَا، وَفِي كِتَابِ عُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ وَفِي سَائِمَةِ الْغَنَمِ إِذَا بَلَغَتْ أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً.

كتاب الزكاة ٢٠١

الشرح: وهذا كما قال أن الضأن والمعز يجمع في الزكاة، فإذا بلغ الصنفان نصاب الغنم زكاهما، واستدل في ذلك بما في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو قوله: «وفي سائمة الغنم الزكاة إذا بلغت أربعين»، وهذا يقتضى أنه متى اجتمع في ملك الرجل أربعون من الغنم، بعضها معز وبعضها ضأن، أنه تجب عليه الزكاة لأن اسم الغنم يقع على الصنفين جميعاً.

ومن جهة المعنى أن الزكاة موضوعة على أن يجمع فيها من الأجناس ما تقارب في المنفعة، والجنس كالحنطة والشعير والعلس والزبيب والسمسسم والعراب من الإبل والبيحت، والمنفعة في الضأن والماعز واحدة، فلذلك جمعا في الزكاة.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ كَانَتِ الضُّأْنُ هِيَ أَكْثَرُ مِنَ الْمَعْزِ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيَّ رَبِّهَا إِلَّا شَاةٌ وَاحِدَةٌ، أَخَذَ الْمُصَدِّقُ تِلْكَ الشَّاةَ الَّتِي وَجِبَتْ عَلَيَّ رَبِّ الْمَالِ مِنَ الضُّأْنِ، وَإِنْ كَانَتِ الْمَعْزُ أَكْثَرَ مِنَ الضُّأْنِ أُخِذَ مِنْهَا، فَإِنْ اسْتَوَى الضُّأْنُ وَالْمَعْزُ أَخَذَ مِنْ أُيْتِهِمَا شَاةً.

الشرح: وهذا كما قال أن من وجبت عليه شاة، فإن المصدق يأخذها من أكثر جنس غنمه؛ لأن القليل منها تبع للكثير، ولأنه إذا لم يمكن قسمتها، ولم يكن له بد من الأخذ من أحد الصنفين كان أخذه من الصنف الأكثر أولى، فإن استوى الصنفان كان المصدق بالخيار أن يأخذ من أى الصنفين شاء، وهكذا سنة الزكاة أنه متى استوى السنان في الوجوب والوجود خير المصدق كالخمس بنات لبون والأربع حقاك في مائتين من الإبل.

مسألة: فإن وجبت شاتان أو أكثر من ذلك نظرت، فإن تساوت الضأن والماعز أخذ من كل جنس شاة، وإن كانت إحداهما أكثر وجبت شاة واحدة في التي هي أكثر ثم نظرت إلى ما بقي بعد النصاب التي أخذت منه الشاة، فإن كان أكثر من الجنس الثاني، وكان الجنس الثاني مقصراً عن النصاب مثل أن يكون له مائة وعشرون ضائنة وثلاثون معزى، فهذا لا خلاف في المذهب أن الشاتين تؤخذ من الضأن، فإن كان الجنس الثاني نصاباً، وكان أكثر من الجنس الأول بعد النصاب مثل أن يكون له سبعون ضائنة وسبعون معزى، فلا خلاف في المذهب أنه يؤخذ شاة من الضأن وشاة من المعز، فإن كان الجنس الثاني أكثر مما بقي من الجنس الأول، ومع ذلك هو مقصر عن النصاب مثل أن يكون له أربعون من الجواميس وعشرون من البقر، فعليه تبيع من الجواميس

٢٠٢ كتاب الزكاة

وتتبع من البقر لأن ما يجب فيه التبيح الثانى البقر فيه أكثر من الجواميس، فإن كان الجنس الثانى نصاباً، وهو أكثر مما بقى من الجنس الأول بعد النصاب، وذلك مثل أن يكون له مائة وعشرون من الضأن وأربعون من المعز، فهل تؤخذ الثانية من المعز أو الضأن، قال ابن القاسم فى المدونة: تؤخذ الشاة الواحدة من الضأن، والثانية من المعز. وقال سحنون: تؤخذ الشاتان من الضأن.

وجه قول ابن القاسم أن المعزى نصاب، فلا يجب إخلاؤها من أداء الزكاة منها مع إمكان ذلك. ووجه قول سحنون أن الأربعين وجبت فيها شاة واحدة، وبقى من الضأن ستون، ومن المعز أربعون، فكان الإخراج من الضأن أولى لكونها أكثر، وفى هذا نظر على قول ابن القاسم فى أربعين من الجواميس مع عشرين من البقر فى المسألة المتقدمة.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ الْإِبِلُ الْعَرَابُ وَالْبُخْتُ يُجْمَعَانِ عَلَى رَبَّهَمَا فِي الصَّدَقَةِ، وَقَالَ: إِنَّمَا هِيَ إِبِلٌ كُلُّهَا، فَإِنْ كَانَتِ الْعَرَابُ^(١) هِيَ أَكْثَرَ مِنَ الْبُخْتِ وَلَمْ يَجِبْ عَلَى رَبِّهَا إِلَّا بَعِيرٌ وَاحِدٌ، فَلْيَأْخُذْ مِنَ الْعَرَابِ صَدَقَتَهَا، فَإِنْ كَانَتِ الْبُخْتُ^(٢) أَكْثَرَ فَلْيَأْخُذْ مِنْهَا، فَإِنْ اسْتَوَتْ فَلْيَأْخُذْ مِنْ آيْتِهَمَا شَاءَ.

الشرح: وهذا كما قال أن البخت والعراب من الإبل تجمع فى الزكاة لأن فى كتاب أبى بكر أنها فريضة النبى ﷺ فى أربع وعشرين من الإبل الغنم، ولا يفرق بين أن تكون كلها بختاً أو بعضها بختاً، وبعضها عرباً فيجب أن تكون فى أربع وعشرين مما يقع عليه اسم إبل أربع من الغنم.

ومن جهة المعنى أن المنفعة فيها مقاربة مع تشابهها فى الصورة كالضأن والماعز فيؤخذ البعير الواحد من الإبل من أكثر النوعين كمثل ما ذكرنا فى الضأن والماعز، فإن كانا متساويين خير الساعى، فيأخذ من أيها شاء، فإن لم يكن السن موجوداً عنده إلا من أحد الجنسين أخذ منه ما وجد عنده، ولم يكن للساعى أن يلزمه ذلك الجنس من الجنس الآخر، فإن عدما عنده، فالساعى مخير فى أن يكلفه ذلك السن، من أى الجنسين شاء.

(١) العراب: الجمال العربية.

(٢) البخت: جمال طويلة الأعناق.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ الْبَقَرُ وَالْجَوَامِيسُ تُجْمَعُ فِي الصَّدَقَةِ عَلَى رَبِّهَا، وَقَالَ: إِنَّمَا هِيَ بَقَرٌ كُلُّهَا، فَإِنْ كَانَتِ الْبَقَرُ هِيَ أَكْثَرُ مِنَ الْجَوَامِيسِ، وَلَا تَحِبُّ عَلَى رَبِّهَا إِلَّا بَقَرَةٌ وَاحِدَةٌ، فَلْيَأْخُذْ مِنَ الْبَقَرِ صَدَقَتَهُمَا، وَإِنْ كَانَتِ الْجَوَامِيسُ أَكْثَرَ فَلْيَأْخُذْ مِنْهَا، فَإِنْ اسْتَوَتْ فَلْيَأْخُذْ مِنْ أَيْتَهُمَا شَاءَ، فَإِذَا وَجِبَتْ فِي ذَلِكَ الصَّدَقَةُ صُدِّقَ الصَّنْفَانِ جَمِيعًا.

الشرح: وهذا كما قال أن البقر والجواميس يجمعان في الزكاة لتقاربهما في الجنس والمنفعة، وحكمها إذا لم يجب فيها غير تبيع أو مسنة ما ذكرنا من الإبل والغنم.

وقوله: «فإذا وجبت في ذلك الصدقة الصنفان»، يحتمل أن يريد بذلك أنه إذا وجبت فيها واحدة أخرجت على ما تقدم ذكره، وكان ذلك صدقة عن الصنفين، ويحتمل أن يريد به أن وجبت في كل صنف من ذلك الصدقة صدق.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ أَفَادَ مَاشِيَةً مِنْ إِبِلٍ أَوْ بَقَرٍ أَوْ غَنَمٍ فَلَا صَدَقَةَ عَلَيْهِ فِيهَا حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ أَفَادَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ قَبْلَهَا نَصَابٌ مَاشِيَةً، وَالنَّصَابُ مَا تَحِبُّ فِيهِ الصَّدَقَةُ إِمَّا خَمْسُ ذَوْدٍ مِنَ الْإِبِلِ، وَإِمَّا ثَلَاثُونَ بَقَرَةً، وَإِمَّا أَرْبَعُونَ شَاةً، فَإِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ خَمْسُ ذَوْدٍ مِنَ الْإِبِلِ أَوْ ثَلَاثُونَ بَقَرَةً أَوْ أَرْبَعُونَ شَاةً ثُمَّ أَفَادَ إِلَيْهَا إِبِلًا أَوْ بَقَرًا أَوْ غَنَمًا بِاشْتِرَاءٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ مِيرَاثٍ، فَإِنَّهُ يُصَدِّقُهَا مَعَ مَاشِيَتِهِ حِينَ يُصَدِّقُهَا، وَإِنْ لَمْ يَحُلْ عَلَى الْفَائِدَةِ الْحَوْلِ، وَإِنْ كَانَ مَا أَفَادَ مِنَ الْمَاشِيَةِ إِلَى مَاشِيَتِهِ قَدْ صُدِّقَتْ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهَا بِيَوْمٍ وَاحِدٍ أَوْ قَبْلَ أَنْ يَرْتَبِعَهَا بِيَوْمٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّهُ يُصَدِّقُهَا مَعَ مَاشِيَتِهِ حِينَ يُصَدِّقُ مَاشِيَتَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن من أفاد ماشية بأي نوع أفادها، فإن لا يخلو أن يكون عنده نصاب ماشية من جنسها أو من جنس ما يضاف إليها في الزكاة أو لا يكون عنده نصاب، فإن لم يكن عنده نصاب ماشية، فلا زكاة عليه، فيما أفاد حتى يحول عليه الحول من يوم أفاده؛ لأن الزكاة لا تكون في مال إلا بعد أن يحول عليه الحول، وسنبيته بعد هذا إن شاء الله تعالى، وإن كان عنده نصاب.

وأصل النصاب في كلام العرب الأصل إلا أنه يستعمل في عرف الشرع في أول ما تجب فيه الزكاة من مقادير الأموال كأنه أصل الزكاة في ذلك الجنس من المال، وهو

٢٠٤ كتاب الزكاة

فى الإبل خمس ذود، وفى البقرة ثلاثون بقرة، وفى الإبل أربعون شاة، وقد تقدم بيان ذلك، فإن كان عند المفيد للماشية نصاب ماشية من جنسها كان حكمها ما أفاد حكم النصاب الذى كان عنده فى حول الزكاة، ولو أفادها قبل الحول بيوم واحد، خلافاً للشافعى.

والدليل على ذلك أن الساعى لا يخرج فى العام إلا مرة واحدة، والفوائد تحدث فى جميع العام، فلو لم يؤخذ من المواشى فى عام إفادتها شىء لكان فى ذلك إضرار بالمساكين؛ لأن ذلك يؤدى لأن لا يؤخذ من الماشية فى عامين غير زكاة واحدة.

وإن أخذ الساعى منها الزكاة فى العام الذى استفادها ربما أدى ذلك إلى أن يؤخذ منه الزكاة بعد اشتراطها بيوم فجر إلى أمر يكون سداداً وعدلاً بين أرباب الأموال والمساكين فى الفوائد، وذلك بأن من كان عنده نصاب أضيف إليه فائدته، فزكاه، ومن لم يكن عنده نصاب لم يزكها إلى الحول الثانى، وكان ذلك أولى لأن صاحب النصاب له أصل فى الزكاة، فكان أولى بأن يجعل ما أفاد تبعاً له.

فصل: وقوله: «وإن كان أفاد من الماشية إلى ماشيته قد صدقت قبل أن يشتريها بيوم واحد أو قبل أن يرثها فإنه يصدقها مع ماشيته» يريد أن المصدق قد أخذ صدقة هذه الماشية عند ربحها البائع لها أو الموروثة منه، ثم صارت بالبيع أو الميراث أو الهبة بعد يوم إلى رجل آخر عنده نصاباً، فيأتيه المصدق بعد يوم، فإنه يحسبها عليه مع ماشيته، ويأخذ صدقتها منه ثانية لأن الزكاة وجبت فيها على الرجلين بما قدمنا ذكره.

وهذا عدل بين أرباب الماشية والمساكين؛ لأن الرجل قد يبيع الماشية قبل أن يأتيه المصدق بيوم، فيشتريها من ليس عنده نصاب، فلا يأخذ منها المصدق فى هذا العام شيئاً، فإنما زكاة الماشية على هذا النوع من التعديل للضرورة التى تلحق بالساعى؛ لأنه لا يخرج فى العام إلا مرة واحدة، وهذا بخلاف العين، فإن ربه يخرجها متى حال حوله.

قَالَ مَالِكُ: وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ مَثَلُ الْوَرِقِ يُزَكِّيهِ الرَّجُلُ ثُمَّ يَشْتَرِي بِهَا مِنْ رَجُلٍ آخَرَ عَرَضًا، وَقَدْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ فِي عَرَضِهِ ذَلِكَ إِذَا بَاعَهُ الصَّدَقَةَ، فَيُخْرِجُ الرَّجُلُ الْآخَرَ صَدَقَتَهَا هَذَا الْيَوْمَ، وَيَكُونُ الْآخَرُ قَدْ صَدَقَهَا مِنَ الْغَدِ.

الشرح: وهذا كما قال، وعلى ما انفصل به ممن أنكروا فى الماشية أن يؤخذ منها الزكاة فى عام واحد مرتين من مالكين، فانفصل عنه بأن الرجل قد يحول عليه الحول

فى عينه ثم يزكيه اليوم يشتري به الغد سلعة من الرجل، قد حال عليها عنده الحول للتجارة، فيدفع إليه العين الذى زكاة بالأمس فيزكيه هذا البائع اليوم.

فإذا جاز هذا فى العين مع أنه لا ضرورة فيه، فبأن يجوز ذلك فى الماشية مع ما ذكرنا من ضرورة الساعى أولى وأحرى، فلا اعتبار بالمالك بدليل أن المال قد يقوم أعواماً عند مالك لا تجب عليه الزكاة، فلا تجب فيه الزكاة وتجرى فيه الزكاة فى عام واحد مرتين لاختلاف المالك على شروط قد تقدم ذكرها.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ غَنَمٌ لَا تَجِبُ فِيهَا الصَّدَقَةُ، فَاشْتَرَى إِلَيْهَا غَنَمًا كَثِيرَةً تَجِبُ فِي دُونِهَا الصَّدَقَةُ أَوْ وَرَثَهَا: أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ فِي الْغَنَمِ كُلِّهَا الصَّدَقَةُ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ أَفَادَهَا بِاشْتِرَاءٍ أَوْ مِيرَاثٍ، وَذَلِكَ أَنَّ كُلَّ مَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ مِنْ مَاشِيَةٍ لَا تَجِبُ فِيهَا الصَّدَقَةُ مِنْ إِبِلٍ أَوْ بَقَرٍ أَوْ غَنَمٍ، فَلَيْسَ يُعَدُّ ذَلِكَ نِصَابَ مَالٍ حَتَّى يَكُونَ فِي كُلِّ صِنْفٍ مِنْهَا مَا تَجِبُ فِيهِ الصَّدَقَةُ، فَذَلِكَ النِّصَابُ الَّذِي يُصَدَّقُ مَعَهُ مَا أَفَادَ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ مِنَ الْمَاشِيَةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من كان عنده من الماشية دون النصاب، فأفاد إليه ماشية من جنس ما يضم إليه فى الزكاة هى فى نفسها نصاب، فإنه لا يزكيتها لحول ما كان عنده من الماشية، وإنما يزكى ما كان عنده، وما أفاد لحول الفائدة أفادها وهكذا لو كانت الفائدة ليست بنصاب فى نفسها، ولكنها مبلغ ما كان عنده من الماشية النصاب، فإن كان عنده نصاب من الماشية، فأفاد قليلاً أو كثيراً مما يضاف إليه، فإنه يزكى الفائدة، والنصاب لحول النصاب لما ذكرناه من التعديل بين أرباب الأموال والمستحقين للزكاة لضرورة الساعى والحول.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ إِبِلٌ أَوْ بَقَرٌ أَوْ غَنَمٌ تَجِبُ فِي كُلِّ صِنْفٍ مِنْهَا الصَّدَقَةُ ثُمَّ أَفَادَ إِلَيْهَا بَعِيرًا أَوْ بَقْرَةً أَوْ شَاةً، صَدَّقَهَا مَعَ مَاشِيَتِهِ حِينَ يُصَدَّقُهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَىٰ فِي ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن زكاة الفائدة لحول النصاب الذى تقدم مالك، وفى الماشية له أصح ما تقدم فى ذلك من الأقوال، وأحب إلى الناظر فيها لما قدمناه من الدليل على صحة هذا القول.

٢٠٦ كتاب الزكاة

فصل: وقوله: «هذا أحب ما سمعت إلى في هذا» يحتمل معنيين، أحدهما: أنه يجب هذا القول دون غيره من الأقوال، وعلى هذا يقال زيد أحق بماله من غيره، وإن كان لا حق للغير فيه، وعلى هذا المعنى بيت حسان:

أتهجوه ولست له بكفؤ فشركما لخيركما الفداء
فقال: فشركما ولا شر في النبي ﷺ، ويحتمل أن يريد أن سائر الأقوال لها عنده وجه ودليل صحة، يقتضى محبته لها لأجل ذلك الدليل إلا أن دليل هذا القول أبين وأرجح فتكون أفعال على بابها في المشاركة.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْفَرِيضَةِ تَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ فَلَا تُوَجَدُ عِنْدَهُ: أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ ابْنَةً
مَخَاضٌ فَلَمْ تُوَجَدْ أُخِذَ مَكَانَهَا ابْنٌ لَبُونٌ ذَكَرٌ، وَإِنْ كَانَتْ بِنْتُ لَبُونٍ أَوْ حِقَّةٌ أَوْ
جَذَعَةٌ وَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ كَانَ عَلَى رَبِّ الْإِبِلِ أَنْ يَتَّاعَهَا لَهُ حَتَّى يَأْتِيَهُ بِهَا، وَلَا أُحِبُّ
أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَتَهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن من وجبت عليه بنت مخاض، فلم توجد عنده، ووجد عنده ابن لبون، فإنه يؤخذ منه، وتجزى عنده، ولا خلاف في ذلك. والأصل فيه أحاديث الصدقة المتقدمة، وابن لبون في هذا على البدل من بنت مخاض لا على القيمة بدليل أن يجزى عنها، وإن كانت قيمتها أكثر من قيمة ابن اللبون الذي يؤخذ بدلا منها. مسألة: فإن عدمت عنده ابنة مخاض وابن لبون لم يجزه إلا ابنة مخاض. وقال أبو حنيفة والشافعي: هو خير بينهما.

والدليل على ما نقوله أن هذه حالة استوى فيها بنت مخاض وابن لبون، وكان الفرض بنت مخاض، أصل ذلك إذا فقدتا عنده.

فصل: وقوله: «فإن كانت بنت لبون أو حقة أو جذعة كان على رب المال أن يتاعها يأتي بها» يريد أنها إن وجبت عليه حقة أو جذعة أو بنت لبون، ولم تكن عنده، كان عليه أن يأتي بها، ولم يؤخذ منه قيمتها من الإبل، ولا من غيرها. هذا المشهور من مذهب مالك أنه لا يجوز إخراج القيم في الزكاة. وقال القاضي أبو محمد: إنه يتخرج على المذهب أن إخراج القيم في الزكاة جائز، وبه قال أبو حنيفة، وحكاه ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب.

والدليل على صحة القول الأول ما روى عن معاذ بن جبل أن رسول الله ﷺ بعثه

كتاب الزكاة ٢٠٧
إلى اليمن فقال: «خذ الحب من الحب، والشاة من الغنم، والبعير من الإبل، والبقر من البقر»^(*).

ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان يخرج على وجه الطهارة، فلم تجز فيه القيمة كالرقبة.

مسألة: ومن أجبره الإمام على أخذ القيمة منه في زكاته؟ قال ابن القاسم: إن كان عدلاً يجزئه، وإن كان جائراً لا يجزيه. قال أصبغ في كتاب ابن المواز: والناس على خلافه أنه يجزئ ما أخذوه في العشور والمكوس بعد محلها كرهاً، وبذلك قال ابن رهب، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: ومن كان له مال دين على رجل، وكان الذي عنده الدين ممن يجوز له أخذ الزكاة، فأراد أن يتركه له ويحتسب به زكاة ماله. قال ابن القاسم: لا يجزئه. وحكى ابن المواز عن أشهب: يجزئه إذا أعطاه منه قدر ما كان يعطيه لو لم يكن عليه شيء.

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الدين على الصغير تأولا قيمة له وما كان على هذه الصفة لا يجوز الاحتساب به في الزكاة. ووجه قول أشهب أن الفقير يحصل له الانتفاع بما أسقط له ببراءة ذمته من الدين، فوجب أن يجزئه بمنزلة ما لو كان الدين على غيره فأداه.

وقال مالك في الإبل النواضح والبقر السواني وبقر الحرث: إني أرى أن يؤخذ من ذلك كله إذا وجبت فيه الصدقة.

الشرح: وهذا كما قال أن الإبل النواضح، وهي التي يستقى عليها الماء من الآبار لسقى الأرض والنخل، والبقر السواني وهي التي تسقى بالسانية لسقى الأرض، والنخل وبقر الحرث، وتجمع هذه كلها العوامل، فإن الزكاة واجبة فيها كالسائمة، هذا قول مالك، رحمه الله. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا زكاة في شيء من ذلك.

والدليل على صحة ما نقوله حديث أبي بكر رضى الله عنه المتقدم «في أربع وعشرين من الإبل فما دونها الغنم في كل خمس شاة» وهذا عام في السائمة والمعلوفة، فيجب حمل ذلك على عمومها إلا أن يخصه دليل.

ودليلنا من جهة المعنى أن كثرة النفقات وقتها إذا أثرت في الزكاة، فإنها تؤثر في

(*) أخرجه أبو داود حديث رقم ١٥٩٩. ابن ماجه حديث رقم ١٨١٤.

٢٠٨ كتاب الزكاة
تخفيفها وتثقلها، ولا تؤثر في إسقاطها ولا إثباتها كاخلطة والفرقة، والسقى بالنضح
والسيح، ولا فرق بين السائمة والمعلوفة إلا في تخفيف النفقة وتثقلها، وأما التمكن من
الانتفاع بها، فعلى حد واحد لا يمنع علفها من الدر والنسل.

صدقة الخلطاء

قَالَ مَالِكٌ فِي الْخَلِيطَيْنِ: إِذَا كَانَ الرَّاعِي وَاحِدًا وَالْفَحْلُ وَاحِدًا وَالْمُرَاحُ وَاحِدًا
وَالدَّلْوُ وَاحِدًا فَالرَّجُلَانِ خَلِيطَانِ، وَإِنْ عَرَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالَهُ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ
قَالَ: وَالَّذِي لَا يَعْرِفُ مَالَهُ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ لَيْسَ بِخَلِيطٍ إِنَّمَا هُوَ شَرِيكٌ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن الخطاء اسم شرعى واقع على الرجلين
والجماعة، يكون لكل واحد منها ماشية تجب فيها الزكاة، فيجمعونها للرفق فى الراعى
وغير ذلك مما تحتاج إليه الماشية، ولا بد لها منه، قلت أو كثرت، ويجزى منها الماشية
جميعهم ما يجزى ماشية أحدهم، فهؤلاء الذين يقال لهم الخلطاء.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الخليط الشريك، وذكر مالك، رحمه الله، أن الخليط غير
الشريك، وأن الخليط هو الذى يعرف ماشيته، وأن الذى لا يعرف ماشيته، هو الشريك.

وحكم الخليطين عند مالك أن تصدق ماشيتهما كأنها على ملك رجل واحد، فإن
كان لثلاثة رجال أربعون أربعون، وهم خلطاء أخذ منهم شاة واحدة، فمن أخذت من
غنمه رجع على صاحبيه كل واحد منهما بثلاث شاة، ولو لم يكونوا خلطاء لأخذ منهم
ثلاث شياه. وقال أبو حنيفة: لا يراعى الخلطة، ولا تأثير لها فى الزكاة.

والدليل على صحة ما نقوله ما روى أنس أن أبا بكر رضى الله عنه كتب له فى
الفريضة التى فرض رسول الله ﷺ فى الزكاة، وما كان من خليطين، فإنهما يتراجعان
بينهما بالسوية.

فوجه الدليل منه أنه قال: يتراجعان بينهما بالسوية، ولا يصح ذلك إلا فى الخليطين
تؤخذ صدقة أحدهما من ماشية أحدهما، فيرجع الذى أخذت صدقة الماشية من غنمه
على صاحبه بقدر ما أدى عنه من ذلك، ولو كانا شريكين لما تصور بينهما ما يوجب
التراجع.

مسألة: والخلطة تصح فى الماشيتين إذا كانتا مما تضم إحداهما إلى الأخرى فى
الزكاة، وإن كانتا من جنسين، وذلك بأن يكون لأحدهما نصاب ضأن وللآخر نصاب

كتاب الزكاة ٢٠٩

معز أو لأحدهما نصاب إبل عراب، وللآخر نصاب بخت، وكذلك البقر والجواميس، فإن كانت الماشيتان مما لا يضم إحداهما إلى الأخرى كالإبل والغنم، فلا خلطة بينهما لأن الارتفاق لا يقع فيهما لاختلاف مؤنتهما، والأعراض فيهما كالماشية والحب.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمعاني المعتبرة فى الخلطة خمسة: الراعى والفحل والمراح والدلو والمبيت، فالراعى هو الذى يرعاها، فإن كان واحد يرعى جميع الغنم، فقد حصلت الخلطة فيه، وإن كان لكل ماشية راع يأخذ أجرتها من مالكةا، فإنهم لا يخلو أن يتعاونوا بالنهار على جميعها أو لا يتعاونوا على ذلك، فإن كانوا يتعاونون بإذن أربابها، فهى خلطة، لأن جميعهم رعاة لجميع الماشية، وإن كانوا لا يفعلون ذلك أو يفعلونه بغير إذن أرباب الماشية، فليست بخلطة. هذا الذى أشار إليه أصحابنا.

ويجب أن يكون فى ذلك زيادة، وهو أن يكون إذن أرباب الأموال فى التعاون على حفظها لأن الغنم من الكثرة بحيث يحتاج إلى ذلك فيها، وإن كانت من الغلة بحيث يقوم راعى كل واحد منهم بماشيته دون غيره، فليس اجتماعهم على حفظها من صفات الخلطة.

مسألة: وأما الفحل، فهو الفحل الذى يضرب الماشية، فإن كان واحداً، فهو من صفات الخلطة، وإن كان لكل ماشية فحلها، فلا يخلو أن يجمع لضرب المواشى كلها أو لا يجمع لذلك، وإنما قصد كل إنسان منهم فحله على ماشيته إلا أنه ربما خرج عنها إلى ماشية غيره، فإن كانوا جمعوا الماشية لضراب الفحولة كلها، فهى من صفات الخلطة لا تفارقهم بكل واحد من الفحول، وإن قصر كل واحد منهم فحله على ماشيته، فليس فى ذلك وجه من الخلطة لأن الارتفاق بذلك لم يقصد، والله أعلم.

مسألة: والمراح هو الموضع الذى تروح إليه الماشية، وتجتمع فيه للانصراف إلى المبيت، وقيل هو الموضع الذى تقيل فيه، فإن كان المراح مشتركاً بين أرباب الماشية على الإشاعة بكراء أو ملك، فهو من صفات الخلطة، فإن كان لكل واحد منهم جزء معين، فلا يخلو أن يكون ذلك الجزء يقوم بماشية صاحبه على الانفراد، دون مضرة ولا ضيق، أو لا يقوم بذلك، فإن كان يقوم بماشية صاحبه فليس من صفات الخلطة لأن الارتفاق لم يوجد بهذه الصفة، وإن كان لا يقوم بها فهى من صفات الخلطة لأن الارتفاق قد حصل بها.

مسألة: وأما الدلو، فهو الدلو الذى تسقى به الماشية، فيشترك فيه الخلطاء لتخفيف

٢١٠ كتاب الزكاة

مؤنته على جميعهم، هذا الذى يقتضيه لفظ الدلو. وقد خرج أصحابنا المسألة فى كتبهم على المياه، وهو أن يكون لبعضهم مياه يسقون بها ويمنعون منها غيرهم من أرباب الماشية، فلا يكون ذلك من صفات الخلطة، أو يكون الماء مشتركاً بين أرباب الماشية، فيكون ذلك من صفات الخلطة، وذلك يكون موجوداً بين الأعراب، فيجتمع أرباب المواشى، فيتعاونون على حفر بئر يملكه أرباب الماشية، فيكون لهم السقى منه، ويمنعون غيرهم ماءه حتى تروى مواشيهم، فيرتفقون بالجمع فى حفره وحمايته، فيكون ذلك من صفات الخلطة، ولعلمهم يعبرون عنه تارة بالماء، وتارة بالدلو. وأما المبيت فحيث تبيت الماشية، والكلام فيه كالكلام فى المراح.

مسألة: وإذا اعتبرت هذه الصفات فى الخلطة؛ لأنها هى الصفات التى تخفف المؤنة ويحصل الارتفاق بالاختلاط بها فى تخفيف الزكاة وتثقلها، والمعتبر فى ذلك هو ما يخفف به النفقة ويثقل كالنضح والسيح.

فرع: وبماذا تحصل الخلطة من هذه الصفات اتفق أصحابنا على أنه ليس من شرطها حصول جميعها. وقال الشافعى: من شرط الخلطة اجتماع جميع صفاتها.

والدليل على ما نقوله أن المراعى فى الخلطة إنما هو الارتفاق باجتماعها على ما تحتاج إليه فى قليل الماشية وكثيرها، والارتفاق يحصل ببعض الصفات، فثبت به حكم الخلطة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف أصحابنا بماذا تحصل به الخلطة. فقال ابن حبيب: المراعى فى ذلك المراعى وحده، حكاه عنه القاضى أبو محمد والذى لابن حبيب عنده أنه قال: ولو لم يجمعها إلا فى المراعى والمرعى، وتفرقت فى البيوت والمراح، فإنه إذا كان ذلك صار الفحل واحداً، فضرب هذه فحل هذه، وهذه فحل هذه، وإذا لم يكن له واحد لم يكونا خليطين، وهذا يدل من قول ابن حبيب على أنه لم يراع المراعى بنفسه فقط، ولكنه راعاه لنفسه ولمعنى غيره. وقال أبو بكر الأبهري: إن الاعتبار فى ذلك بصنفين أى صنفين كان.

فوجه ما حكى ابن حبيب أن ما يعتبر حد الاجتماع والافتراق كان المعتبر بالذى يحصل به الاجتماع، ويكون المجتمع تبعاً له كالإمام فى الصلاة.

ووجه ما قاله الشيخ أبو بكر أن بالصنفين فما زاد يقع الارتفاق المؤثر، وما قصر عن ذلك، فشىء يسير لا يقع به الارتفاق، فلا يؤثر فى الخلطة.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا تَجِبُ الصَّدَقَةُ عَلَى الْخَلِيطَيْنِ حَتَّى يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَجِبُ فِيهِ الصَّدَقَةُ، وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِأَحَدِ الْخَلِيطَيْنِ أَرْبَعُونَ شَاةً فَصَاعِدًا وَالْآخَرَ أَقَلُّ مِنْ أَرْبَعِينَ شَاةً كَانَتْ الصَّدَقَةُ عَلَى الَّذِي لَهُ الْأَرْبَعُونَ شَاةً، وَلَمْ تَكُنْ عَلَى الَّذِي لَهُ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ صَدَقَةً.

الشرح: وهذا كما قال لأنه إذا ثبت أن الخليطين يعرف الشرع هو ما تقدم وصفنا له، فإنه لا تجب الصدقة عليهما حتى يكون لكل واحد منهما نصاب ماشيته، وذلك لا يخلو أن يكون واحد منهما أقل من نصاب، أو يكون لأحدهما نصاب وللآخر دونه، أو يكون لكل واحد منهما نصاب، فإن كان لكل واحد أقل من نصاب، فلا زكاة عليهما، وإن كان في ماشيتهما نصاب خلافاً للشافعي في قوله: إذا بلغت ماشيتهما النصاب، فالزكاة عليهما.

والدليل على ما نقوله ما روى أن رسول الله ﷺ قال: «ليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة».

ودليلنا من جهة القياس أن كل ما لا تجب فيه الصدقة إذا كان منفرداً، فإنه لا تجب عليه الصدقة إذا خالط غيره. أصله إذا كان ذمياً.

مسألة: فإن كان رجل خالط رجلاً ببعض ماشيته دون بعض، فإن كانت غنماً خالط منها بأربعين صاحب أربعين، وله أربعون بغير خلطة، فقد قال مالك وابن القاسم وأشهب: يكون خليطه بالثمانين، فتجب عليهما شاة عليه ثلاثاً، وعلى صاحب الأربعين ثلاثاً. قال ابن الماجشون وسحنون: لا يكون خليطه إلا بما خالطه به يزكى المختلطة على حكم الخلطة، فيكون على صاحب الأربعين نصف شاة؛ لأنه لم يخالطه إلا بها، ويكون على صاحب الثمانين ثلاثاً شاة.

وجه القول الأول أن المالك للثمانين لما اعتبر في حقه ومخالطته بالتماس، فكذلك صاحب الأربعين. وهذا الجواب الذي جاوب به مالك على قوله: إن في الوقاص الزكاة، وعلى قوله: إنه ليس في الأوقاص شيء، فعلى كل واحد منهما نصف شاة لأنه لو انفرد كل لوجب عليه مثل ما يجب على الآخر.

وجه القول الثاني أن صاحب الأربعين لم يخالط من مال صاحب الثمانين إلا بأربعين، فلا تأثير لغيرها في حكمه. هذا الذي قاله عبدالمالك، وأن صاحب الثمانين لم

٢١٢ كتاب الزكاة
يخالط صاحب الأربعين من ماشيته إلا بأربعين، فكان يجب أن لا تؤثر خلطته له فى غيرها.

فرع: فإذا قلنا بقول عبدالمملك، فإن سحنوناً قال: لو لم يخالطه صاحب الثمانين من غنمه لثبت حكم الخلطة لأن الزكاة واجبة عليه فى جميع ماله.

مسألة: فإن خالط ببعض غنمه رجلاً، وخالط ببعضها رجلاً آخر، وفى كل جزء منها نصاب، فقد قال ابن المواز: من له ثمانون خالط بأربعين منها رجلاً، وبأربعين رجلاً آخر، فإنه خليط لكل واحد منهما بثمانين، فعلى صاحب الثمانين شاة، وعلى كل واحد من صاحبيه ثلث شاة، وحكى ذلك عن ابن عبدالحكم، وأصبع.

مسألة: وهذا حكم خليطين لكل واحد منهما نصاب، فإن كان لأحدهما نصاب، وللآخر أقل من نصاب، كان ماشية الذى له نصاب تؤخذ منه الصدقة دون ماشية الذى لا نصاب له. وحكمه فى زكاته حكم المنفرد، وعلى الساعى أن يأخذ الزكاة من ماشيته خاصة، فإن أخذها من ماشية الذى لا نصاب له، فلا يخلو أن يدخل بماشيته مضرة على صاحب النصاب، أو لا يدخل عليه مضرة، فإن لم يدخل عليه مضرة، فقد قال أصحابنا: إنه يرجع بالشاة على الذى له النصاب، والشاة عليه، دون الذى لا نصاب له، سواء أخذت منه أو من صاحبه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يقال إن الساعى إذا أعلم وبين أنه إنما يأخذ الشاة منهما أن يتحاصا فيها لأنه حكم حاكم بقول قائل من أهل العلم، فلا يرد حكمه ولا ينقض.

مسألة: وإن كان الذى لا نصاب له أدخل على صاحب النصاب مضرة مثل أن يكون لرجل مائة شاة ويكون لآخر أحد وعشرون شاة، فأخذ المصدق منها ثمانين، فاختلف أصحابنا فى ذلك، فاختار ابن المواز أن يتراجعها فى الثمانين على قدر ما شيتهما، وقاله ابن القاسم. وقال ابن عبدالحكم: تكون الشاة الواحدة على رب المائة، ويتراجعان فى الشاة الثانية بجميع مواشيهما.

وجه قول ابن المواز ما احتج به من أن هذا مذهب بعض العلماء، وقد حكم به هذا الساعى، وجعل الشاتين فى المالين، فيجب أن ينفذ الحكم على ما حكم به. ووجه قول ابن عبدالحكم أن الشاة الواحدة وجبت على رب النصاب، والشاة الثانية لم تجب على واحد منهما، وقد أخذها آخذ بتأويل، فيجب أن يتراجعا فيهما.

قَالَ مَالِكُ: فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَجِبُ فِيهِ الصَّدَقَةُ جُمِعَا فِي الصَّدَقَةِ، وَوَجِبَتِ الصَّدَقَةُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا، فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا أَلْفُ شَاةٍ أَوْ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ. مِمَّا تَجِبُ فِيهِ الصَّدَقَةُ، وَلِلْآخِرِ أَرْبَعُونَ شَاةً أَوْ أَكْثَرُ فَهُمَا خَلِيطَانِ يَتَرَادَانِ الْفَضْلَ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِيَّةِ عَلَى قَدْرِ عَدَدِ أَمْوَالِهِمَا عَلَى الْأَلْفِ بِحِصَّتَيْهَا وَعَلَى الْأَرْبَعِينَ بِحِصَّتَيْهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه إن كان لكل واحد منهما ما تجب فيه الصدقة، لزمه الصدقة على سنة الخلطة، فحسبت ماشيتهما كأنها ماشية رجل واحد، وأخذ منهما ما كان يؤخذ منها أن لو كانت لمالك واحد لأن هذا تأثير الخلطة، فإن كانت لرجل ألف شاة، ولآخر أربعون شاة أخذ منها عشر شياه، ثم يتراجعان بينهما، وكذلك إن كانت لأحدهما تسعمائة شاة، وللآخر أربعون أخذ منها تسع شياه كما كان يؤخذ لو كانا لرجل، ثم يتراجعان على السوية.

مسألة: فإن كانت ماشية أحدهما ضأنًا، وماشية الآخر معزًا، ووجبت عليهما شاة واحدة، وأخذ المصدق من أكثرهما الشاة لأنهما بمنزلة مالك واحد، فإن أخذ من المعزى، رجع صاحب المعزى على صاحب الضأن بقدر حصته من المعزى.

واختلف أصحابنا فيما يأخذ الساعى من ماشية أحد الخليطين عن ماشية الآخر، فالذى يجيء على مذهب ابن القاسم أنه بمعنى الاستهلاك، فالواجب به القيمة خاصة دون العين، والذي يجيء على مذهب أشهب أنه بمعنى السلف.

وجه القول الأول أنه غير موقوف على اختيار من أخذ منه، فإذا وجبت عليهما ما عزة، وكانت فى غنم أحدهما أخذها منه، ولم يكن له الامتناع من ذلك، ويكون له الرجوع بقيمتها على صاحبه؛ لأن كل ما ثبت فى الذمم من الحيوان بغير اختيار من ثبت له، فإن الواجب به القيمة دون العين كالأستهلاك.

وجه القول الثانى أن هذه الشاة إنما تؤخذ ممن كانت عنده من ماشية الآخر، فصار ذلك سلفاً عليه. ولا يجوز أن يكلف إخراج شاة عما وجب على خليطه، ولا يكون له عليه العين لوجهين، أحدهما: أن القيمة لا تجب فى الزكاة، وإنما تجب فى العين ولا خلاف فى ذلك لأن من جواز إخراج الغنم فى الزكاة إنما يوجب العين.

والوجه الثانى أنهما يجب أن يتساويا، وإذا أخذ من أحدهما عين ومن الآخر قيمة، لم يتساويا.

٢١٤ كتاب الزكاة

مسألة: فإن كانا إنما أخرجنا عن الماشيتين شاة واحدة يجيء على قول من قال: إنه يجب عليه قيمة نصف الشاة. وقال أشهب أيضاً: يجب عليه قيمة نصف الشاة.

فأما على قول ابن القاسم، فهو مراد مذهبه. وأما على قول أشهب، فكان عليه أن يأتي بنصف شاة، لكنه لو أحضر الشاة، لكان له أن يأخذ حصته منها بالبيع، وذلك يرجع إلى الثمن وهو القيمة، فلما كان مرجعه إلى القيمة لم يكلف المستسلف غير القيمة لأنه يقول: ليس على أن أحضر غير حصتك من الشاة، وأما حصتي، فلا يلزمني إحضارها، فلذلك رجع الأمر إلى القيمة، وإن كان أدى عنه شاة، فقال أشهب: يلزمه دفع شاة إليه، ويجيء على قول ابن القاسم أن عليه قيمة الشاة.

فرع: ومتى تعتبر القيمة في نصف الشاة؟ قال ابن القاسم: فيها القيمة يوم أخذها المصدق. وقال الشيخ أبو محمد بأثر قول أشهب: ولا تكون القيمة على هذا إلا قيمة نصف الشاة يوم أداء القيمة، وذلك مبنى على كلا القولين.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْخَلِيطَانِ فِي الْإِبِلِ بِمَنْزِلَةِ الْخَلِيطَيْنِ فِي الْغَنَمِ يَجْتَمِعَانِ فِي الصَّدَقَةِ جَمِيعًا إِذَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَجِبُ فِيهِ الصَّدَقَةُ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خُمْسِ ذَوْدٍ مِنَ الْإِبِلِ صَدَقَةٌ» وَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: فِي سَائِمَةِ الْغَنَمِ إِذَا بَلَغَتْ أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن الخلطة حكمها في الإبل كحكمها، ويعتبر فيها ما يعتبر في الغنم من النصاب وغير ذلك من الشروط، ومنها البخت والعراب كالضأن والماعز، وكذلك حكم البقر والجواميس في ذلك، فإذا لم يكن عند صاحب الماشية من ذلك نصاب لم تعتبر مخالطته في الزكاة.

وقد استدل على ذلك مالك بقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة» فحمل ذلك على عمومته في الخلطة وغيرها، وهذا استدلال صحيح، وقد تقدم الكلام فيه واستدل في الغنم بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: وفي سائمة الغنم إذا بلغت أربعين شاة.

وهذا يحتمل وجهين، أحدهما: أن يذهب إلى ثبوت الخلطة في النصاب الكامل وينفيها فيما دون النصاب، واستدل على انتفاء الزكاة فيما دون النصاب بقول النبي

﴿١٠﴾: «في الإبل» واستدل على ثبوتها بعد كمال النصاب بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فثبت الحكمان بالدليلين.

والوجه الثاني أن يريد بذلك نفى الزكاة فيما دون الأربعين على حسب نفيها في الإبل فيما دون الخمس، وذلك لا يكون إلا من باب دليل الخطاب، وفي الشرط الثاني إنما قال: وفي سائمة الغنم إذا بلغت أربعين شاة، ولم يذكر حكمها إذا لم تبلغ إلا لمن يرى التعلق بدليل الخطاب في الشرط، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: لَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُفْتَرِقٍ وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ حَشْيَةِ الصَّدَقَةِ أَنَّهُ إِنَّمَا يَعْنِي بِذَلِكَ أَصْحَابَ الْمَوَاشِي.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ «لَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُفْتَرِقٍ» أَنْ يَكُونَ النَّفْرُ الثَّلَاثَةَ الَّذِينَ يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَرْبَعُونَ شَاةً قَدْ وَجِبَتْ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي غَنَمِهِ الصَّدَقَةُ، فَإِذَا أَظْلَهُمُ الْمُصَدَّقُ جَمْعُوهَا لِئَلَّا يَكُونَ عَلَيْهِمْ فِيهَا إِلَّا شَاةٌ وَاحِدَةٌ فَنُهِوا عَنْ ذَلِكَ وَتَفْسِيرُ قَوْلِهِ: وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ، أَنَّ الْخَلِيطَيْنِ يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةٌ شَاةً وَشَاةً، فَيَكُونُ عَلَيْهِمَا فِيهَا ثَلَاثُ شِيَاهٍ، فَإِذَا أَظْلَهُمَا الْمُصَدَّقُ فَرَّقَا غَنَمَهُمَا، فَلَمْ يَكُنْ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا شَاةٌ وَاحِدَةٌ، فَنُهِوا عَنْ ذَلِكَ فَقِيلَ لَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُفْتَرِقٍ وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ حَشْيَةِ الصَّدَقَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَهَذَا الَّذِي سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن معنى الحديث الوارد ما ذهب إليه؛ لأن الخلطة لم يكن لها تأثير في الزكاة تارة بتخفيف وتارة بتثقيل على وجه العدل بين أرباب الماشية ومستحق الزكاة كان ذلك حكماً لازماً للخلطة، ولم يكن لأرباب الأموال التخفيف دون التثقيل كما لم يكن لمستحقى الزكاة عليهم التثقيل دون التخفيف، فكما ليس للساعي إذا كانت التفرقة أفضل للزكاة أن يفرق الماشية المجتمعة، وإذا كان الجمع أفضل له أن يجمع الماشية المتفرقة، فكذلك ليس لأرباب الأموال أن يفعلوا من ذلك ما هو الأرجح لهم والأخف عليهم وليتركوا الماشية على حسب ما كانت عليه قبل أو ان الصدقة يجرى فيها حكم الزكاة على ذلك من تخفيف أو تثقيل.

مسألة: فإن تعدى أرباب الماشية، فجمعوا المتفرقة أو فرقوا الماشية المجتمعة لم ينفذ

٢١٦ كتاب الزكاة
لهم ذلك، وأخذت الزكاة منهما على حسب ما كانت عليه قبل ذلك من الاجتماع
أو الافتراق؛ لأنه الذى قد وجب فيها ولزمها، فلا يجوز لهم تغيير حكمها وإسقاط ما
وجب فيها.

والأصل فى ذلك حديث أبى بكر الصديق رضى الله عنه الذى كتب فريضة النبى
ﷺ فى صدقة الماشية، وفيه: «لا يجمع بين مفترق، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة»
وحديث عمر المتقدم فى ذلك.

فرع: وهذا إذا تيقن ذلك، ولكن خاف الساعى أن يكون قصد ذلك أو يكون ستر
عنه بعض ماشيته لينقص عن النصاب، فوجب أن يحمل الأمر على الظاهر من المصدق
لأن قوله: «لا يجمع بين مفترق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة» يقتضى أنه لم
يتناول نهيه ما كان من ذلك على غير خشية الصدقة، فلا ينتقل إلى خلاف ذلك إلا
بأمرة تقوى بها التهمة.

فرع: فإن أراد استخلافه نظر، فإن كان صاحب الماشية على ظاهر الأمانة والديانة
والصدق، فليس له استخلافه؛ لأن ظاهر حاله ينفى التهمة عنه، وإن كان المعروف منه
خلاف ذلك من قلة مراعاة الدين ومحبة توفير المال من وجهه وغير وجهه، وترك
الإنصاف فى معاملة الناس، فإنه يستحلفه لأن فى ذلك توصلاً إلى استيفاء حقوق
الفقراء. قال ذلك كله القاضى أبو محمد فى معونته.

مسألة: وليس من شرط الخلطة أن تكون الماشية فى جميع الحول على ذلك خلافاً
للشافعى.

والدليل على ذلك كتاب أبى بكر رضى الله عنه فى فمرض النبى ﷺ الزكاة، وفيه:
«وما كان من خليطين، فإنما يتراجعان بينهما بالسوية» ولم يفرق بين أن يكونا خليطين
من أول الحول أو من بعضه، فيحمل على عمومه إلا ما خصه الدليل..

من جهة المعنى أن هذا معنى يؤثر فى تخفيف الزكاة وتكثيرها، فلم يشترط فى تأثيره
وجود فى جميع العام كالسقى بالنضح والسيح.

مسألة: وكم أقل المدة التى يثبت بها حكم الخلطة أو الافتراق؟ قال ابن حبيب: لا
يكون أقل من عام. وقال ابن المواز: يكون أقل من الشهر. وحكى عن ابن القاسم: ما
لم يقرب جداً أو يهرب بذلك من الزكاة.

مسألة: ومن حكم الخليطين أن يكون حولهما واحداً، فإن حال حول أحدهما قبل أن يحول حول الآخر؟ فقد روى عيسى عن ابن القاسم: لا تزكى غنم الذى لم يحل الحول على ماشيته، ويزكى غيرها.

ووجه ذلك أن الأصل فى الزكاة الحول والنصاب، فإذا لم يعتبر نصاب أحدهما بنصاب الآخر، فكذلك لا يعتبر حوله بحوله، ولو كان أحد الخليطين عبداً أو ذمياً لم يثبت لهما ولا لأحدهما حكم الخلطة لزكيت ماشية الحر المسلم زكاة المنفرد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن هذا الباب الفرار عن الزكاة ببيع الماشية، فمن فعل ذلك فالزكاة عليه واجبة. والأصل فى ذلك الحديث المتقدم «ولا يجمع بين مفترق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة» وإنما قصد بذلك النهى عن أن يفر من الصدقة بالتفريق.

ومن جهة المعنى أن هذه زكاة، فلا يصح الفرار عنها بعد تعلق وجوبها.

أصل ذلك الفرار بالجمع والتفريق، وإنما هذا إذا عرف أنه باعها للفرار، فإن باعها بعد الحول لغير ذلك أو جهل، وكان فى بلد لا سعة فيه زكى زكاة الماشية لأن الزكاة قد وجبت عليه فى رقابها، وإن كان فى بلد فيه سعة، فهو بمنزلة من باعها قبل الحول؛ لأن تمام الحول يحىء الساعى، فإن باعها بجنسها مما يجمع إليها فى الزكاة، فالأظهر من المذهب أن الزكاة واجبة عليه بحول الماشية الأولى.

قال ابن المواز: لا خلاف فى ذلك إذا باعها بجنسها، وإنما الخلاف إذا باعها بغير جنسها. وفى كتاب ابن سحنون عن مالك: من بدل ماشيته بجنسها، فلا زكاة عليه إلا لحول الثانية.

وقال أبو حنيفة: إن أبدل ماشيته بجنسها، فلا زكاة عليه، حتى يحول حول الثانية. ووافقنا فى الذهب والفضة أنه إذا أبدله بغيره، فعليه الزكاة لحول الأولى. وقال الشافعى: لا زكاة عليه فى شىء من ذلك حتى يحول حول الثانية.

والدليل على ذلك قوله ﷺ: «وفى الرقة ربع العشر».

ودليلنا من جهة المعنى أن الزكاة إنما تجب فى الأموال المرصدة للنماء، ولا سبيل إلى تنمية الذهب والورق إلا بالتصرف فى البيع والشراء، وإذا وجبت الزكاة فى تصرفه بشراء العروض فبأن تجب فى تصرفه فى بيع بعضها ببعض أولى وأحرى.

٢١٨ كتاب الزكاة
ودليلنا على أبي حنيفة أن هذا مال تجب في عينه الزكاة، فإذا أبدل بمثله وجبت فيه
الزكاة. أصل ذلك العين.

مسألة: فإن باعها بغير جنسها مما لا يجمع إليها في الزكاة، فقد اختلف قول مالك
فيه، فقال: عليه الزكاة لحول الأولى، واختاره ابن وهب وابن الماجشون. وروى عنه أنه
يزكيها لحول الثانية، واختاره ابن القاسم وأشهب.

وجه القول الأول أن هاتين ماشيتان يجب في كل واحدة منهما الزكاة، فإذا أبدل
أحدهما بالأخرى لم يبطل حول الأولى، وزكيت هذه لحولها كالضأن والماعز. ووجه
الرواية الثانية أن هذين مالان لا يجمعان في الزكاة، فإذا أبدل أحدهما بالآخر بطل
حول الأولى. أصل ذلك إذا أبدل الدراهم بالماشية أو الماشية بالحب.

مسألة: فإن باع الماشية بالدنانير، ثم اشترى بالدنانير ماشية، يزكى البديل لحول
الأولى. وهل يبطل ذلك حول الماشية الأولى أم لا؟ روى مطرف وابن الماجشون أن
الثانية تزكى لحول الأولى. وروى ابن القاسم وأشهب عن مالك: يأتنف بالثانية حول
الأولى.

وجه الرواية الأولى أن من أبدل ماشيته بغيرها إنما أوجبنا عليه الزكاة لحول الأولى
بما غلب على الظن، وقدر به من الفرار عن الزكاة. وهذا المعنى موجود في مسألتنا.
ووجه الرواية الثانية أن العين الأولى قد استحالت في يده إلى صفة لا تضاف إلى الماشية
الأولى وصار بيده الثمن تجرى فيه زكاة الأثمان، فوجب أن يصير ذلك حكم زكاة
الماشية.

* * *

ما جاء فيما يعتد به من السخل في الصدقة

٦٦٧ - مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدِّيَلِيِّ، عَنِ ابْنِ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ سُفْيَانَ الثَّقَفِيِّ،
عَنْ جَدِّهِ سُفْيَانَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ بَعَثَهُ مُصَدِّقًا^(١) فَكَانَ يُعَدُّ عَلَى
النَّاسِ بِالسَّخْلِ فَقَالُوا: أَتَعُدُّ عَلَيْنَا بِالسَّخْلِ وَلَا تَأْخُذُ مِنْهُ شَيْئًا، فَلَمَّا قَدِمَ عَلَى عُمَرَ
ابْنِ الْخَطَّابِ ذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ عُمَرُ: نَعَمْ تَعُدُّ عَلَيْهِمْ بِالسَّخْلِ يَحْمِلُهَا الرَّاعِي،

٦٦٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٦٠.

(١) المصدق: عامل الزكاة.

كتاب الزكاة ٢١٩
وَلَا تَأْخُذْهَا، وَلَا تَأْخُذُ الْأَكُولَةَ وَلَا الرَّبِيَّ وَلَا الْمَاخِضَ وَلَا فَجَلِ الْغَنَمِ، وَتَأْخُذُ
الْجَذْعَةَ وَالثَّنِيَّةَ وَذَلِكَ عَدْلٌ بَيْنَ غِذَاءِ^(٢) الْغَنَمِ وَخِيَارِهِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «تعد على الناس بالسخلة» يحتمل أن يفعل هذا لأمر
عمر له، ويحتمل أن يفعله لأنه اعتقد وجوب ذلك.

وقوله له: «أتعد علينا بالسخل ولا تأخذ منه» يحتمل أن يكون ذلك قاله له من لا
يعتد بخلافه ممن لا علم عنده، ويحتمل أن يقوله له من لا يرى ذلك. فلما قدم على عمر
أخبره أنه كان فعله بأمر عمر ليعرفه مما اعترض الناس به فى أمره ليرى عمر فى
اعتراضهم رأيه، وإن كان فعل ذلك برأيه واعتقاده وجوبه، فإنه أخبر عمر به ليعلمه
باتعراض الناس فيما رآه، فأمضى عمر فى ذلك ما اعتقده هو أو رأى فيه رأى من
اعترض عليه، فيمنعه منه، فوافق قول عمر رضى الله عنه ما فعله سفيان أولاً، فلزم ذلك
الناس لأن الأحكام العامة التى هى مصروفة إلى الأئمة لا يمضى فيها إلا ما يراه الإمام
ويؤديه إليه اجتهاده، دون رأى المحكوم عليه، ويجزى ذلك المحكوم عليه إن كان
أخف مما يعتقد وجوبه عليه، ويلزمه الانقياد له إن كان أقل مما يعتقد وجوبه عليه، ثم
احتج عمر رضى الله عنه على ما صوبه من ذلك، وبين وجه الصواب فيه، وهو نحو ما
قدمناه من أن الزكاة مبنية على المساواة بين أرباب الأموال، ومستحقى الزكاة
والنصاب، لا يخلو فى الغالب من الجيد، والردىء، والوسط، فلو كلف رب الماشية أن
يدفع من أفضلها لأضر ذلك به، ولو أخذ منه من أردئها لم ينتفع مستحقو الزكاة بما
يدفع إليهم منها، ولا يصح أن يؤخذ من كل شاة بعضها، فعدل بين الفريقين بأن
يؤخذ من وسط الماشية، ولذلك بين عمر ما ترك لهم من جيد الماشية، ولا يأخذ منها
كالأكولة والرَبِيَّ والمَاخِضِ، ومحل الغنم فى جنب الردىء الذى لا يأخذ منه من
السخلة، وذات العوار، فكما يحسب الجيد، ولا يأخذ منه كذلك يحسب الردىء، ولا
يأخذ منه، ويأخذ الوسط من ذلك، ولا يخلاف فيه بين الفقهاء إذا كانت الأمهات
نصاباً إلا ما يروى عن لا يعتد بخلافه إذ لا يحسب السخال.

والدليل على ذلك قول عمر رضى الله عنه هذا بحضرة الصحابة والعلماء وأخذ به
صدقة الناس، ولا يعلم أحد قال بخلافه.

فإن قيل فإن الذى أنكر على سفيان بن عبد الله فعله قد خالفه؟

(٢) غِذَاءٌ: جمع غِذَى، وهى السلخة من الغنم.

٢٢٠ كتاب الزكاة
فالجواب أنه يحتمل أن يكون ممن لا يعتد بقوله، ولذلك لم يتبعه عليه غيره، ولو سلمنا أن يكون ممن يعتبر بقوله، فإنه لم ينكر أن بعد السخال، وإنما أنكر أن تعد، ولا يؤخذ منها، فلا يجعل ذلك اعتراضاً في عد السخال خاصة، ولو سلمنا لكم الآخر على ما قلتم فإن عمر رضى الله عنه لما احتج بما أبرزه من الدليل من جهة القياس لم يراجع أحد في دليله، فثبت أنه إجماع على صحة الدليل، ولما ثبت صحة الدليل ثبت صحة الحكم.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ثناء من أصل ما تجب في عينه الزكاة، فوجب فيه الزكاة التي تجزى في أصله كثناء العين.

مسألة: وإذا قصرت الماشية عن النصاب، وكملت نصاباً بالسخال عدت السخال، وأخذت الزكاة، وقال أبو حنيفة والشافعي: يستأنف بها حولاً من يوم كمل النصاب، وإنما يحتسب بالسخال مع الأمهات إذا كانت الأمهات نصاباً.

والدليل على ما نقوله الحديث الذى تقدم فى كتاب أبى بكر فى سائمة الغنم الزكاة، وقول عمر المتفق عليه: نعم تعد عليهم بالسخلة يحملها الراعى، ولا تأخذها منهم.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا إثناء خادث من عين مال تجب في عينه الزكاة، فجاز أن يكمل به النصاب. أصل ذلك ثناء العين.

مسألة: فإن كانت إبلة فصلاناً كلها أو بقره عجاجيل أو غنمة سخالاً، فإنه يكلف أن يأتي بالسن الواجبة عليه أن لو كانت كباراً. وقال أبو حنيفة والشافعي: يخرج منها.

والدليل على ما نقوله ما فى كتاب أبى بكر عن فريضة رسول الله ﷺ: «فإذا بلغت خمساً وعشرين، ففيها ابنة مخاض إلى خمس وثلاثين، فإن لم توجد ابنة مخاض فابن لبون ذكر»^(١) ولم يفرق بين الصغار من الإبل والكبار.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه ستون من الإبل، فوجب فيها حقة كما لو كانت بزلاً كلها.

مسألة: والواجب أن يؤخذ في الزكاة من الماشية الإناث من الضأن والمعز، ولا

(١) أخرجه النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٤٥٥. أبو دارود حديث رقم ١٥٦٧، ١٥٦٨.

أحمد في المسند حديث رقم ٧٣.

كتاب الزكاة ٢٢١
يأخذ الذكران إلا أن يرى ذلك المصدق، وبه قال الشافعي. وقال ابن حبيب: يؤخذ
الذكر من الضأن جذعاً كان أو ثنيًا، ولا يؤخذ الذكر من المعز لأنه تيس، وقال أبو
حنيفة: يؤخذ الذكر والأنثى من الجذع والثنية.

والدليل على ما نقوله أن هذا من جنس الغنم لا يصلح للدر ولا للنسل، فلم يؤخذ
في زكاتها كما دون الجذع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما نقص عن الواجب في الزكاة على ضربين، أحدهما:
يجوز إن أجازته الساعي. والثاني: لا يجوز أصلاً، فأما ما يجوز بإجازة الساعي، فهو ما
يبلغ السن الواجبة في الزكاة، ويكون به عيب مرض أو عور أو جرب أو غير ذلك،
فإن رأى الساعي، أنه أفضل من السالم وأسمن أخذه، وإن رأى فيه نقصاً عن حقه
تركه، والضرب الثاني: ما قصر عن السن الواجبة، فلا يجوز وإن أجازته الساعي إلا
على قول من رأى إخراج الغنم في الزكاة لأن الدر والنسل المقصودين في الماشية
معدومان فيه.

فرع: والسن المأخوذة من الغنم الثنى والجذع، قال ابن القاسم وأشهب في
المجموعة: لا يؤخذ ما فوق الثنى، ولا ما دون الجذع إلا أن يطوع رب المال بالأفضل
والسنان سواء في الصدقة جائزان في الضأن والمعز، وكذلك ما يؤدي منهما من الإبل.
ذهب ابن حبيب إلى أنه يؤخذ الجذع من الضأن والثنى من المعز كالضحايا.

فصل: وقوله: «وذلك عدل بين غذاء الغنم وخياره» غذاء الغنم صغارها المراد أن لا
يأخذ الساعي خيار المال ولا رديئه، وإنما يأخذ الوسط.

قَالَ مَالِكٌ: وَالسَّخْلَةُ الصَّغِيرَةُ حِينَ تَنْتَجُ، وَالرَّبِيءُ الَّتِي قَدْ وَضَعَتْ فِيهَا تَرْبِي
وَلَدَهَا، وَالْمَاخِضُ هِيَ الْحَامِلُ، وَالْأَكُولَةُ هِيَ شَاةُ اللَّحْمِ الَّتِي تُسَمَّنُ لِتُؤْكَلَ.

الشرح: وهذا على ما قال في تفسير هذه الصفات، وأما الفحل، فهو فحل الغنم
الذي يضربها، وغذاء الغنم هو دونها، فإن كانت الغنم كلها مواخض أو ربي أو أكولة
أو فحولاً لم يؤخذ منها، وكان لرب الماشية أن يأتي بالسن الوسط مما ذكرناه من
التعديل بين أرباب الأموال والفقراء على ما قاله عمر رضي الله عنه.

والدليل عليه قوله ﷺ في حديث معاذ: «وتوق كرائم أموال الناس»^(٢).

(٢) أخرجه البخاري حديث رقم ١٤٥٨، ٧٢٧٢. مسلم حديث رقم ١٩، الترمذي حديث =

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ تَكُونُ لَهُ الْغَنَمُ لَا تَحِبُّ فِيهَا الصَّدَقَةُ، فَتَوَالِدُ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَهَا الْمُصَدَّقُ بِيَوْمٍ وَاحِدٍ، فَتَبْلُغُ مَا تَحِبُّ فِيهِ الصَّدَقَةُ بَوْلَادَتِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا بَلَغَتِ الْغَنَمُ بِأَوْلَادِهَا مَا تَحِبُّ فِيهِ الصَّدَقَةُ فَعَلَيْهِ فِيهَا الصَّدَقَةُ، وَذَلِكَ أَنَّ وِلَادَةَ الْغَنَمِ مِنْهَا، وَذَلِكَ مُخَالَفٌ لِمَا أُفِيدَ مِنْهَا بِاشْتِرَاءٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ مِيرَاثٍ وَمِثْلُ ذَلِكَ الْعَرَضُ لَا يَبْلُغُ ثَمَنُهُ مَا تَحِبُّ فِيهِ الصَّدَقَةُ ثُمَّ يَبِيعُهُ صَاحِبُهُ فَيَبْلُغُ بِرَبْحِهِ مَا تَحِبُّ فِيهِ الصَّدَقَةُ فَيَصَدَّقُ رِبْحَهُ مَعَ رَأْسِ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ رِبْحُهُ فَائِدَةً أَوْ مِيرَاثًا لَمْ تَحِبُّ فِيهِ الصَّدَقَةُ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ أَفَادَهُ أَوْ وَرَثَتِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَعِذَاءُ الْغَنَمِ مِنْهَا كَمَا رِبْحُ الْمَالِ مِنْهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن الغنم إذا قصرت عن النصاب أنه لا زكاة فيها، فإذا بلغت بولادتها قبل أن يأتيها المصدق النصاب أخذ منها الزكاة المصدق؛ لأن النماء يكمل نصابها.

وفى هذا مسألتان، إحداهما: أن النماء يكمل النصاب على ما تقدم. والثانية: أن المعتبر بمجيء الساعى بعد الحول، فإن كمل النصاب بالولادة قبل أن يصدقها المصدق، وجبت فيها الزكاة، وإن صدقها ثم بلغت النصاب بعد ذلك، فلا زكاة فيها لأن ذلك نماء حول آخر.

والأصل فى ذلك ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «وأعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم» فجعل من أحكام الزكاة أن تؤخذ منهم، فإذا لم يكن لرب المال إخراج الزكاة لم تجب عليه، وإنما يجب عليه إذا جاز له إخراجها، وهو إذا صدقها الساعى. ودليلنا على ذلك أن هذا معنى لو تلف المال قبله لم يضمن الزكاة، فوجب أن يتعلق به الوجوب كالحول.

مسألة: فإن غاب عنها الساعى حولين، كان وجوب الزكاة فيها مراعى، فإن وجدها الساعى بيده أخذ منه الزكاة للحولين، وصح وجوب الزكاة عليه فيها، وإن لم يجدها بيده لم تجب عليه الزكاة؛ لأن شرط الوجوب قد عدم. وهذا إذا كان يولد فيه

كتاب الزكاة ٢٢٣
السعاة، فإذا كان ببلد لا ساعى فيه، فالزكاة تجب عليه فى كل حول، قاله سحنون.
ووجه ذلك أن رب الماشية ساعى نفسه.

فصل: وقوله: «إن الغنم إذا بلغت بولادتها النصاب ففيها الزكاة» وذلك أن ولادة
الغنم منها على ما تقدم من أن حكمها حكم الأمهات، وذلك مخالف للفائدة، يريد أن
الفائدة لا يكمل بها النصاب، ويكمل بالنسل، وقاسه مالك على نماء العين منه، فإذا
بلغ الربح مع الأصل النصاب، وجبت فيه الزكاة، وإن لم يبلغه إلا بفائدة لم يسزك حتى
يجول الحول على الفائدة.

وهذا قياس صحيح لم يسلم له أن نصاب الحولين يتم برجمه، وإنما سلمه الشافعى
فيمن اشترى مائة درهم سلعة قيمتها مائتا درهم ثم باعها بمائتى درهم بعد أن حال
الحول من يوم اشترها، فإن الزكاة فيها، وهذا أصل يصح قياسنا عليه.

قال مالك: غير أن ذلك يختلف فى وجه آخر أنه إذا كان لرجل من الذهب
أو الورق ما تجب فيه الزكاة ثم أفاد إليه مالا ترك ماله الذى أفاد فلم يزك مع
ماليه الأول حين يزكيه حتى يحول على الفائدة الحول من يوم أفادها، ولو كانت
لرجل غنم أو بقرة أو إبل تجب فى كل صنف منها الصدقة ثم أفاد إليها بعيراً أو
بقرة أو شاة صدقتها مع صنف ما أفاد من ذلك حين يصدقه إذا كان عنده من ذلك
الصنف الذى أفاد نصاب ماشية.

قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت فى هذا كله.

الشرح: وهذا كما قال أن حكم العين والماشية يختلف فى وجه آخر، الوجه الذى
قاس فيه الماشية على العين، لأن الماشية إذا أفاد منها شيئاً، وعنده نصاب من جنسها،
فإن حكم الفائدة فى الحول حكم أصل النصاب الذى كان عنده، وفى العين بخلاف
ذلك يزكى الفائدة لحولها، والنصاب الذى كان عنده لحوله، وليس من شرط الفرع
إذا قيس على الأصل لعله جامعة بينهما فى حكم من الأحكام أن يقاس عليه فى سائر
أحكامه، وإنما يلزم أن يدل الدليل على أن العلة التى جمعت بينهما فى ذلك الحكم، لها
اختصاص بذلك الحكم دون غيره، وإن فارق الأصل الفرع فى أحكام غيرها لا تعلق
لها بتلك العلة لأن ما من فرع إلا هو بخلاف الأصل الذى قيس عليه فى عدة أحكام.

وفى مسألتنا قاس إتمام نصاب الماشية بتمامها على تمام نصاب العين بتمامه لعله

٢٢٤ كتاب الزكاة

صحيحة، وهي أن هذا نماء حادث من العين التي تجب فيها الزكاة، وهو من جنسها، فوجب أن يكمل بها نصابها كالعين وهذه علة تختص بالنماء دون الفوائد، فاختلاف العين والماشية في الفوائد لا يمنع اجتماعها في الذي هو من جنس الأصل، وإنما اختلف في الفوائد، لأنها ليست من الأصل، وزكاة الماشية لها تعلق بالساعي، فإذا لم تجب زكاتها لزكاة الأصل لم يمكن تكرار الساعي ونعمت المعدلة بين أرباب الأموال والمساكين، فإن الفائدة إذا أضيفت إلى أقل من النصاب زكيت بعد استكمال حول الفائدة، وإذا أضيفت إلى النصاب زكيت لحول النصاب، وليس كذلك العين، فإن رب المال يخرج زكاته فيمكن إخراجه عند حلول حوله المختص به، فلم تدع ضرورة إلى اعتباره لحول النصاب، فتعجل قبل حلوله؛ ولا أن يضاف إلى أقل من النصاب، فيزكى إلى أكثر من حوله، فلذلك افترقا، والله أعلم وأحكم.

* * *

باب النهي عن التضييق على الناس في الصدقة

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ تَجِبُ عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ وَإِبلُهُ مِائَةٌ بَعِيرٍ فَلَا يَأْتِيهِ السَّاعِي حَتَّى تَجِبَ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ أُخْرَى، فَيَأْتِيهِ الْمُصَدَّقُ وَقَدْ هَلَكَتْ إِبِلُهُ إِلَّا خَمْسَ ذَوْدٍ.

قَالَ مَالِكٌ: يَأْخُذُ الْمُصَدَّقُ مِنَ الْخَمْسِ ذَوْدِ الصَّدَقَتَيْنِ اللَّتَيْنِ، وَجَبَتْ عَلَى رَبِّ الْمَالِ شَاتَيْنِ فِي كُلِّ عَامٍ شَاةً لِأَنَّ الصَّدَقَةَ إِنَّمَا تَجِبُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ يَوْمَ يُصَدَّقُ مَالُهُ، فَإِنْ هَلَكَتْ مَاشِيَتُهُ أَوْ نَمَتْ، فَإِنَّمَا يُصَدَّقُ الْمُصَدَّقُ زَكَاةً مَا يَجِدُ يَوْمَ يُصَدَّقُ، وَإِنْ تَطَاهَرَتْ عَلَى رَبِّ الْمَالِ صَدَقَاتٌ غَيْرُ وَاحِدَةٍ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُصَدَّقَ إِلَّا مَا وَجَدَ الْمُصَدَّقُ عِنْدَهُ، فَإِنْ هَلَكَتْ مَاشِيَتُهُ أَوْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ فِيهَا صَدَقَاتٌ، فَلَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ شَيْءٌ حَتَّى هَلَكَتْ مَاشِيَتُهُ كُلُّهَا أَوْ صَارَتْ إِلَى مَا لَا تَجِبُ فِيهِ الصَّدَقَةُ، فَإِنَّهُ لَا صَدَقَةَ عَلَيْهِ وَلَا ضَمَانَ فِيمَا هَلَكَ وَمَضَى مِنَ السَّنِينَ.

الشرح: وهذا كما قال أن من تأخر عنه الساعي وتلفت ماشيته، فإنه لا يضمن ماشيته لأن إمكان الأداء إلى الإمام من شروط الوجوب في الأموال الظاهرة، وسواء تلفت بأمر من السماء أو أتلفها هو من غير قصد للفرار من الزكاة، هذا قول مالك

كتاب الزكاة ٢٢٥

وأصحابه. وقال أبو حنيفة: إن أتلّفها هو ضمن. وقال الشافعي مرة: بحىء الساعى شرط فى الوجوب. وقال مرة: هو شرط فى الضمان.

وأصل هذه المسألة فصلان، أحدهما: هل الزكاة متعلقة بالذمة أو بالعين؟ والثانى: أن بحىء الساعى شرط فى الوجوب أو ليس بشرط فيه؟ وقد تقدم الكلام فى الفصلين، وبيننا أن الزكاة متعلقة بالعين، وأن الزكاة إنما تجب بحىء الساعى، فإذا أكل قبل ذلك ماشيته أو باع ما قصرت به عن النصاب، فلا زكاة عليه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون بيده يوم غاب عنه الساعى أقل من نصاب أو نصاب، فإن كان بيده أقل من نصاب ثم جاءه الساعى بعد أعوام، فوجد عنده نصاباً بالولادة أو بالمبادلة، فقد قال مالك وابن القاسم: يزكى للأعوام التى كانت فيها نصاباً دون سائر الأعوام، وهو مصدق فى ذلك. وقال أشهب: يزكى لجميع الأعوام.

وجه قول مالك أن الزكاة إنما تعلقت بماله من يوم كمال النصاب، فوجب أن يجرى فيها حكم الزكاة من ذلك الحول، وما قبل ذلك، فلا تعلق للزكاة بها، فلا يعتد بتلك الأحوال كما لو أتاه الساعى فى كل عام.

وجه قول أشهب أنا إذا كنا نراعى ما وجد الساعى بيده دون ما قبل ذلك فى الكثرة والقلة والتقصير عنه، فكذلك فى تمامه والزيادة عليه.

مسألة: ولو كمل النصاب بفائدة، فلا خلاف نعلمه فى المذهب فى أنه لا يزكى إلا من يوم كمال النصاب، وقاله أشهب وأصبغ.

وجه ذلك ما قدمناه من أن الفائدة لا تضاف إلا إلى النصاب.

مسألة: وإن غاب عنه الساعى، وبيده نصاب ثم جاءه بعد أعوام، فلا يخلو أن يكون بيده نصاب فى جميع المدة أو يكون قد نقص فى بعض المدة عن النصاب، فإن كان فى جميع المدة نصاباً، فالذى قاله مالك أنه يزكى ما يجد بيده للسنين كلها على ما هى عليه يوم بحىء الساعى، فإن غاب عنه وبيده أربعون شاة ثم جاءه وبيده ألف شاة، فإنه يزكيها على أنها كانت ألفاً فى الأعوام كلها، وإن غاب عنها، وهى ألف، فوجدها بعد أعوام وهى مائة، فإنه يزكيها على أنها كانت فى المدة كلها مائة. وقال عبدالملك ابن الماجشون: إن غاب وهى أربعون، فوجدها ألفاً، وقال صاحب الماشية: إنها صارت ألفاً فى هذا العام، فإنه يزكيها بجميع الأعوام على ما ذكر صاحبها أنها كانت عليه، ويزكيها لهذا العام على ما يجدها عليه.

٢٢٦ كتاب الزكاة
وجه قول مالك وجمهور أصحابنا أننا قد دللنا على أنها إذا زالت عن يده بإتلافه أو
يغير إتلافه قبل مجيء الساعى أنه لا زكاة عليه فيها.

ودليلنا على أن الزكاة مبنية على المعدلة بين أرباب الأموال والمساكين، فكما قلنا لو
كان عنده ألف شاة تسعة أعوام ثم باعها قبل مجيء الساعى أنه لا زكاة عليه، فكذلك
يجب أن يقول أنه متى غاب عنها الساعى، وهى أربعون، ثم جاء بعد عشرة أعوام،
وهى ألف، فإنه يزكيتها لجميع الأعوام ألفاً.

ووجه قول عبدالمملك أنه إذا لم يزك أرباب الأموال قبل الحول ما استهلكوه مما
جرت فيه الأحوال، وكمل فيه النصاب، فبأن لا يلزمهم ما لم يكن عندهم من الماشية
أولى وأحرى.

فروع: فإذا غاب عنها الساعى، وهى نصاب ثم نقصت عن النصاب ثم عادت إلى
النصاب، فوجدها الساعى على ذلك، فلا يخلو أن تكون زيادتها، وبلوغها النصاب
بولادة وما جرى مجراها من البدل أو بفائدة، فإن كانت بولادة زكى الجميع لجميع
الأحوال على ما هى عليه اليوم وإن كانت بفائدة لم يزكها إلا يوم بلغت النصاب إلى
وقت مجيء الساعى.

فصل: وقوله: «وإن كان على رب الغنم صدقات غير واحدة فليس عليه أن
يصدق إلا ما وجد الصدقة عنده» يريد أنه إن كان مضى له أعوام كثيرة وماشيته فى
جميعها عنده يجب عليه فيها الصدقة لو جاء المصدق، ثم جاء المصدق، فإنه لا يصدق
عليه إلا ما وجد مما يحتمل تلك الصدقات، فإن نقص بعضها عن الصدقات كان فيما
بعد الذى ينقصها الحكم على ما ذكرناه، ومعنى ذلك أنه إذا لقي بيده أربعين شاة، قد
غاب عنها عشرة أعوام لم يأخذ منها إلا شاة واحدة، لأن أخذ الساعى منها الشاة لعام
يمنع أخذ زكاة أخرى منها؛ لأنها قد قصرت بذلك عن النصاب، فلا تجب عليه فيها
الزكاة لعدم شرط وجوب الزكاة، وهو النصاب.

قال: فإن وجد عنده إحدى وأربعين شاة، زكاها حولين شاتين، وسقط عنه سائر
الأعوام، فإن وجد عنده خمسين شاة زكاها لعشرة أعوام، فإن وجدها ألفاً زكاها
عشرة لعام وتسعة أعوام تسعة، وهذا حكمها إذا كانت الزكاة المأخوذة من جنس
المزكى، وكان المال مما لا يزكى إلا بجنسه، سواء أخذها منها أو أتاه بها من غيرها،
وذلك بأن تكون غنمه كلها مما لا تجوز فى الزكاة فأتاه شاة من غيرها، فإن ذلك

يسقط عنه حكم الزكاة في عينها، وكل بمنزلة أن يعطيها منها إذا قصرت بذلك عن النصاب، قاله أشهب وابن نافع في المجموعة، ورواه ابن سحنون عن مالك.

مسألة: فإن غاب الساعي عن إبل، فلا يخلو أن تزكى بجنسها أو بغير جنسها، فإن كانت تزكى بجنسها مثل أن تكون خمسة وعشرين بعيراً، فتجب فيها بنت مخاض، فإنه يزكيها لأول عام بنت مخاض، فإن كانت فيها وأخذها منها زكاه لسائر الأعوام بالغنم، وإن لم يأخذ منها زكاه لسائر الأعوام بنات مخاض.

والفرق بينها وبين الغنم أن الغنم لا تزكى إلا بجنسها، والإبل تارة تزكى بجنسها وتارة بغير جنسها، فإذا أخذ من أعيانها نقص بذلك النصاب، وإذا أخذ من غيرها لم ينقص بذلك النصاب، وكان بمنزلة أن يزكى بالغنم، فإنه يؤخذ منها الغنم لجميع الأعوام ولا ينقص في ذلك النصاب، ولو بيع فيها الكثير من الإبل، وما ينقص من الفرض.

فصل: وقوله: «فإن لم يأخذ منها شيئاً حتى هلكت الماشية كلها أو صارت إلى ما لا تجب فيه الصدقة» يريد لنقصانها عن النصاب، فإنه لا صدقة عليه في شيء من ذلك، ويبتل ما قبل ذلك من الزكوات التي كانت تجب فيها لو جاءه المصدق، ولا ضمان عليه، فيما هلك من ماله لما قدمناه من أنه ليس بضامن؛ لأن الزكاة في الماشية لا تجب إلا للمجيء الساعي، وقد تقدم القول فيه، وهذا إذا لم يكن فاراً بماشيته.

مسألة: فإن فرَّ بماشيته، فوجده الساعي بعد أعوام، فإنه يأخذ منه الزكاة لجميع الأعوام على ما كانت عليه في كل عام، هذا قول جمهور أصحابنا إلا أشهب، فإنه قال: إذا زادت الغنم على ما كانت عليه زكاه لكل عام على ما وجدها عليه، وإن نقصت الغنم عما كانت عليه زكاه لكل عام على ما كانت عليه.

وجه القول الأول أنه ضامن للزكاة لتعديده بالفرار، فإنه يضمن من الزكاة في كل عام حسب ما وجبت عليه، فكما يلزمه ضمانها إن نقصت كذلك لا يلزمه إخراج الزكاة للزيادة إذا زادت.

وجه قول أشهب أنه لا يكون أحسن حالا من الذي تغيب عنه الساعي من غير فراره، فإنه إذا زادت عنده الماشية زكيت لسائر الأعوام على ما هي عليه من الزيادة، وهو غير متعد، فكان أخذها من الفار المتعدى أولى.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهذا عندي منه على وجه الاستحسان، والقياس ما تقدم.

٢٢٨ كتاب الزكاة

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يبدأ بالأخذ من غنم الهارب عن آخر الأعوام، هذا الذى رواه ابن حبيب عن مالك وقاله أصبغ. وقال عيسى عن ابن القاسم: يبدأ بالأخذ من أول عام، ومثال ذلك أن يغيب ثلاثة أعوام بثلاثمائة شاة ثم يجده الساعى فى العام الرابع بيده شاة، فعلى ما رواه ابن حبيب: يؤخذ منه عن هذا العام عشر شياه ثم يؤخذ منه عن الثلاثة الأعوام المتقدمة تسع شياه، ثم يؤخذ منه للعام الرابع تسع شياه؛ لأن نصاب الألف قد نقص بأخذ زكاة الأعوام المتقدمة.

وجه قول مالك ما احتج به أصبغ من أنه ضامن بتعديه بالفرار بزكاة كل عام ضماناً يوجب تعلقها بذمته يدل على ذلك أنها لو تلفت لوجب عليه ضمانها، فإذا ثبت تعلقها بذمته لم ينقص نصاب الألف، وكان عليه أن يزكى لآخر عام ألف شاة.

وجه قول ابن القاسم أن هذه زكاة تتعلق بالعين، وإنما يضمنها بالتعدى. بمعنى أنها إن تلفت كان عليه بدلها، فأما مع وجودها، فحكم الزكاة متعلق بها، وليس عليه غيرها كالغاصب إذا غصب عيناً من غنم أو غيرها، ثم وجدها صاحبها كان حقه متعلقاً بها دون ذمة الغاصب.

فرع: فإن غاب بأربعين، فوجدت بيده ألفاً بعد أعوام، فقال: إنها لم تنزل أربعين إلى هذا العام، فهل يصدق أم لا؟ روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وغيره من أصحابنا أنه لا يصدق فى ذلك، ويؤخذ منه صدقة سائر الأعوام على ما هى عليه الآن. وروى ابن سحنون عن أبيه أنه يصدق فى ذلك.

وجه القول الأول أن هذا قد ظهر كذبه وتبين فراره من الزكاة، فلم يعتبر بقوله. ووجه قول سحنون أن الزكاة لا تجب عليه إلا بإقراره أو بيعة ثبتت عليه، وليس فسقه بالذى يمضى عليه الدعاوى دون بيعة كالذى عرف بجحد أموال الناس.

* * *

النهى عن التضيق على الناس فى الصدقة

٦٦٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: مَرَّ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ

٦٦٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٦٢. الشافعى فى الأم ٥٦/٢. البيهقى فى السنن

الكبرى ١٥٨/٤. معرفة السنن والآثار ٨٤١٣/٦.

بِغْنَمٍ مِنَ الصَّدَقَةِ، فَرَأَى فِيهَا شَاةً حَافِلًا^(١) ذَاتَ ضَرْعٍ عَظِيمٍ، فَقَالَ عُمَرُ: مَا هَذِهِ الشَّاةُ؟ فَقَالُوا: شَاةٌ مِنَ الصَّدَقَةِ، فَقَالَ عُمَرُ: مَا أَعْطَى هَذِهِ أَهْلَهَا، وَهُمْ طَائِعُونَ، لَا تَفْتِنُوا النَّاسَ، لَا تَأْخُذُوا حَزْرَاتِ الْمُسْلِمِينَ^(٢) نَكَبُوا عَنِ الطَّعَامِ.

الشرح: وقولها: «مر على عمر بن الخطاب رضى الله عنه بغنم من الصدقة» يدل على أنه قد ينقل بعض ماشية الصدقة عن موضعها إذا استغنى أهلها إلى موضوع آخر من الحاضرة وغيرها حيث تكون الحاجة، وذلك أن أحق المواضع بالزكاة موضع تؤخذ فيه.

وفى زكاة الماشية ثلاث أبواب، أحدها: فى إبان أخذها منها. والثانى: فى موضع تؤخذ فيه الصدقة. والثالث: فى موضع تفرق فيه.

* * *

الباب الأول فى إبان أخذ الصدقة من الماشية

فأما إبان الخروج لأخذ الصدقة، فهو وقت طلوع الثريا مع طلوع الفجر، وهو إبان تجتمع فيه الماشية على المياه فى الجبال والقفار من بقايا الأمطار؛ لأن ذلك أهون على المصدقين، وأمكن لاجتماع الناس دون مضرة ولا مشقة تلحقهم فى تركهم للكأ والرعى والسرحة للاجتماع للصدقة؛ ولأن الماشية حينئذ لا مضرة للانتقال بها لقوة نسلها. وقال الشافعى: إن وقت خروج الساعى وجميع الناس هو فى شهر المحرم متى كان من كل سنة. والدليل عليه ما قدمناه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فأحكم البلاد على ضربين، ضرب: لم تجر العادة لخروج السعاة إليه لبعده عليهم، وفى كتاب ابن سحنون: أن حول هذه الماشية من يوم أفادها بميرات أو غيره يخرج زكاتها كزكاة العين. وقال فى الأسير يكتسب الماشية بأرض الحرب: أن حكمه حكم من تخلف عنه الساعى، فإذا خلص بها زكاها لماضى السنين.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والقياس عندى أن يكون حكمه حكم من لم تجر العادة بخروج السعاة إليه يخرج زكاة ماشيته كما يخرج زكاة العين، وإنما فرق بينهما من تقدم ذكره لأن الأسير معتقد للخروج إلى موضع الساعى متى أمكنه بخلاف

(١) شاة حافل: مجتمع لبنها.

(٢) حزرَاتِ المسلمين: خيار أموالهم.

٢٣٠ كتاب الزكاة

من لا يأتيه الساعى لبعده مكانه، فإنه لا يعتقد الخروج إليهم، والله أعلم وأحكم.

فرع: وأما الضرب الثانى، فمن جرت العادة بخروج السعاة إليه، فإنهم يخرجون فى سنة الخصب. وأما سنة الجذب، ففي المجموعة عن أشهب، قال مالك: لا يبعثون فى سنة الجذب. وروى عنه لا يؤخر السعاة فى سنة الجذب، وإن عجفت الغنم.

وجه القول الأول ما احتج به مالك أنه إن خرج الساعى فى عام جذب، فإنما يأخذ ما لا يجب، فإن بيع، فلا تمن له، وذلك يجحف بأرباب الأموال، ولا ينفع المساكين. ووجه القول الثانى أن هذا معنى لسبب عجف الماشية، فلا يمنع أخذ الصدقة كمرض الماشية.

فرع: فإذا قلنا يخرج السعاة فى الجذب، فقد تقدم من قول مالك ما يقتضى أنه يأخذ من العجاف عجافاً. قال محمد: يشتري له ما يعطيه.

وجه القول الأول أن صفة الغنم فى العجف لا تنقل الزكاة إلى غير عينها كما لو كانت سمناً.

وجه قول محمد أن العجف عيب كما لو فيها كانت ذات عوار.

* * *

الباب الثانى فى الموضع الذى تؤخذ فيه الصدقة

أما موضع أخذ صدقة الماشية، ففي موضع الماشية، وليس على أرباب الماشية نقلها وحملها إلى المصدق. والدليل على ذلك المشهور من فعل النبى ﷺ أنه كان يبعث أصحابه مصدقين إلى الجهات، ولا يأمر الناس بجلب مواشيهم إلى المدينة، فيتولى هو تصديقها بنفسه، ومن هذا المعنى أن الضرورة على أرباب الماشية فى جلبها وجمعها للصدقة أشد من الضرورة على المصدقين فى طوافهم على المواشى.

مسألة: وكذلك زكاة الحب يخرج إليه فى مواضعه، ويأخذ من الناس حيث حصده لما ذكرناه.

ولما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «وأعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم» فإذا كانت تدفع إلى فقراء الجهة التى أخذت بها، فلا معنى لنقلها ثم ترد إلى موضعها.

كتاب الزكاة ٢٣١
ودليلنا من جهة المعنى أن في تكليفهم حمله زيادة عليهم في الزكاة، وربما لم تكن له دابة ولا مال غير ما أصابه من الطعام، فيؤدى ذلك إلى أن يؤخذ منه نصف ما حصده أو أكثر.

* * *

الباب الثالث في الموضع الذي تفرق فيه الزكاة

أما موضع تفريق الزكاة، فإنه حيث تؤخذ من أربابها إلا أن يكون بموضع لا فقراء فيه، فإن كان بالموضع فقراء، فلا يخلو أن يكون أهل ذلك الموضع أشد حاجة من غيرهم، أو حاجتهم كحاجة غيرهم، أو تكون حاجة غيرهم أشد، فإن كانت حاجتهم أشد أو مساوية لحاجة غيرهم، فأهل موضع الصدقة أولى بصدقتهم حتى يغنوا أو لا ينقل منها إلا ما فضل عنهم، وإن كانت حاجة غيرهم أشد، فرق من الصدقة بموضعها بمقدار ما يرى الإمام، وينقل سائرهما إلى موضع الحاجة، هذا المشهور من مذهب مالك.

وفى المجموعة: روى ابن وهب وغيره عن مالك: لا بأس أن يبعث الرجل ببعض زكاته إلى العراق ثم إن هلك في الطريق لم يضمن، فإذا كانت الحاجة كثيرة بموضعه أحببت أن لا تبعث، وهذا إباحة لإخراج الزكاة عن موضعها، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: لا يجوز نقل الصدقات عن مواضعها.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «فأعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقراءهم» فإن قيل بأن هذا يقتضى نقلها من عدن إلى اليمن؛ لأنه مخاطب بذلك أهل اليمن وعدن من اليمن.

فالجواب أن المراد بذلك أن تؤخذ من أغنياء من يعلمه بذلك فترد على فقرائهم، ومعلوم أن معاذاً كان يخاطب بذلك أهل كل بلد، فيقتضى ذلك رد زكاة أغنيائه على فقرائه.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا نقل صدقته إلى غير بلدها، فلم يجز له تفرقتها مع وجود الحاجة ببلد الصدقة. أصله إذا تولى قسم ذلك بنفسه من غير إذن الإمام.

وجه رواية ابن وهب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة: 60] الآية ولم يخص بلداً دون غيره. ومن جهة القياس أن هذا مال لزم إخراجها على وجه القرية، فلم يختص به فقراء بلد دون بلد آخر ككفارة الأيمان.

٢٣٢ كتاب الزكاة

فرع: فإذا قلنا باختصاص إخراجها بموضع المال، ففي كتاب ابن سحنون: من كانت له أربعون شاة بأربعة أقاليم عشرة بالأندلس، وعشرة بأفريقية، وعشرة بمصر، وعشرة بالعراق، وكان الولاية عدولاً، فإنه يلزمه أن يخبرهم بذلك ويدفع إلى كل أمير ربع شاة في شاه يشاركه فيها، وإن دفع إليه ربع قيمة شاة أجزاءه، وإن كان الولاية غير عدول، فليخرج هو ما يلزمه على ما أعلمتك، وإن له خمسة أواق في بلاد متفرقة، فيعط كل أمير زكاة ماله ببلده، فإن لم يكونوا عدولاً أخرج هو ما يلزمه عن جميع ذلك، يريد في كل بلد زكاة ماله فيه، وبالله التوفيق.

فرع: فإن قلنا إنه لا يجوز نقلها من بلد إلى بلد إلا لعذر، فإنه لا بأس أن ينقل زكاته إلى ما يقرب، ويكون في حكم موضع وجوبها لأن ذلك موضع وجوبها لأنه لا يلزمه أن يخص بذلك أهل محله ولا جيرانه، بل يجوز له أن يؤثر أهل الحاجة من أهل بلده فكذلك ما قرب منها.

وروى ابن نافع عن مالك أن ذلك إن يكن على أميال، فلا بأس، أن يحمل من زكاته إلى ضعفاء عنده بالحاضرة. وقال سحنون: إن كان ذلك في مقدار لا تقصر فيه الصلاة، وأما ما تقصر في مثله الصلاة، فلا تنقل إليه الزكاة.

فرع: فإن نقله، وقلنا برواية المنع، فقد قال سحنون: لا تجزئه. وقال أبو بكر بن اللباد: إنما ذلك على الاستحسان ويجزئه ذلك، فإن تلف في الطريق، فإنه يضمها على هذه الرواية، وأما على رواية ابن وهب، فلا ضمان عليه، وبه قال ابن المواز.

مسألة: فإذا قلنا إن ذلك يجوز ابتداء أو للحاجة، فمتى يجوز ذلك، قال ابن المواز: إنما يرسل بها قبل محلها بمقدار ما يمكن حولها عند وصولها.

. ووجه ذلك أنه إن أرسلها بعد حولها، فقد أمسكها وأخرها بعد الحول مع التمكن من ذلك، وهو من التعدي الذي يلزمه الضمان.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: إنه يجوز له إرسالها بعد الحول، ووجوب الزكاة في المال.

ووجه ذلك أنه لم يجب عليه الزكاة بعد، وقد تنقص عن النصاب بفعله أو بغير فعله. ووجه آخر أنه لا يجب على الإنسان أن يدفع زكاة ماله لأول من يلقاه بعد كمال الحول، ولا عند طلوع الفجر من يوم يكمل الحول وجوباً يكون بتأخيره عن ذلك ساعة واحدة متعدياً، وإنما يكون متعدياً بتأخيره مدة يظهر بها حكم التعدي والإغفال.

مسألة: فإذا احتاج الإمام إلى نقله من بلد إلى بلد، فمن أين تكون مؤنة ما ينقل منها؟ روى ابن القاسم عن مالك: يتكاري عليها من الفىء. وقال ابن القاسم: لا يتكاري عليها من الفىء، ولكن يبيعه في هذا البلد، ويتاع عرضها في بلد تفريقها.

وجه قول مالك أن الفىء لنواب المسلمين، فيجب أن تحمل به هذه الزكاة ولا تباع في موضع الغنى عنها؛ لأن يبيعه في موضع الغنى عنها وابتاعها في موضع نفاقها يذهب بأكثرها. ووجه قول ابن القاسم أن الزكاة حق للفقراء، ولمن سمي معهم خاصة، فلا يجب أن يتمم بالفىء الذى لا يختص بهم، وإنما ثبت لهم من الزكاة مقدار ما يخلص إليهم منها بعد البيع والابتاع، وهذا أحوط من التفرير بها في الطريق.

فصل: وقوله: «فراى فيها شاة حافلا» الحافل التى اجتمع اللبن فى ضرعها، فعظم ضرعها لذلك، ولما كان عليه فى أصل الخلقة، فقال عمر، لما علم أنها من الصدقة: «ما أعطى هذه أهلها وهم طائعون» يريد أن أهلها كرهوا إعطاءها لما رأى من كرمها وكثرة لبنها وأن نفس من كانت عنده غير طيبة بإعطائها فى الأغلب من أحوال الناس، ثم قال: لا تفتتوا الناس، الفتنة فى أصل اللغة الاختيار إلا أنها استعملت فيما يصرف الناس من الحق إلى الباطل.

فصل: وقوله: «لا تأخذوا حزرات المسلمين» الحزرات، واحدتها حزرة.

وقوله: «نكبوا عن الطعام» أى اعدلوا بأخذكم عما يكون منه الطعام لأرباب المواشى، فإن نفوسهم لا تطيب بها، فلا يجب ذلك عليهم، والأصل فى ذلك حديث معاذ بن جبل، وفيه قوله ﷺ: «وتوق كرائم أموال الناس، واتق دعوة المظلوم» وليس فى حديث عمر رضى الله عنه أنه رد تلك الشاة الحافل، ويحتمل أن يكون قد أعلم أن صاحبها قد طابت بها نفسه، والله أعلم وأحكم.

٦٦٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ أَنَّهُ قَالَ: أَخْبَرَنِي رَجُلَانِ مِنْ أَشْجَعِ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ الْأَنْصَارِيَّ كَانَ يَأْتِيهِمْ مُصَدَّقًا، فَيَقُولُ لِرَبِّ الْمَالِ: أَخْرِجْ إِلَيَّ صَدَقَةَ مَالِك، فَلَا يَقْرُدُّ إِلَيْهِ شَاةٌ فِيهَا وَفَاءٌ مِنْ حَقِّهِ إِلَّا قَبْلَهَا.

الشرح: قوله: «إن محمد بن مسلمة الأنصارى كان يأتيهم مصدقًا» المصدق الآخذ

٢٣٤ كتاب الزكاة

للصدقة، العامل عليها، فيقول لرب المال: «أخرج إلى صدقة مالك»، وهذا على سبيل التفويض إليه، وهو من السنة أن الاختيار إليه، وأنه من أخرج إليه شاة سليمة يجوز مثل سنها في الزكاة أن يأخذها لأن التعيين لرب الماشية دون المصدق.

قَالَ مَالِكٌ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا وَالَّذِي أَدْرَكَتْ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا أَنَّهُ لَا يُضَيِّقُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فِي زَكَاتِهِمْ، وَأَنْ يُقْبَلَ مِنْهُمْ مَا دَفَعُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ^(١).

الشرح: وهذا كما قال نجب مسامحة أرباب الأموال في الزكاة، وأخذ عفوهم؛ لأنه قد روى ذلك في حديث عمر، رضى الله عنه، وحديث محمد بن مسلمة «وممن خرج مصدقاً في زمان رسول الله ﷺ»، وقد سئل مالك: أيقسم المصدق الماشية، ويقول لصاحبها: آخذ من أيها شئت؟ فقال: لا، واحتج بحديث محمد بن مسلمة. ووجه ذلك أن التعيين لصاحب الماشية كسائر الزكاة.

* * *

أخذ الصدقة

ومن يجوز له أخذها

٦٧٠ - مَالِكٌ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيِّ إِلَّا لِخَمْسَةٍ: لِغَازٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أَوْ لِغَامِلٍ عَلَيْهَا، أَوْ لِغَارِمٍ، أَوْ لِرَجُلٍ اشْتَرَاهَا بِمَالِهِ، أَوْ لِرَجُلٍ لَهُ جَارٌ مِسْكِينٌ فَتُصَدَّقَ عَلَى الْمِسْكِينِ، فَأَهْدَى الْمِسْكِينُ لِلْغَنِيِّ».

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٩٤/٩.

٦٧٠ - أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٩٣. وابن ماجه في كتاب الزكاة حديث رقم ١٨٣١. وأحمد ٥٦/٣ عن أبي سعيد الخدرى. والبيهقى فى الكبرى ١٣/٧ بنحوه مختصراً عن عبد الله بن عمرو. وابن خزيمة برقم ٢٣٦٨، ٦٩/٤ عن أبى سعيد الخدرى. والحاكم فى المستدرک ٤٠٧/١ عن أبى سعيد الخدرى.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٣/٥: هكذا رواه مالك رسلاً، وتابعه على إرساله ابن عيينة، وإسماعيل بن أمية. ورواه الثورى عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، قال: حدثنى الليث، عن النبى ﷺ فذكره. ورواه معمر عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبى سعيد الخدرى، عن النبى ﷺ.

كتاب الزكاة ٢٣٥

الشرح: وقوله: «لا تحل الصدقة»، يريد صدقة الأموال الواجبة فيها لا تحل لغنى، ولم يرد الصدقة المتبدلة من غير وجوب، فإن تلك بمنزلة الهدية، تحل للغنى والفقير.

وقوله ﷺ: «إلا الخمسة»، ثم فسر فقال: «لغاز في سبيل الله»، وذكرهم فبين أن الصدقة تحل لهؤلاء الخمسة مع كونهم أغنياء، وإن كان وجه إباحة الصدقة لهم يختلف.

فأما الغازي، فمباحة له على وجه المعونة له على عدوه، وربما كان غناؤه يبلغ به العدد، إلا أنه لا يبلغ منه ما يقوى به في نهاية فراهة فرسه وجودة سلاحه وآلته، وليس كل غنى يبلغ به المراد من ذلك، وقد يكون عنده من الغنى ما يبلغه النهاية من ذلك، إلا أنه يضر بحاله في المستقبل، فيمتنع من ذلك إبقاء لماله، والمسلمون محاوريج إلى غزوه ونصرته، وأبيح له أخذ الصدقة ليبلغ من غزوه ما لا يبلغه بماله.

وأما العامل عليها، فإنه يأخذها على وجه العوض من عمله والصدقة عليه، وليست لمجرد الإجازة، ولذلك لا يجوز أن يستعمل عليها من لا يحل له أخذها من هاشمي أو ذمي، ويجوز أن يستأجر على حراستها وسوقها لما كانت تلك إجارة محضة.

وأما الغارم، فإنما تدفع إليه معونة على غرامته، وهو على وجه الصدقة، وسيأتي وصف هؤلاء الثلاثة الأصناف وذكر أحكامهم بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا ثبت أنه لا تحل الصدقة لغنى إلا من ذكرنا، فمن أعطاها غنياً عالماً بغناه، فلا خلاف أنها لا تجزئه، ومن أعطاها جاهلاً بغناه، وهو يعتقد فيه الفقر، فهل تجزئه أم لا؟ قال ابن القاسم في المدونة: يضمن إن دفعها لغنى أو نصراني، وقال في الأندية: لا ضمان عليه.

وجه إثبات الضمان أنه اتلف مالا لغيره، فكان عليه ضمانه، إذا لم يؤمر به كالمأشئ في الطريق يطأ ثوب غيره فيخرقه.

ووجه نفي الضمان أنه مأمور بدفعه، فإذا اجتهد فأخطأ فهو غير ضامن كالكوكيل على دفعه.

مسألة: وأما من اشترى الصدقة بماله، فليس من باب دفع الصدقة إليه، وإنما الصدقة قد بلغت محلها بدفعها إلى الفقير ثم ابتاعها الغنى بماله، وكذلك من أهداها إليه الفقير، فإنها لم تصر إليه بوجه الصدقة، وإنما انتقلت إليه بعد أن بلغت محلها وكمل فيها أداء فرض الزكاة.

٢٣٦ كتاب الزكاة

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي قَسْمِ الصَّدَقَاتِ أَنْ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا عَلَيَّ وَجْهِ
الاجْتِهَادِ مِنَ الْوَالِي، فَأَيُّ الْأَصْنَافِ كَانَتْ فِيهِ الْحَاجَةُ وَالْعَدَدُ أُوتِيَ ذَلِكَ الصَّنْفُ
بِقَدْرِ مَا يَرَى الْوَالِي، وَعَسَى أَنْ يَنْتَقِلَ ذَلِكَ إِلَى الصَّنْفِ الْآخَرَ بَعْدَ عَامٍ أَوْ عَامَيْنِ أَوْ
أَعْوَامٍ فَيُؤْتَى أَهْلُ الْحَاجَةِ وَالْعَدَدِ حَيْثُمَا كَانَ ذَلِكَ وَعَلَى هَذَا أُدْرِكْتُ مَنْ أَرْضَى مِنْ
أَهْلِ الْعِلْمِ.

الشرح: وهذا كما قال أن قسم الصدقات إنما يكون على وجه الاجتهاد من الوالي،
وذلك أن الصدقات يستحقها المسلمون في كتاب الله تعالى، وذلك قوله عز وجل:
﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبِهِمْ وَفِي الرِّقَابِ
وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [التوبة: ٦٠]، فهذه ثمانية أصناف يجوز وضع
الصدقات فيها، ولا يجوز وضعها في غيرهم لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ﴾ [التوبة:
٦٠]، فأتى بلفظ الحصر، وهذا يقتضى نفي إعطاء الصدقات لغيرهم.

فأما الفقراء والمساكين، فاختلف الناس فيهما، فقال مالك: إن الفقير الذى له البلغة
من العيش لا تقوم به، والمسكين الذى لا شىء له، فالمسكين أسوأ حالاً من الفقير، وبه
قال أبو حنيفة.

وفى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب: الفقير المتعفف عن
السؤال مع حاجته، والمسكين الذى يسأل على الأبواب والطرق وهو السائل، وهذا
يقرب من قول مالك.

وقال الشافعى: إن الفقير أسوأ حالاً من المسكين. ويقولنا قال جماعة من أهل اللغة،
وأُنشد فى ذلك ابن قتيبة:

أما الفقير الذى كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سيد
فجعل للفقير بلغة من العيش. ومن جهة المعنى أن المسكين مأخوذ من السكون،
والفقير مأخوذ من كسر الفقار، والذى سكن فلا يتحرك أشد ضعفاً من المكسور
الفقار؛ لأن ذلك متحرك.

وقال أبو الحسن الأخفش: الفقير مشتق من قولهم: فقرت له فقرة من مال، أى
أعطيته، فالفقير على هذا الذى له قطعة من مال.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن صفة الفقير الذى يأخذ الصدقة، حكى ابن المواز عن

كتاب الزكاة ٢٣٧

مالك أنه قال: يعطاها من له أربعون ديناراً ورأس ورأسان إذا كان كثير العيال، وهذا يقتضى أن المراعى فى ذلك قدر حاجته فى نفسه وعياله دون النصاب.

وروى المغيرة عن مالك أنه قال: إذا كان يفضل له من ثمن داره عشرون ديناراً لم يعط من الزكاة. وهذا يدل على مراعاة النصاب، وبه قال أبو حنيفة.

وجه الرواية الأولى أن الغنى يختلف باختلاف من أضيف إليه، فمن الناس من يكون له المال، ولا يقدر على التصرف والسؤال، فلا يكفيه ما يكفى من يقدر على التصرف والابتدال، ومنهم من يكون له العيال الكثير والولد ممن لا يستطيع أن يتفرد بالاقتيات دونه، فلا يكفيه ما يكفى المفرد ذو العيال اليسير.

فيجب أن يكون غنى المفرد المتمكن من التصرف غير غنى المعيل الذى كان لا يمكنه التصرف، وهذا كما يقول فى الاستطاعة المعتبرة فى الحج.

وجه الرواية الثانية ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «وأعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم»، فأخبر أن الذى يؤخذ منهم غير الذى يدفع إليهم. وقد أجمعنا على أن من كان له عشرون ديناراً، وله عيال تؤخذ منه الزكاة، فيجب أن لا تدفع إليه. ومن جهة المعنى أن هذا غنى يؤثر فى وجوب الزكاة، فوجب أن يؤثر فى المنع من أخذها كالنصاب.

مسألة: وليس من صفاته الضعف عن التكسب والعمل، رواه المغيرة عن مالك. وقال الشافعى: لا يعطى القوى على الكسب، وإن لم يكن له مال.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠] الآية، وهذا عام فنحمله على عمومه إلا ما خصه الدليل.

ودليلنا من جهة السنة ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «وأعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم».

مسألة: ومن صفات الفقير المستحق للزكاة أن لا يكون من آل محمد عليه السلام، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وذكر القاضى أبو الحسن أن من أصحابنا من قال: تحل لهم الصدقات الواجبة، ولا يحل لهم التطوع؛ لأن المنة قد تقع فيها، ومنهم من قال: يحل لهم التطوع دون الفرض. وكان شيخنا، رحمه الله، يريد أبا بكر الأبهري، يقول: قد حلت لهم الصدقات كلها، فرضها ونقلها.

٢٣٨ كتاب الزكاة

ووجه القول الأول قوله ﷺ للحسن وقد جعل ثمرة من الصدقة فى فيه: «أما علمت أن آل محمد لا يأكلون الصدقة»^(*).

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، فقد روى ابن حبيب فى شرح الموطأ عن مطرف وابن الماجشون وابن نافع وأصبغ أن جميع الزكوات الواجبة كلها وصدقة التطوع محرمة عليهم، وقد تقدم ذكر القاضى أبى الحسن للخلاف فى ذلك، وما ذكره من أن صدقة التطوع تجوز لهم دون الفرض، هو رواية أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية.

فرع: ومن ذوو القربى الذين لا تحل لهم الصدقة؟ قال ابن القاسم: هم بنو هاشم خاصة، وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه يستثنى بنى أبى لهب. وقال أصبغ: هم عشيرته الأقربون، ناداهم حين أنزل الله تعالى: ﴿وأنذر عشيرتلك الأقربين﴾ [الشعراء: ٢١٤]، وهم آل عبد المطلب وآل هاشم وآل عبد مناف وآل قصى وبنو غالب.

وقال الشافعى: هم بنو هاشم وبنو المطلب، وقول ابن القاسم: أظهر؛ لأن الآل إذا وقع على الأقارب، فإنما يتناول الأذنين. وروى عيسى عن ابن القاسم من أعطها بنى هاشم لم تجزه.

فرع: وهل يدخل فيه الموالى، قال ابن القاسم فى العتبية: لا يدخلون فيهم. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن نافع وأصبغ: مواليتهم مثلهم، حرمت عليهم صدقة الفرض والتطوع.

قال أصبغ: احتججت على ابن القاسم بالحديث: «موالى القوم منهم»^(*)، فقال: قد جاء حديث آخر: ابن أخت القوم منهم، فكذلك حديث الموالى، وإنما تفسير موالى القوم منهم فى الحرمة والبر منهم بهم كما فى تفسير الحديث «أنت ومالك لأبيك»^(*)، يريد فى البر والطواعية لا فى القضاء واللزوم.

مسألة: وأما العاملون عليها، فهم الذين يخرجون لأخذ الصدقة، فروى أشهب عن مالك: يعطون بقدر المسعى فى قربه وبعده وبقدر غنائه؛ لأنه إنما يأخذ على وجه العوض عن عمله، إلا أن حقه متعلق بما عمل فيه إن كان مؤمناً وإن كان كافراً أساء

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١٤٨٥. مسلم حديث رقم ١٠٦٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٩٠١٤.

(*) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٦١٢.

(*) أخرجه ابن ماجه حديث رقم ٢٢٩١، ٢٢٩٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٦٨٦٣.

كتاب الزكاة ٢٣٩
من استعمله فى الصدقة واسترجع ما أخذ منها وأعطى أجرته من غيرها، حكى ذلك
محمد عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أن الصدقة لا يجوز صرفها إلى غير المسلمين.

مسألة: وأما المؤلفه قلوبهم، فهم قوم ذور عد وسعة وقدرة على الأداء أجابوا إلى
الإسلام، ولم يتمكن من نفوسهم، هذا الذى قاله شيوخنا، ويحتمل عندى أن يكون
الإيمان تمكن من نفوسهم، غير أن الطاعة لأحكامه لا تمكن من نفوسهم، فكان النبى
ﷺ يستألفهم بالعطاء ويحبب إليهم الإيمان، ويكف به أذيتهم، وقد انقطع هذا الصنف
لما فشا الإسلام وكثر.

مسألة: وأما الرقاب، نهى أن يشتري من زكاة الأموال رقاب، روى ابن المواز عن
ابن القاسم: لا يجوز العتق من الزكاة، إلا من يجزئ فى الرقاب الواجبة، يريد من
الإسلام والسلامة، قال عنه ابن حبيب: فإن فعل أعاد.

قال ابن حبيب: لا بأس أن يعتق عن زكاته أعمى أو أعرج أو مقعداً، وإنما المعنى فى
قوله تعالى: ﴿وفى الرقاب﴾ [التوبة: ٦٠] فكأكها. وفى العتبية عن ابن وهب: ﴿وفى
الرقاب﴾ قال: المكاتبين. وقد قال مطرف عن مالك: لا بأس أن يعطى من زكاته
المكاتب ما يتم به عتقه أو فى قطاعة مدبر ما يعتق به، وهما لا يعتقان فى الرقاب
الواجبة.

وجه قول ابن القاسم أنه عتق ينفذ على وجه إذا وجب، فاعتبرت فيه السلامة
كاعتق فى الكفارة. ووجه آخر أن ما اعتبر فى الكفارة اعتبر فى عتق الزكاة كالإسلام.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن من أعتق من الزكاة يعتقون عن جميع الإسلام، ويكون
الولاء لهم، فإن اشترى أحد من زكاة ماله رقاباً وأعتقها ليكون الولاء له لم يجزه عن
زكاته فى رواية ابن القاسم. وقال أشهب: يجزئه وولاؤه للمسلمين.

وجه قول ابن القاسم أنه قد استمسك به حين أبقى الولاء له، وإنما يجزئ من ذلك
أن يكون الولاء للمسلمين. وجه قول أشهب أنه بمنزلة من أمر عبده أن يعتق رقبته أو
يذبح أضحيته، فأنفذ ذلك عن نفسه، فإن ذلك يجزئ الأمر.

مسألة: وأما الغارمون، فذكر القاضى أبو محمد أن مذهب مالك أن من أدان فى
غير سفه ولا فساد ويكون معهم أموال هى بإزاء ديونهم، فيعطون ما يقضون به

٢٤٠ كتاب الزكاة

ديونهم، وإن لم يكن لهم وفاء، فهم فقراء غارمون، فأعطوا بالوصفين جميعاً.
وقال أبو جعفر الداودي: اختلف قول مالك في الغارم، فمرة قال: يعطى إذا كان محتاجاً، ومرة يشير إلى أن للغارم أن لا يأخذ ما أعطى، وإن كان بيده كفاف دينه، وأكثر منه، ولا يفصح.

وجه ما حكاه القاضى أبو محمد قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبِهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ﴾ [التوبة: ٦٠]، فذكر الغارمين مع الفقراء وعطفهم عليهم، وهذا يقتضى أنهم غيرهم.

فرع: ويجب أن يكون هذا الغارم على هذا الوجه ممن تنجز حاله بأخذ الزكاة، ويتغير بتركها وذلك بأن يكون ممن له أصول يستغلها ويعتمد عليها، فيركبه دين يلجسه إلى بيعها، ويعلم أنه إذا باعها خرج عن حاله، فهذا يؤدي دينه من الزكاة.

وأما من كان على حالة من الابتذال والسعى، فأراد أن يشتري أموال الناس ليكون منها دين فى ذمته، فيكون غارماً ما يؤدي عنه من الزكاة، فلا يجوز ذلك؛ لأن لغرم عن هذا لا يغير حاله ولا يضطره منعه من الابتذال إلى الخروج عن عادته وللخروج عن العادة تأثير فى إسقاط العبادات كالأستطاعة فى الحج.

مسألة: وأما قوله تعالى: ﴿فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾، فهو الغزو والجهاد، قاله مالك وجمهور الفقهاء. وقال ابن حنبل: هو الحج.

والدليل على ما نقوله أن هذا اللفظ إذا أطلق، فإن ظاهره الغزو، ولذلك قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾، [آل عمران: ١٦٩، محمد: ٤]، ولا خلاف أن المراد به الغزو والجهاد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه لا بأس أن يعطى من الزكاة للغازى، وإن كان معه ما يغنيه وهو غنى يده، وإن لم يأخذ ذلك فهو أفضل له، هذا قول مالك، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يعطى للغازى الغنى شىء من الصدقة، ولا يحل له أخذها.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾، إلى قوله عز وجل: ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [التوبة: ٦٠]، وهو عام فى كل من كان فى سبيل الله.

ودليلنا من جهة السنة ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة»^(*)، فبدأ بالغازى.

(*) أخرجه أبو داود حديث رقم ١٦٣٥. ابن ماجه حديث رقم ١٨٤١. أحمد فى المسند

حديث رقم ١١١٤٤.

كتاب الزكاة ٢٤١
ودليلنا من جهة القياس أن هذا يأخذ الصدقة لحاجتنا إليه، فجاز له أخذها مع الغنى
كالعامل.

مسألة: وأما ابن السبيل، فهو المسافر، قال ابن وهب فى العتبية: هو الذى لا يجد
دابة ولا ما يكرهها به. وقال شيوخنا العراقيون: ابن السبيل يكون مبتدئاً لسفره، وقد
يكون مستديماً له، فأما المبتدئ لسفره، فهو الغريب يكون بالبلد له فيه مدة، ثم يريد
الرجوع إلى وطنه، فهذا مبتدئ لسفره.

وأما المستديم له، فهو الذى يكون فى أثناء سفره، فلا خلاف نعلمه فى أنه يجوز
دفع الزكاة إلى مستديم السفر، وأما مبتدئه، فقال مالك والشافعى: يجوز دفع الزكاة
إليه، ومنع ذلك أبو حنيفة.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه أن هذا مرید للسفر، فجاز له أخذ الزكاة
كالمستديم، وتبين ذلك أن المستديم للسفر إنما يأخذه للمستقبل، وأما الماضى، فلا
اعتبار به.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز له أخذ الزكاة، وإن كان معه ما يغنيه، وكان غنياً
ببلده، روى هذا عن مالك. وروى عنه ابن نافع أنه يجوز له ذلك إذا لم يكن له ما
يغنيه، وكان غنياً ببلده، وبه قال أصبغ.

وجه القول الأول قوله تعالى: ﴿وابن السبيل﴾، [التوبة: ٦٠] وهذا عام. ودليلنا
من جهة القياس أن هذا صنف يجوز صرف الزكاة إليه لمعنى سفره، فجاز صرفها إليه،
وإن كان معه ما يكفيه كالغازى.

وروجه الرواية الثانية ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «لا تحل الصدقة لغنى إلا الخمسة»،
ولم ينكر المسافر. وأما إذا لم يكن معه ما يغنيه، فإنه يأخذ، وإن كان غنياً ببلده؛ لأنه
لا يلزم ابن السبيل أن يتسلف إذا كان غنياً ببلده؛ ولأنه لا يلزمه أن يشغل ذمته؛ ولأنه
لا يقدر على إبرائها.

فصل: وقوله: «أن ذلك لا يكون إلا على وجه الاجتهاد من الوالى»، لم يشترط أن
يكون الاجتهاد للخليفة، بل جعل فيه حظاً لمن يليه، وهذا لأن والى كل بلد أعلم
بوجوه مصالحه الخاصة، فلذلك كان الاجتهاد فيه إليه.

فصل: وقوله: «فأى الأصناف كانت فيه الحاجة والعدد أوتر ذلك الصنف بقدر ما

٢٤٢ كتاب الزكاة

يرى الوالى»، يريد بالحاجة أن يكونوا أشد فقراً من غيرهم وأكثر عدداً وأقل مرافق، والإيثار يكون على ضربين، أحدهما: أن يعطى صنف الحاجة الأكثر ويعطى غيرهم الأقل، والثانى: أن يعطى صنف الحاجة الجميع ولا يعطى غيرهم شيئاً، وذلك جائز عند مالك، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعى: لا يجوز مع وجود الأصناف إلا أن يدفع إلى جميعهم، فإن عدموا جاز أن يدفع الجميع إلى من وجد إلا العامل، فلا يجوز دفع الجميع إليه.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك قوله ﷺ: «فأعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم». ودليلنا من جهة القياس أن هذه صدقة يجب صرفها إلى الفقير، فجاز أن يحضوا بها كالكفارات.

فصل: وقوله: «عسى أن ينقل ذلك إلى الصنف الآخر بعد عام أو عامين»، يريد العطاء لأجل الحاجة؛ لأن الشدة والحاجة لا تبقى على حال واحدة، بل ينتقل من قوم إلى قوم، ويكون العطاء لكل إنسان بقدر حاجته وكثرة عياله، وقلة تصرفه، وقلة سؤاله، وما يعرف من صلاحه، وليس لذلك حد، وإنما هو على قدر الاجتهاد، فأما كثرة العيال، فإن حاجة من تلزمه نفقتهم أكثر وغناء ما يدفع إليه عنه أقل؛ ولأن كل واحد من عياله من أهل الصدقة، وإذا كانت نفقته تجب على من لا مال له، فإن ذلك وجوب لا ينتفع به ولا يغنى عنه.

وأما قلة التصرف، فإن الفقير الذى له التصرف أقدر على الاكتساب، وتنمية ما يعطى من الزكاة، والاستغناء عن غيره الذى لا تصرف له، ولا قدرة به على الاكتساب، فهذا يسرع إليه الضياع، ويتعجل إتلاف ما بيده، فكان أولى بالزيادة.

وأما قلة السؤال، فإن فى السؤال نوعاً من الاكتساب، فالسائل يستعين بسؤاله، والذى لا يسأل يشتد أمره، فيجب أن يزداد من العطاء والسؤال مكروه إلا لضرورة، فيجب أن يعان هذا الذى لا يسأل على ما التزم من ترك السؤال.

وأما صلاح الحال فروى المغيرة عن مالك: يؤثر الفقير الصالح لحسن حاله، ولا يمنع لسوء حاله، ويعطى القوى البدن، ولا يمنع لقوة بدنه، وهذه الصفات المذكورة فى قوله تعالى: ﴿اللفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله لا يستطيعون ضرباً فى الأرض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس إلحافاً وما تنفقوا من خير فإن الله به عليم﴾ [البقرة: ٢٧٣].

مسألة: وكم يعطى من الصدقة؟ روى على بن زياد وابن نافع عن مالك: ليس فى ذلك حدًا، وإنما هو على اجتهاد المتولى، قيل: فيعطى الفقير قوت سنة ثم يزيد، فقال: ذلك بقدر ما يرى القاسم، وقد يقلل المساكين وتكثر الصدقة.
روى عن المغيرة: يعطى أقل من النصاب ولا يبلغه.

وجه الرواية الأولى أن أحوال الناس تختلف بما ذكر من الصفات، فيعطى كل إنسان بقدر حاجته، وإن كان ذلك أكثر من عشرين دينارًا كقضاء دين الغريم. ووجه الرواية الثانية أن الشريعة فرقت بين من يأخذ الصدقة، وبين من تدفع إليه وقررت أخذها من الغنى الذى له عشرون دينارًا، وأن الصدقة تعطى للفقير، فيجب أن لا يعطى لمن ملك عشرين دينارًا؛ لأن ذلك حد بين الغنى والفقير.

مسألة: وصفة إعطاء الصدقة أن يخرجها المتصدق من يده، ولا يجبسها عنده، ويفرقها على من تصدق بها عليه، قاله المغيرة عن مالك. والفقراء أجنب للمتصدق وأقارب، فأما الأجنب، فلا خلاف فى جواز دفع الزكاة إليهم، وأما الأقارب فعلى ضربين: ضرب يلزم رب المال الإنفاق عليهم، وضرب لا يلزمه ذلك لهم.

فأما من يلزم رب المال الإنفاق عليهم بأصل، فلا يجوز له دفع زكاته إليهم؛ لأنهم أغنياء بما يستحقون من النفقة عليهم، وأما من لا تلزمه النفقة عليهم، فلا يخلو أن يكونوا فى عياله أو لا يكونون، فإن كانوا فى عياله، فقد روى مطرف عن مالك أنه لا ينبغي له أن يفعل ذلك، فإن فعل فقد أساء، ولا يضمن إن لم يقطع عن نفسه بذلك الإنفاق عليهم. وقال ابن حبيب: فإن قطع بذلك الإنفاق عن نفسه، فلا يجزئه.

ووجه ذلك أنه انتفع بزكاة ماله حيث قطع بها عن نفسه نفقة من قد كان التزم الإنفاق عليه، والقيام به وأظهر الإحسان إليهم، واستعان على ذلك بزكاة ماله.

مسألة: وأما من لم يكن فى عياله، فلم يختلف قول مالك أنه يجوز صرف الزكاة إليه، إذا ولى غيره إخراج زكاته، واختلف قوله: «إذا تولى هو إخراج زكاته»، فروى عنه مطرف أن مالكًا كان يعطى قرابته من زكاته.

وروى الواقدي عنه أن أفضل من وضعت فيهم زكاتك أهل رحمك الذين لا تعول.

وجه رواية ابن القاسم أن الكراهية تتوجه فى ذلك من وجهين، أحدهما: أن يريد

٢٤٤ كتاب الزكاة
بذلك صلة أقاربه، وصرف مذمتهم عنه. والوجه الثاني: أن يميل به حب أقاربه إلى
إيثارهم.

ووجه رواية مطرف والواقدي أن إخراج الزكاة مبنى على صرفها إلى من يختص بمن
يخرجها ما لم تلزمه نفقته، ولذلك اختصت بأهل البلد. والأصل في ذلك قوله ﷺ:
«وأعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم».

مسألة: وإن أعطت المرأة زوجها الفقير من صدقة مالها، فهل تجزئها أم لا؟ روى
ابن حبيب عن مالك أنها لا تجزئها. وقال ابن حبيب: إن صرف ذلك في منافعها لم
يجزها، وإن لم يصرف ذلك في منافعها، وكان محتاجاً أجزأها، وبه قال أشهب.

وجه رواية الجواز أنه لا يلزمها الإنفاق عليه، ولا على بنيه، فجاز لها صرف
زكاتها إليه كالأجنبي. ووجه رواية المنع أن المرأة تستحق الإنفاق عليه، فكان لها أن
تعطي صدقتها غريمها ليستعين بها على أداء دينها.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ عَلَى الصَّدَقَاتِ فَرِيضَةٌ مُسَمَّاةٌ إِلَّا عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى
الإمام.

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس لما يعطى العامل على الصدقة حد، وإنما ذلك إلى
اجتهاده، فيجتهد في أمره على بعد سعيه وقربه، ومشقته، ويسارته وقلته، وما يلزمه
من المؤنة في ذلك لنفقته، فإن أعطاه نفقة من بيت المال قصر من عطائه، وإن كان لم
يعطه نفقة زاد في عطائه.

* * *

ما جاء في أخذ الصدقات والتشديد فيها

٦٧١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ قَالَ: لَوْ مَنَعُونِي

٦٧١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٦٥.

وقال في الاستذكار ٢٢٤/٩: هذا فيه حديث يتصل عن النبي ﷺ:

أخبرنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بشر قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا قتيبة بن
سعيد، حدثنا الليث، عن عقيل، عن ابن شهاب الزهري، قال: أخبرني عبيد الله بن عبد الله، عن
أبي هريرة، قال: لما توفي رسول الله ﷺ واستخلف أبو بكر بعده، وكفر من كفر من العرب،
قال عمر لأبي بكر: كيف تقاتل الناس، وقد قال رسول الله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى-

عَقَالاً^(١) لَجَاهِدْتُهُمْ عَلَيْهِ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «لو منعونى عقالاً» روى عيسى عن ابن القاسم أنه قال: العقال القلوص. ورواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك. وقال محمد بن عيسى: العقال واحد العقل التى يعقل بها الإبل؛ لأن الذى يعطى البعير فى الزكاة يلزمه أن يعطى معه عقاله، فيقول: لو أعطونى البعير ومنعونى عقاله الذى يعقل به لجاهدتهم عليه.

وقد روى أن عمر كان يأخذ مع كل فريضة عقالاً ورواء الخيل.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يكون قصد بذلك المبالغة فى تتبع الحق، وأنه لا يأخذ منهم إلا جميع ما كان يأخذه منهم رسول الله ﷺ، وهذا كما يقول القائل فى الشاة: والله لا تركت منها شعرة، ولا يريد بذلك الشعرة، فإنه لا يمكن تتبعها.

ويحتمل أن يريد بقوله: «لو منعونى عقالاً»، لو منعونى ما يساوى عقالاً، وذلك بأن يكون ما يعطيه يقصر عن حقه الذى لا يجوز التقصير عنه بقيمة العقال؛ لأنه لا يجوز له أخذه ولا التجاوز فيه. وقال أبو عبيد: العقال صدقة عام.

وروى أن معاوية بن أبى سفيان بعث عمرو بن عيينة بن أبى سفيان، وهو ابن أخيه ساعياً على كليب، فأساء فيهم السيرة، فقال شاعرهم:

سعى عقالا فلم يترك لنا سبداً فكيف لو قد سعى عمرو عقالين
لأصبح القوم أو نادوا ولم يجدوا عند التحمل للهيجا حمالين
يريد صدقة عامين.

٦٧٢ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّهُ قَالَ: شَرِبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ لَبَنًا فَأَعْجَبَهُ

=يقولوا لا إله إلا الله، فمن قال: لا إله إلا الله عصم منى ماله ونفسه إلا بحقه، وحسابه على الله، فقال: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو منعونى عقالاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعه، فقال عمر بن الخطاب: فوالله ما هو إلا أن رأيت الله عز وجل قد شرح صدر أبى بكر للقتال، فعرفت أنه الحق.

أخرجه البخارى حديث رقم ٧٢٨٥. مسلم فى حديث رقم ٢٠٠٠. الترمذى حديث رقم ٢٦٠٨. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٤٤٣.

(١) العقال: الحبل الذى تربط به الدابة.

٢٤٦ كتاب الزكاة

فَسَأَلَ الَّذِي سَقَاهُ مِنْ أَيْنَ هَذَا اللَّبَنُ؟ فَأَخْبِرُهُ أَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مَاءٍ قَدْ سَمَّاهُ، فَإِذَا نَعِمَ مِنْ نَعَمِ الصَّدَقَةِ، وَهُمْ يَسْقُونَ، فَحَلَبُوا لِي مِنَ الْبَائِنِهَا، فَجَعَلْتُهُ فِي سِقَائِي، فَهُوَ هَذَا، فَأَدْخَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَدَهُ فَاسْتَقَاءَهُ.

الشرح: قوله: «أنه شرب لبنًا فأعجبه»، يريد استطابه، فسأل من سقاه إياه، فذكر أنه من نعم الصدقة، وأنه أخذه بغير عوض، فأدخل عمر يده فاستقاهه. ووجه ذلك أن اللبن كان من الصدقات، ولعلها لم تبلغ محلها؛ لأنه يحتمل أن يكون هذا اللبن أعطى لمن ليس من أصناف الصدقة مثل أن يكون غنيًا أو مملوكًا، فلذلك استقاه عمر، رضى الله عنه، وإنما استقاهه لئلا ينتفع به، وهو لا يستديم لذته ولا يسوغ نفسه لذة أصلها محظورة، وإن لم يأتها قصدًا وهذا نهاية في الورع والتوقى. وإن كان الذى سقاه إياه عبده، ولعله قد أخرج قيمته مع ذلك وأوصلها إلى المساكين.

ولو كان الذى حلب له هذا اللبن مستحقًا للصدقة لما حرم على عمر، رضى الله عنه، القصد إلى شربه، ولجاز له ذلك كما جاز لرسول الله ﷺ أكل اللحم الذى تصدق به على بريرة، وقال: «هو لها صدقة ولنا هدية» وهذا الذى فعله عمر بن الخطاب لم يكن واجبًا عليه؛ لأنه قد استهلكه بالشرب، ولا فائدة فى أكثر مما ذكرنا من ترك الانتفاع به تورعًا.

وقد سأل يحيى بن مزين، عيسى بن دينار، فقال له: أرايت لو أن رجلاً أصابه مثل هذا أكان يفعل مثل ذلك؟ فقال عيسى: نعم، ما أحسن ذلك، وإنما أراد التناهى فى الورع؛ لأن ذلك هو الواجب عليه اللازم له.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ كُلَّ مَنْ مَنَعَ فَرِيضَةً مِنْ فَرَائِضِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَمْ يَسْتَطِعِ الْمُسْلِمُونَ أَخْذَهَا، كَانَ حَقًّا عَلَيْهِمْ جِهَادُهُ حَتَّى يَأْخُذُوهَا مِنْهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن من منع حقًا من حقوق الله التى لا تختلف فى وجوب دفعه يجب على المسلمين جهاده حتى يأخذوه منه، وهكذا فعل أبو بكر فى أهل الردة لما منعوا الزكاة جاهدهم عليها، وأجمع المسلمون على صواب فعله فى ذلك، ويحتمل أن يريد هاهنا بالفريضة الزكاة خاصة، ويحتمل أن يريد سائر الحقوق التى يكون حكمها حكم الزكاة فى ذلك.

٦٧٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَامِلًا لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَيْهِ يَذْكُرُ أَنَّ رَجُلًا مَنَعَ زَكَاةَ مَالِهِ فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ: أَنْ دَعَهُ وَلَا تَأْخُذْ مِنْهُ زَكَاةً مَعَ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ: فَبَلَغَ ذَلِكَ الرَّجُلَ فَاشْتَدَّ عَلَيْهِ، وَأَدَّى بَعْدَ ذَلِكَ زَكَاةَ مَالِهِ، فَكَتَبَ عَامِلٌ عُمَرَ إِلَيْهِ يَذْكُرُ لَهُ ذَلِكَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ أَنْ خُذْهَا مِنْهُ.

الشرح: قوله: «أن عاملاً لعمر بن عبدالعزيز كتب إليه أن رجلاً منع الزكاة» على حسب ما يجب للعامل والوالى من مطالعة أمير المؤمنين بما يحدث من أمور الناس وأخذ رأيه فيما يراه من ذلك من الأحكام، وما كتب به عمر بن عبدالعزيز: «دعه ولا تأخذ منه شيئاً مع المسلمين» تلتطف منه، رضى الله عنه، فى إغراء الرجل المانع للزكاة بأدائها وتوبيخاً له وتبييناً لقبح ما يؤدي إليه فعله.

فلما علم من حال ذلك الرجل أنه ممن يميز مثل هذا ولا يزرع به ولا يرضى بالإصرار عليه، ولو أصر هذا المانع للزكاة على المنع وتمادى لما أقبره عمر على ذلك ولقهره على دفعها ولو أدى ذلك إلى قتله، ولكن هذا من حسن نظره واجتهاده وتلطفه أن يبدأ بالتوبيخ قبل الجهاد والقتل، ومن منع الزكاة فالواجب أن يعظه الوالى ويوبخه، فإن أصر على المنع أجبره على أخذها منه، وهذا فيما إلى الإمام قبضه من الحب.

* * *

زكاة ما يخرص من ثمار النخيل والأعناب

٦٧٤ - مَالِكٌ، عَنِ الثَّقَفِ عِنْدَهُ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، وَعَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «فِيمَا سَقَّتِ السَّمَاءُ وَالْعُيُونُ وَالْبَعْلُ^(١) الْعُشْرُ، وَفِيمَا سُقِيَ بِالنَّضْحِ نِصْفُ الْعُشْرِ».

٦٧٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٦٧.

٦٧٤ - أخرجه البخارى ٢ / ١٥١ كتاب الزكاة باب العشر فيما سقى من ماء السماء عن ابن عمر. مسلم ٢ / ٦٧٥ كتاب الزكاة، باب ١ رقم ٧ عن جابر بن عبد الله. أحمد ٣ / ٣٤١ عن جابر بن عبد الله. البيهقى فى الكبرى ٤ / ١٣٠ عن سالم بن عبد الله، عن أبيه. ابن خزيمة برقم ٢٣٠٨، ٤ / ٣٧ عن سالم بن عبد الله، عن أبيه.
(١) البعل: نبات يشرب بعروقه لا بسقيه.

٢٤٨ كتاب الزكاة

الشرح: قوله ﷺ: «فيما سقت السماء والعيون»، ما سقت السماء هو ما لم يكن له سقى إلا بالمطر. «وما سقت العيون»، فهو ما سقى بالعيون الجارية على وجه الأرض التي لا يتكلف في رفع مائها آلة ولا عملاً وهو السيج، وأما البعل، فقال أبو داود: البعل ما شرب بعروقه، وكذلك قال أبو عبيد في غريب الحديث وأنشد:

من الواردات الماء بالقاع تستقى بأعجازها قبل استقاء الخناجر
قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى والله أعلم، أن معناه أن أصولها تصل إلى المياه تحت الأرض، فيقوم لها مقام السقى، ولا تحتاج أن تسقى بما ينزل إلى عروقها من وجه الأرض من مطر أو غيره.

وقال ابن حبيب: البعل ما شرب بعروقه من غير سقى سماء ولا غيرها، والسيح ما سقته السماء، وهذا شيء لا أراه يكون إلا بمطر، إلا أنها على كل يأخذها سقى النيل، والله أعلم، فهذا فيه العشر لقلة مؤنة سقيه.

وأما النضح، فهو الرش والصب، فما سقى بالنضح هو ما يسقى بما يستخرج من الآبار بالمغرب أو بالسانية ويستخرج من الأنهار بآلة، ففي هذا نصف العشر لكثرة مؤنته، وهذا أصل فى أن لشدة النفقة وخفتها تأثيراً فى الزكاة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن سقى حبه أو ثمرته فى جميع عامه بأحد الأمرين كان ذلك حكمه، وإن اختلف أمره، فكان مرة يسقى بالنضح، ومرة بماء السماء، فإننا ننظر، فإن تساوى الأمر فيهما كان عليه ثلاثة أرباع العشر، وإن كان أحد الأمرين أكثر كان حكم الأقل تبعاً للأكثر؛ لأن التبع له يشق، والتقدير يتعذر، والزكاة مبنية عند المشقة فى مراعتها على المساواة بين أرباب الأموال، ومستحقى الزكاة.

وحكى القاضي أبو محمد فى ذلك روايتين، إحداهما: ما ذكرناه. والثانية: أن الاعتبار بما حى به الزرع وثمر، وإن كان الأقل. قال: ووجهه بالسقى كمال الزرع وانتهائه إلى حيث ينتفع به، وهذا لا يوجد إلا فيما يحيا الزرع به أو يفوت بفواته. قال: والأصول تشهد بما قلناه، يداين غرماءه فى سقى زرعه، والنفقة عليه، ثم يفس، فإنه يبدأ بأخبرهم نفقة؛ لأنه هو الذى أحيا الزرع بنفقته وسقيه.

٦٧٥ - مَالِك، عَنْ زِيَادِ بْنِ سَعْدٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: لَا يُؤْخَذُ فِي صَدَقَةِ

٦٧٥ - أخرجه أبو داود بنحوه مرفوعاً برقم ١٦٠٧، ١١٣/٢ كتاب الزكاة باب ما لا يجوز من الثمرة عن أبى أمامة بن سهل، عن أبىه. والدارقطنى ١٣٠/٢ عن أبى أمامة بن سهل عن أبىه. =

كتاب الزكاة ٢٤٩
النَّخْلِ الْجَعْرُورُ وَلَا مُصْرَانُ الْفَارَةِ وَلَا عَدْقُ ابْنِ حُبَيْقٍ. قَالَ: وَهُوَ يُعَدُّ عَلَى صَاحِبِ
الْمَالِ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهُ فِي الصَّدَقَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا مِثْلُ ذَلِكَ الْغَنَمُ تُعَدُّ عَلَى صَاحِبِهَا بِسِخَالِهَا، وَالسَّخْلُ لَا يُؤْخَذُ
فِي الصَّدَقَةِ وَقَدْ يَكُونُ فِي الْأَمْوَالِ نِمَارٌ لَا تُؤْخَذُ الصَّدَقَةُ مِنْهَا مِنْ ذَلِكَ الْبُرْدِيِّ وَمَا
أَشْبَهَهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْ أَدْنَاهُ كَمَا لَا يُؤْخَذُ مِنْ خِيَارِهِ. قَالَ: وَإِنَّمَا تُؤْخَذُ الصَّدَقَةُ مِنْ
أَوْسَاطِ الْمَالِ.

الشرح: قوله: «لا يؤخذ في صدقة النخل الجعورور ولا مصران الفارة ولا عذق ابن
حبيق»، هذه أنواع من ردىء التمر، فنهى أن تخرج في زكاة التمر، وذلك أن التمر
المزكى لا يخلو أن يكون لونا واحداً أو أكثر من ذلك، فإن كان لونا واحداً، وكان من
وسط التمر أدى منه، وإن كان من ردىء التمر، فالذى يظهر من قوله في الموطأ ورواه
ابن نافع عن مالك: أن عليه أن يشتري الوسط من التمر، فيؤدى عن زكاة هذا
الردىء، وبه قال عبد الملك بن الماجشون.

وروى ابن القاسم وأشهب عن مالك: يؤدى منه، وليس هذا كالماشية، واختاره ابن
نافع.

وجه رواية ابن نافع أن هذا مال يقتضى زكاته الإمام، فلم يميز أن يخرج في زكاته
الردىء منه كالماشية. ووجه رواية ابن القاسم أن هذا مال يزكى بالجزء منه، فوجب أن
يخرج زكاته منه رديئاً كان أو جيداً كالعين، والفرق بينه وبين الماشية أن الزكاة تجلب
إلى من تدفع إليه، وتنقل من موضع إلى موضع للضرورة إلى ذلك والماشية لا مؤنة فى
حمل الوسط منها، فلو أجزى فيها المريض والأعرج لما أمكن حمله إن احتيج إلى ذلك.

مسألة: فإن كان التمر جيداً كله، فالذى يقتضيه قوله فى الموطأ، واختاره سحنون
أنه يأتى بالوسط ويجزئه ولا يؤخذ منه الجيد، وهذا على رواية ابن نافع. وروى ابن
القاسم عن مالك أنه يؤخذ من الجيد، والقولان مبنيان على ما قدمناه.

مسألة: فإن كانت أنواع التمر كثيرة، فعن مالك فى ذلك روايتان، روى عنه ابن

=والطحاوى بشرح المعانى ٢٠١/٤ عن أبى أمامة بن سهل، عن أبيه.
قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٣/٥: وهذا مروى عن ابن شهاب، عن أبى أمامة بن سهل، عن
أبيه، عن النبى ﷺ. هكذا يرويه سفيان بن حسين، وسليمان بن كثير، عن ابن شهاب.

٢٥٠ كتاب الزكاة

القاسم: يؤدي الزكاة من أوسطه. وروى عنه أشهب: يؤدي من كل صنف بقدره.

فوجه قول ابن القاسم يحتمل أمرين، أحدهما: أن يكون هذا مبنياً على رواية ابن نافع المتقدمة، والثاني: أن الأنواع إذا كثرت لحقت المشقة في إخراج الزكاة من كل جزء منها وشق حساب ذلك وتمييزه، فكان الأعدل الرجوع إلى وسط ذلك، ويلزم ابن القاسم أن يقول في الذهب والورق مثله.

ووجه رواية أشهب أن هذا مال يخرج زكاته بالجزء منه ولا مضرة في قسمته، فوجب أن يخرج زكاة كل جزء منه كما لو كان جزءاً واحداً أو جزءين.

فرع: وهذا إذا كانت الأنواع متساوية، فإن كان الواحد هو الكثير وسائرهما الأقل، فقال عيسى بن دينار: تؤخذ الزكاة من الكثير ولا يلتفت إلى الأقل.

فصل: وقوله: «وهو يعد على رب المال ولا يؤخذ منه في الصدقة»، يبين أنه وإن كان لا يقبل في الصدقة ويكلف صاحبه الوسط، فإنه يحسب عليه، وتؤخذ منه الزكاة. وصرح مالك بقياس ذلك على الغنم فقال: وإنما مثل الغنم تعد على أصحابها بسخالها، ولا تؤخذ في الصدقة.

فيحتمل أن يكون كلام مالك في هذه المسألة على تمر فيه الجيد والردىء والوسط، فيؤدي الزكاة من وسطه، ولا تؤخذ من الجيد ولا من الردىء، وإن كان يعد على أربابه إلا أنه إذا كان عنده جيد كله أو ردىء كله أخذ منه، ولا يكلف أن يأتي بالوسط من غيره.

ويحتمل أن يكون كلامه في الصدقة في التمر في الجملة لمن كان تمره على ما ذكرناه، فيؤخذ منه، وإن كان تمره كله جيداً وردياً، فيأتي بالوسط ولا يؤخذ منه ما عنده من الجيد أو الردىء، وهذا أظهر لما قاسه على المشية.

ولذلك قال: ويكون في الأموال ثمار لا يؤخذ منها، وإنما يؤخذ من غيرها عنها البرنى، وهذا من أفضل أنواع التمر، ثم قال: ولا يؤخذ من رديته كما لا يؤخذ من جيده، وإنما الصدقة من أوسط المال. وقد ذكر في المجموعة عن مالك أنه قال: العجوة من وسط التمر، فعلى هذا معنى هذه المسألة، والله أعلم.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا يُخْرَصُ^(١) مِنَ الثَّمَارِ إِلَّا النَّخِيلُ

(١) الخرص: تقدير الثمار على رءوس الشجر بالتنمين.

وَالْأَعْنَابُ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُخْرَصُ حِينَ يَبْدُو صَلَاحُهُ، وَيَجْلُ بَيْعُهُ، وَذَلِكَ أَنَّ ثَمَرَ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ يُؤْكَلُ رَطْبًا وَعِنَبًا، فَيُخْرَصُ عَلَى أَهْلِهِ لِلتَّوَسُّعَةِ عَلَى النَّاسِ، وَلَقَلَّا يَكُونُ عَلَى أَحَدٍ فِي ذَلِكَ ضَيْقٌ، فَيُخْرَصُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ ثُمَّ يُحَلَّى بَيْنَهُمْ وَيَبْنَهُ يَأْكُلُونَهُ كَيْفَ شَاءُوا ثُمَّ يُؤَدُّونَ مِنْهُ الزَّكَاةَ عَلَى مَا خُرِصَ عَلَيْهِمْ.

الشرح: وهذا كما قال أن النخيل والكروم تخرص عند مالك دون سائر ما تجب فيه الزكاة من الحيوان والثمار، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يخرص شيء من ذلك.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما روى أبو حميد الساعدي، قال: غزونا مع النبي ﷺ غزوة تبوك، فلما جاء وادي القرى إذا امرأة في حديقة لها، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «اخربوا» وخرص رسول الله ﷺ عشرة أوسق، فقال لها: «أحصى ما يخرج منها»، فلما رجع إلى وادي القرى قال للمرأة: «كم جاءت حديقتك؟»^(*)، قالت: عشرة أوسق، خرص رسول الله ﷺ.

ودليلنا ما روى عتاب بن أسيد: أمر رسول الله ﷺ أن يخرص العنب كما يخرص النخيل فتؤخذ زكاته زيباً كما تؤخذ صدقة النخل تمرًا^(*).

ودليلنا من جهة المعنى أن الزكاة تجب في هذه الثمار إذا بدا صلاحها، والعادة جارية بأن يأكل أهلها منها رطباً وعنباً، ويبيعون ويعطون ويتصرفون، فإن أجمنا ذلك لهم دون خرص أتى على التمرة، فلم يبق للمساكين ما يزكى إلا اليسير، فيضر ذلك بهم، وإن منعنا أرباب الأموال التصرف فيها قبل أن يبس، أضر ذلك بهم.

فكان وجه العدل بين الفريقين أن يخرص الأموال ثم يحلّى بينها وبين أربابها، ينتفعون بها، ويتصرفون فيها، ويأخذون من الزكاة بما تقرر عليهم في الخرص، فيصلونهم إلى الانتفاع بأموالهم على عاداتهم، ويصل المساكين إلى حقهم من الزكاة.

فصل: وقوله: «فإن كان يخرص حين يبدو صلاحه ويحل بيعه»، وذلك أن النخيل

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ١٤٨٢. أبو داود حديث رقم ٣٠٧٩. أحمد في المسند حديث رقم ٢٣٠٩٢.

(*) أخرجه الترمذي حديث رقم ٦٤٤. أبو داود حديث رقم ١٦٠٣. النسائي في الصغير حديث رقم ٢٦١٨. ابن ماجه حديث رقم ١٨١٩.

٢٥٢ كتاب الزكاة

والعنب يؤكل رطبًا، فهذا على ما قال أن وقت الخرص هو إذا بدا صلاحه فى الثمرة، ووجبت فيها الزكاة، وأما قبل ذلك، فلم تجب فيها الزكاة، ولو جد جميعه قبل ذلك لم يجب عليه شىء، وأيضًا فإن ذلك وقت تناهى عظيمها وتمكن خرصها، وأما قبل ذلك فلا يتأتى خرصها.

مسألة: ومعنى الخرص أن يحزر ما يكون فى هذه النخلة من التمر اليابس عند الجداد، على حسب ذلك التمر وجنسه، وما علم من حاله أنه يصير إليه عند الإثمار؛ لأن الزكاة إنما تؤخذ منه تمرًا، وهذا على قول من يرى أن يخرج فيها التمر أو الرطب. وأما على قول من يلزمه القيمة، فإنه لا يحتاج إلى الخرص فى هذا النوع إلا فى معرفة النصاب خاصة.

فرع: ومتى يقوم هذا النوع عليه؟ روى ابن القاسم عن مالك أنه يؤدى من ثمنه إن باعه، فإن أكله، فإنه يؤدى قيمته.

وظاهر هذا أنه لو قدم عليه عند إزهائه لوجب أن يؤدى الزكاة على تلك القيمة، ولا يعتبر بما بعد ذلك من زيادة ثمن أو نقصه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا الأظهر عندى؛ لأن تقويمه يتأتى فى ذلك الوقت ويحتاج من التحرز فيه للمساكين وإباحة التصرف فيه لأرباب الأموال مثل ما يحتاج إليه النخل الذى يثمر.

مسألة: وصفة الخرص أن يخرص الحائط نخلة نخلة، فإذا كمل خرصه أضاف بعضه إلى بعض، روى ذلك ابن نافع عن مالك.

ووجه ذلك أن هذا أقرب إلى الإصابة وأمكن للحرز، فإذا كثر النخل مع اختلافها شق الحزر وكثر الوهم.

مسألة: وهل يخفف فى الخرص على أرباب الأموال أم لا؟ المشهور من مذهب مالك أنه لا يلغى له شيئًا. وقال ابن حبيب: يخفف عنهم ويوسع عليهم. وقال الشيخ أبو محمد: هذا خلاف مذهب مالك، وحكى القاضى أبو محمد الروائين عن مالك.

وجه القول الأول أن هذا تقدير للمال المزكى، فلم يشرع فيه تخفيف كعد الماشية والدنانير والدرهم. ووجه القول الثانى ما روى عن سهل بن أبى خيثمة أنه قال: أمرنا

كتاب الزكاة ٢٥٣
رسول الله ﷺ قال: «إذا خرصتم فخذوا الثلثين ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا الثلث،
فدعوا الربع»^(*).

ومن جهة المعنى أن التخفيف في الأموال مشروع؛ لأن صاحب الحائط يكون له
الجار المسكين، فلا بد أن يطعمه ويهدي إليه، ولا يكاد أن يسلم حائط من أكل طائر
وأخذ إنسان مار، فيخفف عنه لهذا المعنى.

مسألة: ويجوز أن يرسل فيها الخارص الواحد خلافاً لأحد قولي الشافعي. والأصل
في ذلك حديث عائشة، رضى الله عنها: كان النبي ﷺ يبعث عبدالله بن رواحة
فيخرس النخل، الحديث.

ومن جهة المعنى أن الخارص حاكم لجنس العين المحكوم فيها، فجاز أن يكون
واحدًا. وأما المحكمات في جزاء الصيد، فإنهما يخرجان عن العين من غير جنسها
فأشبهها المقومين، فلا بد أن يكونا اثنين.

فصل: وقوله: «فيخرس عليهم ويخلى بينهم وبينه يأكلونه كيف شاءوا»، يريد أن
الخارص قد قدر ما يجب في ثمارهم من الزكاة، فسلم إليهم الانتفاع بها، ويؤخذون
من الزكاة بما قدره عليهم الخارص، وليس ذلك بمضمون عليهم، وإنما ذلك مع
السلامة، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا مَا لَا يُؤْكَلُ رَطْبًا، وَإِنَّمَا يُؤْكَلُ بَعْدَ حَصَادِهِ مِنَ الْحُبُوبِ كُلِّهَا،
فَإِنَّهُ لَا يُخْرَصُ وَإِنَّمَا عَلَى أَهْلِهَا فِيهَا إِذَا حَصَدُوهَا وَدَقُّوهَا وَطَيَّبُوهَا وَخَلَّصَتْ حَبًّا،
فَإِنَّمَا عَلَى أَهْلِهَا فِيهَا الْأَمَانَةُ يُؤَدُّونَ زَكَاتَهَا إِذَا بَلَغَ ذَلِكَ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَهَذَا
الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا كما قال أن ما لا يؤكل رطبًا وإنما يؤكل يابسًا بعد حصاده، فإنه لا
يخرص؛ لأن الخرص إنما هو لحاجة انتفاع أهلها بها رطبًا، وهذه لا تؤكل رطبة،
فتحتاج إلى الخرص؛ ولأن النخيل والأعناب ثمارها بارزة ظاهرة عن أكمامها فيتهيأ
فيها الخرص، وهذه ثمرتها وحبوبها متوارية في أوراقها، فلا يتهيأ فيها الخرص.

فصل: وقلنا: «إنما هي على أهلها إذا حصدوها ودقوها وطيبوها وخلصت حبًّا»،

(*) أخرجه الترمذي حديث رقم ٦٤٣. النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٤٩١. أبو داود

حديث رقم ١٦٠٥. أحمد في المسند حديث رقم ١٥٢٨٦.

٢٥٤ كتاب الزكاة

يريد أن الزكاة تجب عليهم فيها وعليهم تنقيتها، وتصفيتها من كل شيء، وتخليصها إلى هيئة الادخار والاقتيات، ولا يسقط عنهم من زكاتها شيء لأجل الإنفاق عليها، رواه في المدينة ابن دينار عن مالك، رحمه الله.

ووجه ذلك أن هذه الحال التي لا يمكن الانتفاع بها إلا عليها، وعلى هذه الهيئة كانوا يؤدون الزكاة على عهد رسول الله ﷺ.

والدليل على ذلك أن التبن والعذق لا تجب فيه الزكاة، فيجب على أرباب الأموال تمييز الثمرة التي تجب فيها الزكاة مما لا زكاة فيها، وما وجبت الزكاة في زيتها من الحبوب، فإن على أرباب الأموال تخليصه زيتاً؛ لأن تلك حال ادخاره والانتفاع به؛ ولأن ثقله لا زكاة فيه، فيجب عليهم تمييزه.

فصل: وقوله: «وإنما على أهلها فيها الأمانة يؤدون زكاتها إذا بلغ ذلك ما تجب فيه الزكاة»، يريد أنهم مؤمنون في مبلغها وفي وجوب الزكاة فيها، فإذا قالوا: قصرت عن النصاب، اتتمنوا في ذلك، ولم تؤخذ منهم الزكاة، وإن قالوا: قد بلغت النصاب، ومبلغها كذا، اتتمنوا في ذلك، وأخذت منهم الزكاة على حسب ما أقروا به.

مسألة: وعلى رب الزيتون والحبوب أن يحتسب في ذلك بما استأجر به منه وبما علف وأكل فريكاً من الحب؛ لأن الزكاة قد تعلقت به بعد بدو صلاحه ووجب عليه تخليصها بما له، فما استأجر به على تخليصها منه فهو من حصته.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ النَّخْلَ يُحْرَصُ عَلَى أَهْلِهَا وَتَمْرُهَا فِي رُغُوبِهَا إِذَا طَابَ وَحَلَّ بَيْعُهُ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ صَدَقَتُهُ تَمْرًا عِنْدَ الْجَدَادِ فَإِنْ أَصَابَتِ الثَّمَرَةَ جَائِحَةٌ بَعْدَ أَنْ تُحْرَصَ عَلَى أَهْلِهَا وَقَبْلَ أَنْ تُجَدَّ فَأَحَاطَتِ الْجَائِحَةُ^(١) بِالثَّمَرِ كُلِّهِ، فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةٌ، فَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثَّمَرِ شَيْءٌ يَبْلُغُ خُمْسَةَ أَوْسُقٍ فَصَاعِدًا بِصَاعِ النَّبِيِّ ﷺ أُخِذَ مِنْهُمْ زَكَاتُهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَصَابَتِ الْجَائِحَةُ زَكَاتٌ وَكَذَلِكَ الْعَمَلُ فِي الْكَرَمِ أَيْضًا.

الشرح: وهذا كما قال أن النخيل تحرص على أهلها إذا بدا صلاحها وحل بيعها وتؤخذ منه، يريد من ثمر النخل، صدقته تماًراً عند الجداد، وإنما كان ذلك لأن الزكاة واجبة في عين الثمرة، فلا يكلف أن يشتري عند الحرص من غيرها، ويأتي به؛ ولأن الجائحة قد تأتي على الثمرة، فلا يكون عليه زكاة.

(١) الجائحة: الآفة التي تصيب الأموال والثمار فتهلكها.

والنخيل على ضربين، ضرب يثمر، وضرب لا يثمر، فأما ما يثمر فإن عليه أن يأتي بزكاته تمرًا سواء أكله أو باعه. قال القاضي أبو محمد: فيه اختلاف، قيل: يخرج من ثمنه، وقيل: من مثله. قال: ومن أصحابنا من جعل إخراج الزكاة من ثمنه، على رواية فى إخراج القيم من الزكوات، ومنهم من علله بأن إخراج الزكاة من عينها قد فات بيعها، والثمن بدل منها، فكان عليه أن يخرج منه.

فروع: وهل يجوز أن يخرج عن التمر والحب عينًا؟ قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية: أرجو أن يجزئه، ولا تجزئه فى فطرة ولا كفارة يمين. قال عيسى، عن ابن القاسم: يجزئ ذلك فى زكاة الحب والماشية إذا كان الإمام يضعها موضعها لم يجزأ أخذ ذلك طوعًا أو كرهًا.

قال أصبغ: وإن كان الإمام غير عدل، لا يضعها موضعها لم يجزئه، أخذ ذلك طوعًا أو كرهًا. قال أصبغ: والناس على خلاف يجزئ ما أخذ كرهًا، وبه كان يفتى ابن وهب وغيره.

وجه قول ابن القاسم: أنه إذا كان عدلاً جاز حكمه؛ لأنه موافق لبعض أهل العلم، وإن كان جائراً لم يجز حكمه. ووجه قول ابن وهب أنه يلزم تسليم زكاة الأموال الظاهرة إلى الإمام إذا طلبوا، وإن وضعها غير موضعها بحكم الطاعة الواجبة، فكذلك إذا أخذ قيمتها، ووجوب تسليمها يتضمن أجزاءها.

فروع: وقال أصبغ: من أخرج عن الحب عينًا أو عن العين حبًا أجزاء، إن كان فيه وفاء، وما أحب ذلك له، وقاله ابن أبي حازم وابن دينار وابن وهب، وهذا بين فى تجويز إخراج القيم فى الزكاة، وقد تكرر القول فيه، وبالله التوفيق.

وهذا إذا علم مبلغها، فإذا باعها وجهل مبلغها، ولم يقدر على التحرى، ففى كتاب ابن المواز: يخرج من ثمنها. وأما إذا أكله فعليه أن يخرج تمرًا ويتحرى ما أمكنه؛ لأنه ليس له بدل من ثمن ولا غيره يرجع إليه، وإنما يتحرى القيمة بعد تحرى الكيل.

مسألة: فإن كان النخل لا يثمر والعنب لا يتزيب، فقد روى على بن زياد وابن نافع عن مالك: إن وجد الزبيب بالبلد أخرج عنه الزبيب. وقال ابن حبيب: إن أخرج عنه عنبًا منه أجزاء. وقال ابن القاسم: يخرج عشر ثمنه أو نصف عشره، ورواه ابن دينار عن مالك فى المدونة.

وجه رواية ابن نافع أن هذا عنب، فكانت زكاته زبيبا كالتزيب. ووجه قول ابن

٢٥٦ كتاب الزكاة

حبيب أن زكاة التمر والحب عنده مبنية على أن تخرج منه جيدة كانت أو رديئة، فإذا كان لا يتزيب، فلا يلزم إخراجه غيره عنه.

مسألة: رواية ابن القاسم أن العنب لا يخرج في الزكاة، فإذا لم يمكن إخراجه الزبيب عن الحديقة لتعذره فيها من غير سبب صاحبها وجب بدلها، وهو الثمن أو القيمة.

فصل: وقوله: «فإن أصابت الثمرة جائحة بعد الخرص وقبل الجداد، وأحاطت بالثمرة، فلا زكاة عليهم»، وهذا لأن ما أصاب من الجوائح على ثلاثة أضرب، أحدها: قبل الخرص، والثاني: بين الخرص والجداد، والثالث: بعد الجداد.

فأما ما كان قبل الخرص فلا اعتبار به؛ لأنه الخرص لم يتناوله، وأما ما كان بين الخرص والجداد، فإنه يبطل حكم الخرص وتسقط الزكاة بعد تقديرها بالخرص؛ لأن الزكاة إنما تجب بالخرص بشرط وصول الثمرة إلى أربابها، فإذا أصابت الثمرة جائحة، قصرت بها عن النصاب سقطت الزكاة؛ لأنه لم يصل إلى صاحبها منها نصاب، فكان بمنزلة أن يخرج الحائط ذلك المقدار.

مسألة: ولو نقص الثمر عن الخرص من غير جائحة، فالذي روى ابن نافع وعلى بن زياد عن مالك أنه ليس عليه إلا ما خرص عليه، ولا شيء في الزيادة إذا كان الذي خرص عليه عالماً، وإن كان غير عالم أخرج الزيادة، وهذا قول أشهب.

وقال ابن نافع من رأيه: عليه الزيادة وله النقص.

وجه قول مالك أن الخرص حكم بين أرباب الأموال، ومستحقى الزكاة، فلا ينقض بقول رب المال، ودعواه بل يحمل على اللزوم، ولو رجع إلى قول رب الحائط لم يكن للخرص معنى. ووجه قول ابن نافع أنه إذا أخرج الحائط غير ما خرص به الخارص تبين خطؤه، فوجب أن ينقض حكمه.

مسألة: فأما ما أصابت الثمرة من الجائحة بعد الجداد، فإن كان قد ضمنها رب الحائط بتعديده لزمه غرمها، وإن كان لم يتعد عليها، فلا ضمان عليه فيها.

وجه التعدي فيها أن يدخل التمر بيته، فهذا قد تعدى عليه بنقله لغير حاجة تختص بالثمرة، فأما إذا جمعه في جرينه، فأخرج الزكاة منه، وتركها في الجرين، ولم يأت منه تعد ولا تفریط، فضاعت الزكاة قبل أن يأتى الساعى، فلا ضمان عليه؛ لأن وضعها فى الجرين وجمعها فيه يعود بمنفعة التمر فى تبييسه وكماله، وهو مما يلزم بها الحائط فعلة،

فلا يلزمه به ضمان وقسمة التمر وإخراج زكاته مما له فعله؛ لأنه يريد أن يخزن حصته، ويشرع في الانتفاع بها، والاقتيات منها، فلا يجوز أن يمنع منها بتأخير الساعى، فكانت القسمة مباحة له، وهذا مخالف للماشية، فإنه لو أبرز زكاة ماشيته قبل أن يأتى الساعى فهلكت لأخذ منه الساعى الزكاة:

والفرق بينهما أن الخرص فى التمر قد قرر عليه ما يجب عليه من الزكاة، وحكم عليه بذلك، وأطلقه على الأكل منه وكلفه بتبليغه حد الاقتيات، ولا يصل إلى الانتفاع بحصته بعد هذا إلا بالقسمة.

قال مالك: وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ قِطْعُ أَمْوَالٍ مُتَفَرِّقَةً أَوْ اشْتَرَاكَ فِي أَمْوَالٍ مُتَفَرِّقَةٍ لَا يَبْلُغُ مَالُ كُلِّ شَرِيكٍ أَوْ قِطْعُهُ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَكَانَتْ إِذَا جُمِعَ بَعْضُ ذَلِكَ إِلَى بَعْضٍ يَبْلُغُ مَا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، فَإِنَّهُ يَجْمَعُهَا وَيُؤَدِّي زَكَاتَهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا كان لرجل قطع أموال متفرقة، وكانت كل واحدة لا يبلغ ما يقوم منها خمسة أوسق، وإذا جمع ما يخرج من جميعها كان فيه خمسة أوسق، فإن الزكاة تجب فيها؛ لأن المالك لها واحد كالماشية والعين.

وكذلك إذا كان له إشراك فى أموال متفرقة، يكون المال بينه وبين كل شريك منهم على السواء، ولا يبلغ مال كل شريك منهم ما تجب فيه الزكاة، فإذا كان فى جميع حصته من تلك الأموال ما تجب فيه الزكاة، زكى دون إشراكه؛ لأن الجمع يلزمه على ما قدمناه.

فروع: وإنما يجمع من ذلك على رب المال ما كان فى أبان واحد ووقت واحد، فيضم بكره إلى مؤخره، فإذا كانت له أرضون كثيرة وزرع بعضها فى أول الشتاء وبعضها فى آخره، وذلك كله من الزراعة التى يضاف إلى الشتاء، جمع ذلك كله فى الزكاة.

وكذلك حكم الصيف، فإن كان من البلاد التى يزرع فيها صنف واحد فى الشتاء والصيف، فزرع فى الصيف صنفاً فحصد منه أقل من نصاب، وزرع من ذلك الصنف فى الشتاء فحصد منه أقل من نصاب إلا أنه إذا أضيف إلى ما حصده فى الصيف كان نصاباً.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: فالظاهر عندى أنه لا يجمع ذلك عليه

٢٥٨ كتاب الزكاة

لاختلاف الأوقات؛ لأن هذه زراعتان لا تضاف إحداهما إلى الأخرى فى الوقت والعمل، فلا يضاف إليها فى الزكاة كما لو كانت فى عامين مختلفين.

فرع: فإذا كانت الزراعتان فى أرض واحدة، وكانت إحداهما فى الصيف، والأخرى فى الشتاء، فلا خلاف نعلمه فى المذهب أنه لا تجمع إحداهما إلى الأخرى، وإن كانتا جميعاً فى الصيف أو فى الشتاء، فقد روى ابن نافع عن مالك: لا تجمع إحداهما إلى الأخرى. قال سحنون: يجمعان.

وجه قول مالك أن الزراعة الثانية يجوز أن تكون من بذر الأولى، فلا تضاف إليها، ولذلك لا يضاف زرع عام إلى عام. ووجه قول سحنون أن هذين حصادان فى وقت واحد، فضم أحدهما إلى الآخر كما لو كانت فى أرضين مختلفتين.

* * *

زكاة الحبوب والزيون

٦٧٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شَيْهَابٍ عَنِ الزَّيْتُونِ فَقَالَ: فِيهِ الْعُشْرُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنَ الزَّيْتُونِ الْعُشْرُ بَعْدَ أَنْ يُعْصَرَ وَيَبْلُغَ زَيْتُونُهُ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ فَمَا لَمْ يَبْلُغْ زَيْتُونُهُ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ فَلَا زَكَاةَ فِيهِ.

الشرح: قوله: «فى الزيتون العشر»، هو قول جماعة الفقهاء، وبه قال أبو حنيفة، وأحد قولى الشافعى، وله قول آخر: أنه لا زكاة فيه ولا شىء.

والدليل على صحة ما يقوله قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِى أَنْشَأَ جَنَّاتٍ مَعْرُوشَاتٍ وَغَيْرِ مَعْرُوشَاتٍ وَالنَّخْلَ وَالزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أَكْلُهُ وَالزَّيْتُونَ وَالرَّمَانَ مِثَشَابَهَُا وَغَيْرَ مُتَشَابِهِ كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١]، والحق هاهنا هو الزكاة؛ لأنه لا خلاف أنه ليس فيه حق واجب غيره، والأمر يقتضى الوجوب.

ودليلنا من جهة السنة قوله ﷺ: «فيما سقت السماء العشر»، وهذا عام، فنحمله على عمومه إلا ما خصه الدليل. ودليلنا من جهة القياس أن هذا مقتات بزيتته، فوجب فيه الزكاة كالسمسم.

فصل: وقول مالك: «إنما يؤخذ من الزيتون العشر بعد أن يعصر. ويبلغ زيتونه خمسة

كتاب الزكاة ٢٥٩

أوسق». وذلك أن الاعتبار في نصابه إنما هو بالكيل، والكيل لا يتهيأ إلا في الحب، فإذا بلغ خمسة أوسق، فقد كمل النصاب، وإذا قصر عن الخمسة الأوسق، فقد قصر عن النصاب، فلا زكاة فيه، وإنما أمرناه بإخراجه زيتاً؛ لأنه لا يجب على رب المال دفعه على وجه يمكن ادخاره والانتفاع به المنفعة المقصودة منه كالتمر والحب.

مسألة: فأما السمسم وغيره من الحبوب التي تجب فيها الزكاة لسبب زيتها، فإن عصرها فلا خلاف على المذهب أن عليه أن يخرج من زيتها، وإن لم يعصرها، فقد اختلف فيه قول مالك، فمرة قال: عليه العصر، ومرة قال: يخرج من الحب.

وجه القول الأول أنه حب تجب الزكاة فيه لزيته، فلم يجوز رب المال إلا إخراج الزيت كالزيتون. ووجه الرواية الثانية أن هذا حب يبقى على حاله غالباً وينتفع به كذلك في الزراعة والبيع، وأما الزيتون فإنما يتصرف فيه بالبيع وغيره على هيئته غالباً ولا يزرع، فكان السمسم أشبه بالحب من الحنطة والشعير.

قال مالك: وَالزَّيْتُونُ بِمَنْزِلَةِ النَّخِيلِ مَا كَانَ مِنْهُ سَقْتُهُ السَّمَاءُ وَالْعَيْونُ أَوْ كَانَ بَعْلًا فَفِيهِ الْعُشْرُ، وَمَا كَانَ يُسْقَى بِالنَّضْحِ فَفِيهِ نِصْفُ الْعُشْرِ، وَلَا يُخْرَصُ شَيْءٌ مِنَ الزَّيْتُونِ فِي شَجَرِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن حكم الزيتون في العشر ونصف العشر حكم النخيل والأعناب وسائر الحبوب، فما كان بعلاً أو سقته العيون والأنهار ففيه العشر، وما يسقى بالنضح ففيه نصف العشر.

وقول مالك: «ما كان منه سقته السماء والعيون أو كان بعلاً يدل على أن البعل عنده غير ما سقت السماء والعيون، وقد تقدم القول فيه.

فصل: وقوله: «ولا يخرص شيء من الزيتون في شجره»، صحيح لأنه لا فائدة في ذلك إذ لا فرق فيه لأرباب الأموال؛ لأنه ليس مما يؤكل رطباً ولا منفعة في ذلك للمساكين؛ لأن الأيدي لا تسرع إليه بالأكل إلا بعد عمل وتغيير؛ لأن ثمرته مستورة في الورق لا يكاد يتهيأ فيها الخرص على التحقيق، بخلاف النخل والعنب.

قال مالك: وَالسُّنَّةُ عِنْدَنَا فِي الْحُبُوبِ الَّتِي يَدَّخِرُهَا النَّاسُ وَيَأْكُلُونَهَا أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِمَّا سَقْتُهُ السَّمَاءُ مِنْ ذَلِكَ، وَمَا سَقْتُهُ الْعَيْونُ وَمَا كَانَ بَعْلًا الْعُشْرُ، وَمَا سُقِيَ

بِالنُّضْحِ يَنْصَفُ الْعُشْرَ إِذَا بَلَغَ ذَلِكَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ بِالصَّاعِ الْأَوَّلِ صَاعِ النَّبِيِّ ﷺ وَمَا زَادَ عَلَى خَمْسَةَ أَوْسُقٍ فَفِيهِ الزَّكَاةُ بِحِسَابِ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن الحبوب التي فيها الزكاة يعتبر في جميعها من حكم السقي والبعل، والنضح ما يعتبر في النخل، فما كان بعلاً أو حكمه حكم البعل ففيه العشر، وما كان سقى بالنضح ففيه العشر، ويعتبر فيه النصاب وهو خمسة أوسق، والوسق يعتبر بالصاع الأول صاع النبي ﷺ فإذا بلغ الحب ذلك ففيه الزكاة، فإن زاد على ذلك قليلاً كان أو كثيراً، أخرج من زكاته بحساب ذلك؛ لأنه لا عفو فيه بعد النصاب، وقد تقدم.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْحُبُوبُ الَّتِي فِيهَا الزَّكَاةُ الْحِنْطَةُ وَالشَّعِيرُ وَالسُّلْتُ^(١) وَالذَّرَّةُ وَالذُّخْنُ وَالْأُرْزُ وَالْعَدَسُ وَالْحَلْبَانُ وَاللُّوبِيَا وَالْجُلْجُلَانُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْحُبُوبِ الَّتِي تَصِيرُ طَعَامًا، فَالزَّكَاةُ تُؤْخَذُ مِنْهَا بَعْدَ أَنْ تُحْصَدَ وَتَصِيرَ حَبًّا قَالَ: وَالنَّاسُ مُصَدِّقُونَ فِي ذَلِكَ وَيُقْبَلُ مِنْهُمْ فِي ذَلِكَ مَا دَفَعُوا.

الشرح: وهذا كما قال أن الحبوب التي جرت عادة الناس باقتياتها على أي وجه كان، فإن الزكاة تجب فيها؛ لأنها قومت في أنفسها كالحنطة والشعير. وذكر في الموطأ منها عشرة أصناف. وفي المجموعة عن ابن وهب عن مالك: الزكاة في الترمس. وزاد في المختصر: الترمس والبقول والحمص والبسيلة.

وزاد في العتبية أشهب عن مالك: الكرسة. وذكر ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك أن الإشقالية، وهي العلس، فزادوا على ما في الموطأ ستة أصناف، وهي داخلة تحت قول: «وما أشبه ذلك من الحبوب التي تصير طعاماً»، وهذه الحبوب كلها على ما ذكروه منها ما اعتاد الناس اقتياتها، ومنها ما لم يعتادوا ذلك، وهو الكرسة، فإنه لم يعتد الناس أكلها فيما علمناه، ولعله أن يذهب ما فيها من المرارة بالعصارة والصناعة، فتكون بمنزلة الترمس.

مسألة: قال ابن نافع عن مالك: ليس في شيء من التوابل زكاة ولا الفستق ولا القطن. قال عنه ابن وهب: وما علمت في حب القرطم وبزر الكتان زكاة، قيل: إنه يعصر منها زيت كثير، قال: فيه الزكاة إذا كثر هكذا.

(١) السلت: حب بين الحنطة والشعير لا قشر له.

وقال أصبغ: فى بزر الكتان الزكاة، وهو أعم نفعاً من زيت القرطم. وقال ابن القاسم: لا زكاة فى بزر الكتان ولا زيتة إذ ليس بعيش، وقاله المغيرة وسحنون.

فصل: وقوله: «والناس مصدقون فى ذلك»، يريد أن يقبل منهم قولهم فى مبلغه؛ لأن هذا مما لا يحرص، ولا بد للناس من أن يغيبوا عليه، ولا يمكن أن يجعل مع كل إنسان من يحفظ عليه ذلك.

وَسُئِلَ مَالِكٌ مَتَى يُخْرَجُ مِنَ الزَّيْتُونِ الْعُشْرُ أَوْ نِصْفُهُ أَقْبَلَ النِّفْقَةَ أَمْ بَعْدَهَا؟ فَقَالَ: لَا يُنْظَرُ إِلَى النِّفْقَةِ، وَلَكِنْ يُسْأَلُ عَنْهُ أَهْلُهُ كَمَا يُسْأَلُ أَهْلُ الطَّعَامِ عَنِ الطَّعَامِ وَيُصَدِّقُونَ بِمَا قَالُوا: فَمَنْ رَفَعَ مِنْ زَيْتُونِهِ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ فَصَاعِدًا أُخِذَ مِنْ زَيْتِهِ الْعُشْرُ بَعْدَ أَنْ يُعَصَّرَ وَمَنْ لَمْ يُرْفَعْ مِنْ زَيْتُونِهِ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ فِي زَيْتِهِ الزَّكَاةُ.

الشرح: وهذا كما قال مالك، رحمه الله، لا ينظر إلى النفقة، ولا يحتسب له بها، وذلك أن عليه تبليغ الزكاة إلى الحد الذى جرت العادة بادخارها عليه، ولو أخذت منهم قبل ذلك لما حرص عليهم نخيلهم وعنبهم ولقوسموا فيها، ولكن لا يؤخذ منهم إلا على هيئة الادخار فعليهم النفقة عليها حتى يخلص ذلك.

فصل: وقوله: «ولكن يستل عنه أهله كما يستل أهل الطعام عن الطعام»، ولذلك يقال لهم: كم خلص من زيت هذا الزيتون، فيؤخذ منه عشرة أو نصف عشره على حسب سقيه، ويصدقون فيما قالوا عن مبلغه.

وقوله: «فمن رفع من زيتونه خمسة أوسق أخذ منه فى زكاة الزيتون»، سؤالان، أحدهما: أن يقال لصاحبه كم مبلغ زيتونك، فإن ذكر أنه قصر عن النصاب، لم يستل عن غير ذلك، فإن قال: بلغ النصاب أو زاد عليه سئل، سؤالاً ثانياً، كم أخرج له من الزيت، إن كان عصره، فإن كان باعه سئل كم يخرج مثله من الزيت أو سئل عن ذلك غيره من أهل المعرفة.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ بَاعَ زَرْعَهُ وَقَدْ صَلَحَ وَيَسَّرَ فِي أَكْمَامِهِ، فَعَلَيْهِ زَكَاتُهُ وَلَيْسَ عَلَى الَّذِي اشْتَرَاهُ زَكَاتُهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن من باع زرعه بعد ييسه أن الزكاة عليه؛ لأن الزكاة تعلق وجوبها به حين صار فيه الحب، فهو حين باع الزرع باع حظه وحظ المساكين، فعليه أن يأتى ببديل حظ المساكين.

٢٦٢ كتاب الزكاة

وأما المشتري فلا زكاة عليه؛ لأنه لم يتعلق حق الوجوب بالمال عنده، فإن أعدم البائع، وقد أتلف حظ المساكين، فلا يخلو أن يوجد الطعام بيد المبتاع أم لا، فإن وجد بيده، فقد قال ابن القاسم في المدونة: إنه يؤخذ من المشتري، ويرجع على البائع بقدر ذلك من الثمن. وقال أشهب: لا يؤخذ شيء ويتبع البائع.

وجه قول مالك أنه ليست له ولاية على المساكين، وإنما أجز له البيع لضرورة الشركة، فإذا لم يوصل إليهم العوض، تعلقت حقوقهم بعين المال حيث وجد. ووجه قول أشهب أن صاحب الحائط مباح له البيع كأبي الصبيبيع ماله ويأكل منه، فلا حق للولد فيه، وإن وجده بعينه.

مسألة: وإذا باع رب الزرع زرعه، قائماً في وقت يجوز له ذلك، فكيف يعرف مبلغه ليؤدى زكاته. قال ابن المواز عن مالك: يسأل المبتاع ويأتمنه على ذلك ويزكى على قوله؛ لأنه أصبح الطرق التي يجدها إلى معرفة المقدار لأنه لا تهمته على المبتاع فيه بأن يؤتم نفسه لغيره، فإن كان المبتاع غير مسلم توخى بقدر الزرع، ولا يأخذ في ذلك بقول غير المسلم.

قال مالك: وَلَا يَصْلُحُ بَيْعُ الزَّرْعِ حَتَّى يَبْسَ فِي أَكْمَامِهِ وَيَسْتَغْنَى عَنِ الْمَاءِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يصلح بيعه حتى يبس في أكمامه وهي غلف حبه ويستغنى عن الماء غنى لو سقى بالماء لم ينفعه، وهذا انتهاء يبسه، فحينئذ يجوز بيعه، وسيأتي بيان ذلك في البيوع إن شاء الله تعالى.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَأْتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام ١٤١]:
أَنَّ ذَلِكَ الزَّكَاةُ وَقَدْ سَمِعْتُ مَنْ يَقُولُ ذَلِكَ.

الشرح: كما قال أن ظاهر الآية يقتضى الزكاة؛ لأنه ليس في الثمار والحبوب حق واجب يوم الحصاد غير الزكاة، وقد أمرنا بإخراج هذا الحق، والأمر يقتضى الوجوب، فكان الظاهر أن الحق المأمور به يوم الحصاد هو الزكاة، وقد أيد ذلك مالك بأن قال: إنه قول قد قيل وسمعه من غيره، ولا يكون ذلك إلا من أهل العلم ومن ليس من أهل العلم لا ينقل مثل مالك قوله، ولا يرجح به مذهبه.

وفي العتبية من رواية عبدالملك، عن ابن وهب: ﴿وَأْتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾، يقول: أيها الزارع أد حق ما رفعت، ويا أيها الوالى لا تأخذ أكثر من حقلك، فتكون من المسرفين.

كتاب الزكاة ٢٦٣
قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ بَاعَ أَصْلَ حَائِطِهِ أَوْ أَرْضَهُ وَفِي ذَلِكَ زَرْعٌ أَوْ ثَمَرٌ لَمْ يَبْدُ
صَلَاحُهُ فَزَكَاةُ ذَلِكَ عَلَى الْمُبْتَاعِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ طَابَ وَحَلَّ بَيْعُهُ، فَزَكَاةُ ذَلِكَ عَلَى
الْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا عَلَى الْمُبْتَاعِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من باع أصل حائطه قبل أن يبدو صلاحه، فإن الزكاة فيه
على المبتاع؛ لأن الثمرة كانت على ملكه حين تعلق الزكاة بها، فعليه الزكاة، فإذا بيعت
بشرها قبل بدو الصلاح لم تعلق الزكاة بها إلا وهي على ملك المبتاع.
وأما الزرع فلا يصح بيعه بشرط التبقية إلا مع الأرض، فلذلك راعى فيه بيع الأرض
مع الزرع، وإنما يملك الحب بملك الزرع يدل ذلك أنه لو اكترى أرضاً فزرعها
لكانت الزكاة على الزرع دون رب الأرض؛ لأن رب الأرض لا ملك له في الزرع
الذي نماؤه الحب. وقال أبو حنيفة: العشر على رب الأرض دون الزارع.

* * *

ما لا زكاة فيه من الثمار

قَالَ مَالِكٌ: أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَانَ لَهُ مَا يَجِدُ مِنْهُ أَرْبَعَةَ أَوْسُقٍ مِنَ التَّمْرِ، وَمَا يَقْطَفُ
مِنْهُ أَرْبَعَةَ أَوْسُقٍ مِنَ الزَّيْبِ، وَمَا يَحْصُدُ مِنْهُ أَرْبَعَةَ أَوْسُقٍ مِنَ الْحِنْطَةِ، وَمَا يَحْصُدُ
مِنْهُ أَرْبَعَةَ أَوْسُقٍ مِنَ الْقِطْنِيَّةِ إِنَّهُ لَا يُجْمَعُ عَلَيْهِ بَعْضُ ذَلِكَ إِلَى بَعْضٍ، وَإِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ
فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ زَكَاةٌ حَتَّى يَكُونَ فِي الصَّنْفِ الْوَاحِدِ مِنَ التَّمْرِ أَوْ فِي الزَّيْبِ أَوْ
فِي الْحِنْطَةِ أَوْ فِي الْقِطْنِيَّةِ مَا يَبْلُغُ الصَّنْفَ الْوَاحِدَ مِنْهُ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ بِصَاعِ النَّبِيِّ ﷺ
كَمَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَيْسَ فِيهَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنَ التَّمْرِ صَدَقَةٌ» وَإِنْ كَانَ
فِي الصَّنْفِ الْوَاحِدِ مِنْ تِلْكَ الْأَصْنَافِ مَا يَبْلُغُ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ فَفِيهِ الزَّكَاةُ فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ
خَمْسَةَ أَوْسُقٍ فَلَا زَكَاةَ فِيهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من كان له أقل من نصاب من تمر، ومثله من زبيب،
ومثله من الحنطة، ومثله من القطنية أنه لا يضاف بعضها إلى بعض ليكمل نصاب
الزكاة في ماله؛ لأن هذه أصناف مختلفة المنافع متباينة الأغراض.

واستدل في ذلك بقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة» ومن
عنده خمسة أوسق من تمر وزبيب، فليس عنده خمسة أوسق من التمر، وإنما عنده ما
دون خمسة أوسق، فلا زكاة عليه فيه.

وقوله: «فإن كان في كل صنف خمسة أوسق ففيه الزكاة»، وكذلك الزبيب والحنطة والقطنية.

قال مالك: وتفسير ذلك أن يجذ الرجل من التمر خمسة أوسق وإن اختلفت أسماءه وألوانه، فإنه يجمع بعضه إلى بعض ثم يؤخذ من ذلك الزكاة، فإن لم يبلغ ذلك فلا زكاة فيه.

الشرح: وهذا كما قال أن الخلطة بالتمر ما يقع عليه هذا الاسم، سواء كان نوعاً واحداً أو أنواعاً كثيرة، ويجمع من جنسها خمسة أوسق، فإن الزكاة فيها؛ لأن الأغراض فيها والمنافع والمقاصد متفقة ومتقاربة، وإنما بينها كما بين الذهب الجيد والردىء، والضأن والماعز، والبخت والعراب.

قال مالك: الحنطة كلها السمراء والبيضاء والشعير والسلت كل ذلك صنف واحد، فإذا حصد الرجل من ذلك كله خمسة أوسق جُمع عليه بعض ذلك إلى بعض، ووجبت فيه الزكاة، فإن لم يبلغ ذلك فلا زكاة فيه.

الشرح: وهذا كما قال أن الحنطة تجمع أنواعها كلها كما تجمع أنواع التمر، فتجمع المحمولة، وهي البيضاء إلى السمراء، فإذا بلغت النصاب ففيها الزكاة، وهذا لا خلاف فيه، وكذلك يجمع إلى الحنطة الشعير والسلت، لا يختلف مالك وأصحابه في ذلك، وبه قال الحسن وطاوس والزهرى وعكرمة.

ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعي، وقالوا: إن الشعير والسلت كل واحد منهما جنس منفرد غير الحنطة لا تجمع في الزكاة.

ولا يتجه بيننا في هذا وبين أبي حنيفة خلاف في الحكم، وإنما يتجه في التسمية خاصة؛ لأنه لا يراعى النصاب في الحبوب، فهو يزكى القليل والكثير من هذه الأجناس. وقال القاضى أبو محمد: إن هذه المسألة مبنية عندنا على تحريم التفاضل فيها، وهذا القول فيه نظر؛ لأنه يجرم التفاضل في أشياء، وليست بجنس واحد في الزكاة.

وقد صرح مالك بأن القطنى في البيوع أجناس مختلفة، وهي عنده في الزكاة جنس واحد. وقد عول أصحابنا في هذه المسألة على فصلين من جهة المعنى، أحدهما: أن هذه الثلاثة أشياء أعنى الحنطة والشعير والسلت لا ينفك بعضها عن بعض فى المنبت والمحصد، فكانت جنساً واحداً كالحنطة والعلس والشعير والسلت. والصنف الثانى

كتاب الزكاة ٢٦٥
هو أن منافع هذه الأصناف الثلاثة متقاربة ومقاصدها متساوية، فحكم لها بأنها جنس واحد كالسمرء والمحمولة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى فى تعليل ذلك تشابه الخنطة والسلت فى الصورة والمنفعة وهما أقرب تشابهاً من الخنطة والعلس.

وقد سلم لنا المخالف العلس، فيلزمه تسليم السلت، وإذا سلم السلت لحق به الشعير، فإن الأمة بين قائلين، قائل يقول: إن هذه الأنواع الثلاثة صنف واحد، وقائل يقول: إنها ثلاثة أصناف، فمن قال: إن السلت والخنطة صنف والشعير صنف فقد خالف الإجماع، فإذا ثبت ذلك، فإن الزكاة مبنية على الصنف لتحتمل الأموال المواساة، فإن كان عنده جنس من المال يحتمل المواساة أدى زكاته، وإذا قصر عن ذلك عليه زكاته لضيق المال عن احتمال المواساة.

فإن كانت الأموال التى عنده منفعتها واحدة ومعظم مقصودها، سواء احتملت المواساة من جميعها ولم يضيق ما يخرج من الزكاة انتفاعه بذلك النوع من المال، ولا ضاق عليه جنس تلك المنفعة بمواساته منها، بل يبقى عنده من جنس تلك المنفعة ما يقوم به، ولا فرق فيما يعود إلى انتفاعه واستضراره بما يخرج من الزكاة بين أن تكون تلك المنفعة فى أشخاص متفقة الصور والأسماء أو مختلفتها.

ولو كانت الأسماء متفقة والمنافع مختلفة لاستضرار انتفاعه بإخراج بعض نوع من المنفعة لا يحتمل ما عنده من نوعها المواساة، فإذا أخرج منها مع قلتها لم يبق عنده منها ما ينتفع به، ولا ينفعه فى هذا النوع من المنفعة أن تكون عنده أنواع منافع آخر توافق هذه فى الأسماء دون المنافع، ولذلك لما كان المقصود من الدنانير والدراهم التجارة والتصرف للتنمية، ضم أحدهما إلى الآخر مع اختلاف الأسماء والصور.

مسألة: وأما العلس، فهو الإشقالية، فقد روى ابن حبيب أنه من جنس القمح والشعير والسلت فى الزكاة وتحريم التفاضل، قال: وهو قول مالك وأصحابه إلا ابن القاسم.

قال ابن القاسم: قال عبدالرحمن بن دينار: سألت ابن كنانة عن الإشقالية، وفسرنا له أمرها ومنفعتها هل تجمع فى الزكاة مع القمح، وأريناها إياها، فقال: هذا صنف من الخنطة، يقال له العلس يكون باليمن، وهو يجمع فى الخنطة الزكاة.

وجه القول الأول، وبه قال الشافعى، أن منفته من جنس منفعة القمح، ولا يكاد

٢٦٦ كتاب الزكاة
يخلو منه. ووجه قول ابن القاسم، وبه قال ابن وهب وأصبح أنه لا يصحب الحنطة
والشعير في الوجود، فيوجد حيث يعدم ويعدم حيث يوجد، فدل ذلك على اختلاف
منفعتهما.

مسألة: فأما الذرة والدخن والأرز، فكل واحد منها صنف لا يضاف إلى شيء، ولا
يضاف إليه شيء، هذا هو المشهور من المذهب.

وروى زيد بن بشر عن ابن وهب أن الحنطة والشعير والسلت والذرة والأرز
والدخن كلها صنف واحد لا يجوز في شيء منها التفاضل، وإذا كانت عنده صنفاً
واحداً في البيع، فكذلك في الزكاة، وقد تقدم من قول القاضي أبي محمد ما يصحح
هذا البناء.

قال مالك: وَكَذَلِكَ الزَّبِيبُ كُلُّهُ أَسْوَدُهُ وَأَحْمَرُهُ، فَإِذَا قَطَفَ الرَّجُلُ مِنْهُ خَمْسَةَ
أَوْسُقٍ وَجَبَتْ فِيهِ الزَّكَاةُ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ، فَلَا زَكَاةَ فِيهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن الزبيب كله جنس واحد أسوده وأحمره يجمع في الزكاة؛
لأن منفعتهم واحدة ومعظم مقصوده سواء، وإن جاز أن يكون في بعضه مقاصد
وأغراض ليست في سائرهم إلا أن معظم المقاصد متفق، وعلى هذا تجرى الزكاة والجمع
فيها واعتبار أجناسها.

قال مالك: وَكَذَلِكَ الْقِطْنِيَّةُ هِيَ صِنْفٌ وَاحِدٌ مِثْلُ الْحِنْطَةِ وَالتَّمْرِ وَالتَّيْسِ، وَإِنْ
اِخْتَلَفَتْ أَسْمَاؤُهَا وَأَلْوَانُهَا وَالْقِطْنِيَّةُ الْحِمَصُ وَالْعَدَسُ وَاللُّوبِيَا وَالْجُلْبَانُ وَكُلُّ مَا
نَبَتَ مَعْرِفَتُهُ عِنْدَ النَّاسِ أَنَّهُ قِطْنِيَّةٌ، فَإِذَا حَصَدَ الرَّجُلُ مِنْ ذَلِكَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ بِالصَّاعِ
الْأَوَّلِ صَاعِ النَّبِيِّ ﷺ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَصْنَافِ الْقِطْنِيَّةِ كُلِّهَا لَيْسَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ مِنَ
الْقِطْنِيَّةِ، فَإِنَّهُ يُجْمَعُ ذَلِكَ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ وَعَلَيْهِ فِيهِ الزَّكَاةُ.

الشرح: وهذا كما قال، وأصل ذلك أن ما كان من الحبوب مقتاتاً مدخراً للعيش
غالباً، فإنه يجب فيه الزكاة، والذي يقتات من ذلك الحنطة والشعير والسلت والأرز
والدخن والذرة والبقلاء والحمص واللوبيا والجلبان والعدس والتمرس والبسيلة
والسمسم وحب الفجل، وما أشبه ذلك.

وهذه الحبوب على ضربين، منها ما هو صنف لنفسه لا يضم إلى غيره كالأرز

كتاب الزكاة ٢٦٧

والذرة والدخن، على المشهور من المذهب، ومنها ما يضم بعضه إلى بعض كما تضم أنواع التمر بعضها إلى بعض، وذلك كالقطاني يضم بعضها إلى بعض، وهى الفول واللوييا والحمص والترمس والجلبان والعدس، وما جرى مجراها لتقارب منافعها، واتفاق معظم الأغراض فيها.

وأما البسيلة، وهى الكرسنة، ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك أنها من القطنية. وقال ابن حبيب: بل هى صنف على حدته.

وقد اختلف قول مالك فى القطنى فى البيوع، فمرة قال: إنها صنف واحد، ومرة قال: هى أصناف مختلفة. واختلف أصحابنا فى تحريم ذلك فى الزكاة، فمنهم من قال: هى رواية أخرى فى الزكاة، ومنهم من قال: هى فى الزكاة صنف واحد دون خلاف، وهى فى البيوع على روايتين. وهذا الظاهر من الموطأ لما يأتى بعد هذا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أن يكون كل صنف منها صنفاً منفرداً لا يضاف إلى غيره فى الزكاة والبيوع لأننا إن عللنا الجنس بانفصال الحبوب بعضها من بعض، اطرده ذلك فيها، وانعكس وصح، وإن عللنا باختلاف الصور والمنافع صح، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكُ: وَقَدْ فَرَّقَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بَيْنَ الْقَطْنِيَّةِ وَالْحِنْطَةِ فِيمَا أُخِذَ مِنَ النَّبْطِ، وَرَأَى أَنَّ الْقَطْنِيَّةَ كُلَّهَا صِنْفٌ وَاحِدٌ، فَأَخَذَ مِنْهَا الْعُشْرَ، وَأَخَذَ مِنَ الْحِنْطَةِ وَالزَّرْبِيبِ نِصْفَ الْعُشْرِ.

الشرح: استدل مالك، رحمه الله، فى الفرق بين القطنية والحنطة بأن عمر بن الخطاب خفف عن النبط فيما كان يأخذه منهم من الحنطة، لما كانت الحاجة إليها أكد من سائر الأقوات، والقطنى التى هى للأدم، وكان يأخذ من القطنى العشر كاملاً، فعلم بذلك اختلافها فى المنافع والمقاصد.

ولو كانت الحاجة إليها سواء، والمنافع بها متفقة لكانت الرغبة فى كثرة جلبها إلى المدينة سواء، ولا يدخل عليه فى ذلك الزيت والحنطة، فإنه أخذ منهما جميعاً نصف العشر لتأكد الحاجة إليهما، ولم يدل ذلك على أنهما من جنس واحد.

وقد يحتاج إلى الجنسين حاجة متساوية مع اختلاف منافعهما، إلا أنه فى الجنس الواحد الذى تتفق منافعه وتساوى، ولا يجوز أن تختص الحاجة ببعضه دون البعض،

٢٦٨ كتاب الزكاة
فلذلك علق الحكم مالك، رحمه الله، باختلاف حكم الخنطة والقطنية، ولم يلزمه
تساوى الحاجة فى الخنطة، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: كَيْفَ يُجْمَعُ الْقِطْنِيَّةُ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ فِي الزَّكَاةِ
حَتَّى تَكُونَ صَدَقَتَهَا وَاحِدَةً، وَالرَّجُلُ يَأْخُذُ مِنْهَا اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ
الْجَنْطَةِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، قِيلَ لَهُ فَإِنَّ الذَّهَبَ وَالْوَرِقَ يُجْمَعَانِ فِي الصَّدَقَةِ، وَقَدْ
يُؤْخَذُ بِالذِّينَارِ أضعافه فِي الْعَدَدِ مِنَ الْوَرِقِ يَدًا بِيَدٍ.

الشرح: وهذا كما قال ولذلك قال أصحابنا: إنه لم يختلف قوله فى الزكاة أن
القطنى صنف واحد، يضاف بعضها إلى بعض فى الزكاة، وأنها مع ذلك فى البيوع
أصناف يجوز التفاضل فيها، ففرق بينها، فالمتفق عليه من مذهب مالك أن الورق يجمع
إلى الذهب فى الزكاة، وهى فى البيوع صنفان يجوز التفاضل فيهما، فعلى هذا يجوز أن
يجمع فى الزكاة ما يجوز التفاضل فيه.

وأما ما يحرم التفاضل فيه، فيجب أن يجمع فى الزكاة، وقد أشار القاضى أبو محمد
فيما تقدم إلى ذلك، فيجب على هذا أن تكون المنافع المعتبرة فى الجنس لتحريم
التفاضل عند المنافع المعتبرة فى الجنس للجمع فى الزكاة.

قَالَ مَالِكٌ فِي النَّخِيلِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ فَيَجُذَّانِ مِنْهَا ثَمَانِيَةَ أَوْسُقٍ مِنَ التَّمْرِ:
إِنَّهُ لَا صَدَقَةَ عَلَيْهِمَا فِيهَا، وَإِنَّهُ إِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا مِنْهَا مَا يَجُذُّ مِنْهُ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ
وَلِلْآخَرِ مَا يَجُذُّ أَرْبَعَةَ أَوْسُقٍ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ كَانَتِ الصَّدَقَةُ عَلَى
صَاحِبِ الْخَمْسَةِ الْأَوْسُقِ، وَلَيْسَ عَلَى الَّذِي جَذَّ أَرْبَعَةَ أَوْسُقٍ أَوْ أَقَلَّ مِنْهَا صَدَقَةٌ،
وَكَذَلِكَ الْعَمَلُ فِي الشُّرَكَاءِ كُلِّهِمْ فِي كُلِّ زَرْعٍ مِنَ الْحُجُوبِ كُلِّهَا يُحْصَدُ أَوْ النَّخْلُ
يُجَذُّ أَوْ الْكَرْمُ يُقَطَّفُ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ كُلُّ رَجُلٍ مِنْهُمْ يَجُذُّ مِنَ التَّمْرِ أَوْ يَقَطِفُ مِنَ
الزَّبِيبِ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ، أَوْ يُحْصَدُ مِنَ الْجَنْطَةِ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ فَعَلَيْهِ فِيهِ الزَّكَاةُ وَمَنْ
كَانَ حَقُّهُ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ فَلَا صَدَقَةَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الصَّدَقَةُ عَلَى مَنْ بَلَغَ
جُدَادُهُ أَوْ قِطَافُهُ أَوْ حِصَادُهُ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ.

الشرح: وهذا كما قال أن الزكوات مبنية على أن من بلغ ما ملكه النصاب وجب
عليه الزكاة، ومن قصر ملكه عن النصاب، فلا زكاة عليه، ولا ينظر إلى الجملة إذا

افترقت في الملك كما لا ينظر إلى افتراقها إذا اجتمعت في الملك، فإذا وجد رجلان ثمانية أوسق، فإن كانت بينهما على السواء، فلا زكاة على واحد منهما؛ لأنه لم يجد أحدهما خمسة أوسق وهي النصاب.

ولو كان لأحدهما خمسة أوسق، وللآخر ثلاثة لكانت الزكاة على صاحب الخمسة أوسق عن الخمسة أوسق، ولم يجب على صاحب الثلاثة شيء لما ذكرناه، وإن كان لرجل خمسة أوسق يجدها في بلاد مختلفة متباعدة لجمعت عليه وأدى الزكاة عنها، وإنما الاعتبار في ذلك بالملك دون الاجتماع والافتراق.

قَالَ مَالِكُ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ كُلَّ مَا أُخْرِجَتْ زَكَاتُهُ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ كُلِّهَا الْحِنْطَةَ وَالْتَمْرَ وَالزَّيْبِيبَ وَالْحُبُوبَ كُلِّهَا ثُمَّ أَمْسَكَهُ صَاحِبُهُ بَعْدَ أَنْ أَدَّى صَدَقَتَهُ سِنِينَ ثُمَّ بَاعَهُ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ فِي ثَمَنِهِ زَكَاةٌ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ ثَمَنِهِ الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ بَاعَهُ إِذَا كَانَ أَصْلُ تِلْكَ الْأَصْنَافِ مِنْ فَائِدَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِلتَّجَارَةِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ وَالْعُرُوضِ يُفِيدُهَا الرَّجُلُ ثُمَّ يُمَسِكُهَا سِنِينَ ثُمَّ يَبِيعُهَا بِذَهَبٍ أَوْ وَرَقٍ، فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ فِي ثَمَنِهَا زَكَاةٌ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ بَاعِهَا، فَإِنْ كَانَ أَصْلُ تِلْكَ الْعُرُوضِ لِلتَّجَارَةِ، فَعَلَى صَاحِبِهَا فِيهَا الزَّكَاةُ حِينَ يَبِيعُهَا إِذَا كَانَ قَدْ حَبَسَهَا سَنَةً مِنْ يَوْمِ زَكَّى الْمَالَ الَّذِي ابْتَاعَهَا بِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن ما أخرجت زكاته من الحبوب والثمار ثم باعه صاحبه بعد سنين أنه لا زكاة عليه في ثمنه حتى يحول عليه الحول بعد قبضه، وهو الذي يريد بقوله: ثم باعه؛ وأقام المال غائباً عنه أعواماً قبل أن يقبضه لا يستأنف به حولاً، وإنما أطلق اللفظ على غالب أحوال الناس في البيع؛ لأنه مفارق للقبض.

فصل: ثم قال: «وهذا إذا كان أصل تلك الأصناف من فائدة أو غيرها لم تكن للتجارة»، ومعنى ذلك أن هذه الحبوب والثمار لا يخلو أن تكون للقنية أو التجارة، فإن كانت للقنية، فهو الذي ذكره وأراده بقوله: إذا كانت من فائدة، يريد كالميراث والهبة أو غلة حائطه وزرع أرضه.

وأما إن كانت للتجارة، فأما الثمار، فلا يتصور ذلك فيها، إلا أن تشتري بأعيانها للتجارة بعد أن بدا صلاحها، فهذه قد وجبت الزكاة فيها على بائعها. وأما إن ابتاعها قبل بدو صلاحها، فهي على وجه التبعية للأرض.

٢٧٠ كتاب الزكاة

مسألة: وأما الحبوب، فإن كانت للتجارة زكيت زكاة الزرع ثم زكى ثمن ما يبيع منه بعد حول من يوم الحصاد، والاعتبار فى كونها للتجارة بثلاثة معان الحنطة المزروعة، والأرض المزروع فيها، والزراعة، فإن كانت هذه المعانى الثلاثة للتجارة، فلا خلاف فى المذهب أن حكم الحب حكم التجارة، وإن لم يكن شئء منها للتجارة، ولم يتعلق به حكم التجارة إلا بعد أن يحول على ثمنه الحول من يوم يقبضه على ما تقدم من قول مالك، رحمه الله.

مسألة: وإن كانت الأرض للقنية، واشترى البذر للتجارة وزرع، يريد التجارة، فى المدونة: إن كانت الأرض له فزرعها للتجارة، فإنه لا يزكى ثمن الحنطة حتى يحول عليه الحول من يوم قبضه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى حكم الأرض إذا اشترت للتجارة؛ لأنها إذا اشترت للتجارة، فالتجارة متعلقة برقبته دون منافعها، وإذا اشترت للتجارة، فالتجارة متعلقة بمنافعها.

مسألة: وإذا كانت الحنطة للقنية، والأرض والزراعة للتجارة، فقد رأيت لبعض المتأخرين من المغاربة فيمن اشترى حنطة للقنية والأرض والزرع للتجارة أنه لا يجزى فيها حكم الزكاة حتى ينض الثمن؛ لأن ما كان للقنية من العروض لا يجزى فيها حكم التجارة بالنية.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله عنه: وهذا لا يصح على قول أشهب، فإن كان للقنية يعود إلى التجارة بمجرد النية فيما ملكه بالبيع، وما ملكه بالميراث يحتمل وجهين، قد تقدم ذكرها.

وأما على قول ابن القاسم، فيحتمل وجهين، أحدهما: جريان الزكاة فيها؛ لأن الزراعة عمل، والثانى: لا تجزى فيها الزكاة؛ لأن الزراعة ليست بعمل للتجارة، وإنما هى عمل لزكاة الحب دون زكاة الثمن.

مسألة: فإن كانت الأرض للتجارة، والحنطة للتجارة وزرعها للقنية، فلم أر فيها نصاً لأصحابنا، والذى يقتضيه المذهب أنه لا زكاة فى ثمنه حتى يحول الحول من يوم قبضه، فعلى هذا يجزى أمر المعانى الثلاثة متى يكون واحداً منها للقنية منع جريان زكاة العين فى الحنطة، وهو ظاهر ما فى المدونة، والذى يقتضيه قول أصحابنا المتقدم ذكرهم، وبالله التوفيق.

كتاب الزكاة ٢٧١
فرع: فإن قلنا بوجوب الزكاة بالبيع بعد الحول، فإن لم يبيع بعد الحول، وكان مدخراً، فلا زكاة فيه حتى يبيعه بعد الحول، وإن كان مريداً، فإنه يقوم حنطة إذا كمل لها حول من يوم زكى الزرع، قاله ابن القاسم في المدونة.

ووجه ذلك أن زكاة الزرع أملك بالحنطة عند الحصاد من زكاة التجارة كالماشية، فيجب عند الحصاد إخراج زكاة الزرع منه، وزكاة الزرع لا تتكرر.

ولما كان للتجارة في هذا الحب تأثير، ولم يتمكن أن يجمع زكاتان في عام واحد، أولاهما للعين، والثانية للقيمة، لزم أن يستأنف حول من يوم الحصاد، فإذا كمل قوم مع سائر ماله وأدى زكاته، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا زكاة فيه من الفواكه والقضب والبقول

قَالَ مَالِكٌ: السُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا، وَالَّذِي سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّهُ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْفَوَاكِهِ كُلِّهَا صَدَقَّةَ الرُّمَّانِ وَالْفَرَسِيكِ وَالتَّيْنِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ وَمَا لَمْ يُشَبَّهْ إِذَا كَانَ مِنَ الْفَوَاكِهِ. قَالَ: وَلَا فِي الْقَضْبِ^(١) وَلَا فِي الْبُقُولِ كُلِّهَا صَدَقَّةٌ وَلَا فِي أُنْمَانِهَا إِذَا بَاعَتْ صَدَقَّةٌ حَتَّى يَحُولَ عَلَى أُنْمَانِهَا الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ بَيْعِهَا وَيَقْبِضُ صَاحِبُهَا ثَمَنَهَا وَهُوَ نَصَابٌ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا اختلاف عند أهل المدينة فيما ذكره أنه لا زكاة في شيء من الفواكه مما ذكر من ذلك وما لم يسمه، وأضاف مالك، رحمه الله، التين إلى جملة ما لأنه لم يكن ببلده، وإنما كان يستعمل عندهم على معنى التفكه لا على معنى القوت.

وقال عبد الملك ابن حبيب: الزكاة واجبة في كل ثمرة لشجرة ذات ساق، سواء كان مما يدخر كالجوز والفسق، أو لا يدخر كالرمان والفرسك، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن هذا ليس بمقتات مدخر، فلم تجب فيه الزكاة كالحشيش. فأما التين، فإنه عندنا بالأندلس قوت، وقد أحقه مالك بما لا زكاة فيه.

ويحتمل أصله في ذلك القولين، أحدهما: أنه لا زكاة فيه؛ لأن الزكاة إنما شرعت

(١) القضب: نبت يشبه البرسيم.

٢٧٢ كتاب الزكاة
 فيما كان يقتات بالمدينة، ولم يكن التين يقتات بها، فلم يتعلق به حكم الزكاة، وإن
 تعلق بالزبيب والتمر لما كانا مقتاتين بها، والثاني أن حكم الزكاة متعلق بالتين قياساً
 على الزبيب والتمر، وإن لم يكن التين مقتاتاً بالمدينة، قال ابن نافع وعلى عن مالك:
 ألحق العلماء بالحنطة والشعير ما أشبه ذلك من الحبوب، فكان الأرز بالعراق أكثر من
 البر والذرة باليمن أكثر.

فصل: وقوله: «وليس في القضب ولا في البقول كلها صدقة»، هذا قول مالك
 والشافعي وجميع أصحابهما. وقال أبو حنيفة: في جميع البقول الزكاة إلا القضب
 والحشيش والخطب.

والدليل على ما نقوله أن الخضر كانت بالمدينة في زمن النبي ﷺ بحيث لا ينفى
 ذلك عليه، ولم ينقل إلينا أنه أمر بإخراج شيء منها، ولا أن أحداً أخذ منها زكاة، ولو
 كان ذلك لنقل كما نقل زكاة سائر ما أمر به النبي ﷺ فثبت أنه لا زكاة فيها. ودليلنا
 من جهة القياس أنه نبت لا يقتات، فلم تجب فيه الزكاة كالحشيش والقضب.

* * *

ما جاء في صدقة الرقيق والخيل والعسل

٦٧٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عِرَاكِ بْنِ

٦٧٧ - أخرجه البخاري في كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٧٠، ١٣٧١. ومسلم حديث رقم
 ١٦٣١، ١٦٣٢، ١٦٣٣. والترمذي في كتاب الزكاة حديث رقم ٥٦٩، وكتاب الصوم
 حديث رقم ٦٢٨. والنسائي في كتاب الزكاة حديث رقم ٢٤٢٠، ٢٤٢١، ٢٤٢٢، ٢٤٢٣،
 ٢٤٢٤، ٢٤٢٥، ٢٤٦٧، ٢٤٦٨، ٢٤٦٩، ٢٤٧٠، ٢٤٧١، ٢٤٧٢. وأبو داود في كتاب
 الزكاة حديث رقم ١٣٥٩، ١٣٦٠، وكتاب المناسك حديث رقم ١٥٩٥. وابن ماجه في
 كتاب الزكاة حديث رقم ١٨٠٢، ١٨١٢. وأحمد في المسند حديث رقم ٦٩٩٤، ٧٠٩٠،
 ٧١٤٣، ٧٤٣٠، ٨٩١٣، ٨٩٤٦، ٩٠٧٧، ٩٢٠٩، ٩٦٧٤، ٩٦٩٥، ٩٧٩٦. والدارمي في
 كتاب الزكاة حديث رقم ١٥٧٦، وكتاب الصوم حديث رقم ١٦٣٢.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٤٦/٥: هكذا هذا الحديث في الموطأ عند جماعة الرواة، ورواه
 حبيب كاتب مالك، عن مالك، عن عبدالله بن دينار، عن ابن عمر، فأخطأ، وكان كثير الخطأ،
 وقد نسب إلى الكذب لكثرة غرائبه وخطئه عن مالك؛ وهذا الحديث أيضاً أخطأ فيه يحيى بن
 يحيى، كخطئه في الحديث الذي قبله سواء؛ وأدخل بين سليمان وعراك بن مالك وأوا، فجعل
 الحديث لعبدالله بن دينار، وعراك، وهو خطأ غير مشكل؛ وهذان الموضعان مما عد عليه من-

مَالِكٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي عَبْدِهِ وَلَا فِي فَرَسِهِ صَدَقَةٌ».

الشرح: قوله ﷺ: «ليس في عبده ولا في فرسه صدقة»، يقتضى نفى كل صدقة في هذا الجنس إلا ما دل الدليل عليه، ولا خلاف أنه ليس في رقاب العبيد صدقة. وذهب مالك والشافعي إلى أنه لا صدقة في رقاب الخيل. وقال أبو حنيفة: تزكى أنثا الخيل إذا انفردت، ولا تزكى ذكورها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، ومن قال بقوله هذا الحديث، وهو قوله: «ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة»، وهذا نفى، والنفى على الإطلاق يقتضى الاستغراق.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان لا تجب في ذكوره الزكاة، إذا انفردت، فلا تجب فيها مع الأنثا كالبغال والحمير عكسه الإبل والبقر.

٦٧٨ - مَالِكٍ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ أَهْلَ الشَّامِ قَالُوا لِأَبِي عُبَيْدَةَ بْنِ الْجَرَّاحِ: خُذْ مِنْ خَيْلِنَا وَرَقِيقِنَا صَدَقَةً، فَأَبَى ثُمَّ كَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَأَبَى عُمَرُ ثُمَّ كَلَّمُوهُ أَيْضًا، فَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ: إِنْ أَحْبَبُوا فَخُذْهَا مِنْهُمْ وَارْزُقْ عَلَيْهِمْ وَارْزُقْ رَقِيقَهُمْ.

قَالَ مَالِكٌ: مَعْنَى قَوْلِهِ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَارْزُقْهَا عَلَيْهِمْ يَقُولُ: عَلَى فَقَرَائِهِمْ.

الشرح: قوله: «فأبى عليهم»، أى أبو عبيدة بن الجراح، دليل على أنه مدة صحبته للنبي ﷺ لم يره أخذ من الخيل، ولا من الرقيق شيئاً، ولذلك امتنع أن يأخذ من هذين الصنفين ولم يمتنع أن يأخذ من سائر المواشى، ولو كان النبي ﷺ يأخذ من الخيل شيئاً لما خفى ذلك على أبي عبيدة ومثله، ممن كان بلازم النبي ﷺ كما لا يخفى عليه أخذه من سائر الماشية.

=غلطه في الموطأ، والحديث محفوظ في الموطآت كلها وغيرها: لسليمان بن يسار، عن عراك بن مالك، وهما تابعان نظيران، وعراك أسن من سليمان، وسليمان عندهم أفتقه؛ وكلاهما ثقة جليل عالم، وعبدالله بن دينار تابع أيضاً ثقة. وتوفى عراك بن مالك الغفارى بالمدينة، سنة اثنتين ومائة، وتوفى سليمان بن يسار سنة سبع ومائة.

٦٧٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٧٣. عبد الرزاق في المصنف ٣٥/٤.

٢٧٤ كتاب الزكاة

ثم كتب أبو عبيدة في ذلك إلى عمر بن الخطاب، فوافق قوله قول عمر بن الخطاب، هذا وعمر ممن كان يخرج النبي ﷺ في أخذ الصدقات، ولم يعلم أن النبي ﷺ أخذ من الخيل شيئاً، ولو كان فيها شيء لأمره النبي ﷺ بأخذه كما أمره بالأخذ من سائر المواشي.

فصل: وقوله: «ثم كلموه أيضاً»، يريد أن أهل الشام ألخوا في ذلك على أبي عبيدة ابن الجراح، وكلموه بعد أن أبي عليهم، وبعد أن أبي عمر بن الخطاب، فكتب إلى عمر بمعاودتهم القول، فكتب عمر إليه: «خذ منهم إن أحبوا»، يريد أن هذا تطوع منهم، ومن تطوع بشيء أخذ منه، سواء كان مما تجب فيه الصدقة أو من غيره.

وقوله: «واردها عليهم»، يريد على فقرائهم.

وقوله: «وارزق رقيقهم»، يحتمل أن يريد أن يجري لرقيقهم رزقاً لكونهم في ثغر من ثغور المسلمين، يستعان بهم في الحرب، وليس لهم سهم فيرتفقون بأرزق، ويحتمل أن يريد بذلك أن هذا مكافآت لهم على تطوعهم بالصدقة من رقيقهم.

٦٧٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ كِتَابٌ مِنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ إِلَى أَبِي، وَهُوَ بِعَمْنَى، أَنْ لَا تَأْخُذَ مِنَ الْعَسَلِ وَلَا مِنَ الْخَيْلِ صَدَقَةً.

الشرح: قوله: «أن لا تأخذ من العسل صدقة»، يقتضى أن لا زكاة فيه من وجهين، أحدهما: أنه نفى أن يؤخذ منه صدقة، وهذا اسم يتناول الزكاة، فاقترضى ذلك منع أخذ الزكاة منه، والوجه الثانى: أنه نهاه أن يأخذ من العسل صدقة، وليس فى العسل صدقة يمكن أن يشار إليها بأن للإمام أخذها غير الزكاة، فإذا منع من أخذ الصدقة منها كان ذلك مقصوراً على الزكاة، وهذا قول مالك والشافعى أنه لا زكاة فى العسل. وقال أبو حنيفة: فيه الزكاة.

والدليل على ما نقوله أن هذا طعام يخرج من حيوان، فلم تجب فيه الزكاة كاللبن.

٦٨٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ، عَنْ

٦٧٩ - انفرد به مالك.

٦٨٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٧٤. البيهقى فى معالفة السنن والأثار ٦/٦٠٦٠٨١.

صَدَقَةَ الْبَرَّادِينَ^(١) فَقَالَ: وَهَلْ فِي الْخَيْلِ مِنْ صَدَقَةٍ.

الشرح: جواب سعيد لمن سأله عن صدقة البراذين، يقتضى أن اسم الخيل واقع عليها وعلى غيرها من العراب فأنكر عليه سؤاله عن صدقة البراذين، بما يقتضى منع الصدقة فى جميع أجناس الخيل؛ لأن هذا السؤال إنما هو على معنى الإنكار لما سأل عنه.

* * *

جزية أهل الكتاب

٦٨١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ قَالَ: بَلَّغْنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَخَذَ الْجِزْيَةَ مِنْ مَجُوسِ الْبَحْرَيْنِ، وَأَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَخَذَهَا مِنْ مَجُوسِ فَارِسَ، وَأَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أَخَذَهَا مِنَ الْبَرْبَرِ.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ أخذ الجزية من مجوس البحرين»، على ما روى أن رسول الله ﷺ بعث أبا عبيدة بن الجراح إلى البحرين يأتى بجزيتها، وأهل الكفر على ضربين، أهل كتاب وهم اليهود والنصارى، وغير أهل كتاب وهم المجوس وعبدة الأوثان وكل من ليس له كتاب، فلا خلاف فى جواز إقرارهم على الجزية، عربياً كانوا أو عجماً.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

مسألة: فأما المجوس، فإنه يسن بهم سنة أهل الكتاب فى أخذ الجزية منهم، وليسوا

(١) البرذون: نوع من الخيل والبغال غير العربية.

٦٨١ - أخرجه البخارى ٢٠٧/٤ كتاب الجزية، باب الجزية والمواذعة مع أهل الحرب عن عبدالرحمن ابن عوف. والترمذى فى كتاب السير حديث رقم ١٥١٤. عبد الرزاق فى المصنف ٩٦/٦. ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٧٦.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٥٧/٥: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جميع رواه. وكذلك رواه معمر، عن ابن شهاب؛ ورواه عبدالرحمن بن مهدى، عن مالك، عن ابن شهاب، عن السائب بن يزيد، والسائب بن يزيد ولد على عهد رسول الله ﷺ وحفظ عنه، وحجج معه، وتوفى النبى ﷺ وهو ابن تسع سنين وأشهر. ورواه ابن وهب، عن يونس بن يزيد، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب.

٢٧٦ كتاب الزكاة
عنده بأهل كتاب، وبه قال أبو حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي، وله قول آخر أنهم أهل كتاب. قال المروزي، من أصحابه: وفائدة القولين أننا إذا قلنا أنهم ليسوا بأهل كتاب لم نحل مناكحتهم ولا ذبائحتهم، وإذا قلنا أنهم أهل كتاب حلت مناكحتهم وأكل ذبائحتهم، وأنكر ذلك أكثر أصحاب الشافعي، وقالوا: إن مذهب الشافعي أن لا يجوز مناكحتهم ولا ذبائحتهم بوجه.

والدليل على ما نقوله بأنهم ليسوا أهل كتاب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا أَنْزَلَ الْكِتَابَ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا وَإِنْ كُنَّا عَنْ دِرَاسَتِهِمْ لَغَافِلِينَ﴾ [الأنعام: ١٥٦].

ودليلنا من جهة السنة الحديث الذي يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى، قول النبي ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب». ودليلنا من جهة القياس أن المحسوس فرقة لا تجوز مناكحتهم، ولا أكل ذبائحتهم، فلم يكن أهل الكتاب كعبدة الأوثان.

مسألة: وأما عبدة الأوثان وغيرهم ممن ليس بأهل كتاب، فإنهم يقرون على الجزية، هذا ظاهر مذهب مالك. وقال عنه القاضي أبو الحسن: يقرون على الجزية إلا قريش. وقال الشافعي: لا يقرون على الجزية بوجه. وقال أبو حنيفة: لا يقر منهم على الجزية إلا العجم دون العرب، وبه قال ابن وهب من أصحابنا.

والدليل على ما نقوله ما روى ابن بريرة، قال: كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على سرية أو جيش وصله، وقال له: «إذا أنت لقيت عدواً من المشركين، فادعهم إلى ثلاث، فأيتهن ما أجابوك إليها أقبل منهم، وكف عنهم: ادعهم إلى الإسلام، فإن أجابوك، فاقبل منهم وكف عنهم، ثم ادعهم إلى أن يتحولوا من دارهم إلى دار المهاجرين، وأخبرهم إن فعلوا ذلك، فلهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين، فإن هم أبوا أن يتحولوا إلى دار المهاجرين، فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب الإسلام يجرى عليهم حكم الله كما يجرى على المؤمنين، ولا يكون لهم في الفياء ولا في الغنيمة شيء إلا أن يجاهدوا مع المسلمين، فإن هم أبوا، فاسألهم إعطاء الجزية، فإن فعلوا، فاقبل منهم وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم»^(*).

ودليلنا من جهة القياس أن هؤلاء أهل دين يجوز استبقاؤهم بالاسترقاق، فجاز استبقاؤهم بالجزية كأهل الكتاب.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧٣١. الترمذي حديث رقم ١٦١٧. أبو داود حديث رقم ٢٦١٢. ابن ماجه حديث رقم ٢٨٥٨. أحمد في المسند حديث رقم ٢٢٥٢١. الدارمي حديث رقم ٢٤٤٢.

٦٨٢ - مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ذَكَرَ الْمَجُوسَ فَقَالَ: مَا أَدْرَى كَيْفَ أَصْنَعُ فِي أَمْرِهِمْ؟ فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ: أَشْهَدُ لَسَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ».

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس، فقال: لا أدري كيف اصنع في أمرهم؟»، يريد من إقرارهم على دينهم، وأخذ الجزية منهم أو دعائهم إلى الإسلام، فإن أبوه، قوتلوا عليه، ولا تقبل منهم جزية، وهذا من فقه عمر وورعه وتوقيه، فإنه كان إذا أراد الحكم شاوور فيه أهل العلم ليقوى في نفسه ما ظهر إليه بنص ينقل إليه أو موافقة منهم لرأيه.

وقول عبدالرحمن بن عوف: «أشهد لقد سمعت رسول الله ﷺ يقول: سنوا بهم سنة أهل الكتاب»^(١)، فتوى له بما عندهم من العلم في ذلك، وأسنده إلى النبي ﷺ لتسكن إليه نفس المستفتي، ولا يقال باجتهاد ولا رأي، ولو أخبر بذلك عن رأيه لكان لعمر وغيره أن يقابله برأيه أو يعارضه باجتهاده. وفي هذا دليل أنهم ليسوا من أهل الكتاب.

ووجه الدليل أنه أضاف الكتاب إلى غيرهم وأمر أن يسن بهم سنة أهل الكتاب، فلو كانوا أهل كتاب لقال هم من أهل الكتاب، ولم يقل: سنوا بهم سنة أهل الكتاب.

٦٨٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ أَسْلَمَ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ

٦٨٢ - أخرجه البخارى فى كتاب الجزية والموادعة حديث رقم ٢٩٢٣. والترمذى فى كتاب السير حديث رقم ١٥١٢. وأبو داود فى كتاب الخراج والإمارة والفتىء حديث رقم ٢٦٤٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٥٦٩. والبيهقى فى السنن الكبرى ١٨٩/٩ عن عبد الرحمن بن عوف. وابن أبى شيبه ٢٢٤/٣ عن عبد الرحمن بن عوف. وعبد الرزاق فى المصنف برقم ١٠٠٢٥، ٦٩/٦ عن عبدالرحمن بن عوف. وذكره فى الكنز برقم ١١٤٩٠، وعزاه السيوطى إلى ابن أبى شيبه عن عبدالرحمن بن عوف.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٥٨/٥: هذا حديث منقطع لأن محمد بن على لم يلق عمر ولا عبدالرحمن بن عوف، رواه أبو على الحنفى عن مالك، فقال فيه: وعن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده، وهو مع هذا أيضًا منقطع، لأن على بن حسين لم يلق عمر ولا عبدالرحمن بن عوف. (١) قال ابن عبد البر: هذا من الكلام الذى خرج مخرج العموم، والمراد منه الخصوص لأن المراد فى الجزية لا فى غيرها من الأنكحة والذبائح.

٦٨٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٧٨. عبد الرزاق فى المصنف ٨٧/٦، ٣٢٩/١٠.

٢٧٨ كتاب الزكاة

الخطابِ ضَرَبَ الْجَزِيَةَ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَرْبَعَةَ دَنَانِيرَ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا، مَعَ ذَلِكَ أَرْزَاقُ الْمُسْلِمِينَ وَضِيَّافَةُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

الشرح: وقوله: «ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهماً»، يقتضى أنه قدرها بهذا المقدار، وذلك لما رآه من الاجتهاد والنظر للمسلمين، واحتمال أحوال أهل الجزية.

وقد اختلف الناس فى مقدار الجزية، فالذى ذهب إليه مالك أن قدرها على أهل الذهب أربعة دنانير، وعلى أهل الورق أربعون درهماً لا يزيد على ذلك، فمن كان منهم من يضعف خفف عنه بقدر ما يراه الإمام، هذا هو المذهب.

وقال ابن القاسم: لا ينقص من فرض عمر لعسر ولا يزداد عليه لغنى. وقال القاضى أبو الحسن: لا حد لأقلها، قال: وقيل: أقلها دينار وعشرة دراهم. وقال الشافعى: أقلها دينار، ولا يتقرر أكثرها؛ لأنه إذا بذل الغنى ديناراً، لم يجز قتالهم، وهذا تصريح بأن أكثر الجزية دينار.

وقال أبو حنيفة: الجزية على ثلاثة أقسام، أقلها: على الفقراء والمتعلمين، اثنا عشر درهماً ودينار. والثانى: على أوسط الناس، أربعة وعشرون درهماً وديناران. والثالث: على أغنيائهم ثمانية وأربعون درهماً وأربعة دنانير.

والدليل على ما نقوله أن هذا فعل عمر بن الخطاب، وحكمه بحضرة المهاجرين والأنصار وفضائله تسمع وتشهر، ولم يخالفه فى ذلك أحد ولا أنكر فعله، فثبت أنه إجماع.

فصل: وقوله: «مع أرزاق المسلمين»، يريد أقوات من عندهم من أجناد المسلمين على قدر ما جرت عادة أهل تلك الجهة من الاقتيات.

وقد روى ذلك مفسراً، روى أسلم أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد يأمرهم أن لا يضربوا الجزية إلا على من جرت عليه المواسى، وجزيتهم أربعون درهماً على أهل الورق منهم، وعلى أهل الذهب أربعة دنانير.

وعليهم من أرزاق المسلمين من الخنطة والزيت مدين من الخنطة، وثلاثة أقساط زيت كل شهر لكل إنسان والكسوة التى يكسوها أمير المؤمنين الناس ضريبة، ويضيفون من نزل بهم من المسلمين ثلاث ليال وعلى أهل العراق خمسة عشر صاعاً

لكل إنسان فى كل شهر وودك لا أدرى كم هو ولا تضرب الجزية على النساء والصبيان ويختم فى أعناق رجال أهل الذمة.

فصل: وقوله: «وضيافة ثلاثة أيام»، يريد ضيافة المار المسافر من المسلمين يكون ذلك على أهل الذمة أقصى أمد ضيافته ثلاثة أيام؛ لأنها فرق بين السفر والإقامة، ولذلك من عزم على مقام يوم زائد عليها أمر بإتمام الصلاة؛ لأن الغالب أن المسافر لا يتلوم لطالب رقة أو تعذر حاجة أكثر من ثلاثة أيام، فإن أراد مقام أكثر من ذلك، فهو مقيم لا يلزم أهل الذمة ذلك، والذي يلزمهم من ضيافة المسلمين فى مدة الضيافة ما سهل عليهم وجرت العادة به.

وقد روى أسلم أن أهل الشام اشتكوا إلى عمر بن الخطاب حين قدم عليهم الجالية أنه إذا نزل بهم أحد من المسلمين كلفهم ذبح الغنم والدجاج، فقال عمر بن الخطاب: اطعموهم مما تأكلون لا تزيدوهم عليه.

وروى ابن المواز عن مالك أنه قال: ويوضع من أهل الجزية ضيافة ثلاثة أيام؛ لأنه لم يوف لهم، وهذا يدل على أنها لازمة مع الوفاء بما عاهدوا عليه.

٦٨٤ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: إِنَّ فِي الظَّهِرِ (١) نَاقَةَ عَمِيَاءَ، فَقَالَ عُمَرُ: اذْفَعُهَا إِلَى أَهْلِ بَيْتِ يَتَتَفَعُونَ بِهَا، قَالَ: فَقُلْتُ: وَهِيَ عَمِيَاءُ، فَقَالَ عُمَرُ: يَقَطُرُونَهَا بِالْإِبِلِ، قَالَ: فَقُلْتُ: كَيْفَ تَأْكُلُ مِنَ الْأَرْضِ، قَالَ: فَقَالَ عُمَرُ: أَمِنْ نَعَمِ الْجَزْيَةِ هِيَ أَمْ مِنْ نَعَمِ الصَّدَقَةِ، فَقُلْتُ: بَلْ مِنْ نَعَمِ الْجَزْيَةِ، فَقَالَ عُمَرُ: أَرَدْتُمْ وَاللَّهِ أَكَلَهَا، فَقُلْتُ: إِنَّ عَلَيْهَا وَسْمٌ (٢) الْجَزْيَةِ، فَأَمَرَ بِهَا عُمَرُ فَنَحَرَتْ وَكَانَ عِنْدَهُ صِخَافٌ تِسْعٌ، فَلَا تَكُونُ فَأَكِيهَةً وَلَا طَرِيفَةً إِلَّا جَعَلَ مِنْهَا فِي تِلْكَ الصِّخَافِ فَبَعَثَ بِهَا إِلَى أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ وَيَكُونُ الَّذِي يَبْعَثُ بِهِ إِلَى حَفْصَةَ ابْنَتِهِ مِنْ آخِرِ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقْصَانٌ كَانَ فِي حِطِّ حَفْصَةَ. قَالَ: فَجَعَلَ فِي تِلْكَ الصِّخَافِ مِنْ لَحْمِ تِلْكَ الْجَزُورِ فَبَعَثَ بِهِ إِلَى أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ وَأَمَرَ بِمَا بَقِيَ مِنْ لَحْمِ تِلْكَ الْجَزُورِ فَصُنِعَ فَدَعَا عَلَيْهِ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارَ.

٦٨٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٧٩.

(١) الظهر: ما يركب عليه من الدواب.

(٢) الوسْم: وضع العلامة بالكى.

الشرح: قوله: «في الظهر ناقة عمياء»، على معنى إطلاع الإمام على ما غاب عنه من النعم ليرى فيها رأيه، فأمره أن يدفعها إلى أهل بيت من المسلمين ينتفعون بها في الحمل عليها، فراجعه أسلم بعدم الانتفاع بظهرها لكونها عمياء، وأن أمرها مما يوؤل إلى نحرهم إياها، فقال عمر: «تقطر بالإبل، فتمشى مع جملتها، وتهتدى بها»، فقال أسلم: «فكيف تأكل من الأرض؟»، يريد أنها لا تبقى إذا لم تقدر على الأكل؛ لأنها لا تبصر مراعى الإبل ولا تعلم به.

وهذا يدل على أن العمى أمر حدث بها حينئذ، فلما رأى عمر مراجعة أسلم له بأنها لا يمكن اقتناؤها ولا منفعة فيها إلا للأكل، سأل: «أمن نعم الصدقة هي؟» ليعلم اختصاصها بالمساكين، «أو من نعم الجزية؟»، فيعلم أن أكلها جائز للأغنياء والفقراء، فلما قال: «هي من نعم الجزية»، علم أن مراجعته إياه بأن لا منفعة فيها كان يدعوهم لأكل أمثالها من نعم الجزية، فاعتقد في أسلم رغبة في ذلك، فقال: «أردتم والله أكلها»، فاستظهر أسلم بوسم الجزية عليها، وذلك مقتضى مخالفة وسم الجزية لوسم الصدقة احتياطاً من عمر ليصرف كل مال في وجهه.

فصل: وقوله: «وأمر عمر بها فنحرت وكان عنده صحاف تسع فلا يكون عنده فاكهة ولا طريفة إلا جعل منها في تلك الصحاف»، يقتضى أنه قد كانت تكون عنده الطرائف والفواكه، ويحتمل أن يكون ذلك من أموال الجزية والأحباس وخراج الأرضين وسائر الوجوه المباحة للأغنياء، فكأنه أعد هذه الصحاف على عدة أزواج النبي ﷺ ليتعاهدن بالفواكه والطرائف ومراقبة للنبي ﷺ وحفظاً له في أهله بعده.

وكان عمر، رضى الله عنه، لاختصاص حفصة به يجعل لها من آخر من يجعل لها منهن، وإن نقص بعض السهام عن المساواة جعل النقص في حظها طلب مرضات غيرها، وعلماً بأنها سترضى ذلك من فعله ولا تأسف من إشاره عليها إذ كان أباهما ويجوز له التبسط عليها وتيقن محبته فيها.

فصل: وقوله: «وأمر بما بقى من لحم تلك الجزور فصنع فدعا عليه المهاجرين والأنصار»، يريد أنه دعاهم إلى أكله استتلاً لهم وإيناساً وتواسياً في مال الله تعالى وهي سنة للإمام أن يجمع وجوه أصحابه للأكل عنده، وقد كان جعل لعثمان بن يسار بالكوفة في كل يوم نصف شاة لهذا المعنى وجعل لصاحبيه ربع شاة ربع شاة.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى أَنْ تُؤْخَذَ النَّعْمُ مِنْ أَهْلِ الْحِزْبِ إِلَّا فِي حِزْبِهِمْ.

الشرح: وهذا كما قال، ومعناه أن النعم لا تؤخذ منهم صدقة كما تؤخذ من المسلمين لأنهم لا زكاة عليهم في أموالهم، وإنما تؤخذ منهم النعم في جزيتهم بقيمتها، وقد فسر ذلك ابن وهب في جامعه فقال: وأخبرني مالك، عن زيد بن أسلم، عن أبيه أن عمر بن الخطاب كان يؤتى بنعم كثيرة من نعم الإبل فيأخذها في الجزية، قال: وذلك بالقيمة تكون جزيته عشرة دنانير، فتؤخذ بنت مخاض بكذا وكذا، وابنة لبون بكذا وكذا، فيكون ذلك بالقيمة.

وذلك أن الجزية إنما تؤخذ منهم على وجه العوض لإقامتهم في بلاد المسلمين، والذب عنهم والحماية لهم، والعين يتعذر عليهم أو على أكثرهم، فكان يؤخذ منهم على وجه الفرق بهم والتيسير عليهم وكذلك سائر العروض والثياب.

٦٨٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عُمَالِهِ أَنْ يَضَعُوا الْجِزِيَةَ عَمَّنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الْجِزِيَةِ حِينَ يُسْلِمُونَ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن عبدالعزيز كتب إلى عماله أن يضعوا الجزية عن من أسلم من أهل الجزية حين يسلمون»، يحتمل أن يريد به وضعها عنهم في المستقبل، ويحتمل أن يريد به وضع ما بقي عليهم منها، فلا يطلبون به، وهذا هو الأولى والأظهر؛ لأنه إذا احتمل اللفظ المعنيين حمل عليهما إذ لا تنافي بينهما.

ووجه آخر أنه لا يخفى على عامل عمر ولا غيره من الجهال أن من أسلم لم يثبت عليه جزية مستقبلية، فحمل الكلام على ذلك يبطل فائدته، وحمله على إبطال ما بقي عليه من الجزية يقتضى فائدته، ومثل هذا مما يمكن أن يحتاج عمر إلى أن يكتب به، ويحمل الناس على رأيه فيه. وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يسقط عنه ما بقي من الجزية، ويؤديها في حال إسلامه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلدِّينِ كُفْرًا إِنْ يَتَّبِعُوا يَغْفِرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]. ودليلنا من جهة القياس أن هذه عقوبة تختص بالرجال وتجب بالكفر، فوجب أن تسقط بالإسلام، وكذلك القتل.

مسألة: إذا ثبتت الجزية على الذمي سقطت بموته، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا تسقط بموته. ودليلنا أن هذه عقوبة، فوجب أن تسقط بالموت كالحُدود.

قَالَ مَالِكٌ: مَضَتْ السُّنَّةُ أَنْ لَا جِزْيَةَ عَلَى نِسَاءِ أَهْلِ الْكِبَابِ، وَلَا عَلَى صِبْيَانِهِمْ، وَأَنَّ الْجِزْيَةَ لَا تُؤْخَذُ إِلَّا مِنَ الرِّجَالِ الَّذِينَ قَدْ بَلَغُوا الْحُلْمَ.

الشرح: وهذا كما قال أن الجزية لا تؤخذ من النساء جملة.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون﴾، إلى قوله: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩]، فوجه ذلك على ذلك أن الجزية إنما توجه أخذها على من وجبت مقاتلته، والنساء لا يقتلن إذا ظهر عليهن بالمحاربة، وإنما تجب الجزية على الرجال لرفع السيف عنهم.

مسألة: وكذلك الصبيان لا تؤخذ منهم الجزية؛ لأن كل من لا يقتل إذا ظهر عليه بالمحاربة، فإنه لا جزية عليه كالنساء.

مسألة: ولا جزية على العبيد؛ لأنهم نوع من المال كالخيل والإبل، فإن أعتق العبد النصراني، فلا يخلو أن يكون معتقه مسلماً أو ذمياً، فإن كان مسلماً فلا جزية عليه، وإن أعتقه ذمياً، فقد توقف مالك في وجوب الجزية عليه.

وقال أشهب: لا جزية عليه، ووجهه أنه قد كان له المقام ببلاد المسلمين على التأيد، فلم تلزمه جزية بالعتق كما لو أعتقه مسلم.

مسألة: ولا جزية على الرهبان، وبه قال أبو حنيفة. وهو أحد قولي الشافعي، وللشافعي قول آخر أن عليهم الجزية، وهذا مبنى على أصلين، أحدهما: أن لا جزية على الفقير والراهب إنما ترك له من المال اليسير، فهو من جملة الفداء، والثاني: أن الراهب لا يقتل، وهو محقون الدم من غير عقد كالمرأة.

مسألة: ومتى تؤخذ الجزية من أهل الذمة؟ قال أبو حنيفة: تؤخذ في أول الحول حين تعقد لهم الذمة، ثم بعد ذلك عند أول كل حول، وقال الشافعي: تؤخذ آخر الحول، ولم أر لأصحابنا في ذلك نصاً، والذي يظهر من مقاصدهم أنها تؤخذ في آخر الحول، وهو الصحيح إن شاء الله ذلك.

والدليل على ذلك أنه حق يتعلق وجوبه بالحول، فوجب أن يؤخذ في آخر الحول كالزكاة.

مسألة: إذا اجتمعت على الذمى جزية سنتين أو أكثر لم تتداخل في قول الشافعي، وتتداخل في قول أبي حنيفة، وتجب عليه جزية سنة واحدة، والظاهر من مذهب مالك

أنه إن كان فر منها أخذ منه للسنين الماضية، وإن كان ذلك لعشر لم تتداخل، ولم يبق في ذمته ما يعجز عنه من السنين، ورأيت هذا للقاضي أبي الحسن، وهذا القول مبنى على أن الفقير لا جزية عليه، ولا تبقى في ذمته، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: **وَأَيْسَ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ وَلَا عَلَى الْمَجُوسِ فِي نَجِيلِهِمْ وَلَا كُرُوبِهِمْ وَلَا زُرُوعِهِمْ وَلَا مَوَاشِيهِمْ صَدَقَةٌ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ إِنَّمَا وَضِعَتْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ تَطْهِيراً لَهُمْ وَرَدًّا عَلَى فَقْرَائِهِمْ، وَوَضِعَتْ الْجِزْيَةُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ صَغَارًا لَهُمْ، فَهُمْ مَا كَانُوا يَبْلُدُهُمُ الَّذِينَ صَالَحُوا عَلَيْهِ لَيْسَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ سِوَى الْجِزْيَةِ فِي شَيْءٍ مِنْ أَمْوَالِهِمْ إِلَّا أَنْ يَتَجَرُّوا فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ، وَيَخْتَلِفُوا فِيهَا فَيُؤْخَذُ مِنْهُمْ الْعُشْرُ فِيمَا يُدِيرُونَ مِنَ التَّجَارَاتِ، وَذَلِكَ أَنَّهُمْ إِنَّمَا وَضِعَتْ عَلَيْهِمُ الْجِزْيَةُ، وَصَالَحُوا عَلَيْهَا عَلَى أَنْ يُقَرُّوا بِبِلَادِهِمْ وَيُقَاتَلُ عَنْهُمْ عَدُوَّهُمْ، فَمَنْ خَرَجَ مِنْهُمْ مِنْ بِلَادِهِ إِلَى غَيْرِهَا يَتَجَرُّ إِلَىهَا، فَعَلَيْهِ الْعُشْرُ مَنْ تَجَرَ مِنْهُمْ مِنْ أَهْلِ بَصْرَ إِلَى الشَّامِ وَمِنْ أَهْلِ الشَّامِ إِلَى الْعِرَاقِ وَمِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ إِلَى الْمَدِينَةِ أَوْ الْيَمَنِ أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا مِنَ الْبِلَادِ فَعَلَيْهِ الْعُشْرُ.**

الشرح: وهذا كما قال أنه لا صدقة على أهل الذمة مجوساً كانوا أو غيرهم في شيء من الأموال التي تؤخذ منها الصدقة، وهي العين والحرت والماشية.

والدليل على ذلك ما احتج به مالك، رحمه الله، من أن الزكاة طهرة للمسلمين، وأهل الكفر ليسوا ممن يطهر وأيضاً، فإن الزكاة تؤخذ من أغنياء المسلمين، فترد على فقرائهم، وهذا سنة الزكاة، ولو أخذت من أغنياء أهل الذمة لم ترد على فقرائهم؛ لأنهم ليسوا بمحل للزكاة، وليست الجزية كذلك، فإنها إنما تؤخذ من أهل الكفر على وجه الصغار، لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾، فليس فيها تطهير من أخذت منه، وإنما هي إذلال وصغار له؛ ولأنه ليس من شرطها أن ترد على فقراء من أخذت منه، بل من شرطها أن تدفع إلى من أصغر من أخذت منه.

فلما فارقت الزكاة هذه الأوصاف كلها فارقتها في محل وجوبها، وكانت الجزية على أهل الذمة، فليس عليهم شيء غيرها؛ لأنهم بها أحرزوا أموالهم ودمائهم وأهليهم ما كانوا في بلد عقد ذمتهم وموضع استيطانهم.

مسألة: ولا يمنعون من التقلب في التجارات والتعرض للمكاسب بالعمل والتجارة والسائمة وغير ذلك من أنواع المكاسب؛ لأنه لم تعقد لهم الذمة إلا على التصرف

٢٨٤ كتاب الزكاة

والتكسب ولا عشر عليهم ولا غيره ما كانوا في البلدان التي أقروا على المقام فيها، وما كان في حكمه من البلاد؛ لأنهم لم يعاهدوا إلا على أخذ الجزية فقط، فلا يزداد عليها.

مسألة: والمراعاة في ذلك بالآفاق، فمن كان من أهل الشام، فتصرف في مدن الشام، فلا شيء عليه، وإن تصرف إلى غيرها من الآفاق كالحجاز ومصر والعراق، فعليه العشر إذا خرج عنها بيده من المال ببيع أو شراء أو صرف دراهم بذهب، أو ذهب بدراهم، فعليه عشر ذلك.

والأصل في ذلك فعل عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، بحضرة الصحابة وموافقتهم ولم يخالف عليه أحد فثبت أنه إجماع؛ ولأن عقد الذمة إنما يوجب لهم التصرف والتكسب في بلاد إقامتهم، ولم يجب لهم تنمية أموالهم في سائر آفاق المسلمين؛ لأنه ليس لهم فيها حق ثابت، وإنما يجب لهم فيها بعد الذمة تصرف مخصوص، فإذا نموا أموالهم بغير بلد ذمتهم أخذ منهم العشر كما يؤخذ ممن ورد علينا بأمان.

مسألة: فإن لم يغيروا ما بأيديهم ببيع ولا شراء، فقد قال ابن القاسم: لا شيء عليهم. وقال ابن حبيب: يؤخذ منهم عشر ما وصلوا به، وإن لم يبيعوا ولم يشتروا.

وجه قول ابن القاسم أنهم إذا لم يبيعوا ولم يشتروا لم يحصل لهم أكثر من الأمان، وذلك ثابت لهم بعقد الذمة، فلا شيء عليهم. ووجه قول ابن حبيب أن التصرف قد حصل لهم في بلاد المسلمين وغير آفاقهم بالسفر وطلب النماء، وذلك يوجب عليهم أخذ عشر ما وصلوا به كما لو باعوا فحسروا، وإنما يثبت لهم بعقد الذمة الأمان في آفاقهم، فأما طلب الربح والتصرف في غيرها، فلا إلا بأداء العشر.

مسألة: فإن أكرى شيئاً من إبله إلى المدينة وراجعاً إلى الشام، فقال ابن القاسم: يؤخذ منه عشر ما أكرى به من المدينة إلى الشام، ولا يؤخذ منه شيء مما أكرى به من الشام إلى المدينة، وقال أشهب وابن نافع: لا يؤخذ منه شيء من ذلك.

وجه قول ابن القاسم أن هذا وجه من التنمية على وجه المعاوضة حصلت له بغير أفقه، فكان عليه عشره كالمعاوضة بالبيع. ووجه قول أشهب أن العقد إنما وقع بالشام، وإنما دخل المدينة لإيفاء حقه واستيفائه. ووجه آخر وهو أن هذا غلة، فلم يجب عليهم عشرها كما لو أكرى نفسه في الخدمة.

فرع: اختلف المغاربة من أصحابنا فيما يؤخذ من أهل الذمة إذا باعوا واشتروا بغير

كتاب الزكاة ٢٨٥
بلادهم، فقال بعضهم: إن كان ما صار إليهم ينقسم أخذ منهم عشره، وإن كان لا
ينقسم أخذ منهم ثمن عشره، وقال بعضهم: يؤخذ منه القيمة على كل حال، وإن
كان مما ينقسم أو مما يكال أو يوزن.

وجه القول الأول أن العشر إذا انقسم أخذ من العين كعشر الزرع. ووجه القول
الثاني أن الأسواق تحول وتختلف، فيجب أن يأخذ ما لا تحيله الأسواق؛ ولأنه عشر
فوجب أن تؤخذ فيه القيمة، أصل ذلك ما لا ينقسم.

وَلَا صَدَقَةَ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمَجُوسِ فِي شَيْءٍ مِنْ مَوَاشِيهِمْ وَلَا ثِمَارِهِمْ
وَلَا زُرُوعِهِمْ مَضَتْ بِذَلِكَ السُّنَّةُ، وَيَقْرُونَ عَلَى دِينِهِمْ، وَيَكُونُونَ عَلَى مَا كَانُوا
عَلَيْهِ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي الْعَامِ الْوَاحِدِ مِرَارًا فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ فَعَلَيْهِمْ كُلَّمَا اخْتَلَفُوا
الْعُشْرُ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِمَّا صَالَحُوا عَلَيْهِ، وَلَا مِمَّا شَرِطَ لَهُمْ، وَهَذَا الَّذِي أَدْرَكْتُ
عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا.

الشرح: وهذا كما قال أن أهل الذمة يقرون على دينهم، ويكونون من دينهم على
ما كانوا عليه لا يمنعون من شيء منه في باطن أمرهم، وإنما يمنعون من إظهاره في
المحافل والأسواق.

فصل: وقوله: «اختلفوا في عام واحد مرارًا إلى بلاد المسلمين فعليهم كلما اختلفوا
العشر»، يريد أن عليهم في كل سفرة سافروها فباعوا واشتروا، على مذهب ابن
القاسم، أو وصلوا بمال، على مذهب ابن حبيب، أن يؤخذ منهم عشر ذلك.
وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يؤخذ منهم في العام إلا مرة واحدة.

والدليل على ما نقوله أن الغرض قد حصل في السفرة الثانية كما حصل في الأولى،
فإذا وجب عليهم في الأولى، فكذلك في الثانية.

* * *

عشر أهل الذمة

٦٨٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنِ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ

٢٨٦ كتاب الزكاة
الْخَطَابِ كَانَ يَأْخُذُ مِنَ النَّبْطِ^(١) مِنَ الْخِنْطَةِ وَالزَّيْتِ نِصْفَ الْعُشْرِ، يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنَّ
يَكْثُرَ الْحَمْلُ إِلَى الْمَدِينَةِ، وَيَأْخُذُ مِنَ الْقِطْنِيَّةِ الْعُشْرَ.

الشرح: قوله: «كان يأخذ من النبط»، وهم كفار أهل الشام، عقد لهم عقد الذمة
إذا استحققت، فكانوا يمتثلون إلى المدينة بالحنطة والزبيب وغير ذلك من أقوات أهل
الشام، فكان عمر بن الخطاب يحنف عنهم في الحنطة والزيت، فيأخذ منهم نصف
العشر، فيكثر حملهم لهما إلى المدينة، فترخص بذلك الحنطة والزيت بالمدينة لأنهما
معظم القوت، وكان يأخذ منهم من القطنية العشر كاملاً؛ لأن غلاء القطناني لا يكاد
يضر بالناس كثير ضرر.

٦٨٧ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ غُلَامًا
عَامِلًا مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ عَلَى سُوقِ الْمَدِينَةِ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ
الْخَطَابِ فَكُنَّا نَأْخُذُ مِنَ النَّبْطِ الْعُشْرَ.

الشرح: هكذا رواه يحيى «غلاماً»، يريد بذلك شاباً. ورواه مطرف، وأبو مصعب
«كنت عاملاً»، يريد أنه كان عاملاً على أخذ العشر من أهل الذمة القادمين من سائر
الآفاق، فأخبر عما كان يأخذ هو وعبدالله بن عتبة بن مسعود من النبط، وهو العشر،
وأضاف ذلك إلى زمن عمر بن الخطاب؛ لأن ما كان يفعل فيه كان بإجماع الصحابة
لمشورتهم، فإذا لم يثبت فيه خلاف ولا ظهر فهو إجماع، وحجة يجب المصير إليها
والعمل بها.

٦٨٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَلَى أَيِّ وَجْهِ كَانَ يَأْخُذُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَابِ
مِنَ النَّبْطِ الْعُشْرَ؟ فَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ: كَانَ ذَلِكَ يُؤْخَذُ مِنْهُمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَأَلْزَمَهُمْ
ذَلِكَ عُمَرُ.

الشرح: قوله: «على أي وجه كان يأخذ عمر من النبط العشر»، سؤال عن وجه
ذلك وحجته ودليل جوازه، فقال ابن شهاب: إن ذلك كان يقبضه منهم في الجاهلية،
فألزمهم ذلك عمر، وليس في هذا أكثر من الإخبار بالسبب.

(١) الأنباط: فلاحو العجم.

٦٨٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٨٢. المحلى ١١٥/٦.

٦٨٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٨٣.

وليس هذا إخباراً عن الحجة الموجبة، والحجة فى ذلك ما تقدم ذكره أنهم إنما عوهدوا على التجارة وتنمية أموالهم بأفاهم التى استوطنوها، فإذا طلبوا تنمية أموالهم بالتجارة إلى غير ذلك من آفاق المسلمين كان عليهم فى ذلك حق غير الجزية التى صولحوا عليها، فهذا إن شاء الله الوجه الذى له فعل هذا عمر لكنه إذا فعله عمر بحضرة الصحابة، ولم يخالفه فى ذلك أحد ثبت أنه إجماع، وكان ذلك حجة قاطعة على صحة هذا الحكم، وإن لم يعلم وجهه وكما اجتمعت الصحابة على صحة هذا الحكم كذلك اجتمعت على صحة تقرير ما يؤخذ منهم بالعشر، وبالله التوفيق.

* * *

استبراء الصدقة والعود فيها

٦٨٩ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، وَهُوَ يَقُولُ: حَمَلْتُ عَلَى فَرَسٍ عَتِيقٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَكَانَ الرَّجُلُ الَّذِي هُوَ عِنْدَهُ قَدْ أَضَاعَهُ فَأَرَدْتُ أَنْ أَشْتَرِيَهُ مِنْهُ وَظَنَنْتُ أَنَّهُ بَائِعُهُ بِرُخْصٍ، فَسَأَلْتُ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «لَا تَشْتَرِهِ وَإِنْ أَعْطَاكَه بِدِرْهَمٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ».

الشرح: قوله: «حملت على فرس عتيق»^(١)، واحد العتاق من الخيل، وهى الكرام السابقة منها، والحمل عليها فى سبيل الله على وجهين، أحدهما: أن يعلم من فيه النجدة والفروسية، فيهبه له، ويملكه إياه لما يعلم من نجده ونكايته للعدو، فهذا يملكه الموهوب له ويتصرف فيه بما شاء من بيع وغيره. والوجه الثانى: وهو الأظهر، أن يكون

٦٨٩ - أخرجه البخارى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٩٥، وكتاب الهبة حديث رقم ٢٤٣٠، ٢٤٤٢، وكتاب الجهاد والسير حديث رقم ٢٧٤٨. ومسلم فى كتاب الهبات حديث رقم ٣٠٤٤، ٣٠٤٥، ٣٠٤٦، ٣٠٤٧. والترمذى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٦٠٤. والنسائى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٢٥٦٦، ٢٥٦٧. وابن ماجه فى كتاب الأحكام حديث رقم ٢٣٨١، ٢٣٨٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٦١، ٢٦٨، ٣٦١.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧٠/٥: روى هذا الحديث ابن عيينة عن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن عمر، وقال فيه: لا تشتريه، ولا شيئا من نتاجه، ذكره الشافعى، والحميدى، عن ابن عيينة.

(١) عتيق: قال ابن عبد البر: الفرس العتيق هو الفاره عندنا، وقال صاحب العين: عتقت الفرس تعتق إذا سبقت، وفرس عتيق رائع.

دفعه إلى من يعلم من حاله مواظبة الجهاد في سبيل الله على سبيل التحسيس له في هذا الوجه، فهذا ليس للموهوب له أن يبيعه؛ لأنه موقوف في هذا الوجه، فليس له إزالته عنه مع السلامة.

وهذا مثل ما روى عن النبي ﷺ في الخبر المتقدم أن خالداً احتبس أذراعه وأعتده في سبيل الله تعالى، وسيأتي هذا في كتاب الأوقاف والحبس إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «وكان الرجل الذي هو عنده قد أضاعه»، يحتمل أمرين، أحدهما: أنه أضاعه من الإضاعة، بأن لم يحسن القيام عليه، ويعد مثل هذا في أصحاب النبي ﷺ إلا أن يوجب هذا عذر، ويحتمل أن يريد به صيره ضائعاً من الهزال لفرط مباشرة الجهاد به وإلتاعه له في سبيل الله تعالى.

فصل: وقوله: «فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص» يحتمل ثلاثة أوجه، أحدهما: لأنه كان وهبه إياه، فأراد أن يشتريه به، وأن يسترخصه لضياعه، ويحتمل أيضاً أن يكون حبساً، فظن أن شراءه جائز، وبيع الذي كان في يده له مباح حتى منعه من ذلك النبي ﷺ، ويحتمل أنه بلغ من الضياع مبلغاً يعدم الانتفاع به في الوجه الذي حبسه فيه، فرأى أن ذلك يبيع له شراءه.

فرع: وضياع الخيل الموقفة على وجهين، أحدهما: أن يرجى صلاحه والانتفاع به في الجهاد كالضعف والمرض المرجو برؤه، فهذا لا خلاف أن يستباح له بيعه. الثاني: الكلب والهرم والمرض الذي لا يرجى إفاقته.

فهذا اختلف أصحابنا فيه، فقال ابن القاسم: إذا عدم الانتفاع به في الوجه الذي وقف له، ولم يرج برؤه جاز بيعه ووضع ثمنه في ذلك الوجه، وقال ابن الماجشون: لا يجوز بيعه، وسيأتي بيان ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

وجه قول مالك أنه لما عدم الانتفاع بعينه، وأمكن الانتفاع بثمنه نقل إليه؛ لأنه لا بدل منه. ووجه قول ابن الماجشون أنه مخرج على سبيل الحبس، فلم يجوز بيعه كالأصول الثابتة.

فصل: وقوله ﷺ: «فإن العائد في صدقته كالكلب يعنود في قيئه»، يريد أنه من القبح والكراهية بمنزلة العائد في أكل ما قد قاء بعد أن قبح وتغير عن حال الطعام إلى حال القيء، وكذلك المتصدق قد أخرج في صدقته أو ساخ ماله وما يدنسه، فلا يرتجعه إلى ملكه بعد أن تغير بصدقته وبغيرها في ماله لمعنى الفساد فيه، فإن ذلك من أفعال الكلب وأخلاقه التي ينفرد بها، ويكره من أجلها.

كتاب الزكاة ٢٨٩

وفى هذا خمسة أبواب، الباب الأول: فى وجه العطية. والباب الثانى: فى صفة العطية فى نفسها. والباب الثالث: فى صفة المعطى. والباب الرابع: فى صفة الارتجاع. والباب الخامس: فى حكم الارتجاع.

* * *

الباب الأول فى وجه العطية

أما وجه العطية، فهو أن يعطى على وجه الصدقة الواجبة أو التطوع، فهذا لا يجوز له استرجاع صدقته، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قيئه^(*)». وأما إن كانت عطية على غير وجه الصدقة، ففى الموازية فى الذى يحمل على الفرس لا للسبيل ولا للمسكنة: لا بأس أن يشتريه.

ووجه ذلك أنها عطية لم يقصد بها القربة، فجاز له أن يملكها فى المستقبل كما يجوز اعتصار ما وهب لغير القربة، وما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قيئه»، فمحمول على العود إلى ملك ما وهب على وجه القربة، ومعنى الصدقة محمول على ارتجاع ما وهب الأجنبى بغير عوض بدليل ما قدمناه.

* * *

الباب الثانى فى صفة العطية

أما صفة العطية، فإنها إن كانت عيناً بتلها مثل أن يتصدق بفرس أو عبد أو أصل أو ورق أو ما أشبه ذلك، فإنه لا يجوز له الرجوع فيه، وفى العتبية فى امرأة جعلت خلخالها فى السبيل إن شفاها الله، فلما برأت أرادت أن تخرج قيمتها وتحبسها، فكره ذلك. قال سحنون: لأنه من وجه الرجوع فى الصدقة.

مسألة: وأما إن أعطى غلة أو منفعة، فقد قال ابن المواز، فى الذى يتصدق بغلة الأصل سنين أو حياة المحبس، عليه: لا بأس أن يشتري ذلك المتصدق لم يختلف فى هذا مالك وأصحابه إلا عبدالمملك، فإنه أباه واحتج بنهى النبى ﷺ عن الرجوع فى الصدقة، وأجاز ذلك لورثته.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن رسول الله ﷺ نهى عمر أن يعود

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١٤٩٠، ٢٦٢٣. مسلم حديث رقم ١٦٢٠. النسائى فى

الصغرى حديث رقم ٢٦١٥.

٢٩٠ كتاب الزكاة

فى صدقته وأرخص لصاحب العرية أن يشتريها بخرصها وهى صدقة.

فرع: ومن أسكنته أو أخدمته، فقد قال مالك: لا بأس أن يبدل له ذلك بغيره، إن رضيه، ما لم تفسد عطيته، ومن أعطى فرسه فى السبيل لم يكن له أن يبدله، ووجه ذلك ما تقدم.

* * *

الباب الثالث فى صفة المعطى

أما صفة المعطى، فإن كان أجنبيًا، فلا يرجع المتصدق عليه فيما تصدق به عليه، قال مالك فى العتبية والموازية: فلا يركبه، ولو كان أمرًا قريبًا، وقد ركب ابن عمر ناقة، وهبها فصرع عنها، فقال: ما كنت لأفعل مثل هذا كأنه اعتقد أنه عوقب فى ذلك، قال القاضى أبو محمد: لا بأس أن يركب الفرس الذى جعلت فى سبيل الله، وأن يشرب من ألبان الغنم اليسير، وما أشبه ذلك مما يقل قدره.

وجه قول مالك أنه من الرجوع فى الصدقة. ووجه القول الثانى أن اليسير معفو عنه، وغير مقصود بالارتجاع، ولذلك عفى عن اليسير فى ترك حيازته من الصدقة إذا حيز الأكثر.

مسألة: وإن كان المعطى ابنًا، فقد قال فى المدونة فى الرجل يتصدق على ابنه الصغير فى حجره بجارية، فتبعتها نفسه: له أن يشتريها، ولا يجوز ذلك إذا تصدق بها على أجنبي، قال عيسى عن ابن القاسم: إنما أرخص فيها لمكان الابن من الأب، ولو كان أجنبيًا، لم يحل له أن يشتري صدقته.

وقال مالك: من تصدق على ابنه بغيره لا بأس أن يأكل من لحمها، ويشرب من لبنها، ويكتسى من صوفها، وإن تصدق عليه بمائط، جاز أن يأكل من ثمره بخلاف الأجنبي.

وفى الموازية من رواية أشهب عن مالك: لا يكتسى من صوف الغنم، ولا يشرب من لبنها.

ووجه ذلك أن هذه صدقة بغير مال، فلم يكن له تملكها كصدقته على الأجنبي.

فرع: إذا قلنا برواية ابن القاسم، فى الموازية أن الأم فى ذلك بمنزلة الأب، وقد تقدم من رواية ابن القاسم أن ذلك فى الابن الصغير، وفى الموازية عن مالك إنما ذلك فى الابن الكبير دون الصغير.

كتاب الزكاة ٢٩١
وجه الرواية الأولى أن للتصرف تأثيراً فى الإباحة، ولذلك أبيض للوصى من مال الصغير ما لم يبيح له من مال غيره. ووجه الرواية الثانية أن الصغير لا يصح منه الأذن، وأما الكبير، فإنه يصح منه أن يأذن فى ذلك.

* * *

الباب الرابع فى صفة الارتجاع

وأما صفة الارتجاع، فإن عمدة المذهب أن كل ارتجاع يكون باختياره، فإنه ممنوع منه كالاتباع لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تشتريه وإن أعطاكه بدرهم»^(*).

ومن جهة المعنى أن المنع إنما يتعلق بما يكون باختيار المنوع، فأما ما يقع بغير اختياره، فلا يصح النهى عنه، وكذلك الصدقة ممن تصدق عليه بما تصدق به، فلا تقبله ولا ترجمعه بهبة ولا إجارة ولا عارية.

مسألة: وأما الميراث، فلا بأس لمن عادت إليه صدقته بالميراث أن يستديم ملكها، قال القاضى أبو محمد وغيره. قال أبو محمد: ليس يراجع فى صدقته ولا يتهم فى ذلك. قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعناه عندي أنه لم يتملكها، وإنما الشرع قضى له وعليه بذلك، ولو أراد الامتناع من قبضها لأجبره على ذلك.

مسألة: ولو تصدق غاز على رجل بدراهم ثم تراقا، فأخرج المتصدق عليه نفقة من تلك الدراهم، فقد قال مالك: ليس هذا مما يبقى، وقد قال النبى ﷺ فى لحم بريرة: «هو عليها صدقة ولنا هدية».

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندي أن كل واحد من المترافقين لم يبيع شيئاً من نفقته بنفقة الآخر، وإنما تشاركوا على أنبقى كل واحد منهما على حصته، ثم يميز كل واحد منهما حقه يأكله، ولم يكن هذا حكم بريرة مع النبى ﷺ، وإنما كان اللحم مما تصدق به على بريرة، ثم لما أباحتها هى للنبى ﷺ كان ذلك هدية منها إليه.

* * *

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٢٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٦١٥.

الباب الخامس فى حكم الارتجاع

أما حكم الارتجاع إذا وقع، ففي الموازية قد أجاز بعض العلماء شراء الرجل صدقته وكرهه بعضهم، فإن نزل عندنا لم نفسخه، وبهذا قال القاضى أبو محمد، وهو قول أبى حنيفة والشافعى، وقال الشيخ أبو إسحاق: يفسخ الشراء لنهى النبى ﷺ عن ذلك.

والقولان يتخرجان من المذهب، فقد حكى ابن المواز فى المدير أو غير المدير: يخرج فى زكاته عرضاً لا يجزيه، عند ابن القاسم، ويجزئه عند أشهب، إذا لم يحاب عن نفسه، ويبس ما صنع.

وجه القول الأول معارضة المزكى بزكاته لا تنافى صحة الملك، أصل ذلك إذا أخرج ورقاً عن ذهب. ووجه القول الثانى نهيهِ ﷺ عمر بن الخطاب أن يشتري صدقته، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه.

ومن جهة القياس أن النهى عن البيع إذا كان لحق الله اقتضى فساده كالبيع وقت صلاة الجمعة.

٦٩٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ حَمَلَ عَلَى فَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَأَرَادَ أَنْ يَتَّاعَهُ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «لَا تَتَّبِعْهُ وَلَا تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ».

الشرح: قوله: «لا تتبعه ولا تعد فى صدقتك»، سمي الابتياح عوداً، إما لأنه يجبس،

٦٩٠ - أخرجه البخارى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٩٥، وكتاب الجهاد والسير حديث رقم ٢٧٤٩. ومسلم فى كتاب الهبات حديث رقم ٣٠٤٧. والنسائى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٢٥٦٨. وأبو داود فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٥٨. وأحمد فى المسند حديث رقم ٥٥٣٤، ٤٩٣٠.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧٣/٥: هكذا روى مالك هذا الحديث «عن نافع، عن ابن عمر، أن عمر، فهو فى روايته من مسند ابن عمر، كذلك هو عند جمهور رواة الموطأ، إلا معن بن عيسى، فإنه رواه عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر، أنه حمل على فرس - فذكر الحديث وجعله من مسند عمر، وكذلك رواه ابن نمير عن عبيدالله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر - مثل رواية معن؛ ورواه القطان، وعلى بن عاصم، عن عبيدالله، عن نافع، عن ابن عمر، أن عمر كما فى الموطأ؛ وكذلك رواه الزهرى، عن سالم، عن ابن عمر، أن عمر كما فى الموطأ عند جمهور الرواة غير معن. وروى هذا الحديث يحيى بن سعيد، عن نافع، عن ابن عمر، فقال فيه: لا تشتره ولا شيئاً من نتاجه، ولا تعد فى صدقتك.

كتاب الزكاة ٢٩٣
فراى أن ابتياعه نقض لتحبيسه، فهو عوده فيه، وإما لأنه تصدق به على وجه التمليك لمن تصدق به عليه، فسمى الابتياح عوداً؛ لأنه أزال ملكه عنه لله تعالى ثم يعيده إلى ملكه، وهذا ممنوع؛ لأن من زال ملكه عن شيء لله تعالى على وجه الصدقة، فإنه يجب أن لا يعود إلى ملكه؛ لأنه من باب العود فى الصدقة.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ فَوَجَدَهَا مَعَ غَيْرِ الَّذِي تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيْهِ تَبَاعُ أَيَشْتَرِيهَا فَقَالَ: تَرَكَهَا أَحَبُّ إِلَيَّ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن من تصدق بصدقة على رجل ثم وجدها بيد غيره، فابتياعه إياها مكروه؛ لأنه قد كان أزال ملكه عنها لله تعالى، وهو مضارع للرجوع فى الصدقة من هذا الوجه، وبهذا قال ابن القاسم فى المدونة وغيرها.

وفى المدنية من رواية ابن دينار عن مالك: من تصدق بصدقة تطوع على آخر، ثم وجدها عند غيره، فإن له أن يشتريها. زاد فى الموازية: ولا يشتريها من المتصدق عليه، ولا يلس من يشتريها منه.

وجه القول الأول ما تقدم. ووجه القول الثانى أن المتصدق عليه ربما سأل فى بعض الثمن لما تقدم من صدقته عليه، والأجنبى لا يتوقع ذلك منه غالباً ولو وجد ذلك منه لما كان فى معنى الرجوع فى الصدقة.

مسألة: وإنما يمنع من الرجوع فيما تصدق بها، فأما غيره من الناس، فلا بأس أن يشتريها ويقبلها ممن أهداها إليه. وفى العتبية عن سحنون: يجوز للرجل أن يشتري كسراً لسؤال قيل له، وقد جاء الحديث: «إنما هى أوساخ الناس»^(١)، فقال: ألا ترى إلى حديث النبى ﷺ، قال: «هو صدقة على بريرة وهو لنا منها هدية»^(٢).

ومعنى هذا أن الرجوع فيها لا يتصور إلا من المتصدق، فلذلك اختص المنع به، وأما غيره فليس براجع فيها، فلذلك لم يمنع منها.

* * *

(١) أخرجه مسلم فى صحيحه حديث رقم (١٠٧٢). النسائى فى الصغرى حديث رقم (٢٦٠٩). أبو داود حديث رقم (٢٩٨٥). أحمد فى المسند حديث رقم (١٧٠٦٤) جميعهما من حديث ربيعة بن الحارث.

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (١٤٩٣) مسلم فى صحيحه حديث رقم (١٠٧٥). الدارمى حديث رقم (٢٢٩٠) من حديث عائشة.

من تجب عليه زكاة الفطر

٦٩١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُخْرِجُ زَكَاةَ الْفِطْرِ عَنْ غِلْمَانِهِ الَّذِينَ بِوَادِي الْقُرَى وَيَحْيِيرَ.

الشرح: قوله: «كان يخرج زكاة الفطر عن غلمانهم»، يريد أنه كان يخرج عنهم زكاة الفطر؛ لأنهم في ملكه، ونفقتهم واجبة عليه، فالزكاة واجبة عليه عنهم. والأصل في ذلك حديث أبي سعيد الخدري: كنا نخرج إذ كان فينا رسول الله ﷺ زكاة عن كل صغير وكبير، حر أو مملوك، صاعاً من طعام، الحديث.

مسألة: وإذا كان العبد لواحد، فلا خلاف في ذلك، فإن كان لجماعة، فزكاة الفطر فيه واجبة، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تجب فيه زكاة الفطر، وكذلك إذا كان لاثنين عبادان مشتركان.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه حديث أبي سعيد الخدري المتقدم، وهو: كنا نخرج إذ كان فينا رسول الله ﷺ زكاة الفطر عن كل صغير وكبير، حر أو مملوك، صاعاً من طعام. وهذا عام في المشترك وغيره، فيحمل على عمومه.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا من أهل الطهرة، ومن هو له من أهل الفطرة واجد لها، فوجب أن تكون زكاة فطره واجبة. أصله إذا كان لواحد.

فرع: وكيف يخرج عنه زكاة الفطر مالكا؟ عن مالك في ذلك روايتان. روى ابن القاسم أنه يخرج كل واحد منهما عنه بقدر ملكه فيه. وروى عنه ابن الماجشون: يخرج كل واحد منهما عنه فطرة كاملة.

وجه رواية ابن القاسم أن الفطرة تابعة للنفقة، فلما كانت النفقة بينهما، فكذلك الفطرة. ووجه رواية ابن الماجشون أن العبد محبوس في حق كل واحد منهما، بدليل أنه محبوس بسببه في أحكام الرق إذا انفرد ملكه لحقه منه، فكانت عليه فطرة كاملة كما لو ملك جميعه.

مسألة: وإذا ابتاع العامل العبيد بمال القراض، فاختلف أصحابنا في إخراج زكاة الفطر عنهم، فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك أن زكاة الفطر عنهم على رب

٦٩١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٨٦. البيهقي في السنن الكبرى ١٦١/٤. عبد الرزاق في المصنف ٣٢٨/٣.

كتاب الزكاة ٢٩٥

المال يخرجها من ماله. وقال أشهب وأصبغ: يزكى عنهم من مال القراض، ويكون ما بقى هو رأس المال، روى ذلك عنهما ابن حبيب.

وقد روى أشهب عن مالك، ورواه ابن المواز وسحنون عن أشهب أن زكاة الفطر عنهم تخرج من مال العامل، ثم تكون مراعاة، فإن كان فى المال ربح كان للعامل منها قدر حصته. وقال ابن حبيب: زكاة الفطر كالنفقة من الجملة، وهو القياس؛ لأن زكاة الفطر عندنا تابعة للنفقة.

وجه رواية ابن القاسم أن رب المال يجب أن يخرج مما بيده الزكاة؛ لأن مال القراض له، فكانت عليه الزكاة، ولا يملك العامل نصيبه من الربح إلا بالقسمة. ووجه رواية ابن حبيب عن أشهب أن ذلك لا يجوز؛ لأن زكوات الأموال ونفقاتها إنما حكمها أن تكون منها، فهى وإن كانت تلزم رب المال، فوجب أن تخرج مما بيد العامل؛ لأن رب المال إذا أخرجها، فهى زيادة فى القراض بعد العمل فيه، وذلك غير جائز.

ووجه رواية ابن المواز أن الزكاة واجبة على المال، فإذا كان للعامل فيه حصة عليه من الزكاة بقدر ذلك، وهذا مبنى على أن العامل يملك حصته من الربح بالظهور.

مسألة: فإن كان نصف العبد حرًا، فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات، روى ابن القاسم عنه أن على مالك النصف نصف الفطرة ولا شىء على العبد فى الباقي. وروى عنه أن على العبد من الفطرة بقدر ما عتق عليه، وبه قال محمد بن مسلمة.

وروى عنه مطرف وابن الماجشون أن على من فيه بقية الرق جميع الفطرة.

وجه رواية ابن القاسم أن الفطرة زكاة، والزكاة غير واجبة على من فيه بقية رق، فعلى من ملك منه بقدر حصته، وتسقط عن حصة الحرز زكاة الفطر لما ذكره.

ووجه ما قاله محمد بن مسلمة أن الفطرة تابعة للنفقة، فلما قسطت النفقة على الجزية والملك، فكذلك الفطرة.

ووجه رواية مطرف أنه محبوس فى حق من له فيه ملك بأحكام الرق كلها، وهذا من حملتها، فوجب أن يلزمه جميع الصاع.

فصل: وقوله: «عن غلمانة الذين كانوا بوادى القرى وبخيبر»، يريد أنه كان يخرج عنهم زكاة الفطر، وإن كانوا غيبًا عن موضع استيطانهم بالمدينة، وأن مغيبهم عنه لا يسقط عنه زكاة الفطر.

مَالِكٌ أَنَّ أَحْسَنَ مَا سَمِعْتُ فِيْمَا يَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ مِنْ زَكَاةِ الْفِطْرِ أَنَّ الرَّجُلَ يُؤَدِّي ذَلِكَ عَنْ كُلِّ مَنْ يَضْمَنُ نَفَقَتَهُ وَلَا بُدَّ لَهُ مِنْ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ وَالرَّجُلُ يُؤَدِّي عَنْ مَكَاتِبِهِ وَمُدَبِّرِهِ وَرَقِيقِهِ كُلِّهِمْ، غَائِبِهِمْ وَشَاهِدِيهِمْ، مَنْ كَانَ مِنْهُمْ مُسْلِمًا وَمَنْ كَانَ مِنْهُمْ لِتِجَارَةٍ أَوْ لِغَيْرِ تِجَارَةٍ، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمْ مُسْلِمًا فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ فِيهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن أحسن ما سمع في وجوب زكاة الفطر ما ذهب إليه، وهو الذي قام الدليل عليه أن تجب عليه زكاة الفطر عن كل من تجب عليه نفقته، وذلك على ضريين نفقة ثابتة بالشرع، ونفقة ثابتة بالعقد.

فأما النفقة الثابتة بالشرع، فمن لزمته نفقته لزمته زكاة الفطر عنه، ونحن نبين حكم النفقة ليتين حكم الزكاة فيها، فتجب على الرجل نفقة الولد الصغير المعسر، ونفقة أبويه المعسرين، وعلى الزوج نفقة زوجته، وعلى السيد نفقة رقيقه.

فأما الأولاد، فلا يخلو أن يكونوا صغاراً أو كباراً، فإن كان الولد صغيراً، فلا يخلو أن يكون موسراً أو معسراً، فإن كان موسراً، فنفقته في ماله وكذلك فطرته. وقال محمد ابن الحسين: نفقته في ماله وفطرته في مال أبيه.

ودليلنا أن كل من لا يلزم الأب الإنفاق عليه، فإنه لا تلزمه الفطرة عنه كالكبير.

مسألة: وإن كان معسراً، فالنفقة في مال أبيه وكذلك الفطرة، وإن كان بالغاً، فلا يخلو أن يكون موسراً أو معسراً، فإن كان موسراً، فنفقته في ماله وكذلك فطرته، وإن كان معسراً، فلا يخلو أن يكون صحيحاً أو زماً.

فإن كان صحيحاً، فنفقته عليه وكذلك فطرته، وإن كان زماً، فلا يخلو أن تكون الزمانة طرأت عليه بعد البلوغ أو قبل البلوغ، فإن كانت بعد البلوغ، فالنفقة عليه، وكذلك الفطرة، وإن كان بلغ زماً فنفقته على أبيه، وكذلك فطرته؛ لأن النفقة لم تسقط عنه بالبلوغ؛ لأن الزمانة تمنع الاكتساب كالصغير، وهذا أحد قولي الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يجب على الأب نفقة ولده الصغير، ولا تجب عليه زكاة عن ولده البالغ زماً.

والدليل على ما نقوله أن هذا حق يجب فيه عن الصغير من ولده، فجاز أن يحمله عن الكبير منهم كالنفقة.

كتاب الزكاة ٢٩٧

مسألة: وأما نفقة الوالدين المعسرين، فإنها تلزم الولد، وإن كانا قوين على العمل، وهذا إذا كانا زوجين، فإن كان للأب زوج غير الأم، فقال جمهور أصحابنا ورووه عن مالك: أن على الابن الغنى النفقة على الأب وعلى زوجته، وإن كانت غير أمه. وقال المخزومي: لا ينفق على زوجة أبيه إلا أن تكون أمه.

وقال ابن القاسم: لا ينفق من نساء أبيه إلا على امرأة واحدة، ومن خدمها إلا على خادم واحدة، وأما الأم، فإن تزوجها غير أبيه، فنفتها على الزوج، فإن أبى الزوج أن يمسكها إلا بغير نفقة، ورضيت الأم بذلك لزم الابن الإنفاق عليها؛ لأنه إذا طلقها لزمته النفقة، فلا فائدة له بذلك إلا الإضرار بها، والعرض لها، وزكاة الفطر في ذلك كله تابعة للنفقة. وقال أبو حنيفة: ليس على الابن أن يخرج زكاة الفطر.

والدليل على ما نقوله أن هذا من أهل الطهارة يمونه من هو من أهل الفطرة ممن يجدها، فكان عليه أن يؤديها عنه كالابن الصغير المعسر مع الأب الغنى.

مسألة: وأما الزوجة، فإنه يجب على الزوج الإنفاق عليها، وزكاة الفطر عنها، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة والثوري: لا يخرج زكاة الفطر عنها، وذلك في مالها.

ودليلنا أنها من أهل الطهارة يمونها بالشرع من هو من أهل الفطرة واجد لها، فلزمه إخراجها عنها. أصله الأمة.

مسألة: وعلى الزوج أن ينفق على خادمها، وذلك أن المرأة لا تخلو أن تكون ممن يخدم نفسها أو ممن لا تخدم نفسها، فإن كانت ممن يخدم نفسها فليس عليه إخراجها، وإن كان لها خادم فنفتها عليها، وكذلك فكرتها، وإن كانت ممن لا تخدم نفسها، فهو مخير بين ثلاثة أحوال، أن يكرى لها من يخدمها، أو يشتري لها خادمها يشغلها بخدمتها، أو ينفق على خادمها.

وقيل: أنه مخير بين أربعة أشياء، ثلاثة تقدمت، والرابع: أن يخدمها بنفسه، فإن اختار على خادمها كان عليه أن يؤدي عنها زكاة الفطر؛ لأنها تابعة للنفقة بالشرع، وكذلك إن كانت ممن يخدم بأكثر من خادم واحدة.

مسألة: وأما الرقيق، فلا يخلو أن يكون ملكه تاماً وتصرفه فيه ماضياً نافذاً، أو يكون قد عقد فيهم عقداً يمنع ذلك، فإن لم يتقدم له فيهم عقد فقد تقدم كلامنا فيه بما يغنى، وإن كان له فيهم عقد يمنع ذلك، فأحكامهم على ما تقتضيه تلك العقود، والعقود في ذلك الرهن، والاجارة، والتدبير، والاستيلاء والعنق إلى أجل، والكتابة، والإحدام، فأما

٢٩٨ كتاب الزكاة

الرهن، فإن زكاة الفطر فيه على مالكة الرهن له؛ لأنه تلزمه نفقته، وكذلك الإجارة.

مسألة: وأما التدبير والاستيلاء والعتق إلى أجل [.....] (١).

مسألة: وأما الكتابة، فعن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: أن الزكاة على السيد، والثانية: لا زكاة عليه.

وجه الرواية الأولى أن ملكه ثابت عليه، وإنما تزول يده بالكتابة؛ وذلك لا يسقط عنه زكاة الفطر كالعبد الآبق. ووجه الرواية الثانية أن هذا عقد يسقط النفقة عن السيد، فوجب أن تسقط زكاة الفطر عنه كالعتق البتل.

مسألة: وأما الإخدام، فعلى ضربين، أحدهما: أن يكون مرجع الرقبة بعد الخدمة إلى ملك، والثاني: أن يرجع إلى حرية، فإن كان رجوعها إلى رق، فاختلف أصحابنا في ذلك، فقال ابن القاسم وابن عبدالحكم: النفقة وزكاة الفطر على من له الخدمة. وقال أشهب، ورجع إليه ابن القاسم: النفقة على من له الخدمة، والزكاة على من له الرقبة.

وقال ابن الماجشون: إن كانت الخدمة تطول، فالنفقة والفطرة على من له الخدمة، وإن كانت قصيرة كالوجائب أو الإجارة، فالنفقة والفطرة على من له الرقبة. وقال سحنون: طال مدة الخدمة أو قصرت، فالنفقة على من له مرجع الرقبة.

وجه القول الأول أن المنفعة خالصة للذي له الخدمة، فلذلك كانت عليه النفقة لأننا لا نتحقق رجوعها إلى غيره، والزكاة مانعة للنفقة الثابتة بالشرع.

وجه قول أشهب أن النفقة إنما تجب على من له الخدمة بسبب الخدمة؛ لأنه لا حق له في الرقبة، وذلك لا يوجب زكاة الفطر كما لو أخذها منه، واشتراط النفقة.

وجه قول ابن الماجشون أن الخدمة اليسيرة الغالب منها السلامة ورجوعها إلى من له الرقبة، فكانت النفقة والفطرة عليه؛ لأن النفقة إنما تجب على من له الرقبة، وإن كانت الخدمة طويلة الأعوام الكثيرة، فإنها لا يغلب على الظن سلامتها، ورجوعها إليه، فكانت النفقة على من يتعجل منفعتها؛ لأن الظاهر أن الرقبة لا تزول عنه والفطرة تابعة للنفقة.

وجه قول سحنون أن النفقة إنما تجب على من له الرقبة بدليل أن من ابتاع رقبة كانت نفقتها عليه، ومن ابتاع منفعتها لم يجب عليه ذلك، فالنفقة تجب على من له

(١) ما بين المعرفتين بياض في الأصل.

كتاب الزكاة ٢٩٩
الرقبة، والزكاة تبع لها، فإن يئس من رجوعها، فليزل ملكه عنها بالعتق لتسقط عنه
التفقة والزكاة.

مسألة: وإن كان العبد يرجع إلى حرية، فقد قال مالك: نفقته وفطرته على من له
الخدمة. ووجه ذلك أنه محبوس في الرق بسببه دون غيره، فأشبهه العبد الذي يملك رقبته.

فصل: وقوله: «ومن كان منهم لتجارة»، يريد أن العبد، وإن كان للتجارة ولزمه في
قيمه زكاة العين، فإن زكاة الفطر ثابتة في رقبته، وبهذا قال الشافعي.

فصل: وقوله: «ومن لم يكن منهم مسلماً فلا زكاة عليه فيه»، يريد أن من كان من
عبده أو ممن تلزمه نفقته غير مؤمن، فإنه لا فطرة عليه بسببه، وبهذا قال الشافعي.
وقال أبو حنيفة: يلزمه إخراج الفطرة عن عبده الكفار.

ودليلنا أن هذا ليس من أهل الطهارة، فلم يجب إخراج زكاة الفطر عنه. أصله الأب
الذمي الكافر الفقير، فإنه ينفق عليه، ولا يؤدي عنه الفطر.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ الْأَبْقَى^(١): إِنَّ سَيِّدَهُ إِنْ عَلِمَ مَكَانَهُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَكَانَتْ غَيْبَتُهُ
قَرِيبَةً وَهُوَ يَرْجُو حَيَاتَهُ وَرَجَعَتْهُ، فَإِنِّي أَرَى أَنْ يُزَكَّى عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ إِبَاقُهُ قَدْ طَالَ
وَيَيْسَ مِنْهُ، فَلَا أَرَى أَنْ يُزَكَّى عَنْهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن العبد الأبق على ضربين، منهم من ترجى أوبته، ومنهم
من لا ترجى، فمن رجيت أوبته، فعليه أن يزكى عنه ومن يئس من أوبته، فلا شيء
عليه؛ لأنه لا فائدة له في علمه بحياته، وبه قال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي في
أحد قوليه. وقال الأوزاعي: إن كانت غيبته في بلاد الإسلام لزمته عنه الفطرة.

دليلنا أن هذا قد يئس منه، فلم يلزم عنه زكاة الفطر كالذي صار في بلاد الحرب.

قَالَ مَالِكٌ: تَجِبُ زَكَاةُ الْفِطْرِ عَلَى أَهْلِ الْبَادِيَةِ كَمَا تَجِبُ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى،
وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَضَ زَكَاةَ الْفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ عَلَى النَّاسِ عَلَى كُلِّ حُرٍّ أَوْ
عَبْدٍ، ذَكَرَ أَوْ أُتِيَ، مِنَ الْمُسْلِمِينَ.

الشرح: وهذا كما قال أن زكاة الفطر تجب على أهل البادية وأهل الحاضرة، وهم
أهل القرى وجوياً، سواء لما احتج به مالك من أن رسول الله ﷺ فرضها على كل حر

(١) أبق العبد: إذا هرب.

٣٠٠ كتاب الزكاة

أو عبد، ولم يخص أهل حاضرة من غيرهم، فوجب حمله على عمومهم. وهذا نص من مالك، رحمه الله، على قوله بصحة العموم، واعتقاده الاحتجاج به، وما ذكره من وجوب الزكاة، هو قول جميع الفقهاء إلا ما يحكى عن الأصم وابن عليه أنهما قالوا: ليست بواجبة.

والدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، وقال مالك: إن زكاة الفطر داخله فيها، وما قاله صحيح؛ لأن اللفظ يصح بتأوله لها، وهو من ألفاظ العموم، فيجب أن يحمل على هذه الزكاة وغيرها إلا ما خصه الدليل.

* * *

مكيلة زكاة الفطر

٦٩٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَضَ زَكَاةَ الْفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ عَلَى النَّاسِ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ عَلَى كُلِّ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَى مِنَ الْمُسْلِمِينَ^(١).

٦٩٢ - أخرجه البخارى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٤٠٧. ومسلم حديث رقم ١٦٣٨. والترمذى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٦١١، ٦١٢. والنسائى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٢٤٥١، ٢٤٥٢، ٢٤٥٣، ٢٤٥٤، ٢٤٥٥، ٢٤٥٦، ٢٤٦٧. وأبو داود فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥. وابن ماجه فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٨١٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٢٥٦، ٤٩٢٧، ٥٠٥١، ٥٠٨٧، ٥٥٢٠، ٥٦٧٢، ٥٩٣٧. والدارمى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٦٠٢، ١٦٠٣. والبغوى بشرح السنة ٧١/٦ عن ابن عمر. (١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧٥/٥: لم يختلف عن مالك فى إسناد هذا الحديث ولا فى متنه، ولا فى قوله فيه: «من المسلمين» إلا قتيبة بن سعيد وحده؛ فإنه روى هذا الحديث عن مالك، ولم يقل فيه: «من المسلمين» وسائر الرواة عن مالك قالوا عنه فيه: «من المسلمين»؛ وكذلك هو فى الموطأ عند جميعهم فيما علمت. وقد زعم بعض الناس أنه لا يقول فيه أحد: «من المسلمين» غير مالك، وذكره أيضًا أحمد بن خالد بن عبالد عن ابن وضاح، وليس كما ظن الظان؛ وقد قاله غير مالك جماعة، ولو انفرد به مالك، لكان حجة يوجب حكمًا عند أهل العلم، فكيف ولم ينفرد به؟! وقد رواه إسماعيل بن جعفر، عن عمر بن نافع، عن أبيه، عن ابن عمر. ورواه سعيد بن عبد الرحمن الجمحى، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر. ورواه كثير بن فرق، عن نافع، عن ابن عمر، ويونس بن يزيد، عن نافع، عن ابن عمر، كلهم قالوا فيه: «من المسلمين». انتهى.

كتاب الزكاة ٣٠١

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر على الناس»، يدل على وجوب هذه الزكاة، خلافاً لما حكى عن ابن عليّة والأصم؛ لأن معنى فرض: ألزم، فصدقة الفطر فريضة واجبة. وقال أبو حنيفة: هي واجبة، وليست بفريضة؛ لأن الفرض عندنا ما لا خلاف فيه، والواجب فيه خلاف.

قال القاضى أبو الحسن: وهذا خلاف فى عبارة، ومع هذا الذى قاله أبو الحسن، فإن أبا حنيفة قد خالف أصله، فجعل زكاة الخيل وزكاة التجارة فريضة، والخلاف فيها أظهر من الخلاف فى هذه المسألة.

وقوله: «على الناس»، يقتضى الوجوب واللزوم، فإن قيل معنى فرض زكاة الفطر، قدرها، فالجواب أن «فرض» فى هذا الحديث لا يصح أن يراد به إلا أوجب؛ لأن «على» تقتضى الإيجاب واللزوم، ولا يجوز أن يكون بمعنى «عن»؛ لأن الموجب عليه غير الموجب عنهم، على أنه قد ورد من طريق صحيح «أمر رسول الله ﷺ»، وهذا يدل على أنه لا يراد به قدر. على أنا لو سلمنا ذلك، وكان اللفظ يحتمل المعنيين لوجب أن يحمل عليهما إذ لا تنافى بينهما.

وقد اختلف قول مالك فى زكاة الفطر، ففى كتاب ابن سحنون من رواية ابن نافع عن مالك فى قوله تعالى: ﴿وآتوا الزكاة﴾ [البقرة: ٤٣]، أنها زكاة العين والحرث والماشية وزكاة الفطر.

وروى عنه ابن نافع أيضاً أنه سئل عن ذلك، فقال: فى زكاة الأموال، قيل له: فزكاة الفطر؟ فقال: هى مما سن رسول الله ﷺ وفرض، وبه قال ابن كنانة، فهى فرض على الوجهين، وذلك يقتضى أن ما أوجبه ﷺ ينطلق عليه لفظ الفرض.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن هذا حكم الغنى، فأما الفقير، فإن كان عنده ما يخرج منه زكاة الفطر دون مضرة تلحقه لزمه إخراجها، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يلزمه إخراجها، حتى يكون له نصاب مال مائتا درهم.

والدليل على ما نقوله الحديث المذكور، فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على الناس، وهذا عام. ودليلنا من جهة القياس أن هذا حق فى المال، لا يزداد بزيادة، فلم يفتقر إلى نصاب كالكفارة.

=وقال النووى: قال الترمذى: وعسيره لفظة ومن المسلمين، انفرد بها مالك دون سائر أصحاب نافع. قال: وليس كذلك بل وافقة فيها ثقتان الضحاك بن عثمان عند مسلم وعمر بن نافع عند البخارى.

٣٠٢ كتاب الزكاة

فصل: وقوله: «من رمضان»، اختلف أصحابنا فى تأويل ذلك، فقال بعضهم: إن ابتداء الفطر من آخر أيام رمضان؛ لأنه فى أول زمن من شوال. وقال بعضهم: هو الفطر يوم الفطر؛ لأنه هو الفطر من رمضان، وهو الذى يخالف حكم الصوم فيه، وأما الفطر فى أول ليلة من شوال، فإنه ليس فطر من رمضان؛ لأنه لا ينافى صوم ما بعده.

فصل: وقوله: «صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير»، ذكر لما يجوز إخراجه فى صدقة الفطر، ولا خلاف فى جواز إخراج التمر والشعير فى زكاة الفطر، وأن المقدار المخرج منه هو صاع، والصاع أربعة أمداد بمد النبى ﷺ وفيه رطل وثلث، فالصاع خمسة أرطال وثلث، هذا مذهب أهل المدينة، وإليه ذهب مالك والشافعى.

وقال أبو حنيفة: المد رطلان، والصاع ثمانية أرطال.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك نقل أهل المدينة المتصل، رواه خلفهم عن سلفهم، وورثه أبناؤهم عن آبائهم أن هذا المد هو مد النبى ﷺ، وبهذا احتج مالك، رحمه الله، على أبى يوسف بحضرة الرشيد، واستدعى أبناء المهاجرين والأنصار، فكل أتى بمد زعم أنه أخذه عن أبيه أو عن عمه أو عن جاره مع إشارة الجمهور إليه واتفاقهم عليه اتفاقًا يوجب العلم.

ويقطع العذر كما لو أن رجلاً دخل بلدًا من بلاد المسلمين، وسألهم عن مدهم الذى يتعاملون به اليوم، والذى تعاملوا به منذ عام أو عامين، وأشار إليه عدد كثير لوقع إليهم العلم الضرورى كما وقع لأبى يوسف، ولذلك رجع عن موافقة أبى حنيفة بغلبة الظن إلى موافقة مالك لما وقع له من العلم.

فصل: وقوله: «صاعًا من شعير أو صاعًا من تمر»، أو هاهنا على قول جماعة أصحابنا لا يصح أن تكون للتخيير، وإنما هى للتقسيم، ولو كانت للتخيير لاقتضى أن يخرج الشعير من قوته غيره من التمر مع وجوده، ولا يقول هذا أحد منهم فتقديره صاعًا من تمر على من كان ذلك قوته، أو صاعًا من شعير على من كان ذلك قوته.

فصل: وقوله: «على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى»، ذهب أصحابنا إلى أن على هاهنا بمعنى عن، وقد تقدم بيانه، ويؤيد ذلك أنه قال: «على كل عبد»، والعبد لا يجب عليه شيء من ذلك، وإنما يجب على سيده عند هذا الذى ذكره فقهاء الأمصار، وحكى عن داود أنه لا يجب إخراج الفطرة عن عبده، وإنما يخرجها العبد عن نفسه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى وجهًا آخر، وهو أن تكون

كتاب الزكاة ٣٠٣
على معناها على قول من قال: إن زكاة الفطر تجب على العبد، ولكن يتحملها عنه السيد. وأما على قول من قال: إنها تجب على السيد ابتداءً، فإنه أيضًا يحتمل أن يطلق هذا اللفظ، وإن كان الغرم يلزم السيد دون العبد، ولذلك يقال يلزمك على كل دابة من دوابك درهم، وعلى كل ناقة من إبلك بحارسها درهم.

فصل: وقوله: «من المسلمين»، يقتضى اختصاص هذا الحكم بالمسلمين؛ لأن قيد الحكم بهذه الصفة ولم يطلقه، والأصل براءة الذمة، فيجب استصحاب ذلك حتى يدل الدليل على إشغالها بالشرع، وعلى أن فى الحديث ما يدل على اختصاص هذا الحكم بالمسلمين، وانتفائه عن غيرهم، وذلك أن رسول الله ﷺ سُمى ما يخرج زكاة، والزكاة إنما هي تطهير للمسلمين، قال الله تعالى: ﴿أَخَذَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣]، فلا تعلق لها بالكفار؛ لأنها لا تطهرهم ولا تزكئهم.

فإن قيل إن التقييد بصفة الإسلام. إنما حصل فيمن تجب عليه الزكاة، لا فيمن تجب عنه، ولذلك تكون طهارة وزكاة. فالجواب إن التقييد ورد فى الحديث بعد ذكر من تجب عليه، ومن لا تجب فيجب أن تنصرف إلى جميعهم، ولو قلنا: إنها تنصرف إلى جميعهم دون بعض لكان انصرف ذلك إلى من تجب عنه أولى؛ لأنه أقرب مذكور إلى هذه الصفة.

والناس بين قائلين، قائل يقول: إن الصفات والتقييد والاستثناء ينصرف إلى جميع المذكور، وطائفة تقول: ينصرف ذلك إلى أقرب مذكور دون غيره، ولا أحد يقول: إنها تنصرف إلى أبعد مذكور دون أقربه.

وجواب ثان، وهو أن من تجب عليه حجة لنا إذا اعتبر الإسلام فيمن يجب عليه يلزم أن يعتبر فيمن يخرج عنه؛ لأنه أحد نوعى من يتعلق به وجوب الزكاة.

٦٩٣ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عِيَّاضِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي سَرْحِ الْعَامِرِيِّ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا سَعِيدٍ الْخُدْرِيَّ يَقُولُ: كُنَّا نُخْرِجُ زَكَاةَ الْفِطْرِ صَاعًا مِنْ

٦٩٣ - أخرجه البخارى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٤١٠. ومسلم حديث رقم ١٦٤٣. والترمذى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٦٠٩. والنسائى فى كتاب الزكاة حديث رقم ٢٤٦٢، ٢٤٦٣، ٢٤٦٤، ٢٤٦٥، ٢٤٦٨، ٢٤٦٩. وأبو داود فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٣٧٧، ١٣٧٨. وابن ماجه فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٨١٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ١٠٧٥٣، ١١٢٧٣، ١١٤٩٦. والدارمى فى كتاب الزكاة حديث رقم ١٦٠٤، ١٠٦٥.

٣٠٤ كتاب الزكاة

طَعَامٍ أَوْ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ صَاعًا مِنْ أَوْصِيٍّ أَوْ صَاعًا مِنْ زَبِيبٍ،
وَذَلِكَ بِصَاعِ النَّبِيِّ ﷺ.

الشرح: قوله: «كنا نخرج زكاة الفطر»، يلحق عند أكثر أهل العلم بالمسند، وهو مذهب مالك والشافعي؛ لأن الصحابي إذا أخبر بفعل من الشرع، وأضاف ذلك إلى زمن النبي ﷺ، فالظاهر أنه أضافه إلى زمن النبي ﷺ على أن هذا الحديث، رواه داود بن قيس عن عياض بن عبد الله، فقال: كنا نخرج إذ كان فينا رسول الله ﷺ زكاة الفطر، فذكره، فصرح برفعه، فإذا كان الأمر المضاف مما يظهر ويتبين ولا يخفى مثله على النبي ﷺ، ولم ينكره وأقر عليه، فإنه حجة؛ لأنه ﷺ لا يقر على المنكر، وإخراج زكاة الفطر يكثر المخرجون لها والآخذون، ويتكرر ذلك حتى لا يمكن أن يخفى أمرها عن النبي ﷺ وهو بين أظهرهم فتبت أن الخبر حجة، وأنه مسند.

فصل: وقوله: «صاعاً من طعام»، والطعام في كلام العرب واقع على كل ما يتطعم، ولكنه في عرف الاستعمال واقع على قوت الناس من البر، وهذا يدل على أن إخراج البر في زكاة الفطر جائز، وإلى هذا ذهب جماعة الفقهاء، وقال بعض من لا يعتد بخلافه من أهل الظاهر: لا يجزئ إخراج البر في الزكاة، وهذا خلاف لا يعتد به؛ لأنه خلاف الإجماع.

والدليل على ما نقوله حديث أبي سعيد هكذا: كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام أو صاعاً من زبيب، أو صاعاً من شعير، والطعام إذا أطلق توجه بعرف الاستعمال إلى البر، يدل على ذلك أن القائل: اذهب بنا إلى سوق الطعام، لا يفهم منه سوق الجزارين، ولا سوق الزيت، ولا سوق شيء من الأطعمة إلا البر.

فإن قيل هذا اللفظ يستعمل في الشعير على حسب ما يستعمل في البر. فالجواب أن مثل هذا لا ينطلق على سوق الشعير إذا انفرد، وإنما ينطلق على سوق القمح والشعير على سبيل التبع للقمح. وأما سوق الشعير إذا انفرد، فإن هذا الاسم لا ينطلق عليه.

ووجه ثان أنه قال: صاع من طعام أو صاع من شعير، فصرح أن المراد بالطعام غير الشعير كما بين أن المراد بالشعير غير ما بعده لما أورد بينهما لفظ التقسيم أو التخيير، ولا يقسم الشيء في نفسه كما لا يخير بينه وبين نفسه.

فإن قيل، فقد روى حفص بن ميسرة هذا الحديث عن زيد بن أسلم، فقال: كنا

كتاب الزكاة ٣٠٥

نخرج فى عهد رسول الله ﷺ يوم الفطر صاعاً من طعام، قال أبو سعيد: وكان طعامنا الشعير والزبيب والأقط والتمر، إن ذلك كان قوتهم الغالب فى ذلك الزمان، ولا يدل على أن اسم الطعام ينطلق عليه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن زكاة الفطر تخرج من القوت، وقد اختلفت الرواية عن مالك فيما يجرى إخراجها عنه، فقال مالك فى المختصر: يؤديها من كل ما تجب فيه الزكاة إذا كان ذلك من قوته.

وروى عنه ابن القاسم فى كتاب ابن المواز: تؤدى من تسعة أشياء: القمح والشعير والسلت والأرز والدخن والذرة والزبيب والأقط والتمر. زاد ابن حبيب: العلس، فجعلها عشرة.

وقال: إن أخرج الدقيق بريعه أجزاءه، وكذلك الخبز. وقال أشهب: لا تجزئ الأربعة التى فى حديث الشعير والتمر والزبيب والأقط، إلا أن الشعير يدخل معه القمح والسلت لأنهما جنس واحد، وهذه معان تبين القول فى جواز إخراجها، ثم تبين بعد ذلك صفة إخراجها.

فأما القمح فقد تقدم الكلام فيه والشعير ثابت ذكره فى حديث أبى سعيد، وقد انفرد عبدالعزيز بن أبى داود، عن نافع، عن ابن عمر بقوله: كان الناس يخرجون عن صدقة الفطر فى عهد رسول الله ﷺ صاعاً من شعير أو تمر أو سلت أو زبيب، وليس السلست بمحفوظ فى حديث نافع.

والذى يعول عليه فى جواز إخراجها أنه حب من جنس القمح تجزئ فيه الزكاة كالشعير وأيضاً فإن القمح والسلت والشعير جنس واحد، أفضله القمح، وأوسطه السلست، وأدونه الشعير، فإذا كان يجزئ إخراج الشعير، وهو الأدون، فبأن يجزئ إخراج القمح، وهو الأفضل، والسلست هو الأوسط، أولى وأحرى.

مسألة: وأما العلس، فقد قدمنا اختلاف أصحابنا فى إلحاقه بالقمح والشعير والسلت والكلام فى إخراجها فى زكاة الفطر مبنى على ذلك، فإن قلنا إنه من جنس القمح والشعير ألحق به على معنى الجنس. وإن قلنا إنه من غير جنسه ألحق به بالقياس.

مسألة: وأما التمر، فلا خلاف فى كونه مجزئاً، وهو ثابت فى حديث ابن عمر وحديث أبى سعيد. وأما الزبيب فلا خلاف فى جواز إخراجها بين فقهاء الأمصار. وحكى عن بعض المتأخرين المنع من ذلك، وهو محجوج بالإجماع قبله.

٣٠٦ كتاب الزكاة

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور خبر أبي سعيد المتقدم، وفيه: أو صاعاً من زبيب. ومن جهة القياس أن هذه ثمرة تجزئ الزكاة في عينها وعند كمال ثنائها تقتات غالباً، فجاز إخراجها في زكاة الفطر.

مسألة: وأما الأقط، فإن إخراجها جائز، وللشافعي في ذلك قولان، أحدهما: مثل قولنا. والثاني: أنه لا يجزئ.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك حديث أبي سعيد المتقدم، وفيه: أو صاع من أقط. ودليلنا من جهة القياس أن معنى يجزئ فيه الصاع يقتات غالباً يستفاد من أصل تجب في عينه الزكاة، فجاز إخراجها في زكاة الفطر كالحبوب.

مسألة: وأما الأرز، والذرة والدخن، فإنه لا يجوز إخراجها عند أشهب، ويجزئ عند مالك.

وجه قول مالك ما قدمناه من أنه حب يقتات غالباً تجزئ في عينه الزكاة يوم تمامه، فجاز إخراجها في الزكاة كالقمح والشعير. ووجه قول أشهب أنها ليست من جنس المنصوص عليه، فلم يجز إخراجها كاللحم.

مسألة: وأما القطن، الحمص والعدس والجلبان، فهل يجزئ إخراج الفطرة منها أم لا؟ قال مالك في المختصر: يخرج من كل ما تجب فيه الزكاة إذا كان ذلك قوته. وروى عنه ابن القاسم: لا يخرج من القطن، قال ابن حبيب: وإن كان قوته.

وجه القول الأول أن هذا حب يقتات غالباً تجزئ في عينه الزكاة، فجاز إخراجها في زكاة الفطر كالقمح والشعير. ووجه الرواية الثانية أن هذه حبوب تستعمل غالباً بمعنى التأدم، وإصلاح الأتوات، فلم يجز إخراجها في زكاة الفطر كالإبزار.

مسألة: وأما الدقيق، فقد قال مالك: لا يجزئ إخراجها. وقال ابن حبيب: إنما ذلك للريع، فإذا أخرج بمقدار ما يريع القمح أجزاء، وقاله أصبغ.

وجه قول مالك أن زكاة الفطر مقدرة، ومقدار الريع غير مقدر، فلو جوزنا إخراج الدقيق بالريع لأخرجناها عن التقدير الذي فرضها النبي ﷺ وأوجهه إلى الحزر والتخمين الذي يتنافى الزكاة، ولكان لا يطلق على ما يخرج اسم صاع، والنبي ﷺ قد علق حكمها بهذا الاسم.

وجه قول ابن حبيب أن يكون الصاع قد جرى في الخنطة ثم يطحن بعد ذلك، فإن هذا لا يخرجها عن التقدير إلى الحزر والتخمين.

كتاب الزكاة ٣٠٧

مسألة: وأما التين، فقال مالك: لا يخرج في زكاة الفطر، وقد ترجح فيه في المستخرجة، وهذا على قوله: إن الزكاة لا تجزئ فيه، وأن الربا لا يتعلق به، وذلك أنه لم يره من الأقوات لما لم يكن بلد يقتات فيه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والصواب عندي أنه من الأقوات، وأن تجزئ فيه الزكاة والربا ويخرجه في زكاة الفطر من يتقوته، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذه الأقوات بعضها أرفع من بعض، فعلى أهل كل بلد أن يخرجوا من غالب قوتهم وأكثر ما يستعمل في جهتهم، فإن كان رجل يقتات بغير ما يقتات به أهل بلده فينظر، فإن اقتات أفضل من قوتهم، فالأفضل له أن يخرج من قوته.

فإن أخرج من قوة بلده أجزاء؛ لأنه هو الذى يلزمه، وما زاد على قوت الناس، فإنما هو بمعنى الترفه والتفكه، فليس عليه إخراج، وإن كان يقتات دون قوت الناس، فلا يخلو أن يكون ذلك من عسر أو بخل، فإن كان من عسر لم يلزمه غير قوته؛ لأنه غير واجد لأكثر منه.

وإخراج الزكاة يتعلق بالوجود لقوله تعالى: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧]، فإن كان يفعل ذلك لبخل، لزمه أن يخرج زكاة الفطر من قوت الناس؛ لأن حق الزكاة يتعلق بذلك فتقصيره هو في نفسه لا يسقط عنه الزكاة.

وقال ابن حبيب: الحنطة والشعير والسلت جنس واحد، فمن أكل الحنطة وأخرج الشعير أو السلست أجزاءه.

وجه قول مالك أن هذه زكاة، فإن تعلق بنوع لم يجزأ دون منه. أصل ذلك من وجبت عليه زكاة حنطة لا يجزيه أن يخرج عنها حنطة رديئة.

وجه قول ابن حبيب، قال القاضي أبو محمد: ظاهر الحديث صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير، «أو» تقتضى التخيير، وهذا الذى حكاه القاضى أبو محمد فيه نظراً؛ لأن ابن حبيب لا يميز التخيير من المذكور فى الحديثين، وإنما يميز التخيير بين القمح والشعير، وهو مذكور فى الحديث وبين القمح والسلت، وليس بمذكور فى الحديث، وأما التمر والأقط والزبيب المذكور ذلك فى الحديث مع الشعير، فلا نرى فيها التخيير.

قال ابن حبيب: وأما السنة الأصناف الباقية، فليخرج من بدله، فإن أخرج من عينه لم يجزه.

٦٩٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يُخْرِجُ فِي زَكَاةِ الْفِطْرِ إِلَّا التَّمْرَ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، فَإِنَّهُ أَخْرَجَ شَعِيرًا.

الشرح: قوله: «كان لا يخرج في زكاة الفطر إلا التمر»؛ لأنه كان قوته وقوت أهل بلده بالمدينة، فلذلك كان يرى أن لا يجزيه غير التمر، وكان يقتصر على إخراجها، ويحتمل أنه كان يخرجها مع التمكّن من الشعير ويقوت به؛ لأنه كان يرى التمر أفضل منه، وإن كان الشعير يجزيه. وقد قال أشهب: أحب إلى أن يخرج بالمدينة التمر.

وروجه ذلك أنه أفضل أقواتهم؛ لأنه لا يكاد يقتات فيها إلا التمر أو الشعير، وأما اقتيات القمح فنادر، وإنما أخرج ابن عمر الشعير مرة واحدة إذ أعوزه التمر، وكذلك رواه أيوب عن نافع أنه قال: كان عبدالله يعطى التمر، فأعوز أهل المدينة التمر عامًا، فأعطى شعيرًا.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْكَفَّارَاتُ كُلُّهَا وَزَكَاةُ الْفِطْرِ وَزَكَاةُ الْعُشُورِ كُلُّ ذَلِكَ بِالْمُدِّ الْأَصْغَرِ مُدِّ النَّبِيِّ ﷺ إِلَّا الظُّهَارَ^(١) فَإِنَّ الْكَفَّارَةَ فِيهِ بِمُدِّ هِشَامٍ، وَهُوَ الْمُدُّ الْأَعْظَمُ.

الشرح: وهذا كما قال أن الكفارات كلها غير كفارة الظهر، إنما تخرج بمد النبي ﷺ إما مد لكل إنسان، وإما مدان على حسب ما أثبتته الشرع.

وقوله: «وزكاة العشور»، إنما يريد أن اعتبار النصب، إنما هو بمد النبي ﷺ وكذلك زكاة الفطر الاعتبار بما يخرج إنما هو بالمد المذكور. وأما الظهر، فإن الكفارة فيه بمد هشام بن إسماعيل، وقد اختلف أصحابنا في مقداره، فمنهم من قال: مدان إلا ثلث، بمد النبي ﷺ ومنهم من قال: مدان به، وإنما قدر مالك كفارة الظهر به لما رأى أنه مقدار يجزى إلا أن الشرع، ورد بمد هشام؛ لأن الشرع قد كان قبل هشام، وسيأتي الكلام على هذا الفصل في الظهر، إن شاء الله تعالى.

* * *

٦٩٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٩٠.

(١) الظهر: قول الرجل لزوجته: أنت على كظهر أمي.

وقت إرسال زكاة الفطر

٦٩٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَبْعَثُ بِزَكَاةِ الْفِطْرِ إِلَى الَّذِي تَجْمَعُ عِنْدَهُ قَبْلَ الْفِطْرِ بِيَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ.

الشرح: قوله: «كان يبعث بزكاة الفطر إلى الذي تجمع عنده»، يريد أنه كان يبعث بها إليه لتكون عنده إلى أن يجب خروجها، فيخرجها عنه، وذلك يقتضى أنه كان نصب لها الإمام أو من كان إليه الأمر رجلاً يرسل إليه بها، فتجتمع عنده حتى يضعها في وقتها حيث رأى.

قال مالك: وإذا كان الإمام عدلاً، فأرسالها إليه أحب إلى، وذلك أن أهل الحاجة والفاقة إنما يقصدون الإمام، ويطلبون منه لكون بيت المال بيديه، فإذا كان من أهل العدل، فدفعت هذه الحقوق إليه أولى ليضعها في نوائب المسلمين، وما يعتريه من ضروراتهم، ومواضع حاجتهم.

مسألة: فإن أخرجها من هي عليه دون أن يرسلها أجزأته؛ لأنها ليست من الأموال الظاهرة التي يبعث إلى الإمام فيها، وإنما هي إلى أمانة من يخرجها.

مسألة: ولا يرسل الإمام فيها من يطلب الناس بها كما يفعل في زكاة الماشية والثمار والحبوب، وإنما ينصب لذلك من يثق من أهل الدين والفضل، فمن شاء أن يرسل إليه فطرته قبضها، ومن ولى إخراجها لم يطلب منه شيئاً، ولا يجوز لمن وليها عن نفسه أن يخرجها قبل وقت وجوبها، هذا المشهور من مذهب مالك.

وروى عن ابن القاسم: إن أخرجها قبل ذلك بيوم أو يومين أجزأه، وبه قال أصبغ، وهذا مبنى على أن الزكاة يجوز إخراجها قبل وقت وجوبها، وقد تقدم ذكره.

قَالَ مَالِكُ: إِنَّهُ رَأَى أَهْلَ الْعِلْمِ يَسْتَحِبُّونَ أَنْ يُخْرِجُوا زَكَاةَ الْفِطْرِ إِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ مِنْ يَوْمِ الْفِطْرِ قَبْلَ أَنْ يَغْدُوا إِلَى الْمُصَلَّى.

قَالَ مَالِكُ: وَذَلِكَ وَاسِعٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْ تُؤَدَّى قَبْلَ الْغَدُوِّ مِنْ يَوْمِ الْفِطْرِ أَوْ بَعْدَهُ.

٦٩٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٩١. البيهقي في السنن الكبرى ١٧٥/٤. والسنن الصغرى ٦٦/٢.

٣١٠ كتاب الزكاة

الشرح: وهذا كما قال أنه يستحب أن يخرج زكاة الفطر بعد طلوع الفجر قبل الغدو إلى المصلي. والأصل في ذلك ما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ أمر بزكاة الفطر قبل خروج الناس إلى الصلاة.

وروجه ذلك أن دفعها إلى المساكين في ذلك الوقت سبب إلى انتفاعهم بها ذلك اليوم وفطرهم بها، وبذلك يستغنون عن التطوف في ذلك اليوم على الناس في المصلي ومنعاً لهم من النظر عليه والانتفاع بها في أول يوم الفطر.

مسألة: واختلف الرواية عن مالك في وقت وجوب زكاة الفطر، فروى عنه أشهب، أنها تجب بغروب الشمس من آخر أيام رمضان. وروى عنه ابن القاسم ومطرف: تجب بطلوع الفجر من أول يوم من شوال.

قال القاضى أبو محمد، وجماعة من أصحابنا: إنها تجب بطلوع الشمس من يوم الفطر. قال أبو بكر بن الجهم: وهذا هو الصحيح من مذهب مالك.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: هذا الذى ذكره القاضى أبو محمد وجماعة ممن رأيت كلامه على هذه المسألة، ولأصحابنا بمسائل تقتضى غير هذه الأقوال كلها.

وجه رواية أشهب قوله: فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر من رمضان، فأضافها إلى الفطر من رمضان، وحقيقته أول فطر يقع في زمان شوال، وهو بعد غروب الشمس من آخر أيام رمضان، فوجب أن يكون ذلك وقت وجوبها.

ووجه رواية ابن القاسم ما قدمناه قبل هذا أن الفطر من رمضان إنما ينطلق على الفطر الذى يخالفه صوم رمضان وينافيه، وذلك فطر أول من شوال، وأما الفطر عند غروب الشمس، فليس بمناف لصوم رمضان.

ومن جهة المعنى أنه يستحب إخراج زكاة الفطر بعد طلوع الفجر، وقبل الغدو إلى المصلي، وهذا يدل على أنه لو كان أول وقت وجوبها عند غروب الشمس لكان ذلك وقت استحباب خروجها.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن قلنا إن وقت الوجوب طلوع الفجر، فمن ولد له مولود أو اشترى مملوكاً قبل طلوع الفجر وجب عليه إخراج الزكاة عنه، وإن مات له ولد أو باع عبده، قال أشهب: أو أعتقه أو طلق امرأته طلاقاً بائناً أو احتلم ولده الذكر أو بنى بابنته البكر قبل طلوع الفجر، سقطت عنه زكاة الفطر، وكذلك الأمر فيمن قال: إن وقت الوجوب غروب الشمس.

كتاب الزكاة ٣١١
وكذلك يجرى حكم من أسلم في المشهور من قول مالك وأصحابه إلا أشهب،
فإنه قال: لو أسلم قبل الفجر من يوم الفطر أو بعد الفجر من آخر يوم رمضان، فلا
فطرة عليه، ويستحب له ذلك، ولو أدرك صيام يوم لزمته. قال ابن حبيب: هذا شاذ،
ولو وجبت بالصوم لسقطت عن المولود.

فصل: وقول مالك: «وذلك واسع أن يؤدوا قبل الغدو من يوم الفطر أو بعده»،
يريد أنه لا يفيت الإخراج والأداء بالغدو إلى المصلي؛ لأن وقت الأداء واسع، وإن كان
وقت الوجوب قد انقضى.

* * *

من لا تجب عليه زكاة الفطر

مَالِكٌ: لَيْسَ عَلَى الرَّجُلِ فِي عَيْدِ عَيْبِدِهِ وَلَا فِي أَحْيَرِهِ وَلَا فِي رَقِيقِ امْرَأَتِهِ زَكَاةٌ
إِلَّا مَنْ كَانَ مِنْهُمْ يَخْدُمُهُ وَلَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ، فَتَجِبُ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ زَكَاةٌ فِي أَحَدٍ مِنْ
رَقِيقِهِ الْكَافِرِ مَا لَمْ يُسَلِّمْ لِتِجَارَةٍ كَانُوا أَوْ لِغَيْرِ تِجَارَةٍ.

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس عليه زكاة في عيد عبيده؛ لأن عيد عبيده ليسوا
في ملكه، وإنما يكونون في ملكه بعد أن ينزعهم، بدليل أنه لو أعتق عبيده لم يعتقوا
بعقوبتهم، ولكانوا ملكاً لهم، إلا أن يستثيهم ولينزعهم، ولا تجب عليه نفقتهم، فلا
زكاة عليه فيهم، ولا فطرة عليه في أحيره، وإن التزم نفقته؛ لأن نفقة الأجير ليست
بلازمة بالشرع، وإنما هي إجارة تشترط في العقد كما تشترط الزيادة من الإجارة
وجنسها.

وقوله: «ولا في رقيق امرأته»، قد تقدم الكلام فيه.

وقوله: «ولا زكاة عليه في رقيقه إذا لم يكونوا مسلمين لتجارة كانوا أو غيرها»،
لأنهم ليسوا من أهل الطهارة على ما تقدم ذكره، وليست هذه الزكاة من زكاة
الأموال، فتجب فيهم عليه إذا كانوا للتجارة، وإنما هي زكاة على وجه الطهارة لمن
أخرجت عنه، فسواء كانوا للتجارة أو لغيرها، لم يخرج عنهم.

وإنما يختلف حكمهم إذا كانوا للتجارة أو غيرها في زكاة القيمة، فإنهم إذا لم
يكونوا للتجارة زكيت قيمتهم كسائر العروض والحيوان، فلا يعتبر هناك إسلام ولا
جزية، وليست كذلك هذه الزكاة، فإنها مختصة بالرقاب، ولذلك لا يخرج عن غير بنى

..... ٣١٢ كتاب الزكاة
آدم وتخرج عن الأحرار، فليست من زكاة الأموال، وإنما هي من معنى طهارة بنى آدم،
فمن كان من أهل الطهارة، وهم المسلمون، لزمته ولزمت عنه، ومن لم يكن من أهل
الطهارة لم تلزمه، ولم تلزم عنه، والله أعلم وأحكم.

تم كتاب الزكاة والحمد لله.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحج

الفصل للإهلال

٦٩٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ عُمَيْسٍ أَنَّهَا وَلَدَتْ مُحَمَّدَ بْنَ أَبِي بَكْرٍ بِالْبَيْدَاءِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ أَبُو بَكْرٍ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «مُرَّهَا فَلْتَغْتَسِلْ ثُمَّ لِيُتَهَلَّ».

الشرح: البيداء موضع متصل بذى الخليفة، فولدت أسماء قبل أن تحرم، فذكر أبو بكر ذلك لرسول الله ﷺ، وظاهر الأمر أنه سأله مستفتياً، فيحتمل أن يكون سأله، إن كان النفاس ودمه الذى يمنع صحة الصوم والصلاة، يمنع صحة الحج، فبين له النبي ﷺ أن النفاس لا ينافى الحج، ولا يمنع صحته بل يصح جميع أفعاله مع النفاس إلا ما له تعلق بالبيت من الطواف والركوع الذى يحتاج إلى طهارة، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولو كان الحيض والنفاس يمنعان صحته وينافيانه، لا تمتنع من ذلك أداء الحج لكل من يحيض؛ لأن الحج لا ينقضى إلا فى مدة طويلة من وقت الإحرام به إلى التحلل منه، وليس كل من أرادت الحج يمكنها أن تكون فى أول طهرها، فكانت لا تأتى على إكمال الحج حتى يطراً عليها، فيبطل ما تقدم من حجها.

٦٩٦ - أخرجه مسلم ٨٦٩/٢ كتاب الحج، باب ١٦، حديث رقم ١٠٩ عن عائشة. والنسائي فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦١٣. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٨٣٧. أبو داود حديث رقم ١٧٤٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٩١١.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٦٨/٥: هكذا هذا الحديث فى الموطأ مرسلأ عن جماعة الرواة عن مالك، لم يختلفوا فيه فيما علمت، إلا أن بعض رواة الموطأ يقول فيه عن مالك، عن عبد الرحمن ابن القاسم، عن أبيه، أن أسماء. وبعضهم يقول فيه: عن أسماء أنها ولدت، والقاسم لم يلق أسماء بنت عميس، فهو مرسل فى رواية مالك.

٣١٤ كتاب الحج
ويحتمل أن يكون سأل عن اغتسالها للإحرام إن علم أن إحرامها بالحج يصح؛ لأن
الاعتسال للمحرم مشروع في ثلاثة مواطن، أحدها: عند الإحرام، فخاف أن يكون
النفاس يمنع الاعتسال الذي يوجب حكم الطهر، فبين له النبي ﷺ أن الغسل مشروع
لها؛ لأن ذلك الغسل ليس لرفع حدث، فلا ينافيه حيض ولا غيره، وإنما هو غسل
مشروع للإحرام، وإذا لم يمنع الإحرام الحيض والنفاس، لم يمنع الغسل.

٦٩٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ
عُمَيْسٍ وَلَدَتْ مُحَمَّدَ بْنَ أَبِي بَكْرٍ بِنْدَى الْخَلِيفَةِ، فَأَمَرَهَا أَبُو بَكْرٍ أَنْ تَغْتَسِلَ ثُمَّ
تُهَلَّ^(١).

الشرح: قوله في هذا الحديث: «بندى الخليفة» وفي الحديث المتقدم «بالبيداء» ليس
بمختلفين؛ لأن البيداء متصلة بذى الخليفة، ويحتمل أن يكون منزل أسماء مع أبي بكر
ومبيتها بها، فنسب الراوى ذلك إلى الخليفة لأنها كانت المقصودة بالنزول فيها، ولعل
أبا بكر، رضى الله عنه، قصد النزول في ناحية منها للانفراد من الناس لاسيما لحاجة
أهله إلى الولادة.

وقد قال عبدالرحمن بن مهدي في روايته عن مالك حديث عبدالرحمن بن القاسم
«أن أسماء بنت عميس نفست محمد بن أبي بكر بندى الخليفة»، وذلك كله لتقارب
الموضعين، ولما قدمنا ذكره، وأما الإهلال، فلا يكون إلا بندى الخليفة، وسنذكره في
موضعه، إن شاء الله.

فصل: وقوله في هذا الحديث: «فأمرها أبو بكر أن تغتسل ثم تهل»، موافق لما
تقدم؛ لأن أبا بكر استفتى لها النبي ﷺ، فأمره النبي ﷺ أن يأمرها تغتسل ثم تهل،

٦٩٧ - راجع تخريج الحديث السابق. وطبقات ابن سعد ٢٢٨/٨. الاستذكار لابن عبد البر برقم
٦٧٢.

(١) قال في الاستذكار ١٠/١١: اختلفوا فيه عن سعيد. فرواه ابن وهب عن الليث، ويونس،
وعمر بن الحارث، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب مرفوعاً أن رسول الله ﷺ أمر أسماء
بنت عميس، أم عبد الله بن جعفر، وكانت عاركا أن تغتسل ثم تهل بالحج. قال: ابن شهاب:
فلتفعل المرأة في العمرة ما تفعل في الحج. ورواه ابن عيينة عن عبد الكريم الجزري، وعن يحيى
ابن سعيد، عن سعيد بن المسيب موقوفاً على أبي بكر كما رواه مالك. والمعنى فيه صحيح عند
جماعة العلماء في الحائض والنفاس تغتسلان وتهلان بالحج وإن شاءتا بالعمرة، ثم تحرمان، وإن
شاءتا فلتعملا عمل الحج كله إلا الطواف بالبيت.

كتاب الحج ٣١٥
فامتثل أبو بكر أمر النبي ﷺ، وأمرها بذلك، فكل روى ونقل ما حفظ من الأمرين،
والله أعلم.

٦٩٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمَرَ كَانَ يَغْتَسِلُ لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ
يُحْرِمَ وَيَدْخُلَ مَكَّةَ وَلَوْ قُوفِهِ عَشِيَّةَ عَرَفَةَ.

الشرح: قوله: «يغتسل لإحرامه»، على حسب ما تقدم ذكره من أنه مشروع
للإحرام ويقدم له.

وقوله: «للدخوله مكة»، أضاف الغسل إلى دخول مكة، وإن كان مقصوده الطواف؛
لأنه يفعل عند دخول مكة ليتصل الدخول بالطواف، والغسل في الحقيقة للطواف دون
الدخول، ولذلك لا تغتسل الحائض ولا النفساء لدخول مكة لتعذر الطواف عليهما.

فصل: وقوله: «ولو قوفه عشية عرفة»، يقتضى أن حقيقة الغسل للوقوف، ولذلك
تغتسل الحائض والنفساء للوقوف بعرفة، وإنما يستحب تقديمه قبل الصلاة لمعنيين،
أحدهما: اتصال الوقوف بالصلاة، والثاني: أن الصلاة مما شرع لها الاغتسال، فيجمع
في غسله الأمرين، الصلاة والوقوف، كما يفعل عند الإحرام حقيقة الغسل والإحرام،
ولكنه يقدمه قبل الصلاة لما قدمناه، والعشاء من وقت الزوال آخر النهار، وهو وقت
الوقوف، وسيأتى بيان زمان الوقوف بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

* * *

غسل المحرم

٦٩٩ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حُنَيْنٍ، عَنْ أَبِيهِ

٦٩٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٧٣. البغوى فى شرح السنة ٤٤/٧. البيهقى فى
السنن الكبرى ٣٣/٥.

٦٩٩ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٧٠٩. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم
٢٠٩١. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٥٦٨. وابن ماجه فى كتاب المناسك
حديث رقم ٢٩٢٥. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٤٢٩، ٢٢٤٤٦، ٢٢٤٧٥. والدارمى
فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٢٥.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٧١/٥: روى يحيى بن يحيى هذا الحديث عن مالك، عن زيد بن
أسلم، عن نافع، عن إبراهيم ابن عبد الله بن حنين، عن أبيه - فذكره. ولم يتابعه على إدخال
نافع بين زيد بن أسلم وبين إبراهيم بن عبد الله بن حنين، أحد من رواة الموطأ عن مالك فيما =

أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَالْمِسُورَ بْنَ مَخْرَمَةَ اخْتَلَفَا بِالْأَبْوَاءِ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: يَغْسِلُ الْمُحْرِمُ رَأْسَهُ، وَقَالَ الْمِسُورُ بْنُ مَخْرَمَةَ: لَا يَغْسِلُ الْمُحْرِمُ رَأْسَهُ، قَالَ: فَأَرْسَلَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ إِلَى أَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ فَوَجَدْتُهُ يَغْتَسِلُ بَيْنَ الْقَرْنَيْنِ^(١)، وَهُوَ يُسْتَرُّ بِثَوْبٍ، فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ فَقَالَ: مَنْ هَذَا فَقُلْتُ: أَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ حُنَيْنٍ، أَرْسَلَنِي إِلَيْكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ أَسْأَلُكَ كَيْفَ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَغْسِلُ رَأْسَهُ، وَهُوَ مُحْرِمٌ، قَالَ: فَوَضَعَ أَبُو أَيُّوبَ يَدَهُ عَلَى الثَّوْبِ فَطَاطَأَهُ جَتَّى بَدَأَ لِي رَأْسَهُ ثُمَّ قَالَ لِإِنْسَانٍ يَصُبُّ عَلَيْهِ: اصْطَبْ، فَصَبَّ عَلَى رَأْسِهِ ثُمَّ حَرَّكَ رَأْسَهُ بِيَدَيْهِ فَأَقْبَلَ بِهِمَا وَأَذِيرَ، ثُمَّ قَالَ: هَكَذَا رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَفْعَلُ.

الشرح: اختلافهما بالأبواء، يحتمل أن يكون بمعنى المذاكرة بالعلم، ويحتمل أن يكون أحدهما فعل من ذلك ما أنكره الآخر.

والظاهر من إرسال عبدالله بن عباس إلى أبي أيوب الأنصاري يسأله عن صفة غسل النبي ﷺ وهو محرم، أن عبدالله بن عباس علم عند أبي أيوب من ذلك علماً، ولو لم يعلم ذلك لأرسل إليه يسأله هل عنده من ذلك علم.

فوجد عبدالله بن حنين أبا أيوب يغتسل بين القرنين، وهما الخشبستان يركزان أو الرجلان بينين على البئر يستقر عليهما، وأبو أيوب يستتر بثوب؛ لأن الغسل يحتاج من كشف عورته إلى ما لا بد له معه من الستر، لاسيما حيث لا يأمن من أن يطلع عليه، وينظر إليه، فسلم عليه عبدالله بن حنين، وهو في تلك الحال؛ لأنه احتاج إلى مخاطبته فيها؛ لأنها الحال التي أرسل إلى سؤاله عنها، فاستفتح لكلامه بالسلام عليه.

وإن كان من هو على مثل هذا الحال تجتنب مكالمته، ويغض البصر عنه، وينصرف عن جهته لما هو عليه، ولما يجب إفراده به من العمل، ولا يشتغل بغيره لسرعة تمامه، ولتلا يدخل عليه سهو في عمله، فأخبره عبدالله بن حنين أنه أرسل يسأله كيف كان رسول الله ﷺ يغسل رأسه وهو محرم.

=علمت، وذكر نافع في هذا الإسناد عن مالك، خطأ عندي لا أشك فيه، فلذلك لم أر لذكره في الإسناد وجهاً، وطرحته منه كما طرحه ابن وضاح وغيره، وهو الصواب، إن شاء الله، وهذا مما يحفظ من خطأ يحيى بن يحيى في الموطأ وغلطه.

(١) بين القرنين: بفتح القاف ثنية قرن وهما الخشبستان القائمتان على رأس البئر وشبههما من البناء وعمد بينهما خشبية يجر عليها الحبل المستقى به ويعلق عليها البكرة.

كتاب الحج ٣١٧

وهذا خلاف لظاهر ما اختلف فيه المسور وعبدالله بن عباس؛ لأنهما اختلفا هل يغسل رأسه أو لا يغسله، ولم يختلفا في صفة غسله؛ لأن ذلك لا يكون إلا بعد الاتفاق على الغسل، ولا يمكن للمسور أن يقول: إن المحرم إذا أصابته جنابة لا يغسل رأسه.

فلا بد أن يكون خلافا فيهما فيما زاد على الفرض من الغسل، وفي إمرار اليد جملة، مع اعتقاده أن الفرض إفاضة الماء فقط، لتأويله أو يكون اختلفا في غسل غير واجب، فطأطأ أبو أيوب الثوب حتى بدا رأسه لعبد الله بن حنين، ثم قال: أصيب، ثم حرك رأسه بيديه، فأقبل بهما وأدبر.

ولو اقتصر أبو أيوب على فعله لكان مسنئداً؛ لأن عبدالله بن حنين إنما سأله عن فعل رسول الله ﷺ، فإذا فعل ذلك فعلاً يريه إياه، كان بمنزلة أن يقول هكذا كان يفعل، فكيف وقد أكد ذلك، رضى الله عنه، بأن قال بعد غسل رأسه وتحريكه بيديه: «هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعل».

ولعل المسور بن مخرمة إنما أنكر ذلك خشية قتل الدواب في الرأس، وإزالة الشعث على حسب ما توقع يعلى بن أمية من الصب على رأس عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، وليس في إمرار اليد على الرأس قتل لها ولا إزالتها عن موضعها إلا مثل ما في صب الماء على الرأس خاصة، ولذلك كانا مباحين.

فأما الانغماس في الماء، فإنه محظور عند مالك، رحمه الله، على المحرم؛ لأنه ربما زال القمل بكثرة الماء عن الشعر، فيأتي من قتل الدواب بما حظر عليه، ومنع منه.

وقد روى عمر بن الخطاب وعبدالله بن عباس إجازة انغماس المحرم في الماء. وأما اغتسال أبي أيوب، فلا يعلم هل كان غسلًا واجبًا أو غير واجب، ولم يبين إلا صفة العمل، والله أعلم.

٧٠٠ - مَالِكُ عَنِ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ، عَنِ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لِيَعْلَى بْنِ أُمِيَّةَ وَهُوَ يَصُبُّ عَلَيَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مَاءً، وَهُوَ يَغْتَسِلُ: اصْطَبُّ عَلَيَّ رَأْسِي، فَقَالَ يَعْلَى: أَتُرِيدُ أَنْ تَجْعَلَهَا بِي إِنْ أَمَرْتَنِي صَبَبْتُ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: اصْطَبُّ فَلَنْ يَزِيدَهُ الْمَاءُ إِلَّا شَعْتًا.

٧٠٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٧٤. البيهقي في السنن الكبرى ٦٣/٥. المغني

٣١٨ كتاب الحج
الشرح: صب يعلى على رأس عمر وهو يغتسل، يحتمل أن يكون من وراء ستر،
ويحتمل أن يغتسل عمر تبرداً، وعليه إزار، فإن الغسل للتبريد جائز للمحرم، وإن كان
لغير ضرورة، وهذه رواية ابن القاسم عن مالك.

ووجه ذلك ما قاله عمر بن الخطاب، رضى الله عنه: لا يزيد الماء البارد الشعر إلا
شعثاً، وإنما يكره غسل الرأس بما يزيل الشعث أو يسبب قتل شيء من الحيوان كالخظمي
ونحوه، فمن غسل رأسه به افتدى.

فصل: وقوله يعنى: «أتريد أن تجعلها بى» حذر من أن يكون صب الماء يلحق به أمراً
من فدية أو غيرها، فقال: أتريد أن تجعل ذلك على إذ وليتني، «إن أمرتني صببت»، يريد
إنى أفعل ما تأمرنى به، فكراهيته إنما تتعلق بالأمر، فقال له عمر: «أصبب فلن يزيده الماء
إلا شعثاً»^(١).

٧٠١ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا دَنَا مِنْ مَكَّةَ بَاتَ بِذِي
طَوًى بَيْنَ الثَّنِيَّتَيْنِ حَتَّى يُصْبِحَ، ثُمَّ يُصَلِّي الصُّبْحَ، ثُمَّ يَدْخُلُ مِنَ الثَّنِيَّةِ الَّتِي بِأَعْلَى
مَكَّةَ، وَلَا يَدْخُلُ إِذَا خَرَجَ حَاجًّا أَوْ مُعْتَمِرًا حَتَّى يَغْتَسِلَ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ مَكَّةَ إِذَا دَنَا
مِنْ مَكَّةَ بِذِي طَوًى^(١) وَيَأْمُرُ مَنْ مَعَهُ، فَيَغْتَسِلُونَ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلُوا.

الشرح: قوله: «أن عبد الله بن عمر كان يبيت بذي طوى»، وهو ربض من أرباض
مكة، حكمه حكمها، «حتى يصبح، فيصلى الصبح، ثم يدخل»، يحتمل أن يكون ابن
عمر، رضى الله عنه، واطب على هذا لما رأى من فعل النبى ﷺ أو لأن الدخول فى
آخر النهار فيه مشقة؛ لأنه يضيق ما بقى من آخره عن قضاء ما يلزم الوارد فى قدومه،
وما لا بد له من أحوال نفسه، فكيف بما ينضاف إلى ذلك، بل يقدم عليه من قصد به
البيت والطواف والركوع والسعى.

(١) قال فى الاستذكار: قول يعلى: «أتريد أن تجعلها بى؟» يريد الفدية يقول: إن صببت على
رأسه ماء يكاد يموت شيء من دواب رأسه من ذلك. أو ليس الشعر وزوال شعثه لزممتنى الفدية.
فإن أمرتني كانت عليك، فأخبره عمر أنه لا فدية فى ذلك الفعل على فاعله ولا على الأمر به.
هذا معنى قوله، والله أعلم.

٧٠١ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٦٤٦. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم
٢٢٠٧. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٥٨٩. والدارمى فى كتاب المناسك
حديث رقم ١٧٦٧، ١٨٤٦.

(١) ذى طوى: مثل الطاء والفتح أشهر، مقصور منون واد بقرب مكة.

كتاب الحج ٣١٩

وربما ترك راحلته ورحله، وربما ترك ذلك لغير حافظ والأمر في الليل أشد منه في النهار، فأثر المبيت بذي طوى لمن يقدم آخر النهار، وقدم ليلاً حتى يدخل في أول النهار، فيتمكن من الطواف والسعى وترك راحلته بين الوارد والصادر، فلا ينفرد بها من يريد اغتياله فيها، ولم يفسخ في قضاء حوائجه المختصة به.

فصل: وقوله: «ثم يدخل من الثنية التي بأعلى مكة»، وهي كداء، بفتح الكاف، والتي بأسفل مكة كدى، بضم الكاف، ودخل النبي ﷺ من كداء بأعلى مكة، ولذلك كان ابن عمر يدخل منها.

فصل: وقوله: «ولا يدخل إذا خرج حاجاً أو معتمراً حتى يغتسل قبل أن يدخل مكة إذا دنا من مكة بذي طوى»، على ما ذكرناه من أن الاغتسال لدخول مكة مشروع، فمن أتاه من جهة ذى طوى اغتسل بها، ومن أتاه من غير تلك الجهة اغتسل بقربها، وفي أول أرباضها.

وقد قال مالك: الغسل لدخول مكة بذي طوى، يريد من جاء من جهتها، قيل له: فمر الظهران، قال: الذي سمعت بقرب مكة، وإنما ذلك لأن من سنة الوارد أن يتصل طوافه بدخوله، فلذلك قدم غسله لئلا يفصل بين الدخول والطواف بطلب الماء والاعتسال. قال مالك: ومن اغتسل بعد دخول مكة فواسع.

ووجه ذلك أنه قد يتعذر وتلحق المشقة بمراعاته والاستعداد له مع شغل الوارد ومؤنة السفر.

٧٠٢ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يَغْسِلُ رَأْسَهُ وَهُوَ مُحْرِمٌ إِلَّا مِنْ أَحْتِلَامٍ.

الشرح: وقوله: «كان لا يغسل رأسه وهو محرم إلا من احتلام»، ظاهره أن غسله لدخول مكة والوقوف بعرفة كان يختص بجسده دون رأسه. وقد قال ابن حبيب: إذا اغتسل المحرم لدخول مكة، فإنما يغسل جسده دون رأسه، فقد كان ابن عمر لا يغسل رأسه وهو محرم، إلا من جنابة ومن غسل رأسه فلا حرج ما لم يغمس رأسه في الماء.

وقال الشيخ أبو محمد: لعل ابن عمر كان لا يغسل رأسه إلا من جنابة، يعنى في غير هذه المواطن الثلاثة، فذهب إلى تخصيص ذلك. وحكى ابن المبراز عن مالك أن

٣٢٠ كتاب الحج
المحرم لا يتدلك في غسل دخوله مكة والوقوف بعرفة ولا يغسل رأسه إلا بالماء وحده
يصب صبًّا، ولا يغيب رأسه في الماء، وإلى هذا ذهب إبراهيم النخعي من أن المحرم
يغسل رأسه، غير أنه لا يدلُّه بيديه.

وظاهر لفظ مالك يقتضى جواز الغسل، وهو الظاهر من مذهب عمر، رضى الله
عنه، وبه قال ابن حبيب، غير أنى اعتبرت ذلك من قول مالك، فرأيت كل موضع
أباح فيه الغسل للمحرم لغير جنابة، فإنه لا يذكر فيه إمرار اليد، وإنما يذكر فيه صب
الماء، وإذا ذكر غسل الجنابة ذكر إمرار اليد، ولعله اجتنب الخلاف، والله أعلم.

مَالِكُ: سَمِعْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: لَا بَأْسَ أَنْ يَغْسِلَ الرَّجُلُ الْمُحْرِمُ رَأْسَهُ
بِالْغَسُولِ بَعْدَ أَنْ يَرْمِيَ جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ، وَقَبْلَ أَنْ يَحْلِقَ رَأْسَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا رَمَى
جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ، فَقَدْ حَلَّ لَهُ قَتْلُ الْقَمَلِ، وَحَلْقُ الشَّعْرِ، وَإِلْقَاءُ التَّفَثِ^(١) وَتُبْسُ
الثِّيَابِ^(٢).

الشرح: وهذا كما قال وذلك أن الإحرام يمنع من إمطة الأذى وهو جمرة العقبة؛
لأن مواع الإحرام على ضربين، رث وإلقاء تفث.

فالرفث هو الجماع وما فى معناه من الالتذاذ بالنساء، وما يدعو إلى الجماع من
الطيب والعقود التى مقصودها الجماع كالنكاح، وأما إلقاء التفث، فهو حلق الشعر،
وإزالة الشعث والزينة وقتل القمل وخلع ثياب الإحرام، ولبس المخيط وما فى معناه.

فأما إلقاء التفث، فهو مباح بأول التحللين، وأما الرفث، فإنه لا يستباح إلا بآخر
التحللين، وهو طواف الإفاضة، فإذا رمى جمرة العقبة، جاز له أن يغسل رأسه
بالغاسول؛ لأنه ليس فيه أكثر من إزالة الشعث، وتنقية البشرة والشعر، وقتل القمل،
وهذا كله يستباح بالتحلل الأول، وهو رمى جمرة العقبة يوم النحر، والله أعلم وأحكم.

* * *

(١) التفث، محرقة فى المناسك: الشعث، وما كان من نحو قص الأظفار والشارب، وحلق العانة

وغير ذلك. وككتف: الشعث، والمغير. انظر: القاموس المحيط مادة تفث.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٥/١١، وقال: قد احتج مالك لما حكاه عن أهل العلم

بمجة صحيحة، لأن عمر بن الخطاب خطب بهذا المعنى على رؤوس الناس. بمنى فلم ينكر أحد،

قال: إذا رميت جمرة العقبة فقد حل لكم كل ما حرم عليكم إلا النساء والطيب.

ما ينهى عنه من لبس الثياب فى الإحرام

٧٠٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا يَلْبَسُ الْمُحْرِمُ مِنَ الثِّيَابِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَلْبَسُوا الْقُمُصَ وَلَا الْعَمَائِمَ وَلَا السَّرَاوِيلَ وَلَا الْبُرَائِسَ^(١) وَلَا الْخِصَافَ إِلَّا أَحَدًا لَا يَجِدُ نَعْلَيْنِ فَلْيَلْبَسْ خَفَيْنِ وَلْيَقْطَعْهُمَا أَسْفَلَ مِنَ الْكَعْبَيْنِ، وَلَا تَلْبَسُوا مِنَ الثِّيَابِ شَيْئًا مَسَّهُ الزَّعْفَرَانُ وَلَا الْوَرَسُ^(٢)».

الشرح: اتفق الحفاظ من أصحاب نافع على لفظ هذا الحديث، منهم مالك وأيوب وعبدالله وابن جريج وابن عوف، وكذلك رواه الزهرى عن نافع ورواه جعفر بن برقان، فوهم فيه فى موضعين أحدهما: أنه قال فيه: فمن لم يجد إزاراً فسراويل، وليس هذا فى حديث ابن عمر. والثانى: أنه قال: قال نافع: ويقطع الخف أسفل من الكعبين، فجعله من قول نافع، والصحيح فى الموضعين ما تقدم ذكره، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «لَا تَلْبَسُوا الْقُمُصَ وَلَا السَّرَاوِيلَ وَلَا الْبُرَائِسَ^(٣)»، مستوعباً فى منع المحرم المخيط على الصورة التى لا تحصل غالباً إلا بالخياطة، وهى القميص وما فى معناه من الجبة والقرو، والسراويل وما فى معناه من الثياب، والبرنس وما فى معناه من الغفارة، وما يوضع فى الرأس من قلنسوة وغيرها، وذلك أنه إنما تحصل التفرقة

٧٠٣ - أخرجه البخارى فى كتاب العلم حديث رقم ١٣١. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٠١٢. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٦٣. والنسائى فى كتاب مناسك الحج ٢٦١٦، ٢٦١٧، ٢٦١٩، ٢٦٢٠، ٢٦٢٣، ٢٦٢٤، ٢٦٢٥، ٢٦٢٦، ٢٦٢٧، ٢٦٢٨، ٢٦٢٨، ٢٦٢٩، ٢٦٣٠، ٢٦٣١. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٥٥٤. وابن ماجه فى كتاب المناسك حديث رقم ٢٩٢٠، ٢٩٢١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٢٥٢، ٤٣١٠، ٤٦٦٤، ٤٨٣١، ٤٨٦٠، ٤٩١٩، ٥٠٥٦، ٥٠٧٣، ٥١٧٠، ٥٢٦٩، ٥٦٣٨، ٥٩٦٤. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٣٠، ١٧٢٣.

(١) البرنس: ثوب له رأس.

(٢) الورس: نبت أصفر طيب الرائحة يصبغ به.

(٣) قال النووى: قال العلماء: هذا من بديع الكلام وجزله فإنه عليه السلام سئل عما يلبسه المحرم، فقال لا تلبسوا كذا وكذا فحصل الجواب أنه لا يلبس المذكورات ويلبس ما سوى ذلك فكان التصريح بما لا يلبس أولى لأنه منحصر والملبوس له غير منحصر. انظر: شرح صحيح مسلم للنووى كتاب الحج، باب ما يباح للمحرم وما لا يباح.

٣٢٢ كتاب الحج
لبس الثياب على الوجه المقصود بتلك الخياطة والمحرم ممنوع من الترفه، ولذلك منع
من حلق الشعر وإلقاء التفث وإزالة القمل عن جسده وأمر بالتشعث.

وأما ما كان مخيطاً، وهو على الصورة التي يحصل عليها بالنسج المعتاد دون الخياطة
كالمئزر المرقوع، فلا بأس بلبسه؛ لأن الترفه لا يحصل بتلك الخياطة ولا منفعة فيها إلا
لستر العورة أو دفع المضرة عن الجسد والمحرم مأمور بها، فلذلك لم يمنع ما يختص
بهما من اللباس.

ولذلك لو لبس القميص أو البرنس أو السراويلات على الوجه الذى يلبس عليه ما
ليس بمخيط، لما كان بذلك بأس مثل أن يلقي القميص على كتفه، ويأخذ كميته أمامه
وكذلك البرنس والقباء؛ لأن ذلك ليس يحصل له دون الخياطة التي يحصل المنع بلبسها،
وقد روى إباحة ذلك كله ابن المواز عن مالك، وروى عنه أنه كره الارتداء بالسراويل.
قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى قبح الزى كما كره لغير
المحرم لبس السراويل مع الرداء دون القميص، والله أعلم.

مسألة: وليس له أن يدخل منكبيه داخل القباء، فإن فعل ذلك افتدى، وبه قال
الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا شيء عليه حتى يدخل يديه فى كميته.
والدليل على ما نقوله أن هذا لبس مخيطاً على الوجه المعتاد فكانت عليه فدية، كما
لو أدخل يديه فى كميته.

مسألة: ومقدار ما تجب فيه الفدية فى لبس المخيط أن ينتفع بذلك، فإما أن يجرمه ثم
يزيله فلا شيء عليه، وكذلك الخفان والمقدار الذى يعتبر فى ذلك أن يقصد دفع مضرة
حر أو بر فيدفعه عن نفسه فى مدة طالت أو قصرت. والثانى أن يطول لبسه كاليوم
ونحوه وإن لم يقصد به دفع شيء بعينه، فإنه قد جعل له الترفه بنفسه.

فصل: وأما قوله: «لا تلبسوا العمائم»، فإن لبس العمائم، وما فى معناها من
القلانس ممنوع؛ لأن المحرم مأمور بالشعث والعمة تمنع منه؛ ولأن إحرام الرجل فى
رأسه، فلزمه كشفه محرماً، ولا يحل له ستره إلا من عذر مع الفدية؛ لاختصاص الإحرام
به. قال القاضى أبو محمد: ولا خلاف فى ذلك.

فصل: وقوله: «ولا الخفاف إلا أن لا يجد نعلين»، منع من لبس الخفين لما فيهما من
صيانة الرجل وترفئه، إلا أن تدعو إليهما ضرورة لعدم النعلين، فليقطعهما أسفل من

كتاب الحج ٣٢٣

الكعبين ويلبسهما لقوله ﷺ: «وليقطعهما أسفل من الكعبين»، فشرط في جواز لبسهما عند عدم التعلين قطعهما أسفل من الكعبين، ولا خلاف في ذلك عند جماعة الفقهاء.

وحكى عن عطاء بن أبي رباح وابن حنبل وقوم من أصحاب الحديث: أنه إذا لم يجد التعلين، لبس الخفين التامين ولم يقطعهما.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجماعة قوله ﷺ: «إلا أحداً لا يجد نعلين فيلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين»، وهذا أمر، والأمر يقتضى الوجوب.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه حالة إحرام، فلا يجوز فيها لبس الخف التام مع القدرة على قطع أصل ذلك، إذا وجد التعلين. ودليل ثان، أن هذا قادر على قطع الخف ومقارنة التعلين له، فلا يجوز له أن يلبس الخف التام كما لا يجوز له أن يلبس الخفين مع القدرة على التعلين، أما هم فاحتج من نص قولهم بحديث ابن عباس الذى يأتى مسنداً بعد هذا، وهو: «ومن لم يجد نعلين فليلبس الخفين».

والجواب عنه أن ابن عباس حفظ لبس الخفين ونقله ولم ينقل صفة لبسه، وعبدالله ابن عمر قد نقل صفة لبسه، فكان أولى.

سُئِلَ مَالِكٌ، عَمَّا ذَكَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «وَمَنْ لَمْ يَجِدْ إِزَارًا فَلْيَلْبَسْ سَرَاوِيلًا»^(١). فَقَالَ: لَمْ أَسْمَعْ بِهَذَا وَلَا أَرَى أَنْ يَلْبَسَ الْمُحْرِمُ سَرَاوِيلَ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ لُبْسِ السَّرَاوِيلَاتِ فِيمَا نَهَى عَنْهُ مِنْ لُبْسِ الثِّيَابِ الَّتِي لَا يَنْبَغِي لِلْمُحْرِمِ أَنْ يَلْبَسَهَا، وَلَمْ يَسْتَنْ فِيهَا كَمَا اسْتَنْتَى فِي الْخُفَيْنِ^(٢).

(١) أخرجه مسلم ٨٣٦/٢ كتاب الحج رقم ٥ باب ١، عن جابر بن عبد الله. والنسائي ١٣٣/٥ كتاب الحج، باب ٣١، الرخصة في لبس السراويل لمن لم يجد الإزار عن ابن عباس. وابن ماجه برقم ٢٩٣١، ٩٧٧/٢ كتاب المناسك، باب ٢٠ عن ابن عباس. والدارقطنى ٢٢٨/٢ عن ابن عباس. وأحمد ٢٢١/١ عن ابن عباس. والبيهقى فى الكبرى ٥١/٥ عن جابر. والطبرانى فى الكبير ١٧٨/١٢ عن ابن عباس. والدارمى ٣٢/٢ عن ابن عباس.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨٢/٥: وقال عطاء بن أبى رباح، والشافعى، وأصحابه، والثورى، وأحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وداود: إذا لم يجد المحرم إزاراً لبس السراويل، ولا شىء عليه. وحجة من ذهب إلى هذا، ما حدثناه عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، =

٣٢٤ كتاب الحج

الشرح: وهذا كما قال فى السراويل، وعلى ما رأى أنه ليس للمحرم أن يلبسها على حسب ما تلبس عليه، كما ليس له أن يلبس الخفين غير مقطوعين إذا لم يجد النعلين؛ لأن السراويل إذا قطعت لم يقع الستر بها، فإذا لبست على وجهها كانت بمنزلة لبس الخفين غير مقطوعين، فيحتمل أن يريد بقوله: إنه لا يلبسها سراويل على وجهها وليصرفها عن جهتها إلى ما يستباح لبسه، وهو الأظهر من قوله، ويحتمل أن يريد به: لا يلبسها دون فدية كما يلبس الخفين المقطوعين.

فصل: وقوله: «ولم أسمع بهذا»، يحتمل أن يريد أنه لم يسمع به على ما يريد المخالف من أنه لبس السراويل من غير تعيين دون فدية تجب عليه على ما يقوله الشافعى، ويحتمل أن يريد به أنه لم يرد الاستثناء فى السراويل.

وفى حديث ابن عمر الذى ورد فيه لبس الخفين على صورة لا تجب فيها الفدية، وأما حديث ابن عباس فلم يتعرض له؛ لأنه ذكر فيه لبس الخفين مطلقاً، ولا خلاف بيننا أنه من لبسها على ظاهر حديث ابن عباس: أنه يجب عليه الفدية، وأنه داخل تحت الجبة، فكذلك السراويل.

* * *

لبس الثياب المصبغة فى الإحرام

٧٠٤ - مالك، عن عبد الله بن دينار، عن عبد الله بن عمر أنه قال: نهى رسول الله ﷺ أن يلبس المحرم ثوباً مصبوغاً بزعفران أو ورس، وقال: «من لم يجد نعلين فليلبس خفين، وليقطعهما أسفل من الكعبين».

عن عمرو بن دينار، عن جابر بن زيد، عن ابن عباس، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: والسراويل لمن لم يجد الإزار، والخف لمن لم يجد النعلين.

٧٠٤ - أخرجه البخارى فى كتاب العلم حديث رقم ١٣١، ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٠١٢، والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٦٣، والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦١٦، ٢٦١٧، ٢٦١٩، ٢٦٢٠، ٢٦٢٣، ٢٦٢٤، ٢٦٢٥، ٢٦٢٦، ٢٦٢٧، ٢٦٢٨، ٢٦٢٩، ٢٦٣٠، ٢٦٣١، وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٥٥٤، وابن ماجه فى كتاب المناسك حديث رقم ٢٩٢٠، ٢٩٢١. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٢٥٢، ٤٣١٠، ٤٦٦٤، ٤٨٣١، ٤٨٦٠، ٤٩١٩، ٥٠٥٦، ٥٠٧٣، ٥١٧٠، ٥٢٦٩، ٥٦٣٨، ٥٩٦٤. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٣٠، ١٧٣٢. والبيهقى فى الكبرى ٥٠/٥ عن ابن عمر. وابن عزيمة برقم ٢٥٩٨، ١٦٢/٤ عن ابن عمر.

كتاب الحج ٣٢٥

الشرح: قوله: «نهى رسول الله ﷺ أن يلبس المحرم ثوبًا مصبوغًا بزعفران أو ورس»، دون سائر أنواع الصبغ، وأفضل لباس المحرم البياض، لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «خير ثيابكم البياض، يلبسها أحياءكم ويكفن فيها موتاكم».

فإن كان مصبوغًا فيجتنب المصبوغ بالزعفران أو الورس، يجتنبه الرجال والنساء، لما فيه من الطيب والصبغ الذي يستعمله غالبًا للتجميل، وهذان المعنيان ينافيان الإحرام، ومن لبسه من الرجال والنساء، فعليه الفدية.

مسألة: وأما المصبوغ بالعصفر، فعلى ضربين، مقدم ومنورد. فأما المقدم، فممنوع للرجال والنساء؛ لأن المبالغة في صبغه لا تتحقق غالبًا إلا للتجميل، ولما فيه من مشابهة الزعفران والورس؛ لأنه يتعلق منه بالجسد ما يشبه ردغها، فكره لذلك.

مسألة: وأما المورّد بالعصفر والمصبوغ بالمغرى أو المشق، قال ابن المواز: والأصفر بغير زعفران ولا ورس، فليس بممنوع لبسه للمحرم؛ لأنه ليس فيه طيب ولا يفعل غالبًا إلا إبقاء على الثوب، فيكره للإمام المقتدى به لبسه لئلا يلبس على من لا يعرف، فيقتدى به في لبس المصبوغ الممنوع لبسه أو ينقله عنه إلى من يقتدى به، رواه محمد بن أشهب.

٧٠٥ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّهُ سَمِعَ أَسْلَمَ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ يُحَدِّثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَأَى عَلَى طَلْحَةَ بِنْتِ عُبَيْدِ اللَّهِ ثَوْبًا مَصْبُوغًا، وَهُوَ مُحْرِمٌ، فَقَالَ عُمَرُ: مَا هَذَا الثَّوْبُ الْمَصْبُوغُ يَا طَلْحَةُ؟ فَقَالَ طَلْحَةُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّمَا هُوَ مَدْرٌ^(١)، فَقَالَ عُمَرُ: إِنَّكُمْ أَيُّهَا الرَّهْطُ^(٢) أَيْمَةٌ يَقْتَدِي بِكُمْ النَّاسُ، فَلَوْ أَنَّ رَجُلًا جَاهِلًا رَأَى هَذَا الثَّوْبَ لَقَالَ: إِنَّ طَلْحَةَ بِنْتِ عُبَيْدِ اللَّهِ كَانَتْ يَلْبَسُ الثِّيَابَ الْمَصْبُوغَةَ فِي الْإِحْرَامِ، فَلَا تَلْبَسُوا أَيُّهَا الرَّهْطُ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الثِّيَابِ الْمَصْبُوغَةِ.

الشرح: قول عمر بن الخطاب لطلحة في الثوب المصبوغ: «ما هذا»، يقتضى إنكاره عليه ثوبًا مصبوغًا في حال إحرامه، إلا أن ذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أنه علم أنه

٧٠٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٧٩. البيهقي في السنن الكبرى ٦٠/٥، ومعرفة

السنن والآثار ٩٦٨٧/٧. المحلى ٢٦/٧. المجموع ٣٥٧/٧.

(١) الدر: الطين المتماسك.

(٢) الرهط: الجماعة من الرجال دون العشرة.

٣٢٦ كتاب الحج

مصبوغ بمدر، فكرهه له، وأنكره عليه لما ذكره من أنه إمام يقتدى به الناس في لبس المصبوغ، ويحكون عنه مثل هذا، ولا يفرقون بينه وبين المنوع.

وهذا أصل في أن الإمام المقتدى به يلزمه أن يكف عن بعض المباح المشابه للمحظور، ولا يفرق بينهما إلا أهل العلم لئلا يقتدى به من لا يعرفه، وأن يلزم غيره الكف عنه، ألا ترى أن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، قد قال بهذا، ولم يراجعه طلحة بن عبيدالله، ولا أحد ممن سمعه.

ويحتمل أن يكون رأى ثوباً مصبوغاً، ولم يعرف صباغه، من مدر هو أو غيره، فأنكر أن يكون مثل طلحة بن عبيدالله يأتي المحظور، فلما تبين له أنه صباغ مدر أنكر عليه التشبيه بالمحظور.

٧٠٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ أَنَّهَا كَانَتْ تَلْبَسُ الثِّيَابَ الْمُعْصَفَرَاتِ الْمُشْبَعَاتِ، وَهِيَ مُحْرَمَةٌ لَيْسَ فِيهَا زَعْفَرَانٌ.

الشرح: قوله: «كانت تلبس الثياب المعصفرات المشبعات وهي محرمة»، يدل على استباحتها لها، ولعله كان من المقدم الذى لا ينتقض على الجسد منه شيء. وقد روى ابن حبيب عن مالك فى المعصفر المقدم: لا بأس أن تلبسه المحرمة ما لم ينتقض منه عليها شيء؛ لأنه إذا لم ينتقض منه شيء فقد ذهبت بهجته ومشابهته المصبوغة بالزعفران والورس، وأما المحرم، فلا يلبس المقدم، وإن لم ينتقض منه شيء.

فكانت أسماء، رضى الله عنها، تلبس المعصفر المقدم؛ لأنه مباح كما لبس طلحة ابن عبيدالله، رضى الله عنه، المصبوغ بالمدر، ولو تركت لبسه كان أفضل، فإنها كانت قدوة من أهل العلم، ولعل عمر، رضى الله عنه، لو رآها تلبسه لأنكره عليها مثل ما أنكر على طلحة بن عبيدالله لباس المصبوغ بالمدر.

وقد روى ابن عبدوس عن أشهب أنه كره لباس المعصفر، وإن كان لا ينتقض لمن لا يقتدى به. وبقولنا قال أبو حنيفة فى هذه المسألة أنه كره المعصفر المقدم للرجال والنساء. وقال الشافعى: هو مباح على كل حال.

٧٠٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٨٠. الشافعى فى الأم ١٤٧/١. البيهقى فى السنن الكبرى ٥٩/٥.

وقال فى الاستذكار رواية مالك عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن أسماء بنت أبى بكر لم يتابعه أحد، والله أعلم، على قوله: «عن أبيه» من أصحابه فى هذا الحديث عن هشام بن عروة وإنما يرويه عن هشام بن عروة، عن فاطمة بنت المنذر، عن أسماء.

كتاب الحج ٣٢٧

والدليل على ما نقوله أن هذا صبغ له ردغ على الجسد يحصل الاستمتاع منه بالزينة والرائحة، فكان المحرم ممنوعاً من لبسه كالمصبوغ بالزعفران والورس، والله أعلم.

فروع: فإن لبسه، فالظاهر من مذهب مالك، رحمه الله، وما يحتج به أصحابه العراقيون أن الفدية تجب عليه. وقال القاضي أبو محمد: إن من أصحابنا من يوجب به الفدية، ويجعله مقارناً للطيب. وقال أشهب: لا فدية فيه.

وجه ما قدمناه أنه لون ممنوع منه لحرمة الإحرام منه ما يتقترض على جسده، فإن كان زينة ويستمتع برائحته كانت عليه الفدية كالزعفران. ووجه قول أشهب أنه ليس بحرام في نفسه، وإنما يكره لشبهه بالزعفران والورس، فلا تجب الفدية بلبسه كغيره من ألوان الحمرة والصفرة، والله أعلم.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ ثَوْبٍ مَسَّهُ طَيْبٌ ثُمَّ ذَهَبَ مِنْهُ رِيحُ الطَّيْبِ، هَلْ يُحْرَمُ فِيهِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ صِبَاغٌ مِنْ زَعْفَرَانٍ أَوْ وَرْسٍ.

الشرح: وهذا كما قال أن ريح الطيب إذا ذهب من الثوب وبقي أثره، فإنه لا يمنع المحرم من لبسه؛ لأن منع الطيب المحرم، إنما يتعلق بإتلافه، وبه تتعلق الفدية، فمن لم يتلف شيئاً منه، فلا شيء عليه، وإن شم ريحه، ولذلك لا تجب على المحرم فدية إذا مر بالعطارين فشم رائحة الطيب، لكن شم رائحة الطيب مكروهة له في الجملة؛ لأنها من دواعي النكاح، فلو أحرم في ثوب فيه ريح طيب، فقد أتى ما هو ممنوع منه، إلا أنه لا فدية عليه، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك أنه لم يتلف شيئاً من الطيب، فإذا زال من الثوب ريح الطيب ولم تكن في لونه زينة كلون الزعفران والورس أو كان مما في لونه زينة، فزال اللون بالغسل، فلا مانع يمنع من الإحرام فيه، والله أعلم.

* * *

لبس المحرم المنطقة

٧٠٧ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَكْرَهُ لُبْسَ الْمِنْطَقَةِ^(١) لِلْمُحْرَمِ.

٧٠٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٨١. الشافعي في الأم ٢٥٢/٧. المغني ٢٣٩/٧. المجموع ٢٦٠/٧.

(١) المنطقة: ما يشد به وسط الإنسان.

٣٢٨ كتاب الحج

الشرح: قوله: «كان يكره لبس المنطقة للمحرم»، يحتمل أن يريد لبسها لغير حاجة إليها؛ لأن المنطقة مما تستعمل وتشد على الجسد ليرتفع بلبسها، فلا يجوز للمحرم لبسها على ذلك الوجه، فإن لبسها لحاجته إليها كحمل نفقته، ولم يرتفع في لبسها بشد إزاره، وإنما شدتها تحت إزاره، فلا بأس بذلك، ولا فدية عليه؛ لأن ذلك مما تدعو الضرورة إليه، ولا بدل لها من الملبوس المعتاد كالسراويل والنعلين اللذين لهما بدل من الملبوس المعتاد، وإن شد المنطقة لغير الوجه الذي ذكرناه أو شدتها لذلك فوق إزاره، فعليه الفدية.

٧٠٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ فِي الْمِنْطَقَةِ يَلْبَسُهَا الْمُحْرِمُ تَحْتَ ثِيَابِهِ: أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا جَعَلَ طَرَفَيْهَا جَمِيعًا سُبُورًا يَعْقِدُ بَعْضَهَا إِلَى بَعْضٍ^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «في المنطقة يلبسها المحرم تحت ثيابه، أنه لا بأس به»، يريد إذا لبسها على الوجه الذي ذكرناه من حمل نفقته فيها، وخص ذلك بأن يلبسها تحت ثيابه لئلا يلبسها فوق ثيابه فيترفع بشدها ثيابه، وذلك ممنوع على ما قدمناه.

وقوله: «إذا جعل في طرفيها سبورا يعقد بعضها إلى بعض»، يريد أن يكون في كل واحد من طرفيها سير، فيعقد أحدهما إلى الآخر، وهذا نوع من شدتها، ولو كان في أحد طرفيها سبور، وفي الآخر ثقب يدخل فيها السير ويشد لما كان به بأس، وذكره ابن المواز. قال ابن المواز، عن مالك: وسواء كان النطاق من خرقة أو جلدة إذا شده تحت إزاره، والله أعلم.

* * *

تضمير المحرم وجهه

٧٠٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَخْبَرَنِي

٧٠٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٨٢.

(١) قال في الاستذكار ٤٢/١١: إنما كره سعيد بن المسيب أن يدخل السير وهو الخيط في ثقب المنطقة؛ لأنه كالخياطة عنده، والخيط لا يجوز للمحرم لبسه. وأجازا ربط الخيط على ما وصف؛ لأنه كالهيمنان، الذي يجوز له عقده عند أكثر العلماء، وقد كرهه قوم من العلماء منهم سعيد بن جبير، وعطاء، والصواب قول من أباحه، وبالله التوفيق لا شريك له.

٧٠٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٨٣. الشافعي في الأم ١٤٩/٢. البيهقي في السنن الكبرى ٥٤/٥.

كتاب الحج ٣٢٩
الْفُرَافِصَةُ بْنُ عُمَيْرٍ الْحَنْفِيُّ أَنَّهُ رَأَى عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ بِالْعَرَجِ يُغَطِّي وَجْهَهُ، وَهُوَ
مُحْرَمٌ.

الشرح: قوله: «رأى عثمان بن عفان بالعرج يغطي وجهه، وهو محرم»، يمتثل أن يكون فعل ذلك، رضى الله عنه، لحاجته إليه، ويمتثل أن يكون فعله؛ لأنه رآه مباحاً، وقد خالفه ابن عمر وغيره، فقالوا: لا يجوز للمحرم تغطيته، وإلى ذلك ذهب مالك، وإنما ذكر فعل عثمان بن عفان، وذكر الخلاف عليه ليكون للمجتهد طريق إلى الاجتهاد بظهور الخلاف إليه ووقوفه عليه.

وقال القاضى أبو الحسن: إنما ذلك مكروه، وليس بحرام. وحكى القاضى أبو محمد: لتأخرى أصحابنا فى ذلك قولين، الكراهية والتحريم. وقال أبو حنيفة: يتعلق الإحرام بالوجه كتعلقه بالرأس. وقال الشافعى: لا يتعلق له بالوجه.

والدليل على ما نقوله ما روى ابن عباس عن النبى ﷺ قال فى الرجل الذى وقصته ناقته وهو محرم: «اغسلوه بماء وسدر وكفونوه فى ثيابه ولا تخمروا وجهه ولا رأسه، فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً».

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا شخص يتعلق به حكم الإحرام، فلزمه كشف وجهه مع السلامة كالمرأة.

فروع: فإن غطي المحرم وجهه، فهل عليه فدية أم لا؟ قال ابن القاسم: لم أسمع من مالك فى ذلك شيئاً، وأرى أن لا فدية عليه، وبهذا قال القاضى أبو الحسن. وقال القاضى أبو محمد، فى شرح الرسالة: فى قول ابن القاسم نظير. وقال فى غيرها: من متأخرى أصحابنا من قال: هو على روايتين، قال: وتحصيل المذهب. أننا إن قلنا بتحريم التغطية، فعليه الفدية، وإن قلنا بكراهيتها دون التحريم، فلا فدية فيه.

٧١٠ - مَالِكٌ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: مَا فَوْقَ الذَّقْنِ مِنَ
الرَّأْسِ فَلَا يُخَمَّرُهُ^(١) الْمُحْرَمُ.

الشرح: قوله: «ما فوق الذقن من الرأس»، بيان لعلة تخميره، وهو ما قاله أن ما

٧١٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٨٤. الشافعى فى الأم ٢٤١/٧. البيهقى فى السنن الكبرى ٥٤/٥. المحلى ٩٢/٧. كشف الغمة ٢١٩/١.

(١) التخمير: التغطية.

٣٣٠ كتاب الحج
فوق الذقن، وهو عظم الرأس، فله حكم الرأس فى الإحرام كما له حكمه فى
الموضحة، وهكذا كل حكم يتعلق بالرأس، فإن المراعى فيه ما فوق الذقن.

٧١١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَفَّنَ ابْنَهُ وَأَقْدَمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَمَاتَ
بِالْحُحْفَةِ مُحْرِمًا، وَخَمَّرَ رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ، وَقَالَ: لَوْلَا أَنَا حُرْمٌ لَطَيَّنَاهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا يَعْمَلُ الرَّجُلُ مَا دَامَ حَيًّا، فَإِذَا مَاتَ فَقَدِ انْقَضَى الْعَمَلُ.

الشرح: فعل عبدالله بن عمر من تخمير وجه ابنه، وقد مات محرماً، ذهب إليه مالك
ورأى أن المحرم إذا مات، ومن لم يكن محرماً، سواء يفعل بالمحرم من تخمير والرأس ما
يفعل بغيره، وكذلك الخيوط والطيب، وإنما امتنع عبدالله بن عمر من أن يطيبه لأجل
إحرامه هو، لا لأجل إحرام الميت، وقال: «لولا أنا حرم لطييناه». وقال الشافعى: إذا
مات الميت لا يخمر رأسه ولا يطيب، ويستدام له حال إحرامه بعد الموت.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن الكفن يغطى به رأس الميت الحلال، فجاز
أن يغطى به رأس الميت المحرم، وأصل ذلك التراب.

أما هم، فاحتج من نص قولهم فى ذلك بالحديث الذى تقدم ذكره تقدم أن النبى
ﷺ قال فى المحرم الذى وقعت به ناقته: «اغسلوه بماء وسدر وكفونوه ولا تخمروا رأسه
ولا وجهه، فإنه يبعث يلبى».

والجواب أن هذا الحديث مما لا حجة فيه؛ لأن النبى ﷺ علل المنع من تخمير رأسه
ومنع من الطيب بما لا طريق لنا إلى معرفته، وإذا علل بما لا طريق لنا إلى معرفته دل
على اختصاصه بذلك الحكم، وذلك أنه منع من أن يعطى رأسه؛ لأنه يبعث يوم القيامة
مليئاً، ولا طريق لنا نحن إلى من يموت اليوم من المحرمين يبعث مليئاً، فثبت أنه من
الأحكام التى لم نكلفها إذ لا طريق لنا إلى معرفة علتها، وباللغة التوفيق.

فصل: وقوله: «وإنما يعمل الرجل ما دام حياً»، على ما تقدم من أن الرجل إذا
مات، فقد انقضى عمله، فلا يصح منه إحرام ولا غيره من الطاعات.

فإن قيل فهذا يبطل غسل الميت، فإنه يعمل به بعد الموت، وإن كان من العبادات،
فكذلك استدامة صفة الإحرام من كشف الرأس واجتتاب الطيب.

٧١١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٨٧. البغوى فى شرح السنة ٣٢٣/٥. المجموع
١٦٢/٥. المحلى ١٥١/٥. المغنى ٥٣٧/٢.

كتاب الحج ٣٣١

فالجواب أن الغسل إنما هو تنظيف لظاهر الجسد؛ لأنه لا يخلو من شيء يخرج منه من دم وغيره مع ما يصحب المريض من تغير الريح بطول المرض، وقلة الاغتسال، فشرع غسله وحنوطه لتنظيفه وستره؛ لأن من تركه من غير غسل هتكاً لحرمة، وإظهاراً لما يجب أن يستر من حاله.

يدل على ذلك أنه لا بد أن يفعل ذلك به، وإن مات طاهراً، ولذلك شرع تكفينه وستر وجهه ورأسه لئلا يظهر منه إلا ظاهر جماله، وليس كذلك منع الميت من الطيب وتغطية الرأس، فإنه ليس فيه شيء مما يحتاج الميت إليه بل هو ضد ما يحتاج إليه من ستره وتطيب راحته فافترقا.

وجواب ثان، وهو أنه لا يجوز اعتبار الإحرام بالطهارة، ألا ترى أن الطهارة يبتدأ فعلها بالميت، والإحرام لا يبتدأ فعله بالميت، فلا يستدام فعله بالميت.

٧١٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: لَا تَنْتَقِبُ الْمَرْأَةُ الْمُحْرِمَةَ وَلَا تَلْبَسُ الْقُقَازِينَ.

الشرح: قوله: «لا تنتقب المرأة ولا تلبس الققازين»، يقتضى تعلق الإحرام فى اللباس بوجهها وكفيها، وذلك أن جميع بدن المرأة عورة إلا الوجه والكفين، ولذلك يجب عليها ستر جميع جسدها فى الصلاة وغيرها، ولا تعلق للإحرام بالعورة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فعلى المرأة أن لا تلبس مواضع الإحرام منها مخيطاً يختص به والذي يختص بالوجه من المخيط النقاب والبرقع، والذي يختص بالكفين القفازان، فوجب على المرأة أن تعريهما من ذلك، ويستحب لها أن تعريهما من غير ذلك من اللباس، فإن أدخلت يديها فى قميصها، فلا شيء عليها؛ لأن ذلك لا يختص بها، ولا سبيل إلى الاحتراز منه، وبالله التوفيق.

٧١٣ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ الْمُنْذِرِ أَنَّهَا قَالَتْ: كُنَّا

٧١٢ - قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٧٩/٥: رواه ابن إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر - مرفوعاً؛

ورواه ابن المبارك، عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعاً أيضاً.

أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٧٠٧. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم

٧٦٣. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٣١. وأبو داود فى كتاب المناسك

حديث رقم ١٥٥٤، ١٥٥٥.

٧١٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٨٥.

٣٣٢ كتاب الحج
نُخْمَرُ وَجُوهَنَا، وَنَحْنُ مُحْرِمَاتٌ، وَنَحْنُ مَعَ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ الصُّدَيْقِ رَضِيَ
الله عنهما.

الشرح: قولها: «كنا نخمر وجوهنا ونحن محرّمات»، تريد أنهن كن يسترن وجوههن
بغير النقاب على معنى التستر؛ لأن الذي يمنع النقاب أو ما يجرى مجراه على ما ذكرناه،
وإضافة ذلك إلى كونهن مع أسماء بنت أبي بكر؛ لأنها من أهل العلم والدين والفضل
وأنها لا تقرهن إلا على ما تراه جائزاً عندها، ففي ذلك إخبار بجوازه عندها، وهى ممن
يجب لهن الاقتداء بها، وإنما يجوز أن يخمرن وجوههن على ما ذكرنا بأن تسدل ثوباً
على وجهها، تريد التستر، ولا يجوز أن تسدله لحر ولا لسبرد، فإن فعلت ذلك، فعليها
الفدية.

* * *

ما جاء فى الطيب فى الحج

٧١٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ
ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كُنْتُ أُطِيبُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ يُحْرِمَ، وَلِحَلِّهِ قَبْلَ أَنْ
يَطُوفَ بِالْبَيْتِ.

الشرح: قولها رضى الله عنها: «كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن
يحرم»، ظاهره يقتضى أنها كانت تطيبه بما يقع عليه اسم طيب مما له رائحة، وقد يحتمل
أن يكون من الطيب الذى لا تبقى رائحته، وقد روى ذلك مفسراً أنها قالت: «طيبت

٧١٤ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٤٣٩. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم
٢٠٤٢، ٢٠٥٥، ٢٠٥٨. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٨٤٠. والنسائى فى كتاب
الغسل والتيمم حديث رقم ٤١٤، ٤٢٨، وكتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٣٤، ٢٦٣٥،
٢٦٣٦، ٢٦٣٧، ٢٦٣٨، ٢٦٣٩، ٢٦٤٠، ٢٦٤١، ٢٦٤٢، ٢٦٤٣، ٢٦٤٤، ٢٦٤٥، ٢٦٤٦،
٢٦٤٧، ٢٦٤٨، ٢٦٤٩، ٢٦٥٠، ٢٦٥١، ٢٦٥٢، ٢٦٥٣، ٢٦٥٤، ٢٦٥٥. وأبو
داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٤٨٣. وابن ماجه فى كتاب المناسك ٢٩١٧، ٢٩١٩،
٣٠٧٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٩٧٦، ٢٣٨٣٥، ٢٤٢٥١، ٢٤٣٠٢، ٢٤٣٤٧،
٢٤٤٠٩، ٢٤٤٦١، ٢٤٥٧٠، ٢٤٦٠٧، ٢٤٦٣٣، ٢٤٧٩٨، ٢٤٨١٣، ٢٤٨٨٤،
٢٤٩٦٦. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٣٣، ١٧٣٤، ١٧٣٥.

كتاب الحج ٣٣٣
رسول الله ﷺ لإحلاله وطيبته لإحرامه طيباً لا يشبه طيبكم هذا^(١)» يحتمل أن تريد
ليس لرائحته بقاء، ولعله إنما كان يتطيب قبل إحرامه ثم يدور على نسائه فيغتسل
فيذهب ريحه، ثم يغتسل لإحرامه فلا يبقى من رائحته شيء.

وقد روى عن عائشة أنها قالت: «أنا طيبت رسول الله ﷺ عند إحرامه ثم طاف
في نسائه ثم أصبح محرماً»^(٢).

وروى عن عائشة أنها قالت: «كنت أطيب رسول الله ﷺ يطوف على نسائه ثم
يصبح محرماً ينضح طيباً»^(٣).

ويحتمل أن يكون في الكلام تقديم وتأخير فيكون تقديره فيطوف على نسائه ينضح
طيباً ثم يصبح محرماً كقوله تعالى: ﴿الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً
قيماً﴾ [الكهف: ١] تقديره أنزل الكتاب قيماً ولم يجعل له عوجاً، وهذا هو الأظهر
لأن النبي ﷺ كان يتطيب لطوافه على نسائه ثم يقيم ليلة ثم يصبح فيغتسل ويحرم ولا
يكاد أن يبقى مع هذا ريح الطيب، وقد قدمنا من الأحاديث ما يؤيد هذا التأويل^(٤).

ومعنى تأويلنا لهذه الأحاديث وما ورد في معناها أن مالكا، رحمه الله، لا يميز
لأحد من الأمة استعمال الطيب عند الإحرام إذا كان طيب تبقى له رائحة بعد الإحرام،
ولا يدهن بدهن فيه ريح تبقى، ولنا في الكلام على الأحاديث الواردة في ذلك
طريقان، أحدهما: التأويل على ما قدمناه من الأحاديث، والثاني: تسليماً وإجراؤها

(*) أخرجه النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٦٨٨.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (٢٧٠) من طريق أبو النعمان قال: حدثنا أبو
عوانة، عن إبراهيم بن محمد بن المنتشر، عن أبيه، قال: سألت عائشة فذكرت لها قول ابن عمر
ما أحب أن أصبح محرماً أنضح طيباً، فقالت عائشة: «أنا طيبت رسول الله...» فذكره.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (٢٦٧) من طريق محمد بن بشار، قال: حدثنا
ابن أبي عدى ويحيى بن سعيد، عن شعبة، عن إبراهيم بن محمد بن المنتشر، عن أبيه، قال ذكرته
لعائشة فقالت: «يرحم الله أبا عبد الرحمن كنت...» فذكره.

وأخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١١٩٢). النسائي في الصغرى حديث رقم (٤٣١).
أحمد في المسند حديث رقم (٢٤٨٩٣) من حديث عائشة.

(٣) قال النووي في شرح صحيح مسلم: تأول هؤلاء حديث عائشة هذا على أنه تطيب ثم
اغتسل بعده، فذهب الطيب قبل الإحرام ويؤيد هذا قولها في الرواية الأخرى: طيبت رسول الله
ﷺ عند إحرامه ثم طاف على نسائه ثم أصبح محرماً فظاهره أنه إنما تطيب لمباشرة نسائه ثم زال
بالغسل بعده. انظر: شرح مسلم للنووي (٨٠/٨).

٣٣٤ كتاب الحج
على ظاهرها، إلا أن ذلك حكم يختص بالنبي ﷺ بدليل ما نذكر بعد هذا في منع ذلك
لغير النبي ﷺ.

وقال القاضى أبو الحسن: إن ذلك عند مالك على الكراهية لا على التحريم. وقال
أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن والشافعى: ليس بممنوع لأحد يريد الإحرام.

والدليل على منع ذلك لغير النبي ﷺ ما روى عنه ﷺ أنه قال للذى سأله، وقد
أحرم بعمره، وهو لايس جبة مضمخاً بطيب: «اغسل عنك الطيب، وانزع الجبة،
واصنع فى عمرتك ما كنت تصنع فى حجتك». فأمر السائل بغسل طيب تطيب به قبل
إحرامه وخلع مخيط لبسه قبل إحرامه، وهذا نص فى موضع الخلاف، فأما أن يكون ما
طيب به ﷺ مما لا تبقى له رائحة بعد الإحرام، فيجمع بين الحديثين، ويكون حكمه فى
ذلك حكمها، وأما أن يكون ما تطيب به ﷺ قبل إحرامه مما تبقى ريحه، فيكون حكمه
فى ذلك مخالفاً لحكمها حين أمر الواجد منها بغسله ولم يغسله هو فى حقه، ولذلك
وجد لأن الطيب من دواعى النكاح المحرم على المحرم، وهو ﷺ معصوم، ونحن غير
معصومين.

فرع: وإن تطيب لإحرامه، فلا فدية عليه لأن الفدية إنما تجب بإتلاف الطيب فى
وقت هو ممنوع من إتلافه وهذا أتلفه قبل ذلك، وإنما تبقى منه بعد الإحرام الرائحة،
وليس ذلك بإتلاف فتجب به الفدية، ورأيت لبعض فقهاء القرويين: أن من تطيب قبل
الإحرام بما تبقى رائحته بعد الإحرام فهو بمنزلة من تطيب بعد الإحرام لأن استدامته بعد
الإحرام كابتداء التطيب به.

فإن كان أراد بذلك أنه ممنوع فى الحالتين فهو صحيح، وإن كان أراد به وجوب
الفدية، فهو غير صحيح؛ لأن الفدية إنما تجب بإتلاف الطيب أو بلمسه، وأما الانتفاع
بريحه فلا تجب به فدية، وإن كان ممنوعاً، ولذلك لا تجب الفدية على من مر بالعطارين
فشم ريح الطيب والتذ.

٧١٥ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ أَنَّ أَعْرَابِيًّا جَاءَ إِلَى

٧١٥ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٦٦٤. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم
٢٠١٧. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٦٥. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث
رقم ٢٦١٨، ٢٦٥٩. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٥٥٣. وأحمد فى المسند
حديث رقم ١٧٢٦٩، ١٧٢٨٣.

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ بِحُنَيْنٍ وَعَلَى الْأَعْرَابِيِّ قَمِيصٌ وَبِهِ أَثْرُ صُفْرَةٍ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَهَلْتُ بِعُمْرَةٍ فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي أَنْ أَصْنَعَ؟ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «انزِعْ قَمِيصَكَ وَاغْسِلْ هَذِهِ الصُّفْرَةَ عَنْكَ، وَافْعَلْ فِي عُمْرَتِكَ مَا تَفْعَلُ فِي حَجِّكَ».

الشرح: قوله: «أن أعرابياً جاء إلى رسول الله ﷺ بحنين»^(١)، يريد منصرفه من حنين بالجرعانة، وهما موضعان متقاربان.

وقوله: «وعلى الأعرابي قميص، وبه أثر صفرة»، الصفرة إذا كانت من غير طيب غير ممنوعة مثل أن تكون من سائر الأصبغة، الصفر غير الزعفران والورس، ولكن الصفرة فيما روى كانت طيباً، كذلك رواه ابن جريج عن عطاء، فقال: وهو مضمخ بطيب.

وهذا الأعرابي أحرم على هذا الوجه وهو غير عالم بالمنع جملة أو غير عالم به في العمرة، وإن علم بمنعه في الحج، فلما حاك في نفسه بخير مخير أو بغير ذلك، سأل النبي ﷺ، فقال: «إني أهلت بعمره، فكيف تأمرني أن أصنع؟» هذا السؤال يحمل في هذا الحديث إذا اختلف حكم ابتداء العمل واستدامته، وذلك أنه لم يبين للنبي ﷺ هل أحرم على هذه الصفة أو فعل ذلك بعد إحرامه.

وقد بين قيس بن سعد ذلك في حديث عن عطاء أنه أحرم على هيته تلك، وذلك أنه قال: يا رسول الله إني أحرمت بعمره وأنا كما ترى.

فصل: وقوله ﷺ: «انزع قميصك واغسل عنك هذه الصفرة» أمر له بإزالة ما ينافي الإحرام من اللباس والطيب، وإن كان ذلك مما تلبس به قبل الإحرام لأن الإحرام يمنع استدامتها كما يمنع استدامة استعمالها، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «واصنع في عمرتك ما تفعل في حجتك» يقتضى أنه ﷺ قد علم من حل المسائل أنه عالم بما يفعل في ذلك الحج وإلا فلا يصح أن يقول له ذلك

= قال ابن عبد البر في التمهيد ٥/٢٩٩: هذا حديث مرسل عند جميع رواة الموطأ فيما علمت ولكنه يتصل من غير رواية مالك من طرق صحيحة ثابتة، عن عطاء بن أبي رباح، وهو محفوظ من حديث يعلى بن أمية، عن النبي ﷺ.

(١) قال ابن عبد البر: فالمراد منصرفه من غزوة حنين، والموضع الذي لقي فيه الأعرابي رسول الله ﷺ هو الجعرانة، وهو بطريق حنين بقرب ذلك معروف، وفيه قسم رسول الله ﷺ غنائم حنين.

٣٣٦ كتاب الحج
لأنه إذا لم يعلم ما يفعله في ذلك الحج لم يمكنه أن يمثله المعتمر، ويجب أن يكون ما أمره بأن يفعل فيه ما يفعله الحاج غير ما أمره من إزالة القميص وغسل الصفرة لأن نزع القميص وغسل الصفرة قد نص له عليهما، فلا معنى أن ينصرف.

قوله: «وافعل في عمرتك ما تفعل في حجتك» إليهما لأن ما تقدم من قوله فيهما أيّن من هذا اللفظ الثاني.

والوجه الآخر أنه قد عطف هذا اللفظ الثاني على النزوع والغسل فالظاهر أنهما غيرهما، ولا شيء يمكن أن يشار إليه في ذلك إلا الفدية، والله أعلم، ولا يقتضى ذلك إثبات الفدية ولا نفيها وإنما أحاله على من قد علم من حال من أحرم بالحج. وقد أجاب أصحابنا في هذه المسألة بأنه لا فدية عليه لأنه إنما أتلف الطيب قبل الإحرام.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندى أن الفدية عليه لما لبس من القميص، إن كان استدام مدة تجب بها الفدية، والله أعلم.

٧١٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ أَسْلَمَ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَجَدَ رِيحَ طَيْبٍ، وَهُوَ بِالشَّجَرَةِ، فَقَالَ: مِمَّنْ رِيحُ هَذَا الطَّيْبِ؟ فَقَالَ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ: مَنِى يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ: مِنْكَ لَعَمْرُ اللَّهِ؟ فَقَالَ مُعَاوِيَةُ: إِنَّ أُمَّ حَبِيبَةَ طَيَّبَتْنِي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ عُمَرُ: عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَتَرْجِعَنَّ فَلَتَغْسِلَنَّهُ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب وجد ريح طيب، وهو بالشجرة، فقال: ممن ريح هذا الطيب» فى ذلك الموضع، لأنه كان فى ركب محرمين، والشجرة موضع بطريق المدينة، إلى مكة فأنكر ريح الطيب فيه، فسأل عنه، فقال معاوية: «منى يا أمير المؤمنين»، وذلك أن معاوية لم يكن عنده مما ينكر فى ذلك الموضع إلا لمن ابتدأ فيه، فقال له عمر: «منك لعمر الله»، على معنى الإنكار عليه، فقال معاوية: «إن أم حبيبة طيبتنى»، ليعلمه أن التطيب كان بالمدينة، ولعله أن أم حبيبة مع علمها ومعرفة بأحوال النبى ﷺ وأفعاله لمحلها منه قد وافقته على هذا الرأى، فقال له: «عزمت عليك لترجعن فلتغسلنه»، فمنعه بذلك من استدامة ما كان عليه، ولم ير فيه رأيه ولا رأى أم حبيبة.

٧١٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٩٠. البيهقى فى السنن الكبرى ٣٥/٥، ومعرفة السنن والآثار ٧/٩٤٨٨.

ولا بد أن يكون عند عمر رضى الله عنه فى ذلك توقيف من النبى ﷺ أو علم من أين قالته أم حبيبة، فلم يرض فى ذلك تأويلها ولا صحح عنده وجه استدلالها، ولعلها فعلت ذلك بمثل خبر عائشة «كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم» فمنع معاوية من التعلق بفعلها والأخذ فى ذلك برأيها وإنما جاز ذلك لعمر بن الخطاب وإن كان معاوية وأم حبيبة من أهل العلم والاجتهاد، والمسألة مسألة اجتهاد، ولم ينقل فى ذلك نص يرد ما ذهبنا إليه لأنه كان الإمام الذى يختار للناس ويلزمهم الرجوع إلى اجتهاده، وله أن يأخذ الناس بما يراه الصواب فيما ظهر إليه من أقولهم وأفعالهم.

٧١٧ - مَالِك، عَنِ الصَّلْتِ بْنِ زَيْدٍ، عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَجَدَ رِيحًا طَيِّبَةً وَهِيَ بِالشَّجَرَةِ، وَإِلَى جَنْبِهِ كَثِيرٌ بِنُ الصَّلْتِ، فَقَالَ عُمَرُ: مِمَّنْ رِيحُ هَذَا الطَّيِّبِ؟ فَقَالَ كَثِيرٌ: مِنْى يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، لَبَدْتُ رَأْسِى، وَأَرَدْتُ أَنْ لَا أَحْلِقَ، فَقَالَ عُمَرُ: فَاذْهَبْ إِلَى شَرْبَةِ، فَادُلُّكَ رَأْسَكَ حَتَّى تُنْقِيَهُ، فَفَعَلَ كَثِيرٌ بِنُ الصَّلْتِ.

قَالَ مَالِك: الشَّرْبَةُ حَفِيرٌ يَكُونُ عِنْدَ أَصْلِ النَّخْلَةِ.

الشرح: يحتمل أن يكون هذا جرى لعمر مع معاوية وكثير فى سفرين مختلفين، وذلك أن الشجرة موضع يقرب من الميقات، فمن جوز التطيب لمن يريد الإحرام صحبه ريح الطيب إلى ذلك المكان، فكان عمر رضى الله عنه لفرط تفقده لأموال المسلمين واهتباله بأديانهم ومراعاته لها كان يتفقد هذا المعنى منهم فى جميع أسفاره لعلمه بمخالفة من يخالفه فى ذلك، ويواظب على حملهم على ما هو الأفضل عنده والأصوب له، ويحتمل أن يكون ذلك فى سفر واحد.

فصل: وقول كثير: «لبدت رأسى وأردت أن أحلق»، التليد أن يضفر رأسه بصمغ وغاسول يلصق فيقتل قمله ولا يتشعث، قاله ابن المواز وغيره، وكان كثير جعل فيما لبَّد به رأسه طيباً، وكثيراً ما يستعمله كذلك من لا يريد الإحرام، وكان كثير لما أراد الحلاق لبَّد بما فيه طيب لأن التليد يلزم الحلاق، فأمره عمكر أن يذهب إلى شربة، وهى مستنقع الماء عند أصل النخلة، فيغسل بها رأسه حتى يزيل عنه الطيب، والله أعلم.

مسألة: والأظهر أنه لا تلزمه فدية، بغسل الطيب لأن الفدية إنما تجب بإتلاف الطيب

٣٣٨ كتاب الحج

حال الإحرام، وهذا أتلفه قبل الإحرام إلا أن يكون من الكثرة بحيث بقى منه ما تجب الفدية بإتلافه أو لمسه، فتجب بذلك الفدية.

٧١٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ وَرَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الْوَلِيدَ بْنَ عَبْدِ الْمَلِكِ سَأَلَ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَخَارِجَةَ بْنَ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ بَعْدَ أَنْ رَمَى الْجَمْرَةَ وَحَلَقَ رَأْسَهُ، وَقَبَلَ أَنْ يُفِيضَ عَنِ الطَّيْبِ فَهَاهُ، سَالِمٌ وَأَرْخَصَ لَهُ خَارِجَةُ بْنُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ.

الشرح: سؤال الوليد بن عبد الملك عن التطيب بعد الحلاق، يحتمل أن يكون لما بلغه من الاختلاف في التطيب للإحرام، فلما سأل وجد الخلاف فيه كالاختلاف في التطيب قبل الإحرام، ومذهب مالك المنع من ذلك ومن دواعي النكاح، قال: ومن رمى جمرة العقبة فقد حل له كل شيء إلا النساء والطيب والصيد، فإذا أفاض، حل له كل شيء.

مسألة: فمن تطيب قبل أن يفيض فلا فدية عليه لأنه قد وجد منه أحد التحليلين. ووجه آخر أنه محل اختلاف في استباحة استعمال الطيب فيه، فلم يجب فدية. أصل ذلك التطيب للإحرام.

قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ أَنْ يَدَّهِنَ الرَّجُلُ بَدْنَهُ لَيْسَ فِيهِ طَيْبٌ قَبْلَ أَنْ يُحْرِمَ وَقَبْلَ أَنْ يُفِيضَ^(١) مِنْ مِئِي بَعْدَ رَمَى جَمْرَةِ الْعُقْبَةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن له أن يدهن قبل إحرامه بدهن غير مطيب لأنه ليس في ذلك أكثر من التنظيف، وذلك جائز قبل الإحرام كغسل رأسه بالفاسول أو نحوه وإنما يكره له الدهن المطيب قبل إحرامه لبقاء رائحة طيبه، وللإدهان المحرم ثلاثة أحوال، أحدها: قبل الإحرام، وقد ذكرناه، والثاني: بعد رمى جمرة العقبة وقبل الإفاضة، فلا بأس به، بدهن غير مطيب لأنه ليس في الإدهان حيثئذ أكثر من إزالة الشعث، وذلك مباح له، وأما الدهن المطيب فتحكمه حكم الطيب.

٧١٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٦٩٢.

وقال في الاستذكار: لم يختلف عن خارجة فيما حكاه عنه مالك في موطنه، واختلف عن سالم فروى ابن عيينة عن عمرو بن دينار، عن سالم بن عبد الله، وربنا قال: عن أبيه، وربما لم يقل، قال عمر: إذا رميت الجمرة وذبحتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء حرم عليكم إلا النساء والطيب.

(١) الإفاضة: الخروج باندفاع وسرعة، والمراد الطواف.

كتاب الحج ٣٣٩

مسألة: وأما الحالة الثالثة: فبعد الإحرام وقبل وجود شيء من التحلل، فإن الأدهان حينئذ ممنوع بدهن مطيب وغير مطيب، وروى ابن حبيب عن الليث بإباحة ذلك ما يجوز له أكله من الأدهان، وقال: إنه قول عمر وعلي رضي الله عنهما.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذا معنى ينافي الشعث، فمنع منه المحرم كالطيب والتنظيف في الحمام.

فرع: فإن فعل شيئاً من ذلك، فقد روى ابن حبيب عن مالك أن عليه الفدية، واختار ابن حبيب أن لا فدية عليه.

وجه قول مالك أن هذا معنى ينافي الشعث ويزيله، فوجب على المحرم باستعماله الفدية كغسل رأسه بالفاصول ودخوله الحمام. ووجه قول ابن حبيب إسقاط الفدية لظهور الخلاف في إباحته.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ طَعَامٍ فِيهِ زَعْفَرَانٌ هَلْ يَأْكُلُهُ الْمُحْرِمُ؟ فَقَالَ: أَمَّا مَا تَمَسَّهُ النَّارُ مِنْ ذَلِكَ، فَلَا بَأْسَ بِهِ أَنْ يَأْكُلَهُ الْمُحْرِمُ، وَأَمَّا مَا لَمْ تَمَسَّهُ النَّارُ مِنْ ذَلِكَ، فَلَا يَأْكُلُهُ الْمُحْرِمُ.

الشرح: وهذا كما قال أن الزعفران وغيره من أنواع الطيب إذا خلط بما أكل وأنضج بالنار لا بأس أن يأكله المحرم هذا الذي ذكره مالك في الموطأ ونحوه في المدونة. وقد روى ابن عبد الملك في مختصره الكبير عن مالك: لا بأس أن يأكل المحرم الخبيص والخشكنا وما طبخته النار من الزعفران. قال الشيخ أبو بكر: إنما قال ذلك لأن النار قد غيرت فعل الطيب الذي في هذه الأشياء، فجاز له أكلها، وكذلك إذا أكل أو شرب شيئاً فيه طيب قد استهلك حتى لا يرى فيه أثر ولا رائحة، فأما إذا بقي له أثر صبغ أو رائحة فتلزمه به الفدية.

وقد روى ابن المواز: لا شيء على المحرم في شربها. قال مالك: وتكره الدقة الصفراء والأشنان الأصفر والشراب الذي فيه الكافور. قال الشيخ أبو بكر: لأن الطيب في غير هذه الأشياء مستهلك ولا هي معمولة بالنار، فعلى المحرم تناولها، الفدية، فيبين أن المطبوخ بالنار لا يعتبر بأن يكون الزعفران غلب عليه وإنما يعتبر ذلك فيما خلط بغيره ولم تمسه النار.

وقال القاضي أبو محمد: ما كان من الطعام فيه طيب أو زعفران قد مسته النار

٣٤٠ كتاب الحج

كالخبيص والخشكنان، فلا بأس أن يأكلها المحرم لأنه بالطبخ قد خرج عن أن يكون طيباً ولحق بالطعام، ولأنه في وقت أكله متلف باستهلاكه وغلبة الطعام وهو وإن كان لم يحمر القول فقد بين أن إباحة ذلك لمعنيين، أحدهما: الطبخ، والثاني: غلبة ما مزجه عليه وأراد بالاستهلاك غلبة الممازج عليه مع بقاء عينه، والاستهلاك الذي أباحه الشيخ أبو بكر في إباحة ما لم تمسه النار، وإنما هو عدم العين جملة. وقال القاضي أبو محمد في الاستهلاك الذي اعتبره فيما مسته النار: أنه لا فدية في تناوله، وأما إذا لم تمسه النار، ففيه روايتان، إحداهما: وجوب الفدية، والثانية: نفيها.

وقال ابن حبيب عن مالك: إنما ذلك إذا مسته النار حتى لا يلصق باليد منه شيء كالخبيص والخشكنان، فأما الفالوذ والدقة وما أشبهها مما يلصق زعفرانه باليد والشفة فيصبغها فلا يأكله المحرم. وأشار إليه ابن المواز: والفالوذ الذي ذكر لا يلصق زعفرانه بيد ولا شفة وإنما يكون ذلك فيما طبخ من الأمراق كالسكباج وما أشبهه، فأجمع أصحابنا على أن للنار تأثيراً في الإباحة، فعلى رواية الشيخ أبي بكر: يؤثر إذا كان على صفة لا يعلق باليد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن المعاني المعتبرة في استهلاك الطيب على ما ذكره الشيخ أبو بكر: اللون والرائحة. وذكر ابن المواز: اللون والطعم، فيحتمل أن يعتبراً جميعاً الثلاث الصفات على حسب ما يعتبر في المياه، ويحتمل أن يعتبر كبل واحد منهما ما انفرد بذكره دون ما ذكره الآخر، فيكون وجه قول الشيخ أبي بكر أن الطيب مقصوده الرائحة دون الطعم، ويكون وجه قول محمد أنه لما انتقل إلى حكم الطعام اعتبر فيه الطعم، والله أعلم وأحكم.

* * *

مواقبت الإهلال

٧١٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يُهْلُ

٧١٩ - أخرجه البخارى فى كتاب العلم حديث رقم ١٣٠، وكتاب الحج حديث رقم ١٤٢٥، ١٤٢٨، ١٤٣٠، وكتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ٦٧٩٨. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٠٢٤، ٢٠٢٥، ٢٠٢٦، ٢٠٢٧. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٦١، ٨٣١. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٠١، ٢٦٠٢، ٢٦٠٥، ٢٦٥١، ٢٦٥٢، ٢٦٥٥. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٤٧٦، ١٧٣٧. وابن ماجه فى كتاب=

كتاب الحج ٣٤١
أَهْلُ الْمَدِينَةِ مِنْ ذِي الْحُلَيْفَةِ، وَيُهَلُّ أَهْلُ الشَّامِ مِنَ الْحُحْفَةِ، وَيُهَلُّ أَهْلُ نَجْدٍ مِنْ
قَرْنٍ». قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: وَبَلَّغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «وَيُهَلُّ أَهْلُ الْيَمَنِ مِنْ
يَلْمَلَمٍ»^(١).

الشرح: قوله ﷺ: «يهل أهل المدينة من ذى الحليفة» توقيت منه ﷺ لأهل كل بلد
وجهة موضع إحرامهم، ومعنى ذلك أنه لا يجوز تأخير الإحرام لمريد النسك عن ذلك
الموضع إلا لضرورة، ولا خلاف فى ذلك لمن أراد النسك، وأما من لم يردده وأراد
دخول مكة، فإنه على ضربين، أحدهما أن يكون دخوله مكة يتكرر كالأكرباء
والخطابين، فهؤلاء لا بأس بدخولهم مكة بغير إحرام، ولا خلاف فى ذلك لأن المشقة
تلحقهم بتكرر الإحرام والإيتان بجميع النسك.

مسألة: والضرب الثانى أن يندر دخوله مكة، فهذا قد اختلف الناس فيه، فقال
مالك: لا يجوز له دخول مكة بغير إحرام. وقال الزهري: يجوز له ذلك.

والدليل لقول مالك أن هذا قاصد مكة لا يتكرر دخوله إليها، فلزمه الإحرام
كالقاصد للنسك، واستدل الزهري فى ذلك بما رواه عن أنس «أن رسول الله ﷺ
دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر»^(٢). قال: فلو كان حراماً لما كان على رأسه
المغفر.

= المناسك حديث رقم ٢٩٠٥، ٢٩١٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٢٢٣، ٤٣٢٧،
٤٣٥٦، ٤٨١٥، ٤٨٢٦، ٤٨٤٣، ٤٨٦٥، ٤٩٢٥، ٥٠٧١، ٥٢٣٥، ٥٢٧٣، ٥٨٦٦،
٥٩١٦، ٥٩٧٥، ٦١٠١. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٢٣، ١٧٩٠. والبيهقى
فى الكبرى ٢٦/٥ عن ابن عمر. والطبرانى فى الكبرى ١٤/١١ عن ابن عباس. والبغوى بشرح
السنة ٣٥/٦. وذكره فى الكنز برقم ١١٩٠٣ وعزاه السيوطى لأحمد والترمذى والنسائى عن
ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣١٢/٥: هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة الموطأ عن
مالك، فيما علمت. وكذلك رواه أصحاب نافع كلهم عن نافع، عن ابن عمر. وكذلك رواه
عبدالله بن دينار، عن ابن عمر. وكذلك رواه ابن شهاب، عن سالم، عن أبيه، عن النبى ﷺ
مثله سواء. اتفقوا كلهم على أن ابن عمر لم يسمع من النبى ﷺ قوله: ويهل أهل اليمن من
يلملم. انتهى.

ويلملم: بفتح المثناة تحت واللامين، وهو جبل من جبال تهامة.

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (١٨٤٦). الترمذى حديث رقم (١٦٩٣).

النسائى فى الصغرى حديث رقم (٢٨٦٨). أبو داود حديث رقم (٢٦٨٥).

٣٤٢ كتاب الحج

والجواب أنه قد يجوز ذلك للمحرم للضرورة ولا ضرورة أشد من الحاجة إلى التوقى في الحرب، وهو عليه السلام، إنما دخلها عنوة ولو سلم له ذلك لكان أمرًا يختص به؛ وقد قال عليه السلام: «أن الله حرم مكة فلم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدى وإنما أحلت لي ساعة من نهار، وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس»^(٣).

فرع: فإن دخل مكة حلالاً؟ فقد روى القاضى أبو محمد أنه أساء ولا فدية عليه لأن دخول محل الفرض لا يوجب الدخول فى الفرض كدخول منى وعرفة.

فرع: فإذا جاوز الميقات، مريد الإحرام غير محرم، فليرجع إلى الميقات ما لم يحرم، فإن أحرم فلا يرجع لأنه قد ترتب عليه الدم بإحرامه، فلا يسقط عنه برجوعه. أصل ذلك إذا رجع بعد التلبس بالطواف والسعى.

مسألة: وهذا القول فى تأخير الإحرام عن الميقات، فأما تقديمه، فإنه لا يجب به شىء، وقال القاضى أبو محمد: يكره له ذلك ولم يفصل. وقد روى محمد بن مالك: لا بأس أن يحرم الرجل من منزله، إذا كان منزله دون الميقات ما لم يكن قريباً من الميقات، فيكره له ذلك. وقال الشافعى: لا يكره ذلك جملة.

والدليل على ما ذكرناه قوله عليه السلام: «يهل أهل المدينة من ذى الحليفة» وهذا وإن كان لفظه، لفظ الخبر فإن معناه الأمر لأن خبر النبى عليه السلام لا يجوز أن يكون بخلاف غيره، وقد نجد من لا يهل منها وإن كان أمرًا، فلا بد أن يكون واجباً أو ندباً، وعلى كلا الوجهين، فقد تعلق النهى بضده على حسب ما هو أمر به. ودليلنا من جهة القياس أنه أحد الميقاتين، فكره التقدم عليه بالإحرام كميقات الزمان.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن تخصيص هذه المواقيت بأهل كل جهة، يفيد اختصاصهم بها ويختص أيضاً بمن مر عليها من غير أهلها لما روى عن ابن عباس عن النبى عليه السلام أنه قال: «لهن ولكل آت أتى عليهن من غيرهم ممن أراد الحج والعمرة».

فصل: وقوله: «وبلغنى أن رسول الله عليه السلام قال: ويهل أهل اليمن من يلملم» غاية فى التحرى والتوقى والتميز لما سمعه من النبى عليه السلام مشافهة مما لم يسمعه منه وبلغه عنه. وقد روى ابن عباس أن النبى عليه السلام وقت لأهل اليمن يلملم، وأما أهل العراق،

(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (٤٢٩٥). مسلم حديث رقم (١٣٥٤).

الترمذى حديث رقم (٨٠٩). النسائى فى الصغرى حديث رقم (٢٨٧٦). أحمد فى المسند

حديث رقم (١٥٩٣٨).

كتاب الحج ٣٤٣
فروى عبدالله بن عمر أن عمر بن الخطاب وقت لهم ذات عرق. وروى عن عائشة
وجابر أن النبي ﷺ وقته لهم.

٧٢٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: أَمَرَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ الْمَدِينَةِ أَنْ يَهْلُوا مِنْ ذِي الْحُلَيْفَةِ، وَأَهْلَ الشَّامِ مِنَ الْجُحْفَةِ،
وَأَهْلَ نَجْدٍ مِنْ قَرْنٍ، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: أَمَّا هَؤُلَاءِ الثَّلَاثُ فَسَمِعْتُهُنَّ مِنْ رَسُولِ
اللَّهِ ﷺ وَأُخْبِرْتُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «وَيَهْلُ أَهْلُ الْيَمَنِ مِنْ يَلْمَمٍ».

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ أمر أهل المدينة أن يهلوا من ذى الحليفة»، أمر
وظاهره الوجوب، وقد يصرف إلى الندب بدليل أن وجد في الشرع، وهذا يقتضى ما
قلناه من أن تقديم الإحرام وتأخيريه عليه ممنوع غير مختار يتعلق به النهى؛ لأن الأمر
بالشئء نهى عن جميع أضداده، فالأمر بإيقاع الإحرام من الميقات يقتضى منع إيقاعه
من غير ذلك الموضع من التقديم عليه والتأخير عنه كما اقتضى ذلك توقيت الإحرام
بالزمان.

٧٢١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ أَهَلَ مِنَ الْفُرْعِ.

الشرح: قوله: «أن عبدالله بن عمر أهل من الفرع»، وإن كان روى عن النبي ﷺ
الأمر بالإهلال من الميقات، فإنه لا يمنع صحة الاحتجاج به على من خالف، ورأى
تقديم الإحرام قبل الميقات لجواز أن يكون عبدالله بن عمر رضى الله عنه ترك ظاهره
لرأى رآه أو تأويل تأوله.

وهكذا روى عبدالله بن عباس أن عائشة اشترت بريدة، فأعتقتها فخيرها رسول

٧٢٠ - أخرجه البخارى فى كتاب العلم حديث رقم ١٣٠، وكتاب الحج حديث رقم ١٤٢٥،
١٤٢٨، ١٤٣٠، وكتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ٦٧٩٨. ومسلم فى كتاب الحج حديث
رقم ٢٠٢٤، ٢٠٢٥، ٢٠٢٦، ٢٠٢٧. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٦١، ٨٣١.
والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٠١، ٢٦٠٢، ٢٦٠٥، ٢٦٥١، ٢٦٥٢،
٢٦٥٥. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٤٧٦، ١٧٣٧. وابن ماجه فى كتاب
المناسك حديث رقم ٢٩٠٥، ٢٩١٤. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٢٢٣، ٤٣٢٧، ٤٣٥٦،
٤٨٤٣، ٤٨٦٥، ٤٩٢٥، ٥٠٧١، ٥٢٣٥، ٥٢٧٣، ٦١٠١. والدارمى فى كتاب
المناسك حديث رقم ١٧٢٣، ١٧٩٠.

٧٢١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٩٥.

٢٤٤ كتاب الحج
الله ﷺ وأخذنا بذلك من خبره، وإن كان عبدالله بن عباس يرى أن بيع الأمة طلاقها.
وفى كتاب محمد، قال مالك: كان خروج عبدالله إلى الفرع لحاجة ثم بدا له
فأحرم منها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندي أن مالكاً، رحمه الله، إنما نفى
بذلك عن عبدالله بن عمر أن يقصدها للإحرام منها.

٧٢٢ - مَالِك، عَنِ الثَّقَفِ عِنْدَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ أَهَلَ مِنْ إِبِلِيَاءَ.

الشرح: قوله: «أن عبدالله بن عمر أهل من إيلياء»، يريد بيت المقدس، وهذا تقديم
للإحرام قبل الميقات، وقد روى ابن المواز عن مالك جواز ذلك وكرهيته، فيما قرب
من الميقات، وروى العراقيون كراهيته على الإطلاق.

وجه رواية العراقيين ما قدمناه قبل هذا من أمره بالميقات وتوقيته الإحرام به يمنع
تقديمه عليه وتأخيريه عنه كميقات الزمان. ووجه رواية ابن المواز أن التوقيت إنما هو لمنع
مجاورته بالإحرام لا لمنع التقديم عليه لأن الإهلال قبل الميقات مباح، ويمنع استصحابه
بعد الميقات، والأول أقيس، فدخل على هذا ميقات الزمان.

فرع: وإذا قلنا برواية ابن المواز، فالفرق بين القرب والبعد، أن من أحرم بقرب
الميقات، فإنه لا يقصد إلا مخالفة التوقيت لأنه لم يستدم إحراماً، وأما من أحرم على
البعد منه فإن له غرضاً فى استدامة الإحرام، وهذا كما قلنا إن من كان فى شعبان لم
يجز له أن يتقدم صيام رمضان بصيام يوم أو يومين، ومن استدام الصوم من أول شعبان
جاز له استدامة ذلك حتى يصله برمضان.

٧٢٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَهَلَ مِنَ الْجِعْرَانَةِ بِعُمْرَةٍ.

الشرح: اعتمار النبى ﷺ من الجعرانة حين رجع من حنين، والجعرانة وحنين
متقاربان، فاعتمر من الجعرانة، ولعله ﷺ إنما أجمع على العمرة بعد أن حل بالجعرانة،
وأنه قبل ذلك لم يكن عزم على الرجوع إلى مكة حتى يلقي عدواً أو يحدث سفراً أو
ما شاء الله من ذلك، ويحتمل أن يكون قصد دخول مكة من حنين لأنه لم يبد له أن
يعتمر إلا من الجعرانة، وقد كان يجوز له دخول مكة بغير إحرام على ما قاله شيوخنا.

٧٢٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٩٦.

٧٢٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٦٩٨.

كتاب الحج ٣٤٥
 وذلك أن سحنوناً قال، فيمن دخل معتمراً فحل من عمرته ثم خرج لحاجة عرضت له إلى مثل جدة أو الطائف، وهو ينوى الرجوع إلى مكة ليحج من عامه: ليس عليه أن يدخل بإحرام، مثل ما قال مالك في الذين يختلفون إلى مكة بالخطب والفاكهة، وإن كان حين خرج إلى سفره لم ينو العودة ثم بدا له، فعليه الإحرام، وذلك أن من دخل مكة وخرج منها ينوى العودة إليها، فقد صار حكمه حكم أهلها الذين تعرض لهم الحوائج خارجها، فيخرجون إليها وليس عليهم إحرام لدخولها.

مسألة: ومن سلك طريقاً إلى مكة، وهو لا ينوى أن يبلغها، فلما جاوز الميقات نوى دخول مكة أجزاءه أن يحرم من حيث نوى ذلك، ولا يرجع لأنه إنما قصد مكة من حيث أحرم.

* * *

العمل في الإهلال

٧٢٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ تَلْبِيَةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ: لَبَّيْكَ لَا شَرِيكَ لَكَ لَبَّيْكَ، إِنَّ الْحَمْدَ وَالنُّعْمَةَ لَكَ وَالْمُلْكَ، لَا شَرِيكَ لَكَ. قَالَ: وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَزِيدُ فِيهَا: لَبَّيْكَ لَبَّيْكَ وَسَعْدَيْكَ وَالْخَيْرُ بِيَدَيْكَ لَبَّيْكَ وَالرَّعْبَاءُ إِلَيْكَ وَالْعَمَلُ^(١).

٧٢٤ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٤٤٨. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٠٢٩. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٥٥، ٧٥٦. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٩٥، ٢٦٩٦، ٢٦٩٧، ٢٦٩٨. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٥٤٧. وابن ماجه فى كتاب المناسك حديث رقم ٢٩٠٩. وأحمد فى المستند حديث رقم ٤٢٢٥، ٤٥٩٠، ٤٦٦١، ٤٧٥٥، ٤٧٧٧، ٤٨٢٧، ٤٨٤٢، ٤٩٠٧، ٥٢١٨، ٥٢٥١، ٥٧٤٩، ٥٨٧١. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٤٠. والبيهقى فى الكبرى ٤٤/٥ عن عبد الله بن عمر. والدارقطنى ٢٥٥/٣ عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٢١/٥: يقال: إنه لم يسمع أبو الربيع الزهرانى من مالك غير هذا الحديث. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أبو حذيفة أحمد بن محمد بن على الدينورى، حدثنا عبدالله بن محمد بن عبدالعزيز البغوى، وحدثنا خلف، حدثنا أبو الطاهر محمد بن عبدالله القاضى، حدثنا موسى بن هارون الجمال، قال: حدثنا سليمان بن داود أبو الربيع الزهرانى، حدثنا مالك، عن نافع عن ابن عمر، قال: «كانت تلبية رسول الله ﷺ لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك». هكذا روى هذا الحديث =

٣٤٦ كتاب الحج
الشرح: قوله: «أن تلبية رسول الله ﷺ»، يريد التي كان يلي بها ويواظب عليها، وإن كان لا يواظب على تلبية مخصوصة لما اختصت بالنسبة إليه، ومواظبته ﷺ عليها على سبيل الاختيار لها لا على سبيل الوجوب، ولذلك زاد فيها عبد الله بن عمر وبأى لفظ لبي الملبى أجزأه.

ولبيك^(٢) إجابة الداعي، مأخوذ من ألب بالمكان، إذا أقام به كأنه قال: هذا مقيم عندك، وثنى على معنى أنها إجابة، على سبيل التأكيد هذا الذي يذكره أهل اللغة.

مسألة: والتلبية مسنونة في الحج غير مفروضة، قال ذلك الشيخ أبو القاسم في تفريعه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: إنها ليست من أركان الحج، وإلا فهي واجبة، ولذلك يجب الدم بتركها.

فصل: وأما قوله: «ليبك إن الحمد والنعمة لك»، فإنه يروى بكسر الهمزة وفتحها؛ وقال قوم: إن كسر الهمزة أبلغ في المدح^(٣)، وليس ذلك بين لأن كسر الهمزة إنما يقتضى الإخبار بأن الحمد والنعمة لك، وأنه ابتداء كلام، وفتح الهمزة يقتضى التلبية من أجل أن الحمد والنعمة له، وليس فى أحد اللفظين مزية مدح.

فصل: وقوله: «والخير بيديك»، يقتضى أن جميع الخير بيديه؛ لأن الألف واللام لاستغراق الجنس، فكان الملبى يلي ربه، وهو يعتقد أن جميع الخير بيديه، والرغبة لك إذا فتح الراء مد، وإذا ضمها قصر، وكأنه قال: إن المرغوب إليه، هو الله تعالى والمقصود بالعمل.

٧٢٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُصَلِّي

=أبو الربيع الزهراني، ولم يذكر زيادة ابن عمر، وكل من روى الموطأ ذكرها فيه، وذكرها أيضا جماعة من غير رواة الموطأ.

(٢) «ليبك»: قال الجمهور: هي منناة لتكثير والمبالغة ومعناها إجابة بعد إجابة ولزوماً لطاعتك منى للتوكيد لاتثنية حقيقية واشتقاقها من لب بالمكان إذا أقام به ولزمه، وقيل من قولهم دارى تلب دارك أى تواجها، وقيل من قولهم حب لباب أى خالص محض، وقال إبراهيم الحربي: معنى لبيك أى قربا منك وطاعة والالباب العرب.

(٣) قال النووي: يروى بكسر الهمزة وفتحها والكسر أجود على الاستئناف والفتح على التعليل.

٧٢٥ - أخرجه البخارى ٢/٢٦٣ كتاب الحج باب قوله تعالى: ﴿يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ﴾ =

فِي مَسْجِدِ ذِي الْحُلَيْفَةِ رَكَعَتَيْنِ، فَإِذَا اسْتَوَتْ بِهِ رَأْسُهُ أَهْلًا.

الشرح: قوله: «كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين»، هذا اللفظ إذا أطلق في الشرع اقتضى ظاهره في عرف الاستعمال النافلة، وهو المفهوم من قولهم: صلى فلان ركعتين، وإن كان قد روى أن صلاة النبي ﷺ بذى الحليفة كانت صلاة الفجر، وقد اختار مالك أن يكون إحرامه بأثر نافلة لأنه زيادة خير. وقد كان الحسن بن أبي الحسن يستحب أن يكون الإحرام بأثر صلاة فريضة.

مسألة: فإن لم يحرم بأثر صلاة نافلة وأحرم بأثر فريضة أجزاءه، فإن ورد الميقات في وقت لا تجوز فيه الصلاة النافلة، وليس بوقت فريضة، فالأفضل أن ينتظر وقت جواز الصلاة إلا أن يخاف فواتاً أو عذراً فإن أحرم ولم ينتظر ذلك أجزاءه لأن ذلك مندوب إليه وليس بواجب ولا شرط في صحة الإحرام.

فصل: وقوله: «فإذا استوت به راحلته أهل»، يريد أن تستوي قائمة، وهذا الاستواء والانبعاث أخذها في القيام واستواؤها كمال القيام، وذهب مالك وأكثر الفقهاء إلى أن المستحب أن يهمل الراكب إذا استوت به راحلته قائمة على لفظ الحديث. وقال أبو حنيفة: يهمل عقيب الصلاة إذا سلم منها. وقال الشافعي: يهمل إذا أخذت ناقته في المشي.

والدليل على صحته ما ذهب إليه مالك ما روى مسلم بن حسان عن نافع عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ أهل حين استقلت به راحلته قائمة».

٧٢٦ - مَالِك، عَنْ مُوسَى بْنِ عُقْبَةَ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَاهُ يَقُولُ:

=عن أنس. ومسلم ٨٤٥/٢ كتاب الحج، باب ٥ رقم ٢٩ عن ابن عمر.
قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٢٦/٥: لم يختلف الرواة عن مالك في إرسال هذا الحديث بهذا الإسناد، وقد روى معناه مسنداً من حديث ابن عمر وأنس من وجوه ثابتة.
٧٢٦ - أخرجه البخاري في كتاب الحج حديث رقم ١٤٤١. ومسلم في كتاب الحج حديث رقم ٢٠٣٤. والترمذي في كتاب الحج حديث رقم ٧٤٧. والنسائي في كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٧٠٥. وأبو داود في كتاب المناسك حديث رقم ١٥٠٨. وابن ماجه في كتاب المناسك حديث رقم ٢٩٠٧. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٥٨٨، ٤٦٩٨.
قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٢٨/٥: هكذا روى هذا الحديث جماعة الرواة للموطأ عن مالك رحمه الله وكذلك رواه ابن عيينة، كما رواه مالك سواء بلفظ واحد، وبإسناده قال فيه: سمعت موسى، سمع سالماً، سمعت ابن عمر، فذكره، ورواه شعبة، عن موسى بن عقبة، فخالفهما في معناه.

بَيِّدَاؤُكُمْ^(١) هَذِهِ الَّتِي تَكْذِبُونَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيهَا، مَا أَهْلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَّا مِنْ عِنْدِ الْمَسْجِدِ، يَعْنِي مَسْجِدَ ذِي الْحُلَيْفَةِ.

الشرح: قوله: «بيداؤكم هذه التي تكذبون على رسول الله ﷺ فيها»، يعنى والله أعلم، أنهم يقولون إن النبي ﷺ أخر الإحرام والإهلال بالحج والعمرة حتى أشرف عليها، وذلك مروى عن أنس قال: «صلى النبي ﷺ بالمدينة، ونحن معه، الظهر أربعاً، وصلى بذي الحليفة ركعتين، ثم بات فيها حتى أصبح، ثم ركب حتى استوت به ناقته على البيداء حمد الله وسبح وكبر، ثم أهل بحج وعمرة» فأنكر عبدالله بن عمر الرواية ووصفها بالكذب لأن الكذب الإخبار بالشيء على ما ليس به قصد بذلك المخبر، أو لم يقصد.

وقد روى عن أنس غير هذا، واختلفت الرواية عن ابن عباس، فروى عنه أنه أهل بآثر السلام من الصلاة، فحفظ ذلك عنه، ثم ورد قوم فوجدوه يهل حين استوت به راحلته، فحفظوا ذلك عنه، وقال: أهل حين استوت ناقته على البيداء، وأصح هذه الروايات ما وافق رواية ابن عمر، فإن روايته لم تختلف في ذلك.

وفى المدينة عن ابن نافع: أنكر مالك الإحرام من البيداء، وقال: ما البيداء، وهذا الحديث الذى ذكره ابن عباس يسوغ لنا فى حديث أنس، ويلزمنا الجواب عنه إذا اعترض به علينا أبو حنيفة، فنقول: إن حديث ابن عمر أولى؛ لأنه أحفظ الناس للمناسك، وابن عباس فى حجة الوداع صغير.

ووجه آخر أن ابن عباس اختلفت روايته فى هذا الحكم، ولم تختلف رواية ابن عمر. ووجه ثالث أن حديث ابن عمر صحيح لا يختلف فى صحته، وحديث ابن عباس رواية محمد بن إسحاق عن خصيف، ولا يحتج بحديثه.

فصل: وقوله: «ما أهل رسول الله ﷺ إلا من عند مسجد ذى الحليفة»، يقتضى أنه أفضل مواضع ذى الحليفة للاقتداء بالنبي ﷺ والتبرك بموضع إحرامه ومن أحرم من غير ذلك الموضع من ذى الحليفة أجزاءه؛ لأنه لا يمكن كل واحد من الناس أن يحرم من ذلك الموضع مع عظم الرفاق وكثرة البشر وتراحم الناس.

(١) قال ابن عبد البر: وأما قوله فى هذا الحديث: «بيداؤكم» فإنه أراد موضعكم الذى تزعمون أن رسول الله ﷺ لم يهل إلا منه، قال ذلك ابن عمر منكراً لقول من قال: إن رسول الله ﷺ إنما أهل فى حجته حين أشرف على البيداء، والبيداء الصحراء يريد بيداء ذى الحليفة.

كتاب الحج ٣٤٩

وقد سئل مالك عن الجحفة أيحرم المرء من أول الوادى أو أوسطه أو آخره؟ فقال: هو مهل كله، قال: وسائر المواقيت كذلك، وأحب إلى أن يحرم من أول الوادى حتى يأتى على ذلك كله، وهو محرم، فالمواقيت على ضربين، ميقات أحرم النبي ﷺ منه، وميقات لم يحرم منه، فأفضله موضع إحرام النبي ﷺ.

٧٢٧ - مَالِك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ عُبَيْدِ بْنِ جُرَيْجٍ أَنَّهُ قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ رَأَيْتَكَ تَصْنَعُ أَرْبَعًا لَمْ أَرِ أَحَدًا مِنْ أَصْحَابِكَ يَصْنَعُهَا قَالَ: وَمَا هُنَّ يَا ابْنَ جُرَيْجٍ؟ قَالَ: رَأَيْتَكَ لَا تَمَسُّ مِنَ الْأَرْكَانِ إِلَّا الْيَمَانَيْنِ، وَرَأَيْتَكَ تَلْبَسُ النَّعَالَ السَّبْتِيَّةَ^(١)، وَرَأَيْتَكَ تَصْبِغُ بِالصُّفْرَةِ، وَرَأَيْتَكَ إِذَا كُنْتَ بِمَكَّةَ أَهَلَ النَّاسُ إِذَا رَأَوْا الْهَلَالَ، وَلَمْ تُهَلِّ أَنْتَ حَتَّى يَكُونَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ. فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: أَمَّا الْأَرْكَانُ، فَإِنِّي لَمْ أَرِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَمَسُّ إِلَّا الْيَمَانَيْنِ، وَأَمَّا النَّعَالُ السَّبْتِيَّةُ، فَإِنِّي رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَلْبَسُ النَّعَالَ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا شَعْرٌ، وَيَتَوَضَّأُ فِيهَا، فَأَنَا أُحِبُّ أَنْ أَلْبَسَهَا، وَأَمَّا الصُّفْرَةُ، فَإِنِّي رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَصْبِغُ بِهَا، فَأَنَا أُحِبُّ أَنْ أَصْبِغَ بِهَا، وَأَمَّا الْإِهْلَالُ، فَإِنِّي لَمْ أَرِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَهْلُ حَتَّى تَنْبَعَثَ بِهِ^(١) رَاحِلَتُهُ.

الشرح: قوله: «رأيتك تصنع أربعا لم أر أحدًا من أصحابك يصنعها»، سؤاله عن وجه تعلقه بها، وهل عنده في ذلك توقيف من النبي ﷺ أو فعل ما فعل عن رأى واجتهاد؛ لأن عبد الله بن عمر كان كثير التحفظ لأفعال النبي ﷺ شديد الاقتداء به فيها، معروفًا بذلك مشهورًا في الصحابة والتابعين، فأراد ابن جريج أن يعلم ما خالف

٧٢٧ - أخرجه البخارى فى كتاب الوضوء حديث رقم ١٦١. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٠٣٧، ٢٢٢٥. والنسائى فى كتاب الطهارة حديث رقم ١١٦، وكتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٨٩٨، ٢٨٩٩، ٢٩٠٠، ٢٩٠١، ٢٩٠٢، ٢٩٤٦، وكتاب الزينة حديث رقم ٤٩٩٦، ٥٠٢٤، ٥١٤٧. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٥٠٩، وكتاب اللباس حديث رقم ٣٥٤٢، وكتاب الترحل حديث رقم ٣٦٧٧. وابن ماجه فى كتاب المناسك حديث رقم ٢٩٠٧، ٢٩٣٧، وكتاب اللباس حديث رقم ٣٦١٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٢٧، ٤٩٨٧، ٥٠٨٥، ٥٦٢٦، ٥٦٧٣، ٦١٧٤. والبيهقى فى الكبرى ٣١/٥ عن عبد الله بن عمر.

(١) السبتية: نعال من جلد مدبوغ ليس فيها شعر.

(١) تنبعث به: تستوى قائمة.

٣٥٠ كتاب الحج
فيه أصحابه من ذلك إن كان لسنة من النبي ﷺ أو لرأى منه، وأعلمه بخلاف جماعة
من الصحابة له ذلك ليكون ذلك أبعث له على قوة الاجتهاد وشدة التحرز من السهو
والغلط.

ثم فسرها ابن جريج حين سأله ابن عمر عن ذلك، فقال: «رأيتك لا تمس من
الأركان إلا اليمانيين»، فأخبره ابن عمر أنه لم ير النبي ﷺ يمس منها غير اليمانيين،
وهذه سنة كافية، فيما ذهب إليه لأن النبي ﷺ طاف أشواطاً وأسابع، ولم يره ابن عمر
مع ذلك يمس من الأركان غير اليمانيين، فالظاهر أنه قصد تركها، ويحتمل أن يكون
ﷺ ترك استلامها لأن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم ﷺ فصار الركنان الشاميان
ليسا بركنين على الحقيقة، وقد تأول ذلك عبدالله بن عمر فيهما، وسيأتى بعد هذا إن
شاء الله تعالى، وهذا اختيار مالك أن لا يستلم من الأركان غير اليمانيين للمعنى الذى
ذكرناه.

فصل: وقوله: «ورأيتك تلبس النعال السبئية»، وهى نعال تدبغ بالقرظ، ويجب أن
يكون على قول ابن عمر لا شعر فيها. وقد روى سحنون عن ابن وهب أن النعال
السبئية كانت سوداء لا شعر فيها. قال محمد: فقلت له: قال بعضهم: هى النعال المدبوغة
بالقرظ، سميت بذلك لأن أكثرهم كان يلبسها غير مدبوغة إلا أهل السعة منهم.

قال سحنون: قد أعلمتك ما قال فى ابن وهب، وهذا الذى قاله محمد بن سحنون لا
يعترض على ما قاله ابن وهب لأنه لم يمتنع أن تكون السبئية المدبوغة بالقرظ وتكون لا
شعر فيها، وأن العرب كان يلبس أكثرهم النعال غير مدبوغة، وأن السبئية كان لا
يلبسها إلا أهل الشرف والسعة. ولذلك قال الشاعر:

يحذى نعال السبت ليس بتوأم

ولا يصح أن تكون السبئية مدبوغة بالقرظ وعليها شعر، ويحتج عبدالله بن عمر
اختصاصه بلبسها بأن النبي ﷺ كان يلبس النعال التى لا شعر عليها.

فصل: وقوله: «ورأيتك تصبغ بالصفرة»، يحتمل أن يريد الخضاب، ويحتمل أن يريد
الثياب، وقال يحيى بن عمر: يريد أنه كان يصبغ بها ثيابه لا لحيته. قال: وهذا معناه عند
أصحاب مالك. قال أحمد بن خالد: ولا يثبت أن النبي ﷺ صبغ لحيته بصفرة ولا غيرها
ولا أدرك ذلك، توفى رسول الله ﷺ وليس فى لحيته ورأسه عشرون شعرة
بيضاء.

وقد روى زيد بن أسلم عن أبيه أن ابن عمر كان يصبغ ثيابه بالزعفران، فقيل له فقال: كان رسول الله ﷺ يصبغ ثيابه، وكان - أو رأيته - أحب الطيب إليه.

وهذا الحديث الذى ذكره أحمد بن خالد رواه أبو داود على غير هذا الوجه، روى عن زيد بن أسلم أن ابن عمر كان يصبغ لحيته بالصفرة حتى تمتلئ ثيابه بالصفرة، فقيل له: لم تصبغ بالصفرة، فقال: إني رأيت رسول الله ﷺ يصبغ بها، ولم يكن شئ أحب إليه منها، وقد كان يصبغ بها ثيابه كلها حتى عمامته.

والذى روى عن ابن عمر أنه كان يصفر لحيته أكثر وأصح من الذى رواه أحمد بن خالد ولا يمتنع أن يكون النبي ﷺ كان يصبغ ثيابه ولحيته بالصفرة فيقتدى به فى ذلك ابن عمر ويستحبها من أجله فيصبغ بها ثيابه ولحيته، والله أعلم، كما رأى النبي ﷺ أهل بعرة، فأحصر بعدو، فتحلل فأردف هو الحج على العمرة لما خاف أن يصد عن البيت ليتحلل دونه إن حصر، وقال: «ما أمرهما إلا واحد».

فصل: وقوله: «ورأيتك إذا كنت بمكة لم تهل حتى يكون يوم التروية»، يوم التروية يوم منى، وهو ثامن، عشر ذى الحجة، فكان الصحابة يهلون لهلال ذى الحجة، وكان ابن عمر يؤخر إهلاله، فإذا كان يوم التروية أهل ووصل خروجه إلى منى بإهلاله، ولذلك قال: «وأما الإهلال، فإني لم أر رسول الله ﷺ يهل حتى تنبعث به راحلته»، يريد أن تأخيره الإهلال إلى يوم التروية، وترك تقديمه فى أول العشر لمن كان مقيماً بمكة من قاطن أو قادم ممن يريد الإحرام منها إنما اختار ذلك لأنه لم ير النبي ﷺ يهل حتى تنبعث به راحلته متوجهاً، وأخذ فى فعل الحج، فرأى عبدالله بن عمر أن إهلاله يوم التروية حين تنبعث به راحلته متوجهاً إلى منى أشبه بفعل النبي ﷺ وأقرب إلى الاقتداء به من الإهلال فى أول ذى الحجة، والمقام بمكة إلى يوم التروية ولعمري إنه لوجه حسن لمن كان بغير مكة.

وقد روى ابن وهب فى موطنه عن مالك: لا ينبغي لأحد أن يهل بحج أو عمرة ثم يقيم بأرض يهل بها حتى يخرج. ورواه ابن عبدالحكم عن مالك.

ووجه ذلك أن الإهلال إنما هو إجابة لمن دعا إلى الحج وتلييته للداعى، وليس المقام من جنس التلبية، ولا مما يجب أن يقرب بها، وإنما يجب أن يقرب بها المسارعة بالعمل الذى يشاكلها، وهذا كله لمن كان بغير مكة، وأما من كان بمكة فقد اختار أكثر الصحابة والعلماء والإهلال أول ذى الحجة. ورواه ابن القاسم عن مالك وابن عبدالحكم.

٣٥٢ كتاب الحج
وروجه ذلك أن يستديم المحرم الإحرام وبأخذ يحظ من الشعث على حسب ما فعله
النبي ﷺ حين أحرم من ميقاته، فلما فات أهل مكة الشعث بقطع المسافة، عوضوا من
ذلك مسافة من الزمان، وسيأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وروى أكثر الرواة هذه اللفظة: «حتى تنبعث به راحلته» ومعناه تنبعث من الأرض
للقيام، وخالفهم عبدالله بن إدريس، فرواه عن مالك وجماعة معه بلفظ «الاستواء»
وليس بمحفوظ.

٧٢٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُصَلِّي فِي مَسْجِدِ ذِي
الْحُلَيْفَةِ ثُمَّ يَخْرُجُ فَيَرْكَبُ، فَإِذَا اسْتَوَتْ بِهِ رَاحِلَتُهُ أَحْرَمَ.

الشرح: قوله: «كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ثم يخرج فيركب»، دليل على
أن رواحلهم كانت بقرب المسجد ببابه، وما اتصل به ويقرب منه ثم قال: «فإذا
استوت به راحلته أحرم»، وذلك موافق لما قلناه من أن الإهلال يجب أن يكون عند
استواء الراحلة قائمة لمن يركبها مناخة.

وقد روى هذا الحديث فليح بن سليمان فقال فيه: فإذا استوت به راحلته قائماً
أحرم، ولو كان ممن يركب قائماً على حسب ما يفعله أكثر الحاج اليوم لكان إهلاله
إذا استوى عليها راكباً.

٧٢٩ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ أَهَلَ مِنْ عِنْدِ مَسْجِدِ ذِي
الْحُلَيْفَةِ حِينَ اسْتَوَتْ بِهِ رَاحِلَتُهُ، وَأَنَّ أَبَانَ بْنَ عُثْمَانَ أَشَارَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ.

الشرح: قوله: «أن عبد الملك بن مروان أهل من عند مسجد ذي الحليفة» في ذلك
الوقت وفعله مشهور، ولا يفعله إلا عن مشاورة أبان بن عثمان، ومن كان مثله من
أهل العلم والدين، وقد اشتهر فعله بذلك اشتهار فعل الخلفاء بحضرة أئمة الأمصار
وعلماء الإسلام ولم ينكر ذلك عليه، فثبت أنه المعروف المشهور.

* * *

٧٢٨ - أخرجه البخاري في كتاب الحج حديث رقم ١٤٥٢. ومسلم في كتاب الحج حديث رقم

٢٠٣١، ٢٠٣٧، ٢٣٩٧، ٢٣٩٨. والنسائي في كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٩٦.

٧٢٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٠٣. المغني ٤٠٤/٣. المحلى ١٢٥/٧.

رفع الصوت بالإهلال

٧٣٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ، عَنْ خِلَادِ بْنِ السَّائِبِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَتَانِي جَبْرِيلُ فَأَمَرَنِي أَنْ أَمُرَ أَصْحَابِي أَوْ مَنْ مَعِيَ أَنْ يَرْفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ بِالتَّلْبِيَةِ أَوْ بِالِإِهْلَالِ، يُرِيدُ أَحَدَهُمَا».

الشرح: قوله: «أتاني جبريل»، إخبار منه ﷺ أن هذا الأمر مما أتاه به جبريل، وأنه لم يقتصر فيه على ما أداه إليه اجتهاده.

وقوله: «أمرني أن أمر أصحابي أو من معي» الشك من الراوي، ومن معه هم أصحابه لاسيما على ما ذهب إليه جمهور أصحاب الحديث، فإنهم يقولون فلان له صحبته، وإن لم يكن رأى النبي ﷺ إلا مرة واحدة.

أما القاضي أبو بكر فذهب إلى أن للصحبة مزية على الرؤية، وأن اسم الصحابي إنما يطلق على من صحب النبي ﷺ، وكان معه، وجميع من حج مع النبي ﷺ فقد صحبه في طريقه وحجه، وما قاله أبو بكر أظهر من جهة اللغة غير أن المعروف المشهور عند أصحاب الحديث ونقله الآثار ما قدمناه.

فصل: وقوله: «أمرني أن أمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية»، فإن التلبية من شعائر الحج ومما لا يجوز للحاج تعمد تركها في جميع نسكه، ومتى تركه في جميعه عامداً أو غير عامد، فعليه دم. وقال الشافعي: لا دم عليه.

والدليل على ذلك أنه ترك واجباً في الحج، فلم يسقط وجوبه عنه إلى غير بدل كالميت بالتردفة، فإن سلموا وجوب التلبية وإلا فالحديث حجة عليهم لأن ظاهر الأمر الوجوب^(١).

٧٣٠ - أخرجه الترمذي في كتاب الحج حديث رقم ٧٥٩. والنسائي في كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٧٠١. أبو داود في كتاب المناسك حديث رقم ١٥٤٨. وأحمد في المسند حديث رقم ١٥٩٦١. والبيهقي في السنن الكبرى ٤٢/٥ عن خلاد بن السائب، عن أبيه. والدارقطني ٢٣٨/٢ عن خلاد بن السائب، عن أبيه. والطبراني في الكبير ١٦٨/٧ عن خلاد بن السائب، عن أبيه. والبعغوي بشرح السنة ٥٣/٧ عن خلاد بن السائب، عن أبيه. وذكره في الكنتز برقم ١١٩١٢ وعزاه السيوطي لأحمد، وابن عدي، وابن حبان، والحاكم عن خلاد بن السائب. قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٤٤/٥: هذا حديث اختلف في إسناده اختلافاً كثيراً، وأرجو أن تكون رواية مالك فيه أصح ذلك، إن شاء الله.

(١) قال ابن عبد البر: اختلف العلماء في وجوب التلبية وكيفيتها، فذهب أهل الظاهر إلى =

٣٥٤ كتاب الحج

فصل: وأما رفع الصوت بالتلبية، لما كانت التلبية من شعائر الحج كان من سنتها الإعلان به ليحصل المقصود منها كالأذان وليس له أن يرفع صوته حتى يشق على نفسه، ولكن على قدر طاقته وبجسب ما لا يتأذى إلا به.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ أَهْلَ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: لَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ رَفْعُ الصَّوْتِ بِالتَّلْبِيَةِ لِتَسْمِيعِ الْمَرْأَةِ نَفْسَهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس على النساء رفع أصواتهن بالتلبية؛ لأن النساء ليس شأنهن الجهر لأن صوت المرأة عورة، فليس عليها من الجهر إلا بقدر ما تسمع نفسها، وما زاد على ذلك من إسماع غيرها، فليس من حكمها والجهر في الصلاة كذلك.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَرْفَعُ الْمُحْرِمُ صَوْتَهُ بِالْإِهْلَالِ فِي مَسَاجِدِ الْجَمَاعَاتِ لِئَسْمَعَ نَفْسَهُ وَمَنْ يَلِيهِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَمَسْجِدِ مِنْى، فَإِنَّهُ يَرْفَعُ صَوْتَهُ فِيهِمَا.

الشرح: وهذا كما قال أن المحرم لا يرفع صوته بالإهلال في غير مسجد منى، والمسجد الحرام من مساجد الجماعات، وهذا المشهور عن مالك. وروى القاضي أبو الحسن أن ابن نافع روى عن مالك أنه قال: يرفع صوته بالتلبية في المساجد التي بين مكة والمدينة، قال أبو الحسن: هذا وفاقاً للشافعي في أحد قوليه، وله قول ثان: أنه يستحب رفع الصوت بالتلبية في سائر المساجد.

ووجه قول مالك المشهور عنه أن المساجد مبنية للصلاة، وذكر الله تعالى، وتلاوة القرآن، فلا يصح رفع الصوت فيها بما ليس من مقصودها لأنه لا تعلق لشيء منها بالحج، وأما المسجد الحرام ومسجد الخيف، فللحج اختصاص بهما من الطواف والصلاة أيام منى، ولسبب الحج بنيا، فلذلك استحب رفع الصوت فيهما بالتلبية.

قَالَ مَالِكٌ: سَمِعْتُ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَسْتَحِبُّ التَّلْبِيَةَ دُبْرَ كُلِّ صَلَاةٍ وَعَلَى كُلِّ شَرْفٍ^(١) مِنَ الْأَرْضِ.

الشرح: وهذا كما قال أن التلبية مستحبة دبر كل صلاة لأن ذكر الله تعالى

=وجوب التلبية، منهم داود وغيره. وقال سائر أهل العلم: ذلك من سنن الحج وزينته. وكان مالك يرى على من ترك التلبية من أول إحرامه إلى آخر حجه دما يهريقه. وكان الشافعي، وأبو حنيفة لا يريان عليه شيئا، وإن كان قد أساء عندهم.

(١) شرف: مكان مرتفع.

كتاب الحج ٣٥٥

مشروع بأثر الصلوات فيستحب للحاج ما يختص به، وما هو شعاره، وهو التلبية، وهذا حكم جميع الصلوات المفروضة والمسنونة والنافلة، رواه ابن المواز عن مالك.

فصل: وقوله: «وعلى كل شرف من الأرض»، يريد ما ارتفع منها. وقال في الواضحة: وفي بطن كل واد وعند لقي الناس وعند انضمام الرفاق وعند الابتاه من النوم، وإنما يريد بذلك أن هذه هي الأحوال التي تقصد بالتلبية لأن التلبية شعار الحاج فشرع الإتيان بها عند التنقل من حال إلى حال، والله أعلم.

* * *

إفراء الحج

٧٣١ - مَالِك، عَنْ أَبِي الْأَسْوَدِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ، فَمِنَّا مَنْ أَهَلَ بِعُمْرَةٍ، وَمِنَّا مَنْ أَهَلَ بِحَجَّةٍ وَعُمْرَةٍ، وَمِنَّا مَنْ أَهَلَ بِالْحَجِّ، وَأَهَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْحَجِّ، فَأَمَّا مَنْ أَهَلَ بِعُمْرَةٍ فَحَلَّ، وَأَمَّا مَنْ أَهَلَ بِحَجٍّ أَوْ جَمَعَ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ، فَلَمْ يُجْلُوا حَتَّى كَانَ يَوْمَ النَّحْرِ^(١).

الشرح: قولها: «خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع»، وهو عام عشرة من الهجرة، ولم يحج النبي ﷺ من المدينة غير هذه الحجة، حج أبو بكر بالناس عام تسعة، وحج النبي ﷺ بعده عام عشرة، وإنما سميت حجة الوداع لأن النبي ﷺ وعظمتهم فيها وودعهم، فسميت حجة الوداع.

٧٣١ - أخرجه البخاري في كتاب الحج حديث رقم ١٤٦٠. ومسلم في كتاب الحج حديث رقم ٢٣٥٥. والنسائي في كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٦٧، ٢٧١٢. وأبو داود في كتاب المناسك حديث رقم ١٥١٦، ١٥١٨. وأحمد في المسند حديث رقم ٢٢٩٤٢، ٢٢٩٤٧، ٢٣٧٣٠، ٢٤٤٠٢، ٢٤٦٥٤، ٢٤٨٧١، ٢٤٨٩١، ٢٥١٣٩.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣/٥: هذا حديث ثابت صحيح، وقد روى عن مالك، عن محمد بن عبد الرحمن، عن سليمان بن يسار، أن رسول الله ﷺ، عام حجة الوداع، خرج إلى الحج، فمن أصحابه من أهل بحج، ومنهم من جمع الحج والعمرة، ومنهم من أهل بعمرة، فأما من أهل بحج أو جمع الحج والعمرة فلم يحل، وأما من كان أهل بعمرة فحل. وهذا الحديث المرسل داخل في مسند أبي الأسود، عن عروة، عن عائشة، هذا. وفيه خروج النساء في سفر الحج مع أزواجهن، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء.

٣٥٦ كتاب الحج

فصل: وقولها: «فمنا من أهل بعمره، ومنا من أهل بحجة وعمرة، ومنا من أهل بالحج»، تريد أن من نسك منهم كان على هذه الثلاثة الأضرب، ولا يصح نسك على غير هذه الوجوه الثلاثة، وهي كلها مشروعة جائزة لأن النبي ﷺ أقر عليها.

وفى قولها بعد هذا التقسيم: «إن النبي ﷺ أهل بالحج»، تصريح بأنه أفراد الحج لا أنها قد نفت عنه الصفتين الآخرين وجعلته ممن كان نسكه الحج.

وقد اختلف الناس فى حج رسول الله ﷺ، فذهب مالك إلى أنه أفرد، وهو أحد قولى الشافعى. وقال أبو حنيفة والثورى: إنه قرن الحج والعمرة. وقال أحمد بن حنبل وإسحاق: وتمتع، وهو أحد قولى الشافعى. واختلفوا على حسب ذلك فى الأفضل من هذه الصفات.

وفى الحديث دليل على صحة ما ذهب إليه مالك وعائشة أقعد بالنبي ﷺ وأعلمهم بما كان عليه لاسيما وقد تقصت أصناف النسك، وقسمته ثلاثة أقسام، قسم قرن الحج بالعمرة، وقسم أحرم بالعمرة، وذلك يقتضى إفراده لها وإلا كان من القسم الأول، وهو قسم القران، وقسم أحرم بالحج، وذلك يقتضى إفراده له وإلا دخل فى القسم الأول، وجعلت النبي ﷺ ممن أحرم بالحج، وذلك يقتضى إفراده له، وقد أجمعنا على أن ما فعله من صفات الحج، فهو الأفضل.

فصل: وقولها: «فأما من أهل بعمره فعل»، تريد بعد أن طاف وسعى بمكة، وأما من أهل بالحج أو جمع الحج والعمرة فلم يحل حتى كان يوم النحر، وهو وقت كمال الحج لأن أول وقت تحلل الحاج يوم النحر ومن أهل بالحج والعمرة، فلا ينفعه تمام طوافه وسعيه فى جواز تحلله من عمرته لأنه لما قرن بين النسكين لم يصح تحلله من أحدهما إلا بتحلله من الآخر لأنه قد صار حكمهما حكم النسك الواحد، والله أعلم.

٧٣٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ

٧٣٢ - أخرجه مسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٣٥٥. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٤٩. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٦٥، ٢٦٦٦. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٥١٤. وابن ماجه فى كتاب المناسك حديث رقم ٢٩٥٥، ٢٩٥٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٩٤٨، ٢٤٨٦٩. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٤٣. وابن عدى فى الكامل ٢٤٣/٦، عن عامر بن ربيعة.

قال ابن عبيد البر فى التمهيد ٣٤٧/٥: هذا أصح حديث يروى عن النبي ﷺ أنه أفرد الحج،-

المؤمنين أن رسول الله ﷺ أفرد^(١) الحج.

٧٣٣ - مالك، عن أبي الأسود محمد بن عبد الرحمن - قال: وكان يتيمًا في حجر عروة بن الزبير - عن عروة بن الزبير، عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله ﷺ أفرد الحج.

الشرح: قولها: «إن رسول الله ﷺ أفرد الحج»^(٢)، يقتضى إفراده من كل ما يمكن أن يقترن به وهى العمرة، وهذا اللفظ ينطلق من جهة اللغة على كل من اعتمر فى أشهر الحج، فحل من عمرته ثم أهل بالحج لأنه قد أفرد الحج من مقارنة العمرة إلا أن عرف الشرع يقتضى أن إفراده الحج هو ما لم تقارنه عمرة، وإلا كان متمتعًا فإذا أطلق فى الشرع إفراد الحج، فهم منه ترك التمتع والقران.

مالك أنه سمع أهل العلم يقولون: من أهل بحج مفرد ثم بدا له أن يهمل بعده بعمره، فليس له ذلك.

قال مالك: وذلك الذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا.

الشرح: وهذا كما قالوا أن من أهل بحج ثم أراد أن يردف العمرة على الحج، لم

=والله ذهب مالك فى اختياره الأفراد وأصحابه، وأبو ثور، وجماعة؛ وروى ذلك عن أبى بكر، وعمر وعثمان وهو أحد قولى الشافعى واختياره.

(١) الأفراد: الإحرام بالحج غير مقترن بعمره.

٧٣٣ - أخرجه مسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٣٥٥. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٤٩. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٦٥، ٢٦٦٦. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٥١٤. وابن ماجه فى كتاب المناسك حديث رقم ٢٩٥٥، ٢٩٥٦. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٩٤٨، ٢٤٨٦٩. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٤٣.

(٢) قال النووى: قد اختلفت روايات الصحابة رضى الله عنهم فى صفة حجة النبى ﷺ حجة الوداع هل كان مفردًا أم قارنًا أم متمتعًا، وقد ذكر البخارى ومسلم رواياتهم كذلك، وطريق الجمع أنه ﷺ كان أولًا مفردًا ثم أحرم بالعمرة بعد ذلك وأدخلها على الحج فصار قارنًا فمن روى الأفراد فهو الأصل، ومن روى القران اعتمد آخر الأمرين، ومن روى التمتع أراد التمتع اللغوى والانتفاع والارتفاق، وقد ارتفق بالقران كارتفاق التمتع وزيادة وهو الاقتصار على فعل واحد وبهذا الجمع تنتظم الأحاديث كلها. انتهى باختصار. انظر: صحيح مسلم شرح النووى كتاب الحج، باب بيان وجوه الإحرام.

٣٥٨ كتاب الحج
 يكن ذلك له؛ لأن إرداف الإحرام على الإحرام، يقتضى أن يستفاد بالثاني فائدة وحكم لا يوجد بالأول، وإلا فلا فائدة لهذا الإرداف، وكذلك لا يصح أن يردف حجاً على حج أو عمرة على عمرة، وهو على إحرامه الأول وإن أحرم بمجتين أو عمرتين كان محرماً بواحدة، ولا يلزمه فى شىء من ذلك قضاء ولا دم، قاله القاضى أبو الحسن، وبهذا قال الشافعى. وقال أبو حنيفة والثورى: تلتزمان جميعاً فى ذلك كله، ويكون محرماً بهما حتى يتوجه فى السفر فترتفض إحداهما، وعليه قضاء، مما أردف من قابل والدم.

ودليلنا أن هاتين عبادتان لا يصح المضى فيهما بوجه، فوجب أن لا يصح الدخول فيهما، ولا إرداف إحداهما على الأخرى. أصله إذا نوى فى رمضان أن يصومه عنه وعن نذره، والله أعلم.

* * *

القران فى الحج

٧٣٤ - مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ الْمِقْدَادَ بْنَ الْأَسْوَدِ دَخَلَ عَلَى عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ بِالسُّقْيَا، وَهُوَ يَنْجَعُ بَكَرَاتٍ لَهُ دَقِيقًا وَخَبَطًا، فَقَالَ: هَذَا عُثْمَانُ ابْنُ عَفَّانٍ يَنْهَى عَنْ أَنْ يُقْرَنَ^(١) بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ، فَخَرَجَ عَلَيَّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَعَلَى يَدَيْهِ أَثْرُ الدَّقِيقِ وَالْخَبَطِ، فَمَا أَنْسَى أَثْرَ الدَّقِيقِ وَالْخَبَطِ عَلَيَّ ذِرَاعِيهِ حَتَّى دَخَلَ عَلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانٍ فَقَالَ: أَنْتَ تَنْهَى عَنْ أَنْ يُقْرَنَ بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ، فَقَالَ عُثْمَانُ: ذَلِكَ رَأْيِي، فَخَرَجَ عَلَيَّ، مُغْضِبًا، وَهُوَ يَقُولُ: لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ بِعُمْرَةٍ وَحَجَّةٍ مَعًا.

٧٣٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧١١.

وقال فى الاستذكار: هذا الحديث منقطع؛ لأن محمد بن على بن حسين أبى جعفر لم يدرك المقداد ولا علياً. وقد روى من وجوه، منها: ما حدثنا عبد الله بن محمد بن أمية، قال: حدثنا حمزة بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن شعيب، قال: أخبرنا أحمد بن إبراهيم، قال: أخبرنا أبو عامر، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم، قال: سمعت على ابن الحسين يحدث، عن مروان أن عثمان نهى عن المتعة، وأن يجمع الرجل بين الحج والعمرة، فقال عمر: لبيك بحجة وعمر معاً، فقال عثمان: أتفعلهما وأنا أنهى عنهما؟ وقال على: لم أكن لأدع سنة رسول الله ﷺ لأحد من الناس. وانظره فى: سنن البيهقى الكبرى ١٠٨/٥.

(١) القران: الإحرام بالحج والعمرة معاً فى أشهر الحج.

كتاب الحج ٣٥٩
الشرح: السقيا موضع.

وقوله: «ينجع» وينجع، لغتان، معناه يلقم الخيط بكرات له، يعنى نوقاً فتية. فقال المقداد: «هذا عثمان بن عفان ينهى عن أن يقرن بين الحج والعمرة»، إنكاراً لنهى عثمان عن القران، ولعل عثمان إنما نهى عنه على حسب ما نهى عمر بن الخطاب عن المتعة، لا على وجه التحريم، ولكن على وجه الحض على الأفراد الذى هو أفضل، فحمل ذلك المقداد على المنع التام أو خاف أن يحمل منه على المنع التام، فيترك الناس العمل به جملة حتى يذهب حكمه، وينقطع عمله، فقال عثمان: «ذلك رأيت»، يريد تفضيل الأفراد عليه، ومعنى ذلك أنه رأى أنه لأنه ليس فيه نص عن النبى ﷺ.

فصل: وقوله: «فخرج على»، مفضياً، يريد كارهاً لقول عثمان ونهيه عن القران، يقول: «اللهم ليك بعمرة وحجة معاً»، ففرق بين العمرة والحج ليجبى حكم هذه السنة ويعلى بأمرها، وكل مجتهد يريد للخير رضى الله عنهم أجمعين، وإنما أعلن على بذكر العمرة والحج لأنه قصد إظهار القران، ولو اجتزأ بمجرد النية فى نسكه قارناً كان أو مفرداً بحج أو عمرة لأجزأه.

وقد اختلف العلماء فى النطق بنفس النسك، فروى عن عبد الله بن عمر أنه كان يرى ترك التسمية، وقال: أليس الله يعلم ما فى نفسك. وروى عن عائشة أنها كانت تسمى. وروى عن عطاء أنه قال: لا تجزئه النية، وليس إسناده عنه هناك. والدليل على إجزاء النية أن هذه عبادة، فوجب أن تلزم بالدخول فيها دون تسميته لها كالصلاة والصوم وغيرهما من العبادات.

فصل: وقول على: «ليك بعمرة وحجة معاً»، قدم العمرة فى اللفظ والنية، وبه قال مالك، واحتج ابن المواز فى ذلك بأن العمرة يردف عليها بالحج، ولا تردف هى على الحج.

ووجه ذلك أن العمرة لما صح إرداف الحج عليها، ولم يصح إردافها على الحج، واختير تقديمها فى النية لصحة ورود الحج على الإحرام بها.

وقد روى أبو عيسى هذا الحديث بلفظ تقديم الحج على العمرة. وقد قال ابن حبيب: إن على بن أبى طالب كان مهلاً بعمرة، فلما سمع من عثمان ما سمع أردف عليها حجة، وتقديم العمرة فى لفظ الحديث أصح من جهة الرواية.

٣٦٠ كتاب الحج

ومن جهة المعنى، والله أعلم، ولو قدم الحج على العمرة فى اللفظ، فقد قال الشيخ أبو بكر فى شرحه: يجرته. ومعنى ذلك أنه نواهما جميعاً، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ قَرَنَ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لَمْ يَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهِ شَيْئًا، وَلَمْ يَحْلِلْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يَنْحَرَ هَدْيًا إِنْ كَانَ مَعَهُ، وَيَحِلُّ بِمَنْى يَوْمَ النَّحْرِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من قرن بين الحج والعمرة، فإنه لا يصح أن يتحلل من شىء من إحرامه حتى يحل من جميعه، وذلك لا يكون إلا بمنى يوم النحر، وهذا معنى قرانه أن يفرق بين النسكين ويكون إحرامه وفعله لهما لا ينفصل بشىء من ذلك، ولا يتحيز لأحد نسكه، ولو انفصل أحدهما من الآخر لما كان قراناً وإنما ذلك مثل الطهارة الصغرى والكبرى لا يصح إذا نواهما أن يتم إحداهما دون الأخرى على الظاهر من المذهب، وإن كانت إحداهما أوعب من الأخرى. ووجه ثان أن التحلل ينافى الإحرام، فلا يصح أن يحل من عمرته وهو باق على إحرام حجه.

فصل: وقوله: «حتى ينحر هدياً إن كان معه ويحل بمنى يوم النحر»، يريد أن التحلل من الحج لا يكون إلا بمنى النحر، وإذا لم يصح أن يتحلل من عمرته حتى يحل منها وتحلله بالخلاق بمنى، إنما يكون بعد نحر هديه، فإن تحلله من العمرة لا يكون إلا فى ذلك المقام، وفائدة هذه المسألة إن أفسد نسكه بجماع بعد طوافه وسعيه لعمرته وحيجته، قبل أن يتحلل يرمى الجمرة أو فاته الحج على ذلك، فإن عليه قضاء عمرة أو حجة مفترقتين، ولا تسقط عنه العمرة لتمام طوافه وسعيه لها لأن جميع العمل يحصل للنسكين ولا يصح أن يحل من إحداهما حتى يحل من الأخرى.

٧٣٥ - مَالِكٌ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ خَرَجَ إِلَى الْحَجِّ، فَمِنْ أَصْحَابِهِ مَنْ أَهْلٌ بِحَجٍّ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَمَعَ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ، وَمِنْهُمْ مَنْ أَهْلٌ بِعُمْرَةٍ فَقَطْ، فَأَمَّا مَنْ أَهْلٌ بِحَجٍّ أَوْ جَمَعَ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ، فَلَمْ يَحْلِلْ، وَأَمَّا مَنْ كَانَ أَهْلًا بِعُمْرَةٍ فَحَلَّ.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ عام حجة الوداع خرج إلى الحج»، ظاهره أن مقصوده الحج خاصة لأنه إنما قصد إلى الإخبار على معنى سفره، فلو كان محرماً بعمرة

٧٣٥ - انفرد به مالك. أرسله سليمان. وقد مر فى الحديث رقم (٦٥١) أن أبا الأسود وصله عن عروة عن عائشة. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧١٢.

مع الحج لذكر ذلك في مقصود سفره كما ذكر الحج، وقد تقدم تفسير باقى ال حديث قبل هذا.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: مَنْ أَهَلَ بِعُمْرَةٍ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَهْلَ بِحَجٍّ مَعَهَا، فَذَلِكَ لَهُ مَا لَمْ يَطْفُ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَقَدْ صَنَعَ ذَلِكَ ابْنُ عُمَرَ حِينَ قَالَ: إِنْ صُدِّدْتُ عَنِ الْبَيْتِ صَنَعْتُ كَمَا صَنَعْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ انْفَتَتْ إِلَيَّ أَصْحَابِي فَقَالَ: مَا أَمْرُهُمَا إِلَّا وَاحِدٌ، أَشْهَدُكُمْ أَنِّي أَوْجِبْتُ الْحَجَّ مَعَ الْعُمْرَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَقَدْ أَهَلَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ بِالْعُمْرَةِ، ثُمَّ قَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ كَانَ مَعَهُ هَدْيٌ^(١) فَلْيَهْلِلْ بِالْحَجِّ مَعَ الْعُمْرَةِ ثُمَّ لَا يَحِلُّ حَتَّى يَحِلَّ مِنْهُمَا جَمِيعًا»^(٢).

الشرح: قوله: «من أهل بعمره ثم بدا له أن يهل بحجة معها فذلك، ما لم يطف بالبيت وبين الصفا والمروة»، يريد أن من أهل بالعمرة ثم أراد أن يردف الحج على العمرة، فيكون قارناً لهما، فذلك له.

ووجه ذلك أن لإردافه الحج على العمرة وإدخاله له عليها فائدة عمل لا يكون فى العمرة المفردة من الوقوف بعرفة وغير ذلك من الأحكام التى ينفرد بها الحج.

(١) الهدى: ما يذبحه الحاج فى حجه نسكاً.

(٢) قال فى الاستذكار ١٥٣/١١: قد احتج مالك لإدخال الحج على العمرة لقول النبى ﷺ ثم يفعل ابن عمر، وعليه جمهور العلماء، وقد ذكرنا فى الباب من شاهد مخالف فى ذلك، فقال: لا يدخل إحرام على إحرام كما لا تدخل صلاة على صلاة. وهذا قياس فى غير موضعه؛ لأنه لا مدخل للنظر مع صحيح الأثر، وحمله قول مالك أن الحج يضاف إلى العمرة ولا تضاف العمرة إلى الحج، ومن أضاف الحج إلى العمرة فإنما له ذلك ما لم يطف بالبيت على ما قاله مالك، فإن طاف فلا يفعل حتى يحل من عمرته، فإن فعل بفعله باطل، ولا شىء عليه. ومن أضاف الحج إلى العمرة وقد ساق هدياً لعمرته فيستحب له مالك أن يهدى معه هدياً آخر. قال: فإن لم يفعل جزى ذلك عنه. وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز إدخال العمرة على الحج، ومن أدخل الحج على العمرة قبل الطواف لها كان قارناً، ومن أدخلها عليها بعد الطواف لها أمر أن يرفض عمرته، وعليه دمٌ لرفضها عمرة مكانها. وقال الشافعى: إذا أخذ المعتمر فى الطواف، فطاف لها شرطاً أو شوطين لم يكن له إدخال الحج عليها، فإن أحرم بالحج فى ذلك الوقت لم يكن له إحراماً حتى يفرغ من عمل العمرة.

٣٦٢ كتاب الحج

وقد اختلفت الرواية عن مالك في الوقت الذي يجوز إليه إرداف الحج على العمرة فيه، فقال في الموطأ في هذا الحديث: ذلك ما لم يطف بالبيت وبين الصفا والمروة، وهذا يقتضى أن له ذلك ما لم يكملها. وقال ابن القاسم: ذلك له ما لم يكمل الطواف، فإذا طاف وركع الركعتين لم يكن قارئاً، ولم يصح الإرداف. وقال أشهب وابن عبدالحكم: له ذلك ما لم يشرع في الطواف، فإذا شرع فيه، لم يكن ذلك له.

وقد حكى القاضى أبو محمد هذه الثلاثة الأقوال رواية عن مالك.

ووجه قوله: «إن ذلك ما لم يكمل السعى»، أن السعى ركن مقصود من العمرة، فصح إرداف الحج عليها ما لم يكمل أصله الطواف. ووجه اختيار ابن القاسم أن طواف الورد ليس من أركان الحج، فإذا أردف الحج قبل التلبس بالسعى لم يفته شيء من أركان الحج، فإذا شرع في السعى فقد فاته ركن من أركان الحج، وهو السعى؛ لأنه قد افتتحه للعمرة ومضى جزء من أجزائه لغير الحج، فلا يصح افتتاح الحج حينئذ. ووجه قول أشهب أن المقصود بالإحرام بالعمرة الطواف والسعى، وهو الذى يتقدر بهما، وأما الإحرام فلا يتقدر بزمان ولا مكان وإنما يراد الطواف والسعى، فله الإرداف ما لم يتلبس بالمقصود، وهو الطواف، فإذا تلبس به لم يكن له الإرداف لأنه قد شرع فيه للعمرة خالصاً ولا يصح أن يكون السعى للحج مبنياً على طواف لغيره من النسك، فقات بذلك إرداف الحج.

فصل: وقوله: «وقد صنع ذلك عبدالله بن عمر»، يريد أنه أردف الحج على العمرة بعد أن شرع في الطواف لأن عبدالله بن عمر إنما أردف الحج على العمرة فى طريقه إلى مكة بقرب إحرامه بها، وقد تقدم ذكر ذلك.

فصل: وقول عبدالله بن عمر: «إن صدقت عن البيت صنعت كما صنعنا مع رسول الله ﷺ» حين أحرم بالعمرة، وهو خائف أن يصد عن البيت لأجل الفتنة التى بلغت، وقال: ذلك بمعنى إن صد صنع كما صنع النبي ﷺ وأصحابه عام الحديبية إذ صداهم المشركون عن البيت، فحلق ﷺ ونحر هديه وحل حيث حبس، فلذلك أقدم عبدالله بن عمر على الإحرام بالعمرة مع تخوفه أن يصد عن البيت، ثم نظر فرأى أن حكم العمرة فى ذلك حكم الحج، فالتفت إلى أصحابه، فقال: «ما أمرهما عندي إلا واحد»، يريد الحج والعمرة.

وهذا تصريح بالقياس وإلحاق الحج بالعمرة من وجه النظر دون نص، فقال عبدالله

كتاب الحج ٣٦٣
ابن عمر: «أشهدكم أنى قد أوجبت الحج مع العمرة»، فأردف الحج على العمرة، وإنما
معنى إشهاده لهم على ذلك ليعلموا ما صار إليه من ذلك، فيقتدى به من فرضه التقليد
أو ينبه على النظر من هو من أهل النظر والاجتهاد.

فصل: وقول مالك: «وقد أهل أصحاب رسول الله ﷺ عام حجة الوداع
بالعمرة»، يريد أن منهم من أهل بالعمرة، وقد تقدم ذلك مسنداً، فقال ﷺ: «من كان
معه هدى فليهلل بالحج مع العمرة» إعلام منه ﷺ بجواز إرداف الحج على العمرة فى
مثل ذلك الحال التى كان أصحاب رسول الله ﷺ، وفيه أمر بالقران على رأى من رأى
القران أفضل من التمتع أو إباحة على رأى من رأى أن التمتع أفضل.

وإنما خص بذلك من كان معه هدى لما يلزم القارن من الهدى، وإن كان للهدى
بدل من الصوم إلا أنه يشق فى السفر وكثرة الشغل، وهذا لمن كان معه حيوان يصلح
للهدى لم يوجبه بعد ولم يقلده أو ثمن هدى، فيقال: له أن يردف الحج ويسوق الهدى
وأما إن كان معه هدى قد ساقه وقلده، فلا يخلو أن يسوقه عن تطوع أو واجب، فإن
كان ساقه عن تطوع ثم أراد أن ينحره عن قرانه، فهل يجزئه ذلك أم لا؟.

روى ابن المواز عن مالك أنه يرجو أن يجزئه، إن فعل، وكان الأقيس أن لا يجزئ إلا
أن مالكا وأصحابه لم يختلفوا فى أن هذا مجزئ عن دم القران، واختلفوا فى إجزائه عن
دم المتعة، فقال ابن القاسم عن مالك: أرجو أن يجزئه وغيره أحب إلى منه. وقال
عبدالمالك: لا يجزئه لمتعته. ورواه أشهب عن مالك، وهى لابن القاسم فى المدونة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى أقيس فى المسألتين، وقد رأيت
من أصحابنا من أشار إلى ذلك.

مسألة: وإن كان ساق الهدى الذى معه بأن كان لشيء واجب عليه، فأراد أن
يصرفه لقرانه أو متعته.

فصل: وقوله ﷺ: «ثم لا يحل حتى منهما جميعاً» نهى عن أن يحل من طواف وسعى
بعد أن أردف الحج على العمرة، وإن كان قد أدخله على العمرة حتى يحل منهما جميعاً
يوم النحر؛ لأن الحل ينافى الإحرام، فلو استحال إحلاله بالعمرة مع بقاءه على الإحرام
للحج كان جميع الإحرام مشتركاً لهما، ولولا أن مقتضى القران اشتراك النسكين لما
أجزأ طواف واحد وسعى واحد لهما للإجماع على أنه لا يجزئ بعض طواف ولا بعض
سعى لمن أفرده حجه ولا لمن أردف عمرته.

* * *

قطع التلبية

٧٣٦ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الثَّقَفِيِّ أَنَّهُ سَأَلَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ، وَهُمَا غَادِيَانِ مِنْ مَنَى إِلَى عَرَفَةَ كَيْفَ كُنْتُمْ تَصْنَعُونَ فِي هَذَا الْيَوْمِ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ قَالَ: كَانَ يُهَلُّ الْمُهَلُّ مِنَّا فَلَا يُنْكَرُ عَلَيْهِ، وَيُكَبَّرُ الْمُكَبَّرُ فَلَا يُنْكَرُ عَلَيْهِ.

الشرح: قوله لأنس، وهما غاديان من منى إلى عرفة بين المأزمين، وكره مالك أن يمر من غير طريق المأزمين، فإن مر على غيره، فلا شيء عليه لأنها ليست من المناسك، وإنما اختار أن يسلك على سبيل الاقتداء والتبرك.

فصل: وقوله: «كيف كنتم تصنعون في هذا اليوم؟»؛ يريد من التلبية والذكر، إن كان أنس قد شهد ذلك مع رسول الله ﷺ، فقال له أنس: «كان يهل المهل منا، فلا ينكر عليه، ويكبر المكبر فلا ينكر عليه»، وذلك يدل على إباحة الأمرين.

وقد روى محمد عن مالك فيمن غدا من منى إلى عرفة: له أن يكبر، وله أن يلبى، وقال: قد كان القوم يلبون ويكبرون.

٧٣٧ - مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ كَانَ يُلْبِي فِي الْحَجِّ حَتَّى إِذَا زَاغَتِ الشَّمْسُ مِنْ يَوْمِ عَرَفَةَ قَطَعَ التَّلْبِيَةَ. قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا.

الشرح: قوله: «كان يلبى في الحج حتى إذا زاغت الشمس من يوم عرفة، قطع التلبية» هذا يمتثل أن يفعله استحباباً، وقد اختلف قول مالك فيما يستحبه من ذلك، فروى عنه ابن المواز، يقطع التلبية إذا ازاغت الشمس. وروى عنه ابن القاسم: يقطع التلبية إذا راح إلى المصلى. وروى عنه أشهب: يقطع التلبية إذا راح إلى الموقف، واختاره سحنون: وروى عنه ابن المواز: يقطع التلبية إذا وقف بعرفة. وقال أبو حنيفة

٧٣٦ - أخرجه البخارى فى كتاب الجمعة حديث رقم ٩١٧، وكتاب الحج حديث رقم ١٥٤٩. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٢٥٤، ٢٢٥٥. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٩٤٨، ٢٩٤٩، ٣٠٠٠، ٣٠٠١. وابن ماجه فى كتاب المناسك للحديث رقم ٢٩٩٩، ٣٠٠٨. وأحمد فى المسند حديث رقم ١١٦٢٦، ١٣٠٣٣. والدارمى حديث رقم ١٨٠٢، وكتاب الأضاحى حديث رقم ١٨٧٧.

٧٣٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧١٥. المغنى ٤٣١/٣.

والشافعي: لا يقطع التلبية حتى يرمى أول جمرة من جمرات العقبة يوم النحر.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما تعلق به أصحابنا أن التلبية إجابة الداعي بالحج، فإذا انتهى إلى الموضع الذي دعى إليه، فقد أكمل التلبية، فلا معنى لاستدامتها بعد ذلك. ووجه القول الأول ما روى عن النبي ﷺ أنه لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة.

ومن جهة المعنى أن التلبية إجابة من دعا إلى الحج، فلو أراد به الإجابة إلى أول العمل لانقطعت بالإحرام أو بأول الطواف أو بآخر العمل، وهو أول التحلل برمي جمرة العقبة، ولو أراد به الإجابة إلى أول مواضع الحج عملاً فإنه يجب أن يقصر على موضع الإحرام أو مكة، فإن أراد به آخر مواضع الحج عملاً، فهو منى، وأما عرفة فليست أول ذلك ولا آخره، فلا تعلق لقطع التلبية بها وأكثر ما رأيت قطع الناس بعرفة، وما تضمنه الحديث أظهر عندى وأقوى فى النظر، والله أعلم.

وقال الشيخ أبو القاسم بأثر قول مالك فى التلبية: إلا أن يكون أحرم بالحج من عرفة فيلبي حتى يرمى جمرة العقبة، فحمل الحديث على من هذا حكمه، ولعله تأول قول الراوى أن النبي ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة أنه أمر بذلك، والله أعلم.

٧٣٨ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا كَانَتْ تَتْرُكُ التَّلْبِيَةَ إِذَا رَجَعَتْ إِلَى الْمَوْقِفِ.

الشرح: معنى ذلك أنها كانت تتركها بعد الصلاة إذا أخذت فى الرواح إلى الموقف، ورواية أشهب عن مالك على هذا وعائشة من أعلم الناس بأفعال النبي ﷺ وحجت معه حجة الوداع، والله أعلم.

٧٣٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ فِي الْحَجِّ إِذَا انْتَهَى إِلَى الْحَرَمِ حَتَّى يَطُوفَ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، ثُمَّ يُلْبِي حَتَّى يَغْدُو مِنْ مَنَى إِلَى عَرَفَةَ، فَإِذَا غَدَا تَرَكَ التَّلْبِيَةَ، وَكَانَ يَتْرُكُ التَّلْبِيَةَ فِي الْعُمْرَةِ إِذَا دَخَلَ الْحَرَمَ.

الشرح: قوله: «كان يترك التلبية فى الحج إذا انتهى إلى الحرم، وكان يتركها فى

٧٣٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧١٦.

٧٣٩ - أخرجه البخارى حديث رقم ١٥٧٣. مسلم حديث رقم ٢٩٩٢. وذكره ابن عبد البر فى

الاستذكار برقم ٧١٧.

٣٦٦ كتاب الحج
العمرة إذا دخل الحرم، متقارب المعنى، فأما الحاج، فقد اختلف قول مالك فيه،
فروى عنه ابن المواز أنه إن كان من أهل الميقات، فإنه يقطع التلبية في أول الحرم.
وروى عن مالك: يقطعها إذا دخل مكة. وروى أشهب: لا يقطعها، وإن دخل الحرم،
ولكن يقطعها في الطواف.

وجه رواية ابن المواز مراعاة طول مدة الإحرام والتلبية، فمن أحرم من الميقات قطع
التلبية إذا دخل الحرم لأن وصوله إلى الحرم من أول عمل مناسكه لأنه بذلك يجمع بين
الحل والحرم، وإن أحرم من الحرم استدام التلبية ليدوم أمر تليبيته.

وجه رواية من روى يقطعها عند دخول مكة، أن ذلك وقت الشروع في الطواف
والإغتسال له، فترك التلبية له إلى الفراغ منه مستحب.

وجه رواية أشهب أن المسافة كلها مسافة تلبية، وإنما يؤمر بتركها في الطواف
خاصة لأنها عبادة من شرطها الطهارة، ولها تعلق بالبيت كالصلاة.

فصل: وقوله: «حتى يطوف ويسعى بين الصفا والمروة»، يريد أنه كان يستديم
الترك للتلبية حتى يتم الطواف والسعي. وقد اختلفت الرواية عن مالك في وقت
معاودة التلبية، فروى ابن المواز في كتابه يعاودها بعد السعي. وروى أشهب عن
مالك: يعاود بعد الطواف.

وجه رواية أشهب أن الطواف عبادة متعلقة بالبيت، فلذلك استحب فيها ترك
التلبية، وأما السعي فلا تعلق له بالبيت. ووجه رواية ابن المواز أن السعي ركن من
أركان أفعال الحج، فشرع فيه ترك التلبية كالطواف والوقوف بعرفة.

فصل: وقوله: «ثم يلبي حتى يغدو من منى إلى عرفة، فإذا غدا ترك التلبية»، يحتمل
أن هذا كان يفعله عبدالله بن عمر، مع تجويزه التلبية بعد الغدو إلى الوقت الذي شرع
تركها فيه، وقد تقدم من قول مالك: إن شاء كبير وإن شاء لبي.

فصل: وقوله: «وكان يترك التلبية في العمرة إذا دخل الحرم، ولم يفرق بين
الإهلال من الميقات وغيره»، وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى. وقد اختلفت أقوال
أصحابنا في ترك التلبية في الحج عند دخول الحرم لمن أهل من الميقات، ولم يختلف في
العمرة، وذلك لقصر مدة العمرة وأنها أقل عملاً من الحج.

كتاب الحج ٣٦٧

٧٤٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: كَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ لَا يُلَبِّي وَهُوَ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ.

الشرح: معنى ذلك أن عبد الله بن عمر يقطع التلبية حين الطواف إلا أنه كان يعاودها في الحج بعد الطواف والسعي، وقد روى ذلك مفسراً.

٧٤١ - مَالِك، عَنِ عَلْقَمَةَ بْنِ أَبِي عَلْقَمَةَ، عَنِ أُمِّهِ، عَنِ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا كَانَتْ تَنْزِلُ مِنْ عَرَفَةَ بِنَمْرَةَ ثُمَّ تَحَوَّلَتْ إِلَى الْأَرَاكِ، قَالَتْ: وَكَانَتْ عَائِشَةُ تَهْلُ مَا كَانَتْ فِي مَنْزِلِهَا وَمَنْ كَانَ مَعَهَا، فَإِذَا رَكِبَتْ فَتَوَجَّهَتْ إِلَى الْمَوْقِفِ تَرَكَتِ الْإِهْلَالَ. قَالَتْ: وَكَانَتْ عَائِشَةُ تَعْتَمِرُ بَعْدَ الْحَجِّ مِنْ مَكَّةَ فِي ذِي الْحِجَّةِ ثُمَّ تَرَكَتِ ذَلِكَ، فَكَانَتْ تَخْرُجُ قَبْلَ هِلَالِ الْمُحَرَّمِ حَتَّى تَأْتِيَ الْجُحْفَةَ، فَتُقِيمُ بِهَا حَتَّى تَرَى الْهِلَالَ، فَإِذَا رَأَتْ الْهِلَالَ أَهَلَّتْ بِعُمْرَةٍ.

الشرح: قولها: «كانت تنزل من عرفة بنمرة ثم تحولت إلى الأراك»، يقتضى أن نمرة من عرفة، وأن الأراك موضع غيره. وذكر جماعة من أصحابنا أن نمرة والأراك شيء واحد، وإنما نمرة موضع الأراك بعرفة، فإن لم يكن ما قالوه مخالفاً للحديث، فإن معنى الحديث أنها كانت تنزل في موضع من نمرة ثم تحولت من موضعها ذلك إلى منبت الأراك بنمرة.

وهذا على معنى أنه أرفق في النزول والتصرف، وكل ذلك واسع أن ينزل الإنسان من عرفة حيث شاء وجرى العمل بنزول الإمام بنمرة.

فصل: وقولها: «وكانت تهل ما كانت في منزلها»، تريد أنها كانت تلبى إلى أن تركب متوجهة إلى الموقف، ويحتمل أن تريد إلى الصلاة، ووصفته بأنه رواح إلى الموقف لأن المقصود بذلك الرواح إلى الموقف والمصلى بقرب الموقف، والرواح إليهما واحد، وإنما الرواح بعد ذلك من الموقف إلى المصلى.

فصل: وقوله: «وكانت عائشة تعتمر بعد الحج من مكة في ذي الحجة»، تريد أن إهلالها بالعمرة كان بعد كمال حجها، وذلك لا يكون إلا بعد الإفاضة وبعد

٧٤٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧١٨. البيهقي في السنن الكبرى ١٠٤/٥. ومعرفة

السنن والآثار ١٠٠٦٤/٧. المحلى ١٣٨/٧.

٧٤١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧١٩.

٣٦٨ كتاب الحج

الانصراف من منى. وقد روى ابن المواز عن عائشة منع العمرة يوم النحر وأيام التشريق لمن حج.

قال مالك فى المدونة: تكره العمرة لمن حج يوم النحر وأيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها، سواء تعجل فى يومين أو تأخر. قال الشيخ أبو القاسم فى تفريعه: من حج فلا يعتمر حتى يفرغ من حجه، ومن رمى فى آخر أيام التشريق فلا يعتمر حتى تغرب الشمس، فأشار إلى أن هذا حكم من تأخر دون من تعجل.

وجه قول مالك أنها أيام مختصة بعمل الحج، فيكره لمن تعجل أن يترك التمدادى على تمام عمل حجه ويتعجل قبل ذلك ليشرع فى عمل نسك آخر مختص بغير هذه الأيام.

فرع: فمن أحرم من الحج بعمرة فى ثالث أيام التشريق بعد أن جل، فلا يخلو أن يحرم بها قبل أن يرمى أو بعد أن يرمى، فإن أحرم قبل الرمى، ففى المدونة عن ابن القاسم: لا يلزمه الإحرام ولا شىء، وإن أحرم بها بعد الرمى، ففى المدونة: لا يحرم بها حتى يفرغ من حجه، فإن أحرم بها فى هذه الأيام لم تلزمه.

وقال الشيخ أبو القاسم: تلزمه العمرة إن أحرم بها بعد الرمى ويمضى فيها حتى يتمها بعد غروب الشمس، ولا يجوز له إتمامها غروب الشمس، وهذا يقتضى منافاة اليوم لعمل العمرة دون الإحرام بها، وأما من جعل التحصيب من عمل الحج، فليزومه أن لا يحرم بها قبل إتمام ذلك، وهو ظاهر قوله فى المدونة: إن أحرم بها فى هذه الأيام لم تلزمه.

ويحتمل قول ابن الجلاب أن يكون على قول من لا يرى التحصيب من عمل الحج، والله أعلم. وأصل ذلك ما روى عن عائشة فى الحديث المسند قبل هذا «فلما كانت ليلة الحصبة أرسل معى عبدالرحمن فأهللت بعمرة مكان عمرتى».

فرع: وهل ذلك لمن يريد أن يعتمر فى المحرم أو لا؟ ففى كتاب محمد: فى ذلك روايتان، إحداهما: قال مالك: ولا بأس أن يعتمر فى المحرم عمرة أخرى فتكون العمرتان فى سنتين. قال ابن القاسم: ثم استثقله مالك، وقال: لا يعجنى لكل من حج، وهو يريد عمرة المحرم، وكرهه كراهة شديدة.

وجه رواية الجواز ما احتج به من أنهما عمرتان فى سنتين، فجاز ذلك كما لو تباعد ما بينهما. ووجه رواية المنع تقارب ما بين العمرتين فى الزمان والتباعد مشروع بينهما على قوله: «إن العمرة فى العام مرة».

كتاب الحج ٣٦٩

مسألة: فإذا قلنا: إنه لا يعتمر إلا واحدة، عمرة في ذى الحجة أو عمرة في المحرم، فقد قال مالك: العمرة في المحرم أحب إلي، وذلك على حسب ما انتقلت إليه عائشة.

ووجه ذلك الإتيان بالعمرة في غير أشهر الحج، وهذا على قول من قال: إن أشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجة، وأما على قول من قال: إن العشرين من ذى الحجة ليست من أشهر الحج، فيجوز أن يكون الأمران سواء، ويحتمل أن يقال على هذا: إن تأخير العمرة إلى المحرم أفضل للفصل بين النسكين وإبعاد ما بينهما.

مسألة: وأما أهل الآفاق ممن لم يحج، ففي المدونة عن مالك: لهم أن يجرموا بالعمرة في أيام التشريق، وليسوا كحاج أهل منى، ولم يذكر يوم النحر فيحتمل أن يخصه بالمنع لما كان يوم الحج الأكبر ويحتمل أن يكون حكم يوم النحر في ذلك حكم أيام التشريق، وهذا الذي حكاه القاضي أبو محمد في الإشراف عن المذهب، قال ابن القاسم في المدونة: وسواء كان إحلاله من عمرته في أيام منى أو بعدها، وهذا يقتضى أن اليوم لا ينافي عمل العمرة، وإنما ينافيه عمل الحج لأن إحرامه بالحج يقتضى استيعاب هذه الأيام بعمل الحج فليس له صرف ذلك إلى نسك آخر، والله أعلم.

٧٤٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ غَدَا يَوْمَ عَرَفَةَ مِنْ مَنَى، فَسَمِعَ التَّكْبِيرَ عَالِيًا، فَبَعَثَ الْحَرَسَ يَصِيحُونَ فِي النَّاسِ: أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّهَا التَّلْبِيَةُ.

الشرح: إنما منع عمر بن عبدالعزيز من أفراد التكبير، وقطع التلبية، وليس ذلك بخلاف لما رواه أنس، وإنما أخبر أنس أن المكبر كان يكبر فلا ينكر عليه، وأن الملبى كان يلبي فلا ينكر عليه، فأخبر أن التلبية كانت ظاهرة بينهم في ذلك الوقت، فأنكر عمر بن عبدالعزيز تركها وقطعها جملة في وقت هي فيه مشروعة، فخاف إطراحها ودروسها حتى ينقطع حكمها.

فصل: وقوله: «إنها التلبية»، يحتمل أن يريد به أن الذكر المشروغ في هذا الوقت المخصوص به هو التلبية، وأن التكبير لا يختص بهذا الوقت، بل يظهر فيه التكبير كما يظهر في غيره من الأوقات، ويحتمل أن يريد أن التلبية من جملة أذكار هذا الوقت الذي لا يجوز الإحلال به والترك له إلى غيره، والأول أظهر من جهة اللفظ.

* * *

إهلال أهل مكة ومن بها من غيرهم

٧٤٣ - مَالِك، عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: يَا أَهْلَ مَكَّةَ مَا شَأْنُ النَّاسِ يَأْتُونَ شُعْثًا^(١) وَأَنْتُمْ مُدْهِنُونَ، أَهْلُوا إِذَا رَأَيْتُمْ الْهَلَالَ.

الشرح: قوله: «ما بال الناس يأتون شعثًا، وأنتم مدهنون»، إنكار للادهان وعدم الشعث على الحج بعرفة، لأن من سنة الحج بعرفة أن يكون أشعث أغبر، أنكر عمر بن الخطاب على أهل مكة أن يفوتهم مثل هذه الفضيلة بتأخيرهم الإهلال إلى يوم التروية فأراد أن يقدموا الإهلال من أول ذى الحجة ليعبد عهدهم بالترجل والادهان، ويأخذوا من الشعث بحظ وافر، وهو الذى اختاره مالك، رحمه الله، لمن أحرم بالحج.

وقد تقدم أن عبدالله بن عمر كان يختار للمكى أن يهل يوم التروية لمعنيين، أحدهما أنه لم ير النبي ﷺ يهل حتى تنبعث به راحلته. والثانى: أن من شأن المحرم أن لا يقيم فى موضع ينشئ فيه احرامه، وإنما يحرم ويلبى عند أخذه فى التوجه إلى حيث يقتضى إحرامه التوجه إليه، فكره أن يحرم من مكة ثم يقيم بها بعد إحرامه ثمانية أيام.

وقد قال مالك فى كتاب محمد وموطأ ابن وهب: لا ينبغى لأحد أن يهل بحج أو عمرة، ثم يقيم بأرض يهل بها حتى يخرج، ولكن الفرق بين الأمرين ما كرهه عمر بن الخطاب لأهل مكة من أن يأتوا عرفة مدهنين.

٧٤٤ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ أَقَامَ بِمَكَّةَ تِسْعَ سِنِينَ وَهُوَ يُهَلُّ بِالْحَجِّ لِهَلَالِ ذِي الْحِجَّةِ وَعُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ مَعَهُ يَفْعَلُ ذَلِكَ.

الشرح: تعلق مالك، رحمه الله، فى هذه المسألة مع ما تقدم بفعل عبدالله بن الزبير مدة تسعة أعوام بحضرة الصحابة والتابعين، وهو الأمير الذى يشهر فعله ولا يخفى

٧٤٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٢١. المغنى ٣/٤٠٥.

(١) أشعث الرأس: منتفش الشعر مغبر الرأس.

٧٤٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٢٢.

قال فى الاستذكار: ما جاء عن عمر بن الخطاب - يعنى الحديث السابق - وعبد الله بن الزبير فى إهلال أهل مكة اختيار واستحباب ليس على الإلزام والإيجاب؛ لأن الإهلال إنما يجب على من يتصل به عمله فى الحج لا على غيره؛ لأنه ليس من السنة أن يقيم المحرم فى أهله.

كتاب الحج ٣٧١
أمره، ولا ينكر عليه أحد، ولا يثابر مع دينه وفضله وورعه إلا على ما هو الأفضل عنده، ووافق على ذلك أخوه عروة مع علمه ودينه، وعلى هذا كان أمر جمهور الصحابة ولذلك قال عبيد بن جريح لابن عمر: رأيتك تفعل أربعاً لم أر أحداً من أصحابك يفعلها.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا يُهَلُّ أَهْلُ مَكَّةَ وَغَيْرُهُمْ بِالْحَجِّ إِذَا كَانُوا بِهَا، وَمَنْ كَانَ مُقِيمًا بِمَكَّةَ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا مِنْ جَوْفِ مَكَّةَ لَا يَخْرُجُ مِنَ الْحَرَمِ^(١).

الشرح: ومعنى ذلك أن المهل بالحج من مكة من أهلها كان أو من غيرهم، فإنه لا يهل من غير الحرم لأنه ليس لهم ميقات يمرون عليه به دون ما يحرمون منه. ووجه آخر أن المهل من الميقات متوجه إلى البيت بإحرامه من ميقاته لئلا يرد عليه إلا محرماً، فمن كان عند البيت وفي الحرم لم يكن له أن يحرم منه للإحرام لأن الذي يقصد بالإحرام قد صار فيه ونسكه يقتضى الخروج إلى الحل للوقوف بعرفة، فلا معنى للخروج إلى الحل للإحرام.

مسألة: فمن أهل منهم من الحل، فقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة: لا شىء عليه، وإن لم يعد إلى الحرم، وهذا زاد ولم ينقص، وهذا عندى فيمن عاد إلى الحرم ظاهر، فأما من أهل من الحل وتوجه إلى عرفة دون دخول الحرم أو أهل من عرفة بعد أن توجه إليها حلالاً مريداً للحج، فإنه نقص ولم يزد، وإنما لم يجب عليه الدم على هذا القول لأن مكة ليست فى حكم الميقات لأن المواقيت إنما وقتت لئلا يدخل المحرم إلى البيت إلا بإحرام، فمن كان عند البيت، فليس له ميقات بدليل أن المعتمر لا يحرم، والمواقيت يستوى فى الإحرام منها الحج والعمرة.

فروع: ومن أين يحرم من أحرم بالحج من مكة؟ روى أشهب عن مالك: يحرم من داخل المسجد. وروى ابن حبيب عنه: يحرم من باب المسجد.

وجه رواية أشهب أن هذا المسجد مخصوص بالإهلال ومتعلق بأركان الحج، فلذلك كان الإحرام منه، وليس كذلك سائر المساجد، فإنها مبنية للصلاة، فلم يشرع الإهلال بها، ألا ترى أن المسجد الحرام يرفع فيه الصوت بالإهلال دون سائر المساجد. ووجه قول ابن حبيب أن الإحرام بالنسك إنما يكون حين الأخذ فى التوجه إليه كالأحرام من مسجد الميقات.

(١) ذكره فى الاستذكار ١١/١٦٥.

٣٧٢ كتاب الحج

فصل: وقوله: «لا يخرج من الحرم» يقتضى إن إحرامه، من جميع الحرم مباح وإن اختير الإحرام من داخل المسجد أو باب المسجد فمن أحرم من الحرم فلا شيء عليه وقد روى ابن الزبير عن جابر أمرنا النبي ﷺ لما أحللتنا أن نحرم إذا توجهنا إلى منى فأهلنا من الأبطح^(٢).

قَالَ مَالِكُ: وَمَنْ أَهْلٌ مِنْ مَكَّةَ بِالْحَجِّ فَلْيُؤَخِّرِ الطَّوْفَ بِالْبَيْتِ وَالسَّعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ حَتَّى يَرْجِعَ مِنْ مِنَى وَكَذَلِكَ صَنَعَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ.

الشرح: ومعنى ذلك أن الطواف الذى هو ركن من أركان الحج إنما هو طواف الإفاضة، فأما طواف الورد، فليس بركن من أركان الحج، وإنما هو الورد على البيت بالنسك كتحتية المسجد بالركعتين، وهذا أوكد ألا ترى أن المسجد لا يحتاج إلى وداع، والبيت قد شرع فيه الوداع، فإذا أحرم من مكة، فليس عليه طواف وورد لأنه لم يرد من جهة من الجهات سواء أحرم بالحج من مكة يوم التروية أو قبله أو بعده.

وروجه ذلك أن حكم مناسك الحج والعمرة أن يؤتى بهما بعد الجمع بين الحل والحرم، فمن أحرم من الحرم لم يجوز أن يطوف ويسعى لأن فعله ذلك يكون قبل الجمع بين الحل والحرم، فإذا رجع من عرفة جاز له ذلك لأن الجمع بينهما ما قد وجد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يتأخر السعى بين الصفا والمروة إلى أن يعود من منى للإفاضة لأن من شرط السعى أن يعقب طوافاً واجباً ولا يجب على الحاج المحرم من مكة طواف إلا طواف الإفاضة ومن قدم الطواف بالبيت والسعى فبالخروج إلى عرفة، ففي المدونة: لا يجوز ذلك وليعد الطواف والسعى بعد الرجوع من عرفة، فإذا لم يعدهما حتى يخرج إلى بلده فعليه الهدى وذلك أيسر شأنه.

وروجه ذلك أنه لما أتى بالسعى بعد طواف غير واجب لزمه أن يعيده بعد طواف واجب، فإذا فات ذلك لخروجه إلى بلده لزمه الهدى لما أدخل فيه من النقص بالإتيان له بعدد طواف غير واجب.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ أَهْلٌ بِالْحَجِّ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ أَوْ غَيْرِهِمْ مِنْ مَكَّةَ لِإِهْلَالِ ذِي الْحِجَّةِ كَيْفَ يَصْنَعُ بِالطَّوْفِ؟ قَالَ: أَمَّا الطَّوْفُ الْوَاجِبُ فَلْيُؤَخِّرْهُ، وَهُوَ الَّذِي يَصِلُ

(٢) أخرجه مسلم حديث رقم ١٢١٤ من طريق محمد بن حاتم، حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن حريج أخبرني أبو الزبير، عن جابر بن عبد الله، فذكره.

كتاب الحج ٣٧٣
 بَيْنَهُ وَبَيْنَ السَّعْيِ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَلِيُطْفَ مَا بَدَأَ لَهُ، وَلِيُصَلَّ رَكَعَتَيْنِ كُلَّمَا طَافَ
 سَبْعًا، وَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الَّذِينَ أَهَلُّوا بِالْحَجِّ، فَأَخْرَجُوا الطُّوَافَ
 بِالْبَيْتِ وَالسَّعْيَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ حَتَّى رَجَعُوا مِنْ مِئِي، وَفَعَلَ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ
 عُمَرَ فَكَانَ يُهَلُّ لِهَلَالِ ذِي الْحِجَّةِ بِالْحَجِّ مِنْ مَكَّةَ، وَيُؤَخِّرُ الطُّوَافَ بِالْبَيْتِ وَالسَّعْيَ
 بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ حَتَّى يَرْجِعَ مِنْ مِئِي.

الشرح: وهذا كما قال أن من أهل بالحج من مكة وبقي بعد إهلاله بها أيامًا فإن له
 أن يطوف تطوعًا ما شاء.

وقوله: «وأما الطواف الواجب فليؤخره، وهو الذي يصل بينه وبين السعي بين
 الصفا والمروة»، كلام فيه تجوز لأن التأخير هاهنا بمعنى الإسقاط لأن طواف الورد
 سقط جملة على ما ذكرناه فلا يفعل، ولو كان مؤخرًا على الحقيقة الآتى به بعد ذلك،
 والله أعلم.

فصل: وإنما سمي طواف الورد، الطواف الواجب لأنه واجب على الوارد، وليس
 يجب بمجرد الحج، ولو كان من أركان الحج لما سقط عمن أحرم من مكة، ولا على
 المراهق، فإن أخره الوارد المدرك، فقد قال ابن القاسم: عليه دم. وقال أشهب: لا شيء
 عليه.

وجه قول ابن القاسم أن هذا نسك قد وجب عليه في حجه، فإذا تركه حتى فات
 مع القدرة عليه، فعليه الدم. أصل ذلك رمى الجمار. ووجه قول أشهب أن كل ما لا
 يجب بتركه الدم على من أحرم من مكة، فإنه لا يجب به الدم على من أحرم من غير
 مكة، أصل ذلك طواف الوداع.

فصل: وقوله: «وليطف ما بدا له»، يريد من التطوع، فإن الطواف مشروع
 مستحب التنفل به لمن لم يكن عليه طواف واجب.

وقوله: «وليصل ركعتين كلما طاف سبعا»، فيه مسائل، غير أننا نذكر منها ما تعلق
 بظاهر هذا اللفظ ونؤخر سائرهما إلى مواضعهما إن شاء الله تعالى، فمن ذلك أن من
 حكم الطواف أن تتعقبه ركعتان لما روى ابن عمر: «أن النبي ﷺ طاف بالبيت سبعا
 وصلى خلف المقام ركعتين»^(١).

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (٣٩٦، ١٦٢٤، ١٦٢٧، ١٦٤٦، ١٧٩٤).

٣٧٤ كتاب الحج

فرع: وقال القاضى أبو محمد: إنها سنة، ويجب بفواتها الدم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أنها واجبة فى الطواف الواجب، ويجب بالدخول فى التطوع، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وقد فعل ذلك أصحاب رسول الله ﷺ حين أهلوا بالحج من مكة، فأخروا الطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة حتى رجعوا من منى»، يريد الذين كانوا مع النبى ﷺ فى حجة الوداع، فمن أحرم بعمره وحل من عمرته بمكة ثم أحرم بالحج من مكة، فإنهم لم يطوفوا بحجهم حتى رجعوا من منى.

فصل: وقوله: «وفعل ذلك عبدالله بن عمر، فكان يهل لهلال ذى الحجة من مكة»، فذكر خلاف ما تقدم من روايته عنه أنه كان لا يهل إلا يوم التروية، وهذا يقتضى اختلاف فعله، والله أعلم.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ هَلْ يُهَلُّ مِنْ جَوْفِ مَكَّةَ بِعُمْرَةٍ؟ قَالَ: بَلْ يُخْرَجُ إِلَى الْجَبَلِ فَيُحْرَمُ مِنْهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن المكى لا يحرم بالعمرة من الحرم، وإنما يحرم من الحل بها من الحل بخلاف الحج. والأصل فى ذلك حديث عائشة قالت: فدعا عبدالرحمن بن أبى بكر، فقال: «اخرج بأختك من الحرم فلتهل بعمره».

ومن جهة القياس أن النسك من شرطه الجمع بين الحل والحرم وجميع أفعال العمرة فى الحرم، فلو أحرم بها من الحرم لما جمع فيها بين الجبل والحرم، وإنما جاز ذلك فى الحج لأنه لا بد فيه من الخروج إلى الحل للوقوف بعرفة.

فرع: فإن أحرم المعتمر من الحرم لزمه الإحرام، وعليه أن يخرج إلى الحل فيدخل منه مهلاً بالعمرة، قاله مالك.

ووجه ذلك ما ذكرناه من أن سنة العمرة أن يبدأ بها من الحل ويكون انتهاؤه فى الحرم لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٣٣] فإذا ابتدأها من الحرم، فقد ابتدأها من غير الميقات الواجب لها فلزمت بالدخول فيها، ووجب استدراك ما يجب من شروطها من الجمع بين الحل والحرم.

=مسلم حديث رقم (١٢٣٤). النسائى فى الصغرى حديث رقم (٢٩٣٠، ٢٩٦٠). أحمد فى المسند حديث رقم (١٣٩٠٥).

كتاب الحج ٣٧٥

مسألة: فإن كان قارناً، فهل يهل من الحرم أم لا؟ اختلف أصحابنا فى ذلك، فقال ابن القاسم: لا يهل من الحرم. وقال سحنون: له أن يهل من الحرم.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا مهل بعمرة فوجب أن يكون إهلاله من الحل كالمفرد. ووجه قول سحنون، أن النسكين متى اجتمعا، فإن الحكم للحج. أصل ذلك سائر الأفعال، والله أعلم.

* * *

ملا يوجب الإحرام من تقليد الهدى^(١)

٧٤٥ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ زِيَادَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ كَتَبَ إِلَى عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ قَالَ: مَنْ أَهْدَى هَدْيًا حَرَّمَ عَلَيْهِ مَا يَحْرُمُ عَلَى الْحَاجِّ حَتَّى يُنْحَرَ الْهَدْيُ، وَقَدْ بَعَثْتُ بِهِدْيٍ، فَاكْتُبِي إِلَيَّ بِأَمْرِكِ أَوْ مُرِي صَاحِبَ الْهَدْيِ. قَالَتْ عَمْرَةُ: قَالَتْ عَائِشَةُ: لَيْسَ كَمَا قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: أَنَا فَتَلْتُ فَلَا بَدَّ هَدْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِيَدِي ثُمَّ قَلَدَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهِ ثُمَّ بَعَثَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَعَ أَبِي، فَلَمْ يَحْرُمْ عَلَى

(١) قلد الهدى: علق فى عنقها ما يدل على إهدائها للحرم.

٧٤٥ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٥٨٥. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٣٤٠. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٨٣٢، ٨٣٣. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٧٢٣، ٢٧٢٤، ٢٧٢٥، ٢٧٢٦، ٢٧٢٧، ٢٧٢٨، ٢٧٣١، ٢٧٣٢، ٢٧٣٣، ٢٧٣٥، ٢٧٣٦، ٢٧٣٧، ٢٧٣٨، ٢٧٤١، ٢٧٤٢، ٢٧٤٣، ٢٧٤٤، ٢٧٤٥. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم ١٤٩٤. وابن ماجه فى كتاب المناسك حديث رقم ٣٠٨٥، ٣٠٨٦، ٣٠٧٨، ٣٠٨٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٣٩، ٢٣٣٥٢، ٢٣٣٨٣، ٢٣٤١٨، ٢٣٤٦٢، ٢٣٥٦٩، ٢٣٨٠٨، ٢٤٢٣٣، ٢٤٢٩٢، ٢٤٣٢٣، ٢٤٣٤١، ٢٤٣٨٩، ٢٤٣٩٨، ٢٤٤٦١، ٢٤٥٤٢، ٢٤٥٩٣، ٢٤٦٣٣، ٢٤٦٨٧، ٢٤٧٩٨، ٢٤٨١٣، ٢٤٩٥٩، ٢٥٠٥٨. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٨٥٥. والطحاوى بشرح المعانى ١٣٨/٢ عن جابر. وذكره الهيثمى فى المجمع ٢٢٧/٣ وعزاه لأحمد. قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٥٦/٥: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جميع رواة فيما علمت، ورواه عثمان بن عمر، عن مالك، بخلاف بعض معانيه، لأنه ذكر فيه الإشعار، وليس ذلك فى رواية غيره فى هذا الحديث عن مالك، فيما علمت.

رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَيْءٌ أَحَلَّهُ اللَّهُ لَهُ حَتَّى نُحِرَ الْهَدْيَ^(١).

الشرح: قول عبدالله بن عباس: «من أهدي هدياً حرم عليه ما يحرم على الحاج»، يقتضى ظاهره أن من قلد هديه ليعت به حرم عليه ما حرم على الحاج من الطيب واللباس، وإلقاء التفت، وجماع النساء وغير ذلك من موانع الإحرام.

وذهب جماعة الفقهاء إلى أنه لا يحرم عليه شيء من ذلك، وكذلك قالت عائشة واحتجت في ذلك بفعل النبي ﷺ وهي أعلم الناس به، وما روته في ذلك يجب أن يصار إليه، ولذلك كانت تسئل عنه ويلجأ إليها في معرفته.

فصل: وقوله: «وقد بعثت بهدي، فاكتبى إلى بأمرك أو مرى صاحب الهدى»، يريد أنه قد لزمه ما يلزم من بعث بهديه، وقد أنكرك ما قاله ابن عباس من لزمه اجتناب محظورات الإحرام، ولم يكن عنده في ذلك نص يرد به قوله، ولا كان ممن يرد بنظره نظر ابن عباس، فأراد أن يعتمد على ما عند عائشة رضى الله عنها في ذلك.

فصل: وقول عائشة: «ليس كما قال ابن عباس»، رد لقوله وإظهار لمخالفته، واحتجت على ذلك بفعل النبي ﷺ، وأعلمته أنها المباشرة له، وذلك يؤكد معرفتها به واستيقانها لعلمه لأن الراوى إذا باشر القضية، رجحت روايته على رواية من لم يباشرها.

فصل: وقولها: «ثم قلدها رسول الله ﷺ بيده»، يحتمل أن تكون أرادت بذلك تبين حفظها للأمر ومعرفتها من تناول كل شيء منه، ويدل ذلك على اهتالها بهذا الأمر ومعرفتها به ويحتمل أنها أرادت أن النبي ﷺ تناول ذلك بنفسه، وعلم وقت التقليد لئلا يظن أحد أنه استباح محظور الإحرام بعد تقليد هديه، وقبل أن يعلم هو

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٥٧/٥: في الحديث معان من الفقه، منها: أن عبدالله بن عباس كان يرى: أن من بعث بهدي إلى الكعبة، لزمه إذا قلده أن يحرم ويحتمل كل ما يحتمل الحاج حتى ينحر هديه، وقد تابع عبدالله بن عباس على ذلك عبدالله بن عمر وطائفة، وروى بمثل ذلك أثر مرفوع من حديث جابر، عن النبي ﷺ. ومنها: أن أصحاب النبي ﷺ كانوا يختلفون في مسائل الفقه وعلوم الديانة، فلا يعيب بعضهم بعضاً بأكثر من رد قوله، ومخالفته إلى ما عنده من السنة في ذلك، وهكذا يجب على كل مسلم. ومنها: ما كان عليه الأمراء من الاهتال بأمر الدين والكتاب فيه إلى البلدان. ومنها: عمل أزواج النبي ﷺ بأيديهن وامتھانھن أنفسهن، وكذلك كان رسول الله ﷺ يمتھن نفسه في عمل بيته، فربما خاط ثوبه، وربما خصف نعله. وقد قلد هديه المذكور في هذا الحديث بيده ﷺ.

بذلك، فتبين من ذلك أنه لم يأت شيئاً من هذا الأمر إلا وهو عالم بتقليد هديه.

فصل: وقولها: «بعث بها مع أبي» تريد أن النبي ﷺ، فعل ذلك في سنة لتبين بذلك علمها بجميع هذه القضية، ويحتمل أن تريد بذلك أنه من آخر هدى بعث به النبي ﷺ لأن النبي ﷺ حج في العام الذي يلي هذا العام حجة الوداع، لئلا يظن أن هذا كان في أول الأمر ثم نسخ، ويتعلق بذلك بصغر سن عبدالله بن عباس، وأنه لم يشاهد من أفعال النبي ﷺ إلا أواخرها.

وذهبت عائشة رضی الله عنها في ذلك كله إلى رفع الإشكال، وإزالة اللبس عليه، وتمت بذلك بأن قالت: «فلم يحرم علي رسول الله ﷺ شيء أحله الله له حتى نحر الهدى»، تريد أن كل شيء كان حلالاً له قبل أن يبعث هديه، فلم يحرم عليه منه شيء يبعثه الهدى إلى أن نحر، وهذه المدة التي يدعى فيها الامتناع من محظور الإحرام، وأما بعد نحر الهدى، فلا خلاف في الإباحة.

٧٤٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ عَمْرَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنِ الَّذِي يَبْعَثُ بِهِدِيهِ، وَيُقِيمُ هَلْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ شَيْءٌ، فَأَخْبَرْتَنِي أَنَّهَا سَمِعَتْ عَائِشَةَ تَقُولُ: لَا يَحْرُمُ إِلَّا مِنْ أَهْلِ وَوَلِيِّ.

الشرح: قولها: «لا يحرم إلا من أهل وولي»، جواب مقابل للفظ يحيى لأن يحيى إنما سأل هل يحرم على من بعث بهديه شيء أم لا؟ فجوابه المقابل له «لا» أو «نعم»، فأجابته عمرة أنه لا يحرم إلا من أهل وولي، وإنما صح ذلك لعلمها بأنه لا يحرم شيء مما

٧٤٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٢٤.

قال في الاستذكار ١٧٤/١١: قد روى حديث عائشة المسند في أول الباب: ابن جريج وغيره. ورواه أفلح بن حميد، عن القاسم، عن عائشة. ورواه الأسود، عن عائشة. ومسروق عن عائشة. من أئمة أهل الحديث بالكوفة. وهو حديث مجتمع على إسناده. واختلف في معنى هذا الحديث فقال جماعة من أهل العلم، منهم عطاء، وسعيد بن جبير: إذا قلد الحاج هدية فقد أحرم وحرم عليه ما يحرم على الملبى بالحج. وكذلك إذا أشعر هديه. واختلفوا في تحليله، فمنهم من قال: الإحلال كالتقليد والإشعار، ومنهم من أباه. وقالت طائفة: لا يكون محرماً إلا من أحرم ولبى كما روى عن عائشة. وقال آخرون: إذا نوى بالتقليد الحج أو العمرة فهو محرّم وإن لم يلب وهذا كله عنهم في معنى قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ﴾. وكلهم يستحب أن يكون إحرام الحج وتلبيته في حين تقليده الهدى وإشعاره. وقالت طائفة منهم ابن عمر كقول ابن عباس: من قلده هديه سواء خرج معه أو بعث به وأقام وهو يفعله يحرم عليه ما يحرم على المحرم.

سألها إلا على محرم، فإن لم يكن محرماً، فلا يحرم شيء عليه.

٧٤٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَدَيْرِ أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا مُتَجَرِّدًا بِالْعِرَاقِ، فَسَأَلَ النَّاسَ عَنْهُ فَقَالُوا: إِنَّهُ أَمَرَ بِهَدْيِهِ أَنْ يُقْلَدَ، فَلِذَلِكَ تَجَرَّدَ. قَالَ رَبِيعَةُ: فَلَقِيتُ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ الزُّبَيْرِ فَذَكَرْتُ لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ: بِدْعَةٌ وَرَبُّ الْكُعْبَةِ.

الشرح: قوله: «رأى رجلاً متجرداً بالعراق»، يريد أنه رآه متجرداً عن المخيط إلا أنه لابس الإحرام، وذلك ببلد يلبس جميعهم المخيط، فأنكر عليه مخالفة عادة الناس، فلما سأل عنه أخبر أنه إنما تجرد لأنه أمر بهديه أن يقاد، فلما لقي ربيعة عبدالله بن الزبير سأله عن ذلك، إن كان عنده علم في ذلك، فقال عبدالله: «بدعة».

ولعل عبدالله قد علم ما عند عائشة في ذلك، فعول عليه وحكم بأن ما خالفه بدعة، لأنه خلاف لفعل النبي ﷺ، ولعل عبدالله بن عباس قد رجع عنه أو كان بلغه قول عائشة في ذلك فقد رجع عن مسائل حين أعلم بما فيها عن النبي ﷺ كمسألة المتعة وتجويز الذهبين والفضتين.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ خَرَجَ بِهَدْيٍ لِنَفْسِهِ، فَأَشْعَرَهُ وَقَلَّدَهُ بِذِي الْحُلَيْفَةِ، وَلَمْ يُحْرِمْهُ هُوَ حَتَّى جَاءَ الْجُحْفَةَ. قَالَ: لَا أُجِبُ ذَلِكَ، وَلَمْ يُصِْبْ مَنْ فَعَلَهُ، وَلَا يُنْبَغِي لَهُ أَنْ يُقْلَدَ الْهَدْيَ وَلَا يُشْعِرَهُ إِلَّا عِنْدَ الْإِهْلَالِ إِلَّا رَجُلٌ لَا يُرِيدُ الْحَجَّ، فَيَبْعَثُ بِهِ وَيُقِيمُ فِي أَهْلِهِ.

الشرح: وهذا كما قال لأن سنة التقليد والإشعار تكون عند الدخول في النسك للحج أو العمرة. والأصل في ذلك حديث المسور بن مخرمة في ذكر زمن الحديبية، قال: حتى إذا كانوا بذى الحليفة، قلد النبي ﷺ هديه وأحرم بالعمرة^(١).

ومن جهة المعنى أن الهدى تبع للنسك ومن سنته وفضائله، وما كان بهذه الصفة، فحكمه أن لا يتفرد عن النسك ولا يتقدم عليه إلا أن يكون متصلاً به لمعنى يوجب ذلك، وإنما يبين ذلك لتقدمه على الإحرام لأن من سنة الإحرام أن يتعقب السعى إلى ما

٧٤٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٢٥.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (١٦٩٥، ٤١٧٩). أبو داود حديث رقم

(٢٧٦٥). أحمد في المسند حديث رقم (١٨٤٤٩).

كتاب الحج ٣٧٩
أحرم، ولذلك يهمل الراكب إذا استوت به راحلته، ويهمل الماشي إذا انفصل عن موضع
صلاته ماشياً، فلو أحر تقليد هديه وإشعاره لحال ذلك بين إحرامه وسعيه، فقد وصل
به؛ لأننا قد نجد من الأفعال ما يكون للإحرام والنسك، ويتقدم الإحرام متصلاً به
كلبس الثياب وركعتي الفجر.

وأما إذا قلد هديه بذى الخليفة وأحر الإحرام إلى الجحفة أفرد الهدى، وجعل له
حكم نفسه، ومن سته أن يكون تبعاً لنسكه، فقد أتى به على خلاف سته، وهذا لمن
أراد الحج أو العمرة.

فأما من أراد أن يبعث بهديه، ويقيم حلالاً في أهله، فلا بأس بذلك لأن هذا هدى
قد بنى فيه على الأفراد له، وذلك جائز كما فعل رسول الله ﷺ حين بعث بهديه.

وَسُئِلَ مَالِكٌ هَلْ يَخْرُجُ بِالْهَدْيِ غَيْرَ مُحْرِمٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أنه يخرج بالهدى غير محرم، وذلك على ضربين، أحدهما
أن يخرج من المدينة، وهو مرید للحج أو العمرة غير أنه يخبر بهذا عن جواز خروجه به
من المدينة حلالاً إلى موضع الإحرام، والثاني: أن يرسل به صاحبه إلى مكة مع لا يلزمه
الإحرام بدخولها.

وَسُئِلَ أَيْضًا عَمَّا اِخْتَلَفَ النَّاسُ فِيهِ مِنَ الْإِحْرَامِ بِتَقْلِيدِ الْهَدْيِ مِمَّنْ لَا يُرِيدُ الْحَجَّ
وَلَا الْعُمْرَةَ، فَقَالَ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِي نَأْخُذُ بِهِ فِي ذَلِكَ قَوْلُ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ: إِنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ بِهِدْيِهِ ثُمَّ أَقَامَ فَلَمْ يَحْرُمْ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِمَّا أَحَلَّهُ اللَّهُ لَهُ حَتَّى نَجِرَ
هَدْيِهِ.

الشرح: قوله: «عما اختلف الناس فيه»، يريد قول ابن عباس في ذلك ومن ذهب
إليه.

وقوله: «من الإحرام بتقليد الهدى ممن لا يريد الحج ولا العمرة»، يريد أن الإحرام
المختلف فيه إنما هو أن يكون محرماً بتقليد الهدى خاصة لا للحج ولا عمرة، وما أرى
ابن عباس أطلق عليه اسم محرم، ويلزمه ذلك باجتنابه ما يجتنبه المحرم لأن المحرم إنما
سمى محرماً لأنه دخل في عبادة يحرم بها عليه معان مباحة، إذا دخل فيها.

وهذا إنما يطلق في الشرع على من حرمت عليه محظورات الحج بالإحرام بالحج، أو

٣٨٠ كتاب الحج

محظورات الصلاة بالإحرام بالصلاة، فأخذ مالك في ذلك بقول عائشة رضی الله عنها وما روته من فعل النبي ﷺ في ذلك.

* * *

ما تفعل الحائض في الحج

٧٤٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَرْأَةِ الْحَائِضِ
الَّتِي تَهَلُّ بِالْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ: أَنَّهَا تَهَلُّ بِحَجِّهَا أَوْ عُمْرَتِهَا إِذَا أَرَادَتْ وَلَكِنْ لَا تَطُوفُ
بِالْبَيْتِ وَلَا بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَهِيَ تَشْهَدُ الْمَنَاسِكَ كُلَّهَا مَعَ النَّاسِ غَيْرَ أَنَّهَا لَا
تَطُوفُ بِالْبَيْتِ وَلَا بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَلَا تَقْرُبُ الْمَسْجِدَ حَتَّى تَطْهُرَ.

الشرح: قوله: «في المرأة الحائض: أنها تهل بحجها أو عمرتها إذا أرادت»، يريد أن
حيضها لا يمنعها من الإهلال بالحج والعمرة لأن الإحرام بالحج والعمرة لا ينافي الحيض
ولا النفاس، ولذلك لا يفسدان شيئاً منهما إذا طريا عليهما، ويفسدان الصوم والصلاة
لما كانا منافيين لهما.

فصل: وقوله: «ولكن لا تطوف بالبيت ولا بين الصفا والمروة»، يريد أن الحائض إن
أحرمت بالحج أو طراً عليها الحيض بعد إحرامها، فإنها لا تطوف بالبيت لأن الطواف
بالبيت ينافيه، ولذلك يفسده الحيض والنفاس ويمنع صحته وتمامه لأن من شرطه
الطهارة.

فصل: وقوله: «ولا بين الصفا والمروة»^(١)، يريد أن الحائض تمتنع من السعي بين

٧٤٨ - أخرجه الترمذي حديث رقم ٩٤٤. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٢٦.

وقال في الاستذكار: ما قاله ابن عمر، رضی الله عنه، نقله جماعة العلماء، وهي السنة المأثورة
عن أسماء بنت عميس: أمرها رسول الله ﷺ وهي نفساء أن تغتسل ثم تهل بالحج أو العمرة
غير أن لا تطوف بالبيت. انتهى. وهذا الحديث أخرجه مسلم حديث رقم ٢٨٦٠. أبو داود
حديث رقم ١٧٤٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٩١١.

(١) قال في الاستذكار ١٩١/١١ - ١٩٢: إنما ذلك من أجل أن السعي بين الصفا والمروة
موصول بالطواف لا فصل بينهما، والطواف لا يكون عند الجميع إلا على طهارة، وإن كانوا قد
اختلفوا في حكم من فعله على غير طهارة، ولا يوجبونها شرطاً فيه كما هو عندهم في
الطواف؛ لأنهم لم يختلفوا فيمن طاف على طهارة فلما أكملها انتقضت طهارته أنه يهدى هدياً
صحيحاً فالطواف لو ترك كان بالهدى أولى. وفي هذا الخبر وما كان مثله دليل على أن =

كتاب الحج ٣٨١

الصفاء والمروة كما تمتنع من الطواف بالبيت، ومعنى ذلك أن السعى إنما يكون بأثر الطواف بالبيت، فإذا لم يمكن الحائض الطواف بالبيت لم يمكنها السعى بين الصفا والمروة، وإن لم تكن من شرطه الطهارة لأنه عبادة لا تعلق لها بالبيت، ولو طرأ على المرأة الحيض بعد كمال الطواف لصح سعيها.

فصل: وقوله: «وتشهد المناسك كلها غير أنها لا تطوف بالبيت ولا بين الصفا والمروة»، يقتضى أنها تفعل جميع المناسك غير ما استثنى منها، فتقف بعرفة والمزدلفة، وترمى الجمار وتبيت بمنى؛ لأن الطهارة ليست بشرط فى شيء من ذلك.

فصل: وقوله: «ولا تقرب المسجد حتى تطهر»، يريد أن الحائض لا تدخل المسجد، وقد قدمنا أنها لا تدخل المسجد الحرام ولا غيره، ولا تبت به، فيمتنع عليها الطواف حينئذ لمعنيين، أحدهما: أنه فى المسجد، والحائض لا تدخل المسجد، والثانى: أن الحيض حدث بمنع الطهارة والطواف لا يكون إلا بالطهارة.

* * *

العمرة فى أشهر الحج

٧٤٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اعْتَمَرَ ثَلَاثًا، عَامَ الْحُدَيْبِيَّةِ، وَعَامَ الْقَضِيَّةِ، وَعَامَ الْجِعْرَانَةِ^(١).

= الحائض لا تقرأ القرآن، وفى القياس؛ ولا شيئاً منه، لأنها لو قرأت القرآن صلت، ولو صلت دخلت بالمسجد، وعلى هذا أكثر العلماء وهى رواية أشهب، عن مالك، وهو الصواب، وبالله التوفيق.

٧٤٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٢٧.

قال فى التمهيد ٣٦٧/٥: هذا يروى أيضاً من وجوه قد ذكرنا كثيراً منها فى باب هشام بن عروة، منها: حدثنا عبدالوارث بن سفيان، وعمر بن حسين، قالوا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر الحزامي، قال: حدثنا محمد بن فليح، عن موسى بن عقبة، عن ابن شهاب، قال: اعتمر رسول الله ﷺ ثلاث عمر، اعتمر من الجحفة عام الحديبية، فصدته الذين كفروا فى ذى القعدة سنة ست، واعتمر من العام المقبل فى ذى القعدة سنة سبع آمناء، هو وأصحابه؛ ثم اعتمر الثالثة فى ذى القعدة سنة ثمان حين أقبل من الطائف من الجعرانة. قال أبو عمر: هكذا كان ابن شهاب يقول كلهن فى ذى القعدة، وكذلك فى حديث عبدالله بن عمرو بن العاص، وغيره؛ وقد ذكرنا ذلك فى باب هشام بن عروة، وفى حديث هشام بن عروة عن أبيه، «إحداهن فى شوال واثنتان فى ذى القعدة».

(١) أخرج نحوه البيهقى بالدلائل ٤٥٥/٥.

٣٨٢ كتاب الحج

الشرح: قوله: «اعتمر ثلاثاً»، هو الصحيح على مذهب مالك، ومن قال: إن النبي ﷺ قرن الحج، يقول: اعتمر أربع عمر، وكذلك يقول أنس، وقد تقدم.

فصل: وقوله: «عمرة الحديبية»، فعدّها عمرة، يقتضى أنها عنده تامة، وإن كان صد عن البيت ومنع منه، فلا قضاء على من صد عن البيت بعد. وقال أبو حنيفة: عليه القضاء.

والدليل على ذلك إجماع الصحابة على الاعتداد بعمرة الحديبية، فلو كانت عمرة غير تامة، وكانت عمرة القضية قضاء لها لما عدت، ولو كانت عمرة القضية قضاء لها لما أعدت عمرة الحديبية إلا أن تعد مع عمرة القضية عمرة واحدة.

فصل: وقوله: «وعام القضية»، يريد التي قاضى النبي ﷺ كفار قريش عليها، وكانت في ذى القعدة، ولذلك جعل مالك، رحمه الله، ترجمة الباب العمرة في أشهر الحج.

وقوله: «وعمرة الجعرانة»، يريد التي اعتمر من الجعرانة منصرفه من حين.

٧٥٠ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَعْتَمِرْ إِلَّا ثَلَاثًا، إِحْدَاهُنَّ فِي شَوَّالٍ، وَاثْنَتَيْنِ فِي ذِي الْقَعْدَةِ.

الشرح: قوله: «لم يعتمر إلا ثلاثاً»، إنكار لقول عبدالله بن عمر، وقول أنس: اعتمر أربعاً، فأما عبدالله بن عمر، فإنه أضاف إلى الثلاثة المذكورة، عمرة في رجب، وأنكرت ذلك عائشة، وقالت: لم يعتمر رسول الله ﷺ قط في رجب. وأما أنس، فإنه أضاف إلى الثلاثة المذكورة عمرة زعم أنه قرنّها بحجة.

فصل: وقولها: «إحداهن في شوال، واثنتان في ذى القعدة» تنبيه على أوقات عمر النبي ﷺ، ويتعلق بذلك أن العمرة في أشهر الحج جائزة، وقد كان الناس في الجاهلية ينكرون ذلك حتى بين النبي ﷺ جوازه.

٧٥١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَرْمَلَةَ الْأَسْلَمِيِّ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ أَعْتَمِرُ قَبْلَ أَنْ أَحُجَّ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: نَعَمْ، قَدْ اعْتَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَبْلَ أَنْ يُحُجَّ.

٧٥٠ - أخرجه البخارى مرفوعاً في كتاب العمرة، باب من اعتمر قبل الحج عن ابن عمر.

٧٥١ - أخرجه أبو داود برقم ١٩٨٦ عن ابن عمر.

كتاب الحج ٣٨٣

الشرح: سؤال السائل عن تقديم العمرة على الحج، لما علم بكون الحج مقدماً في الرتبة للاتفاق على وجوبه، ولعله اعتقد أن العمرة لما كانت تدخل في عمل الحج أنها تابعة له، ومؤخرة في الرتبة، فأخبره سعيد أن النبي ﷺ قد اعتمر قبل أن يحج، وذلك أن النبي ﷺ إنما حج بعد أن نزل فرض الحج، حجة الوداع، وقد اعتمر قبل ذلك الثلاث العمر المذكورة.

٧٥٢ - مَالِكُ عَنْ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ أَبِي سَلَمَةَ اسْتَأْذَنَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَنْ يَعْتَمِرَ فِي شَوَّالٍ، فَأُذِنَ لَهُ فَأَعْتَمَرَ ثُمَّ قَفَلَ^(١) إِلَى أَهْلِهِ وَلَمْ يَحُجَّ.

الشرح: استئذان عمر بن أبي سلمة، عمر بن الخطاب في عمرة في شوال، يحتمل أن يكون بمعنى السؤال والاستفتاء، وأذن عمر له، بمعنى الفتيا، ويحتمل أن يكون في أمر لعمر ابن الخطاب أن يكون في أمر لعمر بن الخطاب أو للمسلمين بتقديم عمر، فلا يمكنه الإخلال به، ولا الترك له إلا بإذن عمر.

فصل: وقوله: «ثم قفل إلى أهله ولم يحج»، يحتمل أنه لم يحج في ذلك العام، ويحتمل أن يكون لم يحج في سفره ذلك، وإن كان حج في عامه بعد العودة إلى أهله، فيسقط عنه بذلك دم المتعة.

* * *

قطع التلبية في العمرة

٧٥٣ - مَالِكُ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقَطَعُ التَّلِيَةَ فِي الْعُمْرَةِ إِذَا دَخَلَ الْحَرَمَ.

الشرح: قوله: «أنه كان يقطع التلبية في العمرة إذا دخل الحرم»، على حسب ما تقدمت الرواية عن عبدالله بن عمر من قطعه التلبية في العمرة إذا دخل الحرم، وذلك أن المعتبر إنما يقصد من الحل إلى الحرم، وإليه دعى فإذا وصل إليه من البعد، فقد انقضت تلييته وكمل مقصده، فأما الحاج، فليس ذلك بنهاية مقصده وإنما نهاية مقصده عرفة.

٧٥٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٣٠.

(١) القفول: الرجوع.

٧٥٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٣١.

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ أَعْتَمَرَ مِنَ التَّنْعِيمِ: إِنَّهُ يَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ حِينَ يَرَى الْبَيْتَ.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يَعْتَمِرُ مِنْ بَعْضِ الْمَوَاقِيتِ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ أَوْ غَيْرِهِمْ مَتَى يَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ؟ فَقَالَ: أَمَّا الْمُهَلُّ مِنَ الْمَوَاقِيتِ، فَإِنَّهُ يَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ إِذَا أَنْتَهَى إِلَى الْحَرَمِ. قَالَ: وَبَلَّغَنِي أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَصْنَعُ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن من اعتمر من التنعيم، وهو أدنى الحل إلى المسجد، فإنه يستديم التلبية حتى يرى البيت لأنه ليس من التنعيم إلى الحرم كبير مسافة فلو قطع التلبية بدخول الحرم لما لبي إلا مرة أو مرتين، ثم يدخل الحرم، فيقطع التلبية التي هي شعار المعتمر، واستحب له استدامة التلبية إلى نهاية المقصود لتطول مدتها، ولا يعرى معظم النسك منها.

وأما الذي يهل من المواقيت، فقد استدام التلبية أيامًا، وكثر شعاره لها، واقترن أكثر نسكه بها، فاستحب له قطعها عند دخول الحرم؛ لأنه في الجملة مقصوده، ولأن من حكم النسك أن يعرى بعضه من التلبية كالحج.

وقد روى في المختصر: من أحرم من الميقات قطع التلبية، إذا دخل الحرم، وإن أحرم من الجعرانة، قطع التلبية حين دخول مكة، ومن أحرم من التنعيم، قطع التلبية عند رؤية البيت، وهذا لما ذكرناه من طول مدة التلبية وقصرها، وأنه يراعى أن يقرون التلبية بمعظم مدة العبادة ويعرى منها بعضها، وأن المقصود بالعمرة الحرم، وأن المقصود من الحرم البيت، فهذه مقاصد صحيحة ووجوه استجاب.

فصل: وقوله بعد هذا: «وقد بلغني أن عبد الله بن عمر كان يصنع ذلك»، وقد تقدمت روايته لذلك عنه من طريق نافع على حسب ما يفعل كثيرًا من إرساله الخبر مع روايته له عن أوثق الناس، وكذلك كان يفعل التابعون رضي الله عنهم.

* * *

ما جاء في التمتع (١)

٧٥٤ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ نَوْفَلٍ

(١) التمتع: فصل بين الحج والعمرة بإحلال في أشهر الحج.

٧٥٤ - أخرجه البخارى ٣٣٤/٢ كتاب الحج، باب الذبح قبل الخلق عن أبى موسى. ومسلم

٨٩٥/٢ كتاب الحج، باب ٢٢ رقم ١٥٤ عن أبى موسى. والترمذى فى كتاب الحج حديث =

ابن عبید المطلب أنه حدّثه أنه سمع سعد بن أبي وقاص والضحاك بن قيس عام حج معاوية بن أبي سفيان، وهما يذكُران التمتع بالعمرة إلى الحج، فقال الضحاك ابن قيس: لا يفعل ذلك إلا من جهل أمر الله عزّ وجلّ، فقال سعد: بئس ما قلت يا ابن أخي، فقال الضحاك: فإن عمر بن الخطاب قد نهى عن ذلك، فقال سعد: قد صنعها رسول الله ﷺ وصنعناها معه.

الشرح: قول الضحاك في التمتع بالعمرة إلى الحج: «لا يصنع ذلك إلا من جهل أمر الله تعالى»، على سبيل الإنكار للمتعة. وقد روى ذلك عن جماعة من السلف، أبي بكر وعمر وعثمان وابن الزبير ومعاوية بن أبي سفيان، وقد فسر ذلك عبد الله بن عمر، وذلك أنه سئل عن متعة الحج، فأمر بها، قيل له: إنك تخالف أباك؟ فقال: إن عمر لم يقل الذي تقولون، وإنما قال: أفردوا الحج من العمرة، فإنه أتم العمرة لأن العمرة لا تتم في شهور الحج إلا أن يهدى، وأراد أن يزار البيت في غير أشهر الحج، فجعلتموها أتم حراماً وعاقبتم الناس عليها، وقد أحلها الله، وعمل بها رسول الله ﷺ فإذا أكثروا عليه، قال: كتاب الله أحق أن تتبعوا أم عمر؟.

وهذا الذي ذهب إليه عبد الله بن عمر هو الصحيح أن عمر بن الخطاب لم ينه عنها على وجه التحريم، وإنما نهى عنها لأنه رأى الأفراد أفضل منها: وما روى عنه أنه أنكر النهي، وأنه قال: أنا أفعلها، دليل على ذلك.

وقد روى مالك في الموطأ ما يأتي بعد هذا أنه قال: افصلوا بين حجكم وعمركم، فإنه أتم لحج أحدكم ولعمركم أن يعتمر في غير أشهر الحج، وكان عمر يعتقد أن الأفراد أفضل، ويأمر به على سبيل الاستحباب، ولعله كان يرى أن اعتقاد تفضيل المتعة خطأ، فكان ينهى عن ذلك، ويعاقب عليه لا على إباحة المتعة. وقد روى عنه أنه قال للصبى معبد وقد أخبره، أنه تمتع، وأنكر ذلك عليه: هديت لسنة نبيك.

فصل: وقول سعد: «بئس ما قلت يا ابن أخي»، لما سمع إنكار الضحاك للمتعة،

= رقم ٧٥٣ والنسائي في كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٦٨٢. وأحمد في المستند حديث رقم ١٤٢١، ١٤٨٥. والدارمي في كتاب المناسك حديث رقم ١٧٤٥.
قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٧٨/٥: لم يختلف الرواة، عن مالك في إسناد هذا الحديث ومنتهاه، بمعنى واحد، فيما علمت، وكذلك رواه معمر، عن الزهري، بإسناد مالك ومعناه، ولم يقمه ابن عيينة.

٣٨٦ كتاب الحج
وحمل أمرها على المنع، فأنكر عليه، إن لم يحمل أمرها على ما حمل عليه عمر بن الخطاب من تفضيل الأفراد عليها.

وقول الضحاك بن قيس: «فإن عمر بن الخطاب نهى عنها»، تعلق منه بالحجة عنده في ذلك، ومنتهى علمه فيه لأنه لم يقله عن نص عن النبي ﷺ، ولا عن نظير أداه إليه، إنما قاله لما رأى من نهى عمر بن الخطاب عنه، ولم يعلم معنى منعه المتعة، ولا حمله على وجهه، فقال له سعد: «قد صنعها رسول الله ﷺ، وصنعناها معه».

وهذا يحتمل أمرين، أحدهما: أن يكون سعد قد علم أن عمر بن الخطاب إنما نهى عن المتعة على حسب ما ذكرناه، ولم ينه عنها على وجه التحريم، فبين وجه قول عمر ابن الخطاب بما ذكر في ذلك عن النبي ﷺ لعلم السامع أن عمر لا يشرع شريعة، ولا يخالف ما شرع النبي ﷺ فأعلمه بذلك أن عمر بن الخطاب لم يرد النهى على وجه التحريم والمنع، ولا يصح هذا الوجه إلا بأن يعتقد سعد في عمر أنه من علم أمر النبي ﷺ في ذلك ما علم.

والثاني: أن يكون اعتقد سعد في نهى عمر تحريم المتعة جملة أو جوز ذلك عليه، فرد ذلك عليه بما كان عنده في ذلك عن النبي ﷺ، وأعلم به الناس ليعلموا به وليتركوا نهى عمر، والتأويل الأول أظهر.

فصل: وقوله: «قد صنعها رسول الله ﷺ وصنعناها معه»، يحتمل أن يريد أمر بها أو أباحها كما يقال نادى الأمير بكذا، وإنما أمر من ينادى، وقتل الأمير فلاناً وإنما أمر من يقتله، فهذا اللفظ، وإن كان ظاهره مباشرة الفعل إلا أنه يحمل على هذا الذي يحتمله لما قدمناه من الأدلة أن النبي ﷺ كان مفرداً بالحج.

وقول سعد: «وصنعناها معه»، يحتمل أن يكون هو متمتعاً مع النبي ﷺ ويحتمل أن يكون مفرداً، ويخبر عن غيره ممن كان متمتعاً، ويضيف ذلك إلى جملة جامعة هو منهم.

٧٥٥ - مَالِك، عَنْ صَدَقَةَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: وَاللَّهِ لَأَنْ أَعْتَمِرَ قَبْلَ الْحَجِّ وَأُهْدِيَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَعْتَمِرَ بَعْدَ الْحَجِّ فِي ذِي الْحِجَّةِ.

الشرح: قوله: «لأن أعتمر قبل الحج»، يريد في أشهر الحج ثم يهدى لأنه لا يكون متمتعاً، فذلك أحب إليه، وأفضل عنده من أن يعتمر بعد الحج في ذي الحجة.

كتاب الحج ٣٨٧

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عنده أنه كان يرى أن ترك العمرة في أشهر الحج أفضل وأن النقص يدخل على الحجة والعمرة بفعل العمرة في أشهر الحج، إلا أنه إن فعلها الحج جبر ذلك بدم المتعة، فكان فعله إياها قبل الحج أفضل عنده للجبر أن المشروع فيه، وهذا يدل على أن جميع ذى الحجة عنده من أشهر الحج، وقد روى نحو هذا التأويل عن نافع عن ابن عمر.

٧٥٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ فِي شَوَّالٍ أَوْ ذِي الْقَعْدَةِ أَوْ فِي ذِي الْحِجَّةِ قَبْلَ الْحَجِّ ثُمَّ أَقَامَ بِمَكَّةَ حَتَّى يُدْرِكَهُ الْحَجُّ، فَهُوَ مُتَمَتِّعٌ بِحَجِّ، وَعَلَيْهِ مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامًا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةَ إِذَا رَجَعَ.
قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ إِذَا أَقَامَ حَتَّى الْحَجِّ ثُمَّ حَجَّ مِنْ عَامِهِ.

الشرح: قوله: «من اعتمر في أشهر الحج شوال أو في ذى الحجة قبل الحج»، يحتمل معنيين، أحدهما: أن يريد أن جميع ذى الحجة من أشهر الحج من عامه، ثم خص قبل الحج دون ما بعده بحكم التمتع، وإن كان جميع الشهر حكمه واحد في أنه من أشهر الحج. والثاني: أن يريد أن ما قبل الحج من أشهره دون ما بعده، فقال: أو ذى الحجة قبل الحج، وأراد به بيان أن ذلك من أشهر الحج دون ما بعده.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك، واختلف فيه قول مالك، فروى أشهب عن مالك في المجموعة: أن أشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجة. وروى ابن حبيب عن مالك: أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذى الحجة، وعشر ليال، وليس يوم النحر عنده من أشهر الحج وإن كانت ليلته منها.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ﴾ [البقرة: ١٩٧] فأتى بلفظ الجمع ولا يخلو أن يكون اثنان أو ثلاثة ولا خلاف أنه لم يرد هاهنا شهرين، فلم يبق إلا أن يريد ثلاثة. ووجه آخر من الآية أنه قال تعالى: ﴿فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧]. والرفث الجماع، وأنه معلوم وممنوع يوم النحر، فوجب أن يكون من أشهر الحج.

٧٥٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٣٣. البيهقي في السنن الكبرى ٢٤/٥. وانظر: الجصاص في أحكام القرآن ٢٩٨/١. القرطبي في تفسيره ٤٠١/٢. المحلى ١٦٠/٧.

٣٨٨ كتاب الحج

فرع: فإن قلنا إن جميع ذى الحجة من أشهر الحج، ففائدة ذلك أن تأخير طواف الإفاضة إلى آخره لا يلزم به الدم. وقال القاضي أبو الحسن: وهذا اختاره من قول مالك، وإن قلنا إن عشر ذى الحجة من أشهر الحج، فإن فائدة ذلك أن يوم النحر يحصل بانقضائه التحلل، ألا ترى أنه لو لم يرم جمرة العقبة حتى غابت الشمس، ولم يطف للإفاضة، حل له بغروب الشمس ما لم يحل لمن رمى، ولا يكون ذلك فيما قبل غروب الشمس لما كان من شهور الحج.

فصل: وقوله: «ثم أقام بمكة حتى يدركه الحج، فهو متمتع إن حج»، يقتضى أن ذلك شرط فى كونه متمتعاً، وللمتع ستّة شروط لا يكون متمتعاً إلا باجتماعها، فمتى انخرم منها شرط لم يكن متمتعاً، أحدها: أن يجمع بين العمرة والحج فى سفر واحد، والثانى: أن يكون ذلك فى عام واحد، والثالث: أن يفعل العمرة أو شيئاً منها فى أشهر الحج، والرابع: أن يقدم العمرة على الحج، والخامس: أن يحل من العمرة قبل الإحرام بالحج، والسادس، أن يكون غير مكى.

* * *

الباب الأول فى الجمع بين العمرة والحج فى السفر واحد

فأما الشرط الأول، وهو أن يأتى بالحج والعمرة فى سفر واحد، فلأنه المعنى الذى يتمتع به، وهو أنه ترك أحد السفرين لأن كل نسك منهما كان من حكمه أن ينفرد بسفره، فترخص بترك أحد السفرين لما جمعهما فى سفر واحد، وسيأتى بعد هذا وصف السفر المخرج عن حكم المتعة، إن شاء الله.

* * *

الباب الثانى أن يكون هذا الجمع فى عام واحد

وأما الشرط الثانى، وهو أن يكون ذلك فى عام واحد، فإنه لو اعتمر فى أشهر الحج ثم أقام إلى عام ثان فحج لم يكن متمتعاً لأن المراد بذلك أن يعتمر فى أشهر حجه، فحيث يكون متمتعاً.

فرع: فإن اعتمر فى أشهر الحج، يريد الحج من عامه، فقائه الحج، فلم يحج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً، وكذلك لو أحرم بالحج بعد أن اعتمر فى أشهر الحج، فقائه الحج ولو أكمل حجه لكان متمتعاً لأنه قد أتى بالحج فى أشهر عمرته.

* * *

الباب الثالث فى فعل العمرة أو شىء منها فى أشهر الحج

وأما الشرط الثالث، وهو أن يعتمر فى أشهر الحج، فإن معنى ذلك أن أشهر الحج أحق بالحج لمن أراد، وسائر الأشهر أحق بالعمرة، وهذا معنى اختصاص هذه الأشهر بهذا الوصف لأنه لا تطول به مدة الإحرام، ولا تشق على المحرم فى الغالب، ولكنه يكمل سعيه، فإذا لم يرد الحج فالعمرة فيها مطلقة لأن الأشهر لا تختص بالحج اختصاص منع من غيرها، وإنما تختص بها اختصاص كمال وفضيلة، فمن أراد الترفه والاستمتاع بمكة كانت رخصة فى أن يحل بعمرة، ثم يبقى حلالاً إلى الحج.

فرع: وليس من شرط هذه العمرة أن يحرم بها فى أشهر الحج، ولو أحرم بها فى رمضان أو شعبان، فاستدام ذلك وأتى ببعض أفعالها فى أشهر الحج، قال ابن حبيب عن مالك: ولو بشوط واحد من السعى فى أشهر الحج، كان متمتعاً. وبهذا قال أبو حنيفة والنخعي وعطاء والحسن وجماعة الناس.

وقال الشافعي فى أحد قولي: لا يكون متمتعاً حتى يحرم بالعمرة فى أشهر الحج. والدليل على ما نقوله أن السعى والطواف ركن من أركان العمرة، فإذا أتى به فى أشهر الحج كان متمتعاً كالإحرام.

فرع: فإن لم يبق عليه غير الحلاق، فليس يتمتع لأن الحلاق تحلل من النسك، وليس من أفعال العمرة، قاله ابن حبيب وغيره من أصحابنا عن مالك. واحتج ابن حبيب لذلك لأنه لو لبس الثياب أو مس الطيب أو النساء قبل أن يحلق أو يقصر، لم يكن عليه شىء.

* * *

الباب الرابع فى تقديم العمرة على الحج

وأما الشرط الرابع، وهو أن يقدم العمرة على الحج، فلقوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾ [البقرة: ١٩٦]. فيجب أن يكون ما بعدها متأخراً، عما قبلها إذا كان غاية له.

ومن جهة المعنى أن التمتع إنما هو ما ذكرناه ممن يريد الحج، فيدخل فى أول أشهر الحج، فيأتى بالعمرة، وإن كان الإتيان بالحج أولى ليرفقه بالعمرة إلى أن يرد زمن الحج فيحرم به، وهو إذا قدم الحج على العمرة، فقد عرى عن هذا العموم، وأتى بالحج فى أشهره، ولعله قد أحرم به فى أول أشهره، فلم يتمتع بشىء البتة، ولا ترخص بتحلل

٣٩٠ كتاب الحج
من نسك من شهوره، وهذا إذا قلنا إن جميع شهر ذى الحجة من أشهر الحج، وإن قلنا
إن العشرين الباقية منه ليست من أشهر الحج فالأمر أظهر لأنه لم يعتمر في أشهر الحج.

* * *

الباب الخامس فى الإهلال من العمرة قبل الإحرام بالحج

وأما الشرط الخامس، وهو أن يحل من العمرة قبل الإحرام بالحج ويفوت حكم
الإرداف فلا يكون قارنا لأنه إذا أردف الحج على العمرة فى وقت يصح له ذلك كان
قارنا ولم يكن متمتعاً.

* * *

الباب السادس فى كونه غير مكى

وأما الشرط السادس، وهو أن لا يكون مكياً، فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿لمن لم يكن
أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة: ١٩٦]، فخص به غير أهل المسجد الحرام.
ومن جهة المعنى أن المكى لا يلزمه سفر لحج ولا لعمرة، فيترخص لترك أحدهما، ولأن
غير المكى، قد قلنا إنه إذا رجع إلى أفقه أو إلى مثل أفقه، فليس يتمتع وهذا حكم المكى
موضعه.

فرع: وحاضرو المسجد الحرام، هم أهل مكة. وقال ابن حبيب عن مالك
وأصحابه: إن من كان من مكة على مسافة لا تقصر فى مثلها الصلاة، فهو من
حاضرى المسجد الحرام، هذا قول مالك وأصحابه.

وقد أشار إليه الشيخ أبو إسحاق، وقال أكثر شيوخنا: ليس هذا مذهب مالك إنما
هو قول الشافعى، وله قول ثان: أنهم أهل الحرم. وقال أبو حنيفة: هم دون الميقات.

والدليل على ما نقوله أن قوله تعالى: ﴿حاضرى المسجد الحرام﴾ [البقرة: ١٩٦]،
يقتضى من كان أهله مقيماً بالمسجد الحرام، وموجوداً عنده، وهذا القسم يفهم من
قولهم فلان من حاضرى موضع كذا، ومن حاضرة فلانة، ولا يقال لمن كان دون ذى
الخليفة، وبينه وبين مكة مسيرة عشرة أيام، أنه من حاضرى المسجد الحرام، وأنه ممن
يحضر أهله المسجد الحرام.

فرع: وحكم أهل ذى طوى، فى ذلك حكم أهل مكة فى القران والتمتع لأنهم من
حاضرى المسجد الحرام. ووجه ذلك اتصال البيوت المجاورة والمراعى فى ذلك أن

كتاب الحج ٣٩١

يكون من أهل مكة حين الإحرام بالعمرة، وبعد ذلك، وبالله التوفيق.

فصل: وقوله: «فهو متمتع إن حج»، على ما بيناه من أن من شرط المتمتع أن يحج من عامه الذي اعتمر في أشهر حجه.

وقوله: «وعليه ما استيسر من الهدى، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع»، يريد إن لم يكن مكياً، على ما قدمناه.

فرع: وهذا حكم الحر، فأما العبد، فإنه لا يهدى إلا أن يأذن له سيده، وليصم وإن كان واجداً للهدى، قاله مالك. ووجه ذلك أنه غير كامل الملك ممنوع من التصرف في ماله لحق غيره، فإذا لم يأذن له سيده لم يكن واجداً للهدى يملك أن يهديه.

مسأله: وهذا الهدى عما دخل العبادة من النقص، ولا يجوز أن ينحره قبل يوم النحر، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يجوز به نحره منذ يحرم بالحج.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦]، قبل يوم النحر؛ لجاز الحلاق قبل يوم النحر، لاسيما على قول من قال بدليل الخطاب، ولا خلاف بينهم في القول به إذا علق بالغاية، وهو قول القاضي أبي بكر وأكثر شيوخننا.

ومما يدل على ذلك حديث حفصة الذي يأتي بعد هذا، وهو قولها: يا رسول الله، ما بال الناس حلوا من عمرتهم، ولم تحل أنت من عمرتك؟ فقال: «إنى لبدت رأسي، وقلدت هدي، فلا أحل حتى أنحر» وهذا يفيد أنه تعذر النحر عليه، فوجب لامتناعه من الحلاق، ولو كان النحر مباحاً له لعل امتناع الإحلال بغير تأخير النحر، ولما صح اعتلاله به.

ومن جهة المعنى أن هذا هدى يجب إراقة دمه في الحج، فلم يجوز نحره قبل يوم النحر. أصل ذلك إذا نذر هدياً، ولا يلزم على هذا فدية الأذى؛ لأنها ليست بهدى، فإن أهداها كان هذا حكمها، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع»، وهذا يقتضى أن يصام في الحج بعد الإحرام به، ولا يصام قبل ذلك؛ لأنه لا يكون صائماً للثلاثة الأيام في الحج، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يصومها عقب إحرامه بالعمرة، وقبل الإحرام بالحج.

٣٩٢ كتاب الحج

والدليل على ما نقوله قوله: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾ [البقرة: ١٩٦]. وهذا نص في وجوب صيامها في الحج، وما لم يحرم، فليس صيامه فيه.

واستدلال آخر من الآية قوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى﴾ [البقرة: ١٩٦] ومن لم يحرم بالحج فليس بمتمتع بالحج.

واستدلال ثالث، وهو أنه قال تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾ [البقرة: ١٩٦] فعلق جواز الصيام بعد الهدى، ولا نعلم عدمه قبل الحج لأنه قد يسر عند وجوب الهدى إذا أحرم بالحج.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا صوم واجب، فلم يجوز أدائه قبل وجوبه. أصل ذلك صوم رمضان.

فرع: ووقت هذا الصوم من حين يحرم بالحج إلى آخر أيام التشريق، والاختيار تقديمه في أول الإحرام، رواه الشيخ أبو القاسم. ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾، وهو الوقت الذي ذكرناه من وقت الإحرام إلى حين الفراغ من عمله، وإنما قلنا إن الاختيار تقديمه لمعنيين، أحدهما: تعجيل إبراء الذمة، والثاني: أنه وقت متفق على جواز الصوم فيه، فكان أولى من الصوم في وقت مختلف في إجزائه فيه، والله أعلم.

فرع: فإن فاته صوم الثلاثة الأيام قبل يوم النحر، صام أيام منى، فإن لم يصم أيام منى بعدها، وبهذا قال الشافعي، وهو قول عائشة وابن عمر. قال أبو الحسن: وهو مذهب علي وابن عباس. وقال أبو حنيفة: لا يصوم بعد يوم عرفة، ويستقر الهدى في ذمته.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾ وهذا قد صام ثلاثة أيام في الحج، فوجب أن يجزئه ما استديم العجز عن الحيوان مع القدرة على الصوم كالصوم للظهار.

مسألة: فإن شرع في الصوم، فصام يوماً أو يومين استحسنا له أن يهدى، ولم يجب ذلك عليه، وإن تبادى على صومه أجزاء، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يبطل صوم الثلاثة الأيام، ويجب عليه الرجوع إلى الهدى في أيام الذبح قبل أن يحل، فإن حل، وانقضت أيام الذبح لم ينتقض صومه بوجود الهدى وكذلك إذا دخل في السبعة الأيام، ثم وجد الهدى لم يلزمه الانتقال إليه.

كتاب الحج ٣٩٣

والدليل على ما نقوله أن هذا صوم تلبس به عند عدم الهدى، فلم يبطل بوجوده كتلبسه بصوم سبعة أيام.

مسألة: إذا رجع من منى جاز أن يصوم السبعة الأيام قبل الرجوع إلى أهله. وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه، وقال الشافعي في قوله الآخر: لا يصومها حتى يرجع.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتُمْ﴾. ووجه الاستدلال من الآية أنه تعالى ذكر الحج، فقال: ﴿فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتُمْ﴾ ولا بد أن يكون الرجوع من منى، ولم يتقدم إلا ذكر الحج، فوجب أن يكون الرجوع منه كما يقال انصرف فلان من صلاته ورجع من عمله، يريد فرغ منه وانقضى تلبسه به.

ووجه ثان، وهو أنه يحتمل أن يريد به الرجوع من الحج، وهو الأظهر لما قدمناه، ويحتمل أن يريد به الرجوع إلى أهله على ما في ذلك من تعسف التأويل لأنه لم يجرى لأهله ولا لبلده ذكر، وإذا احتل الأمرين، وجب أن يتعلق ذلك بأولها وجوداً كما قلنا في الشفق أنه لما وقع هذا اللفظ على الحمرة والبياض يجب أن يتعلق بأولهما وجوداً وهو مغيب الحمرة.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا متمتع عدم الهدى، وفرغ من أفعال الحج، فجاز له صوم السبعة الأيام، أصله إذا استوطن مكة أو أراد المقام بها إلى عام آخر.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن تأخير الصوم إلى أن يرجع إلى أهله أفضل إلا أن يقيم بمكة، قاله مالك. ووجه ذلك أن تأدى العبادة على الوجه المتفق عليه أفضل من أدائها على الوجه المختلف فيه.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ انْقَطَعَ إِلَى غَيْرِهَا وَسَكَنَ سِوَاهَا، ثُمَّ قَدِمَ مُعْتَمِرًا فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ ثُمَّ أَقَامَ بِمَكَّةَ حَتَّى أَنْشَأَ الْحَجَّ مِنْهَا: إِنَّهُ مُتَمَتِّعٌ يَجِبُ عَلَيْهِ الْهُدَى أَوْ الصِّيَامُ إِنْ لَمْ يَجِدْ هَدْيًا، وَأَنَّهُ لَا يَكُونُ مِثْلَ أَهْلِ مَكَّةَ.

الشرح: وهذا كما قال أن من كان من أهل مكة ثم انقطع عنها إلى غيرها وسكنها مستوطنًا، فقد انتقل حكمه إلى حكم سائر أهل الآفاق، وكملت فيه شروط المتعة، فعليه ما على المتمتع الهدى أو الصيام إن لم يجده، وإنما يراعى من أهل مكة أو غيرها

أن يوجد منه الاستيطان بمكة أو غيرها حين الإحرام، فيحمل على ذلك، وبالله التوفيق.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ مَكَّةَ دَخَلَ مَكَّةَ بِعُمْرَةٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ، وَهُوَ يُرِيدُ الْإِقَامَةَ بِمَكَّةَ حَتَّى يُنْشِئَ الْحَجَّ أَمْتَمَعَ هُوَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ هُوَ مُتَمَتِّعٌ، وَلَيْسَ هُوَ مِثْلَ أَهْلِ مَكَّةَ وَإِنْ أَرَادَ الْإِقَامَةَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ دَخَلَ مَكَّةَ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا، وَإِنَّمَا الْهَدْيُ أَوْ الصِّيَامُ عَلَى مَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ، وَأَنَّ هَذَا الرَّجُلَ يُرِيدُ الْإِقَامَةَ وَلَا يَذَرِي مَا يَدُو لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ.

الشرح: وهذا كما قال أن من كان من غير أهل مكة، ودخلها في أشهر الحج ينوي الإقامة بها والاستيطان، فإن حكمه في القران والتمتع حكم أهل الآفاق لأن الاستيطان لم يوجد منه بعد، فقد أتى ببعض أفعال التمتع، وهو العمرة، قبل الاستيطان، وإنما لا يكون متمتعاً من كمل استيطانه قبل أن يحرم بالعمرة، مثل أن يدخل معتمراً في رمضان، فيحل في رمضان من عمرته، ثم يستوطن مكة ثم يعتمر في أشهر الحج ويحج من عامه، فإنه لا يكون متمتعاً، قاله أشهب ومحمد، وهو معنى قول مالك أنه دخل مكة، وليس من أهلها، يريد أنه حين دخل معتمراً في أشهر الحج، ولم يكن هو من أهلها، وإنما كان يريد الاستيطان، وذلك يمنع حكم التمتع.

فرع: فإن كان له أهل بمكة وأهل بغيرها من الآفاق، فقد روى عن مالك في المدونة أنه قال: هذا من مشبهات الأمور وأحب إلى الاحتياط، قال ابن القاسم: كأنه رأى أن يهرق دماً لمتعته، وذلك رأيي. وفي غير المدونة عن مالك أنه لا يرى عليه الهدى، وشأنه يسير والاحتياط أولى.

وقال محمد: قال أشهب: إن كان إنما يأتي أهله الذين بمكة متائباً، فالهدى عليه، وإن كان يستوطن مكة، وإنما يأتي أهله بالآفاق متائباً، فلا هدى عليه.

فوجه قول مالك ما قاله أن هذه من مشكلات الأمور لأن له شبهة تقتضى إسقاط الهدى لاستيطانه بمكة، وشبهة تقتضى إيجابه لاستيطانه غير مكة، فيؤثر الاحتياط بإخراج الهدى، وما قاله أشهب إخراج المسألة إلى البيان، ويلزمه ما قال مالك إذا استوى استيطانه بمكة وغيرها، ولم يأتي إحداهما إلا كما يأتي الأخرى، والله أعلم.

٧٥٧ - مَالِكٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: مَنْ

كتاب الحج ٣٩٥
اعْتَمَرَ فِي سُؤَالٍ أَوْ ذِي الْقَعْدَةِ أَوْ فِي ذِي الْحِجَّةِ ثُمَّ أَقَامَ بِمَكَّةَ حَتَّى يُدْرِكَهُ الْحَجُّ
فَهُوَ مُتَمَتِّعٌ إِنْ حَجَّ عَلَيْهِ وَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي
الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعَ.

الشرح: هذا على نحو ما تقدم من حديث ابن عمر.

وقوله: «أو ذى الحججة»، يريد قبل الحج، بدليل قوله: «ثم أقام بمكة حتى يدركه
الحج»، وقد ورد ذلك في حديث عبدالله بن عمر، وإنما قصد بذلك غير المكى،
ولذلك قال: ثم أقام بمكة حتى يدركه الحج، يريد فحج.

فصل: وقوله: «وعليه ما استيسر من الهدى»، اختلف في ذلك أهل العلم، والذي
اختاره مالك أنها شاة، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله.

مسألة: ولا يجزئ في الهدى إلا الشاة بعينها، لا يجزئ إخراج قيمتها، ولا يخرج
شئ غيرها، قاله مالك. ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾
[البقرة: ١٩٦] والهدى لا يكون إلا من بهيمة الأنعام دون غيرها من العين والعروض،
ثم قال تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ فنقل عند عدم تلك العين إلى الصوم.
ومن جهة القياس أن هذا حيوان يخرج على وجه القربة، فلم يجز عنه القيمة كالأضحية.

فصل: وقوله: «فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع»، عدمه
يكون على ضربين، أحدهما: أن يعدم عينه جملة، وهذا لا يكاد يقع، والثاني: أن يتعذر
عليه ثمنه، وهذا يكثر وجوده في الناس، في كلا الوجهين يجوز له الانتقال إلى الصوم
لأنه إذا عدم ثمنه فقد عدم ملك عينه، والله أعلم.

* * *

ما لا يجب فيه التمتع

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ اعْتَمَرَ فِي سُؤَالٍ أَوْ ذِي الْقَعْدَةِ أَوْ ذِي الْحِجَّةِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ
ثُمَّ حَجَّ مِنْ عَامِهِ ذَلِكَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ هَدْيٌ إِنَّمَا الْهَدْيُ عَلَى مَنْ اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ
ثُمَّ أَقَامَ حَتَّى الْحَجُّ ثُمَّ حَجَّ.

الشرح: وهذا كما قال لأنه من رجع إلى أهله لم يترخص بترك سفر أحد النسكين،
وقد أنشأ لكل واحد منهما سفرًا كاملاً، فليس بتمتع ولا هدى عليه، إنما هدى التمتع

٣٩٦ كتاب الحج
على ما قال، على من اعتمر في أشهر الحج ثم أقام حتى الحج ثم حج، لأنه ترك أحد
السفرين، وجمعهما في سفر واحد.

ولهذا المعنى ذكر سالم أنه كره المتعة عمر رضى الله عنه. والأصل فى ذلك قوله
تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعِمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] ومعنى
تمتعه بها أن يمكن من فعل محظورات الإحرام بها إلى أن يحرم بالحج، وهذا لا يكون إلا
للمعتمر من أهل الآفاق لأنه هو الممنوع من المقام بمكة على هذا الوجه إذا دخل فى
وقت شرع له فيه الإهلال بالحج.

وأما المسافر الذى يعود إلى وطنه فما يتمتع بالعمرة، وإنما يتمتع برجوعه إلى بلده
وخروجه عن مكة لأنه لا خلاف بين المسلمين أنه يجوز لمن اعتمر ورجع إلى بلده أن
يستبيح محظورات الإحرام لأنه لم يشرع عليه الامتناع منها على هذا الوجه.

مسألة: فإن اعتمر فى أشهر الحج فلا يكره الرجوع إلى أفضه، إلا ما يروى عن سعيد
ابن جبير وعطاء ومجاهد وطاووس، فإنه روى عنهم المنع من ذلك.

والدليل على إباحته أن عمر النبى ﷺ أكثرها كانت فى ذى الحجة، ولم يحج مع
شئ منها. ومن جهة المعنى أن ما يصح أن يكون مقصود سفره، قد كمل له بتمام
نسكه، فلا يمنع من الانصراف قبل الإتيان بنسك الحج كما لو لم ينو الحج ولم يرد.

فرع: إذا ثبت أن ذلك مباح، فمن اعتمر فى أشهر الحج ثم رجع إلى أفضه أو إلى
مثله فى البعد ثم حج من عامه، فليس يتمتع لأنه أفرد كل نسك بسفره، ولم يتمتع
بترك سفر واحد منهما، ولا نعلم فى ذلك خلافاً إلا ما يروى عن الحسن البصرى
وعطاء: أنه متمتع وإن رجع إلى أفضه، والدليل عليه ما تقدم.

فرع: فإن خرج إلى أفق أقرب من أفضه مثل أن يرجع المصرى أو الشامى أو العراقى
إلى الميقات، فإنه يكون متمتعاً عند مالك، خلافاً للشافعى فى قوله: «إن خرج إلى
الميقات»، فليس يتمتع.

والدليل على ذلك ما قدمناه من أن معنى التمتع الترخص بترك أحد السفرين،
ومعلوم أنه من كان من أهل خراسان أو المغرب، ثم خرج إلى الجحفة أو المدينة، ثم
أحرم بالحج فلم يزل عنه الترخص والترفة بترك أحد السفرين، وأن ما سقط عنه من
السفرين من بلده أكثر مما أتى له، فلم يزل عنه حكم التمتع بالعمرة إلى الحج ولا معناه.

كتاب الحج ٣٩٧

وقال المغيرة في المدينة: إن خرج من مكة إلى موضع تقصر فيه الصلاة، فليس بمتمتع، وإن خرج إلى موضع لا تقصر فيه الصلاة، فلا يخرج عن حكم التمتع.

ووجه قوله أنه قد وجد ما يقع عليه اسم حائلاً بين عمرته وحججه، فلم يكن متمتعاً كما لو رجع إلى الشام.

فرع: فإذا قلنا بالمشهور من المذهب، ورجع الشامي إلى المدينة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: أنه يكون متمتعاً. وقال ابن كنانة: يخرج عن حكم التمتع، وهذا الشامي والمصرى والعراقي.

وأما من كان من أهل المدينة وخرج إليها أو إلى ما يقرب منها، فقد اتفقوا على أنه يخرج من حكم التمتع، فتقرر أن المخرج من ذلك على رأى ابن القاسم الرجوع إلى مثل أفقه أو ما يقرب منه، أو ما هو في حكمها مما تلحق فيه مشقة تقارب مشقة سفر بلده. وعن ابن كنانة الرجوع إلى مثل أفقه إن كان قريباً أو إلى سفر تلحق فيه المشقة بالبعد إن كان بعيداً والله أعلم.

فصل: وقوله: «ثم حج»، يريد أنه حج من عامه ذلك؛ لأنه إن أقام حتى الحج، ثم لم يحج، فلم يخل بسفر الحج لأنه لم يكن ثم حج، فيخل به، والله أعلم.

قال مالك: وَكُلُّ مَنْ انْقَطَعَ إِلَى مَكَّةَ مِنْ أَهْلِ الْآفَاقِ وَسَكَنَهَا ثُمَّ اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ ثُمَّ أَنْشَأَ الْحَجَّ مِنْهَا، فَلَيْسَ بِمُتَمَتِّعٍ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ هَدْيٌ وَلَا صِيَامٌ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ أَهْلِ مَكَّةَ إِذَا كَانَ مِنْ سَاكِنِيهَا.

الشرح: وهذا كما قال لأنه إذا انقطع إلى مكة رجل من أهل الآفاق وسكنها فإنه يكون له حكم أهل مكة، ولا تكمل فيه شروط التمتع، فلا هدى عليه ولا صيام لأنه إذا اعتمر في أشهر الحج، ثم حج من عامه، فلم يترخص بترك سفر لأحد نسكيه؛ لأنه إنما يلزمه السفر لكل واحد منهما من موضع استيطانه، فهو بمنزلة من اعتمر من أهل الآفاق في أشهر الحج، ثم رجع إلى أفقه رجع من عامه، فإنه ليس بمتمتع، فكذلك المكي لأنه إنما حصل منه بعد عمرته التحلل، والمقام في موضع استيطانه، وكذلك المكي إذا انقطع إلى غير مكة واستوطنها، ثبت له حكم أهل الآفاق، وتكمل له شروط المتعة، ويجب عليه الهدى أو الصوم، وإنما يراعى في ذلك، وقت فعله النسكين وابتدائه بهما، فإن كان في ذلك الوقتين مستوطناً مكة، فحكمه حكم أهل مكة، وإن كان مستوطناً سائراً الآفاق، فحكمه حكم أهل الآفاق.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ خَرَجَ إِلَى الرَّبَاطِ أَوْ إِلَى سَفَرٍ مِنَ الْأَسْفَارِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَكَّةَ، وَهُوَ يُرِيدُ الْإِقَامَةَ بِهَا كَانَ لَهُ أَهْلٌ بِمَكَّةَ أَوْ لَا أَهْلَ لَهُ بِهَا، فَدَخَلَهَا بِعُمْرَةٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ ثُمَّ أَنْشَأَ الْحَجَّ، وَكَانَتْ عُمْرَتُهُ الَّتِي دَخَلَ بِهَا مِنْ مِيقَاتِ النَّبِيِّ ﷺ أَوْ دُونَهُ، أُمْتَمَعَ مَنْ كَانَ عَلَى تِلْكَ الْحَالَةِ؟

فَقَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ عَلَيْهِ مَا عَلَى الْمُتَمَتِّعِ مِنَ الْهَدْيِ أَوْ الصِّيَامِ وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩٦].

الشرح: وهذا كما قال أن من كان مستوطنًا بمكة ثم خرج إلى غيرها، ونيته العودة إليها أن حكمه حكم أهل مكة، سواء كان له بها أهل أو لم يكن له بها أهل، ولو خرج عنها بنية الانتقال عنها والاستيطان بغيرها، ثم رجع إليها مسافرًا، لم يكن حكمه حكم أهلها، ألا ترى أن المسافر إذا مر بموضع استيطانه يكون حاضريًا بدخوله إياه، نوى ذلك أو لم ينو، وإذا مر بوطن لغيره، ولم يرد المقام به، لم يكن حاضريًا، وكان حكمه حكم المسافر، فكذلك مسألتنا مثله.

مسألة: وإنما ساوى مالك بين أن يكون له بها أهل، وبين أن لا يكون له بها أهل؛ لأن حكم الاستيطان يثبت لمن استوطن موضعًا، وإن لم يكن له أهل، فإذا ثبت له حكم الاستيطان لم يخرج عنه لسفر من الأسفار إلى رباط أو غيره كما لو كان له به أهل وقد ثبت لبقى على حكم استيطانه حتى ينتقل عنها بالنية والفعل.

مسألة: وساوى مالك أن تكون عمرته من الميقات أو من غير الميقات لأن من ليس من أهل مكة إذا أحرم من مكة بالعمرة في أشهر الحج وحج من عامه قبل أن يعود إلى أهله فهو متمتع، ومن كان من أهل مكة، فاعتمر من الميقات في أشهر الحج، فليس بمتمتع، وإن حج من عامه لأنه ليس من شرط التمتع الإحرام من الميقات، ولا من غيره شروطه ما قدمنا ذكرها.

فصل: وقول مالك: «وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾» [البقرة: ١٩٦] احتجاج بالآية على إسقاط الهدى عن هذا المكي القادم، وذلك أن الله تعالى ذكر حكم المتمتع، وما يلزم فيه من الهدى أو الصيام، ثم قال ذلك: ﴿لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ فخصهم بهذا

الحكم، فيحتمل أن يتعلق مالك في ذلك بالحضر، ويحتمل أن يتعلق بدليل الخطاب.

والأولى في ذلك عندي أن يتعلق ببراءة الذمة، واستصحاب حال العقل وطريق اشتغال الذمة بالشرع، ومقدار ما شغل الشرع منها ذمة من لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام، فبقى سائرهم على سائر الأصل ولعل مالكاً، رحمه الله، قد تعلق بهذا الوجه، وذهب إليه فإن قوله: «فحل» محتمل، والله أعلم.

* * *

جامع ما جاء في العمرة

٧٥٨ - مَالِك، عَنْ سُمَى مَوْلَى أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْعُمْرَةُ إِلَى الْعُمْرَةِ كَفَّارَةٌ لِمَا بَيْنَهُمَا، وَالْحَجُّ الْمَبْرُورُ لَيْسَ لَهُ جَزَاءٌ إِلَّا الْجَنَّةُ».

الشرح: قوله ﷺ: «العمرة إلى العمرة» يحتمل أن يكون «إلى» هاهنا بمعنى «مع»، كقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: ٢] ويكون تقدير الكلام العمرة مع العمرة تكفير لما بينهما، و«ما» من ألفاظ العموم، فيقتضى من جهة اللفظ تكفير جميع ما يقع بينهما إلا ما خصه الدليل.

فصل: وقوله ﷺ: «الحج المبرور»^(١) على مثال مفعول من البر، يحتمل أن يريد أن صاحبه أوقعه على وجه البر، وأصله أن لا يتعدى بغير حرف جر إلا أن يريد بمبرور، وصف المصدر، فيتعدى حيثنذ لأن كل ما يتعدى من الأفعال، فإنه يتعدى إلى المصدر،

٧٥٨ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٦٥٠. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٤٠٣. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٨٥٥. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٥٧٣، ٢٥٧٤، ٢٥٨٠. وابن ماجه فى كتاب المناسك حديث رقم ٢٨٧٩. وأحمد فى المسند حديث رقم ٧٠٥٠، ٩٥٦٢. والدارمى حديث رقم ١٧٢٧. والبيهقى فى الكبرى ٢٦١/٥ عن أبى هريرة. وابن عزيمة برقم ٢٥١٣، ١٣١/٤ عن أبى هريرة. وذكره بنحوه الهيثمى فى المجمع ٢٧٨/٣ وعزاه للطبرانى عن ابن عباس.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٨٩/٥: هذا حديث انفرد به سمي ليس يرويه غيره واحتاج الناس إليه فيه سمي، عن أبيه أبى صالح.

(١) قال السيوطى: هو الذى لا رياء فيه ولا سمعة ولا رفث ولا فسوق ويكون بحال حلال، انتهى. انظر: تنوير الحوالك ٢٥٢.

٤٠٠ كتاب الحج
فذكر ﷺ ووعد أنه ليس له جزاء إلا الجنة، وأن ما دون الجنة ليس بجزائه، وإن كانت
العمرة وغيرها من أفعال البر جزاؤها تكفير الذنوب وحط الخطايا، لما يقتصر لصاحبه
من الجزاء على تكفير بعض ذنوبه، ولا بد أن يبلغ به إدخاله الجنة، والله أعلم.

٧٥٩ - مَالِك، عَنِ سُمَى مَوْلَى أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا بَكْرٍ ابْنَ
عَبْدِ الرَّحْمَنِ يَقُولُ: جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: إِنِّي قَدْ كُنْتُ تَجَهَّزْتُ
لِلْحَجِّ، فَأَعْتَرَضَ لِي (١). فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اعْتَمِرِي فِي رَمَضَانَ فَإِنَّ عُمْرَةَ
فِيهِ كَحِجَّةٍ».

الشرح: قولها: «إني كنت تجهزت للحج»، تريد أنها كانت أعدت ما تحتاج إليه
في سفرها، «فاعترض لها»، يعني أنه منعها من مرادها مانع، ولعله ما ذكر في حديث
ابن عباس أن الجمل الذي أرادت أن تحج عليه اضطر أهلها إلى السقي به، فأمرها
رسول الله ﷺ أن تعتمر في رمضان، وأخبرها أن العمرة في رمضان كحجة، ويحتمل
أن يكون ذلك لبركة رمضان، وأن الحسنات تضاعف فيه حتى يوازي ثواب العمرة فيه
ثواب حجة في غيره، والله يضاعف لمن يشاء.

٧٦٠ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ:
افْصَلُوا بَيْنَ حَجِّكُمْ وَعُمْرَتِكُمْ، فَإِنَّ ذَلِكَ أَمُّ لِحَجِّ أَحَدِكُمْ وَأَمُّ لِعُمْرَتِهِ أَنْ يَعْتَمِرَ
فِي غَيْرِ أَشْهُرِ الْحَجِّ.

الشرح: قوله: «افصلوا بين حجكم وعمرتكم»، يحتمل من جهة اللفظ الفصل بينهما
في الإحرام إلا أنه قد بين في آخر الحديث أنه إنما أراد الفصل بينهما في وقت الإحرام،

٧٥٩ - أخرجه أبو دارود في كتاب المناسك حديث رقم ١٦٩٧. وأحمد ١٧٧/٤ عن هرم بن
حنبل. والدارمي ٥١/٢ عن ابن عباس. والبيهقي في الكبرى ٢٧٤/٦ عن أم معقل. والطبراني
في الكبير ٥٦/١٢ عن ابن عباس.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٩٠/٥: هكذا روى هذا الحديث جماعة الرواة، للموطأ وهو
مرسل في ظاهره، إلا أنه قد صح أن أبا بكر سمعه من تلك المرأة، فصار مسندا بذلك،
والحديث صحيح مشهور من رواية أبي بكر وغيره.

(١) في بعض طرقه: فأصابتنا هذه القرحة الحصية أو الجدري. قاله السيوطي، تنوير الحوالك
٢٥٢.

٧٦٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٣٩. المحلى ٦٧/٧.

كتاب الحج ٤٠١
 فنفرد أشهر الحج للإحرام بالحج ويحرم بالعمرة في سائر الشهور، ومن أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج، واستدام إلى أشهر الحج فلم يفصل بينهما في زمن الإحرام، فهذا الحديث يدل على أن عمر رضى الله عنه لم يكن نهيه عن المتعة على وجه التحريم لها على الإطلاق، وإنما كان إما على وجه الكراهية لتفضيلها على الأفراد، الذى هو أفضل أو للاجتماع بالدون، وإيثار التمتع بالنساء إلى وقت الوقوف، وأما على التحريم لمن أراد فسح الحج في عمرة ليتمتع بها إلى الحج على حسب ما تقدم قبل هذا ولو أراد تحريم المتعة على الإطلاق لما قال: إنه أتم لعمركم، بل كان يقول: إنه لا يجوز الاعتمار فى أشهر الحج لمن أراد الحج.

٧٦١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ كَانَ إِذَا اعْتَمَرَ رَبَّمَا لَمْ يَحْطِطْ عَنْ رَاحِلَتِهِ حَتَّى يَرْجِعَ.

الشرح: قوله: «أن عثمان كان إذا اعتمر ربما لم يحطط عن راحلته حتى يرجع»، يحمّل أن يكون إسراعاً إلى المدينة لجه إياها بدعوة النبى ﷺ، ويحمّل أن يكون يريد الإسراع للنظر فى أمور المسلمين التى قد قرن النظر فيها بالمدينة مع الصحابة، ويحمّل أن يكون يكره المقام بمكة لما منعه المهاجرون من الإقامة بمكة واستيطانها، وإنما أبيض لهم مقام ثلاثة أيام لأنها مدة لا يكون المقيم بها مقيماً.

ولما روى العلاء بن الحضرمى أن رسول الله ﷺ قال: «للمهاجرين ثلاث بعد الصدر»^(١). ولما روى عن عروة «أقام رسول الله ﷺ عشراً»^(٢).

ويروى عن ابن عباس أنه قال: أقام بها بضع عشرة، فإنه محمول على أنه ﷺ أقام بها هذه المدة، وبنية الرحيل كل يوم، فيطراً ما يمنعه، وهذا مقام ليس له حكم المقام، ولذلك تقصر فيه الصلاة، وإنما المقام الذى له حكم أن ينوى مقام أربعة أيام فما زاد، ولذلك لا تقصر فيه الصلاة على أنه قد سكن مكة بعد النبى ﷺ من المهاجرين عبد الله ابن الزبير وغيره، فيحتمل أن يروا فى ذلك غير رأى عثمان، وتأولوا فيما روى عن

٧٦١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٤٠.

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (٣٩٣٣). مسلم حديث رقم (١٣٥٢). أبو

داود حديث رقم (٢٠٢٢). ابن ماجه حديث رقم (١٠٧٣). أحمد فى المسند حديث رقم

(٢٠٠٣). الدارمى حديث رقم (١٥١٢).

(٢) أخرجه مسلم فى صحيحه حديث رقم (٢٣٥١). الترمذى حديث رقم (٥٤٨). أحمد فى

المسند حديث رقم (٣٤١٩).

٤٠٢ كتاب الحج

النبى ﷺ من المنع أنه كان في حياته وأن مكة بعده كسائر الأمصار يكون للمهاجر استيطانها كما لو استوطنوا الكوفة والبصرة وغيرهما من البلاد.

قَالَ مَالِكُ: الْعُمْرَةُ سُنَّةٌ وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَرْخَصَ فِي تَرْكِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن العمرة سنة مؤكدة، وليست بفرض كالحج، وإنما وصفها بالسنة، وإن كان معنى السنة ما رسم ليحتذى، فقد يكون ذلك فرضًا ويكون مندوبًا إليه على طريق أصحابنا في تسمية متأكد المندوب إليه إذا حصل على صفتها، بأنه سنة على جهة الاصطلاح، وبقولنا قال أبو حنيفة في أن العمرة ليست بواجبة. وقال ابن حبيب وأبو بكر بن الجهم: هي فرض كالحج، وبه قال الشافعي.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا نسك ليس له وقت معين فلم يكن واجبًا بالشرع كالطواف بالبيت على وجه النفل.

وجه قول ابن حبيب قوله تعالى: ﴿وَأَتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] والأمر يقتضى الوجوب. والجواب أنا نقول بموجب الآية، وذلك أن تمامها لا يكون إلا بعد الشروع فيها، ونحن نقول أن من شرع فيها وجب عليه إتمامها وكذلك صلاة النافلة وصوم النافلة.

فصل: وقول مالك: «ولا نعلم أحدًا من المسلمين أرخص في تركها»، يريد أنها متأكدة، وأنه لا يعلم أحدًا من المسلمين يفضل تركها ولا يرخص فيه بل يأمر بفعلها ويفتى بتأكد حالها كما يفتى بالمسارعة إلى متأكد السنن لاسيما ما اختلف في وجوبه كالوتر.

قَالَ مَالِكُ: وَلَا أَرَى لِأَحَدٍ أَنْ يَعْتَمِرَ فِي السَّنَةِ مِرَارًا.

الشرح: وهذا كما قال أن من سنة العمرة أن تكون في السنة مرة، وأن الاعتماد مرتين، إخراج لها عن سنتها وموضوعها. وقال مطرف: لا بأس أن يعتمر في السنة مرارًا. وقال ابن المواز نحوه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

والدليل على ما ذهب إليه مالك ما تقدمت روايته من أن النبى ﷺ إنما اعتمر مرة في العام، وأفعاله ﷺ على الوجوب أو الندب.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا نسك له إحرام وتحلل، فكان من سنته أن يكون مرة في السنة كالحج. ووجه قول مطرف أن هذه عبادة لا تختص بوقت فلم يكره تكررها في عام واحد كصوم النفل.

كتاب الحج ٤٠٣

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُعْتَمِرِ يَقَعُ بِأَهْلِهِ: إِنَّ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْهَدْيِ وَعُمْرَةً أُخْرَى يَتَشَدَّى بِهَا بَعْدَ إِتْمَامِهِ الَّتِي أَفْسَدَهَا، وَيُحْرِمُ مِنْ حَيْثُ أَحْرَمَ بِعُمْرَتِهِ الَّتِي أَفْسَدَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحْرَمَ مِنْ مَكَانٍ أَبْعَدَ مِنْ مِيقَاتِهِ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُحْرِمَ إِلَّا مِنْ مِيقَاتِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن المعتمر إذا وقع بأهله، فقد أفسد عمرته لأن الوطء يفسد الحج والعمرة وينافيهما، ولا خلاف نعلمه في أن الوطء يفسد هذين النسكين، ويجب قضاؤهما والهدى، فأما القضاء، فلا يخلو أن يكون النسك الذي أفسده حجًا مفردًا أو حجًا قرن بعمرة أو عمرة مفردة، فإن كان حجًا مفردًا، فعليه القضاء في عام قابل يقضى مثل ما أفسد، فإن أراد أن يقرن الحج الذي أفسد بعمرة لم يجزه في قول جمهور أصحابنا.

وروى القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه عن عبدالمك بن الماجشون: أنه يجزئه.

وجه القول الأول أنه أدخل فى القضاء من النقص ما لم يكن فيما وجب عليه قضاؤه، فوجب أن لا يجزئه، وإنما عليه أن يأتى بمثل ما أفسده أو بأفضل، فإذا أدخل فى القضاء نقص القران لم يجزه كما لو كانت عليه حجة، فأراد أن يقضى مكانها عمرة.

وجه القول الثانى أن القارن قد أتى بما عليه من الحج، فوجب أن يجزئه ولا تمنع صحة القضاء إضافة العمرة إليه، وإن أوجب ذلك دماً كما لو قضى متمتعاً.

فصل: وقوله: «وعليه عمرة أخرى»، يريد أنه لا يجزئه أن تصح تلك العمرة التى أفسد، ولا بد من قضاء عمرة مبتدأة يسلم إحرامها من الفساد، ولا ترتد له عمرة أخرى على هذه التى أفسد، ولو أردف عليها حجًا، فعند ابن القاسم: لا ترتد الحج على العمرة الفاسدة. وعند ابن الماجشون: يرتد الحج عليها، ويصير قارنًا.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا إحرام قد أفسد بالوطء، فلا يصح أن يردف عليه إحرامًا صحيحًا كما لا يجوز أن يتمه على وجه الصحة لأن لزوم بقاء الإحرام الفاسد يمنع من أن يطرأ إحرام صحيح لاستحالة اجتماعهما. ووجه رواية ابن الماجشون أن هذه عمرة، فجاز أن يردف الحج عليها كالصحيحة.

فصل: وقوله: «وعليه عمرة أخرى يتدئها بعد إتمامه التى أفسد»، يريد أنه يمضى على عمرته التى أفسد حتى يكملها ويحل منها كما يكمل التى لا فساد فيها، ولا يخرج من التى أفسد بالفساد، بل يلزمه أن يمضى فى فاسد الحج والعمرة، كما يمضى

٤٠٤ كتاب الحج
في صحيحهما، ولا يصح خروجه منهما إلا بالإكمال والتحلل. وهذا مذهب جمهور
الفقهاء.

وقال داود: ولا يحضى في فاسدهما ويصح رفضهما متى شاء المكلف بعد التلبس
والإحرام لهما.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور قوله تعالى: ﴿وَأَتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾
[البقرة: ١٩٦] وهذا أمر والأمر يقتضى الوجوب. ودليلنا من جهة القياس أن إفساد
الحج سبب يجب به القضاء، فلم يخرج له من الأحكام كالفوات.

مسألة: وإن أفسد حجة، فأراد أن يقيم حجه على إحرامه الفاسد إلى عام آخر لم
يكن له ذلك، رواه ابن المواز عن مالك، قال: وليس له إلا أن يحل من حجه أو يتحلل
بعمره إن كان فاته الحج.

ووجه ذلك أنه لا يكون قاضيًا لحجه الفاسد إلا بعد التحلل من هذا وابتداء إحرام
للقضاء، وفعل ذلك في العام الثانى متعين عليه، فليس له إذا فاته الحج الفاسد أن يبقى
عليه إلى عام آخر لأنه لا يقضى ما عليه بذلك الإحرام الفاسد.

فصل: وقوله: «ويحرم بها من حيث أحرم بعمرته التى أفسد»، يريد أن من أفسد
نسكًا، فعليه أن يقضيه ويحرم به من حيث كان أحرم بالنسك الذى أفسده لأن عليه أن
يقضى مثل ما كان أفسد.

وذلك يحتاج إلى تفصيل، وهى على ثلاثة أضرب، أحدهما أن يحرم بنسكه الأول
بعد أن يجاوز الميقات، والثانى: أن يحرم به من الميقات، والثالث: أن يحرم قبل الميقات،
فإن أحرم بعد أن جاوز الميقات، فلا يخلو أن يكون بذلك طائعًا أو عاصيًا، فإن كان
طائعًا مثل أن يكون منزله دون الميقات أو مجاوز الميقات، لا يريد نسكًا، ثم بدا له
فأحرم من موضعه، فإنما عليه أن يحرم بالقضاء من حيث كان أحرم بالنسك الذى
أفسده، ولا يلزمه أكثر من ذلك كما لا يلزمه إذا أفسد عمرة أن يقضى حجة.

مسألة: وإن كان إحرامه بالنسك الذى أفسده من دون الميقات عاصيًا لأنه يجاوز
الميقات، يريد للإحرام، ثم أحرم من دون الميقات، فلم أر فيه نصًا، وعندى أنه يلزمه
قضاؤه من الميقات الذى كان يلزمه أن يحرم بالنسك الأول منه لأنه بتجاوزه الميقات
بالنسك الأول كان عاصيًا، فلا يجوز له أن يكرر العصيان فى القضاء، كما لو أفسد
حجًا ترك فيه المبيت بالمزدلفة، فإنه لا يترك المبيت بها فى القضاء، ولو أفسد حجًا

كتاب الحج ٤١٥

وجب عليه فيه فدية، بتطيب أو لبس ثياب لوجب عليه في القضاء الامتناع من ذلك.

مسألة: وإن كان إهلاله بالنسك الأول من الميقات لزمه القضاء من الميقات. وقال أبو حنيفة: إن أفسد عمرة جاز له أن يحرم بها من الحل.

والدليل على ما نقوله أنه معنى يجب اعتباره في العمرة المقضية ابتداء بالشرع، فوجب أن يعتمر في قضائها كاجتناب الطيب والحلاق.

فصل: وقوله: «إلا أن يحرم بها من أبعده من الميقات»، فليس عليه إلا أن يحرم من ميقاته، ومعنى ذلك أن من أحرم من أبعده من الميقات في ابتداء نسكه ثم أفسده لم يكن عليه أن يقضى إلا من الميقات، ولا يلزمه أن يحرم في القضاء من حيث كان أحرم في الابتداء لأن تقديم الإحرام من الميقات لم يكن واجباً عليه في الشرع، فلم يجب عليه قضاؤه كترك الاستئلال حال النزول، وكالمشي إذا مشى في عمرة من غير عذر.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ دَخَلَ مَكَّةَ بِعُمْرَةٍ، فَطَافَ بِالْبَيْتِ وَسَعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَهُوَ جُنُبٌ أَوْ عَلَى غَيْرِ وُضوءٍ، ثُمَّ وَقَعَ بِأَهْلِيهِ ثُمَّ ذَكَرَ، قَالَ: يَغْتَسِلُ أَوْ يَتَوَضَّأُ ثُمَّ يَعُودُ فَيَطُوفُ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَيَعْتَمِرُ عُمْرَةً أُخْرَى، وَيُهْدِي، وَعَلَى الْمَرْأَةِ إِذَا أَصَابَهَا زَوْجُهَا وَهِيَ مُحْرِمَةٌ مِثْلُ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من طاف وسعى على غير طهارة، فإن طوافه غير صحيح لعدم شرط صحته، وهو الطهارة، وقد تقدم ذكر ذلك وبيانه، فإن جامع بعد أن طاف كذلك وسعى، فهو بمنزلة من جامع في عمرته قبل الطواف والسعى، فعليه أن يتمادى على فاسد عمرته، فيطوف ويسعى ويحل منها ثم يقضى عمرة ويهدي هدياً.

فصل: وقوله: «وعلى المرأة إذا أصابها زوجها، وهي محرمة، مثل ذلك»، يريد أن عليها أن تتمادى في حجها الفاسد ثم تقضى عمرة وتهدي؛ لأنه قد وجد منها من إفساد الحج بالجماع ما وجد من الرجل، فكان حكمها في ذلك كحكمه.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الْعُمْرَةُ مِنَ التَّنْعِيمِ، فَإِنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ وَمَنْ شَاءَ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْحَرَمِ إِلَى أَىِّ مَوْضِعٍ مِنَ الْجِلِّ ثُمَّ يُحْرِمَ فَإِنَّ ذَلِكَ مُجْزِئٌ عَنْهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَلَكِنْ الْأَفْضَلُ أَنْ يُهَلَّ مِنَ الْمَيْقَاتِ الَّذِي وَقَّتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَوْ مَا هُوَ أَبْعَدُ مِنَ التَّنْعِيمِ.

الشرح: وهذا كما قال أن العمرة من التنعيم لمن أراد ذلك مجزئ عنه لما قدمناه من

٤٠٦ كتاب الحج
أن رسول الله ﷺ أمر عبدالرحمن أن يعمر عائشة من التنعيم، وهو أدنى الحل إلى مكة،
ولما قدمناه من أن من شرط النسك الجمع بين الحل والحرم، فهذا أقل ما يجزئ في
العمرة، ولكن الفضل على ما قال في الميقات الذي وقت النبي ﷺ.

الأصل في ذلك ما روى عن عائشة أنها قالت: يا رسول الله يصدر الناس بنسكين
وأصدر بنسك، فقال لها: «انتظري، فإذا طهرت، اخرجي من التنعيم فأهلي ثم اتينا
بمكان كذا، ولكنها على قدر نفقتك ونصبك».

* * *

نكاح المحرم

٧٦٢ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ
اللَّهِ ﷺ بَعَثَ أَبَا رَافِعٍ مَوْلَاهُ وَرَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ، فَزَوَّجَاهُ مَيْمُونَةَ بِنْتَ الْحَارِثِ،
وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْمَدِينَةِ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ.

الشرح: قوله: «بعث أبا رافع مولاة ورجلا آخر»، ظاهره باتصال قوله: «فزواجه»،
جواز الاستنابة في عقد النكاح والوكالة فيه، وسيأتي ذكره في كتابه إن شاء الله
تعالى.

فصل: وقوله: «ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج»، يقتضى كونه حلالاً لأنه لا
خلاف أنه لم يجرم إلا بعد أن خرج من المدينة، وإنما قصد إلى الإعلام بذلك لاختلاف
٧٦٢ - أخرجه الترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٧٠. وأحمد فى المسند حديث رقم
٢٥٩٣٢. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٥٥. والبيهقى بنحوه فى الدلائل
٣٣٦/٤ عن أبى رافع. وذكره بنحوه الهيثمى فى المجمع ٢٦٧/٤ وعزاه للطبرانى فى الأوسط
عن عائشة.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٩٤/٥: هذا الحديث قد رواه مطر الوراق، عن ربيعة، عن سليمان
ابن يسار، عن أبى رافع وذلك عندى غلط من مطر لأن سليمان بن يسار ولد سنة أربع وثلاثين،
وقبل سنة سبع وعشرين، ومات أبو رافع بالمدينة بعد قتل عثمان بيسير، وكان قتل عثمان رضى
الله عنه فى ذى الحجة سنة خمس وثلاثين. وغير جاز ولا ممكن أن يسمع سليمان بن يسار من
أبى رافع، وممكن صحيح أن يسمع سليمان بن يسار من ميمونة، لما ذكرنا من مولده، ولأن
ميمونة مولاته، ومولاة إخوته أعتقتهم، وولأولادهم لها وتوفيت ميمونة سنة ست وستين وفضلى
عليها ابن عباس، فقير نكير أن يسمع منها، ويستحيل أن يخفى عليه أمرها، وهو مولاها وموضعه
من الفقه موضعه.

كتاب الحج ٤٠٧

الناس في صحة نكاح المحرم، وإنما اختلفوا لاختلافهم في نكاح النبي ﷺ ميمونة، هل كان في حال إحرامه أو قبل أن يحرم؟ فروى عن أبي رافع ما تقدم.

وروى عن عبدالله بن عباس أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة، وهو محرم، والذي روى أبو رافع أولى لأنه باشر القضية، وهو بها أعلم ممن لم يباشرها.

وكذلك روى عن ميمونة: تزوجني النبي ﷺ، ونحن حلالان بسرف، وهي أعلم بحالها، وحال النبي ﷺ لاسيما، وقد ذكرت موضع العقد، وقد أنكرت هذه الرواية على ابن عباس، فقال ابن المسيب: وهم ابن عباس في تزويج النبي ﷺ، وهو محرم.

على أنه يمكن الجمع بينهما من وجهين، أحدهما: أن يكون ابن عباس أخذ في ذلك بمذهبه أن من قلد هديه، فقد صار محرماً بالتقليد، فلعله علم بنكاح النبي ﷺ بعد أن قلد النبي ﷺ هديه وقبل أن يحرم، فقال: تزوجها محرماً لما اعتقد أنه محرم بتقليد الهدى. والوجه الثاني: أن يكون أراد المحرم في الأشهر الحرم، فإنه يقال لمن دخل في الأشهر الحرم، أو الأرض الحرم، فيجمع بين الخبرين.

٧٦٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ نُبَيْهِ بْنِ وَهَبٍ أَخِي بَنِي عَبْدِ الدَّارِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ أَرْسَلَ إِلَى أَبِيانَ بْنِ عُثْمَانَ، وَأَبَانَ يَوْمَئِذٍ أَمِيرُ الْحَاجِّ، وَهُمَا مُحْرَمَانِ: إِنِّي قَدْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْكِحَ طَلْحَةَ بْنَ عُمَرَ، بِنْتَ شَيْبَةَ بْنِ جَبْرِ (١) وَأَرَدْتُ أَنْ تَحْضُرَ، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ عَلَيْهِ أَبِيانُ، وَقَالَ: سَمِعْتُ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ، وَلَا يَخْطُبُ».

الشرح: إرسال عمر بن عبيدالله إلى أبيان بن عثمان أن يحضر نكاح ابنه، بمعنى إشهار النكاح، وإحضار أهل الفضل والدين فيه، ويحتمل أيضاً أن يحضره لعلمه بما يصحح العقد مما يفسده، فأنكر أبيان نكاحهم في حال الإحرام، وما دعى إليه من حضوره، واستدل على ذلك بقوله ﷺ: «لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب» وهذا

٧٦٣ - أخرجه مسلم ١٠٣٠/٢ كتاب النكاح، باب ٥، حديث ٤١ تحريم نكاح المحرم عن نبيه ابن وهب. وأبو داود برقم ١٨٤١، ٢٧٠/٢ كتاب المناسك، باب المحرم يتزوج عن نبيه بن وهب. والنسائي ٨٨/٦ كتاب النكاح، باب النهي عن نكاح المحرم عن عثمان بن عفان. وأحمد ١/٦٤ عن عثمان. والبيهقي في الكبرى ٦٥/٥. والدارقطني ٢٦١/٣ عن ابن عمر. (١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٩٩/٥: لم يقل أحد في هذا الحديث - فيما علمت - ابنة شيبه بن جبيرة إلا مالك، عن نافع. ورواه أيوب وغيره، عن نافع فقال فيه: ابنة شيبه بن عثمان.

٤٠٨ كتاب الحج

يقتضى منع عقد النكاح للمحرم، ويقتضى منع المحرم من عقده لغيره، وإذا اقتضى المنع من عقد نكاح المحرم اقتضى فساده إن عقد؛ لأن النهي يقتضى فساد النهى عنه، وإلى هذا ذهب مالك والشافعي، وبه قال عمر بن الخطاب وابنه عبدالله وعثمان بن عفان وسعيد بن المسيب.

وقال أبو حنيفة: يعقد المحرم النكاح لنفسه ولغيره، وبه قال الثوري والقاسم بن محمد. وروى عن معاذ بن جبل وابن عباس.

والدليل على ما نقوله ما احتج به أبان من أن النبي ﷺ قال: «لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب».

ومن جهة القياس أن عقد النكاح معنى تصير به المرأة فراشاً، فوجب أن يكون محظوراً على المحرم كوطء الأمة. ودليل آخر أن هذه عبادة تمنع الوطء والطيب، فوجب أن تمنع عقد النكاح كالعدة.

فصل: وقوله: «ولا يخطب»، يحتمل أن يريد به السفارة فى النكاح والسعى فيه، ويحتمل أن يريد به إيراد الخطبة حال النكاح، فأما السعى، فإنه ممنوع، فإن سعى فيه وتناول العقد لسواه أو سعى فيه لنفسه وأكمل العقد بعد التحلل لم أر فيه نصاً، وعندى أنه قد أساء والنكاح لا يفسخ.

مسألة: وأما إذا خطب فى عقد النكاح وتناول العقد غيره، فهو على نحو ما ذكرناه ومن حضر العقد، فقد أساء، رواه أشهب عن مالك، وقال أصبغ: لا شىء عليه.

٧٦٤ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ أَنَّ أَبَا غَطَفَانَ بْنَ طَرِيفٍ الْمُرِّيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّ أَبَاهُ طَرِيفًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَهُوَ مُحْرِمٌ، فَرَدَّ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ نِكَاحَهُ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب رد نكاح طريف لما تزوج، وهو محرم»، ترجيح لما ذهبنا إليه، وقلنا به من أن المحرم لا ينكح لأن عمل الأئمة وحكمهم لا يكون إلا بعد مشاورة ونظر واستدلال واجتهاد ومراجعة من المخالف، إن كان فى ذلك خلاف فهو أولى من قول قائل: لم يعمل به، ولا روجع فيه قائله ولا شاور فيه غيره، ورده لنكاحه يحتمل أن يكون بفسخ، ويحتمل أن يكون بطلاق، والفسخ باسم الرد أليق.

٧٦٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٣٤. البيهقى فى السنن الكبرى ٦٦/٥. معرفى السنن والآثار ٩٧٥٧/٧. المجموع ٢٩٠/٧.

كتاب الحج ٤٠٩

وقد اختلف قول مالك في إبطال نكاح الحرم، فقال مرة: هو فسخ، وقال مرة: هو طلاق، وسيأتي في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى:

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن عقد النكاح ممنوع حتى يحل بالإفاضة، فإن تزوج بعد الرمي وقبل الإفاضة فسخ نكاحه. ورواه محمد عن ابن القاسم وأشهب.

والدليل على ذلك قوله ﷺ: «لا ينكح المحرم» وما لم يتحلل التحلل التام فاسم الإحرام يتناولها، وحقيقته باقية عليه. ووجه ذلك أن حكم إحرامه باق في باب الاستمتاع، فوجب أن يكون باقياً. أصله قبل الرمي.

٧٦٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: لَا يُنْكَحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يَخْطُبُ عَلَى نَفْسِهِ وَلَا عَلَى غَيْرِهِ.

الشرح: قوله: «لا ينكح المحرم»، على ما تقدم من منعه النكاح حال الإحرام.

وقوله: «لا يخطب على نفسه ولا على غيره»، منع له من تناول ذلك بوجه لنفسه أو لغيره، وهو داخل تحت عموم نهى النبي ﷺ عن أن يخطب في حديث عثمان، إلا أن هذا أزال وجوه الاحتمال، ومنع التخصيص.

٧٦٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيْبِ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَسَلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلُوا عَنْ نِكَاحِ الْمُحْرِمِ فَقَالُوا: لَا يُنْكَحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ.

الشرح: أكثر مالك، رحمه الله، من إدخال الآثار في هذه المسألة لأن المخالف فيها عبد الله بن عباس، وهو من فقهاء الصحابة، فأظهر قوة الخلاف عليه، وكثرته من الصحابة والتابعين والحكم من الأئمة بخلافه، وأن هذه المسألة مما تهتمم بها الناس في زمن الصحابة والتابعين وسألوا عنها وخاضوا كثيراً فيها، وأن الجمهور على ما ذهب إليه مالك، رحمه الله.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ الْمُحْرِمِ: إِنَّهُ يُرَاجِعُ امْرَأَتَهُ إِنْ شَاءَ إِذَا كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْهُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا طلق امرأته طلاق رجعية في حال إحرامه أو قبل

٧٦٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٤٤. البيهقي في السنن الكبرى ٦٥/٥. معرفة السنن والآثار ٩٧٥٧/٧. الدارقطني ٢٦١/٣ عن أنس. المحلى ١٩٨/٧.

٧٦٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٤٥.

٤١٠ كتاب الحج
ذلك، فإن له أن يراجعها ما كانت له الرجعة عليها ببقاء عدتها خلافاً لما يروى عن ابن
حنبل من منعه الرجعة.

والدليل على ما نقوله أن الرجعة ليست بنكاح، وإنما هى إصلاح ما انثلم من
النكاح ككفارة الظهار، والله أعلم.

* * *

حجامة المحرم

٧٦٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ
اِحْتَجَمَ، وَهُوَ مُحْرِمٌ فَوْقَ رَأْسِهِ، وَهُوَ يَوْمَئِذٍ بِلَحْيَيْ جَمَلٍ^(١)، مَكَانَ بِطَرِيقِ مَكَّةَ^(٢).

الشرح: قوله: «احتجم، وهو محرم فوق رأسه»، بيان لموضع الحجامة لأنها تختلف
باختلاف مواضعها، وهى فى الرأس أشد لما يحتاج إليه من حلق شعر موضعها وربما
قتل شيئاً من الدواب، إلا أن ذلك كله مباح مع الحاجة إليه. وقد روى عنه: «أو شيئاً
كان له على قدمه».

والحجامة تكون على ضربين، أحدهما: يحلق له شعر إذا كانت فى الرأس أو العنق
أو موضع فيه شعر، وضرب لا يحتاج إلى حلق شعر بأن يكون فى ظهر قدم أو ظهر أو
موضع لا شعر فيه، فأما إذا كانت بموضع فيه شعر، فعليه الفدية لإمطة الأذى بحلق
الشعر.

والأصل فى جواز ذلك حديث «أن النبى ﷺ احتجم فوق رأسه» وهو نص.
والأصل فى وجوب الفدية عليه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ
رَأْسِهِ فَفَدِيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نَسْكَ﴾ [البقرة: ١٩٦].

مسألة: فإن كانت الحجامة فى غير رأس، فاحتاج إلى حلق شعرها أو تتف شعر من
جسده لغير حجامة، فعليه الفدية. روى أحمد بن المعدل فى المبسوط عن عبدالمملك بن

٧٦٧ - أخرجه البخارى ٤٠/٣ كتاب جزاء الصيد، باب الحجامة للمحرم عن ابن بجمينة. ومسلم
٨٦٣/٢ كتاب الحج، باب ١١ برقم ٨٨ عن ابن بجمينة. وأبو داود برقم ١٨٣٦، ١٧٣/٢
كتاب المناسك، باب المحرم يحتجم عن ابن بجمينة.

(١) قال فى النهاية: هو بفتح اللام، موضع بين مكة والمدينة، وقيل عقبه، وقيل ماء.

(٢) فى مسلم بالقاحة وهو واد على نحو ميل من السقيا.

كتاب الحج ٤١١
الماجشون: شعر الرأس والجسد سواء، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أهل
الظاهر: لا فدية عليه إلا أن يخلق شعر رأسه.

والدليل على ما نقوله أن هذا محرم ترفه بخلق شعر من جسده، فوجب عليه الفدية
كما لو حلق رأسه.

مسألة: ومن حلق موضع المحاجم ناسياً أو جاهلاً ففى كتاب محمد: عليه الفدية،
قال: وذلك أنه أخط أذى، وكل ما فيه إمطة أذى، فعليه الفدية، وإن قل، وإن كان
لغير إمطة أذى ولا منفعة جاهلاً أو ناسياً، فعليه فى الشعرة والشعرات قبضة طعام.

وجه ذلك أن الفدية إنما تجب بالترفه والانتفاع بإمطة الأذى، فإذا حصل ذلك
بخلق يسير الشعر وجبت الفدية بمحصول الانتفاع الكثير، وبمحصول الانتفاع بإمطة
الأذى، وإذا كان لغير منفعة مقصودة، فإنه لا يحصل الترفه إلا بخلق الشعر الكثير أو
جميع الرأس أو أكثره، فإذا حصل ذلك لم يخل من الانتفاع والترفه، فتجب به
الفدية، وأما إذا حلق شعرة أو شعرات يسيرة لغير منفعة مقصودة، فإنه لا يحصل له
بذلك انتفاع ولا ترفه، فلا تجب عليه فدية، وعليه أن يطعم قبضة من طعام لذلك،
وبالله التوفيق.

٧٦٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لَا يَحْتَجِمُ
الْمُحْرِمُ إِلَّا مِمَّا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ.

قَالَ مَالِكُ: لَا يَحْتَجِمُ الْمُحْرِمُ إِلَّا مِنْ ضَرُورَةٍ.

الشرح: قوله: «لا يحتجم المحرم إلا من ضرورة»، يريد أنه ليس له فعل ذلك على
العادة من الاحتجام والفسادة لغير مرض ولا لعلة تزال، وإنما هو لاستصحاب الصحة.

وأما إذا خاف تجدد مرض أو زيادته أو دوامه ورجا فى الحجامة دفع ما يخاف، فإن
الحجامة له مباحة على حسب ما تقدم من وجوب الفدية وانتفائها. وقد قال سحنون:
لا بأس أن يحتجم من أراد ما لم يخلق شعراً ولا يحتجم فى رأسه، وإن لم يخلق من قتل
القمل. وروى نحوه عن عطاء.

وجه قول سحنون أن حاله فى ذلك حال الحلال إلا فيما يعود إلى حلق الشعر،

٧٦٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٤٧. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ٧/٩٧٣٥.
المجموع ٧/٣٦١.

٤١٢ كتاب الحج
وقتل القمل، فإذا احتجم وسلم في ذلك الأمر، فلا حرج عليه.

فروع: فإن قلنا إنه ممنوع منه إلا لضرورة، ففعله لغير ضرورة، فقد قال ابن حبيب: أكره الحجامة للمحرم إلا لضرورة، ولا فدية في ذلك ما لم يخلق لها شعراً. وروى ابن نافع عن عبدالله بن عمر: إن احتجم لضرورة فلا شيء عليه، وإن احتجم لغير ضرورة، فعليه الفدية بصيام أو صدقة أو نسك.

وجه ما قاله ابن حبيب أنه لو وجبت به الفدية لغير ضرورة لوجب للضرورة كحلق الرأس، ولما لم تجب للضرورة لم تجب لغير الضرورة كالمشي في سوق العطارين.

* * *

ما يجوز للمحرم أكله من الصيد

٧٦٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ التَّمِيمِيِّ، عَنْ نَافِعِ مَوْلَى أَبِي قَتَادَةَ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَبِي قَتَادَةَ أَنَّهُ كَانَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حَتَّى إِذَا كَانُوا بِيَعُضِ طَرِيقِ مَكَّةَ تَخَلَّفَ مَعَ أَصْحَابٍ لَهُ مُحْرِمِينَ، وَهُوَ غَيْرُ مُحْرِمٍ^(١)، فَرَأَى حِمَارًا وَحَشِيئًا، فَاسْتَوَى عَلَى فَرَسِهِ، فَسَأَلَ أَصْحَابَهُ أَنْ يُنَازِلُوهُ سَوَطَهُ، فَأَبَوْا عَلَيْهِ، فَسَأَلَهُمْ رُمْحَهُ، فَأَبَوْا فَأَخَذَهُ ثُمَّ شَدَّ عَلَى الْحِمَارِ، فَقَتَلَهُ، فَأَكَلَ مِنْهُ بَعْضُ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبَى بَعْضُهُمْ، فَلَمَّا أَدْرَكُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَأَلُوهُ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: «إِنَّمَا هِيَ طُعْمَةٌ أَطَعَمَكُمُوهَا اللَّهُ».

الشرح: قوله: «كان مع رسول الله ﷺ حتى إذا كانوا ببعض طريق مكة»، إخبار

٧٦٩ - أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير حديث رقم ٢٦٩٨. ومسلم في كتاب الحج حديث رقم ٢٠٦٣. والترمذي في كتاب الحج حديث رقم ٧٧٦. والنسائي في كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٧٦٤، ٢٧٧٣، ٢٧٧٤، ٢٧٧٥. وأبو داود في كتاب المناسك حديث رقم ١٥٧٨. وابن ماجه في كتاب المناسك حديث رقم ٣٠٨٤. وأحمد في المسند حديث رقم ٢١٤٨٨، ٢١٥٢٤، ٢١٥٤٤، ٢١٥٥٧، ٢١٥٦٤. والدارمي في كتاب المناسك حديث رقم ١٧٥٦، ١٧٥٧. والبيهقي في الكبرى ١٨٧/٥ عن أبي قتادة. والبعثي في شرح السنة ٢٦٢/٧ عن أبي قتادة.

(١) قال النووي: فإن قيل كيف كان أبو قتادة غير محرم وقد جاوز ميقات المدينة وقد تقرر أن من أراد حجا أو عمرة لا يجوز له تجاوز الميقات غير محرم، قال القاضي: وجواب هذا أن المواقيت لم تكن وقتت بعد وقيل لأنه ﷺ بعثه ورفقته لكشف عدو لهم بجهة الساحل.

عن سفرهم، وقصدهم مكة عام الحديبية، وأن أبا قتادة كان غير محرم وتخلف مع أصحاب له محرمين، وإنما جاز لأبي قتادة أن يكون غير محرم؛ لأن المواقيت لم تكن وقتت بعد، ويحتمل أن يكون لم ينو الوصول إلى مكة، وإنما أراد أن يصحب رسول الله ﷺ إلى بعض الطريق ليكثر أصحابه وجماعته إلى موضع ماء، لكنه لما أتى، وهو من المدينة على ثلاث ليال، تخلف مع أصحاب له عن رسول الله ﷺ، ولم يكن تخلفه ليعود من ذلك الموضع، وإنما كان على ما ينزل بعض أهل الرفقة وبعض الجيش للراحة أو لمعنى يخصهم. وقد روى أنهم إنما تخلفوا عنه لأنهم إنما أخذوا غير طريقه لسبب العدو الذي ذكر لهم في ناحية من الطريق.

فصل: وقوله: «فرأى هماراً وحشياً، فاستوى على فرسه»، يريد أنه رآه وليس فيه ما يقتضى أن أحداً من المحرمين ولا من غيرهم أراه إياه، ولا أشار له. وقد ورد في حديث سعد بن الربيع، فجعل بعضهم يضحك إلى بعض، وليس في هذا دلالة على الصيد ولا إشارة لأن الدلالة على الصيد، والإشارة إنما هي أن يقصد بها المشير، والبدال إلى أن يرى المدلول، والمشار إليه الصيد، وضحك بعضهم إلى بعض لم يقصد بشيء من ذلك، ولو قصد به ذلك لما كان أكبر من التنبيه على أمر لم يعين له، ولا أعلم بجنسه ولا نبه على موضعه، فيكون ذلك سبباً إلى رؤيته.

وقد ورد في الحديث ما يقتضى أن ضحك بعضهم إلى بعض ليس بدلالة على الصيد، ولا إشارة إليه، وهو ما روى في حديث عثمان بن عفان أن رسول الله ﷺ قال: «هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار له إليها؟ قالوا: لا، قال: فكلوا مما بقى من لحمها» فنص رسول الله ﷺ على أن الأمر بالحمل عليها أو الإشارة إليها ممنوع، ولم يسألهم عن غير ذلك ولم ير الصحابة رضى الله عنهم ضحك بعضهم إلى بعض من باب الإشارة والدلالة لأن الدلالة على الصيد سبب لقتله وتطرق إلى إتلافه، وذلك محظور على المحرم.

فرع: فإن دل المحرم حلالاً أو حراماً على صيد فقتله حرم أكل ذلك الصيد، حكى ذلك القاضى أبو الحسن، وهل عليه جزاء أو لا؟ حكى القاضى أبو الحسن والقاضى أبو محمد أنه إن لم يأكل منه، فلا قضاء عليه، وبه قال الشافعى.

وروى ابن المواز عن أشهب: إن دل المحرم حراماً أو حلالاً على صيد، فقتله فعلى كل واحد منهما الجزاء فإن دل حلالاً، فلا جزاء على الدال وليستغفر الله تعالى،

٤١٤ كتاب الحج
وكذلك إن ناوله سوطاً، وابن القاسم لا يرى في ذلك شيئاً على الدال، وهو المشهور
عن مالك.

وقال أبو حنيفة: على الدال المحرم جزاء وعلى القاتل المدلول إن كان حراماً جزاء
آخر. والدليل على ما نقوله أن هذه نفس مضمونة فلم يلزم الدال عليها غرم. أصله إذ
دل على قتل غيره.

فصل: وإنما أبوا أن يناولوه رمحه أو سوطه لأن في ذلك معونة على قتله، ومن منع
من قتله، فقد منع العون على قتله كقتل الآدمي، فإن أعان عليه بمناولة رمح أو سوط،
فقد أساء ولا جزاء عليه في المشهور من المذهب، وحكى ابن المواز عن أشهب في
ذلك من الخلاف مثل ما تقدم.

فصل: وقوله: «فأكل منه بعض أصحاب رسول الله ﷺ» يدل على القول بالرأى
والقياس، لأن كل طائفة منهم قد ذهبت في ذلك إلى معنى ما دون نص؛ ولأنه لم
يحتج أحد منهم بنص ولو كان عنده واحتج به لصار الكل إلى ما احتج به ثم أعلم
رسول الله ﷺ باختلافهم في ذلك فلم يعنف منهم أحد ولا قال للأكلين: لم قدمتم
على الأكل دون نص، ولا قال للممتنعين: لم امتنعتم دون نص، ولا قال: إنه قد كان
له في ذلك نص كان يجب المصير إليه، وإنما قال ﷺ: «إنما هي طعمة أطعمكموها الله».

ويحتمل أن يريد به رزق يسره الله إليكم وبعثه لكم، وفي هذا تصريح بالتحليل لا
من طريق أن الرزق لا يكون إلا حلالاً بل قد يكون حراماً ويكون حلالاً، ولكن من
حيث أقرهم عليها ولم يمنعهم منها ولو لم يورد هذا اللفظ لما كان مبيحاً بقوله: «كلوا
ما بقى منها» وقال في حديث حسان: «كلوه حلالاً».

٧٧٠ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ كَانَ يَتَزَوَّدُ
صَفِيفَ الظَّبْيَاءِ وَهُوَ مُحْرِمٌ.

قَالَ مَالِك: وَالصَّفِيفُ الْقَدِيدُ^(١).

الشرح: قوله: «كان يتزود صفييف الظباء»، يقتضى استباحة أكل لحم الصيد، وهو
محرم لمن كان عنده قبل إحرامه ولمن أهدي أو ابتاعه بعد إحرامه، ولم يكن صيد من

٧٧٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٥٠.

(١) القديد: اللحم المجفف.

كتاب الحج ٤١٥
أجله، وعلى هذا جماعة الفقهاء، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب والزبير بن
العوام وأبو هريرة، ومن منع ذلك علي بن أبي طالب وعبدالله بن عباس وعبدالله بن
عمر.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه حديث أبي قتادة المتقدم، وهو قوله ﷺ: «كلوه
حلالاً». وفي حديث هشام عن يحيى بن أبي كثير أن رسول الله ﷺ قال للقوم: «كلوا
وهم محرمون» وهذا نص لا يحتمل التأويل.

ودليلنا على ذلك أيضاً الحديث الذي يأتي بعد هذا وفيه «أن النبي ﷺ أمر أبا بكر،
فقسم الوحش بين الرفاق، والرفاق محرمون لأن النبي ﷺ كان محرماً ومحال أن يتخلفوا
عن إحرامه، وإن تخلف منهم أحد يجاوز ذلك والعدد اليسير.

٧٧١ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ عَطَاءَ بْنَ يَسَارٍ أَخْبَرَهُ عَنْ أَبِي قَتَادَةَ فِي
الْحِمَارِ الْوَحْشِيِّ مِثْلَ حَدِيثِ أَبِي النَّضْرِ إِلَّا أَنَّ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ
اللَّهِ ﷺ قَالَ: «هَلْ مَعَكُمْ مِنْ لَحْمِهِ شَيْءٌ».

الشرح: قوله ﷺ: «هل معكم من لحمه» إذ كانوا قد حكموا له أمره، يقتضى
السؤال عن بقيته عندهم ليأمرهم فيه بأمره، وقد روى فيما تقدم أنه أمرهم بأكله
وأباحه لهم، وقد يكون سؤاله عن بقيته مع ما تقدم من إباحته ليأكل منه ﷺ.

وقد أخرج مسلم من حديث أبي حازم عن عبدالله بن قتادة عن أبيه أن النبي ﷺ
قال: «هل معكم من لحمه شيء» قالوا: معنا رجله، فأخذها رسول الله ﷺ فأكلها.

٧٧٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ قَالَ: أَخْبَرَنِي مُحَمَّدُ بْنُ

٧٧١ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٦٩٢. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم
٢٠٦٣. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٧٦. وأخرجه النسائى فى كتاب مناسك الحج
حديث رقم ٢٧٦٤، ٢٧٧٣، ٢٧٧٤، ٢٧٧٥. وأبو داود فى كتاب المناسك حديث رقم
١٥٧٨. وابن ماجه فى كتاب المناسك حديث رقم ٣٠٨٤. وأحمد فى المسند حديث رقم
٢١٤٨٨، ٢١٥٢٤، ٢١٥٤٤، ٢١٥٥٧، ٢١٥٦٤. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم
١٧٥٧، ١٧٥٦. والبيهقى فى الكبرى ١٨٧/٥ عن أبى قتادة. والدارقطنى ٢٦٦/٤ عن ابن
عمر.

٧٧٢ - أخرجه النسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٧٦٦.
قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٠٨/٥: لم يختلف على مالك فى إسناد هذا الحديث، واختلف =

إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ، عَنْ عَيْسَى بْنِ طَلْحَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عُمَيْرِ بْنِ سَلَمَةَ الضَّمْرِيِّ، عَنْ الْبَهْزِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَرَجَ يُرِيدُ مَكَّةَ، وَهُوَ مُحْرِمٌ، حَتَّى إِذَا كَانَ بِالرُّوْحَاءِ إِذَا حِمَارٌ وَحَشِي عَقِيرٌ، فَذُكِرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «دَعُوهُ فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَأْتِيَ صَاحِبَهُ» فَجَاءَ الْبَهْزِيُّ، وَهُوَ صَاحِبُهُ، إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ شَأْنُكُمْ بِهَذَا الْحِمَارِ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبَا بَكْرٍ فَقَسَمَهُ بَيْنَ الرَّفَاقِ ثُمَّ مَضَى حَتَّى إِذَا كَانَ بِالْأَثَايَةِ بَيْنَ الرُّوَيْتَةِ وَالْعَرَجِ إِذَا ظَبْيٌ حَاقِفٌ^(١) فِي ظِلِّ فِيهِ سَهْمٌ فَزَعَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَقِفَ عِنْدَهُ لَا يَرِيهِ^(٢) أَحَدًا مِنَ النَّاسِ حَتَّى يُجَاوِزَهُ.

الشرح: قوله: «خرج»، يريد مكة «وهو محرم»، يريد أنه في سفره كان محرماً حين اجتيازهم بالحمار العقير، إلا أن خروجه من المدينة كان غير محرم. وفائدة وصفه بذلك أنه أمر في الصيد بما أمر به، ولم يمنعه الإحرام من ذلك والتنبيه على أن من معه كانوا محرمين، وقد أباح لهم أكل الصيد على هذا الوجه.

فصل: وقوله: «حتى إذا كانوا بالروحاء» وهو موضع بين مكة والمدينة «إذا حمار وحشى عقير»، وهذا الحمار العقير، قد كانت كملت فيه الذكاة، إما بالسهم الذى رمى به وإما بغير ذلك، وهو ظاهر قوله: «عقير»، فأتى بعد ذلك أصحاب رسول الله ﷺ، فوجدوه على تلك الحال، فذكروه له، ويقتضى أنهم وصفوا له من صفة السهم أو الذكاة له ما دل على تقديم الملك عليه، فقال ﷺ: «دعوه فإنه يوشك أن يأتى صاحبه» نهاهم ﷺ عنه لاستحقاق صائده له، وقد رأى أن الذى صاده وبلغ به ذلك المبلغ سيقرب بحيته إليه.

وقد يكون ظهر ذلك مما وصفوه له أنهم شاهدوا من دمائه قرب صاحبه منه، وأنه إذا رأى الجيش قد قرب منه سيأتى ليمتنعه أو يبيحه، ولو كان لا يجوز أكل المحرم الصيد لمنعه منه جملة، ولقال: كفوا عنه فإن هذا لا يحل للمحرم.

= أصحاب يحيى بن سعيد فيه على يحيى بن سعيد، فرواه جماعة كما رواه مالك، ورواه حماد بن زيد، وهشيم، ويزيد ابن هارون، وعلى بن مسهر، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن إبراهيم، عن عيسى بن طلحة، عن عمير بن سلمة، عن النبي ﷺ.

(١) حاقف: أى واقف منحى رأسه بين يديه إلى رجله وقيل الحاقف الذى لجأ إلى حقف وهو ما انعطف من الرمل.

(٢) يريه: يهتجه.

كتاب الحج ٤١٧

فصل: وقوله: «فجاء البهزى»، وهو زيد بن كعب البهزى السلمى، قال: وهو صاحبه، فالظاهر أنه كان صاده، فقال لرسول الله ﷺ: «شأنكم به» هبة منه للنبي ﷺ وأصحابه، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر، فقسمه بين الرفاق، والرفاق الجماعة من الناس يجتمعون فى المأكل والنزول والتعاون على العمل.

وهذا دليل واضح على أن للمحرم أكل لحم الصيد مع ما تقدم فى ذلك من الإخبار وإنما جاز ذلك لأن هذا البهزى صاده لنفسه، ولم يصده لغيره، ولعله لم يعلم أن أصحابه يمرون بذلك الموضوع محلين ولا محرمين.

فصل: زقوله: «ثم مضى حتى إذا كان بالإثابة بين الرويشة والعرج»، هذه المواضع كلها فى طريقه من المدينة إلى مكة، «إذا ظنى حاقف فى ظل»، الحاقف هو الواقف فى ظل يتمس ظلها.

وقوله: «وفيه سهم»، يريد أنه قد أصيب بسهم هو ثابت فيه وهو حتى بعد، فزعم، يريد أن الراوى زعم أن رسول الله ﷺ أمر رجلا يقف عنده، يريد حراسته من الناس لا يريه أحد، يزيد لا يعرض له.

ويحتمل أمره ذلك ﷺ وجهين، أحدهما: أن صاحبه الذى أصابه بالسهم، قد ملكه فلا يجوز لأحد أن ينال منه شيئا إلا بإذنه، والثانى: أنه إذا كان حيا بعد لم يكن للمحرم أن يذكيه، ولا أن يذكي من أخله، وبهذا فارق حكم هذا الظبى حكم الحمار الوحشى الصغير الذى تقدم ذكره؛ لأن الحمار الوحشى كانت تمت الذكاة فيه، وإنما أهدى المهدي إليهم لحمًا، فلذلك لم يقف عنده من يمنعه لجواز أن يتباعد أحد من صاحبه أو يستوهبه إياه، والظبى الحاقف كان حيا بعد.

٧٧٣ - مالك، عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يحدث عن أبي هريرة أنه أقبل من البحرين حتى إذا كان بالربذة وجد ركبا من أهل العراق مُحْرَمِينَ فَسَأَلُوهُ عَنْ لَحْمِ صَيْدٍ وَجَدُوهُ عِنْدَ أَهْلِ الرَّبْذَةِ، فَأَمَرَهُمْ بِأَكْلِهِ. قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: ثُمَّ إِنِّي شَكَّكْتُ فِيمَا أَمَرْتُهُمْ بِهِ، فَلَمَّا قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ ذَكَرْتُ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ عُمَرُ: مَاذَا أَمَرْتُهُمْ بِهِ؟ فَقَالَ: أَمَرْتُهُمْ بِأَكْلِهِ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: لَوْ أَمَرْتُهُمْ بِغَيْرِ ذَلِكَ لَفَعَلْتُ بِكَ يَتَوَعَّدُ.

٤١٨ كتاب الحج

الشرح: قوله: «إنه أقبل من البحرين»، وهو يقرب من العراق إلا أنهما مما يلي اليمن حتى إذا كان بالريذة، وهو موضع بين المدينة ومجد لقي ركباً من أهل العراق، يحتمل أن يكون أدركهم وأدركوه هناك أو التقى طريقاهما بالريذة، ووصف الركب بأنهم كانوا محرمين، وهذا يقتضى أنهم أحرموا قبل الميقات لأن الريذة قبل الميقات.

فصل: وقوله: «فسألوه عن صيد وجدوه عند أهل الريذة»، وظاهر هذا الصيد أنه لم يقصد به المحرمون، ولا صيد من أجلهم لأن الريذة ليست بطريق المحرمين؛ وإنما يحرمون في الأغلب من الميقات بعد مجاوزتها إلى مكة، فأفتاهم أبو هريرة بأنه لم يصد من أجلهم، وما كان بهذه المثابة، فإن للمحرم أكله إذا ملكه بعد تمام الذكاة.

وكذلك روى سالم عن أبي هريرة أنه كان لحم صيد، وإنما سماه في هذا الحديث صيداً لأنه من الصيد كما يوصف الثوب بأنه كتان أو صوف أو قطن.

فصل: وقوله: «ثم شككت فيما أفتيت به»، يريد أن الشك طراً عليه بعد الفتوى والعمل بها، وأما في حين فتواه لهم، فلم يكن شاكاً، ولو شك قبل العمل بفتواه لمنعهم من التقليد له، والعمل بقوله فلما طراً عليه الشك بعد ذلك، والتبست عليه أدلة الجواز، والمنع أراد أن يبحث عما أفتاهم به ويعلم صحته، فسأل عمر عن ذلك حين قدم.

والظاهر أنه أخبر عمر بن الخطاب بسؤالهم وأمسك عما أجاب، فأراد عمر أن يعلم ما أجاب به خشية أن يكون قد أفتاهم بغير ما يجب فيتكلف المشقة في إعلامهم أن ما أفتاهم به أبو هريرة غير صحيح، فلما أخبره أبو هريرة أنه أفتاهم بأكله، قال له: «لو أفتيتهم بغير ذلك لفعلت بك يتوعده».

وذلك من عمر رضى الله عنه احتياطاً للدين واهتماماً بأمره، وأراد أن لا ينهمل الناس في الفتوى، ولا يفتوا الناس ومن سألهم إلا بعد التثبت والتيقن لاسيما إن كان أبو هريرة أخبره أنه شك بعد أن أفتاهم، فأشفق من أن يكون أفتاهم قبل إمعان النظر، فبعث أبا هريرة بما توعده على التحرز بعد هذا في فتواه، والإمسك عما يرتاب فيه إلا أن يبين له وجه الصواب.

٧٧٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا هُرَيْرَةَ

كتاب الحج ٤١٩
يُحَدِّثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ أَنَّهُ مَرَّ بِهِ قَوْمٌ مُحْرِمُونَ بِالرَّبَذَةِ، فَاسْتَفْتَوْهُ فِي لَحْمِ صَيْدٍ
وَجَدُوا نَاسًا أَحِلَّةً يَأْكُلُونَهُ، فَأَفْتَاهُمْ بِأَكْلِهِ، قَالَ: ثُمَّ قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ عَلَى عُمَرَ بْنِ
الْخَطَّابِ فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: بِمِ افْتَيْتُهُمْ؟ قَالَ: فَقُلْتُ: افْتَيْتُهُمْ بِأَكْلِهِ، قَالَ: فَقَالَ
عُمَرُ: لَوْ افْتَيْتُهُمْ بِغَيْرِ ذَلِكَ لَأَوْجَعْتُكَ.

الشرح: الكلام على متن هذا الحديث كالذى قبله أو نحوه. وقوله فى آخره:
لأوجعتك، تصريح منه بما توعد به، وإعلام منه بأنه نوى تأديب من يتسامح فى فتواه،
ويفتى قبل أن يتحقق لأنه شديد الإضرار بالناس فى تحليل الحرام وتحريم الحلال.

ولعل عمر قد شاهد فى ذلك فعلاً لأبى بكر رضى الله عنه يجرى مجرى النص على
جواز أكله كأمره لأبى بكر رضى الله عنه أن يقسم حمار الوحش على الرفاق، أو
إباحته لأصحابه أن يأكلوا مما بقى من صيد أبى قتادة، وأكله هو ﷺ ما وصل إليه منه،
فلم يجز الاجتهاد فى خلاف ذلك، وعساه أن يكون قد بلغه بعض الخلاف فى ذلك
من لم يبلغه فعل النبى ﷺ فيه، ولا حكمه فى شىء منه، فأراد عمر رضى الله عنه
المبالغة فى الإنكار على من يخالف فيه.

٧٧٥ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ كَعْبَ الْأَحْبَارِ أَقْبَلَ
مِنَ الشَّامِ فِي رَكْبٍ مُحْرِمِينَ حَتَّى إِذَا كَانُوا بِيَعْضِ الطَّرِيقِ وَجَدُوا لَحْمَ صَيْدٍ،
فَأَفْتَاهُمْ كَعْبٌ بِأَكْلِهِ، قَالَ: فَلَمَّا قَدِمُوا عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ بِالْمَدِينَةِ ذَكَرُوا ذَلِكَ
لَهُ، فَقَالَ: مَنْ أَفْتَاكُمْ بِهَذَا؟ قَالُوا: كَعْبٌ، قَالَ: فَإِنِّي قَدْ أَمَرْتُ عَلَيْكُمْ حَتَّى تَرْجِعُوا
ثُمَّ لَمَّا كَانُوا بِيَعْضِ طَرِيقِ مَكَّةَ مَرَّتْ بِهِمْ رَجُلٌ مِنْ جَرَادٍ^(١) فَأَفْتَاهُمْ كَعْبٌ أَنْ
يَأْخُذُوهُ، فَيَأْكُلُوهُ، فَلَمَّا قَدِمُوا عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ذَكَرُوا لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ: مَا
حَمَلَكَ عَلَى أَنْ تُفْتِيَهُمْ بِهَذَا؟ قَالَ: هُوَ مِنْ صَيْدِ الْبَحْرِ، قَالَ: وَمَا يُدْرِيكَ؟ قَالَ: يَا
أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ إِنْ هِيَ إِلَّا نَثْرَةٌ حَوَتْ يَنْثَرَةً فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّتَيْنِ.

الشرح: قوله: «أن كعب الأحبار أقبل من الشام فى ركب محرمين»، ظاهره يقتضى

٧٧٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٥٤. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٥٤/٩. الطبرى

فى تفسيره ١٢٦٨٧.

(١) رجل جراد: جراد كثير.

٤٢٠ كتاب الحج
أنهم أقبلوا من الشام، وهم محرمون، ويحتمل أيضاً أن يكونوا أقبلوا من الشام وأحرموا بعد انفصالهم منه، غير أن ظاهر الحال يقتضى أنهم أحرموا قبل الميقات أو قدموا على عمر بالمدينة بعد أن أحرموا وميقاتهم بين المدينة ومكة إلا أن يكونوا قدموا على عمر بغير المدينة، وظاهر الحال خلاف هذا، والله أعلم.

فصل: وقوله: «حتى إذا كانوا ببعض الطريق، وجدوا لحم صيد، فأفناهم كعب بأكله»، يريد أنهم وجدوا صيداً قد اصطاده حلال، وذكاه، فصار له حكم اللحم لا حكم الصيد، ولذلك قال: وجدوا لحم صيد فلما قدموا على عمر ذكروا له ما أفتوا به من إباحته؛ لأنه رضى الله عنه كان يهتبل بأمر الناس، وأمر دينهم، ويسأل عما جرى لهم من ذلك فى طريقهم وتصرفهم، ولما كان يعرف ذلك من حاله يبدأ بالإخبار عنه، فلما أخبر بما جرى من أكل اللحم بفتوى، سألهم من المفتى لهم بذلك ليعرف له فضله ومكانته من العلم، فلما أخبروا بأنه كعب، قال: «قد أمرته عليكم حتى ترجعوا»، تنويهاً به لإصابته فى الفتوى، وتقديماً له، وهذا التأمير يقتضى صلاته بهم، وحكمه عليهم، ورجوعهم إلى رأيه وتصرفهم بأمره.

فصل: وقوله: «وأنهم لما كانوا ببعض طريق مكة، مر بهم رجل من جرادة»، وهو القطيع منه، «فأفناهم كعب أن يأخذوه ويأكلوه»، ورأى للمحرم اصطياده لما اعتقد فيه أنه من صيد البحر، فلما قدموا على عمر من حجهم، ذكروا له ذلك، فأنكر عمر، وقال: ما حملك على ما أفتيتهم به، فاحتج عليه كعب بأنه من صيد البحر لما تقرر من أن صيد البحر مباح للمحرمين، قال الله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾ [المائدة: ٩٦] فسأله عمر عن تصحيح ما ادعاه من صيد البحر، فقال له: وما يدريك أنه من صيد البحر.

فلما لم يكن عند كعب فى ذلك دليل واضح، ولا نص له طريقه إلى نبي من الأنبياء لجأ إلى أن أقسم بالله أنه نثره حوت ينثره كل عام، وأراه أسند فى ذلك إلى ما وجد فى كتب أهل الكتاب بما لا نعرف صحته، ولا تتعلق به فى حكم؛ لأنه قد دخله التحريف والنقص والزيادة، فلا نعلم أن ما ينقل من التوراة وغيرها من الكتب هو مما بقى على صحته، ولو ثبت ذلك للزمن القول بصحته، فيما طريقه الخبر الذى لا يتعلق به حكم.

وقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص أنه نثره حوت. وروى عن سعيد بن المسيب

كتاب الحج ٤٢١
أن الله تعالى خلق الجراد مما بقى من طينة آدم، ورواه عبدالرزاق عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب، قال: لم يخلق الله تعالى بعد آدم إلا الجراد، بقى من طينه شيء، فخلق منه الجراد، وهذا أيضاً لا يعرف إلا بخبر نبي ولا نعلم فى ذلك خبيراً يثبت، فلا يصح التعلق بشيء من ذلك.

والذى عليه الفقهاء أنه لا يجوز للمحرم صيد الجراد، وقد ذهب إلى تجويز ذلك بعض الناس. والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرَمًا﴾ [المائدة: ٩٦] إنما يعلم صيد البر من غيره بما يأوى إليه، ويعيش فيه، والجراد إنما هو فى البر، وفيه حياته ومكانه، فوجب أن يكون من صيد البر.

فصل: وإنما أقر عمر بن الخطاب كعب الأحبار على قسمه بحضرتة أنه نثره حوت، إما لرأى رآه أوجب توقفه عن زجره؛ ويحتمل أن يكون عمر قد أنكر ذلك عليه، ولم يبلغنا. ودليل ذلك أن كعب الأحبار قد رجع عن هذه الفتيا. وحكم مع عمر على محرم أصاب جرادة بسوط، فحكم فيها كعب بدرهم، فقال له، عمر: إنك لكثير الدراهم، لتمرة خير من جرادة، فتجاوز حد المنع لاصطياده إلى أن حكم فى جرادة بدرهم.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَمَّا يُوجَدُ مِنْ لُحُومِ الصَّيْدِ عَلَى الطَّرِيقِ، هَلْ يَتَّبَعُهُ الْمُحْرِمُ؟ فَقَالَ: أَمَّا مَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ يُعْتَرَضُ بِهِ الْحَاجُّ وَمِنْ أَجْلِهِمْ صَيْدٌ، فَإِنِّي أَكْرَهُهُ وَأَنْهَى عَنْهُ، فَأَمَّا أَنْ يَكُونَ عِنْدَ رَجُلٍ لَمْ يُرِدْ بِهِ الْمُحْرِمِينَ، فَوَجَدَهُ مُحْرِمٌ فَاتَّبَعَهُ فَلَا بَأْسَ بِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن لحم الصيد إذا وجده المحرم يتتبع أو وهب له أو صار إليه بغير ذلك من الوجوه، فإنه لا يخلو أن يصاد من أجل محرم، أو من أجل محل، فإن صيد من أجل محل، فلا خلاف على المذهب فى جواز أكله، وقد تقدم الدليل عليه، وإن صيد من أجل محرم، فلا يخلو أن يصاد قبل إحرامه أو بعده، فإن صيد وتمت ذكاته قبل إحرامه، ثم أحرم، فإن أشهب بن القاسم روى عن مالك: لا بأس أن يأكلوه. وروى عنه ابن القاسم أيضاً أنه كره أكله.

ووجه الرواية الأولى أنه إنما صيد له، وهو حلال، والصيد فى ذلك الوقت له مباح مطلق، ألا ترى أنه لو صاده هو وذبحه ليأكله حال إحرامه، ثم أحرم لجاز له أكله، فلا يكون صيد غيره له بأشد من صيده هو ومباشرته.

٤٢٢ كتاب الحج

وروجه الرواية الثانية أنه صيد له والصائد يقصد ويعتقد أنه لا يأكله إلا محرماً فكأنه صاده لمحرماً. والذي يصيد لنفسه يصيد ليأكله حلالاً. والأول عندى أظهر.

مسألة: فإن صيد بعد إحرامهم من أجلهم، وكانوا معينين أو غير معينين، لم يجوز لهم أكله لأنه صيد للمحرمين. رواه ابن المواز عن مالك، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجوز لمن صيد من أجله من المحرمين أن يأكل منه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] فإن قيل المراد به الاصطياد، فالجواب أن الأظهر من الآية غير ما ذكرتم، فإنه إذا كان الصيد في الآية بمعنى الاصطياد ثم أضافه إلى البر في قوله: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ﴾ وجب أن يكون البر هو الصيد، وذلك لا يصح، فلا يجوز حمل ذلك على ظاهره، ولا بد فيه من إضمار، وهو: وحرم عليكم صيد البر أو صيد وحش البر، وحمل الآية على ما قلناه يغني عن هذا الإضمار، ولا يجوز ادعاؤه مع استغناء الكلام عنه إلا بدليل.

وجواب ثان وهو أنه قد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كره أكل لحم الصيد، وهو محرم، ثم تلا هذه الآية: ﴿أَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] إلى قوله تعالى: ﴿حُرْمًا﴾ [المائدة: ٩٦] فاحتج بذلك علي بن أبي طالب رضي الله عنه على الامتناع من أكل لحم صيد البر.

وهذا يقتضي أن المراد به عين الصيد، ولو تأول فيها المنع من الاصطياد لما احتج بها على المنع من أكل اللحم، وعلى رضي الله عنه من أهل اللسان مع الدين والعلم، فوجب أن يكون ما فسر الآية به هو معناها.

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ أَحْرَمَ وَعِنْدَهُ صَيْدٌ قَدْ صَادَهُ أَوْ ابْتَاعَهُ: فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُرْسِلَهُ وَلَا بَأْسَ أَنْ يَجْعَلَهُ عِنْدَ أَهْلِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من ملك صيداً قبل إحرامه ثم أحرم، فلا يخلو أن يكون أحرم وهو في يده أو يكون خلفه في أهله، فإن كان خلفه في أهله، ثم أحرم وليس معه، فإنه لا يزول ملكه عنه، وليس عليه إرساله. وهذا معنى قول مالك: «ولا بأس أن يجعله في أهله»، يريد قبل إحرامه، وهو معنى قوله: «وعنده صيد»، يريد أنه في ملكه إلا أنه ليس بحضوره في وقت إحرامه، وبه قال أبو حنيفة.

كتاب الحج ٤٢٣
وللشافعي في ذلك قولان، أحدهما: مثل قولنا، والآخر: أنه يزول ملكه عنه.
والدليل على بقاء ملكه عليه أن هذه حرمة تمنع ابتداء الاصطياد، فلم تمنع استدامته
كحرمة الحرم.

مسألة: وأما من أحرم ويده صيد ثم أرسله إلى أهله، ثم نفر لما جاز له إمساكه،
ولوجب عليه إرساله، رواه القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه، واحتج لذلك بأن ملكه
قد زال عنه فى إحرامه، وهذا أصل قد اختلف فيه أصحابنا على ما سنينته بعد هذا إن
شاء الله تعالى، وذلك أن من أحرم ويده صيد له، فإنه يجب عليه إرساله.

وهل يزول عنه ملكه بنفس الإحرام أم لا؟ قال القاضى أبو إسحاق: يزول عنه
ملكه بإحرامه. وقال القاضى أبو الحسن والشيخ أبو بكر: لا يزول عنه ملكه، وإنما
يجب عليه إرساله، فإذا اختلط بالوحش ولحق بها زال ملكه عنه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا القول فائدته عندى أنه لا يجوز لغير
المحرم أن يصطاده حتى يلحق بالوحش، ويمتنع بمثل امتناعها، ومن صاده قبل ذلك
أخرج عن يده وملكه.

فرع: فإن لم يرسله المحرم، فجاء من يده، لم يجب عليه ضمانه فى رواية
ابن القاسم، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن. وروى أشهب بن الحسن عن
مالك: على من أرسله من يده ضمانه، وبه قال أبو حنيفة. وقال القاضى أبو الحسن:
إذا قلنا إن ملك المحرم يزول عنه بنفس الإحرام، فيلزمنا أن نقول: لا ضمان على
مرسله. وعلى قولنا الآخر أنه باق على ملكه وإنما يجب عليه إرساله، فالضمان على
مرسله من يده.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا صيد يجب على المحرم إرساله، فإذا أرسله من يده
غيره لم يكن عليه ضمانه كما لو صاده فى حال إحرامه، فجاء من أرسله. ووجه
رواية أشهب أن ملك المحرم باق على الصيد، بذليل أنه لو أرسله، فعاد إلى بيته لكان
على ملكه ويده باقية عليه، فإذا أرسله غيره من يده، فقد تعدى عليه فى ملكه وأزل
يده عما كان فى ملكه وعرض الصيد للهلاك واصطياد الحلال.

مسألة: ومن أحرم بيده صيد، فأمسكه حتى حل، فعليه إرساله، وكذلك لو اشتراه
فى حال إحرامه. وروى الشيخ أبو محمد فى نوادره عن عطاء أنه إذا حل، وهو عنده،
فإن له إمساكه، والذي روى عبدالرزاق عن عطاء مثل قولنا.

٤٢٤ كتاب الحج

ووجه ذلك أن الصيد حال الإحرام يمنع الملك وينافيه، فلم يرسل من يده ما يملكه.

قَالَ مَالِكٌ فِي صَيْدِ الْحَيْتَانِ فِي الْبَحْرِ وَالْأَنْهَارِ وَالْبِرْكِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ: إِنَّهُ حَلَالٌ
لِلْمُحْرَمِ أَنْ يَصْطَادَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن صيد الحيتان حيث كانت من مواضعها في البحر الملح
والعذب والأنهار والغدران والبرك والعيون والمياه القليلة والكثيرة. والأصل في ذلك
قوله تعالى: ﴿أَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ﴾ [المائدة: ٩٦] واسم البحر واقع على
العذب والملح، قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي مَرَجَ الْبَحْرَيْنِ هَذَا عَذْبٌ فَرَاتٌ وَهَذَا مِلْحٌ
أَجَاجٌ﴾ [الفرقان: ٥٣].

مسألة: ودواب البحر والأنهار والبرك وغيرها يجوز للمحرم صيدها، قاله مالك في
المختصر.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والسلحفاة عندي مما يجوز للمحرم
اصطياده، على قول مالك من أنها تؤكل بغير ذكاة، وهي ترس الماء، وأما على قول
ابن نافع من أنها لا تؤكل بغير ذكاة، فإنه لا يجوز للمحرم اصطيادها، وبه قال عطاء
فيما يعيش في البر والبحر.

ووجه إباحة ذلك للمحرم قوله تعالى: ﴿أَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ﴾ [المائدة:
٩٦] ولا خلاف أن السلحفاة من صيد البحر لأنها لا تكون إلا فيه، وأما سلحفاة البر
ففي المبسوط عن مالك: لا يصيد المحرم سلحفاة البر. ووجه ذلك عندي أنه اعتقد
أنها قد تكون في البراري دون المياه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأصح عندي أنها لا تكون إلا في المياه،
ولكنها تخرج في كثير من الأوقات، وتكون في البر كما تصنع الضفادع وغيرها من
دواب البحر، وإنما كانت تكون من دواب البر لو كان منها نوع ينفرد بالحياة فيه،
وهذا معدوم، والله أعلم.

مسألة: وأما الضفدع، ففي المبسوط عن مالك أنه من صيد البحر. وفي كتاب
محمد: ولا شيء على المحرم إن قتله. قال أشهب: وقيل يطعم شيئاً، ولعل أشهب قد
راعى في هذه الرواية قول ابن نافع: لا تؤكل إلا بذكاة.

مسألة: وأما طير الماء، ففي المبسوط عن مالك: لا يصيد المحرم. والدليل على صحة

كتاب الحج ٤٢٥
ذلك أنه مما لا يستباح أكله الا بذكاة، فوجب أن يكون من صيد البر كغيره من الطير.

* * *

ما لا يحل للمحرم أكله من الصيد

٧٧٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ الصَّعْبِ بْنِ جَثَامَةَ اللَّيْثِيِّ أَنَّهُ أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِمَارًا وَحَشِيًّا وَهُوَ بِالْأَبْوَاءِ أَوْ بَوْدَانَ، فَرَدَّهُ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَلَمَّا رَأَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا فِي وَجْهِهِ قَالَ: «إِنَّا لَمْ نَرُدَّهُ عَلَيْكَ إِلَّا أَنَا حُرْمٌ».

الشرح: وقوله: «أنه أهدى لرسول الله ﷺ حمارًا وحشيًا» هكذا رواه الزهري عن عبدالله، وهو أثبت الناس فيه وأحفظهم عنه، ويحتمل أن يكون إنما رده النبي ﷺ لأحد أمرين، إما لأنه لا يصح قبوله له، وإما لأنه يلزمه إرساله، فلا فائدة في قبوله إلا الإضرار بمن كان له، ويجوز له الانتفاع به.

وعلى الوجهين أن من أهدى له صيد وهو محرم، فإنه يجوز له الامتناع من قبوله. وفي المبسوط من رواية ابن نافع عن مالك: بلغني أن الحمار الوحشي الذي أهدى الصعب بن جثامة للنبي ﷺ، وهو محرم، إنما رده عليه من أجل أن الحمار كان حيًّا.

مسألة: ومن أهدى له صيد في حال إحرامه قبله، لم يكن رده على قياس المذهب، لأنه قد ملكه بالقبول على قول القاضي أبي الحسن، أو قد خرج عن ملك الواهب، وإن لم يوجد في ملك الموهوب على مذهب القاضي أبي إسحاق، فليس له أن يرده على واهبه إن كان حلالاً. وقد قال ابن حبيب في محرم ابتاع صيدًا: فإنه ليس له أن يرده على بائعه منه، إن كان حلالاً، ولو كان حلالاً، ولو رده عليه لزمه جزاؤه.

٧٧٦ - أخرجه البخاري في كتاب الحج حديث رقم ١٦٩٦، وكتاب الهبة حديث رقم ٢٣٨٥، ٢٤٠٦. ومسلم في كتاب الحج حديث رقم ٢٠٥٩. والترمذي في كتاب الحج حديث رقم ٧٧٧. والنسائي في كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٧٦٧، ٢٧٦٨. وابن ماجه في كتاب المناسك حديث رقم ٣٠٨١. وأحمد في المسند حديث رقم ١٥٨٢٦، ١٦٠٥٩، ١٦٠٦٦، ١٦٠٧٧. والدارمي في كتاب المناسك حديث رقم ١٧٥٨.
قال ابن عبد البر في التمهيد ٤١١/٥: هذا حديث لم يختلف في إسناده على مالك، ولا على ابن شهاب، وكل من في إسناده فقد سمعه بعضهم من بعض سماعاً.

٤٢٦ كتاب الحج

فصل: وقوله: «فلما رأى ما فى وجهه»، يريد من التغير والإشفاق لرد النبى ﷺ هديته مع أنه ﷺ يقبل الهدية ويأكلها فخاف الصعب أن يكون ذلك لمعنى يخصه، فلما رأى النبى ﷺ ما فى وجهه أعلمه وجه رده لها ليزيل ما فى نفسه، وليعلم أمته هذا الحكم، فأخبره أنه لم يردها عليه إلا أنه كان من الإحرام فى حال من لا يجوز له الانتفاع بمثل هذا من الصيد.

٧٧٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَامِرٍ بْنِ رَبِيعَةَ قَالَ: رَأَيْتُ عُثْمَانَ بْنَ عَفَانَ بِالْعَرَجِ وَهُوَ مُحْرَمٌ فِي يَوْمٍ صَائِفٍ قَدْ غَطَّى وَجْهَهُ بِقَطِيفَةٍ أَرْجَوَانَ^(١) ثُمَّ أَتَى بِلَحْمٍ صَيْدٍ، فَقَالَ لِأَصْحَابِهِ: كُلُّوا فَقَالُوا: أَوْ لَا تَأْكُلُ أَنْتَ؟ فَقَالَ: إِنِّي لَسْتُ كَهَيْئَتِكُمْ إِنَّمَا صَيْدٌ مِنْ أَجْلِي.

الشرح: قوله: «أن عثمان بن عفان كان يغطى وجهه، وهو محرم»، قد بينا أن إحرام الرجل متعلق بوجهه، فلا يخمره وفعل ذلك مكروه.

قال القاضى أبو محمد: وروى عن عبدالله بن عمر منعه. وقال أبو حنيفة: ذلك محرم عليه. وقال الشافعى: ليس محرما عليه، وهو المروى عن جابر وعبدالله بن الزبير وزيد ابن ثابت. ودليلنا على الشافعى أن هذه عبادة لها إحرام، فكره للرجل تغطية وجهه فيها كالصلاة.

فصل: وقوله: «فى يوم صائف»، يريد شديد الحر.

وقوله: «بقطيفة أرجوان»، القطيفة كساء له حمل، والأرجوان صوف أحمر لا ينتفض شىء من صبغه، فلا يمنع المحرم منه إلا لما أنكره عمر على طلحة بن عبيدالله من لبس الثوب المصبوغ بالمدر، وقال: إنكم أيها الرهط أئمة يقتدى بكم الناس.

فصل: وقوله: «فأتى بلحم صيد، فقال لأصحابه: كلوا ثم قال: إنما صيد من أجلى»، ذهب إلى أن الصيد إنما يحرم من المحرمين على من صيد من أجله دون غيره، وقد خالفه فى ذلك على بن أبى طالب وامتنع من أكله، وإن كان صيد من أجل عثمان، ولم يصد من أجله.

وفى الميسوط عن ابن القاسم: وكان مالك لا يأخذ بمحدث عثمان بن عفان حين

٧٧٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٥٦. عبد الرزاق فى المصنف ٤/٤٣٤.

(١) القطيفة: ثوب مُحمل. الأرجوان: الصبغ الأحمر.

كتاب الحج ٤٢٧
قال لأصحابه: كلوا وأبى أن يأكل. وما روى عن عثمان رضى الله عنه يقتضى صحة ذكاته عنده، وهذه المسألة مبنية على أن ما صاده المحرم وذبحه ميتة لا يجوز لحلال ولا لحرام أكله، والاصطيد والذبح لأجل المحرمين ممنوع، فإذا كانت ذكاته هذا الصيد ممنوعة لحق الإحرام، فإنه يجب أن لا تقع بها ذكاة ولا استباحة أكل كما لو باشر ذلك المحرم أو أمر به.

٧٧٨ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ لَهُ: يَا ابْنَ أُخْتِي إِنَّمَا هِيَ عَشْرُ لَيَالٍ، فَإِنْ تَخَلَّجَ فِي نَفْسِكَ شَيْءٌ فَدَعُهُ، تَعْنِي أَكَلَ لَحْمِ الصَّيْدِ.

الشرح: قول عائشة رضى الله عنها: «يا ابن أختي، إنما هي عشر ليال»^(١)، تشير إلى قصر مدة الإحرام، وأن الصبر عن أكل لحم الوحش فى موته لا يخلق به كبير مضرة ولا مشقة، وإنما هو صبر يسير يستسهل لما يختلج فى النفس من أمر الصيد، فما كان يشك فيه من أمر لحم الصيد، فواجب أن يأخذ فيه بالأحوط، ويترك أصله إلا ما يتقن إباحته، ووضح لديه حكمه، ولم يختلجه شك فى إباحته، فإن له أن يأكله كما يأكل لحم الأنعام، ولم يفسر فى الحديث أن كلامهما فى لحم الصيد، ولكن أورد من الحديث ما حفظه ثم فسره بما فهم من مقصده وتيقن من معناه.

وهذا دليل فضله وورعه، وثقة نقله، واقتضاه على ما ثبت فى حفظه، وتحقيق عنده على أن عموم لفظ الحديث يشتمل عليه. وقد روى ذلك مفسراً فى نص الحديث من حديث عبدالرزاق أن عروة قال: سألت عائشة عن لحم الصيد للمحرم، فقالت: «يا ابن أختي، إنما هي أيام قلائل، فما حاك فى نفسك فدعه».

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ الْمُحْرَمِ يُصَادُ مِنْ أَجْلِهِ صَيْدٌ فَيَصْنَعُ لَهُ ذَلِكَ الصَّيْدُ فَيَأْكُلُ مِنْهُ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ مِنْ أَجْلِهِ صَيْدٌ: فَإِنْ عَلَيْهِ جَزَاءُ ذَلِكَ الصَّيْدِ كُلِّهِ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن المحرم إذا صيد من أجله صيد وصنع من أجله،

٧٧٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٥٧.

(١) قال فى الاستذكار ٣٠٨/١١: قول عائشة لعروة: «إنما هي عشر ليال» تعنى أيام الحج، فإنها خاطبت بهذا من كان إحرامه قبل يوم الترويه أن يكف عن أكل لحم الصيد جملة، فما صاده الحلال من أجله أو من أجل غيره، ليدع ما يريه إلى ما لا يريه، ويترك ما شك فيه وحاك فى صدره.

٤٢٨ كتاب الحج
فأكل منه عالمًا بذلك، فإن عليه جزاء، فإن لم يعلم فلا جزاء عليه، رواه ابن المواز عن مالك، ثم قال بأثره: وقد قيل لا جزاء عليه، علم أو لم يعلم لأنه أكل ميتة إلا أن يعلم قبل ذبحه، فيذبحه على ذلك أو يأمر بصيده فهذا عليه جزاؤه.

قال القاضي أبو الحسن: إن وجوب الجزاء على من أكل من لحم صيد، صيد من أجله عالمًا بذلك استحسان على غير قياس أن لا جزاء عليه، وبه قال أصبغ، وهو قول أبي حنيفة.

وللشافعي في ذلك قولان، أحدهما: وجوب الجزاء، والثاني: نفيه.

وجه وجوب الجزاء ما قدمناه من أن الاصطياد لأجل المحرمين ممنوع، فإذا صيد من أجله، ولم يأكل منه لم يلزمه بذلك جزاء، لأنه لم يباشِر الاصطياد، ولا أمر به من تلزمه طاعته، ولا وجد منه مقصود الاصطياد الذي هو الأكل، والذي يدعو الصائد إلى الاصطياد، فإذا أكله، فقد أتى بمقصود الاصطياد له، فلزمه الجزاء لأن ما وجد من فعله فيه ينضاف إلى الاصطياد الذي كان من أجله، فيجب به الجزاء.

وهذا القول مبني على أن للأكل تأثيرًا في وجوب الجزاء على المحرم.

ووجه القول الثاني أن المحرم إذا صاد صيدًا فأكل منه محرم غيره لم يجب على الأكل جزاء، فبأن لا يجب عليه جزاء إذا أكل منه أولى، وهذا القول مبني على أنه لا تأثير للأكل في وجوب الجزاء، والله أعلم.

فرع: ولو أكل من هذا الصيد محرم غيره، فقد روى أشهب عن مالك: لا جزاء فيه. وروى عن مالك أيضًا: أن عليه الجزاء. وهذا مبني على ما تقدم من الخلاف في تأثير الأكل في وجوب الجزاء.

فرع: وقوله: «فإن عليه جزاء ذلك الصيد كله»، لفظ فيه تجوز لأن الجزاء إنما هو كفارة عند مالك، وليس ببدل من الصيد، ولا على وجه الضمان له. وقال الشافعي: إن ذلك بدل من الصيد وليس بكفارة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدِيَاً بِالْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ [المائدة: ٩٥] وفائدة هذا الخلاف أن من قال أن ما يخرج من الجزاء على وجه الكفارة، فإذا قتل جماعة صيدًا وجب على كل واحد منهم كفارة كاملة، وبه قال أبو حنيفة. ومن قال ذلك على وجه البدل يتوزعون بينهم.

كتاب الحج ٤٢٩
 وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يُضْطَرُّ إِلَى أَكْلِ الْمَيْتَةِ وَهُوَ مُحْرَمٌ أَيَصِيدُ الصَّيْدَ فَيَأْكُلُهُ
 أَمْ يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ؟ فَقَالَ: بَلَى يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَمْ يُرَخِّصْ
 لِلْمُحْرَمِ فِي أَكْلِ الصَّيْدِ وَلَا فِي أَخْذِهِ فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ، وَقَدْ أُرْخِصَ فِي الْمَيْتَةِ
 عَلَى حَالِ الضَّرُورَةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن المحرم إذا اضطر إلى أكل ميتة فوجدها، ووجد صيداً،
 كان الواجب أن يأكل الميتة، ولم يعرض للصيد لأن المنع في الصيد بقوله تعالى: ﴿لَا
 تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، ولم يستثن فيه ضرورة ولا غيرها، وقال في
 الميتة: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا أَثْمَ عَلَيْهِ إِنْ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة:
 ١٧٣] فأرخص فيها للضرورة، فلم يتعلق المنع بحال الضرورة، فهو ممنوع من الصيد
 غير ممنوع من الميتة، فلم يجوز له التعرض إلى الصيد.

فصل: وقوله: «ولم يرخص للمحرم في أكل الصيد ولا في أخذه»، يشمل معنيين،
 أحدهما: أنه لم ينص على ذلك كما نص في حكم الميتة، والثاني أنه لم يرخص في
 ذلك ما دام واجداً للميتة أو غيرها لأن أكله للصيد بعد تصيده حكمه حكم الميتة،
 وتصيده أيضاً ممنوع، فكان فيه منعان، ويحتمل أن يكون منع الصيد أشد تغليظاً لما فيه
 من التسبب إلى التصيد الممنوع، والله أعلم.

مسألة: وما صيد من الصيد لأجل المحرم، وكانت عنده ميتة، فقد روى ابن المواز
 عن مالك: يأكل الصيد، ويؤدى جزاءه أحب إلينا، فوجه ذلك أنه مختلف في كونه
 ميتة، غير ذكي، والقائلون بأنه ذكي أئمة مشهورون، فكان أكله أولى من أكل ما اتفق
 على كونه ميتة، ويلزمه بعد ذلك الجزاء على ما قدمنا فيمن صيد من أجله صيد من
 المحرمين، فأكل منه وهو عالم، ولا يسقط عنه الضرورة ما يجب عليه من الجزاء، ألا
 ترى أن محرماً لو اضطر إلى أكل الميتة، فلم يجدها فاصطاد صيداً وأكل منه، فإنه يجب
 عليه الجزاء لأن محظورات الإحرام لا تسقط للضرورة، وتجب الكفارة فيما تناوله
 المحرم منها.

قَالَ مَالِكٌ: وَأَمَّا مَا قَتَلَ الْمُحْرَمُ أَوْ ذَبَحَ مِنَ الصَّيْدِ، فَلَا يَجِلُّ أَكْلُهُ لِحَلَالِهِ وَلَا
 لِمُحْرَمِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِذَكِي كَانَ خَطَأً أَوْ عَمْدًا، فَأَكْلُهُ لَا يَجِلُّ، وَقَدْ سَمِعْتُ ذَلِكَ مِنْ
 غَيْرِ وَاحِدٍ.

٤٣٠ كتاب الحج

الشرح: وهذا كما قال أن ما ذبحه المحرم من الصيد، فإنه لا يحل أكله لحلال، ولا حرام لأن ذكاته لا تصح للصيد فهو ميتة، وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي. وله قول آخر: أن غير القاتل يأكل منه.

الدليل على ما نقوله أن هذه زكاة لا يستباح بها المذكي لحق الله، فلا يستباح بها غيره كالذكاة في غير الصيد على الوجه الممنوع.

مسألة: فإن صيد الصيد وذبح لأجل محرم، أو أشار محرم على حرام أو حلال أن يصيده ويذبحه للمشير أو دله عليه ليذبحه له، فقد قال القاضي أبو الحسن: لا تصح ذكاته، قال: وقد وجد منصوصاً أن هذا ما ذبح للمحرمين، فلا يأكله محرم ولا غيره، وهذا الذي ذكره في المبسوط على ما ذكر. وكذلك في كتاب محمد عن مالك. ووجه ذلك ما قدمناه من أن ذبحه ممنوع في حق الله تعالى.

فصل: وقوله: «كان ذلك خطأ أو عمداً»، فإن ذلك سواء في المنع، وقد يصيد المحرم، وهو يعتقد أنه يصيد أسداً، وقد يذبح الصيد الداجن في الليل، وهو يظن شاة، وقد يذبح ويصيد وينسى إحرامه ولا يستباح ذلك كله.

فصل: وقوله: «قد سمعت هذا عن غير واحد»، يريد أنه قد قال غيره من العلماء قبله ما ذكره، واختاره وإن كان له هو أن يقوله ما لم يتقدمه إجماع يخالفه، إلا أن في ذلك تقوية للمقالة، ومن قال أن ما ذبحه المحرم ميتة لا يأكله حلال ولا حرام، سعيد بن المسيب والحسن البصري وعطاء والقاسم وسالم.

قال مالك: وَالَّذِي يَقْتُلُ الصَّيْدَ ثُمَّ يَأْكُلُهُ إِنَّمَا عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ مِثْلُ مَنْ قَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن من قتل الصيد، فقد وجب عليه جزاؤه لقتله إياه، فإن أكل منه بعد ذلك فلا جزاء عليه فيه، غير الجزاء الأول، وهو الذي وجب بالقتل، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وأبو محمد. وقال أبو حنيفة: في قتله جزاء كامل، وفي أكله ضمان ما أكل. وقال عطاء: من ذبح صيداً ثم أكله فعليه كفارتان.

والدليل على ما نقوله أنه إتلاف بعد قتل، وجب به الجزاء، فلم يجب به ضمان كما لو قتله ثم أحرقه.

مسألة: فإن أكل منه غيره من المحرمين، ففي كتاب محمد: لا شيء عليه. وفي رواية أشهب عن مالك في ذلك نظيره: وإن أكله حلال، فلا شيء عليه.

وجه رواية ابن القاسم ما احتج به من أنه أكل ميتة، فلا يجب عليه بذلك الجزاء كما لو أكل ميتة لم يصدّها ولا صيدت من أجله. ووجه رواية أشهب أنه ممنوع من أكله لأجل الإحرام كما هو ممنوع من صيده، فوجب عليه الجزاء بأكله كما يجب عليه بقتله ولا يجوز أن يوجد من المحرمين أحد الأمرين، الأكل والقتل، إلا وعليه الكفارة.

مسألة: وإذا عاد المحرم لقتل الصيد أو تكرر منه لزمه الجزاء كلما عاد وتكرر منه قتل الصيد، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وهو قول عمر بن الخطاب وسعيد بن جبيرة والحسن البصري، وإليه رجح عطاء. وقال ابن عباس: لا جزاء عليه إلا في أول مرة، فإن عاودا لم يحكم عليه بجزاء، وبه قال مجاهد والنخعي والشعبي.

الدليل على صحة ما ذهب إليه عمر بن الخطاب ومن قال بقوله، قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] فنهى عن قتل جنس الصيد، والصيد اسم لما يصطاد، ثم قال: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] فالضمير في قوله: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ﴾ [المائدة: ٩٥] عائد إلى الصيد الممنوع من قتله، ومن قتل صيداً ثانياً، فهو قاتل للصيد، وداخل تحت عموم قوله: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً﴾ الآية، فيجب عليه الجزاء.

فإن قيل إنما أراد به أول مرة، وقد بين ذلك في آخر الآية بقوله تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ﴾ [المائدة: ٩٥] فتولى تعالى الانتقام منه، وجعل ذنبه أعظم من أن تكون له كفارة بالجزاء، فلا جزاء عليه فيه.

فالجواب أن عطاء قد قال: إن معنى قوله تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ﴾ يعني ما كان في الجاهلية، قال: ومعنى قوله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ﴾ يعني في الإسلام، وعليه الكفارة.

وقال القاضي أبو إسحاق: معناه من عاد بعد الذي سلف قبل تحريم الصيد، ﴿وَعَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ﴾ يريد قبل التحريم، ولهذا التأويل وجه صحيح بل هو الأظهر؛ لأن قوله تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ﴾ ظاهره ما سلف قبل نزول الآية، ولا يحتمل أن يكون معنى سلف المرة الأولى لأن الأولى ليست بسالفة ممن يأتي بعد، وهي بعد الثانية ممن مضى وعلى هذا تأول الجميع قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢] أن المراد به قبل نزول التحريم.

وقال القاضي أبو إسحاق: يحتمل أن يكون الانتقام منه بأشياء تصيبه، قال تعالى:

٤٣٢ كتاب الحج
﴿وما أصابكم من مصيبة فبما كسبت أيديكم﴾ [الشورى: ٣٠] ولا خلاف بيننا في وجه الانتقام منه، وليس في قوله تعالى: ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾ ما ينفى وجوب الجزاء عليه، لو لم يكن في الآية ما يدل على ذلك، وكيف والآية متضمنة له، وعلى أنه يصح أن يقال من الانتقام منه، وجوب الجزاء عليه.

مسألة: ومن قتل صيدًا مملوكًا وجب عليه مع الجزاء لصاحبه القيمة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو إبراهيم المزني: لا جزاء عليه، وإنما عليه القيمة لصاحبه. والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿ومن قتل منكم متعمدًا فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾.

* * *

أمر الصيد في الحرم

قَالَ مَالِكٌ: كُلُّ شَيْءٍ صِيدَ فِي الْحَرَمِ أَوْ أُرْسِلَ عَلَيْهِ كَلْبٌ فِي الْحَرَمِ، فَقُتِلَ ذَلِكَ الصَّيْدُ فِي الْحِلِّ، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ، وَعَلَى مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ جَزَاءُ الصَّيْدِ، فَأَمَّا الَّذِي يُرْسِلُ كَلْبَهُ عَلَى الصَّيْدِ فِي الْحِلِّ فَيَطْلُبُهُ حَتَّى يَصِيدَهُ فِي الْحَرَمِ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْكَلُ وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ جَزَاءٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أُرْسِلَهُ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الْحَرَمِ، فَإِنْ أُرْسِلَهُ قَرِيبًا مِنَ الْحَرَمِ فَعَلَيْهِ جَزَاؤُهُ^(*).

الشرح: وهذا كما قال، والأصل في ذلك أن الصيد ممنوع في الحرم للحلال والحرم. والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [البقرة: ١٠٤] وما رواه ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «إن الله حرم مكة، فلم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، لا يخالس خلالها، ولا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرف». وقال العباس: يا رسول الله إلا الإذخر فإنه لصاغتتنا وقبورنا، فقال: «إلا الإذخر».

مسألة: وقد اختلف قول مالك فيما يقرب من الحرم، وإن كان يمنع الاصطياد كما يمنع الحرم، فقال أشهب: ليس له حكم الحرم. وروى ذلك عن مالك وابن القاسم، قال مالك: والاصطياد فيه مباح إذا سلم من القتل في الحرم. وقال ابن الماجشون: إن كل ما يسكن بسكون ما في الحرم، ويتحرك بتحركه، فإن حكمه حكم الحرم، وقاله مالك.

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٥٨.

وجه القول الأول أن الحرم محدود، وفائدة تحديده أن ما خرج عن حده، فإن حكمه غير حكم الحرم.

فصل: ووجه القول الثاني: أن تحديده ليس بمنصوص على غايته حتى لا يكون بين الحل والحرم شيء منه جملة إلا الحظ البين الواضح، وإذا كان الأمر على ذلك وجب الاحتياط فيما قرب ليتيقن استيفاء حرمة الحرم.

مسألة: فإن قتل الصيد في الحرم، حلال أو حرام، فلا يخلو أن يكون تصيده في الحرم أو الحل، فإن كان تصيده في الحرم، فعليه الجزاء، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وقال القاضي أبو الحسن: إنه إجماع الصحابة والتابعين. وقال داود: لا جزاء عليه، إن كان حلالاً.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] فوجه الدليل من الآية قوله: ﴿وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ والحرم جماعة حرام، يقال أحرم الرجل، فهو محرم وحرام، إذا أتى الحرم، وإذا أحرم بحجة أو عمرة يبين ذلك قول الشاعر:

قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً فدعا فلم أر مثله مخذولاً
يريد أنه كان في حرم المدينة، ولا خلاف أنه لم يكن محرماً بحج ولا عمرة، ولا ادعى ذلك له أحد، وإذا ثبت أن هذا اللفظ يقع على من دخل الحرم، وعلى من أحرم بنسك وجب أن يحمل عليهما.

والدليل على ذلك من جهة القياس أن الدخول في الحرم إحرام يتعلق به النسك ويمنع التصيد، فأوجب أن يجزى بقتل الصيد كالإحرام بالحج أو العمرة.

مسألة: وأما إن صاد الحلال في الحل، فإن له ذبحه في الحرم، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك، وحكاه مالك عن عطاء، وذكر أنه رجع عنه.

والدليل على ذلك ما احتج به الشيخ أبو بكر من أن الحرم موضع استيطان، وإقامة، فلو لم يجز فيه ذبح الصيد لشق ذلك على أهله، وليس ذلك لمنزلة الإحرام لأن حرمة الحرم متأبدة، وحرمة الإحرام غير متأبدة، وهذا الدليل فيه نظر، وترك ذبح ما صيد فيه عندي أحوط، والله أعلم.

مسألة: ويحرم الاصطياد في حرم المدينة. وقال أبو حنيفة: ليس بمحرام، ورأيت للقاضي أبي الحسن أنه مكروه، والأول هو المذهب.

٤٣٤ كتاب الحج

والدليل على ذلك قوله ﷺ: «ما بين لابتيها حرام»^(١). وقوله ﷺ: «إني أحرم ما بين لابتي المدينة أن يقطع عضاها وينفر صيدها»^(٢).

فرغ: فإذا قلنا بتحريم الاصطياد فيه، فهل يجب الجزاء؟ المشهور من مذهب مالك أنه لا يجزئه. وقال القاضي أبو محمد: إن مقتضى قول مالك أنه يجزئه، وهو قول أبي وهب. وقول مالك الأول أظهر؛ لأن المدينة لا تتعلق الكفارة والفدية بالأعمال المختصة بها فلذلك تعلقت الكفارة بقتل صيدها.

فصل: وقوله: «وأرسل عليه كلب في الحرم فقتل ذلك الصيد في الحل، فإنه لا يحل أكله، وعلى من فعل ذلك جزاء ذلك الصيد» يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون الصائد في الحل والصيد في الحرم، والثاني: أن يكون الصائد في الحرم والصيد في الحل، فأما إن كانا في الحرم، فأخذه الخارج في الحرم أو الحل، فعليه جزاؤه لأن الصيد قد كان متحرماً بجرمة البيت، فإذا صاده أو أخرجه منه، فأخذه في الحل، فقد انتهك حرمة الحرم، وأخذ صيداً متحرماً به، فوجب عليه جزاؤه، ولو كان الصائد في الحل والصيد في الحرم لكان هذا حكمه لأن ذلك المعنى موجود فيه.

مسألة: فإن كان الصيد في الحل والصائد في الحرم، فقد قال ابن القاسم: لا يجوز له الاصطياد. وقال ابن الماجشون: له ذلك.

وجه قول ابن القاسم قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] ولم يغير حال الصيد. ومن جهة المعنى أن هذه حرمة تمنع الاصطياد، فوجب أن يكون الاعتبار فيها بحال الصائد دون حال الصيد كحرمة الإحرام. ووجه قول ابن الماجشون: أن الحرم لا تأثير له في الصائد تأثيره وحرمة للصيد، فإذا لم يتحرك بجرمة الحرم جاز اصطياده، وأما الصيد فلم يتلبس بعبادة تحرم عليه صيداً ولا غيره.

فصل: وقوله: «وأما الذي يرسل كلبه على الصيد في الحل، فيطلبه حتى يصيده في الحرم، فإنه لا يؤكل ولا جزاء عليه»، وهذا على قسمين إذا كان الصيد والصائد في الحل، أحدهما: أن يكونا بقرب الحرم، والثاني: أن يكونا على بعد منه، فإن كان بعيداً

(١) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (١٨٦٩، ١٨٧٣). مسلم حديث رقم

(١٣٧٢). الترمذي حديث رقم (٣٩٢١).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٣٦٢، ١٣٦٣). أحمد في المسند حديث رقم

(١٥٧٧، ١٦٠٩).

كتاب الحج ٤٣٥
من الحرم، فأرسل كلبه على الصيد، فأدخله الكلب فى الحرم وقتله فيه، أو قتله فى
الحل بعد إدخاله الحرم، وإخراجه منه، فإنه لا يؤكل لأنه قد تحرم بجرمة الحرم، فعلم
اصطياده وأكله، ولا جزاء على الصائد لأنه لم ينتهك حرمة الحرم ولا غرر بإرساله
بقر به.

فرع: والبعد هو ما يغلب على ظنه أن الكلب لا يلحقه به وأنه سيدركه قبل ذلك
أو يرجع عنه. وقال ابن الماجشون: إن البعد من الحرم بمقدار ما لا يسكن الصيد فيه
بسكون من فى ذلك الموضع من الحل، ولا يجوز أن يرسل من فى الحرم كلبه على صيد
فى ذلك الموضع من الحل، والله أعلم.

فصل: وقوله: «أن لا يكون أرسله عليه، وهو قريب من الحرم، فإن أرسله قريباً من
الحرم، فعليه جزاؤه»، يريد أن الإرسال بقرب الحرم ممنوع، وذلك يمتثل وجهين،
أحدهما: أن يكون على ما قاله ابن الماجشون أن له حكم الحرم، والثانى ما قاله
أشهب: أن ذلك على معنى الاحتياط والامتناع من التغرير بإرسال جارح على صيد
قرب الحرم، فلا يدركه إلا فى الحرم.

والأصل فى ذلك قوله ﷺ: «ألا وإن حمى الله محارمه، وأن الراتع حول الحمى
يوشك أن يقع فيه»^(٣) وهذا تنبيه على الامتناع من كل فعل لا تؤمن معه موقعة
المحظور.

فصل: وقوله: «فإن أرسله قريباً من الحرم، فعليه جزاؤه قبل وصوله إليه، فإذا أخذه
بعد إدخاله الحرم، فإن أخذه فيه وأخرجه منه بأخذه، فعليه الجزاء»^(٤)، وقد تقدم معناه.

(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (٢٠٥١). الترمذى حديث رقم (١٢٠٥).
النسائى فى الصغرى حديث رقم (٤٤٥٣). أبو داود حديث رقم (٣٣٢٩). أحمد فى المسند
حديث رقم (١٧٩٠٣).

(٤) قال فى الاستذكار ٧/١٢ - ٩: اختلف الفقهاء فى الذى يرسل كلبه فى الحل فيقتل الصيد
فى الحرم. فقال مالك: عليه جزاؤه، وكذلك لو رمى سهماً فى الحل فقتل فى الحرم. وهو قول
الأوزاعى، والليث. وقال أبو حنيفة: لو رمى من الحل فوقعت الرمية فى الحرم فقتل صيداً، فعليه
الجزاء، وإن أرسل كلباً فى الحل، فقتل فى الحرم فلا جزاء عليه. وقال الثورى فى شجرة أصلها
فى الحرم وأغصانها فى الحل سقط عليها طائر؟ قال: ما كان فى الحل يلزم وما كان فى الحرم
فلا يلزمه. وقال الوليد بن مزيد: سئل الأوزاعى عن رجل أرسل كلبه فى الحل على صيد،
فأدخله الحرم، ثم أخرجه من الحرم فقتله؟ فقال: لا أدرى ما أقول فيها فقال السائل: لو=

٤٣٦ كتاب الحج

مسألة: وإذا أدركه بقرب الحرم قبل وصوله إليه، فعلى قول أشهب: لا شىء عليه؛ لأنه قد سلم مما غرر به ولو أكله، وعلى قول ابن الماجشون أن له حكم الحرم بقربه منه، فلا يؤكل وعليه جزاؤه، وإن كان أخذه قبل إدخاله فيما حكمه حكم الحرم فقد سلم ويأكله.

* * *

الحكم فى الصيد

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَذَا بِأَلْفِ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ [المائدة: ٩٥] ^(١).

الشرح: تفسير قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾، قد ذكرنا أن معنى حرم، عند جماعة من أهل العلم محرمون، إما بالإحرام بالنسك، وإما بالكون فى الحرم، فهى تعالى عن قتل الصيد على هذه الحال ثم أخبر عز وجل بأن على من قتله متعمداً الجزاء.

وقال كثير من أهل العلم: إن الناسى لإحرامه المتعمد لقتله من جملة العامدين، وما ذكروا وجه صحيح لأنه نص تعالى على متعمد القتل، ولم يخص ناسياً لإحرامه، ولا ذاكراً له، فيجب أن يحمل على عمومه، وقد ذكرنا أن داود يقول: لا شىء على من نسى الإحرام، وتعمد القتل، والآية حجة عليه لاسيما مع قوله بالعموم.

وردتني شهراً فيها لم أسأل عنها أحداً غيرك. فقال الأوزاعي: لا يؤكل الصيد وليس على صاحبه جزاء. قال الوليد: فحججت فى العام المقبل، فلقيت ابن جريج؛ فسألته عنها؟ فحدثني عن عطاء عن ابن عباس بمثل ما قال الأوزاعي. قال أبو عمر: لا خلاف بين العلماء من السلف والخلاف فى تحريم الصيد بمكة من سائر الحرم وأنه حرم آمن كما قال الله، عز وجل: ﴿أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً﴾. وقال إبراهيم عليه السلام: ﴿رب اجعل هذا البلد آمناً﴾ وقال رسول الله ﷺ: ﴿إن الله، عز وجل، حرم مكة ولم يحرمها الناس﴾. وقال عليه السلام: إن إبراهيم حرم مكة وهذا معناه أنه دعى فى تحريمها فكان سبب ذلك، فأضيف إليه على ما تعرفه العرب من كلامها.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٥٩.

كتاب الحج ٤٣٧

وأما المخطئ بالقتل فلم يجز له في الآية ذكر، فلا معنى للاحتجاج بالآية على إثبات الجزاء فيه ولا نفيه، إلا لمن يقول بدليل الخطاب، ونحن لا نقول به ولا داود.

وقال ابن شهاب: يجب على العائد الجزاء بالآية وعلى المخطئ بالسنة فبين أنه لا حكم للمخطئ في الآية، وقد قال القاضي أبو إسحاق: ثبت حكم المخطئ بقوله تعالى: ﴿وحرّم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾ [المائد: ٩٦] فعم، وهذا فيه نظر.

فصل: وقوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥]، ذهب مالك والشافعي ومحمد بن الحسن إلى أن المراد به إخراج مثل الصيد المقتول من النعم إن كان له مثل، والنعامة لها مثل وهي البدنة، وبقر الوحش له مثل وهي البقر الإنسية. وقال أبو حنيفة: لا يضمن شيء من ذلك بمثله، وإنما يضمن بالقيمة، ثم يشتري بتلك القيمة هدياً أو طعاماً.

والدليل على صحة القول الأول قوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ فأخبر تعالى أن على القاتل مثل ما قتل من النعم ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾ فوجه الدليل من الآية أنه قال تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ وذلك يقتضى أن مثل المقتول من النعم هو الجزاء والقيمة لا ينطلق عليها مثل للمقتول لاغة ولا شرعاً، وإنما المثل ما يشبهه، وأشبه النعم بالنعامة البدنة من جهة الخلقة.

ومما يؤكد ما قلناه ما بينه الله تعالى بقوله: ﴿هديا بالغ الكعبة﴾ وهو منصوب على الحال من الضمير الذى فى يحكم وهو المثل من النعم، وذلك يقتضى أنهما يحكمان به هدياً، وهذا يوجب اختصاصه بالمثل من النعم هذا الذى أورده شيوخنا فى هذه المسألة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه يصح أن يقال فيه أن قوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ أن المثل هاهنا صفة للمقتول فكأنه قال فجزاء مثل هذا المقتول من النعم، بمعنى قصر جزاء مثل هذا المقتول على النعم على وجه الهدى، ولو كان المثل متعلقاً بالنعم لقال: فجزاؤه مثله من النعم أو مثل المقتول من النعم، فهذا الظاهر للفظ إلا أن يمنع منه إجماع أو غيره من الأدلة مما يوجب العدول عن الظاهر.

وإذا كان الجزاء من النعم والمثلى عائداً إلى المقتول من الصيد لأنه مضاف إليه كان نصاً فى وجوب إخراج النعم ولم يجز أن يقال أن معنى المثل القيمة، ولو كان ذلك سائغاً فى كلام العرب لأنه قد قصر الجزاء على النعم ولم يصرفه إلى قيمة ولا غير ذلك إلا إلى النعم خاصة.

ودليلنا من جهة السنة ما رواه جابر بن عبدالله أن النبى ﷺ سئل عن الضبع، فقال:

٤٣٨ كتاب الحج
«هي صيد»^(٢) وجعل فيها كبشا، فوجه الدليل من ذلك أنه ﷺ جعل في الضبع كبشاً،
وأبو حنيفة يجعل فيها القيمة.

ودليلنا أيضاً إجماع الصحابة على ذلك، فقد روى عن ابن عباس أن عمر قضى
وعثمان بن عفان وعلى بن أبي طالب وزيد بن ثابت ومعاوية بن أبي سفيان في النعامة
بيدنة من الإبل، وهؤلاء الخلفاء والأئمة المشهورون قضوا بذلك في آفاق مختلفة وأزمان
مفترقة تختلف فيها القيم مع علم كل أحد أن قيمة البدنة أكثر من قيمة النعامة،
وشاعت قضاياهم بذلك في الآفاق والأمصار فلم يعلم لهم مخالف ولا منكر لحكمهم
فثبت أنه إجماع.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان يخرج على وجه التكفير، فلم يخرج بالقيمة
كالرقة في كفارة القتل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الواجب مثل الصيد في النعامة بدنة، وفي الفيل بدنة،
وفي بقر الوحش وحمار الوحش بقرة، وفي الضبع شاة، وفي الظبي شاة، وليس فيما
دونه من الصغير هدى.

وقد اختلف في الضب، فروى ابن وهب عن مالك: فيه شاة. وروى عنه ابن
وهب: قيمته طعام أو صيام. وحكى القاضي أبو الحسن أن مثل الثعلب على قياس
المذهب شاة. وفي كتاب محمد عن ابن القاسم ما يقتضى الأمثل له من النعم، وأن فيه
الإطعام.

وأما الأرنب واليربوع، ففي كتاب ابن حبيب عن مالك: في كل واحد منهما عنز.
وقال مالك في المختصر: يحكم فيهما بالاجتهاد لأنه لا مثل لهما في الخلقة، يريد من
النعم.

مسألة: وهذا حكم الصيد كله إلا حمام مكة، فقد قال مالك: فيه شاة، وبه قال
عمر وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وقتادة.

وقال أبو حنيفة: ليس فيها إلا قيمتها. وبه قال النخعي.

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ٨٥١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٨٣٦. أبو داود
حديث رقم ٣٨٠١. ابن ماجه حديث رقم ٣٠٨٥، ٣٢٣٦. أحمد فى المسند حديث رقم
١٤٠١٦، ١٣٧٥١.

كتاب الحج ٤٣٩

والدليل على صحة ما قاله مالك أنه إجماع الصحابة حكم به عمر وأفتى به ابن عمر في المواسم، فلم ينكر ذلك أحد ولا خالفه، فثبت أنه إجماع.

ودليلنا من جهة المعنى أن الشاة في الحمامة ليست من جهة الصورة، ولكن التغليظ لحرمة مكة، فألحقت بما له مثل من النعم في الهدى، وأقل ذلك شاة.

مسألة: وأما حمام الحل، فحكمه حكم سائر الطير يضمن بقيمته، وبه قال قتادة وقال الشافعي: في حمام الحل شاة، وبه قال عطاء.

والدليل على ما نقوله أن هذا مما لا مثل له من النعم، ولا له حرمة الاختصاص بالبيت أو بالحرم، فلم تجب فيه شاة كالعصفور.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف أصحابنا في حمام الحرام، فقال مالك: فيه شاة، وبه قال ابن الماجشون وأصبيغ، وقال ابن القاسم: فيه حكومة.

وجه قول مالك أن هذا متحرم بالحرم، فكانت فيه شاة كحمام مكة. ووجه قول ابن القاسم أن هذا حمام لا يختص بالبيت كحمام الحل.

فرع: وقمارى الحرم وبمائه عند أصبيغ بمنزلة حمام الحرم، وقال ابن الماجشون: إن هذا الحكم يختص بالحمام دون غيره. وجه قول أصبيغ أن هذه أنواع من الحمام، فكان فيها شاة كالحمام. ووجه قول ابن الماجشون أن الاختصاص بالبيت، والتحرّم به إنما وجد من الحمام دون غيره، وبذلك مضى حكم السلف لتخصصها بذلك.

مسألة: يجب في صغار الصيد ما يجب في كباره، وفي معييه ما يجب في سليمه، وبه قال عمر وابن عمر. وقال أبو حنيفة: تجب في ذلك كله القيمة على أصله. وقال الشافعي: يجب في فرخ النعامه فصيل، وفي ولد بقره الوحش عجل، وفي ولد الظبي سخلة، وفي المعيب من الوحش معيب من مثله من النعم.

الدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة﴾ فقيّد ذلك بما يصح أن يكون هدياً دون ما لا يجزى فيه.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا حيوان مخرج على وجه الكفارة، فلم يختلف باختلاف سن المتلف. أصل ذلك الرقبة.

فصل: وقوله تعالى: ﴿يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥] يقتضى إخراج الجزاء على هذا الوجه من حكم ذوى العدل به لأنه قد قيّد الجزاء بحكم

٤٤٠ كتاب الحج
الحكمين، فكان شرطاً فيه كتقييد الصفات، ولا نعلم خلافاً في ذلك، فإن أخرج أحداً
الجزء قبل الحكم، فعليه إعادته بالحكم إلا حمام مكة، فإنه لا يحتاج إلى حكمين، قاله
مالك.

ووجه ذلك أن ما اتفق عليه من جزاء حمام مكة ليس يمثل لها من جهة من الجهات،
فلو اجتهد حكمان في ذلك لما جاز أن يؤديهما اجتهدهما في الحكم إلا إلى الشاة،
فلذلك لم يحكم فيها الحكمان.

وأما غير ذلك من الصيد، فإنه محتاج فيه إلى حكم الحكمين بتحقيق مثل ذلك
الصيد، وهل يحتاج إلى الحكمين لانتظام جنس الجزاء أو لا؟ قال القاضي أبو محمد: إنه
إذا حكم الحكمان انتمت عليه ما حكما به، ولم يكن له الرجوع إلى غيره.

وقال الشيخ أبو إسحاق في زاهيه: له الرجوع ما لم ينفذاً عليه الحكم، فإذا أنفذه،
فلا رجوع له عنه. وفي المدونة أنهما إن حكما عليه باختياره بالهدى، كان له الرجوع
إلى الطعام أو الصيام بحكمهما أو بحكم غيرهما، وبه قال أكثر أصحابنا.

وجه القول الأول أن هذا حكم ثابت بالشرع، فوجب أن ينحتم ما حكما به من
الإصابة. أصل ذلك سائر أحكام الشرع. ووجه القول الثاني أن المحكوم عليه في جزاء
الصيد لما كان مخيراً فيما يحكم به ثبت أن حكمهما إنما يتعلق بمقدار ما يلزمه من مثل
الصيد أو قدر الطعام أو الصيام.

فإذا قدر الصيد بمثله من النعم، ثم اختار الإطعام ثم يلزمه المثل الذي حكما به عليه،
وكان له أن ينتقل إلى ما يختاره من الإطعام أو الصيام، فحكم حكمين في تقديره
بالاختيار له بعد الحكم كالاختيار له قبل الحكم.

فصل: وكما قال تعالى: ﴿يُحْكَمْ بِهِ ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ لم يجوز أن يقتصر على أقل من
اثنين لأنه شرط فيه العدد كما شرط العدالة، وكما شرط العدد في الشهود، فقال
تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولا يجوز أن يكون
المحكوم عليه أحدهما، وبه قال الحسن البصري.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يُحْكَمْ بِهِ ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ والحاكم يجب أن
يكون غير المحكوم عليه، فكأنه قال: يحكم به عدل منكم عليكم لأن الإنسان لا يحكم
على نفسه، فإن قيل، لا نسلم أن المراد بالآية ما ذكرتم لأنها تستقل «من» ولا يتقدر
مخذوف لأن الله تعالى خاطب بذلك المؤمنين، فتحمل الآية على كل عدل من
المخاطبين، والقاتل من جملتهم ولا يمتنع أن يحكم الإنسان على نفسه.

ولذلك قيل: أحكم على نفسك، قبل أن يحكم عليك الحاكم.

فالجواب أن مخاطبة البارئ المؤمنين لا يقتضى المحكوم عليه من جملة الحاكم فى ذلك، ألا ترى أنه تعالى مخاطب المؤمنين بقوله تعالى: ﴿وامتثلوا شهداء من رجالكم فإن لم يكونا رجلين﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية، والمشهود له منهم، ولا يجوز أن يكون أحد الشهود.

وقولهم: إن الإنسان قد يحكم على نفسه لأن معنى الحكم عليه القهر له والغلبة والرد عن الباطل إلى الحق، وهذا يستحيل أن يفعله الإنسان فى نفسه كما يستحيل أن يأمرها وينهاها فافتضى ذلك أن المحكوم عليه غير الحكيم قال الله تعالى: ﴿واتمروا بينكم بمعروف﴾ [الطلاق: ٦] ولا يجوز أن يأمر الإنسان نفسه.

وأما قول الناس: أحكم على نفسك قبل أن يحكم عليك الحاكم، فمن كلام السوق، ومن لا يحتج بقوله، ولو سلمنا أنه قد نطقت به العرب؛ لكان معناه أخرج عن الحق وأده إلى مستحقه، فإن ذلك يقوم مقام الحكم عليك قبل أن يحكم به عليك، وهذا على وجه المجاز كما قال الشاعر:

ابداً بنفسك فانها عن غيرها فإذا انتهت عنه فأنت حكيم

وإن كنا قد أجمعنا على أن الإنسان لا ينهى ولا يأمرها، وإنما ذلك على وجه المجاز والاتساع فى اللغة.

فروع: فإن اختلف الحكمان فى الحكم استأنف الحكم غيرهما، ولو أراد أن يأخذ بقول أحدهما لم يكن له ذلك، ولم يستأنف الحكم فى ذلك، قاله فى المختصر. قال الشيخ أبو بكر: والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿يُحْكَمُ بِهِ ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ فإذا أخذ بقول أحدهما، فلم يحكم به ذوا عدل، وإنما يحكم به حكم واحد.

فصل: وقوله تعالى: ﴿هدايا بالغ الكعبة﴾ يقتضى ظاهره أن يكون ما يخرج من النعم جزء عن الصيد مما يجوز أن يهدى، وهو الجذع من الضأن، والثنى من غيره، وبهذا قال مالك وجميع أصحابه.

وإن أخرج ما دون ذلك لم يجره فى لحمه شيع من يشيع من ذلك الصيد، وجوز ذلك أبو حنيفة على القيمة والشافعى على وجه المثل.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يُحْكَمُ بِهِ ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدِيَا بِالْغِ كَبَّة﴾

٤٤٢ كتاب الحج
فنص تعالى على أن الذى أمر به من النعم يكون هديًا، ولا يصح ذلك فيما دون الجذع
من الضأن، والثنى من غيره.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان ورد الشرع فيه بصفة الهدى، فلم يجوز فيه ما
قصر سنة عن سن الهدى. أصل ذلك هدى التمتع.

فصل: وقوله تعالى: ﴿أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال
أمره﴾ [المائدة: ٩٥] قال ابن عباس: كل شيء فى القرآن بلفظ «أو» فهو على التخيير،
وهو الظاهر من الآية، والمفهوم منها والله أعلم، فقاتل الصيد خير بين الهدى والإطعام
والصيام، فأيهما شاء من ذلك يحكم به، وهذا مذهب أبى حنيفة والمشهور من مذهب
الشافعى.

وروى عن ابن سيرين أنها على الترتيب، وحكى مثله عن الشافعى فى القديم
وأصحابه ينكرونه.

والدليل على ما نقوله لفظ الآية، فإنه ورد بلفظ «أو» وظاهرها التخيير مع أن «أو»
لا تحتل الترتيب وإن احتملت غير التخيير من المعانى.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه كفارة فى الحج للطعام فيها مدخل، وكانت على
التخيير كقضية الأذى.

فرع: فإن اختار أن يحكم عليه بالمثل فيما له مثل من النعم، حكم عليه به، وإن اختار
الإطعام فيما له مثل أو فيما لا مثل له حكم عليه به يقوم عليه الصيد نفسه بالطعام،
وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعى: إنما يقوم عليه المثل.

والدليل على ما نقوله أننا إذا اتفقنا على أنه لا بد من اعتبار أحد الأمرين الصيد أو
مثله، فاعتبار الصيد أولى، لأنه المتلف، وبسببه وجب الجزاء.

ودليلنا من جهة المعنى أن فى الطعام معنى يجب صرفه إلى المساكين بسبب الصيد،
فوجب اعتباره بالصيد كالمثل من النعم.

فرع: وتقويم الصيد نفسه بالطعام هو المختار لأن الطعام هو المأخوذ، وإنما يقوم
بالدراهم إذا كانت هى المأخوذة، فإن قوم الصيد بالدراهم ثم قومت الدراهم بالطعام،
جاز أن ذلك يؤول إلى معرفة القيمة لاسيما والتقويم غالبًا إنما يكون بالدنانير أو
الدراهم، لكن فى ذلك تطويل وتكرار اجتهاد وتقويم يكثر معه السهو، وتقليل مواضع
الاجتهاد أولى وأبعد من السهو.

كتاب الحج ٤٤٣

والفرق بين هذه المسألة وبين تقويم المثل بالطعام، فإنما معناه جملة لتكرار مواضع الاجتهاد وتطوير طرق النظر مع القدرة على التحرز من ذلك أن الدنانير والدرهم أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد يتوصل بها إلى معرفة القيمة بالطعام، إذا كان الصيد لا تعرف قيمته بالطعام ولا جرت عادة بشراء مثله بالطعام، وإنما يشتري بالدرهم فيتوصل بمعرفة قيمته من الدرهم إلى معرفة قيمته من الطعام، وليس كذلك المثل، فإنه ليس بأصل للتقويم ولا يتوصل به إلى تحقيقه، فإذا كثرت به مواضع الاجتهاد لم يكن له وجه غير الخطأ فيه والعدول عن وجه الصواب في تقويم ما يراد تقويمه به، مع أن تقويم الصيد بالدرهم، ثم تقويم الدرهم بالطعام، لا يخالف تقويم الصيد بالطعام لأن القيمة في الوجهين واحدة، وليس كذلك تقويم المثل لأننا لا نشك أن قيمة القدية أكثر من قيمة النعامة بكثير، فإذا حكم عليه بإخراج قيمة البدنة، فقد حكم عليه بأكثر من قيمة النعامة بكثير، فلذلك افترقا، وفي تقويم الصيد ثلاثة أبواب.

* * *

الباب الأول في صفة التقويم

وقد اختلف أصحابنا في ذلك، فقال يحيى: ينظر كم يشبع الصيد من نفس، ثم يخرج قدر شبعهم طعاماً، ويمثل هذا قال ابن القاسم وسالم، وقد قال في المدونة: ينظر إلى ما يسارى من الطعام، وينحو ذلك قال بن المواز.

وجه قول يحيى أن من الحيوان ما لا قيمة له كالضبع والثعلب، فوجب أن يكون الاعتبار بمقداره، فإن ذلك لا يعدم في شيء من الحيوان، ولو راعينا القيمة لأعدمنا دم كثير من الحيوان.

ووجه الرواية الثانية أن الحيوان كله تراعى قيمته على حسب ما هو حين إتلافه ولو اعتبر بالشبع منه لذهب كثير من قيمة جلده، ولا اعتبرنا في قيمته ما لم يكن عليه حين إتلافه.

فرع: فإذا قلنا بالرواية الثانية فإنه يقوم حياً، وهو المروي عن مالك أنه تلزمه قيمته على الصفة التي أتلفه عليها، وإن قلنا برواية يحيى في مراعاة الشبع، فإنه لا يمكن أن يقوم حياً وإنما يعتبر مقدار لحمه بعد ذبحه، وكم عدد من شبع من لحمه.

فرع: ولا تعتبر فراهية الصيد ولا جماله والفاره وغير الفاره في ذلك سواء، قاله مالك.

٤٤٤ كتاب الحج
ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] وقد علمنا أنه لم يرد المثل من جهة الآحاد لأن ذلك كان يقتضى أن يخرج عن صغير النعم بقرة أو شاة لأن ذلك أقرب إلى مقدارها من البدنة والفصيل، وذلك خلاف الإجماع، فعلمنا أن المراد بذلك المماثلة من جهة الجنس والخلف.

* * *

الباب الثانى فى موضع التقويم

الذى قاله جماعة أصحابنا أنه تراعى قيمته حيث أصاب الصيد، إن كان له هناك قيمة، فإن لم تكن له هناك قيمة لأنه ليس بموضع استيطان ولا مقام ولا به أنيس انتقل إلى أقرب المواضع إليه مما يمكن التقويم فيه.

ووجه ذلك أن قيمته إنما هو ترتيب عليه هناك كسائر التلقات، ويجب أن يراعى أيضاً ذلك الوقت، وذلك الإبان لأن القيمة قد تختلف باختلاف الأوقات، وهذا على الظاهر من المذهب، فأما على قول يحيى، فلا يراعى شىء من هذا، وإنما يراعى الشبع خاصة من جنس ذلك الصيد.

* * *

الباب الثالث فى موضع إخراج الجزاء

وذلك أنه يخرج به حيث أصاب الصيد، إن كان فيه من يقبله، فإن لم يكن فيه من يقبله، ففى أقرب المواضع إليه يكون فيه من يقبله.

ووجه ذلك أن القيمة إذا روعى فيها سعر البلد، وجب الإخراج به، وإلا كان فى ذلك إسقاط بعض حقوق الله تعالى بأن يقوم عليه فى موضع غلاء السعر، فيخرجه فى موضع رخصه.

فرع: فإن أخرجه بموضع آخر، فقد قال مالك فى المدونة. يحكم عليه فى المدينة ويطعم بمصر، إنكاراً لذلك. قال ابن القاسم: معناه: أنه إن فعل لم يجزه، وقال فى الموطأ: يجزه، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى. وقال ابن وهب وأصبغ وغيرهما: يجزه.

وجه قول مالك أنه لا يجزه مبنى على أن الصيد نفسه يقوم بالطعام. ووجه قول أصبغ مبنى على أن الصيد يقوم بالدراهم، ثم تقوم الدراهم بالطعام.

فصل: فإذا قلنا بقول من يجيز ذلك، فإن فيه تفصيلاً واختلافاً. روى في العتبية يجيى عن ابن وهب أنه يخرج قيمة الطعام الذى حكم به عليه حيث أصاب الصيد، فيشتري به طعاماً حيث يريد إخراجه، سواء كان أرخص طعاماً من بلد أصابه أو أغلى. وقال أصبغ: إن أخرج الجزاء على سعره بموضعه ذلك أجزاه حيث كان.

وقال ابن المواز: إن أصاب بمصر، فأخرج الطعام بالمدينة أجزاه لأن سعرها أغلى، وإن أصاب الصيد بالمدينة وأخرج الطعام بمصر لم يجزه إلا أن يتفق سعرهما. وقال ابن حبيب: إن كان الطعام ببلد الإخراج أرخص، اشترى بثمن الطعام الواجب عليه ببلد الصيد طعاماً فأخرجه، فإن كان ببلد الإخراج أغلى، أخرج المكيلة الواجبة عليه، وهذا يقرب ظاهره من قول ابن المواز، وهو إن شاء الله أحوط الأقوال على قول من أجاز إخراجه بغير بلد إصابة الصيد، والله أعلم.

مسألة: ويفرق من هذا الطعام مداً لكل مسكين بمعد النبي ﷺ، قال من تقدم من شيوخنا: إنما كان ذلك لأنها كفارة، والكفارة الإطعام فيها مد لكل مسكين، وهذا ينتقض على قول من قال من شيوخنا: إن مد هشام من مد النبي ﷺ، فإنه يطعم به فى كفارة الظهار، ويتحرر من هذا أن يقال إنه طعام فى كفارة لا يجب فيها ترتيب ولا يتعلق بعدمه أذى، فأشبهه الإطعام فى كفارة الفطر فى رمضان عاماً أو كفارة اليمين بالله تعالى.

فرع: فإن كان فى الطعام كسر مد، فإنه يعطى لمسكين ولا يلزم جبره.

ووجه ذلك أن الإطعام إنما كان بالقيمة، وقد استوفيت القيمة بالإخراج، ولو قيل فيه يلزم جبره، لم يبعد عندى لأن ما يدفع من الكفارات لكل مسكين مقدار لا يتبعض لأنه لو أعطى مسكينين مداً بينهما لم يجزه حتى يجبر ما يعطى أحدهما.

مسألة: ولو اختار الصوم صام عن كل مسكين يوماً، وبه قال عطاء. وقال أبو حنيفة: يصوم عن كل مدين يوماً، وهذه المسألة مبنية على سنة كفارة الفطر فى رمضان، وقد تقدم ولا خلاف أن اعتبار الصوم بالإطعام لقوله تعالى: ﴿أَوْ عَدَلْ ذَلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: ٩٥] وإنما الخلاف فى صفة الاعتبار، ومقدار ما يقابل اليوم من الإطعام، والله أعلم.

فرع: فإن كان فى قيمة الصيد من الطعام كسر مد، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: يصام يوم كامل.

٤٤٦ كتاب الحج

ووجه ذلك أن إسقاط كسر المد غير جائز لأنه لله تعالى، فلا يجوز إلقاؤه وتبعيض اليوم لا يمكن، فلم يبق إلا جبره كالأيمان في القسامة.

مسألة: ولا يتبعض الإطعام والصيام بأن يطعم عن بعض الكفارة ويصوم عن بعض، ولكن يطعم عن جميعها أو يصوم عن جميعها، قاله ابن القاسم في المدونة. ووجه ذلك أنها كفارة شرع، فلم يميز فيها التبعيض ككفارة اليمين.

قَالَ مَالِكٌ: فِي الَّذِي يَصِيدُ الصَّيْدَ وَهُوَ حَلَالٌ ثُمَّ يَقْتُلُهُ وَهُوَ مُحْرِمٌ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي يَيْتَاغُهُ وَهُوَ مُحْرِمٌ ثُمَّ يَقْتُلُهُ، وَقَدْ نَهَى اللَّهُ عَنْ قَتْلِهِ: فَعَلَيْهِ جَزَاؤُهُ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن الذي يصيد وهو حلال، ثم يقتله بعد أن يحرم أنه بمنزلة الذي ييتاغه في حال إحرامه فيقتله، وذلك أن الذي يحرم وفي يده صيد صاده وهو حلال، قد حرم عليه قتله لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] فهى عن قتله في حال الإحرام وقد استويا في ذلك، وإنما اختلف أصحابنا في استدامة إمساكه، فحوزه أشهب، ومنعه غيره ولم يختلفوا في منع القتل.

فصل: وقوله: «وقد نهى الله عن قتله، فعليه جزاؤه»؛ لأن من نهى عن قتل الصيد لأجل إحرامه فقتله عليه الجزاء لأنه قتل الصيد في حال إحرامه، وتلك الصفة التي تناولها النهى على ما وردت فيه الآية، والله أعلم.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ أَصَابَ الصَّيْدَ وَهُوَ مُحْرِمٌ حُكِمَ عَلَيْهِ بِالْجَزَاءِ.

قَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الَّذِي يَقْتُلُ الصَّيْدَ فَيُحْكَمُ عَلَيْهِ فِيهِ أَنْ يَقُومَ الصَّيْدُ الَّذِي أَصَابَ فَيُنْظَرَ كَمْ نَمْتُهُ مِنَ الطَّعَامِ، فَيُطْعِمَ كُلَّ مِسْكِينٍ مُدًّا أَوْ يَصُومَ مَكَانَ كُلِّ مُدٍّ يَوْمًا، وَيُنْظَرَ كَمْ عِدَّةَ الْمَسَاكِينِ، فَإِنْ كَانُوا عَشْرَةَ صَامَ عَشْرَةَ أَيَّامًا، وَإِنْ كَانُوا عِشْرِينَ مِسْكِينًا صَامَ عِشْرِينَ يَوْمًا، عَدَدَهُمْ مَا كَانُوا، وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ سِتِّينَ مِسْكِينًا^(١).

الشرح: قوله: «من أصاب الصيد وهو محرم، حكم عليه»، يريد أن الحكم شرط في إخراج الجزاء، والله تعالى قد وصف ما ألزمه من الإحرام بذلك، فقال: ﴿مِثْلَ مَا قُتِلَ

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٥٩.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٥/١٢.

كتاب الحج ٤٤٧
من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة» [المائدة: ٩٥] فجعل لذلك شروطاً منها: أن الجزاء من النعم، والثاني: أنه يحكم به ذوا عدل، والثالث: أنه بصفة الهدى، والرابع: أن يبلغ الكعبة، فلا يجوز الإخلال بشيء من ذلك ثم خير بين ذلك وبين الإطعام والصيام إلا في صفة الحكم لأنه ليس بالطعام ولا بالصيام من النعم، فلا يصح أن يهدى ولا يساق إلى الكعبة، إنما يصح اشتراكهما في الحكم، فكان الحكم شرطاً في ذلك كله وصفة ما يلزمه منه فيما مثله الهدى من النعم حكماً عليه بذلك، فإن أخرجته فقد برئ مما لزمه، وإن أراد انتقال عنه بعد الحكم عليه به، وهل له ذلك أم لا؟ حكى القاضي أبو محمد أنه ليس له ذلك، وإليه أشار الشيخ أبو إسحاق. وفي المدونة: أنه يجوز له الانتقال بحكم مستأنف.

فصل: وقوله: «أحسن ما سمعت في الذي يقتل الصيد فيحكم عليه فيه، أن يقوم الصيد الذي أصاب فينظركم ثم من الطعام» على ما يقوم من أن الصيد يقوم بالطعام، فينظر ذلك المقدار، فيطعم منه إن اختار الإطعام كل مسكين مداً.

فصل: وقوله: «فيطعم كل مسكين مداً أو يصوم مكان كل مد يوماً»، ظاهره يقتضى أنه إذا حكم عليه بالإطعام كان له أن يطعم كل مسكين مداً أو يصوم مكانه يوماً دون حكم، وعلى هذا إنما يحتاج إلى الحكم في إخراج المثل أو إخراج الطعام، فأما التخيير بينه وبين الصيام والتكفير بدلا من الطعام، فلا يحتاج فيه إلى حكم، ولذلك وجه لأن الصوم مقدر بالطعام تقديراً بالشرع؛ لأنه تعالى قال: ﴿وَأَوْ عَدَلَ ذَلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: ٩٥] فأما إطعام المثل، فيحتاج إلى تقدير واعتبار، فلا بد فيه من حكم الحكمين، وإذا قلنا إن الكفارة تنحتم بحكم الحكمين ولا يجوز الانتقال عما حكما به، فإن الأظهر عندي أن يجبراه بما يحكمان عليه من الهدى، ومن الإطعام والصيام، ثم يخيرانه في ذلك، فإن اختار أحد ذلك حكماً به عليه، فإن قلنا إنه لا ينحتم عليه ذلك بحكهما، وأن له الانتقال، فإن اختار أحد ما يكفر به حكماً عليه بمقدار ما يريانه من ذلك.

فرع: فإن قلنا حكمهما لازم، فالذي قاله القاضي أبو محمد والشيخ أبو إسحاق: أنه إذا حكما عليه بما حكما فليس له الانتقال، ولم يفرقا بين ما يكفر به، وإن قلنا إن حكمهما غير واحد لازم على ما في المدونة، فإنه إن حكم عليه بالهدى ثم اختار الإطعام لزم أن يحكم عليه بالإطعام، لأن الإطعام يحتاج إلى تقدير في الهدى، وكذلك إن أحب أن ينتقل من الإطعام أو الصيام إلى هدى، وإن أراد الانتقال من إطعام إلى

٤٤٨ كتاب الحج
صيام، فعلى ظاهر لفظ الموطأ لا يحتاج إلى استئناف حكم لأن تقدير الصيام بعد معرفته
مقدار الواجب من الطعام فقد تقرير بالشرح:

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندئذ الاستئناف الحكم لأن بعض
الكوفيين يقول: إنه يصام عن كل مدين يوم، فيحتاج إلى اجتهاد وحكم يتخلص به من
الخلافاً، ولعل اللفظ أطلق والمراد إعادة الحكم فى الصيام.

مسألة: فإن أراد الحكم بالمثل نظر إلى مثله من النعم على ما ذكر فيحكم به، وإن
أزاد الحكم بالطعام قدر مقدار ما يلزمه من الطعام، وإن أراد الحكم بالصيام، فلا بد من
معرفة ما يلزم من الطعام إن أراد التكفير به وبذلك يتوصل إلى معرفة ما يلزمه من
الصيام لأن الصيام عدل الطعام، فلا بد من معرفة مقدار الطعام ليصح أن يعادل بالأنسوم.

فصل: وقوله: «وإن كانوا أكثر من ستين مسكيناً»، يريد أن الإطعام والصيام: فنى
جزاء الصيد كما يتقدر بعدد ينتهى إليه، فلا يزداد عليه كما تتقرر سائر الكفتارات كان
جزاء الصيد، وإن كان كفارة، فهو معلق بقدر الصيد، فوجب أن يعتبر ذلك بالغاً ما
بلغ.

قَالَ مَالِكٌ: سَمِعْتُ أَنَّهُ يُحَكَّمُ عَلَى مَنْ قَتَلَ الصَّيْدَ فِي الْحَرَمِ، وَهُوَ حَلَالٌ بِمِثْلِ
مَا يُحَكَّمُ بِهِ عَلَى الْمُحْرِمِ الَّذِي يَقْتُلُ الصَّيْدَ فِي الْحَرَمِ، وَهُوَ مُحْرِمٌ^(١).

الشرح: ومعنى ذلك أن جزاء الصيد فى الحرم علقى القتال المحرم والقاتل الحلال،
سواء لا يزداد على المحرم السبب إخرامه، وهو أيضاً مثل الذى يجب على المحرم؛ لأن
الحلال يجب عليه الجزاء، إنما أصاب من الصيد فى الحرم لحرمه الحرم، والمحرم يجب
عليه بإصابة الصيد فى الحل مثل ذلك، فإذا تداخلت الحرمتان لم تؤثر فى زيادة الجزاء
كإحرام القارن، وقد تقدم الكلام فى ذلك.

* * *

ما يقتل المحرم من الدواب

٧٧٩ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «خَمْسٌ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦/١٢.

٧٧٩ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٦٩٧. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم
٢٠٧٦، ٢٠٧٧. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٧٧٧، ٢٧٧٩، ٢٧٨١، -

كتاب الحج ٤٤٩
مِنَ الدَّوَابِّ لَيْسَ عَلَى الْمُحْرَمِ فِي قَتْلِهِنَّ جُنَاحٌ، الْغُرَابُ وَالْحِدَاةُ وَالْعُقْرَبُ وَالْفَأْرَةُ
وَالْكَلْبُ الْعُقُورُ».

الشرح: قوله ﷺ: «خمس من الدواب» اسم واقع على ما دب ودرج، إلا أنه
استعمل في عرف اللغة في نوع من الحيوان، وقد تستعمل على أصلها مع القرائن التي
يتبين المراد بها، وقد بين ﷺ، فلذلك جاز أن يوقع عليها اسم الدواب.

فصل: وقوله ﷺ: «ليس على المحرم في قتلهن جناح» يقتضى إباحة ذلك على كل
وجه إلا ما خصه الدليل؛ لأن الجناح اسم واقع على الإثم فكأنه قال: لا إثم في قتلهن
على المحرم، فإذا أبيع قتلها فلا معنى للكفارة والجزاء بقتلها؛ لأن الكفارة لا تستعمل
في المباح، ولا تعلق لها به، والذي ذهب إليه شيوخنا المالكيون من أهل العراق في
تفسير هذا الحديث: أن كما ما يتدئ بالضرر غالباً، فإن للمحرم قتله ابتداءً، في الحل
والحرم ولا شيء عليه في ذلك.

وإنما الخمس الدواب المنصوص عليها جامعة لأنواع ذلك، وهى الغراب والحدأة
والعقرب والفأرة والكلب العقور، وهو كل ما يعدو ويفترس ويخيف الإنسان من الأسد
والنمر والفهد والذئب وغيرهما.

وقد ذكر مالك في موطنه الفرق بين الطير منها وبين الكلب العقور، وسنذكره بعد
هذا إن شاء الله تعالى. وقال أبو حنيفة: يقتل المحرم ابتداء الذئب والكلب والعقور
والغراب والحدأة، ولا جزاء عليه، وإن قتل فهدياً أو أسداً أو نمراً أو غير ما سميناه من
الأصناف الأربعة، فعليه الجزاء، وإن عدت عليه، فقتلها فلا جزاء عليه.

والدليل على ما نقوله الحديث المذكور، وهو قوله ﷺ: «والكلب العقور» وهذا
الاسم ينطلق على الأسد والنمر، وكل ما يعقر الإنسان لأن الكلب مأخوذ من التكلب،
ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] والعقور مأخوذ من
العقر. وهذه الصفة في الأسد والنمر آيين وأثبت منه في الذئب وغيره من الكلاب. وقد
روى عن أبي هريرة وهو من أهل اللسان، أنه قال: الكلب العقور، هو الأسد.

= ٢٧٨٢، ٢٧٨٣، ٢٧٨٤، ٢٨٣٧، ٢٨٣٨، ٢٨٣٩. وأبو داود في كتاب المناسك حديث
رقم ١٥٧٢. وابن ماجه في كتاب المناسك حديث رقم ٣٠٧٩. وأحمد في المسند حديث رقم
٤٣١٥، ٤٦٤٤، ٤٧٠٠، ٤٨٤٧، ٤٨٦١، ٤٨٨٦، ٤٩١٣، ٥٠٧٢، ٥٢١٩، ٥٢٨٢،
٥٩٥٠. والدارمي في كتاب المناسك حديث رقم ١٧٤٧، ١٧٤٨.

٤٥٠ كتاب الحج
ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان يلحق الضرر من جهته بالعدوان والافتراس
غالبًا، فجاز للمحرم أن يتدنه بالقتل كالذئب والكلب العقور.

فصل: وقال الشافعي: كل حيوان يحرم أكله، فإنه مباح للمحرم قتله إلا السبع،
وهو المتولد بين الذئب والضبع. وأما الصيد الذي يستباح أكله، فذلك يحرم على المحرم
صيده.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾
[المائدة: ٩٦] والصيد اسم واقع على كل متوحش يصطاد، سواء كان مما يؤكل لحمه
أو مما لا يؤكل لحمه، ولذلك يصح أن يقال اصطاد فلان سبعًا، كما اصطاد ظبيًا، ولا
يصح أن يقال اصطاد شاة، ولا إنسانًا. ومن جهة القياس أن هذا وحشى لا يتدنى
بالضرر غالبًا فوجب الجزاء على من قتله محرماً كالضبع والثعلب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن هذه الأنواع التي يختص بعضها بمعان من الضرر لا يوجد
في غيرها.

فأما الغراب والحدأة، فإن مضرتهما، ليست بأنه يخاف أن يقتلا أجدًا في الغالب،
ولكنها يكثران في الغالب، ويقتفلان الناس فيأخذان الأزواد واللحمان، ولا يمكن
الاحتراز منهما لكثرتيهما، ودنوهما من الناس، والفأرة تختص بفرض الثياب، والمزاود
وإفساد الطعام، ولا يمكن الاحتراز منهما، والعقرب تؤذى باللدغ، ولا يمكن الاحتراز
منه، لاسيما في حال النوم والاضطجاع والكلب العقور يؤذى بالعقر والفرس
والإجاجة مع ما فيه من القوة على ذلك، وإنه إذا عدا لم يكن يستطيع دفعه، فأبيح
للمحرم دفع ذلك باغتفاله، وطلب غرته لأنه إذا كان متحرزًا، فقصدته لم يستطيع في
الغالب دفعه.

فصل: وقوله ﷺ: «الغراب والحدأة». قال القاضي أبو الحسن: نص النبي ﷺ
عليهما، ونبه بذلك على ما هو أكثر ضررًا منهما في بابهما، وهذا الكلام يحتاج إلى
تأمل لأنه ليس في جنسهما ما يبلغ ضررهما؛ لأن أكثر ضررهما ليس لشدة فيهما،
وإنما لكثرتيهما ودنوهما من الناس، وطلبهما الغفلة حتى لا يمكن الاحتراز منهما، ولا
الانفصال عنهما إلا بقتلهما وصيدهما.

وأما الرخم والعقبان، فإنها نادرة نافرة عن الناس، فإن اتفق أن يكون منها ما يعدو،
فهو نادر كسائر الحيوان.

كتاب الحج ٤٥١

فصل: وأما الفأرة، فقد قال القاضي أبو الحسن: إنه ﷺ نص على الفأرة، ونبه على ما هو أقوى منها في جنسها وأبسط حيلة، وهذا أيضاً من ذلك الباب لأن الفأرة ليست تؤذى بقوة ولا بمغالبية، وإنما تؤذى باختلاس ومدوامة، وانفراد بالمتاع، والزيادة ولا نعلم ما يساويها في جنس إذايتها، فكيف بما يزيد عليها في ذلك ونحو ذلك كلامه في العقرب ويتجه عليه من الاعتراض ما تقدم.

فصل: وأما الكلب العقور، فذكر القاضي أبو الحسن أيضاً أنه نص عليه، ونبه على ما هو أقوى منه في بابه، وهذا على طريقة من قال: إن اسم الكلب لا يتناول إلا الكلب، فلذا نص على الكلب العقور لأجل إذايته.

ولما كان الأسد والنمر من جنسه وأعظم ضرراً منه، كان في ذلك تنبيه عليهما، وعلى ما كان من السباع مثلهما. وأما من قال: إن اسم الكلب العقور يقع على الأسد والنمر، فإنه يتناولهما بإباحة قتل الكلب العقور من جهة النص لا من جهة التنبيه.

٧٨٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «خَمْسٌ مِنَ الذُّوَابِ مَنْ قَتَلَهُنَّ، وَهُوَ مُحْرِمٌ، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ: الْعُقْرُبُ وَالْفَأْرَةُ وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ وَالْغُرَابُ وَالْحِدَاةُ.

الشرح: قوله ﷺ: «من قتلهن، وهو محرم، فلا جناح عليه» على نحو ما تقدم، ويحتمل لفظه محرم، أن يكون محرماً بنسك، وأن يكون في الحرم حلالاً، لأننا قد بينا أن اللفظ يتناولهما.

وقد روى ذلك مفسراً من حديث سالم عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «خمس لا جناح على من قتلهن في الحرم والإحرام، الفأرة والعقرب والغراب والحداة والكلب العقور»^(١).

٧٨٠ - أخرجه البخاري في كتاب الحج حديث رقم ١٦٩٧. ومسلم في كتاب الحج حديث رقم

٢٠٧٦، ٢٠٧٧. والنسائي في كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٧٧٧، ٢٧٧٩، ٢٧٨١،

٢٧٨٢، ٢٧٨٣، ٢٧٨٤، ٢٨٣٨، ٢٨٣٩. وأبو داود في كتاب المناسك حديث رقم ١٥٧٢.

وابن ماجه في كتاب المناسك حديث رقم ٣٠٧٩. وأحمد في المسند حديث رقم ٤٣١٥،

٤٦٤٤، ٤٧٠٠، ٤٨٤٧، ٤٨٦١، ٤٨٨٦، ٤٩١٣، ٥٠٧٢، ٥٢١٩، ٥٢٨٢، ٥٩٥٠.

والدارمي في كتاب المناسك حديث رقم ١٧٤٧، ١٧٤٨.

(١) أخرجه ابن ماجه ٨٥٨/٢ كتاب الحج رقم ٧٩ ما ينذب للمحرم وغيره عن ابن عمر. أحمد

٥٤/٢ عن ابن عمر. الطبراني في الكبير ٣٢٩/١٧ عن ابن عمر.

٤٥٢ كتاب الحج

٧٨١ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «خَمْسٌ فَوَاسِقٌ يُقْتَلْنَ فِي الْحَرَمِ: الْفَأْرَةُ وَالْعَقْرَبُ وَالْغُرَابُ وَالْحِدَاةُ وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ».

الشرح: قوله: ﷺ: «خمس فواسق» الفسق في كلام العرب الخروج، يقال فسقت الثمرة إذا خرجت عن قشرتها وفسق الرجل إذا خرج عما أمر به من الطاعة وقويم الطريقة. وقال القاضي أبو الحسن: إنما سماها فواسق؛ لخروجها عما عليه سائر الحيوان بما فيها من الضراوة التي لا يمكن الاحتراز منها على ما بينا، ولا يكاد أن تعرى هي عنه.

٧٨٢ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَمَرَ بِقَتْلِ الْحَيَّاتِ فِي الْحَرَمِ.

الشرح: أمر عمر بقتل الحيات في الحرم لما قدمناه من أن أذهن لا يمكن الاحتراز منه إلا بابتدائها بالقتل، ولو تركت إلى أن تبتدى هي لابتدأت به في وقت نوم أو غفلة، فلا يمكن مدافعتها فيه مع ما طبعت عليه من أنها لا تنفك من الأذى، ولا تنصرف أن لا تعدو وهي شائعة في جنسها. وقد روى ابن مسعود أن النبي ﷺ أمر في غار منى بقتل حية^(١).

مسألة: وأما الوزع، فهل يقتلها الحلال في الحرم، قال مالك: لا بأس بذلك، ولو تركت لكثرت وغلبت فجعل مالك، رحمه الله، أذائها في كثرتها؛ لأن لها أذى يفسد

٧٨١ - أخرجه البخارى فى كتاب الحج حديث رقم ١٦٩٨. ومسلم فى كتاب الحج حديث رقم ٢٠٦٩. والترمذى فى كتاب الحج حديث رقم ٧٦٦. والنسائى فى كتاب مناسك الحج حديث رقم ٢٨٣٠، ٢٨٣٦، ٢٨٣٧، ٢٦٣٩، ٢٨٤٠. وأحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٩٢٣، ٢٣٤٣٠، ٢٣٧٦٤، ٢٤١٤٦، ٢٤٧٥٦، ٢٥٠٤٣. والدارمى فى كتاب المناسك حديث رقم ١٧٤٨.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٣٢/٥: هذا حديث يتصل، عن النبى ﷺ ويستند من حديث ابن عمر، وعائشة، وكلاهما قد سمع منه عروة. وقد روى هذا الحديث وكيع، عن مالك، عن هشام، بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، ولم يذكر فيه عائشة من رواة الموطأ أحد - فيما علمت - والله أعلم. وهو محفوظ عن عائشة، وعن ابن عمر.

٧٨٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٦٣. عبد الرزاق فى المصنف ٤/٤٤٣. المجموع ٣٢٢/٧. المحلى ٤/٤٤٩.

(١) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٨٨٣، ٢٨٨٤.

كتاب الحج ٤٥٣
ما تدخل فيه مع أن النبي ﷺ سماها فاسقة، غير أن مالكاً كره للمحرم بنسك أن يقتلها.

ومعنى ذلك أن لا يكون غالباً إلا في البيوت وحيث يقتله، ويدفع مضرتة الحلال، ومدة الإحرام يسيرة والفرق بينه وبين الفأر أن الفأر أكثر أذى وتسليطاً، وأسرع فى الفرار والعودة، وهذا إنما هو من مالك، رحمه الله، على وجه الكراهية؛ لأن عائشة رضيت الله عنها قالت: سماه النبي ﷺ فويسقاً، ولم أسمع أمر بقتله، فلو كانت عائشة رضيت الله عنها ممن روى عن النبي ﷺ أمره بقتل الفواسق الخمس ولم تسمعه أمر بقتل الوزغ، توقف عن قتله حال الإحرام.

قال مالك: وسمعت النبي ﷺ أمر بقتله، فحمل ذلك على حال الإحلال، سواء كان فى الحرم أو غيره، لما قدمنا ذكره.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن قتلها المحرم، فقد قال مالك: يتصدق بشيء مثل شحمة الأرض.

ووجه ذلك أنه يضعف عن الضرر ابتداءً، ويضعف عن التحرز والفرار، ولا يكثُر فى مسافة الإحرام، بل لا يوجد إلا نادراً مما يحمل فى متاع أو غيره، فأشبهه سائر الهوام، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْكَلْبِ الْعَقُورِ الَّذِي أُمِرَ بِقَتْلِهِ فِي الْحَرَمِ: إِنَّ كُلَّ مَا عَقَرَ النَّاسَ وَعَدَا عَلَيْهِمْ وَأَخَافَهُمْ مِثْلُ الْأَسَدِ وَالنَّمْرِ وَالْفَهْدِ وَالذَّنْبِ فَهُوَ الْكَلْبُ الْعَقُورُ، وَأَمَّا مَا كَانَ مِنَ السَّبَاعِ لَا يَعْدُو مِثْلَ الضَّبِّ وَالنُّعْلَبِ وَالْهَرِّ وَمَا أَشْبَهَهُنَّ مِنَ السَّبَاعِ، فَلَا يَقْتُلُهُنَّ الْمُحْرِمُ، فَإِنْ قَتَلَهُ فَدَاهُ.

الشرح: وهذا كما قال، رحمه الله أن كل ما عدا على الناس من هذه السباع وأخافهم، وجرت عادته بذلك، وعرف من حاله أنه يتدنى بذلك، فإن اسم الكلب العقور يتناوله، ويقع عليه فى اللغة.

وقد روى ذلك عن أبى هريرة رضيت الله عنه، وهو من أهل اللسان، وإذا كان الأسد والنمر من جميع ما يقع عليه هذا الاسم، وذلك الكلب والذئب، واستبيح غير الكلب والذئب لما فيهما من ذلك، فبأن يستبيح قتل الأسد والنمر أولى.

مسألة: ولم يختلف قول مالك، رحمه الله، فى الأسد والنمر والفهد أنه يجوز

٤٥٤ كتاب الحج

للمحرم قتلها. واختلف قوله فى الذئب، فروى عنه ابن عبدالحكم إباحت ذلك ومنعه.
وجه إباحت قتله لما فيه من اختلاس، وتكرار الضرر والأذى كالعقرب والحدأة لأن
اسم الكلب العقور يتناوله، فوجب أن يحمل على عمومته.
ووجه المنع أنه لا يتدئ غالباً بالعقر والتفرس، وإنما يفعل ذلك فى النادر أو عند
انفراده بصغار المواشى، فأشبهه الضبع.

مسألة: وأما قتل صغار الأسد والنمر والفهود، وما يجوز قتل كبارها، فهل يقتل
ابتداء أم لا؟ روى البرقى عن أشهب جواز ذلك. وروى ابن المواز عن ابن القاسم
وأشهب منع ذلك.

وجه القول الأول عموم الخبر، وهو قوله ﷺ «والكلب العقور» ومعلوم أنه ﷺ
يصفه بالعقر لأنه قد عقر، وإنما وصفه بذلك بجنسه، وهو صفة صغاره.

ووجه القول الثانى أنه حيوان لا يقدر على الضرر، فلم يجوز للمحرم قتله كالهر.

فرع: فإن قتلها، فهل يفديها أم لا؟ قال ابن القاسم: لا فدية عليه. وقال أشهب:
عليه الجزاء.

وجه قول ابن القاسم أنه من جنس ما نص وأبيح قتله، وإنما معنى قتله لصغره وعدم
أذاه، فإذا صيد لم تجب فيه فدية، لأنه قد تيقن أذاه وضرره فى المستقبل إذا كبر، وذلك
يمنع وجوب الفدية فيما قتل منه كالمريض من هذا الجنس، فإنه لا يجب بقتله فدية.
ووجه قول أشهب أن هذا منع من قتله لأنه لا يقدر على الابتداء بالضرر، فوجب فيه
الفدية كالضبع.

فصل: وقوله: «وأما الضبع والثعلب والهر وما أشبهها من السباع، فلا يقتلهن
المحرم»، فإن معنى ذلك أنه من جنس الحيوان المستوحش الذى لا يبدأ بالضرر غالباً،
بل يفر من الإنسان إذا رآه.

وكان عطاء يقول: إن الهر الوحشى سبع عاد، وأنه يجوز للمحرم أن يبدأ بالقتل،
وما قلنا أئين شاء الله.

مسألة: وروى محمد عن مالك: لا يقتل المحرم قرذاً. قال ابن القاسم: ولا يقتل
خنزيراً وحشياً، ولا إنسياً ولا خنزير الماء. قال ابن حبيب: ولا يقتل الذئب، وشبهه من
السباع التى لا تؤذى، يريد تبدأ بالضرر. ووجه ذلك ما ذكرناه.

كتاب الحج ٤٥٥

فصل: وقوله: «فإن قتله وداه»، يريد أن من قتل شيئاً من هذه السباع التي لا تبدأ بالضرر غالباً من غير أن تعدو عليه، فعليه جزاؤه.

وروى ابن القاسم فيمن قتل خنزيراً وحشياً أو إنسياً أو خنزيراً الماء: عليه جزاؤه. وقال ابن حبيب فيمن قتل الذئب: عليه جزاؤه. وقال الشافعي: كل ما لا يستباح أكله، فإن قتله مباح للمحرم وغيره إلا السبع، وقد تقدم ذكره.

قال مالك: وَأَمَّا مَا ضَرَّ مِنَ الطَّيْرِ، فَإِنَّ الْمُحْرِمَ لَا يَقْتُلُهُ إِلَّا مَا سَمَّى النَّبِيُّ ﷺ الْغُرَابُ وَالْحِدَاةُ، وَإِنْ قَتَلَ الْمُحْرِمُ شَيْئاً مِنَ الطَّيْرِ سِوَاهُمَا فَدَاهُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يقتل ابتداءً من الطير إلا الغراب والحدأة؛ لأن المنع عام في الطير وسائر الحيوان لقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] ثم خص النبي ﷺ من الجملة الغراب والحدأة، فبقى باقي الطير على الخطر، وأيضاً فإننا بينا أن مضرتهما التي أباحت قتلهما لا يشاركهما في إباحة القتل.

مسألة: وقد اختلف قول مالك في إباحة قتلها ابتداءً، فالظاهر من مذهب مالك، رحمه الله، ما أثبت في موطعه، وهو الأشهر عنه. وقد روى عنه أشهب منع ذلك للمحرم وفي الحرم.

وجه القول الأول أنهما من الفواسق التي ورد النص بإباحة قتلها كالعقرب والحية. ووجه الرواية الثانية أنهما من سباع الطير، فلم تبدأ بالقتل كالعقبان والنسور. والأول هو الصحيح لموافقة ظاهر حديث النبي ﷺ.

مسألة: وأما صغار الغريبان، فقد قال ابن القاسم: يوديها إن قتلها إذا كانت صغاراً لا حركة فيها، ولم أر فيها خلافاً بيننا لأصحابنا.

وأما وجوب الفدية على قول من رأى الفدية بقتل كبارها فيمن. وأما على قول من لم ير الفدية بقتل كبارها فإنه يحتمل القولين إن قلنا بما تقدم من قول ابن القاسم أنه لا جزاء بقتل صغارها، وتعليلنا ذلك بأنه لا يخاف الآن منها الضرر فلذلك منع قتلها، وأنه مما يخاف ضررها في المستقبل، فلا جزاء على قتلها، فلا فدية على هذا في صغار الغريبان والحدأة، وإن عللنا لذلك على مقتضى قول أشهب أنه إنما يراعى ابتداء ضرره اليوم في وجوب الفدية بقتل صغارها.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والأظهر عندي أن لا فدية في قتلها. وقد

٤٥٦ كتاب الحج

روى ابن المواز عن ابن القاسم: لا فدية في قتل صغار الحيات والعقارب، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإن قتل المحرم شيئاً من الطير غيرهما وداه»، يريد أن من قتل غير الغراب والحدأة من سباع الطير أو غير سباعها وداه، ولا خلاف على المذهب أنه لا يجوز قتلها ابتداءً.

ومن قتلها فعليه الفدية، فإن ابتدأت بالضرر، فلا جزاء على قاتلها على المشهور من المذهب، فيمن عدت عليه سباع الطير أو غيره من الوحش.

وقال أشهب: عليه في الطير الفدية، وإن ابتدأت بالضرر. وقال أصبغ: من عدى عليه من سباع الطير، فقتله وداه بشاة. قال ابن حبيب: وهذا من أصبغ غلط، واحتج ابن القاسم في المبسوط بأن الإنسان أعظم حرمة من الصيد، وإن قتله الإنسان دفعا عن نفسه، فلا شيء عليه، والله أعلم.

* * *

ما يجوز للمحرم أن يفعله

٧٨٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَدَيْرِ أَنَّهُ رَأَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يُقَرِّدُ بَعِيرًا لَهُ فِي طَيْنٍ بِالسُّقْيَا، وَهُوَ مُحْرِمٌ.
قَالَ مَالِكٌ: وَأَنَا أَكْرَهُهُ.

الشرح: قوله: «رأى عمر بن الخطاب يقرد بعيراً له في طين»، يريد أنه كان يزيل عنه القراد، ويلقيها في الطين في حال إحرامه. وقد اختلف في ذلك، فأجازه عمر وابن عباس، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وكرهه ابن عمر وسعيد بن المسيب، وبه قال مالك.

والأصل في ذلك منع قتل القمل وإلقائها عن الجسد، فنقول: إن هذا حيوان يتولد في جسده حيوان من غير جنسه، فلم يكن للمحرم طرحه عما يختص به من الأجسام كالقمل من جسد الإنسان.

٧٨٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٦٤. البيهقي في السنن الكبرى ٢١٢/٥. عبد الرزاق في المصنف ٤٤٩/٤. المحلى ٢٤٤/٧. المغنى ٣٤٣/٣. المجموع ٣٢٢/٧.

كتاب الحج ٤٥٧

مسألة: وهذا حكم جميع الهوام، لا يجوز للمحرم قتله إلا ما تقدم ذكره، فيلزم المحرم الامتناع من قتل الذباب والنمل والذر والعظايا والخنافس وبنات وردان والدود والبراغيث.

والدليل على ذلك قوله ﷺ لكعب بن عجرة: «أتؤذيك هوامك»^(١) ثم أباح له إزالته على أن يفتدى، فدل على المنع من إزالة ما يقع عليه هذا الاسم من غير أذى.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن الهوام على ضربين، ضرب منه يختص بالأجسام، ويتولد فيها، ويعيش منها مع السلامة كالقراد في أجسام الدواب والقمل في أجسام بنى آدم، وضرب لا يختص بذلك كالنمل والذر والدود والبراغيث والبعوض والذباب والبق.

فأما ما كان من ذلك من دواب الجسد، فلا يقتله المحرم ولا يزيله عن الجسد المختص به إلا لكثرة أذى يظهر فيميطه عنه.

وهل يكون عليه فدية أو إطعام؟ قال مالك: عليه فدية أذى، إذا أصاب الكثير منه، وإن أصاب اليسير، فإطعام شيء من الطعام.

وقال ابن القاسم: في القليل والكثير من ذلك الإطعام.

وجه قول مالك، رحمه الله، الحديث الذي يأتي بعد هذا، وهو قوله ﷺ: «أتؤذيك هوامك؟ قال: نعم، قال: احلق رأسك، وانسك بشاة، وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين، مدين مدين» فوجه الدليل منه، أنه إنما أذن له في حلق رأسه، وإن كان يصل إلى إزالة الهوام بالغسل والمشط، لما كان الواجب بقتل الهوام هو الواجب بحلق الشعر.

ووجه قول ابن القاسم أنه قتل القمل، فلم يجب به فدية غير يسير الطعام. أصل ذلك قتل اليسير.

فرع: وهل يجرى ذلك مجرى الصيد أو مجرى إلقاء النفت؟، لم أر فيه نصاً لأصحابنا.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه يحتمل الوجهين، أما مشابته لقتل الصيد، فإنه يحرم عليه قتله في غير الجسم المختص به، فلا يجوز له أن يقتل قملة ساقطة في الأرض، كما يجوز له أن يتلف شعراً ساقطاً في الأرض، لما كان محض إلقاء

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (١٧١٥). مسلم حديث رقم (١٢٠١).

الترمذى حديث رقم (٢٩٧٤). أبو داود حديث رقم (١٨٥٦). ابن ماجه حديث رقم

(٣٠٨٠). أحمد فى المسند حديث رقم (١٧٦٣٥).

٤٥٨ كتاب الحج

التفت، فلو كان قتل القمل من باب إلقاء التفت خاصة، لجاز أن يقتله على غير جسمه، فإن قيل لو كان حكمه حكم قتل الصيد؛ لجاز له أن يلقيه عن جسمه كما يجوز له أن يلقى الذر عن جسمه والقراد وغير ذلك.

فالجواب عنه من وجهين، أحدهما: أنه يحتمل أن يثبت له الحكمان، فلم يجوز إلقاؤه من الجسد لما فيه من إزالة التفت ولم يجوز قتله لأنه من باب الاصطياد وقتل الحيوان. والوجه الثاني: أنه إنما منع من طرحه عن جسمه لضعف هذا الحيوان، فإنه إذا أزيل عن موضع تولده ومكانه المختص به كان سبب هلاكه الذي يجري مجرى قتله، ولذلك قلنا إنه من أزال فرخ صيد عن موضعه ومكانه المختص به كان عليه جزاؤه؛ لأنه عرضه للهلاك، ولذلك منعناه من تقريد بغيره؛ لأن فيه إزالة القراد عن موضع حياته، وإن كان البعير لا يرى فيه إلقاء تفته كما لا يمنع من إزالة شعره إلا أننا إذا قلنا من باب قتل الصيد، وجب أن يمنع وجوب الفدية بقليل ذلك وكثيره كما يمنع وجوبه بتقريد البعير وقتل كثير من الهوام، وإنما يجب في ذلك الإطعام.

قال محمد: تجزئه قبضة من طعام، وقد كان يجب أن يكون له بدل من الصوم وأقل ذلك اليوم الواحد، وإذا قلنا إنه من باب إلقاء التفت تعلقت الفدية بكثيره دون يسيره كحلق الشعر، فمن نتف شعرة أو شعرات يسيرة، فلا فدية عليه، وإنما إطعام، ومن حلق رأسه أو كثيراً من شعره، فعليه الفدية.

مسألة: وأما الحلم والقراد والحمقان، فهى من دواب جسم البعير فليس للمحرم أن يلقيه لما ذكرناه لأن ذلك سبب هلاكه إلا أن يرى من البعير إضراراً من كثرة ذلك، واستضراره بها فيزيلها عنه، ويطعم كما يجوز له أن يلقى القمل عن جسمه إذا أضر ذلك به.

فصل: وأما ليس من دواب الجسم كالبراغيث والبعوض والبق والنمل والذباب، فإنه يجوز للإنسان طرحه عن جسده؛ لأنها ليست من دواب جسده.

وكذلك يجوز له أن يطرح عن جسده القراد والحلم والحمقان إلا القمل خاصة، ويطرح عن بغيره العلق وسائر الحيوان إلا القراد، وما كان من دواب جسده ولا يقتل شيئاً من ذلك، فإن قتله، فقد قال مالك: يطعم، وقال مرة: أحب إلى أن يطعم، وإن ابتدأ الإنسان شيئاً من ذلك بالضرر فقتله، فقد قال مالك في محرم لدغته ذرة فقتلها، وهو لا يشعر: أرى أن يطعم شيئاً وكذلك النملة. ووجه ذلك أن ضررها يسير، فطرحها يقوم مقام قتلها في دفع أذاها.

٧٨٤ - مَالِك، عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ أَبِي عَلْقَمَةَ، عَنْ أُمِّهِ أَنَّهَا قَالَتْ: سَمِعْتُ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ تَسْأَلُ عَنِ الْمُحْرِمِ، أَيَحُكُّ جَسَدَهُ؟ فَقَالَتْ: نَعَمْ، فَلْيَحْكُكُنَّ، وَلْيَشُدُّ وَلَوْ رُبِطَتْ يَدَايَ، وَلَمْ أَجِدْ إِلَّا رِجْلِي لَحَكَّكَتُ.

الشرح: قولها: «فليحككه وليشده»، تريد أنه لا يتقى شيء من القمل ولا تتف شيء من الشعر لأنه لم تجر العادة بقتل القمل بمثل هذا، لأنه يزول عن موضعه من الجسد إلى غيره لشدة الحك في ظاهر جسده، وما لم يخف منه على المحرم إتيان شيء من المحظور عليه، فهو مباح.

وقد قال مالك: لا بأس أن يحك المحرم ما يرى من جسده وقروحه، وإن أدمى جلده، فنص على إباحة ما يرى.

ويحتمل أن يكون ما لا يرى ممنوعاً عنده لجواز أن يزيل منه بحكه قملاً يسقطه إلى الأرض، ولذلك قال من رواية إسماعيل بن أبي أويس عنه: يحك المحرم رأسه حكاً رقيقاً لا يقتل به شيء من الدواب.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندي أنه يتوقى شيئاً آخر، وهو ما يتف شعراً. وقد روى إسماعيل عن مالك أيضاً أن المحرم يحك جسده ما بدا له إذا لم يكن في جلده شيء من الدواب، إن كان يرى في ظاهره قملاً، فقد روى ابن نافع عن مالك: لا بأس أن يحك موضعها، ولا يتعمد طرحها، ولا قتلها، فعلى هذه الرواية الفرق بين الجسد والرأس أن ما في الجسد من القمل يبدو له ويظهر إليه، وما في الرأس يخاف موقعة المحظور بالمبالغة فيه ولا علم له به. وقد قال مالك في المختصر الصغير: يحك المحرم ما يرى من جسده، وإن أدمى، فعلى هذا لا فرق بين رأسه وما لا يرى من جسده.

فصل: وقولها: «لو ربطت يداي ولم أجد إلا رجلي لحككت»، تريد استباحة قوة ذلك في نفسها حتى أنها لو منعت حك جسدها بيديها، وأمكنها أن تحك ذلك برجليها لفعلت مع عدم الرفق بالحك بالرجل، وأن من باشر ذلك برجله لا يكاد أن يعلم ما يأتي من إزالة حيوان عن موضعه أو تتف شعر من جسده.

٤٦٠ كتاب الحج

٧٨٥ - مَالِك، عَنْ أَيُّوبَ بْنِ مُوسَى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ نَظَرَ فِي الْمِرْآةِ لِشَكْوِ كَانٍ بِعَيْنَيْهِ، وَهُوَ مُحْرِمٌ.

الشرح: قوله: «نظر في المرآة لشكو كان بعينه»، يريد أنه استباح ذلك لهذه العلة، ويحتمل أن يكون أخبر أن سبب نظره فيها كان لشكو عينيه لأنه ليس في النظر في المرآة ما يمنع من أجل الإحرام لأن نظر الإنسان إلى جسده كله مباح له في حال إحرامه.

وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك أنه كره للمحرمة أن تنظر وجهها في المرآة. ومعنى ذلك والله أعلم، ما رواه محمد عن مالك أنه قال: إنما ذلك خيفة أن ترى شعثاً، فتصلحه، وليس من شأن المحرم تسوية الشعر، ومن فعل فلا شيء عليه ويستغفر الله. ووجه ذلك ما قدمناه من أنه ليس من محظورات الإحرام، وإنما يخاف عليه إزالة شيء من الشعر، فليستغفر الله لتعرضه لذلك.

فصل: وقوله: «لشكو كان بعينه»، يقتضى أن نظره في المرآة كان لأجل ذلك، وقد يحتمل أن يكون ذلك على وجه التسبب، ويحتمل أن يكون هو معنى الإباحة. وقد روى محمد عن مالك: ليس من شأن المحرم النظر في المرآة إلا من وجع.

ومعنى ذلك أن النظر في المرآة إنما يكون غالباً لإصلاح الوجه وتزيينه وإزالة ما فيه من شعث، وذلك من ممنوعات الإحرام، فإذا نظر فيه لوجع به، فلا بأس بذلك لأنه قد قصد به ما هو مباح له.

٧٨٦ - مَالِك عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَنْزِعَ الْمُحْرِمُ حَلْمَةً أَوْ قُرَادًا عَنْ بَعِيرِهِ.

قَالَ مَالِكُ: وَذَلِكَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ.

الشرح: «كان يكره أن ينزع المحرم حملة أو قرادة عن بعيره» على حسب ما تقدم لأنه حيوان لا يجوز للمحرم قتله، وفي إزالته عن جسم البعير تعرض لهلاكه، واختار

٧٨٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٦٧. البيهقي في السنن الكبرى ٢١٣/٥. البغوي في شرح السنة ٢٥٩/٧. المغني ٣٢٠/٣. المحلى ٢٤٧/٧.

٧٨٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٦٥. عبد الرزاق في المصنف ٤٤٨/٤. كشف الغمة ٢٢١/١. المجموع ٣٤٢/٧. المحلى ٢٤٤/٧.

كتاب الحج ٤٦١
مالك قول عبدالله بن عمر على قول أبيه للدليل الذى دله على صحته، وأدخل القولين جميعاً لتعرضهما للمجتهد من بعده، وهذا غاية النصح والإنصاف رضى الله عنه وأرضاه.

٧٨٧ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ أَنَّهُ سَأَلَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنْ ظُفْرِ لَهْ أَنْكَسَرَ، وَهُوَ مُحْرَمٌ، فَقَالَ سَعِيدٌ: أَقْطَعُهُ.

الشرح: سؤاله سعيد بن المسيب عن ظفر انكسر وأمر سعيد له بقطعه يدل على أنه بقى متعلقاً يتأذى به، فأمره سعيد بن المسيب بقطعه، وقد رواه ابن وهب، أخبرني مالك عن عبدالله بن أبي مریم، قال: انكسر ظفري، وأنا محرم، فتعلق فأذاني، قال: فذهبت إلى سعيد بن المسيب فسألته، فقال: أقطعه، ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ [البقرة: ١٨٥] ففعلت.

وذلك أن قطع الظفر ممنوع للمحرم لأنه من إمطة الأذى وإلقاء التفت المعتاد بطول السفر والإحرام، فإن قطعه فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن يقطعه لضرورة، والثاني: أن يقطعه لغير ضرورة، فإن قطعه لضرورة، فإن ذلك أيضاً ينقسم على قسمين، أحدهما، أن يقطعه لضرورة مختصة بالظفر، والثاني: أن يقطعه لضرورة غير مختصة بالظفر.

فأما الضرورة المختصة بالظفر، فمثل ما ذكرناه أن ينكسر الظفر، فيبقى متعلقاً يتأذى به، فهذا يقطعه، ولا شيء عليه فيه، على ما ذكرناه، ولا نعلم فيه خلافاً في المذهب ما اقتصر على قطع ما يتأذى به، فإن قطع أكثر من ذلك افتدى، رواه ابن وهب عن مالك. ووجه ذلك أنه فيما زاد على إزالة الضرر متعد، فتلزمه بذلك الفدية.

مسألة: وأما إن كان الضرر من غير سبب الظفر مثل أن يكون بأصابعه قروح، فلا يقدر على مداواتها إلا بتقليم أظفاره، فإنه يقلمها ويفتدى، قاله مالك.

ووجه ذلك أن الضرورة تبيح له تقليم الأظفار، إلا أنه لما لم يكن الضرر من جهة الظفر لزمته الفدية لأنه قلمها غير مستضر بها ولا خارجة عن هيئتها وأصل خلقتها.

فصل: وأما الضرب الثاني، وهو أن يقلم أظفاره لغير ضرورة، فإنه مرتكب للمحظور تجب عليه بذلك الفدية، سواء فعل ذلك عامداً أو جاهلاً أو ناسياً.

٤٦٢ كتاب الحج
ووجه ذلك أنه من إمطة الأذى المعتاد وإلقاء التفث، وذلك محظور على المحرم
كحلق الرأس.

مسألة: ومن قلم ظفر يديه افتدى.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وذلك عندي من قلم أظفار رجله.

قال ابن القاسم: ومن قلم ظفر يد واحدة فعليه الفدية، وكذلك قال مالك فيمن
قص ظفرين وإن قص ظفراً من كل افتدى، قاله أشهب. وإن قلم ظفراً واحداً، ففي
المدونة: إن أماط به عنه الأذى فليفتد، وإلا فليطعم شيئاً من طعام.

ومعنى إمطة الأذى يريد أن يتفجع بتقليمه المنفعة المعتادة في تقليم الأظفار وإمطة
الأذى في تقليم الأظفار على ثلاثة أضرب، أحدها أن يزيل عن نفسه خشونة طول
أظفاره أو أكثرها. والثاني أن يقلق من طول ظفر فيقلمه، فهذا أماط عنه به أذى
معتاداً. والثالث أن يريد مداواة قروح بأصابعه أو ببعضها ولا يتمكن من ذلك إلا بقص
أظفاره، فهذا قد أماط به أذى لا يختص بأظفاره.

وَسُئِلَ مَالِكٌ: عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَكِي أُذُنَهُ، أَيَقْطُرُ فِي أُذُنِهِ مِنَ الْبَانِ الَّذِي لَمْ يُطَيَّبْ
وَهُوَ مُحْرِمٌ؟ فَقَالَ: لَا أَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا، وَلَوْ جَعَلَهُ فِي فِيهِ لَمْ أَرِ بِذَلِكَ بَأْسًا^(١).

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن استعمال الدهن الذي ليس بمطيب يكون في
ثلاثة مواضع، أحدها أن يستعمله في باطن جسده، بأن لا يظهر منه كتقطيره في الأذن
والاستسعاط به والمضمضة، فإن هذا كله جائز للمحرم أن يفعله ولا شيء عليه فيه لأنه
بمنزلة أكله إياه، وهو الذي ذكره مالك، رحمه الله.

والثاني أن يستعمله في ظاهر جسده غير باطن يديه وقدميه، فإن فعل فهذا ممنوع،
فعليه الفدية، عند مالك وجميع أصحابه. قال ابن حبيب: وقد روى إباحة ذلك، وبه
أخذ الليث.

وجه قول مالك أنه إزالة شعث لأنه مما يفعل للجمال والتنظف كالتنظف في الحمام.

مسألة: ولو دهن به عضواً من جسده، وجب عليه الفدية، وإن لم يعم جميع
جسده، إذا كان الذي دهنه من جسده موضعاً له بال، فإن لم يكن إلا شيئاً يسيراً إلا
بال له، فلا شيء عليه؛ لأن التجمل والتنظف وإزالة الشعث لا يحصل بذلك.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٤٩/١٢.

كتاب الحج ٤٦٣
مسألة: وإن دهن يطون قدميه أو يديه لشقوق بهما، فلا بأس بذلك، وإن فعل ذلك لغير علة، فعليه الفدية.

ووجه ذلك أنهما ظاهران ظهور سائر الأعضاء، فإذا لم يقصد بدهنهما دفع مضرة، فلا عرض في ذلك غير تحسين ظاهر الجسد، وإزالة الشعث، فوجبت بذلك الجزية، وإن قصد بذلك دفع المضرة أو القوة على العمل، وبذلك فارقا سائر الأعضاء من الجسد، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يَيْطُ الْمُحْرِمُ خُرَاجَهُ، وَيَفْقَأَ دُمْلَهُ، وَيَقْطَعَ عِرْقَهُ إِذَا احتَاجَ إِلَى ذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال لأن الإحرام لا يتعلق بقطع شيء من جلد جسده، وإنما ذلك ممنوع لغير حرمة الإنسان وهو مباح للضرورة كالحجامة وقد احتجم النبي ﷺ وهو محرم بلحى جمل^(٢)، ومن هذا المعنى بط جراحه وفقء دملته، وقطع عرقه لحاجته إلى ذلك، وقد شرط مالك، رحمه الله، لحاجة إلى ذلك.

* * *

الحج عن يحج عنه

٧٨٨ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٤٩/١٢.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ١٨٣٦، ٥٧٠١. مسلم حديث رقم ١٢٠٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٨٥٠. ابن ماجه حديث رقم ٣٤٨١. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥١.

٧٨٨ - أخرجه البخارى ٢/٢٦٢ كتاب الحج، باب وجوب الحج وفضله عن ابن عباس. ومسلم ٩٧٣/٢ كتاب الحج، باب ٧١ رقم ٤٠٧ عن ابن عباس. وأبو داود برقم ١٨٠٩، ١٦٧/٢ كتاب المناسك، باب الرجل يحج عن غيره عن ابن عباس. والنسائى ١١٨/٥ كتاب الحج، باب تشبيه قضاء الحج عن ابن الزبير. والبيهقى ٤/٣٢٨ عن ابن عباس.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٥/٤٣٥: هذا حديث صحيح ثابت، لم يختلف فى إسناده، وقد سمعه سليمان بن يسار من ابن عباس، كذلك قال الأوزاعى، عن الزهرى، عن سليمان بن يسار، أن عبدالله بن عباس أخبره أن امرأة من خثعم استفتت رسول الله ﷺ فى حجة الوداع، والفضل بن عباس رديف رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن فريضة الله، فذكر الحديث.

٤٦٤ كتاب الحج
 قَالَ: كَانَ الْفَضْلُ بْنُ عَبَّاسٍ رَدِيفَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَجَاءَتْهُ امْرَأَةٌ مِنْ حَشَمٍ تَسْتَفْتِيهِ
 فَجَعَلَ الْفَضْلُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا، وَتَنْظُرُ إِلَيْهِ، فَجَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَصْرِفُ وَجْهَ الْفَضْلِ
 إِلَى الشَّقِّ الْآخَرَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ فَرِيضَةَ اللَّهِ فِي الْحَجِّ أَذْرَكَتُ أَبِي شَيْخًا
 كَبِيرًا لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَثْبِتَ عَلَى الرَّاحِلَةِ، أَفَأَحُجُّ عَنْهُ؟ قَالَ: «نَعَمْ» وَذَلِكَ فِي حَجَّةِ
 الْوَدَاعِ.

الشرح: قوله: «كان الفضل رديف النبي ﷺ»، يريد من المزدلفة غداة النحر،
 وذلك أن النبي ﷺ أردف أسامة من عرفة إلى المزدلفة ليلة النحر، ثم أردف الفضل من
 المزدلفة، غداة يوم النحر، «فجاءته امرأة تستفتيه، فجعل الفضل ينظر إليها»، يحتمل أن
 تكون قد سدلت على وجهها ثوبًا، فإن المحرمة يجوز لها ذلك لمعنى الستر إلا أنه كان
 يبدو من وجهها ما ينظر إليه الفضل.

فصل: وقولها: «فجعل رسول الله ﷺ يصرف وجه الفضل إلى الشق الآخر»، يريد
 بذلك منعه من النظر إليها لما رأى من قصده إلى ذلك، ولم ينقل أنه نهى المرأة عن
 النظر إلى الفضل ولا صرف وجهها إلى الشق الآخر، وإن كانت المرأة ممنوعة من النظر
 إلى الرجل، بمعنى تأمل محاسنه والنظر إلى جماله، وقد قال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا
 مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ [النور: ٣٠] وقال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ
 مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾ [النور: ٣١].

ويحتمل أن يكون ﷺ ترك ذلك لما احتمل نظرها إلى جهته، أنه لم يكن إلا لسؤالها
 عن مسألتها إذ كانت من النبي ﷺ في جهة يتضمنها نظرها، فكان إلى تلك الجهة
 مقصدًا جائزًا، فترك الإنكار عليها لذلك، والفضل لم يكن لنظره إلى جهتها مقصد
 جائز ظاهر غير تأملها.

ويحتمل أن يكون ﷺ اجتزأ بصرف وجه الفضل إلى الشق الآخر لأن ذلك يمنع نظر
 المرأة إلى شيء من وجه الفضل، فكان في ذلك منعًا للفضل من النظر إليها، ومنعًا لها
 من النظر إليه.

ويحتمل أن يكون رسول الله ﷺ اجتزأ بمنع الفضل من النظر إليها، لما رأى أنها
 تعلم بذلك منع نظرها إليه لأن حكمها في ذلك حكمه، ولعلها لما صرف وجه
 الفضل، فهمت ذلك فصرفت وجهها أو بصرها عن النظر إليه.

كتاب الحج ٤٦٥

فصل: وقولها: «يا رسول الله إن فريضة الله في الحج أدركت أبى شيخاً كبيراً»، يقتضى أن الحج من الفروض التى فرض الله على عباده. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾ [آل عمران: ٩٧].

والحج فى كلام العرب القصد، يقال حج يحج حجاً، بفتح الحاء، والحج بكسرهما هو الاسم إلا أن الشرع قد ورد بتخصيص هذه اللفظة واستعمالها فى قصد مخصوص إلى موضع مخصوص، فى وقت مخصوص، على شرائط مخصوصة. وإنما يجب مرة فى العمر، ولا خلاف فى ذلك.

واختلف أصحابنا فى وجوبه على الفور أو التراخى، فذهب القاضى أبو محمد إلى أنه على الفور. وبه قال أبو حنيفة. وقال القاضى أبو بكر: هو على التراخى، وهو مذهب الشافعى.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهو الأظهر عندى.

وقال ابن خويز منداد: إنه مذهب المغاربة من أصحابنا. ولنا فى المسألة طريقتان، أحدهما: أن يدل على أن الأوامر على التراخى. والثانى: أن يدل على المسألة نفسها.

فأما الدليل على أن الأوامر على التراخى، فهو أن لفظة افعل ليست بمقتضية للزمان إلا بمعنى أن الفعل لا يقع إلا فى زمان، وذلك لاقتضائها للحال والمكان، ثم ثبت وتقرر أن له أن يأتى بالمأمور به فى أى مكان شاء، وعلى أى حال شاء، فكذلك: له أن يفعله، فى أى زمان شاء.

وأما الدليل على نفس المسألة فيما روى أن ضمّام بن ثعلبة حين ورد على النبى ﷺ، قال: «الله أمرك أن تحج هذا البيت؟ قال: نعم». وإنما ورد فى سنة خمس، ثم أحرّ النبى ﷺ إلى سنة عشر.

ودليلنا من جهة القياس أن كل وقت لا يكون بتأخير الإحرام إليه قاضياً فإنه لا يكون بتأخير الإحرام إليه عاصياً، كالتأخير إلى الثمان من عشر ذى الحجة.

فروع: إذا قلنا إنه على التراخى، فإن القائلين بذلك اختلفوا فظاهر قول القاضى أبى بكر أنه يجب على ظنه، إذا غلب للفوات، فإن أخره عن ذلك عصى وإن اخترمه المنية فجأة قبل أن يغلب على ظنه الفوات، فليس بعاص.

وقال بعض أصحاب الشافعى: إنه إنما يجوز له التأخير بشرط السلامة، فإن مات قبل الأداء تبين أن العصيان قد وقع بتأخيره.

٤٦٦ كتاب الحج

وإذا قلنا إنه على الفور، فاختلف أصحابنا، فقال القاضى أبو الحسن: أنه إذا أخره عن أول عام، فهو قاض لا مؤد. وقال غيره: لا يكون قاضياً ما دام حياً، وإنما يكون القضاء عنه بعد موته إن حج عنه أحد.

فصل: وقولها: «إن فريضة الله فى الحج أدركت أبى شيخاً كبيراً، ولا يستطيع أن يثبت على الرحلة»، إلى أن أذن لها فى الحج عنه، دليل على اعتبار الاستطاعة فى وجوب أداء الحج أوفى الحج، وله شروط وجوب وشروط أداء.

فأما شروط وجوبه فهى البلوغ والعقل والحرية والاستطاعة. وأما شروط الأداء فهى الاستطاعة، وإجزائه شروط أربعة، وهى البلوغ والعقل والحرية والإسلام. فأما الحرية والبلوغ، فإنه لا يجب الحج مع تمام أحدهما، ولا يصح فرضه، ولكنه يصح نفيه مع عدمها.

وأما العقل، فلا يجب مع عدمه ولا يصح نفيه ولا فرضه. وأما الإسلام، فإنه يجب معه على قول جماعة أصحابنا غير محمد بن خويز منداد، فإنه قال: لا يجب مع عدمه نفيه ولا فرضه.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن الاستطاعة هى الاستطاعة على الوصول إلى البيت من غير خروج عن عادة، وذلك يختلف باختلاف أحوال الناس فمن كانت عادته السفر ماشياً، واستطاع أن يتوصل إلى الحج بذلك لزمه الحج، وإن لم يجد راحلة، ومن كانت عادته سؤال الناس وتكفهم، وأمكنه التوصل به لزمه الحج، وإن لم يجد زاداً، ومن كانت عادته الركوب والغنى عن الناس، وتعدر عليه فى التوصل إلى الحج، [ففيه وجهان]^(١) أحدهما: لم يلزمه الحج، خلافاً لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: إن الاستطاعة الزاد والراحلة، دون غيرهما.

وقد رواه ابن عبدوس فى مجموعته عن سحنون، وهو الظاهر من قول ابن حبيب.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ [آل عمران: ٩٧] ولم يخص زاداً ولا راحلة، فإن قيل فإنه ﷺ قد فسر ذلك بقوله، فى الزاد والراحلة.

فالجواب أننا لا نسلم أن الاستطاعة غير مفسرة، فتحتمل إلى تفسير، وإنما هى عامة،

(١) إضافة ليست فى الأصل لاستقامة المعنى.

كتاب الحج ٤٦٧

فربما دخلها التخصيص، ولو كان ما ذكرتموه من الحديث صحيحاً؛ لكان بعض ما تختص به الآية، وأن يكون بعض ما يستطيع به فى حق بعض الناس دون بعض كالصحة فى المريض، ولذلك قال المخالف فى هذه المسألة: إن المريض ليس بمستطيع وإن وجد الزاد والراحلة.

ولذلك قالت الخثعمية: إن أبها لا يستطيع أن يثبت على الراحلة، فجعلت من الاستطاعة الشباب والقوة على الثبوت على الراحلة. ولم ينكر ذلك عليها النبى ﷺ، فثبت أن للاستطاعة معانى غير الزاد والرحلة من الصحة والقوة، والسن الذى لا يستطيع معه الثبوت على الراحلة، وغير ذلك من أمان الطريق.

ولذلك قال المخالف لنا فى هذه المسألة: إن أهل الحرم وأهل المواقيت لا يعتبر فى حكمهم الزاد والراحلة. ودليلنا من جهة القياس أن هذا مستطيع للحج من غير خروج عن عادة، فلزمه الحج كالواجب للزاد والراحلة.

فصل: والذى لا يستطيع أن يثبت على الراحلة لا يخلو أن يكون ذلك لأمر عارض أو لأمر ثابت، فإن كان لأمر عارض يرجو برآه وزواله كالأمرض المعتادة، فإن هذا ينتظر البرء ويؤدى الحج، فأما إن كان لأمر ثابت عنه كالهرم والزمانة، فهو الذى سمي المعسوب ولا يلزمه عندنا الحج، وإن وجد المال، وأمكنه أن يحمل من يحج عنه.

وقال أبو حنيفة والشافعى: هو مستطيع يلزمه أن يخرج غيره يؤدى عنه الحج، فإن معسراً، فإن أبا حنيفة يقول: لا يلزمه الحج. وقال الشافعى: إن وجد من يبذل له الطاعة من ولد أو أخ أو عبد أعتقه، فإنه يلزمه الحج يبذل هذه الطاعة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مِنْ اسْتِطَاعٍ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] فالآية وردت مقيدة لمن يستطيع السبيل إلى البيت، فمن لم يستطيع السبيل إليه لم تناوله الآية والاستطاعة صفة موجودة بالمستطيع كالعلم والحياة، وإذا لم توجد به استطاعة، فليس بمستطيع فلم يجب عليه حج.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا مكلف لم يجب عليه أن يحج غيره عن نفسه بأصل الشرع. أصل ذلك الصحيح. أما هم، فاحتج من نص قولهم بقول الخثعمية بالحديث المروى: إن فريضة الله فى الحج أدركت أبى شيخاً كبيراً، أخبرت أن الحج افترض على أيها فى حال كبره وعجزه عن أن يثبت على الراحلة وأقرها النبى ﷺ على ذلك، وإذا ثبت بهذا الحديث وجوب الحج عليه، وصح أنه لا يمكنه أن يباشره بنفسه علمنا أن الواجب عليه بذلك استتابة غيره.

٤٦٨ كتاب الحج

والجواب أنا لا نسلم أنها أرادت بذلك أن فرض الحج تعلق بأبيها، وإنما أرادت أن فرض الحج على المستطيعين، نزل وأبوها شيخ كبير لا يستطيع أن يثبت على الرحلة.

وكذلك رواه سفيان بن عيينة عن الزهري، فقال: إن فريضة الله في الحج على عباده أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يثبت على الرحلة، فبين بذلك أن المراد توجه فرض الحج على الناس. وقد شرط فيه الاستطاعة، وهذا غير مستطيع، فلم يتوجه إليه، واستدلوا بما رواه عبدالعزيز بن أبي سلمة في هذا الحديث أنها قالت: هل يقضى عنه أن أحج عنه؟ قال ﷺ: «نعم».

قالوا: فوجه الدليل من هذا الحديث أن النبي ﷺ قد قال لها: «نعم» ومعناه أنه يقضى عنه حجها، ولو لم يكن عليه حج لما قضت عنه شيئاً، كما لا تقضى عنه ما لا يجب عليه من صلاة ولا صوم.

والجواب أنا لا نسلم أن القضاء لا يكون إلا في الواجب، فيحتمل أن يقضى عنه ما وجب مثله على غيره، فيلحقه ذلك بحالة من قد وجب عليه الفرض، فأداه لأن حالته أكمل من حالة من لم يجب عليه ولم يؤده.

ولذلك روى ابن عباس أن رجلاً قال: يا نبي الله إن أبي مات ولم يحج، أفأحج عنه؟ قال: أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيه، قال: نعم، قال: «فدين الله أحق أن يقضى»^(٢).

ولا خلاف أنه من لم يكن معه ما يقضى به دينه أنه لا يجب ذلك عليه، ولا يجب على ابنه أن يؤديه عنه إلا أن الابن إذا أراد إلحاق أبيه بحال من أدى دينه، كان ذلك أفضل.

فروع: إذا ثبت أنه لا يلزمه أن يحج عن نفسه، فإنه يكره أن يستأجر من يحج عنه، فإن فعل ذلك لم يفسخ، قاله الشيخ أبو القاسم في تفريعه. وقال القاضي أبو الحسن: يجوز ذلك في الميت دون المعضوب. وقال ابن حبيب: قد جاءت الرخصة في ذلك عن الكبير الذي لا ينهض، ولم يحج، وعن الميت أنه جائز لابنه أن يحج عنه، وإن لم يوص ويجزئه إن شاء الله تعالى.

مسألة: الأعمى الذي يجد من يهديه السبيل، ويقدر على الوصول إلى البيت يجب

(٢) أخرجه النسائي في الصغرى حديث رقم (٢٦٣٩).

كتاب الحج ٤٦٩
عليه الحج، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: له أن يحج غيره، عنه إذا كان له مال،
وإلا لم يجب عليه كالمغضوب.

والدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ
سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]. وهذا قد استطاع السبيل، فوجب عليه الحج.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا قادر على أن يحج بنفسه من غير مشقة، فلم يجز له
أن يستتبع فيه غيره كالبصير.

مسألة: وأما الحج في البحر، فالظاهر من المذهب أن الحج واجب على من لا سبيل
له غيره، وبه قال أبو حنيفة، وهو أحد قول الشافعي. وله قول ثان: أنه لا حج عليه.

وقال القاضي أبو الحسن: إن كان بحراً مأموناً يكثر سلوكه للتجارات وغيرها، فإنه
لا يسقط فرض الحج، وإن كان بحراً مخوفاً تندر فيه السلامة، ولا يكثر ركوب الناس
له، فإن ذلك يسقط فرض الحج.

وقد روى ابن القاسم عن مالك في المجموعة: أنه كره الحج في البحر إلا لمنزل أهل
الأندلس الذين لا يجدون له طريقاً غيره، واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَذِّنْ فِي
النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ﴾ [الحج: ٢٧]. ولم
يذكر البحر.

قال سحنون في غير المجموعة: ولا يلحق الناس فيه من العجز ما يعجز عن كثير
من أحكام الصلاة.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهذا عندي فيه نظر؛ لأن الجهاد في البحر
لا خلاف في إباحته. وقد وردت في ذلك أحاديث ذكرناها في كتاب الجهاد، قال
الله تعالى: ﴿وَتَرَى الْفُلْكَ مَوَاجِرَ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النحل: ١٤] فامتن علينا
بذلك. وهذا يدل على إباحته على ما فيه من منع كثير من أحكام الصلاة. وإذا جاز
ذلك في التجارات، فبأن يجوز في أداء الفرض مع ذلك أولى وأحرى.

وقد أبيح لنا السفر في البر، ومواضع يعلم فيها الماء، وإن كان يتعذر فيها كثير من
أحكام الطهارة التي مقصودها الصلاة.

فصل: وقولها: «أفأحج عنه؟» سؤال منها عن صحة النيابة في الحج، فقال ﷺ:
«نعم» وذلك يقتضى صحة النيابة في الحج.

٤٧٠ كتاب الحج

والعبادات على ثلاثة أضرب، عبادة مختصة بالمال كالزكاة، فلا خلاف في صحة النيابة فيها، وعبادة مختصة بالجسد كالصوم والصلاة، فلا خلاف في أنه لا تصح النيابة فيها.

ولا خلاف في ذلك نعلمه إلا ما يروى عن داود أنه قال: من مات وعليه صوم يصوم عنه وليه. وعبادة لها تعلق بالبدن والمال كالجهاد والحج، فقد أطلق القاضي أبو محمد أنه تصح النيابة فيها.

وقد كره ذلك مالك، رحمه الله، قال: ولا يحج أحد عن أحد ولا يصلى أحد عن أحد، ورأى أن الصدقة على الميت أفضل من استئجار من يحج عنه إلا أنه إن أوصى بذلك نفذت وصيته.

وقال القاضي أبو الحسن: لا تصح النيابة وإنما للميت المحجوج عنه نفقته إن أوصى أن يستأجر من ماله على ذلك، وإن تطوع عنه بذلك أحد، فله أجر الدعاء وفضله. وهذا وجه انتفاع الميت بالحج.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أن المسألة في المذهب على قولين، غير أن القول بصحة النيابة أظنه مما يدل عليه أن مالكاً قال فيمن أوصى أن يحج عنه بعد موته: ينفذ ذلك، ولا يستأجر إلا من قد حج عن نفسه.

وقال أيضاً: لا يحج عنه ضرورة، ولا عبد، ولا مكاتب، ولا معتق بعضه، ولا مدبر، ولا أم ولد، فلولا أن الحج على وجه النيابة عن الموصى لما اعتبرت صفة المباشر للحج.

وأما ما يدل على قول القاضي أبي الحسن بمنع النيابة فيما روى عن مالك، وقد سئل مالك عن الحج عن الميت، فقال: أما الصيام والصلاة والحج عنه، فلا نرى ذلك، ففرق بينه وبين الصلاة والصوم.

وقال في المدونة: يتطوع عنه بغير هذا أحب إلى يهدى عنه أو يتصدق عنه أو يعتق عنه، ففاضل بينها وبين النفقات:

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد جوز مالك الاستئجار على الحج، وجوزه الشافعي، ومنع منه أبو حنيفة.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذه عبادة لها تعلق بالمال، فصحت النيابة فيها بالإجارة كالزكاة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فعلى أى وجه تكون النيابة، قال القاضى أبو محمد: لسنا نعى النيابة أن الفرض يسقط عنه بحجة الغير، وإنما نريد بذلك التطوع، فذهب إلى أنه تصح النيابة فى نفيه دون فرضه، وهذا فيه نظر لأنه قد قال مالك: لا يستأجر للحج عبد ولا مكاتب ولا مدبر، والنفل يصح من هؤلاء كما يصح من الحر.

فرع: فإن قلنا إن الاستنابة غير مكروهة على ما ذهب إليه ابن حبيب، فوجه الحديث بين، وإن قلنا إن الاستنابة مكروهة، فيحتمل أن يكون أبوها توفى عن وصيته بذلك، وإن لم يكن فى الحديث ما يدل عليه إلا أنه قد ورد فى حديث موسى بن سلمة عن ابن عباس أن السؤال كان عن ميت.

* * *

ما جاء فىمن أحصر بعدو

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ حُبِسَ بَعْدُ فَحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَيْتِ، فَإِنَّهُ يَجِلُّ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ وَيَنْحَرُّ هَدْيُهُ، وَيَحْلِقُ رَأْسَهُ حَيْثُ حُبِسَ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءٌ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه من حبس بعدو عن أن يصل إلى البيت، وذلك مما يكون فى الحج بأحد وجهين، أحدهما: أن يتيقن بقاءه واستيطانه لقوته وكثرته، واليأس من إزالته، فإن ذلك يكون حبساً، ويحل حيث حبس، وإن كان بينه وبين وقت الحج مقدار ما يهم أنه لو زال العدو لأدرك الحج.

والوجه الثانى: أن يكون العدو مما يرجى زواله، فهذا لا يكون محصوراً حتى يبقى بينه وبين الحج مقدار ما يعلم أنه إن زال العدو لا يدرك فيه الحج، فيحل حينئذ عند ابن القاسم وابن الماجشون.

وقال أشهب: لا يجل من أحصر عن الحج بعدو حتى يوم النحر، ولا يقطع التلبية حتى يروح الناس إلى عرفة.

وجه قول ابن القاسم أن هذا وقت يأس من إكمال حجه بعدو غالب، فجاز له أن يجل فيه. أصل ذلك يوم عرفة. ووجه قول أشهب أن عليه أن يأتى من حكم الإحرام بما يمكنه والتزامه له إلى يوم النحر، الوقت الذى يجوز للحاج التحلل بما يمكنه الإتيان به، فكان ذلك عليه. والقول الأول عندى أظهر.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٧٠.

٤٧٢ كتاب الحج

مسألة: وأما في العمرة، فقال ابن الماجشون: يقيم ويتربص ما رجا زوال العدو، وما لم يضر انتظار به، فإن لم يرج زوال العدو إلا في مدة يلحقه بمثلها الضرر حل، وهو مثل الحج.

وقول ابن الماجشون هذا في العدو الذي يرجى زواله، وأما العدو الذي لا يرجى زواله كالمستوطن ونحوه، فإن كان ترجى إباحته للطريق، فإن التوقف في ذلك ومحاولته يجرى عندي مجرى رجاء زواله، محاولته ذلك، وإن لم زواله ولا إباحته الطريق، جاز الإحلال بنفس ظهوره وتغلبه ومنعه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فحال بينه وبين البيت الإحصار»، لا يكون إلا عما لا يتم النسك إلا به، وهو في العمرة البيت والسعى بين الصفا والمروة، وفي الحج مع ذلك عرفة، فإن أحصر بعد الوقوف بعرفة عن مكة، فإنه يأتي بالمناسك كلها، وينتظر أياماً، فإن زال العدو، وأمكنه الوصول إلى البيت طاف، وإلا حل وانصرف لأن عليه أن يأتي من نسكه بما يمكنه، وما حصر عنه تحلل، وجاز له تركه، كما يجوز له ترك جميع النسك.

فإن دخل مكة، فأحصر عن الوقوف بعرفة، فقد قال ابن الماجشون: ليس له أن يحل دون أن يطوف بالبيت ويسعى ويؤخر الحلاق.

فإن يمس من زوال العدو أو طال انتظاره بمقدار ما يدركه به الضرر حلق وحل لأن التحلل له متى ما حصر، فترك ما منع منه جائز، وعليه أن يأتي من النسك بما قدر عليه لأنه قد لزمه بالإحرام له، وله إذا تحلل حكم الحاج لاحكم المعتمر، قاله ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن النبي ﷺ لما أحصر بالحديبية، نحر هديه وحلق، وكذلك فعل سائر من كان معه هدى، نحره، وحلق ومن لم يكن معه هدى، حلق، فأتى كل واحد منهم من النسك بما أمكنه.

ومن جهة المعنى أنه أحرم بالحج ولم يفته، وإنما عمل عمله للعمرة، وإنما عمله للحج، وقد كان يحكم له بتمام حجه دون أن يطوف ويسعى، وقد طاف وسعى.

مسألة: ومن أهل من مكة بالحج، فحال العدو بينه وبين عرفة فليحل وينصرف، وليس عليه طواف ولا سعى؛ لأن طواف الورد ساقط عنه وطواف الإفاضة لا يكون إلا بعد الوقوف بعرفة، وإنما عليه أن يأتي من العمل بما منع منه بالحصر.

مسألة: ولو أحصر بعد الإحرام، وقبل الوصول إلى البيت عن الوصول إلى شيء من

كتاب الحج ٤٧٣
المناسك، وهو قادر على التقدم إلى قرب مكة وممنوع منها ومن سائر المناسك، فله عندي أن يحل بموضعه، فإن كان العدو منع الطريق، فقد روى القاضى أبو الحسن عن ابن الماجشون: ليس عليه أن يأخذ طريقاً أخرى، فيسلك حيث لا تسلك ويمر بالأنتقال حيث لا يمر بها، ولا يركب المخاوف، فإن لم يجد إلا هذا، فهو محصور، وإن كان وجد سبيلاً آمنة مسلوكة، وإن كانت أبعد من طريقه المعتاد، فليس بمحصور، إن بقى من المدة ما يصل فيه على مثل تلك الطريق.

مسألة: ومن علم بالحصر قبل الإحرام فلا يجرم، فإن فعل، فليس له حكم المحصور، قاله ابن المواز عن مالك.

وروجه ذلك أنه علم بالمنع وأحرم فقد ألزمه نفسه، فلم يكن له التجلل لذلك.

فصل: وقوله: «فإنه يحل من كل شيء وينحر هديه»، هذا مذهب مالك فى جواز التحلل، ولا خلاف نعلمه فيه. وقد فعل ذلك النبى ﷺ حين صده المشركون عن البيت فى عمرته، فتحلل بالحديبية، قال عبدالله بن عمر: خرجنا مع رسول الله ﷺ معتمرين، فحال كفار قريش دون البيت، فنحر رسول الله ﷺ هديه، وحلق رأسه، وعله ذلك والله أعلم أنه ممنوع بيد ظالمة غالبية.

وقد قال ابن القاسم فى الموازية، فىمن حبس فى دين أو غيره: ليس بمحصور. قال ابن القاسم: ولقد كنت عند مالك فى نفر محرمين اتهموا فى دم، فيما بين الأبواء والجحفة، فردوا إلى المدينة وحبسوا فستل مالك، وأخبر أن الأمر قد اشتد عليهم، فقال مالك: لا يحلهم إلا البيت، فأما الحبس فى الدين والتهمة، فإنه يحتمل أن يكون ذلك لأنه محبوس، بحق لا يستديم المنع، وإنما يريد اقتضاء حق يترقب فى كل وقت أداؤه والتخلص منه، وأهل التهم مترقب فى كل وقت ظهور براءتهم منها أو إقرارهم بالحق، فيقتص منهم مع أن الحابس بيد حق.

وأما المرأة تحرم فى تطوع بغير إذن زوجها والعبد يجرم بغير إذن سيده، فإن للزوج والسيد أن يحلها لأن المنع بوجه حق ممن يستحق استدامة المنع. وأما المسجون فى دين أو تهمة، فإن الحابس لا يستحق استدامة المنع، وإنما يستحق استيفاء حقه، ثم لا يجوز له بعد ذلك منعه، فعلى هذا تكون علة جواز المحصر غير علة جواز تحلل العبد والزوجة.

وقد تجمعهم علة، وهو أن يقال أنه ممنوع بيد غالبية تقصد استدامة المنع، فكان له

٤٧٤ كتاب الحج
التحلل، ويصح أن يقال فيه أن المنع إذا كان بسبب عام، فله حكم المنحصر، وإذا كان بسبب خاص كالمسجون في حق أو الذي مرض أو ضل الطريق أو أخطأ العدد، فهذا سببه خاص، فلا يحله إلا البيت.

ويصح أن يقال فيه أن ما يتخلص بالتحلل من سبب الحصر، فإنه يبيح التحلل، وما كان لا يتخلص بالتحلل من سببه، فإنه لا يبيح التحلل كالمرض وما أشبهه.

فصل: وقوله: «وينحر هديه»، معناه أن ينحر هدياً، إن كان معه قد ساقه، وأما تحلله للحصر، فلا يوجب هدياً عند مالك، وبه قال ابن القاسم. وقال أشهب: عليه الهدى، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

ودليلنا من جهة القياس ما استدلل به القاضي أبو الحسن والقاضي أبو محمد أنه تحلل مأذون فيه عار من التفريط، وإدخال النقص، فلم يجب به هدى. أصل ذلك إذا أكمل حجه.

ودليل ثان يختص بالشافعي أن هذه عبادة لها تحرم وتحلل، فإذا سقط قضاؤها بالفوات، وجب أن يسقط جبرانها كالصلاة، إذا سقط قضاؤها لفوات الإتيان بها بالحيز والإغماء سقط جبران الفوات، وكذلك الحج.

واحتج أشهب ومن تابعه بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦]. قال: وهذا ممن أحصر بعدو، وقد خالف سائر أصحابنا أشهب في هذا، وقالوا: الإحصار إنما إحصار المرض. وأما العدو فإنما يقال فيه حصر حصراً فهو محصور.

فإن قيل فقد، قال الفراء: إن العرب تقول أحصره المرض، وأحصره العدو، ولا يقال حصره إلا في العدو وحده، فإذا كان لفظ الإحصار يستعمل في المعنيين حمل عليهما.

فالجواب أن أبا عبيد حكى عن الكسائي أنه قال: ما كان من مرض، فإنه يقال فيه أحصر الرجل، فهو محصور وما كان من سجن أو حبس قيل فيه حصر، فهو محصور.

وقال أبو عبيدة معمر بن المثنى: ما كان من مرض أو ذهاب نفقة، فإنه يقال فيه أحصر، فهو محصر، وما كان من حبس، قيل فيه حصر، فهو محصور، وهذا مثل قولهم: قبر الرجل، إذا دفن، وأقبر الرجل، جعل له قبراً، وما حكاه الفراء أنه يقال في العدو أحصر، يحتمل أن يكون على معنى المجاز.

كتاب الحج ٤٧٥

وقد قال ابن عباس: لا حصر لإحصر العدو، وهو من أهل اللغة واللسان مع التقدم والعلم. وجواب آخر، وهو أن في الآية ما يدل على أن المراد المرض دون العدو لقوله تعالى: ﴿وَأَتَمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿أَوْ نَسَكَ﴾ وذلك من وجهين، أحدهما: أنه قال: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ والمحضور بعدو يخلق رأسه قبل أن يبلغ الهدى محله. والوجه الثاني أنه قال تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نَسْكَ﴾ [البقرة: ١٩٦] معناه فحلق، ففدية من صيام أو صدقة أو نسك، وإذا كان هذا واردا في المرض، فلا خلاف كان الظاهر أن أول الآية فيمن ورد فيه وسطها وآخرها لاتساق الكلام بعضه على بعض، وانتظام بعضه ببعض ورجوع الإضمار في أجزاء الآية إلى من خوطب في أولها فيجب حمل ذلك على ظاهره حتى يدل الدليل على العدول عنه.

فصل: وقوله: «ويحلق رأسه حيث حبس»، يريد انتهى سفره، سواء كان في الحل أو في الحرم، ومعنى ذلك أنه ينحر قبل تحلله وحلق رأسه، وإذا كان تجلله وحلق رأسه في الحل، فكذلك نحر هديه أنه مقدم في الرتبة على الحلاق.

فصل: وقوله: «ولا قضاء عليه»، يريد أنه ليس عليه أن يقضى عمرته أو حجته التي تحلل منها لأن تحلله منهما إذا حصر عن بلوغ الغاية منهما مسقط لما وجب منها بالدخول فيها عند مالك أو أكثر أصحابه.

وأما عبدالمالك بن الماجشون، فإن ذلك عنده بمنزلة إتمامها على وجهها، فتحزيه عن حجة الإسلام إن كان أرادها بها، ووافقنا الشافعي في أنه لا قضاء عليه. وقال أبو حنيفة: عليه القضاء.

واستدل القاضى أبو محمد فى ذلك بأن هذا ممنوع بيد غالبية، فلم يكن عليه القضاء أصله العبد يحرم بغير إذن سيده والمرأة تحرم بغير إذن زوجها على الصحيح من المذهب ويلزمه على هذا المحبوس فى الدين لأنه لا يتحلل وقد تقدم الكلام فى تحرير هذا المعنى، والله أعلم.

٧٨٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَلَّ هُوَ وَأَصْحَابُهُ بِالْحُدَيْبِيَّةِ، فَنَحَرُوا الْهَدْيَ وَحَلَقُوا رُءُوسَهُمْ، وَحَلُّوا مِنْ كُلِّ شَيْءٍ قَبْلَ أَنْ يَطُوفُوا بِالْبَيْتِ، وَقَبْلَ أَنْ

٧٨٩ - ذكره ابن عبد البر فى التمهيد ٤٥٤/٥. وفى الاستذكار ٧٦/١٢.

٤٧٦ كتاب الحج
يَصِلَ إِلَيْهِ الْهَدْيُ ثُمَّ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ أَحَدًا مِنْ أَصْحَابِهِ، وَلَا مِمَّنْ
كَانَ مَعَهُ أَنْ يَقْضُوا شَيْئًا وَلَا يَعُودُوا لِشَيْءٍ.

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ حلق هو وأصحابه بالحديبية»، يريد أنه تحلل
بذلك من عمرته التي أحرم وصدده المشركون عنها، فحرق النبي ﷺ هديه ثم حلق بها
رأسه على حسب ما كان يفعل، لو وصل إلى البيت، وأمر أصحابه ففعلوا مثل ذلك.

فصل: وقوله: «وحلوا من كل شيء»، يريد أنهم لم يبقوا من الإحرام شيئاً على
حسب ما يفعله ما يحتاج إلى إمطة الأذى، ولبس المخيط وغير ذلك، فإنه يستبيح هذه
الأشياء، ويبقى على إحرامه، ويثبت على الامتناع مما لا يحتاج إليه من موانع الإحرام.
وأما أصحاب النبي ﷺ فإنهم حلوا الحل كله وخرجوا عن جميع أحكامه إلى حكم
التحلل المطلق.

فصل: وقوله: «إن ذلك كان قبل أن يطوف بالبيت وقبل أن يصل الهدى»، يريد
إحلالهم كان قبل وصول الهدى محله، وهو موضع نحره، وقبل أن يفعلوا شيئاً من
أفعال النسك من طواف أو سعى، يريد بذلك تبين موضع الحاجة، وأن تحلله ﷺ كان
ولم يصل إلى البيت، فيأتي بشيء من أفعال العمرة من طواف أو سعى، ولم يرد به أنه
بعد التحلل وصل إلى البيت لأن الصد إنما كان عن دخول مكة، وهو موضع الطواف
والسعى، ولو وصل إلى ذلك لما كان محصوراً، ولكان نسكه قد كمل على وجهه.

فصل: وقوله: «ثم لم نعلم أن رسول الله ﷺ أمر أحدًا من أصحابه، ولا ممن كان
معه أن يقضوا شيئاً، ولا يعودوا لشيء»، يريد مالك أن يستدل بذلك على أن
القضاء غير واجب لأن النبي ﷺ قد أصابه هو وأصحابه مثل هذا في محفل عظيم،
وعدد كثير، ومشهد مشهور، كان أصحاب النبي ﷺ فيه ألفاً وأربعمائة، ولا يجب
شيء إلا بإيجاب النبي ﷺ، ومحال أن يجب ذلك عليهم، ولا يأمرهم به، ومحال أن
يأمرهم به، ولا يبلغنا مع كثرة عددهم، وتواتر جمعهم، وتحديثهم بما جرى لهم فيه من
الأحكام والأحوال لشهرة المشهد، وسؤال التابعين لهم عنه، وقد أورد من حال ذلك
المشهد ما لا تبلغ الحاجة إليه مبلغها إلى هذا من صفة مسيرهم، ولقاء من لقوه، وما
لقى به النبي ﷺ من صفة المنع، وأسماء الواردين عن قريش، ونص ألفاظهم
ومراجعتهم، وجواب النبي ﷺ عن ذلك، وقول أصحابه فيه، وعدة أصحاب النبي
ﷺ، ومن كان معه من نسائه، فكيف بهذا الحكم مع عظيم شأنه وشمول الحاجة إلى

بقاء حكمه وامتناله ما بقيت الدنيا، فهذا كان أولى بالنقل، فإذا لم ينقل مع ما علم من اهتبال أصحاب النبي ﷺ بنقل أحكامه، واهتمام التابعين بسؤالهم عنها، ونقلهم لها، ثبت أنه لم يأمرهم بقضاء، وإذا لم يأمرهم به صح وتقرر أنه لم يجب عليهم.

ووجه ثان، وهو أن أصحاب النبي ﷺ كانوا معه في تلك العمرة العدد الذى تقدم ذكره، ولو لزم القضاء للزم جميعهم، ولوجب أن يلقيه النبي ﷺ إلى جميعهم إلقاءً شائعاً يعمهم علمه، ولو كان ذلك لوجب فى مستقر العادة أن ينقل إلينا إما بطريق تواتر أو طريق آحاد، ولو جاز أن يخفى علينا هذا من أمره مع ما يلزم من شموله وعمومه، لجاز أن يخفى علينا أكثر غزواته ومشاهده ومقاماته لأن من كان معه فى أكثرها لم يبلغوا هذا العدد الذى لزمهم معرفة هذه القضية ونحن نعلم أنه قد وصل إلينا من أقواله وأوامره فى هذا اليوم ما لعله لم يسمعه إلا ناقله خاصة أو سمعه معه العدد اليسير، ولم يكن فيه حكم يتعلق بأحد منهم، فكيف لا ينقل إلينا ما شمل جميعهم علمه ووجب عليهم حكمه.

٧٩٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ حِينَ خَرَجَ إِلَى مَكَّةَ مُعْتَمِرًا فِي الْفِتْنَةِ: إِنْ صُدِّدْتُ عَنِ الْبَيْتِ صَنَعْنَا كَمَا صَنَعْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَهْلًا بِعُمْرَةٍ مِنْ أَجْلِ أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَهْلًا بِعُمْرَةٍ عَامَ الْحُدَيْبِيَّةِ، ثُمَّ إِنَّ عَبْدِ اللَّهِ نَظَرَ فِي أَمْرِهِ، فَقَالَ: مَا أَمْرُهُمَا إِلَّا وَاحِدٌ، ثُمَّ التَّفَّتَ إِلَى أَصْحَابِهِ، فَقَالَ: مَا أَمْرُهُمَا إِلَّا وَاحِدٌ، أَشْهَدُكُمْ أَنِّي قَدْ أَوْجَبْتُ الْحَجَّ مَعَ الْعُمْرَةِ، ثُمَّ نَفَذَ حَتَّى جَاءَ الْبَيْتَ، فَطَافَ طَوَافًا وَاحِدًا، وَرَأَى ذَلِكَ مُجْزِيًا عَنْهُ وَأَهْدَى^(١).

قَالَ مَالِكٌ: فَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أَحْصَرَ بَعْدُو كَمَا أَحْصَرَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ، فَأَمَّا مَنْ أَحْصَرَ بغيرِ عَدُوٍّ، فَإِنَّهُ لَا يَجِلُّ دُونَ الْبَيْتِ.

الشرح: قوله: «إن عبد الله بن عمر حين خرج إلى مكة معتمراً فى حال الفتنة»،

٧٩٠ - أخرجه البخارى ٢٦٨/٥ كتاب المغازى، باب غزوة الحديبية عن ابن عمر. ومسلم ٩٠٣/٢

كتاب الحج، باب ٢٦ رقم ١٨٠ عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٥١/٥: إلى هنا انتهت رواية يحيى، وعلى ذلك أكثر رواة الموطأ وفى رواية على بن عبدالعزيز، عن القعنبي، عن مالك، فى هذا الحديث: «وأهدى شاة»، فزاد ذكر الشاة، وهو غير محفوظ عن ابن عمر، ولم يذكر القعنبي أيضاً فى هذا الحديث قوله من أجل أن رسول الله ﷺ أهل بعمره يوم الحديبية.

٤٧٨ كتاب الحج

يريد فتنة الحجاج ونزوله على عبدالله بن الزبير بمكة، فقال ابن عمر: «إن صدقت عن البيت صنعنا كما صنعنا مع رسول الله ﷺ»، يريد أنه يحل دون البيت ويرجع ويرى أنه قد أجزأ عنه نسكه، ولو لم يكن مجزئاً لما دخل فيه لأنه بمنزلة من يتعرض لفوات النسك وإبطاله، ويحتمل أن يكون عبدالله بن عمر لم يتيقن نزول الجيش بابن الزبير حين أحرم، وإنما كان شيء يتقيه ويخاف أن يكون، وإن كان يتيقن نزوله، فإنه لم يتيقن صدهم له لما كان عليه من اعتزال الطوائف، وترك التلبس بالفتنة.

وقد بين ذلك بقوله: إن صدقت عن البيت صنعنا كما صنعنا مع رسول الله ﷺ، ولو يتيقن العدو المانع لما جاز أن يحرم لأن ذلك تلبس بعبادة يتيقن أنها لا تتم فيكون كالقاصد لغير البيت بنسكه أو ملتزماً لتمام النسك ومطرحاً للإحلال بالحصر، وعلى من فعل ذلك إتمام نسكه، ولا يحل دون البيت، قاله ابن الماجشون.

ومما يبين ذلك أن النبي ﷺ لم يتيقن أن يصد عام الحديبية لأنه لم يأتهم محارباً، وإنما قصد العمرة، ولم تكن قريش تمنع من قصد الحج أو العمرة.

فصل: وقوله: «فأهل عبدالله بن عمر بعمرة من أجل أن رسول الله ﷺ أهل بعمرة عام الحديبية»، يريد أنه امتثل نسك رسول الله ﷺ ليأتي من التحلل دون البيت إن صد عنه بما أتى به النبي ﷺ، ويكون له من ذلك ما كان له ولم يحرم بالحج لما خاف أن يكون أكد من العمرة في ذلك، وألا يكون للمحرم بالحج من الرخصة بالتحلل ما للمحرم بالعمرة.

فصل: وقوله: «ثم إن عبدالله بن عمر نظر في أمره، فقال: ما أمرهما إلا واحد»، يريد أنه تأمل ما أحرم به من العمرة، وما كان يريد من الحج ويسر حالهما، فرأى أن حكمهما في ذلك واحد لأنهما نسكان متعلقان بالبيت، فإذا كان له الترخص بالتحلل في أحدهما كان له في الآخر مثل ذلك، ولأنه إذا كان له التحلل في العمرة، وليست متعلقة بوقت معين، فبأن يكون له ذلك في الحج وهو يفوت بفوات الوقت أولى.

فقال عبدالله بن عمر: «إن أمرهما واحد»، وهذا حكم بالقياس، ولا نعلم أحداً أنكر عليه ذلك ثم إن عبدالله بن عمر التفت إلى أصحابه، فقال: ما أمرهما إلا واحداً، علمهم ما ظهر إليه من أن أمر الحج والعمرة في ذلك واحد، لينبهم بذلك على حكم القضية، ثم قال لهم: «أشهدكم أنني قد أوجبت الحج مع العمرة» ليقنتى به في ذلك من يلزمه تقليده، وينبه على مواضع النظر والاستدلال من يصح منه ذلك، فأردف

كتاب الحج ٤٧٩
عبدالله الحج على العمرة، وذلك قبل التلبس بشيء من أفعال العمرة، فصار قارنًا،
وذلك جائر على ما قدمناه.

فصل: وقوله: «فنفذ عبدالله حتى جاء البيت فطاف طوافًا واحدًا، ورأى ذلك مجزئًا
عنه»، يريد أنه رأى الطواف الواحد أجزاءً عن عمرته وحججه، إذا كان قد قرن بينهما،
وهذا مذهب مالك والشافعي. وأما أبو حنيفة فيقول: لا تجزئه، ولا بد له من طوافين
وسعيين، وسيأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقول مالك، رحمه الله: «فهذا الأمر عندنا فيمن أحصر بعدو، وكما أحصر
النبي ﷺ وأصحابه»، يريد أن حكمه مثل حكم ما روى عن عبدالله بن عمر أنه يجوز
له من ذلك ما جاز للنبي ﷺ وأصحابه يوم الحديبية.

وقد قال مالك: أحصر في العدو، فإن صحت هذه الرواية ولم تغيرها الرواة، فإنها
على قول القاضى أبى الحسن أن لفظة أحصر، تستعمل فى العدو والمرض وحصر لا
يقال إلا فى العدو على ما روى عن الفراء فى ذلك.

فصل: وقوله: «وأما من أحصر بغير عدو، فإنه لا يحل دون البيت»، يريد بذلك من
ملك نفسه، وأما من ملكه غيره كالعبد والمرأة، فإنهما يحلان بعد الإحرام، إذا منعهما
من له المنع، وإن لم يكن عدوا لأن المنع لتمامه استدامة المنع، والأذن فى الإحرام وقد
تقدم ذكره.

* * *

ما جاء فيمن أحصر بغير عدو

٧٩١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ
أَنَّهُ قَالَ: الْمُحْصَرُّ بِمَرَضٍ لَا يَحِلُّ حَتَّى يَطُوفَ بِالْبَيْتِ وَيَسْعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ،
فَإِذَا اضْطُرَّ إِلَى لُبْسِ شَيْءٍ مِنَ الثِّيَابِ الَّتِي لَا بُدَّ لَهُ مِنْهَا أَوْ الدَّوَاءِ صَنَعَ ذَلِكَ،
وَأَفْتَدَى.

الشرح: قوله: «إن المحصر بمرض لا يحل حتى يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا
والمروة»، وهو مذهب عبدالله بن عمر وإليه ذهب مالك والشافعي، وقال: أبو حنيفة:
له التحلل حيث أحصر.

٧٩١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٧٢. القرطبى فى تفسيره ٣٧١/٢. المجموع

٢٦٧/٨. المغنى ٣٦٣/٣

٤٨٠ كتاب الحج

والدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿وَأَتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [الحج: ١٩٦] والأمر يقتضى الوجوب.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا تلبس بالحج، لم يصد عنه بيد غالبية، فلم يكن له التحلل دون البيت كمخطئ الوقت أو مخطئ الطريق، والاستدلال فى المسألة، وهو أن التحلل إنما وضع للتخلص مما هو سبب للتحلل كالعدو المانع، فشرع التحلل للسلامة منه، والرجوع عنه، والمريض لا يتخلص بتحلله من مرضه، فلم يشرع له التحلل كالمسجون.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فسواء شرط عند إحرامه التحلل للمرض أو لم يشترط. وقال الشافعى: إن شرط التحلل عند إحرامه بأن له ذلك للشرط الذى شرطه.

والدليل على ما نقوله أن كل ما لا يجوز الخروج به من العبادة بغير شرط، فإنه لا يجوز الخروج به من العبادة لأجل الشرط.

أصل ذلك أن يشترط إلا أن يبدو لى، وتعلق من ذهب إلى جواز الاشتراط بما رواه أن ضباعة بنت الزبير بن عبدالمطلب أتت النبى ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إنى أريد أن أحج، فكيف أقول؟ فقال: «قولى لبيك اللهم لبيك ومحلى من الأرض حيث تحبسنى، فإن لك على ربك ما استثنيت»^(١) فإنه يحتمل أن يريد بقولها: ومحلى حيث تحبسنى: الموت، ولا خلاف أن الميت ليس عليه إتمام نسكه، ويحتمل أن تريد حيث تحبسنى بعدو، ويحتمل أن تريد بقولها: محلى، أى مكان مقامى حيث تحبسنى عن التوجه إلى البيت بمرض، فإذا زال المرض توجهت إليه، وأكملت نسكى.

ويدل على صحة هذا التأويل قولها: ومحلى من الأرض حيث تحبسنى فهذا ظاهره المكان، والله أعلم، فيكون معنى ذلك الدعاء بالعون والاعتراف بالعجز مع بذل الجهد فى بلوغ الغرض من إتمام العبادة؛ لما يخاف من عوائق المرض، تريد إنى يا رب خارجة رجاء عونك على البلوغ إلى قضاء نسكى، فإن حبستنى دون ذلك، فإنى إنما أمسك عن التمادى حيث حبستنى، وسلبتنى القوة عن السعى إلى قضاء نسكى، وهذا غير خارج عن صفة البانى على إحرامه إذا أحصر بمرض، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإنه لا يحل حتى يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة»، يريد استدامة إحرامه حتى يصل إلى البيت، فإن كان فى وقت لم يفته فيه الحج كان طوافه

(١) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٧٦٦. الدارمى حديث رقم ١٨١١.

كتاب الحج ٤٨١
باليبيت وسعيه بين الصفا والمروة بحجة، وإن كان قد فاته الحج، وكان إحرامه بالحج، فإنه يتحلل بعمره يطوف بها ويسعى ثم يتحلل وعليه الهدى لما فاته من الحج، وعليه حج من عام قابل، وإن كان إحرامه أولاً بعمره، فمتى وصل إلى البيت طاف لها وسعى وتحلل منها.

فرع: ولو أحصر بمرض بعدما طاف لحجه وسعى، ففي كتاب ابن حبيب، وغيره: يطوف ويسعى للعمرة التي يحل بها.

ووجه ذلك أنه لا يتحلل من الإحرام بعد المرض إلا بنسك كامل، وأقل النسكين العمرة، ولما كانت لا تتعلق بوقت معين، ولم يدخلها الفوات كان تحلل من فاته الحج بها لما كان حكم الإحرام لازماً لا يصح الخروج عنه إلا بتمام نسك، وكان الحج يتعلق بوقت يفوت بفواته لم يصح الخروج من الإحرام إلا بعمره ولما كان طواف هذا المحصر وسعيه لحجه الذي فاته لزمه استقبال طواف وسعى للعمرة التي تحلل بها، ولم ينب طواف الحج عن طواف العمرة لاختلاف أحكامهما.

٧٩٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا كَانَتْ تَقُولُ: الْمُحْرَمُ لَا يُحِلُّهُ إِلَّا الْبَيْتُ.

٧٩٣ - مَالِك، عَنْ أَيُّوبَ بْنِ أَبِي تَمِيمَةَ السَّخْتِيَانِيَّ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ^(١) كَانَ قَدِيمًا أَنَّهُ قَالَ: خَرَجْتُ إِلَى مَكَّةَ حَتَّى إِذَا كُنْتُ بِيَعْضِ الطَّرِيقِ كَسِيرَتِ فَخِذِي، فَأَرْسَلْتُ إِلَى مَكَّةَ، وَبِهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَالنَّاسُ، فَلَمْ يُرْخِصْ لِي أَحَدٌ أَنْ أُحِلَّ فَأَقَمْتُ عَلَى ذَلِكَ الْمَاءِ سَبْعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى أَحَلَلْتُ بِعُمْرَةٍ.

٧٩٤ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ

٧٩٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٧٣.

٧٩٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٧٤. الطبري في تفسيره ١٣١/٢. البيهقي في السنن الكبرى ٢١٩/٥.

(١) قال في الاستذكار ٩٢/١٢: هذا الرجل الذي ذكر مالك أنه من أهل البصرة هو أبو قلابة ابن زيد الجرهمي شيخ أيوب السختياني ومعلمه.

٧٩٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٧٥. القرطبي في تفسيره ٣٧١/٢. المغنسي ٦٣٦/٣. المجموع ٢٦٧/٨.

٤٨٢ كتاب الحج
أَنَّهُ قَالَ: مَنْ حُجِسَ دُونَ الْبَيْتِ بِمَرَضٍ، فَإِنَّهُ لَا يَجِلُّ حَتَّى يَطُوفَ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا
وَالْمَرْوَةِ.

٧٩٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ مَعْبَدَ بْنَ حُزَابَةَ
الْمَخْزُومِيَّ صُرِعَ بِبَعْضِ طَرِيقِ مَكَّةَ، وَهُوَ مُحْرِمٌ، فَسَأَلَ عَلَى الْمَاءِ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ
عَنِ الْعُلَمَاءِ، فَوَجَدَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ وَمَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ، فَذَكَرَ
لَهُمُ الَّذِي عَرَضَ لَهُ، فَكُلُّهُمْ أَمَرَهُ أَنْ يَتَدَاوَى بِمَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ، وَيَقْتَدِي فَيُذَا صَحَّ
اعْتَمَرَ فَحَلَّ مِنْ إِحْرَامِهِ ثُمَّ عَلَيْهِ حَجٌّ قَابِلٌ، وَيُهْدَى مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ.

الشرح: قوله: «أن معبد بن حزابة صرع ببعض طريق مكة وهو محرم»، ليس فيه ما
يدل على أن إحرامه كان بحج أو عمرة إلا أن قول المفتين له: «ثم عليه حج قابل»،
يقتضى أن إحرامه كان بالحج، وأنه قد بين ذلك لهم فى سؤاله، وعرفوا ذلك من
حاله، ولو كان محرماً بعمرة لم يكن عليه قضاء حج فى المستقبل، ولو لم يعرفوا صفة
إحرامه لما أفتوه حتى سألوه عن مقتضاه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فسأل على الماء الذى كان عليه عن العلماء»، يريد أنه سأل عمن
يستفتيه فى أمره من الخالين، على الماء إن كان يحضر موضعه منهم أحد، فوجد به
عبدالله بن عمر وعبدالله بن الزبير ومروان بن الحكم، وهذا يدل على أن مروان كان
من الفقهاء، وأنه كان ممن يستفتى ويؤخذ بقوله.

ويدل أيضا على أن المفتى إذا كان من أهل العلم والاجتهاد، جاز أن يفتى بموضع
فيه من هو أعلم منه لأنه لا خلاف أن عبدالله بن عمر وعبدالله بن الزبير مقدمان عليه
فى العلم والاجتهاد، جاز أن يفتى بموضع فيه من هو أعلم منه لأنه لا خلاف أن
عبدالله بن عمرو وعبدالله بن الزبير مقدمان عليه فى العلم والدين والفضل بدرجات
كثيرة.

فصل: وقوله: «فكلهم أمره أن يتداوى بما لا بد منه»، يريد أنهم أباحوا له التداوى
لما يحتاج إليه لمرضه ذلك، ولكسره من طيب أو غيره، ويفتدى إن فعل من ذلك ما
يمنع الإحرام، وكذلك إن احتاج أن يربط على موضع الكسر خرقه، فإنه يربطها ويلزمه
الفدية.

كتاب الحج ٤٨٣

فصل: وقوله: «إذا صح اعتمر»، يريد أنه يحل بعمره، ومعنى ذلك أن يكون مرضه يدوم به حتى يفوته الحج، وهو لا يحل حتى يصل إلى البيت، فإذا كان ممنوعاً من تمام الحج لفوات ركن من أركانه، وهو الوقوف بعرفة، وفوات كثير من سببه، وهو المبيت بمزدلفة والوقوف بها، والمبيت بمنى ورمى الجمار بها، لزمه أن يأتي بنسك يتحلل به لا يتعلق بوقت معين، وهو العمرة.

مسألة: وإذا أفاق من مرضه، فلا يخلو أن يقيم بموضعه أو يدخل مكة، فإن أراد المقام بموضعه، فذلك له لأنه ليس في تقدمه إلى مكة بعد فوات الحج معنى يوجب عليه التعجل، فكان له الارتفاق بمقامه في موضعه.

وقد روى ابن نافع عن مالك أن له أن يرجع إلى أهله، إن كانوا قريباً منه، فيقيم عندهم حراماً حتى يقوى على العمرة، وإذا كانوا بعيداً، فليقيم بموضعه.

ووجه ذلك أن المحرم له أن يستديم طريقه، فيما قرب من حوائجه وتصرفاته وليس له ذلك فيما بعد من الأسفار.

مسألة: فإن أبى المقام في موضعه، فله البقاء على إحرامه إلى العام المقبل فيحج، لأن التحلل إنما هو رخصة لمشقة البقاء على الإحرام، فإن أبى وسهل عليه، جاز له استصحاب الإحرام.

فرع: فإن بقى على إحرامه في العام المقبل، فأتى حجه، هل عليه هدى أم لا؟ روى ابن القاسم عن مالك: لا هدى عليه. وروى عنه أشهب يهدى احتياطاً.

وجه قول ابن القاسم أن الهدى إنما هو للتحلل الذي قبل إكمال النسك الذي دخل فيه، فإذا لم يتحلل وبقى على إحرامه حتى يتمه، فلا هدى عليه.

ووجه رواية أشهب أنه تيقن أن يكون حمله على الصبر لأداء الإحرام عاماً كاملاً ليدفع عن نفسه الهدى، فأحب أن يكون ذلك إذا أهدى خالصاً لإتمام العبادة.

مسألة: فإن أراد البقاء على إحرامه، ثم بدا له أن يحل، فذلك له ما لم تدخل أشهر الحج من العام المقبل، فليس له ذلك، قاله مالك.

ووجه ذلك أنه لم يجرم بالحج للبقاء إلى هذا العام، وإنما أحرم له للعام الأول، فلما فاتته كان التحلل، وهو على ذلك إلى أن تدخل أشهر الحج من العام الثاني، وإذا دخلت لم يكن له التحلل لأنه قد لزمه الحج بدخول أشهر الحج، واختصاص الحج بها، فلما

٤٨٤ كتاب الحج

بقى على إحرامه إليها كان ملتزمًا للحج في هذا العام، فكان بمنزلة من أحرم به الآن، فإذا وجب عليه في هذا العام، فلا فائدة في تحلله لأنه عائد إلى الإحرام.

ووجه آخر، وهو أن الإحرام بالحج في غير أشهر الحج مكروه، فلذلك استحب لمن فاتته الحج أن يحل بعمره، ولا يستديم فيها الإحرام بالحج إذ الإحرام به فيها مكروه، وقد أبيع له التحلل، فإذا استدام الإحرام إلى أشهر الحج، فقد خرج عن مدة كراهية الإحرام بالحج، ودخل في مدة تختص بالإحرام بالحج مع قرب وقت الحج، فلم يكن له التحلل قبل الحج.

ووجه ثالث، وهو أن التحلل لمشقة استصحاب الإحرام، فإذا دخلت أشهر الحج، فقد زالت المشقة لأنه لم يبق له من المدة إلا بمقدار ما يشرع وقتًا للإحرام.

مسألة: فإن بقي حرامًا حتى يحج، فذلك يجزئه عن فرضه، فإن تحلل بعمره في أشهر الحج، فبئس ما صنع. قال ابن القاسم مرة: فسخره باطل. وقال مرة: إن جهل، ففعل صح تحلله، وبئس ما صنع، وقاله أصبغ.

وجه القول الأول أنه ممنوع من التحلل، فلم يصح. أصل ذلك لو تحلل قبل فوات الحج. وأصله من أحرم في هذا العام. ووجه القول الثاني: أنه قد فاتته الحج فصح تحلله. أصل ذلك إذا تحلل قبل أشهر الحج.

فروع: فإن قلنا بصحة تحلله، فحج من عامه ذلك، فهل يكون متمتعًا أم لا؟ اختلف في ذلك قول ابن القاسم، فقال مرة: يكون متمتعًا. وقال مرة أخرى: لا يكون متمتعًا.

وجه القول الأول أنه قد وجد منه عمرة في أشهر الحج ثم حج في ذلك العام ترخص فيهما بترك السفرين، فكان متمتعًا. أصل ذلك إذا أحرم بهما في عام واحد. ووجه القول الثاني ما احتج به من أنها لم تكن عمرة، وإنما تحلل بها من حجة، فلم يكن لذلك حكم التمتع؛ لأن التمتع لا يكون إلا بعمره صحيحة مقصودة.

فصل: وإن أراد التقدم إلى البيت قبل أشهر الحج، كان له ذلك، فإن دخل مكة قبل أشهر الحج لزمه التحلل بعمره، ولم يكن له البقاء على إحرامه. رواه ابن المواز عن مالك.

ووجه ذلك ما قدمناه من كراهية استدامة الإحرام بالحج في غير أشهر الحج، فإن بقي على إحرامه إلى أشهر الحج، لم يكن له التحلل حتى يحج على ما قدمناه.

فصل: وقوله: «عليه حج قابل»، يريد أن من حل بعمره، فعليه أن يحج من قابل قضاء عن حجته التي أحرم بها، ومنع من إتمامها، ويجزئ ذلك من فرض ونقل لأنه قضى ما دخل فيه، فوجب أن ينوب عما كان أحرم به.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى هَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أَحْصَرَ بِغَيْرِ عَدْوٍ، وَقَدْ أَمَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَبَا أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيَّ وَهَبَّارَ بْنَ الْأَسْوَدِ حِينَ فَاتَهُمَا الْحَجُّ وَأَتَيَا يَوْمَ النَّحْرِ أَنْ يَجِلا بِعُمْرَةٍ ثُمَّ يَرْجِعَا حَلالًا ثُمَّ يَحُجَّانِ عَامًا قَابِلًا، وَيُهْدِيَانِ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةَ إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ^(١).

الشرح: احتج مالك، رحمه الله، على ما تقدم من قول الصحابة، واختياره هو في المحصر بمرض ما أمر به عمر بن الخطاب أبا أيوب وهبار بن الأسود حين فاتهما الحج؛ لأن ذلك حكم متفق عليه وكان أبو أيوب الأنصاري قد أضل رواحله، ففاته الحج، وكان هبار بن الأسود قد أخطأ العدة، فقدم يوم النحر، وهو يراه يوم عرفة، فأمرهما عمر بن الخطاب أن يجلا بعمره ثم يقضيا الحج عامًا قابلاً ويهديا، فرأى مالك، رحمه الله، أن حكم المحصر بمرض حكمهما؛ لأن كل واحد منهما ممنوع عن إتمام نسك دون يد غالبية ولا منع من ذلك.

قَالَ مَالِكٌ: وَكُلُّ مَنْ حُبِسَ عَنِ الْحَجِّ بَعْدَ مَا يُحْرَمُ إِمَّا بِمَرَضٍ أَوْ بِغَيْرِهِ أَوْ بِخَطَأٍ مِنَ الْعَدْوِ أَوْ خَفَى عَلَيْهِ الْهَلَالُ، فَهُوَ مُحْصَرٌّ، عَلَيْهِ مَا عَلَى الْمُحْصَرِّ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من حبس عن تمام حجه بعد أن أحرم به، وكان حبسه ذلك بمرض أو بغيره، يريد مما حكمه حكم المرض في الأعذار الخاصة التي لا تمنع الطريق، ولا هي من حقوق المالكين، وأما الذي يخطأ العدد مثل أن يظن يوم النحر يوم عرفة، أو يخفى عليه الهلال، فهو وإن كان يدخل في خطأ العدد، فإن خطأ العدد، قد يكون بغير خفاء الهلال مثل أن يخطئ، فيظن يوم السبت يوم الجمعة، فيفوته بذلك الحج، فإن، هذا محصر عليه ما على المحصر، يريد من التمداد إلى البيت، وأنه لا يحل دونه، وأن عليه القضاء والهدى، والمحصر عنده هو الذي لم يمنع وإنما ثبت له سبب المنع، وأما المنوع، فهو محصور على ما قدمناه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٩٥/١٢.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٩٥/١٢.

سُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ أَهْلٌ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ بِالْحَجِّ ثُمَّ أَصَابَهُ كَسْرٌ أَوْ بَطْنٌ مُتَحَرِّقٌ أَوْ امْرَأَةٌ تَطْلُقُ، قَالَ: مَنْ أَصَابَهُ هَذَا مِنْهُمْ فَهُوَ مُحْصَرٌّ يَكُونُ عَلَيْهِ مِثْلُ مَا عَلَى أَهْلِ الْآفَاقِ إِذَا هُمْ أُحْصِرُوا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من أهل من أهل مكة بالحج فعليه إتمامه، فإن منعه من ذلك سبب مانع مثل أن يكون المحرم يصيبه كسر أو انبلاق بطن أو تكون امرأة حامل تطلق، يريد يصيبها وجع النفاس، فيأتي من ذلك ما لا يستطيع معه التوجه إلى عرفة، فإن حكم هذا المكي الذي أصابه هذا، حكم أهل الآفاق إذا أحصروا عن الخروج إلى عرفة، وقد تقدم بيانه. وهذا الذي ذهب إليه مالك وعليه أكثر أصحابه.

وقال أشهب: لا إحصار على المكي، وإن نعش نعشاً. قال محمد: يريد وإن حمل على النعش إلى عرفة وغيرهما.

وجه قول مالك أن هذا عاجز عن إتمام نسكه، وفعل ما لا يتم إلا به بمرض، فكان محصراً. أصل ذلك غير المكي.

ووجه قول أشهب قرب المسافة والتمكن في غالب الحال عنده من إتمام الحج وبلوغ المناسك، وإن تكلف في ذلك المؤن الخارجة عن العادة، وقول مالك أظهر، والله أعلم؛ لأن هذه حال أهل الآفاق إذا أصابهم ذلك بمكة.

فصل: وقوله: «يكون عليه ما على أهل الآفاق إذا أحصروا»، يريد والله أعلم، من القضاء والهدى. وقد روى داود بن سعيد ذلك عن مالك، قال: فقيل لمالك: فإن الله تعالى يقول: ﴿لَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩٦] فطرح عنهم هدى التمتع، قال مالك: فإن الله يقول: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] فالمكي وغيره سواء، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ قَدِيمٍ مُعْتَمِرًا فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ حَتَّى إِذَا قَضَى عُمْرَتَهُ أَهْلًا بِالْحَجِّ مِنْ مَكَّةَ ثُمَّ كُسِرَ أَوْ أَصَابَهُ أَمْرٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَحْضُرَ مَعَ النَّاسِ الْمَوْقِفَ.

قَالَ مَالِكٌ: أَرَى أَنْ يُقِيمَ حَتَّى إِذَا بَرَأَ خَرَجَ إِلَى الْجِلِّ ثُمَّ يَرْجِعُ إِلَى مَكَّةَ فَيَطُوفُ بِالْبَيْتِ وَيَسْعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، ثُمَّ يَجِلُّ ثُمَّ عَلَيْهِ حَجٌّ قَابِلٌ وَالْهَدْيُ.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٩٥/١٢.

الشرح: وهذا كما قال أن من قدم مكة معتمرا في أشهر الحج، ففضى عمرته وحل منها، ثم عزم على التمتع، فأهل بالحج من مكة، ثم أحصر عن الوقوف بعرفة مع الناس، يريد وقت الوقوف بها بكسر أو أمر يمنع، فإن مالكا، رحمه الله، قال: «أرى أن يقيم»، يريد على إحرامه الذى أحرم به من مكة حتى إذا قوى واستطاع الخروج إلى الحل خرج إليه، وذلك أن الحج قد فاته، وله التحلل منه بعمره.

ومن شرطها الجمع بين الحل والحرم، وهو قد أحرم بالحج الذى فاته من الحرم، وجمع أفعال العمرة فى الحرم، فلا بد له من الخروج إلى الحل ليأتى بشرط العمرة الذى هو الجمع بين الحل والحرم، ثم يرجع إلى مكة للإتيان بأفعال عمرته التى يتحلل بها، وهى الطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة ثم يحل من الإحرام الذى أحرم به من مكة، ثم عليه حج قابل قضاء عن الحج الذى فاته، وعليه الهدى لما فاته من الحج بعد التلبس به، وهل يكون متمتعا بالإحرام بالحج فى أشهر الحج بعد أن اعتمر فيها أم لا؟ يكون متمتعا؛ لأن ذلك الحج لم يتم.

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ أَهَلَ بِالْحَجِّ مِنْ مَكَّةَ ثُمَّ طَافَ بِالْبَيْتِ وَسَعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ثُمَّ مَرَضَ فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَحْضُرَ مَعَ النَّاسِ الْمَوْقِفَ.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا فَاتَهُ الْحَجُّ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ خَرَجَ إِلَى الْحِجْلِ فَدَخَلَ بِعُمْرَةٍ، فَطَافَ بِالْبَيْتِ وَسَعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ لِأَنَّ الطَّوَّافَ الْأَوَّلَ لَمْ يَكُنْ نَوَاهُ لِلْعُمْرَةِ، فَلِذَلِكَ يَعْمَلُ بِهَذَا وَعَلَيْهِ حَجٌّ قَابِلٌ وَالْهَدْيُ.

الشرح: قوله: «فيمن أهل بالحج من مكة ثم طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة»، يريد أنه فعل ذلك وإن لم يكن من حكمه أن يفعله لأن من حج من مكة، فليس عليه طواف، ورود لأنه ليس بوارد، وله أن يتطوع بما شاء من الطواف، ولا يسعى بين الصفا والمروة لأن السعى بينهما لا ينتقل به لأنه عمل من أعمال الحج لا تعلق له بالبيت، فلم يكن قربة فى نفسه منفردا كالوقوف بعرفة.

مسألة: ولا ينتقل به بأثر طواف تنفل؛ لأن من حكم السعى بين الصفا والمروة أن يكون بأثر طواف فى حج أو عمرة، ولا طواف فى الحج إلا طواف الورد أو طواف الإفاضة، فإذا سقط عن الحاج من مكة طواف الورد، لم يبق عليه إلا طواف الإفاضة فليزمه تأخير السعى يأتى به بعد طواف الإفاضة هذا مذهب مالك، رحمه الله. وقال

أبو حنيفة والشافعي: ومن أحرم من مكة بالحج، فله أن يقدم الطواف والسعي.

والدليل على ما نقوله أن هذا نسك يشتمل على طواف وسعي، فكان حكمه الإتيان بهما بعد الجمع بين الحل والحرم كالعمرة.

فرع: ومن أهل من مكة بالحج، فقدم الطواف والسعي، فقد أتى بالسعي بأثر طواف لم يشرع للحج بل هو طواف منهي عنه إذا فعله للحج فلم يأت بالسعي على الوجه المأمور به، فكان عليه بدله بعد طواف الإفاضة ليأتي به على الوجه المشروع.

فرع: فإن لم يعد السعي حتى يرجع إلى بلده أو تباعد من مكة أجزاءه لأنه قد أتى به عقيب طواف، فوجد فيه شرط الإجزاء، وعليه دم للنقص الذي دخل عليه بإتيانه عقيب طواف غير مشروع للحج.

فصل: وقوله: «إذا فاتته الحج، فإنه إن استطاع خرج إلى الحل فدخل بعمرة»، يريد إن تمادى به عذره حتى يفوته الحج، فإنه إذا استطاع بعد ذلك الخروج إلى الحل ولم تخترمه منية قبل الاستطاعة، فإن حكمه أن يخرج إلى الحل، فقد حل منه بعمرة تنبئها على إحرامه الأول بالحج، وينوي أن يتحلل منه بعمرة، فلذلك خرج إلى الحل ليجمع في نسكه بين الحل والحرم، ولو كان إحرامه لحجه من الحل لما احتاج الآن إلى الخروج إلى الحل لأنه قد وجد منه الإحرام في الحل والحرم.

فصل: وقوله: «فطاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة»، يريد يستأنف الطواف والسعي لعمرة التحلل لأن الطواف والسعي الذي أتى بهما للحج قبل أن يحصر لا يجزئانه لعمرة والتحلل، ثم قال: وعليه حج قابل والهدى على ما تقدم من قضاء الحج الذي فاتته والهدى الواجب بفواته.

قال مالك: فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ مَكَّةَ فَأَصَابَهُ مَرَضٌ حَالَ بَيْنِهِ وَبَيْنَ الْحَجِّ، فَطَافَ بِالْبَيْتِ وَسَعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ حَلًّا بِعُمْرَةٍ وَطَافَ بِالْبَيْتِ طَوَافًا آخَرَ، وَسَعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ؛ لِأَنَّ طَوَافَهُ الْأَوَّلَ وَسَعْيَهُ إِنَّمَا كَانَ نَوَافًا لِلْحَجِّ، وَعَلَيْهِ حَجٌّ قَابِلٌ وَالْهَدْيُ.

الشرح: قوله: «وإن كان من غير أهل مكة»، يريد أن يهمل بالحج من غيرها، فيكون عليه طواف الورد، فيطوف له ويسعى بأثره، وذلك أن المحرم بالحج من غير أهل مكة، لا يخلو أن يحرم به من الحرم، أو من الحل، فإن أحرم به من الحرم، فحكمه

كتاب الحج ٤٨٩
حكم من أحرم من مكة فى تأخير الطواف والسعى؛ لأنه ليس بوارد على الحرم،
فيكون له طواف الورد، وإن أحرم به من الحل، فسواء كان من أهل الحرم أو غيرهم،
عليه تقديم الطواف والسعى؛ لأنه وارد على الحرم من الحل، فعليه طواف الورد، وهو
واجب للنسك الذى دخل به، فيتعقب السعى.

وقد تقدم ذكره، وهذا الظاهر من المذهب، وهو معنى ما رواه ابن عبدالحكم عن
مالك غير التعليل. وحكى القاضى أبو محمد أن طواف القدوم إنما هو لمن قدم إلى مكة
دون من كان بها، وهذا اللفظ يقتضى أن من قدم إليها من أهل الحرم، أن عليه طواف
الورد.

ووجه ذلك أن هذا حكم يختص بأهل مكة، فوجب أن يختص بهم دون أهل الحرم.
أصل ذلك أن لا دم عليهم للقران.

فصل: وإنما كرر مالك، رحمه الله، هذا الفصل أن من تحلل بعمرته بعد أن طاف لما
فاته الحج وسعى، فلا بد له أن يستأنف لعمرته الطواف والسعى؛ لأن الفصل الذى قبل
هذا طاف الذى فاته الحج طوافاً وسعى وسعيًا غير مشروعين. وفى مسألتنا طوافه
وسعيه مشروعان، فيبين أن ذلك سواء فى وجوب استئناف الطواف والسعى للعمره،
والله أعلم، وبين ذلك بقوله: لأن الطواف والسعى لم يكن أتى بهما جميعًا لعمرته،
وإنما أتى بهما لحجته، فلا يميزانه لعمرته، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى بناء الكعبة

٧٩٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مُحَمَّدٍ
ابْنَ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ أَخْبَرَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَلَمْ
تَرَى أَنَّ قَوْمَكَ حِينَ بَنَوْا الْكَعْبَةَ اقْتَصَرُوا عَنْ قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ؟ قَالَتْ: فَقُلْتُ: يَا
رَسُولَ اللَّهِ أَفَلَا تَرُدُّهَا عَلَيَّ قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَوْلَا جِدْنَا

٧٩٦ - أخرجه البخارى ٤٧/٦ كتاب التفسير سورة البقرة باب قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ
القواعد من البيت﴾ عن عائشة. ومسلم ٢٦٩/٢ كتاب الحج، باب ٦٩، حديث رقم ٣٩٩ عن
عائشة. والنسائى ٢١٤/٥ كتاب الحج باب بناء الكعبة عن عائشة. وأحمد ١١٣/٦ عن عائشة.
والبيهقى فى الكبرى ٨٩/٥ عن عائشة. والبيهقى بشرح السنة ١٠٧/٧ عن عائشة. وابن خزيمة
برقم ٣٠١٩، ٣٣٥/٤ عن عائشة.

٤٩٠ كتاب الحج
قَوْمِكِ بِالْكَفْرِ لَفَعَلْتُ». قَالَ: فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: لَئِنْ كَانَتْ عَائِشَةُ سَمِعَتْ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَا أَرَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ تَرَكَ اسْتِئْلَامَ الرُّكْنَيْنِ اللَّذَيْنِ يَلِيَانِ الْحِجْرَ إِلَّا أَنْ الْبَيْتَ لَمْ يُتَمَّمْ عَلَى قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ.

الشرح: قوله: «ألم ترى أن قومك حين بنوا الكعبة اقتصروا عن قواعد إبراهيم»، يريد أنهم بنوا البيت على بعض قواعد إبراهيم، وهى قواعد البيت الذى أسسه بها إبراهيم عليه السلام، فلم تستوعب قريش حين بنوا البيت البنيان الذى كان بها حين بعث الله نبيه ﷺ، وهذا البناء المذكور شهده النبي ﷺ، ونقل الحجاره فيه ووضعت قريش الحجر الأسود فى حائطه بحكمه ﷺ بينهم، فذلك البنيان الذى اقتصرت فيه قريش عن بعض قواعد إبراهيم، وتركت شيئاً منها خارجاً عن بنيانها، وقد روى أن الذى منعها من استيعاب القواعد بالبناء قصور النفقة.

فصل: وقول عائشة: «يا رسول الله ألا تردّها على قواعد إبراهيم؟» تريد أن ينقض البنيان الذى بنيت عليه القواعد ويبينها بنياناً يستوعب القواعد.

فصل: وقوله ﷺ: «لولا حدثان قومك بالكفر» يريد والله أعلم قرب العهد بالجاهلية فرمما أنكرت نفوسهم خراب الكعبة، فيوسوس لهم الشيطان بذلك ما يقتضى إدخال الداخلة عليهم فى دينهم، والنبي ﷺ كان يريد استلافهم، ويروم تثبيتهم على أمر الإسلام والدين، يخاف أن تنفر قلوبهم بتخريب الكعبة، ورأى أن يترك ذلك، وأمر الناس باستيعاب البيت بالطواف أقرب إلى سلامة أحوال الناس وإصلاح أديانهم مع أن استيعابه بالبنيان لم يكن من الفروض، ولا من أركان الشريعة التى لا تقوم إلا به، وإنما يجب استيعابه بالطواف خاصة، وهذا يمكن مع بقاءه على حاله.

فصل: وقول عبدالله بن عمر: «لئن كانت عائشة سمعت هذا من رسول الله ﷺ» يريد إن كان عبدالله بن محمد قد سلم من السهو والخطأ فيما نقله عن عائشة، وكانت عائشة قد سمعت هذا من رسول الله ﷺ، «فما أرى رسول الله ﷺ ترك الركنين اللذين يليان الحجر إلا لأن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم»، فأخبر عبدالله بن عمر أن رسول الله ﷺ ترك استلام الركنين اللذين يليان الحجر، وهذا يقتضى قصد تركهما، وإلا فلا يسمى تاركاً لعرف الاستعمال من أراد الشيء فمنعه منه مانع، فعلم عبدالله بن عمر بترك النبي ﷺ استلام الركنين المذكورين، ولم يعلم علة ذلك، وهو أنهما ليسا بركنين للبيت، لأن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم، بل أخرج منه بعض الحجر، فلم يبلغ به ركنى البيت من تلك الجهة.

كتاب الحج ٤٩١
فالركنان اللذان هما اليوم للبيت من تلك الجهة ليسا بركنين للبيت الذى أسس
قواعده إبراهيم عليه السلام، وإنما هما من وسط الجدار، فلم يشرع استلامهما، كما
لم يشرع استلام سائر الجدار لأن الاستلام حكم يختص بالأركان.
وقد روى عن عروة بن الزبير أنه كان يستلم الأركان كلها، ويقول: «ليس من
البيت شىء مهجور»^(١).

والدليل على صحة ما عليه الجمهور قول عبدالله بن عمر: ما أرى رسول الله ﷺ
ترك استلام الركنين اللذين يليان الحجر إلا أن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم.

٧٩٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ قَالَتْ: مَا
أُبَالِي أَصَلَيْتُ فِي الْحَجْرِ أَمْ فِي الْبَيْتِ.

الشرح: قولها: «ما أبالي أصليت فى الحجر أم فى البيت»، تريد البيت المبنى الآن،
فقالت: لا أبالي أصليت فيه أم فى الحجر؛ لأن حكمهما واحد؛ لأن البيت الأول الذى
أسسه إبراهيم عليه السلام يشتمل عليهما، فالصلاة فى الحجر صلاة فى البيت.
وهذا يحتمل معنيين، أحدهما: وهو الأظهر أن يكون تقرر من رأيها منع الصلاة فى
البيت، فنقول: إن الصلاة فى الحجر بمنزلتها فى المنع، إما على وجه الكراهية، وإما على
وجه عدم الصحة، ولو كانت مباحة فى البيت لما خصت الحجر به؛ لأن ذلك حكم
سائر المواضع.

والوجه الثانى: أن تكون قالت ذلك على سبيل إباحة الأمرين جواباً لمنكر ذلك فى
البيت، فقالت: إن الصلاة فى الحجر والبيت عندى سواء..

مسألة: والصلاة فرض، ونقل، فأما الفرض، فقد روى ابن المواز عن أصبغ: من صلى
فى البيت أعاد أبدأ. وقال ابن المواز: لا إعادة عليه. وقال أشهب: من صلى على ظهر
البيت أعاد أبدأ.

وجه قول أصبغ أن القبلة تمر على جميع البيت، ويستقبل المستقبل لها جانبيين من
البيت ومن صلى فيه، تعذر ذلك عليه، فهو مصل إلى غير القبلة من غير عذر. ووجه
قول ابن المواز أنه موضع يجوز أن تصلى فيه الناقله لغير عذر، فجاز أن تصلى فيه
الفريضة كخارج البيت.

(١) أخرجه الترمذى حديث رقم (٨٥٨). أحمد فى المسند حديث رقم (٢٢١١، ٣٥٢٢).

٧٩٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٧٧.

٤٩٢ كتاب الحج
 مسألة: وأما النفل، فلا بأس به في الحجر والبيت، قاله ابن حبيب ومنع أبو حنيفة،
 وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى. وأما الصلاة على ظهر البيت، فقال ابن
 حبيب: لا تصلى النافلة على ظهر البيت وهو كمصل إلى غير القبلة، ويصلى داخل
 البيت. وقد قال ابن المواز في الفريضة: من صلاها فوق البيت أجزأه، وإذا جاوز ذلك
 في الفريضة، فبأن يجوز ذلك في النافلة أولى، وقوله أظهر، والله أعلم.

٧٩٨ - مَالِكُ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: سَمِعْتُ بَعْضَ عُلَمَائِنَا يَقُولُ: مَا
 حُجِرَ الْحَجَرُ فَطَافَ النَّاسُ مِنْ رَأْيِهِ إِلَّا إِرَادَةَ أَنْ يَسْتَوْعِبَ النَّاسُ الطَّوَّافَ بِالْبَيْتِ
 كُلِّهِ.

الشرح: قوله: «ما حُجِرَ الحجر» يريد ما حجر بالجدار الذي حجر به عليه، يريد
 منع به من المشي فيه إلا لمن قصده من بابه، فإنما أريد تحجير الحجر أن يستوعب الناس
 الطواف بالبيت، إذا كان واجباً، والحجر من البيت، فالطواف به لازم كالطواف
 بالبيت، فلو لم يحجر لأوشك أن يمر به طائف، فلا يستوعب الطواف بالبيت، فإجماع
 الناس على تحجيره، دليل على أن استيعاب الطواف لجميع البيت لازم، متفق عليه، ولو
 كان الطواف ببعض البيت مجزئاً لما احتيج إلى تحجير البيت ليستوعب الطواف جميعه،
 ومن طاف ببعض البيت لم يجزه، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: من طاف بالحجر
 طوافاً واجباً في حج أو عمرة، فإن كان بمكة أعاد طوافه، وإن تباعد ورجع إلى بلده
 حبر ذلك بالدم وأجزاه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩] وهذا
 يقتضى الطواف بجميعه، ومن طاف بالحجر، فإنما يطوف ببعضه لما قدمناه.

* * *

الرمل في الطواف

٧٩٩ - مَالِكُ، عَنِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنِ أَبِيهِ، عَنِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ:
 رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَمَلَ مِنَ الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ حَتَّى انْتَهَى إِلَيْهِ ثَلَاثَةَ أَطْوَافٍ.

٧٩٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٧٨.

٧٩٩ - أخرجه مسلم ٩٢١/٢ كتاب الحج باب ٣٩ رقم ٢٣٥ عن جابر. الترمذى حديث رقم

٨٥٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٩٥١.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا.

الشرح: قوله: «رمل من الحجر الأسود» يريد ابتداء رمله من الحجر الأسود، وهو افتتاح الطواف، ثم جعل البيت على يساره، وطاف بالبيت من الحجر الأسود حتى انتهى إليه مرة، فيكون معه طواف واحد، ولا يجوز أن ينكس الطائف بالبيت، وهو أن يجعل البيت عن يمينه ويطوف به، فمن فعل ذلك لم يجزه، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ذلك ممنوع، فإن فعله حاج أو معتمر أعاد ما كان بمكة، فإن رجع إلى بلده جبره بدم وأجزأه.

والدليل على ما نقوله ما روى عن جابر أنه قال: لما قدم رسول الله ﷺ مكة دخل المسجد، فاستلم الحجر، ثم مضى على يمينه فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً، وهذا يقتضى أن البيت على يساره، وأفعال النبي ﷺ على الوجوب لاسيما وقد قال: «خذوا عني مناسككم».

فصل: وإذا ثبت ذلك، فإن الرمل في الطواف والسعي، هو الإسراع فيه بالخبب، لا يحسر عن منكبيه ولا يجركهما. وقال أبو القاسم الجوهري: الرمل أن يثب في مشيه وثباً خفيفاً يهز منكببيه، وليس بالوثب الشديد، فإن كان معنى ذلك أن قدر وثبه بتحريك جسده، ولا يقصد إلى إفرادهما بالتحريك، فهو حسن والله أعلم، وذلك من حكم طواف الورد.

الأصل في ذلك ما رواه عبدالله بن عمر أن رسول الله ﷺ كان إذا طاف في الحج أو العمرة أول ما يقدم سعى ثلاثة أطواف، ومشى أربعاً، ثم سجد سجدتين، ثم طاف بين الصفا والمروة^(١).

وقد روى أن سبب الرمل في الطواف إنما كان لإظهار الجلد للمشركين.

وروى عن ابن عباس أنه قال: قدم رسول الله ﷺ وأصحابه فقال المشركون: إنه يقدم عليكم وقد هنتهم حمى يثرب، فأمرهم النبي ﷺ أن يرملوا الأشواط الثلاثة، وأن يمشوا ما بين الركنتين، ولم يمنعهم أن يأمرهم أن يرملوا الأشواط كلها إلا الإبقاء عليهم^(٢).

وقد أراد عمر بن الخطاب أن يترك الرمل، ثم استدأمه، فقال: ما لنا وللرمل، إنما

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره ابن عبد البر في التمهيد ٤٨٩/٥.

٤٩٤ كتاب الحج
 كنا راعينا به المشركين، وقد أهلكهم الله، ثم قال: شيء صنع رسول الله ﷺ فلا
 نحب أن نتركه، وقد فعله النبي ﷺ بعد الفتح، وبعد أن ثبت الإسلام بمكة، وزالت عنه
 المراءة بذلك للمشركين، رواه جابر بن عبد الله لحديث حجة الوداع.
 وقد روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ وأصحابه اعتمروا من الجعرانة، فرملوا
 بالبيت ثلاثاً ومشوا أربعاً^(٤).

فصل: وقوله: «رمل من الحجر الأسود حتى انتهى إليه ثلاثة أطواف» يقتضى أن
 الطواف كان بين الركنين اليماني والأسود، وقد تقدم من حديث ابن عباس أن النبي
 ﷺ أمر أصحابه أن يمشوا بين الركنين، وتأول أنه إنما أمرهم بذلك لأنهم كانوا يراءون
 المشركين بالجلد، وكان المشركون على قبيعان، فكان المسلمون إذا ظهروا لهم رملوا
 ليروهم الجلد والقوة، وإذا استروا بالبيت فكانوا بين الركنين اليمانيين مشوا إبقاء
 لقوتهم.

والذى اختاره مالك أن يرمل الطائف من الحجر الأسود حتى ينتهى إليه ثلاث
 مرات.

والأصل فى ذلك حديث جابر بن عبد الله المتقدم، وإنما حكى فعله فى حجة
 الوداع، وهو آخر ما فعل. وذكر عبد الله بن عباس فعله فى عمرة القضية، والآخر أولى
 أن يتبع من فعل النبي ﷺ مع أن جابر بن عبد الله عاين ما حكاه فى عام حجة الوداع،
 واهتبل ذلك اهتبالاً أورد جميع فعله منذ خرج من المدينة إلى أن عاد إليها، وتحفظ ذلك.
 وابن عباس إنما روى عن غيره، فإنه لم يشاهد عام القضية لصغره مع أنه يحتمل أن
 يكون النبي ﷺ ترك الرمل ما بين الركنين، وإن كان مشروعاً لحاجته إلى الإبقاء على
 أصحابه، فلما ارتفعت هذه العلة لزم استدامة الرمل المشروع.

٨٠٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَرْمُلُ مِنَ الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ إِلَى
 الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ ثَلَاثَةَ أَطْوَافٍ، وَيَمْشِي أَرْبَعَةَ أَطْوَافٍ إِلَى الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ.

الشرح: قوله: «يرمل من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود ثلاثة أطواف» يريد أنه
 كان يفعل ذلك فى طواف الوداع فى الحج أو العمرة، «ويمشى أربعة»، يريد بعد

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ٥٠٣/١٤ بنحوه عن عروة بن الزبير.

٨٠٠ - أخرجه مسلم حديث رقم ٢٩٩٨، ٢٩٩٩. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٨٠.

كتاب الحج ٤٩٥
الثلاثة التي رمل فيها ليكمل بذلك أسبوعه، ونص على أنه كان يستوعب الطواف بالرمل من الحجر الأسود حتى ينتهي إليه ثلاث مرات.

وقد روى عبيدالله بن عمر قال: قلت لنافع: أكان ابن عمر يمشى بين الركنين؟ قال: كان يمشى ليكون أيسر لاستلامه، وهذا ليس بترك للرمل بين الركنين، وإنما هو رفق فيه عند ازدحام الناس على الحجر ليكون أيسر لاستلامه.

٨٠١ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ إِذَا طَافَ بِالْبَيْتِ سَعَى الْأَشْوَاطِ الثَّلَاثَةَ يَقُولُ:

اللَّهُمَّ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَا وَأَنْتَ تُحْيِي بَعْدَ مَا أَمَتَا
يَخْفِضُ صَوْتَهُ بِذَلِكَ.

الشرح: قوله: «إن أباه» يريد عروة بن الزبير «كان إذا طاف بالبيت سعى الأشواط الثلاثة» يريد الأولى من الطواف وسماها أشواطاً. وقد روى مثل ذلك في حديث عبدالله بن عباس المتقدم، وقد كره مجاهد أن يقال شوط ودور، ويقال طوف ولعله أراد أن لا يستعمل في الطواف غير هذا الاسم ليغلب عليه من أجل وروده في القرآن قال الله تعالى: ﴿وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩] كأنه رآه اسماً شرعياً، فكره أن يستعمل فيه غيره، والأول أظهر.

فصل: وقوله: «لا إله إلا أنتا وأنت تحيي ما أمت» كان على حسب ما يتخيره الإنسان من الذكر أو الدعاء لا على أن هذا اللفظ مخصوص بالطواف ومسنون فيه.

روى ابن حبيب عن مالك أنه قال: ليس العمل على قول عروة هذا، وإنما أراد أنه ليس بذكر معين للطواف حتى لا يجزئ غيره، وحتى لا يكون من سببه بل لمن شاء أن يذكر الله تعالى بهذا الذكر، ويترك ذلك إن شاء على حسب ما يؤثره.

فصل: وقوله: «يخفف بها صوته» هذا حكم الذكر في الطواف والسعى وعلى الصفا والمروة، وفي كل موضع يجمع يتفرد كل أحد بالذكر والدعاء، لو رفع كل إنسان صوته لأذى بعضهم بعضاً، وليس كذلك التلبية، فإنها شعار الحج، فلذلك شرع فيها الإعلان.

٤٩٦ كتاب الحج

٨٠٢ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ رَأَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ أَحْرَمَ بَعْمُرَةَ مِنَ التَّنْعِيمِ، قَالَ: ثُمَّ رَأَيْتُهُ سَعَى حَوْلَ الْبَيْتِ الْأَشْوَاطَ الثَّلَاثَةَ.

الشرح: قوله: «إن عبد الله بن الزبير أحرم بعمره من التنعيم ثم سعى في الأشواط الثلاثة» يريد الأول، وأمكن تعريفها بالألف واللام؛ لأنها المعروفة بالرمل، وإنما رمل في طوافه، وإن كان إحرامه من التنعيم؛ لأن الرمل إنما شرع في طواف من قدم من الحل على وجه يتعقب طوافه السعى.

ولما كان المحرم بعمره من التنعيم قادماً من الحل كان حكمه الرمل. وقد قال مالك في المختصر: يرمل المعتمر مكى وغيره. ووجه ذلك ما قدمناه أنه داخل من الحل على وجه يتعقب طوافه السعى.

فرع: ومن كان عليه أن يرمل من الرجال، فلم يفعل، فقد اختلفت الرواية عن مالك في ذلك، واختلفت أقوالهم وذلك مبنى على أصليين، أحدهما: هل هي من الهيئات التي يسوغ فعلها وتركها كاستلام الحجر أو هي من الأمور اللازمة التي تلزم الطواف كركعتي الطواف.

والأصل الثاني هل يصح رفض الطواف أو لا يصح؟ فمن قال: إنها من الهيئات الحسنة، فإنه لا يصح رفض الطواف عنده، فلا يعيد من ترك الرمل، ولا شيء عليه، وهي رواية ابن القاسم وابن وهب لأنه قد فاته موضع الرمل، فلا يصح أن يعيده؛ لأن ما تقدم من طوافه لا يصح رفضه، وإنما يفعل ما يأتي به من الطواف نفلاً، ولم يشرع فيه رمل، ولا دم عليه؛ لأنه من الهيئات التي لا تلزم الطواف كاستلام الحجر بل استلام الحجر أكد منه، وألزم للطواف لأنه قد نوى به في كل طواف وهو عبادة تنفرد بنفسها.

ومن قال: إنه من الهيئات ويصح رفض الطواف، قال: يعيد ما دام بمكة، فإنه فاتته ذلك فلا شيء عليه. وقد روى عن مالك في المدونة، قال ابن القاسم: ثم رجع عنه ووجه إعادته أنه لما لم يأت بالطواف على أكمل صفاته رفضه، وأتى بطواف آخر على الهيئة المستحبة فإن فاتته ذلك فلا دم عليه لما قدمنا أنه من الهيئات، ويصح منع هذا إن أراد أنه يتم فضيلة ذلك الطواف، وإن لم يرفضه كما يتم فضيلة من صلى وحده بإعادة تلك الصلاة في جماعة، وهذا أبين على قول من قال: إنه يعيد ما دام بمكة لأن ذلك يقتضى أن يعيد بعد التحلل من ذلك النسك.

٨٠٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٨٢.

كتاب الحج ٤٩٧

وأما على قولنا بصحة الرفض، فإنما يجب أن يعيد ما لم يتحلل من نسكه ذلك ومن قال: إنه من أحكام الطواف اللازمة كلزوم ركعتي الطواف، ولم ير صحة رفض الطواف، قال: لا يعيد وعليه دم، وهو قول ابن الماجشون. ومن قال: يلزم الرمل، ورأى صحة الرفض أو إتمام الفريضة، قال: لا يعيد، فإن فاته ذلك فعليه الدم، وهو قول أشهب.

٨٠٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا أَحْرَمَ مِنْ مَكَّةَ لَمْ يَطْفُ بِالْبَيْتِ وَلَا بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ حَتَّى يَرْجِعَ مِنْ مَنَى، وَكَانَ لَا يَرْمِلُ إِذَا طَافَ حَوْلَ الْبَيْتِ إِذَا أَحْرَمَ مِنْ مَكَّةَ.

الشرح: قوله: «كان إذا أحرم من مكة لم يطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة حتى يرجع من منى» لما ذكرناه قبل هذا من أن السعي لا يكون إلا عقب طواف واجب في حج أو عمرة، وأن الطواف الواجب لا يكون إلا على من ورد من الحل، وأما من كان مقيماً بالحرم، فلا يجب عليه طواف أصلاً فكان ابن عمر رضى الله عنه يؤخر طوافه حتى يرجع من منى منصرفه من عرفة، فيطوف للإفاضة، فيسعى عقب طوافه ذلك لأنه طواف واجب لوارد من حل.

فصل: وقوله: «وكان لا يرمل إذا طاف حول البيت إذا أحرم من مكة» يحتمل أن يريد طواف التطوع الذي كان يطوفه قبل الخروج إلى عرفة، وأما طواف الإفاضة، فإنه يتعقب قدومه من الحل فستته الرمل، وهو الذي اختاره مالك، ورواه عنه في المدينة ابن كنانة وابن نافع: مكياً كان إذا أحرم من مكة أو غير مكى.

وقد تأول ابن المواز أن ابن عمر كان لا يرمل لطواف الإفاضة إذا أحرم بالحج من مكة. قال: والرمل أحب إلينا، فإن كان الأمر على ما تأوله، فهو خلاف مذهب مالك.

ووجه قول مالك ما قدمناه وإن كان الأمر على ما قدمناه فلا خلاف بينهما. وفي المختصر عن مالك: ومن أجز الطواف حتى صدر، فليرمل، ومن ترك الرمل، فلا شيء عليه، ومن أهدى فحسن، وهذا يحتمل أن يكون على ما قدمناه أن حكم الرمل لمن ورد من عرفة لازم، وأنه إن تركه، فلا شيء عليه، على رواية ابن القاسم وابن وهب، فيمن تركه في طواف الورد، ويحتمل أن يكون حكم هذا الطواف أخف لأنه وإن

٤٩٨ كتاب الحج
كان واردًا من الحل، فإنه طواف تحلل لا طواف تلبس بالعبادة، ولذلك لا يلزمه الرمل،
وإنما شرع فيه الرمل إذا كان بعده سعى.

* * *

الاستلام فى الطواف

٨٠٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا قَضَى طَوَافَهُ بِالْبَيْتِ وَرَكَعَ
الرُّكْعَتَيْنِ، وَأَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، اسْتَلَمَ الرُّكْنَ الْأَسْوَدَ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ.

الشرح: قوله: «كان إذا قضى طوافه بالبيت وركع الركعتين» يريد الطواف الذى
يتعقبه السعى، فإنه كان إذا أكمله وأكمل الركعتين بعده وصل بذلك الخروج إلى
الصفاء، فكان إذا أراد فراق البيت، عاد إلى الركن، فاستلمه وذلك أنه يستحب أن
يصلى هاتين الركعتين فى الطواف الواجب خلف المقام، ومن فعل ذلك فأراد أن يخرج
إلى الصفا فإن طريقه على الحجر الأسود، وكان ﷺ فى خروجه ذلك إلى الصفا،
ويحتمل أن يكون شرع ذلك من أجل أن الركعتين من توابع الطواف، فاستحب أن
ينفصل عنهما باستلام الحجر كالطواف.

مسألة: وأما استلام الركن ابتداء فى غير طواف، فقد قال مالك: ليس من شأن
الناس، وما بذلك من بأس، ومعنى ذلك أنه لم يكن من فعل الناس فى ذلك الوقت،
ولكن لم يرب به بأساً لأنه عبادة متعلقة بالبيت، وليس من شرط استلامه طواف ولا
ركوع ولا غيره، بل يصح أن يفرد ذلك كالدعاء الذى قد يفعل فى جملة العبادات ممن
يصح أن يفرد.

مسألة: ومن سنة استلام الركن الطهارة، قال مالك فى المختصر: ولا يستلم الركن
إلا طاهرًا. ووجه ذلك أنه جزء من الطواف والطواف من شرطه الطهارة.

٨٠٥ - مَالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِعَبْدِ

٨٠٤ - أخرجه مسلم ٨٨٧/٢ كتاب الحج، باب ١٩ رقم ١٤ عن جابر.
قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٩١/٥، ٤٩٢: هكذا هذا الحديث عند رواية الموطأ، عن مالك،
ورواه الوليد بن مسلم، عن مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، وهو محفوظ من
حديث جابر من طرق صحاح من رواية مالك وغيره.

٨٠٥ - أخرجه عبدالرزاق فى المصنف برقم ٨٩٠١، ٣٤/٥ عن عبدالرحمن بن عوف. وأبو نعيم فى
الحلية ١٤٠/٧ عن عبدالرحمن بن عوف. والحاكم فى المستدرک ٣٠٦/٣ عن عمرو بن الزبير.

كتاب الحج ٤٩٩
الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ: «كَيْفَ صَنَعْتَ يَا أَبَا مُحَمَّدٍ فِي اسْتِئْطَامِ الرُّكْنِ؟». فَقَالَ عَبْدُ
الرَّحْمَنِ: اسْتَلَمْتُ وَتَرَكْتُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَصَبْتَ».

الشرح: قوله ﷺ: «كيف صنعت يا أبا محمد في استلام الركن؟» اختبار منه ﷺ
لأصحابه، وأهل العلم منهم ليعلم بذلك مقدار علمهم، وحملهم أقواله وأفعاله على
وجهها، وإن كان ﷺ قد وكل الأمر قبل ذلك إلى اجتهادهم لما كان يجوز لهم فيه
الاجتهاد، فقال عبد الرحمن: «استلمت وتركت»، يريد أنه قد فعل الأمرين، فإنه استلم
مرة، وترك الاستلام أخرى، وهذا يقتضى أنه لم يعتقد في الاستلام أنه شرط فى صحة
النسك، وإنما اعتقده من الفضائل التى يؤجر من فعلها، ولا يأتى من تركها مع اعتقاده
أنها من القرب، وأنه يجزى فعلها فى بعض المواضع دون بعض.
فصل: وقوله ﷺ: «أصبت» تصويب لفعله، ولما رآه من ذلك، وقد قال جميع
الفقهاء: من ترك استلام الحجر لا شىء عليه، وأن استلامه أفضل.

٨٠٦ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ إِذَا طَافَ بِالْبَيْتِ يَسْتَلِمُ
الْأَرْكَانَ كُلَّهَا، وَكَانَ لَا يَدْعُ الْيَمَانِيَّ إِلَّا أَنْ يُغْلَبَ عَلَيْهِ.

الشرح: قوله: «كان يستلم الأركان كلها» على ما تقدم من الرواية عنه أنه كان
يستلم الأركان كلها، ويقول: «ليس شىء من البيت مهجوراً». وقد تقدم الكلام فيه.
وقوله: «وكان لا يدع الركن اليماني إلا أن يغلب عليه» يقتضى أن مراعاته كانت
أكثر، ومحافظته على استلامه كانت أشد، فكان لا يدع استلاماً إلا أن يغلب عليه، وإن
ترك استلام غيره من دون أن يغلب عليه، ولعل ذلك إنما كان لما علم من الاتفاق على
استلامه ومخالفة الناس له فى استلام الركنين الأخيرين، والله أعلم.

* * *

=والطبراني فى الكبير ٨٧/١ عن عبدالرحمن بن عوف.
قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٩٤/٥: كان ابن وضاح يقول فى موطأ يحيى: إنما الحديث: كيف
صنعت يا أبا محمد فى استلام الركن الأسود؟، وزعم أن يحيى سقط له من كتابه «الأسود»، وأمر
ابن وضاح بإلحاق «الأسود» فى كتاب يحيى، ولم يرو يحيى «الأسود»، ولكنه رواه ابن القاسم،
وابن وهب، والقعنبي، وجماعة، وقد روى أبو مصعب وغيره كما روى يحيى، لم يذكروا
«الأسود»، وكذلك رواه ابن عيينة، وغيره، عن هشام بن عروة، عن أبيه، لم يذكروا «الأسود»،
كما روى يحيى، وهو أمر محتمل جاز فى الوجهين جميعاً.

٨٠٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٨٦.

تقبيل الركن الأسود فى الطواف

٨٠٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ وَهُوَ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ لِلرُّكْنِ الْأَسْوَدِ: إِنَّمَا أَنْتَ حَجْرٌ، وَلَوْلَا أَنَّى رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَبْلَكَ مَا قَبَّلْتُكَ ثُمَّ قَبَّلَهُ^(١).

الشرح: قول عمر: «إنما أنت حجر» يريد أن ينفى عنه ظن من يظن أن تعظيم النبي ﷺ الحجر وأمه إنما كان على حسب تعظيم الجاهلية الأوثان لاعتقادهم أنها آلهة، وأنها تضر وتنفع، فأراد عمر أن يعلم الناس أن تعظيمه لحجر إنما كان لتعظيم النبي ﷺ، طاعة لله، وإفراداً له بالعبادة على حسب ما أمرنا بتعظيم البيت، وعلى حسب ما أمر الملائكة أن يسجدوا لآدم عبادة لله لا على أن آدم معبود بذلك، وأنه يضر وينفع فقال: «إني لأعلم أنك حجر» يريد من سائر أجناس الحجارة التى لا تقبل، وفى بعض الروايات أنه قال: لأعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع.

فصل: وقوله: «ولولا أنى رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ما قبلتك» بأن تقبيله وتعظيمه ليس لذاته ولا معنى فيه، وإنما هو لأن النبي ﷺ شرع ذلك طاعة لله تعالى.

مسألة: وهذا يقتضى أن استلام الحجر وتقبيله لمن أمكنه ذلك، ووجد إليه سبيلاً اقتداء بالنبي ﷺ فى تقبيله إياه، فإن لم يستطع لزحام أو غيره استكلمه بيده ثم وضعها على فيه من غير تقبيل.

قَالَ مَالِكٌ: سَمِعْتُ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَسْتَجِيبُ إِذَا رَفَعَ الذِّرَى يَطُوفُ بِالْبَيْتِ يَدُهُ عَنِ الرُّكْنِ الْيَمَانِيِّ أَنْ يَضَعَهَا عَلَى فِيهِ.

وقد روى سالم عن أبيه أنه قال: لم أر رسول الله ﷺ يمسح من البيت إلا الركنين

٨٠٧ - أخرجه البخارى ٢/٢٩٢ كتاب الحج، باب ما ذكر فى الحجر الأسود عن عمر. ومسلم

٢/٩٢٥ كتاب الحج، باب ٤١، حديث رقم ٢٤٨ عن عمر.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٥/٤٩٨: هذا الحديث مرسل فى الموطأ هكذا لم يختلف فيه، وهو يستند من وجوه صحاح ثابتة.

(١) قال ابن عبد البر: لا يختلفون أن تقبيل الحجر الأسود فى الطواف من سنن الحج لمن قدر على ذلك، ومن لم يقدر على تقبيله وضع يده عليه ورفعها إلى فيه، فإن لم يقدر على ذلك أيضاً للزحام كبر إذا قابله، فمن لم يفعل فلا حرج عليه، ولا ينبغى لمن قدر على ذلك أن يتركه تأسياً برسول الله ﷺ وأصحابه بعده.

كتاب الحج ٥٠١
اليمنيين^(٢)، وظاهر المسح باليد الوضع على المسوح. وكان مالك ومن روى عنه يستحب أن يضعها على فيه لأن معنى الاستلام عائد إلى الفم، فلما روى المسح في الركنين ولم يروا التقبيل إلا في الحجر الأسود، استحب في اليماني أن يضع يده على فيه بعد المسح.

وروى في كتاب ابن المواز عن مالك أنه كان يرى تقبيل اليد بعد مسح الركن اليماني. وقال محمد: ليس بشيء، وقال: لم ير مالك تقبيل اليد فيه، ولا في الأسود.

فإن قلنا بالرواية الأولى، فإن اليد بدل من الركن إذا امتنع تقبيله، فكان عليه تقبيلها. وإن قلنا بالرواية الثانية، فإن المسح بدل من التقبيل، وإنما يوضع على الفم لما كانت بدلا منه، ولعله قد قال أولا التقبيل، ثم رجع عنه أو رجع إليه محمد.

* * *

ركعتا الطواف

٨٠٨ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ لَا يَجْمَعُ بَيْنَ السَّبْعِينَ لَا يُصَلِّي بَيْنَهُمَا، وَلَكِنَّهُ كَانَ يُصَلِّي بَعْدَ كُلِّ سَبْعِ رَكَعَتَيْنِ، فَرُبَّمَا صَلَّى عِنْدَ الْمَقَامِ أَوْ عِنْدَ غَيْرِهِ.

الشرح: قوله: «كان لا يجمع بين السبعين لا يصلي بينهما» يريد أنه كان لا يعرى كل سبع من أن يركع بعده ركعتين، وإن كان لا يفرق بين سبعين ثم يؤخر الركوع لهما، فيأتي بركعتي السبعين بعدهما، ولكن كان يصلي بعد كل سبع ركعتيه المشروعتين له اللتين هما من تمامه، ولا يجوز إعرأؤه منهما، فإن كان الطواف في حج أو غيره فهما واجبتان، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنهما مستحبان.

والأصل في ذلك ما روى جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ طاف سبعا، رمل ثلاثا ومشى أربعا، ثم قرأ: ﴿وَاتَّخِذُوا مِنْ مَّقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلِّينَ﴾ [البقرة: ١٢٥] فصلى سجدتين خلف المقام بينه وبين الكعبة، ثم استلم الركن ثم خرج، فقال: ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١٥٨] فبدأ بما بدأ الله به.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٢٦٧). النسائي في الصغرى حديث رقم

(٢٩٤٩). أبو داود حديث رقم (١٨٧٤). أحمد في المسند حديث رقم (٥٩٨١).

٨٠٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٨٨.

٥٠٢ كتاب الحج

فوجه الدليل أن النبي ﷺ بعد طواف نسكه ركعتين، وأفعاله على الوجوب لاسيما وقد نبه على أن ما فعله امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَاتَّخِذُوا مِنْ مَّقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة: ١٢٥] وهذا أمر، وأمره على الوجوب.

ومن جهة القياس أن الطواف ركن من أركان الحج له تابع، فوجب أن يكون تابعه واجباً كالوقوف بعرفة، فإن الذى يتبعه الوقوف بالمزدلفة.

مسألة: فإن ترك حاج أو معتمر الركعتين أعاد الطواف ثم أتى بهما عقيب الطواف، وسعى لأن ذلك من سنتها مع التمكن منه. وفى المدنية عن ابن القاسم: يركعهما، ولا يعيد الطواف، ولا شئء عليه، ولو أعاد الطواف كان أحب إلى. وفى غيرها عن ابن القاسم فيمن طاف ولم يركع: ولا يعيد الطواف ولا السعى.

فرع: فإن قلنا يلزمه إعادة الطواف لاتصال الركعتين به، فإن فات ذلك بالبعد عن مكة ركعهما وأهدى، وذلك أن حكمهما وسنتهما أن يكونا عقيب الطواف، وذلك أيضاً من تمام فضيلة الطواف، فإذا فات ذلك أتى بهما على كل حال لأنهما لا يتعلقان بوقت مخصوص، وكان عليه الهدى لتقص التفريق بين الطواف والركعتين الواجبتين.

فصل: وقوله: «فربما صلى عند المقام» المقام حجر اسماعيل، قال مالك فى العتبية: سمعت بعض أهل العلم يقولون: إن إبراهيم قام هذا المقام، فيزعمون أن ذلك أثر مقامه، فأوحى الله إلى الجبال أن تفرجى عنه حتى يرى المناسك.

فصل: وقوله: «فربما صلى عند المقام وعند غيره» يريد أنه كان يرى ركعتى الطواف عند المقام، وفى غيره من الأماكن فى المسجد مجزئتين، وأنه كان يفعل الأمرين، وذلك كله جائز إلا أنه يستحب أن تكون ركعتا الطواف الواجب خلف المقام اقتداءً بالنبي ﷺ لاسيما وقد قرأ عند صلاته خلف المقام بركعتى الطواف: ﴿وَاتَّخِذُوا مِنْ مَّقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة: ١٢٥] فالظاهر أنه مراد بالآية، وهذا أمر وليس فى الصلوات ما يختص بمقام إبراهيم غير ركعتى الطواف، والله أعلم.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الطَّوَافِ إِنْ كَانَ أَحْفَ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِهِ، فَيَقْرَأَ بَيْنَ
الْأُسْبُوعَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ثُمَّ يَرْكَعُ مَا عَلَيْهِ مِنْ رُكُوعِ تِلْكَ السُّبُوعِ؟ قَالَ: لَا يُنْبَغِي ذَلِكَ،
وَإِنَّمَا السُّنَّةُ أَنْ يُتَّبَعَ كُلُّ سَبْعِ رَكَعَتَيْنِ^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٢/١٦١.

كتاب الحج ٥٠٣

الشرح: وهذا كما قال أن السنة للطائف أن يصلى عقيب كل سبع من الطواف ركعتيه، ولا يفرق بين سبعين، لا يركع بينهما ركعتى الطواف الأول، وإن فعل الأسبوعين، ولم يركع بينهما، فغير جائز، وجوز ذلك الشافعى.

والدليل على ما نقوله أن هذين نسكان لا يتداخلان، فلم يجوز أن يشرع فى أفعال ثان منهما قبل تمام الأول كالعمرتين. ودليل آخر أن هذين طوافان، فلم يشرع فى ثان منهما قبل تمام ركوع الأول كما لو كانا فى حجتين أو عمرتين.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَدْخُلُ فِي الطَّوَافِ فَيَسْهُو حَتَّى يَطُوفَ ثَمَانِيَةَ أَوْ تِسْعَةَ أَطْوَافٍ قَالَ: يَقْطَعُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ زَادَ ثُمَّ يُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ وَلَا يَعْتَدُ بِالَّذِي كَانَ زَادَ، وَلَا يُتَّبَعِي لَهُ أَنْ يُنْبِئِي عَلَى التَّسْعَةِ حَتَّى يُصَلِّي سَبْعِينَ جَمِيعًا لِأَنَّ السَّنَةَ فِي الطَّوَافِ أَنْ يُتَّبَعَ كُلُّ سَبْعٍ رَكْعَتَيْنِ (١).

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن من سعى فى طوافه، فبلغ ثمانية أطواف أو تسعة أو أكثر من ذلك ثم ذكر، ولم يكن قصد أن يفرق بين كل سبعين، فإنه يقطع ويركع ركعتين للسبع الكوامل، ويلغى ما زاد عليه ولا يعتد به إن أراد أن يطوف أسبوعًا آخر، وليتدته من أوله فيطوف سبعا ثم يركع، وهذا حكم العامد فى ذلك، فإن أكمل السبوعين عامدًا أو ناسيًا صلى لكل واحد منهما ركعتين لأن الأسبوع الثانى مختلف فيه، فأمرناه بالركوع مراعاة للاختلاف. هذا هو المشهور من قول مالك.

وقال ابن كنانة فى المدينة: وروى عيسى عن ابن القاسم يصلى ركعتين فقط، واختار عيسى القول الأول.

وجه قول ابن القاسم أنه لما كان حكم كل أسبوع أن يعقبه ركعاه وحال بين الأسبوع الأول وركعتيه الأسبوع الثانى، بطل حكمه، فضلى ركعتين للأسبوع الثانى.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ شَكَّ فِي طَوَافِهِ بَعْدَ مَا يَرْكَعُ رَكْعَتِي الطَّوَافِ فَلْيُعِدْ، فَلْيَتِمَّ طَوَافُهُ عَلَى الْيَقِينِ ثُمَّ لْيُعِدِ الرَّكْعَتَيْنِ لِأَنَّهُ لَا صَلَاةَ لِطَوَافٍ إِلَّا بَعْدَ إِكْمَالِ السَّبْعِ (٢).

الشرح: وهذا كما قال أن من شك بعد أن ركع لطوافه فى إتمامه طوافه، فلا يعلم إن كان كمل السبع سبعا أو إنما طاف سبعا أو خمسا، فإنه لا يجزئه ذلك الطواف لأن

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٢/١٦١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٢/١٦١.

٥٠٤ كتاب الحج
الطواف لا يكون أقل من سبعة أطواف متيقنة، فعليه أن يرجع ويبنى على ما تيقن من طوافه لقرب المدة لأنه إنما ذكر ذلك بأثر سلامه من الركعتين، فإن تيقن خمسة طواف شوطين، وإن تيقن ستة طواف واحداً ثم يعيد الركعتين؛ لأن حكمهما أن يصليا بعد تمام الأسبوع.

مسألة: ولا يجزئ أكثر الطواف عن جميعه، ولا بد من تمام عدده ويرجع له من بلده، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان بمكة لزمه إتمامه وإن كان قد رجع جبره بالدم.

والدليل على ما نقوله حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ طاف بالبيت سبعا رملا ثلاثا ومشى أربعاً، وأفعاله ﷺ على الوجوب وقد قال ﷺ: «خذوا عنى مناسككم»^(١) والأخذ عنه أن يفعل كما يفعل. ودليلنا من جهة القياس أن هذه عبادة لا يجبر أكثرها بالدم، فلم يجبر أقلها كالصوم والصلاة.

قال مالك: وَمَنْ أَصَابَهُ شَيْءٌ يَنْقُضُ وَضُوءَهُ، وَهُوَ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ أَوْ يَسْعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ أَوْ بَيْنَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ مَنْ أَصَابَهُ ذَلِكَ، وَقَدْ طَافَ بَعْضَ الطَّوَافِ أَوْ كَلَّهُ، وَلَمْ يَرْكَعْ رَكْعَتِي الطَّوَافِ، فَإِنَّهُ يَتَوَضَّأُ وَيَسْتَأْنِفُ الطَّوَافِ وَالرَّكْعَتَيْنِ، وَأَمَّا السَّعْيُ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فَإِنَّهُ لَا يَقْطَعُ ذَلِكَ عَلَيْهِ مَا أَصَابَهُ مِنْ انْتِقَاضِ وَضُوءِهِ، وَلَا يَدْخُلُ السَّعْيَ إِلَّا وَهُوَ طَاهِرٌ بِوَضُوءٍ^(٢).

الشرح: وهذا كما قال أن من انتقض وضوؤه في طوافه لزمه قطع طوافه، وأن يتوضأ ويستأنف الطواف من أوله.

وفي هذا الفصل بابان، أحدهما: أن من شرط الطواف الطهارة. والثاني: أن من شرطه الاتصال.

* * *

الباب الأول في الطهارة للطواف

اعلم أن الطواف عندنا من شرطه الطهارة، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: الطهارة واجبة له وليست من شرطه.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٢٩٧). النسائي حديث رقم (٣٠٦٢). أبو داود حديث رقم (١٩٧٠). أحمد في المسند حديث رقم (١٤٠١٠).
(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢/١٦٢.

كتاب الحج ٥٠٥
والدليل على ما نقوله ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت: أول شيء بدأ به رسول الله ﷺ حين قدم من مكة أن توضع طواف، وأفعاله ﷺ عندنا على الوجوب. ودليلنا من جهة القياس أن هذه عبادة لها تعلق بالبيت، فوجب أن يكون من شرطها الطهارة كالصلاة.

مسألة: فإذا قلنا إن من شرطه الطهارة، فإنه إن طاف للإفاضة على غير طهارة، فهو كمن لم يطف ويعيد أبداً، ويرجع له من بلده. وأما طواف الورد، فقد يسقط بالأعذار، وربما ناب عنه الدم بعد القوات.

* * *

الباب الثاني فى اتصال الطواف

من شرط الطواف الاتصال، فلا يجوز تفريقه لأنها عبادة يبطلها الحدث، فكانت الموالة شرطاً فى صحتها كالصلاة والوضوء.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن التفريق على ضربين بالحدث أو بالعمل، فأما الحدث، فإنه يمنع البناء ويمنع الركوع بعد الطواف لمن أحدث بعد تمامه ويلزمه فى الواجب أن يتوضأ ويتدئ الطواف، وهو فى النقل بالخيار إذا غلبه الحدث بين أن يتوضأ أو يترك، ولا شىء عليه.

وأما العمل، فإن كثيره يمنع البناء كالخروج لنفقة ذكرها فى بيته أو ما أشبه ذلك، وأما اليسير لغير عذر، فإنه مكروه، ولا يمنع البناء كالوقوف اليسير للحديث أو شرب الماء لمن يغلبه العطش.

مسألة: وأما الخروج للصلاة، فإن الخروج للمكتوبة لا يمنع البناء. قال الشيخ أبو بكر: لأن الطواف صلاة، ولا يجوز لمن فى المسجد أن يصلى بغير صلاة الإمام المؤتم به إذا كان يصلى المكتوبة؛ لأن فى ذلك خلافاً عليه. وأما الخروج لصلاة الجنائز، فقال ابن القاسم: يمنع البناء. وقال أشهب: لا يمنع ذلك.

وجه قول ابن القاسم أنه خرج من طوافه لغير صلاة تجب عليه، ويخاف فواتها، فكان عليه ابتداء طوافه. أصل ذلك إذا خرج لطلب نفقة. ووجه قول أشهب أنه خرج من طوافه لصلاة يخاف فوات فضلها، فكان له أن يبنى. أصل ذلك إذا خرج لصلاة الجماعة.

٥٠٦ كتاب الحج
فصل: قوله: «وأما السعي بين الصفا والمروة، فإنه لا يقطع عليه ما أصابه من
انتقاض وضوء»، وذلك يقتضى معنيين، أحدهما: أنه ليس من شرط السعي الطهارة،
لأنها عبادة لا تعلق لها بالبيت كالجمار.

والثاني: أن الحدث في أثناء السعي لا يمنع البناء على ما مضى منه، فمن أحدث في
أثناء سعيه، فالأفضل له أن يخرج، فيتطهر لحدثه ذلك ثم يرجع فيبنى على ما تقدم منه،
ولو تبادى محدثاً لأجزأه.

فصل: وقوله: «ولا يدخل السعي إلا وهو طاهر بوضوء» يريد أن الوضوء مشروع
فيه لمن أمكنه الطهارة، وإن لم تكن شرطاً في صحته، فأما الحائض التي لا تقدر على
إزالة حدثها فليس ذلك عليها.

* * *

الصلاة بعد الصبح والعصر في الطواف

٨٠٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّ عَبْدَ
الرَّحْمَنِ بْنَ عَبْدِ الْقَارِيِّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ طَافَ بِالْبَيْتِ مَعَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ بَعْدَ صَلَاةِ
الصُّبْحِ، فَلَمَّا قَضَى عُمَرُ طَوَافَهُ نَظَرَ فَلَمْ يَرَ الشَّمْسَ طَلَعَتْ، فَرَكِبَ حَتَّى أَنَاخَ بِبَدْيِ
طَوًى فَصَلَّى رَكْعَتَيْنِ سُنَّةَ الطَّوَافِ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب لما قضى طوافه بعد الصبح نظر الشمس، فلما
لم يرها طلعت ركب حتى صلى الركعتين بدى طوى» يقتضى امتناعه من الصلاة لما لم
تطلع الشمس واستجازه تأخير الركوع لذلك حتى طلعت الشمس بدى طوى
فصلاهما.

وفى ذلك ثلاثة أبواب، أحدها: أن الطواف بعد العصر والصبح غير ممنوع،
والثاني: أن الركوع له فى ذينك الوقتين ممنوع، والثالث: أن من حكم الركعتين
الاتصال بالطواف إلا أن يمنع من ذلك مانع.

* * *

٨٠٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٨٩. البيهقى فى السنن الكبرى ٩١/٥. شرح
معانى الآثار ١٨٧/٢. المجموع ٦٥/٨. المغنى ٣٨٣/٣.

الباب الأول فى أن الطواف بعد العصر والصبح غير ممنوع

جواز الطواف بعد صلاة الصبح وبعد صلاة العصر، لا نعلم فيه خلافاً. وقد سئل مالك عن الطواف الواجب بعد العصر، فقال: لا بأس بذلك، ويؤخر الركوع حتى تغرب الشمس.

والدليل على ما نقوله أن هذه عبادة أبيض فيها النطق، فجاز أداؤها بعد صلاة الصبح والعصر. أصل ذلك الطهارة.

ووجه ثان أن كل عبادة ليس لأداء فرضها وقت معين، فإنه لا يمنع نفلها لوقت. أصل ذلك الطهارة عكس الصلاة والصيام، وهذا حكم الجواز. وأما النفل فإن يكون بعد طلوع الشمس وبعد غروبها ليتصل الركوع بالطواف.

* * *

الباب الثانى فى منع نفل الصلاة بعد العصر والصبح

تقدم أن الركوع للطواف الواجب وغيره ممنوع بعد العصر، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة. وقال الشافعى: ذلك مباح. ودليلنا ما قدمناه قبل هذا فى باب منع النوافل التى لها أسباب فى آخر كتاب الصلاة، فأغنى ذلك عن إعادته.

* * *

الباب الثالث فى اتصال ركعتى الطواف به

أما اتصال الطواف بركعتيه، فهو من سننه، لأنها صلاة تضاف إلى عبادة، فكان من سنتها أن تتصل بها وتضاف إليها كصلاة الاستسقاء.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن اتصالهما به أن يؤتى بهما عقبه، ولا يجوز تأخيرهما عنه إلا لعذر الوقت أو لعذر النسيان، وذلك ما لم ينتقض وضوؤه لأن من حكمهما أن يؤتى بهما بطهارة واحدة، وذلك لما لم يلزم من اتصالهما، وكانت الطهارة فى كل واحدة منهما فاقضى ذلك أن تكونا بطهارة واحدة ومثل هذا يلزم فى الوتر وركعتيه، والله أعلم.

فرع: فإذا انتقض وضوؤه بعد الطواف، وكان طواف تطوع، فقد قال ابن حبيب: هو مخير بين أن يتوضأ ويتدىء الطواف وبين أن يترك ذلك، وإن كان الطواف واجباً، فعليه الوضوء لما قدمناه، والله أعلم.

٥٠٨ كتاب الحج

فصل: وقوله: «فركب حتى أناخ بذي طوى فصلى ركعتين» يريد أنه صلى ركعتي طوافه اللتين امتنع من أن يصليهما بالمسجد الحرام حين لم ير الشمس طلعت، وهذا يقتضى أنه ليس من شرط ركعتي الطواف أن يصليهما بالمسجد الحرام غير أن الأفضل أن يصليهما بالمسجد لما روى أن النبي ﷺ صلى لركوعه خلف المقام، وذلك أفضل موضع يصلى فيه.

مسألة: فإن منعه الوقت من صلاتهما فحانت الصلاة وهو فى منزله، فقد روى محمد عن مالك: أرجو أن يجزئه أن يصليهما بمنزله.

وجه ذلك أن الركوع لا يتعلق بموضع مخصوص، وإنما يستحب الإتيان به فى المسجد لاتصاله بالطواف ولكونهما من توابع الطواف المختصة بالمسجد، والله أعلم.

٨١٠ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ أَنَّهُ قَالَ: لَقَدْ رَأَيْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ يَطُوفُ بَعْدَ صَلَاةِ الْعَصْرِ ثُمَّ يَدْخُلُ حُجْرَتَهُ، فَلَا أَدْرَى مَا يَصْنَعُ.

الشرح: قوله: «أنه كان يطوف بعد صلاة العصر» يقتضى أن ذلك كان مباحا عنده.

وقوله: «ثم يدخل حجرتة، فلا أدري ما يصنع» يريد أنه لا يدري هل كان يركع لطوافه بعد دخول حجرتة أم لا؟ والأظهر أنه لم يكن يركع حتى تغرب الشمس لأنه لو ركع قبل الغروب لركع فى المسجد؛ لأن ذلك أفضل؛ ولأن الأمر المعتاد لمن وصل ركوعه بطوافه أن يركع فى المسجد، وانصراف عبدالله إلى منزله قبل أن يركع ظاهره الامتناع من الركوع، ولا يمتنع فى ذلك الوقت من الركوع للطواف إلا من رأى الوقت لا يصلح لنافلة، وإن كان لها سبب.

٨١١ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ أَنَّهُ قَالَ: لَقَدْ رَأَيْتُ الْبَيْتَ يَخْلُو بَعْدَ صَلَاةِ الصُّبْحِ وَبَعْدَ صَلَاةِ الْعَصْرِ مَا يَطُوفُ بِهِ أَحَدٌ.

٨١٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٩٠.

وقال فى الاستذكار: روى هذا الخبر ابن عيينة، عن أبي الزبير بخلاف رواية مالك. ذكره ابن أبي عمير وغيره، عن ابن عيينة، عن عمرو بن دينار، قال: رأيت ابن عباس طاف بعد العصر، فلا أدري أصلى أم لا؟ فقال له أبو الزبير: عمرو لم يصلى؟ قال: لا، قال أبو الزبير: لكنى رأيته صلى.

٨١١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٩١. وقال: هذا خبر منكر يدفعه كل من رأى الطواف بعد الصبح والعصر، ولا يرى الصلاة حتى تغرب الشمس.

كتاب الحج ٥٠٩

الشرح: قوله: «إن البيت كان يخلو في هذين الوقتين لا يطوف به أحد» يقتضى الامتناع من الطواف في هذين الوقتين، وإنما ذلك لأن الطائف فى ذلك الوقت إنما يطوف أسبوعاً واحداً ثم يمتنع من الطواف لامتناع ركوع الطواف الأول، ولأن من سنة كل طواف أن لا يحول بينه وبين ركوعه طواف آخر، ولذلك كان يخلو البيت من الطائفتين فى ذينك الوقتين.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ طَافَ بِالْبَيْتِ بَعْضَ أُسْبُوعِهِ ثُمَّ أُقِيمَتِ صَلَاةُ الصُّبْحِ أَوْ صَلَاةُ الْعَصْرِ، فَإِنَّهُ يُصَلِّي مَعَ الْإِمَامِ، ثُمَّ يَبْنِي عَلَى مَا طَافَ حَتَّى يُكْمِلَ سُبْعًا، ثُمَّ لَا يُصَلِّي حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ أَوْ تَغْرُبَ. قَالَ: وَإِنْ أَخْرَهُمَا حَتَّى يُصَلِّيَ الْمَغْرِبَ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يَطُوفَ الرَّجُلُ طَوَافًا وَاحِدًا بَعْدَ الصُّبْحِ وَبَعْدَ الْعَصْرِ لَا يَزِيدُ عَلَى سَبْعٍ وَاحِدٍ، وَيُؤَخِّرُ الرَّكْعَتَيْنِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ كَمَا صَنَعَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَيُؤَخِّرُهُمَا بَعْدَ الْعَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمْسُ، فَإِذَا غَرَبَتِ الشَّمْسُ صَلَّاهُمَا إِنْ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَخْرَهُمَا حَتَّى يُصَلِّيَ الْمَغْرِبَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن من شرع فى طواف، فأقيمت عليه صلاة تمنع النافلة بعدها، وهى الصبح أو العصر، فإنه يقطع طوافه، ويدخل مع الإمام فى صلاة الجماعة لئلا تفوته صلاة الجماعة أو لئلا يخالف الإمام، فإذا أكمل صلاته مع الإمام بنى على ما بقى من طوافه لأنه خرج لعذر يقطع الطواف، فكان له أن يبنى فإذا أتم أسبوعه أخر الركوع لامتناع النافلة بعد الصبح أو العصر، فإن كانت صلاة الصبح انتظر إلى أن تطلع الشمس وترتفع ثم يركع لطوافه.

فإن أخر عن ذلك الوقت فهو بمنزلة من أخر الركوع عن طوافه لغير عذر ولا يركع عند طلوع الشمس لما روى عن عبدالله بن عمر قال: سمعت النبى ﷺ ينهى عن الصلاة عند طلوع الشمس.

فصل: وإن كانت صلاة العصر انتظر حتى تغرب الشمس، ثم له أن يبدأ فيركع لطوافه، وله أن يقدم صلاة المغرب ثم يركع لطوافه. وقد روى محمد عن القاسم أن تقديم صلاة المغرب أفضل لاختصاصها بذلك الوقت.

* * *

وداع البيت

٨١٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا يَصْدُرَنَّ أَحَدٌ مِنَ الْحَاجِّ حَتَّى يَطُوفَ بِالْبَيْتِ، فَإِنَّ آخِرَ النَّسْكِ الطَّوْفُ بِالْبَيْتِ.

قَالَ مَالِكٌ فِي قَوْلِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَإِنَّ آخِرَ النَّسْكِ الطَّوْفُ بِالْبَيْتِ: إِنَّ ذَلِكَ فِيمَا نَرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿وَمَنْ يُعْظَمْ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ﴾ [الحج ٣٢] وَقَالَ: ﴿ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج ٣٣] فَمَحَلُّ الشَّعَائِرِ كُلِّهَا وَأَنْقِضَاؤُهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ.

الشرح: قول عمر رضى الله عنه: «لا يصدرن أحد من الحاج حتى يطوف بالبيت» يريد طواف الوداع للبيت، وذلك مشروع، وقد قال عمر بن الخطاب: «إنه آخر النسك». وذكر مالك أنه مأخوذ من قوله تعالى: ﴿ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٣٣] فنبت بذلك أن الطواف للوداع مشروع.

مسألة: إذا ثبت أنه مشروع، فليس بواجب لما روى عن عائشة، قالت: «حججت مع رسول الله ﷺ، فأفضنا يوم النحر، فحاضت صافية، فأراد النبي ﷺ منها ما يريد الرجل من امرأته، فقلت: يا رسول الله، إنها حائض؟ قال: أحابستنا هي؟ قالوا: يا رسول الله أفاضت يوم النحر، قال: اخرجوا»^(١).

فوجه الدليل من الحديث أنه خاف أن لا تكون طافت للإفاضة، وأن يجبسهم ذلك بمكة، فلما أخبر أنها قد أفاضت، قال: اخرجوا ولم يجبسهم لعذر طواف الوداع على صافية، كما خاف أن يجبسهم لعذر طواف الإفاضة.

وفى هذا مسألتان، إحداهما: حكم طواف الوداع وما يلزم من اتصاله بالخروج، والثانية: حكم من يلزمه طواف الوداع.

مسألة: حكم طواف الوداع اتصاله بالخروج لأن حكم الوداع أن يكون متصلاً بفراق من يودع، وليس شراؤه أو بيعه جهازاً أو طعاماً ساعة من نهار فاصلاً بين وداعه وسفره، وإنما يفصل بينهما مقام يوم وليلة بمكة على ما فى المدونة.

٨١٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٩٢. الأم للشافعى ١٨٠/٢.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ١٧٥٧، ٤٤٠١. مسلم حديث رقم ١٢١١. الترمذى

حديث رقم ٩٤٣. ابن ماجه حديث رقم ٣٠٧٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٨١،

٢٣٥٩٣، ٢٤٠٠٤، ٢٤٠٣٧.

كتاب الحج ٥١١

مسألة: ويجزئ من الخروج في ذلك الخروج إلى طوى والأبطح، فمن ودع وخرج إليها، وأقام بها يوماً وليلة لم يلزمه الرجوع لأنه قد انفصل من مكان سكنه.

مسألة: فأما من يلزمه طواف الوداع، فإنه يلزم النساء والصبيان والعيبد والأحرار، وكل واحد ممن يريد الخروج من مكة مسافراً وعائداً إلى وطنه، وإن قرب كأهل مر الظهران وأهل عرفة.

وأما من أراد أن يخرج إلى العمرة، فإن كان خارجاً إلى الحل كالتنعيم والجرعانة، فليس عليه طواف الوداع لأن هذا المكان مع قربه إنما يخرج منه للعودة إليه. وأما من خرج إلى المواقيت كالجحفة ونحوها، فقد روى ابن القاسم عن مالك: عليه طواف الوداع كالسفر إلى المدينة. وقال أشهب: ليس عليه.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا سفر يختص بموضع معين، فشرع فيه طواف الوداع كالسفر إلى المدينة. ووجه قول أشهب أن خروجه متضمن للعودة، فلم يكن عليه طواف الوداع كخروج الحاج إلى عرفة.

فرع: ويجزئ عن طواف الوداع الطواف الواجب إذا خرج بآثره، فإن أقام بعده، فعليه طواف الوداع لأن طوافه لفرضه قرب من طواف البيت، فليس عليه تجديد طواف.

فصل: وقوله: «فإن آخر النسك الطواف بالبيت» يحتل أن يريد به أن طواف الوداع آخر النسك الذي تلبس به الحاج أو المعتمر، ويحتل أن يريد به أن الطواف آخر نسك يعمل لأنه بعد انقضاء كل نسك وعند فراق البيت، وإلى التأويل الأول تتوجه أقوال أشهب. وأما أقوال ابن القاسم، فمبنية على التأويل الثاني.

وقد قال أشهب، فيمن أفاض ثم عاد إلى منى للرعى ثم صدر: فليودع بالطواف، فإذا طاف هذا الطواف الذي هو آخر النسك، ثم أقام أياماً ثم أراد الخروج، فليس عليه أن يودع إن شاء فعل وإن شاء ترك، فجعل الطواف من جملة حجه على معنى أنه وداع للنسك وليس لمفارقة البيت.

وقد قال ابن القاسم، فيمن اعتمر: إن خرج عن مكانه، فليس عليه طواف وداع، وإن أقام فعليه طواف الوداع، فجعل طواف الوداع نسكاً كاملاً لمفارقة البيت. وما قاله مالك وابن القاسم أظهر بدليل أنه يسقطه عن المكى المقيم.

٥١٢ كتاب الحج

فصل: وقول مالك: «إن ذلك لقول الله تعالى: ﴿ذَلِكَ وَمَنْ يُعِظْ شَعَائِرَ اللَّهِ﴾ إلى.
قوله: ﴿ثم محلها إلى البيت العتيق﴾ اختلف الناس فى تأويل هذه الآية، فذهب
بجاهد إلى أن الشعائر هى البدن، وأنكر القاضى أبو إسحاق هذا القول، قال: ومما يبين
ذلك أنه تعالى قال: ﴿والبدن جعلناها لكم من شعائر الله﴾ فأخبر تعالى أن البدن من
الشعائر، وهو يريد أن يجعلها جميع الشعائر، قال: ومما يبين ذلك أنه تعالى قال: ﴿فيها
منافع إلى أجل مسمى﴾ [الحج: ٣٣] وذلك يقتضى أن يكون أجلاً مؤقتاً كالوقوف
بعرفة والمبيت بالمزدلفة ورمى الجمار.

وقد روى عن زيد بن أسلم أنه قال: الشعائر ست: الصفا والمروة والجمار والمشعر
الحرام وعرفة والركن، والحرمات خمس: الكعبة الحرام والمسجد الحرام والبلد الحرام
والشهر الحرام والمحرم حتى يحل.

قال القاضى أبو إسحاق: وقوله تعالى: ﴿ثم محلها إلى البيت العتيق﴾ [الحج: ٣٣]
فإذا طاف الحاج بعد هذه المشاعر فقد حل بالبيت.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا الذى قاله القاضى أبو إسحاق يحتاج
إلى تأمل لأنه يحتتمل أن يريد حل من الإحلال، ويحتتمل أن يريد به حل من الوصول
وظاهر اللفظة إنما يقتضى أن الشعائر تنتهى إلى البيت العتيق، وإما بأن يكون الطواف به
آخر الشعائر، وإما أن يكون الطواف به نهايتها وتامها.

٨١٣ - مَالِك، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَدَّ رَجُلًا مِنْ مَرِّ
الظُّهْرَانِ لَمْ يَكُنْ وَدَّعَ الْبَيْتَ حَتَّى وَدَّعَ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب رد رجلا من مر الظهران حتى ودع البيت لما
لم يكن ودعه» يقتضى أن ذلك الرجل لم يكن عليه فيه كبير مشقة ولا خاف فوات
رفقة ولا رفاقه.

وقد روى عن مالك فيمن نسي الوداع حتى بلغ مر الظهران: أنه لا شىء عليه. قال
ابن القاسم: لم يحد فيه حدًا، وأرى أن لم يخف فوات أصحابه، ولا منعه كريبه،
فليرجع وإلا مضى، ولا شىء عليه.

فقول مالك محمول على من لم تلحقه مشقة بالرجوع من مر الظهران، ولذلك لم

كتاب الحج ٥١٣
يحد فيه حداً، وإنما هو بمقدار الإمكان من غير مشقة، ولعل الذى رده عمر من مر
الظهران قد رأى به من القوة على ذلك وتمكنه له ما علم أنه لا تلحقه به مشقة، فندبه
إلى ذلك وأعلمه بما له فيه من الفضل فرجع بقوله فكان ذلك ردًا له.

٨١٤ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ أَفَاضَ فَقَدْ قَضَى اللَّهَ
حَجَّهُ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ حَبَسَهُ شَيْءٌ، فَهُوَ حَقِيقٌ أَنْ يَكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ الطَّوَافِ
بِالْبَيْتِ وَإِنْ حَبَسَهُ شَيْءٌ أَوْ عَرَّضَ لَهُ، فَقَدْ قَضَى اللَّهَ حَجَّهُ.

الشرح: قوله: «من أفاض فقد قضى الله حجه» يريد أنه قد كملت فرائضه وحل له
جميع ما يحل للحلال، وإن كانت إفاضته يوم النحر فلم يبق عليه إلا سنن الحج كالرمى
والمبيت بمنى، وإن كانت إفاضته بعد أيام منى لم يبق عليه من الحج ولا شيء مما لو
تركه للزمه دم، وإنما يبقى عليه من تمام نسكه على قول أشهب طواف الوداع، وهو
مندوب إليه.

فصل: وقوله: «فإنه إن لم يكن حبسه شيء فهو حقيق أن يكون آخر عهده
الطواف بالبيت» يريد أن ذلك مشروع له ومستحب فى حكمه، وهذا اللفظ إنما
يستعمل فى المندوب إليه دون الواجب، وبه قال مالك، فإن طواف الوداع عنده
مندوب إليه ومن تركه فحجه تام وليس عليه دم وقد أساء بتركه. وقال أبو حنيفة: هو
واجب، وليس بركن. وسيأتى ذكره بعد هذا مستوعبًا إن شاء الله.

فصل: وقوله: «وإن حبسه شيء أو عرض له فقد قضى الله حجه» يريد أنه إن منعه
من طواف الوداع مانع فقد كمل حجه ولم يبق عليه منه شيء يكون محبوسًا بسببه
فليرجع إلى بلده إن شاء الله، والله أعلم.

قَالَ مَالِك: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا جَهِلَ أَنْ يَكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ الطَّوَافِ بِالْبَيْتِ حَتَّى
صَدَرَ، لَمْ أَرْ عَلَيْهِ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَرِيبًا فَيَرْجِعَ فَيَطُوفَ بِالْبَيْتِ ثُمَّ يَنْصَرِفَ إِذَا
كَانَ قَدْ أَفَاضَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من جهل أن يطوف حتى صدر، فلا يخلو أن يعلم ذلك،
وهو قريب، فيرجع فيطوف ثم ينصرف إلى بلده أو يعلم ذلك بعد أن بعد، وصار ممن

٨١٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٧٩٤.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٢/١٨١.

٥١٤ كتاب الحج

تلحقه المشقة بالرجوع، فلا شيء عليه من رجوع ولا دم ولا غير ذلك.

وقال أبو حنيفة: عليه دم إذا فاته، وهو أحد قولى الشافعى، وله قول آخر مثل قولنا. والدليل لما نقوله ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: «يا رسول الله، إن صفية بنت حبيى قد حاضت، فقال رسول الله ﷺ: لعلها تحبسنا إن لم تكن طافت معكن بالبيت؟، قلن: بلى، قال: فاخرجن».

فوجه الدليل منه أنه لم يأمرها بدم، ولا أمرها بالمقام له، وهذا وقت تعليم فدل على أنه غير لازم.

ودليلنا من جهة القياس أنه معنى لم يجب الدم بفواته على الحائض، فلم يجب على غيرها. أصل ذلك التحصيب.

فصل: وقوله: «إذا كان قد أفاض» يحتمل معنيين، أحدهما: أن يريد أن هذا حكم من أفاض، وأما من لم يفيض فإنه يرجع على كل حال قرب أو بعد، والثانى أن يريد إذا كان أفاض يوم النحر.

وأما من أفاض بعد النحر واتصل خروجه، بإفاضته فليس عليه طواف وداع لأن طواف الإفاضة يجزئ عنه، ويكون آخر عهده بالبيت الطواف. وأما طواف الوداع لمن قدم الإفاضة يوم النحر أو لمن أقام بعد النحر مدة طويلة، ولا يكون آخر عهده الطواف بالبيت إلا بطواف الوداع.

* * *

جامع الطواف

٨١٥ - مَالِك، عَنْ أَبِي الْأَسْوَدِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ نَوْفَلٍ، عَنْ عُرْوَةَ ابْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ^(١)، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ:

٨١٥ - أخرجه البخارى ٢٠٠/١ كتاب الصلاة، باب إدخال البعير فى المسجد لليلة عن أم سلمة. ومسلم ٩٢٧/٢ كتاب الحج، باب ٤٢، حديث رقم ٢٥٨ عن أم سلمة. وأبو داود برقم ١٨٨٢، ١٨٣/٢ كتاب الحج، باب الطواف الواجب عن أم سلمة. والنسائى ٢٢٣/٥ عن أم سلمة. وأحمد ٢٩٠/٦ عن أم سلمة. والبيهقى فى الكبرى ١٠١/٥ عن أم سلمة. وابن خزيمة برقم ٥٢٣، ٢٦٣/١ عن أم سلمة. والبعوى بشرح السنة ١١٩/٧ عن أم سلمة.
(١) قال السيوطى: وقع فى الصحيح لأكثر الوراة عن عروة عن أم سلمة، بإسقاط زينب،-

«شَكَوْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنِّي أَشْتَكِي، فَقَالَ: طُوفِي مِنْ وَرَاءِ النَّاسِ وَأَنْتِ رَاكِبَةٌ، قَالَتْ: فَطُفْتُ رَاكِبَةً بَعِيرِي وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ حِينَئِذٍ يُصَلِّي إِلَيَّ جَانِبِ الْبَيْتِ، وَهُوَ يَقْرَأُ بِـ ﴿الطُّورِ وَكِتَابِ مَسْطُورٍ﴾.

الشرح: قولها رضی الله عنها: «شكوت إلى رسول الله ﷺ أني أشتكى» يريد أنها شكت إليه أنها لا تطيق الطواف ماشية لضعفها من تلك الشكوى التي كانت بها، فأمرها رسول الله ﷺ أن تطوف من وراء الناس راكبة.

وفي هذا أربع مسائل إحداها: وجوب المشى في الطواف، والثانية: جواز الطواف محمولاً للعذر، والثالثة: المنع من ذلك لغير عذر، والرابعة: طواف النساء من وراء الرجال.

مسألة: فأما وجوب المشى، فسيأتي، وأما جواز الطواف للراكب والمحمول للعذر، فلا خلاف فيه نعلمه. والأصل في ذلك هذا الحديث، وهو نص لا يخلو أن يكون راكباً ومحمولاً، فإن كان راكباً، فيجب أن يكون راكب بعير من غير الجلالة لطهارة بوله وروثه لأنه لا يؤمن أن يكون ذلك مندوباً في المسجد.

وأما إن كان محمولاً، فيجب أن يكون الطائف به لا طواف عليه، لأن الطواف صلاة، فلا يصلى عن نفسه وعن غيره.

مسألة: وأما من طاف راكباً أو محمولاً لغير عذر، فقد قال القاضي أبو محمد في إشرافه: لا يكره له ذلك. وقال محمد عن مالك: لا يجوز، وإنما يريد بذلك نحواً مما ذهب إليه أبو محمد لأنه روى عن مالك أنه قال: يعيد طوافه، فإن لم يفعل، فليبعث بهدي، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا دم عليه.

والدليل على ما نقوله ما قدمناه من أن المشى واجب في الطواف، فإذا ترك ذلك فقد ترك من نسكه واجباً، فكان عليه الدم.

مسألة: وأما طواف النساء من وراء الرجال، فهو للحديث الذي ذكرناه: «طوفى من وراء الناس، وأنت راكبة»، ولم يكن لأجل البعير، فقد طاف رسول الله ﷺ على بعيره يستلم الركن بمحجنه.

=وفي رواية الأصبلي وغيرها بإثباتها، قال الدارقطني: في كتاب التبع وهو الصواب وذاك منقطع فإن عروة لم يسمعه من أم سلمة وتعبه ابن حجر بأن سماعه منها ممكن فإنه أدرك من حياتها نيفاً وثلاثين سنة وهو معها في بلد واحد. انظر: تنوير الحوالك ٢٦٦.

وذلك يدل على اتصاله بالبيت لكن من طاف غيره من الرجال على بعير، فيستحب له إن خاف أن يؤدي أحداً أن يبعد قليلاً، وإن لم يكن حول البيت زحام، وأمن أن يؤدي أحداً، فليقرب كما فعل النبي ﷺ.

وأما المرأة، فإن من سنتها أن تطوف وراء الرجال؛ لأنها عبادة لها تعلق بالبيت، فكان من سنة النساء أن يكن وراء الرجال كالصلاة، ويحتمل أن يكون طواف أم سلمة طوافاً واجباً، وهو الأظهر، ويحتمل أن يكون طواف الوداع؛ لأنه لا تترك فضيلة إلا لمشقة أو فوات أصحاب، وليس في فعله على الراحلة شيء من ذلك.

فصل: قالت: «فطفت ورسول الله ﷺ حينئذ يصلى إلى جانب البيت وهو يقرأ: ﴿الطور وكتاب مسطور﴾» [الطور: ٢] روى أن تلك الصلاة كانت صلاة الصبح. روى ذلك في حديث هشام عن أبيه عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال، وهو بمكة وأراد الخروج، ولم تكن أم سلمة طافت بالبيت وأرادت الخروج، فقال لها رسول الله ﷺ: «إذا أقيمت الصلاة للصبح فطوفى على بعيرك والناس يصلون، ففعلت ذلك فلم تصل حتى خرجت».

٨١٦ - مالك، عن أبي الزبير المكي أن أبا معير الأسلمي عبده لله بن سفيان أخبره أنه كان جالساً مع عبده الله بن عمر فحادثته امرأة تستفتيه، فقالت: إني أقبلت أريد أن أطوف بالبيت حتى إذا كنت بباب المسجد هرقت الدماء، فرجعت حتى ذهب ذلك عني، ثم أقبلت حتى إذا كنت عند باب المسجد هرقت الدماء، فرجعت حتى ذهب ذلك عني، ثم أقبلت حتى إذا كنت عند باب المسجد، هرقت الدماء، فقال عبده الله بن عمر: إنما ذلك ركضة من الشيطان، فاغتسلي ثم استتفري بثوب، ثم طوفى.

الشرح: قولها: «إني أقبلت أريد أن أطوف بالبيت حتى إذا كنت عند باب المسجد هرقت الدماء فرجعت» يقتضى منع الحيض من دخول المسجد ومن الطواف، وقد دل على ذلك حديث صفية الذي يأتي بعد هذا حين قال رسول الله ﷺ: «أحابتنا هي» فلما أعلم بأنها قد أفاضت أمرها بأن تنفر:

كتاب الحج ٥١٧

فصل: وقولها: «فرجعت حتى إذا كنت عند باب المسجد هرقت الدماء» إلى آخر قولها، إخبار عن تكرار ذلك منها، ويحتمل أن يكون ذهاب ذلك عنها وعودته إليها مراراً كان في يوم واحد، أو أمر قريب بعضه من بعض تلفق فيه أيام الدم بعضها إلى بعض، وتلغى ما بينها من أيام الطهر، ويحتمل أنها كانت تقيم مدة الحيض ثم ترى الطهر وقتاً أو أوقات فتقبل إلى باب المسجد، فإذا دنت منه رأت الحيض.

فصل: وقول عبدالله بن عمر: «إنما ذلك ركضة من الشيطان» يحتمل وجهين، أحدهما: أنها كانت رأت الدم في مدة يكون جميعها أكثر الحيض، وإنما معنى ذلك أنه من جملة الاستحاضة لكنه نسبة إلى الشيطان، وذلك بالمنع من الطواف وعدمه إذا لم يرد الطواف، والثاني أن يكون ذلك في مدة أو أمد لم يبلغ الدم في آخرها إلى أن يكون أكثر أمد الحيض أمد مخالف لحيضها المعتاد، فكأنه اختص بالمنع من الطواف، ولذلك نسبة إلى الشيطان، ولو كان على عاداتها في الحيض لما أضافه إلى الشيطان، ولكان أمراً اتفق لها لم يخالف عاداتها.

فصل: قوله: «فاغتسلي» يحتمل أن يريد به الاغتسال من الحيض على حسب ما تفعله المستحاضة، ويحتمل أن يريد غسل ما بها من الدم إن كان لم يجعل له حكم الحيض.

وقوله: «ثم استشفري بثوب» يريد أن تتوقى به مما يجرى منه ثم يطوف بعد ذلك، وقد أمنت الدم أن يصيب المسجد أو يصيب ظاهر جسدها، فتكون حاملة نجاسة.

٨١٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ كَانَ إِذَا دَخَلَ مَكَّةَ مُرَاهِقًا خَرَجَ إِلَى عَرَفَةَ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بِالْبَيْتِ وَيَبِينَ الصَّنْفَا وَالْمَرْوَةَ ثُمَّ يَطُوفُ بَعْدَ أَنْ يَرْجِعَ.
قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ وَاسِعٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

الشرح: قوله: «كان إذا دخل مكة مرَاهِقًا خرج إلى عرفة قبل أن يطوف بالبيت» يريد قبل أن يطوف طواف الورد، وذلك أننا قد بينا فيما تقدم أن الوارد للحج يلزمه طواف الورد، فإن تركه مع القدرة عليه لسعة الوقت، فقد روى محمد عن ابن القاسم: عليه الهدى. وقال أشهب: لا هدى عليه.

وجه رواية ابن القاسم أ، الطواف للورد واجب للحج، فلزم بتركه من غير عذر الهدى كترك الحلاق.

٨١٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٧٩٧.

٥١٨ كتاب الحج

وجه رواية أشهب أن طواف الورد تحية للبيت، فترك ذلك لا يوجب الدم كطواف الوداع.

مسألة: وأما المراهق، ومعنى ذلك أن يضيق وقته عما يحتاج إليه من الطواف والسعي، وما لا بد له من أحواله، ويرى أنه إن اشتغل فاته الحج، أو ضاق عليه الأمر، فله تأخير الطواف. وقد روى محمد عن مالك: أن للمراهق تعجيل الطواف وتأخيره.

وجه ذلك أنها عبادة واجبة يتكرر منها ما هو من أركان الحج، ومنها ما ليس بركن، فإذا اقتصر على الركن مع سعة الوقت لسائر الطواف لزم الدم، وإذا تركه لعذر ضيق الوقت، فالوقوف بعرفة وهو ركن ويتكرر في الليل والنهار، فإذا اقتصر منه على الليل مع القدرة على الوقوف بالنهار فعليه دم، وإن كان ذلك لضيق الوقت، فلا شيء عليه. قاله ابن القاسم وأشهب من رواية ابن المواز عنهما.

مسألة: ومتى يكون الحاج مراهقاً؟ قال أشهب: إن قدم يوم عرفة أحببت تأخير طوافه، وإن قدم يوم التروية أحببت تعجيله، وله في التأخير سعة. رواه عنه محمد. وفي المختصر عن مالك: إن قدم يوم عرفة، فليؤخر إن شاء، وإن شاء طاف وسعى، وإن قدم يوم التروية ومعه أهله، فليؤخر إن شاء، فإن لم يكن معه أهله، فليطف وليسع.

ومعنى ذلك أن الاشتغال يوم عرفة بالتوجه إلى عرفة أولى لأن ذلك اليوم مختص بها، فالاشتغال به دون ما قد فات وقته من المناسك التي ينوب عنها غيرها أولى وأما يوم التروية، فمن كان معه أهله كان في شغل مما لا بد للمسافر بالأهل منه، وإن كلف الطواف والسعي معه والخروج من يومه إلى منى لم يتسع له وقته وشق عليه تضييع ما لا بد له منه فوسع له في تأخيره. وأما المفرد، فحاله أخف واشتغاله أقل، فإن كان ذا أثقال وحاشية واستضر بذلك، فله في قول أشهب سعة.

فصل: وقوله: «ثم يطوف بعد أن يرجع» يريد أنه يقتصر على طواف الإفاضة بعد الرجوع من منى إلا أنه يسعى بعد الرجوع من منى، وإنما يسقط عنه ما كان يلزم غير المراهق من طواف الورد، فاقصر على طواف الإفاضة الذي يفعل بعد الرجوع من منى، ولا بد له لمن طاف طواف الورد ولمن لم يطفه لأنه من أركان الحج إلا أنه من طاف طواف الورد وسعى بعده لم يسع طواف الإفاضة، ومن لم يطف للورد سعى بعد طواف الإفاضة لأن السعي لا يكون إلا بعد طواف واجب.

فصل: وقول مالك: «وذلك واسع إن شاء الله» يريد أن ترك طواف الورد

كتاب الحج ٥١٩
للمراهق واسع ولا حرج عليه فيه، ويحتمل أن اللفظ للتخيير، وهو فيه أظهر، وبالله
التوفيق^(١).

وَسُئِلَ مَالِكٌ هَلْ يَقِفُ الرَّجُلُ فِي الطَّوَافِ بِالْبَيْتِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ يَتَحَدَّثُ مَعَ الرَّجُلِ؟
فَقَالَ: لَا أَحِبُّ ذَلِكَ لَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه يكره للرجل أن يقف في حال طوافه يحدث غيره
ولاسيما في الطواف الواجب، وهو وإن كان يكره في غير الواجب، فكراهيته في
الواجب أشد.

وفي هذا ثلاث مسائل، إحداهما: أن الكلام لا يبطل الطواف، والثانية: أن الكلام
بغير عبادة مكروه في الطواف، والثالثة: إذا اقترن به الوقوف، فالمنع فيه أشد^(١).

مسألة: فأما المسألة الأولى، في أن الكلام لا يبطل الطواف، فقد روى ابن وهب
عن مالك في المجموعة أنه قال: لا بأس بالكلام فيه، فأما الحديث فأكرهه في
الواجب، وذلك يحتمل معنيين، أحدهما: أنه تكلم أولا على أنه لا يبطل الطواف،

(١) قال في الاستذكار ١٢/١٩٢: اتفق العلماء على أن المراهق وهو الخائف، يسقط عنه
طواف الدخول كما يسقط عن المكى ولا يرون في ذلك دما ولا غيره، فإذا طاف المكى أو
المراهق بالبيت بعد رمي الجمره وصل طوافه ذلك بالسعى بين الصفا والمروة. وقد روى جماعة
من السلف أنهم كانوا يوافون مكة مراهقين خائفين لفوت عرفة فلا يطوفون ولا يسعون ولا
ينفطون إلى عرفة، فإذا كان يوم النحر ورموا جمره العقبة وسعوا ورملوا في طوافهم كما رملوا
في طواف الدخول.

(١) قال في الاستذكار ١٢/١٩٦: قد جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الطواف صلاة إلى الله،
عز وجل، أحل فيه الكلام فمن يطف فلا ينطق إلا بخير». وحدثني محمد بن إبراهيم قال: حدثني
محمد بن معاوية، قال: حدثني أحمد بن شعيب، قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثني أبو
عوانة، عن إبراهيم بن ميسرة، عن طاوس، عن ابن عباس، قال: الطواف بالبيت صلاة فأقلوا من
الكلام. ورواه ابن جريج عن الحسن بن سالم، عن طاوس، عن رجل إدرك النبي ﷺ هكذا ذكر
مرفوعا. وقال طاوس: وسمعنا ابن عمر يقول: اتقوا الكلام في الطواف فإنما إنتم في صلاة.
ذكره الشافعي، قال: أخبرنا سعيد بن سالم، عن حنظلة بن أبي سفيان، عن طاوس. قال:
وحدثني سعيد، عن إبراهيم بن نافع، قال: كلمت طاوسا في الطواف فكلمني. وذكر ابن
جريج، عن عطاء أنه كان يكره الكلام في الطواف إلا الشيء اليسير، وكان يستحب فيه الذكر
والتلاوة للقرآن. وكان مجاهداً يقرأ عليه القرآن في الطواف. وقال مالك: لا أرى ذلك ويقيى
على طوافه. وقال الشافعي: أنا أحب القراءة في الطواف وهو أفضل ما تتكلم به الألسن.

٥٢٠ كتاب الحج

فقال: لا بأس به بمعنى أنه لا يبطله ثم منع الحديث فيه، فقصد إلى ذكر أكثر منه ليعين وجه الكراهية، ولذلك خص به الواجب ليعين شدة الكراهية، ويقصر ذلك على الكراهية دون التحريم، وإفساد العبادة، والمعنى الثانى أنه أباح الكلمة والكلمتين، وكره ما كثر من ذلك، وطال حتى يصير حديثنا يشتغل به عن الإقبال على الطواف. وقد قال فى المدونة: يوسع فى الأمر الخفيف من الحديث فى الطواف، وهو أشبه بالتأويل الثانى، وهو الأظهر، والله أعلم.

مسألة: فأما المسألة الثانية فى كراهية الكلام فى الطواف لغير ذكر ولا حاجة، فقد روى عن مالك: وليقل الكلام فى الطواف وتركه فى الواجب أحسب إلى. وقال ابن حبيب: الكلام فى السعى بغير ما أنت فيه أخف منه فى الطواف.

ومعنى ذلك أنه اشتغال بغير العبادة التى أمر بالإقبال عليها مع قصر مدتها أو مع تعلقها بالبيت، فكان ذلك ممنوعاً ومكروهاً لاسيما إذا أقبل على أمر الدنيا أو على ما لا يعنى، ولا فائدة فى الاشتغال به.

فرع: وأما القراءة، فقد روى ابن المواز عن مالك: لم تكن القراءة فيه من عمل الناس، ولا بأس بها إذا أخفاها، ولا يكثر من ذلك. وفى المدونة: وكان يكره القراءة فى الطواف، فكيف بإنشاد الشعر.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجهه عندي أن يفعل الطواف لأن الطواف عبادة لم تشرع فيها القراءة، وإنما هى فى ذلك بمنزلة الصوم والحج، فيكره الإتيان بها على ضربين، أحدهما: أن تفعل الطواف لأن الطواف لم تسن له قراءة كما لم تسن للصوم والحج، وإنما سنت للصلاة. والضرب الثانى: وذلك أن يكثر من ذلك جماعة الناس أو من يقتدى به حتى يظن ذلك من سنن الطواف، فأما من أخفاها، ولم يقرأ للطواف، ولم يكثر من ذلك حتى يقتدى به، إن كان ممن يقتدى به، فلا بأس بها على ما حكاه لأنها من الأذكار المتقرب بها كالدعاء والتسبيح والتهليل والتكبير.

مسألة: وأما المسألة الثالثة فى أن الوقوف للحديث أشد، فقد قال ابن حبيب: الوقوف للحديث أشد فى السعى والطواف أشد منه بغير وقوف، وهو فى الطواف الواجب أشد.

ووجه ذلك أن الوقوف فيه ممنوع والحديث أيضاً ممنوع، فاجتمع فيه أمران ممنوعان، ولأن فى ذلك فضلاً بين أبعاض العبادة المشروع اتصالها وتفريقاً لأجزائها بالإقبال على غيرها من غير عذر، فتأكد المنع فى ذلك.

كتاب الحج ٥٢١

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَطُوفُ أَحَدٌ بِالْبَيْتِ وَلَا بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ إِلَّا وَهُوَ طَاهِرٌ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لأحد أن يطوف بالبيت إلا وهو طاهر؛ لأن طهارة الحدث شرط في صحة الطواف، وكذلك لا يمَسُّ الركن إلا وهو طاهر كأنه جزء من الطواف، وقد تقدم ذكر ذلك كله.

فصل: وأما قوله: «ولا بين الصفا والمروة إلا وهو طاهر» فإنما ذلك لمعنيين، أحدهما أن الطهارة فيه أفضل. والثاني: أنه متصل بالطواف الذي من شرطه الطهارة وليس من شرط السعي بين الصفا والمروة الطهارة، ولو أحدث أحد بعد الطواف أو الركوع لكان من حكمه أن يتوضأ لسعيه، فإن لم يفعل وسعى محدثاً، صح سعيه، وكذلك لو حاضت المرأة بعد أن طافت وركعت لطافت على حالها من الحيض وأجزأها ذلك لأنها عبادة لا تختص بالبيت كالوقوف بعرفة.

* * *

البدء بالصفا في السعي

٨١٨ - مَالِكٌ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَلِيٍّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ حِينَ خَرَجَ مِنَ الْمَسْجِدِ وَهُوَ يُرِيدُ الصَّفَا وَهُوَ يَقُولُ: «بَدَأُ بِمَا بَدَأَ اللَّهُ بِهِ، فَبَدَأُ بِالصَّفَا».

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ حين خرج من المسجد يريد الصفا، والخروج إلى الصفا يكون بأثر الطواف متصلاً بالركوع له.

وفي ذلك مسألتان، إحداهما: في لزوم اتصاله بركعتي الطواف، والثانية: في صفة الخروج إليه.

مسألة: وأما لزوم ترتيبه بعد ركعتي الطواف ولزوم اتصاله بهما، فلما روى عن عبد الله بن عمر «أن رسول الله ﷺ كان إذا طاف في الحج أو العمرة أول ما يقدم

٨١٨ - أخرجه مسلم ٨٨٨/٢ كتاب الحج، باب ١٩ رقم ١٤٧ عن جابر. والترمذي برقم ٨٦٢، ٢٠٦/٣ كتاب الحج، باب تقبيل الحجر عن جابر. والنسائي في كتاب الحج، باب ١٥٧/٢٣٧ عن عروة. وابن ماجه برقم ٣٠٧٤، ١٠٢٢/٢ كتاب المناسك، باب حجة رسول الله ﷺ عن جابر. وأحمد ٣٢٠/٣ عن جابر. والبيهقي في الكبرى ٨٥/١ عن جابر.

٥٢٢ كتاب الحج

سعى ثلاثة أطواف، ومشى أربعة، وسجد سجدتين، ثم يطوف بين الصفا والمروة^(١).

ومن جهة القياس أن هذا ركن من أركان الحج لا تعلق له بالبيت كالوقوف بعرفة.

فرع: ومن طاف، فلا ينصرف إلى بيته حتى يسعى إلا من ضرورة يخاف فواتها أو يتعذر التصبر لها، ويرجى بالخروج ذهابها كالحقن والخوف على النزول، وكره الخروج للمريض لأنه لا يذهب بالخروج، فإن فعل، فقد روى ابن المواز عن مالك: يبتدئ طوافه، والظاهر من المذهب إن لم يبدأ حتى يرجع، فعليه دم.

مسألة: فأما المسألة الثانية في صفة الخروج إلى الصفا، فهو أن يسلم من ركعتي الطواف ثم يستلم الحجر قبل أن يخرج إلى السعى لأنه مار بالحجر يريد السعى الذي هو من جنس الطواف.

فرع: ولم يجد مالك لمن أراد الخروج إلى الصفا أباً يخرج منه، ومعنى ذلك أنه ليس من المناسك الخروج على باب الصفا غير أننا نعلم أنه من خرج إليها، فإنه لا يخرج إلا على ذلك الباب إلا أن يتكلف.

فصل: وقوله ﷺ: «بدأ بما بدأ الله به» يريد والله أعلم، أنه يبدأ بالوقوف ويبدأ السعى بالصفا قبل المروة، وذلك أن الله تعالى بدأ بالصفا قبل المروة، فقال تعالى: ﴿إِن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة: ١٥٨] وهذا حكم السعى بين الصفا والمروة أن يبدأ بالصفا. والأصل فيه فعل النبي ﷺ، وقوله: «بدأ بما بدأ الله به» وبدأ بالصفا.

ومن جهة المعنى أن الصفا أقرب إلى البيت، فيخرج إليها الحاج أو المعتمر من السعى بخطوات يسيرة، ثم يرقى إلى الصفا، ثم يتوجه منها إلى المروة ساعياً في نسكه، ولو بدأ أولاً بالمروة لخرج إليها من المسجد، فمر بأكثر المسعى، وهو غير ساع، وذلك بمنزلة أن يقصد الإنسان إلى أن يطوف بأكثر البيت قبل طوافه، ولا يعتد به، فكان البدء بالصفا أولى.

مسألة: فإن بدأ بالمروة قبل الصفا، بنى على سعيه شوطاً تامناً بين الصفا والمروة، حتى يتم به سبعا أولها الوقوف بالصفا وآخرها الوقوف بالمروة.

ووجه ذلك أن ما تقدم من سعيه لما لم يكن عقيب الوقوف على الصفا لم يعتد به،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (١٦١٦). مسلم حديث رقم (١٢٦١). الدارمي

حديث رقم (١٨٤١).

كتاب الحج ٥٢٣
واعتمد من سعيه بما تعقب وقوفه على الصفا، فأكمل عليه بقية سعيه، وذلك لا يكون إلا بما ذكرناه.

فصل: وقوله: «فبدأ بالصفا» يريد أنه بدأ بالوقوف عليها، أو افتتح بذلك سعيه ووقوفه على الصفا أربع مرات وعلى المروة مثلها، وبذلك يتم سبع مرات بينهما.

٨١٩ - مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا وَقَفَ عَلَى الصَّفَا يُكَبِّرُ ثَلَاثًا وَيَقُولُ: «لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، يَصْنَعُ ذَلِكَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ وَيَدْعُو، وَيَصْنَعُ عَلَى الْمَرْوَةِ مِثْلَ ذَلِكَ».

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ كان إذا وقف على الصفا» الوقوف على الصفا والمروة يكون بأعلاهما من حيث يرى البيت، قاله مالك في المدونة. وذلك أن لفظ الوقوف على الصفا يقتضى الإشراف عليها، وإذا كان بأعلاها أمكنه رؤية البيت.

مسألة: وهذا حكم الرجل، فأما النساء، فمن سعت منهن في سعة وقت خلوة، فقد قال ابن القاسم: تقف على أعلى الصفا والمروة، ومن سعت بين الرجال، فلتقف فى أصل الصفا والمروة، ولا ترقى إلى أعلاه لأن التأخر عن الرجال والاعتزال لموضعهم مشروع لهن متعين عليهن. أصل ذلك الطواف والصلاة.

مسألة: ويكره للرجل أن يقعد على الصفا أو المروة، وليقف، قال مالك: لا يعجبني ذلك، فإن فعل فلا شيء عليه. وأما السقيم، فلا بأس أن يقعد.

ووجه ذلك أن الوقوف مشروع لأنه موضع دعاء وتضرع فالوقوف فيه أفضل. وكذلك قال فى حديث جابر: «أن رسول الله ﷺ كان إذا وقف على الصفا يكبر»^(١)، فإن كان له عذر مرض أبيض له القعود لأنه عذر يسقط حكم القيام فى الصلاة، وهو ركن من أركانها فبأن يسقط هاهنا أولى وأحرى.

٨١٩ - أخرجه مسلم ٨٣٥/٢ كتاب الحج، باب ما يباح للمحرم عن ابن عمر. والنسائي ١٣٣/٥ كتاب الحج عن ابن عباس، باب الرخصة فى لبس الخفين فى الإحرام. وأحمد ٢٢١/١ عن ابن عباس. والبيهقى فى الكبرى ٩٣/٥ عن ابن عباس. وابن ماجه برقم ٢٩٣١، ٩٧٧/٢ كتاب المناسك، باب السراويل عن ابن عباس.
(١) النسائي فى الصغرى حديث رقم ٢٩٧٢.

٥٢٤ كتاب الحج

فصل: قوله: «ثم يكبر ثلاثاً ويقول: لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير يفعل ذلك ثلاث مرات ويدعو» على ما روى عنه عليه السلام أنه كان يكرر ما تكلم، وكان إذا سلم على قوم سلم عليهم ثلاثاً^(٢) لأن أقواله قرب ورحمة، فكان يكررها ثلاثاً تارة للإفهام والتعليم وتارة للاستكثار من الذكر، وهذا أقل ما تكرر به الأذكار مع استحباب الوتر، وليس ذلك بجد في تكرار هذا الذكر ولا غيره، ولكنه أقل ما يستحب من تكراره لما ذكرناه.

وكان عليه السلام يأخذ فيما يشرعه معلنا بحظ من الاستحباب، وحظ من التخفيف على حسب ما كان يفعل في القراءة في صلاة الجماعة، ومن زاد على هذا لقوة أو رغبة في الخير، فحسن ومن قصر عن هذا العدد فلا بأس به، وهذا الذكر من أفضل الأذكار. وقد روى عن النبي عليه السلام أنه قال: «أفضل ما قاله هو والنبيون لا إله إلا الله»^(٣).

مسألة: وصفة الإتيان به. قال ابن حبيب: يقول: الله أكبر الله أكبر الله أكبر كبيراً، والحمد لله كثيراً، ثم يقول: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد وهو على كل شيء قدير، ثم يدعو بما استطاع، ثم يرجع فيكبر ثلاثاً، ويهمل مرة كما ذكرناه، ثم يدعو ثم يعيد التكبير والتهيل، يفعل ذلك سبع مرات، فيكون إحدى وعشرين تكبيرة، وسبع تهليلات، والدعاء بين ذلك، ولا يدع الصلاة على النبي عليه السلام.

قال: وهذا كله مروى وليس بلازم ومن شاء زاد ومن شاء نقص أو دعا بما أمكنه. قال الشيخ أبو محمد: وما ذكره ابن حبيب من التهليل والتكبير، والدعاء على الصفا والمروة مروى عن ابن عمر وغيره.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن لفظ حديث النبي عليه السلام يقتضى غير الصفة التي أوردتها ابن حبيب، وذلك أن حديث جابر إنما يقتضى تكبير ثلاث مرات، ثم تهليل مرة، ثم تكبير ثلاث مرات، ثم تهليل مرة ثم تكبير ثلاث مرات، ثم تهليل مرة ثم الدعاء بعد وكيفما فعل من ذلك أجزاء، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ثم يدعو». قال في المدونة: وليس في الدعاء على الصفا والمروة دعاء مؤقت، وهذا صحيح لأنه لم ينص جابر على دعاء بعينه، وهذا يدل على أنه رأى

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٩٥. الترمذى حديث رقم ٢٧٢٣، ٣٦٤٠. أحمد فى المسند

حديث رقم ١٢٨٠٩، ١٢٨٩٥.

(٣) أخرجه الإمام مالك حديث رقم (٩٦٣) وسيأتى ذكره.

كتاب الحج ٥٢٥
من النبي ﷺ في مواقفه أدعية مختلفة دالة على أنه يؤقت في ذلك دعاء، فنص على أنه دعاء ولم ينص على الدعاء لأنه بين أنه غير مؤقت.

مسألة: وهل يرفع يديه على الصفا والمروة عند الدعاء؟ قال ابن القاسم: كان رفع اليدين عند مالك ضعيفاً على الصفا والمروة. وقال ابن حبيب: يرفع يديه.

وجه قول مالك ما روى من حديث جابر في الدعاء، ولم يذكر رفع اليدين مع استقصائه أقواله وأفعاله في الحج، حتى أنه لم ينقل أحد من ذلك عن النبي ﷺ ما نقل. ووجه قول ابن حبيب أنه موضع دعاء وتضرع وسؤال ورغبة ورفع اليدين في مثل هذا مشروع.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن حبيب في رفع اليدين، فكيف صفة رفعهما؟ قال ابن حبيب: يرفعهما حذو منكبيه ويطونهما إلى الأرض، ثم يكبر ويهلل ويدعو.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن دعاء التضرع والطلب إنما هو برفع اليدين ويطونهما إلى السماء، وإنما يكون ما ذكره ابن حبيب عند الذكر والتعظيم، ولعله هو الذى ضعف مالك، رحمه الله.

فصل: قوله: «ويصنع على المروة مثل ذلك» يريد من التكبير والتهليل والدعاء، ذلك على حسب ما يفعله على الصفا، ويفعل ذلك كلما وقف على الصفا، وكلما وقف على المروة حتى يقف على الصفا أربعاً وعلى المروة أربعاً.

٨٢٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، وَهُوَ عَلَى الصَّفَا، يَدْعُو يَقُولُ: اللَّهُمَّ إِنَّكَ قُلْتَ: ﴿ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ﴾ [غافر: ٦٠] وَإِنَّكَ لَا تُخْلِفُ الْمِيعَادَ وَإِنِّي أَسْأَلُكَ كَمَا هَدَيْتَنِي لِلْإِسْلَامِ أَنْ لَا تَنْزِعَهُ مِنِّي حَتَّى تَتَوَقَّأَنِي وَأَنَا مُسْلِمٌ.

الشرح: دعاء عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنه بهذا الدعاء دليل على ما قدمناه من أنه ليس فيه دعاء مؤقت، وإنما يدعو كل إنسان على حسب ما يعن له ويدعو من حاجته، وأؤكد الأشياء عنده، وإن من أؤكد الأشياء الدعاء لأمر الآخرة، وأن يتوفى المرء على الإسلام، وما بدأ به أولاً من قوله: «اللهم إنك قلت ادعوني أستجب لكم،

٨٢٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٠٠. البيهقي في السنن الكبرى ٩٤/٥. المغنى ٣٨٥/٣. الدر المنثور ١٦١/١. المجموع ٧٦/٨.

٥٢٦ كتاب الحج
وإلك لا تخلف الميعاد»، إعلان بإيمانه وتيقنه أن ذلك الموعد من عند الله، وأنه تعالى لا يخلف الميعاد، وإخباره عن امتثال أمره في الدعاء وانتظاره ما وعد به تعالى من الإجابة.

* * *

جامع السعي

٨٢١ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: قُلْتُ لِعَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ، وَأَنَا يَوْمَئِذٍ حَدِيثُ السَّنِّ: أَرَأَيْتِ قَوْلَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطُوفَ بِهِمَا﴾ فَمَا عَلَى الرَّجُلِ شَيْءٌ أَنْ لَا يَطُوفَ بِهِمَا، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: كَلَّا لَوْ كَانَ كَمَا تَقُولُ لَكَانَتْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَطُوفَ بِهِمَا، إِنَّمَا أَنْزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةَ فِي الْأَنْصَارِ كَانُوا يَهْلُونَ لِمَنَاةَ^(١)، وَكَانَتْ مَنَاةُ حَذْوُ قَدِيدٍ، وَكَانُوا يَتَحَرَّجُونَ أَنْ يَطُوفُوا بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، فَلَمَّا جَاءَ الْإِسْلَامُ سَأَلُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطُوفَ بِهِمَا﴾.

الشرح: قول عروة: «إنه قال لعائشة، وهو حديث السن» يريد أنه لم يكن بعد فقه ولا علم من سنن النبي ﷺ ما يتأول به نص القرآن والحديث في هذه المسألة، فقال لعائشة: «أرأيت قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ فما على الرجل شيء أن لا يطوف بهما» فتأول الآية على أنها تقتضى أن لا شيء على من لم يسع بين الصفا والمروة في حج ولا عمرة.

وذلك أن موضوع هذا اللفظ أن لا حرج على من فعل فعلا ما. وأكثر ما يستعمل هذا اللفظ في الأفعال المباحة دون الواجبة، ولكن كان لهذا سبب، وذلك إنما مخاطب

٨٢١ - أخرجه البخارى ٣٠٦/٢ كتاب الحج باب وجوب الصفا والمروة... إلخ، عن عروة. وسلم ٩٢٨/٢ كتاب الحج باب ٤٣ رقم ٢٥٩ عن عروة. أبو داود حديث رقم ١٩٠١. النسائي فى الكبرى ١٢/١٩٣.

(١) قال ابن وهب: مناة: حجر كان أهل الجاهلية يعبدونه، وكان فى المشلل الجبل الذى تصدر منه إلى قديد.

كتاب الحج ٥٢٧
به من كان يرى الحرج فى السعى بين الصفا والمروة، ومن كان لا يستجيز ذلك فى حج ولا عمرة، فلذلك خوطب به على هذا الوجه.

ولو أن إنساناً اعتقد أن قضاء الفوائت محذور بعد العصر، فسأل عن ذلك لجاز أن يقال له: لا إثم عليك فى قضائها بعد العصر، ولم يمنع ذلك وجوب قضائها فى ذلك الوقت.

وروجه ذلك أن قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ [البقرة: ١٥٨] يقتضى نفى الحرج عن التطوف بهما، وكون ذلك واجباً أو غير واجب يثبت بدليل غير هذا، وقد دل على ذلك. قوله: إنهما من شعائر الله.

فصل: وقول عائشة رضى الله عنها له: «كلا لو كان الأمر كما تقول لقال فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما» استفتحت كلامها «بكلا» على معنى التحقيق والتأكيد، وأخبرته أنه لو كان الأمر على ما قال لقال تعالى: فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما، فينفى الحرج عن تارك الطواف بهما، وهو تعالى لم يقل ذلك وإنما قال: ﴿فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ فنفى الحرج عن المطوف بهما، وذلك لا يمنع أن يلحق من ترك الطواف بهما، ويوجب السعى، كما قالت عائشة.

وإليه ذهب مالك والشافعى وأحمد، وقالوا: إنه ركن من أركان الحج لا ينوب عنه دم. وروى عن ابن مسعود وغيره أنه غير واجب. وقال أبو حنيفة: وهو واجب، ولكن الدم ينوب عليه.

والدليل على ما نقوله ما روى عن ابن عباس: «لما قدم النبي ﷺ مكة أمر أصحابه أن يطوفوا بالبيت وبين الصفا والمروة، ثم يملحوا ثم يملحوا أو يقصروا»^(٢)، وأمره على الوجوب.

ودليلنا من جهة القياس أنه سعى ذو عدد سبع، فوجب أن يكون ركناً من أركان الحج كالطواف.

فصل: وقولها: «إنما أنزلت هذه الآية فى الأنصار كانوا يهلون لمناة، وكانت حلوا قديداً، وكانوا يتخرجون أن يطوفوا بين الصفا والمروة» يريد أن هذه الآية إنما نزلت فىمن كان يتخرج عن السعى بين الصفا والمروة، فقصد بها إلى نفى ما اعتقدوه خاصة، ولم يكن جواب لسؤال من سأل عن السعى أمشروع أو غير مشروع.

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (١٧٣١) بلفظه.

٥٢٨ كتاب الحج

وقد قال أبو بكر بن عبدالرحمن: إنه سمع رجلاً من أهل العلم يقولون: لما أنزل الله تعالى الطواف بالبيت، ولم يذكر السعى بين الصفا والمروة قيل للنبي ﷺ، إنما كنا نطوف في الجاهلية بين الصفا والمروة، فهل علينا من حرج أن لا نطوف بهما، فأنزل الله تعالى: ﴿إِنَّ الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة: ١٥٨] الآية كلها. قال أبو بكر: فأسمع هذه الآية نزلت في الفريقين كليهما فيمن طاف، وفيمن لم يطف وعلى الوجهين جميعاً، فإنها نزلت فيمن خاف أن يخرج إذا طاف بينهما.

فصل: وقولها: «فأنزل الله تعالى: ﴿إِنَّ الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ بين بذلك ما أنزل للسائلين من حكم سؤالهم.

وقوله: ﴿إِنَّ الصفا والمروة من شعائر الله﴾ بيان أنه لا يريد بقوله: ﴿فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ الإباحة، وإنما هو إنكار على من يظن أن في ذلك إثماً وحرماً، وممنزلة أن يسئل عن صيام رمضان هل فيه إثم؟ فيقال هو فرض، فلا يأتى أحد به.

وقوله تعالى في حكم من سأل هل يأتى بالسعى بين الصفا والمروة: ﴿إِنَّ الصفا والمروة من شعائر الله﴾ إخبار عن حكمهما أنهما مما أمرنا بتعظيمه في قوله تعالى: ﴿ذلك ومن يعظم شعائر الله فإنها من تقوى القلوب﴾ [الحج: ٣٢] ثم قال بعد ذلك: ﴿فلا جناح عليه أن يطوف﴾ يريد والله أعلم، إنها من الشعائر التي شرع السعى بينهما، ومن كان هذا حكمه، فلا جناح فيه بل فيه الأجر.

٨٢٢ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ سَوْدَةَ بِنْتَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ كَانَتْ عِنْدَ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، فَخَرَجَتْ تَطُوفُ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فِي حَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ مَاشِيَةً، وَكَانَتْ امْرَأَةً ثَقِيلَةً، فَجَاءَتْ حِينَ أَنْصَرَفَ النَّاسُ مِنَ الْعِشَاءِ، فَلَمْ تَقْضِ طَوَافَهَا حَتَّى نُودِيَ بِالْأُولَى مِنَ الصُّبْحِ، فَقَضَتْ طَوَافَهَا فِيمَا بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ، وَكَانَ عُرْوَةُ إِذَا رَأَاهُمْ يَطُوفُونَ عَلَى الدَّوَابِّ يَنْهَاهُمْ أَشَدَّ النَّهْيِ، فَيَعْتَلُونَ بِالْمَرَضِ حَيَاءً مِنْهُ، فَيَقُولُ لَنَا فِيمَا بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ: لَقَدْ خَابَ هَؤُلَاءِ وَخَسِرُوا.

الشرح: قوله: «كانت سودة عند عبوة بن الزبير فخرجت تطوف بين الصفا والمروة وكانت امرأة ثقيلة» لا تكمل طوافها لثقلها إلا فيما بين العشاء وبين الأذان

كتاب الحج ٥٢٩
للصبح لثقل جسمها إلا أنها مع ذلك كانت تطوف بينهما ماشية، ولا تترخص بالركوب.

وقد روى عن ابن أبي مليكة أنه قال لعائشة: أى أمتاه ما منعك من العمرة عام الأول، فقد انتظرتناك، فقالت: الصفا والمروة لا أستطيع أن أمشى بينهما، وأكره أن أركب بينهما.

وروى عن مجاهد: لا يركب بينهما إلا من ضرورة، وبه قال مالك، فإن كانت ضرورة، فقد قال ابن نافع: لا بأس أن يسعى الرجل راكباً من مرض أو نحو ذلك.
وقال عطاء: يركب بينهما من شاء.

والدليل على ما نقوله ما روى عنه عليه السلام أنه سعى ماشياً وأفعاله على الوجوب. ودليلنا من جهة القياس أنه سعى ذو عدد سبع، فكان حكمه المشى مع القوة. أصل ذلك الطواف.

فرع: فإن سعى راكباً من غير عذر، فقد قال ابن القاسم: يعيد ما لم يفت، فإن تناول ذلك، فعليه دم.

ووجه ذلك أن يأتى بالعبادة على الوجه المشروع فيها من السعى ما لم يفت ذلك، فإذا فات بانفصاله من الطواف لم يبق إلا جيره بالدم.

فصل: وقوله: «فلم تقض طوافها حتى نودى بالأولى من الصبح» وقد روى معمر أنها كانت تستريح فى أثناء السعى لعذر ليس بممنوع ما لم يخرج إلى حد القطع، وذلك أن فيه معونة على العبادة وتسبباً إلى إتمامها.

مسألة: وأما الجلوس لغير علة، فممنوع فى الجملة لأنه قطع لما شرع فيه من العبادة التى حكمها الاتصال، فإن فعل، فقد قال أشهب: إن كان شيئاً خفيفاً، فلا شيء عليه، وبس ما صنع، وإن طال الجلوس حتى يكون تاركاً للسعى الذى كان فيه، فإنه يستأنف ولا يبنى.

ووجه ذلك أنها عبادة حكمها الاتصال، فإذا شغل فيها بعمل يسير ليس منها لم يقطعها كالعمل اليسير فى الصلاة، وإذا كان فى حكم التارك لها لطول جلوسه، فقد عدم ما يثبت عليه من الاتصال، فوجب استئنافها.

فرع: فإن لم يستأنف وأتم سعيه على ما تقدم منه، فقال أشهب: لا شيء عليه.

٥٣٠ كتاب الحج

ووجه ذلك أن اتصاله ليس بشرط في صحته، وإنما هو من صفاته وأحكامه وفضائله.

فضل: وقول عروة: «لقد خاب هؤلاء وخسروا» يريد أنهم تركوا المشروع المأمور به، وفعلوا المكروه مع تعبهم وتكلفهم قطع المسافة الطويلة والمشقة البعيدة، وتمون النفقة الكثيرة، فقد خابوا من أجر من أتى بالعبادة على الوجه المأمور به، وخسروا ما غنم من أتى بها على وجهها.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ نَسِيَ السَّعْيَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فِي عُمْرَةٍ، فَلَمْ يَذْكُرْ حَتَّى يَسْتَبْعِدَ مِنْ مَكَّةَ أَنَّهُ يَرْجِعُ فَيَسْعَى، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَصَابَ النِّسَاءَ فَلْيَرْجِعْ فَلْيَسْعَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ حَتَّى يُتِمَّ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ تِلْكَ الْعُمْرَةِ ثُمَّ عَلَيْهِ عُمْرَةٌ أُخْرَى وَالْهَدْيُ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من نسي السعي بين الصفا والمروة، فإنه يرجع إليه من حيث ما ذكر لأننا قد بينا أن السعي بينهما من أركان نسك الحج أو العمرة، فالمكلف ما لم يأت بذلك باق على إحرامه لا يخرج عنه بتحلله كما لو ترك طوافه بالبيت، فإنه يرجع إليه من حيث ذكر لأنه لم يكمل بعد نسكه حين ترك ركنا من أركانه.

وهذا مبنى على مسألتين، إحداهما: أن السعي ركن من أركان الحج وقد بيناه. والثانية أن النسك لا يخرج منه بالتحلل دون التمام، وقد تقدم ذكره، فإذا كان السعي بين الصفا والمروة من أركان الحج والعمرة لم يتم إلا به، وإذا لم يتم إلا به، فلا يصح الخروج منهما قبل الإتيان به، فيرجع من حيث ذكره باقيًا على إحرامه، فإن كان لم يدخل على إحرامه فسادًا رجوع فأتى نسكه، وإن كان قد أدخل عليه فسادًا رجوع، فأتى عمرته التي أفسد ثم قضاها وأهدى.

فصل: وقوله: «فلم يذكر حتى يستبعد من مكة أنه يرجع فيسعى»، معناه أنه يسعى بعد أن يقدم من الطواف ما يلزم أن يتصل به السعي. وقد روى ذلك ابن عبدالحكم عن مالك، ولا نعلم فيه خلافًا في المذهب.

ووجه ذلك أن من سنة السعي اتصاله بالطواف؛ لأنه ركن من أركان الحج لا تعلق له بالبيت، فوجب أن يتعقب ما له تعلق بالبيت كالوقوف بعرفة، فإذا كان من سنته اتصاله بالطواف لزم إعادة الطواف ليتعقبه السعي.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢/٢٢٢.

كتاب الحج ٥٣١
مسألة: ومن آخر سعيه حتى انتقض وضوؤه ابتداء الطواف، إن كان بمكة، فإن كان
قد تباعد عنها أهدى.

ووجه ذلك أن تعقبه للطواف واتصاله به من سنته وواجبات أحكامه، فيلزمه الإتيان
به على ذلك ما لم تلحقه المشقة بالبعد عن مكة، فيكون عليه أن يجبر ذلك بالدم.

فصل: وقوله في الذي ذكر السعى بعد أن أصاب النساء: «يرجع فيتم ما بقى عليه
من عمرته ثم عليه عمرة أخرى والهدى» يعنى أنه قد أفسد عمرته إذا أصاب النساء
قبل أن يتمها على ما بقى عليه من الفساد ثم يقضيها ويهدى. قال ابن القاسم: عليه
هدى آخر لإفساده العمرة وللتفرقة التي تقدم ذكرها. قال محمد: ذلك استحسان بمنزلة
من وجب عليه شيء إلى بيت الله تعالى، وعليه حملان ما لا يطيق حمله، فيجب عليه
لذلك هدى ثم يعجز، فيركب فلا يكون عليه للأمرين إلا هدى واحد. وقد قال
أشهب: نرى عليه هدين، أحدهما، للتفرقة، والثاني: للإفساد، وليس هدى التفرقة
عنده بواجب.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يَلْقَاهُ الرَّجُلُ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، فَيَقِفُ مَعَهُ يُحَدِّثُهُ،
فَقَالَ: لَا أُجِبُّ لَهُ ذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن من حكم هذه العبادة اتصالها ويلزم الإقبال
عليها والاشتغال بها عن غيرها من الحديث والوقوف، فإذا اشتغل عنها بالحديث،
وأخذ فيما هو من جنس القطع لها من الوقوف، فلم يأت بها على المشروع من
أحكامها والمستحب من هيئاتها. وقد قال ابن حبيب: والوقوف للحديث في السعى
أشد منه بغير وقوف.

مسألة: ومن باع واشترى أو صلى على جنازة وهو يسعى، فإن كان ذلك خفيفاً
أتم سعيه، وإن كان ذلك كثيراً، ابتداءً. فأما البيع والشراء فإنه من جنس الوقوف
للحديث.

وأما صلاة الجنازة، فإنها لا يلزم الخروج لها وغيره يقوم بفرضها، فإذا خرج
للصلاة عليه، فإنما هو مختار لقطع سعيه بغيره.

(١) قال في الاستذكار ٢٢٤/١٢: إن العلماء يكرهون الكلام بغير ذكر الله في الطواف بالبيت
وبين الصفا والمروة إلا فيما لا بد منه؛ لأنه موضع ذكر ودعاء. والكلام بين الصفا والمروة عندهم
أخف، فمن تكلم وتحدث لم يفسد ذلك طوافه ولا سعيه عند الجميع.

٥٣٢ كتاب الحج

مسألة: ولا يخرج عن سعيه من أقيمت عليه صلاة الفريضة بخلاف الطائف؛ لأن الطواف في المسجد والتمادى على طوافه بمنزلة المخالف على الإمام بغير الصلاة التي أقامها. وأما السعى، فهو خارج المسجد، فليس فيه مخالفة على الإمام.

مسألة: ومن أصابه حقن وهو يسعى أو أحدث، فإن الحاقن يخرج فيسول أو يتوضأ وكذا المحدث وبينان على سعيهما؛ لأن الخروج كان لضرورة، والاشتغال بالوضوء كان لإتمام فضيلة السعى المشروعة من الطهارة كالراعى.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ نَسِيَ مِنْ طَوَافِهِ شَيْئًا أَوْ شَكَ فِيهِ، فَلَمْ يَذْكُرْ إِلَّا وَهُوَ يَسْعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، فَإِنَّهُ يَقْطَعُ سَعِيَهُ ثُمَّ يُتِمُّ طَوَافَهُ بِالْبَيْتِ عَلَى مَا يَسْتَيْقِنُ، وَيَرْكَعُ رَكَعَتَيْ الطَّوَافِ، ثُمَّ يَبْتَدِئُ سَعِيَهُ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من نسي من طوافه شيئاً، ولو شوطاً واحداً، فذكر في أثناء سعيه، فإنه يرجع فيتم طوافه ثم يركع ويسعى، وإن ذكر ذلك بعد أن أكمل سعيه، فإن كان قريباً من تمام سعيه، فقد قال مالك في الموازية: يتم طوافه، ثم يعيد الركعتين ثم يسعى؛ لأنه لا ينبغي لأحد أن يسعى إلا بعد تمام طوافه. وقال ابن المواز: وإن كان قد تناول أو انتقض وضوؤه، استأنف الطواف كله.

ووجه ذلك أن السعى يتعقب الطواف، ولا يجوز أن يتقدم عليه؛ لأن النبي ﷺ أتى بالطواف قبل السعى، وأفعاله ﷺ على الوجوب ولأنه لا خلاف بين الأمة أن ذلك من سنته.

مسألة: وإذا قلنا إنه يرجع لتمام طوافه، فإن كان بقى عليه شوط أو أكثر من ذلك بنى عليه، وإن كان بقى عليه بعض شوط، فهل يتم ذلك الشوط أو يبتدئه؟ الذى يقتضيه قول أصحابنا أنه يبتدئ الشوط من أوله.

مسألة: ومن شك فى شوط من طوافه، وهو يسعى، فإنه يرجع فيتم طوافه على ما استيقن، ثم يعيد الركعتين والسعى.

ووجه ذلك أنه يلزمه أن يأتى بالطواف على يقين ليتحقق براءة ذمته، فعليه أن يتم الطواف على اليقين، ثم يأتى بعده بما هو بعده فى الرتبة. وأما إن شك حين خرج من منى، فإنه يعود إليه إذا رجع من منى، ويسعى بعده. رواه الشيخ أبو بكر، قال: ولو لم يعده حتى رجع إلى بلده رجع إليه؛ لأن السعى لا يكون إلا بعد طواف متيقن.

كتاب الحج ٥٣٣
ويحتمل وجهًا آخر، وهو أن شكه بعد تمام عبادته غير مؤثر، وهو على ما أتمها عليه
من يقين التمام، وقد تقدم ذكر ذلك في الصلاة، والله أعلم.

مسألة: ومن شك في طوافه، فأخبره من يطوف معه أنه قد أتم طوافه، قال مالك:
أرجو أن يكون في ذلك بعض السعة. قال الشيخ أبو بكر: هذا استحسان من مالك،
والقياس أن يبنى على يقينه، ولا يلتفت إلى قول غيره كما يفعل ذلك في الصلاة. وما
قاله الشيخ أبو بكر فيه نظر، ولقول مالك وجه صحيح من النظر، وذلك أن المكلف لا
يرجع في الصلاة إلى قول من ليس معه في العبادة لأنها عبادة شرعت لها الجماعة.
وأما العبادة التي لم تشرع فيها الجماعة، فإنه يعتبر فيها بقول من ليس معه في العبادة
كالطهارة والصوم.

مسألة: وأول الشوط في الطواف من الحجر الأسود، وذلك أن الطوائف يتدئ
فيستلم ثم يأخذ في الطواف. وكذلك فعل النبي ﷺ وأخبره أن ينتهي إلى الحجر
الأسود لأن استيعاب البيت بالطواف لازم، ولا يكون ذلك إلا بما قلناه، فإن بدأ من
الركن اليماني، ففي المدونة من رواية داود بن سعيد عن مالك: بلغني ما بدأ به قبل
الركن الأسود. وروى عيسى عن ابن القاسم: إذا فرغ تهادى إلى الركن الأسود، وقد
تم طوافه.

فرع: فإن أتم طوافه على ذلك، وركع، فقد قال ابن كنانة: إن ذكر ذلك قريبًا ما
لم يتباعد أو ينتقض وضوؤه، أعاد طوافه، فإن تباعد أو انتقض، لم يكن عليه إعادة،
ويهدى ويجزئ إن شاء الله تعالى.

وروى عن ابن القاسم: إن لم يذكر ذلك حتى انتقض وضوؤه، ابتدأ الطواف
والسعي، فإن أحرم من مكة وتباعد، فليهل. ومعنى ذلك أن استفتاح الطواف في
الحجر الأسود ليس بشرط في صحته، وإنما هو من سننه الواجبة، ولذلك يجبر بالدم.

٨٢٣ - مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ

٨٢٣ - أخرجه مسلم ٨٨٦/٢ كتاب الحج باب ١٩ رقم ١٤٧ عن جعفر بن محمد عن أبيه.
والنسائي ٢٤٣/٥ عن جابر. وأحمد ٣٨٨/٣ عن جابر. والبيهقي في الكبرى ٩٣/٥ عن جعفر.
والبغوي بشرح السنة ١٣٦/٧ عن جابر.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٥/٦: هكذا قال يحيى عن مالك في هذا الحديث: إذا نزل بين
الصفاء والمروة. وغيره من رواة الموطأ يقول: «إذا نزل من الصفا مشى حتى انصبت قدماه في=

٥٣٤ كتاب الحج
اللَّهُ ﷻ كَانَ إِذَا نَزَلَ مِنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ مَشَى حَتَّى إِذَا أَنْصَبَتْ قَدَمَاهُ فِي بَطْنِ
الْوَادِي سَعَى حَتَّى يَخْرُجَ مِنْهُ.

الشرح: قوله: «إِنَّهُ كَانَ ﷻ إِذَا نَزَلَ مِنَ الصَّفَا مَشَى حَتَّى إِذَا أَنْصَبَتْ قَدَمَاهُ فِي
بَطْنِ الْوَادِي سَعَى حَتَّى يَخْرُجَ مِنْهُ» هذا المشهور عن النبي ﷺ وعليه الفقهاء. وروى
عن عبدالله بن عمر التخيير في ذلك، وقال: إن مشيتها، فقد رأيت رسول الله ﷺ
يمشى، وإن سعيت، فقد رأيت رسول الله ﷺ يسعى. وروى عنه أنه قال: طفت مع
النبي ﷺ بين الصفا والمروة، فكان في الناس، فلم أره فسعوا، فلا أراهم سعوا إلا
بسعيه، ويحتمل أن يكون ذلك في مواطن، والله أعلم.

مسألة: والسعى بين العلمين، وهو الذي يقتضيه الحديث المذكور، وقد أعلمت
الخلف ذينك الموضعين حتى صار إجماعاً. وصفة السعى أن يكون سعيها بين سعيين،
وهو الخبب، رواه محمد عن أشهب عن مالك.

فرع: فإن ترك السعى ببطن المسيل، فقد اختلف فيه قول مالك، قال في المبسوط:
قد كان مرة يقول: عليه الدم ثم رجع، فقال: لا شيء عليه، وإنما ذلك على الرجال
دون النساء.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ جَهْلٍ، فَبَدَأَ بِالسَّعْيِ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ
بِالْبَيْتِ قَالَ: لِيَرْجِعَ فَلْيَطُوفْ بِالْبَيْتِ ثُمَّ لِيَسْعَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَإِنْ جَهَلَ ذَلِكَ
حَتَّى يَخْرُجَ مِنْ مَكَّةَ وَيَسْتَبْعِدَ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى مَكَّةَ فَيَطُوفُ بِالْبَيْتِ وَيَسْعَى بَيْنَ
الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَإِنْ كَانَ أَصَابَ النِّسَاءَ رَجَعَ فَطَافَ بِالْبَيْتِ وَسَعَى بَيْنَ الصَّفَا
وَالْمَرْوَةِ حَتَّى يُتِمَّ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ تِلْكَ الْعُمْرَةِ ثُمَّ عَلَيْهِ عُمْرَةٌ أُخْرَى وَالْهَدْيُ.

الشرح: وهذا كما قال أن من جهل، فبدأ بالسعى بين الصفا والمروة، فهو كمن لم
يسع لأن تقدم الطواف شرط في صحة السعى كالركوع الذي تقدمه شرط في صحة
السجود، فمن قدم السعى على الطواف لم يجزه، وعليه أن يأتي بسعى آخر يصله
بطوافه، قاله أبو الفرج في حاويه.

=بطن المسيل سعى حتى يخرج منه». ولا أعلم لرواية يجبي وجها إلا أن تحمل على ما رواه
الناس؛ لأن ظاهر قوله: «نزل بين الصفا والمروة»، يدل على أنه كان راكبا، فنزل بين الصفا
والمروة، وقول غيره: «نزل من الصفا»، والصفا جبل لا يحتمل إلا ذلك.

كتاب الحج ٥٣٥

فصل: وقوله: «ليرجع فليطف بالبيت» على وجهين، أحدهما: أن يكون ذكر ذلك قبل أن يطوف فمعنى قوله: «ليرجع» يريد من مكانه إلى البيت، فليطف به ثم ليسع، ويحتمل أن يكون ذكر ذلك بعد طوافه، وبعد أن طال الأمر فيه بحيث لا يمكن أن يتصل سعيه به، فعليه استئناف الطواف ليتصل به السعي. وقد ذكر الشيخ أبو محمد نحو هذا في شرحه. وأما إن ذكر ذلك بأثر طوافه، فإنه يجتزئ بذلك الطواف، ويعيد السعي فقط، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإن كان أصاب النساء رجع فطاف بالبيت وسعى» إلى آخر الفصل يريد أنه قد أفسد عمرته لإصابته النساء قبل أن يطوف ويسعى لها لأن ما تقدم من سعيه، وطوافه غير مجزئ، فكان كمن وطئ في عمرته قبل الطواف والسعي، فعليه أن يرجع إلى مكة من حيث كان، ويكون رجوعه على إحرامه، فيطوف ويسعى لعمرته التي أفسد، ثم يخلق ثم يستأنف الإحرام لعمره ثانية قضاء للأولى التي أفسد، فيعتمر ويهدى هدياً لإفساد عمرته الأولى، وليس هاهنا تفريق لطواف ولا سعي، فيكون عليه هدى آخر على قول أشهب.

* * *

صيام يوم عرفة

٨٢٤ - مَالِك، عَنِ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنِ عُمَيْرِ مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ أُمِّ الْفَضْلِ بِنْتِ الْحَارِثِ أَنَّ نَاسًا تَمَارَوْا عِنْدَهَا يَوْمَ عَرَفَةَ فِي صِيَامِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ صَائِمٌ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَيْسَ بِصَائِمٍ، فَأَرْسَلْتُ إِلَيْهِ بِقَدَحِ لَبَنٍ وَهُوَ وَقِفٌ عَلَيَّ بِعَيْرِهِ فَشَرِبَ.

الشرح: تماريهم في صيام رسول الله ﷺ يوم عرفة، هو اختلافهم في ذلك، وكل واحد منهم إنما ظن أمراً، فنزع به، وذلك أن صيام يوم عرفة مرغّب فيه لغير الحاج، ممنوع ما يخاف أن يضعفه عما يحتاج إليه من الدعاء المخصوص بعبادته.

وأما الصوم، فليس يختص بعبادته، فوجب أن يمتنع من كل ما يضعفه عن عبادته. وقد قال ابن وهب: فطر يوم عرفة للحاج أحب إلينا لأنه أقوى له. قال أشهب: ولا

٨٢٤ - أخرجه البخارى ٣١٤/٢ كتاب الحج باب الوقوف على الدابة بعرفة، عن أم الفضل. ومسلم ٧٩١/٢ كتاب الصيام باب ١٨ رقم ١١٠ عن أم الفضل.

٥٣٦ كتاب الحج

شك أنه يرجى في صيامه لغير الحاج ما لا يرجى في صيام غيره، وفطره للحاج أحب إلينا؛ لأنه يضعف عن الدعاء، وقد أفطر النبي ﷺ في الحج.

فصل: وقوله: «فأرسلت إليه بقدر لبن» تريد أن تختبر بذلك صومه، وتعلم الصحيح من قول المختلفين في صومه، وهذا وجه صحيح في معرفة أحد القسمين، وهو أن يشير به، فيعلم بذلك فطره لعلمها بصحته، وأنه ليس هناك ما يمنع من الصوم إلا اختيار الفطر.

وأما لو امتنع من شربه، فليس في ذلك دليل على صومه لجواز أن يمتنع من ذلك لشبع وري، وغير ذلك، غير أنه كان يقدر التحويزين، ولعله أن يكون في رده ما يدل على صومه أو يتسبب به إلى سؤاله.

فصل: وقوله: «وهو راكب على بعيره بعرفة فشرب» أما وقوفه بعرفة، فالأظهر منه أنه كان في وقت صوم؛ لأنه لا يقف بعرفة بعد غروب الشمس إلا ريثما يدفع، وأيضاً فإنها أرادت أم الفضل أن تعلم بذلك، أمفطر هو أم صائم، ولا يصح ذلك إلا في وقت صوم، يقتضى أنه الأفضل لوجهين، أحدهما: أن للحج تعلقاً بالمال، والإنفاق فيه أفضل من الإمساك، وفي الحج على الراحلة عون على موصلة الدعاء، فإن الواقف على قدميه يضعف عن مواصلة ذلك من زوال الشمس إلى غروبها، ولهذا المعنى استحب الفطر في ذلك اليوم على ما قدمناه، وشرب النبي ﷺ في ذلك الموقف ليبين للناس فطره، ولعله قد علم بتماري أصحابه في ذلك الوقت، فأراد تبين الشرع وإيضاح الحق ورفع اللبس ﷺ.

٨٢٥ - مَالِك، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ كَانَتْ تَصُومُ يَوْمَ عَرَفَةَ. قَالَ الْقَاسِمُ: وَلَقَدْ رَأَيْتَهَا عَشِيَّةَ عَرَفَةَ يَدْفَعُ الْإِمَامُ ثُمَّ تَقِفُ حَتَّى يَبْيَضَ مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ النَّاسِ مِنَ الْأَرْضِ ثُمَّ تَدْعُو بِشَرَابٍ فَتُفْطِرُ.

الشرح: قوله: «أن عائشة كانت تصوم يوم عرفة» يقتضى صيامها إياه على كل حال في حج أو عمرة، غير أن الأظهر من جهة المقصد أنه أخبر عن صيامها إياه في الحج لاسيما، وقد بين ذلك بما بعده من الكلام، ولعل عائشة رضی الله عنها قد حملت فعل النبي ﷺ في ذلك على الجواز والتسهيل على الناس، وأن الفضيلة في صيامه في الحج لمن أطاق ذلك ولم يمنعه من إدامة الدعاء والذكر.

٨٢٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٠٥. البيهقي في معرفة السنن والآثار ٦/٨٩٦١.

كتاب الحج ٥٣٧

فصل: وقوله: «ولقد رأيتها عشية عرفة يدفع الإمام ثم تقف حتى يبيض ما بينها وبين الناس» بين بذلك أن صومها يوم عرفة كان في الحج وأراد بقوله: «عشية عرفة بعد غروب الشمس» لأنه وقت دفع الإمام ووقت الفطر ووقوفها هناك ليخلوها الموضع لكشف وجهها للفطر، وتمكنها مما تريد منه دون أن يلزمها حجاب ولا ستر وأراد بقوله: «حتى يبيض ما بينها وبين الناس من الأرض» أى تخلو الأرض من سواد الناس.

فصل: وقوله: «ثم تدعو بشراب فتفطر» إنما يدل على أن أكلها ذلك الوقت كان لصوم، فكونه فطرًا وبعرفة، ذلك يكون من طريقتين، أحدهما أن يكون علم بصومها، فذلك سمي ما تناوله من الطعام ذلك الوقت فطرًا، والطريق الثانى: أن ذلك ليس بوقت أكل لغير الصائم لأن من لا يصوم إنما يشتغل فى ذلك الوقت بالدعاء وبالنفرة والدفع من عرفة، والاهتال بذلك، والتأهب له، ولا يشتغل فى ذلك الوقت بتناول طعام إلا صائم يقصد البر بتعجيل فطره أو يسترجع به قوته ليستعين على ما بين يديه من العمل.

* * *

ما جاء فى صيام أيام منى

٨٢٦ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ صِيَامِ أَيَّامِ مِنَى.

الشرح: نهى ﷺ عن صيام أيام منى، يقتضى من جهة اللفظ، النهى العام عن صيامها على كل حال، غير أن العلماء قد اختلفوا فى ذلك، وتأولوا نهيه ﷺ على ما ذكره بعد هذا، فذهب مالك إلى أنه لا يجوز أن يصومها المتطوع، ومن صام يومًا من أيام منى متطوعًا، فليفطر متى ما ذكر من نهاره، قاله أشهب.

ووجه ذلك أنه مأمور بفطره، فمتى ما ذكر أن يفطر ويرجع إلى ما أمر به.

٨٢٦ - أخرج نحوه أحمد ٤٤٦/٢. وذكر الهيثمى نحوه فى المجمع ٢٠٣/٣. وكذا السيوطى فى الدر المنثور ٢٣٥/١.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٩/٦: لم يختلف عن مالك فى إسناده هذا الحديث وإرساله، وعند مالك فى هذا المعنى حديثه عن يزيد بن الهادى، عن أبى مرة، عن عمرو بن العاصى، متصل مستند.

٥٣٨ كتاب الحج

مسألة: وأما صيامها على وجه النذر، فإنه لا خلاف في المذهب أنه لا يجوز صوم اليومين الأولين عن نذر معين، ولا غير معين. واختلف قول مالك وأصحابه في صيامهما عن صوم واجب متتابع في كفارة. وأما اليوم الرابع، فإنه يصومه عن نذره، وذلك يقتضى تعيينه بالنذر، واتفق مالك وأصحابه على أنه يجزئ أن يصام في صوم الكفارة المتتابع.

مسألة: فأما صيام المتمتع أيام منى، فهو المشهور من مذهب مالك، وقال أبو حنيفة: إذا لم يصم الثلاثة الأيام قبل يوم النحر، فقد ترتب عليه الهدى، ولا يجزئه الصوم، وهو أحد قولى الشافعى، فعلى هذا لا يصوم المتمتع أيام منى.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، قوله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾ [البقرة: ١٩٦] وليس هاهنا أيام يمكن أن يشار إليها غير هذه الأيام، ولو شاركها غيرها من الأيام في هذا الصوم لوجب حمل الآية على عمومها إلا ما خصه الدليل، فعلى هذا حمل مالك الحديث، وإنما وصف هذه الأيام بأنها أيام منى لأنها تختص بالمقام بمنى على وجه القرية.

فرع: وهل يطلب صيامها لغير المتمتع؟ روى ابن نافع عن مالك: أحب إلى أن لا تصام أيام منى فى الفدية، وما سمعت ذلك إلا فى المتمتع.

وروجه ذلك قوله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة: ١٩٦] وعلى قول من قال: إن ذلك من ألفاظ الحصر ظاهر، والله أعلم.

٨٢٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ حُذَافَةَ أَيَّامَ مِنَى يَطُوفُ يَقُولُ: «إِنَّمَا هِيَ أَيَّامٌ أَكَلٍ وَشُرْبٍ وَذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى».

٨٢٧ - أخرجه النسائي رقم ٧٧٣ كتاب الصوم، باب ما جاء فى كراهية الصوم عن عقبة بن عامر.

وابن عزيمة رقم ٢٩٦٠ عن بشر بن سحيم.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٢/٦: هكذا هو فى الموطأ عند جميع رواته عن مالك، واختلف فيه أصحاب ابن شهاب عليه: فرواه معمر عن الزهري، عن مسعود بن الحكم الأنصارى، عن رجل من أصحاب النبى ﷺ، قال: «أمر النبى ﷺ عبد الله بن حذافة السهمى، أن يركب راحته أيام منى، فيصيح فى الناس: لا يصومن أحد، فإنها أيام أكل وشرب، قال: فلقد رأيته راحلته ينادى بذلك».

كتاب الحج ٥٣٩

الشرح: قوله: «أنه بعث عبدالله بن حذافة أيام منى يطوف، يقول: إنما هي أيام أكل»، الحديث دليل على قصده إلى الإخبار بذلك، واهتباله بتعليم الناس هذا من حكم هذه الأيام، ويحتمل أن يكون ذلك لئلا يظن ظان أن الصوم مشرع فيها، مستحب تخصيصها به لكونها من أيام العبادات، كما شرع ذلك في سائر الأيام المرغوب فيها، كصوم يوم عاشوراء يوم التروية ويوم عرفة ويحتمل أن يكون ذلك ليخبر أن صومها منهي عنه، وأنها من جملة أيام العيد التي شرع الفطر فيها، وإن لم يبلغ المنع من الصوم فيها منعه في أيام العيد لأن يوم العيد ليس بمحل للصوم بوجه.

٨٢٨ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ صِيَامِ يَوْمَيْنِ يَوْمِ الْفِطْرِ وَيَوْمِ الْأَضْحَى.

الشرح: نهيه ﷺ عن صيام يوم الفطر ويوم الأضحى، نهى تحريم، وقد ورد نهيه عن ذلك من طرق جملة صحيحة، ومعنى ذلك أنها أيام عيد، وأيام العيد مخصوصة بالفطر، ممنوعة من الصوم.

٨٢٩ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِي، عَنْ أَبِي مُرَّةٍ مَوْلَى أُمِّ هَانِيَةَ أَخْتِ عَقِيلِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَبِيهِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ فَوَجَدَهُ يَأْكُلُ قَالَ: فَدَعَانِي، قَالَ: فَقُلْتُ لَهُ: إِنِّي صَائِمٌ، فَقَالَ: هَذِهِ الْأَيَّامُ الَّتِي نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ صِيَامِهَا وَأَمَرَنَا بِفِطْرِهَا.

قَالَ مَالِك: هِيَ أَيَّامُ التَّشْرِيقِ.

الشرح: قوله «إنه دخل على أبيه عمرو فوجده يأكل فدعاه» يريد أنه دعاه على معنى استعمال حسن الأدب مع الولد، وبذل الطعام والسخاوة والمشاركة فيه، وهو مما كانت العرب تتمدح به، وتفخر بالإيثار فيه. وقد ورد بذلك الشرع، قال تعالى:

٨٢٨ - أخرجه مسلم ٧٩٩/٢ كتاب الصيام، باب ٢٢ رقم ١٣٩ عن أبي هريرة. وابن ماجه برقم

١٧٢١، ٥٤٩/١، كتاب الصيام، باب ٣٦ عن أبي سعيد الخدري. والترمذي برقم ٧٧٢،

١٣٣/٣ كتاب الصوم، باب ٥٨ عن أبي سعيد الخدري. وأحمد ٥١١/٢ عن أبي هريرة. وابن

أبي شيبة ١٠٤/٣ عن أبي سعيد الخدري. والبيهقي في الكبرى ٢٩٧/٤ عن أبي هريرة.

٨٢٩ - أخرجه أبو داود ٣٣٢/٢ كتاب الصوم باب صيام أيام التشريق برقم ٢٤١٨ عن عمرو ابن

العاص.

٥٤٠ كتاب الحج
﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾ [الحشر: ٩] روى أنها نزلت فى رجل من الأنصار آثر ضيفه بطعامه.

وروى [عبدالله بن عمرو]^(٢) «أن رجلاً سأل النبى ﷺ: أى الإسلام أفضل؟ فقال: أن تطعم الطعام، وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم يعرف»^(١).

فصل: وقوله: «إنى صائم» على إظهار عذره المانع له من طاعة أبيه، وبما دعاه إليه؛ لأن إجابته بما دعاه إليه ليست بمعصية، بل هى مشروعة مأمور بها، وظن عبدالله أن أباه لم يدعه إلى طعامه إلا أنه لم يعلم بصومه، فوجد عنده معنى آخر، وهو أن الأيام التى كان فيها، هى التى نهى رسول الله ﷺ عن صيامها، وأمر بفطرها، وأن ما ابتدأه عبدالله فيها من الصوم ممنوع يلزمه قطعه.

قال مالك: وهى أيام التشريق، يريد أن تلك الأيام التى أخير عنها هى أيام التشريق، وإن لم يكن فى الحديث ذكرها ولا تعيينها، غير أن ليس فى الأيام أيام يمكن أن يشار إليها بالمنع من الصوم فيها غيرها؛ لأن يوم الفطر إنما هو يوم، وكذلك يوم النحر لافراد كل واحد منهما عما يضاف إليه من جنسه، وأيام التشريق كلها متصلة، والله أعلم، فيحتمل أن يكون مالك، رحمه الله، اعتقد أنها أيام التشريق لما ذكرناه، ويحتمل أن يكون اعتقد ذلك لخبر بلغه، وبالله تعالى التوفيق.

* * *

ما يجوز من الهدى

٨٣٠ - مالك، عن نافع، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن

(*) ما بين المعرفتين ورد فى الأصل: «عبد الله بن عمرو». والصحيح كما فى الصحيحين والسنن عبد الله بن عمرو.

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (١٢، ٢٨). مسلم حديث رقم (٣٩). النسائى فى الصغرى حديث رقم (٥٠٠٠). أبو داود حديث رقم (٥١٩٤). ابن ماجه حديث رقم (٣٢٥٣). أحمد فى المسند حديث رقم (٦٥٤٥) جميعهما من حديث عبد الله بن عمرو.

٨٣٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٨١٠. وأخرجه أبو داود حديث رقم ١٧٤٩. الحاكم فى المستدرک ٤٦٧/١ عن ابن عباس.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٠/٦: وقع عندنا وعند غيرنا فى كتاب يحيى فى الموطأ فى هذا الحديث: مالك عن نافع، عن عبدالله بن أبي بكر، وهذا من الغلط البين، ولا أدرى ما وجهه، ولم يختلف الرواة للموطأ عن مالك، فيما علمت قديماً وحديثاً أن هذا الحديث فى الموطأ =

كتاب الحج ٥٤١

حَزْمٌ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَهْدَى جَمَلًا كَانَ لِأَبِي جَهْلٍ بِنِ هِشَامٍ فِي حَجِّ أَوْ عُمْرَةٍ.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ أهدى جملاً» نص في أن الهدى قد يكون في ذكور الإبل، وهو مذهب مالك، رحمه الله، وبه قال جماعة من الصحابة. وقال الشافعي: لا يهدى إلا الإناث.

والدليل على ما ذهب إليه مالك، هذا الحديث، وهو نص في موضع الخلاف. ودليلنا من جهة القياس أن الهدى جهة من جهات القرب، فلم تختص بإنات الحيوان دون نكوره كالضحايا والزكاة والعتق في الكفارات.

٨٣١ - مَالِكٌ، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَأَى رَجُلًا يَسُوقُ بَدَنَةً فَقَالَ: ارْكَبْهَا فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهَا بَدَنَةٌ؟ فَقَالَ: ارْكَبْهَا وَيْلَكَ فِي الثَّانِيَةِ أَوْ الثَّلَاثَةِ».

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يسوق بدنة، فقال: اركبها» ليس فيه ذكر لحال الرجل، يحتمل أن يكون ذلك الرجل قد اضطر إلى ركوبها، وكان مع كثرة

=مالك، عن عبدالله بن أبي بكر، وليس لنا فيه ذكر، ولا وجه لذكر نافع فيه، ولم يرو نافع عن عبدالله بن أبي بكر قط شيئاً، بل عبدالله بن أبي بكر ممن يصلح أن يروى عن نافع، وقد روى عن نافع من هو أجل منه، وهذا الحديث في الموطأ عند جماعة رواه لمالك عن عبدالله بن أبي بكر، ورواه سويد بن سعيد عن مالك، عن الزهري، عن أنس، عن أبي بكر، أن رسول الله ﷺ أهدى جملاً لأبي جهل، وهذا من خطأ سويد وغلطه، وهذا الحديث يستند من حديث ابن عباس.

٨٣١ - أخرجه البخاري ٣٢٣/٢ كتاب الحج باب ركوب البدن عن أبي هريرة. ومسلم ٩٦٠/٢ كتاب الحج باب ٦٥ رقم ٣٧١ عن أبي هريرة. وأبو داود في كتاب المناسك باب ١٨، ١٥٢/٢ باب في ركوب البدنة. والترمذي برقم ٩١١، كتاب الحج باب ما جاء إذ عطب الهدى عن أنس. والنسائي ١٧٦/٥ كتاب مناسك الحج باب ركوب البدنة عن أبي هريرة. وابن ماجه برقم ٣١٠٣ كتاب المناسك باب ركوب البدنة عن أبي هريرة. وأحمد ٢٥٤/٢ عن أبي هريرة. والبيهقي في الكبرى ٢٣٦/٥ عن أبي هريرة. والدارمي ٦٦/٢ عن أنس. والبخاري بشرح السنة ١٩٥/٧ عن أبي هريرة. قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٢/٦: هكذا يرويه أكثر الرواة عن مالك في الموطأ في الثانية أو في الثالثة، ومن قال ذلك: عتيق بن يعقوب الزبيدي وقتيبة؛ وقال فيه ابن عبدالحكم: في الثالثة أو في الرابعة.

٥٤٢ كتاب الحج

أصحاب النبي ﷺ وكثرة هديهم أنه ﷺ قد رأى جماعة يسوقون مثل ذلك، ولم يرو عنه أنه أمر أحداً بمثل ذلك، ولو أمر جميعهم بمثل ذلك لكان ركوب البدن مشروعاً كثيراً مشهوراً، وهذا مما لا خلاف في بطلانه، ولو كان ذلك لجاز أن يحمل عليها الأحمال، وتصرف في العمل والحمل عليها والكراء غيره، وذلك ممنوع باتفاق؛ لأن البدن ما أخرج لله تعالى، وذلك يقتضى الامتناع من الانتفاع بها؛ لأنه نوع من الرجوع فيها، وإنما تركب البدن للحاجة إلى ذلك الركوب الخفيف.

روى ابن نافع عن مالك: لا بأس أن يركب الرجل بدنته ركوباً غير فادح، ولا يركبها بالحمل، ولا يحمل عليها زاده، ولا شيء يتعبها به.

فرع: فإن ركبها محتاجاً إلى ركوبها، فليس عليه أن ينزل إذا استراح، قاله ابن القاسم. ووجه ذلك أنه قد استباح ركوبها بما حدث من حاجته إلى ذلك، فكان له ركوبها بعد دفع تلك الحاجة عن نفسه كالمضطر إلى أكل الميتة لا يأكلها حتى يضطر إليها، ويخاف على نفسه الهلاك بالامتناع منها ثم تدوم تلك الضرورة بالشبع منها، فيستديم استباحة أكلها حتى يجد ما يغنيه عنها.

فصل: وقول الرجل: «إنها بدنة» مخافة أن يكون النبي ﷺ إنما أباح له ركوبها لما اعتقد أنها غير بدنة، وهذا يدل على أن لفظ البدن إنما ينطلق على ما قدر وجب في هذا الوجه، ولا يخلو أن يكون هديه لبدنة مقلدة مشعرة أو عارية من ذلك، فإن كانت مقلدة مشعرة، ففي ذلك دليل على أنها بدنة، وقول الرجل: «إنها بدنة» مع ذلك في التحرز والمبالغة فيه، والإعلام له بأنه إنما ترك ركوبها لكونها بدنة، وإن كان في ظاهر حالها ما بين ذلك.

وإن كانت عارية من ذلك، فلا يخلو أن يكون ذلك بعد إيجابها أو قبله، فإن كان بعد إيجابها، فقد أغفل الإشعار والتقليد، فلا علامة بأنها بدنة، وجه واضح بين غير أن ركوبها مع ذلك على الحالة التي كان عليها جائز؛ لأن النبي ﷺ قد أباح له ركوبها أو أمره به بعد علمه بأنها بدنة، وإن كان لا يوجبها، وإنما امتنع من ركوبها لأنه نوى إيجابها في المستقبل، فوجه ركوبها آيين، ويحتمل أن يقال إن حكمها حكم الأضحية بعد تعيينها بالنية، وقبل الإيجاب، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «اركبها ويملك في الثانية أو الثالثة» يحتمل أن يريد في الثانية من قوله: «اركبها» ابتداءً، فيقول له ذلك زجرًا عن مراجعته عن أمر قد كان له في التعلق

كتاب الحج ٥٤٣
بما أمره به، وحمله على عمومه في الأحوال سعة، ويحتمل أن يريد الثانية من جوابه له
عن قوله: «إنها بدنة» فيكون في ذلك زجرًا له عن تكرير سؤاله عن أمره قد بينه له،
ولم يقيد أمره بركوبها بحال الكلال دون حال الإراحة، ولا قال له: فإذا استطعت
المشي، فأنزل، فاقضى ذلك استدامته ركوبها، وإن زال تعب مشيه بركوبها.

٨٣٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ كَانَ يَرَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يُهْدِي فِي
الْحَجِّ بَدَنَتَيْنِ بَدَنَتَيْنِ، وَفِي الْعُمْرَةِ بَدَنَةً بَدَنَةً، قَالَ: وَرَأَيْتُهُ فِي الْعُمْرَةِ يَنْحَرُ بَدَنَةً،
وَهِيَ قَائِمَةٌ فِي دَارِ خَالِدِ بْنِ أَسِيدٍ، وَكَانَ فِيهَا مَنْزِلُهُ، قَالَ: وَلَقَدْ رَأَيْتُهُ طَعَنَ فِي لَبَةِ
بَدَنَتِهِ حَتَّى خَرَجَتْ الْحَرَبَةُ مِنْ تَحْتِ كَيْفِهَا.

الشرح: قوله: «أنه كان يرى عبدالله بن عمر يهدى في الحج بدنيتين بدنيتين، وفي
العمرة بدنة بدنة» على معنى تعظيم الحج والتقرب فيه بأكثر مما كان يتقرب في
العمرة، ولأنه كما كان الحج أكثر عملاً كان يخصه بزيادة في إخراج المال لما كان له
تعلق بالعمل والمال، ولفظ الحديث يقتضى تكرر ذلك منه، لأن مثل هذا اللفظ لا
يستعمل إلا فيما يتكرر فعله.

فصل: وقوله: «ورأيت في العمرة ينحر بدنة، وهي قائمة، يقتضى مسألتين،
إحداهما: مباشرة ذلك بنفسه، والثانية: أن ينحر البدن قياماً، فأما المسألة الأولى: في
مباشرة ذلك بنفسه، فالأصل فيه ما روى أنس قال: ونحر النبي ﷺ بيده سبعين بدنة
قياماً.

مسألة: وأما المسألة الثانية: في نحرها قياماً، فهو مذهب مالك وجمهور الفقهاء غير
الحسن البصرى في قوله: يتحر باركة. والأصل في ذلك حديث أنس المتقدم عن النبي
ﷺ أنه نحر سبعين بدنة قياماً. قال الشيخ أبو بكر: إنما كان ذلك في الإبل؛ لأنه أمكن
لمن ينحرها لأنه يطعن في لبتها، وأما البقر والغنم التي ستنها الذبح، فإن اضجاعها
أمكن لتناول ذبحها، فالسنة اضجاعها.

فرع: وروى محمد عن مالك أن الشأن أن تنحر البدن قائمة قد صفت يداها بالقيد،
وقال ذلك ابن حبيب في قول الله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافٍ﴾ [الحج:
٣٦]. وقد روى محمد بن مالك أيضاً: لا يعقلها إلا من خاف أن يضعف عنها.

٥٤٤ كتاب الحج

فصل: وقوله: «في دار خالد بن أسيد وكان فيها منزله» يريد أنه كان ينحر هديه في موضعه ولا يخرج هديه إلى غيره، ولعله كان منحر النبي ﷺ، فإنه روى أنه كان ينحر فيه، روى موسى بن عقبة عن نافع أنه كان يبعث بهديه من جمع من آخر الليل، حتى يدخل به منحر رسول الله ﷺ مع حجاج، فيهم الحر والمملوك، ويحتمل أنه كان ينحر في موضعه، وإن لم يكن منحر رسول الله ﷺ لما روى عنه ﷺ أنه قال: «منى كلها منحر»^(١).

فصل: وقوله: «ولقد رأيت يظعن في لبة بدنته حتى خرجت الحربة من تحت كنفها» إخبار منه بما شاهد من فعله عن غير قصد ولا تعمد، كان ذلك من سنة النحر على وجه وجوب أو ندب، فإنه كانت المبالغة بالطعن في لبة البدنة أو غيرها من الإبل مأمورًا بها ليتم بذلك الذكاة، ولا يقصر بذلك تقصيرًا لم تتم بذلك الذكاة كما مرار الشفرة على الحلق في الذبح، فإن المبالغة في ذلك مشروعة لتيقن تمام الذكاة وإن لم يكن قطع الرأس مشروعًا.

٨٣٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَهْدَى جَمَلًا فِي حَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ.

الشرح: وهذا على نحو ما تقدم من أن البدن تكون من ذكور الإبل وإناثها، وأن ذلك يجوز مع الاختيار دون الضرورة والعدم؛ لأن الأظهر من حال عمر بن عبد العزيز كونها من إناث الإبل؛ لأن ذلك موجود مع أن أثمانها، وإنما كانت في الأغلب أقل من أثمان الذكور، وذاك يدل على قصده لذلك واختياره إياه؛ لأنه رآه أفضل أو ليحيى سنة الجواز.

٨٣٤ - مَالِك، عَنْ أَبِي جَعْفَرِ الْقَارِيِّ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عِيَّاشِ بْنِ أَبِي رَبِيعَةَ الْمَخْزُومِيَّ أَهْدَى بَدَنَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بُحْتِيَّةً.

الشرح: هكذا رواه يحيى. ورواه أشهب وابن نافع: بجايية، ومعنى ذلك أن أنواع

(١) أخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٢١٨). الترمذى حديث رقم (٨٨٥). أبو داود حديث رقم (١٩٠٧، ١٩٣٥، ١٩٣٦). ابن ماجه حديث رقم (٣٠٤٨). أحمد في المسند حديث رقم (٥٦٣، ٧٧٠). الدارمى حديث رقم (١٨٧٩).

٨٣٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨١٤.

٨٣٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨١٥.

كتاب الحج ٥٤٥

الإبل كلها تجزئ في الهدايا البخت والتجب والعراب وسائر أنواع الإبل وكذلك سائر أنواع البقر من الجواميس والبقر وكذلك سائر أنواع الغنم من الضأن والماعز، وإنما تختلف في الأسنان، والله أعلم.

٨٣٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: إِذَا تُنَجَّتِ النَّاقَةُ فَلْيُحْمَلْ وَلَدُهَا حَتَّى يُنْحَرَ مَعَهَا، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ مَحْمَلٌ حُمِلَ عَلَى أُمِّهِ حَتَّى يُنْحَرَ مَعَهَا.

الشرح: حمل ما تنتجه الناقة، يكون إن كانت فيه قوة على المشى فى قرب المكان لسوقه معها، ومراعاته بما يراعيها به، وإن عجز عن المشى وخيف عليه منه، فليحمله على ما كان عنده من الظهر، فإن لم يجد محملاً حمله على أمه.

قال ابن القاسم: ومعنى ذلك أنه قد لزمه حمله، فإن لم يقدر على ذلك حمله على أمه كما لو اضطر هو إلى ركوبها، وإن لم تقدر أمه على حمله، فقد قال ابن القاسم: يكلف هو حمله.

ومعنى ذلك عندى أنه قد لزمه حمله، فإن لم يحمله وهلك، فعليه بدله.

مسألة: ولا يخلو البدن أن تنتج قبل إيجابها أو بعد ذلك، فإن تنجب قبل ذلك إلا أنه قد نوى بها الهدى، فقد قال مالك من رواية محمد عنه: أحب إلى ينحر ولدها معها إن كان قد نوى بها الهدى، ومعنى ذلك أن الولد من جملة ما قد نوى بها الهدى، فيستحب أن لا يرجع فيه عن نيته كما يستحب له ذلك فى أمه.

مسألة: فإن نتجت بعد الإيجاب وجب إهداؤه مع أمه. ووجه ذلك أنه من جملة ما قد لزم إخراجها على وجه الهدى كسائر أعضاء البدنة.

فروع: فإن عجز فلم يحمله، فقد قال أشهب من رواية محمد عنه: عليه أن ينفق عليه أبداً حتى يوصله لأقرب محل له دون البيت، فإن باعه أو ذبحه، فعليه أن يبدله. قال ابن القاسم: ولا تجزئه بقرة إذا لم يجد بدنة.

ووجه ذلك أنه هدى فدية، فكان عليه بدله، وإن كان قد جنى عليه، وليس مما يجوز فى الهدايا إلا أن الإيجاب، إنما تناول الأم، وهذا من أبعاضها، وإنما صار مما لا

٨٣٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٨١٦. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٣٧/٥. البيهقى فى شرح السنة ١٩٧/٧.

٥٤٦ كتاب الحج
يجوز في الهدى كسائر أعضائها الذي لا يهدى مفردًا، ويهدى مع الجملة.

٨٣٦ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ أَبَاهُ قَالَ: إِذَا اضْطُرِرْتَ إِلَى بَدَنَتِكَ فَارْكَبْهَا رُكُوبًا غَيْرَ فَادِحٍ، وَإِذَا اضْطُرِرْتَ إِلَى لَبْنِهَا فَاشْرَبْ بَعْدَ مَا يَرَوَى فَصِيلَهَا، فَإِذَا نَحَرْتَهَا فَانْحَرْ فَصِيلَهَا مَعَهَا.

الشرح: قوله: «إذا اضطرت إلى بدنتك فاركبها ركوبًا غير فادح»، على ما تقدم من أن المضطر إلى بدنته له ركوبها غير أنه لا يفدحها ولا يضيعها.

فصل: وقوله: «إذا اضطرت إلى لبنها فاشرب بعد ما يروى فصيلها» إباحة للشرب إلى لبنها بعد رى فصيلها، وليس له أن يضر به، ويدخل عليه من شرب لبنه ما يضعفه بشرب ذلك، ومعنى بعد رى فصيلها عندي بعد أن يترك للفصيل ما يشك أن يكفيه؛ لأن الفصيل إذا روى الآن احتاج بعد ساعة إلى الشرب والمعاودة، فلا يكون معنى بعد رى فصيلها أن يشرب بأثر رى الفصيل، وإنما معناه أن يترك له مقدار ريه، وإنما منع من الشرب من غير ضرورة لما ذكرناه في الركوب مخافة أن يدخل على الفصيل أو على أمه ضرر الشربة، فمنع من ذلك في الجملة.

وقال ابن القاسم: لا يشرب لبنها بعد رى فصيلها، ولعله أراد أن لا تكون ضرورة، فيعود إلى أصله في الإباحة؛ لأنها منافع لا تنقص الخلق كالركوب. وقد روى ابن عبدالحكم عن مالك إذا اضطرت إلى ذلك، جاز له شربه. وقال ابن وهب: لا يشرب لبنها إلا من ضرورة، وهذا كله على ما قدمناه.

فصل: وقوله: «وإذا نحرتها فانحر فصيلها معها» يريد أن حكمه حكمها، لاسيما إذا ولدته بعد إيجابها كولد أم الولد تلده أن تكون أم ولد، فإن حكمها حكمه، والله أعلم.

* * *

العمل في الهدى حين يساق

٨٣٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ إِذَا أَهْدَى هَدِيًّا مِنَ الْمَدِينَةِ قَلْدَهُ وَأَشْعَرَهُ بِذِي الْحَلِيفَةِ يُقْلِدُهُ قَبْلَ أَنْ يُشْعِرَهُ، وَذَلِكَ فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ،

٨٣٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨١٢.

٨٣٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨١٧. البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٢/٥. المحلى

١١١/٧.

وَهُوَ مُوجَّهٌ لِلْقِبْلَةِ يُقْلَدُهُ بِنَعْلَيْنِ وَيُشْعِرُهُ مِنَ الشَّقِّ الْأَيْسَرِ ثُمَّ يُسَاقُ مَعَهُ حَتَّى يُوقَفَ بِهِ مَعَ النَّاسِ بِعَرَفَةَ ثُمَّ يَدْفَعُ بِهِ مَعَهُمْ إِذَا دَفَعُوا، فَإِذَا قَدِمَ مِنِّي غَدَاةَ النَّحْرِ نَحَرَهُ قَبْلَ أَنْ يَخْلُقَ أَوْ يُقَصِّرَ، وَكَانَ هُوَ يَنْحَرُ هَدْيَهُ بِيَدِهِ يَصْفُهُنَّ قِيَامًا، وَيُوجِّهُهُنَّ إِلَى الْقِبْلَةِ ثُمَّ يَأْكُلُ وَيُطْعِمُ.

الشرح: قوله: «إذا أهدى هدياً من المدينة» يقتضى أن الهدى قد يساق من بعيد الشقة وطول المسافة إذا كان يؤمن عليه فى مثل تلك المسافة، والإبل والبقر أضعف عن ذلك، فلا تهدى إلا من المسافة التى تسلم فيها مثلها.

وقد روى ابن المواز والعتبى عن مالك: لا تساق الغنم إلا من عرفة، وما قرب من ذلك، وهذا لأنها تضعف عن قطع طويل المسافة.

فصل: وقوله: «قلده وأشعره بذى الحليفة» يريد أنه يستصحبه فى المدينة، فإذا كان بذى الحليفة موضع إحرامه أوجبه بالتقليد والإشعار، وذلك أن السنة أن لا يكون إيجابه لمن يريد الإحرام إلا عند إحرامه.

وفى العتبية والموازية عن مالك: للشامى والمصرى أن يقلد هديه بذى الحليفة ويؤخر إحرامه إلى الجحفة. وفى المدينة من رواية داود بن سعيد عن مالك: لا بأس بذلك، وفعل ذلك فى مكان واحد أحب إلى. وقال مالك فى الموازية: يقلد هديه ثم يشعره ثم يجلله، وإن شاء، ثم يركع ثم يحرم، فالسنة اتصال ذلك كله؛ لأن إيجاب الهدى من أحكام النسك، فمن أراد الإحرام استحبه له أن يكون إيجابه نسكه فى الهدى عند التزام نسكه بالإحرام، ولذلك روى أن النبى ﷺ خرج زمن الحديبية فى بضع عشرة مائة من أصحابه حتى إذا كانوا بذى الحليفة، قلد النبى ﷺ الهدى وأشعره وأحرم بالعمرة.

فصل: وقوله: «قلده وأشعره» يقتضى مباشرة ذلك بنفسه، وهو الأفضل من الاستنابة فيه؛ لأن ذلك مباشرة لتقريب الهدى كذبح الأضحية، وهذا فى الرجل. وأما المرأة، فقد قال: قال مالك فى العتبية: لا ينبغى أن تقلد المرأة بدنتها ولا شعرها؛ لأنه لا يقلد ولا يشعر إلا من ينحر، إلا أن لا تجد من يلى ذلك لها كالذبح، وإن لم تجد من يلى ذلك إلا جاريتها، فلتفعل. وهذا القول يقتضى أن ذلك ليس لنقص الأنوثة، لأنه قد جوزلها أن تستنيب من هى فى ذلك بمنزلتها، وإنما لما فيه ابتذالها وإظهار ما يلزمها ستره من جسدها.

٥٤٨ كتاب الحج

فصل: وقوله: «يقلده قبل أن يشعره، وذلك في موضع واحد» يريد أن يبدأ بالتقليد ثم يليه الإشعار بغير فصل. واختار ذلك ابن القاسم من رواية ابن المواز عنه؛ لأن التقليد أخف، وفيه بعض التدليل، ولذلك بدأ به، والتقليد والإشعار وإيجاب، فلذلك لم يجز أن يفرق بينهما، وقد قال ابن القاسم في المدونة: وكل ذلك واسع، يريد أن الترتيب المذكور ليس بواجب.

فصل: وقوله: «وهو موجه إلى القبلة» يريد أن التقليد والإشعار من سنته أن يكون والهدى موجه إلى القبلة، وكذلك قال مالك، وكذا من سنة المباشر لذلك أن يكون متوجهاً إلى القبلة؛ لأن هذه كلها معان من النسك لها تعلق بالبيت، فشرع فيها استقباله فيما يمكن فيه.

فصل: وقوله: «يقلده بنعلين» هذا هو المستحب أن يقلده بنعلين في رقبته للحديث المتقدم حديث ابن عباس عن النبي ﷺ وفيه: وقلدها نعلين، وإن قلدها نعلًا واحدة، فقد قال مالك: تجزئه النعل والواحدة.

مسألة: قال ابن حبيب: واجعل حبل القلائد مما شئت. وقد روى عن عائشة أنها قالت: فتلقت قلائد هدى النبي ﷺ من العهن. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: لا يقلده بالأوتار. قال مالك: وأحب إلي أن تكون الأوتار مما أنبتت الأرض، وبه قال ربيعة. ولعله أدار أنها أحب إليه من الأوتار التي هي من القعب أو الجلد، وإن كان العهن أحب إليه، ويحتمل أن نبات الأرض أحب إليه من ذلك كله، وحمل حديث ﷺ على الجواز.

مسألة: قال مالك: وأحب إلي يقتل فتلاً. والأصل في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها: «قتلت قلائد رسول الله ﷺ بيدي»^(١). ومن جهة المعنى أن ذلك أبقى لها على طول السفر، والمدة مع تصرف الهدايا في الرعى وغيره.

مسألة: وتقلد الإبل كانت لها أسنمة أو لم تكن، قاله مالك، وكذلك البقر. ووجه ذلك أن التقليد شعار الهدى، فلا يجوز تركه إلا لضرورة، وأما الغنم، فقال مالك: لا تقلد. وقال ابن حبيب: تقلد، وبه قال الشافعي.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم (١٦٩٦، ١٦٩٩، ١٧٠٠). مسلم حديث رقم (١٣٢١).

الترمذي حديث رقم (٩٠٨). النسائي في الصغرى حديث رقم (٢٧٨٣). أبو داود حديث رقم

(١٧٥٧، ١٧٥٩). أحمد في المسند حديث رقم (٢٣٩٧١، ٢٥٤٧٨).

كتاب الحج ٥٤٩
وجه قول مالك أن الغنم تضعف عن التقليد، ويشق عليها المشى إذا كانت مقلدة.
وجه قول ابن حبيب ما روى عن عائشة رضی الله عنها: «أن رسول الله ﷺ أهدى
غنما مقلدة»^(٢).

فصل: وقوله: «ويشعره من الشق الأيسر» الإشعار من سنة الهدى، وبه قال
الشافعي، ومنع منه أبو حنيفة. والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، والجمهور ما
روى أن النبي ﷺ قلد هديه وأشعره بذى الحليفة وأحرم بالعمرة.

مسألة: وأما إشعاره من الشق الأيسر، فهو من سنته. والأصل في ذلك ما قدمناه
من أن السنة أن تكون موجهة إلى القبلة، وأن يكون مباشر ذلك متوجهاً إلى القبلة، ولا
يتأتى مع ذلك أن يليه منه إلا الشق الأيسر.

وقد روى ابن عباس أن النبي ﷺ أشعر بدنته في صفحة سنامها الأيمن^(٣)، ولعله
كان ذلك لصعوبتها أو ليرى الجواز.

وقد روى عن نافع قال: كان ابن عمر إذا كانت ذلولاً أشعرها من قبل شقها
الأيسر، وإن كانت صعوباً، فرق بدنتين ثم قام بينهما، فأشعر إحداها من الأيمن،
والأخرى من الأيسر. قال في العتبية: لم يشعرهما ابن عمر في الشقين أنهما سنة،
لكن ليدللهما، وإنما السنة في الشق الأيسر في الصعاب وغيرها. وقال ابن المواز: قوله:
«يشعرها من الشقين»، أي الشق أمكنه.

فروع: والإشعار طولاً في شق البعير، وهو في عرض السنام بطول البعير، وهذا هو
الأظهر؛ أنه إنما يراد بذلك الإعلان بأمر الهدى، وإذا كان الإشعار بالطول على ما
ذكرناه الدم يسيراً، فلا يقع به المعنى المقصود.

مسألة: وهذا إذا كان للبقر أو الإبل أسنمة، فإن لم يكن لها أسنمة، فإنها تقلد ولا
تشعر، رواه العتبي. واختار ابن حبيب، أن تشعر الإبل والبقر، وإن لم يكن لها أسنمة.

وجه قول مالك أن الإشعار مختص بالسنام بدليل أنه لا يفعل في غيره مع وجوده،
فإذا عدم فقد عدم محل الإشعار كالغنم. ووجه قول ابن حبيب أن هذا هدى من الإبل
والبقر، فكان حكمه أن يشعر كالتى لها أسنمة. وأما الغنم فإنها لا تشعر جملة لأن

(٢) أخرجه أبو داود حديث رقم (١٧٥٥). أحمد في المسند حديث رقم (٢٥٢٠٩).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٢٤٣). الترمذى حديث رقم (٩٠٦). النسائي

في الصغرى حديث رقم (٢٧٧٣). أحمد في المسند حديث رقم (١٨٥٨).

٥٥٠ كتاب الحج

الإشعار مضر بها لصعر أجسامها وضعفها عنه، ففي إشعارها تعريضها للهلاك.

فصل: وقوله: «ثم يساق معه حتى يوقف مع الناس بعرفة» يريد أنه يستصحب هدي ويحضر معه وصوله إلى مكة وخروجه إلى منى وعرفة حتى يوقف بعرفة حين وقوف الناس، فأما الوقوف في غير ذلك من الأيام، فغير مشروع ثم يدفع به معهم إذا دفعوا يريد بعد غروب الشمس.

فصل: وقوله: «فإذا قدم منى غداة النحر نحره قبل أن يخلق أو يقصر» يريد بعد رمى جمرة العقبة وقبل الحلاق أو التقصير، فذلك محل النحر ولا يجوز نحر الهدى ليلاً، وعلى هذا مالك وجماعة أصحابه إلا أشهب، فقد روى عنه ابن جابر أنه يجوز نحر الهدى أو ذبحه ليلاً. والدليل على صحة القول الأول قوله تعالى: ﴿لِيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ [الحج: ٣٤].

فصل: وقوله: «وكان ينحر هديه بيده» يريد أنه كان يباشر ذلك بنفسه، وهي السنة، وقد تقدم ذكره، وكان يصفهن قياماً، ويوجههن إلى القبلة على ما تقدم من أن نحرهن قياماً مصفوفة أيديهن، هو الشئان والسنة، ويوجههن إلى القبلة لما قدمناه من أنه نسك متعلق بالبيت يمكن التوجه، فكان ذلك من سنته.

فصل: وقوله: «ثم يأكل ويطعم» يريد أنه كان يأكل من هدى التطوع إذا بلغ محله ويطعم من شاء وسيأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى عند ذكر ما يؤكل منه من الهدايا ويميزه من غيره، وبالله التوفيق.

٨٣٨ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا طَعَنَ فِي سَنَامِ هَدِيهِ وَهُوَ يُشْعِرُهُ، قَالَ: بِسْمِ اللَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ.

الشرح: قوله: «أنه كان إذا طعن في سنام هديه» يريد أن شرعه في الإشعار لا بد أن يكون فيه بعض الطعن في سنام البعير يشق الجلد، ثم يمر السكين على مثل ذلك، فكان يقول إذا شرع في ذلك: بسم الله والله أكبر، على معنى التسمية على ابتداء النسك، ويحتمل أن يكون التسمية للإيجاب كما يسمى للذبح، وهذا مما رواه أشهب عن مالك في العتبية: أن من تولى إشعار هديه، قال: بسم الله والله أكبر.

٨٣٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: الْهَدْيُ مَا قُلِدَّ وَأَشْعِرَ وَوُقِفَ بِهِ بِعَرَفَةَ.

الشرح: قوله: «الهدى ما قلد وأشعر» يريد أن من حكمه وسنته التقليد والإشعار، وأن من حكم ما ينحر منه بمنى أن يوقف بعرفة.

والأصل في ذلك أن الهدى من شرطه أن يجمع فيه بين الحل والحرم، ولا يجزئ من اشتراه بالحرم أن ينحره بالحرم دون أن يخرج به إلى الحل، هذا مذهب مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: إن اشتراه في الحرم، ونحره فيه أجزأه.

والدليل على ما نقوله أن النبي ﷺ جمع في هديه بين الحل والحرم؛ لأنه قلده وأشعره بذى الحليفة وساقه إلى البيت. ودليلنا من جهة القياس أن هذا نسك من شرط صحته أن يجمع بين الحل والحرم كالعمرة.

مسألة: إذا ثبت أنه يجمع فيه بين الحل والحرم، فإنه يلزم من كان معه وساقه من الحل أن ينهض به معه، ويقف به بعرفة مع الناس، وكذلك فعل النبي ﷺ. بما ساق معه من الهدى في حجه، وكذلك كان يفعل ابن عمر، وقد تقدم عن ابن عمر وكذلك قال: هاهنا ما قلد وأشعر ووقف به بعرفة، يريد أن هذا الهدى الكامل الصفات والفضائل.

٨٤٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُجَلِّلُ بَدَنَهُ الْقَبَاطِيَّ وَالْأَنْمَاطَ وَالْحُلَّ ثُمَّ يَبْعَثُ بِهَا إِلَى الْكَعْبَةِ فَيَكْسُوهَا بِهَا.

الشرح: قوله: «كان يجلل بدنه القباطي» يريد أنه كان يكسوها بإها إذا أهداها، والقباطي ثياب بيض والأنماط ثياب ديساج والحلل ثياب مزدوجة، وذلك يقتضى أن تجلل الأبيض والملون والخز والكتان وسائر أنواع الثياب.

قال مالك: ولا تجلل بالمخلوق وغير ذلك من الألوان خفيف والبياض أحب إلينا، ومعنى ذلك أن المخلوق طيب، فكره المخلوق لما فيه من الطيب وأباح سائر الألوان، وإن كان البياض أحب ذلك إليه.

٨٣٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧٠/١٢. البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٢/٥. المحلى

١١١/٧

٨٤٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧٣/١٢.

٥٥٢ كتاب الحج

فصل: وقوله: «ثم يبعث بها إلى الكعبة فيكسوها إياها» يريد أنه كان يرى أن هذا أحق ما صرفت إليه إذا كانت البدن لها تعلق بالبيت، وكانت تجلجل، وكانت الكعبة مما يشرع كسوتها، فكان ما يليق بها مصروفًا إليها.

٨٤١ - مَالِكُ أَنَّهُ سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ دِينَارٍ مَا كَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَصْنَعُ بِجِلَالِ بُذْنِهِ حِينَ كَسَيْتِ الْكَعْبَةَ هَذِهِ الْكِسْوَةَ؟ قَالَ: كَانَ يَتَصَدَّقُ بِهَا.

الشرح: ومعنى ذلك أن جلال البدن كانت كسوة الكعبة، وكانت أولى بها من غير ذلك، فلما كسيت الكعبة رأى أن الصدقة بها أولى من غير ذلك؛ لأن الهدى، وإن كان له تعلق بالبيت، فإن مصرفه إلى المساكين ومستحقى الصدقة، ويحتمل أن يكون عبدالله بن عمر كان يكسو جلال بدنه الكعبة قبل أن يعلم أن النبي ﷺ كان يقسم جلال بدنه، فلما علم بذلك رجع إليه وأخذ به.

٨٤٢ - مَالِكُ عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: فِي الضَّحَايَا وَالْبُذْنِ الثَّنِيُّ فَمَا فَرْقُهُ.

٨٤٣ - مَالِكُ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ لَا يَشُقُّ جِلَالِ بُذْنِهِ وَلَا يُجَلِّلُهَا حَتَّى يَغْدُوَ مِنْ مَنَى إِلَى عَرَفَةَ.

الشرح: ومعنى ذلك أن جلال البدن تشق على أسنمتها لمعنيين، أحدهما: أن يبدو الإشعار، والثاني: أن ذلك أثبت لها على ظهور البدن. قال مالك: وذلك من عمل الناس وما علمت أن أحدًا ترك ذلك إلا عبدالله بن عمر، وذلك أنه كان يجلل الحلل والأغماط المرتفعة، فكان يترك ذلك استبقاء للثياب، ولم يكن يجلل إلا حين يذو من منى إلى عرفة؛ لتبقى الثياب بحالها، ولا تتغير بطول اللبس لها.

قال ابن المبارك: كان ابن عمر يجللها بذى الخليفة؛ فإذا مشى ليله نزع الجلال، فإذا قرب من الحرم جللها، وإذا خرج إلى منى جللها، فإذا كان حين النحر نزعها، فعلى هذا يحتمل أن تكون هذه الرواية مخالفة لرواية مالك، ويحتمل أن يكون مالك إنما قصد الإخبار عن آخر عمله فيها، واستوفى ابن المبارك الإخبار عن جميع أحوالها.

٨٤١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧٣/١٢.

٨٤٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨١٩. المغنى ٥٥٣/٣.

٨٤٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧٤/١٢.

وروى ابن المواز عن ابن نافع أن عمر كان يعقد أطراف الجلال على أذناها من البول ثم ينزعها قبل أن يصيبها الدم فيتصدق بها، قال مالك: وأحب إلى إن كانت الجلال مرتفعة أن يترك شقها ولا يجللها حتى يغدو من منى إلى عرفة، وإن كانت بالثمن اليسير على الدرهمين ونحوه، فأحب إلى أن تشق ويجللها من حين يحرم فتأول. قوله: «لا يشق جلال بدله»، على الامتناع من ذلك جملة، وأن الذى يتعلق بغدوه من منى إلى عرفة هو التحليل خاصة.

مسألة: وهذا فى الإبل، وأما البقر والغنم، فلا تجلل، قاله مالك فى المبسوط. ووجه ذلك أن التحليل زيادة على الهدى بعد كماله على وجه المبالغة فى تحسينه وتماه والهدى من البقر والغنم ناقص فى باب الهدى إنما يخرج عند الاقتصار على الأجزاء والضرورة إليه لمن لم يجد غيره، فلا معنى لتجليله؛ لأن الاقتصار على الأدون منه ينافى التحليل الذى هو زيادة على الأفضل، ولأن يجعل ثمن الجلال فى فضل جنس الهدى أولى من أن يجعله فيما تبع الهدى.

٨٤٤ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لِنَبِيِّهِ: يَا نَبِيَّ لَا يُهْدِينَ أَحَدَكُمْ مِنَ الْبُذُنِ شَيْئًا يَسْتَحْيِي أَنْ يُهْدِيَهُ لِكَرِيمِهِ، فَإِنَّ اللَّهَ أَكْرَمُ الْكُرَمَاءِ وَأَحَقُّ مَنْ اخْتِيرَ لَهُ.

الشرح: ومعنى ذلك الوعظ لهم، والنهى عن أن يهدى أحدهم من الهدى ما يستحى أن يهديه لمن يكرم عليه، وذكرهم بأن الله أكرم الكرماء، أحق من استحى منه أن يهدى له الحقير، وأولى من اختير له الرفيع، والتوقى فى ذلك من وجهين، أحدهما: التوقى مما يمنع الأجزاء، والآخر: مما يمنع الفضيلة، فأما ما يمنع الأجزاء والفضائل، فهو على ما يأتى ذكره فى الضحايا إن شاء الله.

وقد يختص بالهدى معان نذكرها، وذلك أن أفضل الهدى الإبل ثم البقر ثم الضأن ثم المعز بخلاف الضحايا لأن القصد فى الهدى كثرة اللحم والقصد فى الأضحية طيب اللحم، ولحم الضأن أفضل اللحوم التى تجزى فى الضحايا.

مسألة: وتراعى صحتها على الظاهر من المذهب حين تقليدها وإشعارها، فإذا كانت معيبة عند التقليد بعيب يمنع الأجزاء، ثم زال ذلك العيب عنها قبل النحر، فإنها غير مجزئة لأنه أوجبها معيبة ناقصة عن الأجزاء كما لو قلدها قبل أن تبلغ سن الأجزاء

٥٥٤ كتاب الحج
ثم بلغته بعد ذلك، فإنها لا تجزئ، وإن كانت سليمة حين التقليد، ثم أصابها قبل النحر
ما يمنع الإجزاء أجزاء عنه.

قال الشيخ أبو بكر: في هذا شيء والقياس أن لا يجزئ لأن وجوبها لم يتناه عند
مالك وهو مراعى، ألا ترى أنها لو عطبت قبل أن ينحرها لم تجزئ، وعليه بدلها،
فكذلك يجب إذا حدث بها عيب يمنع الإجزاء أن لا تجزئ، ومعنى ذلك أن إيجابها
بالتقليد لما لم يمنع ضمان حملتها لم يمنع ضمان جزء من أجزائها، والله أعلم.

* * *

العمل في الهدى إذا عطب أو ضل

٨٤٥ - مالك، عن هشام بن عروة، عن أبيه أن صاحب هدى رسول الله ﷺ
قال: يا رسول الله، كيف أصنع بما عطب من الهدى؟ فقال له رسول الله ﷺ:
«كلُّ بَدَنَةٍ عَطِيتُ مِنَ الْهَدْيِ فَأَنْحَرَهَا ثُمَّ أَلْقِ قِلَادَتَهَا فِي دَمِهَا ثُمَّ حَلِّ بَيْنَهَا وَبَيْنَ
النَّاسِ يَا كُلُّونَهَا».

الشرح: صاحب الهدى هو ناجية بن جندب الأسلمي، وقال: ابن عفير اسمه
ذكوان وسماه النبي ﷺ ناجية إذ نجا من قريش.

وقوله: «كيف أصنع بما عطب من الهدى» يحتمل أن يكون سؤالاً عن جميع جنس
الهدى، ويحتمل أن يكون سؤالاً عن هدى معهود عندهما، وهو الهدى الذي بعث به
ﷺ معه، وهو الأظهر فسؤاله عما يصنع بما عطب منه، وذلك يحتمل معنيين من جهة
اللفظ، أحدهما: العطب من جهة الموت والفوات غير أن جواب النبي ﷺ يمنع هذا.
والمعنى الثاني: أن يكون عطبت بمعنى بلغت مبلغاً لا يمكن توصيلها معه، وذلك على
ضريين، أحدهما: أن يكون ذلك منع إيصالها في الوقت وبعده، والثاني: أن يمنع منه
في الوقت من إعياء غلب عليها، ويمكن إيصالها بعد الوقت.

٨٤٥ - أخرجه أبو داود ١٥٢/٢ كتاب الحج باب الهدى إذا عطب قبل أن يبلغ عن ناجية
الأسلمي. والترمذي ٢٤/٣ كتاب الحج باب ما جاء إذ عطب الهدى ما يصنع به عن ناجية
الخزاعي. وابن ماجه ١٠٣٦/٢ كتاب المناسك باب في الهدى إذا عطب عن ناجية الخزاعي.
قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٤/٦: هذا حديث مرسل في الموطأ، وهو في غير الموطأ مسند؛
لأن جماعة من الحفاظ روه عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن ناجية الأسلمي صاحب بدن
رسول الله ﷺ وغير نكير أن يسمع عنه عروة.

كتاب الحج ٥٥٥

فصل: وقوله ﷺ: «كل بدنة عطبت من الهدى» يحتمل الوجهين المتقدمين من استغراق الجنس والعهد، ولا يمتنع أن تكون الأولى بمعنى العهد. والثانية: لاستغراق الجنس، وذلك بأن يسأله عن حكم ذلك الهدى، فيخبره عن حكم سائر الهدايا، ليعلمهم حكم جميع الهدى للناس، وليعلمهم حكم جميع الهدى.

فصل: وقوله ﷺ: «فانحرها ثم ألق قلائدها في دمها» يبين أنه لم تفت الذكاة، وإنما منع بلوغها محلها، فأمره بنحرها، وهذا حكم ما عطب من الهدى، سواء كان واجباً أو غيره، غير أن الواجب عليه بدله، ولا يدل عليه في غير الواجب إلا على وجه من التعدي فيه، وأمره بأن يلقى قلائدها في دمها والقلائد هي التي يقلد بها عند الإشعار.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندي أن لا يستبقى شيئاً منها، ولا يتشبه بشيء من أمرها ولا القلائد على بزارتها وقتها، وأنها مضافة إليها ولا غير ذلك، ولا يستبقى المتولى لأمرها منها ما ينتفع به، ولا ما ينتفع هو به، وإن كانت القلائد لا يبقى فيها كبير منفعة، ولا هي مما جرت العادة أن يستأنف تقليدها لهدى آخر، فلذلك أمره بإلقائها في دمها.

وقد روى عن مالك في الهدى يعطب قبل محله، وهو تطوع، فقال: لينحره مكانه ويلقى قلائدها في دمه من سنته وحكمه، والله أعلم.

وروى عنه ابن المراز أنه قال: إنه علم للإذن للناس في أكلها، ولذلك كله وجه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندي أن يريد بذلك إبقاء علامة الهدى فيها لئلا يتعدى أحد فيصرفها عن وجهها ببيع أو منع، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «وخل بينها وبين الناس يأكلونها» يريد والله أعلم، أن آخر عمله فيها نحرها، وإلقاء قلائدها في دمها، وأنه لا يلي تفريق ذلك على الناس، وإنما يخلى بينهم وبينها وظاهر هذا اللفظ أن لا يأخذ المتولى منها شيئاً لأنه قال: يأكلونها، وهذا يقتضى أن يخلى بينهم وبين جميعها.

مسألة: ومن أرسل معه هدى، فأمره صاحبه أن ينحره ثم يخلى بين الناس وبينه، فتصدق هذا به، فقد روى ابن القاسم عن مالك: لا ضمان على صاحبه وأراه قد أجزأ عنه؛ لأن صاحبه لم يتصدق به، ولا تصدق به أحد عن إذنه، وإنما تصدق به غيره كرجل أجنبي قسمه بين الناس، فلا شيء بذلك على صاحبه.

٥٥٦ كتاب الحج

مسألة: ولو كان صاحب الهدى أمره حين أرسله معه، أن يأكل منه أو يقسمه بين الناس، لم يجز.

٨٤٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ سَاقَ بَدَنَةً تَطَوُّعًا، فَعَطِبَتْ فَنَحَرَهَا ثُمَّ حَلَّى بَيْنَهَا وَبَيْنَ النَّاسِ يَأْكُلُونَهَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهَا أَوْ أَمَرَ مَنْ يَأْكُلُ مِنْهَا غَرِمَهَا.

٨٤٧ - مَالِك، عَنِ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدَّيْلِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ مِثْلَ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «من ساق بدنة تطوعًا فعطبت» يريد امتنع من الوصول إلى محلها، ومحلها موضع يجوز فيها نحرها، وذلك مكة أو منى على ما يأتي بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

وقد روى في المبسوط عن مالك عن عبد الملك فيمن بلغ بهديه مكة فعطب بها، وهو يريد عرفة، قال: يجزئه، قيل: فمن تعمد ذلك، قال: يجزئه لأنه قد بلغ محله.

وقال مالك: كل هدى بلغ به مكة فعطب أو نحر بها مما جاء من الحل، فهو مجزئ إلا هدى المتعة، فإنه لا يجزئ لأنه يتدئ به من مكة، فإذا عطب بها لم يجتمع فيه الحل والحرم. ووجه ما تقدم من قول مالك وعبد الملك، قوله: «حتى بلغ محله» ولا خلاف أن مكة محل لنحر الهدى.

وأما هدى التمتع، فإنه إنما يبدأ أمره للمتمتع بمكة عند الإحرام بالحج، فإن كان ابتداء تقليده من مكة، فلا يجمع بين الحل والحرم إلا بعد خروجه إلى الحل مقلدًا، وإن كان قلده قبل ذلك، وأشعره ففي الموازية عن أشهب وعبد الملك: لا يجزئه. قال: وسهل فيه ابن القاسم أنه يجزئه.

مسألة: فلو عطب الهدى بمنى، وقد مر بمكة أو عطب بعرفة أو بالمزدلفة، فقال عبد الملك في المبسوط: لا يجزئ حتى يرجع من عرفة إلى منى؛ لأن منى في غير أيام النحر كغيرها لا يجزئ النحر فيها.

ومعنى ذلك أنه إذا عطب بموضع يجوز فيه نحره بلغ محله، وإذا عطب بمحل لا يجوز فيه نحره، فهو بمنزلة ما عطب قبل الوصول.

٨٤٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٢١.

٨٤٧ - انفرد به مالك.

فصل: وقوله: «ثم خلى بينها وبين الناس يأكلونها فليس عليه شيء» إنما ذلك لأنه لم يكن وجب عليه شيء تعلق بذمته يلزمه قضاؤه، وإنما تعلق حق الهدى بتلك العين لتطوعه وتعيينه لها، فإذا عطب من غير فعله، فلا شيء عليه.

فصل: وقوله: «فإن أكل منه أو أمر من يأكل منه فعليه بدله». والأصل في ذلك الحديث المتقدم: «أن النبي ﷺ أمر صاحب هديه لما عطب منه أن ينحرها، ويلقى قلائدها في دمها، ويخلى بين الناس وبينها»، وهذا يقتضى أن لا يأكل شيئاً منها. قال القاضى أبو محمد: إنما منع أن يأكل منها؛ لأنه يخاف أن يسرع إلى إعطابها ليأكل منها. قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى فيه نظر، وإن كان قد قال: لا يأكل منها، وإن أكل منها أبدلها، على وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم، غير أن التعليل فيه تلك القوة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أن يقال أنه لما قلده هدياً، ومعنى ذلك أن يبلغه محله، فقد يضمن ذلك الامتناع من الانتفاع به على وجه إتلاف عينه إلى أن يبلغ محله، فلا يكون له أكل شيء من قبل ذلك، فإن أكل منه كان عليه بدله.

وقد قال سفيان الثورى: رأى أن يغرّم ما أكل ولكن السنة مضت بتضمينه كله وما قاله سفيان يطرد على ما عللنا به غير أنه إنما لزمه بدله، ولم يلزمه بقدر ما أكل منه لأنه إنما يغرّم ما أكل هدياً والهدى لا يتبعض، فمن لزمه بعضه لزمه جميعه ليصح كونه هدياً.

٨٤٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ أَهْدَى بَدَنَةً جَزَاءً أَوْ نَذْرًا أَوْ هَدَى تَمَتُّعًا، فَأَصْبِيَتْ فِي الطَّرِيقِ، فَعَلَيْهِ الْبَدَلُ.

الشرح: قوله: «من أهدى بدنة جزاء أو نذراً أو هدى تمتع فأصبحت فعليه البدل» يقتضى أن البدنة قد تهدى على غير هذا الوجه، وهو التطوع، فأما ما أهدى منه عن واجب ابتداء بنذره أو عن جزاء صيداً أصابه أو لجبر عبادة كالمتمتع، فإذا لم يبلغ محله فإن عليه بدله، ومعنى هذا النذر أن ينذر فى ذمته غير معينة لم يكن عليه بدلها؛ لأن إيجابها بالنذر كإيجابها بالتقليد.

٥٥٨ كتاب الحج

وأما ما وجب عليه من هدى متعلق بذمته بنذر أو غيره، فإنه يجب إيصاله إلى محله على ما وجب عليه، فإن أصيب في الطريق فعليه بدله.

٨٤٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ أَهْدَى بَدَنَةً ثُمَّ ضَلَّتْ أَوْ مَاتَتْ، فَإِنَّهَا إِنْ كَانَتْ نَذْرًا أَبْدَلَهَا، وَإِنْ كَانَتْ تَطَوُّعًا، فَإِنْ شَاءَ أَبْدَلَهَا، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «من أهدى بدنة ثم ضلت، فإن كانت نذراً» يريد نذراً متعلقاً بالذمة، وهذا حكم كل هدى متعلق بالذمة من جزاء صيد أو قران أو تمتع، أن يبدل إن ضل، فإن وجدته بعد ذلك، فلا يخلو أن يكون ضل قبل الإيجاب، فأبدله فلا يلزم نحره إذا وجدته، ولتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره، رواه ابن المواز عن ابن القاسم.

وإن كان ضل بعد الإيجاب ووجدته بعد يوم عرفه، فقد روى محمد عن مالك أنه اختلف قوله فيه، والذي نأخذ به أنه يجزئه عما وجب عليه، وعليه أن ينحره بمكة، إن كان أدخله من الحل، وإلا أخرجته إلى الحل، ثم رده إلى الحرم، فنحره بمكة، وهو اختيار أشهب. وروى ابن القاسم: لا يجزئه، وإن لم يجد غيره، صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع، وقاله ابن القاسم وابن عبدالحكم.

وجه القول الأول أنه هدى أوجبه لقرائته، وقد بلغ محله دون نقص، فوجب أن يجزئه. أصله إذا وجدته قبل عرفة. ووجه القول الثاني أنه لما أوجبه على الوقوف بعرفة والنحر لزمه هذا الحكم.

فرع: فإن ضل هدى النذر فأبدله، ثم وجد الأول لزمه، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن ضل هديه الواجب، اشترى غيره فقلده ثم وجد الأول، فهما هديان، ولا يأكل من الأول، يريد أن الأول كان مما لا يؤكل منه، فلذلك أقره على أصله لما كان نذراً، وأباح له الأكل من الثاني؛ لأنه لما وجد الأول تحقق للثاني حكم التطوع الذى يجوز له الأكل منه.

فصل: وقوله: «فإن كان تطوعاً فإن شاء أبدله منه، وإن شاء تركه» ومعنى ذلك أنه إنما أوجب على نفسه تقليده تلك العين، فإذا ضلت لم يلزمه لأنه لم يكن له تعلق بذمته.

كتاب الحج ٥٥٩

فرع: فإن أبدله ثم وجد الأول نحرهما، قاله ابن المواز. ووجه ذلك أنه قد تطوع بإيجاب كل واحد منهما لأنه لم يكن لزمه أن يبذل الأول، فلما أبدله كان تطوعه بالثاني كتطوعه بالأول، فكان حكمه كحكمه.

فرع: ومن ضلت بدنته بعد ما أوقفها بعرفة، فوجدها رجل يوم النحر، فعرف أنها بدنة فنحرها، قال: اشهدوا أنني أنحرها عن صاحبها ثم جاء صاحبها فعرفها، فقد قال مالك في المدينة: تجزئه، ولا أرى على الذي نحرها ضمناً. وقال في الموازية لابن وهب عن مالك، فيمن وجد بمنى بدنة، يريد مقلدة يعرفها إلى يوم ثالث النحر: فإنه ينحرها، وتجزئ عن صاحبها، وإنما أخرها إلى أيام النحر؛ لأن ذلك وقت للنحر بمنى، وهو أفضل النحر، ولو عرفها بعد ذلك إلى اليوم الرابع، ولم يكن له نحرها إلا بمكة، فتقوته فضيلة النحر بمنى، وإنما ذلك لمن لم يجد بدنته أو بدنة غيره إلا بعد اليوم الثالث، فإن ذلك لا ينحره إلا بمكة لفوات النحر بمنى.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ أَهْلَ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: لَا يَأْكُلُ صَاحِبُ الْهَدْيِ مِنَ الْجَزَاءِ وَالنَّسْكِ.

الشرح: قوله: «لا يأكل صاحب الهدى من الجزاء والنسك» هو المشهور من قول العلماء، ويريد بالجزاء جزاء الصيد والنسك فدية الأذى، والذي ذهب إليه مالك أنه يؤكل من كل هدى بلغ محله إلا ثلاثة: جزاء الصيد، وفدية الأذى، وما نذر للمساكين، هذا المشهور من المذهب.

وفي المدينة ومن رواية داود بن سعيد: أن مالكا سئل عن الرجل يأكل من الفدية أو من جزاء الصيد، وهو جاهل، قال: ليس عليه شيء، وليستغفر الله عز وجل، وقد كان ناس من أهل العلم يقولون: يؤكل منه. وقال الشافعي: لا يؤكل من هدى واجب.

وقال أبو حنيفة: يؤكل من هدى القران. والتمتع، ومنع الأكل مما وجب بحكم الإحرام.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَالْبَدَنَ جَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا خَيْرًا﴾ [الحج: ٣٦] إلى قوله: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا﴾.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا هدى وجب لحق الإحرام، فلم يخير بينه وبين الطعام، فجاز أن يؤكل منه. أصل ذلك هدى القران والتمتع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمتفق عليه من قول مالك أنه يؤكل من الهدى الواجب إذا

٥٦٠ كتاب الحج

بلغ محله من ثلاث: جزاء الصيد وفدية الأذى وما نذره للمساكين. فأما جزاء الصيد وفدية الأذى، فإنه مخير بينهم وبين الإطعام للمساكين، قال في جزاء الصيد: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ إلى قوله تعالى: ﴿أو كفارة طعام مساكين﴾ وقال في فدية الأذى: ﴿فمن كان منكم مريضاً﴾ إلى قوله تعالى: ﴿أو نسك﴾.

وقد فسر ذلك النبي ﷺ في الحديث الذى يأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى، عن كعب بن عجرة «أنه أمره رسول الله ﷺ أن يخلق رأسه، وقال: صم ثلاثة أيام أو أطعم ثلاثة مساكين، مدين مدين، أو انسك بشاه، أى ذلك فعلت أجزأك»^(١). فلما كان بدله الذى هو الإطعام منصرفاً إلى المساكين، فكذلك الهدى منه، وأما نذره للمساكين فقد تعين لهم، فلا يجوز له أن يصرف شيئاً من ذلك عنهم.

مسألة: ولو نذر بدنة، ولم يعلقها بالمساكين، وإنما نذرها بدنة، فهو كالتطوع لأن إيجابها بالنذر كإيجابها بالتقليد إلا أن يفرق فى التعيين إن كانت بدنة النذر غير معينة، وذلك يوجب اختصاصها بالمساكين.

مسألة: ومن أكل من جزاء الصيد وفدية الأذى بعد أن بلغا محلها، فالمشهور من مذهب مالك أن عليه بدل الهدى. وقال ابن الماجشون: ليس عليه إلا قدر ما أكل منه.

وجه قول مالك أنه أكل من هدى ممنوع منه بعينه، فوجب عليه بدل هدى التطوع يأكل منه. ووجه قول عبدالمالك أن الهدى قد بلغه، واستوفى معنى الهدى فيه وإنما استهلك منه جزءاً يستحقه غيره، فكان عليه قدر ما استهلك كما لو استهلكه غيره ممن لا يحل له.

مسألة: فأما نذر المساكين، ففي المدونة: إن أكل منه فعليه قدر ما أكل، وقال فى موضع آخر: لا يجزئه، وعليه البدل.

وجه القول الأول أن من نذر هدياً للمساكين، فقد نذر عبادتين متباينتين، إحداهما: للهدى، والثانية: أن يكون للمساكين، فإذا أهدى الهدى، فقد أكمل إحدى العبادتين، فلا يفسدها ما أدخل النقص فى عبادة أخرى، وهذا قد سلم له الهدى، وإنما دخل النقص فى الصدقة على المساكين، فلا يفسد بذلك الهدى، وإنما عليه قدر ما

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه حديث رقم (١٧١٥). مسلم حديث رقم (١٢٠١).

الترمذى حديث رقم (٢٩٧٤). أبو داود حديث رقم (١٨٥٦). ابن ماجه حديث رقم

(٣٠٨٠). أحمد فى المسند حديث رقم (١٧٦٣٥).

كتاب الحج ٥٦١
أكل؛ لأن إطعام المساكين يتبعض، وليس هذا مثل جزاء الصيد وفدية الأذى، فإن من شرط صحته أن لا يأكل منهما لأن كل واحدة منهما عبادة واحدة، ولا يصح وجود بعضها دون بعض.

فرع: فإذا قلنا عليه الهدى، فلا تفريع فيه، وإذا قلنا عليه قدر ما أكل من أى شىء يكون ذلك، رأيت لبعض أصحابنا أنه يريد لحمًا، والذي قال عبدالملك بن الماجشون فى كتاب محمد بن حبيب: عليه ثمن ما أكل طعامًا يتصدق به.

* * *

انتهى الجزء الثالث، ويليه الجزء الرابع

وأوله «هدى المحرم إذا أصاب أهله،

* * *

المحتويات

٣	كتاب الصيام.....
٣	ما جاء فى رؤية الهلال للصوم والفطر فى رمضان.....
١٥	من أجمع الصيام قبل الفجر.....
١٩	ما جاء فى تعجيل الفطر.....
٢١	ما جاء فى صيام الذى يصبح جنباً فى رمضان.....
٢٦	ما جاء فى الرخصة فى القبلة للصائم.....
٣٠	ما جاء فى التشديد فى القبلة للصائم.....
٣٣	ما جاء فى الصيام فى السفر.....
٣٩	ما يفعل من قدم من سفر أو أراد فى رمضان.....
٤٢	كفارة من أفطر فى رمضان.....
٥١	ما جاء فى حجامه الصائم.....
٥٣	صيام يوم عاشوراء.....
٥٦	صيام يوم الفطر والأضحى والدهر.....
٥٨	النهى عن الوصال فى الصيام.....
٦٠	صيام الذى يقتل خطأ أو يتظاهر.....
٦١	ما يفعل المريض فى صيامه.....
٦٢	النذر فى الصيام والصيام عن الميت.....
٦٥	ما جاء فى قضاء رمضان والكفارات.....
٧٣	قضاء التطوع.....
٧٨	فدية من أفطر فى رمضان من علة.....
٨٢	جامع قضاء الصيام.....
٨٤	صيام اليوم الذى يشك فيه.....
٨٤	جامع الصيام.....
٩٤	ذكر الاعتكاف.....
١٠٢	ما لا يجوز الاعتكاف إلا به.....
١٠٣	خروج المعتكف للعيد.....

المحتويات	٥٦٤
قضاء الاعتكاف	١٠٥
النكاح في الاعتكاف	١١٠
ما جاء في ليلة القدر	١١٢
كتاب الزكاة	١٢٠
ما تجب فيه الزكاة	١٢٠
الزكاة في العين من الذهب والورق	١٢٥
باب في إخراج زكاة المال من غيره	١٢٧
باب أخذ الإمام الزكاة من المزكى	١٢٨
الزكاة في المعادن	١٤٣
الباب الأول في أن المعدن لا يسمى ركازاً	١٤٤
الباب الثاني في أنه لا يؤخذ منه إلا الزكاة	١٤٥
زكاة الركاز	١٤٨
الباب الأول في صفة دافن الركاز	١٤٩
الباب الثاني في صفة موضعه	١٥٠
الباب الثالث في صفته في نفسه	١٥١
الباب الرابع في صفة الواحد له	١٥٢
ما لا زكاة فيه من التبر والحلى والعنبر	١٥٣
زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها	١٥٨
زكاة الميراث	١٦١
الزكاة في الدين	١٦٤
الباب الأول في صفة المال الذي تسقط زكاته بالدين	١٧٢
الباب الثاني في معنى الدين الذي يسقط الزكاة	١٧٢
الباب الثالث في معنى العرض الذي يحتسب به في الدين	١٧٤
الباب الرابع في معنى الدين يحتسب فيه بعرض زكاة العروض	١٧٧
ما جاء في الكنز	١٨٨
صدقة الماشية	١٩٠
ما جاء في صدقة البقر	١٩٨
صدقة الخلطاء	٢٠٨
ما جاء فيما يعتد به من السخل في الصدقة	٢١٨
باب النهي عن التضيق على الناس في الصدقة	٢٢٤
النهي عن التضيق على الناس في الصدقة	٢٢٨
الباب الأول في إبان أخذ الصدقة من الماشية	٢٢٩
الباب الثاني في الموضوع الذي تؤخذ فيه الصدقة	٢٣٠

٥٦٥	المحتويات
٢٣١	الباب الثالث فى الموضوع الذى تفرق فيه الزكاة
٢٣٤	أخذ الصدقة
٢٣٤	ومن يجوز له أخذها
٢٤٤	ما جاء فى أخذ الصدقات والتشديد فيها
٢٤٧	زكاة ما يخرص من ثمار النخيل والأعناب
٢٥٨	زكاة الحبوب والزيتون
٢٦٣	ما لا زكاة فيه من الثمار
٢٧١	ما لا زكاة فيه من الفواكه والقضب والبقول
٢٧٢	ما جاء فى صدقة الرقيق والنخل والعسل
٢٧٥	جزية أهل الكتاب
٢٨٥	عشر أهل الذمة
٢٨٧	اشترى الصدقة والعود فيها
٢٨٩	الباب الأول فى وجه العطية
٢٨٩	الباب الثانى فى صفة العطية
٢٩٠	الباب الثالث فى صفة المعطى
٢٩١	الباب الرابع فى صفة الارتجاع
٢٩٢	الباب الخامس فى حكم الارتجاع
٢٩٤	من تجب عليه زكاة الفطر
٣٠٠	مكيلة زكاة الفطر
٣٠٩	وقت إرسال زكاة الفطر
٣١١	من لا تجب عليه زكاة الفطر
٣١٢	تم كتاب الزكاة والحمد لله
٣١٣	كتاب الحج
٣١٣	الفصل للإهلال
٣١٥	غسل المحرم
٣٢١	ما ينهى عنه من لبس الثياب فى الإحرام
٣٢٤	لبس الثياب المصبغة فى الإحرام
٣٢٧	لبس المحرم المنطقة
٣٢٨	تخمير المحرم وجهه
٣٣٢	ما جاء فى الطيب فى الحج
٣٤٠	مواقيت الإهلال
٣٤٥	العمل فى الإهلال
٣٥٣	رفع الصوت بالإهلال

المحتويات	٥٦٦
إفراد الحج	٣٥٥
القران فى الحج	٣٥٨
قطع التلبية	٣٦٤
إهلال أهل مكة ومن بها من غيرهم	٣٧٠
مالا يوجب الإحرام من تقليد الهدى	٣٧٥
ما تفعل الحائض فى الحج	٣٨٠
العمرة فى أشهر الحج	٣٨١
قطع التلبية فى العمرة	٣٨٣
ما جاء فى التمتع	٣٨٤
الباب الأول فى الجمع بين العمرة والحج فى السفر واحد	٣٨٨
الباب الثانى أن يكون هذا الجمع فى عام واحد	٣٨٨
الباب الثالث فى فعل العمرة أو شىء منها فى أشهر الحج	٣٨٩
الباب الرابع فى تقديم العمرة على الحج	٣٨٩
الباب الخامس فى الإهلال من العمرة قبل الإحرام بالحج	٣٩٠
الباب السادس فى كونه غير مكى	٣٩٠
ما لا يجب فيه التمتع	٣٩٥
جامع ما جاء فى العمرة	٣٩٩
نكاح المحرم	٤٠٦
حجامة المحرم	٤١٠
ما يجوز للمحرم أكله من الصيد	٤١٢
ما لا يحل للمحرم أكله من الصيد	٤٢٥
أمر الصيد فى الحرم	٤٣٢
الحكم فى الصيد	٤٣٦
الباب الأول فى صفة التقويم	٤٤٣
الباب الثانى فى موضع التقويم	٤٤٤
الباب الثالث فى موضع إخراج الجزاء	٤٤٤
ما يقتل المحرم من الدواب	٤٤٨
ما يجوز للمحرم أن يفعله	٤٥٦
الحج عمن يحج عنه	٤٦٣
ما جاء فىمن أحصر بعدو	٤٧١
ما جاء فىمن أحصر بغير عدو	٤٧٩
ما جاء فى بناء الكعبة	٤٨٩
الرمل فى الطواف	٤٩٢

المحتويات	٥٦٧
الاستلام فى الطواف	٤٩٨
تقبيل الركن الأسود فى الطواف	٥٠٠
ركعتا الطواف	٥٠١
الباب الأول فى الطهارة للطواف	٥٠٤
الباب الثانى فى اتصال الطواف	٥٠٥
الصلاة بعد الصبح والعصر فى الطواف	٥٠٦
الباب الأول فى أن الطواف بعد العصر والصبح غير ممنوع	٥٠٧
الباب الثانى فى منع نفل الصلاة بعد العصر والصبح	٥٠٧
الباب الثالث فى اتصال ركعتى الطواف به	٥٠٧
وداع البيت	٥١٠
جامع الطواف	٥١٤
البدء بالصفى فى السعى	٥٢١
جامع السعى	٥٢٦
صيام يوم عرفة	٥٣٥
ما جاء فى صيام أيام منى	٥٣٧
ما يجوز من الهدى	٥٤٠
العمل فى الهدى حين يساق	٥٤٦
العمل فى الهدى إذا عطب أو ضل	٥٥٤
المحتويات	٥٦٣

المناقب شرح موطأ مالك

تأليف
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء الرابع

مستورات
محمد أبي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لحدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى
١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

حدار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ - بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohatory st., Melkart bldg, 1st Floore.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X
9 0000 >



9 782745 112742 6

<http://www.al-ilmiyah.com.lb/>
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هدى المحرم إذا أصاب أهله

٨٥٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ وَأَبَا هُرَيْرَةَ، سَأَلُوا عَنْ رَجُلٍ أَصَابَ أَهْلَهُ وَهُوَ مُحْرِمٌ بِالْحَجِّ؟ فَقَالُوا: يَنْفُذَانِ لِيُوجِّهَهُمَا حَتَّى يَقْضِيَا حَجَّهُمَا، ثُمَّ عَلَيْهِمَا حَجٌّ قَابِلٍ وَالْهَدْيُ. قَالَ: وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ: وَإِذَا أَهَلًا بِالْحَجِّ مِنْ عَامٍ قَابِلٍ تَفَرَّقًا حَتَّى يَقْضِيَا حَجَّهُمَا.

الشرح: قوله: «فى الذى أصاب أهله» يريد جامعها فى حال إحرامه بالحج «ينفذان»، يريدون أن عليهما المضى فى الحج الفاسد حتى يتما على حسب ما كانا يتمان الحج الصحيح، ولذلك قالوا رضى الله عنهم: «حتى يقضيا حجتهما»، وإنما أشاروا إلى الحج المعهود. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَتَمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦].

فصل: وقولهم: «ثم عليهما حج قابل والهدى» يريدون قضاء الحج الذى أفسده، ومن أين يجرم بالقضاء؟ قال مالك: يجرم به من حيث كان أحرم بالأول إلا أن يكون أحرم بالأول من أبعد من ميقاته، فلا يلزمه أن يجرم إلا من الميقات. وقال الشافعى: إن كان أحرم من أبعد من ميقاته، فيلزمه فى القضاء الإحرام منه.

ودليلنا أن هذا أحد الميقاتين، فلا يلزمه فى القضاء ما كان التزم منه فى الأداء زائداً على ميقاته. أصل ذلك ميقات الزمان.

مسألة: ولا يخلو أن تكون زوجته أو أمته. والأظهر من لفظ الأهل: الزوجة، فإن كانت زوجة، فلا يخلو أن تكون طاوخته أو أكرهها، فإن كانت طاوخته، فعلى كل واحد منهما أن يقضى الحج وهدى؛ لأن حالها فى ذلك كحاله.

٨٥٠ - أخرجه البيهقى فى سننه ١٦٧/٥، ومعرفة السنن والآثار ١٠٣٣٨/٧. وابن حزم فى المحلى ١٩٠/٧. المجموع ٣٨٠/٧. المغنى ٣٣٤/٣.

٤ كتاب الحج
مسألة: فإن كان أكرهها، فعليه أن يحجها من ماله ويهدى عنها؛ لأن ما يلزمها من
النفقة والهدى مما أتلّفه عليها، فوجب عليه حمله عنها.

وأما مباشرة ذلك بنفسها، فإنها من أحكام الأبدان التي تختص بها وتلزمها، فلا
يتحملها عنها، كما لو أفسد صومها لكان عليه الكفارة وعليها القضاء.

مسألة: وإن كانت أمة له، فعليه أن يحجها ويهدى عنها، سواء أكرهها أم لا،
ووطؤه لها إذن في حجها، قاله ابن القاسم عن مالك في العتبية والموازية زاد محمد بن
عبد الملك: ولا يصوم عنها.

ووجه ذلك أنه مالك لها لا تستطيع الامتناع منه، وهو يملك تصرفها، فإذا رضى
بوطنها، فقد رضى بإسقاط حقه من سعيه، بخلاف الزوجة فإنه لا يملك تصرفها.

فصل: وقولهم: «والهدى» الهدى يحتاج إلى صفة. قال مالك: هو بدنة، وبه قال
الشافعي، وهو قول ابن عباس. وقال أبو حنيفة: تجزئه شاة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، قال القاضي أبو الحسن: هو قول عمر
وعلى وابن عباس رضى الله عنهم، ولا يخالف لهم. ودليلنا من جهة القياس أنه وطئ
عمداً في إحرام، فوجب أن يكون هديه بدنة. أصل ذلك إذا وطئت بعد الوقوف، فعن
أبي حنيفة: عليه بدنة، ولا يفسد عليه حجه.

فرع: قال القاضي أبو الحسن: هذا عندي يجب مع القدرة على البدنة، فإن لم يجد
فبقرة، فإن لم يجد فشاة، لأنه لا يخرج هذا عن أصله. قال: وهذا لنا منصوص عليه،
حتى أنه لو أخرج شاة مع القدرة على البدنة أجزأه على تكراه منه، فهذا من قول
القاضي أبي الحسن يدل على أن الكلام في الاستحباب.

فصل: وقول على رضى الله عنه: «وإذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا
حجهما» وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس عليهما أن يتفرقا.

والدليل على ما نقوله قول على وابن عباس، ولا يخالف لهما من الصحابة، فثبت
أنه إجماع. ومن جهة المعنى أنه قد ظهر منهما من التسرع إلى الفساد في العبادة بالوطء
ما يخاف عليهما مثله في القضاء والقضاء واجب تسليمه من الوطاء، فيلزم أن يفرق
بينهما احتياطاً للعبادة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال مالك في العتبية: يفترقان في حج القضاء من يوم

كتاب الحج ٥
بجرمان، وبه قال ابن عباس. وقال الشافعي: إنما يفترقان من حيث أفسد حججهما الأول.
والدليل على ما نقوله أن هذه مرة من الإحرام تفسد بالجماع، فيلزمهما أن يفترقا
فيها. أصل ذلك ما بعد موضع الجماع في الحج الأول.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: جاوبت الصحابة رضى الله عنهم عن هذه
المسألة على عمومها وإطلاقها، ولم يسألوا السائل هل كان الوطء عامداً أو ناسياً،
وذلك يدل على أن حكمهما واحد في الفساد والهدى، وهذا ما قال مالك، رحمه
الله. وقال الشافعي فى أحد قوليهِ: الوطء على وجه النسيان لا يفسد الحج.

والدليل على ما نقوله أن هذا وطء صادق إحراماً لم يتحلل من شىء منه، فوجب
أن يفسد كالعمد.

٨٥١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ، يَقُولُ: مَا
تَرَوْنَ فِي رَجُلٍ وَقَعَ بِامْرَأَتِهِ وَهُوَ مُحْرِمٌ، فَلَمْ يَقُلْ لَهُ الْقَوْمُ شَيْئاً، فَقَالَ سَعِيدٌ: إِنَّ
رَجُلًا وَقَعَ بِامْرَأَتِهِ وَهُوَ مُحْرِمٌ فَبَعَثَ إِلَى الْمَدِينَةِ يَسْأَلُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: بَعْضُ النَّاسِ
يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا إِلَى عَامِ قَابِلٍ، فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: لِيَنْفُذَا لِرُجُوعِهِمَا فَلْيُتِمَّا حَجَّهُمَا
الَّذِي أَفْسَدَاهُ، فَإِذَا فَرَّغَا رَجَعَا، فَإِنْ أَدْرَكَهُمَا حَجٌّ قَابِلٌ فَعَلَيْهِمَا الْحَجُّ وَالْهَدْيُ
وَيُهْلَانِ مِنْ حَيْثُ أَهَلَا بِحَجَّهِمَا الَّذِي أَفْسَدَاهُ وَيَتَفَرَّقَانِ حَتَّى يَقْضِيَا حَجَّهُمَا.

قَالَ مَالِكٌ: يُهْدِيَانِ جَمِيعًا بَدَنَةً بَدَنَةً.

الشرح: سؤال سعيد بن المسيب لأصحابه عن هذه المسألة على حسب ما كان
يفعل، يقصد بذلك اختبار أصحابه وتدريبهم وتبنيهم على المسائل، وسكوت القوم عنه
إما لأنه لم يكن عندهم علم بذلك أو لأنهم آثروا تعظيمه والمبالغة فى بره وصرف
الأمر إليه.

فصل: وقول بعض الناس: «يفرق بينهما إلى عام قابل» حكاه سعيد بن المسيب على
سبيل الإنكار له، ولذلك بين أن افتراقهما إنما يكون من حيث بجرمان بالحج، ولا فائدة
فى أن يفرق بينهما قبل أن يجلا من الحجة التى أفسدا؛ لأن وطأهما فى هذا العام لا

٦ كتاب الحج
يفسد عليهما حجًا، ولا يوجب عليهما هديًا ولا فائدة في أن يفرق بينهما بعد
الإحلال منه، وقبل الإحرام بحج القضاء؛ لأنهما إنما يكونان حلالين، فلا معنى للتفريق
بينهما.

فصل: وقوله: «فإذا فرغا رجعا» يحتتمل أن يريد بذلك الإباحة، ومعنى ذلك أنه
يجوز لهما أن يرجعا إلى منازلهما، ويحتتمل أن يريد بذلك الوجوب، ومعنى ذلك أن
يرجعا إلى موضع يجب عليهما فيه الإحرام منه.

فصل: وقوله: «فإن أدركهما عام قابل فعليهما الحج والهدى» يريد والله أعلم
أنهما يستأنفان الإحرام، ولا يجوز لهما البقاء على الإحرام الأول، بخلاف من فاته
الحج، فإن له أن يبقى على إحرامه الأول، ويتم حجه عليه لأنه إحرام صحيح، والذي
أفسد حجه لا يجوز له أن يتم قضاء عليه؛ لأنه إحرام فاسد.

مسألة: ولو أفسد حجه، وفاته، فقد قال مالك: لا ينبغي له أن يقيم إلى قابل على
إحرام فاسد، ويتحلل بعمره ثم يحج قابلاً وهذا لما ذكرنا من أن الإحرام الفاسد لا يجوز
له أن يتم عليه القضاء.

فصل: وقوله: «وإن أدركهما عام قابل فعليهما الهدى» يقتضى أن الهدى لا يكون
إلا في العام المقبل، وكذلك في العتبية والموازية عن مالك من رواية أشهب.

فرع: فإن عجله قبل القضاء، فقد قال عبد الملك بن الماجشون، فيمن عجل هدى
الفساد قبل القضاء أنه يجزئه، وإن كان أحب إلينا أن يكون مع حجه القضاء، ويحتتمل
على قول أصبغ في هدى الفوات أن لا يجزئه.

فصل: وقوله: «يهلان من حيث أهلا بحجهما الذى أفسدا ويتفرقان حتى يقضيا
حجهما» على ما تقدم. وقد روى ابن المواز عن مالك: لا يتسايران ولا يجتمعان في
منزل ولا بحرفة ولا بمكة ولا بمنى وهذا على ما ذكرناه من التوقى الواجب القضاء لما
علم من تيسر عملهما إلى ما أفسدا به حجهما.

فصل: وقول مالك: «ويهديان جميعا بدنة بدنة» وذلك أن هدى فساد الحج بالوطء
بدنة على ما تقدم، ولما أفسد كل واحد منهما الحج، ولزمه بذلك القضاء لزمه الهدى
الذى هو البدنة.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ وَقَعَ بِأَمْرَاتِهِ فِي الْحَجِّ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ مِنْ

كتاب الحج ٧
عَرَفَةَ وَيَرْمِي الْجَمْرَةَ: إِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْهَدْيُ وَحَجُّ قَابِلٍ. قَالَ: فَإِنْ كَانَتْ إِصَابَتُهُ
أَهْلَهُ بَعْدَ رَمِي الْجَمْرَةِ، فَإِنَّمَا عَلَيْهِ أَنْ يَعْتَمِرَ وَيُهْدِيَ وَلَيْسَ عَلَيْهِ حَجُّ قَابِلٍ.

الشرح: وهذا كما قال أن المصيب لأهله لا يخلو أن يكون أصابها قبل الوقوف
بعرفة أو بعد ذلك، فإن كان أصابها قبل الوقوف بعرفة، فلا خلاف في فساد حجها،
وأنه يجب عليهما الهدى وحج قابل على ما قال. قال: وقد تقدم شرح ذلك وبيانه.

وقوله: «فما بينه وبين أن يدفع من عرفة ويرمي الجمرة فإنه يجب عليه الهدى وحج
قابل» نص على ما كان قبل وقوفه بعرفة ونص بعد ذلك على ما كان بعد رمي جمرة
العقبة، ولم ينص على من وطئ بعد الوقوف وقبل الرمي.

وقد روى القاضي أبو محمد عنه في ذلك روايتين، إحداهما، وهي المشهورة: أنه قد
أفسد حججه، وبها قال الشافعي. والثانية: أنه لا يفسد حججه، وبها قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول أنه وطئ صادف إحراماً لم يتحلل منه، فوجب أن يفسد. أصل
ذلك إذا كان قبل الوقوف بعرفة، قال القاضي أبو الحسن: ولا يلزمنا على هذا إذا وطئ
بعد يوم النحر، وقبل أن يرمى لأن التحلل عندنا يقع بالرمي في وقته أو بانقضاء وقته
وفواته. ووجه القول الثاني أنه معنى يوجب القضاء، فوجب أن يؤمر بالوقوف بعرفة
كالفوات.

مسألة: وهذا إذا كان وطؤه يوم النحر قبل غروب الشمس، فإن كان بعد غروب
الشمس من يوم النحر، فقد روى أصحابنا عن مالك فيمن وطئ الغد من يوم النحر قبل
أن يرمى ويفيض، لم يفسد حججه وليس بمنزلة من وطئ يوم النحر، وعليه عمرة وهدى
لوطئه، وهدى آخر لما آخر من رمي جمرة العقبة.

ووجه ذلك أن التحلل قد حصل بانقضاء وقت الرمي وخروجه.

فصل: قوله: «وإن كانت أصابته أهله بعد رمي الجمرة فإنما عليه أن يعتمر ويهدى
وليس عليه حج قابل» والوطء بعد الرمي لا يخلو أن يكون قبل الإفاضة أو بعدها، فإن
كان قبل الإفاضة، فلا يخلو أن يكون يوم النحر أو بعده، فإن كان يوم النحر، فقد
اختلف فيه قول مالك، والمشهور عنه أنه لا يفسد حججه.

قال القاضي أبو الحسن: وهو الصحيح، وقد قال أيضاً: يفسد قبل الإفاضة، وبه قال
أبو حنيفة والشافعي.

وجه الرواية الأولى أنه وطئ بعد أن حل له اللباس والقاء التفتش، فلم يفسد بذلك

٨ كتاب الحج
حجه كما لو وطئ بعد الطواف. ووجه الرواية الثانية أنه وطئ يوم النحر فى حال المنع
من الوطاء لأجل الحج، فوجب أن يفسد حجه كما لو وطئ قبل الوقوف.
فرع: فإذا قلنا لا يفسد حجه، فإنه يلزمه عمرة وهدى، وقال أبو حنيفة والشافعى:
لا يجب عليه عمرة.

والدليل على صحة ما نقوله أن عليه أن يأتى بطواف الإفاضة فى نسك لم يدخل
عليه نقص الوطاء، وذلك لا يكون إلا بالعمرة لأن الطواف لا يكون فى الإحرام إلا
بمحج أو عمرة، وقد قلنا إنه لا حج عليه، فلزمته العمرة.

مسألة: فإن وطئ بعد الإفاضة وقبل الرمي، فلا يخلو أن يكون ذلك يوم النحر أو
بعده، فإن كان يوم النحر، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال ابن القاسم وابن كنانة
وأصبغ: لا يفسد، وليس عليه إلا الهدى. وقال أشهب وابن وهب: يفسد حجه.

وجه قول ابن القاسم أنه قد وجد أحد التحليلين، فلم يفسد حجه، كما لو تقدم
الرمي ووطئ قبل الطواف. ووجه قول أشهب أنه وطئ يوم النحر قبل الرمي، ففسد
حجه كما لو وطئ قبل الطواف.

مسألة: فإن كان وطؤه بعد يوم النحر، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: لا شىء
عليه غير الهدى.

قَالَ مَالِكُ: الَّذِي يُفْسِدُ الْحَجَّ أَوْ الْعُمْرَةَ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْهَدْيُ فِي
الْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ التَّقَاءَ الْخِتَانَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَاءً دَافِقًا. قَالَ: وَيُوجِبُ ذَلِكَ أَيْضًا
الْمَاءَ الدَّافِقُ إِذَا كَانَ مِنْ مُبَاشَرَةٍ، فَأَمَّا رَجُلٌ ذَكَرَ شَيْئًا حَتَّى خَرَجَ مِنْهُ مَاءٌ دَافِقٌ، فَلَا
أَرَى عَلَيْهِ شَيْئًا.

الشرح: وهذا كما قال أن الذى يفسد الحج والعمرة التقاء الختانين على أى وجه
وقع من عمد أو نسيان، هذا مذهب مالك. وقال الشافعى فى أحد قولييه: التقاء
الختانين على وجه النسيان لا يفسد الحج، وقد تقدم ذكره.

وقوله: «الذى يفسد الحج والعمرة حتى يجب بذلك الهدى فى الحج أو العمرة»
يحتمل معنيين، أحدهما: أن يكون معنى قوله: «فى الحج أو العمرة» أن الإفساد وجد
فى أحدهما، فيجب بذلك الهدى والقضاء، فاجتزأ بذكر الإفساد عن ذكر القضاء.
والثانى: أن يريد أنه يجب عليه بذلك الهدى فى الحج والعمرة الذى هو القضاء عما

كتاب الحج ٩
أفسده منهما، وذلك الواجب على من أفسد حجًا أو عمرة التماذى فيما أفسد منهما حتى يتمه على ما كان التزمه، ودخل فيه ثم يقضيه، ويهدى فى القضاء. وقال داود: يخرج عن الحج بالفساد.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، ودليلنا من جهة القياس أنه معنى يجب به القضاء، فلم يخرج به عن الإحرام كالفوات.

فصل: وقوله: «التقاء الختائين وإن لم يكن ماء دافق» يريد أن التقاء الختائين يفسد الحج، وإن لم يكن إنزال؛ لأن كل حكم يتعلق بالوطء، فإنه يتعلق بالتقاء الختائين من إفساد الحج والصوم، ووجوب الحد والمهر وغير ذلك من الأحكام.

فصل: وقوله: «يوجب ذلك أيضًا الماء الدافق إذا كان من المباشرة» يريد أن الحج يفسد بإنزال الماء الدافق من المباشرة، وكذلك الوطء دون الفرج. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يفسد الحج شىء منه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج﴾ [البقرة: ١٩٧]، والرفث إتيان النساء ومباشرتهن، ولذلك قال تعالى: ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم﴾ [البقرة: ١٨٧]، فنهى عن المباشرة لمن فرض فيهن الحج، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه.

ودليلنا من جهة القياس أنه فعل محذور لأجل الإحرام يفضى إلى الإنزال، فوجب أن يفسد الحج. أصل ذلك الوطء فى الفرج.

فصل: قوله: «وأما رجل ذكر شيئًا حتى خرج منه ماء دافق فلا أرى عليه شيئًا» فإن ظاهر قوله استدامة التذكر وترديده على قلبه حتى ينزل لأنه أتى بلفظ الغاية فقال: أنه إن ذكر شيئًا حتى أنزل، وذلك لا يستعمل إلا فيما يستدام ويكرر. وقد قال: إنه لا شىء عليه. حكى القاضى أبو الحسن عن مالك فيمن كرر التذكر حتى أنزل روايتين. والذي روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية والموازية: أنه قد أفسد الحج. وروى عنه أشهب: ليس عليه إلا الهدى.

ووجه رواية ابن القاسم أنه قصد معنى يتوصل به إلى الإنزال، فوجب أن يفسد حجه إذا أنزل به. أصل ذلك المباشرة. ووجه رواية أشهب أنه معنى لو أنزل به على وجه السهو لم يفسد حجه، فكذلك إذا قصده كالاختلام لمن نام، فقصد الاحتلام.

١٠ كتاب الحج
وقد روى ابن القاسم عن مالك في الموازية والعتبية: من تذكر شيئاً فأنزل فلا يفسد
حجه. قال أحمد بن ميسرة: ويهدى. ومعنى ذلك أنه جرى على قلبه ذكراً من غير
قصد.

قال مالك ولو أن رجلاً قبل امرأته، ولم يكن من ذلك ماءً دافقاً لم يكن عليه
في القبلة إلا الهدى.

الشرح: وهذا كما قال لأن القبلة ممنوعة لحرمة الإحرام، فإذا لم تفض إلى الإنزال
لم يجب بها إلا الهدى، وإنما وجب بها الهدى لأنه دخل على نسكه نقصاً بما أتاه من
الاستمتاع، فلزمه الهدى ليجبر بذلك ما أدخل على نسكه من النقص. وقد روى ابن
المواز عن مالك أن هديه بدنة.

وروجه ذلك أنه هدى يجب بالاستمتاع، فكان بدنة كهدى الوطء.

مسألة: وكل ما فيه نوع من الالتذاذ بالنساء، فإنه ممنوع في حق المحرم، فما كان
لا يفعل إلا للذة كالقبلة ففيه الهدى على كل حال، وما كان يفعل للذة ولغير لذة مثل
لمس كفها أو شيء من جسدها، فما أتى من هذا كله على وجه اللذة فممنوع، وما
كان لغير لذة فمباح.

قال مالك: وليس على المرأة التي يصيبها زوجها وهي محرمةً مراراً في الحج
أو العمرة، وهي له في ذلك مطاوعة إلا الهدى وحج قابل، إن أصابها في الحج،
وإن كان أصابها في العمرة، فإنما عليها قضاء العمرة التي أفسدت والهدى.

الشرح: وهذا كما قال أن المرأة التي يصيبها زوجها وهي محرمة مراراً، فإنه ليس
عليها إلا حج قابل، والهدى، يجب ذلك عليها بأول وطء. وأما الثاني وما بعده، فإنه
لا يجب به هدى ولا حج ولا عمرة، سواء كفر عن الوطء الأول قبل الوطء الثاني أو
لم يكفر حتى وطئ.

وقال أبو حنيفة: إن كفر عن الوطء الأول، فعليه كفارة ثانية عن الوطء الثاني، وإن
لم يكن كفر عن الوطء الأول فليس عليه كفارة ثانية للوطء الثاني. وللشافعي قولان،
أحدهما: مثل قولنا. والثاني: أنه يجب عليه عن كل وطء كفارة سواء كفر عن الأول
أو لم يكفر.

كتاب الحج ١١

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن الوطء الثانى ووطء قبل التحلل لم يفسد نسكاً، فلم يوجب كفارة. أصله إذا وطئ ثانية قبل أن يكفر عن الأولى.

فصل: وقوله: «وهي له في ذلك مطاوعة» لما بيناه قبل هذا من أن المكرهة لا هدى عليها، وإن لزمها القضاء غير أن على من أكرهها الإنفاق عليها لأنه يتحمل عنها ما يلزمها من حقوق المال. وأما حقوق الأجسام، فإنه لا تدخلها النيابة ولا التحمل، فلا بد لها من مباشرة ذلك بنفسها.

فصل: وقوله: «ليس عليها إذا طاوعته إلا الهدى وحج قابل» يريد أن القضاء والهدى يلزمهما، وإنما خص بذلك حج قابل لأنه أقرب وقت يمكنهما فيه جبر ما أفسداً من حجهما، ولا يختص القضاء بالعام المقبل اختصاصاً يتعلق به دون غيره من الأعوام، وإنما ذلك على ما يلزم من تعجيل القضاء، ولذلك لا نقول في العمرة يفسدها بالوطء يقضيها في العام المقبل، بل يحل من العمرة التي أفسد ويشرع في القضاء إذا أمكنه ذلك.

فصل: وقوله: «وإن كان أصابها في العمرة فإنما عليها العمرة التي أفسدت والهدى» ذكر حكم العمرة في هذا بعد أن ذكر حكم الحج، وإنما يكون فسادها للعمرة إذا كان الوطء قبل إكمال السعى، فحينئذ يلزمه التماضى فيها ثم القضاء والهدى، وأما إن كان الوطء في العمرة بعد إكمال السعى، فإن العمرة لا تفسد.

* * *

هدى من فاته الحج

٨٥٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَخْبَرَنِي سُلَيْمَانُ بْنُ يُسَارٍ أَنَّ أَبَا أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيَّ خَرَجَ حَاجًّا حَتَّى إِذَا كَانَ بِالنَّازِيَةِ مِنْ طَرِيقِ مَكَّةَ أَضَلَّ رَوَاحِلَهُ، وَإِنَّهُ قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ يَوْمَ النَّحْرِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ عُمَرُ: اصْنَعْ كَمَا يَصْنَعُ الْمُعْتَمِرُ ثُمَّ قَدْ حَلَلْتَ، فَإِذَا أَدْرَكَكَ الْحَجُّ قَابِلًا فَاحْجُجْ وَأَهْدِ مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ.

الشرح: قوله: «أن أبا أيوب لما كان بالنازية من طريق مكة أضل رواحله» يقتضى

٨٥٢ - أخرجه البيهقي في الكبرى ١٧٤/٥، ومعرفة السنن والآثار ١٠٤٣٢/٧. وانظر: نصاب الراجز ١٤٦/٣. أحكام القرآن للخصاص ٣١١/١. ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٢٥.

١٢ كتاب الحج

ما بعده من ذكر فوات الحج أن ذلك كان سبب فوات الحج، إما لأنه شغل بطلبها، وهو يقدر أن يدرك الحج، فتتابع ذلك منه حتى بقي من المدة ما قدر فيه أنه يدرك الحج فيه، فأخلفه تقديره، ولم يدركه، وإما لأنه عجز عن الوصول إلى الحج بعدم رواحله التي كان يتوصل بها، فلم يمكنه الوصول إلا بعد الفوات.

فصل: قوله: «وإنه قدم على عمر بن الخطاب يوم النحر» يريد أنه قدم عليه بمنى، ولم يصل إلى عرفة في وقت يدرك فيه الحج، «فذكر ذلك لعمر بن الخطاب»، يَحْتَمَلُ أن ذكر له ما جرى عليه من إضلال رواحله، وأن ذلك سبب فوات حجه، ويحتمل أن يخبره بفوات الحج خاصة؛ لأن حكمه إنما يتعلق به دون سببه؛ لأن من فاته الحج بخطأ عدد أو بمرض أو بخفاء هلال أو لشغل أو بأى وجه كان غير العدو المانع، فحكمه واحد لا يحله إلا البيت ويحج قابلاً ويهدى، أهل مكة وغيرهم في ذلك سواء، رواه ابن المواز عن مالك.

مسألة: فإذا فاته الحج بشيء مما ذكرناه، فإنه لا يجعل دون البيت، وهو بالخيار بين أن يتم عمله عمرة يتحلل بها ويهدى، وبين أن يبقى على إحرامه إلى قابل، والتحلل أفضل له عند مالك.

فصل: وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد حلت» يريد والله أعلم، أنه يأتي بعمرة كاملة بطوافها وسعيها بنيتها، يتحلل بها. ولذلك قال مالك، رحمه الله: إن فاته الحج يتحلل بعمرة يستأنف لها طوافاً وسعيًا، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وقال أبو يوسف: ينقلب إحرامه، فيصير عمرة ويكون بطوافه وسعيه وحلقه متحللاً من العمرة، لا من الحج الفاتت.

والدليل على ما نقوله أن إحرامه بالحج لو ينقلب عمرة لكان قد انفسخ عما وقع عليه، والفسخ مفسوخ بلا خلاف بيننا وبينه. ودليلنا من جهة القياس أن من انعقد إحرامه بنسك لم ينقلب إلى غيره كما لو أحرم بعمرة.

فصل: «فإن أدركك الحج قابلاً، فاحجج» يقتضى وجوب القضاء عليه.

وقوله: «وأهد ما استيسر من الهدى» يقتضى أن الهدى إنما ينحره في عام قابل ولا ينحره قبل ذلك. قال مالك: وليس له أن يقدم حتى يحج قابلاً فيهديه، ولا يقدمه قبل حجة القضاء، وإن خاف الموت قبل ذلك، قال ابن القاسم: ولو اعتمر قبل ذلك فنحره في عمرته، رجوت أن يجزيه كما يجزيه بعد موته أن يهدى عنه.

كتاب الحج ١٣

وجه القول الأول أن القضاء بدل من الحج الأول، والهدى حبر له، فوجب أن يكون مع القضاء لأنه من جنسه ومعنى القضاء لبعضه. ووجه قول ابن القاسم ما احتج به.

فرع: فإذا قلنا لا ينحره قبل القضاء ففعل، فقد قال أصبغ: إن فعل لم يجزه، وقال بعض العلماء: يجزيه.

٨٥٣ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ هَبَّارَ بْنَ الْأَسْوَدِ جَاءَ يَوْمَ النَّحْرِ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَنْحَرُ هَدْيَهُ، فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَخْطَأْنَا الْعِدَّةَ كُنَّا نَرَى أَنَّ هَذَا الْيَوْمَ يَوْمُ عَرَفَةَ فَقَالَ عُمَرُ: أَذْهَبُ إِلَى مَكَّةَ فَطُفْتُ أَنْتَ وَمَنْ مَعَكَ وَأَنْحَرُوا هَدْيًا إِنْ كَانَ مَعَكُمْ، ثُمَّ احْلِقُوا أَوْ قَصِّرُوا وَارْجِعُوا، فَإِذَا كَانَ عَامَ قَابِلٍ فَحُجُّوا وَأَهْدُوا فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامًا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةَ إِذَا رَجَعَ.

الشرح: قوله: «أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه» يريد جاء منى، واستغنى عن ذكره لمعرفة السامع أن عمر بن الخطاب لا ينحر هديه يوم النحر إلا بمنى، فقال: «يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة، كنا نرى أن هذا اليوم يوم عرفة» وذلك أنهم أخطئوا العدة، فظنوا أن يوم النحر يوم عرفة، ففاتهم الوقوف بعرفة لفوات يومه؛ لأنهم وردوا منى متوجهين إلى عرفة يوم النحر، فلما وجدوا عمر بن الخطاب رضى الله عنه وجميع الحاج بمنى علموا أنهم أخطئوا العدة، وفاتهم الوقوف.

ولو أخطأ أهل الموسم، فكان وقوفهم بعرفة يوم النحر، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: أنهم يمضون على عملهم وينحرون هديهم من الغد، ويتأخر عمل الحج كله يوماً ويجزيهم، ولا خلاف أن من أتى عرفة يوم النحر بعد الفجر أنه قد فاتته الحج، ولا يجوز له أن يقف بعرفة، وهو يعتقد أن وقوفه في غير يوم عرفة.

ولو أخطأ أهل الموسم فوقفوا بعرفة يوم التروية، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: يعيدون الوقوف بعرفة يوم عرفة.

وقد روى أبو بكر بن اللباد أنه اختلف قول سحنون فيه. وجه قول ابن القاسم أنه لم يفت الوقوف ولا زمنه، فكان عليهم إعادته.

فصل: وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «أذهب أنت ومن معك إلى مكة»

١٤ كتاب الحج

ولم يأمره بالخروج إلى الحل، يقتضى أنه قد علم أن إحرامه بالحج كان من الحل، ولا يخلو الذى فاته الحج أن يكون أحرم بالحج من مكة أو من الحل، فإن كان أحرم من مكة وفاته الحج قبل أن يخرج إلى الحل، فلا بد أن يخرج إليه ثم يدخل إلى مكة، فيطوف ويسعى لعمرته ويحل، قاله ابن المواز.

وجه ذلك ما قدمناه من أنه لا بد من الجمع بين الحل والحرم فى النسك، فمن أحرم من مكة ولم يخرج إلى الحل لزمه أن يخرج إليه ليتم حكم نسكه بالجمع بين الحل والحرم، وإن كان أحرم من الحل لم يلزمه أن يخرج إليه بعد الفوات، والفرق بينه وبين الطواف والسعى أنه لا بد أن يعيدهما لعزمة التحلل من قد فاتهما للحج الذى فاته، ولا يفعل ذلك من الخروج إلى الحل.

فصل: وقوله: «وظف أنت ومن معك» أمرهم رضى الله عنه بالطواف ولا بد من السعى معه، وإن لم يذكر لما علم أنه من توابعه، ثم قال: «وانحروا هديًا إن كان معكم» يريد إن كان منهم من قد ساق الهدى، فلينحره على ما ساقه عليه من تطوع أو واجب، وهذا ليس من هدى الفوات بسبيل إنما هو هدى قلده وأشعره حين الإحرام بالحج.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا» يريد أن عليهم أن يتحللوا، ولا يكون إلا بحلاق أو تقصير لمن أراده منهم واختاره، وإن كان الحلاق أفضل على ما يأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وقوله: «ثم ارجعوا» لم يكن على جهة الإلزام والوجوب، وإنما هو على جهة إباحة الرجوع، والأمر بالفضل أو على ما علمه رضى الله عنه من حالهم أنه لا يمكنهم إلا الرجوع إلى أهاليهم، وأنهم لو أمروا بغير ذلك لشق عليهم، فأعلمهم ما علمه من الأمر المباح لهم.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «إذا كان عاما قابلاً فحجوا واهدوا» يريد أنه يجب عليهم القضاء للحج الذى فاتهم، سواء كان فرضاً أو نافلاً، ويجب عليهم الهدى لأجل الفوات والتحلل بغير ما أحرموا به، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع، وهذا حكم كل من وجب عليه هدى يلزمه إخراجه، فلم يجده، فأما هدى الجزاء وفدية الأذى، فليس بلازم بل هو مخير بينه وبين غيره.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ قَرَنَ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ ثُمَّ فَاتَهُ الْحَجُّ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَحُجَّ قَابِلًا وَيَقْرُنُ

كتاب الحج ١٥
بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ، وَيُهْدَى هَدْيَيْنِ، هَدْيًا لِقِرَائِهِ الْحَجَّ مَعَ الْعُمْرَةِ، وَهَدْيًا لِمَا فَاتَهُ
مِنَ الْحَجِّ.

الشرح: وهذا كما قال أن من قرن الحج والعمرة ففاته فإن عليه أن يحج قابلاً قضاء
عن الحج الذي فاتته، وعلى صفته من القران، ولا تسقط عنه العمرة مع الحج في
القضاء بالعمرة التي تحلل بها؛ لأن تلك ليست بالعمرة التي قرنها مع حجه؛ لأن تلك
لا يصح التحلل منها ولا الإتمام لها إلا مع تمام الحج والتحلل منه على حسب ما قرنها
به، وهذه العمرة إنما هي عمرة التحلل، ألا ترى أن من أفرد الحج ثم فاتته تحلل منه
بعمرة، فثبت أن عمرة التحلل غير العمرة التي قرنها بحجه.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «ويهدى هديين هدياً لقرانه، وهدياً لفوات الحج» يريد
أنه يهدى في حجة القضاء هديين، هدياً للقران في ذلك العام، وهدياً للفوات في العام
الخالى، ولم يذكر حكمه في هدى القران عن العام الماضى الذى فاتته فيه الحج والعمرة،
إن كان يلزمه الدخول فيه أو يسقط عنه بالفوات.

وفى كتاب ابن المواز من رواية أبى زيد عن ابن القاسم ما يدل على أن دم القران
يسقط بالفوات والتحلل بالعمرة. ومن رواية ابن القاسم عن مالك أنه لا يسقط.
وجه القول الأول أنه يتحلل بعمرة، فلم يلزمه دم القران كالذى أحرم بعمرة مفردة.
ووجه الرواية الثانية أنه أحرم قارناً، فلزمه حكم القران فى الدم كما لو أتم قرانه.

* * *

هدى من أصاب أهله قبل أن يفيض

٨٥٤ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ
عَبَّاسٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ وَقَعَ بِأَهْلِهِ وَهُوَ بِمِنَى قَبْلَ أَنْ يُفِيضَ فَأَمْرُهُ أَنْ يَنْحَرَ بَدَنَةً.

الشرح: قوله: «فى الذى وقع بأهله بمنى قبل أن يفيض ينحر بدنة» يقتضى على
مذهب مالك أن يكون بعد الرمي بجمرة العقبة أو بعد يوم النحر وقيل الإفاضة، وأما
إن أصابها قبل يوم النحر، فقد تقدم أن المشهور من مذهب مالك أن حجه يفسد، وإن
كان قد روى عنه: أن عليه الهدى مع العمرة.

٨٥٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٨٢٧. الأم للشافعى ٢٤٤/٧. المحلى ١٨٩/٧.
المغنى ٥٤٥/٣. آثار أبى يوسف ٢٤٩.

١٦ كتاب الحج

فصل: وقوله: «ينحر بدنة» البدنة، أرفع الهدى؛ لأن الهدى قد يكون بقرة ويكون شاة، وأرفع ذلك البدنة، وخصه هاهنا بالبدنة لعظم ما أتى به.

٨٥٥ - مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدِّيلَمِيِّ، عَنْ عِكْرِمَةَ مَوْلَى ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: لَا أَظُنُّهُ إِلَّا عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: الَّذِي يُصِيبُ أَهْلَهُ قَبْلَ أَنْ يُفِيضَ يَغْتَمِرُ وَيُهْدَى.

٨٥٦ - مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ رَبِيعَةَ بْنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ يَقُولُ فِي ذَلِكَ مِثْلَ قَوْلِ عِكْرِمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ.

قَالَ مَالِك: وَذَلِكَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «الذى يصيب أهله قبل أن يفيض» يحتمل ما قلناه قبل هذا أن يكون قبل الرمي أو بعده، على التفسير الذى تقدم ذكره.

وقوله: «يعتمر ويهدى» هو قول مالك رحمه الله، وهو المشهور عن عبد الله بن عباس رضى الله عنه، وذلك أنه لما أدخل النقص على طوافه للإفاضة بما أصابه من الوطاء كان عليه أن يقضيه بطواف سالم إحرامه من ذلك النقص، ولا يصلح أن يكون الطواف فى إحرام إلا فى حج أو عمرة.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ نَسِيَ الْإِفَاضَةَ حَتَّى خَرَجَ مِنْ مَكَّةَ وَرَجَعَ إِلَى بِلَادِهِ، فَقَالَ: أَرَى إِنْ لَمْ يَكُنْ أَصَابَ النِّسَاءَ فَلْيَرْجِعْ فَلْيُفِيضْ، وَإِنْ كَانَ أَصَابَ النِّسَاءَ فَلْيَرْجِعْ فَلْيُفِيضْ ثُمَّ لْيَعْتَمِرْ وَلْيُهْدِ، وَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ هَدْيَهُ مِنْ مَكَّةَ وَيَنْحَرَهُ بِهَا، وَلَكِنْ إِنْ لَمْ يَكُنْ سَاقَهُ مَعَهُ مِنْ حَيْثُ اعْتَمَرَ فَلْيَشْتَرِهِ بِمَكَّةَ ثُمَّ لْيُخْرِجْهُ إِلَى الْحِجْلِ فَلْيَسْقَهُ مِنْهُ إِلَى مَكَّةَ ثُمَّ يَنْحَرَهُ بِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن من نسى الطواف حتى رجع إلى بلده، فلا يخلو أن يذكر ذلك قبل أن يصيب النساء أو بعدما أصاب، فإن كان لم يصيب النساء، فلا بد من الرجوع إلى مكة لتمام الحج بالطواف، ولا يجوز عنه الدم لأنه ركن من أركان الحج.

٨٥٥ - انظر: التخریج السابق.

٨٥٦ - انظر: التخریج السابق.

كتاب الحج ١٧

مسألة: وإن كان قد لبس وتطيب، فلا شيء عليه لذلك لأنه لما رمى جمرة العقبة، فقد وجد منه التحلل، فلا فدية عليه بلباس ولا تطيب، وإن كان أصاب صيدًا.

مسألة: وإن كان قد أصاب النساء، فهذا وطئٌ قبل الإفاضة بعد الرمي وبعد يوم النحر، فعليه أن يقدم مكة فيطوف طواف الإفاضة، ثم يقضيه في عمرة لما أدخل على إحرامه من النقص بالوطء ويهدى، ولو كان وطؤه بعد الطواف وقبل الركعتين، ففي المدونة عن ابن نافع: أنه إن كان بمكة أعاد الطواف وركع، ثم يعتمر ويهدى، وإن كان خارج إلى بلده، فليركع الركعتين حيث كان ثم يهدى. ورواه عيسى عن ابن القاسم.

فصل: «ولا ينبغي له أن يشتري هديه بمكة وينحره بها» يريد أنه لا يصلح الهدى إلا أن يجمع بين الحل والحرم، وذلك أن يشتري في الحل فيساق إلى الحرم أو يشتري في الحرم، فيخرج إلى الحل، ثم يعود إلى موضع النحر في الحرم فينحر فيه، وكذلك هذا لو اشتري الهدى بمكة ثم أخرجه إلى الحل ثم رده إلى مكة، فنحره بها أجزأه، إنما الذي يمنع من ذلك أن يشتريه بمكة ثم ينحره بها قبل أن يخرجها إلى الحل.

فصل: قوله: «ولكنه إن لم يكن ساقه معه من حيث اعتمر» يريد أن عمرته كانت من الميقات أو من الحل على حسب ما يجب أن يكون الإحرام بها من الحل لما قدمناه من أنه لا بد في النسك من الجمع بين الحل والحرم ولما كان عمل العمرة جميعه في الحرم، لزم أن يكون الإهلال بها من الحل بخلاف الحج فإن معظمه، وهو الوقوف بعرفة في الحل، فجاز أن يحرم به من الحرم.

فصل: وقوله: «فليشتره بمكة ثم ليخرجه إلى الحل فليسقه إلى مكة فينحره بها» يريد أنه إن لم يكن معه هدى ساقه من الحل، فليشتره بمكة أو حيث أمكنه من الحل والحرم؛ لأنه ليس من شرط صحة شرائه الاختصاص بأحد الأمرين، فإن اشتراه في الحرم بمكة أو غيرها، فليخرجه إلى الحل ليجمع فيه بين الحل والحرم؛ لأن المنحر في الحرم، فإذا اشتراه في الحرم، فلا بد من إخراجه إلى الحل، ثم يرد بعد ذلك إلى المنحر في الحرم، ولو اشتري في الحل لأجزأ إدخاله إلى المنحر في الحرم، وخص مكة في هذه المسألة بالذكر لأن ما أهدي في العمرة لا ينحر بمنى ولا ينحر إلا بمكة.

* * *

ما استيسر من الهدى

٨٥٧ - مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِي مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ
كَانَ يَقُولُ: ﴿مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] شَاءَ.

٨٥٨ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ كَانَ يَقُولُ: مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ
الْهَدْيِ: شَاءَ.

قَالَ مَالِكُ: وَذَلِكَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَىٰ فِي ذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ يَقُولُ
فِي كِتَابِهِ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً
فَجَزَاءٌ مِّمْلٌ مَّا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يُحْكَمُ بِهِ ذَوْا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ
طَعَامٌ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: ٩٥] فَمِمَّا يُحْكَمُ بِهِ فِي الْهَدْيِ شَاءَ،
وَقَدْ سَمَّاهَا اللَّهُ هَدْيًا، وَذَلِكَ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا وَكَيْفَ يَشْكُ أَحَدٌ فِي
ذَلِكَ وَكُلُّ شَيْءٍ لَا يَبْلُغُ أَنْ يُحْكَمَ فِيهِ بِبَعِيرٍ أَوْ بَقْرَةٍ، فَالْحُكْمُ فِيهِ شَاءٌ وَمَا لَا يَبْلُغُ
أَنْ يُحْكَمَ فِيهِ بِشَاءٍ، فَهُوَ كَفَّارَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ إِطْعَامِ مَسَاكِينَ.

الشرح: قوله: «ما استيسر من الهدى شاة» يحتمل معنيين، أحدهما: أن يكون هذا
تفسير: ﴿ما استيسر من الهدى﴾ [البقرة: ١٩٦]، ومعناه ومقتضاه. والثاني: أن يكون
هذا المراد بقوله: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى﴾ [البقرة:
١٩٦]، فعلم ذلك بالتوقيف أو الدليل دون أن يختص هذا الاسم بالشاة في مقتضى اللغة
ومستعمل الخطاب.

فإذا قلنا إنه يقع عليه بعرف التخاطب، جاز أن يستدل عليه بقوله: ﴿يحكم به ذوا
عدل منكم هديًا بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥]؛ لأن معنى ذلك أن اسم الهدى واقع على
الشاة، وأنها أقل ما يقع عليه اسم هدى، وإن علمنا ذلك بدلالة من جهة التوقيف أو
الدليل، فإن كانت هذه اللفظة لا تختص في اللغة بالشاة، لم يجوز أن يحتج على ذلك
بقوله تعالى: ﴿يحكم به ذوا عدل منكم هديًا بالغ الكعبة﴾ لأن اسم المستيسر من الهدى
لا يقع عليه، وإنما يحتج بهذه الآية على من لا يطلق على الشاة اسم الهدى، ويمنع من
ذلك.

٨٥٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٣٠. المحلى ١٥١/٧.

٨٥٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٣١.

كتاب الحج ١٩

وأما من يقول: إن اسم الهدى ينطلق عليها وعلى غيرها، فلا يحتج عليه بهذه الآية، وإنما يحتج عليه بعموم قوله: ﴿فما استيسر من الهدى﴾ [البقرة: ١٩٦]، ولفظ البدن عام في كل ما يتناوله من بدن أو بقر أو غنم.

وقد روى طاوس عن ابن عباس قال: ﴿فما استيسر من الهدى﴾ كل بقدر يسارته، فاقضى بهذا القول أن ما استيسر من الهدى في حق الغنى البدنة، وفي حق غيره البقرة، وفي حق الفقير الشاة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ما استيسر من الهدى، يحتل معنيين، أحدهما: أن يشير به إلى أقل أجناس الهدى، والثاني: إلى أقل صفاته فأما أقل أجناس الهدى فهو الشاة، وأما أقل صفات كل جنس منها، فهو ما روى عن عبد الله بن عمر أنه قال: البدنة دون البدنة، والبقرة دون البقرة، فهذا عنده أفضل من الشاة، ولا خلاف نعلمه في ذلك.

وإنما مكان الخلاف في هذه المسألة أن عبد الله بن عمر كان يمنع الواجد للبدنة أو البقرة أن يهدى الشاة إما منع تحريم أو منع كراهية وغيره ممن يخالفه يطلق للواجد أن يهدى الشاة مع وجود البدنة والبقرة.

ولفظ: ما استيسر من الهدى، يقتضى المستيسر منه على المخرج له لأن المستيسر من الهدى إنما يعود إلى حال المخرج، إن تيسر له إخراجه، وقد يكون ذلك ينصرف إلى الغنى وينصرف إلى التمكّن وسهولة التناول.

وأما الأدون والأقل، فلفظ المستيسر فيه أظهر، والأظهر في هذه المسألة أن يقول فيه على ما تعلق به مالك من أنه إذا ثبت أن اسم الهدى ينطلق على الشاة بقوله تعالى: ﴿يحكم به ذوا عدل منكم هديًا بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥]، وأنه قد وقع الاتفاق على أن الشاة يتناولها في هذه الآية اسم الهدى، فإن قوله تعالى: ﴿فما استيسر من الهدى﴾ يتناول الشاة وغيرها مما يقع عليه اسم الهدى، وأنه يجوز إخراج الشاة مع وجود غيرها لأن قوله تعالى: ﴿فما استيسر﴾ يقتضى ما تيسر على المخرج وسهل عليه، وهذا اللفظ إنما يستعمل في التخفيف والتجاوز عن اليسير، ولو قلت لإنسان: افعل ما تيسر عليك، لفهم منه أنه يجوز عنه ما يقع عليه اسم الفعل، وتعليق هذا باختياره، وما هو أسهل عليه، ولو لم يرد ذلك لقال: فما وجد من الهدى، والله أعلم.

فصل: وقول مالك رضى الله عنه: «وقد سمي الله تعالى الشاة هديًا» وكيف يشك

٢٠ كتاب الحج

أحد في ذلك، وكل شيء لا يبلغ أن يحكم فيه بغير أو بقرة، فالحكم فيه بشاة، وما لا يبلغ الشاة لم يحكم فيه بهدى، يقتضى الدلالة على معنيين، أحدهما: أن اسم الهدى يقع على الشاة لأنه إذا بلغ أن يحكم في الصيد بشاة، جاز إخراجها، وهذا يقتضى أن اسم الهدى يتناولها. والثاني: أنه إذا لم يبلغ الصيد أن يحكم فيه بشاة لم يحكم فيه بهدى، وهذا يقتضى أن اسم الهدى لا يتناول ما هو دونها، فافتضى ذلك عنده أن اسم الهدى يتطلق على الشاة.

٨٥٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهُدَى: بَدَنَةٌ أَوْ بَقْرَةٌ.

الشرح: قوله: «ما استيسر من الهدى بدنة أو بقرة» ظاهره يقتضى أن هذا الوصف يختص بالبدنة والبقرة، وأن الشاة غير مرادة بالآية، إما من جهة اللغة، وإما من جهة الدليل عنده، وإذا ثبت أن اسم الهدى واقع على الشاة وجب أن يتناولها الوصف، وأن تستحقه، وأن تتناولها الآية بحق العموم.

٨٦٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ مَوْلَاةً لِعَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ يُقَالُ لَهَا رُقِيَّةٌ أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا خَرَجَتْ مَعَ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ إِلَى مَكَّةَ قَالَتْ: فَدَخَلْتُ عَمْرَةَ مَكَّةَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ، وَأَنَا مَعَهَا، فَطَافَتْ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، ثُمَّ دَخَلْتُ صُفَّةَ الْمَسْجِدِ، فَقَالَتْ: أَمَعَكَ مِقْصَانٌ؟ فَقُلْتُ: لَا، فَقَالَتْ: فَالْتَمِسِيهِ لِي، فَالْتَمِسْتُهُ حَتَّى جِئْتُ بِهِ، فَأَخَذْتُ مِنْ قُرُونِ رَأْسِهَا، فَلَمَّا كَانَ يَوْمَ النَّحْرِ ذَبَحَتْ شَاةً.

الشرح: قولها: «أنها دخلت مكة يوم التروية فطافت وسعت» يحتمل أن تكون أهلت بالحج، فطافت للورود، وسعت للحج على ما يفعل غير المراهق، ويحتمل أن تكون متمتعة أهلت بعمره وطافت وسعت لعمرتها، ثم قصرت لتحللها ثم أحرمت بالحج من مكة، وخرجت إلى منى، وهذا هو الأظهر لتقصيرها بعد ذلك وذبحها يوم النحر شاة عن متعتها.

٨٥٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٣٢. المحلى ١٥١/٧. ابن أبي شيبة في المصنف ٤٦٤/٤.

٨٦٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٣٣.

كتاب الحج ٢١
 وإدخال مالك، رحمه الله، هذا الحديث في هذا الباب، دليل على أنه حمل ذلك على أنها كانت متمتعة، فاحتج باجترائها بالشاة عن تمتعها على أن الشاة مرادة بقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وقد كان يتمل أن يقال إنه فدية لإماتها الأذى إلا أنه لم يذكر حاجة إلى ذلك ولا مرضاً يقتضى إمطة أذى، ولا يوصف ذلك بالأخذ من القرون في عرف الاستعمال، وإنما يوصف بإمطة الأذى، والله أعلم.

* * *

جامع الهدى

٨٦١ - مَالِك، عَنْ صَدَقَةَ بْنِ يَسَارِ الْمَكِّيِّ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ جَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، وَقَدْ ضَفَرَ رَأْسَهُ، فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ إِنِّي قَدِمْتُ بِعُمْرَةٍ مُفْرَدَةً، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: لَوْ كُنْتَ مَعَكَ أَوْ سَأَلْتَنِي لِأَمْرَتِكَ أَنْ تَقْرَنَ، فَقَالَ الْيَمَانِيُّ: قَدْ كَانَ ذَلِكَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: خُذْ مَا تَطَايَرَ مِنْ رَأْسِكَ وَأَهْدِ، فَقَالَتْ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ: مَا هَدْيُهُ يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ؟ فَقَالَ: هَدْيُهُ، فَقَالَتْ لَهُ: مَا هَدْيُهُ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: لَوْ لَمْ أَجِدْ إِلَّا أَنْ أُذْبَحَ شَاةٌ لَكَانَ أَحَبَّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَصُومَ.

الشرح: قوله: «أن السائل سأل ابن عمر وقد ضفر رأسه» وهو نوع من التليد، فقال: «إني قدمت بعمره» فكره عبد الله بن عمر أن يخلق، واختار أن يكون الخلاق في الحج، فقال: «لو كنت معك لأمرتك أن تقرن» لأنه كان يجمع بين العمرة والحج ويخلق لهما مرة واحدة، فكان ذلك أحب إليه من أن يخلق رأسه في العمرة، ولا يجد شعراً يخلق في حجه.

وقد روى عن مالك في المختصر، فيمن قدم معتمراً يوم التروية: لا يخلق ويقصر وليردف الحج. قال الشيخ أبو بكر: إنما قال ذلك ليبقى له من الشعر ما يخلق يوم النحر، فلذلك رأى التقصير أفضل.

فصل: وقول اليماني: «قد كان ذلك» يريد أنه قد فات أمر القران بفوات محل الإرداف لتمام الطواف والسعي، ولذلك لم يأمره عبد الله بن عمر بشيء غير التقصير،

٢٢ كتاب الحج

ولم يذكر طوافاً، ولا سعيًا، فدل ذلك على أنه قد فهم من اليماني أنه قد كان أكمل الطواف والسعي، فلم يبق إلا أن يشير عليه بأفضل ما يراه في هذه الحال التي قد فات فيها القران.

فصل: وقول عبد الله بن عمر: «احلق ما تطاير من رأسك» يريد ما علا من الشعر عن التصفير، وهذا لا يصح عند مالك في التقصير، ولا يجزئه إلا الأخذ من جميع الشعر، بل لا يجزئ من ضفر التقصير، ولا يجزئه إلا الحلاق، ولكنه لعله قد أمره بنقض ما ضفر منه، ثم حينئذ يأخذ ما زاد من شعره على المشط أو على ما يبقيه التقصير.

وأما إن حمل على ظاهره، فعنده يجوز التقصير بأخذ بعض الشعر، وعند مالك غير مجزئ، وسيأتي ذكره وبيان حكمه في موضعه إن شاء الله.

فصل: وقوله: «وأهد» يحتمل أن يريد هدى التمتع؛ لأنه اعتمر في أشهر الحج، وهو يريد أن يحج من عامه، فلزمه هدى التمتع، ويحتمل أن يكون أمره من التقصير بأكثر ما يقدر عليه، وإن لم يكن مجزئاً عنه ثم أمره مع ذلك بالهدى لما أخره من الحلاق أو التقصير المجزئ، وقد قال مالك في العتبية فيمن أتم عمرته، ثم أحرم بالحج، ثم ذكر أنه لم يقصر، فعليه هدى لذلك مع هدى التمتع.

قوله: «فقلت امرأة عراقية: ما هديه يا أبا عبد الرحمن؟» يحتمل قولها أحد أمرين، أحدهما: أن تسأله عن هدى من أتى بمثل ذلك في الجملة، والثاني: أن تسأله عن هدى ذلك الرجل خاصة في مثل يساره وحاله، فتوقف عن الجواب لاختياره لذي اليسار البدنة أو البقرة.

ولعله قد رأى من حال ذلك الرجل أن يده لا تتسع لذلك، فكره أن يفتى بالشاة، فيتعلق بذلك من يقدر على البدنة أو البقرة، فلما كررت عليه السؤال تعين عليه الجواب، إما لأنه رأى أن المرأة ممن يجب تعليمها مثل هذا الحكم، أو لعلها قد لزمها مثل ذلك في خاصة نفسها أو لأنه خاف فوات اليماني، ومغيبه عنه من قبل أن يعلم ما حكمه، فقال: «لو لم أجد إلا أن أذبح شاة لكان أحب إلي من أن أصوم» فصرح بجواز ذبح الشاة في مثل ذلك لمن لم يجد غير ذلك، وأنه أحب إليه من الصوم، وأحب هاهنا، وإن كان لفظه لفظ الاستحباب، فظاهره الوجوب بالاتفاق على أنه لا يجوز الانتقال إلى الصوم إلا عند عدم ما يجزئ من الهدى، ويحتمل أن يريد بذلك التشدد في الفضيلة، والمنع مما هو عنده أقل الهدى لذي اليسار والله أعلم.

كتاب الحج ٢٣

وقد قال مالك في الموازية: من لم يقدر على الحلاق ولا التقصير من وجع به، فعليه بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فشاة، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام وسبعة. وقال الشيخ أبو بكر: إنما قال ذلك لأن البدنة أفضل الهدى، وأنفع للمساكين، فاستحب مالك أن يأتي بالبدنة، إذا وجد، فمن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فشاة، وذلك أدنى الهدى.

ومعنى ذلك على ما قاله الشيخ أبو بكر الاستحباب لا على معنى أنه لا تجزئ الشاة عن البدنة، وعلى هذا يمكن أن يحمل قول ابن عمر، والله أعلم.

٨٦٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: الْمَرْأَةُ الْمُحْرَمَةُ إِذَا حَلَّتْ لَمْ تَمْتَشِطْ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْ قُرُونِ رَأْسِهَا، وَإِنْ كَانَ لَهَا هَدْيٌ لَمْ تَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهَا شَيْئًا حَتَّى تَنْحَرَ هَدْيَهَا.

الشرح: قوله: «المرأة المحرمة إذا حلت لم تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها» يحتمل قوله: «إذا حلت» وجهين، أحدهما: إذا بلغت من نسكها موضع الإحلال للتقصير، وهذا يكون في الحج والعمرة، والثاني: إذا حلت برمي الجمار، فإنه نوع من الإحلال، وهذا إحلال مختص بالحج، فنهاها عن أن تمتشط حتى تأخذ من قرون رأسها، ومعناه أن تقصر، فتأخذ من قرون شعر رأسها.

وأما منعها من الامتشاط قبل أن تقصر، فلا يخلو أن تكون معتمرة أو حاجة، فإن كانت معتمرة، فقد قال ابن القاسم، في الموازية: ليس للمحرم المعتمر أن يغسل رأسه قبل أن يحلقه، أو يقتل شيئاً من الدواب، أو يلبس قميصاً بعد تمام السعي. وأما في الحج، فإن ذلك مشروع.

قال مالك في الموازية: ومن الشأن أن يغسل رأسه بالغاسول والخطمي حين يريد أن يحلق، ولا بأس أن يتنور يقص أظفاره، ويأخذ من شاربه وحيته قبل أن يحلق، وإنما كره ذلك للمعتمر؛ لأن التقصير أو الحلاق بهما يتحلل إلقاء التفت، وبه يتبدأ فيه.

فصل: وقوله: «حتى تأخذ من قرون رأسها» يقتضى استيعاب ذلك بالتقصير دون الاقتصار على التقصير من بعضه دون بعض، وهو الواجب عند مالك وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

٢٤ كتاب الحج

فصل: وقوله: «فإن كان لها هدى لم تأخذ من شعرها حتى تنحر هديها» يريد أن تنحر مقدم على الحلاق والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦].

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ: لَا يَشْتَرِكُ الرَّجُلُ وَامْرَأَتُهُ فِي بَدَنَةٍ وَاحِدَةٍ لِيُهْدَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَدَنَةً بَدَنَةً^(١).

الشرح: قوله: «لا يشترك الرجل وامرأته في بدنة» على وجه الإخبار عن أن ذلك ممنوع غير مجزئ ولا مشروع، وقد تقدم كلامنا في ذلك، وإنما خص الرجل وامرأته بالمنع من ذلك، لأن الرجل يجوز أن يشرك امرأته في الأضحية، وإن لم يجز له أن يشرك أجنبية.

فلما نص على أنه لا يجوز للرجل أن يشرك امرأته في الهدى كان فيه تنبيه على أن امتناع ذلك في الأجنبية أولى مع ما في ذلك من التفريق بين الهدى والأضحية في هذا الحكم، وقد تقدم ذكره بما يغنى عن إعادته.

فصل: وقوله: «ليهد كل واحد منهما بدنة بدنة» يريد أن حكمها في ذلك حكمه، وأن هدى كل واحد منهما بدنة كاملة سالمة من المشاركة فيها، وفي ذلك تنبيه على أن هذا أقل ما يجب أن ينفرد به كل واحد منهما من جنس الهدى؛ لأنه لما منع الاشتراك، ثم أباح لكل واحد واحدة كاملة، اقتضى ذلك أن هذا أقل الهدى وبين أيضاً أن الانفراد بالهدى حكم البدن وغيرها، لئلا يظن ظان أنه يجوز الاشتراك في البدن، وإن لم يجز في الغنم، والله أعلم.

قال يحيى: وَسُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ بُعِثَ مَعَهُ هَدْيٌ يَنْحَرُهُ فِي حَجٍّ، وَهُوَ مُهَلٌّ بِعُمْرَةٍ هَلْ يَنْحَرُهُ إِذَا حَلَّ أُمُّ يُؤَخَّرُهُ حَتَّى يَنْحَرَهُ فِي الْحَجِّ، وَيُحِلُّ هُوَ مِنْ عُمْرَتِهِ؟ فَقَالَ: بَلَى يُؤَخَّرُهُ حَتَّى يَنْحَرَهُ فِي الْحَجِّ وَيُحِلُّ هُوَ مِنْ عُمْرَتِهِ.

الشرح: قوله: «عمن بعث معه هدى لينحره في حج» يقتضى أن لبعثه في الحج تأثيراً يمنع من نحره في غيره، قال مالك: ويبعث الرجل بهديه مع حاج أو معتمر، فإن بعث به مع غير معتمر لم أربه بأساً، وأجزأ عنه.

ومعنى ذلك أنه لا تعلق للهدى بنسك الحامل له، وإنما تعلقه بالوجه الذي أمر أن

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٣٦.

كتاب الحج ٢٥

يذبحه عليه، فمن بعث معه هدى لينحره في الحج، فإنما بعث به معه لتلا ينحره قبل أيام منى، فإذا أخذه على ذلك، فعليه الوفاء بما عاهد عليه، والتزم فعله، وهل يختص ذلك بحجج الذي أرسل معه أو بحجج الناس؟.

قال القاضي أبو الوليد: لم أر فيه نصاً وعندى أنه إنما يتعلق ذلك بحجج الناس، فعلى الحامل للهدى أن يقف به بعرفة، وينحره مع الناس يوم النحر. منى حج هو أو لم يحج، ولذلك قال مالك في هذه المسألة: لا ينحره إلا في الحج، ولم يعلق ذلك بحججه، قال: «ويحل هو من عمرته»، يريد أنه دخل بعمره لكن الهدى الذي أرسل معه على أن ينحره في الحج.

مسألة: ولو أن باعث الهدى لينحر له في الحج خرج معتمراً، فأدركه آخر حتى ينحره في الحج، ورواه محمد عن مالك.

ووجه ذلك أنه لما قلدوا وجب على النحر في الحج لم يمنع من ذلك، ولا غير هذا الحكم الذي أوجبه فيه إدراكه له كما لو قلده على أن ينحره في الحج، ودخل متمتعاً لكان حكمه أن لا ينحر في عمرته، وكان عليه أن يؤخره حتى ينحره في حجه.

قَالَ مَالِكٌ: وَالَّذِي يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِالْهَدْيِ فِي قَتْلِ الصَّيْدِ أَوْ يَجِبُ عَلَيْهِ هَدْيٌ فِي غَيْرِ ذَلِكَ فَإِنَّ هَدْيَهُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِمَكَّةَ كَمَا قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥] وَأَمَّا مَا عُدِلَ بِهِ الْهَدْيُ مِنَ الصِّيَامِ أَوْ الصَّدَقَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَكُونُ بِغَيْرِ مَكَّةَ حَيْثُ أَحَبَّ صَاحِبُهُ أَنْ يَفْعَلَهُ فَعَلَهُ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن بدل الصيد ثلاثة أشياء، هدى أو إطعام أو صيام، فأما الهدى، فإنه لا ينحر إلا بمكة لقوله تعالى: ﴿هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ وهل يجزئه أن ينحره منى أم لا؟ ظاهر قوله هاهنا يمنع من ذلك، ويقتضى اختصاصه بمكة.

وكذلك يقتضيه استدلاله بقوله تبارك وتعالى: ﴿هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ غير أن حكم هذا الهدى حكم غيره من الهدايا، إن ساقه وهو معتمر أو حلال نحره بمكة، ولو ساقه في حج، فوقف به في عرفة لم يجزه أن ينحره إلا بمنى في أيام منى، قاله أشهب وابن القاسم عن مالك.

ووجه ذلك أنه هدى وقف به في عرفة، فوجب أن ينحر في أيام منى كهدى المتعة.

مسألة: فإن نحره منى أو بمكة، فأراد أن يطعم منه مساكين الحل بأن ينقل ذلك

٢٦ كتاب الحج
إليهم، جاز ذلك، فيما حكاه القاضي أبو الحسن عن مالك، وبه قال أبو حنيفة. وقال
الشافعي: لا يجوز أن يفرقه إلا في الحرم.

والدليل على ما نقوله أن هذا هدى جزاء الصيد، فجاز أن يصرف إلى فقراء الحل.
أصل ذلك إذا دفع إليهم في الحرم وأيضاً فقد صار بالبحر طعاماً، فبطل اختصاصه
بأهل الحرم.

فصل: وقوله: «وأما ما عدل به الهدى من الصيام أو الصدقة، فإن ذلك يكون بغير
مكة حيث أحب صاحبه» يقتضى هذا أن له أن يأتي بالصيام والإطعام حيث شاء من
البلاد مكة أو غيرها، فأما الصيام فلا تأثير للبلاد والمواضع والأزمان فيه، ولذلك من
أفطر رمضان بمكة، وفي الصيف جاز له أن يقضيه في الشتاء، وفي كل بلد، ولا
خلاف في ذلك نعرفه.

مسألة: وأما الإطعام، فقد قال مالك في الموطأ وغيره: إن ذلك يكون بغير مكة
حيث شاء صاحبه، ولم يذكر صفة الإخراج بغير مكة، وقد اتفق أصحابنا على جواز
الإخراج بغير مكة، وإن اختلفوا في كيفية الإخراج، وبه قال أبو حنيفة. وقال
الشافعي: لا يجوز أن يفرق الطعام إلا في الحرم.

والدليل على ما نقوله أن هذا الطعام بدل عن نسك، فجاز إخراجه بغير مكة كفدية
الأذى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن حبيب: لا يطعم الطعام إلا بموضع أصاب الصيد
فيه، وما قاربه حيث يجد المساكين. ومعنى ذلك أن يقوم بسعر ذلك المكان ويستحب
إخراجه فيه لما قدمناه.

وقد قال ابن حبيب: إن كان ببلد بسعر بلد الإخراج أو أرخص اشترى بثمن الطعام
حيث يصاب الصيد، فأخرج ذلك الطعام، وإن كان ببلد الإخراج أغلى أخرج تلك
المكيلة، ونحوه روى ابن المواز.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في العتبية: أنه يخرج قيمة الطعام الذي حكم به
عليه حيث أصاب الصيد فليشتر به طعاماً كان السعر ببلد الشراء أرخص أو أغلى
ونحوه روى عن أصبغ.

٨٦٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ خَالِدِ الْمَخْزُومِيِّ، عَنْ أَبِي أَسْمَاءَ مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ كَانَ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ فَخَرَجَ مَعَهُ مِنَ الْمَدِينَةِ، فَمَرُّوا عَلَى حُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ، وَهُوَ مَرِيضٌ بِالسُّقْيَا، فَأَقَامَ عَلَيْهِ عَبْدُ اللَّهِ ابْنُ جَعْفَرٍ حَتَّى إِذَا خَافَ الْفَوَاتَ خَرَجَ، وَبَعَثَ إِلَى عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ وَأَسْمَاءَ بِنْتِ عُمَيْسٍ، وَهُمَا بِالْمَدِينَةِ، فَقَدِمَا عَلَيْهِ ثُمَّ إِنَّ حُسَيْنًا أَشَارَ إِلَى رَأْسِهِ، فَأَمَرَ عَلِيَّ بِرَأْسِهِ فَحُلِقَ ثُمَّ نَسَكَ عَنْهُ بِالسُّقْيَا، فَنَحَرَ عَنْهُ بَعِيرًا.

قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: وَكَانَ حُسَيْنٌ خَرَجَ مَعَ عُثْمَانَ بْنِ عَفَانَ فِي سَفَرِهِ ذَلِكَ إِلَى مَكَّةَ.

الشرح: قوله: «أنهم مروا على علي بن حسين بن علي وهو مريض بالسقيا» وهو موضع بين مكة والمدينة، وهو من المدينة، ومقام عبد الله بن جعفر عليه، يقتضى أنه كان يرجو أن يقوى على التوجه معه، ولذلك لما أيس أن يدرك معه الحج، وخاف الفوات أرسل إلى علي بن أبي طالب وأسماء بنت عميس يعلمهما بحاله، ولم يرسل إليهما قبل ذلك، لما رجا من صحته وقوته على إكمال نسكه، ويحتمل أن يكون حسين رضى الله عنه توقف على أن يحل لما اعتقد أنه لا يحله إلا البيت أو لأنه رجا القوة على الوصول قبل فوات الحج.

وقد اختلف العلماء فى ذلك فذهب مالك والشافعى إلى أن المحصر بمرض لا يحله إلا البيت. وقال أبو حنيفة: هو كالمحصر بعدو يتحلل حيث أحصر.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَأَتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وهذا عام إلا ما خصه الدليل.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا تحلل لا يستفاد به التخلص من أذى، فوجب أن لا يجوز. أصله إذ ضل فى طريقه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فسواء شرط فى إحرامه أن يحله حيث حبسه المرض أو لم يشترط ذلك لا يحله إلا البيت. وقال الشافعى: إن شرط ذلك حل بالمرض.

والدليل على ما نقوله أن كل معنى لا يخرج به من العبادة بغير شرط، فإنه لا يخرج به بالشرط. أصل ذلك الكسل.

٢٨ كتاب الحج

مسألة: ومن أحصر بمرض، ففاته الحج، فليحل بعمل العمرة وعليه الهدى، ولا يجوز ذبحه إلا بمكة أو منى، قاله القاضى أبو الحسن، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعى: ينحره حيث أحصر فى حل كان أو حرم.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَالْبَدَنَ جَعَلْنَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾ إلى قوله: ﴿ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٣٦]، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وهذا يقتضى بلوغه إلى مكة لأنه قال فى الآية الأولى: ﴿ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾.

فصل: وقوله: «ثم إن حسينا أشار إلى رأسه» يريد أنه تأذى بشعره أو بهوام فى رأسه، فأمر على رضى الله عنه برأسه فحلق، وذلك يقتضى أن لكل من به أذى من رأسه أن يحلق ويفتدى.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نَسْكَ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وقد ورد حديث كعب بن عجرة بتفسير ذلك، وسيأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «ثم نسك عنه بالسقيا» وهو موضع غلب عليه به، وأقام فيه وفدية الأذى جائز أن ينحرها بكل موضع؛ لأنها ليست بهدى، فيكون لها تعلق بالبيت، وإنما هو نسك لا يقلد ولا يشعر، ولا يحتاج أن يجمع له بين الحل والحرم، فله نحره حيث شاء.

والدليل على ذلك أن هذا دم ورد الشرع فيه بلفظ النسك، فلم يختص بالحرم كالعقيقة والأضحية، ولا يجوز أن يدعى أن البعير الذى نحره على بن أبى طالب رضى الله عنه للتحلل بذلك الموضع لوجوه، أحدها: أن أبا حنيفة الذى يبيح التحلل فى موضع المرض لا يرى أن ينحر الهدى إلا بمكة، والشافعى الذى يميز التحلل بالشرط، ويرى أن من نحر الهدى حيث يحل لا يمكنه أن يعلم أنه اشترط التحلل، ولا علمنا أحدًا عمل به.

وقد روى عن الزهرى أنه قال: لم يقل أحد بالشرط على أنه لو سلم له هذا، فإن على بن أبى طالب رضى الله عنه اشترى ما نحر عنه حيث نحره، روى ذلك حماد بن زيد ولم يقلده ولا أشعره، وهذا يدل على أنه لم يكن هديًا ساقه، وإنما كان دم فدية

كتاب الحج ٢٩
الأذى، ولكنه اختار إخراج الأفضل وهو جائز عندنا وإنما يجزئ من ذلك الشاة، ومن
أخرج بدنة أو بقرة أجزأته، بل ذلك أفضل.

فصل: وقول يحيى بن سعيد: «وكان حسين قد خرج مع عثمان بن عفان في سفره
ذلك» يريد خرج معه في توجهه للحج. وقد روى سفيان بن عيينة عن يحيى بن سعيد
أنه قال: مرض حسين بالعرج فتحامل، فلما بلغ السقيا، اشتد به المرض، فمضى
عثمان، وبقي هو بالسقيا.

* * *

الوقوف بعرفة والمزدلفة

٨٦٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «عَرَفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ، وَارْتَفِعُوا
عَنْ بَطْنِ عُرْنَةَ، وَالْمُزْدَلِفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ، وَارْتَفِعُوا عَنْ بَطْنِ مُحَسَّرٍ».

الشرح: قوله ﷺ: «عرفة كلها موقف» يريد أن لا يختص بعضها بهذا الحكم دون
بعض، وأن من وقف في أى موضع شاء منها، فقد أجزأه ذلك من الوقوف بعرفة، لئلا
يتضايق الناس بموضع وقوف النبي ﷺ.

٨٦٤ - أخرجه مسلم حديث رقم ٢٩٠٣. أبو داود حديث رقم ١٩٠٧، ١٩٠٨. النسائي
٢٥٥/٥. ابن ماجه كتاب المناسك باب الموقف بعرفات عن جابر ١٠٠٢/٢. البيهقي فى السنن
الكبرى ١١٥/٥ عن محمد بن المنكدر. الطبراني ٤٩/١١ عن ابن عباس. الطحاوى فى مشكل
الآثار ٧٢/٢ عن ابن عباس. ذكره بكنز العمال برقم ١٠٢٥١، وعزاه للطبراني عن ابن عباس.
قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٠/٦: وهذا الحديث يتصل من حديث جابر بن عبد الله، ومن
حديث ابن عباس، ومن حديث على بن أبى طالب. قال ابن وهب: سألت سفيان بن عيينة عن
عُرْنَةَ؟ فقال: موضع الممر فى عرفة، ثم ذلك الوادى كله قبله للمسجد إلى العلم الموضوع للحرم
بطريق مكة؛ وأما بطن محسر، فذكر ابن وهب أيضا عن سفيان بن عيينة، قال: بطن محسر حين
تنحدر من الجبل الذى عند المشعر الحرام عند النخيلات عند المشلل. أخبرنا عبد الله بن محمد،
قال: حدثنا أحمد بن جعفر بن عمران، قال: حدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل، قال: حدثنا أبى،
قال: حدثنا عثمان بن عمر، قال: حدثنا أسامة، يعنى ابن زيد، عن عطاء، عن جابر، قال: قال
رسول الله ﷺ: «عرفة كلها موقف، ومنى كلها منحرج، وكل فجاج مكة طريق ومنحرج»، وقال
أبو عمر: هذا هو الصحيح، إن شاء الله، ومن رواه عن عطاء، عن ابن عباس، فليس بشىء،
روى من حديث عبيد الله بن عمر، عن عطاء، عن ابن عباس، وليس دون عبيد الله من يحتج به
فى ذلك.

٣٠ كتاب الحج

وقد قال عمر بن الخطاب: يا أيها أمنوا لا تقتلوا أنفسكم ولا تهلكوا أنفسكم على هذا المكان، فإن عرفة كلها موقف، فهذا فى الجواز، وإن كنا نستحب الوقوف فى ذلك الموضع، وما يقرب منه تبركاً بالنبي ﷺ.

وقد قال ابن حبيب: وحيث يقف الإمام أفضل. وقد قال ابن المواز عن مالك: ليس فى موضع من ذلك فضل إذا وقف مع الناس، ومن تأخر عن الناس، فوقف دونهم أجزاءه. قال ابن المواز: إذا ارتفع عن بطن عرنة.

فصل: وقوله ﷺ: «ارتفعوا عن بطن عرنة» يمتل معنيين، أحدهما: أن تكون عرنة من جملة ما يقع عليه اسم عرفة، فيكون ذلك استثناء مما عممه بقوله: «عرفة كلها موقف» فكأنه قال ﷺ: عرفة كلها موقف إلا بطن عرنة، على حسب ما قال ابن الزبير بعد هذا.

ويؤيد هذا التأويل أنه لم يمد عرفة من غير جهة عرنة، واقتصر على أن يكون الموقف يختص بالموضع الذى يتناوله هذا الاسم، فدل ذلك على أنه احتج إلى استثنائها كما لم يستثن ما ليس من عرفة من سائر الجهات، وإن كنا نعلم أنه لا يجوز الوقوف به، ويحتمل أن تكون عرنة ليست من عرفة، ولا يتناولها اسمها، فيكون معنى قوله ﷺ: «وارتفعوا عن بطن عرنة» على معنى قصر هذا الحكم على عرفة، وما قرب منها، ولذلك قال: «ارتفعوا عن بطن عرنة» مع قربه من عرفة.

وقد قال مالك فى الموازية: بطن عرنة، هو واد فى عرفة، يقال إن حائط مسجد عرفة القبلى على حده، لو سقط ما سقط إلا فيه.

وقد روى ابن حبيب أن عرفة فى الحل، وعرنة فى الحرم، وبطن عرنة الذى أمر النبي ﷺ بالارتفاع عنه، هو بطن الوادى الذى فيه مسجد عرفة.

قال فى الموازية: من وقف بالمسجد، فقد خرج عن بطن عرنة، ولكن الفضل بقرب الإمام. وقال ابن القاسم: ليس الوقوف له بحسن. وقد روى أبو القاسم بن الجلاب أنه لا يجوز الوقوف ببطن عرنة، قيل: فإن فعل حتى دفع؟ قال: لا أدرى، وقد قاله ابن عبد الحكم. قال أصبغ: لا حج له، وراه من بطن عرنة. قال مالك: لا أحب أن يقف على جبال عرفة، ولكن مع الناس.

فصل: وقوله: «والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر» على مثل ذلك يمتل من التأويل ما تقدم فى قوله ﷺ: «عرفة كلها موقف، وارتفعوا عن بطن عرنة».

كتاب الحج ٣١
وقال ابن المواز: كان الناس يستحبون الوقوف على الجبل الذي يقف عليه الإمام. وقال ابن حبيب: ويقف الإمام حيث المنارة التي على قرح، والمشعر ما بين جبلى المزدلفة، ويقال لها أيضاً جمع.

قال ابن حبيب: ما بين الجبلين موقف.. قال ابن أبي نجیح: ما صب من محسر فى المزدلفة، فهو منها، وما صب منه فى منى فهو منها.

مسألة: وقد قال أشهب: يستحب الوقوف بالمزدلفة مع الإمام. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: إنما لا يقف بالمشعر بعد دفع الإمام من بات بها أو وقف معه. وأما من أتى بعد الفجر، فليقف ما لم يسفر جداً، وإن دفع الإمام.

٨٦٥ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: اعْلَمُوا أَنَّ عَرَفَةَ كُلَّهَا مَوْقِفٌ إِلَّا بَطْنَ عَرْنَةَ، وَأَنَّ الْمُرْدَلِفَةَ كُلَّهَا مَوْقِفٌ إِلَّا بَطْنَ مُحَسَّرٍ.

الشرح: قوله: «اعلموا أن عرفة كلها موقف إلا بطن عرنة» على سبيل الاجتهاد فى تعليم هذا الحكم والمبالغة فى تبيينه.

وقوله: «إلا بطن عرنة» أظهر فى أحد التأويلين، وهو أن تكون عرنة من عرفة، ومحسر من المزدلفة، ولذلك استثناهما من جملة ما أباح به الوقوف له من عرفة والمزدلفة.

وقد يجوز عندنا أن يكون استثناء من غير الجنس، فتكون عرنة من غير عرفة، ومحسر ليس من المزدلفة إلا أن الأول أظهر، فإذا قلنا بجواز ذلك، وحملناه على أنه استثناء من غير الجنس، فمعناه إلا أن بطن عرنة على قربه من عرفة لا يجوز الوقوف به تحديداً لمكان الوقوف، وتحذيراً من أن يجرى أحد ما قرب من عرفة مجرى عرفة.

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧] قَالَ: فَالرَّفَثُ إِصَابَةُ النِّسَاءِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ، قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٧] قَالَ: وَالْفُسُوقُ الذَّبْحُ لِلْأَنْصَابِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ، قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿أَوْ فِسْقًا أَهْلَ لِعَبِيرٍ

٣٢ كتاب الحج

اللَّهِ بِهِ ﴿[الأنعام: ١٤٥] قَالَ: وَالْجِدَالُ فِي الْحَجِّ أَنْ قُرَيْشًا كَانَتْ تَقِفُ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ بِالْمُزْدَلِفَةِ بِقُرْحٍ، وَكَانَتِ الْعَرَبُ وَغَيْرُهُمْ يَقِفُونَ بِعَرَفَةَ فَكَانُوا يَتَحَادَثُونَ يَقُولُ هَؤُلَاءِ: نَحْنُ أَصَوَّبٌ. وَيَقُولُ هَؤُلَاءِ: نَحْنُ أَصَوَّبٌ، فَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ جَعَلْنَا مَنْسَكًا هُمْ نَاسِكُوهُ فَلَا يُنَازِعَنَّكَ فِي الْأَمْرِ وَاذْعُ إِلَىٰ رَبِّكَ إِنَّكَ لَعَلَىٰ هُدًى مُسْتَقِيمٌ﴾ [الحج: ٦٧] فَهَذَا الْجِدَالُ فِيمَا نَرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَقَدْ سَمِعْتُ ذَلِكَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ.

الشرح: الذي ذكره مالك في تأويل الآية هو قول جماعة من أهل العلم، فأما الرفث، فقال مالك: إنه إصابة النساء، يريد بذلك الجماع. وقد روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس، واحتج مالك على ذلك بآية الصوم.

ولا خلاف أن الرفث في آية الصوم إصابة النساء، وأما في آية الحج، فقد قيل إنه الجماع. وقال عطاء: هو الجماع وما دونه من قول الفحش. وروى طاوس عن ابن عباس أن الرفث في آية الحج الإغراء به، وهو التعريض للنساء بالجماع.

فصل: وأما فسوق، فقد قال مالك: إنه الذبح للأنصاب، واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿أَوْ فَسَقًا أَهْلَ لَغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، وقد روى مجاهد عن ابن عمر، رحمه الله، أنه قال: الفسوق السباب. وقال ابن عباس: الفسوق المعاصي. وقد قال ربيعة: الفسوق قول الزور.

وإنما قصد مالك، رحمه الله، إلى الاستدلال بالقرآن؛ لأنه قد ورد لفظ الفسوق فيه، والمراد به الذبح للأنصاب، والحج مما شرع فيه الذبح وإراقة الدماء، فخص بالنهي عن ذلك، وإن كان قد نهى عن المعاصي جملة.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ولا يمتنع عندي أن يكون الفسوق في الآية كل ما يفسق به من المعاصي والذبح للأنصاب من جملة ذلك.

فصل: وأما الجدال، فذهب مالك إلى أنه الجدال في الموقف يوم عرفة، وبه قال ربيعة. وقال ابن عمر وابن عباس: الجدال: المراء. زاد ابن عباس: أن تمارى صاحبك حتى تغضبه. وقال القاسم بن محمد: هو قول بعضهم: الحج اليوم، وقول بعضهم: الحج غدًا.

وإنما ذهب مالك إلى تخصيص الاختلاف بهذا المعنى دون غيره من وجه الجدال؛

كتاب الحج ٣٣
لأنه حمل قوله تعالى: ﴿وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧]، على المنع من الجدال في أمر الحج خاصة، ولا يمتنع حمل الآية على عمومها، إلا أن يدل الدليل على التخصيص، فيكون الرفث الجماع، وكل قبيح من الكلام والفسوق كل معصية والجدال كل مرء ممنوع منه، فهذا كله، وإن كان ممنوعاً في غير الحج إلا أنه يتأكد أمره في الحج.

* * *

وقوف الرجل وهو غير طاهر ووقوفه على دابته

قَالَ يَحْيَى: سُئِلَ مَالِكٌ هَلْ يَقِفُ الرَّجُلُ بِعَرَفَةَ أَوْ بِالْمُزْدَلِفَةَ، أَوْ يَرْمِي الْجِمَارَ، أَوْ يَسْعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَهُوَ غَيْرُ طَاهِرٍ؟ فَقَالَ: كُلُّ أَمْرٍ تَصْنَعُهُ الْحَائِضُ مِنْ أَمْرِ الْحَجِّ فَالرَّجُلُ يَصْنَعُهُ، وَهُوَ غَيْرُ طَاهِرٍ، ثُمَّ لَا يَكُونُ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي ذَلِكَ، وَلَكِنَّ الْفَضْلُ أَنَّ يَكُونَ الرَّجُلُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ طَاهِرًا، وَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَتَعَمَّدَ ذَلِكَ^(١).

الشرح: قوله: «كل شيء تفعله الحائض من أمر الحج، فالرجل يفعله، وهو غير طاهر» كلام بين؛ لأن الحائض محدثة حدثاً أكبر، فإذا جاز لها أن تفعل سائر المناسك، دل ذلك على أن المحدث والجنب يفعله بدليل أن ما يشترط الطهارة في صحته لا تفعله الحائض من الطواف.

وأما ما لا نشترط الطهارة في صحته من الوقوف بعرفة، أو بالمزدلفة، أو رمي الجمار، أو السعي بين الصفا والمروة، ففعل الحائض له وإجزاؤه عنها مع حدثها، دليل على أن المحدث والجنب يصح منهما فعله غير أنه قال: «فالرجل يفعله، وهو غير طاهر» وهذا اللفظ يقع على المحدث، ويقع على الجنب، ويحتمل أن يريد هما أو يريد أحدهما.

فصل: وقوله: «ثم لا شيء عليه» يحتمل أن يريد بذلك لا قضاء عليه، ويحتمل أن يريد لا قضاء، ولا جبران. وقد روى ابن حبيب عن مالك: من حفزه غائط أو بول في السعي، فليقض حاجته ويتوضأ ثم يتم سعيه.

وقال مالك في العتبية: من أحدث في سعيه، فتمادى، فلا إعادة عليه، وأحسن من ذلك لو توضأ وتم سعيه. وروى أشهب عن مالك: إن حاضت امرأة بعد الركوع سعت، وأجزأها، وبالجمله إن جميع أفعال الحج يفعلها غير الطاهر، ما خلا الطواف.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٤٠.

٣٤ كتاب الحج

والأصل في ذلك حديث عائشة رضی الله عنها «أنها قالت: قدمت مكة، وأنا حائض، ولم أطف بالبيت، ولا بين الصفا والمروة، فشكوت ذلك إلى الرسول ﷺ فقال: افعلی كما يفعل الحاج، غیر أن لا تطوفی بالبيت حتى تطهری»^(١).

فصل: وقوله: «والفضل أن يكون الرجل طاهرًا في ذلك كله» يريد أنه أفضل؛ لأنه مما شرعت فيه الطهارة استحبابًا. وقد روى ابن وهب عن مالك: واستحب بعض العلماء التطهير للسعي، ولرمى الجمار، ولوقوف عرفة ومزدلفة، ومن لم يفعل فلا شيء عليه.

وهذا الغسل إنما هو غسل للتنظيف كغسل الجمعة وغسل دخول مكة، ولكنه يقوى أن الطهارة مشروعة لهذه المناسك مع نظافة الأعضاء، فهذا قال: «ولا ينبغي لأحد أن يتعمد ذلك»، أي ولا ينبغي له أن يتعمد الوقوف على غير طهارة، وقاله ابن الماجشون.

قَالَ يَحْيَى: وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ لِلرَّاكِبِ أَيْنَزَلُ أَمْ يَقِفُ رَاكِبًا؟ فَقَالَ: بَلْ يَقِفُ رَاكِبًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِهِ أَوْ بِدَائِيَّتِهِ عِلَّةٌ، فَاللَّهُ أَعْدَرُ بِالْعَدْرِ.

الشرح: قوله: «بل يقف راكبًا» على وجه الاستحباب للوقوف على الراحلة. والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه وقف على بعيره، وقد تقدم من حديث أم الفضل بنت الحارث، ويحتمل ذلك معنيين، أحدهما: طلب القوة والاستظهار على الدعاء، والثاني: أن الإنفاق مشروع في الحج، وله تعلق بالمال، وقطع السفر كالجهاد.

فصل: وقوله: «إلا أن يكون به أو بدائيته علة فالله أعذر بالعدر» يريد والله أعلم، أن الركوب أفضل لصاحب الراحلة، وإن لم يكن شرطًا في صحة الوقوف، وإنما هو على معنى الاستحباب، فإن عاقه عذر منعه كان العذر به أو بدائيته، فهو معذور في تركه المستحب واقتصاره على الأدون.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن وقف غير راكب، فليكن وقوفه للدعاء قائمًا، فإذا عيى، فليجلس، قاله مالك. وقال الشيخ أبو إسحاق: الماشي يقف قائمًا أو جالسًا كل بقدر طاقته.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٣٠٥. مسلم حديث رقم ١٢١١. النسائي في الصغيرى حديث رقم ٢٩٠. أبو داود حديث رقم ١٧٨٢. ابن ماجه حديث رقم ٢٩٦٣. أحمد في المسند حديث رقم ٢٥٣١٠.

كتاب الحج ٣٥
ووجه ذلك أنه أبلغ في التضرع والرغبة والخضوع، وأما الراكب فتلك الحال أبلغ حالاته.

مسألة: قال ابن حبيب: فإذا ذهبت دعوت، فاستقبل القبلة بالخشوع والتواضع، والتذلل وكثرة الذكر بالتهليل، والتكبير والتمجيد والتحميد والتسبيح والتعظيم، والصلاة على النبي ﷺ والدعاء لنفسك ولوالديك والاستغفار.

وقال الشيخ أبو إسحاق: يكثر من قول لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، وهو على كل شيء قدير.

وأراه ذهب إلى ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة وأفضل ما قلته أنا والنبیون من قبلی لا إله إلا الله، وحده لا شريك له»^(١).

* * *

وقوف من فاتة الحج بعرفة

٨٦٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: مَنْ لَمْ يَقِفْ بِعَرَفَةَ مِنْ لَيْلَةِ الْمُزْدَلِفَةِ قَبْلَ أَنْ يَطْلُعَ الْفَجْرُ، فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجُّ، وَمَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ مِنْ لَيْلَةِ الْمُزْدَلِفَةِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَطْلُعَ الْفَجْرُ، فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ.

٨٦٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ أَدْرَكَهُ الْفَجْرُ مِنْ لَيْلَةِ الْمُزْدَلِفَةِ وَلَمْ يَقِفْ بِعَرَفَةَ، فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجُّ وَمَنْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ مِنْ لَيْلَةِ الْمُزْدَلِفَةِ قَبْلَ أَنْ يَطْلُعَ الْفَجْرُ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ.

الشرح: قوله: «من لم يقف بعرفة من ليلة المزدلفة قبل أن يطلع الفجر، فقد فاتته الحج» يقتضى معنيين، أحدهما: أن يريد أن هذا آخر ما يدرك به الوقوف، وإن كان يجوز الوقوف قبله ويجتزأ به، والثاني: أن يقصد تبين زمان الوقوف، فيكون معناه إن لم يقف ليلة المزدلفة بعرفة، فلا وقوف له، وقد فاتته الحج، وإن كان قد وقف قبل

(٢) أخرجه الإمام مالك حديث رقم (٩٦٣) وسيأتي ذكره.

٨٦٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٤١. البيهقي في السنن الكبرى ١٦٧/٥. ومعرفة

السنن والآثار ١٠٤٣١/٧. الجصاص في أحكام القرآن ٣١١/١.

٨٦٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٤٢.

٣٦ كتاب الحج

ذلك؛ لأن ما قبل ذلك بزمان لفرض الوقوف، وإن كان زماناً لناقلته. وهذا الوجه هو الأظهر في اللفظ لتعليقه بالحكم على الليلة، وقد ذهب مالك إلى أن الوقوف لا يجزئ بالنهار، ولا بد من الوقوف بالليل، والأفضل عنده أن يقف نهاراً وليلاً.

وقال أبو حنيفة والشافعي: الاعتماد على الوقوف بالنهار من يوم عرفة من وقت زوال الشمس إلى الغروب، والوقوف بالليل تبع، فمن وقف جزءاً من النهار أجزاءه، ومن وقف جزءاً من الليل أجزاءه، ويقولون مع ذلك أن من وقف جزءاً من النهار دون الليل، فعليه دم، ومن وقف جزءاً من الليل دون النهار، فلا دم عليه.

والدليل على ما نقله حديث جابر أن النبي ﷺ استقبل القبلة، فلم يزل واقفاً حتى غربت الشمس، وذهبت الصفرة قليلاً حين غاب القرص، وأفعاله ﷺ على الوجوب لاسيما في الحج. وقد قال ﷺ: «خذوا عني مناسككم»^(١).

ودليلنا من جهة القياس أن هذا أن من يصح صومه، فلم يكن محلاً لفرض الوقوف. أصل ذلك أول النهار.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمستحب من الوقوف أن يصلى بأثر الزوال الظهر والعصر ثم يتصل بذلك الرواح إلى الموقف، فيتصل وقوفه به إلى غروب الشمس، فإذا غربت الشمس دفع، وقد جمع بين النفل والفرض.

فإن دفع قبل الغروب إلا أنه لم يخرج من عرفة إلا بعد الغروب، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: عليه الهدى، وإن خرج من عرفة قبل الغروب، ثم رجع إلى عرفة قبل طلوع الفجر، فقد أدرك الحج، وإن لم يرجع، فقد فاتته الحج، وعليه حج قابل، والهدى.

ومن وقف بعرفة ليلاً، وترك الوقوف نهاراً مختاراً، فقد روى الشيخ أبو القاسم: عليه الدم. وهذا يقتضى وجوبه، وإن لم يكن ركناً من أركان الحج بانفراده.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يُعْتَقُ فِي الْمَوْقِفِ بِعَرَفَةَ: فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُجْزِي عَنْهُ مِنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَمْ يُحْرِمَ، فَيُحْرِمُ بَعْدَ أَنْ يُعْتَقَ ثُمَّ يَقِفُ بِعَرَفَةَ مِنْ تِلْكَ اللَّيْلَةِ قَبْلَ أَنْ يَطْلُعَ الْفَجْرُ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ أَجْزَأَ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يُحْرِمَ حَتَّى يَطْلُعَ الْفَجْرُ كَانَ

(١) أخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٢٩٧). النسائي حديث رقم (٣٠٦٢). أبو داود

حديث رقم (١٩٧٠). أحمد في المسند حديث رقم (١٤٠١٠).

كتاب الحج ٣٧
بِمَنْزِلَةٍ مِّنْ فَاتِهِ الْحَجُّ إِذَا لَمْ يُدْرِكِ الْوُقُوفَ بِعَرَفَةَ قَبْلَ طُلُوعِ الْفَجْرِ مِنْ لَيْلَةِ الْمُزْدَلِفَةِ
وَيَكُونُ عَلَى الْعَبْدِ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ يَقْضِيهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن العبد إذا أحرم بالحج في حال رقه، فإن حجه قد وقع
نفلاً لأنه لم يكن يصح منه حج الفرض في حال رقه، وإنما يتم حجه على ما انعقد
عليه من النفل، فإن أعتق بعد أن أحرم به عشية عرفة أو قبلها أو بعدها، فإن حجه لا
يجزئ عن فرضه؛ لأن حجه انعقد نفلاً، فلا ينقلب إلى الفرض في قول مالك لأن كل
عبادة انعقدت نفلاً، فإنها لا تنقلب فرضاً كالصوم والصلاة.

فصل: وقوله: «إلا أن يكون لم يحرم، فيحرم بعد أن يعتق ثم يقف بعرفة من تلك
الليلة قبل أن يطلع الفجر، فإن ذلك يجزئه» يريد أنه لم يكن أحرم بالحج وبقي حلالاً
حتى أعتق، فأدرك أن يحرم بالحج ويقف بعرفة قبل طلوع الفجر من ليلة النحر، فإن
حجه يجزئه عن فرضه؛ لأن إحرامه انعقد بنية الفرض، وهو ممن يصح منه الفرض،
ويلزمه بخلاف من كان قبل أن يعتق، فإن إحرامه انعقد نفلاً، فلا يجزئه عن أداء الفرض
إذا لزمه فإن أحرم المعتق بعرفة، فمتى يقطع التلبية؟ قال مالك: يلبي حين إحرامه، ثم
يقطع التلبية. وقال ابن الماجشون: يلبي حتى يرمى جمرة العقبة.

فصل: وقوله: «وإن لم يحرم حتى يطلع الفجر كان بمنزلة من فاتته الوقوف بعرفة
قبل طلوع الفجر من ليلة المزدلفة» يريد أنه إن لم يحرم بعد عتقه حتى يطلع الفجر من
ليلة النحر، فقد فاتته الحج، ولا يخلو أن لا يحرم بعد ذلك أو يحرم، فإن لم يحرم، فلا
شئ عليه إلا حجة الإسلام في المستقبل، ويحتمل أن يريد هذا بقوله: «كان بمنزلة من
فاتته الوقوف بعرفة» على تأويل أنه لما رأى أنه قد فاتته الوقوف بعرفة، لم يحرم بالحج،
وهو الصواب، إلا أن يحرم به إذا طلع له الفجر من يوم النحر، وكان في وقت يعلم أنه
إن أحرم طلع عليه الفجر قبل الوصول إلى عرفة لأنه دخل في حج متيقن أنه لا يمكنه.

فصل: وقوله: «وتكون على العبد حجة الإسلام يقضيها» يريد أنه إذا فاتته الوقوف
بعرفة إما لأنه لم يحرم أو أحرم قبل العتق أو أحرم بعد العتق، فلم يمكنه الوقوف بعرفة،
فإن حجة الإسلام باقية عليه لا يقضيها عنه، ولا يسقط وجوبها بشئ مما تقدم، والله
أعلم وأحكم.

* * *

تقديم النساء والصبيان

٨٦٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ سَالِمٍ وَعُبَيْدِ اللَّهِ ابْنَيْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ أَبَاهُمَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُقَدِّمُ أَهْلَهُ وَصَبِيَّاتَهُ مِنَ الْمُزْدَلِفَةِ إِلَى مَنَى حَتَّى يُصَلُّوا الصُّبْحَ بِمَنَى، وَيَرْمُوا قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ النَّاسُ.

الشرح: قوله: «كان يقدم أهله وصبيانته من المزدلفة إلى منى» السنة المبيت بالمزدلفة، والوقوف بها بعد صلاة الفجر، على ما يأتي ذكره وتفسيره بعد هذا إن شاء الله تعالى.
مسألة: والفرض من المبيت بمنى النزول فيها، والمقام مقدار ما يرى أنه مقام، فمن منعه من النزول بها مانع، فقد قال ابن المواز: عليه الدم، وهو بدنة، وقاله مالك.
وإن نزل بها ثم ارتحل عنها قبل الفجر أولاً، عامداً أو جاهلاً، فقد قال ابن المواز: يجزئته، ولا شيء عليه.

مسألة: وهذا لمن جاءها ليلاً، فأما من جاءها بعد الفجر، فقد قال أشهب في الموازية: عليه الدم، وإن كان من ضعفة الرجال والنساء والصبيان. وقال ابن القاسم: من جاءها بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس، فنزل بها، فقد أدرك، ولا شيء عليه، ففعل ما بعد الفجر وقتاً للنزول بالمزدلفة، وإن كان النزول عرى عن المبيت بها.
قال القاضي أبو الوليد: ووجه ذلك عندي أن الوقوف بالمزدلفة لما لم يكن ركناً من أركان الحج، ولم يجب بتركه إلا الدم لم يقو قوة الوقوف بعرفة، فيجب بتركه توابعه الدم، ومن أتى بعد الفجر، فنزل أجزأه عن المبيت، وإن كان قد أساء، وترك الأفضل.

فصل: وقوله: «كان يقدم أهله حتى يصلى الصبح بمنى» يقتضى أن التقدم كان قبل الصبح، وأن ذلك كان بمقدار ما يأتون منى لصلاة الصبح أو قبل ذلك، فتجنب صلاة الصبح وهم بها، وإنما خص بذلك نساءه وصبيانته للضعف عن زحمة الناس، فأراد بذلك الرفق بهم على حسب ما روى عن النبي ﷺ في ذلك لما كان التعريس الذي هو فرض المبيت بالمزدلفة قد وجد منهم، ولم يبق إلا فضيلة الوقوف مع الإمام، فرخص لهم فى ذلك لضعفهم، وقد بين ذلك بقوله: «ويرموا قبل أن يأتى الناس».

٨٦٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ أَنَّ مَوْلَاةً لَأَسْمَاءَ

٨٦٨ - أخرجه البخارى فى الحج ١٥٦٤. ومسلم فى الحج ٢٢٨١.

٨٦٩ - أخرجه البخارى فى الحج ١٥٦٧. ومسلم فى الحج ٢٢٧٤. والنسائى فى مناسك الحج

٢٩٩٨. وأحمد فى مسند الأنصار ٢٥٧٠٤، ٢٥٧٢٧.

كتاب الحج ٣٩
بُنْتُ أَبِي بَكْرٍ أَخْبَرْتُهُ قَالَتْ: جِئْنَا مَعَ أَسْمَاءَ ابْنَةِ أَبِي بَكْرٍ مِنِّي بَغْلَسَ، قَالَتْ: فَقُلْتُ
لَهَا: لَقَدْ جِئْنَا مِنِّي بَغْلَسَ، فَقَالَتْ: قَدْ كُنَّا نَصْنَعُ ذَلِكَ مَعَ مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنْكَ.

الشرح: قولها: «جئت مع أسماء بنت أبي بكر مني بغلس» يحتمل أن تريد به قبل
طلوع الفجر، ويحتمل أن تريد به بعد طلوع الفجر، وهو الأظهر، ولذلك روى عن
عائشة أنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يصلي الصبح بغلس»^(١) وإنكار الأمة عليها
إتيانها مني بغلس لما علمت أن السنة الوقوف بالمزدلفة إلى الإسفار، فأنكرت عليها
مخالفتها جماعة الحاج في ذلك، فأعلمتها أسماء ما عندها في ذلك، وهو أن النساء
والضعفة قد أرخص لهم في التقدم رفقا بهن، فقال: «كنا نصنع هذا مع من هو خير
منك» يحتمل أن تريد بذلك النبي ﷺ فقد روى عنها هذا الحديث مسندا، ويحتمل أن
تريد من بعد النبي ﷺ من الخلفاء أبا بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم، ولعلها
أرادت بذلك الزبير رضى الله عنه.

٨٧٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ كَانَ يُقَدِّمُ نِسَاءَهُ وَصَبِيَّانَهُ مِنْ
الْمُزْدَلِفَةِ إِلَى مِنِي.

الشرح: قوله: «كان يقدم نساءه وصبياناه من المزدلفة» لم يبين وقت التقديم،
فيحتمل أن يكون قدمهم قبل الفجر، فيصلوا بمنى على ما تقدم في حديث أسماء،
ويحتمل أن يكون قدمهم بعد الفجر وقبل الوقوف إلا أن الرفق بهم أبلغ في تقديمهم
قبل الفجر؛ لأنه أحلى لهم، وأمكن من أن يصلوا منى ويرموا، وينزلوا قبل تضايق
الناس، والله أعلم.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَكْرَهُ رَمَى الْجَمْرَةِ حَتَّى يَطْلُعَ الْفَجْرُ مِنْ يَوْمِ
النَّحْرِ وَمَنْ رَمَى فَقَدْ حَلَّ لَهُ النَّحْرُ.

الشرح: قوله: «سمع بعض أهل العلم يكره رمى جمرة العقبة حتى يطلع الفجر من
يوم النحر»، هذه كراهة على وجه المنع، ونفى الإجزاء، وذلك أن وقت الرمي النهار

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٨٧٢. مسلم حديث رقم ٦٤٥. الترمذى حديث رقم ١٥٣.

النسائى فى الصغرى حديث رقم ٥٤٥. أبو داود حديث رقم ٤٢٣. ابن ماجه حديث رقم

٦٦٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٧٦.

٨٧٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٨٤٥.

٤٠ كتاب الحج
دون الليل، ولذلك وصفت الأيام بالرمى دون الليالي، قال الله تعالى: ﴿وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: ٢٠٣]، فوصفت الأيام بأنها معدودات للحجاء المعدودات فيها، فلا يجوز الرمي بالليل، فمن رمى ليلاً أعاد، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: إن من رمى بعد نصف الليل أجزأه.

والدليل على ما نقوله ما روى عن جابر أنه رأى النبي ﷺ من يوم النحر على راحلته، وهو يرميها مثل حصى الخذف، ويقول: «خذوا عني مناسككم، فإنني لا أدري لعلي لا ألقاكم بعد عامي هذا»^(١).

ودليلنا من جهة القياس أن النصف الآخر من الليل وقت للوقوف بعرفة، فلم يكن وقتاً للرمى كالنصف الأول.

مسألة: إذا ثبت أنه لا يجوز قبل الفجر، فإنه يجوز بعده، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وقال الشافعي والثوري: لا يجوز قبل طلوع الشمس.

والدليل على ما نقوله أن هذا يجوز فيه الذبح، فجاز فيه الرمي كما بعد طلوع الشمس.

فصل: قوله: «ومن رمى، فقد حل له النحر» يقتضى تقديم الرمي على النحر، وأن النحر إنما يحل له بعد الفجر.

وقوله: «فقد حل له النحر» يقتضى معنيين، أحدهما أن يريد به الحلول، فيكون معنى ذلك، قد حل وقت ذبحه، ويحتمل أن يريد بذلك أنه قد أبيح له إباحة عارية من الكراهية سالمة من التقديم، على ما هو مرتب عليه، وذلك أن الرمي مقدم على الذبح، وهو المحفوظ من فعل النبي ﷺ.

والأصل في ذلك ما روى عن أنس أن رسول الله ﷺ رمى جمرة العقبة، ثم انصرف إلى البدن، فتحرها.

٨٧١ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ الْمُنْذِرِ أَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا كَانَتْ تَرَى أَسْمَاءَ بِنْتَ أَبِي بَكْرٍ بِالْمُزْدَلِفَةِ تَأْمُرُ الَّذِي يُصَلِّي لَهَا وَلَا ضَحَابَهَا الصُّبْحَ يُصَلِّي لَهُمُ الصُّبْحَ حِينَ يَطْلُعُ الْفَجْرُ، ثُمَّ تَرْكَبُ فَتَسِيرُ إِلَى مِنَى وَلَا تَقِفُ.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٢٩٧). النسائي حديث رقم (٣٠٦٢). أبو داود

حديث رقم (١٩٧٠). أحمد في المسند حديث رقم (١٤٠١٠).

٨٧١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٤٧.

الشرح: قولها: «أنها كانت ترى أسماء بنت أبي بكر تأمر الذى يصلى لها ولأصحابها الصبح» يريد أنها كانت اتخذت إماماً يصلى بها إذ لا يجوز لها أن تؤم من أحد رجالاً ولا نساء، وكان يشق عليها النهوض إلى الموقف، إما لضعفها أو لما كان أصابها من العمى، فاتخذت ممن كان يكون معها من يصلى بهم، فتدرك بذلك فضل الجماعة.

فصل: وقولها: «أنها كانت تأمر الذى يصلى لهم الصبح حين يطلع الفجر» تريد أنها كانت تقدم صلاة الصبح أول طلوع الفجر، وهذه السنة لمن وقف بالمزدلفة ليتمكنوا من الوقوف والدعاء، ولا يضيق وقت الوقوف عما يريدونه من طول الدعاء والتضرع إلا أنها كانت تقدم الصلاة لمعنى آخر وهو أن يمكنها التقدم إلى منى، ويمكنها الرمي فى خلوة قبل التضايق والتزاحم الذى تكرهه، ولما كان يمنع ما تريد من التستر، فكانت تقدم بذلك الدفع إلى منى، وترك الوقوف بالمزدلفة إذا كان قد فات بها، وبالله التوفيق.

* * *

السير فى الدفعة

٨٧٢ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ أَسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ، وَأَنَا جَالِسٌ مَعَهُ، كَيْفَ كَانَ يَسِيرُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ حِينَ دَفَع؟ قَالَ: كَانَ يَسِيرُ الْعَنْقَ (١) فَإِذَا وَجَدَ [فَجْوَةً] (٢) نَصَّ.

قَالَ مَالِك: قَالَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ: وَالنَّصُّ فَوْقَ الْعَنْقِ.

الشرح: سؤال السائل عن سير رسول الله ﷺ حين دفع، يجوز أن يريد به الدفع من المزدلفة، إلا أن اختصاص أسامة بوقت الدفع من عرفة، هو المشهور لأنه كان

٨٧٢ - أخرجه البخارى فى الحج ١٥٥٥. ومسلم فى الحج ٢٢٦٣. والنسائى فى مناسك الحج

٢٩٧١. وأبو داود فى المناسك ١٦٤٢. وابن ماجه فى المناسك ٣٠٠٨. وأحمد فى مستد

الأنصار ٢٠٧٦١، ٢٠٧٨٤، ٢٠٨٢٠. والدارمى فى المناسك ١٨٠٥.

(١) يسير العنق: بفتحين، نوع من السير معروف فيه رفق.

(*) فى التمهيد ٤٣/٦: «فرجة». وقال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى: فرجة، وتابعه جماعة،

منهم: أبو المصعب وابن بكير وسعيد بن عفير، وقالت طائفة منهم ابن وهب وابن القاسم

والقعنبى: فإذا وجد فجوة، والفجوة والفرجة سواء فى اللغة.

٤٢ كتاب الحج
رديف النبي ﷺ حين دفع من المزدلفة، فإنه أردف الفضل بن عباس، ولا يمنع أن يكون أسامة شاهد ذلك، فأخبر عن الأمرين.

على أنه قد روى عن أسامة الإخبار عن الدفع من عرفة خاصة، وأخبر في غيره عن الأمرين، وسؤال السائل، وحفظ أسامة لها، دليل على اهتبال الناس بأمر الحج، وحفظ سنة النبي ﷺ في ذلك حتى بلغوا إلى حفظ صفة مشيه وإسراعه حيث أسرع، وإيضاعه حيث أوضع ومنازله ومناقل أحواله.

فصل: وقوله: «كان يسير العنق» يريد ضرباً من السير ليس بالشديد رفقا بالناس وتحزراً من أذاهم وليقتدوا به في رفق بعضهم على بعض، ويحترز بعضهم من أذى بعض، وهذا ما كان في جماعة الناس وزحامهم، فإذا وجد فجوة، وهى الفرجة من الأرض، يريد ليس فيها أحد «نص»، يريد أنه أسرع في السير؛ لأن النص أرفع من السير، وهذا يقتضى أن سنة المشى في الدفع الإسراع، وإنما يمكسك عن بعضه لمانع من زحام أو غيره.

مسألة: وقد روى عن النبي ﷺ أنه أمر بالسكينة والوقار، روى ذلك الفضل بن عباس، وكان رديف رسول الله ﷺ وأن رسول الله ﷺ قال فى عشية عرفة، وغداة جمع للناس، حين دفعوا: «عليكم بالسكينة»^(٢) وهو كاف ناقته.

ومعنى ذلك أن لا يخرجوا من حد الوقار والسكينة بالزجر والإيضاع، فأما الإسراع فى المشى الذى لا يخرج عن حد الوقار، فإن ذلك مشروع غير ممنوع، وفى هذا بابان، أحدهما: فى تبيين وقت الوقوف. والثانى: فى بيان وقت الدفع.

* * *

الباب الأول فى بيان وقت الوقوف

فأما بيان وقت الوقوف، فإن البائت بالمزدلفة يصلى الصبح فى أول طلوع الفجر. والأصل فى ذلك حديث عبد الله بن مسعود أنه قال: هما صلاتان يحولان عن وقتيهما، صلاة المغرب، بعد ما يأتى الناس المزدلفة، والفجر حين يبرغ الفجر، قال: رأيت النبي ﷺ يفعله.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ١٦٧١. مسلم حديث رقم ١٢٨٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٠٢٠. أبو داود حديث رقم ١٩٢٠. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٢٤.

كتاب الحج ٤٣
ومعنى ذلك أنه من كان فى ذلك الموضع يعجل صلاة الفجر قبل الصلاة بها فى القواعد التى يحول البناء بين الفجر، بين المرتقب له حتى يرتفع. والثانى لما يراد من تعجيل الوقوف.

مسألة: وآخر وقت الوقوف، إذا أسفر قبل أن تطلع الشمس. وقد روى عن عمرو ابن ميمون أنه قال: شهدت عمر صلى بجمع ثم وقف، فقال: إن المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس، ويقولون: أشرق ثبير، وأن النبى ﷺ خالفهم، ثم أفاض قبل أن تطلع الشمس.

* * *

الباب الثانى فى بيان وقت الدفع

وأما وقت الدفع، فهو عند الإسفار المذكور متصلاً بالوقوف، ولا يبقى أحد حتى تطلع الشمس، فإن أراد الإمام أن يؤخر حتى تطلع الشمس دفع قبله، وقد فعل ذلك ابن عمرو، وآخر ابن الزبير الوقوف بجمع حتى كادت الشمس أن تطلع، فقال ابن عمر: إنى لأراه يريد أن يصنع كما صنع أهل الجاهلية، فدفع ابن عمر ودفع الناس معه.

فصل: ولا يدفع أحد قبل الفجر، قاله مالك. ووجه ذلك أن الوقوف بعد الفجر مسنون، فلا يدفع قبل وقته، والإمام مقتدى به، فلا يدفع قبله، وهذا مع سلامة الحال، فإن كانت ضرورة تدعو إلى ترك الوقوف دفع قبل الفجر.

٨٧٣ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدِ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو كَانَ يُحَرِّكُ رَاحِلَتَهُ فِي بَطْنِ مُحَسَّرٍ.

الشرح : قوله: « كان يحرك راحلته فى بطن محسر » هو بطن واد قرب المزدلفة، كان رسول الله ﷺ يحرك ناقته فيه قدر رمية بحجر، وهو قدر بطن الوادى. وقد قال مالك: لا يركض الحاج فى بطن محسر. قال ابن المواز: ويسعى الماشى فى بطن محسر كدحو ما يحرك الراكب دابته.

* * *

ما جاء فى النحر فى الحج

٨٧٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ بِمَنْى: «هَذَا الْمُنْحَرُ، وَكُلُّ مَنْى مُنْحَرٌ» وَقَالَ فِى الْعُمْرَةِ: «هَذَا الْمُنْحَرُ - يَعْنِى الْمَرْوَةَ - وَكُلُّ فِجَاجٍ مَكَّةَ وَطُرُقِهَا مُنْحَرٌ».

الشرح: قوله ﷺ بمنى: «هذا المنحر، وكل منى منحرج» يريد والله أعلم، أن الموضع الذى أشار إليه منحرج، ولعله أشار إلى موضع نحره فخصه بذلك؛ لأن منحرج النبي ﷺ فيه فضيلة.

وقد روى أن عبد الله بن عمر كان ينحر فيه ويقصده ويسابق إليه، ومنحرج النبي ﷺ هو عند الجمرة الأولى التى تلى مسجد منى.

فصل: وقوله ﷺ: «وكل منى منحرج» يريد أنه وإن كان هذا مخصوصاً بالفضيلة لاختصاصه بنحره ﷺ أو لغير ذلك من المعانى التى الله أعلم بها، فإن جميع منى منحرج أيضاً ليحزى النحر به.

وقوله ﷺ هذا يقتضى اختصاص النحر بموضع مخصوص بمنى، يختص بالنحر، على ثلاث صفات، إن عدت منها صفة لم يجز النحر بمنى، إحداها: أن يوقف بالهدى بعرفة، والثانية: أن يكون النحر فى أيام التشريق، والثالثة: أن يكون النحر فى حج، فمتى اجتمعت هذه الصفات لم يجز النحر بغيرها. رواه ابن المواز عن مالك.

وقال القاضى أبو إسحاق: لو نحر الهدى فى أيام منى بمكة أجزاءه، ولم يشترط وقوفه بعرفة.

وجه القول الأول، قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فذكر النبي ﷺ أن للهدى محلاً، وقد نحر النبي ﷺ هديه فى الحج بمنى، ولم ينحر بغيرها، فثبت أنها المنحر فى الحج؛ لأن أفعاله ﷺ على الوجوب.

ووجه القول الثانى ما احتج به القاضى أبو إسحاق من أن مكة الأصل فى النحر غير أن السنة فى هدى الحاج أن يكون بمنى؛ لأنه إذا نحره حلق رأسه، فكان ذلك موضعه، وقد روى عن ابن عباس أنه كان ينحر بمكة.

٨٧٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٨٧٤. وأخرجه بنحوه الترمذى عن على ٢٢٣/٣ كتاب الحج باب عرفة كلها موقف. وابن خزيمة عن على ٢٨٣/٤ برقم ٢٨٨٩.

كتاب الحج ٤٥

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمنى كلها منحر إلا ما خلف العقبة، رواه محمد عن مالك.

ووجه ذلك أن ما وقع عليه اسم منى إنما هو ما دون العقبة الذى هو منتهى منى، ولذلك لا يجوز المبيت بمنى دون العقبة لىالى التشريق، فكل حكم يختص بمنى لا تعلق له بما دون العقبة كالمبيت والنحر وغير ذلك من الأحكام، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وقال فى العمرة هذا المنحر، يعنى المروة»، خص المروة بهذا القول لأنه لا تعلق لها ولا لهديها بمنى، فأشار إلى المروة، وقال: «هذا المنحر» على سبيل التخصيص لها والله أعلم، ثم قال: «وكل فجاج مكة وطرقها منحر» يعنى أن العمرة، وإن اختصت بفضيلة ذلك، فإن سائر طرقها ومواضعها يجزى النحر فيها، فكل ما لا يصح نحره بمنى لعدم صفة من الصفات الثلاث التى ذكرناها، فإنه لا ينحر إلا بمكة؛ لأنه لا منحر للهدى غير منى ومكة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «المنحر بمكة» مكة نفسها، وما يلى بيوتها من منازل الناس، قاله مالك. وسئل محمد بن دينار عن المنحر فى فجاج مكة أو ذى طوى، فقال: من نحر فى فجاج مكة، أجزأه.

وروى أشهب عنه: ولا يجزئ أن ينحره عند ثنية المدنين. وفى المدونة من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يجزئه بذى طوى ولا يجزئه حتى يدخل مكة ولا أعلم إلا أن مالكاً قاله.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ووجه قول مالك أن ما له حكم المدينة، فإنه منحر، وما ليس له حكم المدينة، فليس بمنحر، وحمل ابن القاسم قوله ﷺ: «وكل فجاج مكة منحر» على أنه يريد بالفجاج ما داخل القرية، وأن اسم مكة داخل مختص بها، لأنه قد نص على أنه ليس لذى طوى حكمها مع كونها ربضاً متصلاً بالمدينة، ولذلك قال مالك: إن كان بها من حاضرى المسجد الحرام، والله أعلم.

٨٧٥ - مَالِكُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: أَخْبَرْتَنِي عَمْرَةَ بِنْتُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا

٨٧٥ - أخرجه البخارى فى الحيض ٢٨٥، ٣٠٦، ٣٠٨، الحج ١٤٥٤، ١٥٩٤، ١٤٦٠، ١٥٩٤، ١٦٠٥. ومسلم فى الحج ٢١١٩، ٢٣٥٥. والترمذى فى الحج ٨٦٧. والنسائى فى الطهارة ٢٨٨، الحيض والاستحاضة ٣٤٦، مناسك الحج ٢٦٥٠، ٢٦٦٨، ٢٦٨٩، ٢٧١١، ٢٧١٢، ٢٧٥٢، ٢٨٠٣، ٢٨٠٤، ٢٩٩٠. وأبو داود فى المناسك ١٥١٨. وابن ماجه فى المناسك ٢٩٥٤، ٢٩٧٢. وأحمد فى مسند الأنصار ٢٢٩٤٢، ٢٢٩٧٢، ٢٣٧٥٩، ٢٤٢٥٤ =

٤٦ كتاب الحج

سَمِعْتُ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ تَقُولُ: خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِخَمْسِ لَيَالٍ بَقِيْنَ مِنْ ذِي الْقَعْدَةِ وَلَا نُرَى إِلَّا أَنَّهُ الْحَجُّ، فَلَمَّا دَنَوْنَا مِنْ مَكَّةَ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ هَدَى إِذَا طَافَ بِالْبَيْتِ، وَسَعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ أَنْ يَحِلَّ. قَالَتْ عَائِشَةُ: فَدَخِلَ عَلَيْنَا يَوْمَ النَّحْرِ بِلَحْمِ بَقَرٍ، فَقُلْتُ: مَا هَذَا؟ فَقَالُوا: نَحَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ أَرْوَاجِهِ.

قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: فَذَكَرْتُ هَذَا الْحَدِيثَ لِلْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، فَقَالَ: أَنْتَكَ وَاللَّهِ بِالْحَدِيثِ عَلَيَّ وَجْهِهِ.

الشرح: قوله: «خرجنا مع رسول الله ﷺ لا نرى إلا أنه الحج» يحتمل أن يريد حين خروجهم من المدينة قبل الإهلال، ويحتمل أن يريد به أن إحرام من أحرم منهم بالعمرة لا يحل منه حتى يردف الحج، فيكون العمل لهما جميعاً، والإحلال منهما.

ولا يصح أن يريد به أن أصحاب رسول الله ﷺ أحرم جميعهم بالحج، فقد روى عنها عروة أنها قالت: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع منا من أهل بعمرة، ومنا من أهل بالحج، وأهل رسول الله ﷺ بحجة.

فذكرت أن الناس كانوا في ذلك على أحوال مختلفة، وأن منهم من أهل بعمرة خاصة، ثم قالت: «فأما من أهل بعمرة فحل، وأما الذين أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة، فلم يحلوا حتى كان يوم النحر»^(١) وهذا ينفي أن يكون من أهل بحج أن يطوف بالبيت، ويسعى بين الصفا والمروة ثم يحل.

فصل: وقولها: «فلما دنونا من مكة أمر رسول الله ﷺ من لم يكن معه هدى إذا طاف وسعى أن يحل»^(٢) يحتمل أن يريد أن من ظن أنه سيؤمر أن يردف الحج على

٢٤٤٠٢، ٢٤٥٣٩، ٢٤٨٧١، ٢٤٩١٤، ٢٥٠٩٧، ٢٥١٣٩. والدارمي في المناسك ١٨٢٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٤٦/٦: هذا خلاف رواية عروة عنها؛ لأن عروة يقول عنها: خرجنا مع رسول الله ﷺ فأهللنا بعمرة، وهي حجة واحدة، وخروج واحد.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ١٥٦٢. مسلم حديث رقم ١٢١١. أبو داود حديث رقم ١٧٧٩. أحمد في المسند حديث رقم ٧٤٦.

(٢) قال ابن عبد البر: فهذا فسح الحج في العمرة، وقد تواترت به الرواية عن النبي ﷺ من طرق صحاح من حديث عائشة وغيرها، ولم يرو عن النبي ﷺ شيء يدفعه؛ إلا أن أكثر =

كتاب الحج ٤٧
العمرة، ولا يحل حتى يحل منهما أمر من لم يكن معه هدى من هذا الصنف من الناس أن يحل من عمرته، ثم يحرم بالحج، فيكون متمتعاً.

وإنما خص بذلك من لم يكن معه هدى لأن من كان معه هدى قد قلده أو أشعره لينحره في حجه بمنى، فحكمه أن لا يحل حتى ينحر هديه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فمن كان معه هدى بقي على إحرامه وأردف الحج على عمرته لثلاثي يخلق رأسه قبل أن يبلغ هديه محله، ومن لم يكن معه هدى حل من عمرته ثم استأنف الإهلال لحجه؛ لأن ذلك أفضل؛ لأنه أتم لعمرته وأتم لحجه؛ لأنه يفرد كل واحد من السكينة بعمله.

ويحتمل أن يكون من لم يكن معه هدى هو الذي أحرم بالعمرة، فلذلك أمر أن يحل من عمرته، ومن كان معه هدى أحرم بحج، فلذلك لم يحل من حجه حتى أتمه يؤيد هذا حديث عروة المتقدم، وهو قولها: فأما من أهل بعمره فحل، وأما من أهل بحج أو جمع الحج والعمرة، فلم يحلوا حتى كان يوم النحر.

فصل: قوله: «قالت عائشة: فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر، فقلت: ما هذا؟ فقالوا نحر رسول الله ﷺ عن نساؤه البقر» يقتضى أن الإنسان، قد ينحر عن غيره.

قال القاضى أبو الوليد: وهذا عندى يقتضى أن ينحر الرجل عن الجماعة من أهل بيته، وهو على وجهين، أحدهما: أن يكون يجرى مجرى الأضحية لم يوقف، ولم يقلد، وإنما وجبت بالنحر كالأضحية، وهذا يرده أن أهل منى لا أضاحى عليهم. والوجه الثانى أن يقلده، ويشعره عنهم، وهو باق على ملكه حتى ينحره عنهم، ويجرى إيجابه بالتقليد مجرى تعيين الأضحية قبل الإيجاب، وإن لم تبلغ مبلغ الإيجاب، إلا أنه مؤثر فى التعيين، فهذا يكون فى التطوع على هذا الوجه، ولذلك قالوا: «نحر رسول الله ﷺ عن أزواجه البقر» ولم يعين ما نحر عن كل واحدة منهن.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر من هذا اللفظ الاشتراك على أنه قد روى مفسراً

=العلماء يقولون: إن ذلك خصوص لأصحاب النبي ﷺ خاصة، واعتلوا بأن النبي ﷺ إنما أمر أصحابه أن يفسخوا الحج فى العمرة؛ ليرى الناس أن العمرة فى أشهر الحج جائزة، وذلك أن قريشا كانت تراها فى أشهر الحج من أفجر الفجور، وكانت لا تستجيز ذلك البيت؛ وكانت تقول: إذا خرج صفر - وكانوا يجعلون المحرم صفر - وبرأ الدبر، وعفا الأثر، حلت العمرة لمن اعتمر. فأمر رسول الله ﷺ أصحابه من لم يكن منهم معه هدى أن يفسخ حجه فى عمرة، ليعلم الناس أنه لا بأس بالعمرة فى أشهر الحج.

٤٨ كتاب الحج

من حديث ابن شهاب عن عمرة عن عائشة، قالت: ما ذبح رسول الله ﷺ عن آل محمد في حجة الوداع إلا بقرة واحدة. وأما الذى يمنع منه الاشتراك، ففيمن ملك الهدى، وليس من هذا السبيل.

فصل: وقولها: «نحر رسول الله ﷺ عن أزواجه البقر» ولم يعين ما نحر عن كل واحدة لما ورد عليهن بلحم بقر، فسألت عنه، دليل على أن اللحم الذى دخل به عليهن من لحم ما نحر عنهن، وذلك يقتضى أيضاً النحر للبقر.

وقد اختار مالك فيها الذبح على أنه يجوز فيها النحر غير أن هذا الحديث ورد بلفظ النحر وورد بلفظ الذبح، ويحتمل أنه لما استوى ذلك عند الراوى للحديث عبر عن الذكاة بأى اللفظين أمكنه، فعبر عنها مرة بالذبح ومرة بالنحر.

فصل: وقول القاسم: «أنتك والله بالحديث على وجهه» تصديقاً لعمرة وإخباراً عن حفظها للحديث وضبطها له، وأنها لم تغير شيئاً منه بتأويل، ولا تجوز ولا غيره.

٨٧٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ حَفْصَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: مَا شَأْنُ النَّاسِ حَلُّوا وَكَمْ تَحْلِلُ أَنْتَ مِنْ عُمْرَتِكَ؟ فَقَالَ: «إِنِّي لَبَدْتُ رَأْسِي، وَقَلَّدْتُ هَدْيِي، فَلَا أَجِلُّ حَتَّى أَنْحَرَ».

الشرح: قول حفصة لرسول الله ﷺ: «ما شأن الناس حلوا، ولم تحل أنت من عمرتك»^(١) يحتمل أن تريد به الحج؛ لأن معناهما جميعاً القصد يقال حج الرجل البيت

٨٧٦ - أخرجه البخارى فى الحج ١٤٦٤. ومسلم فى الحج ٢١٦٢. والنسائى فى مناسك الحج، ٢٦٣٢، ٢٧٢٩. وأبو داود فى المناسك ١٥٤١. وابن ماجه فى المناسك ٣٠٣٧. وأحمد فى مسند الأنصار ٢٥٢٢٠.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٥٢/٦: هكذا قال يحيى فى هذا الحديث: ما شأن الناس حلوا وأنت لم تحل من عمرتك؟ وتابعه جماعة من الرواة، منهم: عتيق الزبيرى وعبد الله بن يوسف التنيسى والقعنبنى وابن بكير وأبو مصعب. وقال ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى هذا الحديث: ما شأن الناس حلوا بعمرة ولم تحل أنت من عمرتك، والمعنى واحد عند أهل العلم، ولم يختلف الرواة عن مالك فى قوله: ولم تحل أنت من عمرتك؛ وزعم بعض الناس أنه لم يقل أحد فى هذا الحديث عن نافع: ولم تحل أنت من عمرتك، إلا مالك وحده، وجعل هذا القول جواباً لسأله عن معنى هذا الحديث. وقال ابن عبد البر: فلا أدري ممن أتعجب؛ من المسئول الذى استحيا أن يقول: لا أدري، أو من السائل الذى قنع بمثل هذا الجواب، والله المستعان. وهذه اللفظة قد قالها عن نافع جماعة، منهم: مالك وعبيدالله بن عمر وأيوب السخيتانى؛ -

كتاب الحج ٤٩
إذا قصده واعتمره إذا قصده، فلما كان معناهما واحداً، عبرت عن أحدهما بالآخر،
وإن كان كل واحد منهما واقعاً في الشرع على نوع مخصوص من القصد والتسك.

ويحتمل أن حفصة اعتقدت أنه كان معتمراً، فقالت له ذلك على ما اعتقدت،
فأعلمها بقوله: «إني لبدت رأسي وقلدت هديي، فلا أحل حتى أنحر» أنه محرم إحراماً،
لا يمكنه التحلل منه، وذلك لا يكون عارياً من حج، وليس في قوله ﷺ: «لبدت رأسي
وقلدت هديي» ما يمنع من أن يحل من عمرته المفردة لأن من لبد رأسه وقلد هديه،
وأحرم بعمرته ينحر هديه، ويحلق رأسه عند إكمالها، ولا يجب عليه لأجل التلييد
والتقليد أن يردف عليها حجة.

وإنما معنى ذلك والله أعلم أن في الكلام حذفاً، وذلك أن يعلمها أنه لبد رأسه وقلد
هديه للحج، فلا يمكنه التحلل من ذلك قبل أن يبلغ الهدى محله، وينحره. بمعنى بعد
كمال حجته.

وأما من أحرم بعمرته وأكمل عملها، فإنه لا يجوز له أن يردف الحج عليها، ويلزمه
أن يحلق ويتحلل ثم يحرم بالحج إن شاء لأنه ليس في إردافه الحج على عمرة، قد كمل
عملها غير تأخير الحلاق، وذلك نقص في النسك، يجب جبرانه بالدم.

ولا يجوز أن يقال كره الحلاق لقرب الحج على ما كره مالك للمعتمر أن يحلق إذا
قرب الموسم، وإن كان يستحب الحلاق لغيره؛ لأن مالكاً قال: إنه يقصر بدلاً من
الحلاق، ويوفر شعره لحلاق الحج، فيجمع بين الأمرين وحفصة لم تسأله ﷺ عن ترك
الحلاق، وإنما سألته عن ترك التحلل، والله أعلم.

* * *

العمل في النحر

٨٧٧ - مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَحَرَ بَعْضَ هَدْيِهِ وَنَحَرَ غَيْرَهُ بَعْضَهُ (١).

=وهؤلاء حفاظ أصحاب نافع، والحجة فيه على من خالفهم؛ ورواه ابن جريج عن نافع، فلم
يقل: من عمرتك.

٨٧٧ - أخرجه أبو داود في المناسك ١٥٠١. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٥٣.
(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٥٧/٦: هكذا قال يحيى عن مالك في هذا الحديث عن علي.. =

٥٠ كتاب الحج

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ نحر بعض هديه» يقتضى مباشرة لذلك، وإن كان يقال نحر بدنه إذا أمر من ينحرها إلا أن الأظهر من اللفظ مباشرة ذلك لاسيما وقد بين ذلك بقوله: «ونحر غيره بعضه» فدل ذلك على أنه أراد بما أضاف إليه نحره المباشرة، ولذلك فرق بينه وبين ما لم يباشره باللفظ، ولو أراد أن غيره نحر ما أضافه إليه لجمع الكل فى لفظ واحد.

وقد تقدم أن الأفضل مباشرة من أهدى نحر هديه لما فى ذلك من التواضع والإتيان بتمام النسك، ولأنه من القرب التى لها تعلق بالمال وبالبدن، ولا خلاف فى أن ما كان بهذه الصفة أن الاستنابة فيه ممنوعة كالحج.

فصل: وقوله: «ونحره غير بعضه» يصح أن يريد به تعيين جواز استنابة غيره فى ذلك، فأعلمنا بفضيلة المباشرة بمباشرة، وأعلمنا بجواز الاستنابة بما ولى من ذلك غيره.

٨٧٨ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَالَ: مَنْ نَذَرَ بَدَنَةً، فَإِنَّهُ يُقْلِدُهَا نَعْلَيْنِ وَيُشَعِّرُهَا ثُمَّ يَنْحَرُهَا عِنْدَ الْبَيْتِ أَوْ بِيَمْنَى يَوْمِ النَّحْرِ، لَيْسَ لَهَا مَجِلٌّ دُونَ ذَلِكَ، وَمَنْ نَذَرَ جَزُورًا مِنَ الْإِبِلِ أَوْ الْبَقَرِ فَلْيَنْحَرُهَا حَيْثُ شَاءَ.

قوله: «من نذر بدنة فإنه يقلدها» يقتضى أن لفظ البدنة لا ينطلق إلا على الهدى وفى عرف الاستعمال أن البدنة من الإبل ما أهدى، ولذلك قال: إن من نذر بدنة فحكمه أن يلقده، ومن نذر جزوراً، ففرق بينهما فى اللفظ لما اختلفا فى المعنى، وصار عنده اسم البدنة مختصاً بالهدى، واسم الجزور مختصاً بما ليس بهدى.

والنذر للإبل على ضر بين، أحدهما: أن ينذرهما باسم البدنة أو ينذرهما باسم الجزور، فإن نذرهما باسم البدنة، فإن ذلك يكون على ثلاثة أوجه، أحدها: أن لا ينوى

=وتابعه القعنبي، فجعله عن على أيضاً كما رواه يحيى. ورواه ابن بكير وسعيد بن عفير وابن القاسم وعبد الله بن نافع وأبو مصعب والشافعى، فقالوا فيه: عن مالك، عن جعفر، عن أبيه أن رسول الله ﷺ الحديث، لم يقل عن جابر، ولا عن على. وقال: الصحيح فيه جعفر بن محمد عن أبيه، عن جابر، وذلك موجود فى رواية محمد بن على عن جابر فى الحديث الطويل فى الحج، وإنما جاء حديث على رضى الله عنه من حديث عبد الرحمن بن أبى ليلى عنه لا أحفظه من وجه آخر. وقال: وهذا المتن صحيح ثابت من حديث جابر وحديث على.

٨٧٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٨٥٤. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٣٢/٥. الجصاص فى أحكام القرآن ٢٤٣/٣.

كتاب الحج ٥١

هدياً ولا غيره، والثاني: أن ينوى الهدى، والثالث: أن ينوى غير الهدى، فإن لم ينو شيئاً، فالأظهر عندي أن لها حكم الهدى، وهو الأظهر من قول عبد الله بن عمر؛ لأنه لم يشترط في البدنة نية ولا غيرها، ولأن لفظ البدنة مختص بالهدى، فوجب أن يحمل عليه.

وإن نوى الهدى، فهو أبين في وجوب حكم الهدى، فإن نوى غير ذلك، فهو على ما نوى إلا أنه نذر ذلك بموضع مخصوص غير مكة، وكان بموضع نذر جاز له أن ينحره به، وإن كان بموضع يتكلف إليه سوق البدنة نحرها بموضعه، ولم يجز أن تساق إلى غير مكة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي في المعينة، وأما غير المعينة، فيجوز عندي أن يشتريها بموضع نذر نحرها وينحرها هناك؛ لأنه لا يمنع من اختصاص صدقته بموضعه، وإنما منعه من سوى البدن إلى غير مكة.

فصل: وقوله: «ومن نذر جزوراً من الإبل أو البقر فلينحرها حيث شاء» يريد أن من نذره باسم الجزور، وهو لفظ مختص بغير الهدى، ولا ينطلق من جهة عرف الشرع على الهدى، فمن نذره على هذا الوجه، فهو عمل يتقرب به إلى الله عز وجل على وجه الصدقة.

قال: وهذا عندي أن النذر إنما هو في إطعام المساكين لحمها، فأما إراقة الدم، فيجب عندي أن يكون النذر غير متعلق به، لأن إراقة الدماء لا تكون إلا بمكة أو بمنى في الحج أو العمرة لفدية الأذى، فلا يساق إلى غير مكة لاختصاصه بذلك المكان، وكذلك الأضحية.

ولو أن من نذر نحر الجزور بغير مكة يشتريها منحورة، فتصدق بها لأجزأ عندي؛ لأن إراقة دمها لا يتعلق به النذر؛ لأنه ليس من القرب في ذلك المكان، ولذلك ذكرها ابن عمر باسم الجزور، ولم يقل هدياً ولا دمًا.

فصل: ولم يقصد بذكر الإبل والبقر دون الغنم، أن النذر لا يتعلق بغيرهما، إنما قصد إلى أن البقرة تنوب عن البدنة، ولذلك قال فيمن نذر بدنة، فلم يجدها: فلينحر بقره، وإن الشاة لا تجزى عن البدنة، ويجب أن لا تجزى على ذلك عن البقرة.

فصل: وقوله: «فلينحرها حيث شاء» يحتمل معنيين، أحدهما: أن يكون نذر جزوراً، فإن إطلاق هذا النذر لا يتعلق بموضع دون موضع، ونذر الهدى يتعلق بموضع

٥٢ كتاب الحج

مخصوص. والثاني: أن من نذر سوق جزور معين إلى موضع من المواضع، فإن نذر سوقه باطل وينحره حيث شاء من المواضع التي لا يتكلف سوقه إليها لقربها.

٨٧٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ يَنْحَرُ بُدْنَهُ قِيَامًا.

الشرح: قد تقدم الكلام في مثل هذا، وأن السنة نحرها قيامًا مصفوفة الأيدي إلا أن يخاف منها نفارًا، فتنحر على الوجه الذي يمكن ذلك منها معقولة أو كيف أمكن بما يغني الناظر في ذلك إن شاء الله.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْلُقَ رَأْسَهُ حَتَّى يَنْحَرَ هَدْيَهُ، وَلَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَنْحَرَ قَبْلَ الْفَجْرِ يَوْمَ النَّحْرِ، وَإِنَّمَا الْعَمَلُ كُلُّهُ يَوْمَ النَّحْرِ الذَّبْحُ وَلُبْسُ الثِّيَابِ وَالْقَاءُ النَّفْسِ، وَالْحِلَاقُ لَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ يُفَعَّلُ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ.

الشرح: قوله: «لا يجوز لأحد أن يخلق رأسه حتى ينحر هديه» وذلك أن سنة الذبح أن يفعل قبل الحلاق.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَخْلُقُوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله﴾ [البقرة: ١٩٦]، وكذلك فعل رسول الله ﷺ بدأ في نحر هديه، ثم حلق بعد ذلك، فمن خالف هذا، فقدم الحلاق قبل النحر، فلا يخلو أن يقدم الحلاق، خطأ وجهلاً، وعمدًا أو قصدًا، فإن كان ذلك خطأ وجهلاً فلا شيء عليه. رواه ابن حبيب عن ابن القاسم. وهو المشهور من مذهب مالك. وقال ابن الماجشون: عليه الهدى، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول ما روى أن رجلاً، قال: يا رسول الله، لم أشعر فحلق قبل أن أنحر؟ فقال ﷺ: «أنحر ولا حرج»^(١). وقال ابن الماجشون: معنى ذلك أن لا إثم عليه؛ لأن اسم الحرج يطلق على الإثم دون الهدى. ولا ابن القاسم أن يقول: إن هذا موضع تعليم لما يجب على السائل، فلو وجب عليه الهدى لأمره به، ولتقل إلينا. وقد روى هذا الحديث من طرق، ولم يرو شيئاً منها هنا، والله أعلم.

مسألة: وأما إن كان على وجه العمل، فقد روى القاضي أبو الحسن أنه يجوز تقديم

٨٧٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٥٥.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ١٢٤. مسلم حديث رقم ١٣٠٦. أحمد في المسند حديث

رقم ٥٦٣. الدارمي حديث رقم ١٩٠٧.

كتاب الحج ٥٣

الحلق على النحر، قال: وبه قال الشافعي، والظاهر من المذهب المنع والترتيب مشروع مستحب. وأقل ما يحمل عليه قول النبي ﷺ في حجه الاستحباب.

فصل: وقوله: «ولا ينبغي لأحد أن ينحر قبل الفجر يوم النحر». وجه ذلك أن كل نسك ونحر، فإنه لا يكون شيء منه بالليل، وإنما هو كله بالنهار. وقد استدل مالك على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَيَذَكِّرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ﴾ [الحج: ٢٨]، وقد تقدم الكلام في أنه لا يجوز لنحر بالليل، مما يغني عن إعادته وإذا قلنا إنه لا يجوز النحر قبل الفجر، فلا يجوز الرمي قبل الفجر؛ لأنه مرتب عليه.

فصل: وقوله: «وإنما العمل كله يوم النحر الذبح ولبس الثياب وإلقاء التفتث والحلاق ولا يكون شيء منه قبل الفجر» وتحرير ذلك أنه نسك يتقدم عليه الرمي، فلا يتكرر مثله قبله، فوجب أن لا يجوز فعله قبل يوم النحر. أصل ذلك إلقاء التفتث والحلاق. وأما طواف الإفاضة، فإن مثله يتكرر وهو طواف الورد.

مسألة: وقد اختلف الناس في يوم الحج الأكبر، فقال مالك: إنه يوم النحر، وقال قوم: إنه يوم عرفة.

والدليل على ذلك ما روى عن أبي هريرة أنه قال: بعثنى أبو بكر فيمن يؤذن يوم النحر. بمعنى: أن لا يحج بعد العام مشرك، ولا يطوف بالبيت عريان، والحج الأكبر يوم النحر.

* * *

الحلاق

٨٨٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «اللَّهُمَّ

٨٨٠ - أخرجه البخاري في الحج ١٦١٢. ومسلم في الحج ٢٢٩٣. والترمذي في الحج ٨٣٧. والنسائي في مناسك الحج ٢٨٠٨. وأبو داود في المناسك ١٦٨٩. وابن ماجه في المناسك ٣٠٣٥. وأحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٢٨، ٤٦٦٢، ٥٢٥٠، ٥٧٣٣، ٥٩٥٤، ٦٠٩٥. والدارمي في المناسك ١٨٢٧. والبيهقي ١٠٣/٥ عن ابن عمر. والبعثي بشرح السنة ٢٠٢/٧ عن ابن عمر.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٦٢/٦: هكذا هذا الحديث عندهم جميعا عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر؛ وكذلك رواه سائر أصحاب نافع، لم يذكر واحد من رواه فيه أنه كان يوم الحديبية، وهو تقصير وحذف؛ والمحفوظ في هذا الحديث، أن دعاء رسول الله ﷺ للمحلقين ثلاثا، =

٥٤ كتاب الحج
أَرْحَمَ الْمُحَلِّقِينَ»، قَالُوا: وَالْمُقَصِّرِينَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «اللَّهُمَّ أَرْحَمِ الْمُحَلِّقِينَ»،
قَالُوا: وَالْمُقَصِّرِينَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «وَالْمُقَصِّرِينَ».

الشرح: قوله ﷺ: «اللهم ارحم المحلقين» وتخصيصه لهم بالدعاء تفضيل للحلاق على التقصير، وذلك أن التحلل بهذا الباب على ضربين، حلاق وتقصير، وذلك ستة أبواب، أولها: فيمن حكمه الحلاق والتقصير، والباب الثاني: في صفة الحلاق والتقصير، والباب الثالث: في موضع الحلاق والتقصير، والباب الرابع: في وقتها، والباب الخامس: فيما يتعلق بهما من الأحكام، والباب السادس: هل هو نسك أو تحلل.

* * *

الباب الأول في من حكمه الحلاق والتقصير

الأفضل للرجال الحلاق، وذلك أن النبي ﷺ حلق، وقال: «خذوا عني مناسككم» ولا يخلو فعله في ذلك من الوجوب أو الندب. ودليل آخر من الحديث المتقدم، وهو أنه ﷺ خص المحلقين بالدعاء لهم، وكرر ذلك إظهاراً لفضيلة الحلاق، فمن قصر مع القدرة على الحلاق والتمكن منه أجزاءه، ولا شيء عليه، وقد قال تعالى: ﴿المحلقين رءوسكم ومقصرين﴾ [الفتح: ٢٧].

مسألة: ومن حل من عمرته في أشهر الحج، فالحلاق له أفضل إلا أن تفوت أيام الحج، ويريد أن يحج، فليقصر لمكان حلاقه في الحج، قال محمد بن المواز: ووجه ذلك ما يريد من تخصيص الحج الذي هو أفضل النسكين بالحلاق.

مسألة: وأما المرأة، فقد قال ابن حبيب: ليس على من حج من النساء حلاق، وقد نهى عنه النبي ﷺ المرأة في حج أو عمرة. وقال: هي مثله، وهو الذي رواه ابن حبيب، وإن لم نعرف له إسناداً صحيحاً إلا أنه من قول العلماء وهو الصحيح؛ لأن حلاق المرأة مته؛ لأنه حلاق غير معتاد كحلاق الرجل لحيته وشاربه.

* * *

=وللمقصرين مرة، إنما جرى يوم الحديبية حين صد عن البيت، فنحز وحلق ودعا للمحلقين؛ وهذا معروف مشهور محفوظ من حديث ابن عمر وابن عباس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وحبشى بن حنادة وغيرهم.

الباب الثاني فى صفة الحلاق والتقشير

أما صفة الحلاق، فقد قال ابن المواز عن مالك فى الحاج: إن من الشأن أن يغسل رأسه بالخطمى والغاسول، حين يريد أن يحلق، قال: ولا بأس أن يتنور ويقص شاربه ولحيته قبل أن يحلق.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم فى المعتمر يغسل رأسه قبل أن يحلقه، أو يقتل شيئاً من الدواب، أو يلبس قميصاً بعد تمام السعى، قال: أكره ذلك. وهذا ليس على معنى الحلاق بين مالك وابن القاسم.

وإنما اختلف قولهما؛ لأن مالكاً تكلم فى حكم الحج وابن القاسم تكلم فى حكم العمرة. والفرق بينهما أن الحاج قد وجد منه قبل الحلاق تحلل، وهو الرمى والمعتمر لا يوجد منه قبل الحلاق تحلل.

مسألة: ويبدأ بالحلاق من الشق الأيمن، ويبلغ به إلى العظمين اللذين فى الصدغين عند منتهى اللحية، قاله ابن حبيب. ولا يجزئ حلق الرأس دون استيعابه، حكاه الشيخ أبو بكر وغيره عن مالك.

والدليل على ذلك أن النبى ﷺ حلق رأسه، وقال: «خذوا عني مناسككم».

وأما التقصير، فلا يخلو أن يكون المقصر، رجلاً أو امرأة، فإن كان رجلاً، فقد قال مالك: ليس تقصير الرجل أن يأخذ من أطراف شعره، ولكن يجز ذلك جزءاً، وليس مثل المرأة، فإن لم يجزه، وأخذ منه، فقد أخطأ ويجزيه، وبه قال الشيخ أبو بكر. ومعنى ذلك أن يأخذ منه ما يقع عليه اسم التقصير، وليس ذلك بأن يأخذ اليسير من شعر رأسه.

قال القاضى أبو الوليد: وفى هذا عندى نظر، وذلك أنه قد منع أن يفعل من ذلك ما تفعله المرأة، والذى تفعله المرأة يقع عليه اسم التقصير، ولو كان الذى يأخذ من أطراف شعره لا يقع عليه اسم التقصير لم يجزه. وقد قال مالك: إنه يجزئه، وإنما أراد المبالغة فى ذلك على وجه الاستحباب، وأن يبلغ به الحد الذى يقرب من أصول الشعر، وهذا الذى يوصف بالجز.

مسألة: وأما المرأة، فإنها إذا أرادت الإحرام أخذت من قرونها لتقصر، فإذا حلت قصرت، قاله ابن المواز: ومعنى ذلك أن تيسر فى مواضع التقصير ليتمكن الأخذ من جميعه.

٥٦ كتاب الحج

مسألة: وكم مقدار ما تقصر؟ روى عن ابن عمر أنه قال: مقدار أتملة. وقد روى ابن حبيب عن مالك: قدر الأتملة، أو فوق ذلك بقليل، أو دونه بقليل. وروى عن عائشة: يجزها قدر التطريف.

قال مالك: ليس لذلك عندنا حد معلوم، وما أخذت منه أجزاءها، ولا بد من أن تعم بالتقصير الشعر كله، طويله وقصيره. والدليل على ذلك أنها عبادة تتعلق بالرأس، فكان حكمها فيه الاستيعاب كالمسح في الوضوء.

* * *

الباب الثالث فى موضع الحلاق والتقصير

موضع الحلاق فى الحج منى، وفى العمرة مكة، وإنما يتعلق الحلاق والتقصير بهذين الموضعين على أنه هو المشروع على سبيل الاستحباب. وقد قال مالك فى الذى يذكر الحلاق بمكة قبل الطواف للإفاضة: لا يطوف، وليرجع إلى منى، فيحلق ثم يفيض، فإن لم يفعل وحلق بمكة أجزأ عنه. وقد روى ابن القاسم فىمن حلق فى الحل أيام منى: لا أرى عليه شيئاً إذا حلق فى أيام منى.

* * *

الباب الرابع فى وقت الحلاق والتقصير

أما الحلاق والتقصير، فله وقتان، أحدهما: أن يوقت بالزمان، والثانى: أن يوقت بفعل ما هو مقدم عليه فى الرتبة، فأما توقيته بالزمان فبعد طلوع الفجر بعد رمى جمرة العقبة، وأما آخره، فقد روى محمد عن مالك، فىمن أفاض قبل أن يحلق: إن ذكر فى أيام منى فحلق، فلا شىء عليه، وإن ذكر بعدها حلق وأهدى.

وقال ابن القاسم: إذا تباعد ذلك بعد الإفاضة أهدى، وليس لذلك حد، وإن ذكر وهو بمكة قبل أن يفيض، فليرجع حتى يحلق، ثم يفيض، وسنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما توقيته بما يترتب عليه من الأفعال، فإنه إذا طلع الفجر حال الرمى، فإذا رمى نحر هدياً، إن كان معه، ثم يحلق بعد ذلك، ثم له أن يطوف للإفاضة.

ومن حلق قبل أن يرمى، فقد قال ابن حبيب: من جهل محلق يوم النحر قبل أن يرمى، فدية الأذى.

كتاب الحج ٥٧

ووجه ذلك أنه حلق قبل أن يوجد منه تحلل والحلق فى ذلك الوقت محذور لحق إحرام لم يوجد فيه تحلل، فلزمه لذلك فدية الأذى، وهذا فيمن أفرد الحج، وسواء كان قدم السعى أو أخره كالمراهق الوارد أو المحرم بالحج من مكة.

وأما القارن، فالمشهور من مذهب مالك أن حكمه فى ذلك حكم المفرد. وذهب أبو بكر بن الجهم إلى أن القارن لا يحلق بعد الرمي حتى يطوف ويسعى، والله أعلم. ومن أفاض قبل الحلاق، ففى المختصر أنه اختلف فيه، فقيل يرجع فيحلق، ثم يفيض، فإن لم يفيض، فلا شىء عليه وقيل ينحره ثم يحلق، ولا شىء عليه، وسنذكره بعد هذا إن شاء الله.

* * *

الباب الخامس فيما يتعلق بهما من الأحكام

أما ما يتعلق بهما من الأحكام، فإنه لا يخلو أن يكون المحرم حاجًا أو معتمرًا فإن كان حاجًا، فإذا حلق فقد حل له كل شىء حرم عليه من إلقاء التفت، وجاز له أن يدهن ويقص شاربه، ويلبس المخيط.

وقد تقدم من قول مالك: أن ذلك كله قد حل له بالرمي قبل الحلاق، وأنه إذا حلق، فقد حل له كل شىء إلا النساء والطيب والصيد حتى يفيض من منى إلى مكة. قال ابن حبيب: وفى الطيب اختلاف.

مسألة: ومن وطئ قبل أن يحلق أو يقصر، فقد لزمه الهدى كان فى حج أو عمرة، رواه ابن القاسم عن مالك ويجب أن يكون معنى ذلك فى الحج أنه رمى وطاف للإفاضة ثم وطئ قبل أن يحلق، فلزمه الهدى لأنه قد بقى عليه بعض التحلل، وهو الحلاق أو ما يقوم مقامه من التقصير.

مسألة: ومن مس الطيب قبل أن يحلق فى الحج، فقد أساء ولا دم عليه.

ووجه ذلك أنه قد وجد منه تحلل، وهذه حالة تختلف فيها فى إباحته.

مسألة: وأما المعتمر، فإذا كمل طوافه وسعيه، فلا يلبس ثيابًا، ولا يمسه طيبًا حتى يحلق أو يقصر. وقد كره مالك ذلك كله، وقد تقدم ذكره، فإن فعل، فقد قال ابن حبيب عن مالك: لا شىء عليه.

٥٨ كتاب الحج

ووجه ذلك أنه قد كمل عمرته، ولم يبق عليه منها شيء غير التحلل.

مسألة: فإن وطئ قبل أن يخلق، فقد اختلف قول مالك فيه في رواية ابن المواز عنه، قال مرة: عليه عمرة أخرى. وقال مرة: ليس عليه إلا الهدى.

وجه القول الأول أنه لم يوجد منه تحلل في هذا النسك، فإذا وطئ وجب أن يفسد. أصل ذلك إذا وطئ في الحج قبل الرمي.

ووجه الرواية الثانية أنه وقت لو مس فيه الطيب لم تجب عليه فدية، فإذا وطئ لم تفسد عمرته، وإنما يلزمه الهدى لما وطئ قبل أن يتحلل وبعد تمام فعل العمرة.

ووجه الرواية الثالثة أنه وقت لو مس فيه الطيب ولبس المخيط، لم تجب عليه فدية، فإذا وطئ لم يجب عليه شيء في العمرة. أصل ذلك ما بعد الحلاق، والله أعلم.

* * *

الباب السادس هل هو نسك أو تحلل

لنا أنه نسك من مناسك الحج، وهو أحد قولى الشافعى، وله قول آخر: أنه مباح بعد الخطر يمنع الإحرام، فإذا زال الإحرام زال تحريمه للحلاق، وتقليم الأظفار، ولبس الثياب.

والدليل على أنه نسك يثاب صاحبه على فعله قوله تعالى: ﴿لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ﴾ [الفتح: ٢٧] الآية، فوصف دخول المسجد على هذه الصفة فيما وعدهم به، ولو لم يكن نسكاً مقصوداً لما وصف دخولهم به كما لم يصف دخولهم بلبسهم الثياب والتطيب. ووجه ثان أنه كناية عن الحج أو العمرة، ولو لم يكن من النسك لما كنى به عنه.

ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم أنه ﷺ قال: «رحم الله المحلقين، ثم قال في الثالثة: والمقصيرين» فلو لم يكن فعلاً يثاب عليه فاعله لما دعا له، والثاني: أنه أظهر تفضيل الحلاق على التقصير، ولو لم يكن نسكاً له فضيلة من عليه ثواب لما كان أفضل من التقصير كما أنه ليس لبس نوع من الثياب أفضل من لبس غير ذلك.

٨٨١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَدْخُلُ مَكَّةَ لَيْلًا،

كتاب الحج ٥٩
وَهُوَ مُعْتَمِرٌ فَيَطُوفُ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَيُؤَخِّرُ الْحِلَاقَ حَتَّى يُصْبِحَ، قَالَ:
وَلَكِنَّهُ لَا يَعُودُ إِلَى الْبَيْتِ فَيَطُوفُ بِهِ حَتَّى يَحْلِقَ رَأْسَهُ، قَالَ: وَرُبَّمَا دَخَلَ الْمَسْجِدَ
فَأَوْتَرَ فِيهِ وَلَا يَقْرَبُ الْبَيْتَ.

الشرح: قوله: «أله كان إذا دخل مكة معتمراً أو طاف وسعى ليلاً أحر الحلاق حتى يصبح» ووصف ذلك بالتأخير؛ لأن السنة تعجيله، واتصاله بالفراغ من السعى لما فيه من تعجيل سلامة النسك مما عسى أن يدخل عليه من نقص وطاء أو غيره، وجاز التأخير لما يتعلق بالوقت من تعذر الحلاق في الأغلب

وقد روى عن مالك فيمن طاف وسعى لعمرته من الليل: فلا بأس أن يؤخر الحلاق إلى الصبح. قال: وتعجيل ذلك أفضل.

فصل: وقوله: «ولكنه لا يعود إلى البيت» يريد أنه كان لا يطوف بالبيت حتى يتحلل من عمرته بالحلاق؛ لأن من سنة المعتمر أن لا يطوف بالبيت متفلاً حتى يكمل عمرته، ويتحلل منها بالحلاق.

وقد قال مالك فيمن طاف وسعى لعمرته ليلاً فأحر الحلاق حتى يصبح: لا يتنفل بطواف، ولا يدخل البيت، ولا يقربه حتى يحلق. قال أصبغ في العتبية والموازية: فإن فعل، فلا شيء عليه. قال مالك: ولا يدخل البيت حتى يحلق، فإن فعل، فذلك واسع.

وهذا على ما تقدم أن الخلاف بمعنى على وجه الاستحباب، لأن النحر بها والحلاق متصل، وقد شرع تعجيله، وكذلك فعل النبي ﷺ نحر هديه وحلق رأسه بمعنى بأثر نحر هديه، وأفعاله ﷺ على الوجوب، أو على الندب، فمن نسي حلق رأسه، فذكر ذلك بمعنى أيام منى حلق بها.

قَالَ مَالِكٌ: إِلقَاءُ التَّفَثِ حِلَاقُ الشَّعْرِ وَكُبْسُ الثِّيَابِ وَمَا يُتَّبَعُ ذَلِكَ.

قَالَ يَحْيَى: سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ نَسِيَ الْحِلَاقَ بِمَنَى فِي الْحَجِّ هَلْ لَهُ رُخْصَةٌ فِي أَنْ يَحْلِقَ بِمَكَّةَ؟ قَالَ: ذَلِكَ وَاسِعٌ، وَالْحِلَاقُ بِمَنَى أَحَبُّ إِلَيَّ (١).

الشرح: وهذا على نحو ما تقدم أن الحلاق بمعنى على وجه الاستحباب لأن النحر بها والحلاق متصل، وقد شرع تعجيله، وكذلك فعل النبي ﷺ نحر هديه وحلق رأسه

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٣/١١١.

٦٠ كتاب الحج

بمعنى بآثر هديه، وأفعاله صلى الله عليه وسلم على الوجوب، أو على الندب، فمن نسي حلق رأسه، فذكر ذلك بمعنى أيام منى حلق بها.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنْ أَحَدًا لَا يَحْلِقُ رَأْسَهُ وَلَا يَأْخُذُ مِنْ شَعْرِهِ حَتَّى يَنْحَرَ هَدْيًا إِنْ كَانَ مَعَهُ، وَلَا يَحِلُّ مِنْ شَيْءٍ حَرَّمَ عَلَيْهِ حَتَّى يَحِلَّ بِمَنَى يَوْمِ النَّحْرِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿وَلَا تَخْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦].

وهذا على نحو ما تقدم أن أحدا لا يخلق ولا يأخذ من شعره ممن كان معه هدى حتى ينحر لما قدمناه من أن الحلاق بعد النحر.

والأصل في ذلك ما احتج به مالك من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَخْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ وهذا وإن كان بلفظ البلاغ، فإن معناه النحر؛ لأنه قد قال تعالى: ﴿هَدْيًا بِالْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]، ومعناه منحور بها بدليل أنه لو مات بها قبل أن ينحر لما أجزأ عن جزاء الصيد.

فصل: وقوله: «ولا يحل من شيء حرم عليه حتى يحل يوم النحر بمنى» يريد أنه لا يكون تحلل من شيء من الإحرام قبل يوم النحر، ولذلك قلنا إنه لا يرمى الجمرة ولا يخلق قبل طلوع الفجر من يوم النحر، وهذا يقتضى أنه لا يفيض قبل طلوع الفجر، وقد تقدم للقاضي أبي الحسن نحو ذلك.

* * *

التفصير

٨٨٢ - مَالِكُ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا أَفْطَرَ مِنْ رَمَضَانَ، وَهُوَ يُرِيدُ الْحَجَّ، لَمْ يَأْخُذْ مِنْ رَأْسِهِ وَلَا مِنْ لِحْيَتِهِ شَيْئًا حَتَّى يَحُجَّ.

قَالَ مَالِكُ: لَيْسَ ذَلِكَ عَلَى النَّاسِ.

الشرح: قوله: «كان لا يأخذ من رأسه ولحيته شيئا إذا نوى الحج بعد الفطر من رمضان» لأنه كان يريد توفير ما يأخذ من ذلك في حجه عند الحلاق، وإنما ذلك مستحب، ولذلك استحب للمعتمر أن لا يخلق إذا كان بقرب الحج ليوفر شعره

٨٨٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٥٨. الشافعي في الأم ٢٥٣/٧.

كتاب الحج ٦١
للحلاق في الحج، ولعل عبد الله بن عمر كان يترك ذلك بعد الأخذ منه عند الفطر
للتحمل للعيد، ولذلك لم يوقت ترك الأخذ منه بما قبل العيد.

فصل: وقول مالك: «وليس ذلك على الناس» يريد أنه لا يجب على الناس التزام
مثل هذا على وجه الوجوب، ويحتمل أن يريد أنه ليس عليهم على وجه الندب
والاستحباب؛ لأنه لم يرد ما يؤيده عند مالك، رحمه الله، ولما فيه من طول التشعث
وتقديم الامتناع من الأخذ من الشعر قبل الإحرام بمدة طويلة، والله أعلم.

٨٨٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا حَلَقَ فِي حَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ
أَخَذَ مِنْ لِحْيَتِهِ وَشَارِبِهِ.

الشرح: قوله: «أنه كان إذا حلق في حج أو عمرة أخذ من لحيته وشاربه» يريد أنه
كان يقص منهما مع حلق رأسه، وقد استحب ذلك مالك، رحمه الله، لأن الأخذ
منهما على وجه لا يغير الخلقة من الجمال والاستئصال لهما مثله كحلق رأس المرأة،
فمنع من استئصالهما أو أن يقع منهما ما يغير الخلقة، ويؤدي إلى المثلة.

وأما ما تزايد منها وخرج عن حد الجمال إلى حد التشعث وبقاؤه مثله، فإن أخذه
مشروع، فلما كانت من الشعور التي يجوز الأخذ منها تعلق بها حكم النسك على
وجه الاستحباب.

٨٨٤ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ رَجُلًا أَتَى الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ
فَقَالَ: إِنِّي أَفْضْتُ وَأَفْضْتُ مَعِيَ بِأَهْلِي، ثُمَّ عَدَلْتُ إِلَى شِعْبٍ، فَذَهَبْتُ لِأَذْنَوْ مِنْ
أَهْلِي، فَقَالَتْ: إِنِّي لَمْ أَقْصِرْ مِنْ شَعْرِي بَعْدُ، فَأَخَذْتُ مِنْ شَعْرِي بِأَسْنَانِي ثُمَّ وَقَعْتُ
بِهَا، فَضَحِكَ الْقَاسِمُ، وَقَالَ: مُرْهَا فَلْتَأْخُذْ مِنْ شَعْرِي بِالْجَلْمَيْنِ.

قَالَ مَالِكٌ: أَسْتَحِبُّ فِي مِثْلِ هَذَا أَنْ يُهْرَقَ دَمًا، وَذَلِكَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ
قَالَ: مَنْ نَسِيَ مِنْ نُسْكِهِ شَيْئًا فَلْيُهْرَقْ دَمًا^(١).

٨٨٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٥٩. الشافعي فتى الأم ٢٥٣/٧. المغنى ٤٣٧/٣.
المجموع ١٥٦/٨، ١٦٤.

٨٨٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٦٠. البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٠١٩٠/٧.
المجموع ١٦٤/٨.

(١) ذكره البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٠١٩٢/٧.

٦٢ كتاب الحج

الشرح: قوله: «إني أفضت، وأفضت معي بأهلي» يحتمل معنيين، أحدهما: أنه توجه للإفاضة وعدل إلى الشعب في توجهه إلى الإفاضة، ويحتمل أن يكون يريد بقوله: «أفضت» طفت طواف الإفاضة، وأنه عدل إلى الشعب لانصرافه من الإفاضة إلى منى، وهو ظاهر اللفظ لقوله: «أفضت» وإنما يقتضى الإفاضة الشرعية، وهى طواف الإفاضة.

فصل: وقوله: «فذهبت لأذنو من أهلي، فقالت: إني لم أقصر بعد» منعه الدنو منها، ومعناه الجماع، لما لم تكن قصرت بعد، وهذا يقتضى أن من طاف للإفاضة ولم يخلق، فإنه لا يجامع أهله لأنه قد بقى عليه شيء من التحلل لأن الحلاق من التحلل فى الحج.

فصل: وقوله: «فأخذت من شعرها بأسناني ثم وقعت بها» يريد أنه رأى ذلك تقصيراً يبيح منها ما يمنعه عدم التقصير، وضحك القاسم بن محمد رضى الله عنه بما أخبره به عن نفسه من الحرص على الجماع، والتسبب له، وإقامته القص بأسنانه لشيء من شعرها، مقام التقصير اللازم لها حرصاً على بلوغ ما أراده منها.

فصل: وقوله: «مرها، فلتأخذ من شعرها بالجلمين» يحتمل أمرين، أحدهما: أنه علم أن أخذه من شعرها بأسنانه لا يمكنه استيعاب جميع شعرها بالتقصير، وكان يرى أنه لا يجوز إلا الاستيعاب، فأمره بأن يقصر بالجلمين؛ لأنهما مما يمكن الاستيعاب بهما.

ويحتمل وجهاً آخر، وهو أن يعتقد أنه لا يجوز الأخذ من الشعر بالأسنان ولا غيرها، إلا ما كان من الحديد الذى اعتيد التقصير به، وأما التقصير بالأضراس، فإنه لا يقوم مقام القص بالجلمين.

فصل: وقول مالك: «استحب فى مثل هذا أن يهريق دمًا» معناه أنه لما أصاب النساء قبل تمام تحلله بالحلاق كان عليه الدم، وأيضاً فإن طوافه للإفاضة قبل الحلاق مما قد اختلف أصحابنا فى إعادته فى وجوب الهدى به، فكيف إذا تحللها الوطء.

فصل: وقوله: «وذلك أن عبد الله بن عباس قال: من نسى من نسكه شيئاً فليهرق دمًا» احتجاجه على ذلك بقول عبد الله بن عباس يحتمل أن يريد به أنه قول قد قاله غيره، فجاز أن يذهب إليه بوجه من الاجتهاد، ويقتضى ذلك أن النسيان والعمد عنده فى ذلك سواء أو لأنه إذا كان عليه أن يهريق دمًا فى نسيانه مع عذر النسيان، فبأن يكون ذلك عليه فى العمد والجهل أولى، ولما احتج على ذلك بقول ابن عباس: «من نسى من نسكه شيئاً» اقتضى أن يكون الحلاق عنده نسكاً، وإلا لم يتناوله الدليل.

كتاب الحج ٦٣

وفى ذلك وجه آخر، وذلك أن ما قاله عبد الله بن عباس يقتضى وجوب الهدى؛ لأن من نسي من نسكه شيئاً كالمبيت بالمزدلفة أو رمى الجمار، فقد وجب عليه الهدى، وإن كان فيها ما يستحب فيه الهدى، لكن لما احتمل قول ابن عباس الوجوب والندب، واشتمل على المعنيين، تعلق به الندب؛ لأنه متناول له.

ويجوز أن يكون مالك، رحمه الله، يريد بقوله: «استحب له» أنه يستحب إيجابه عليه، ويكون قول من أوجب ذلك أحب إليه من قول من لم يوجبه، فيكون الهدى على هذا القول واجباً، والله أعلم.

٨٨٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ لَقِيَ رَجُلًا مِنْ أَهْلِهِ يُقَالُ لَهُ الْمُجَبَّرُ قَدْ أَفَاضَ، وَلَمْ يَخْلُقْ وَلَمْ يُقَصِّرْ، جَهَلَ ذَلِكَ، فَأَمَرَهُ عَبْدُ اللَّهِ أَنْ يَرْجِعَ فَيَخْلُقَ أَوْ يُقَصِّرَ، ثُمَّ يَرْجِعَ إِلَى الْبَيْتِ فَيَفِيضَ.

الشرح: الرجل الذى يقال له المجبر، هو ابن أخى عبد الله بن عمر، وهو عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن عمر بن الخطاب، وكان المجبر قد أفاض، ولم يخلق ولم يقصر، جهل أن ذلك كان يلزمه، فأمره عبد الله أن يرجع فيخلق أو يقصر.

وهذا يقتضى أن الرجوع إلى موضع الحلاق بمنى، ولو لم يأمره بالرجوع إلى منى، لقال: فأمره أن يخلق ثم يفيض.

ولما قال: أمره أن يرجع، فيخلق ثم يرجع إلى البيت فيفيض، فهم منه أنه لقيه بغير منى، ولعله لقيه بين مكة ومنى منصرفاً إلى منى، فأمره أن يتمادى إلى منى، فيخلق ثم يرجع إلى البيت، فيعيد طواف الإفاضة.

وقد اختلف فيه، ففى المختصر: يرجع فيخلق ثم يفيض، وقيل ينحر ويخلق، ولا شىء عليه.

فإذا قلنا إنه يعيد الإفاضة، فوجهه أنهما تحللان مرتبان، فإذا قدم الآخر منهما وجب الإتيان به، ما لم يفت وقته كالحلاق، ورمى جمرة العقبة.

ووجه القول الثانى أنهما معنيان سنا بعد رمى الجمرة، وقبل رمى الجمار، فتقديم أحدهما على الآخر، لا يوجب إعادة الحلق والذبح.

٨٨٥ - ذكره البغوى فى شرح السنة ٢١٤/٧. ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٨٦١. المحلى

٦٤ كتاب الحج

فرع: فإن قلنا يعيد الإفاضة، فإن ذلك على الاستحباب. وفي المختصر: من ترك ذلك، فلا شيء عليه. ووجه ذلك ما قدمناه.

وهل عليه هدى أم لا؟ روى ابن المواز عن مالك: إن ذكر في أيام منى حلق ولا شيء عليه، وإن ذكر بعد منى حلق وأهدى، قال ابن القاسم: إن تباعد ذلك بعد الإفاضة أهدى، وليس لذلك حد، هذا الجواب يصح أن يكون لتأخير الحلاق على القولين جميعاً في الأمر بإعادة الإفاضة، وعلى القول الثاني، والله أعلم، وقد تقدم ذكره.

٨٨٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ كَانَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يُحْرِمَ دَعَا بِالْحَلَمِيِّينَ فَقَصَّ شَارِبَهُ، وَأَخَذَ مِنْ لِحْيَتِهِ، قَبْلَ أَنْ يَرْكَبَ وَقَبْلَ أَنْ يُهَيَّئَ مُحْرِمًا.

الشرح: قد روى عن ابن عمر أنه كان يوفر شعر رأسه ولحيته إذا أراد الحج من آخر رمضان، فيحتمل أن يكون سالم بن عبد الله رأى في ذلك خلاف رأيه، ويحتمل أن يكون سالم إنما كان يفعل ذلك في العمرة، وكان عبد الله بن عمر يفعل ذلك في الحج، وحكمهما عندهما مختلف.

وأما قص الشارب، فلم يختلفا فيه، وقد روى في المجموعة عن مالك في الذي يريد أن يحرم: لا بأس أن يقص شاربه، ويقلم أظفاره، ويتنور عندما يريد أن يحرم. وأما شعر رأسه، فأحب إلى أن يعفى ويوفر للشعث.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والفرق عندى بين الشارب واللحية والرأس، أن الشارب يلحقه الأذى بطوله، ولا يلحق ذلك بطول شعر الرأس، واللحية، والثاني أن توفير اللحية والرأس تشعيث لهما ولا يتشعث الشارب بأن لا يقصر شعره، فلا يفيد توفيره شعثاً.

فصل: وقوله: «أنه كان يفعل ذلك قبل أن يركب وقبل أن يهمل» يدل على أن ذلك عنده من جملة التنظيف وتوابع الغسل للإحرام، فيجب أن يعمل بأثر الغسل، فإذا أكمل ذلك كله ركب، فإذا استوت به راحلته، أحرم.

* * *

التلييد

٨٨٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ ضَفَرَ رَأْسَهُ، فَلْيَحْلِقْ وَلَا تَشْبَهُوا بِالتَّلْبِيدِ.

٨٨٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ عَقَصَ رَأْسَهُ أَوْ ضَفَرَ أَوْ لَبَدَ، فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحِلَاقُ.

الشرح: قوله: «من ضفر» التصفير أن يضفر شعر رأسه، إذا كان ذا حمة ليمنعه ذلك من الشعث والعقص أن يعقص شعره في قفاه، إذا كان ذا حمة لئلا يتشعث، والعقد كذلك والتلييد أن يجعل الصمغ في الغاسول ثم يلطخ به رأسه عند الإحرام ليمنعه ذلك من الشعث، قال ذلك كله ابن حبيب، فأمر عمر بن الخطاب من فعل هذه المعاني التي تمنع الشعث، أن يحلق، ولم يبيح له التقصير.

وذلك على وجهين، أحدهما: أنه بدل ما تمتعوا به من مباحة الشعث، والثاني: أنه لا يكاد مع التلييد أنه يتوصل إلى التقصير من جميع الشعر. وقال مالك في الموازية: من لبد أو عقص أو ضفر أو ربط شعره قبل أن يحرم من الرجال، فلا بد من الحلق.

مسألة: فإن لبدت المرأة، فقد قال مالك في الموازية: ليس عليها إلا التقصير. ومعنى ذلك ما قدمناه، من أن المرأة ممنوعة من الحلاق، وهذا يقتضى أن الحلاق للملبد، إنما هو بدل ما فاتته من الشعث، وما منع منه التلييد، ولو كان امتناع التقصير من جميع الشعر لكان حكم المرأة في ذلك حكم الرجل؛ لأنه لا بد لها في التقصير من جمع شعرها، ولا تتوصل إلى ذلك عندها إلا بعد أن تمتشط ويذهب التلييد.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «ولا تشبهوا بالتلييد» هكذا رواه أكثر الرواة، أى لا تشبهوا به، فإن من تشبه به وجب عليه ما وجب على الملبد من الحلاق، قاله ابن حبيب.

* * *

٨٨٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٦٣.

قال في الاستذكار ١١٩/١٣: قد روى مثل قول ابن عمر هذا عن النبي ﷺ من وجه حسن ويروى في هذا الحديث: «تَشْبَهُوا وَتَشْبَهُوا» بضم التاء وفتحها، وهو الصحيح بمعنى تشبه. ومن روى «تشبهوا» أراد لا تشبهوا عليها فتفعلوا أفعالا تشبه التلييد الذى من سنة فاعله أن يحلق.

٨٨٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٦٣.

الصلاة في البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة

٨٨٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ الْكَعْبَةَ هُوَ وَأَسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ وَبِلَالُ بْنُ رَبَّاحٍ وَعُثْمَانُ بْنُ طَلْحَةَ الْحَجَبِيُّ فَأَغْلَقَهَا عَلَيْهِ، وَمَكَثَ فِيهَا، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: فَسَأَلْتُ بِلَالَ بْنَ جَبْرِ حَرَجَ مَا صَنَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: جَعَلَ عَمُودًا عَنْ يَمِينِهِ وَعَمُودَيْنِ عَنْ يَسَارِهِ وَثَلَاثَةَ أَعْمِدَةٍ وَرَاءَهُ، وَكَانَ الْبَيْتُ يَوْمَئِذٍ عَلَى سِتَّةِ أَعْمِدَةٍ ثُمَّ صَلَّى.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ دخل هو وأسامة وبلال وعثمان بن طلحة البيت» سنة في دخول البيت وإغلاقه عليه، دليل على جواز ذلك لمن أبيض له الانفراد فيه للدعاء والذكر والصلاة، ولمن حضرته نية، وإنما جاز ذلك في البيت بخلاف المساجد؛ لأنه ممنوع منه فقفل عليه؛ لأن مقصوده الطواف به، وذلك إنما يكون في خارجه وسائر المساجد المقصود منها الصلاة فيها، فليس لأحد أن ينفرد

٨٨٩ - أخرجه البخارى فى الصلاة ٣٨٢، ٤٤٨، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، الجمعة ١١٠١، الحج ١٤٩٥، ١٤٩٦، الجهاد والسير ٢٧٦٦، المغازى ٤٠٤٩. ومسلم فى الحج ٢٠٤٢، ٢٣٥٨، ٢٣٥٩، ٢٣٦٠، ٣٢٦١، ٣٢٦٢، ٢٣٦٣. والترمذى فى الحج ٨٠٠، ٨٧٤. والنسائى فى المساجد ٦٨٥، ٦٩٢، القبلة ٧٤١، ٧٤٩، مناسك الحج ٢٨٤، ٢٨٥٥، ٢٨٥٦، ٢٨٥٧. وأبو داود فى المناسك ١٧٣٠. وابن ماجه فى المناسك ٣٠٥٤، ٣٠٦٣. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٦٥٧، ٤٩٢٩، ٥٦٥٧، ٥٧٤٧، ٥٩٥١، باقى مسند الأنصار ٢٢٧٦٠، ٢٢٧٦٩، ٢٢٧٨٠. والدارمى فى المناسك ١٧٩٢.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦/٦٦: هكذا رواه جماعة من رواة الموطأ عن مالك، قالوا فيه: عمودا عن يمينه، وعمودين عن يساره، منهم: يحيى بن يحيى النيسابورى وبشر بن عمر الزهرانى؛ وكذلك رواه الربيع عن الشافعى، عن مالك. ورواه عثمان بن عمر عن مالك، فقال فيه: جعل عمودين عن يمينه، وعمودين عن يساره. وروى أبو قلابة عن بشر بن عمر، عن مالك: عمودا عن يمينه، وعمودا عن يساره؛ وكذلك رواه إسحاق بن الطباع، عن مالك، وقد روى ذلك عن ابن مهدى، عن مالك فى هذا الحديث: وجعل عمودين عن يمينه، وعمودا عن يساره، كذلك رواه بندار عنه؛ وكذلك رواه الزعفرانى عن الشافعى، عن مالك؛ وكذلك رواه القعنبرى وأبو مصعب وابن بكير وابن القاسم ومحمد بن الحسن الفقيه، عن مالك. وروت طائفة من رواة الموطأ عن مالك هذا الحديث، وانتهى حديثهم إلى: ثم صلى. وزاد ابن القاسم فى هذا الحديث عن مالك بإسناده هذا: وجعل بينه وبين الجدار نحو ثلاثة أذرع. ورواه ابن عفير وابن وهب وابن مهدى عن مالك، كما رواه ابن القاسم، إلا أنهم قالوا: ثلاثة أذرع، ولم يقولوا: نحو.

بذلك فيها في وقت حاجة الناس إليها.

فصل: وقول عبد الله: «فسألت بلالاً حين خرج» دليل على حرصه على العلم واقتنائه لآثار النبي ﷺ وتحفظه على ما شاهد منها، وسؤاله عما غاب عنه، فقال له بلال: «جعل عموداً عن يساره وعمودين عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى» وذلك دليل على جواز الصلاة في البيت.

وبهذا قال جمهور الفقهاء؛ لأن لفظ الصلاة إذا أطلق في الشرع، اقتضى الصلاة المعهودة دون الدعاء، وإن كان اسم الصلاة ينطلق عليه إلا أن عرف الشرع جرى في استعمال هذه اللفظة على الصلاة التي فيها الركوع والسجود، فوجب حمل هذه اللفظة على ذلك إلا أن يدل دليل على غير ذلك، هكذا روى هذا الحديث مالك وغيره من رواية نافع.

ورواية مجاهد، فقال: «أتى ابن عمر فقيل له: هذا رسول الله ﷺ دخل الكعبة، قال ابن عمر: فأقبلت والنبي ﷺ قد خرج، وأجد بلالاً قائماً بين الناس، فسألته، فقلت: صلى ﷺ في الكعبة؟ قال: نعم، ركعتين بين السارين اللتين على يسارك إذا دخلت، ثم خرج فصلى في وجه القبلة ركعتين»^(١).

٨٩٠ - مالك، عن ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله أنه قال: كتب عبد

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٣٩٧. النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٩٠٧. أحمد في المسند حديث رقم ٢٣٣٦٨، ٢٣٣٩٠.
٨٩٠ - أخرجه البخاري في كتاب الحج ١٥٥٠. والنسائي في الصغرى كتاب مناسك الحج ٢٩٥٣، ٢٩٥٧.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٧١/٦: هذا الحديث يخرج في المسند، لقول عبد الله بن عمر للحجاج: الرواح هذه الساعة إن كنت تريد السنة. ولقول سالم: إن كنت تريد أن تصيب السنة، فأقصر الخطبة، وعجل الصلاة. وقول ابن عمر: صدق. وروى معمر عن الزهري، أنه كان شاهداً مع سالم وأبيه هذه القصة مع الحجاج. وذكر ذلك عبد الرزاق وغيره، عن معمر، عن الزهري، وذلك عند أهل العلم وهم من معمر. وقال يحيى بن معين: وهم في ذلك معمر وابن شهاب لم ير ابن عمر ولا سمع منه شيئاً. وقال أحمد بن عبد الله بن صالح: قد روى الزهري عن عبد الله بن عمر نحو ثلاثة أحاديث. وقال: هذا مما لا يصححه أحد سماعاً، وليس لابن شهاب سماع من ابن عمر، غير حديث معمر هذا، إن صح عنه. وأما محمد بن يحيى الذهلي النيسابوري، فقال: ممكن أن يكون الزهري قد شاهد ابن عمر مع سالم في قصة الحجاج، واحتج برواية معمر، وفيها: فركب هو وسالم وأنا معهما حين زاغت الشمس، وفيها =

الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ إِلَى الْحَجَّاجِ بْنِ يُوسُفَ أَنْ لَا تُخَالِفَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ فِي شَيْءٍ مِنْ أَمْرِ الْحَجِّ، قَالَ: فَلَمَّا كَانَ يَوْمَ عَرَفَةَ جَاءَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ حِينَ زَالَتِ الشَّمْسُ، وَأَنَا مَعَهُ، فَصَاحَ بِهِ عِنْدَ سُرَادِقِهِ أَيْنَ هَذَا؟ فَخَرَجَ عَلَيْهِ الْحَجَّاجُ وَعَلَيْهِ مِلْحَفَةٌ مُعَصْفَرَةٌ، فَقَالَ: مَا لَكَ يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ؟ فَقَالَ: الرَّوَاحُ إِنْ كُنْتَ تُرِيدُ السُّنَّةَ؟ فَقَالَ: أَهْلِيهِ السَّاعَةَ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَأَنْظِرْنِي حَتَّى أُفِيضَ عَلَى مَاءٍ ثُمَّ أَخْرَجَ، فَنَزَلَ عَبْدُ اللَّهِ حَتَّى خَرَجَ الْحَجَّاجُ، فَسَارَ بَيْنِي وَبَيْنَ أَبِي، فَقُلْتُ لَهُ: إِنْ كُنْتَ تُرِيدُ أَنْ تُصِيبَ السُّنَّةَ الْيَوْمَ، فَاقْصُرِ الْخُطْبَةَ وَعَجِّلِ الصَّلَاةَ؟ قَالَ: فَجَعَلَ الْحَجَّاجُ يَنْظُرُ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ كَيْمَا يَسْمَعَ ذَلِكَ مِنْهُ، فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ قَالَ: صَدَقَ سَالِمٌ.

الشرح: قول عبد الملك للحجاج: «لا تخالف ابن عمر في أمر الحج» إقرار بدينه وعلمه، وأنه القدوة في زمانه الذي يجب أن يقتدى به أهل وقته. «ومضى عبد الله إلى الحججاج حين زالت الشمس يوم عرفة» مسارعة إلى الخير ومعونة عليه وحرصاً على إثبات ما عنده من العلم، ونشره وانتفاع الناس به وتوجهه إليه حين زالت الشمس، هو السنة، لما يلزم من تعجيل الصلاة ذلك اليوم.

وقد ذكر جابر بن عبد الله من حديث النبي ﷺ في الحج «حتى إذا زاغت الشمس أمر بالقصوى، فرحلت له، فركب حتى أتى بطن الوادي، فخطب الناس»^(١) وذكر الحديث.

فالسنة تعجيل الصلاة في ذلك اليوم ليتعجل الوقوف. وقد قال ابن حبيب: يبدأ بالخطبة إذا زالت الشمس أو قبل الزوال بيسير، قدر ما يفرغ من الخطبة، وقد زالت الشمس.

قال الشيخ أبو محمد: وفي قول ابن حبيب هذا نظر، وقد قال أشهب في كتابه: إذا خطب قبل الزوال، لم يجزه، وليعد الخطبة، إلا أن يكون قد صلى الظهر يريد بعد الزوال، فتجزئه.

=قال الزهري: وكنت يومئذ صائماً، فلقيت من الحر شدة. قال محمد بن يحيى: وقد روى ابن

وهب عن عبد الله العمري عن ابن شهاب نحو رواية معمر في حديثه، انتهى باختصار.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١٢١٨. النسائي في الصغرى حديث رقم ٦٠٤، ٦٥٥. أبو

داود حديث رقم ١٢٧٧. ابن ماجه حديث رقم ٣٠٧٤. الدارمي حديث رقم ١٨٥٠.

كتاب الحج ٦٩

وهذا التأويل من الشيخ أبي محمد فيه نظر؛ لأنه قد عاد فيه إلى ما أنكره على ابن حبيب. وقوله: إلا أن يكون قد صلى الظهر، إنما يريد أشهب، أنه لا يعيد الخطبة بعد الصلاة لأنه قد فات وقتها، وهي نافلة. وأما الصلاة فقد علم أنها لا ترجى قبل الزوال، فلا معنى لاشتراط ذلك فيها.

والذى يتحقق من الخلاف بين ابن حبيب وأشهب أن ابن حبيب يرى أن يؤتى بالخطبة قبل الزوال وأشهب يمنع من ذلك، ويرى إعادتها لمن فعل ذلك إلا أن يفوت بفعل الصلاة، والصلاة لا تكون إلا بعد الزوال على كل حال، وإنما جاز ذلك لأن الخطبة ليست للصلاة، وإنما هي تعليم للحاج، ولذلك لم يغير حكم الصلاة فى الظهر، ولم يتقدم الأذان عليها، فلم يكن من شرطها أن يكون وقتها وقت الصلاة، وإنما من حكمها ذلك لما شرع من اتصالها بالصلاة، والله أعلم.

فصل: ولعل عبد الله بن عمر، إنما صاح عند سراقته ليكون أسرع لخروجه من إدخال الأذن عليه، وهذا كله لما أراد من الإسراع، وتعجيل الوقوف، وخروج الحاج، وعليه ملحفة معصفرة، يحتمل أن تكون غير مفدسة، وإن كان المطبوع كله مكروهاً للأئمة، لكن ليس للحجاج ممن يقتدى به فى ذلك، فيغتر بذلك من رآه يلبس المصبوغ.

فصل: وقوله: «الرواح إن كنت تريد السنة» يقتضى أنه بعد الزوال إلا أنه أعلمه أن السنة التعجيل.

وقول الحاج: «أهذه الساعة؟» دليل على أنه كان يعتقد تأخير الصلاة والوقوف عن ذلك الوقت حتى أعلمه عبد الله بن عمر أن السنة التعجيل فى ذلك الوقت، فلما قال له الحاج: «أنظرنى حتى أفيض على ماء» وكان الغسل فى ذلك اليوم مشروعاً لاسيما لمن يؤم بالناس، انتظره رفقاً به وعوناً على الطاعة.

فصل: وقول سالم: «وسار بينى وبين أبى» يحتمل أن يكونوا على رواحهم؛ لأن السنة الركوب فى ذلك الموطن لمن كانت له راحلة وحجج ركباً كما فعل النبى ﷺ. وقد تقدم ذكره من حديث جابر.

وقول سالم له: «إن كنت تريد السنة اليوم» الظاهر أنها سنة النبى ﷺ، وبتصديق عبد الله بن عمر له يدخل فى المسند.

فصل: وقوله: «فاقصر الخطبة، وعجل الوقوف» أصحابنا العراقيون يطلقون أنه لا

٧٠ كتاب الحج

يخطب الإمام يوم عرفة، ومعنى ذلك أنه ليس لما يأتى به من الخطبة تعلق كخطبة الجمعة، ولا يغير حكم الصلاة فينقلها إلى القصر والجهر، وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعى: يخطب الإمام يوم عرفة، وكذلك يقول جميع أصحابنا المغاربة والمدنيون، يقولون: يخطب الإمام، إلا أنهم لا يجعلون للخطبة حكم الخطبة للصلاة فيما نذكره، وإنما يجعلون لها حكم التعليم ولا يبعد أن يكون ابن حبيب إنما قال: يخطب بعرفة قبل الزوال؛ لأنها ليست للصلاة، ولو كانت للصلاة لوجب أن يشتركا فى الوقت.

وقد قال مالك: كل صلاة يخطب لها، فإنه يجهر فيها بالقراءة، فقليل له: فعرفة يخطب فيها، ولا يجهر لها بالقراءة، فقال: إنما تلك للتعليم، ومما يبين أنها ليست للصلاة أن المؤذن لا يؤذن إلا بعد الخطبة، ولو كانت الخطبة للصلاة لوجب أن يؤذن فى أول الخطبة كالجمعة.

مسألة: ومن حكم هذه السنة أن يخطب خطبتين، يجلس بينهما. قال ابن المواز: وخطب الحج ثلاث، أولهن: قبل يوم التروية بيوم بعد صلاة الظهر فى المسجد الحرام، وقيل: قبل الزوال، والأول قولنا، وهى لا يجلس فى وسطها، يعلم الناس مناسكهم وخرجهم إلى منى، وصلاتهم بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح يوم عرفة وغدوهم منها، وغير ذلك.

والخطبة الثانية: بعرفة يجلس بينها، وهى تعليم الناس ما بقى من مناسكهم من صلاتهم بعرفة، ووقوفهم بها، ودفعهم ومبيتهم بمزدلفة وصلاتهم بها، ووقوفهم بالمشعر الحرام والدفع منه، ورمى جمرة العقبة والحلق والنحر والإفاضة.

والخطبة الثالثة: بعد يوم النحر بيوم، وهو أول أيام الرمى، وهى خطبة واحدة لا يجلس فيها، وهى بعد الظهر يعلم الناس الرمى وأوقاته، وكيف هو ويوم كفرهم، وما لهم من التعجيل فى يومين وتعجيل الإفاضة والسعى فى تأخيرها والبيتوتة بمنى ليالى منى، ولا يجهر بالقراءة فى صلته فى شىء من هذه الخطب.

قال ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون: وتفتح هذه الخطب الثلاث بالتكبير كالأعياد، ويكبر فى خلال كل خطبة ويجلس فى وسطها بين كل خطبتين.

مسألة: ومتى يؤذن للظهر؟ قال ابن حبيب: يؤذن للظهر إذا جلس الإمام بين الخطبتين. وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: يؤذن يوم عرفة، والإمام يخطب.

كتاب الحج ٧١
وفى المدونة إذا فرغ الإمام من خطبته، قعد على المنبر، وأذن المؤذن، فإن فرغ من أذانه
قام فنزل الإمام، فصلى بالناس.

فرع: ويؤذن لصلاة الظهر، ويقام لها، وأما صلاة العصر، فقال أبو القاسم فى
المدونة: يؤذن لها ويقام لها. وقال ابن الماجشون: لا يؤذن للعصر، ويقال لها.
وجه قول ابن القاسم أنهما صلاتا فرض يجمع بينهما، فكان لكل واحدة منهما أذان
 وإقامة كالصلاتين يجمعان فى السفر أو المطر.

* * *

الصلاة بمنى يوم التروية والجمعة بمنى وعرفة

٨٩١ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُصَلِّي الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ
وَالْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ وَالصُّبْحَ بِمِنَى ثُمَّ يَغْدُو إِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ إِلَى عَرَفَةَ.

الشرح: قوله: «أله كان يصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح بمنى» يريد
أنه كان يخرج من مكة يوم التروية، وهو يوم منى، وهو الثامن من العشر. قال ابن
حبيب: إذا مالت الشمس من يوم التروية، فظف بالبيت سبعا، واركع، واخرج إلى
منى، فإن خرجت قبل ذلك، فلا حرج.

وروى ابن المواز عن مالك: يخرج من مكة يوم التروية قدر ما يصلون بها الظهر،
فإذا وصل إلى منى صلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء، ثم يبيت بها إلى أن
يصبح، فيصلى الصبح، وكذلك فعل النبي ﷺ وأفعاله فى القرب على الوجوب أو
الندب، فإذا دل دليل على انتفاء الوجوب، فهى على الندب.

مسألة: وكره مالك المقام بمكة يوم التروية حتى يمسى إلا أن يدركه وقت الجمعة
بمكة يوم التروية من مكى أو غيره. قال فى باب آخر: فمن أقام بها أربعة أيام، فعليهم
أن يصلوا الجمعة قبل أن يخرجوا. قال ابن القاسم: معناه أنه ممن يلزمه إتمام الصلاة. قال
أصبغ: فأما المسافر، فإن شاء خرج، وإن شاء صلى الجمعة، وأخر إلى أن يصلى لفضيلة
المسجد الحرام. قال محمد: وأحب إلى خروجه إلى منى ليدرك بها الظهر والعصر، وإنما
تكلم مالك عمن لم يفعل حتى أخذ الوقت.

٨٩١ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١١٢/٥. ومعرفة السنن والآثار ١٠٠٥٦/٧. وذكره ابن
عبد البر فى الاستذكار برقم ٨٦٧.

٧٢ كتاب الحج

فصل: وقوله: «ثم يغدو إذا طلعت الشمس إلى عرفة» هو السنة. وقد روى ابن المواز عن مالك: يغدو الإمام والناس إذا طلعت الشمس إلى عرفة إلا من كان ضعيفاً أو بدابته علة، فلا بأس أن يغدو قبل طلوع الشمس، وذلك كله لما قدمناه من الاقتداء بفعل النبي ﷺ.

قال ابن حبيب: ومن غدا من منى إلى عرفة قبل طلوع الشمس، فلا يجوز محسر حتى تطلع الشمس على ثبير ومعنى ذلك أن ما قبل بطن محسر فى حكم منى، فلا يكون غادياً إلى عرفة إلا بخروجه من منى إلى بطن محسر بعد طلوع الشمس.

قَالَ مَالِكُ: وَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْإِمَامَ لَا يَجْهَرُ بِالْقُرْآنِ فِي الظُّهْرِ يَوْمَ عَرَفَةَ، وَأَنَّهُ يَخْطُبُ النَّاسَ يَوْمَ عَرَفَةَ، وَأَنَّ الصَّلَاةَ يَوْمَ عَرَفَةَ إِنَّمَا هِيَ ظُهْرٌ، وَإِنْ وَاَفَقَتِ الْجُمُعَةَ، فَإِنَّمَا هِيَ ظُهْرٌ، وَلَكِنَّهَا قَصُرَتْ مِنْ أَجْلِ السَّفَرِ.
قَالَ مَالِكُ فِي إِمَامِ الْحَاجِّ إِذَا وَاَفَقَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ يَوْمَ عَرَفَةَ أَوْ يَوْمَ النَّحْرِ أَوْ بَعْضَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ: إِنَّهُ لَا يُجْمَعُ فِي شَيْءٍ مِنْ تِلْكَ الْأَيَّامِ.

قوله: «أن الإمام لا يجهر بالقرآن فى الظهر من يوم عرفة» لأنها ظهر، وذلك أن الخطبة لا تأثير لها فيها لما قدمناه، وإذا وافق، فإنها ظهر أيضاً، وإنما تقصر للسفر، وليست بصلاة جمعة لأن عرفة ليست موضع تجميع؛ لأن التجميع لا يكون إلا بموضع استيطان وإقامة، وعرفة ليست بدار قرار، ولا بدار استيطان، ولا إقامة، فلا تجمع فيها، وأيضاً فإنه ليس فيها قرية، وهى شرط فى صحة الجمعة.

فصل: وإذا وافق يوم الجمعة يوم عرفة أو يوم النحر أو بعض أيام التشريق، لم يجمع فى شىء من ذلك، أما فى عرفة، فلما قدمناه، وأما منى، فإنها وإن كانت قرية مبنية، فليست بدار استيطان ولا إقامة، ولا لها أهل يستوطنونها، وإنما يسكنها الناس أيام منى خاصة، وما كان بهذه المثابة، فلا يجوز أن يجمع فيها، ولو سكنت واستوطنت لكان حكمها حكم سائر البلاد فى التجميع، والله أعلم.

* * *

صلاة المزدلفة

٨٩٢ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ

٨٩٢ - أخرجه البخارى فى الجمعة ١٠٢٩، الحج ١٠٦١. ومسلم فى صلاة المسافرين وقصرها -

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى الْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ بِالْمُزْدَلِفَةِ جَمِيعًا.

الشرح: قوله: «أنه صلى المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعًا» يحتمل من جهة اللفظ أنه صلى كل واحدة منهما بالمزدلفة، وإن كان صلى كل واحدة منهما منفردة، ويحتمل أن يكون جمع بينهما، وهو الأظهر؛ لأنه يقتضى الأمرين جميعًا الجمع بينهما بالمزدلفة، والجمع بينهما على سنة الجمع.

٨٩٣ - مَالِك، عَنْ مُوسَى بْنِ عُقْبَةَ، عَنْ كُرَيْبِ مَوْلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنْ أُسَامَةَ ابْنِ زَيْدٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: دَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ عَرَفَةَ حَتَّى إِذَا كَانَ بِالشُّعْبِ نَزَلَ فَبَالَ فَتَوَضَّأَ، فَلَمْ يُسَبِّحِ الْوُضُوءَ، فَقُلْتُ لَهُ: الصَّلَاةُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: «الصَّلَاةُ أَمَامَكَ» فَرَكِبَ، فَلَمَّا جَاءَ الْمُزْدَلِفَةَ نَزَلَ فَتَوَضَّأَ فَأَسْبَغَ الْوُضُوءَ، ثُمَّ أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَصَلَّى الْمَغْرِبَ، ثُمَّ أَنَاخَ كُلُّ إِنْسَانٍ بَعِيرَهُ فِي مَنْزِلِهِ، ثُمَّ أُقِيمَتِ الْعِشَاءُ فَصَلَّاهَا وَلَمْ يُصَلِّ بَيْنَهُمَا شَيْئًا.

= ١١٤١، الحج ٢٢٦٧. والترمذى فى الحج ٨١٣. والنسائى فى ٦٠٢: ٦٠٤، مناسك الحج

٢٩٧٦: ٢٩٨٦. وأبو داود فى المناسك ١٦٤٥: ١٦٤٩. وابن ماجه فى المناسك ٣٠١٢.

وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٢٤٢، ٤٩٣٩، ٥٨١٠، ٦١١١، ٦١٨٤. والدارمى

فى الصلاة ١٤٧٩، المناسك ١٨٠٨. والطحاوى فى معانى الآثار ٢/٢١٢.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦/٨١: هكذا رواه جماعة الرواة عن مالك، فيما علمت إلا محمد

ابن عمرو الغزى، فإنه ذكر فيه الظهر والعصر بعرفة، وزاد ألفاظا ليست فى الموطأ عند أحد

الرواة.

٨٩٣ - أخرجه البخارى فى الوضوء ١٣٦. ومسلم فى الحج ٢٢٤٥. والنسائى فى المواقيت ٦٠٥،

مناسك الحج ٢٩٧٢، ٢٨٧٣، ٣٠٢٨، ٣٠٩٢، ٣٠٣٠. وأبو داود فى المناسك ١٦٤١،

١٦٤٤. وابن ماجه فى المناسك ٣٠١٠. وأحمد فى مسند الأنصار ٢٠٧٤، ٢٠٧٦،

٢٠٨٠٤، ٢٠٨٢٠. والدارمى فى المناسك ١٨٠٦. والطحاوى بمعانى الآثار عن أسامة

٢/٢١٤. والبيهقى بالسنن الكبرى ١/٨٣ عن أسامة. والبعغوى بشرح السنة ٧/١٦٧ - ن

أسامة.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦/٩٢: هكذا رواه جماعة الحفاظ الأثبات من رواية الموطأ عن

مالك، فيما علمت، إلا أشهب، وابن الماجشون، فإنهما روياه عن مالك، عن موسى بن عقبة،

عن كريب، عن ابن عباس، عن أسامة بن زيد. والصحيح إسقاط ابن عباس من هذه الرواية،

انتهى باختصار.

٧٤ كتاب الحج

الشرح: قوله: «دفع رسول الله ﷺ من عرفة» قد تقدم أن دفعه كان بعد غروب الشمس. وقد قال ابن حبيب: وإذا دفع الإمام من عرفة، فارفع يديك إلى الله سبحانه وتعالى، وادفع وعليك السكينة والوقار، وإن كنت راجلاً فامش الهويناء، ولا تنسل، وإن كنت راكباً، فاعنق ولا تهزل، ولا بأس إذا وجدت فجوة أن تحرك شيئاً. والأصل في ذلك حديث أسامة بن زيد المتقدم، أن رسول الله ﷺ كان يسير العنق، فإذا وجد فجوة، نص.

مسألة: ويستحب أن يأخذ في طريقه من عرفة إلى المزدلفة بين المأزمين، رواه ابن المواز وابن حبيب عن مالك، قال: فإن أخذ من غير ذلك الطريق، فلا شيء عليه؛ لأنه ليس فيه إخلال بالنسك.

فصل: وقوله: «حتى إذا كان بالشعب، نزل، فبال» ليس النزول بالشعب بسنة ولا مشروع؛ لأنه ليس من جنس العبادات. قال ابن حبيب: لم ينزل النبي ﷺ بين عرفات وجمع إلا ليهرق الماء.

وقال عكرمة: الشعب التي كانت الأمراء تنزله، اتخذها رسول الله ﷺ مبالاً، واتخذتموه مصلى.

فصل: وقوله: «فتوضاً ولم يسبغ الوضوء» يريد بقوله: «توضاً» الاستنجاء من البول، ويريد بقوله: «لم يسبغ الوضوء» وضوء الحدث، ولذلك قال أسامة: «الصلاة يا رسول الله» تذكرة له لما رأى من تركه الاستعداد لها بالوضوء، ويحتمل أن يريد بقوله: «فتوضاً» وضوء الحدث، وأراد بقوله: «ولم يسبغ الوضوء» لم يبالغ فيه بمالغته إذا أراد الصلاة به. وقد روى هذا المعنى في الحديث، فيكون وضوء ذلك وضوءاً آخر ليكون على طهارة، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «الصلاة أمامك» يقتضى أن ذلك ليس بوقت الصلاة، وأن ذلك ليس بموضع للصلاة، أو أن الأمرين جميعاً، قد اتفقا هنالك، وذلك أن من وقف بعرفة لا يخلو أن يقف بها مع الإمام أو بأثر دفع الإمام، فمن وقف مع الإمام ودفع بدفعه، فقد قال مالك: لا يصلى حتى يأتى المزدلفة فيجمع بينهما، واستدل على ذلك بقوله ﷺ: «الصلاة أمامك».

فصل: فمن صلى قبل أن يأتى المزدلفة دون عذر، فقد قال ابن حبيب: يعيد متى علم بمنزلة من صلى قبل الزوال لقول رسول الله ﷺ: «الصلاة أمامك» وبه قال أبو

كتاب الحج ٧٥

حنيفة. وقال أشهب: بمس ما صنع، ولا إعادة عليه، إلا أن يصليهما قبل مغيب الشفق، فيعيد العشاء وحدها أبداً، وبه قال الشافعي. وهو الذي نصره القاضي أبو الحسن، واحتج له بأن هاتين صلاتان سنّ الجمع بينهما، فلم يكن ذلك شرطاً في صحتهما، وإنما كان على معنى الاستحباب كالجمع بين الظهر والعصر بعرفة.

مسألة: ومن أسرع، فأتى المزدلفة قبل مغيب الشفق، فقد قال ابن حبيب: لا صلاة لمن عجل إلى المزدلفة قبل مغيب الشفق لا لإمام ولا غيره حتى يغيب الشفق.

ووجه ذلك قوله ﷺ: «الصلاة أمامك» ثم صلاها بالمزدلفة بعد مغيب الشفق. ومن جهة المعنى أن وقت هذه الصلاة بعد مغيب الشفق، فلا يجوز أن يؤتى بها قبله، ولو كان لها وقت قبل مغيب الشفق لما أخرت عنه، وقد روى عن عبد الله بن مسعود.

مسألة: وأما من أتى عرفة بعد دفع الإمام، وكان له عذر ممن وقف مع الإمام، فقد قال ابن المواز: من وقف بعد الإمام، فليصل كل صلاة لوقتها. وقال مالك، فيمن كان له عذر يمنعه أن يكون مع الإمام: أنه يصلى إذا غاب الشفق الصلاتين يجمع بينهما.

وهذا يقتضى مراعاته للوقت دون المكان، وقال ابن القاسم، فيمن وقف بعرفة بعد الإمام: إن رجا أن يأتي المزدلفة ثلث الليل، فليؤخر الصلاتين حتى يأتي المزدلفة، وإلا صلى كل صلاة لوقتها، فجعل ابن المواز تأخير الصلاة إلى المزدلفة لمن وقف مع الإمام دون غيره، واعتبر مالك بالوقت دون المكان، واعتبر ابن القاسم بالوقت المختار للصلاة والمكان، فإن خاف فوات الوقت المختار، بطل اعتبار المكان وكان مراعاة، وقتها المختار أولى.

فصل: وقوله: «فلما جاء المزدلفة توضع الوضوء» إن كان وضوؤه الأول هو الاستنجاء، فإنه يريد بالوضوء هاهنا وضوء الحدث، وإن كان وضوؤه بالشعب وضوء الحدث غير أنه اقتصر على أقل الواجب، فإن إسباغه هاهنا الإتيان به على أتم أحواله.

فصل: وقوله: «ثم أقيمت الصلاة فصلي» يريد أنه بدأ بالصلاة ولم يؤخرها؛ لأن حلولها إنما هو مغيب الشفق، ومغيب الشفق مع الوصول إلى المزدلفة، وقد وجد الأمران، فيجب تقديمهما.

وقد سئل مالك فيمن أتى المزدلفة أيبدأ بالصلاة أم يؤخر حتى يحط عن راحلته؟ فقال: أما الرجل الخفيف، فلا بأس أن يبدأ به قبل الصلاة. وأما المحامل والزوامل، فلا أرى ذلك، وليبدأ بالصلاتين ثم يحط راحلته. وقال أشهب في كتابه: لو حط رحله

٧٦ كتاب الحج
وحطه له بعد أن يصلى المغرب أحب إلى ما لم يضطر إلى ذلك لما بدايته من الثقل أو
لغير ذلك من العذر.

ووجه ذلك أن تقديم الصلاة مشروع؛ لأن ذلك فعل النبي ﷺ غير أن العمل
اليسير ليس بفاصل بين الوصول والصلاة لاسيما إذا كان لعذر، وقد توضحاً النبي ﷺ
بالمزدلفة.

فصل: وقوله: «فصلى المغرب ثم أناخ كل إنسان بعيره ثم أقيمت العشاء فصلاها»
يريد والله أعلم تعجيل صلاة المغرب عند الوصول أو قبل أن يعيد كل إنسان مكان
نزوله، فلما صلى المغرب اتسع الوقت للعشاء، فذهب كل إنسان إلى تعيين مكان نزوله
وإناخة بعيره به، وتعشى النبي ﷺ بعد ذلك على رواية ابن مسعود؛ ليتم كل إنسان ما
يحتاج إليه من إناخة بعيره، والتخفيف عن راحلته.

قال أشهب: يحط عن راحلته بعد المغرب إن شاء وإن لم يكن بها ثقل، قريب، لا
تفاوت فيه بين الصلاتين، وليس ذلك بعمل مشروع بين الصلاتين فيعتبر، وإنما هو
مباح موسع فيه.

فصل: وقوله: «ثم أقيمت العشاء فصلاها، ولم يصل بينهما» يريد أنه لم يتنفل
بينهما. وقد روى عن عبد الله ابن مسعود أنه صلى بعد المغرب ركعتين، ثم تعشى ثم
صلى العشاء. وقد قال أشهب: لا يتعشى قبل أن يصلى المغرب، وإن خفف وليصل
المغرب، ثم يتعشى قبل أن يصلى العشاء، إن كان عشاؤه خفيفاً، وإن كان فيه طول،
فليؤخره حتى يصلى العشاء أحب إلى.

ويحتمل هذا أن يكون الجمع هناك ليس بمقصود في نفسه، وإنما المقصود تأخير
المغرب إلى بعد مغيب الشفق، ويحتمل أن يكون هذا العمل اليسير ليس بفاصل، ولا
مانع من حكم الجمع على ما قال أشهب.

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ جمع المغرب والعشاء، فجمع كل واحدة منهما نافلة،
ولم يسبح بينهما، ولا على أثر واحدة منهما، وهذا يحتمل أن يقصد الوقت، والله أعلم.

٨٩٤ - مَالِكُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ ثَابِتِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ

٨٩٤ - أخرجه البخاري في الحج ١٥٦٢. ومسلم في الحج ٢٢٦٤. والنسائي في المواقيت ٦٠١،
مناسك الحج ٢٩٧٤. وابن ماجه في المناسك ٣٠١١. وأحمد في باقى مسند الأنصار ٢٢٤٤٧.
٢٢٤٦٠. والدارمي في المناسك ١٧٦٣.

كتاب الحج ٧٧
ابن يزيد الخطمي أخبره أن أبا أيوب الأنصاري أخبره أنه صلى مع رسول الله ﷺ
في حجة الوداع المغرب والعشاء بالمزدلفة جميعاً.

٨٩٥ - مالك، عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يصلي المغرب والعشاء
بالمزدلفة جميعاً.

الشرح: هذا اللفظ يحتمل معنيين، أحدهما: أنه صلى الصلاتين بالمزدلفة. والثاني:
أنه صلاهما بالمزدلفة على حكم الجمع بينهما، وحمل اللفظ على الوجهين أولى
لاحتماله لهما، ولا تنافي بينهما إلا أن يدل دليل على غير ذلك، فينهي إلى ما دل
عليه، والله أعلم.

* * *

صلاة منى

قال مالك في أهل مكة: إنهم يصلون بمنى إذا حجوا ركعتين ركعتين حتى
ينصرفوا إلى مكة^(١).

٨٩٦ - مالك، عن هشام بن عروة، عن أبيه أن رسول الله ﷺ صلى الصلاة
الرُّبَاعِيَّةَ بمنى ركعتين، وأن أبا بكر صلاها بمنى ركعتين، وأن عمر بن الخطاب
صلاها بمنى ركعتين، وأن عثمان صلاها بمنى ركعتين شطراً إمارته ثم أتمها
بعده.

الشرح: قوله: «في أهل مكة أنهم يصلون إذا حجوا ركعتين» يريد أنهم إذا حجوا
اقتضى ذلك بلوغاً إلى عرفة ورجوعاً إلى مكة، ولو كان منتهى سفرهم عرفة لما قصرُوا
الصلاة، واحتسب في هذا السفر بالذهاب والمجيء؛ لأن من خرج من مكة إلى عرفة

٨٩٥ - أخرجه البخاري في الجمعة ١٠٢٩. ومسلم في الحج ٢٢٦٧. والترمذي في الحج ٨١٣.
والنسائي ٦٠٢، مناسك الحج ٢٩٧٧. وأبو داود في المناسك ١٦٤٦، ١٦٤٨، ١٦٤٩. وأحمد
٦١١١. والدارمي في الصلاة ١٤٧٩.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٧٢.

٨٩٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٧٣. وروى موصولاً عن ابن عمر، أخرجه
البخاري حديث رقم ١٠٨٢. النسائي ١٢/٣.

٧٨ كتاب الحج
حرمًا بالحج، فلا بد له من الرجوع إلى مكة بحكم الإحرام الذي دخل فيه؛ لأنه لا يصح
أن يتم عمله الذي دخل فيه إلا بالرجوع إلى مكة.

وأما سائر الأسفار، فإن نوى فيه المسير والمجىء، فإنه لا يلزمه الرجوع، وله أن
يقيم في منتهى سفره أو يمضي منه إلى موضع سواه فأخبر مالك أن الواجب على أهل
مكة إذا خرجوا للحج أن يصلوا ركعتين حتى ينصرفوا إلى مكة، وذلك يقتضى أن
يصلوا بها ركعتين فى البداية والعودة، ويصلون كذلك بعرفة والمزدلفة، وغيرهما، والله
أعلم.

فصل: وقوله: «أن رسول الله ﷺ صلى بمنى ركعتين» مما احتج به على صحة قوله
من أن حكم المصلى بمنى التقصير، وكذلك فعل أبو بكر وعمر رضى الله عنهما
وعثمان بعض خلافته، ثم أتم.

وقد اختلف الناس فى معنى إتمامه، فقليل إنه كان اتخذ أهلاً بمكة، فرأى أنه لا يقصر
مكى؛ لأنه اعتبر فى سفره من مكة بالخروج إلى عرفة دون العودة إلى مكة، وهذا لم
يثبت، وهو من المهاجرين، ولا يجوز للمهاجرين استيطان مكة.

وقيل إنه رأى الإتمام أفضل، وهو رأى جماعة من الفقهاء أن الإتمام فضيلة، والتقصير
رخصة، وأن النبى ﷺ إنما قصر تخفيفاً على الناس، وليتيسر جواز التقصير، والذي
ذهب إليه مالك أن التقصير أولى.

وقد روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال: صليت مع رسول الله ﷺ بمنى ركعتين،
ومع أبى بكر وعمر ركعتين، فليت حظى من أربع ركعات، ركعتان متقبلتان.

٨٩٧ - مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب
لما قدم مكة صلى بهم ركعتين ثم أنصرف فقال: يا أهل مكة أتموا صلاتكم، فإننا
قوم سفر، ثم صلى عمر بن الخطاب ركعتين بمنى، ولم يبلغنا أنه قال لهم
شيئاً.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب حين قدم مكة صلى بهم ركعتين» يريد أنه قدم
أيام إمامته، فصلى لهم، وكذلك يفعل الإمام إذا ورد بلدًا من عمله، أقام بهم الصلاة،
فإن كان بنية المقام أتم الصلاة، وإن كان بنية السفر قصرها، وظاهر مساق الكلام

كتاب الحج ٧٩
يقتضى أنه ورد حاجًا، وإن كان قصر الصلاة، فإن ذلك يقتضى أنه ورد مكة بالغد من يوم التروية، وهو يوم يخرج فيه إلى منى مدة تتم لها الصلاة.

فصل: وقوله: «ثم صلى بمنى ركعتين، ولم يبلغنا أنه قال لهم شيئًا» الضمير راجع إلى أهل مكة في قوله: «ولم يبلغنا أنه قال لهم شيئًا» لأنهم هم الذين جرى ذكرهم. وأما أهل منى، فلم يجز لهم ذكر، ولا لها أهل؛ لأنها ليست بدار استيطان وإقامة، وإن نسب إليها أحد، فإنما ينسب من يقيم حوالها من الأعراب المنتقلين، وإنما لم يأمرهم بالإتمام لما كان حكمهم التقصير الذى هو حكمه وأمرهم بمكة بالإتمام لما كان حكمه الإتمام الذى يخالف حكمه فى القصر، فنبأهم على ترك اتباعه فى القصر.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ أَهْلِ مَكَّةَ كَيْفَ صَلَاتُهُمْ بِعَرَفَةَ أَرْكَعَتَانِ أَمْ أَرْبَعٌ؟ وَكَيْفَ بِأَمِيرِ الْحَاجِّ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ أَيُّصَلِّي الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ بِعَرَفَةَ أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ أَوْ رَكَعَتَيْنِ؟ وَكَيْفَ صَلَاةُ أَهْلِ مَكَّةَ فِي إِقَامَتِهِمْ؟

فَقَالَ مَالِكٌ: يُصَلِّي أَهْلُ مَكَّةَ بِعَرَفَةَ وَمِنَى مَا أَقَامُوا بِهِمَا رَكَعَتَيْنِ رَكَعَتَيْنِ، يَقْصُرُونَ الصَّلَاةَ حَتَّى يَرْجِعُوا إِلَى مَكَّةَ. قَالَ: وَأَمِيرُ الْحَاجِّ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ قَصَرَ الصَّلَاةَ بِعَرَفَةَ وَأَيَّامَ مِنَى، وَإِنْ كَانَ أَحَدٌ سَاكِنًا بِمِنَى مُقِيمًا بِهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ يُتِمُّ الصَّلَاةَ بِمِنَى، وَإِنْ كَانَ أَحَدٌ سَاكِنًا بِعَرَفَةَ مُقِيمًا بِهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ يُتِمُّ الصَّلَاةَ بِهَا أَيْضًا.

الشرح: قد تقدم من قول مالك أن أهل مكة يقصرون الصلاة بمنى وعرفة، وقد بينا وجه ذلك، ومخالفة هذا السفر لغيره من الأسفار، وحكم الأمير فى ذلك حكم غيره؛ لأنه يلزمه من التمدادى والرجوع ما يلزم غيره.

فصل: وقوله: «وإن كان أحد ساكنًا بمنى مقيمًا بها» يقتضى أن ذلك قليل غير معلوم عنده؛ لأنها ليست دار استيطان على ما قدمنا ذكره إلا أنه إن اتفق ذلك، فإن المقيم بها يتم الصلاة؛ لأن من حكم كل مسافر يصلى فى بلده، فإنه يتم الصلاة وإن كان عليه التمدادى إلى غيره، ولذلك أتم أهل منى بمنى وأهل عرفة بعرفة.

* * *

صلاة المقيم بمكة ومنى

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ قَدِمَ مَكَّةَ لِلهَالِ ذِي الْحِجَّةِ، فَأَهْلٌ بِالْحَجِّ، فَإِنَّهُ يُتِمُّ الصَّلَاةَ حَتَّى

٨٠ كتاب الحج
يَخْرُجُ مِنْ مَكَّةَ لِمَنَى فَيَقْصُرُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ أَجْمَعَ عَلَى مُقَامٍ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ
لَيَالٍ.

الشرح: وهذا على ما قال من قدم مكة لهلال ذى الحجة، فإنه يقيم بمكة سبعة
أيام؛ لأن الخروج إلى منى إنما هو في اليوم الثامن، وهذه مدة يتم الصلاة من نوى
إقامتها في موضع.

وكذلك لو ورد وبينه وبين يوم التروية أربعة أيام كان حكمه إتمام الصلاة حتى
يخرج إلى منى فيقصر، ولا يلزم على هذا الحاج بمنى يوم النحر، فإنه إن لم يتعجل، فإنه
لا يستكمل بها أربعة أيام، فلذلك لم يفصل بين أول سفره وآخره، فلم يزل المقيم بها
أيام منى يتم صلاته.

* * *

تكبير أيام التشريق

٨٩٨ - مَالِكُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَرَجَ الْغَدَا
مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ حِينَ ارْتَفَعَ النَّهَارُ شَيْئًا، فَكَبَّرَ فَكَبَّرَ النَّاسُ بِتَكْبِيرِهِ، ثُمَّ خَرَجَ الثَّانِيَةَ مِنْ
يَوْمِهِ ذَلِكَ بَعْدَ ارْتِفَاعِ النَّهَارِ، فَكَبَّرَ فَكَبَّرَ النَّاسُ بِتَكْبِيرِهِ، ثُمَّ خَرَجَ الثَّلَاثَةَ حِينَ زَاغَتِ
الشَّمْسُ، فَكَبَّرَ فَكَبَّرَ النَّاسُ بِتَكْبِيرِهِ، حَتَّى يَتَّصِلَ التَّكْبِيرُ، وَيَبْلُغَ الْبَيْتَ، فَيُعْلَمُ أَنَّ عُمَرَ
قَدْ خَرَجَ يَرْمِي.

الشرح: خروج عمر بن الخطاب في الأوقات المذكورة للتكبير على معنى تذكير
الناس وتنبههم على ذكر الله تعالى لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إنها أيام أكل
وشرب وذكر لله تعالى»^(١) وخاف أن يغلب على الناس في أكثر أوقاته التشاغل
والغفلة عن ذكر الله تعالى، فكان يخرج ويعلن بالتكبير مذكر للناس بذلك.

وقد قال مالك: إن عمر كان إذا كبر بمنى بعد الزوال حسر الناس الأمتعة لرمى
الجمار، فيحتمل أن يكون عمر يقصد ذلك ليتأهب الناس لرمى الجمار إذ كان رميها

٨٩٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٧٧.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١١٠٤١. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٢٣٠. أبو داود

حديث رقم ٢٨١٣. أحمد في المسند حديث رقم ٧١٠.

كتاب الحج ٨١

قبل الصلاة وقبل الأذان لها، ولعله كان يزيد في الإعلان به عند الزوال حتى يتصل التكبير إلى مكة فيعلم الناس أن عمر قد خرج لرمى الجمار فيتذكرون حيثئذ ذكر الله تعالى، ويفتخمون الدعاء حين دعا الناس. بمنى رجاء أن تنالهم بركته.

فصل: وما روى عن عمر في ذلك أول يوم من أيام التشريق. قال ابن حبيب: ينبغي لأهل منى وغيرهم أن يكبروا أول النهار، ثم إذا ارتفع، ثم إذا زالت الشمس، بالعشى، وكذلك فعل عمر، وأما أهل الآفاق وغيرهم، ففي خروجهم إلى المصلى وفي دبر الصلوات ويكبرون في خلال ذلك ولا يجهرون والحجاج يجهرون به في كل الساعات إلى الزوال من اليوم الرابع، فيرمون ثم ينصرفون بالتهليل والتكبير حتى يصلوا الظهر بالمحصب، ثم ينقطع التكبير.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ التَّكْبِيرَ فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ دُبْرَ الصَّلَوَاتِ، وَأَوَّلُ ذَلِكَ تَكْبِيرُ الْإِمَامِ، وَالنَّاسُ مَعَهُ دُبْرَ صَلَاةِ الظُّهْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ، وَآخِرُ ذَلِكَ تَكْبِيرُ الْإِمَامِ وَالنَّاسُ مَعَهُ دُبْرَ صَلَاةِ الصُّبْحِ مِنْ آخِرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، ثُمَّ يَقْطَعُ التَّكْبِيرَ.

قَالَ مَالِكُ: وَالتَّكْبِيرُ فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ عَلَى الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ مَنْ كَانَ فِي جَمَاعَةٍ أَوْ وَحْدَهُ بِمَنَى أَوْ بِالْآفَاقِ كُلِّهَا وَاجِبٌ، وَإِنَّمَا يَأْتُمُّ النَّاسُ فِي ذَلِكَ بِإِمَامِ الْحَاجِّ وَبِالنَّاسِ بِمَنَى لِأَنَّهُمْ إِذَا رَجَعُوا وَأَنْقَضَى الْإِحْرَامَ أَتَمُّوا بِهِمْ حَتَّى يَكُونُوا مِثْلَهُمْ فِي الْحِلِّ، فَأَمَّا مَنْ لَمْ يَكُنْ حَاجًّا، فَإِنَّهُ لَا يَأْتُمُّ بِهِمْ إِلَّا فِي تَكْبِيرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ.

الشرح: قوله: «التكبير في أيام التشريق» يريد متصلاً بالسلام، فإن سجد لسهوه بعد السلام فلا يكبر إلا بعد السلام من سجد السهو ومن فاتته بعض الصلاة، فإنه يكبر بعد السلام وتمام القضاء، قاله أشهب.

ووجه ذلك أنه شرع بعد تمام التحلل من الصلاة وما تقدم ذكره ببعض الصلاة وأما هو من تمام الصلاة وجيرانها، فلا يكون التكبير إلا بعد السلام منها.

فصل: وقوله: «دبر الصلوات» يريد الصلوات الخمس، رواه علي بن زياد عن مالك في المدونة دون النوافل، خلافاً لبعض التابعين؛ لأن في تخصيص هذه الصلوات بذلك تعظيماً لها، ولأنه ذكر واجب، فوجب أن يختص من الصلوات بالواجب منها.

فصل: وقوله: «وأول ذلك تكبير الإمام في عقب صلاة الظهر من يوم النحر

٨٢ كتاب الحج

وأخره تكبيره عقب صلاة الصبح من آخر أيام التشريق» ومعنى ذلك أن هذه مدة صلاة الناس بمعنى؛ لأن صلاة الفجر يوم النحر إنما تصلى بالمزدلفة، وصلاة الظهر فى آخر أيام التشريق لا تصلى بمعنى، وإنما يرمى الجمار الحاج ثم ينفرد، فيصلى الظهر بالمحصب أو حيث أدركته الصلاة من طريقه. وقال الشافعى: يكبر فى صلاة الظهر من آخر أيام التشريق.

ووجه قول مالك ما قدمناه. قال الشيخ أبو القاسم: وذلك فى خمس عشرة صلاة أولها صلاة الظهر من يوم النحر وأخرها صلاة الصبح من آخر أيام التشريق. وفى كتاب ابن سحنون فىمن قضى صلاة من أيام التشريق بعدها: فلا تكبير عليه.

ومعنى ذلك أن لهذا التكبير اختصاصاً بهذه الأيام لقوله تعالى: ﴿واذكروا الله فى أيام معدودات﴾ [البقرة: ٢٠٣].

مسألة: فمن نسى التكبير بأثر الصلاة كبر، إن كان قريباً، وإن تباعد، فلا شىء عليه.

وجه القول الأول أن المراعى فى ذلك القرب؛ لأنه مضاف إلى الصلاة. وفى المدونة من قول مالك: إن نسى الإمام التكبير، فإن كان قريباً، قعد فكبر وإن تباعد، فلا شىء عليه، وإن ذهب ولم يكبر والقوم جلوس فليكبرو. ووجه القول الثانى مراعاة الحال التى يتحلل عليها من الصلاة، فإذا فارقتها، فلا شىء عليه.

فصل: قال فى المدونة: ويكبر الناس والمسافرون، ومن صلى وحده وأهل البوادر والعبيد وغيرهم من المسلمين. وقال فى المختصر: ولا يكبر النساء دبر الصلوات.

وجه القول الأول أن المرأة ممن يلزمها حكم إحرام كالرجل. ووجه القول الثانى أنه معنى من حكمه الإعلان، فلم يثبت فى حق المرأة ابتداء كالأذان.

مسألة: وصفة التكبير، قال فى المجموعة على بن زياد عن مالك: التكبير دبر الصلوات، الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر. وفى المختصر عن مالك: الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله، والله أكبر، والله أكبر ولله الحمد. قال الشيخ أبو القاسم: وذلك ست كلمات، وإن اقتصر على ثلاث تكبيرات متواليات أجزأه، والأول أفضل.

وروى على بن زياد عن مالك فى المجموعة: ونحن نستحسن فى التكبير ثلاثاً، فمن

زاد أو نقص، فلا حرج. وروى ابن القاسم وأشهب أنه لم يجد فيه ثلاثاً، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَيَّامُ الْمَعْدُودَاتُ، أَيَّامُ التَّشْرِيقِ.

الشرح: الأيام المعدودات، هي أيام الرمي، وهي ثلاثة أيام متصلة تلي يوم النحر، وهي أيام التشريق، قيل سميت التشريق؛ لأن لحوم الأضاحي تشرق فيها، وقيل: سميت بذلك لقولهم: أشرق ثبير كيما نغير.

ومما يدل على أن الأيام المعدودات، هي التي وصفناها بذلك قوله تعالى: ﴿وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢٠٣]، معناه والله أعلم، فمن تعجل في يومين منها، ومن تأخر حتى يستكملها، والتعجيل في يومين منها أن يقيم بمنى منها يوم النحر، وهو أولها ثم يوم النفر، وهو الثاني منها، فيأتي في اليومين بما شرع فيه من الرمي، ثم ينفر فيه، فيكون قد تعجل قبل اليوم الثالث، والتأخير أن يقيم إلى اليوم الثالث، وهو يوم الصدر، فيأتي بما شرع فيه من الرمي ثم يصدر.

* * *

صلاة المعرس والمحصب

٨٩٩ - مَالِكٌ، عَنِ نَافِعٍ، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنَاخَ بِالْبَطْحَاءِ الَّتِي بِذِي الْحَلِيفَةِ، فَصَلَّى بِهَا. قَالَ نَافِعٌ: وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَفْعَلُ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يُجَاوِزَ الْمُعْرَسَ إِذَا قَفَلَ حَتَّى يُصَلِّيَ فِيهِ، وَإِنْ مَرَّ بِهِ فِي غَيْرِ وَقْتِ صَلَاةٍ، فَلْيُتِمِّمْ حَتَّى تَجِلَّ الصَّلَاةُ ثُمَّ صَلَّى مَا بَدَأَ لَهُ لِأَنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَرَسَ بِهِ، وَأَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ أَنَاخَ بِهِ.

الشرح: المعرس، هو البطحاء التي بذى الحليفة. ومعنى المعرس موضع النزول يقال: عرس الرجل بالمكان إذا نزل به وحط فيه رحله، فسمى ذلك الموضع المعرس؛ لأن ﷺ نزل فيه، ولما صلى فيه النبي ﷺ استحبت الصلاة فيه تبركاً بموضع صلاته، مع أنه

٨٩٩ - أخرجه البخارى فى الحج ١٤٣٤. ومسلم فى الحج ٢٣٩٧. والنسائى فى مناسك الحج

٢٦١١. وأبو داود فى المناسك ١٧٤٨. وأحمد فى ٤٥٨٨، ٥٣٤٣، ٥٦٣٩، ٥٩٥٢.

٨٤ كتاب الحج
روى أن النبي ﷺ أمر بذلك، رواه عبد الله بن عمر عنه ﷺ أنه نودى، وهو فى
معرس ذى الخليفة ببطن الوادى، قيل له: إنك بيطحاء مباركة.

فصل: وقول مالك: «لا ينبغي لأحد أن يجاوز المعرس إذا قفل حتى يصلى فيه»^(١)
وخص ذلك بالقول لأنه روى أن النبي ﷺ إنما أناخ فى قفوله.

روى عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ كان يخرج من طريق الشجرة، ويدخل
فى طريق المعرس، وأن رسول الله ﷺ كان إذا خرج لمكة يصلى بمسجد الشجرة، وإذا
رجع صلى بذى الخليفة ببطن الوادى، حتى يصبح.

فصل: وقوله: «وإن مر به فى غير صلاة فليقم حتى تمحل الصلاة ثم يصلى ما بدا
له» واحتج على ذلك بفعل النبي ﷺ. وفى رواية عبيد الله عن نافع أن النبي ﷺ كان
يفعل ذلك.

وهذا يدل على تكرار ذلك الفعل منه، والاعتداء به مما رضى بركته لاسيما، وقد
أرحى إليه فى هذا اليوم أنه بيطحاء مباركة، فيجب أن يقصد بالصلاة رجاء بركة ذلك
فيها، وليس لما يصلى فيه حد، يريد فى الكثرة والقلة.

وأقل ذلك ما شرع من النافلة، وهو ركعتان، فهذا حد فى القلة، وأما الكثرة فلا
حد لها، والله أعلم.

(١) ذكر ابن عبد البر فى التمهيد ٦/١٠٠ أقوالا للعلماء فى ذلك فقال: قال أبو حنيفة: من مر
بالمعرس من ذى الخليفة راجعا من مكة، فإن أحب أن يعرس به حتى يصلى فعل، وليس عليه
ذلك بواجب. وقال محمد بن الحسن - مجتعا له -: بلغنا أن رسول الله ﷺ عرس به، وأن ابن
عمر أناخ به؛ وليس ذلك عندنا من الأمر الواجب؛ إنما هو مثل المنازل التى نزل بها رسول الله
ﷺ من منازل طريق مكة؛ وبلغنا أن ابن عمر كان يتبع آثاره تلك فينزل بها، فلذلك فعل مثل
ذلك بالمعرس، لا أنه كان يراه واجبا على الناس؛ ولو كان واجبا، لقال فيه رسول الله ﷺ
وأصحابه للناس ما يقفون عليه. وقال إسماعيل بن إسحاق: ليس نزوله ﷺ بالمعرس كسائر
منازل طريق مكة، لأنه كان يصلى الفريضة حيث أمكنه؛ والمعرس إنما كان يصلى نافلة، ولا
وجه لمن زهد الناس فى الخير؛ قال: ولو كان المعرس كسائر المنازل، ما أنكر ابن عمر على نافع
ما توهمه عليه من التأخر عنه. قال: وحدنا أبو ثابت، عن ابن أبي حازم، عن موسى بن عقبة،
عن نافع، أن ابن عمر سبقه إلى المعرس، وأبطأ عليه نافع؛ فقال له: ما حبسك؟ قال: فأخبرته،
فقال: ظننت أنك أخذت الطريق الأخرى، لو فعلت لأرجعتك ضربا. وروى الليث عن نافع
مثله.

وإنما ذلك لمن كان قافلاً من حج أو عمرة.

وقد روى أبو داود بن سعيد عن مالك فيمن حج أو اعتمر من أهل المدينة، ثم قفل فمر بقريته جاهلاً، فأقام بها شهرين أو ما أشبه ذلك، ثم رجع إلى أهله بالمدينة: ليس عليه أن يأتي المعرس، وإنما ذلك على من توجه إلى أهله في صدره، والله أعلم.

٩٠٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو كَانَ يُصَلِّي الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ وَالْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ بِالْمُحَصَّبِ ثُمَّ يَدْخُلُ مَكَّةَ مِنَ اللَّيْلِ فَيَطُوفُ بِالْبَيْتِ.

الشرح: المحصب موضع بأعلى مكة خارج منها متصل بالجبانة التي بطريق منى، وهو الذي يقال له: الأبطح، رواه ابن المواز عن مالك.

وقوله: «أنه يصلى هذه الصلوات بالمحصب» يقتضى أن ذلك مشروع عنده. والأصل فى ذلك ما روى أنس بن مالك عن النبي ﷺ أنه صلى الظهر والمغرب والعشاء بالمحصب، وورق رقة.

وقد روى عن عائشة أنها قالت: المحصب ليس بسنة، إنما هو منزل نزله رسول الله ﷺ ليكون أسمح لخروجه. وروى ابن عباس نحوه. وروى سليمان بن يسار عن أبى رافع، قال: لم يأمرنى النبي ﷺ أن أنزل بالأبطح، ولكنى أتيتها فضربت فيها قبتة، فجاء فنزل.

وقد روى ابن المواز عن مالك أنه قال: إنى لأستحب النزول بالمحصب إذا فرغ الإمام من أيام الرمي وصدر، وإن لم يفعل، فلا بأس. وروى ابن وهب عن مالك: أن ذلك حسن للرجال والنساء وليس ذلك بواجب.

وقد قال ابن عمر: النزول بالمحصب سنة، أناخ به رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان والخلف وهذا على ما قال، ولا خلاف فى أنه غير واجب وإنما الخلاف فى الاستحباب.

وقد قال مالك: استحب للأئمة، ولمن يقتدى به أن لا يجاوزوه حتى ينزلوا به، فإن ذلك فى حقهم؛ لأن هذا أمر قد فعله النبي ﷺ والخلف تعين على الأئمة، ومن يقتدى به من أهل العلم إحياء سنته، والقيام بها لتلا يترك هذا الفعل جملة، ويكون للنزول بهذا

٩٠٠ - أخرجه البخارى فى الحج ١٦٣٣، ١٦٣٤. والنسائى فى المناسك الحج ٣٠٣١. والدارسى

٨٦ كتاب الحج
الموضع حكم النزول بسائر المواضع لا فضيلة للنزول به بل لا يجوز النزول به على وجه
القربة.

فصل: فإذا قلنا يستحب النزول به، فإن ذلك لمن لم يتعجل، فأما من تعجل فى
يومين، فلا أعلم التحصيب يكون له، رواه ابن حبيب عن مالك. وقد روى ابن أبى
ذئب عن ابن شهاب: لا حصبة لمن تعجل فى يومين.

ووجه ذلك أن هذا إنما هو لمن استوفى العبادة، وأتى بها على أكمل هيئتها، فأما
من اقتصر على الجائز منها دون الفضيلة وتعجل بترك المبيت بمنى ورمى الجمار الذى
هو أكد من التحصيب، فمن حكمه أن لا يتلوم على التحصيب الذى لا يقوى قوة
التأخير فى القرب، وكذلك إذا وافق يوم الجمعة يوم النفر، فقد قال مالك: أحب
للإمام أن لا يقيم بالمحصب لكى يصلى الجمعة بأهل مكة.

فصل: ومن لم يقيم بالمحصب، فقد قال ابن حبيب: كان مالك يأمر بالمحصب
ويستحبه، وإن شاء مضى إذا صلى به الظهر والعصر حتى يأتى مكة، ويدع المقام به
حتى يمسى إلا أنه لا ينبغي لأحد أن يدع التعريس به.

وأما من جهل أو نسى، فلم ينزل به ومضى كما هو حتى أتى مكة، فصلى بها
الظهر والعصر أو صلاهما بطريقه، فلا شئ عليه من دم ولا غيره، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنه مستحب مختلف فى استحبابه، فالأخذ به أحوط ومن
تركه، فلا شئ عليه؛ لأنه لم يخل بواجب.

مسألة: ومن أدركه وقت الصلاة قبل أن يأتى الأبطح، فإنه يصلى الصلاة حيث
أدركته، فإذا أتى الأبطح نزل به، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أن أداء الصلاة فى وقتها متفق على وجوبه والنزول بالأبطح مختلف فى
استحبابه، مع أنه لا يفوت بأداء الصلاة فى وقتها.

فصل: وقوله: «ثم يدخل مكة من الليل فيطوف بالبيت» إن كان ممن عليه طواف
الإفاضة، فيدخل لذلك، وإن كان ممن يريد الرحيل، وقد طاف لإفاضته، فيدخل
لطواف الوداع، وإن كان يريد المقام بمكة فقد حل، وإن شاء طاف، وإن شاء أحر
الطواف، والله أعلم.

* * *

البيوتة بمكة ليالى منى

٩٠١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّهُ قَالَ: زَعَمُوا أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَبْعَثُ رِجَالًا يُدْخِلُونَ النَّاسَ مِنْ وَرَاءِ الْعَقْبَةِ.

٩٠٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا يَبْتَئِنُّ أَحَدٌ مِنَ الْحَاجِّ لِيَالِي مَنَى مِنْ وَرَاءِ الْعَقْبَةِ.

الشرح: قوله: « كان يبعث رجالاً يدخلون الناس من وراء العقبة » يريد فى ليالى منى؛ لأن المبيت بمنى ليالى منى مشروع كالمقام بها، وكل حكم تعلق بمنى، فإنه يتعلق بما دون العقبة إليها كالنحر.

وقد قال ابن عبد الحكم عن مالك، وابن حبيب عن ابن الماجشون: من أقام بمكة أكثر ليلته ثم أتى إلى منى، فأقام بها حتى أصبح، فلا شىء عليه حتى يبيت ليلة كاملة، فعليه دم.

وروى ابن المواز: أن من بات ليلة أو جل ليلة وراء العقبة، فليهد هدياً، وإن بات بعض ليلة، فلا شىء عليه.

والأصل فى ذلك أن النبى ﷺ بات بمنى ليالى منى، وأرخص القياس فى المبيت بمكة لأجل السقاية، وهذا يدل على أنه مأمور به، وإلا فكان يجوز للعباس ذلك ولغيره دون إرخاص، وقد تأكد ذلك بفعل الأئمة بعد النبى ﷺ ثم بمنع عمر المبيت وراء العقبة، وهذا إجماع لعدم الخلاف.

مسألة: والعقبة التى منع عمر أن يبيت أحد وراءها إلى مكة هى العقبة التى عند الجمرة التى يرميها الناس يوم النحر مما يلي مكة، رواه ابن نافع عن مالك فى المبسوط. قال: وقال مالك: ومن بات وراءها ليالى منى فعليه الفدية.

ووجه ذلك أنه بات بغير منى ليالى منى، وهو مبيت مشروع فى الحج، فلزم الدم بتركه كالمبيت بالمزدلفة. ومعنى الفدية فى قول مالك فى هذه المسألة: الهدى. قال

٩٠١ - أخرجه البخارى فى الحج ١٦٣٣، ١٦٣٤. والنسائى فى المناسك الحج ٣٠٣١. والدارمى فى المناسك ١٨٢٤.

٩٠٢ - أخرجه البخارى فى الحج ١٦٣٣، ١٦٣٤. والنسائى فى المناسك الحج ٣٠٣١. والدارمى فى المناسك ١٨٢٤.

٨٨ كتاب الحج

مالك: وهو هدى يساق من الحل إلى الحرم. وكذلك روي في المبسوط عن مالك في من زار البيت، فمرض بمكة وبات بها: عليه هدى يسوقه من الحل إلى الحرم، فأوجب ذلك مع الضرورة.

٩٠٣ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ فِي الْبَيْتُوتَةِ بِمَكَّةَ لِيَالِي مَنِي: لَا يَبِيتَنَّ أَحَدٌ إِلَّا بِمَنِي.

الشرح: قوله: «في البيتوتة بمكة ليالي منى لا يبيت أحد إلا بمنى» إنما خص السائل مكة بالمبيت بها لما رأى أن العباس وابنه عبد الله كانا يبيتان بمكة ليالي منى أرخص لهما رسول الله ﷺ في ذلك على ما تقدم ذكره.

وقد روى عن ابن عباس إباحة ذلك. وروى عنه عكرمة أنه قال: لا بأس أن يبيت الرجل مكة ليالي منى، ويظل بها إذا رمى الجمار. قال ابن حبيب: وإنما رخصه له من أجل السقاية، ولم يرد بذلك سائر الناس.

وقد روى عن ابن عباس ما يؤيد هذا التأويل أنه قال: إذا كان للرجل متاع بمكة، فخشى عليه الضيعة، إن بات بمنى، فلا بأس أن يبيت عنده بمكة، فعلق إباحة ذلك بالعدر، وهذا يقتضى أن ذلك ليس بمباح على الإطلاق، وليس في هذا دليل على أنه لا يلزمه دم؛ لأن ذلك عذر يخصصه والذي يقتضيه مذهب مالك: أن عليه الهدى على حسب ما روى عنه ابن نافع، فيمن حبسه مرض، فبات بمكة أن عليه الهدى.

* * *

رمى الجمار (١)

٩٠٤ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَقِفُ عِنْدَ الْجَمْرَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ وَقُوفًا طَوِيلًا حَتَّى يَمَلَّ الْقَائِمُ.

٩٠٣ - أخرجه البخارى في الحج ١٦٣٣، ١٦٣٤. والنسائي في المناسك الحج ٣٠٣١. والدارمي في المناسك ١٨٢٤.

(١) قال في الاستذكار ١٩٦/١٣: الجمار الأحجار الصغار، ومن هذا قول رسول الله ﷺ: «من استجمر فليوتر». أى من تمسح بالأحجار. ومنه الجمار التى ترمى بعرفة يوم النحر، وسائر الجمار ترمى أيام التشريق، وهى أيام منى، وقال ابن الأنبارى ك الجمار هى الأحجار الصغار يقال: جمر الرجل يجمر بجمراً: إذا رمى جمار مكة.

٩٠٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٨٣. الأم للشافعى ٢١٣/٢. المحلى ١٤١/٧.

كتاب الحج ٨٩
الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب كان يقف عند الجمرتين» يريد الأولتين «وقوفاً طويلاً» يريد أنه كان يقف عندهما بعد الرمي للدعاء والذكر وقوفاً طويلاً حتى يمل القيام بقيامه من طول القيام، والقيام عند تينك الجمرتين بأثر رميهما مشروع، ويستحب طول القيام عندهما للدعاء والذكر.

٩٠٥ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقِفُ عِنْدَ الْجَمْرَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ وَقُوفًا طَوِيلًا، يُكَبِّرُ اللَّهَ وَيُسَبِّحُهُ وَيَحْمَدُهُ وَيَدْعُو اللَّهَ، وَلَا يَقِفُ عِنْدَ جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ.

الشرح: قوله: «يقف عند الجمرتين الأولتين» هما اللتان يليان مسجد الخيف، وإنما سميتا الأولتين؛ لأنه إنما يبدأ بالرمي من الجمرة الأولى، وهي التي تلى مسجد الخيف ثم بالوسطى، وهي التي تليها ثم بالقصوى، وهي التي تلى العقبة، فشرع الوقوف عندهما الأولى والوسطى، ولم يشرع عند الآخرة، وهي جمرة العقبة وموضع الوقوف عند الأولى، إلا أن يتقدم أمامها ثم يقف ويدعو، ثم يتقدم فيرمى الوسطى، ثم ينحرف عنها ذات الشمال في بطن المسيل، ثم يدعو ثم يتقدم إلى جمرة العقبة فيرميها، ولا يقف عندها كذلك يفعل أيام منى كلها، رواه ابن عبد الحكم في مختصره عن مالك.

ووجه ذلك ما روى أن النبي ﷺ كان إذا رمى الجمرة التي تلى مسجد منى يرميها بسبع حصيات، يكبر كلما رمى بحصاة، ثم يتقدم أمامها، فيقف مستقبل القبلة رافعاً يدعو، وكان يطيل الوقوف، ثم يأتي الجمرة الثانية، فيرميها بسبع حصيات يكبر كلما رمى بحصاة، ثم ينحدر ذات اليسار مما يلي الوادي، فيقف مستقبل القبلة رافعاً يديه يدعو، ثم يأتي الجمرة التي عند العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر عند كل حصاة ثم ينصرف، ولا يقف عندها. ويحتمل أن يكون ذلك والله أعلم من جهة المعنى أن موضع الجمرتين الأوليين فيه سعة للقيام للدعاء ولن يرمى.

وأما جمرة العقبة، فموضعها ضيق للوقوف عندها للدعاء، لا لامتناع الرمي على من يريد الرمي، ولذلك الذي يرميها لا ينصرف على طريقه، وإنما ينصرف من أعلى الجمرة، ولو انصرف من طريقه ذلك لمنع من يأتي الرمي.

فصل: وبين في حديث عبد الله أن وقوفه عند الجمرتين، إنما هو للتكبير والتسبيح والتحميد والدعاء، ولذلك استحب فيه التطويل، وذلك قدر قوة الناس وطاقتهم.

٩٠٥ - أخرجه البخاري في الحج ١٦٣٣، ١٦٣٤. والنسائي في المناسك الحج ٣٠٣١. والدارمي في المناسك ١٨٢٤.

٩٠ كتاب الحج
٩٠٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يُكَبِّرُ عِنْدَ رَمَى الْجَمْرَةِ كُلَّمَا
رَمَى بِحَصَاةٍ.

الشرح: قوله: «أن عبد الله بن عمر كان يكبر عند رمى الجمرة كلما رمى بحصاة»
وذلك أنه إذا كان التكبير مشروعاً عند الرمي، فإنه يتكرر عند كل رمية، وكذلك كل
عبادة شرع فيها التكبير، فإنه يتكرر بتكرر محله كالانتقال من ركن إلى ركن في
الصلاة، وشعار الحج تعظيم لله وتكبير. وقد قال مالك: يكبر مع كل حصاة.
والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه كان يكبر مع كل حصاة.
مسألة: وخص التكبير بهذا من بين سائر ألفاظ الذكر لفعل النبي ﷺ كما خصت
الصلاة، فإن سبح، فقد قال ابن القاسم: ما سمعت فيه شيئاً، والسنة التكبير.
قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والذي عندي أنه لا شيء عليه؛ لأن ابن
القاسم قد قال في المبسوط فيمن رمى، ولم يكبر: هو مجزئ. ومعنى ذلك أنه ذكر
مشروع في أثناء الحج كسائر الأذكار والأدعية.
مَالِكُ أَنَّهُ سَمِعَ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ: الْحَصَى الَّتِي يُرْمَى بِهَا الْجِمَارُ مِثْلُ
حَصَى الْخَذْفِ^(١).

قَالَ مَالِكُ: وَأَكْبَرُ مِنْ ذَلِكَ قَلِيلاً أَعْجَبُ إِلَيَّ.

الشرح: قوله: «الحصى الذي يرمى به الجمار مثل حصى الخذف» يريد أن الحصى
المشروع رميه مثل حصى الخذف، والجمرة لموضع الرمي سميت بذلك باسم ما يرمى
بها فيها، والجمار الحجارة، قدر ما يرمى به منها مثل حصى الخذف، وهو حصى مائل
إلى الصغر، فترمى به العرب على وجه اللعب تجعله بين السبابة والإبهام من اليسرى، ثم
تقذفه بالسبابة من اليمنى، وقد روى عن النبي ﷺ النهى عنه.
فصل: وقول مالك: «وأكبر من ذلك قليلاً أحب إلي» يقتضى أنه لم يبلغه حديث
النبي ﷺ في ذلك، ولذلك نسب القول إلى بعض أهل العلم، ولو بلغه حديث النبي ﷺ
من وجه صحيح لما نسبه إلى غيره ولا استحبه ما هو أكبر منه.

٩٠٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٨٥. البيهقي في السنن الكبرى ٢٤٩/٥.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٨٦، وقال: روى عن النبي ﷺ من وجوه من
حديث جابر بن عبد الله، وابن عباس، وحديث عمرو بن الأحوص، وحديث رجل من بني تميم
قرشى يختلف في اسمه: «أن النبي ﷺ رمى الجمار بمثل حصى الخذف».

كتاب الحج ٩١

روى أبو الزبير عن جابر قال: رأيت النبي ﷺ رمى الجمرة بمثل حصى الخذف.

ووجه آخر، وهو أنه يحتمل أنه بلغه حديث النبي ﷺ أنه رمى بذلك، والنبي ﷺ فعل ذلك تبييناً للجواز، وأخذاً بالأيسر.

ووجه ثالث، وهو ما ذكره بعض شيوخنا أنه إنما فعل ذلك احتياطاً لئلا يقصر عن مثل ما رمى به النبي ﷺ؛ لأنه إذا كان النبي ﷺ رمى بمثل حصى الخذف كره أن يقصر أحد عن ذلك فيرمى بما هو أصغر من حصى الخذف، ومن تحرى مثل حصى الخذف أخذ مرة أكبر منه، ومرة مثله، ومرة أصغر منه، فيخل ببعض التقدير الذي سنه رسول الله ﷺ، فاستحب مالك أن يزيد على حصى الخذف ليتيقن أنه رمى بما رمى به النبي ﷺ، ولا يقصر عن شيء منه.

وقد روى عن القاسم بن محمد أنه كان يرمى بأكبر من حصى الخذف، وهذا أيضاً ليس بأيسر؛ لأنه لو كان قدر حصى الخذف على معنى التحديد الذي لا يجوز الإخلال بشيء منه، لكان ذلك يمنع من الزيادة عليه. والوجه الأول آيين، والأخذ بما فعل النبي ﷺ أولى وأحق.

مسألة: وله أن يأخذ حصى الجمار من منزله بمنى أو حيث شاء، ما لم يأخذها من الحصى الذي قد رمى به إلا جمرة العقبة، فإنه يستحب أخذه من المزدلفة، قاله ابن حبيب.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ولا وجه لذلك عندي غير الاستعداد بالجمار؛ لأن الداخل إلى منى يقصد جمرة العقبة فيرميها، ولا يقدم على ذلك شيئاً؛ لأن رميه يتصل بوصوله قبل أن يحط رحله، فيجب أن يكون جماره معدة ليتمكن أن يصل رميه بالوصول، وإن لم تكن معدة فصل بين وصوله ورميه بطلب الجمار وكسرها.

وأما غيرها من الجمار، فإنما يرميها في اليوم الثاني بعد الزوال، فيتسع له الوقت لطلب الجمار وإعدادها.

مسألة: ولا يرمى من الجمار بما قد رمى، هذا هو المشهور من المذهب. وروى ابن وهب عن مالك فيمن سقطت منه حصاة أنه يأخذ من موضعه حصاة مكانها، فيرمى بها مكان التي سقطت. وروى ابن القاسم عن مالك: إن تيقن أنها الحصاة التي سقطت منه، فليأخذها، وإنه ليكره أن يأخذ من الجمار التي قد رمى بها، وإنى لأتقيه، فإن أخذ منها حصاة، وهو لا يتيقن أنها التي سقطت منه، فأرجو أن يكون خفيفاً

٩٢ كتاب الحج

وقد روى ابن المواز عن أشهب فيمن فقد حصاة من عند الجمره فرمى بها: أنه لا يجزئه.

وجه القول الأول، أن من رمى الجمار لا يغيرها عن حالها، ولا يحدث فيها معنى لم يكن فيها، فلم يمنع ذلك من رميها كتقليبها في يده. ووجه القول الثاني أنه قد أدت بها العبادة، فلا يجزئ تكرارها بها كالهدى، والأظهر أن مبنى القول فيها على ما تقدم من تكرار الوضوء بالماء.

٩٠٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: مَنْ غَرَبَتْ لَهُ الشَّمْسُ مِنْ أَوْسَطِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ وَهُوَ بِمِنَى، فَلَا يُنْفِرَنَّ حَتَّى يَرْمِيَ الْجِمَارَ مِنَ الْغَدِ.

الشرح: قوله: «من غربت له الشمس من أوسط أيام التشريق» يريد يوم ينفر المتعجل، وهو الثاني من أيام التشريق والثالث من أيام النحر، جلس فلم يكن له أن يتعجل، وذلك أنه إنما له التعجيل ما بينه وبين أن تغيب له الشمس من ذلك اليوم، وهو بمنى، فإن غربت له الشمس، فقد لزمه المبيت بها والمقام من الغد إلى أن يرمى الجمار؛ لأنه قد فاته أن يتعجل في وقت التعجيل، وهو ما بين أن يرمى الجمار في اليوم الثاني من أيام التشريق وبين أن تغرب الشمس من ذلك اليوم.

مسألة: وأما حكم التعجيل، فإن الحاج إمام أو مؤتم به، فأما الإمام، فقد قال مالك: ما يعجبني ذلك له. رواه ابن عبد الحكم.

وجه ذلك أنه يقتدى به والتأخير له أفضل؛ لأنه إتمام للمناسك واستيعاب لها والإتيان بالعبادة والنسك على أكمل هيئاتها، فيستحب للإمام أن يقيم للناس الحج على أتم هيئاته. قاله الشيخ أبو بكر.

مسألة: وأما من ليس بإمام، فلا يخلو أن يكون مكياً أو غير مكى، فإن كان مكياً، فقد اختلف قول مالك فيه، فروى عنه ابن القاسم أنه قال: لا أرى ذلك لهم إلا أن يكون لهم عذر من تجارة أو قرض. قال ابن القاسم: وقد كان قال لي قبل ذلك: لا بأس به، وهو كأهل الآفاق. قال ابن القاسم: وهو أحب قوله إلى، قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢٠٣]، وهذا عام في أهل مكة وغيرهم.

٩٠٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٨٧. البيهقي في السنن الكبرى ١٥٢/٥. المغنى

٤٩٢/٣، المجموع ٢٢٨/٨، الجصاص في أحكام القرآن ٧١٣/١.

كتاب الحج ٩٣

وجه القول الأول أنه لا عذر لأهل مكة في سرعة النفر والتعجيل؛ لأنه لا يدعوهم إلى ذلك الرجوع مع الرفقة والجيران لما يخاف من فوات ذلك لمن أضر عنهم، ولا طول السفر وبعد المسافة. وأما أهل الآفاق فتدعوهم إلى ذلك الدواعي التي ذكرناها.

مسألة: وأما أهل الآفاق، فلهم التعجيل، والمشهور من المذهب أن لهم ذلك وإن أقاموا بمكة. وقد قال ابن الماجشون وابن حبيب: إن ذلك لأهل مكة، وليس ذلك لغيرهم إلا بشرط أن لا يبيتوا في اليوم الثالث.

وجه القول الأول، قوله تعالى: ﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه﴾.

ومن جهة السنة ما روى عن عبد الرحمن بن نعيم الديلي «شهدت النبي ﷺ أيام منى يتلو: ﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه﴾ ثم أردف رجلاً، فجعل ينادى بها في الناس»^(١).

ووجه القول الثاني ما احتج به ابن الماجشون أن المكى يرجع إلى بيته، وقد انتهى سفره، وغير المكى مقامه بمنى كمقامه بمكة، فإنه يجوز له التعجيل إذا احتاج إلى سرعة السفر، فلا يبيت بمكة.

فرع: فإن قلنا بقول ابن الماجشون، فمن تعجل أهل الآفاق فبات بمكة، ولم يرجع إلى منى، فقد قال ابن حبيب: عليه الدم الذي يجب على من لم يرم، وكان يلزمه أن يوجب عليه دماً لترك المبيت بمنى ودماً لترك الرمي من الغد.

فصل: وقوله: «فلا ينفرون حتى يرمى الجمار من الغد» يقتضى أنه لما لزمه المبيت لزمه رمى الجمار من الغد؛ لأن المبيت من أجلها، ويقتضى ذلك المقام بالنهار بمنى، وهو عند مالك مشروع لا يزول الحاج من منى أيام التشريق إلا لعذر، ولا يكسر من ذلك.

وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك: لا يجب لأحد أن يتنفل بطواف بعد الإفاضة في أيام منى، فإن فعل فأرجو أن يكون خفيفاً. قال الشيخ أبو بكر: يعني أنه إذا طاف طواف الإفاضة، رجع إلى منى، ولا يشتغل بشيء غيره من طواف أو صلاة أو غير ذلك لأن رجوعه إلى منى أفضل من ذلك كله.

(١) أخرجه الترمذى حديث رقم ٨٨٩، ٢٩٧٥. أبو داود حديث رقم ١٩٤٩. ابن ماجه

حديث رقم ٣٠١٥. أحمد في المسند حديث رقم ١٨٢٩٧.

٩٤ كتاب الحج

٩٠٨ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ النَّاسَ كَانُوا إِذَا رَمَوْا الْجِمَارَ مَشَوْا ذَاهِبِينَ وَرَاجِعِينَ وَأَوَّلُ مَنْ رَكِبَ مُعَاوِيَةَ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ.

الشرح: قوله: «كانوا إذا رموا الجمار» يريد في أيام التشريق مشوا ذاهبين إليها، وراجعين عنها إلى الصلاة في المسجد.

وأما رمى جمرة العقبة فإن الراكب يأتي على راحلته، فيرميها راكبًا. وقد قال مالك في المبسوط: الشأن يوم النحر أن يرمى جمرة العقبة راكبًا، كما يأتي الناس على دوابهم. وأما في غير يوم النحر، فكان يقول يرمى ماشيًا.

والأصل في ذلك ما قدمناه من أنه يرمى جمرة العقبة متصلة بوروده. وأما في سائر الأيام، فإن المشى إليها تواضع، ويحتاج إلى الدعاء عند الجمرتين، فلو ركب الناس لضاق بهم المكان.

فصل: وقوله: «وأول من ركب معاوية بن أبي سفيان» لعله يريد من الأئمة، وبمن يقيم للناس أمر الحج، ولعل معاوية أيضًا ركب لعذر. وقد قال مالك في المبسوط فيمن ركب أيام التشريق أو مشى يوم النحر: لا شيء عليه.

٩٠٩ - مَالِكُ أَنَّهُ سَأَلَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الْقَاسِمِ مِنْ أَيْنَ كَانَ الْقَاسِمُ يُرْمِي جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ؟ فَقَالَ: مِنْ حَيْثُ تَيْسَرَ.

الشرح: قوله: «من حيث تيسر» قال مالك: معناه من أسفلها، وهو اليسر فيها لأن رميها من أعلاها فيه مشقة لخروجه الموضع وضيقه. والأصل في ذلك ما روى عبد الرحمن بن يزيد، قال: رمى عبد الله من بطن الوادي، فقلت له: يا أبا عبد الرحمن، إن ناسًا يرمونها من فوقها. فقال: والذي لا إله غيره، هذا مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة، وهذا على الاستحباب، ولو رماها من أعلاه أجزأه. اهـ. من المبسوط.

مسألة: وإن رمى جمرة العقبة، فليجعل منى عن يمينه ومكة عن يساره.

والأصل في ذلك ما روى عبد الرحمن بن يزيد أنه حج مع ابن مسعود فراه يرمى الجمرة الكبرى بسبع حصيات، وجعل البيت عن يساره، ومنى عن يمينه، ثم قال: هذا مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة.

٩٠٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٨٨.

٩٠٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٨٩. البيهقي في معرفة السنن والآثار ٧/١٠١٥٢.

سُئِلَ مَالِكٌ هَلْ يُرْمَى عَنِ الصَّبِيِّ وَالْمَرِيضِ، فَقَالَ: نَعَمْ وَيَتَحَرَّى الْمَرِيضُ حِينَ يُرْمَى عَنْهُ فَيَكْبُرُ، وَهُوَ فِي مَنْزِلِهِ، وَيَهْرِيقُ دَمًا، فَإِنْ صَحَّ الْمَرِيضُ فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ رَمَى الَّذِي رُمِيَ عَنْهُ، وَأَهْدَى وَجُوبًا.

الشرح: ومعنى ذلك أن الصبي يلزمه الرمي كما يلزم غيره، وكذلك المريض، فمن استطاع منهما المشى إليه أو كان له من يحمله غيره، فإنه لا يلزمه أن يياشر بنفسه، إن كان الصبي يفهم ما يؤمر به، وكان مع المريض ذهنه. وقد روى معنى هذا عن مالك في المبسوط.

وروى ابن عبد الحكم عن مالك في مختصره: إن رجا المريض أن يصح في أيام التشريق، فليؤخر الرمي إلى آخر أيام التشريق، فإن لم يرج ذلك رمى عنه وأهدى.

ويحتمل هذا عندي وجهين، أحدهما: أن يكون قولاً واحداً، وذلك أنه نص أولاً على أنه إن كان له من يحمله، ويطبق ذلك مضى وعجل الرمي، وإن لم يكن له من يحمله، ورجا أن يطبق ذلك في بقية أيام التشريق آخر الرمي، وإن لم يرج ذلك، ولم يكن له من يحمله رمى عنه.

ويحتمل وجهاً آخر، وهو أن يكون في ذلك قولان، أحدهما: إن رجا أن يفيق في أيام الرمي آخر ذلك ولم يرم عنه أحد، وإن لم يرج ذلك أمر من يرمى عنه.

والرواية الثانية أنه لا ينظر فيما يرجوه من حاله في أيام التشريق، وإنما ينظر فيما يطيقه وقت الرمي ويومه ذلك، فإن استطاع على الرمي، وإلا رمى عنه غيره، وإن كان يرجو أن يرمى في بقية أيام التشريق.

وجه رواية ابن عبد الحكم أن الرمي له وقتان، وقت أداء، ووقت قضاء، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى فإن رجا أن يرمى في الوقت، فهو أولى، ولا معنى لرمي غيره عنه؛ لأنه يرجو أن يرمى بنفسه.

وجه رواية ابن القاسم أن وقت الرمي هو لكل يوم في نفسه، ولذلك يجب الدم على من أخره عنه، فإذا يئس من أن يرمى بنفسه عن يومه استتاب في ذلك لما اتفقنا عليه من جواز الاستنابة، وهذا كالوضوء والتميم من يئس من إدراك الوقت المختار تيمم، ولم يؤخر التيمم إلى وقت الضرورة.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن عبد الحكم، فإنه يرجع في ذلك إلى ما يظن بنفسه وحاله،

٩٦ كتاب الحج

قاله الشيخ أبو بكر، قال: وهو كالعادم للماء، وإنما يرجع في عدمه ووجوده إلى ما يغلب على ظنه.

مسألة: فإن لم يطق المريض السير، ولم يكن له من يحمّله، على رواية ابن القاسم، أو ظن أنه لا يطيق الرمي في أيام التشريق، فرمى عنه، ثم صح في أيام التشريق، فإنه يرمى لما مضى من الأيام ويهدى، رواه ابن القاسم عن مالك وابن عبد الحكم عن مالك. وهذا قول جماعة شيوخنا.

وروى ابن المواز عن أشهب في المريض يصح في أيام التشريق، فيرمى ما رمى عنه: لا دم عليه.

وجه القول الأول: قال الشيخ أبو بكر: وإنما وجب عليه؛ لأنه قد يمكن أن يعتقد أنه لا يقدر على الرمي، وهو لو تحامل لاستطاعه، فلذلك وجب عليه الهدى، وإن كان معذوراً.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا عندي فيه نظر لأنه قد يكون بحالة لا يشك هو ولا غيره في أنه لا يطيق ذلك، ومع ذلك فإنه يجب عليه الهدى، وإنما يجب عليه الهدى، وإن تيقن العذر؛ لأنه من ترك شيئاً من سنن الحج لزمه الهدى، سواء تيقن عذره أو لم يتيقن، كان ذلك لعذر أو لغير عذر، كترك المبيت بمزدلفة. وهذا فيما ليس له مثل من الأركان التي لا يتم الحج إلا بها. وأما ما له مثل من الأركان كطواف الورد، فإنه يسقط للعذر، ولا يجب بذلك دم.

وجه قول أشهب أن الرمي له بدل، وهو رمى غيره عنه، وفي البديل نقص عن المبدل منه يجبر بالدم، فإذا أدرك الرمي في أيام التشريق، فباشره بنفسه، فقد جبر نقص الرمي فسقط عنه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يرمى عن الصبي والمريض إلا من قد رمى عن نفسه، فإن لم يكن رمى أولاً عن نفسه، فإنه يبدأ أولاً بالرمي عن نفسه بالجمار الثلاث، ثم يبدأ بالرمي من أول الجمار، ورواه أشهب عن مالك.

وجه ذلك أن التوالى مشروع في الرمي، فلزمه أن يوالى عن نفسه، ثم يوالى عن غيره.

مسألة: ومن رمى عن غيره، فهل يقف عند الجمرتين. روى ابن المواز عن ابن القاسم أنه اختلف فيه قوله، فقال: لا يقف، وقال: يقف.

كتاب الحج ٩٧

وجه القول الأول أن الوقوف عند الجمرتين إنما هو للدعاء، ولا يستتاب فيه كالصلاة. ووجه القول الثاني أن الوقوف تبع للرمي، فجاز أن يستتاب فيه، وإن لم يستتب في مثله إذا لم يكن تبعاً كر كعتى الطواف.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى عَلَى الَّذِي يَرْمِي الْجِمَارَ أَوْ يَسْعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ وَهُوَ غَيْرُ مُتَوَضِّئٍ إِعَادَةً وَلَكِنْ لَا يَتَعَمَّدُ ذَلِكَ.

وهذا كما قال أن من سعى أو رمى الجمار على غير طهارة، فإنه يجوز ولا إعادة عليه؛ لأن هذه قرب لا تعلق لها بالبيت، فلم تكن الطهارة شرطاً في صحتها، وإنما تكون الطهارة شرطاً في صحة القرب التي لها تعلق بالبيت كالصلاة والطواف.

والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال لعائشة حين شكت إليه أنها نفست: «افعل ما يفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت»^(١)، فأباح لها فعل كل قرية من الحج لا تعلق لها بالبيت، وفي ذلك السعي والرمي والوقوف بعرفة والمزدلفة.

فصل: وقوله: «ولكن لا يتعمد ذلك» يقتضى أنه يستحب الطهارة لفعل هذه القرب كلها، وإن لم تكن شرطاً في صحتها، وذلك أن قرب الحج مبنية على أن الطهارة مشروعة في جميعها، إما وجوباً وإما استحباباً.

ولذلك شرع الغسل للإحرام ودخول مكة والوقوف بعرفة، وإن لم يكن شياً من ذلك كله واجباً بل يصح فعل هذه المعاني من غير طهارة، فما كان من الأركان، فالغسل له مشروع، وما كان من غير الأركان، فمن حكمها أن يكون فاعلها على طهارة، وإن لم تكن الطهارة لها.

٩١٠ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: لَا تُرْمَى الْجِمَارُ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ حَتَّى تَزُولَ الشَّمْسُ.

الشرح: قوله: «لا ترمى الجمار في الأيام الثلاثة» يريد أيام التشريق «حتى تزول

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٠٥. مسلم حديث رقم ١٢١١. أحمد فى المسند حديث

رقم ٢٥٨١٢.

٩١٠ - أخرجه الترمذى فى الحج ٨٧٧، ٨٧٨. والنسائى فى مناسك الحج ٣٠١٦، ٣٠١٧. وأبو

دارد فى المناسك ١٦٨٥. وابن ماجه فى المناسك ٣٠٢٧، ٣٠٢٨. وأحمد فى باقى مسند

الأنصار ٢٢٦٥٨.

٩٨ كتاب الحج
الشمس». وقد روى القاضي أبو إسحاق في المبسوط عن مالك، وقال عنه: فإن رماها
قبل الزوال، فليعد الرمي. زاد ابن حبيب عن مالك: وهو كمن لم يرم.
والأصل في ذلك ما رواه ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر، قال: رمى رسول الله
ﷺ الجمرة يوم النحر ضحى، وأما بعده، فإذا زالت الشمس.

مسألة: ومن رمى الجمار بعد أن صلى الظهر، فقد أخطأ، ولا شيء عليه، رواه ابن
حبيب عن مالك، وإنما محل الرمي للجمار بعد الزوال، وقبل الصلاة من جهة الوقت،
ومن جهة الرتبة.

وأما من جهة الوقت، فإن رمى الجمار يجب أن يقدم بأثر الزوال. وأما من جهة
القياس، فإن تقديمها على الصلاة مشروع. والأصل في ذلك من جهة المعنى أن الصلاة
مشروعة في الجماعة بعد الزوال وشرع التأخير لها لأجل اجتماع الناس ورمي الجمار
مشروع بعد الزوال، ولم تشرع فيه جماعة، فكانت المبادرة به أولى، لأنه لا وجه
لتأخيره وتقديم العبادة في أول أوقاتها مشروع، إلا أن تؤخر لمعنى يقتضى ذلك.

مسألة: إذ ثبت ذلك، فإن أول أداء الرمي لكل يوم من أيام التشريق زوال الشمس
منه وآخره غروب الشمس ووقت القضاء من غروب شمسه إلى بقية أيام التشريق الليل
والنهار سواء في القضاء، يبين ذلك ما روى عن مالك في رمي رعاء الإبل الجمار:
أنهم لا يرمون اليوم الذي يلي يوم النحر إلا في اليوم الذي بعده. قال: لأنه لا يقضى
شيء يجب، فإذا وجب ومضى كان القضاء بعد ذلك والله أعلم.

* * *

الرخصة في رمي الجمار

٩١١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ أَبَا الْبَدَاحِ ابْنَ

٩١١ - أخرجه أبو داود برقم ١٩٧٥، ٢/٢٠٨ كتاب الحج باب رمي الجمار عن عاصم بن عدى.
والترمذى برقم ٩٥٤، ٣/٢٨٠ عن عاصم بن عدى كتاب الحج باب الرخصة للرعاة أن يرموا
يوما ويدعوا يوما. وأخرجه النسائي ٥/٢٧٣ عن عاصم بن عدى كتاب الحج باب رمي الرعاة.
قال ابن عبد البر في التمهيد ٦/١٠٥: لم نجده عند شيوخنا في كتاب يحيى إلا عن أبي البداح
ابن عاصم بن عدى، كما رواه جماعة الرواة عن مالك، وهو الصحيح في إسناد هذا الحديث،
كما قال أحمد، فإن كان يحيى رواه كما قال أحمد، فهو غلط من يحيى، والله أعلم، أو من غيره،
ولم يختلفوا في إسناد هذا الحديث عن مالك، إلا ما ذكر أحمد بن خالد عن يحيى، وقد اختلفوا =

عاصم بن عدي^(*) أخبره عن أبيه أن رسول الله ﷺ أرخص لرعاء الإبل في البيوتة خارجين عن منى، يرمون يوم النحر، ثم يرمون الغد، ومن بعد الغد ليومين، ثم يرمون يوم النفر.

٩١٢ - مالك، عن يحيى بن سعيد، عن عطاء بن أبي رباح أنه سمعه يذكر أنه أرخص للرعاء أن يرموا بالليل، يقول: في الزمان الأول.

قال مالك: تفسير الحديث الذي أرخص فيه رسول الله ﷺ لرعاء الإبل في تأخير رمي الجمار فيما نرى والله أعلم أنهم يرمون يوم النحر، فإذا مضى اليوم الذي يلي يوم النحر رموا من الغد وذلك يوم النفر الأول فيرمون لليوم الذي مضى ثم يرمون ليومهم ذلك؛ لأنه لا يقضى أحد شيئاً حتى يجب عليه، فإذا وجب عليه ومضى كان القضاء بعد ذلك، فإن بدا لهم النفر، فقد فرغوا، وإن أقاموا إلى الغد، رموا مع الناس يوم النفر الآخر ونفروا.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ أرخص لرعاء الإبل في البيوتة خارجين عن منى» يقتضى أن هناك منع خص هذا منه؛ لأن لفظة الرخصة لا تستعمل إلا فيما يخص من المحذور للعدر.

وذلك أن للرعاء عذراً في الكون مع الظهر الذى لابد من مراعاته والرعى به للحاجة إلى الظهر فى الانصراف إلى بعيد البلاد، وقد قال تعالى: ﴿وتحمل أثقالكم إلى

=عنه فى ألفاظه، وقد كان سفيان بن عيينة يقول فى إسناد هذا الحديث، شيئاً يشبه ما حكاه أحمد عن يحيى فى روايته عن مالك ويعضده، وذلك أنه قال فيه: عن أبى البداح بن عدى، عن أبىه، ومرقلم يقل: عن أبىه، والصواب فى إسناد هذا الحديث، ما قاله مالك فى رواية جمهور الرواة عنه: «أخبرنا محمد بن إبراهيم بن سعيد، حدثنا محمد بن معاوية بن عبد الرحمن، حدثنا أحمد بن شعيب، أخبرنا عمرو بن على، حدثنا يحيى القطان، حدثنا مالك، أخبرنا عبد الله بن أبى بكر، عن أبىه، عن أبى البداح بن عاصم بن عدى، عن أبىه... فذكره». انتهى باختصار.

(*) قال ابن عبد البر: أبو البداح بن عاصم بن عدى، لا يوقف على اسمه، وكنيته اسمه، وقال الواقدي: أبو البداح، لقب غلب عليه، ويكنى أباً عمرو، توفى فى سنة سبع عشرة ومائة فى خلافة هشام بن عبد الملك، وهو ابن أربع وثمانين سنة، وهو أبو البداح بن عاصم بن عدى بن الجعد بن العجلان، من بلى، من قضاة، حليف لبني عمرو بن عوف.

١٠٠ كتاب الحج

بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس» [التحل: ٧]، فأبيح لهم ذلك لهذا المعنى.

فصل: وقوله: «يرمون يوم النحر» يريد جمرة العقبة، ثم يغيبون عن منى على ما فسرهُ مالك، أول أيام التشريق، وهو الذى يلي يوم النحر، فإذا كان اليوم الثانى من أيام التشريق، وهو الذى يلي يوم النحر فإذا كان اليوم الثانى أيام التشريق، وهو اليوم الذى يتعجل فيه نفر من يريد التعجيل أو من يجوز له التعجيل رموا عن اليومين، بدأوا برمى ما عليهم من الرمى لليوم الأول من أيام التشريق، وإنما رموا فى اليوم الثانى عن اليوم الأول، ولم يرموا فى اليوم الأول عنهما، لما قاله مالك، رحمه الله، من أنه لا يقضى شيئاً قبل وجوبه، وإنما يقضى بعد وجوبه وخروج وقته.

ولذلك لا يرمى فى اليوم الثانى عن الثالث، فلو رمى فى أول يوم لما جاز له أن يرمى إلا عن يومه ذلك خاصة دون اليوم الثانى، وكان يلزمه أن يأتى فى اليوم الثانى فيرمى عنه، فتلحقه مشقة التكرار ويضيع الظهر، فأبيح له التأخير إلى اليوم الثانى، فيكون قد وجب عليه رمى اليوم الأول قضاءً ورمى اليوم الثانى أداءً.

فصل: وقوله: «يرمون يوم النحر» أخبر أن رميهم يوم النحر لا يتعلق به رخصة، ولا يغير عن وقته، ولا أضافه إلى غيره «ثم يرمون الغد» يريد أنه يرمى لليومين، فقال: «يرمون الغد ومن بعد الغد ليومين» فذكر الأيام التى يرمى لها، وهى الغد، وهما أول أيام التشريق وثانيتها، ولم يذكر وقت الرمى، وإنما يرمى لهما فى اليوم الثانى من أيام التشريق بعد الزوال، ولذلك جمع بينهما فى اللفظ، فقال: «ليومين» وقد فسر ذلك مالك على ما تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «ثم يرمون يوم النفر» يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد أنهم يرمون ليومين، يرمون للأول، ثم يرمون يوم النفر، وهو يوم رميهم؛ لأنه يوم النفر الأول، فيكون قوله: «ثم يرمون يوم النفر» تفسيراً لأحد اليومين اللذين يرمى لهما، واستغنى عن ذكر الأول بقوله: «يرمون ليومين» ثم بين اليوم الثانى منهما، فعلم بذلك اليوم الأول.

وعلى هذا يكون يوم النفر المذكور فى الحديث يوم النفر الأول لمن أراد أن يتعجل، ويكون فائدة قوله: «ثم يرمون ليوم النفر» أنه لا يجوز أن يرمى لليوم الثانى حتى يكمل رمى اليوم الأول.

والوجه الثانى، أن يريد بقوله: «يرمون الغد وبعد الغد ليومين» أن يبين بهذا كلامه

كتاب الحج ١٠١
ثم استأنف بقوله: «ثم يرمون يوم النفر» لمن لم يرد التعجيل، فالمراد بقوله: «يوم النفر الثاني» وهو الثالث من أيام التشريق، فعلى هذا قسر مالك الحديث ومن أراد التعجيل، فإنه إذا رمى في اليوم الثاني عن اليوم الأول والثاني تعجل، وأجزأه ذلك.

فصل: وقوله: «وفي حديث عطاء أرخص للرعاء في الرمي بالليل»^(١) إنما أيسح لهم ذلك؛ لأنه أرفق بهم وأحوط فيما يحاولونه من رعى الإبل، لأن الليل وقت لا ترعى فيه الإبل ولا تنتشر، فيرمون في ذلك الوقت.

وقال ابن المواز: إن رعوا بالنهار ورموا بالليل، فلا بأس به. ويحتمل أيضًا أن يرموا على هذا في كل ليلة لاستغنائهم في ذلك الوقت عن حفظ الإبل على وجه الرعى، ويحتمل إن كان في ذلك عليهم مشقة أن يكون رميهم بالليل على حكم رميهم بالنهار من الجمع، والله أعلم.

فصل: وقوله: «في الزمن الأول» يقتضى إطلاقه زمن النبي ﷺ؛ لأنه أول زمان هذه الشريعة، فعلى هذا هو مرسل، ويحتمل أن يريد به أول زمن أدركه عطاء، فيكون موقوفًا متصلًا، والله أعلم.

٩١٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ نَافِعٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ ابْنَةَ أَخٍ لِصَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ نَفَسَتْ بِالْمَزْدَلِفَةِ فَتَخَلَّفَتْ هِيَ وَصَفِيَّةُ حَتَّى آتَا مَنِيَّ بَعْدَ أَنْ غَرَبَتِ الشَّمْسُ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ، فَأَمَرَهُمَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ أَنْ تَرْمِيَا الْجَمْرَةَ حِينَ آتَا، وَلَمْ يَرَّ عَلَيْهِمَا شَيْئًا.

الشرح: قوله: «أن صفيه و بنت أخيها تخلفت» لما ذكره من نفاس بنت أخيها، فأتيا منى بعد غروب الشمس من يوم النحر أو بعد أن فاتهما الرمي، وفي هذا أن الأغلب أن مقام صفيه مع ابنة أخيها كان بعلم عبد الله بن عمر، والذي لا ريب فيه أنه علم بذلك بعد مجيئهما.

وقد سئل عن حكمهما، فلم ينكر المقام على صفيه مع ابنة أخيها، وإن كان العذر مختصًا بابنة أخيها دونها، ولا يبعد أن يكون مثل هذا مباحًا لمن خيف عليه الضياع

(١) قال في الاستذكار: لما رخص النبي ﷺ لرعاء الإبل بالرمي في الليل دل ذلك على أن الرمي بالليل وغيره أفضل منه، لأن الليل لا يجوز فيه الرمي أصلاً، لإجماع العلماء أن الرمي للرعاء وغير الرعاء لا يجوز تأخيره حتى تخرج أيام التشريق، فدل ذلك على أن الرمي في ليل التشريق رخصة للرعاء وأن الرمي بالنهار هو في الوقت المختار.

١٠٢ كتاب الحج
والهلاك فى الانفراد بمثل هذه الحال أن يقيم مع من يخاف عليه الهلاك بانفراده،
وترجى نجاته وصلاح حاله بالمقام معه، ويجرى ذلك مجرى جواز التيمم لمن لا ماء معه،
وخاف على غيره الهلاك من العطش ويعطيه إياه فيحييه به.

فصل: وقوله: «فأمرهما عبد الله بن عمر أن يرميا الجمره حين أتيا» يريد أنهما قد
أدركتا وقت قضاء الرمي، وإن لم يدركا وقت أداء الرمي، فأمرهما بقضاء الرمي،
وأول وقت رمى جمره العقبة طلوع الفجر من يوم النحر، وآخره وقت مغيب الشفق
من ذلك اليوم، وأول وقت القضاء آخر أيام التشريق.

وقوله: «أن يرميا حين أتيا» دليل على جواز الرمي بالليل، وقد تقدم أن الليل
والنهار، سواء فى قضاء الرمي. والدليل على ذلك أنه من أفعال الحج، فجاز فعله بالليل
كالطواف والسعى والوقوف.

فصل: وقوله: «ولم ير عليهما شيئاً» يقتضى أنه لم ير عليهما دمًا ولا غيره. وقد
قال مالك فى المبسوط: وأما أنا فأرى على كل من كان فى مثل حال صفيه يوم
النحر، ولم يرم حتى غابت الشمس الدم.

ووجه ذلك أن من فاته الأداء لزمه الرمي والهدى كالذى يمرض، فلا يقدر على
الرمي فى وقت الأداء ويرمي آخر أيام التشريق، وقد تقدم ذكر الخلاف فيه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن ترك جمره العقبة، فذكرها ورمها قبل غروب الشمس
من يوم النحر، فلا شىء عليه، وإن رمها بعد غروب الشمس متى كان فى أيام
التشريق أو لياليه، فعليه الدم، قاله مالك.

ووجه ذلك أنه إذا أدرك وقت الأداء، فلا شىء عليه، وإذا فاته وقت الأداء لزمه
الهدى، على كل حال، فإن أدرك وقت القضاء قضى، وإن فاته لم يقض ولزمه الدم
فى الوجهين.

فرع: وإذا لم يرمها حتى تنقضى أيام التشريق، فهل يفسد حجه أم لا؟ قال مالك:
لا يفسد حجه، وعليه ما تقدم ذكره من الهدى، وقاله جمهور أصحاب مالك. وقال
عبد الملك بن الماجشون: يبطل حجه، وعليه الحج قابلاً والهدى.

وجه قول مالك أنه من أفعال الحج، فلا يختص بيوم عرفة، فلم يفت الحج بفواته فى
وقته كسائر الرمي. ووجه آخر أن من أمن فوات الحج لم يطرأ عليه ما يفسده. أصل

كتاب الحج ١٠٣
ذلك من رمى. ووجه آخر أن كل فعل بعد الوقوف بعرفة، لا يبطل الحج بتأخيره
كطواف الإفاضة.

ووجه قول عبد الملك أنه معنى لو جامع قبله فسد حجه، فإذا فاتته وجب أن يفوته
حجه كالوقوف بعرفة، والتحليل عند ابن الماجشون إنما يقع بالفعل لا بمضى الوقت.
مسألة: ومن ترك حصاة منها، فلا يخلو أن يذكرها قبل مغيب الشمس أو بعد ذلك،
فإن ذكرها قبل مغيب الشمس رمى تلك الحصاة وحدها، وليس عليه أن يستأنف رمى
غيرها.

ووجه ذلك أنه رمى جميعها في وقت الأداء، وليس من شرطها الموالاة، وإن كان
مشروعاً فيها ومستحباً إلى أن رمى ما قد رمى منها في وقتها المختار أفضل من تأخيره
إلى الوقت الذي فيه ذكر الحصاة المنسية على وجه الجمع معها.

مسألة: فإن ذكرها بعد مغيب الشمس، ففي المبسوط عن مالك فيمن ترك من جمرة
العقبة حصاة أو حصاتين حتى غابت الشمس: أنه يرمى ما تركه، ولا يعيد ما رمى.
وفي الموازية عن ابن القاسم فيمن ذكر حصاة من جمرة العقبة يوم النحر، فذكر ذلك من
الغد: أنه يعيد الرمي في ثانية ويهريق دماً.

ووجه رواية المبسوط أن هذا قد ذكر نقص الجمرة في وقت ترمى فيه، فكان عليه
أن يرمى ما ذكر دون ما رمى. أصل ذلك إذا ذكرها في يوم، ويحتمل هذا وجهين،
أحدهما أن يرى أن وقت الأداء إلى طلوع الفجر من ثاني يوم النحر. والوجه الثاني: أن
يعتقد أن وقت الأداء إلى غروب الشمس من يوم النحر، لكنه لا يعيد ما رمى منه
للموالاة بعد انقطاع الموالاة في وقت أداء ولا وقت قضاء.

ووجه رواية الموازية أن الرمي في يوم النحر أداء والرمي بعد ذلك قضاء له، ولا تعتبر
الموالاة بين القضاء والأداء، وإن اعتبر بين الأداء المفرد والقضاء المفرد بالآخر، وإن لفق
الأداء بعضه ببعض والقضاء كذلك.

سُئِلَ مَا لِكَ عَمَّنْ نَسِيَ جَمْرَةً مِنَ الْجَمَارِ فِي بَعْضِ أَيَّامٍ مِنْهُ حَتَّى يُمَسِّيَ، قَالَ:
لِيَرْمِ أَىَّ سَاعَةٍ ذَكَرَ مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ كَمَا يُصَلِّي الصَّلَاةَ إِذَا نَسِيَهَا ثُمَّ ذَكَرَهَا لَيْلًا أَوْ
نَهَارًا فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَا صَدَرَ وَهُوَ بِمَكَّةَ أَوْ بَعْدَ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، فَعَلَيْهِ الْهَدْيُ
وَاجِبٌ^(١).

(١) قال في الاستذكار ٢٢٣/١٣: أجمع العلماء على أن من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى
تغيب الشمس من آخرها أنه لا يرميها بعد، وأنه يجبر ذلك بالدم أو بالطعام على حسب =

١٠٤ كتاب الحج

الشرح: وهذا كما قال أن من نسي رمى جمرة من الجمار فى بعض أيام التشريق حتى يفوته وقت الأداء بمغيب الشمس من يوم الجمرة، فإنه يقضيها ما دام فى وقت القضاء. وقد بينا حكم الوقت فيما تقدم.

وفى هذا خمسة أبواب، أحدها: فيمن نسي رمى حصاة من الجمار، والباب الثانى: فيمن نسي جمرة كاملة، والباب الثالث: فيمن نسي رمى جمار يوم، والباب الرابع: فيمن نسي الرمى كله، والباب الخامس: فى صفة الرمى.

* * *

الباب الأول

فى من نسي رمى حصاة من الجمار

ومن نسي رمى حصاة من جمار أيام التشريق، فأخرها عن موضعها، وذكرها بعد أن رمى غيرها من الجمار، وقبل أن تغيب الشمس من يومه ذلك، فالمشهور من المذهب أنه يرمى تلك الحصاة وحدها، ثم يرمى ما رما بعدها من الجمار.

وذلك مبنى على فصلين، أحدهما: أن الترتيب فى الجمار واجب، فلا يجوز أن يشرع فى رمى جمرة حتى يكمل رمى جمرة كركعات الصلاة لا ينتقل لركعة حتى يكمل عمل الركعة التى قبلها. والفصل الثانى: أن الموالاة ليست بشرط فى صحة الرمى، وإذا كان الرمى كله فى وقت الأداء أجزاء، ويقتضى قول ابن كنانة فى المدينة قولاً ثانياً: يستأنف رمى الجمرة التى نسي الحصاة منها بسبع حصيات.

وذلك يقتضى فصلين، أحدهما: أن الترتيب الذى ذكرناه والموالاة شرط فى

=اختلافهم فيها. فمن ذلك أن مالكاً قال: لو ترك رمى الجمار كلها أو ترك جمرة منها أو ترك حصاة من جمرة حتى خرجت أيام منى فعليه. وقال أبو حنيفة: إن ترك الجمار كلها كان عليه دم وإن ترك جمرة واحدة فعليه لكل حصاة من الجمرة إطعام مسكين نصف صاع من حنطة إلى أن يبلغ دمًا، إلا جمرة العقبة فمن تركها فعليه دم. وكذلك قال الأوزاعى إلا أنه قال: إن ترك حصاة تصدق بشيء. وقال الثورى: يطعم فى الحصاة أو الحصاتين والثلاث فإن ترك أربعاً فصاعداً فعليه دم. وقال الليث: عليه فى الحصاة الواحدة دم. وقال الشافعى: فى الحصاة الواحدة دم، وفى حصاتان مدان، وفى ثلاث حصيات دم. وله قول آخر مثل قول الليث، والأول أشهر عنه. قال أبو عمر: قد رخصت طائفة من التابعين، منهم مجاهد، فى الحصاة الواحدة، ولم يروا فيها شيئاً.

كتاب الحج ١٠٥
صحتها، فيحمل الخلاف بين هذين القولين في الموااة، فعلى القول الأول ليس بشرط
فى صحة الرمى، وعلى قول ابن كنانة، هو شرط فى صحتها.

مسألة: وإذا ذكر ذلك من الغد، فإنه يرميها، ثم يعيد رمى ما رمى بعدها من
يومها، ثم يرمى لليوم الذى ذكرها فيه، وإن كان قد رماها.

وذلك مبنى على فصلين، أحدهما: أن اليوم الثانى وقت لقضاء رمى اليوم الأول.
والثانى: أن الترتيب بين رمى اليوم الأول وبين رمى اليوم الثانى واجب ما لم يفت
وقت الرمى لليوم الثانى.

فرع: وهل يرمى الحصاة التى نسيها من الجمرة خاصة أو يتدئ رمى تلك الجمرة
بسبع؟ ففى كتاب ابن المواز عن أشهب: يستأنف رميها بسبع حصيات. وفى غير
الموازية عن ابن القاسم: يرمى الحصاة التى نسى خاصة. وفى المدنية عن ابن القاسم: إن
ذكرها من يومه رمى تلك الحصاة خاصة وما بعدها، وإن ذكرها من الغد استأنف
رمى تلك الجمرة بسبع ورماها بعدها.

ووجه قوله بإفراد الحصاة أنه ذاكر لها بعد أن انفصل من غيرها، فلم يكن عليه إلا
رميها، وهذا مبنى على أن التفريق للنسيان لا يمنع صحتها ولا فضيلتها، وإن منع من
فضيلتها، فإنه أمر لا يستدرك إلا بعد الانفصال من رمى الجمار؛ لأن ما فات من
فضيلة أول الوقت أعظم.

ووجه قولنا يرمى الجمرة كلها أن هذا قضاء لهذه الحصاة، فوجب أن يكون جميع
الجمرة يشملها ذلك، وليس كذلك إذا ذكرها من يومه، فإنه يفردها بالرمى؛ لأن
ذلك أداء لجميعها، ولو رمى الحصاة خاصة من الغد لكان مؤدياً لبعض الجمرة قاضياً
لبعضها، وذلك لا يجوز؛ لأنه لا يجوز أن يختلف حكمها.

مسألة: فإن ذكرها بعد أن غابت الشمس من اليوم الثانى، فإنه يرمى تلك الحصاة
أو يرمى الجمرة كلها بسبع على الاختلاف فى ذلك، ثم يرمى ما رمى بعدها من
يومها، ولا يعد رمى جمار اليوم الثالث إن كان قد رماها.

وذلك مبنى على فصول، أحدها: أن قضاء يوم لا يتبعض، وأنه إذا وجب قضاء
بعضه وجب قضاء جميعه، والثانى: أن وقت الترتيب بين ما وجب قضاء وبين ما رمى
بعده يفوت بفوات وقت أداء الرمى الذى بعده، والثالث: أنه لا يفوت الترتيب بين
الرمى لليوم الأول واليوم الثالث إذا بقى وقت أدائه.

١٠٦ كتاب الحج

وإن فات الترتيب بين الرمي لليوم الأول واليوم الثاني، فحصل للرمي ثلاثة أوقات، أحدها: وقت أداء الرمي وهو من وقت رمي تلك الجمرة إلى انقضاء ذلك اليوم. والثاني: وقت قضائه، وهو من أول وقت الرمي لليوم من أيام التشريق إلى انقضاء أيام التشريق. والوقت الثالث: وقت استدراك فضيلة الترتيب، وهو وقت أداء الرمي لليوم الذي يعاد للترتيب.

مسألة: ومن ذكر الحصة بعد أن غابت الشمس من آخر أيام التشريق، فليس عليه قضاؤها، وهل عليه دم أو لا؟ لا يخلو أن يذكر ذلك في يومه أو بعد أن تغيب الشمس فيه، ولكنه في أيام التشريق أو بعد أن تغيب الشمس من آخر أيام التشريق، ويعبر عن ذلك بأنه لا يخلو أن يذكر الحصة في وقت الأداء أو في وقت القضاء أو بعد فوات وقت القضاء، فإن ذكر ذلك في وقت الأداء، فقد روى ابن القاسم عن مالك: لا هدى عليه، ولم أر في هذه المسألة خلافاً لهذا القول.

مسألة: وإن ذكرها في وقت القضاء، فقد قال ابن القاسم: عليه هدى. وفي المدينة عنه: أنه إن ذكرها في وقت الأداء رماها بسبع، ولم يذكر هدياً. وقال بأثر ذلك: إن كان أصاب النساء، فعليه هدى. ويحتمل أن يكون قولاً ثانياً.

وجه القول الأول أنه قد فات الرمي في وقت الأداء، فلزمه الدم لنقص القضاء. ووجه القول الثاني أنه قد رمى الجمرة، فلم يلزمه دم كما لو رماها في وقت الأداء. **مسألة:** وإذا ذكرها بعد فوات القضاء، فعليه الدم، ولا نعلم في ذلك خلافاً. ووجهه أنه قد فات الرمي فعليه الدم.

* * *

الباب الثاني

في من نسي جمرة كاملة

من نسي جمرة كاملة، فذكرها في يومه بعد أن رمى غيرها، فإنه يرميها ويعيد ما بعدها، ولا شيء عليه، وإن ذكرها في وقت القضاء، فإنه يرميها ويرمي ما بعدها مما يترك وقت أدائه، وإن ذكرها بعد فوات وقت القضاء، فلا رمي عليه وعليه الدم ذلك يتخرج على ما تقدم إن ذكرها في وقت أداء الجمرة المنسية، فلا خلاف أن الدم لا يجب عليه، وإن ذكرها بعد فوات القضاء، فلا خلاف أن الدم عليه، وإن ذكرها في وقت قضائها، ففي وجوب الدم عليه روايتان على ما نذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

* * *

الباب الثالث

فى من نسى رمى جمار يوم

من نسى رمى يوم كامل من أيام التشريق، فذكره فى وقت الأداء، فإنه يرميه على رتبته وسنته، فإن ذكر ذلك فى وقت القضاء رماه على رتبته، ثم أعاد رمى ما كان رمى قبله فى الأيام وبعده مما أدرك وقت أدائه. واختلف قول مالك فى وجوب الهدى عليه على حسب ما تقدم.

* * *

الباب الرابع

فى من نسى الجمار كلها

وأما من نسى الجمار كلها فى أيام منى، فذكر ذلك فى آخر أيام التشريق بعد الزوال، فإنه يرمى لليوم الأول على سنته، ثم يرمى لليوم الثانى على السنة، ثم يرمى لليوم الثالث على سنته، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك.

ووجه ذلك ما يلزم من الترتيب فى حال الأداء، فكذلك فى حال القضاء كالصلاة ما لزم فيها من الترتيب فى حال الأداء لزم مثله فى حال القضاء، وسواء ذكر ذلك بعد أن نفر من منى أو قبل ذلك إذا ذكر ذلك قبل أن تغيب الشمس من آخر أيام التشريق.

مسألة: فإن ذكر ذلك بعد انقضاء أيام منى بمغيب الشمس من آخرها، فقد فاتته الرمى، ولا سبيل له إليه، وهل عليه الدم، إن ذكر ذلك فى آخر أيام منى، ورمى فى وقت القضاء؟.

اختلف قول مالك فيه، فمرة قال: عليه الدم، ومرة قال: لا دم عليه. وقال ابن حبيب: إن رمى قبل الصدر، فلا دم عليه، وإن ذكر بعد الصدر، فعاد فرمى فى وقت القضاء، فعليه الدم. وقال ابن وهب: إن تعمد، فعليه الهدى، وإن نسى، فلا هدى عليه، إلا أن يفوته الرمى.

ووجه قولنا بوجوب الدم عليه ما تقدم من إدخاله النقص على الرمى بتأخيره عن وقت الأداء إلى وقت القضاء. ووجه القول بنفى ذلك جملة ما تقدم من أنه قد رمى فى وقت الرمى، فلم يجب عليه دم كما لو رمى فى وقت الأداء.

١٠٨ كتاب الحج

ووجه التفريق بين ما قبل النفر وما بعده، أن من نفر عن منى فقد نوى إطراح الرمي وجميع مناسك منى، إما متعمداً وإما ناسياً معتقداً أنه لا يلزمه شيء منها، ومن كان مقيماً بمنى بعد، فإنه باق على حكم أدائها أو قضائها، فلم يكن عليه دم إذا استدرك فعل شيء منها. ووجه القول الثاني أن المتعمد آثم بتعمده ترك نسك من المناسك، والناسي معذور، والقولان المتقدمان لمالك أجرى على طريق النظر، والله أعلم.

* * *

الباب الخامس

فى صفة الرمى

أما الرمى، فصفته أن يرمى الجمرتين الأوليين من أعلاهما ويرمى جمره العقبة من أسفلها، وقد تقدم ذكر ذلك، ولا يرميها مجتمعاً، بل يرمى كل جمره متفرقة، فإن فعل لم يجزه، وعليه أن يرمى بست حصيات، ويعتد مما رمى من السبع الأول بمحصاة واحدة، قاله مالك.

ووجه ذلك أن الاعتبار بعدد الرمى وبعدد الحصى، فإذا أحل بعدد الرمى لم يعتد من الحصى إلا بقدر عدد الرمى.

مسألة: ولا يجزئه أن يضع الحصى وضعاً، قاله ابن القاسم فى المدونة. وكذلك لا يطرحه طرحاً، فإن فعل لم يجزه، ولكن يرميه رمياً.

ووجه ذلك أن الشرع إنما ورد فى ذلك بالرمى، وهو المروى عن النبى ﷺ وأفعاله على الوجوب.

مسألة: فإذا قلنا إنه يرميها فى سبع مرات، فعليه أن يوالى ذلك، ولا ينتظر بين كل حصاتين؛ لأن الموالة مشروعة فيها.

فصل: وقوله: «ليرم أى ساعة ذكر من ليل أو نهار» يريد أنه لا يؤخر رميها عن وقت ذكرها لأنها فعل عبادة يتعلق بوقت، فإذا فات وقت أدائها لزم تعجيل قضائه كصلاة الفرض، ولذلك احتج مالك على تعجيل قضائها أى وقت ذكر ذلك من ليل أو نهار بما يلزم تعجيل الصلاة منى ذكرها من نسيها من ليل أو نهار.

فصل: وقوله: «فإن كان ذلك بعد ما صدر وهو بمكة أو بعد ما يخرج منها، فعليه

كتاب الحج ١٠٩
الهدى» يريد ما صدر من منى، وذلك يكون على وجهين، الأول: أن يفوت وقت الرمي بمغيب الشمس من آخر أيام التشريق، والثاني: مثل أن يفوت وقت الرمي.

فإن كان ذلك بعد أن فات وقت الرمي، فإنما عليه الهدى لما فاتته من الرمي، وإن كان لم يفوت وقت الرمي، فعليه أن يرجع، فيرمي ما بقي عليه من الرمي. وقد تقدم من قول ابن حبيب أن عليه الدم؛ لأنه من بعد النفر.

وقول مالك يحتمل الوجهين، أحدهما: أن يريد بيان وجوب الهدى على من نفر قبل أن يرمي، سواء رجع له فيما ترك أو لم يرجع، ولذلك لم يذكر القوات ولا الرجوع والإدراك، والثاني: أن يريد بذلك أن من صدر وفاته الرمي لقوات وقت القضاء، أن عليه الهدى، وإن لم يفوته ذلك، فلا هدى عليه، والله أعلم وأحكم.

* * *

الإفاضة

٩١٤ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَطَبَ النَّاسَ بِعَرَفَةَ، وَعَلَّمَهُمْ أَمْرَ الْحَجِّ، وَقَالَ لَهُمْ فِيمَا قَالَ: إِذَا جِئْتُمْ مِنِّي فَمَنْ رَمَى الْجَمْرَةَ، فَقَدْ حَلَّ لَهُ مَا حَرَّمَ عَلَى الْحَاجِّ إِلَّا النِّسَاءَ وَالطَّيِّبَ، لَا يَمَسُّ أَحَدٌ نِسَاءً وَلَا طَيِّبًا حَتَّى يَطُوفَ بِالْبَيْتِ.

الشرح: قوله: «خطب الناس بعرفة» يزيد يوم عرفة، وخطبته ليست للصلاة، وإنما هي لتعليم الحاج، ولذلك قال: «وعلمهم أمر الحج» يريد أنه علمهم من أحكامه ما يستقبلونه من البيت بالمزدلفة وجمع المغرب والعشاء بها والوقوف بها بعد طلوع الفجر والدفع منها إلى منى ورمي جمرة العقبة يوم النحر، ثم الذبح والنحر، ثم الحلاق ثم طواف الإفاضة لمن أراد تعجيله أو تأخيرها، ثم المبيت بمنى ورمي الجمار أيام التشريق، وحكم التعجيل والتأخير والنفر والتحصيب.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «إذا جئتم منى فمن رمى الجمرة، فقد حل له ما حرم على الحاج إلا النساء والطيب» يريد أن أول التحلل رمي جمرة العقبة، فمن رماها استحل بها إلقاء التفتش ولبس الثياب وغير ذلك من محظورات الإحرام إلا النساء والطيب، فأما النساء، فلا خلاف في بقاء تحريمهن حتى يطوف طواف الإفاضة.

١١٠ كتاب الحج

مسألة: وأما الطيب، فاختلف العلماء في إباحته، فمنع من ذلك مالك وأجازته غيره وقد تقدم ذكره.

مسألة: فإذا ثبت منعه، فمن تطيب فلا فدية عليه، عند مالك؛ لأنه قد وجد منه بعض التحلل برمي جمرة العقبة، ولأنه مما اختلف العلماء في إباحته، وبذلك فارق إصابة النساء، فإنه متفق على المنع منه.

مسألة: ولم يذكر عمر بن الخطاب رضى الله عنه بمنى تحريم الصيد، وذلك أن المقيم بها مقيم بالحرم والصيد ممنوع فيه للحلال، فلا يستبيحه لطواف الإفاضة ولا غيره، وإنما تكلم على ما يستباح بطواف الإفاضة ويمنع منه الإحرام خاصة دون حرمة الحرم، ولا خلاف على المذهب أن الصيد ممنوع في ذلك الوقت في الحل، ولو أصاب الصيد في الحل قبل طواف الإفاضة لكان عليه جزاؤه، وقد قال به ابن القاسم.

٩١٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ رَمَى الْجَمْرَةَ ثُمَّ حَلَّقَ أَوْ قَصَّرَ وَنَحَرَ هَدْيًا إِنْ كَانَ مَعَهُ فَقَدْ حَلَّ لَهُ مَا حُرِّمَ عَلَيْهِ إِلَّا النِّسَاءَ وَالطَّيْبَ حَتَّى يَطُوفَ بِالْبَيْتِ^(١).

الشرح: قوله: «من رمى الجمرة» يريد جمرة العقبة يوم النحر، «ثم حلق رأسه وقصر ونحر هدياً إن كان معه» قدم الحلاق في اللفظ على النحر، والنحر مقدم في الرتبة غير أن الواو لا تقتضى رتبة، فأعلمنا أن إضافة النحر والحلاق إلى الرمي لا يبيح النساء ولا الطيب، وإنما يبيح ذلك طواف الإفاضة؛ لأنه نهاية التحلل من الإحرام.

* * *

٩١٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٨٩٥٠. البيهقي في السنن الكبرى ١٣٥/٥. ومعرفة السنن والآثار ١٠٢٢/٧. شرح معاني الآثار ٢٣١/٢. المحلى ١٣٩/٧. المغنى ٤٣٨/٣.
(١) قال في الاستذكار ٢٢٧/١٣ - ٢٢٨: في هذه المسألة أربعة أقوال للسلف، والخلف. أحدها: قول عمر هذا: أنه من رمى جمرة العقبة فقد حل به كعب ما حرم عليه إلا النساء، والطيب. وهو مذهب عمر في الطيب. والثاني: إلا النساء، والطيب، والصيد، وهو قول مالك وحجته قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ ومن لم يحل له وطء النساء، فهو حرام. والثالث: إلا النساء والصيد. وهو قول عطاء، وطائفة من العلماء. والرابع: إلا النساء خاصة. وهو قول الشافعي، وسائر العلماء القائلين بجواز الطيب عند الإحرام، وقبل الطواف بالبيت عى حديث عائشة.

دخول الحائض مكة

٩١٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ: حَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ، فَأَهْلَلْنَا بِعُمْرَةٍ ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ كَانَ مَعَهُ هَدْيٌ فَلْيُهْلِلْ بِالْحَجِّ مَعَ الْعُمْرَةِ ثُمَّ لَا يَجِلُّ حَتَّى يَجِلَّ مِنْهُمَا جَمِيعًا». قَالَتْ: فَقَدِمْتُ مَكَّةَ وَأَنَا حَائِضٌ فَلَمْ أَطْفِءِ بِالْبَيْتِ وَلَا يَتَنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ، فَشَكَوْتُ ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «انْقُضِي رَأْسَكَ وَأَمْتَشِطِي وَأَهْلِي بِالْحَجِّ وَدَعِي الْعُمْرَةَ». قَالَتْ: فَفَعَلْتُ فَلَمَّا فَضَيْنَا الْحَجَّ أَرْسَلَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَعَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ إِلَى التَّنْعِيمِ فَاعْتَمَرْتُ، فَقَالَ: هَذَا مَكَانُ عُمْرَتِكَ، فَطَافَ الَّذِينَ أَهَلُّوا بِالْعُمْرَةِ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ثُمَّ حَلُّوا مِنْهَا ثُمَّ طَافُوا طَوَافًا آخَرَ بَعْدَ أَنْ رَجَعُوا مِنْ مِثْنَى لِحَجِّهِمْ، وَأَمَّا الَّذِينَ كَانُوا أَهَلُّوا بِالْحَجِّ أَوْ جَمَعُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ، فَإِنَّمَا طَافُوا طَوَافًا وَاحِدًا^(١).

٩١٧ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ بِمِثْلِ ذَلِكَ. الشرح: قولها: «فأهللنا بعمره»^(١) يحتتمل أن تريد بذلك أزواج النبي ﷺ، ويحتتمل

٩١٦ - أخرجه البخارى فى الخيض ٢٨٥. ومسلم فى الحج ٢٣٥٥. والترمذى فى الحج ٨٦٧. والنسائى فى الطهارة ٢٨٨، الخيض والاستحاضة ٣٤٦، مناسك الحج ٢٦٨٩، ٢٧١١، ٢٧١٢، ٢٧٥١. وأبو داود فى المناسك ١٥١٨. وابن ماجه فى المناسك ٢٩٥٤، ٢٩٩١. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٤١٤٣، ٢٤٢٦٩، ٢٤٤٠٢، ٢٤٦٥٤، ٢٤٧٧٤، ٢٤٨٩١، ٢٥١٣٩. والدارمى فى المناسك ١٧٧٥، ١٨٢٥.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٠/٦: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك بهذا الإسناد عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، عن عائشة - ولم يتابعه عليه أحد فيما علمت من رواة الموطأ، وإنما هذا الحديث فى الموطأ عند جماعة الرواة عن مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة - هكذا بهذا الإسناد وهو عند يحيى بهذا الإسناد كذلك أيضا؛ وبإسناد آخر عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، عن عائشة؛ فانفرد يحيى لهذا الحديث بهذا الإسناد وحمل عنده هذا الحديث بهذين الإسنادين عن مالك فى الموطأ، وليس ذلك عند أحد غيره فى الموطأ - والله أعلم.

٩١٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٣٤/١٣.

(١) قال فى الاستذكار ٢٣٩/١٣ - ٢٤٠: أما قولها: «فأهللنا بعمره» فإن عروة قد حوِّلف =

١١٢ كتاب الحج
أن تريد من كان معها أو طائفة أشارت إليهم، ولا يصح أن تريد جماعة النبي ﷺ لأنها قد ذكرت أن منهم من أهل بعمره، ومنهم من جمع بين العمرة والحج.

فصل: وقوله ﷺ: «من كان معه هدى فليهل بالحج من العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما» يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون رسول الله ﷺ قال ذلك عند الإهلال بالإحرام والدخول فيه، فقال: «من كان معه هدى» فلا عليه أن يقرن إن شاء ذلك ليبيّن جواز القران.

ويكون معنى من كان معه هدى أحد وجهين، أحدهما: من كان معه الآن، وهو يريد أن يقلده ويشعره، فليقلده ويشعره إذا أحرم بحجته؛ لأن ذلك وقت وجوبه عليه. والوجه الثاني: من وجد ثمنه وأمكنه أن يهديه، ويكون فائدة ذلك الحظ على الحج من ذلك العام لمن كان معه الهدى.

ولعله علم من هذه صفته أو من بعضهم العزم على ترك الحج والاقتصار على فعل العمرة لأجل الهدى فخص من نحر الهدى على أن يقرن فيحج في عامه ذلك مع ما فيه من جواز القران.

والمعنى الثاني: أن يكون النبي ﷺ أمر بذلك بعد الإحرام بالعمرة، وبعد تقليد الهدى وإشعاره، على أن ينحر بمنى في حجته، وأن يحل من عمرته عند وصوله إلى مكة ثم يبقى حلالاً وهدية مقلداً مشعراً، حتى يحرم بالحج يوم التروية ثم ينحر هديه بمنى يوم النحر، فأمرهم النبي ﷺ أن يردفوا الحج على العمرة ويعودوا قارنين.

ومعنى ذلك المنع لهم من التحلل مع بقاء الهدى، وذلك ممنوع لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: 1٩٦]. وقوله ﷺ في حديث حفصة المتقدم: «إني لبدت رأسي وقلدت هديي فلا أحل حتى أنحر» ويقتضى ذلك أن يكون النبي ﷺ قال ذلك على هذا الوجه في وقت يمكن فيه إرداف الحج على العمرة.

فصل: وقوله: «ثم لا يحل حتى يحل منهما» يحتمل أنه نص على المنع من ذلك؛ لأنه

=في ذلك عنها. قال أبو عمر: لم يخالفه عندي من هو حجة عليه لأن عروة أحفظ أصحاب عائشة. ومن أهل بعمره في أشهر الحج، وهو يريد الحج في عامه، فهو متمتع بإجماع إذا حج. ومعلوم أن خروجهم كان في ذى القعدة، وهو من شهور الحج، وحجوا في عامهم، فدل على أنه كان منهم المتمتع بالعمرة إلى الحج، ومنهم المنفرد بالحج، ومنهم من قرن العمرة مع الحج. وهذا مالا خلاف فيه من أهل الآثار وعلماء الأمصار.

كتاب الحج ١١٣

لا يبيح التحلل من العمرة مع البقاء على حكم الإحرام بالحج، فمنع من الحلاق للعمرة والتحلل منها بشيء، حتى يحل الحل كله عند التحلل من الحج.

ويحتمل أنه نص على المنع من التحلل؛ ليستفاد بذلك المنع من التحلل مع بقاء الهدى على تقليده، ويحتمل أن يكون نص على ذلك ليعلمهم معنى القران وحكمه أنه لا يتحلل من العمرة وإن أتى القارن بالعمل الذى يخصها ولم يبق من العمرة إلا ما يخص الحج، فإنه باق على حكم القران، وأن ما يبقى عليه من الإحرام ثابت فى حق العمرة كما هو ثابت فى حق الحج حتى يكمل الحج، فيكون التحلل منهما.

فصل: وقول عائشة رضى الله عنها: «فقدمت مكة وأنا حائض، فلم أطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة» وذلك أن الطواف ممنوع فى حق الحائض؛ لأن من شرطه الطهارة لأنه عبادة مختصة بالبيت كالصلاة والسعى بين الصفا والمروة مرتب على الطواف بالبيت لا يصح إلا بعده، فمن لم يصح طوافه لم يسع بين الصفا والمروة، وإن كان السعى بينهما ليس من شرطه الطهارة، ولو أن امرأة دخلت طاهراً، فطافت بالبيت وصلت الركعتين، ثم حاضت لجاز لها أن تسعى بين الصفا والمروة، وإن كان الأفضل السعى بينهما على طهارة، وقد تقدم من قول مالك أنه لا إعادة على من سعى على غير طهارة.

فصل: وقولها: «فشكوت ذلك إلى رسول الله ﷺ» يقتضى أنها لم تكن ساقط هدياً، ولا كانت ممن أمن أن يردف الحج على العمرة، وإنما كانت ممن يسوغ له التمدادى على التمتع بالعمرة إلى الحج، فكان من حكمها إذا دخلت مكة أن تطوف بالبيت وتسعى بين الصفا والمروة، ثم تحل من عمرتها ثم تستأنف بالحج، فلم يمكنها إتمام عمرتها لتعذر الطواف والسعى عليها من أجل حيضتها، فشككت ذلك إلى رسول الله ﷺ.

فصل: وقوله ﷺ: «القضى شعرك وامتشطى» يحتمل والله أعلم أنه أباح لها فى ذلك لأذى أدركها من طول إحرامها، وتمادى الشعث عليها وكثرة هوام أو غير ذلك مما أباح لها به الامتشاط ونقض رأسها لما كان فى ذلك من إزالة الأذى عنها؛ لأن الحلاق ممنوع عليها، وهذا كما أمر كعب بن عجرة بالحلاق إذا أذاه هوامه؛ لأن كعب بن عجرة ممن حكمه الحلاق، ولم يأمرها بالتقصير؛ لأن التقصير ليس فيه إماطته أذى، والحلاق فيه إماطة أذى، وإنما أمر بالامتشاط ونقض شعرها لما فيه من إماطة الأذى.

١١٤ كتاب الحج

فصل: وقوله: «وأهلى بالحج ودعى العمرة» يريد ﷺ أن تردف الحج على عمرتها التي قد أحرمت بها.

ومعنى قوله ﷺ: «ودعى العمرة»^(٢) دعى العمل بها على ما اقتضاه إحرامها بها من أفرادها، ويحتمل أن يريد بذلك دعى الطواف والسعى للعمرة، إذا تعذر ذلك عليها بالحض حتى تطوف وتسعى للحج والعمرة طوافاً واحداً وسعيًا واحدًا.

فصل: وقولها: «فلما قضيت الحج» ذكرت قضاء الحج لأنه أتم ما يفعل من النسكين نسك الحج؛ لأن الطواف والسعى يشترك فيهما النسكان، وما بعد ذلك من الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمى الجمار والمبيت بمنى، وهو مما يختص بالحج، وهو آخر ما يفعل من النسك لمن عجل الإفاضة، فلذلك نصت على قضاء الحج.

فصل: قولها: «أرسلني مع عبد الرحمن بن أبي بكر إلى التنعيم فاعتمرت» يقتضى أن الإحرام بالعمرة إنما يكون من الحل؛ لأن النسك يقتضى الجمع بين الحل والحرم وعمل العمرة كله فى الحرم، فلا بد من الإحرام من الحل، والتنعيم أقرب الحل إلى البيت.

فصل: وقوله ﷺ: «مكان عمرتك» يحتمل أن يريد به أنها عمرة مفردة بالعمل، مكان عمرتك الأولى التي أرادت أن تفرد بها بالعمل، فلم تكملها على ذلك، ودخلت فى عمل حج للعذر المانع من إتمامها على الوجه الذى أحرمت بها عليه.

فصل: وقولها: «فطاف الذين أهلوا بالعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلوا» تريد أنهم طافوا عند ورودهم للعمرة وسعوا لها، ثم حلوا لما كمل عمل عمرتهم، ثم قالت: «ثم طافوا طوافاً آخر بعد أن دفعوا من منى لحجهم» وذلك أنهم أحرموا بالحج من مكة، فتأخر طوافهم وسعيهم بعد الوقوف بعرفة، وهذا حكم من أحرم بالحج من مكة أن يتأخر طوافه وسعيه لحجه حتى يعود من منى؛ لأن الطواف الذى هو ركن من أركان الحج هو طواف الإفاضة، وأما طواف الورد، فإذا لم يكن ورود سقط وبقى الطواف الذى هو ركن من أركان الحج، وهو بعد رمى جمرة العقبة.

فصل: وقولها: «وأما الذين أهلوا بالحج أو جمعوا الحج والعمرة فإنما طافوا طوافاً واحداً» تريد والله أعلم، أحد وجهين، إما أنهم لم يطوفوا غير طواف واحد للورد،

(٢) قال فى الاستذكار ٢٤٢/١٣: أما قولها: «دعى العمرة» فإن جماعة من أصحابنا، وأصحاب الشافعى تأملوا فى قوله: ودعى العمرة، أى دعى عمل العمرة، يعنى الطواف بالبيت، والسعى بين الصفا والمروة؛ لأنه ﷺ أمرها برفض العمرة، وإن شاء الحج، كما زعم الكوفيون.

كتاب الحج ١١٥
وطواف واحد للإفاضة، إن كانوا قرنوا قبل دخول مكة، وإن كانوا أردفوا، فلم يطوفوا غير طواف واحد، وهو طواف الإفاضة، ويحتمل أن يريد بذلك أنهم سعوا لهما سعيًا واحدًا، والسعي يسمى طوافًا.

والوجه الثانى: أن طوافهم كان على صفة واحدة لم يزد القارن فيه على طواف المفرد، وذلك أن القارن لم يفرد العمرة بطواف وسعي، بل طاف لهما كما طاف المفرد للحج.

وهذا نص فى صحة ما ذهب إليه مالك ومن وافقه فى أن حكم القارن فى ذلك حكم المفرد، وقد فعلوا ذلك مع النبى ﷺ ولا يمكن أن يخفى عليه فعل جماعة أصحابه. وقد علمته عائشة من وراء حجاب، ولا يمكن أن يتفق جميعهم وتعليمه وتبينه فى أن لا يعلم واحد منهم هذا الحكم فى ذلك الموضع الذى إنما خرج إليه لإثبات ذلك الحكم وتبينه وتعليمه، ولذلك قال ﷺ: «خذوا عني مناسككم».

فصل: وهؤلاء الذين جمعوا الحج والعمرة لا يخلو أن يكونوا أهلوا بهما جميعًا وأردفوا الحج على العمرة إذا أمرهم النبى ﷺ بذلك، فإن كانوا بمن أهل بهما، فقد طافوا لهما طواف الورود، وسعوا بأثره ثم طافوا لهما بعد ذلك طواف الإفاضة ولم يسعوا بعده.

وأما من أردف الحج على العمرة، فإن كان أردفه قبل الوصول إلى مكة، فحكمه حكم من أهل بهما، وقد تقدم الكلام فيه. وأما من أردف بعد الوصول إلى مكة، وقبل التلبس بالطواف، فإنه لا يطوف بالبيت ولا يسعى بين الصفا والمروة حتى يرجع من منى؛ لأنه محرم بالحج من مكة، ومن أحرم بالحج من مكة، فليس عليه طواف ورود فهذا المردف لما أحرم بالحج من مكة لا تأثير لما تقدم من عمرته فى الورود، ولا فى غير ذلك من الأفعال غير وجوب الدم للقران، والله أعلم.

٩١٨ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ:
قَدِمْتُ مَكَّةَ وَأَنَا حَائِضٌ فَلَمْ أَطْفُ بِالْبَيْتِ وَلَا بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، فَشَكَّوْتُ ذَلِكَ

٩١٨ - أخرجه البخارى فى الحيض ٢٨٥، ٣٠٦. ومسلم فى الحج ٢٣٥٥. والترمذى فى الحج ٨٦٧. والنسائى فى الطهارة ٢٨٨، الحيض والاستحاضة ٣٤٦، مناسك الحج ٢٦٨٩، ٢٧١٢، ٢٧٥١. وأبو داود فى المناسك ١٥١٨. وابن ماجه فى المناسك ٢٩٥٤، ٢٩٩١. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٢٩٧٢، ٢٤٦٥٤، ٢٤٨٩١، ٢٥١٣٩. والدارمى فى المناسك ١٧٧٥.

١١٦ كتاب الحج
إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «أَفْعَلِي مَا يَفْعَلُ الْحَاجُّ غَيْرَ أَنْ لَا تَطُوفِي بِالْبَيْتِ وَلَا يَبْنَ الصِّفَا وَالْمَرْوَةَ حَتَّى تَطْهُرِي»^(١).

الشرح: قولها: «قدمت مكة وأنا حائض فلم اطف بالبيت ولا بين الصفا والمروة» تريد أن طواف العمرة منع منه حيضتها، فشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فأمرها أن تفعل ما يفعل الحاج، ولا يكون ذلك إلا أن يردف الحج على العمرة، فتفعل أفعال الحاج كلها من الوقوف بعرفة والمبيت بالمزدلفة والوقوف بها ورمى الجمار والنحر وغير ذلك، غير أنها لا تطوف بالبيت، ولا يصح لها السعى بين الصفا والمروة لأن الطواف بالبيت قبله، ولا يصح ذلك منها حتى تطهر، وذكر أن الحيض يمنع من الطواف، ولم يذكر امتناعها من الصلاة؛ لأنه قد علم من حالها أنها علمت ذلك، وإنما أعلمها من حكم الطواف بما لم يتقدم لها علمه.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَرْأَةِ الَّتِي تُهَلُّ بِالْعُمْرَةِ ثُمَّ تَدْخُلُ مَكَّةَ مُوَافِيَةً لِلْحَجِّ، وَهِيَ حَائِضٌ لَا تَسْتَطِيعُ الطَّوْفَ بِالْبَيْتِ: إِنَّهَا إِذَا خَشِيَتْ الْفَوَاتِ أَهَلَّتْ بِالْحَجِّ، وَأَهْدَتْ وَكَانَتْ مِثْلَ مَنْ قَرَنَ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ، وَأَجْزَأُ عَنْهَا طَوَافٌ وَاحِدٌ، وَالْمَرْأَةُ الْحَائِضُ إِذَا كَانَتْ قَدْ طَافَتْ بِالْبَيْتِ وَصَلَّتْ، فَإِنَّهَا تَسْعَى بَيْنَ الصِّفَا وَالْمَرْوَةَ، وَتَقِفُ بِعَرَفَةَ وَالْمُزْدَلِفَةَ، وَتَرْمِي الْجِمَارَ، غَيْرَ أَنَّهَا لَا تُفِيضُ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِهَا.

الشرح: قوله: «فى التى تدخل مكة معتمرة ولا تستطيع أن تطوف من أجل حيضتها أنها إذا خشيت الفوات» يريد فوات الحج، وذلك أنها تريد الحج، فإذا جاء يوم التروية ورأت حيضها تدوم إما لأنها فى أوله أو فى وقت منه تعلم من عاداتها تمادى حيضتها التى تخاف فوت الحج إن تمادت على أفراد عمرتها حتى تطهر من حيضتها؛ لأنه قد يتمادى حتى يفوتها الوقوف بعرفة، فإن لم تحرم قبل أن تحل من عمرتها فاتها الحج، فهذه التى تؤمر أن تحرم بالحج، فتردعه على العمرة فتصير قارنة، فتدرك بذلك ما تريده من الحج.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣١/٦: هكذا قال يحيى عن مالك فى هذا الحديث: غير أن لا تطوفى بالبيت، ولا بين الصفا والمروة، حتى تطهرى. وقال غيره من رواة الموطأ: غير أن لا تطوفى بالبيت حتى تطهرى، لم يذكروا: ولا بين الصفا والمروة، ولا ذكر أحد من رواة الموطأ فى هذا الحديث: ولا بين الصفا والمروة - غير يحيى - فيما علمت وهو عندى وهم منه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «أنها إذا اخشيت الفوات أهلت بالحج وأهدت» يريد لقرانها قال: «وكانت مثل من قرن الحج والعمرة» تريد أنها فى أحكامها مثل التى قرنت الحج والعمرة إلا أن التى أحرمت بها من ميقاتهما يلزمها طواف الورد، وهذه التى أردفت الحج بمكة لا يلزمها ذلك؛ لأنها أحرمت بالحج من الحرم، ولا يلزمها للحج طواف الورد، والمعتمر لا يلزمه ذلك أيضاً، وإنما يطوف عند وروده طواف عمرته.

فصل: وقوله: «وأجزأ عنها طواف واحد» على ما تقدم من أنه يجوزها طواف واحد لحجها وعمرتها، ويحتمل أن يريد أن يجوزها طواف واحد، وهو طواف الإفاضة، ولا يلزمها طواف ورود، وإن كانت وردت محرمة إلا أنها دخلت محرمة بعمرة، فلا يلزمها طواف العمرة، ولو دخلت محرمة بحج مفرد أو قارنة للزمها طوافان، طواف للورد وطواف للإفاضة.

فصل: وقوله: «والمرأة الحائض إذا كانت قد طافت بالبيت وصلت قبل أن تحيض، فإنها تسعى بين الصفا والمروة» يريد أن الذى من شرطه الطهارة هو الطواف بالبيت والركوع، فإذا أتت بذلك قبل أن تحيض كان لها أن تسعى بين الصفا والمروة؛ لأن الحيض لا يمنع من ذلك لأنه ليس من شرطه الطهارة، فتتمادى على عمرتها، وتحل منها ثم تحرم بعد ذلك بحجها، إن فاتها ذلك، فلا يتعذر عليها شىء مما أرادته من أفراد العمرة عن الحج لحيضتها بعد الطواف والركوع، وإن حاضت قبل أن تسعى لما ذكرناه.

فصل: وقوله: «وتقف بعرفة وترمى الجمار» يريد أن ذلك كله يصح من غير طهارة، ولا يمنع منه حدث الحيض، وإن كان يستحب الإتيان به على طهارة، فإن تعذر ذلك لحدث الحيض الذى لا يمكن التحرز منه ولا إزالته، صح الإتيان به «غير أنها لا تفيض» يريد أنها لا تأتى بطواف الإفاضة حتى تطهر.

* * *

إفاضة الحائض

٩١٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ،

٩١٩ - أخرجه البخارى فى الحيض ٢٨٥، الحج ١٦٣٨. ومسلم فى الحج ٢٣٥٥. والترمذى فى الحج ٨٦٥، ٨٦٧. وأبو داود فى المناسك ١٧١٢. وابن ماجه فى المناسك ٣٠٦٣، ٣٠٦٤. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٢٩٦٤، ٢٢٩٧٢، ٢٣٣٩، ٢٣٤١٩، ٢٣٥٣٣، ٢٣٧٥٩، ٢٤٢٤٥، ٢٤٢٥٤، ٢٤٤٠٢، ٢٤٤٨٢، ٢٤٥٣٩، ٢٤٥٩٥، ٢٤٦٨٩، ٢٤٧٥٤. والدارمى فى المناسك ١٨٣٧.

١١٨ كتاب الحج

أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حَيْبٍ حَاضَتْ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «أَحَابِسْتَنَا هِيَ؟». فَقِيلَ إِنَّهَا قَدْ أَفَاضَتْ، فَقَالَ: «فَلَا إِذَا».

الشرح: قوله: «إن صفيئة بنت حبي وهي زوج النبي ﷺ حاضت وهي محرمة بالحج» فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ لما اعتقدت أو تخوفت أن تكون حيضتها تمنعها بعض أفعال الحج أو جميعها، فأرادت أن تعلم علم ذلك، وكانت كثيرة البحث والسؤال عما لا تعلمه، ولعله أجرى ذكر صفيئة على ما في حديث هشام بن عروة أن النبي ﷺ ذكرها فأخبرته عائشة أنها قد حاضت، أو لعل النبي ﷺ قد سأل عن ذلك من حالها فأخبرته عائشة بحيضتها.

فصل: وقوله ﷺ: «أحابستنا هي؟» يقتضى أن الحيض يمنع بعض أفعال الحج، ويوجب البقاء عليه أن تطهر من حيضتها فيمكنها فعل ذلك، وإن كان ليس في الوقت تعيين ذلك الفعل إلا أنه يمكن أنه قد عينه قبل ذلك، وعلم من أخبره بذلك من سنته ﷺ أن الذى يمنع منه الحيض من أفعال الحج الطواف خاصة.

ولذلك قالت له: «إنها قد أفاضت، فقال: فلا إذا» يريد ﷺ أنها إن كانت قد أفاضت، فإنها لا تبقى ولا تحبس من يكون معها، فاقترضى أن الحيض يحبس المرأة إذا لم تكن أفاضت، ويحبس من معها ممن لزمه أمرها، ولذلك يحبس الكرى معها، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: والذى يحبس عليها الكرى وذو المحرم والرفقة، فأما الكرى، فإنه يحبس عليها أكثر ما يحبس النساء الدم على ما يأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما ذو المحرم، فإنه يحبس عليها حتى يمكنها السفر.

وأما الرفقة والأصحاب، فقد قال مالك: إن كان مقامها اليوم واليومين وما أشبه ذلك، فيحبس كرىها ومن معه، وإن كان أكثر من ذلك لم يحبس إلا كرىها وحده.

وروجه ذلك أن الرفقة تلحقهم المشقة بطول الحبس، وليس بينهم وبينها عقد، ولا لها عليهم حق يحبسون به إلا مقدار ما لا تلحقهم به مضرة لمعنى المرافقة والاصطحاب فى الطريق، وهى تجدد العوض منهم بعد مدة، فإن الطريق المأمونة لا تنقطع.

وأما الكرى فلها عليه حق ثبت عليه بعقد، فليس له أن يتركها، ويذهب بحقها وهو

كتاب الحج ١١٩

حق معتاد قد عرفه ودخل عليه، فلزمه من المقام ما لا يلزم الرفقة، وأيضاً فإن حقها قد تعين عنده وتعلق به دون غيره، فليس له نقله إلى غيره، وأيضاً فإن المرأة لو أرادت المقام لكان للكرى أن يطلبها بحقه عندها من السير معه وهو الكراء، ولو أرادت أن يقيم لم يكن للرفقة قبلها في ذلك حق بوجه.

٩٢٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُبَيْبٍ قَدْ حَاضَتْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَعَلَّهَا تَحْبِسُنَا، أَلَمْ تَكُنْ طَافَتْ مَعَكُنَّ بِالْبَيْتِ؟» قُلْنَا: بَلَى، قَالَ: «فَاخْرُجِي»^(١).

٩٢١ - مَالِك، عَنْ أَبِي الرَّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ كَانَتْ إِذَا حَجَّتْ وَمَعَهَا نِسَاءٌ تَخَافُ أَنْ يَحْضُنَ قَدَمْتُهُنَّ يَوْمَ النَّحْرِ فَأَفْضَنَ، فَإِنْ حَضُنَ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ تَنْتَظِرُهُنَّ، فَتَنْفِرُ بِهِنَّ وَهُنَّ حَيْضٌ إِذَا كُنَّ قَدْ أَفْضَنَ.

الشرح: قولها: «أن عائشة رضی الله عنها كانت إذا حججت ومعها نساء تخاف أن يحضن» الخوف يكون في ذلك على وجهين، أحدهما: أن يكن ممن يحضن، فإن كن

٩٢٠ - أخرجه البخارى فى الحيض ٢٨٥، الحج ١٦٣٨. ومسلم فى الحج ٢٣٥٥. والترمذى فى الحج ٨٦٥، ٨٦٧. وأبو داود فى المناسك ١٥١٨، ١٧١٢. وابن ماجه فى المناسك ٣٠٦٣، ٣٠٦٤. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٢٩٦٤، ٢٢٩٧٢، ٢٣٣٨٤، ٢٣١٩، ٢٣٥٣٣، ٢٣٧٥٩، ٢٤١٤٥، ٢٤٢٥٤، ٢٤٤٠٢.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٢/٦: هذا حديث صحيح، لم يختلف فى إسناده ولا فى معناه، وروى عن عائشة من وجوه كثيرة صحاح. وفيه من الفقه: أن الحائض لا تطوف بالبيت، وهو أمر يجتمع عليه، لا أعلم خلافاً فيه، إلا أن طائفة منهم أبو حنيفة قالوا: لا ينبغي أن يطوف أحد إلا طاهراً فإن طاف غير طاهر من جنب أو حائض، فيجزيه، وعليه دم. وقال مالك والشافعى وأكثر أهل العلم: لا يجزيه، وعليه أن يعود إليه طاهراً ولو من بلده إن كان طوافاً واجباً. وقد قيل: إن منع الحائض من الطواف إنما كان من أجل أنه فى المسجد، والحائض لا تدخل فى المسجد؛ لأنه موضع الصلاة والطواف الذى أشار إليه رسول الله ﷺ فى هذا الحديث بقوله: ألم تكن طافت؟ هو طواف الإفاضة، انتهى باختصار.

٩٢١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٠١. الشافعى فى الأم ١٨١/٢. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٠٣١٢/٧.

١٢٠ كتاب الحج

من لم يبلغ المحيض أو من اللاتي يئسن من الحيضن فلا يخاف عليهن الحيض.

والوجه الثاني أن يكون قرب وقت طهرها من حيضها وعادتها تمادى طهرها مدة ينقضى إحرامها قبل انقضائها، فأما من لا يبقى عليها الحيض جملة، فلا تقدم الطواف مخافة الحيض، وإنما تقدمه إن قدمته لفضيلة المبادرة بتسليم الإحرام مما عسى أن يلحقه من نقص، وإن لم يلحقه فساد.

وأما من تحيض وعادتها أن زمان طهرها مدة تنقضى أيام الإحرام قبلها، فالأحوط تقديم الطواف لجواز أن يأتي من حيضتها ما يخالف عادتها.

وإن كانت لا تأمن تقدم حيضتها وهي ترتقب وروده أو كان أمد طهرها لا يلزم العادة، فهذه التي لا خلاف في أنها ممن كانت تقدمها عائشة للطواف يوم النحر مخافة الحيض عليها، فكانت تقدمها للطواف ليكمل إحرامها، و يبقى عليها من عمل الحج ما يمنع الحيض منه، وإنما يبقى عليها المبيت بمنى ورمى الجمار، وذلك لا ينافي الحيض، وهل للكرى أن يأخذها بتقديم ذلك.

فصل: وقولها: «فإن حضن بعد ذلك، لم تكن تنتظرهن تنفر بهن وهن حيض» يريد كان جميع ما يبقى من الحج بعد طواف الإفاضة يفعلنه في حال حيضهن، فإذا أكملن ذلك نفرت بهن، والله أعلم وأحكم.

٩٢٢ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ذَكَرَ صَفِيَّةَ بِنْتَ حَيٍّ فَقِيلَ لَهُ قَدْ حَاضَتْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَعَلَّهَا حَابِسْتُنَا؟» فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهَا قَدْ طَافَتْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَلَا إِذَا».

قَالَ مَالِكُ: قَالَ هِشَامٌ: قَالَ عُرْوَةُ: قَالَتْ عَائِشَةُ: وَنَحْنُ نَذْكُرُ ذَلِكَ فَلِمَ يُقَدِّمُ النَّاسُ نِسَاءَهُمْ إِنْ كَانَ ذَلِكَ لَا يَنْفَعُهُنَّ، وَلَوْ كَانَ الَّذِي يَقُولُونَ؛ لِأَصْبَحَ بِمِنَى أَكْثَرُ مِنْ سِتَّةِ آلَافِ امْرَأَةٍ حَائِضٍ كُلُّهُنَّ قَدْ أَفْضَنَ.

٩٢٢ - أخرجه البخارى فى الحيض ٢٨٥، الحج ١٦٣٨. ومسلم فى الحج ٢٣٥٥. والترمذى فى الحج ٨٦٥، ٨٦٧. وأبو داود فى المناسك ١٧١٢. وابن ماجه فى المناسك ٣٠٦٣، ٣٠٦٤. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٢٩٧٢، ٢٣٣٤١٩، ٢٣٥٣٣، ٢٣٧٥٩، ٢٤١٤٥، ٢٤٢٥٤، ٢٤٤٠٢، ٢٤٤٨٢، ٢٤٥٣٩، ٢٤٥٩٥، ٢٤٦٨٩، ٢٤٧٥٤. والدارمى فى المناسك ١٨٣٧.

كتاب الحج ١٢١
الشرح: قولها في الحديث: «إن رسول الله ﷺ ذكر صفية بنت حيي» يحتمل أن يكون ذلك سبباً أن يخبر بأنها حاضت، ولعله سأل عن ذلك من حالها إذا خفى عنه أمرها.

فصل: وقول عائشة رضی الله عنها: «فلم يقدم الناس نساءهم إن كان لا ينفعهن» إنكار على من يقول إن تقدم الإفاضة لا ينفعهن، فإنهن لا بد أن ييقن على طواف الوداع، فقالت: ولو لم يستحب الرجوع إلى بلادهن بتقديم الطواف، لاتفق الناس على تقديم النساء من منى يوم النحر لطواف الإفاضة، ولكانوا يقتصرون على تأخير الطواف؛ لأن في تقديم طوافهن يوم النحر تكلفاً ومشقة، مع ما يلزم من سترهن، ويثقل من حملهن.

لكن لما علم الناس أن من حاضت منهن كان لها أن ترجع إلى بلدها، وإن لم تقدر على طواف الصدر؛ لأجل الحيض تكلفوا تلك المشقة، وكانت أخف عليهم من البقاء معهن إذا حضن.

فصل: وقول عائشة رضی الله عنها: «ولو كان الذي يقولون لأصبح بمنى أكثر من ستة آلاف امرأة حائض» يريد أن هذا يكثر على النساء، فلو لم ينفعهن تقديم الإفاضة لكثير من يقيم من النساء بمكة، لأجل الحيض على طواف الصدر، ولو لم ينفعهن ما قدم من طواف الإفاضة، ولما عدم ذلك من اهتبال النساء في ذلك الزمان بأمر الدين وكثرة العلماء صحح وثبت أن ذلك اتفاق من جميعهم على أنه لا يلزمها مقام على طواف الصدر.

وإنما يلزم المقام على طواف الإفاضة؛ لأنه ركن من أركان الحج. وفي ذلك أن عائشة جوزت الكلام على المسألة وإظهار وجه الصواب فيها بالرأي، وإن كانت قد حفظت من قول النبي ﷺ في خبر صفية بنت حيي أن الإفاضة قبل الحيض تبيح الانصراف لكنها مع ذلك أضافت إلى ذلك بيان المعنى بعد الأثر.

٩٢٣ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ

٩٢٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٠٢. البيهقي في الكبرى ١٦٤/٥. الشافعي في الأم ١٨١/٢.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٣٦/٦: هكذا هذا الحديث في الموطأ عند جماعة الرواة عن مالك فيما علمت، ولا أحفظه عن أم سليم إلا من هذا الوجه، وهو منقطع وأعرفه أيضاً من حديث=

١٢٢ كتاب الحج
أَخْبَرَهُ أَنَّ أُمَّ سَلِيمٍ بِنْتَ مِلْحَانَ اسْتَفْتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَقَدْ حَاضَتْ أَوْ وَكَلَدَتْ
بَعْدَمَا أَفَاضَتْ يَوْمَ النَّحْرِ، فَأَذِنَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَخَرَجَتْ.

الشرح: قوله: «أن أم سليم استفتت رسول الله ﷺ» وكانت قد حاضت أو
نفست يوم النحر بعد ما أفاضت، فاستفتته فيما يجوز لها من الخروج أو يلزمها من
المقام حتى يكون آخر عهدها الطواف بالبيت، فأذن لها رسول الله ﷺ فخرجت لها
كانت قد أفاضت.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْمَرْأَةُ تَحِيضُ بِمَنَى تُقِيمُ حَتَّى تَطُوفَ بِالْبَيْتِ لَا بُدَّ لَهَا مِنْ ذَلِكَ،
وَإِنْ كَانَتْ قَدْ أَفَاضَتْ فَحَاضَتْ بَعْدَ الْإِفَاضَةِ فَلْتَنْصَرِفْ إِلَى بَلَدِهَا، فَإِنَّهُ قَدْ بَلَغَنَا فِي
ذَلِكَ رُخْصَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِلْحَائِضِ قَالَ: وَإِنْ حَاضَتْ الْمَرْأَةُ بِمَنَى قَبْلَ أَنْ
تُفِيضَ فَإِنَّ كَرِيهًا يُحْبَسُ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِمَّا يُحْبَسُ النِّسَاءُ الدَّمُّ.

الشرح: قوله: «إله قد بلغني في ذلك رخصة من النبي ﷺ» في حديث صفيية،
وما أذن به لأم سليم، وسمى ذلك رخصة على عرف الفقهاء فيما أبيض لضرورة من
جملة ممنوعة، فلما ورد الأمر في الحاج والمعتمر أن يكون آخر عهدها الطواف بالبيت،
واستثنى من ذلك الحائض سمي رخصة.

فصل: وقوله: «وإن حاضت المرأة بمنى قبل أن تفيض فإن كريبها يحبس عليها» بقدر
ما يحكم للمرأة بأنها حائض، فإذا حكم لها بالاستحاضة اغتسلت وطافت ورجعت.
قال ابن وهب عن مالك: تقيم الحائض أكثر ما يحبس النساء الحيض، وتقيم النفساء
أكثر ما يحبس النساء دمه.

فصل: وقوله: «فإن كريبها يحبس عليها» هذا مذهب مالك، وسواء علم بحملها أو
لم يعلم، وليس عليها أن تخبره بذلك، رواه أشهب عن مالك في العتبية والموازية.
مسألة: إذا ثبت أن الكرى يحبس عليها، فقد قال مالك في العتبية: ولا أدرى هل
تعينه النفساء في العلف.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال أبو بكر بن محمد: وقد قيل إنها إنما يحبس عليها

هشام، عن قتادة، عن عكرمة أن أم سليم. استفتت رسول الله ﷺ بمعناه، وهذا أيضًا منقطع،
والحفوظ في هذا الحديث عن أبي سلمة، عن عائشة قصة صفيية، وحديث عائشة في قصة صفيية
متواتر الطرق عن عائشة.

كتاب الحج ١٢٣
كريبها إذا كان الأمن. وأما في هذا الوقت حيث لا يأمن في طريقه، فهي ضرورة
ويفسخ الكراء.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ووجه ذلك عندى أن وقت الأمن يجد الرفاق،
ويمكنه إذا طهرت أن يدخل الطريق ويسافر، وإذا كان الخوف لم يمكنه ذلك، ويحتاج
أن ينتظر القوافل والصحبة، فتلحقه المشقة.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله تعالى: ومثل هذا عندى في المرأة التي لا محرم لها،
وإنما يخرج في الرفقة العظيمة المأمونة أو الرفقة التي فيها النساء، فهذا أيضًا مما لا يمكن
وجود ذلك في كل وقت، فتحتاج إلى الانتظار، وأما ذات المحرم مع الطريق المأمون،
فلا يحتاج إلى شيء من ذلك، ولا يجبسها شيء غير حيلتها.

* * *

فدية ما أصيب من الطير والوحش

٩٢٤ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَضَى فِي الضَّبْعِ بِكَبْشٍ،
وَفِي الْغَزَالِ بَعْنَزٍ، وَفِي الْأَرْنَبِ بَعْنَاقٍ، وَفِي الْيَرْبُوعِ بِحَفْرَةٍ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب قضى في الضبع بكبش» على معنى أنه عدل
له من النعم وأشبه النعم به قدرًا، «وقضى في الغزال بعنز» على ذلك المعنى أيضًا لأن
العنز أشبه النعم بالغزال وأقربها قدرًا إليه، والكبش والعنز مما يصح أن يهدى، فجاز أن
يكونا عوضًا عن الضبع والغزال، يهدى كل واحد منهما جزاء عن إصابة نظيره من
الصيد، كما قال تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديًا
بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥].

فصل: وقوله: «وفي الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة» العناق الأثني من أولاد المعز
إذا رعى وقوى، والجفرة الأثني من أولادها إذا بلغت أربعة أشهر، وفصل عن أمه.
وفرق عمر بين الأرنب واليربوع فجعل في الأرنب عناقًا، وفي اليربوع جفرة، وهي
دون العناق.

وقد روى عنه أنه أفتى في الضب بهدى، والذي ذهب إليه مالك أن كل ما صغر

٩٢٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٠٣. الدراقطني ٢/٢٣٩. أبو يعلى في المسند

١٢٤ كتاب الحج
عن أن يكون له نظير من النعم يهدى، فإنه ليس فيه إلا صيام. وقال مالك فى
المبسوط: لا يحكم فى جزاء الصيد بجفرة ولا عناق ولا يحكم بدون المسن.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل
منكم هديًا بالغ الكعبة﴾ فقيده ذلك بالهدى، فلا يصح أن يخرج فى ذلك ما ليس
بهدى؛ لأنه ليس من الجزاء الذى تضمنته الآية.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا حيوان، لا يكون بدله هديًا، فلم يكن له بدل من
النعم. أصل ذلك صغار الطير والحشرات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف أصحابنا فى الأرنب وفى اليربوع، ففى كتاب
ابن حبيب عن مالك: فى كل واحد منهما عنز. وروى عنه ابن عبد الحكم: ليس فيما
دون الطيبى إلا الطعام أو الصيام.

وجه قول ابن حبيب أنه إنما يراعى المثل فى جزاء الصيد من جهة القدر والصورة،
وقد وجد فى اليربوع المثل من جهة الصورة، فوجب أن يطلب أقرب المثل إليه من
جهة القدر كما يفعل ذلك فى صغار الوحش، فإنه لما كان له مثل من جهة الصورة لم
يراع القدر، فحكمنا فى صغير النعام بما يحكم فيه بكبيره، وهى البدنة مع تفاوت ما
بينهما فى القدر.

ووجه رواية ابن عبد الحكم أن الصفة والقدر يجب أن يراعى فى الجنس، فإذا كان
الشبه يقرب من جهة الصورة، والشبه يقرب من جهة القدر فى الجنس، حكمنا فيه
بالمثل، وإذا تفاوت فى القدر فى جملة الجنس، وجب أن لا يحكم فيه بمثل كما لا يحكم
فى صغار الطير والحشرات، ولا يدخل على هذا صغار ما له مثل لأن الشبه من جهة
الضرورة والقدر قد وجد فى الجنس.

٩٢٥ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ قُرَيْرٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ أَنَّ رَجُلًا جَاءَ
إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ: إِنِّي أَجْرَيْتُ أَنَا وَصَاحِبٌ لِي فَرَسَيْنِ نَسْتَبِقُ إِلَى ثَغْرَةِ
ثَيْبِي، فَأَصَبْنَا ظَبْيًا، وَنَحْنُ مُحْرِمَانِ، فَمَاذَا تَرَى؟ فَقَالَ عُمَرُ لِرَجُلٍ إِلَى جَنْبِهِ: تَعَالَ
حَتَّى أَحْكُمَ أَنَا وَأَنْتَ، قَالَ: فَحَكَمَا عَلَيْهِ بِعَنْزٍ، فَوَلَّى الرَّجُلُ، وَهُوَ يَقُولُ: هَذَا أَمِيرُ

٩٢٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٠٤. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٠٣/٥. عبد
الرزاق فى المصنف ٤٠٨/٤. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٠٦٥٢/٧.

كتاب الحج ١٢٥

المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعا رجلاً يحكم معه، فسمع عمر قول الرجل، فدعاه فسأله هل تقرأ سورة المائدة؟ قال: لا، قال: فهل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي؟ فقال: لا، فقال: لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضرباً ثم قال: إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿يُحْكَمْ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَذِيَا بِالِغِ الْكُفْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥] وَهَذَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ.

الشرح: قوله: «أجرينا فأصبنا ظبياً ونحن محرمان، فماذا ترى؟» يحتل أن يكون مستفتياً، ويحتل أن يكون طلب الحكم عليه إذا اعتقد أن الواحد يصح حكمه في ذلك.

فصل: واستدعاء عمر بن الخطاب الرجل الذي إلى جنبه أن يحكم معه امتثال لقوله تعالى: ﴿يُحْكَمْ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ وهو مذهب مالك أنه لا يجوز أن يحكم فيه أقل من رجلين، وبه قال الشافعي، ولا يجوز أن يكون المحكوم عليه أحدهما، وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن إعادته هاهنا.

فصل: وقوله: «فحكما عليه بعنز» يريد أنه اختار المثل، ولذلك حكما عليه بعنز يهديها؛ لأنها أقرب الأنعام شبيهاً وقدرًا بالطباء، فظن المحكوم عليه أنه إنما استدعى من يحكم معه لعجزه عن الحكم في قضيته مفرداً حتى يعينه عليها الرجل الذي استدعاه للحكم معه.

فصل: وقول عمر له: «هل تقرأ سورة المائدة» خص سورة المائدة بالسؤال عنها، لما كان الحكم فيها دون غيرها من السور، وهو قوله تعالى: ﴿يُحْكَمْ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ وسأله هل تعرف الرجل الذي معه، لما كان مشهور بالعدالة والعلم والأمانة، وأن كل من عرف عينه عرف عدالته.

فصل: وقول عمر رضي الله عنه: «لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضرباً» إعلاماً له بأنه قد عذره لجهله، لما لم يقرأ السورة التي فيها شأن هذه الحكومة. وقال له: «لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضرباً» ويحتل أنه كان يوجعه ضرباً لما أظهر من مخالفته التنزيل، إن كان فهم الحكم أو لإعراضه عن تفهم القرآن إن كان أعرض عن النظر في الآية والتفهم لها قبل ذلك إن كان من العرب الذين لا يخفى عليهم معناها مع الاهتبال به، وقد يعذر الجاهل عند واقعة مثل هذا مما لم يستين حكمه، ولا يتكرر تكرار الصلوات والطهارات.

١٢٦ كتاب الحج

فصل: وقوله بعد هذا: «إن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿يُحْكَمْ بِهِ ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدِيًّا بِالْبَالِغِ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]، وهذا عبد الرحمن بن عوف» إعلامًا له بالمعنى الذى أوجب عليه مشاركة عبد الرحمن بن عوف له فى هذا الحكم، وهو أمره تعالى بأن يحكم به ذوا عدل، ثم أعلمه أن الذى حكم معه عبد الرحمن بن عوف.

فإن كان السائل قد سمع بذكر عبد الرحمن قبل ذلك، فقد عرف عدالته، وإن لم يسمع بذكره قبل ذلك، فإنه فى أيسر وقت يسأل، فيخبر بعدالته وإمامته واشتهار علمه، ولذلك قال له: «وهذا عبد الرحمن بن عوف» فنص على اسمه الذى يمكن السائل أن يكون قد سمع به لشهرته وعلو ذكره، أو يسأل عنه، ولو أراد الإخبار عن عدالته فقط لقال: وهذا عدل.

فصل: وقوله: «وأوجب عمر عليهما الجزاء» وإن كانا لم يباشرا قتل الصيد، وإنما قتلته خيلهما لكن لما كانت خيلهما محمولة باختيارهما كانت بمنزلة ما لو رميا سهما أو حجرًا، فقتلاه به.

وقد روى ابن المواز عن مالك فيمن قاد دابة أو ساقها أو ركبها: أنها ما أصابت فى ليل أو نهار، فعليه جزاؤه، وكذلك لو ضربها فضربت صيدًا فقتلته، وما أصابت بيدها أو رجلها من غير قياد ولا سياق ولا ركوب، فلا شىء عليه.

٩٢٦ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ يَقُولُ: فِي الْبَقَرَةِ مِنَ الْوَحْشِ بَقْرَةٌ، وَفِي الشَّاةِ مِنَ الظُّبَاءِ شَاةٌ.

الشرح: قوله: «فى البقرة من الوحش بقرة وفى الشاة من الظباء شاة» يريد بقرة وشاة من بهيمة الأنعام، فأخبر أن البقرة من بهيمة الأنعام مثل البقر الوحشى وأن الشاة من بهيمة الأنعام مثل الشاة من الظباء، وهو تمثيل صحيح؛ لأنهما أشبه بهما صورة وقدرًا، ولكن كان ذلك من إعادة الحكم فيهما إذا أصاب أحدهما محرم.

٩٢٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: فِي حَمَامٍ مَكَّةَ إِذَا قُتِلَ شَاةٌ.

٩٢٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٠٥.

٩٢٧ - ذكره عبد الرزاق فى المصنف ٤/٤١٥. البيهقى فى السنن الكبرى ٥/٢٠٦. ابن عبد البر

فى الاستذكار برقم ٩٠٧.

كتاب الحج ١٢٧

الشرح: قوله: «في حمام مكة إذا قتل شاة» يريد أن حمام مكة مخصوص بذلك لتأكد حرمة، وهذا يمنع أن يكون في البربوع شاة لأن ذلك كان يقتضى أن يكون في كل حمامة شاة إذا اعتبر القدر؛ لأن الحمام أكبر من البربوع وأعظم خلقة وأكثر لحمًا، وإذا ودى في البربوع شاة، فبأن يجب ذلك في كل حمام أولى.

ولا يجب في سائر الحمام غير حمام مكة والحرم غير الإطعام أو الصيام، ولم يجب في ذلك هدى، فبأن لا يجب في البربوع أولى، وقد تقدم الكلام في حمام مكة بما يغنى عن إعادته.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ يُحْرِمُ بِالْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ وَفِي بَيْتِهِ فِرَاحٌ مِنْ حَمَامٍ مَكَّةَ فَيَغْلِقُ عَلَيْهَا فَتَمُوتُ.

فَقَالَ: أَرَى بِأَنْ يَقْدَى ذَلِكَ عَنْ كُلِّ فَرَّخٍ بِشَاةٍ.

الشرح: ومعنى ذلك أن تكون الفراخ في بيت الرجل، فإذا أحرم بعمرة أو حجة اقتضى ذلك غلق باب بيته والتغيب منه مدة تهلك الفراخ في مثلها لتعذر وصول الأبوين بالشبع إليها، فإن عليه جزاء كل فرخ منها شاة لأن في صغار كل حيوان من الجزاء مثل ما في كفارته.

وهذا حكم من فعل ذلك وهو غير محرم، وذلك لأن قتل الحمام في الحرم مما يجب به الجزاء، وإنما خص المحرم بما ذكرناه في مسألة مالك؛ لأن إحرامه كان سبب مغيبه ولو سافر عن بيته في غير إحرام وأغلق عليها بابه، فهلكت لوجب عليه مثل ذلك.

قَالَ مَالِكٌ: لَمْ أَرَلْ أَسْمَعُ أَنَّ فِي النُّعَامَةِ إِذَا قَتَلَهَا الْمُحْرِمُ بَدَنَةً^(١).

قَالَ مَالِكٌ: أَرَى أَنَّ فِي بَيْضَةِ النُّعَامَةِ عَشْرَ ثَمَنِ الْبَدَنَةِ كَمَا يَكُونُ فِي جَنِينِ الْحُرَّةِ غُرَّةً عَبْدًا أَوْ وِلْدَةً، وَوَيْمَةَ الْغُرَّةِ خَمْسُونَ دِينَارًا، وَذَلِكَ عَشْرُ دِيَّةِ أُمِّهِ.

الشرح: قوله: «ولم أر ل أسمع في النعامة بدنة» يريد أن ذلك شائع قديم تكرر حكم الأئمة وفتوى العلماء به وقولهم لذلك تكرر إشاعة وإذاعة، ومع ذلك فإنه لا يجوز إخراجها إلا بعد الحكم بها، وتكرير الاجتهاد في ذلك وقد تقدم ذكره.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٠٧.

١٢٨ كتاب الحج

فصل: وقوله: «إن في بيضة النعامة عشر ثمن البدنة» وذلك أنه لا يخرج فيها جزاء من النعم، وإن كانت قيمة عشر البدنة أكثر من قيمة عنز لأنه لا مثل لها في النعم، وإنما جزاؤها عشر قيمة البدنة التي هي جزاء النعامة، وبين مالك ذلك بأن ما قاله قياساً على دية الجنين غرة قيمتها خمسون ديناراً، وهي عشر دية الحرة لأن ديتها خمسمائة دينار، وقد تقدم الكلام في ذلك.

وَكُلُّ شَيْءٍ مِنَ النَّسُورِ أَوْ الْعُقْبَانِ أَوْ الْبُزَاةِ أَوْ الرَّخَمِ، فَإِنَّهُ صَيْدٌ يُودَى كَمَا يُودَى الصَّيْدُ إِذَا قَتَلَهُ الْمُحْرِمُ.

الشرح: قوله: «إن كل شيء من النسور أو العقبان أو الرخم أو البزاة فإنه صيد» يريد أنه وإن كان يأكل الجيف، فإنه لا يجزى بجزى الحدأة والغربان في استباحة المحرم قتله، وإن كان منه ما يتأنس ويصاد، فإنه لا يجزى بجزى الإنسى، ولا يجزى إلا بجزى الوحشى الذى يجب على المحرم الجزاء بقتله، فإن كان منه له مثل من النعم، خير بين مثله أو الإطعام، وما لم يكن له مثل خير بين الإطعام أو الصيام.

وَكُلُّ شَيْءٍ فُدى، فففى صغاره مثل ما يكون فى كباره، وإنما مثل ذلك مثل دية الحر الصغير والكبير فهما بمنزلة واحدة سواء.

الشرح: قوله: «كل شيء فدى، ففى صغاره مثل ما فى كباره» تقرير لهذا الحكم، وهذا كما قال أن كل ما يفديه المحرم، فإنه يجب فى صغاره مثل ما يجب فى كباره؛ لأن طريق ذلك كفارة كقتل الخطأ يجب من الكفارة بقتل الصغير مثل ما يجب بقتل الكبير، وبين ذلك بأن دية الحر الصغير والكبير سواء، فمثل ذلك بالفدية وتمثيله بالكفارة أولى لما قدمناه، وبه قال عمر وابن عمر.

وقال الشافعى: إنما يخرج فى فرخ النعامة فصيلاً، وفى صغير ولد الضبع صغيراً من ولد النعم، وفى جحش حمار الوحش عاجلاً. وأما أبو حنيفة: فإنه إنما يوجب فى ذلك كله القيمة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: «فجزاء مثل ما قتل من النعم»، إلى قوله: «هدايا بالغ الكعبة» [المائدة: ٩٥]، فقيده ذلك بما يصح أن يكون هدايا.

ومن جهة المعنى أن هذا مبنى على مذهبنا بأنه إنما يخرج على وجه الكفارة، فنقول لأنه حيوان فخرج باسم التكفير، فلم يختلف بالاختلاف المتلف فى الصغير والكبير كالتق فى كفارة القتل.

* * *

فدية من أصاب شيئاً من الجراد وهو محرم

٩٢٨ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنِّي أَصَبْتُ جَرَادَاتٍ بِسَوْطِي، وَأَنَا مُحْرِمٌ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَطْعِمْ قَبْضَةً مِنْ طَعَامٍ.

٩٢٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَسَأَلَهُ عَنْ جَرَادَاتٍ قَتَلَهَا، وَهُوَ مُحْرِمٌ، فَقَالَ عُمَرُ لِكَعْبٍ: تَعَالَ حَتَّى نَحْكُمَ، فَقَالَ كَعْبٌ: دِرْهَمٌ، فَقَالَ عُمَرُ لِكَعْبٍ: إِنَّكَ لَتَجِدُ الدَّرَاهِمَ، لَتَمْرَةٌ خَيْرٌ مِنْ جَرَادَةٍ.

الشرح: قول عمر: «أطعم قبضة من طعام» يريد أنها أخف عليه من غير ذلك، وهي تجزئ عن الجراد، وكذلك يقول مالك: من أصاب جرادة، فعليه قبضة طعام.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أنه لو شاء الصيام لحكم عليه بصيام يوم إلا أن يمنع من ذلك إجماع، وإنما سارع الفقهاء إلى إيجاب قبضة من الطعام لعلمهم أنها أسهل على من أصاب الجرادة من صيام يوم، فاستغنى في ذلك عن الإعلان بالتخيير.

مسألة: وهذا حكم الذباب وغير ذلك من الحشرات من أصاب شيئاً من ذلك وداه. وقال الشافعي في الخنافس والجعلان وبنات وردان والعصا وما جرى مجرى ذلك: قتله مباح، ولا شيء عليه إن قتلها.

- ٩٢٨ - أخرجه البخاري في الحج ١٦٨٦، ١٦٨٧، ١٦٨٨، ١٦٨٩، المغازي ٣٨٤٢، ٣٨٦٩، ٣٨٧٠، تفسير القرآن ٤١٥٥، المرصفي ٥٢٣٣، ٥٢٦٨، كفارات الأيمان ٦٢١٤. ومسلم في الحج ٢٠٨٠، ٢٠٨١، ٢٠٨٢، ٢٠٨٣، ٢٠٨٤، ٢٠٨٥، ٢٠٨٦. والترمذي في الحج ٨٧٦، الجنايز ٩٥٣، تفسير القرآن ٢٩٠٠، ٢٩٧٣، ٢٩٧٤. والنسائي في مناسك الحج ٢٨٠٠، ٢٨٠١، ٢٨٥١، ٢٨٥٢. وأبو داود في المناسك ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، النكاح ١٨٥٦، ١٨٥٧، ١٨٥٨، ١٨٥٩، الطلاق ١٨٦٠. وابن ماجه في المناسك ٣٠٧٠، ٣٠٧١. وأحمد في مسند الكوفيين ١٧٤٠٦، ١٧٤١٢، ١٧٤١٩.
- ٩٢٩ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٤١٠/٤. البيهقي في السنن الكبرى ٢٠٦/٥. ومعرفة السنن الآثار ١٠٦٨٤/٧. الشافعي في المسند ٣٢٦/١. المغني ٥١٤/٣. المجموع ٢٩٥/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٠٩.

١٣٠ كتاب الحج

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم من تعمد قتلها وأصابها خطأ، وهو بمكة، لعسر التحرز منها، ولذلك لم يسأله عمر هل أصاب الجرادة خطأ أو عمدًا، ولا كان فى سؤاله بيان ذلك، فدل على تساوى الحكم عند عمر.

وأما المحرم يظاً ببيعيره الجرادة؛ لأنه يكثر فى الطريق، فلا يمكن التحرز منه، فقد روى ابن المواز عن ابن وهب عن مالك: ليس على الناس فى ذلك شىء، مالم يتعمدوا. وقال مالك مثل ذلك، وقد سئل عن الذباب لا يستطيع الاحتراز منه لكثرة فيها المحرم يمشى على بعضه فيقتله: يطعم.

وجه القول الأول وهو اختيار ابن عبد الحكم أن الضرورة إذا كانت عامة، ولم يمكن احتراز منها لغلبتها وكثرتها، فإنه يسقط حكم المنع بها ويبيح القتل، وإذا كان القتل مباحاً على العموم، سقط الفداء به كقتل عادية السباع.

وجه القول الثانى أن المحرم إذا أصاب الصيد لزمه الجزاء؛ وإن لم يقدر على التحرز منه كما لو قتله خطأ.

مسألة: ومتى وجب بذلك الإطعام، فهل يجوز دون حكومة؟ قال محمد: يحكم به ذوا عدل.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أن هذا معنى قول عمر لكعب: تعال حتى نحكم، فإن أخرج ذلك دون حكم، فعليه أن يعيد.

وجه ذلك أن هذا مما يلزم المحرم به الجزاء، فلم يصح إخراجها إلا بحكم الحكامين. أصل ذلك جزاء الصيد.

فصل: وقوله لكعب، لما أراد أن يحكم فى الجرادة بدرهم: «إلك لتجد الدراهم» إنكاراً عليه لتساعه بالدراهم، وإيجابها فى غير موضعها، فعل من كثرت دراهمه، وهانت عليه، والحكم فى جزاء الصيد أيضاً يجب أن يتجرى ويجهد فيما يحكم به ويترك التسامح، والحكم بأكثر من الواجب كما يترك الحكم بأقل منه.

ثم قال عمر: «لثمرة خير من جرادة» يريد أنها تجزئ عنها؛ لأنها أفضل منها، وأنفع لآكلها من الجرادة وأكثر ثمنًا لمن أراد بيعها، وفى هذا أن الحكامين إذا اختلفا، لم يلزم قول واحد منهما، ويجب أن يستأنف الحكم.

ولعل كعباً قد رجع إلى موافقة عمر رضى الله عنه فى قوله: «إن الثمرة خير من

كتاب الحج ١٣١
 الجراداة» ثم حكما بذلك؛ لأن قول عمر: إنها خير منها ليس في ذلك حكم بالتمر، وإنما هو مخالفة لكعب، أو لعل عمر قد استدعى غير كعب للحكم معه، واستدعاء عمر رضى الله عنه كعباً للحكم معه دليل على عدالته عنده؛ لأنه لو لم يكن عنده عدلاً لما جاز أن يحكمه في مثل هذا، والله تعالى يقول في كتابه ﴿يُحْكَمُ بِهِ ذُوا عَدَلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥].

* * *

فدية من حلق قبل أن ينحر

٩٣٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الْكَرِيمِ بْنِ مَالِكِ الْحَزْرِيِّ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى، عَنْ كَعْبِ بْنِ عُجْرَةَ أَنَّهُ كَانَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مُحْرَمًا فَأَذَاهُ الْقَمْلُ فِي رَأْسِهِ، فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَخْلِقَ رَأْسَهُ، وَقَالَ: «صُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ مُدَّيْنِ مُدَّيْنِ لِكُلِّ إِنْسَانٍ أَوْ أَنْسُكُ بِشَاةٍ، أَى ذَلِكَ فَعَلْتَ أَجْزَأُ عَنكَ».

الشرح: قوله: «أله كان مع رسول الله ﷺ محرماً» يريد أنه كان معه محرماً، وكان ذلك في عمرة الحديبية، فأذاه القمل في رأسه، فأمره رسول الله ﷺ أن يخلق رأسه، والأمر وإن كان يقتضى الوجوب أو الندب ولا تكون الإباحة أمراً، فقد يجتمل أن يكون النبي ﷺ ندبه إلى ذلك، ورآه الأفضل له، فقد نهى الإنسان عن أذى نفسه وتحمل المشقة الخارجة عن العادة المؤذية التى لا يطيقها الإنسان غالباً فى العبادات،

٩٣٠ - أخرجه البخارى بنحوه ٣١/٣ كتاب المحصر باب قول الله: ﴿أَوْ صَدَقَةٌ﴾ عن كعب بن عجرة. ومسلم ٨٦٠/٢ كتاب الحج باب ١٠ رقم ٨٢ عن كعب بن عجرة. والنسائي ١٩٥/٥ عن كعب بن عجرة. وأحمد ٢٤١/٤ عن كعب بن عجرة. والبيهقى فى الكبرى ١٦٩/٥ عن كعب بن عجرة. والطبرانى فى الكبير ١٠٨/١٩ عن كعب بن عجرة. والبخارى فى السنة ٢٧٨/٧ عن كعب بن عجرة.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٨/٦: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك، عن عبد الكريم الجزرى، عن ابن أبي ليلى. وتابعه أبو المصعب، وابن بكير، والقعنبي، ومطرف، والشافعي، ومعن بن عيسى، وسعيد بن عفير، وعبد الله بن يوسف التنيسى، ومصعب الزبيرى، ومحمد بن المبارك الصورى، كل هؤلاء روه عن مالك كما رواه يحيى، لم يذكروا مجاهداً فى إسناد هذا الحديث. ورواه ابن وهب، وابن القاسم، ومكى بن إبراهيم عن مالك، عن عبد الكريم الجزرى، عن مجاهد، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن كعب بن عجرة. وذكر الطحاوى أن القعنبي رواه هكذا كما رواه ابن وهب، وابن القاسم فذكر فيه مجاهداً.

١٣٢ كتاب الحج
ولذلك كره من الحولاء بنت تويت أن لا تنام الليل، وقد قال ﷺ: «أكلفوا من العمل ما تطيقون»^(١).

فصل: وقوله: «صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، أو انسك بشاة» على وجه التخيير له في أن يفعل أى ذلك شاء، وبين ذلك بقوله ﷺ: «أى ذلك شئت فعلت».

مسألة: والنسك هاهنا من بهيمة الأنعام دون غيرها. قال ابن المواز: يجوز أن ينسك بدنة أو بقرة، وقد نص فى الحديث على الشاة، لأن ذلك أدنى ما يجزى، ولا يقلد النسك ولا يشعر ولا يساق من حل إلى حرم، إلا أن يريد أن يجعله هدياً، فإن له ذلك، ويكون حكمه حكم الهدى به.

مسألة: والإطعام مدين مدين لكل مسكين على ما ورد فى الحديث، فلا يقصر عنه. وقال مالك فى المدونة: إنما عليه مدان لكل مسكين من عيش البلد شعير أو بر. وقال ابن المواز: يجزئه الشعير، إن كان طعامه حنثذ، وإن كان طعامه ذرة، نظر إلى ما يجزئه من القمح، فزيد فى الذرة حتى يبلغ بذلك أجزاء الحنظة فى الشبع.

وروجه ذلك أن الشعير عنده من جنس القمح، فما كان قوته أخرج منه كما يخرج عن الضأن والماعز الأغلب منهما لما كانتا من جنس واحد، ولا يخرج عن أحدهما بقراً ولا غيرها لما لم يكن من الجنس.

٩٣١ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ، عَنْ مُجَاهِدِ أَبِي الْحَجَّاجِ، عَنْ ابْنِ أَبِي

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ١٩٦٦. مسلم حديث رقم ١١٠٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٧١٢٢.

٩٣١ - أخرجه البخارى فى الحج ١٦٨٦، ١٦٨٧، ١٦٨٨، ١٦٨٩، المغازى ٣٨٤٢، ٣٨٦٩، ٣٨٧٠، تفسير القرآن ٤١٥٥، الطب ٥٢٦٨، كفسارات الأيمان ٦٢١٤. ومسلم فى الحج ٢٠٨٠، ٢٠٨٢، ٢٠٨٤، ٢٠٨٥، ٢٠٨٦. والترمذى فى الحج ٨٧٦، الجنازات ٩٥٣، تفسير القرآن ٢٩٧٣، ٢٩٧٤، والنسائي فى مناسك الحج ٢٨٠٠، ٢٨٠١، ٢٨٥٢. وأبو داود فى المناسك ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، النكاح ١٨٥٦، ١٨٥٧، ١٨٥٨، ١٨٥٩، الطلاق ١٧٦٠. وابن ماجه فى المناسك ٣٠٧٠، ٣٠٧١، ٣٠٧٩. وأحمد فى مسند الكوفيين ١٧٤٠٦، ١٧٤١٢، ١٧٤١٩.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٤١/٦: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك بهذا الإسناد متصلاً، وتابعه القعنبي والشافعى وابن عبد الحكم، وعثيق بن يعقوب الزبيرى، وابن بكير، وأبو مصعب، وأكثر الرواة وهو الصواب.

كتاب الحج ١٣٣

لَيْلَى، عَنْ كَعْبِ بْنِ عُجْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لَهُ: «لَعَلَّكَ آذَاكَ هَوَامُكَ؟» فَقُلْتُ: نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَحْلِقْ رَأْسَكَ وَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ أَوْ انْسُكُ بِشَاةٍ».

الشرح: قوله ﷺ: «لعلك آذاك هوامك» يريد القمل، فهو هوام الإنسان المختص بجسده، فلما رأى رسول الله ﷺ كثرتها سأله عن تأذيه بها، فأعلمه بذلك، فقال له: «احلق رأسك» يحتمل أن يكون ذلك على وجه الندب على ما تقدم، ويحتمل أن يكون على وجه الإباحة، ثم أعلمه بما يلزمه في حلق رأسه، وهى الفدية.

وهذا يدل على أن إزالة القمل عن رأس الإنسان ممنوع، ومما يجب به الفدية، وإلا فقد كان يأمره بمشط رأسه واستعمال ما يقتلها ويزيلها، مع بقاء شعره لكن لما كانت الضرورة تبيح الأمرين؛ لأنه إنما تجب بإزالتها في حال واحدة فدية واحدة، وهو أقرب تناولاً، فيما يريد وأعم منفعة وراحة أمره بالحلل.

مسألة: وهذا حكم إزالة القمل عن الجسد فى المنع منه. وقال الشافعى: إن أخذ القملة من الجسد مباح، ولا شيء فيه، وفى أخذها من الرأس الفدية بشيء لا لأجل القملة، ولكن لأنه يأخذ الهوام من رأسه وأزال الأذى.

والدليل على ما نقوله أن هذا أزال قملة من حبسها لغير ضرورة، فكان ممنوعاً من ذلك يجب به عليه فدية. أصل ذلك إذا أخذها من رأسه.

مسألة: وهذا لمن قصد إزالة الشعر، فأما من لم يقصد إزالته، وإنما قصد إلى فعل آخر، فكان سببها تساقط شعر من لحيته أو رأسه، فلا فدية فيه. وقد روى محمد فيمن سقط من شعر رأسه شيء لحمل متاعه أو جر يده على لحيته، فتساقط منها الشعرة أو الشعرتان أو اغتسل تبرداً، فتساقط منه شعر كثير لا شيء عليه.

ووجه ذلك أنه لم يقصد إزالته، ولو امتنع من كل ما يجر ذلك ويسببه لامتنع من أكثر التصرف والوضوء والغسل والركوب ومسح الوجه، فإذا كانت مباحة لعدم الضرورة إليها، وكان المعتاد تساقط الشعر بها استحال أن يجب شيء بذلك.

٩٣٢ - مَالِك، عَنْ عَطَاءِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْخُرَّاسَانِيِّ أَنَّهُ قَالَ: حَدَّثَنِي شَيْخٌ^(١)

٩٣٢ - أخرجه البخارى فى الحج ١٦٨٦، ١٦٨٧، ١٦٨٨، ١٦٨٩، المغازى ٣٨٤٢، ٣٨٦٩، ٣٨٧٠، تفسير القرآن ٤١٥٥، المرضى ٥٢٣٣، الطب ٥٢٦٨، كفارات الأيمان ٦٢١٤ =

١٣٤ كتاب الحج
 بِسُوقِ الْبُرْمِ بِالْكُوفَةِ عَنْ كَعْبِ بْنِ عُجْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَنَا أَنْفُخُ
 تَحْتَ قَدْرِ لِأَصْحَابِي، وَقَدِ امْتَلَأَ رَأْسِي وَلِحْيَتِي قَمَلًا، فَأَخَذَ بِجَبْهَتِي ثُمَّ قَالَ:
 «أَحْلِقْ هَذَا الشَّعْرَ، وَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينٍ». وَقَدْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ
 ﷺ عَلِيمًا أَنَّهُ لَيْسَ عِنْدِي مَا أَنْسُكَ بِهِ.

الشرح: قوله: «جاءني رسول الله ﷺ» يحتمل أن يكون مر به في طريقه لأمر ما،
 ويحتمل أن يكون قصده على ما يفعل المتواضع من زيارة أصحابه وتفقد أحوالهم،
 ولعله قد بلغه ما بلغ به من الهوام، فقصده لذلك ليحقق حال ضرورته، ويأمره ما يجب
 له وعليه في ذلك، وتناول كعب بن عجرة النفخ تحت القدر لأصحابه مسارعة إلى
 خدمتهم، فإن الأجر في خدمة الرفقاء جزيل، ولا يمتنع المحرم من ذلك، وإن خاف أن
 يلحق لهب النار شعره.

وقد ذكره مالك في المبسوط فيمن نفخ تحت قدر أو دخل يده في التنور، فأحرق
 شعره لهب النار: أنه لا شيء عليه. ووجه ذلك ما ذكرناه.

فصل: وقوله: «فأخذ بجبهتي، وقال: احلق هذا الشعر» يريد ما على جبهته من شعر
 رأسه، وأخذه بذلك على سبيل التأنيس له، ولعله أراد بذلك رفع الإشكال؛ لأنه لو قال
 له: احلق شعر رأسك لجوز أن يدخل فيه غير شعر الرأس، وكذلك لو قال: احلق شعر
 رأسك، لجوز أن يكون اسم الرأس مقصوراً على جارحة مخصوصة أو يتعدى ذلك إلى
 ما يدخل تحت اسم الرأس على وجه التبعية كالوجه وغيره، فأزال الإشكال بأن أشار له
 إلى ما يباح له حلقه، وهو شعر رأسه.

=ومسلم في الحج ٢٠٨٠، ٢٠٨٢، ٢٠٨٣، ٢٠٨٤، ٢٠٨٥، ٢٠٨٦. والترمذي في الحج
 ٨٧٦، الجنائز ٩٥٣، تفسير القرآن ٢٩٠٠، ٢٩٧٤، ٢٩٧٨. والنسائي في مناسك الحج
 ٢٨٠٠، ٢٨٠١، ٢٨٥٢. وأبو داود في المناسك ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦،
 النكاح ١٨٥٦، ١٨٥٧، ١٨٥٨، ١٨٥٩، الطلاق ١٨٦٠. وابن ماجه في المناسك ٣٠٧٠،
 ٣٠٧١، ٣٠٧٩. وأحمد في مسند الكوفيين ١٧٤٠٦، ١٧٤١٢، ١٧٤١٩.

(*) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٤٨/٦: لم يختلف الرواة عن مالك في هذا الحديث،
 ويقولون: إن الشيخ الذي روى عنه عطاء الخراساني هذا الحديث عبد الرحمن بن أبي ليلى، وهذا
 بعيد؛ لأن عبد الرحمن بن أبي ليلى أشهر في التابعين من أن يقول فيه عطاء؛ حدثني شيخ. وأظن
 القائل بأنه عبد الرحمن بن أبي ليلى؛ لما عرف أنه كوفي، وأنه الذي يروي الحديث عن كعب بن
 عجرة، ظن أنه هو، والله أعلم.

كتاب الحج ١٣٥

فصل: ولم يذكر في هذا الحديث إلا أنه أمره بالإطعام والضيام، ولم يذكر النسك، قال: «وقد كان رسول الله ﷺ علم أنه ليس عندي ما أنسك به» يريد أنه لذلك لم يأمره بالنسك لما علم من حاله، وقد تقدم من حديث عبد الكريم الجزري ومجاهد أنه نص على النسك بالشاة، ويحتمل أن يجمع بين الحديثين، فإن عبد الكريم ومجاهداً رويَا حكم من حلق في الجملة دون تعيين أحد.

وحكى عطاء بن عبد الله ما أمر به كعب بن عجرة في خاصة نفسه، ويحتمل أن يكون أراد كعب أن النبي ﷺ قد علم أنه ليس عندي ما أنسك به، إلا أنه ذكر لي حكم النسك ليبين بذلك حكم من هو عنده.

قَالَ مَالِكٌ فِي فِدْيَةِ الْأَذَى: إِنَّ الْأَمْرَ فِيهِ أَنْ أَحَدًا لَا يَفْتَدِي حَتَّى يَفْعَلَ مَا يُوجِبُ عَلَيْهِ الْفِدْيَةَ، وَإِنَّ الْكَفَّارَةَ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ وَجُوبِهَا عَلَى صَاحِبِهَا، وَأَنَّهُ يَضَعُ فِدْيَتَهُ حَيْثُ مَا شَاءَ النَّسْكَ أَوْ الصِّيَامَ أَوْ الصَّدَقَةَ بِمَكَّةَ أَوْ بغيرِهَا مِنَ الْبِلَادِ.

الشرح: ومعنى ذلك أن الفدية إنما هي عن إمطة الأذى، فلما لم يحطه لم تجب عليه فدية، ولا وجد سبب وجوبها، فلا يجزئ عنه كما لا يجزئ إخراج الهدى قبل تجاوز الميقات بالإحرام بالقضاء في الحج قبل الفوات، ولا قبل الإفساد ولا الكفارة في الصوم قبل إفساده.

فصل: وقوله: «إن الكفارة إنما تكون بعد وجوبها على صاحبها» وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد كفارة اليمين، ففاس فدية الأذى عليها في المنع.

والثاني: أن يريد أن فدية الأذى كفارة، فلا يجوز إخراجها قبل وجوبها، فنبه بذلك على أن هذا حكم جميع الكفارات، وأن الفدية من جملة الكفارات، فلا يجوز إخراجها حتى تجب، فهذا مطرد على رواية منع إخراج كفارة اليمين قبل الحنث.

وأما على رواية إجازة ذلك في كفارة اليمين، فالفرق بينهما أن كفارة الفدية لم يوجد سببها، وكفارة اليمين قد وجد سببها، وهو اليمين، وإنما جعلت الكفارة لحل اليمين كالاستثناء، فوزان فدية الأذى من اليمين أن يكفر قبل يمينه، فإنه لا يجزئه قولاً واحداً.

فصل: وقوله: «ويجعل فديته حيثما شاء النسك أو صيام أو صدقة بمكة وبغيرها من البلاد» ظاهر هذا اللفظ يقتضى أن له إخراج أى شىء من ذلك حيث شاء من البلاد،

١٣٦ كتاب الحج

فأما النسك، فإن الغرض فيه إراقة دمه، وإيصال لحمه إلى من يستحقه، فلا تعلق له بوقت ولا مكان، وإنما يتعلق بالفعل خاصة، فلذلك جاز أن يذبح ليلاً ونهاراً كشاة الزكاة، لا يتعلق إخراجها بوقت الأضحية والعقيقة، فإنها متعلقة بوقت والهدى معلق بوقت ومكان.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَصْلَحُ لِلْمُحْرِمِ أَنْ يَنْتِفَ مِنْ شَعْرِهِ شَيْئًا وَلَا يَحْلِقَهُ وَلَا يُقَصِّرَهُ حَتَّى يَحِلَّ إِلَّا أَنْ يُصِيبَهُ أَدَى فِي رَأْسِهِ، فَعَلَيْهِ فِدْيَةٌ كَمَا أَمَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَا يَصْلَحُ لَهُ أَنْ يُقْلَمَ أَظْفَارَهُ، وَلَا يَقْتُلَ قَمَلَةً، وَلَا يَطْرَحَهَا مِنْ رَأْسِهِ إِلَى الْأَرْضِ وَلَا مِنْ جِلْدِهِ، وَلَا مِنْ ثَوْبِهِ، فَإِنْ طَرَحَهَا الْمُحْرِمُ مِنْ جِلْدِهِ أَوْ مِنْ ثَوْبِهِ فَلْيَطْعِمْ حَفْنَةً مِنْ طَعَامٍ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز للمحرم أن ينتف من شعره شيئاً ولا يقصر لأنه إزالة لأذى الشعر وإماطة له، وذلك مما يمنع منه الحرام كالحلاق. وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: 1٩٦]، ثم قال: ﴿إِلَّا أَنْ يُصِيبَهُ أَدَى فِي رَأْسِهِ فَعَلَيْهِ فِدْيَةٌ كَمَا أَمَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذَى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نَسْكَ﴾ [البقرة: 1٩٦].

مسألة: وهذه حاله في جميع الإحرام حتى يحل من عمرته أو حجه، فإذا حل من عمرته أو حجه حل له الحلاق، وتنف الشعر وقصه.

فصل: وقوله: «ولا يصلح له أن يقلم أظفاره» يريد أن تقليم الأظفار من محظورات الإحرام؛ لأنه من إلقاء التفت وإزالة ما جرت العادة بالتنظيف بإزالته كحلق الشعر وقصه من الرأس والشارب، فمن فعل شيئاً من ذلك، فعليه الفدية لأنه ممنوع لحرمة الإحرام بالنسك كحلق الشعر.

فصل: وقوله: «ولا يقتل قملة ولا يطرحها من رأسه إلى الأرض ولا من جلده ولا من ثوبه، فإن طرحها فليطعم حفنة من طعام» وذلك أنه ممنوع من قتل شيء من الحيوان، وممنوع من طرح القمل عن جسده؛ لأنها من دواب الجسد، فلا يطرحها عن شيء من جسده رأس ولا غير، ولا عن ثوب يكون على جسده مما يلبسه؛ لأن ذلك من باب قتله. وقد تقدم دليلنا على الشافعي في إجازة طرحها عن جسده بما يغنى عن إعادته هنا.

كتاب الحج ١٣٧

فأما من لم يكن من دواب جسده كالنمل وغيره، فإن له طرحه عن جسده، وإنما وجب عليه حفنة من طعام في قتل القملة لقلّة ما طرح منها، وأنه لم يبلغ مبلغ إماطة الأذى، ولو جهل فنقى رأسه أو ثوبه حتى ينتفع بذلك لكان عليه الفدية. وأما إذا قتل قملة أو قملاّت، فإنه يطعم حفنة أو حفنات من طعام، وما أطعم أجزاءه، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أن من أزال عن نفسه القمل الكثير الذى ينتفع بإزالته وينفى جسمه منه، فعليه الفدية لأن النبي ﷺ فى قصة كعب بن عجرة لما رأى عليه الهوام، فقال: «أتؤذيك هوامك» فأباح له الحلاق وأمره بالفدية؛ لأنه أزال عن نفسه أذى الهوام. وأما إذا لم يزل منه إلا اليسير الذى لا يستضر به لعله، ولا ينتفع بإزالته لكثرة ما يبقى عليه منه فليس عليه فيه إلا إطعام شيء على ما ذكر؛ لأنه لم يزل أذاه.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ نَتَفَ شَعْرًا مِنْ أَنْفِهِ أَوْ مِنْ إِبْطِهِ أَوْ طَلَى جَسَدَهُ بِنُورَةٍ أَوْ يَحْلِقُ عَنْ شَجَّةٍ فِي رَأْسِهِ لِضُرُورَةٍ أَوْ يَحْلِقُ قَفَاهُ لِمَوْضِعِ الْمَحَاجِمِ، وَهُوَ مُحْرِمٌ، نَاسِيًا أَوْ جَاهِلًا، إِنَّ مَنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، فَعَلَيْهِ الْفِدْيَةُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَحْلِقَ مَوْضِعَ الْمَحَاجِمِ.

الشرح: قوله: «ومن نتف شعراً من أنفه أو من إبطه» يريد أن يسير ذلك وكثيره إذا قصد إليه سواء، تجب بذلك كله الفدية لأنه من إماطة الأذى، ومما جرت العادة بالتنظيف بإزالته وإزالة مثله.

وأما ما لا يقصد إلى نتفه، وإنما يقصد إلى غير ذلك مثل أن يريد نزع مخاط يابس من أنفه، فتتلقع معه شعرات، ففي المبسوط عن مالك: لا شيء عليه.

فصل: وقوله: «أو طلى جسده بالنورة» على ما ذكره لأنه لا فرق بين إزالته الشعر عن جسده بنتف أو حلق أو طلاء نورة أو غير ذلك إذا كان قاصداً إلى إزالته، ومن طلى جسده بنوره، فقد قصد إزالة الشعر، فكانت عليه فدية.

فصل: وقوله: «أو حلق مواضع محاجمه» يريد أن عليه الفدية، إن حلق لها شعراً، ولا فرق بين أن يفعل ذلك لضرورة أو غيرها لأن إماطة الأذى لا تختلف بالضرورة فى وجوب الفدية.

مسألة: وأما الحجامة، فقد قال ابن حبيب عن مالك: لا شيء عليه فيها، وإن كان يكرهها ما لم يحلق شعراً. وقال سحنون: لا بأس بها ما لم يحلق شعراً لها.

١٣٨ كتاب الحج

وجه قول مالك أن المحاجم إذا كانت في موضع شعره، فإنه بالحجم ينقطع كثير منه. ووجه قول سحنون أنه غير قاصد إلى قطعه، وقد أمن من قتل الهوام، فلو كانت المحاجم في الرأس ولم يخلق لها شعراً، فقد قال سحنون: إنه مخالف للحجامة في غير الرأس لما يخاف أن يقتل من الدواب.

فصل: وقوله: «إن من فعل شيئاً من ذلك ناسياً أو جاهلاً فعليه الفدية» على ما قدمنا من أن حكم النسيان والعمد، فيما يعود إلى إمطة الأذى وإلى محظورات الإحرام كلها سواء. وقد دللنا على ذلك بما يغني عن إعادته.

فصل: وقوله: «ولا ينبغي له أن يخلق موضع المحاجم» يحتمل وجهين، أحدهما: لا ينبغي أن يخلق ذلك للاحتجام إلا للضرورة لأن إمطة الأذى لا تفعل، وإن فدى إلا للضرورة. والثاني: أن حلق الشعر في الجملة محظور على المحرم، وأن هذ من جملة، فأخبر أن حكمه حكم سائر شعر الجسد، والله أعلم.

قال مالك: وَمَنْ جَهَلَ فَحَلَقَ رَأْسَهُ قَبْلَ أَنْ يَرْمِيَ الْجَمْرَةَ أَفْتَدَى.

الشرح: وهذا كما قال أن من جهل، فحلق رأسه قبل أن يرمى الجمرة، فعليه الفدية لأنه حلق قبل أن يتحلل من شيء من إحرامه، وأول التحلل رمى جمرة العقبة، فإذا رماها، فقد وجد منه تحلل من إحرامه، وإذا لم يوجد منه تحلل، فلا يجوز له الحلق، وكذلك روى عن النبي ﷺ أنه رمى جمرة العقبة ثم نحر هديه ثم حلق، وقد تقدم الكلام فيه بما يغني عن إعادته.

* * *

ما يفعل من نسي من نسكه شيئاً

٩٣٣ - مَالِكُ، عَنْ أَيُّوبَ بْنِ أَبِي تَمِيمَةَ السَّخْتِيَّانِيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: مَنْ نَسِيَ مِنْ نُسُكِهِ شَيْئًا أَوْ تَرَكَهُ فَلْيُهْرِقْ دَمًا. قَالَ أَيُّوبُ: لَا أَدْرِي قَالَ: تَرَكَ أَوْ نَسِيَ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «من ترك من نسكه شيئاً أو نسيه فليهرق دمًا» يريد مما هو مشروع في نسكه، وذلك أن النسك على ثلاثة أضرب، ضرب، هو ركن من

٩٣٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩١٣. البيهقي في السنن الكبرى ١٥٢/٥. المغنى ٤٤٨/٣. المحلى ٢٥٦/٧. المجموع ١٠٦/٨.

كتاب الحج ١٣٩
أركانها، وهو الإحرام والطواف والسعى فى العمرة، وفى الحج الإحرام والطواف
والسعى والوقوف بعرفة، هذا على المشهور من المذهب، وزاد عبد الملك بن الماجشون:
رمى جمرة العقبة يوم النحر، فهذا من ترك شيئاً منه لم يصح نسكه، وكان عليه إتمامه،
ولا يجزئه عنه دم ولا غيره.

وضرب ثان: وهو موجبات الحج، وليس بركن من أركانه كما لإحرام من الميقات
لمن مر به مريداً للنسك وطوف الورد لغير المراهق، والمبيت بالمزدلفة للحاج، ورمى
الجمار، كلها على المشهور من المذهب، أو رمى الجمار فى أيام التشريق، على ما تقدم
من مذهب ابن الماجشون، والمبيت بمنى ليالى منى، فهذه التى أراد عبد الله بن عباس
بقوله فى هذا الحديث.

وقد تأول مالك فى ذلك، وفيما يوجب الفدية من اللباس والطيب، وما يجرى
بجرى ذلك مما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

والضرب الثالث: ليست من واجبات الحج، وإنما هى من أحكامه المشروعة فيه على
وجه الندب والاستحباب كالخروج إلى منى يوم التروية قبل الزوال، وصلاة الظهر
والعصر بها، وصلاة المغرب والعشاء، والمبيت بها، ثم صلاة الصبح بها يوم عرفة،
والمقام بالمزدلفة حتى يصبح، وتقديم الرمي على الذبح، وتقديم الذبح على الحلاق،
ورمى الجمرتين الأوليين من أعلاهما، والوقوف عندهما، وما جرى بجرى ذلك، فهذه
كلها مشروع الإتيان بها مندوب إليها، فمن تركها أو نسيها، فقد ترك الأفضل، وليس
عليه فى ذلك دم، ولا غيره.

قَالَ مَالِكٌ: مَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ هَدِيًّا فَلَا يَكُونُ إِلَّا بِمَكَّةَ، وَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ
نُسْكَاً فَهُوَ يَكُونُ حَيْثُ أَحَبَّ صَاحِبُ النُّسْكِ^(١).

الشرح: وقوله: «ما كان من ذلك هدياً» يريد أن ما لزم بشيء من ذلك من الهدى
على ما تقدم تفسيره فى الحديث قبل هذا، فلا يكون إلا بمكة؛ لأن الهدايا لا تكون إلا
بمكة، قال الله تعالى: ﴿هُدْيًا بِالْبَيْتِ الْحَرَامِ﴾ [المائدة: ٩٥]، فلا يجوز أن ينحر هدياً إلا
بمنى أو بمكة على ما تقدم.

وقوله: «وما كان من ذلك نسكاً، فهو يكون حيث أحب صاحب النسك» يريد

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٣ / ٣١٠.

١٤٠ كتاب الحج

بقوله هاهنا النسك فدية الأذى لأنه الذى لصاحبه أن يذبحه حيث شاء، إذا لم يثبت له حكم الهدى، وقد قال تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نَسْكَ﴾ [البقرة: ١٩٦]، واسم النسك يصح أن يقع على فدية الأذى وعلى الهدى، وعلى كل واحد من أعمال الحج والعمرة، ويقع على جملة الحج والعمرة لكن المراد به فى هذا الموضع إراقة الدم على وجه الفدية لأن كل واحد مما ذكرنا أنه يقع عليه اسم النسك اسم مختص به، وإن كان اسم النسك يعم ذلك كله، فما يهدى اسم يختص به، وهو الهدى ولما يخرج على وجه الفدية اسم يختص به، وهو الفدية ولسائر الأفعال التى ذكرناها اسم يختص بها من رمى جمار وغير ذلك أنه أراد بالنسك هاهنا دم الفدية، ولذلك قال: إن له أن يجعله حيث شاء.

وهذا يدل على أنه تأول قوله: «من ترك من نسكه شيئاً»، أراد به ترك شىء من المناسك، أو فعل شىء من أفعال الحج، أو ترك صفة من صفات الإحرام، وهى الامتناع من اللباس والطيب وغير ذلك من محظورات الإحرام التى تجب بها الفدية، وكذلك معنى قوله: «من نسى شيئاً من نسكه»، فأخل بصفة من صفات إحرامه، والله أعلم وأحكم.

* * *

جامع الفدية

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ أَرَادَ أَنْ يَلْبَسَ شَيْئًا مِنَ الثِّيَابِ الَّتِي لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَلْبَسَهَا، وَهُوَ مُحْرِمٌ، أَوْ يُقَصِّرَ شَعْرَهُ، أَوْ يَمَسَّ طَبِيبًا مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ لَيْسَارَةً مُؤَنَّةً الْفِدْيَةُ عَلَيْهِ، قَالَ: لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا أُرْحِصُ فِيهِ لِلضَّرُورَةِ، وَعَلَى مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ الْفِدْيَةُ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن من أراد أن يأتى شيئاً من محظورات الإحرام من غير ضرورة ويفتدى واستسهل الفدية لقلتها أو لكثرة ماله، فإنه لا يجوز له ذلك من غير ضرورة، وهو آثم حرج، وإنما يجوز له ذلك بشرط الضرورة، والأذى الذى ليس بمعتاد.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩١٤.

كتاب الحج ١٤١
من صيام أو صدقة أو نسك ﴿البقرة: ١٩٦﴾، فاشترط في استباحة ذلك الضرورة والأذى.

ولذلك قال مالك: وإنما أُرخص في ذلك للضرورة، وكذلك قال النبي ﷺ لكعب ابن عجرة وقد رأى كثرة ما به من القمل، وأن ذلك مما يتأذى به، فسأله: «أؤذيك هوامك؟ فلما قال: نعم، قال له: احلق رأسك» وأمره بالفدية، فعلق بإباحة ذلك بالتأذى بالهوام، فلا يجوز إلا على ذلك، لأن النبي ﷺ جعل علة الإباحة من الحظر الأذى، والله أعلم.

فصل: وقول مالك رحمه الله: «وعلى من فعل ذلك الفدية» الظاهر أنه أراد وإن كان الحلق واللباس والتطيب من المعاني المحظورة لغير ضرورة، فإن الفدية تجب على من فعل ذلك، ولا يخرج بالحظر والإثم عن وجوب الفدية، وإن كان الحالف يمين الغموس لا تجب عليه الكفارة، وكذلك قاتل العمد.

ويحتمل أن يريد به أنه إنما أبيح له فعل شيء من ذلك للضرورة، وأوجب عليه مع ذلك الفدية ليظهر تغليظ المنع، وإنما أبيح له بشرط الضرورة، أوجب عليه مع ذلك الفدية، فكيف بمن فعله لغير ضرورة.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الْفِدْيَةِ مِنَ الصَّيَامِ أَوْ الصَّدَقَةِ أَوْ النَّسْكِ، أَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ فِي ذَلِكَ؟ وَمَا النَّسْكَ؟ وَكَمْ الطَّعَامُ؟ وَبِأَيِّ مَدٍّ هُوَ؟ وَكَمْ الصَّيَامُ؟ وَهَلْ يُؤَخَّرُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ أَمْ يَفْعَلُهُ فِي فَوْرِهِ ذَلِكَ؟^(١)

قَالَ مَالِكٌ: كُلُّ شَيْءٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ فِي الْكُفَّارَاتِ كَذَا أَوْ كَذَا فَصَاحِبُهُ مُخَيَّرٌ فِي ذَلِكَ، أَيْ شَيْءٌ أَحَبُّ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فَعَلَ. قَالَ: وَأَمَّا النَّسْكَ فَنَشَاءٌ وَأَمَّا الصَّيَامُ فَثَلَاثَةُ أَيَّامٍ وَأَمَّا الطَّعَامُ فَيَطْعِمُ سِتَّةَ مَسَاكِينَ لِكُلِّ مَسْكِينٍ مُدَّانٍ بِالْمُدِّ الْأَوَّلِ مُدَّ النَّبِيِّ ﷺ.

الشرح: قوله ﷺ وقد سئل عن فدية الأذى، اصحابها مخير بين الصوم والإطعام والدم: «إن كل شيء في كتاب الله في الكفارات كذا وكذا فصاحبه مخير» ذلك جواب للسائل عن أكثر مما سأله عنه؛ لأن السائل إنما سأله عن فدية الأذى فقط، فأجاب عنها وعن غيرها من الكفارات، وذلك سائغ للمستعمل أن يخص مسألة السائل

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣١٢/١٣.

١٤٢ كتاب الحج

بالجواب، أو يزيد عليها، وذلك بقدر ما يرى من فهم السائل وحاجته إلى ذلك.

فإذا كان السائل من أهل الفهم، وممن يحرص على العلم أجيب بأكثر مما سأل إن أمكن ذلك؛ لأنه عون له على ما يطلبه من العلم وإرشاد له إلى ما لا يهتدى إلى السؤال عنه، وجمع له لكثير من العلم، ولعل فيه تقريباً لما تعلق الحكم الذي يسأل عنه فقد زاده علماً مع جوابه عما سأل عنه.

فصل: وقوله: «ما في كتاب الله تعالى من الكفارات بأوانه» على التخيير احترازاً مما ورد لغير التخيير في غير الكفارات من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَطْعَمْنَهُمْ أَمْثًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤]، فإن «أو» هاهنا ليست للتخيير، وإنما هي للمساواة.

وفي قوله تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَاهُ إِلَى مِائَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ﴾ [الصافات: ١٤٧]، ليست للتخيير أيضاً، وإنما هي للإيهام، وأما في الكفارات حيث وردت في القرآن، فإنما هي للتخيير، وكذلك وردت في كفارات الأيمان وجزاء الصيد وفدية الأذى.

فصل: وقوله: «وأما النسك فشاة» يريد أنها لا يجوز التقصير عنه، وقد قدمنا أنه من أخرج عنها من بهيمة الأنعام بدنة أو بقرة أجزأه.

وقوله: «وأما الصيام، فثلاثة أيام وأما الإطعام فيطعم ستة مساكين مدين مدين لكل مسكين» فعلى ما تقدم في حديث النبي ﷺ.

فصل: وقوله: «مدان بالمد الأول، مد النبي ﷺ» فلأنه المد الشرعي، ومتى أطلق المد في الشرع اقتضى ذلك مد النبي ﷺ لأنه مد صاحب الشرع، ومد وقت إثبات الشريعة.

وقول مالك: «إنه المد الأول» يريد أنه مد المدينة قبل مد هشام، وهو الذي كان يجري في عهد النبي ﷺ.

قَالَ مَالِكٌ: وَسَمِعْتُ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ: إِذَا رَمَى الْمُحْرِمُ شَيْئًا، فَأَصَابَ شَيْئًا مِنَ الصَّيْدِ لَمْ يُرِدْهُ، فَقَتَلَهُ، إِنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَفْدِيَهُ، وَكَذَلِكَ الْحَلَالُ يَرْمِي فِي الْحَرَمِ شَيْئًا فَيَصِيبُ صَيْدًا لَمْ يُرِدْهُ فَيَقْتُلُهُ، إِنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَفْدِيَهُ لِأَنَّ الْعَمْدَ وَالْخَطَأَ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ سَوَاءٍ^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣١٢/١٣.

كتاب الحج ١٤٣

الشرح: قوله: «فمن أصاب صيداً لم يردده فقتله أن عليه أن يفديه» لأن العمد والخطأ في ذلك بمنزلة سواء حكم صحيح، وبه قال جمهور الفقهاء غير دواد الأصبهاني، فإنه قال: لا فدية على من أصاب صيداً خطأ. وقد تقدم الكلام فيه بما يغنى عن إعادته.

مسألة: وما تسبب من فعل المحرم مما لا تدعو المحرم الضرورة العامة إليه، فهلك فيه صيد، فعليه جزاؤه مثل أن ينصب شركاً للصيد أو يحفر بئراً ليقع فيه سبع، فوقع في ذلك صيد، فعطب، فعليه جزاء ذلك عند ابن القاسم.

واحتج لذلك بأنه نصبه للصيد، فكان ضامناً لما وقع فيه بمنزلة من حفر في منزله بئر للسارق، فوقع فيه غير السارق، فإن عليه جزاءه، ولو حفر للماء فوقع فيه صيد أو غيره، لم يكن عليه شيء، ولذلك قال ابن القاسم فيمن حفر محرماً بئراً للماء فعطب فيه الصيد: أنه لا شيء عليه.

فصل: وقوله: «وكذلك الحلال يرمى في الحرم شيئاً فيصيب صيداً لم يردده، فيقتله أن عليه أن يفديه» يريد أن حكم المحرم في ذلك حكم الإحرام، وأن عمدته وخطأه في ذلك سواء، وعلى ذلك يتفرع ما قدمناه مما يتسبب من فعل المحرم إذا تسبب مثل ذلك من فعل الحلال في الحرم.

مسألة: ومن أرسل كلبه في الحل على صيد في الحل قريباً من الحرم فقتله، فقد روى ابن المواز عن أصبغ: لا شيء عليه. وفي المبسوط: وقد قال أصحابنا: عليه الجزاء.

فالقول الأول مبنى على أن ما قرب من الحرم، ليس له حكم الحرم في المنع من الصيد، إلا من جهة التنفير، فإذا سلم من واقعة المحذور، فهو مباح.

ووجه القول الثاني ما احتج به أن هذا موضع حكمه حكم الحرم؛ لأن ما فيه يسكن بسكون ما في الحرم وينفر بحركته.

مسألة: ومن رمى من الحل صيداً في الحل قريباً من الحرم، فأصابه في الحل، فتحامل الصيد، فدخل الحرم، فمات فيه، فقد قال ابن المواز: لا فدية عليه، فإن كان السهم أنفذ مقاتله أكل، وإن لم يكن أنفذ مقاتله لم يؤكل.

ووجه سقوط الفدية عنه، أنه قد سلم من إصابة الصيد في الحرم، فإن كانت

١٤٤ كتاب الحج

ذكاته، قد كملت في الحل بإنفاذه مقاتله أكل، وإن لم يتم في الحل لم يؤكل، ويجيء على قول ابن الماجشون في المبسوط: لا يؤكل لأن ما قرب من الحرم، حكمه حكم الحرم.

مسألة: ومن رمى من الحرم صيداً في الحل، فأصابه أو رمى من الحل صيداً في الحل، إلا أن سهمه لم يقتله فأنفذ إلى الحرم، فقد قال ابن القاسم في المسألتين: لا يأكله، وعليه جزاؤه. وقال أشهب: يأكله، ولا جزاء عليه في المسألتين.

وجه قول ابن القاسم أن هذا صيد لم يتخلص من حرمة الحرم، فلم يجوز أكله، فوجب به الجزاء. أصل ذلك إذا كان الصيد في الحرم.

وجه قول أشهب أن هذا صيد في الحل، فكان اصطياؤه مباحاً. أصل ذلك إذا كان الصائد في الحل.

مسألة: ومن أرسل كلبه أو بازه في الحل على صيد في الحل، فاتبعه، فأدركه في الحرم فقتله، ففي المدونة: إن كان أرسله بقرب الحرم، فعليه جزاؤه، ولا يؤكل الصيد، وإن كان أرسله بعيد من الحرم بحيث لا يظن أنه يدخل الحرم، فلم يدركه إلا في الحرم، ففي المدونة من قول مالك: لا يؤكل ذلك الصيد، ولا جزاء عليه.

وجه ذلك أنه في المسألة الأولى غرر، فعليه الجزاء. وفي المسألة الثانية لم يغرر، فلا جزاء عليه. وقد أصيب الصيد في المسألتين في الحرم، فلا يؤكل.

مسألة: ومن أرسل كلبه في الحل على صيد في الحل، وأدخله الكلب الحرم، ثم أخرجه، فقتله في الحل، فالصيد لا يؤكل على كل وجه، ويعتبر في وجوب الجزاء ما تقدم من قرب الحرم وبعده، قاله ابن القاسم في المدونة ووجهه ما تقدم.

مسألة: ومن أرسل كلبه من الحرم على صيد في الحل، فقد قال ابن القاسم: عليه جزاؤه، ولا يؤكل. وقال ابن الماجشون: له أن يرسل كلبه من الحرم على صيد في الحل إذا كان الصيد بموضع بعيد من الحرم لا يسكن لسكونه؛ لأن الحرم لا يحرم الصائد، وإنما يحرم الصيد. وجه قول ابن القاسم أن الحرم يمنع الصائد كما يمنع الإحرام.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْقَوْمِ يُصَيِّبُونَ الصَّيْدَ جَمِيعًا وَهُمْ مُحْرَمُونَ أَوْ فِي الْحَرَمِ، قَالَ: أَرَى أَنَّ عَلَى كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ جَزَاءَهُ، إِنْ حُكِمَ عَلَيْهِمْ بِالْهَدْيِ، فَعَلَى كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ هَدْيٌ، وَإِنْ حُكِمَ عَلَيْهِمْ بِالصِّيَامِ كَانَ عَلَى كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ الصِّيَامُ، وَمِثْلُ

كتاب الحج ١٤٥
ذَلِكَ الْقَوْمُ يَقْتُلُونَ الرَّجُلَ خَطَأً، فَتَكُونُ كَفَّارَةً ذَلِكَ عِتْقَ رَقَبَةٍ عَلَى كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ
أَوْ صِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ عَلَى كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن القوم إذا أصابوا الصيد جميعاً، وهم مجرمون أو في الحرم؛ لأن حكم ذلك عنده سواء، يجب الجزاء به في المسألتين، فإن على كل إنسان منهم جزاء كاملاً كما لو انفرد بقتله؛ لأن حكم ذلك كالكفارة، والكفارة لا تبعض، وقد تقدم بياننا لذلك.

فصل: وقوله: «فإن حكم عليهم بالهدى، فعلى كل إنسان منهم هدى» يريد أنه إن كان مثل من النعم واختاروا الحكم عليهم بالمثل، فعلى كل إنسان منهم أن يهدى ذلك في المثل، ولو اختار بعضهم الهدى وبعضهم الإطعام وبعضهم الصيام يحكم على كل إنسان منهم بما اختار من ذلك بقدر ما كان يحكم عليه به لو انفرد بقتله.

فصل: وقوله: «وإن حكم عليهم بالصيام كان على كل إنسان منهم صيام» يريد إن اختاروا أن يحكم عليهم بالصيام، فإن الصيام أيضاً لا تبعض في حقهم، ويحكم على كل إنسان من الصيام بما كان يحكم عليه به لو انفرد بقتله، وقد فسر ذلك واحتج له بالقوم يقتلون الرجل خطأ، أنه يجب على كل واحد منهم كفارة كاملة كما لو انفرد بقتله.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ رَمَى صَيْدًا أَوْ صَادَهُ بَعْدَ رَمِيهِ الْحَمْرَةَ وَحِلَاقِ رَأْسِهِ غَيْرَ أَنَّهُ لَمْ يُفِضْ إِنَّ عَلَيْهِ جَزَاءَ ذَلِكَ الصَّيْدِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وَمَنْ لَمْ يُفِضْ فَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ مَسُّ النِّسَاءِ وَالطَّيْبِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من لم يفيض، فلم يكمل تحلله بدليل أنه ممنوع من النساء والطيب، فلا يجوز له الاصطياد؛ لأنه إنما أبيض له الاصطياد بعد التحلل، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ وهذا لم يكمل تحلله بعد، فإن خرج إلى الحل، لم يجوز له الاصطياد لحرمته إجماعاً.

وإنما يستباح برمي جمرة العقبة ما تجب به الفدية مما ليس من دواعي الاستمتاع من حلق الشعر وإلقاء التفت واللباس الذي لا يجب به هدى، وإنما خص من ذلك الطيب؛ لأنه من دواعي النكاح والاستمتاع، وذلك ممنوع بعد في حقه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣١٤/١٣.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣١٥/١٣.

١٤٦ كتاب الحج
قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ عَلَى الْمُحْرَمِ فِيمَا قَطَعَ مِنَ الشَّجَرِ فِي الْحَرَمِ شَيْءٌ، وَلَمْ يُلْغْنَا
أَنَّ أَحَدًا حَكَمَ عَلَيْهِ فِيهِ بِشَيْءٍ وَبِئْسَ مَا صَنَعَ^(١).

الشرح: قوله: «ليس على المحرم فيما قطع» إلى آخر الفصل ذكر فيه مسألتين،
إحدهما قوله: «ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شيء» والثانية قوله:
«وبئس ما صنع» فنص على المنع من ذلك، وتتعلق بذلك مسألة ثالثة، وهي تبيين الشجر
المنوع قطعه وتمييزه من غيره.

فأما المسألة الأولى في أنه لا يجب به شيء، فهو مذهب مالك. وقال أبو حنيفة
والشافعي: يجب عليه به الجزاء.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى لو أتلفه المحرم في الحل، لم يجب عليه جزاء،
فإذا أتلفه الحلال في الحرم لم يجب عليه جزاء. أصله ذبح الدواب.

مسألة: وأما المسألة الثانية في المنع من قطع شجر الحرم، فهو مذهب مالك والشافعي
وأبي حنيفة. والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يَحْتَلَى خِلاهَا وَلَا
يَعْضُدُ شَجَرَهَا».

مسألة: وأما تبيين ما يستباح قطعه من شجر الحرم وتمييزه مما هو ممنوع، فإن المنوع
منه ما هو من شجر البادية مما لا يملك غالباً وجرت العادة بأن يثبت من غير عمل آدمي
كالطلح والسمر والسعدان، وما جرى مجرى ذلك، وكذلك سائر أنواع الحشيش إلا
الإذخر.

والأصل في ذلك ما روى عنه ﷺ أنه قال: «لا يَحْتَلَى خِلاهَا وَلَا يَعْضُدُ شَجَرَهَا».
فقال العباس: إلا الإذخر يا رسول الله، فإنه لصاغتتنا وقبورنا، فقال ﷺ: «إلا
الإذخر»^(١).

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والسنا عندي مثله، ولم أر فيه نصاً
لأصحابنا غير أن الحاجة إليه عامة، ولأنه لم يزل يؤخذ وينقل إلى البلاد على سبيل
التداوى، ولم ينكره أحد فصح أنه مباح، وهذا فيما يثبت بنفسه، فكان على حكم
أصله. وأما ما غرس منه واتخذ بالعمل وملكه العامل.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣١٦/١٣.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ١٣٤٩، ١٨٣٣، ١٨٣٤، ٢٠٩٠، ٤٣١٣. مسلم حديث
رقم ١٣٥٣. النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٨٩٢. أحمد في المسند حديث رقم ٢٢٧٩،
٣٢٤٣.

قال القاضي أبو الوليد: فعندى أنه يجوز أخذه، وهو قول أبي حنيفة.

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك.

ووجه إباحة ذلك عندى أنه بمنزلة ما يأنس من الوحش، فإن الحرم لا يمنع منه.

فرع: وأما ما جرت العادة بأنه يملك ويفرس ويعمل كالنخل والرمان والجوز والخوخ وما أشبهها، فإنه غير ممنوع قطعه وكذلك ما كان يتخذ من البقول، وسواء نبت بنفسه أو بصنع آدمي؛ لأنه على أصله، ويجرى ذلك مجرى الحيوان ما كان أصله التأنيس، فإنه لا يمنع من اصطیاده فى الحرم، وإن توحش.

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَجْهَلُ أَوْ يَنْسَى صِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ أَوْ يَمْرُضُ فِيهَا فَلَا يَصُومُهَا حَتَّى يَقْدَمَ بَلَدَهُ، قَالَ: لِيُهْدَى، إِنْ وَجَدَ هَدْيًا وَإِلَّا فَلْيَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي أَهْلِيهِ وَسَبْعَةَ بَعْدَ ذَلِكَ.

الشرح: نص مالك رحمه الله على حكم من جهل أو نسى صيام ثلاثة أيام فى الحج، ويحتمل قوله: «أو جهل» وجهين، أحدهما: أن يكون جهل الحكم.

والثانى: أن يكون معنى جهل، فعل ما لا يجوز، فيكون معنى جهل هنا تعمد، فإن قلنا إن معنى جهل تعمد، فقد استوعب حكم العامد والناسى. وإن قلنا معنى جهل لم يعلم الحكم، فإنه ترك ذكر العامد، وإن كان حكمه حكم الناسى والمخطئ إعظاماً لفعله، وتغليظاً لحكمه، والأفضل أن تجعل لفظة جهل على الوجهين لاحتمالها لهما.

فصل: وقوله بعد ذلك: «أو يمرض فيهما» نص على المرض ليستوعب أقسام التاركين بذكر النسيان والعمد لغير عذر، والعمد للعذر الغالب، فإنه إذا قدم بلده يهدى أن وجد هدياً، وإن عدمه صام على ما تقدم من أن الاعتبار بحال الأداء، فإذا كان حال الأداء واجداً للهدى لم يجزه الصوم، وإن كان حين الوجوب معسراً، وإن كان حين الأداء عادماً للهدى أجزأه الصوم.

فصل: وقوله: «صام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة بعد ذلك» على ما تقدم من أن صيام المتمتع الذى لا يجد الهدى إنما توجه الأمر به إليه فى الحج ثلاث أيام وسبعة بعد الرجوع، فمن لم يصم حتى يقدم بلده عادماً للهدى، فإنه يصوم ثلاثة أيام وسبعة بعد ذلك.

ومعنى ذلك الفصل بين الثلاثة والسبعة، والتقديم لها عليها فى الرتبة. وقد تقدم من قول أحمد بن المعدل: إن الليل فاصل، فلم تبق إلا الرتبة فى النية. وتقدم من معنى قول أصبغ أن ذلك شرط فى صحتها. ومن قول مالك ما يدل على أن الترتيب قد سقط وجوبه، وقوله منها: «وسبعة بعد ذلك» يدل على أن الترتيب، إما واجب وإما مستحب.

مسألة: وبقي هاهنا مسألة، فإن كل ما يراعى فيه الفصل بين الثلاثة والسبعة، والترتيب فى الوقت أو بعده، فإنه يجوز صيامه فى أيام التشريق عند عدم المتعة والقران، وما لا يراعى فيه الفصل أو الترتيب فى الوقت إنما يجب صيام عشرة أيام وغير ذلك من الصوم، فإنه لا يصام فى التشريق والعاشر عن المشى وصيام فدية الأذى، فإنه لا يجوز صوم شىء من ذلك أيام التشريق.

* * *

جامع الحج

٩٣٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عِيسَى بْنِ طَلْحَةَ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ابْنِ الْعَاصِ أَنَّهُ قَالَ: وَقَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلنَّاسِ بِمِنَى، وَالنَّاسُ يَسْأَلُونَهُ فَجَاءَهُ رَجُلٌ، فَقَالَ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَمْ أَشْعُرْ فَحَلَقْتُ قَبْلَ أَنْ أَنْحَرَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَنْحَرَ وَلَا حَرَجَ» ثُمَّ جَاءَهُ آخَرُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ أَشْعُرْ، فَانْحَرْتُ قَبْلَ أَنْ أُرْمَى قَالَ: «ارْمِ وَلَا حَرَجَ» قَالَ: فَمَا سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ شَيْءٍ قُدِّمَ وَلَا أُخِّرَ إِلَّا قَالَ: «أَفْعَلْ وَلَا حَرَجَ».

الشرح: قوله: «وقف رسول الله ﷺ للناس بمنى» يحتمل أنه وقف ليعلم الناس دينهم، ويجيبهم عن مسائلهم فقد علم أنه وقت سؤال يسأله فى ذلك الوقت عما فاتته من حجه، وعما أدرك وعما قدم وأخر، ويسأله قوم عن المستقبل بمنى، وروى أن ذلك كان يوم النحر بمنى.

٩٣٤ - أخرجه البخارى فى العلم (٨١)، (١٢١)، الحج (١٦٢١، ١٦٢٢)، الأيمان والنذور (٦١٧٢).
ومسلم فى الحج (٢٣٠١: ٢٣٠٥). والترمذى فى الحج (٨٣٩)، الجنازات (٩١٦). وأبو داود فى المناسك (١٧٢٢)، الصوم (٢٠١٤). وابن ماجه فى المناسك (٣٠٤٢، ٣٠٥١). وأحمد فى مسند المكشزين من الصحابة (٦١٩٦، ٦٥٠٩، ٦٥٩٣، ٦٦٦٣، ٦٧٣٦). والدارمى فى المناسك (١٨٢٨، ١٨٢٩).

كتاب الحج ١٤٩

فصل: وقوله: «فجاء رجل، فقال: لم أشعر، فحلقت قبل أن أنحر» يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد به نسيته، فقدمت الحلاق عليه، وهو الأصح، وكذلك رواه ابن جريج عن عيسى بن طلحة عن عبيدالله بن عمر، وحدثه أنه شهد النبي ﷺ يخطب يوم النحر، فقام إليه رجل، فقال: إني كنت أحسب أن كذا قبل كذا.

فصل: وقوله ﷺ: «انحر ولا حرج» يحتمل أن يريد لا إثم عليك، لأن الحرج الإثم، ومعظم سؤال السائل إنما كان عن ذلك خوفاً من أن يكون قد أثم، فأعلمه النبي ﷺ أن لا حرج عليه، إذ لم يقصد المخالفة، وإنما أتى ذلك عن غير علم، ولا قصد مع خفة الأمر، وإنما هو ترتيب مستحب لا تبطل العبادة مخالفته، ولا تؤثر فيها نقصاً.

فصل: وقوله: «فما سئل رسول الله ﷺ عن شيء قدم ولا أخر إلا قال: افعل ولا حرج» لا يقتضى إباحة ذلك؛ لأنه إنما سأل عن فعل ذلك جهلاً، وقد بين الترتيب في الحج، فكان ذلك هو المشروع، ولا يقتضى ذلك رفع الحرج في تقديم شيء ولا تأخيره عن المسألين المنصوص عليهما؛ لأننا لا ندرى عن أى شيء غيرهما سئل في ذلك اليوم، وجوابه إنما كان عن سؤال السائل، فلا يدخل فيه غيره كما لا يدخل في قوله: «انحر ولا حرج، ارم ولا حرج» غير ذلك مما لم يسأل عنه ولم يجب فيه، والله أعلم.

٩٣٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا قَفَلَ مِنْ غَزْوٍ أَوْ حَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، يُكَبِّرُ عَلَى كُلِّ شَرْفٍ مِنَ الْأَرْضِ ثَلَاثَ تَكْبِيرَاتٍ ثُمَّ يَقُولُ: «لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ لَهُ الْمُلْكُ، وَلَهُ الْحَمْدُ، وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، آيُّونَ تَائِبُونَ عَابِدُونَ سَاجِدُونَ، لِرَبِّنَا حَامِدُونَ، صَدَقَ اللَّهُ وَعْدَهُ، وَنَصَرَ عَبْدَهُ، وَهَزَمَ الْأَحْزَابَ وَحْدَهُ».

الشرح: قوله: «كان رسول الله ﷺ إذا قفل من حج أو غزو أو عمرة» يريد يرجع إلى المدينة موضع استيطانه ومقامه والقول هو الإياب، ولا يسمى المتوجه من بلده قافلاً، وإنما يسمى بذلك الراجع إليه، فكان رسول الله ﷺ إذا رجع إلى المدينة من سفر.

٩٣٥ - أخرجه البخارى فى الحج ١٦٧٠. ومسلم فى الحج ٢٣٩٤. والترمذى فى الحج ٨٧٣. وأبو داود فى الجهاد ٢٣٨٩. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٣٦٧، ٤٣٤١، ٤٤٠٧، ٤٤٨٧، ٤٧٢٠، ٥٠٤٣، ٥٥٦٧.

١٥٠ كتاب الحج

وإنما كانت السفارة في أحد هذه الوجوه الثلاثة، غزو أو حج أو عمرة، فكان يكبر على كل شرف من الأرض تعظيمًا لله، ومواظبة على ذكره وإظهارًا لكلمته، وإنما كان يخص بذلك الشرف؛ لأن منه يرى من الأرض ما يقع عليه بصره، فكان يستحب أن يفعل ذلك أول ما يرى من الأرض مما فتحه الله عليه، ويستقبله بالتكبير والتعظيم، ولأن ما شرع فيه الإعلام من الذكر، فالأحق به ما علا من الأرض كالأذان والتلبية؛ لأن في ذلك إظهارًا للذكر، وفي تخصيص المطمئن به من الأرض ضرب من التستر.

فصل: وقوله ﷺ: «لا إله إلا الله» إظهار للتوحيد، وإعلام به واستدامة للإيمان به.

وقوله: «له الملك وله الحمد» تخصيص له بالملك والحمد لأن الألف واللام في كل واحد منهما للجنس، فجعل جنس الملك، وهو جميعه لله تعالى لأنه لا ملك لأحد على الحقيقة إلا له، وجعل جميع الحمد لله عز وجل، فإن أحدًا لا يستحق الحمد على الحقيقة سواه، وإنما يحمد غيره لما أمر الله أن يحمد.

فصل: وقوله ﷺ: «على كل شيء قدير» إعلام أنه هو القدير على ما كان يعدهم به من نصر عبده، وإظهاره على الدين كله، وإذكار لهم بما أخبرهم به من عظيم قدرته تعالى، وأنه لا يغلب من نصره ولا ينصر من حاربه.

فصل: وقوله ﷺ: «أيون تائبون» يريد ﷺ أنه ومن كان معه من الصحابة الكرام أيون من سفرهم، تائبون لله تعالى من كل ما نهى عنه، عابدون له دون من سواه، ساجدون له، حامدون على ما تفضل به عليهم من النصر والتأييد، والحفظ في السفر والعون عليه، والتوفيق للصواب في جميعه.

فصل: وقوله ﷺ: «صدق الله وعده» يريد والله أعلم، أنه الصادق في وعده لرسوله ﷺ بنصره وتأييده وعصمته من الناس، «ونصر عبده ورسوله» وهزم الأحزاب وحده» يريد ﷺ أنه تعالى المنفرد بإعزاز دينه، وإهلاك عدوه، وغلبة الأحزاب، ويحتمل أن يريد به في سائر الأيام والمواطن، والله أعلم.

٩٣٦ - مَالِك، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عُقْبَةَ، عَنْ كُرَيْبِ مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ

٩٣٦ - أخرجه مسلم في الحج ٢٣٧٨. والنسائي في مناسك الحج ٢٥٩٥، ٢٥٩٦، ٢٥٩٧،
٢٥٩٨، ٢٥٩٩. وأبو داود في المناسك ١٤٧٥. وأحمد في مسند بنى هاشم ١٨٠٠، ٢٠٧٨،
٢٤٧٩، ٣٠٢٧.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٦١/٦: هذا الحديث مرسل عند أكثر الرواة للموطأ، وقد أسنده =

ابن عباس أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَرَّ بِامْرَأَةٍ، وَهِيَ فِي مُحَفَّتَيْهَا^(١) فَقِيلَ لَهَا هَذَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَخَذَتْ بِضَبْعَيْ^(٢) صَبِيٍّ كَانَ مَعَهَا، فَقَالَتْ: أَلْهَذَا حَجٌّ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: «نَعَمْ وَلَكَ أَجْرٌ».

الشرح: قوله: «أن رسول ﷺ مر بامرأة وهي في محفتيها» ذكر أن ذلك في حجة الوداع، فقيل لها: «هذا رسول الله ﷺ» فقد كانت فيمن آمن به، ولم تره، ولم تعرف عينه فلذلك أخبرت به.

فصل: وقولها في الصبي: «ألهذا حج» سؤال عن حكم الصبي، إن كان ممن تصح منه هذه العبادة، وإنما أرادت به الحج المشروع على سبيل الندب والاستحباب، ولذلك قال لها: «نعم ولك أجر» يريد والله أعلم في عونه على ذلك.

مسألة: والصبيان على ضربين، ضرب يفهم ما يؤمر به، وضرب يصغر عن ذلك، فلا يفهم ما يؤمر به، ولا ينتهي عما نهى عنه.

فأما الأول، فروى ابن المواز وابن وهب عن مالك: لا يحج بالرضيع، وأما ابن أربع سنين وخمس، فنعم، وهذا إنما هو على الاستحباب، وإن أحرم به وألزم الإحرام لزمه، وإن كان صغيراً لا يفهم، فقد قال في المبسوط، في الصبي البذي لا يتكلم من صغره: لم يلب عنه، ولكن يجرد، فإذا جرد ونودي بتجريدته للإحرام، فهو محرم.

ووجه ذلك عندى أن الرضيع لا يفهم ولا يمثل ما يؤمر به، ولا يزدجر عما عنه، فكان كالمغمي عليه مع ما يلحقه من المشقة بالإحرام.

مسألة: فإن كان ممن يستطيع الطواف والسعي، باشر ذلك بنفسه، وإن كان لا يستطيع ذلك لضعفه أو لأنه لا يفهمه، طاف به من حج به.

ووجه ذلك أنا إذا جوزنا إحرامه، وألزمناه إياه، كان من مقتضاه الطواف والسعي، وكان لا يطيق ذلك، ولا بد أن يطوف به غيره.

عن مالك ابن وهب والشافعي وابن عثمة وأبو المصعب وعبد الله بن يوسف، قالوا فيه: عن مالك، عن إبراهيم بن عقبة، عن كريب مولى ابن عباس، عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ... الحديث.

(١) محفتها: هي شبيهة اليهودج.

(٢) بضبعي: هما باطننا الساعد.

١٥٢ كتاب الحج

وفى ذلك مسائل، وذلك أن مناسك الحج أفعال وسعى، فأما الأفعال، فتنقسم إلى قسمين كما ينقسم السعى إلى قسمين.

فأما القسم الأول من الأفعال، فله تعلق بالبيت ويفتقر إلى طهارة، كركعتي الفجر، فهذا القسم لا يدخله النيابة، ولا يفعله أحد من كبير ولا صغير، ولا يفعله كسائر الصلوات، ولا يلزم على هذا المستأجر على الحج؛ لأننا إذا قلنا إن الحج إنما هو حج المباشرة له، فإنما للمستأجر عنه نفقته، فإن المصلي إنما يركع عن نفسه، فليس فى ذلك نيابة عن أحد.

وإن قلنا إن الحج عن المحجوج عنه، فلا يلزمنا أيضاً لأن المباشر للحج لما دخل فيه، لزمه جميع أفعاله، وهو المطلوب بها، ولذلك يلزمه الإحرام، وغير ذلك من أفعال الحج، ولزمه الإمساك عن الصيد وغير ذلك من محظورات الإحرام، وإنما كلامنا فى منسك واحد من مناسك الحج أو العمرة، يفعله أحد عن أحد، ألا ترى أن غير ذلك من مناسك الحج المفردة يفعلها عن غيره أو بغيره من هو محرم بالحج، ولا يصح أن يحج أحد عن أحد، من هو محرم عن نفسه بالحج، فبان الفرق بينهما.

مسألة: وأما القسم الثانى من الأفعال، فلا يفتقر إلى طهارة، ولا تعلق له بالبيت كرمى الجمار، فهذا تدخله النيابة للضرورة، إلا أنه لما كان من الأفعال، ولم يجوز أن يفعله النائب عن نفسه وعن المستتيب فعلاً واحداً، ولكن يفعله عن نفسه، ثم يفعله عن المستتيب ثانية.

والكلام فيه فى فصلين، أحدهما: أنه لا ينوب فيه فعل واحد عن عبادة رجلين.

والثانى: أنه يجب أن يتقدم فعل النائب عن نفسه قبل أن يفعله عن غيره.

والدليل على أنه لا ينوب فعل واحد عن نسك رجلين، أن النائب قد لزمه هذا الفعل عن نفسه كاملاً على وجهه، فلم يجوز أن ينوب عن فعل غيره؛ لأنه لا يفعله حينئذ عن نفسه على ما قد لزمه.

ووجه ثان أن فعله عن نفسه فرض؛ لأنه قد لزمه بإحرامه وفعله عن غيره تطوع، ولا يجوز أن يكون فعل واحد، يقتضى به الفرض والتطوع.

مسألة: وأما السعى، فإنه ينقسم إلى قسمين، القسم الأول: يفتقر إلى الطهارة، وله تعلق بالبيت كالطواف، فهذا يجوز أن يفعله الإنسان عن عجز عنه لصغره، ولا يجوز

كتاب الحج ١٥٣
أن ينوب عنه فيه جملة؛ لأن له تعلقاً بالبيت ويفتقر إلى الطهارة كالصلاة، وإنما جاز أن يفعله به؛ لأن ذلك من باب الحمل له، ويجوز أن يفعله الإنسان راكباً للعدر، فالحمل فيه من هذا الباب، ولا يجوز أن يفعله عن نفسه وعن غيره فى طوف واحد لتعلقه بالبيت، وافتقاره إلى الطهارة، ولأنه قد لزمه فرضه، فلا يجوز أن يؤدى بفعل واحد فرضاً، ويتطوع به.

مسألة: والقسم الثانى من السعى، لا تعلق له بالبيت، ولا يفتقر إلى طهارة كالسعى بين الصفا والمروة والوقوف بعرفة والمزدلفة، فهذا يجوز أن يفعله عن نفسه ولغيره فى مرة واحدة؛ لأنه عمل لا يفتقر إلى الطهارة، ولا يتعلق بالبيت كالحمل له إلى منى وعرفة.

٩٣٧ - مَالِك، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي عَبَّالَةَ، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ كَرِيزٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا رَأَى الشَّيْطَانُ يَوْمًا هُوَ فِيهِ أَصْغَرُ وَلَا أَذْخَرُ^(١) وَلَا أَحْقَرُ وَلَا أَغْيَظُ مِنْهُ فِي يَوْمٍ عَرَفَةَ وَمَا ذَاكَ إِلَّا لِمَا رَأَى مِنْ تَنْزُلِ الرَّحْمَةِ، وَتَجَاوُزِ اللَّهِ عَنِ الذُّنُوبِ الْعِظَامِ إِلَّا مَا أَرَى يَوْمَ بَدْرٍ، قِيلَ: وَمَا رَأَى يَوْمَ بَدْرٍ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: أَمَا إِنَّهُ قَدْ رَأَى جِبْرِيلَ يَزَعُ^(٢) الْمَلَائِكَةَ».

الشرح: قوله ﷺ: «ما رأى الشيطان يوماً هو فيه أصغر» يحتمل أن يريد الصغار والخزى والذل، ويحتمل أن يريد به تضاوله وصغر جسمه، وأن ذلك يصيبه عند نزول الملائكة وإغصاب نزولها له.

وقوله: «ولا أحقر» يحتمل الوجهين المتقدمين فى أصغر.

وقوله: «ولا أغيط» من الغيظ الذى يصيبه فى يوم عرفة.

فصل: وقوله: «وما ذاك إلا لما رأى من تنزل الرحمة، وتجاوز الله عن الذنوب

٩٣٧ - أخرجه البغوى فى شرح السنة ١٥٨/٧ عن عبيد الله بن كريز. البيهقى فى الشعب برقم ٤٠٦٩ عن طلحة. السيوطى فى الدر المنثور ٢٢٨/١ وعزاه لمالك. والبيهقى والأصبهاني فى الترغيب عن طلحة بن عبيد الله بن كريز. وذكره فى الكنز برقم ١٢١٠٥. وعزاه السيوطى للبيهقى فى الشعب عن طلحة بن عبيد الله. والمنذرى فى الترغيب والترهيب ٢٠١/٢ عن طلحة ابن عبيد الله.

(١) أذخر: أى أبعد عن الخير.

(٢) يزع: أى يصفهم للقتال من ويكفهم من أن يشف بعضهم على بعض فى الصف.

١٥٤ كتاب الحج

العظام» يحتمل أن يكون منزل الرحمة التي يراها أنه يرى الملائكة ينزلون على أهل عرفة، قد عرف الشيطان أنهم لا ينزلون إلا عند الرحمة لمن ينزلون عليه.

ولعل الملائكة يذكرون ذلك، إما على وجه الذكر بينهم أو على وجه الإغاطة للشيطان لعنه الله، ويخلق الله للشيطان إدراكًا يدرك به نزولهم، ويدرك به ذكرهم لذلك، ولعله يسمع منهم إخبارهم بأن الله تعالى قد تجاوز لأهل الموقف عن جميع ذنوبهم، وعمًا يوصف بالعظم منها.

ويحتمل أن ينص على ذلك، ويحتمل أن يخبر به عنه يخبر يفهم منه المعنى، وإن لم ينص على نفس المعصية سترًا من الله تعالى على عباده المغفور لهم.

فصل: وقوله ﷺ: «إلا ما رأى يوم بدر» وذكر «أنه رأى الشيطان جبريل عليه السلام يزغ الملائكة» يعنى والله أعلم، يمنعها مما أمر أن يمنعها منه، ويقضى ذلك أن تكون ملائكته نزلت بالرحمة على أهل بدر مع النصر الذى نصرهم الله به على أعدائهم، وكان الشيطان أدركه الصغار والغيظ يوم بدر لما رأى من الرحمة مع النصر، ويحتمل أن يكون ذلك أصابه لما رأى من النصر، وإن لم يدرك معنى الرحمة التى أنزلت عليهم، فأدركه الصغار لما رأى من ظهور الإيمان وغلبة الحق.

٩٣٨ - مَالِك، عَنْ زِيَادِ بْنِ أَبِي زِيَادٍ مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عِيَّاشٍ. بِنِ أَبِي رَيْبَعَةَ، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ كَرِيزٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَفْضَلُ الدُّعَاءِ دُعَاءُ يَوْمِ عَرَفَةَ، وَأَفْضَلُ مَا قُلْتُ: أَنَا وَالنَّبِيُّونَ مِنْ قَبْلِي لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ».

الشرح: قوله ﷺ: «أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة» يريد ﷺ أنه أكثر ثوابًا للداعى، وأقرب إلى الإجابة، فإن الفضل للداعى إنما هو فى كثرة الثواب وكثرة الإجابة.

فصل: وقوله ﷺ: «أفضل ما قلت أنا والنبيون من قبلى: لا إله إلا الله وحده لا شريك له» يريد والله أعلم، أنه أكثر ثوابًا من غيره من الأذكار، ويحتمل أن يريد أنه أفضل ما دعا إليه، إلا أن الأول أظهر؛ لأنه أورد ذلك فى تفضيل الأذكار بعضها على بعض، ويحتمل أن يخص هذا الدعاء بأنه أفضل ما دعا به، هو والنبيون قبله، يعنى أن

٩٣٨ - أخرجه البخارى فى الحج ١٧١٥. ومسلم فى الحج ٢٤١٧. والترمذى فى الجهاد ٢٣١٠. وابن ماجه فى الجهاد ٢٧٩٥. وفى باقى مسند المكثرين ١١٦٢٥، ١٢٢٢٠، ١٢٣٨٧، ١٢٤٦٤، ١٢٨٦٦، ١٢٩٣٣، ١٢٩٥٥، ١٣٠٣٠. والدارمى ١٨٥٧.

الأنبياء صلوات الله عليهم يدعون بأفضل الدعاء ويهدون إليه، فإذا كان أفضل دعائهم، فهو أفضل الدعاء.

٩٣٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ مَكَّةَ عَامَ الْفَتْحِ، وَعَلَى رَأْسِهِ الْمِغْفَرُ، فَلَمَّا نَزَعَهُ جَاءَهُ رَجُلٌ، فَقَالَ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ابْنُ حَظَلٍ ^(١) مُتَعَلِّقٌ بِأَسْتَارِ الْكَعْبَةِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اقْتُلُوهُ».

قَالَ مَالِكٌ: وَلَمْ يَكُنْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَوْمَئِذٍ مُحْرِمًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ دخل مكة عام الفتح، وعلى رأسه المغفر» ^(١) يقتضى أحد أمرين، إما أن يكون غير محرم، فلذلك غطى رأسه بالمغفر، وهو الأظهر؛ لأنه لم يرو أحد أنه تحلل من إحرام. وقد روى عنه ﷺ أنه قال: «وإنما أحلت لي ساعة من نهار» ^(٢) فعلى أن دخول مكة على غير إحرام خاص بالنبي ﷺ.

٩٣٩ - أخرجه البخارى، ٤٣/٣ كتاب جزاء الصيد باب دخول الحرم ومكة بغير إحرام عن أنس. ومسلم ٩٩٠/٢ كتاب الحج باب ٨٤ رقم ٤٥٠ باب جواز دخول مكة بغير إحرام عن أنس. وأبو داود برقم ٢٦٨٥، ٥٩/٣ كتاب الجهاد باب قتل الأسير عن أنس. والنسائي ٢٠١/٥ كتاب مناسك الحج باب دخول مكة بغير إحرام عن أنس. وأحمد ١٠٩/٣ عن أنس. والبيهقى فى الكبرى ١٧٧/٥ عن جابر. وابن خزيمة برقم ٣٠٦٣، ٣٥٥/٤ عن أنس. وابن أبى شيبة ٤٩٢/١٤ عن أنس.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٨١/٦: اختلف فى اسم ابن حنظل هذا، فقيل: هلال بن حنظل، وقيل: عبد العزى بن حنظل، وقيل عبد الله بن حنظل، هذا قول ابن إسحاق وجماعة. وقال الزبير بن بكار: ابن حنظل الذى أمر رسول الله ﷺ بقتله يوم فتح مكة، وإن كان متعلقا بأستار الكعبة، فقتل على تلك الحال، هو هلال بن عبد الله بن عبد مناف بن أسعد بن جابر بن كبير بن تيم بن غالب بن فهر. قال: وعبد الله، هو الذى يقال له: حنظل ولأخيه عبد العزى بن عبد مناف أيضا حنظل، هما جميعا الخطلان. قال: فبنو تيم بن غالب بن فهر، يقال لهم: بنو الأدرم، وتيم هو: الأدرم بن غالب.

(٢) قال ابن عبد البر: المغفر: ما غطى الرأس من السلاح، كالبيضة وشبهها، من حديد كان أو من غيره، وقد روى بشر بن عمر الزهراني، عن مالك هذا الحديث بإسناده، وقال فيه: مغفر من حديد، وليس فى الموطأ: من حديد، ولا أعلم أحدا ذكر ذلك عن مالك، غير بشر بن عمر فى هذا الحديث.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ١٣٤٩، ١٨٣٣. مسلم حديث رقم ١٣٥٥. الترمذى حديث رقم ١٤٠٦. النسائي فى الصغرى حديث رقم ٢٨٩٢. أبو داود حديث رقم ٢٠١٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٧٩، ٧٢٠١.

ولهذا قال مالك: ولم يكن رسول الله ﷺ يؤمذ محرماً، وقد كان يحتمل أن يكون غطى رأسه لأذى اضطره إلى ذلك، وافتدى لو ثبت أنه دخل مكة محرماً.

ودخول مكة على ثلاثة أضرب، أن يريد دخولها للنسك في حج أو عمرة، فهذا لا يجوز أن يدخلها إلا محرماً، فإن تجاوز الميقات غير محرم ثم أحرم، فعليه دم. والضرب الثاني: أن يدخلها غير مريد للنسك، وإنما يدخلها لحاجة تتكرر كالحطابين وأصحاب الفواكه، فهؤلاء يجوز لهم دخولها غير محرمين؛ لأن الضرورة كانت تلحقهم بالإحرام متى احتاجوا إلى دخولها لتكرار ذلك. والضرب الثالث: أن يدخلها لحاجته، وهى مما لا تتكرر، فهذا لا يجوز له أن يدخلها إلا محرماً؛ لأنه لا ضرر عليه فى إحرامه، وإن دخلها غير محرم، فهل عليه دم أو لا؟ الظاهر من المذهب أنه لا شيء عليه، وقد أساء.

فصل: وقوله: «فلما نزع المغفر جاءه رجل فقال: يا رسول الله، ابن خطل متعلق بأستار الكعبة» ابن خطل، هو عبد الله بن خطل، فيحتمل أن يكون عرفه حينئذ لما أزال المغفر عن رأسه، ويحتمل أن يكون وافق نزع المغفر بحمىء الرجل وإخباره، وكان تعلق ابن خطل بأستار الكعبة استجارة بها، فإنه كان ممن يؤذى النبى ﷺ، وأن النبى ﷺ أمن كل من ألقى السلاح ودخل دار أبى سفيان إلا عبد الله بن خطل.

فصل: وقوله ﷺ: «أقتلوه» دليل على أنه لم تنفعه استجارته بالبيت والحرم لما أوجب الله تعالى عليه من سفك دمه، وهكذا كل من وجب عليه سفك دمه لقصاص أو غيره يقتل فى الحرم، وسيأتى ذكره فى كتاب الجنائيات إن شاء الله تعالى.

٩٤٠ - مالك، عن نافع أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة حتى إذا كان بقديد جاءه خبر من المدينة، فرجع فدخل مكة بغير إحرام.

وحدثني مالك، عن ابن شهاب بمثل ذلك.

الشرح: وقوله: «أن عبد الله بن عمر أقبل من مكة» يحتمل أنه كان يريد المدينة؛ لأن قديداً ما بين مكة والمدينة، فورد عليه بقديد خبر من المدينة، وذلك الخبر الذى ورد عليه يقتضى أن يكون اقتضى رجوعه إلى مكة لامتناع وصوله إلى المدينة، ويحتمل أن يكون اقتضى رجوعه إلى مكة ليخرج إلى المدينة على غير الصفة التى كان خرج عليها أو ليستصحب ما لم يكن استصحبه أو ليقدم ما لم يكن يقدمه.

كتاب الحج ١٥٧

فصل: وقوله: «فدخل مكة بغير إحرام» قد تقدم ذكر الدخول إلى مكة بغير إحرام ابتداءً، وما يلزم فيه من الإحرام، وما يجوز منه بغير إحرام، والكلام هاهنا في الرجوع إلى مكة لحاجة نسيها أو لقصة ذكرها، وهو لا يريد نسكاً، ولا مقاماً به، وإنما يريد أخذ ما نسيه، ثم يخرج عنها، فإن هذا عندي مثل من طاف طواف الوداع ثم رجع.

٩٤١ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَلْحَلَةَ الدَّيْلِيِّ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِمْرَانَ الْأَنْصَارِيِّ^(١)، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: عَدَلَ إِلَيَّ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، وَأَنَا نَازِلٌ تَحْتَ سَرْحَةٍ بِطَرِيقِ مَكَّةَ، فَقَالَ: مَا أَنْزَلَكَ تَحْتَ هَذِهِ السَّرْحَةِ؟ فَقُلْتُ: أَرَدْتُ ظِلَّهَا، فَقَالَ: هَلْ غَيْرُ ذَلِكَ؟ فَقُلْتُ: لَا مَا أَنْزَلَنِي إِلَّا ذَلِكَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا كُنْتَ بَيْنَ الْأَخْشَبِيِّنَ مِنْ مَنَى، وَنَفَخَ بِيَدِهِ نَحْوَ الْمَشْرِقِ، فَإِنَّ هُنَاكَ وَإِدْيَا يُقَالُ لَهُ السَّرُّ بِهِنَّ شَجَرَةٌ سُرٌّ تَحْتَهَا سَبْعُونَ نَبِيًّا».

الشرح: وقوله: «غدا إلى عبد الله بن عمر، وأنا نازل تحت سرحة بطريق مكة» السرحة الشجرة العظيمة، وإنما عدل إليه عبد الله بن عمر لما كان عنده من العلم ليختبر، إن كان ذلك أنزله أو أنزله الظل، فيعلمه بما عنده فني ذلك اغتناماً للأجر، وحرصاً على تعليم العلم، ولعل ابن عمر قد قصد مع ذلك التبرك بالوصول إليها، وذكر الله عندها لما كان عنده من علم فضلها إن كانت السرحة معينة عنده، أو لظنه أنها تلك لعدم مثلها في تلك الجهة، أو لعله رجا أن يكون عند عمران الأنصاري علم بعينها، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ما أنزلت تحت هذه السرحة؟» اختصاراً لما عند عمران الأنصاري في ذلك، فلما قال: «أردت ظلها» استفهمه إن كان اقترن بذلك غرض آخر من تبرك بها أو معرفة شيء مما يرجى عندها، فإنه يجتمع فيها الأمران لمن قصد ذلك ونواه.

فصل: وقوله ﷺ: «إذا كنت بين الأخشبين من منى» الأخشبان الجبلان، وهذا يدل

٩٤١ - أخرجه النسائي ٢٤٩/٥ كتاب مناسك الحج باب ما ذكر في منى. وأحمد ١٣٨/٢ عن

عبد الله بن عمر. والبيهقي في الكبرى ١٣٩/٨ عن عبد الله بن عمر. وأبو نعيم في الحلية

٣٣٦/٦ عن ابن عمر. وابن حبان ٤٧/٨ عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٩٠/٦: لا أعرف محمد بن عمران هذا إلا بهذا الحديث، وإن

لم يكن أبوه عمران بن حبان الأنصاري أو عمران بن سودة، فلا أدري من هو؟ وحديث هذا

مدني، وحسبك بذكر مالك له في كتابه.

١٥٨ كتاب الحج

على أن طريق عمران إلى مكة أو من مكة، كان على منى، إما لأنه كان واردًا من اليمن أو السراة أو لأنه جعل طريقه من المدينة على تلك الجهة.

فصل: وقوله: «ونفح بيده» يريد أشار، ولعله أراد البعد عن الموضع الذى كان به حين أشار.

فصل: وقوله ﷺ: «فإن هناك واديًا يقال له السرر به سرحة، سر تحتها سبعون نبيًا» يحتمل أن يكون الوادى يسمى السرر بذلك، وإنما أعلم بذلك ﷺ فيما يظهر إلى والله أعلم، لفضل الذكر عندها لمن مر بها ورجاء إجابة الدعاء وتنزل الرحمة عندها.

٩٤٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ ابْنِ أَبِي مُيَكَّةَ أَنَّ عُمَرَ ابْنَ الْخَطَّابِ مَرَّ بِامْرَأَةٍ مَجْدُومَةٍ، وَهِيَ تَطُوفُ بِالْبَيْتِ، فَقَالَ لَهَا: يَا أُمَّةَ اللَّهِ لَا تُؤْذِي النَّاسَ، لَوْ جَلَسْتَ فِي بَيْتِكَ، فَجَلَسَتْ، فَمَرَّ بِهَا رَجُلٌ بَعْدَ ذَلِكَ، فَقَالَ لَهَا: إِنَّ الَّذِي كَانَ قَدْ نَهَاكَ قَدْ مَاتَ، فَأَخْرَجِي فَقَالَتْ: مَا كُنْتُ لِأَطِيعَهُ حَيًّا، وَأَعْصِيَهُ مَيِّتًا.

الشرح: قوله للمرأة المجذومة الطائفة بالبيت: «يا أمة الله، لا تؤذى الناس» على سبيل الرفق بها فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر عرض عليها بالرفق ما هو أرفق بها، فأطاعته.

وقولها: «ما كنت لأطيعه حيًا وأعصيه ميتًا» تريد أنها إنما أطاعته لأنه أمرها بالحق، وذلك يوجب عليها امتثال ما أمر به فى كل وقت فى حياته وبعد موته.

٩٤٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ كَانَ يَقُولُ: مَا بَيْنَ الرَّكْنِ وَالْبَابِ الْمُلتَزِمُ.

الشرح: قوله: «ما بين الركن» يريد الركن الأسود وفيه الحجر «وبين الباب» يريد باب البيت الملتزم ومعنى ذلك التزام البيت والتعوذ به وموضع الدعاء والوقوف.

٩٤٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٢٣. عبد الرزاق فى المصنف ٧١/٥.

٩٤٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٢٤. البيهقى فى السنن الكبرى ١٦٤/٥. كشف الغمة ٢٢٣/١.

٩٤٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَذْكُرُ أَنَّ رَجُلًا مَرَّ عَلَى أَبِي ذَرٍّ بِالرَّبْدَةِ، وَأَنَّ أَبَا ذَرٍّ سَأَلَهُ أَيَّنَ تُرِيدُ؟ فَقَالَ: أَرَدْتُ الْحَجَّ، فَقَالَ: هَلْ نَزَعَكَ غَيْرُهُ؟ فَقَالَ: لَا، قَالَ: فَأَتَيْفِ الْعَمَلِ، قَالَ الرَّجُلُ: فَخَرَجْتُ حَتَّى قَدِمْتُ مَكَّةَ فَمَكَّثْتُ مَا شَاءَ اللَّهُ، ثُمَّ إِذَا أَنَا بِالنَّاسِ مُنْقَصِفِينَ عَلَى رَجُلٍ، فَضَاغَطْتُ عَلَيْهِ النَّاسَ، فَإِذَا أَنَا بِالشَّيْخِ الَّذِي وَجَدْتُ بِالرَّبْدَةِ، يَعْنِي أَبَا ذَرٍّ، قَالَ: فَلَمَّا رَأَى عَرَفَنِي، فَقَالَ: هُوَ الَّذِي حَدَّثْتَنِي.

الشرح: قوله: «أن رجلا مر على أبي ذر بالربدة» لأنه كان نزلها زمن عثمان رضي الله عنه، فقال أبو ذر للرجل: «أين تريد؟ فقال: أردت الحج، فقال له أبو ذر: هل نزعك غيره؟» أي هل حملك على سفرك هذا غيره من قصد حاجة أو تجارة أو نكاح أو غير ذلك من الأغراض، فقال له الرجل: «لا، قال: فأتيف العمل» ولذلك لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من حج هذا البيت، فلم يفسق رجح كيوم ولدته أمه»^(١) يريد والله أعلم أنه لا ذنب له؛ لأن ما أتى به من العمل، قد كفر سائر ذنوبه، فصار كيوم ولدته أمه لا ذنب له، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فمكثت ما شاء الله» يستعمل ذلك في المدة الطويلة، قال: «ثم إذا أنا بالناس منقصفين على رجل» يريد متزاحمين عليه، يقصف بعضهم بعضًا من شدة تزاحمهم، «فضاغطت عليه» يريد أنه ضايق الناس حتى وصل إلى النظر إليه، «فإذا أنا بالشيخ الذي وجدته بالربدة» يريد أبا ذر إذ قال له: «اتشف العمل فلما رآه أبو ذر عرفه»، ويقتضى ذلك أنه ذكر ما كان أخبره به من أنه يأتف العمل من خرج إلى الحج لا يخرج غيره.

فصل: وقول أبي ذر: «هو الذي حدثتك» تذكير بما جرى وثبات على قوله، وتحقيق الأمر عنده وتغيبط له بتكرره على ذلك الحج إن كان ذاك بمكة.

٩٤٥ - مَالِكُ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ الْإِسْتِثْنَاءِ فِي الْحَجِّ، فَقَالَ: أَوْ يَصْنَعُ ذَلِكَ أَحَدٌ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ.

٩٤٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٢٥.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١٣٥٠. البخاري حديث رقم ١٥٢١. الترمذي حديث رقم

٨١١. النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٦٢٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٨٨٩. أحمد في

المسند حديث رقم ٧٠٩٦.

٩٤٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٢٦.

١٦٠ كتاب الحج

الشرح: وقوله: «الاستثناء في الحج» يريد أن يشترط أن يتحلل حيث أصابه مانع، وذلك غير جائز عند مالك وأكثر العلماء.

سُئِلَ مَالِكٌ هَلْ يَحْتَسُّ الرَّجُلُ لِدَائِيهِ مِنَ الْحَرَمِ؟ فَقَالَ: لَا.

الشرح: وهذا كما قال أن لا يحتس أحد في الحرم لدابته ولا لغير ذلك إلا الإذخر الذى أباحه النبي ﷺ، والاحتشاش جميع الحشيش.

والأصل فى ذلك قوله ﷺ فى مكة: «لا تعضد شجرها، ولا يخلى خلاها» والخلى ما ييس من النبات والحشيش. فقال العباس: «إلا الإذخر يا رسول الله، فإنه لصاغتنا وقبورنا. فقال: إلا الإذخر»^(١) وقد قيس عليه السنة للحاجة العامة إليه كالإذخر.

مسألة: ومن احتش فى الحرم، فلا جزاء عليه. وقال الشافعى: عليه القيمة، وقد تقدم ذكره، ولا بأس أن يرعى الإبل فى الحرم. والفرق بينه وبين الاحتشاش أن الاحتشاش تناول قطع الحشيش، وإرسال البهائم للرعى ليس بتناول لذلك، وهذا لا يمكن الاحتراز منه، ولو منع منه لامتنع السفر فى الحرم، والمقام فيه لتعذر الامتناع منه والتحرز، والله أعلم وأحكم.

* * *

حج المرأة بغير ذى محرم

قَالَ مَالِكٌ فِي الصَّرُورَةِ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَمْ تَحُجَّ قَطُّ: إِنَّهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا ذُو مَحْرَمٍ يَخْرُجُ مَعَهَا أَوْ كَانَ لَهَا، فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَخْرُجَ مَعَهَا أَنَّهَا لَا تَتْرُكُ فَرِيضَةَ اللَّهِ عَلَيْهَا فِي الْحَجِّ لِتَخْرُجَ فِي جَمَاعَةِ النِّسَاءِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن المرأة لا يسقط عنها فرض الحج الذى فرض عليها إذا اجتمعت شروط الوجوب والأداء بعدم ذى محرم يخرج معها، وإذا وجدت جماعة نساء يخرجن خرجت معهن ولزمها ذلك، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا تخرج إلا مع ذى محرم، إلا أن يكون بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام بلياليها.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ١٣٤٩، ١٨٣٣، ١٨٣٤، ٢٠٩٠، ٤٣١٣. مسلم حديث رقم ١٣٥٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٨٩٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٧٩، ٣٢٤٣.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٢٧.

كتاب الحج ١٦١
والدليل على ما نقله قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]، وهذا عام في التي تجد ذا محرم، وفي التي تعدمه، فيحمل على عمومها إلا ما خصه الدليل.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه مسافة يجب قطعها، فلم يكن من شروط وجوب قطعها وجود ذى رحم، كما لو كان بينها وبين مكة ليلتان.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن هذا حكم حجة الفريضة، وأما حجة التطوع منه، فروى ابن حبيب: لا تخرج فيه إلا مع ذى محرم، خلاف حجة الفريضة.

ووجه رواية ابن حبيب حديث أبى سعيد الخدرى: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى محرم منها»^(١) وهذا سفر غير واجب، فلم تخرج إليه إلا مع ذى محرم. أصل ذلك سائر الأسفار التي لا تجب ولا تؤمن.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد كره مالك أن يخرج بها ابن زوجها وإن كان ذا محرم منها.

قال الإمام أبو الوليد: ووجه ذلك عندي ما ثبت للربائب من العداوات وقلة المراعاة في الأغلب، فلا يحصل لها منه الإشفاق والستر والحرص على طيب الذكر.

مسألة: ولعل هذا الذى ذكر بعض أصحابنا، إنما هو فى حال الانفرد والعدد اليسير، فأما القوافل العظيمة والطرق المشتركة العامرة المأمونة، فإنها عندي مثل البلاد التي يكون فيها الأسواق والتجار، فإن الأمن يحصل لها دون ذى محرم ولا امرأة، وقد روى هذا عن الأوزاعى.

إذا ثبت ذلك، ففي هذا ثلاثة أبواب، أحدها: فى بيان ما يجوز للمرأة أن تخرج فيه بغير إذن زوجها، ولا يجوز له أن يحملها. والثانى: فى بيان ما لا يجوز لها أن تخرج إلا بإذن زوجها، ويكون له أن يحملها. والباب الثالث: فيما يلزمها إذا حللها.

* * *

صيام المتمتع

٩٤٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنِ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ١٠٨٨. مسلم حديث رقم ٨٢٧، ١٣٣٩. الترمذى حديث

رقم ١١٦٩. ابن ماجه حديث رقم ٢٨٩٩. أحمد فى المسند حديث رقم ١٠١٩٧، ١٠٩٠١.

٩٤٦ - أخرجه البخارى فى الصوم ١٨٥٩. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٤/٥. وذكره ابن عبد البر

فى الاستذكار برقم ٩٢٨.

أَنَّهَا كَانَتْ تَقُولُ: الصَّيَّامُ لِمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ، لِمَنْ لَمْ يَجِدْ هَدْيًا مَا بَيْنَ أَنْ يُهَلَّ بِالْحَجِّ إِلَى يَوْمِ عَرَفَةَ، فَإِنْ لَمْ يَصُمْ صَامَ أَيَّامٍ مَنِيَّ.

٩٤٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي ذَلِكَ مِثْلَ قَوْلِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا.

الشرح: قولها رضى الله تعالى عنها: «الصيام لمن تمتع بالعمرة إلى الحج لمن لم يجد هديًا ما بين أن يهل بالحج إلى يوم عرفة» تريد والله أعلم أنه إذا أهل بالحج، فقد لزمه الهدى، فإن عدمه جاز له الصيام وأما قبل أن يهل بالحج ولم يجب عليه هدى، فلا يجوز له أن يصوم قبل أن يجب عليه كما لا يجوز له أن ينحر هدى التمتع حينئذ.

فصل: وقولها رضى الله عنها: «فإن لم يصم إلى يوم عرفة صام أيام منى» وهى أيام التشريق الثلاثة التى تلى يوم النحر، وهذا اللفظ يقتضى صحة الصوم من وقت يحرم بالحج المتمتع إلى يوم عرفة، وأن ذلك مبدأ، إما لأنه وقت الأداء وما بعد ذلك من أيام منى وقت القضاء. وإما لأن فى تقديم الصيام قبل يوم النحر إبراء للذمة وذلك مأمور به. وأما أن صيام ما قبل يوم النحر لمن يريد الصوم، وصيام أيام منى ممنوع، فإنما يباح الصوم فيها للضرورة إن لم يصم قبل ذلك ليكون صومه فى حجه امتثالاً لقوله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام فى الحج﴾ [البقرة: ١٩٦]، وما بعد أيام منى، فليس محلاً لهذا الصوم على وجه الأداء؛ لأن ما بعد أيام منى لا يكون الصوم فيها فى الحج.

وقد قال أصحاب الشافعى: إن صيام أيام منى إنما هو على وجه القضاء، والأظهر من المذهب أنه على وجه الأداء، وإن كان الصوم قبلها أفضل كوقت الصلاة الذى فيه سعة للأداء، وإن كان أوله أفضل من آخره، والله أعلم.

فروع: وقد تقدم أنه لا يصوم اليومين الأولين من أيام التشريق إلا المتمتع الذى لا يجد الهدى لضرورة أن يقع صومه فى الحج، وأما اليوم الثالث، فإنه يصومه من نذره. والفرق بينهما أن اليوم الثالث لا يتحقق بالحج؛ لأنه قد يترك الحاج المقام فيه بمنى ويترك الرمى والمبيت وأما اليومان الأولان، فتحققان بالحج لا يجوز لمن حج أن يترك لهما المبيت، ولا أن يترك الرمى، والمقام فيهما بمنى، فلذلك افرق حكمهما، والله أعلم.

تم كتاب الحج بحمد الله وعونه

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الضحايا

ما ينهى عنه من الضحايا

٩٤٨ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ الْحَارِثِ، عَنْ عُبَيْدِ بْنِ فَيْرُوزٍ، عَنِ الْبَرَاءِ ابْنِ عَازِبٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ مَاذَا يُتَّقَى مِنَ الضَّحَايَا؟ فَأَشَارَ بِيَدِهِ وَقَالَ: «أَرْبَعًا، وَكَانَ الْبَرَاءُ يُشِيرُ بِيَدِهِ وَيَقُولُ: يَدِي أَقْصَرُ مِنْ يَدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْعَرَجَاءُ الْبَيِّنُ ظَلْعُهَا، وَالْعَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوْرُهَا، وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالْعَجْفَاءُ الَّتِي لَا تُتَّقَى».

الشرح: قوله: «سئل رسول الله ﷺ ماذا يتقى من الضحايا؟» دليل على أن للضحايا عنده صفات، يتقى بعضها ولا يتقى بعضها، ولو لم يعلم أنه يتقى منها شيء لسأله هل يتقى من الضحايا أم لا، والذي يتقى من الضحايا على ضربين، ضرب يتعلق به عدم الإجزاء، وضرب يتعلق به الكراهة.

وقد ذكر ﷺ صفات جامعة للمعاني التي تتقى من جهة النص، ومن جهة السنة، وجمع ذلك في أربع صفات ليسهل على السائل حفظ جواب ما سأل عنه وأشار بيده ليكون في ذلك تذكرة له، ومنع من النسيان.

٩٤٨ - أخرجه الترمذی فی الأضاحی ١٤١٧، وفی الضحایا ٤٢٩١، ٤٢٩٢، ٤٢٩٣. وأبو داود فی الضحایا ٢٤٢٠. وابن ماجه فی الأضاحی ٣١٣٥. وأحمد فی مسند الکوفیین ١٧٧٧٧، ١٧٨٠٩، ١٧٩١٩. والدارمی فی الأضاحی ١٨٦٨. البيهقی فی السنن ٢٧٣/٩. البيهقی معرفة السنن الآثار ١٨٩٦٨/١٤. الطحاوی فی شرح معانی الآثار ١٦٨/٤.

قال ابن عبد البر فی التمهید ٤/٧: هكذا روى مالك هذا الحديث عن عمرو بن الحارث، عن عبيد بن فيروز؛ لم يختلف الرواة عن مالك في ذلك، والحديث إنما رواه عمرو بن الحارث عن سليمان بن عبد الرحمن، عن عبيد بن فيروز، عن البراء بن عازب؛ فسقط لمالك ذكر سليمان بن عبد الرحمن، ولا يعرف هذا الحديث إلا لسليمان بن عبد الرحمن هذا، ولم يروه غيره عن عبيد ابن فيروز، ولا يعرف عبيد بن فيروز إلا بهذا الحديث، وبرواية سليمان عنه. ورواه عن سليمان جماعة من الأئمة منهم: شعبة والليث وعمرو بن الحارث ويزيد بن أبي حبيب وغيرهم.

فصل: وقوله ﷺ: «العرجاء البين ظلعهما» دليل على أن العرج على ضربين، ضرب يمنع الإجزاء، وضرب لا يمنعه. فأما ما يمنع الإجزاء، فقد قال الشيخ أبو القاسم فى تعريفه: العرجاء البين ظلعهما، هى الشديدة العرج، التى لا تلحق الغنم، فهذه التى لا تجزئ. وقال أبو حنيفة: تجزئ.

ودلينا على ذلك الحديث المتقدم قوله ﷺ: «العرجاء البين عرجها»^(١) ولا شك أن العرجاء تمشى وأما التى لا تمشى، فلا يقال فيها عرجاء؛ لأن العرج من صفات المشى.

ومن جهة القياس أنها مريضة، فوجب أن لا تجزئ. أصله المريضة البين مرضها، وأما العرج الذى لا يمنع الإجزاء، فهو العرج الخفيف. روى ابن حبيب عن مالك أنه استخفها إذا لم يمنعه أن تسير سير الغنم، وذلك صحيح لأن عرج هذه ليس بين، وإنما يكون حينئذ عرجًا خفيفًا.

فصل: وقوله ﷺ: «والعوراء البين عورها» يريد والله أعلم، التى ذهب بصر إحدى عينيها، يقال: عارت العين تعار وعورت إذا ذهب بصرها، ويقال عين عوراء، ولا يقال عمياء والشاة إذا عورت إحدى عينيها مع بقائها لا ينقص ذلك من لحمها، وإنما نقص بعض خلقها عن حل السلامة، والتمام بمعنى طارئ عليها فى الغالب لا يعود ذلك بمنفعه فى لحمها، فينبغى أن يتقى فى الضحايا ما كان بمعنى ذلك.

ونقصان الخلقة على ثلاثة أضرب، ضرب ينقص منافعها وجسمها، فإذا لم يعد بمنفعة فى لحمها منع الإجزاء كعدم يد أو رجل. وضرب ينقص المنافع دون الجسم كذهاب بصر العين أو العينين أو ذهاب الميز، فما كان له تأثير بين كالعور والعمى والجنون، فهو يمنع الإجزاء، ولم أجد نصًا لأصحابنا فى الجنون.

وأما الضرب الثالث، فهو نقصان الجسم دون المنافع كذهاب القرن والصوف وطرف الأذن والذنب، فما كان من باب المرض أو مما يشوه الخلقة أو ينقص جزءًا من لحمها، وجب أن يمنع الإجزاء.

فرع: وإذا كان بعين الأضحية بياض، فلو كان على الناظر، وكان يسيرًا لا يمنعه أن تبصر أو كان على غير الناظر، لم يمنع الإجزاء، رواه ابن المواز فى كتابه عن مالك.

(١) أخرجه بلفظه: النسائي فى الصغرى حديث رقم ٤٣٧١. أحمد فى المسند حديث رقم

كتاب الضحايا ١٦٥

وأما إن منعها الرؤية لكونه كثيراً على الناظر، فهي العوراء، وكذلك عندي لو ذهب أكثر بصر عينها.

فرع: وروى ابن المواز فى كتابه: أن الجدد يمنع، وأما العصب فى الأذن أو الأذنين، فإن استوعب الأذن، فإنه يمنع الإجزاء.

وأما الشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة، والشرقاء هى المشقوقة الأذن، والخرقاء هى التى يخرق أذنها للسمنة، والمقابلة هى التى يقطع طرف أذنها، والمدابرة هى التى يقطع من مؤخر أذنها، فقال القاضى أبو الحسن: وهذه الصفات كلها عندي لا تمنع الإجزاء، وإنما تمنع الاستحباب، وهذا قد قاله على الإطلاق غير أن المذهب مبنى على أن الكثير من القطع يمنع الإجزاء، واليسير لا يمنعه. وأما شق الأذن، ففي المبسوط: أن مالكاً كان يوسع فى اليسير منه كالسمة ونحوها.

قال القاضى أبو الوليد: والذى عندي أن الشق لا يمنع الإجزاء، إلا أن يبلغ من الأذن المبلغ الذى يشوه الخلقة، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد روى ابن القاسم عن مالك أنه لم يجد حداً بين القليل والكثير. قال محمد فى كتابه: والنصف عندي كثير. والأصل فى ذلك أن طريقه الاجتهاد. وقال أبو حنيفة فى الأذن والذنب والألية فى أحد قوليه أن الثلث عنده فى حيز القليل، وهو نحو قول ابن المواز فى الأذن، إلا أنه سوى بين الذنب والأذن والألية.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر فى ذلك عندي مذهب أصحابنا، وهو الصحيح إن شاء الله، أن ذهاب ثلث الأذن فى حيز اليسير، وذهاب ثلث الذنب فى حيز الكثير؛ لأن الذنب ذو لحم وعظم وعصب، والأذن ليس فيه غير طرف جلد لا يكاد يتألم بقطعه ولا يستضر به، لكنه ينقص الجمال كثيره، والله أعلم.

مسألة: وأما السكاء، ففي المدونة: أنها الصغيرة الأذنين. قال ابن القاسم: وهى الصمعاء، فهى تجزئ عند مالك. وأما التى خلقت بغير أذنين، فلا خلاف فى ذلك. وقال الشيخ أبو القاسم: لا يضحى بالكساء، وهى التى خلقت بغير أذنين.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: والذى عندي فى ذلك أنه إن كان الأذن من الصغر بحيث تقبح الخلقة معه ويقع به التشويه، فإنه يمنع الإجزاء.

مسألة: وأما الثرماء، قال ابن حبيب: وهى التى سقطت أسنانها من كبر أو كسر،

١٦٦ كتاب الضحايا

فلا تجزئ. وفي الموازية: إن سقطت أسنانها من إثغار أو هرم، أو حفيت، فلا بأس بها، وإن كان من غير ذلك، فلا يضحى بها. قال فى المبسوط: لأنه نقص من خلقها. قال القاضى أبو إسحاق: ذهب إلى أن الفتية إنما تسقط أسنانها من داء نزل بها فصار عيباً بها، والهرمة سقطت أسنانها من كبر، وهو أمر معتاد.

ووجه قول ابن حبيب، أن الهرم معنى يضعف الحيوان، فإذا أسقط الأسنان منع الأضحية كالمريض.

فرع: فإذا قلنا إن ذهاب الأسنان يمنع الأضحية، ففي كتاب محمد: لا يمنع ذلك ذهاب السن الواحدة. وفى المبسوط: إذا سقط لها سن أو أسنان، فهو عيب، ولا يضحى بها، فإنه نقصان من خلقها.

فصل: وقوله ﷺ: «والمريضة البين مرضها». قال أبو الحسن: ذلك لمعان، أحدها: أن المرض نهك بدنها فينقص لحمها. والثاني: أنه يفسده حتى تعافه النفس. والثالث: أنه ينقص ثمنها. وهذه المعانى على ما ذكر، فيجب أن يكون كل غرض يحدث ذلك فى النفس يمنع أن يضحى بها، والخمرة وهى البشمة لا تجزئ، وكذلك الجرباء، فما بلغ من ذلك كله حد المرض البين، وجب أن يمنع الإجزاء.

مسألة: قال مالك: ولا يجوز الدبر من الإبل. قال القاسم: ومعنى قوله فى الدبرة: الكبيرة، فأرى المحروح بتلك المنزلة إن كان جرمًا كبيرًا.

قال القاضى أبو الوليد: ووجه ذلك عندى أنه من المرض الذى يمنع الإجزاء كالمكسورة القرن تدمى، وإذا كان الجرح صغيرًا لا يضر بالأضحية أو بالهدى، فليس من باب المرض، فلم يمنع ذلك الإجزاء.

فصل: وقوله ﷺ: «والعجفاء التى لا تنقى» النقى الشحم، يريد أنه لا يوجد فيها شحم، فإذا بلغت هذا الحد من الهزال، فإنها لا تجزئ؛ لأنها خارجة عن الحد المعتاد؛ لأنه لا منفعة فى لحمها ولا طيب كالمريضة.

٩٤٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَتَّقِي مِنَ الضَّحَايَا وَالْبُذُنِ
الَّتِي لَمْ تُسَيَّنْ وَالَّتِي نَقَصَ مِنْ خَلْقِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى.

٩٤٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٩٩.

الشرح: قوله: « كان يتقى من البدن والضحايا » البدن ما أهدى من الإبل، ذكراً كان أو أنثى، وقد تقدم الكلام فى معناها فى الحج واتقأؤه فيها « ما لم تسن^(١) » يريد ما لم تبلغ سن الإجزاء، وهذا لفظ يستعمل غالباً فى الهرم وما قاربه، فيقال أسن فلان، إذا بلغ سن الشيخ، ولم يرد ذلك هاهنا؛ لأنه لا خلاف أن الثنية من كل نوع من أنواع الضحايا تجزئ، وإن كانت لم تبلغ حد تمام السن، وإنما هو أول الإثغار، ويحتمل أن يريد بذلك التى لم تبلغ أو تكون مسنة من البقر وأكثر ما يعتبر ذلك بالسنتين، وإن جاز أن يتقدم يسيراً أو يتأخر يسيراً، على حسب اختلاف الخلقة، ولكن المعتاد متقارب، فالجدع من الضأن قد اختلف الفقهاء فيه، فقال ابن حبيب: الجدع من الضأن والماعز ابن سنة، وقاله ابن نافع وأشهب، وعلى هذا أكثر الناس، وقاله أبو عبيد، قال فى المعز والضأن: هو فى السنة الثانية جدع.

وروى ابن وهب أنه ابن عشرة أشهر. وروى سحنون عن على بن زياد: هو ما استكمل ستة أشهر، وقاله ابن شعبان، قال: وقيل ثمانية أشهر. وأما الثنى، فقال ابن حبيب: هو ابن سنتين دخل فى الثالثة، والأثنى ثنية.

وأما الإبل، فقال ابن حبيب: الجدع من الإبل ابن خمس سنين، والثنى ابن ست

(١) قال فى الاستذكار ١٣٠/١٥ - ١٣١: قال بعضهم - يعنى جمهور العلماء -: إنه كان يتقى من الضحايا التى لم تسن، بكسر السين. وبعضهم يرويه: التى لم تسن بفتح السين. فمن روى بكسر السين يجعله من السنن، ويقول: إن المعروف من مذهب ابن عمر أنه كان لا يضحى إلا بالثنى من الضأن، والمعز، والإبل والبقر فى الهدايا والضحايا. والذى روى عنه: لم تسن بفتح السين، يقول: معناه لم تعط أسناناً، وهى الهتماء، لا تجوز عند أكثر أهل العلم فى الضحايا. وكان أبو محمد بن قتيبة يقول: ليس الصواب فى حديث ابن عمر هنا إلا قول من رواه لم تسن بنونين، أى لم تعط أسناناً. قال: وهذا كلام العرب لم يقولوا تسن من لم تخرج أسنانه، فكما يقولون لم يلين إذا لم يعط لبناً، ولم يستمن، أى لم يعط سمناً، ولم يعسل، لم يعط عسلاً. وهذا مثل النهى عن الهتماء فى الأضاحى. وقال غير ابن قتيبة: لم تسن التى لم تبدل أسنانها. وهذا نحو قول ابن عمر فى أنه لا يجوز إلا الثنى فما فوقه إلا الجدع. وأما حديث ابن عمر أنه كان يتقى فى الضحايا، والبدن التى نقص من خلقها، والتى لم تسن، ففيه دليل على أن كل ما نقص من الخلق فى الشاة لا تجوز فى الضحية عنده. إلا أن العلماء مجمعون على أن الجمعاء جائز أن يضحى بها، فدل إجماعهم هذا على أن النقص المكروه هو ما تتأذى به البهيمة، وينقص من ثمنها، ومن شحمها. وأجمع الجمهور على أن لا بأس أن يضحى بالخصى الأحم إذا كان سميناً. وهم مع ذلك يقولون: إن الأقرن الفحل أفضل من الخصى الأحم إلا أن يكون الخصى الأحم أسمن، فالأصل مع تمام الخلق السمن.

١٦٨ كتاب الضحايا
سنين. وقال أبو عبيدة: إذا أتت عليه الخامسة، فهو جذع، فإذا ألقى ثنيته في السادسة، فهو ثنى.

وأما البقر، فقد قال ابن حبيب: الجذع من البقر ابن ثلاث سنين، والثنى ابن أربع سنين. وقال أبو عبيد: هو أول سنة تبيع، والأثنى تبيعة، ثم جذع، ثم ثنى. وقال القاضى أبو محمد: الثنى من البقر ما له ستان، وقد دخل في الثالثة، وهو أشبه بقول أبي عبيد، والله أعلم.

* * *

النهي عن ذبح الضحية قبل

انصراف الإمام

٩٥٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ أَبَا بُرْدَةَ بْنَ نِيَارٍ ذَبَحَ ضَحِيَّتَهُ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ الْأَضْحَى، فَرَعِمَ أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُعَوِّدَ بِضَحِيَّةٍ أُخْرَى، قَالَ أَبُو بُرْدَةَ: لَا أَجِدُ إِلَّا جَذَعًا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «وَأِنْ لَمْ تَجِدْ إِلَّا جَذَعًا فَادْبَحْ».

الشرح: قوله: «أن أبا بردة ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله ﷺ يوم الأضحى فزعم أن رسول الله ﷺ أمره أن يعيد» يقتضى أن يكون ذبحه الذى يجزيه بعد ذبح الإمام، ويلزم مع ذلك أن يلزم وقت ذبح الإمام ليرتب على ذبح الناس.

فأما وقت ذبح الإمام، فهو بعد الصلاة من صلاة العيد يوم الأضحى، فمن ذبح قبل الصلاة لم يجزه، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعى: إذا ذهب من الوقت بمقدار ما يصلى ركعتين بقراءتهما وتمامها لعيد، فقد جاز الذبح، فمن ذبح حينئذ قبل الصلاة أجزأه.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخارى من حديث البراء بن عازب، سمعت

٩٥٠ - أخرجه النسائى فى الضحايا ٤٣١٩. وأحمد فى مسند المكين ١٥٢٧٠، ومسند المدنيين ١٥٨٨٨. والدارمى فى الأضحى ١٨٨١.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٠/٧: أبو بردة بن نيار اسمه هانىء بن نيار، ويقال: إن بشير بن يسار لم يسمع من أبى بردة، وقد رواه معن بن عيسى عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن بشير بن يسار، عن أبى بردة بن نيار، أنه ذبح قبل أن يذبح رسول الله ﷺ، فذكر الحديث.

كتاب الضحايا ١٦٩

النبي ﷺ يخطب، فقال: «أول ما نبدأ به في يومنا هذا أن نصلي، ثم نرجع فننحر، فمن فعل هذا فقد أصاب سنتنا، ومن نحر قبل ذلك فإنما هو لحم يقدمه لأهله ليس من النسك في شيء. فقال أبو بردة: ذبحت يا رسول الله قبل أن أصلي، وعندى جذعة خير من مسنة، فقال: اجعلها مكانها ولن تجزئ أو توفي عن أحد بعدك»^(١). وهذا بين في موضع الخلاف.

ووجه ذلك من جهة المعنى أننا قد بينا أنه لا يذبح إلا بعد أن يذهب من الوقت بقدر فعل الصلاة، فوجب أن يعتبر بفعل الصلاة لا بمقدار فعلها.

أصل ذلك السعي لما رتبناه على ركعتي الطواف كان الاعتبار في ذلك بفعل ركعتي الطواف، لا بمقدار فعلها من الوقت.

مسألة: إذا ثبت أن الذبح بعد الصلاة فإن الإمام يذبح أولاً ثم يذبح الناس بعده، فمن ذبح قبل الإمام لم يجزه، رواه ابن المواز وغيره. وقال أبو حنيفة: من ذبح بعد الصلاة وقبل الإمام أجزاءه.

ودليلنا الحديث المذكور، وهو أن أبا بردة بن نيار ذبح أضحيته قبل أن يذبح رسول الله ﷺ فأمره رسول الله ﷺ أن يعيد بأضحية أخرى.

ودليلنا ما أخرجه مسلم من حديث جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ صلى بهم يوم النحر بالمدينة، فسبقهم رجال فنحروا، وظنوا أن النبي ﷺ قد نحر، فأمر النبي ﷺ من كان نحر قبله أن يعيد بنحر آخر، ولا ينحر حتى ينحر النبي ﷺ.

فروع: المضحون على ضربين، أحدهما: بحضرة الإمام، والآخر: بغير حضرته. فأما من كان بحضرة الإمام، فلا يخلو إمامه من أن يظهر نحر أضحيته أو لا يظهر ذلك، فإن أظهر ذبح أضحيته ذبح بأثر الصلاة، فمن ذبح قبله، فالمشهور عن مالك أنه لا يجزئه.

وأما من لم يظهر ذبح أضحيته، ففي كتاب محمد: إن ذبح رجل أضحيته قبله في وقت لو ذبح الإمام بالمصلي لكان هذا قد ذبح بعده، لم يجزه. وقال أبو مصعب: إذا ترك الإمام الذبح بالمصلي، فمن ذبح بعد ذلك، فهو جائز.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٩٨٦. مسلم حديث رقم ١٩٦١. النسائي في الصغرى

حديث رقم ١٥٦٣. أحمد في المسند حديث رقم ١٨٠١٢، ١٨٢١٨.

١٧٠ كتاب الضحايا

وأما كان موضع ليس به إمام، مثل أهل القرى الذين لا يصلون صلاة عيد بخطبة، فقد روى ابن القاسم عن مالك يتحرون صلاة أقرب الأئمة وذبحه.

فمن تحرى ذلك، فأخطأ، فذبح قبل ذبحه، ففي المدونة من قول ابن القاسم: يجزئه، ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك. وأنكر ذلك ابن المواز فى كتابه، فقال: قد روى أشهب عن مالك خلافة، ونقله أبو محمد فى نواره، فقال: وقد روى أشهب عن مالك: لا يجزيهم، وهو أحب إلينا.

وقد قيل إن رواية أشهب عن مالك إنما هى فىمن ذبح على علم أنه قد ذبح الإمام. ورواية ابن القاسم فىمن تحرى أن يذبح بعده، فأخطأ، فذبح قبله، والله أعلم.

وجه قول ابن القاسم أن فرضهم الاجتهاد والتحرى فى أمر غائب عنهم لا يمكنهم تيقنه، فكان الخطأ موضوعاً عنهم كالحطأ فى القبلة عند الاشتباه فى أعلامها.

ووجه قول أشهب أنهم غير معذورين؛ لأنهم قادرون على التأخير الذى لو أحر الإمام إليه، فجاز لأهل بلده الذبح قبله، وما كان مثل هذا لا يسوغ فيه التحرى كالوقت فى الصيام والصلاة.

فصل: وقول أبى بردة: «لا أجد إلا جذعا» دليل على أنه قد علم أن الجذع يتعلق به حكم المنع، إما لأن غيره يجزى دونه أو لأن غيره أفضل منه. وقد روى فى حديث البراء ابن عازب أنه قال: إنها كانت جذعة من المعز، وللإنسان تعلق بالإجزاء، وتأثير فيه لأنه لا خلاف أنه لا تجوز السخلة ولا الفصيل، والذى يجزى عن الإنسان فى الضحايا من الضأن الجذع، فما فوقه، ومن المعز والإبل والبقر الثنى، فما فوقه.

والدليل على إجزاء الجذع من الضأن ما أخرجه مسلم من حديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن»^(٢).

والدليل على أن الجذع من المعز لا يجزى، ما روى فى حديث البراء أن أبا بردة بن نيار قال: «إن عندى عناق جذعة، وهى خير من شاتى لحم، فهل تجزى عنى؟ قال: نعم، ولن تجزى عن أحد بعدك».

(٢) أخرجه مسلم حديث رقم ١٩٦٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٣٧٨. أبو داود

حديث رقم ٢٧٩٧. ابن ماجه حديث رقم ٣١٤١. أحمد فى المسند حديث رقم ١٣٩٣٨،

١٤٠٩٣

كتاب الضحايا ١٧١

فإن قيل فما الفرق بين الضأن وغيرها، قيل له الفرق بينهما نص صاحب الشريعة، ولا فرق أصح منه. ووجه آخر، وهو أنه قد روى ابن الأعرابي أنه قال: إن المعز والبقر والإبل لا تضرب فحولتها إلا بعد أن تشنى، والضأن تضرب فحولتها إذا أجدعت.

فروع: إذا ثبت ذلك، فالثنى من الضأن أحب إلى مالك من الجذع، رواه ابن المواز عن مالك.

ووجه ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم، فاذبحوا جذعة من الضأن».

ومن جهة المعنى أن في ذلك خروجًا عن الخلاف المروى وفى الثنى أيضًا من تمام الجسم وكمال ما يفضل به الجذع، والله أعلم.

٩٥١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبَادِ بْنِ تَمِيمٍ أَنَّ عُوَيْمَرَ بْنَ أَشْقَرَ ذَبَحَ ضَحِيَّتَهُ قَبْلَ أَنْ يَغْدُوَ يَوْمَ الْأَضْحَى، وَأَنَّهُ ذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَهُ أَنْ يَعُودَ بِضَحِيَّةٍ أُخْرَى.

الشرح: قوله: «إن عويمرًا ذبح قبل أن يغدو يوم الأضحى» يريد قبل أن تغدو إلى المصلى؛ لأنه هو الغدو المعتاد في يوم الأضحى، فاستغنى بذلك عن ذكره، ولو أراد غيره من الغدو لبيته، ويحتمل أن يريد به قبل أن يحدث غدوًا، وهو بعد في وقت يمكنه الغدو، فلما أخبر النبي ﷺ بذلك، ولعله أخبره لما ذكر النبي ﷺ في الذبح قبل الصلاة ما تقدم، فأمره النبي ﷺ أن يعيد بضحية أخرى. بمعنى أن الأولى لم تكن ضحية مجزية.

* * *

ما يستحب من الضحايا

٩٥٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ ضَحَّى مَرَّةً بِالْمَدِينَةِ، قَالَ نَافِعٌ:

٩٥١ - أخرجه ابن ماجه فى الأضاحى ٣١٤٤. وأحمد فى مسند المكين ١٥٢٠٢، ومسند الكوفيين ١٨٢٣١.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢١/٧: لم يختلف عن مالك فى هذا الحديث، ورواه حماد بن سلمة، عن يحيى بن سعيد، عن عباد بن تميم، عن عويمر بن أشقر أنه ذبح قبل أن يصلى، فأمره النبي ﷺ أن يعيد.

٩٥٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٠٠.

١٧٢ كتاب الضحايا

فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْتَرِيَ لَهُ كَبْشًا فَحِيلًا أَقْرَنَ، ثُمَّ أَذْبَحَهُ يَوْمَ الْأَضْحَى فِي مُصَلَّى النَّاسِ، قَالَ نَافِعٌ: فَفَعَلْتُ ثُمَّ حُمِلَ إِلَيَّ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، فَحَلَقَ رَأْسَهُ حِينَ ذُبِحَ الْكَبْشُ، وَكَانَ مَرِيضًا لَمْ يَشْهَدِ الْعِيدَ مَعَ النَّاسِ، قَالَ نَافِعٌ: وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يَقُولُ: لَيْسَ جِلَاقُ الرَّأْسِ بِوَاجِبٍ عَلَيَّ مِنْ ضَحْيٍ، وَقَدْ فَعَلَهُ ابْنُ عُمَرَ.

الشرح: قوله: «أنه ضحى مرة بالمدينة» يريد أن هذا فعل وقع منه بالمدينة؛ لأن كثيراً مما حكاه لا يتأتى في غير الأمصار من الذبح بالمصلى وغير ذلك، وإلا فقد كان يضحى بالمدينة، وفي أسفاره.

وقد روى عنه أنه اشترى في سفره شاة من راع، وأمره بذبحها عنه. وقد روى ابن المواز عن مالك: أن الأضحى لازمة للمسافر كلزومها للمقيم.

فصل: وقوله: «فأمرني أن اشترى له كبشاً» شراء الضحايا مما يجب أن يتوقى فيه؛ لأنها قربان، فمن كان في بلده أسواق لها فلا يشتري منها ما يجلب إلى الأسواق حتى يرد السوق؛ لأن ذلك من التلقى المنهى عنه، فيجب أن ينزه عنه ما يتقرب به إلى الله عز وجل من أضحى وهدى.

فرع: فإن ضحى بما اشترى في التلقى، قال عيسى: عليه البدل في أيام النحر، ولا يباع لحم الأولى.

وروجه ذلك أن أضحيته قد وجبت على الوجه المنهى عنه، فلم تجزئه أو لم تتم فضيلتها لفساد ملكه لها، فكان عليه بدلها ليدرك الأضحى أو ليدرك تمام فضيلتها، ولم يجز له بيع لحمها لأنه قد قصد بذبحها القرية.

فصل: وقوله: «فأمرني أن اشترى له كبشاً فحياً أقرن» فيه خمس مسائل، إحداها: أن الأضحى لا تكون من غير بهيمة الأنعام. والثاني: أن الضأن أفضل أجناس الضحايا. والثالثة: ذكورها أفضل من إناثها. والرابعة: أن الفحل منها أفضل من الخصى. والخامسة: أن الأقرن أفضل من الأجم.

فأما المسألة الأولى في أن الأضحى لا تكون إلا من بهيمة الأنعام، والغنم والبقر والإبل، ولو ضربت فحول البقر الإنسية، إناث البقر الوحشية، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: اتفق أصحابنا، أنه لا يضحى بها.

واختلفوا إذا ضربت، فحول الوحشية إناث الإنسية، والذي أقول به إجازة ذلك.

كتاب الضحايا ١٧٣
ومعنى ذلك أن كل ولد نتج لأمه في الجنس والحكم، وإنما يختلف ذلك في ولد آدم، وإنما منع ذلك بالمنع من أصحابنا، إذا كانت الفحول وحشية ليغلب الحظر على الإباحة.

مسألة: فأما المسألة الثانية، من أن أفضل الأضاحي الضأن، فهو مذهب مالك، رحمه الله، وسائر أصحابه أن الضأن أفضل من المعز.

واختلفوا في التفضيل بين البقر والإبل، فروى الشيخ أبو إسحاق أن الأفضل الإبل. وحكى الشيخ أبو القاسم والقاضي أبو محمد في معونته: أن البقر أفضل. وقال أبو حنيفة والشافعي: الإبل أفضل، ثم البقر، ثم الغنم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك من تفضيل الضأن، ما روى عن النبي ﷺ «أنه كان يضحى بكبشين أقرنين أملحين»^(١). ومثل هذا اللفظ لا يستعمل إلا فيما يواظب عليه، ومعلوم أن النبي ﷺ لا يواظب في خاصته إلا على الأفضل.

ومن جهة المعنى أنه لا خلاف أنه لا يضحى يجذع إلا من الضأن، وذلك يقتضى أن لها مزية على غيرها في الأضحية.

مسألة: وأما المسألة الثالثة، وهي أن ذكر كل جنس أفضل من إناثه، فهو مذهب مالك وأصحابه.

والأصل في ذلك الحديث المتقدم «أن النبي ﷺ كان يضحى بكبشين». ومن جهة المعنى أن المقصود من الأضحية طيب اللحم ولا خلاف أن لحم الكبش أفضل من لحم النعجة، فكان إخراجها أفضل، وإنما ذلك في ذكور الجنس وإناثه.

وأما الذكور والإناث، فإن إناث الضأن أفضل من ذكور المعز، وإناث المعز أفضل من ذكور ما سوى ذلك من أجناس الأضاحي.

مسألة: وأما المسألة الرابعة، فإن الفحل من الضحايا أفضل من الخصى، قاله ابن حبيب. والأصل فيه ما روى «أن النبي ﷺ ضحى بكبش أقرن فحيل»^(٢).

(١) أخرجه النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٤١٨. أبو داود حديث رقم ٢٧٩٣، ٢٧٩٤.

أحمد في المسند حديث رقم ١١٥٤٩، ١١٧٣٧.

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٤٩٦. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٣٩٠. أبو داود

حديث رقم ٢٧٩٦. ابن ماجه حديث رقم ٣١٢٨.

١٧٤ كتاب الضحايا

مسألة: وأما المسألة الخامسة، في أن الأقرن أفضل من الأجم. والأصل في ذلك الحديث المتقدم «أن رسول الله ﷺ ضحى بكبش أقرن فحيل». ومن جهة المعنى أنه أتم حلقة.

فصل: وقوله: «ثم اذبحه يوم الأضحى في مصلى الناس» أمر نافعًا مولاه بذبح أضحيته على وجه الاستنابة، وذلك جائز للضرورة، وقد كرهه مالك من غير ضرورة.

والأصل في جوازه القياس على الهدايا؛ لأنه حيوان شرع ذبحه على سبيل القرية، فصحت الاستنابة فيه كالهدايا، وإنما استنابه عبد الله بن عمر لمرضه، والأفضل لمن قدر عليه أن يتولى ذبحها بنفسه، لما روى عن أنس «أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما بيده».

فرع: فإذا قلنا يجوز فيه الاستنابة، فإن استناب مسلماً أجزأه، وإن استناب كثنياً، فهل يجزئه، أم لا؟ قال ابن القاسم في المدونة: يعيدها، ولو أمر بذلك مسلماً أجزأه. وروى عنه أشهب أنه قال: يجزئه.

وجه قول ابن القاسم أن الكافر لا تصح منه نية القرية، وإن صحت منه نية الاستنابة والأضحية قرية، فإذا ذبحها الكتابي لم تكن أضحية، وكانت ذبيحة مباحة.

وجه قول أشهب إن صح ذبحه لغير الأضحية صح ذبحه للأضحية كالمسلم.

فرع: والاستنابة فيها بالتصريح أو العادة، فبأن يأمر بذبحها عنه أضحية فينوي النائب في ذلك من الأضحية ما كان ينويه المضحى لو باشر ذبحها

وأما العادة، ففي المدونة عن ابن القاسم فيمن ذبح أضحيتي بغير إذني: إن كان مثل الولي في عياله، فذبحها ليكفيه، أجزأه، وإن كان على غير ذلك لم يجزه. زاد ابن المواز عن ابن القاسم: أو بعض من في عياله، ممن يحمل ذلك عنه. زاد أبو زيد: أو لصداقة بينهما، إن وثق به حتى يصدقه أنه ذبحها عنه.

فيحتمل أن يريد ابن القاسم بقوله: ولده في عياله، وقول ابن المواز عنه: أو بعض عياله ممن يحمل ذلك عنه، من يدخله رب الدار في أضحيته، ويكون معنى قوله: ممن يحمل ذلك عنه، ويحتمل أن يريد به الولد الذي قد فوض إليه القيام، فأمره في جميع أحواله، ويكون ذلك معنى قول ابن القاسم في المدونة: الولد في عياله فيذبحها ليكفيه.

وأما ما رواه أبو زيد عن ابن القاسم من قوله: أو صديقه إن وثق به حتى يصدقه

كتاب الضحايا ١٧٥

أنه ذبحها عنه، فيحتمل أن يريد به صديقه الذى يقوم بأمره، وقد فوض إليه فى جميع أموره حتى يصدقه أنه لم يذبحها عن نفسه، وإنما ذبحها عن غيره، فلهذين القولين وجه على ما تقدم. وإن كان أراد به أنه غير المفوض إليه، وإنما ذبحها عنه بمجرد الصداقة.

فالظاهر من المذهب أنه لا يجزئه؛ لأنه متعد لو شاء أن يضمه ضمنه إلا أن يكون هذا رواية فى المتعدى بذبحها عن صاحبها إن لم يرد صاحبها تضمينه تجزئه، فله وجه على ضعفه.

وقد قال أشهب فى الموازية: لا يجزئه، وإن كان ممن فى عياله، وهو ضامن، يريد والله أعلم، إذا كان غير مأمور به، ولا قائم بجميع أموره فى ذلك وغيره.

فرع: ومن ذبح أضحية صاحبه غلطاً لم يجز المذبح عنه، وإن فعل كل واحد منهما بأضحيتيه صاحبه ضمنها، قاله مالك فى المدونة. ووجه ذلك أن كل واحد منهما متعد على أضحية الآخر، فلزمه ضمانها لأن الخطأ والعمد فى المال سواء.

وإذا ضمنا الذابح لم تجز المتعدى؛ لأنها تكون لمن ضمنها إن ضمنها له، وإن ضمنها له، وإن لم يضمه إياها، ورضى بها مذبوحه لم تجز أيضاً لأنه قد كان ثبت ملكه لها لما كان له من تضمين المتعدى عليها، وإنما عادت إلى حالها من الملك الصحيح التام ليرى التضمين، وذلك بعد الذبح ولو كان هدياً.

وقد روى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى الموازية: تجزى من قلده لا من نحره. وروى أشهب عن مالك: لا تجزئهما.

وجه رواية ابن القاسم أنه لا يجب بالتقليد، فلا يحتاج فى ذبحه إلى نية تختص بمن قلده، يدل على ذلك أنه لو ضل الهدى، فوجده رجل فنحره عن قلده لأجزأ، وإن لم يتعين له صاحبه، ولو فعل ذلك فى الأضحية لم تجز صاحبها.

ووجه رواية أشهب أن الهدى، وإن كان قد وجب بالتقليد، فإن الفساد وعدم الإجزاء يتعلق به بدليل أنه لو مات لم يجزه، فكذلك إذا ذبح ذبحاً يمنع الإجزاء، وهو أن يذبح عن غير من قلده.

فرع: وهل يجزئ فى الأضحية الذابح؟ لا يخلو أن يكون صاحبها رضيها أو لم يرضها، فإن رضيها لم يضم الذابح قيمتها، فلا خلاف أنها لا تجزئ الذابح؛ لأنها باقية على ملك صاحبها.

وإن ضمنه إياها ففي الموازية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا تجزئ واحدًا منهما وقال أشهب: تجزئ الذابح كما لو استحقت بعد الذبح، وكذلك أمة أولدها رجل، ثم جاء بها، فأخذ قيمتها، فإنها بذلك أم ولد. وقال ابن حبيب: إن عرف ذلك بعد فوات اللحم أجزأت عن ذابحها غلطاً، وأدى القيمة، وإن لم يفت اللحم فربها مخير، فإن أخذ اللحم، فله بيعه، وإن أخذ قيمة الشاة لم تجز عن ذابحها، ولا له بيع لحمها.

ووجه ذلك أنه إذا عرف ذلك بعد فوات اللحم فقد عين ملكه للشاة ولا خيار لصاحبها فيها فلذلك أجزأته، وإن عرف قبل فوات اللحم، فربها مخير في أخذها أو أخذ قيمتها، وهذا ينافي ملك الذابح لها، ويمنع إجزائها عنه.

فصل: وإنما أمر ابن عمر نافعاً بذبح أضحيته يوم الأضحى؛ لأنه الأفضل، وإنما أمر بأن يذبحها في مصلى الناس؛ لأن الأضحية من القرب العامة المسنونة، فالأفضل إظهارها لأن في ذلك إحياء سنتها. وقد قال ابن حبيب في كتابه: يستحب الإعلان بالأضحية لكي تعرف، ويعرف الجاهل سنتها، وما يلزمه منها.

وكان ابن عمر إذا ابتاع أضحيته يأمر غلامه بحملها في السوق، ويقول هذه أضحية ابن عمر، إرادة أن يعلن بها.

فصل: وقول نافع: «ففعلتها» يعني اشترى له الكبش على الصفة التي أمره بها، ثم ذبحه يوم الأضحى بالمصلى، وليس شراء الأضحية ليضحى بها موجباً لكونها أضحية، ولا يتعين ذلك فيها على سبيل الوجوب، وإنما يتعين على سبيل الوجوب بابتداء الذبح.

قال القاضى أبو إسحاق: وقبل فرى الأوداج؛ لأنه قد وجد منه النية والفعل. وقد قال القاضى أبو إسحاق وجماعة من شيوخنا: تتعين بالنية والقول باللسان، وتجب بذلك كما تجب بالذبح، فيكون ذلك فيها كالإشعار والتقليد في الهدى.

فصل: وقوله: «ثم حمل إلى عبد الله بن عمر فحلق رأسه حين ذبح الكبش، وكان مريضاً لم يشهد العيد» يريد أن الكبش حمل إلى عبد الله بن عمر فحلق رأسه حين ذبح الكبش، ولعله كان امتنع من حلق رأسه، وشيء من شعره من أول العشر حين أراد أن يضحى على وجه الاستحباب، وإن لم ير ذلك واجباً على ما ذكر في آخر الحديث.

وقد روى الشيخ أبو بكر والقاضى أبو الحسن أنه يستحب لمن أراد أن يضحى إذا رأى هلال ذى الحجة أن لا يقص من شعره، ولا يقلم أظفاره حتى يضحى، قالوا: ولا يجرم ذلك عليه، وبه قال الشافعى.

كتاب الضحايا ١٧٧
وقال أبو حنيفة: ليس في ذلك استحباب. وقال أحمد وإسحاق: يحرم عليه الحلق
وتقليم الأظفار.

والدليل على استحباب ذلك، ما رواه أبو عبد الرحمن حدثنا سليمان بن مسلم
البلخي ثقة وسليمان بن مسلم الحضاري ليس بثقة حمصي، أخبرنا البصري، أخبرنا
شعبة، عن مالك، عن ابن مسلم، عن سعيد بن المسيب، عن أم سلمة، عن النبي ﷺ
قال: «من رأى هلال ذي الحجة، فأراد أن يضحى، فلا يأخذن من شعره، ولا من
أظفاره حتى يضحى»^(٣).

قال أبو عبد الرحمن عمر بن مسلم بن عمار بن أكميمة: قد اختلف في اسمه،
فقبيل عمرو وقيل عمر، وهو مدني.

فوجه الدليل منه أن هذا نهى، والنهي إذا لم يقتض التحريم، حمل على الكراهية.
ودليلنا على نفى الوجوب حديث عائشة المتقدم في كتاب الحج: «أنا قتلت قلائد هدى
رسول الله ﷺ بيدي، ثم بعث به مع أبي، فلم يحرم على رسول الله ﷺ شيء أحله الله
له، حتى فجر الهدى»^(٤) ولا خلاف أن النبي ﷺ ضحى في ذلك العام.

فصل: وقوله: «وكان عبد الله بن عمر مريضاً لم يشهد العيد مع الناس» يقتضى أن
مرضه منعه صلاة العيد مع الناس والبروز لها، ولم يمنعه مما شرع من ذبح الضحية
وإظهارها، وقد تقدم ذكره، ولم يمنعه مرضه من إنفاذ الضحية في ماله، وهى قربة
كالصدقة والعق، ولما كان ماله يتسع لذلك، وذلك أن حكم الأضحية قبل ذبحها،
حكم ما له تورث عنه، قاله مالك في المختصر والموازية.

وقال عيسى عن ابن القاسم في العتبية: ولغرمائه أخذها، إن لحقه دين.

فرع: إذا ثبت أن حكمها حكم ما له تورث عنه وتباع لغرمائه، فقد قال ابن
القاسم: يستحب لورثته ذبحها. وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب: لا يضحى بها
عنه، وهى ميراث.

(٣) أخرجه مسلم حديث رقم ١٩٧٧. الترمذي حديث رقم ١٥٢٣. أبو داود حديث رقم

٢٧٩١. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٣٦١. ابن ماجه حديث رقم ٣١٥٠. أحمد في

المسند حديث رقم ٢٦١١٤. الدارمي حديث رقم ١٩٤٨.

(٤) أخرجه البخاري حديث رقم (١٦٩٦، ١٦٩٩، ١٧٠٠). مسلم حديث رقم (١٣٢١).

الترمذي حديث رقم (٩٠٨). النسائي في الصغرى حديث رقم (٢٧٨٣). أبو داود حديث رقم

(١٧٥٧، ١٧٥٩). أحمد في المسند حديث رقم (٢٣٩٧١، ٢٥٤٧٨).

١٧٨ كتاب الضحايا

وجه قول ابن القاسم أنه مال أخرجه على وجه القرية، فاستحب لورثته إنفاذ ذلك، كما استحب له إخراجها بعينها، وكره له بدلها.

ووجه قول أشهب أنه لم يوجبها، ولم يأمر بإخراجها عنه، وإنما أعلها ليوجبها فى وقت، وهو لم يأن فهى كسائر ماله.

فرع: ولو مات عن هديه بعد أن قلده، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: للغرماء بيعه كما لهم بيع ما أعتق ورد عتقه.

قال القاضى أبو الوليد: وهذا عندى حكم الأضحية بعد الإيجاب بالقول على مذهب من رأى ذلك من أصحابنا.

مسألة: ولو مات بعد ذبح أضحيته، فقد قال مالك فى المختصر: هى لورثته ولا تباع فى دينه، ورواه فى العتبية عيسى عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أنها فاتت بالذبح، وصارت فى حكم المستهلك كما لو أكلها.

فرع: والفرق بين ذبحها، وتقليد الهدى، أن التقليد لا يضمن له الهدى، والذبح يضمن به الأضحية، فكان ذلك فوتاً فيها.

فرع: فإذا قلنا إن الأضحية تورث عنه بعد الذبح، فإن لورثته أكلها. وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك: ينهوا عن بيع لحمها، ولا خلاف بين أصحابنا نعلمه فى المنع من البيع؛ لأنه إنما انتقل إليهم ملكا على حسب ما كان للمضحى. وأما قسمتها. فقد أحاز ذلك مالك من رواية مطرف وابن الماجشون عنه وابن القاسم من رواية عيسى عنه ومنع منه فى كتاب محمد، فقال: لأنه يصير بيعاً، فيحتمل أن يكون سبب الخلاف فى ذلك، اختلاف قول مالك وأصحابه فى القسمة، هل هى تميز حق أو بيع؟ ويحتمل أن يريد أنها إذا وقعت القسمة على وجه كانت بيعاً، فلم تجز فى الأضحية، وإذا وقعت على وجه كانت تميز حق، فجاز ذلك فيها.

مسألة: وهذا حكم من انتقل إليه حكم الأضحية بالميراث. فأما من انتقل إليه بهبة أو صدقة، فقد روى ابن حبيب فى كتاب الحدود عن أصبغ: للمعطى بيع ذلك، إن شاء. وحكى ابن المواز عن مالك: ليس له بيعه.

وجه القول الأول أن نهاية القرية فى الأضحية الصلقة بها؛ فإذا بلغت محلها كان لمن صارت إليه التصرف فيها بالبيع وغيره كالزكاة.

ووجه القول الثاني أن إسحاب النسك على وجه الأضحية يمنع البيع كما لو انتقل إليه بالميراث. وأما ما أخرج في الزكاة، فقد كان له التصرف فيه بالبيع وغيره إلى أن ينتقل عن ملكه بالإخراج، فلذلك كان لمن انتقل إليه التصرف فيه بمثل ذلك.

مسألة: وهذا مبنى على أن المضحي ليس له بيع شيء منها كالهدي. والأصل فيه ما روى مجاهد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أخبره أن النبي ﷺ أمره أن يقوم على بدنه وأن يقسم بدنها كلها لحومها وجلودها وجلالها في المساكين، ولا يعط في جزارتها منها شيئاً. زاد عبد الكريم عن مجاهد: نحن نعطيه من عندنا.

قال مالك: ولا يباع جلد أضحية بجلد ولا غيره.

فرع: فإن باع من أضحيته شيئاً، فقد قال ابن حبيب: من باع جلد أضحيته جهلاً، فلا ينتفع بالثمن، وعليه أن يتصدق به. وروى عن سحنون: أن من باع جلد أضحيته أو شيئاً كم لحمها، إن أدرك فسخ، وإلا جعل ثمن الجلد في ماعون أو طعام، ويجعل ثمن اللحم في طعام يأكله. وقال محمد ابن عبد الحكم: من باع جلد أضحيته، فليصنع بثمانه ما شاء من إمساك أو غيره.

وهذا الاختلاف إنما هو في حكم ثمن المبيع بعد فواته وأما بيعه، فمتفق على منعه، فمنع ابن حبيب الانتفاع بالثمن، وجوز سحنون تصريف ثمنه فيما ينتفع به، دون ما يتمول ويصرف في التجارات التي تختص بالأثمان.

وأما قول ابن عبد الحكم، فيحتمل أن يذهب إلى قول أبي حنيفة في تجويزه بيع جلد الأضحية بما سوى الدراهم مما يعان ويتنفع به، والأظهر أنه منع البيع غير أنه كان هذا حكم الثمن عنده إذا فات البيع، والله أعلم.

مسألة: وللرجل أن يؤاجر جلد الأضحية وجلد الميتة. قال الشيخ أبو محمد: يريد بعد الدباغ. ووجه ذلك أن ما منع بيعه لم تمنع إجارته لمنفعته المباحة كجلد الميتة، فإنه منع بيعه، ولم تمنع إجارته لمنفعته المباحة.

مسألة: ومن تلف له شيء عند صانع، يلزمه ضمانه أو غاصب أو متعد، فقد قال ابن القاسم: من سرقت رعوس أضحيتها في الفرن استحب أن لا يغرمة شيئاً وكأنه رآه بيعاً. وقال ابن الماجشون وأصبغ: له أخذ القيمة، ويصنع بها ما شاء.

١٨٠ كتاب الضحايا

وكذلك قيمة الجلد يضيع أو يستهلك ألا ترى أن من خلق ثوبه فغصبه غاصب، أن له أخذ قيمته، وله أن يأخذ من اللحم المستهلك ما شاء من طعام أو حيوان، ولا يجوز ذلك في البيع.

فوجه قول ابن القاسم أن أخذ القيمة نوع من المعاوضة، وهي ممنوعة في الأضحية. مسألة: وأما صوف الأضحية، فإن جز قبل ذبحها، فقد روى محمد عن أشهب أن له أن يجزها قبل الذبح. وروى ابن القاسم عن مالك في الموازية والعتبية: لا تجز. وجه قول مالك أن تعيينها للأضحية قد أثر المنع في أخذ شيء منها كاللحم. ووجه قول أشهب أنه معنى تجوز إزالته منها قبل الذبح دون مضرة، فجاز له أخذ ذلك منها قبل إجبابها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن جزها، فقد قال ابن القاسم: قد أساء وتجزيه أضحيته، ويتنفع بالصوف، ولا يبيعه. وقال سحنون: لا أرى يبيعه بأسًا ويأكل ثمنه. وقال أشهب: له بيعه، ويصنع بثمنه ما شاء لأنها لم تجز قبل الذبح.

فيحتمل قول ابن القاسم، وجهين، أحدهما: أنه ممنوع من جزه حتى يتقرب بذبحها على الهيئة التي عينها، فإن أقدم على ذلك، فلا يبيعه لأن حكم المنع متعلق ببيعه كسائر أجزائها. والوجه الثاني أنه مباح له جزه، وإن كان تعلق به حكم الأضحية إلا أن جزه في حكم تفريق أعضائها من غير ضرورة، فلا يتعلق به منع كالولادة، والمالم يكن للذكاة تأثير في الصوف جاز التفريق لا أنه لا يباع كما لا يباع الولد.

وجه قول سحنون أن الصوف لما كان لا يؤكل جاز بيعه، وأكل ثمنه لأنه بذلك يتوصل إلى أكل أجزاء الأضحية، لأنه المقصود منها.

فرع: فأما بعد الذبح، فله جز صوفه.

مسألة: وإذا انتجت الأضحية، فقد روى محمد عن أشهب: لا يجوز ذبح ولدها. وقال مالك: إن ذبحه مع أمه فحسن.

وجه القول الأول أن سن الأضحية معتبر، وهو معدوم في السخلة. ووجه القول الثاني أنه تبع لأمه، فلا يعتبر إلا بصفتها دون صفتها كالصوف واللبن.

مسألة: وأما لبن الأضحية، فقد قال مالك: له شرب لبن الأضحية، ولا يجوز له شرب لبن الهدى، ولا ما فضل عن فصيلها.

ووجه ذلك أن الأضحية لم تجب بعد، والبدنة قد وجبت بالتقليد مع بقاء حياتها.

فصل: وقول نافع: «وكان عبد الله بن عمر يقول: ليس حلاق الرأس بواجب على من ضحى، وقد فعله ابن عمر» يريد أنه ليس بواجب على من ضحى أن يخلق رأسه، وقد فعله عبد الله بن عمر، ولعل عبد الله بن عمر قد فعله لحاجته إليه أو فعله استحباباً.

* * *

إدخار لحوم الأضاحي

٩٥٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ أَكْلِ لُحُومِ الضَّحَايَا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ثُمَّ قَالَ بَعْدُ: «كُلُوا وَتَصَدَّقُوا وَتَزَوَّدُوا وَأَدَّخِرُوا».

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث» يريد أنه نهى أن يأكل منها ذابحها والمضحى بها بعد ثلاثة أيام، وهي أيام الذبح؛ لأنه لما أباح الذبح في الثلاثة الأيام، أباح الأكل فيها من الأضحية، وقصر إباحة الأكل عليها ليتمكن المضحى بأن يؤخر الذبح إلى آخرها، ولا يتعذر عليه الأكل منها.

ويحتمل أن يريد إباحة الأكل بعد ثلاثة أيام من وقت ذبح أضحيته، وإن ضحى في آخر أيام الذبح، فأبيح له الأكل منها ثلاثة أيام ليكون ذلك مقدار ما يأكل فيه منها؛ لأن في منعه منها بعد اليوم أو المدة اليسيرة تضييقاً عليه، وفي أكله منها ثلاثة أيام منتفع وسعة ونهى عن أكلها بعد، والنهي يقتضى التحريم، ثم نسخ ذلك بإباحة أكله وتزوده وإدخار بعد ثلاثة أيام، وهذا من نسخ السنة بالسنة.

٩٥٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ وَقْدٍ أَنَّهُ قَالَ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَكْلِ لُحُومِ الضَّحَايَا بَعْدَ ثَلَاثٍ. قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ:

٩٥٣ - أخرجه البخارى فى الحج ١٦٠٤، الجهاد والسير ٢٧٥٨، الأطعمة ٥٠٠٤، الأضاحي ٥١٤١. ومسلم فى الأضاحي ٣٦٤٤، ٣٦٤٥، ٣٦٤٦. والنسائي فى الضحايا ٤٣٤٨. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ١٤٥١٢، ١٤٦٠٧، ١٤٦٣٥.

٩٥٤ - أخرجه مسلم فى الأضاحي ٣٦٤٣. والترمذى فى الأضاحي ١٤٣١. والنسائي فى الضحايا ٤٣٥٣، ٤٣٥٤. وأبو داود فى الضحايا ٢٤٢٩. وابن ماجه فى الأضاحي ٣١٥٠. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٠٩٩. والدارمى فى الأضاحي ١٨٧٧.

فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِعَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ فَقَالَتْ: صَدَقَ، سَمِعْتُ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ تَقُولُ: دَفَّتْ نَاسٌ^(١) مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ حَضْرَةَ الْأَضْحَى فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ادَّخِرُوا لثَلَاثَ، وَتَصَدَّقُوا بِمَا بَقِيَ». قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ قِيلَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَقَدْ كَانَ النَّاسُ يَنْتَفِعُونَ بِضَحَايَاهُمْ، وَيَجْمَلُونَ مِنْهَا الْوَدَّكَ^(٢) وَيَتَّخِذُونَ مِنْهَا الْأَسْقِيَةَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَمَا ذَلِكَ» أَوْ كَمَا قَالَ. قَالُوا: نَهَيْتَ عَنِ لُحُومِ الضَّحَايَا بَعْدَ ثَلَاثَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ الَّتِي دَفَّتْ عَلَيْكُمْ، فَكُلُوا وَتَصَدَّقُوا وَادَّخِرُوا». يَعْنِي بِالْدَّافَةِ قَوْمًا مَسَاكِينَ قَدِمُوا الْمَدِينَةَ.

الشرح: قوله: «نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الأضاحي بعد ثلاث» ظاهره التحريم، وقد يصح حمله على الكراهية بدليل إن وجد. وقد اختلف الناس في تأويله، فتأوله قوم على التحريم، وأن النسخ بإباحته طراً بعد ذلك، وحمله قوم على الكراهية، ويحتمل أن تكون الكراهية منسوخة، ويحتمل أن تكون باقية، ويحتمل أن يكون حكم المنع ثبت لعله، وارتفع لعدمها، فيكون ذلك المنع وإن ورد بلفظ العموم محمولاً على الخصوص بدليل.

فأما من ذهب إلى القول الأول فتعلق بأنه ﷺ نهى عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث، قال بعد ذلك: «كلوا وتزودوا وادخروا» وإذا وردت الإباحة بعد الحظر، فهو حقيقة النسخ.

وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «الضحية كنا نصلح منه، فنقدم به إلى رسول الله ﷺ، فقال: «لا تأكلوا منه إلا ثلاثة أيام». وليست بعزيمة، ولكن أراد أن يطعم منه والله أعلم^(٣).

وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ما يدل على استدامة حكم المنع. وروى أبو عبيد قال: شهدت العيد مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فصلى قبل الخطبة ثم خطب الناس، فقال: إن رسول الله ﷺ نهاكم أن تأكلوا لحوم نسككم فوق

(١) دف: بالدال المهملة وتشديد الفاء أى أتوا، والدافة قوم يسيرون سيرا لينا.

(٢) يجمعون منها الودك: أى يذيون منها الشحم.

(٣) أخرجه البخارى، واللفظ له، حديث رقم ٥٥٧٠. مسلم حديث رقم ١٩٧١.

كتاب الضحايا ١٨٣
ثلاث، فذكر ذلك في خطبته للناس يوم الأضحى ليعملوا به. وهذا يدل على أنه غير منسوخ عنده.

وقد روى عن عبد الله بن عمر معنى ذلك في الامتناع، ويحتمل أن يكون ﷺ إنما منع لأجل الدافة التي دفت، وأن علة الحاجة أوجبت ذلك، وأن الحاجة لو نزلت اليوم لقوم من أهل المسكنة للزم الناس مواساتهم، إلا أن الأظهر ما قدمناه أولاً لك أنه حكم منسوخ، وإن كان لأجل الدافة خاصة وما يخيف عليه من الهلاك بالمجاعة لما اختص ذلك بلحوم الأضاحى، بل كان يلزم الناس مواساتهم بها وبغيرها.

فصل: وقول عائشة رضی الله عنها: «دف ناس من أهل البادية» روى ابن سحنون عن أبيه في شرح الموطأ أنه سأل عبد الله بن وهب عن تفسير ذلك، فقال: الدافة القوم القادمون عليهم، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يدخروا لحوم الأضاحى، فيمنعوها الذين قدموا، فإنهم إن لم يدخروا وسعوا بذلك على إخوانهم القادمين. قال محمد بن سحنون: والدافة الجماعة، تسير سيراً ليس بالشديد يقال لهم يدفون دفيفاً.

فصل: وقوله: «اذخروا لثلاث، وتصدقوا بما بقى» يقتضى أن يمسك منه يوم الأضحى ما يكفى لثلاث ثم يتصدق بما بقى بعد ذلك، وهو الذى يقع به الانتفاع للدافة فى يوم الأضحى وفيما بعده.

فصل: وقوله: «إن الناس كانوا ينتفعون بضحاياهم ويحملون منها الودك ويتخذون منها الأسقية» إن كان يريد أنهم امتنعوا من اتخاذ الأسقية من جلودها لأجل المنع المتقدم، فقد يجب أن يكون المنع بأعم من هذا اللفظ المتقدم؛ لأن المنع إنما تناول أكل اللحم.

وقد روى لفظ يتناول جميع الأضحية، وهو ما روى سلمة بن الأكوع، قال: قال رسول الله ﷺ: «من ضحى منكم، فلا يصبحن بعد ثلاثة وفى بيته شىء منه»^(٤).

فصل: وقوله ﷺ: «إنما نهيتكم لأجل الدافة التى دفت عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا» لفظة «كلوا» قد روى ما يقتضى أن معناها الإباحة. روى ابن المواز عن مالك: لا بأس على الرجل إن لم يأكل من بدنته. وروى عنه فى النوادر أنه قال: وإن تصدق بلحم أضحيته كله، فهو أعظم لأجره.

(٤) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٥٦٩. مسلم حديث رقم ١٩٧٤.

١٨٤ كتاب الضحايا

وروى ما يدل أن هذه اللفظة للندب والاستحباب، وذلك أن ابن حبيب، روى عن مالك: لو أراد رجل أن يتصدق بلحم أضحيته كله لاستغناؤه عنه، ولا يأكل منه شيئاً كان مخطئاً.

وجه رواية ابن المواز أنه حيوان يخرج على وجه القرية، فلم يؤمر بالأكل منه. أصل ذلك ما نذره أو تصدق به. ووجه رواية ابن حبيب أنه حيوان يذبح على وجه القرية المشروعة، فكان الأكل منه مشروعاً مندوباً إليه كالهدي. وقد حكى القاضي أبو محمد عن بعض الناس أنه قال: الأكل منها واجب، وهو قول شاذ بعيد.

فصل: وأما قوله: «فتصدقوا» فعلى الاستحباب دون الوجوب، قاله القاضي أبو محمد؛ لأنه لا خلاف اليوم بين الفقهاء في ذلك. والأصل فيه قوله في الحديث: «وتصدقوا» والأمر يقتضى الوجوب أو الندب، فإذا دل الإجماع على انتفاء الوجوب حمل على الندب.

وقد روى عن مالك: ولو أن رجلاً تصدق بأضحيتيه كلها لاستغناؤه عنها، ولم يأكل منها شيئاً لكان مخطئاً كما لو أكلها، ولم يطعم منها.

وقال ابن المواز: يستحب أن يتصدق ببعض لحم أضحيته، ولو لم يتصدق بشيء منه ما جاز له.

فرع: إذا ثبت أن الإطعام من الأضحية مشروع، فقد روى ابن حبيب: لم يجد ما يطعم منها، ولا ما يأكل، وما فعل مما قل من ذلك أو أكثر، فهو يجزى، زاد الشيخ أبو القاسم: والاختيار أن يأكل الأقل، ويقسم ما بقي، ولو قيل يأكل الثلث ويقسم الثلثين كان حسناً، والله أعلم.

٩٥٥ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّهُ قَدِمَ مِنْ سَفَرٍ، فَقَدَّمَ إِلَيْهِ أَهْلُهُ لَحْمًا، فَقَالَ: انظُرُوا أَنْ يَكُونَ هَذَا مِنْ لُحُومِ الْأَضْحَى؟

٩٥٥ - أخرجه البخارى فى المغازى ٣٦٩٦. والنسائى فى الضحايا ٤٣٤٩، ٤٣٥٠، ٤٣٥٦. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ١٠٧٤٧، ١٠٩٠١، ١١٠٢٣، ١١١١٨، ١١١٧٨، ١١٢٠١، ١١٣٨٣.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥/٧: لم يسمع ربيعة من أبى سعيد الخدرى، وهذا الحديث يتصل من غير حديث ربيعة، ويستند إلى النبى ﷺ من طرق حسان من حديث على بن أبى طالب، وأبى سعيد، وبريدة الأسلمى، وجابر، وأنس، وغيرهم، وهو حديث صحيح.

فَقَالُوا: هُوَ مِنْهَا، فَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ: أَلَمْ يَكُنْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْهَا؟ فَقَالُوا: إِنَّهُ قَدْ كَانَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَعْدَكَ أَمْرٌ، فَخَرَجَ أَبُو سَعِيدٍ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ، فَأُخْبِرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «نَهَيْتُكُمْ عَنْ لُحُومِ الْأَضْحَى بَعْدَ ثَلَاثٍ، فَكُلُوا وَتَصَدَّقُوا وَادْخِرُوا، وَنَهَيْتُكُمْ عَنِ الْإِنْتِبَازِ، فَانْتَبِذُوا، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، وَنَهَيْتُكُمْ عَنِ زِيَارَةِ الْقُبُورِ، فَزُورُوهَا، وَلَا تَقُولُوا هُجْرًا». يَعْنِي لَا تَقُولُوا سُوءًا.

الشرح: قول أبي سعيد لما قدم إليه اللحم: «انظروا أن يكون هذا من لحوم الأضاحي» على وجه التحرز والاحتياط لدينه. وقد روى عن عبد الله بن عمر أنه كان لا يأكل في انصرافه من منى إلا الزيت خوفًا من لحوم الأضاحي التي كان يعتقد استدامة المنع فيها، وكذلك يجب للمتخفظ بدينه أن يسأل ويبحث إن كثر المحظور، فإذا كان شاذًا، جاز أن يحمل على الأغلب.

فصل: قوله لما ذكر له أنها لحوم الأضاحي: «ألم يكن رسول الله ﷺ نهى عنها» إنكار لتقديمها إليه بعد علمهم بأنه مما نهى عنه النبي ﷺ، فأخبر بوجه الأمر، وهو ما حدث من نسخ ما علم من الحظر بالإباحة.

وقولهم: «أمر»، يحتتمل أن يكونوا فسروا له معنى الأمر، فأراد أن يحتاط في ذلك بقول من سمعه من رسول الله ﷺ أو بقول من هو أفقه وأفهم وأعلم بتأويل قول النبي ﷺ ممن أخبره بذلك.

ويحتتمل أنه قيل له قد حدث من النبي ﷺ في ذلك أمر، ولم يفسر له ذلك الأمر، وإن كان أخبر بأنه معنى يقتضي الإباحة، فخرج يسأل عن ذلك الأمر وتفسيره، فأخبر به، وهو أن النبي ﷺ قال: «نهيتكم عن لحوم الأضاحي بعد ثلاث فكلوا وادخروا»^(١) يريد أنه أطلق لهم الأكل بعد الثلاث.

فصل: وقوله ﷺ: «ونهيتكم عن الانتباز، فانتبذوا، وكل مسكر حرام» يأتي في كتاب الأشربة إن شاء الله.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد: من الفقه: أن حديث رسول الله ﷺ فيه النسخ والمنسوخ، كما في كتاب الله عز وجل، وهذا إما يكون في الأوامر والنواهي من الكتاب والسنة، وأما في الخبر عن الله عز وجل، أو عن رسول الله ﷺ فلا يجوز النسخ في الأخبار البتة، بحال، لأن المخبر عن الشيء أنه كان، أو يكون إذا رجع عن ذلك لم يخل من السهو، أو الكذب، وذلك لا يعزى إلى الله، ولا إلى رسوله فيما يخبر به عن ربه في دينه وأما الأمر والنهي، فجائز عليهما النسخ للتخفيف، ولما شاء الله من مصالح عباده، وذلك من حكمته، لا إله إلا هو.

١٨٦ كتاب الضحايا
وقوله ﷺ: «ونهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ولا تقولوا هجرًا» يعنى لا تقولوا
سوءًا.

قال أبو عبيد الهروى: الهجر الفحش، والهجر، بفتح الهاء، الهذيان. قال محمد بن
سحنون فى شرح الموطأ: لا تقولوا هجرًا، لا تدعوا بالويل والحرب والعيول، أو تقولوا
ما يسخط الله. قال محمد فى رواية على: لا تقولوا هجرًا، لا تقولوا سوءًا. قال محمد:
وغيرنا يقرؤها: لا تعرفوا هجرًا.

* * *

الشركة فى الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة

قوله: «وعن كم تذبح البقرة والبدنة؟» يريد، وتنحر البدنة، وسيأتى بعد هذا إن
شاء الله تعالى فى كتاب الذبائح، ولكنه عطف تذكية البدنة على تذكية البقرة بلفظ
الذبح لما كان المعنى واحدًا فى التذكية.

٩٥٦ - مالك، عن أبي الزبير المكي، عن جابر بن عبد الله أنه قال: نحرننا مع
رسول الله ﷺ عام الحديبية^(١) البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة.

الشرح: قوله: «نحرننا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن
سبعة» يقتضى أن البدن والبقرة تنحر، وسيأتى بعد هذا مفسرًا فى كتاب الذبائح إن شاء
الله تعالى.

وأما ما ذكر من ذبح الواحدة من ذلك عن سبعة، فقد اختلف الناس فى تأويله،
ومذهب مالك أنه لا يجوز فى الهدايا الواجبة ولا فى الضحايا أن يشترك جماعة فى
ثمن الأضحية أو البدنة، فيشترونها بالثمن المشترك، ثم يذبحونها أو ينحرونها.

فأما هدى التطوع، فالمشهور عنه أن الاشتراك فيه غير جائز. وحكى القاضى أبو
الحسن أنه روى عنه: أن ذلك يجوز عند مالك أن تكون الأضحية لرجل واحد، فيذبحها

٩٥٦ - أخرجه مسلم فى الحج ٢٣٢٢: ٢٣٢٧. والترمذى فى الحج ٨٢٨، الأضاحى ١٤٢٢.
وأبو داود فى الضحايا ٢٤٢٤، ٢٤٢٥، ٢٤٢٦. وابن ماجه فى الأضاحى ٣١٢٣. وأحمد فى
باقى مسند المكثرين ١٣٦٠٠، ١٣٨٧٨، ١٤٢٨٠، ١٤٣٧١، ١٤٣٨٥، ١٤٥٠٩،
١٤٧٢٢. والدارمى فى الأضاحى ١٨٧٣، ١٨٧٤.

(١) الحديبية: واد بينه وبين مكة عشرة أميال أو خمسة عشر ميلا على طريق جدة.

كتاب الضحايا ١٨٧

عنه وعن أهل بيته، ومن فى عياله، وإن كانوا أكثر من سبعة. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يشترك سبعة فى ثمن الهدى والأضحية ثم يذبحونها إذا كان كل واحد منهم قصد القرية فى ذبحه، وإن كانت وجوهها مختلفة مثل أن يلزم أحدهم جزاء صيد، ويلزم الآخر فدية أذى، ويريد هدى تطوع، فإن كان منهم من لا يقصد القرية، وإنما يقصد اللحم لم يجره ذلك.

وقال زفر: لا يجرى حتى تكون وجوه القرية واحدة. وقال الشافعى: إن ذلك يجرئه على كل وجه.

واتفقوا على أنه لا يجرى عن أكثر من سبعة، فالخلاف بيننا وبينهم فى فصلين، أحدهما: أنه لا يجوز الاشتراك فى الرقبة عندنا ويجوز عندهم. والثانى: أنه يجوز عندنا أن تنحر البدنة الواحدة عن أكثر من سبعة، وعندهم لا يجوز ذلك.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿ومن قتل منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥]، فوجه الدليل من الآية أنه تعالى أوجب على من قتل الصيد إخراج مثله: ﴿هديا بالغ الكعبة﴾، ومن أخرج سبع بدنة، فلم يخرج مثل ما قتل من الصيد. ومن جهة القياس أن هذا هدى، فلم يجر أن يكون مشتركا. أصله الشاة.

أما هم فاحتج من نصر قوله بالحديث المنصوص: «نحرنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة».

والجواب أن القاضى أبا الحسن قد أجاب عن هذا بأن حديث أبى الزبير وهم؛ لذكره البقرة عن سبعة. وجاوبه هو والشيخ أبو بكر بجواب ثان أنه يحتمل أن يكون النبى ﷺ هو الذى نحر عنهم، وكان الهدى جميعه له، ونحن إنما نمنع الاشتراك فى رقبة الهدى والأضحية، قالوا: وهذا كما روى أن النبى ﷺ ضحى، وقال: «هذا عنى وعمن لم يضح من أمتى»^(٢).

قال القاضى أبو إسحاق: فكان هذا والله أعلم كما يذبح الرجل عنه وعن أهله؛ لأن المسلمين كلهم أهل النبى ﷺ هو أب لهم وأزواجه أمهاتهم. قال: وأحسب أن الذى روى من اشتراكهم يوم الحديبية فى البدن من هذا الجنس، ولعل النبى ﷺ ساقها

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٥٢١. أبو داود حديث رقم ٢٨١٠. أحمد فى المسند

حديث رقم ١٠٦٦٧، ١٤٤٢٣، ١٤٤٧٧، ١٤٤٧٩.

١٨٨ كتاب الضحايا

وأشرك بينهم فيها ولم يخرج كل واحد جزءاً من ثمنها، وعلى هذا التأويل يجوز للإمام أن يدخل غيره من رعيته في أضحيته.

وأجاب عن الحديث بجواب آخر أنه إن كان صح هذا الحديث، فلا يمتنع أن يكونوا قد ساقوا ذلك وقلدوه تطوعاً، والذي أدى الثمن واحد، وقد أشرك معه قوماً، ولم يأخذ منهم ثمناً.

وقد روى عن مالك: أن الاشتراك في هدى التطوع المحض جائز على هذا الوجه، فأما أن يزن كل واحد منهم جزءاً من ثمنه أو يجوز ذلك فيما يلزم الإنسان في خاصة نفسه من هدى واجب أو أضحية تتعين على الإنسان بالسنة، فلا وليس في الحديث ما يدل على ذلك.

وجواب ابن المواز فيما احتج به عليه من أن النبي ﷺ قال: «ليشترك النفر منكم في الهدى»^(٣) يوشك أن ذلك كله كان من النبي ﷺ لأمته؛ لأنهم كلهم عياله، فيخرج عنهم أو يدفع إلى كل نفر منهم مثل ما لو فعل ذلك رجل بمن تلزمه نفقته.

فإن قيل: فأنتم لا تجيزون أن تذبح الأضحية والهدى عن عدد من الناس إلا أن يكون بيت واحد، والذي ذبح يوم الحديبية سبعون بدنة، ولا يتفق أن يكون كل سبعة منهم أهل بيت.

فالجواب عن ذلك من وجوه، إنا على تجويز الاشتراك في هدى التطوع، فلا يراعى ذلك، ويسقط هذا السؤال جملة، وأما على منعنا ذلك في هدى التطوع وغيره، فعنه جوابان، أحدهما: أن جميع المسلمين كانوا للنبي ﷺ بمنزلة أهل بيته، فيجوز له أن ينحر عن سبعة منهم كما روى أنه ذبح عنه وعن جميع من لم يضح من أمته، فشارك بينهم في أضحيته، وإن لم يجز لبعضهم أن يشرك بضعا، وهذا كما روى عنه ﷺ أنه ذبح عن آل محمد بقرة واحدة، رواه أبو عبد الرحمن النسوي، أخبرنا ابن عبد الأعلى، أخبرنا ابن وهب، أخبرني يونس، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة قالت: ذبح رسول الله ﷺ عن آل محمد في حجة الوداع بقرة واحدة.

(٣) لم أقف على تخرجه بلفظه، وأخرجه مسلم حديث رقم ١٣١٨ من طريق محمد بن حاتم، حدثنا محمد بن بكر، أخبرنا ابن جريج، أخبرنا أبو الزبير، أنه سمع جابر بن عبد الله يحدث عن حجة النبي ﷺ قال: «فأمرنا إذا أحللنا أن نهدي، ويجتمع النفر منا في الهدية»، وذلك حين أمرهم أن يخلوا من حجهم في هذا الحديث.

وجواب ثان، وهو أنه يحتمل أن يكون منهم أهل بيت من خمسة، وأهل بيت من سبعة، وقوم ليسوا أهل بيت فنحر الهدى عن سبعة، وعن خمسة، وعن واحد، وقصد الراوى إلى الإخبار عن أكثر عدد نحر عنهم بدنة أو بقرة، فأخبر بذلك، ولم يقصد الإخبار عن أحاد الناس بدليل أن النبي ﷺ نحر عن نفسه بدنة، ولم يخبر بذلك جابر في حديثه، وهذا كما روى أن النبي ﷺ ذبح عن نسائه البقر، وليس في الحديث أنه لم ينحر بقرة عن أقل من سبعة، فيصح لكم هذا التعلق.

فإن قيل هذا القول عندكم أن لا تنحر بدنة قد قلدت وأشعرت عن أهل بيت ولا عندهم، فكيف يجوز أن تنحر عن سبعة أو أقل؟. فالجواب عندي إنما لم يميز ذلك مالك في هذه الرواية في هدى قلد وأشعر عن واحد أو قلد وأشعر عن جماعة على وجه يقتضى اشتراكهم في رقبته.

وأما ما لم يسبق به إيجاب بتقليد ولا إشعار، وإنما وجب بالنحر أو الذبح، فإنه يجرى بجرى الأضحية أو يكون مضافاً ملكه لواحد، وقد أوجبه على جميعهم على سبيل الاشتراك في الأجر ورقبة الهدى باقية على صاحبه المقلد له، فإنه يجوز ذلك، وقد تقدم في كتاب الحج.

فصل: وأما الدليل على أن الأضحية يذبحها الرجل عن أكثر من سبعة أن ما زاد على السبعة من عياله أو ممن يصح أن يريده بأضحيته عنه كما لو كانوا أقل من سبعة. مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الشاة والبقرة والبدنة كل واحد من ذلك يجزئ عن الجماعة السبعة وأكثر من أهل البيت في الأضحية، رواه ابن القاسم عن مالك. ووجه ذلك عندي أن يذبحها عن جميعهم، فيسقط عنهم بذلك حكم الأضحية، ولكن لحم الشاة باق على ملكه حتى يعطى من شاء منهم ما يريد، ولو أراد أن يتصدق بجميعه لم يكن لهم منعه من ذلك.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك: إن الاشتراك يجوز في هدى التطوع، فلا فرق بينه وبين الأضحية، فإذا قلنا بقول مالك الآخر: لا يجوز ذلك، فالفرق بينهما أن الهدى يجب بالتقليد والإشعار، فثبت فيه نوع من الاشتراك قبل إنفاذ ذبحه، فذلك منع الاشتراك فيه؛ لأن النية لا توجبها، ألا ترى أنه من اشترى أضحية لنفسه، ثم بدا له قبل أن يذبحها أن يشرك فيها أهل بيته، جاز ذلك له، رواه ابن المواز عن ابن القاسم. وهذا ما لم يجب الأضحية بالقول، فإن أوجبها بالقول فحكمها يجب أن يكون حكم الهدى الذى قد وجب بالتقليد، والله أعلم.

١٩٠ كتاب الضحايا

٩٥٧ - مَالِك، عَنْ عُمَارَةَ بْنِ صَيَّادٍ أَنَّ عَطَاءَ بْنَ يَسَارٍ أَخْبَرَهُ أَنَّ أَبَا أَيُّوبَ
الْأَنْصَارِيَّ أَخْبَرَهُ، قَالَ: كُنَّا نَضْحِي بِالشَّاةِ الْوَاحِدَةِ يَذْبُحُهَا الرَّجُلُ عَنْهُ وَعَنْ أَهْلِ
بَيْتِهِ ثُمَّ تَبَاهَى النَّاسُ بَعْدُ، فَصَارَتْ مُبَاهَاةً.

الشرح: قوله: «كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته» يريد
أن الرجل كان يتناول إخراجها من ماله، ولذلك أضاف ذبحها إليه، ولكنه كان يشرك
أهل بيته في ثوابها، ويسقط عنهم بذلك ما تعين عليهم من الأضحية. وفي هذا حجة
على جواز ذلك عن أهل البيت؛ لأن قول أبي أيوب: كنا نفعل، إنما يريد بذلك زمن
النبي ﷺ، وأتى بلفظ يقتضى التكرار، ومثل هذا مع تكراره لا يخفى فى الأغلب عن
النبي ﷺ، فإذا لم يمنع منه ولم ينكره، دل ذلك على جوازه.

وفى هذا ثلاثة أبواب، أحدها: ما يستحب من عدد الضحايا. والثانى: فيمن يجوز
أن يدخله الإنسان فى الأضحية. والثالث: فيمن يلزم الإنسان أن يضحى عنه.

* * *

الباب الأول

فيما يستحب من عدد الضحايا

لا خلاف أن الواحد من بهيمة الأنعام يجزى الإنسان فى أهل بيته، ولكن قال مالك:
استحب قول ابن عمر أن يضحى عن كل إنسان بشاة لمن استطاع ذلك. وجه ذلك أنه
أكثر ثواباً، وأبعد من الاشتراك الذى هنا فى الضحايا.

* * *

الباب الثانى

فيمن يجوز للإنسان أن يشركه فى أضحيته

يجوز للإنسان أن يضحى عن نفسه وعن أهل بيته بالشاة الواحدة، يعنى بأهل بيته
أهل نفقته، قليلاً كانوا أو كثيراً. والأصل فى ذلك حديث أبى أيوب «كنا نضحى
بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته»^(١). زاد ابن المواز عن مالك: وولديه
الفقيرين.

٩٥٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٠٧.

(١) تقدم تخريجه برقم ٩٥٧.

كتاب الضحايا ١٩١

قال ابن حبيب: وله أن يدخل في أضحيته من بلغ من ولده، وإن كان غنيًا إذا كان في نفقته وبيته، وكذلك من ضم إلى نفقته من أخ أو ابن أخ قريب، فأباح ذلك بثلاثة أسباب، أحدها: الإنفاق عليه. والثاني: المساكنة له. والثالث: القرابة. قال ابن المواز عن مالك: له أن يدخل زوجته في أضحيته.

وروجه ذلك ما قدمناه لأن المساكنة والإنفاق موجودان، والزوجية أكد من القرابة، قال الله تعالى: ﴿وجعل بينكم مودة ورحمة﴾ [الروم: ٢١]. قال مالك في الموازية: إن شاء أن يدخل في أضحيته أم ولده، ومن له فيه بقية رق أجزاء.

وروجه ذلك ما قدمناه، ولأن الولاء لحمة كلحمة النسب، وهو ثابت في أم الولد وسببه موجود فيمن له عليه رق، والله أعلم.

مسألة: ولا يدخل يتيمه في أضحيته ولا يشرك بين يتيمين في أضحيته، وإن كانا أخوين، والجد والجدة كالأجانب، قاله ابن المواز عن مالك. قال ابن حبيب: ولا شريك ولا رفيق من الأجانب.

وروجه ذلك ما عدم من بعض الشروط الثلاثة، يريد أن الجد والجدة ليسا في نفقته، ولو كانا على ذلك لجاز عندي ما تقدم في الأقارب.

* * *

الباب الثالث

في ذكر من يلزمه أن يضحى عنه

روى ابن حبيب عن مالك: يلزم الرجل أن يضحى عن نفسه وعن أولاده ما يلزمه الإنفاق عليهم، ولا يلزمه أن يضحى عن زوجته ولا رقيق أمه، ولا من له فيه بقية رق.

فصل: وقوله: «ثم تباهى الناس فصارت مباحة» قال ابن حبيب: والمباحة بما كان لله أفضل، يريد أن الزيادة في ذلك إن خلصت لله تعالى أفضل من التقليل، ولذلك يستحب له أن يخرج أفضل ما يقدر عليه وأكثر ثمنًا ما لم يخرج عن المتعارف.

وفي العتبية، قال أشهب: كره مالك تغالى الناس في الأضحية ويشترى كسراء الناس، فأما أن يجده بعشرة ويشترى بمائة، فيأني أكرهه، ويدخل على الناس مشقة، ومعنى ذلك الخروج عن المتعارف من قصد المباحة، ويشق على من أراد منافسته قاصدا للخير، فتدخل في ذلك الكراهية من وجهين، أحدهما: قصد المباحة، وهذا يتعلق بالمعتاد وغيره.

١٩٢ كتاب الضحايا

والوجه الثانى: الخروج عن العادة والشذوذ فى المغالاة، وكذلك فى العدد تتعلق به الكراهية من وجه المباهاة، وهو فى المعتاد من إخراج ضحية عن كل إنسان وتقيده من الزيادة عليه والمقارنة له.

والثانى: الشذوذ والخروج عن العادة؛ فإذا سلم من الأمرين، فلا يقال إن ذلك مذموم لما فيه من المباهاة، إذا أريد به وجه الله تعالى، وإنما ذم أبو أيوب رضى الله عنه من ذلك التفاخر بين الناس على أن لفظ المباهاة فيه نظر؛ لأنه إنما يستعمل فى المفاخرة ومن يقصد هذا.

قَالَ مَالِكٌ: وَأَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الْبَدَنَةِ وَالْبَقْرَةِ وَالشَّاةِ أَنَّ الرَّجُلَ يَنْحَرُ عَنْهُ وَعَنْ أَهْلِ بَيْتِهِ الْبَدَنَةَ، وَيَذْبَحُ الْبَقْرَةَ وَالشَّاةَ الْوَاحِدَةَ هُوَ يَمْلِكُهَا وَيَذْبَحُهَا عَنْهُمْ وَيَشْرِكُهُمْ فِيهَا، فَأَمَّا أَنْ يَشْتَرِيَ النَّفْرُ الْبَدَنَةَ أَوْ الْبَقْرَةَ أَوْ الشَّاةَ يَشْتَرِكُونَ فِيهَا فِي النَّسْكِ وَالضَّحَايَا، فَيُخْرِجُ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ حِصَّةً مِنْ ثَمَنِهَا، وَيَكُونُ لَهُ حِصَّةٌ مِنْ لَحْمِهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ يُكْرَهُ، وَإِنَّمَا سَمِعْنَا الْحَدِيثَ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَكُ فِي النَّسْكِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عَنْ أَهْلِ الْبَيْتِ الْوَاحِدِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن الناس قد اختلفوا فى الاشتراك فى البدنة أو البقرة فى الضحايا والنسك، وأن أحسن ما سمع فى ذلك: أن يكون ملكها لواحد، بدنة كانت أو بقرة أو شاة، فيذبحها عنه وعن أهل بيته أضحية.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أنه يصح ذلك بنيه، وإن لم يعلم أهل بيته بذلك، ولذلك يدخل فيها من صغار ولده من لا تصح نيته. وأما أن يتقدم ملك كل واحد منهم لجزء منها بقدر ما أدى من ثمنها، فإن ذلك مكروه عنده.

ووجه أن النسك لا يتبعض يبين ذلك أن بدله لا يجوز ذلك فيه، وهو مما يصح أن يتبعض، فبان لا يجوز فى مبدله الذى لا يصح أن يتبعض أولى.

٩٥٨ - مَالِكٌ، عَنْ ابْنِ شَيْهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: مَا نَحَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْهُ وَعَنْ أَهْلِ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥/١٨١.

٩٥٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٠٨.

قال السيوطى فى تنوير الحوالك ١/٣٢٢: رواه جويرية عن مالك، عن الزهرى، قال: أخبرنى من لا أتهم، عن عائشة أنها قالت.. فذكره على الشك، ورواه معمر ويونس والزبيرى، عن الزهرى عن عمرة، عن عائشة قال: ما ذبح رسول الله ﷺ عن آل محمد فى حجة الوداع إلا بقرة، ورواه ابن أحمى الزهرى عن عمه، قال: حدثنى من لا أتهم عن عمرة، عن عائشة... فذكره.

بَيْتِهِ إِلَّا بَدَنَةً وَاحِدَةً أَوْ بَقْرَةً وَاحِدَةً.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أُدْرِي أَيَّتُهُمَا قَالَ ابْنُ شِهَابٍ.

الشرح: قوله: «ما نحر رسول الله ﷺ عنه وعن أهل بيته إلا بدنة واحدة أو بقرة واحدة» يقتضى الاشتراك فى ذلك على ما ذكرناه، وجواز الاقتصار على واحدة للرجل وأهل بيته، ويحتمل أن يكون النبى ﷺ فعل ذلك فى عام ما لعدم الضحايا أو الهدايا، ويحتمل أن يكون فعل ذلك مع كثرتها ليبين جواز ذلك.

* * *

الضحية عما فى

بطن المرأة وذكر أيام الأضحى

٩٥٩ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَالَ: الْأَضْحَى يَوْمَانِ بَعْدَ يَوْمِ الْأَضْحَى.

٩٦٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ مِثْلُ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «الأضحى يومان بعد يوم الأضحى» يريد أن يوم الأضحى أولاً يوم الذبح ثم اليومان بعده، وأن اليوم الرابع ليس من أيام الذبح، وبهذا قال مالك وسفيان الثورى وأبو حنيفة.

وقال الشافعى: أيام الذبح أربعة يوم النحر، وثلاثة أيام التشريق بعده. وقد استدلل القاضى أبو الحسن فى ذلك بقوله تعالى: ﴿لِيذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقْنَاهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ [الحج: ٢٨]، قال: والأيام المعلومات: يوم النحر، ويومان بعده والأيام المعدودات ثلاثة بعد يوم النحر، فيوم النحر معلوم غير معدود، واليومان بعده معلومان معدودان، والرابع معدود غير معلوم.

وفائدة وصفنا له بأنه معلوم أنه من أيام الذبح، وفائدة وصفنا له بأنه معدود أنه

٩٥٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٠٩. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٧٩/٩. ومعرفة السنن والآثار ١٤/١٩١١٧.

٩٦٠ - ذكره فى الروض النضير ٣/٣٢٢. كشف الغمة ٢/٢٨. المحلى ٧/٢٧٥. ابن كثير تفسيره ١/٢٤٥. المغنى ٨/٦٣٨. المجموع ٨/٢٠٤. ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥/١٩٧.

١٩٤ كتاب الضحايا
من أيام الرمي، وقد قال الله تعالى: ﴿واذكروا الله في أيام معدودات فمن تعجل في
يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ٢٠٣].

ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم أن النبي ﷺ نهى عن أكل لحوم الأضاحي
بعد ثلاث ومعلوم أنه أباح الأكل منها في أيام الذبح، فلو كان اليوم الرابع منها لكان
قد حرم على من ذبح في ذلك اليوم أن يأكل من أضحيته.

ودليلنا من جهة القياس أنه يوم مشروع النحر قبله، فلم يكن من أيام الذبح
كالخامس.

مسألة: إذا ثبت أن أيام الذبح ثلاثة، فإن أفضلها أولها، وهو يوم النحر، قاله ابن
المواز وغيره.

ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿وسارعوا إلى مغفرة من ربكم﴾ [آل عمران: ١٣٣]،
ومعنى ذلك والله أعلم، المسارعة إلى الطاعة وأداء العبادة.

مسألة: وليس الليل من زمن الذبح في أضحية ولا هدى ولا عقيقة ومن فعل ذلك
لم يجزه، رواه ابن حبيب عن مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: تذبح الأضحية ليلاً.

قال القاضى أبو الحسن: وقد روى عن مالك: من فعل ذلك أجزاءه، واستدل مالك
في ذلك بقوله: ﴿ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة
الأنعام﴾ [الحج: ٢٨].

قال القاضى أبو الحسن: أراد بذلك والله أعلم، التسمية على الذبيحة، وخص بذلك
الأيام، فوجب أن يتعلق بها دون الليالي على ما نعتقده من القول بدليل الخطاب.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أن التعلق بهذه الآية ليس من باب دليل
الخطاب، وذلك أن الشرع ورد بالذبح في زمن مخصوص وطريق تعلق النحر والذبح
بالأوقات الشرع ولا طريق له غير ذلك، فإذا ورد الشرع بتعلقه بوقت مخصوص لقوله
تعالى: ﴿في أيام معلومات﴾ [الحج: ٢٨]، ونحر النبي ﷺ وذبحه أضحيته نهاراً،
علمنا جواز ذلك في النهار، ولم يجوز أن نعديه إلى الليل إلا بدليل، وقد طلبنا في
الشرع، فلم نجد دليلاً، ولو كان لوجدناه مع البحث والطلب، فهذا من باب
الاستدلال بعدم الدليل.

فرع: ويستحب أن يؤخر أضحيته في اليوم الثاني والثالث إلى أن تطلع الشمس

كتاب الضحايا ١٩٥
وتحل السبحة، وليس عليه أن ينتظر قدر صلاة الإمام في اليوم الأول، رواه ابن حبيب
عن مالك.

وروجه ذلك أن ما قبل طلوع الشمس مختلف فيه أنه من الليل فيستحب الخروج من
الخلاف، وإذا طلعت الشمس أحر إلى تمكن طلوعها، لئلا يكون الذبح عند طلوعها
كالقصد لها بذلك.

٩٦١ - مَالِكُ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ لَمْ يَكُنْ يُضْحِي عَمَّا فِي بَطْنِ
الْمَرْأَةِ^(١).

الشرح: قوله: «لم يكن يضحي عما في بطن المرأة» يريد أنه ليس له حكم الحي
حتى يستهل صارخاً بعد الولادة، ألا ترضى أنه لا يرث، ولا يحكم له بحكم الوصية،
والأضحية من أحكام الحي، وقد روى محمد عن مسالك: لا يعجبني أن يضحي الرجل
عن أبيه الميتين.

مسألة: قال ابن حبيب: وليس على من فيه بقية رق أضحية، ولا على سيدهم، لا
أم ولد ولا غيرها، إلا أن يشاء أن يضحي عنهم، أو يدخلهم في أضحية^١، أو يأمرهم
بذلك من ماله أو أموالهم فحسن.

وروجه ذلك أن الرق ينافي القرية والمال، لكنه لما كانت هذه القرية عائدة إلى منفعة
المقرب بها، صحت من العبد بإذن السيد بخلاف الزكاة.

مسألة: ومن ولد له في أيام النحر، وقد ضحى، أو لم يضح، فعليه أن يضحي عنه،
قاله ابن حبيب.

وروجه ذلك أن وقت لزوم الأضحية هو وقت أدائها، وهو إلى غروب الشمس من
آخر ثاني أيام التشريق، فمن ولد له مولود في ذلك الوقت أو أسلم من المشركين في
ذلك الوقت، ثبت في حقه حكم الأضحية.

٩٦١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠١٠. عبد الرزاق في المصنف ٣٨٠/٤.

(١) قال في الاستذكار ٢٠٦/١٥ - ٢٠٧: الاختلاف في الضحية عن ما في بطن المرأة
شذوذ. وجهور العلماء على ما زوى عن ابن عمر في ذلك. وذكر عبد الرزاق، قال: أخبرنا
معمر، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر أنه كان لا يضحي عن حبل، وكان يضحي عن
ولده الصغار، والكبار، ويعق عن ولده كلهم.

قَالَ مَالِكٌ: الضَّحِيَّةُ سُنَّةٌ، وَلَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ، وَلَا أُجِبُ لِأَحَدٍ مِمَّنْ قَوِيَ عَلَى تَمْنِيهَا أَنْ يَتْرُكَهَا.

الشرح: وهذه العبارة يستعملها أصحابنا فيما يؤكد استحبابه وبلغ صفة ما من تأكيده الاستحباب، وإن لم يجب فعله. وقد قال ابن القاسم فى المدونة: من تركها أثم، وهذا معنى الوجوب.

وقال ابن المواز فى كتابه: هى سنة موجبة. وقال ابن حبيب: هى من واجبات السنن، وتركها خطيئة.

قال القاضى أبو محمد: أطلق بعض أصحابنا عليها أنها واجبة، وإنما يريدون بذلك أنها سنة مؤكدة، وهذا محتمل من الأقوال غير قول ابن القاسم وابن حبيب اللذين يؤثمان تركها، فإنها لا تحتمل إلا الوجوب، والأول أشهر فى المذهب، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: هى واجبة على من ملك نصاباً من أهل الإقامة دون المسافر والمقيم الذى لا يملك النصاب، وذلك مائتا درهم بعد المنزل والخدام.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم فى صحيحه عن أم سلمة أن النبى ﷺ قال: «إذا رأيتم هلال ذى الحجة، وأراد أحدكم أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره»^(٢).

فوجه الدليل منه أنه ﷺ علق ذلك بإرادة المكلف، ولو كان واجباً لم يفتقر إلى إرادته.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه ذبيحة لا تجب على المسافر، فلم تجب على المقيم كالعقيقة. وفى المبسوط عن إسماعيل بن أبى أويس: أن المسافر لا أضحية عليه؛ لأنه ليس عليه صلاة عيد، والمشهور من مذهب مالك ما تقدم، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الأضحية على أهل الآفاق، وجميع الناس. قال ابن حبيب: صغيرهم وكبيرهم، وذكرهم وإنانهم.

قال ابن المواز: الأحرار من أهل منى وغيرها، والمقيم والمسافر فى ذلك سواء، إلا الحاج خاصة فى ذلك بمنى، فإنهم لا أضحية عليهم.

(٢) أخرجه مسلم حديث رقم ١٩٧٧. الترمذى حديث رقم ١٥٢٣. أبو داود حديث رقم ٢٧٩١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٣٦١. ابن ماجه حديث رقم ٣١٥٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٦١١٤. الدارمى حديث رقم ١٩٤٨.

كتاب الضحايا ١٩٧

ووجه ذلك أنه قربة في المال من غير الزكاة المفروضة فكانت عامة على من وجدها كزكاة الفطر. وأما الحاج بمنى، فليس عليهم أضحاح. قال ابن حبيب: وذبيحة الحاج هدى، وليست بأضححية، وليس وجوبه كوجوب الضحايا.

ووجه ذلك أن الحاج لما كان نسكه شعاراً، وهو التلبية كان نسكه بالذبح شعاراً، وهو التقليد والإشعار. والأصل في ذلك أن النبي ﷺ قلده وأشعر ما ساقه في حجه وعمرته وجعله هدياً، ولم يضح بشيء منه.

مسألة: ويلزم وصى اليتيم أن يضحى عنه، وإن كان ماله ثلاثين ديناراً، بشاة بنصف دينار رواه أشهب عن مالك في العتبية.

ووجه ذلك أن هذا من الحقوق التي تلزم من ماله لله تعالى، وهذا المقدار من المال .يحتمل المواساة بهذا المقدار، والله أعلم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العقبة

ما جاء في العقبة

٩٦٢ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي ضَمْرَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْعُقُوبَةِ، فَقَالَ: «لَا أَحِبُّ الْعُقُوبَ»، وَكَأَنَّهُ إِنَّمَا كَرِهَ الْأَسْمَ، وَقَالَ: «مَنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ، فَأَحَبَّ أَنْ يُنْسَكَ عَنْ وَلَدِهِ، فَلْيُفْعَلْ».

الشرح: قوله ﷺ: «لا أحب العقوق»، ظاهره كراهية الاسم لما فيه من مشابهة لفظ العقوق، وأثر أن يسمى نسكًا، كما قال يوم الحديبية، حين ورد عليه سهيل بن عمرو: «وسهل لكم من أمركم»^(١)، وكره لحزن أن يسمى حزنًا.

قال مالك: إنه ليقع في قلبى من شأن العقبة أن اليهود والنصارى يعمدون ماء يجعلونهم فيه، ويقولون: قد أدخلناهم في الدين بما يعملونه بصبيانهم، وإن من شأن المسلمين الذبح في العقبة.

٩٦٢ - أخرجه أحمد في باقى مسند الأنصار ٢٠٥٣، ٢٢٥٣٥. وأبو داود ج٣/١٠٥ كتاب الأضاحى باب العقبة عن أم كرز عن النبى برقم ٢٨٣٤، وعن سمرة عن النبى برقم ٢٨٣٧، وعن سلمان بن عامر برقم ٢٨٣٩ مرفوعا. والنسائى كتاب العقبة باب أخبرنا أحمد بن سليمان. والطحاوى بمشكل الآثار ١/٤٦٢ عن رجل من بنى ضمرة بلفظه. والبيهقى بالكبرى ٩/٣١٢ بلفظه عن زيد بن أسلم عن رجل.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٠١/٦: روى هذا الحديث ابن عيينة عن زيد بن أسلم، عن رجل من بنى ضمرة، عن أبيه، أو عن عمه هكذا على الشك. والقول فى ذلك قول مالك، ولا أعلمه روى معنى هذا الحديث عن النبى ﷺ إلا من هذا الوجه، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، عن النبى ﷺ واختلف فيه على عمرو بن شعيب أيضًا.

(١) جزء من حديث ضويل أخرجه البخارى فى كتاب الشروط حديث رقم ٢٧٣٤.

كتاب العقيدة ١٩٩

وقد علق رسول الله ﷺ عن الحسن^(٢)، فيقع في قلبي في الذبح عن الصبي أنها شريعة للإسلام. قال مالك: وقد سمعت غيري يذكر ذلك.

فصل: وقوله: «ومن ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل»، يقتضى أن العقيدة غير واجبة؛ لأنه علق ذلك باختيار أبي المولود.

قال مالك في المبسوط: من لم يذبح ولم يطعم، فلا إثم عليه، وبهذا قال جمهور الفقهاء. وقال القاضي أبو الحسن البصرى وداود، إنهما قالوا: هي واجبة. ودليلنا على صحة قول مالك الحديث المتقدم.

مسألة: إذا ثبت أنها غير واجبة، فإنها مستحبة. وقال أبو حنيفة: ليست بمشروعة. والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم، وفيه أنه ﷺ سماه نسكاً. والدليل على ذلك أيضاً حديث سمرة بن جندب، وفيه: أنه ﷺ قال: «مع الغلام عقيقته فهريقوا عنه دمًا»^(٣)، والأمر يقتضى الوجوب أو الندب، فإذا اجتمعنا أجمعنا أنها ليست بواجبة، فأقل أحواله الندب.

فصل: وقوله: «فأحب أن ينسك عن ولده فليفعل»، يقتضى أن ذلك فى مال الأب عن ابنه، ولذلك قال: «فأحب أن ينسك عن ولده فليفعل»، ولو كان للمولود مال لكان الأظهر عندي أن تكون العقيدة فى مال الأب عن ابنه لقوله ﷺ: «فأحب أن ينسك عن ابنه»، فأثبت ذلك فى جهة الآباء عن الابن.

وقد قال مالك فى المبسوط: يعق عن اليتيم من ماله، وظاهره أنه لا يلزم أحداً من الأقارب غير الأب، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن وقت ذبح العقيقة ضحى، ساعة تذبح الأضحية، رواه محمد، عن مالك. وقال ابن حبيب: لا تذبح العقيقة ليلاً ولا بالسحر ولا بالعشى إلا من الضحى إلى الزوال.

زاد مالك فى المبسوط: ومن ذبحها قبل الأوان الذى تذبح الضحية فيه، لم أرها مجزية، وليذبح عقيقة أخرى ضحى يتحرى ذلك.

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٥١٩. وتماه: «عق رسول الله ﷺ عن الحسن بشاة»، وقال:

يا فاطمة احلقى رأسه، وتصدقى بزنة شعره فضة، قال: فوزنته فكان وزنه درهماً أو درهماً.

(٣) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٤٧١. الترمذى حديث رقم ١٥١٥. النسائى فى الصغرى

حديث رقم ٤٢١٤. أبو داود حديث رقم ٢٨٣٩. ابن ماجه حديث رقم ٣١٦٤. أحمد فى

المسند حديث رقم ٢٧٥٤٢، ١٥٧٩٧، ١٧٤١٥، ١٧٤٢٩. الدارمى حديث رقم ١٩٦٧.

٢٠٠ كتاب العقيقة

ووجه ذلك أنه نسك يستحب إخراجه من غير تقليد، فكانت سنة ذبحه ضحى كالأضحية.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنها تذبح يوم سابع الصبي المولود، وذلك أن يمضى للمولود سبعة أيام وسبع ليال. روى سمرة بن جندب: أن رسول الله ﷺ قال: «كل غلام رهن بعقيقته، يذبح عنه يوم سابعه ويحلق ويسمى»^(٤).

فإن لم يعق عنه يوم سابعه، فهل يعق عنه بعد ذلك أم لا؟ روى ابن حبيب، عن ابن وهب، عن مالك: من ترك أن يعق عن ابنه في يوم سابعه، فإنه يعق عنه في السابع الثاني، فإن ترك ففي الثالث، فإن جاوز ذلك فات وقت العقيقة.

وروى ابن حبيب، عن مالك: لا يجاوز بالعقيقة اليوم السابع. قال الشيخ أبو بكر: والقول الثاني أقيس.

وجه رواية ابن وهب أن هذا نسك، فلم يكن وقت ذبحه أقل من ثلاثة أيام كالأضحية. ووجه الرواية الثانية أنه لما كان اليوم الثامن أقرب إلى السابع مما بعده، ثم مع ذلك لا يذبح فيه، فبأن لا يذبح فيما بعده أولى.

مسألة: ولا يجوز تقديم العقيقة قبل السابع. قال مالك في المبسوط: إن مات الصبي قبل السابع، فليس عليهم أن يذبحوا عنه، فاقترض ذلك أن وقت ثبوت حكمها هو الوقت المذكور من اليوم السابع، فإن أدرك الصبي ذلك الوقت ثبت حكمها، وإن مات قبل ذلك بطل حكمه، والله أعلم وأحكم.

٩٦٣ - مَالِكُ، عَنِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: وَرَزَتْ فَاطِمَةَ بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَعْرَ حَسَنِ وَحُسَيْنٍ وَزَيْنَبَ وَأُمَّ كَلْثُومٍ فَتَصَدَّقَتْ بِرِنَةِ ذَلِكَ فِضَّةً.

٩٦٤ - وَحَدَّثَنِي عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنٍ

(٤) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٥٢٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٢٢٠. أبو داود حديث رقم ٢٨٣٧، ٢٨٣٨. ابن ماجه حديث رقم ٣١٦٥. أحمد فى المسند حديث رقم ١٩٥٧٩، ٢٧٧٠٩، ١٩٦٧٦، ١٩٧٤٣. الدارمى حديث رقم ١٩٦٩.

٩٦٣ - أخرجه الترمذى فى الأضاحى ١٣٣٩. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٤/١٩١٤٢. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٤٠.

٩٦٤ - أخرجه الترمذى فى الأضاحى ١٤٣٩. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٤١.

وقال فى الاستذكار ٣٧٠/١٥: هذا الحديث قد روى عن ربعة، عن أنس، وهو خطأ، =

كتاب العقيدة ٢٠١
أَنَّهُ قَالَ: وَزَنَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَعَرَ حَسَنِ وَحُسَيْنٍ فَتَصَدَّقَتْ بِرِنْتِهِ
فِضَّةً.

الشرح: فعل فاطمة، رضئ الله عنها، هذا حسن لمن فعله، وليس ذلك بلازم، قاله
القاضي أبو محمد. وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه: ليس على الناس التصديق بوزن
شعر المولود ذهباً أو ورقاً، ومن فعله فلا بأس به.

وقال مالك في العتبية: ما ذلك من عمل الناس، وما أرى ذلك عليهم، ومعناه والله
أعلم، أنه ليس بلازم، ولا بأمر مشروع، ومن فعل ذلك ابتداءً من غير أن يرى ذلك
لازمًا، فلا نكير فيه، بل هو فعل بر، ويستحب أن يخلق شعر الصبي يوم سابعه، قاله
ابن حبيب.

وقال الشيخ أبو إسحاق: هو معنى قول النبي ﷺ: «وأميطوا عنه الأذى»^(١).

* * *

العمل في العقيدة

٩٦٥ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ لَمْ يَكُنْ يَسْأَلُهُ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ
عَقِيْقَةً إِلَّا أَعْطَاهُ إِيَّاهَا، وَكَانَ يَعْقُ عَنْ وَلَدِهِ بِشَاةٍ شَاةٍ عَنِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ.

الشرح: قوله: «أن عبد الله بن عمر لم يكن يسأله أحد من أهله عقيدة إلا أعطاه
إياها»^(١)، كان ذلك من فعل عبد الله بن عمر؛ لأن العقيدة مشروعة، وهي من عمل

=والصواب عن ربيعة ما في المطأ.

(١) جزء من حديث تقدم تخريجه.

٩٦٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٤٢.

(١) قال في الاستذكار ٣٧٦/١٥: عمل قوم مخبر ابن عمر هذا على أنه كان يجيز أن يعق عن
الكبير، والصغير. وليس في الحديث عنه ما يدل على ذلك؛ لأنه يحتتمل أمن يكون السائل له من
أهله، سأله العقيدة عن ولده، وعن نفسه. وروى هذا الحديث عبيد الله، وأيوب، عن نافع، عن
ابن عمر، أنه كان لا يسأله أحد من أهله عقيدة إلا أعطاه إياه. قال: وكان يقول: عن الغلام
شاة، وعن لجارية شاة. قال أبو عمر: أجاز بعض من شذ أن يعق الكبير عن نفسه، بالحديث
الذي يرويه عبد الله بن محرز، عن قتادة، عن أنس قال: عق النبي ﷺ عن نفسه بعدما بعث
بالنبوة. وعبد الله بن محرز ليس حديثه بحجة. وقد قيل عن قتادة أنه كان يفتى به. وروى عنه
معمر، قال: من لم يعق عنه أجزأته ضحيته. قال أبو عمر: في قول رسول الله ﷺ: «من ولد=

٢٠٢ كتاب العقيقة

البر، وكان لا يسأله أحد من أهله المعونة على البر إلا أعانه عليه وأجابه إليه.

فصل: وقوله: «وكان يعق عن ولده بشاة عن الذكور والإناث»، هذا مذهب مالك. وقال أبو حنيفة: يعق عن الغلام بشاتين، وعن الجارية بشاة. قال ابن حبيب: روى عن عائشة شاتان عن الغلام، وشاة عن الجارية، وذلك حسن لمن أحدثه.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، حديث ابن عباس المتقدم، أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشًا كبشًا، ولا يفعل ﷺ إلا الأفضل، ولما واطب على هذا ثبت أن ذلك هو الأفضل، وعند المخالف أن الشاة الواحدة ليست بمجزية عن الغلام.

ودلينا على ما نقوله أن هذا ذبح متقرب به، فاستوى فيه الذكر والأنثى كالأضحية والهدى.

٩٦٦ - مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي أنه قال: سمعت أبي يستحب العقيقة، ولو بعصفور.

الشرح: قوله: «يستحب العقيقة، ولو بعصفور»، قال ابن حبيب: ليس يريد أن يجزى العصفور، وإنما أراد بذلك تحقيق استحباب العقيقة، وأن لا تترك، وإن لم تعظم فيها النفقة. وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك: لا يعق بشيء من الطير، ولا الوحش. ووجهه أن العقيقة نسك يتقرب به، فلم يجز من غير بهيمة الأنعام كالأضحية والهدى.

مسألة: ولا يعق إلا بالضأن والمعز والإبل والبقر، قاله مالك. قال ابن حبيب: والضأن أفضلها. قال مالك في المبسوط: ثم المعز أحب إلى من الإبل والبقر. وقال الشيخ أبو

له ولد، فأحب أن ينسك عنه»، وقوله ﷺ: «مع الغلام عقيقة، والغلام مرتين بعقيقته».

وروى: «المولد مرتين بعقيقته». وذلك كله سواء دليل على أن العقيقة عن الغلام، لا عن الكبير.

٩٦٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٤٤.

قال ابن عبد البر في الاستذكار ٣٨٣/١٥: هكذا رواه عبيد الله بن يحيى، عن أبيه يحيى بن يحيى. ورواه ابن وضاح، عن يحيى، فقال فيه: سمعت أبي يقول: تستحب العقيقة، ولو بعصفور. وكذلك رواه أكثر الرواة، عن مالك في الموطأ. ورواه مطرف بن القاسم، وعلى بن زياد، وغيرهم، فقالوا فيه: عن محمد بن إبراهيم أنه قال: تستحب العقيقة، ولو بعصفور، ولم يقولوا: عن أبيه. وليس في هذا الخبر أكثر من استحباب العقيقة.

كتاب العقيقة ٢٠٣

إسحاق: لا يعق بشيء من الإبل ولا البقر، وإنما العقيقة بالضأن والماعز، وهو في العتبية عن مالك.

وجه الرواية الأولى أن هذا نسك، فكان للإبل والبقر فيه مدخل كالأضحية والهدى. ووجه الرواية الثانية أن النبي ﷺ عق عن الحسن والحسين بشاة شاة، وأفعاله ﷺ على الوجوب، إما في وجوب الفعل، وإما في تعليقه بجنس العين.

مسألة: والمسئ الذي يجزى في العقيقة من كل جنس من أجناس الأنعام، هو المسن الذي يجزى في الضحايا، رواه الشيخ أبو القاسم عن مالك. قال ابن حبيب: وهذا في شاة النسك، وأما ما يكثر به الطعام، فلا يراعى فيه جنس ولا سن ولا غير ذلك. قال مالك في المبسوط: ذبحت عن ولدي عقيقة، فذبحت من الليل ما أريد أن أدعو إليه إخواني وغيرهم، فلما كان ضحى، ذبحت شاة العقيقة، فأهديت منها للجيران، وأكل منها أهل البيت.

٩٦٧ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ عَقَّ عَنْ حَسَنِ وَحُسَيْنِ ابْنَيْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ.

الشرح: قوله: «عق عن الحسن والحسين»، يقتضى أنه سنة؛ لأنه إن كان من فعل النبي ﷺ فهو السنة التي يلزم المصير إليها، وإن كان من فعل غيره، فمثل هذا لا يخفى عليه ﷺ من حال الحسن والحسين، فإذا أقر عليه ثبت جوازه.

٩٦٨ - مَالِكُ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ أَبَاهُ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَعُقُّ عَنْ بَنِيهِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، بِشَاةٍ شَاةٍ.

٩٦٧ - أخرجه النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٢١٣. أحمد في المسند حديث رقم ٢٢٤٩٢،

٢٢٥٤٩. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٤٥.

٩٦٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٤٣.

قال في الاستذكار ٣٧٨/١٥: الحجّة لمالك، ومن قال بقوله بقوله في ذلك حديث أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن، والحسين كبشًا كبشًا. ذكره أبو داود، عن أبي معمر، عن عبد الوارث، عن أيوب. وروى جعفر بن محمد، عن أبيه أن فاطمة ذبحت عن حسن وحسين كبشًا كبشًا. وهو قول ابن عمر، وعروة بن الزبير، وأبي جعفر محمد بن علي. وقال الشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، والطبري، عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة. وهو قول عائشة. وروى ذلك عن ابن عباس أيضًا. والحجّة لهم حديث عطاء ابن أبي رباح، عن حبيبة بنت ميسرة ابن أبي خيثم الفهرية مولاته، أنها أخبرته عن أم كرز الكعبية سمعتها تقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول في العقيقة: «عن الغلام شاتان، مكافتان، وعن الجارية شاة».

٢٠٤ كتاب العقيدة

الشرح: قوله: « كان يعق عن بنيه الذكور والإناث بشاة شاة»، يقتضى المساواة بين الذكور والإناث فى ذلك، ويقتضى الاشتراك فيها، ولا يضحى عن ابنين بشاة واحدة، ولا بشاتين يشترك بينهما فى كل واحدة. وقد رواه الشيخ أبو القاسم عن مالك.

وروجه ذلك أنه نسك، فلا يجوز الاشتراك فيه كالهدي والأضحية، وإذا ولدت المرأة توأمين، فقد روى ابن حبيب، عن مالك: كل واحد منهما بشاة.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْعَقِيْقَةِ أَنْ مَنْ عَقَّ، فَإِنَّمَا يَعُقُّ عَنْ وَلَدِهِ بِشَاةٍ شَاةٍ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، وَلَيْسَتْ الْعَقِيْقَةُ بِوَأَجِبَةٍ، وَلَكِنَّهَا يُسْتَحَبُّ الْعَمَلُ بِهَا، وَهِيَ مِنْ الْأَمْرِ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ النَّاسُ عِنْدَنَا فَمَنْ عَقَّ عَنْ وَلَدِهِ، فَإِنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ النَّسْكِ وَالضَّحَايَا لَا يَجُوزُ فِيهَا عَوْرَاءٌ وَلَا عَجْفَاءٌ وَلَا مَكْسُورَةٌ الْقَرْنَ وَلَا مَرِيضَةٌ وَلَا يُبَاعُ مِنْ لَحْمِهَا شَيْءٌ وَلَا جِلْدُهَا وَتَكْسَرُ عِظَامُهَا وَيَأْكُلُ أَهْلُهَا مِنْ لَحْمِهَا وَيَتَصَدَّقُونَ مِنْهَا وَلَا يُمَسُّ الصَّبِيُّ بِشَيْءٍ مِنْ دَمِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن من أراد أن يعق عن ولده، فإنما يعق عنهم بشاة شاة؛ لأنه سنة العقيدة، وقد تقدم ذكره.

وقوله: «فمن عق عن ولده، فإنما هى بمنزلة النسك من الضحايا لا تجزى فيها عوراء و العجفاء»، يريد أن حكمها فى سلامتها من العيوب حكم الضحايا.

وروجه ذلك أنه نسك متقرب به، فشرعت فيه السلامة فيه من العيوب كالضحايا.

فرع: ومن وجلدها بعد أن ذبحها معيبة عيباً يمنع أجزاءها؟.

قال القاضى أبو الوليد: فعندى أنه يلزم لها ما لم يفت وقتها، وإن فات وقتها، فلا شىء عليه ويكره، وحكم لحمها حكم لحم أضحية ذبحها ثم وجد بها ما يمنع أجزاءها.

فصل: وقوله: «ولا يباع شىء من لحمها ولا جلدتها»، لأنه بعد الذبح لا يبقى فيها من معنى الملك أكثر من الانتفاع بها والتصدق، فأما أن يجوز له بعد أن نسك أن يبيع شيئاً منها، فلا. وقد ذكر ذلك الشيخ أبو القاسم فى تقريره.

فصل: وقوله: «وتكسر عظامها» قال ابن حبيب: إنما قاله مالك؛ لأن أهل الجاهلية كانوا إذا عقوا عن المولود لم يكسروا العظام، وإنما كانت العقيدة تفصل من مفصل إلى مفصل، فأتى الإسلام بالرخصة فى ذلك، إن أحب أهلها يصنعون من ذلك ما وافقهم.

كتاب العقيقة ٢٠٥

وفى الجملة إن كسر عظامها ليس بلازم، وإنما لا يجوز تحرى الامتناع منه، والعقيقة فى ذلك كسائر الذبائح، وربما كان لها مزية المخالفة لفعل أهل الجاهلية.

فصل: وقوله: «ويأكل أهلها من لحمها ويتصدقون منها»، أما أكل الناسك بها من لحمها، فلأنها ذبيحة مشروعة كمشترك الأضحية، وكذلك وجه التصدق منها. وقد قال الشيخ أبو القاسم: لا بأس بالأكل منها، والإطعام من غير حد.

فصل: وصفة الإطعام منها، فى العقيقة: ليس الشأن عندنا دعاء الناس إلى طعامها، ولكن يأكل أهل البيت والجيران. وقال ابن المواز، عن ابن القاسم: يغرف منه للجيران. قال مالك: فأما أن يدعوا إليه الرجال، فإنى أكره الفخر.

وقد قال مالك فى الميسوط: عقت عن ولدى وذبحت ما أريد أن أدعو إليه إخوانى وغيرهم، وهيات طعامهم، ثم ذبحت ضحى شاة العقيقة، فأهديت منها للجيران، وأكل منها أهل البيت، وكسروا ما بقى من عظامها، فطبخت، فدعونا إليها الجيران، فأكلوا وأكلنا.

قال مالك: فمن وجد سعة، فأحب له أن يفعل هذا، ومن لم يجد، فليذبح عقيقة، ثم ليأكل وليطعم منها، وهذا مخالف لما علل ابن القاسم للمنع من ذلك بالفخر. وما قاله يقتضى أن سنة العقيقة أن يطعم منه الناس فى مواضعهم؛ لأنها نسك كالأضحية والهدى، فإن فضل منها شىء وأراد أن يدعو إليه من يخصه من جار أو صديق، فلا بأس بذلك كالأضحية.

وأما طعام الصنيع، وهو الإعذار، فليس من سنة الضحايا ولا العقيقة، فمن أراد أن يفعل ذلك بعد أداء سنة العقيقة فليفعل، ومن اقتصر على العقيقة فليجرها على سنتها. قال مالك: ولو أن صاحب العقيقة أكلها لم أر بذلك بأساً، وأحب إلى أن يعمل فيها بسنة الأضحية والهدى، قال الله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعَمُوا﴾ [الحج: ٢٨]، الآية.

فصل: وقوله: «ولا يمس الصبى بشىء من دمه»، معنى ذلك أنهم كانوا فى الجاهلية يخضبون بطنه يوم العقيقة، فإذا حلقوا الصبى وضعوها على رأسه، فورد الشرع أن يجعلوا مكان الدم خلوقاً، فيستحب أن يخلق بالخلوق رأس الصبى بدلاً من الدم الذى كان فى الجاهلية.

وقال القاضى أبو محمد: لا بأس بالخلوق بدلاً من الدم، الذى كانت تفعله الجاهلية، وذلك مباح، والله أعلم وأحكم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الذبائح

ما جاء فى التسمية على الذبيحة

٩٦٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقِيلَ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ نَاسًا مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ يَأْتُونَنَا بِلِحْمَانِ، وَلَا نَدْرِي هَلْ سَمَّوْا اللَّهَ عَلَيْهَا أَمْ لَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «سَمَّوْا اللَّهَ عَلَيْهَا ثُمَّ كُلُوا».

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ.

الشرح: قوله: «يا رسول الله، إن ناسًا يأتوننا بلحمان، ولا ندري هل سموا الله عليها أم لا؟»، وإقرار رسول الله ﷺ لهم على هذا السؤال، ومجاوبته إياهم بما جاوبهم به، دليل على اعتبار التسمية فى الذبح، ولو لم يكن للتسمية فى ذلك حكم، لقال لهم: وما عليكم من التسمية، سموا أو لم يسموا سواء، كما أن العجن والطبخ والزراعة لما لم يكن للتسمية تأثير فيها، لم يكن للسؤال عن فعل ذلك أو تركه وجه.

وقد اختلف أهل العلم فى تأثير التسمية فى الذبيحة، فروى ابن القاسم، عن مالك فى المدونة: فمن تعمد ترك التسمية على الذبيحة لم تؤكل ذبيحته، فإن تركها ناسيًا أكلت، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو بكر، والقاضى أبو محمد، وبه قال أبو حنيفة. وقال أشهب: تؤكل إلا أن يترك ذلك مستخفًا. وقال أبو بكر بن الجهم، والقاضى أبو الحسن: إن تركها عامدًا، كره أكل تلك الذبيحة، ولا تحرم. وقال الشافعى: من تركها عامدًا أو ناسيًا لم تؤكل.

٩٦٩ - أخرجه البخارى فى البيوع ١٩١٦، الذبائح والصيد ٥٠٨٣، التوحيد ٦٨٤٩. والنسائى، فى الضحايا ٤٣٥٨. وأبو داود فى الضحايا ٢٤٤٦. وابن ماجه فى الذبائح ٣١٦٥. والدارمى فى الأضاحى ١٨٩٤.

وقال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٩/٧: لم يختلف عن مالك فيما علمت فى إرسال هذا الحديث، وقد أسنده جماعة عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة.

كتاب الذبائح ٢٠٧

ودليلنا على وجوب التسمية، وأنها شرط في صحة الذبيحة مع الذكر، قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكَرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، ودليلنا من جهة القياس أنه معنى ورد الشرع بأنه فسق، فوجب أن يكون حراماً. أصل ذلك سائر الفسوق من قذف المحصنات والزنى وشرب الخمر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالذى يستعمل من التسمية. قال ابن المواز: يقول: بسم الله والله أكبر.

قال ابن حبيب: ولو قال: بسم الله فقط، أو الله أكبر فقط، أو لا إله إلا الله، أو سبحان الله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، من غير تسمية أجزأه. وكذلك كل تسمية لله تعالى، ولكن ما مضى عليه الناس أفضل.

ووجه ذلك أن هذا ذكر الله تعالى. قال مالك في العتبية: وإن زاد ذابح أضحيتة: ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم، وكره أن يقال: اللهم منك وإليك، وعابه وشدد الكراهية فيه، وقال: لا يقال ذلك إذا أعتق.

فصل: وقوله ﷺ: «سموا لله تعالى ثم كلوا»، يحتمل أن يريد به الأمر بالتسمية عند الأكل؛ لأن ذلك مما بقى عليهم من التكليف. وأما التسمية على ذبح تولاه غيرهم من غير علمهم، فلا تكليف عليهم فيه، وإنما يحمل على الصحة حتى يتبين خلافها.

ويحتمل أن يريد به أن سموا لله أنتم الآن، فتستبيحون به أكل ما لم تعرفوا، أذكر اسمي عليه أم لا، إذا كان الذابح ممن تصح ذبيحته إن سمي الله عز وجل.

فصل: وقول مالك: «وذلك في أول الإسلام»، لما روى في حديث عائشة في هذا الحديث: أن الذابحين كانوا حديثي عهد بالإسلام ما يصح أن لا يعلموا مثل هذا، ولم يبلغ بعد إليهم شرع النبي ﷺ، أو ممن يكثر منهم النسيان لمثل هذا أو الغفلة عنه لما لم تجر لهم به عادة. وأما الآن، فقد جرت به العادة حتى لا يكاد ذابح يترك ذلك، ولا نجد أحد إلا يعلم أن التسمية مشروعة عند الذبح.

٩٧٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَيَّاشٍ بْنُ أَبِي رَبِيعَةَ الْمَخْزُومِيَّ أَمَرَ غُلَامًا لَهُ أَنْ يَذْبَحَ ذَبِيحَةً فَلَمَّا أَرَادَ أَنْ يَذْبَحَهَا قَالَ: لَهُ سَمَّ اللَّهُ فَقَالَ

٢٠٨ كتاب الذبائح
الغلام: قَدْ سَمَّيْتُ، فَقَالَ لَهُ: سَمَّ اللَّهُ وَيْحَكَ، فَقَالَ لَهُ: قَدْ سَمَّيْتُ اللَّهَ. فَقَالَ لَهُ
عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عِيَّاشٍ: وَاللَّهِ لَا أُطْعِمُهَا أَبَدًا.

الشرح: قوله للغلام: «سم الله»، إذا كان لما خاف أن يغفل عنه من ذلك وينساه،
ولم يقنع بإخبار الغلام له بأنه قد سمى الله، وأراد أن يسمع ذلك منه، فلما لم يسمعه
الغلام التسمية، واقتصر على إخباره بذلك، وفات موضع التسمية بإكمال الذبح، أقسم
أن لا يأكل الذبيحة.

وفي المدونة، قال مالك في تفسير هذا الحديث: لا أرى ذلك على الناس إذا أخبر
الذابح أنه قد سمى. وروى ابن حبيب، عن مطرف، عن مالك مثله، وعلى هذا يكون
فعل ابن عيَّاش على وجه التناهي في الورع، والأخذ في خاصة نفسه بالأحوط.

ولعله قد أباح لغيره أكلها، أو التصدق بها، أو إعطائها محتاجًا إليها. وأما أن يحرم
أكلها، فلا يجوز ذلك، ولا يجوز إطراحها؛ لأن في ذلك إضاعة للمال وإفساد للطعام.

وقد روى ابن حبيب في كتابه، قال مالك: وحسبت أنه أتهم الغلام حين لم يسمعه
التسمية. قال مالك: فمن ورع كما ورع ابن عيَّاش، فلا بأس به.

قال عبد الملك: وإنما الرخصة فيما لا تهمة فيه مثل حديث هشام بن عروة، عن
أبيه، أنه سأل رسول الله ﷺ، فقيل إن ناسًا يأتوننا بلحمان، لا ندرى هل سموا الله
عليها أم لا.

وهذا الذي روى عن مالك، خلاف لما ذكره أولاً؛ لأن من اتهم غيره بتعمد ترك
التسمية، وكان عنده ممن يرضى بذلك ويقصده مع الإذكار له به، فإن الأحوط إطراح
ذبيحته، والامتناع من أكلها، ولا يصدق فيما أخبر به من تسميته، والله أعلم.

* * *

ما يجوز من الزكاة على حال الضرورة

٩٧١ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَّارٍ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ مِنْ

٩٧١ - أخرجه النسائي ٢٢٥/٧ عن رافع بن خديج. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم
١٠١٣.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٥٢/٦: هكذا رواه جماعة الموطأ برسلاً، ومعناه متصل من وجوه
ثابتة عن النبي ﷺ ولا أعلم أحداً أسنده عن زيد بن أسلم، إلا جرير بن حازم، عن أيوب، عن =

كتاب الذبائح ٢٠٩
بَيْنِي حَارِثَةٌ كَانَ يَرُعَى لِقْحَةً^(١) لَهُ بِأَحَدٍ، فَأَصَابَهَا الْمَوْتُ فَذَكَأَهَا بِشِطَاطٍ^(٢) فَسُئِلَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: «لَيْسَ بِهَا بَأْسٌ فَكُلُّوهَا».

الشرح: قوله: «فأصاب الموت»، يريد أنه أصابه من المرض ما يتقن أن الموت متصل
به فذكاها بشطاط، وهي فلقة عود، ولعله أن يكون محددًا على صفة سنان الرمح أو
السكين الذي يمكن الطعن بمثله، فيفري بحدته.

وفي الزكاة أربعة أبواب، أحدها: في صفة المذكى، والثاني: في صفة ما يذكى به،
والثالث: في صفة الزكاة، والرابع: في بيان محل الزكاة. فأما الباب الأول في صفة
المذكى، فسيرد بعد هذا مستوعبًا في حديث ابن عياش، إن شاء الله.

* * *

الباب الثاني في صفة ما يذكى به

أما ما يذكى به، فإنه كل محدد يمكن به إنفاذ المقاتل وإنهار الدم بالطعن في لبة ما
ينحر، والفرى في أوداج ما يذبح مما لا يختص بطائفة من الكفار في قتل الحيوان به
لأكل.

قال ابن المواز، عن مالك: وقد أجاز رسول الله ﷺ الزكاة بالحجارة والشطاط.
وقال: يريد المروة، وشقة العصا والقصب، وكل ما أنهر الدم، فكل إلا السن والظفر.
قال محمد: وهو من مذهب مالك.

وقال ابن حبيب: مما يذكى به الضرار، جمع ضرر، وهي فلقة الحجر، والليطة وهي
فلقة القصب، والشطير فلقة العصا.

=زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري، ذكره البزار قال: حدثنا محمد بن
معمر، قال: حدثنا حبان بن هلال قال: حدثنا جرير بن حازم، عن أيوب.. وذكره أبو العباس
محمد بن إسحاق السراج في تاريخه، قال: حدثنا أحمد بن الحسن بن عراش، قال: حدثنا حبان
ابن هلال، قال: حدثنا جرير بن حازم، قال: حدثنا أيوب، عن زيد بن أسلم فلقيت زيد بن
أسلم، فحدثني عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري، قال: كانت لرجل من الأنصار ناقة
ترعى في قبل أحد، فنحرها بوتد؛ فقلت لزيد: وتد من حديد أو خشب؟ قال: لا بل من
خشب، وأتى النبي ﷺ فسأله، فأمره بأكلها.

(١) لقحة: بكسر اللام وفتحها الناقة ذات اللبن.

(٢) شطاط، بكسر الشين المعجمة وإعجام الظاءين: العود المحدد الطرف وفسر في بعض طرق
الحديث بالوتد.

٢١٠ كتاب الذبائح
رروي ابن وهب، عن مالك في الميسوط: أن كل شيء يصنع من فخار أو عظم أو
قرن أو شيء يفرى، فإنه جائز.

وقال ابن حبيب: لا بأس أن يذبح بفلقة العظم ذكياً، كان أو غير ذكياً، إذا بضع
اللحم وأنهر الدم، فحصل الخلاف بين رواية ابن المواز، وبين ما أوردناه بعد هذا في
الذكاة بالعظم والظفر.

وقد اختلف أصحابنا العراقيون في ذلك، فقال القاضي أبو الحسن في كتابه الظاهر
من مذهب مالك: إنه لا يستبيح الذكاة بالسن والظفر، ورأيت لبعض شيوخنا من
أصحابه أنه مكروه ومباح بالعظم.

قال: وعندى أن السن إذا كان عريضاً محدداً، والظفر كذلك حتى يمكن قطع
الحلقوم به في مرة واحدة، فإنه تصح الذكاة به، وكذلك سائر العظام متصلة أو
منفصلة، سواء كانت مما يؤكل لحمه أو مما لا يؤكل لحمه.

وقال الشافعي: لا تجوز الذكاة بذلك مثل الرواية الأولى عن مالك. وقال أبو حنيفة:
إن كانا متصلين لم تصح الذكاة بهما، وإن كانا منفصلين صحت الذكاة بهما. والرواية
التي نسبها القاضي أبو الحسن إلى أبي حنيفة هي لابن حبيب في واضحته، قال: وإذا
كان السن والظفر منزوعين وعظما حتى يمكن الذبح بهما، فلا بأس بذلك.

فوجه رواية المنع ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه
فكل، ليس السن والظفر، وسأخبرك عنه، أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى
الحبشة»^(٣).

ودليلنا من جهة القياس أن الشرع قد ورد باعتبار صفة الذابح، واعتبار صفة الآلة،
ثم ثبت وتقرر أن ما نهى عنه من صفة الذابح يمنع صحة الذبح، فكذلك ما نهى عنه من
صفة الآلة وتحريمه أن هذا معنى ورد الشرع باعتبار صفة الذابح، فلم يجوز استعمال
ما نهى عنه من ذلك. أصله الذابح.

ووجه رواية الإباحة، قوله تعالى: ﴿وَمَا أَكَلِ السَّبْعِ إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]،
والذكاة فرى الأوداج، وقد وجد من هذا الذي ذبح بالسن والظفر، فوجب أن تؤكل
ذبيحته.

(٣) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٤٨٨، ٢٥٠٧، ٣٠٧٥، ٥٤٩٨، ٥٥٠٩. مسلم حديث
رقم ١٩٦٨. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٤٠٩. أحمد في المسند حديث رقم ١٥٣٧٩،
١٦٨١٠، ١٥٣٨٦.

ومن جهة القياس أن هذا معنى يفري الأوداج، فجاز الذبح به كالحديد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال القاضي أبو الحسن: تجوز الذكاة بالسن والظفر المتصلين، وأجاب عن الحديث بجوابين، أحدهما: أنه يحمله على الكراهية. والثاني: أنه يحمله على الظفر والسن الصغيرين الذين لا يصح قطع الأوداج بهما.

فعلى هذا فى المسألة ثلاثة أقوال، أحدها: أنه لا تجوز الذكاة بسن ولا ظفر، متصل ولا منفصل، وهى الرواية التى حكاهما القاضى أبو الحسن، عن مالك، وهو الظاهر من رواية ابن المواز.

والرواية الثانية: أنه لا تجوز الذكاة بهما، منفصلين ومتصلين، وهذا الظاهر من رواية ابن وهب، عن مالك فى المبسوط، وهو اختيار القاضى أبى الحسن. والرواية الثالثة: تجوز الذكاة بهما منفصلين، ولا تجوز الذكاة بهما متصلين، وهذا الذى قاله ابن حبيب.

قال القاضى أبو الوليد: والرواية الأولى أصحها عندى، والله أعلم.

مسألة: ورأيت القاضى أبا الحسن قد شرط فى صفة ما يذكى به أن يفري الأوداج والحلقوم فى دفعة واحدة، قال: وما كان من ذلك لا يفري الحلقوم والودج إلا فى دفعات، فلا تجوز الذكاة به، قال: ولو وجد هذا من السكين لمنعنا منه.

ورأيت ابن حبيب قد قال فى المنجل المضرس: لا خير فى الذكاة به؛ لأنه ولا إخاله يقطع كما تقطع الشفرة، إذا رعدت به اليد للإجهاز.

وقال ابن حبيب: قوله: «ولا مردد»، يعنى أن يرفع يده ثم يردّها، ولكن يجهز أول ما يضع يده، ولعل القاضى أبا الحسن قد أراد هذا، فأما ترديد اليد من غير رفع، فلا بد للذابح منه فى الأغلب.

* * *

الباب الثالث فى صفة الذكاة

قال محمد فى كتابه: السنة أخذ الشاة برفق، وتضع على شقها الأيسر، ورأسها مشرق، وتأخذ بيدك اليسرى جلدة حلقها من اللحى الأسفل بالصوف، فتمده حتى تتبين البشرة، وموضع السكين فى المذبح، حيث تكون الجوزة، ثم تسمى الله تعالى، وتمد السكين مداماً مجهزاً من غير تردد، ثم ترفع ولا تنزع، ولا تردد وقد حددت شفرتك قبل ذلك، ولا تضرب بها الأرض، ولا تجعل رجلك على عنقها، ولا تجرها برجلها.

٢١٢ كتاب الذبائح

ووجه ذلك أن الرفق بها مشروع مأمور به لما روى شداد بن أوس، أن النبي ﷺ قال: «وإذا ذبحتم، فأحسنوا الذبح، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته»^(٤).

مسألة: فإن ترك التوجه إلى القبلة، ففي المدونة: يأكل منها، وبئس ما صنع. وقال ابن حبيب: إن ترك ذلك عامداً لم تؤكل.

ووجه الرواية الأولى أنه ترك صفة مندوباً إليها من صفة الذبح، وذلك يقتضى فساد الذبيحة كما لو ذبحها يسراه. ووجه الرواية الثانية أنه قد ترك ما سن في الزكاة من القرية عامداً، فأشبهه ترك تعمد التسمية، وظاهر قوله في المدونة: وبئس ما صنع، يقتضى العمد، والله أعلم.

مسألة: ومن رفع يده قبل أن يجهز على ذبيحته، ثم رجع فأجهز، قال ابن حبيب: إن رجع في فور الذبح قبل أن يذهب ويذبح الذبيحة، فذلك جائز، وإن رجع بعد أن تباعد لم تؤكل. قال سحنون: لا تؤكل، وإن رجع مكانه.

وتأول بعض أصحابنا عن سحنون أن رفع يده كالمختبر أو ليرجع، فيتم الزكاة، ثم رجع في فوره فأتمها، فإنها تؤكل، وإن كان رفع يده على أنه قد أتم الزكاة. ثم رجع، فأتمها لم تؤكل.

قال أبو بكر بن عبد الرحمن: فقلت للشيخ أبي الحسن: يجب أن يكون الأمر بالعكس، فإذا رفع يده ليختبر لم تؤكل، وإذا رفع يده على أنه أتم الزكاة أكلت، وصوبه الشيخ أبو الحسن.

* * *

الباب الرابع في بيان محل الزكاة

الحيوان على ثلاثة أضرب، ضرب يختص بالنحر، وضرب يختص بالذبح، وضرب يجوز فيه الأمران. فأما ما يختص بالنحر، فالإبل خاصة على أنواعها بختها وعرايها ونجبتها، ومحل النحر اللبة، ولم أر لأحد من أصحابنا ذكر مراعاة معنى في النحر أكثر مما ذكرناه.

(٤) أخرجه مسلم حديث رقم ١٩٥٥. الترمذى حديث رقم ١٤٠٩. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٤٠٥، ٤٤١١، ٤٤١٢، ٤٤١٣، ٤٤١٤. أبو داود حديث رقم ٢٨١٥. ابن ماجه حديث رقم ٣١٧٠. أحمد في المسند حديث رقم ١٦٦٦٤، ١٦٦٦٧، ١٦٦٧٩، ١٦٦٨٩. الدارمي حديث رقم ١٩٧٠.

كتاب الذبائح ٢١٣
فأما ما يختص بالذبح، فهو جميع الحيوان المذكى غير الإبل والبقر. وأما ما يجوز فيه الأمران، فهو البقر على أنواعها من الجواميس، وحكم الخيل حكم البقر فى الذكاة لمن استباح أكلها.

وقد قال الشيخ أبو بكر فى شرحه الكبير: وقد قيل إن عنق البقرة لما كان فوق عنق الشاة، ودون عنق البعير، جاز فيها الأمران جميعاً، الذبح والنحر، لقرب خروج الدم من جوفها بالذبح، والنحر فيه أخف، ولم يجز الذبح فى البعير لبعده خروج الدم من جوفها بالذبح.

زاد القاضى أبو محمد: فى ذلك تعذيبه وزيادة فى ألمه، والنحر فيه أخف. قال الشيخ أبو بكر فى الفيل: إذا نحر لا بأس بالانتفاع بعظمه وجلده، فخصه بالنحر مع قصر عنقه.

قال القاضى أبو الوليد: ووجه ذلك عندى أنه لا عنق له، ولا يمكن لغلظ موضع حلقه واتصاله بجسمه أن يذبح، وكان له منحر، فكانت ذكاته فيه.

وقال الشيخ أبو بكر: وكذلك لم يجز النحر فى الشاة لعدم تمكن النحر فيها إذ لا لبنة لها. زاد القاضى أبو محمد: ولقرب موضع النحر من خاصرتها، فلا يمكن من نحرها إلا بما يصل إلى جوفها، فىكون كالطعن فى جوفها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالذبح عند مالك أفضل فى البقر. وروى إسماعيل بن أبى أويس، عن مالك: من نحر البقر، فبئس ما صنع؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إِن اللّٰه يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]، فأمر بالذبح.

ووجه ذلك أنه أمر بالذبح، ولا بد أن يكون على الوجوب أو الندب، وأقل أحواله الندب، وهذا إنما يصح التعلق به على قول من يقول: إن شريعة من قبلنا شريعة لنا، إلا أن يتبين النسخ فى القضية نفسها، وعلى كل حال، فقد قال مالك: إن نحررت تؤكل، لما قدمناه من أن الأمرين يتهم فيها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الذبح فى الحلق، وهو ما دون الجوزة تكون الجوزة إلى الرأس، قاله ابن المواز وابن حبيب، وقال: إن لم يفعل ذلك، فإنه لا يقطع الحلقوم، وإنما يقطع الجلد المتعلقة بلحى الذبيحة.

فروع: فإن لم يفعل وترك الجوزة إلى الجسد، فالذى حكى القاضى أبو محمد عن

٢١٤ كتاب الذبائح
المذهب: إنها تؤكل، وبه قال ابن حبيب والشيخ أبو إسحاق، وكذلك روى ابن المواز
والعتبي وغيرهما، عن ابن القاسم، ورواه ابن وضاح، عن عبد الله بن عبد الحكم،
ورواه محمد بن عمر، عن مالك.

وأما ابن وهب، فروى عنه العتبي وغيره: إنها تؤكل. وكذلك روى عن أشهب
ومحمد بن عبد الحكم، وأبي مصعب، وموسى بن معاوية. وقال ابن وضاح: لم يحفظ
لمالك فيها شيء، ولم يتكلم فيها إلا في أيام ابن عبد الحكم ونزلت به.

وجه رواية المنع ما احتج به شيوخنا ابن حبيب وغيره من أن الذابح فوق الجوزة لا
يذبح في الخلقوم، وهو محل للذكاة. ووجه الرواية الثانية أن هذا ذبح من الخلق في
موضع تتعجل به الذكاة، ويسهل على الذبيحة، فصحت فيه الذكاة. أصل ذلك إذا
كانت الجوزة في حيز الرأس.

فرع: إذا قلنا في ذلك برواية المنع، فإن صار بعض الجوزة وهي الغلصمة في
الجسد، وبعضها في الرأس، فقد قال محمد بن عبد الحكم: إن قياس هذه الرواية إن بقي
في الرأس منها قدر حلقة الخاتم إنها تؤكل إلا أن يبقى في الرأس منها ما لا يستدير،
فلا تؤكل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الذكاة على حالين حال اختيار وحال ضرورة.

فأما حال الاختيار، فمحل النحر اللبة، ومحل الذبح الودجان والخلقوم، فمن نقل
شيئاً من ذلك عن محله، فلا يخلو أن ينقله إلى ما هو محل للذكاة في غيره مثل أن ينحر
ما يجب ذبحه أو يذبح ما يجب نحره، أو ينقله إلى ما ليس بمحل للذكاة.

فأما الوجه الأول، وهو أن ينقله إلى ما هو محل للذكاة في غيره، ففي كتاب ابن
المواز، عن مالك: لا تؤكل، ساهياً فعل ذلك أو عامداً. وقال أشهب: تؤكل.

وجه قول مالك أن هذا حيوان مقدور عليه، فلا يستباح إلا بالذكاة المعهودة
المختصة به. أصل ذلك إذا طعن في خاصرته. ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه إذا
ذبح البعير لغير ضرورة، فقد صارت ذبيحته له ضرورة، وذهب موضع الحرج، فيجوز
أكله ولا يطرح، وكذلك الشاة إذا نحر.

وقال القاضى أبو الحسن: إن أصحابنا مختلفون في رواية المنع، على وجهين، فمنهم
من منع منه كراهية، ومنهم من منع منه تحريماً، وبه قال ابن حبيب. قال القاضى أبو

محمد: وزاد في ذلك ابن بكير وجهًا ثالثًا، وهو أنه قال: يؤكل البعير إذا ذبح، ولا تؤكل الشاة إذا نحرته.

قال: ووجه ذلك أن البعير له موضع ذبح وموضع نحر، وإنما عدل إلى النحر لما كان أقل لتعذيبه؛ لأن موضع لبتها يقرب من خاضرتها، فيكون كالطعن لها.

مسألة: وأما إن نقل الذكاة إلى غير محل الذكاة بوجه مثل لأن يذبح في العنق والقفا، فقد قال ابن حبيب: إن ذبح في القفا أو في الصفحة الواحدة، لا أرى أن تؤكل؛ لأنه ذبح في غير المذبح، ومثله لابن المواز فيمن ذبح في القفا.

وروى أشهب، عن مالك في العتبية: لا يؤكل ما ذبح في القفا. وأما من أراد أن يذبح في الحلقوم فأخطأ فأنحرف، فإنه يؤكل.

وجه المنع من أكل ما ذبح في القفا، أن الذكاة من شرطها أن يكون أول ما ينفذ من مقاتلتها قطع الحلقوم والودجين، ويكون ذلك سبب موت الذبيحة، ومن ذبح في القفا، فقد بدأ بقطع العنق، وفيه النخاع، وهو من المقاتل، فكان ذلك سبب موت الذبيحة دون فرى الودجين والحلقوم، قاله القاضي أبو إسحاق.

وأما رواية أشهب في أن من أخطأ فأنحرف، فإن ذبيحته تؤكل، فإنها تحتاج إلى تفصيل، وذلك إن استوعب قطع الودجين والحلقوم قبل قطع النخاع، فإن ذلك مباح للذبيحة؛ لأنه أتى بشروط الذكاة، فلا يضره ما زاد من شق الجلد بانحرافه، وإن كان لم يستوعب ذلك جملة أو استوعبه بعد قطع النخاع بقطع العنق، فإن ذكاته عندي لا تصح، وهو عندي معنى قول ابن حبيب: إن ذبح في الصفحة الواحدة لم تؤكل.

مسألة: وأما حال الضرورة، فإنها على ضريين، ضرورة تمنع من التمكن منه كالبعير يشرد، فلا يقدر عليه إلا برمية أو طعنة، فإنه لا يؤكل ما قتل بذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذه من بهيمة الأنعام، فلا تؤكل إلا بالذبح أو النحر كالمقدور عليه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن هذا حكم الغنم والدجاج إذ ليس لها أصل في التوحش حتى ترجع إليه. وأما البقر، فقد قال ابن حبيب في الواضحة: عندي أن لها أصلًا من بقر الوحش، فإذا استوحشت حلت عندي بالصييد.

وهذا الذي قاله فيه نظر؛ لأن بقر الوحش ليست بأصل للبقر الإنسانية ولا تشبهها

٢١٦ كتاب الدبائح

فى خلق، ولا صورة وإنما يتفقان فى الاسم كما أن حمر الوحش ليست بأصل للحمر الإنسانية، ولا الماعز البرى أصلاً للغنم الإنسانية، ولذلك فرق بينهما فى حكم المحرم. وما أصله التوحش من الطباء والأرانب والأيايل وحمر الوحش تتأنس ثم تستوحش، فإنها تحل بالصيد. وقاله مالك فى الهوام واليعاقب.

وقال ابن الماجشون: وكذلك حمام البيوت والبرك والأوز الإنسانية إذا استوحشت، وفى المدونة: وكره مالك أن يذبح الحمام الرومى المتخذ للفراخ، ولا بأس أن يذبح الأوز والدجاج. قال: وليس أصل الأوز والدجاج مما يطير.

وجه قول ابن الماجشون فى الأوز له أصل وحشى كالحمام. ووجه قول مالك أنه ليس له فى بلده أصل مستوحش، وإنما الاعتبار بذلك.

فرع: إذا ثبت ذلك، فما كان أصله التأنيس إذا لم يستطع أخذه إلا بالعقر، ففى الواضحة عن ابن الماجشون: إذا لم يستطع أخذها إلا بالعقر، ولا بأس بذلك إذا لم يبلغ العقر منها المقاتل مثل العرقة وما أشبهها، فهى مأمونة ثم تذبح، قال: فهذا الذى أخذ به.

وروى إسماعيل بن أبى أويس فى المبسوط، عن مالك فى الرجل يطلب البقرة فى أرض العدو، فلا يستطيع أن يأخذها إلا بأن يعرقها ثم يذبحها، فقال: لا أكلها ولا أحرمها. وفى سماع ابن وهب عن مالك أنه كرهها، وذلك يحتمل الخلاف بين ابن الماجشون ومالك.

ويحتمل أن مالكاً إنما كره ذلك؛ لأن مثل هذا من العقر لا يجوز إلا فيما لا يقدر عليه إلا بعد المحاولة لذلك والمبالغة فيه، والغازى فى أرض العدو ربما سارع إلى ذلك مع القدرة عليه، أو قبل المحاولة له، وقد يبلغ ذلك من الحيوان ما يكون سبباً لسرعة موته غالباً كقطع الفخذ وما أشبهه.

وقد اختلف قول مالك فى الصيد يرمى بسهم مسموم ثم يذبح، فقال فى العتبية والموازية: لا يأكله لعل السهم أعان على قتله، وأخاف على من أكله، فعلى هذا التعليل المؤول فى مسألتنا، لا ندرى لعل عرقته أثرت فى قتله فرى أوداجه، ولا يلزم على هذا الصيد؛ لأن ذلك مباح فى الصيد، ولا يلزم على هذا المتردية والنطيحة؛ لأن ذلك ليس من فعل الإنسان، وإنما يجوز فعل ذلك عند الضرورة مما يجسسه، ولا يسرع بإفاضة نفسه.

كتاب الذبائح ٢١٧

وعليه يحمل ما روى عن النبي ﷺ في الذي رمى بعيراً نذّاً، فحبسه رجل بسهم، فقال ﷺ: «إن لهذه الإبل أو أوبد كأوبد الوحش، فما نذّ منها فافعلوا به كذا»^(١).

وقد روى إسماعيل بن أبي أويس، عن مالك، فيما توحش من الإبل والبقر والغنم: فلا يدرك إلا بالنبل أو المزاريق والرماح، لا يؤكل.

وذلك يحتمل وجهين، فإن كان الرمي بالنبل والطعن بالرمح أثر فيها مثل العرقبة، فهو على ما تقدم، وقوله: لا تؤكل، بمعنى الكراهية، وإن كان بلغ بذلك إنفاذ مقاتلتها، فقوله: لا تؤكل، على التحريم.

مسألة: وأما الضرورة التي تمنع الوصول إلى موضع الذكاة، فهي على قسمين، أحدهما: أن تمنع الوصول إلى موضع ذكاتها، ولا تمنع الوصول إلى موضع نحرها، والقسم الثاني: أن تمنع الوصول إلى موضع ذكاة جملة.

فأما القسم الأول، فمثل أن تمنع الوصول إلى منحر البعير، ولا تمنع من الوصول إلى مذبحه أو تمنع الوصول إلى مذبح الشاة، ولا تمنع الوصول إلى منحرها، فهذا قد قال مالك في غير موضع: إن الشاة تؤكل حيثئذ بالنحر، والبعير يؤكل بالذبح.

ووجه ذلك أن هذه ذكاة في بهيمة الأنعام.

مسألة: فأما إذا لم يقدر أن يصل إلى موضع ذكاة جملة، وإنما يقدر على طعن في جنبها أو فخذها أو غير ذلك منها مما ليس بمنحر ولا مذبح، فإنها لا تؤكل، قاله مالك خلافاً للشافعي.

والدليل على ما نقوله أن هذه من بهيمة الأنعام، فلم يستبح أكله بغير الذكاة المعهودة في بهيمة الأنعام كالمقدور عليه.

فرع: وكل دابة، إما لحم ودم سائل من هوام الأرض كالحية والفأرة والحرباء والعظاءة وما أشبهها، فإن من احتاج إلى شيء منها لدواء أو غيره فذكاتها في الحلق كسائر الذبح وكالصيد بالرمي والسهم والطعن بالرمح، وشبه ذلك إن صيدت مع التسمية في التذكية والتصيد، روى ذلك ابن حبيب، عن مالك.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٤٨٨، ٢٥٠٧، ٣٠٧٥، ٥٤٩٨، ٥٥٠٩. مسلم حديث

رقم ١٩٦٨. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٤٠٩. أحمد في المسند حديث رقم ١٥٣٧٩،

١٥٣٨٦، ١٦٨١٠.

٢١٨ كتاب الذبائح
ووجه ذلك أن ماله نفسه سائلة، فإنه لا يستباح إلا بالذبح أو بالنحر
كالأنعام.

مسألة: وأما ما ليست له نفس سائلة كالجراد والحلزون والعقرب والخنفساء وبنات
وردان والقربا والزنبور واليعسوب والذر والنمل والسوس والحلم والدود والبعوض
والذباب، فلا يجوز أكله والتداوى به لمن احتاج إلى ذلك إلا بذكاة.

والذى يجزى من الذكاة فى الجراد أن يفعل بها ما لا تعيش معه، ويتعجل موتها به،
كقطع رءوسها وأرجلها من أفخاذها أو إلقائها فى ماء حار.

قال ابن حبيب: فى الجراد والحلزون أو تبقر بالشوك والإبر حتى تموت أو يلقى
الجراد أو يشوى، فأما قطع أجنحتها أو أرجلها فقط، فقال مالك: تؤكل. وقال
أشهب: لا تؤكل. وإن ألقيت فى ماء بارد، فقد قال سحنون: لا تؤكل، وإن ألقيت
فى ماء حار أكلت. وروى عن مالك: تؤكل على الوجهين.

فقول مالك مبنى على أن ما صنع مما لا تعيش معه أنه ذكاة فيها. وقول أشهب
مبنى على أنه إنما تكون الذكاة بما يتعجل به موتها، وما يتأخر به موتها، وتعذب به
فليس بذكاة لها، وأما أخذه فهل يكون ذكاة أم لا؟ المشهور من المذهب أنه لا يكون
ذكاة له خلافاً لسعيد بن المسيب.

والدليل على ما نقوله أن هذا صيد يفتقر إلى ذكاة، فلم يكن مجرد أخذه ذكاة.
أصله الطير.

فرع: إذا ثبت ذلك، فحكم الحلزون حكم الجراد، قال مالك: ذكاته بالسلق أو
يغرز بالشوك والإبر حتى تموت من ذلك، ويسمى الله تعالى عند ذلك، كما يسمى
عند قطف رءوس الجراد.

وقد قال الشيخ أبو بكر: العقرب والخنفساء من احتاج إلى التداوى بشيء منها،
فليقطف رءوسها ثم يتداوى بها، إن شاء الله تعالى.

٩٧٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ، عَنْ مُعَاذِ بْنِ سَعْدٍ أَوْ سَعْدِ بْنِ
مُعَاذٍ أَنَّ جَارِيَةَ لِكَعْبِ بْنِ مَالِكٍ كَانَتْ تُرْعَى غَنَمًا لَهَا بِسَلْعٍ فَأُصِيبَتْ شَاةٌ مِنْهَا،

٩٧٢ - أخرجه البخارى فى الذبائح والصيد ٥٠٨١. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٨٢/٩ - ٢٨٣.

وذكر ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠١٤.

كتاب الذبائح ٢١٩
فَأَذْرَكْتَهَا، فَذَكَّهَهَا بِحَجَرٍ، فَسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: «لَا بَأْسَ بِهَا
فَكُلُّوهَا».

الشرح: قوله: «أن جارية لكعب بن مالك»، أكثر ما تستعمل العرب هذه اللفظة
في المملوكة، ولذلك أضافها إلى كعب بن مالك إضافة ظاهرها الملك، «وكانت هذه
الجارية توعى غنماً لكعب بن مالك بسلع»، جبل من جبال المدينة، «فأصبحت شاة
منها»، يمتثل أن يكون نزل بها ذلك من أمر الله تعالى، فذكتها الجارية بحجر.

وفى ذلك بابان، أحدهما: صفة ما يذكى به من الحجارة، وقد تقدم ذكره. والباب
الثاني: فى صفة الذابح المؤثرة فى الذكاة، وهو الدين، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء
الله تعالى.

وأما الرق، فليس بمؤثر فى الذكاة، فتجوز ذكاة العبد على كل حال، وأما الصغير
والأنثى، ففى كتاب ابن المواز، عن مالك: تكره ذبيحة الصبى والمرأة من غير ضرورة.

وفى المدونة عن ابن القاسم: تجوز ذكاة المرأة من غير ضرورة، ولا بأس بذكاة
الصبى إذا أطاق الذبح. وروى أكثره عن مالك، قال ابن حبيب: مختوناً كان الصبى أو
غير مختون.

وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يعتبر فيه الدين، فاعتبر فيه الأنوثة والذكورة
والبلوغ والأمانة. ووجه رواية المدونة أنه معنى لا يعتبر فيه الرق، فلم يعتبر فيه الأنوثة
كالبيع والشراء والطبخ.

فرع: فإذا قلنا بكراهية ذبيحة المرأة، فهل تكره ذبيحة الخصى؟ حكى الشيخ أبو
إسحاق: تؤكل ذبيحته، ولم يذكر كراهيته. وروى أشهب، عن مالك فى العتبية: لا
أحب ذبيحة الخصى، فإن فعل أكلت. ووجه ذلك عندى أنه نحو الأنوثة، والله أعلم.

فرع: ولا تجوز ذبيحة السكران ولا المعتنون إذا لم يعقلا، رواه ابن وهب عن مالك
فى المبسوط. زاد ابن وهب عن مالك فى المبسوط: ولا ذبيحة أعجمى لا يعرف
الصلاة.

ووجه ذلك أن كل واحد منهما لا تصح منه النيابة فى الذكاة، وذلك معتبر فى
صحتها، والله تعالى أعلم وأحكم.

فرع: ولا تؤكل ذبيحة المرتد، وإن ارتد إلى يهودية أو نصرانية، رواه ابن حبيب،

٢٢٠ كتاب الذبائح
قال: ولا تؤكل ذبيحة من يدع الصلاة ولا ذبيحة من يضيعها ويعرف بالتهاون بها،
ونحا بذلك إلى أنه ارتداد، قال: وكذلك قال لي من كاشفت من أصحاب مالك عنه
في جميعه.

٩٧٣ - مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدِّيَلِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ
ذَبَائِحِ نَصَارَى الْعَرَبِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهَا، وَتَلَا هَذِهِ الْآيَةَ ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فإِنَّهُ
مِنْهُمْ﴾ [المائدة: ٥١].

الشرح: قول: «في ذبائح نصارى العرب لا بأس بها»، أجراهم في ذلك بحرى
نصارى العجم، فإن ذبائح النصارى وغيرهم من أهل الكتاب مباحة لنا بقوله تعالى:
﴿وَوَطْعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، فأعلم أن ذبائح نصارى العرب
مباحة أيضاً، ولم يتعلق ﷺ بقوله: ﴿وَوَطْعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْ لَكُمْ﴾.

إما أن هذه الآية لم تكن نزلت بعد، أو لأنها عامة، يحتمل أن تكون عامة في جميع
أهل الكتاب، ويحتمل أن تكون خاصة في العجم، وإن كان الأظهر عمومها، فأظهر
التعلق بما هو خاص في العرب أو فيمن خوطب بهذه الآية، وهم المنافقون، وكانوا
عرباً.

ومقتضى الآية أنه من يتولى أهل الكتاب من العرب، فإنه منهم؛ لأنه المتولى لأهل
الكتاب المخاطبين بهذه الآية يجب أن يكونوا غير أهل الكتاب المتقدم ذكرهم من
العجم، فحكم الله تعالى بأنه منهم، وذلك يوجب أن يكونوا من أهل الكتاب.

وذلك يقتضى أن يكون حكمهم حكم أهل الكتاب في الذبائح وغيرها، فإذا كانت
ذبائح أهل الكتاب من العجم مباحة، فكذلك ذبائح أهل الكتاب من العرب؛ لأن
الأنساب لا تؤثر في ذلك، وإنما تؤثر الأديان.

مسألة: وإذا علمت أن من دينه النصرانية ممن يستبيح الميتة، فلا تأكل من ذبيحته إلا
ما شاهدت ذبحه.

ووجه ذلك أنه إنما يستباح من ذبيحته ما وقع على وجه الصحة والمسلم أصح
ذبيحة وهذا حكمه، فإذا علم أنه ربما قتل الحيوان على الوجه الذى لا يبيح أكله،

٩٧٣ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢١٧/٩. عبد الرزاق في المصنف ٤٨٦/٤. وذكره ابن
عبد البر في الاستذكار برقم ١٠١٥. الجصاص في أحكام القرآن ٣٢٣/٢. المغني ٥١٧/٨.

كتاب الذبائح ٢٢١
وجب الامتناع من أكل ما مات على يده من الحيوان، إلا أن يعلم أن ذكاته وجدت منه على وجه الصحة لما يتوقع أن يكون حلول ذلك منع على وجه القتل المنافي للإباحة. قال مالك: سواء كان ذميًا أو حربيًا.

فرع: قال محمد: وكره مالك ما ذبحوا للكاتبين أو لعيسى أو لجبريل أو لأعيادهم. زاد ابن حبيب: أو الصليب من غير تحريم.

وأما ما ذبح للأصنام، فيحرم لقول الله تعالى: ﴿وما ذبح على نصب﴾ [المائدة: ٣]، وقال ابن حبيب في أكل ما ذبح لأعيادهم وكنائسهم: تعظيم لشركهم.

قال: وقد قال ابن القاسم في النصراني، يوصى بشيء من ماله للكنيسة، فيباع: لا يحل للمسلم شراؤه لما في ذلك من تعظيم شرائعهم ومشتريه مسلم سوء.

مسألة: وما ذبحه اليهود مما لا يستباحون أكله مما ذكر الله في كتابه من قوله تعالى: ﴿وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر﴾ [الأنعام: ١٤٦]. قال ابن حبيب: هل الإبل وحمر الوحش والنعم والأوز، وما ليس مشقوق الخف ولا منفرج القائمة، فهذا لا يحل أكله بذبحهم.

ووجه ذلك أن الذكاة مفتقرة إلى النية والقصد، وهم لا يصح ذلك منهم؛ لأنه عندهم لا يستباح بالذكاة.

مسألة: وما حرم عليهم من شحوم الحيوان الذي يستباحونه، وذلك قوله تعالى: ﴿في البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما﴾ [الأنعام: ١٤٦]. قال ابن حبيب: هي الشحوم المجملة الخالصة، مثل الثروب والكشاء، وهو شحم الكلى، وما لصق بالفطنة وشبهها من الشحوم المحضة التي لم تختلط بعظم ولا لحم.

وأما قوله تعالى: ﴿إلا ما حملت ظهورها﴾ [الأنعام: ١٤٦]، ما يغشى اللحم من الشحم على الظهر وسائر الجسد، وما اختلط منه بلحم أو عظم. وأما الخوايا، فهي المياعر، ويقال لها بنات اللبن، والعرب تسميها المرائم، فكل ذلك من الشحم داخل في الاستثناء.

قال ابن حبيب: ما كان من هذا محرماً بنص التنزيل، فلا يحل لنا أكله بعينه، ولا أكل ثمنه، وما لم يكن محرماً عليهم في التنزيل مثل الطريف وشبهه، فإنه مكروه أكله وأكل ثمنه، قال: وهذا قول مالك وبعض أصحابه.

٢٢٢ كتاب الذبائح
وحكى القاضى أبو محمد أن شحوم اليهود المحرمة عليهم مكروهة عند مالك،
ومحرمة عند ابن القاسم وأشهب، وقد روى عن مالك. قال أبو حنيفة والشافعى: هى
مباحة غير مكروهة.

وجه رواية التحريم أن هذه ذكاة يعتقد مباشرها تحريم بعضها وتحليل بعضها،
فوجب أن يستباح بها ما يعتقد تحليله دون ما يعتقد تحريمه، كالمسلم يعتقد استباحة
اللحم دون الدم. ووجه رواية منع التحريم أن هذا مذك، يجوز أكل لحم ما ذكى،
فجاز أكل لحمه كالمسلم.

وأما الطريف، ففى المدونة: كان مالك يميز أكله ثم كرهه. قال ابن القاسم: وأرى
أن لا يؤكل، فظاهر لفظ ابن القاسم المنع جملة، ولو حمل على التحريم لما بعد.

وجه جواز ذلك أنه قصد إلى استباحة أكله؛ لأن ما تجده عليه من الوجه المانع له
من أكله لا يظهر إلا بعد تمام الذكاة، فصح قصده إلى إباحته. ووجه رواية المنع أن هذه
ذبيحة منع منها الذابح بالشرع، فمنع منها غيره كالمحرم. قال مالك: وتؤكل ذبيحة
السامرية، صنف من اليهود لا يؤمنون بالبعث.

فرع: ونهى المسلمون عن الشراء من جزارى اليهود، ونهى اليهود عن البيع منهم،
فمن اشترى منهم من المسلمين، هو رجل سوء ولا يفسخ شراؤه، إلا أن يشتري من
اليهود مثل الطريف وشبهه مما لا يأكلونه، فيفسخ على كل حال، رواه ابن حبيب، عن
مطرف وابن الماجشون.

مسألة: ولا تؤكل ذبائح الصابئين، وليس بمحرم ذبائح الجوس، وقد حرم الحسن
وسعيد بن جبير ذبائحهم، ونكاح نسائهم، وقيل إنهم بين المحوسية والنصرانية.

مسألة: لا تؤكل ذبائح الجوس، وليسوا أهل كتاب، ولو ولى مسلماً ذبيحته، فقد
اختلف فيها، فأجازها ابن سيرين وعطاء، وكره ذلك الحسن.

قال ابن المواز: إنما يكره أكلها إذا قال للمسلم: اذبحها لنا أو لصنمنا، فأما لو
تضيف به مسلم، فأمره بذبحها ليأكل منها، فذلك جائز، وإن أعدها لغيره.

٩٧٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ كَانَ يَقُولُ: مَا فَرَى الْأَوْدَاجَ
فَكَلَّوهُ.

كتاب الذبائح ٢٢٣
الشرح: قوله: «ما فرى الأوداج»، يحتمل معنيين، أحدهما: صفة الآلة التي يذبح بها، فيقول: إن ما كان من الآلات على هذه الصفة، وجب أن تستباح به الذكاة، وهذا ظاهر اللفظ.

والمعنى الثاني: أن يريد به ما بلغ من ذكاته إلى فرى الأوداج، فإنه قد كملت ذكاته، وحصلت إباحته، ولعله قد ترك ذكر الخلقوم لما كان المعلوم في الأغلب لا تفرى الأوداج إلا بعد فرى الخلقوم.

وقال مالك في المدونة: إن الذكاة تفرى الخلقوم والودجين، فإن قطع الودجين دون الخلقوم أو الخلقوم دون الودجين لم تتم الذكاة، هذا حقيقة المذهب.

وقال الشافعي في الذكاة: تقطع الخلقوم والمرى، وهو البلعوم والاعتبار بالودجين. والدليل على ما نقوله ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل»^(١)، وإنهار الدم إجزؤه، وذلك لا يكون إلا بقطع الأوداج؛ لأنها مجرى الدم. وأما المرى، فليس بمجرى الدم، وإنما هو مجرى الطعام، وليس فيه من الدم إلا اليسير الذي لا يحصل به الإنهار.

ودليلنا أيضًا ما روى أن عبد الله بن عباس قال: باعتبار الودجين، ولا يخالف له من الصحابة، ولا تعلم أحدًا منهم قال: باعتبار المرى.

ودليلنا من جهة المعنى أن الذكاة مبنية على فرى ما كان فريه أسرع موتًا؛ لأنه أخف على الحيوان والودجان أسرع في ذلك من المرى؛ لأن المرى مدخل الطعام، ويفضى إلى الفم إحداث مدخل آخر له بقرب الأول، فليس بمقتل في نفسه

وأما الودجان، فإن نهايتهما متصلتان بالجسم، وهما مجرى الدم لا يتصل بعد انقطاعهما مقتل، ولذلك يقال في الذبيحة: تشخب أوداجها دما، ولا ذكر للمرى في ذلك، فكان ما قلناه أولى اتباعًا ونظرًا.

فرع: وأما الخلقوم، فمجرى النفس وهو من المذبح، فإن قطع جميعه مع الودجين تمت الذكاة فيه، وإن قطع بعضه، فقد روى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم في الدجاجة

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٤٨٨، ٢٥٠٧، ٣٠٧٥، ٥٤٩٨، ٥٥٠٩. مسلم حديث رقم ١٩٦٨. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٤٠٩. أحمد في المسند حديث رقم ١٥٣٧٩، ١٥٣٨٦، ١٦٨١٠.

٢٢٤ كتاب الذبائح

والعصفور والحمام: إذا أجهز على أوداجه وحلقه أو ثلثيه، فلا بأس بذلك.

وقاله ابن حبيب، وزاد: وإن لم يقطع منه إلا اليسير، فلا يجوز. وقال سحنون: لا يجوز ذلك حتى يجهز على جميع الحلقوم والأوداج.

وجه قول سحنون إن هذا معنى تتعلق به الذكاة، فوجب أن يكون حكمه الاستيعاب كالودجين. ووجه قول ابن القاسم إن الذكاة محلها الودجان، وإنما تتعلق بالحلقوم على معنى التبعية، فإذا قطع أكثره مع استيعاب الودجين، فقد كملت الذكاة.

فرع: ولو قطع الحلقوم وأحد الودجين، فقد قال ابن حبيب: لا تؤكل، وظاهر لفظ المدونة يقتضى أنها لا تؤكل؛ لأنه قال: لا تؤكل حتى يقطع الحلقوم والودجين. وقال الشيخ أبو إسحاق: إن بقى شيء من الودجين لم تؤكل. ووجه ذلك تعلق الذكاة بهما، فلم يكن بد من استيعابهما.

فصل: وقوله: «فكلوه» تبيين أن قوله: «ما فرى الأوداج»، إنما أراد به الفعل دون الآلة، فكأنه قال: كل ذبيح أو ذكاة تبلغ فرى الأوداج، فإنه قد أباح أكل ما ذكى به، وفى الكلام تجوز لرجوع ضمير المأكول على الفعل والمعنى ما ذكرناه، والله أعلم.

فرع: ومن نزع الذبيحة، ومعناه أن يقطع نخاعها عند ذبحها، فقد قال ابن حبيب: إن فعل، أى أكمل ذبحها، يريد أنه فعل ذلك من ذبحها، فقد أساء، وهى تؤكل، وإن كان نزعها فى ذبحه، يريد لمن يفصل بينهما، فإن فعل ذلك ليد سبقت، فهى تؤكل، قاله مالك فى ذلك كله.

وإن تعمد ذلك من غير جهل، فقد قال مطرف وابن الماجشون: لا تؤكل. وقال أصبغ وابن القاسم: تؤكل فى العامد والجاهل، ولا أقول بقولهما.

وجه القول الأول ما احتج به من أنه ترك سنة الذبح، فهو كالعابث بذبيحته. ووجه القول الثانى أن ما زاد من النزع إنما وجد بعد تمام الذكاة المبيحة كما لو تعمد سلخها، وقطع أعضائها بعد أن أكمل ذكاتها، وقبل أن يزهد نفسها.

٩٧٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَا ذُبِحَ بِهِ إِذَا بَضِعَ فَلَا بَأْسَ بِهِ إِذَا اضْطُرَّتْ إِلَيْهِ.

الشرح: قوله: «ما ذبح به إذا بضع»، على ما قدمناه من أن الآلة يجب أن تكون

كتاب الذبائح ٢٢٥
على صفة تبضع، ولا تكون مما تكسر أو تهشم الأوداج بقوة دون حدة، ولا تكون مما
يبرد كالمنجل المضرس.

فصل: وقوله: «إذا اضطرت إليه»^(١)، دليل على أنه قصد الإخبار عن غير الحديد.
وأما الحديد الذى على هذه الحال، فهو الذى يذبح به فى حال الاختيار، وإنما شرط
الضرورة فى الذبح لغير الحديد؛ لأن الحديد المحكم أسرع قطعاً، وأقل ألماً، وأيضاً فإنه
أخبر عن المعتاد من أحوال الناس بأنه لا يكاد يستعمل شىء من ذلك إلا عند عدم
الحديد، والله أعلم.

وفى المدونة عن ابن نافع أنه إنما يذبح بذلك إذا لم يوجد غيره. وقال ابن كنانة،
عن مالك: الشفرة أحب إلى إذا وجدت، فإن ذبح مع وجود الشفر جاز، ورواه
عيسى، عن ابن القاسم.

* * *

ما يكره من الذبيحة فى الزكاة

٩٧٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي مُرَّةٍ مَوْلَى عَقِيلِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ
سَأَلَ أَبَا هُرَيْرَةَ عَنْ شَاةٍ ذُبِحَتْ، فَتَحَرَّكَ بَعْضُهَا، فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْكُلَهَا، ثُمَّ سَأَلَ عَنْ
ذَلِكَ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، فَقَالَ: إِنَّ الْمَيْتَةَ لَتَتَحَرَّكَ، وَنَهَاةٌ عَنْ ذَلِكَ.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ شَاةٍ تَرَدَّتْ فَتَكَسَّرَتْ فَأَذْرَكَهَا صَاحِبُهَا، فَذَبَحَهَا، فَسَأَلَ الدَّمُ
مِنْهَا وَلَمْ تَتَحَرَّكَ.

فَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَ ذَبَحَهَا وَنَفْسُهَا تَجْرَى، وَهِيَ تَطْرِفُ، فَلْيَأْكُلَهَا^(١).

الشرح: قوله: «عن شاة ذبحت فتحرك بعضها»، لا يخلو من ثلاثة أحوال، أن تكون
صحيحة، أو تكون مكسورة أصابها ذلك الكسر، فوجعت بالذبح، فتحرك بعضها، أو
يكون بها مرض، فخيف عليها الموت فعوجلت.

(١) قال فى الاستذكار ٢٤٢/١٥: أما قول سعيد بن المسيب: «إذا اضطرت إليه»، فكلام ليس
على ظاهره، وإنما معناه ألا يذبح بغير المدى، والسكاكين وقاطع الحديد اختياراً.

٩٧٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠١٧.

(١) قال فى الاستذكار ٢٤٥/١٥: على قول مالك هذا فى الموطأ أكثر العلماء، وهو قول على،
وأبى هريرة، وابن عباس. وقد اختلف فى ذلك أصحاب مالك، واختلف فيه قول الشافعى.

٢٢٦ كتاب الذبائح
فأما إن كانت صحيحة ليس بها شيء، فإن كان الذابح قد صادفها، وهى
مستجمعة الحياة، وهو الذى يراعى فى صحة الذكاة، فلا خلاف نعلمه فى صحة
ذكاتها وإباحة أكلها، وقاله مالك.

مسألة: وأما إن أصابها كسر أو نحوه، فانتهدت مما أصابها إلى حد الموت وشبهه مما
يبأس فيه من حياتها، فذبحها، فطرفت بعد الذبح بعينها أو استفاض. نفسها، أو حركت
ذنبها، أو ركضت برجلها، فقد اختلف أصحابنا فيه.

فروى ابن حبيب، عن ابن القاسم وأصبغ أنها تؤكل، وهو فى المختصر من رواية
ابن القاسم، عن مالك. وعن ابن الماجشون وابن عبد الحكم: لا تؤكل، ورواه ابن عبد
الحكم، عن مالك.

وجه قول ابن القاسم قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا
أَهْلَ لَغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ﴾، إلى قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، فاستثنى
من ذلك ما أدركت ذكاته؛ لأنه المعنى، والله أعلم، وما أكل السبع منه؛ لأن ما أكل
السبع جميعه، فقد فاتت عينه، فلا يقال فيه إنه حلال ولا حرام لعدمه.

وقد قال القاضى أبو إسحاق: المعنى تحريم ما أكل السبع لفوات الذكاة فيه. ومعنى
قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾، لكن ما ذكيتم مما لم يأكله السبع، وليس باستثناء مما
تقدم، قال: وهذا كقوله تعالى: ﴿طَهُرَهُ مَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لِتَشْقَى إِلَّا تَذَكُّرًا لِمَنْ
يَخْشَى﴾، تقديره: ولكن تذكرة لمن يخشى.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أن الوجه الأول أظهر، والله أعلم.

ومن جهة المعنى أن هذه أدركت ذكاتها، وبها بقية من حياتها، فجاز أكلها
كالمریضة.

ووجه رواية ابن عبد الحكم ما احتج به الشيخ أبو بكر فى نصره هذه الرواية أن
معنى المنخنة والموقودة والمتردية والنطيحة التى تمت بعد، ولو أراد التى ماتت لا غنى
عن ذلك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ﴾، وأراد بقوله: ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾، إلا ما
أدركتموه بصفة ما يذكى، وأما ما بلغ أن لا ترجى حياته فى الأغلب، فلا يذكى، وإن
أدرك حياً؛ لأن تلك ليست بحياة ولا حكمه حكم الحى.

ومن جهة المعنى أن هذا لا ترجى حياته، فلم تجز ذكاته. أصل ذلك ما أنفذت

كتاب الدبائح ٢٢٧
مقاتله. قال: والفرق بين هذه وبين المريضة، فيما حكاه الشيخ أبو بكر لنصرة قول ابن عبد الحكم، وروايته عن مالك أن المتردية والنطيحة طرأ عليها ما الأغلب منه الموت، فلا نعلم أن الذكاة أفادت نفسها لأننا نخاف أن يغلب على الظن أن الذى أفادت نفسها ما نزل بها.

وليس كذلك المريضة، فإنه لا يطرأ عليها شيء، ويظن بها من أجله الموت، فكان الأظهر أن الذكاة أفادت نفسها كالصحيحة، وكذلك إذا أدركت حياتها ظاهرة، فإنها تؤكل، سواء كانت مما يرجى بقاء حياتها أم لا؟.

فصل: وسؤال السائل لمالك عن شاة تردت، فتكسرت، التردى إذا كان منه كسر يؤدى إلى ثلاثة أحوال، أحدها: أن تنفذ المقاتل، وهى خمسة متفق عليها انقطاع النخاع، وهو عند ابن القاسم وأصبغ ومالك من رواية ابن القاسم، عن مالك فى العتبية: الشحم الأبيض الذى فى وسط فقار العنق والظهر، والثانى: انتشار الدماغ، والثالث: فرى الأوداج، والرابع: انفتاق المصران، والخامس: انتشار الحشوة.

واختلف أصحابنا فى اندقاق العنق من غير انقطاع نخاعه، فروى ابن الماجشون ومطرف، عن مالك: أن ذلك من المقاتل.

وروى ابن القاسم، عن مالك: أنه ليس بمقتل حتى يقترن به انقطاع نخاعه، فهذه المعانى متى حصلت من ترد أو ما أشبهه، فقد فادت الذكاة، وإن ظهرت حياته بعد الذبح؛ لأن ما وصل إلى هذا الحد، فقد استحال دوام حياته، وإنما حركته بعد ذلك من باب اضطراب الميت وتحركه عند فوات نفسه.

مسألة: والحال الثانية، أن ينكسر منها عضو ويرجى بقاء حياتها، سواء رجى أن يجبر ما انكسر منها أو يئس منه، فهذا لا خلاف أيضاً فى جواز ذكاتها؛ لأنها ترجى حياتها كالتي لم تنكسر.

مسألة: والحال الثالثة، ينفذ مقاتلها، إلا أنها مع ذلك قد بلغت مبلغاً لا يشك فى أنه لا تبقى حياتها، أو يشك فى ذلك، فإن هذا يختلف قول مالك فيها وأصحابه فى صحة ذكاتها على ما تقدم.

ولهذا المعنى اختلف جواب أبى هريرة وزيد بن ثابت، ولعلهما إنما سهلا فى هذه المسألة، ولذلك قال زيد: إن الميتة لتتحرك، يريد عند موتها، فإذا لم يتيقن أن الذكاة صادفت حياة كاملة، لا يجمل أكلها عنده، وقد تقدم ذكر الخلاف فيه، وسنفرد له باباً إن شاء الله.

٢٢٨ كتاب الدبائح

فصل: وقول السائل فى شاة كسرت: «إن ذبحها فسال الدم منها ولم تتحرك»، فقال مالك فى جوابه: «إن ذبحها ونفسها تجرى، وهى تطرف فليأكلها»، وذلك. يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد بذلك إذا أدركتها الذكاة، ونفسها تجرى، وعينها تطرف، فقد أدرك الذكاة لإدراكه حياتها، سواء سال الدم أم لم يسأل.

وقد قال ابن القاسم وابن كنانة فى المريضة إذا اضطربت: أكلت، وإن لم يسأل دمها. والوجه الثانى أن يكون جوابه مبنياً على سؤال السائل، فىكون معناه أن التى سال دمها إذا ذبحها ونفسها تجرى، وهى تطرف فليأكلها، فجواب عن الذبيحة التى يجتمع فيها الأمران، سيلان دمها دون الحركة.

وعلى الوجهين، فلم يعتبر اليأس من حياتها. وقد تكلمنا على إدراك الحياة، ونحن نتكلم على المعانى التى يستدل بها على إدراك الحياة.

وقد روى ابن حبيب، عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم أنهما قالوا: للحياة علامات يستدل بها، وهى خمس علامات: سيلان الدم، والطرف بالعين، وجريان النفس، وتحريك الذنب، والركض بالرجل.

فأما سيلان الدم، فإن كانت صحيحة، فذبحها فسال دمها ولم تتحرك، فقد قال مالك: تؤكل، ولا يمكن عندى فى الصحيحة أن تتحرك ولا يسيل دمها، فلا معنى لذكره.

مسألة: وأما المكسورة، فإذا حملنا قول مالك على أنه أراد التى سال دمها، ونفسها تجرى، وعينها تطرف فليأكلها، فجمع بين جرى الدم والحركة؛ لأن جريان النفس، وطرف العين من باب الحركة، ولو انفرد سيلان الدم لم أر فيه نصاً لأصحابنا.

والأظهر عندى على أصول أصحابنا أنه لا يجوز أكلها؛ لأن مالكاً، إن كان أراد بجوابه فى مسألة السائل إضافة جوابه إلى سؤال السائل فى سيلان الدم، فإنه لا يبيح أكلها إلا بأن يسيل دمها، وتقرن بذلك حركتها بالنفس، أو طرف الغين.

وإن قلنا إنه أعرض عن سؤال السائل فى سيلان الدم، واستأنف الجواب، فإنه لم يعتبر بسيلان الدم لما لم يكن له تأثير عنده فيها، وراعى الحركة خاصة، فلا تؤكل المكسورة التى تنفرد بسيلان الدم، ولو انفردت الحركة دون سيلان الدم لم أر فيه نصاً.

قال الإمام أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنها تحتل الخلاف الذى تقدم بين

ابن القاسم وابن عبد الحكم فى التى يتس من بقاء حياتها أو شك فى ذلك، ولكنها أدركت بالذكاة حياتها، فيقال على رواية ابن القاسم أنه يجوز أكلها كالمريضة، ويقال على رواية ابن عبد الحكم أنه لا يجوز أكلها، ويفرق بينها وبين المريضة بما تقدم.

مسألة: وأما المريضة، فقد قال مالك: إذا سال دمها، وتحركت بعد الذبح، فإنها تؤكل، وإن لم يكن ذلك لم تؤكل إلا أن تكون منها الحياة بينة بالنفس البين أو العين تطرف.

فإن كان أراد بقوله: وإن لم يكن ذلك لم يكن سيلان الدم ولا الحركة، ولكن وجد دليل الحياة بالنفس المتردد أو العين تطرف، فهذا بين فى أن الحركة الدالة على ذلك تبيح الأكل دون سيلان الدم.

وقد قال ابن القاسم وابن كنانة: إذا اضطربت أكلت، وإن لم يسلس دمها. وأما إن سال دمها ولم تتحرك، ففي كتاب محمد: فإن كانت صحيحة، فإنها تؤكل. وأما المريضة، فإن كان نفسها يجرى وحركتها تعرف، فإنها تؤكل.

قال محمد: ويعرف ذلك بحركة الرجل والذنب، قاله زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب. قال محمد: والعين تطرف، أو يستفيض نفسها فى جوفها أو منحراها، فإن هذه الحركات ما كان منها عند مر الشفرة بملقها، فإنها تؤكل.

فظاهر هذا اللفظ أن المريضة مخالفة للصحيحة، وأن الصحيحة تؤكل بسيلان الدم خاصة، وأن المريضة لا تؤكل بذلك حتى يقترن بها أحد هذه الأربع، وعطف الشيخ أبو محمد لهذه الأقوال بعضها على بعض دليل على أن حملها على الوجه الذى تأولناه عليه.

ففى هذا أن الحركة عنده أقوى فى بقاء الحياة من سيلان الدم؛ لأن الحركة من أسباب الحياة وأحكامها. وأما سيلان الدم، فإنه انفصال بعض أجزاء الجسم من بعض.

فصل: وقول مالك: «إن ذبحها ونفسها يجرى وهى تطرف»، معنى جريان نفسها تردده على حسب التنفس، فأما خروج الريح من الجسد عند الموت، فليس من جريان النفس، وسؤال السائل لمالك عن عدم الحركة بعد تمام الذكاة، فالظاهر أن مالكاً أجابه أن عدم الحركة بعد تمام الذكاة لا يمنع صحتها، إذا صادفت نفساً يجرى، وعيناً تطرف حين الذكاة.

٢٣٠ كتاب الذبائح
وقد روى في المدينة عن عبد الرحمن بن دينار أنه قيل لابن نافع: فلو أن سبعا حمل على شاة، فاستنقذتها منه، فذبحتها وهي تطرف، فلما فرغت من ذبحها لم يتحرك منها شيء، فقال: إذا ذبحتها، ونفسها تجرى، وهي تطرف، فلا بأس بأكلها، فبين أن قوله إنما كان؛ لأن الاعتبار بالحركة بعد الموت غير صحيح.

وإنما يعتبر بما ذكره من النفس الذي يجري والعين التي تطرف حال الذبح. وقد قال ابن حبيب: إن الحياة تعرف بحركة الرجل أو الذنب أو العين تطرف أو النفس تستفيض في جوفها أو منحراها، فإن هذه الحركات الأربع كان منها عند مر الشفرة على حلقها، يريد مع سيلان الدم في المريضة، فإنها توكل.

* * *

ذكاة ما في بطن الذبيحة

٩٧٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِذَا نُجِرَتْ النَّاقَةُ، فَذَكَاةُ مَا فِي بَطْنِهَا فِي ذَكَاتِهَا إِذَا كَانَ قَدْ تَمَّ خَلْقُهُ وَنَبَتَ شَعْرُهُ، فَإِذَا خَرَجَ مِنْ بَطْنِ أُمِّهِ ذُبِحَ حَتَّى يَخْرُجَ الدَّمُ مِنْ جَوْفِهِ.

٩٧٨ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ قُسَيْطٍ اللَّيْثِيِّ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: ذَكَاةُ مَا فِي بَطْنِ الذَّبِيحَةِ فِي ذَكَاةِ أُمِّهِ إِذَا كَانَ قَدْ تَمَّ خَلْقُهُ وَنَبَتَ شَعْرُهُ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «إذا محرت الناقة فذكاة ما في بطنها ذكاتها»^(١)،

٩٧٧ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٥٠١/٤. البيهقي في السنن الكبرى ٣٣٦/٩. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠١٨. الجصاص في أحكام القرآن ١١١/١. كشف الغمة ٢٤٠/١. المغني ٥٧٩/٨.

٩٧٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠١٩.

(١) قال في الاستذكار ٢٥٣/١٥: اختلف العلماء في ذكاة الجنين: فقال مالك، بما رواه ابن عمر، وسعيد بن المسيب في ذلك، قال: إذا تم خلقه، وأشعر أكل، وإلا لم يوكل. وقال أبو حنيفة، وزفر: لا يوكل الجنين إلا أن يخرج حيا من بطن أمه، فيذكي. وقال أبو يوسف، ومحمد الثوري، والليث بن سعد، والأوزاعي، والشافعي، والحسن بن حي: يوكل، وإن كان شيئا إذا ذكيت الأم، وذكاة أمه ذكاته. قال أبو عمر: روى قول مالك في اعتبار أشعاره، وتمام خلقه عن جماعة من أهل المدينة والحجاز، وغيرهم، منهم: ابن عمر، وسعيد بن المسيب، وابن شهاب، =

ومعنى ذلك أنه إذا تم خلق الجنين ونبت شعره، فإن ذكاة أمه ذكاة له، وحينئذ هو مما يصح أن يؤكل بالذكاة. وقال أبو حنيفة: لا يؤكل، وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بأحاديث ليست بصحاح ولا تثبت.

والدليل على ذلك من جهة القياس أن هذا حكم ثبت فى الأم، فوجب أن يثبت فى الجنين، كالهبة والبيع، ولا يلزم على هذا ما لم يثبت شعره؛ لأن ذلك ليس بحى، ولا تكون الذكاة إلا بعد حياة.

=ومجاهد، وطاوس، والحسن، وقتادة. وروى معمر، عن الزهرى، عن عبد الله بن كعب بن مالك، قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون: إذا أشعر الجنين، فذكاته ذكاة أمه. وحدثنى عبد الله بن محمد، قال: حدثنى محمد بن عثمان، قال: حدثنى إسماعيل بن إسحاق، قال: حدثنى على بن المدينى، قال: حدثنى سفيان بن عيينة، قال: حفظت من الزهرى، عن ابن كعب ابن مالك أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يقولون: إذا أشعر الجنين، فذكاته ذكاة أمه. قال سفيان: وقال أبان بن تغلب، وكان صاحب عربية: إذا أشعر الجنين. قال سفيان: فأما الذى حفظت أنا من الزهرى: إذا أشعر. قال أبو عمر: قيل: أشعر إذا تم خلقه، وإن لم يشعر. قال أبو عمرو الشيبانى: المشعر التام الخلق الطويل. وروى أبو إسحاق، عن الحارث، عن علي، رضى الله عنه، قال: ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا أشعر. وروى مثل قول الشافعى، ومن ذكرنا معه عن إبراهيم النخعى. وروى الثورى، عن منصور، عن إبراهيم، قال: ذكاته ذكاة أمه أشعر، أو لم يشعر إلا أن يقدره. وابن عيينة، عن الحسن بن عبيد الله النخعى، قال: سألت إبراهيم عن جنين البقرة؟ فقال: هو ركن من أركانها. وابن خديج عن داود بن أبى عاصم، عن سعيد بن المسيب أنه قال: كله، إن لم يشعر. وروى ابن المبارك، وغيره، عن مجالد بن سعيد، عن أبى الوداك: حبر ابن نوف، قال: سمعت أبا سعيد الخدرى يقول: سألتنا رسول الله ﷺ عن البقرة، أو الناقة، أو الشاة ينحرفها أحدنا فيجد فى بطنها جنيناً، أياكله أم يلقيه؟ قال: «كلوه إن شئتم، فإن ذكاته ذكاة أمه». قال أبو عمر: ليس فى هذا الحديث المسند اشتراط أشعاره، ولا غيره. وروى ابن المبارك، عن ابن أبى ليلى، عن أخيه، عن أبيه، أو عن الحكم بن أبى عبد الرحمن بن أبى ليلى، الشك من ابن المبارك، عن عطية، عن أبى سعيد الخدرى، قال رسول الله ﷺ: ذكاة الجنين ذكاة أمه أشعر، أو لم يشعر. ورواه غير ابن المبارك، عن ابن أبى ليلى، عن عطية، عن أبى سعيد الخدرى. وابن أبى ليلى سعى الحفظ عندهم جداً. ومن حديث زهير بن معاوية، عن أبى الزبير، عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «ذكاة الجنين ذكاة أمه». وأما قول أبى حنيفة وزفر، فليس له فى حديث النبى ﷺ ولا فى قول أصحابه، ولا فى قول الجمهور أصل. وزعم أبو حنيفة أنه لم ير ذكاة واحدة تكون لاثنين. واستحال غيره أن تكون ذكاة لنفسين. وهو يرى أن من أعتق حاملاً، فإن عتقها عتق جنينها، فإذا جاز أن يكون عتق واحد عتقاً لاثنين، فغير نكير إن تكون ذكاة نفس ذكاة نفسين. هذا من جهة القياس، فكيف والسنة معينة عن كل رأى، وبالله التوفيق.

٢٣٢ كتاب الدبائح

وقال الشافعي: يؤكل، وإن لم ينبت شعره. وقال القاضي أبو محمد وغيره من أصحابنا: إن الإشعار دليل على نفخ الروح فيه، وما لم ينبت شعره، فليس بجى بعد، فلا يستباح بذكاة، وهو مذهب ابن عمر.

والدليل على ما نقوله أن كل ما لا يستباح أكله إلا بالذكاة، فإن الذكاة لا تعمل فيه مع عدم الحياة. أصله الأمهات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يخرج من الأم بعد ذكاتها أو فى حال حياتها، فإن خرج بعد ذكاتها، فلا يخلو أن يكون مما ترجى له الحياة لو ترك أو يشك فى ذلك أو يأس منه.

فإن وجدت له حياة باقية، ففى المدنية عن مالك: لا يؤكل إلا بذكاة تخصه، وكذلك لو شك فى حياته، رواه عيسى، عن ابن القاسم فى المدنية.

ومعنى ذلك أن هذا فى حكم المولود، فلا يؤكل إلا بذكاة تخصه، فإن خرج، ولم ترج حياته، إما لأنه قد مات أو لأن حياته ضعيفة، فإنه يستحب ذبحه، فإن لم يذبح وغفل عنه حتى مات أكل، قاله مالك فى المدنية والعتبية.

وقال عيسى بن دينار فى المدنية: أحب إلى فى التى ذكيت أن لا يؤكل ما استخرج من بطنها حياً إلا بذكاة، ونحوه روى ابن المواز، عن مالك.

ووجه الرواية الأولى أن هذا قد كملت ذكاته بذكاة أمه؛ لأنه حى بها، فكان كعضو من أعضائها، ولما كان مما ينفصل عنها بالولادة، وينفرد بالحياة استحب مباشرته بالذكاة.

ووجه الرواية الثانية مراعاة الخلاف فى ذلك، فقد روى عيسى بن سعيد الأنصارى: لا يجل أكله إلا أن يموت قبل خروجه بعد ذكاة أمه.

وقد روى ابن وهب، عن مالك فى المبسوط: إذا خرج يتحرك استحب ذبحه، فإن سبقهم بنفسه، فأنا أكره أكله، فنحاه إلى الكراهية، وهو الأظهر لما فيه من الخلاف، والله أعلم.

مسألة: وأما إن خرج فى حال حياة أمه أزلقته، فإن كان مثله يجيا، ويعيش، فلا بأس بأكله إذا ذكى، رواه أبو زيد، عن ابن القاسم فى العتبية.

ووجه ذلك أنه قد كمل نباته، فوجب أن يستباح من الذكاة بما يستباح به غيره

كتاب الذبائح ٢٣٣
الكبير، وإن كان مثله لا يعيش أو يشك فيه، فقد روى أبو زيد، عن ابن القاسم: لا يؤكل وإن ذكى، وقاله في المدنية ابن نافع وابن كنانة. ووجه ذلك أن موته بالأزلاق، وليست بذكاة له ولا لغيره.

فصل: وقوله: «وذلك إذا تم خلقه ونبت شعره»، على ما قدمناه من أن ذلك دليل على نفخ الروح فيه، وأنه مما يصح أن يذكى؛ لأن ما لم تكن فيه حياة لا تأثير للذكاة فيه.

وقوله: «ثم خلقه»، يعنى أنه كمل منه ما ظهر أنه يكون عليه من الخلقة، وأما لو خلق ناقص يد أو رجل وتم خلقه على ذلك لم يمنع ما نقص منه من ذكاته وإباحة أكله.

فصل: وقوله: «فإذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه»، وقوله قبل هذا: «ذكاته ذكاة أمه»، دليل على أنه بذلك تتم ذكاته، فيحتمل بعد ذلك أن يكون أمره بذبحه على الاستحباب ليصير له حظ من مباشرة الذكاة على ما تقدم.

ويحتمل أن يريد بذلك خروج الدم من جوفه على ما تقدم، فيخرج منه ما يحتقن فيه لئلا يمنع ذلك من أكله من غير تفصيله وتقطيعه.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيد

ترك أكل ما قتل المعراض والحجر

٩٧٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّهُ قَالَ: رَمَيْتُ طَائِرَيْنِ بِحَجَرٍ، وَأَنَا بِالْجُرْفِ فَأَصَبْتُهُمَا فَأَمَّا أَحَدُهُمَا، فَمَاتَ فَطَرَحَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، وَأَمَّا الْآخَرُ فَذَهَبَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ يُذَكِّيهِ بِقَدُومٍ، فَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُذَكِّيَهُ فَطَرَحَهُ عَبْدُ اللَّهِ أَيْضًا.

الشرح: قوله: «رميت طائرين»، يمتثل أن يكون خرج متصيدًا، فرماهما في حال تصيده، ويحتمل أن يكون جالسًا في مقعده أو متصرفًا في بعض شأنه حتى رآها ممكنين فرماهما.

فأما الخروج للتصيد، فإن كان على وجه الالتئاذ به، فقد كرهه مالك؛ لأنه معنى يلهى عن ذكر الله وعن الصلاة، وأما من اتخذه مكسبًا أو قرم إلى اللحم، غنيًا كان أو فقيرًا، فلا بأس به، رواه ابن حبيب، عن مالك.

وفي العتبية من رواية حسين بن عاصم، عن مالك: لا أرى لأحد صيد البر إلا لأهل الحاجة الذين عيشهم ذلك.

ووجه قول مالك أن هذا إنما قصد اللحم وتحصيل الصيد، وذلك مباح لقوله تعالى: ﴿لِيَلْبِسَكُمْ اللَّهُ بِشْيَاءَ مِنْ الصَّيْدِ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحِكُمْ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤]، إلى قوله: ﴿مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤].

قال ابن حبيب: معناه مما صعدن لكم. وأما الذي يخرج إلى الصيد لتلذذًا، فليس غرضه في الصيد، وإنما غرضه في الالتئاذ بطلبه، والأخذ له خاصة دون الانتفاع

٩٧٩ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٤٩/٩. عبد الرزاق في المصنف ٤/٤٧٥. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٢٠. كشف الغمة ١/٢٣٧.

بلحمه فى أكل أو بيعه بثمن، وذلك ممنوع لما قدمناه، والله أعلم.

قال ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون، عن مالك: أنه استحب الصيد لمن سكن البادية، ويقول: هم من أهله، ولا غنى بهم عنه، وكرهه لأهل الحواضر، ورأى خروجهم إليه من السفه والخفة، وهذا غير خارج عما قدمناه من قول مالك؛ لأن الكلام الأول متوجه إلى ما يأخذ الإنسان به فى نفسه.

والكلام الثانى فى عذر الناس للتصيد مع قوله: إنه خرج لما أراد إحراز الصيد، ولم يقصد اللذة، فالظاهر أن أهل البادية محتاجون إلى ذلك، ومعتادون له، فلا يغنيهم ذلك، وأهل الحواضر يندر ذلك فيهم مع قلة انتفاعهم به وحاجتهم إليه. بما يجدونه من آدم الحواضر والمجازر، فلا يعذرون بما يدعون من مقصدهم، والله أعلم.

مسألة: وأما صيد الحيتان، فى العتبية من رواية حسين بن عاصم، عن ابن القاسم: أن صيد البحر والأنهار عندى أخف لذوى المروات والمال من صيد البر، وكأنى رأيت لا يرى به بأسًا.

فصل: وقوله: «رمى طائرين بحجر»، يحتمل أن يكون رمى الطائرين بحجر واحد، وقصد إلى إصابتهما به، ويحتمل أن يكون رمى كل واحد منهما بحجر غير الحجر الذى رمى به الآخر، فيكون معنى قوله: «رمى طائرين بحجر»، أى هذا الجنس مما يرمى به ويصاد، ويحتمل أن يكون رمى به أحدهما فأصابه، ثم أخذ ذلك الحجر، فرمى به الطير الثانى فأصابه.

وفى هذا أربعة أبواب، أحدها: فى صفة السلاح الذى يرمى به أو يضرب به. والباب الثانى: فى صفة الرمى أو الضرب. والباب الثالث: فى صفة الرمى أو المضروب. والباب الرابع: فى منتهى فعل الرمية والضربة.

* * *

الباب الأول فى صفة الآلة

ما يصاد به من السلاح على ضربين، أحدهما: ما له حد كالرمح والسهم والسيف والسكين، مما له حد تجوز به الذكاة، والثانى: ما لا حد له كالمعراض والبندقية والحجر الذى لا حد له، وغير ذلك مما لا حد له لا تجوز به الذكاة.

فيحتمل أن يكون الحجر الذى رمى به نافع مما له حد، ويحتمل أن يكون مما لا حد

٢٣٦ كتاب الصيد
له، وهو الأظهر لما فعله عبد الله بن عمر من طرحه الطائرين حين لم يدرك ذكاته، ولو كان الحجر مما له حد، وأصاب بجمده وجرح، لكانت تلك ذكاة تبيح أكسل الطائر، وإن لم تدرك ذكاته.

وقد رواه ابن حبيب، عن أصبغ، عن ابن القاسم فى رامى الصيد بالحجر الذى مثله يذبح، فقطع رأس الصيد، وهو ينوى اصطياده، قال: لا يعجبني أكله؛ إذ لعل الحجر قطع رأس الصيد بعرضه، وهذا يحتل أن يكون فيما شك فيه من أمره، فليس له أكله؛ لأنه لا يتيقن ذكاته، ولو كان علم أنه أصابه بجمده، لجاز له أكله.

* * *

الباب الثانى فى صفة الرمى أو الضرب

وذلك عند مالك نوع من الذكاة، فيجوز أن تكون الذكاة ممن تجوز ذكاته، وعلى صفة تصبح بها الذكاة، فيحتاج أن ينوى الرامى أو الضارب الاصطياد.

وفى المدونة، عن مالك فيمن رمى صيداً بسكين فقطع رأسه، وقد نوى اصطياده: فلا بأس بأكله، وإن كان لم ينو اصطياده برميته، فلا يأكله.

ووجه ذلك أن ما اعتبر فيه صفة الفاعل، فإنه يعتبر فيه نيته، كالذبح والوضوء والصلاة وغيرها من العبادات، وكذلك لو رمى صيداً، فأصاب غيره، لم يجز له أكله، ولو أصابه وأصاب غيره بعده أكله دون الذى أصاب بعده، لمعنى النية فى ذلك، والله أعلم.

* * *

الباب الثالث فى صفة الرمى أو المضروب

وهذا يراعى فيه صفتان، إحداهما: أن يكون التوحش، والثانى: أن يكون من الامتناع بصفة ما لا يتمكن من ذكاته. فأما الصفة الأولى.

فالأصل فى ذلك قول الله تعالى: ﴿لِيُبلوكم الله بشيء من الصيد﴾ [المائدة: ٩٤] الآية، فعلى أى وجه نالته رماحتنا يجب أن يحمل لنا إلا ما خصه الدليل، وسواء كان متوحشاً على أصله أو تأنيس ثم استوحش بعد ذلك، والوجه فيه ما قدمناه.

والدليل على ذلك أن هذا مستوحش الجنس ممتنع، فجاز أن يذكى بالرمى كالذى لم يتأنس فقط.

كتاب الصيد ٢٣٧

مسألة: وأما الصفة الثانية، وهي الامتناع من الذكاة المعهودة فيه، فهي العلة في إباحة ما ذكر، قال في الصيد: ولم تكن منه بإتخان الجراح له أو مجبالة أو غيرها لم تجز ذكاته إلا بما يذكر به الإنسى؛ لأن علة الامتناع قد عدت، وهاتان الصفتان مؤثرتان في العمل لا في النية؛ لأن العمل ينفرد بها دون النية.

* * *

الباب الرابع في منتهى فعل الرمية والضربة

الرمية أو الضربة لا تخلو أن تنفذ المقاتل أو لا تنفذها، فإن أنفذتها، فقد كملت فيها الذكاة، وهو على ضربين، أحدهما: أن يبين بها من الحيوان جزء، والثاني: أن لا يبين بها شيء، فإن بان منه جزء، فإن كان إنما قطع الصيد بنصفين، فإنه يؤكل جميعه، زاد النصف الذي مع الرأس أو نقص، وبه قال الشافعى.

وقال أبو حنيفة: إن قطع الثلث مما يلي الرأس أكلاً جميعاً، وإن قطع الثلث مما يلي الفخذ أكل الثلثان اللذان يليان الرأس، ولم يؤكل الثلث الباقي.

قال القاضى أبو الحسن: وهذا ينبغي أن يفصل، فإذا قطع الرأس أكل الجميع؛ لأنه مقتول لا محالة، فإن كان الذى قطع منه سوى الرأس يتوهم أن يعيش منه بعد قطعه، فإن الذى بان منه لا يؤكل، ويؤكل الباقي، مثل أن تقطع يداً أو رجلاً، فإن اليد أو الرجل لا تؤكل؛ لأنه توهم عيش الحيوان بعدها، ويؤكل الباقي، سواء مات من العقر الأول أو غيره.

وقال الشافعى: إن ماتت من العقر الأول أكل جميعه، وما بان منه، وإن كان لم يمت حتى رماه رمية أخرى، فإنه يؤكل الحيوان كله، ولا يؤكل ما بان منه من يد أو رجل، هذا الذى حكاه القاضى أبو الحسن فى هذه المسألة هو القياس.

غير أنه قد روى ابن المواز، عن ربيعة: ومالك فيمن رمى صيداً فأبان وركبه مع فخذيه: فإنه لا يؤكل ما بان منه، ويؤكل باقيه، وهذا مما لا يتوهم أن يعيش بعده.

وقد روى عيسى، عن ابن القاسم أنه إذا ضربه فخذل وركبه أنه يؤكل جميعه، ولو أبان فخذيه، ولم تصل إلى الجوف فلا يؤكل ما أبان منه، ويؤكل ما بقى.

قال ابن حبيب: ومعنى ذلك أنك إذا ضربته على العجز، فصار عجزه فى حيز الأسفل، وقد قطعت من جوفه، فكأنك قطعت وسطه، فعلى قول ابن القاسم وتفسير

٢٣٨ كتاب الصيد
ابن حبيب، إنما يراعى أن يكون فى معنى القطع بنصفين، وذلك بأن يصل القطع إلى
شئ من الجوف.

وعلى جواب ابن المواز، يراعى أن يكون الأكثر فى حيز الأسفل، وعلى تعليل
القاضى أبى الحسن أن يقطع منه ما لا تتوهم حياته دونه، فكأنه قد أنفذ مقاتله
وبضرته تلك، فكانت ذكاة لجميعه.

مسألة: إذا ثبت أنه لا تؤكل اليد البائنة وما أشبهها من الأعضاء التى يصح بقاء
الحيوان دونها، فإن معنى ذلك أن يبين المقطوع منه أو يكون فى حكم البائن.

وقد قال ابن حبيب: إن ما يتعلق بالجلد أو بيسير من اللحم، فلا يؤكل، وإن كان
مما يجرى فيه الروح على هيئته، فإنه يؤكل، ونحوه قال ابن المواز، غير أنه لم يذكر يسير
اللحم.

وروجه ذلك أنه إذا تعلق به تعليقاً يحيا بحياته، ويسرى إليه منه، فإنه من جملة الجسد،
يذكى بذكاته، وإذا لم يتعلق إلا بالجلد والشئ اليسير الذى لا تسرى إليه به الحياة،
فإنه لا يذكى بذكاته كالمنفصل.

مسألة: وأما إذا أنفذ المقاتل، ولم يبق منه جزء، فإنه يستحب له أن يذكيه، فإن لم
يفعل جاز أكله لكامل الذكاة فيه بما يذكى به مثله من محدد السلاح، وأما إذا لم ينفذ
مقاتله، فسيأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله.

فصل: وقوله: «أما أحدهما فمات فطرحه»، يريد أنه مات بنفس الضربة أو قبل
إدراكه، فهذا قد فاتت فيه الذكاة على ما ذكرناه من أنه أصابه بحجر لا حد له أو
بحجر له حد، فلم يثبت له أنه أصابه بحده.

وكذلك لو أصابه بحجر فلم يجرحه، فمات قبل أن يذكى، فإنه لا يؤكل، وقد
قاله مالك وأصحابه فى الذى يضرب الصيد بالسيف، فيقتله ولا يجرحه. وقال أشهب:
يؤكل، سواء علم على هذا أن هذا فات بالموت أو نفذت مقاتله؛ لأن الذكاة فاتت فيه.

فصل: وقوله: «وأما الآخر فذهب عبد الله يذكيه بقدم فمات قبل أن يذكيه
فطرحه»، لا يخلو أن يكون فاتت ذكاته لتأخير ذلك، مع التمكن من تعجيلها، أو
يكون فات لأنه لم يتمكن من الذكاة فيه لسرعة موته.

فإن فات للتأخير، وكان ضربه بعرض حجر على ما قدمناه، فأنفذ مقاتله أو لم

كتاب الصيد ٢٣٩
ينفذها، فلا يجوز أكله؛ لأنه موقوذة، ولو ضربه بجد الحجر فلم ينفذ مقاتله، وفات
للتأخير مع التمكن من تعجيل الذكاة فيه لم يجوز أكله؛ لأنه كان مقدوراً على ذكاته،
فلا يستباح أكله بغير ذكاته كالإنسي.

ولو مات قبل التمكن من ذكاته من غير تفريط ولا تأخير، لجاز أكله؛ لأنه غير
مقدور عليه، ولو ضربه فأنفذ مقاتله لاستحب له أن يذكره، وإن فعل جاز أكله لكمال
الذكاة فيه بما يذكرى به مثله من محدد السلاح. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا
الَّذِينَ آمَنُوا لِيَلْوَنَكُمْ اللَّهُ بشيءٍ من الصيد﴾، إلى قوله تعالى: ﴿فله عذاب اليم﴾
[المائدة: ٩٤].

قال الإمام أبو الوليد، رحمه الله: فالظاهر عندى من الآية أن ما تناله أيدينا هو
المقدور عليه، وإنما يذكرى بما يذكرى به المقدور عليه التمكن من ذكاته، والذي تناله
رماحنا هو غير المقدور عليه، فذكاته من السلاح بالرماح وما أشبهها.

وسياتى بعد هذا شيء من ذكر الآية في باب ما قتل بالمعراض، فعلى هذا يحتمل أن
يتأول فعل عبد الله بن عمر في أمر الطائرين، والله أعلم.

٩٨٠ - مَا لِكَ أَنَّهُ بَلَّغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ كَانَ يَكْرَهُ مَا قَتَلَ الْمِعْرَاضُ
وَالْبُنْدُقَةَ.

الشرح: قوله: «كان يكره ما قتل المعراض»، يريد بعرضه، والله أعلم؛ لأنه وقيد.
والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ المَيْتَةُ﴾، إلى قوله تعالى: ﴿والموقوذة
والتردية﴾ [المائدة: ٣]، والموقوذة هي المضروبة بما لا حد له.

وقد بين ذلك بما روى عن عدى بن حاتم، ثم قال: سألت النبي ﷺ عن صيد
المعراض، فقال: «ما أصاب بجمده فكله، وما أصاب بعرضه، فهو الوقيد»^(١).

فالمعراض عصا في طرفها حديدة يرمى الصائد بها، فما أصاب بجمده، فهو وجه
ذكاته، فإنه يؤكل، وما أصاب بعرضه، فإنه وقيد، فلا يؤكل إلا أن تدرك ذكاته لما
قدمناه في صفة ما يرمى به من أنه يجب أن يكون محددًا.

٩٨٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٢١.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٤٧٥. مسلم حديث رقم ١٩٢٩. أحمد في المسند حديث

رقم ١٧٧٨١. الترمذى حديث رقم ١٤٧١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٢٦٤. أبو

داود حديث رقم ٢٨٥٤. ابن ماجه حديث رقم ٣٢٤١.

٢٤٠ كتاب الصيد

فصل: وقوله: «والبنديقة»، يحتمل أن يريد به ما اجتمع في قتله المعراض، والبنديقة مثل أن يرمى بهما جميعاً في وقت واحد، فيعلم أنه من الضربتين مات، أو لا يعلم من أيهما مات، فهذا لا يؤكل، سواء أصابه المعراض بعرضه أو حده؛ لأنه قد أعانت في ذكاته آلة لا يذكي بمثلها كما لو اشترك في قتل الصيد الكلب والحباله أو كلبان أحدهما لم يرسل.

ويحتمل أن يريد بذلك أن ينفرد المعراض بالقتل أو تنفرد البنديقة بالقتل، فعلى هذا لا يؤكل ما انفردت البنديقة بقتله وينظر إلى ما قتله المعراض، فما قتله بحده أكل، وما قتل بعرضه لم يؤكل.

٩٨١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ تُقْتَلَ الْإِنْسِيَّةُ بِمَا يُقْتَلُ بِهِ الصَّيْدُ مِنَ الرَّمْيِ وَأَشْبَاهِهِ.

الشرح: قوله: «كان يكره أن تقتل الإنسية بما يقتل به الصيد»، لا يخلو من أحد حالين، أحدهما: حال إمكانها، والثاني: حال امتناعها. فأما في حال إمكانها، فلا خلاف في ذلك.

وأما في حال امتناعها بالتوحش، فقد قال مالك وأصحابه: إنه لا يجوز ذلك، وإنما يجوز أن يجبس بالرمي والطعن والضرب وغير ذلك من العرقبة وغيرها، ما لم تنفذ بشيء، ومن ذلك المقاتل. وقال أبو حنيفة: يجوز وحكمها حكم الصيد. والدليل على ما نقوله أن هذا حكم ثبت لبهيمة الأنعام، فلم يخرج عنه بالتوحش. أصل ذلك وجوب الذكاة فيها وإجزاؤه لها في الضحايا والهدايا.

مسألة: وأما ما يتأنس من الوحش ثم استوحش، فإنه يرجع إلى أصله، فيحل أكله بالصيد، قاله مالك، وحكاه عنه ابن حبيب في اليمام واليعاقيب، وجميع الطير الذي أصله التوحش.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا أَرَى بِأَسَا بِمَا أَصَابَ الْمِعْرَاضُ إِذَا حَسَقَ، وَبَلَغَ الْمُقَاتِلَ أَنْ يُؤْكَلَ.

الشرح: ومعنى ذلك أن يكون بحده وطرفه المحدد كطرف العصا، وكذلك قال ابن القاسم في المدونة فيمن رمى صيداً بعود أو عصا، فخرق، فإنه يؤكل؛ لأنه نفذ بطرفه كطرف الرمح.

قال الإمام أبو الوليد: وهذا إنما يصح عندى فيما يكون محدد الطرف، فأما ما لم يكن محدد الطرف، فإنما خزقه هشتم ورض. وقد أشار إلى هذا ابن حبيب.

وقال مالك فى المدونة فيمن رمى بحجر أو بندقية فخزق أو بضع وبلغ المقاتل: إنه لا يؤكل، وليس ذلك بخزق، وإنما هو رض.

وقد روى عدى بن حاتم قال: سألت النبى ﷺ عن صيد المعراض، فقال: «ما أصاب بحده فخزق، فكله، وما أصاب بعرضه فهو وقيد، فلا تأكله^(١)».

قال مالك: قَالَ اللَّهُ عز وجل تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْتُلُوا مَا تَلَاحْتُمْ مِنْ بَشِيءٍ مِنَ الصَّيْدِ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤] قَالَ: فَكُلُّ شَيْءٍ نَالَهُ الْإِنْسَانُ بِيَدِهِ أَوْ بِرِمْحِهِ أَوْ بِشَيْءٍ مِنْ سِلَاحِهِ، فَأَنْفَذَهُ وَبَلَغَ مَقَاتِلَهُ، فَهُوَ صَيْدٌ كَمَا قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ تَعَالَى.

الشرح: قوله: ﴿ليبلونكم الله بشيء من الصيد﴾ الآية، يدل على اختصاص هذا الحكم بالمؤمنين من هذه الآية؛ لأنه لم يخاطب بها سواهم، ولا أضيف إلا إلى أيديهم ورماحهم.

فصل: قوله: ﴿بشيء من الصيد﴾، يدل على إباحتها فى الجملة وإطلاقه، وهو على ثلاثة أضرب، ضرب: يفعل المتصيد على وجه الحاجة إليه للتكسب والاستغناء به، وضرب: يفعل على وجه الحاجة إلى أكل لحمه مثل الغنى عنه، وضرب: يفعل على وجه اللهو والراحة.

فأما ما يفعل على وجه الحاجة للتكسب أو لأكل لحمه، فلا خلاف فى إباحتها دون كراهية فيه، رواه ابن حبيب، عن مالك. وأما الصيد للهو، فكرهه مالك ونهى عنه وراه سفهاً، ولم يجز قصر الصلاة فيه، رواه عنه ابن المواز وابن حبيب.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ أَهْلَ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: إِذَا أَصَابَ الرَّجُلُ الصَّيْدَ، فَأَعَانَهُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ مِنْ مَاءٍ أَوْ كَلْبٍ غَيْرِ مُعَلِّمٍ لَمْ يُؤْكَلْ ذَلِكَ الصَّيْدُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَهْمُ الرَّامِي قَدْ قَتَلَهُ

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٤٧٥. مسلم حديث رقم ١٩٢٩. أحمد فى المسند حديث رقم ١٧٧٨١. الترمذى حديث رقم ١٤٧١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٢٦٤. أبو داود حديث رقم ٢٨٥٤. ابن ماجه حديث رقم ٣٢٤١.

٢٤٢ كتاب الصيد
أَوْ بَلَغَ مَقَاتِلَ الصَّيْدِ حَتَّى لَا يَشُكَّ أَحَدٌ فِي أَنَّهُ هُوَ قَتَلَهُ، وَأَنَّهُ لَا يَكُونُ لِلصَّيْدِ حَيَاةٌ
بَعْدَهُ^(٢).

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا أعان الصائد على صيده غيره مما ليس كآلة للصيد، فلم يدر أنه مات من فعل الصائد، أو من فعل المعين، لم يجز أكل ذلك الصيد. وقال ابن حبيب نحوه.

ووجه ذلك أن الصيد يحتاج إلى نية كالذكاة، وتراعى فيه صفة الفاعل والآلة كالذكاة، فإذا رمى الرامي صيداً على شاهر، فتردى فوجده ميتاً، فإن كان سهمه قد أنفذ مقاتله قبل ترديه، فقد تمت ذكاته، فلا يحرمه ترديه بعد ذلك، وإن كان لم ينفذ مقاتله برميته لم يجز أكله؛ لأنه لا يدرى أمن رميته مات أو من ترديه، قاله مالك.

مسألة: ولو رماه بسهم، فسقط في ماء، فعلى حسب ذلك إن تيقن إنفاذ السهم مقاتله برميته، فهو جائز، وإن شك في ذلك لم يجز أكله لعل إنما قتله الماء وليس بآلة الصيد، روى ذلك ابن المواز، عن مالك.

والأصل في ذلك ما رواه عدى بن حاتم أن النبي ﷺ قال: «إذا وقعت رميتك في ماء فغرق، فلا تأكل»^(٢)، معنى ذلك، والله أعلم، أن تكون وقعت في الماء ولم تنفذ الرمية مقاتلها، ولذلك اعتبر الغرق؛ لأن الغرق هاهنا بمعنى الموت، ولو أنفذ السهم مقاتله لم يراع الموت، والله أعلم، وكذا لو أعان كلبه على الصيد كلباً آخر لم يرسله.

مسألة: ومن رمى صيداً بسهم مسموم، فقد قال مالك في العتبية والموازية: لا يؤكل، لعل السم أعان على قتله، وأخاف على من أكله.

قال الإمام أبو الوليد: وهذا عندي إذا لم ينفذ مقاتله السهم، فإن أنفذ مقاتله، فقد ذهب علة واحدة وهو خوفه أن يعين على قتله السهم، وبقيت على ثانية، وهى مخافته على أكله، فلا يجوز حينئذ أن يأكله أنفذ السهم مقاتله أو لم ينفذها.

فإن كان من السموم التي تؤمن، ولا يتقى على أكل الصيد منها شيء كالبقلة، فقد

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٢٣. وقال: قول مالك قولٌ صحيح على ما شرط؛ لأنه شرط حتى لا يشك أحدٌ أن السهم قتله، وأن لا تكون له حياة بعد. وإذا كان هكذا ارتفع معنى الخلاف؛ لأن المخالف لم يحمله على قوله إلا خوف أن يعين الجراح غيره على ذهاب نفس الصيد، والله أعلم.

(٢) أخرجه أبو داود حديث رقم ٢٨٥٠. الترمذى حديث رقم ١٤٦٩.

كتاب الصيد ٢٤٣

ارتفعت العلتان، وجاز أكله على رواية ابن القاسم، وفيه نظر على أصل ابن نافع مراعاته أن ينفذ السهم المقاتل قبل أن يسقط في الماء، وإن سقط في الماء، ثم أنفذت فيه مقاتله لم يجز عنده أكله، فعلى هذا يتحرر الكلام في المسألتين.

[قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ^(١): لَا بَأْسَ بِأَكْلِ الصَّيْدِ، وَإِنْ غَابَ عَنْكَ مَصْرَعُهُ إِذَا وَجَدْتَ بِهِ أَثْرًا مِنْ كَلْبِكَ أَوْ كَانَ بِهِ سَهْمُكَ مَا لَمْ يَبْتَ، فَإِذَا بَاتَ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ أَكْلُهُ.

الشرح: قوله: «لا بأس بأكل الصيد وإن غاب عنك مصرعه»، وهذا يحتاج إلى تقسيم وتفضيل، وذلك أن الكلب أو السهم إذا أنفذ مقاتل الصيد بمشاهدة الصائد ثم تحامل الصيد وغاب عنه، فقد كملت ذكاته، فلا يؤثر في ذلك مغيبه عنه ولا ميبته. قال القاضي أبو الحسن: وهذا الذي أراد مالك، رحمه الله.

مسألة: وإن لم ينفذ السهم ولا الكلب مقاتله حتى غاب عنه ثم وجده ميتاً، فقد قال القاضي أبو الحسن: إذا كان مجداً في الطلب حتى وجده على هذه الحالة، فإنه يجوز أكله، وإن تشاغل عنه ثم وجده ميتاً، فإنه لا يجوز أكله. وحكى نحوه ابن حبيب، عن أصبغ.

وروى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم: إذا توارى الصيد مع الكلب، فوجده قد قتله إن لم ير بالقرب صيداً يشككه أن الذي قتل غير الذي أرسل عليه، فإنه حلال، وإن شك فلا يؤكل.

ومعنى ذلك أن لا يميز الصيد الذي أرسله عليه، ويكون بالموضع من الصيد ما يشك به في قتل الذي أرسل عليه، وهذا شك في عين الصيد، وما ذكرناه أولاً شك في صفة قتله. وقال بعض الشافعية: إذا زال عن عينه وهو في غير حكم المذبوح، فلا يجوز أكله. والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك المعلم، فذكرت الله عز وجل وقتل، فكل»^(٢).

(*) ما بين المعقوفين هكذا في الأصل، وفي الموطأ مثله أيضاً. والمصنف يعتمد على الموطأ رواية

يحيى بن يحيى فيكون هو الذي سمع مالكا. والله أعلم بالصواب.

(٣) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٤٧٦، ٥٤٨٥. الترمذى حديث رقم ١٤٧٠. النسائى فى

الصغرى حديث رقم ٤٢٦٣. أبو داود حديث رقم ٢٨٥٢.

٢٤٤ كتاب الصيد

فصل: وقوله: «إذا وجدت فيه أثراً من كلبك أو كان به سهمك»، يريد أن الظاهر إذا كان به أثر كلبه أو وجد فيه سهمه، أنه الصيد الذى أرسل عليه ما لم يدخل عليه شك من وجود صيد بقربه يشك به أن الذى فيه أثر كلبه أو سهمه غير الذى أرسل عليه، فلا يأكله حيثئذ على ما تقدم.

فصل: وقوله: «ما لم يست عنه، فإذا بات عنه كرهه أكله»، ولا يخلو أن يكون اصطاده بجراح أو سهم، فإن كان بالجراح فبات الصيد عنه، وقتلته الجوارح بعد أن غاب، فالمشهور من مذهب مالك أنه لا يؤكل، وبه قال الشافعى.

وحكى القاضى أبو محمد، عن مالك فى الصيد بالكلب: أنه يؤكل وإن بات عنه، سواء كان صاحبه يطلبه أو لا يطلبه. وقال أبو حنيفة: إن كان صاحبه لم ينقطع، حل أكله، وإن كان قد تشاغل عنه، لم يحل أكله.

وجه الامتناع من أكله ما ذكره أصحابنا، أن للحيوان انتشار بالليل، فإذا بات عنه، جوز أن يكون ما ينتشر من السباع وغيرها بالليل قتله دون كلبه، فلا يجوز أكله، وإن كان يجوز مثل هذا بالنهار إذا غاب عنه أكثر النهار، إلا أنه يندر بالنهار ويكثر بالليل، فالحكم للغالب دون النادر.

وروجه الرواية الثانية أن مغيب الصيد عن الصائد لا يمنع إباحتة، أصله مغيبه بالنهار.

مسألة: وأما إن صاد بسهمه، فبات عنه، فالذى روى عن ابن القاسم، عن مالك: لا يؤكل، صاد كلب أو سهم أو غير ذلك.

وقال أصبغ: إن بات عنه، فوجد فيه أثر سهمه، وقد أنفذت مقاتله، فليأكله. وأما أثر البازى والكلب، فلا يؤكل وإن كان مقتلاً. وقد تقدم وجه الرواية الأولى.

وأما الرواية الثانية فوجهها ما أخرجه البخارى من حديث عمر بن حاتم، أن رسول الله ﷺ قال: «إن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس فيه أثر سهمك فكل، فإن وقع فى الماء فلا تأكل»^(٤).

ومن جهة المعنى ما قاله القاضى أبو محمد: أن الفرق بين أثر السهم والجراح أن السهم يوجد فى موضعه، فإذا لم يوجد فيه أثر غيره علم أنه مات منه. وأما الجوارح، فإن أثرها كآثار غيرها من السباع، لا تتميز منها.

(٤) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٤٨٥. مسلم حديث رقم ١٩٢٩.

كتاب الصيد ٢٤٥
فصار في هذه المسألة ثلاث روايات، رواية القاضي أبي الحسن: أنه يؤكل ما بات،
سواء صيد بسهم أو كلب، ورواية ابن القاسم: لا يؤكل ما بات، سواء صيد بسهم أو
كلب، وقول أصبغ: يؤكل ما بات مما صيد بسهم، ولا يؤكل من ذلك ما صيد
بجرح، والله أعلم.

* * *

ما جاء في صيد الملمات

٩٨٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْكَلْبِ
الْمُعْلَمِ: كُلُّ مَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ، إِنْ قَتَلَ وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ.
٩٨٣ - مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ نَافِعًا يَقُولُ: قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: وَإِنْ أَكَلَ وَإِنْ لَمْ
يَأْكُلْ.

الشرح: قوله: «في الكلب المعلم كل ما أمسك عليك»، يريد المعلم للصيد.
والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾، إلى قوله: ﴿وَإِذَا ذُكِرُوا اسْمُ
اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤]. وما روى عن النبي ﷺ أنه قال لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت
الكلاب المعلمة، وذكر اسم الله، فكل ما أمسك عليك»^(١).
وفي هذا ثلاثة أبواب، أحدها: في صفة الجرح الذي يصح الاصطياد به. والباب
الثاني: في صفة المعلم منه. والباب الثالث: في معنى الإمساك على الصائد.

* * *

الباب الأول في صفة الجرح

فأما صفة الجرح الذي يصح أن يصاد به، فهو كل جرح يمكن أن يفهم التعليم من
ذوات الأربع، كالكلب والفهد والنمر، ومن الطير كالبازي والصقر والباشق والشاهين
والشدائيق والعقاب، وغير ذلك، وعلى هذا عامة الفقهاء، وقاله مالك وأبو حنيفة
والشافعي، وهو مذهب ابن عباس.

٩٨٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٧/٩. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم
١٠٢٤.

٩٨٣ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٧/٩. عبد الرزاق في المصنف ٤٧٣/٤. البيهقي في
معرفة السنن والآثار ١٨٧٧١/١٣. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٢٥.
(١) أخرجه بلفظه ابن ماجه كتاب الصيد حديث رقم ٣٢٠٨.

٢٤٦ كتاب الصيد
وروى عن عبد الله بن عمر أنهما قالا: لا يحل إلا صيد الكلب. وأما صيد سائر
الجوارح من الطير وغيرها فلا يحل صيدها.

وقال الحسن البصرى: يجوز صيد كل شيء إلا صيد الكلب الأسود البهيم، وبه قال
النخعى وابن حبان وابن راهويه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾ [المائدة: ٤]،
وهذا عام فى كل جارح من الكلاب وغيرها؛ لأن معنى مكلبين، مسلطين، وأضافه
إلى الصائد ليعلم أن ذلك من فعله، وهو التعليم والتسليط، قاله ابن حبيب. وقال
الفضل بن مسلمة: التكليب تعليم الكلاب الصيد.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا من الجوارح المعلمة، فجاز الاصطياد به كالكلب.

* * *

الباب الثانى فى صفة الكلب المعلم

أما صفة الكلب المعلم، فهو أن يفهم الزجر والإشلاء، وليس من شرطه أن لا يأكل
عند مالك وأصحابه، وهو شرط فى تعلمه عند أبى حنيفة والشافعى، وبالقول الأول
قال سلمان الفارسى وسعد بن أبى وقاص وعلى بن أبى طالب وابن عمر وأبو هريرة.

وقد استدل شيوخنا فى ذلك بقوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة:
٤]، قالوا: فما بقى بعد الأكل، فهو مما أمسكن علينا.

ودليلنا من جهة القياس أن قتل الجارح ذكاة يفسد الصيد بها، فلا يفسد بأكله منه.
أصل ذلك إذا ذبح، وتعلق من منع ذلك بما روى عن الشعبي، عن عدى بن حاتم، أن
رسول الله ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله فكل، وإن قتل، فإن
أكل، فلا تأكل، فإنما أمسك على نفسه»^(٢).

وهذا الحديث صحيح، فالأخذ به واجب، غير أنه عام، فنحمله على الذى أدرك
ميتاً من الجرى أو الصدم، فأكل منه، فإنه قد صار على صفة لا يتعلق بها الإرسال ولا
الإسك علينا.

يبين هذا التأويل أنه قد قال ﷺ: «ما أمسك عليك فكل، فإن أخذ الكلب

(٢) تقدم تخرجه.

كتاب الصيد ٢٤٧
ذكاة»^(٣)، وهذا الحديث وإن كان أخذه المعتاد ذكاة، ومعنى الذكاة أن تبيح أكل
المذكى، فلا يفسده ما وجد بعد ذلك من أكل غيره، كما لو ذبحه الصائد، ثم أكل منه
الكلب.

ويحتمل أن يريد بقوله ﷺ: «فإن أكل، فلا تأكل»، إلا أن يوجد منه غير مجرد الأكل
دون إرسال الصائد له، ويكون قوله: «فإن أكل فلا تأكل» مقطوعاً مما قبله، والله أعلم.
وإنما ذكرنا الحديث ووجه تأويله لإنكار من أنكروا على مالك مخالفته ابن عمر، فبيننا
أن مالكاً لم يخالفه، وإنما تأوله على وجه سائق، وقياس جلي.

* * *

الباب الثالث فى معنى الإمساك

أما معنى الإمساك علينا، فقد قال القاضى أبو الحسن: إن معناه أن يمسك بإرسالنا
وهو على أصولنا بين؛ لأن الكلب لا نية له، ولا يصح منه ميز هذا، وإنما يتصيد
بالتعليم.

وإذا كان الاعتبار علينا بأن يمسك علينا أو على نفسه، وكان الحكم يختلف بذلك،
وجب أن يتميز ذلك بنية من له نية، وهو مرسله، فإذا أرسله، فقد أمسك عايه، وإذا
لم يرسله، فلم يمسك عليه.

وقال أبو حنيفة: معنى قوله تعالى: ﴿مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤]، مما صدن
لكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الكلب إذا لم يرسله الصائد وصاد بإرساله، فلا يؤكل ما
قتل. والأصل فى ذلك قوله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله، فكل»،
وفيه فإن وجدت مع كلابك أو كلبك كلباً غيره، فخشيت أن يكون أخذه معه وقد
قتله، فلا تأكل، وإنما ذكرت اسم الله على كلبك، ولم تذكره على غيره.

مسألة: وإذا انشلى الكلب بنفسه على الصيد، ثم أعانه الصائد بالإشلاء، فقد قال
مالك فى المدونة: لا يؤكل، وهو قول الشافعى. قال القاضى أبو الحسن: وقد روى
عن مالك أنه يؤكل، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول، أن الاعتبار بأول انبعاته يدل على ذلك أنه لو أرسل مسلم كلباً

(٣) أخرجه بلفظه البخارى كتاب الذبائح والصيد حديث رقم ٥٤٧٥.

٢٤٨ كتاب الصيد
على صيد، فانبعث بذلك، فأغراه مجوسى لما منع ذلك من أكله، ولو أرسله مجوسى، ثم
أغراه مسلم، ما أكل صيده.

قال القاضى أبو الحسن: ووجه القول الثانى أن بإشلائه تمادى على الصيد، فوجب
أن يطرح ما كان من جريه قبل ذلك، فلا يعتبر به؛ لأنه لم يكن على قصد قاصد
أرسله.

مسألة: فإن أرسله على صيد فصاد غيره، فقتله لم يؤكل. وقال أبو حنيفة
والشافعى: يؤكل.

والدليل على ما نقوله أن هذا صيد لم يرسل عليه، فلم يحل أكله. أصله إذا انبعث
من غير إرسال.

مسألة: إذا ثبت أن الصيد يحتاج أن يعتبر بالنية، فإنه يجوز أن يعتبر ذلك ف جماعة
يراه الصائد، أو يرى بعضها، أو لا يرى شيئاً منها، وتخصر بموضع لا تختلط بغيرها فى
الأغلب كالغار فيه الصيد يرسل جارحه، وينوى جميع ما فيه، هذا هو المشهور عن
مذهب مالك وأصحابه.

وقال أشهب: لا يصح إرساله على ما يراه حين الإرسال، وأما ما لا يراه إذا كان
الموضع مما لا ينحصر ولا يمتنع من دخول غيره من الصيد إليه كالغبيضة والجوبة من
الأرض، فقد جوز الإرسال على ما فيها، أصبغ، ومنع منه ابن القاسم وأشهب.

ويتخرج القولان من قول مالك، وهذه المسألة على ثلاثة أضرب، وأقوال أصحابنا
فيها على ثلاثة مذاهب، فمذهب ابن القاسم: أنه يجوز الإرسال على ما لا يراه إذا أمن
من امتزاج غيره به كالغار، ولا يجوز إذا لم يأمن من ذلك كالغياض.

ومذهب أصبغ: يجوز الإرسال على ما فى جهة معينة، سواء كانت مما يصل إليها
صيد غير ما فيها كالغياض أو مما لا يصل إليه كالغار.

ومذهب أشهب: أنه لا يجوز أن يرسل إلا على ما يراه.

وأما الإرسال على غير تعيين مثل أن يرسله على كل صيد يقوم بين يديه، فلا
خلاف فى المذهب أن ذلك لا يجوز لعدم التعيين كما لو أرسله ونوى كل صيد فى
العالم أو لم ينو شيئاً.

فصل: وقوله: «وإن قتل وإن لم يقتل»، يريد وإن قتل، فإنه يؤكل؛ لأن قتله على ما

كتاب الصيد ٢٤٩
تقدم ذكاة إذا أخذه الأخذ المعتاد، فجرحه فمات من نجرجه من غير تفريط من صاحبه
أو أنفذ مقاتله.

وأما إن قتله بالصدمة أو الضغط، فقد روى ابن القاسم، عن مالك في المدونة: لا
يؤكل، وبه قال أبو حنيفة. وروى محمد، عن أشهب: يؤكل، وبه قال ابن وهب
والشافعي في أحد قوليه.

وجه قول مالك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ﴾، إلى قوله: ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾
[المائدة: ٣]، وهذه نطيحة لم تذك، فلا يجوز أكلها. ومن جهة المعنى أن هذه آلة
الصيد، فإذا قتلت من غير جرح لم تؤكل. أصل ذلك السهم والمعراض.

وجه قول أشهب حديث عدى بن حاتم، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أرسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل، وإن قتل»، ولم يفرق بين أن يجرح أو لا
يجرح.

ومن جهة القياس أن هذا صيد، مات بفعل الجراح، فجاز أكله. أصل ذلك إذا
جرحه. فأما إذا مات من غير أن يدركه، فقد قال ابن المواز: إن قول مالك وأصحابه
أنه لا يؤكل، ولا نعلم في ذلك خلافاً في المذهب.

فصل: «وإن لم يقتل»، معنى ذلك إن لم يقتل، فأدركت ذكاته، فذكته؛ لأن ذكاة
المقدور عليه هي الذكاة المعهودة، وأما إذا لم يقدر على ذكاته حتى قتله الكلب، سواء
أدركه أو لم يدركه، فإنه يجوز أكله؛ لأن قتله على هذا الوجه ذكاته.

فصل: وقوله: «وإن أكل وإن لم يأكل»، هو مذهب عبد الله بن عمر، وذلك أن
أكل الكلب من الصيد إنما هو بعد قتله، وقد أجمع الفقهاء على أن قتله ذكاة. قال
مالك وأصحابه: فلا يضر ما طرأ بعد ذلك من قتله، كما لا يضر الذبيحة ما طرأ عليها
بعد تمام ذكاتها.

٩٨٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْكَلْبِ الْمُعْلَمِ إِذَا
قَتَلَ الصَّيْدَ، فَقَالَ سَعْدٌ: كُلُّهُ، وَإِنْ لَمْ يَبْقَ إِلَّا بَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ.

الشرح: ظاهر السؤال عن الكلب المعلم يقتل الصيد، هل يبيح ذلك أكله أو لا
يبيحه؟ فأجابه سعد بقوله له: «كل، وإن لم يبق إلا بضعة»، وليس في السؤال ذكر

٢٥٠ كتاب الصيد

الأكل، غير أن معناه أن يقتله الصيد على الوجه المخصوص، فقد كملت ذكاته، فلا يضرك بعد ذلك ما حدث على الصيد، فكل ما وجدت منه، وإن لم يبق منه إلا بضعة واحدة بأكل الكلب أو غيره؛ لأن ذكاته قد كملت.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ فِي الْبَازِي وَالْعُقَابِ وَالصَّقْرِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ يَفْقَهُ كَمَا تَفْقَهُ الْكِلَابُ الْمُعَلَّمَةُ، فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِ مَا قَتَلَتْ مِمَّا صَادَتْ إِذَا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَى إِرْسَالِهَا^(*).

الشرح: قوله: «في البازي والعقاب والصقر إذا كان معلماً يفقه كما تفقه الكلاب المعلمة يؤكل ما قتلت»، وقد تقدم أن جميع الجوارح التي تفهم التعليم يؤكل ما قتلت.

وقد قال ابن حبيب: تعليم الكلب أن تدعوه فيجيب، وتشليه فيشلي، وتزجره فيزدجر، وكذلك الفهود. وأما البزاة والصقر والعقبان، فأن تجيب إذا دعيت، وتشلي إذا أشليت، ولا تزدرج إذا زجرت؛ لأن ذلك لا يمكن فيها، قاله ربيعة وابن الماجشون.

وكان ابن القاسم يقول في البزاة: إنها كالكلاب، تجيب عند النداء، وتفقه الزجر، وأما ما لا يفقه الزجر من سائر الحيوان، فلا يجوز أكل ما قتل من الصيد، إلا أن تدرك ذكاته، روى ذلك ابن حبيب، عن مالك في النمر.

وروى عيسى، عن ابن القاسم في المدينة: إن كان لا يفقه، فلا يؤكل صيده. قال الشيخ أبو إسحاق: وما جرى مجرى ما ذكر مما يصاد به، فهو جارح وإن كان سنوراً أو ابن عرس.

وجه ذلك أن جنس ما يفقه التعليم إذا كان منه غير معلم لا يجوز أكل ما قتل، فبأن لا يجوز أكل ما قتل النمر الذي جنسه لا يفقه التعليم أولى.

فصل: وقوله: «لا بأس بأكل ما قتلت مما صادت»، يريد ما تناولته على وجه الاصطياد ممن يصاد بها إذا أشليت من غير أن يرسلها لو أرسلها، فلم يقتل على وجه الاصطياد، وذلك أنها لم تتبع الصيد بالإشلاء، بل رجعت عنه، واشتغلت بغيره أو قتله

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٢٧. وقال: لا أعلم في صيد سباع الطير المعلمة خلافاً، إنه جائز كالكلب المعلم سواء إلا مجاهد بن جبر، فإنه يكره صيد الطير، ويقول: إنما قال الله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّينَ﴾ فإنما هي الكلاب. وخالفه عامة العلماء قديماً وحديثاً، فأجازوا الاصطياد بالبازي، والشوذنين، وسائر سباع الطير المعلمة.

صدماً أو نطحاً، على مذهب ابن القاسم، فإن هذا ليس وجه الاصطياد المعتاد.

فصل: وقوله: «إذا ذكر اسم الله تعالى على إرسالها»، ظاهر هذا اللفظ يقتضى أن التسمية شرط فى صحة الاصطياد كما هى شرط فى صحة الذكاة.

وقد قال ابن القاسم فى المدونة: من ترك التسمية فى الصيد عامداً لم يؤكل صيده. ويجرى فى التسمية فى الصيد من الخلاف ما تقدم فى الذبيحة، وقد تقدم هنالك من الكلام ما يعنى عن إعادته.

ومما يختص بهذا الباب قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤]، فأمر بذكر الله تعالى على التصيد، والأمر يقتضى الوجوب.

ومن جهة السنة ما روى عن النبى ﷺ أنه قال لعدي بن حاتم: «إذا سميت فكل، وإلا فلا تأكل»^(١)، وكذلك إرسال السهم والرمى بالرمح والضرب بالسيف، يلزم فيه من التسمية ما يلزم فى إرسال الجرح؛ لأن الذكاة انتقلت منه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن التسمية تلزم حين إرسال الكلب على ما قاله فى موطنه فى قوله: «إذا ذكر اسم الله عليه عند إرسالها».

ووجه ذلك أنه ربما قتل، فيكون ذلك ذكاته، فإن قدر على الصيد بعد ذلك، ولزمته ذكاته، كان عليه أن يسمى عند ذكاته أيضاً، ولم أر فى ذلك نصاً غير أن إرسال الكلب هو ابتداء ذكاة ما قتل؛ لأنه قد تغيب حين القتل ولا يعلم به، فلا تمكن التسمية حينئذ، فشرعت التسمية حين الإرسال.

فإن لم يقتل انتقلت ذكاته إلى الذكاة المعهودة، فلزمت إعادة التسمية، وأيضاً فإن التسمية لزمت عند إرسال الجرح؛ لأنه فعل الصائد، وما بعد ذلك، فإنما هو فعل الكلب، وحينئذ يلزم الصائد أن ينوى دون وقت قتل الكلب، فإذا أخذ ولم يقتل، فقد تعين عليه فعل آخر، وهو الذكاة ونية أخرى، فلزمت إعادة التسمية كما لزم تجديد النية، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَأَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الَّذِي يَتَخَلَّصُ الصَّيْدَ مِنْ مَخَالِبِ الْبَازِي أَوْ مِنْ فِي الْكَلْبِ ثُمَّ يَتَرَبَّصُ بِهِ فَيَمُوتُ، أَنَّهُ لَا يَجِلُّ أَكْلُهُ.

(١) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ٩٨٣.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا قُدِرَ عَلَى ذَبْحِهِ وَهُوَ فِي مَخَالِبِ الْبَازِي أَوْ فِي فِي الْكَلْبِ فَيَتْرُكُهُ صَاحِبِهِ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى ذَبْحِهِ حَتَّى يَقْتُلَهُ الْبَازِي أَوْ الْكَلْبُ فَإِنَّهُ لَا يَجِلُّ أَكْلُهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ الَّذِي يَرْمِي الصَّيْدَ فَيَنَالُهُ، وَهُوَ حَيٌّ، فَيَفْرَطُ فِي ذَبْحِهِ حَتَّى يَمُوتَ، فَإِنَّهُ لَا يَجِلُّ أَكْلُهُ^(*).

الشرح: وهذا كما قال أن الجراح إذا أخذ الصيد، فأدركه صاحبه سالمًا، فلا يخلو أن يقدر على ذكاته أو لا يقدر، فإن قدر على الذكاة بأن ينتزعه منه فيذكيه أو يذكيه في أفواهاها أو تحتها لزمه ذلك، وانتقلت الذكاة إلى الصائد، فإن لم يفعل ذلك وتركها حتى قتلته، فإنه لا يجوز أكله.

وروجه ذلك أنه صار مقدورًا عليه متمكنًا من ذكاته، فلا يجوز أن يؤكل بقتل الجراح كالمستأنس المقذور عليه، وكذلك لو شغل عن ذكاته بإخراج السكين من متاعه أو انتظاره غلامه به حتى قتلته الجوارح، فإنه لا يجوز أكله؛ لأنه مقدور عليه.

مسألة: وإن لم يقدر على ذكاته حتى فاضت نفسه أو غلبته الكلاب عليه فقتلته، فإنه يؤكل، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يؤكل.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤]، وهذا مما أمسكته الجوارح علينا.

ودليلنا من جهة السنة ما روى عن النبي ﷺ أنه قال لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلابك المعلمة، وذكرت اسم الله، فكل وإن قتلن»^(١)

(*) ذكر قول مالك هذا والذي قبله ابن عبد البر في الاستذكار ٢٩٢/١٥، وقال: على قول مالك هذا جمهور الفقهاء كلهم، يقول: إذا مات الصيد قبل أن يمكنه ذبحه جاز أكله، وإن أمكنه ذبحه، فلم يفعل حتى مات، لم يأكله. ومن قال بهذا: الليث بن سعد، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور. وهو قول الحسن، وقتادة. وقال أبو حنيفة، وأصحابه: إذا حصل الصيد في يده حيا من فم الكلب، أو الصيد لسهم، ولم يذكه لم يؤكل، سواء قدر على تذكيته، أو لم يقدر. وقد قال الليث: إن ذهب يخرج سكينه من حقه، أو خفه، فسبقه بنفسه، فمات أكله، وإن ذهب يخرج سكينه من خرجه، فمات قبل أن يخرج له لم يأكله. وقد روى عن إبراهيم النخعي، والحسن البصري في هذه المسألة قول شاذ، قال إذا لم تكن معك حديدية، فأرسل عليه الكلاب حتى تقتله.

(٢) تقدم تخرجه في الحديث رقم ٩٨٣.

ودليلنا من جهة القياس أنه حيوان مستوحش غير مقدر عليه، فكان ذكاته بعقر الجوارح أو آلة الصيد، كالذى لم يدركه حيًّا.

فصل: وقوله: «وكذلك الذى يرمى الصيد فيناله، وهو حى، فيفرط فى ذبحه حتى يموت، فإنه لا يحل أكله»، وحكمه فى ذلك حكم صيد الجوارح، فإذا رمى الصيد بسهم أو رمح أو ضربه بسيف، فلم ينفذ مقاتله وصار بما نال منه مقدورًا عليه، فإن الذكاة قد انتقلت إلى أصلها، فعليه أن يذكيه، فإن فرط فى ذلك أو تأخر أو تشاغل بشيء مما قدمنا ذكره حتى مات، فقد فاتت ذكاته، ولا يحل أكله.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا أَرْسَلَ كَلْبَ الْمَجُوسِيِّ الضَّارِي فَصَادَ أَوْ قَتَلَ إِنَّهُ إِذَا كَانَ مُعَلِّمًا، فَأَكُلُ ذَلِكَ الصَّيْدِ حَلَالٌ لَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يُذَكِّهِ الْمُسْلِمُ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ مَثَلُ الْمُسْلِمِ يَذْبَحُ بِشَفْرَةِ الْمَجُوسِيِّ أَوْ يَرْمِي بِقَوْسِيهِ أَوْ بِنَبْلِهِ، فَيَقْتُلُ بِهَا فَصَيْدُهُ ذَلِكَ وَذَيْبَتُهُ حَلَالٌ لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ^(*).

(*) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٩٤/١٥: الخلاف فى ذبائح المجوسى ليس بخلاف عند أهل العلم، والفقهاء أئمة الفتوى على ألا تؤكل ذبائحهم، ولا صيدهم، ولا تنكح نساؤهم، من قال منهم: أنهم كانوا أهل كتاب، ومن أنكر ذلك منهم كله يقول: لا تنكح نساؤهم، ولا تؤكل ذبائحهم، ولا صيدهم. على هذا مضى جمهور العلماء من السلف، وهو الصحيح، عن سعيد بن المسيب. روى معمر، عن قتادة، عن شعبة، عن سعيد بن المسيب فى المسلم يستعير كلب المجوسى، فيرسله على الصيد، قال: كله، فإن كلبه مثل شفرته. قال قتادة: وكرهه الحسن. قال أبو عمر: على جواز صيد المسلم بكلب المجوسى، وسلاحه جماعة السلف، وتابعهم الجميع من الخلف. وشذ عنهم من لزمته الحجة فى الرجوع إليهم، فلم يعد قوله خلافًا وهو أبو ثور. قال فى المسلم يأمر المجوسى بذبيح أضحيتة: إنها تجزئه، وقد أساء. وقال فى الكتابى يتمحس: إنه جائز أكل ذبيحته. وقال فى موضع آخر من صيد المجوسى قولان: أحدهما: أنه يجوز كصيد الكتابى وذبيحته؛ لأنه من أهل الكتاب. والثانى: أنه لا يجوز أكل صيده، كقول جمهور المسلمين. وأما صيد المسلم بكلب المجوسى، فالاختلاف قديم، كرهته طائفة، ولم تجزئه، وأجازوه آخرون. فمن كرهه جابر بن عبد الله صاحب رسول الله ﷺ، والحسن البصرى، وعطاء، ومجاهد، وإبراهيم النخعى، وسفيان الثورى. وإليه ذهب إسحاق بن راهويه. وحجة من ذهب إلى هذا ظاهر قول الله عز وجل: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾. فخاطب المؤمن بهذا الخطاب، فإن لم يكن المعلم للكلب مؤمنًا لم يجز صيده. ومن حجتهم أيضًا ما رواه وكيع، عن الحجاج، عن القاسم ابن أبى بزّة، عن سليمان الشكرى، عن جابر بن عبد الله، قال: نهينا عن صيد كلب المجوسى. وخالفهم آخرون، فقالوا: تعليم =

الشرح: وهذا كما قال؛ لأن كلب المجوسى إذا كان معلماً، فإنه لا فرق بينه وبين كلب المسلم؛ لأنه آلة للصيد كالسهم والرمح، ولا يراعى فيها صفة مالكة ولا صفة معلمه ولا صفة مرسله، وإنما يراعى صفة المرسل فى نفسه، فالكلب كالسهم والرمح. فإذا أرسل المسلم كلب المجوسى، وهو معلم، فقد أرسل كلباً يجوز الاصطياد به، والمرسل لما كان مسلماً جاز اصطياًده، فلم يؤثر فى ذلك ملك المجوسى؛ لأنه ليس بمرسال ولا جارح، وإنما يعتبر فى الصيد بصفة المرسل والجارح خاصة، وذلك كالذبح يراعى فيه صفة الذبح وصفة آلة الذبح، دون صفة مالكة، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا أُرْسِلَ الْمَجُوسِيُّ كَلْبَ الْمُسْلِمِ الضَّارِيَ عَلَى صَيْدٍ، فَأَخَذَهُ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْكَلُ ذَلِكَ الصَّيْدُ إِلَّا أَنْ يُدَكَّى، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ مَثَلُ قَوْسِ الْمُسْلِمِ وَتَبْلِهِ يَأْخُذُهَا الْمَجُوسِيُّ، فَيَرْمِي بِهَا الصَّيْدَ فَيَقْتُلُهُ، وَيَمْنُرِلَةَ شَفْرَةَ الْمُسْلِمِ يَذْبَحُ بِهَا الْمَجُوسِيُّ، فَلَا يَحِلُّ أَكْلُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال أن المجوسى إذا أرسل كلب المسلم على صيد فقتله، فإنه لا يحل أكله، وإن كان الكلب معلماً؛ لأن الكلب وإن كملت شروط الصيد فيه، فإن مرسله ممن تعتبر صفاته فى الصيد، وقد عدت شروطه؛ لأن من لا تجوز ذكاته لا يجوز صيده.

وللصائد صفات تعتبر فيه منها أن يكون مسلماً، وأن يكون غاقلاً، وأن يكون صاحباً، ولا خلاف فى جواز صيد المسلم العاقل الصاحى، فأما صيد الكتائبى، فقد روى ابن المواز، عن مالك: لا يؤكل صيده، وإن أكلت ذبيحته.

وروى ابن حبيب، عن ابن وهب بإباحته، قال ابن حبيب: ونحن نكرهه من غير تحريم، والقياس أنه كذبائهم.

=المجوسى له، وتعليم المسلم سواً، وإنما الكلب كآلة الذبح والذكاة. ومن ذهب إلى هذا: سعيد ابن المسيب، وابن شهاب، والحكم، وعطاء. وهو الأصح عنه إن شاء الله. وهو قول مالك، والشافعى، وأبى حنيفة، وأصحابهم، وكان الحسن البصرى يكره الصيد بكلب المجوسى، والنصرانى. وقال أحمد بن حنبل: أما كلب اليهودى والنصرانى، فهو أهون. وقال إسحاق: لا بأس أن يصيد المسلم بكلب اليهودى، والنصرانى. قال أبو عمر: لما أجمع الجمهور الذين لا يجوز عليهم تأويل الكتاب، وهم الحجة على من شد عنهم، إن ذبح المجوسى بشفرة المسلم، ومديته ومديته، واصطياده بكلب المسلم لا يحل، علمنا أن المراعاة، والاعتبار إنما هو دين الصائد، والذابح لا آله، وبالله التوفيق.

كتاب الصيد ٢٥٥
واحتج مالك لقوله المتقدم بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَلُونَكُمْ اللَّهُ بِشَيْءٍ
مِنَ الصَّيْدِ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤]، ولم يذكر أهل الكتاب فى الصيد
كما ذكر إباحتهم، وهى ذبائحهم.

ووجه الاستدلال بهذه الآية على قول من يرى المضاف من باب الحصر، فلما
أضاف الأيدى والرماح إلى المخاطبين، وهم المؤمنون دل ذلك على قصر هذا الحكم
عليه.

ووجه قول ابن وهب أنها ذكاة، فصحت من الكتابى كالذبيح.

مسألة: وأما صيد المجوسى، فإنه لا يجوز كما لا يجوز ذبيحته؛ لأنه ليس من أهل
الكتاب، وإنما أباح الله تعالى لنا طعام أهل الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَأَطْعَمَ الَّذِينَ أُوتُوا
الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥]، وإذا تولد صبي بين كتابى ومجوسى، فحكمه فى هذا الباب
حكم أبيه، وسيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما المجنون، فلا يؤكل صيده ولا ذبيحته، وكذلك السكران، رواه ابن
المواز، عن مالك؛ لأن الصيد يحتاج إلى نية، ولا تصح النية من أحدهما.

* * *

ما جاء فى صيد البحر

٩٨٥ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ أَبِي هُرَيْرَةَ سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ عُمَرَ
عَمَّا لَفَظَ الْبَحْرُ فَنَهَاةً عَنْ أَكْلِهِ. قَالَ نَافِعٌ: ثُمَّ انْقَلَبَ عَبْدُ اللَّهِ فَدَعَا بِالْمُصْحَفِ فَقَرَأَ
﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ [المائدة: ٩٦]. قَالَ نَافِعٌ: فَأَرْسَلَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ
عُمَرَ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ.

الشرح: قوله: «إن عبد الله بن عمر نهى عن أكل ما لفظه البحر»، وذلك على
ضريين، أحدهما: أن يلفظه حياً. والثانى: أن يلفظه ميتاً لما اعتقد تحريمه، ثم ظهر إليه
أن يعيد النظر أو يذكر الآية، فأعاد نظره فيها، فقرأ: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ
وَطَعَامُهُ﴾، فحمل الصيد على ما اصطيد منه لامتناعه، والطعام على ما يتناول دون
تصيد.

٩٨٥ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٥٠٨/٤. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٥٥/٩. وذكره ابن

عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٢٨.

٢٥٦ كتاب الصيد

وذلك لا يكون إلا في الطافي الذي قد مات، وهو في الغالب لا يعلم سبب موته، ولا أنه مات بسبب، فلما استوى عنده ذلك في الإباحة، إما لعموم الآية أو لغيرها من الأدلة، رجع عن المنع منه إلى إباحتها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فجميع صيد البحر حلال عند مالك. وأما كلب الماء وخنزيره، فقد روى الشيخ أبو القاسم أنه مكروه غير محرم، وقاله ابن حبيب. وفي الموازية اختلف في خنزير الماء، فأجاز أكله ربيعة، وكرهه يحيى بن سعيد، وظاهر القرآن والسنة يبيحه.

فوجه القول الأول ظاهر التسمية، وفي المدونة عن ابن القاسم: لم يكن مالك يبيحنا فيه بشيء، ويقول: أنتم تقولون خنزير، يريد والله أعلم، التعلق بعموم قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣]، ولا سيما على قول من يراعى في العموم موضوع اللفظ دون عرف استعماله.

ومن راعى عرف استعماله دون موضوعه توقف عن الجواب أو حكم لما لم يدخل تحت عرف الاستعمال بالكراهية. قال ابن القاسم: إني لأتقيه، ولو أكله رجل لم أره حراماً.

وجه القول الأول قوله تعالى: ﴿أَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ﴾ [المائدة: ٩٦]، وما روى عنه عليه السلام أنه قال: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»^(١).

مسألة: وأما الخريت، فقال ابن عباس: لا بأس بأكله، وهو ظاهر مذهب مالك وأصحابه. وقال ابن حبيب: أنا أكرهه؛ لأنه يقال أنه من المسوخ.

فصل: وقوله: «نهى عن أكل ما لفظه البحر»، وذلك على ضربين، أحدهما: أن يلفظ حياً. والثاني: أن يلفظه ميتاً، فأما لفظه حياً، فإن مذهب مالك جواز أكله، وكذلك ما لفظه ميتاً، سواء مات بسبب أو بغير سبب، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا تؤكل ميتته إلا ما مات بسبب مثل أن يؤخذ، فيموت أو يموت من شدة حر أو برد أو تقتله سمكة أخرى أو ينضب عنه الماء فيموت، أو يلفظه البحر حياً، فيموت. فأما إن مات حتف أنفه أو لفظه البحر ميتاً، فإنه لا يؤكل.

(١) أخرجه الترمذي في سننه حديث رقم ٦٩. النسائي في الصغرى حديث رقم ٥٩، ٣٣٢، ٤٣٥٠. أبو داود حديث رقم ٨٣. ابن ماجه حديث رقم ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٢٤٦. الإمام أحمد في المسند حديث رقم ٧١٩٢، ٨٥١٨، ٨٨٥٥، ١٤٥٩٤، ٢٢٥٨٦. الدارمي حديث رقم ٧٢٩، ٢٠١١.

كتاب الصيد ٢٥٧

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم فى كتاب الطهارة، وهو ما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته».

ودليلنا من جهة القياس أن هذا سمك لو مات فى البر لأكل، فإذا مات فى البحر، وجب أن يؤكل. أصله إذا مات بسبب، وأيضاً فإن الذكاة إنما تكون بقصد قاصد يصح منه القصد، ولا خلاف أن ذلك لا يعتبر فى الحوت، فوجب أن لا تعتبر فيه الذكاة.

إذا ثبت ذلك، ففى هذا بابان، أحدهما: فى بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة. والباب الثانى: فى بيان ما لا يجوز أكله إلا بذكاة.

* * *

الباب الأول فى بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة

ما فى الماء الحيتان ودوابه على ضربين، ضرب: لا تبقى حياته فى غير الماء، وضرب: تبقى حياته فى غير الماء. فأما ما لا تبقى حياته فى غير الماء كالسمك وجميع أنواع الحيتان والدواب التى إذا خرجت من الماء لم تبقى حياتها، وعاجلها الموت، ولا تصرف لها فى البر، فلا خلاف فى المذهب أنه يجوز أكل ذلك كله بغير ذكاة ولا سبب.

وأما ما تبقى حياته فى البر كالضفادع والسلحفاة والسرطان، ففى المدونة عن مالك إباحة أكله من غير ذكاة ولا سبب.

وروى عيسى، عن ابن القاسم: ما كان مأواه فى الماء، فإنه يؤكل بغير ذكاة، وإن كان يرعى فى البر، وكان مأواه ومستقره فى البحر، فإنه لا يؤكل إلا بذكاة وإن كان يعيش فى الماء. وفى المدنية عن محمد بن إبراهيم بن دينار، فى القسمين: لا يؤكل إلا بذكاة، وهو قول أبى حنيفة والشافعى.

وجه قول مالك أن هذا من حيوان الماء، فلا يحتاج إلى ذكاة كالحوت. ووجه القول الثانى أنه حيوان يعيش فى البر، فلم يجوز أكله إلا بذكاة كحيوان البر.

مسألة: دم السمك نجس، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: هو طاهر يحمل أكله. وبطهارته قال الشيخ أبو الحسن.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ﴾ [المائدة: ٣]، وهذا

٢٥٨ كتاب الصيد
عام فيحمل على عمومه. ودليلنا من جهة القياس أن هذا دم سائل، فوجب أن يكون
نجسًا كسائر الدماء.

* * *

الباب الثانى فى بيان ما لا يجوز أكله إلا بذكاة

أما ما يحتاج إلى ذكاة فهو كالجراد والحلزون، وما يكون فى البر من الحشرات
وأنواع الخشاش.

قال القاضى أبو الوليد: وهى عندى من التى ليست لها نفس سائلة، فقد روى عن
مالك فى كتاب ابن المواز وغيره: أنه لم يجوز أكل الجراد وغيره إلا بذكاة، فإن ماتت
بغير سبب بعد أن اصطيدت حية، فقد أجاز أكلها سعيد بن المسيب وعطاء بن أبى
رباح، وقالوا: أخذها ذكاتها، ولو وجدت ميتة لم يجوز عندهما أكلها. وأجاز ذلك
مطرف من رواية ابن حبيب عنه، وقاله محمد بن عبد الحكم وبه قال الشافعى.

وروجه قول مالك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ﴾ وهذه ميتة.

ومن جهة المعنى أن هذا من حيوان البر، فلم يجوز أكله بغير ذكاة. أصل ذلك سائر
حيوان البر.

وروجه قول مطرف أن هذا حيوان مقدور عليه لا تعتبر فيه الذكاة المخصوصة، فلم
تعتبر فيه ذكاة. أصله الخوت.

فرع: وحكم الحلزون حكم الجراد فى أنها لا تؤكل إلا بذكاة. قال ابن حبيب:
كان مالك وغيره يقول: من احتاج إلى أكل شىء من الخشاش لدواء أو غيره، فلا بأس
به إذا ذكى كما يذكى الجراد كالخنفساء والعقرب وبنات وردان والعقربان والجنذب
والزنبور واليعسوب والذر والنمل والسوس والحلم والدود والبعوض والذباب وما أشبه
ذلك.

٩٨٦ - مالك، عن زيد بن أسلم، عن سعد الجارى مؤلى عمرو بن الخطاب
أنه قال: سألت عبد الله بن عمرو عن الحيتان يقتل بعضها بعضًا أو تموت صردًا،
فقال: ليس بها بأس. قال سعد: ثم سألت عبد الله بن عمرو بن العاص فقال: مثل
ذلك.

الشرح: ما قتل بعضه بعضاً من الحيتان أو مات صرداً، يجوز أكله، وهو مما اتفق عليه مالك وأبو حنيفة والشافعي؛ لأنه مات بسبب، وليس من شرطه عند أبي حنيفة أن يكون السبب من فعل الصائد بل يجوز أكله متى مات بسبب من فعل الصائد أو غير فعله، وما احتاج إلى سبب عند مالك، فإنه يحتاج أن يكون السبب من فعل قاصد إلى ذلك.

وقد نص على ذلك الشيخ أبو بكر في كل ما ليست له نفس سائلة: أن ذكاته بأن يقصد إلى إمامته بفعل ما، وهل يعتبر فيه من صفة الفاعل ما يعتبر في الذكاة أم لا؟.

في العتبية من رواية أشهب، عن مالك: لا يجوز صيد المجوسى للجراد إن قتلها بفعله، إلا أن تؤخذ منه حية. قال ابن عبد الحكم: وعلى أخذها التسمية عند قطع رعوسها أو أجنحتها أو غير ذلك مما يقتلها، وهذا لا يدل على أن هذا ذكاة لها.

٩٨٧ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّهُمَا كَانَا لَا يَرِيَانِ بِمَا لَفِظَ الْبَحْرُ بِأَسَا.

٩٨٨ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ نَاسًا مِنْ أَهْلِ الْجَارِ قَدِمُوا، فَسَأَلُوا مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ عَمَّا لَفِظَ الْبَحْرُ، فَقَالَ: لَيْسَ بِهِ بِأَسٍ. وَقَالَ: اذْهَبُوا إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ فَسَأَلُوهُمَا عَنْ ذَلِكَ، ثُمَّ اتُّوْنِي فَأَخْبِرُونِي، مَاذَا يَقُولَانِ؟ فَاتَّوهُمَا فَسَأَلُوهُمَا، فَقَالَا: لَا بِأَسٍ بِهِ، فَاتَّوَا مَرْوَانَ فَأَخْبِرُوهُ. فَقَالَ مَرْوَانُ: قَدْ قَلْتُ لَكُمْ.

قَالَ مَالِكُ: لَا بِأَسٍ بِأَكْلِ الْحَيْتَانِ يَصِيدُهَا الْمَجُوسِيُّ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي الْبَحْرِ: «هُوَ الطَّهْرُ مِائَةٌ الْحِلُّ مِئْتُهُ».

قَالَ مَالِكُ: وَإِذَا أُكِلَ ذَلِكَ مَيْتًا فَلَا يَضُرُّهُ مِنْ صَادِهِ.

الشرح: قوله: «أن ناساً من أهل الجار أتوا مروان فسألوه عما لفظ البحر»، ومعناه من الحيتان والدواب، وإنما سألوه؛ لأنه كان أمير المدينة حيثئذ، فأفهامه بأكله، ثم

٩٨٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٣٠.

٩٨٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٣١.

٢٦٠ كتاب الصيد
أمرهم أن يسألوا زيد بن ثابت وأبا هريرة؛ لأنهما كانا من أعلم من بقى من أصحاب
النبي ﷺ بالمدينة في ذلك الوقت.

ولعل من كان يشاركهما في العلم غاب ذلك الوقت واستظهر بمشاورتهما،
لمعنيين، إما لأنه قد علم موافقتهما له على هذا الحكم قبل هذا، وأراد أن يقوى ذلك
في أنفس السائلين بجواب علماء الصحابة وفقهاء المدينة، وإما لأنه لم يعلم قولهما في
ذلك، فأراد أن يستظهر بجواب من هو أعلم منه، ويعلم في ذلك قوله، وإن كان قد
ظهر إليه ما أجاب به.

فلما وافقاه على ذلك تحقيق قوله، وقوى في نفسه ما افتاهم به، ولم يسأل مروان
ولا زيد ولا أبو هريرة أحداً من السائلين عما رماه البحر من ذلك، هل رماه حياً أو
ميتاً؛ لأن الحكم عندهم في ذلك واحد على ما قدمنا ذكره من قول مالك، ولو
اختلف الحكم فيه لسألوا عنه، وكان الجواب من التفصيل على حسبه، والله أعلم.

* * *

تحريم أكل كل ذي ناب من السباع

٩٨٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ أَبِي إِدْرِيسَ الْخَوْلَانِيِّ، عَنِ أَبِي نُعْبَةَ
الْحُسَيْنِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَكُلْ كُلَّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ حَرَامٌ».

٩٩٠ - مَالِك، عَنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَكِيمٍ، عَنِ عَبِيدَةَ بْنِ سُفْيَانَ الْحَضْرَمِيِّ،

٩٨٩ - أخرجه البخاري الذبائح والصيد ٥١٠١، ٥١٠٤، الطب ٥٣٣٥. ومسلم في الصيد
والذبائح وما يؤكل من الحيوان ٣٥٧٠، ٣٥٧٢. والترمذي في الصيد ١٣٩٧، السير ١٤٧٧،
١٤٨٢، فضائل الجهاد ١٥٦٠. والنسائي في الصيد والذبائح ٤٢٤٩، ٤٢٥٠، ٤٢٦٥،
الضحايا ٤٣٢٥، ٤٣٢٦، ٤٣٤٢. وأبو داود في الأطعمة ٣٣٠٨، الحدود ٣٨٠٢. وابن ماجه
في الصيد ٣٢٢٣، ٣٢٣٢. وأحمد في مسند الشاميين ١٧٠٦٥. والدارمي في الأضاحي
١٨٩٨، ١٨٩٩، الأطعمة ١٩٨٠، ١٩٨١.

٩٩٠ - أخرجه مسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان ٣٥٧٣. والترمذي في الصيد
١٣٩٩. والنسائي في الصيد والذبائح ٤٢٤٨. وابن ماجه في الصيد ٣٢٢٤. وأحمد في باقي
مسند المكتوبين ٦٩٢٦، ٨٤٣٤، ٩٠٥٤. والطبراني في الكبير ٣٢٠/٨ عن أبي أمامة. وذكره
في الكنز برقم ٤٠٨٩١ وعزاه لمسلم وأبي داود عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٦١/٧، ٦٢: هكذا قال يحيى في هذا الحديث بهذا الإسناد: أكل
كل ذي ناب من السباع حرام. ولم يتابعه على هذا أحد من رواة الموطأ في هذا الإسناد-

كتاب الصيد ٢٦١

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَكُلْ كُلَّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ حَرَامًا».
قَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: نهى ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع، ظاهره التحريم، ويجوز أن يحمل على الكراهية، بدليل أن وجد في الشرع.

واختلف العلماء في تحريم السباع، فروى العراقيون من المالكيين عنه: أنها كلها عنده على الكراهية، من غير تمييز ولا تفضيل، وهو ظاهر في المدونة.

وقد روى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة أنه قال: كل ما يفترس من السباع ويأكل اللحم، فهو مما لا يؤكل، وما كان سوى ذلك من دواب الأرض وما يعيش بنبات الأرض، فلم يأت فيه نهى.

قال عيسى، عن ابن القاسم: وهذا فيما كان من السباع، فأما الطير فإنها تفترس وتأكل اللحم، وليس بأكلها بأس.

وأما المدنيون من المالكيين، فقد قال ابن حبيب: لم يختلف المدنيون في تحريم لحوم السباع العادية، الأسد والنمر والذئب والكلب، فأما غير العادية كالذئب والثعلب والضبع والهر الوحشي والإنسى، فيكره أكلها دون تحريم، قاله مالك وابن الماجشون.

ولعله لم يبلغه قول ابن كنانة أو بلغه وحمله على المنع في الجملة، وأنه عنده على ضريين، منه ممنوع على وجه التحريم، ومنه ممنوع على وجه الكراهية.

وأما المغاربة من المالكيين، ففي كتاب ابن المواز، عن مالك: النسبع والنمر والفهد محرمة بالسنة، والذئب والثعلب والهر مكروهة. وقد يوجد من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن ذلك كله على الكراهية مثل رواية العراقيين.

استدل شيوخنا في ذلك بقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أُوحَىٰ إِلَىٰ مُحْرَمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، فليست لحوم السباع مما تضمنته الآية، فوجب أن لا يكون محرماً.

—خاصة وإنما لفظ حديث مالك عن ابن شهاب، عن أبي إدريس، عن أبي ثعلبة، عن النبي ﷺ أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، وأما اللفظ الذي جاء به يجي في هذا الإسناد وإنما هو لفظ حديث مالك عن إسماعيل بن أبي حكيم، عن عبيدة بن أبي سفيان، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا سبع، فلم يكن محرماً كالضبع والتعلب.

فصل: وقوله ﷺ: «أكل كل ذي ناب من السباع حرام» وهذا نص في التحريم، وقد أجاب عنه أبو بكر بن الجهم وغيره بأن سفيان غير معلوم الحفظ.

وقد روى الزهري حديث أبي ثعلبة الخشني، فلم يذكر لفظ التحريم، وليس هذا من الاعتراض؛ لأن مالكاً أخرجه في موطنه، وهذا يدل على تصحيحه له، والتزامه له، إلا أن يكون عنده في ذلك تأويل.

وأما مخالفة لفظ حديث الزهري له، فليس باعتراض صحيح الجواز أن يكون أبو هريرة نقل لفظ التحريم، ونقل أبو ثعلبة لفظ النهي.

وقد أجاب عنه بعض أصحابنا بأن قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أُوحَىٰ إِلَىٰ مُحْرَمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ الآية، عام في نفى كل محرم غير ما تضمنت الآية تحريمه، إلا أن يدل دليل على تحريم ما لا تتضمنه الآية كما دلت آية الخمر على تحريمها، وإن لم يكن ذلك في هذه الآية.

وحديث لحوم السباع عام في تحريمها على كل أكل، فتحمل الآية على عمومها، ويخص بها حديث تحريم لحوم السباع، ونحمله على المحرمين، وكان ذلك أولى؛ لأن الآية مقطوع بصحتها، وكان التعلق بعمومها أولى من التعلق بعموم مظنون، وهو عموم الخبير.

فإن قيل: فما فائدة تخصيص لحوم السباع وسائر لحوم الوحش محرمة على المحرمين؟ فالجواب أنه لا يمنع بأن يخص نوعاً من الجنس دون جميعه ليجتهد في إلحاق الباقي به أو مخالفته له كما يقولون أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، وخص بذلك التحريم، وإن كان غيره من الحيوان عندكم حراماً لم ينص عليه.

وجواب ثان، وهو أنه إنما خص لحوم السباع بالذكر لما كانت مما أبيع للمحرم قتلها ابتداءً لئلا يعتقد أنها بمنزلة بهيمة الأنعام في استباحة لحومها لما كانت بمنزلة في استباحة قتلها.

والأصل عندي في هذا أن يخص الحديث بقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤]، فالآية عامة في كل الحيوان وخاصة في الإمساك، وحديث أبي هريرة خاص في السباع، وعام في أحوالها، فنجمع بينها، ونخص الحديث، ونحمله على الميتة بدليل خصوص الآية فيما أمسك علينا.

كتاب الصيد ٢٦٣

وكان ذلك أولى من تخصيص الآية بالحديث لمعنيين، أحدهما: أن الآية معلومة والحديث ليس بمعلوم. والثاني: أن عموم الآية لم يدخله تخصيص، وعموم الحديث قد دخله تخصيص في الضبع والثعلب عندنا وعند الشافعي.

ووجه ذلك أن الأغلب من هذه السباع العادية أنها لا يتمكن منها إلا بعد فوات ذكاتها، فخرج الحديث على الأغلب من أحوالها، فهذا الذي يمكن أن يقال في ذلك.

ورواية من روى عن مالك: التحريم أظهر لحديث أبي هريرة، وهو نص في التحريم وخاص في السباع.

وقد قال القاضي أبو إسحاق في مبسوطه: أحسب أن مالكاً حمل النهي عن أكل كل ذي ناب من السباع على النهي عن أكلها خاصة؛ لأن عبيدة بن سفيان روى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أكل كل ذي ناب من السباع حرام»، فذهب مالك إلى أن النهي مختص بالأكل، وأن التذكية طهر لغير الأكل، فقال: لا بأس بجلود السباع المذكاة أن يصلى عليها.

مسألة: إذا قلنا بتحريم لحوم السباع العادية، فقد روى ابن حبيب، عن مالك: أن الدب والثعلب والضبع ليست بمحرمة، وهذا على ما قاله ابن حبيب؛ فإن قول مالك لم يختلف في السباع التي لا تبدأ بالأذى غالباً، كالهرة والثعلب والضبع.

وإنما اختلف قوله في السباع العادية التي تبدأ بالأذى غالباً، فروى عنه التحريم، وروى عنه الكراهية، وما روى عن ابن القاسم وابن كنانة أن كل ما يفرس ويأكل اللحم لا يؤكل لحمه، يحتمل أن يريد به التحريم، ويحتمل أن يريد به الكراهية. وأما القرد، فقد قال ابن حبيب: لا يحل لحم القرد.

قال الإمام أبو الوليد، رحمه الله: والأظهر عندي أنه ليس بحرام لعموم الآية، ولم يرد فيه ما يوجب تحريمًا ولا كراهية، فإن كانت كراهية فلاختلاف العلماء فيه، والله أعلم.

مسألة: وأما أكل الضب، فمباح عند مالك. وقال أبو حنيفة: هو مكروه.

مسألة: ولا تؤكل حية ولا عقرب، قاله الشيخ أبو بكر، وإنما كره أكلها؛ لأنها ليست من بهيمة الأنعام ولا الطير ولا السمك، وقد يجوز أن تكون في معنى السباع، فكره أكلها كما كره أكل لحوم السباع.

٢٦٤ كتاب الصيد

فأما تحريمها فغير جائز؛ لأن الدليل لم يقيم على ذلك، فنص على المنع على وجه الكراهية لا على وجه التحريم للوجهين اللذين ذكرهما، ويحتمل أن يكون كره أكلهما لما فيهما من البسم مخافة على أكلها.

وأما أكل كل شيء من ذلك على وجه التداوى إذا أمن من أذاها وعرف وجهه، فلا بأس به وله أبيض أكل الترياق مع ما فيه من لحوم الأفاعى لمن أمن أذاها، وعرف سلامة لحمها من سمها.

مسألة: حشرات الأرض مكروهة، خلافاً لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: هى محرمة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحَىٰ إِلَىٰ مُحْرَمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، وليس فيها ذكر الحشرات. ومن جهة المعنى أنها من الهوام، فكره أكلها لغير ضرورة كالحيات.

مسألة: وأجاز مالك أكل الطير كله ما كان له مخلب، وما لم يكن له مخلب، قال مالك: لا بأس بأكل الصرد والهدهد، ولا أعلم شيئاً من الطير يكره أكله.

واختلف قول مالك فى الخطاف، ففى المستخرجة: لا بأس بأكل الخطاطيف، وقاله ابن القاسم. وروى على بن زياد، عن مالك أنه كره أكلها. والأول أكثر وأظهر، خلافاً لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: لا يؤكل كل ذى مخلب من الطير.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحَىٰ إِلَىٰ مُحْرَمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ﴾ الآية، وهذا عام فنحمله على عمومها، إلا ما خصه الدليل، وقوله تعالى فى الجوارح: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] ولم يفرق بين ذى مخلب وغيره.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا طائر فلم يكن حراماً كالذجاج والأوز.

* * *

ما يكره من أكل الدواب

مَالِكٌ أَنَّ أَحْسَنَ مَا سَمِعَ فِي الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ أَنَّهَا لَا تُؤْكَلُ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨].

وَقَالَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي الْأَنْعَامِ: ﴿لِتَرْكَبُوا مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [غافر: ٧٩] وَقَالَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿لِيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ [الحج: ٣٤] ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦].

قَالَ مَالِكٌ: وَسَمِعْتُ أَنَّ الْبَائِسَ هُوَ الْفَقِيرُ، وَأَنَّ الْمُعْتَرَّ هُوَ الرَّائِرُ.

قَالَ مَالِكٌ: فَذَكَرَ اللَّهُ الْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِلرُّكُوبِ وَالزَّيْنَةِ وَذَكَرَ الْأَنْعَامَ لِلرُّكُوبِ وَالْأَكْلِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْقَانِعُ هُوَ الْفَقِيرُ أَيْضًا.

الشرح: استدل مالك على المنع من أكل لحوم الخيل والبغال والحمير بالآية، وذلك على وجهين، أحدهما: أن لام «كى» بمعنى الحصر، وذلك أنه أخبر تعالى أنه إنما خلقها للركوب والزينة، وقصد بذلك الامتنان علينا وإظهار إحسانه إلينا.

فدل ذلك على أنه جميع ما أباحه لنا منها، ولو كانت فيها منفعة غيرها لذكرها لبيان إتمامه علينا أو ليظهر إباحة ذلك إلينا، فإن إخباره تعالى أنه خلقها لهذا المعنى دليل على أنه جميع التصرف المباح فيها.

والوجه الثاني: أنه ذكر الخيل والبغال والحمير، فأخبر تعالى أنه خلقها للركوب والزينة، وذكر الأنعام، فأخبر أنه خلقها لتركب منها ونأكل، فلما عدل في الخيل والبغال والحمير عن ذكر الأكل دل ذلك على أنه لم يخلقها لذلك، وإلا بطلت فائدة التخصيص بالذكر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالخيل عند مالك مكروهة وليست بمحرمة ولا مباحة على الإطلاق، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: هي مباحة، وبه قال أبو يوسف ومحمد ابن الحسن. وقال ابن حبيب: الخيل مختلف في كراهية أكلها، فلا يبلغ بها التحريم والراذين مثلها، فجعلها مباحة في أحد القولين.

ودليلنا على كراهيتها أن هذا حيوان أهلى ذو حافر، فلم يكن أكله مباحًا كالبغال والحمير، وتعلق من رأى إباحة ذلك بما روى محمد بن على، عن جابر بن عبد الله: نهى النبي ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمير، وأرخص في لحوم الخيل.

مسألة: وأما الحمير، فاختلفت الرواية عن مالك، فقيل: إنها محرمة، وقيل: مكروهة

٢٦٦ كتاب الصيد
غير محرمة، ذكر ذلك القاضي أبو محمد. وذكر القاضي أبو الحسن رواية الكراهية
خاصة.

والدليل على التحريم، ما روى عن أبي ثعلبة: حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر
الأهلية. ووجه الرواية الثانية أن هذا حيوان مركوب ذو حوافر، فلم يكن محرماً، وإن
كان مكروهاً كالخيل.

وأما البغال، فحكمها حكم الحمر؛ لأنها متولدة بينها وبين الخيل، فإن قلنا إن الحمر
مكروهة، فالبغال مكروهة، وإن قلنا إن الحمر محرمة، فالبغال محرمة.

فصل: وقوله: «وإن القانع هو الفقير والمعتز هو الزائر» مما ذكره العلماء وأهل
التفسير، ويقتضيه المعنى، وذلك أن البائس من وجد به البؤس، والفقير من جملة البؤس،
والقانع هو الطالب، والقنوع الراضى بما عنده.

* * *

ما جاء فى جلوه الميتة

٩٩١ - مالك، عن ابن شهاب، عن عبيد الله بن عبد الله بن مسعود، عن عبد
الله بن عباس أنه قال: مرَّ رسولُ الله ﷺ بشاةٍ ميتةٍ كانَ أعطاها مولاةٌ لميمونةَ
زوجةِ النبيِّ ﷺ، فقال: «أفلا انتفعتُم بجلدها»، فقالوا: يا رسولَ الله، إنها ميتةٌ؟
فقال رسولُ الله ﷺ: «إنما حُرِّمَ أكلُها».

٩٩١ - أخرجه البخارى فى الزكاة ١٣٩٧، البيوع ٢٠٦٩، الذبائح والصيد ٥١٠٥، ٥١٠٦.
ومسلم فى الحيض ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩. والترمذى فى اللباس
١٦٤٩، الأطعمة ١٧٢٧، ١٧٢٨. والنسائى فى الفرع والعتيرة ٤١٥٩، ٤١٦٠، ٤١٦١،
٤١٦٢، ٤١٦٣، ٤١٦٤، الصيد والذبائح ٤٢٣٤، ٤٢٣٥، ٤٢٣٦، ٤٢٣٨، ٤٢٣٩،
٤٢٤١. وأبو داود فى اللباس ٣٥٩٢، السنة ٤١٢٠، ٤١٢٣. وابن ماجه فى اللباس ٣٦٠٠،
٣٦٠٩، ٣٦١٠. وأحمد فى مسند بنى هاشم ١٨٩٩، ٢٢٥١، ٢٣٧٤، ٢٨٦١، ٢٨٩٠،
٣٢٧٣، ٣٣٤١. والدارمى فى الأضاحى ١٩٠٥، الأظفنة ١٩٨٥، ١٩٨٦، ١٩٨٨.
قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨١/٧: هكذا روى يحيى هذا الحديث فجود إسناده أيضاً وأتقنه،
وتابعه على ذلك ابن وهب وابن القاسم، والشافعى، ورواه القعنبنى، وابن بكير، وجويرية ومحمد
ابن الحسن، عن مالك، عن ابن شهاب، عن عبيدالله، عن النبي ﷺ مرسلًا، والصحيح فيه
اتصاله وإسناده.

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ مر بشاة ميتة كان أعطاها مولاة لميمونة»، يريد أنه كان أعطاها أياها حية ثم ماتت، وكان أعطاها إياها إما على سبيل الصدقة لكونها محتاجة؛ لأن إطلاق لفظ المولاة يفيد أنها قد أعتقت، وسقطت نفقتها عمن أعتقها، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «ألا انتفعتم بجلدها؟»، يحتمل معنيين، أحدهما: أفلا ذبحتموها فانتفعتم بجلدها. والثاني: أفلا سلختموها، فانتفعتم بجلدها، حضاً منه ﷺ على الانتفاع بالأموال والتميز لها ومنعها من إفسادها قليلها ويسيرها، وما فيه منتفع منها، والانتفاع بكل نوع منها وصرف ما فضل من الأموال واستغنى عنه إلى سبيل الله ومواساة أهل الحاجة، فإن إفساد المال لا فائدة فيه ولا منفعة في إطراح ما ينتفع به إلا مجرد العبث والكبر.

فروع: وهذا الانتفاع مشروط عند مالك بتقدم الدباغ، ولا يجوز الانتفاع بها قبل الدباغ، رواه عيسى بن دينار، عن ابن القاسم في المدينة. وروى ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون وأصيبغ: لا يفترش ولا يطحن عليه، ولا يستعمل في غير ذلك من وجوه المنافع حتى يدبغ.

وروى أبو زيد، عن ابن القاسم، عن مالك في العتبية: ترك الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ أحب إلى. وقال ابن القاسم: لا ينتفع به حتى يدبغ.

والدليل على ذلك ما روى عن عبد الله بن عكيم أنه قال: قرأ علينا كتاب رسول الله ﷺ: أن لا ينتفعوا من الميتة بإهاب ولا بعصب، فدل على أن الانتفاع بالجلد شرط في التوصل إليه تطهيره بالذكاة وجعل لذلك التطهير عند عدمه بدل، وهو الدباغ. فلا يجوز استباحة ذلك دون البدل إذا عدم البدل منه كالصلاة جعلت الطهارة شرطاً في صحتها، وجعل للطهارة بدلاً وهو التيمم، فلا يجوز استباحتها عند عدم البدل منه إلا بالتيمم الذي هو البدل، فهذا الأكثر من المذهب.

ويحتمل الرواية عن مالك أن ذلك على الاستحياب، ويكون وجه ذلك التعلق بظاهر قوله: «هلا انتفعتم بجلدها»، ولم يشترط دباغاً ولا غيره.

فصل: وقولهم: «إنها ميتة»، إظهار للوجه الذي منعهم من الانتفاع بجلد الميتة حين علموا تحريم الميتة، فاعتقدوا أن ذلك يجرم الانتفاع بجلدها وغير ذلك منها، وأنه قد حرم ذلك كله منها كما حرم أكل لحمها.

فصل: وقوله ﷺ: «إنما حرم أكلها»، تبين لما حرم منها وإعلام أن الانتفاع بها لم يفت بفوتها كما لم يفت المحدث الصلاة عند عدم الماء، بل قد يمكن استدراكه بالدباغ كما يمكن المحدث استدراك استحابة الصلاة بالتميم، وليس فى هذا الحديث تصريح بطهارة جلد الميتة، وإنما فيه الإخبار عن جواز الانتفاع بها.

وقد استدلت أصحاب الشافعى من هذا الحديث على طهارة جلد الميتة بالدباغ لقوله ﷺ: «إنما حرم أكلها»، و«إنما» للحصر، وهذا يقتضى أن ما عدا الأكل منه باق على ما كان عليه من الإباحة فيها؛ وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لم يجز للطهارة ولا للنجاسة ذكر، وإنما جرى ذكر جواز الانتفاع بها، فيجب أن يكون قوله: «إنما حرم أكلها» راجعاً إليه فى إباحة ما يقتضى اللفظ لإباحته منه، ومنع ما يقتضى اللفظ المنع منه.

فأما الطهارة والنجاسة، فلم يجز لهما ذكر، فلا يتعلق بهما شىء من اللفظ بحصر ولا غيره، كما أن بقاء الملك عليها وإزالته عنها لم يجز له ذكر، فلم يرجع اللفظ إليه.

ولذلك قال أكثر أصحابنا وأصحابهم: إنه لا يجوز بيعها؛ لأن لفظ الانتفاع بها لا يتناولها، فلم يرجع إليه قوله ﷺ: «إنما حرم أكلها»، ويحتمل أن يكون قوله ﷺ: «إنما حرم أكلها»، راجعاً إلى الشاة، وقد ينتفع بلحمها أيضاً.

وقال الشيخ أبو بكر: ينتفع به بأن يطعمه كلابه، قاله ابن المواز، إذا شاء ذلك، فإنه يذهب بكلابه إليها، ولا يأتى بالميتة إلى الكلاب.

٩٩٢ - مَالِكُ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنِ ابْنِ وَعَلَةَ^(١) الْمِصْرِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا دُبِغَ الْإِهَابُ^(٢) فَقَدْ طَهَرَ».

٩٩٢ - أخرجه مسلم فى الحليض ٥٤٩. والترمذى فى اللباس ١٦٥٠. والنسائى فى الفرع والعتيرة ٤١٦٦، ٤١٦٧. وأبو داود فى اللباس ٣٥٩٤. وابن ماجه فى اللباس ٣٥٩٩. وأحمد فى مسند بنى هاشم ١٧٩٧، ٢٠١٢، ٢٣٠٩، ٢٣٩١، ٢٧٣٠، ٣٠٢٩. والدارمى فى الأضاحى ١٩٠٢، ١٩٠٣. والبيهقى فى الكبرى ٢٠/١ عن ابن عباس. والبغوى فى شرح السنة ٩٧/٢ عن ابن عباس. وذكره الزيلعى فى نصب الراية ١١٦/١ عن ابن عمر.

(١) ابن وعلة: قال ابن عبد البر هذا اسمه عبد الرحمن بن وعلة السبئى، أصله من مصر، ثم انتقل إلى المدينة وسكنها، وهو فى أهل المدينة معدود، وكان ثقة من ثقات التابعين، مأمونا على ما روى وحمل. روى عنه زيد بن أسلم، والقعقاع بن حكيم، وأبو الخير اليزنى، وغيرهم. ذكر إسحاق بن منصور، عن ابن معين، أنه قال: عبد الرحمن بن وعلة ثقة. وقال: وسماح ابن وعلة من ابن عباس صحيح.

(٢) الإهاب: قال النورى: اختلف أهل اللغة فيه فقبيل هو الجلد مطلقاً، وقيل هو الجلد قبل الدباغ فأما بعده فلا يسمى إهاباً وجمعه أهاب.

كتاب الصيد ٢٦٩
الشرح: قوله ﷺ: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»، تصريح بطهارته بعد الدباغ،
والطهارة على ضربين، طهارة ترفع النجاسة جملة، وتعيد العين طاهرة، كتخلل الخمر،
وطهارة تبيح الانتفاع بالعين، وإن لم ترفع حكم النجاسة كتطهير الدباغ جلد الميتة،
على المشهور من مذهب مالك ويجرى ذلك مجرى الوضوء فى رفع الحدث والتيمم فى
استباحة الصلاة مع بقاء الحدث.

فأما تطهير الدباغ جلد الميتة بمعنى الانتفاع به مع بقاء نجاسته، مما لا خلاف فيه
نعلمه فى المذهب. قال الشيخ أبو القاسم: جلد الميتة قبل الدباغ نجس، وبعده طاهر
طهارة مخصوصة، يجوز بها استعماله فى اليابسات وفى الماء وحده من المائعات.

وأما تطهيره إياه بمعنى رفع نجاسته جملة وإعادة طهارته، فقد اختلف العلماء فيه،
فروى عن مالك: أنه لا يطهر بالدباغ. ومعنى ذلك الطهارة التى تدفع النجاسة.

وروى شيوخنا العراقيون، عن مالك رواية أخرى: أنها تطهر بالدباغ إلا جلد
الخنزير، وهو قول ابن وهب وابن حنبل، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

واستدل أصحابنا فى ذلك بما روى عن عبد الله بن عكيم أنه قال: قرئ علينا
كتاب رسول الله ﷺ: «أن لا يتنفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب^(٣)»، وهذا الحديث
لا يصح احتجاجنا به؛ لأننا لا نمنع الانتفاع بجلد الميتة بعد الدباغ، وهم لا يخالفوننا فى
الذى لا يجوز الانتفاع به قبل الدباغ.

ودليلنا من جهة المعنى أنه جزء من الميتة نجس بالموت، فوجب أن تتأبد بنجاسته.
أصل ذلك اللحم. واستدل فى ذلك من أثبت الطهارة التى تدفع النجاسة بما روى عن
النبي ﷺ أنه قال: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر».

(٣) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٧٢٩، وقال أبو عيسى الترمذى تعليقا عليه: هذا حديث
حسن ويروى عن عبد الله بن عكيم، عن أشياخ لهم هذا الحديث، وليس العمل على هذا عند
أكثر أهل العلم، وقد روى هذا الحديث عن عبد الله بن عكيم، أنه قال: أتانا كتاب النبي ﷺ
قبل وفاته بشهرين، قال: سمعت أحمد بن الحسن، يقول: كان أحمد بن حنبل يذهب إلى هذا
الحديث لما ذكر فيه قبل وفاته بشهرين، وكان يقول: كان هذا آخر أمر النبي ﷺ، ثم ترك أحمد
ابن حنبل هذا الحديث لما اضطربوا فى إسناده حيث روى بعضهم فقال: عن عبد الله بن عكيم،
عن أشياخ لهم من جهينة.

وأخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٢٤٩، ٤٢٥٠. أبو داود حديث رقم ٤١٢٧،
٤١٢٨. ابن ماجه حديث رقم ٣٦١٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٣٠٣.

٢٧٠ كتاب الصيد

والجواب أن الطهارة تكون بمعنى التنظيف وإباحة الاستعمال، وإن لم ترفع حكم موجب الطهارة، يدل على ذلك أن التيمم قد سمي في الشرع طهارة، وسمى التراب طهوراً كما سمي الماء، وإن كان لا يدفع حكم موجب وهو الحدث، وإنما تستباح به الصلاة، فكذلك في مسألتنا مثله.

فرع: فإن قلنا إن الدباغ لا يدفع حكم نجاسة، فإنه يستمتع به ويصرف في الجامدات يغربل عليه الطعام وغيره، غير أنه لا يصلى به ولا عليه. وقال ابن حنبل: لا ينتفع به، ولا يستعمل في جامد ولا غيره.

والدليل على قولنا قوله ﷺ: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر». وقوله ﷺ في حديث ابن عباس: «أفلا انتفعتم بجلدها». وقوله ﷺ: «إنما حرم أكلها»^(٤).

فرع: وأما استعمالها في المائعات، فإنه كره مالك في خاصته استعماله في الماء، ولم يمنع منه غيره، ومنع من استعماله في غير ذلك من المائعات، هذا هو المشهور من مذهب مالك، وذكره الشيخ أبو بكر في شرح المختصر عن مالك. وقال ابن حبيب: لا بأس أن يجعل منها السقاء للماء وقربة اللبن وزق الزيت.

ووجه ذلك أن الماء لا ينجس من النجاسات إلا بما يغيره، وإنما يكره استعمال اليسير منه للخلاف على ما تقدم في ذكر أحكام المياه في كتاب الطهارة، فكان يحتاط ويأخذ بالأفضل في خاصته، ويوسع على الناس فيه لما قام من الدليل على طهارته.

وأما سائر المائعات، فإنها تنجس بيسير وإن لم يغيرها، فلذلك لم يجز استعمالها فيها؛ لأن ذلك ينجسها ويحرمها، ولا يجوز على هذه الزواية بيعه، رواه ابن القاسم، عن مالك في المدينة؛ لأنه لا يجوز بيع ما كان نجساً لعينه.

وأما رواية ابن حبيب في استعماله في اللبن والزيت، فمبنى على قول من يرى أن المائعات لا تنجس من مخالطة النجاسة إلا بما غير، وقد تقدم ذكره في الطهارة.

فرع: وإن قلنا إنه يطهر بالدباغ طهارة تمنع نجاسته، فإنه يصلى به وعليه، ويستعمل في المائعات كلها ويجوز بيعه، قاله ابن وهب، ورواه ابن عبد الحكم، عن مالك في المختصر الكبير بشرط أن تبين، والمشهور من المذهب أنه لا يجوز بيعه مع كونه لا يجوز أن يصلى فيه.

(٤) تقدم تخرجه في الحديث رقم ٩٩١.

كتاب الصيد ٢٧١

مسألة: وبما يطهر من الدباغ؟ قال ابن المواز، عن نافع فى المدنية: لا يكون دباغه بالملح فقط مما يمنعه الفساد، وإنما يكون الدباغ التام الذى ينتفع به للشرب وغيره.

وقال يحيى بن سعيد الأنصارى: ما دبغ به جلد الميتة من دقيق أو ملح أو قرظ، فهو له طهور، والدليل لقوله ﷺ: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»، فعلق ذلك بالدباغ، والدباغ معلوم.

وأما ما يفعل من غيره مما لا يبلغه حكم الدباغ، والانتفاع به فى الأسقية وغيرها، فإنما هو تخفيف لرطوباته، وهذا يحصل بتخفيفه فى الشمس.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم جلد ما يستباح أكله بالذكاة، والحيوان على ثلاثة أضرب، مباح، وقد تقدم ذكره، ومحرم، ومكروه. فأما المتفق على تحريمه كالخنزير، فقد قال الشيخ أبو بكر: لا ينتفع بجلده، وإن ذبح ودبغ؛ لأنه لا يحل بذكاة ولا غيرها.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ المَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾، ثم قال فى آخر الآية: ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، والخنزير لا تعمل فيه الذكاة، وهى أقوى فى التطهير من الدباغ؛ لأن الذكاة تعمل فى اللحم وغيره من أجزاء الحيوان، والدباغ إنما يعمل فى الجلد خاصة على الاختلاف، فإذا كانت الذكاة لا تؤثر فى جلد الخنزير، فبأن لا يؤثر الدباغ أولى وأحرى.

وفى المبسوط عن إسماعيل بن أبى أويس: سئل مالك عن جلود الميتة مما يؤكل لحمه، وما لا يؤكل لحمه، فقال: لا بأس أن يستمتع بها ولا تباع ولا يصلى عليها. وقال الشيخ أبو القاسم: ذلك كله سواء.

مسألة: وأما ما تقدم الخلاف فى تحريمه كجلود السباع، فقال ابن المواز، عن مالك: لا بأس ببيع جلود السباع والصلاة فيها، إذا ذكيت، وإن لم تدبغ إذا غسلت. وقال ابن حبيب فى جلود السباع العادية: لا تباع ولا يصلى عليها، ولا تلبس وإن ذكيت، وينتفع بها فيما سوى ذلك.

فأما قول ابن حبيب، فعلى رواية التحريم. وأما رواية ابن المواز، فيجوز أن يكون على رواية نفى التحريم، ويجوز أن يكون على رواية التحريم لما كان تحريمًا مختلفًا فيه.

وأما السباع التى لا تعدو كالكهرو الثعلب والضبع، فقد قال ابن حبيب: يجوز بيعها

٢٧٢ كتاب الصيد
ولباسها والصلاة فيها إذا ذكيت. وقال الشافعي: لا تطهر جلود السباع بالذكاة غير
الضبع وتطهر بالدباغ غير جلد الكلب والخنزير.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ﴾، إلى قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا
ذَكَيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، فاستثنى الذكي على أنه غير محرم.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا جلد يطهر بالدباغ، فوجب أن يطهر بالذكاة كجلد
الضبع.

مسألة: وأما جلد الفرس، فقال ابن المواز: لا يصلح به وإن ذبح ودبغ. وقال ابن
حبيب: لا بأس ببيعه والصلاة فيه، وقد اتفقنا على أنه جلد حيوان مكروه لا محرم،
فيتخرج من هذا أن جلد الحيوان المكروه لحمه، عند ابن المواز، لا يستباح استعماله
بذكاة ولا دباغ.

ومعنى ذلك ما رواه عن مالك أنه إنما كره ذكاتها للذريعة إلى أكل لحومها، فمنع
من ذلك لما كانت كثيرة التكرار والوجود لا لعينها.

وأما جلود السباع، فقد أجاز بيعها والصلاة بها إذا ذكيت، وإن لم تدبغ، وذلك لما
لم تكن لحومها موجودة، فلم يخف أن يكون استعمال جلودها ذريعة إلى أكلها،
فتأكدت عنده كراهية لحوم الخيل وجلودها لما تخاف الذريعة إلى أكلها.

ولا يمتنع مثل هذا في الشريعة، فإن لحم الخنزير محرم كلحم الميتة وكالخمير، ثم
شرع الحد في شرب الخمر لما خيف الشرع إليها، ولم يشرع الحد في أكل الميتة ولا
أكل لحم الخنزير لما لم يخف التسرع إليها. وقال ابن حبيب في جلد الفرس: لا بأس
ببيعه والصلاة فيه.

. ومعنى ذلك أنه غير محرم لحمه، فجاز أن يكون جلده طاهرًا، كجلود السباع التي
لا تعدو.

مسألة: وأما جلد الحمار والبغل، فقد قال ابن المواز: لا يصلح بجلد شيء من ذلك،
وإن دبغ وذبح. وقال مالك: أكره ذكاتها للذريعة إلى أكل لحومها، وهذا يقتضى أنها
عنده على الكراهية.

ويحتمل على توجيه ابن حبيب أن يكون القول فيها كالقول في جلد الفرس. وأما
على رواية التحريم، فيجب أن يكون جلدها ممنوعًا قولاً واحداً.

كتاب الصيد ٢٧٣

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن العظم ينجس بالموت، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا ينجس بالموت. وقد روى ابن المواز: أن مالكاً نهى عن الانتفاع بعظم الميتة والفيل والادهان فيه، ولم يطلق تحريمها؛ لأن ربيعة وابن شهاب أجاز الامتشاط بها.

قال ابن حبيب: وقد أجاز ذلك ابن الماجشون ومطرف وابن وهب وأصبيغ. فأما ابن وهب وأصبيغ، فإنهما راعيا تغليتها بالماء، وجعلا ذلك كالدباغ فيها يطهرها كما يطهر الجلد الدباغ.

وهذا يدل على أنه ينجس عندهما بالموت، فلم أر مالكاً فى رواية ابن المواز عنه راعى ذلك فيها، كذلك مطرف وابن الماجشون.

قال الشيخ أبو بكر: والخلاف فى هذه المسألة مبنى على أن الروح يحل العظم أو لا يحله، وهذا الذى قاله مالك هو الأصل غير رواية ابن وهب وأصبيغ، فإنهما جعلاه مما تحله الروح، ويطهر بالدباغ.

والدليل على أن الروح يحله، وأنه ينجس بالموت قوله تعالى: ﴿مَنْ يَجِئِ الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ﴾ [يس: ٧٨] الآية. ودليلنا من جهة القياس أن ما ينجس لحمه بالموت ينجس به عظمه كالكلب والخنزير.

ووجه الرواية الثانية أنه جزء لا يألم الحيوان منه، فلم ينجس بالموت. أصل ذلك الشعر. وقال الشيخ: لم يحرم الانتفاع بأنياب الفيل وغيره، وإنما كره ذلك للاختلاف فى موتها.

وقال ربيعة: إنما يتنفع من عظم الفيل بالناب وحده؛ لأنه لا لحم عليه ولا دسم فيه، إنما هو كعود يابس ثابت، قال: وكذلك كل عظم ليس عليه لحم. وإلى هذا ذهب ابن حبيب، ولا أعلم بهذه الصفة غير الأسنان، وهذا يقتضى أن أصل العظم الطهارة، وإنما ينجس ما نبت عليه اللحم مما خالطه من الدسم الذى ينجس بالموت.

وقد قال عن مالك: إن الريش الذى له سنخ فى اللحم والدم والقرون والأنياب والأظافر لا خير فيه، وحكم هذا فيما ذكر ربيعة حكم ناب الفيل، إلا أن يكون ابن حبيب روى عن مالك قوله، واختار قول ربيعة.

فرع: وأما بيع عظام الميتة، فقد حكى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: لم أسمع أحداً يرخص فى ذلك، وإذا وقع البيع فسخ، ورد الثمن إلى المبتاع، وذلك عنده فى عظام الفيل وغيرها.

٢٧٤ كتاب الصيد

وقال ابن عبد الحكم، عن مالك: يجب اجتناب عظام الميتة وعظام الفيل؛ لأنها تجرى بجرى اللحم، فلا يمتشط بها ولا يتجر فيها.

وقال ابن حبيب في الواضحة: إذا غلبت جاز بيعها كما يجوز بيع جلود الميتة إذا دبغت. وقال أصبغ: لا تباع، وإن غلبت، غير أنى لا أفسخ بيعها بعد أن تغلى إلا أن تكون قائمة لم تفت.

وأما ما لم يدبغ ولم يغلى، فالبيع مفسوخ فاتت أو لم تفت، وهذا كله يدل من قول أصحابنا على أنها تنجس بالموت وتحلها الروح.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وقول ابن حبيب وربيعة فى العظم الطاهر لا معنى له عندى، إلا أن يريد أن طول ظهوره ويسر رطوبته أو عدمها يقوم مقام الدباغ لسائرهما، وهذا حكم أنياب الفيل الذى لم يذك.

فأما إذا ذكى، فقد قال الشيخ أبو بكر: يتنفع بجلده وعظمه من غير دباغ كجلود السباع وعظامها يجوز الانتفاع بها إذا ذكيت من غير دباغ.

فروع: وكره مالك أن يطبخ بعظام الميتة طعام أو شراب أو يسخن بها ماء لوضوء، قال ابن حبيب: أكرهه، فإن فعل جاز أكل الطعام، ولم ينجس الماء. قال الشيخ أبو بكر: إنما كره ذلك لجواز أن يقع فى القدر منها شىء فينجسه.

مسألة: الشعر والصوف والوبر لا ينجس بالموت، زاد ابن حبيب، عن مالك: وكذلك الريش الذى لا سنخ مثل الزغب وشبهه، وبه قال أبو حنيفة، غير أنه استثنى شعر الكلب والخنزير، وهو أحد قولى الشافعى، وقوله الثانى أن ذلك كله ينجس بالموت، وذلك مبنى عندنا على أن الروح لا يحل.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَنَعْتُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ﴾، إلى قوله: ﴿وَمَتَاعًا إِلَى حِينٍ﴾ [النحل: ٨٠]، فوجب الاستدلال من الآية عمومها، ولم يفرق بين شعر الميتة وغير منها.

ودليلنا من جهة القياس أن جز الشعر سبب لانقطاع الماء عن الشعر، فلم ينجس به كجزه. قال الشيخ أبو بكر: تجوز الخرازة بشعر الخنزير؛ لأنه ليس بنجس ولا روح فيه فيموت بعد ذلك منه بأن يؤخذ ذلك منه حال حياته أو بعد موته، والله أعلم.

٩٩٣ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ قُسَيْطٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ نَوْبَانَ، عَنْ أُمِّهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ أَنْ يُسْتَمْتَعَ بِجُلُودِ الْمَيْتَةِ إِذَا دُبِغَتْ.

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت»، أمره هاهنا يصح أن يحمل على الوجوب والمنع من إتلاف ما يمكن الانتفاع به، أو ما يصلح أن يملك على اختلاف الناس في ذلك، كما أنه ﷺ نهى عن إضاعة المال وترك الانتفاع به مع جواز ذلك من باب ما يتمول.

ويحتمل أن يحمل على الوجوب، فمنع تحريم ترك الانتفاع به تحريم له؛ لأن تحريم ما أحله الله محرم، ويصح أن يحمل على الندب، وهو أقل ما يحمل عليه على الصحيح من المذهب، وهو قول أكثر شيوخنا.

وقد قال القاضى أبو الفرج، من أصحابنا: إن الإباحة أمر، فعلى هذا يجوز أن يريد به إباحة الاستعمال لها بعد الدباغ، والأول أظهر؛ لأن الأمر بالفعل اقتضاء له ومنع من تركه على وجه ما هو أمر به، وأما الإباحة للفعل، فإنها تعليق الفعل بمشيئة المأذون له فيه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «أن يستمتع بها»، يحتمل الاستعمال المعهود من مثلها، ويحتمل أن يريد استعمالاً عاماً، والأظهر من لفظ الاستمتاع أنه ليس بتملك محض، وإنما هو انتفاع إلى وقت أو على وجه مخصوص.

فصل: وقوله: «إذا دبغت»، شرط فى إباحة الاستمتاع، ويمنع ذلك الاستمتاع بها قبل الدباغ عند القائلين بدليل الخطاب دون غيرهم ممن لا يقول به، وقد تقدم من أقوال أصحابنا فى منع الانتفاع بها قبل الدباغ، والله أعلم.

* * *

٩٩٣ - أخرجه النسائي فى الفرع والعنبرة ٤١٧٧. وأبو داود فى اللباس ٣٥٩٥. وابن ماجه فى اللباس ٣٦٠٢. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٣٠٨، ٢٣٥٨٧، ٢٤٠٠٢، ٢٤٠٤٠. والدارمى فى الأضاحى ١٩٠٤. وعبد الرزاق فى المصنف برقم ١٩١ عن عائشة. والبغرى فى شرح السنة ١٠٠/٢ عن عائشة. وذكره فى الكنز برقم ٢٧٣١٥ وعزاه السيوطى لعبد الرزاق عن عائشة. وأخرجه ابن أبى شيبه ٣٧٨/٨ عن عائشة.

ما جاء فيمن يضطر إلى أكل الميتة

مَالِكٌ أَنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي الرَّجُلِ الْمُضْطَرُ يُضْطَرُّ إِلَى الْمَيْتَةِ أَنَّهُ يَأْكُلُ مِنْهَا حَتَّى يَشْبِعَ وَيَتَزَوَّدَ مِنْهَا، فَإِنْ وَجَدَ عَنْهَا غَنًى طَرَحَهَا.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن الله تعالى حرم الميتة، فلا يجوز أكل لحمها، وهذا اللفظ إذا أطلق في الشرع، فإنما ينطلق على غير المذكي، وإن كان المذكي ميتاً، فلا يجوز أكل الميتة لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣]، والمعنى والله أعلم، حرم عليكم أكلها، وهذا مع الاختيار والسعة.

وأما مع الاضطرار، فمن اضطر إلى أكل الميتة، جاز أن يأكل منها. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحَى إِلَىٰ محرماً عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾، إلى قوله: ﴿غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥]. وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ﴾ [المائدة: ٣] الآية، فمن اضطر إلى أكل الميتة أو الدم أو لحم الخنزير، جاز له ذلك. ووجه ذلك الآية المذكورة.

فصل: وقوله: «يأكل منها حتى يشبع ويتزود»، يريد إن اضطر إلى أكلها واستباحتها بذلك، فإنه لا يقتصر على ما يرد رمقه منها، بل يشبع منها الشبع التام، ويتزود؛ لأنها مباحة له كما يمتنع من الطعام المباح في حال وجود الطعام لما كان مباحاً له.

وقال ابن حبيب: إنما يأكل منها ما يقيم رمقه، ثم لا يأكل بعد ذلك حتى يصير من الضرورة إلى حاله الأولى، وبه قال عبد العزيز بن الماجشون وابنه.

ووجه ذلك أن الإباحة إنما تثبت لحفظ النفس، وذلك يوجد فيما دون الشبع، فما زاد لا يتناول لحفظ النفس، فكان ممنوعاً منه.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون وحكاه القاضي أبو محمد: محرمة عليه يومه وليلته، ومن تعشى، فهي محرمة عليه ليلته تلك واليوم بعدها، ثم بعد ذلك إن وجد بنفسه قوة، مضى على ذلك، وإن دخله ضعف، وخاف الموت أو ما قاربه، جاز له أن يأكل منها ما يرد نفسه، وينهضه في سفره.

وتعلق ابن حبيب في ذلك بما روى، عن الأوزاعي، عن حسان بن عطية، عن أبي واقد الليثي، أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: إنا نكون بأرض تصيينا فيها المخمصة،

كتاب الصيد ٢٧٧
فمتى تحل لنا الميتة؟ فقال: «إذا لم تصطبحوها، ولم تغتبقوها، ولم تحتفوا بقلأ شأنكم بها»^(١).

قال عبد الملك: يعنى بالاصطباح الغداة، والاعتباق العشاء، والاحتفاء جمع البقل وأكله، وذلك يدل على أنه لا يأكل الميتة ما وجد تعليلاً من تقبل أو غيره يمسك نفسه ويؤمنه الموت.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يُضْطَرُّ إِلَى الْمَيْتَةِ أَيَأْكُلُ مِنْهَا وَهُوَ يَجِدُ ثَمَرَ الْقَوْمِ أَوْ زَرْعًا أَوْ غَنَمًا بِمَكَانِهِ ذَلِكَ؟

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ ظَنَّ أَنَّ أَهْلَ ذَلِكَ الثَّمَرِ أَوْ الزَّرْعِ أَوْ الْغَنَمِ يُصَدِّقُونَهُ بِضُرُورَتِهِ حَتَّى لَا يُعَدَّ سَارِقًا، فَتُقَطَّعَ يَدُهُ رَأَيْتُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ أَىِّ ذَلِكَ وَجَدَ مَا يَرُدُّ جُوعَهُ، وَلَا يَحْمِلُ مِنْهُ شَيْئًا، وَذَلِكَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ يَأْكُلَ الْمَيْتَةَ، وَإِنْ هُوَ خَشِيَ أَنْ لَا يُصَدِّقُوهُ، وَأَنْ يُعَدَّ سَارِقًا بِمَا أَصَابَ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنَّ أَكْلَ الْمَيْتَةِ خَيْرٌ لَهُ عِنْدِي، وَلَهُ فِي أَكْلِ الْمَيْتَةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ سَعَةٌ مَعَ أَنِّي أَخَافُ أَنْ يَعْدُوَ عَادٍ مِمَّنْ لَمْ يُضْطَرَّ إِلَى الْمَيْتَةِ يُرِيدُ اسْتِحْجَاةَ أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ وَزُرُوعِهِمْ وَثَمَارِهِمْ بِذَلِكَ بَدُونِ اضْطِرَارٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: وهذا كما قال، أن من اضطر إلى أكل الميتة، فوجدها ووجد ما لا يمكن الوصول إليه، فلا يخلو أن يكون مما لا قطع فيه كالثمر المعلق والزرع القائم ونحوه، أو يكون مما فيه القطع إذا أخذ على وجه السرقة كالمال في الحرز.

فإن كان مما لا يقطع فيه، فقد قال مالك من رواية محمد عنه: إن خفى ذلك فليأخذ منه. وأما إن وجد ثمرًا أو زرعًا أو غنمًا لقوم، فظن أن يصدقوه ولا يعدوه سارقًا فليأكل من ذلك أحب إلى من الميتة.

فشرط في المسألة الأولى، وهو في الثمر المعلق أن يخفى له ذلك لمعنيين، أحدهما: أن يعلم أنه لا إثم عليه في ذلك، ولا شيء فيما بينه وبين الله، وإنما يجب أن يحترز في ذلك من المخلوقين لنفسه، فربما أودى أو ضرب ضربًا عنيفًا إن علم به، ولم يعذر بما يدعيه من الضرورة.

(١) أخرجه أحمد في المسند حديث رقم ٢١٣٩١، ٢١٣٩٤. الدارمي حديث رقم ١٩٩٦.

٢٧٨ كتاب الصيد

وشرط فى القسم الآخر: أن يصدقوه، وهو فى الثمر الذى قد آواه إلى حرزه
والزرع الذى حصده وأوى إلى حرزه، والغنم التى فى حرزها، وهى التى أراد فى
مسألة الكتاب، ولذلك قال: إنه ربما تقطع يده ولم يصدقوه.

ولم يشترط أن يخفى له ذلك؛ لأن أخذه على وجه التستر به هو الذى يعاقب عليه
بالقطع، فإنما يجب أن يأخذه معلماً إن علم أنهم يصدقونه، وإن لم يعلم ذلك، فلا
يتعرض إلى أخذه على وجه الاستسرار؛ لأن ذلك يؤدى إلى قطع يده، والذى يأخذ من
التمر المعلق لا على وجه الاستسرار، فذلك لا يوجب قطع يد.

فصل: وقوله: «فيما يجده من الثمر والزرع والغنم لغيره إن ظن أنهم يصدقونه،
فإنه يأكل منه ما يرد جوعه، ولا يحمل منه شيئاً»، وفرق بين أكله من هذا وبين أكله
من الميتة، ففى الميتة قال: يشبع ويتزود، وقال فى هذا: يأكل ما يرد جوعه ولا يتزود.

ووجه ذلك أن هذا مال لغيره، فهو ممنوع منه لحق الله ولحق مالكه، فليس له أن
يأخذ منه إلا بقدر ما يرد به رمقه. وأما الميتة، فليست بمال لغيره، وإنما هى ممنوعة لحق
الله تعالى، وحقوق الله تعالى إذا استبيحت للضرورة تجاوزت الرخصة فيها مواضع
الضرورة.

وحقوق آدميين لا تتجاوز مواضع الحاجة والضرورة، وهذا الفرق على رواية
الموطأ ورواية ابن المواز. وأما على رواية ابن حبيب، وهى الرواية الثانية عن مالك: فلا
فرق بينهما.

فصل: وقوله: «وذلك أحب إلى من أن يأكل الميتة»، يريد أن ما أكله من الثمر أو
الزرع مباح العين، وإنما هو ممنوع منه لحق الغير، وإذا بلغت الضرورة منه إلى استباحة
الميتة، فقد لزم صاحب هذا الثمر أو الزرع أن يعطيه منه ما يرد به رمقه، وإن لم يكن
عنده ثمن أو يبيعه منه إن كان عنده ثمن.

فإذا أخذ بقدر ذلك، فقد بلغ به حقه، وكان مباحاً له من الوجهين، من جهة أنه
مباح فى نفسه، ومن جهة أنه قد لزم صاحبه تسليمه إليه.

وأما الميتة، فليست بمباحة فى نفسها، فكان أكل هذا الطعام الذى هو مباح فى
نفسه أولى.

فصل: وقوله: «وإن هو خشى أن لا يصدقوه وأن يعدوه سارقاً، فإن أكل الميتة خير

كتاب الصيد ٢٧٩
له عندى»، يريد أنه إن خاف أن يعدوه سارقاً بأخذه إياه على وجه الاستتار من الحرز، فيجب عليه بذلك القطع، فأكل الميتة أولى.

ولا يحل له أن يتعرض لما يوجب قطع يده، وأضاف ذلك إلى رأيه، وفتواه إما لأنه لم ير فيه نصاً لغيره، أو لأنه قول اختاره من أقوال العلماء قبله.

فصل: وقوله: «مع أنى أخاف أن يعدو عادٍ ممن لم يضطر إلى أكل الميتة»، يريد استجازة أخذ أموال الناس وزروعهم وثمارهم، بذلك أظهر لمنعه من ذلك علة أخرى، وهى أن ما يدعيه هذا من الضرورة أمر لا يعلم إلا من جهته، وبقوله فى الأغلب، ولو شرع هذا للناس لتسبب أهل الظلم والعدوان إلى أخذ أموال الناس وزروعهم وثمارهم.

فإذا ظهر عليهم وظفر بهم ادعوا الضرورة، فوجب سد هذا الباب، ووجب على هذا المضطر أن يأكل الميتة ولا يتعرض لهذا الوجه الذى لا يخلو من أن يتهم فيه، ولو صدق فيه لتسبب به غيره، فهو ليس بصادق، ولا يعرف صدق هذا الذى ادعى الضرورة إلى أكل زروع الناس وثمارهم.

مسألة: وإنما خص مالك فى هذه المسألة أن يحرز الزرع والتمر والماشية دون سائر أنواع الأموال؛ لأن هذه أو ما كان من جنسها ينتفع المضطر بوجودها. وأما ما كان غير جنسها من الأموال كالثياب والعين، فلا منفعة فيها؛ لأنه لا يمكنه أكلها، فلا يجوز له أن يأخذ شيئاً منها سواء وجد ميتة أو لم يجدها.

وإن كان موضع يجد به من يشتري منه الثياب أو يبيعه طعاماً بالدنانير والدرهم، لما جاز له أكل الميتة، ولا أخذ مال غيره، بل يجب عليه أن يظهر ضرورته ويسأل، فإن وهب إن لم يكن عنده ثمن أو بيع منه، إن كان عنده ثمن، وإلا جاز له قتالهم بمنزلة منعه الماء، من كتاب ابن المواز.

وفى المبسوط روى ابن وهب، عن مالك: من خاف من السباع، فجاج فتضيف قومًا، فأبوا أن يضيفوه، فلا يتضيفهم إلا برضاهم، وليأكل الميتة، وليكف عنهم وعن أموالهم إلا ما لا قطع فيه، يريد بأموالهم ما ليس بطعام.

وقد أورد ابن حبيب هذه المسألة إيراداً حسناً، فبينها واختصرها، فقال: قال مالك: من نزلت به مخمصة خاف منها على نفسه وهو بمكان فيه مال مسلم يمكنه الأكل منه، فما كان من الثمار فى رعوس النخل لا قطع فيه، فليأكل منها ما يرد نفسه ثم يكف، ولا يأكل الميتة.

٢٨٠ كتاب الصيد

وإن كانت الثمار قد أحرزت، فليأكل الميتة، ولا يأكل منها إلا بأذن صاحبها، وما كان من الأموال من غير الثمار، فإنه يأكل الميتة، لا يأكل منها شيئاً. قال عبد الملك: وهذا إذا وجد ميتة، فإن لم يجدها وخاف الموت، جاز له أن يأكل من أى ذلك وجد من مال المسلم.

وإن حضر صاحب المال، فحق عليه أن يأذن له فى الأكل منه، فإن منعه، فجزاء للذى خاف الموت أن يقاتله حتى يصل إلى أكل ما يرد به نفسه.

فرع: قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أن يدعوه أولاً إلى أن يبيعه منه بثمن فى ذمته ويعرفه بضرورته، فإن أبى استطعمه، فإن أبى أعلمه بأنه يقاتله عليه، وليس له أخذه ابتداءً بغير عوض خلافاً لمن قال بذلك.

قال القاضى أبو محمد: ووجه ذلك أن ذمة الإنسان بدل من ماله، ولو كان له مال لم يجوز أن يأخذ إلا بعوض، فكذلك ما يعاض منه.

فرع: وإذا أكل المضطر إلى الميتة مال غيره، فقد قال الشيخ أبو القاسم: يأكل منه ويضمن، وقيل: لا ضمان عليه فيما اضطر إليه.

وجه القول الأول أنه أتلف مالاً لغيره لمنفعة نفسه، فكانت عليه قيمته كغير المضطر، فإن اضطراره إنما يتعلق بإباحة أكله دون إسقاط عوضه. ووجه القول الثانى أنه مال جاز له إتلافه من غير إذن، فلم يلزمه ضمانه. أصل ذلك المباح الذى لا ملك لأحد عليه.

مسألة: ومن وجد ميتة وصيداً، وهو محرم أكل الميتة، ولم يذك الصيد؛ لأن بذكاته يكون ميتة، وقتله محرم حال إحرامه. وقال محمد بن عبد الحكم: لو نابنى ذلك لأكلت الصيد، وإن وجدت ميتة وخنزيراً.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: والأظهر عندى أن يأكل الميتة، ويمتنع من الخنزير؛ لأنه ميتة مع أنه لا يستباح بوجه، ولا يجوز للمضطر أكل لحم بنى آدم، وإن خاف، خلافاً للشافعى.

والدليل على ما نقوله أن من لا يجوز له قتله لحفظ نفسه، فإنه لا يجوز له أكل لحمه. أصله أكل لحمه ميتاً.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن العادم للطعام المضطر إلى أكل الميتة أكثر ما يكون ذلك فى السفر والقفرة على ما ذكرناه، وقاله ابن حبيب.

وأما فى الحواضر والمدن، فليسأل فى ذلك، ولا يخلو السفر من أن يكون سفرًا مباحًا أو سفرًا محرّمًا أو سفرًا مكروهًا.

فأما السفر المباح، فهو الذى يجوز له أن يترخص فيه بأكل الميتة، وأما السفر المحرم، فالمشهور من مذهب مالك: أنه لا يجوز له ذلك، ففرق بينه وبين القصر والفطر فى سفر المعصية.

وروى زياد بن عبد الرحمن الأندلسى: أن العاصى فى سفره يقصر الصلاة، ويفطر فى رمضان، فسوى بين ذلك كله، وهو قول أبى حنيفة. وقال ابن حبيب ومالك: لا يحل له أكل الميتة من ضرورة، وبه قال الشافعى.

وجه القول الأول قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، الآية؛ ولأنه لا خلاف أنه لا يجوز له قتل نفسه بالإمساك عن الأكل، وأنه مأمور بالأكل على وجه الوجوب، ومن كان فى سفر معصية لا يسقط عنه الفروض الواجبة من الصوم والصلاة، بل يلزمه الإتيان بها، فكذلك ما ذكرناه.

ووجه القول الثانى أن هذه المعانى على التخفيف والعون على الأسفار المباحة لحاجة الإنسان إليها، فلا يباح له أن يستعين بها على المعاصى، وله سبيل إلى أن لا يقتل نفسه.

قال ابن حبيب: وذلك بأن يتوب ثم يتناول لحم الميتة بعد توبته، وقد تعلق ابن حبيب فى ذلك بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] الآية، فاشترط فى استباحة الميتة للضرورة أن لا يكون باغيًا، والمسافر على وجه المحاربة أو قطع رحم أو طالب إثم باغٍ ومتعد، فلم يوجد شرط الإباحة، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن اضطر إلى شرب الخمر لجوع أو عطش حيث يجوز له أن يترخص بأكل الميتة، فهل له أن يشربها؟ روى ابن القاسم، عن مالك فى العتبية: لا يشربها، ولن تزيده إلا عطشًا.

قال الشيخ أبو بكر فى شرحه: لا يشرب الخمر؛ لأنها لا تروى من عطش، ولا تغنى من جوع، فيما يقال. وأما إن كانت تشبع أو تروى، فلا بأس أن يشربها عند الضرورة كالميتة.

وفى النوادر ذكر عن ابن حبيب فىمن غص وخاف على نفسه: أن له أن يسيغها بالخمر، وقاله أبو الفرج. وروى أصبغ عن ابن القاسم: يشرب المضطر الدم، ولا يشرب الخمر، ويأكل الميتة، ولا يقرب ضوال الإبل، وقاله ابن وهب.

٢٨٢ كتاب الصيد

مسألة: وأما التداوى، فالمشهور من المذهب أنه لا يحل ذلك. وقال ابن سحنون: لا بأس أن يداوى جرحه بعظام الأنعام المذكاة، ولا يداويه بعظام الميتة أو بعظم إنسان أو خنزير، ولا بعظم ما لا يحل أكله من الدواب.

وفى العتبية عن مالك فى المرتك يصنع من عظام الميتة: إن جعل فى قرحة أو جرح، فلا يصلى به حتى يغسل. وقال ابن حبيب: وإن صلى به لم يكن ممن صلى بنجاسة للنار التى أحرقتة، وقد خفف ابن الماجشون أن يصلى.

فإذا قلنا إنه لا يجوز التداوى بها، ويجوز استعمالها للضرورة، فالفرق بين التداوى وبين الأكل والشرب للضرورة ما قاله، وذلك أنه التداوى لا يتيقن البرء به، فلم يجوز أن يستعمل المحظور فيه.

وأما الأكل والشرب للجوع والعطش، فإنه يتيقن البرء به، فلذلك جاز استعماله. وظاهر قول مالك فى العتبية فى التداوى المرتك من عظام الميتة مع منعه من الصلاة، يحتمل ثلاثة أوجه، أحدها: أنها رواية عنه فى التداوى بما لا يحل استعماله إلا للضرورة.

والوجه الثانى: أنه إنما أباح فى ذلك ما فيه الخلاف، وذلك أن ابن الماجشون جعل ذلك طاهرًا. وأما ما لا خلاف فى نجاسته، فلا يجوز ذلك فيه. والوجه الثالث: أنه وقع الخلاف فى استعماله خارج البدن، فجوزه مالك، ومنعه ابن سحنون.

وأما شربه فيحرم على الوجهين. وقول ابن حبيب: إن النار تطهر عظام الميتة، خلاف المذهب؛ لأن العظم نجس العين، وما نجس لعينه لم يطهر بوجهه، وما تنجس بمجاورة لا يطهر إلا بالماء. وما رواه عن ابن الماجشون مما انفرد به عبد الملك، والله أعلم وأحكم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأشربة

الحد في الخمر

٩٩٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ أَنَّهُ أَحْبَبَهُ أَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ خَرَجَ عَلَيْهِمْ فَقَالَ: إِنِّي وَجَدْتُ مِنْ فُلَانٍ رِيحَ شَرَابٍ، فزَعَمَ أَنَّهُ شَرَابُ الطَّلَاءِ، وَأَنَا سَائِلٌ عَمَّا شَرِبَ، فَإِنْ كَانَ يُسَكِّرُ جَلَدَتُهُ، فَجَلَدَهُ عُمَرُ الْحَدَّ تَامًا.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب خرج عليهم»، يريد على المسلمين، فقال: «إني وجدت من فلان ريح شراب»، وفلان هذا يقال إنه ابنه، فروى معمر، عن الزهري هذا الحديث، فقال: إني وجدت من عبيد الله ريح شراب، والأصح أنه ابنه عبد الرحمن الأوسط.

وكان له ثلاثة بنين كلهم يسمى عبد الرحمن، أكبرهم يقال إنه أدرك النبي ﷺ، والثاني: هو أبو شحمة المجلود في الخمر، والثالث: وهو أصغرهم جد عبد الرحمن بن المجبر.

فصل: وقوله: «وجدت ريح شراب»، اسم الشراب ينطلق من جهة اللغة على كل مشروب مسكر وغيره، وإنما وجد عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، من الشارب ريح شراب، ولم يتميز له، هل هو ريح مسكر أو غيره، ولو تميز له أنه ريح شراب مسكر لما احتاج أن يسأل عنه إن كان مسكرًا أو لا.

وقد اختلف الفقهاء في وجوب الحد بالرائحة، فذهب مالك وجماعة أصحابه إلى أن الحد يجب على من وجد فيه ريح المسكر، ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعي، وقالوا: لا حد عليه.

٩٩٤ - أخرجه النسائي في الكبرى ٢٢/٨. البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٣/١٧٣٢٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٦٤، وقال: هذا الإسناد أصح ما يروى من أخبار الآحاد.

٢٨٤ كتاب الأشربة

والدليل على ما ذهب إليه مالك وأصحابه ما روى عن السائب بن يزيد أنه حضر عمر بن الخطاب، وهو يجلد رجلاً وجد منه ريح شراب، فجلده الحد تاماً. فوجه الدليل من ذلك أن عمر بن الخطاب حكم بهذا، وكان ممن تشتهر قضاياه، وتنتشر ويتحدث بها، وتنقل إلى الآفاق، ولم ينقل خلاف عليه، فثبت إنه إجماع.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا معنى تعلم به صفة ما شربه المكلف وجنسه، فوجب أن يكون طريقاً إلى إثبات الحد. أصل ذلك الرؤية لما شربه بل الرائحة أقوى في حال المشروب من الرؤية؛ لأن الرؤية لا يعلم بها الشراب أمسكر هو أم لا، وإنما يعلم ذلك برائحته.

إذا ثبت ذلك، ففي هذا ثلاثة أبواب، الباب الأول: فيمن يجب استنكاهه ممن لا يجب ذلك فيه. الباب الثاني: فيمن يثبت ذلك بشهادته. الباب الثالث: فيما يجب في ذلك إذا تيقنت رائحة المسكر أو أشكلت.

* * *

الباب الأول فيمن يجب استنكاهه

وذلك بأن يرى الحاكم منه تخليطاً في قول أو مشى شبه السكران، ففي الموازية من رواية أصبغ عن ابن القاسم أنه إذا رأى ذلك منه أمر باستنكاهه، قال: لأنه قد بلغ إلى الحكم، فلا يسعه إلا تحقيقه، فإذا ثبت الحد أقامه. وكذلك لو شم منه رائحة ينكرها أو أخبره بمحضرتة من ينكرها منه.

قال القاضي أبو الوليد: فعندى أنه قد تعين عليه استنكاهه وتحقيق حاله لأن هذه صفة ينكر بها حاله، فيجب اختباره، وتحقق حاله كالتخليط في الكلام والمشى، والله أعلم.

مسألة: فإن لم يظهر منه شيء من هذه الأحوال، يريد التخليط في القول والمشى لم يستنكاهه، رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية والموازية، قال: ولا يتجسس عليه. ووجه ذلك أنه لم ير ريباً ولا خروجاً عن أحوال الناس المعتادة، ولا يجوز التعرض لهم من غير ريب.

* * *

الباب الثاني فيمن يثبت ذلك بشهادته

فأما من ثبت ذلك بشهادته، فإنه يحتاج إلى معرفة صفتهم وعددهم. فأما صفتهم، فقد قال القاضي أبو الحسن في كتابه: إن صفة الشاهدين على الرائحة أن يكونا ممن خبر شربها في وقت إما في حال كفرهما أو شربها في إسلامهما، فجلدا ثم تابا حتى يكونا ممن يعرف الخمر بريحتها.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا عندي فيه نظر؛ لأن من هذه صفة معدوم أو قليل، ولو لم يثبت الرائحة إلا بشهادة من هذه صفة لبطلت الشهادة فيها في الأغلب. ووجه ثان، وهو أنه قد يكون ممن لم يشرب قط، ولكن يعرف رائحتها معرفة صحيحة بأن يجزبه عنها المرة بعد المرة من قد شربها أنها هي رائحة الخمر حتى يعرف ذلك كما يعرفها الذي قد شربها.

مسألة: وأما العدد، فلا يخلو أن يكون الحاكم أمر الشهود بالاستنكاه، أو فعلوا هم ذلك ابتداء، فإن كان الحاكم أمرهم بذلك، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: أنه استحب أن يأمر شاهدين، فإن لم يكن إلا واحد وجب به الحد.

وأما إن كان الشهود فعلوا ذلك من قبل أنفسهم، فلا يجزى أقل من اثنين كالشهادة على الشرب. وقد روى ابن وهب عن مالك: أنه إن لم يكن مع الحاكم إلا واحد، فليرفعه إلى من هو فوقه.

وما رواه ابن حبيب عن أصبغ مبنى عندي على أن الحاكم يحكم بعلمه، فلذلك جاز عنده علم من استناب، وإلا فقد يجب أن لا يجزى ذلك حتى يشهد عنده فيه شاهدان.

* * *

الباب الثالث فيما يجب بشهادة الاستنكاه

أما شهادة الاستنكاه، فلا يخلو أن يكون الشهود متيقنين للرائحة أو شاكين، فإن كانوا متيقنين للرائحة، فلا يخلو أن يتفقوا على أنها رائحة المسكر أو على أنها رائحة غير مسكر أو يختلفوا في ذلك، فإن اتفقوا على أنها رائحة مسكر، فلا نعلم في المذهب خلافاً في ترك وجوب الحد، فإن اتفقوا على أنها رائحة مسكر، وجب عليه الحد، وإن اختلفوا فقال بعضهم: هي رائحة مسكر. وقال آخرون: ليست برائحة مسكر، فقد قال ابن حبيب: إذ اجتمع منهم اثنان على أنها رائحة مسكر، حد.

٢٨٦ كتاب الأشربة

ووجه ذلك أن الشهادة قد قامت، وكملت باجتماع شاهدين على أنها رائحة مسكر، فلا يؤثر في ذلك نفي من نفي مقتضاها كما لو شهد شاهدان رأياه يشرب خمراً، وقال شاهدان آحران: لم يشرب خمراً.

مسألة: فإن شك الشهود في الرائحة، هل هي رائحة مسكر أو غير مسكر، نظرت حاله، فإن كان من أهل السنفه نكل، وإن كان من أهل العدل خلى سبيله، حكاه ابن القاسم في العتبية والموازية عن مالك.

ووجه ذلك أن من عرف بالسفنه والشرب والتخليط، وخيف أن يكون ما شك فيه مما حرم عليه، وجب أن يزجر عن التشبه بذلك لتلا يتطرق بذلك إلى إظهار معصية، وأما من كان من أهل العدل فتبعد عنه الريبة.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن الحد يتعلق بما يقع به الفطر من جواز الشراب الفم إلى الخلق.

فصل: وقوله: «فزعم أنه شرب الطلاء» دليل على أن عمر بن الخطاب لم يتيقن ذلك، ولا تحقق هل هو ريح مسكر أو غيره، ويحتمل أن يكون لم يعرف الطلاء، فأراد أن يسأل عنه، ولم يعول على إقراره أنه لم يشرب غير ذلك، ويحتمل أن يكون عرف الطلاء، ولم يعرف صدقه في كونه طلاء لا يسكر، فأراد أن يسأل عنه، ويتوصل إلى معرفة ذلك، إما باستنكاهه أو بالنظر إلى بقيته، وشمه إن كانت بقيت منه بقية.

فصل: وقوله: «فإن كان يسكر جلدته» ظاهر في أن ما يسكر عندهم يجب به عندهم الحد، وإن لم يبلغ الشارب حد السكر، ولو بلغ حد السكر لم ينتج إلى السؤال عن الشارب؛ لأنه إنما ذكر الجنس، ولم يذكر المقدار، ولو اعتبر ذلك بالمقدار لقال إنه شرب يسيراً من الطلاء، وأنا سائل عن ذلك المقدار، ولما لم يقل ذلك وعلق حكم الحد على الجنس، علم أنه اعتبر به دون غيره.

فصل: وقوله: «فجلده عمر بن الخطاب الحد تاماً» يريد أنه جلده جلد الخمر، ولم يعززه على ما قاله بعض العلماء أنه يعزر ويعاقب وينكل إذا أشكل أمره وتعلقت التهمة به.

٩٩٥ - مَالِك، عَنْ نُورِ بْنِ زَيْدِ الدِّيَلِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اسْتَشَارَ فِي الْخَمْرِ

٩٩٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٦٥، وقال: هذا حديث منقطع، من رواية مالك، وقد روى متصلاً من حديث ابن عباس.

يَشْرِبُهَا الرَّجُلُ، فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ: نَرَى أَنْ تَجْلِدَهُ ثَمَانِينَ، فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ، وَإِذَا سَكِرَ هَذَى، وَإِذَا هَذَى افْتَرَى، أَوْ كَمَا قَالَ. فَجَلَدَ عُمَرُ فِي الْخَمْرِ ثَمَانِينَ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل» وجواب على يدل على أنه إنما استشار في قدر الحد، وإنما كان ذلك الأصح أنه لم تقرر في زمن النبي ﷺ أنه لم يجد فيه حداً بقول يعلم لا يزداد عليه، ولا يتقص عنه، وإنما كان يضرب مقداراً قدرته الصحابة، واختلفوا في تقديره، يدل على ذلك ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: ما من رجل أقمت عليه حداً، فمات فأجد في نفسي منه شيئاً إلا شارب الخمر، فإنه إن مات فيه وديته؛ لأن رسول الله ﷺ لم يبينه. ومعنى ذلك أنه لم يجده بقول يحصره ويمنع الزيادة فيه والنقص منه، فحدوه باجتهادهم.

وروى أنس: «أتى النبي ﷺ برجل قد شرب الخمر، فجلده بجزيتين نحواً من أربعين، وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس، فقال عبد الرحمن: أخف الحدود ثمانون، فأمر به عمر»^(١)، وقد تقدم من قول علي بن أبي طالب أنه قال: إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، فقاسه على المفتري. واستدل أن ذلك حكمه وإلى هذه ذهب مالك وأبو حنيفة أن حد شارب الخمر ثمانون. وقال الشافعي: أربعون.

والدليل على ما نقوله ما روى من الأحاديث الدالة على أنه لم يكن من النبي ﷺ نص في ذلك على تحديد، وكان الناس على ذلك، ثم وقع الاجتهاد في ذلك في زمن عمر بن الخطاب، ولم يوجد عند أحد منهم نص على تحديد، وذلك من أقوى الدليل على عدم النص فيه؛ لأنه لا يصح أن يكون فيه نص باق حكمه، ويذهب على الأمة لأن ذلك كان يكون إجماعاً منهم على الخطأ، ولا يجوز ذلك على الأمة، ثم أجمعوا واتفقوا أن الحد ثمانون، وحكم بذلك على ملأ منهم، ولم يعلم لأحد فيه مخالفة، فثبت أنه إجماع.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا حد في معصية، فلم يكن أقل من ثمانين كحد الفرية والزنى.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧٠٦. الترمذى حديث رقم ١٤٤٣. أحمد في المسند حديث

٢٨٨ كتاب الأشربة

فصل: وقوله: «فجلد عمر في الخمر ثمانين» يريد والله أعلم أن جميعها حد، وهو المفهوم من قولهم: جلد في الزنى مائة، وفي الفرية ثمانين. وقال بعض أصحاب الشافعي: إنه جلد الأربعين تعزيراً.

والجواب أن الظاهر ما ذكرناه، فلا يعدل عنه إلا بدليل. وجواب ثان، هو إنما ورد جواب على رضى الله عنه على سؤال عمر فيما يجب عليه من الحد، فأجابه بثمانين، وقاسه على حد الفرية، وذلك يقتضى أنها حد كلها.

وقال له عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه: أخف الحدود ثمانون، فأخذ عمر بقولهما. وهذا يقتضى أنه ضرب الثمانين كلها حدًا. وقد روى ابن المواز أن عمر بن الخطاب جلد قدامة في الخمر ثمانين، وزاده ثلاثين، وقال له هذا تأويل لكتاب الله على غير تأويله.

وفي ذلك خمسة أبواب، الباب الأول: فى صفة الشهادة التى يثبت بها الحد. والباب الثانى: فى صفة الضرب وصفة ما يضرب به. والباب الثالث: فيما يضاف إلى الحد. والباب الرابع: فى تكرار الحد. والباب الخامس: فيما يسقط الحد.

* * *

الباب الأول فى صفة الشهادة

أما الشهادة التى يثبت بها الحد، فهو أن يشهد شاهدان أنه شرب المسكر، إما بمعاينة ذلك أو بإقراره به على نفسه أو يشم رائحة ذلك منه على ما تقدم، ولو شهد أنه قاء حمراً لوجب عليه الحد؛ لأنه لا يقيئها حتى يشربها. وقد روى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

مسألة: فإن شهد شاهد أنه شرب حمراً، وشهد آخر أنه شرب مسكراً جلد الحد، رواه أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية.

ووجه ذلك أنهما قد شهدا أنه شرب مسكراً لأن اسم الخمر لا يقع إلا على مسكر، وعندنا أن كل مسكر حرام، فإذا شهد أحدهما على أنه شرب حمراً، وشهد آخر على أنه شرب مسكراً، فقد اتفقا على أنه شرب حمراً، وعلى أنه شرب مسكراً لأنه كل حمير مسكر، وكل مسكر حمراً، فقد اتفقا فى المعنى، فلا اعتبار بخلاف الألفاظ.

* * *

الباب الثاني في صفة الضرب وما يضرب به

روى ابن المواز أنه لا يتولى ضرب الحد قوى ولا ضعيف، ولكن رجل وسط من الرجال. وروى عن مالك أنه يضرب ضرباً بين اثنين، ليس بالخفيف ولا الموجه. وقال مالك: كنت أسمع أنه يختار له العدل. وروى ابن المواز أنه يضرب على الظهر والكتفين، دون سائر الأعضاء، ويكون المحدود قاعدًا لا يربط ولا يمد وتحل له يدها، قاله مالك في العتبية، ويجرد الرجل للضرب، ويترك على المرأة ما يستر جسدها ولا يقيها الضرب.

مسألة: ويضرب بسوط بين سوطين، ولا يقام حد الخمر إلا بالسوط، قال أبو زيد عن ابن القاسم: فإن ضرب بالدرة على ظهره، أجزأه، وما هو بالبين. وجه القول الأول أنه حد، فلا يقام إلا بالسوط. أصل ذلك حد الزنا. ووجه الرواية الثانية ما روى أن رسول الله ﷺ، ضرب في الخمر بالجريد والتعال.

الباب الثالث فيما يضاف إلى الحد

هل يضاف إليه حلق الرأس أم لا؟ روى أشهب عن مالك في العتبية: لا يخلق رجل ولا امرأة في الخمر ولا القذف؛ لأن حلق الرأس تمثيل، وزيادة على الحد غير جنسه، فلم يلزم ذلك كما لا يلزم حلق لحيته ولا غير ذلك من وجوه التمثيل، ولأن النبي ﷺ والصحابة بعده قد حدوا في الخمر والفرية، ولم يرو عن أحد منهم أنه مثل بالمحدود.

مسألة: وهل يطاف بشارب الخمر؟ قال ابن حبيب: لا يطاف به ولا يسجن إلا المد من المعتاد المشهور بالفسق، فلا بأس أن يطاف به ويفضح، ومثل ذلك روى أشهب عن مالك في العتبية.

ووجه ذلك أنه إذا بلغ هذه الحد من الفسق والفجور، فواجب أن يفضح؛ لأن في ذلك ردعًا له وإذلالاً له فيما هو فيه وإعلامًا للناس بحاله، فلا يغير به أحد من أهل الفضل والتصاون في نكاح ولا غيره.

وأما السجن، فقد قال ابن حبيب: واستحب مالك لمد من الخمر المشهور بالفسق أن يلزم السجن. وقال ابن الماجشون في العتبية: من أقيم عليه حد الخمر أو غيره من الحدود ما كان، فليخل سبيله ولا يسجن.

وجه قول مالك أن في إلزامه السجن منعًا له مما لم ينته عنه بالحد، وكفا لأذاه عن

٢٩٠ كتاب الأشربة

الناس، لأن في إعلانه بالمعاصي أذى للناس، وأهل الدين والفضل. ووجه قول ابن الماجشون أن الحد في جميع ما يجب عليه بشرب الخمر أو الزنا، فأما السجن، فلا يجب ذلك عليه بفعله، وإنما يجب عليه بإدمان أو غيره من الإعلان بالفسق، والله أعلم.

* * *

الباب الرابع في تكرار الحد

فإذا تكرر من الرجل شرب الخمر لزمه حد واحد، فإن شربه بعد ذلك لزمه حد آخر، قاله مالك وأصحابه، ولا نعلم في ذلك خلافاً بينهم، وذلك أن هذا حكم سائر الحدود، وحقوق الله تعالى، فإنه من زنى مراراً، فإنما يقام عليه حد واحد، ثم إن زنى بعد ذلك أقيم عليه الحد؛ لأن الحد زجر عما تقدم من فعله، قل ذلك أو أكثر؛ ليمتنع عن مثله في المستقبل؛ لأن الحدود موانع عن معاصي الله تعالى، فإذا أقيم عليه لك، ثم أوقعها بعد بعد الحد إلى مثل ما احتاج إليه منه فيما أتاه قبل الحد.

مسألة: إذا ثبت أن الحدود التي سببها من جنس واحد تتداخل كحد الخمر وحد الزنا وحد القذف، فإن كان الحدان بسببهما من جنس مثل الخمر وحد الخمر وحد القذف، فإنهما يتداخلان، قاله مالك. قال ابن القاسم: وسواء اجتمعا أو افترقا.

ووجه ذلك أنهما حدان عددهما وجنسهما واحد، فوجب أن يتدخلا كما لو كان سببهما واحداً. وأما إذا كان عددهما يختلف مثل أن يزنى ويقذف، فقد اختلف أصحابنا فيه. فقال ابن الماجشون: يجزئ أكثرهما عن أقلهما. وقال ابن القاسم: لا يجزئ، أحدهما عن الآخر ولا بد من إقامتهما.

وجه قول ابن الماجشون أن هذين حدان من جنس واحد، فوجب أن يتدخلا؟ أصل ذلك إذا كان عددهما واحداً. ووجه قول ابن القاسم أن هذين حدان يختلف عددهما، فلا يتداخلان كما لو كانا من جنسين مختلفين.

* * *

الباب الخامس فيما يسقط الحد عن شارب الخمر

وذلك كالأعجمي الذي دخل في الإسلام، ولم يعلم تحريم الخمر، فلا عذر له في ذلك ويقام عليه الحد، رواه ابن المواز عن مالك وأصحابه إلا ابن وهب، فإن أبا زيد روى عنه أنه إذا كان البدوي الذي لم يقرأ الكتاب، ولم يعلمه ويجهل مثل هذا، فإنه لا يجد ويعذر. قال ابن المواز: واحتج مالك لذلك بأن الإسلام قد فشا، ولا أحد يجهل شيئاً من الحدود.

كتاب الأشربة ٢٩١

مسألة: ومن تأول في المسكر من غير الخمر أنه حلال، فلا عذر له في ذلك، وعليه الحد، رواه ابن المواز عن مالك وأصحابه، ولعل هذا إنما هو فيمن ليس من أهل الاجتهاد.

وأما من كان من أهل الاجتهاد والعلم، فالصواب أنه لا حد عليه إلا أن يسكر منه، وقد جالس مالك سفيان الثوري وغيره من الأئمة ممن كان يرى شرب النبيذ مباحاً، فما أقام على أحد منهم الحد ولا دعا إليه مع إقرارهم بشربه وتظاهرهم ومناظرتهم فيه. وقد روى عن مالك أنه قال: ما ورد علينا قبل ذلك على هذا، ولكنه لما تكررت مناظرته له فيه، وتبين له وجه الصواب فيما قاله مالك اعتقد أنه لا يعاود شربه.

مسألة: ومن شرب الخمر ثم تاب، لم يسقط عنه توبته الحد. وروى عن الشافعي أن توبته تسقط عنه الحد.

٩٩٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ حَدِّ الْعَبْدِ فِي الْخَمْرِ فَقَالَ: بَلَّغْنِي أَنْ عَلَيْهِ نِصْفَ حَدِّ الْحُرِّ فِي الْخَمْرِ، وَأَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَدْ جَلَدُوا عِبِيدَهُمْ نِصْفَ حَدِّ الْحُرِّ فِي الْخَمْرِ.

الشرح: قوله: «أن على العبد نصف حد الحر في الخمر» يريد أربعين جلده، لأنه حد منتهاه الثمانون كحد الفرية لأن الحر يجلد في القذف ثمانين، ويجلد أربعين، فكذلك من شرب الخمر.

فصل: وقوله: «وأن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف جلد في الخمر» وعمر بن الخطاب أمير المؤمنين، وكذلك عثمان ويحتمل أن يكونا أقاما الحد على عبيدهما في إمارتهما، فيكون لهما ذلك بحق الإمامة. وأما عبد الله بن عمر، فلم يقدّم الحد على عبيده إلا بملكه لهم.

وفي ذلك بابان، الأول: منهما في صفة من يقدّم الحد، والثاني: في صفة من يقدّم عليه.

* * *

الباب الأول في صفة من يقيم الحد

يقيمه على الأحرار السلطان، قال محمد بن عبد الحكم: وأحب إلى أن يضرب

٢٩٢ كتاب الأشربة

الحدود بين يدي القاضى لثلا يتعدى فيها، وهذا فى الحر. وأما العبد، فلا بأس أن يقيم عليه سيده الحد إذا كان الحد جلدًا، قاله مالك وأصحابه، وكذلك فى حد الخمر إذا شهد عليه شاهدان غير سيده، وسواء كان السيد ذكرًا أو انثى. وهذا إذا كان العبد ذكرًا، فأما إن كانت أمة، جاز للسيد أن يقيم عليها الحد إذا لم يكن لها زوج أو كان زوجها عبده، فإن كان زوجها غير عبده، فقد قال مالك: ليس للسيد إقامة الحد عليها، وإنما ذلك لحرمة الزوج. قال: وعسى أن يعتق ولده منها، فيقذفوا بأهمهم.

* * *

الباب الثانى فى صفة الحدود

قد تقدم أنه إن كان حرًا، فحده ثمانون، وإن كان عبدًا فحده أربعون؛ لأن هذا حد يجلد فيه الحر أربعين كحد القذف.

مسألة: فإن كان شارب الخمر سكرانًا، فقد قال ابن القاسم: لا يضرب وهو سكران، وإن كان خشى أن يأتيه فيه شفاعة تبطل حق الله، فليضربه فى حال سكره.

ووجه ذلك أن الحد للردع والزجر والسكران لا يذكر ما يجرى عليه، فلا يكون له فيه ردع.

مسألة: فإن كان صحيحًا عجل جلده، وإن مريضًا أخر حتى يفيق، وكذلك المرأة تدعى أنها حامل. قال مالك: لا يعجل عليها حتى يتبين أمرها، فإن تبين أن ليس لها حمل أقيم الحد، وإن تبين أن بها حملًا، أجرت حتى تضع واستؤجر لولدها من يرضعه، إن كان له مال، وأقيم عليها الحد فى زنا أو سرقة أو قذف أو شرب خمر أو قصاص.

ووجه ذلك أن هذه معان يرجى قرب زوالها وبرؤها منها. وأما الكبر والهرم أو الضعف عن حمل الحد. قال مالك: يجلد ولا يؤخر إذا ليس لإفاقتهم وقت يؤخر إليه.

٩٩٧ - مالك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيْبِ يَقُولُ: مَا مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يُجِبُّ اللَّهُ أَنْ يُعْفَى عَنْهُ مَا لَمْ يَكُنْ حَدًّا.

الشرح: قوله: «ما من شيء إلا يجب الله أن يعفى عنه ما لم يكن حدًا» أحدهما: أن يريد أن الحدود إذا بلغت الإمام أو من يقوم مقامه من شرطه، فإنه لا يجوز للإمام العفو عنه ولا الستر له.

كتاب الأشربة ٢٩٣
والوجه الثانى أن يريد بذلك أن من الحدود ما لا يجوز لصاحبها العفو عنها بعد بلوغها الإمام كحد القذف، فقد اختلف قول مالك فى ذلك، وسيأتى فى كتاب حد القذف مبيناً إن شاء الله تعالى.

قَالَ مَالِكُ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ كُلَّ مَنْ شَرِبَ شَرَابًا مُسْكِرًا، فَسَكِرَ أَوْ لَمْ يَسْكِرْ فَقَدْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ.

الشرح: وهذا كما قال، أن من شرب مسكر أى نوع كان من الأنواع المسكرة من عنب كانت أو من غير عنب، مطبوخاً كان أو غير مطبوخ، قليلاً شرب منه أو كثيراً، فقد وجب الحد سكر أو لم يسكر، هذا مذهب أهل المدينة مالك وغيره، وبه قال الشافعى.

وقال أبو حنيفة: ما يخرج من النخل والكرم، فقليله وكثيره حرام، ما لم يطبخ وطبخه أن يذهب ثلثاه، ويبقى ثلثه، وما عدا ما يخرج من النخل والكرم، فهو جلال من غير طبخ إلا أن المسكر منه محرم.

وهذا المسألة قد كاد أصحاب أبى حنيفة يجحدونها، ولا يرون المناظرة فيها، ويقولون: إن السائل عنها إنما يذهب إلى التشنيع والتوبيخ، وذلك أنهم لطول الأمد ووصول الأدلة إليهم، وتكررها عليهم تبين لهم ما فيها إلا أنهم مع ذلك يدونونها فى كتبهم بألفاظ ليس فيها ذلك التصريح، ويتأولونها على أوجه تخفف أمرها عندهم.

ولنا فى هذه المسألة طريقان، أحدهما: إثبات اسم الخمر لكل مسكر. والثانى: إثبات تحريم كل شراب مسكر. فأما الأول، فإن مذهب مالك والشافعى أن اسم الخمر يقع على كل شراب مسكر من عنب كان أو من غيره. وقال أبو حنيفة: إنما الخمر اسم المسكر من عصير العنب ما لم يطبخ الطبخ المذكور.

والدليل على ما نقوله ما روى عن ابن عمر أنه قال: خطب عمر على منبر رسول الله ﷺ فقال: نزل تحريم الخمر، وهى من خمسة أشياء العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل، والخمر ما خامر^(*) العقل^(١).

(*) التخمير: التغطية، والمراد ذهاب أثره فى الأعمال.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٤٦١٩، ٥٥٨١، ٥٥٨٨. مسلم حديث رقم ٣٠٣٢.

النسائى فى الصغرى حديث رقم ٥٥٧٨. أبو داود حديث رقم ٣٦٦٩.

٢٩٤ كتاب الأشربة

فوجه الدليل من هذا الخبر أن عمر بن الخطاب، قال: إن الخمر يكون من هذه الخمسة الأشياء، وعمر بن الخطاب من أهل اللسان، فلو انفرد بهذا القول لاحتج بقوله فكيف، وقد خطب بذلك بحضرة قريش والعرب والعجم وسائر المسلمين، فلم ينكر ذلك عليه، فثبت أنه إجماع.

ووجه آخر، وهو أنه قال: والخمر ما خامر العقل، فإنه يسمى الخمر، وأنها بذلك تسمى خمراً.

والدليل على أن كل مسكر محرم، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ﴾ [المائدة: ٩٠]، إلى قوله: ﴿فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١]، فلنا من الآية أنه تعالى قال: أنه ﴿رَجَسَ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾ [المائدة: ٩٠]، وهذه صفة المحرم. والثاني: أنه تعالى قال: ﴿فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠]، فأمر باجتناب ذلك، والأمر يقتضى الوجوب.

ووجه ثالث أنه وعد على ذلك بالفلاح، وهو البقاء، ولو كان الفلاح، وهو البقاء في الخمر من ثواب من لا يجتنبها لما كان لهذه الوعيد وجه.

ووجه رابع، أنه وصفها تعالى بأنها توقع بين المؤمنين العداوة والبغضاء وتصد عن ذكر الله، وعن الصلاة، وهذه صفة المحرمات.

ووجه خامس، أنه تعالى توعد على مواقعها بقوله تعالى: ﴿فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١]، وهذا غاية الوعيد ولا يتوعد إلا على محظور محرم.

ودليلنا من جهة السنة ما روى داود عن أبي القرات عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»^(٢).

ودليلنا من جهة القياس أن هذه شراب فيه شدة مطربة، فوجب أن يكون قليله حراماً أصله عصير العنب، والله أعلم.

* * *

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٨٦٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٥٦٠٧. أبو داود حديث رقم ٣٦٨١. ابن ماجه حديث رقم ٣٣٩٢، ٣٣٩٣، ٣٣٩٤. أحمد فى المسند حديث رقم ٥٦١٦، ٦٥٢٢، ٦٦٣٦، ١١٦٨٩، ١٤٢٩٣.

ما ينهى أن ينبذ فيه

٩٩٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَطَبَ النَّاسَ فِي بَعْضِ مَغَازِيهِ، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: فَأَقْبَلْتُ نَحْوَهُ، فَاَنْصَرَفَ قَبْلَ أَنْ أُبْلَغَهُ، فَسَأَلْتُ مَاذَا قَالَ؟ فَقِيلَ لِي: نَهَى أَنْ يُنْبَذَ فِي الدُّبَاءِ وَالْمَرْفَتِ^(١).

٩٩٩ - مَالِك، عَنْ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يُنْبَذَ فِي الدُّبَاءِ وَالْمَرْفَتِ.

الشرح: قوله: «أن النبي ﷺ خطب في بعض المغازي» على حسب ما كان يفعل من إلقاء الأحكام إليهم، وتعليم ما يجب عليهم في المغازي، وعلى حسب ما يرى من الحاجة إلى ذلك.

وقول عبد الله: «فأقبلت نحوه» يريد أنه أقبل إليه ليسمع ما يخطب به، ويتعلم ما يعلمه، وما يأمر به، وينهى عنه، وعلى حسب ذلك كانت الصحابة رضی الله عنهم تفعل حرصاً على الاقتباس منه، والأخذ عنه، ومسارعة إلى امتثال أوامره، واجتناب نواهيه.

فصل: وقوله: «فانصرف النبي ﷺ» يريد عن خطبته قبل أن يبلغه عبد الله بن عمر، فسأل عبد الله بن عمر من حضر خطبته أو من علم ما خطب به «ماذا قال» لئلا يفوته

٩٩٨ - أخرجه مسلم في الأشربة ٧١٦، ٣٧١٨، ٣٧١٩. والترمذي في الأشربة ١٧٩١. والنسائي في الأشربة ٥٥٢٨، ٥٥٢٩، ٥٥٣٥، ٥٥٣٦، ٥٥٣٨، ٥٥٤٧، ٥٥٤٩. وأبو داود في الأشربة ٣٢٠٥. وابن ماجه في الأشربة ٣٣٩٣. وأحمد في مسند الكثيرين من الصحابة ٤٤٠١، ٤٦٧٧، ٤٧٥٣، ٤٧٧١، ٤٧٨٨، ٤٨٢٨، ٤٨٣٠، ٤٩٠٩، ٤٩٤٠، ٥١٥٨، ٥٢٢٠، ٥٣١٥، ٥٥٠٤، ٥٦٨٣، ٥٧٤٠، ٦١٥٢.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٩٢/٩: كان عبد الله بن عمر يرى أن النهي عن الانتباز في الظروف نحو الدباء، والمزفت غير منسوخ، وكان مالك يذهب إلى هذا، وتابعه طائفة من أهل العلم.

٩٩٩ - أخرجه مسلم في الأشربة ٣٦٩٠، ٣٦٩١، ٣٦٩٢. والنسائي في الأشربة ٥٤٩٣، ٥٥٣٤، ٥٥٤١، ٥٥٥٠، ٥٥٨٩، ٥٦٣٠، ٥٦٤٦. وأبو داود في الأشربة ٣٢٠٨، الخاتم ٣٦٩٣. وابن ماجه في الأشربة ٣٣٩٢، ٣٤٠١. وأحمد في باقى مسند الكثيرين ٦٩٨٧، ٧٤٢٥، ٨٩٨٦، ١٠١٠٦، ١٠٢٥٣، ١٠٥٤٨.

٢٩٦ كتاب الأشربة

علم ذلك حين فاته حضوره، «فقبل له أنه نهى ﷺ عن أن يتبذ في الدباء والمزفت» ولم يحتج عبد الله بن عمر أن يذكر من أخبره بذلك لما قد علم أن مثله لا يأخذ إلا عمن يثق به على نقل الدين إليه مع أنه لا خلاف في عدالة جميع الصحابة، ولا خلاف في جواز الأخذ بمراسيلها، وكذلك يجب أن يكون من علم من حاله من الأئمة أنه لا يرسل إلا عمن يحتج بحديثه.

فصل: ونهيه ﷺ عن أن ينبذ في الدباء والمزفت، الدباء هو القرع، والمزفت هو ما طلى بالمزفت، وهو القار. قال ابن حبيب: قال أهل العلم: إنما نهى عنه لئلا يعجل تغيير ما ينبذ فيها. قال ابن حبيب: فأخذ مالك بکراهية نبيذ الدباء والمزفت. قال ابن حبيب: والتخليل أحب إلى فيها، وبه أقول.

وجه رواية المنع منع الفعل، وهو الانتباز، ونهيه ﷺ أن ينبذ في الدباء والمزفت، والنهي يقتضى التحريم أو الكراهية.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا معنى يعجل شدة النبيذ وبغيره، فوجب أن يكون ممنوعاً كالخليطين.

ووجه ما ذهب إليه ابن حبيب ما زعم أنه منسوخ، وتعلق في ذلك بما روى عن بريدة الأسلمي أن رسول الله ﷺ قال: «كنت تهيتكم عن النبيذ إلا فى سقاء، فاشربوا، واتقوا كل مسكر»^(١).

ومن جهة المعنى أنه شراب ليست فيه مطربة، فوجب أن يكون مباح الانتباز. أصل ذلك إفراده، وانتبازه فى السقاء.

فروع: فإذا قلنا بالمنع من الانتباز فيها، فمن اجترأ على ذلك جاز أن يشرب النبيذ ما لم يسكر كتخليل الخمر من اجترأ عليها، وخللها لم يحرم عليه شربها.

مسألة: وهذا إذا كان المزفت إناء غير الزقاق. وأما الزقاق، فقد روى أشهب عن مالك إباحة الانتباز فى الزقاق المزفتة، والفرق بين الزقاق وبين غيرها من الظروف التى تجوز الانتباز فيها من غير تزفيت أنه إذا زفت الجميع ليس بين، والأظهر أن يمنع المزفت، وذلك كله زقاقاً وغيرها لأن النهى ورد عاماً عن المزفت، ولم يخص زقاقاً من غيرها.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ٩٧٧، ١٩٧٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٤٤٩،

٢٢٥٠٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٤٣٠، ٥٦٥١.

مسألة: وأما الجرار، فقد روى أشهب عن مالك أنه أجاز نبيذ الجرار.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتمل عندي أن يريد الجرار العارية من الختم، وقد روى عن عبد الله بن مسعود أن النبي ﷺ أرخص فى نبيذ الجرار. ومن جهة المعنى أن معنى نبيذ لا يعجل الشدة المطربة، فلم يمنع الانتباز كالأسقية. وما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن نبيذ الجرار، فلعله أن يريد الذى طلى بالختم أو المزفت، والله أعلم.

مسألة: وأما الختم، فقد روى ابن حبيب عن مالك أنه أرخص فيه، وقد روى القاضى أبو محمد المنع منه على التحريم.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أن المنع منه كالمنع من المزفت لأنه يحدث من إسراع الشدة ما يحدثه المزفت. والأصل فى ذلك ما روى عن عبد الله «أن وفد عبد القيس أتوا النبي ﷺ فقالوا: إنا نأتيك من شقة بعيدة، وبيننا هذا الحى من كفار مضر، ولا نستطيع أن نأتيك إلا فى شهر حرام، فمرنا بأمر نخبى به من رءائنا، ندخل به الجنة، فأمرهم بأربع، ونهاهم عن أربع، أمرهم بالإيمان بالله وحده هل تدرون ما الإيمان بالله وحده؟ شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ﷺ وإقامة الصلاة، وإيتاء الزكاة، وصوم رمضان، وتعطوا الخمس من الغنم، ونهاهم عن الدب والخنتم والمزفت. وربما قال الراوى: التقير، وربما قال: المقير. قال ﷺ: «احفظوها وأخبروا بها من وراءكم»^(٢).

قال ابن حبيب: والخنتم الجر، وهو كل ما كان من فخار أبيض أو أخضر، وهذا الذى قاله ابن حبيب يحتاج إلى تأمل لأنه ليس كل فخار خنتماً، وإنما الخنتم ما طلى من الفخار المعمول من الزجاج وغيره، وهو يعجل الشدة فى الشراب، وأما الفخار الذى لم يطل، فلا، وحكمه حكم الحجر.

مسألة: وأما التقير، فهو العود المنقور. وقد روى ابن حبيب عن مالك أنه كرهه، وهو عنده كالمزفت.

وجه الرواية الأولى أنه لا يبلغ من التعجيل مبلغ الدباء والمزفت، وقد ورد الحديث: «وكنتم نهيتكم عن الانتباز فى الأوعية فانتبذوا فيها»^(٣).

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٨٧، ٧٢٦٦. مسلم حديث رقم ١٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٥٦٩٢. الترمذى حديث رقم ٢٦١١.
 (٣) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٤٢٩، ٥٦٥٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٣٢٠٣، ١٣٠٧٥.

وروجه الرواية الثانية أن هذا ظرف يعجل تغيير ما ينبذ به، فوجب أن يمنع الانتباز فيه كالذبء والمزفت، والله أعلم.

* * *

ما يكره أن ينبذ جميعاً

١٠٠٠ - عَنْ مَالِكٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يُنْبَذَ الْبُسْرُ وَالرُّطْبُ جَمِيعًا، وَالتَّمْرُ وَالزَّرْبِيُّ جَمِيعًا.

الشرح: قوله: «نهى رسول الله ﷺ أن ينبذ البسر والرطب جميعاً والتمر، والزبيب جميعاً» يقتضى المنع من ذلك على وجه التحريم. قال القاضى أبو محمد: أما إذا بلغ حد المسكر، فلا خلاف عنده فى تحريمه، وأما ما لم يسكر، فهو ممنوع منه. واختلف أصحابنا فى تأويل منع مالك منه، فقال قوم: هو منع تجريم. وقال قوم: منع كراهية.

وروجه التحريم أنه نهى ﷺ أن ينبذ البسر والرطب جميعاً، والنهى يقتضى التحريم. ومن جهة المعنى أنه معنى يعجل إحداث الشدة المطربة، فوجب أن يكون محرماً، ولم يبلغ ذلك. أصله الانتباز فى الختم والمزفت.

وروجه القول بمنع التحريم، قوله ﷺ: «وكنتم نهيتكم عن الانتباز فى الأوعية، فانتبذوا، وكل مسكر حرام»^(١). ومن جهة المعنى أن هذا شرب لم يحدث فيه شدة مطربة، فلم يحرم بها. أصل ذلك إذا أفرد أحدهما بالانتباز. وأما الانتباز فى الختم والمزفت، فقد تقدم ذكر الخلاف فيها.

١٠٠٠ - أخرجه البخارى ١٩٦/٧ كتاب الأشربة باب من رأى أن لا يخلط... إلخ، عن أبى قتادة، عن أبىه. ومسلم ١٥٧٤/٣ كتاب الأشربة باب ٥ رقم ١٦، عن جابر بن عبد الله الأنصارى. والترمذى برقم ١٨٧٦، ٢٩٨/٤، عن جابر بن عبد الله الأنصارى. والنسائى ٢٩١/٨ كتاب الأشربة باب ١١، عن جابر بن عبد الله والطبرانى فى الكبير ٣٨٠/١٢ عن ابن عمر موقوفاً.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٩٤/٩: هكذا رواه مالك بإسناده هذا مرسلًا، لا خلاف عنه فى ذلك فيما علمت. وقد رواه عبد الرزاق، عن ابن جريج، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبى هريرة، أن رسول الله ﷺ مثل. وذكره البزار، قال: حدثنا محمد بن سهل بن عسكر، وسلمة بن شبيب، قالوا: حدثنا عبد الرزاق. وهو حديث يروى متصلًا من وجوه صحاح كثيرة، منها: حديث ابن عباس، وجابر، وأبى قتادة، وأبى سعيد، وأنس، وأبى هريرة. (١) تقدم تخريجه.

قال القاضي أبو الوليد: ويحتمل عندي أن يكون القولان جاريتين في كل ما يعجل حدوث الشدة المطربة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن البسر ما قد أزهى من التمر، ولم يبد فيه إرطاب، والرطب ما قد جاوز حد البسر إلى الإرطاب، وإذا منع من جمعهما التبذ من البسر في حكم جميعها، فيجب أن لا يجوز انتباده.

فصل: وقوله: «نهى أن ينبذ البسر والرطب» دليل على المنع من أن ينبذ شيئان، وإن كانا من جنس واحد ينبذان مفردين. قال ابن حبيب: لا يجوز شرب الخليطين ينبذان كذلك أو يخلطان عند الشرب، كانا من جنس واحد مثل عنب وزبيب، أو من جنسين مثل زبيب وتمر، فقد نهى عنه مالك إلا الفقاع، فقد حكى ابن حبيب عن أصبغ أنه يستحب تحليته بالعسل، فإنه يجب أن يكون ممنوعاً لأن كل واحد منها مما ينبذ مفرداً لأن الفقاع من القمح أو الشعير، وكل واحد ينبذ مفرداً، فالقياس أن يمنع الجمع بينهما.

غير أن قول مالك قد اختلف في العسل تطرح فيه قطع العجين أو الحريرة، وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه كرهه، قال ابن القاسم: وقد قال: لا بأس به، وهو أحب إلي.

وجه القول الأول أنهما خليطان جنس كل واحد منهما ينتهي إلى السكر، فلم يجر ذلك فيهما كما لو خلطه بنبيذ تمر وزبيب.

وجه القول الثاني، وهو أن طرح قطع العجين تطرح في العسل أن ذلك ليس من باب الانتباز؛ لأن القمح والشعير لا ينبذ على هذا الوجه، وأما خلط العسل واللبن وشربهما، فلا بأس به، قاله ابن القاسم في العتبية.

وجه ذلك أن هذا ليس بانتباز، وإنما هو على معنى خلطه مشروبين كشراب الورد وشراب النيلوفر. ووجه ثان، أن اللبن لا يفضى أن يسكر، وقد شرطنا أن الخليطين إنما هما مما يفضى كل واحد منهما إلى الإسكار.

مسألة: وهل يجوز خلطهما لغير الانتباز لكن على وجه التخليل، روى ابن عبد الحكم عن مالك أنه قال: لا خير في ذلك للخل والتخليل والانتباز في ذلك سواء، قال: وقد قال: لا بأس بذلك للخل.

وجه الرواية الأولى ما قاله الشيخ أبو بكر التعلق بعموم نهى النبي ﷺ عن نبيذ

٣٠٠ كتاب الأشربة

الخليطين، فلا يجوز ذلك لخل ولا لغيره، ولأنه يصير نبيذاً ثم يصير خللاً، ولم يوجه الرواية الثانية. ووجهها عندي أنه لا يقصد بذلك النبيذ، وإنما يقصد به الخل، وقد قال: إنه لا بد أن يكون نبيذاً ثم يكون بعد ذلك خللاً، فلا يضره ما يعجله للنبيذ يعجله للخل، وإنما يفسده الشرب، فإذا صار نبيذاً فسد عليه ولزمه إراقتة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن نبذ الخليطين، فقد أساء، فإن حدثت الشدة المطربة حرم، وإن لم يحدث، فقد قال القاضي أبو محمد: يجوز شربه ما لم يسكر، ولم يذكر غير هذا الوجه، فافتضى هذا مع ما تقدم قوله في الانتبازان في تحريم الانتباز قولاً واحداً، وإن شرب ما قد نبذ من ذلك، ولم يبلغ أن يسكر مباح قولاً واحداً.

١٠٠١ - مَالِك، عَنِ الثَّقَفِ عِنْدَهُ، عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشْجِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحُبَابِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَبِي قَتَادَةَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يُشْرَبَ التَّمْرُ وَالزَّيْبُ جَمِيعًا، وَالزَّهْوُ وَالرُّطْبُ جَمِيعًا.

قَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ الْأَمْرُ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا أَنَّهُ يُكْرَهُ ذَلِكَ لِتَنْهَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْهُ.

الشرح: قوله: «نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً» على ما قدمناه من أن يجمع

١٠٠١ - أخرجه البخاري الأشربة حديث رقم ٥٦٠٢. مسلم الأشربة حديث رقم ١٩٨٨. النسائي في الصغرى، الأشربة ٥٥٥١، ٥٥٥٢، ٥٥٦١، ٥٥٦٦. أبو داود الأشربة حديث رقم ٣٧٠٤. ابن ماجه الأشربة حديث رقم ٣٣٩٧. أحمد في المسند حديث رقم ٢٢١١٢. الدارمي حديث رقم ٢١١٣.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٠٠/٩: هكذا روى هذا الحديث عامة رواة الموطأ - كما رواه يحيى. ومن رواه هكذا: ابن عبد الحكم، والقعني، وعبدالله بن يوسف، وابن بكير، وأبو المصعب، وجماعتهم. ورواه الوليد بن مسلم، عن مالك، عن ابن لهيعة، عن بكير بن الأشج. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا محمد بن عبدالله بن أحمد القاضي، حدثنا الحسن بن هاشم بن بشر الحراني، حدثنا الوليد بن عتبة، حدثنا الوليد بن مسلم، عن مالك بن أنس، عن عبدالله بن لهيعة، عن بكير بن عبدالله بن الأشج، عن عبدالرحمن بن الحباب السلمي، عن أبي قتادة الأنصاري، أن رسول الله ﷺ: نهى أن يشرب التمر والزبيب جميعاً، والزهو والرطب جميعاً. قال أبو عمر: روى عن النبي ﷺ، هذا الحديث ومعناه من طرق شتى من حديث جماعة من أصحابه، منهم: ابن عمر، وابن عباس، وجابر، وعائشة وأبو هريرة، ومقل ابن يسار، وأبو سعيد، وأنس.

كتاب الأشربة ٣٠١

نبيذاهما أو يجمعا فى الانتباز، فتناول ذلك ما كانا مختلطين عنده للشرب، فإذا نبذا مفترقين، ثم خلطا عند الشرب، فقد تناولهما النهى، وقد قدمنا ذلك، وإنما قال يشرب التمر والزبيب لعلم المخاطب، أنه إنما أراد أن يشربا على الوجه الذى يمكن ذلك فيهما، وهو بعد الانتباز كما يقال فلان يأكل الحنطة، وفلان يأكل الشعير، ومعناه على الوجه المعتاد بعد الطحن والعجن والخبز وفلان يأكل الأنعام. ومعنى ذلك على الوجه المعتاد فيها من الذبح والطبخ.

فصل: وقوله: «أن يشرب التمر والزبيب جميعًا، والزهو والرطب جميعًا» فى ذلك فى النهى بين التمر والزبيب، وهما جنسان وعن الجمع بين الزهو والرطب وهما من جنس واحد، فثبت بذلك المنع من انتباز شيعين، يفضى كل واحد منهما إذا أفرد بالانتباز إلى الإسكار، وجمعهما تعجيل لذلك، سواء كانا جنس واحد أو من جنسين.

مسألة: وهذا إذا خلطا للانتباز أو خلط النيذان، وقد قال ابن حبيب: لا بأس بالمرىء الذى يعمل من العصير، ولا بأس بما طبخ من العصير أو ريب به من سفرجل وغيره، إذا كان يوم عمل به ذلك حلالاً.

ووجه ذلك أن هذا لم يقصد به الانتباز، وإن كان كل واحد منهم ينتهى إلى الإسكار إذا انتبذ؛ لأن العصير استعمل مع السفرجل والتفاح على غير وجه الانتباز، بل على وجه الاعتقاد لمنعته، ورفع الفساد عنه، وكذلك المرىء يعمل من العصير، فإن تلك الصناعة ليست على وجه الانتباز، وإنما يقصد بها وجهًا من المنفعة والمطاعم المعلومة، فإن أفضى ذلك إلى أن يصير له حكم النيذ فى أثناء ذلك لم يمنع الوصول إلى المقصود منه كالحلل.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندى على زواية إباحة تحليل الجنسين. وأما على رواية المنع من ذلك، فإنه أيضًا يجوز أن يقال فى هذا أنه مباح؛ لأنه ليس فى تحليل الجنسين والجمع بينهما غرض مقصود مباح، فلذلك منع منه، وفى المرىء غرض مباح مقصود، فلذلك لم يمنع منه، والله أعلم.

* * *

تحريم الخمر

١٠٠٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ

٣٠٢ كتاب الأشربة
زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْبِتْعِ؟ فَقَالَ: «كُلُّ شَرَابٍ أَسْكَرَ فَهُوَ حَرَامٌ».

الشرح: قولها رضى الله عنها: «سئل رسول الله ﷺ عن البتع» على حسب ما كانوا يستفهمونه، ويسألونه عما يشكون من تحريم حرام أو تحليل حلال أو وجوب واجب أو غير ذلك، فسألوه عن البتع، وهو شراب العسل، وذلك أنه نزل تحريم الخمر، وعلموا تحريمها بنص الكتاب فسألوا عما يقع عليه هذا الاسم ليعلموا أن الذى ورد من ذلك محمول على عمومه أو مخصوص ببعض ما يتناوله اللفظ، فإن قيل لو كان اسم الخمر يقع على البتع وغيره من الأشربة لما سألت العرب إذا سمعت تحريم الخمر عن البتع؛ لأن البتع هو الخمر.

فالجواب عنه من وجهين، أحدهما: لأنه يحتمل أن يسأل عن ذلك من لم يبلغه تحريم الخمر، وإن بلغه تحريم النبيذ أو بلغه تحريم الخمر باسم خاص مثل أن يبلغه تحريم خمر العنب أو تحريم خمر التمر.

والوجه الثانى أن يكون نوع من الخمر غالباً على بلد من البلاد، فيكون خمر التمر غالباً على بلد ما، وخمر التمر غالب على بلد آخر، وخمر الذرة أغلب فى بلد آخر، فيكون لفظ الخمر إذا أطلق فى ذلك البلد كان أظهر فيما هو الأغلب عندهم لكثرة، وكثرة استعمال هذا الاسم فيه دون غيره مما هو معدوم عندهم، فيسأل أهل كل بلد عن غيرها ما هو الأغلب عندهم لتجوز أن يكون الحكم مقصوراً على ما هو الأغلب عندهم.

=٣٧٢٧، ٣٧٢٨. والترمذى فى الأشربة ١٧٨٦، ١٧٨٩. والنسائى فى الأشربة ٥٤٩٥، ٥٤٩٥، ٥٤٩٦، ٥٤٩٧، ٥٤٩٨. وأبو داود فى الأشربة ٣١٩٧، ٣٢٠٢. وابن ماجه فى الأشربة ٣٣٧٧. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٢٩٥٣، ٢٣٢٨٧، ٢٣٥١١، ٢٤٣٩٦، ٢٤٧٠٤. والدارمى فى الأشربة ٢٠٠٥.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٠١/٩: لا أعلم عن مالك خلافاً فى إسناد هذا الحديث، إلا إبراهيم بن طهمان فى ذلك، وعنده أيضاً حديث مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، والمشهور فيه، عن مالك حديث أبى سلمة، وهو حديث صحيح مجتمع على صحته، لا خلاف بين أهل العلم بالحديث فى ذلك، وهو أثبت شىء يروى عن النبى ﷺ فى تحريم المسكر، وقد سئل يحيى بن معين، عن أصح حديث روى فى تحريم المسكر؟ فقال: حديث ابن شهاب، عن أبى سلمة، عن عائشة: أن رسول الله ﷺ سئل عن البتع؟ فقال: «كل شراب أسكر فهو حرام» قال: وأنا أقف عنده.

كتاب الأشربة ٣٠٣
والوجه الثالث أن يكون هذا الحكم ورد أولاً على سبب، فظن هذا السائل لما جوز
أن يكون مقصوراً على سببه.

والوجه الرابع أن يسأل عن ذلك من سمع تحريم الخمر، فجوز عليه التخصيص
فسأل عن البتع ليعلم إن كان حكم العموم جاز فيه أم لا. وقد روى عن أبي موسى أنه
سئل عن ذلك، فقال: «بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمن، فقلت: يا رسول الله إن بها
أشربة، يقال لها البتع والمزر، قال: وما البتع؟ قلت: شراب يكون من العسل والمرز
يكون من الشعير، فقال: كل مسكر حرام»^(١).

فصل: وقوله ﷺ: «كل شراب أسكر حرام» وقد سئل عن البتع، دليل على أنه
أجاب عن جنس الشراب، لا عن مقدار ما حرم منه من وجهين، أحدهما: أنه سئل
عن البتع، ولم يسأل عن مقدار منه، فلما جاب عن السؤال اقتضى ذلك جوابه عن
الجنس، وإلا كان عدولاً منه عما سئل عنه، وذلك غير جائز عليه، وإذا كان جواباً لما
تقدم من السؤال يقتضى الجنس، وجب أن يكون الجواب مثله، وإن كان أعم منه.
والوجه الثاني أنه إنما سأل عن جنس شراب، هل هو حرام أو حلال، ولو سأل عن
أبعاضه ومقاديره لقال ما يحل منه وما يحرم، فلما كان السؤال عن البتع يقتضى السؤال
عن جميعه، ثبت أنه سؤال عن جنسه.

وجوابه ﷺ: «كل شراب أسكر حرام» يقتضى الجواب عن أجناس الشراب ليكون
مقابلاً للسؤال، ولأنه ﷺ علق الحكم على الجنس، فقال: «كل شراب أسكر حرام»،
فكان ذلك جواباً عنه، وعن غيره، ولو أراد الإخبار عن أبعاضه، وأن بعض مقاديره
حرام، وبعضها حلال لقال كل مقدار أسكر فهو حرام، ولقال كل ما أسكر منه، فهو
حرام، ولاستغنى عن إعادته لفظ الشراب؛ لأنه لا خلاف أن اسم الشراب واقع على
الجنس دون بعض مقاديره، فإذا علق الحكم بالجنس، ولم يعلقه بالقدر كان الظاهر أنه
أراد به الجنس دون القدر، والله أعلم.

١٠٠٣ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٤٣٤٣. مسلم حديث رقم ١٧٣٣. النسائى فى الصغرى
حديث رقم ٥٦٠٣، ٥٦٠٤. أبو داود حديث رقم ٣٦٨٤. أحمد فى المسند حديث رقم
١٩١٧٤. الدارمى حديث رقم ٢٠٩٨.

١٠٠٣ - وذكره فى بدائع المتن فى جمع وترتيب مسند الشافعى والسنن ٤٣٤/٢، عن عطاء بن
يسار. وابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٧٣. وفى التمهيد ١٠٤/٩.

سُئِلَ عَنِ الْغُبِيرَاءِ فَقَالَ: «لَا خَيْرَ فِيهَا وَنَهَى عَنْهَا».

قَالَ مَالِكٌ: فَسَأَلْتُ زَيْدَ بْنَ أَسْلَمَ مَا الْغُبِيرَاءُ؟ فَقَالَ: هِيَ الْأَسْكِرَّةُ.

الشرح: قوله ﷺ: «وقد سئل عن الغبيراء، قال: لا خير فيها، ونهى عنها» يقتضى أنه علم حالها وصفتها، وهذا يدل أيضاً على أن السؤال كان على جنسها، وأنه عن ذلك أجاب ﷺ لما قدمناه، وهو المعروف من كلام العرب المعتاد إذا سأله عن الماء أحلو هو أم مر؟ وإنما يسألون عن طعم جنسه، لا عن طعم قطرة منه لا يوجد لها طعم، ولا عن طعم الكثير منه دون القليل، وكذلك إذا سألوا عن شراب من الأشربة، أنافع هو؟ وإنما يقع السؤال عن جنسه.

وإذا أجاب من سأله عن مقدار بأن كل شراب سخن عند تناوله يجب أن يجتنبه، وإنما يفهم منه منع جنسه، وإذا أرادوا السؤال عن مقدار ما تحشى مضرت منه، قالوا: كم الشربة منه، أو كم مقدار ما يتناول منه، أو كم مقدار ما يجتنب منه؟.

وإن جهل السائل، فسأل عن جنسه، فسأل عن شراب الورد فى جملة، وكان قليله مخالفاً لكثيره، لزم المستول التفصيل، وأن يقول أما يسيره، فلا تبقى مضرت، فيجب أن يجتنب كثيره، ومقداره كذا، وأن يأتى بلفظ يحتمل المقدار، ويحتمل الجنس كان الأظهر أنه يريد الجنس؛ لأنه موافق لسؤال السائل، والله أعلم.

ووجه آخر، وهو أن اللغة تمنع من هذا، وذلك أن عمر بن الخطاب، وهو من أهل اللسان، قال: والخمر ما خامر العقل، فلو كان المراد به الكثير دون القليل لوجب أن لا يسمى قليل الخمر حمراً، وهذا باطل باتفاق، ولما أجمعنا على أن يسير الخمر يسمى حمراً، وأن بانفراده لا يخامر العقل، وإنما هو من جنس ما يخامر العقل، علم أن المراد بذلك كله الكلام فى الجنس دون المقدار.

فصل: وقول زيد بن أسلم لما أسأله مالك عن الغبيراء: «هى الأسكركة»^(١) دليل

= قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٠٤/٩: هكذا رواه أكثر رواة الموطأ مرسلًا، وما علمت أحداً أسنده عن مالك، إلا ابن وهب؛ وحديث ابن وهب فى ذلك: حدثنا إسماعيل بن عبد الرحمن بن على، قال: حدثنا محمد بن القاسم بن شعبان، قال: حدثنا غير واحد، عن يونس بن عبد الأعلى، عن ابن وهب، عن مالك، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن عبد الله ابن عباس، عن النبى ﷺ أنه سئل عن الغبيراء؟ فذكره سواء.

(١) الأسكركة: هى نبيذ الأرز، وقيل نبيذ الذرة.

كتاب الأشربة ٣٠٥

على أن الأسكركة كانت معلومة عندهم، والغيراء التي هي الأسكركة شراب.

١٠٠٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فِي الدُّنْيَا ثُمَّ لَمْ يَتُبْ مِنْهَا حُرِمَ فِي الْآخِرَةِ».

الشرح: قوله ﷺ: «من شرب الخمر في الدنيا، ثم لم يتب منها، حرمها في الآخرة» بيان منه ﷺ أن التوبة منها معرضة لشاربها ممكنة له مقبولة منه وفقه الله لها، وأنعم عليه بها، فاته ربما خيف على المكلف المدمن على معاصيه أن يمنع من التوبة، ويجرمها، ويحال بينه وبينها، نسأل الله العصمة، ونعوذ به من الحرمان.

فصل: وقوله ﷺ: «حرمها في الآخرة» يريد والله أعلم أنه وإن دخل الجنة بعد العقوبة له أو العفو عنه، فإنه يحرم خمر الجنة، ويقضى أن في الآخرة شراباً يسمى الاسم، قال اله تعالى: ﴿وَأَنْهَارٌ مِنْ نَهْرٍ لِلشَّارِبِينَ﴾ [محمد: ١٥]، فيحرمه المصير على شرب الخمر، وإن دخل الجنة.

* * *

جامع تحريم الخمر

١٠٠٥ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ ابْنِ وَعَلَةَ الْمِصْرِيِّ أَنَّهُ سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ عَبَّاسٍ عَمَّا يُعَصَّرُ مِنَ الْعِنْبِ، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: أَهْدَى رَجُلٌ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ رَاوِيَةَ خَمْرٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ اللَّهَ حَرَّمَهَا». فَقَالَ: لَا، فَسَارَهُ رَجُلٌ إِلَى جَنْبِهِ فَقَالَ: «بِمَ سَارَرْتَهُ؟». فَقَالَ: أَمْرُهُ أَنْ يَبِيعَهَا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شَرْبَهَا حَرَّمَ بِبَيْعِهَا». فَفَتَحَ الرَّجُلُ الْمَزَادَتَيْنِ حَتَّى ذَهَبَ مَا فِيهِمَا.

الشرح: سؤاله عما يعصر من العنب، يحتمل معنيين، أحدهما: أن يسأل عن جميع

١٠٠٤ - أخرجه البخارى فى الأشربة ٥١٤٧. ومسلم فى الأشربة ٣٧٣٧. والترمذى فى الأشربة ١٧٨٤. والنسائى فى الأشربة ٥٥٧٤، ٥٥٧٧. وأبو داود فى الأشربة ٣١٩٤. وابن ماجه فى الأشربة ٣٣٦٤. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٩٢، ٤٦٨٠. والدارمى فى الأشربة ١٩٩٨.

١٠٠٥ - أخرجه مسلم فى المساقاة ٢٩٥٧. والنسائى فى البيوع ٤٥٨٣. وأحمد فى مسند بنى هاشم ١٩٣٧، ٢٠٨١، ٢٨٢٤، ٣٢٠١.

٣٠٦ كتاب الأشربة
أنواع العصير من حين يعصر إلى أن ينتهي فى آخر أحواله، وذلك أن للعصير أربعة
أحوال، أحدها: من حين يعصر، وقبل أن ينش. والثانية: إذا نش، وقبل أن يسكر.
والثالثة: إذا أسكر. والرابعة: إذا صار خلا.

فأما الأولى، وهى حال حلاوته، وقبل أن ينش، فإنه حلال، ولا خلاف فيه إلا أن
يدخل عليه ما يغير حكمه، فقد قال ابن حبيب: وأنهى عن شرب الخمر العصير الذى
عصر فى المعاصر التى تردد العصر فيها، وإن كان ساعة عصر لما يبقى فى أسفلها خوفًا
أن يكون قد اختمر، ولا شك أن بقايا ثقلها فى أسفلها تختمر، فتصير خمرًا ثم يلقى عليه
طوى، فيختلط به، فيفسد جميعه؛ لأن قليل الخمر يخالط كثيرًا من عصير أو نخل أو
طعام، أما يشرب، فيحرم كله.

قال الإمام أبو الوليد: ووجه هذا عندى أن الخمر لا يعود عصيرًا حلواً، فلذلك إذا
مازجت العصير نجسته، لأنها تبقى على نجاستها، ولو خالط بيسير الخمر الخل لم
ينجسه؛ لأن أجزاء ذلك الخمر تستحيل خلا طاهرًا، فلا يبقى ثم لا ينجس الخل
بمجاورته. وقد قال: لا يستعمل ذلك الخل حتى تبقى مدة يقدر فيها أن أجزاء ذلك
الخمر قد استحالت خلاً.

مسألة: وأما نش، فإن مالكاً، رحمه الله، لا يراه حراماً حتى يسكر. وبه قال
الشافعى. وقال أبو حنيفة: إذا نش، فقد حرم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك قوله ﷺ، وقد سئل عن البتع، فقال: «كل
شراب أسكر، فهو حرام»^(١). فلنا من هذا الحديث دليلان، أحدهما: أنه قصد النبى ﷺ
إلى بيان ما حرم، وتميزه مما أحله الله، فقال: «كل شراب أسكر، فهو حرام» فعلق اسم
التحريم بالإسكار، ولم يعلقه بالغلان، فدل ذلك على أن الإسكار حد بين الحلال
والحرام دون الغلان.

والوجه الثانى، أنه علق حكم التحريم على الإسكار، فكان الظاهر أنه علة له دون
الغلان الذى لم يعلق عليه تحريمًا، ومحال أن يكون الغلان علة له، فيترك التعليل به،
ويعلل بغيره مما ليس بعلة له.

مسألة: وإذا أسكر، فلا خلاف فى تحريمه، قليله وكثيره، وكذلك سائر الأشربة عند
مالك، وقد تقدم ذكر اختلاف الفقهاء فيما يسوغ فيه الاختلاف عنه بما يغنى عن
إعادته.

(١) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٠٠٢.

كتاب الأشربة ٣٠٧

فرع: إذا ثبت أن الخمر حرام، فهل تجب إراقتها ومن كانت عنده لا يخلو إذا عصرها أن يريد بها المحظور، وهو أن يتخذها خمراً أو يقصد بها المباح، وهو أن يشربها عصيراً أو يخللها أو يطبخها ربياً أو غير ذلك من الوجوه المباحة، فإن قصد بها المحظور، فلا خلاف في المذهب نعلمه أنه يجب عليه إراقتها، فإن اجترأ عليها، فجللها، فعن مالك في ذلك روايتان، وسنذكرهما بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإن قصد بها أمراً مباحاً، فصار خمراً، فقد قال ابن حبيب فيمن عصر عصيراً يريد به الخل، فلا بأس أن يعاجله، وهو عصير يصب الماء فيه، ويطرحة على دردى الخل، فله أن يقره وحثالته، وإن داخلت الخمر ثم إن عجل ففتحه قبل أوانه، فوجده قد دخله عرق الخل فله أن يقره، ويعالجه وإن لم يجد فيه شيئاً من ذلك في رائحة، ولا طعم، فهي خمر تهراق، ولا يحل له حبسها ولا علاجها لتصير خلأً.

قال الإمام أبو الوليد: وفي كلام ابن حبيب نظر، وظاهر ما في كتاب ابن المواز عن مالك خلاف هذا، وقد بسطت الكلام فيه في الاستيفاء.

فرع: فإن صارت خلأً بعد أن كانت خمراً، فلا يخلو أن تصير خلأً بمعالجة أو بغير معالجة، فإن صارت خلأً بمعالجة آدمي، فإن المعالجة ممنوعة في الجملة عندنا، وأحسن ما يتعلق به عندي في ذلك أن مهدي المزدتين أراقها بحضرة النبي ﷺ، ولم ينكر ذلك عليه، ولو جاز تحليلها لما أباح له إراقتها، ولنبهه على تحليلها كما نبه أهل الميتة على الانتفاع بجلدها، غير أنه يتعرض في ذلك أن تلك خمر قصد بها الخمر، وأما ما لم يقصد به خمراً وإنما قصد بها الخل، فحكمه غير حكم ما قصد به الخمر.

فرع: فإن صارت خلأً بمعالجة، ففي كتاب ابن المواز فيمن عصر خمراً أو عصر خلأً، فباعها من مسلم أو نصراني، فصارت خلأً أو خللها أنه لا بأس بأكلها وبيعها. وروى عن مالك إباحة أكلها. وروى عن ابن الماجشون المنع من ذلك. وروى ابن عبد الحكم في مختصره الروايتين عن مالك.

ووجه الرواية الأولى ما احتج به الشيخ أبو بكر أن علة التحريم هي الشدة المطربة، فإذا زالت زال التحريم كما لو تخللت بنفسها، قال القاضي أبو محمد: ولا خلاف إذا تخللت بنفسها.

ووجه الرواية الثانية الحديث المتقدم في إراقة ما في المزدتين بحضرة النبي ﷺ، ولم ينكر عليه، ولو أراد تحليلها لمنعه من ذلك ونبهه عليه.

٣٠٨ كتاب الأشربة

فصل: قول ابن عباس للذي سأله عما يعصر من العنب: «أهدى رجل لرسول الله ﷺ راوية خمرة» يحتمل أن يكون فهم من السائل أنه إنما سأل عن الخمر من أنواع العصير أو عما عصر للخمر، فإن سأله عن الخمر، فقد أجابه عن نفس مسأله، وإن كان سأله عن عصير أريد به الخمر فمعنى ذلك أن حكمه حكم ما قد صار خمراً.

فصل: قوله: «راوية خمرة» الراوية هي الدابة التي تحمل الخمر أو الماء لأنها هي التي تروى، غير أنه قد يسمى الظرف الذي يحمل فيه الخمر راوية، بمعنى تسمية الشيء باسم ما جاوره أو قاربه.

فصل: وقوله ﷺ للذي أهدى إليه راوية: «أما علمت أن الله حرمها» على جهة التوبيخ له إن كان علم ذلك، ثم أهداها، وإن كان جهل مثل هذا من أمر الشريعة مع ظهوره، ولما قال المهدي للخمر: «لا» إظهاراً لعذره، ساره إنسان إلى جانبه بما ظن أنه يرشده به إلى منفعتة.

فلما رأى النبي ﷺ ذلك من مسارته، ولم يثق بعلمه، وتوقع أن يأمره بمثل ما أظهره بعد ذلك، سأله عما ساره به، فإن كان صواباً أقره عليه، وثبت فيه، وإن كان خطأ، حذره منه ونهاه عنه، وأرشده إلى الصواب، فأخبره أنه أمره ببيعها، فقال ﷺ: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها» فأخبره ﷺ أنه لا يحل بيعها كما لا يحل شربها، لأنه لم يبق بها منفعة تمسك لسببها في الحال والمآل، وما كان بهذه الصفة لم يحل بيعه.

مسألة: إذا ثبت أن بيعها محرم، فاجترأ مسلم فباعها، فلا يخلو أن يشتريها منه نصراني أو مسلم، وسيأتي بيان هذا في آخر الباب إن شاء الله.

فصل: وقوله: «فتفتح المزادتين حتى ذهب ما فيهما» للعصير على أصلنا ثلاثة أحوال، حال عصير، وحال سكر، وحال تخلل.

فأما الحالة الأولى، وهي حالة العصير، فهي حالة إباحة على وجه ما، فمن أعدها لوجه مباح، فلا خلاف في أنه لا يلزم إراقتها في هذه الحال، ومن اتخذها لوجه محظور، فهل تلزمه إراقتها؟ يحتمل أن يكون فتحهما فتحاً يقي الانتفاع بهما بأن حل أفواههما، ويحتمل أن يكون فتحهما بشق أو ساطهما، فأبطل ذلك الانتفاع بهما، وقد حكى ابن عبد الحكم عن مالك أن من وجدت عنده خمر من المسلمين كسرت عليه، وشق ظروفها.

قال الشيخ أبو بكر: إنما تشق الظروف إذا كان لا يزول ما قد فسد بها من الخمر

كتاب الأشربة ٣٠٩
بالغسل، فإن كان يزول ما فيها من الغسل غسلت، ولينتفع بها، وكذلك الأواني
تكسر، إن كان لا يزول ما فيها، قال: ويجوز أن يكون مالك إنما أراد أن الظروف
تشق وتكسر الأواني، وإن كان ما فيها يزول بالغسل عقوبة للمسلم على فعله،
وإمساكه الخمر وبيعه لها، وهذا الذي أراده مالك والله أعلم، ولذلك قال: يفرق ثمن
ما باع على الفقراء، وأهل الحاجة، عقوبة للمسلم الذي باعها لثلا يعود ثانية إلى بيعها.

١٠٠٦ - مَالِك، عَنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ
أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ أُسْقِي أَبَا عُبَيْدَةَ بْنَ الْجَرَّاحِ وَأَبَا طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيَّ وَأَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ
شَرَابًا مِنْ فَضِيخٍ^(١) وَتَمْرٍ، قَالَ: فَجَاءَهُمْ آتٌ، فَقَالَ: إِنَّ الْخَمْرَ قَدْ حُرِّمَتْ، فَقَالَ
أَبُو طَلْحَةَ: يَا أَنَسُ قُمْ إِلَيَّ هَذِهِ الْجِرَارِ فَكَسِرْهَا، قَالَ: فَقُمْتُ إِلَى مِهْرَاسٍ لَنَا،
فَضَرَبْتُهَا بِأَسْفَلِهِ حَتَّى تَكَسَّرَتْ.

الشرح: قوله: «كنت أسقي أبا عبدة بن الجراح ومن معه شراباً من فضيخ وتمر»
يحتمل من جهة اللفظ أن يكون مسكراً أو غير مسكر؛ لأن اسم الشراب قد يتناول
ذلك كله. قال: «فجاءهم آت، فقال: إن الخمر قد حرمت» وهذا يقتضى أن هذا كان
وقت تحريمها وونسخ إباحتها لمكان هؤلاء من رسول الله ﷺ، ولم يعلموا بتحريمها،
ولو تقدم تحريمها مدة طويلة من النبي ﷺ لما خفى عليهم، ولما اجتمعوا عليها.

فصل: وقول أبي طلحة عند قوله الآتي: «يا أنس، قم إلى هذه الجرار فاكسرها»
امتثال لنهي النبي ﷺ، فهو الذي حرّمها أو هو الذي أخبر بذلك عن الله تعالى، ولهذا
قلنا فيما روى أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة: إن هذا مسند؛ لأنه لا يأمر إلا
النبي ﷺ ولا ينهى في الشريعة غيره.

فصل: وأمر أبي طلحة أنساً بكسر الجرار، يدل على أن فضيخ التمر عنده ينطلق
عليه اسم الخمر، ولو لم يقع عليه اسم الخمر لما جاز أن يأمر بكسر المباح عنده لتحريم
غيره، بل لا يجوز أن يأمر بكسر نوع من المائعات والمشروبات لتحريم الخمر، إذا لم

١٠٠٦ - أخرجه البخاري في كتاب الأشربة ٦٧١٢. ومسلم في الأشربة ٣٦٦٤. والنسائي في
الاستعاذة ٥٤٤٤، الأشربة ٥٤٤٥، ٥٤٤٦. وأبو داود في الأشربة ٣١٨٨. وأحمد في باقي
مسند المكثرين ١٢٤٢٢، ١٢٥٠٥، ١٢٨٩٧. والدارمي في الأشربة ١٩٩٧.

(١) الفضيخ: قال ابن عبد البر ١١٤/٩: قد اختلف في الفضيخ فقال أكثر أهل العلم:
الفضيخ نبيذ البسر. وقال أبو عبيد: الفضيخ ما افتضح من البسر من غير أن تمسه النار.

٣١٠ كتاب الأشربة

يكن المسكر حمراً كما لم يأمر حيثئذ بكسر جرار فيها ماء ولا سمن ولا زيت ولا غير ذلك من أنواع المائعات والمشروبات، ولما أمر بكسر الجرار لما فيها من الفضيخ عند نزول الخمر، دل على أن اسم الخمر يتناول شراب الفضيخ.

فصل: وقول أنس: «فقمتم إلى مھراس لنا ففرضتھا بأسفلھ حتى تكسرت» المھراس حجر كبير، كسر أنس به الجرار بأمر أبي طلحة وبحضرة أبي عبيدة وأبي بن كعب، ولم يقتصروا على إراقة ما فيها وغسلھا، ولعلھ أن يكون ذلك لتمكن شرابھا منها، وسرايته في إجزائها ومسامھا، وإنما يجوز غسلھا واستعمالھا إذا علم أنه يزول عنها ما تشبث من الخمر بها، ولا يبقى من الخمر فيها بقية.

وقد روى في المجموعة عن مالك في الجرة إذا طبخ فيها الماء، وغسلت: أنه لا بأس باستعمالھا، فيحتمل أن يكون أمر بكسرها لما رأى أنه لا يمكن غسلھا وتنظيفھا من بقايا الخمر فيها، ويحتمل أيضاً أن يكون كسرها لما رأى أن ذلك حكمھا على كل حال. وقد روى القولان عن مالك في الجرار.

فروع: وأما الذي يراعى في تطهيرھا ونظافتھا إذا قلنا بجواز غسلھا، روى أشهب عن مالك في الركوة للخمر، تغسل: أخاف أن لا تخرج ريحھا من الركوة. وهذا يدل على أنه يراعى بقاء رائحتها في الأثناء.

وتحتمل مراعاة الرائحة وجهين، أحدهما: أن يراعى في تغير المائع برائحة النجس، وكون الرائحة فيها بمجاورة أو مخالطة، فإن المشهور من مذهب مالك تغير الرائحة بالمخالطة. والثاني أن بقاء الرائحة في الأثناء ربما تعلق بالشارب من ذلك إثناء، فأدى ذلك إلى إقامة الحد عليه بالرائحة، والله أعلم.

١٠٠٧ - مالك، عن داود بن الحصين، عن واقد بن عمرو بن سعد بن معاذ أنه أخبره عن محمود بن لبيد الأنصاري أن عمر بن الخطاب حين قدم الشام شكاً إليه أهل الشام وباء الأرض وبقلها، وقالوا: لا يصلحنا إلا هذا الشراب، فقال عمر: اشربوا هذا العسل، فقالوا: لا يصلحنا العسل، فقال رجل من أهل الأرض: هل لك أن نجعل لك من هذا الشراب شيئاً لا يسكر؟ قال: نعم، فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان، وبقي الثلث، فأتوا به عمر فأدخل فيه عمر إصبعه ثم رفع يده فبعتها

كتاب الأشربة ٣١١
يَتَمَطَّطُ، فَقَالَ: هَذَا الطَّلَاءُ، هَذَا مِثْلُ طِلَاءِ الْإِبِلِ، فَأَمَرَهُمْ عُمَرُ أَنْ يَشْرَبُوهُ، فَقَالَ لَهُ
عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ: أَحَلَّلْتَهَا وَاللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: كَلَّا وَاللَّهِ، اللَّهُمَّ إِنِّي لَا أُحِلُّ لَهُمْ
شَيْئًا حَرَّمْتَهُ عَلَيْهِمْ، وَلَا أُحَرِّمُ عَلَيْهِمْ شَيْئًا أَحَلَّلْتَهُ لَهُمْ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب حين قدم الشام» قدومه الشام كان على
حسب ما يلزم الإمام من مراعاة أنظاره، وتطلعها بنفسه وتعاهد أحوالها لاسيما، وهو
موضع رباط، وهو أهم المواضع عند الإمام وأولها بتفقدته وتعاهده.

فصل: وقوله: «شكا إليه أهل الشام وباء الأرض وثقلها» يريد أنهم شكوا إليه من
ذلك ما أحوجهم إلى شرب شراب يزيل عنهم وباء الأرض، ويبعد عنهم ثقلها
وأمرضها المعتادة عندهم، وقد اعتادوا أن يفتنوا لها بشرب، وأخبروا عمر أنه لا
يصلحهم إلا ذلك، يريد أن أبدانهم لا تألف غيره، فأمرهم عمر أن يشربوا العسل على
الوجه المباح منه، من أن لا ينتهي إلى الحد المحرم من السكر، وذلك أنه لم يكن علم أنه
يتخذ من العصير ما يبقى، ويسلم من الشدة المطرية، وعلم أن العسل يبقى المدة الطويلة،
فعدل بهم إليه ليقتنوه، ويتخذوه ويدخروه، فمتى أرادوا شربه خلطوه بالماء، فقالوا: «إله
لا يصلحنا العسل» يعنى أنه لا يزيل عنهم وباء الأرض، ولا وخامتها، ولا يدفع ما
يحدث من أمراضها، وهذا كله يقتضى أنه لم ييح لهم شرب ذلك الشراب المسكر
للتداوى، وقد تقدم ذكره.

فصل: ولما توقف عمر رضى الله عنه عن إجابتهم إلى ما أرادوه من شرب العنب
لاعتقاده أنه لا يمكن ادخاره، «قال له رجل من أهل الأرض» يريد ممن نشأ فيها «هل
لك أن نجعل لك من هذا الشرب شيئا لا يسكر» لعلمه بذلك أنه يمكن أن يدخر، ولا
يتغير، ويتوصل إلى ذلك بصنعة علمها.

فقال له عمر: «نعم» إجابة إلى اختبار ما ادعاه من صحة ادخاره العصير دون أن
يسكر أو يتغير، فإنه إنما منعهم منه لما علم فيه من التغير وتعذر عنده من بقاءه، دون أن
يفسد، فلما ادعى هذا بحضرتة أنه يمكنه أن يصنع منه ما يسلم من الفساد أجابه إلى أن
يصنع ليختبر قوله ويعاين ما أخيره به.

فصل: وقوله: «فطبخه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث» ومعنى ذلك أنه ذهب
منه المائبة التي تحدث إفساده، ويسرع بها تغيره، وبقيت عسلية خالصة، وإنما خص
ذلك بذهاب الثلثين وبقاء الثلث؛ لأن هذه كانت صفة عصير ذلك العنب فى ذلك
البلد.

٣١٢ كتاب الأشربة

وقد روى ابن المواز فى طبخ: لا أحد ذهاب ثلثيه، وإنما أنظر إلى السكر. قال أشهب: إن نقص تسعة أعشاره بذلك. قال ابن المواز: وليس ذهاب الثلثين فى كل بلد، ولا من كل عصير، فأما الموضع المختص بذلك، فلا بأس به. وقال ابن حبيب: من تحفظ فى خاصته فعمل الطبخ، فلا يعمله إلا باجتماع وجهين، أن يذهب ثلثاه، ويوقن أنه لا يسكر.

فأما حد الوصفين من أنه لا يسكر فصحيح، ولا يحتاج إلى سؤال لأنه إذا لم يسكر، فسواء ذهب ثلثه أو ربعه أو أكثر أو أقل، اللهم إلا أن يعلم أنه لا يوجد بلد يذهب منه أقل من الثلثين، ويسلم من الفساد، فيراعى ذهاب الثلثين فى البلاد التى يسلم فيها من الفساد ذهاب الثلثين، ويحترز بتيقن سلامته من الفساد لوجود الفساد مع ذهاب الثلثين فى سائر البلاد، وإذا اعتبر السلامة من أن يسكر استغنى عن سائر الأوصاف، وجعل أبو حنيفة ذهاب الثلثين حداً فى جواز شرب ما يبقى، وإن كان يسكر من كثيره. والدليل على ما نقوله أن هذا شراب فيه شدة مطربة، فوجب أن يكون قليله حراماً. أصل ذلك التىء.

فصل: وقوله رضى الله عنه لما أخبره به، وأشرف عليه بالمشاهدة والمباشرة، وقوله: «فأتوا به عمر بن الخطاب، فأدخل فيه إصبعه ثم رفعه، فتبعها يتمطط» اختبار من عمر رضى الله عنه لما أخبره به وإشراف عليه بالمشاهدة والمباشرة، واعتناء بأمر المسلمين، ومصالح دينهم ودنياهم، فأدخل إصبعه ليختبر ثخانتته، وهى التى تمنع التغير، ثم رفع إصبعه التى أدخلها فى الطلاء، فتبعها الطلاء يتمطط لثخانتته، ولو كان رقيقاً فى حكم الشراب لم يتبع يده، ولا إصبعه منه شىء، ولجعل ينقط ما يتعلق بإصبعه منه، إن كان تعلق منه شىء.

فصل: وقول عمر: «هذا الطلاء» يريد أنه سمي بالطلاء على معنى التشبيه بهذا، ولذلك قال: «هذا مثل طلاء الإبل» فى ثخانتته وبعده من التغير ثم أمرهم بشربه، ولو راعى أبو حنيفة أن يعود إلى مثل هذا من القوام، والثخانة لما أباح للناس إلا شرب ما يؤمن فساد، فإن هذا قوام العسل، ولا يمكن شرب مثله إلا أن يمزج بالماء، فلا يخاف على مثل هذا التغير أبداً.

وأما من عصير يذهب ثلثاه، ويبقى الثلث رقيقاً يسرع إليه التغير، ويطراً عليه الفساد، فليس له حكمه وحكم الذى قد صار فى قوام العسل حكم الذى لا يتغير، ولو أمسك أوعواماً.

ولو كان ذهاب الثلثين منه يجزئ على كل، لما احتاج عمر أن يراه ويختبره ويدخل إصبغه فيه، ويرفعه ليعلم بذلك ثخانتته، ولقال للذى قال له: «هل لك أن أجعل لك من هذا الشرب ما لا يسكر» أنا أعلم بذلك منك، اطبخه حتى يذهب الثلثان، ولا يراعى أيسكر أم لا، ولما قال له: افعل، علم أنه إنما أمره بأن يعمل منه ما لا يسكر، وأنه اختبر صدقه، وعلم صحة قوله بما شاهد من ثخانتته، وأنه فى قوام طلاء الإبل ثم أظهر تصديق قول الصانع وإجابته إلى ما سأل بأن يكون على مثل هذه الصفة التى ادعى أنها لا تسكر.

فمن أباح شرب ما يسكر من ذلك بذهاب الثلثين، فقد خالف إجماع الصحابة؛ لأنهم بين قائلين قائل بقول. بمثل قول عمر: إنها إذا لم تسكر لما عادت عليه من القوام أنه مباح عملها، واتخاذها. وقائل أنكر على عمر رضى الله عنه بإباحتها مع ذلك كله خوفاً من الذريعة لإباحته إلى شرب المسكر منها على حسب ما أفتى به أبو حنيفة، فقد خالف إجماعهم. وقد روى أن على بن أبى طالب كان يرزق الناس طلاء يقع فيه الذباب، فلا يستطيع أن يخرج منه.

فصل: وقوله: «ثم أمرهم بشربه» يحتمل أن يريد أمرهم بشربه على معنى أنه ندبهم إلى ذلك على معنى استيفاء صحة أجسامهم، وصلاح أحوالهم، والمنع لهم من تحريمه، ويحتمل أن يريد بذلك إباحته لهم، فإن القاضى أبا الفرج من أصحابنا قد قال: إن الإباحة أمر.

فصل: وقول عبادة بن الصامت: «أحلتها والله»^(١) يريد أن ما أباحه لهم من هذا الطلاء الذى يؤمن معه الفساد يتسبب به إلى شرب ما لا يبلغ ذلك المنع مما يسرع إليه الفساد إلا أنهم يختانون أنفسهم، فلا يبلغوه ذهاب الثلثين فى البلد الذى يصلح فيه بذهاب الثلثين.

وأما أن يتعلق بذلك ويشرب ما ذهب ثلثاه فى بلد لا يصح فيه إلا بذهاب أكثر من الثلثين، ويتعلق بذكر ذهاب الثلثين على حسب ما تعلق به المخالف.

(١) قال فى الاستذكار ٣٢١/٢٤: قول عبادة لعمر فى الطلاء المذكور فى هذا الحديث: أحلتها لهم، يعنى الخمر، لم يرد به ذلك الطلاء بعينه، ولكنه أراد أنهم يستحلونها فضيخ دون ذلك الطبخ، ويعتلون بأن عمر أباح المطبوخ منها. كما روى النبى ﷺ، أنه قال: «تستحل أمتى الخمر، فإنهم يسمونها غير اسمها».

٣١٤ كتاب الأشربة

وقد تبع عبادة بن الصامت على هذا الإنكار عبد الله بن عمر. قال ابن حبيب: وقد نهى عنه عمر بن عبد العزيز، ولو اقتصر الناس على ما أباح منه لم أنه عنه. قال ابن حبيب: وإنه ليعجبني لمنع الذرائع أن ينهى عنه الناس.

فصل: وقول عمر: «كلا والله، اللهم إني لا أحل لهم شيئاً حرمته عليهم، ولا أحرم عليهم شيئاً أحلته لهم» إنكاراً على عبادة بإظهار النية، وصحيح معتقده، وتبين ما ذهب إليه، وأنه لا يحل حراماً، وهو ما يسرع إليه الفساد والتغير من الأشربة، ولا يجرم حلالاً منها، وهو ما بلغ المبلغ الذي صنعه الرجل من الثخانة، وأنه بمنزلة طلاء الإبل، فلا يسرع إليه فساد، ولا يمكن شربه إلا بخلطه بالماء على حسب ما يصنع بال غسل من أراد شربه.

١٠٠٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ قَالُوا لَهُ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ إِنَّا نَبْتِاعُ مِنْ ثَمَرِ النَّخْلِ وَالْعِنَبِ فَتَعَصِيرُهُ حَمْرًا فَنَبِّيعُهَا؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: إِنِّي أَشْهَدُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ وَمَلَائِكَتُهُ وَمَنْ سَمِعَ مِنَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ أَنِّي لَا أَمُرُكُمْ أَنْ تَبِّيعُوهَا، وَلَا تَبْتِاعُوهَا، وَلَا تَعَصِرُوهَا، وَلَا تَشْرَبُوهَا، وَلَا تَسْقُوهَا، فَإِنَّهَا رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ.

الشرح: قوله: «أن رجلاً من أهل العراق سألوا عبد الله بن عمر فقالوا: إنا نبتاع من ثمر النخيل والعنب، فعصره حمراً فنبيعها» تصريح بعصر الخمر وبيعه، فمنع من ذلك عبد الله بن عمر، ولا خلاف نعلمه في منعه.

والأصل في ذلك الحديث المتقدم أنه ﷺ قال للذي أهدى إليه راوية حمرة: «إن الذي

١٠٠٨ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٨٦/٨.

وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٧٨، وقال: مثل هذا القول، لا يكون منه إلا وعنده من الله عز وجل ورسوله عليه السلام معناه، ثم ذكر حديث ابن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: «الخمر حرام، وبيعها حرام، وثمنها حرام». وحديث ابن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: «لعنت الخمر على عشرة وجوه: لعنت الخمر بعينها، وعاصرها ومعتصرها، وبتاعها ومبتاعها، وحاملها والمحمولة إليه، وأكل ثمنها، وساقها، وشاربها». وحديث ابن عباس «أن رسول الله ﷺ أتاه جبريل، فقال: يا محمد، إن الله تعالى لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه، وشاربها، وبتاعها، ومبتاعها، وساقها ومساقها». انتهى بتدبير.

كتاب الأشربة ٣١٥
حرم شربها حرم بيعها^(١). وقول عبد الله بن عمر: إنى أشهد الله عليكم وملائكته
ومن سمع من الجن والإنس أنى لا آمركم أن تبيعوها ولا تبتاعوها، أى إنى لا أترككم
إلى التجارة فيها، وطلب الرزق ببيعها وشرائها كما أمركم بطلب ذلك فى غيرها.

وقد يستعمل الأمر فى مثل هذا بمعنى الإباحة، فىكون معناه إنى لا أبيع لكم، وهذا
مما اتفق على منع بيعه وابتاعه، فإن باعها أحد من أحد، فلا يخلو أن يبيعها مسلم من
مسلم أو مسلم من نصرانى أو نصرانى من مسلم أو نصرانى من نصرانى، فإن باعها
مسلم من مسلم من نصرانى أو مسلم، فلا يخلو أن يعثر على ذلك، والخمر قائمة، أو
كانت عند المشتري، فإن كانت قائمة، فقد قال ابن حبيب: يفسخ الشراء وتكسر
حيث وجدت، ويرد الثمن إلى المشتري إن كان دفعه، فإن لم يكن دفعه لم يؤخذ منه
شئ.

قال الشيخ أبو بكر: وإنما قال ذلك مالك لأن النبى ﷺ قال: «إن الذى حرم شربها
حرم بيعها» فوجب كسرها حيث وجدت، ورد الثمن على المبتاع؛ لأن البائع لا يجوز
له أخذ مال عوضاً من الخمر، وكان الخمر إنما كسرت بيد البائع.

فروع: وإن كانت قد فاتت عند المشتري، فقد قال ابن حبيب: إنه قد فات موضع
الفسخ، ويؤخذ الثمن من البائع إن كان قبضه أو من المشتري إن كان لم يدفعه،
ويفرق على أهل الحاجة، ويعاقبان عقوبة موجهة ببيعها وابتاعها.

مسألة: وإن باعها مسلم من نصرانى، فلا يخلو أن يعثر على ذلك، وهى قائمة أو
بعد أن فاتت. قال ابن حبيب: فإن عثر على ذلك والخمر قليلة بيد البائع أو المشتري
النصرانى كسرت على المسلم ورد الثمن على النصرانى.

فروع: وإن عثر على ذلك بعد أن فاتت عند المشتري أخذ الثمن من المسلم إن كان
قبضه أو من النصرانى إن كان لم يدفعه؛ لأنه ثمن حرام، وفرق على أهل الحاجة، قاله
ابن حبيب، قال: وفيها الختلاف.

مسألة: وإن باعها نصرانى من مسلم، فلا يخلو أن يعثر على ذلك، وهى قائمة أو
بعد أن فاتت، فإن عثر على ذلك، وهى قائمة فى يد النصرانى قد أبرزها للمسلم، فقد
قال ابن حبيب عن مالك: تكسر عليه عقوبة له، ويرد الثمن على المسلم، إن كان
قبضه، ويسقط عنه إن كان لم يقبضه.

(١) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٠٠٥.

٣١٦ كتاب الأشربة

وإن كان المسلم قد قبضها كسرت على المبتاع، فإن كان المسلم لم يدفع الثمن سقط عنه، وإن كان النصراني قد قبضه، لم ينزع منه الثمن. قال الشيخ أبو بكر: إنما قال: إن الخمر تكسر في يد المسلم لأنه لا يجوز له ملكها ولا إمساكها.

وقوله: وإن كان دفع الثمن لم يرد إليه أدبًا له؛ لأنه قد فات بقبض النصراني له، فإن لم يكن نقد كسرت الخمر بيده لما ذكرناه، ولم يدفع الثمن إلى النصراني عقوبة له. وقد ذكر مالك أنه يؤخذ الثمن من المسلم فيتصدق به وألا تدفع إلى النصراني.

فروع: وإن كان المسلم قد قبض الخمر، ففاتت عنده، فقد قال ابن حبيب: إن كان الثمن بقى عنده قبض منه ودفع إلى أهل الحاجة، ويعاقبان، وإن كان الثمن قد صار إلى النصراني [.....] ^(١).

فصل: وقوله: «ولا تعصروها، ولا تشربوها، ولا تسقوها، فإنها رجس من عمل الشيطان» ذهب والله أعلم إلى منع كل تصرف مقصود فيها، وعمل لها ثم بين علة ذلك بأنها رجس وأنها من عمل الشيطان، يريد والله أعلم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

تم كتاب الأشربة، والحمد لله.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجهاد

الترغيب في الجهاد

معنى الترغيب في الجهاد، الإعلام بعظيم ثوابه، وجزيل أجره ليرغب الناس فيه، وأكثر ما يوصف بالرغائب ما قصر عن رتبة الوجوب؛ لأن العمل إنما يوصف بأتم أحواله إلا أنه لم يقصد هاهنا للوصف له بوجوب ولا غيره، وإنما قصد الحض على فعله بالإخبار عن جزيل ثوابه، ويحتمل أن يوصف بأنه من الرغائب لمن سقط عنه فرضه لقيام غيره به وبعده عن مكانه مع ظهور المجاورين للعدو عليهم واستغنائهم عن عون من بعد عنهم. وقد قال سحنون في مثل هذا: كان أول الإسلام فرضاً على جميع المسلمين، والآن هو مرغّب فيه.

مسألة: الجهاد فرض في الجملة إلا أنه من فروض الكفاية. ومعنى قولنا: من فروض الكفاية، أنه يجب في الجملة، فإذا قام به بعض الناس سقط فرضه عن من قام به وعن غيره من المسلمين، وإذا عمت الحاجة إلى جميع الناس ودهمهم من العدو ما لا يقوم به بعضهم، لزم الفرض جميعهم. والأصل في وجوبه قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ لِلدِّينِ كُلِّهِ﴾ [الأنفال: ٣٩].

مسألة: إذا ثبت وجوب الجهاد، فإن غايته أن يدخل الكفار في الإسلام أو يدخلوا في الذمة بأداء الجزية وجريان أحكام الإسلام عليهم. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾، إلى قوله: ﴿وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

مسألة: وهذا مع ظهور الإسلام عليهم وغلبتهم لهم، فأما إذا ضعف أهل الإسلام، فلا بأس بمهادنتهم ومصالحتهم على غير شيء. وسأل أهل الأندلس سحنون، قالوا: أرأيت لو انقطعت عنا الجيوش، وبعد أمير المؤمنين وعدونا قريب منا في قوة، هل لأمر

٣١٨ كتاب الجهاد
الثغور أن يصلحهم على غير شيء إذ لا طاقة لنا بهم؟ قال: نعم، ولا يبعد في المدة لما
يحدث من قوة الإسلام.

والأصل في ذلك مهادنة النبي ﷺ قريشاً عام الحديبية على غير شيء يأخذه منهم
حتى قوى الإسلام، فلم يقبل ذلك منهم.

مسألة: وأما مصالحتهم على مال يعطيهم المسلمون إياه إذا عجزوا عن حماية زرعهم
أو حماية بيضتهم أو حصن من حصونهم، وخالوا التغلب، وأخذ العدو من فيها من
النساء والذرية، فهو جائز.

١٠٠٩ - مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة أن رسول الله
ﷺ قال: «مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم الذي لا يفتر من
صلاة ولا صيام حتى يرجع».

الشرح: قوله ﷺ: «مثل المجاهد في سبيل الله» السبيل في كلام العرب هو
الطريق، يذكر ويؤنث، وجميع أعمال البر هي سبيل الله تعالى، إلا أن هذه اللفظة إذا
أطلقت في الشرع اقتضت الغزو إلى العدو.

وسئل مالك عن رجل أوصى بمال في سبيل الله، فقال: سبيل الله كثيرة، وأحب إلى
أن يجعل ذلك في الغزو.

ووجه ذلك ما ذكرناه من أن إطلاق هذه اللفظة أظهر في الغزو، وتمثيله المجاهد في
سبيل الله بالصائم القائم، يريد في عظم ثوابه وكثرته. ومعنى ذلك أن له من الثواب
على جهاده في سبيل الله مثل ثواب المستديم للقيام والصيام، لا يفتر عنهما، وإنما
أحال على ثواب الصائم والقائم، وإن كنا لا نعرف مقداره لما قرر الشرع من كثرته،
وعرف من عظمته، والمراد بالقائم هاهنا المصلي، يقال فلان يقوم بالليل إذا كان يصلي
فيه.

١٠٠٩ - أخرجه البخاري في الجهاد والسير ٢٥٧٩. والترمذي في فضائل الجهاد ١٥٤٤.
والنسائي في الجهاد ٣٠٧١، ٣٠٧٤، ٣٠٧٥. وأحمد في باقي مسند المكثرين ٩١١٦،
٩٢٧٣، ٩٥٤٠. وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٧٥/٥ وعزاه للطبراني والبخاري وأحمد
عن النعمان بن بشير. وذكره السيوطي في الدر المنثور ٢٤٥/١ وعزاه إلى مسلم والترمذي
والنسائي والبيهقي في الشعب عن أبي هريرة. وابن أبي شيبة ٢٨٧/٥ عن أبي هريرة.

فصل: وقوله ﷺ: «القائم الذي لا يفتر من صلاة ولا صيام، حتى يرجع» يريد أن حال المجاهد في سبيل الله في أجره وثوابه مثل أجر هذا؛ لأن جميع تصرف المجاهد وأكله ونومه وغفلته يماثل ثوابه ثواب الذي يقرب بين الصلاة والصوم.

وقد روى «أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: دنني على عمل يعدل الجهاد؟ فقال: لا أجد، هل تستطيع إذا خرج المجاهد أن تدخل المسجد تصلي لا تفتر، وتصوم لا تفطر؟ قال: من يستطيع ذلك»^(١).

١٠١٠ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «تَكْفَلُ اللَّهُ لِمَنْ جَاهَدَ فِي سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ مِنْ بَيْتِهِ إِلَّا الْجِهَادُ فِي سَبِيلِهِ وَتَصْدِيقُ كَلِمَاتِهِ أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ أَوْ يُرُدَّهُ إِلَى مَسْكِنِهِ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ مَعَ مَا نَالَ مِنْ أَجْرٍ أَوْ غَنِيمَةٍ».

الشرح: قوله ﷺ: «تكفل الله لمن جاهد في سبيله»^(١) الكفالة الضمان، وإنما أضاف الكفالة إلى البارئ في هذا العمل؛ لأنه أوفى كفيل على سبيل التعظيم لشأن الجهاد والتصحيح لثواب المجاهد.

وقوله: «لا يخرج من بيته إلا الجهاد في سبيله» يريد أن يكون خروجه في جهاده خالصاً لله تعالى، لا يشوبه طلب الغنيمة، ولا العصبية للأهل والعشيرة، ولا حب الظهور، ولا سمعة، ولا شيء من المعاني غير الجهاد في سبيل الله لتكون كلمة الله هي العليا، وإذا كانت نيته وعقده الجهاد، فلا ينقص أجره، ولا ينقض عقده ما نال من غنيمة بل هي رزق ساقه الله إليه وأجره وافر كامل، وإنما يكره أن يكون سبب خروجه وعقده ومقصده في قتاله الغنيمة أو إظهار النجدة.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٧٨٥. مسلم حديث رقم ١٨٧٨. النسائى فى الصغرى

حديث رقم ٣١٢٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٨٣٣٥.

١٠١٠ - أخرجه البخارى فى الإيمان ٣٥، فرض الخمس ٢٨٩١، التوحيد ٦٩٠٣، ٦٩٠٩. ومسلم

فى الإمارة ٣٤٨٤، ٣٤٨٥. والنسائى فى الجهاد ٣٠٦٩، ٣٠٧٠، ٣١٢٢، ٣١٢٣،

٣١٢٤، الإيمان وشرائعه ٤٩٤١، ٤٩٤٢، الزينة ٥٠٢٩، ٥٠٣٠. وابن ماجه فى الجهاد

٢٧٤٣، ٢٧٥٣. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٦٨٦٠، ٨٦٢٠، ٨٨٠٩، ٩١١١،

١٠٠٠٤. والدارمى فى الجهاد ٢٢٨٤.

(١) تكفل الله: قال النوى: أى أوجب بفضله وكرمه، قال: وهو موافق لقوله تعالى: ﴿إِن

اللَّهُ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ﴾ الآية.

٣٢٠ كتاب الجهاد
فصل: وقوله ﷺ: «وتصديق كلماته»^(٢) يحتمل أن يريد به الأمر بالقتال في سبيل
الله، وما وعد الله عليه من الثواب، ويحتمل أن يريد به الشهادتين، وأن تصديقه بهما
ما يثبت في نفسه عدواة من كذبهما والحرص على قتله والمجاهد له.

وقوله ﷺ: «أن يدخله أو يرده إلى مسكنه الذي خرج منه» يريد والله أعلم أن
يدخله الجنة إن أصيب بموت أو قتل؛ لأنه ليس في اللفظ ما يختص بالقتل دون غيره.

فصل: وقوله ﷺ: «يدخله الجنة» يحتمل وجهين، أحدهما: أن يدخله الجنة بأثر قتله
ويكون هذا تخصيصاً للشهداء كما خصوا بأنهم يرزقون، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَحْسِبَنَّ
الَّذِينَ قَتَلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَنَّهُمْ أُمُوتُوا بَلْ أَحْيَاءٌ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرْزَقُونَ فَرِحِينَ بِمَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ
فَضْلِهِ﴾ [آل عمران: ١٦٩].

والثاني أن يدخله الله الجنة بعد البعث، ويكون فائدة تخصيصه أن ذلك يكون كفارة
لجميع خطاياهم، وإن كثرت إلا ما خصه الدليل، وأنه لا موازنة بين ما اكتسب من
الخطايا، وبين ثواب ما خرج له من الجهاد، فلم يرجع، ويؤيد هذا التأويل حديث أبي
قتادة في الذي سأل النبي ﷺ: «أرأيت إن قتلت صابراً محتسباً مقبلاً غير مدبر أيكفر
الله عنى خطاياي؟ فقال ﷺ: نعم» ثم قال له بعد أن رد عليه: «إلا الدين كذلك قال
لي جبريل»^(٣).

فصل: وقوله ﷺ: «مع ما نال من أجر أو غنيمة»^(٤) يريد والله مع الذي ينال
منهما، فإن أصاب غنيمة، فله أجر وغنيمة، وإن لم يصب الغنيمة، فله الأجر على كل
حال، فتكون أو بمعنى الواو كقول جرير.

نال الخلافة أو كانت على قدر كما أتى ربه موسى على قدر
وقد روى عن أبي عبد الرحمن الحلبي، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من غازية
تغزو في سبيل الله، فيصيبوا غنيمة إلا تعجلوا ثلثي أجرهم من الأجرة، ويبقى لهم

(٢) قال النووي: أي كلمة الشهادتين وقيل تصديق كلام الله تعالى في الإخبار بما للمجاهدين
من عظم الثواب. قال: والمعنى لا يخرجها إلا محض الإيمان والإخلاص لله تعالى.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٨٨٥. الترمذي حديث رقم ١٧١٢. النسائي في الصغرى
حديث رقم ٣١٥٦. أحمد في المسند حديث رقم ٢٢٠٣٦، ٢٢١٢٠.

(٣) قال النووي: قالوا معناه مع ما حصل له من الأجر بلا غنيمة إن لم يغنموا أو من الأجر
والغنيمة معاً إن غنموا، وقيل: إن «أو» هنا بمعنى الواو كما وقع في رواية مسلم، وفي أبي
داود.

ثالث، فإن لم يصيبوا غنيمة تم لهم أجرهم»^(٤) وهذا الحديث لا يثبت، رواه أبو هانئ حميد بن هانئ، وليس بمشهور، ولو ثبت لكان معناه أن يصيبوا غنيمة على غير وجهها، أو يكونوا قد خرجوا قاصدين لها مع إرادة الجهاد، ولا يصح حمله على عمومها؛ لأننا لا نعلم غارياً أعظم أجراً من أهل بدر على ما أصابوا من الغنيمة.

وقد روى عن رفاعة بن نافع الزرقى، وكان ممن شهد بدرًا قال: «جاء جبريل عليه السلام إلى النبي ﷺ فقال: ما تعدون أهل بدر فيكم؟ قال: من أفضل المسلمين أو كلمة نحوها، قال: وكذلك من شهد بدرًا من الملائكة»^(٥).

وروى عنه ﷺ أنه قال لعمر بن الخطاب: «ما يدريك لعل الله اطلع على أهل بدر، فقال: اعملوا ما شئتم، فقد غفرت لكم»^(٦).

١٠١١ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ^(١)، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْخَيْلُ لِرَجُلٍ أَجْرٌ، وَلِرَجُلٍ سِتْرٌ، وَعَلَى رَجُلٍ وَزْرٌ، فَأَمَّا الَّذِي هِيَ لَهُ أَجْرٌ، فَرَجُلٌ رَبَّطَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ، فَأَطَالَ لَهَا فِي مَرْجٍ أَوْ رَوْضَةٍ، فَمَا

(٤) أخرجه مسلم حديث رقم ١٩٠٦. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣١٢٥. أبو داود

حديث رقم ٢٤٩٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٧٨٥. أحمد في المسند حديث رقم ٦٥٤١.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب المغازي حديث رقم ٣٩٩٢.

(٦) أخرجه البخاري حديث رقم ٣٠٠٧، ٣٩٨٣، ٤٢٧٤، ٤٨٩٠. مسلم حديث رقم

٢٤٩٤. الترمذي حديث رقم ٣٣٠٥. أبو داود حديث رقم ٢٦٥٠، ٤٦٥٤. أحمد في

المسند حديث رقم ٦٠١، ٧٨٨٠. الدارمي حديث رقم ٢٧٦١.

١٠١١ - أخرجه البخاري في المساقاة ٢١٩٨. ومسلم في الزكاة ١٦٤٧. والترمذي في فضائل

الجهاد ١٥٦٠. والنسائي في الطلاق ٣٥٠٤، الخيل ٣٥٠٥، وابن ماجه في الجهاد

٢٧٧٨. وأحمد في باقي مسند المكثرين ٧٢٤٧، ٨٦١٩.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٩٥/٦: أبو صالح السمان اسمه ذكوان، وهو والد سهيل

بن أبي صالح، مدني، نزل الكوفة، ثقة مأمون على ما روى وحمل من أثر في الدين، من خيار

التابعين، وهو مولى لجويرية: امرأة من غطفان. روى عنه من أهل المدينة: سمى، وزيد بن

أسلم، والقعقاع بن حكيم، وعبد الله بن دينار، وابنه سهيل. وروى عنه من أهل الكوفة:

الأعمش، والحكم بن عتيبة، وعاصم بن أبي النجود، وتوفي أبو صالح السمان بالمدينة سنة

إحدى ومائة. وكان أبو هريرة إذا نظر إلى أبي صالح هذا، قال: ما علي هذا أن لا يكون من

بني عبد مناف.

أَصَابَتْ فِي طِيلِهَا^(١) ذَلِكَ مِنَ الْمَرْجِ أَوْ الرُّوضَةِ كَانَ لَهُ حَسَنَاتٌ، وَلَوْ أَنَّهَا قُطِعَتْ طِيلُهَا ذَلِكَ، فَاسْتَنْتَ^(٢) شَرَفًا أَوْ شَرْفَيْنِ كَانَتْ آثَارُهَا وَأَرْوَاتُهَا حَسَنَاتٍ لَهُ، وَلَوْ أَنَّهَا مَرَّتْ بِنَهْرٍ، فَشَرِبَتْ مِنْهُ، وَلَمْ يُرِدْ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ، كَانَ ذَلِكَ لَهُ حَسَنَاتٍ، فَهِيَ لَهُ أَجْرٌ. وَرَجُلٌ رَبَّطَهَا تَغْنِيًا وَتَعَقُّفًا، وَلَمْ يَنْسَ حَقَّ اللَّهِ فِي رِقَابِهَا، وَلَا فِي ظُهُورِهَا، فَهِيَ لِذَلِكَ سِتْرٌ. وَرَجُلٌ رَبَّطَهَا فَخْرًا وَرِيَاءً وَنَوَاءً لِأَهْلِ الْإِسْلَامِ، فَهِيَ عَلَى ذَلِكَ وَزْرٌ.

وَسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْحُمْرِ، فَقَالَ: «لَمْ يُنْزَلْ عَلَيَّ فِيهَا شَيْءٌ إِلَّا هَذِهِ الْآيَةُ الْجَامِعَةُ الْفَائِدَةُ: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾» [الزلزلة ٧، ٨].

الشرح: قوله ﷺ: «الخيال لرجل أجزر، ولرجل ستر، وعلى رجل وزر» يريد أن اتخذها وربطها في الغالب يكون لأحد هذه الثلاث الأحوال إما لمجرد الأجزر، وهو لمن ربطها في سبيل الله، وإما للستر، وهو لمن ربطها ليكتسب عليها، وإما للوزر، وهو لمن ربطها على الوجه الممنوع منه، وارتباط الخيال وربطها، هو اقتناؤها. وأصله من الربط بالخيال والمقود.

ولما كانت الخيال لا تستبد من ذلك، وكان كل من اقتنى فرسًا ربطه، وكثير ذلك من استعمالها حتى سموا اقتنائها واتخاذها ربطًا، فمعنى ربطها في سبيل الله إعدادها لهذا الوجه واتخاذها بسببه، وهو من وجوه البر يثاب عليه صاحبه في حال مقامه دون استعماله في الجهاد وغزو العدو؛ لأنه من باب الإنفاق في سبيل الله والإعداد له، والإرهاب على العدو، فإذا غزا به كان له أجر الجهاد والغزو وأجر الاتخاذ والرباط.

فصل: الرباط يكون على وجهين، أحدهما: رباط الخيال، وهو ما ذكرناه. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ [الأنفال: ٦٠] الآية، رباط الخيال يكون اتخذها في موطن المتخذ لها، وغير موطنه سواء كان في الثغر وقرب العدو أو في معظم الإسلام، وبالبعد من العدو؛ لأن ذلك كله من باب إعداد القوة؛ لأنه قد يأتيه النفير ويحتاج إلى الغزو ولا يجد من المهلة ما يتخذ فيه الخيال، ولأن

(١) طيلها: الخيل الذي تربط فيه.

(٢) استنتت: أى جرت.

كتاب الجهاد ٣٢٣
المغازى بها يحتاج إلى اختبارها وتأديبها قبل ذلك، ولا يتم له مراده منها إلا باتخاذها
قبل الغزو بها.

والوجه الثانى من الرباط الرجل نفسه، وهو أن يربط نفسه لحفظ الثغور ويكثر
سوادها، والإرهاب على من جاوره من العدو. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا
الَّذِينَ آمَنُوا اصْبِرُوا وَصَابِرُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [آل عمران: ٢٠٠].

وما روى عن سهل بن سعد «أن رسول الله ﷺ قال: رباط يوم فى سبيل الله خير
من الدنيا وما فيها»^(*).

مسألة: إذا ثبت ذلك، فرباط الرجل نفسه هو أن يترك وطنه، ويلزم ثغراً من الثغور
المخوفة لمعنى الحفظ وتكثير السود. وأما من كان وطنه الثغر، فليست إقامته به رباطاً،
رواه ابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك أن يجبس نفسه، ويقوم لهذا الوجه خاصة، فإن أقام لغير ذلك، فإنه بمنزلة
تصرفاته، فلم يربط نفسه لمدافعة العدو، وليس كذلك رباط الخيل، فإن جمهور الناس
يستغنى عن اتخاذها، هذا الذى ذكره أصحابنا.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أن من اختار المقام والاستيطان بالثغر
وموضع الخوف للرباط خاصة، وأنه لولا ذلك لأمكنه المقام بغير ذلك من البلدان له
حكم الرباط، والله أعلم.

مسألة: إذا كان الثغر رباطاً لموضع الخوف، ثم ارتفعت المخافة لقوة الإسلام بذلك
الموضع أو بعد العدو عنهم، فإن حكم الرباط يزول عنهم.

وقد سئل مالك عن جعل شيئاً فى سبيل الله، أيجعله فى جدة؟ قال: لا. قيل له:
فإنه قد كان بها خوف؟ قال: فإنه قد ذهب.

مسألة: ورباط الخيل والنفس من عدة الجهاد، وقد سئل مالك أياً أحب إليك،
الرباط أم الغارات فى العدو؟ قال: أما الغارات، فلا أدري كأنه كرهها، وأما السير فى
أرض العدو على الإصابة، يريد السنة، فهو أحب إلى.

ووجه ذلك أنه كره الغارات لما كانوا يقصدون بها من أخذ الأموال، وربما غلوا.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٨٩٢. الترمذى حديث رقم ١٦٦٤. أحمد فى المسند
حديث رقم ٢٢٣٦٥.

٣٢٤ كتاب الجهاد
وأما السير في أرض العدو وهو الغزو على الإصابة للحق والسنة لتكون كلمة الله هي العليا، ولا يغلب ويطيح الأمير في الحق، فهو أفضل؛ لأن فيه زيادة على الرباط دخول أرض العدو وإهاتته.

وروى عن عبد الله بن عمر أنه قال: فرض الله الجهاد لسفك دماء المشركين، والرباط لحقن دماء المسلمين، وحقن دماء المسلمين أحب إلى من سفك دماء المشركين. قال ابن حبيب: وإنما ذلك حين دخل في الجهاد ما دخل.

قال القاضي أبو الوليد: ووجه ذلك عندي والله أعلم، أن يكون الخوف بثغر من الثغور قد اشتد حتى خيف على أهله من عدوهم، فاستنفروا لإدراك ذلك الثغر، فإن قصد ذلك الثغر حيثئذ يكون الأولى؛ لأن حقن دماء أهله أفضل من سفك دماء المشركين.

وأما أن يكون رجل من المسلمين يقصد ثغراً للرباط فيه لا لعدو يتربق نزوله ويترك الغزو إلى بلاد العدو، فقد ترك الأفضل، لأن دخوله إلى أرض العدو نكاية فيهم وإهانة لهم وفيه مع ذلك حفظ للمسلمين؛ لأن نكاية العدو تضعفهم عن غزو المسلمين وقد قال على بن أبي طالب رضي الله عنه: ما غزا قوم في عقر دارهم إلا ذلوا.

فصل: وقوله ﷺ: «فأما الذي هي له أجر، فرجل ربطها» فذكر أنه الربط في سبيل الله، ثم وصف أن جميع تصرفها أجر، وإن لم يكن غزو، فإن أطال لها في مرج أو روضة للرعى، فإن ما أصابت من ذلك يكون له حسنات.

وقوله ﷺ: «ولو أنها قطعت طيلها ذلك، فاستتت شرفاً أو شرفين كانت آثارها، وأرواثها حسنات له» يريد ﷺ أن تصرف هذه الخيل، وإن كان بغير سببه يكون حسنات له.

ولذلك وصف أولاً ما كان بسببه من الإطالة لها في المرج والروضة ثم ذكر ما يكون بغير سببه ومن غير اختياره من قطع الطيل، وهو ما أطال لها فيه من الحبل واثنان الشرف هو الجرى إلى ما يعلو من الأرض، ورأيت لبعض أهل اللغة أن الشرف والطلق واحد، فيكون معناها على هذا جريها طلقاً أو طلقين، والله أعلم، وذكر بعد ذلك ما لم يرد فعله من أن تشرب من غير أن يريد سقيها، وأخبر أن ذلك كله حسنات له من ربطها، وإنما أتى بذلك والله أعلم ليستوعب أنواع تصرفها، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ورجل ربطها تغنياً وتعففاً» يريد أنه ربطها ليستغنى بها ويعف عن

السؤال، وهو مع ذلك من قصده فيها «لم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها» يريد والله أعلم، أن اتخذها لهذا الوجه لا يسقط حق الله فيها، فإن ضيع حقوق الله فيها لم توصف بأنها ستر له خاصة لما يلحقه من المآثم والوزر بسببها، وإنما يوصف بذلك من لم يأثم باتخاذها؛ لأنه أدى حق الله تعالى في رقابها وظهورها والحقوق التي تتعلق لله برقابها أن تؤدي منها الحقوق إذا تعينت فيها باختصاصها بها أو ليضيق ذمته عنها واحتياجه إلى أدائها من رقاب هذه الخيل.

وما يتعلق بذلك من ظهورها أن يتعين عليه فرض الجهاد بها إذا ادعت إلى ذلك ضرورة، وإن لم يتخذها للجهاد إلا أنه يتعلق حق الله تعالى بها إذا تعين عليه الجهاد بها ويتعين عليه حمل الضعيف عليها إذا خاف عليه الهلكة ولم يجد محملاً غيرها وما أشبه ذلك من الحقوق.

فصل: وقوله ﷺ: «ورجل ربطها فخراً ورياء لأهل الإسلام» يريد أن يفتخر بها ويرائى بها الإسلام، وأما لو افتخر بها على أهل الشرك ورائتهم بها لكان ذلك من باب الخير الذي يرجو عليه الأجر.

وأما النواء فهو المقاومة على وجه العداوة من قولهم فلان ناوى فلاناً إذا قاومه على عداوة، فمن اقتنى فرساً يفتخر بها على أهل الإسلام، ويناويهم بها فهي عليه وزر، والله أعلم.

فصل: «وستل رسول الله ﷺ عن الحمر» يريد والله أعلم أن السائل له لم يعلم، إن كان حكم الحمر حكم الخيل، فيما ذكر من أنها لرجل أجر، لرجل ستر، وعلى رجل وزر، أو ليكون مخالفاً لحكم الخيل في ذلك؛ لأنها لا تتخذ غالباً للجهاد، ولا تربط فيه وهي مما جرت العادة أن يناوى بها، ولا يفتخر باقتنائها، ولا هي مما يتكيب بركوبها وأن تكسب بالحمل عليها كالإبل والبغال.

فقال ﷺ: «لم ينزل على فيها شيء إلا هذه الآية الجامعة الفاذة»^(٣) يريد والله أعلم أنه لم ينزل عليه فيها من التقسيم والتفسير ما نزل في الخيل؛ لأنها غير مشاركة لها في ذلك، ولكنها داخلة تحت قوله تعالى: «فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره» [الزلزلة: ٧]، والحمر وإن لم تبلغ مبلغ الخيل في الجهاد فقد

(٣) قال ابن عبد البر: لأنها آية مفردة في عموم الخير والشر ولا آية أعم منها. وقال النووي: معنى الحديث لم ينزل على فيها نص بعينها لكن نزلت هذه الآية العامة.

٣٢٦ كتاب الجهاد
يحمل عليها راحته من لم يستطع اقتناء الخيل، ويحمل عليها زاده وسلاحه، ويتكسب
عليها ضعفاء الناس.

وأما هي فيشتريها، ويستعين بها أهل الشرك والبغى على غزو الإسلام فيوزرون
بها، فهذا مستفاد من عموم الآية، لأن اقتناؤها لا يخلو أن يكون من عمل الخير أو من
عمل الشر، وقد أخبر تعالى من عمل شيئاً منهما، فإنه يراه، وهذا يدل على التعلق
بالعموم؛ لأنه ﷺ تعلق بعموم الآية، واستفاد منه حكماً، وهذا يدل على وجوب
التعلق به لغة وشرعاً. وقوله ﷺ: «الآية الجامعة» يريد ﷺ العامة.

وقوله ﷺ «الفاذة» يريد القليلة المثل في هذا الحكم، يقال: كلمة فاذة وفذة، أى
شاذة.

١٠١٢ - مالك، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَعْمَرِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنِ عَطَاءِ
ابْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ النَّاسِ مَنْزِلًا، رَجُلٌ آخِذٌ
بِعَنَانٍ فَرَسِهِ يُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ النَّاسِ مَنْزِلًا بَعْدَهُ، رَجُلٌ مُعْتَزِلٌ
فِي غَنِيمَتِهِ، يُقِيمُ الصَّلَاةَ، وَيُؤْتِي الزَّكَاةَ، وَيَعْبُدُ اللَّهَ وَلَا يُشْرِكُ بِهِ شَيْئًا».

الشرح: قوله ﷺ: «ألا أخبركم بخير الناس منزلة» وقد علم أنهم يريدون ذلك على
سبيل التنبيه لهم على الإصغاء إليه والإقبال على ما يخبر به، والتفرغ لفهمه، ويحتمل أن
يريد بقوله ﷺ: «خير الناس منزلة» أكثرهم ثواباً في الآخرة، وأرفعهم درجة.

وقوله ﷺ: «رجل آخذ بعنان فرسه يجاهد في سبيل الله» يريد والله أعلم أنه
مواظب على ذلك، ووصفه بأنه آخذ بعنان فرسه يجاهد في سبيل الله بمعنى أنه لا يخلو
في الأغلب من ذلك راكباً له، أو قائداً، هذا معظم أمره، ومقصوده من تصرفه،
فوصف بذلك جميع أحواله، وإن لم يكن آخذاً بعنان فرسه في كثير منها.

فصل: وقوله: «ألا أخبركم بخير الناس منزلة بعده، رجل معتزل في غنيمته» وصف
رسول الله ﷺ أفضل المنازل، ونص عليها، ورغب فيها من قوى عليها، وأخبر بعد

١٠١٢ - أخرجه الترمذي في فضائل الجهاد ١٥٧٦. والنسائي في الزكاة ٢٥٢٠. والدارمي في
الجهاد ٢٢٨٨. والحاكم في المستدرک ٦٧/٢ عن أبي هريرة. وابن أبي شيبة ٢٩٤/٥ عن ابن
عباس.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٠٧/٦: هذا حديث مرسل من رواية مالك، لا خلاف عنه فيه،
وقد يتصل من وجوه ثابتة عن النبي ﷺ من حديث عطاء بن يسار وغيره.

كتاب الجهاد ٣٢٧
ذلك بفضل من قصر عن هذه المنزلة، وضعف عنها، فليس كل الناس يستطيع الجهاد، ولا يقدر على أن يكون آخذاً بعنان فرسه فيه، ففى الناس الضعيف والكبير وذو العاهة والفقير، ووصف ﷺ هذا المعتزل فى أنه فى غنيمته بلفظ التصغير إشارة والله أعلم، إلى قلة المال، وقد يكون اعتزاله ضعفاً عن الجهاد.

وقد روى عنه ﷺ أنه قال فى غزاة: إن أقواماً بالمدينة خلفنا ما سكنا شعباً ولا وادياً إلا وهم معنا حبسهم العذر.

ويحتمل أن تكون له قوة على الجهاد، ولكنه يؤمر مع الغنى عنه بالانقباض والاعتزال لما يرى أن ذلك أرفق به، وأوفق له فى دينه، فهذا أقام الصلاة وآتى الزكاة وعبد الله تعالى، فمنزله بعد منزلة المجاهد من أفضل المنازل لأدائه الفرائض وإخلاصه لله العباد، وبعده عن الرياء والسمعة إذا خفى موضعه ولم يكن ذلك شهرة له، ولأنه لا يؤذى أحداً، ولا يذكر ولا تبلغ درجته درجة المجاهد؛ لأن المجاهد يذب عن المسلمين، ويجاهد الكافرين حتى يدخلهم فى الدين يتعدى فضله إلى غيره، ويكثر الانتفاع به، وهذا المعتزل لا يتعدى نفعه إلى غيره.

ولو أن رجلاً رأى أن الانقباض أسلم لدينه، وأعدل لحاله ورأى أن نفسه أطوع له فى الصلاة والزكاة فأقبل عليها لهذا المعنى لكان ذلك والله أعلم الحظ له، فمن الناس من يجد نفسه أطوع فى الصلاة، ومنهم من يجدها أطوع له فى الجهاد، ومنهم من يجدها أطوع له فى غير ذلك من أبواب البر، وإنما ذلك بحسب ما يفتح على الإنسان، ويقسم له.

١٠١٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي عَبَادَةُ بْنُ الْوَلِيدِ بْنِ عَبَادَةَ

١٠١٣ - أخرجه البخارى فى الأحكام ٦٦٦٠. ومسلم فى الحدود ٣٢٢٣. والنسائى فى قسم الفسء ٤٠٧٨، ٤٠٧٩، البيهقة ٤٠٨٠، ٤٠٨١، ٤٠٨٢، ٤٠٨٩، ٤٠٩٠، ٤١٠٥، ٤١٣٧، الإيمان وشرائعه ٤٩١٤. وابن ماجه فى الجهاد ٢٨٥٧. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢١٦١٦، ٢١٦٤٢، ٢١٦٥٧، ٢١٦٦٦، ٢١٦٩٢.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦/٢١٥: هكذا روى هذا الحديث عن مالك بهذا الإسناد جمهور رواته، وهو الصحيح، منهم: ابن وهب وابن القاسم ومعن وابن بكير وابن أويس وغيرهم، وما خالفه عن مالك فليس بشيء ورواه القعنبي، فى جامع الموطأ، عن مالك، عن يحيى، عن عبادة بن الوليد، عن عبادة بن الصامت، ولم يذكر أباه؛ وتابعه عبد الله بن يوسف. ورواه قتيبة عن مالك، عن يحيى، عن عبادة بن الوليد، أخبرنى أبى: قال: بايعنا رسول الله ﷺ. ولم-

ابن الصّامِتِ، عَنِ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَالَ: بَايَعَنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي الْيُسْرِ وَالْعُسْرِ وَالْمُنْشَطِ وَالْمَكْرَهِ، وَأَنْ لَا نَنَازِعَ الْأَمْرَ أَهْلَهُ، وَأَنْ نَقُولَ، أَوْ نَقُومَ، بِالْحَقِّ حَيْثُمَا كُنَّا، لَا نَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةَ لَائِمٍ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «بايعنا رسول الله ﷺ» أصل البيع فى كلام العرب المعاوضة فى الأموال ثم سميت معاقدة النبى ﷺ ومعاودة المسلمين مبايعة بمعنى أنه عاوضهم بما ضمن لهم من الثواب عوضاً عما أخذ عليهم من العمل، قال الله تعالى: ﴿إِن اللّٰه اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون فى سبيل اللّٰه فيقتلون ويقتلون﴾، إلى قوله: ﴿الفوز العظيم﴾ [التوبة: ١١١].

فصل: وقوله: «على السمع والطاعة» السمع هاهنا يرجع إلى معنى الطاعة، ولعله أن يكون أصله الإصغاء إلى قوله، والتفهم له يريد أن الذى شرط علينا السمع والطاعة لأوامره، ونواهيه على كل حال فى حال اليسر، ويحتمل أن يريد به المال وعسره، والتمكن من جيد الراحة، ووافر الزاد والاقتصار على أقل ما يمكن منهما والمنشط والمكره، يريد وقت النشاط إلى امتثال أوامره ووقت الكراهية لذلك، ولعله أن يريد بالمنشط وجود السبيل إلى ذلك، والتفرغ له وطيب الوقت وضعف العدو، يريد بالكراهة تعذر السبيل وشغل المانع وشدة الهواء بالحر والبرد وصعوبة السفر وقوة العدو.

فصل: وقوله: «وأن لا ننازع الأمر أهله» يريد الإمارة، ويحتمل هذا أن يكون شرطاً على الأنصار، ومن ليس من قريش أن لا ينازعوا فيه أهله وهى قريش، ويحتمل أن يكون هذا مما أخذ على جميع الناس أن لا ينازعوا من ولاة الأمر منهم، وإن كان فىهم من يصلح لذلك الأمر إذا كان قد صار لغيره.

فصل: وقوله: «وأن نقول أو نقوم» شك من الراوى «بالحق حيثما كنا» يزيد أن يظهر الحق بالقول أو القيام به حيث كانوا من المواطن والأماكن لا يمنعهم من ذلك مخافة ولا لومة لائم.

= يذكر عبادة بن الصامت، وتابعه أبو مسهر وأبو مصعب عن محمد بن زريق بن جامع منه. وقد اختلف فيه على يحيى بن سعيد. فرواه بعضهم عنه، عن عبادة بن الوليد، عن أبيه، قال: بايعنا رسول الله ﷺ الحديث. لم يذكر عبادة بن الصامت، وزعم أن البيعة المذكورة فى هذا الحديث ليست بيعة العقبة، وأن الوليد بن عبادة له صحبة، وأنه ممكن أن يشاهد هذه البيعة، لأنها كانت على الحرب، وذلك بالمدينة.

١٠١٤ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ قَالَ: كَتَبَ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْحَرَّاحِ إِلَى عُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ يَذْكُرُ لَهُ جُمُوعًا مِنَ الرُّومِ، وَمَا يَتَخَوَّفُ مِنْهُمْ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَمَّا بَعْدُ، فَإِنَّهُ مَهْمَا يَنْزِلُ بِعَبْدٍ مُؤْمِنٍ مِنْ مُنْزَلِ شِدَّةٍ، يَجْعَلِ اللَّهُ بَعْدَهُ فَرَجًا، وَإِنَّهُ لَنْ يَغْلِبَ عُسْرٌ يُسْرَيْنِ، وَأَنَّ اللَّهَ جَلُّ نَأْوِهِ يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اصْبِرُوا وَصَابِرُوا وَرَابِطُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾» [آل عمران: ٢٠٠].

الشرح: قوله: «كتب أبو عبيدة إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه» إذا كان أمير المؤمنين يستشير فيما يفعله لما فجعاً المسلمين من جموع الروم ويعلمه ما يتقى منهم، ويخاف من ضعف مسلمى الثغور عنهم، «فكتب إليه عمر رضى الله عنه» بما ذكر في الحديث يريد أن عقبة المؤمنين إلى الفرج.

وقوله رضى الله عنه: «فإنه لن يغلب عسر يسرين» قيل إن وجه ذلك أنه عرف العسر اقتضى استغراق الجنس، فكان العسر الأول هو الثانى من قوله تعالى: ﴿فِيَانِ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٥]، ولما كان اليسر منكرًا كان الأول منه غير الثانى.

وقد أدخل البخارى فى تفسير سورة ﴿أَلَمْ نَشْرَحْ لَكَ﴾، بأثر قوله تعالى: ﴿إِن مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٦]، ﴿قُلْ هَلْ تَرَبَّصُونَ بِنَا إِلاَّ إِحْدَى الْحُسَيْنَيْنِ﴾ [التوبة: ٥٢].

١٠١٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٣٤، وقال: قد روى هذا الخبر متصلاً عن عمر بأكمل من هذه الرواية: حدثنا أحمد، قال: حدثنا أبى، قال: حدثنا عبد الله بن يونس، قال: حدثنا بقى، قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا هشام بن سعد، عن زيد بن أسلم، عن أبيه، قال: جاء أبو عبيدة الشام حضر هو وأصحابه، فأصابهم جهد شديد، فكتب بذلك إلى عمر فكتب إليه عمر: سلامٌ عليك، أما بعد، فإنها لم تكن شدة إلا جعل الله بعدها مخرجًا، ولن يغلب عسر يسرين، وكتب إليه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اصْبِرُوا وَصَابِرُوا وَرَابِطُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾. فكتب إليه أبو عبيدة: سلام عليك، أما بعد، فإن الله عز وجل يقول: ﴿إِنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَلَهْوٌ وَزِينَةٌ وَتَفَاخُرٌ بَيْنَكُمْ وَتَكَاثُرٌ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ﴾، إلى قوله: ﴿مَتَاعُ الْغُرُورِ﴾ فقرأه عمر على الناس، وقال: يا أهل المدينة، إنما كتب أبو عبيدة يعرض لكم، ويحض الناس على الجهاد. قال زيد: قال إنى لقاتم فى السوق إذ أقبل قومٌ ينصون قد اطلعوا من التيه، فيهم حذيفة بن اليمان يشرون الناس، قال: فخرجت نشدت حتى دخلت على عمر، فقلت: يا أمير المؤمنين! أبشر بنصر الله والفتح، فقال عمر: الله أكبر، رب قاتل لو كان خالد بن الوليد.

٣٣٠ كتاب الجهاد
فهذا يقتضى أن اليسرين عنده الظفر بالمراد والأجر، فالعسر لا يغلب هذين اليسرين؛
لأنه لا بد أن يحصل للمؤمن أحدهما.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندي وجه ظاهر.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «فإن الله عز وجل يقول فى كتابه: ﴿يا أيها الذين آمنوا اصبروا وصابروا ورابطوا واتقوا الله لعلكم تفلحون﴾»، وذكرهم هذه الآية، ونههم عليها لما تضمنت جميع ما يحتاجون إليه من أمر بالصبر ومداومته، وهو قوله: ﴿وصابروا﴾ والأمر بالرباط هو مقام بالثغر وسده والذب عنه وعن أهله.

* * *

النهى عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو

١٠١٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ
أَنْ يُسَافَرَ بِالْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ.
قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَخَافَةٌ أَنْ يَنَالَهُ الْعَدُوُّ^(١).

الشرح: «نهى رسول الله ﷺ أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو» يريد والله أعلم
الصحف لما كان القرآن مكتوباً فيها سماه قرآناً، ولم يرد ما كان منه محفوظاً فى
الصدر؛ لأنه لا خلاف أنه يجوز لحافظ القرآن الغزو، وإنما ذلك لأنه لا إهانة للقرآن فى
قتل الغازى، وإنما الإهانة للقرآن بالعبث بالصحف والاستخفاف به.

وقد روى مفسراً نهى أن يسافر بالصحف، رواه عبد الرحمن بن مهدي عن مالك
عن نافع عند عبد الله بن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى أن يسافر بالصحف إلى أرض
العدو مخافة أن يناله العدو»^(١).

١٠١٥ - أخرجه البخارى فى الجهاد والسير ٢٧٦٨. ومسلم فى الإمارة ٣٤٧٥. وأبو داود فى
الجهاد ٢٢٤٣. وابن ماجه فى الجهاد ٢٨٧٠، ٢٨٧١. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة
٤٢٦٤، ٤٢٧٨، ٤٣٤٨، ٤٩٢٣، ٥٠٤٠، ٥٢٠٨، ٥٨٥٠.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٢٤/٦: هكذا قال يحيى والقعنبي وابن بكير وأكثر الرواة؛
ورواه ابن وهب عن مالك، فقال فى آخره: خشية أن يناله العدو. فى سياق الحديث، لم
يجعله من قول مالك؛ وكذلك قال عبيدالله بن عمر وأيوب، عن نافع، عن ابن عمر أن رسول
الله ﷺ نهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن يناله العدو.

(٢) أخرجه بلفظه أحمد فى المسند حديث رقم ٥٤٤٢.

كتاب الجهاد ٣٣١
فصل: والسفر اسم واقع على الغز وغيره، قال ابن سحنون: قلت لسحنون: أجاز
بعض العراقيين الغزو بالمصحف إلى أرض العدو في الجيش الكبير كالطائفة ونحوها،
وأما السرية ونحوها فلا.

قال سحنون: لا يجوز ذلك لنهى رسول الله ﷺ عن ذلك عاماً، ولم يفصل وقد
يناله العدو من ناحية الغفلة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه سحنون أنه لا قوة فيه على العدو، وليس مما
يستعان به على حربته، وقد يناله لشغل عنه كما قال سحنون، وقد يناله بالغلبة أيضاً.

مسألة: ولو أن أحداً من الكفار رغب أن يرسل إليه بمصحف يتدبره لم يرسل إليه
به؛ لأنه نجس جنب، ولا يجوز له مس المصحف، ولا يجوز لأحد أن يسلمه إليه، ذكره
ابن الماجشون.

وكذلك لا يجوز أن يعلم أحد من ذراريهم القرآن؛ لأن ذلك سبب لتمكنهم منه،
ولا بأس أن يقرأ عليهم احتجاجاً عليهم به، ولا بأس أن يكتب إليهم بالآية ونحوها
على سبيل الوعظ كما كتب النبي ﷺ إلى ملك الروم: ﴿يا أهل الكتاب تعالوا إلى
كلمة سواء بيننا وبينكم﴾ [آل عمران: ٦٤].

فصل: وقوله: «مخافة أن يناله العدو» يريد أهل الشرك؛ لأنهم ربما تمكنوا من نياله
والاستخفاف به، فلأجل ذلك منع السفر به إلى بلادهم.

* * *

النهى عن قتل النساء والولدان في الغزو

١٠١٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ ابْنِ لِكْعَبِ بْنِ مَالِكٍ قَنَالَ: حَسِبْتُ أَنَّهُ

١٠١٦ - أخرجه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن كعب عن عمه مرفوعاً ٣٨١/١٢. والطحاوي
في شرح معاني الآثار من طريق مالك عن كعب بن مالك مرسل ٢٢١/٣.
قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٢٤/٦: هكذا قال يحيى، حسبت أنه قال عبد الرحمن بن
كعب. وتابعه ابن القاسم وبشر بن عمر وابن بكير وأبو المصعب وغيرهم. وقال القعقبي:
حسبت أنه قال: عبد الله بن كعب، أو عبد الرحمن بن كعب. ورواه ابن وهب عن مالك،
عن الزهري، عن ابن لكعب بن مالك، لم يقل عبد الله ولا عبد الرحمن، ولا حسبت شيئاً من
ذلك. واتفق هؤلاء كلهم، وجماعة رواة الموطأ: على رواية هذا الحديث مرسل على حسب ما
ذكرنا من اختلافهم، لم يسنده واحد منهم. ولا علمت أحداً أسنده عن مالك في كل رواية=

٣٣٢ كتاب الجهاد

قَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ كَعْبٍ: أَنَّهُ قَالَ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الَّذِينَ قَتَلُوا ابْنَ أَبِي الْحَقِيقِ (١) عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالْوَلَدَانِ. قَالَ: فَكَانَ رَجُلٌ مِنْهُمْ يَقُولُ: بَرَحَتْ بِنَا امْرَأَةٌ ابْنِ أَبِي الْحَقِيقِ بِالصَّبِيحِ، فَأَرْفَعُ السَّيْفَ عَلَيْهَا ثُمَّ أَذْكَرُ نَهَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَكْفُ وَلَوْلَا ذَلِكَ اسْتَرَحْنَا مِنْهَا.

الشرح: قوله: «نهى الذين قتلوا ابن أبي الحقيق عن قتل النساء والولدان» يريد حين أنفذهم لقتله فقتله عبد الله بن عتيك، ونهيه هذا عن قتل النساء والولدان أصل في المنع من ذلك، وسيرد بعد هذا مفسراً.

وقوله: «برحت بنا امرأة» يريد أظهرت أمرنا بصياحها، فكان يمنعها قتلها إذا رفع عليها السيف ما يذكر من نهى ﷺ عن قتل النساء والولدان.

ولولا ما يذكره من ذلك النهى لقتلها، فاستراحوا منها، وهذا يدل على التعلق بالعموم، لأنه أجرى نهى رسول الله ﷺ على عمومته في سائر الحالات، ولم يقصره على القصد إلى ذلك دون الحاجة إليه.

والذي يظهر من مذهب أصحابنا أنه لا تقتل المرأة إذا أجرى منها مثل هذا من الإنذار بالصباح. وقد قال ابن سحنون: لا يقتل النساء في الحراسة، خلافاً للأوزاعي في قوله: يقتلن في الحراسة.

ووجه ذلك أن الحراسة على الأسوار والحصون ليست من باب المدافعة، وهذا مما يمكن النساء والصبيان فعله كالنظر والمراعاة، ولا يستباح قتل هذين الصنفين، ولكن يستباح قتلهم بالقتال والمدافعة التي ينفرد بها الرجال غالباً.

١٠١٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، [عَنْ ابْنِ عُمَرَ] (١) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَأَى فِي بَعْضِ

=عنه من جميع روايته، إلا الوليد بن مسلم فإنه قال فيه: عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك، عن كعب بن مالك.

(١) ابن أبي الحقيق: رجل من يهود حبيير يسمى سلام، ويكنى أبا رافع وكان قد ذم رسول الله فأمر بقتله.

١٠١٧ - أخرجه البخاري في الجهاد والسير ٢٧٩١. ومسلم في الجهاد والسير ٣٢٨٠. والترمذي في السير ١٤٩٤. وأبو داود في الجهاد ٢٢٩٤. وابن ماجه في الجهاد ٢٨٣١. وأحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٠٩، ٥٢٠١، ٥٤٠٠، ٥٤٩٣، ٥٦٨٨، ٥٧٦٤. والدارمي في السير ٢٣٥٣.

مَغَازِيهِ امْرَأَةً مَقْتُولَةً، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ، وَنَهَى عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ.

الشرح: قوله: «رأى فى بعض مغازيه امرأة مقتولة، فأنكر ذلك» يحتمل أن يكون ﷺ علم من حال تلك المرأة أنها لم تقاتل، ويحتمل أن يكون حمل أمرها على المعهود من حال النساء فى بعدهن عن القتال والمنعة.

وقد روى رباح بن ربيع قال: «كنا مع رسول الله ﷺ فى غزوة، فقال: فرأى الناس مجتمعين على شىء، فبعث رجلاً، فقال: انظر على ما اجتمع هؤلاء، فجاء، فقال: امرأة مقتولة فقال: ما كانت هذه لتقاتل، قال: وعلى المقدمة خالد بن الوليد، فبعث رجلاً، فقال لخالد: لا تقتل امرأة ولا عسيفاً»^(١).

فهذا يقتضى أن المنع من قتل النساء والصبيان؛ لأنهم لا يقاتلون، وفيهن معنى آخر أنهن من الأمور التى يستعان بها على العدو، ويتنفع بها دون مخافة منهن، فأما إن قاتلوا، فإنهن يقتلن؛ لأن العلة التى منعت من قتلهن عدم القتال منهن، فإذا وجد منهن وجدت علة إباحتهم قتلهن؛ لأن الحاجة داعية إلى دفع مضرتهن وإزالة منعهن الموجود فى الرجال.

مسألة: وهذا إذا قاتلن بالسلاح والرمح وشبهه. وأما الرمى بالحجارة، فهل يبيح قتلهن أم لا؟ قال ابن حبيب: لا يستباح بذلك قتلهن، ورواه ابن نافع عن مالك.

وجه ذلك أن مضره هؤلاء ضعيفة وغناهن عن قومهن قليل، فلا حاجة بنا إلى قتلهن ومنع الانتفاع بهن. وقال سحنون: يرميهن المسلمون بالحجارة، وإن قتلن فى ذلك.

ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا انتصروا بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل﴾ [الشورى: ٤١].

فرع: فإذا قلنا تجب مقاتلتهم، ولم يستطع عليهن إلا بعد أسرهن، فهل يقتلن؟

(١) ما بين المعقوفين لم يرد فى التمهيد لابن عبد البر. وقال ابن عبد البر ٢٢٢/٦: هكذا رواه يحيى، عن مالك، عن نافع مرسلاً؛ وتابعه أكثر رواة الموطأ، ووصله عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعاً. جماعة منهم: محمد بن المبارك الصورى، وعبد الرحمن بن مهدى، وإسحاق بن سليمان الرازى، والوليد بن مسلم، وعتيق بن يعقوب الزبيرى، وعبد الله بن يوسف التنيسى، وابن بكير، وأبو مصعب الزهرى، وإبراهيم بن حماد، وعثمان بن عمر.

(٢) أخرجه أبو داود حديث رقم ٢٦٦٩. ابن ماجه حديث رقم ٢٨٤٢.

٣٣٤ كتاب الجهاد
اختلف أصحابنا في ذلك، فروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم أنه يقتلن. وفي كتاب
ابن سحنون: لا يقتلن بعد الأسر.

وجه الرواية الأولى أنهن بالقتال قد استحققن القتل، ولا يسقط ذلك عنهن بالأسر
كما لو قتلن أحداً من المسلمين.

وجه الرواية الثانية أنهن ممن يقر على غير حزية، فلم يجز قتلهن بالأسر كما لم
يقاتلن.

١٠١٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَعَثَ
جِيوشًا إِلَى الشَّامِ، فَخَرَجَ يَمْشِي مَعَ يَزِيدَ بْنِ أَبِي سَفْيَانَ، وَكَانَ أَمِيرَ رُبْعٍ مِنْ تِلْكَ
الْأَرْبَاعِ، فَرَعَمُوا أَنَّ يَزِيدَ قَالَ لِأَبِي بَكْرٍ: إِمَّا أَنْ تَرْكَبَ، وَإِمَّا أَنْ أَنْزِلَ، فَقَالَ أَبُو
بَكْرٍ: مَا أَنْتَ بِنَازِلٍ، وَمَا أَنَا بِرَاكِبٍ، إِنِّي أَحْتَسِبُ خَطَايَا هَذِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، ثُمَّ
قَالَ لَهُ: إِنَّكَ سَتَجِدُ قَوْمًا زَعَمُوا أَنَّهُمْ حَبَسُوا أَنْفُسَهُمْ لِلَّهِ فَدَعَهُمْ وَمَا زَعَمُوا أَنَّهُمْ
حَبَسُوا أَنْفُسَهُمْ لَهُ، وَسَتَجِدُ قَوْمًا، فَحَصُّوا عَنْ أَوْسَاطِ رُءُوسِهِمْ مِنَ الشَّعْرِ،
فَاضْرِبْ مَا فَحَصُّوا عَنْهُ بِالسَّيْفِ، وَإِنِّي مُوصِيكَ بِعَشْرٍ: لَا تَقْتُلَنَّ امْرَأَةً وَلَا صَبِيًّا وَلَا
كَبِيرًا هَرَمًا، وَلَا تَقْطَعَنَّ شَجْرًا مُثْمِرًا، وَلَا تُخَرِّبَنَّ عَامِرًا، وَلَا تَعْقِرَنَّ شَاةً وَلَا بَعِيرًا
إِلَّا لِمَا كَلَّه، وَلَا تَحْرِقَنَّ نَحْلًا، وَلَا تُغْرِقَنَّ وَلَا تَغْلُلَ وَلَا تَحْبُنَّ.

الشرح: «أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه بعث جيوشًا إلى الشام، فخرج يمشي
مع يزيد بن أبي سفيان» يحتمل أنه خرج معه على سبيل البر له والتشييع، فيكون ذلك
سنة في تشييع الخارج إلى الغزو والحج وسبيل البر، وأضاف مشيه إلى يزيد بن أبي
سفيان إما لأنه اختص بمماشاته والقرب منه والمكاملة له، وإما لأنه كان خروجه بسببه،
فقال: خرج مع يزيد يشيعه. بمعنى أنه قضد بخروجه تشييعه، وإن لم يخرج معًا.

فصل: وقوله: «فرعموا أن يزيد، قال لأبي بكر: إما أن تتركب، وإما أن أنزل» على
معنى الإكرام لأبي بكر والتواضع له لدينه وفضله وخلافته لئلا تكون حاله في الركوب
أرفع من حاله في المشي.

١٠١٨ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨٥/٩. ومعرفة السنن والآثار ١٣/١٨٠٧٦. عبد
الرزاق في المصنف ١٩٩/٥. السرخسي في شرح السير الكبير ٣٩/١. وذكره ابن عبد البر
في الاستذكار برقم ٩٣٨. المغني ٣٥٣/٨.

وقول أبي بكر الصديق رضى الله عنه: «ما أنت بنازل، وما أنا براكب إلى احتسبت خطاي هذه في سبيل الله» يريد أن قصده بالمشى فى تشييعهم ووصيتهم حسبة فى سبيل الله تعالى، فلعله أراد الرفق به والتقوية له لما يلقاه من نصب العدو وتعيب السفر، ولقاء العدو، ومقاومته وأبو بكر رضى الله عنه لا يلقى شيئاً من ذلك، فلم يحتج من التقوى والترفع ما يحتاج إليه يزيد.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «إنك ستجد أقواماً زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله، فدعهم وما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له»^(*) يريد الرهبان الذين حبسوا أنفسهم عن مخالطة الناس، وأقبلوا على ما يدعون من العبادة وكفوا عن معاونة أهل ملتهم برأى أو مال أو حرب أو إختيار بخير، فهؤلاء لا يقتلون، سواء كانوا فى صوامع أو ديارات أو غيران؛ لأن هؤلاء قد اعتزلوا الفريقين وعفوا عن معاونة أحدهما.

مسألة: وأما رهبان الكنائس، فقال ابن حبيب: يقتلون لأنهم لم يعتزلوا أهل ملتهم، وهم مداخلون لهم بحيث لا يمكن أن تعرف سلامتهم من معوتهم.

مسألة: ولا يسبى الرهبان ولا يخرجون من صوامعهم، بل يتركون على حالهم، خلافاً للشافعى فى قوله: يسبون ويسترقون، لقول أبى بكر رضى الله عنه: «فدعهم وما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له» وهذا يقتضى إبقاءهم على حالهم.

فإن كان للرهبان أموال، فروى ابن نافع عن مالك فى الراهب له الغنيمة والزرع فى أرض الروم: أنه لا يعرض له، وذلك يسير ولا يعرض لبقره ولا لغنمه إذا عرف أنها له، ولذلك وجه يعرف وما أدرى كيف يعرف هذا. وقال سحنون: إن معنى ذلك من قول مالك إذا كان قليلاً قدر عيشه، وأما ما جاوز ذلك فلا يترك له.

وجه قول سحنون أن فى استئصال ما له قتله أو إنزاله عن موضعه، وقد تقدم أن ذلك غير جائز، فلا بد أن يترك له ما يكفيه، وما زاد عليه، فلا حاجة إليه، فلا يترك له.

فصل: وقوله الله عنه: «وستجد أقواماً فحسوا عن أوساط رؤوسهم» يريد حلقوا

(*) قال فى الاستذكار ٦٩/١٤: روى هذا الحديث سفيان بن عيينة، عن يحيى بن سعيد كما رواه مالك، فلما انتهى إلى قوله: «فدعهم وما حبسوا أنفسهم له»، قال سفيان: يعنى الرهبان؛ قال: «وستجد قوماً قد فحسوا عن أوساط رؤوسهم، وجعلوا حولها أمثال العصائب فاضرب ما فحسوا من أوساط رؤوسهم بالسيف»، قال سفيان: يعنى القسيسين، ثم ذكر تمام الخبر كما ذكره مالك سواء.

٣٣٦ كتاب الجهاد
أوساط رعوسهم. قال ابن حبيب: يعنى الشماسمة، فأمره أن يضرب ما فحصوا عنه
بالسيف، يريد بذلك قتلهم، ولم يرد ضرب ذلك الموضع خاصة، وذلك كقوله تعالى:
﴿إِذَا يُوْحَىٰ رَبِّكَ إِلَى الْمَلَائِكَةِ أَنِي مَعَكُمْ فَثَبِّتُوا الَّذِينَ آمَنُوا سَأَلْقَىٰ فِي قُلُوبِ الَّذِينَ
كَفَرُوا الرُّعْبَ فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ وَاضْرِبُوا مِنْهُمْ كُلَّ بَنَانٍ﴾ [الأنفال: ١٢].

وأما ضرب أوساط رعوسهم بالسيف، فلا يجوز ذلك إلا قبل الأسر لهم فى نفس
الحرب، وأما بعد أسرهم والتمكن منهم، فلا ينبغى أن يمثل بهم، ولا يعبث فى قتلهم،
ولكن تضرب أعناقهم صبراً إلا أن يكونوا قد فعلوا بالمسلمين على وجه التمثيل، فيعمل
بهم مثله قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦].

فصل: لم يذكر فى هذا الحديث تقديم الدعوة والمشركون فى ذلك على ضربين،
طائفة قد بلغتهم الدعوة، وطائفة لم تبلغهم. فأما من بلغته الدعوة، فروى عن مالك:
تلتمس غرتهم ويقاتلون دون تقديم دعوة إلى الإسلام، وهذه رواية العراقيين عن مالك.

وفى المدونة: روايتان عن مالك، قال ابن القاسم: لا يبيتوا غزوناهم نحن أو أقبلوا
إلينا غزاة فى بلادنا حتى يدعوا، قال: وقد قال مالك أيضاً: الدعوة ساقطه عمّن قارب
الدار لعلمهم بما يدعون إليه.

وأما من شك فى أمره، فخيف أن لا تبلغه الدعوة، فإن الدعوة أقطع للشك، وأنزه
للجهاد يبلغ بك وبهم ما بلغ.

وقال أبو حنيفة: إن بلغتهم الدعوة فحسن أن يدعوا قبل القتال، وإن لم تبلغهم
الدعوة لم يبتدؤا بالقتال حتى يدعوا.

وقال الشافعى: لا أعلم أحداً من المشركين لم تبلغه الدعوة إلا أن يكون خلف
الذين يقاتلون قوم من المشركين خلف الخزر والترك لم تبلغهم الدعوة، فلا يقاتلوا حتى
يدعوا إلى الإيمان.

وجه الرواية الأولى ما روى أن النبى ﷺ بعث محمد بن مسلمة وأبا نائلة إلى كعب
بن الأشرف وابن أبى الحقيق فيبيئتهما غارين وقتلوهما ولم يقدموا دعوة حين قتلاهما.

ومن جهة المعنى ما احتج به فى المدونة أنه قد تقدم علمهم بما يدعون إليه وعادوا
الدين وأهله، والدعوة لا تحدث لهم إلا تحذيراً وإنذاراً، وهم مع ذلك يطلبون الغرات
والعورات، فيجب أن يلتمس منهم ويؤخذوا بها.

قال القاضي أبو الحسن: وعلى كل حال فيستحب أن يدعوا إلى الإيمان قبل القتال.
 ووجه الرواية الثانية ما روى «أن علي بن أبي طالب قال للنبي ﷺ يوم خيبر:
 نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا. فقال ﷺ: انفذ، ثم ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله
 فوالله أن يهدى الله بك رجلاً واحداً خيراً لك من حمر النعم»^(١).

ومن جهة المعنى أن هذا حرب للمشركين، فلزم أن يتقدم بالدعوة كغير العالمين؛
 لأن تجديد الدعوة قد يكون فيها من التذكير بالله والإيمان به ما لم يكن فيما تقدم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن هذا حكم الروم. وأما القبط، فقد قرن بينهم وبين الروم،
 فقال: لا يقاتلوا ولا يبيتوا حتى يدعوا، ولا نرى الدعوة بلغتهم، وكذلك الفرازنة. قال
 القاضي: وهم جنس من الحبشة، قال: ولم ير مالك بلوغ الدعوة غرة فيهم.

ووجه ذلك أنهم قد استعملوا الكف عن المسلمين، ولم يعاجلوا بالمحاربة، ولا
 استعملوا طلب الغرة، فلم يكن في تقدم الدعوة وجه مضره، وكذلك إذا كان
 المسلمون ظاهرين، ولم يكن في تقدم الدعوة لمن قد بلغت وجه مضره، فإن الدعوة
 ثابتة في حقهم، ولذلك أمر النبي ﷺ بتقديم الدعوة على محاربة أهل خيبر، وقد تقدم
 علمهم بما يدعو النبي ﷺ، ولا خلاف في ذلك لطول المدة وقرب المسافة.

فرع: فإن عوجل أحد ممن لم تبلغه الدعوة، فقتل قبل أن يدعى إلى الإيمان، فقد قال
 أبو حنيفة: لا دية فيه. وقال الشافعي: الدية على عاقلة القاتل. قال القاضي أبو الحسن:
 ولست أعرف لمالك فيه نصاً، والأظهر عندي قول أبي حنيفة.

قال: والدليل على ذلك أن من أصلنا أن المسلم إذا أقام بدار الحرب مع القدرة على
 الخروج، ثم قتل خطأ لم تكن فيه دية، فالكافر منهم أولى إلا أن تكون فيه دية. قال:
 أيضاً فإنه ليس فيه أكثر من أننا ممنوعون من قتله، وذلك لا يوجب فيه دية لكونه في
 دار الحرب كقتل نسائهم وذراريهم، وكذلك الرهبان والشيخ الفاني.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «إلى موصيك بعشر خلال، لا تقتلن امرأة ولا صبياً»
 على حسب ما تقدم من المنع من قتل النساء والصبيان، وأن الصبي هو الذى لم يحتلم
 ولم يثبت، فإن أنبت ولم يحتلم، فهل يقتل أم لا؟ اختلف أصحابنا فى ذلك، فقال
 أكثرهم: يقتل. وقال ابن القاسم: لا يقتل حتى يحتلم.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٩٤٢، ٣٠٠٩، ٣٧٠١، ٤٢١٠. مسلم حديث رقم

٢٤٠٦. أبو داود حديث رقم ٣٦٦١. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٣١٤.

٣٣٨ كتاب الجهاد

وجه القول بالقتل ما روى عن عطية القرظي أنه قال: عرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت منا قتل، ومن لم ينبت خلى سبيله، فكنت فيمن لم ينبت، فخلى سبيلي. ومن جهة المعنى أن الاحتلام إنما يتعلق به حقوق الباري تعالى.

وأما حقوق الآدميين، فالأحكام التي تنفذ بين الناس، فلا يجوز أن تتعلق بالاحتلام؛ لأنه أمر لا يدري ويمكن كتمانها وادعاؤها؛ وإنما يجب أن يتعلق ذلك بأمر يظهر، ويمكن معرفته إليه، وهو الإنبات على أنه في الأغلب لا يتأخر على الاحتلام، ولا يتقدم عليه بكثير مدة وأكثر ما يكون مقارناً له، والله أعلم.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «ولا كبيراً هرمًا» يريد الشيخ الهرم الذى بلغ من السن ما لا يطبق القتال، ولا ينتفع به فى رأى ولا مدافعة، فهذا مذهب جمهور الفقهاء إلا أنه لا يقتل، وبه قال مالك وأبو حنيفة.

وللشافعى قولان، أحدهما: مثل قول الجماعة. والثانى: يقتل هو والراهب.

والدليل على ما نقوله قول أبى بكر رضى الله عنه هذا ليزيد بن أبى سفيان ولا مخالف، فثبت أنه إجماع. ومن جهة القياس أن هذا ممن لا يقاتل ولا يعين بمنع دائم، فلا يجوز قتله كالمراة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المشركين على ضربين، أحدهما: من لا يخاف منه مضرة ولا معونة برأى ولا مال كالراهب والشيخ الفانى، فهذا قد تقدم حكمه. والضرب الثانى: أن يكون ممن تخشى مضرتة، فيكون فيه المعونة بالحرب أو الرأى أو المال، فهذا إذا أسر يكون الإمام مخيراً فيه بين خمسة أشياء أن يقتله أو يفادى به أو يمن عليه أو يسترقه أو يعقد له الذمة على أداء الجزية.

فأما الاسترقاق وعقد الذمة، فلا خلاف نعلمه فى جوازهما. وأما القتل، فحكى القاضى أبو الحسن أنه لا خلاف فى جوازه. وحكى القاضى أبو محمد عن الحسن المنع من ذلك، وأنه قال: اصنع كما صنع رسول الله ﷺ بأسارى بدر، بمن عليه أو يفاديه.

والدليل على جواز ذلك قوله تعالى: ﴿وما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض﴾ [الأنفال: ٦٧]. ودليلنا من جهة السنة تواتر الأخبار عن النبي ﷺ بقتل عقبه بن أبى معيط والنضر بن الحارث من أسارى بدر. ومن جهة المعنى أنه ليس فى الأسر حقن للدم، وإنما يحقن الدم بعقد الأمان.

كتاب الجهاد ٣٣٩

مسألة: وأما المنّ أو المفاداة، فإنه جائز عند جمهور الفقهاء، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز المنّ ولا المفاداة. وحكى هذا القول عن أصحاب الشافعي غير أنهم قالوا: لا يفادى بمال. وهذا القول في المفاداة إنما هو لسحنون.

والدليل على صحة جواز المنّ والمفاداة قوله تعالى: ﴿فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فإما منا بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها﴾ [محمد: ٤].

ودليلنا من جهة السنة ما تضافرت الأخبار به من مفاداة أهل بدر. ودليلنا من جهة القياس أن هذا قتل يجوز تركه إلى غير بدل، فجاز تركه إلى بدل كالتقصاص.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الإمام يجب أن ينظر في ذلك بحسب الاجتهاد، فمن علمت شجاعته وإقدامه أو رأيه وتدبيره، فالأولى قتله، ومن لم يكن بهذه الصفه، وكان صانعا أو عسيفا، فالأفضل استبقاؤه ومن رجع إسلامه والانتفاع به، فالأولى أن يمن عليه ومن كان غناؤه عنهم قليلا وأخذ عنه عوض نافع من مال أو أسير من أسرى المسلمين فودى.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «ولا تقطعن شجرة مثمرا، ولا تخربن عامرا» هذا على ضربين، أما ما كان من البلاد مما يرجى أن يظهر عليه المسلمون، فإنه لا يقطع شجره المثمر، ولا يخرب عامره، لما يرجى من استيلاء الإسلام عليه وانتفاعهم به، وما كان بحيث لا يرجى مقام المسلمين به لبعده وتوغله في بلاد الكفر، فإنه يخرب عامره، ويقطع شجره المثمر وغيره؛ لأن في ذلك إضعافا لهم وتوهينا وإتلافا لما يتقون به على المسلمين.

قال ابن حبيب: قال مالك وأصحابه: إنما نهى الصديق عن إخراج الشام؛ لأنه علم مصيرها للمسلمين. وأما ما لا يرجى ظهورهم عليه، فخراب ذلك مما ينبغي. قال ابن حبيب: هو الصحيح، وقد حرق النبي ﷺ نخل بنى النضير.

فصل: وقوله: «ولا تعقرن شاة ولا بعيرا إلا لما كلة» وهذا أيضا على ضربين، أحدهما أن يكون الإبل والغنم، فيستطيع المسلمون أن يخرجوا بها ويتمولوها فلا تعقر إلا الحاجة، ويحتمل أن يريد بالعقر الذبح والنحر، فيقول بذبحها ونحر إبلها إلا لحاجتهم إلى أكلها.

فأما على وجه السرف والإفساد أو على وجه التمول والإخراج للبيع إلى بلاد

٣٤٠ كتاب الجهاد

المسلمين، فلا. ويحتمل أن يريد بالعقر الحبس لما شرد منها بالعقر الذى يجبس ما ند وشرد، ولا تبلغ مبلغ القتل، فيقول: ما شرد عليكم، فلا يمكنكم ركوبه واستعماله، فلا ترموه ولا تعقروه، وليكن فى جملة ما يساق من الإبل ولا تعقروه على الوجه المذكور إلا لحاجتكم إلى أكله، فاحبسوه بالعقر، ثم ذكره بعد التمكن منه بالنحر.

مسألة: والضرب الثانى من الإبل والغنم ما يعجز المسلمون عن إخراجهم، فإنه يقتل أو يعقر، وهو الذى عناه بقوله المروى عنه فى كتاب ابن المواز: ولا بأس أن يعقر غنمهم وبقرهم، وإن لم يحتج إلى ذلك؛ لأن فى ترك ذلك تقوية للعدو وفى إتلافه إضعافاً لهم، فإن كانوا ممن يأكل الميتة، فالصواب أن تحرق بعد العقر إن أمكن ذلك ليبطل انتفاعهم بها وبالله التوفيق فعلى هذا يحمل قول أبى بكر رضى الله عنه على ما يمكن إخراجهم. وحمله ابن وهب على عمومهم، فقال: لا يجوز قتل شىء من الحيوان إلا للأكلة.

مسألة: وأما دوابهم وخيلهم وبغالهم وحميرهم، فإنها تعقر إذا عجز عن إخراجها والانتفاع بها لم يختلف فى ذلك أصحابنا غير ابن وهب، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعى: لا يجوز عقرها، وبه قال ابن وهب من أصحابنا، ولكن تخلى.

والدليل على ما نقوله أن هذه أموال باقية يتقوى بها العدو، فجاز إتلافها عليهم كالزرع القائم والشجر المثمر.

فرع: واختلف أصحابنا فى صفة العقر، فقال المصريون من أصحاب مالك: تعرقب وتذبح أو يجهز عليها. وقال المدنيون من أصحابه: يجهز عليها، وكرهوا أن تذبح أو تعرقب.

قال ابن حبيب: وبه أقول لأن الذبيح مثله والعرقبة تعذيب، وهذا الذى قاله ابن حبيب ليس بيبين؛ لأن الذبيح لم يكره فى الخيل، لأنه مثله، وإنما كره لأنه ذريعة إلى إباحة أكلها. قال أصحابنا: يضرب عنقه وتبقر بطنه. فأما العرقبة، فإنه تعذيب على ما ذكره، والصواب الإجهاز عليه بوجه يمنع أكله عند من قال بذلك.

ووجه ما حكاه عن البصريين أنه ربما اضطر إليه أحد من المسلمين، فيكون أولى من الميتة وكذلك ما وقف من خيل المسلمين ببلد العدو فحكمه عند مالك وأصحابه ما ذكرناه فى خيل العدو، وأما سائر الأموال مما ليس بحيوان، فإن عجز عنه أحرق، ولم يترك طعاماً كان أو غيره.

كتاب الجهاد ٣٤١

فصل: وقوله: «ولا تحرقن نخلاً ولا تغرقنه» يريد ذباب النحل لا يحرق بالنار ولا يغرق في ماء، واختلف قول مالك فيما لا يقدر على إخراجها من ذلك، فروى ابن حبيب عن مالك: يحرق ويغرق. وروى عن مالك أنه كره ذلك.

وجه الرواية الأولى أنه لا طريق إلى إتلافها إلا بذلك وإتلافها مأمور به؛ لأنها مما يقوى به العدو، فإذا لم يكن إتلافها إلا بالنار توصل إليه بها كالفارين من العدو.

وجه الرواية الثانية ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «قرصت غملة نبياً من الأنبياء، فأمر بقرية من النمل، فأحرقت فأوحى الله إليه أن قرصتك غملة أحرقت أمة من الأمم تسبيح»^(١) وهذا ما لم تدع إلى ذلك حاجة أكل.

فإن احتاج إلى ذلك، ولم يمكنه دفعها إلا بتحريقها أو تغريقها، فعل من ذلك ما يتوصل إلى ما يتناول ما في جباها، وباللغة التوفيق.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «لا تغلل ولا تجبن» الغلول أن يأخذ من الغنيمة بعض الغانمين ما لم تصبه المقاسم، وسيأتى بيانه إن شاء الله تعالى، والجبن الجزع والفرار عمن لا يجوز الفرار عنه، وهو من الكبائر عن ابن القاسم وأكثر أصحابنا. وقال الحسن البصرى: لم يكن الفرار من الزحف كبيرة إلا يوم بدر.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الأنفال: ٤٥]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحْفًا فَلَا تُولُوهُمُ الْأُدْبَارَ﴾ [الأنفال: ١٥] الآية.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف الناس فى المعنى المرعى فى جواز الفرار عن العدو فى الحرب، فالذى عليه جمهور أصحابنا العدد، وبه قال ابن القاسم. وروى ابن الماجشون عن مالك، أنه قال: الجلد، هو السلاح والقوة.

وجه قول ابن القاسم قوله تعالى: ﴿إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ﴾ [الأنفال: ٦٥] ثم قال بعد ذلك: ﴿الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين بإذن الله والله مع الصابرين﴾ [الأنفال: ٦٦].

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٠١٩. مسلم حديث رقم ٢٢٤١. النسائى فى الصغرى

حديث رقم ٤٣٥٨. أبو داود حديث رقم ٥٢٦٦. ابن ماجه حديث رقم ٣٢٢٥. أحمد فى

المسند حديث رقم ٨٩٧٦.

٣٤٢ كتاب الجهاد

مسألة: وهذا إذا أمن أن يكتروا، فأما في بلادهم وحيث يخاف تكاثرهم، فإن للعدو اليسير أن يولوا عن مثلهم؛ لأن فرارهم ليس عن العدد اليسير، وإنما هو مخافة أن يكتروا. وكذلك إن فر عدد من المسلمين عن مثلهم من العدو بحيث لا يجوز لهم الفرار، وكان منهم من لا يريد ذلك، فإن له إذا انهزم أصحابه، ويئس منهم أن يولى حيثئذ؛ لأن توليه إنما هو عن جماعة العدو وانحيازاً إلى أصحابه، وقد فعل ذلك النبي ﷺ ومن ثبت معه أحد حين انهزم المسلمون ويئس من رجعتهم انحاز في آخرهم إلى المسلمين.

١٠١٩ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عَامِلٍ مِنْ عُمَّالِهِ أَنَّهُ بَلَغَنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا بَعَثَ سَرِيَّةً يَقُولُ لَهُمْ: «اغزُوا بِاسْمِ اللَّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَقَاتِلُوا مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ، لَا تَغْلُوا، وَلَا تَغْدِرُوا، وَلَا تُمَثِّلُوا، وَلَا تَقْتُلُوا وَلِيدًا، وَقُلْ ذَلِكَ لِحُبِّهِمْ وَسَرَائِكُمْ إِنْ شَاءَ اللَّهُ وَالسَّلَامُ عَلَيْكُمْ»^(١).

الشرح: قوله رضى الله عنه: «أن رسول الله ﷺ إذا بعث سرية» السرية من يدخل دار الحرب مستخفياً، والجيش من يدخل معلناً، وظاهراً مغالباً، وليس لعددهما حد. وقد روى: «خير الصحابة أربعة، والطلائع أربعون، وخير السرايا أربعمائة، وخير الجيوش أربعة آلاف، ولن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة ولا تبييت»^(٢).

فصل: وقوله ﷺ: «اغزوا باسم الله، تقاتلون من كفر بالله» على معنى تبيين ما يفارقهم عليه وتذكيرهم بتحقيق النية عند ابتداء العمل.

وقوله ﷺ: «لا تغلوا» يريد الغلول، وسيرد بيانه إن شاء الله.

١٠١٩ - أخرجه البخارى ٩٣/٤ كتاب الجهاد والسير باب سهام الفرس عن ابن عمر. مسلم ١٣٨٣/٣ كتاب الجهاد باب ١٧ رقم ٥٧ باب كيفية قسمة الغنيمة عن ابن عمر. والترمذى برقم ١٥٥٤، ١٢٤/٤ كتاب السير باب سهم الخيل. وابن أبى شيبه ١٥١/١٤ عن ابن عمر. وذكره الهيثمى بمجمع الزوائد ٣٤٢/٥ وعزاه للطبرانى عن زيد بن ثابت. البيهقى فى السنن ٦٩/٩. الطحاوى فى شرح معانى الآثار ٢٠٧/٣. النسائى فى الكبرى ٧١/٢.

(١) وقال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٢٦/٦: هكذا هو فى الموطأ عند جميع رواة عن مالك، وهذا يستند من حديث عبيد الله بن عمر عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ وقد روى من حديث زيد بن ثابت وحديث ابن عباس، عن النبي ﷺ.

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٥٥٥. أبو داود حديث رقم ٢٦١١. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٦٧٧. الدارمى حديث رقم ٢٤٣٨.

كتاب الجهاد ٣٤٣
وقوله ﷺ: «ولا تغدروا» الغدر هو نقض العهد وترك الوفاء للمشركين وغيرهم،
وذلك مما لا خلاف في المنع منه.
وقد روى ابن عمر سمعت النبي ﷺ يقول: «لكل غادر لواء، ينصب له يوم القيامة
بغدرته»^(٣).

مسألة: والتأمين على ضريين، أحدهما: أن يؤمن العدو بحيث القوة للمسلمين، فهذا
لا يجوز الغدر به، ولا خلاف في ذلك. والثاني: أن يؤمنهم الأسير في أيديهم ابتداءً أو
يطلقوه من الثقاف بشرط ذلك، وذلك يتناول أحد أمرين، أحدهما: أن يؤمنهم على
أنفسهم، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله.
والثاني أن يؤمنهم من فراره، وأخذ شيء من أموالهم، فإن أمنهم من فراره، لزمهم
الوفاء، قاله ابن القاسم. وقال سفيان الثوري: له أن يفر.
والدليل على صحة ما تقوله قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾ [التحل:
٩١].

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أن هذا إنما هو إذا عاهدكم مختاراً للعهد، وأما إن
أكره عليه، فإنه لا يلزمه الوفاء به، ويجوز له الفرار.

فصل: وقوله ﷺ: «ولا تمثلوا» يريد العيث في قتلهم بقطع الأيدي والأرجل وفقء
العين وقطع الآذان، وإنما يقتل من أسر منهم بضرب الرقاب.

وأما ما روى من أن النبي ﷺ أمر بالعربيين الذين قتلوا رعاء النبي ﷺ واستاقوا
نعمه، فأمر بهم النبي ﷺ فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم، فإنه روى سلمان
التيمي عن أنس أنهم كانوا فعلوا بالرعاء مثل ذلك، ومثل هذا يجوز من مثل بمسلم أن
يمثل به على سبيل القصاص والمقارضة على فعله.

مسألة: وهذا في قتلهم بعد الاستيثاق منهم. فأما في الحرب، فإنهم على ضريين،
أحدهما: أن يضعف المشرك عن المحاربة ويستسلم، فهذا يجوز قتله بالطعن والضرب
دون التمثيل ولا التعذيب. والضرب الثاني أن يكون مقاتلاً ومدافعاً، فهذا يجوز أن
يتوصل إلى إذائه بكل ما يمكن بما فيه تمثيل وغيره.

(٣) أخرجه البخاري حديث رقم ٣١٨٧، ٣١٨٨. مسلم حديث رقم ١٧٣٨. الترمذي
حديث رقم ٢١٩١. ابن ماجه حديث رقم ٢٨٧٢، ٢٨٧٣. أحمد في المسند حديث رقم
٣٨٩٠، ٥٠٧٧، ٥٨٧٩، ٦٠٥٧، ١٠٦٥٤، ١٠٧٥٩، ١١١٩٣، ١١٢٦٩. الدارمي
حديث رقم ٢٥٤٢.

٣٤٤ كتاب الجهاد

فصل: وقوله رضى الله عنه: «وقل ذلك لجيوشك وسراياك إن شاء الله والسلام»
إنما خص الأمير بهذه الوصية ثم أمره أن يوصى بها من ينفذه من الجيوش والسرايا لأنه
هو الذى يطاع أمره، فإذا أمر بذلك من ينفذه امتثل أمره، وبالله التوفيق.

* * *

ما جاء فى الوفاء والإيمان

١٠٢٠ - مَالِك، عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَتَبَ إِلَى
عَامِلٍ حَيْشَ كَانَ بَعَثَهُ، إِنَّهُ بَلَّغْنِي أَنَّ رَجُلًا مِنْكُمْ يَطْلُبُونَ الْعُلْجَ حَتَّى إِذَا أَسْنَدَ فِي
الْحَبْلِ، وَامْتَنَعَ، قَالَ: رَجُلٌ مَطْرَسٌ يَقُولُ: لَا تَخَفْ، فَإِذَا أَدْرَكَهُ قَتَلَهُ، وَإِنِّي وَالَّذِي
نَفْسِي بِيَدِهِ لَا أَعْلَمُ مَكَانَ وَاحِدٍ فَعَلَ ذَلِكَ إِلَّا ضَرَبْتُ عُنْقَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ هَذَا الْحَدِيثُ بِالْمُجْتَمِعِ عَلَيْهِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «أنه بلغنى أن رجلاً منكم يطلبون العلج» يريد يفر
أمامهم فيتبعونه «حتى إذا أسند فى الجبل» يريد صار فى سنده، وامتنع فيه ممن طلبه،
قال له مطرس، وهذه لفظه فارسية، تقول الفرس مطرس، أى لا تخف، فإذا أدركه
قتله، فأنكر عمر رضى الله عنه قتله بعد أن أمن لأنه نقض لما عقد له من التأمين، وقد
أمر الله تعالى بأن يوفى بالعهد فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:
١]. وقال عز وجل: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ [النحل: ٩١].

وفى التأمين خمسة أبواب، الباب الأول: فى صفة التأمين. والباب الثانى: فى وقت
التأمين. والباب الثالث: فى صفة المؤمن. والباب الرابع: فيما يثبت به التأمين. والباب
الخامس: فى مقتضى التأمين.

* * *

الباب الأول فى صفة التأمين

التأمين لازم بكل لسان عربياً كان أو غيره، سواء فهمه المؤمن أو لم يفهمه،
والاعتبار فيه بأحد الجنبتين، فإن أراد المؤمن التأمين، ولم يفهمه الحربى، فقد لازم

١٠٢٠ - أخرجه البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٣/١٨١٢٥. وذكره ابن عبد البر فى

كتاب الجهاد ٣٤٥
الأمان، وكذلك إن أراد به المؤمن منع الأمان، فظن الحربى أنه أراد التأمين، فقد لزم
من الأمان أن لا يقتله بذلك الاستسلام، وحكم الإشارة فى ذلك حكم العبارة
والكناية، لأن التأمين إنما هو معنى فى النفس، فيظهره تارة بالنطق، وتارة بالكناية،
وتارة بالإشارة، فكل ما بين به التأمين، فإنه يلزم كالكلام.

* * *

الباب الثانى فى وقت التأمين

التأمين لازم ما لم يكن الحربى مأسورًا أو فى حكم المأسور، ممن تيقنت غلبته،
وظهر الظفر به، فأما المأسور، فأمره إلى الإمام، فليس لغيره الاقتيات عليه فيه كما أنه
ليس لغير الإمام استرقاقه، ولا عقد الذمة له، كذلك ليس له تأمينه والمن عليه.
ولو أشرف المسلمون على أخذ حصن وتيقن أخذه، فأمن أهله رجل من المسلمين
كان للإمام رد تأمينه، قاله سحنون؛ لأن حق المسلمين قد تعلق بهم، فليس لهذا المؤمن
إبطاله، ولو تقدم الإمام بمنع التأمين، ثم تعدى بعد ذلك رجل من المسلمين، فأمن أحدًا
كان للإمام رد تأمينه ورد الحربى إلى ما كان عليه قبل الأمان إن لم يعلموا منع الإمام،
وإن علموا.

* * *

الباب الثالث فى صفة المؤمن

المؤمنون على ضربين، آمن وخائف، فأما الآمن، فإذا اجتمعت له صفات الأمان،
وهى خمسة: الذكورة والحرية والبلوغ والعقل والإسلام، جاز تأمينه عند مالك، فإن
عدم بعض هذه الفصول، فقد اختلف العلماء فيه. وقال عبد الملك بن الماجشون: لا
يلزم غير تأمين الإمام، فإن أمن غيره، فالإمام بالخيار بين أن يمضيه، وبين يرده.
والأصل فيما ذهب إليه مالك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «وذمة المسلمين
واحدة يسعى بها أذنهم فمن أخفر مسلمًا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا
يقبل منه صرف ولا عدل»^(١).

ودليلنا من جهة القياس أن هذا مسلم يعقل الأمان، فجاز أمانه كالإمام.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ١٨٧٠، ٣١٨٠، ٦٧٥٥، ٧٣٠٠. مسلم حديث رقم
١٣٧٠، ١٣٧١. أبو داود حديث رقم ٢٠٣٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٠٤٠،
٨٩٢٢، ١٣٠٠.

٣٤٦ كتاب الجهاد

مسألة: وأما الأنوثة، فلا تمنع صحة الأمان، وسيأتى ذكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى. وأما الحرية، فقد اختلف أصحابنا فى مراعاتها، فقال القاضى أبو الحسن: لم أجد فيه نصاً للمالك، ولكنهم يحكمون بلزوم أمان العبد، ونراه قياس قول مالك. وقد نص على لزومه ابن القاسم.

وذكر القاضى أبو محمد لزوم أمان العبد على أنه مذهب مالك، وبه قال الشافعى. وأخرج الشيخ أبو محمد فى النوادر رواية معن بن عيسى عن مالك أنه قال: لا يصح أمان العبد، وما سمعت فيه شيئاً. وقال سحنون: إن أذن له سيده فى القتال، جاز أمانه، وإن لم يأذن له سيده فى القتال، لم يجوز أمانه، وبه قال أبو حنيفة.

وجه إجازة أمانه قوله ﷺ: «ذمة المسلمين واحدة، يسعى بها أدناهم» والعبيد من أدنى المسلمين.

ودليلنا من جهة القياس أن كل من لزم أمانه إذا أذن له فى القتال، لزم، وإن لم يؤذن له كالأجير والمرأة.

ووجه رواية معن أنه محجور عليه، فلم يجوز تأمينه كالقتل، والذي لا يعقل.

مسألة: وأما البلوغ، فاختلف أصحابنا فيه، فقال ابن القاسم: يجوز تأمين الصبى إذا عقل الأمان. وقال سحنون: إن أجازة الإمام فى المقاتلة، جاز تأمينه، وإلا فلا أمان له. وقال الشافعى: لا يلزم أمانه.

وجه قول ابن القاسم أن هذا مسلم يعقل الأمان، فجاز تأمينه كالبالغ.

مسألة: وأما العقل، فلا اختلاف فى اعتباره فى لزوم الأمان وصحته؛ لأن من لا يعقل لا يعتبر بأقواله، ولا تصح مقاصده. وأما الإسلام، فالظاهر من المذهب الاعتبار به، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. والأصل فى ذلك قوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم»^(٢) فخص بذلك المسلمين.

* * *

الباب الرابع فيما يثبت به الأمان

قد اختلف أصحابنا فى ذلك، فقال سحنون: لا يثبت إلا بقول شاهدين. وأما بقول المؤمن، فلا يثبت له التأمين. وقال ابن القاسم: يثبت بقول المؤمن، وبه قال الأوزاعى وأصبغ وابن المواز.

(٢) أخرجه أبو داود حديث رقم ٢٧٥١. ابن ماجه حديث رقم ٢٦٨٣.

وجه ما قاله سحنون أن التأمين فعل المؤمن، وإلزام سائر المؤمنين تأمينه بقوله، وإنما ثبت بشهادة غيره. ووجه قول ابن القاسم أن هذا شخص يصح أمانه، فوجب أن يقبل فيه قوله كالإمام.

* * *

الباب الخامس في مقتضى التأمين

أما التأمين، فإنه على ضربين، أحدهما: التأمين المطلق الذى لا مخافة بعده أن لا يحدث. والثاني: تأمين مترقب. فأما الأول، فمثل أن يؤمن الإمام الرجل والجماعة من المشركين تأمينًا مطلقًا، فهذا يقتضى كونه آمنًا من القتل والاسترقاق.

فإن أراد البقاء فى بلاد المسلمين على أداء الجزية كان له ذلك، وإن أراد الرجوع إلى حيث شاء من بلاد الحرب، فهو آمن حتى يبلغ موضع امتناعه من بلاد الحرب، وهذا حكم من أمنه المسلم الجائر الأمان. وأما التأمين المترقب، فأن ينظر فيه الإمام، فإن رآه صوابًا أمضاه وإلا رده إلى مأمنه، وهذا مذهب مالك وابن الماجشون. وقال سحنون: إن التأمين أن لا يكون لأحد من الجيش قتل المؤمن وينظر الإمام فى حاله، فإن رأى التأمين صوابًا أمضاه، وإلا رده إلى مأمنه، ولعل هذا أن يكون تجوزًا ممن يقوله من أصحابنا.

قال القاضى أبو الوليد رحمه الله: والصواب عندى أن يرد إلى مثل الحالة التى كان عليها قبل التأمين، ولو لزم رده إلى مأمنه لكان أمانًا تامًا، فهذا عند سحنون هو التأمين الصحيح، وابن الماجشون يرى هذا رد الأمان.

فصل: وقوله: «والذى نفسى بيده لا أعلم مكان أحد فعل ذلك إلا ضربت عنقه» يحتمل أن يكون عمر رضى الله عنه، أى قتل المسلم بالمستأمن، وقد قال به أبو يوسف، ومنع منه مالك وأبو حنيفة والشافعى، ولذلك قال مالك: ليس هذا الحديث بالمجتمع عليه، وليس عليه العمل، يريد أن من قتل من المسلمين مستأمنًا، فإنه لا يقتل به.

وسئِلَ مَالِكٌ عَنِ الْإِشَارَةِ بِالْأَمَانِ أَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْكَلَامِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، وَإِنِّى أَرَى أَنَّ يُتَقَدَّمُ إِلَى الْحَيُوشِ أَنْ لَا تَقْتُلُوا أَحَدًا، أَشَارُوا إِلَيْهِ بِالْأَمَانِ؛ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ عِنْدِى بِمَنْزِلَةِ الْكَلَامِ، وَإِنَّهُ بَلَّغَنِى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ قَالَ: مَا خَتَرَ قَوْمٌ بِالْعَهْدِ إِلَّا سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْهِمُ الْعَدُوَّ.

٣٤٨ كتاب الجهاد

الشرح: وهذا كما قال أن الإشارة بمنزلة الكلام والكتابة؛ لأنها إلهام بالإمان، فيجب أن يتقدم إلى الجيوش أن لا يقتلوا من أشار إليه بالإمان، والإشارة بالإمان على ضربين، أحدهما: أن يشير إلى ممتنع بالإمان، فهذا يكون آمناً يذهب حيث شاء. والثاني: أن يؤمن أسيراً بعد أن يأسره، فهذا لا يجوز له ولا لغيره قتله حتى يبلغ الإمام، فيرى فيه رأيه لأنه بعد أن ثبت فيه حكم النظر للإمام.

فصل: وقول عبد الله بن عباس: «ما ختر قوم العهد» يريد نقضوه، ولم يفوا به «إلا سلط الله عليهم عدوهم» يريد أن هذه عقوبتهم التي تختص في الدنيا مع ما في ذلك من المآثم، والله أعلم.

* * *

العمل فيمن أعطى شيئاً في سبيل الله

١٠٢١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ إِذَا أُعْطِيَ شَيْئًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ يَقُولُ لِصَاحِبِهِ: إِذَا بَلَغْتَ وَاْدَى الْقُرَى فَشَأْنُكَ بِهِ.

الشرح: قوله: «أن عبد الله بن عمر كان إذا أعطى شيئاً في سبيل الله» يريد أخرج فيه نفقة أو فرساً أو سلاحاً «يقول لصاحبه» يريد الذي يدفع إليه ذلك «إذا بلغت وادي القرى» يريد أن هذا نهاية في سفره، ومقتضى غزوه في رجوعه غارياً من الشام. وقوله: «فشأنك به» يعني هو لك.

وفى هذا مسألتان، أحدهما حكم محل العطية. والثانية: حكم العطية، فأما حكم محل العطية، فعلى ضربين، أحدهما: الإطلاق. والثاني: التعيين.

فأما الإطلاق، فهو أن يقول ما لي في سبيل الله، فإن منصرفه إلى الغزاة، ومن في موضع الجهاد؛ لأن إطلاق هذه اللفظة، وظاهرها يقتضى الجهاد، فإن كان في موضع لا جهاد فيه، ولا غزو، فلا يعطى منه حاج ولا غيره، قاله مالك. قال سحنون: ويعطى منه الصبيان والنساء والأعمى والمقعد. وقال سحنون: لا يعطى منه من تعطل عن العمل كالمفلوج والأعمى ويعطى منه المريض.

وجه ما قاله سحنون أن هؤلاء من عمار الثغور، وفي بقائهم هناك تكثير للعدو، وقوة لأهل الحرب، فكانوا مستحقين.

كتاب الجهاد ٣٤٩
ووجه قول سحنون أنهم لا يرجى منهم عون على الحرب، فلا يعطون منه شيئاً لأن
هذا المال إنما أخرج للعون على الحرب.

مسألة: وأما حكم العطية، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يجعل العطية في السبيل
خاصة، فهذا ليس لمن أعطيها تمولها، ولا إنفاقها في غير سبيل الله؛ لأنه عدول بالعطية
عن وجهها، وهل له أن يأكل منها في القفول أم لا؟ قال ابن حبيب: ينفق منها في
القفول. وقال مالك: لا ينفق منها في القفول.

وجه ما قاله ابن حبيب أن القفول من الغزو، فكان له أن ينفق فيه منه كالمسير إلى
بلد العدو.

ووجه ما قاله مالك أن من أخرج شيئاً في سبيل الله فقد عينه للغزو والعون على
العدو، وليس القفول منه بسبيل، فمن فضل له منه شيء بعد ذهابه على قول مالك أو
عن قفوله على قول ابن حبيب، فهو مخير بين أن يرده إلى من أعطاه إياه أو يعطيه هو
سبيل الله.

وأما الضرب الثاني، وهو أن يجعل المعطى العطية في سبيل الله ويبتلها لمن أخذها
بأن يقول له: هذا لك في سبيل الله، فهذا يلزم المعطى أن يتزود منه في السبيل بقدر ما
يعلم أن تلك العطية تخرج لمثله، ثم يكون له يبعه، والاتفاح بثمنه وبهذا كان عبد الله
بن عمر يشترط عليه إذا بلغ وادى القرى، يريد بعد قضاء الغزو به.

١٠٢٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: إِذَا
أُعْطِيَ الرَّجُلُ الشَّيْءَ فِي الْغَزْوِ، فَيَبْلُغُ بِهِ رَأْسَ مَغْزَاتِهِ، فَهُوَ لَهُ.

الشرح: قوله: «إذا أعطى الرجل الشيء في الغزو» يريد ما قلناه من تبتيه له على
وجه الغزو به.

وقوله: «فبلغ به رأس مغزاته» يريد نهاية الغزو في القفول وموضع تفرق أهل
الجيش إلى مواضعهم وبلادهم، وهكذا كانت وادى القرى رأس المغزى في الغزو إلى
الشام.

وقوله: «فهو له» يريد أنه قد ملكه، وكل ما لزمه المعطى فيه من الغزو به، فليفعل ما
شاء من بيع أو غيره.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ الْغَزْوَ، فَتَجَهَّزَ حَتَّى إِذَا أَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ مَنَعَهُ أَبُوَاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا فَقَالَ: لَا أَرَى أَنْ لَا يُكَابِرُهُمَا، وَلَكِنْ يُؤَخَّرُ ذَلِكَ إِلَى عَامٍ آخَرَ، فَأَمَّا الْجِهَازُ، فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَرْفَعَهُ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ، فَإِنْ خَشِيَ أَنْ يَفْسُدَ بَاعَهُ، وَأَمْسَكَ ثَمَنَهُ حَتَّى يَشْتَرِيَ بِهِ مَا يُصْلِحُهُ لِلْغَزْوِ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا يَجِدُ مِثْلَ جِهَازِهِ إِذَا خَرَجَ، فَلْيَصْنَعْ بِجِهَازِهِ مَا شَاءَ.

الشرح: وهذا كما قال أن من أوجب على نفسه الغزو بنذر أو قسم، فتجهز له ثم منعه أبواه، فليس له أن يكابرها في ذلك العام، وليؤخر غزوه إلى العام المقبل، وقد بينا أن الجهاد على ضربين، أحدهما: أن لا يتعين على المكلف الغزو والجهاد لقيام غيره به، فهذا يلزمه طاعة أبويه في المنع منه، مؤمنين كانا أو كافرين، قاله سحنون.

والأصل في ذلك ما روى عن عبد الله بن عمر أنه قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فاستشاره في الجهاد، فقال: ألك أبوان؟ فقال: نعم. قال: ففيهما فجاهد»^(١).

ومن جهة المعنى أن طاعة أبويه من فروض الأعيان، والجهاد من فروض الكفاية، وفروض الأعيان أكد.

مسألة: والضرب الثاني أن يتعين على المكلف الجهاد، وهو يتعين من وجهين، أحدهما: أن يوجب ذلك على نفسه بنذر أو قسم. والثاني أن يجب ذلك عليه بأصل الشرع ويتعين عليه لقوة العدو، وضعف المسلم عنه، فأما إن أوجب ذلك على نفسه، فلا يمتنع منه منع أبويه، وإن كان وجب ذلك عليه بأصل الشرع لم يمتنع منه منع أبويه. والفرق بينهما أن حق أبويه قد وجب عليه، فليس له أن يسقطه بنذر يلزمه نفسه، وليس كذلك ما ثبت بأصل الشرع، فإنه يجب بالوجه الذي وجب به حق أبويه، فإذا كان أكد من حق أبويه لم يكن لهما المنع منه.

فصل: وقوله: «وأما الجهاد، فإنني أرى أن يرفعه حتى يخرج به» يريد أن هذا الأفضل له؛ لأنه مال قد نوى به البر وسببه للغزو فيستحب أن لا يرجع عن ذلك، فإن أمسكه كذلك، مات قبل الغزو به، فإنه ميراث سواء أمسكه عنده أو جعله على يد غيره؛ لأنه كصدقة نذرهما ولم ينفذهما، فإن أشهد بإنفاذها، فهو على ضربين، أحدهما: أن يشهد

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٠٠٤، ٥٩٧٢. مسلم حديث رقم ٢٥٤٩. الترمذى

حديث رقم ١٦٧١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣١٠٣.

كتاب الجهاد ٣٥١
بإنفاذها إن مات، فهذه تكون من الثلث، والثاني أن يشهد بإنفاذها على كل حال،
فهذه تكون من رأس المال.

فصل: وقوله: «فإن خشى أن يفسدها، باعه وأمسك ثمنه يشتري به ما يصلحه
للغزو» يريد أن يكون جهازه ذلك مما يفسد ويتغير كالأزواد والأطعمة وغير ذلك مما
يسرع إليه الفساد، فإنه يبيعه ويمسك ثمنه؛ لأن الثمن يقوم مقامه، فإن كان غنياً يعلم
أنه قدر على مثل ذلك أو أفضل منه إذا تيسر غزوه، لم يكن له التصرف فيه إذا اعتقد
أن يعوض منه مثله أو أفضل منه.

* * *

جامع النفل في الغزو

١٠٢٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ سَرِيَّةً
فِيهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ قَبْلَ نَجْدٍ، فَغَنِمُوا إِبِلًا كَثِيرَةً، فَكَانَ سُهْمَانُهُمْ اثْنَيْ عَشَرَ بَعِيرًا
أَوْ أَحَدَ عَشَرَ بَعِيرًا وَنَقَلُوا بَعِيرًا بَعِيرًا.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «فكانت سهمانهم» يريد مبلغ سهمانهم الواقعة لهم
من الغنيمة «اثني عشر بعيراً أو أحد عشر بعيراً» شك في ذلك الراوى، ويحتمل
وجهين، أحدهما: أنه شك هل سهمانهم كانت اثني عشر بعيراً أو أحد عشر بعيراً.
والثاني: أنه شك هل كانت سهمانهم اثني عشر، ونقلوا بعيراً زائداً على ذلك،
وبلغت بالناقلة اثني عشر بعيراً، غير أنه يعود من جهة هذا العدد إلى معنى واحد.

١٠٢٣ - أخرجه البخارى فى فرض الخمس ٢٩٠١. ومسلم فى الجهاد والسير ٣٢٩٠. وأبو داود
فى الجهاد ٢٣٦٢، ٢٣٦٤، ٢٣٦٥. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٣٥١،
٤٩٣٣، ٥٠٣٤، ٥٢٦١، ٥٦٤٩، ٦٠٩٧، ٦١٦٥. والدارمى فى السير ٢٣٧٠
قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦/٢٤١: هكذا رواه يحيى، عن مالك على شك فى أحد عشر
بعيراً، أو اثني عشر بعيراً، وتابعه على ذلك جماعة رواة الموطأ؛ منهم: القعنبي وابن القاسم
وابن وهب وابن بكير ومطرف وغيرهم؛ إلا الوليد بن مسلم، فإنه رواه عن مالك، عن نافع،
عن ابن عمر؛ وقال فيه: فكانت سهمانهم اثني عشر بعيراً. ونقلوا بعيراً بعيراً، دون شك،
وأظنه حمله على رواية شعيب بن أبي حمزة لهذا الحديث، فإنه عند الوليد، عن شعيب، عن
نافع، عن ابن عمر: اثني عشر بعيراً، بلا شك. فحمل حديث مالك على ذلك وهو غلط منه،
والله أعلم.

٣٥٢ كتاب الجهاد

وقوله: «ونفلوا بعد ذلك بغيراً بغيراً» يريد أعطوه زائداً على ما وجب لهم، ويحتمل أن يكون جميع ما حصل لهم اثني عشر بغيراً من جهة اللفظ غير أن قوله: «غنموا إبلاً» يدل على أن سهام كل واحد منهم كانت هذا العدد، والنافلة في كلام العرب عطية التطوع والزيادة في العطاء على الواجب.

وهذا يقتضى أن النفل في الخمس، وذلك أنه قد سوى بينهم في النفل، فنفلوا بغيراً بغيراً، فلو كان النفل من الأربعة الأحماس التي لهم لما كان في ذلك فائدة، لأن ذلك كان لهم لو لم ينفلوه، وقسمت بينهم الأربعة الأحماس، ولو كان ذلك لكان هذا الفعل لا فائدة فيه، وكان هذا اللفظ من جملة اللغو، ولما أجمعنا على أنه لا يفعل ما لا فائدة فيه، ثبت أنه قسم عليهم الأربعة الأحماس، ثم نفلهم بعد ذلك من غيرها بغيراً، ولا سهم يمكن أن يشار إليه ينفلوا منه غير الخمس، وهذا مذهب مالك رحمه الله أن النفل لا يكون إلا من الخمس، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

١٠٢٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنِ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: كَانَ النَّاسُ فِي الْغَزْوِ إِذَا اقْتَسَمُوا غَنَائِمَهُمْ يَعْدِلُونَ الْبَعِيرَ بِعَشْرِ شِيَاهٍ^(١).

الشرح: قوله: «كان الناس إذا قسموا غنائمهم» يريد الصحابة. وفي هذا خمسة أبواب، أحدها: في موضع قسمة الغنيمة. والثاني: في من يقسمها. والثالث: فيما يقسم منها. والرابع: في من يسهم له منها. والخامس: في صفة قسمتها.

* * *

الباب الأول في موضع قسمتها

هو من بلد الحرب بحيث لا يمنع من ذلك مخافة أو عدم قوت يحتاج إليه، لا من

١٠٢٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٤٤.

(١) قال في الاستذكار ١٠٨/١٤ - ١٠٩: في هذه المسألة جواز قسمة الحيوان المختلف الأجناس بعضه ببعض على اختلاف أجناسه. وبه قال الشافعي، ولا ربا عنه في ذلك في شيء من الحيوان بعضه ببعض نقداً ونسيئة. وهو قول أبي حنيفة، إلا في النسيئة، قال: تقسم الإبل والبقر والغنم والثياب كيف شاء أربابها يدا بيد. وقال عيسى بن دينار، عن أبي القاسم: ليس العمل على حديث سعيد بن المسيب هذا، ولكن تقسم الإبل على حدة، والغنم على حدها بالغنيمة، وكذلك سائر العروض، يقسم كل جنس على حدته بالغنيمة، ولا يقسم شيء منها بالسهم، ولا يجعل جزء من جنس من غيره، ذلك مكروه؛ لأنه لا يدرى أين يقع سهمه، وهو عنده من باب الفرر. وهذا خلاف ظاهر في حديث سعيد بن المسيب.

كتاب الجهاد ٣٥٣
المقام بسبب التقاسم. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: فى بلاد المسلمين إلا أن
يحتاج الجيش إلى ثياب أو ما أشبه ذلك، فيقسم ذلك بينهم ويقتى الباقي يقسم فى دار
الإسلام، فإن قسم الجميع بدار الحرب مضى الحكم بذلك ولا ينقض.

والدليل على ما نقوله ما روى الأوزاعي أن رسول الله ﷺ لم يقسم غنيمة قط إلا
فى دار الشرك، فمنها غنيمة بنى المصطلق قسمها على مياهم، وقسم غنيمة هوازن فى
دارهم، وقسم غنيمة خيبر بخيبر، وهم مشركون، ثم لم ينزل الناس من لدن النبى ﷺ
إلى زمن عمر وعثمان والخلفاء كلهم وجيوشهم فى البر والبحر ما قسموا غنيمة قط
إلا حيث غنموها، وهذا معروف عند أهل السير والمغازى.

فإن قيل إنما قسم رسول الله ﷺ غنائم بنى المصطلق فى مياهم، وهوازن فى
دارهم؛ لأنها كانت دار إسلام يدل على ذلك أن النبى ﷺ بعث الوليد بن عقبة
مصدقاً إليهم، فعلم أنهم كانوا مسلمين.

فالجواب أن هذا غير صحيح لأنهم لم يكونوا مسلمين وقت الغنيمة، ولو كانوا
مسلمين ما قسم غنائمهم، والنبى ﷺ غنم بنى المصطلق سنة خمس وأسلموا سنة عشر
وفى سنة عشر بعث إليهم الوليد بن عقبة مصدقاً.

ودليلنا من جهة القياس أن كل مكان جازت فيه قسمة الثياب إذا احتيج إليها، فإنه
يجوز قسمة سائر الغنائم كدار الإسلام، وهذا إذا كان الغانم جيشاً.

فإن كان سرية من الجيش، فلا يقسم حتى يعود إلى الجيش، قاله ابن المواز، وذكر
أنه قول أصحابنا إلا عبد الملك بن الماجشون، فإنه قال: إلا أن يخشى من ذلك فى
السرية مضرة من تضييع مبادرة الانصراف، وطرح أثقال، وقلة طاعة وإلى السرية،
فتباع الغنيمة، ويلزم كل مبتاع حفظ ما ابتاعه، ويلزم البيع من غاب من أهل
الجيش.

فوجه ما قاله ابن المواز أن القسمة لا تصح إلا بعد الرجوع إلى الجيش؛ لأن
أنصاءهم فى غنيمة السرية وإلى السرية لا يلزم أهل الجيش حكمه، فيقسم عليهم
ويبيع ما لهم وإنما يلزمهم حكم أميرهم.

* * *

الباب الثاني فى بيان من إليه قسمة الغنيمة [.....]^(١)

الباب الثالث فى بيان ما يقسم من الغنيمة وتمييزه مما لا يقسم

الأصل فى ذلك أن ما كان منها مباحاً لكل واحد من الجيش أخذه من بلاد العدو والاستبداد به، وهو على ضربين، أحدهما: أن يكون مملوكاً فى الأصل، ولكنه يباح للاتنفاع به للغذاء والقوة، وسيأتى بيانه.

والثانى ما كان على حكم الأصل لمن يملك بعد، وهو ينقسم إلى قسمين، أحدهما: ما لا يترك أكثره ويتمول جميع ما يوجد منه لنفاسته كالجواهر والياقوت والعنبر، فإن هذا قياسه على مذهب أصحابنا أنه فى كله لما ذكرناه كالنساء والصبيان.

مسألة: والقسم الثانى، أن يؤخذ من الجيش بعضه يترك أكثره كالصيد والخشب يستحب منها ما يحتاج إليه من سرج أو رخامة أو مس أو نشاب أو قتب.

فأما ما كان منه له قيمة بأرض العدو ولخفة حمله وكثرة قيمته كالبازى والصقر، فالذى عليه جمهور أصحابنا أنه يكون فيئاً، وحكاة ابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك أن له قيمة كثيرة بموضع الاستيلاء عليه، فوجب أن يكون فيئاً كسائر ما يقسم. وأما ما لم يكن له يبلد العدو إلا القيمة اليسيرة، فروى أشهب عن مالك فى العتبية أنه قيل له بأرض العدو أشجار لها ثمن كثير ببلاد الإسلام وحملها خفيف وشأنها ببلاد العدو يسير، قال: لا بأس بأخذ هذا وله أخذه للبيع، ولو جاء به إلى صاحب المقاسم لم يقبله ولم يقسمه.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم أنه إذا كان مما يؤكل من حيتان أو صيد، فما أكل منه فهو له، وما باعه كان ثمنه فيئاً. وكذلك ما حمل إلى أهله فباعه إلا اليسير الذى يفضل عنه.

وروى ابن المواز عنه أن ما عمل من الخشب والحجارة من سرج وقتب وعصى رماح، وما يحتاج إليه، فهو له، وإن فضل منه يسير كان له، وأما ما كثر مما يقصد به التمول، فهو فىء.

ووجه قول مالك أن هذا مباح، فوجب أن لا يكون فيئاً كما لو أدخل معه عوداً أو حجراً فتحه فى بلاد الحرب؛ لكان له دون جميع الجيش.

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

كتاب الجهاد ٣٥٥

ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم أن هذا مما وصل إليه جماعة المسلمين، فلم يكن له دونهم إلا سائر الغنائم.

مسألة: وأما ما كان مملوكاً في الأصل، فليس لأحد من أهل الجيش الاستبداد به كالرقيق والثياب والمتاع، فهو في كله، قليله وكثيره، ما أمكن إخراجه ونقله.

فإن عجز عن ذلك وتركه الإمام أو أراد إحراقه، فأتى من أخذه، فروى ابن المواز عن مالك: هو له دون الجيش ولا خمس فيه. وقال أشهب: ليس لمن أخذه، وهو كرجل من الجيش فيه.

ووجه قول مالك أن طرح الإمام له حكم بإزالة ملك الجيش عنه، وقطعاً لحقهم منه، وانتفاع الحامل له أولى من تركه، ولو شاركه فيه غيره لأدى ذلك إلى أن يتركه. ووجه قول أشهب أن أهل الجيش قد ملكوه بالغنيمة فلا يزول ملكهم عنه بالعجز عن حمله كما لو كان ذلك في بلاد المسلمين.

* * *

الباب الرابع في بيان من له حق، وسيأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى

الباب الخامس في بيان قسم الغنيمة

قال ابن المواز: إن رأى الإمام الأفضل في أن يقسمها خمسة أقسام بالسوية بأن يجعلها خمسة أنصباء في كل سهم صنف، وكذلك النساء والصبيان والإبل حتى تعدل ثم يسهم بينهما، ويكتب في سهم منها الخمس لله أو لرسول الله، فحيث خرج ذلك السهم كان الخمس وكانت الأربعة الأقسام للجيش، وإن رأى أن يبيع الجميع ثم يقسم الأثمان، فذلك له. وحكى ابن سحنون عن أبيه بيع الإمام ثم يقسم الأثمان، وإن لم يجد من يشترته قسم العروض خمسة أجزاء بالقرعة.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: والأظهر عندي من فعل النبي ﷺ قسمه ذلك دون بيع، وعلى ذلك ورد حديث عبد الله بن عمر في السرية التي توجهت قبل نجد، فبلغت سهمانهم اثني عشر بعيراً أو أحد عشر بعيراً، إلا أنه تحتمل أن ذلك البيع بعذر.

وقوله في حديث سعيد بن المسيب: «كان الناس إذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه»^(١). وهذا يقتضى تكرار فعل الصحابة له، ولا يعلم مخالف فيه، ثبت أنه

(٢) سبق تخريجه برقم ١٠٢٤.

إجماع. ومن جهة المعنى حقهم متعلق بالعين، فليس له أن يبيع عليهم إلا الحاجة داعية إلى ذلك.

فصل: وقوله: «كانوا إذا اقتسموا غنائمهم يعدلون البعير بعشر شياه» يحتمل أن تكون تلك كانت قيمتها يومئذ، وكذلك يجب أن يفعل الإمام إذا اختلف أجناس الغنيمة، واختار القسمة واحتاج إليها أن يعدل بينهما بالقيمة.

قال يحيى: سمعت مالكا يقول في الأجير في الغزوة: إِنَّهُ إِنْ كَانَ شَهِدَ الْقِتَالَ، وَكَانَ مَعَ النَّاسِ عِنْدَ الْقِتَالِ، وَكَانَ حُرًّا فَلَهُ سَهْمُهُ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ، فَلَا سَهْمَ لَهُ^(*).

(*) قال في الاستذكار ١٠٩/١٤: اختلف العلماء في الأجير والتاجر، فقول مالك في الأجير ما ذكره في موطنه، وذكر في غير الموطن: لا يسهم للتاجر، ولا للأجير إلا أن يقاتلوا. وقال الحسن بن حى: يسهم للأجير. وقال الليث بن سعد: من أسلم، فخرج إلى العسكر، فإن قاتل، فله سهمه، وإن لم يقاتل، فلا سهم له. قال: والأجير إذا اشتغل بالخدمة عن حضور القتال، فلا شيء له. وقال أبو حنيفة وأصحابه في التاجر والأجير: إن قاتلوا استحقوا، وإن لم يقاتلوا، فلا شيء لهم. وهذا كقول مالك سواء. وروى الثوري، عن أشعث، عن الحسن وابن سيرين، قال: يسهم للأجير. قال الثوري: إذا قاتل الأجير أسهم له، ورفع عن من استأجره بقدر ما شغل عنه. وقال الأوزاعي، وإسحاق: لا يسهم للعبد ولا الأجير المستأجر على خدمة القوم. ذكر المزني، عن الشافعي، قال: ولو كان لرجل أجير يريد الجهاد معه، فقد قيل: يسهم له، وقد قيل: لا يسهم له، إلا أن يكون قتال، فيقاتل، كذلك التجار إن قاتلوا، قيل: لا يسهم لهم، وقيل يسهم لهم. قال المزني: قد قال في كتاب الأسارى: يسهم للتاجر إذا قاتل، وهو أولى بأصله. قال أبو عمر: جمهور العلماء يرون أن يسهم للتاجر إذا حضر القتال. وقال الأوزاعي: لا يسهم للبيطار، ولا للشعاب والحداد ونحوهم. وقال مالك: يسهم لكل من قاتل إذا كان حراً. وبه قال أحمد بن حنبل. قال أبو عمر: من جعل الأجير كالعبد لم يسهم له، حضر القتال أم لم يحضر، وجعل ما أخذه من الأجرة مانعاً له من السهمان، ومن حجته: ما رواه عبد الرزاق، عن عبد العزيز بن أبى رواد، قال: أخبرني أبو سلمة الحمصي، أن عبد الرحمن بن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين: أنتخرج معي يافلان إلى الغزوة؟ قال: نعم، فوعده، فلما حضره الخروج دعاه، فأبى أن يخرج معه، فقال عبد الرحمن: أليس قد وعدتني؟ أتخلفني؟ قال: ما أستطيع أن أخرج، قال: وما الذى يمنعك؟ قال: عيالي وأهلى، قال: فما الذى يرضيك حتى تخرج معي؟ قال: ثلاثة دنائير، فدفعت إليه عبد الرحمن ثلاثة دنائير، قبل أن يخرج معه، فلما هزموا العدو، وأصابوا المغنم، قال لعبد الرحمن: أعطني نصيبى من المغنم، فقال عبد الرحمن: سأذكر أمرك لرسول الله ﷺ فذكره له؛ فقال له رسول الله ﷺ: «هذه الثلاثة دنائير حظها ونصيبه من غزوته، فى أمر دنياه وآخرته».

الشرح: وهذا كما قال أن الأجير لا سهم له إذا لم يشهد القتال؛ لأنه قد أخذ عوضًا على دخوله إلى بلد الحرب ممن استأجره على ذلك، فلا يستحق بذلك غنيمة لأن ذلك منافعه مستحقة عليه لغيره كالعبد.

فصل: وقوله: «فإن شهد القتال، كان مع الناس عند القتال» يريد أنه كان مع المقاتلة لا أن يكون في جملة الجيش، فإن كان في المعترك موضع القتال، وكان من جملة المقاتلين استحق حصة من الغنيمة؛ لأن القتال لم يأخذ له عوضًا، ولا يستحق ذلك غيره، فاستحق به سهمًا من الغنيمة، وسقط عنه من الإجارة بقدر ما اشتغل عنه من الخدمة. قال سحنون: فهذا المشهور من المذهب. وقد روى أشهب عن مالك: لا يسهم للأجير، وإن قاتل.

ووجه ذلك أنه ممن لا يسهم له مع الحضور إذا لم يقاتل، فإنه لا يسهم له، وإن قاتل كالعبد. والأصل في هذه المسألة على المشهور من المذهب أن الغنيمة إنما تجب للجهاد والقتال والتعاون على الظهور على العدو.

فمن دخل أرض العدو ولم يظهر غرضًا غيره ولا مقصدًا سواه، كان وقوفه في الجيش ومقامه في العسكر يقوم مقام القتال؛ لأنه لم يدخل لغيره، فأما أن يقاتل أو يحفظ المقاتل أو يكثر السواد ومن أظهر غرضًا في تجارة أو إجارة أو صناعة، فلا حق له؛ لأن حضوره لم يكن معونة ولا جهادًا، فإن قتل ثبت حقه في الغنيمة لأن المقصود من الغزو والجهاد قد وجد منه، وليس اكتسابه في طريقه وانتفاعه بعمله ما يبطل جهاده إذا وجد مقصوده منه كالحاج يتجر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يستحق الغنيمة بما ذكرناه من أنه ثبت له صفات الكمال، وهي ست صفات: العقل والإسلام والبلوغ والذكورة والحرية والصحة.

فأما العقل فإن كان معه منه ما يمكنه به القتال أسهم له؛ لأن مقصود الجهاد يصح منه، فإن كان مطبقًا لا يتأتى منه القتال لم يسهم له.

وأما الإسلام، فهو شرط في استحقاق السهم؛ لأن من ليس بمسلم لا يقاتل جهادًا، وليس حضوره بجهاد ولا نصرته للإسلام؛ لأن معنى الجهاد أن يقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، والمشرک لا يقاتل لذلك، ولأنه ممن يلزم أن يقاتل عنه وتمنع الاستعانة به في الحرب، وإن استعين به في الأعمال والصنائع والخدمة.

والأصل في ذلك ما روى عن عائشة رضی الله عنها «أن رسول الله خرج في

٣٥٨ كتاب الجهاد
غزوة غزاهما حتى كان بكذا وكذا لحقه رجل من المشركين كان شديدًا، ففرحوا به،
قال: يا رسول الله، جئت لأكون معك وأصيب. قال: إنا لا نستعين بمشرك. قال ذلك
ثلاث مرات، فأسلم في الرابعة، فانطلق معه»^(٣).

فإذا كان الأمر على ذلك، فلا يسهم له، وأما البلوغ، فهل يكون شرطاً في
استحقاق السهم من الغنيمة أم لا؟ قال مالك: لا يكون البلوغ شرطاً في استحقاق
السهم ويسهم للمراهق إذا أطاق القتال. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يسهم إلا البالغ.
وقال ابن حبيب: من بلغ خمس عشرة سنة وأنبت وأطاق القتال، فإنه يسهم له إذا
حضر القتال، وإن لم يقاتل، ومن كان دون ذلك، فلا يسهم له حتى يقاتل.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أنه حر مسلم ذكر وجد منه القتال ومكابدة
العدو، فوجب أن يسهم له كالبالغ. وأما الذكورة، فإنها شرط في استحقاق السهم
عند جمهور أصحابنا، ولا يسهم لامرأة قاتلت أم لم تقاتل. وقال ابن حبيب: من قاتل
من النساء كقتال الرجال، إنه يسهم لها.

والدليل على ما نقوله أن هذا جنس لا يعد للقتال، فلم يسهم له كالعبيد.

ووجه ما قاله ابن حبيب ما احتج به من أن هذا حكم ثبت للرجال بالحضور،
فوجب أن يثبت للنساء بالمقاتلة كاستحقاق القتال.

مسألة: وأما الحرية، فهي شرط في استحقاق الغنيمة، فلا يسهم لعبد؛ لأن منافعه
مستحقة لغيره استحقاقاً عاماً، لأن العبد من جملة الأموال التي تحمي ويقاوم عنها، فلا
يستحق سهمًا بقتال لا غيره.

مسألة: وأما الصحة، فإن كان معنى يمنع القدرة على القتال في الحال والمآل، فإنه
يمنع استحقاق السهم من الغنيمة، وما لم يمنع من ذلك، فإنه لا يمنع السهم؛ لأننا قد
دللنا على أن سهم الغنيمة إنما يستحق بالإعداد للمدافعة والقتال.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما غنمه من لا يسهم لهم ولم يخالطهم غيرهم وغنموا،
فإنهم على ضربين، أحدهما أن ينفرد أو يكون معهم ممن يسهم له العدد اليسير يكون
تبعاً لهم. والثاني: أن يكون معظم العدد ممن يسهم له.

فأما إذا انفردوا أو كان معظم العدد لهم، فإنه تدفع إليهم الغنيمة، وتقسم بينهم، إن

(٣) أخرجه مسلم حديث رقم ١٨١٧. أحمد في المسند حديث رقم ٢٣٨٦٥.

كتاب الجهاد ٣٥٩
كانوا مسلمين، وإن كانوا كفاراً أسلم إليهم، وقسمه بينهم أساقفتهم إلا أن يحكموا
بينهم مسلماً، فيقسم بينهم ذلك على سنة المسلمين.

وأما إن كانوا معظم أهل المغنم، فلا يخلو أن يدخل غيرهم معهم بإذن الإمام أو بغير
إذنه، فإن دخلوا بغير إذنه، فلا سهم لهم، والغنيمة لسائر الجيش دونهم.

وإن أذن لهم، فيئس ما فعل، وهل يسهم لهم أم لا؟ قال ابن حبيب: إذا أذن الإمام
لقوم من أهل الذمة في الغزو معه، سهم بينهم وبين المسلمين. وقال سحنون: لا يسهم
لأهل الذمة، إذا كانوا تبعاً، وإن رأى الإمام أن يرضح لهم فعل.

وجه قول ابن حبيب أن الإمام قد أذن لهم في الغزو، فلهم حقهم من الغنيمة لأنهم
على ذلك دخلوا.

وجه قول سحنون أنهم تبع للمسلمين، فلا حكم لغزورهم، وليس للإمام أن يأذن
لهم في أخذ سهام المسلمين، فإن كان وعدهم بعطاء، فليكن ذلك من الخمس؛ لأن
هذه الغنيمة إنما سلمت بالمسلمين، وهم المدافعون عنها، فلا اعتبار بمن شهدها معهم
من غيرهم، وهذا فيما أخذ على وجه الإعلان والمدافعة.

فأما ما أخذ على وجه السرقة والتلصص، فإن حكم أهل الإسلام وغيرهم في ذلك
سواء، يأخذ كل واحد منهم حصته؛ لأنهم لم يأخذوها على وجه المدافعة والغلبة،
فيكون المسلم أحق بها من الذمي والحرأولى بها من العبد.

وأما ما أخذ على وجه التلصص والسرقة، فقد استورا في أمره، فكان بينهم على
السواء.

قَالَ: وَسَمَعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَأَرَى أَنْ لَا يُقَسَّم إِلَّا لِمَنْ شَهِدَ الْقِتَالَ مِنْ
الْأَحْرَارِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يسهم إلا لمن شهد القتال ومن لا يشهده لم يسهم
له، فمن جاء بعد القتال وإحراز السهم، لم يسهم له، وبه قال الشافعي. وقال أبو
حنيفة: من جاء بعد تقضى القتال وإحراز الغنيمة، وقبل الخروج من دار الحرب، فله
سهمه، ومن جاء بعد الخروج من دار الحرب، فلا سهم له.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فتحرير مذهب مالك في هذه المسألة إن وجد منه الخروج
من منزله إلى الغزو، فقد وجد منه الشروع في العمل، فمن لم يوجد منه اختيار

٣٦٠ كتاب الجهاد
الرجوع عن الغرض المقصود من الغزو، وهو القتال أو حضوره، فحكمه حكم
الدخول إلى أرض الحرب، ولا اعتبار بما قبل ذلك.

ومتى وجد منه الدخول إلى أرض الحرب، فلا يخرج عن ذلك، ولا يمنعه السهم هو
ولا غيره إلا الرجوع إلى أرض الإسلام باختياره.

وأما الرجوع على وجه الغلبة، فقد روى ابن المواز عنه: أن ذلك لا يخرج عن أهل
السهم.

وفي هذا أربعة أبواب، أحدها: فى صفة الحضور للقتال. والباب الثانى: فيما
يستحق من الغنمة بحضور القتال. والباب الثالث: فى المعانى التى تمنع الغنمة وتميزها
من المعانى التى لا تمنعها. والباب الرابع: فيما تثبت به المعانى التى لا تمنع الغنمة.

* * *

الباب الأول فى صفة حضور القتال على المشهور

من قول مالك

فإن لم يحضر القتال بأن يكون فى الجيش وقته، وإن لم يقاتل، أو يكون فى حكم
من حضره، وهل يكون التقاء الجمعين دون مناشبة الحرب بمنزلة القتال؟ قال سحنون:
إذا قامت الصفوف منا ومنهم، ولم يناشب القتال، فلا سهم لمن مات حيثئذ.

وروى ابن المواز نحوه عن مالك، وإنما السهم لمن مات بعد مناشبة القتال، فحضور
القتال عنده إنما هو حضور المناشبة لا حضور المقاتلة والمواجهة. وقال ابن حبيب:
سمعت أن أصحاب مالك، قالوا: إن مشاهدة القرية أو الحصن أو العسكر كالقتال،
وإن لم يكن قتال.

وجه رواية ابن المواز ما روى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما أنهما قالوا. إنما
الغنمة لمن شهد الواقعة. ولا يخالف لهما مع انتشار أقوالهما، فثبت أنه إجماع، واسم
الواقعة إنما يطلق فى عرف الاستعمال على الحرب دون غيرها من المواجهة والمقاتلة
والرؤية.

ومن جهة المعنى أن المقصود من الغزو والقتال، وبه يتوصل إلى غلبة العدو وإحراز
الغنمة، فوجب أن يكون الاعتبار به دون غيره.

* * *

الباب الثاني فيما أحرز من الغنمة

أما ما أحرز من الغنمة، فإنه على ضربين، أحدهما: ما أحرز بالقتال، فإن من حضر القتال يستحق فيه سهمه إذا كان مسنداً إلى القتال سبباً له مثل أن ينازل حصن، فيناشب قتاله، فيموت رجل منهم، ثم يتصل قتاله، فيفتح بعد أيام، فإن للميت فيه، سهمه.

والضرب الثاني، ما أحرز بغير قتال أو أحرز قبل القتال، فإنه لا يستحق فيه سهم إلا بحضور إحرازه عند مالك رحمه الله؛ لأن الإحراز إنما يعتبر بالقتال إذا كان مسنداً إليه، لم يكن ثم قتال يكون سبباً له اعتبر بنفسه.

* * *

الباب الثالث فيما يمنع استحقاق الغنمة

وأما ما يمنع استحقاق الغنمة بعد الخروج في الجيش، فهو على ضربين، أحدهما: أن تطرأ عليه قبل القتال حالة مؤثرة في المنع من الغنمة لمن حضرها، وقد تقدم ذكرنا لها، ونحن نزيد الآن فيما ذكر الموت؛ لأنه يذهب بالصفات كلها ويمنع وجود الغازي، فإذا كان لا يسهم للمطبق بالجنون، وهو موجود فبأن لا يسهم للميت أولى، وكذلك للكفر إذا طرأ عليه، فإنه يمنع السهم، ويبقى سهمه فيما استحقه قبل كفره باق على حكم مال المرتد.

مسألة: وكذلك الجنون، إذا كان مطبقاً يمنع القتال، فإنه يمنع السهم فيما أخذ بعده، وقبل حضوره، ولا يمنع من سهمه فيما أخذ قبل ذلك؛ لأنه معنى يزيل التكلف كالموت.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: والأصل فى ذلك عندى أن ما كان من الأمراض التى يرمى برؤها كالحمى والرمم وما أشبه ذلك، فإنها لا تمنع السهم وما كان يرمى برؤه، ويمنع القتال كالجنون فإنه يمنع السهم فى المستقبل ولا يمنع ما قد استحق منه قبل حدوثه.

مسألة: وأما الضرب الثانى، فأن يغيب قبل القتال عن الجيش باختياره دون إذن الإمام، فهذا لا يسهم له؛ لأنه لم يحضر الواقعة على الوجه المذكور.

مسألة: وهذا فيما استحق بالقتال، فأما ما استحق بالإحراز، فإنما يراعى فيه التغييب

٣٦٢ كتاب الجهاد
عند الإحراز على حسب ما تقدم، ومثل هذا ما يفوت به القادم الغنيمة باللاحق
بالجيش أو الذى يسلم أو العبد يعتق أو الأسير يطلق، فهذا يسهم له فى المستقبل دون
الماضى ولا تفوته الغنيمة بعد القتال بأن لا يحضر القتال إذا حضر إحرازها، وأخذها
فيصير القتال، فيستحق الغنيمة بحضوره من لم يشاهد إحرازها، ولا يفوت بفواته من
شاهد إحرازها.

* * *

الباب الرابع فيما تثبت به المعانى المؤثرة

فى منع الغنيمة

وأما ما تثبت به المعانى المؤثرة فى الغنيمة، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن
يدعى على الغزى أمر فيقر به، ويدعى العذر فيه. والثانى: أن ينكره جملة.

فأما الضرب الأول، فمثل أن يقر بالرجوع ويدعى أنه رجع مغلوباً أو ضالاً، فإن
ذلك على قسمين، أحدهما: أن يدعى من الأعداء ما له أمارات من ربح ردت مركباً
كان فيه أو مخافة غرر طريق أو مرض أو تخلف دابة، ومنه ما لا تكون له أماراة
كالضلال ونحوه، فما كانت له إماراة يستدل بها، فإذا ثبتت أماراة عذره قبل قوله، وما
لم تكن له أماراة وكل إلى أمانته وقبل عذره.

مسألة: وأما إذا أنكر التخلف جملة، فإنه مدعى عليه التخلف بعد الإقرار له الغزو
والكون فى جملة الجيش، فلا يثبت تخلفه بقول أحد ممن يشاركه فى الغنمية لأنه جار
إلى نفسه نفعاً، وهل يقبل قول الأمير فى ذلك أم لا؟ روى يحيى عن ابن القاسم: لا
تقبل شهادة الأمير. وروى ابن سحنون عن أبيه: أنها ليست بشهادة، ويقبل قول الأمير.
وجه قول ابن القاسم أن هذا الأمير له شركه فى المغنم، لم تقبل فيه شهادته كسائر
الجيش.

ووجه قول سحنون أن هذه ليست بشهادة، وإنما هو حكم ويجوز له أن يحكم
بعلمه فيما الضرورة إليه كعرفته بأعيان الشهود.

* * *

ما لا يجب فى الخمس

قال يحيى: سَمَعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ وُجِدَ مِنَ الْعَدُوِّ عَلَى سَاحِلِ الْبَحْرِ بِأَرْضِ

كتاب الجهاد ٣٦٣
المُسْلِمِينَ، فَزَعَمُوا أَنَّهُمْ تُحَارُّ، وَأَنَّ الْبَحْرَ لَفِظُهُمْ، وَلَا يَعْرِفُ الْمُسْلِمُونَ تَصْدِيقَ
ذَلِكَ إِلَّا أَنَّ مَرَائِبَهُمْ تَكَسَّرَتْ أَوْ عَطِشُوا^(*)، فَانزَلُوا بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُسْلِمِينَ: أَرَى أَنَّ
ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ يَرَى فِيهِمْ رَأْيَهُ، وَلَا أَرَى لِمَنْ أَخَذَهُمْ فِيهِمْ خُمُسًا.

الشرح: وهذا كما قال أن العدو إذا وجد بساحل المسلمين قد نزلوا دون أحد من
المسلمين أو لفظهم البحر فادعوا أنهم أتوا للتجارة، فإن لم يعلم صدق قولهم، فهم
فىء، لو علم صدقهم لم يعرض لهم، ووجب تركهم على ما نزلوا عليه أو يردون إلى
مأمنهم.

وفى هذا بابان، أحدهما: فى بيان حكمهم. والثانى: فى بيان حكم ما وجد معهم
من المال.

* * *

الباب الأول فى بيان حكمهم^(*)

قال مالك: إن بان صدقهم لم يعرض لهم، وإلا رأى الإمام فيهم رأيه. وروى ابن
حبيب عن غير واحد من أصحاب مالك عن مالك: أنهم وما معهم فىء، ولا يقبل
قولهم.

وإن كانت معهم التجارات مثل الجوز واللوز وغير ذلك، وليسوا على جهة حرب،

(*) قال فى الاستذكار ١١٧/١٤: يروى: وعطبوا، ويروى أو عطشوا. وهو أولى؛ لاختلاف
معنى اللفظين لدخول أو بينهما.

(*) قال فى الاستذكار ١١٧/١٤: الحكم فى هؤلاء مما يظهر من أمرهم بأن لم ير معهم
سلاح، ولا آلة حرب، وظهر متاع التجارة، أو ما دل عليه، فحكم الإمام فيهم أن يقتل منهم،
أو يردهم إلى مأمنهم، وإن لم يظهر من أمرهم ما يدل على صدقهم، لم يكن لأهل بلدهم
صلح، ولا عهد مهادنة مأمون به، فهم فىء ساقه الله إلى المسلمين، لا خمس فيهم لأحد، لأنهم
لم يوجف عليهم بخيل ولا ركاب. وقد قيل: إنهم لمن أخذهم وقدر عليهم، وصاروا بيده،
وفيهم الخمس قياساً على الركاز الذى هو من مال الكفار. وقد وردت السنة بإيجاب الخمس
فيه، فأجرى مجرى الغنيمة، وإن لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، فإن لم يصيروا بيد أحد
حتى ارتفع أمرهم إلى الإمام، فلا خمس فيهم بإجماع، وهم فى ثلث مال المسلمين مع سائر
الفىء. ذكر عبد الرزاق، عن ابن جريج، قال سئل عطاء عن رجل من أهل الحرب أتى المسلم
بغير عهد؟ قال: خيره إما أن تقره، وإما أن تبلفه مأمنه. قال ابن جريج: وقال غيره: لا يرده
إلا أن يكون له عهد، ولو جاء بغير سلاح، إن شاء الله.

٣٦٤ كتاب الجهاد
فهم أهل حرب أبداً حتى يؤمنوا إلا أن يكونوا تعودوا الأمان على الاختلاف بالتجارة
قبل هذا، فهم على الأمان.

فوجه القول الأول أنه إذا عرف صدقهم في أنهم تجار، فهم مستأمنون يلزم بذل
الأمان لهم أو ردهم إلى أمانهم.

ووجه رواية ابن حبيب أنهم أهل حرب، فلا أمان لهم ومتى غلبوا وظفر بهم قبل
بذل الأمان لهم، فهم فيء. وأما من اعتماد الاختلاف للتجارة إلى بلد المسلمين على
أمان، فقد تقدم الأمان له على هذا الوجه، فهو على ذلك.

فرع: إذا قلنا إنهم لا يسترقون إذا عرف صدقهم، فإن الذي يعرف به صدقهم قد
ذكره ابن المواز عن عبد الملك بن الماجشون: ولا يكاد يخفى أمرهم، فإن المركب يوجد
فيه العدد من المقاتلة، والكثير من السلاح، والمركب الكبير ليس فيه الكثير من المقاتلة،
ولا الكثير من السلاح، وإن كان فيهم بعض المقاتلة وبعض السلاح لأنهم يدفعون عن
أنفسهم، فليقبل قولهم في مثل هذا أنهم جاءوا للتجارة.

وذكر في موضع في السفن تنزل بموضع ومعهم التجارات والسلاح: أنه ينظر إلى
قلتهم وكثرتهم وضعف الموضع الذي نزلوا به وقوته، وما معهم من السلاح والأمتعة
والتجارات، فجعل هذه كلها من العلامات التي يستدل بها على صدقهم أو كذبهم،
وهذا على ما قال لأن مراكب المحاربيين غير مراكب التجار، وعددهم في الكثرة غير
عدد التجار، وليس معهم من التجارات ما له كبير معنى، والتجار معظم ما معهم
التجارات، وصفة مراكب المحاربيين غير صفة مراكب التجار، فهذا كله يستدل به
على صدقهم أو كذبهم، وعلى حسب ذلك يكون حكمهم، وباللغة التوفيق.

* * *

الباب الثاني في بيان حكم ما وجد معهم من المال

أما ما وجد معهم من أموالهم، فإنه على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يكون الأخذ
لذلك من بلادهم ممن يتصرف في بلادهم غير مغالب لهم كالأسير الذي قد ملكوه،
وصار بأيديهم أو دخل إليهم بأمان، فأخذ شيئاً من أموالهم، وخرج بها، فإن جميعه له،
ولا خمس فيه؛ لأن هذا بمنزلة المستأمن يأخذ شيئاً من أموالهم، ويخرج به إلينا، فإنه له.

والضرب الثاني: ما أخذ منهم على وجه المغالبة لهم بموضع يمكن خلاصهم منه،
فإن ذلك فيء لمن أخذه، وفيه الخمس.

كتاب الجهاد ٣٦٥

والضرب الثالث: ما أخذ من أموالهم ورقابهم بموضع لا ترجى فيه نجاتهم، كأن كان بتكسر مراكبهم، فإنه لا خمس فيه، ولا هو لمن أخذه، وإنما للإمام أن يصرفه فيما رآه من مصالح المسلمين، وهذا حكم رقابهم، وما كان معهم من أموالهم فى هذا الضرب.

فأما إذا انفردت أموالهم، ووجد شيء منها ببلاد المسلمين على هذا الوجه، فقد قال ابن المواز: هو لمن وجده، ولا تخمس عروضه، ويخمس ما فيه من ذهب أو ورق، ورواه أشهب عن مالك.

ووجه ذلك أنه بمنزلة الكنز من أموال العدو، ولأنه ليس معه من تقدم له عليه ملك، فأما الذهب والورق فيخمسان على ما ذكر عن مالك فى كنز الذهب والورق.

وأما العروض، فقال هاهنا: لا تخمس. وقد اختلف الرواة فى كثير العروض، فقال مرة: لا تخمس. وقال مرة: تخمس، فعلى هذا يجب أن يكون الجواب فى هذه المسألة على الروايتين.

فرع: إذا ثبت ذلك، فما وجد فى هذه المراكب من الرقيق، ولم يصدقوا، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: يرى فيهم الإمام رأيه من أسر أو بيع أو فداء، ولم يذكر القتل.

وقال فى العلق يوجد ببلاد المسلمين بعد طول مقام بها، فلما ظفر به، قال: جئت لأقيم أمنا فى بلاد المسلمين، فإن الإمام يرى فيه رأيه، وهو فىء، ولا يقتل، إلا أن يتهم بالتجسس، فيقتل.

وقال ابن الماجشون، فى المراكب التى يكون فيها العدو، وتتكسر ببلاد المسلمين، فيدعون أنهم جاءوا تجاراً، فيظهر من كثرة عددهم وكثرة مقاتلتهم، وقلة تجارتهم أنهم كاذبون: فإنهم وما معهم فىء، وتقتل مقاتلتهم على هذا.

* * *

ما يجوز للمسلمين قبل الخمس

قَالَ مَالِكُ: لَا أَرَى بَأْسًا أَنْ يَأْكُلَ الْمُسْلِمُونَ إِذَا دَخَلُوا أَرْضَ الْعَدُوِّ مِنْ طَعَامِهِمْ مَا وَجَدُوا مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ قَبْلَ أَنْ تَقَعَ الْمَقَاسِمُ.

٣٦٦ كتاب الجهاد

قَالَ مَالِكٌ: وَأَنَا أَرَى الْإِبِلَ وَالْبَقَرَ وَالْغَنَمَ بِمَنْزِلَةِ الطَّعَامِ يَأْكُلُ مِنْهُ الْمُسْلِمُونَ إِذَا دَخَلُوا أَرْضَ الْعَدُوِّ كَمَا يَأْكُلُونَ مِنَ الطَّعَامِ.

قال يحيى: قال مالك: وَلَوْ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤْكَلُ حَتَّى يَحْضُرَ النَّاسُ الْمَقَاسِمَ وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ أَضْرَّ ذَلِكَ بِالْحَيُوشِ.

قال يحيى: قال مالك: فَلَا أَرَى بَأْسًا بِمَا أَكَلَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ وَلَا أَرَى أَنْ يَدْخِرَ أَحَدٌ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا يَرْجِعُ بِهِ إِلَى أَهْلِهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال، وقد تقدم من قولنا أن ينتفع به في أرض العدو مما عندهم على ضربين، مباح غير مملوك، وقد تقدم القول فيه. والثاني: أصله الملك، ولكنه أيسح الانتفاع به للغذاء والقوة، وذلك كل مطعوم من أموال الروم وجده المسلمون في بلادهم.

فإن لمن وجده أكله في دار الحرب، ويعلفه دوابه، ولا يحتاج في استباحته إلى قسم ولا إذن الإمام، وإنما يكون الآخذ له أحق لحاجته منه، وما فضل منه عنه أعطاه من احتاج إليه من الغازين، فإن لم يجد محتاجًا إليه رفعه إلى صاحب المغانم. والأصل في ذلك ما روى عن ابن عمر أنه قال: كنا نصيب العسل والعنب، فنأكله ولا نرفعه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١١٩/١٤ - ١٢٠. وقال: أجمع جمهور علماء المسلمين على إباحة طعام الحربين مادام المسلمون في أرض الحرب يأكلون منه قدر حاجتهم، وجاءت بذلك آثار مرفوعة من قبل أخبار الأحاد العدول من حديث ابن عمر، وحديث ابن مغفل، وحديث ابن أبي أوفى. وجملة قول مالك، والثوري، وأبو حنيفة، والأوزاعي، والليث بن سعد، والشافعي: أنه لا بأس أن يأكل الطعام والعلف في دار الحرب بغير إذن الإمام، وكذلك ذبح الأنعام للأكل. وهو قول أحمد، وإسحاق، وأبي عبيد، وأبي ثور. وكان ابن شهاب الزهري لا يرى أخذ الطعام في أرض الحرب إلا بإذن الإمام. ذكره عنه معمر وغيره، ولا أعلم أحدا قاله غيره. وروى الثوري، عن مغيرة، عن إبراهيم، قالوا: كانوا يرخصون للغزاة في الطعام والعلف. وكره الجمهور من أهل العلم أن يخرج شيء من الطعام إلى أرض الإسلام إذا كان له قيمة، أو كانت للناس رغبة، وحكموا الذي يحكم لقسمة الغنيمة فإن أخرجه، رده في المقاسم إن أمكنه وإلا باعه، ونظر في ثمنه. وقال الأوزاعي: ما أخرجه من ذلك إلى دار الإسلام فهو له أيضًا. قال أبو عمر: روى بشر بن عباد، عن عباد بن نسي، عن عبد الرحمن بن غنم، عن معاذ بن جبل، أنه قال: كلوا لحم الشاة، وردوا بها إلى المغنم فإن له ثمنها.

كتاب الجهاد ٣٦٧
مسألة: وأما الحيوان المباح أكله كالبقرة والغنم والإبل، فإنها فى ذلك بمنزلة الطعام عند مالك. وقال الشافعى: لا يذبح شىء من ذلك إلا لضرورة إذا عدموا الطعام.

والدليل على ما نقوله أن الحاجة إلى أكلها والاقتيات بها أشد من الحاجة إلى العسل والعنب، فإذا جاز أكل العسل والعنب، فبأن يجوز الاقتيات بلحوم الغنم والبقرة أولى وأحرى.

فصل: قوله: «فلا أرى بأساً بما أكل من ذلك على وجه المعروف والحاجة إليه» يريد أن الذى أبيع له من ذلك أكله على وجه جرت العادة بأكله وأما ذبح الحيوان وإتلافه أو ذبح الكثير منه الذى يكفى يسيره، ويخرج فيه عن حد الاقتيات البالغ إلى حد الإفساد والانتهاج والتبذير، فإن ذلك ممنوع إلا أن يريد إفساده إذا لم يقدرُوا على العدو إذا لم يطيقوا انتقاله.

فصل: وقوله: «ولا أرى أن يدخر أحد من ذلك شيئاً يرجع به إلى أهله» يريد ما له من ذلك بال قيمة، وإنما له أن يأكل منه حتى ينصرف، فإن فضل منه شىء تصدق به إلا أن يكون التافه اليسير كالقديد والكعك مما يقل ثمنه.

مسألة: وأما ما أخذ من ذلك للقوة والاستعداد كالفرس والسلاح والثوب ينتفع به حتى ينقضى غزوه، فهذا اختلف أصحابنا فيه، فقال ابن القاسم: له أن يأخذ ذلك من احتاج إليه بغير إذن الإمام، ويتنفع به حتى ينقضى غزوه. وروى على بن زياد وابن وهب: ليس له أن يأخذ شيئاً من ذلك ولا ينتفع به.

وجه ما قاله ابن القاسم أن هذا مما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به، فجاز أن ينتفع به من أخذه دون قسمة كالطعام.

ووجه الرواية الثانية أن هذا مما ينتفع به مع بقاء عينه، وله قيمة، فلم يكن لأحد من الغانمين الانفراد به كالذهب والورق والحلى والوطاء.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ يُصِيبُ الطَّعَامَ فِي أَرْضِ الْعَدُوِّ، فَيَأْكُلُ مِنْهُ وَيَتَزَوَّدُ، فَيَفْضُلُ مِنْهُ شَيْئاً، أَيْصَلِحُ لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ فَيَأْكُلَهُ فِي أَهْلِهِ أَوْ يَبِيعَهُ قَبْلَ أَنْ يَقْدَمَ بِلَادَهُ فَيَنْتَفِعَ بِثَمَنِهِ؟

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ بَاعَهُ وَهُوَ فِي الْغَزْوِ، فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَجْعَلَ ثَمَنَهُ فِي غَنَائِمِ

٣٦٨ كتاب الجهاد

الْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ بَلَغَ بِهِ بَلَدَهُ، فَلَا أَرَى بَأْسًا أَنْ يَأْكُلَهُ وَيَنْتَفِعَ بِهِ إِذَا كَانَ يَسِيرًا تَأْفِهًُا^(*).

الشرح: وهذا كما قال أنه إن باع شيئاً مما فضل عنه من الطعام أو ما لم يفضل منه، وكان محتاجاً إليه، فأراد بيعه من تجار معه، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يرغب في بيعه رغبة في ثمنه واختصاصاً به، فإن ذلك غير مباح له لأنه إنما أبيع له أكله والانتفاع به وأما بيعه وأخذ ثمنه، فغير جائز.

ووجه ذلك أنه لا يملكه قبل الأكل، ولذلك لو أقرضه أحداً من الغازين أو باعه منه بنسيئة لم يلزم المبتاع أن يقضيه الثمن ولا المقترض أن يوفيه القرض.

مسألة: وأما إن باعه لحاجة أن يصرف ثمنه فيما يحتاج إليه من السلاح واللباس، فقد قال ابن سحنون عن بعض أصحابنا: لا بأس بذلك؛ لأن له أن يأخذ هذا من المغنم إذا وجده فيه، فإن لم يجده وأمكنه أن يأخذ من المغنم ما أبيع ليتوصل به إليه، فإن له ذلك كما لو بذل طعاماً لا يحتاج إليه في طعام محتاج إليه. وهذا يقتضى أنه يجوز أن يتاع به طعاماً.

وقد قال ابن حبيب: هو مكروه؛ لأنه إذا صار ثمناً وجب أن يرجع مغنماً، وهذا يقتضى أنه لا يجوز أن يتاع به طعاماً، وأنه متى صار ثمناً وجب أن يرجع مغنماً كما لو أخذ ديناراً أو درهماً، فإنه لا يجوز أن ينفرد به.

* * *

ما يرد قبل أن يقع القسم مما أصاب العدو

١٠٢٥ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدًا لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَبَقَ، وَأَنَّ فَرَسًا لَهُ عَارَ فَأَصَابَهُمَا الْمُشْرِكُونَ ثُمَّ غَنِمَهُمَا الْمُسْلِمُونَ، فَرَدَّ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، وَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ تُصَيَّبَهُمَا الْمَقَاسِمُ.

الشرح: قوله: «أن عبداً لعبد الله بن عمر أبق» يريد ذهب، «وأن فرساً له عار»^(*)

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢٠/١٤. وانظر: الحاشية السابقة.

١٠٢٥ - أخرجه البخارى موصولاً كتاب الجهاد حديث رقم ٣٠٦٧، باب إذا غنم المشركون مال مسلم ثم وجده المسلم.

(*) عار: أى انطلق هاتماً على وجهه.

كتاب الجهاد ٣٦٩

يريد أيضاً ذهب. قال أبو عبد الله البخاري: عار الفرس، مشتق من العير، وهو حمار الوحش، يريد أنه فعل مثل فعله في النفار والفرار.

وقال ابن دريد في جمهرته: عار الفرس يعير عيراً، إذا انطلق من مريضه، فذهب على وجهه، وكذلك البعير.

وقوله: «فأصابهما المشركون» يريد صار ذلك بأيديهم وفي قبضتهم وحيازتهم، «ثم غنمهما بعد ذلك المسلمون، فردا على عبد الله بن عمر» يريد أنهما ما ردا إلى ملكه لما علم أنهما له «قبل أن تصيبهما المقاسم» يريد مقاسم الغنائم من أهل الجيوش، وفي هذا ثلاث مسائل، إحداها: أن يعرف صاحبه. والثانية أن يعرف أنه لمسلم، ولا تعرف عينه. والثالثة: أن لا يعرف شيء من ذلك. فأما إن عرف صاحبه، وكان حاضراً، فإنه يدفع إليه لحديث عبد الله بن عمر، ولأنه باق على ملكه لم ينزل عنه بتجدد ملك عليه.

فرع: فإن كان صاحبه غائباً معروفاً بعينه، فإنه يوفق له، قاله سحنون. وقال ابن المواز: ينظر الإمام في ذلك للغائب، فإن رأى أن ينفذه إليه، وتكون عليه النفقة والأجرة فعل، وإن رأى أن يبيعه عليه ويوقف له الثمن فعل. وروى ابن وهب عن مالك: إن عرف صاحب، ولم يستطيع تسليمه إليه قسم.

وجه القول الأول أنه باق على ملكه لم تفته القسمة، فوجب أن لا يفوت عليه بالقسمة كما لو كان حاضراً. ووجه القول الثاني أنه لو كان حاضراً لم يتقرر ملكه عليه إلا أن يدعيه، فإذا كان غائباً، وكان ثم من يستحقه لم يحكم له به كما لو كان في يد مالك معين.

مسألة: فإن عرف أنه لمسلم، ولم تعرف عينه، فالذي عليه جمهور أصحابنا أنه مقسم بين الغائبين، ولا يكون له إذا قدم إلا بالثمن بمنزلة ما لم يعرف أنه لمسلم. وقال القاضى أبو محمد: إن علم أنه لمسلم لم يجز للجيوش تملكه وقسمته، ولزم تركه إلى أن يأتي ربه.

وجه القول الأول أنه في أيدي الغائبين مستحقين له، فلا يخرج عن أيديهم إلا بأن يستحقه معين يدعيه.

ووجه الرواية الثانية أن الغائبين لا يدعون ملكه إلا من جهة الغنيمة، وقد ثبت لهم مالك تقدم ملكه، فكان أحق بملكه.

٣٧٠ كتاب الجهاد
 مسألة: فإذا لم يعرف أنه لمسلم، فلا خلاف في أنه يباع في المقاسم؛ لأنه بمنزلة
 سائر الفىء، وهذا إذا كان المشركين قد أخذوا ذلك من غير اختياره.
 فأما دفعه إليهم طوعاً مثل أن يبيعه منهم، فلا يوفوه ثمنه أو يخافهم فيصالحهم به،
 فلا حق فيه إذا غنمه المسلمون، قاله سحنون.
 ووجه ذلك أنه سلمه إليهم باختياره، وملكهم إياه، وذلك لخروجه عن ملكه، فلا
 حق له فيه.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: فِيمَا يُصِيبُ الْعَدُوَّ مِنْ أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ: إِنَّهُ إِنْ
 أُدْرِكَ قَبْلَ أَنْ تَقَعَ فِيهِ الْمَقَاسِمُ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَى أَهْلِهِ، وَأَمَّا مَا وَقَعَتْ فِيهِ الْمَقَاسِمُ، فَلَا
 يَرُدُّ عَلَى أَحَدٍ.

الشرح: وهذا كما قال أنه إن أدرك قبل المقاسم، فإنه يرد على صاحبه يكون أحق
 به من الغنائم وغيرهم، وأما إذا لم يعلم أنه له حتى وقعت فيه المقاسم، فإنه لا يرده
 على صاحبه.

ومعنى الرد هاهنا أنه لا يكون أحق به دون ثمن، وذلك إن أخذ أهل الشرك الشيء
 على وجه القهرة شبيهة بملك، وهكذا كل ما تملكوه على وجه لا يصلح للمسلم أن
 يملك عليه، فإنه له، ويصححه إسلامه عليه أو الحكم له بصحته.

وقال الشافعي: لا يصح ملكهم لشيء إلا على الوجه الذى تملك عليه المسلمون،
 ومن أسلم منهم، وفى يده شيء من أموال المسلمين، فلا شيء له فيه، ورد إلى صاحبه،
 وكذلك ما أصابوا من أموال المسلمين ثم غنمه المسلمون، فلا يعلم بذلك حتى قسم،
 فإن صاحبه أحق به يرد إليه بغير شيء، ويعطى من صار إليه فى قسمه قيمته من بيت
 المال.

والدليل على ما نقوله أن القهر والغلبة جهة يملك بها المسلم على المشرك، فجاز أن
 يملك بها المشرك على المسلم كالبيع والصلح.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففي هذا مسألتان، إحداهما: أن يجد الإنسان ملكه فى الغنيمة
 قبل القسمة، فلها له أن يأخذه بغير قيمة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال عمرو
 بن دينار: إذا وصل إلى دار الحرب، ثم أخذه المسلمون بعد هذا، فهو للغنائم.

(* ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٤/١٢٣).

كتاب الجهاد ٣٧١

والدليل على ما نقوله أن ملك المشركين على ما غنموه لم يستقر، ولو استقر لما كان لصاحبه قبل القسمة ولا بعدها، وإنما يتقوى بشبهة الإسلام، فإذا لم تقترن به شبهة الإسلام، فهو على ملك صاحبه الأول.

مسألة: فإن أثبتته صاحبه بعد القسمة، فهو أحق به. وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال: من هو بيده أحق به.

والدليل على ما نقوله أن من صار بيده له فيه شبهة ملك، ومن كان له ملك ثابت صحيح كان أولى، وحيازة المشركين له شبهة ملك لم تتم؛ لأن تمامها لا يكون إلا بالإسلام، فبقى لصاحبها فيها حق.

ولو أسلم من هي في يديه لبطل حق السيد منها لتمام ملكه لها، وحكم الإمام ببيع العبد وقسمة ثمنه ليس بحكم بإبطال حقه منه، وإنما هو حكم بصحة أخذ الغائبين ثمنه، ويبقى له فيه أن يفتديه بذلك الثمن أو تركه.

ولو حكم الإمام بإبطال حقه منه لما كان له رجوع فيه، على قول سحنون، ويرجع فيه على قول ابن القاسم؛ لأنه لم يطالبه به أحد ولا دعت إليه ضرورة، فلم يكن فيه غير مجرد الضرورة، فيجب أن يرد فيه وينقض.

فروع: إذا ثبت لربه أخذه، فإنه لا يكون له أخذه إلا بالثمن يريد من عنده. وقال الشافعي: تدفع إليه القيمة من بيت المال.

والدليل على صحة ما نقوله أن العبد لا يدفع إلى بيت المال، وإنما رد إلى سيده، فوجب أن تكون القيمة على من يصير إليه العبد أو يكون استحقا تاماً، فلا تجب فيه القيمة على أخذه.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ خَازَ الْمُشْرِكُونَ غُلَامَهُ ثُمَّ غَنِمَهُ الْمُسْلِمُونَ.

قَالَ مَالِكٌ: صَاحِبُهُ أَوْلَى بِهِ بِغَيْرِ ثَمَنٍ وَلَا قِيمَةٍ وَلَا غُرْمٍ مَا لَمْ تُصَيِّبَهُ الْمَقَاسِمُ، فَإِنْ وَقَعَتْ فِيهِ الْمَقَاسِمُ، فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَكُونَ الْغُلَامُ لِسَيِّدِهِ بِالْثَمَنِ إِنْ شَاءَ (*).

الشرح: قوله: «إن صاحبه أولى به بغير ثمن ولا قيمة ولا غرم» يريد أن له أن يأخذ، ولا يدفع فيه قيمة، وهو ما يساوى يوم أخذه له ولا ثمناً إن كان وقع تباع بين

(* ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢٣/١٤.

٣٧٢ كتاب الجهاد
المشركين قبل أن يغنم، ولا يغرم بسبب ذلك من أنفق عليه ولا يكفه بسبب ذلك من
أنفق عليه ويكلف نفسه.

وروجه ذلك أن الغنيمة لا يستقر ملك الغائبين عليها بنفس الغنيمة، وإنما استقر
بالقسمة، وبه قال القاضي أبو الحسن، وهو مذهب أبي حنيفة، وملك صاحبه يتقرر
عليه حال الغنيمة، فكان له أخذه بغير ثمن.

وأما ما بعد القسمة، فلا خلاف في تقرر ملك الغائبين عليها، فلم يكن لصاحب
ذلك أخذه إلا بالثمن كالشفعة.

فصل: وقوله: «فإن وقعت المقاسم، فإني أرى أن يكون الغلام له بالثمن إن شاء»
يريد بالثمن الذي صار إلى الذي هو في يده بالقسمة إن كان الفئ يبيع وقسمت
الأثمان، إن كان الفئ قسم بقيمته يوم دفع إليه في القسمة، وسواء دخل العبد زيادة
أو نقصان عمى أو غيره، فإن صاحبه لا يأخذه إلا بجميع الثمن لأنه إنما يستحقه بسبب
قديم كالشفعة.

مسألة: فإن ادعى من صار إليه العبد بالقسمة ثمنًا، وأنكره المستحق، فهو مصدق
فيما يشبهه، فإن أتى لا يشبهه رد إلى القيمة.

وروجه ذلك أنه يخرج العبد من يده بعوض، فكان القول قوله في ذلك العوض ما لم
يتبين كذبه كالشفعة.

قَالَ مَالِكٌ فِي أُمَّ وَوَلَدٍ رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ حَاذَرَهَا الْمُشْرِكُونَ، ثُمَّ غَنِمَهَا
الْمُسْلِمُونَ، فَقَسِمَتْ فِي الْمَقَاسِمِ، ثُمَّ عَرَفَهَا سَيِّدُهَا بَعْدَ الْقَسْمِ: إِنَّهَا لَا تُسْتَرْقُ،
وَأَرَى أَنْ يَفْتَدِيَهَا الْإِمَامُ لِسَيِّدِهَا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَعَلَى سَيِّدِهَا أَنْ يَفْتَدِيَهَا وَلَا يَدْعُهَا،
وَلَا أَرَى لِلَّذِي صَارَتْ لَهُ أَنْ يَسْتَرْقَهَا وَلَا يَسْتَحِلَّ فَرْجَهَا، وَإِنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ الْحُرَّةِ
لَأَنَّ سَيِّدَهَا يُكَلِّفُ أَنْ يَفْتَدِيَهَا إِذَا جَرَحَتْ، فَهَذَا بِمَنْزِلَةِ ذَلِكَ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَ أُمَّ
وَوَلَدِهِ تُسْتَرْقُ وَيُسْتَحِلُّ فَرْجَهَا.*

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢٩/١٤، وقال: اختلف العلماء في هذه المسألة:
فقول مالك فيه ما ذكر في موطنه. وقد روى عنه أن على صاحبها أن يفديها إن كان موسرًا،
فإن كان معسرًا أتبع دينًا به إن لم يعط ذلك من بيت المال. قال: وأرى على الإمام أن يفديها.
وقال الليث بن سعد في ذلك كقول مالك، إلا أنه قال: يتبع السيد بقيمتها دينًا إن لم يكن =

كتاب الجهاد ٣٧٣

الشرح: وهذا كما قال أن أم الولد قد ثبت ولاؤها لسيدها، ولم يكمل عتقها؛ لأن سيدها قد بقي له فيها الاستمتاع وأكثر أحكام الرق من انتزاع المال والحجر وغير ذلك.

فإذا غنمها المشركون، ثم صارت بأيدي المسلمين بالغنيمة، فإن علم بذلك قبل القسمة، فهي لسيدها، وإن لم يعلم بذلك حتى تصيبها المقاسم، فإن مالكاً قال: يفتديها الإمام لصاحبها، وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا: يفتديها لنفسه صاحبها.

وجه قول مالك أن الإمام يفتديها له إنما ذلك؛ لأن صاحبها يجبر على افتكاكها، وليس سبب ذلك من جهته، ولا من جهتها، وإنما ألزمه الإمام ذلك بما فعل من القسمة، وليس هذا بمنزلة الأمة لأن له تركها، وهذا ليس له إسلامها وتركها.

وجه الرواية الثانية أن لصاحبها فيها بقية ملك، فلزمه أن يفتدى ذلك المملوك منها لأن القسمة شبة ملك، وإذا كان منها ما يصح ملكه جاز أن يصح شبة ملكه، فإذا لم يصح الانتفاع بها إلا لسيدها أجبر على أن يفتدى تلك المنفعة منها؛ لأن غيره لا ينتفع بها، ولا يجوز له تسليمها؛ لأنه لا يملك إباحتها ما يملك منها غيره.

فصل: وقوله: «فإن لم يفتدها الإمام فعلى سيدها أن يفتديها» يريد أن الإمام إن ترك الواجب عليه من ذلك أو رأى فيه غير ما رآه مالك، فإن على سيدها أن يفتديها على كل حال، وبماذا يفتديها؟ اختلف أصحابنا في ذلك. فروى ابن القاسم عن مالك أن عليه أن يفتديها بثمنها الذي أخذها به، كان أكثر من القيمة أو أقل. وحكى ابن المواز عن أشهب والمغيرة أن على سيدها الأقل من القيمة والثمن.

وجه قول مالك أن ما افتدى من ذلك لحق القسمة، وإنما يفتدى بالثمن كالأمة.

ووجه الوجه الثاني أنه يجبر على اقتدائها، فلزمته القيمة إن كانت أقل من الثمن، وليس ذلك بمنزلة الأمة، فإنه مخير بين اقتدائها وتركها، فلذلك لزمه الثمن الذي اقتسمت به.

مسألة: فإن ماتت قبل الحكم للسيد بها، فلا شيء عليه من قيمتها لأن الثمن إنما هو

=عنده ما يفتديها به. وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يملك العدو علينا بالغبلة حرًا ولا أم ولد ولا مدبرًا. وقال الشافعي على أصله: ليس في أم الولد على سيدها شيء ويدفع إليه أم ولده؛ لأن العدو لا يملكون عنده شيئًا من أموال المسلمين.

٣٧٤ كتاب الجهاد

ليفتديها، فإذا ماتت، فلا شيء عليه من فدائها، وكذلك لو مات سيدها قبل أن يحكم له بها فهي حرة، لا شيء عليها ولا على تركة سيدها، قاله سحنون.

ووجه ذلك أنها تعتق بموته ولا تتبع تركة السيد بشيء؛ لأنه لا يقوم على ميت ولا تتبع هي بشيء؛ لأن ذلك ليس بسببها بخلاف الجناية.

فصل: وقوله: «ولا أرى للذي صارت له أن يسترقها، ولا يستحل فرجها» يريد لأن فيها ملكاً لسيدها، ولا تصح إزالته إلى رق، وإذا لم يحل للثاني استرقاقها لم يحل له وطؤها، وإنما له على سيدها عوض ما يملكه سيدها منها، فلما لم يتقرر ذلك، ولم يتميز كان عليه قيمة رقبته لأن رقبته مشغولة بما بقي لسيدها فيها من الملك، ولأنها لو قتلت لكان له قيمتها، فإن كان غنياً أخذ ذلك منه، وإن كان فقيراً اتبع في ذمته، وإن كان ميتاً، بطل حقه.

فصل: وقوله: «إنما هي بمنزلة الحرة» يريد أنه لا يصح لمن هي في يده أن يملكها، فهي بمنزلة الحرة في حقه.

وقوله: «لأن سيدها يكلف أن يفتديها إذا جرحت» يريد أنها لو جنت على أحد لكلف سيدها أن يفتديها، فهذا بمنزلة ذلك في وجوب افتدائها عليه، وقياسه على الجناية يقتضى أن على سيدها أن يفتكها ممن هي في يده بالأقل من الثمن والقيمة كالجناية إنما هي الأقل من الأرش والقيمة.

فصل: وقوله: «وليس له أن يسلم أم ولده تسترق، ويستحيل فرجها» يريد أنه لا يجوز له ذلك، فيجبر على افتكاكها.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يَخْرُجُ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ فِي الْمُقَادَاةِ أَوْ لِتِجَارَةٍ، فَيَشْتَرِي الْحُرَّ أَوْ الْعَبْدَ أَوْ يُوهَبَانِ لَهُ، فَقَالَ: أَمَّا الْحُرُّ، فَإِنَّ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ دَيْنٌ عَلَيْهِ، وَلَا يُسْتَرَقُّ، وَإِنْ كَانَ وَهَبَ لَهُ، فَهُوَ حُرٌّ وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ أَعْطَى فِيهِ شَيْئًا مُكَافَأَةً، فَهُوَ دَيْنٌ عَلَى الْحُرِّ بِمَنْزِلَةِ مَا اشْتَرَى بِهِ، وَأَمَّا الْعَبْدُ، فَإِنَّ سَيِّدَهُ الْأَوَّلَ مُخَيَّرٌ فِيهِ إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَدْفَعَ إِلَى الَّذِي اشْتَرَاهُ ثَمَنَهُ فَذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُسَلِّمَهُ أَسْلَمَهُ، وَإِنْ كَانَ وَهَبَ لَهُ، فَسَيِّدُهُ الْأَوَّلُ أَحَقُّ بِهِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ أَعْطَى فِيهِ شَيْئًا مُكَافَأَةً، فَيَكُونُ مَا أَعْطَى فِيهِ غَرْمًا عَلَى سَيِّدِهِ إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَفْتَدِيَهُ (*).

(* ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٤/١٣٠.

الشرح: وهذا كما قال أن الرجل إذا خرج إلى أرض العدو فى المفاداة أو التجارة، الخروج إلى أرض العدو على ثلاثة أضرب، الجهاد، والمفاداة، والتجارة.

فأما دخول أرض الحرب للجهاد، فقد تقدم ذكره وفضله. وأما دخولها للمفاداة ودخولها للتجارة، فقال سحنون: من ركب البحر إلى بلاد الروم فى طلب الدنيا فهى جرحه، ونهى عن التجارة إلى أرض السودان، لأن أحكام الكفر تجزئ هناك عليه.

فصل: وقوله: «فيشترى الحر أو العبد أو يوهبان له، أما شراء الحر، فإنه لا يصح إلا بأن لا يعلم أنه حر، فاشتراه ثم تبين له ذلك، ولعله سمي الفداء شراء». والأصل فى ذلك أن فداء المسلمين وتخليصهم من أيدي المشركين واجب لازم، رواه أشهب عن مالك، قال: ولو لم يقدروا أن يفتدوهم إلا بكل ما يملكون فذلك عليهم.

وقال أشهب: لما سئل عن فدائهم بالخمير لا يقدون بها، ولا يدخل فى نافلة بمعصية فسامها نافلة، ولعل هذا أن يكون رأى أشهب. وروى عن مالك خلافه وجمهور أصحابنا على قول مالك.

والأصل فى ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «أطعموا الجائع، وعودوا المريض، وفكوا العاني»^(١). والدليل على ذلك من جهة المعنى ما احتج به مالك من أنه يلزم القتال لاستنقاذهم، وفيه إتلاف المهج وسفك الدماء، فبأن يلزم استنقاذهم بالمال أولى.

وفى هذا الباب خمس مسائل، إحداها: فيما يجوز فداؤهم به. والثانية: فى الحكم بيننا وبينهم، إن لم يتفق الفداء. والثالثة: فى وجوب الرجوع على الأسير بما فدى. والرابعة: فى تبين من لا يرجع عليها الفداء. والخامسة: فى تداعى الأسير والمفادى فى مبلغ الفداء.

فأما الأولى، فاختلف أصحابنا فيها، فذهب ابن القاسم إلى أنه يفدى من الأموال بما يجوز أن يملكهم إياه ولا يتقون به.

فأما ما لا يجوز أن يملكهم إياه من رقيق المسلمين، فلا يقدون به؛ لأنه فداء مسلم بمسلم وحقهما واحد فى وجوب الاستنقاذ منهم، وكذلك الخمر والخنزير، فإنه لا يجوز أن يملكهم شيئاً منه، وكذلك ما يتقون به على المسلمين كالخيل والسلاح؛ لأنهم يرفعون إلينا أسيراً واحداً ويتقون بما يصير إليهم من الخيل والسلاح على جماعة المسلمين.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣٧٣، ٥٦٤٩. أبو داود حديث رقم ٣١٠٥. أحمد فى

المسند حديث رقم ١٩٠٢٣. الدارمى حديث رقم ٢٤٦٥.

٣٧٦ كتاب الجهاد

وقال ابن الماجشون وأشهب: يقدون بجميع أنواع المال مما يمكننا نحن أن نملكه، ونملكهم إياه، فأجازا فداءهم بالخيل والسلاح.

ووجه ذلك أن الخيل والسلاح قوتهم بها مترتبة مؤجلة وإذيتهم لهذا المسلم موجودة. وقال سحنون: يقدون بكل شيء حاشا المسلمين، فجوز فداءهم بالخمر، فقال: تبتاع لهم الخمر للفداء، وهي ضرورة.

ووجه ذلك الضرورة تبيح الانتفاع بالمحرمات، ولذلك أبيع أكل الميتة، وضرورة هذا الأسير مثل ذلك وأشد، فكان له الانتفاع بالخمر والخنزير لإزالة ضرورته.

وأما المسألة الثانية، وهي أن يأتي أهل الحرب بأسرى المسلمين للفداء، فيطلبون فيهم ما لا يستطيع، فيريدون صرفهم إلى بلد الحرب، قال مالك وابن القاسم: لهم أن يرجعوا بهم، ولا يؤخذون منهم إلا برضاهم.

وقال ابن الماجشون وغيره: إن أراد الذي في يده الأسير قيمته وأكثر من ذلك ببسيرة دفعت إليه، وإلا أخذ منهم قهراً، ودفعت إليهم قيمته.

وجه قول مالك أنهم نزلوا على عهد فلا يجوز نقضه وغلبتهم على ما بأيديهم.

ووجه القول الثاني ما احتج به أصبغ أننا لم نعاهدهم على مخالفة أحكام الله تعالى، وإنما عاهدناهم على أن نفى لهم بشروطهم ما لم يخالفوا الحق.

فرع: وأما الذي يراعى في قيمتهم، قال سحنون: يراعى في ذلك فداء مثلهم، ليس القرشي والعربي كالأسود والمولى. قال ابنه: فقد فديت الأسارى الذين كانوا بسردانية على قيمتهم عبيداً. قال: إنما ذلك؛ لأنهم غير معروفين عندي من ذوى القدر.

وأما المسألة الثالثة، وهي وجوب الرجوع على الأسير بالفداء لمن شاء ذلك، فالذى عليه جمهور أصحابنا أن الأجنبي يرجع على الأجنبي بما فداه به، وإن كان أضعاف ثمنه، قاله ابن القاسم وسحنون، فإن وجده عنده أخذه منه، قال عبد الملك وسحنون: وهذا أحق بماله من غرمائه حتى يستوفى الفداء. واحتج عبد الملك بأن الفداء أكد من الدين؛ لأنه يجبر على فدائه بأضعاف قيمته ودينه، إنما يدخل في ذمته باختياره. وقال محمد بن المواز: إنما هذا ماله الذى أحرزه العدو مع رقبته.

فرع: فإن كان ما اشتراه به مما له مثل رجع عليه بمثله، وإن كان مما يرجع إلى القيمة رجع عليه بقيمته، فإن كان خمرًا أو خنزيرًا، فقد قال سحنون: إن كان المشتري مسلماً لم يرجع عليه بشيء، هذه رواية ابنه عنه.

كتاب الجهاد ٣٧٧

ويحتمل على قوله إنه اشتراه بالخمر والخنزير، أنه يرجع على الأسير بثمن ذلك، قال سحنون: إن كان المشتري ذمياً رجع عليه بقيمة الخمر والخنزير؛ لأنه مال، وإن كان ممن يتمول الميتة، فهذا حكمها.

وأما المسألة الرابعة، وهي تميز من يرجع عليه بالفداء من غيره، فالتاس في ذلك على ثلاثة أضرب، أجنب، وذو محارم ومن يعتق عليه.

فأما الأجنب، فإنه يرجع عليهم على كل حال، إلا أن يريد الصدقة عليهم، وكذلك الأقارب ممن ليسوا بذى محارم، فلذلك جعلناهم في جملة الأجنب. وأما من يعتق عليه، فلا رجوع له عليهم فيما فداهم به عرفهم أو لم يعرفهم إلا أن يقول له: افد ولك الفداء على.

وأما ذو المحارم غيرهم والزوجة، فإنه إن فداهم، وهو لا يعلم من هم، فله الرجوع عليهم، لأنه لم يقصد الهبة، فإن عرفهم، فلا رجوع له عليهم إلا أن يأمره هم بفدائهم ليرجع عليهم.

قال سحنون: والأصل في ذلك أن كل من لا يرجع عليه بثواب الهبة فإنه لا يرجع عليه بالفداء، ومن يرجع عليه بثواب الهبة، فإنه يرجع عليه بالفداء.

وقد قال القاضي أبو محمد في هبة أحد الزوجين الآخر، روايتان عن مالك، إحداهما: لا ثواب عليه، وعلى هذا بنى سحنون هذه المقالة. والثانية: عليه الثواب، فيجب أن يرجع أحد الزوجين على الآخر بالفداء قياساً على هبة الثواب.

وأما المسألة الخامسة، وهي تداعى الأسير والمفادى في الفداء، فاختلف أصحابنا فيه، فذهب أكثرهم إلى أن القول قول الأسير في إنكار الفداء جملة، وفي إنكار بعضه، فإن أتى بما يشبه حكم عليه به، ولم يقض عليه بغيره، سواء أخرجه من أرض الحرب أو لم يخرجها منها، رواه ابن حبيب عن ابن القاسم وابن الماجشون ومطرف وأصبغ.

قال ابن حبيب: وقيل إذا أقر الأسير أنه فداه، واختلفا في قدر الفداء، الفادى مصدق، ويصير كالرهن في يديه، وهذا خلاف قول مالك، وقد قال سحنون مثل هذا القول قول الفادى إذا كان الأسير بيده.

فصل: وقوله: « وأما العبد، فإن سيده الأول مخير فيه، فإن شاء أن يأخذه، ويدفع إلى الذى اشتراه ثمنه، فذلك له، وإن أحب أن يسلمه أسلمه، » هذا حكم العبد القن، سيده مخير فيه، وكذلك المكاتب والمدبر والمعتق إلى أجل.

وأما أم الولد، فإنه يجبر على أخذها بالثمن الذى اشترت به. والفرق بينهما أنه يجوز بيع ما له فى المكاتب والمدبر والمعوق إلى أجل، وأخذ العوض عنه، ولا يجوز له ذلك فى أم الولد.

* * *

ما جاء فى السلب فى النفل

١٠٢٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ كَثِيرٍ بْنِ أَفْلَحَ، عَنْ أَبِي مُحَمَّدٍ مَوْلَى أَبِي قَتَادَةَ، عَنْ أَبِي قَتَادَةَ بْنِ رَبِيعٍ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ حُنَيْنٍ، فَلَمَّا التَقِينَا كَانَتْ لِلْمُسْلِمِينَ جَوْلَةٌ، قَالَ: فَرَأَيْتُمْ رَجُلًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ قَدْ عَلَا رَجُلًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ، قَالَ: فَاسْتَدْرْتُ لَهُ حَتَّى أَتَيْتُهُ مِنْ وَرَائِهِ، فَضَرَبْتُهُ بِالسَّيْفِ عَلَى حَبْلِ عَاتِقِهِ، فَأَقْبَلَ عَلَيَّ، فَضَمَنِي ضَمَّةً وَجَدْتُ مِنْهَا رِيحَ الْمَوْتِ، ثُمَّ أَدْرَكَهُ الْمَوْتُ، فَأَرْسَلَنِي، قَالَ: فَلَقَيْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَقُلْتُ: مَا بَالُ النَّاسِ؟ فَقَالَ: أَمْرُ اللَّهِ ثُمَّ إِنَّ النَّاسَ رَجَعُوا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ قَتَلَ قَبِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ فَلَهُ سَلْبُهُ». قَالَ: فَقُمْتُ ثُمَّ قُلْتُ: مَنْ يَشْهَدُ لِي ثُمَّ جَلَسْتُ ثُمَّ قَالَ: «مَنْ قَتَلَ قَبِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ فَلَهُ سَلْبُهُ»، قَالَ: فَقُمْتُ ثُمَّ قُلْتُ: مَنْ يَشْهَدُ لِي ثُمَّ جَلَسْتُ ثُمَّ قَالَ ذَلِكَ الثَّلَاثَةَ، فَقُمْتُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا لَكَ يَا أَبَا قَتَادَةَ؟» قَالَ: فَأَقْتَصَصْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ، فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْقَوْمِ: صَدَقَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَسَلْبُ ذَلِكَ الْقَبِيلِ عِنْدِي، فَأَرْضِيهِ عَنْهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا هَا اللَّهُ إِذَا لَا يَعْمِدُ إِلَى أَسَدٍ مِنْ أَسَدِ اللَّهِ يُقَاتِلُ عَنِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَيُعْطِيكَ سَلْبَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «صَدَقَ فَأَعْطِيهِ إِيَّاهُ»

١٠٢٦ - أخرجه البخارى فى البيوع ١٨٥٨. ومسلم فى الجهاد والسير ٢٣٩٥. والترمذى فى السير ١٤٨٧. وأبو داود فى الجهاد ٢٣٤٢. وابن ماجه فى الجهاد ٢٨٢٧. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢١٤٨٠، ٢١٥٥٩.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥٥/٦: هكذا قال يحيى: عن مالك فى هذا الحديث، عن يحيى ابن سعيد، عن عمرو بن كثير، وتابعه قوم، وقال الأكثر: عمر بن كثير بن أفلح. وقال الشافعى: عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن ابن كثير بن أفلح ولم يسمه؛ والصواب فيه، عن مالك عن عمر بن كثير، وكذلك قال فيه: كل من رواه عن يحيى بن سعيد؛ منهم: ابن عيينة وحفص بن غياث.

كتاب الجهاد ٣٧٩
فَأَعْطَانِيهِ، فَبِعْتُ الدَّرْعَ فَاشْتَرَيْتُ بِهِ مَخْرَفًا فِي بَيْتِي سَلِيمَةً، فَإِنَّهُ لِأَوَّلِ مَالٍ تَأْتَلْتُهُ فِي
الإسلام.

الشرح: قوله: «فلما التقينا كانت للمسلمين جولة» يريد بعض الانهزام، وإنما
انهزمت مقدمة الجيش، والنبى ﷺ ثابت، ولذلك قال رجل للبراء بن عازب: «يا أبا
عمارة، أكنتم فررتم يوم حنين؟ قال: لا والله، ما ولى رسول الله ﷺ ولكنه خرج
سباق أصحابه وخفافهم حسراً ليسوا بسلاح، فأتوا قوماً رماة جمع هوازن وبنى نصر،
ما يكاد يسقط لهم سهم، فرشقوهم رشقاً، ما يكادون يخطئون، فأقبلوا هناك إلى النبى
ﷺ وهو على بغلته البيضاء وابن عمه أبو سفيان بن الحارث بن عبد المطلب يقود به،
فنزل واستنصر ثم قال: أنا النبى لا كذب، أنا ابن عبد المطلب، ثم صف أصحابه»^(١).
فصل: وقوله: «فرأيت رجلاً من المشركين قد علا رجلاً من المسلمين» يحتمل أن
يريد ظهر عليه وأشرف على قتله، ويحتمل أن يريد أنه صرعه.

وقوله: «فاستدرت له حتى أتيته من ورائه، فضربته بالسيف على جبل عاتقه» ظاهر
هذا أنه لم يبرز أحدهما إلى صاحبه، ويؤكد هذا قوله: «فلما التقينا كانت للمسلمين
جولة» وأنه إنما لقي أحدهما الآخر بالتقاء الجيش، ولو كان كل واحد منهما برز إلى
صاحبه لم يجز لأبى قتادة أن يقتله إذا ظهر على المسلم.
واختلف أصحابنا فى جواز دفع المشرك عن المسلم إذا تبارزا وظهر عليه، وخيف
عليه أن يقتله، فقال أشهب وسحنون: يعان، ويدفع عنه المشرك ولا يقتل؛ لأن مبارزته
عهد أن لا يقتله إلا من بارزه. وقال سحنون أيضاً: لا يعان بوجه، رواه ابن المواز عن
ابن القاسم.

وسئل مالك، أيعان؟ فقال: إن خاف الضعف، فلا يبارز.

فرع: فإن قتل المشرك غير الذى يبارزه، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: على
الذى قتله ديته. وقال أشهب: لا دية عليه.

مسألة: فإن بارز ثلاثة من المسلمين ثلاثة من المشركين، فلا بأس لمن قتل صاحبه من
المسلمين أن يعين صاحبه فى القتل، والدفع كما فعل على بن أبى طالب رضى الله عنه،
وحمزة بن عبد المطلب فى معوذة عبيدة بن الحارث يوم بدر.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٨٦٤. مسلم حديث رقم ١٧٧٦. الترمذى حديث رقم

١٦٨٨. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٠٠٧، ١٨٠٦٩، ١٨٢٣١.

٣٨٠ كتاب الجهاد

ووجه ذلك أنهم قد رضوا بتعاونهم، فهم كجماعة الجيش تلقى جماعة جيش آخر، فلا بأس بتعاونهم.

فصل: وقوله: «فضمني ضمة، وجدت منها ريح الموت» يريد أنه وجد من شدتها ألماً يقرب من ألم الموت، ويحتمل أن يريد أنه يخاف من شدتها الموت.

وقوله: «ثم إن الناس رجعوا» يحتمل أن يريد رجعوا من حولتهم، ويحتمل أن يريد رجعوا من القتال بعد الفراغ منه، وقال رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلاً له عليه بينة، فله سلبه».

والذى ذهب إليه مالك أن رسول الله ﷺ قال ذلك بعد أن برد القتال، ولو لم يقله لم يكن للقاتل سلب، فإن السلب الذى نفعه رسول للقاتل، إنما هو من الخمس.

والدليل على أن هذا القول إنما كان بعد الفراغ من القتال الذى فيه وقع القتال قوله: «ثم إن الناس رجعوا، فقال رسول الله ﷺ: من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» وهذا يقتضى أن قوله ﷺ كان بعد رجوعهم، فإن كان رجوعهم ذلك من القتال، فهو ما قلناه.

وإن كان رجوعهم من الهزيمة، فإنه يقتضى أنه ﷺ قال ذلك بعد التراجع من الهزيمة، فيمن قتل قبل التراجع، ولذلك قام أبو قتادة فيمن قتله قبل التراجع، وقضى له بسلبه.

ووجه آخر، وهو أن القعنبى، وهو أوثق الناس وأحفظهم لحديث مالك، قال فى هذا الحديث: ثم إن الناس رجعوا، وجلس النبى ﷺ فقال: «من قتل قتيلاً، فله سلبه» وهذا يدل على أنه بعد الفراغ من القتل؛ لأن النبى ﷺ كان راكباً على بغلته فى حال القتال، ومعلوم أنه لا يرجع عنه إلى الجلوس والراحة إلا بعد الفراغ منه.

ووجه آخر، وهو أنه لا خلاف أن النبى ﷺ إنما قال ذلك بعد الفراغ، ورجوع الناس من الهزيمة، وهذا يدل على أنه لم يرد به التحريض، ولو أراد به التحريض على القتال ذلك اليوم لقاله فى أول القتال، وقبل الهزيمة.

ووجه رابع، وهو ما روى أبو موسى الأشعري رضى الله عنه أن رجلاً سأل النبى ﷺ فقال: «الرجل يقاتل للغنيمة، ويقا تل للحمية، ويقا تل ليرى مكانه من الشهداء، فقال: من قاتل لتكون كلمة الله هى العليا، فذلك فى سبيل الله»^(٢).

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٨١٠، ٣١٢٦. مسلم حديث رقم ١٩٠٤. الترمذى =

كتاب الجهاد ٣٨١

وإذا قال ذلك الإمام بعد تقضى الحرب كانت النيات قبله سليمة صحيحة، ولم يقاتل أحد إلا لتكون كلمة الله هي العليا، وإذا قاله في أول القتال أثر ذلك في النيات وعرض الناس ليقاتلوا لما يحصل لهم من السلب.

والدليل على أنه من الخمس حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ بعث سرية قبل نجد فغنموا إبلاً كثيرة، فكانت سهمانهم اثني عشر بغيراً أو أحد عشر بغيراً، ونفلوا بغيراً بغيراً^(٣).

فوجه الدليل منه أنه ذكر أن سهمانهم بلغت أحد عشر بغيراً، ثم نفلوا بغيراً بغيراً، وهذا يدل على أن النفل من غير الأربعة الأخماس، ولا مكان له غير الخمس، ومما يبين ذلك من جهة المعنى أن الأربعة الأخماس من الغنيمة للغنائم تجب المساواة بينهم فيه لا يزداد أحد منهم لغنائه، ولا لقتال.

ولو كان فيه تفضيل لقتل أو قتال لوجب أن يفاضل بينهم للغناء، فلا يأخذ عبد الله بن مسعود وأبو هريرة ما يأخذ علي بن أبي طالب والزبير بن العوام وخالد بن الوليد والبراء بن مالك وأبو قتادة الأنصاري رضي الله عنهم، ولما أجمع المسلمون على أن أخذهم سواء له، وإن اختلفوا وتباينوا في القتل والقتال، بطل أن يكون للقتل مزية لأحد من الأربعة الأخماس، وإنما يكون التفاضل في الخمس، فإنه محل للتفاضل والعطاء لبعض دون بعض على قدر اجتهاد الإمام.

وأما الأربعة الأخماس، ليست محل لاجتهاده، ونحرم من هذا قياساً فنقول: إن هذه مزية غناء، فلم يجوز أن يعاوض عليها بمزية عطاء من الأربعة الأخماس.

وأصل ذلك لشدة القتال وحماية المسلمين والمدافعة عنهم، والانفراد بأخذ الغنائم العظيمة، والأموال الجسيمة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلو أن إماماً قال قبل القتال من قتل قتيلاً، فله سلبه أو نفل رجلاً سلب قتيلاً قتله من غير الخمس، فإنه لا ينقض؛ لأنه من الإمام حكم حاكم بقول بعض العلماء، فلا ينقض، قاله سحنون.

=حديث رقم ١٦٤٦. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣١٣٦. أبو داود حديث رقم

٢٥١٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٧٨٣. أحمد في المسند حديث رقم ١٩٠٤٩.

(٣) أخرجه البخارى حديث رقم ٣١٣٤، ٤٣٣٨. مسلم حديث رقم ١٧٤٩. أبو داود

حديث رقم ٢٧٤٤، ٢٧٤٥. أحمد في المسند حديث رقم ٤٥٦٥، ٥١٥٨، ٥٢٦٦،

٥٤٩٤. الدارمي حديث رقم ٢٤٨١.

٣٨٢ كتاب الجهاد

وفى هذا أربع مسائل، إحداها: فيما يقتضيه قول الإمام من ذلك. والثانية: فى ذكر من يستحق ذلك من الغائبين. والثالثة: فى وصف من يستحق ذلك بقتله من المقتولين. والرابعة: فى وصف السلب الذى يستحق بذلك.

فأما ما يقتضيه قول الإمام من ذلك، فإن الإمام إذا نادى فى ذلك بلفظ يعمه ويعم الناس مثل أن يقول من قتل قتيلاً، فله سلبه، فإن هذا الحكم ثابت له ولجميع الناس، وإن خص نفسه بأن قال: إن قتل قتيلاً، فلى سلبه، لم يكن له من ذلك شيء؛ لأنه قد حانى نفسه، وأظهر ما نهى عنه من ترك المعدلة، فلم يميز حكمه، ووجب نقضه، وإن قال: من قتل منكم قتيلاً فله سلبه، فإن هذا الحكم ثابت للناس دونة؛ لأنه قد أخرج نفسه منه بقوله منكم، قال ذلك كله سحنون.

مسألة: وإذا قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه، فكان القاتل ممن لا يسهم له، فقد روى ابن سحنون عن أبيه: إن كان القاتل ذمياً، فلا شيء له من السلب.

وكذلك لو قتلت امرأة، قال: وأشهب يرى أن يرضخ لأهل الذمة على قياس قوله: له السلب من الخمس؛ لأنه نفل. واختلف قول الشافعى فى العبد والمرأة والصبي. والأظهر عندى على مذهبه أن من قتل قتيلاً منهم فله سلبه، فإن اللفظ عام.

وأما إن كان القاتل مخذلاً أو مرجحاً على المسلمين، فإنه ليس له من السلب شيء؛ لأنه لم يقاتل عن الله ورسوله.

مسألة: وإذا قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه، فقتل امرأة أو صبياً، فقد حكى سحنون عن الأوزاعى إن قاتلاً، فله سلبهما، وهذا يقتضى أن يكون المذهب، وقد رأيت لسحنون ما يقتضيه. وأما من قتل مستأسراً أو من لا يدافع، فليس له من سلبه شيء.

مسألة: وأما السلب الذى يستحقه القاتل بهذا القول، قال سحنون: قال أصحابنا: لا نفل فى العين، وإنما هو العرس وسرجه ولجامه وخاتمه ودرعه وبيضته ومنطقته فى ذلك من رجله إلى ساعديه وساقيه ورأسه والسلاح ونحوه، وحلية السيف تبع للسيف، ولا شيء له فى الطوق والسوارين والعين كله، ولا فى الصليب يكون معه. وقال ابن حبيب: يدخل فى السلب كل ثوب عليه وسلاحه ومنطقته التى فيها نفقته وسواراه وفرسه الذى هو عليه أو كان يمسكه لوجه قتال عليه.

فأما إن كان يجنب أو كان منقلتاً، فليس من السلب، فتحقيق مذهب سحنون أن ما

كتاب الجهاد ٣٨٣
كان معه من لباسه المعتاد، وما يستعين به على الحرب من فرس أو سلاح، فهو من السلب.

ومذهب ابن حبيب أن ما كان عليه من اللباس والحلي والنفقة المعتادة وما يستعان به على الحرب، فهو من السلب.

فصل: وقوله: «فقمتم فقلت: من يشهد لي، ثم جلست» يريد أنه قام ليطلب سلب القتيل الذي قتله لما سمع من النبي ﷺ: «من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه»، ثم تأمل قوله ﷺ: «له عليه بيعة» ولم يعلم بأن أحداً رآه يشهده له بذلك، فقال في نفسه: من يشهد لي بذلك؟ فلما استبعد أن تكون له بيعة بما فعل من ذلك يصل بها إلى استحقاق سلب القتيل الذي قتله جلس عن القيام في ذلك، وسكت عن طلبه.

فصل: وقوله: «ثم قال: من قتل قتيلاً له عليه بيعة، فله سلبه» تكرر النبي ﷺ ذلك ثلاث مرات، يحتتمل أن يكون قالها في ساعات مفترقة لكي يسمع قوله من يأتي بعد قوله الأول والثاني، ويحتتمل أن يكون جرى في ذلك على عادته ﷺ أنه إذا قال قولاً أعاده ثلاثاً، فيكون قال ذلك قولاً متقارباً،

وقيام أبي قتادة عند قوله الأولى والثاني بعد أن جلس في الأول والثاني لما كان يتجدد له من الأمل في سلب قتيله بقول النبي ﷺ بما كان يثبت في نفسه أنه مستحق لسلب ذلك القتيل لعلمه بقتله، ثم كان يجلس بعد ذلك عندما تبين له أنه لا يدفع إليه إلا البيعة، وكان عنده أن بينته على ذلك معدومة، وما الذي يثبت به هذا في مثل تلك المواضع أما من شهد له شاهدان بأنه قتله، فلا خلاف في ذلك.

واحتجاج أصحابنا بخبر أبي قتادة أنه دفعه إليه بقول واحد دون يمين، يدل على أنه يجوز أن يقبل فيه قول الواحد، إذ قال الإمام: من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه. قال أبو بكر بعد ذلك للذي شهد له به: لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله، فيعطيك سلبه، فأضاف السلب إلى ملكه بقول الشاهد الواحد، وإذا كان هكذا فطر يقه طريق الخبر، لا طريق الشهادة.

مسألة: وأما إذا قال من قتل قتيلاً فله سلبه، ولم يشترط البيعة، فقد قال ابن سحنون: من جاء برأس، فقال: أنا قتلته، فلقد اختلف فيه قوله، فعلى قوله الأول السلب له، وعلى قوله الآخر لا شيء له إلا البيعة.

فأما إن جاء بسلب، فقال: أنا قتلته صاحب هذا السلب، فلا يأخذ السلب إلا بيعة.

٣٨٤ كتاب الجهاد

وجه القول الأول فى التفريق بين الرأس والسلب فى الأغلب لا يكون إلا بيد من قتله؛ لأنه أقرب إليه من غيره، وهو يمنع منه من أراده، وقد علم أن الإمام نفعه سلبه، فهذا لا يشهد له.

وأما السلب، فليس كونه بيده شاهداً له لأنه موضع سلب ولا يمنعه منه غيره؛ لأنه لا حق له فيه إلا كحقه.

وأما على القول الآخر، فلا فرق بينهما أنه لا يصدق صاحب الرأس ولا صاحب السلب.

قال القاضى أبو الوليد: إنه يجوز أن يقبل فى ذلك الشاهد الواحد على ما تقدم من احتجاج أصحابنا بقول أبى قتادة، وإلا فظاهر لفظ البيضة يقتضى الشهادة، ولا يكون أقل من الشاهدين، ولا يجوز على هذا القول فى ذلك الشاهد واليمين؛ لأن الشهادة لا تتناول المال، وإنما تتناول القتل، وهو حكم فى الجسد.

فصل: وقوله: «فقال رسول الله ﷺ: مالك يا أبا قتادة» يحتمل أن يكون ﷺ لما رأى قيامه مرة بعد مرة اعتقد أنه ممن يستحق مثل هذا أو ممن فى نفسه شبهة من استحقاقه، فإن كان مستحقاً له وجه استحقاقه، وهذا إليه، فإن لم يكن على ذلك الوجه بين له أنه غير مستحق له أو تفضل عليه ابتداءً، ويحتمل أيضاً أن يكون اعتقد فيه أن له حاجة، فمنعه الحياء من إبدائها، وتبعته حاجته على القيام إليها مرة بعد مرة، فأراد أن يسهل عليه استفتاح الكلام فيها.

فصل: وقوله: «فاقتصصت عليه» يريد أنه أورد عليه ما جرى له والواجب لقيامه وجلوسه، فقال رجل من القوم: «صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندى، فأرضه منه يا رسول الله».

وقول الرجل: «صدق» شهادة لأبى قتادة بقتله، وبإضافة السلب عندى إلى ذلك القتيل؛ لأن القاتل للقتيل يحتاج أن يبين وجهين، أحدهما: مباشرة قتله. والثانى: أن ذلك السلب له، إذا وجد السلب عليه ومعه، فإن قلنا إن كون رأس القتيل معه شهادة له يقبل قوله، فيجب أن يكون مع ذلك سلب القتيل بيده شهادة له به، هذا، إن قلنا إن طريقه طريق الشهادة، وإن قلنا طريقه طريق الخبر، فإنه ظاهر فيما يدعيه.

فصل: وقول ذلك الرجل: «وسلب ذلك القتيل عندى» عدة ورغبة إلى النبى ﷺ فى أن يهبه إياه من غير أن يكون قتله، ويعوض أبا قتادة من ذلك ما يرضى به.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله، فيعطيك سلبه» يريد أبا قتادة من أسد المؤمنين، فأضافه إلى الله لما كان عمله لله كما قال تعالى: ﴿يشرب بها عباد الله﴾ [الإنسان: ٦]، فأضافهم إلى الله تعالى لما كانوا عاملين له.

وقوله: «يقاتل عن الله ورسوله» يريد أنه يقاتل لتكون كلمتهما العليا ودينهما الظاهر، وأضاف السلب إلى القاتل بقوله: «فيعطيك سلبه» لما كان قد استحقه بقوله ﷺ: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» فاستحق بذلك كل قاتل سلب قتيله بعينه، وإنما وقف تسليمه لوجود البينة بذلك، ولما استحق أبو قتادة سلب ذلك القاتل بعينه ملك أعيان السلب، ولم يكن لأحد أن يعوضه منه إلا باختياره، فلذلك منع أبو بكر رضى الله عنه من أن يعطى غيره شيئاً من ذلك بغير رضاه، إن عوض منه.

فصل: وقوله: «يقاتل عن الله ورسوله» يقتضى أن كل من كان من المقاتلين على هذا الوجه مستحق سلب القتيل بما تقدم من قول النبي ﷺ ومن كان منهم لا يقاتل عن الله ورسوله، فإنه غير داخل تحت ذلك.

وقوله ﷺ: «صدق، فأعطه إياه» تصديقاً لقول أبى بكر بالمنع من أخذ الرجل لسلب قتيل أبى قتادة، وأمرًا له بإعطائه أبا قتادة ما كان عنده من سلبه؛ لأنه ﷺ قد كان أوجه له بقوله: من قتل قتيلًا، فله سلبه، فأعطاه إياه الرجل، فباع أبو قتادة الدرع، وهذا يدل على أن ذلك كان من جملة ذلك السلب.

قال أبو قتادة: «فابتعت به مخرفًا»، والمخرف البستان فيه الفاكهة من التمر وغيره، والمخرفة هي الفاكهة.

وهذا يدل على أن التمر من جملة الفاكهة؛ لأنه سمي بساتين المدينة بها، وليس فيها شيء غير النخيل. وأما قوله تعالى: ﴿فيها فاكهة ونخل ورمان﴾ [الرحمن: ٦٨]، فعطف النخل والرمان على الفاكهة، فعلى معنى التأكيد، وكذلك قال تعالى: ﴿من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال﴾ [البقرة: ٩٨]، فعطف جبريل وميكائيل على الملائكة، وهما من أفاضل الملائكة.

فصل: وقوله: «وإنه لأول مال تأثنته في الإسلام» يريد بالمال هاهنا الأصل الذى لا ينقل ولا يحول؛ لأنه لا خلاف أنه قد ملك قبل ذلك ما يقع اسم مال من السلاح وغيرها، ويحتمل أن يريد بذلك غير ذلك من الأموال، ولكنه لم يكن اتخذها على معنى

٣٨٦ كتاب الجهاد
التأمل، وإنما اتخذها للحاجة إليها بالاستعمال كالثوب يلبسه وغير ذلك، فلم يكن على
معنى التأمل.

١٠٢٧ - مالك، عن ابن شهاب، عن القاسم بن محمد أنه قال: سمعتُ
رجلاً يسأل عبد الله بن عباس عن الأنفال، فقال ابن عباس: الفرس من النفل،
والسلب من النفل، قال: ثم عاد الرجل لمسأليته، فقال ابن عباس: ذلك أيضاً ثم
قال الرجل: الأنفال التي قال الله تعالى في كتابه: ما هي؟ قال القاسم: فلم يزل
يسأله حتى كاد أن يخرجته، ثم قال ابن عباس: أتدرون ما مثل هذا مثل صبيغ
الذي ضربه عمر بن الخطاب.

الشرح: سؤال الرجل عبد الله بن عباس عن الأنفال ظاهره أنه سأل عن الأنفال
المذكورة في قوله تعالى: ﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾ [الأنفال:
٤١]، قال عكرمة ومجاهد وابن عباس: هي غنائم، قيل والأنفال جمع نفل، وإنما سميت
الغنيمة نفلاً؛ لأنها تفضل من الله على الناس.

وروى عن ابن عمر وابن عباس أيضاً: أن الأنفال هي الزيادات التي يزيدها الأئمة
للناس إذا شاعوا ذلك، ولو كانت فيه مصلحة.

وقال الحسن: الأنفال ما شذ من العدو من عبد أو دابة للإمام أن يعطى ذلك من
شاء، فمن قال: إن الأنفال هي الغنائم، قال: إن الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿واعلموا
أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول﴾ [الأنفال: ٤١]، ومن قال بالقولين بعده
جعلها محكمة، فإذا تقرر ما ذكرنا، واحتمل أن يكون سؤال الرجل عن الأنفال
المذكور، فكان سؤاله عن معنى هذه اللفظة، ومقتضاها، فأجابه عبد الله بن عباس
بذكرها ما يصح أن يكون منها، وهو بعضها، وإنما يكون هذا جواباً لمن عرف أن
الأنفال هي الزيادة التي ثبت بالشرع أو بالعرف في الشرع.

١٠٢٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٤٧، وقال: هكذا هو الخبر في الموطأ عند جمهور
الرواة. ورواه الوليد بن مسلم، عن مالك مثله، فقال في آخره: السلب من النفل، والفرس من
النفل، يريد أنه للقاتل، وأظن أنه يريد لنفسه أقل من قول الوليد بن مسلم، فهو مذهبه
ومذهب الأوزاعي وشيخه والشافعي، ومن ذكرنا معهم. وليس ذلك في الموطأ في آخر هذا
الحديث.

وأما من سأل عن نفس الأنفال فليس هذا جوابه، ولعل ذلك الرجل لم يتبين سؤاله، ولا تبين مراده، فاعتقد عبد الله بن عباس أنه لما كان يسأله عما قد جاوبه به أو لعله قد اقترن بسؤاله التأويل، وإظهار الإعجاب بقوله، وادعاء المعرفة بما سأل عنه، وانفراده بمعرفة ذلك ما اقتضى أن يجاوبه ابن عباس بما جاوبه به، أو لعله رأى أنه ممن لا يستحق السؤال عن هذه المسألة، وأنه ممن يجب عليه أن يسأله عن مسائل وضوئه وصلاته لقلة معرفته، فيغفل ذلك، ويقبل على السؤال عن مثل هذه المسائل التي لا تليق به، ولا يفهمهما، ولا يحتاج إلى معرفتها، فلذلك قال له ابن عباس: «أتدرون ما مثل هذا، مثل صبيغ الذي ضربه به عمر بالدرة».

وقصة صبيغ المذكور ما روى سعيد بن المسيب قال: جاء صبيغ التيمي إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه: فقال: يا أمير المؤمنين، أخبرني عن: ﴿والذاريات ذروا﴾ [الذاريات: ١]، قال: هي الرياح، قال: فأخبرني عن ﴿فالحاملات وقرآن﴾ [الذاريات: ٢]، قال: هي السحاب. قال: فأخبرني عن ﴿فالجاريات يسراً﴾ [الذاريات: ٣]، قال: هي السفن، ثم أمر به فضربه مائة، وجعله في بيت، فلما برأ دعا به فضربه مائة أخرى، وحمله على قتب، وكتب إلى أبي موسى الأشعري: امنع الناس من مجالسته، فلم يزل كذلك حتى أتى أبا موسى فحلف له بالأيمان المغلظة ما يجد في نفسه مما كان يجد شيئاً، فكتب في ذلك إلى عمر، فكتب عمر: ما إخاله إلا قد صدق، فخل بينه وبين مجالسته الناس.

سُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ قَتَلَ قَتِيلًا مِنَ الْعَدُوِّ، أَيْكُونُ لَهُ سَلْبُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ؟ قَالَ: لَا يَكُونُ ذَلِكَ لِأَحَدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ مِنَ الْإِمَامِ إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْجَاهِدِ، وَلَمْ يُلْغِنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» إِلَّا يَوْمَ حُنَيْنٍ.

الشرح: وهذا كما تقدم من أن سلب المقتول لا يكون للقاتل إلا بإذن الإمام، وهو قوله في العموم: «ومن قتل قتيلاً فله سلبه» وقوله في الخصوص لرجل بعينه: إن قتل قتيلاً فلك سلبه، وإن قتل فلاناً لرجل من المشركين فلك سلبه أو يقول من قتل قتيلاً من بنى فلان من المشركين، فله سلبه، فيكون ذلك على حسب ما قاله، ولا يكون لغيره، وإنما يجب للإمام أن يقول على ما يؤديه إليه اجتهاده من النظر للمسلمين.

فصل: وقوله: «ولم يبلغني أن رسول الله ﷺ قال من قتل قتيلاً فله سلبه إلا يوم

٣٨٨ كتاب الجهاد

حين» يحتمل معنيين، أحدهما: أنه إذا كانت المغازى قبل حنين وبعده عريت من هذا القول، ومن هذا الحكم، فلم يكن لمن قتل قتيلاً سلبه إلا يوم حنين، فإن ذلك يقتضى أن ذلك لا يكون إلا بإذن الإمام وحكمه، وأنه إن قاله، وحكم به، نفذ حكمه به، وإن لم يقله لم يكن لمن قتل قتيلاً سلبه.

والمعنى الثانى أن قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ خَمْسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١]، وأجمع المسلمون على أن أربعة أخماسه للغنائم من هذه الآية، وهذه الآية نزلت فى غزوة بدر.

وقوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه، يوم حنين» فلا يجوز أن يكون الأول ناسخاً للثانى، بل لا بد أن يكون الحديث ناسخاً لبعض حكم الآية أو مخصصاً لعمومها أو مفسراً لحكمها، وهو أن هذا الخمس الذى لله ولرسوله منصرف بعضه، وهو سلب المقتول للقاتل إذا رأى ذلك الإمام، وما قاله من أنه لم يبلغه أن ذلك كان إلا يوم حنين، فهو على ما قال، فإنه لا يثبت فيه شيء قبل يوم حنين، وما روى من ذلك فى يوم بدر، فمن طرق ضعيفة لا تصح، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى إعطاء النفل فى الخمس

١٠٢٨ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ النَّاسُ يُعْطُونَ النَّفْلَ مِنَ الْخُمْسِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ إِلَىٰ فِي ذَلِكَ.

الشرح: وهذا كما قال سعيد بن المسيب رحمه الله: الناس كانوا يعطون النفل، وهو الزيادة على أنصبتهم من الخمس؛ لأنه لا يجوز أن يعطوا من غيره؛ لأن الخمس معرض لمثل هذا إنما هو موقوف لمصالح المسلمين، وليعط منه ما ينتفع به المسلمون.

وأما أربعة أخماس الغنيمة، فهو لقوم معينين، وهو مبنى على المساواة لا يفضل فيه أحد لغناء، ولا ينقص منه أحد لقلّة غناء، وهو أحب الأقوال إلى مالك هذا يقتضى أنه أحب إليه من قول من قال غير الخمس، ولا يخمس، وإنما يخرج أولاً الأنفال للقاتلين، ثم يخمس الباقي، وليس معنى قوله أن هذا القول أحب إليه من الآخر أن الآخر عنده

كتاب الجهاد ٣٨٩
صحيح، وأنه مما يحبه، ولهذا عليه مزية، وإنما معناه أن هذا أولى بأن يؤخذ به كما يقال إقامة الحقوق أولى من تضييعها.

قال يحيى: وسئِلَ مَالِكٌ عَنِ النَّفْلِ، هَلْ يَكُونُ فِي أَوَّلِ مَغْنَمٍ؟ قَالَ: ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الاجْتِهَادِ مِنَ الْإِمَامِ، وَلَيْسَ عِنْدَنَا فِي ذَلِكَ أَمْرٌ مَعْرُوفٌ مَوْقُوفٌ إِلَّا اجْتِهَادُ السُّلْطَانِ، وَلَمْ يَتَلَخَّنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَفَلَ فِي مَغَازِيهِ كُلِّهَا، وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّهُ نَفَلَ فِي بَعْضِهَا يَوْمَ حُنَيْنٍ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ الاجْتِهَادِ مِنَ الْإِمَامِ فِي أَوَّلِ مَغْنَمٍ وَفِيمَا بَعْدَهُ^(*).

الشرح: قوله: «أنه سئل عن النفل هل يكون في أول مغنم» معناه أن ينفل قومًا يخصهم بشيء من الغنيمة لأمر ينفردون به سرية أو نحوها مثل أن يبعث سرية، وينفلها الربع بعد الخمس، فإن ذلك لها لأنه أمر قد حكم لها به الإمام، وحكمه نافذ.
مسألة: فلو غنمت هذه السرية، ثم لقيها عسكر آخر للمسلمين أخرجته الخليفة إلى جهة أخرى، فإن كانت السرية ضعيفة عن النفوذ بما غنمته، ولم يكن لها من العسكر الذي انفصلت عنه عون على ذلك، فإن العسكر الثاني يشركهم في النفل والغنيمة، فما صار للسرية من نفل أخذته، وما صار لها من مغنم ضم إلى ما يأتي العسكر الأول من المغنم، وإن كانت السرية قوية على التخلص لم يشركهم العسكر الثاني في نفل ولا سهم.

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٤/١٦٧، وقال: اختلف العلماء في النفل في أول مغنم، وفي النفل في العين من الذهب والورق: فلهب الشاميون إلى لا نفل في أول مغنم، وهم: رجاء بن حيوة، وعبادة بن نسي، وعدى بن عدى الكندي، ومكحول، وسليمان بن موسى، والأوزاعي، ويزيد بن يزيد بن جابر، والقاسم بن عبد الرحمن، ويزيد بن أبي مالك، وقال الأوزاعي: السنة عندنا أن لا نفل في ذهب ولا فضة، ولا لؤلؤ. وهو قول مالك، وسليمان بن موسى، وسعيد بن عبد العزيز. وأنكر أحمد بن حنبل قول الشاميين: لا نفل إلا في أول مغنم. قال أبو عمر: لما أرى مالك، رحمه الله، اختلاف الناس في النفل في أول مغنم، وفيما بعده، ولم ير في شيء من أقوالهم حجة ترجح المصير إليها، فجاز النفل للوالى على حسب ما يوديه إليه اجتهاده، كان في أول مغنم أو غيره. هذا ويكون ذلك من الخمس على ما ذكره سعيد بن المسيب. وروى محمد بن سيرين أن أنس بن مالك كان مع عبيد الله ابن أبي بكر في غزاة، فأصابوا شيئاً، فأراد عبيد الله أن يعطي أنساً من الشيء قبل أن يقسم، قال أنس: لا ولكن أعطني من الخمس، فقال عبيد الله: لا إلا من جميع غنائم، فأبى أنس أن يقبل، وأبى عبيد الله أن يعطيه من الخمس.

٣٩٠ كتاب الجهاد

مسألة: وإن أنفذ الأمير سرية على أن الربع بعد الخمس نفل لهم، فلما فصلت أشهد أنه قد أبطل ذلك، فقد قال سحنون: له ذلك، ما لم يغنموا ولا يكون له ذلك بعد أن يغنموا.

فصل: وقوله: «أن ذلك على وجه الاجتهاد، ليس فيه حد معروف» يريد أنه على وجه الاجتهاد من الإمام في مصالح المسلمين، وما يعود لمنافعهم، «ليس فيه حد معروف» يريد مؤقت يلزم المصير إليه على كل حال؛ لأن ما كان مصروفًا إلى اجتهاد الإمام يفعله إذا رأى ذلك، ويتركه وما حد بالشرع ليس له النظر فيه، ولذلك لما كان الخمس من المغنم لله ولرسوله مؤقتًا لم يكن للإمام أن يزيد فيه، ولا ينقص منه باجتهاده، ولما كان أربعة أخماس الغنيمة بين الغانمين على السواء لم يكن للإمام أن يزيد من ذلك أحدًا لغناؤه، ولا ينقص من حظه لضعفه لرأى يراه، ولا لمصلحة يعتقدوها. وأما النفل، فله الزيادة فيه والنقص منه، فبان الفرق بينهما.

فصل: وقوله: «ولم يبلغني أن رسول الله ﷺ نفل في مغازيه كلها» يقتضى نفى ذلك من وجهين، أحدهما: أن يروى عن أحد من الثقات أنه نفل في مغازيه. والثاني: أن يروى عن ثقة أنه نفل يوم أحد ويوم كذا حتى يستوعب ذلك مغازيه، وهذا اللفظ يقتضى نفى الوجهين، وإنما أثبت أنه بلغه أن النبي ﷺ نفل في بعضها، وهو يوم حنين وإنما أراد أن يثبت أن ذلك أمر غير لازم بالشرع، وإنما هو بحسب ما يراه الإمام، ويأذن فيه في بعض المواطن دون بعض.

ولو كان الأمر لازمًا في كل غزوة لحكم به النبي ﷺ في سائر مغازيه كما حكم به يوم حنين، ولما أثبت أنه حكم به في بعض المواطن، ولم يبلغنا أنه حكم به في غيرها، ولو حكم به لبلغنا كما بلغ حكمه بذلك يوم حنين، ثبت أنه إنما يحكم به في بعض المواطن لما كان يرى فيه من المصلحة في ذلك اليوم، ولا يحكم به في غيره لما كان يرى من المصلحة في ترك الحكم به في ذلك اليوم.

فصل: وقوله: «وإنما ذلك على وجه الاجتهاد من الإمام في أول مغنم وفيما بعده» يريد أنه قد يرى الإمام وجه الصواب في أن يأمر به في أول المغنم، وهو ما ذكرناه من أن ينفل السرية، فيعطيهما ثلث ما يغنمه أو رבעه تختص به دون الجيش لما يرى من المصلحة في ذلك للسرية والجيش وغيرهم، قد يرى الصواب أن يحكم به في آخر المغنم على حسب ما فعل يوم حنين، فيفعل ذلك في آخر المغنم، والله أعلم.

* * *

القسم للخيل في الغزو

١٠٢٩ - قال مالك: بَلَّغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَانَ يَقُولُ: لِلْفَرَسِ سَهْمَانٍ
وَلِلرَّجُلِ سَهْمٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَمْ أَزَلْ أَسْمَعُ ذَلِكَ.

الشرح: يريد للفرس سهم يخصه، وهذا يقتضى أن للفراس ثلاثة أسهم وللراجل سهم واحد؛ لأنه إذا كان للفرس خاصة سهمان، وللراجل الذى يركبه سهم كالرجل المفرد، فإنه يكون للفراس ثلاثة أسهم، وبهذا قال الشافعى.

وقال أبو حنيفة: للفرس سهم واحد ولفارسه سهم واحد، فللفراس سهمان، وللراجل سهم.

والدليل على ما نقوله ما روى أبو داود عن أحمد بن حنبل، حدثنا أبو معاوية، حدثنا عبد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ أسهم لرجل ولفرسه ثلاثة أسهم، سهماً له، وسهمين لفرسه^(١)».

ودليلنا من جهة المعنى ما ذكره الشيخ أبو بكر أن الفرس لما كانت مؤنثة أكثر من مؤنثة فارسه، وغناؤه أكثر من غناء الفارس، زيد فى القسم من أجل ذلك.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يسهم للفرس الرهيص يدرب به كذلك. قال مالك: فأما المريض، فاختلف أصحابنا فى سهمه، فقال مالك: يسهم له. وقال أشهب وابن نافع: لا يسهم له.

وجه القول الأول أنه على حالة يرجى برؤه ويترقب الانتفاع به كالذى يصيبه القىء الخفيف. ووجه القول الثانى أنه لا يمكن القتال عليه الآن، فأشبه الكسير.

مسألة: وأما الكسير يدرب كذلك، فلا خلاف أنه لا يسهم له، ولو أصابه ذلك بعد الإدراب لا سهم له، قاله أشهب وأصبغ.

١٠٢٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٤٩.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٤٢٢٨. الترمذى حديث رقم ١٥٥٤. أبو داود حديث

رقم ٢٧٣٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٨٥٤. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٣٤، ٤٩٧٩.

الدارمى حديث رقم ٢٤٧٢.

ووجه ذلك أنه حالة لا يرجى برؤه، ولا يتربح الانتفاع به.

وقوله: أنه لا يسهم له إذا أصابه بعد أن أدرب، ليس بمقتضى قول مالك، وإنما مقتضى قول مالك أنه إنما يسهم له إذا أصابه بعد حضور القتال به، وإنما ذلك القول مبنى على قول ابن الماجشون، وهو ينحو إلى قول أبي حنيفة.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ حَضَرَ بِأَفْرَاسٍ كَثِيرَةٍ، فَهَلْ يُقْسَمُ لَهَا كُلِّهَا؟ فَقَالَ: لَمْ أَسْمَعْ بِذَلِكَ، وَلَا أَرَى أَنْ يُقْسَمَ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ الَّذِي يُقَاتِلُ عَلَيْهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من حضر بأفراس كثيرة فكان ممن يسهم له، فإنه لا يسهم له منها إلا مع فرس واحد، ولا يسهم لسائرهما، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال الأوزاعي وأحمد بن حنبل: يسهم لفرسين، ولا يسهم لأكثر من ذلك، وبه قال ابن وهب من رواية سحنون عنه.

والدليل على ما نقوله أنه إنما يسهم لفرس يركبه فارس، وأما فرس لا يركبه أحد، ولا يقاتل عليه، فلا منفعة فيه، وهذا الفارس إذا كانت عنده عدة أفراس، فإنه لا يمكنه أن يقاتل على اثنين منها في وقت واحد، ولا يكون فارس يركب فرسين في وقت واحد، فوجب أن لا يسهم إلا لفرس واحد.

مسألة: وإذا كان الفرس بين رجلين، فسهماه للذي حضر به القتال، وإن كان الآخر ركبه في أكثر طريقه، وعليه للأخر أجرته، وإن شهدا عليه القتال جميعاً، فلكل واحد منهما بمقدار ما حضر عليه من ذلك، وعليه نصف الإجارة، قاله مالك في كتاب ابن سحنون.

ووجه ذلك أن المراعى في استحقاق السهم حضور القتال، فكان أحقهما يسهمى الفرس من حضر عليه القتال، وعليه نصف الأجرة كالذى يعمل على الدابة بينه وبين شريكه، فإن له ما أصاب في ذلك العمل، وعليه نصف كراء الدابة في مثل ذلك العمل.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى الْبَرَادِينَ وَالْهُجْنَ إِلَّا مِنَ الْخَيْلِ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] وَقَالَ: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] وَأَنَا أَرَى الْبَرَادِينَ وَالْهُجْنَ مِنَ الْخَيْلِ إِذَا أَحَازَهَا الْوَالِي،

كتاب الجهاد ٣٩٣
وَقَدْ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: وَسُئِلَ عَنِ الْبِرَازِيزِ هَلْ فِيهَا مِنْ صَدَقَةٍ؟ فَقَالَ: وَهَلْ فِي الْخَيْلِ مِنْ صَدَقَةٍ.

الشرح: وهذا كما قال أن البراذين والهجن من الخيل. قال ابن حبيب: البراذين هي العظام، يريد الخلقة الغليظة الأعضاء، وليست العراب كذلك، فإنها أضمر وأرق أعضاء وأحلى خلقة. وأما الهجن، فهي التي أبوها عربي، وأمها من البراذين، فهي من الهجن.

وذهب مالك رحمه الله في قوله هذا إلى أحد معنيين، أحدهما: أن اسم الخيل واقع على جميعها، وإن افرقت في أنواعها، فمنها العراب، ومنها الهجن، والمعنى أن يريد أنها من الخيل أى أن حكمها حكمها، وإن لم يكن اسم الخيل يتناولها.

ومن ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الأشعرين إذا أملقوا جمعوا أزوادهم وتساووا فيها، فهم منى، وأنا منهم»^(٢) لم يرد أنه من الأشعرين فى النسب، ولا أنهم من قريش، وإنما أراد أن خلقهم فى المساواة أقرب الأخلاق إلى خلقه الكريم العظيم ﷺ.

واستدلال مالك بالآية على أنه أراد أن اسم الخيل يتناول البراذين والهجن؛ لأنه تعالى قال: ﴿وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ﴾ [النحل: ٨]، فالظاهر أنه استوعب ذكر الحيوان المشار إلى ركوبه، والحمل عليه ليعدد نعمه علينا بذكر الأنعام، وما نحمل عليه منها ثم ذكر الخيل والبغال والحمير، فالظاهر أنه استوعب هذا الجنس، ولم يذكر الهجن ولا البراذين، فدل ذلك على أن اسم الخيل يتناولها.

فصل: وقوله: «وقال: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ الآية» ومعنى ذلك أنه إذا ثبت بالآية المتقدمة أن الهجن والبراذين من الخيل، ثم قال تعالى: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ ثبت أن البراذين والهجن مما سمي الله؛ لأنها مما قد أمر الله بأن يربط فى سبيل الله ليذهب بها إلى العدو.

فصل: وقول مالك: «وأنا أرى أن البراذين والهجن من الخيل إذا أجازها الوالى»

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم (٢٤٨٦) من حديث أبى موسى بلفظ: «إن الأشعرين إذا أرموا فى الغزو، أو قل طعام عيالهم بالمدينة، جمعوا ما كان عندهم فى ثوب واحد، ثم اقتسموه بينهم فى إناء واحد بالسوية، فهم منى وأنا منهم». وكذلك أخرجه مسلم بهذا اللفظ حديث رقم ٢٥٠٠.

٣٩٤ كتاب الجهاد
يريد أن حكمها إن سهم لها كحكم الخيل. قال ابن حبيب: إذا أشبهت الخيل فى القتال عليها والطلب بها أسهم لها.

ووجه ذلك أن هذا المقصود من الخيل الكر والفر عليها والطلب بها، ولم يشترط ابن حبيب إجازة الوالى لها، وإنما اشترطه مالك لئلا يكون من التخلق والدناءة بحيث لا ينتفع بها، ولا يمكن القتال عليها، فمثل هذا يجب أن لا يجيزه الوالى. وقال الشيخ أبو بكر: إذا لم يكن بها عيب لا يقاتل على مثلها.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ذلك عندى إلى العيب إذا كان العيب أمراً ثانياً لا يرجى برؤها منه. وأما ما يرجى برؤها منه بالقرب كالرهيص، فإنه لا يمنع السهم. قال سحنون: وإذا دخل دار الحرب بفرس لا يقدر أن يقاتل عليه من كبر أو ممن صعب لا يركب، فهو راجل، ولم يكن ينبغى للإمام أن يجيزه، فهذا يدل على أن على الإمام أن يتفقد أمر الخيل، فيميز منها ما يجب إجازته، ويرد منها ما يجب رده مما لا منفعة فيه، ولا يمكن القتال عليه.

مسألة: وإنث الخيل بمنزلة ذكورها يسهم لها، رواه ابن عبد الحكم عن مالك.

ووجه ذلك أنه يمكن عليها القتال والطلب ما يمكن على ذكورها، فوجب أن يسهم لها كما يسهم للذكور.

مسألة: وأما صغار الخيل لا مركب فيها، ولا حمل، فلا يسهم لها، فإن كان فيه القوة على ذلك أسهم له، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أن هذا مما لا يقاتل على مثله، ولا ينتفع به فى فرار ولا طلب، فلا يسهم له كالكثير.

فروع: ولو دخل بفرس صغير، فبقى فى أرض العدو حتى كبر وصار يقاتل عليه، فله من يومئذ سهم فرس دون ما قبل ذلك، رواه ابن سحنون عن أبيه بمنزلة من بلغ من الصبيان بأرض العدو، فلا سهم له، إلا فيما غنموا بعد ذلك.

مسألة: وأما راكب البغل والحمار أو البرذون الذى لا يجيزه الوالى، فإنه لا يسهم له ولا يرضخ له.

فصل: قال: «وقد قال سعيد بن المسيب، وسئل عن البراذين هل فيها من صدقة، فقال: وهل فى الخيل من صدقة» يريد أن سعيد بن المسيب لما سئل عن صدقة البراذين،

كتاب الجهاد ٣٩٥
 فأجاب بنفى الصدقة عن الخيل اقتضى ذلك أن البراذين عنده من الخيل، وإلا كان مجيباً
 عن غير ما سئل عنه، وهذا لا يجوز، فثبت بذلك أن البراذين من جملة الخيل، واسم
 الخيل يتناولها، ولذلك فهم من سعيد بن سعيد بن المسيب نفى الزكاة عن البراذين بنفيها عن
 الخيل، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى الغلول

قال ابن قتيبة: سمي غلولاً؛ لأن من أخذه كان يغله فى متاعه أى يدخله فى
 أضعافه، ومنه سمي الماء الجارى من الشجر غللاً. وقال يعقوب: يقال فى المغنم غل
 يغل، وغل يغل إذا خان.

١٠٣٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ
 ﷺ حِينَ صَدَرَ مِنْ حُنَيْنٍ، وَهُوَ يُرِيدُ الْجِعْرَانَةَ، سَأَلَهُ النَّاسُ حَتَّى دَنَتْ بِهِ نَاقَتُهُ مِنْ
 شَجَرَةٍ، فَتَشَبَّكَتْ بِرِدَائِهِ حَتَّى نَزَعَتْهُ عَنْ ظَهْرِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «رُدُّوا عَلَيَّ
 رِدَائِي، أَتَخَافُونَ أَنْ لَا أَقْسِمَ بَيْنَكُمْ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ؟ وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ أَفَاءَ
 اللَّهُ عَلَيْكُمْ مِثْلَ سَمُرِ تَهَامَةَ نَعَمًا لَقَسَمْتُهُ بَيْنَكُمْ، ثُمَّ لَا تَجِدُونِي بِخَيْلًا وَلَا جَبَانًا وَلَا
 كَذَابًا» فَلَمَّا نَزَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَامَ فِي النَّاسِ، فَقَالَ: «أَدُّوا الْخِيَّاطَ وَالْمِخْيَطَ، فَإِنَّ
 الْغُلُولَ عَارٌ وَنَارٌ وَشَنَارٌ عَلَى أَهْلِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» قَالَ: ثُمَّ تَنَاوَلَ مِنَ الْأَرْضِ وَبَرَّةً مِنْ
 بَعِيرٍ أَوْ شَيْئًا ثُمَّ قَالَ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ مَا لِي مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَلَا مِثْلُ هَذِهِ
 إِلَّا الْخُمْسُ، وَالْخُمْسُ مَرْدُودٌ عَلَيْكُمْ»^(١).

١٠٣٠ - أخرجه النسائي فى الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦، قسم الفىء ٤٠٦٨. وأبو داود فى
 الجهاد حديث رقم ٢٣١٩. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٣/١٨١٤٦. وذكره الهيثمى
 فى مجمع الزوائد ٥/٢٣٨، وعزاه للطبرانى فى الأوسط. وذكره ابن عبد البر فى الاستدكار
 برقم ٩٥٠.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦/٣٨٣: لا خلاف عن مالك فى إرسال هذا الحديث عن
 عمرو بن شعيب، وقد روى متصلاً، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبى ﷺ
 بأكمل من هذا المساق وأتم ألفاظ من رواية الثقات. وروى هذا الحديث أيضاً الزهرى، عن
 عمر ابن أحمى محمد بن جبير بن مطعم، عن محمد بن جبير بن مطعم، عن أبيه. ورواه معمر

الشرح: قوله: «إن رسول الله ﷺ حين صدر من حنين» يريد حيث أصاب هوازن، فأظفره الله بهم، وغنم أموالهم وذراريهم فصدر، يريد الجعرانة، وهى طريقه إلى مكة، ولعله أراد أن يعتمر منها، وحين يقرب من الجعرانة، فسأله الناس، قيسم تلك الغنائم، وضايقوه فى طريقه لإلحاحهم عليه بالمسألة حتى ألجوه إلى سمره، فذنت ناقته منها فعلفت بردائه، وهو الثوب الذى يلقيه على ظهره، فنزعه عن ظهره.

فصل: وقوله ﷺ: «ردوا على رداى» يريد ثوبه الذى انتزعت السمره منه «أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم»^(٢) يريد الإنكار لكثرة سؤالهم إياه؛ لأن ذلك سؤال من يخاف أن يمنع حقه.

وأما من كان له حق فى الغنمة يتيقن أنه سيعطاه ويستوفيه، فلا يجب أن يسأل، ومن لم يكن له حق فى الغنمة، فيستغنى عن الإلحاح لما علم من حال النبى ﷺ، وأنه سيعطى من له سهم سهمه، ويعطى من لا سهم له من الخمس على قدر ما يستحقه، وتلك قسمة أخرى فى الخمس تتناول من له حق فى الغنمة، ومن لا حق له فيها.

فصل: وقوله ﷺ: «والذى نفسى بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر تهامة لقسمته بينكم» قسمة ﷺ على سبيل الإنكار عليهم لفعالهم، وكثرة إلحاحهم عليه بالسؤال فيما قد عرف من حاله أنه لا يمنع حتى أنهم قد اعتقدوا فيه المنع، وهذا مما لا يفعله فقهاء الصحابة ولا فضلاء المهاجرين والأنصار، وإنما يفعله قوم من المؤلفة قلوبهم أو ممن قرب إسلامه، ولم يتمكن الفقه بعد فى نفسه، ولا عرف أن على النبى ﷺ من أحكام الشريعة تفريقه أربعة أحماس من الغنمة على الغانمين، ورد الخمس عليهم، وعلى غيرهم من المؤمنين، فأقسم ﷺ لو كان ما أفاء الله عليهم فى الكثرة مثل سم تهامة نعماً لما منعه ذلك أن يقسمة بينهم.

=ويونس بن يزيد، عن ابن شهاب، عن عمر بن محمد بن جبير بن مطعم، عن أبيه، عن جده. وروى أيضاً عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه، عن النبى ﷺ.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد: قسمة الغنائم فى دار الحرب موضع اختلاف فيه العلماء، فذهب مالك والشافعى والأوزاعى وأصحابهم إلى أن الغنائم يقسمها الإمام على العسكر فى دار الحرب، قال مالك: وهم أولى برخصها. وقال أبو حنيفة: لا تقسم الغنائم فى دار الحرب. وقال أبو يوسف: أحب إلى ألا تقسم فى دار الحرب إلا أن لا يجد حمولة فيقسمها فى دار الحرب. قال أبو عمر: القول الصحيح فى هذا المسألة ما قاله مالك والشافعى والأوزاعى، ولا وجه لقول من خالفهم فى ذلك من معنى صحيح، مع ثبوت الأثر عن النبى ﷺ بخلافه.

فصل: وقوله ﷺ: «ثم لا تجدونى بخيلاً، ولا جباناً، ولا كذاباً» يحتمل أن تكون هاهنا «ثم» بمعنى السوار، فيكون تقديره إنى أقسم عليكم ما أفاء الله عليكم، ولا تجدونى بخيلاً بشيء من ذلك، ولا تجدونى جباناً ولا كذاباً، ويحتمل أن تكون «ثم» على بابها فى الترتيب والمهلة، فيكون معنى ذلك أنى أقسم عليكم جميع ما أفاء الله عليكم، ثم لا تجدونى بعد هذا بخيلاً بما يكون لى منعه وصرفه إلى سواكم ولا كذاباً ولا جباناً، وخص هذه الصفات بنفيها عن نفسه.

قال بعض المفسرين: لأن وجود أضدادها من الجود والصدق والشجاعة من صفات الإمام، فنفى ﷺ عن نفسه النقائص التى لا يصح أن تكون فى الإمام، ولا يصح أن يكون إماماً من كانت فيه.

وعلى هذا ما قاله عمر أن صفات الإمام أكثر من هذه الصفات، وهى إحدى عشرة صفة، فقد كان يجب على هذا أن ينفى عن نفسه أضداد جميعها.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: والأظهر عندى أن يكون إنما نفى عن نفسه هذه الثلاث الخلال؛ لأنها مختصة بالحالة التى كان عليها لأنهم كانوا سأله ما أفاء الله من الغنائم والمال، فأقسم أنه يقسم جميعها بينهم، ولا يجذوه بخيلاً ولا كذاباً فيما يعد به من قسمتها ولا جباناً يحتمل أن يريد به عن عدو يظهر فى الله عليه، وأغنم مثل هذه الغنيمة وأكثر منها، ويحتمل أن يريد جباناً عن السائلين له وأن قسمته الفىء عليهم لا يفعله عن جبن وضعف عن منعه، وإنما يفعله طاعة لله تعالى فى أمره، وتفضلاً على أمته.

فصل: وقوله: «فلما نزل رسول الله ﷺ قام فى الناس، فقال: أدوا الخياط والمخيط» يريد لما نزل من مركبه ذلك، ولعل نزوله كان بالجرانة لقسمة الغنائم وكانت الجرانة إذا ذاك دار حرب، وهذا يقتضى أن قسمة الغنيمة إنما تكون فى دار الحرب، وبهذا قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يقسم فى دار الحرب.

والدليل على صحته فى الحرب ما ذهب إليه مالك.

مسألة: وأما «الخائط والمخيط»^(٣)، فإن الخائط واحد الخيوط والمخيط الإبرة، ومن

(٣) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦/٣٨٥: أدوا الخياط والمخيط، فإن الخياط قد يكون الخيوط، وقد يكون الخياط والمخيط بمعنى واحد وهى الإبرة ومنه قول الله عز وجل: ﴿حتى يلج الجمل فى سم الخياط﴾. يعنى ثقب الإبرة، ولا خلاف أن المخيط، بكسر الميم، الإبرة. =

٣٩٨ كتاب الجهاد
رواه الخياط، فقد يكون الخياط الخيوط، ويكون الإبرة، قال الله تعالى: ﴿حتى يلج
الجمل في سم الخياط﴾ [الأعراف: ٤٠].

ومعنى ذلك الأمر بأداء القليل التافه، وإذا وجب رد القليل، فبأن يجب رد الكثير
الذى له القدر، والقيمة أولى، وهذه المسألة كقوله تعالى: ﴿ومن أهل الكتاب من أن
تأمنه بقنطار يؤده إليك ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك﴾ [آل عمران: ٧٥].

فمن أدى القنطار، فهو أقرب إلى أن يؤدى الدينار، ومن لم يؤد الدينار، فهو أبعد
إلى أن يؤدى القنطار، فإذا وجب أداء الخيط والإبرة من الغنيمة، فبأن يجب أداء الثوب
والعين أولى وأحرى.

وفى الموازية وسع ابن القاسم فيما لا ثمن له مثل الخرقه يرقع بها أو الخيط يخييط به
أو مسلة أو إبرة، فقال: له أن يتتفع به، وقاله أصبغ، وقال: لا خلاف فيه.

قال مالك: والذى يرد الخيط والكبة ومثله مما ثمنه دانق وشبهه أخاف أن يرائى
بذلك، وليس يضيق على الناس.

وروى أشهب عن مالك فى العتبية: ما كان ثمنه درهم ونحوه له أن يجسسه ولا
يبيعه، فمعنى قوله عليه السلام: «أدوا الخائض والمخييط» إنما هو على وجه المبالغة لا على معنى
إنما يقع عليه اسم خيط من وبر أو أقل من ذلك يجب نقله ورده إلى الغنائم.

وهذا كما قال عليه السلام: «ما لى مما أفاء الله عليكم، ولا مثل هذا ثم تناول وبرة من
الأرض»، ومعلوم أن مثل هذا لا يجب أداؤه، ولا يكن الاحتراز منه، ومن أخذه من
بغير غيره لغير أذى، فلا يأتى بذلك.

فصل: قوله عليه السلام: «فإن الغلول عار ونار وشنار على أهله يوم القيامة» الغلول
السرقه من المغنم، فمن خان منه شيئاً، فقد غل وأما الشنار، فهو العيب والعار. وقال
أبو عبيدة: الشنار العيب والعار. وأنشد للقطامي:

ونحن رعيّة وهم رعاة ولولا رعيهم شنع الشنار

=وقال الفراء: ويقال: خياط ومخييط، كما قيل: لحاف وملحف، وقناع ومقنع، وإزار ومعزر،
وقرام ومقرم؛ وهذا كلام خرج على القليل، ليكون ما فوقه أحرى بالدخول فى معناه؛ كما
قال الله عز وجل: ﴿فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾. ومعلوم
أن من يعمل أكثر من مثقال ذرة أحرى أن يراه. وفى هذا الحديث دليل على أن الغلول كثيره
وقليله حرام نار، قال الله عز وجل: ﴿ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة﴾.

فأمر ﷺ بأداء القليل والكثير من الغنم، فمن أخذ منه شيئاً بغير حقه، فهو عليه يوم القيامة عار ونار وشنار.

فصل: وقوله: «ثم تناول من الأرض وبرة من بعر أو شيئاً» يريد ما هو غاية في الندارة والقلة والقدز، ثم قال ﷺ: «والذى نفسى بيده ما لى مما أفاء الله عليكم إلا الخمس» يريد أن أربعة أحماسه لهم لا حق له ﷺ فيه، وإنما له أخذ الخمس، فهو له بمعنى التصرف والاجتهاد فى رده عليهم ولذلك قال: «والخمس مردود عليكم» يريد ذلك الخمس؛ لأنه ليس فى الغنيمة شىء يوصف بالخمس ينفرد بحكم غير الخمس الذى تقدم ذكره، وهذا يدل على أن الخمس إنما يصرفه الإمام على قدر ما يرى من اجتهاده فى مصالح المسلمين، وأنه ليس فيه حق معين لأحد.

١٠٣١ - مالك، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان أن زيد بن خالد الجهنى قال: توفى رجل يوم حنين، وإنهم ذكروه لرسول الله ﷺ، فزعم زيد أن رسول الله ﷺ قال: «صلوا على صاحبكم» فتغيرت وجوه الناس لذلك، فزعم زيد أن رسول الله ﷺ قال: «إن صاحبكم قد غل فى سبيل الله». قال: ففتحنا متاعه، فوجدنا خرزات من خرز يهود ما تساوين درهمين.

الشرح: قوله: «توفى رجل يوم حنين»^(١) كذا وقع فى كثير من النسخ، وهو غلط،

١٠٣١ - أخرجه النسائى فى الجنائز ١٩٣٢. وأبو داود فى الجهاد ٢٣٣٥. وابن ماجه فى الجهاد ٢٨٣٨. وأحمد فى مسند الأنصار ٢٠٦٨٦. والبيهقى فى الكبرى ١٠١/٩ عن زيد بن خالد الجهنى. والحاكم فى المستدرک ١٢٧/٢ عن زيد بن خالد الجهنى. والطبرانى فى الكبير ٢٦٢/٥ عن زيد بن خالد الجهنى. والبيهقى فى الدلائل ٢٥٥/٤ عن زيد بن خالد الجهنى. والطحاوى فى المشكل ١٦/١ عن زيد بن خالد الجهنى.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٧٨/٦: هكذا فى كتاب يحيى وروايته: عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، أن زيد بن خالد لم يقل عن أبى عمرة، ولا عن ابن أبى عمرة، وهو غلط منه، وسقط من كتابه ذكر أبى عمرة، واختلف أصحاب مالك فى أبى عمرة، أو ابن أبى عمرة فى هذا الحديث أيضا: فقال القعنبي وابن القاسم ومعن بن عيسى وأبو المصعب وسعيد بن عفير، وأكثر النسخ عن ابن بكير كلهم، قالوا: فى هذا الحديث عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن ابن أبى عمرة، أن زيد بن خالد الجهنى، قال: توفى رجل، فذكروا الحديث.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٧٩/٦: كان عند أكثر شيوخنا فى الموطأ عن يحيى فى-

٤٠٠ كتاب الجهاد
والصواب يوم خيبر، وكذلك رواه الأئبيات، ويدل على ذلك أنه قال: «فوجدنا
خرزات من خرز يهود» ولم يكن يوم حنين يهود يؤخذ خرزهم، والقصة مشهورة،
وإنما كان ذلك إذ فتحت خيبر.

فصل: وقوله: «فذكروا وفاته للنبي ﷺ» لكي يصلى عليه رجاء بركة صلاته
ودعائه ﷺ.

وقوله ﷺ: «صلوا على صاحبكم» امتناعاً مما قصدوه، فذكر ذلك له من الصلاة
عليه وقد علم من حاله ﷺ أنه لا يمتنع من الصلاة إلا على من لا ترضى حاله، وأنه قد
علم أنه أحدث حدثاً يمنعه من الصلاة عليه، إما يخبره بذلك عند من يشهد عليه أو
بوحي يوحى إليه وهذه سنة في امتناع الأئمة، وأهل الفضل من الصلاة على أهل
الكبائر على وجه الردع والزجر عن مثل فعلهم، وأمر غيره بالصلاة عليه دليل على أن
لهم حكم الإيمان لا يخرجون عنه بما أحدثوه من معصية.

وقد روى ابن الماجشون عن أبيه عن معن عن مالك أنه قال: لا بأس أن يصلى على
من غل، وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد به أن يصلى عليه غير الإمام. والثاني
أن الإمام مخير، إن شاء صلى، وإن شاء ترك، وأن ما فعل النبي ﷺ من الامتناع من
الصلاة على من غل لم يكن على وجه المنع من الصلاة عليه وإنما كان ذلك لأنه رأى
ذلك في ذلك الوقت أفضل، وأن لمن رأى الصلاة في وقت تكون الصلاة أفضل أن
يصلى، وقد قال ﷺ في الصلاة على المنافقين: «إني خيرت فاخترت»^(٢).

فصل: وقوله: «فتغيرت وجوه الناس» يحتمل أن يريد به وجوه المؤمنين لامتناعه ﷺ

= هذا الحديث: «توفى رجل يوم حنين»، وهو وهم، وإنما هو يوم خيبر، وعلى ذلك جماعة
الرواة، وهو الصحيح، والدليل على صحته قوله: فوجدنا خرزات من خرزات يهود، ولم يكن
بحنين يهود، والله أعلم.

(٢) جزء من حديث طويل أخرجه البخارى حديث رقم ١٣٦٦، من حديث عمر بن
الخطاب، وتماه: «عن عمر أنه قال: لما مات عبدالله ابن أبي بن سلول، دعى له رسول الله
ﷺ ليصلى عليه فلما قام رسول الله ﷺ وثبت إليه، فقلت: يا رسول الله، أتصلى على ابن
أبي وقد قال: يوم كذا وكذا، كذا وكذا، أعدد عليه قوله، فتبسم رسول الله ﷺ وقال: «آخر
عنى يا عمر»، فلما أكثرت عليه، قال: «إنى خيرت فاخترت، لو أعلم أنى إن زدت على
السبعين يغفر له، لزدت عليها»، قال: فصلى عليه رسول الله ﷺ ثم إنصرف فلم يمكث إلا
يسيراً، حتى نزلت الآيتان من براءة: «ولا تصل على أحد منهم مات أبداً» إلى قوله: «وهم
فاسقون» قال: فعجبت بعد من جرأتى على رسول الله ﷺ يومئذ، والله ورسوله أعلم.

من الصلاة على من هو من جملتهم، ولا يعلمون له ذنباً انفرد به فحافروا أن يكون ما منع من الصلاة عليه أمراً يشملهم، فيهلكوا بذلك، ويحتمل أن يريد به قبيلة، وطائفة تغيرت وجوههم لما يخصهم من أمره، ولما خافوا أن يكون ذلك للمعنى شائع فيهم.

فصل: وقوله ﷺ: «إن صاحبكم قد غل» على وجه التبيين للمعنى الذى منعه من الصلاة عليه، وفى ذلك زجر عن الغلول، وإذهاب لما فى نفس من لم يغل وأمان له من امتناعه ﷺ من أن يصلى عليه، ولما سمع المسلمون ذلك فتحوا متاعه لينظروا هل يجدوا مما غل فيه فيردوه إلى الغنائم ولعله قد فعل ذلك أولياؤه، فوجدوا خرزات من خرز يهود، يحتمل أنهم عرفوا أنها من الغنائم؛ لأنهم انفصلوا عن غنائم اليهود بخبير، ولم يكن عنده مثل هذا من المتاع لاسيما فى ذلك الموضع الذى لا يحمل فيه الخرز لزينة ولا لبيع، فعلموا بذلك أنها غل من الغنائم.

ويحتمل أن يكون عرف ذلك من رآها من دور اليهود، فظن أنه قد أداها، فلما وجدها فى متاعه بعد موته عرفها ووصفها بذلك على معنى الإعلام بجنسها، وقلة الانتفاع بها كما أخبر بقيمتها ليعلم بتفاهة قيمتها، وأن أخذ هذا المقدار على تفاهته على هذا الوجه من جملة الكبائر التى تمنع من صلاة النبى ﷺ وصلاة الأئمة وأهل الفضل على من فعل ذلك ورضيه، واستأثر به على جماعة المسلمين، والله أعلم.

١٠٣٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةِ بْنِ أَبِي بُرْدَةَ الْكِنَانِيِّ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَتَى النَّاسَ فِي قَبَائِلِهِمْ يَدْعُو لَهُمْ، وَأَنَّهُ تَرَكَ قَبِيلَةَ مِنَ الْقَبَائِلِ، قَالَ: وَإِنَّ الْقَبِيلَةَ وَجَدُوا فِي بَرْدَعَةَ رَجُلٍ مِنْهُمْ عَقَدَ حَزْرَ غُلُولًا فَأَتَاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَكَبَّرَ عَلَيْهِمْ كَمَا يُكَبَّرُ عَلَى الْمَيِّتِ.

الشرح: قولة: «إن رسول الله ﷺ أتى الناس فى قبائلهم يدعو لهم» يريد أن

١٠٣٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٥٢. والتمهيد ٢٨٠/٦.

وقال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨٠/٦: هذا الحديث لا أعلمه فى حفظى أنه روى مسنداً بوجه من الوجوه، والله أعلم. وأما تركه الدعاء للقوم الذين وجد عند بعضهم الغلول، فعلى وجه العقوبة والتشديد والإعلام بعظيم ما جنوه؛ وقد مضى القول فى عقوبة الغال وما للعلماء فى ذلك من المذاهب فى باب ثور بن زيد من هذا الكتاب، وهذا الحديث عندى لا يوجب حكماً، لأنه منقطع عن من لا يعرف بكبير علم، وليس مثل هذا مما يحتج به لأن عبد الله بن المغيرة هذا مجهول، قوم يقولون فيه: عبد الله بن المغيرة بن أبى بردة.

٤٠٢ كتاب الجهاد

القبائل تحيز في نزولها تنزل كل قبيلة في جهة، فأتى النبي ﷺ الناس في قبائلهم، يريد في مواضعهم التي تحيزوا فيها بالقبائل، يدعو لهم، يريد أن إتيانه القبيلة إنما كان للدعاء لها استئلافاً للمسلمين، وإحساناً إليهم وإرادة أن تعمهم بركة دعائه ﷺ على وجه التخصيص به لكل قبيلة، وتركه ﷺ قبيلة من تلك القبائل لم يأتهم، ولا دعا لهم تنبيهاً على فعل وجد منهم، منع من ذلك، ويحتمل أن يكون ﷺ فعل ذلك الفعل بعينه بالوحي ويحتمل أن يعلم أن ثم معنى يجب أن يمتنع من أجله، وإن لم يعين ذلك له الفعل.

فصل: وقوله: «وإن القبيلة وجدوا في بردعة رجل منهم عقد جزع غلولاً» والجزع حجارة يتخذ منها أمثال الخرز، فتنظم فيه القلائد والعقود، وكان ذلك الرجل قد غل ذلك العقد وصيره في بردعته، وهي الفراش المبطن، فلما علم القوم أن رسول الله ﷺ لم يدع الإتيان إليهم، والدعاء لهم، وقد فعل ذلك لسائر القبائل إلا لحدث فيهم كشفوا عن ذلك الحدث، وفتشوا متاعهم حتى وجدوا عندهم الغلول.

فصل: وقوله: «فأتاهم رسول الله ﷺ، فكبر عليهم كما يكبر على الميت» يحتمل أن يكون ﷺ فعل ذلك على وجه الزجر عن مثل ما وجد عندهم من الغلول، ولعله ﷺ قد أشار بتكبيره عليهم أربعاً كما يكبر على الميت إلى أن حكمهم حكم الموتى الذين لا يسمعون الوعظ، ولا يمثلون الأوامر، ولا يجتنبون النواهي، وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّكَ لَا تَسْمَعُ الْمَوْتَى وَلَا تَسْمَعُ الدَّعَاءَ إِذَا وَلُوا مَدْبِرِينَ﴾ [النمل: ٨٠].

ويحتمل أن يكون ﷺ قد أشار بذلك إلى أنهم بمنزلة الموتى الذين انقطع عملهم؛ وذلك إن كان يعلم أن من فعل ذلك منهم لا يقضى له بتوبة، فكان ذلك بمنزلة الإعلام بسوء مصيره كما قال ﷺ للرجل المسمى قزمان، وقد بلى قى قتال المشركين بلاء عظيماً فقال: «إنه من أهل النار»^(١) فكانت خاتمته أن قتل نفسه.

فيكون في هذا الحديث على من غل خاصة وتمادى على كتمان ما غله وستره، ولم يأت به إذا امتنع النبي ﷺ من إتيان قبيلته والدعاء لها، ولا صرفه عن سوء معتقده في الإصرار على الغلول حتى فتش متاعه، ووجد الغلول عنده.

ولعل معتقده في الإيمان كان على مثل هذا، فكان تكبير النبي ﷺ كتكبيره على

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٨٩٨، ٣٠٦٢. مسلم حديث رقم ١١٢. أحمد في المسند

حديث رقم ٢٢٣٠٦.

كتاب الجهاد ٤٠٣
الميت إعلاماً بأنه في حكم الميت على ذلك الفعل والمعتقد وأنه لم يقض له بتوبة،
ونسأل الله تعالى العفو والعافية والعصمة برحمته.

١٠٣٣ - مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدِّيَلِيِّ، عَنْ أَبِي الْغَيْثِ سَالِمِ مَوْلَى ابْنِ
مُطِيعٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ خَيْبَرَ، فَلَمْ نَغْنَمْ ذَهَبًا وَلَا
وَرَقًا إِلَّا الْأَمْوَالَ الثِّيَابَ وَالْمَتَاعَ، قَالَ: فَأَهْدَى رِفَاعَةُ بْنُ زَيْدٍ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ غَلَامًا
أَسْوَدَ يُقَالُ لَهُ مِدْعَمٌ، فَوَجَّهَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَيَّ وَإِدَى الْقُرَيْ حَتَّى إِذَا كُنَّا بِوَادِي
الْقُرَى بَيْنَمَا مِدْعَمٌ يَحْطُ رَحْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذْ جَاءَهُ سَهْمٌ عَائِرٌ فَأَصَابَهُ فَقَتَلَهُ،
فَقَالَ النَّاسُ: هَنِيئًا لَهُ الْجَنَّةُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَلَا وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ إِنَّ
السَّمْلَةَ الَّتِي أَخَذَ يَوْمَ خَيْبَرَ مِنَ الْمَغَانِمِ لَمْ تُصِيبْهَا الْمَقَاسِمُ لِتَشْتَعِلُ عَلَيْهِ نَارًا». قَالَ:
فَلَمَّا سَمِعَ النَّاسُ ذَلِكَ جَاءَ رَجُلٌ بِشِرَاكِ أَوْ شِرَاكَيْنِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «شِرَاكِ أَوْ شِرَاكَيْنِ مِنْ نَارٍ».

الشرح: قوله: «عام حنين»^(١) كذا قال عن مالك يحيى بن يحيى وابن القاسم
والقنبي. وقال جماعة من الرواة عن مالك: عام خيبر.

وقوله: «فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً إلا الأموال الثياب والمتاع» النأي يظهر أن المراد
من الأموال الثياب والمتاع دون الورق والذهب، ويقال إنها لغة دوس. والأظهر من لغة
سائر العرب أن المال كل ما يمول.

وعلى هذا التأويل يكون قوله: «إلا الأموال المتاع والثياب» استثناء من غير جنس؛
لأنه استثنى الأموال التي هي المتاع والثياب مما ليس بمال، وهي الذهب والورق، ويحتمل
وجهها آخر، وهو أن يكون اسم المال واقعاً على الورق والذهب والثياب والمتاع، فيكون

١٠٣٣ - أخرجه البخارى فى المغازى ٣٩٠٨. ومسلم فى الأيمان ١٦٦. والنسائى فى الأيمان
والنذور ٣٧٦٥. وأبو داود فى الجهاد ٢٣٣٦.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨١/٦: هكذا قال يحيى: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام
خيبر، وتابعه على ذلك عن مالك قوم، منهم: الشافعى وابن القاسم والقنبي، وقال جماعة من
الرواة عن مالك فى هذا الحديث: خرجنا مع رسول الله ﷺ، عام حنين، والله أعلم
بالصواب، وقال يحيى: إلا الأموال والثياب والمتاع، وتابعه قوم، وقال ابن القاسم: إلا الأموال
والثياب والمتاع.

٤٠٤ كتاب الجهاد

قوله: «فلم نغنم ذهبًا ولا ورقًا». بمعنى أنه لم يغنم من المال ما هذه صفته، ثم استثنى من ذلك فقال: إلا الأموال التي هي الثياب والمتاع، فيكون استثناء من الجنس.

فصل: قوله: «فأهدى رفاعه بن زيد الجذامي لرسول الله ﷺ غلامًا أسود يقال له مدعم» ومعنى ذلك أن النبي ﷺ كان يقبل الهدية من كل فرد منهم. قال سحنون في كتاب ابنه: ولذلك قبل هدية المقوقس أمير مصر والإسكندرية، وهدية أكيدر دومة، ولم يقبل هدية عياض المجاشعي.

وقد قال بعض من تكلم على هذا الحديث: إن هذا خاص بالنبي ﷺ دون غيره من الأمراء، وتعلق في ذلك بحديث أبي حميد أن النبي ﷺ استعمل على الصدقة رجلاً يقال له ابن اللثبية، فلما جاء قال: هذا لكم، وهذا أهدي لي، فقال رسول الله ﷺ: «أفلا جلس في بيت أبيه، فينظر هل يهدى له»^(١).

وهذا التأويل غير صحيح، وذلك أن قبوله لهدية مشرك ليس في طاعته، ولا يجرى عليه حكمه لا يخلو من إحدى حالتين، إما أن يكون الكافر المهدي في حال منعة وقوة، فأهدى إلى الخليفة أو الأمير، فقد قال سحنون: إنه لا بأس أن يقبلها، وهي له خاصة، وليس عليه أن يكافئه. وقال الأوزاعي: يكافئه من بيت المال، وهي للمسلمين. وقال سحنون: وإن كان الروم في ضعف، والمسلمون مشرفون عليهم، فقصدوا بذلك توهين عزمهم، فهذه رشوة لا يحل قبولها.

وقاله ابن القاسم من رواية عيسى عنه، قال: وهو بخلاف أن يهدى العلج لرجل من المسلمين هدية، تكون له خاصة، زاد ابن المواز عن ابن القاسم، وقال: إلا أن يتبين له أنه يهدى للأمير لغير سبب الجيش لمودة قرابة، ومكافأة أو غير ذلك مما يدل على أنه لخاصته، فذلك له.

وأما رده ﷺ لهدية عياض المجاشعي، وقوله: «إنا لا نقبل هدايا المشركين»^(٢) فيحتمل إن صح الحديث أن يكون على الوجه المنوع، وأنه أراد بذلك إبطال حق من حقوق المسلمين.

(٢) أخرجه البخاري حديث رقم ٦٩٧٩. مسلم حديث رقم ١٨٣٢. أبو داود حديث رقم

٢٩٤٦. أحمد في المسند حديث رقم ٢٣٠٨٧. الدارمي حديث رقم ١٦٦٩.

(٣) أخرجه الترمذي حديث رقم ١٥٧٧. أبو داود حديث رقم ٣٠٥٧. أحمد في المسند

حديث رقم ١٧٠٢٨.

كتاب الجهاد ٤٠٥
وأما إنكاره ﷺ على ابن التبية قوله: «هذا أهدي لي»، فإنه كان عاملاً وهذه رشوة لأن عامل الصدقة لا يهدى إليه إلا ليترك للمهدى حقاً وجب عليه أو يكف عنه ظلمه وإذائته، وذلك لازم له من غير رشوة.

وإذا ثبت ذلك، فقد قال ابن حبيب: إنه يقبلها الأمير، وتكون لأهل الجيش، قال: ولا حجة لأحد في هدية المقوقس للنبي ﷺ، يريد الاختصاص بها دون قبولها، وهذا وجه يحتمل.

وأما ردها، فليس بقول لأحد من أصحابنا على أن قول ابن حبيب بين في التخصيص، فإنه كان ما يأخذه من ذلك لا يتميز له، ولا يورث عنه، وإنما يستعمله في مصالح المسلمين ثم يرجع إليهم بعد ذلك، ولو استعمله الأمير اليوم على هذا الوجه لجاز له ذلك، والله أعلم.

مسألة: وأما إن كان المهدي يجرى عليه أحكام حكم المهدي إليه، فقد قال سحنون وأشهب: لا تقبل هديته، مسلماً كان أو كافراً.

ووجه ذلك أن هديته إليه تكون لدفع مظلمة يجب عليه دفعها أو ترك حق، لا يحل له تركه. وقد روى ابن نافع عن مالك في السرية بيعتها الوالي، فيرجعون بالفواكه، فيهدون إليه مثل قفة عنب أو تين: لا بأس به، وتركه أمثل لأننا نكره له قبول مثل هذا في الغزو.

ووجه إباحة ذلك أن مثل هذا لا يهدى إلا لموضع الحاجة إليه، وعدم وجوده مع تفاهة قيمته هناك.

فصل: وقوله: «حتى إذا كنا بوادي القرى بينما مدغم يحط رحل رسول الله ﷺ» بمعنى الاستخدام بالعبد والاستعانة به في مثل هذا من الأعمال لاسيما لمن يجب أن يفرغ نفسه للنظر في أمور المسلمين، ومكان نزولهم، وتحفظهم من غدوهم، وتحصنهم مما يتقى عليهم منه في بلد الحرب، ومكان القتال.

فصل: وقوله: «جاء سهم عائر فأصابه، فقتله السهم العائر، الذي لا يدري من رمى به» يريد أنه أصابه في غير قتال، وإنما رمى به من قصد الجملة، ولم يقصد مقاتلاً برمته، والله أعلم.

فصل: وقول: «فقال الناس: هنيئاً له الجنة» على اعتقدوا من أنه شهيد إذ قتل في

٤٠٦ كتاب الجهاد

خدمته النبي ﷺ في سبيل الله، فقال ﷺ: «كلا والذي نفسي بيده إن الشملة التي أخذها يوم حنين أو خيبر من المغانم لم تصبها المقاسم لتشتعل عليه ناراً» ظاهر هذا القول أنها تشتعل عليه ناراً لأنه أخذها من المغانم بغير قسمة، ولا حق، وإنما أخذها غلواً، ويحتمل أن يكون أخذها غير محتاج إليها للبسه، فلذلك اشتعلت عليه ناراً أو أخذها محتاجاً إليها، ثم أمسكها بعد القسمة وبعد الرجوع إلى بلاد المسلمين.

وقد قال ابن القاسم في الموازية: وما احتاج إليه في السرية من ثوب يلبسه أو دابة يركبها أو يحمل عليها، فذلك له إذا كان إذا بلغ العسكر، واستغنى عنه جعله في المقاسم. وروى ابن وهب وعلى بن زياد عن مالك في المدونة: لا تنتفع بدابة ولا سلاح ولا ثوب.

فروع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فمن أخذ شيئاً من ذلك محتاجاً إليه في المغنم إذا استغنى عنه، فإن فاته ذلك، فقد روى أشهب عن مالك يبيع ذلك ويتصدق بثمنه.

ووجه ذلك أنه قد تعذر رده إلى مستحقه، فلزمه أن يبيعه ويتصدق بثمنه لتمام منفعة المسلمين بسد فاقة فقير من فقرائهم أو مرفق لجماعة فقرائهم.

فصل: وقوله ﷺ: «لتشتعل عليه ناراً» يدل على أن من المؤمنين من يعاقب بالمعاصي ممن شاء الله أن يعاقبه إلا أن الإيمان سيعود عليه بعد ذلك بالجنة، يدل على ذلك أن من سمع ذلك من المسلمين أتوا بما عندهم من الغلول مخافة أن يصيبهم مثل ذلك.

ولو فهموا منه أن ذلك يختص بأهل الكفر لما رد مؤمن ما عنده لأنه لا يخاف ذلك مع وجود إيمانه، ولما خاف المؤمنين.

وقال النبي ﷺ لما ردوه من الشرك: «شراك أو شراكا من نار» علم أن الإيمان لا يمنع من ذلك، وإنما يمنع من ذلك تفضل اله تعالى بالعفو عن المعاصي، وإنما الذي يمنع منه الإيمان بفضل الله الخلود في النار.

فصل: وقوله: «فجاء رجل بشراك أو شراكين إلى رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: شراك أو شراكا من نار» يقتضى أن من غل مثل هذا، فإتماً يعاقب بمثله من النار، وقد يحتمل أن يكون الشراك والشراكا لهما القيمة، ويكون ثمنه الدراهم، فمثل هذا لا يحل أخذه على رواية ابن وهب وابن نافع؛ لأنه ليس بطعام، ويجوز أخذه على رواية ابن القاسم للحاجة إليه، وعدم وجوده للشراء لأنه يلزم رده عند الاستغناء عنه.

كتاب الجهاد ٤٥٧

مسألة: فمن أخذ مثل هذا على مذهب ابن وهب، على أى وجه كان، أو على مذهب ابن القاسم، غير محتاج، ثم تاب فجاء تائباً به، فإنه يؤخذ منه، ولا نكال عليه. قال ابن حبيب: وقاله ابن القاسم: وذلك أن من تاب قبلت توبته، وسقطت عنه العقوبة التي تمنع التفرير وإنما تثبت الحدود، والله أعلم.

مسألة: فإن تفرق الجيش، تصدق عنهم، قاله مالك. وقال الليث: إن تفرق الجيش، جعل خمسة في بيت المال، وتصدق بما بقى.

مسألة: وإن ظهر عليه قبل أن ينفصل منه، فإنه يؤدب ويتصدق بمثله، قاله مالك فى كتاب ابن المواز وأنكر مالك أن يحرق رحله، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وقال الأوزاعي: يحرق متاعه كله إلا سلاحه وثيابه، وبه قال أحمد وإسحاق. والحديث الذى روى صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «من غل، فأحرقوا متاعه»^(٤) انفرد به صالح بن محمد، وهو مدنى تركه مالك، وليس ممن يحتاج بحديثه.

١٠٣٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: مَا ظَهَرَ الْغُلُولُ فِي قَوْمٍ قَطُّ إِلَّا أَلْقَى فِي قُلُوبِهِمُ الرَّعْبَ، وَلَا فَشَا الزُّنَا فِي قَوْمٍ قَطُّ إِلَّا كَثُرَ فِيهِمُ الْمَوْتُ، وَلَا نَقَصَ قَوْمٌ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ إِلَّا قُطِعَ عَنْهُمْ الرِّزْقُ، وَلَا حَكَمَ قَوْمٌ بغيرِ الْحَقِّ إِلَّا فَشَا فِيهِمُ الدَّمُ، وَلَا خَتَرَ قَوْمٌ بِالْعَهْدِ إِلَّا سَلَطَ اللَّهُ عَلَيْهِمُ الْعُدُوَّ.

الشرح: قوله: «ما ظهر الغلول فى قوم قط إلا ألقى فى قلوبهم الرعب» يحتمل أن يكون هذا عما بلغه من الكتب المتقدمة، وصح ذلك عنها التجربة، ويحتمل أن يكون ذلك بتجربة، قد حربها الناس قبله، فصح قولهم، وما زعموا من ذلك، ويحتمل أن يكون ذلك بتوقيف من النبي ﷺ.

والأظهر أنه لو كان بتوقيف لبينه لأنه إنما قصد الزجر والردع عن مثل هذا الفعل،

(٤) أخرجه أبو داود حديث رقم ٢٧١٣. الترمذى حديث رقم ١٤٦١. الدارمى حديث رقم

١٠٣٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٥٤. والتمهيد ٢٨٠/٦. وقال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨٠/٦: هذا حديث قد روياه متصلاً عن ابن عباس، ومثله، والله أعلم، لا يكون رأياً أبداً.

٤٠٨ كتاب الجهاد
والزجر إنما يكون عن مثل هذا بقول النبي ﷺ، فلو نقله عن النبي لكان ذكره عن
النبي ﷺ أبلغ في الزجر، وأتم في المعظة، وأقرب من القبول.

وما ذكر من هذه العقوبات أنها تكون عند ذكر من المعاصي، يحتمل أن يكون ذلك
إذا كثرت هذه المعاصي، وأعلن بها، ولم يكن منكر لها، قال الله تعالى: ﴿فَلَوْلَا كَانَ
مِنَ الْقُرُونِ مِن قَبْلِكُمْ أُولُو بَقِيَّةٍ يَنْهَوْنَ عَنِ الْفَسَادِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا قَلِيلًا مِّمَّنْ أَنْجَيْنَا
مِنْهُمْ﴾ [هود: ١١٦]، وروى عنه ﷺ.

* * *

الشهداء في سبيل الله

١٠٣٥ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ قَالَ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوَدِدْتُ أَنِّي أُقَاتِلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَأُقْتَلُ، ثُمَّ أُحْيَا فَأُقْتَلُ،
ثُمَّ أُحْيَا فَأُقْتَلُ» فَكَانَ أَبُو هُرَيْرَةَ يَقُولُ: ثَلَاثًا أَشْهَدُ بِاللَّهِ.

الشرح: قوله ﷺ: «والذي نفسي بيده، لو ددت أني أقاتل في سبيل الله، فأقتل»
قسمه ﷺ على معنى التحقيق والتأكيد، لا على معنى استفادة التصديق؛ لأنه قد علم
صدقه من غير يمين، فقال: «لو ددت أني أقاتل في سبيل الله فأقتل». بمعنى أن يجاهد في
سبيل الله ويقاوم فيه دون أن يكون لحمية، ولا لظهور مكافأة، ولا لاستحلاب أمر من
أمور الدنيا، فيقتل في ذلك.

وكرر ذلك ثلاثًا على المعروف من حاله أنه كان إذا ذكر القول، كرهه ثلاثًا، وقد
تمنى النبي ﷺ هذه الدرجة، وتكرر القتل في سبيل الله، وإن كان قد عرف أنه لا يجوز
ذلك، وأن أحدًا لا يحيي في الدنيا بعد موته لما في ذلك من تعظيم ثواب الشهادة،
واستسهال القتل، وألم الجراح ثلاث مرات لما علم من تعظيم ثواب الشهيد، وتمنى
الثواب، والعمل الصالح جائز، وإن تمنى المكلف منه ما لا يطيقه، ولا سبيل له إليه؛ لأنه
تمنى خير وعمل صالح يقرب من الله.

١٠٣٥ - أخرجه البخارى في الإيمان ٣٥، التمنى ٦٦٨٦. ومسلم في الإمامة ٣٤٨٥. والنسائي في
الجهاد ٣٠٤٥، ٣٠٩٨، ٣٠٩٩. وابن ماجه في الجهاد ٢٧٤٣. وأحمد في باقى مسند
المكثرين ٦٨٦٠، ٨٦٢١، ٩١١١، ٩٧٤٢، ١٠٠٣٨، ١٠١١٩.

١٠٣٦ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يُضْحِكُ اللَّهُ إِلَى رَجُلَيْنِ يَقْتُلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ كِلَاهُمَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ يُقَاتِلُ هَذَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيُقْتَلُ، ثُمَّ يُتُوبُ اللَّهُ عَلَى الْقَاتِلِ، فَيُقَاتِلُ فَيَسْتَشْهَدُ».

الشرح: قوله ﷺ: «يضحك الله إلى رجلين» يريد والله أعلم أنه يفعل بهما ويتلقاهما من الثواب والإنعام والإكرام بما يتلقى به الضاحك المسرور لمن يقدم عليه من ذلك، ويحتمل أن يريد به يضحك ملائكته، وخزنة جنته أو حملة عرشه إلى هذين الرجلين على معنى التبشير لهما، والإعلام لهما بما يقدمان عليه من فضل الله تعالى ورحمته ونعمته.

فصل: وقوله ﷺ: «إلى رجلين يقتل أحدهما الآخر، كلاهما يدخل الجنة» وذلك أن مثل هذا غير معهود؛ لأن قتل أحدهما الآخر على معنى المخالفة في الدين والشريعة يقتضى بمسئور الشرع أن يكون أحدهما، وهو المحق من أهل الجنة، وأن يكون الثاني، وهو المبطل من أهل النار، وهذه القصة على خلاف ذلك، فإنهما يدخلان الجنة، ولعلمهما يكونان من الذين، قال الله تعالى: ﴿وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غَلٍّ إِخْوَانًا عَلَى سُرُرٍ مُتَقَابِلِينَ﴾ [الحجر: ٤٧].

فصل: وقوله ﷺ: «يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل، ثم يتوب الله على القاتل» يحتمل أنه كان كافرًا، فيتوب من كفره بالإيمان، فيسقط عنه جميع ما فعله في حال كفره من قتل المسلم وغيره، وقد قال الله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَتُوبُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ الَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ فَأُولَئِكَ يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ١٧]، فإن كانت التوبة بالإيمان تسقط القتل للمسلم وغيره، فإذا قاتل بعد ذلك، فاشتشهد دخل الجنة مع الذى قتله.

١٠٣٧ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٠٣٦ - أخرجه البخارى فى الجهاد والسير ٢٦١٤. ومسلم فى الإمارة ٣٥٠٤. والنسائى فى الجهاد ٣١١٢، ٣١١٣. وابن ماجه فى المقدمة ١٨٧. وأحمد فى باقى مسند الكثرين ٧٠٢٤، ٧٨٧٧، ٩٥٩٧، ١٠٢٢٥.

١٠٣٧ - أخرجه البخارى فى الجهاد والسير ٢٥٩٣. ومسلم فى الإمارة ٣٤٨٥. والترمذى فى فضائل الجهاد ١٥٨٠. والنسائى فى الجهاد ٣٠٩٤. وابن ماجه فى الجهاد ٢٧٨٥. وأحمد-

﴿قَالَ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا يُكَلِّمُ أَحَدًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَنْ يُكَلِّمُ فِي سَبِيلِهِ، إِلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَجُرْحُهُ يَتْعَبُ دَمًا، اللَّوْنُ لَوْنُ دَمٍ، وَالرِّيْحُ رِيْحُ الْمِسْكِ»﴾.

الشرح: قوله ﷺ: «لا يكلم أحد» لا يجرح والكلم الجراح، ثم قال ﷺ: «والله أعلم بمن يكلم في سبيله»^(١) على معنى أن هذا الحكم ليس على الظاهر أن من كان يقاتل في حيز المسلمين أنه ممن يقاتل في سبيله ويكلم في سبيله؛ لأنه قد يكون في حيز المسلمين، ويقاتل حمية، ويقاتل ليرى مكانه، ويقاتل للمغنم، ولا يكون لأحد من هؤلاء هذه الفضيلة حتى يقاتل في سبيل الله لتكون كلمة الله هي العليا، فتكلم على الوجه فحينئذ يكون ممن يجيء يوم القيامة «وجرحه يتعب دماً»^(٢) يريد والله أعلم أن لون ذلك الدم لون الدم وريحه ريح المسك.

وهذا دليل على فضيلته وعلو درجته، وما له عند الله من الثواب الجزيل.

١٠٣٨ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَقُولُ: اللَّهُمَّ لَا تَجْعَلْ قَتْلِي بِيَدِ رَجُلٍ صَلَّى لَكَ سَجْدَةً وَاحِدَةً، يُحَاجُّنِي بِهَا عِنْدَكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ.

الشرح: في سماع ابن القاسم، سئل مالك عن قول عمر هذا، فقال: يريد بذلك أنه ليس لغير أهل الإسلام حجة عند الله.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندي أن يكون عمر بن الخطاب رضى الله عنه علم أنه يقتل إما بخير النبي ﷺ، فكان قول ذلك في صحته.

وإما أن يكون إنما علم ذلك بعد أن جرح، وعلم أنه يموت من جرحه ذلك، فكرر قوله ذلك حنقاً على من قتله، وإشفاقاً من أن يكون من الموحدين الذين سجدوا لله سجدة، فيكون لهم بها حجة تمنع من خلودهم في النار.

=في باقى مسند المكثرين ٦٨٦٠، ٧٠٠١، ٧٨٥٨، ٨٦٢١، ٨٧٢٥، ٨٨٠٩، ٨٨٢١، ١٠٢٤١، ١٠٣٢٣، ١٠٤٥٠، ١٠٥١٤. والدارمى فى الجهاد ٢٢٩٩.

(١) جملة معترضة للإشارة إلى اعتبار الإخلاص. قاله السيوطى فى تنوير الحوالك ٣٠٦/١.

(٢) يتعب: أى منفجراً أى كثيراً.

١٠٣٨ - أخرجه مسلم فى الإمارة ٣٤٩٧. والترمذى فى الجهاد ١٦٣٤. والنسائى فى الجهاد ٣١٠٣، ٣١٠٤، ٣١٠٥. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢١٥٠٢، ٢١٥٣٩، ٢١٥٧٧. والدارمى فى الجهاد ٢٣٠٥.

كتاب الجهاد ٤١١
ويحتمل أن يقولها إشفاقاً على المؤمنين أن يصيبه مؤمن، فيعذب بقتله لعمر رضى
الله عنه، ويحاج عمر فى الموقف بأنه مؤمن سجد لله تعالى، فتكون حجته بالإيمان تمنع
عمر من الحرص على تعذيبه بالنار، وإن كان قد تولى قتله وأذاه بألم الجراح التى أدته
إلى الموت.

١٠٣٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ
عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي قَتَادَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا
رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ قُتِلْتُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ صَابِرًا مُحْتَسِبًا مُقْبِلًا غَيْرَ مُدْبِرٍ، أَيَكْفُرُ اللَّهُ عَنِّي
خَطَايَايَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ» فَلَمَّا أَدْبَرَ الرَّجُلُ نَادَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَوْ أَمَرَ
بِهِ فَنُودِيَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَيْفَ قُلْتَ» فَأَعَادَ عَلَيْهِ قَوْلَهُ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ
ﷺ: «نَعَمْ إِلَّا الدِّينَ كَذَلِكَ قَالَ لِي جَبْرِيلُ».

الشرح: للنبي ﷺ: «إن قُتِلت صابراً محتسباً» يريد صابراً على ألم الجرح وكرهية
الموت ومحتسباً لذلك عند الله تعالى «ومقبلاً على الموت، وقاتال العدو غير مدبر» يريد
غير فار، ولا متحرف، وذلك أعظم للأجر «أىكون ذلك كله مما يكفر الله به عنى ما
اكتسبت من الخطايا؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم» يريد أن القتال على هذا الوجه يكفر
خطاياها.

فصل: وقوله: «فلما أدبر الرجل» يريد ولى عنه راجعاً ومستوعباً لجوابه عما سأل
عنه، «ناداه رسول الله ﷺ أو أمر به فنودى له» على وجه الشك من الراوى، فسأله
عما قال أن يعيده عليه مبالغة فى تفهم سؤال السائل وتحقيقاً لسؤاله.

وذلك أنه لما استوعب كلامه أولاً ثم جاوبه عنه السؤال، ويحتمل أن يكون ذكر
ذلك اللفظ كله غير أنه بان له بعد أن جاوبه أن سؤاله يحتمل وجهاً غير ما حملته عليه
من المعنى.

١٠٣٩ - أخرجه مسلم كتاب الإمارة برقم ١١٧، ١٥٠١/٣ باب من قتل فى سبيل الله عن أبى
قتادة.

قال ابن عبد البر ٢٩٩/٦: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن
سعيد بن أبى سعيد؛ وتابعه على ذلك جمهور الرواة للموطأ عن مالك، ومن تابعه ابن وهب
وابن القاسم ومطرف وابن بكير وأبو المصعب وغيرهم.

٤١٢ كتاب الجهاد

وإن كان المعنى الذى حمله سائق فيه، والأظهر منه، فأمره بإعادة السؤال ليتحقق احتمالاه لما اعتقد احتمالاه له، وذلك بأن يريد فى سؤاله إذا أعاده شيئاً يؤكد عنده ما ظهر إليه من احتمالاه أو ينفيه عنه.

وقوله: «فلما أعاد عليه سؤاله» يحتتمل أن يريد أنه أعاده عليه مثله مطابقاً لمعناه، ويحتتمل أن يكون أعاد عليه السؤال، وإن كان قد زاد أو نقص، غير أن الأول أظهر.

فصل: وقوله ﷺ: «إلا الدين كذلك قال لى جبريل» يريد إلا الدين، فإنه من الخطايا التى لا يكفرها القتل فى سبيل الله. وقد قال بعض العلماء: إنما ذلك لأنها من حقوق الآدميين وحقوق الآدميين لا تكفرها الحسنات. وهذا وجه محتتمل، وقد كان فى أول الإسلام يمتنع النبى ﷺ من الصلاة على من مات وعليه دين، لم يترك له قضاء.

وظاهر ذلك أنه لئلا يتسرع الناس فى أكل أموال الناس بغير حاجة، ولا رفق فى إنفاق ثم يموت من مات منهم على ذلك، ولا يترك له قضاء، فيذهب بأموال الناس بغير حاجة، ولا رفق فى إنفاق ثم لما فتح الله عليه ﷺ، قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من ترك مالا فلورثته، ومن ترك كلاً أو ديناً أو ضياعاً فعلىّ وإلىّ أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم»^(١).

ويحتتمل أن يكون النبى ﷺ قال لهذا السائل: إلا الدين، إذ كان يمتنع من الصلاة على من ترك ديناً لا أداء له، فيكون على عمومته، ويحتتمل أن يكون قاله بعد ذلك، ويكون معنى قوله: إلا الدين لمن أخذه، يريد إتلاف أموال الناس، ويأخذه من غير وجهه وينفقه فى سرف أو معصية، فهذا حكمه باق فى المنع وما ثبت أن أحداً من الأئمة قضى دين من مات وعليه دين من بيت مال المسلمين بعد النبى ﷺ، فيحتتمل أن يكون هذا الحكم اختص بالنبى ﷺ بين ذلك قوله ﷺ: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم» وهذا لا يكون لأحد بعده.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن قوله ﷺ للسائل: «إلا الدين» فاستثنى الدين بعد أن قال: «نعم» ولم يستثن شيئاً، يحتتمل وجوهاً أن يكون سؤاله أولاً اقتضى الجواب على العموم دون الاستثناء، وسؤاله آخرًا اقتضى الاستثناء، ويحتتمل أن يكون السؤال واحداً غير أنه

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ٨٦٧. أبو داود حديث رقم ٢٩٥٦، ٣٣٤٣. النسائى فى

الصغرى حديث رقم ١٥٧٨. ابن ماجه حديث رقم ٤٥. أحمد فى المسند حديث رقم

١٤٥٦٦، ١٣٩٢٤

جاوب أو لا بلفظ عام، أو أمر أن يجاوب به ليكون للمجتهد، حملة على عمومه، أو تخصيصه بالدليل، ثم أعلمه جبريل عليه السلام أنه يجب أن يعجل تخصيصه بالنص عليه لئلا يفوت الحكم فيه بأن يكون السائل إنما سأل ليستريح الأخذ بالدين، ولا ينظر في القضاء، فإن قتل في سبيل الله كان ذلك يكفر عنه ما اكتسبه من أخذه ديناً، لم ينو قضاءه فيتعجل عند خروجه، ويأخذ الدين فأمره جبريل عليه السلام، بأن يعلمه بأن الدين ليس مما يكفره القتل في سبيل الله.

ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد اعتقد حمل ذلك على الغموم، إما لاجتهاده أو للفظ عام ورد عليه في ذلك، فأوحى إليه على لسان جبريل عليه السلام بتخصيص الدين، والله أعلم.

١٠٤٠ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ لِشُهَدَاءِ أَحَدٍ: «هَؤُلَاءِ أَشْهَدُ عَلَيْهِمْ». فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ: أَلَسْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ بِإِخْوَانِهِمْ، أَسَلَّمْنَا كَمَا أَسَلَّمُوا، وَجَاهَدْنَا كَمَا جَاهَدُوا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: «بَلَىٰ وَلَكِنَّ لَا أَدْرِي مَا تُحَدِّثُونَ بَعْدِي» فَبَكَى أَبُو بَكْرٍ ثُمَّ بَكَى ثُمَّ قَالَ: أَتِنَّا لَكَائِنُونَ بَعْدَكَ.

الشرح: قوله صلى الله عليه وسلم لشهداء أحد: «هؤلاء أشهد عليكم» يحتمل أمرين، أحدهما: أن يشهد على ظاهر أمورهم من الإيمان، وإقام العبادات والجهاد في سبيل الله تعالى، واستدامة ذلك إلى أن قتلوا في مجاهدة عدوهم، وأن غيرهم ممن بقى بعده لا يشهد على استدامتهم لذلك إلى موتهم؛ لأنه لا يعلم بما يحدثون بعده، ويحتمل أيضاً أن يكون شهد على ظاهرهم بما رآه، وعلى باطنهم بما أعلم به، وأوحى إليه؛ لأنه لو كان فيمن قتل منهم منافق لم ينتفع بهذه الشهادة، ولم ينجه من النار قتاله بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم كما لم ينتفع بذلك قزمان حيث أعلم النبي صلى الله عليه وسلم بباطنه وأنه من أهل النار مع غنايه وانتفاع المسلمين بجهاده واجتهاده؛ لأن ذلك لا ينفع إلا مع الإيمان والنية السالمة أن يكون جهاده لتكون كلمة الله هي العليا، فعلى هذا لم يشهد لمن يقى بعده؛ لأنه لا يعلم باستدامتهم للظاهر الصالح، ولم يطلع عند موتهم على أنهم ختموا عملهم بما يرضى الله تعالى.

١٠٤٠ - أخرجه أحمد بنحوه ٤٣١/٥ عن جابر. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٦٠، وقال هذا حديث منقطع، لم يختلف عن مالك فيه، وقد روى معناه مسنداً متصلاً من وجوه من حديث عقبة بن عامر وحديث جابر، وحديث أنس وغيره.

وقوله: لم يبلغنا أنه قال ذلك لمن قتل في غير أحد، ولا قاله لمن مات في زمنه غير مقتول، فلو كان هذا الحكم يثبت لمن استصحب لظاهر العمل الصالح، إلى أن مات في حياة النبي ﷺ لقال: من مات في حياتي، فأنا أشهد لهم، ولم يخص بذلك أهل أحد، فقال: هؤلاء أنا شهيد عليهم، فدل تخصيصهم على أنهم قد اختصوا بأمر، وظاهره يحتمل أنه أوحى إليه بباطنهم، وبتقبل الله تعالى لعملهم، والله أعلم.

فصل: وقول أبي بكر رضى الله عنه: «ألسنا يا رسول الله بإخوانهم أسلمنا كما أسلموا، وجاهدنا كما جاهدوا» على وجه الإشفاق لما رأى من تخصيصهم بحكم كان يرجو أن يكون حظه منه وافراً، وأن يكون حظ جميع من شركه فيه من الصحابة ثابتاً، فقال: إن عملنا كعملهم في الإيمان الذي هو الأصل والجهاد الذي هو آخر عملهم، فهل تكون شهيد لنا كما أنت شهيداً لهم، فقال ﷺ: «بلى ولكن لا أدري ما تحدثون بعدى» قال قوم: إن الخطاب وإن كان متوجهاً إلى أبي بكر، فإن المراد به غيره ممن لم يعلم ﷺ بمآل حاله وعمله، وما يموت عليه.

وأما أبو بكر رضى الله عنه، فقد أعلم أنه من أهل الجنة، والنبي ﷺ شهيد له بذلك لظاهر عمله الصالح، ولما قد أوحى إليه وأعلم من رضوان الله تعالى عنه، ولكنه لما سأل أبو بكر، واعترض بلفظ عام، ولم يخص نفسه بالسؤال عن حاله كان الجواب عاماً، وقد تبين بأنه ليس ممن يحدث بعد النبي ﷺ شيئاً مما يحبط عمله بما تقدم، وتأخر عن هذا الحال من تفضيل النبي ﷺ له، وإخباره بما له عند الله من الخير وجزيل الثواب وكريم المآب.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندي وجهاً آخر وهو أن يكون ﷺ قال: أنا شهيد عليهم بما شاهدت من عملهم في الجهاد الذي أدى إلى قتلهم في سبيل الله، ولذلك لم يقل إنه شهيد لمن حضر ذلك اليوم، وقاتل وسلم من القتل كعلى وطلحة وأبي طلحة وغيرهم، ممن أبلى ذلك اليوم، ومن هو أفضل من كثير ممن قتل ذلك اليوم، لكنه خص هذا الحكم بمن شاهد النبي ﷺ جهاده إلى أن قتل.

وليكون على هذا معنى قوله لأبى بكر رضى الله عنه: «بلى ولكن لا أدري ما تحدثون بعدى» لم يرد به الحدث المضاد للشريعة، وإنما أراد به جميع الأعمال الموافقة للشريعة والمخالفة لها، فيكون معنى ذلك أن ما تعملونه بعدى لا أشاهده، فلا أشهد لكم به، وإن علمت أن منكم من يموت على ما يرضى الله من الأعمال الصالحة إلا أنها لم تعين لى.

فيقال لي إنه يجاهد في مواطن كذا، وأن الواحد منكم يقتل زيدًا أو يقتله عمر، وكما شاهدت من حال هؤلاء، فلذلك لا أكون شهيد لكم بنفس الأعمال وتفصيلها كنا أشهد على تفصيل عمل هؤلاء، وإن شهدت لبعضكم بجملة العمل بالوحي، وإعلام الله، فعلى هذا يكون قوله، ولكن لا أدري ما تحدثون بغدي، متوجهًا إلى جميع الصحابة من أبي بكر وغيره.

فصل: وقوله: «فبكى أبو بكر ثم بكى، ثم قال: أئنا لكائتون بعدك» يريد أنه أطال البكاء وكرره، وأظهر معنى بكائه بقوله: «أئنا لكائتون بعدك» كائنة للإشفاق من البقاء بعد النبي ﷺ والانفراد دونه، وفقد بركته، ونعمة الله على أمته به.

وهذا يدل على أنه قد فهم أبو بكر رضی الله عنه من قول النبي ﷺ: «ولكن لا أدري ما تحدثون بغدي» أنه لا يخاف أو يجوز أن يكون من أبي بكر حدث يضاد الشريعة، ويخالف به من أجله عن سبيل النبي ﷺ لأن بكاءه لذلك كان أولى له، وكان حكمه على ذلك بأن يقول أئنا المحدثون بعدك حدثًا يصد عن سبيلك، ونخالف به طريقك، ولما لم يقل ذلك، ولا بكى من أجله، وإنما بكى من أجل فراقه النبي ﷺ وبقائه بعده علمنا أنه فهم منه ما قدمنا ذكره، والله أعلم.

١٠٤١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَالِسًا وَقَبْرٌ يُحْفَرُ بِالْمَدِينَةِ، فَاطَّلَعَ رَجُلٌ فِي الْقَبْرِ، فَقَالَ: بِئْسَ مَضْجَعُ الْمُؤْمِنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «بِئْسَ مَا قُلْتَ» فَقَالَ الرَّجُلُ: إِنِّي لَمْ أَرِدْ هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّمَا أَرَدْتُ الْقَتْلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا مِثْلَ لِلْقَتْلِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا عَلَى الْأَرْضِ بُقْعَةٌ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَكُونَ قَبْرِي بِهَا مِنْهَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ» يَعْنِي الْمَدِينَةَ.

الشرح: قوله: «كان رسول الله ﷺ جالسًا، وقبر يحفر بالمدينة» أن يكون قصد ذلك لمواصلة من كان القبر يحفر بسببه أو لفضل المقبرور فيه وديته، وقرب محله من النبي ﷺ أو للاتعاض به، ويحتمل أن يكون جلس لغير ذلك، فصادف حفر القبر.

وقول المطلع في القبر: «بئس مضجع المؤمن»، ويحتمل ظاهر اللفظ أن يريد بذلك

١٠٤١ - ذكره السيوطي في الدر المنثور ٧٩/٥ وعزه لابن جرير وابن أبي حاتم عن أبي هريرة. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٦١. والتمهيد ٣٠٨/٦، وقال ابن عبد البر في التمهيد: وهذا الحديث لا أحفظه مسندًا، ولكن معناه موجود من رواية مالك وغيره.

المكان، وقد يتأوله على ذلك من يسمعه منه، فلو أقره النبي ﷺ لاعتقد بعض السامعين له أن النبي ﷺ قد أقره على قوله أن المدينة بتس مضجع المؤمن.

فصل: وقول النبي ﷺ له: «بتس ما قلت» يحتل إما أنه قد أراد عيب القبر وتفضيل الشهادة لكن اللفظ لما كان فيه من الاحتمال ما ذكرناه أنكر عليه اللفظ دون المعنى، ويحتل أن يكون على هذا الوجه أنكر عليه اللفظ والمعنى؛ لأنه لا يجوز أيضًا أن يقول في القبر بتس مضجع المؤمن لأنه روضة من رياض الجنة، وسبب إلى الرحمة، والدرجة الرفيعة، وإنما يجب أن يقول إن الشهادة أفضل من هذا، وإذا كان الأمران فاضلين، وأحدهما أفضل من الآخر، وجب أن يقال هذا أفضل من هذا، ولا يجوز أن يقال في المفضول بتس هذا الأمر.

وأما المعنى الثاني فأن يكون ﷺ اعتقد أنه أراد بذلك ذم الدفن بالمدينة، ولذلك لم ينكر على القائل إذ قال: «لم أرد هذا يا رسول الله، وإنما أردت القتل في سبيل الله» ولو كان فهم منه هذا لكان الأظهر أن يقول له: قد فهمت مرادك، ولكن هو مع ذلك خطأ، فإنك قد جئت بلفظ مشترك أو عبت المفضول مع فضله.

فصل: وقوله ﷺ: «لا مثل للقتل في سبيل الله» يقتضى تفضيله، وظاهر هذا يقتضى تفضيله على سائر الأحوال، وأنه لا مثل له من أحوال الحياة والموت، ويحتل أن يريد به لا مثل له من أحوال الميتات، وصفات الموت لأنه سبب القبول، فيجوز أن يحمل عليه.

فصل: وقوله ﷺ: «ما على الأرض بقعة من الأرض أحب إلي من أن يكون قبري بها منها» ظاهره تفضيل المدينة على ما سواها من الأرض، وذلك أحب أن يكون قبره بهان وهذا يقتضى أنه أحب أن يكون قبره بها دون مكة، وقد قيل إن ذلك لمعنى الهجرة.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وليس عندي بالبين؛ لأنه لو كان كذلك لم يعلق الحكم بالبقعة ولعلقه بالهجرة، والله أعلم. وهذا في حال الإخبار، وليس فيه دليل على أنه فضل أن يكون قبره بالمدينة إلى القتل في سبيل الله على صفة لا يقبر فيها، وإنما قال ذلك ثلاث مرات لما علم من حاله إنه كان إذا قال قولاً كبيراً ثلاثاً، لعله أن يريد بذلك الإفهام والبيان، والله أعلم.

ما تكون فيه الشهادة

١٠٤٢ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَقُولُ: اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ شَهَادَةً فِي سَبِيلِكَ، وَوَفَاةً بِلَدِّ رَسُولِكَ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «اللهم إنى أسألك شهادة فى سبيلك، ووفاة ببلد رسولك» دعاء منه رضى الله عنه بأن يجمع له بين الشهادة ظن والوفاء ببلد النبى ﷺ ليكون قبره بها، وهذا يقتضى تفضيله على سائر بقع مكة وغيرها، ولو كانت مكة عنده أفضل لتمنى أن يقتل بها مسافراً أو حاجاً، ولا يكون نقضاً لهجرته.

وقد علم من رأى عمر رضى الله عنه تفضيل المدينة، وقد أجمع المسلمون على أن هذا الدعاء مستجاب وأنه رضى الله عنه شهيد، وهذا يقتضى أن من قتل على هذا الوجه، وإن لم يقتل فى حرب ولا مدافعه، فإنه شهيد، والله أعلم.

١٠٤٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: كَرَّمَ الْمُؤْمِنِ تَقْوَاهُ، وَدِينَهُ حَسْبَهُ، وَمُرُوءَتَهُ حُلْفَهُ، وَالْجُرْأَةَ وَالْجَبْنَ غَرَائِزُ يَضَعُهَا اللَّهُ حَيْثُ شَاءَ فَالْجَبَانُ يَفِرُّ عَنْ أَبِيهِ وَأُمِّهِ، وَالْجَرِيءُ يُقَاتِلُ عَمَّا لَا يُحِبُّ بِهِ إِلَى رَحْلِهِ، وَالْقَتْلُ حَتْفٌ مِنَ الْحَتُوفِ، وَالشَّهِيدُ مَنْ احْتَسَبَ نَفْسَهُ عَلَى اللَّهِ جَلًّا وَعَزًّا.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «كرم المؤمن تقواه» يحتل أن يكون من قوله تعالى: ﴿إِنْ أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات: ١٣]، يريد أن كرمه فى نفسه وفضله تقواه الله تعالى.

وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الكريم ابن الكريم ابن الكريم ابن الكريم يوسف ابن يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم»^(١) فوصف كل واحد منهم بالكرم لما كانوا عليه من التقوى.

وقوله رضى الله عنه: «ودينه حسبه» يريد أن اتسابه إلى الدين هو الشرف والحسب الذى يخصه، فأما اتسابه إلى أب كافر على وجه الفخر به، فهو ممنوع،

١٠٤٢ - أخرجه عبد الزقاق فى المصنف ٢٦٢/٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٦٢.

١٠٤٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٦٣.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٣٩٠، ٣٣٨٢، ٤٦٨٨. الترمذى حديث رقم ٣١١٦.

أحمد فى المسند حديث رقم ٥٦٧٩.

٤١٨ كتاب الجهاد
وانتسابه إلى أب صالح على أن له بذلك فضلاً لا بأس به غير أن انتسابه إلى دينه الذى
بخصه أتم فى الشرف والحسب.

وقوله رضى الله عنه: «ومروءته خلقه» يريد أن المروءة التى يحمل عليها الناس،
ويوصفون بأنهم من ذوى المروءات إنما هى معان مختصة بالأخلاق فى الصبر والحلم
والجود والمواساة والإيثار.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «والجراة والجبين غراتر، يضعها الله حيث شاء» يريد
أنها طبائع يطبع الله تعالى من شاء، ويضعها من الناس فيمن شاء، لا تختص بشريف
ولا وضيع ولا مؤمن ولا كافر ولا بر ولا فاجر، فقد توجد فى كل صنف من هذه
الأصناف.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «فالجبان يفر عن أبيه وأمه، والجرىء يقاتل عمن لا
يثوب إلى رحله» على معنى التفسير لمعنى الجرىء والجبان، وأن ذلك إنما هو بالطبع
الذى طبع عليه لا باكتساب، ولا بتعلم، ولذلك يفر الجبان عن أبيه وأمه مع محبته
لهما، وحرصه على حياتهما، ويقاوم الجرىء على من لا يثوب إلى رحله، مع أنه لا
يلزمه أمره ولا يكاد يشفق عليه.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «والقتل حتف من الختوف» يريد أنه نوع من الموت
كالموت من المرض والموت بالغرق والموت بالهدم، فهو نوع من أنواع الموت، فيجب
أن لا يرتاع منه، فإن الموت لا بد منه، وهو كله فظيع، فهذا نوع منه، فلا يجب أن
يهاب هيبة تورث الجبن، ثم قال: «والشهيد من احتسب نفسه» يريد من رضى بالقتل
فى طاعة الله رجاء ثواب الله تعالى.

* * *

العمل فى غسل الشهيد

١٠٤٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ غُسِّلَ
وَكُفِّنَ وَصُلِّيَ عَلَيْهِ وَكَانَ شَهِيدًا يَرْحَمُهُ اللَّهُ.

١٠٤٥ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ الشُّهَدَاءُ فِي سَبِيلِ

١٠٤٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٦٤.

١٠٤٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٦٥.

اللَّهِ لَا يُغَسَّلُونَ وَلَا يُصَلَّى عَلَى جَنَائِزِهِمْ وَإِنَّهُمْ يُدْفَنُونَ فِي الثُّيَابِ الَّتِي قُتِلُوا فِيهَا.
 قَالَ مَالِكٌ: وَتِلْكَ السُّنَّةُ فِيمَنْ قُتِلَ فِي الْمُعْتَرِكِ، فَلَمْ يُدْرَكَ حَتَّى مَاتَ، قَالَ: وَأَمَّا
 مَنْ حُيِلَ مِنْهُمْ فَعَبَّاشَ مَا شَاءَ اللَّهُ بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ كَمَا عُمِلَ
 بِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ.

الشرح: قوله: «غسل وكفن» يريد غسل الميت المشروع، وقد تقدم في كتاب
 الجنائز من الاستيفاء والمنتقى أن الشهادة فضيلة تسقط فرض غسل الميت، واستئناف
 كفنه، وتسقط فرض الصلاة عليه، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يغسل،
 ولكنه يصلى عليه. وقال سعيد بن المسيب والحسن البصري: يغسل ويصلى عليه.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما روى عن جابر بن عبد الله قال: كان
 النبي ﷺ يجمع بين الرجلين من قتلى أحد في ثوب واحد، ثم يقول: أيهم أكثر أخذ
 القرآن، فإذا أشير له إلى أحدهما: قدمه في اللحد، وقال: أنا أشهد على هؤلاء يوم
 القيامة، وأمر بدفنتهم بدمائهم، ولم يغسلون ولم يصل عليهم.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا معنى يسقط فرض غسله، فوجب أن يسقط فرض
 الصلاة عليه. أصل ذلك الخوف.

مسألة: وهذا لمن خرج مجاهدًا في سبيل الله لا يختلف المذهب في ذلك، وأما من
 غزاه العدو في قعر داره، فدفع عن نفسه فقتل، فقد قال ابن القاسم: يغسل ويصلى
 عليه، وقال ابن وهب، وأشهب: لا يغسل ولا يصلى عليه.

وهذا إذا دفع عن نفسه. فأما لم يدفع وقتله العدو من غير مدافعة مثل أن يغلبوا
 عليه في منزله أو يقتل نائمًا أو يقتل بعد الأسر، فقد قال أشهب: يغسل ويصلى عليه.

وقال سحنون وأصبغ: لا يغسل، ولا يصلى عليه، وهذه كانت حال عمر رضی الله
 عنه، فإنه في حال غفلة لا في قتال، ولا في مدافعة، وقد غسل وصلى عليه بحضوره
 الصحابة، ولم ينكر ذلك أحد، فثبت أنه إجماع.

فرع: وهذا إذا مات المقتول من هؤلاء في موضع القتلى، فأما من رفع من المعترك،
 ثم مات بعد ذلك، فالمشهور من قول ابن القاسم أنه من لم يبق فيه إلا ما يكون منه في
 غمرة الموت، فإنه بمنزلة من مات في المعترك، ومن أكل بعد ذلك وشرب، فهو
 كسائر الموتى يغسل ويصلى عليه.

٤٢٠ كتاب الجهاد
 وقال سحنون: إن كل من به جرح لا يقتل قاتله إلا بقسامة فيغسل ويصلى عليه،
 وإن كان به جرح يقتل قاتله من غير قسامة، فإنه لا يغسل، ولا يصلى عليه وعمر
 رضى الله عنه كان قد أنفذت مقاتله، فعلى قول سحنون: هو بمنزلة من قتل فى
 المعتك، وكان يجب على أصله أن لا يغسل ولا يصلى عليه، ويجب على مذهب ابن
 القاسم أن يغسل، ويصلى لمعتين، أحدهما: أنه لم يقتل مدافعاً.

والثانى: أنه عاش بعد ذلك، وتكلم وشرب، وليست هذه شهادة تسقط فرض
 الغسل والصلاة، فإن الشهداء كثير ويصلى عليهم، أى على جميعهم ويغسلون، إلا من
 ذكرناه.

* * *

ما يكره من الشيء فى سبيل الله

هكذا قال يحيى بن يحيى فى هذه الترجمة، وتابعه فى ذلك جماعة من أهل الموطأ،
 ويحتمل أن يريد به أنه يكره الشيء الذى جعل فى سبيل الله يستعمل فى غيره، ويحتمل
 أن يريد به أنه يكره أن يؤخذ على وجه التحيل، وعلى غير الوجه الذى يبيحه عليه من
 جعله مثل ما فعل الرجل الذى قال لعمر: احملنى وسحيمًا.

وقال ابن بكير فى هذه الترجمة: باب ما يكره من الرجعة فى الشيء يحمل عليه فى
 سبيل الله وتابعه عليه القعنبي. وذكره حديث الفرس الذى حمل عليه عمر رضى الله
 عنه سبيل الله، ثم أراد أن يتناعه^(١).

١٠٤٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَحْمِلُ فِي
 الْعَامِ الْوَاحِدِ عَلَى أَرْبَعِينَ أَلْفَ بَعِيرٍ يَحْمِلُ الرَّجُلُ إِلَى الشَّامِ عَلَى بَعِيرٍ، وَيَحْمِلُ
 الرَّجُلَيْنِ إِلَى الْعِرَاقِ عَلَى بَعِيرٍ، فَجَاءَهُ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ، فَقَالَ: احْمِلْنِي وَسُحِيمًا
 فَقَالَ لَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَنْشَدْتِكِ اللَّهُ أَسْحِيمَ زِقُ؟ قَالَ لَهُ: نَعَمْ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب كان يحمل فى العام الواحد على أربعين ألف
 بعير» لكثرة من كان يحمله ممن يريد السفر، فلا يقدر على راحلة يركبها ويعجز عن
 السفر مع حاجته إليه، إما لكونه من أهل الآفاق، فيعجز عن الرجوع إلى أوفقه ووطنه

(١) يعنى حديث عمر الذى سابق تخريجه فى كتاب الزكاة برقم ٦٨٩.

١٠٤٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٦٦.

كتاب الجهاد ٤٢١
وأهله وولده، أو لغير ذلك من الوجوه التي لا يحصى عددها كثرة مما يضطر الإنسان إلى السفر من أجلها.

فكان يحمل من كانت هذه حاله من أهل الحاجة، ولعله أن يكون كان يحمل من يسعى في أمور المسلمين ممن يتعذر عليه راحلة لسفره ذلك، فكان عمر بن الخطاب يتخذ من الإبل ما يحمل عليه من مال الله تعالى، ويحمي لها الحمى.

فصل: وقوله: «يحمل الرجل إلى الشام على بعير ويحمل الرجلين إلى العراق على بعير» قال الداودي: إنما ذلك ليسر أهل العراق، وقال غيره: إنما كان ذلك لكثرة العدو بالشام، وحاجة الناس إلى الغزو في تلك الجهة للجهاد.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ويحتمل عندي أن يكون فعل ذلك؛ لأن طريق العراق كانت أسهل وأعمر، وكان طريق الشام من المدينة أوعر وأشق وأحلى من الناس، فكان من انقطع به فيها يتعذر عليه موضع مقام أو من يعين على بلاغ.

فصل: وقول العراقي له: «أحملني وسحيمًا» على وجه التورية والتحليل ليريه أن له رفيقًا يسمى سحيمًا، فيدفع إليه البعير، فيأخذه العراقي، وينفرد بركوبه، وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ألعياً يصيب بظنه، فلا يكاد يخطئه، فسبق إلى ظنه أن سحيمًا الذى ذكر هو الزرق، فناشده الله ليخبره بالحق، فيعلم عمر صدق ظنه، فقال له الرجل «نعم».

وقد روى عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «قد كان فيمن مضى قبلكم من الأمم محدثون، فإن كان في أمتي منهم فإنه عمر بن الخطاب»^(١) يريد ﷺ والله أعلم من يلقى في روعه الشيء، ويلهم إليه حتى كأنه يخبر به، فلا يخطئ ظنه.

* * *

الترغيب في الجهاد

١٠٤٧ - مَالِك، عَنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٤٦٩، ٣٦٨٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٨٢٦٣.
١٠٤٧ - أخرجه البخارى ٦٨/٤ كتاب الجهاد باب الدعاء بالجهاد والشهادة للرجال والنساء عن أنس. ومسلم ١٥١٨/٣ كتاب الإمارة باب ٤٩ رقم ١٦٠ عن أنس بن مالك. والترمذى برقم ١٦٤٥، ١٧٨/٤ كتاب فضائل الجهاد وباب غزو البحر عن أنس بن مالك. والنسائى =

قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا ذَهَبَ إِلَى قُبَاءٍ يَدْخُلُ عَلَيَّ أُمَّ حَرَامَ بِنْتِ مِلْحَانَ فُتَطْعِمُهُ، وَكَانَتْ أُمَّ حَرَامَ تَحْتَ عَبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، فَدَخَلَ عَلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَوْمًا فَأَطْعَمْتُهُ، وَجَلَسْتُ تَقْلِي فِي رَأْسِهِ، فَنَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَوْمًا ثُمَّ اسْتَيْقَظَ، وَهُوَ يَضْحَكُ، قَالَتْ: فَقُلْتُ: مَا يُضْحِكُكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: نَاسٌ مِنْ أُمَّتِي عُرِضُوا عَلَيَّ غَزَاةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ، يَرَكِبُونَ نَبَجَ هَذَا الْبَحْرِ، مُلُوكًا عَلَيَّ الْأَسِيرَةَ، أَوْ مِثْلَ الْمُلُوكِ عَلَيَّ الْأَسِيرَةَ، يَشْكُ إِسْحَاقُ، قَالَتْ: فَقُلْتُ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، اذْغُ اللَّهُ أَنْ يَجْعَلَنِي مِنْهُمْ، فَدَعَا لَهَا، ثُمَّ وَضَعَ رَأْسَهُ، فَنَامَ ثُمَّ اسْتَيْقَظَ يَضْحَكُ، قَالَتْ: فَقُلْتُ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا يُضْحِكُكَ؟ قَالَ: نَاسٌ مِنْ أُمَّتِي عُرِضُوا عَلَيَّ غَزَاةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ، مُلُوكًا عَلَيَّ الْأَسِيرَةَ أَوْ مِثْلَ الْمُلُوكِ عَلَيَّ الْأَسِيرَةَ، كَمَا قَالَ فِي الْأُولَى، قَالَتْ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، اذْغُ اللَّهُ أَنْ يَجْعَلَنِي مِنْهُمْ، فَقَالَ: أَنْتِ مِنَ الْأُولَى، قَالَ: فَرَكِبْتَ الْبَحْرَ فِي زَمَانٍ مُعَاوِيَةَ فَصُرِعْتَ عَنْ دَائِبَتِهَا حِينَ خَرَجْتَ مِنَ الْبَحْرِ، فَهَلَكْتَ.

الشرح: قال ابن وهب: أم حرام كانت خالة النبي ﷺ من الرضاغمة، فلذلك كان يقلب عندها، وينام في حجرها، وتقلي رأسه^(١).

٤٠/٦= كتاب الجهاد باب فضل الجهاد في البحر عن أنس بن مالك. وابن ماجه برقم ٢٧٧٦، ٩٢٧/٢ كتاب الجهاد باب غزو البحر عن أنس بن مالك. والبيهقي في الكبرى ١٦٥/٩ عن أنس بن مالك. والبيهقي في الدلائل ٤٥١/٦ عن أم حرام بنت ملحان.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣١٤/٦: هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة الموطأ، فيما علمت، جعلوه من مسند أنس بن مالك. ورواه بشر بن عمر الزهراني عن مالك، عن إسحاق، عن أنس، عن أم حرام بنت ملحان، قالت: استيقظ رسول الله ﷺ، الحديث، جعله من مسند أم حرام، هكذا حدث عنه به بندار محمد بن بشار.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣١٤/٦، ٣١٥: وأم حرام هذه خالة أنس بن مالك، أخت أم سليم، بنت ملحان، أم أنس بن مالك، وأظنها أرضعت رسول الله ﷺ، أو أم سليم أرضعت رسول الله ﷺ، فحصلت أم حرام، خالة له من الرضاغمة، فلذلك كانت تقلي رأسه، وينام عندها، وكذلك كان ينام عند أم سليم، وتنال منه ما يجوز لذى المحرم، أن يناله من محارمه، ولا يشك مسلم أن أم حرام، كانت من رسول الله ﷺ لمحرم فلذلك كان منها ما ذكر في هذا الحديث، والله أعلم.

كتاب الجهاد ٤٢٣

فصل: وقوله: «فدخل عليها رسول الله ﷺ فأطعمته، وجلست تغلى رأسه» على ما يفعله ذو المحارم ممن يزوره من ذى رحمه، ومن يكرم عليه، ويريد المبالغة فى مواصلته من إطعامه مما عنده ثم اتباع ذلك بإماطة الأذى عنه، وإدخال الراحة عليه، وإن أدى ذلك إلى مباشرة شعره وبعض جسده.

ويحتمل أن يكون ما أطعمته من مالها يسيراً من كثير، فلذلك استجاز أكله، ويحتمل أن يكون ما أطعمته من مال زوجها عبادة بن الصامت، وجاز له أكله لما علم من حال عبادة بن الصامت أنه يسر بذلك، وقد يجوز للإنسان يمر بموضع فيه تمر أو طعام لصديق مخلص له يعلم أنه يسر بما يأكل منه بحضرتة ومغيبه أن يأكل منه.

فصل: وقوله: «فنام رسول الله ﷺ ثم استيقظ، وهو يضحك» وظاهر ذلك أن ضحكه إنما كان من شىء رآه فى نومه أو تذكره عند يقظته، فسألته أم حرام عن ذلك، وقالت: «ما يضحكك يا رسول الله» وعلمت أن ضحكه وسروره لا يكون إلا من أمر فيه خير لأمته ﷺ، فقال: «ناس من أمتى عرضوا على» يريد فى منامه «غزاة فى سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر» يريد والله أعلم ظهره «ملوكا على الأسرة أو مثل الملوك» يشك الرواى أيهما قال.

ويحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد أن حالهم فى الدنيا حين ركوبهم ثبج البحر حال الملوك على الأسرة فى صلاح أحوالهم، وسعة دنياهم، وقوتهم على العدو وكثرة عددهم وسلاحهم وأسرتهم، وغير ذلك مما يحتاجون إليه فى غزوهم، وأنهم ليسوا بحال ضيق ولا إقلال وأنه مع يسر ويضحك من حالهم، وهذا يدل على أنها حال صلاح فى الدنيا مضافة إلى صلاح فى الدين، ولولا ذلك لما سر بها ﷺ.

والوجه الثانى أنه يريد أنهم عرضوا عليه غزاة فى سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر، وأنهم مع ذلك عرضوا عليه أو علم بحالهم فى الجنة ملوكاً على الأسرة كقوله تعالى، فى أهل الجنة: ﴿على الأرائك متكئون﴾ [يس: ٥٦]. والأول أظهر.

فصل: وقولها: «يا رسول الله، ادع الله أن يجعلنى منهم» يؤكد ما تقدم من أنها سألت وتشفعت بالنبى ﷺ أن يجعلها الله منهم، لما فهمت من أن سعيهم مقبول وعملهم مبرور، وجهادهم مشكور، فإن حالهم فى الآخرة حال رضا ورضوان، فدعا لها رسول الله ﷺ إشفاقاً لمن سأله الدعاء من أمتة لاسيما بما يعود إلى صلاح الدين ويتضمن هذا جوزاً ركوب البحر للغزو والجهاد.

قال القاضي أبو الوليد: والحج عندي يجب أن يكون مثله.

فصل: وقوله: «وضع رأسه، فنام ثم استيقظ يضحك» إلى قوله: «ناس من أمتي عرضوا على غزاة في سبيل الله ملوكاً على الأسرة» لم يذكر في هذا الحديث جواز ركوب البحر، ويحتمل أن يكون غزو هؤلاء في غير البحر، فقالت أم حرام: «ادع الله أن يجعلني منهم» حرصاً على أن تنال أجر الغزوين، ويكون لها فضيلة الطائفتين، فقال لها رسول الله ﷺ: «أنت من الأولين» إعلماً لها بأنها لا تشهد غزوة الطائفة الثانية، ولم يبين لها أن ذلك لموت يتعجل، ويمنع من لحاق الطائفة أو لمانع من حضور ذلك مع بقاء حياتها.

ويحتمل أن يكون ﷺ أوحى إليه، وأعلم بذلك كله غير أنه أظهر إليها من ذلك ما أظهر، ولم يظهر لها أنها تموت قبل غزوة الطائفة الثانية، ويحتمل أن يكون لم يوح إليه بأكثر مما أظهر إليها، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فركبت البحر في زمن معاوية بن أبي سفيان» أهل السير يقولون: إن غزوة معاوية هذه كانت في زمن عثمان بن عفان، قال حنيفة بن خياط عن ابن الكلبي: إن هذه الغزوة لمعاوية كانت سنة ثمان وعشرين.

وقال الزبير بن بكار: ركب معاوية البحر غازياً بالمسلمين في خلافة عثمان إلى قبرس، ومعه أم حرام زوجة عبادة بن الصامت، فركبت بغلتها حين خرجت من السفينة فصرعت، فماتت ورواية أهل السير لا يعتمد عليها أهل الحديث.

وظاهر قوله: «في زمن معاوية» يقتضى في وقت إمارته وخلافته، وهو الأظهر. ورواية أئمة الحديث أصح، ولو صح ما يقوله أهل السير لجاز أن يريد بقوله: «في زمن معاوية» أى في وقت ولايته على الشام، وذلك كان في زمن عمر إلى آخر زمن عثمان وبعده، وهذه فضيلة لمعاوية أبي سفيان إذا أخبر النبي ﷺ بفضيلة قوم غزاة هو منهم حتى تمت أم حرام أن تكون منهم، وسألت الدعاء بذلك: وأجابها إليه، ودعا لها به.

فصل: وقوله: «فصرعت عن دابتها حين خرجت من البحر، فهلكت» فكان هذا تحقيقاً لقول النبي ﷺ أنها من الأولين، وتبيناً أن المانع لها أن تكون من الآخرين أن عمرها ينقضى قبل ذلك، وهذا من أعلام نبوته الواضحة أن يعلم بالأشياء على وجهها قبل أن تكون، ثم تكون على حسب ذلك لا تخرم عنه، ويتكرر ذلك منه ﷺ تكررًا يوجد في أكثر الأحوال، وكل من يتعاطى تكهنًا بتنجيم أو غيره، فإن الأغلب عليه

كتاب الجهاد ٤٢٥
الخطأ، وإن أصاب في بعض الأشياء على ما يفعل الظان والمخمن والحازر، والحمد
رب العالمين.

١٠٤٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ
أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَوْلَا أَنْ أَشَقَّ عَلَيَّ أُمَّتِي لِأَحْبَبْتُ أَنْ لَا أَتَخَلَّفَ عَنْ سَرِيَّةٍ
تَخْرُجُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَلَكِنِّي لَا أَجِدُ مَا أَحْمِلُهُمْ عَلَيْهِ، وَلَا يَجِدُونَ مَا يَتَّجِمُونَ
عَلَيْهِ، فَيَخْرُجُونَ وَيَشُقُّ عَلَيْهِمْ أَنْ يَتَخَلَّفُوا بَعْدِي، فَوَدِدْتُ أَنِّي أُقَاتِلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ
فَأُقْتَلُ ثُمَّ أَحْيَا فَأُقْتَلُ ثُمَّ أَحْيَا فَأُقْتَلُ»^(١).

الشرح: قوله: «لولا أن أشق على أمتي لأحببت أن لا أتخلف عن سرية» يقتضى
إشفاقه على أمته، والجرى إلى الرفق بهم، والاجتناب لما يشق عليهم، وتركه كثيراً من
عمل البر، خوفاً أن يتكلفوا منه ما لا يطيقون أو يشق عليهم القعود عن مثله عجزاً
عنه، وعدم ما يتوصل إليه، وذلك يدل على أن الجهاد ليس بفرض على الأعيان، ولو
تعين عليه فرض الجهاد لما جاز له أن يتخلف عنه لعجز غيره عنه.

فصل: وقوله ﷺ: «فوددت أنى أقاتل فى سبيل الله فأقتل» تمنى للشهادة وأعمال
البر.

وقوله ﷺ: «ثم أحيا فأقتل» تمنى من الخير لما علم أنه لا يكون؛ لأن الإحياء بعد
الموت فى الدنيا معلوم أنه لا يكون، وقد تمنى ﷺ إعلاماً بدرجة الشهادة وتحريضاً
لأمتة عليها وإعلاماً لهم بما فيها.

١٠٤٨ - أخرجه البخارى فى الإيمان ٣٥، الجهاد والسير ٢٥٨٨، ٢٧٥٠، التمنى ٦٦٨٥،
٦٦٨٦. ومسلم فى الإمارة ٣٤٨٤، ٣٤٨٥. والنسائى فى الجهاد ٣٠٤٥، ٣٠٩٨، ٣٠٩٩،
النكاح ٣١٥١، ٣١٥٢. وابن ماجه فى الجهاد ٢٧٤٣، ٢٧٥٣. وأحمد فى باقى مسند
المكثرين ٦٨٦٠، ٧٠٤١، ٧٧٨٣، ٨٦٢١، ٩١١١، ٩٧٤٢، ١٠٠٣٨، ١٠١١٩.
(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦/٣٢٦: فى هذا الحديث دليل على أن الجهاد ليس بفرض
معين على كل أحد فى خاصته، ولو كان فرضاً معيناً ما تخلف رسول الله ﷺ على
أمتة؛ والجهاد عندنا بالغزوات والسرايا إلى أرض العدو فرض على الكفاية، فإذا قام بذلك من
فيه كفاية ونكاية للعدو، سقط عن المتخلفين؛ فإذا أظل العدو بلدة مقاتلاً لها، تعين الفرض
على كل أحد حينئذ فى خاصته على قدر طاقته خفيفاً وثقيلاً، شاباً وشيخاً، حتى يكون فىمن
يكائر العدو كفاية بهم.

١٠٤٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: لَمَّا كَانَ يَوْمُ أُحُدٍ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ يَأْتِنِي بِخَبَرِ سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ الْأَنْصَارِيِّ؟» فَقَالَ رَجُلٌ: أَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَذَهَبَ الرَّجُلُ يَطُوفُ بَيْنَ الْقَتْلَى، فَقَالَ لَهُ سَعْدُ بْنُ الرَّبِيعِ: مَا شَأْنُكَ؟ فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: بَعَثَنِي إِلَيْكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِأَتِيَهُ بِخَبْرِكَ، قَالَ: فَاذْهَبْ إِلَيْهِ فَاقرئه مِنِّي السَّلَامَ وَأخْبِرْهُ أَنِّي قَدْ طُعِنْتُ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ طَعْنَةً، وَأَنْتَى قَدْ أَنْفَذْتَ مَقَاتِلِي وَأَخْبِرْ قَوْمَكَ أَنَّهُ لَا عُذْرَ لَهُمْ عِنْدَ اللَّهِ إِنْ قُتِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَوَاحِدٌ مِنْهُمْ حَيٌّ (١).

الشرح: قوله ﷺ: «من يأتيني بخبر سعد بن الربيع» اهتبال منه ﷺ بأصحابه، وبخبره عن من فقد منهم بعد الموت ليعلم ما خبره، وما الذي غيبه، وإن كان أصيب أو سلم، فانتدب الرجل ليحرز طاعة النبي ﷺ والمبادرة إلى ما يرغبه، وإن لم يعينه بالأمر وذهابه بين القتلى لطلب سعد بن الربيع؛ لأن الظاهر أن من فقد في ذلك الوقت، وفي مثل تلك الحال أنه قتل أو نخن بالجراح، فبادر إلى طلبه حيث ظن أنه يجده.

وقول سعد بن الربيع له: «ما شأنك» لعله قد توقع أن يكون أرسل للبحث عن خبره أو خبر غيره، فيوصي معه بما أراد أن يوصي به إلى قومه، فأمره أن يقرئ النبي ﷺ سلامه لما اعتقد أنه لا يلقاه، وأن يخبره بما جرى عليه من عدد الطعان وإنفاذ المقاتل.

وفي ذلك إعلام بفوات لقائه، ولعله قصد بذلك استدعاء ترحمه عليه واستغفاره

١٠٤٩ - أخرجه الحاكم في المستدرک ٢١/٣. البيهقي في دلائل النبوة ٢٨٥/٣. وذكره الزبيدي في الإتحاف ١٠/٣٣٠ عن يحيى بن سعيد. وذكره ابن عبد البر في الاستدكار برقم ٩٦٩. (١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٢٧/٦: هذا الحديث لا أحفظه ولا أعرفه إلا عند أهل السير، فهو عندهم مشهور معروف. ذكره ابن إسحاق قال: لما انصرف أبو سفيان ومن معه من أحد ووجهوا إلى مكة، فزع الناس إلى قتلاهم؛ فقال رسول الله ﷺ: «من رجل ينظر لي ما فعل سعد بن الربيع، أفي الأحياء هو أم في الأموات؟ فقال رجل من الأنصار: أنا أنظر لك يا رسول الله ما فعل، فنظر فوجده جريحاً في القتلى وبه رمق، قال: فقلت له: إن رسول الله ﷺ أمرني أن أنظر أفي الأحياء أنت أم في الأموات؟ قال: أنا في الأموات، فأبلغ رسول الله ﷺ عني السلام، وقل له: إن سعد بن الربيع يقول: جزاك الله عنا خير ما جزى نبيا عن أمته؛ وأبلغ قومك عني السلام، وقل لهم: إن سعد بن الربيع يقول لكم: لا عذر لكم عند الله إن خلص إلى نبيكم ومنكم عين تطرف، قال: ثم لم أبرح حتى مات؛ قال: فجئت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته خبره».

كتاب الجهاد ٤٢٧

ورضاه عنه، ثم أوصى إلى قومه بأن يفتدوا النبي ﷺ بأنفسهم، وأن لا يوصل إليه، ومنهم حتى وإن من حى منهم بعد ذلك، فلا عذر له عند الله. وهذا يقتضى أنه كان يجب على المسلمين وقايتة ﷺ بأنفسهم وبذلها دونه.

١٠٥٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَغِبَ فِي الْجِهَادِ وَذَكَرَ الْجَنَّةَ^(*) وَرَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ^(*) يَأْكُلُ تَمْرَاتٍ فِي يَدِهِ، فَقَالَ: إِنِّي لَحَرِيصٌ عَلَى الدُّنْيَا إِنْ جَلَسْتُ حَتَّى أْفْرُغَ مِنْهُنَّ، فَرَمَى مَا فِي يَدِهِ، فَحَمَلَ بِسَيْفِهِ، فَقَاتَلَ حَتَّى قُتِلَ.

الشرح: قوله: «إله ﷺ رغب في الجهاد» تبييناً منه في تجديد ذلك عند حضور القتال، وتذكيراً للناس بفضائل الجهاد، وترغيباً لهم في إحراز أجره، والصبر على شدة الحرب، وما عسى أن يؤدي إليه من جراح أو شهادة، فأكد ذلك بأن شوقهم إلى الجنة بأن وصف ما أعد الله فيها للمجاهد في سبيله لاسيما لمن أكرمه الله بالشهادة.

فصل: وقوله: «ورجل من الأنصار يأكل تمرات في يده» ذكر أهل السير أن ذلك الرجل هو عمير بن الحمام الأنصاري السلمى ما ذكر به النبي ﷺ حمله تصديقه له وتثبته لما قاله على أن طرح تمرات في يده كان يأكلها، ورأى أن اشتغاله بأكلها عن المبادرة إلى الشهادة المؤدية إلى ما وصف النبي ﷺ من الجنة حرص على الدنيا واشتغال بيسير متاعها عن عظيم ما أعد الله تعالى لأولياؤه، فطرحها وحمل بسيفه، وذكر أهل السير أنه حمل، وهو يقول:

ركضاً إلى الله بغير زاد إلا التقى وعمل المعاد
والصبر في الله على الجهاد

وقد ذكر أهل السير أن هذا كان يوم بدر، وقد كان مع النبي ﷺ جماعة أصحابه، وهم ثلاثمائة وبضعة عشر، فيحتمل أن يكون حمل عمير هذا مع جماعة الناس، ويحتمل

١٠٥٠ - أخرجه البخارى بنحوه ٢١٥/٥ كتاب المغازى باب غزوة أحد. ومسلم ١٥٠٩/٣ كتاب الإمارة باب ٤١ رقم ١٤٣ باب ثبوت الجنة للشهيد عن جابر. البيهقى فى السنن الكبرى ٤٣/٩. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٧٠.

(*) فى حديث أنس أن رسول الله ﷺ قال يوم بدر: «قوموا إلى جنة عرضها السموات والأرض...» الحديث. قاله السيوطى فى تنوير الحوالك ٣٠٩/١.
(*) قال السيوطى: هو عمير بن الحمام كما فى حديث أنس. وذكره ابن إسحاق وغيره.

٤٢٨ كتاب الجهاد
أن يكون انفراد بالحمل على جماعة من المشركين، وهذا جائز أن يحمل الرجل وحده على الكتيبة لاسيما من علم من نفسه شدة وقوة، وكان من أصحابه من العدد ما يعلم أنهم محتمون دونه.

وقد روى عن مالك أنه قال: يجوز للرجل إذا علم من نفسه قوة وغناء أن يبرز إلى الجماعة، ولا يكون له تهلكة، وأما من كان رأس الكتيبة، وعلم أنه إن أصيب هلك من معه من المسلمين، فالصواب له أن لا يتعرض للقتال إلا أن يضطر إليه؛ لأن في بقاءه بقاء المسلمين.

١٠٥١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ أَنَّهُ قَالَ: الْغَزْوُ غَزْوَانِ فَغَزْوٌ تَنَفَّقَ فِيهِ الْكَرِيمَةُ، وَيُيَاسَرُ فِيهِ الشَّرِيكُ، وَيُطَاعُ فِيهِ ذُو الْأَمْرِ، وَيُجْتَنَبُ فِيهِ الْفَسَادُ، فَذَلِكَ الْغَزْوُ خَيْرٌ كُلُّهُ، وَغَزْوٌ لَا تَنَفَّقَ فِيهِ الْكَرِيمَةُ، وَلَا يُيَاسَرُ فِيهِ الشَّرِيكُ، وَلَا يُطَاعُ فِيهِ ذُو الْأَمْرِ، وَلَا يُجْتَنَبُ فِيهِ الْفَسَادُ، فَذَلِكَ الْغَزْوُ لَا يَرْجِعُ صَاحِبُهُ كَفَافًا.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «تنفق فيه الكريمة» يريد كرائم الأموال، ويحتمل أن يريد به حلال المال دون خبيثه، ودون ما فيه شبهة، ويحتمل أن يريد به كثيره إذا أراد بالنفقة النفقة على نفسه والصدقة، ويحتمل أن يريد بالكريمة أفضل المتاع مثل أن يغزو على أفضل الخيل وأسبقها، ويقتنيها لذلك.

وكذلك يغزو بأفضل السلاح والآلة، فيكون إنفاقها في سبيل الله ابتياعها لذلك، ويكون استعمالها في ذلك حتى يعطب الفرس، وتفنى الآلة والسلاح، وقد يحتمل أن

١٠٥١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٧١، وقال: هذا الحديث مرفوع إلى النبي ﷺ بإسناد حسن: أخبرنا عبد الرحمن بن محمد، قال: وحدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا حيوة بن شريح الحضرمي، قال: أخبرنا بقية، قال: حدثنا بجير بن سعد، عن خالد ابن معدان، عن أبي بجرية، عن معاذ بن جبل، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الغزو غزوان فأما من ابتغى وجه الله، وأطاع الإمام، وأنفق الكريمة، ويأسر الشريك، واجتنب الفساد، فإن نومه ونهه أحر كله، وأما من غزا فخرا ورياء وسمعة، وعصى الإمام، وأفسد في الأرض، فإنه لم يرجع بالكفاف». الحديث أخرجه الإمام أحمد، واللفظ له، في المسند حدث رقم ٢١٥٣٧. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣١٨٨. أبو داود حديث رقم ٢٥١٥. الدارمي حديث رقم ٢٤١٧.

كتاب الجهاد ٤٢٩
يريد بإنفاق الغزى ذلك فى سبيل الله أن يجس فى سبيل الله أفضل ما يغزو به معه من ذلك.

فصل: وقولها: «وياسر فيه الشريك» مياسرته يريد موافقته فى رأيه مما يكون طاعة ومتابعته عليه وقلة مشاحاته فيما يشاركه فيه من نفقة أو عمل وطاعة ذى الأمر امتثال أمر الأمير بأن يمتنع مما يمنع منه ويمثل ما يأمر به من الطاعة لله، ويجتنب مع ذلك الفساد فيما لا يعود بموافقة الشريك، ولا تقدم للإمام فيه أمر ولا نهى.
مسألة: وهل له أن يبارز بغير الإمام. وقوله «فذلك الغزو خير كله» يريد أنه خير لصاحبه فى الآخرة، وطاعة لله وقربة.

فصل: قوله: «وغزو لا تنفق فيه الكريمة، ولا يياسر فيه الشريك، ولا يجتنب فيه الفساد» على حسب ما تقدم، «فذلك الغزو لا يرجع كفافاً» يريد أنه لا يبقى سعيه وغزوه بما يكسبه من المآثم.

* * *

ما جاء فى الخيل والمسابقة بينها والنفقة فى الغزو

١٠٥٢ - مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «الخيل فى نواصيها الخير إلى يوم القيامة».

الشرح: قوله ﷺ: «الخيل فى نواصيها الخير إلى يوم القيامة» يريد والله أعلم، الأجر والغنيمة. وقد روى ذلك من طريق عبد الله عنه ﷺ أنه قال: «الخيل فى نواصيها الخير إلى يوم القيامة، الأجر والغنيمة»^(*) وهذا حض على ارتباطها فى سبيل الله واتخاذها للجهاد.

وقوله: «إلى يوم القيامة»، دليل على أن ذلك ياق إلى يوم القيامة، وأن الإسلام لا

١٠٥٢ - أخرجه البخارى فى الجهاد والسير ٢٦٣٧. ومسلم فى الإمارة ٣٤٧٨. والنسائى فى الخيل ٣٥١٥. وابن ماجه فى الجهاد ٢٧٧٧. وأحمد فى مسند الكثيرين من الصحابة ٤٣٨٧، ٤٥٨٥، ٤٨٥٦، ٤٩٥٣، ٥٥٠٨، ٥٦٤٨. والبيهقى فى الكبرى ٨١/٤ عن أبى هريرة. والطبرانى فى الكبير ٣٠٦/٨ عن أبى أمامة. والبغوى فى شرح السنة ٣٨٥/١٠ عن ابن عمر.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٨٧٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٥٧٢. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٧١٤.

٤٣٠ كتاب الجهاد

يذهب جملة، ولا يغلب عليه حتى لا يبقى من أهله من يجاهد عن الدين، ويدل أيضاً أن أهل الكفر، ومن يجاهد على الدين لا يخلو منهم وقت إلى يوم القيامة، فهذا اللفظ إلا أن يرد تخصيصه ببعض الأزمان، فقد روى عن ابن عباس أنه قال فى تأويل قوله تعالى: ﴿حتى تضع الحرب أوزارها﴾^(١) [محمد: ٤].

١٠٥٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي قَدْ أُضْمِرَتْ مِنَ الْحَفِيَاءِ^(١) وَكَانَ أَمْدُهَا ثِنْتَةَ الْوَدَاعِ^(٢) وَسَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي لَمْ تُضْمَرْ مِنَ الثَّنِيَّةِ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ^(٣) وَأَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ مِمَّنْ سَابَقَ بِهَا.

الشرح: قوله: «سابق بين الخيل التي أضمرت من الحفيا إلى ثنية الوداع» قال محمد ابن عبد الحكم: فى هذا دليل على إجازة الإضمار، وذلك لا يكون إلا بمنع بعض العلف واستجلاب العرق.

وقال موسى بن عقبة: بين الحفيا وثنية الوداع ستة أميال أو سبعة، ومن الثنية إلى مسجد بنى زريق ميل ونحوه، وهذا نص فى مجاوزة المسابقة بين الخيل لما فى ذلك من تدريبها على الجرى والسبق، وتدريب من يسابق بها، ولما يعث عليه من الاجتهاد فى ذلك والمبالغة فيه لما جبلت عليه النفوس من الحرص على الغلبة.

(١) لم يوضح المصنف ما قاله ابن عباس فى ذلك. المحقق.

١٠٥٣ - أخرجه البخارى فى الصلاة ٤٠٣. ومسلم فى الإمارة ٣٤٧٧. والترمذى فى الجهاد ١٦٢١. والنسائى فى الخيل ٣٥٢٥، ٣٥٢٦. وأبو داود فى الجهاد ٢٢١١، ٢٢١٢، ٢٢١٣. وأحمد فى مسند المكفرين من الصحابة ٤٢٥٧. والدارمى فى الجهاد ٢٣٢٢.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٣٥/٦: هكذا رواه جماعة أصحاب الموطأ عن مالك، لم يختلفوا عليه فى إسناده، واختلفوا عنه فى بعض ألفاظه؛ فكان ابن بكير يقول: سابق بين الخيل التي لم تضم من الثنية التي عند مسجد بنى زريق، وخالفه جمهور الرواة، منهم: ابن القاسم والقعنبي وابن وهب، فرووا كما روى يحيى من الثنية إلى مسجد بنى زريق؛ وفى ألفاظ أصحاب نافع، وألفاظ الرواة عنه فى هذا الحديث اختلاف.

(١) الحفيا بفتح الحاء وسكون الفاء: موضع خارج المدينة، بينه وبين ثنية الوداع ستة أميال أو نحوها.

(٢) أمدها ثنية الوداع: أى غايتها إلى ثنية الوداع، وهو موضع خارج المدينة أيضا سمي بذلك لأن الخارج من المدينة يمشى معه المودعون إليها، وهى فى طريق مكة.

(٣) بنى زريق: بضم الزاى وفتح الراء وسكون الياء: اسم قبيلة من الأنصار بينهما وبين الثنية ميل واحد.

كتاب الجهاد ٤٣١

فإذا سبق غيره كان اجتهاده لنفسه وفرسه واجتهاده أكثر من إجهاده واجتهاده إذا انفرد بالجرى، وليس تعرف العرب المسابقة إلا بين الخيل والإبل، وكذلك فى الإسلام قاله محمد بن عبد الحكم. وقد سبق رسول الله ﷺ بين الخيل والإبل، ولا أعلم أنه سبق بين غيرها.

فصل: وليس فى الحديث ما يدل على أنه كان بين تلك الخيل سبق، أخرجه أحد المتسابقين أو غيرهم، وذلك لا يخلو من أحد حالين. وأما أن يكون السبق أخرجه غير المتسابقين أو أحدهم، فإن أخرجه غيرهم كالإمام وغيره أنه لمن سبق، فلا خلاف فى جوازه.

مسألة: وإن أخرجه أحد المتسابقين، فإن ذلك على وجهين، أحدهما: أن يخرج به ويسبق على أنه إن سبق غيره، فهو للسابق، وإن سبق هو لم يكن له، ويكون للذى يليه، فهذا أيضًا مما أجازته مالك وأكثر العلماء.

فرع: فإن لم يكن معه إلا فارس واحد، فسبق المخرج لم يرجع إليه الطعام، وكان لمن حضر، رواه ابن مزين عن مالك.

مسألة: والوجه الثانى أن يخرج المتسابقين على أنه سبق غيره، فهو للسابق وإن سبق المخرج، فهو له، هذا كرهه مالك، ورواه ابن المواز عن ابن القاسم: لا خير فيه، وروى أصبغ عن ابن وهب إجازته، ورواه ابن وهب عن مالك.

فصل: وقوله: «وأن عبد الله بن عمر كان ممن سبق بها» يحتل أن يريد به التى سابت من الثنية إلى مسجد بنى زريق، وليس فى الراكبين حد من صغر ولا كبير ولا خفة ولا ثقل وليختر كل إنسان لركوب دابته من أحب، وأمكنه، وكتب عمر بن عبد العزيز: لا تحملوا على الخيل إلا من احتلم.

١٠٥٤ - مالك، عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول: ليس برهان الخيل بأس إذا دخل فيها محلل، فإن سبق أخذ السبق، وإن سبق لم يكن عليه شيء^(١).

١٠٥٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٧٤.

(١) قال فى الاستذكار ٣١١/١٤ - ٣١٣: أنكر مالك العمل بقول سعيد، ولم يعرف المحلل، ولا يجوز عنده أن يجعل المتسابقين سبقين يخرج كل واحد منهما سابقًا من قبل نفسه =

الشرح: قوله: «ليس برهان الخيل بأس» يريد المسابقة.
 وقوله: «إذا كان بينهما محلل» سماه محللاً؛ لأنه بدونه لم تجز المسابقة بينهما على شيء يخرج كل واحد منهما، وإن أخرج أحدهما سبقاً، وكان بينهما محلل إن سبق أحد، وإن سبق لم يكن عليه شيء، فهذا أجاز ابن المسيب. قال ابن المواز: وهو قياس قول مالك الآخر. قال محمد: وبه أخذ، والمشهور عن مالك منعه.

=على أن من سبق منهما أحرز سبقه وأخذ سبق صاحبه. هذا لا يجوز عنده محلل ولا بغير محلل، إنما السابق عنده أن يجعل السبق، أحدهما كالسلطان، فمن سبق أخذه، لا غير. وقد روى عن مالك مقل قول سعيد بن المسيب، والأشهر عنه ما ذكرنا. وأجمع سائر العلماء على أنه لا يجوز أن يجعل كل واحد منهما سبقه إلا أن يكون سبقهما فرس ثالث، لا يجعل شيئاً، وهو مثلهما في الأغلب، وهو الذى يدعى المحلل، فإن كان ذلك، فهو الذى اختلف فيه العلماء قديماً وحديثاً. فقال مالك ما وصفنا. وقال الشافعى: الأسباق ثلاثة: سبق يعطيه الوالى أو الرجل غير الوالى من ماله متطوعاً به فيجعل للسابق شيئاً معلوماً بمن سبق أحرز ذلك السبق، وإن شاء الوالى أو غيره، جعل أيضاً للمصلى، وللتانى والثالث شيئاً شيئاً، فذلك كله حلال لمن جعل له. والثانى: أن يريد الرجلان أن يتسابقا بفرسيهما ويريد كل واحد منهما أن يسبق صاحبه، ويخرجا سبقين، فهذا لا يجوز إلا محلل بينهما، يكون فارساً لا يأمن أن يسبقهما، فإن سبق المحلل، أخذ السابقين، وإن سبق أحد المتسابقين، أحرز سبقه وأخذ سبق صاحبه، وإن سبق الاثنان الثالث، كانا كمن لم يسبق واحد منهما، ولا يجوز حتى يكون الأمر واحداً، والغاية واحدة. قال: ولو كانوا مائة فأدخلوا بينهم محللاً، فذلك. والثالث: أن يسابق أحدهما صاحبه، ويخرج السبق وحده، فإن سبقه صاحبه أخذ السبق، وإن سبق صاحبه أحرز السبق. وهذا فى معنى الوالى. قال: ويخرج المتسابقان ما يتراضيان عليه ويتراضونه على يدى رجل. وأقل السبق يسبق بالهادى أو بعضه أو بالكفل أو بعضه. وقول محمد بن الحسن فى هذا كقول الشافعى. قال محمد بن الحسن وأصحابه: إذا جعل السبق واحدة، فقال: إن سبقتنى، فلك كذا وكذا، ولم يقل: إن سبقتك، فعليك كذا وكذا، فلا بأس. ويكره أن يقول: إن سبقتك، فعليك كذا، وإن سبقتنى، فعلى كذا. هذا لا خير فيه، وإن قال رجل غيرهما: أيكما سبق، فله كذا، فلا بأس، وإن كان بينهما محلل إن سبق، فلا يفرم، وإن سبق أحد فلا بأس، وذلك كان يسبق ويسبق. وقالوا: ما عدا هذه الثلاثة الأسباق فيه قمار، وأجاز العلماء فى غير الرهان السبق على الأقدام. وهذا مأخوذ من خبر سلمة بن الأكوع أنه سابق بين يدى رسول الله ﷺ مع الأنصارى. وسابق رسول الله ﷺ عائشة فسبقها، فلما أسن سابقها فسبقته، فقال: «هذه بتلك». وأما السبق فى الرهان، فلا يجوز إلا فى ثلاثة أشياء: هى الخف، والحافر، والتصل. وفيه حديث احتاج الناس فيه إلى ابن أبى ذئب، رواه عنه الثورى، وابن عيينة، والمعنى وغيرهم، عن نافع ابن أبى نافع، عن أبى هريرة، أن النبى ﷺ قال: «لا سبق إلا فى خف، أو نصل، أو حافر».

كتاب الجهاد ٤٣٣

مسألة: وليس من شرط هذا الرهان أن يعرف كل واحد من المتراهنين جرى فرس صاحبه، ولا صفة الراكب من ثقل وخفة، وإنما ذلك على حسب ما يتفق.

١٠٥٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رُمِيَ، وَهُوَ يَمْسَحُ وَجْهَ فَرَسِهِ بِرِدَائِهِ، فَسُئِلَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: «إِنِّي عَوْتِبْتُ اللَّيْلَةَ فِي الْخَيْلِ».

الشرح: مسحه ﷺ وجه فرسه بردائه على سبيل الإكرام له، والمبالغة في مراعاته، والإحسان إليه، وإنما سئل عن ذلك لما لم يعهد منه مثل هذا، فقال ﷺ: «إِنِّي عَوْتِبْتُ اللَّيْلَةَ فِي الْخَيْلِ»^(١) وهذا يقتضى أنه إنما عوتب فى المبالغة فى مراعاتها والتعاهد لها والإحسان لما خصها الله به من أن جعلها سبباً للخير من الأجر والمغنم عوناً عليه.

١٠٥٦ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حِينَ خَرَجَ إِلَى خَيْبَرَ أَتَاهَا لَيْلًا، وَكَانَ إِذَا أَتَى قَوْمًا بَلِيلَ لَمْ يُغْرِ حَتَّى يُصْبِحَ، فَلَمَّا أَصْبَحَ خَرَجَتْ يَهُودُ بِمَسَاحِيهِمْ وَمَكَاتِلِهِمْ، فَلَمَّا رَأَوْهُ قَالُوا: مُحَمَّدٌ، وَاللَّهِ مُحَمَّدٌ وَالْخَمِيسُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اللَّهُ أَكْبَرُ خَرِبْتُ خَيْبَرَ، إِنَّا إِذَا نَزَلْنَا بِسَاحَةِ قَوْمٍ ﴿فَسَاءَ صَبَاحُ الْمُنْذَرِينَ﴾» [الصفات: ١٧٧].

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ حين خرج إلى خيبر أتاه ليلًا» يمتثل أن يكون ﷺ قصد ذلك ليستتر المسلمون فى مكانهم، فإذا أصبح خرج من اليهود من جرت

١٠٥٥ - أخرجه البخارى فى الصلاة ٣٥٨، الجهاد والسير ٢٧٢٦. ومسلم فى الجهاد والسير ٣٣٦٠. والترمذى فى السير ١٤٧٠. والنسائى فى المواقيت ٥٤٤، النكاح ٣٣٢٥، الصيد والذبائح ٤٢٦٣. وأحمد فى باقى مسند الكثيرين ١١٦٣٥، ١٢٢٠٨، ١٢٦٦٥، ١٣٠٨٦، ١٣٢٧٢.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٤٣/٦: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جماعة رواه فيما علمت، وقد روى عن مالك مسنداً عن يحيى بن سعيد، عن أنس، ولا يصح.

(١) قال السيوطى: فى رواية أبى عبيدة فى إذالة الخيل وله من مرسل عبد الله بن دينار، وقال: «إن جبريل بات الليلة يعاتبنى فى إذالة...» أى امتهانها. انظر: تنوير الحوالك ٣١١/١.

١٠٥٦ - أخرجه البخارى كتاب المغازى ٢٧٥/٥ عن أنس. ومسلم ١٠٤٤/٢، ١٠٤٤/٢ رقم ٨٤ كتاب النكاح عن أنس. والنسائى ١٣٢/٦ عن أبى طلحة. والبيهقى فى الكبرى ٢٣٠/٢ عن أنس. وابن أبى شيبه ٤٦١/١٤ عن أنس. والبيهقى فى الدلائل ٢٠٣/٤ عن أنس. وذكره الهيثمى فى المجمع ١٤٩/٦ وعزاه لأحمد والطبرانى عن أبى طلحة. وأحمد عن أنس ١٠٢/٣.

٤٣٤ كتاب الجهاد

عادته بالخروج، فيظفر بهم، ويحتمل أنه أراد أن يأتي ليعلم بقاءهم على كفرهم بتركهم الأذان وانتقالهم عنه بالأذان قبل أن ينذروا، ويحتمل أن يكون قصد بذلك الفرق بأصحابه ليقبهم بذلك حر الشمس ووهج الحر، والله أعلم بذلك.

فصل: وقوله: «وكان إذا أتى قوماً بليل» يحتمل أن يكون كان يفعل ذلك ﷺ لأن الليل ليس بوقت إغارة لاسيما فيما يقرب من الحصون والقرى؛ لأن من خشى أن يغار عليه بيت فيها، فلا يظفر به، فإذا خرج عند الصباح وانتشرت العمال وسائر الناس المتصرفين أغار حينئذ ليظفر بهم أو ببعضهم، ويحتمل أن يكون كان يفعل ذلك تثبتاً، فإن سمع أذاناً عند الصباح أمسك، وإن لم يسمعه أغار.

مسألة: وليس في هذا الحديث ذكر الدعوة إلى الإسلام قبل القتال، ويحتمل أن يكون ذلك، ولم ينقل إلينا. وقد روى أبو حازم عن سهل بن سعد، قال يوم خيبر لعلي بن أبي طالب: «انفذ على رسلك حتى تنزل بساحتهم، ثم ادعهم إلى الإسلام وأخبرهم بما يجب عليهم، فوالله إن يهدي الله بك رجلاً خيراً لك من أن يكون لك حمر النعم»^(*).

ويحتمل أن يكون ترك الدعوة لما تقدم من دعائهم، وعلم من عنادهم وإصرارهم. وقد اختلف العلماء في هذا، فقال مالك: أحب إلى أن يدعى العدو قبل القتال، بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم، إلا أن يعجلوا، سواء قربوا أو بعدوا. وقال عنه ابن القاسم: لا يبتوا حتى يدعوا. وقال ابن الماجشون عن مالك: لا يدعى من قرب من الدرب مثل طرسوس والمصيصة.

وروى ابن حبيب عن المدنيين من أصحاب مالك: إنما الدعوة اليوم فيمن لم يبلغه الإسلام ولا يعلم ما يقاتل. فأما من بلغه الإسلام، وعلم ما يدعى إليه وحارب وحارب كالروم والإفرنج ممن داني أرض الإسلام، وعرفه، فالدعوة فيهم ساقطة. قال ابن حبيب: فيجب أن يغار عليهم ويتهز فيهم الفرصة، وقد بعث النبي ﷺ من يقتل كعب بن الأشرف وابن أبي الحقيق.

فوجه القول الأول، وهو رواية ابن القاسم ما روى أن علي بن أبي طالب رضى الله عنه قال للنبي ﷺ يوم خيبر: «يا رسول الله، نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا، فقال رسول

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٩٤٢، ٣٠٠٩، ٣٧٠١، ٤٢١٠. مسلم حديث رقم

٢٤٠٦. أبو داود حديث رقم ٣٦٦١. أحمد في المسند حديث رقم ٢٢٣١٤.

كتاب الجهاد ٤٣٥
الله ﷻ: انفذ على رسلك حتى تنزل بساحتهم، ثم ادعهم إلى الإسلام، وأخبرهم بما
يجب عليهم من حق الله، فوالله إن يهدى الله بك رجلاً واحداً خير لك من حمر
النعم».

فوجه الدليل منه أنه قال ﷻ له: «على رسلك، ثم ادعهم إلى الإسلام» وهذا نص
ووجه آخر أنه قال: فإن يهدى الله بك رجلاً واحداً.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وظاهر هذا عندى يقتضى أن يدعوهم فيهدون.
وأما قتالهم حتى يبينوا الإسلام، فإنما هو من باب الجبر والإكراه لهم مع أن الحرب قد
تنحلى عن أداء الجزية دون اهتداء. وأما الدعوة إلى الإسلام فهي التي تقتضى الاهتداء.

ووجهه من جهة المعنى أن أمر الإسلام مترقب مرجو في وقت ممن قد بلغته الدعوة،
وممن لم تبلغه، وقد يسلم اليوم من أبى الإسلام أعماماً حمة، فلزم أن يذكر بالدعوة،
وتعاد عليه عسى أن يؤوب إلى الإسلام.

ووجه الرواية الثانية أن من قرب من بلاد المسلمين قد بلغته الدعوة، وتكررت عليه
وعلم مقتضاها، ولا يزيد إعادتها عليه معرفة بما لم تتقدم المعرفة، وإنما في ذلك التحذر
له عن النكايه فيه، وذلك يوهن حرب المسلمين، وإنما يحتاج إلى ذلك من يعدت داره
ولم يعلم حال الإسلام، وإن كان قد دعوة الإسلام، فلم تبلغه على وجهها ولا عرف
مقتضاها، فيلزم أن تعاد عليه الدعوة، وتبين إليه ما يدعى إليه، والذي رواه ابن حبيب
عليه عمل المسلمين في سائر الآفاق. ووجهها تقدم من قوله وحجته.

فرع: ومن كان من أهل الحرب ممن يظن أن الدعوة تبلغه قوتلوا بغير دعوة فقتلوا
وغنموا، فذلك ماض، وليس عليهم رده، وقد أساءوا، رواه ابن سحنون عن أبيه.

ووجه ذلك أن حالهم من الكفر يحكم بإمضاء قتلهم واسترقاقهم، وإنما كان يجب
تقدم الدعوة رجاء أن ينتقلوا عن ذلك، فإن صادف القتل والاسترقاق الكفر الأصلي
دون عهد مضى عليهم، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فخرجت بمساحيهم ومكاتلهم» يريد للعمل فى بساتينهم ونخيلهم
وحروثهم، فلما رأوه ﷻ قالوا: «محمد، والله محمد، والخميس»^(١) يريدون الجيش،
قالوا: ذلك ينذر بعضهم بعضاً، فقال ﷻ: «الله أكبر» إعظاماً لله تعالى، وإكباراً له

(١) الخميس: هو الجيش، وسمى خميساً لأنه خمسة أقسام ميمنة وميسرة ومقدمة ومؤخرة
وقلب.

٤٣٦ كتاب الجهاد
وإخباراً بعلو دينه، وظهور أمره، ثم قال عليه السلام: «إنا إذا أنزلنا بساحة قوم، فساء صباح المنذرين»، يريد عليه السلام أنهم قد تقدم إليهم الإنذار، فلما عتوا وعاندوا نزل بساحتهم نزول الانتقام منهم والإذلال لهم.

١٠٥٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَنْفَقَ زَوْجِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ نُودِيَ فِي الْجَنَّةِ: يَا عَبْدَ اللَّهِ، هَذَا خَيْرٌ، فَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الصَّلَاةِ دُعِيَ مِنْ بَابِ الصَّلَاةِ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْجِهَادِ دُعِيَ مِنْ بَابِ الْجِهَادِ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الصَّدَقَةِ دُعِيَ مِنْ بَابِ الصَّدَقَةِ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الصِّيَامِ دُعِيَ مِنْ بَابِ الرِّيَّانِ». فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الصَّدِيقُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا عَلَيَّ مَنْ يُدْعَى مِنْ هَذِهِ الْأَبْوَابِ مِنْ ضَرُورَةٍ، فَهَلْ يُدْعَى أَحَدٌ مِنْ هَذِهِ الْأَبْوَابِ كُلِّهَا؟ قَالَ: «نَعَمْ، وَأَرْجُو أَنْ تَكُونَ مِنْهُمْ».

الشرح: قوله ﷺ: «من أنفق زوجين في سبيل الله» روى عن الحسن البصرى أنه قال: اثنين من جنس واحد، كدرهمين أو دينارين. وروى عن غيره أنه قال: دينار ودرهم.

ومعنى ذلك والله أعلم، أنه أقل ما يقع به التكرار من العبادة، وما يتقرب به إلى الله تعالى. ويحتمل أن يريد بذلك العمل، فيدخل في ذلك من صلى صلاتين أو صام يومين أو جاهد مرتين، وإن كان لفظ الإنفاق فيما قدمناه أظهر، ولفظ الجهاد والغزو في سبيل الله أظهر.

فصل: وقوله ﷺ: «نودى في الجنة يا عبد الله هذا خير» يحتمل أن يريد به يا عبد الله هذا خير أعده الله لك، فأقبل إليه من هذا الباب، ويحتمل أن يريد به هذا خير

١٠٥٧ - أخرجه البخارى ٢٤٥/٤ كتاب بدء الخلق باب صفة أبواب الجنة عن عبادة. ومسلم كتاب الزكاة ٨٥، ٧١٢/٢ باب جمع الصدقة عن أبى هريرة. والترمذى برقم ٣٦٧٤، ٦١٤/٥ كتاب المناقب باب مناقب أبى بكر عن أبى هريرة. والنسائى ١٦٨/٤ كتاب الصيام باب فضل الصائم عن أبى هريرة. والبيهقى فى السنن ١٧١/٩ عن أبى هريرة. والبغوى فى شرح السنة ١٣٤/٦ عن أبى هريرة. وذكره فى الكنز ١٦٢٩١ عن أبى هريرة.
قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٥٣/٦: تابع يحيى على توصيل هذا، جماعة الرواة إلا ابن بكير، فإنه أرسله عن حميد، عن النبى ﷺ، وكذلك رواه عبد الله بن يوسف عن مالك، عن ابن شهاب، عن حميد مرسلًا. وقد أسنده جلة عن مالك، منهم: معن وابن المبارك.

كتاب الجهاد ٤٣٧

أبواب الجنة؛ لأنه في الخير والثواب الذي أعد لك، ثم قال ﷺ: «فإن كان من أهل الصلاة دعى من باب الصلاة» ومعناه والله أعلم أن تكون الصلاة أغلب أعماله وأكثرها، وقد تغلب على عمل الرجل الصلاة، فتكون أكثر أعماله، ويغلب على أعماله الصوم، فيكون أكثر أعماله، وكذلك الجهاد والصدقة، فمن كان الغالب على عبادته نوع من هذه العبادات، نودى من الباب المختص^(١).

وهذا يحتمل وجهين أن يريد بقوله: «في سبيل الله» أى سبيل الله كانت من الجهاد وغيره، فيكون معنى ذلك أن من كانت عبادته وناقلته الصلاة دعى من باب الصلاة، ويحتمل أن يريد بسبيل الله الجهاد خاصة، ويكون معنى من كان من باب الصلاة من تنفل في غزوه، ومن كان من أهل الصيام من صام في غزوه، وأهل الصدقة من تصدق في غزوه، فيكون هذا أغلب عليه في الغزو وبه ينادى، وإن كانت عبادته في سائر الأوقات يغلب عليها غير ذلك.

فصل: قوله: «ومن كان من أهل الصيام دعى من باب الريان» رأيت لبعض أهل اللغة أن الريان من الرى، فخص ذلك بدعاء الصائم لما كان في الصوم من الصبر على ألم العطش والظمأ في الهواجر، إعلاماً لمن تكلف ذلك بما يخص هذا من الدعاء من هذا الباب الذى يدل على الثواب الجزيل، والله أعلم.

فصل: وقول أبى بكر رضى الله عنه: «يا رسول الله، ما على من يدعى من هذه

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦/٣٥٤: فى هذا الحديث من الفقه: أن أعمال البر لا يفتح فى الأغلب للإنسان الواحد فى جميعها، وأن من فتح له فى شىء منها حرم غيرها فى الأغلب، وأنه قد تفتح فى جميعها للقليل من الناس، وأن أبى بكر الصديق رضى الله عنه من ذلك القليل، وفيه أن من أكثر من شىء عرف به، ونسب إليه، ألا ترى إلى قوله: «فمن كان من أهل الصلاة». يريد من أكثر منها، فنسب إليها، لأن الجميع من أهل الصلاة، وكذلك من أكثر من الجهاد، ومن الصيام، على هذا المعنى، ونسب إليه، دعى من باب ذلك، والله أعلم. ومما يشبه ما ذكرنا ما جاور به مالك، رحمه الله، العمري العابد، وذلك أن عبد الله بن عبد العزيز العمري العابد، كتب إلى مالك يحضه إلى الانفراد والعمل، ويرغب به عن الاجتماع إليه فى العلم، فكتب إليه مالك: إن الله عز وجل قسم الأعمال، كما قسم الأرزاق، فرب رجل فتح له فى الصلاة، ولم يفتح له فى الصوم، وآخر فتح له فى الصدقة، ولم يفتح له فى الصيام، وآخر فتح له فى الجهاد، ولم يفتح له فى الصلاة، ونشر العلم وتعليمه، من أفضل أعمال البر، وقد رضيت بما فتح الله لي فيه من ذلك، وما أظن ما أنا فيه بدون ما أنت فيه، وأرجو أن يكون كلانا على خير، ويجب على كل واحد منا أن يرضى بما قسم له والسلام.

الأبواب من ضرورة» ظاهره أنه ليس عليه ضرورة في أن يدعى من غيرها، وإن الدعاء من واحد منها يكفى في التناهى فى الخير وسعة الثواب، لكنه مع ما فى الدعاء من واحد من هذه الأبواب من الخير العظيم هل يدعى أخذ من جميعها، لأن ذلك أكثر من الخير وأوسع من إنعام الله تعالى على من أطاعه، فقال ﷺ: «نعم وأرجو أن تكون منهم»، ومن دعى من هذه الأبواب كلها لا يمكن أن يقال له: إن دخولك من هذا الباب أفضل من دخولك على غيره من أبواب الجنة، ولكنه يدعى بأن يقال له إن لك هاهنا خيراً وعده الله لك لعبادتك المختصة بالدخول على هذا الباب أو لعبادتك التى هى سبب أن تدعى من ذلك الباب، والله أعلم وأحكم.

* * *

إِحْرَازِ مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَرْضَهُ

سُئِلَ مَالِكٌ عَنْ إِمَامٍ قَبَلَ الْجَزِيَّةَ مِنْ قَوْمٍ، فَكَانُوا يُعْطُونَهَا، أَرَأَيْتَ مَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ، أَتَكُونُ لَهُ أَرْضُهُ أَوْ تَكُونُ لِلْمُسْلِمِينَ وَيَكُونُ لَهُمْ مَالُهُ؟

فَقَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ يَخْتَلِفُ أَمَّا أَهْلُ الصُّلْحِ، فَإِنَّ مَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ، فَهُوَ أَحَقُّ بِأَرْضِهِ وَمَالِهِ، وَأَمَّا أَهْلُ الْعُنُوتِ الَّذِينَ أُخِذُوا عُنُوتًا، فَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ، فَإِنَّ أَرْضَهُ وَمَالَهُ لِلْمُسْلِمِينَ لِأَنَّ أَهْلَ الْعُنُوتِ قَدْ غَلِبُوا عَلَى بِلَادِهِمْ، وَصَارَتْ فَيْئًا لِلْمُسْلِمِينَ، وَأَمَّا أَهْلُ الصُّلْحِ، فَإِنَّهُمْ قَدْ مَنَعُوا أَمْوَالَهُمْ وَأَنْفُسَهُمْ حَتَّى صَالَحُوا عَلَيْهَا. فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ إِلَّا مَا صَالَحُوا عَلَيْهِ.

الشرح: قوله: «من أسلم من أهل الصلح فماله له» قول جماعة الفقهاء، وفى ذلك خمسة أبواب، أحدها: فى معرفة الصلح والعنوة، والثانى: فى حكم أهل الصلح حال حياتهم وكفرهم، والثالث: فى حكم انتقال الأملاك عنهم حال حياتهم وكفرهم، والرابع: فى حكم أموالهم بعد موتهم على كفرهم، والخامس: فى حكم أموالهم إذا أسلموا.

* * *

الباب الأول فى معرفة الصلح والعنوة

فأما أهل الصلح، فهم قوم من الكفار حموا بلادهم، وقاتلوا عليها حتى صلحوا على

شئ أعطوه من أموالهم، أو حزية أو ضريبة التزموها، فما صالحوا على بقاءه بأيديهم من أموالهم، فهو مال صلح، أرضاً كان أو غيره، وما صالحوا به أو أعطوه على إقرارهم وتأمينهم، كان أرضاً أو غيره، فإنه ليس بمال صلح، ولو أن أهل حرب قوتلوا حتى صالحوا على أن لا يكون لهم في الأرض حق، ويؤمنون على الخروج من البلد أو المقام به على الذمة، لما كانت تلك الأرض أرض صلح، وإنما تكون أرض صلح ما صالحوا على بقاءها بأيديهم، سواء تقدم ذلك للحرب أو لم يتقدمه حرب.

مسألة: وأما العنوة، فهي الغلبة، فكل مال صار للمسلمين على وجه الغلبة، من أرض أو عين، دون اختيار من غلب عليه من الكفار، فهو أرض عنوة، سواء دخلنا الدار عليهم غلبة أو أجلوا عنها، مخافة المسلمين، تقدمت في ذلك حرب أو لم تقدم، أقر أهلها فيها أو نقلوا عنها.

وقد روى أشهب عن مالك في العتبية: أن خيبر فتحت بقتال يسير، وقد خمست إلا ما كان منها عنوة أو صلحاً، وهو يسير، فإنه لم يخمس. قال أشهب: فقلت: العنوة والقتال أليسا واحداً؟ فقال: إنما أردت الصلح، ولفظ القتال يصح أن يراد به العنوة، ويصح أن يراد به الصلح، فإن القتال قد يكون سبباً إلى العنوة، ويصح أن يكون سبباً إلى الصلح، ومرادنا بالصلح والعنوة أن الأرض آل حالها أن استقرت بأيدي أربابها بصلح صالحوا عليها أو زالت عن ملكهم بالعنوة والغلبة.

قال مالك: قسمت خيبر ثمانية عشر سهماً، على ألف وثمانمائة رجل لكل رجل سهمه، قال: وما كان افتتح من خيبر خمسة، وقسم الباقي على ما تقدم، وما خمس منها بغير قتال فلم يخمس، وأقطع منها أزواجه.

فاقتضى ذلك أن خيبر كانت على ثلاثة أقسام، قسم استولى عليه عنوة بالقتال، فخمس، وقسم الأربعة أخماس، وقسم أجلوا عنه وأسلموه من غير قتال، فلم يسهم منه لأحد، وكان حكم ذلك كله حكم الخمس كما فعل ﷺ بيني النضير، قال الله تعالى: ﴿وما آفأء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شئ قدير﴾ [الحشر: ٦] وأما فذك، فصرخوا على النصف ولم يوجف عليها بخيل ولا ركاب وكانت عنوة بغير قتال.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى يقتضى أنه كان لهم النصف على وجه الصلح، وكان النصف على وجه العنوة، ولكنه ظهر عليه النبى ﷺ من غير إيجاب ولا ركاب ولا قتال، فكان حكم ذلك النصف حكم الخمس.

٤٤٠ كتاب الجهاد

قال مالك: ثم إن عمر بن الخطاب أجلى أهل خيبر، وأجلى أهل فدك، وأعطى أهل فدك بذلك حبلاً وأقتاباً وذهباً اشترى ذلك من بيت المال للمسلمين، فهذا حكم هذه البلاد.

مسألة: وأما مكة، فاختلف أهل العلم في حكمها، فقال مالك: افتتحت عنوة، وبه قال أبو حنيفة والأوزاعي. وقال الشافعي: إنما دخلها صلحاً. وقال أصحابه: معنى ذلك أنه فعل فيها فعل من صالحه، فملك نفسه وماله وأرضه ودياره، فإن كان هذا فليس بخلاف لقولنا عنوة.

والدليل على ما قلناه ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وإنما أحلت لي ساعة من نهار»^(١).

والدليل على ذلك ما روى عنه ﷺ أنه قال يوم فتح مكة: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»^(٢). ولو كان هنا صلح لما احتاج إلى تأمين من فعل فعلاً مخصوصاً، وقد تقدم له جرم. وفائدة الخلاف في هذا أنه يجوز للإمام أن يمن ويعفو عن جملة الغنائم قبل القسمة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه لم يستدم بمكة حكم العنوة من قسم دورهم وأراضيهم واسترقاق من أخذ منهم. قال أبو عبيد: فتح رسول الله ﷺ مكة ومن على أهلها وردها عليهم ولم يقسمها ولم يجعل شيئاً منها شيئاً فرأى بعض الناس أن ذلك جائز له وللأئمة بعده.

قال أبو عبيد: والذي أقول إن ذلك كان جائزاً في مكة، وليس ذلك بجائز له في غيرها، ومكة لا يشبهها شيء من البلاد لأن الله تعالى خص رسوله من الأنفال بما لم يخص به غيره، فقال: ﴿قل الأنفال لله والرسول﴾ [الأنفال: ١].

والذي قاله أبو عبيد لا يبعد في قوله أن ذلك في مكة دون غيرها، وذلك أن مكة خصت بمنع القتال فيها، وإنما أحلت له ﷺ ساعة من نهار، ثم عادت حرمتها، وحرمت القتال فيها إلى يوم القيامة، فلذلك أعاد ﷺ فيهم إليهم بعد تلك الساعة لما حرمت مقاتلتهم.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٤٣٤. مسلم حديث رقم ١٣٥٥. أبو داود حديث رقم

٢٠١٧. أحمد في المسند حديث رقم ٧٢٠١.

(٢) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧٨٠. أحمد في المسند حديث رقم ٧٨٦٢، ١٠٥٦٥.

كتاب الجهاد ٤٤١

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى الوجه الأول، وهو أن ذلك جائز له عليه السلام بمكة وغيرها، وجائز لمن بعده من الأئمة إذا رأى ذلك صلاحاً للمسلمين.

وقد رد النبي عليه السلام إلى هوازن سبيهم واستأنى بهم شهراً ليرد إليهم أموالهم وسبيهم، فلعله عليه السلام قد رأى ذلك صلاحاً واستئلاً لأهل مكة، فرد إليهم دورهم وأرضهم وأملاكهم، ولعله قد استأذن في ذلك من كان معه من المسلمين، فأذنوا له.

وقد روى عنه عليه السلام أنه قال لأهل مكة يوم افتتحوا مكة، وقد اجتمعوا فى المسجد فراراً من القتل: «اذهبوا فأنتم الطلقاء» ولم يسب من أهلها أحداً، فكذلك يجوز أن يكون قد أتبعهم أموالهم وديارهم وأرضهم، فكل من أسلم منهم بقى ملكه فى يده.

مسألة: وأما أرض الأندلس، فإن أكثرها افتتحت عنوة، ومنها ما افتتح صلحاً كتدمر وغيرها، وإلى هذا ذهب ابن حبيب وغيره من علمائنا، وسيأتى ذكر حكم أرضها بعد هذا إن شاء الله.

فرع: ذكر الداودى أن عمر بن الخطاب بعث سهل بن حنيف، فجعل على جريب البر ثمانية وأربعين درهماً، وعلى جريب الشعير أربعة وعشرين درهماً، وعلى جريب التمر ستة.

قال أبو القاسم الزجاجى: الجريب ستون ذراعاً فى ستين ذراعاً. قال غيره: بالذراع الهاشمية، وهى ذراع وثلاث بذراع اليد، والذراع الهاشمية ست قبضات، والقبضة أربعة أصابع، والأشل جبل يدرع به الجريب، طوله ستون ذراعاً، والناب قصبه يذرع بها أيضاً، وطولها ستة أذرع، وهى عشر الأشل، وذلك كله بالذراع الهاشمية.

* * *

الباب الثانى فى حكم أهل الصلح حال حياتهم مع

بقائهم على كفرهم

أهل الصلح لا يخلو أن يكونوا صلحوا على شىء يؤدونه فى جملتهم أو يصلحوا على شىء يؤدونه عن جماجمهم. وقد روى ابن حبيب: أن الجزية الصلحية جزيتان، فجزية على البلد مجملة، وجزية على الجماجم.

ومعنى ذلك أن يوضع على جملتهم شىء يغرمونه، لا يحط منه لقلتهم، ولا يزداد عليه لكثرتهم، فهم ضامنون له حتى يؤدونه لا يبرأ أحد منهم، وإن أدى أكثره حتى يؤدى

٤٤٢ كتاب الجهاد

جميعه، ودية الجماجم أن يوضع على كل جمجمة دينار أو أكثر منه على ما تقدم تفسيره، فهذه الجزية تزيد بزيادة عددهم وغناهم، وتنقص بنقص عددهم وغناهم، ويبرأ كل واحد منهم إذا أدى ما عليه منه، وإن لم يؤد غيره ما عليه لأن بعضهم لم يضمن ما على غيره، وإنما التزم ما يخصه.

مسألة: وقد قال ابن القاسم في المدونة: إذا باع الصلحي أرضه من مسلم على أن الخراج على المبتاع لم يجز، وأجازه أشهب، وهذا يدل على أن الصلح قد ينعقد على أن يكون على الأرض خراج، وهي ملك لأربابها من أهل الصلح.

وهذا يحتمل أن يكون قسمًا ثالثًا، ويحتمل أن يكون على الجماجم خراج، وعلى الأرض خراج، وكيفما انعقد الصلح في ذلك، جاز، والله أعلم.

مسألة: قال ابن حبيب: جزية أهل الصلح إنما هي فيما صالحوا عليه، قال: ولا يزداد في جزية الصلح على الغنى، ولا ينقص منها عن الفقر. وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن تكون على الجماجم، فيحتمل ذلك وجهين، أحدهما: أن ما يقرر إنما هو دينار إلى أربعة دنانير، فلا يزداد الغنى على أربعة دنانير ولا ينقص الفقر عن دينار.

وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: لا يزداد على أهل الذمة في جزية جماجمهم، وإن أسر وأعلى ما فرض عمر رضى الله عنه على أهل الذهب أربعة دنانير، وعلى أهل الورق أربعين درهما.

قال: وتطرح عنهم ضيافة ثلاثة أيام إذا لم يوف لهم. والمعنى الثاني أن من استقرت جزيته على شيء لا ينقل عنه، والأول أصح. والوجه الثاني أن يكون صلحهم على مقدار ما في جملتهم، فلا يزدادون عليه لغناهم ولا ينقصون منه لفقرهم.

* * *

الباب الثالث في حكم انتقال الأملاك عنهم حال حياتهم وكفرهم

إن ذلك يختلف، وقد قال ابن حبيب: إن الجزية الصلحية جزيتان، جزية على البلد، وجزية على الجماجم، فإن كانت بحملة على البلد، فهي موقوفة لا تباع، ولا تقسم، ولا يملكها إن أسلم، وإنما له ماله.

وأما الأرض فموقوفة أبدًا لما عليها من الخراج، وذلك بأسره باق على من بقى من النصراني. وأما إن صلحوا على أن الجزية على جماجمهم، فلهم بيع الأرض، وهي لهم

كتاب الجهاد ٤٤٣

ملك يصنعون بها ما شاءوا. وروى عيسى عن ابن القاسم: أن أهل الصلح إذا صالحوا على أن عليهم ألف دينار كل عام أو علي أن علي جماجمهم دينار على كل رجل منهم، وعلى أرضهم على كل بذر كذا شيئاً سموه، وعلى كل زيتونة كذا، قال: ذلك سواء ولهم بيعها.

فوقع الاتفاق بينهم على الخراج إذا وضع على الجماجم لا يمنع ذلك بيع الأرض، واختلفا إذا وضع على الجملة، فمنع ذلك بيع الأرض عند ابن حبيب، ولم يمنع منه عند ابن القاسم.

وجه قول ابن حبيب أن الأرض لما وضعت الجزية أو الخراج على الجملة هي سبب الجزية، وهي مال ظاهر، فلم يجوز لهم تفويتها لما في ذلك من منع استحلاب ما عليهم من الجزية.

ووجه قول ابن القاسم أن الأرض من أموال أهل الصلح وملكهم، فكان لهم بيعها والتصرف فيها كالعين والحيوان وسائر أموالهم.

فروع: وأما إذا كان الصلح على أن الجزية على مقدار الأرض، وما فيها من الغرس، فيجب على قول ابن حبيب أن لا يجوز بيعها ولا تفويتها لأن الخراج متعلق بها، وهو حق المسلمين، فلا يجوز لهم تفويتها وإتلاف أثمانها، وقطع ما يجب للمسلمين من حق الجزية فيها، وذلك جائز على قول ابن القاسم إذا كانت الجزية على الجماجم أو على الأرض أو عليهما، وهو في المدونة ووجهه ما تقدم، والله أعلم.

مسألة: فإذا قلنا بجواز بيع أرض الصلح، فلا يخلو أن يكون ذلك على الإطلاق، أو على اشتراط الخراج، فإن كان على الإطلاق، فإن ظاهر المدونة في قول ابن القاسم يقتضى أن الخراج على البائع ابتاعها منه مسلم أو ذمي.

ووجه ذلك أن عقد الصلح قد اقتضى تعلق الخراج بذمته، فلا يزيله عن ذلك بيع الأرض ولا هبتها، يدل على ذلك أنه إذا أسلم سقط الخراج عن الأرض، فوجب أن يتعلق الخراج به دون الأرض لأن المراعى في ذلك صفته دون صفة الأرض.

وظاهر قول أشهب في المدونة يقتضى أن الخراج على المتباع. ووجه ذلك أن الخراج إنما يجب بسبب الأرض مع بقاء المصالح عليها على الكفر، فوجب أن ينتقل الخراج حيث انتقلت الأرض، ولأن تلك الأرض لو استغدرت وتلفت إتلافاً لا يمكن جبره لسقط الخراج بسببها، فوجب أن ينتقل الخراج معها.

٤٤٤ كتاب الجهاد

فروع: فإن قلنا بقول ابن القاسم أن الخراج على البائع مع إطلاق العقد، فإن شرط على المبتاع، ففي المدونة من قول ابن القاسم أن البيع حرام لا يحل؛ لأنه اشترط عليه ما لا يدري قدره ولا منتهاه ولا مبلغه.

ومعنى ذلك أنه يقيم البائع على كفره، فيدوم بقاء الخراج على الأرض، وقد يسلم بعد بيعه بيوم، فيسقط الخراج على الأرض، وهذا غرر لا يجوز مثله في البيع.

فروع: وقد كان العمل بالأندلس على قول ابن القاسم في ابتياع أرض الخراج على أن على المبتاع ما يلزم، وأمر المنصور أبو عامر محمد بن أبي عامر بالأخذ بقول أشهب لحاجته إلى ذلك لأنه قد يهلك البائع من غير مال، ويخرج من البلد، فيريد ابتياع الأرض بما عليها، فتحيل أهل الجهة للتمسك بقول ابن القاسم على أن عقدوا على المبتاع بعد تمام انعقاد البيع.

وربما كان في عقد غير عقد الابتياح أنه عرف ما يلزم الأرض من ذلك والتزمه تحيلاً لسلامة العقد مما يفسد ويمنع صحته، وهذا لا يجرى إذا كان البائع والمبتاع قد علما أن الأرض أرض صلح، وأنه قد يلزمها الخراج وأنه لا سبيل إلى أن تباع ويبقى خراجها على بائعه، وهذا يقتضى فساد البيع على هذا القول، وقد ألحق أهل بلدنا بذلك ما لزم أرض الإسلام، ومن وظائف الظلم للسلطين، فأجبروها مجراها على قول ابن القاسم عندهم.

قال القاضي أبو الوليد: رحمه الله: وهذا عندي غير صحيح لأن هذه الوظائف ليست بحق ثابت، وإنما هي مظالم لا تثبت بوجه حق، ولا تجب، يدل على ذلك أنه من أمكنه دفعها عن نفسها بفرار أو غيره لم يَأْتِم بذلك، وخراج أرض الصلح إذا ثبت عليه لم يحل دفعه عن نفسه بفرار ولا امتناع.

وإنما ذلك مثل هذه المظالم الموظفة على الأرض مثل ابتياع الإنسان الثياب في البلد التي يجب على المبتاع مكس في كل ما يبتاع منه، فإن ذلك لا يمنع صحة بيعه ولا صحة ابتياعه، وكذلك من اكترى دابة في طريق يعلم أنه سيؤخذ منه على كل دابة مكس، وربما خفى أمره، فسلم، فإن ذلك لا يمنع صحة الكراء.

فروع: إذا قلنا بقول أشهب أن الخراج على المبتاع بمجرد العقد أو بتخريج أهل بلدنا أنه يجوز أن يلزمه بعد تمام عقد البيع، فإنه إذا أسلم البائع، ففي المدونة عن أشهب أنه يسقط الخراج عن المبتاع بمنزلة ما سقط خراجها إذا أسلم الصلحى، وهى بيده، وأما

إذا مات الصلحى، ولم يترك وارثاً صار ماله لبيت مال المسلمين.

* * *

الباب الرابع فى ذكر أموالهم بعد موتهم على الكفر

قد تقدم من قول ابن حبيب أنه إذا كانت الجزية على جملتهم، فإن أرضهم لا تورث وتقدم من التحريج على قوله ذلك أن الجزية إذا كانت على الأرض حكمها ذلك، وأن الجزية إذا كانت على جماجمهم، فإن الأرض تورث عنهم. وروى فى العتبية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: أن أهل الصلح يورثون على حسب موارثهم.

فروع: فإذا قلنا إنهم يورثون، فإن أرضه وماله لورثته، فإن لم يدع وارثاً، فقد قال ابن حبيب: إذا كانت الجزية على جماجمهم، فمن مات منهم، ولم يدع وارثاً، فأرضه وماله للمسلمين كميث لا وارث له.

وروى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية: أنه من مات من أهل الصلح ولا وارث له من أقارب به، فميراثه لأهل خراجه، ولا يوضع عنهم موته شيئاً من خراجه، وما صلحوا عليه قائم عليهم.

فوجه ما قاله ابن القاسم أن ذلك فى أهل الصلح إذا قوطعوا على شىء يكون على جماعتهم فى الجملة، فهؤلاء من مات منهم ولا وارث له، فماله وأرضه لأهل خراجه؛ لأن موته لا يسقط عنهم شيئاً مما التزموه، وإنما كانوا التزموه على أموالهم ومال هذا المتوفى.

وأما إذا كان ما صلحوا عليه جزية على جماجمهم، فإن ما ترك من مال لا وارث له، فماله لجماعة المسلمين؛ لأنه أفرد نفسه بالعقد بما كان يخصه من الأداء على ما كان يخصه من المال، فإذا مات سقط ما كان يلزمه من الخراج، ولم يتبع به أحد ممن صالح معه، فلذلك كان ماله لجماعة المسلمين.

فروع: وإذا قلنا من مات من أهل الصلح ولا وارث له، فميراثه للمسلمين كيف يعرف من له ورثة ممن لا ورثة له، ونحن لا نعلم موارثهم. روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: ذلك إلى أهل دينهم وأساقفتهم، فإن قالوا: يرثه من يذكرون من ذى رحم أو غيره من رجل أو امرأة، سلم ذلك إليه، وإن قالوا: لا ولد له، فميراثه للمسلمين.

ووجه ذلك أن طريق هذا الخير عما ينفردون به من العلم، وفى مثل هذا تقبل

٤٤٦ كتاب الجهاد
أقوالهم كأخبارهم عما يعلمونه من الأدواء، وترجمتهم عن الألسنة التي لا نعرفها،
ومثل هذا يحكم فيه بقولهم ويرجع فيه إليهم.

* * *

الباب الخامس فى حكم أموالهم إذا أسلموا

قال ابن حبيب: إذا كانت جزية الصلح على جملتهم، فمن أسلم منهم لم تملك
أرضه، وإنما يملك ماله، وإن كانت على جماجمهم، ثم أسلم فأرضه له، وماله له دون
جزية على شىء من ذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم: أنه سواء كان الصلح على جملتهم أو على جماجمهم
أو على مبذر أرضهم، فإن الإسلام يسقط عنهم ذلك كله، والخلاف فيه والتوجيه على
نحو ما تقدم.

مسألة: وهذا لما بقى من المدة، وأما ما مضى من المدة، وقد بقى عليه الخراج
والجزية لم يؤده، فالذى فى المدونة فى الجزية أنه يسقط ذلك عنه، وبه قال أبو حنيفة.
وقال الشافعى: يؤخذ منه حال إسلامه.

فصل: وقوله: «وأما أهل العنوة الذين أخذوا عنوة فمن أسلم منهم، فإن أرضه
وماله للمسلمين» ومعنى ذلك أن أهل العنوة وهم الذين تقدم ذكرهم إن أسلم منهم
أحد لا يحرز ماله ولا أرضه، ويصير ذلك للمسلمين، وإنما يريد بقوله: «أرضه» الأرض
التي بيده، فأضافها إليه لعمله فيها، ولو كانت أرضاً اشتراها بعد العنوة بحيث يجوز له
أن يشتري لكانت من جملة ماله، حكمها حكم ماله عندي، ولم أر فيه نصاً.

وأصل ذلك أن أرض العنوة عند مالك لا تقسم، وتبقى لنواب المسلمين، على رأى
عمر بن الخطاب فى أرض مصر وأرض العراق. وقال أبو حنيفة والشافعى: تقسم
الأرض كسائر أموالهم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه عمر بن الخطاب رضى الله عنه، وتبعه عليه مالك،
ما احتج به عمر بن الخطاب رضى الله عنه وهو قوله تعالى: ﴿وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ
مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَىٰ لَا
يَكُونَ دَوْلَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا
اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [الحشر: ٧]، ثم قال تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ
أَخْرَجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ

كتاب الجهاد ٤٤٧
أولئك هم الصادقون ﴿ [الحشر: ٨]، ثم ذكر تعالى الأنصار فقال: ﴿والذين تبوءوا
الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا
ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم
المفلحون﴾ [الحشر: ٩]، ثم قال: ﴿والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا
وإخواننا الذين سبقونا بالإيمان﴾ [الحشر: ١٠]، فهذا يدل على أن لمن جاء بعد الذين
افتتحوا تلك المواضع حقا فيها، ولا يكون ذلك إلا بتبقيّة الأرض وأما غير ذلك من
الأموال، فلا تبقى لمن يأتي بعدهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن أهل العنوة أحرار، قاله مالك وأصحابه. وروى عيسى
عن ابن القاسم: نساؤهم كالحرائر لا ينظر إلى شعورهن، ودية المرأة منهن دية الحرة
ذمية.

وروجه ذلك أنهم لما لم يسترقوا وعقد لهم عقد الذمة، فقد حكم بحريتهم لأن
للإمام فيمن غلب عليه من أهل الكفر أن يقتل أو يمن أو يفاذى به أو يسترقه أو يعقد
له الذمة على أنه حر، وهؤلاء عقد لهم عقد ذمة على الجزية، فهم أحرار.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد روى ابن مزين عن عيسى بن دينار: أن الفرض الذي
يفرض عليهم على جماجمهم، وترك الأرض بأيديهم عوناً لهم.

وقال ابن حبيب: إن عمر رضى الله عنه فرض الجزية على أهل مصر على كل علج
منهم أربعة دنانير، من غير خراج أرضهم، وجعل على الأرض خراجاً على حدة. وقال
ابن حبيب: إنه أقرهم في الأرض، وجعل عليهم خراجاً واحداً على الأرض والجماجم،
وجعل عليهم مع ذلك الضيافة.

وقال مالك: تطرح عنهم الضيافة إذا لم يوف لهم.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: والأظهر عندي أن يكون عليهم جزية جماجمهم،
فمن عمل أرضاً كان عليه خراجاً لأن سبب جزية جماجمهم سكنى بلد المسلمين وحقن
دمائهم فيها، وسبب خراج الأرض الانتفاع، ألا ترى أن من لم يعمر منهم أرضاً،
فلا بد من أداء جزية جمجمته، ومن عمر شيئاً من أرض الخراج أدى عليها، وإن كانت
امرأة لا تجب على جمجمتها جزية.

مسألة: ولا يجوز للعنوي بيع شيء من الأرض؛ لأنها ملك المسلمين لم يؤذن له في
بيعها، ويجوز لهم بيع غير ذلك من الرقيق وسائر الأموال. رواه سحنون عن ابن

٤٤٨ كتاب الجهاد

القاسم، وقال: وكأنهم على ذلك تركوا كالمأذون له في التجارة قال: ويمنعون أن يهبوا ويتصدقوا.

ويجيء قول ابن حبيب أن لهم ذلك فيما بقي بأيديهم من مال الفتح، وفيما اكتسبوه بعد من ذلك، ويجيء على قول ابن المواز أن ذلك لهم بما اكتسبوه دون ما أقر بأيديهم.

مسألة: ومن مات من أهل العنوة، فإن كان له وارث ورثه، رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم. قال: يسأل عن ذلك أساقفتهم وأهل دينهم، فمن قالوا: إنه يرثه من ذى رحم أو غيره من رجل أو امرأة، سلم إليه ذلك.

وفى كتاب ابن حبيب: أن ماله وما كسب لورثته إلا الأرض، فهي للمسلمين.

وروجه ذلك أن الأرض لما افتتحت عنوة فهي للمسلمين، وإنما يعمرها بالخراج، وأما ما كان كسبه من مال فهو لورثته، وما كان بيده يوم الفتح فيخرج على وجهين نحن نذكرهما بعده هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وإن لم يدع وارثاً، فقد قال ابن حبيب: كل ما تركه للمسلمين فى بيت المال. ونحوه روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، وقال أشهب: ما كان بيده من دار أو أرض، فهي موقوفة أبداً للمسلمين، وما كان له من مال فللمسلمين، وما علم أنه كان بيده يوم الفتح من مال، فهو كالفىء.

وهذا يقتضى أن ما كان بيده يوم الفتح، فإنه لم يملكه، وإنما هو مال لأهل الفتح أقر بأيديهم عوناً على عمارة الأرض، فإذا مات أو أسلم رجع إليهم. وأما على قول ابن القاسم وابن حبيب، فإنه يقتضى أن ما ترك بيده ترك له على سبيل التملك والتركة له كما تركت له رقبته وأهله وولده.

مسألة: ومن أسلم من أهل العنوة؟ قال ابن حبيب: فقلة أحرز نفسه وماله وكل ما كسب، وأما الأرض فللمسلمين، واحتج على ذلك بأن كل من أسلم على شيء فى يده فهو له، يريد أسلم على أنه له، وأما الأرض فليست كذلك، فإنها ليست فى يده على وجه تملك، وإنما هى فى يده على وجه إجارة.

وروى عيسى بن مزين عن عيسى بن دينار: من أسلم منهم، فهو حر وماله للمسلمين. وفى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم: أنه يؤخذ منهم أموالهم من العين والرقيق وغير ذلك. قال ابن المواز: إنما يؤخذ منهم ما كان بأيديهم يوم الفتح.

وجه قول ابن حبيب ما احتج به. ووجه قول عيسى وابن القاسم أن الأرض لا يملكها وما ترك بيده لم يملكه، وإنما هو كالرقيق في الخائط يستغين به العامل على العمل وهو باق على ملك صاحب الخائط وما اكتسب، فعلى هذا الوجه اكتسبه، وهذا تقتضيه معاهدته ومعاقبته.

ووجه قول ابن المواز أن ما اكتسب ملك له، وما ترك بيده، فعلى ملك من افتتح الأرض، وإنما تركته على وجه العون، والله أعلم.

* * *

الدفن في قبر واحد من ضرورة وإنفاذ

أبي بكر عدة النبي ﷺ بعد وفاة رسول الله ﷺ

١٠٥٨ - مَالِك، عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي صَعَصَعَةَ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَمْرَو بْنَ الْجُمُوحِ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو الْأَنْصَارِيِّينِ ثُمَّ السَّلْمِيِّينَ (١) كَانَا قَدْ حَفَرَ السَّيْلُ قَبْرَهُمَا، وَكَانَ قَبْرُهُمَا مِمَّا يَلِي السَّيْلَ، وَكَانَا فِي قَبْرِ وَاحِدٍ، وَهُمَا مِمَّنِ اسْتَشْهِدَ يَوْمَ أُحُدٍ، فَحَفِرَ عَنْهُمَا لِتُغَيَّرَا مِنْ مَكَانِهِمَا، فَوُجِدَا لَمْ يَتَغَيَّرَا كَأَنَّهُمَا مَاتَا بِالْأُمْسِ، وَكَانَ أَحَدُهُمَا قَدْ جُرِحَ، فَوَضَعَ يَدَهُ عَلَى جُرْحِهِ فَدُفِنَ، وَهُوَ كَذَلِكَ، فَأَمِيطَتْ يَدُهُ عَنْ جُرْحِهِ، ثُمَّ أُرْسِلَتْ، فَرَجَعَتْ كَمَا كَانَتْ، وَكَانَ بَيْنَ أَحَدٍ وَبَيْنَ يَوْمٍ حَفِرَ عَنْهُمَا سِتُّ وَأَرْبَعُونَ سَنَةً.

الشرح: قوله: «أنه بلغه أن عمرو بن الجموح وعبد الله بن عمرو الأنصاريين كانا قد حفر السيل قبرهما» يدل على أنهما دفنا في قبر واحد، وذلك أنه لما اشتد على المسلمين حفر القبور يوم أحد لكثرة القتلى، وكان قد بلغ منهم التغيب والنصب.

١٠٥٨ - ذكره الذهبي في سير أعلام النبلاء ٢٥٥/١ بلفظه. وأخرج ابن سعد في الطبقات

٥٦٢/٣ عن جابر. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٧٨.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٥٨/٦: هكذا هذا الحديث في الموطأ مقطوعاً لم يختلف على

مالك فيه، وهو يتصل من وجوه صحاح بمعنى واحد متقارب.

(١) قال ابن عبد البر: عبد الله بن عمرو هذا هو والد جابر بن عبد الله، وهو عبد الله بن

عمرو بن حرام وعمرو بن الجموح بن زيد بن حرام بن كعب بن غنم بن كعب بن سلمة،

فهما ابنا عم، وكانا صهرين، وقتلا يوم أحد ودفنا في قبر واحد.

٤٥٠ كتاب الجهاد

وروى أنه عليه السلام قال لهم: «احفروا وأعمقوا وأوسعوا وادفنوا الاثنين والثلاثة فى قبر واحد وقدموا أكثرهم قرآنا»^(١) فعلى هذا يجوز مثل هذا للضرورة.

قال مالك: وإلا فالسنة أن يدفن كل واحد منهم فى قبر، وإنما يقدم فى القبر أفضلهم، وهو من كان أكثرهم قرآنا فى ذلك الوقت، فيجعل مما يلى القبلة ثم يجعل غيره بعد ذلك مما يليه، وهذا يقتضى تفضيل النبي عليه السلام لأهل القرآن، وحض أصحابه على الاستكثار من أخذه.

فصل: وقوله: «وهما ممن استشهد يوم أحد فحفر عنهما ليغير من مكانهما» عبد الله بن عمرو وعمرو بن الجموح كانا صهرين، واستشهدا يوم أحد، ودفنا فى قبر واحد، فحفر السيل قبرهما لما كان مما يليه أو قرب منه، فأرادوا نقلهما عن مكانهما ذلك إلى موضع لا يضر به السيل، فحفر عنهما لينقلا، ولا بأس بحفر القبر وإخراج الميت منه إذا كان ذلك لوجه مصلحة، ولم يكن فى ذلك إضرار به، وليس من هذا الباب نبش القبور، فإن ذلك لوجه الضرر أو غير منفعة.

فصل: وقوله: «فوجدنا لم يتغيرا كأنهما مائتا بالأمس» وهذه على ما نعتقده كرامة من الله تعالى خصهما بها، ولعله قد خص بذلك أهل أحد، ومن كان له مثل فضلهما، فإن تلك الأرض تسرع التغيير إلى من دفن فيها، ولو كان ذلك أمرا معتادا فى تلك الأرض لما ذكره فى هذا الحديث على وجه التعجب منه.

فصل: وقوله: «وكان أحدهما قد جرح فوضع يده على جرحه فدفن، وهو كذلك» لعله إنما ترك على ذلك لاستعجال دفنه وترك التردد والتوقف على تليين أعضائه، ويحتمل أن يكون قد تعذر ذلك فيه إلا بتغير شيء من أعضائه، ويحتمل أن يكون قد ترك على تلك الحال ليحشر عليها، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فأميطت يده عن جرحه ثم أرسلت فرجعت كما كانت» يقتضى أنه قد بقيت رطوبة أعضائه ولينها، ولو نشفت وذهبت رطوبتها لما أمكن إزالة يده من مكانها إلا بكسر شيء من أعضائه، وصرفها إلى صورة تمنع رجوعها إلى مكانها إذا تركت على أنه قد كان بين وقت دفنهما ووقت الحفر عنهما ست وأربعين سنة، وهذه مدة لا يكاد يبقى معها الميت على المعتاد من الأحوال بقية رطوبة ولا اتصال أعضاء، والله أعلم.

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٧١٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٠١٠. أبو داود

حديث رقم ٣٢١٥. ابن ماجه حديث رقم ١٥٦٠.

قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ أَنْ يُدْفَنَ الرَّجُلَانِ وَالثَّلَاثَةُ فِي قَبْرِ وَاحِدٍ مِنْ ضَرُورَةٍ، وَيُجْعَلُ الْأَكْبَرُ مِمَّا يَلِي الْقَبِيلَةَ.

الشرح: قوله: «لا بأس أن يدفن الرجلان والثلاثة في قبر واحد من ضرورة» يدل على أن ذلك لا يفعل إلا من ضرورة، وكذلك قال أشهب: لا يكفنا في كفن واحد إلا من ضرورة، ولمن فعل ذلك من غير ضرورة حظه من الإساءة.

مسألة: وكذلك يدفنان في قبر واحد من ضرورة، ويقدم في اللحد الأكبر، ويجعل مما يلي القبلة، وهذا معنى التقديم في اللحد. وقال أشهب: يقدم في اللحد أفضلهما. وقد روى عن النبي ﷺ أنه كان يقدم في اللحد أكثرهما قرآناً، وهذا كله يعود إلى معنى الفضيلة، فإذا استويا في الفضيلة قدم أكبرهما؛ لأن للسن حقاً وفضيلة.

وروى موسى بن معاوية عن ابن القاسم: يجعل الرجال مما يلي القبلة، ثم يجعل بعدهم الصبيان، ثم يجعل بعدهم النساء.

مسألة: قال أشهب: وإذا دفن رجلان في القبر، لم يجعل بينهما حاجز من التراب، وذلك أنه لا معنى له إلا التضييق، والله أعلم.

١٠٥٩ - مَالِكٌ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَيَّ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ مَالًا مِنَ الْبَحْرَيْنِ، فَقَالَ: مَنْ كَانَ لَهُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَيُّ أَوْ عِدَّةٌ فَلْيَأْتِنِي، فَجَاءَهُ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، فَحَفَنَ لَهُ ثَلَاثَ حَفَنَاتٍ.

الشرح: قوله: «قدم علي أبي بكر الصديق مال من البحرين» يريد من مال الله وما ينقل إلى بيت مالهم من الجزية التي على الجماجم وخراج الأرض وعشور أهل الذمة، إذا تجروا من أفق إلى أفق، والركاز والمعدن إذا أخذ منه الخمس. قال ابن القاسم: ولم يذكر ما يؤخذ من أهل الحرب من عشور أو ما صولحوا عليه.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا عندي لاحق بذلك، وهذا يحتمل أن ينقل إلى المدينة

١٠٥٩ - أخرجه البخاري كتاب الكفال باب من تكفل عن ميت ديناً، ١٩٥/٣ عن جابر. ومسلم

كتاب الفضائل باب ما سئل رسول الله قط فقال: لا، ١٨/٧ برقم ٦٠ عن جابر.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٦٠/٦: هذا الحديث يتصل من وجوه ثابتة عن جابر، رواه عنه جماعة، منهم: أبو جعفر محمد بن علي ومحمد بن المنكدر وعبد الله بن محمد بن عقيل وأبو الزبير والشعبي.

على وجهين، أحدهما: أن ينقل إليها بعد سد خلة أهل تلك البلاد التي يجبى فيها ذلك المال، فهذا حكم كل مال يجبى في جهة من الجهات أن ينظر إلى حال تلك الجهة التي جبى فيها وحال سائر تلك الجهات، فإن استوت حاجتهم وعمتهم الشدة أو السعة، فرق حيث جبى، ولا ينقل إلى غيره من البلاد شيء منه، رواه ابن المواز عن مالك. ووجه ذلك اختصاص الجباة.

مسألة: وإن كان غيرها من البلاد أحوج نقل إلى غيرها ولا يعدى منها من جبيت منهم، رواه ابن المواز عن مالك.

ووجه ذلك أن لهم مزية على غيرهم في استحقاقه لاختصاصهم به، فلا يجب أن يجرموا منه، وإن استحق نقل بعضها للحاجة النازلة بغيرهم. وقال في المجموعة والموازية وغيرها، في الرجل من أهل الشام يبعث ببعض صدقاته إلى المدينة: فذلك صواب. قال محمد: وأرى مالكا خص المدينة بذلك لأنها بلد رسول الله ﷺ وهذا الذي قاله محمد يحتمل، ويحتمل أن يكون مالكا إنما قال ذلك لأن الغالب على أهل المدينة الحاجة وضيق الحال. وقد قال في المدونة، في الرجل يخرج زكاة ماله فيبلغه عن أهل المدينة حاجة، فيرسل إليها ببعض زكاته: ما رأيت بذلك بأساً ورأيت صواباً.

فصل: والوجه الثاني أن ينقل إلى المدينة لأنها بها كان الإنفاق وإعطاء الأرزاق، فكان ينقل ذلك إلى من يرزق منه بعد سد الثغور التي كان يجبى منها هذا المال، والتفريق على أهلها بقدر ما يغنيهم أو يسد حاجتهم، فيفرق بالمدينة على أهل الأعطية، وعلى من اعتر الخليفة بها، ولزمه من حقوق المسلمين.

مسألة: فإذا قلنا إنه ينقل هذا المال إلى موضع تفرقت، فمن ماذا يتكاري عليه؟ روى عيسى عن ابن القاسم في الزكاة تنقل من بلد إلى بلد: لا يتكاري عليها من الفىء، ولكنه يبيع ذلك ويشترى مثله في موضع القسمة. وقال في العتبية عن مالك: يتكاري على ذلك من الفىء أو يبيعه.

وجه القول الأول أنه إذا لم يكن لحملة وجه، فالصواب يبعه وتبليغ ثمنه إلى موضع قسمته، إذ لا بد من الكراء عليه، والكراء عليه من حملته، وإخراجها من الفىء ظلم لأهل الفىء، فلم يبق إلا ما ذكرناه.

ووجه القول الثاني أن النظر في ذلك للإمام بالذي هو أحوط لمستحقى هذا المال، فقد يكون البيع تاره أفضل، وقد يكون الحمل والكراء عليه أفضل وأحوط لرخصه

بموضع البيع وغلاته بموضع الشراء، وإذا كان الصواب الكراء عليه، فيكون ذلك من الفىء؛ لأنه موقوف لمنافع المسلمين والزكاة مقصورة على وجوه لا يجوز إخراجها عنها.

فصل: وقول أبي بكر رضى الله عنه: «من كان له عند رسول الله ﷺ وأى أو عدة فليأتنا» الوأى العهد، وهو قريب من العدة هذا الموضع واستدعى أبو بكر رضى الله عنه من كان له عند رسول الله ﷺ عدة ليفى بعهده وينجز عدته إذ هو الخليفة، والقاضى عنه ما وعد به والمتبع لسيرته والقائم بإنفاذ وصاياه، وما وعد به النبى ﷺ فهو حق يحق على أبي بكر وغيره ممن يأتى بعده إنفاذه.

وقد جاء جابر إلى أبي بكر، فقال: إن رسول الله ﷺ قال لى «لو قد جاء مال البحرين أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا»^(١)، ويحتمل أن يكون جابر ثبت ذلك عنده بشهادة عدلين، ويحتمل أن يكون أبو بكر قبل قوله فى ذلك لما رآه أهلاً لذلك، وكان من حسن النظر أن يعطيه، وإن لم يكن النبى ﷺ وعده.

وقد قال مالك، رحمه الله: قد يعطى الوالى الرجل المال جائز لأمر يراه فيه على وجه الدين، أى وجه الدين من الوالى.

مسألة: فإن كان على وجه العدة، فهل هى لازمة يحتمل أن تكون مواعد النبى ﷺ فى هذا لازمة له لأن وعده حق وصواب، ولم يعد من ماله عطية، وإنما وعد من بيت المال، فكأنه عين لمن وعده ذلك المقدار فى بيت المال، وتعيينه صواب فيجب أن ينفذ، ويحتمل أن يكون حكمه فى ذلك حكم غيره، ولا يخلو أن يكون الوعد يدخل الإنسان فى أمر أو لا يدخله فيه مثل أن يقول له: اشتر ثوباً أو دابة، وأنا أعينك على ذلك بدينار أو أسلفك الثمن أو أسلفك كذا، فهذا اتفق أصحابنا أن هذه العدة لازمة يحكم بها على الواعد.

مسألة: وأما إن كانت عدة لا تدخل من وعد به فى شىء، فلا يخلو من أن تكون مفسرة أو مبهمة، فإن كانت مفسرة مثل أن يقول الرجل للرجل: أعرنى دابتك إلى موضع كذا، فيقول: أنا أعيرك غداً، أو يقول: على دين، فأسلفنى مائة دينار أقضه، فيقول: أنا أسلفك، فهذا قال أصبغ فى العتبية: يحكم بإنجاز ما وعد به كالذى يدخل

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٢٩٦، ٢٥٩٨، ٣١٣٧، ٤٣٨٣، ٦٩٧٧. مسلم حديث

رقم ٢٣١٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٣٨٨٩.

٤٥٤ كتاب الجهاد
الإنسان في عقد، وظاهر المذهب على خلاف هذا لأنه لم يدخله بوعده في شيء
يضطره إلى ما وعده.

مسألة: وأما إن كانت مبهمة مثل أن يقول له: أسلفني مائة دينار، ولا يذكر حاجته
إليها أو يقول: أعرني دابتك أكرهها، ولا يذكر له موضعاً ولا حاجة، فهذا قال أصبغ:
لا يحكم عليه بها.

فرع: فإذا قلنا في المسألة الأولى أنه يحكم عليه بالعدة إذا كان لا مرء دخله فيه،
مثل أن يقول له: انكح وأنا أسلفك ما تصدقها، فإن رجع عن ذلك الوعد قبل أن
ينكح من وعد، فهل يحكم عليه بذلك أم لا؟ قال أصبغ في العتبية: يلزمه ذلك، ويحكم
به عليه ألزمه ذلك بالوعد، وبالله التوفيق.

فصل: وقوله: «فحفن له ثلاث حفنات» امتثالاً لصفة موعده النبي ﷺ. وقد روى
أنه كان في كل حفنة خمسمائة دينار، والله أعلم.

تم كتاب الجهاد بحمد الله.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب النذور والأيمان

ما يجب من النذور فى المشى

١٠٦٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ اسْتَفْتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنَّ أُمَّى (١) مَاتَتْ وَعَلَيْهَا نَذْرٌ وَلَمْ تَقْضِهِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اقْضِهِ عَنْهَا».

الشرح: قوله: «أن سعد بن عبادة استفتى رسول الله ﷺ» يريد سأل سؤال المنتزم لحكمه الراجع إلى قوله، وذلك يسمى مستفتياً. وقول المفتى له يسمى فتوى وذلك إنما يكون لجميع الأمة مع النبي ﷺ أو للعامة مع العالم على وجه الاختبار له، والمذاكرة أو على وجه الاستفتاء.

فأما العالمان اللذان يسوغ لكل واحد منهما الاجتهاد مع وجود الآخر، فإنه إذا سأل أحدهما الآخر، لا يخلو أن يسأله على وجه الاختبار والمذاكرة، أو على وجه الاستفتاء والتقليد.

فأما سؤاله على وجه المذاكرة والمناظرة، فإن ذلك ليس باستفتاء، بل هو مذاكرة ومناظرة، وذلك جائز لهما إذا التزما شروط المناظرة من الإنصاف، وقصد إظهار الحق،

١٠٦٠ - أخرجه البخارى فى الوصايا ٢٥٥٥. والترمذى فى النذور والأيمان ١٤٦٦. والنسائى فى الوصايا ٣٥٩٤، ٣٥٩٥، ٣٥٩٦، ٣٥٩٧، ٣٥٩٩، ٣٦٠٠، ٣٦٠١، الأيمان والنذور ٣٧٥٥، ٣٧٥٦، ٣٧٥٧. وأبو داود فى الأيمان والنذور ٢٨٧٦. وابن ماجه فى الكفارات ٢١٢٣. وأحمد فى مسند بنى هاشم ١٧٩٥، ٢٨٩١، ٣٣٢٤.

(١) فى طبقات ابن سعد أنها عمرة بنت مسعود بن قيس وبابعت وماتت ورسول الله ﷺ غائب فى غزوة دومة الجندل، وكانت فى شهر ربيع الأول سنة خمس، وكان ابنها سعد معه فقدم رسول الله ﷺ فجاء قبرها فصلى عليها. قاله السيوطى فى تنوير الحوالك ٣١٣/١.

٤٥٦ كتاب النذور والأيمان

والتعاون على الوصول إليه وتبيينه، وسلما من المرء، وقصد المغالبة وقد فعل ذلك الصحابة، ومن بعدهم من العلماء إلى وقتنا هذا.

وأما سؤاله إياه مستفتياً، فإنه لا يجوز مع تساويهما في العلم، ويمكن السائل من النظر والاستدلال؛ لأن فرض كل واحد منهما الاجتهاد دون السؤال، وإن كان لأحدهما شقوق في العلم، فهل يجوز للذي دونه أن يقلده مع تمكنه من النظر والاستدلال؟ الذي عليه جمهور العلماء أن ذلك لا يجوز له. وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: ذلك جائز له.

والدليل لما ذهب إليه الجمهور ما قدمناه من أن فرضه الاجتهاد دون السؤال.

مسألة: وأما إن خاف العالم فوات الحادثة، فهل له أن يستفتي غيره؟ ذهب القاضى أبو محمد إلى جواز ذلك، ومنع منه سائر أصحابنا، وقالوا: تخلى القضية من قوله، ويتركها لغيره، وهذا يتصور فيما يستفتى فيه. وأما ما يلخصه، فلا بد منه، كما قاله القاضى أبو محمد، والله أعلم. وقد بسطت القول في ذلك كله، وفي صفة المفتى وصفة المستفتى في غير هذا الكتاب مما يغنى عن إعادته.

فصل: وقوله: «إن أمى ماتت وعليها نذر لم تقضه» يقتضى أن النذر مباح جائز؛ لأن سعداً ذكر أن أمه نذرت، وسمع ذلك النبي ﷺ فلم ينكره، بل أمره أن يقضيه عنها، ولا خلاف في جوازه.

وأما ما روى عن عبد الله بن عمر نهى النبي ﷺ عن النذر، وقال: «إنه لا يرد شيئاً، ولكنه يستخرج من البخيل»^(٢) فإن معنى ذلك أن تنذر لمعنى من أمر الدنيا مثل أن يقول: إن شفى الله مرضى، أو قدم غائبى، أو نجانى من أمر كذا، أو رزقنى كذا، فإنى أصوم يومين، أو أصلى صلاة، أو أتصدق بكذا، فهذا المكروه المنهى عنه، وإنما كان يستحب أن يكون فعله ذلك لله تبارك وتعالى رجاء ثوابه، وأن يكون تذرره على ذلك الوجه دون تعلق نذره بشيء من أمر الدنيا وغرضها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن النذر يلزم في الجملة. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿يُؤْفُونَ﴾ بالنذر ويخافون يوماً كان شره مستطيراً﴾ [الإنسان: ٧].

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٦٦٠٨، ٦٦٩٢، ٦٦٩٣، ٦٦٩٤. مسلم حديث رقم ١٦٣٩، ١٦٤٠. الترمذى حديث رقم ١٥٣٨. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٠١، ٣٨٠٥. أبو داود حديث رقم ٣٢٨٧، ٣٢٨٨. ابن ماجه حديث رقم ٢١٢٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٧١٦٧، ٧٩٣٨.

ومن جهة السنة ما روى عمران بن حصين عن النبي ﷺ أنه قال: «خيركم قرنى، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يجيء قوم ينذرون ولا يوفون، ويخونون ولا يؤتمنون، ويشهدون ولا يستشهدون ويظهر فيهم السين»^(٣) فعاب النبي ﷺ القرن بأهله ينذرون ولا يوفون، وهذا يدل على أنه غير جائز ولا مباح، ولو كان جائزاً ترك الوفاء لما عاب به القرن.

فصل: وقوله: «إن أمسى ماتت وعليها نذر» يحتمل أن يكون مطلقاً، ويحتمل أن يكون مقيداً، فالمطلق مثل أن يقول المكلف: لله على نذر، ولا يجعل له مخرجاً، والمقيد مثل أن يقول: لله على نذر صوم يوم، أو صلاة ركعتين، أو صدقة بدينار، أو حج أو غير ذلك من أعمال البر، فكلا النذرين جائز، فإن كان مطلقاً، فإن فيه كفارة يمين عند مالك.

وعن الشافعي في ذلك قولان، أحدهما: أنه لا ينعقد هذا النذر. والثاني: أنه ينعقد، ويجب عليه أقل ما يقع عليه الاسم.

والدليل على صحة انعقاده، قوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩]. ودليلنا من جهة السنة خبر ابن عباس هذا، وفيه من قول سعد: إن أمسى ماتت وعليها نذر، والأظهر أنه مطلق؛ لأنه لو كان مقيداً لاستفسره النبي ﷺ عما نذر لأن من النذر المقيد ما يجب الوفاء به، ومنه ما لا يجب الوفاء به، وهو أن يكون مباحاً، ومنه ما لا يحل الوفاء به، وهو أن ينذر محرماً.

فلما كان النذر المقيد يتنوع إلى ما لا يجوز وإلى ما يجوز، كان الأظهر أنه لو كان مقيداً لسأله عن وجه نذرها ليميز منه ما يجوز مما لا يجوز، وبحسب ذلك يكون الجواب، ولما لم يسأل كان الأظهر أنه النذر المطلق الذي لا يكون منه ما يجوز وما لا يلزم.

ودليلنا من جهة القياس أنه نذر قصد به القربة، فوجب أن يتعلق به الوجوب. أصل ذلك إذا كان مقيداً بما فيه قربة.

فصل: وإذا قلنا إن نذر أم سعد من جهة اللفظ يصح أن يكون مطلقاً، ويصح أن

(٣) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٦٥١، ٦٤٢٨، ٦٦٩٥. مسلم حديث رقم ٢٥٣٥.

النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٨٠٩. أحمد في المسند حديث رقم ٤١٦٢، ٩٠٦٣،

٤٥٨ كتاب النذور والأيمان
يكون مقيداً، فقد مضى الكلام فى النذر المطلق، فأما المقيد، فإنه قد يقيد بما فيه قرينة،
ويقيد بما لا قرينة فيه، ويقيد بمحرم، فإذا قيد بما فيه قرينة، فإنه يلزمه، وإن لم يعلق
بشروط وصفة، مثل قوله: لله على أن أصلى صلاة، أو أصوم صوماً.

وقال بعض أصحاب الشافعى: لا يلزم النذر، وإن كان مقيداً، إلا أن يعلق بشروط أو
صفة مثل أن يقول: لله على صوم يوم أو صلاة أو صدقة، إن قدم غائبى أو نزل المطر
اليوم، أو فرج عن المريض.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يُؤْفِقُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ يَوْمًا﴾ [الإنسان: ٧] ولم
يفرق بين التعلق بصفة ولا بغير صفة، فيجب أن يحمل على عمومته.

ودليلنا من جهة السنة ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه،
ومن نذر أن يعصيه، فلا يعصيه»^(٤).

ودليلنا من جهة القياس أنه ألزم نفسه من جهة النذر ما يلزم الوفاء بجنسه، فوجب
أن يلزمه. أصل ذلك إذا علق بصفة.

مسألة: ويلزم النذر على وجه اللجاج والغضب. وقال الشافعى: هو مخير فى نذره
على اللجاج بين أن يكفر كفارة يمين وبين أن يفى به.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] والوفاء بها
أن يأتى بها على حسب ما التزمها. ودليلنا من جهة السنة قوله عليه السلام: «من نذر أن يطيع
الله فليطعه».

ودليلنا من جهة القياس أن هذه حال يلزم فيها الوفاء بالطلاق والعتاق، فلزم فيها
الوفاء بسائر القرب كحال الرضى.

مسألة: وأما إذا نذر أمراً مباحاً كالجلوس والقيام والاضطجاع، فلا يلزم بذلك
شئ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. وقال ابن حنبل: هو مخير بين فعله وبين كفارة
يمين. ودليلنا على صحة ما نقوله أن هذا نذر ما ليس بقربة، فلم يتعد نذره. أصل
ذلك إذا نذر معصية.

(٤) أخرجه البخارى حديث رقم ٦٦٩٦، ٦٧٠٠. الترمذى حديث رقم ١٥٢٦. النسائى
فى الصغرى حديث رقم ٣٨٠٦، ٣٨٠٧، ٣٨٠٨. أبو داود حديث رقم ٣٢٨٩. ابن ماجه
حديث رقم ٢١٢٦. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٥٥، ٢٣٦٢١، ٢٣٤٩٩. الدارمى
حديث رقم ٢٣٣٨.

فصل: وقوله: «إن أمي ماتت وعليها نذر لم تقضه» يحتمل أنها لم تقضه، ولم يجب عليها بعد، وإن كانت قد انعقدت يمينها به، ويحتمل أنها لم تقضه، وقد وجب عليها، فأما إن لم تكن قضته؛ لأنه لم يجب عليها بمثل أن تقول: لله عليّ نذر إن قدم فلان، أو إن شفى فلان، أو إن جاء فلان هذا الشهر، فماتت قبل ذلك، فإنه لا يلزمها قضاؤه، وإن فعلت فحسن، مثل ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال لرسول الله ﷺ: «إني نذرت اعتكاف يوم في الجاهلية، فقال له ﷺ: «أوف بنذرك»^(٥) فأمره ﷺ بالوفاء به؛ لأنه التزمه في حال كفره، وتلك حال لا يلزم ما نذر فيها.

مسألة: ومن ذلك أن تقول: عليّ نذر إن كلمت فلاناً، فأرادت أن تكفر نذرها أن تحنث فيه. وقد اختلف قول مالك في كفارة اليمين قبل الحنث، فقال مرة: لا تجوز، وبه قال أبو حنيفة. وقال مرة: تجوز، وبه قال الشافعي.

وجه القول الأول أنه كفارة، فلا يجوز تقديمها على موجبها. أصل ذلك، كفارة القتل. ووجه الرواية الثانية ما روى أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف على يمين، فرأى غيرها خيراً منها، فليكفر عن يمينه، وليأت الذي هو خير»^(٦).

ومن جهة القياس أن الكفارة معنى يحل اليمين، فجاز أن تتقدم على الحنث كالاستثناء.

مسألة: فأما إذا وجب ذلك عليها مثل أن تقول: لله عليّ نذر إن قدم فلان أو إن كلمت فلاناً، فوجب عليها بقدم فلان أو بأن كلمت فلاناً، ثم ماتت قبل أن تقضى، فلا يخلو أن يكون ذلك لتعذر القضاء بسرعة موتها قبل أن تقضى نذرها، ولعلها ماتت فجأة.

وقد روى عن سعد بن عباد، ويحتمل أن تكون أخرت لجواز تأخيرها؛ لأنه لا يلزم من حنث في يمين أن يكفر حين الحنث، وله تأخيرها ما لئيم يغلب على ظنه الفوات،

(٥) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٠٣٢، ٢٠٤٣، ٦٦٩٧. مسلم حديث رقم ١٦٥٦ الترمذى حديث رقم ١٥٣٩. أبو داود حديث رقم ٣٣١٢، ٣٣٢٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٧.

(٦) أخرجه البخارى حديث رقم ٧١٤٦، ٧١٤٧. مسلم حديث رقم ١٦٥٢. الترمذى حديث رقم ١٥٢٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٧٨٤، ٣٧٨٩، ٣٧٩٠، ٣٧٩١. أبو داود حديث رقم ٣٢٧٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٠٠٩٣، ٢٠٠٩٥، ٢٠٠٩٩، الدارمى حديث رقم ٢٣٤٦.

٤٦٠ كتاب النذور والأيمان

لكنه يستحب له التعجيل ليبرئ ذمته مما لزمه، فقول سعد: «عليها نذر» على هذا الوجه بين؛ لأن لفظه «على» إنما تستعمل فيما يلزم الإنسان، ويجب عليه.

وأما على الوجه الأول فإنه يصح أن يقال أيضًا: عليها نذر، بمعنى أنها كانت عقده والتزمته، وإن لم يجب بعد عليها أداؤه، ولكنه في الوجه الثاني أظهر وأبين.

فصل: وقوله ﷺ: «اقضه عنها» يقتضى أنه يصح أداء عنها، وإن ذلك يبرئها، ويقضى عنها، وإن كان لفظه الأمر، فإن مقتضاه النذر بقوله تعالى: ﴿ولا تنزر وأزره وزر أخرى﴾ [لقمان: ٢٠]، فلا يجوز أن يلزمه هو النذر بنذرها والتزامها، ويوجب ذلك عليه القضاء عنها.

مسألة: إذا ثبت ذلك من أنه لا يجب عليه، ولا يجوز له فعله، فإنه إن كان نذرًا مطلقًا، فإن كفارته كفارة يمين، وهو معنى متعلق بالمال وإن كان مقيدًا، فإنه لا يخلو أن يكون مختصًا بالمال كالصدقة والعتق أو يكون مختصًا بالبدن كالصلاة والصيام، أو يكون له تعلق بهما كالحج والجهاد.

فإن كان مختصًا بالمال كالصدقة والعتق والتحسيس في سبيل الله، فإنه لا خلاف في جواز النيابة فيه، وأن لمن شاء أن يقضيه عن الميت وينوب في ذلك بنية عن نية الميت، فما كان منها مختصًا بالبدن كالصلاة والصيام، فإنه لا يصح أن يقضيه أحد عنه ولا ينوب فيه عنه.

وإن كان مما يتعلق بالمال والبدن كالحج، فقد قال مالك: إنه يجوز أن ينفذ فيه وصية الموصى بأن يحج عنه.

وهذا يقتضى أنه يصح أن يحج عنه من شاء من ورثته بعده، وقد تقدم بيانه في كتاب الحج، فإذا قلنا إن قول سعد: «إن أمي ماتت وعليها نذر» يقتضى النذر المطلق، فإن معناه المال لأن كفارته كفارة يمين، ولا خلاف في صحة النيابة في ذلك، وإذا قلنا إنه يحتمل النذر المقيد، فإن الظاهر أنه مقيد بما يختص بالمال أو بما له تعلق بالمال والبدن، ولذلك أمره أن يقضيه عنها، ولو كان مما يختص بالبدن لم يأمره بذلك؛ لأن النيابة لا تصح فيه كما لا تصح في فروضه.

مسألة: ومن ناب عن غيره ممن نذر المشى إلى مكة، فلم يقضه، هل ينوب عنه في المشى بقدمه؟.

١٠٦١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ عَمَّتِهِ أَنَّهَا حَدَّثَتْهُ عَنْ جَدِّتِهِ أَنَّهَا كَانَتْ جَعَلَتْ عَلَى نَفْسِهَا مَشْيًا إِلَى مَسْجِدِ قُبَاءٍ، فَمَاتَتْ وَلَمْ تَقْضِهِ، فَأَقْتَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ ابْنَتَهَا أَنْ تَمْشِيَ عَنْهَا.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: لَا يَمْشِي أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ.

الشرح: قوله: «جعلت على نفسها مشيًا إلى قباء» يقتضى أنها اعتقدت كونه قربة لمن قرب منه، ويدل على ذلك ما روى أن رسول الله ﷺ كان يأتي قباء راكبًا ونذر مشيًا، فمن كان بالمدينة ونذر مشيًا إلى مسجد قباء، فقد روى ابن حبيب عن ابن وهب عن مالك فيمن نذر مشيًا إلى مسجد، وهو معه بالبلد، فإنه يمشى إليه، ويصلى فيه، وقد أوجبه ابن عباس في مسجد قباء، قال: وقباء على ثلاثة أميال من المدينة.

وفى كتاب ابن المواز فيمن نذر أن يصلى في مسجد غير المساجد الثلاثة: فليصل بموضعه، ويجزئه إلا أن يكون قريبًا جدًا فليأتها، ويصل فيه. وهذا على ما رواه ابن عباس وأفتى به من نذرته من نساء أهل المدينة.

وأما من كان بغير المدينة ممن يتكلف إليه سفرًا، فإنه لا يجوز قصده، ومن نذر ذلك لم يلزمه. والأصل في ذلك حديث أبي بصرة الغفارى «أن رسول الله ﷺ قال: لا تعمل المطى إلا إلى ثلاثة مساجد، مسجدى هذا، والمسجد الحرام، ومسجد إيلياء»^(١). فالمشى إلى مسجد قباء ممن قرب منها ليس من إعمال المطى.

فأما من نذر مشيًا إليه ممن على بعد ممن يكون من جهته إعمال المطى أو نذر مشيًا إلى مسجد الكوفة أو البصرة أو غيرها من البلاد للصلاة فيه، فمن هو منها على سفر لم ينعقد نذره؛ لأنه نذر نذرًا محظورًا ممنوعًا منه. وأما من نذر إتيان مكة؛ فإنه يلزمه ذلك، وبه قال جماعة الفقهاء، وسيأتى ذكره بعد هذا مستوعبًا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما من نذر مشيًا إلى مسجد النبي ﷺ أو مسجد بيت المقدس، فإن عند مالك يلزمه ذلك خلافًا للشافعى فى قوله: لا يلزمه ذلك.

والدليل على صحة ما نقوله الحديث المتقدم فى قوله: «لا تعمل المطى إلا إلى ثلاثة مساجد»، وهذا يقتضى إعمالها إلى كل واحد منها، والصلاة فيها قربة، فوجب أن يلزم بالنذر.

١٠٦١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٨١. المغنى ٣٠/٩.

(١) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٤٣٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٣٣٦.

٤٦٢ كتاب النذور والأيمان

ودليلنا من جهة القياس أن هذا مسجد ورد الشرع بإعمال المطى إليه، فوجب أن يلزم قصده بالنذر كالمسجد الحرام.

مسألة: إذا ثبت أنه يلزم بالنذر قصدها، فهل يلزم المشى لمن نذر المشى إليه؟ قال مالك: يأتيها راكبًا، ولا شيء عليه. وقال ابن وهب: يأتيها ماشيًا، وإن بعد.

وفى كتاب ابن المواز: يأتيها راكبًا، وهل إن كان قريبًا مثل الأميال اليسيرة، أتاها ماشيًا، وهذا خفيف، وقيل لا يمشى، وإن كان ميلًا.

وجه القول الأول في نفي وجوب المشى، أن هذين المسجدين لا تتعلق القرية فيها بالمشى، فلذلك لم يلزم المشى إليهما لمن نذره. ووجه الرواية الثانية أن هذا مسجد يلزم إتيانه من نذره، فلزم المشى إليه لمن نذره كالمسجد الحرام.

فصل: وقوله: «فماتت ولم تقضه» على ما تقدم.

وقوله: «فأفتى عبد الله بن عباس ابنتها أن تمشى عنها» أجراه مجرى ما تصح فيه الناس من الحج، وذلك أنه نذر متعلق بقطع مسافة هي في نفسها قريبة، فجاز أن تدخله النيابة كالحج والجهاد.

وعلى هذا القول تدخل النيابة في قصد مسجد النبي ﷺ وقصد مسجد المقلس. وقد قال مالك في العتبية في التي نذرت المشى إلى مسجد الرسول ﷺ فماتت قبل ذلك: لا يفعل ذلك أحد عن أحد، وإن شاءوا تصدقوا عنها بقدر كرائتها، وزادها ذاهبة وراجعة، وهذا لا يمنع ما ذكرناه من النيابة لو أوصت به لأن هذا حكم من التزم المشى إلى مكة لا يحج أحد عنه، وإن شاءوا تصدقوا بنفقة، ولو أوصى به لنفذت وصيته.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ويحتمل عندى أن يكون حكم قضاء غير حكم المسجد الحرام؛ لأن قطع المسافة التي تتعلق بنفقة المال إليه ليست بقربة، وإنما القرية في الصلاة فيه خاصة، وحكمه في قطع المسافة إليه حكم سائر المساجد، وهذا عندى أظهر، والله أعلم.

فصل: وقول مالك: «لا يمش أحد عن أحد» (*) يحتمل أن يريد به في حج ولا غيره،

(*) قال في الاستذكار: لا خلاف عن مالك أنه لا يمشى أحد عن أحد، ولا يصوم عنه، وأعمال النذر كلها عنده كذلك قياسًا على الصلاة، والمجتمع عليها. وقال ابن القاسم: أنكره =

كتاب النذور الأيمان ٤٦٣
ويحتمل أن يريد به في المشى إلى قباء خاصة وحمله على عمومها أظهر لقولنا بالعموم؛
لأن المشى عمل يختص بالبدن ولا تعلق بالمال، وإن كان المشى إلى مكة تعلق بالمال
والبدن.

١٠٦٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي حَبِيبَةَ قَالَ: قُلْتُ لِرَجُلٍ وَأَنَا حَدِيثُ
السَّنِّ: مَا عَلَيَّ الرَّجُلُ أَنْ يَقُولَ عَلَيَّ مَشَى إِلَى بَيْتِ اللَّهِ، وَلَمْ يَقُلْ عَلَيَّ نَذْرٌ مَشَى
فَقَالَ رَجُلٌ: هَلْ لَكَ أَنْ أُعْطِيكَ هَذَا الْجُرُوءَ لِجُرُوءِ قِتَاءِ يَدَيْهِ وَأَنْقُولُ: عَلَيَّ مَشَى إِلَى
بَيْتِ اللَّهِ؟ قَالَ: فَقُلْتُ: نَعَمْ، فَقُلْتُهُ وَأَنَا يَوْمَئِذٍ حَدِيثُ السَّنِّ، ثُمَّ مَكَثْتُ حَتَّى
عَقَلْتُ، فَقِيلَ لِي إِنَّ عَلَيْكَ مَشِيًّا، فَجِئْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ، فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ،
فَقَالَ: عَلَيْكَ مَشَى، فَمَشَيْتُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «قلت وأنا حديث السن» يريد أنه لم يكن فقه بعد لصغر سنه
وحداثته، وأنه لم يبلغ من السن مبلغا يتسع لتفقهه في مثل هذا من الأمور التي تندر،
وليست بمعتادة كالصوم والصلاة التي تتكرر ويلزم التفقه فيها من أول العمر.
وروى ابن حبيب عن مالك، قال: وكان عبد الله بن أبي حبيبة يومئذ قد بلغ الحلم
إلا أنه كان صغيرا بحدثنان بلوغه.

فصل: وقوله: «أعلى الرجل أن يقول: عليّ مشى إلى بيت الله، ولم يقل: عليّ نذر
مشى» يرد أنه لا شيء عليه في قوله: «عليّ مشى إلى بيت الله» ولا يلزمه به حج ولا
غير ذلك مما يتعلق به النذر حتى يتلفظ بالنذر، فيقول: «عليّ نذر مشى إلى بيت الله»
فاعتقد أن لفظ الالتزام والإيجاب إذا عرا من لفظ النذر لم يجب عليه به شيء، وهذا لأنه
لم يكن تفقه في هذه المسألة، ولا عرف حكمها، ولا ما يلزم منها، ولعل ذلك أمر قام
في نفسه من غير نظر ولا تأمل، فاعتقد صحته، والذي روى ابن المواز وغيره عن مالك
أن ذلك سواء يلزمه المشى إلى مكة، ذكر النذر أو لم يذكره. وبذلك أجابه سعيد بن
المسيب.

=مالك الأحاديث في المشى إلى قباء، ولم يعرف المشى إلا إلى مكة خاصة. قال أبو عمر: لا
يعرف مالك المشى إلا إلى مكة. بمعنى أنه لا يعرف إيجاب المشى، وإنما هذا في الخالف والناذر
عنده.

١٠٦٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٨٢.

٤٦٤ كتاب النذور والأيمان

وقد روى عن سعيد والقاسم بن محمد أنه لا يلزمه شيء حتى يذكر النذر، وقد جعلاه من باب الخبر على أن إسناده عن سعيد بن المسيب ضعيف.

فصل: وقول الرجل له: «هل لك أن أعطيك هذا الجرو، لجرو قشاء بيده، وتقول: على مشى إلى بيت الله» على معنى الإنكار لقوله، والحمل له على تعب المشى إلى بيت الله، إن لم يرجع عن قوله ذلك، واعتقد أنه يغتنم منه أخذ جرو القشاء لغير سبب، ومثل هذا مما يجب أن لا يفعل فرمما حمل الإنسان لاسيما من لا علم عنده اللجاج على التزام ما يشق عليه، وربما لم يمكنه الوفاء به، وقد كان الأولى أن يعلمه بوجه الصواب. فيما قال، فإن أناب إليه، وإلا حضه على السؤال عنه، لكنه ربما اعتقد فيه أنه إذا لم يلتزم هذا القول أغفل السؤال عنه والبحث عن الصواب فيه.

فصل: وقول عبد الله بن أبي حبيبة: «على مشى إلى بيت الله» على ذلك الوجه من باب النذر على سبيل اللجاج، وقد تقدم من قولنا إنه يلزم إذا كان مما يلزم مثله لأنه قربة، وقد أمره ابن المسيب بالوفاء به وأعلمه أن المشى الذي التزمه لازم له.

مسألة: وقوله: «ثم مكثت حتى عقلت» يريد أنه عقل أمره، وأقبل على أمر دينه والاهتبال بما يلزمه منه وبجالسة أهل الدين والعلم ومذاكرتهم لما جرى له من ذلك، فقيل له: إن عليه المشى على حسب ما التزمه، ولأن ترك التلفظ بالنذر لا يمنع أن يجب عليه ما التزمه.

مسألة: وقوله: «فسألها عن ذلك سعيد بن المسيب»، يحتمل أن يكون الذين أخبروه بوجود ذلك عليه لم يكونوا عنده من أهل العلم والاجتهاد، فلم ير تقليدهم في ذلك حتى سأل عنه ابن المسيب؛ لأنه كان أعلم وقته بعد الصحابة.

وقد اختلف الناس فيمن نزلت به نازلة من العامة من يقلد في ذلك، ويقول: من يأخذ بلا خلاف يجوز له الأخذ بقول أفضلهم وأعلمهم، وهل يجوز له الأخذ بقول غيره إذا كملت له آلات الاجتهاد، اختلف الناس في ذلك.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أنه يجوز له الأخذ بقول من شاء منهم. وقد قال قوم من أهل الأصول: ليس له الأخذ إلا بقول أفضلهم وأعلمهم.

والدليل على ما نقوله أنه لا خلاف أن بعض الصحابة كان أفضل من بعض وأعلم، وقد كان جميع فقهاءهم يفتى، وينتهى الناس إلى قوله، ويأخذون به، ولو وجب الاتصاف على قول أفضلهم وأعلمهم لما جاز لغيره أن يفتى.

فصل: وقول ابن المسيب: «عليك مشى» على سبيل الفتوى، والجواب عن مشيه الذى سأل عنه من قوله: «عليّ مشى إلى بيت الله» وفي ذلك مسألتان، إحداهما: أن ما سأل من قوله: «عليّ مشى» يلزم دون أن يقترن به لفظ النذر.

ووجه ذلك أن النذر لا يفيد أكثر من التزام ما جعله على نفسه.

وقوله: «عليّ مشى إلى بيت الله» تصريح بذلك، ونص فيه، فوجب أن يلزمه، وإن جاز أن يتأول فى قوله: «عليّ مشى إلى بيت الله» ولا يذكر حجاً ولا عمرة، فلا يخلو أن تكون له نية له، فإن كانت له نية، فهو على ما نوى فإن نوى مكة أو مسجد النبى ﷺ أو مسجد بيت المقدس، فهو على ما نوى، وإن نوى مسجداً من المساجد غيرها، فله نيته، ولا يلزمه المشى إلى غير ما نوى. رواه ابن وهب عن مالك فى المدونة.

ووجه ذلك أن اللفظ واقع على كل مسجد، فإذا نوى ما يتأوله اللفظ كان ذلك له لاسيما فيما لا يحكم به عليه، وإن لم تكن له نية، فقد قال مالك فى المدونة: يلزمه المشى إلى مكة.

ووجه ذلك أن هذا اللفظ، وإن كان واقعاً على سائر البيوت والمساجد، فإنه أظهر فى المساجد فى البيوت، وهو فى مكة على طريق الاختصاص أظهر منه فى سائر المساجد كما أن عبد الله ورسوله واقع على سائر الرسل، إلا أنه فى نبينا ﷺ أحص، ووجه الاختصاص أظهر، فيجب أن يحمل عليه.

فصل: وقوله: «فمشيت» يريد أنه التزم ذلك، وقلد ابن المسيب فيما أفتاه به، فمشى إلى مكة فى حج أو عمرة وسنين أحكام ذلك بعد هذا إن شاء الله.

وقول مالك: «وعلى هذا الأمر عندنا»^(١) يريد من فتوى ابن المسيب فى ذلك، وليس قول مالك هذا عند ابن القاسم ولا أكثر رواة الموطأ.

* * *

(١) قال فى الاستذكار ٢٥/١٥: قول مالك: «وعلى هذا الأمر عندنا». خرج على أن قول القائل: على مشى إلى بيت الله، أو على نذر مشى إلى بيت الله نوى. وهو مذهب ابن عمر، وطائفة من العلماء. وذكر ابن أبى شيبة، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر فى الرجل يقول: على المشى إلى الكعبة، قال: هذا نذر، فليمش. قال أبو عمر: فجعل ابن عمر قوله: على المشى، كقوله: على نذر مشى إلى الكعبة.

ما جاء فيمن نذر مشياً إلى بيت الله فعجز

١٠٦٣ - مَالِك، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ أُذَيْنَةَ اللَّيْثِيِّ (*) أَنَّهُ قَالَ: خَرَجْتُ مَعَ جَدِّهِ لِي عَلَيْهَا مَشَى إِلَى بَيْتِ اللَّهِ حَتَّى إِذَا كُنَّا بِبَعْضِ الطَّرِيقِ عَجَزْتُ، فَأَرْسَلْتُ مَوْلَى لَهَا يَسْأَلُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، فَخَرَجْتُ مَعَهُ، فَسَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ ابْنُ عُمَرَ: مُرَّهَا، فَلْتَرْكَبْ، ثُمَّ لَتَمَشْ مِنْ حَيْثُ عَجَزْتُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَنَرَى عَلَيْهَا مَعَ ذَلِكَ الْهَدْيَ.

١٠٦٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيْبِ وَأَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ كَانَا يَقُولَانِ مِثْلَ قَوْلِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ.

الشرح: قوله: «خرجت مع جدتي لي، عليها مشى إلى بيت الله» يقتضى اعتقاد وجوب ذلك عليها، والأظهر أنها لا تتكلف ذلك، وتبلغ منه ما يشق عليها أن تعجز عن إتمامه، إلا بعد أن توجب ذلك على نفسها، إن كانت من أهل العلم، أو تسأل عن ذلك غيرها ممن يعتقد أنه يلزمها تقليده، فأفتاها بذلك بوجوب المشى، قاله علي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس.

والدليل على ذلك ما روى عن عقبه بن عامر أنه قال: نذرت أختي أن تمشى إلى بيت الله، فأمرتني أن استفتي لها النبي ﷺ، فاستفتيت النبي ﷺ قال: «لتمش ولتركب»^(١).

ووجه ذلك من جهة المعنى أن الحج قرية، تلزم من نذرهما، والمشى إليه نوع من

١٠٦٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٨٣. المحلى ٢٦٦/٧. المغنى ١٢/٩.

(*) وقال في الاستذكار: ليس لعروة بن أذينة في الموطأ، سوى هذا الخبر، وهو عروة بن أذينة، وأذينة لقب. واسمه: يحيى بن مالك بن الحارث بن عمر الليثي من بني ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة. قال: كان شاعراً رقيق الشعر غزلاً، وكان مع ذلك صاحب فقه، حبيراً عندهم. وروى عنه: مالك، وعبد الله بن عمر. ولجده مالك بن الحارث رواية عن علي بن أبي طالب. ويروى: عروة ابن أبي عامر.

١٠٦٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٠/١٥.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ١٨٦٦. مسلم حديث رقم ١٦٤٤. النسائى فى الصغرى

حديث رقم ٣٨١٤. أبو داود حديث رقم ٣٢٩٩. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٩٣٥.

كتاب النذور الأيمان ٤٦٧
السير إليه، وذلك مشروع مما يتقرب به كالمشي إلى المساجد والجنائز والجمع والطواف
والسعي، فلزمه نذره على الصفة التي التزمها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففي ذلك ست مسائل، إحداها: في تعليق المشى بمكان يلزم
المشى إليه، وتبينه مما لا يلزم. والثانية: فيما يلزم بالنذر من المشى والمسير. والثالث: في
ابتداء ذلك في الزمان والمكان. والرابعة: في العمل فيه. والخامسة: في انتهائه.
والسادسة: في مشاركة غيره له.

فأما المسألة الأولى، فإن المشى يتعلق بالأماكن على ثلاثة أضرب، ضرب إذا علق
المشى به، وجب المسير إليه، والمشى فيه. وضرب إذا علق المشى به، لم يجب المسير
إليه، ولا المشى فيه. وضرب إذا علق المشى به، وجب المسير إليه، ولم يجب المشى.

فأما الأول، فإن منه ما اتفق عليه أصحابنا، ومنه ما اختلفوا فيه، فأما تعليق المشى
بالبيت كقولك: إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو لشيء منه كقولك: إلى الركن أو الحجر
أو بما يشتمل عليه البيت من جهة البنيان كقولك إلى المسجد الحرام أو إلى مكة، فهذا
لا خلاف في المذهب في وجوب المسير والمشى، وقد اختلفت الرواية عن ابن القاسم
في إلحاق الحجر والحطيم بذلك.

وقال أصبغ: إذا سمي شيئاً إما بقرية مكة كقولك: الصفا والمروة وأبى قبيس
وقعيقعان وأجنادين والأبطح والحجون، وشبه ذلك، لزمه، وإذا سمي ما هو خارج من
قرية مكة، لم يلزمه.

وقال ابن حبيب: إذا سمي شيئاً مما في الحرم كمنى والمزدلفة وغير ذلك، لزمه، وإن
سمى شيئاً مما هو خارج الحرم، لم يلزمه إلا عرفة.

وقد روى أبو إسحاق مثل هذا عن أشهب. وزاد: إلا أن ينوى الموضع المسمى
بعينه، فلا يلزمه، وبهذا قال الشافعي: إلا ذكر عرفة. وقال أبو حنيفة: لا يلزمه في
القياس شيء من ذلك كله، ونستحسنه إذا قال: إلى بيت الله والكعبة ومكة.

فوجه قول ابن القاسم أنه علق المشى بغير البيت مما لا يشتمل عليه بالبنيان، فلم
يلزمه. أصل ذلك إذا علقه بسائر البلاد.

وقولنا: مما لا يشتمل عليه بالبنيان، احترازاً من قوله: على المشى إلى الحرم، فقد قال
ابن القاسم لا يلزمه. ومعنى ذلك أنه لا يشتمل على البيت بالبنيان وهذا فارق قوله:

٤٦٨ كتاب النذور والأيمان

على المشى إلى مكة وإلى المسجد الحرام؛ لأن مكة والمسجد الحرام يشتملان على البيت بالبيان.

ووجه قول أصبغ، ما احتج به ابن حبيب من قوله ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام. ومعنى ذلك أن هذا حكم عنده مختص بحاضري المسجد الحرام، وهى القرية، وما كان فيها.

وأما المسألة الثانية، فيما يلزم من نذر مشياً أو مسيراً، فقد ذكرنا أن من نذر مشياً إلى مكة أنه يلزمه المشى إليها؛ لأنه صرح بالمشى، وإن صرح بهذا المشى، فنذر الركوب إلى مكة، أو لم يصرح، فنذر الانطلاق إلى مكة أو المسير إليها، ففى المدونة عن ابن القاسم قولان، أحدهما: الركوب، وبه قال أشهب. والثانى: أنه لا شىء عليه، إلا أن ينوى حجاً أو عمرة.

وجه القول الأول أن مكة تتعلق بها عبادة، وهى الحج والعمرة، فإذا نذر المضى إليها، لزم بمجرد النذر، وإن لم تقترن بنذره نية كمن نذر المضى إلى مسجد الرسول عليه الصلاة والسلام.

ووجه القول الثانى أن هذا اللفظ لا يستعمل فى المضى إلى مكة على وجه النذر والقسم، فلذلك لم يلزمه حكم حتى تقترن به القرية كمن نذر المضى إلى المدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام.

ومعنى قول ابن القاسم فى القول الأول عليه الركوب، يريد فيمن نذر الركوب إلى مكة. وقد قال ابن المواز عن أشهب، فى هذا إن أراد المشى: لم يجزه ذلك؛ لأنه أراد التخفيف عن نفسه. وأما الذى ينذر المسير أو الذهاب، فهو مخير بين الركوب والمشى؛ لأن نذره لم يتعلق بأحدهما بلفظ ولا نية.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن نذر مشياً أو مضياً، فلا يخلو أن يقيد ذلك بحج أو عمرة أو يطلقه، فإن قيد ذلك بحج أو عمرة، وكان تقييده ذلك بلفظ أو نية، لزمه على ما التزمه، ولم يجز له أن يقضيه، ولا شيئاً منه فى غير ما قيده به، فى رواية ابن القاسم عن مالك.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن قيده بحج، لم يجز له أن يقضى ما فاته من مشيه فى عمرة، وإن قيده بعمرة، جاز له أن يقضى ما فاته فى حج؛ لأن عمل الحج أكثر.

كتاب النذور الأيمان ٤٦٩

وجه قول مالك أنه قد قيد نذره بنسك، فلا يجوز له أن يؤديه، ولا يقضى شيئاً منه في غيره. أصل ذلك إن قيده بالحج، فليس له أن يؤدي شيئاً، ولا يقضى شيئاً منه في عمرته.

فرع: فإنه لم يقيده بلفظ ولا نية، لم يجز له أن يجعل مشيه في مسير حج ولا عمرة. رواه ابن وهب عن مالك.

ووجه ذلك أن المضي في نفسه ليس بقربة إلا إذا كان لأداء عبادة، فلذلك لم يلزمه بالنذر إلا على وجه القربة، فإذا قلنا: لا بد له من أحدهما، جاز له أن يجعل ذلك في حج أو عمرة.

وأما المسألة الثالثة في ابتداء ذلك في الزمان والمكان، فإن ذلك أيضاً على وجهين، أحدهما: أن يقيده بزمان أو مكان، فيلزمه على ما قيده به مثل أن يقول: على مشى إلى مكة من موضع كذا أو على إحرام بحج من موضع كذا أو في شهر كذا، لما يستقبل، وسواء قيد ذلك بالنطق أو النية، رواه ابن المواز عن مالك.

فرع: فإن أطلق، ولم يقيده ذلك، فحلف بالمشى إلى مكة بموضع وحث بغيره، فقد روى ابن حبيب عن مالك: يلزمه المشى من موضع يمينه. وروى ابن المواز عن عبد الملك: أنه يمشى من حيث شاء من ذلك البلد. وقال عن مالك: إلا أن يكون يمينه بمكة، فإنه يخرج إلى الحل، فيمشى منه محرماً، فإن جهل فأحرم من مكة خرج إلى الحل محرماً، ومشى منه.

ووجه ذلك أن يمينه بالمشى إلى مكة يقتضى المشى من حيث حلف؛ لأن ذلك مقتضى لفظه مع الإطلاق؛ لأن موضع حثه لا يعلمه حين يمينه، فلزم المشى من موضع يمينه، فإن كان بمكة، واقتضى لفظه المشى إليها، لزمه وذلك من حيث شاء وأقرب المواضع يجزئه من ذلك، وهو أدنى الحل، فيجب أن يكون إحرامه منه، لما يلزمه من الخروج إليه، فإن جهل، فأحرم من مكة، لزمه الخروج إليه لما التزمه، من المشى منه، ولم يمكنه أن يتحلل من إحرامه بعد الدخول فيه فيخرج إليه محرماً.

فرع: ومن قال: أنا محرم إن فعلت كذا، فحث، فإن قيد ذلك بوقت أو مكان، وكان تقيده بلفظ أو نية، فهو على ما قيده، وإن لم يقيده بلفظ ولا نية، فقد قال مالك: إن كان قيد إحرامه بعمرة لزمه الإحرام يوم يحنث، إن وجد من يصحبه، فإن لم يجد صحبة، ونخاف أحر، حتى يجده، وإن كان قيد إحرامه بحج، أحر إحرامه إلى شهر الحج.

٤٧٠ كتاب النذور والأيمان

وهذا مبنى على ثلاثة فصول، أحدها: أنه لا يكون محرماً بنفس الحنث، وإنما يكون محرماً لدخوله في الإحرام بعد الحنث. والثاني: أن كفارة اليمين يستحب تعجيلها على الفور، إذا لم يمنع تعجيلها كراهية ولا عذر. والثالث: أنه لا يكره تأخيرها للعذر، ولا لمعنى يوجب كراهية تقديمها.

فلما لم يكن محرماً بنفس الحنث، ولزمه تقديم الإحرام عند الحنث، وكانت العمرة لا كراهية في تقديم الإحرام بها يوم حنث، لزمه الإحرام بها ذلك اليوم، إن وجد صحابة يأمن معهم، فإن لم يجد جاز له تأخير ذلك لهذا العذر إلى أن يزول بوجود الرفقة، ولما كان الإحرام بالحج مكروهاً في غير أشهر الحج منه ذلك من تعجيله وساغ تأخيره.

وهذا مبنى أيضاً على الإحرام قبل الميقات مكروه، وقد نص أصحابنا على أنه يجوز أن يحرم الرجل من منزله ما لم يكن قرب الميقات، إلا أن يتعلق في هذا، فإن كراهية تقديم الحج أكد، ألا ترى أن من العلماء من يقول من أحرم بالحج، وفي غير أشهر الحج لم ينعقد حجاً، ولم يختلف العلماء أن من أحرم بالحج قبل الميقات، أنه ينعقد حجاً.

وأما المسألة الرابعة، في العمل في المشى، فإنه لا يخلو المشى في حجاج أو عمرة أن يقدر على المشى أو يعجز عنه، فإنه كان قادراً عليه لزمه المشى، فإن كان ليس للموضع الذى لزمه المشى منه إلى مكة إلا طريق واحد، فالضرورة تدعو إلى المشى فيه، وإن كانت منه طرق كثيرة، ففي كتاب ابن المواز أنه إن كان بعضها أخصر من بعض، فإن له أن يأخذ أى طريق شاء منها.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أن تكون كلها معتادة، وكذلك فيمن كان بالأندلس له سعة في ركوب البحر، ومثله في العتبية، واحتج له بأنه لا يد له منه.

وهذا الاعتلال يقتضى أن له أن يركب ما لا بد له منه، فإن اختار أن يركب البحر إلى الإسكندرية، ثم يركب في النيل إلى مصر، ثم يركب البحر من القلزم إلى جدة، فإن كان هذا العذر العجز عن المشى، فهو بين؛ لأن الركوب في البحر كالركوب في البر، وإن كان مع القدرة على المشى، وكان هذا هو الطريق المعتاد، فإنه يجىء على مذهب من يحمل الألفاظ على عاداتها دون موضعها، أن له ذلك. وأما إن كان الطريق المعتاد غيره، فليس له ذلك على المذهب.

كتاب النذور الأيمان ٤٧١

وأما المسألة الخامسة، فى نهاية المشى، فإن الماشى فى الحج لنذره أو حثه يمشى حتى يتم طواف الإفاضة، فإن آخر طواف الإفاضة حتى يرجع من منى لم يركب فى منى لرمى الجمار، وإن قدم طواف الإفاضة يوم النحر رجع إلى منى راكباً، وركب فى منى لرمى الجمار.

وحكى ابن حبيب عن أصحاب مالك أنه يمشى حتى يكمل المناسك كلها، وإن عجل الطواف يوم النحر، فإنه لا يرجع إلى منى إلا ماشياً، ويمشى لمنى لرمى الجمار. قال ابن حبيب: لأن ذلك من عمله ولا يجوز له أن يركب فى شىء من عمل الحج.

فرع: وإن كان مشيه فى عمرة، فلم يختلف أصحابنا فى أن مشيه إلى أن يكمل السعى بين الصفا والمروة، وذلك أن آخر السعى تمام العمرة. وأما الحلاق فإنه تحلل منها.

وأما المسألة السادسة، فى مشاركة غير النذر له، بأن من نذر شيئاً إلى مكة لا يخلو أن يقيد ذلك بعمرة أو حج أو بهما، أو لا يقيده.

فإن قيده بعمرة ثم مشى حتى جاء الميقات، فأحرم لعمرته التى مشى لها والحج فرضه، وهو ضرورة، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: يجزيه لفرضه دون نذره، وقد وجب عليه القران.

قال: ووجه ذلك، أن عملهما واحد، يريد أنه طواف واحد وسعى واحد، وهذا التوجيه لا يصح فى منع كون العمرة للنذر؛ لأنه كان يجب أن يمنع جوازه عن الحج، وكان يمنع ذلك فيمن أحرم بحجه لنذر وفرضه، أن يجزئه لنذره، ولكنه دليل ناقص.

ومعنى ذلك أنه طاف طوافاً واحداً وسعيًا واحداً، فلا ينوب إلا عن واجب واحد، وإذا جمع بين الحج والعمرة وكل واحد مقصود لازم على الأفراد، لم يجز أن ينوب عنها مع القران، فبطل حكم العمرة، فوجب أن يصح عن الحج دون العمرة.

مسألة: وإن كان قيد نذره أولاً بحج، فمشى، فلما جاء الميقات أحرم بالحج ينوب لنذره وفرضه، فإن ابن القاسم قد أطلق الجواب فيمن مشى فى نذره، ولم يذكر تقييداً ولا غيره، فلما جاء الميقات أحرم بالحج لنذره وفرضه، أنه يجزئه لنذره، ويقضى فرضه.

وقال ابن المواز: إن ذلك إنما هو إذا لم يقيد نذره بحج ولا عمرة، وأطلقه، وأما إذا

٤٧٢ كتاب النذور والأيمان

قصده بجمع ثم أحرم بالحج ينوي لهما، فإنه لا يجزئه لفرضه ولا لنذره، وعليه أن يستأنفهما. وقال عبد الملك وأصبغ: يستحب له أن يقضيهما ولم يفصلا.

وجه قول ابن القاسم أنه قد أحرم بالحج وانعقد إحرامه، ولا يصح أن انعقد إحرام عن حجتين واجبتين، فإذا لم ينب إحرامه إلا عن حجة واحدة غير معينة، وجب أن يقتضى أكدهما، ولا فرق بين أن يقيد نذره بالحج أو يطلقه فى ذلك؛ لأنه إذا كان نذره مطلقاً ثم أحرم له بالحج، فقد تعين بالحج، ولزمه ذلك حتى لو فاتته الحج أو أفسده للزمه أن يقضيه حجاً، فقد صار هذا بالتلبس به بمنزلة من قيد نذره بالحج، وإذا كان هذا الإحرام يجزئه عن النذر المطلق، فكذلك النذر المقيد.

وقد احتج ابن المواز للوجه الذى ذكره أنه إذا قيد نذره بالحج فقد نذر حجة تامة، فلما قرن بها حجة الفرض كانت ناقصة، فلم تجزه عن النذر، وليس كذلك النذر المطلق، فإنه لم يلزم بنذره حجة كاملة، فيكون قد نقصها عن ذلك بأن قرن بها حجة فريضة.

فرع: إذا قلنا بقول ابن القاسم أن حجه ذلك يجزئه عن إحدى الحجتين، فقد قال: إنه يجب عليه أن يقضى أحدهما، وهى حجة الفرض. وقال المغيرة وابن عبد الحكم: يجزئه عن فرضه، وعليه قضاء نذره.

ووجهه أنه لما لم يصح أن انعقد الحج عنهما، وجب أن انعقد عن أكدهما وأوجبهما.

فصل: وقول مالك: «ونرى عليها مع ذلك الهدى» يريد لتفريق مشيها؛ لأن المشى فى سفر واحد لا بد أن يكون شرطاً فى صحة المشى أو سنة من سننه، ومتمماً لصفته، فإذا دخل عليه النقص بالتفريق للعجز عن الإتيان به على وجهه، لزم الدم.

مسألة: والهدى فى ذلك بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فشاة، فإن لم يجد فصيام عشرة أيام، رواه ابن المواز وابن حبيب، فإن أخرج الشاة مع القدرة على البدنة، ففى كتاب ابن المواز: تجزئه كسائر الهدايا.

١٠٦٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ عَلِيٌّ مَشَى، فَأَصَابَتْهُ خَاصِرَةٌ، فَرَكِبَتْ حَتَّى أَتَيْتُ مَكَّةَ، فَسَأَلْتُ عَطَاءَ بْنَ أَبِي رَبَاحٍ وَغَيْرَهُ، فَقَالُوا:

كتاب النذور الأيمان ٤٧٣
عَلَيْكَ هَدْيٌ، فَلَمَّا قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ سَأَلْتُ عُلَمَاءَهَا، فَأَمَرُونِي أَنْ أَمْشِيَ مَرَّةً أُخْرَى
مِنْ حَيْثُ عَجَزْتُ، فَمَشَيْتُ.

الشرح: قوله: «كان على مشى» يريد أنه كان يلزمه بنذر. وأما اليمين، يمثل هذا،
فمكروه، وأرجو أن يكون يجيبى بن سعيد على فضله وعلمه، لا يحلف بغير الله تعالى،
إلا أن يكون فى نادرة غضب وحرَج، ولعله قد كان ذلك فى صباه وقبل أن يفقه،
ولذلك احتاج أن يسأل عن حكمه عطاء وغيره من العلماء.

فصل: وقوله: «فأصابتنى خاصرة» يريد وجع خاصرة منعت المشى، فركب حتى
أكمل سفره بالوصول إلى مكة، ثم سأل عطاء أو من وجد بمكة من العلماء، فأفتوه
بأن عليه الهدى، وهذا يقتضى أنهم لم يوجبوا عليه العودة لجبر ما ركب فى سفره،
ولذلك خالفهم أهل المدينة، وأوجبوا عليه جبر المشى.

فصل: وقوله: «أنه سأل لما قدم المدينة» يريد لما اعتقد أنهم أعلم من أهل مكة أو
لتطيب نفسه باتفاق العلماء على حكمه، فلما وجد الخلاف أخذ بالأحوط، وعناد
لإتمام المشى.

قَالَ سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ يَقُولُ: عَلَيَّ مَشْيٌ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ، أَنَّهُ
إِذَا عَجَزَ رَكِبَ ثُمَّ عَادَ فَمَشَى مِنْ حَيْثُ عَجَزَ، فَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَطِيعُ الْمَشْيَ،
فَلْيَمْشِ مَا قَدَرَ عَلَيْهِ ثُمَّ لِيْرْ كَبْ، وَعَلَيْهِ هَدْيٌ بَدَنَةً أَوْ بَقَرَةً أَوْ شَاةً إِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا
هِيَ.

الشرح: وهذا كما قال فيمن نذر المشى إلى بيت الله تعالى، يريد مكة، أنه إن عجز
فى بعض طريقه عن المشى أنه يركب، ولا يمنعه ذلك من التماذى على الوفاء بنذره
والأداء لما التزمه، لأنه لا يأمن مثل ذلك فى السفر الثانى وما بعده، وإنما من حكم
المشى أن يكون فى سفر واحد.

فإن فرقه لغير عذر، فقد روى ابن حبيب: لا يجوزته ذلك، ويبتدئ المضى، ويجيء من
رواية ابن المواز أن المشى فى سفر واحد أفضل وإن فرقه لغير عذر.

مسألة: وإن فرقه للعجز عن المشى بالضعف عنه، ولا يخلو من حالتين، إحداهما: أن
يطمع بإكمال المشى فى سفره ثانية على وجه التلفيق، أو يئأس من ذلك، فإن كان
يطمع به، فإنه يمشى ما استطاع، فإذا عجز ركب حتى يستريح، ثم ينزل ويمشى،

٤٧٤ كتاب النذور والأيمان

ويحصى مواضع الركوب، ثم يعود مرة أخرى، ويمشى ما ركب، ويجزئه ذلك، وعليه دم لتفريق المشى.

وهذا مبنى على ثلاثة أصول، أحدها: أن المشى قد لزمه بنذره أو حنثه فى يمينه. والثانى: إذا عجز عن المشى فى طريقه لا يمكنه التوقف والإراحة بكل موضع يدركه فيه العجز، ولا بد له من استدامة المسير وذلك لا يكون إلا بالركوب إلى أن يريح، فجاز له الركوب لذلك، ولا ينوب الركوب عن المشى، وإنما يجزئه الوصول، ويبقى ما التزمه من المشى فى ذمته يلزمه قضاؤه من المكان الذى التزمه فيه دون غيره، وفى نسك من جنس نسكه الذى لزمه فيه، فلزمه التلقيق على هذا الوجه.

والثالث: أن القضاء أقل فى سفر واحد، ولا يكاد أن تلحق المشقة فيه، فلذلك لزم التلقيق من رجا أن يتم قضى مشيه فى سفر واحد، ومن لم يرج ذلك لم يلزمه أن يلفق بالقضاء فى أكثر من سفر واحد؛ لأن التكرار يشق عيه ولا نهاية له، وكذلك لو رجع للتلقيق فى القضاء، فلم يستوفه لم يجب عليه أن يرجع مرة أخرى للقضاء، وذلك أن القضاء لا يلفق، وإنما يلفق به.

مسألة: وإن كان لا يطمع بالإكمال بالمشى فى سفره ثانية، لم يلزمه ذلك، وليمش ما استطاع فى سفره الأول، ويهدى ولا يعود للتلقيق.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو عجزه عن مشى بعضه من ثلاثة أحوال، أحدها: أن يكون قد ركب منه الكثير أو ركب منه اليسير كاليوم واليومين أو ركب الأميال، فإن كان ركب الكثير مثل أن يركب عقبة ويمشى عقبة، فقد روى ابن المواز عن مالك أن هذا إن رجع ابتداء المشى كله من أوله. وفى الواضحة عن مالك أنه يرجع يمشى ما ركب فيه من تفصيل.

وجه رواية ابن المواز إن حملت على ظاهرها، أنه لما كثر الركوب حتى ساوى بالمشى أو كان أكثر منه لم يكن لما مشى حكم، وإنما يثبت حكمه إذا كان الركوب تبعاً.

وجه رواية ابن حبيب أنه إنما دخل عليه النقص بركوب الموضع الذى عجز عن المشى فيه، وإنما يلزمه جبره بالمشى فيه إذا كان المشى مما يجبره، ويجب عليه الدم للتفريق.

مسألة: وإن ركب أقل من اليوم، فى رواية ابن حبيب، أو اليوم والليل، فى رواية ابن المواز، فإنه يرجع ويمشى ما ركب.

ووجه ذلك أنه قد يقدم من مشيه ما فيه قضاء لبعضه، فبقي عليه قضاء ما فاته منه في مثل نسكه.

مسألة: فإن كان ركوبه أقل من ذلك، فإنه ليس عليه الرجوع لجبر مشيه، ويمزئه من ذلك الهدى.

ووجه ذلك قلة ما يلزمه جبره منه مع عظيم ما يتكلف من المشقة باستئناف سفر آخر للقضاء لا سيما لمن لم تقرب داره. وأما من قربت داره من مكة كاليوم والثلاثة أيام.

قال الإمام أبو الوليد، رضى الله عنه: فإن ركوب اليوم عندي في حقهم كثير وما يلزمهم من المشقة في القضاء ليس بكثير، ولم أر فيه نصًا.

فرع: وهذا إذا كان مشيه في الطريق، فأما من ركب في التوجه إلى عرفة، وتصرف في المناسك ركبًا، ففي المدونة: يلزمه أن يحج ثانية ركبًا حتى يقضى سعيه، ثم يتم حجه ماشيًا ليقضى مشى ما فاته مما كان ركبه.

ووجه ذلك أن هذا المشى، وإن كان يسيرًا، فإنه لما كان في المناسك كان الرجوع له أوكد لأنها أركان الحج.

فصل: وقوله: «وعليه هدى بدنة أو بقرة أو شاة وإن لم يجد إلا هي» يحتمل أن يرجع ذلك إلى الذى لا يستطيع المشى خاصة، ويحتمل أن يرجع إليه، وإلى الذى عجز عن بعض المشى، وهو الأظهر.

وقوله: «أو شاة وإن لم يجد إلا هي» يقتضى أنه يجب عليه إخراجها، وإن لم يجد غيرها، وفي بعض النسخ: أو شاة إن لم يجد إلا هي، ومعناه أن الشاة، إن لم يجد بدنة ولا بقرة.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ: أَنَا أَحْمِلُكَ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ.

فَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ نَوَى أَنْ يَحْمِلَهُ عَلَى رَقَبَتِهِ يُرِيدُ بِذَلِكَ الْمَشَقَّةَ وَتَعَبَ نَفْسِهِ، فَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَلَيْمَشْ عَلَى رِجْلَيْهِ، وَلْيُهْدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَوَى شَيْئًا، فَلْيَحْجُجْ وَلْيُرْكَبْ، وَلْيَحْجُجْ بِذَلِكَ الرَّجُلِ مَعَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَالَ: أَنَا أَحْمِلُكَ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ،

فَإِنْ أَبِي أَنْ يَحُجَّ مَعَهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَقَدْ قَضَى مَا عَلَيْهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أنه من قال لآخر: «أنا حملك إلى بيت الله» يريد مكة، ونوى أن يحمله على رقبته للمبالغة في المشقة على نفسه، فإنه ليس عليه حمله على عنقه، ولا عليه أن يحججه؛ لأنه لم يقصد ذلك، وإنما حمله على عنقه كقوله: أنا أحمل هذا العمود، وهذا الحجر، وهذه الطنفسة، وعليه أن يحج ماشياً لأن قوله: «أنا أحملك» يريد على عنقه يتضمن المشى؛ لأن من حمل ثقلاً إنما يحمله ماشياً، فلزمه المشى إلى مكة لما كان قربة، ولم يلزم حمله على عنقه؛ لأنه قربة فيه، والنذر إنما يتعلق بالقرب دون غيرها، وإن كان الذي قال: أنا أحمله إلى مكة شياً خفيف لا مشقة في حمله راكباً، فعليه الركوب إلى مكة حاجاً، رواه ابن الموزان.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندي أنه كان مما جرت العادة أن يحمله الراكب معه لم يتضمن حمله المشى، فلم يلزمه المشى، ولزمه الوصول إلى مكة على وجه القربة بحسب ما تضمنه يمينه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وليهد» يريد التزم من صفة المشى التي لا تلزمه، وذلك على وجه الاستحباب والندب، وقد قال ذلك ابن حبيب فيمن نذر المشى إلى مكة حافياً: أن هديه على وجه الاستحباب والندب لالتزامه من ذلك ما لا يلزمه.

فصل: وقوله: «إن لم يكن نوى شيئاً» يريد أنه لم يقيد بنية مما ذكرنا من إتعاب نفسه بحمله، فليحج بالرجل معه؛ لأن لفظه حمل الرجل إلى مكة تقتضى إيصاله إليها، فإن لم تكن نية تعدل به عن القربة، وجب أن يحمل على وجه القربة، وهو تكلف مؤنة الرجل إلى مكة في حج أو عمرة إلا أن هذا موقوف على إرادة الرجل؛ لأن الخالف لا يملكه، فإن أراد الرجل الحج معه على الوجه الذى التزمه وجب عليه الوفاء به، وإن أبى ذلك الرجل لم يلزمه هو شياً فى إحجاج الرجل، ويلزمه هو الحج أو العمرة، قاله مالك، وذلك لأن قوله: «أنا أحمل فلاناً» يقتضى مضيئهما، فقد لزمه لنذره ومضى الرجل موقوف على اختياره، ومعنى قول مالك فى الموطأ، «فإن أبى أن يحج معه، فليس عليه شياً»، يرى بسبب الرجل، ولم يرد أن الحج يسقط عنه.

سُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يَحْلِفُ بِنُذُورٍ مُسَمَّاةٍ مَشْتَبِهَةً إِلَى بَيْتِ اللَّهِ أَنْ لَا يُكَلِّمَ أَخَاهُ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣٤/١٥، وقال: السنة الثابتة فى هذا الباب دالة على طرح المشقة فيه عن كل متقرب إلى الله بشىء منه.

أَوْ أَبَاهُ بِكَذَا وَكَذَا نَذْرًا لِشَيْءٍ لَا يَقْوَى عَلَيْهِ، وَلَوْ تَكَلَّفَ ذَلِكَ كُلَّ عَامٍ لَعَرِفَ أَنَّهُ لَا يَبْلُغُ عُمُرَهُ مَا جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ ذَلِكَ، فَقِيلَ لَهُ هَلْ يُجْزِيهِ مِنْ ذَلِكَ نَذْرٌ وَاحِدٌ أَوْ نُدُورٌ مُسَمَّاءٌ؟

فَقَالَ مَالِكٌ: مَا أَعْلَمُهُ يُجْزِيهِ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا الْوَفَاءُ بِمَا جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ، فَلْيَمْشِ مَا قَدَرَ عَلَيْهِ مِنَ الزَّمَانِ، وَلْيَتَقَرَّبْ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى بِمَا اسْتَطَاعَ مِنَ الْخَيْرِ.

الشرح: وهذا كما قال أن من التزم من النذور في المشى إلى مكة ما لا يستطيع عمره لأدائه مثل أن ينذر ألف حجة أو يحلف بها فحنت، فإنه يلزمه ما التزمه من ذلك ولا يخرج عنه شيء إلا الوفاء به، ولو قدر عليه واتسع عمره له غير أنه قد علم بجرى العادة أن ذلك لا يكون، فيلزمه أن يأتي منه بما اتسع عمره له، ويستغفر الله تعالى من التزاه ما لا يستطيع عليه، ويتقرب إليه بما أمكنه من أعمال البر.

وقد قال مالك في العتبية في امرأة حلفت أن لا تكلم أباه بالمشى إلى مكة سبع مرات، قال: تكلمه وشمى سبع مرات، فإن لم تطف حجت أو اعتمرت سبع مرات، وتهدى في كل مرة.

* * *

العمل في المشى إلى الكعبة

قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي الرَّجُلِ يَحْلِفُ بِالْمَشْيِ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ أَوْ الْمَرْأَةِ تَحْلِفُ فِيْحَنْتُ أَوْ تَحْنَتْ، أَنَّهُ إِنْ مَشَى الْحَالِفُ مِنْهُمَا فِي عُمْرَةٍ، فَإِنَّهُ يَمْشِي حَتَّى يَسْعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، فَإِذَا سَعَى فَقَدْ فَرَّغَ، وَأَنَّهُ إِنْ جَعَلَ عَلَى نَفْسِهِ مَشْيًا فِي الْحَجِّ، فَإِنَّهُ يَمْشِي حَتَّى يَأْتِيَ مَكَّةَ ثُمَّ يَمْشِي حَتَّى يَفْرُغَ مِنَ الْمَنَاسِكِ كُلِّهَا وَلَا يَزَالُ مَاشِيًا حَتَّى يُفِيضَ^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَكُونُ مَشْيٌ إِلَّا فِي حَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ.

الشرح: قوله: «في الرجل أو المرأة يحلف بالمشى إلى بيت الله فيحنت أو تحنت» إلى آخر المسألة، يقتضى أنها يجب تلزم ويحنت فيها بالمخالفة، فيجب فيها ما التزمه من

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٨٥.

٤٧٨ كتاب التدوير والأيمان

حج أو عمرة أو منهما، لم يختلف في ذلك أصحابنا، وما يعزى إلى قول ابن القاسم أنه أفتى بالنذر بكفارة يمين، لا يصح، وقد بينته في الاستيفاء، وبهذا قال جماعة من العلماء، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: يلزم المشى إلى مكة بالنذر وعليها أن تمشى إلى مكة، وأما من حلف بها وحنث، فعليه كفارة يمين.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يلزم به العتق، فلزم به المشى إلى مكة. أصل ذلك النذر.

فصل: وقوله: «في الرجل يحلف بالمشى إلى بيت الله أو المرأة» إلى آخر المسألة، يقتضى أن حكمهما في ذلك واحد، وأن المرأة يلزمها ذلك كما يلزم الرجل، وإنما يسقط المشى عن من يسقط عنه منهما لعجزه عنه، فيسقط إلى بدل، وهو الهدى مع ما يطاق من المشى. وفي المدونة عن مالك: والمشى على الرجال والنساء سواء.

وجه ذلك أنه نذر يصح من كل واحد منهما، فوجب أن يتساويا فيه كالصوم والصلاة.

فصل: «وإن مشى الحائض منهما في عمرة، فإنه يمشى حتى يسعى بين الصفا والمروة» يريد أن من لزمه المشى منهما، سواء كان مشيه مقيداً بعمرة أو مطلقاً، فجعله في عمرة، فإن كمال مشيه بانقضاء السعى؛ لأنه آخر عمل العمرة، وإن كان مشيه في حج، إما لأنه قيد نذره به، أو كان مطلقاً، فجعله في حج، فإن آخر مشيه إلى انقضاء المناسك؛ لأن ذلك آخر عمل الحج، فلا يسقط عنه وصوله إلى مكة ماشياً المشى في المناسك إلى عرفة وغيرها، لأن اللفظ وإن تناول المشى إلى مكة، فإن عرف المشى إليها بهذه القربة، يحمل المشى إليها على ذلك.

ولو جاز أن يحمل على المشى إلى مكة في المشى؛ لأن اللفظ لم يتناول غير ذلك لجاز أن يحمل على أنه لا يجب حج ولا عمرة، وإنما يجب عليه الوصول إلى مكة؛ لأن اللفظ لا يتناول غير ذلك، وهذا باطل باتفاق؛ ولهذا قال مالك: يمشى حتى يأتي مكة، ثم يمشى حتى يفرغ من المناسك، لئلا يظن ظان أن وصوله إلى مكة يسقط عنه المشى في المناسك، وأن قول القائل: يمشى في المناسك، إنما ذلك للمراهق الذي أعجله خوفاً الفوات عن إتيان مكة، فبدأ بها قبل إتيان مكة مصدر رفع الإشكال، والله أعلم.

كتاب النذور الأيمان ٤٧٩

فصل: وقوله: «لا يزال ماشيا حتى يقبض» بعد قوله: «ثم يمشى حتى يفرغ من المناسك» وقد تقدم فيه من رواية ابن حبيب، وقول ابن القاسم ما يغني عن إعادته.

فصل: وقوله: «ولا يكون مشى إلا في حج أو عمرة» يحتمل تأويلين، أحدهما: أن من نذر مشيا إلى غير مكة لا يلزمه ذلك لا إلى المدينة ولا غيرها؛ لأنه ليس هناك حج ولا عمرة، ويحتمل أن يريد أن الناذر للمشى إلى مكة لا يخلو من ثلاثة أحوال، أحدها: أن يقصد بنذره النسك أو يطلق النية أو ينوي المشى خاصة دون النسك، فإن قيد نيته بالنسك أو أطلقها، لزمه المشى والنسك؛ لأن ظاهر نذره القربة، والقربة إنما هي في النسك، وأما إن قيد نذره بالمشى خاصة، فلم أر فيه نصا.

* * *

ما لا يجوز من النذور في معصية الله

١٠٦٦ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ وَثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدِّيَلِيِّ أَنَّهُمَا أَخْبَرَاهُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَحَدُهُمَا يَزِيدُ فِي الْحَدِيثِ عَلَى صَاحِبِهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَأَى رَجُلًا قَائِمًا فِي الشَّمْسِ، فَقَالَ: «مَا بَالُ هَذَا؟» فَقَالُوا: نَذَرَ أَنْ لَا يَتَكَلَّمَ، وَلَا يَسْتَنْظِلَ مِنَ الشَّمْسِ، وَلَا يَجْلِسَ وَيَصُومَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مُرُوهُ فَلْيَتَكَلَّمْ وَلْيَسْتَنْظِلْ وَلْيَجْلِسْ وَلْيَتِمَّ صِيَامَهُ».

قَالَ مَالِكٌ: وَلَمْ أَسْمَعْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ بِكَفَارَةٍ، وَقَدْ أَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُتِمَّ مَا كَانَ لِلَّهِ طَاعَةً، وَيَتْرَكَ مَا كَانَ لِلَّهِ مَعْصِيَةً.

الشرح: قوله: «رأى أن رجلا قائما في الشمس» يريد والله أعلم، أنه رآه ملازما لذلك دون قعود مع التمكن من الاستئصال والقعود وخارجا فيه عن عادة الناس، فسأل النبي ﷺ عن سببه، فأعلم أنه نذر هذه المعاني من القيام للشمس والصيام والصمت، وهذه المعاني منها ما يلزم بالنذر لكونه طاعة، وهو الصوم، ومنها ما لا يلزم

١٠٦٦ - أخرجه البخاري كتاب الأيمان والنذور باب النذر فيما لا يملك، ٢٥٦/٨ عن ابن عباس. قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٦٩/٦: هذا الحديث يتصل عن النبي ﷺ من وجوه، منها: حديث جابر وابن عباس، ومن حديث قيس بن أبي حازم، عن أبيه، عن النبي ﷺ، ومن حديث طاوس عن أبي إسرائيل رجل من أصحاب النبي ﷺ وأظن - والله أعلم - أن حديث جابر هو هذا، لأن مجاهدا رواه عن جابر، وحמיד بن قيس صاحب مجاهد.

٤٨٠ كتاب النذور والأيمان

لما لم يكن فيه طاعة كالقيام للشمس والضممت، فأمر رسول الله ﷺ من يعلمه ما يلزمه من ذلك ليفي بنذره فيه، ويعلمه بما لا يلزمه، فيترك إتعاب نفسه فيه، وإلزامها إياه.

مسألة: وإنما يلزمه المشى إلى مكة؛ لأن فيه قرابة؛ لأن المشى فى الطواف والسعى قرابة، والمشى إليها لا يقدر على الركوب قرابة فى جميع الطريق. وقد قال جماعة من الفقهاء: إن فى حج الماشى من القرية ما ليس فى حج الزاكب.

وأما الوقوف فى الشمس، فليس بقرابة، وأما ترك الاستظلال حال المشى للمحرم، فإتاما هو قرابة حال الإحرام كترك لبس المخيط، وترك التطيب والصيد، فلذلك لم يلزم بالنذر إلا ما يختص منه بالإحرام.

فصل: وقول مالك: «ولم أسمع أن رسول الله ﷺ أمره بكفارة» يريد مالك بذلك نفي الكفارة عنه فيما تركه من نذره لما لم يجب عليه، وإنما ذهب مالك فى ذلك إلى أنه لا كفارة عليه فى ترك القيام فى الشمس والضممت لما لم يجب عليه شىء من ذلك.

وقد قال فيمن نذر المشى إلى المدينة أو بيت المقدس: لا يمش ولا شىء عليه، وكل من التزم شيئاً لا يلزم مثله بالنذر، لم يجب عليه بدل منه.

فصل: وقوله: «وقد أمره رسول الله ﷺ أن يتم ما كان لله فيه طاعة ويترك ما كان لله فيه معصية» يريد بالطاعة الصوم والمعصية القيام للشمس والضممت، ويحتمل أن تسميته معصية وإن كان مباحاً فى الأصل لوجهين، أحدهما أنه إذا نذر كان معصية؛ لأنه لا يحل أن ينذر ما ليس بقرابة، ولو فعل على وجه النذر والتقريب به، لكان مباحاً، وإذا فعل على وجه النذر والقرابة كان معصية. والوجه الثانى: أنه إذا بلغ به حد الاستضرار والتعب كان معصية، سواء فعل بنذر أو بغير نذر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالنذر على ثلاثة أضرب، أحدها: أن ينذر ما هو لله طاعة، والثانى: أن ينذر ما هو مباح، والثالث: أن ينذر ما هو معصية فى نفسه، ولا يلزم من ذلك إلا القسم الواحد، وهو أن ينذر ما هو لله طاعة مثل أن ينذر حجاً أو صلاة أو صوماً أو صدقة.

وأما المباح، فمثل أن ينذر جلوساً فى الدار أو مشياً فى الطريق، والمعصية أن ينذر شرب خمر أو زناً أو ظلم أحد فى هذين الوجهين لا يلزمه شىء. وقال أحمد بن حنبل فى نادر المباح: هو نخير بين فعله وبين كفارة يمين.

كتاب النذور الأيمان ٤٨١

والدليل على ما نقوله أن ما لا قرينة فيه لا يصح نذره؛ لأن النذر يوجب فعل المنذور، فإذا كان المباح لا يصح أن يجب، لم يصح تعلق النذر به كالمعصية.

مسألة: وأما نذر المعصية، فلا يلزم به عندنا شيء. وقال أبو حنيفة والثوري: إن عليه مع تركها كفارة يمين.

والدليل على ما نقوله ما روى مالك عن طلحة بن عبد الملك عن القاسم بن محمد عن عائشة «أن رسول الله ﷺ قال: من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصيه، فلا يعصه»^(١) وهذا موضع تعليم، فاقضى أن ذلك يمنع موجه.

ومن جهة المعنى أن هذا نذر ما لا قرينة فيه، فلم يجب به شيء. أصل ذلك إذا نذر الجلوس والقعود.

١٠٦٧ - مَالِك، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: أَتَتْ امْرَأَةً إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فَقَالَتْ: إِنِّي نَذَرْتُ أَنْ أَنْحَرَ ابْنِي، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: لَا تَنْحَرِي ابْنَكَ، وَكَفِّرِي عَنْ يَمِينِكَ، فَقَالَ شَيْخٌ عِنْدَ ابْنِ عَبَّاسٍ: وَكَيْفَ يَكُونُ فِي هَذَا كَفَّارَةٌ؟ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣]، ثُمَّ جَعَلَ فِيهِ مِنَ الْكُفَّارَةِ مَا قَدْ رَأَيْتَ.

الشرح: قول المرأة المستفتية: «إني نذرت أن أنحر ابني» تريد أنها أتت بذلك والتمته على وجه النذر والتقرب لله تعالى به، فقال ابن عباس: «لا تنحري ابنك وكفري عن يمينك» فمنعها من النحر الذي علقت به النذر؛ لأنه معصية لا تحل بنذر ولا غيره. وقال لها: «كفري عن يمينك» فسماه يميناً لوجهين، أحدهما: لما كانت كفارته عند ابن عباس كفارة يمين، سماه لذلك يميناً. والثاني: أنه لعله فهم منها أنها أتت بذلك على وجه اليمين، مثل أن تقول: إن دخلت الدار فليله عليّ أن أنحر ابني،

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٦٦٩٦، ٦٧٠٠. الترمذي حديث رقم ١٥٢٦. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٨٠٦، ٣٨٠٧، ٣٨٠٨. أبو داود حديث رقم ٣٢٨٩. ابن ماجه حديث رقم ٢١٢٦. أحمد في المسند حديث رقم ٢٣٥٥٥، ٢٣٦٢١، ٢٥٣٤٩. الدارمي حديث رقم ٢٣٣٨.

١٠٦٧ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٣/١٠. الطبراني في الكبير حديث رقم ١١٤٤٣، ١١٩٩٥. عبد الرزاق في المصنف ٤٥٩/٨. وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/١٩٠، وغزاه للطبراني في الكبير والأوسط، وقال: رجاله رجال الصحيح.

٤٨٢ كتاب النذور والأيمان

فعلى هذا يحتمل أن يريد بقوله: «كفري عن يمينك» الهدى أو غيره مما يوجب عليها ذلك.

وقد قال مالك فيمن قال لابنه أو لأجنبي في يمين لله: على أن أنحرک فحش، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يعلق ذلك مكان النحر مثل أن يقول: أنحرک عند مقام إبراهيم أو عند البيت أو المسجد أو بمنى أو بمكة، والثالث: أن يذكر موضعاً لم يشرع فيه النحر مثل أن يقول بالبصرة أو بالكوفة.

فأما الأول، وهو أن يعلق نحره بموضع النحر، فقد روى ابن حبيب عن مالك: عليه الهدى.

ووجه ذلك أنه لما أخرجه مخرج النذور، وعلق ذلك بموضع النذر، علم أنه أراد به القرية، ولهذا المعنى تعلق بالقرية على وجه البدل لما ورد في ذلك من فعل إبراهيم، عليه السلام، وما آل إليه حكمه في نحر ابنه عليه السلام فلزمه في ذلك الهدى؛ لأن نحر ابنه لا يجل، فلا يتعلق به النذر، وإنما يتعلق النذر في ذلك بما ورد به الشرع من الهدى.

مسألة: وأما إذا لم يسم شيئاً، فلا يخلو أن يكون له نية أو لا نية له، فإن كان نوى الهدى لزمه لما قدمناه، وإن لم ينو الهدى، فعن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: لا شيء عليه. والثانية: عليه كفارة يمين، وبها قال أصبغ.

وجه الرواية الأولى أنه نذر معصية، لم يقرن بها ما يصرفها إلى المعصية، فلم يتعقد نذره كما لو نذر قتله. ووجه الرواية الثانية أن هذا النذر له جهة من القرية، فإذا لم يكن مفسراً كان كالنذر المبهم، فلزمه به كفارة يمين. وقال القاضي أبو محمد: من نذر ذبح ابنه في يمين أو على وجه القرية، فعليه الهدى، وإن نذره نذراً مجرداً لا يقصد به القرية، فلا شيء عليه.

قال: ووجه ذلك أنه إنما أراد القرية، فإن له معهوداً في الشرع، وهو قصة إبراهيم عليه السلام في ذبح ابنه، وفداه الله بذبح عظيم، وإذا لم ينو قرية، فقد نذر مجرد المعصية، وفرق أيضاً في قوله بين اليمين والنذر، فظاهر قوله أنه يوجب الهدى في اليمين على الإطلاق، ولعله قصد في الفرق بينهما أن اليمين أكد لأنه التزام معلق بصفة، وليس بالبين.

فصل: وقوله: «قال شيخ عند ابن عباس: وكيف يكون هذا كفارة؟» استفهاماً ليبين له وجه وجوب الكفارة في يمين أو نذر قد قيد بفعل، وذلك يكون على وجهين،

كتاب النذور الأيمان ٤٨٣
أحدهما: أن يكون ابن عباس قد أراد كفارة اليمين، فقال له الشيخ: كيف تجب كفارة
اليمين في النذر بفعل معين، ليس بيمين بالله، ولا نذر مبهم، فتجب فيه كفارة يمين.
والثاني: أن يكون ابن عباس إنما أوجب فيه كفارة، ولم يعينها، فقال له الشيخ: كيف
يجب في مثل هذا كفارة، وإنما نذرت معصية.

فقال ابن عباس: «إن الله تعالى قال: ﴿والذين يظاهرون منكم من نسائهم﴾
[المجادلة: ٢] ثم جعل من الكفارة ما رأيت»، فيحتمل أن يريد به أن الكفارة قد تجب
في نذر ويمين يتعلق بالمحظور على وجه ما.

وذلك أن قول الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي محظور، ولذلك قال الله تعالى:
﴿وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وأن الله لَعَفُو غفور﴾ [المجادلة: ٢] ثم قد
أوجب في ذلك كفارة الظهار، فكذلك التي علقتم يمينها بنحر ابنها أتت بمحظور من
القول، وتجب عليها في ذلك كفارة، وتلك الكفارة، إما هدى أو كفارة يمين، أو ما
شاء الله تعالى مما نبينه بعد هذا، إذا سئل عنه، ويحتمل أن يريد أنه يجب عليه كفارة
يمين، وإن كان قولها: أن أنحر ابني ليس من باب النذور، ولا من باب اليمين بالله تعالى
كما تجب الكفارة على المظاهر، وإن لم يكن ما أتى به من باب النذور، ولا اليمين
بالله تعالى.

١٠٦٨ - مَالِك، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ الْأَيْلِيِّ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ
الصَّدِّيقِ، عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعْهُ وَمَنْ نَذَرَ
أَنْ يَعْصِيَ اللَّهَ فَلَا يَعْصِهِ».

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: مَعْنَى قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ
يَعْصِيَ اللَّهَ فَلَا يَعْصِهِ» أَنْ يَنْذِرَ الرَّجُلُ أَنْ يَمْشِيَ إِلَى الشَّامِ أَوْ إِلَى مِصْرَ أَوْ إِلَى
الرَّبْدَةِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا لَيْسَ لِلَّهِ بِطَاعَةٍ إِنْ كَلَّمَ فَلَانًا أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَلَيْسَ

١٠٦٨ - أخرجه البخاري في الأيمان والنذور ٦٢٠٢. والترمذي في النذور والأيمان ١٤٤٦.
والنسائي في الأيمان والنذور ٣٧٤٤، ٣٧٤٥، ٣٧٤٦. وأبو داود في الأيمان والنذور
٢٧٦٢. وابن ماجه في الكفارات ٢١١٧. وأحمد في باقي مسند الأنصار ٢٢٩٤٦،
٢٣٠١١، ٢٤٥٥٦، ٢٤٦٩١. والدارمي في النذور والأيمان ٢٢٣٣. والبيهقي في السنن
٢٣١/٩ عن عائشة. والطحاوي في معاني الآثار ١٣٣/٣ كتاب الأيمان والنذر باب الرجل
ينذر وهو مشرك عن عائشة.

عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٍ إِنْ هُوَ كَلَّمَهُ أَوْ حَيْثَ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلَّهِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ طَاعَةٌ، وَإِنَّمَا يُوفَّى لِلَّهِ بِمَا لَهُ فِيهِ طَاعَةٌ.

الشرح: قوله ﷺ: «من نذر أن يعصى الله فلا يعصه» ليس فيه إباحة النذر للمعصية، بل ذلك محذور، وإنما بين حكم من فعل ذلك وتورط في نذره، فنهاه ﷺ عن المعصية، وإن كان قد نذرها؛ لأن النذر لا يتعلق بها إذ النذر قرينة، ولا يتقرب بالمعصية، بل يتاب منها، وذلك مثل أن ينذر أن يشرب خمراً أو يأكل لحم خنزير.

وقد قال مالك: «معنى ذلك أن ينذر أن يمشى إلى الشام أو إلى المدينة أو ما أشبه ذلك مما ليس لله بطاعة»، ففسر المعصية بمعان ليست بمعاص في أنفسها، وإنما هي مباحة، لكن سماها معصية لأن نذرها عنده معصية أو لأن حكمها إذا علققت بالنذر حكم المعصية لأنه لا يصح أن ينذر كما لا يصح أن تنذر المعصية.

ولذلك بين ذلك بعد هذا، فقال: «مما ليس لله بطاعة»، وما ليس لله بطاعة ينقسم قسمين، محذور كالمعصية، ومباح كالمشى إلى الشام وغيرها، ومثل ذلك بالمشى إلى المدينة، ويحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد به مدينة من المدن، فحكمها حكم الشام. والثاني: أن يريد به مدينة النبي ﷺ فهذا إذا علق بالمدينة لا يتعلق به النذر إلا أن ينوي المسجد للصلاة، ثم قال مالك: «لأنه ليس في شيء من هذه الأشياء طاعة، وإنما يوفى لله بما له فيه طاعة» على حسب ما قدمناه من أن اليمين أو النذر إذا علقهما بمباح، لم يتعد شيء منهما.

* * *

اللغو في اليمين

١٠٦٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا كَانَتْ تَقُولُ: لَعْنُ الْيَمِينِ قَوْلُ الْإِنْسَانِ: [لَا وَاللَّهِ، بَلَى وَاللَّهِ] (*).

١٠٦٩ - أخرجه البخارى في تفسير القرآن ٤٢٤٧.

(*) ما بين المعقوفتين هكذا في الأصل، وقد وقع في الموطأ في النسخ التي بين أيدينا «لا والله لا والله» ووقع في تنوير الحوالك: «والله لا والله».

ولم يذكره ابن عبد البر في التمهيد عن عائشة إنما قال: «وذكر بقى عن وهب، عن خالد، عن مغيرة، عن إبراهيم: لغو اليمين أن أقول: لا والله وبلى والله». انظر: التمهيد ٦/٣٨٣.

قَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي هَذَا أَنَّ اللَّغْوَ حَلْفُ الْإِنْسَانِ عَلَى الشَّيْءِ يَسْتَيَقِنُ أَنَّهُ كَذَلِكَ ثُمَّ يُوجَدُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ، فَهُوَ اللَّغْوُ.

الشرح: قول عائشة: «إن لغو اليمين قول الإنسان: لا والله، بلى والله» وروى: لا والله، وبلى والله، فإنه يحتمل وجوهاً، أحدها أن لغو اليمين لا يكون إلا في هذه اليمين، وهى اليمين بالله تعالى. وأما اليمين بغير ذلك مثل اليمين بالمشى إلى مكة، أو الطلاق أو العتق، فإنه لا لغو فيه. وقد قال مالك ذلك في العتبية وغيرها.

وقد قال مالك: إن اليمين بغير الله محذور، فلم يعف عن الخالف بها على وجه من الوجوه، بل شدد عليه بإلزامه ما التزم على أى وجه التزمه. وأما اليمين بالله تعالى فمباحة، فلذلك دخلها التخفيف والعفو عن لغوها. وكذلك كل يمين كفارتها كفارة اليمين كالنذر الذى لا مخرج له، وما جرى مجرى ذلك.

مسألة: ويحتمل أن يريد به أن اللغو قول الرجل: لا والله وبلى والله، فيما يعتقد صحته، وإن كان الأمر خلافه على حسب ما ذهب إليه مالك. وقد قال بعض البغداديين، وذكر قول مالك فى لغو اليمين: إنه حلف بالله تعالى على ما يعتقد صحته، وإن كان الأمر على غير ما حلف به، ثم قال: وقول عائشة: هو قول الرجل: لا والله وبلى والله، هو فى معناه لأنها لا تعنى تعمد الكذب.

مسألة: ويحتمل وجهاً ثالثاً، وهو أن تريد ما يجرى فى تراجع الناس من قولهم: لا والله، وبلى والله، من غير اعتقاد يمين، ولا قصد إليه، وإلى هذا ذهب أبو بكر الأبهري، ووجهه أنها أيمان جارية على اللسان من غير اعتقاد ولا قصد إلى عقد اليمين، ويحتمل عندى أن يكون من لغو اليمين، ما قاله مالك وما قاله أبو بكر، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَقْدُ الْيَمِينِ أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ أَنْ لَا يَبِيعَ ثَوْبَهُ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرَ ثُمَّ يَبِيعُهُ بِذَلِكَ، أَوْ يَحْلِفَ لِيَضْرِبَنَّ غُلَامَهُ ثُمَّ لَا يَضْرِبُهُ، وَنَحْوَ هَذَا، فَهَذَا الَّذِي يُكْفَرُ صَاحِبُهُ عَنِ يَمِينِهِ، وَلَيْسَ فِي اللَّغْوِ كَفَّارَةٌ.

وقال السيوطى: فى رواية ابن بكير وغيره: وبلى والله. وقال الحافظ ابن حجر: صرح بعضهم برفعه عن عائشة فأخرجه أبو داود إلى أنه اختلف على عطاء وعلى إبراهيم فى رفعه ووقفه. تنوير الحوالك ٣١٧/١.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الَّذِي يَحْلِفُ عَلَى الشَّيْءِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ آثِمٌ، وَيَحْلِفُ عَلَى الكَذِبِ، وَهُوَ يَعْلَمُ يُرْضَى بِهِ أَحَدًا أَوْ لِيَعْتَدِرَ بِهِ إِلَى مُعْتَدِرٍ إِلَيْهِ أَوْ لِيَقْطَعَ بِهِ مَا لَا فَهَذَا أَعْظَمُ مِنْ أَنْ تَكُونَ فِيهِ كَفَّارَةٌ.

الشرح: وهذا كما قال أن عقد اليمين التي تكفر أن يحلف ليفعلن، ثم لا يفعل، أو يحلف لا أفعل، ثم يفعل، فهذان اليمينان إنما يتناولان المستقبل، وذلك أن الأيمان على ضربين، يمين على مستقبل، ويمين على ماض.

فأما اليمين على المستقبل، وهو ما تقدم ذكره، فلا يدخلها في قول مالك لغو ولا غموس، وإنما يدخلها البر، فلا تجب كفارة أو الحنث، فتجب فيه الكفارة، وهو ينقسم قسمين، أحدهما: يقتضى المنع مثل قوله: والله لا لبست الثوب، ولا أكلت هذا الخبز، فهذا إن أطلق الفعل، ولم يعلق بوقت ولا مكان ولا صفة، منعت اليمين ذلك الفعل على التأييد، فمتى فعله حنث، ولزمته الكفارة.

وإن قيد الفعل بوقت مثل قوله: والله لا لبست هذا الثوب غدًا، أو لا لبسته يوم الجمعة، أو لا لبسته بمكة، أو لا لبسته راكبًا، تعلق المنع بذلك الوقت أو بذلك المكان أو بتلك الصفة، فإن فعله على شيء من ذلك حنث، وإن فعله في غير ذلك الوقت أو في غير ذلك المكان أو على غير تلك الصفة، لم يحنث؛ لأن يمينه لم يتناول ذلك، ولا صفته.

مسألة: وأما إن كانت اليمين على إتيانه بالفعل، فهذه اليمين قد أوجبت عليه الإتيان بالفعل أو الكفارة، فإن علق يمينه على زمان يفعل فيه أو مكان أو صفة يفعل ذلك الفعل عليها لم يبر إلا بفعله في تلك المدة أو في ذلك المكان أو على تلك الصفة.

فإن فات شيء من ذلك، وكان مما يفوت مثل أن يحلف ليفعلن ذلك في شهر معين، فينقضى أو على بناء معين فينهدم، وينهدم أو على صفة مثل أن يحلف ليفعلن ذلك ماشيًا، فيتعدر عليه ذلك بعدد، يعلم أنه لا يقدر عليه ببقية عمره، وقع الحنث بقوات ذلك.

وإن أطلق يمينه لم يحنث بموته؛ لأن الفعل المحلوف عليه على الإطلاق ليس على الفور، ولا يتعلق بزمان دون زمان، فإن فعله في بقية من عمره لم يحنث، وإن مات قبل أن يفعل، فات بموته الفعل كما لو علقه على زمان معين، ففات قبل الفعل.

فصل: وقوله: «فهذا الذى يكفر صاحبه يمينه، وليس فى اللغو كفارة» يريد أن اليمين على المستقبل أهى التى تدخلها الكفارة لتحلها أو لترفع مآثمها، وأما لغو اليمين، فلا كفارة فيها؛ لأنها على مذهب مالك متعلقة بالماضى، وهو مثل أن يحلف فى رجل مقبل أنه زيد، وهو يعتقد ذلك فيه لا شك عنده، فإذا قرب منه تبين له أنه غير ذلك، فهذا عنده لغو اليمين ولا كفارة فيه.

ووجه ذلك أنها ليست بيمين تتعقد ليفعل أو لترك، وإنما هى بيمين تصديق قوله، وتأكيد ما أخبر به، فلا يبقى لها بعد تمام التلفظ بها حكم؛ لأنها لا تمنع من فعل قبيح ذلك الكفارة، ولا يبيح فعلاً فتبيح تركه الكفارة.

فصل: وقوله: «فأما الذى يحلف على الشىء وهو يعلم أنه آثم أو يحلف على الكذب، وهو يعلم ليرضى به أحدًا فهو أعظم من أن يكون فيه كفارة» فإن هذه اليمين أيضًا ليست من جنس ما تتعلق به الكفارة لأنها يمين على ماض، ويمين الماضى، لا تخلو من ثلاثة أحوال، لا يجب بشىء منها كفارة، أحدها: أن يحلف على شىء أنه قد كان كذا أو ما كان كذا، وهو يعتقد صحة ما حلف عليه، فيكون الأمر على خلاف ما حلف عليه، فهذه لغو اليمين عند مالك، ولا كفارة عليه ولا إثم^(١). والثالث أن يحلف على ذلك، ولا يعتقد أن الأمر على ما حلف عليه، إما لأنه يعلم ضد ما حلف عليه أو لأنه يشك فى ذلك، فهذه اليمين الغموس، سميت بذلك لأنها غمست صاحبها فى الإثم، ولا كفارة لها لكونها متعلقة بالماضى، وإنما قال: إنها أعظم من أن تكون فيها كفارة، لأنها انعقدت على الإثم، والتى تكفر لم تتعقد على إثم، وإنما انعقدت على الجواز، وإنما تجب عليه الكفارة بالحنث. وقال الشافعى: تجب به الكفارة. والدليل على صحة ما نقوله أن هذه يمين لا تعلق للاستثناء بها، فلا تعلق للكفارة بها. أصل ذلك يمين اللغو.

فصل: وقوله: «والذى يحلف على الكذب، وهو يعلم ليرضى به أحدًا أو يعتذر به إلى معتذر إليه أو ليقطع بها مالا، فهذا أعظم من أن تكون فيه كفارة» يريد أن هذه كلها من الأيمان الغموس؛ لأنها انعقدت على إثم وكذب، وهذا إذا اعتقد فى نفسه مثل ما يظهر من حلفه.

فأما إن قصد الإلغاز بيمينه، فقد قال مالك: فما كان من ذلك على وجه المكر

(١) هكذا فى الأصل، لم يذكر الحال الثانى. المحقق.

٤٨٨ كتاب النذور والإيمان

والخدیعة لیغیر به من حق علیه، فهو فیہ آثم، ولا یکفر، وما کان من ذلك علی وجه العذر أو الاستحیاء من أخیک لما بلغه عنک، فلا بأس به. حکى ذلك عنه ابن حبيب، فسوی مالک فی هذا القول بین العذر و بین المکر والخدیعة لقطع حق غیره.

وقال: إن الإثم فیهما. وقال ابن حبيب: ما کان من هذا فی مکر أو خدیعة، ففیہ الإثم، والنیة الحالف، وما کان فی حق علیک، فالنیة نیة الذی حلفک، ورواه عن مالک فیجىء علی هذه الروایة أن الإثم الذی فی موضع المکر والخدیعة لا یبلغ الیمین إلى الغموس؛ لأنه لیس بمحاث ولا حالف علی باطل، وإنما هو آثم فی المکر بأخیه وتطیب نفسه بیمینه لیتمکن من المکر به والخدیعة له، وأن الإثم فی قطع الحق لما كانت علی نية من حلفک بلغت الیمین إلى الحنث والغموس.

* * *

ما لا یجب فیہ الکفارة من الیمین

١٠٧٠ - مَالِک، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ قَالَ: وَاللَّهِ ثُمَّ قَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، ثُمَّ لَمْ يَفْعَلِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، لَمْ يَحْنُثْ.

الشرح: قوله: «من قال والله» يتضمن أن الیمین يتعلق بالقول، فمن نطق بالیمین علی وجه یعتقد به الیمین لزمه متضمنها، وهل یعتقد بالنیة دون القول، فقد قال القاضی أبو محمد: إن متأخری أصحابنا اختلفوا فی ذلك، فمنهم من قال: یصح، ومنهم من قال: لا یصح، بناء علی صحة الطلاق بالقلب، فإن قلنا: لا یصح، فلا فرق.

وإن قلنا یصح، فالفرق بیته و بین الاستثناء أن الیمین التزام وإيجاب والاستثناء رفع وحل للوجوب وما طریقہ الإلزام أبلغ مما طریقہ الإباحة والتحلیل، فجاز أن یعتقد الیمین بالقلب، وإن لم یعتقد الاستثناء إلا باللفظ.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن لفظ الیمین: والله، وبالله، وتالله، هذا اللفظ أكثر ما یستعمل، ویجوز ذلك فی جمیع أسماء الله تعالی فتقول: والسمیع العلیم والقدير والبصیر، أو یحلف بصفة من صفات الله كقولك: وقدرة الله، وعزة الله، أو لعمر الله،

١٠٧٠ - أخرجه أبو داود كتاب النذور والإيمان حديث رقم ٣٢٦١، ٣٢٦٢. الترمذی فی الإيمان والنذور حديث رقم ١٥٣١. الشافعی فی الأم ٦٢/٧. وذكره ابن عبد البر فی الاستدکار برقم ٩٩٠.

كتاب النذور الأيمان ٤٨٩

أو أمانة الله، أو عليك عهد الله، وميثاقه وذمته وكفالاته، فهذه كلها حكمها حكم الإيمان بالله في إباحة الحلف بها غير الأمانة، وفي اللزوم والاستثناء والكفارة، هذا المشهور من المذهب.

وقد روى أشهب: من حلف بأمانة الله، التي هي صفة من صفاته فهي يمين، فإن حلف بأمانة الله التي بين العباد، فلا شيء، وكذلك قال في عزة الله التي هي صفة ذاته.

وأما العزة التي خلقها في خلقه، فلا شيء عليه. وكذلك قال ابن سحنون في معنى قول الله تعالى: ﴿سبحان ربك رب العزة عما يصفون﴾ [الصافات: ١٨٠] أنها العزة التي هي غير صفته التي خلقها في خلقه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن حلف بالعزة والعظمة والجلال، فهو كقوله: وعزة الله وعظمته وجلاله، إنما هو حالف بالله تعالى، لأن ذلك لله تعالى.

مسألة: ومن حلف بصفات الله فحنث، فعليه كفارة يمين، وكذلك من حلف بالقرآن أو بالمصحف. وروى علي بن زياد في العتبية عن مالك فيمن حلف بالمصحف، أن لا كفارة عليه. قال الشيخ أبو محمد: وهي رواية منكرة والمعروف عن مالك غير هذا وإن صححت، فإنها محمولة على أنه أراد الحالف بذلك جسم المصحف دون المكتوب فيه.

وروى عنه ابن المواز قال: يمينه بالمصحف أو بالكتاب أو بما أنزل الله يمين، وفيها كفارة اليمين. وقال ابن حبيب عن مالك: من حلف بالمصحف وبالقرآن أو بسورة منه، أو بآية منه. زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أو بالكتاب، وإن لم يصف شيئاً من ذلك إلى الله تعالى، فكفارته كفارة اليمين.

ووجه ذلك أن القرآن كلام الله تعالى وصفة من صفات ذاته، فمتى علق اليمين عليها، فهي لازمة كالحلف بالله تعالى.

مسألة: ومن حلف بالتوراة والإنجيل، فقد قال سحنون: عليه كفارة واحدة إن حنث. ومعنى ذلك والله أعلم، أنها كتب منزلة من عند الله، فلذلك تعلق بها حكم اليمين بالله.

مسألة: ومن قال: أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله، فلا خلاف أنها أيمان، فأما إن قال: أقسم لأفعلن، أو لا فعلت، أو أحلف، أو أشهد، ولم يقل بالله، فإن أراد بذلك أقسم بالله، فهي يمين خلافاً لبعض أقوال الشافعي.

٤٩٠ كتاب النذور والأيمان

والدليل على ما نقوله أنه لفظ يستعمل في اليمين، فعلق به حكم اليمين بالنية دون التلفظ باسم الله. أصل ذلك إذا قال: اخلف. ويدل على استعمال هذا اللفظ فيما قلناه قوله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ [الأنعام: ١٠٩] وقوله تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لِيَصْرَمَنَهَا مَصْحَبِينَ﴾ [القلم: ١٧].

مسألة: فإن لم يرد بها أقسم بالله، أو أحلف بالله، أو أشهد بالله، فليست بيمين خالفاً لأبي حنيفة في قوله: إنها يمين.

والدليل على ما نقوله أن الحلف قد يكون بغير اسم الله تعالى، فإذا تعرت اليمين عن اسم الله وصفاته نية ولفظاً أى عرفاً، فلا كفارة فيها كقولهم أشهد بالسماء، والنجوم والقمر والكعبة، وما أشبه ذلك.

مسألة: ومن قال: أعزم عليك، فليست بيمين، وإنما هي رغبة وتأكيد مسألة.

ووجه ذلك أن هذا لفظ لا يستعمل في اليمين، وإنما يستعمل في التأكيد، فلم يكن يميناً كقوله: أسألك بالله.

فصل: وقوله: «ثم قال: إن شاء الله» يريد من كانت يمينه بالله، فإن الاستثناء يجلها، ويمنع وقوع الخنث بمخالفتها. والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أن سليمان عليه السلام قال: «لأطوفن الليلة بمائة امرأة، تلد كل امرأة غلاماً يقاتل في سبيل الله، فقال له الملك: قل: إن شاء الله، فلم يقل، ونسى فطاف بهن، فلم تلد منهن إلا امرأة نصف إنسان» قال رسول الله ﷺ: «لو قال: إن شاء الله لم يخنث وكان أرجى حاجته»^(١).

مسألة: وخص بذلك اليمين بالله تعالى؛ لأن الاستثناء لا يؤثر في غيرها، سواء كانت اليمين بطلاق أو عتق أو مشى إلى مكة أو غير ذلك، وكذلك التزام شيء من ذلك أو إيقاعه لا يؤثر فيه الاستثناء مثل أن يقول لامرأته: أنت ضالق إن شاء الله، أو يقول لعبده: أنت حر إن شاء الله، أو يقول: على المشى إلى مكة إن شاء الله، فهذا يلزمه جميع ما أوقع من ذلك ولا ينفعه الاستثناء. وقال الشافعي: لا يلزمه شيء من ذلك، فإن الاستثناء يجل اليمين بذلك كله.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٢٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٥٤. النسائي في الصغرى

حديث رقم ٣٨٥٦. أحمد في المسند حديث رقم ٧٦٥٨، ١٠٢٠٢.

كتاب النذور الأيمان ٤٩١
تسريح يا احسان ﴿﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولم يفرق بين أن يستثنى أو لا يستثنى، فيحمل على
عمومه.

ودليلنا من جهة المعنى أن للاستثناء اختصاصاً باليمين بالله تعالى؛ لأنها يمين مشروعة
مباحة فجعل لمن حلف بها مخرجاً منها بالاستثناء كما جعل له مخرجاً بالكفارة، قال الله
تعالى: ﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجاً﴾ [الطلاق: ٢] واليمين بالطلاق ممنوع، فلم يجعل
له مخرجاً بالاستثناء كما لم يجعل مخرجاً بالكفارة، وتحرير هذا أن الاستثناء معنى يحل
اليمين بالله، فلم يكن له مدخل في حل اليمين بالطلاق كالكفارة.

مسألة: وهذا إذا كان الطلاق مطلقاً غير معلق بصفة، فأما إذا علق بصفة، فقال: إن
دخلت الدار، فأنت طالق إن شاء الله، فقد قال مالك: إن الطلاق يلزمه ولا ينفعه
الاستثناء. وقال عبد الله بن الماجشون: إن رد الاستثناء إلى الفعل الذى حلف أن لا
يفعله أثر الاستثناء فى يمينه، وإن رده إلى الطلاق لم يؤثر فى يمينه.

وجه قول مالك أن هذه يمين بطلاق، فلم يؤثر الاستثناء فيها. أصلها إذا كانت غير
معلقة بصفة. ووجه قول عبد الملك بن الماجشون أن الاستثناء إنما رجع إلى الفعل، ولم
يرد به حل اليمين، وإنما يريد بـ «إن شاء الله» وقوع الفعل.

فصل: وقوله: «ثم قال: إن شاء الله، ثم لم يفعل الذى حلف عليه، لم يخنث»
يحمل أن يريد به أنه قال: إن شاء الله على معنى حل يمينه. وأما إن قال ذلك سهواً،
وبمعنى إن شاء الله أن يكون كان أو امتثالاً لقوله تعالى: ﴿ولا تقولن لشيء إني فاعل
ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾ [الكهف: ٢٣، ٢٤]. قال القاضى أبو محمد: أو تبركاً أو
تأكيداً أو سبق بذلك لسانه أو قصد التلفظ به، ولم يقصد به شيئاً فإنه لا يحل شيء من
ذلك يمينه، ومتى حنث فيما حلف عليه وجبت عليه الكفارة.

وقد روى أشهب عن مالك فى العتبية: أنه قال: وكذلك من قالها بهجاء. وذكر له
قول عمر من قال: إن شاء الله، فقد استثنى، فقال: إنما ذلك إذا نوى به الاستثناء، يريد
حل اليمين.

قَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الثُّنْيَا أَنَّهَا لِصَاحِبِهَا مَا لَمْ يَقْطَعْ كَلَامَهُ، وَمَا
كَانَ مِنْ ذَلِكَ نَسَقًا يُتْبَعُ بَعْضُهُ بَعْضًا قَبْلَ أَنْ يَسْكُتَ، فَإِذَا سَكَتَ وَقَطَعَ كَلَامَهُ، فَلَا
ثُنْيَا لَهُ.

٤٩٢ كتاب النذور والأيمان

الشرح: قوله: «إن أحسن ما سمع في الثيا أنها لصاحبها ما لم يقطع كلامه» يقتضى أنه قد سمع غير ذلك، وهو ما روى عن الحسن وطاوس أن للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه.

وما روى عن ابن عباس أنه كان يرى له الاستثناء متى ذكر وتأول قول الله تعالى: ﴿وَاذْكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤] وهذا قد قال شيوخنا: إنه لا يثبت عن ابن عباس، فإن ابن عباس من أهل اللسان ولا يخفى عليه، أنه ليس من لغة العرب أن يذكر الإنسان لفظاً ثم يظهر الاستثناء منه بعد عام.

وقوله تعالى: ﴿وَاذْكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ ليس من الاستثناء في اليمين، وإنما أمر الله تبارك وتعالى نبيه ﷺ أن لا يقول في شيء أنه يفعله غداً حتى يقول: إن شاء الله، وإن كان قوله عارياً عن اليمين، ثم أمره بما يفعله إذا نسي ذلك عند قوله فقال تعالى: ﴿وَاذْكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾، وهذا اللفظ يحتمل أن يريد به ذكر الله تعالى بالاستغفار أو بغير ذلك من وجوه الأذكار، ويحتمل أن يريد بذلك أن يقول إن شاء الله تعالى، متى ما ذكر بمعنى إن شاء الله أن يكون كان لا على معنى الاستثناء، فإن الاستثناء لا يكون إلا متصلاً بالمستثنى منه في لغة العرب، ولو صحت هذه الرواية عن ابن عباس لكان معناها أن يذكر الله متى ما ذكر بأن ما شاء كان أو بغير ذلك من الإذعان على معنى الذكر والاستدراك ما فات منه، لا على معنى حال اليمين.

فصل: وقوله: «ما لم يقطع كلامه» يريد أن قطع الكلام يمنع الاستثناء، وإنما يكون الاستثناء إذا كان متصلاً بالكلام، ولا يقطع ذلك انقطاع النفس، قاله ابن الموزان. وقال القاضى أبو محمد: أو سعال أو تناؤب أو ما أشبه ذلك؛ لأن قطع النفس للكلام ليس مما يقتضى تمام الكلام، وإنما يقتضى تمامه تركه من غير معنى غالباً، فيكون الرجوع إليه بعد الرضا بانعقاد ما تقدم منه وتمامه، فأما إذا وصله بكلامه، فلم يرض بانعقاد ما تقدم منه إلا بما وصله من الاستثناء، ولأن الاستثناء لما لم يجز إفراده بالنطق لأنه لا يفيد شيئاً لم يجز أن يتراخى عما يتعلق به كالشرط وخبر الابتداء.

مسألة: ولا يكون الاستثناء إلا نطقاً، فإن نواه من غير نطق لم ينعقد، رواه ابن القاسم عن مالك. قال القاضى أبو محمد: كالكفارة، ولو نوى أن عبده حر عن الكفارة لم يجزه إلا أن يتلفظ به، وكذلك الاستثناء.

فصل: وهذا فى الاستثناء بالله تعالى بمعنى حل اليمين لا نعلم فيه خلافاً بين

أصحابنا، فأما الاستثناء على غير هذا الوجه، فقد اختلف أصحابنا في مسائل منه، وذلك الاستثناء لإخراج بعض الجملة، قال ابن المواز: ألفاظ الاستثناء ثلاث: لفظ «إن» كحلفه ليضربن فلاناً إن شاء فلان، ولفظة «إلا أن» كحلفه ليسافرن إلا أن يشاء فلان، فهذان اللفظان لا تجزىء النية فيهما دون اللفظ.

وأما لفظ «إلا» وهي مثل أن يحلف لا يكلم قرشياً إلا فلاناً، وما أكل اليوم طعاماً إلا لحمًا، فقد اختلف فيه، فقيل يجزئه فيه النية كما يجزىء الحالف بالحلال عليه حرام محاشاة امرأته بنيته دون نطق، والفرق بين الأولين «إن» و «إلا أن» أن اليمين مع الاستثناء بإن أو بإلا أن مستغرقة لأعيان ما يتناوله اللفظ، وإنما يؤثر الاستثناء في بعض الصفات الأحوال واليمين مع الاستثناء بالألم بين على استغراق ما يتناوله لفظ اليمين، بل قد يثبت على إخراج بعض ما تناولته، فجزى ذلك عند من قال بذلك مجرى التخصيص إذا لم يتعلق بذلك حق يطالب به، مثل أن يكون يمينه بطلاق، ففى المجموعة عن ابن القاسم: أنه يصدق فى الفتوى دون القضاء، يريد إن قامت بذلك بينة حكم عليه بالطلاق، ولم يصدق فيما يدعيه.

فوجه القول بأن النية لا تنفعه فى الاستثناء «بإلا أن» أن هذا استثناء يحل اليمين المنعقدة، فلم تجز فيه النية دون النطق بالاستثناء بمشيئة الله تعالى. ووجه القول الثانى ما قدمنا ذكره، وما قاسه عليه من المحاشاة فى الحلال عليه حرام، وذلك أن المشهور من المذهب أن قوله فى ذلك مقبول.

وقد روى أصبغ عن أشهب أن اليمين تلزمه، ولا ينفعه ما ادعاه من المحاشاة، فوقع الاختلاف فى الأصل كما وقع فى الفرع، والفرق بين المسألتين فى الحكم ثابت؛ لأن من جوز له المحاشاة فى الحلال عليه حرام قبل قوله فى ذلك وإن قامت عليه بينة، ولم يقبل قوله فى الاستثناء «بإلا».

والفرق بينهما أن يحلف به لا يقتضى الاستيعاب، فإن أصل الأيمان والمباح منها اليمين بالله تعالى، وذلك مبنى على التخصيص، ولذلك لو قال الحالف: الطلاق على إن فعلت، كذا لجاز أن يقول أردت به واحدة، وذلك خلاف الاستيعاب، والمحلوف عليه يقتضى الاستيعاب لأنه إذا قال: لا كلمت رجلاً حمل على استيعابه وعمومه، هذا على قول ابن القاسم، وقد سوى بينهما فحمل المحلوف به، والمحلوف عليه على الاستيعاب، وفرق بينهما فى اليمين بالطلاق العرف والعادة.

٤٩٤ كتاب النذور والأيمان

فرع: ومن ذلك أن يحلف أن لا يجير بجير إلا فلاناً، وينوى في نفسه وفلاناً. قال ابن المواز: تنفعه نيته إلا أن يكون على يمينه بالطلاق بنيته.

ووجه ذلك أن الاستثناء بالنطق لما دخل اليمين وعدل باللفظ العام عن ظاهره جاز أن يضاف إليه استثناء آخر بالنية فيما الحكم فيه مصروف إليه، وما حكم عليه به يقبل منه أنه نوى لأن لفظ يمينه ظاهر ثابت بالنية، وما يدعه من الاستثناء بالنية غير معلوم.

فرع: ومن ذلك أن يحلف لا كلمت فلاناً ونوى شهراً. روى أشهب عن مالك أن ذلك ينفعه في الفتيا دون القضاء.

وقال ابن القاسم: وجه ذلك أن ظاهر لفظه يقتضى العموم، ونية التخصيص، فحمل عليها فيما بينه وبين الله تعالى. وأما الحكم فلا يقبل منه أنه نوى لأن يمينه قد ثبتت ونيته غير ثابتة.

فصل: فإذا قلنا في الاستثناء بالله تعالى أو بغير ذلك لا تجزئه النية دون اللفظ، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ وغيره، وإن كان الخالف غير مستحلف أجزأه أن يحرك شفتيه، وإن لم يجهر به، وإن كان مستحلفاً لم يجزه إلا أن يجهر به، وقاله ابن المواز فيما كان من الأيمان بوثيقة حق أو شرط في نكاح أو عقد بيع أو ما يستحلفه أحد عليه، لا تجزئه حركة اللسان حتى يظهره ويسمع منه.

مسألة: قد تقدم من القول أن الاستثناء لا يكون إلا نطقاً، ولا بد أن يقصد به حل اليمين، فيجب أن يبين موضع القصد إلى ذلك، فالذى عليه جمهور أصحابنا، وهو قول مالك أنه إذا كان نطقه بالاستثناء متصلاً بيمينه، وينوى ذلك مع أول استثناءه، أجزأه ذلك، وإن لم ينو الاستثناء قبل الفراغ من اليمين.

وقال ابن المواز: وإن لم ينو ذلك قبل أن ينطق بآخر حرف من يمينه بطل استثناءؤه، وهو في قوله: والله لا دخلت الدار، فإن لم ينو الاستثناء قبل النطق بالراء من الدار لم يجزه.

وجه قول مالك أن لفظ الاستثناء لما لم يشترط تقديمه على آخر حرف من اليمين لم يشترط ذلك في النية لأن مجرد النية لا يؤثر، ولو أثر مجرد النية دخل اليمين لاستغنى عن لفظه، وهذا باطل باتفاق.

ووجه القول الثاني أن اليمين قد انعقدت بكمال النطق بها، فلم يؤثر فيها الاستثناء كما لو فصل بينهما السكوت. قال القاضي أبو محمد: والأول أصح.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ كَفَرَ بِاللَّهِ أَوْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ ثُمَّ يَحْنُثُ: إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ كَفَارَةٌ، وَلَيْسَ بِكَافِرٍ وَلَا مُشْرِكٍ حَتَّى يَكُونَ قَلْبُهُ مُضْمِرًا عَلَى الشَّرْكِ وَالْكَفْرِ وَلَيْسَتْغْفِرَ اللَّهُ وَلَا يَعُدُّ إِلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ وَبِئْسَ مَا صَنَعَ.

الشرح: وهذا كما قال مالك أن من قال مثل ما قاله من أنه كفر بالله إن قال كذا أو هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو عليه غضب الله أو أنه برىء من الإسلام، ثم خالف ما عليه، فإنه لا يلزمه بذلك شرك ولا خروج عن دين الإسلام هل هو على إسلامه، وإنما يكون كافراً من اعتقد الكفر.

وأما من كرهه أو أبغضه أو اعتقد خلافه، فلا يكون كافراً، ولكنه آثم فى يمينه تلك، فليستغفر الله، ولا يعد إلى الخلف بها، ولا يلزمه يمينه تلك شىء خالفها أو وافقها. وقال أبو حنيفة والثورى: من قال هو يهودى أو نصرانى أو كفرت بالله أو أشركت بالله أو برئت من الإسلام، فهى يمين وعليه الكفارة إن حنث.

والدليل على ما نقوله ما روى الزهرى عن حميد بن عبد الرحمن عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف بالللات والعزى، فليقل: لا إله إلا الله، ومن قال: تعال أقامرك فليصدق»^(٢). فوجه الدليل أنه ﷺ أوجب عليه تكفير حلفه بالللات والعزى.

وهو من جهة القياس أن هذه يمين مفسرة عريت عن اسم الله تعالى وصفاته نطقاً ونية وعرفاً، فلم يجب بها كفارة يمين. أصله إذا قال: إن فعلت كذا، فعليه القيام أو القعود أو النوم. وأما ما روى ثابت بن الضحاك عن النبى ﷺ أنه قال: «من حلف بملة غير الإسلام كاذباً، فهو كما قال»^(٣) فإنه لا حجة فيه للمخالف لأنه إن كان أراد به كما قال من الكفر فإن المخالف لا يقول به، وإن كان أراد به كما قال من أنه يلزمه ما حلف عليه، فإنه ليس فيه للمخالف حجة لأنه ليس فيه ذكر كفارة يمين. ومن عهد عهوداً أو وعد عدة يلزمه أن يفى بذلك، وإن لم يلزمه يمين.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٤٨٦٠، ٦١٠٧، ٦٣٠١، ٦٦٥٠. مسلم حديث رقم

١٦٤٧. الترمذى حديث رقم ١٥٤٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٧٧٥. أبو داود

حديث رقم ٣٢٤٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٨٠٢٦.

(٣) أخرجه البخارى حديث رقم ١٣٦٤، ٦١٠٥. مسلم حديث رقم ١١٠. الترمذى

حديث رقم ١٥٤٣. أبو داود حديث رقم ٣٢٥٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٩٨. النسائى

فى الصغرى حديث رقم ٣٨١٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٥٩٥٠.

٤٩٦ كتاب النذور والأيمان

وروجه آخر وهو أن في الحديث ما يدل على أنه إنما هو الحلف على الماضي؛ لأنه هو الذى ينطلق عليه اسم الكذب. وأما من حلف على أن يفعل، فلا يوصف بالكذب. ومعنى الحديث والله أعلم، أن من حلف بذلك أنه لم يفعل فى الماضى فعلاً أو لم يقل قولاً، وهو كاذب فى ذلك، فإنه قد فعل ما حلف أنه لم يفعله، وقال ما حلف أنه لم يقله.

* * *

ما تجب فيه الكفارة من الأيمان

١٠٧١ - مَالِك، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ حَلَفَ يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَكْفُرْ عَنْ يَمِينِهِ وَلْيَفْعَلِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ».

الشرح: قوله ﷺ: «من حلف يمين، فرأى غيرها خيراً منها» يريد والله أعلم، من حلف أن لا يفعل شيئاً ثم رأى أن فعله أفضل فى الدين أو أنفع فى الدين، فإن له أن يكفر عن يمينه، ويفعل الذى هو خير، وكذلك إن اختار فعل ذلك ومالت إليه نفسه من غير إثم، فإن له أن يفعله، ويكفر عن يمينه؛ لأن الكفارة تحل اليمين كما يحلها الاستثناء، فيصير من كفر عن يمينه بمنزلة من لم يحلف، وقدم فى الحديث الكفارة على الخنث بفعل ما حلف أن لا يفعله.

وقد ورد هذا الحديث أيضاً بتقديم الخنث، وهو قوله: «فليفعل الذى هو خير وليكفر عن يمينه» على أن التقديم فى هذا والتأخير لا يقتضى تقديم الخنث ولا تقديم

١٠٧١ - أخرجه مسلم فى الأيمان ٣١١٥. والترمذى فى النذور والأيمان ١٤٥٠. وأحمد فى باقى مسند المكشورين ٨٣٧٩. والنسائى كتاب النذور باب ١٥. وابن ماجه ٢١٠٨، ٦٨١/١، كتاب الكفارات عن عدى بن حاتم. والدارمى ١٨٦/٢ عن عدى بن حاتم. وابن حبان ٢٧٤/٦ عن أبى هريرة. والطبرانى فى الكبير ٩٧/١٧ عن عدى بن حاتم. قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٧٧/٦: لم يختلف الرواة عن مالك فى شيء من هذا الحديث، ولا اختلف على سهيل فى ذلك أيضاً؛ وقد روى هذا المعنى عن النبى ﷺ جماعة من أصحابه، منهم: عبد الرحمن بن سمرة وأبو موسى الأشعري وعدى بن حاتم وأبو هريرة، إلا أنهم اختلف عن جميعهم فى هذا الحديث فى الكفارة قبل الخنث، أو الخنث قبل الكفارة، فروى عن كل واحد منهم الوجهان جميعاً.

كتاب النذور الأيمان ٤٩٧
الكفارة، لأن الواو لا تقتضى رتبة، ولا خلاف أن تأخير الكفارة جائز، وقد استحج
مالك أن تكون الكفارة بعد الحنث، فإن قدمها قبل الحنث، فهل يجزئه أما لا، عنه فى
ذلك روايتان.

فرع: فإذا قلنا إنه تجوز الكفارة قبل الحنث، فيصح عندى أن يكفر بكل ما يكفر به
من صوم أو غيره. وقال الشافعى: لا يصح أن يكفر بالصوم قبل الحنث، وإنما يصح
ذلك بالعتق أو الإطعام.
ووجه ذلك أن كل وقت يصح أن يكفر فيه بالعتق، فإنه يصح أن يكفر فيه بالصوم.
أصل ذلك ما بعد الحنث.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: مَنْ قَالَ: عَلَيَّ نَذْرٌ، وَلَمْ يُسَمِّ شَيْئًا، إِنَّ عَلَيْهِ
كَفَّارَةً يَمِينٍ.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا التَّوَكُّيدُ فَهُوَ حَلْفُ الْإِنْسَانِ فِي الشَّيْءِ الْوَاحِدِ مِرَارًا، يُرَدَّدُ فِيهِ
الْإِيمَانُ يَمِينًا بَعْدَ يَمِينٍ كَقَوْلِهِ: وَاللَّهِ لَا أَنْقُصُهُ مِنْ كَذَا وَكَذَا، يَحْلِفُ بِذَلِكَ مِرَارًا
ثَلَاثًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، قَالَ: فَكَفَّارَةُ ذَلِكَ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ مِثْلُ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ (*).

الشرح: قد تقدم الكلام فى النذر المطلق وأن حكمه حكم اليمين بالله تعالى فى
الكفارة، وكذلك سائر ما يتعلق به من الأحكام فى الاستثناء وغيره. وأما قوله فى
تأكيد اليمين: مثل أن يحلف فى الشىء الواحد مرارًا، فإن ذلك ليس عليه فيه إلا كفارة
واحدة، سواء كان ذلك فى مجلس أو مجالس.

مسألة: ولو قال: والله ثم والله، ثم والله لا فعلت كذا، ثم فعله، فليس عليه إلا
كفارة واحدة، إلا ينوى لكل يمين كفارة كالنذر، ورواه ابن المواز.

ووجه ذلك أنها محمولة على التأكيد حتى ينوى لكل يمين كفارة كمن قال: على
ثلاث نذور، فيلزمه حينئذ ثلاث كفارات.

مسألة: ومن قال: والله لا فعلت كذا، ثم قال: على نذر، إن فعلت كذا، لزمه
كفارتان إن فعل، قاله ابن المواز؛ لأن حكم التزام النذر غير حكم الحلف، فوجب لكل
واحد منهما موجه، ولذلك لو قال على عشرة نذور إن فعلت كذا، لزمه عشر

(* ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٧٩/١٥).

٤٩٨ كتاب النذور والأيمان

كفارات بخلاف تكرار اليمين، ولو قال: على نذر، إن فعلت كذا، ثم قال: على نذر إن فعلت كذا، فعليه كفارتان، إلا أن يريد بالثاني الأول؛ لأن كل قول من ذلك التزام لما تضمنه.

فرع: والفرق بين اليمين والنذر أن اليمين معناها المنع من فعل أو التزامه، فما تكرر منها، فإنما يتعلق بما تعلق به ما قبله على وجه التأكيد له، فوجب به ما وجب بما قبله.

وأما النذر، فالتزام تام، لو انفرد عن الحلف لكان التزاماً تاماً، فكان لكل نذر من ذلك حكمه، وأيضاً، فإن اليمين لا تتضمن الكفارة، وإنما شرعت حلالها كالأستثناء، فوجب أن تحمل الكفارة جميع ما تقدمها من الأيمان كالأستثناء المتعقب لأيمان متصل، وليس كذلك النذر، فإنه يتضمن ملتزماً، فلزم بالأول ما لزم الثاني لما كان مقتضاهما واحداً، يدل على ذلك أنه لو قال: والله، والله، ووالله لا فعلت للزومه كفارة واحدة، ولو قال: على نذر، وعلى نذر، وعلى نذر، إن فعلت كذا، ثم فعله لزمه ثلاث كفارات، والله أعلم.

مسألة: ومن قال: على أربعة أيمان، ففي العتبية: عليه أربع كفارات. قال الشيخ أبو محمد: وأعرف أن ابن المواز، قال: عليه كفارة واحدة، إلا أن تكون له نية. وجه القول الأول أن هذا التزام، وذلك يوجب عليه أربع كفارات كما لو قال: عليه أربعة نذور. ووجه القول الثاني أن الأيمان طريقها الحلف، وتكرارها يقتضى التأكيد حتى ينوى به غير ذلك على ما تقدم ذكره.

مسألة: ومن قال في يمينه: بالله الذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم العزيز العالم عالم الغيب والشهادة مالك يوم الدين، ثم حنث لم يجب عليه إلا كفارة واحدة، ولو قال: على عهد الله وميثاقه، لزمه كفارتان؛ لأن الأول حلف بمحلوف واحد، ووصفه بصفات كثيرة، والثاني: كان يمينه بالعهد، ثم أضاف إليه الميثاق، فلزمه كفارتان.

مسألة: ومن قال: على عهد الله وأشد ما اتخذ رجل على رجل، لزمه في العهد كفارة، واختلف أصحابنا في قوله: وأشد ما اتخذ رجل على رجل، ففي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب: فيه كفارة يمين.

وروى عن ابن القاسم أنه إن لم تكن له نية يلزمه الطلاق لنسائه، والعتق لرقيقه، والصدقة بثلاث ماله، ويمشى إلى الكعبة، ورواه ابن المواز. قال عيسى: وإن حاشا الطلاق والعتق من ذلك، فعليه ثلاث كفارات، يريد والله أعلم، الصدقة والمشى وكفارة الأيمان.

كتاب النذور الأيمان ٤٩٩

ووجه القول الأول أن أشد ما اتخذ رجل إنما يقتضى يمينا واحدة، ولا يمين أعظم من اليمين بالله، ولا إثم أعظم من إثم من احتراً على الحنث بها، فكانت يمينه بأشد ما اتخذ رجل على رجل مقتضية لليمين بالله تعالى، فلذلك لزمتم به كفارة اليمين بالله.

ووجه قول ابن القاسم أن الحالف بذلك إنما يقتضى حلفه به التشديد عليه فى المخالفة ليمينه وتعظيم السنة عليه بذلك إنما يكون بكثرة ما يلزمه بالحنث فيها.

وأما مقادير المآثم فالله أعلم بها، ولو أراد اليمين بالله لاجترأ بما تقدم له من يمينه، فلذلك حمل على اجتماع الأيمان ولزوم جميع أنواعها.

مسألة: وأما من قال: الحلال عليه حرام، فلا يخلو أن يحلف بذلك ابتداء أو يحلف لمن يستخلفه، فإن حلف بذلك ابتداء، فإن الطلاق يلزمه إن لم تكن له نية أو كانت له نية العموم، فى قول ابن القاسم وأشهب. وإن نوى محاشاة الطلاق والعتق، فلا يخلو أن تكون عليه بينة أو لا تكون عليه بينة.

فإن كانت عليه بينة، فقال الشيخ أبو بكر: يحلف على ذلك، وقيل لا يمين عليه. وقال ابن القاسم: له نية. وقال أشهب: ولو قال: الحلال كله على حرام، لم يمنعه محاشاة امرأته بنيتها حتى يسميها بالكلام، ولا فرق بين قوله: الحلال على حرام، وبين قوله: الحلال كله حرام، إلا التأكيد للعموم؛ لأن من يقول: إن قوله: الحلال على حرام، للعموم، يقول: إن لفظة كل للعموم، ومن يقول: ليست للعموم ولا للعموم لفظ موضوع، فإنه ينفى أن يكون لفظة كل تقتضى العموم.

فإما أن يكون أشهب ينفى العموم فى الألف واللام التى للجنس ويثبتها فى كل، وإما أن يثبت العموم فيهما ويجعل للتأكيد مزية تمنع الاستثناء بالنية دون اللفظ، وعلى هذا يصح أن يجرى قوله فى الأيمان اللازمة إذا ثبت فيها لفظ كل أو عريت عنها، والله أعلم.

مسألة: وأما أن يستحلف، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: سواء استحلفه الطالب أو ضيق عليه حتى يحلف أو يخاف أن لا يتخلص منه إلا باليمين، فإنه لا تنفعه نيته.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: وتنفعه نيته فى محاشاة الزوجة لاختلاف الناس فى هذا اليمين، وأما فى غير ذلك فلا تنفعه المحاشاة ولا النية واليمين على نية المستحلف، وقاله ابن الماجشون.

٥٠٠ كتاب النذور والأيمان

مسألة: ومن قال: عليه أيمان البيعة، فلما حلف، قال: لم أرد الطلاق، ففى كتاب ابن المواز: ذلك إلى نيته، وهذا يقتضى أنه إن قال: لم أنو شيئاً، لزمه من الطلاق والعتق ما لزمه فى قوله: أشد ما اتخذ رجل على رجل، هذا عندى مثل اليمين التى يجرى فى بلدنا من قول الخالف الأيمان لازمة، وقد رأيت فى بيعة أهل المدينة ليزيد بن معاوية، وفيما بعدها من عهود الخلفاء. ولفظ الأيمان اللازمة لم أر فيه للمتقدمين أصولاً مخلصه. وقد اختلف فيها من عاصرنا من الفقهاء. فأما العلماء، فأجمعوا على أنها أيمان لازمة يجب بها الطلاق، والعتق، والمشى إلى مكة، والصدقة بثلث المال، وصيام شهرين، واختلفوا فى الطلاق الواجب بذلك، فكان الشيخ أبو عمران بن أبى حاج، رحمه الله، وأكثر من بلغنا قوله من أهل إفريقية يجعلون ذلك طلقة واحدة، وكان معظم أهل بلدنا يجعلونها ثلاثاً.

وحكاه الشيخ عبد الحق عن أبى بكر بن عبد الرحمن، وهو الأظهر عندى على أصل مالك، واحتج فى ذلك أبو بكر بن عبد الرحمن بأن الحرام إنما يكون فى المذخور بها ثلاثاً، وهو من حملة الأيمان، فلزمنا أن يلزمه من كل نوع من أنواع الأيمان أو عيها لإيجابنا عليه يميناً من كل نوع من أنواع الأيمان، ولو لم يلزمه أو عيها لأخللنا ببعض أنواع الأيمان.

وإذا ألزمناه أوعب أنواع الطلاق، لزمنا أن نلزمه البتة أو الحرام من نوع الطلاق، وهو مما يستعمل كثيراً فى قولهم: الحلال على حرام، فيجتمع فيه أنه أوعب ما فى الباب مع عرف الاستعمال، ولذلك أوجبنا عليه فى الحج ماشياً إلى مكة دون العمرة ودون الحج ركباً لما كان ذلك أبلغ فى اليمين، وأوعب لما يحلف به فى هذا النوع.

ووجه ما قاله القرويون فى هذا التعلق بعرف استعمال هذه الألفاظ، فأكثر ما يستعمل: أنت طالق إن فعلت كذا، فإن قلت كذا، فكان عرف استعمال اللفظ فى الواحدة أكثر، فحملوه عليه، ولذلك قالوا فى الحج: يلزمه المشى؛ لأنه أكثر ما يستعمل بهذا اللفظ عليه المشى إلى مكة إن فعل كذا، وإن قال كذا، ولا يكاد يستعمل بغير هذا اللفظ، قالوا: ويحلف الرجل بصدقة ماله، فيلزمه ثلثه، فلو جاز أن يقال يلزمه من الطلاق الثلاث لما جمع الأيمان للزمه أيضاً أن يتصدق بجميع ماله.

وفى هذا القول نظر نذكره إن شاء الله فى هذا الموضع، ويلزمهم على هذا الحلال على حرام، فإنه لفظ مستعمل كذا وقع، فيلزم منه أوعب ما فى الباب، فيجب أن يحمل الطلاق عليه.

كتاب النذور الأيمان ٥٠١

فرع: إذا ثبت ذلك، فتقرير ما تحقق عند الآبي هذه اليمين من أقوال الشيوخ، يعنى عن ابن لبابة ومحمد بن عمر أنه كان يقول: ينوى، فإن قال: لم أنو الطلاق، ولم أنو إلا طلقة واحدة، صدق.

ورأيت للشيخ أبي عمران فى نسخة جواباً عن هذه المسألة فى الذى يقول: يلزمنى جميع الأيمان، ينوى الخالف، فإن زعم أنه قصد بعض الأيمان دون بعض، حمل على ذلك، ولم ينو شيئاً، ولكنه عم لزمه غاية التشديد، وما جرت به عادة الخالفين، وإن لم ينو عموماً ولا خصوصاً، فهو موضع إشكال يؤمر صاحبه بالاحتياط، والتمزام جميع ما يخاف أن يكون دخل تحت لفظه بعرف الاستعمال، ولا يقتضى عليه بذلك.

وروى عنه أنه قال: يلزمه جميع الأيمان من الطلاق والعق وغير ذلك، فقيل له: ما يلزمه من الطلاق، فقال: فى ذلك تنازع، وأرى أن الواحدة عليه بلا شك، ويستحب له أن يلزمه نفسه ما زاد على ذلك، فقيل له: من الأيمان؟ فقال: هذا ما لا غاية له، وكذلك من الأيمان: كما تزوجتك فأنت طالق، فيجب أن يلزمه ذلك.

فظاهر قول أبي عمران فى الجواب الأول يقتضى نفى القول بالعموم، وأنه إذا نوى العموم، لزمه أشد ما يستعمل فى ذلك، وهو راجع إلى ما نقوله لقولنا بالعموم، وما ألزمه من قولنا: كلما تزوجتك، فأنت طالق، غير لازم؛ لأنه إنما تلزمه الأيمان المطلقة دون الأيمان المعلقة بصفة.

قال الإمام أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أنه يجب أن يتفرع القول فى هذه اليمين على حسب ما قدمناه من أقوال المالكيين فى الخالف بالحلل عليه حرام، ويرتب على ذلك الترتيب، وقد قدمناه قبل هذا، وبالله التوفيق.

وقد رأيت لبعض أهل اللغة قولاً أراه أزيد به تسهيل هذه اليمين؛ لأنهم يروون عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: كل يمين، وإن عظمت، فإن كفارتها كفارة يمين، يريدون أنه لا يجب على الخالف بالأيمان اللازمة إلا كفارة يمين، وهذه الرواية لا تصح عن عائشة فيما علمت.

ولو صحت لجاز أن يلحقها التخصيص أو يكون ذلك رأياً رآته لم توافق عليه، فرأيت للجرجاني أنه قال: لا إله إلا الله اسم لجميع الأيمان، قال: وأراد لا إله إلا الله، وما اتصل بها من جميع أسبابها وآلاتها، وهو الذى ادعاه من أن لا إله إلا الله، اسم لجميع الأيمان لا سبيل له إلى إثباته من جهة لغة ولا شرع، ولا أورد فى ذلك شيئاً يتعلق به.

٥٠٢ كتاب النذور والأيمان

ولو صح ما ادعاه من ذلك لم يكن فيه تعلق بل هو عكس ما نقوله؛ لأنهم يقولون: إن الأيمان اللازمة اسم للحلف بالله، فلا يلزم بها إلا ما يلزم الحالف بالله، وأما إذا كانت اليمين بالله اسمًا لجميع الأيمان، فيجب أن يلزم الحالف بها جميع الأيمان، وهذا لا يقوله أحد، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن حلف بالأيمان اللازمة لزم الطلاق في جميع من عنده من النساء؛ لأن يمينه متعلقة بجميعهن، فإن لم تكن عنده امرأة لم يلزمه فيمن يتزوج في المستقبل؛ لأن الحلف بذلك نوع من الطلاق، ولا يلزم منه إلا أعمه أو المعتاد منه، وليس هذا بأعمه، ولا المعتاد منه، ولا هو قرينة، فيلزمه بالنذر.

فصل: وأما الصيام، فالذى يلزم منه على قولنا، صيام شهرين متتابعين، وهو أعم ما ورد به الشرع من هذا النوع.

فصل: وأما العتق، فإن كان عنده رقيق، عتق عليه جميعهم؛ لأن حكم اليمين متعلق بجميعهم كالطلاق، وإن لم يكن عنده رقيق، فعليه عتق رقبة، ولا يلزمه أكثر من ذلك؛ لأن ما زاد على ذلك إنما يقتضى التكرار، ولا يلزم ذلك بهذه اليمين ولا غيرها.

فصل: وأما الصدقة، فقد نص أصحابنا على أن الذى يجب فى أشد ما اتخذ رجل على رجل، أن يتصدق بثلث ماله، وهذا مبنى على التعلق بالعرف؛ لأن أكثر من يحلف إنما يحلف بصدقة ماله، ويجب بذلك عند المالكيين الثلث؛ لأن عرف الشرع متعلق به دون غيره من المقادير.

ولو تعلق به ذلك بأكثر مما يلزم من ذلك من غير عرف، لوجب عليه أكثر ماله أو جميعه على حسب ما لزم بالصدقة أو بالجزء الشائع، لكنه لا يجيء على قول أصحابنا إلا التعلق بالأكثر مع العرف والعادة على قول أهل بلدنا والتعلق بالعرف خاصة عند القرويين.

فرع: فإذا قلنا إنه يلزمه الطلاق بالأيمان اللازمة لتناول اللفظ له، فقال: إني حاشيت الطلاق أو العتق أو شيئاً من ذلك بنيتي، فأما ما لا يطالب به من الصوم والمشى إلى مكة والعتق غير المعين، فلا خلاف في تصديقه فيه.

وأما ما للإمام المطالبة فيه كالطلاق والعتق المعين، فيجرى القول فيه على اختلاف شيوخنا فيمن حلف بالحلال عليه حرام أو بالحلال كله عليه حرام، ثم ادعى إنه حاشا الزوجة بنيته، وقد تقدمت أقوالهم فى ذلك بما يقف عليه الناظر فى موضعه إن شاء الله تعالى.

كتاب النذور الأيمان ٥٠٣

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ حَلَفَ رَجُلٌ مَثَلًا فَقَالَ: وَاللَّهِ لَا أَكُلُ هَذَا الطَّعَامَ، وَلَا أَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ، وَلَا أَدْخُلُ هَذَا الْبَيْتَ، فَكَانَ هَذَا فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ، فَإِنَّمَا عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ كَقَوْلِ الرَّجُلِ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ الطَّلَاقُ إِنْ كَسَوْتِكِ هَذَا الثَّوْبَ، وَأَذِنْتُ لَكَ إِلَى الْمَسْجِدِ، يَكُونُ ذَلِكَ نَسْقًا مُتَّابِعًا فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ حِثَّ فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ مِنْ ذَلِكَ، فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِيمَا فَعَلَ بَعْدَ ذَلِكَ حِثٌّ، إِنَّمَا الْحِثُّ فِي ذَلِكَ حِثٌّ وَاحِدٌ.

الشرح: وهذا كما قال أن من حلف يمينا واحدة تضمنت أشياء أن لا يأكل طعاما معيناً، ولا يلبس ثوباً، ولا يدخل بيتاً ولا يكلم رجلاً، فإنها يمينا واحدة يجزئ في حلها بالاستثناء، استثناء واحد، وفي حلها بالكفارة واحدة، ويحث بفعل الامتناع من أبعاض ذلك الفعل كمن حلف أن لا يأكل هذا الرغيف، فأكل منه، فإنه يحث به في الظاهر من المذهب، وكذلك من حلف على ما ذكرناه، فأكل الطعام أو لبس الثوب أو دخل البيت أو كلم الرجل، فإنه قد فعل شيئاً مما حلف أن لا يفعله فدخل عليه الحث بذلك.

مسألة: وهذا إذا حلف على النفس، وهو إذا حلف أن لا يفعل، فلو حلف على الإيجاب، وهو أن يحلف ليفعلن مثل أن يحلف ليأكلن الخبز، وليلبسن الثوب وليدخلن البيت، وليكلمن زيداً، فإنه لا يبر إلا بفعل ذلك كله؛ لأنه قد حلف على الإتيان بجميعه.

مسألة: ومن حلف لامرأته، فقال: إن دخلتما الدار، فأتتما طالقاً، فدخلت واحدة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: يحث فيهما ويطلقان، وهو قول مالك. وقد روى عن مالك: تطلق الداخلة وحدها، وقالها أشهب. وفي المدونة: لا شيء عليه حتى تدخل المرأتان الدار.

وجه القول الأول أن الحلف على نفس الفعل والامتناع منه يوجب الحث بفعل بعضه؛ لأن ذلك يقتضى المنع من قليله وكثيره. أصل ذلك من حلف أن لا يأكل الرغيف، فأكل بعضه، ولأن هذا الخالف قصد منع كل واحدة من المرأتين من دخول الدار، وفعل مخرج يمينته وحثته فيهما بطلاقهما، فمن حث في شيء من يمينته، فإنما يحث بطلاقهما جميعاً.

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٧٩/١٥.

٥٠٤ كتاب النذور والأيمان

ووجه الرواية الثانية أن الفعل الذى اقتضت يمينه المنع منه إنما هو دخول الدار، وقد وجد جميعه، ولم تقتض اليمين استيعاب طلاقهما بدخول واحدة منهما لأن ما يجب به العموم والاستغراق، وإنما يقتضى أقل ما يقع عليه الاسم أو ما يعلم أنه قصده باليمين، والظاهر من هذا أنه إنما قصد منع كل امرأة من دخول الدار، وأقسم على ذلك بطلاقهما.

ووجه رواية المدونة أن يمينه إنما اقتضت أن لا تدخل زوجته الدار، ومن ذلك منعه يمينه، ولم يوجد ذلك بدخول إحدهما، فلم يحنث فى شىء من يمينه.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي نَذْرِ الْمَرْأَةِ إِنَّهُ حَائِزٌ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا، يَجِبُ عَلَيْهَا ذَلِكَ، وَيَثْبُتُ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي جَسَدِهَا، وَكَانَ ذَلِكَ لَا يَضُرُّ بِزَوْجِهَا وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ يَضُرُّ بِزَوْجِهَا، فَلَهُ مَنَعُهَا مِنْهُ، وَكَانَ ذَلِكَ عَلَيْهَا حَتَّى تَقْضِيَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن نذر ذات الزوج لازم لها، فإن كان ذلك بغير إذن زوجها، فإن ذلك على ضربين، ضرب يتعلق بالمال، وضرب يتعلق بالجسد. فأما ما تعلق بالمال، فلا يخلو أن تقتصر به على الثلث، فما دونه أو تزيد على ذلك، فإن اقتضت على الثلث فما دونه، فلا اعتراض فيه للزوج لأن كل حر حجر عليه فى الصدقة بماله دون المعارضة فيه لحق غيره، فإنه يجوز تصرفه فى ثلثه، ولا تجوز له الزيادة على ذلك كالموصى، ولأنه لا خلاف أن لها أن تتصدق باليسير.

وإذا احتجنا إلى الفرق بين اليسير والكثير، فالحد فى ذلك ما ورد به الشرع من الثلث، وما زاد على ذلك، فالمرأة ممنوعة منه لتعلق حق الزوج بمالها، يدل على ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «تتكح المرأة لمالها وجمالها ودينها، فاظفر بذات الدين تربت يمينك»^(١). فإذا كانت إنما تنكح لمالها، لم يكن لها بعد أن يزيد فى صداقها من أجله أن تلتف جميعه وتهبه غيره.

مسألة: فإن زادت فى ذلك على الثلث كان للزوج الرد، خلافاً لأبى حنيفة والشافعى لما قلناه من أنها إذا زادت على الثلث، فهى متعدية فى ذلك على الزوج، فيجب أن يرد تعديها، وما كان من الثلث، فأقل فليست بمتعديّة فيه لما ذكرناه، فلذلك لم يرد.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٠٩٠. مسلم حديث رقم ١٤٦٦. النسائي فى الصغرى

حديث رقم ٣٢٣٠. أبو داود حديث رقم ٢٠٤٧. ابن ماجه حديث رقم ١٨٥٨. أحمد فى

المسند حديث رقم ٩٢٣٧. الدارمى حديث رقم ٢١٧٠.

كتاب النذور الأيمان ٥٠٥

فرع: إذا ثبت أن له الرد، فهل له رد ذلك كله أم رد ما زاد على الثلث منه؟ المشهور من مذهب مالك، وهو قول ابن القاسم أن له رد جميعه وقال ابن الماجشون: إنما يرد ما زاد على الثلث إلا في العتق، فإنه يرد جميعه لما فيه من عتق البعض من غير تقويم.

وجه القول الأول أن الزوجة إذا زادت في هبتها كانت متعدية، ولم يختص التعدى بما زاد على الثلث بل اختص بالجميع، فوجب أن يرد جميعه؛ لأنها ممنوعة منه لحق الغير مع بقاء المال على ملكها كالفلس، وبهذا فارق الوصية، فإن الموصى يمنع من الزيادة على الثلث مع خروج المال عن ملكه، فلذلك رد إلى الثلث.

ووجه القول الثاني أن كل من له التصرف في ثلثه، فإنه يرد ما زاد عليه كالموصى، وهو أقيس وأجرى على الأصول.

فرع: وإذا قلنا إن للزوج الرد أو الإجازة، فهل ذلك موقوف على الإجازة أو الرد؟ قال أصبغ: هو على الإجازة حتى يرده. وقال مطرف وابن الماجشون: هو مردود حتى يبيح له الزوج.

وجه القول الأول أن ذلك ما للزوجة، وهي جائزة الأمر، فما أوجبه في مالها فهو جائز.

ووجه القول الثاني أن ذلك ممنوع لحق الزوج، فلم يميز منه شيء إلا بإجازته.

مسألة: وإذا شهد الزوج قبل يمينها أنها متى حلفت في كذا وحثت، فقد أجزت ما حلفت به، لم يلزمه ذلك، ولو أشهد بذلك بعد يمينها وقبل الحنث، لزمه ذلك، ولم يكن له الرجوع فيه، قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

ووجه ذلك أنه إذا أشهد بذلك قبل يمينها، فقد أشهد قبل سبب الوجوب عليها وعليه من ترك الإعراض في شيء قبل وجوبه أو وجود سبب وجوبه، لم يلزمه ذلك.

مسألة: وإذا حلفت بأكثر من ثلثها، ولا زوج لها، فتزوجت ثم حثت، فللزوجة رد ذلك، قاله ابن المواز، ورواه ابن حبيب عن أصحاب مالك.

ووجه ذلك ما قاله من أن الاعتبار بحال الحنث دون حال اليمين.

فصل: وأما ما يتعلق بجسدها كالصلاة والصيام والحج، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يضر بالزوج ككثير الصيام والحج. والثاني: لا يضر به كصلاة ركعتين وصيام يوم،

٥٠٦ كتاب النذور والأيمان
فإن كان ذلك يضر بزوجه منعها منه؛ لأن حقه قد تعلق بالاستمتاع بها، فليس لها أن
تأتي بما يمنع منه، ولكن ذلك يبقى بذمتها حتى تجد إلى أدائه السبيل، وإن كان ذلك مما
لا يضر بالزوج كان لها تعجيل فعله، ولم يكن للزوج منعها منه، والله أعلم وأحكم.

* * *

العمل في كفارة الأيمان

١٠٧٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ حَلَفَ
بِئِمِينٍ، فَوَكَّدَهَا ثُمَّ حَنَثَ، فَعَلَيْهِ عِتْقُ رَقَبَةٍ أَوْ كِسْوَةُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ، وَمَنْ حَلَفَ
بِئِمِينٍ، فَلَمْ يُؤَكِّدْهَا ثُمَّ حَنَثَ، فَعَلَيْهِ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدٌّ مِنْ
حِنْطَةٍ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصَيَّامٌ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

الشرح: قوله: «من حلف على إيمين فأكدها»^(١) يحتمل أن يريد بتأكيدها تكرار
وصف الله تعالى بصفاته مثل أن يقول: بالله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم السميع
العليم العزيز الحكيم، ويحتمل أن يريد تأكيدها بتكرارها مراراً، ولعله كان يعتقد
الأميرين جميعاً، فكان يرى في تأكيدها أن يأخذ ذلك بأرفع الكفارات، وهو العتق، أو
يرفع عن أدنى الكفارات الذي هو الإطعام إلى ما هو أرفع، وهو الكسوة والإطعام،
وإنما ذلك من عبد الله بن عمر في التأكيد على وجه الاستحباب، والله أعلم. وأما
كفارة اليمين، فإنها على التخيير بين الرقبة والإطعام والكسوة، فمن لم يجد شيئاً من
ذلك صام.

١٠٧٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥٦/١٠. ومعرفة السنن والآثار ٦٧/٣. الشافعي في
الأم ٢٥٧/٧. ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٩٩٢. الملحق ٥٣/٨. كشف الغمة
١٩٢/٢.

(١) قال في الاستذكار ٨٦/١٥: لم يذكر مالك عن نافع في حديثه هذا عن ابن عمر ما
التوكيد وقد ذكره غيره. ذكر ابن أبي شيبة، قال: حدثنا إسماعيل بن علي، عن أيوب، عن
نافع، قال: كان ابن عمر إذا حلف أطعم عشرة، وإذا وكد أعتق. فقلت لنافع: ما التوكيد؟
قال: تردد الأيمان في الشيء الواحد. وذكر عبد الرزاق، عن عبد الله بن عمر، عن نافع، قال:
كان ابن عمر إذا وكد الأيمان، وتابع بينها في مجلس، أعتق رقبة. قال: وأخبرنا معمر، عن
أيوب، عن نافع، عن ابن عمر مثله. قال أبو عمر قد بان لك ذاء، والتوكيد عنده التكرار وعتقه
في التوكيد استحباب منه واختيار كأن يأخذ به في خاصة نفسه، بدليل رواية مجاهد عنه
وغيره في تكرار اليمين، ولذلك لم يذكره مالك في الباب الأول، والله أعلم.

كتاب الدور الأيمان ٥٠٧

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ فَكُفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩].

مسألة: وصفة الرقبة أن تكون مسلمة كاملة الرق، وتأخرت مسائل من هذا الباب إلى الظهار.

مسألة: وأما سلامة الخلق، فإن النقص على ضربين، نقص من ظاهر جسمه، ونقص من منافعه، قال شيوخنا العراقيون: إنه إذا كان على صفة يمكنه معها التصرف الكامل والتكسب غالبًا، فإنه يجوز مثل أن يكون مقطوع الأئمة.

قال ابن حبيب: يجوز الجذع الخفيف أو الصمم الخفيف، أو العرج الخفيف، وذهاب الضرس وإن اسودت. ووجه ذلك ما قدمناه.

مسألة: فأما أقطع اليد أو أقطع الرجل أو الأشل أو الأعمى أو المقعد أو الأخرس، فإنه لا خلاف فى المذهب أنه لا يجوز شئ من ذلك، فإن كان أراد بالخرس البكم، فذهب ابن القاسم إلى أنه لا يجوز وسيأتى ذكره بعد هذا، وإن كان أراد بالخرس تغيير مخارج الحروف، فإن كان ذلك شديدًا يعسر فهمه غالبًا، فإنه مؤثر فى تصرفه، فلذلك منع الإجزاء.

مسألة: ولا يجوز من الأمراض به جنون مطبق أو جذام أو فالج أو سل أو رمد أو برص فاحش. قال ابن الماجشون فى المبسوط. لا يجوز الأبرص. وقال ابن الماجشون فى الواضحة: إلا البرص الخفيف. قال أشهب: أو المريض الذى ينزع أو المقطوع الإبهامين.

قال القاضى أبو محمد: من اليدين والرجلين، فهذا كله لا يجوز؛ لأن هذه معان تمنع التصرف والتكسب، وهى من المعانى التى لا يرجى برؤها. وأما المريض الذى به الحمى أو الرمد أو الظفر، فإنه يجوز لأن هذه المعانى وإن كانت الآن تمنع التصرف والتكسب، فإنها معان يرجى زوالها. قال ابن الماجشون فى الواضحة. يجوز عتق المريض إلا الذى ينزع.

واختلف قول مالك فى الأعرج فقال مرة. يجوز. وقال مرة: لا يجوز، ثم رجع إلى أنه إن كان عرجًا خفيفًا أجزأ. وقال أبو حنيفة: يجوز أقطع اليد والرجل.

٥٠٨ كتاب الندور والأيمان

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرَ رَقِيَّةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وإطلاق الاسم يقتضى السلامة.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا نقص يمنع التصرف التام، فوجب أن يمنع الإجزاء كما لو كان مقطوع الرجلين.

مسألة: واختلف فى الخصى، فقال ابن القاسم: لا يجزئ. وقال أشهب: يجزئ.

وجه القول الأول أنه ناقص الخلقة كالأعور والأشمل. ووجه القول الثانى أن هذا نقص لا يؤثر فى عمله وتصرفه كالفحج، وأيضاً فإنه أغلى ثمناً من غيره.

مسألة: اختلف فى أقطع الإبهام الواحدة، فقال ابن القاسم فى المدونة: لا يجزئ، وكذلك قال فى المقطوع الإصبع والإصبعين، وقال غيره: يجزئ مقطوع الإصبع.

واختلف قول ابن القاسم فى ذلك فى المبسوط فقال مرة: يجزئ مقطوع الإصبع. وقال مرة: لا يجزئ مقطوع الإصبع.

مسألة: واختلف فى العور، فقال مالك والمصريون: يجزئ. وقال عبد الملك: لا يجزئ. وهو قول مالك فى المبسوط.

وجه قول مالك أن العين الواحدة تقوم مقام العينين أو قرب ذلك، فكان كمن بعينه ضعف. ووجه قول مالك أن نقصه ما يجب به نصف الدية كأقطع اليد.

مسألة: واختلف فى الأصم، فقال مالك: لا يجزئ. وقال أشهب: يجزئه.

وجه قول مالك ما احتج به القاضى أبو محمد من أنه نوع منفعة كاملة يضر بالعمل، ويجب فيها الدية الكاملة كالعمى.

وجه قول أشهب ما قاله القاضى أبو محمد أيضاً من أن ذهاب السمع لا يضر بالعمل ولا بالتصرف كبير إضرار؛ لأن أكثر ما فيه صعوبة فهمه للكلام، وذلك يوصل إليه ما يقوم مقامه من الإشارة، ومن يتعذر عليه فهم الكلام لعجمته أو لبعده فهمه يجزئ، ففى مسألتنا مثله.

مسألة: وأما المقطوع الأذنين، فقال ابن القاسم فى المدونة: لا يجزئ. قال القاضى أبو محمد: خلافاً لأصحاب الشافعى.

والدليل على ذلك أن فيهما منفعة، وهى حوش الصوت إلى السمع ودفع الضرر عنه

كتاب النذور الأيمان ٥٠٩
مع ما فى ذهابهما من التشوية بالخلق. وفى المبسوط عن ابن القاسم: أن الجذع فى الأذن يجزئ.

مسألة: والبكم يمنع الإجزاء، قال ابن القاسم فى المبسوط: لا يجزئ الأخرس فى شىء من الكفارات، وذلك خلاف للشافعى. قال القاضى أبو محمد: وإن كان معه صمم فهو أئين؛ لأن فقد الكلام يجرى مجرى فقد البصر واليد والرجل؛ لأنه يضر بعمله وينقص تصرفه ويضعف فهمه وإفهامه.

مسألة: ولا يجوز الذى ذهب جل أسنانه، فإن ذهب أفلها، فإنه يجزئ. قال ابن القاسم فى الواضحة: وتأخرت مسائل من هذا الباب إلى الظهار وإلى العتق، وبالله التوفيق.

مسألة: ومن ابتاع أمة، فأعتقها عن واجب ثم ظهر بها حمل، فلا تجزئ، قاله فى العتبية، وله أن يرجع بقيمة العيب.

قال مطرف وابن الماحشون: ولا يجزئ عتق العبد الأبق إلا أن يوجد بعد العتق سليماً، ويعلم أنه كان يوم عتقه صحيحاً. فأما إن كان يومئذ عليلاً ثم صح. أو صحيحاً ثم اعتل، لم يجزه حتى يكون صحيحاً فى الحالين. قال أصبغ: وروى أكثره عن ابن القاسم.

ومعنى ذلك كأن يكون المرض مما يمنع الإجزاء. وأما إن كان مريضاً لا يمنع الإجزاء، فإنه يجزئ. وفى هذا إشارة إلى أنه لا يجزئ عتق المريض.

فصل: وقوله: «فمن لم يجد فصيماً ثلاثة أيام» يريد من لم يجد شيئاً مما ذكر فوق هذا، فإنه ينتقل إلى الصيام، ولا يجزئه الصوم مع وجود رقبة أو كسوة أو إطعام. وقد روى ابن المواز عن مالك: لا يصوم الحائض حتى لا يجد إلا قوته، ويكون فى بلد لا يعطف عليه فيه.

وروى ابن مزين عن ابن القاسم: إن كان له فضل عن قوت يومه أطعم إلا أن يخاف الجوع، وهو فى بلد لا يعطف فيه عليه، ويعتبر فى ذلك أن يجد فضلاً عن قوت يومه الذى ذكر ما يعتق فيه رقبة كاملة أو يكسو الكسوة التى تجزئه أقل ما يجزئ من إطعامهم، فإن قصر ما عنده عن ذلك فليس بواجب ويجزئه الصيام.

ووجه ذلك أن وجود ذلك معتبر بوجود العين التى يجرها، وذلك لا يصح عدمه.

٥١٠ كتاب النذور والأيمان
والثاني أن يجد في ملكه قيمتها مما يلزمه إخراجه فيها، وكل ما كان عنده من عين أو
عرض يتصرف في ذلك.

مسألة: والاعتبار في ذلك بحال التكفير دون حال اليمين وحال الحنث، وإن كان
حين اليمين معسراً ثم أيسر قبل أن يشرع في التكفير لم يجزه الصيام لأنه الآن واجد
للعتق أو الإطعام، فإن تلبس بالصوم ثم أيسر أجزأه أن يتمادى على صومه لأنه قد
تلبس بالصوم.

مسألة: فإن كان موسراً يوم الحنث، فترك التكفير حتى أعسر فصام ثم أيسر، فقد
روى ابن المواز عن ابن القاسم: أنه يعتقد، قال: ولم أسمع من مالك. والمشهور عن
مالك أنه يجزئه.

وجه القول الأول عندى الاستحباب. والمشهور من قول مالك وأصحابه الاعتبار
بحالة التكفير كمن يتمكن من الصلاة في أول الوقت، فلم يؤدها حتى مرض، فلم يقدر
على القيام أنه يجزئه أن يصلى جالساً ولا قضاء عليه، وإن أطاق بعد ذلك القيام.

مسألة: وإذا أذن السيد لعبده أن يكفر بالإطعام فصام، فهل يجزئه؟ قال ابن حبيب:
لا يجزئه لأنه بالإذن خرج عن أن يكون من أهل الصيام وفي المدونة: أنه يجزئه وضعف
إذن السيد في ذلك.

١٠٧٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: أَدْرَكْتُ
النَّاسَ، وَهُمْ إِذَا أَعْطُوا فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ أَعْطَوْا مُدًّا مِنْ حِنْطَةٍ بِالْمُدِّ الْأَصْغَرِ وَرَأَوْا
ذَلِكَ مُحْزِنًا عَنْهُمْ.

الشرح: قوله: «أدركت الناس» يحتمل أن يريد بالمدينة لأنها داره، وبها كان علماء
الصحابة الذين أدركهم، وأشار إليهم بقوله: «أدركت الناس يعطون في كفارة اليمين
بالمُدِّ الْأَصْغَرِ» يريد مد النبي ﷺ لأنه أصغر من مد هشام، وإنما عندهم بالحجاز مدان
مد النبي ﷺ وهو أصغرهما، ومد هشام وهو أكبرهما.

وقد اختلف أصحابنا في مقداره بمد النبي ﷺ والصحيح أنه مدان، وسيأتي ذكره
في الظهار إن شاء الله تعالى والإطعام في كفارة اليمين مد بمد النبي ﷺ وهذا في
المدينة لضيق أقوات أهلها. واختار أشهب بمصر مدًا وثلاثًا.

كتاب النذور الأيمان ٥١١

واختار ابن زهب مدًا ونصفًا لكل مسكين لسعة الأقوات بها. قال ابن المواز: ولو أخرج بها مدًا، أجزأه. وقال أبو حنيفة: لا يجزئه أن يطعمهم أقل من نصف صاع لكل مسكين من الخنطة والشعير والتمر صاع، وإن غداهم وعشاهم أجزأه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فكفارتهم إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾ [المائدة: ٨٩] ومحال أن يكون بالمدينة مدان وسط شبع الأهل لاسيما على قول أبي حنيفة: إن المد رطلان.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا أكثر من وسط طعام العيال، فلم يلزم في الكفارة. أصل ذلك ما زاد على المدين.

مسألة: قال ابن المواز: وإن غدى المساكين وعشاهم الخبز والإدام، أجزأه. قال ابن حبيب: حتى يشبعوا ولا يغديهم الخبز، ولكن بإدام من زيت أو لبن أو قطنية أو خم أو بقل. قال ابن عباس: أعلاه اللحم، وأوسطه اللبن، وأدناه الزيت.

قال ابن حبيب: ولا يجزئه أن يغدى الصغار ويعشيهم، ولكن إن أعطاهم، فليعطهم ما يعطى الكبار، ويجزئه أن يعطى الصغير من الطعام المصنوع مثل ما يأكل الكبير. قال ابن المواز: إذا كان فطيماً.

ومعنى ذلك أنه إذا كان يرضع لم يتغذ الطعام المصنوع، ولا يتأتى بيعه في الأغلب، فكان حكمه أن يدفع إليه خنطة يتأتى له بيعها وانتفاعه بها في غير القوت أو ادخارها إلى أن تضاف إلى مثلها.

فصل: وقوله: «اعطوا مدًا من خنطة» نص منه على تجويز إخراج الخنطة في ذلك، ولا خلاف فيه، والذي يخرج في ذلك من الطعام ما يقتات به الناس غالبًا، ولا يستعمل غالبًا إلا على وجه القوت كالقمح والشعير والسلت والدخن والأرز والذرة.

فأما القمح فمن أخرج أجزأه لأنه أفضل ما يتقوت. وأما الشعير فإن كان يأكل الشعير وقوت الناس القمح، فإن كان ذلك لفقر أجزأه؛ لأنه قوته على الحقيقة، وإن كان ذلك لبخل، وهو يقدر على الخنطة لم يجزئه إلا الخنطة، حكاه ابن حبيب عن أصبغ.

ووجه ذلك أن بخله لا يخرج عن أن يكون من أهل التقوت بالخنطة بعادة البلد وحاله التي تحتل ذلك. وقال ابن المواز: يخرج مما يأكل ومما يفرض على مثله، وإذا كان يأكل الشعير فليطعم منه ولا يجزئه الذرة إلا أن يكون هو أكله.

٥١٢ كتاب النذور والإيمان

وقال ابن الماجشون فى الفطر: يخرج من جل عيش البلد، فإن كانوا يريدون بذلك إذا وافق قوت المخرج قوت البلد، فهو وفائق، وإن أرادوا وإن خالف قوت المخرج قوت البلد، فهو خلاف، والأول أظهر.

فرع: فإذا قلنا يخرج شعيراً، فقد قال ابن المواز: يطعم منه فى الكفارة قدر مبلغ شبع القمح.

فرع: فإن تقوت الحنطة وأهل البلد يقتاتون الشعير، لم يجزه أن يخرج الشعير، رواه ابن حبيب عن أصبغ.

مسألة: ولا يخرج السويق فى الكفارة، قاله ابن حبيب عن أصبغ. ووجه ذلك أنه قد عدل به عن وجه ما يتقوت عليه غالباً كما لو اتخذ منه العصيد.

مسألة: وأما الدقيق فإنه يجزى إذا أعطى منه قدر ريعه، وكذلك الخبز فى الكفارات التى يطعم فيها، قاله ابن حبيب عن أصبغ.

ووجه ذلك أنه لم يخرج عن وجه الاقتيات المعتاد، ولو أطعم هذا المقدار لأجزأه غير أن ابن حبيب روى عن أصبغ: لا يجزئه أن يطعمهم الخبز قفاراً.

ومعنى ذلك أن لا يستوعب مقدار المد من الخبز. وأما إذا أطعمهم بإدام، فإنما يلزمه أن يشبعهم للغداء والعشاء، فإن استوعبوا ذلك، وإلا فقد أجزأه ما أكلوا، والله أعلم.

مسألة: ولا يخرج التين ولا القطنية، وإن كان عيش قوم، وهذا مبنى على أنه ليس بقوت عنده أو على أنه ليس بقوت معتاد ولا شائع فى البلاد. وقد استوعبت الكلام فى هذا فى زكاة الفطر بما يغنى عن إعادته، ولم أر أصحابنا يفرقون بينهما بل ظاهر مسائلهم يقتضى المساواة، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الَّذِي يُكْفَرُ عَنْ يَمِينِهِ بِالْكَسْبَةِ أَنَّهُ إِنْ كَسَا الرَّجَالَ كَسَاهُمْ تَوْبًا تَوْبًا، وَإِنْ كَسَا النِّسَاءَ كَسَاهُنَّ تَوْبَيْنِ تَوْبَيْنِ دِرْعًا وَخِمَارًا، وَذَلِكَ أَدْنَى مَا يُجْزَى كُلًّا فِي صَلَاتِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن المكفر عن يمينه إن اختار أن يكفر بالكسوة، فإنه إنما يكفر بما يصلى فيه، فقال فى الرجال: توبًا توبًا وذلك يكون على ضربين، أحدهما: القميص الذى يستر العورة والجسد، وهذا يشتمل على فرض لباس الصلاة وفضله.

كتاب النور الإيمان ٥١٣

وإن أعطاه إزاراً، فقد قال ابن حبيب: يعطيه إن شاء قميصاً، وإن شاء إزاراً يبلغه أن يلتحف به مشتملاً، وهذا على معنى القمص أيضاً. وأما الإزار الذى يمكن الاشتمال به، ولكن يمكن أن يتزر به، فلم أر فيه لأصحابنا نصاً، والأظهر عندي أنه لا يجزى؛ لأنه لا ينطلق عليه اسم كسوة.

مسألة: وأما المرأة، فنص أصحابنا على أنه يكسوها قميصاً وحماراً؛ لأنه لا تجزئها الصلاة أقل من ذلك.

فرع: ومن النساء الطويلة والقصيرة، فيجزى بعضهن من القمص فى الصلاة لقصرها ما لا يجزى بعضهن لطولها، والذى عندي أنه إنما يعطى كل واحدة منهن ما يستر عورتها فى صلاتها.

فرع: وإذا كانت المرأة صغيرة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: إن كسا صغار الإناث، فليعطهن درعاً وحماراً، والكفارة واحدة لا ينقص منها لصغير ولا يزداد لكبير.

روى ابن المواز عن أشهب: أنه تعطى الصبية التى لم تبلغ الصلاة الدرع دون حمار، فإذا بلغت الصلاة أعطيت الدرع والحمار. وقال ابن حبيب: يعطى صغار الإناث ما يعطى الرجال قميصاً كبيراً.

وجه القول الأول أن هذا مال يخرج فى الكفارة يعتبر فيه القدر، فوجب أن يكون مقداراً، حق الصغير فيه كحق الكبير. أصل ذلك الإطعام. ووجه القول الثانى أن الكسوة معتبرة بحال من تدفع إليه، ولذلك فرق بين الرجل والمرأة ولا يفرق بينهما فى الإطعام، وقد يفرق بين المساكين فى الإطعام إذا غدوا وعشوا، فإن كل واحد منهم يأكل شبعه سواء زاد على المد أو نقص منه.

مسألة: وإن كسا صبياً صغيراً، فقد قال ابن حبيب: يعطى كل صغير مثل كسوة الكبير، وقاله ابن المواز. وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: أنه لم يعجبه كسوة الأصاغر بحال، وكان يقول: من أخذ منهم بالصلاة، فله أن يكسوه قميصاً مما يجزئ، فعلى هذا يعطى الصغير الذى بلغ حد الأمر الذى بلغ فى الصلاة قميصاً يجزئيه فى الصلاة، وهو دون قميص الرجل، فالأظهر عندي أن يكون ذلك حد أقل ما يعطى من صغر ممن يكسى على هذه المقالة بمن أمر بالصلاة من الرجال والنساء.

مسألة: وإذا كفر بالكسوة أو الإطعام، فالمختار أن تكون الكفارة كلها كسوة أو

٥١٤ كتاب النذور والأيمان
إطعاماً، فإن كسنا خمسة وأطعم خمسة، فاختلف قول ابن القاسم فيه فقال: يجزيه وأظنه
قول مالك. وقال: لا يجزيه. قال أشهب: ويضيف إلى ما شاء منها تمام العشرة.

وجه القول الأول أن جميع ما أخرجه مصروف إلى المساكين، فإذا كان مما يجزى
الكفارة منه بانفراده جاز أن يجمع إلى ما يجزى منه. أصله إذا كانت طعاما كلها أو
كسوة كلها. ووجه القول الثاني أن الكفارة لا تصح من جنسين كالكسوة والعتق.

١٠٧٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يُكْفِّرُ عَنْ يَمِينِهِ
بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ لِكُلِّ مَسْكِينٍ مُدًّا مِنْ حِنْطَةٍ، وَكَانَ يَعْتَقُ الْمِرَارَ إِذَا وَكَّدَ
الْيَمِينَ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «إنه كان يكفر عن يمينه بإطعام عشرة مساكين» وهذا
يقتضى اعتبار عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم.

فصل: وقوله: «وكان يعتق المزار إذا وكد اليمين» يقتضى أن ذلك كان يتكرر،
وذلك جائز فى الحنث فى اليمين والتكفير. والأصل فى ذلك ما روى عن أبى موسى
الأشعري أن النبى ﷺ قال: «وإني والله إن شاء الله أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً
منها إلا كفرت عن يميني وأتيت الذى هو خير»^(١).

وما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لأن يلج أحدكم يمينه فى أهله آثم
له عند الله من أن يعطى كفارته التى افترض الله عليه»^(٢).

مسألة: فإن تكررت الأيمان وتكرر الحنث فيما جاز له أن يعتق فى بعضها ويطعم
فى بعضها ويكسو فى بعضها إلا أن يكون العتق عن كفارة مفردة، وكذلك الكسوة،
وقد تقدم ذكره، فإن أطعم فى يوم واحد عن كفارتين فأطعم عشرين مسكيناً عن
كفارتين أجزاءه، ما لم ينو أن يكون كل مسكين أعطاه عن كفارتين.

١٠٧٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٩٩٣.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٧١٤٦، ٧١٤٧. مسلم حديث رقم ١٦٥٢. الترمذى
حديث رقم ١٥٢٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٧٨٤، ٣٧٨٩، ٣٧٩٠، ٣٧٩١.
أبو داود حديث رقم ٣٢٧٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٠٠٩٣، ٢٠٠٩٥، ٢٠٠٩٩،
الدارمى حديث رقم ٢٣٤٦.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٦٦٢٥. مسلم حديث رقم ١٦٥٥. أحمد فى المسند
حديث رقم ٢٧٤٢٧. ابن ماجه حديث رقم ٢١١٤.

كتاب النذور الأيمان ٥١٥
وكذلك لو أعتق وأطعم وكسا وعليه ثلاث كفارات أجزاءه، ما لم ينو أن يكون كل شيء من ذلك عن جميع الكفارات؛ لأنه إذا لم ينو ذلك لم تنصرف كفارة كل واحدة إلا إلى يمين، ولا يلزمه التعيين أن تكون كل كفارة ليمين معينة بل يجزئه أن يكفر واحدة من أيمانه إذا كان عليه أيمان حنث فيها وإن لم يعينها.

مسألة: فإن أطعم عشرة مساكين مداً مداً عن كفارة، ثم أعاد عليهم عن كفارة أخرى، فقد كره مالك ذلك، فقال: لا يفعل إلا بعد أيام. وقال ابن القاسم: إن أطعمهم بعد أيام أجزاءه، وكذلك إن كساهم بعد أن عروا من الكسوة الأولى. انتهى.

* * *

جامع الأيمان

١٠٧٥ - مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ أدرك عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، وهو يسير في ركب، وهو يحلف بأبيه، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت».

الشرح: قوله ﷺ: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم» تخصيصاً للنهي بالحلف بالآباء، أحدهما: لكثرة استعمال العرب له، فقصد إلى النهي عنه. والثاني: أنه هو الذي سمع ﷺ من عمر رضي الله عنه، وهو مما لا يجوز، فقصد بالنهي، ثم عم بعد ذلك النهي عن الحلف بغير الله، وقصر الحلف عليه تعالى، فقال: «من كان حالفاً

١٠٧٥ - أخرجه البخاري في الأيمان والنذور ٦١٥٥. ومسلم في الأيمان ٣١٠٥. والترمذي في النذور والأيمان ١٤٥٣، ١٤٥٤. والنسائي في الأيمان والنذور ٣٧٠٢، ٣٧٠٣، ٣٧٠٤، ٣٧٠٥، ٣٧٠٦. وأبو داود في الأيمان والنذور ٢٨٢٨. وابن ماجه في الكفارات ٢٠٨٥. وفي مسند العشرة المبشرين بالجنة ٢٣٣، مسند الكثيرين من الصحابة ٤٢٩٤، ٤٣٢٠، ٤٣٦٥، ٤٤٣٨، ٤٤٧٣، ٤٨٤٥، ٥١١٣، ٥٢٠٥، ٥٣٣٦، ٥٤٧٧، ٥٧٩٩، ٦٠٠٦. والدارمي في النذور والأيمان ٢٢٣٦. والحاكم ٥٢/١ عن عمر. والبيهقي في السنن ٢٨/١٠ عن عمر.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٨٤/٦: هكذا رواه مالك وغيره، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، معنى واحد. وكذلك رواه الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، وزاد: قال عمر: فوالله ما حلفت بها. ذاكراً ولا أنثراً.

٥١٦ كتاب النذور والأيمان

فليحلف بالله أو ليصمت» فخير بين الحلف والصمت وذلك يتضمن المنع من الحلف بغير الله؛ لأنه ليس من جملة المباح الذي هو خير فيه بل ما تقدمه عن أن يحلف حالف بأبيه، دليل على أنه لم يبيح غير ما خير فيه من الحلف بالله خاصة فمن تعدها، فلا يتعدها إلا إلى الصمت.

وعلى هذا جماعة المسلمين امتثالاً لأمر النبي ﷺ، فلا يجوز لأحد أن يحلف بالشمس ولا بالقمر ولا بالنجوم ولا بالسما ولا بالأرض ولا بشيء من المخلوقات ومن حلف بذلك فقد أثم، ولا شيء عليه.

وقد روى عن عبد الله بن عباس أنه قال: لأن أحلف بالله فأثم أحب إلي من أن أظاهر. وروى عن عبد الله بن مسعود أنه قال: لأن أحلف بالله كاذباً أحب إلي من أحلف بغيره صادقاً.

فإن اعترض معترض بما جاء من ذلك في القرآن من قوله تعالى: ﴿والسما ذات البروج﴾ [البروج: ١] ﴿والسما والطارق﴾ [الطارق: ١] ﴿والشمس وضحاها﴾ [الشمس: ١] ﴿والليل إذا يغشى﴾ [الليل: ١] وبغير ذلك، ففيه قولان، أحدهما: أن تقدير ذلك ورب الشمس وضحاها، ورب السماء والطارق. والثاني: أنه تعالى يختص بذلك لأن له أن يقسم بما شاء لأنه معبود، وقد أعلمنا النبي ﷺ أن ذلك محظور علينا، فلا يجوز لنا القسم بشيء من ذلك.

مسألة: ومن حلف باللات والعزى أو بالطواغيت، فقد أثم ولا كفارة عليه إن حنث. وقال أبو حنيفة والثوري: عليه كفارة يمين.

والدليل على ما نقوله ما روى حميد بن عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف فقال في يمينه باللات والعزى فليقل لا إله إلا الله ومن قال لصاحبه: تعال أقامرك فليصدق»^(١).

وما روى أبو قلابة عن ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف على ملة غير الإسلام فهو كما قال»^(٢).

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٤٨٦٠، ٦١٠٧، ٦٣٠١، ٦٦٥٠. مسلم حديث رقم ١٦٤٧. الترمذى حديث رقم ١٥٤٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٧٧٥. أبو داود حديث رقم ٣٢٤٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٨٠٢٦.
(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ١٣٦٤، ٦١٠٥. مسلم حديث رقم ١١٠. الترمذى =

كتاب النذور الأيمان ٥١٧

معناه والله أعلم، معتقداً لذلك، ولذلك أمر من حلف باللات والعزى وأظهر حلفاً ظاهره الكفر أن يعاود بالتهليل، ولفظ التوحيد الذي ينفي الكفر والظاهر من هذا موجب قوله دون غيره؛ لأنه لو وجبت عليه الكفارة لقرن الأمر بها بالأمر بكلمة التوحيد.

١٠٧٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَقُولُ: «لَا وَمُقَلَّبِ الْقُلُوبِ».

الشرح: قوله ﷺ: «لا ومقلَّبِ القلوب» على سبيل القسم ويقتضى ذلك أنه كان يكثر القسم به ولعله ﷺ كان يواظب على ذلك تنبيهاً على ما ينفرد به تعالى من تقليب القلوب من الرضا بالشئ إلى الكراهية، ومن العزم على الفعل إلى العزم على الترك.

وفى ذلك معنى آخر، وهو أنه يجوز الحلف فى أسماء الله وأوصافه بغير الله، فيجوز أن يحلف الخالف فيقول: لا وخالق الخلق، وباسط الرزق، ومدبر الأمور، وفالق الإصباح، وجاعل الليل سكناً، وما جرى مجرى ذلك.

١٠٧٧ - مَالِكُ، عَنِ عُثْمَانَ بْنِ حَفْصِ بْنِ عُمَرَ بْنِ خَلْدَةَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ

=حديث رقم ١٥٤٣. أبو داود حديث رقم ٣٢٥٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٩٨. النسائي فى الصغرى حديث رقم ٣٨١٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٥٩٥٠.
١٠٧٦ - أخرجه البخارى فى القدر حديث رقم ٦٦١٧، وفى النذور والأيمان حديث رقم ٦٦٢٨، وفى التوحيد حديث رقم ٧٣٩١. الترمذى فى النذور والأيمان حديث رقم ١٥٤٠. النسائي فى الصغرى كتاب الأيمان والنذور حديث رقم ٣٧٦١. أبو داود فى الأيمان والنذور حديث رقم ٣٢٦٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٧٧٣، ٥٣٤٥، ٦٠٧٤. الدارمى فى النذور والأيمان حديث رقم ٢٣٥٠.
١٠٧٧ - أخرجه أبو داود فى الأيمان والنذور ٢٨٨٥، الأطةمة ٣٣١٩. وأحمد فى مسند المكيين ١٥١٩٠، ١٥٥٠٠. والدارمى فى الزكاة ١٥٩٩، الصوم ١٦٥٨.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٩٢/٦: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند يحيى وطائفة من رواه، منهم: ابن القاسم، وروته طائفة منهم التيسى عبد الله بن يوسف فى الموطأ عن مالك: أنه بلغه أن أبا لبابة حين تاب الله عليه... الحديث. لم يذكر عثمان بن حفص ولا ابن شهاب، وليس هذا الحديث فى الموطأ عند القعنبي ولا أكثر الرواة. ورواه العقيلي عن يحيى بن أيوب، عن ابن بكير، عن مالك، عن عمر بن حفص بن عمر بن خالد، عن ابن شهاب: أن أبا لبابة حين تاب الله عليه... فذكر الحديث. هكذا قال فيه العقيلي: عن يحيى بن أيوب، عن ابن بكير عمر بن حفص، وأدخله فى باب عمر من تاريخه الكبير، وهذا غلط فاحش، =

٥١٨ كتاب النذور والأيمان

بَلَّغَهُ أَنَّ أَبَا لُبَابَةَ بْنَ عَبْدِ الْمُنْذِرِ حِينَ تَابَ اللَّهُ عَلَيْهِ، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَهْجُرُ دَارَ قَوْمِي الَّتِي أَصَبْتُ فِيهَا الذَّنْبَ، وَأَجَاوِرُكَ، وَأَنْخَلِعُ مِنْ مَالِي صَدَقَةً إِلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يُجْزِيكَ مِنْ ذَلِكَ الثُّلُثُ».

الشرح: قوله: «إن أبا لبابة بن عبد المنذر قال حين تاب الله عليه: أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب» على وجه المبالغة في الإقلاع عن الذنب وترك كل ما كان سبباً إليه، فقد يكون مقامه ببلده أو ماله بها من مال المساكين، والمال سبب ذلك الذنب، وقد يكون سببه بعده عن النبي ﷺ حين لم يجاوره فيغظه وينهاه ويعلمه، ولذلك قال: «وأجاورك».

فصل: وقوله: «وانخلع من مالي صدقة إلى الله ورسوله» يريد التقرب بذلك إلى الله تعالى والشكر له تعالى على توبته بعد تورطه في الذنب.

فصل: وقوله: «يجزيك من ذلك الثلث» ظاهره أنه قد كان التزم الصدقة بجميع ماله، ولذلك قال له: «يجزيك من ذلك الثلث» لأن هذا اللفظ إنما يستعمل فيما يلزم الإنسان فيه حكم، فيقال له: يجزيك من ذلك كذا، ولو كان أمراً لم يلزمه بعد لقال: تصدق بثلث مالك وأمسك على نفسك الباقي ليكفيك عن الحاجة إلى الناس، كما قال سعيد بن أبي وقاص قلت: «يا رسول الله، أوصى بمالي كله؟ قال: لا، قلت: بالشطر؟ قال: لا، قلت: بالثلث؟ فقال ﷺ: الثلث والثلث كثير أو كبير^(١)».

وقد اختلف العلماء فيمن حلف بصدقة ماله فحنت، فقال مالك: يجزئه من ذلك الثلث. وقال أبو حنيفة: يخرج جميعه من العين والحرث والماشية دون سائر ماله. وقال إبراهيم النخعي: يخرج جميع ماله، وإن ثبت حديث أبي لبابة، فإنه يتأول على أنه لم يكن أوجبه بعد، وأن معنى: يجزئك من ذلك الثلث، أنه يجزئك من غاية النهاية فيما يتقرب به إلى الله عز وجل، فإن إخراج الإنسان جميع ماله ابتداءً، ويبقى عالية ممنوع

=ولا يعرف عمر بن حفص بن خلدَةَ في هذا الحديث ولا غيره، وإنما يعرف عمر بن خلدَةَ جد عثمان شيخ مالك على ما قدمنا ذكره؛ فابن بكير وهم حين جعل في موضع عثمان، عمر، والعقبلي أيضاً جهل ذلك، فأدخله في باب عمر، ولم يبين أمره، وليس هذا الحديث عند ابن بكير في الموطأ ولا أحد من رواة الموطأ.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذي حديث رقم ٢١١٦. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد في المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمي حديث رقم ٣١٩٦.

كتاب النذور الأيمان ٥١٩
منه، والأفضل له استبقاء أكثره بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ [الإسراء: ٢٩] وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧] وهذا فيما يفعله الإنسان ابتداءً، فأما ما قد التزمه، فإنه يلزمه كالطلاق، وهو ممنوع من إيقاع الثلاث، وإنما أبيحت له واحدة، فإن أوقع الثلاث لزمته.

وجه ما ذهب إليه مالك حديث أبي لبابة: «يجزئك من ذلك الثلث» وظاهره ما قلنا. ومن جهة المعنى أن استيعاب المال بالصدقة ممنوع، فوجب أن يؤثر هذا المنع في العدول عنه، وأن لا يبطل في الجملة لأن النقص لا يتناول البعض، فوجب رده إلى الثلث كالوصية.

مسألة: إذا قلنا إنه لا يجب عليه إخراج جميعه، فإنه يجزئه من ذلك الثلث، سواء كان ماله قليلاً أو كثيراً، وبه قال الزهري. وقال ابن وهب: إن كان غنياً، لزمه أن يخرج ثلث ماله، وإن كان قليل المال يحجف به إخراج ثلث ماله، أجزاءه أن يخرج زكاة ماله، وإن كان فقيراً فكفارة يمين. وقال الشافعي: عليه على كل حال كفارة يمين.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا التزام لا ذكر فيه لليمين، ولا بصرف عن ظاهره للقربة، فلم يجب به كفارة يمين كما لو نذر صوماً أو صلاة.

مسألة: وهذا إذا علق الصدقة على جميع ماله، فإن علقها على جزء من جميع ماله، فإن عليه غرم جميع ذلك الجزء من ماله كقوله: الربع، أو النصف، أو التسعة أعشار، لزمه إخراج ذلك كله، ولم يقتصر منه على الثلث. وفي النوادر روى عن ابن وهب عن مالك: يقتصر من ذلك على الثلث.

وجه القول الأول أن حلفه بصدقة ماله تناول لفظ المال على وجه عام، يحتمل التخصيص، وليس فيه دليل على الاستيعاب غير ما يقتضيه اللفظ، وإذا علقه بجزء منه، فقد علقه على جزء مخصوص من الجملة، فكان ذلك دليلاً على أن المراد باللفظ بمنزلة التعيين، والتعين أقوى في تعلق الأحكام به من المطلق.

ووجه الرواية الثانية أنه إخراج مال على وجه يمنع من استيعابه، ولا يمنع من أبعاضه، فوجب رده إلى الثلث كالوصية.

مسألة: ومن تصدق بشيء معين، وهو جميع ماله، فالشهور من المذهب أنه يلزمه إخراج جميعه. وفي النوادر عن ابن نافع: يجزئه الثلث.

٥٢٠ كتاب النذور والأيمان

وجه القول الأول أن تعليق الأحكام بعين يقتضى من اختصاصها به ما لا يقتضيه تعليقها بلفظ عام، ألا ترى أن من أخبر لقد رأى بنى زيد، كان صادقاً إذا رأى بعضهم، ولو أراد بقوله ذلك التخصيص، وإذا قال: لم أرهم، وأراد بذلك جميعهم كان صادقاً، فإذا رأى بعضهم، وأراد الجميع تعلق الحكم بجميعهم فى تعليق الرؤية بجميعهم ونفيها عنهم، وإذا عين زيدا اختص هذا الحكم به اختصاصاً لا يجوز غيره، ولا يحتل من التخصيص ما احتمله عدم التغيير، فلذلك إذا حلف بصدقة ماله لم يلزمه إخراج ماله؛ لأن اللفظ يحتل الجميع ويحتل البعض، وإن كان فى الجميع أظهر وإذا عين عبداً أو ثوباً لزمه إخراج جميعه؛ لأن ما علق عليه الحلف معين لا يحتل التخصيص، فلزمه لذلك إخراج جميعه.

ووجه الرواية الثانية أن الحلف بصدقة جميع المال يقتضى الرد إلى الثلث كما لو حلف بجمع ماله.

مسألة: ومن حلف بصدقة عدد من ماله مثل أن يحلف بصدقة مائة دينار من ماله لزمه إخراج جميعها، وإن لم يف بها ماله بقى ذلك فى ذمته ديناً عليه، رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه.

ووجه ذلك أن هذا نوع من التعيين ويجب استيعابه، ويجب على رواية ابن وهب وقول ابن نافع أن يرد فى ذلك كله إلى ثلث المال ما لا يلزمه سواه، والله أعلم.

مسألة: ومن حلف بصدقة ماله مرة بعد مرة، فليس عليه إلا ثلث واحد، رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وهو فى كتاب ابن المواز. واختلف فى ذلك قول ابن القاسم، فقال: يخرج عن اليمين الأولى ثلث ماله، ثم يخرج ثلث ما بقى عن اليمين الثانية، وبه قال أشهب.

وجه القول الأول أن اليمين بصدقة المال مبنية على الرد إلى الثلث، فمتى تكررت لم يقض إلا ثلثاً واحداً. أصل ذلك الوصية لوصى بثلث ماله أو جميع ماله مرة بعد مرة، لم يلزمه غير ثلث واحد، والله أعلم.

ووجه الرواية الثانية أن كل يمين منها يمين صدقة بمال فكان لها حكمها كما لو حلف فى شيء ليتصدقن على فلان بدينار، ثم حلف فى شيء آخر ليتصدقن على فلان بدينار، ثبت حكم اليمين.

فرع: فإذا قلنا ليس عليه إلا ثلث واحد، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم أنه

كتاب النذور الأيمان ٥٢١
سواء كانت أيمانه في أوقات مختلفة وأيمان مختلفة، فحنث فيها كلها أو بعضها، في وقت واحد أو حنث بعد حنث، فليس عليه إلا نكاح واحد، إلا أن يخرج منه ثم يحلف بعد ذلك فحنث، فإنه يخرج ثلثه مرة ثانية، فأما أن يحنث ولا يخرج الثلث حتى يحنث مرة أخرى، فليس عليه إلا نكاح واحد.

مسألة: ومن حلف بصدقة ماله، وماله على مقدارها، ثم حنث وقد زاد ماله أو نقص، فإنما يلزمه الثلث مما كان بيده يوم اليمين دون النماء، قاله مالك، سواء زاد ماله بتجارة أو فائدة. وروى ابن حبيب إلا أن يزيد بولادة، فيخرج ثلث الأولاد مع الأمهات.

وجه القول الأول أنه إنما تلزمه اليمين فيما كان يملكه يوم اليمين؛ فأما ملكه بعد ذلك فلم تتناوله يمينه. ووجه الرواية الثانية أن هذا ملك يتعلق بالأمهات قبل الولادة إلى حين الولادة، فيعلق بما تلده. أصل ذلك تملك الحالف.

مسألة: فإن نقص ماله بعد اليمين، لم يلزمه إلا الثلث ما بقي بيده يوم الحنث. قال ابن حبيب: ولم يختلفوا في هذا، وهذا إذا ذهب ما ذهب منه بأسر من السماء من غير تفريط. قال ابن المواز: يلزمه ما تلف بسببه، ولا يلزمه ما تلف بغير سببه. وروى ابن حبيب عن مالك أن ما أنفق منه، فهو دين عليه، وإن ذهب بغير سببه، لم يضمن ولا يضر التفريط بعد الحنث. وقال سحنون: يضمن بالتفريط بعد الحنث.

وجه قول ابن حبيب أنه لا يضره التفريط إذ إخراج الكفارة ليس على الفور، فتأخير إخراجها لا يوجب عليه الضمان.

وجه قول سحنون يحتمل أن يريد به أنها على الفور، ولأنه جزء ما أوجب عليه إخراجها، فلزمه بالتفريط كالزكاة.

مسألة: وأما إذا أنفق بعد الحنث، فقد قال مالك: لا شيء عليه ولا يتبع به ديناً. وقال ابن القاسم: يضمن كزكاة فرط فيها حتى ذهب المال، رواه ابن المواز عنها.

وجه قول أشهب أنه غير مطالب بها، وإن أنفقها لضرورة وحاجة إليها، لم يأتئ بذلك، كما لم يأتئ الذي وقع على أهله في رمضان إذا علم النبي ﷺ بحاجته إليها، فأمره أن يطعمها أهله، ونحن نتأول في ذلك أن الكفارة باقية في ذمته.

وجه قول ابن القاسم أنه حق لله تعالى يجب عليه إخراجها، فإن أنفقه وجب عليه إخراجها. أصل ذلك الزكاة.

٥٢٢ كتاب النذور والأيمان

مسألة: وهذا إذا حلف بصدقة ما تقدم ملكه عليه. وأما إذا حلف بصدقة جميع ما يملكه في المستقبل، فقد قال مالك: لا يلزمه شيء وإن حلف بصدقة ما يستفيده في مصر أو غيرها، لزمه بمنزلة الطلاق.

فرع: ومن حلف بصدقة ماله فحنث، وله عين ورقيق وحبوب، فليخرج ثلث ذلك كله إلا أن ينوي العين خاصة. قال أشهب: ويخرج ثلث خدمة المدبر والمعتق إلى أجل. وقال ابن القاسم: لا شيء عليه في مدبره ولا معتقه إلى أجل إلا أن يؤاجرهم، فيخرج ثلث الأجرة.

وجه قول أشهب أن خدمتهم مال له بدليل أنه إذا آجرهم أخرج ثلث الأجرة، فلزمه ذلك وإن لم يؤاجرهم. ووجه قول ابن القاسم أن ذلك ليس بمال وإنما يصير مالا بالإجازة، فهو شيء يستفاد بعد اليمين.

فرع: وأما كتابة مكاتبه، فقال ابن القاسم: يخرج ثلث قيمة الكتابة، وإن عجز المكاتبون نظر إلى قيمة رقابهم، فإن كانت أكثر من قيمة الكتابة أخرج الفضل. وقال أشهب: يخرج ثلث ما يأخذ من المكاتبين، وإن عجز المكاتب أخرج ثلثه وما يرجع من ذلك بعد موته، لم يلزم ورثته فيه شيء، رواه المواز كله عنهما.

١٠٧٨ - مَالِك، عَنْ أَيُّوبَ بْنِ مُوسَى، عَنْ مَنْصُورِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَجَبِيِّ، عَنْ أُمِّهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا سُئِلَتْ عَنْ رَجُلٍ قَالَ: مَالِي فِي رِتَاجِ الْكَعْبَةِ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: يُكْفَرُ مَا يُكْفَرُ الْيَمِينِ.

الشرح: قوله «مالي في رتاج الكعبة» الرتاج الباب، قاله مالك. والخطيم، ما بين الباب إلى المقام. رواه ابن القاسم عن بعض الحجبة. وقال ابن حبيب: الخطيم ما بين الركن الأسود إلى الباب إلى المقام، وعليه يحطم الناس، فمن قال: مالي في رتاج الكعبة، فقد كانت عائشة تقول: فيه كفارة يمين، فأخذ به مالك، ثم رجع إلى أن لا شيء عليه، وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قال ابن حبيب: وأرى أن يسأل، فإن نوى أن يكون ماله للكعبة، فليدفع ثلثه إلى خزنتها يصرف في مصالحها، فإن استغنى عنه بما أقام السلطان لها من ذلك تصدق به، وإن قال: لم أنو شيئاً بذلك، ولا أعرف لهذه الكلمة تأويلاً، فكفارة يمين أحب إلي، وسواء كان ذلك في نذر أو يمين.

وجه القول الأول أنه لما كانت يمينه خارجة على وجه البر وكانت متعلقة بما لا منفعة فيه كانت بمنزلة النذر المبهم كفارته كفارة يمينا.

ووجه الرواية الثانية وهي المشهورة في المدونة وغيرها أن هذه يمينا مفسرة عريت عن اسم الله وصفاته نطقاً ونية وعرفاً، فلم يجب بها كفارة. أصل ذلك إذا نذر القيام أو القعود أو الإنفاق لغير وجه. واحتج مالك في ذلك بأن الكعبة لا تنقض ولا ينقض الباب فيجعل مال هذا فيه.

مسألة: وهكذا من قال: مالى فى الكعبة، أو فى حطيم الكعبة. وأما إذا قال: أنا أضرب بمالى رتاج الكعبة أو الكعبة أو الحطيم أو الركن الأسود، فإن عليه الحج والعمرة، ولا شيء عليه غير ذلك إذ لم يرد حملان ذلك على عنقه، ولو أراد حملانه على عنقه، وهو مما جرت به العادة أن لا يحمله إلا راجل، فإنه يجب عليه المشى إلى مكة على نحو ما تقدم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَقُولُ مَالِي فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ يَحْنُثُ.

قَالَ: يَجْعَلُ ثُلُثَ مَالِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَذَلِكَ لِلَّذِي جَاءَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي أَمْرِ أَبِي لُبَابَةَ^(*).

الشرح: قوله: «فى الذى يقول: مالى فى سبيل الله، فيحنث يجعل ثلث ماله فى سبيل الله» أما الكلام على الذى يلزم، فقد تقدم فيه ما يغنى عن الزيادة عليه، فإن امتنع من إخراج ذلك، ففى الموازية، قال ابن القاسم: يجبر على إخراج ما لم يكن ذلك على وجه اليمين، سواء جعل ذلك لمعين أو لغير معين. وقال أشهب: إنما يجبر إذا جعل ذلك لرجل معين، فإن فعل ذلك للمساكين لم يجبر.

وجه قول ابن القاسم أنه حق لله تعالى تبرع بالتزامه، فأجبر على إخراج ما لو كان لمعين. ووجه قول أشهب ما احتج به بأنه حق لغير معين، فلا يستحق أحد المطالبة به وتلزمه عليه الزكاة، فإنها لغير معين ويجبر على إخراجها.

فصل: وأما قوله: «فى سبيل الله» فإن هذه اللفظة تتناول كل سبيل بر، فإن جميع سبيل البر سبيل الله تعالى، ولكن جرى عرف الاستعمال لها فى الغزو والجهاد والرياط، فإذا أطلقت هذه اللفظة حملت على ذلك.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥/١٠٣ - ١٠٤.

٥٢٤ كتاب النذور والأيمان

وسأل مالك عن قال لشيء من ماله: هو في سبيل الله، فقال: سبيل الله كثيرة، وهذا لا يكون إلا في الجهاد، فليعط في السواحل والثغور.

قيل له: فيعطى في جدة؟ فقال: لا، ولم ير جدة مثل سواحل الروم والشام ومصر، وذلك أنها كانت في وقته ثغور الإسلام. قيل له: إنه قد كان في جدة خوف؟ فقال: إنما كان ذلك مرة، ولم يكن يرى جدة من السواحل التي يربط فيها، يعني أنها ليست بمكان يخاف لمسألة من يجاورهم من العدو وإمساكهم عن غزوهم وأذاهم.

مسألة: ومن قال لعبده: لله عليّ أن أجعلك في سبيل الله، فليجعله في سبيل الله، وذلك بأن يبيعه ويدفع ثمنه إلى من يغزو من موضعه، إن وجد، فإن لم يجد بعث بثمنه إلى الثغور ومواضع الغزو.

ووجه ذلك أن العبد ليس مما يصرف في سبيل الله، فلذلك بيعه وصرّف ثمنه، ولو كان عبداً يمكن أن ينتفع به في هذا الوجه لكان الوجه أن ينفذ به ولا يبيعه.

مسألة: وإن كان ما نذره أو حلف به فرساً أو سلاحاً أنفذه بعينه، إن وجد من يقبله منه وأمكن حمله وإن تعذر ذلك عليه لبعد المكان، وعظم المؤنة في نقله باعه، وأنفذ ثمنه يصرف في مثله من الأداة والكرع، ومعنى ذلك أنه لما كان ما نذر يصلح استعماله في الوجه الذي نذره فيه تعلق النذر بعينه، إن أمكن ذلك، فإن تعذر الموضع وتعذر لما ذكرناه، لزم بيعه بثمن يمكن إيصاله ويسهل حمله، فإذا وصل حمله نقل إلى صفة الأصل لما كانت صفة يمكن استعمالها في هذا الوجه، إن أمكن ذلك، وبلغ الثمن، فإن قصر الثمن، ففيما كانت منفعتها أو من جنسها أو ما يقرب منها مثل أن يكون سيفاً، فيقصر ثمنه عن سيف يشتري به هناك، فلا بأس أن يشتري به رمحاً أو غيره ذلك مما يستعمل في الحرب ويبلغه ثمن ما يبيع به، والله أعلم.

* * *

انتهى الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس

أوله: كتاب النكاح،

* * *

المحتويات

هدى المحرم إذا أصاب أهله	٣
هدى من فاته الحج	١١
هدى من أصاب أهله قبل أن يفيض	١٥
ما استيسر من الهدى	١٨
جامع الهدى	٢١
الوقوف بعرفة والمزدلفة	٢٩
وقوف الرجل وهو غير طاهر ووقوفه على دابته	٣٣
وقوف من فاته الحج بعرفة	٣٥
تقدم النساء والصبيان	٣٨
السير في الدفعة	٤١
الباب الأول: في بيان وقت الوقوف	٤٢
الباب الثاني: في بيان وقت الدفع	٤٣
ما جاء في النحر في الحج	٤٤
العمل في النحر	٤٩
الحلاق	٥٣
الباب الأول: في من حكمه الحلاق والتقصير	٥٤
الباب الثاني: في صفة الحلاق والتقصير	٥٥
الباب الثالث: في موضع الحلاق والتقصير	٥٦
الباب الرابع: في وقت الحلاق والتقصير	٥٦
الباب الخامس: فيما يتعلق بهما من الأحكام	٥٧
الباب السادس: هل هو نسك أو تحلل	٥٨
التقصير	٦٠
التلبيد	٦٥
الصلاة في البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة	٦٦
الصلاة بمنى يوم التروية والجمعة بمنى وعرفة	٧١
صلاة المزدلفة	٧٢
صلاة منى	٧٧
صلاة المقيم بمكة ومنى	٧٩
تكبير أيام التشريق	٨٠
صلاة المعرس والمحصب	٨٣
البيتوتة بمكة ليالي منى	٨٧
رمي الجمار	٨٨
الرخصة في رمي الجمار	٩٨
الباب الأول: في من نسي رمي حصاة من الجمار	١٠٤
الباب الثاني	١٠٦
الباب الثالث	١٠٧
الباب الرابع	١٠٧
الباب الخامس	١٠٨
الإفاضة	١٠٩
دخول الحائض مكة	١١١
إفاضة الحائض	١١٧
فدية ما أصيب من الطير والوحش	١٢٣
فدية من أصاب شيئاً من الجراد وهو محرم	١٢٩
فدية من حلق قبل أن ينحر	١٣١
ما يفعل من نسي من نسكه شيئاً	١٣٨

جامع الفدية	١٤٠	الباب الرابع: في منتهى فعل الرمية والضربة	٢٣٧
جامع الحج	١٤٨	ما جاء في صيد المعلمات	٢٤٥
حج المرأة بغير ذى محرم	١٦٠	الباب الأول: في صفة الجارح	٢٤٥
صيام المتمتع	١٦١	الباب الثاني: في صفة الكلب المعلم	٢٤٦
ما ينهى عنه من الضحايا	١٦٣	الباب الثالث: في معنى الإمساك	٢٤٧
النهي عن ذبح الضحية قبل	١٦٨	ما جاء في صيد البحر	٢٥٥
ما يستحب من الضحايا	١٧١	الباب الأول: في بيان ما يجوز أكله بغير ذكاة	٢٥٧
إدخار لحوم الأضاحي	١٨١	الباب الثاني: في بيان ما لا يجوز أكله إلا بذكاة	٢٥٨
الشركة في الضحايا وعن كم تذبح البقرة		تحریم أكل كل ذي ناب من السباع	٢٦٠
والبدنة	١٨٦	ما يكره من أكل الدواب	٢٦٤
الباب الأول: فيما يستحب من عدد		ما جاء في جلود الميتة	٢٦٦
الضحايا	١٩٠	ما جاء فيمن يضطر إلى أكل الميتة	٢٧٦
الباب الثاني: فيمن يجوز للإنسان أن يشركه في		كتاب الأشربة	٢٨٣
أضحيته	١٩٠	الحد في الخمر	٢٨٣
الباب الثالث: في ذكر من يلزمه أن يضحي		الباب الأول: فيمن يجب استنكاهه	٢٨٤
عنه	١٩١	الباب الثاني: فيمن يثبت ذلك بشهادته	٢٨٥
الضحية عما في بطن المرأة وذكر أيام		الباب الثالث: فيما يجب بشهادة الاستنكاه	٢٨٥
الأضحى	١٩٣	الباب الأول: في صفة الشهادة	٢٨٨
كتاب العقيقة	١٩٨	الباب الثاني: في صفة الضرب وما يضرب به	٢٨٩
ما جاء في العقيقة	١٩٨	الباب الثالث: فيما يضاف إلى الحد	٢٨٩
العمل في العقيقة	٢٠١	الباب الرابع: في تكرر الحد	٢٩٠
كتاب الذبائح	٢٠٦	الباب الخامس: فيما يسقط الحد عن شارب	
ما جاء في التسمية على الذبيحة	٢٠٦	الخمر	٢٩٠
ما يجوز من الذكاة على حال الضرورة	٢٠٨	الباب الأول: في صفة من يقيم الحد	٢٩١
الباب الثاني: في صفة ما يذكى به	٢٠٩	الباب الثاني: في صفة المحدود	٢٩٢
الباب الثالث: في صفة الذكاة	٢١١	ما ينهى أن ينبذ فيه	٢٩٥
الباب الرابع: في بيان عمل الذكاة	٢١٢	ما يكره أن يبنذ جميعاً	٢٩٨
ما يكره من الذبيحة في الذكاة	٢٢٥	تحریم الخمر	٣٠١
ذكاة ما في بطن الذبيحة	٢٣٠	جامع تحریم الخمر	٣٠٥
كتاب الصيد	٢٣٤	كتاب الجهاد	٣١٧
ترك أكل ما قتل المعراض والحجر	٢٣٤	الترغيب في الجهاد	٣١٧
الباب الأول: في صفة الآلة	٢٣٥	النهي عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو	٣٣٠
الباب الثاني: في صفة الرمي أو الضرب	٢٣٦	النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو	٣٣١
الباب الثالث: في صفة المرمى أو المضروب	٢٣٦	ما جاء في الوفاء والإيمان	٣٤٤

٤١٧	ما تكون فيه الشهادة.....	٣٤٤	الباب الأول: في صفة التأمين
٤١٨	العمل في غسل الشهيد	٣٤٥	الباب الثاني: في وقت التأمين
٤٢٠	ما يكره من الشيء في سبيل الله	٣٤٥	الباب الثالث: في صفة المؤمن
٤٢١	الترغيب في الجهاد	٣٤٦	الباب الرابع: فيما يثبت به الأمان
	ما جاء في الخيل والمسابقة بينها والنفقة في	٣٤٧	الباب الخامس: في مقتضى التأمين
٤٢٩	الغزو	٣٤٨	العمل فيمن أعطى شيئاً في سبيل الله
٤٣٨	إِحْرَازٌ مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَهْلِ الدِّمَّةِ أَرْضَهُ ...	٣٥١	جامع النفل في الغزو.....
٤٣٨	الباب الأول: في معرفة الصلح والعنوة	٣٥٢	الباب الأول: في موضع قسمتها
	الباب الثاني: في حكم أهل الصلح حال	٣٥٤	الباب الثاني: في بيان من إليه قسمة الغنيمة ..
٤٤١	حياتهم مع بقائهم على كفرهم		الباب الثالث: في بيان ما يقسم من الغنيمة وتمييزه
	الباب الثالث: في حكم انتقال الأملاك عنهم حال	٣٥٤	عما لا يقسم
٤٤٢	حياتهم وكفرهم		الباب الرابع: في بيان من له حق، وسيأتي بعد هذا
	الباب الرابع: في ذكر أموالهم بعد موتهم على	٣٥٥	إن شاء الله تعالى
٤٤٥	الكفر	٣٥٥	الباب الخامس: في بيان قسم الغنيمة
٤٤٦	الباب الخامس: في حكم أموالهم إذا أسلموا		الباب الأول: في صفة حضور القتال على المشهور
٤٤٩	الدفن في قبر واحد من ضرورة وإنفاذ	٣٦٠	من قول مالك
	أبي بكر عدة النبي ﷺ بعد وفاة رسول	٣٦١	الباب الثاني: فيما أحرز من الغنيمة
٤٤٩	الله ﷺ	٣٦١	الباب الثالث: فيما يمنع استحقات الغنيمة
٤٥٥	كتاب النذور والأيمان.....		الباب الرابع: فيما تثبت به المعاني المؤثرة في منع
٤٥٥	ما يجب من النذور في المشي	٣٦٢	الغنيمة
٤٦٦	ما جاء فيمن نذر شيئاً إلى بيت الله فعجز ..	٣٦٢	ما لا يجب في الخمس
٤٧٧	العمل في المشي إلى الكعبة	٣٦٣	الباب الأول: في بيان حكمهم
٤٧٩	ما لا يجوز من النذور في معصية الله		الباب الثاني: في بيان حكم ما وجد معهم من
٤٨٤	اللفظ في اليمين	٣٦٤	المال
٤٨٨	ما لا يجب فيه الكفارة من اليمين	٣٦٥	ما يجوز للمسلمين قبل الخمس
٤٩٦	ما تجب فيه الكفارة من الأيمان	٣٦٨	ما يرد قبل أن يقع القسم مما أصاب العدو ..
٥٠٦	العلم في كفارة الأيمان	٣٧٨	ما جاء في السلب في النفل
٥١٥	جامع الأيمان	٣٨٨	ما جاء في إعطاء النفل في الخمس
٥٢٥	المحتويات.....	٣٩١	القسم للخيل في الغزو
		٣٩٥	ما جاء في الغلول
		٤٠٨	الشهداء في سبيل الله

لمن اتقى شرح موطأ مالك

تأليف
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء الخامس

مستورات
محرر إي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تضخيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر، أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الطريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



9 782745 112742 6

<http://www.al-ilmiyah.com.lb/>
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

باب ما جاء فى خطبة النساء

الخطبة بكسر الخاء: ما يورد من الخطب فى استدعاء النكاح والإجابة إليه، وهو فى غير ذلك الخطبة، بضم الخاء. قال أبو إسحاق الزجاج: الخطبة فيما له أول يريد، والله أعلم، أن الخطبة بكسر الخاء، ما يجرى من المراجعة والمحاولة للنكاح؛ لأنه أمر غير مقدر ولا يتعين له أول ولا آخر؛ لأن هذا اللفظ قد يستعمل فى كل ما يستدعى به النكاح من القول، وإن لم يكن مؤلفاً على نظم الخطب، فيقال فلان يخطب فلانة، إذا استدعى نكاحها، وإن لم يوجد منه لفظ يسمى خطبة.

ويدل على ما ذهب إليه أبو إسحاق الزجاج، قوله ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»^(*) ولم يعن بالخطبة الكلام المؤلف الذى يؤتى به عنه انعقاد النكاح، وإنما أراد ما يتراجع به القول عند محاولة ذلك ومراوضته، والخطبة فى استدعاء النكاح مشروعة. قال مالك فى كتاب محمد: هى مستحبة، وهى من الأمر القديم، وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء. وقال داود: هى واجبة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور حديث سهل بن سعد الذى يأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى أن النبى ﷺ قال للذى لم يجد خاتماً من جديد: «قد ملكتها بما معك من القرآن»^(١).

١٠٧٩ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ

(*) سيأتى تخريجه فى الحديث رقم ١٠٧٩.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٠٣٠، ٥٠٨٧، ٥١٢٦، ٥١٤١، ٥٨٧١. مسلم حديث

رقم ١٤٢٥. الترمذى حديث رقم ١١١٤. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٠٠. ابن ماجه

حديث رقم ١٨٨٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٣٢٤. الدارمى حديث رقم ٢٢٠١.

١٠٧٩ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٤٧. ومسلم فى النكاح ٢٥٣٤. والترمذى فى النكاح

١٠٥٣. والنسائى فى النكاح ٣١٨٥، ٣١٨٦، ٣١٨٧، البيهقي ٤٤١٣، ٤٤١٨، ٤٤٢٤.

وأبو داود فى النكاح ١٧٨١. وابن ماجه فى النكاح ١٨٥٧. وأحمد فى باقى مسند المكثرين=

٤ كتاب النكاح

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أُخِيهِ»^(١).

١٠٨٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أُخِيهِ»^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيمَا نَرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أُخِيهِ أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ فَرَكَنَ إِلَيْهِ، وَيَتَّفِقَانِ عَلَى صَدَاقٍ وَاحِدٍ مَعْلُومٍ، وَقَدْ تَرَضِيَا فِيهِ تَشْتَرِطُ عَلَيْهِ لِنَفْسِهَا، فِتْلِكَ الَّتِي نَهَى أَنْ يَخْطُبَهَا الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أُخِيهِ، وَلَمْ يَعْزِ بِذَلِكَ إِذَا خَطَبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ، فَلَمْ يُؤَافِقْهَا أَمْرَهُ، وَلَمْ تَرَكَنَّ إِلَيْهِ أَنْ لَا يَخْطُبَهَا أَحَدٌ، فَهَذَا بَابٌ فَسَادٍ يَدْخُلُ عَلَى النَّاسِ.

٦٩٥٠، ٧٣٧٥، ٧٧٥٣، ٧٨٧٨، ٨٧٥٧، ٨٩٦٦، ٩١٥٣، ٩٥٢٠، ٩٥٧٢، ٩٨٤٥،
٩٩٥٣، ١٠١٩٧، ١٠٢٧١، ١٠٤٢٤، ١٠٤٢٤، ١٠٤٢٤، ١٠٤٢٤، ١٠٤٢٤، ١٠٤٢٤، ١٠٤٢٤،
١٧٩/٧. والبغوي في شرح السنة ٨٨/٩، عن ابن عمر. وذكره الهيثمي في المجمع ٤/٢٧١
وعزه إلى أبي داود، عن عمران بن حصين.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٣٩/٧: هذا حديث صحيح، ثابت عن النبي ﷺ، وروى عن أبي هريرة من وجوه، ورواه أيضاً ابن عمر، عن النبي ﷺ.

والمعنى فيه عند أهل العلم بالحديث أن الخاطب إذا ركن إليه، وقرب أمره، ومالت النفوس بعضها إلى بعض في ذلك، وذكر الصداق ونحو ذلك، لم يجوز لأحد حينئذ الخطبة على رجل قد تنهت حاله وبلغت ما وصفنا. والدليل على ذلك: أن رسول الله ﷺ قد خطب لأسامة بن زيد فاطمة بنت قيس إذ: أخبرته أن معاوية وأبا جهم خطباها، ولم ينكر أيضاً خطبة واحد منهما وخطبها على خطبتهما إذ لم يكن من فاطمة ركون وميل. والله أعلم. وهذا الباب يجرى مجرى قوله ﷺ: «ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يسوم أحدكم على سوم أخيه». ألا ترى أنه لو ترك البائع مع أول مساوم لأخذ السلعة بما شاء ولكان في ذلك ضرر بين داخل على الناس.

١٠٨٠ - أخرجه البخاري في البيوع ١٩٩٥، النكاح ٤٧٤٦. ومسلم في البيوع ٢٧٨٧.

والترمذي في البيوع ١٢١٣. والنسائي في النكاح ٣١٨٤، ٣١٨٩. وأبو داود في النكاح

١٧٨٢. وابن ماجه في النكاح ١٨٥٨. وأحمد في مسند المكشرين من الصحابة ٤٤٧٨،

٤٧٦٨، ٥٧٦١، ٥٧٨٧، ٥٨١٥، ٥٨٦١، ٥٩٩٤، ٦١٢٣. والدارمي في النكاح ٢٠٨١.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٤٨/٧: هكذا هو قول الموطأ عند جميع الرواة، ورواه أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، قال: «ولا يبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له»، وروى صخر بن جويرية، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ: «ولا يخطب أحدكم على خطبة أخيه إلا أن يترك أو يأذن له».

كتاب النكاح ٥

الشرح: قوله ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» نهى أن يخطب امرأة قد خطبها أخوه المسلم، ورضيت به ووافقتة على صداق معلوم. وكذلك روى عن ابن نافع أن له أن يخطب ما لم يتفقا على صداق معلوم على رواية الموطأ.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون: أن المرأة إذا أظهرت الرضا بالرجل، فقد نهى غيره عن أن يخطب تلك المرأة، وإن لم يتفقا على صداق.

وجه قول ابن نافع أن الموافقة لم تكمل بعد، وإنما تكمل بالتفويض أو بفرض الصداق، وذلك أن كثرة الصداق قد ترغبها فيمن تزهد فيه كما أن قلته قد تزهدها فيمن ترغب فيه، وهو عوض بضعها ومعظم ما يبذله زوجها.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به ابن حبيب من أن ذكر الصداق ليس بشرط في صحة النكاح؛ لأنه قد ينعقد من غير تسميته في نكاح التفويض.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ووجد ما ذكرناه من الموافقة وإظهار الرضا، فقد منع غير ذلك الرجل من خطبتها، وإن لم يوجد الإيجاب بعد، وهذا مع تكافؤ حالتي الرجلين في الدين.

فأما إذا كان الأول غير مرضى الدين وكان الثاني مرضياً، فقد قال ابن القاسم: إنى لا أرى على من دخل في مثل هذا شيئاً، ولا أرى الحديث إلا في الرجلين المتقاربين، وأما صالح وفاسق، فلا.

مسألة: ومن خطب على خطبة أخيه، فقد روى سحنون عن ابن القاسم في العتبية: يؤدب.

وإن عقد على ذلك، فهل يفسخ نكاحه أو لا؟ روى سحنون عن ابن القاسم: لا يفسخ. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يفسخ قبل البناء ولا بعده، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وروى ابن حبيب عن ابن نافع: يفسخ قبل البناء وبعده. وروى ابن مزين عن ابن نافع: يفسخ قبل البناء، ولا يفسخ بعده. وقال القاضي أبو محمد: إن الظاهر من المذهب الفسخ.

ودليلنا عليه نهى النبي ﷺ عن ذلك، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه.

ووجه القول الأول أن النهى إنما يتعلق بالخطبة دون النكاح، فلم يقتض فساد عقد النكاح.

٦ كتاب النكاح

فرع: فإذا قلنا لا يفسخ، فقد روى العتبي عن عيسى عن ابن وهب: إنه يستحب لهذا العاقد أن يتوب من فعله ويعرضها على الخاطب أولاً، فإن حلله، رجوت له في ذلك مخرجاً، فإن أبي فليفارقها، فإن نكحها الأول، وإلا فلهذا أن يأتنف معها نكاحاً. قال عيسى: وقال ابن القاسم: إن لم يحلله، فليستغفر الله تعالى ولا شيء عليه.

وجه قول ابن وهب أن العقد وقع على وجه الكراهية، وإن أتى، فلا يمكنه الخروج منه إلا بالفراق، فإن نكحها الأول، وإلا فهذا الثاني أحد الخطاب.

وجه قول ابن القاسم أن فراقه إياها لا معنى له؛ لأنه حق لم يثبت بعد، وكان للمرأة أن تمتنع من نكاح الأول حين خطبة الثاني، ولكن يستغفر الله تعالى لمخالفته نهى النبي ﷺ.

فصل: وقوله: «ولم يعن بذلك إذا خطب الرجل امرأة فلم يوافقها» يعني أنها المبلغ الذي تقدم قبل هذا فيما يمنع الخطبة أو لم يوافقها، وأظهرت وده، فلم ينع عن هذه أن يخطبها سواه.

قال مالك: «فهذا باب فساد يدخل على الناس» يريد والله أعلم، أن مضرة هذا كانت تعم وتشيع؛ لأنه كان يخطب المرأة من لا ترضاه ولا تريده بل ترده، فإذا امتنع على الناس خطبتها والتعرض لها بذلك، فقد قصرت على الأول الذي كرهته وعلى الرضا بما بذله مما ليس بمهر لها، وهذا مما يعظم فساده.

١٠٨١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: فِي قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنُتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَعَدُكُمْ وَنَهْنٌ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٣٥] أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلْمَرْأَةِ، وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا مِنْ وِفَاةٍ زَوْجِهَا: إِنَّكَ عَلَيَّ لَكَرِيمَةٌ، وَإِنِّي فِيكَ لَرَاغِبٌ، وَإِنَّ اللَّهَ لَسَائِقٌ إِلَيْكَ خَيْرًا وَرِزْقًا وَنَحْوَ هَذَا مِنَ الْقَوْلِ.

الشرح: ما ذكر من قول الرجل للمرأة: «إني فيك لراغب» وإني عليك لحريص تعريض بالنكاح، وهو الذي أباحه الباري تعالى بقوله: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم

كتاب النكاح ٧
به خطبة النساء». وقد قال ﷺ لفاطمة بنت قيس: «إذا حللت فأذنيني»^(١) وفى غير
الموطأ: «فلا تقوتينا بنفسك»^(٢).

قال القاضى أبو إسحاق فى أحكامه: وإنما يعرض المعرض بالخطبة ليفهم مراده
كالتجواب ينسب التعريض إلى الرجل خاصة، ولو أن المعرض بالنكاح اقتضى الجواب،
وبين أنه يريد المواعدة، ثم أجابه الذى زوجه بتعريض يفهم منه الإجابة لكره ذلك،
ويدخل فى باب المواعدة.

مسألة: ولا بأس أن يهدى إليها الهدية، فيما رواه ابن حبيب عن مالك، قال: ولا
أحب أن يفتى به إلا من تحجزه التقوى عما وراءه.

وروجه ذلك أنه ليس فى الهدية تصريح بالنكاح ولا مواعدة، وإنما فيه إظهار المودة
كقوله: إني فيك لراغب، وإن عليك لحريص. قال ابن حبيب: ولا يجوز أن يواعد وليها
بغير علمها، وإن كانت تملك أمرها. قال: وقد سأل عنه محطاء فنهى عنه.

وروجه ذلك أن بيده عقدة النكاح، وهو القائم به من جهة المرأة، فلا يجوز أن يواعد
بالنكاح كما لا يجوز أن تواعد به المرأة. قال يحيى بن مزين: والعدتسان فى ذلك سواء
عدة الوفاة وعدة الطلاق. قال: وسألت عيسى عن الاطلاع للنظر، فقال: قد جاء فيه
رخصة، وكان مالك لا يراه خوفاً من أن يطلع على عورة، ولا بأس أن يستأذن عليها
فيدخل، والله أعلم. وروى محمد بن يحيى عن مالك فى المدنية: لا بأس أن ينظر إليها
وعليها ثيابها.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: لا يعجبني ذلك، ويحتمل أن يريد فى رواية
محمد بن يحيى أن ينظر إليها مغتفلاً لها إذا علم أن عليها ثيابها، وأن ذلك الذى منع فى
رواية ابن القاسم، ويحتمل أن يكون أراد فى رواية محمد بن يحيى أن ينظر إليها بعد
إعلامها، وأن ذلك غير ما منعه ابن القاسم، والله أعلم.

* * *

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٨٠. النسائي فى الصغرى حديث رقم ٣٢٤٤، ٣٢٤٥. أبو
داود حديث رقم ٢٢٨٤. ابن ماجه حديث رقم ١٨٦٩. أحمد فى المسند حديث رقم
٢٦٧٧٩، ٢٦٧٨٢.

(٢) أخرجه بهذا اللفظ الدارمى حديث رقم ٢١٧٧. ومسلم تعليقا بعد ذكر الحديث رقم
١٤٨٠.

استئذان البكر والأيم في أنفسهما

١٠٨٢ - مالك عن عبد الله بن الفضل، عن نافع بن جبيرة بن مطعم، عن عبد الله بن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «الأيم»^(١) أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»^(٢).

١٠٨٢ - أخرجه مسلم في النكاح ٢٥٤٥، ٢٥٤٦. والترمذي في النكاح ١٠٢٦، الطلاق واللعان ١١٠٨. والنسائي في النكاح ٣٢٠٦، ٣٢٠٧، ٣٢٠٨، ٣٢٠٩، ٣٢١٠، ٣٢٦٠، ٣٢٦١، ٣٢٦٢، ٣٢٦٣، ٣٢٦٤. وأبو داود في النكاح ١٧٩٥، ١٧٩٦، الصوم ٢٠٩٨، ٢١٠٠. وابن ماجه في النكاح ١٨٦٠، ١٨٧٠. وأحمد في مسند بني هاشم ١٧٩٠، ٢٠٥٥، ٢٢٤٧، ٢٣٥١، ٢٩٢٤، ٣٠٥٣، ٣١٧٢، ٣٢٤٦. والبيهقي في الكبرى ١١٥/٧، عن ابن عباس. والدارقطني والدارقطني ٢٤٢/٣، عن ابن عباس.

(١) قال النووي: قال العلماء المراد هنا الثيب لأنه جاء مفسراً في رواية، وقيل: المراد من لا زوج لها بكرة أو ثيباً.

(٢) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٤٤/٧: هذا حديث رفيع، أصل من أصول الأحكام، رواه عن مالك جماعة من الجلة، منهم: شعبة وسفيان الثوري، وابن عينة، ويحيى بن سعيد القطان. وقيل إنه قد رواه أبو حنيفة، عن مالك، وفي ذلك نظر ولا يصح.

فأما حديث الثوري، عن مالك في ذلك، فحدثنا خلف بن قاسم، قال: أخبرنا أبو بكر عبد الله بن محمد بن عبد الله بن عبد الله القاضي بمصر، حدثنا عبد الله بن الحسين ابن أحمد بن أبي شعيب الحراني، وحدثنا خلف، قال: حدثنا أبو الطاهر محمد بن أحمد ابن عبد الله القاضي، حدثنا يوسف بن يعقوب القاضي، قالاً جميعاً: حدثنا محمد بن كثير، قال: حدثنا سفيان الثوري، عن مالك بن أنس، عن عبد الله بن الفضل، عن نافع ابن جبيرة بن مطعم، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها».

وأما حديث شعبة، فحدثنا خلف بن سعيد، قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن خالد، قال: حدثنا علي بن عبدالعزيز، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا مالك، عن عبد الله بن الفضل، عن نافع بن جبيرة، عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها».

حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا أحمد بن سليمان الرملي، حدثنا أبو مسلم إبراهيم بن عبد الله البصري، حدثنا مسلم بن إبراهيم، حدثنا شعبة بن الحجاج، حدثنا مالك بن أنس، عن عبد الله ابن الفضل، عن نافع بن جبيرة، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها» - هكذا يقول شعبة: والثيب أحق بنفسها.

وحدثنا خلف بن القاسم، حدثنا أحمد بن محمد بن الحسين بن عبد الله، حدثنا الربيع ابن=

كتاب النكاح ٩

الشرح: قوله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها» الأيم هي التي لا زوج لها. وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد عن عبد الله بن الفضل قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها»^(٣) وهو قريب من الأول، إلا أن لفظ الأيم لا يستعمل إلا في التي لا زوج لها قط، فلا ينطلق عليها اللفظ.

وقال القاضي أبو إسحاق: إن الأيم هي التي لا زوج لها، بكرًا كانت أو ثيبًا، بالغًا كانت أو غير بالغ، فيخص من ذلك البكر ذات الأب ويحمله على الثيب، وعلى البكر اليتيمة. وما تقدم أظهر من جهة عرف الاستعمال، ومع ذلك فيحمل اللفظ على عمومه دون تخصيص، ورواية زياد بن سعد تؤيد ذلك، والله أعلم.

ومعنى كونها أحق بنفسها من وليها أنه ليس له إجبارها على النكاح، ولا إنكاحها بغير إذنها، وإنما له أن يزوجه بإذنها ممن ترضاه، وليس لها هي أن تعقد على نفسها

=سليمان، أخبرنا الشافعي، أخبرنا مالك، عن عبدالله بن الفضل، عن نافع بن جبيرة ابن مطعم، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر رضاها صماتها». حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا بكر بن حماد، قال: حدثنا مسدد قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن مالك.

وأخبرنا عبدالوارث، قال: حدثنا قاسم، حدثنا أبو يحيى بن أبي مسرة قال: حدثنا مطرف بن عبدالله، قال: حدثنا مالك، عن عبدالله بن الفضل، عن نافع بن جبيرة، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها» - كذا قال: تستأمر - لفظ مطرف، وعامة رواة الموطأ يقولون: تستأذن.

حدثنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إسماعيل، قال: حدثنا الحميدي، وحدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قالوا جميعًا: حدثنا سفيان، قال: حدثنا زياد بن سعد، عن عبدالله بن الفضل، عن نافع بن جبيرة، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، فصمتها إقرارها». هذا لفظ حديث الحميدي، وقال أحمد بن حنبل: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد بإسناده، فقال: الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأمرها أبوها، وصمتها إقرارها.

قال أبو عمر: وهكذا قال ابن عيينة، عن زياد في هذا الحديث: الثيب أحق بنفسها. ولو صحت هذه اللفظة، كان الولى المراد بهذا الحديث الأب دون غيره على ما ذهب إليه طائفة من أهل العلم في ذلك.

(٣) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٢١. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٢٦٤. أبو داود

حديث رقم ٢٠٩٨. أحمد في المسند حديث رقم ١٩٠٠.

١٠ كتاب النكاح

نكاحًا ولا تباشره، ولا أن تضع نفسها عند غير كفاء ولا أن تولى ذلك غير وليها، فلكل واحد منهما حق في عقد النكاح.

ووجه كونها أحق به أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه، وإن كرهه الولي ورغبته الأيم عرض على الولي العقد، فإن أبى عقده غيره من الأولياء أو السلطان، فهذا وجه كونها أحق به من وليها.

فصل: وقوله ﷺ: «والبكر تستأذن في نفسها». قال ابن القاسم وابن وهب وعلى بن زياد عن مالك في المدونة: يزيد البكر التي لا أب لها لأنها هي التي تستأذن. وقد روى هذا الحديث زياد بن سعد، فقال فيه: «والبكر يستأذنها أبوها»^(٤). وصواب هذا الحديث ما رواه مالك وقد تابعه عليه سفيان الثوري، وكل واحد منهما إمام إذا انفرد قوله غلب قوله على قول زياد بن سعد، فكيف إذا اتفقا على خلافه.

وقد رواه بن كيسان عبد الله بن الفضل فقال فيه: «واليتيمة تستأمر»^(٥) وهو أثبت من زياد بن سعد. وقوله أيضًا أولى من جهة النظر. ولعل عبد الله بن الفضل لعلمه بالمراد به كان مرة يقول: «والبكر تستأذن» ومرة يقول: «واليتيمة تستأمر». وقد روى هذا الحديث شعبة عن مالك، فقال فيه: «واليتيمة تستأمر».

ووجه آخر، وهو أنه قد روى عن زياد بن سعد: والبكر تستأذن، بمثل رواية مالك.

ووجه ثالث، وهو أنا لو سلمنا صحة رواية زياد لحملنا على البكر المعنس ويجوز أن يحمل على الاستئذان المنسوب إليه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالذي تستأذن هي البكر البالغ، قاله سحنون في المدونة، لأن غير البالغ لا إذن لها، فالإنكار على ثلاثة أضرب، بكر بالغ تنكح وتستأذن، وهي التي ذكر أنه يزوجه وصيها أو وليها، وبكر لا تنكح ولا تستأذن، وهي اليتيمة، التي لم تبلغ المحيض، فإن اليتيمة لا تزوج إلا بإذنها، والتي لم تبلغ لا يصح إذنها، فلا يصح إنكاحها، وهذا في ذات القدر.

قال ابن حبيب: ليس لوصى ولا لولي إنكاح صغيرة حتى تبلغ، فإن فعل، فسخ ذلك أبدًا، وإن طال، وكان الولد ورضيت بذلك، قاله مالك وأصحابه. وقال ابن

(٤) انظر التخريج السابق.

(٥) أخرجه الترمذي حديث رقم ١١٠٩. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٢٦١، ٣٢٦٢،

٣٢٦٣. أبو داود حديث رقم ٢١٠٠. أحمد في المسند حديث رقم ٢٣٦١، ٣٠٧٧.

كتاب النكاح ١١

القاسم في الموازية: يفسخ إلا أن يتقدم بعد البناء فيمضى. وقال أصبغ: حتى يتقدم وتلد الأولاد، ولم ير التمادي عشرة أشهر طولا مع الولد.

مسألة: وأما المحتاجة، ففي العتبية عن مالك: لا تزوج - حتى يبلغ المحيض. وروى عنه في بنت عشر سنين: تطوف وتسال الناس زوجت في غنى برضاها وولت أمرها رجلاً فأجازها مالك، ولم يجزه في الصغيرة. قال سحنون في العتبية: وهي رواية ضعيفة.

فصل: وبكر تنكح ولا تستأذن، وهي البكر ذات الأب، فإن الأب يجبرها على النكاح دون إذنها وإن استأذنها فحسن. قال ابن حبيب: يستحب للأب مؤامرة البكر. ويذكر لها الزوج ويختبر من الأم ومن غيرها رضاها أو كراهيتها. وروى أشهب عن مالك إن شاورها فحسن، وله أن لا يفعل.

مسألة: وحد البلوغ المعتبر في ذلك عند مالك، المحيض. قال ابن حبيب: أو بلوغ ثمان عشرة سنة، فتكون كالبالغ. واختلف في الإنبات، فقال ابن القاسم في المحتاجة: إن أنبتت أو شارفت زوجها الوصي أو الوالي برضاها، وقاله أصبغ مرة، وقال مرة بل حتى تبلغ، ويفسخ قبل ذلك. قال ابن حبيب: يفسخ قبل البناء وبعده، وإن أنبتت. قال محمد: لا يفسخ إذا أنبتت.

فصل: وقوله ﷺ : «وإذنها صماتها» خص ﷺ البكر بهذا الحكم لما يغلب عليها من الحياء، ولما جبل عليه أكثرهن من الامتناع عن النطق بذلك، فعلى هذا لا تسأل اليتيمة قطعاً بالرضا. رواه محمد وغيره عن مالك. وحكى الإسفرائني أن ذلك على وجهين عندهم، أحدهما: أن ذلك في ذات الأب والجد، وأما اليتيمة، فإنها لا بد لها من النطق بالرضا.

والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت»^(١)

فوجه الدليل من الحديث أنه قال: «ولا تنكح البكر حتى تستأذن» والتي لا تنكح حتى تستأذن من الأبكار هي اليتيمة.

(٦) أخرجه البخاري حديث رقم ٥١٣٦، ٦٩٧٠. مسلم حديث رقم ١٤١٩. الترمذي حديث رقم ١١٠٧. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٢٦٥، ٣٢٦٧. أحمد في المسند حديث رقم ٩٣٢٢. الدارمي حديث رقم ٢١٨٦.

١٢ كتاب النكاح
مسألة: وصمات البكر يقتضى رضاها كما لو أقرت به فى رواية ابن القاسم عن مالك. وفى المدونة: وقال غيره من رواية مالك: وذلك إذا كانت تعلم أن السكوت رضاً.

وظاهر هذا يقتضى أنه شرط فى ذلك غير أن أكثر أصحابنا تأولوا ذلك على وجه الاستحباب. وقد استحب مالك من رواية ابن الماجشون أن تعلم البكر أن إذنها صماتها لتلاجهل ذلك، فتصمت فى الكراهية. قال الشيخ أبو إسحاق: يقال لها ذلك ثلاث مرات إن رضيت، فاصمتى، وإن كرهت فانطقى. وقال القاضى أبو محمد فى معونته: وليس ذلك بشرط فى صحة الإذن.

قال عبد الملك فى كتاب ابن القرطبي: ويظيلوا القيام عندها قليلاً ومعنى ذلك أن لا تبته وتخلج فى دخولهم عليها، فيمنعها من المسارعة إلى الإنكار، فيطال المقام عندها قليلاً لتستدرك ما تريده.

وأما البكر التى لا أب لها يزوجهها وليها بغير إذنها فيبلغها، فتسكت. قال ابن القاسم فى المدونة: لا يكون سكوتها رضاً.

ووجه ذلك عندى أن رضاها فى هذه الحال بمنزلة الإذن لوليها فى إنكاحها، وذلك لا يكون إلا بالنطق.

مسألة: قال الشيخ أبو إسحاق: إن قالت: لا، لم يعقد عليها، وإن قالت: قد رضيت، جاز ذلك، قاله القاضى أبو محمد. وروى محمد عن مالك أن إنكارها بالقول دون الصمت. وقال الشيخ أبو القاسم: إنها إن نفرت أو بكت أو قامت أو ظهر منها ما يدل على كراهية النكاح، فلا تنكح مع ذلك.

١٠٨٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا أَوْ السُّلْطَانِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها» الحديث يمتثل معنيين، أحدهما: أن لا تنكح نفسها. والثانى: أن لا ينكحها من الناس من ليس بولى لها، وكلا الوجهين عندنا ممنوع. قال ابن حبيب فى واضحته: ولا يجوز نكاح امرأة بكرًا كانت أو شابة كانت أو عجوزًا، غنية كانت أو فقيرة، شريفة كانت أو وضيعة، إلا بولى يعقد نكاحها، فإن لم يكن لها ولى، فالسلطان ولى من لا ولى له.

١٠٨٣ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١١١/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٦٦. المحلى ٤٥٤/٩.

كتاب النكاح ١٣

فأما قولنا إنها لا تنكح نفسها، فهو قولنا وقول الشافعي. وقال أبو حنيفة: تعقد المرأة نكاحها، وتكون ولياً لغيرها إذا كانت عاقلة رشيدة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢] فلنا من الآية دليلان الظاهر والسبب.

فأما الظاهر، فإنه تعالى نهى الأولياء عن منع النساء النكاح عند بلوغ الأجل، فلولا أن الولاية للرجل في العقد لما صح العضل، والمنع من النكاح كما لا يصح منعهن من التصرف في أموالهن.

وأما السبب، فهو ما رواه البخاري، حدثنا أحمد بن أبي عمر، حدثني أبي، حدثني إبراهيم، عن يونس، عن الحسن: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ قال: حدثني معقل بن يسار، نزلت فيه قال: زوجت أختي لرجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وقدمتك وأكرمك فطلقتها، ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾، قلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: «فزوجه إياه»^(١) والرجل المذكور هو [.....]^(٢) فثبت بهذا الحديث أن العضل هو أن يمنع من إنكاحها، فيكون ذلك منعاً لها من النكاح، وإلا تنكح المرأة، وهي تريد زوجها إلى إنكاح معقل لها كما لو يكن يحتاج إليه، فيما تريد من بيع أو شراء.

ودليلنا من جهة السنة ما رواه سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، قالت: قال النبي ﷺ: «أبما امرأة نكحت بغير إذن موليتها، فنكاحها باطل، ثلاث مرات، فإن دخل بها، فالمهر لها بما أصاب منها، وإن تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولي له»^(٣).

ودليلنا من جهة القياس أن المرأة ناقصة من جهة الأنوثة، فوجب أن لا ينفذ منها عقد النكاح. أصله الصغيرة والأمة.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٤٥٢٩، ٥١٣٠. أبو داود حديث رقم ٢٠٨٧. الترمذي حديث رقم ٢٩٨١.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل. والرجل المذكور هو معقل بن يسار.

(٣) أخرجه الترمذي حديث رقم ١١٠٢. أبو داود حديث رقم ٢٠٨٣. ابن ماجه حديث رقم ١٨٧٩. أحمد في المسند حديث رقم ٢٤٧٩٨.

١٤ كتاب النكاح

مسألة: إذا ثبت أنه لا نكاح إلا بولي، فالولاية على ضربين، خاصة وعامة. فالخاصة على قسمين، ولاية نسب وولاية حكم.

فأما ولاية النسب، فهي لكل عاصب للمرأة كالابن والأب والأخ وابن الأخ والجد والعم وابن العم قرب أو بعد إذا كان له تعصيب وكل من له عليها ولاء من الرجال. قال القاضي أبو محمد: والمولى من العصبية. وقال الشيخ أبو القاسم فى تفريعه: والمولى من أسفل يعقد، وإن لم يكن له تعصيب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالولاية الخاصة بالنسب على نوعين قرابة قرابية وقرابة ليست بقريبة، فالقرابة القرابية كالابن وبنيه والأب وآبائه والأخوة وبنيتهم والأعمام وبنيتهم ذنية وأولاهم بذلك فى المشهور من قول مالك الابن ثم الأب ووجدت فى بعض الكتب عن المدنيين عن مالك أن الأب أولى من الابن، وهذا أحد أقوال أبي حنيفة.

وجه القول الأول أن الابن أقوى تعصياً بدليل أنه أحق من الأب بالولاء الذى يستفاد بالتعصيب، وبدليل أنه إذا اجتمع تعصيهما، بطل تعصيب الأب.

ووجه القول الثانى أن الابن لا ينتسب إليه ولا ينتسبان إلى شخص والأب ينتسب إليه بدليل أن الجد أحق بالميراث من الإخوة.

فرع: فإذا قلنا بالمشهور من المذهب، فالابن وابن الابن وإن سفل أحق من الأب ثم الإخوة للأب والأم ثم الإخوة للأب، هذا المشهور من المذهب. وروى عن المغيرة أنه قال: الجد أولى من الإخوة، وهو على نحو ما تقدم ثم بعد الإخوة، على قول مالك، الجد ثم العم ثم ابن العم، فإن لم يكن عصبية، فالمولى من فوق، رواه ابن حبيب عن مالك.

مسألة: فإن تساوا فى التعدد، فقد قال ابن حبيب عن مالك: ذلك إلى أفضلهم، وإن تساوا فى الفضل، فإلى أسنهم، فإن تساوا فى ذلك، فإلى جميعهم يجتمعون فيعقدون عليها. وروى ابن القاسم عن مالك أنهم إذا اختلفوا وهم فى العقد، سواء رفع ذلك إلى السلطان فينظر فيه.

قال بعض القرويين: يريد أن الوليين إذا استويا، فمنن رضيت هى أن يعقد عليها، كان ذلك له دون السلطان، وهذا الذى قاله فيه نظر؛ لأنه إنما قال: إن اختلفوا، وهم فى العقد سواء، نظر السلطان، ولم يقل خيرت المرأة، وإنما يكون ذلك إذا أنفذ العقد باختيار المرأة، فليس لغيره من الأولياء الاعتراض، ولو كان أقرب من العاقد.

وأما إن منع من ذلك قبل العقد، فإن السلطان ينظر فيه. وقد روى ابن حبيب عن مالك: إن سبق أحدهم، فقد مضى، استووا في الفضل أو اختلفوا. وقال: مع ذلك: ولا يجوز للمرأة أن تستخلف على نفسها. ولي ولا غيره؛ لأن الولي قد جعله رسول الله ﷺ حقاً له حين قال: «لا نكاح إلا بولي»^(٤) وإنما إلى المرأة الرضا بالزوج والمهر. وهذا القول مخالف لظاهر ما في المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك.

وقول ابن حبيب مبنى على أنه حق للولي على ما رواه ابن المواز في كتابه، فليس للمرأة منعه منه. وما في المدونة مبنى على أنه حق للمرأة، فلها أن تخص به من شاءت من أوليائها النظر لها، ولا يخلو مع ذلك أن يكون فيه حق لجماعة الأولياء.

فرع: فإن عقد الأبعد مع وجود القرب، ففي المدونة: أنه ينفذ. وروى أبو زيد في ثمانيته عن ابن الماجشون أنه إن زوجها الأب دون الابن أو زوجها الأخ دون الأب أنه يفسخ ما لم يدخل بها، فإن دخل بها لم يفسخ، وهذا مبنى على ما تقدم.

مسألة: وأما النوع الثاني من القرابة، وهي التي ليست بقريصة، فقد قال مالك في المدونة: ذو الرأى من أهلها هو الرجل من العشيرة أو ابن العم أو المولى. وروى ابن نافع عن مالك أنه الأولى من عصبتها. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أن العشيرة قد تعظم، فإنما هو الرجل من البطن التي هي منه أو من بطن من أعتقها؛ لأن البطن ألصق من العشيرة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد روى ابن حبيب في واضحته عن مالك: أن الأولياء إذا تباعدوا جداً مثل ابن عم غير ذنية والمولى، فذلك فيهم أسهل لا بأس أن يلي ذلك منهم ذو الحال والسن، وإن كان غيره أقرب منه.

ووجه ذلك أن القرابات إذا تباعدت حتى يضعف التعصيب وسبب الغيرة ولحوق العار وجب أن يراعى فيه الصلاح والدين، والحال المانعة من الرضا بالدنيات، وترك المبالغة في النصح.

فرع: وإن عقد الأبعد مع وجود الأقرب، ففي المدونة أن ذلك جائز نافذ، وأكثر الرواة يقولون لا يزوجه ولي وثم أولى منه حاضر، فإن فعل نظر السلطان في ذلك.

(٤) أخرجه الترمذى حديث رقم ١١٠١. أبو داود حديث رقم ٢٠٨٥. ابن ماجه حديث رقم ١٨٨٠، ١٨٨١. أحمد في المسند حديث رقم ٢٢٦٠، ١٩٠٢٤، ١٩٢١١. الدارمى حديث رقم ٢١٨٢.

١٦ كتاب النكاح

وقال آخرون: للأب أن يرد أو يميز إلا أن يطيل مكنها، وتلد منها أولادًا. قال ابن حبيب عن مالك: وذلك ما لم يكن الولي الأقرب حاضرًا يصلح أن غيره عقد على وليته، فإن ذلك يحمل منه على الرضا.

فصل: وقوله: «أو السلطان» يريد والله أعلم من له حكم من إمام أو قاض، فإنه يزوجه مع عدم الولي، وأما مع الولي، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: ليس للسلطان أن يزوج امرأة رفعت أمرها إليه، وسألته أن يزوجه حتى يسأل أهلها ولي أم لا، فإن ثبت عنده بأهل العدل من أهل المعرفة بها من جيرانها أو غيرهم أنه لا ولي لها يزوجه، وإن كان لها ولي لم يزوجه حتى يدعو وليها، فإن أبى من إنكاحها سأله عن وجه امتناعه، فإن استصوب ما قال، ردها إلى رأيه، وإن رأى غير ذلك أمره بإنكاحها، فإن أبى زوجها.

فرع: ولو بدر السلطان أو ذو الرأي من أهلها، فأنكحها أحدهما مع حضرة الولي الأبعد، ففي المدونة عن المرأة يزوجه القاضي من نفسه ولها ولي: أنه ليس للولي في ذلك رأى، ولم ير له فسخ. وقال: إن الحديث الذي جاء عن عمر بن الخطاب أنه قال: لا ينكح المرأة إلا وليها أو ذو الرأي من أهلها أو السلطان، فهذا سلطان. وليس معنى ذلك أنه إنما يزوجه السلطان إذا لم يكن لها ولي، وإنما جعل عمر النكاح بينهم في هذا الحديث.

وقال: إن الرجل من العشيرة أو الولي يزوج المرأة العربية، فإنه يجوز إنكاحه وإن كان ثم من هو أقعد منه. وقد حكى ابن حبيب عن ابن القاسم أنه تأول في قول عمر: لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان إنما ذلك على المساواة. قال عبد الملك: ولو كان ذلك كذلك، لكان قول مالك وأصحابه مردودًا حين قدموا الأبعد على الأبعد، وإنما معنى ذلك إذا لم يكن لها ولي من ولاية القرابة والرحم فذو الرأي من أهلها أو السلطان عند ذلك بمثابة الولي.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون، فإن السلطان يقدم على ذي الرأي من أهلها، فإن عقد النكاح ذو الرأي مضي ولم يرد، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

مسألة: وأما الولاية العامة، ولاية الإسلام. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] فإن عقد النكاح أجنبي مؤمن، فلا تخلو المرأة أن يكون لها ولي من قرابتها وعصبتها أو لا يكون لها ولي حاضر غير الحاكم، وإن كان لها ولي حاضر، فلا يخلو أن يملك الإيجاب كالأب والسيد أو لا يملكه، فإن

كتاب النكاح ١٧
كان ممن يملكه فسخ النكاح على حال، وليس للأب ولا للسيد إجازته. وقد حكى
القاضي أبو محمد أن في السيد روايتين.

فرع: فإن كان وليها لا يملك الإجماع كالأب في الثيب وسائر العصابة في البكر
والثيب، فقد قال ابن القاسم في المدونة: إن أجازته الولي قبل البناء أو بعده جاز، وإن
رده قبل البناء أو بعده رد ما لم يطل ويكون صواباً، وقد توقف مالك في الجواز عنه
إذا أجاز الولي بالقرب.

وقال ابن نافع وعلي بن زياد: لا يجوز وإن أجازته الولي. وقال القاضي أبو محمد: إن
زوجها الأجنبي مع القدرة على ولي بالنسب أو الحاكم، ففيها روايتان، إحداهما: أن
ذلك غير جائز. والثانية: أن النكاح ماض إذا تزوجت كفوًّا.

وجه الرواية الأولى ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من
لا ولي له».

ومن جهة المعنى أن إباحة ذلك مسقط لولاية الأولياء، فوجب أن يمنع كما لو
عقدت المرأة على نفسها. ووجه الرواية الثانية قوله تبارك وتعالى: ﴿والمؤمنون
والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ فأتيت الولاية بالإيمان.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه ولاية ثابتة بالشرع، فجاز أن يثبت بها عقد النكاح
كالنسب والحاكم.

فرع: فإذا قلنا لا يجوز ذلك في ذات الحال، فهل يجوز ذلك في الدنية؟ قال القاضي
أبو محمد: في ذلك أيضًا روايتان، والأظهر أن النكاح جائز.

وجه رواية المنع أن هذه ذات ولي بنسب أو حاكم، فلم يكن للأجنبي عقد نكاحها
كذات الحال. ووجه رواية الإجازة أن الدنية يتعذر عليها رفع أمرها إلى الحاكم، فلو
كلفت ذلك لأضرَّ بها، وتعذر نكاحها.

مسألة: وأما إذا لم يكن لها ولي بنسب، ففي الموازية من رواية أشهب عن مالك
في المدنية: تولى رجلاً ينكحها نهى عن ذلك، وقال: إذا عمل به ضاعت الفروج.
وروى ابن وهب عن مالك في المرأة لا ولي لها، أو تكون في البادية، يجوز لها ذلك،
إذا لم تضع نفسها في دناءة، وليس كل امرأة تقدر على رفع أمرها إلى السلطان.

وروى ابن القاسم في الواضحة، في الدنية ليس لها ولي بقرابة ولا ولاية: يجوز أن

١٨ كتاب النكاح

يزوجها الأجنبي دون الإمام، وأنكر ابن الماجشون رواية ابن القاسم، وقال: إنما قال ذلك مالك في الأعجمية تعمد للرجل فيلى منها ما يلى من مولاته، لا بأس أن يعقد نكاحها بإذنها إذا لم يكن لها ولي. وأما ذات الحال والنسب، فلا.

فرع: فإذا قلنا بالمنع، فزوجها أجنبي، فقد قال ابن القاسم في الموازية: للولي وللسلطان فسخ ذلك، وكتب مالك إلى ابن غانم إذا زوجها الأجنبي، وأولياؤها غيب، وفرع إلى السلطان لا ينظر فيه إلا أن يقدم الولي، فيطلب الفسخ، فيفسخ إلا فيما تطاول مع الولادة وأما التي لا لخطب لها وليست من العرب فلا يفسخ، وإن قرب.

فأما القول الأول، فمبنى على المساواة بين الولي والسلطان في استحقاق عقد النكاح، وأما القول الثاني، فمبنى على تقديم الولي.

فرع: فإن ظهر على ذلك قبل البناء، فلا عقوبة عليهما إذا كان النكاح مشهوراً، وإن بنى عوقبا جميعاً، ومن تولى العقد ومن علم من المشهود والفسخ بطلقة بائنة.

ووجه ذلك أنه إذا فسخ قبل البناء، فلم يوجد غير العقد بالقول. وأما إذا فسخ بعد البناء، فقد وجد منهما التسبب إلى انتهاك حرمة البضع والقصد إلى استباحته من غير إذن الولي.

فصل: إذا ثبت أن هذا حكم الولاية الخاصة والعامه فهاهنا معان تمنع من عقد النكاح بها، ويطل معنى الولاية، ستة معان: الصغر والجنون والسفه الموجب للحجر أو المقترن بالحجر، على اختلاف أصحابنا في ذلك، والأنوثة والرق والكفر.

فأما الصغر والجنون، فلعدم التكليف. وأما السفه، ففي الموازية عن ابن القاسم يزوج السفه ابنته، وليس له ذلك إلا بإذن وليه. وقال ابن وهب: ولي السفه أولى بإنكاح بناته وإماته، ولا أمر له فيهن، وإن كان يستحب حضوره، فلا تضر غيبته. وقال أشهب: يزوجها وليها إذا كان ذا رأى، أى إذا لم يول عليه وإن كان سفهياً، وهو نحو قول ابن وهب، فالخلاف بين ابن القاسم وابن وهب يتقدر فى أن السفه أولى بالعقد عند ابن القاسم، والولى أولى به عند ابن وهب.

وجه قول ابن القاسم أن الولاية عليه إنما هى فى ماله، وأما إذا كان معه من الميز ما يأنف به من وضع وليته عند غير كفؤ، فهو أولى بالعقد إلا أن يكون من الضعف بحيث لا يظن به مثل هذا، ويكون حضوره فيه كمغيبه، فقد قال ابن القاسم: لا يعقد وإنما اعتبر ذلك ابن القاسم إذن الولي لئلا يخلو من تسديده.

كتاب النكاح ١٩

ووجه قول ابن وهب أن ذلك في السيد المحجور عليه؛ لأن الحجر عليه ينافي في عقده، وأما إذا لم يكن محجوراً عليه، فنكاحه ماض، وإن كان فعله صواباً يشير إلى اعتبار ذلك، فإن لم يثبت ما يوجب الفسخ والرد أمضى.

قال أصبغ: قول ابن وهب: قال محمد: إلا قوله إن لم يكن له ولي، جاز، وذلك كله إن كان له ولي أو لم يكن له ولي، ينظر فيه فيجاء، أو يرد بالاجتهاد، فأشار إلى أنه يجوز عقده وإن كان محجوراً عليه، وإنما يرد أن يبين فيه ما يوجب.

فأشار إلى أنه يجوز عقده، وإن كان محجوراً عليه. وقد قال ابن وهب: إن السفية الذي يولى عليه إن عقده كان لوليه إجازته أو رده، ففرق ابن وهب بين المحجور عليه وبين غيره في أن المحجور عليه يرد الولي إن شاء نكاحه، وغير المحجور عليه لا يرد إنكاحه وليه إلا لوجه بين.

وعند ابن المواز: لما كان حقاً للمرأة لم يرد إلا لوجه يقتضى ذلك ويبين وجه الاجتهاد، فمنه والله أعلم، قال ابن وهب: والأخ السفية في أخته بمنزلته في ابنته. قال أشهب في العتبية نحوه في الأخت.

وقال أبو عبد الله بن العطار في مولى عليه من أب أو ابن عم: ليس لواحد منهما أن يعقد نكاحها، فإن فعل فسخ ويعقد لها وصى الولي أو وصى الأب ويعقد لها القاضي أو السلطان، فإن كن أبكاراً زوجهن وصى الأب ويسمع منهن، وإن كان يأمّر القاضي، فهو آثم.

مسألة: وأما الأنوثة فقد تقدم ذكرها. وأما الرق، ففي المدونة والموازية عن منك: أن عقد السيد بنكاح ابنته الحرة أو غيره أو نكاح أمته أو غيرها من النساء، لم يجز، وإن أذن فيه الأولياء، قبل العقد أو أجازته بعد العقد، ويفسخ قبل البناء وبعده، وإن طال الزمان، وولدت الأولاد، كانت ذنية أو ذات قدر، وفسخه بطلقة، وإن دخل بها، فلها المهر المسمى، وكذلك إن عقده من فيه بقية رق من مكاتب أو مدبر أو معتق بعضه وإن كانت ابنته بكرًا.

ووجه ذلك أن فيه من النقص ما يمنع قبول شهادته مع الصلاح، فلم يجز أن يعقد على البضع. أصل ذلك المرأة.

فرع: فإن قدم من يزوجهها، فقد قال ابن حبيب: يفسخ وإن فاتت بالبناء. وقد قال مالك في العبد الموصى إليه يقدم من يزوج اليتيمة. وقال مالك في المدونة: يقدم المكاتب من يزوج ابنته.

٢٠ كتاب النكاح
ومعنى ذلك أن ابنته الحرة لا ولاية له عليها، فإذا استخلف من يعقد نكاحها، فهو بمنزلة أن يستخلفه أجنبي، والله أعلم.

مسألة: وأما الكفر، ففي المدونة: لا يجوز أن يعقد النصراني نكاح المسلمة، قال في العتبية عيسى عن ابن القاسم في مسلم أوصى إلى نصراني تزويج بناته لا يجوز إيصاؤه إلا أن يرى الإمام له وجهًا، فيمضى الوصية، ويوكل النصراني من يزوجهن من المسلمين.

ووجه ذلك أن النقص في الدين يمنع عقد النكاح على الإيضاع، فبأن يمنعه ذهاب الدين جملة أولى.

فرع: فإذا قلنا يستخلف من يزوج اليتيمة الموصى بها إليها، فإنه لا يجوز أن يستخلف من يزوج ابنته المسلمة لما قدمناه، رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية.

فرع: وأما المسلم يزوجه أخته النصرانية، ففي المدونة: سأل عنها مالك، وقال: أمن نساء الجزية هي؟ قيل: نعم. قال: لا يجوز ذلك ما له وما لها. قال الله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٧٢]. قال عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب: للمسلم أن يعقد نكاح ابنته النصرانية لمسلم، وإن كان لنصراني، فلا يليها أبوها.

وجه القول الأول اختلاف الدينين كما لو كان الأب نصرانيًا وهي مسلمة.

ووجه القول الثاني أن عقد المسلم على النصرانية غير مفسد للنكاح كالسيد المسلم يزوج أمته النصرانية من مسلم أو نصراني.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، ففي الموازية عن مالك: لا يزوج النصرانية وليها المسلم من مسلم، إن كانت حرة ذمية، وإن كانت معتقة، فذلك له، قال: وكذلك لمولاهما إنكاحها من المسلم. وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يزوج المسلم النصرانية أخته كانت أو أمته، وإذا رفعت أمرها إلى الإمام ردها إلى أهل دينها.

مسألة: وأما إنكاح السكران، ففي العتبية لابن القاسم عن مالك: لا يجوز نكاح السكران ويلزمه طلاقه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: سبيل السكران في نكاحه وإنكاحه سبيل المعتوه، لا يلزمه منه شيء. وروى سحنون عن ابن نافع يجوز عليه كل ما فعل من بيع وغيره.

فقول مالك: لا يجوز نكاحه، يقتضى المنع من صحته لنقصه ولذلك ألزمه طلاقه.

كتاب النكاح ٢١
ورواية ابن حبيب أنه بمنزلة المعتوه يقتضى أنه لا يجوز ذلك منه لعدم عقله وميزه أو
بعض ذلك.

وقول ابن نافع: تجوز أفعاله، يقتضى أنه بقى معه عقله وميزه ما يصح به قصده
واختياره، فيلزمه عقده، ولو تيقن أنه لم يبق معه ميزه لما لزمه شيء من ذلك، وهذا لا
يكون إلا إذا بلغ حد المغمى عليه، فلا يصح منه قصد ولا عقد، والله أعلم.

مسألة: وأما الفسق، فإنه لا ينافى ولاية النكاح، وبه قال مالك وأبو حنيفة. وقال
الشافعي: لا تصح من الفاسق ولاية فى النكاح.

والدليل على ما نقوله أن هذا ذكر حر مسلم، فجاز أن يكون ولياً فى النكاح.
أصل ذلك العدل.

١٠٨٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ كَانَا يُنْكَحَانِ
بَنَاتِهِمَا الْأُبْكَارَ وَلَا يَسْتَأْمِرَانِهِنَّ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي نِكَاحِ الْأُبْكَارِ.

الشرح: وقوله: «أنهما كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهن» يقتضى أن
إنكاحه إياهن لازم لهن، وهذا معنى إجباره، والبكر على ثلاثة أضرب، صغيرة وبالغ
ومعس، فأما الصغيرة، فلا خلاف أن الأب يملك إجبارها ويجوز إنكاحه لها.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَتَسَنَّوْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ
فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فجعل على اللائى لم يحضن عدة
ولا يكون إلا عن نكاح.

ومن جهة السنة ما روى عن عائشة رضى الله عنها «أن النبى ﷺ تزوجها وهى
بنت ست سنين، وأدخلت عليه، وهى بنت تسع، ومكثت عنده تسعاً»^(١).

مسألة: وأما البالغ، فلا يختلف أصحابنا فى أن الأب يملك إجبارها. وقال أبو
حنيفة: لا يجبرها الأب على النكاح.

١٠٨٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٦٧.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥١٣٣، ٥١٣٤، ٥١٥٨. مسلم حديث رقم ١٤٢٢.

النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣٧٨، ٣٣٧٩.

٢٢ كتاب النكاح
والدليل على ما نقوله أن هذه بكر لا يفتقر عقد نكاحها إلى نطقها مع القدرة عليه،
فكان للأب إجبارها على النكاح كالصغيرة.

مسألة: وأما الضرب الثالث، وهي المعنس، فاختلص تول مالك في إجبارها، فروى
ابن وهب عنه أنها إذا عنست لم يزوجه إلا برضاها. وروى محمد عنه أن له أن يجبرها
وإن عنست وبلغت أكثر من أربعين سنة.
وجه القول الأول أنها قد بلغت سنًا لا تبلغه غالبًا إلا من عرفت مصالحها مع
السلامة، فكانت كالثيب. ووجه الرواية الثانية أنها بكر، فلزمها إجبار الأب كالثيب لم
تعنس.

فروع: فإذا قلنا باعتبار التعنيس، ففي الموازية من رواية ابن وهب: أن حد التعنيس
الثلاثون سنة والخمسة والثلاثون. وروى عن ابن القاسم الأربعون والخمسة والأربعون.
فصل: إذا ثبت ذلك، فالبكر عند مالك التي لم تذهب عذرتها بوطء مباح أو وطء
شبهة بنكاح أو ملك يمين. وأما التي ذهبت عذرتها بوطء زنى، فإن حكمها حكم
البكر في الإجبار عند مالك وجميع أصحابه. وروى ابن حارث عن محمد بن عبد
الحكم: ليس للأب إجبارها وهي كالثيب.

وجه القول الأول أن الإجبار إنما هو مما جبل عليه الأبيكار من الحياء في ذكر الزوج
والزنا يزيدا حياء، فكان حكمها في ذلك حكم البكر، فنقول: إنها لم تذهب عذرتها
بوطء مباح، فكان لها حكم البكر كالثيب ذهبت عذرتها بطرفة.
ووجه القول الثاني أن هنا ذهبت عذرتها بوطء، فثبت حكم الثيب كالثيب ذهبت
عذرتها بوطء الزوج.

فصل: وقوله: «ولا يستأمرانهن» يريد أن ذلك لم يكن من فعلهما، فأورد مالك
رحمه الله فعلهما، وأخذ به واحتج على ذلك بقوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكُحَكَ إِحْدَى
ابْنَتِي هَاتَيْنِ﴾ [القصص: ٢٧] ولم يذكر الاستمرار ويحتمل أن يترك ذلك القاسم وسالم
منعًا منه، ويحتمل لما لم يرياه واجبًا.

وقد روى محمد بن يحيى عن مالك في المدينة، وأحسن ذلك أن يستأمر الأب ابنته
البكر، فإن زوجها من غير مؤامرة، جاز. قال عيسى وأنكر ابن القاسم أن يشاورها
أبوها. فوجه استحسان مالك استمرار أنها ربما كرهت بعض من يرزاه أبوها، فيدخل
عليها مضرة، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ لِلْبِكْرِ جَوَازٌ فِي مَالِهَا حَتَّى تَدْخُلَ بَيْتَهَا وَيُعْرَفَ مِنْ حَالِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس للبكر جواز في مالها، يعنى أنه لا يجوز لها فيه فعلها، ولا عقودها «حتى تدخل بيتها»، يريد بناء زوجها بها، «ويعرف من حالها»، يريد أن يعرف رشدها وتمضى مدة يعلم بها أنها قد خبرت أحوال الناس وعرفت وجوه مصالحتها.

وروى ابن مزين عن عيسى أن معنى قوله: حتى يعرف من حالها، قال: هو أن يشهد الشهود العدول من أهل الاختبار لها أنها صحيحة العقل، حسنة النظر في مالها، مصلحة له، حابسة على نفسها، ولا يكون هذا بشهيدين حتى يشهد لهؤلاء من قدم ويعرف ذلك منها ويشهر، فإذا جرب هذا منها وبنى بها زوجها، وهى حديثة السن، جاز أمرها بعد البناء بسنة وأقل. وقال ابن نافع مثله.

والبكر على ثلاثة أضرب على ما قدمناه، فأما الصغيرة، فلا خلاف نعلمه فى أنه لا يجوز لها النظر فى مالها. وأما البالغ، فإن مالكاً لا يجوز فعلها فى مالها، يتيمة كانت أو ذات أب. وقال أبو حنيفة والشافعى: يجوز فعلها فى مالها بنفس بلوغها.

والدليل على ما نقوله أن من لا يعتبر الأب رضاها فى إنكاحها، فإن له النظر له فى مالها كالصغيرة. ودليل آخر، وهو أن المعنى المعتبر فى الرشد هو المعرفة بمصالح المال ومنافعه وتتميره والحفظ له، وذلك لا يحصل إلا بمباشرة الناس ومعاملتهم والتصرف معهم، وقد علم من حال البكر الانقباض عن معاملة الناس ومباشرتهم، وذلك يقتضى جهلها بصلاح مالها ومنافعه وتتميره مع الحياء الغالب المانع من المراجعة فيه، والمنع منه، فوجب أن يكون النكاح شرطاً فى الرشد الذى يقتضى تسليم المال إلى اليتيمة كالبلوغ ونحرر منه دليلاً فنقول إنه معنى يمنع فى الغالب القيام بحفظ المال وتتميره، فوجب أن يمنع من التصرف فيه كعدم البلوغ.

فرع: وهذا حكم ذات الأب. فأما اليتيمة، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك أنه لا يجوز للبكر قضاء فى مالها ببيع ولا غيره كان لها ولى أو لم يكن حتى تبلغ الأربعين سنة فصاعداً. وقال ابن عبد الحكم فى البكر البالغ عليها ولى: لا يجوز أمرها فى مالها، فإن لم تول، جاز أمرها فى البيع والشراء. وأما العتق والصدقة والعطية، فلا. وقال أبو زيد والحارث وسحنون: يجوز صنيعها كله ما لم تول بولى.

فرع: فإذا كانت ذات أب أو يتيمة، وقلنا إنه لا يجوز فعلها فى بكارتها، فإن دخل بها زوجها فعرف رشدها، فإن قضاها فى مالها جائز، إلا أن مالكاً قال: أحسب إلى أن

٢٤ كتاب النكاح

يؤخر قضاؤها في مالها بسنة، رواه ابن حبيب عن مطرف عنه، وإن علم سقها استديم الحجر عليها حتى يعلم رشدها، ولا خلاف في ذلك نعلمه إلا ما روى عن أبي حنيفة أنه يزول الحجر عنها إذا بلغت خمساً وعشرين سنة، وسيأتي بيان في باب الحجر إن شاء الله تعالى.

فإن جهل أمرها توقف فيها مدة يجتبر حالها بما يمكن أن يظهر في مثله صلاح أفعالها وفسادها، وقد روى ابن حبيب عن مالك أنه إذا كان قضاؤها في مالها بقرب بنائها يبيع أو عتق أو غيره، فالبينة برشدها على من يريد إجازة قضائها إلى انقضاء سنة من يوم البناء بها، وكذلك ما قارب السنة، وإن كان قضاؤها بذلك بعد السنة على من يريد رد قضائها.

وقال ابن الماجشون في ذات الزوج، يكون لها القدر والمال، فتريد أن تهب منه وتتصدق: أنه إن كان مالها بيدها، فأمرها جائز إن كانت قد أقامت مع زوجها بعد البناء سنة أو نحوها أو ولدت، وإن كان مالها عند أبيها أو وصيها، فلا يجوز فعلها في شيء منه حتى تلى نفسها.

ووجه اعتبار السنة أن هذا حكم يعتبر فيه طول المدة بعد البناء، فكان الاعتبار فيه بالسنة كعرفة العنة. وأما اعتباره يكون المال في يدها، فإن كون مالها بيدها دليل على ترشيدها وتجويز أمرها كما أن قبضه منها دليل على الحجر عليها والمنع لها من التصرف فيه.

١٠٨٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَسَلِيمَانَ بْنَ

يَسَارٍ كَانُوا يَقُولُونَ فِي الْبِكْرِ يُزَوَّجُهَا أَبُوهَا بغيرِ إِذْنِهَا إِنَّ ذَلِكَ لَأَزِمٌ لَهَا.

الشرح: قولهم: «في البكر يزوجهما أبوها بغير إذنها أن ذلك لازم لها» يريدون بذلك أنه يملك إجبارها على النكاح من شاء وعلى أي وجه شاء ما لم يكن في ذلك ضرر، فلا يلزمها ذلك، فله أن يزوجهما من الضرير والقبیح وممن هو أدنى حالاً منها وأقل مالاً، وإن زوجها من محبوب أو خصى أو عنين، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ: يلزمها ذلك إذا كان على وجه النظر، علمت بذلك أو لم تعلم.

قال الإمام أبو الوليد، رضي الله عنه: وقد رأيت لسحنون أنه لا يلزمها في الخصى، وهو الأظهر عندى في العنين والخصى والمحبوب.

كتاب النكاح ٢٥

ووجه ذلك أن كل ما للمرأة أن تفسخ به نكاح الزوج من العيوب التي هي العنة وما في معناها، فليس للأب إلزامها ذلك كما لو ظهرت بعد عقد النكاح.

مسألة: ولا يلزمها أن يزوجه الأب من مجنون يخاف عليها منه ولا من منسلخ ولا مجذوم مقطوع قد منع الكلام، وتغيرت رائحته، قاله ابن حبيب. وقال سحنون: إن كان به ضرر في بدنه لم يلزمها.

ووجه ذلك ما فيه من الإضرار بها، وليس له ذلك وأنه يلزمه أن يحسن النظر لها، ولو زوجها من سكير فاسق لا يؤمن عليها لم يجز، وللإمام رده، قاله أصبغ.

مسألة: ولا يملك إجبارها جد ولا غيره من الأولياء إلا الأب وحده، قاله مالك. قال القاضي أبو محمد، خلافاً للشافعي: إن الجد يجبر كالأب.

ودليلنا أنه عصبية يحجبه الأب، فلم يملك الإجبار بالنسب كالأخ.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن حكم الثيب الصغيرة حكم البكر في إجبار الأب خلافاً للشافعي.

والدليل على ما نقوله أن الصغر معنى يمنعها التصرف في بعضها كالبكار.

فرع: ومتى ينقطع عنها حكم الإجبار؟ قال أشهب في الموازية: ينقطع عنها بالمحيض، رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية. وقال سحنون: يجبرها الأب وإن حاضت وينفق عليها.

وجه القول الأول أن الثوبه مع البلوغ تقطع الإجبار، وقد وجد في مسألتنا. ووجه القول الثاني ملك الأب إجبارها، فلم ينقطع ذلك بالبلوغ كالبكر.

* * *

باب ما جاء في الصداق والحباء

١٠٨٦ - مَالِك، عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدِ السَّاعِدِيِّ أَنَّ

١٠٨٦ - أخرجه البخاري في الوكالة ٢١٤٤. والترمذي في النكاح ١٠٣٢. والنسائي في النكاح ٣١٤٧، ٣٢٢٦، ٣٣٠٤. وأبو داود في النكاح ١٨٠٦. وابن ماجه في النكاح ١٨٧٩. وأحمد في باقي مسند الأنصار ٢١٧٣٣، ٢١٧٨٣. والدارمي في النكاح ٢١٠٤. والبيهقي في الكبرى ٢٣٦/٧ عن سهل بن سعد. والطبراني في الكبير ٢١٣/٦ عن سهل بن سعد.

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ، فَقَامَتْ قِيَامًا طَوِيلًا، فَقَامَ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، زَوَّجْنِيهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصَدِّقُهَا بِآيَاهُ؟» فَقَالَ: مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي هَذَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنْ أَعْطَيْتُهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ شَيْئًا» فَقَالَ: مَا أَجِدُ شَيْئًا، قَالَ: «الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ» فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ» فَقَالَ: نَعَمْ مَعِيَ سُورَةٌ كَذَا وَسُورَةٌ كَذَا لِسُورٍ سَمَّاهَا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»^(١).

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٧١/٧: روى هذا الحديث عن أبي حازم، عن سهل - جماعة، وأحسنهم كلهم له سياقة مالك - رحمه الله - وهذا الحديث يدخل في التفسير المسند في قوله - عز وجل -: ﴿وَأَمْرًا مَوْمِنًا إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﷺ﴾ - الآية. والموهوبة خص بها رسول الله ﷺ وحده دون سائر أمته ﷺ، قال الله - عز وجل -: ﴿وَخَالِصَةٌ لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ - يعني من الصداق، فلا بد لكل مسلم من صداق قل أو كثر على حسبما للعلماء في ذلك من التحديد في قليله دون كثيره - على ما نوره في هذا الباب إن شاء الله - وخص النبي ﷺ بأن الموهوبة له جائزة دون صداق. وفي القياس أن كل ما يجوز البدل منه وال عوض جازت هبته، إلا أن الله - عز وجل - حرم الأبخاع من النساء إلا بالمهور - وهي الصدقات المعلومات، قال الله - عز وجل -: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾.

قال أبو عبيدة: يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرضها الله من ذلك دون خير حكومة، قال: وما أخذ بالحكام فلا يقال له نحلة؛ وقد قيل إن المخاطب بهذه الآية الآباء؛ لأنهم كانوا يستأثرون بمهور بناتهم التي فرضها الله لهن؛ وقال الله - عز وجل -: ﴿وَالْمَحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمَحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ﴾ - يعني مهورهن. وقال في الإمامة: ﴿فَأَنْكَحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَأَتُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ﴾ - يعني مهورهن. وأجمع علماء المسلمين أنه لا يجوز لأحد أن يطاء فرجاً وهب له وطؤه دون رقبته بغير صداق، وأن الموهوبة لا تحمل لأحد غير النبي ﷺ. واختلفوا في عقد النكاح بلفظ الهبة - مثل أن يقول الرجل للرجل: قد وهبت لك ابنتي أو وليتي - وسمى صداقاً أو لم يسم، فقال الشافعي: لا يصح النكاح بلفظ الهبة، ولا يتعقد حتى يقول: قد أنكحتك أو زوجتك. ومن أبطل النكاح بلفظ الهبة: ربيعة والشافعي، ومالك على اختلاف عنه وأبو ثور، وأبو عبيد، وداد، وغيرهم. وذهبت طائفة من أصحاب مالك أن النكاح يتعقد بلفظ الهبة؛ لأنه لفظ يصح للتملك، والاعتبار فيه بالمعنى لا باللفظ.

كتاب النكاح ٢٧
الشرح: قول المرأة: «يا رسول الله، إني وهبت نفسي لك» يريد على وجه النكاح،
وفيه بابان، أحدهما: أنه لا يجوز هبة البضع من غير عوض لغير النبي ﷺ. والثاني: فى
النكاح.

* * *

الباب الأول فى أن هبة البضع من غير عوض لا يجوز

لا خلاف أنه لا يجوز نكاح بدون مهر لغير النبي ﷺ. والأصل فى ذلك قوله
تعالى: ﴿وَأَمْرًا مَّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لِّكَ
مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فأخبر تعالى أن ذلك خالص للنبي ﷺ دون سائر
المؤمنين، فلا يحل ذلك لغيره.

ومن جهة السنة أن المرأة قالت له: «يا رسول الله، إني قد وهبت نفسي لك» فلم
ينكر ذلك عليها، فلو كان منكراً لأنكره عليها ولم يقرها عليه؛ لأن النبي ﷺ لا يقر
على الباطل، ثم إنه سأل القائم نكاحها، لم يجعل له إلى ذلك سبيلاً دون صداق مع
حاجة القائم وفقره وعدم ما يصدقها إياه حتى أنكحه إياها بما معه من القرآن، ولو
جاز أن يزار نكاح غير النبي ﷺ من عوض لما منعه النبي ﷺ ذلك مع شدة الفقر
والحاجة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهو على ضربين، قال ابن حبيب: إن عنى به هبة النكاح،
ولم يعن به هبة الصداق، فهذا يفسخ قبل البناء وبعده، ولها صداق المثل، قال: وإن
عنى به نكاحها بغير صداق. فلا يجوز وما أصدقها ولو ربع دينار فأكثر، فحائز، ولها
لازم تجبر على ذلك قبل البناء وبعده، وهذا الذى قاله فيه عندى نظراً، وإنما يجب إذا
وهبت نفسها للرجل، ولم ترد به النكاح، وإنما أرادت به بذل البضع أن لا يكون هناك
نكاح يثبت قبل البناء وبعده، وإنما هو سفاح يثبت فيه الحد، ولا يلحق فيه النسب.

وأما ما أراد به عقد النكاح من غير صداق، ففى المدونة عن ابن القاسم، قولان،
أحدهما: أنه يفسخ قبل الدخول. والثاني: أنه يفسخ قبل الدخول وبعده. وقال القاضى
أبو الحسن: وهو الصحيح عندى. وقال الشيخ أبو إسحاق: فيه ثلاث روايات،
الروايتان اللتان تقدمتا، والثالثة: أنها بمنزلة نكاح التفويض، وهذا يقتضى إمضاء قبل
البناء وبعده.

فرع: فإذا قلنا يفسخ بعد البناء، فقد قال أشهب: لها ثلاثة دراهم. وأبو بصير: لها

مهر المثل، وإذا قلنا يثبت بعد البناء، فقد قال مالك: لها مهر المثل.

* * *

الباب الثانى فى حكم النكاح بلفظ الهبة مع ذكر العوض

وذلك أن يقول: وهبتك وليتى على أن تصدقها مائة دينار أو ما اتفقا عليه، ويقع العقد بذلك، فقد حكى القاضى أبو محمد فى إشرافه أن النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضى التملك المؤبد كالهبة والبيع دون ما يقتضى التوقيت. وزاد القاضى أبو الحسن: ولفظ الصدقة، قال: وسواء عندى ذكر المهر أو لم يذكره فى لفظ الهبة والبيع والصدقة، إذا علم أنهم قصدوا النكاح، وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعى: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج، ورواه مالك عن المغيرة ومحمد بن دينار.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، ما روى عبد العزيز بن أبى حازم عن أبيه عن سهل بن سعد أن النبى ﷺ قال فى الحديث المتقدم للقائم: «قد ملكتها بما معك من القرآن».

ووجه الدليل من الحديث أنه ﷺ زوجه إياها بلفظ التملك، وذلك لا يجوز عند الشافعى.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا لفظ يقتضى إطلاقه عقد تملك مؤبد، فجاز أن ينعقد به النكاح كلفظ النكاح والتزويج.

فصل: وقوله: «فقام رجل، فقال: زوجنيها يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة» دليل على جواز الخطبة التى قد أجابت إلى النكاح باستئذان الذى أجابته، وأن المنع من أن يخاطب أحد على خطبة أخيه إنما هو لحق النكاح، فإذا استؤذن فى الخطبة وصرف الأمر إليه فى ذلك، فلا حرج. وهذا يقتضى أن النكاح مباح للفقير إذا وجد المهر.

والنكاح فى الجملة مندوب إليه، ولا يتعين وجوبه إلا أن يخاف العنت، ولم يجد ما يتسرى به، وقد يتعلق المنع بذلك إذا استغنى عنه وعجز عن المهر.

فصل: وقوله ﷺ: «هل معك شيء تصدقها إياه» مع ما يأتى بعده من نسق الكلام، دليل على أن النكاح لا يجوز أن يعرى عن صداق.

وقوله: «ما عندى إلا إزارى» إظهار لفقره وإخبار بأنه لا يملك غيره.

وقوله ﷺ: «إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك» يقتضى معنيين، أحدهما: أنه لا

كتاب النكاح ٢٩
يصح أن يصدقها إياه، ولو صح ذلك لما احتج عليه بتعذر تسليم الإزار إليها. والثاني:
أنه لا يجوز أن يسلمه؛ لأن ذلك يؤدي إلى البقاء على حالة لا يجوز بها البقاء عليها من
كشف العورة والتعري عن جميع الملابس، ولذلك لا يباع هذا من الثياب في دين ولا
يقضى به حق.

فصل: وقوله ﷺ: «التمس شيئاً» وقول الرجل: «ما أجد شيئاً» وإن كانت لفظة
شياء تقع على القليل والكثير مما يصح أن يمهر إلا أنه مستند إلى قوله ﷺ: «هل عندك
من شيء تصدقها إياه» فكأنه قال: التمس شيئاً مما يمكن أن تصدقها إياه.

فقال الرجل: ما أجد شيئاً، يصح أن يكون صدقاً لأنه لا خلاف أنه كان يقدر على
نواة تمر وقتة حشيش وحزمة حطب يحتطبه وأنواع هذا مما لا يصح أن يكون مهراً.
والشافعي يقول: إن المهر يكون قليلاً وكثيراً لا حد لأقله، ومع ذلك فلا يجوز عنده
بالخزف المكسر والجرار المحرقة وما لا يكون عوضاً في الغالب، فلا يجوز له حمل
الحديث على ظاهره؛ لأن لفظه «شياء» يقع على ذلك كله، فلو حملوا الحديث على
ظاهره للزمهم أن يميزوا النكاح بقشر البيض والخزف المكسر ونحو ذلك.

وإن قالوا: إن معناه شيء مما يجوز أن يكون عوضاً في الصفة، قلنا أن نقول شيء مما
يجوز أن يكون عوضاً في المقدار، ومما يبين هذا التأويل أنه لما قال: لا أجد شيئاً، قال له
رسول الله ﷺ: «التمس ولو خاتماً من حديد» فلو أراد بقوله: التمس شيئاً، مما قل أو
كثر لاستحال أن يقول له بعد ذلك: «التمس ولو خاتماً من حديد» لمعنيين، أحدهما: أنه
إنما يكلفه أولاً الأكثر، فإذا عجز عنه أرخص عنه في الأقل، ومحال أن يكلفه القليل، فإذا
عجز عنه كلفه الكثير، فدل ذلك على أن الشيء في قوله ﷺ: التمس شيئاً، أكثر من
مقدار قيمة خاتم الحديد والمعنى الثاني أن الرجل قال له: ما أجد شيئاً، وإنما يعني إن لم
يجد الشيء الذي كلفه التماسه، فلو كلف التماس ما قل أو أكثر فنفاه لما جاز أن يقول
له: التمس خاتماً من حديد؛ لأنه قد نفى أن يجد خاتماً من حديد، وما هو أقل منه، فلما
أمره بعد ذلك أن يلمس خاتماً من حديد علم أن النبي ﷺ عنى بالشيء في قوله:
التمس شيئاً، أكثر من مقدار خاتم الحديد، ولذلك قال له: «ولو خاتماً من حديد»
وهذا إنما يستعمل في أقل ما يكون من المطلوب.

فصل: ومطالبتة بذلك في الحين، تقتضى أن من حكمه تعجيله أو تعجيل ما يصح أن
يكون مهراً منه، ولو شرع تأخير جميعه لسأله هل يرجو أن يتكسب في المستقبل قدر
الخاتم من الحديد، بل الغالب تجوز ذلك كله، فكان يقول له: زوجتكها على أن يكون

٣٠ كتاب النكاح

لها هذا في ذمتك، ويضرب لذلك أجلاً، يغلب على الظن تكسبه لهذا، ولما نقله عن وجود المهر إلى المنافع دون واسطة، ثبت أن من حكم المهر أن يتعجل منه قبل البناء ما يصح أن يكون مهرًا.

فصل: وقوله عليه السلام: «هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم» وذكر له ما حفظ منه، يحتمل أن يكون لما عدم الأعيان عدل إلى سؤاله عن المنافع، ليصدق ذلك امرأته. والثاني: أن يعلم ما عنده من القرآن فقط.

فصل: وقوله عليه السلام: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن» يحتمل أيضًا وجهين، أحدهما: وهو الأظهر أن يعلمها ما معه من القرآن ومقدارًا ما منه، فيكون ذلك صداقها، وهذا إباحة جعل منافع الأعيان مهرًا.

وقد روى عن مالك هذا التفسير، رواه عنه ابن مضر الأندلسي، واحتج شيوخنا العراقيون بهذا الحديث على أن منافع الأعيان يصح أن تكون عوضًا عن البضع.

وقد روى زائدة هذا الحديث فقال فيه: «انطلق فقد زوجتكها، فعلمها ما معك من القرآن» ذكر ذلك مسلم في صحيحه. وقد روى عقيل عن عطاء عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو هذه القضية، ولم يذكر الإزار والخاتم، وقال: «ما تحفظ من القرآن» قال: سورة البقرة، والتي تليها، قال: فعلمها عشرين آية، وهي امرأتك». والوجه الثاني ما ذهب إليه الشيخ أبو بكر والشيخ أبو محمد أن معناه: زوجتكها بما معك من القرآن، وأن هذا خاص لذلك الرجل دون غيره من الناس، وهذا التخصيص يحتاج إلى دليل، والتأويل الأول أظهر من جهة اللفظ والمعنى، والله أعلم. وقد قال ابن مزين: سألت يحيى بن يحيى عن من نكح بقرآن يقرؤه، لم ينقد غيره، فقال: يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ولها صداق المثل.

فرع: إذا ثبت الوجه الأول من جعل منافع الأعيان مهرًا، فقال القاضي أبو محمد والقاضي أبو الحسن: إنه مكروه. قال القاضي أبو محمد: لا خلاف فيه. وقال القاضي أبو الحسن إنما يكره مع القدرة على غيره، وأما مع العدم، فلا، ولعله قد جعل هذا المعجل من مهرها لئلا يكون البناء قبل تقديم شيء من المهر، وأبقى باقي المهر في ذمته.

وقد قال أصبغ: فمن نكح بعمل سنة أكرهه، إن كان معه شيء، وإن لم يكن معه شيء، فهو أشد كراهية، وإن نزل مضي في الوجهين، واحتج بقصة شعيب عليه السلام. وجوز الشافعي جعل منافع الأعيان مهرًا. وقال أبو حنيفة: إن منافع العبد يجوز أن تكون مهرًا دون منافع الحر.

كتاب النكاح ٣١

والدليل على ما قدمناه قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾ [القصص: ٢٧] وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يرد نسخ. وقد احتج مالك، رحمه الله، بهذه الآية في ترك الاستعمار.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه منفعة معلومة مباحة من عين معروفة، فجاز أن يكون عوضاً للبضع كمنفعة العبد. وروى عيسى عن ابن القاسم لا يكون النكاح جعلاً ولا كراء، ولمن عمل على ذلك أجر مثله.

قال مالك: وما ذكر من نكاح موسى عليه السلام، فالأحكام على غير ذلك، فهذه الرواية تمنع أن تكون المنافع مهراً، خلافاً لما تقدم. وأما الجعل، فيجب أن يكون قولاً واحداً لأن عقد الجعل غير لازم، وعقد النكاح لازم، والله أعلم.

١٠٨٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا جُنُونٌ أَوْ جَذَامٌ أَوْ بَرَصٌ فَمَسَّهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا كَامِلاً، وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا غُرْمٌ عَلَيَّ وَلِئِذَا كَانَ

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ غُرْمًا عَلَيَّ وَلِئِذَا كَانَ إِذَا كَانَ وَبِهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا هُوَ أَبُوهَا أَوْ أَخُوهَا أَوْ مَنْ يُرَى أَنَّهُ يَعْلَمُ ذَلِكَ مِنْهَا، فَأَمَّا إِذَا كَانَ وَبِهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا ابْنٌ عَمٍّ أَوْ مَوْلَى أَوْ مِنَ الْعَشِيرَةِ مِمَّنْ يُرَى أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ مِنْهَا فَلَيْسَ عَلَيْهِ غُرْمٌ، وَتَرُدُّ تِلْكَ الْمَرْأَةَ مَا أَخَذْتَهُ مِنْ صَدَاقِهَا، وَيَتْرُكُ لَهَا قَدْرَ مَا تُسْتَحَلُّ بِهِ.

الشرح: قوله رضي الله عنه: «أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص

١٠٨٧ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٣٥/٧. ومعرفة السنن والآثار ١٠/١٤١٤٥. الشافعي في الأم ٨٤/٥. عبد الرزاق في المصنف ٢٤٤/٦. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٧٠. وقال في الاستذكار ٩٢/١٦: روى هذا الحديث عن ابن عيينة، وغيره عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن عمر بن الخطاب قال: أيما رجل تزوج امرأة، وبها جنون، أو جذام، أو برص، أو قرن، فلم يعلم بها حتى أصابها، فلها مهرها بما استحل منها، وذلك لزوجهها غرم على وليها. فذكر فيه القرآن، ولم يذكره مالك، وهو محفوظ معمول به عند من يذهب في ذلك مذهب عمر، بل القرآن عندهم أوكد، لأنه يمنع من المعنى المبتغى في النكاح، وهو الجماع في الأغلب.

٣٢ كتاب النكاح
فمسخها، فلها صداقها كاملاً يريد أن منا بها من الجنون والجذام والبرص لا يوجب
استباحة بضعها دون عوض، ولا يبد بذلك من عوض، وإن كان للزوج ردها بهذه
العيوب المؤثرة فى المنع من الاستمتاع المقصود بعقد النكاح.

وفى ذلك أربعة أبواب، أحدها: ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالمعاني
المؤثرة فى منع الاستمتاع. والباب الثانى: فى تفسير المعانى التى يثبت بها الخيار
للزوج. والباب الثالث: فيما يوجب الفرقة بذلك قبل المسيس. والباب الرابع: فى
موجب الفرقة بذلك بعد المسيس.

* * *

الباب الأول فى ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب المؤثرة فى منع الاستمتاع

أما ثبوت الخيار بذلك، فهو قول مالك، وبه قال الشافعى، وهو المروى عن على
وعمر رضى الله عنهما، وقال أبو حنيفة: لا خيار للزوج بشىء من ذلك.
ودليلنا من جهة القياس أن هذا أحد الزوجين، فجاز أن يرد بعيب يمنع المقصود من
الاستمتاع كالزوج، وذلك أن أبا حنيفة وافقنا على الزوج يرد بالجب والعنة.

* * *

الباب الثانى فى تفسير المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج

أما المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج، فإنها الجنون والجذام والبرص وداء الفرج،
رواه ابن عبد الحكم عن مالك. قال الشيخ أبو بكر: وإنما كان ذلك لأن هذه المعانى
تمنع استدامة الوطء وكمال الالتذاذ به.

فرع: فالجنون هو الصرع والوسواس الذى ذهب معه العقل، كل ذلك ترد به
المرأة، وكذلك الجذام إذا تيقن، قليلاً كان أو كثيراً. وأما البرص، فى العتبية من
سماع ابن القاسم عن مالك: أترد المرأة من قليل البرص، فقال: ما سمعت إلا ما فى
الحديث، وما فرق بين قليل ولا كثير. قال ابن القاسم: ترد من قليله، ولو أحيط علماً
فيما خف منه أنه لا يزيد، لم ترد منه، ولكن لا يعلم ذلك فترد من قليله.

ووجه قول ابن القاسم أن يسيره لا يؤثر فى الاستمتاع، ولكنه لا يكاد يتوقف قبل
المعتاد منه التزايد، فكان ذلك لتيقنه بمنزلة الموجود منه.

كتاب النكاح ٣٣

فرع: وأما داء الفرج، فقال ابن حبيب: وتفسيره ما كان فى الفرج مما يقطع لذة الوطء مثل العفل والقرن والرتق. وقال القاضى أبو محمد: داء الفرج هو القرن والرتق وما فى معناهما. وزاد الشيخ أبو القاسم فى تفريعه: البخر والإفشاء، وهو أن يكون للزوج الرد به، وإن لم يمنع الوطء مثل العفل القليل والقرن وخرق النار، قال: والمجنونة والجذماء والبرصاء يقدر على وطئها مع ذلك، فللزوج ردها.

مسألة: وأما القرع الفاحش، فإن ابن حبيب قال: له الرد به لأنه من معنى الجذام والبرص، ولم أر ذلك لغيره من أصحابنا، والأظهر من المذهب أنه لا يرد لأنه مما يرجى برؤه فى الأغلب، ولا يمنع المقصود من الاستمتاع، ولا يؤثر فيه كالجرب، ونحوه.

مسألة: وأما ما سوى ذلك من العيوب، فإنه لا يرد به إلا أن يشترط الصحة كالعمى والعمور والعرج، ونحو ذلك من العاهات، فإن اشترط الصحة فله الرد، وإلا لم ترد، وكذلك لو وجدها لغية لم يكن له ردها إلا أن يتزوجها على نسب.

ووجه ذلك أن هذا معنى لا يؤثر فى الاستمتاع، فلا يوجب خيار الرد بالعيب كما لو كانت شاربة حمرة. قال ابن حبيب: إلا أن يشترط الخاطب لنفسه فى ذلك، فيكون له إلا السوداء، فإنه يكون ذلك له، وإن لم يشترطه إذا لم يكن فى أهلها سواد؛ لأن ذلك كالشرط، ويجب على هذا أن يعلم الزوج بذلك، ويتزوج على أن أهلها لا أسود فيهم، وإلا فليس فى معنى الشرط، والله أعلم.

* * *

الباب الثالث فيما يوجب الفرقة بذلك قبل المسيس

أما ما يوجب الفرقة، فإنه لا يخلو أن يكون موجود بالمرأة حين العقد أو حادثاً بعده، فإن كان موجوداً بها حين العقد، فعلم به الزوج قبل البناء وبعد العقد، فإن له أن يفارق، ولا شىء عليه من المهر أو بينى وعليه جميعه.

ووجه ذلك أنه عيب دلس له به، ولم يفت البضع، فهو بالخيار بين أن لا يرضى بالعيب، فيرد النكاح، ولا شىء عليه من المهر، أو يرضى به، فيلزمه ذلك، ويكون عليه جميع المهر أو نصفه، إن طلق بعد الرضا وقبل البناء.

فرع: فإن ادعى الزوج أن بالمرأة داء الفرج، وأنكرت ذلك الزوجة، ففى كتاب ابن حبيب: هى مصدقة، وليس له أن ينظر إليها النساء. وروى سحنون عن ابن القاسم: لا ينظر إليها النساء، وأنكر ذلك سحنون عليه، وقال: كيف تعرف إلا بنظرهن. وروى ابن سحنون عن أبيه: ينظر إليها النساء.

٣٤ كتاب النكاح

مسألة: فإن كان حادثاً بعد العقد، فعلم بذلك قبل البناء لم يكن للزوج إلا أن يفارق، ويكون عليه نصف الصداق، أو يبنى ويكون عليه جميعه. وقال الشافعي: يفارق، ولا شيء عليه.

وجه قول مالك أن هذا العيب إنما حدث فيما عقد عليه بعد ملكه له، فكان ذلك منه كما لو ماتت.

فرع: فإن ظهر بعد عقد النكاح بمدة شيء من هذه المعاني، فقال الزوج: كان ذلك بها يوم العقد. وقالت المرأة والولي: إنما حدث ذلك بعد العقد، فقد روى العتبي عن ابن القاسم وابن حبيب عن مالك: البينة على الزوج.

ووجه ذلك أنه يدعى فسخ عقد ظاهره الزوم، وذلك من مقتضاه، فعليه البينة بما يدعيه.

فرع: فإن لم تكن للزوج بينة، فقد روى ابن حبيب عن مالك إن كان الولي أباً أو أختاً، فعليه اليمين، وإن غيرهما، فاليمين عليها.

ووجه ذلك أن الأب والأخ لما كانا ممن يرجع عليهما بالمهر إن ثبت الرجوع بذلك لزمتهما اليمين، وكذلك كل من هذا حكمه؛ لأنه يدفع عن نفسه الضمان، وإن كان الولي ممن لا يرجع عليه بالمهر لم تلزمه اليمين.

* * *

الباب الرابع في موجب الفرقة بذلك بعد المسيس

وأما موجب الفرقة بذلك بعد المسيس، فإن ما ظهر عليه الزوج من ذلك بالمرأة بعد المسيس، فلا يخلو أن يحدث قبل عقد النكاح أو بعده، فإن كان حدث بعد عقد النكاح، فقد وجب للمرأة جميع المهر بالمسيس، سواء علم بذلك الوطاء أو بعده، وإن كان بالمرأة قبل العقد، ولم يعلم الزوج به إلا بعد الوطاء، فإنه لا بد للبضع المستباح من عوض وسيأتي تفسيره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «وذلك لزوجها غرم على وليها» وقول مالك بعده: «إن ذلك إذا كان وليها هو أخوها أو أبوها أو من يرى أنه يعلم ذلك منها، وأما إن كان وليها الذى أنكحها ابن عم أو مولى أو من العشيرة أو ممن يرى أنه لا يعلم ذلك منها، فليس عليه غرم» فإنه يحتمل أن يكون قول مالك خلافاً لقول عمر رضى

كتاب النكاح ٣٥

الله عنه، وأن يكون مالك، رحمه الله، قد أورد قول عمر على ما رواه، وذكر رأيه على ما رآه، ويحتمل أن يكون مالك تلقى قول عمر على أنه موافق لرأيه، ولكنه خصاص في الولي الذي يظن به أنه يعلم، وبين مالك، رحمه الله، ذلك بتفصيله الذي فصله، فإذا كان ذلك كذلك، وكان ما وجد من العيب بالمرأة موجوداً بها حين العقد، وظهر عليه الزوج بعد المسيس، فلا يخلو أن يكون الولي في عقد نكاحها ممن ظاهره المعرفة بحالها، والاطلاع على ما بها أو يكون ممن ظاهره أنه لا يعلم حالها، ولا يقف على ما بها وإن كان ممن ظاهره المعرفة بحالها، فلا يخلو أن يكون حاضراً معها قبل مدة النكاح أو غائباً عنها، فإن كان حاضراً معها، وكان العيب بموضع ظاهره أنه لا يخفى على مثله، فلا خلاف في المذهب أن جميع الصداق لها، ويرجع به الزوج على الولي خلافاً للشافعي في قوله: إنه لا يرجع على الولي، ولا على المرأة بوجه.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يوجب خياره الرد بالعيب، فوجب أن يثبت للراد الرجوع بالعوض إذا فات الرد بالعيب في البيوع.

مسألة: ولو كان الولي القريب القرابة غائباً عنها بحيث يعلم أنه يخفى عليه خبرها، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم عن مالك: أنه لا غرم عليه، وإنما الغرم على المرأة: زاد ابن حبيب عن ابن القاسم: بعد أن يحلف أنه ما علم. وروى عن أشهب أن ذلك على الولي، وإن كان غائباً لا يعلم.

وجه قول مالك أن الظاهر من حاله أنه لم يدلس بالعيب عليه كالولي الذي ليس بقريب القرابة.

ووجه قول أشهب أنه ولي قريب القرابة، فلم يسقط عنه الغرم، ظاهر عدم علمه بالعيب كالبرص الذي يكون بموضع يخفى على الأب والابن.

مسألة: وإن كان الولي في عقد نكاحها من ظاهره أنه لا يعلم ما بها من ذلك كابن العم والمولى والرجل من العشيرة، فلا غرم عليه ولا يمينا، قاله ابن المواز. وقال ابن حبيب: إن اتهم أنه علم حلف، وإلا فلا شيء عليه، وترد المرأة من الصداق ما أخذته غير أنه يترك لها من ذلك ربع دينار، وذلك ما يستحل به فرجها، لأنه لا يجوز استباحته بغير عوض، فوجب إنفاذ ذلك لها. قال ابن حبيب: وإنما يرجع عليها بالعين التي دفعها إليها دون الجهاز.

١٠٨٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ ابْنَةَ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ وَأُمُّهَا بِنْتُ زَيْدِ بْنِ
الْحَطَّابِ كَانَتْ تَحْتَ ابْنِ لِعْبِدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَمَاتَ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَلَمْ يُسَمَّ لَهَا
صَدَاقًا، فَأَبْتَعَتْ أُمُّهَا صَدَاقُهَا، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: لَيْسَ لَهَا صَدَاقٌ، وَلَوْ كَانَ
لَهَا صَدَاقٌ لَمْ نُنْمِسِكُهُ وَلَمْ نَنْظِلْمَهَا، فَأَبَتْ أُمُّهَا أَنْ تَقْبَلَ ذَلِكَ، فَجَعَلُوا بَيْنَهُمْ زَيْدَ بْنَ
ثَابِتٍ قَقْضَى أَنْ لَا صَدَاقَ لَهَا وَلَهَا الْمِيرَاثُ.

الشرح: قوله: «إن بنت عبدة الله بن عمر كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر فمات،
ولم يسم لها صداقاً» يقتضى أن نكاحها كان على وجه التفويض. والنكاح على
ضريين، نكاح تسميه مهر، ونكاح تفويض.

فأما نكاح تسميه المهر، فقد تقدم. وأما نكاح التفويض، فهو جائز.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ
تَفْرَضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]. قال القاضى أبو محمد: فأباح الطلاق مع عدم
الفرض والميسر، والطلاق المباح لا يكون إلا فى نكاح صحيح.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أن وجه التعلق من الآية أنه بمعنى نفى
الجناح عن من طلق ما لم يمس أو يفرض فريضة، وهذا يقتضى رفع المأثم بعقده، وإذا
ارتفع المأثم دل على إباحته.

والدليل على صحة الإجماع، فلا خلاف بين المسلمين فى جوازه وصحته.

إذا ثبت ذلك، ففيه أربعة أبواب، أحدها: فى صفته. والثانى: فى حكمه قبل
الميسر. والثالث: فى حكمه بعد الميسر. والرابع: فى حكم مهر المثل، وما يعتبر فيه.

* * *

الباب الأول فى صفته

أما صفته، فهو أن يصرحوا بالتفويض أو يسكتوا عن ذكر المهر، قاله ابن حبيب
وأشهب.

ووجه ذلك أنه لما كان إطلاق العقد يقتضى الصحة، ولا يصح النكاح إلا بعوض،
ولم يكن فى الكلام ما ينفى العوض، حمل على النكاح بالمهر الذى يسكت عن ذكره،

كتاب النكاح ٣٧
وهو بمعنى نكاح التفويض، واقتضى ذلك التفويض إلى الزوج فيه؛ لأنه من قبله ينفذ
وعليه يجب.

مسألة: ومثل ذلك أن يزوجه على حكم الزوج. قال ابن حبيب: وكذلك على
حكم أجنبي أو على حكم الولي. فأما على حكم الزوجة، فلا خلاف بين أصحابنا في
جوازه غير عبد الملك بن الماجشون، فإن ابن المواز يفسخ قبل البناء، ونحو ذلك روى
عنه القاضي أبو محمد. وروى عنه ابن حبيب جوازه.

وجه رواية الجواز أنه تفويض في مقدار الصداق، فلم يمنع صحة النكاح كالتفويض
إلى الزوج. ووجه رواية المنع أن الصداق من جهة الزوج، فإذا بذل المثل لزم النكاح،
وليس من جهة المرأة، فإذا رضيت به لم يلزم النكاح؛ لأن للزوج الامتناع من ذلك،
فلما النكاح من إحدى الجهتين لم يصح كما لو كان التفويض في البضع.

* * *

الباب الثاني في حكم نكاح التفويض

قبل المسيس

وأما نكاح التفويض بالتصريح أو السكوت، فإنه لازم للمرأة إن فرض لها الزوج
مهر المثل، ولا يخلو فرضه من ثلاثة أحوال، أحدها: أن يفرض مهر المثل فأكثر.
والثاني: أن يفرض أقل من مهر المثل، مما يصح أن يكون مهرًا. والثالث: أن يفرض من
المهر ما لا يصح أن يكون مهرًا، فإذا أفرض مهر المثل فأكثر، فقد تقدم ذكره.

ووجه ذلك أن الزوج قد ملك استباحة بضعها بدليل صحة النكاح، وإذا ملك ذلك
بنفس العقد لم يلزمه أكثر من قيمته، وذلك مهر المثل، فإن فرض أقل من مهر المثل مما
يصح أن يكون مهرًا، وذلك أكثر من ربع دينار، فإن رضيت الزوجة جاز النكاح،
ولزمها وإن أبت من ذلك لم يلزمها النكاح.

ووجه ذلك أنه إذا فرض ربع دينار فأكثر، فالحق غير خارج عنهما، فما اتفقا عليه
لزمهما، وجاز لهما ذلك. وأما إذا فرض لها ما لا يصح أن يكون مهرًا، وذلك أن
يفرض لها أقل من ربع دينار، فلا يجوز لها الرضا به؛ لأن الحق لله فلا يجوز لهما
إسقاطه.

مسألة: فإن تزوج على حكم أجنبي أو على حكم الولي، فقد قال ابن حبيب: إن

٣٨ كتاب النكاح

فرض لها مهر المثل فأكثر، فلا حجة لها، وإن أبى فارق ولا شيء عليه. وروى ابن المواز عن ابن القاسم، فيما حكم فيه الأجنبي: إن رضا بحكمه وإلا فرق بينهما، بمنزلة إذا لم يفرض الزوج مهر المثل في نكاح التفويض إليه.

وجه قول ابن حبيب أن التحكيم لا يقتضى الرجوع إلى قول الحكم، ولذلك إذا حكم الزوج بأقل من مهر المثل، لم يلزم ذلك الزوجة، وإنما يقتضى التحكيم لزوم مهر المثل والتسامح في إحدى الجهتين، فإذا كان ذلك كذلك وجب أن يستوى فيه تحكيم الزوج والزوجة الأجنبي، والولى والله أعلم.

وجه الرواية الثانية ما يأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: فإن عقد النكاح على حكم الزوجة، وقلنا بجوازه، فقد قال القاضى أبو محمد: اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: إن بذل لها مهر المثل، لزمها كالتفويض، وهو قول ابن عبد الحكم وأصبغ وأحد قولى ابن القاسم، ومنهم من قال: لا يلزمها الرضا بصدق المثل، وهو قول أشهب وأحد قولى ابن القاسم، وقد رواه ابن المواز عنهما.

وجه القول الأول ما تقدم. ووجه القول الثانى أن التحكيم توجه إلى جهة، فلا يلزم الرضا بغيرها كما لو علق بحكم فلان.

مسألة: ومن تزوج، على التفويض فطلق ابتداء، لم يلزمه شيء من المهر ولا غيره إلا أنه مندوب إلى المتعة. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وإن فرر لها بعد العقد مهر المثل، واتفقا عليه، ثم طلقها قبل البناء، فلها نصف ذلك، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف فى أحد قوليه: لا شيء عليه من ذلك.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وهذا عام فنحمله على عمومه.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا فرض يجب بالبناء، فيلزم أن يجب نصفه بالطلاق قبل البناء كالفرض فى نفس العقد.

مسألة: ومن تزوج على تفويض، ثم مات أحد الزوجين قبل التسمية والمسيس،

كتاب النكاح ٣٩
فالتوارث بينهما ثابت، ولا مهر للمرأة، رواه ابن عبد الحكم وغيره من مالك. قال
الشيخ أبو بكر: إنما قلت إن بينهما التوارث لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ
أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]. وقوله جل وعز: ﴿وَلَهُنَّ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ﴾ [النساء: ١٢]
وأما الصداق فلا صداق لها، وبه قال على بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن عمر وابن
عباس رضى الله عنهم، ومن التابعين سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وجماعة
سواهم، وهو أحد قولى الشافعى. وقال أبو حنيفة: لها الصداق، وهو قول ثان
للشافعى.

والدليل على ما نقوله أن ما لا يجب لها بالطلاق شيء منه، فإنه لا يجب لها بالموت
جميعه. أصل ذلك ما زاد على المسمى وعكسه المسمى لما وجب لها بالطلاق نصفه
وجب لها بالموت جميعه. وأما تسمية المهر فى المرض، فلا يصح ولا شيء لها منه؛ لأنها
وصية لوارث، قاله مالك، وقال: فإن دخل بها فى مرضه، فلها صداق مثلها، ولو مات
أحدهما بعد تسمية المهر فى صحته لكان ذلك للزوجة؛ لأن ذلك مما قلنا إنه يجب نصفه
بالطلاق على ما تقدم.

* * *

الباب الثالث فى حكم نكاح التفويض بعد المسيس

وأما أنه إذا دخل بها بعد أن سمي لها مهر المثل أو ما اتفقا عليه، فإن لها ذلك كله
بالمسيس، وإن دخل بها قبل التسمية وجب لها بالمسيس مهر المثل، رواه ابن عبد
الحكم عن مالك. وقال ابن حبيب: إن المجمع عليه، وإن طلقها بعد المسيس لم يسقط
عنه شيء من مهر المثل.

ووجه ذلك أنه قد استوفى ما عقد عليه من البضع من غير تسمية لعوض، فوجب
أن تلزمه قيمته، وذلك مهر المثل.

* * *

الباب الرابع فيما يعتبر فى مهر المثل

أما ما يعتبر فى مهر المثل، فإنه أربع صفات: الدين والجمال والمسال والحسب، ومن
شرط التساوى مع ذلك الأزمنة والبلاد، فمن ساواها فى هذه الصفات ردت إليها فى
مهر المثل، وإن لم تكن من أقاربها. وقال الشافعى: يعتبر منها عصبته فقط، وهن
أخواتها وبنات أعمامها وكل من يرجع بالانتساب بينهما إلى التعصيب.

٤٠ كتاب النكاح

وحكى الطحاوى عن أبى حنيفة أنه يعتبر منها قومها اللواتى معها فى عشيرتها، فدخل فيها سائر العصابات والأمهات والخالات دون الأجانب. وقد قال ابن أبى ليلى: يعتبر بذوات الأرحام.

والدليل على ما نقوله قوله: «ينكح النساء لأربع لما لها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»^(١).

فوجه الدين من الحديث أنه ﷺ أخبر أن المقصود من النساء فى النكاح هذه الصفات، فوجب أن يزيد المهر وينقص بحسب هذه المعانى المقصودة، ولا يقصر ذلك على الحسب دون غيره.

ووجه آخر، وهو أنه ﷺ حض على ذات الدين، فوجب أن يكون الاعتبار بهذه الصفات أولى.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه زوجة، فوجب أن يعتبر فى مهر مثلها من كان على مثل حالها، وإن لم تكن من قومها كالتى لا عشيرة لها.

فصل: وقوله: «فمات ولم يسم لها صداقاً فابتغت أمها صداقها، فقال عبد الله بن عمر: ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم تمسكه، ولم نظلمها» يريد ما قدمناه من أن موت أحد الزوجين قبل فرض الصداق فى نكاح التفويض لا يوجب مهراً ولو أوجب مهراً لم يمسه عبد الله على علمه ودينه وفضله ولم يرض يظلم أحد، فكيف يظلم ابنة أخيه.

فصل: وقوله: «فأبت أن تقبل ذلك» يحتمل أن تكون علمت بالاختلاف فى ذلك بين أهل العلم، فلذلك لم تقبل قوله، فحكما بينهما زيد بن ثابت لتقدمه فى العلم والدين والفضل، ولعله فى ذلك الوقت كان الذى يرجع إلى قوله فى الفتوى، ويؤخذ بفتواه عند اختلاف العلماء، فقضى بأن لها الميراث دون الصداق.

وقد روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال: لها مهر مثلها. وروى الثورى عن منصور عن إبراهيم عن علقمة أتى عبد الله بن مسعود، يسأل عن رجل تزوج امرأة، ولم يفرض لها ولم يمسه حتى مات فردهم، ثم قال: أقول فيها برأى، فإن يكن صواباً

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٠٩٠. مسلم حديث رقم ١٤٦٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٣٠. أبو داود حديث رقم ٢٠٤٧. ابن ماجه حديث رقم ١٨٥٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٩٢٣٧. الدارمى حديث رقم ٢١٧٠.

كتاب النكاح ٤١

فمن الله، وإن يكن خطأ فمنى، أرى لها صداق امرأة من نساءها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي، فقال: أشهد لقد قضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة من بنى رواس.

وقد روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه أخبر بقول عبد الله بن مسعود، فقال: لا تصدق الأعراب على رسول الله ﷺ، ومعنى ذلك أن هذا الرجل غير معروف قيل فيه معقل بن سنان، وقيل معقل بن يسار واضطرب فى إسناد الحديث فقيل عن علقمة وقيل عن مسروق، ولو صح لجاز أن يريد بحكم النبي ﷺ فى الميراث والعدة، والله أعلم

١٠٨٩ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ فِي خِلَافَتِهِ إِلَى بَعْضِ عُمَّالِهِ أَنَّ كُلَّ مَا اشْتَرَطَ الْمُنْكَحُ مَنْ كَانَ أَبَا أَوْ غَيْرَهُ مِنْ حِبَاءٍ أَوْ كَرَامَةٍ، فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ إِنْ ابْتِغَتْهُ.

قَالَ مَالِكُ فِي الْمَرْأَةِ يُنْكَحُهَا أَبُوهَا وَيَشْتَرِطُ فِي صَدَاقِهَا الْحِبَاءُ يُجْبَى بِهِ: إِنْ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ يَقَعُ بِهِ النُّكَاحُ، فَهُوَ لِابْنَتِهِ إِنْ ابْتِغَتْهُ، وَإِنْ فَارَقَهَا زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَلِزَوْجِهَا شَطْرُ الْحِبَاءِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ النُّكَاحُ.

الشرح: قوله: «إن كل ما اشترط المنكح من كان أباً أو غيره من حباء أو كرامة فهو للمرأة إن ابتغته» يقتضى أن ما اشترط فى عقد النكاح من عطاء يشترطه الولي لنفسه أو لغيره، فإن ذلك كله للزوجة.

ووجهه أنه عقد معاوضة، فوجب أن يكون جميع عوضه لمن عوضه من جهته كالبيع والإجازة، ولا يلزم على هذا أجرة السمسار؛ لأن ذلك ليس للنائب عن البائع على المبتاع، وإنما هى للنائب على من ناب عنه من مبتاع أو بائع، ولو وكل البائع من يبيع ثوبه، فاشترط الوكيل على المبتاع ثمناً لكان للبائع، وإن اشترطه لنفسه؛ لأنه من ثمن سلعته.

وقد قال مالك فى المدنية: إن الزوج جعل للرجل جعلاً على أن ينكحه لعقدة النكاح، فإنما هو جعل جعله على أن يقوم له فى ذلك، فهذا سنة جعل السمسار على من استنابه.

٤٢ كتاب النكاح

مسألة: وما كان من ذلك بعد عقد النكاح، فهو لمن اشترطه دون المرأة، ولا شيء للزوج منه إن طلق قبل المسيس، قاله مالك في المدنية. زاد محمد بن عبد الحكم: قائماً كان الحياء أو فائتاً.

ووجه ذلك أنه معنى تبرع به الزوج بعد تمام العقد، وتقدير العوض، فكان ذلك هبة مبتدأة لمن وهبه إياها دون الزوجة.

فرع: فإن فسخ النكاح بأمر غالب، فروى ابن حبيب عن مالك: الزوج يرجع بما وجد من ذلك قائماً لم يفت. ووجه ذلك أنها هبة لأجل النكاح، فإن فسخ قبل النكاح ردت هبته كالبيع.

فصل: وقوله: «وإن فارقها زوجها قبل البناء فلزوجها شطر الحياء الذي وقع به النكاح» يريد أن لها شطر الحياء الذي وقع به النكاح من نصف الصداق.

ووجه ذلك أنه من جملة العوض الذي انعقد عليه النكاح، وثبت بالنكاح للزوجة، فكان للزوج نصفه إن طلق قبل البناء كالمهر.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُزَوِّجُ ابْنَهُ صَغِيرًا لَا مَالَ لَهُ: إِنَّ الصَّدَاقَ عَلَى أَبِيهِ إِذَا كَانَ الْغُلَامُ يَوْمَ تَزَوَّجَ لَا مَالَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلْغُلَامِ مَالٌ، فَالصَّدَاقُ فِي مَالِ الْغُلَامِ إِلَّا أَنْ يُسَمَّى الْأَبُ أَنَّ الصَّدَاقَ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ النُّكَاحُ ثَابِتٌ عَلَى الْإِبْنِ إِذَا كَانَ صَغِيرًا وَكَانَ فِي وِلَايَةِ أَبِيهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن الرجل إذا زوج ابنه الصغير الذي لا مال له، فإنه لا يخلو أن يكون نكاح تسمية صداق أو نكاح تفويض، فإن كان نكاح تسمية، فلا يخلو أن يكون الأب صرح بأن الصداق عليه أو على الابن أو سكت، فإن صرح بأن الصداق على الأب، فهو عليه على حسب ما التزمه، وكذلك لو سكت، قاله القاضي أبو محمد، ورواه محمد عن مالك.

ووجه ذلك أن إطلاق العقد يقتضى تعلق العوض بذمة العاقد دون ذمة المعقود له كإتباعه له نفقة أو كسوة.

فرع: وهذا إذا كان الأب موسراً، فإن كان الأب والابن عديمين، فقد روى محمد عن أصبغ: لا شيء من ذلك على الأب، والذي يقتضيه عندي المذهب أن ذلك على الأب مع الإبهام؛ لأنه هو المتولى للعقد عليه والإنفاق عنه، فيجب أن يكون ما يعقد عليه به بذمته مع الإبهام.

كتاب النكاح ٤٣

مسألة: فإن صرح الأب بأن الصداق على الابن، فقد روى محمد عن ابن القاسم: أنه على الأب دونه. قال: وقال أصبغ: إن كتبه على الابن برضا الزوجين له أن يكون هكذا على الابن مجرداً، فهو على الابن كما لو اشترى سلعة، قال: وإنما يلزم الأب إذا زوجه منها، والابن عديم. وقال محمد: قول ابن القاسم: أحب إليّ أنه على الأب، وإن كتبه على الابن حتى يوضح ذلك بأن يقول: ولست منه في شيء لكنه على ابني. ولا فرق بين هذا الذي قاله ابن المواز وبين ما أنكره عن أصبغ في موضع لم يتعرض له أصبغ، وإنما يظهر من فحوى كلامه، وهو إذا قال الأب: الصداق على ابني، وسكت عنه في ذلك، فهانئ يمكن أن يخالف أصبغ قول محمد لقوله: وإنما يكون على الأب إذا زوجه مبهماً.

وأما المسألة التي نص عليها أصبغ من قوله: إذا رضى المزوجون بكون المهر على الابن، فالنكاح ماضٍ.

فرع: فإذا قلنا إنه على الأب، فطلقها الابن موسراً، فإن نصف الصداق على الأب، وإن كان معسراً، فلا شيء منه على الابن، قاله ابن القاسم في المدنية.

فرع: وإذا قلنا إنه على الابن، فقد قال ابن المواز: يكون الابن بالخيار إذا بلغ، فإن دخل لم يكن عليه إلا صداق المثل. قال عيسى: عليه الصداق المسمى.

فصل: وقوله: «فإن كان للغلام مال فالصداق في مال الغلام إلا أن يسمى الأب أن الصداق عليه» وهذا كما قال أن الصبي إذا كان له مال فأبهم الأب على المهر، فإن المهر في مال الصبي، قال القاضي أبو محمد: لأن من حق عقود المعارضات أن يكون العوض على من ملك المعوض منه كما لو اشترى له ثوباً أو عقاراً.

مسألة: فإن شرط الأب ذلك على نفسه، قال محمد عن أشهب عن مالك: يلزمه ذلك في العاجل والآجل، وإن كان الأب عديمًا.

ووجه ذلك أنه ألزم نفسه مالمّا انعقد بسببه عقد، فلزمه أداءه كما لو قال لزيد: بع هذا الثوب من عمرو، فإن هذا يلزمه في يسره وعدمه.

فرع: ولو كبر الابن، وأراد الدخول بأهله، والأب معسر، أخرج الابن الصداق من ماله، ثم يتبع به أباه ديناً عليه، قاله مالك في المدنية.

مسألة: ولو كان الابن الصغير مليئاً ببعض المهر، فلم أر فيه نصاً.

٤٤ كتاب النكاح

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وعندي أنه يكون في مقدار ماله من المهر بمنزلة الغنى، وما زاد على ذلك مما لا وفاء به لمال الابن، فحكم الابن فيه حكم من لا مال له، والله أعلم.

مسألة: وأما في نكاح التفويض، فإن زوجه الأب صغيراً لا مال له، فلم يفرض لها مهراً حتى يبلغ الغلام، فالصداق على الأب، فإن مات الأب، فالصداق في ماله، قاله عيسى.

وروجه ذلك أن وقت تعيين محل الصداق هو وقت العقد لأنه لا بد أن يكون للصداق محل يوم العقد، ولا ينتقل عنه لعسر ولا ليسر كنكاح التسمية.

فصل: وقوله: «وذلك النكاح ثابت على الابن إذا كان صغيراً وكان في ولاية أبيه» ومعنى ذلك أن النكاح لازم له؛ لأن عقد الأب نكاح ابنه الصغير جائز، وبه قال أبو حنيفة وعروة والزهرى وطاوس. وقال الشافعى: إن كان الابن سليماً، جاز للأب أن يزوجه، وإن كان الابن الصغير مجنوناً، لم يميز لأب ولا غيره أن يزوجه.

والدليل على جواز ذلك أن هذا صغير، فجائز أن يجبره الأب على النكاح كالصحيح. ودليل ثان أن كل عقد جاز للأب أن يعقده على الصغير السليم جاز أن يعقده على الصغير المجنون كالبيع.

فرع: ويجوز لغير الأب من الأولياء أن يزوج الصغير اليتيم، قاله القاضي أبو الحسن، ويريد به الوصى أو الحاكم، وقد قاله القاضي أبو محمد فى معونه مفسراً. وقال ابن حبيب: لا يجوز لأحد من الأولياء تزويج الصغير قبل بلوغه، لا لأخ، ولا لجد، ولا لعم، ولا لأحد إلا الوصى أو السلطان أو خليفته الذى يوليه ماله. قال: والفرق بينه وبين اليتيمة التى لا يزوجه قبل البلوغ إلا الأب أن اليتيم إن كره هذا النكاح، استطاع التخلص منه بالطلاق، واليتيمة لا تقدر على ذلك بعد البلوغ، فلم تجبر عليه. وقال الشافعى: لا يجوز ذلك لغير الأب.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة، فجاز للولى أن يعقده على اليتيم إذا رآه حفظاً كالبيع والشراء.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلا خيار للصبى إذا بلغ، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: له الخيار إذا بلغ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وطاوس وعطاء وابن شبرمة.

كتاب النكاح ٤٥

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة عقده الولي على الصبي، فلم يثبت له الخيار ابتداء عند بلوغه كالبيع.

مسألة: وهذا كله إذا كان الأب صحيحًا، فإن كان مريضًا، وضمن صداق الابن، ففي الموازية عن مالك: يجوز النكاح ويطلق الضمان. قال الشيخ أبو محمد: يريد إذا مات الأب. قال محمد: كان للابن مال أو لم يكن.

وجه ذلك أن ما تحمله من الصداق عن الابن وصية لوارث، فلا يلزم إلا بإجازة الورثة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن بلغ الابن في مرض الأب، فأراد الدخول بها أو أراد الدخول بعد موت أبيه كان لها الامتناع حتى يدفع المهر، وإن أراد أن تتبع الزوج به، فللوصي إن رأى غبطة أمضاه بأداء المهر من مال الصبي، وإلا فسخه، قاله في الموازية. ووجه ذلك أن ما عقده الأب على الابن قد منع منه، فليس للزوجة أن تنقله إلى غيره إلا بإذن الوصي.

فرع: ولو بلغ الصبي في مرض الأب، فدخل بزوجه، فقد قال مالك: ترد المرأة ما أخذت من مال الأب، وتتبع به الزوج. قال محمد: فإن لم يكن بيدها من ذلك قدر ربع دينار منع منها حتى يدفع إليها ربع دينار.

وجه ذلك أنها قد أسلمت نفسها إليه، فلم يكن لها الامتناع منه إلا بحق الشرع، والله أعلم.

مسألة: ولو زوج ابنته في مرضه وأصدقها عن الزوج، ففي الموازية: النكاح صحيح، غير مختلف فيه، واختلف في المهر، فقال ابن القاسم وأشهب: هو عطية لابنته، ولا يكون في ماله. وقال مالك وابن وهب وعبد الملك: هو عطية للزوج نافذة من ثلثه إلا أن يكون أكثر من صداق مثلها، فترد الزيادة، وبهذا أخذ ابن المواز وابن حبيب، ورواه أبو زيد في العتبية عن ابن القاسم.

وجه القول الأول أن العطية إنما توجهت إلى ابنته في حال لا يجوز له ذلك، ولو ملك العطية زوجها على وجه يفعل بها ما يشاء ويصرفها إلى ما يشاء لجاز ذلك. ووجه القول الثاني أن النكاح صحيح، وذلك يقتضي أن الهبة توجهت إلى الزوج، ولو كانت الهبة لابنته لعرا النكاح عن عوض، ولأوجب ذلك فساده، والله أعلم.

٤٦ كتاب النكاح

مسألة: فإذا قلنا بالقول الأول، فقد قال ابن القاسم وأشهب في العتبية: يقال لابن الأخ إن أدت الصداق من مالك تم النكاح، وإن أبيت بطل النكاح.

قال ابن وهب في العتبية: ولا شيء للزوج في مال الميت. وهذا عندي يجب أن يكون حكم الزيادة على مهر مثلها على قول مالك إلا أن تشاء الزوجة إمضاء النكاح، وترد الزيادة إن كانت تملك أمرها.

فرع: فإن أبى الزوج دفع المهر من ماله، فارق، ولا شيء عليه، قاله ابن القاسم وأشهب. وقال ابن وهب في العتبية: إن أبى الزوج، فلا شيء في مال الأب الميت قيل له، فهذا يدل على أنها وصية للميت، قال: إنما هي وصية للزوج على شيء إن فعله تم له، وإن لم يفعله لم يتم له.

فرع: وإن طلق قبل البناء وقبل موت الأب، ففي العتبية من قول ابن القاسم: لها نصف المهر من ثلثه، ولا شيء للزوج في النصف الباقي، وهذا رجوع من ابن القاسم إلى قول مالك. وفي الموازية: قال أشهب: من أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته، ولم يدخل بها زوجها، ثم مات الأب، فإنه يؤخذ ذلك من ماله. قال محمد: فقد ترك قوله الأول: أنها عطية للبت.

قال عبد الملك: وقد قال ابن دينار وغيره من أصحابنا: لا شيء لها من تركة الأب؛ لأنه أعطها على أنه إن دخل بها الزوج تم لها، وإن طلقت أخذت بمعنى الوصية في تركة أبيها لأنه عطية فيما لزم الزوج من نكاحه، فما لم تجب عليه فيه عطية، فليس بمقبوض، وما وجب عليه، فهو كالمقبوض.

فرع: فإذا قلنا إن الصداق في مال الأب، إن كان له مال، فقد قال أشهب في الموازية: لا سبيل للزوج إليها إلا أن يؤدي الصداق ويتبع به الميت.

مسألة: قد تقدم حكم المحجور عليه لصغر من الذكور حكم البنات. وأما المحجور عليه لسفه، فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه أن الأب يجبره على النكاح، وكذلك وصى الأب والسلطان وخليفة السلطان. وقال عبد الملك: لا يزوجه من يلى عليه إلا برضاه.

وجه القول الأول أنه محجور عليه في ماله ونكاحه، فكان لمن له الحجر عليه جبره على النكاح كالصغير والعبد.

كتاب النكاح ٤٧

ووجه قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم أن من ملك الطلاق من الأحرار لم يجبر على النكاح كالرشيد.

فرع: والفرق بين السفية يجبره وليه على النكاح، ولا يجبر السفية، أن السفية والصغير يملك إزالة ذلك عند رشده، والمرأة بخلاف ذلك.

مسألة: فإذا تزوج السفية بغير إذن الولي، فنكاحه موقوف على الفسخ، إن رأى وجه رشد أمضاه، وإن رأى غيباً رده كالعبد يتزوج بغير إذن سيده، فإن أجازته الولي على ما عقد، لزمه ذلك، وإن رده قبل البناء، فلا شيء عليه من مهر ولا غيره، وكانت طليقة واحدة وإن رده بعد البناء، فقد قال عبد الملك: ترد الزوجة ما قبضت أو قبض ولا يترك لها شيئاً. وقال مالك وأكثر أصحابه: يترك لها. قال ابن حبيب: القياس ما قال ابن الماجشون. وقول مالك استحسان.

وجه قول ابن الماجشون أن ما سلم إلى السفية على وجه المعاوضة، بطل جميع عوضه كالبيع. ووجه قول مالك أن البضع لا يحل بذله بغير عوض، فيلزم المحجور، فيستوفيه على وجه مباح أقل ما يكون عوضاً له؛ لأنه بذلك يتميز من السفاح، وما زاد على ذلك، فلا تأثير له في الإباحة فيرد عليه، ويخالف هذا البيع؛ لأنه يصح بذلك بغير عوض. ووجه آخر، وهو أن السفية إذا انتفع بما اشترى بغير إذن وليه لزمه قيمته، فكذلك يلزمه ما يستباح به البضع إذا استوفاه.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، ففي الموازية وغيرها عن مالك: يترك لها ربع دينار. وقال مالك في الواضحة وغيرها: يترك لها قدر ما يستحل به مثلها، ولم يحد. وروى ابن حبيب عن ابن القاسم: يترك للمدنية ربع دينار ولذات القدر أكثر من ذلك. وقال أصبغ: بحسب ما يراه مما لا يرى يبلغ صداق مثلها، ولا تذهب بغير صداق. وفي المدنية عن ابن القاسم: يترك لها ثلاثة دنائير أو أربعة أو نحو ذلك. وقال ابن نافع: يترك لها من المائة دينار عشرة دنائير.

وجه قول مالك ما قدمناه من أن الربع دينار أقل ما يستباح به البضع، وكذلك قوله في الواضحة: يترك لها قدر ما يستحل به مثلها، يقتضى أن ذلك قيمة بضعها لمن لا يستديم النكاح. وأما سائر الأقوال، فاستحسان، وبها كانت مقتضى الفتوى في مسألة سأل عنها فأجاب بذلك، والله أعلم.

مسألة: فإن لم يعلم بنكاحه حتى مات أحدهما، نظر فإن كان هو الذي مات، فقد

٤٨ كتاب النكاح

قال ابن القاسم فى الموازية، ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وعبد العزيز بن أبى حازم: لا ميراث بينهما. قال ابن حبيب: ولا صداق. وروى أصبغ عن ابن القاسم: يتوارثان، ويمضى الصداق لها من ماله؛ لأن النظر قد فات بموته. وروى ابن المواز عن أصبغ: ترثه وينظر الولى، فإن رآه مما كان يميزه فلها الصداق مع الميراث، وإن رآه مما لم يمكن يميزه، فلها الميراث دون الصداق، إن كان لم يبين بها، وإن كان بنى بها فلها ربع دينار.

وجه القول الأول أنه عقد نكاح عقده محجور عليه بغير إذن وليه، فكان للولى النظر فيه بالرد أو الإجازة. أصله حال الحياة.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن النظر قد فات بموته. ومعنى ذلك أن النظر فى ماله إنما هو لحقه بوقت يختص بحال حياته، وأما بعد موته، فليس بوقت نظر له، ولذلك جازت وصيته، ولم تجز هبته حال حياته.

ووجه قول أصبغ أن النظر إنما يتعلق بالصداق خاصة. وأما الميراث فحكم من أحكام النكاح، والنكاح قد تم بينهما بالموت، وفات النظر فيه، وإذا ثبت ثبوت أحكامه، ومن جهلتها الميراث، فقد يفسخ الصداق، ويثبت التوارىخ فى النكاح الفاسد للصداق.

فروع: وإن مات الزوج بعد أن علم الولى، فإن مات بمحدثان ذلك حلف الولى ما رضى ولا أجاز ويكون له حكم من لم يعلم، وإن طال ذلك بعد علمه، فلا كلام للولى معناه، ويثبت النكاح.

ووجه ذلك أن إمساك الولى عن فسخه بعد علمه، يقتضى الرضا به، ويوجب بقاءه على حكمه، فإذا مات بقرب علم الولى بذلك يمثل ما يكون له أن يقول أردت الارتىاء أو لم يمكنى القيام مع عزمى عليه حلف أنه ما رضى ولا أمضى، وكان حكمه حكم من لم يعلم، وإن طال المدة بعد علمه، وترك الاعتراض مع تمكنه منه حكم عليه بالرضا بذلك والإمضاء له.

مسألة: وإن ماتت هى، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم يتوارثان بالموت، وهذا يقتضى [أيهما مات ورثه يكن الآخر]^(١). وروى ابن المواز عن أصبغ ينظر فيه، فإن كان غبطة جرى فيه الميراث والصداق، وإن يكن لم غبطة، فلا ميراث فيه ولا صداق.

(١) هكذا فى الأصل ويبدو المعنى غير واضحاً. المحقق.

قَالَ مَالِكٌ فِي طَلَاقِ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا وَهِيَ بَكْرٌ فَيَعْفُو أَبُوهَا عَنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لِزَوْجِهَا مِنْ أَبِيهَا فِيمَا وَضَعَ عَنْهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾، فَهِنَّ النِّسَاءُ اللَّاتِي قَدْ دُخِلَ بِهِنَّ ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فَهُوَ الْأَبُ فِي ابْنَتِهِ الْبَكْرِ وَالسَّيِّدُ فِي أُمَّتِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الَّذِي سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ وَالَّذِي عَلَيْهِ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا كما قال أن عفو الأب عن نصف الصداق إذا طلقت ابنته البكر جائز، بلغت المحيض أو لم تبلغه، وبه قال ابن عباس والحسن وعكرمة وطاوس والزهرى وعلقمة والنخعي، وقاله الشافعي في القديم، وقال في الجديد: ليس ذلك للأب، وبه قال أبو حنيفة وغيره من أهل العراق.

والدليل على ما نقوله أن ما استدل به مالك، رحمه الله، من قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى﴾. قال شيوخنا: فوجه الدلالة من الآية أنه قال: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ يريد النساء ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ الأب في البكر ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى﴾ يريد الزوج.

فإن قيل لا نسلم أن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي، بل هو الزوج، وهذا الاسم أولى به؛ لأنه أملك للعقد من الولي. فالجواب أن ما ذكرتموه غير صحيح، ولا نسلم أن الزوج أملك بالعقد من الأب في ابنته البكر، بل أب البكر يملكه خاصة دون الزوج؛ لأن المعقود عليه هو بضع البكر، ولا يملك الزوج أن يعقد على ذلك بل الأب يملكه.

وجواب ثان أن وضع هذا الاسم على الولي؛ لأن هذا أبلغ صفاته من هذا العقد وجميع ماله منه، وأما الزوج والزوجة، فلهما في هذا العقد اسم أخص من هذا الاسم، وهو الزوج والمعقود عليه والمعقود له، والولي عار من ذلك كله، وليس له بالعقد تعلق إلا أنه عاقده، ولو جاز أن يفهم عند إطلاق الذي بيده عقدة النكاح أن المراد به الزوج مع ما ذكرناه لجاز لأحد أن يقول إن المراد به الزوجة؛ لأن بيدها أن تمتنع من العقد، وأن تمضيه، وكان لآخر أن يقول: إن المراد بالولي الزوج؛ لأنه يلي نفسه، وهذا باطل باتفاق.

وجواب ثالث: وهو أننا إذا قلنا إن الذي بيده عقدة النكاح الولي استوعبت الآية

٥٠ كتاب النكاح
جهات الزوجية كلها دون تكرار لشيء منها، ولا إخلال بجهة من جهاتها، وإذا حمل
الذى بيده عقدة النكاح على الزوج لم تتناول الآية الولي، وتكرر فيها ذكر الزوج،
فكان ما قلناه أولى؛ لأن حمل الكلام على فائدة مجردة أولى من حمله على التكرار.

وجواب رابع، وهو أنه تعالى قال: ﴿إلا أن يعفون﴾ فأخبر عن الزوجات، ثم قال:
﴿أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح﴾ أخبره عن الأولياء، ثم قال: ﴿وأن تعفوا أقرب
للتقوى﴾ فخاطب الأزواج الذين استفتح مواجعتهم، فقال تعالى: ﴿لا جناح عليكم
إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ [البقرة: ٢٣٦] ولم يواجه
فى شيء من ذلك الزوجات ولا الأولياء، ولو حمل قوله: ﴿أو يعفو الذى بيده عقدة
النكاح﴾ على الأزواج لكان قد واجههم بالخطاب، ثم أخبر عنهم بما يخبر به عن
الغائب، ثم قال: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ فعاد إلى مواجعتهم بالخطاب، وهو وإن
كان سائغاً، فعلى ضرب من التجوز والعدول عن الظاهر، وحمل الكلام على ظاهره
أولى حتى يدل الدليل على العدول به عن ذلك.

فإن قيل لا نسلم أن الذى بيده عقدة النكاح الزوج، وإنما هى لتفضيل أحد العقدين
على الآخر كما نقول عفو زيد حسن وعفو عمرو حسن وعفو زيد أحسن.

فالجواب أنه لو كان الأمر على ما قلتم؛ لقال: إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده
عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى، فيكون قوله: ﴿وأن يعفوا﴾ بالياء ونصب الواو
راجعاً إلى قوله: ﴿أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح﴾ وعلى حكمه فى الخطاب عن
الغالب.

وجواب ثان، وهو أن قوله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ إنما المراد به عندنا
مجرد الندب؛ لأن التفضيل بينه وبين عقد الزوجات، وإن سلمنا ذلك، فليس يمنع ما
قلناه، ويكون معنى الآية ﴿إلا أن يعفون﴾ يريد الزوجات أو يعفو الولي، وأن يعفو
الزوج أقرب للتقوى، فيكون لكل نوع من العفو فضيلة، ولعفو الزوج مزية على ذلك.

واستدلال آخر من الآية، وهو أن قوله تعالى: ﴿إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده
عقدة النكاح﴾ لا بد أن يكون راجعاً إلى النصف الذى يثبت للزوج بقوله تعالى:
﴿فنصف ما فرضتم﴾ أو إلى النصف الذى للزوج، ولم يجز له فى الآية ذكر، فحمله
عليه عدول عن الظاهر، ولا يجوز إلا بدليل.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ولى يملك الإيجاب على النكاح، فجاز أن يملك

كتاب النكاح ٥١

إسقاط نصف المهر قبل البناء كالسيد في أمته. قال عيسى بن دينار: يجوز ذلك على البنت ولا ترجع بشيء منه على ابنها.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْيَهُودِيَّةِ أَوْ النَّصْرَانِيَّةِ تَحْتَ الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ فَتُسَلِّمُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا: إِنَّهُ لَا صَدَاقَ لَهَا.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن الكتائية إذا أسلمت تحت الكتائي، فلا يخلو أن تسلم قبل البناء أو بعده، فإن أسلمت قبل البناء، فلا يخلو أن تسلم قبل قبض المهر أو بعده، فإن أسلمت قبل البناء والقبض، فلا شيء لها من المهر؛ لأن الفرقة من قبلها تتيقن كما لو أعتقت الأمة تحت العبد قبل البناء أو وجدت الزوجة بالزوج عيباً، فاختارت فراقه قبل البناء، وكذلك كل موضع يتيقن فيه عذر الزوج.

فأما الإعسار بالنفقة، فلها نصف المهر؛ لأنه لا يتيقن عسره، وكذلك المعترض عن امرأته لأنها لا تتيقن حاله، ولعله يمتنع من الوطء إضراراً بها.

مسألة: فإن أسلمت قبل البناء وبعد قبض المهر، فلا يخلو أن يكون المهر مما يحل للمسلم تملكه أو مما يحل له تملكه، فإن كان يحل له تملكه كالدينانير والدرهم والحيوان والثياب وأنواع الطعام، ردت ذلك كله إلى الزوج.

ووجه ذلك أنها فرقة قبل البناء من جهة الزوجة، فلم يكن لها شيء من المهر كما لم تقبضه.

مسألة: فإن كان المهر مما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير، لم يكن للزوج عليها شيء مما قبضته، لا نصف ولا غيره، وذلك ساقط عنها لأن المسلم يملك ذلك، ولا يقوم عليه، قاله ابن حبيب، وهذا مطرد على قول من يقول من أصحابنا: إن من أتلف خمرًا أو خنزيرًا لدمى أنه لا قيمة له عليه.

وأما على قول من يقول: إن عليه القيمة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: أن له عليها قيمة ذلك كله، ولو أن نصرانياً ابتاع من نصراني خمرًا أو خنزيرًا، ثم أسلم المتباع قبل دفع الثمن لم يسقط عنه الثمن عندي.

مسألة: فإن أسلمت بعد البناء وقبل القبض، وكان المهر مما يحل تملكه، فلها مطالبته به وأخذه منه، وإن كان مما لا يحل لها تملكه كالخمر والخنزير، فلا شيء لها من المهر وهي مصيبة حلت.

٥٢ كتاب النكاح

ووجه ذلك أنها لا يحل لها تملك شيء من الخمر والخنزير، فلا يقضى لها به ولا يقضى لها عليه بغير ذلك لأنه لم يسبح بضعها إلا به.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى أَنْ تُنْكَحَ الْمَرْأَةُ بِأَقْلٍ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ، وَذَلِكَ أَدْنَى مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ.

الشرح: وهذا كما قال لأنه لا يجوز أن تنكح امرأة بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو عرض قيمته ذلك، وهو المقدار الذي يجب فيه القطع في السرقة، ولا خلاف أن أكثر المهر لا يتقدر، ذكره القاضي أبو محمد. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا أحب الإغراق في كثير من المهر. قال القاضي أبو محمد: وأما أقل المهر، فإنه يتقدر، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يتقدر ويجوز عقده بالحبّة والحبّتين، والشئ الطفيف.

والدليل على ما نقوله أن هذا سبب لاستباحة العضو بمال، فيجب أن يكون مقدراً كالسرقة.

ودليل ثان أن ما قصر عن ربع دينار لا يصح أن يكون مهراً. أصل ذلك ما لا يصح أن يكون ثمناً كقشرة البيضة، وقلقة الحبة.

واستدلال في المسألة، وهو أن المقادير تؤثر في العقود ما لا تؤثر الصفات، ولذلك قلنا إن الزيادة في المقدار تمنع بذل ما يجري فيه الربا من العين وغيره بعضه ببعض، ولا يمنع ذلك الزيادة في الصفات ثم ثبت وتقرر أن النقص في الصفات مؤثر في صحة المهر، فلا يجوز بالقرون والجرار المكسورة لنقصان صفاتها، فبأن يؤثر نقص المقدار في ذلك أولى وأحرى.

فرع: إذا ثبت أن أقل المهر يتقدر، فإن أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم، وأجاز ابن وهب من رواية ابن حبيب النكاح بدرهم. وروى عن ربيعة: جوازه بنصف درهم. وقال ابن شبرمة: أقل ذلك خمسة خمسون درهما.

ودليلنا أن هذه المسألة مبنية عندنا على أن يد السارق تقطع بربع دينار، فإن لم يسلم لنا ذلك نقلنا الكلام إلى القطع في السرقة، وإن سلم لنا قسنا عليه بأنه عضو مستباح بمال، فوجب أن يتقدر بما أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن تزوج بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم، فإنه يخيّر قبل البناء بين إتمام الثلاثة دراهم أو الفسخ، قال ذلك جماعة من أصحابنا. قال سحنون: وقد

كتاب النكاح ٥٣
قال بعض الرواة: يفسخ وإن أتم ثلاثة دراهم. فإذا قلنا بالرواية الأولى، فإن أتم المهر، فهو على نكاحه، وإن أبى من ذلك فسخ النكاح بينهما بتطبيقه، وكان لها نصف الدرهمين، قاله ابن المواز وجماعة من أصحابنا. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا شيء لها. وجه قولنا: لها نصف الدرهمين، أنه صدق اختلف أصحابنا في صحته، فلذلك حكم لها بنصفه.

ووجه القول الثانى، وعليه جماعة من المتأخرين: أن هذا مهر فسخ النكاح لعدم صحته، فإذا فسخ قبل الدخول لم يجب نصفه. أصل من ذلك إذا كان الفساد في جنسه.

مسألة: وإن بنى بها لزم النكاح، قال ابن الماجشون: ويلزمه مهر المثل. وقال ابن القاسم وأشهب: ويتم لها ثلاثة دراهم.

وجه قول ابن الماجشون أن الفساد في المهر، فإذا فات فسخ النكاح بالبناء، لزم الزوج مهر المثل.

ووجه قول ابن القاسم أن جنس المهر صحيح، وإنما دخل الفساد في مقداره، فوجب تصحيحه في المقدار لا في الجنس، وقد رضيت بما دون الربع دينار من ذلك الجنس، فإذا بلغت ربع دينار، فلا زيادة لها عليه، ألا ترى لو تزوجت بدينار نقدًا، ودينار مؤجل إلى موت أو فراق، وكان مهر مثلها ألف دينار، ففات المهر بالبناء أنها لا تزداد عند ابن القاسم على الدينارين.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن الفساد يدخل في المهر من جهتين، إحداهما من جهة العدد، وقد تقدم ذكره، والثانية من جهة الجنس.

وفي ذلك بابان، الباب الأول: فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس. والباب الثانى: فى حكم النكاح المنعقد على ذلك.

* * *

الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد

من جهة الجنس

المهر على ضربين، منافع وأعيان، وقد تقدم الكلام فى حكم المنافع، والكلام هاهنا فى حكم الأعيان، وذلك أن الأعيان على ضربين، ضرب يجوز تملكه كالدينانير

٥٤ كتاب النكاح

والدراهم والحيوان والعروض، وضرب لا يجوز تملكه كالخمر والخنزير والأحرار من بنى آدم.

فأما ما يجوز تملكه، فإنه على قسمين، معين وغير معين. فأما المعين، فإنه يجوز عقد النكاح به ما لم يمنع من ذلك عذر غالب، وذلك على وجهين، حاضر وغائب. فأما الحاضر، فيجوز النكاح به كالنكاح بالدنانير والدراهم والعقار والحيوان والعروض، والمكيل والموزون من الطعام وغيره، جزافاً أو غير جزاف؛ لأنه عقد معاوضة.

وأما ما يكون فيه عذر غالب كالثمرة التي لم يبد صلاحها على التبقية أو الجنين في بطن أمه، فإن القاضي أبا محمد، قال: لا خلاف في منع العقد به لأنه غرر ولا يجوز عقد النكاح بمعين لا يملكه النكاح كدار زيد وعبد عمرو، رواه ابن المواز عن القاسم.

مسألة: فإن كانت الأعيان غائبة كالعبد الغائب على مسيرة شهر، فقد روى محمد عن ابن القاسم: لا بأس به إلا أن يكون بعيداً جداً كخراسان والأندلس، فأكرهه لانقطاع خبره. وقال ابن حبيب عن مالك: مثل إفريقية من المدينة، فلا خير فيه، فإن كان قريب الغيبة مما لا يجوز النقد فيه كاليومين والثلاثة، جاز دخول النكاح قبل قبضه، وإن كان بعيد الغيبة لم يجز ذلك، فإن قدم ربع دينار، وإن سماه مع العبد، رواه محمد عن ابن القاسم. وقال ابن حبيب: إن كانت غيبته على مثل الشهر والعشرة أيام، جاز للنكاح البناء قبل القبض بخلاف البيع، ويستحب له أن يعجل ربع دينار، ولا يكون العبد المعين الغائب والأرض الغائبة إلا موصوفة قربت الغيبة، أو بعدت، ولو كان في المنزل، رواه ابن المواز لأنه إذا عدت الرؤية والصفة كان مجهولاً.

فصل: وأما ما لا يجوز تملكه، فعلى ثلاثة أضرب: ضرب لا يستدام ملكه، وضرب لا يملك جملة، وضرب ثالث يمنع من تملكه حق الغير. فأما ما لا يستدام تملكه، فمثل أن يصدقها أباه، ومن يعتق عليها من ابن أو أخ، فقد روى في المختصر ابن عبد الحكم عن مالك أن ذلك جائز؛ لأنها تملكه بالعقد، وكل ما جاز أن يكون عوضاً في البيع، فإنه يكون عوضاً في النكاح.

قال ابن عبد الحكم عن مالك: ويعتق عليها. قال الشيخ أبو بكر: سواء كانت موسرة أو معسرة؛ لأنه لما أصدقها من يعتق عليها، فقد أذن لها في ذلك. قال ابن حبيب عن أشهب وأصبغ: وكذلك لو أمهرها عبداً يكون لغيرها لا صداق لها غير ذلك، فإنه جائز كما يجوز في البيع، ولو تزوجها على أن يعتق أباه أو أحدا ممن يعتق

كتاب النكاح ٥٥
عليها، وهو فى ملكه، فقد قال ابن الماجشون: النكاح مفسوخ؛ لأنها لا تملك منه شيئاً.

مسألة: فإن تزوجها بما لا يصح أن تملكه كالخمر والخنزير والحر، فقد قال القاضى أبو محمد: العقد غير صحيح. وقال أبو حنيفة والشافعى: العقد صحيح. والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «من أحدث فى أمرنا ما ليس منه، فهو رد»^(١).

ومن جهة القياس أن هذا معنى لا يصح أن يكون مهراً لحق الله، فوجب أن يكون المهر فاسداً كالبضع فى نكاح الشغار، وإذا تزوجها بجر، فقد روى العتبى عن أصبغ: يفسخ النكاح إذا عرفا حرته، وإن جهل ذلك أحدهما لم يفسخ. وروى عن سحنون ما ظاهره أنه يفسخ، وإن لم تعلم ذلك المرأة.

مسألة: وأما ما يصلح أن تملكه، ويمنع منه حق الغير كالدار المغصوبة، فإن كان مما له فيه شبهة كالابن الصغير فى ولايته، فإن ابن حبيب قال: لم يختلف أصحابنا إذا كان الأب موسراً يوم الإهار، فذلك جائز للزوجة.

ووجه ذلك ما رواه ابن المواز عن مالك أنه قال: وذلك مثل ما لو اشتراه لنفسه منه. قال مالك: سواء بنى بها أو لم يبن، قرب ذلك أو بعد، علمت به المرأة أو لم تعلم، عرضاً كان أو رقيقاً أو غيره، ويتبع الابن الأب بقيمة ما له فيما حكمنا بقيمته أو بمثله فيما له مثل.

فإن كان الأب معسراً، فروى ابن المواز عن مالك: هو للمرأة، ورواه ابن حبيب عن ابن القاسم وأصبغ. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا شىء فيه للمرأة. وجه القول الأول أنه عاوض بمال ابنه الذى يليه فيه، فوجب أن يجوز عليه فى عدم الأب وغناه كما لو باعه.

ووجه قول ابن الماجشون أنه أراد استهلاك مال ابنه، ولا مال له، فوجب أن يمنع منه كما لو وهبه لأجنبى.

فروع: فإذا قلنا إنه للابن، فقد قال ابن الماجشون: إنه له، وإن بنى أبوه بالمرأة. وقال مطرف: إنما ذلك له، ما لم يبن بها، فإن بنى بها فهو للمرأة.

وجه قول ابن الماجشون أنه أخذ مال ابنه بغير عوض يصير إليه، فلم يكن ذلك لمن صيره الله كما لو وهبه لأجنبى.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٩٧. مسلم حديث رقم ١٧١٨. أبو داود حديث رقم

٤٦٠٦. ابن ماجه حديث رقم ١٤. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٥٠٢.

٥٦ كتاب النكاح

ووجه قول مطرف أن المعاوضة فيه قد تمت لاستيفائه البضع بخلاف الهبة. قال ابن حبيب: وهذا ما لم يتقدم الإمام إلى الأب في أن لا يتزوج بمال ابنه، فإن تقدم إليه في ذلك لم يجز منه لشيء، والابن أحق به من المرأة في عدم الأب، بنى أو لم يبن، وهذا مما لا يختلف فيه.

ووجه ذلك أن تقدم الإمام حكم يمنع منه، وبالله التوفيق. قال محمد عن ابن القاسم: وإن كان الولد ممن لا ولاية عليه كالكبير أو ولد الولد، فإنه ينتزع من المرأة، إن وجد، فإن لم يوجد، فلا شيء لهم عليها إلا أن يكون ثوباً لبسته أو طعاماً أكلته. قال عيسى عن ابن القاسم: سواء علمت أو لم تعلم.

ووجه ذلك أنه بمنزلة من ابتاع من غاصب، فلا ضمان عليه، إلا أن يكون استهلك ما ابتاع.

مسألة: وإن لم يكن فيه شبهة ملك مثل أن يكون عبداً سرقه أو غصبه، فقد روى العتبي عن سحنون أن النكاح ثابت إن لم تعلم بذلك الزوجة، وإن علمت بذلك، فسح قبل البناء ويثبت بعده.

فصل: فأما الأعيان التي ليست بمعينة، وإنما ثبتت في الذمة، فإن كانت مما يجوز أن يكون عوضاً في البيع منه يجوز أن يكون عوضاً في النكاح، وقد يختلفان في معنى الحلول والتأجيل، فجوز أن يتزوج بعبد في ذمته غير موصوف، ولها الوسط من ذلك، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يكون موصوفاً.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

ودليلنا من جهة المعنى، اتفاقهم على جواز النكاح بمهر المثل، وفيه من الغرر أكثر لما جوزناه مع إسناده إلى المعروف من عبيد ذلك البلد القيمة الوسطى يوم العقد، رواه ابن المواز عن ابن القاسم، ويكون له مع عدم الجنس غالب رقيق البلد من السودان أو الحمران، فإن استورا، فلها نصفهم من الحمران، ونصفهم من السودان، قاله سحنون في العتبية، وعليه الإناث إن لم يذكر ذكوراً ولا إناثاً. قال مالك في العتبية: عليه الإناث؛ لأنه عرف الناس، وإن تجهزها بجهاز بيت، جاز ذلك، ولها الوسط من جهاز مثلها من أهل الحاضرة، إن كانت حضرية، أو من أهل البادية، إن كانت بدوية، رواه ابن القاسم عن مالك.

* * *

الباب الثانى فى حكم النكاح المنعقد على ذلك

إذا وقع الفساد فى النكاح لفساد المهر، فقد قال القاضى أبو محمد: لا خلاف فى منعه ابتداءً، فإن وقع، ففيه روايتان، إحداهما أنه يفسخ العقد قبل البناء وبعده، والأخرى يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ويجب صداق المثل خلافاً لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما إن النكاح صحيح ولا يفسد بفساد المهر ويجب فيه مهر المثل.

فإذا قلنا إن العقد فاسد، فوجهه قوله تعالى: ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فعلق الإحلال بشرط أن نبتغى بأموالنا، والخمر والخنزير ليس بمال لنا، وهذا عندى على القول بدليل الخطاب.

ومن جهة المعنى أن هذا عقد معاوضة، فوجب أن يفسد بفساد العوض كإيبيع. ووجه آخر أنه أحد العوضين فى النكاح، فوجب أن يفسد النكاح بتحريمه كتحريم البضع.

ووجه التصحيح أن عقد النكاح مقصوده المكارمة والمواصلة، فلذلك يفسد بفساد الثمن، ولذلك جاز عقد النكاح من غير تسمية المهر، ولا يجوز ذلك فى البيع.

فرع: هذا الذى ذكره القاضى أبو محمد بلفظ الصحة والفساد، ثم قال: وقد اختلف أصحابنا فى تأويل قول مالك يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده، فمنهم من حمه على الإيجاب تغليظاً وعقوبة، ومنهم من حمه على الاستحباب احتياطاً وخروجاً من الخلاف، فإن وقع الدخول لم يفسد؛ لأن الصداق قد وجب، فلا يوجد المعنى الذى لأجله فسخ قبل الدخول.

ومعنى قوله: «يفسخ قبل الدخول ردعاً» يريد أنه يكون الرجوع بما يلزم من الطلقة، فإن تزوجها بعد ذلك رجعت إليه على طلقتين.

وقوله فى وجه الاستحباب: «إنه إذا وقع الدخول وجب الصداق» على وجه الصحة، فلم يفسخ يطرد على قول من قال: إن الفسخ قبل البناء واجب بفساد المهر، فلما انتقل بالبناء إلى مهر المثل صح، وعرا النكاح عن فساد المهر.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن الفسخ واجب، وهو ظاهر قول المتقدمين من أصحاب مالك، وإنما ذهب إلى الاستحباب المتأخرون من أصحابنا ألزمهم المخالف أن العقد إن كان انعقد على الفساد، فلا يخرج عن ذلك

٥٨ كتاب النكاح
بالبناء، وما قاله المتقدمون جاز على قولهم فى البيع الفاسد لفساد العوض: يفسخ قبل
الفوات، ولا يفسد بعد الفوات، وما قاله غير لازم، وقد بيته فى كتاب السراج بما
يعنى الناظر فيه، إن شاء الله.

* * *

إرخاء الستور

١٠٩٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ
الْخَطَّابِ قَضَى فِي الْمَرْأَةِ إِذَا تَزَوَّجَهَا الرَّجُلُ أَنَّهُ إِذَا أُرْخِيَتِ السُّتُورُ، فَقَدْ وَجَبَ
الصَّدَاقُ.

١٠٩١ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ كَانَ يَقُولُ: إِذَا دَعَلَ
الرَّجُلُ بِامْرَأَتِهِ، فَأُرْخِيَتْ عَلَيْهِمَا السُّتُورُ، فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق» يريد إذا
خلا الرجل بامرأته وانفرد انفرداً بيناً، فقد وجب إكمال الصداق على الزوج. وظاهر
هذا اللفظ يقتضى أن بالخلوة يجب على الزوج إكمال الصداق، وإن لم يكن المسيس
غير أن معناه عند مالك فيما روى محمد عن ابن وهب أنه أريد بالحديث إذا أرخيت
الستور الخلوة، وأريد بقوله: «فقد وجب الصداق» إذا ادعت المرأة المسيس، بمعنى أن
الخلوة شهادة لها جارية أن الرجل متى خلا بامرأته أول خلوة مع الحرص عليها
والتشوف إليها، فإنه قلما يفارقها قبل الوصول إليها، فهذا الذى أراد بقوله: «فقد
وجب الصداق، ولم يرد أن الصداق يجب بنفس الخلوة، وإن عرا من المسيس، قال:
وقد أحكم كتاب الله هذا فى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ
فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفْ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وقاله أصبغ وابن حبيب،
وبهذا قال من الصحابة ابن عباس.

١٠٩٠ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٢٦٦/٧. عبد الرزاق فى المصنف ٢٨٥/٦. البيهقى فى
معرفة السنن والآثار ١٠/١٤٣٧٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٧٣. المحلى
٤٨٣/٩.

١٠٩١ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٢٥٦/٧. ومعرفة السنن والآثار ١٠/١٤٣٧٧. وذكره
ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٧٤.

وزاد القاضي أبو الحسن: وابن مسعود وطاوس، وبه قال الشافعي في الجديد، وهو قول ابن سيرين. وقال أبو حنيفة: يكمل الصداق بنفس الخلوة. قال القاضي أبو الحسن: وبه قال من الصحابة عمر وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل، ومن التابعين الزهري وعروة بن الزبير وعطاء بن أبي رباح. وأما على قول عمر وزيد، فقد بينا تأويل مالك لهما، ويجوز أن يكون قول على يمتثل مثل ذلك من التأويل، والله أعلم.

والدليل على ما ذهب إليه مالك ما احتج به من قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ وهذا قد طلق قبل المسيس.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه خلوة عريت عن المتعة، فلا يجب بها كمال الصداق. أصله إذا كان بمحضر الحكم أو كان الزوج محرماً أو صائماً.

١٠٩٢ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: إِذَا دَخَلَ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ فِي بَيْتِهَا صَدَّقَ الرَّجُلُ عَلَيْهَا، وَإِذَا دَخَلَتْ عَلَيْهِ فِي بَيْتِهِ، صَدَّقَتْ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِكٌ: أَرَى ذَلِكَ فِي الْمَسِيْسِ إِذَا دَخَلَ عَلَيْهَا فِي بَيْتِهَا، فَقَالَتْ: قَدْ مَسَّنِي وَقَالَ: لَمْ أُمْسُهَا، صَدَّقَ عَلَيْهَا، فَإِنْ دَخَلَتْ عَلَيْهِ فِي بَيْتِهِ، فَقَالَ: لَمْ أُمْسُهَا، وَقَالَتْ: قَدْ مَسَّنِي، صَدَّقَتْ عَلَيْهِ.

الشرح: قول سعيد بن المسيب رضي الله عنه هذا خلاف لما تأوله أصحابنا على عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وذلك أنهم حملوا قول عمر على أن بالخلوة حيث كانت، يكون القول قول الزوجة في دعوى المسيس، وإن أنكره الزوج، وحملوا قول سعيد بن المسيب هذا على أن الخلوة على سبيل الالتذاذ بالزوجة والقبل دون البناء.

فقال: إن كانت هذه الخلوة في منزل الزوجة، فالقول قول الزوج في إنكار المسيس، وإن كان في منزل الزوج، فالقول قول الزوجة في دعوى المسيس، لما قدمناه من انبساط الزوج، وقلة هيئته في منزله، وما جبل عليه الناس من الانقباض والهيبة والحياء في المنزل الذي يزور فيه.

٦٠ كتاب النكاح

فأما خلوة السفلاء، فحيث كانت أوجبت تصديق الزوجة، وقد قال مالك بكلا القولين. وقد روى ابن وهب عن مالك أنه قال: حيث أخذ الغلق الزوجين، في أهله أو في أهلها، فالقول قول المرأة، إن ادعت المسيس، وبه أخذ ابن وهب.

مسألة: فإن أقر بالخلوة أو قامت بها بينة، فحكمه ما قلناه، وإن لم تكن بينة، ولا إقرار، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: إن اليمين على الزوج في دعوى المسيس عليه إن أنكر الخلوة، وادعت ذلك الزوجة، قال: وقد كان ابن القاسم يقول: إذا ادعت المسيس في أهلها، وقد عرف اختلافه إليها أو لم يعرف، لزمه اليمين في الأمرين، فإن حلف برئ، وإن نكل غرم جميع الصداق.

ووجه ذلك أن الأصل في استصحاب حال الفعل عدم ما يشهد لها، ويجعل قولها الأظهر، فالقول قوله، فإن حلف برئ، وهذه فائدة يمينه، وإن نكل، فعليه الصداق، ولم يذكر أن اليمين ترد على المرأة.

فرع: وهذا إذا كانت ثيباً ودعا الزوج إلى أن ينظر إليها، ففي كتاب محمد عن مالك: هي مصدقة، ولا ينظر إليها. وقد قال القاضي أبو محمد في التي تنكر الوطاء، والزوج يدعيه: أن من أصحابنا من قال في البكر ينظر إليها، ويحتمل أن يكون هاهنا مثله.

فرع: وسواء كانت الزوجة في حال يحل وطؤها أو لا يحل كالصائمة في رمضان والمحرمة والحائض، رواه محمد عن ابن القاسم، فإن كانت الخلوة في نكاح فاسد، فقد روى محمد عن مالك أنه قال: إذا كان النكاح مما يفسح، ولا يقر عليه بحال أن القول في ذلك كله قول المرأة إذا أرخيت الستور.

ووجه ذلك أن هذا معنى يجب به إكمال المهر مع خلوة الزوج في النكاح الصحيح، فوجب أن يكمل في النكاح الفاسد كالإقرار بالوطء.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الموجب عندنا في كمال الصداق بالبناء هو الوطاء بمغيب الحشفة، وإن لم يكن غير ذلك، هذا قول جماعة شيوخنا.

ووجه ذلك أن الأحكام إنما تتعلق بمغيب الحشفة من وجوب الغسل، ووجوب الحد وإحلال المطلقة وإفساد الحج والصوم، وغير ذلك من الأحكام. فأما الخلوة والتلذذ، فلا تتعلق به الأحكام، فلا اعتبار بها.

فرع: وهذا إذا كان التلذذ في الخلوة أو المدة اليسيرة بعد البناء، فأما إذا قام معها

كتاب النكاح ٦١
 المدة الطويلة كالعام ونحوه، فقد حكى القاضي أبو الحسن: أن لها جميع المهر. ومن أصحابنا من قال: لها نصف المهر. قال القاضي أبو الحسن: وهذه الرواية المعول عليها. ووجه قولنا أن لها جميع المهر إتمام المهر عوضاً من طول تلذذه بها وتغييره لجهازها. ووجه قولنا: لها نصف المهر، أنه نكاح عرى عن المسيس، فلم يجب فيه بالطلاق غير نصف المهر. أصله إذا طلق قبل البناء.

* * *

المقام عند الأيم والبكر

١٠٩٣ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامِ الْمَخْزُومِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حِينَ تَزَوَّجَ أُمَّ سَلْمَةَ، وَأَصْبَحَتْ عِنْدَهُ، قَالَ لَهَا: «لَيْسَ بِكَ عَلَيَّ أَهْلِيكَ هَوَانٌ، إِنْ شِئْتِ سَبَعْتُ عِنْدَكَ، وَسَبَعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكَ وَدُرْتُ» فَقَالَتْ: ثَلَّثْتُ^(١).

١٠٩٣ - أخرجه مسلم في الرضاع ٢٦٥٠. وأبو داود في النكاح ١٨١٢. وابن ماجه في النكاح ١٩٠٧. والدارمي في النكاح ٢١١٣.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٧٨/٧: هذا حديث ظاهره الانقطاع، وهو متصل مسند، صحيح قد سمعه أبو بكر من أم سلمة.

أخبرنا عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن، أخبرنا أبو بكر أحمد بن جعفر بن حمدان بن مالك ببغداد، حدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل، حدثني أبي، أخبرنا عبد الرزاق، ويحيى ابن سعيد الأموي، وروح بن عباد قالوا: حدثنا ابن جريج. أخبرنا حبيب بن أبي ثابت، أن عبد الحميد بن عبد الله ابن أبي عمرو، والقاسم بن محمد بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أخبراه أنهما سمعا أبا بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن أم سلمة زوج النبي ﷺ أخبرته في حديث صويل ذكروه: أن رسول الله ﷺ قال: «إِنْ شِئْتِ سَبَعْتُ لَكَ، وَإِنْ أَسْبَعْتُ لَكَ، أَسْبَعْتُ لِنِسَائِي». وقد روى هذا الحديث من وجه آخر متصل أيضاً.

حدثنا عبد الله بن محمد، حدثنا محمد بن بكر، حدثنا أبو داود، حدثنا موسى بن إسماعيل، وأخبرنا قاسم بن محمد، حدثنا خالد بن سعد، حدثنا أحمد بن عمرو بن منصور، حدثنا محمد بن سنجر، حدثنا عبيد الله بن عائشة، وأخبرنا عبد الله بن عبد المؤمن، حدثنا أحمد بن جعفر بن حمدان، حدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل، حدثني أبي، حدثنا عفان، قالوا: حدثنا حماد بن سلمة، أخبرنا ثابت، حدثني ابن عمر بن أبي سلمة، عن أبيه، عن أم سلمة في حديث طويل، =

٦٢ كتاب النكاح
الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة وأصبحت عنده» يقتضى
أنه قال لها ذلك فى أول يوم أصبحت فيه عنده، وقد روى أنه قال لها ذلك بعد
انقضاء الثلاثة أيام.

رواه مسلم من حديث عبد الملك بن أبى بكر عن أبيه «أن رسول الله ﷺ حين
تزوج أم سلمة، فدخل عليها، فأراد أن يخرج أخذت بثوبه، فقال رسول الله: إن شئت
زدتك، وحاسبتك به، البكر سبع والثيب ثلاث»^(١) ويحتمل أن يكون قال لها ذلك ﷺ
أول يوم، فاخترت الثلاثة، ثم قال ذلك بعد انقضاء الأيام حين تعلقت بثوبه؛ إعادة
للتحير.

فصل: وقوله ﷺ: «ليس بك على أهلك هوان»^(١) يريد أنها ليست بهينة عليه، بل
يريد إكرامها وموافقة إرادتها فى المقام عندها، وأنه إن أقام عندها ثلاثة أيام مع أن
المقام عند البكر سبع، فليس لهوانها عليه، وإنما ذلك؛ لأن حق سائر الزوجات متعلق
بالمقام عندها.

= ذكره فى نكاح رسول الله ﷺ أم سلمة، وفيه: فلما بنى بأهله، قال لها: وإن شئت أن أسبع
لك سبعت للنساء.

وهذا لفظ حديث أحمد بن حنبل، عن عفان، قال: وحدثنا جعفر بن سليمان، عن ثابت، حدثنى
عمر بن أبى سلمة، قال: وقال سليمان بن المغيرة: عن ابن عمر بن أبى سلمة.
قال أبو عمر: قول جعفر بن سليمان فى هذا الحديث، عن ثابت: حدثنى جعفر بن أبى سلمة،
خطأ، وإنما هو ثابت، عن ابن عمر بن أبى سلمة - كما قال حماد بن سلمة، وسليمان بن
المغيرة.

وأخبرنا عبدالله بن محمد، أخبرنا أحمد بن جعفر، حدثنا عبدالله بن أحمد بن حنبل، حدثنا أبى،
حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان، حدثنى محمد بن أبى بكر، عن عبدالملك ابن أبى بكر بن
عبدالرحمن، عن أبيه، عن أم سلمة، أن رسول الله ﷺ لما تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام، وقال:
«إنه ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعت لك، وإن سبعت لك سبعت لنسائي». قال
أبو عمر: أما قوله فى هذا الحديث: «إن سبعت لك، سبعت لنسائي»، فإنه لا يقول به مالك
ولا أصحابه، وهذا مما تركوه من رواية أهل المدينة لحديث بصرى، رواه مالك، عن حميد
الطويل، عن أنس بن مالك، قال: للبكر سبع، وللثيب ثلاث. قال مالك: وذلك الأمر عندنا، ولا
يحسب على التى تزوج ما أقام عندها.

(* أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٦٠. أبو داود حديث رقم ٢١٢٢. ابن ماجه حديث رقم

١٩١٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٩٦٥. الدارمى حديث رقم ٢٢١٠.

(١) قال النووى: معناه لا يلحقك هوان ولا يضيع من حقتك شىء تأخذينه كاملاً.

كتاب النكاح ٦٣
فإن سبغ عندها وزاد على المقام عند الثيب، فلا بد أن يقتضى سائر نسائه من المدة مثل ذلك، ويسقط حكم الثلاث عند الثيب، لأنه وإن كان الحق لها فى مقام ثلاثة أيام، فليس لها أن تتصل بما بعدها، فيسقط لذلك حكم الثلاث، ويبقى مجرد التسبيح تضمناً لإرادة أم سلمة رضى الله عنهما، فلا بد من مثل ذلك عند غيرها من أزواج النبي ﷺ وإن اقتصر على الحق الواجب لها من التثليث، لم يقض سائر الأزواج شيئاً، واستأنف القسمة.

وهذا يقتضى أن المقام عند الثيب حق لا يقتضى به سائر الزوجات مقاماً، ولا لهن فيه اعتراض لتعليقه ذلك بمشيفة أم سلمة دون مشيفتهن.

وقد اختلف أصحابنا فى ذلك، هل هو حق للزوج أم الزوجة؟ قال القاضى أبو محمد: فى ذلك روايتان، قال: وفائدة الخلاف أنه إذا كان حقاً له، جاز له فعله وتركه، وإذا كان حقاً للزوجة، لم يكن له تركه إلا باذنها.

فوجه القول بأنه حق للزوج، قوله فى حديث أم سلمة: «ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعت عندك وإن شئت ثلثت ودرت» فأخبر بأن ذلك على وجه الإكرام، فالظاهر أنه ليس من حقوقها لأن الإكرام، لا يستعمل فى إيتاء الحقوق، وإنما يستعمل فى إعطاء ما ليس بحق للمكروم، ولو كان من حقوقها لقال: ليس بنا منع حقلك.

ووجه قولنا بأنه من حقوق الزوجة قوله فى حديث أنس: «للبكر سبع وللثيب ثلاث»^(٢) وقد أسنده ابن وهب فى غير الموطأ.

ومن جهة المعنى أن الغرض تأنيس المرأة وبسطها وإذهاب ما يلحقها من الانقباض والخجل، وهذا من حقوقها، وقد حكى القاضى أبو الحسن أنه حق لهما جميعاً، وهو قول صحيح عندى.

فرع: فإن قلنا إنه حق للزوجة، فهل يقضى به على الزوج أم لا؟ قال أصبغ فى الموازية: هو حق عليه ولا يقضى به عليه كالمصلحة. وفى النوادر عن محمد بن عبد الحكم: يقضى به عليه.

فوجه القول الأول أنه حق للزوجة سببه المكارمة، فلم يقض به على الزوج

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٢١٣، ٥٢١٤. مسلم حديث رقم ١٤٦١. أبو داود حديث رقم ٢١٢٤.

٦٤ كتاب النكاح
كالإمتاع. ووجه القول الثاني أنه حق للزوجة من المقام عندها، فوجب أن يقضى به
على الزوج كالقسم بين الزوجات.

فرع: وهل يكون ذلك للزوجة إذا لم يكن عنده غيرها؟ روى أبو الفرج عن ابن
عبد الحكم أن ذلك على الزوج، وإن لم يكن له نساء غيرها. وقال ابن حبيب: لا
يلزمه المقام عندها إذا لم يكن له غيرها.

وجه القول الأول أن طريق ذلك التأنيس وحاجتها إلى ذلك إذا لم يكن له غيرها
كحاجتها إذا كان له غيرها. ووجه القول الثاني أن هذا مقام عند الزوجة، فلا يلزم من
ليس له غيرها كالقسم.

فصل: وقوله: «إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن» يريد التخيير لها فى ذلك.
قال القاضى أبو الحسن: إن اختارت التسبيع، قضى سائر نسائه، سبعا سبعا. وقال ابن
المواز عن مالك: لا يخيئها فى ذلك، وقد مضت السنة بأن يقيم عندها ثلاثا.

وجه القول الأول التعنى بظاهر الحديث. ووجه القول الثانى التعلق بما ثبت من
الفعل، فصار ذلك حكما على جميع الزوجات، والله أعلم.

١٠٩٤ - مَالِكٌ عَنْ حُمَيْدِ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لِلْبَكْرِ
سَبْعٌ وَلِلثَّيْبِ ثَلَاثٌ^(١).

١٠٩٤ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٨١٢. ومسلم فى الرضاع ٢٦٥٥. والترمذى فى النكاح
١٠٥٨. وأبو داود فى النكاح ١٨١٣، ١٨١٤. وأحمد فى ١١٥٠٥. والدارمى فى الأشربة
٢٠٢٠.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٧٩/٧: اختلف الفقهاء فى هذا الباب، فقال مالك،
والشافعى وأصحابهما، والطبرى: يقيم عند البكر سبعا، وعند الثيب ثلاثا، فإن كانت له امرأة
أخرى غير التى تزوج، فإنه يقسم بينهما بعد أن تمضى أيام التى تزوج، وقال ابن القاسم عند
مالك: مقامه عند البكر سبعا، وعند الثيب ثلاثا، إذا كان له امرأة أخرى، واجب، وقال ابن
عبدالحكم، عن مالك: إنما ذلك مستحب وليس بواجب، وقال الأوزاعى: مضت السنة أن يجلس
فى بيت البكر سبعا وعند الثيب أربعا، وإن تزوج بكرا وله امرأة أخرى، فإن للبكر ثلاثا، ثم
يقسم، وإن تزوج الثيب، وله امرأة، كان لها الثلاثان. وقال الثورى: إذا تزوج البكر على الثيب:
أقام عندها ليلتين، ثم قسم بينهما بعد، قال: وقد سمعنا حديثا آخر، قال: يقيم مع البكر سبعا،
ومع الثيب ثلاثا. وقال أبو حنيفة وأصحابه: القسم بينهما سواء البكر والثيب، ولا يقعد عند
الواحدة إلا كما يقعد عند الأخرى، قال محمد ابن الحسن: لأن الحرمة لهما سواء، ولم يكس
رسول الله ﷺ يؤثر واحدة على أخرى، واحتج بحديث هذا الباب، وما قدمنا فى تأويله. =

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «للبكر سبع وللثيب ثلاث» يقتضى ظاهره أنه حق للمرأة، ولو كان حقاً للزوج لقال للزوج فى البكر سبع، وفى الثيب ثلاث، وبهذا قال من الصحابة أنس، ومن التابعين فمن بعدهم النخعى والشعبى والشافعى وأحمد بن حنبل. وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى: للبكر ثلاث، ثم يقسم وللثيب يومان، ثم يقسم. وقال حماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة: لا تفضل الجديدة على القديمة، بكرًا كانت أو ثيبًا.

والدليل على ما قلناه ما رواه البخارى، قال: حدثنا يوسف بن راشد قال: حدثنا أبو أسامة عن سفيان، قال: حدثنا أيوب وخالده، عن أبى قلابة، عن أنس، قال: من السنة إذا تزوج الرجل البكر أقام عندها سبعا وقسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم.

قال أبو قلابة: ولو شئت لقلت: إن أنسأ رفعه إلى النبى ﷺ.

ودليلنا من جهة المعنى أن الطارئة يلحقها من الاستحاش والانقباض ما يحتاج به إلى التأنيس، وذلك لا يكون إلا بطول المقام عندها، ولما كانت البكر أكثر حياء وانقباضا احتاجت من التأنيس أكثر مما تحتاجه الثيب. وهذا التعليل على أصل من جعله حقاً للزوجة. وأما على أصل من جعله حقاً للزوج، فقد قال القاضى أبو محمد: لما كان التذاذ الزوج بالطارئة أكثر من التذاذه بالقديمة، جعل له من المقام عندها ما يصل به إلى ذلك.

فرع: والحرة كالأمة فى ذلك، قاله القاضى أبو الحسن. ووجه ذلك أنهار زوجة تحتاج إلى التأنيس كالخرة.

فرع: وهل يتخلف العروس فى هذه المدة عن صلاة الجماعة والجمعة؟ روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك: لا يتخلف عنها. قال سحنون: وقد قال بعض الناس: إنه لا يخرج، وذلك لها بالسنة.

=قال أبو عمر: الأحاديث المرفوعة فى هذا الباب عن أنس على ما ذهب إليه مالك والشافعى، وهو الصواب وليس فيما ذهب إليه غيرهما. حديث مرفوع نصاً، وعن السلف من الصحابة والتابعين فى هذا الباب من الخلاف مثل ما ذكرنا عن فقهاء الأمصار، والحجة مع من أدلى بالسنة، وبالله التوفيق.

٦٦ كتاب النكاح

وجه قول مالك أنه إن كان حقاً للزوج، فإن الزوجة لا تملكه، وإن كان حقاً لها، فإنها لا تملك منه إلا ما زاد على وقت أداء الصلاة. ووجه رواية سحنون أن من ملك منافع أجير في مدة ما، فإنه تسقط عنه فرائض الجمعة وحقوق إتيان الجماعات كالسيد في عبده.

قَالَ مَالِكُ: فَإِنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَةٌ غَيْرُ الَّتِي تَزَوَّجَ فَإِنَّهُ يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَنْ تَمْضِيَ أَيَّامُ الَّتِي تَزَوَّجَ بِالسَّوَاءِ وَلَا يَحْسِبُ عَلَى الَّتِي تَزَوَّجَ مَا أَقَامَ عِنْدَهَا.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أنه إذا تزوج امرأة، وكان عنده غيرها، فأقام عند الحديثة ما قدمناه من المقام الثابت في حقها، فإنه يقسم بينها وبين القديمة بعد ذلك على السواء، وبأيتها يبدأ؟ قال ابن المواز عن مالك: يبدأ بأيتها أحب، وأحب إلى أن يبدأ بالقديمة كأنه من عند الأخرى خرج.

مسألة: وأى وقت يبدأ بالمشى على نسائه؟ قال مالك في كتاب محمد: له أن يبدأ بالليل قبل النهار، أو النهار قبل الليل.

وجه ذلك أن الذى عليه أن يكمل للواحدة يوماً وليلة، وهو التخير فى أن يبدأ بأى الزمانين شاء، على أن الأظهر من أقوال أصحابنا أنه يبدأ بالليل.

مسألة: وصفة القسمة أن يكون عند كل واحدة يوماً وليلة، قاله ابن حبيب، قال: ولا يجوز أن يقسم لكل واحدة يومين، رواه ابن المواز عن مالك، قال: ولو جاز لجاز ثلاثاً وأربعاً.

وجه ذلك ما ورى عن عائشة رضى الله عنها أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة، وكان النبى ﷺ يقسم لعائشة بيومها ويوم سودة.

وجه ذلك من جهة المعنى أن تطويل المدة على النساء بالتغيب عنهن إضراراً بهن، وما قصر من مدة مغيبه عنهن أرفق بهن، وليس فى المدد ما يتبين تحديده، ويمكن التساوى فيه أقصر من مدة يوم وليلة.

فرع: وسواء فى ذلك الصغيرة والكبيرة والصحيحة والمريضة التى لا توطأ والرتقاء وغيرها.

وجه ذلك أنه متى استمسك بهن، فحقهن متساو فى الزوجية، فوجب أن يتساوى بينهن فى القسمة.

* * *

ما لا يجوز من الشروط فى النكاح

١٠٩٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ تَشْتَرِطُ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ لَا يَخْرُجُ بِهَا مِنْ بَلَدِهَا، فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: يَخْرُجُ بِهَا إِنْ شَاءَ.

الشرح: قوله: وفي المرأة التي تشتترط على زوجها أن لا يخرج بها من بلدها أن له أن يخرج بها إن شاء» ومعنى ذلك أنه لا يلزمه بالحكم. وأما على الوفاء لها ما شرطت عليه من أن لا يخرجها من بلدها، وما أشبه ذلك، فإنه مأمور به، رواه محمد عن أشهب عن مالك، فيمن تزوج امرأة على أن لا يمنعها الخروج إلى المسجد، فإنه ينبغى أن يفى لها بذلك، ولا يقضى به عليه.

وقال ابن حبيب: وقد استحب مالك وغيره من أهل العلم أن يفى لها بما شرطت، وإن ذلك غير لازم للزوج، وعليه جمهور الفقهاء. وقد روى ابن المواز عن ابن شهاب أنه كان يوجب عليه ما التزم من الشروط فى النكاح، وإن لم تكن معلقة بيمين. وروى عبد الرزاق عن شريح أنه قضى به.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ويدل على ذلك ما رواه البخارى، قال حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا الليث، قال: حدثنى يزيد بن أبى حبيب، عن أبى الخير، عن عقبة بن عامر، قال: قال رسول الله ﷺ: «أحق الشروط أن توفوا به، ما استحللتم به الفروج»^(١) وتعليق ذلك بالوفاء لها دليل على أنه لا يحكم به عليه، وإن ذلك مصروف إليه.

مسألة: وهذه الشروط فى الجملة مكروهة، قال ابن حبيب: يكره أهل العلم الشروط فى النكاح وإيقاع شهادتهم عليها. وروى أشهب عن مالك فى كتاب محمد والعتبي: إنى لأكره أن ينكح على مثل هذا أحد لا يخرجها من بلدها، ولا يمنعها من داخل يدخل عليها، ولا يمنعها من حج ولا عمرة.

١٠٩٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٧٧.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٢١، ٥١٥١. مسلم حديث رقم ١٤١٨. الترمذى حديث رقم ١١٢٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٨١، ٣٢٨٢. أبو داود حديث رقم ٢١٣٩. ابن ماجه حديث رقم ١٩٥٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٨٥١، ١٦٩١١، ١٦٩٢٥. الدارمى حديث رقم ٢٢٠٣.

٦٨ كتاب النكاح

قال: فإذا كان هكذا فهو لا يملكها، إذا ملكاً تاماً، ولا يستباح البضع إلا بملك تام، ويكره أن يشترط في تملكه هذه الشروط التي تمنع تمام ملكة كما لو شرطت في ملك اليمين.

قال مالك: ولقد أشرت منذ زمان أن أنهى الناس أن يتزوجوا بالشروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته، وأنه كتب بذلك كتاباً وصيح به في الأسواق، وتعلق في ذلك ابن حبيب بما روى عن عائشة، قالت: «قام رسول الله ﷺ فقال: ما بال الناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له، وإن شرط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق»^(٢).

إذا ثبت ذلك، فإن هذه الشروط على ضربين، أحدهما أن تكون غير مؤثرة في النكاح. والثاني: أن تكون مؤثرة فيه، فأما التي لا تؤثر فيه، فهي التي لا تؤثر في جهالة المهر، ولا تغيير العقد، مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها، ولا يتخذ أم ولد، ولا يخرجها من بلدها، ونحو ذلك من الشرط، فهذه قال ابن حبيب: لا يبلغ من كراهية أهل العلم لها أن تكون حراماً أو يفسخ بها النكاح.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يشترط هذا الشرط، ولا يسقط لها شيئاً أو يشترطه ويسقط لها به حقاً، فقد قدمنا أنه يؤمر بالوفاء به، ولا يحكم عليه بذلك.

وإن أسقطت بسببه حقاً من مهر أو غيره، فلا يخلو أن تسقطه حين العقد أو بعده، فإن كان إسقاطها حين العقد، فإن ذلك لا يؤثر فساداً في العقد.

وقال الشافعي: إن ذلك يفسد العقد.

والدليل على ما نقوله أن هذه الشروط لا تؤثر في المهر، فلم توجب فيه فساداً. أصل ذلك إذا شرطت بعد العقد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد روى ابن القاسم عن مالك أنه يخرجها ولا ترجع عليه بشيء مما أسقطته إياه.

وروى أشهب وابن نافع وعلي بن زياد في المدونة عن مالك: إن كان بقي لها من المهر مثل مهر مثلها، لم ترجع عليه بشيء، وإن كان أقل من مثلها، فلها أن ترجع عليه؟.

زاد ابن حبيب: ترد إلى مهر مثلها، ومثله في العتبية وفي كتاب محمد: ترجع عليه بما وضعت فتأخذ، ولعله يريد بما وضعت من مهر مثلها.

(٢) أخرجه النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٦٥٦.

كتاب النكاح ٦٩

وجه رواية ابن القاسم ما احتج به من أن ما أسقطته لم يثبت لها قط. زاد ابن حبيب: فكان بمنزلة ما يذكر في النكاح للسمعة، وعلى هذا الوجه ذكره فى الصداق، ولم يرض الزوج أن يثبت لها فى ذمته.

ووجه قول أشهب أنه عوض أسقطته فى مقابلة ما لم يصح لها، فوجب أن ترجع بما بذلته من العوض. أصل ذلك أنها أسقطته بعد العقد.

مسألة: وأما إن أسقطت بعض مهرها بعد انعقاد النكاح، فشرطت عليه بذلك شروطاً؟ قال محمد: مثل أن لا يخرجها ولا يتزوج عليها غيرها، فإن له أن يفعل ذلك كله، ولها أن ترجع فيما وضعت.

ووجه ذلك أن هذا مما استقر ملكها عليه، فإذا عوضته به على وجه لم يف لها به، وجب رد ذلك إليها كما لو أعطته على ذلك شيئاً من مالها الذى بيدها.

وأما الضرب الثانى، وهو الذى يؤثر فى عقد النكاح، فهو ما أثر جهالة فى المهر أو غير بعض ما اقتضى العقد كالخيار ونحوه، وذلك مثل أن يتزوج المرأة بشرط أن لها من النفقة كذا فى كل شهر، وتشترط نفقة خدم لها أو نفقة ابنها من غيره، أو على أن لا نفقة لها، فهذا كله يفسح قبل البناء، ويثبت بعده، ويسقط الشرط.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن هذا الشرط قد أثر جهالة فى العوض، ففسد لذلك العقد قبل البناء ويثبت بعده، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِلَّا مَرُّ عِنْدَنَا أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ الرَّجُلُ لِلْمَرْأَةِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عِنْدَ عُقْدَةِ النِّكَاحِ، أَنْ لَا أَنْكِحَ عَلَيْكَ، وَلَا أَتَسَرَّرَ: إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ يَمِينٌ بِطَلَاقٍ أَوْ عِتَاقَةٍ، فَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَيَلْزَمُهُ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن مجرد الشرط لا يلزم فى شىء من الأشياء شرط بها أن لا ينكح عليها، ولا يتسرى معها، ذلك من الشروط، وله أن يفعل ذلك كله، ولا شىء عليه فيه، ولا يمنع من فعله إلا أن يقيد الزوج ذلك بيمين، فتلزمه تلك اليمين، سواء علق يمينه بطلاق أو عتاق أو غيره من الأيمان التى تلزم، إلا أن الذى يحكم به عليه من ذلك الطلاق والعتق.

وأما ما يحلف به من اليمين بالله أو المشى أو غير ذلك، فإنه إن خالف ما حلف لها عليه حنث، لكنه لا يحكم عليه بالكفارة. وقد اختلف فى الصدقة، ونحن نبين ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى.

٧٠ كتاب النكاح

مسألة: وإذا زوج الصغير وليه، وألزمه شروطاً، قيدها بتمليك أو طلاق أو عتق، فعند ابن القاسم: لا يلزم شيء من ذلك بإلزام الولي. وفي العتبية من رواية ابن أبي زيد عن ابن وهب: إن ذلك يلزمه إذا بلغ بنى أو لم يين.

وجه قول ابن القاسم أن هذه أيمان، فلا يعقدها أحد عن أحد كاليمين بالله تعالى، ولذلك لم تلزم بمجرد الشرط حتى يقترب بها الأيمان. ووجه قول ابن وهب أنها شروط، فلزمت بإلزام الولي كصفة الصداق.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فإن دخل بها بعد البلوغ وبعد العلم بما عقد عليه، فقد قال ابن القاسم: هذا التزام منه لها. قال أبو عبد الله بن العطار في وثائقه: وقد قيل لا يلزم ذلك.

وجه قول ابن القاسم: أن دخوله بها مع العلم بها انعقد عليه رضاه والتزامه، فوجب أن يلزمه كما يلزمه بقوله: رضيت بذلك.

وجه القول الثاني أن هذه أيمان لم يلتزمها بنطق، ولا فعل يقوم مقام النطق، إذ له أن يقول: رضيت بالنكاح، ولم أرض الشروط، فلم يلزمه كما لا يلزمه باستدامة العقد بعد البلوغ.

فرع: وإن علم بذلك بعد البلوغ، وقبل البناء وكره التزامها، فعند ابن القاسم يقال له إما أن تلتزم، وإما أن ينصرف الخيار لها. قال أبو عبد الله بن العطار: لا يلزمه ذلك، وله أن يبنى بها إلا أن يتطوع بالتزامها.

وجه القول الأول أن نكاحها انعقد على التزام ذلك، فليس له التزام النكاح وإسقاطها. ووجه القول الثاني، أن هذه شروط لم يلتزم النكاح فيها عينا، فكان له إمضاء النكاح وإطراحها، كما لو لم تعلق الشروط بنكاح ولا عتق.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم وكره الزوج التزامها، خيرت الزوجة بين إسقاطها، واستدامة النكاح، والمطالبة بها وإبطال النكاح، فإن أسقطت الشروط، لزمه النكاح دون شرط، وإن لم تسقطها فارق، وهذا إذا كانت مالكة أمرها، فقد قال أبو عبد الله: ذلك إلى وليها في إسقاط الشروط والمنع من ذلك.

وفي هذا الذي قاله عندي نظر، لأن الولي إن كان وصياً فإنما له أن ينظر في مالها واختيار الكفو لها، وأما في القسم والتمليك لها، فلا نظر له فيه. وأما إن كان غير وصي، فلا ولاية له إلا باختيار الكفو، ولو رضيت هي بالنكاح بغير شرط لما كان له المنع من ذلك، ولو أبت النكاح إلا بشروط لما كان له إطلاق ذلك.

كتاب النكاح ٧١

وقد اختلف قول مالك في المدونة في رضاها بأقل من مهر مثلها، وإن كان مالا، فكيف بما لا تعلق له بالمال، وقد قال مالك في الموزانية، في الذى يخير زوجته قبل بلوغها وقبل البناء بها، فاختارت نفسها، فهو طلاق.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهل تكون فرقتها بالإبانة فسخا أو طلاقا؟ الظاهر من قول ابن القاسم أنه طلاق، والظاهر من قول أصبغ أنه فسخ.

وجه القول الأول أن هذه فرقة مصروفة إلى اختيار الزوج، فكانت طلاقا. أصل لك إذا طلق ابتداء. ووجه القول الثانى أن هذه فرقة تثبت لعدم التراضى، فكانت فسخا. أصل ذلك قبل تمام العقد.

وهل لها نصف الصداق؟ روى أصبغ عن ابن القاسم: لها نصف الصداق. وقال أصبغ: لا شىء منه. واختاره محمد قالا: إلا أن تكون أسقطت الشروط وطلق وأصلق قبل أن يعلم بالشروط، فعليه نصف الصداق.

فرع: فإذا دخل بها قبل العلم وبعد البلوغ؟ فقد قال ابن القاسم: لا يلزمه ذلك. وقال أبو عبد الله بن العطار: لا تنفعه، والشرط يلزمه، وقيل لا يلزمه.

وجه القول الأول أنها تركت التحرز والاستيثاق حين أسلمت نفسها من غير توقيفه على الشروط. ووجه القول الثانى أن دخوله رضا بما عقد عليه لتركه التحرز والنظر فيما عقد عليه، فلزمه ذلك كما لو علم.

فرع: ولو اختلفا، فقال الزوج: عقدت على الشروط، وأنا صغير. وقالت الزوجة، أو الولي: عقدت وأنت كبير، ففي العتبية عن ابن القاسم على الزوج البينة، وإلا حلف الولي؛ لأنه كان العاقد للنكاح، ولزمت الزوج الشروط.

ووجه ذلك أن انعقاد النكاح متفق عليه، فمن أراد أن يثبت فيه ما يوجب الخيار فى حله، فهو مدع، والله أعلم.

* * *

نكاح المحلل وما أشبهه

١٠٩٦ - مَالِك، عَنِ الْمِسْوَرِ بْنِ رِفَاعَةَ الْقُرْظِيِّ، عَنِ الزُّبَيْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ

١٠٩٦ - أخرجه البخارى ١٠٠/٧ كتاب اللعان باب إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجت فلم يمسه. عن عائشة. ومسلم ١٠٥٥/٢ كتاب النكاح رقم ١١١ باب لا تحمل المطلقة ثلاثا حتى تنكح زوجا =

٧٢ كتاب النكاح

الزبير أَنَّ رِفَاعَةَ بِنَ سِمَوَالٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ تَمِيمَةَ بِنْتَ وَهَبٍ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثًا فَتَنَكَّحَتْ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزَّبِيرِ فَأَعْتَرَضَ عَنْهَا، فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَمَسَّهَا، فَفَارَقَهَا فَأَرَادَ رِفَاعَةَ أَنْ يَنْكِحَهَا، وَهُوَ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ الَّذِي كَانَ طَلَّقَهَا، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَنَهَاهُ عَنْ تَزْوِيجِهَا، وَقَالَ: «لَا تَحِلُّ لَكَ حَتَّى تَذُوقَ الْعُسَيْلَةَ»^(*).

=آخر ويطأها. والبيهقي في الكبرى ٣٧٥/٧ عن عبد الرحمن بن الزبير. والطبراني في الكبير ٢٧١/١٢ عن ابن عمر. والنسائي ١٤٩/٦ عن ابن عمر.

(*) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٨٢/٧: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك، عن المسور، عن الزبير، وهو مرسل في روايته، وتابعه على ذلك أكثر الرواة للموطأ إلا ابن وهب فإنه قال فيه: عن مالك، عن المسور، عن الزبير بن عبد الرحمن، عن أبيه، فزاد في الإسناد، عن أبيه، فوصل الحديث، وابن وهب من أجل من روى عن مالك في هذا الشأن، وأثبتهم فيه، وعبد الرحمن بن الزبير هو الذي كان تزوج تميمه هذه، واعترض عنها. فالحديث مسند متصل، صحيح، وقد روى معناه عن النبي ﷺ من وجوه شتى ثابتة أيضًا كلها.

وقد تابع ابن وهب على توصيل هذا الحديث وإسناده إبراهيم بن طهمان وعبيدالله ابن عبدالمجيد الحنفي قالوا فيه: عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير، عن أبيه ذكر حديث ابن طهمان النسائي في مسنده من حديث مالك، وذكره ابن الجارود.

أخبرنا عبدالله، قال: حدثنا تميم بن محمد، قال: حدثنا عيسى بن مسكين، وحدثنا عبدالوارث بن سفيان قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح قال جميعًا: حدثنا سحنون، قال: أخبرنا ابن وهب قال: أخبرني مالك، عن المسور بن رفاعة القرظي، عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير، عن أبيه، أن رفاعة بن سمواال طلق امرأته تميمه بنت وهب على عهد رسول الله ﷺ ثلاثًا، فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها، فلم يستطع أن يمسه، فطلقها ولم يمسه، فأراد رفاعة أن ينكحها، وهو زوجها الذي كان طلقها، قال عبد الرحمن: فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها، وقال: لا تحل لك حتى تذوق العسيلة.

وقد ذكر هذا الحديث أيضًا سحنون، عن ابن وهب، وابن القاسم، وعلى بن زياد، كلهم عن مالك، عن المسور بن رفاعة القرظي، عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير، عن أبيه، أن رفاعة بن سمواال طلق امرأته، وذكر الحديث، وقال فيه: عن هؤلاء الثلاثة، عن مالك في هذا الإسناد، عن أبيه، والحديث صحيح مسند، والزبير بن عبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاي فيهما جميعًا. كذلك روى يحيى وابن وهب وابن القاسم والقعني وغيرهم، وقد روى عن ابن بكير أن الأول مضموم وروى عنه الفتح فيهما كسائر الرواة عن مالك في ذلك، وهو الصحيح فيهما جميعًا بفتح الزاي، وهم زبيرون بالفتح في بنى قريظة معروفون وهم بنو الزبير بن باطيا القرظي قتل يوم قريظة وله يومئذ قصة عجيبة محفوظة.

أخبرنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان قراءة منى عليهما أن قاسم بن أصبغ حدثهما =

الشرح: رواه يحيى بن يحيى وجماعة من رواة الموطأ، الزبير بفتح الزاى فيهما، وقال ابن بكير: الأول بالضم، قال الشيخ أبو الحسن الدارقطنى وعبد الغنى وغيرهما من الحفاظ: هو الصواب، وهو الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير بن باطيا اليهودى القرظى، قتل الزبير يوم قريظة، والله أعلم، والذي وقع فى روايتى من طريق يحيى بن عبد الرحمن بضم الزاى، والله أعلم،

فصل: قوله: «إن رفاعة طلق امرأته ثلاثاً» يحتمل من جهة اللفظ أن يوقعها فى مرة واحدة، ويحتمل أن يوقعها فى ثلاث مرات يطلق، ثم ترجع ثم يطلق، غير أن إيقاعها عند مالك فى مرة غير جائز، وسيرد فى كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «فنكحت عبد الرحمن بن الزبير، فاعترض عنها، فلم يستطع أن يمسه، ففارقتها» يريد أنه لما اعترض عنها ومنع وطأها فارقتها، ويحتمل أن يكون فارقتها حين لم ترد البقاء معه على ذلك، ولكن أضاف الفراق إليه لما كان هو الفاعل له، ولعله لما علم بكرهيتها لذلك بادر بفراقها من غير أن يتأجل فى ذلك أجلاً أو يعالج مداواة أو معاناة.

فصل: وقوله: «فأراد رفاعة أن ينكحها» يحتمل أن يكون اعتقد أن الثلاث لم تحرمها، ولعله لم يكن نزل بعد قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ولعله علم أن الثلاث تحرمها وظن أن عقد الزوج عليها

=قال: أنبأنا إسماعيل بن إسحاق القاضى، قال: حدثنا إبراهيم بن حمزة، قال: حدثنا عبدالعزيز ابن محمد، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، أن رفاعة القرظى طلق امرأته، فنكحها عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت زوجها فقالت: والذي أكرمك بالحق ما معه إلا مثل هذه الهدية. فقال: «فلا، حتى تذوقى عسيلته، ويذوق عسيلتك». هكذا قال عبد الرحمن بن الزبير بالفتح.

وحدثنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد ابن إسماعيل الترمذى، قال: حدثنا الحميدى، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا الزهرى، قال: أخبرنى عروه، عن عائشة، أنه سمعها تقول: «جاءت امرأة رفاعة القرظى، إلى رسول الله ﷺ، فقالت: إنى كنت عند رفاعة فبت طلالى فتزوجت، عبد الرحمن بن الزبير، وإنما معه مثل هدية الثور، فتبسم رسول الله ﷺ، فقال: «أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك». قال: وأبو بكر عند النبى ﷺ وعالم بن سعيد الباب، فنأدى يا أبا بكر فقال: ألا تسمع إلى ما تجهر به هذه عند رسول الله ﷺ. وهذا أصح حديث يروى فى هذا الباب، وأثبتته من جهة الإسناد.

٧٤ كتاب النكاح
 يجلها له، فلما ذكر ذلك لرسول الله ﷺ نهاه عن نكاحها، وأعلمه أن المانع له من
 نكاحها باق؛ لأنه قال له: «لا حتى تذوق العسيلة»^(١) فأخبره أن المحلل إنما هو الوطاء.
 وانفرد سعيد بن المسيب بقوله: إن عقد الثاني يجلها للأول، وإن لم يكن وطاء،
 ولعله لم يبلغه الحديث، لأنه نص في مخالفة قوله. وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه
 قال: العسيلة فيما نرى، والله أعلم، اللذة ومجاوزة الختان الختان.

وروى نحوه ابن مزين عن عيسى بن دينار. زاد ابن مزين: أنزل أو لم ينزل، وانفرد
 الحسن البصرى بقوله: لا يجلها إلا الوطاء، وفيه إنزال.

١٠٩٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ
 النَّبِيِّ ﷺ أَنهَا سُئِلَتْ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ، فَتَزَوَّجَهَا بَعْدَهُ رَجُلٌ آخَرُ، فَطَلَّقَهَا
 قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، هَلْ يَصْلُحُ لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا؟ فَقَالَتْ عَائِشَةُ: لَا حَتَّى
 يَذُوقَ عُسَيْلَتَهَا.

١٠٩٨ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ
 ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَهُ رَجُلٌ آخَرُ، فَمَاتَ عَنْهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، هَلْ يَجِلُّ لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ
 أَنْ يُرَاجِعَهَا؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: لَا يَجِلُّ لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ أَنْ يُرَاجِعَهَا.

الشرح: قول عائشة: «في المطلقة ثلاثاً يتزوجها زوج فيطلقها قبل أن يمسه» قد
 تقدم مثله مسنداً عن النبي ﷺ وقد تقدم الكلام عليه بما يغنى عن إعادته.

مسألة: والاعتبار في نكاح التحليل بنية الزوج. قال مالك في الموازية والعتبية: لا
 يجوز أن يتزوجها علمت هي وزوجها الأول أو لم يعلمها، فإذا لم ينو الزوج الثاني
 التحليل، فهو جائز، وإن علمت المرأة التحليل، وسألته لما دخل بها الطلاق أو خالعتة
 بمال، فذلك جائز.

(١) قال النورى: بضم العين وفتح السين تصغير عسلة وهو كناية عن الجماع شبه لذته لذة
 العسل وحلاوته وأنت العسل لأن فيه لغتين التذكير والتأنيث، وقيل على إرادة النطفة وهو
 ضعيف لأن الإنزال لا يشترط.

١٠٩٧ - أخرجه أبو يعلى حديث رقم ٤٩٦٥. ابن حبان ٤١١٩. وذكره ابن عبد البر فى
 الاستذكار برقم ١٠٧٩.

١٠٩٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٨٠.

كتاب النكاح ٧٥

قال مالك فى الموازية: لا يضر الزوج ما نوت الزوجة لأن الطلاق بيده دونها.

فرع: والنية المصححة للعقد أن يتزوجها لحاجته إليها، قال ابن حبيب: وإن تزوجها، فإن أعجبت أمسكها، وإلا كان قد احتسب فى تحليلها الآخر لم يجز لما خالط نكاحه من نية التحليل، ولا تحل بذلك للأول.

فرع: وقول ابن القاسم فى التى توفى عنها زوجها قبل أن يمسه: «لا تحل بذلك لمن طلقها قبله ثلاثاً»؛ لأنه نكاح ليس فيه مسيس، فلم يتعلق بذلك حكم الإحلال؛ لأن الإحلال لا يكون بالعقد، وإنما يكون بالوطء لكن يعتبر فيه صحة العقد.

وإن كانت وفاة الزوج يقع بها كمال المهر، فإنه لا يقع به الإحلال، ولا الإحصان، والفرق بينهما أن المهر إنما يكون فى مقابلة استباحة العضو والمواصلة مدة العمر، فإذا وجد موت أحدهما، فقد انقضت مدة المواصلة، فوجب جميع المهر كما يجب بالوطء.

وأما إحلال الزوجة للمطلق ثلاثاً، فإنه يحصل بالوطء، وليس فى موت الزوج الثانى معنى من معانى الوطء، فتحصل بالإباحة، ولا خلاف فى ذلك، وهذا إن أقرت الزوجة بعدم الوطء، فإن ادعته، فلا يخلو أن تدعيه بعد البناء أو قبله، فإن ادعته قبل أن يبنى بها، وقد هلك الزوج الثانى، ولم يعلم مبيته عندها، فإنها لا تحل بذلك للأول.

مسألة: فإن ادعت ذلك، وقد بنى بها الثانى، وبات عندها ليلة واحدة، ومات فقد قال ابن القاسم: إن ذلك عليها لزوجها الأول، وإن كان طلقها، وادعت المسيس وأنكره الزوج، فقد قال مالك: لا يجلها ذلك للمطلق ثلاثاً. وقال ابن القاسم: تدين، ويباح له نكاحها ثلاثاً. وقال ابن القاسم: إن كان الزوج يذكر ذلك عند الفراق لم يجلها ذلك، وإن قال ذلك بعد الفراق لم يقبل قوله، وحلت للمطلق ثلاثاً.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: أن كل موضع تصدق فيه على الزوج فى دعوى الوطء، فإنها تصدق فيه فى إحلالها للأول. وأما كل موضع لا تصدق فيه على الزوج إذا أنكر الوطء، فإن دعواها الوطء بعد الوفاة الثانى لا يجلها للأول، ولم أر فيه نصاً، والله أعلم.

مسألة: ويعتبر فى صحة الإحلال الوطء بعقد النكاح، إن وطئها بملك يمين، فقد قال محمد: لا يجلها ذلك الوطء، وإنما يجلها الوطء بالنكاح، فتعتبر فيه صحة العقد وصحة الوطء.

٧٦ كتاب النكاح

فأما العقد، فأن يكون المقصود به الرغبة فى النكاح مع صحة العقد، فإن صح العقد وتزوجها يمين لزمته أن يتزوج على امرأته، ففى المدنية إن كان مثك يتزوج مثلها، فقد خرج عن يمينه، وحلت للمطلق ثلاثاً.

وقال محمد بن دينار: لا تحل للأول بذلك وإن أقامت عند الثانى سنتين أو أكثر لأنه لم يتزوجها رغبة، وإنما قصد أن يبر فى يمينه. وأما صحة الوطاء فسيأتى ذكره فى الإحصان إن شاء الله تعالى.

قَالَ مَالِكٌ: فِي الْمُحَلَّلِ إِنَّهُ لَا يُقِيمُ عَلَى نِكَاحِهِ ذَلِكَ حَتَّى يَسْتَقْبِلَ نِكَاحًا جَدِيدًا فَإِنْ أَصَابَهَا فِي ذَلِكَ فَلَهَا مَهْرُهَا^(*).

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أنه لما كان نكاح المحلل نكاحاً فاسداً لمنافاته مقتضى النكاح ومقصوده؛ لأن المقصود به إباحة البضع لغير الناكح، فوجب أن يفسخ. وقد ذكر القاضى أبو محمد فى ذلك قياساً وذلك أنه قال: إن هذا عقد وقع على وجه محذور، واستحق عاقده به اللعن، فوجب أن يكون باطلاً. أصل ذلك شراء الخمر.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يحكم عليه بالفرقة قبل البناء وبعده، رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك. قال ابن المواز: يفسخ نكاحه بطلقة بائنة، إن ثبت ذلك بإقراره، ولو ثبت بعد البناء إقراره بذلك قبل البناء، فليس بنكاح.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه إن ثبت إقراره بذلك قبل النكاح، فإنه يدخله الخلاف الذى فى النكاح الفاسد المختلف فى فساده.

فرع: وهل يجوز هذا للمحلل أن يتزوجها بعد أن فرق بينها بعد البناء؟ روى أشهب عنه مالك فى الموازية: له ذلك، وأحب إلى أن لا ينكحها أبداً.

ووجه ذلك أنه أراد تعجيل استباحة البضع على الوجه المحذور كالنكاح فى العدة غير أن الناكح فى العدة عجله لنفسه بالعقد والوطء، فوقع تأييد التحريم عليه، وفى مسألتنا أراد تعجيله لغيره، فلم يبلغ مبلغ التحريم، وإنما اقتضى الكراهية، والله أعلم.

مسألة: ويجب عليه أن يأتى الزوج الأول، فيعلمه أنه قصد تحليلها له ليمنع ذلك من نكاحها، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أن لا يغتر الآخر بظاهر فعله، ولا يعلم مقصده، فيكون هو سبب موقعة الحرام.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥٥/١٦.

كتاب النكاح ٧٧

فصل: وقوله: «فلها مهرها» هكذا رواه يحيى بن يحيى. وروى ابن بكير: فلها مهر مثلها، وتابعه على ذلك القعنبى، رواية يحيى أظهر لأنه نكاح فسد لعقده، فيجب بالدخول المهر المسمى. وروى ابن عبد الحكم عن مالك: لها مهر مثلها، على رواية ابن بكير والقعنبى، وهو مذهب الشافعى. وقال ابن المواز بل لها المهر المسمى، وهو قول مالك، وهو الأظهر لما قدمناه.

* * *

ما لا يجمع بينه من النساء

١٠٩٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا»^(*).

١٠٩٩ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧١٨. ومسلم فى النكاح ٢٥١٨. والترمذى فى النكاح ١٠٤٥. والنسائى فى النكاح ٣٢٣٤، ٣٢٣٦، ٣٢٣٧، ٣٢٣٨، ٣٢٣٩، ٣٢٤٠، ٣٢٤١، ٣٢٤٢. وأبو داود فى النكاح ١٧٦٨، ١٧٦٩. وابن ماجه فى النكاح ١٩١٩. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٦٨٣٦، ٧١٤٤، ٨٧٥٧، ٨٨٣٦، ٩١٠٢، ٩١٣٦، ٩٢١٦، ٩٤٥٨، ٩٥٧٢، ٩٦١٤، ٩٧٥٥، ٩٩٥٣، ١٠١٩٧، ١٠٢٧١، ١٠٢٩٤، ١٠٤٢٤، ١٠٤٦٦. والدارمى فى النكاح ٢٠٨٣.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٨٩/٧: هذا حديث صحيح ثابت مجتمغ على صحته، رواه عن أبى هريرة جماعة من أصحابه، منهم: سعيد بن المسيب، وأبو سلمة، وأبو صالح، وغيرهم. حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أبو قلابة، قال: حدثنا أبو عاصم، قال: حدثنا همام، عن قتادة، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ. قال: وحدثنا همام، عن يحيى بن أبى كثير، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة، أن النبى ﷺ انتهى أن تنكح المرأة على عمتها وعلى خالتها.

وأخبرنا أحمد بن فتح قال: حدثنا أحمد بن الحسن بن إسحاق الرازى، قال: حدثنا أبو الزيناع روح بن الفرغ بن عبد الرحمن القطان، قال: حدثنا يحيى بن عبد الله بن بكير، قال: حدثنى الليث ابن سعد، عن أيوب بن موسى، عن بكير بن عبد الله بن الأشج، عن سليمان بن يسار، عن عبد الملك بن يسار، عن أبى هريرة، عن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها».

قال أبو عمر: أجمع العلماء على القول بهذا الحديث: فلا يجوز عند جميعهم نكاح المرأة على عمتها وإن علت، ولا على ابنة أختها وإن سفلت، ولا على خالتها وإن غلت، ولا على ابنة أخيها وإن سفلت، والرضاعة فى ذلك كالنسب.

وقد كان بعض أهل الحديث يزعم أن الحديث لم يروه أحد غير أبى هريرة، وقد رواه على بن=

٧٨ كتاب النكاح

الشرح: قوله ﷺ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها» يقتضى العموم من جهة اللفظ، غير أن التحريم إذا علق على النساء، فإن المفهوم منه الوطء: كما أنه إذا علق على الطعام، فهم منه اللباس، فيجب أن يحمل على الوطء أو على كل معنى مقصوده الوطء، فأما الوطء فإنه يملك يمين، وأما العقد الذى مقصوده الوطء، فإنه النكاح، ويخالف فى ذلك ملك اليمين، فإنه يجوز للإنسان أن يملك من لا يوطأ كالأخت من الرضاة والخالة والعمة من النسب، ولا يجوز عقد نكاح على من لا يجوز وطؤها للرجل من النساء.

مسألة: فأما ما لا يجمع بينهما بعقد النكاح، فإن الأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣]، والعمة مع ابنة أخيها والخالة مع بنت أختها بمثابة الأختين فى ذلك.

والأصل فيه من جهة السنة الحديث المتقدم. ومن جهة المعنى أن الأختين والعمة والخالة مع ابنة الأخ وابنة الأخت، ممن يلزم بعضهن لبعض المواصله للرحم القريبة الوشيجة، وغيره الضرائر تورث القطيعة، وتمنع المواصله، فمنع من الجمع بينهما لذلك؛ لأنه سبب لما نهينا عنه من القطيعة، ومانع مما يجب عليهما من المواصله.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الجمع بينهما بالنكاح يكون على ضربين، أحدهما أن يجمع فى عقد واحد. والثانى أن ينكح إحداهما بعد الأخرى.

=أبى طالب، وابن عباس، وابن عمر، وعبدالله بن عمرو بن العاص، وجابر كما رواه أبو هريرة. حدثنا يحيى بن عبدالرحمن، وسعيد بن نصر، قالوا: حدثنا ابن أبى دليم، قال: حدثنا ابن وضاح. قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا معتمر بن سليمان، قال: قرأت على فضيل بن ميسرة، عن أبى جرير - قاضى سجستان - أن عكرمة، حدثهم عن ابن عباس، قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها؛ وقال: إنكن إذا فعلن ذلك قطعتن أرحامكن».

وذكر عبدالرزاق وغيره، عن الثورى، عن عاصم، عن الشعبي، عن جابر بن عبدالله قال: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها.

وروى معمر، عن داود بن أبى هند، عن الشعبي، عن أبى هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح المرأة على ابنة أخيها ولا تنكح المرأة على عمتها، ولا تنكح المرأة على ابنة أختها». وأظن قائل ذلك القول لم يصحح حديث الشعبي، عن جابر، وصحح حديث الشعبي، عن أبى هريرة، والحديثان جميعا صحيحان.

وقد روى هذا المعنى من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبى ﷺ. وروى مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، أنه كان يقول: كان ينهى أن تنكح المرأة على عمتها وعلى خالتها، وأن يوطأ الرجل وليدة وفى بطنها حينئذ لغيره.

كتاب النكاح ٧٩

فإن جمع بينهما فى عقد واحد، فقد قال مالك فى المدونة: إن كل امرأتين يجوز له أن ينكح إحداهما بعد الأخرى، لا يجوز له أن يجمع بينهما، فإن جمع بينهما فى عقد واحد، فإنه يفسخ نكاحه لهما جميعاً، وليس له أن يجبس واحدة منهما، بنى بهما أو بواحدة منهما أولم يين.

وروجه ذلك أنه قد منع أن يجمع بينهما فى عقد النكاح، فإذا انعقد نكاحها على الوجه المنوع به، فسخ نكاحه لهما قبل البناء وبعده؛ لأن الفساد فى العقد.

مسألة: فإن أفرد كل واحدة منهما بعقد ثبت نكاح الأولى، وفسخ نكاح الثانية، دخل بهما أو بإحداهما، كانت الأولى أو الأخرى، قاله مالك فى المدونة.

وروجه ذلك ما احتج به أن عقد الأولى صحيح؛ لأنه عرى عن الفساد بالجمع بينهما، ونكاح الأخرى فاسد لما تعلق به من الجمع بين الأختين، فلما اختص بنكاح الثانية، وجب أن يفرد بالفسخ.

فرع: وبماذا تعرف الأولى منهما إن شهد بذلك الشهود، فالحكم فيه على ما تقدم، وإن شهد بالزوجية، ولم يوقتوا ولا علموا الأولى من الأخرى، فقد روى محمد عن أشهب: أن الزوج مصدق فى تعيين الأولى من الأخرى، وينزل عن التى زعم أنها الأخرى، ولا شىء لها، إن كان لم يمس، قال محمد: هذا عندنا صواب.

وروجه ذلك أنه إذا شهد الشهود بذلك، فقد شهدوا بصحة أحد العقدين، وفساد الآخر، ولم يعينوا الفاسد من الصحيح، فلم يشهدوا لإحداهما بعقد صحيح، فإذا لم يكن أحد يعينه غير الزوج، قبل فى ذلك تعيينه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن الأخرى لو ادعت أنها الأولى للزم الزوج اليمين فى ذلك لأنه يريد أن يسقط عن الأولى نفس صداقها، وعندى أن فسخ نكاحها يكون طلاقاً.

فصل: وأما إذا ملك عصمة إحداهما، ووطئ الثانية بملك اليمين، فلا يخلو أن يكون عقد النكاح هو السابق أو الآخر، فإن كان عقد النكاح هو السابق، فقد روى عن ابن القاسم أنه إن نكح إحدى الأختين، فلم يين بها حتى وطئ الثانية بملك اليمين أنه يوقف عنها حتى يحرم فرج أمته عليه، ولا يفسد ذلك النكاح.

وقال أشهب: بل يبطأ الزوجة لأن فرج أمته عليه حرام منذ عقد على أختها عقد نكاح.

٨٠ كتاب النكاح

وجه قول ابن القاسم أنه وجد منه في كل واحدة ما يمنع من الأخرى، فوجب أن يوقف عنهما، كما لو كانتا أمتين فوطئهما.

[وجه قول ابن القاسم^(١) أن النكاح في باب الاستمتاع ومنعه أقوى من ملك اليمين؛ لأن مقصوده الوطء، ومقصود ملك اليمين الملك دون الوطء، ولو تزوج امرأة على أختها، فوطئها لم يوقف عن الأولى، فبأن لا يمنع منهما إذا وطئ الثانية بملك اليمين، أولى وأحرى.

مسألة: فإن وطئ إحداهما بملك اليمين، ثم تزوج قبل أن يحرم الأمة على نفسه، فقد قال محمد: اختلف فيه أصحاب مالك، فقال عبد الله بن عبد الحكم وأشهب: نكاحه جائز، وله أن يطأ امرأته، ولا يحدث تحريمًا لجاريته؛ لأن نكاح أختها قد حرمها عليه، وبه قال الشافعي.

وقال ابن القاسم: لا يجوز أن يعقد النكاح حتى يحرم الأمة على نفسه، فإن فعل وقف بعد النكاح لا يقرب واحدة منهما حتى يحرم على نفسه أيتها شاء.

وقال عبد الملك: يفسخ النكاح، ولا يقرب على حال، وهذا القول مع الذي قبله لابن القاسم في المدونة.

وجه رواية أشهب ما احتج به. ووجه رواية الوقف أن التحريم إنما يتضمن الجمع بينهما بملك نكاح أو وطء، ولو طء الأمة تأثير في المنع من استدامة إمساكها مع ما يحرم عليه الجمع بينهما، ولذلك إذا وطئ الأختين بملك اليمين منع من وطئها حتى يحرم فرج إحداهما، ولعقد النكاح تأثير في الجمع بينهما، فقد وجد في كلا الجنبتين مؤثر في المنع، فوجب أن يمنع منهما حتى يحرم إحداهما كما لو وطئها بملك اليمين.

وجه قول عبد الملك أن هذا ممنوع من الاستمتاع بها لسبب الجمع بينهما، فوجب أن يكون ممنوعًا من العقد عليها، منعًا يفسخ به عقده كما لو كانت الأولى زوجة.

مسألة: والتنان لا يجوز الجمع بينهما من النساء، قال ابن بكير: هما كل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرًا لم يحل له نكاح الأخرى لنسب أو رضاع أو نحوه. رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك: إلا أن هذا الذي ذكره على ضربين، ضرب لإحداهما على الأخرى ولادة، كالأم مع البنت والجدة مع الحفيدة، فهذا الضرب سيأتي ذكره بعد هذا.

(١) هكذا في الأصل، والصواب [وجه قول أشهب]. المحقق.

كتاب النكاح ٨١

والضرب الثاني: ليس لإحدهما على الأخرى ولادة، كالأخت مع الأخت والخالة وبنت أختها والعمة مع بنت أخيها، فهذا الضرب الذي يحرم الجمع بينهما فى وقت واحد، وإن جاز أن يتزوج إحدهما بعد الأخرى، فالأخت هى الأخت للأب والأم أو لأحدهما، والعمة هى كل امرأة هى أخت لرجل له عليك ولادة، والخالة هى كل امرأة هى أخت لامرأة لها عليك ولادة، فأخت الجدة للأب خالة وكذلك أخت أم الأب وأخت الجد للأم عمة، وكذلك أخت أبى أم الأم.

مسألة: ويجوز الجمع بين المرأة وزوجة أبيها، قاله غير واحد من أصحابنا، وذلك أنه لا يتصور فى الطرفين أن تكون كل واحدة منهما ذكراً، فيجوز له نكاح الأخرى أو يحرم عليه، لا يتصور أن تكون زوجة الأب ذكراً، وقال ابن بكير: ولو تصورناها ذكراً، لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجل أجنبى، والله أعلم.

١١٠٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: يُنْهَى أَنْ تُنْكَحَ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ عَلَى خَالَئِهَا، وَأَنْ يَطَّأَ الرَّجُلُ وَوَلِيدَةً وَفِي بَطْنِهَا جَنِينَ لغيره.

الشرح: قد تقدم الكلام فى النهى عن أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها، ولا خلاف فى ذلك بين الأمة.

وأما قوله: «أو أن يطأ الرجل أمة فى بطنها جنين لغيره» فإنه لا يجوز لأحد أن يطأ جارية حاملاً من غيره، والوليدة فى عسف استعمالهم هى الأمة، ولا يخلو أن يكون الحمل من نكاح أو وطء بملك أو زنا.

والنكاح على ضربين، ضرب فى حال يتعقبه السبأ، ونكاح فى حال لا يتعقبها السبأ، فأما النكاح فى حال يتعقبها السبأ، فهو أن يتناكح المشركان فى أرض الحرب، ثم تسمى المرأة حاملاً، فإنه لا يجوز لمن صارت فى سهمه، ولن ابتاعها أن يطأها بملك يمين، ولا لغيره، أن يتزوجها.

والأصل فى ذلك الحديث المتقدم: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض»^(١).

١١٠٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٨٢.

(١) أخرجه أبو داود حديث رقم ٢١٥٧. أحمد فى المسند حديث رقم ١١٢٠٢. الدارمى

حديث رقم ٢٢٩٥.

٨٢ كتاب النكاح
ومن جهة المعنى أن ذلك يوقع تلبيساً في النسب، والشرع موضوع على تخلص
الأنساب، ولهذا شرعت العدة والاستبراء.

مسألة: وأما النكاح الذي لا يتعقبه السبب، فالأمة المسلمة يطلقها زوجها أو يموت
عنها حاملاً، ولا يجوز لسيدها أن يطأها حتى تضع حملها.

مسألة: وأما إن كان حملها من ملك اليمين مثل أن يطأها سيدها، فيبيعها من غيره
أو يزوجه، فإنه لا يحل لمن ابتاعها أو نكحها وطؤها، بل لا يحل ابتاعها، ولا نكاحها
بوجه وسنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وكذلك لو كانت حاملاً من زنا لم يجوز وطؤها.

فروع: إذا ثبت أنه لا يجوز وطء وليدة من ذكرنا لحملها فإنه لا يجوز له أن يقبلها
ولا يستمتع بها. روى محمد عن ابن القاسم: من كانت له أمة حامل من غيره لم يحل
له أن يطأها، ولا يقبلها، ولا يباشرها، ولا يلتذ بها بغمز ولا غيره، كان حملها ذلك
من زنا أو غيره، ولا يمس لها يداً ولا رجلاً.

* * *

ما لا يجوز من نكاح الرجل أمّ امرأته

١١٠١ - مالك، عن يحيى بن سعيد أنه قال: سئل زيد بن ثابت، عن رجل
تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها، هل تحل له أمها؟ فقال زيد بن ثابت: لا الأمّ
مبهمّة ليس فيها شرط، وإنما الشرط في الربائب.

الشرح: قوله: «تزوج امرأة، ثم فارقها قبل أن يصيبها» يريد أنه عقد نكاحها، ثم
طلقها قبل أن يطأها، ثم أراد أن يتزوج أمها، فسأل زيد بن ثابت، هل يحل له ذلك،
فقال زيد بن ثابت: «الأم مبهمّة» يريد أن ذكرها في آية التحريم مطلق بصفة لأنه
قال: ﴿وأمهات نسائكم﴾ [النساء: ٢٣]، فلم يقيد بالبناء ولا غيره، وهذا معنى قوله:
ليس فيها شرط؛ لأن التقييد بمعنى الشرط؛ لأنه لم يشترط في تحريم الأم دخولاً ولا
غيره.

وقوله رضى الله عنه: «وإنما الشرط في الربائب» إنما ورد في الربائب فى قوله

كتاب النكاح ٨٣
تعالى: ﴿وَرَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾، فقيد تحريم ذلك بالدخول بالأم، فبقيت غير المدخول بها داخلة تحت عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤].

وهذا الذى ذهب إليه زيد بن ثابت هو قول عمران بن حصين وابن عمر وطاوس والزهرى والحسن البصرى. وبه قال مالك والثورى وأبو حنيفة والشافعى.

وروى عبد الرزاق عن ابن عباس أنه قال: يجوز أن يتزوج الأم إن لم يدخل بالبت، وبه قال على بن أبى طالب رضى الله عنه وابن الزبير ومجاهد. وروى عن زيد بن ثابت أنه قال: إن طلقها قبل الدخول، جاز له أن يتزوج أمها، وإن ماتت قبل البناء بها لم يجز له ذلك.

وقد أنكر هذه الرواية عنه القاضى، قال: وهى من رواية قتادة عن سعيد بن المسيب عنه، قال: وقد سمعت على بن المدينى يضعف فى حديث قتادة عن سعيد، وقال: أحسب أن بينهما رجلاً لأنه يخالف أصحاب سعيد.

والدليل على ما قدمناه قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾، ولم يخص مدخولاً بابتها من غيرها، فيجب حمله على عمومه إلا ما خصه الدليل.

فإن قيل فإنه قد شرط فى الربائب بعد هذا الدخول، فقال: ﴿وَرَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَيَنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾، والشرط إذا وردت عقبه جمل، وجب تعلقه بجميعها كاستثناء.

والجواب أنه إنما يجوز ذلك إذا صح أن يكون الكلام راجعاً إلى جميع المعطوف بعضه على بعض، فإذا لم يصح، ولم ينتظم عليه الكلام، فإنه يرجع إلى ما يصح منه دون غيره، ولا يصح فى مسألتنا أن يكون الشرط متعلقاً بجميع ما تقدم من اللفظ، ولا بالموضع المختلف فيه.

وأما امتناعه فى موضع الخلاف، فإن النساء فى قوله: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ مخفوض بالإضافة، والنساء فى قوله: ﴿وَرَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾، مخفوض بحرف الجر، فلا يجوز أن يكون قوله: ﴿اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣]، نعتاً لهما لاختلاف العامل فيهما هذا قول البصريين من النحاة، وإن كان قد أجازة الكوفيون لاتفاقها فى الحذف.

وما قاله البصريون أولى لأن الصفة تتبع الموصوف فى المعنى واللفظ، فيجب أن يكون العامل فى الموصوف عاملاً فى الصفة، ولذلك إذا قلت: هذا غلام زيد العاقل، وإن كان خفض زيد بالإضافة، فخفض العاقل بذلك أيضاً؛ لأنه يصح أن يقول: هذا غلام العاقل، ولو لم يصح ذلك لم يصح كونه وصفاً له.

وإذا قلت خذ من عمرو الكريم درهماً، فإن الكريم أيضاً وصف لعمرو، لأنه يصح أن يحل محله، فتقول خذ من الكريم درهماً، فإذا أردت أن تقول: هذا غلام زيد وخذ من عمرو درهماً الكريمين، لم يجوز؛ لأنه لا يجوز أن يحل محل زيد المضاف والعامل فيه «من» ولا يجوز أن يحل محل عمر والمخفوض «من» والعامل فيه الإضافة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد تقدم قبل هذا أن من يحرم الجمع بينهما على ضربين، أحدهما: يحرم الجمع بينهما، ولا تحرم المعاقبة بينهما، وهن ذوات المحارم اللاتى ليس لبعضهن على بعض ولادة. والضرب الثانى: يحرم الجمع والمعاقبة بينهما، وهن ذوات المحارم اللاتى لبعضهن على بعض ولادة، كالأم مع بنتها، والجدة مع جدتها، فهؤلاء لا خلاف فى أن وطء إحداهن على وجه شبهة النكاح، يحرم الأخرى على التأيد، وهل يحرمها العقد بمجرد اختلاف حكمهن وسنينه بعد هذا، إن شاء الله.

١١٠٢ - مَالِك، عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ اسْتَفْتَى وَهُوَ بِالْكُوفَةِ عَنْ نِكَاحِ الْأُمِّ بَعْدَ الْبِنْتِ إِذَا لَمْ تَكُنْ الْبِنْتُ مُسْتَفَارَّخَصَ فِي ذَلِكَ، ثُمَّ إِنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ قَدِمَ الْمَدِينَةَ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ فَأُخْبِرَ أَنَّهُ لَيْسَ كَمَا قَالَ: وَإِنَّمَا الشَّرْطُ فِي الرَّبَائِبِ، فَرَجَعَ ابْنُ مَسْعُودٍ إِلَى الْكُوفَةِ، فَلَمْ يَصِلْ إِلَى مَنْزِلِهِ حَتَّى أَتَى الرَّجُلَ الَّذِي أَقْتَاهُ بِذَلِكَ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُفَارِقَ امْرَأَتَهُ.

الشرح: قوله: «أن عبد الله بن مسعود استفتى، وهو بالكوفة» يريد والله أعلم، أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أرسله إلى الكوفة ليعلمهم العلم، ويفتى بينهم، فاستفتى هناك عن هذه القضية فى نكاح الأم بعد الابنة، إذا لم تكن الابنة مستفارة، فأرخص فى ذلك.

وقد قال القاضى أبو إسحاق: وأنا أحسب أن الذين ذهبوا إلى أن أمهات الزوجات مثل الربائب، إنما ذهبوا إلى قياس بعض ذلك على بعض، من غير أن يكون النص يوجبها،

يريد أن النص لا يحتمل هذا التأويل، ولا يجوز حمله على ذلك في لغة العرب، فيحتمل أن يكون عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أفتى فى ذلك قياساً على الربائب، وقد تقدم الكلام على ذلك من وجه القياس بما يغنى عن إعادته.

فصل: وقوله: «إن عبد الله بن مسعود قدم المدينة فسأل عن ذلك» يحتمل أن يكون سأل عن ذلك مع اعتقاده صحة ما أفتى به ليعلم موافقة علماء المدينة له أو مخالفتهم إياه، فقد يفعل ذلك الإنسان فيما يعتقد صحته من مسائل الفروع ليعلم ما عند غيره من العلماء فى ذلك، ويحتمل أن يكون قد ظهر إليه وجه المسألة، فشك فى فتواه عند توجهه إلى المدينة، فسأل عن ذلك غيره ليظهر له حكم المسألة، وكان أهل المدينة لكثرة العلماء بها يرجع إليهم أهل الفتاوى؛ لأن الحق لا يكاد يخفى عن جماعة العلماء مع البحث والنظر؛ لأن ما قصر عنه أحدهم استدركه سائرهم، وأما الواحد فقد يتعذر عليه بلوغ المراد من النظر فى بعض الأوقات.

فصل: وقوله: «فأخبر أنه ليس كما قال وإنما الشرط فى الربائب» يريد أنه ليس الأمر كما قال فى حكمه للأم بعد العقد بمثل حكمه للبت بعد العقد على الأم من اعتبار الدخول بالأولى، وذلك أن شرط اعتبار الدخول إنما يختص بالربائب دون أمهات النساء، على ما قدمناه.

فصل: وقوله: «فرجع ابن مسعود إلى الكوفة فلم يصل إلى منزله حتى أتى الرجل الذى أفتاه بذلك فأمره أن يفارق امرأته» يريد تعجيل أمره له بالفراق، وإخباره بما يجب فى ذلك، وتقديمه على الوصول إلى منزله.

وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون عبد الله بن مسعود قد ظهر إليه وجه الصواب فى خلاف ما أفتى به، فتعجل استدراك الأمر فى المستقبل والمبادرة إلى منعه استدامة نكاح من محرم عليه، والثانى: أن يكون عبد الله بن مسعود باقياً على مذهبه، غير أن الحكم إنما يجرى على رأى الإمام، فلزمه الرجوع إلى قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه، والأخذ به، وحمل الناس عليه، وكذلك كل ما اختلف فيه العلماء، فإن الرجوع فيه فى كل عصر من الأعصار إلى إمام ذلك العصر، إذا ظهر ذلك إليه ووقع فيه الاختلاف.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ تَكُونُ تَحْتَهُ الْمَرْأَةُ ثُمَّ يَنْكِحُ أُمَّهَا فَيُصِيبُهَا: إِنَّهَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ
امْرَأَتَهُ وَيُفَارِقُهُمَا جَمِيعًا، وَيَحْرُمَانِ عَلَيْهِ أَبَدًا إِذَا كَانَ قَدْ أَصَابَ الْأُمَّ، فَإِنْ لَمْ يُصِيبِ
الْأُمَّ لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ امْرَأَتَهُ وَفَارَقَ الْأُمَّ.

٨٦ كتاب النكاح

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن نكاح المرأة على ابنتها حرام، فإذا وطئها حرمت عليه الأمة لوطئه أمها، وحرمت عليه الأم لعقده نكاح ابنتها قبلها، فحرمتا عليه جميعاً تحريمًا مؤبدًا، وإن لم يكن أصاب الأم فارقها، لأنها حرام عليه لتقدم نكاح ابنتها، وبقي على نكاح البنت؛ لأنه لم يوجد من وطئ الأم، والالتذاذ بها ما يحرمها.

ونكاحها يكون على وجهين، أحدهما: أن يعقد عليهما عقدًا واحدًا. والثاني: أن ينكح إحداهما بعد الأخرى، فإن تزوجهما في عقد واحد، وقد سمي نكاح واحدة منهما صداقًا، فلا يخلو أن لا يدخل بواحدة منها أو أن يدخل بإحداهما.

فإن لم يكن دخل بواحدة منهما، ففي المدونة من قول مالك: يفسخ النكاح، ولا يقر على واحدة منهما.

ووجه ذلك أنه عقد معاوضة لا يصح إمضاؤه على وجهه لفساده، فوجب إبطال جميعه. أصل ذلك إذا ابتاع ثوبًا وخنزيرًا في عقد واحد.

فرع: وهل له أن يتزوج الأم منهما؟ قال ابن القاسم في المدونة: له ذلك. قال سحنون: وقد قيل أنه لا يتزوجها.

وجه القول الأول أنه لم يوجد وطء شبهة، ولا عقد نكاح صحيح، وإنما ينشر الحرمة أحد هذين الأمرين، وطء الشبهة أو العقد الصحيح، فأما العقد الفاسد بمجرده، فلا تأثير له في ذلك كما لا يؤثر في استحقاق شيء من المهر.

ووجه قول سحنون أن المؤثر في الحرمة أمران، العقد والوطء، ثم ثبت وتقرر أن وطء الشبهة ينشر الحرمة، فكذلك عقد الشبهة.

فرع: فإن دخل بإحداهما، وكانت البنت هي المدخول بها، فإن الأم يتأبد تحريمها، ويفرق بينه وبين البنت، ويستقل نكاحًا إن شاء بعد الاستبراء، وإن دخل بالأم تأبد تحريم البنت وفسخ نكاح الأم، وكان له أن يتزوجها بعد الاستبراء. وعلى رواية سحنون يتأبد تحريم الأم أيضًا، فإن دخل بها تأبد تحريمها، قال ذلك كله مالك في المدونة.

ووجه أن وطء كل واحدة منهما بشبهة نكاح، يؤبد تحريم الأخرى.

مسألة: ولو أفرد كل واحدة بالعقد، فتزوج الأم أولاً، ثم البنت، ولم يدخل بواحدة منهما، فإنه يفرق بينه وبين البنت، ويثبت على نكاح الأم، ولو بنى بالبنت لحرمت الأم

كتاب النكاح ٨٧

على التأييد، وفرق بينه وبين البنت، وكان له أن يتزوجها إن شاء، فإن بنى بها حرمت عليه على التأييد، قال ذلك كله مالك في المدونة.

ووجه ذلك أن العقد على الأم لا يحرم البنت، ولا يبطل إلا بوطء البنت، ووطء الأم يؤبد تحريم البنت، ووطء البنت بشبهة النكاح يؤبد تحريم الأم.

مسألة: فإن تزوج البنت أولاً، ثم تزوج أمها، فلم بين بواحدة منهما، فقد تأبد تحريم الأم بالعقد الصحيح على البنت، ويفسخ نكاح الأم، ويثبت نكاح البنت.

وكذلك لو بنى بالبنت دون الأم، فإن وطئ الأم أو وطئها، فقد تأبد تحريمها، لأن بالعقد الصحيح تأبد تحريم الأم، وبوطء الأم بشبهة النكاح، تأبد تحريم البنت.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ ثُمَّ يَنْكِحُ أُمَّهَا فَيُصَيِّبُهَا: إِنَّهُ لَا تَحِلُّ لَهُ أُمُّهَا أَبَدًا، وَلَا تَحِلُّ لِأَبِيهِ وَلَا لِأَيِّهِ، وَلَا تَحِلُّ لَهُ ابْنَتُهَا وَتَحْرِمُ عَلَيْهِ امْرَأَتَهُ.

الشرح: قول مالك: «في الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح أمها فأصابها، فإنه لا تحل له أمها» وذلك يحتمل معنيين، أحدهما: أن يكون الضمير في قوله: «أمها» راجعاً إلى البنت، فيكون معنى ذلك إن تزوج الأم آخراً، وأصابها، لا تحل أبداً.

وهذا قد تقدم القول فيه؛ لأن عقده على البنت، قد حرم عليه الأم على التأييد، فأصابته إياها بالعقد الذي أحدثه بعد ذلك، لا يزال ما تأبد من التحريم. والوجه الثاني: أن يكون الضمير في قوله: «فأصابها» راجعاً إلى الأم المتزوجة آخراً، ويكون المراد بالأم في قوله: «أمها» جدة البنت المتزوجة أولاً، وهذا أيضاً قد ثبت لأم الأم بالعقد على ابنة ابنتها، فلا يزيده عقده على ابنتها وبنائهما بها إلا تأكيد التحريم.

فصل: وقوله: «ولا تحل لأبيه ولا لأبيه» وذلك أنها في حق الأب من حلال الأبناء، وفي حق الابن مما للأب من النساء، وقد وجد منه معنيان مؤثران في تحريم المصاهرة، ومنها العقد والوطء، فأما العقد، فعلى ضريين، مباح ومحظور.

فأما المباح، فلا خلاف أن له تأثيراً في تحريم المصاهرة، فإذا عقد الرجل عقد نكاح مباح على المرأة، فقد حرمت على أبيه وابنه. والأصل في ذلك ما قدمناه. وولد الولد، وإن سفل، وولد البنت وإن سفل، في ذلك بمنزلة الابن وأبو الأب وأبو الأم، وإن علا، في ذلك بمنزلة الأب والرضاع في ذلك كله بمنزلة النسب في تحريم حلال الأبناء، وما نكح الأباء من النساء.

٨٨ كتاب النكاح

مسألة: وأما العقد المكره، وهو المختلف في جوازه، فقد قال ابن القاسم في المدونة: فمن عقد نكاحاً مختلفاً فيه، ثم فسخ قبل البناء أنه لا يجوز لابنه أن يتزوجها.

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك: إن النكاح الفاسد على وجهين، أحدهما: ما يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده كنكاح الشغار، الذي سمي مهراً، والنكاح بالصداق المجهول أو إلى أجل غير مسمى أو إلى موت أو فراق أو النكاح بالخمر والخنزير، فإن هذا كله إذا انعقد به النكاح حرمت الزوجة على أبي الزوج وابنه، وإن كان النكاح محرماً في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله كنكاح الخامسة، والنكاح في العدة، ونكاح الأخت على الأخت، ونكاح المرأة على عمتها بنسب أو رضاع، ونكاح التحليل، ونكاح السر، فإن المرأة بذلك لا تحرم على أبي الزوج ولا على ابنه.

مسألة: في حكم الوطء بنكاح أو ملك يمين أو زنى، فأما الوطء بالنكاح، فإنه ينشر الحرمة على كل حال، حلالاً كان أو حراماً، ولذلك قلنا إن تزوج الأم على ابنتها حرام، لا خلاف فيه بعد البناء، ومع ذلك فإن أصابت الأم فيه تحرم البنت.

فرع: والالتذاذ بالمرأة يجرى في التحريم مجرى المسيس، وقد أشار إليه ابن حبيب في روايته عن مالك في واضحته.

ووجه ذلك أنه يجرم الربائب، فوجب أن يجرم حلالل الأبناء وحلالل الآباء كالوطء.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الزَّانَا فَإِنَّهُ لَا يُحَرِّمُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فَإِنَّمَا حَرَّمَ مَا كَانَ تَزْوِيجًا، وَلَمْ يَذْكَرْ تَحْرِيمَ الزَّانَا، فَكُلُّ تَزْوِيجٍ كَانَ عَلَى وَجْهِ الْحَلَالِ يُصِيبُ صَاحِبَةَ امْرَأَتِهِ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ التَّزْوِيجِ الْحَلَالِ، فَهَذَا الَّذِي سَمِعْتُ، وَالَّذِي عَلَيْهِ أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا.

الشرح: قد مضى الكلام فيما يجب من التحريم بالوطء على وجه النكاح، وأما الوطء على وجه الزنى، فقد اختلف قول مالك فيه، فقال في الموطأ: إن الزنى لا يجرم شيئاً من ذلك، وبه قال الشافعي، وهو قول ابن عباس وعروة بن الزبير وأبي ثور.

وروى ابن القاسم عن مالك فيمن زنى بأم امرأته أو بابنتها: أنه يفارق امرأته، ولا يقيم عليها. قال ابن القاسم: وكذلك عندي إذا زنى الرجل بامرأته لم ينبغ لأبيه أن يتزوجها أبداً، وبه قال أبو حنيفة وعطاء والشعبي والثوري وأحمد.

والدليل على صحة رواية الموطأ قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ [النساء:

كتاب النكاح ٨٩
[٢٣]، إلى آخر الآية ثم قال جل وعز: ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤]، ولم يذكر الزنى فى جملة ما وقع به التحريم.

ودلينا من جهة القياس أن هذا وطء لا يثبت به التحريم المؤقت، فلم يثبت به التحريم المؤبد كاللواط. قال القاضى أبو الحسن: يريد بالتحريم المؤقت العدة.

ودليل ثان، أن الحرمة حكم من أحكام النكاح الصحيح، فلم تثبت بالزنى كالإحصان والنفقة وإسقاط الحد، استدلووا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢]، وصيغة النكاح فى الوطء موضوع للوطء، فالظاهر يقتضى لعمومه أن كل امرأة وطئها الأب، فقد نهى عن وطئها ابنه.

والجواب أنه لا يجوز اعتبار هذا بالوطء الصحيح، وإن استويا فى فساد الصوم كما لا يجوز اعتباره به فى التحريم المؤقت، وثبوت النسب، ووجوب النفقة. وجواب آخر، وهو أن الأكل يجرى مجراه فى فساد الصوم، واللواط يجرى مجراه فى إفساد الحج، ولا ينشر شىء من ذلك الحرمة.

فصل: وقول مالك، رحمه الله: «لأن الله تعالى يقول: ﴿وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ فَإِنَّمَا حَرَّمَ مَا كَانَ تَزْوِيجًا، ولم يذكر تحريم الزنى»، يريد مالك رحمه الله، أن لفظ النساء إنما يخرج فى العرف والعادة إلى الزوجات، دون من يصاب من النساء على وجه الزنى؛ لأن لفظ النساء واقع على كل أنثى.

ومعلوم أنه لم يرد ذلك لثلاثة أوجه، أحدها: أنه قال: ﴿وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ وأمهات النساء من النساء، فلا يصح أن يراد بلفظ النساء جماعة النساء. والوجه الثانى: أنه لو أراد بذلك جماعة النساء؛ لحرمت كل امرأة لها بنت، وهذا باطل بإجماع. والوجه الثالث: أن عرف الاستعمال جار على أن إضافة المرأة إلى الرجل، تقتضى كونها زوجة له، فإذا قال إنسان: هذه من نساء فلان، فهم منه أنها من زوجاته. وكذلك إذا قال هذه: امرأة فلان، فهم منه أنها زوجته، ولذلك قال تعالى: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [الأحزاب: ٣٢]، والمراد بذلك أزواجه ﷺ وعلى هذا قال مالك، رحمه الله: إن المراد بقوله تعالى: ﴿وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ تحريم أمهات الزوجات.

قال: ولم يذكر تحريم الزنى، يريد لم يتناوله ذكر التحريم، ويحتاج فى إباحته إلى زيادة، وهو أنه إذا لم يتناوله التحريم، فيجب أن يتوقف فيه، حتى توجد أدلة الشرع

٩٠ كتاب النكاح
من غير الآية بما يحرمه أو يبيحه. وقد تقدم ما يتعلق به في الإباحة والتحريم، وهذا على قول من لا يقول بدليل الخطاب.

وأما على قول من يقول بدليل الخطاب، فإنه يصح تعلقه بالآية من جهة دليل الخطاب، وذلك أنه لما علق التحريم على أمهات الزوجات، دل ذلك على انتفائه من أمهات غير الزوجات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالوطء على ثلاثة أقسام، مباح، ومحرم، ووطء شبيهة. فأما المباح والمحرم، فقد بينا حكمهما في هذا الباب. وأما وطاء الشبيهة، فقد بلغني عن الشيخ أبي عمران أنه قال: لا نعلم بين أصحابنا خلافاً في أنه يحرم الأم والبنت. وروى يحيى بن عمر عن سحنون: أنه إذا وطئ ابنته في الليل يظنها زوجته، لم تحرم عليه زوجته.

فرع: إن قلنا إن الوطاء على وجه الزنى لا يحرم الأم والابنة. فقد قال بعض الصقلين فيمن مر بيده على فخذ ابنته، يظنها امرأته: تحرم عليه زوجته، ولو علم أنها ابنته، وتعمد ذلك دخله الخلاف فيمن زنى بختته، هل تحرم امرأته.

وبلغني عن الشيخ أبي عمران أنه قال: إن كانت الملموسة ممن يمكن أن يتلذذ بها، حرمت عليه امرأته لأننا لا نعلم خلافاً بين أصحابنا في وطاء الشبهة أنه تحرم.

واختلف في ذلك قول الشيخ أبي محمد، وكان أبو سعيد بن هشام وأبو القاسم بن شبلون وأبو القاسم الطائي يقولون: لا يقع بهذا تحريم.

فصل: وقوله، رحمه الله: «وكل تزوج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج الحلال» يريد أنه إذا كان عقد التزويج على وجه النكاح المباح، وإن لم يكن مباحاً في نفسه، لكنه قصد به النكاح، فإن إصابة الزوجة فيه تنشر من الحرمة ما تنشر الإصابة من التزويج الحلال.

وقد قال ابن حبيب: وكل وطاء حرام في هذا الباب أو غيره كان بنكاح شبيهة أو جهالة، فالحد فيه ساقط، والولد فيه لاحق، وما كان يتعمد بغير وجه شبهة نكاح ولا ملك، فالحد فيه واقع، والولد ساقط. ومعنى ذلك عندي أن يتزوج، وهو يعلم أن ما يعقده لا يستباح به البضع، والله أعلم.

* * *

نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه ما يكره

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَزْنِي بِالْمَرْأَةِ، فَيَقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ فِيهَا: إِنَّهُ يَنْكِحُ ابْنَتَهَا وَيَنْكِحُهَا ابْنُهُ إِنْ شَاءَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ أَصَابَهَا حَرَامًا، وَإِنَّمَا الَّذِي حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى مَا أَصِيبَ بِالْحَلَالِ أَوْ عَلَى وَجْهِ الشُّبْهَةِ بِالنِّكَاحِ، قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢].

قَالَ مَالِكٌ: فَلَوْ أَنَّ رَجُلًا نَكَحَ امْرَأَةً فِي عِدَّتِهَا نِكَاحًا حَلَالًا، فَأَصَابَهَا، حُرِّمَتْ عَلَى ابْنِهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، وَذَلِكَ أَنَّ أَبَاهُ نَكَحَهَا عَلَى وَجْهِ الْحَلَالِ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ فِيهِ الْحَدُّ وَيُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ الَّذِي يُوَلَدُ فِيهِ بِأَبِيهِ، وَكَمَا حُرِّمَتْ عَلَى ابْنِهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا حِينَ تَزَوَّجَهَا أَبُوهُ فِي عِدَّتِهَا وَأَصَابَهَا، فَكَذَلِكَ يَحْرُمُ عَلَى الْأَبِ ابْنَتَهَا إِذَا هُوَ أَصَابَ أُمَّهَا.

الشرح: قوله رحمه الله: «في الرجل يزني بالمرأة، فيقام عليه الحد فيها، أنه ينكح ابنتها» على ما تقدم من أن وطء الزنا لا ينشر الحرمة، وإن زنى بامرأة، فله أن يتزوج ابنتها، سواء أقيم عليه الحد في أمها أو لم يقم، ولا يخلو أن تكون ابنتها مخلوقة من غير مائه أو مخلوقة من مائه، فإن كانت مخلوقة من غير مائه مثل أن تكون ابنة من غيره، من نكاح أو سفاح، فهو الذي تقدم القول فيها أنها لا يجوز له أن يتزوجها، وقد تقدم من قول مالك في المدونة والواضحة: أن من زنى بالأم حرمت عليه ابنتها، وتقدم الكلام في ذلك يعني عن إعادته.

فرع: فإن قلنا بالمنع من ذلك، فتزوج البنت بعد الزنى بالأم، فقد قال ابن القاسم في المدونة: تفارقه، ولم يقل يقضى عليه بذلك. وقال ابن المواز: إنه لا ينبغي له ذلك، فإن فعل، جاز، ولم أحكم عليه بالفراق، وقد كرهه مالك وأجازه.

فصل: وإذا قلنا بالإباحة، وكانت البنت مخلوقة من مائه، مثل أن يكون زنى بها، فحملت منه وولدت جارية، فأراد أن يتزوجها، فقد حكى القاضي أبو الحسن أن ذلك جائز له، قال: وبه قال الشافعي.

وهذا إلى قاله القاضي أبو الحسن قد قال به من أصحابنا المتقدمين عبد الملك بن الماجشون.

وقال أبو حنيفة: هي حرام عليه لا يجوز له أن يتزوجها. واختلف أصحابه في علة

٩٢ كتاب النكاح

التحريم، فبعضهم يقول: حرمت عليه؛ لأنها ربيبة بنت امرأة وطئها بزنا، والزنا عندهم يجرم عليه الأم والبنت، وينشر تحريم المصاهرة، فعلى هذه العلة يجوز لأخى الزانى أن يتزوجها، وكان أبو بكر الرازى، يقول: إنها حرمت عليه؛ لأنها ربيبة وخلقت من مائه، فعلى هذه العلة لا يجوز لأخى الزانى أن يتزوجها؛ لأنه عمها.

ودليلنا أن هذا معنى لا يوجب نسباً ولا تحريم مصاهرة، فلم يمنع النكاح بين الأحرار. والمشهور من المذهب أن ذلك غير جائز.

قال سحنون فى قول ابن الماجشون: هذا خطأ صراح: وما علمت من قاله من أصحابنا معه. وقال ابن المواز: لا يتزوج ابنته من الزنا، وأباه أصبغ وابن عبد الحكم فى ظنى ومكروهه بين.

ووجه ذلك أنها من زنا محرم الولد على من ولده كالولد على الأم، وهو معنى ما تقدم من أنها خلقت من مائه.

فصل: وقوله: «وينكحها ابنه إن شاء» يريد لأنه أصابها حراماً. وقد قال فى المدونة: ليس لابنه أن يتزوجها، وقد تقدم الكلام فى مثل ذلك.

فصل: وقوله: «وإنما الذى حرم الله تعالى ما أصيب بالحلل على وجه شبهة النكاح» يريد أن ما كان من الوطء على هذا الوجه، فهو الذى يقع به التحريم من جهة المصاهرة دون ما يكون من لفظ الحرام، ويقتضى قوله ذلك، أن الوطء فى شبهة النكاح حلال، ولذلك قال: ما أصيب بالحلل على وجه شبهة النكاح.

ومعنى ذلك أنه حلال من جهة القصد، ولو أن رجلاً تزوج امرأة بشبهة نكاح، فوطئها حائضة أو محرمة أو صائمة لنشر هذا الوطء عندى الحرمة، وإن لم يكن مباحاً، بل هو وطء حرام محظور، لكن تحريمه ليس لتعريفه عن شبهة النكاح، وإنما هو بمعنى غيره، والله أعلم.

فصل: وقول مالك، رحمه الله تعالى: «قال الله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾»، وهذه الآية ذكر القاضى أبو إسحاق عن جماعة من أهل العلم، أن عقد الرجل على المرأة يجرمها على ابنه دون استمتاع ولا بناء، وهو مذهب مالك. وإنما يراعى الاستمتاع والوطء فى العقد الفاسد. وقال القاضى أبو إسحاق فى قوله تعالى: ﴿إلا ما قد سلف﴾ [النساء: ٢٢]، يريد والله أعلم قبل التحريم، فهم غير مؤخذين به، والله أعلم.

كتاب النكاح ٩٣
فصل: «فلو أن رجلا نكح امرأة في عدتها نكاحًا حلالاً» يريد أن عقد النكاح وقع على الوجه المباح، وجود الولي والإيجاب والقبول وصحة المهر، وغير ذلك من شروط الصحة وأوصافها، فإن لم يكن مباحًا من جهة العدة. قال: «فأصابها حرمت على ابنه أن يتزوجها». ووجه ذلك أن الوطاء وجد منه في شبهة النكاح، فأوجب ذلك تحريم الموطوءة على ابن الواطئ.

قال مالك: «وذلك أن أباه نكحها على وجه الحلال، لا يقام فيه الحد، ويلحق به الولد الذي يولد فيه بأبيه» يريد أن أحكام النكاح الصحيح ثابتة في هذا النكاح إذا أصيب به، وإن كان فاسدًا لمصادفة زمن من العدة، وتحريم المصاهرة من أحكام النكاح الصحيح، فوجب أن يثبت بالإصابة فيه، وإنما يريد أنه غير عالم بأنها معتدة أو عالم بالتحريم.

فأما إذا كانا عالمين بالتحريم، فإن حكمه عندي يمتثل من الخلاف ما ذكر قبل هذا في تحريم التأيد، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وكما حرمت على ابنه أن يتزوجها حين تزوجها أبوه في عدتها وأصابها فكذلك تحرم على الأب ابنتها إذا هو أصاب أمها» يريد أن ثبوت بعض التحريم في هذا النكاح، يقتضى ثبوت سائره.

* * *

جامع ما لا يجوز من النكاح

١١٠٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الشُّغَارِ.

وَالشُّغَارُ أَنْ يُزَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوَّجَهُ الْآخَرُ ابْنَتَهُ، لَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ^(١).

١١٠٣ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٢٠. ومسلم فى النكاح ٢٥٣٧. والترمذى فى النكاح

١٠٤٣. والنسائى فى النكاح ٣٢٨٠، ٣٢٨٢. وأبو داود فى النكاح ٣٢٨٠، ٣٢٨٣.

(١) قال السيوطى: قال الشافعى: لا أدرى هذا التفسير من كلام النبى ﷺ أو ابن عمر أو نافع أو مالك حكاه البيهقى فى المعرفة. وقال الخطيب وغيره هو قول مالك وصله بالمتن المرفوع، بين ذلك ابن مهدي والقعنبي ومحرز بن عون فيما أخرجه أحمد، وقال الحافظ ابن حجر: الذى تحرر أنه من قول نافع بينه يحيى بن سعيد القطان عن عبيد الله بن عمر قال: قلت: لنافع ما الشغار فذكره. انظر: تنوير الحوالك ٨/٢.

٩٤ كتاب النكاح

قوله: «إن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح الشغار»^(٢) هو النكاح المذكور في الحديث، وهذا يقتضى تحريم نكاح الشغار وفساده، فيجب إن وقع أن يفسخ.

قال الشيخ أبو الحسن: إنما اختلف قول مالك في الشغار لاختلاف الناس في معنى الشغار؛ لأن المتفق عليه من لفظ الحديث هو قوله: نهى عن الشغار، وباقي الحديث يجعلونه من تفسير نافع.

قال الشيخ أبو عمر: لا خلاف في المنع من العقد، وإنما الخلاف في فسحه لاختلافهم في أن النهى يقتضى فساد المنهى عنه، والله أعلم. ويقول مالك فيه قال عطاء والشافعي وروى عن أنس. وقال أبو حنيفة: الشغار جائز، وفيه مهر مثل.

والدليل على ما نقوله نهيه ﷺ عن الشغار، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه. ودليلنا من جهة القياس أن هذا ملك بضع ابنته شخصين الناكح وابنته، وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج ابنته من رجلين.

فرع: إذا قلنا إنه يفسخ إن وقع، ففي المدونة عن ابن القاسم أنه يفسخ قبل البناء بعده، وإن ولدت الأولاد. قال: وقال مالك: يفسخ على كل حال. وقد روى علي بن زياد عن مالك في غير المدونة: يفسخ قبل البناء ولا يفسخ بعده.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندي أن يكون الخلاف في هذا مبنياً على اختلاف قول مالك في فسح النكاح بغير مهر بعد البناء، وقد أشار إليه القاضي أبو إسحاق، وقد يحمل عليه غير هذا مما نبينه، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا لم يكن في الجنبتين ذكر مهر، فإن كان فيهما ذكر مهر مثل أن يقول: أزوجك ابنته بمائة، على أن تزوجني ابنتك بمائة، فالمشهور من المذهب أنه لا يجوز.

(٢) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٩٣/٧: للشغار في اللغة معنى لا مدخل له هاهنا، وذلك أنه مأخوذ عندهم من شجر الكلب إذا رفع رجله للبول، وذلك زعموا، لا يكون منه إلا بعد مفارقة حال الصغر إلى حال يمكن فيها طلب الوثوب على الأنتى للنسل، وهو عندهم للكلب إذا فعله علامة بلوغه إلى حال الاحتلام من الرجال، ولا يرفع رجله للبول إلا وهو قد بلغ ذلك المبلغ، يقال: منه شجر الكلب يشجر شجرًا، إذا رفع رجله فبال أو لم يبل، ويقال: شجرت بالمرأة أشجرها شجرًا إذا رفعت رجلها للنكاح. فهذا معنى الشغار في اللغة؛ وأما معناه في الشريعة، فإن ينكح الرجل رجلاً وليته على أن ينكحه الآخر وليته بلا صداق بينهما، على ما قاله مالك، وجماعة الفقهاء.

كتاب النكاح ٩٥

وفى المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن أبي حازم، فى الرجل يزوج الرجل ابنته، وبتكحه الآخر ابنته، ويضع كل واحد منهما من الصداق لصاحبه: أنه لا بأس بذلك، ولو وضع الصداق كله كان شغاراً.

ووجه القول الأول أنه قد جعل بضع كل واحدة من البتتين ملكاً للزوج الذى تزوجها والبت الأخرى ملك الزوج بالنكاح وملكه الأخرى؛ لأنه بعض مهرها، وذلك يمنع صحة النكاح.

ووجه الرواية الثانية أنه قد سمي لكل واحدة من البضعين ما يصح أن يكون مهراً، فخرج بذلك عن أن يكون الآخر عوضاً منه، فصح العقد، والله أعلم.

فإذا قلنا برواية المنع، ففي المدونة أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده. والفرق بينه وبين حقيقة الشغار إذا قلنا بقول ابن القاسم، أنه يفسخ بعد البناء، أن فى العقد ما يصح أن يكون مهراً وشرطاً، يكون معه ما لا يصح أن يكون مهراً، فدخل الفساد بذلك فى المهر، وحكم ذلك أن يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، وأما إذا عرا عن المهر، فالفساد فى العقد لما قدمناه، والله أعلم.

مسألة: فإن سمي إحداهما مهراً، ولم يسم للأخرى مهراً، مثل أن يقول: أزوجك ابنتى بمائة، على أن تزوجنى ابنتك دون مهر، فسخ العقدان قبل البناء، ويفسخ بعد البناء عقد التى لم يسم لها مهر، ويثبت عقد الأخرى.

ووجه ذلك ما قدمناه من الفرق بين التى سمي لها مهر، والتى لم يسم لها مهر، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالفساد دخل فى النكاح لفساد العقد ولفساد المهر، فأما فساد العقد، فمثل نكاح المتعة، ونكاح الشغار على أحد القولين، فإذا تعلق الفساد بالنكاح لعقده فسخ قبل البناء وبعده، ووجب فيه بالدخول المهر المسمى.

وفى المدونة فى النكاح الذى ينقصد على الخيار، روايتان، إحداهما: يفسخ قبل البناء وبعده. والثانية: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، والفساد فى هذا النكاح من جهة العقد، فيجب أن يكون ذلك على روايتين، والله أعلم.

فصل: وقوله: «والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته» ظاهره أنه من جملة الحديث، وعليه يحمل حتى يرد ما يبين أنه من قول الراوى، وقد تقدم الكلام فيه.

٩٦ كتاب النكاح

مسألة: والشغار في الأختين كالشغار في الابنتين والأميتين، وهو ظاهر المدونة. وقد قال بعض الناس: إن ذلك يختص بالابنتين البكرين، وهما من لا يعتبر برضاه في النكاح، ويجبر عليه.

وأما من يعتبر رضاه، فلا يدخله الشغار، وإنما هي كالتى تتزوج بغير صداق، فيفسخ البناء، ويثبت بعده، على الاختلاف في ذلك. وفي المدونة: إثبات حكم الشغار في المولاتين، والمولاتان لا يجبران على النكاح، ولو سلم له ما قاله للزمه أن لا فرق بين نكاح الشغار وبين النكاح بغير صداق من الوجه الذى ذكره؛ لأن الخلاف فى فسخ نكاح الشغار بعد البناء موجود كما هو فى فسخ النكاح، والله أعلم.

١١٠٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَمُجَمِّعِ بْنِ يَزِيدَ بْنِ حَارِثَةَ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ خُنَسَاءَ بِنْتِ خِدَامِ الْأَنْصَارِيَّةِ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَدَّ نِكَاحَهُ.

الشرح: قوله: «إن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك» يريد أن أباهما عقد نكاحها، وهي ثيب دون أن يستأذنها، وذلك يكون على ضربين، أحدهما: أن يعقد نكاحها، ويوفقه على إجازتها، والثانى: أن يعقد نكاحها ويلزمها إياه، وإن كرهت ذلك.

فأما النكاح الموقوف، فقد حكى القاضى أبو الحسن أن قول مالك اختلف فيه، فأجازه مرة إذا أجزى بالقرب. وقال مرة: إنه لا يجوز. وقال أبو حنيفة فى النكاح الموقوف: ينعقد ويقف على الإجازة، فإن وجدت الإجازة صح ونفذ، وإن لم تقع الإجازة بطل كقولنا. وقال الشافعى: النكاح الموقوف بوجه.

والدليل على صحة جواز النكاح الموقوف من جهة القياس أن يكون النكاح موقوفاً على إجازة يجيز لا يمنع صحته. أصل ذلك إذا كان موقوفاً على القبول. ودليل ثان أن هذا عقد يصح أن يقف على الفسخ، فجاز أن يقف على الإجازة كعقد الوصية.

مسألة: إذا قلنا بصحة النكاح الموقوف، فصفة النكاح الموقوف الذى ذكره أصحابنا

١١٠٤ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٤٣. والنسائى فى النكاح ٣٢١٤. وأبو داود فى النكاح ١٧٩٧. وابن ماجه فى النكاح ١٨٦٣. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٥٦٠. والدارمى فى النكاح ٢٠٩٥، ٢٠٩٦.

كتاب النكاح ٩٧

فى المدونة وغيرها أن يعقد الولى على وليته، ويشترط إجازتها، ويذكر أنه لم يستأذنها بعد، وأنه قد أمضى ما بيده من ذلك، وأنها إن أجازت فالنكاح من قبل الولى قد نفذ. وقال القاضى أبو الحسن: إنه يصح أن يعقد النكاح الموقوف على إجازة الولى، أو إجازة الزوج، أو إذن المرأة فيه. وقد ذكرنا صفة وقفه على إذن المرأة، وهو الذى يذكر أصحابنا جوازه.

فرع: إذا قلنا يجوز النكاح الموقوف، فإنه على ضربين، أحدهما أن يعقد الولى إليه من العقد، ويفعل مثل ذلك الزوج، ويبقى ما إلى الزوجة من ذلك، وكذلك لو أنفذ الزوج ما إليه من القبول، وبقي العقد موقوفاً على الإيجاب، فهذا موقوف أحد طرفيه على الآخر.

والثانى أن يكمل الولى العقد عن نفسه وعن المرأة على أن للمرأة الخيار، فهذا موقوف طرفاه على الخيار. وقال القاضى أبو الحسن: لا فرق فى القياس بين إجازته بالقرب أو بعد البعد، وإنما استحسنت فسححه إذا بعد وإجازته إذا قرب؛ لأن اليسير يجوز فى الأصول كيسير العمل فى الصلاة.

وهذا الذى قاله صحيح فى النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة، لا فرق بين قرب الإجازة ولا بعدها فى النكاح، وكذلك قال القاضى أبو الحسن: إن القياس عندى أنه لا يجوز النكاح الموقوف بخلاف البيع الموقوف؛ لأن النكاح ينافيه الخيار، ولا ينافى البيع.

وما قاله بعد ذلك من أن إجازته فى قريب المدة دون بعيدها استحسان كإجازة يسير العمل فى الصلاة دون كثيره، فإن ذلك عندى فيه نظر، وذلك أن إجازة يسير العمل فى الصلاة دون كثيره ليس من الاستحسان الذى ذهب إليه، بل الحق الواجب والفرض اللازم والقياس الصحيح الثابت.

وذلك أن العمل الكثير ينافى الصلاة بإجماع؛ لأن من حكمها وفروضها الاتصال، والعمل الكثير يمنع من ذلك، ويسير العمل لا يمكن الاحتراز منه، فلذلك فرق بين يسير العمل وكثيره فى الصلاة.

والنكاح الموقوف طرفاه على الإجازة قد وجد جميعه، فإن كان وقع عقده صحيحاً فيجب أن يجوز، طالبت مدته أو قصرت، وإن كان وقع فاسداً، فقد فسد فى الوجهين.

٩٨ كتاب النكاح

ولذلك قلنا إنه يجوز البيع الموقوف، وإن طالت المدة، وإنما يفترق ذلك فى النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر؛ لأن من سنة النكاح اتصال أحد طرفيه بالآخر، ولا بد فى ذلك من يسير مهلة؛ لأنه لا يستطيع أن يؤتى بالقبول بعد الإيجاب بغير فصل، ولا يفسده تأخر المدة اليسيرة، فلذلك كان كثير المدة يمنع انعقاده ويسيرها، لا يمنع ذلك كالعمل فى صلاة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فيجب أن يكون فى النكاح الموقوف طرفاه على الإجازة، قولان، أحدهما: الجواز على كل وجه. والثانى: المنع على كل وجه، وهو الصحيح عندى. وقد اختاره القاضى أبو الحسن.

وأما النكاح الموقوف أحد طرفيه على الآخر، ففى كراهية ما قرب منه قولان، قد تقدم ذكر من أحازه. وروى أبو زيد فى العتبية قول ابن القاسم فى الجارية يزوجه الولى على أن رضيت، قال: يفسخ ذلك، وإن كانت قرية، قيل: فإن دخل بها، قال: ما أدرى، كأنه ضعف الفسخ بعد البناء، ولم يره.

ولا خلاف على هذا فى صحته وإنما الخلاف فى كراهيته وفيما بعد من المدة قولان، أحدهما: الجواز، والآخر: الإبطال، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا إنه يجوز فى قصير المدة دون طويلها، فقد روى ابن حبيب عن مالك فى الرجل يزوج ابنته أو البكر أو الثيب ولا يستأمرها ثم يستأمرها سرًا أو يبلغها، فترضى.

فإن كان بقرب تزويجه، وكسنت معه فى البلد أو الموضع، فإن ذلك جائز، وإن كانت بغير البلد أو كانت بعيدة عن موضعه، وإن جمعها البلد أو تباعد ما بين تزويجه إياها بغير أمرها، وبين أن علمت فرضيت، وإن جمعها البلد والموضع، فلا يجوز بشرط ثلاثة معان، اجتماعهما فى البلد والموضع، وقرب مدة الرضا، ولم يعتبر مقدار القرب فى مدة الرضا.

وقال عن مالك فى الذى يزوج ابنه الكبير الحاضر بغير علمه: أنه إن رضى بجدثان العقد، فإنه يجوز، وإن كان رضاه بعد ذلك باليوم أو الأيام، فذلك غير جائز. وفى العتبية من سماع ابن القاسم فىمن زوج أخته أو ابنته البكر، وهى معه فى البلد مقيمة ثم تخير فترضى: أن مالكا أحازه، وإذا كانت ثابتة عنده فى البلد، فلما علمت رضيت، لم يجز هذا النكاح.

كتاب النكاح ٩٩

فيل لسحنون ما معنى قوله: معه فى البلد، أن يكونا فى حصن واحد أو هى بعيدة والبلد يجمعهما، فقال: بل فى حصن واحد، أو بينهما قريب من البريد واليوم وشبهه، والقلزم من مصر ما هو بكثير، وبينهما يومان إذا أرسل إليها فى فور ذلك فأجازت، فأما مثل الإسكندرية وأسوان، فلا يجوز ذلك وإن أجازته، وقاله أصبغ.

فالخلاف بين رواية ابن حبيب وقول سحنون فى موضعين، أحدهما: أن ابن حبيب شرط فى صحة ذلك أن يكونا فى موضع واحد من البلد، يريد الحصن الواحد أو القرية، ولم يشترطه سحنون وجوز ذلك، وإن لم يكونا فى موضع واحد منه، والثانى أن ابن حبيب جعل اليوم الواحد فى حيز الكثير المانع من صحة العقد، وجعل سحنون اليوم واليومين فى حيز القليل والكثير الخمسة الأيام والثمانية، والله أعلم.

فرع: وأما القولان فى طويل المدة، فقد روى ابن حبيب عن مالك فى الذى يزوج ابنته الثيب البائنة عنه، فترضى إذا بلغها ما فعل أبوها: أنه لا يقام على ذلك النكاح قبل البناء ولا بعده.

ولأصبغ فى ذلك قولان فى كتاب محمد، أحدهما: أنه يفسخ بعد البناء كقول مالك، والثانى: أنهما يؤمران بالفسخ قبل البناء، ولا يجبران عليه. قال أصبغ: وقد اختلف قول مالك فيه فقال إن أجازته، جاز. وقال أيضًا: لا أحب المقام عليه.

ووجه رواية ابن حبيب أنها مبنية على أن تأخير أحد طرفى النكاح عن الآخر المدة الطويلة، يوجب فساده؛ لأنه نوع من الخيار الذى ينافى النكاح؛ لأنه خارج عن المعتاد من إبطال أحد طرفى العقد بالآخر أو مقارنته له.

ووجه قول أصبغ فى منع الجبر على الفسخ أنه مبنى على تجويز هذا النكاح على كراهيته، وذلك أن الخيار الذى ينافى النكاح، إنما هو الخيار بعد وجود طرفى النكاح، وأما الخيار بعد وجود أحد طرفيه لمن بيده الطرف الآخر من الإيجاب أو القبول، فلا يصح أن يعدى النكاح منه، وإذا لم يصح وجوده دونه لم تصح مناقضته له كخيار الرد بالعيب.

فصل: وقوله: «وهى ثيب، فكرهت ذلك، فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحها» ظاهر فى أنه ليس للأب أن يزوج ابنته الثيب إلا بإذنها ورضاه، وهذا حكم الأب، وإن كانت ثيبًا سفية غير مالكة أمرها فى مالها، فإنها تملك أمر نكاحها، وكذلك سائر الأولياء معها، لأنه إذا كان هذا حكم الأب الذى يملك النظر فى ماله، فبأن لا يملك غيره إجبارها أولى.

١٠٠ كتاب النكاح
وهذا الجبر ورد في حكم خنساء بنت خدام كانت تحت أنيس بن قتادة الأنصاري،
فقتل عنها يوم أحد، فزوجها أبوها من رجل من بنى عمرو بن عوف، فرد رسول الله
ﷺ نكاحها لما كرهته، ونكحت أبا لبابة بن عبد الخدرى.

١١٠٥ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَتَى بِنِكَاحٍ لَمْ
يَشْهَدْ عَلَيْهِ إِلَّا رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ، فَقَالَ: هَذَا نِكَاحُ السَّرِّ وَلَا أُجِيزُهُ، وَلَوْ كُنْتُ تَقَدَّمْتُ
فِيهِ لَرَجَمْتُ.

الشرح: قوله: «أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة» يريد أنه انفرد بالشهادة
عليه رجل وامرأة، ولم يشهد به سواهما، وفي هذا بابان، أحدهما: مقارنة الشهادة
لعقد النكاح. والثاني: ذكر من يثبت بشهادته عقد النكاح.

* * *

الباب الأول في مقارنة الشهادة لعقد النكاح

أما مقارنة الشهادة لعقد النكاح، فلا خلاف أنه الأفضل لاختلاف الناس في عد
ذلك عندنا شرطاً في صحة النكاح، ويجوز عندنا أن ينعقد النكاح بغير شهادة، ثم يقع
الإشهاد به بعد ذلك، وبه قال عبد الله بن عمرو وعروة بن الزبير وعبد الله بن الزبير
والحسن بن علي، ومن المحدثين عبد الرحمن بن مهدي وزيد بن هارون.
وقال أبو حنيفة: لا بد من شاهدين، وإن كانا فاسقين أو أعميين أو محدودين في
قذف، ويجوز فيه رجل وامرأتان.

وقال الشافعي: من شرط صحة النكاح مقارنة الشهادة لعقده، فإن عرا عن الشهادة
حين العقد، وجب فسخه لفساده، وأقل ذلك شاهدا عدل، وبه قال الأوزاعي والثوري
وابن حنبل، وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن البصري والنخعي.

والدليل على ما نقوله على ما رواه البخاري، قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا إسماعيل
بن جعفر، عن حميد، عن أنس «أقام النبي ﷺ بين خيبر والمدينة ثلاثاً بنينا عليه بصفية
بنت حبي ودعوت المسلمين إلى وليمة، فما كان فيها من خبز ولا لحم أمر بالأنطاع،
فألقي فيها من التمر والأقط والسمن، فكانت وليمته، فقال المسلمون: إحدى أمهات
المؤمنين أو مما ملكت يمينه؟ فقالوا: إن حجبتها، فهي من أمهات المؤمنين، وإن لم

١١٠٥ - أخرجه البيهقي في السنن والآثار ١٠/١٠٣٦٤٠. الشافعي في الأم ٥/٢٢. وذكره ابن عبد

البر في الاستذكار برقم ١٠٨٧.

كتاب النكاح ١٠١
يحجبها، فهي مما ملكت يمينه، فلما ارتحل وطأ لها خلفه، وسدل الحجاب بينها وبين
الناس^(١).

فوجه الدليل من هذا الحديث أن أصحاب النبي ﷺ قالوا: إن حجبها، فهي من
أمهات المؤمنين، ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك بالإشهاد.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا عقد لاستباحة البضع، فلم يفتقر إلى الشهادة
كالرجعة وشراء الأمة. ودليل ثان، فإن هذا عقد على منفعة، فلم تكن مفارقة الشهادة
شرطاً في صحته كالإجارة.

مسألة: وإذا عقد النكاح ولم يحضره شهود، ثم أقرأ وأشهد عليه قبل البناء لم يفسخ
النكاح، وإن بنى ولم يشهد، فقد روى محمد بن أحمد عن مالك يفرق بينهما. ورواه
ابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك إن تعرى عقد النكاح من الشهادة لا ذريعة فيه إلى الفساد، وتعرى
الوطء والبناء من الشهادة فيه الذريعة إلى الفساد، فمنع منه لذلك، ولو جاز لكل من
وجد مع امرأة في خلوة أو أقر بجماعها أن يدعى النكاح لارتفع حد الزنا عن كل زان،
والتعزير في الخلوة، فمنع من ذلك ليرتفع هذا المعنى، فمتى وقع البناء على الوجه
الممنوع، فسخ ما ادعى من النكاح.

قال ابن القاسم: إن دخل ولم يشهد إلا شاهداً واحداً، فسخ النكاح ويتزوجها بعد
أن تستبرئ بثلاث حيض إن أحب.

فرع: وهل عليهما حد لما تقدم من المسيس؟ روى ابن حبيب عن ابن الماجشون
وأصبح أنه إن كان أمرهما فاشياً درء الحد عنهما، عالين كانا أو جاهلين، والشاهد
الواحد على نكاحهما أو معرفة بنائهما باسم النكاح وذكره وإظهاره كالأمر الفاشي
من نكاحهما.

قال ابن حبيب: وقد كان ابن القاسم يقول: إن كانا ممن لا يعذران بجهالة حدا، وإن
كان أمرهما فاشياً.

وجه قول ابن الماجشون أن الإفشاء في النكاح والإعلان به أبلغ في إظهاره من
الإشهاد؛ لأنه لو انفرد الإشهاد، واقترب به الكتمان لفسد العقد، وبالإعلان يفارق صفة
الزنا، ويمتنع فساده، فإذا وجد الإعلان به انتفى الحد.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٥٠٨٥، ٥١٥٩. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٣٨٢.

أحمد في المسند حديث رقم ١٣٣٧٥

١٠٢ كتاب النكاح .
وروجه قول ابن القاسم أن الإفشاء والإظهار إذا قصر عن الثبوت، فهو فى حكم
الكتمان والاستسار الذى يفسد به العقد مع أنه لا يعلم الإمام الذى يرفع إليه ذلك،
فشق هذا الأمر إلا بيينة تشهد عنده بذلك، والله أعلم.

* * *

الباب الثانى فى صفة من يثبت النكاح بشهادته

لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال، ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين.
والدليل على ما نقوله قوله تعالى فى الطلاق وقيل فى الرجعة: ﴿وأشهدوا ذوى
عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢]، والأمر يقتضى الوجوب.
ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى يثبت حكماً فى البدن، فإذا لم يثبت بشهادة
النساء بانفرادهن، لم يثبت بشهادتهن مع الرجال كالحذوذ والقصاص. ودليل ثان،
وهو أن هذا جنس لا يثبت النكاح باثنين منه، فلم يكن له مدخل فى الشهادة به
كالبيد والفساق.

فصل: وقول عمر رضى عنه: «هذا نكاح السر، ولا أجزئه» يقتضى أن هذا من
جملة النكاح غير أن تعليقه لمنعه بأنه من نكاح السر.

وقد اختلف الفقهاء فى نكاح السر، فمنع منه مالك، وقال: إنه يفسخ، إن وقع،
وبه قال الزهرى ويحيى بن سعيد الأنصارى. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يفسخ.
واستدلال أصحابنا فى ذلك بما رواه عبد الله بن وهب، أخبرنى عبد الله بن الأسود
القرشى عن عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «أعلنوا
بالنكاح»^(٢).

ودليلنا من جهة المعنى أنه لا خلاف أن الاستسار بالنكاح ممنوع لمشابهة الزنا الذى
يتواطأ عليه سرًا، فيجب أن لا يجوز النكاح إلا على وجه يتميز من الزنا، ولذلك شرع
فيه ضرب من اللهو والوليمة لما فى ذلك من الإعلان فيه:

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن الذى يراعى فيه ترك التواطؤ على الكتمان. ومعنى ذلك
عقده دون ذكر كتمان ولا إعلان، فمتى عقد على هذا، فهو صحيح حتى يقترن به
التواطؤ على الكتمان.

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٠٨٩. ابن ماجه حديث رقم ١٨٩٥.

كتاب النكاح ١٠٣
وقد اتفقنا على أنه لا بد من أن يقترن بعقد النكاح أحد أمرين، الإشهاد عند من يخالفنا، أو ترك التواطؤ على الكتمان عندنا، وقد اتفقنا على أن النكاح يختص بهذا المعنى دون سائر العقود، وكل ما يلزمنا المخالف في مسألتنا مقارنة الإشهاد لعقد النكاح، والأحاديث في ذلك متقاربة الأسانيد لا يكاد يصح شيء منها.

وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه وما شاع منه بحضرة الصحابة يقوى المنع من الكتمان، ويرجح من جهة المعنى، فإنه لا بد من مراعاة صفة يتميز بها النكاح من السفاح، ونحن لا نراعى نفي الكتمان؛ لأنه من أحكام الزنا الذى لا يكاد يفارقها، ويراعى الإشهاد به فى صحة الوطء ومفارقتة للزنا، فكان ذلك أولى من مراعاة الإشهاد فى نفس العقد خاصة، لأنه لا فرق بين الإشهاد فى نفس العقد أو بعده، وتصحيح الوطء والتميز بينه وبين وطء الزنا.

ووجه ثان من الترجيح، وهو أننا لا نشترط زيادة على إطلاق العقد فى صحته، وإنما نتقى إحداث صفة تشابه صفة الزنا، وهى التواطؤ على الكتمان.

والشافعى يقول: إن إطلاق العقد لا يصح عنده حتى يشترط معنى آخر، وهو الإشهاد، ويصح إذا اتفقا على صفة ليست من مقتضى العقد وبها يشابه الزنى، وهو الكتمان، فكان ما قلناه أولى لأن كل عقد صحيح فى الشريعة، فإن إطلاقه للعقد مع من يصح عقده منه يقتضى الصحة كالبيع والإجارة والمساقاة وغيرها.

فروع: وكل نكاح استكتمه شهوده، فهو من نكاح السر، وإن كثر الشهود، رواه ابن حبيب وعمر عن مالك. قال عيسى: سمعت ابن القاسم فى المسجد الجامع بمصر، يقول: لو شهد عليه من الرجال على هذا المسجد، ثم استكتموا، كان نكاح سر. قال أصبغ: وهو الحق.

وروى ابن مزين عن يحيى قال: لا يكون نكاح السر إلا فى مثل الذى وقع بعهد عمر بن الخطاب رجل وامرأة، فأما أن يشهد فيه رجلان عدلان فصاعداً، فهو نكاح حلال جائز، وإن استكتم ذلك الشهود؛ لأنه إذا علمه عدلان فصاعداً، فليس بسر، وبه قال الشافعى.

ووجه القول الأول أنه معقود على الكتمان الذى ينافى النكاح، ويشابه التسبب إلى الزنى، وإن اتفق الزوجان والأولياء على الكتمان، ولم يعلم بذلك الشهود، فهو نكاح السر، قاله ابن حبيب. ووجه ما قدمناه.

١٠٤ كتاب النكاح

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «ولو كنت تقدمت فيه لرجمت» قال ابن حبيب: إنما هذا من عمر رضى الله عنه على وجه التشديد في الزجر عنه والمنع منه، ولا رجم ولا حد إذا وقع، ولكن العقوبة. وروى محمد عن ابن وهب يعاقب الشاهدان إن أتيا ذلك عن معرفة أنه لا يصلح، وإن جهلا ذلك لم يعاقبا، زاد ابن حبيب: ويعاقب الناكح والمنكح.

قال القاضي أبو الوليد: ويحتمل عندي في قول عمر رضى الله عنه أنه يوجب الحد فيه، إذا لم يقع الإشهاد به، وظهر بهما بعد البناء والإقرار بالوطء من غير إعلان، ولا إشهاد.

وكذلك روى أن قول عمر إنما كان في امرأة مولدة، تزوجها ربيعة بن أمية الجمحي، نكاح سر، فحملت منه، فدرأ عنهما عمر رضى الله عنه لما لم يكن تقدم في ذلك، ولما قدر بهما من الجهل بمنعه، فيكون قول عمر: «لو كنت تقدمت فيه لرجمت» أنه لو تقدم في ذلك تقدماً لمنع هذين الناكحين علمه، ولا يكونان ممن يجهل حكمه فيه لرجمتهما، لما ظهر من حمل المرأة دون بينة تشهد بعقد النكاح.

١١٠٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَعَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ طَلِيحَةَ الْأَسَدِيَّةَ كَانَتْ تَحْتَ رُشَيْدِ الثَّقَفِيِّ، فَطَلَّقَهَا فَكَحَّتْ فِي عِدَّتِهَا فَضَرَبَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَضَرَبَ زَوْجَهَا بِالْمِخْفَقَةِ ضَرْبَاتٍ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ فِي عِدَّتِهَا، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا الَّذِي تَزَوَّجَهَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ اعْتَدْتُ بِقِيَّةِ عِدَّتِهَا مِنْ زَوْجِهَا الْأَوَّلِ، ثُمَّ كَانَ الْآخِرُ خَاطِبًا مِنَ الْخَطَّابِ، فَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ اعْتَدْتُ بِقِيَّةِ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ، ثُمَّ اعْتَدْتُ مِنَ الْآخِرِ ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا.

قَالَ مَالِكٌ: وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: وَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْهَا.

الشرح: قوله: «إن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها فنكحت في عدتها» يريد أنه طلقها بعد البناء بها، ويحتمل أن يكون طلاقها رجعيًا، ويحتمل أن يكون بائنًا، فإن كان طلاقها رجعيًا، فإن نكاح غيره لها ممنوع في العدة منه، وإن كان

١١٠٦ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤٤١/٧. عبد الرزاق في المصنف ٢١٠/٦. وذكره ابن

عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٨٨.

كتاب النكاح ١٠٥
طلّاقه إياها بائنًا، فإن نكاح غيره ممنوع عدتها، ونكاحه ممنوع فى العدة وبعدها حتى تنكح زوجًا غيره.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وقوله تعالى: ﴿والملقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ومعناه التربص عن النكاح.

فصل: وقوله: «فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالمخفقة ضربات» يريد على وجه العقوبة لهما لما ارتكباها من المحذور، وهو النكاح فى العدة.

وقد قال ابن حبيب فى التى تنزّوج فى العدة فيمسها الزوج أو يقبل أو يياشر أو يغمز أو ينظر على وجه اللذة: أن على الزوجين العقوبة، وعلى الولى وعلى الشهود من علم منهم أنها فى عدة، ومن جهل منهم ذلك، فلا عقوبة عليه.

وقال ابن المواز: على الزوجين الحد، إن كانا تعمداً ذلك، فيحتمل قول ابن حبيب على من علم بالعدة، ولعله جهل التحريم ولم يتعمد ارتكاب المحذور، فذلك الذى يعاقب. وعلى ذلك كان ضرب عمر رضى الله عنه المرأة وزوجها بالمخفقة ضربات، وتكون العقوبة والذنب بحسب المعاقب، ويحمل قول ابن المواز على أنهما علما التحريم وتقحما ارتكبا المحذور جرأة وإقدامًا واستخفافًا. وقد قال الشيخ أبو القاسم: أنهما روايتان فى المتعمد، إحداهما: يحد، والثانية: لا يعاقب ولا يحد.

فصل: قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «أيما امرأة نكحت فى عدتها، فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم كان الآخر خاطبًا من الخطاب»، فأمر بذلك عمر بن الخطاب على سبيل تعليم من يجهل ذلك، والتقديم إلى الناس فيه، والزجر لهم عنه، ثم بين حكم غير المدخول بها من حكم المدخول، وذلك أن التفريق بينهما لازم فى الوجهين؛ لأن العقد صادق فى زمن العدة، فكان فساده فى عقده.

فصل: وقوله: «ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول» يقتضى أن تكون الفرقة قبل انقضاء العدة، ولو لم يقع الفسخ إلا بعد انقضاء العدة لما كان عليها عدة.

فصل: وقوله: «ثم كان خاطبًا من الخطاب» يريد أن مجرد العقد لا يتأبد به التحريم. قال القاضى أبو محمد: عن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: مثل قول عمر بن الخطاب. والثانية: أن التحريم يتأبد بمجرد العقد.

١٠٦ كتاب النكاح

قال: ووجه القول الأول أن هذا لم يدخل بشبهة فى النسب، فلم يتأبد تحريمه، أصله إذا واعد ولم يعقد. قال: لأن مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به التحريم المؤبد حتى يقارنه الوطء: أصله إذا كانت تحته امرأة، فتزوج ابنتها ولم يطأها. وهذا الدليل الذى أورده القاضى أبو محمد غير مسلم، والخلاف فى أصله كالخلاف فى المسألة التى أراد إثباتها.

قال القاضى أبو محمد: ووجه القول الثانى أن هذا نكاح فى عدة، فوجب أن يتأبد به التحريم. أصله إذا بنى بها. وأيضاً ما منع حسماً للباب استوى قليله وكثيره كشهادة الأب لابنه.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر» يريد أنه إن دخل بها الذى تزوجها فى عدة الأول، فإنه يفرق بينهما، ثم تعتد عدتها من الأول، فإذا انقضت استأنفت عدة من الثانى.

وقد اختلف قول مالك فى ذلك، فروى محمد عن ابن القاسم وابن وهب عن مالك: أن عدتها من الثانى تكفيها من يوم فرق بينه وبينها، وبه قال أبو حنيفة. والرواية الثانية عنه: أنها إذا انقضت عدتها من الأول استأنفت عدة من الثانى، وبه قال الشافعى.

وجه الرواية الأولى، وهى الأظهر عندي، قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

ومن جهة القياس أنه أجل، فجاز أن ينقضى بمضى مدة واحدة فى حق اثنتين. أصله أجل الدين.

ومن جهة الاستدلال أن العدة من حقوق النكاح، وحال بقاء النكاح أكد وأقوى، ومعلوم أن الوطء بشبهة إذا طراً مع قيام النكاح لم يمنع النكاح من أن يتعقب العدة الوطء، فبأن لا تمنع العدة من تعقب العدة الوطء أولى وأحرى.

ووجه الرواية الثانية أن هذه مدة مضروبة لاستيفاء الحق فيها، فلم يجوز أن يستوفى فيها إتيان على الكمال. أصله مدة الإجازة.

فرع: فإذا قلنا بأن العدين لا يتداخلان، فإن ذلك فى الاعتداد بالأقراء أو بالشهود، فإذا كان الاعتداد بالحمل، فإن عدة وضع حملها يكفيها عنهما جميعاً، رواه محمد عن أشهب.

كتاب النكاح ١٠٧

ووجه ذلك أن وضع الحمل براءة متيقنة، ولذلك لم يعتبر فيها مدة فالمطلقة والمتوفى عنها زوجها تحل بوضع الحمل، وإن كان بعد سبب عدتها بلحظة. وأما الاستبراء بالأقراء والأشهر، فطريقه الظاهر، وبذلك يلحق الحمل بعد الأقراء والأشهر، فإن كان الحمل من الثاني وقد دخل بها بعد حيضة، وولدت لستة أشهر فصاعدًا. روى ابن مزين عن أصبغ أنه يبرئها الوضع من الاستبراء، ولا يجزئها من العدة؛ لأن عدة الطلاق من الزوج بالحيض ولا يجزئها الوضع لأنه من غيره.

وفي الموازية من رواية أشهب عن مالك: أن ذلك يبرئها من الزوجين. قال محمد: وإن في ذلك لضعفًا وتأنف ثلاث حيض بعد الوضع. قال مالك وأبن القاسم: ولو كان الحمل من زنى لم يبرئها وضعه، ولا تبرأ بوضع من لا يلحق إلا في الملاءنة؛ لأنه يلحق به إن استلحقه.

مسألة: وإذا كانت العدة عدة وفاة، لم يبرئها إلا أقصى الأجلين بعيدتين، الأول أربعة أشهر وعشر، تلزم فيها الإحداد، وتعتد من الثاني ثلاثة قروء.

قال في المدونة: فإن كانت مرتابة أو مستحاضة، اعتدت سنة من يوم فسخ نكاح الثاني، فإن انقضت عدة الوفاء قبل أن تنقضى عدة الثاني، سقط عنها الإحداد، وإن كانت العدة الأولى من طلاق نظر إلى ما بقي من عدتها من يوم مفارقة الثاني له، فإن كانت حيضة أو حيضتين سقط عن الأول بانقضاء عدته ما لزمه من السكنى، فانتقلت إلى حيث شاءت تتم بقية الاستبراء، وإن كان طلاق الأول رجعيًا، وأراد ارتجاعها قبل أن تنقضى عدتها، كان له ذلك يشهد على رجعتها، ولا يقربها ولا يدخل بها حتى تتم الاستبراء. روى ذلك كله ابن مزين عن أصبغ.

فصل: وقوله: «ثم لا يجتمعان أبدًا» يريد أن التحريم بينهما يتأبد، فلا تحل أبدًا، وذلك أنه أخبر عن نكاح في العدة دخل بها، ولذلك قال: «إنه يفرق بينهما ثم تعتد بقية عدتها من الأول» وهذا صريح، فإن بناءه بها كان قبل انقضاء عدة الأول.

وعلى كل حال، فلا يخلو النكاح في العدة إذا بنى أن يبنى بها في العدة أو بعدها، فإن كان بنى بها في العدة، فإن المشهور من المذهب أن التحريم يتأبد، وبه قال ابن حنبل. وروى الشيخ أبو القاسم في تفريعه في التي يتزوجها الرجل في عدة من طلاق أو وفاة عالم التحريم، روايتين، إحداهما: أن تحريمها يتأبد على ما قدمناه. والثانية: أنه زان، وعليه الحد، ولا يلحق به الولد، وله أن يتزوجها إذا انقضت عدتها، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

١٠٨ كتاب النكاح

ووجه الرواية الأولى، وهي المشهورة، ما ثبت من قضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه بذلك وقيامه به فى الناس، فكانت قضاياها تسير وتنتشر، وتنقل فى الأمصار، ولم يعلم له مخالف فثبت إنه إجماع.

قال القاضى أبو محمد: وقد روى مثل ذلك عن على بن أبى طالب رضى الله عنه، ولا مخالف لهما مع شهرة ذلك وانتشاره، وهذا حكم الإجماع.

والدليل على ذلك من جهة القياس أن العقد الثانى عقد نكاح تقدمه بناء نكاح فى عدة، فوجب أن يبطل. أصل ذلك إذا عرا من الشهود.

ووجه الرواية الثانية أن هذا وطء ممنوع، فلم يتأبد تحريمه كما لو زوجت نفسها أو زوجت متعة أو زنت. وقد قال القاضى أبو الحسن: إن مذهب مالك المشهور فى ذلك ضعيف من جهة النظر، والله أعلم.

فرع: فإن طلق رجل امرأة البتة، ثم تزوجها قبل أن تنقضى عدتها، فقد روى ابن حبيب عن ابن نافع: أنه كالأجنبى لا تحل له أبداً.

وروى محمد عن أشهب عن مالك فىمن صالح امرأته على أنها إن طلبت الذى أعطته، فهى امرأته، فطلبت ذلك فرده إليها وراجعها وأصابها: أنه يفرق بينهما ولا يتناكحان أبداً؛ لأنه نكحها فى عدتها. قال محمد: سألت غير واحد من أصحاب مالك، فكلهم أبى هذا الجواب، وقالوا: لا تحريم عليه أبداً. وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأصحاب مالك فى مسألته: أنها تحل له بعد انقضاء العدة.

ووجه القول الثانى، وهو الأظهر، أنه ليس بممنوع لأجل العدة، وإنما منعه أنه لا يجوز له نكاحها إلا بشرط قد عدم، فأشبه الذى تزوج امرأة على أختها.

فرع: ومن تزوج أم ولد بعد وفاة سيدها قبل أن تحيض الحيضة التى تؤمر بها، فقد قال ابن القاسم عن مالك فى المدونة: إنه كالمتزوج فى العدة. قال سحنون: وقد روى عن مالك أنه قال: ليس كالمتزوج فى العدة.

وجه القول الأول، ما أشار إليه مالك من أنها تزوجت حال حرمتها، وهى ممنوعة من النكاح من أجل مستبيح لوطها كما لو توفى عنها زوجها. وأما القول الثانى، فمبنى على أنه ليس حكم العدة، وإنما له حكم الاستبراء خاصة، وسنبين الفرق بينهما إن شاء الله تعالى.

كتاب النكاح ١٠٩

فرع: ومن تزوج أمة أو أم ولد أعتقت قبل أن تحيض حيضة، فقد قال ابن القاسم في المدونة: يسلك به سبيل المتزوج في العدة إذا أصاب وإذا لم يصب، وكذلك قال مالك فيمن طلق أمة، فأصابها سيدها في عدتها، قال ابن القاسم: وكذلك كل من أصاب بملك اليمين معتدة من نكاح أو أصاب بنكاح مستبرأة من ملك يمين.

مسألة: وهذا كله إذا كان البناء في العدة، فإن نكح في العدة، ولم يكن منه وطء فيها، ولكنه قبل أو باشر، فقد روى أصبغ في كتاب محمد عن ابن القاسم في ذلك قولين، أحدهما: تأييد التحريم، والثاني: غير مؤيد. قال أصبغ: وقول ابن القاسم أحب إلي، أمره بذلك، ولا أقضى له عليه. وهذه رواية عيسى عن ابن القاسم.

وجه القول الأول ما احتج به ابن القاسم أن كل ما ثبت تحريمه بالوطء، فإنه يثبت بالتقبيل والمباشرة كتحريم الرائب. ووجه القول الثاني ما ذهب إليه من أن المباشر والقبلة إنما يجرى مجرى الوطء، فيما يثبت تحريمه بالتنزيل. وأما ما يثبت بضرب من الاجتهاد، فلا يجرى مجراه.

فرع: ولو أرخيت الستور على الناكح في العدة، ثم قال: لم أمس وصدقته المرأة، فقد روى محمد وابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب: لا ينكحها أبداً، يقضى عليه بذلك. قال محمد: وهو الصواب، ولو صدقت في مثل هذا لأسقطت عن نفسها العدة.

مسألة: ومن عقد في العدة، ودخل بعد العدة، ففي ذلك روايتان، روى عن مالك في المدونة: يتأبد تحريمها، وقال المخزومي: لا يتأبد تحريمها إلا بالوطء في العدة.

وجه الرواية الأولى، أنها موطوءة بنكاح في العدة، فتأبد تحريمها كالتى تصاب في العدة. ووجه الرواية الثانية، أنها غير موطوءة بنكاح في العدة، فلم يتأبد تحريمها كالتى لم يوجد منها إلا العدة.

مسألة: وإن لم يوجد منه وطء أصلاً في العدة ولا غيرها، قال القاضي أبو محمد: يفسخ نكاحه، وفي تأييد التحريم روايتان، إحداهما: نفيه، والأخرى: إثباته.

وجه نفيه، وهو الظاهر، أنه لم يوجد فيه معنى تأييد التحريم، وهو إدخال الشبهة في النسب ومجرد العقد الفاسد، ولا يتعلق به تأييد التحريم، ما لم يقارنه وطء. أصله إذا كانت تحته امرأة، فتزوج ابنتها ولم يطأها.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا عندي ينتقض بالعقد على البنت، فإنه يوجد تحريم الأم، ووجه إثبات تأييد التحريم اعتباره بالوطء.

١١٠ كتاب النكاح

مسألة: وإن واعدته فى العدة أن لا تنكح زوجًا غيره، ونكحها بعد العدة، فقد روى محمد عن ابن وهب وأشهب عن مالك: يفسخ نكاحه، دخل بها أو لم يدخل. وروى محمد عن أصبغ أنه ضعف الفراق فيه، وقال: إنه يؤمر بذلك، ويؤثم فيه، ولا يقضى به عليه، قال: لأنه ليس بنكاح فى عدة. واختار ذلك ابن المواز.

وجه القول ما احتج به أصبغ من أن المواعدة هى المنهى عنها، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُمْ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٣٥]، وهذه المواعدة هى المنهى عنها، وبها تم النكاح وعليها انعقد.

وجه القول الثانى أنه عقد نكاح لم يتقدمه عقد ولا مسيس فى العدة، فوجب أن يصح كالذى لم تقدمه مواعدة. قال القاضى أبو محمد: إن خطبها صريحًا فى العدة ثم تزوجها بعد العدة، ففيها روايتان، استحباب الفراق، والثانية: إيجابه.

فصل: وقول سعيد: «ولها مهرها بما استحلت منها» يريد أن الناكحة فى العدة لها على زوجها المهر، إن أصابها فى العدة أو بعدها؛ لأنه لم تبذل له نفسها على وجه السفاح، وإنما بذلت نفسها على وجه شبهة النكاح، وذلك يوجب لها المهر بالمسيس.

وإنما روى ذلك عن سعيد مفردًا؛ لأن الزهرى روى عن سليمان فى هذا الحديث أنه قال: لها مهرها فى بيت المال، كذلك رواه معمر عن الزهرى عنه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلها المهر المسمى. قال ابن المواز وغيره من أصحابنا: وهذا إذا اتفقا على قدر المهر، فإن اختلفا فى ذلك، فلا يخلو أن يختلفا قبل البناء أو بعده.

فإن اختلفا قبل البناء، فقد روى ابن المواز عن أصبغ إن كانت بكرًا، حلف أبوها على ما قاله، فإن أبى الزوج أن يدفع ما حلف عليه الأب، وإلا حلف وأسقط ذلك عن نفسه.

وأما إن كانت ثيبًا حتى لا يتم الأمر إلا بعلمها وحضورها، فإنها التى تحلف دون الولى، قال: وهو معنى قول ابن القاسم. قال ابن حبيب: وسواء اختلفا فى قدر الصداق أو نوعه كان مما يصدق فيه النساء أو لا يصدقن.

فروع: فإن حلفا، فقد ذكر القاضى أبو محمد: يفسخ بينهما، وهو لفظ المدونة. وروى عن الشيخ أبى عمران أن ذلك يجرى على الاختلاف المذكور فى البيع، قال: وقد نص المغيرة على أنه إذا رضى أحدهما، نفذ النكاح بينهما.

كتاب النكاح ١١١
وجه القول الأول أن تحالف الزوجين يقتضى وقوع الفرقة بينهما كاللعان. ووجه
القول الثانى اعتباره بالبيع على ما تقدم.

فرع: وإن اختلفا بعد البناء، فالقول قول الزوج، قاله ابن القاسم؛ لأنه مدعى عليه،
فإن حلف برئ، فإن نكل حلفت المرأة، واستحقت ما ادعته من ذلك، وهذا كله يجرى
بجرى البيع، وقد بسطنا القول فيه فى البيوع.

مسألة: وإن اختلفا فى قبض الصداق، واتفقا على قدره وجنسه، فإن كان ذلك قبل
البناء، فالقول قول الزوجة إن كانت ثيباً أو وليها إن كانت بكرًا، فإن كان ذلك بعد
البناء، فالقول قول الزوج خلافاً لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله أن هذا مبنى على أصلين أحدهما: أن العادة جارية فى معظم
البلاد بل جميعها أن معجل الصداق لا يتأخر قبضه عن البناء، والثانى: أن القول فى
قبض العوض قول مدعى العرف.

ولذلك قال مالك، فيما جرت العادة بقبض ثمنه من الطعام: إذا ادعاه بعد قبض
الطعام وبعد ما فارقه البائع، وكذلك الصرف، فإذا كان العرف دفع الصداق المعجل
قبل البناء، وادعى الزوج من ذلك ما يشهد به العرف، وجب أن يكون القول قوله.

ولذلك قال مالك فى الراهن يقبض رهنه، ويدعى دفع الدين أن القول قوله، قال
مالك: ولو حل المؤجل قبل البناء لكان القول قول الزوج فى دفع العين والعروض
والحيوان، وهذا معنى ما فى المدونة.

فصل: وقد قال القاضى أبو إسحاق: وإن ذلك إنما هو فى بلد عرفه تعجيل النقد
عند البناء، فأما بلد لا عرف فيه بذلك، فالقول قول الزوجة، وقال القاضى أبو محمد:
إنما ذلك إذا لم يثبت ذلك فى صداق، فلا يكون القول قول الزوج بالبناء، وما قدمناه
أظهر لما بيناه، والله أعلم.

فرع: وإذا تحمل رجل للمرأة بالصداق، وفى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن
القاسم: إن ادعى الزوج والحميل الدفع حلف الحميل، وصدق. قال سحنون: ولو
أخذت بالصداق رهناً، ثم بنى بها لكان كالحميل ودخوله كالإبراء ويأخذ رهنه، وليس
يكتب فى الصداق براءة.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَتَعْتَدُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ

١١٢ كتاب النكاح
وَعَشْرًا، إِنَّهَا لَا تَنْكِحُ إِنْ ارْتَابَتْ مِنْ حَيْضَتِهَا حَتَّى تَسْتَبْرَأَ نَفْسَهَا مِنْ تِلْكَ الرَّيَّةِ
أَنْ خَافَتْ الْحَمْلَ.

الشرح: وهذا كما قال أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت غير حامل، فإن عدتها أربعة أشهر وعشرًا. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيُذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ أَنْفُسَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، ومعنى يتربصن، الأمر بالتربص، ولا يجوز أن يكون بمعنى الإخبار بالتربص، لأننا نجد في أكثر الأزمنة من لا يتربص، وخبر البارئ تعالى لا يكون بخلاف مخبره، فثبت أن المراد به الأمر، ومقتضى الأمر الوجوب.

فصل: قوله: «إنها إن ارتابت من حيضتها» يقول: إن أقامت أربعة أشهر وعشرًا، فارتابت مع ذلك من حيضها، فإنها لا يحل لها النكاح حتى تذهب تلك الريبة، إذا خافت الحمل، فجعل هذا حكمها إذا خافت الحمل والريبة على ضربين، ريبة لارتفاع اليمين، وريبة لمخافة الحمل، وسيأتي ذكر ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

* * *

نكاح الأمة على الحرة

١١٠٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ سُمِلَا عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ تَحْتَهُ امْرَأَةٌ حُرَّةٌ، فَأَرَادَ أَنْ يَنْكِحَ عَلَيْهَا أُمَّةً فَكَرِهَهَا أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا.

الشرح: قوله: «فكرها أن يجمع بينهما» يريد أنهما كرها أن يجتمع في ملكه حرة وأمة، وإنما ذلك في حق الحرة، وكان السؤال إنما ورد على نكاح الأمة على الحرة، فأجاب على منع الجمع بينهما، وذلك أعم من السؤال؛ لأن الجمع بينهما يكون على ثلاثة أوجه، أحدها، أن يتزوج الأمة على الحرة، وهو المسؤل عنه. والثاني: أن يتزوجها جميعًا في عقد واحد. والثالث: أن يتزوج الحرة على الأمة؛ لكنه لما تساوت عندهما هذه الوجوه في المنع، أجاب عن جميعها، إن كانا سئلا عن أحدها.

فأما الوجه الأول، وهو أن يتزوج الأمة على الحرة، فقد كان من قول مالك المنع من ذلك مع وجود المال، ثم رجع فقال: يجوز، ويتخير الحرة، وهو قول سعيد بن

١١٠٧ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٧٥/٧. الشافعي في الأم ٢٥٥/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٨٩. كشف الغمة ٦٣/٢. المحلى ٤٤١/٩.

كتاب النكاح ١١٣
المسيب، وبه أخذ ابن القاسم. قال: وقد قال مالك: وإنه في كتاب الله تعالى حلال.

وجه القول الأول بالمنع قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات مما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾، إلى قوله تعالى: ﴿ذلك لمن خشى العنت منكم﴾ [النساء: ٢٥]، وذلك أن الحرة على هذا القول هي الطول الذي يتوصل به إلى نكاح الحرة بمنعه نكاح الأمة، فبأن يمنعه من ذلك كون الحرة زوجة له، أولى وأحرى.

وجه القول الثاني أن الطول هو القدرة على صداق الحرة؛ لأنه السعة في المال فيه يتوصل إلى ما يحتاج إليه من نكاح الحرائر، فأما الحرة، فليست تسمى طولاً لغة ولا شرعاً، ولا يتوصل بها إلى ما يحتاج إليه من النكاح.

فصل: وأما قول مالك: «فإنه في كتاب الله تعالى حلال» فقد قيل لمحمد بن المواز: أين ذلك في كتاب الله، فقال: أراه قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ [النور: ٣٢]، وهذا عام. قال محمد: فهذه عند مالك ناسخة لقوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾، إلى قوله تعالى: ﴿ذلك لمن خشى العنت منكم﴾ [النساء: ٢٥].

وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ابن القاسم كان يذكر أنه سمع مالكا يقول: نكاح الأمة في كتاب الله حلال، فاستوقفناه عليه في أي كتاب الله تعالى هو حلال، وفي أي الآيات، فقال: لا أدري.

وما قاله محمد فيه نظراً؛ لأن النسخ لا يثبت إلا بدليل، وأيضاً فإن الآية الناسخة عنده عامة، والمنسوخة خاصة في موضع الخلاف، فيجب أن يقدم الخاص على العام إلا أن ينقل النسخ في ذلك.

والأوضح عندي أن يكون معنى قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾، إلى قوله تعالى: ﴿ذلك لمن خشى العنت منكم﴾، فأباح له نكاحها بوجود شرطين، وبقي ما عدم فيه الشرطان مسكوتاً عنه على معنا القول بدليل الخطاب، ومنعنا أن يكون لفظ ذلك من ألفاظ الحصر، ثم ورد قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾، عاما مطلقاً دون شرط، فكان ما قابل الآية المقيدة من الآية المطلقة موافقاً

١١٤ كتاب النكاح
ومثالاً لمعناها، وما زاد على ذلك من الآية المطلقة، فقد بين في الآية المطلقة، وسكت
عنه في الآية المقيدة.

وبهذا نقول في الآية المطلقة المقيدة، متى وردتا في حكم واحد متعلق بسبب
واحد، فإنما يحمل المطلق من اللفظ على إطلاقه، والمقيد على تقييده.

ويحمل وجهاً آخر، وهو أن يكون قول مالك: «وإنه في كتاب الله تعالى حلال»
راجعاً إلى سؤال السائل عن نكاح الأمة على الحرة: إنه في كتاب الله تعالى حلال،
وأشار إلى قوله عز وجل: ﴿فمن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات
فمما ملكت أيمانكم﴾، إلى قوله تعالى: ﴿ذلك لمن خشى العنت منكم﴾ [النساء: ٢٥]،
يريد أنه جائز مع وجود هذين الشرطين، وأن كون الحرة عنده لا يمنع الإباحة
لأنها ليست بطول، ويأمن معها العنت، فيكون هذا معنى ما تضمنه كتاب الله تعالى
من تحليل ذلك، والله أعلم.

فرع: فإذا ثبت أنه ممنوع، فهل ذلك على التحريم أو على الكراهة؟ في المدونة ما
يدل على القولين؛ لأن مالكاً، قال: من تزوج أمة على حرة، فرق بينه وبين الأمة، وبه
قال أشهب وابن عبد الحكم، قال: ثم رجع، فقال: إن تزوجها خيرت الحرة، واختاره
ابن القاسم، فأيجاب الفسخ يقتضى التحريم، ومنع الفسخ مع منع النكاح أولاً يقتضى
الكراهية دون التحريم.

وأما إذا كان واجداً للطول الذى هو المال، ففي كتاب محمد: إن مالكاً قال: لا
بأس للحر تحتة الحرة، وليس عنده ما يتزوج به حرة وخاف العنت أن يتزوج أمة. قال
ابن وهب: ثم قال بعد ذلك مالك: ذلك جائز، وللحرة الخيار، فعلى هذا فى نكاح
الأمة على الحرة ثلاث روايات، إحداها: لا يجوز، وإن عدم الطول الذى هو المال،
وخاف العنت إذا كانت تحتة حرة. والثانية: يجوز وإن لم يجد طويلاً ولا خاف عنتاً.
والثالثة: يجوز مع عدم الطول وخوف العنت، ولا يجوز مع وجود الطول، وأمان العنت
والطول فى القولين الآخرين أظهر فى المال وإن كان يجوز أن يراد به الحرة.

فرع: فإذا قلنا إنه ينكح الأمة على الحرة؛ فإن للحرة الخيار للنقص الداخلى عليها
بأن تكون ضررتها أمة، وما الذى لها من الخيار. قال مالك فى المدونة: فى أن تقيم معه
إن أحببت أو تفارقه إن شاءت.

قال ابن الماجشون والمغيرة: إنما يكون الخيار للحرة فى أن تقيم أو تفارق، إذا كانت

كتاب النكاح ١١٥
هى الداخلة على الأمة. وأما إذا كانت الأمة هى الداخلة عليها، فالخيار للحررة فى نكاح الأمة، إن شاءت أقرته وإن شاءت ردتة.

وجه القول الأول أن الخيار إذا ثبت لأحد الزوجين، بمعنى فى جهة الآخر، فإنما يكون خياره فى أن يقيم أو يفارق، ولا يتعدى خياره إلى غيره كعيب الجب والخصاء والجدام والبرص.

ووجه الرواية الثانية أنه إنما يثبت له الخيار لإزالة الضرر الذى لحقها لكون الأمة ضرة لها وداخلة عليها، فلها أن تزيله عن نفسها برد نكاحها، ومتى قلنا إن خيارها من أن تفسخ نكاحها كان خياراً فى زيادة الضرر لا فى إزالته.

فروع: وهذا يكون للحررة أن تطلق نفسها بطلقة واحدة أو بطلقة مبهمه وتكون واحدة بائنة، وإن كان دخل بها، وإن اختارت لنفسها بالبتات كانت ثلاثاً، وقد خالفت السنة.

وفى التى يتزوج الأمة عليها: ليس لها أن تطلق نفسها إلا بطلقة واحدة بائنة، ولا فرق بين الموضوعين، فتخرج الرواية فى المسألتين جميعاً، وإنما كانت الطلقة الواحدة بائنة فى ذلك؛ لأن المعنى الذى أوجب الطلاق باق ثابت، وهو وجود الأمة فى عصمته.

فإذا كان سبباً لإبطال النكاح الصحيح لم يصح الارتجاع معه؛ لأن الخيار الثابت لها بالشرع فى أن تطلق نفسها يبطل الرجعة، وكل طلاق الرجعة معه، فإنه بائن كالخلع والطلاق البائن.

ويلزم على هذا النصرانية تسلم تحت النصرانى، ثم يسلم فى عدتها، فإنها زوجته، لأن إسلامها ليس بطلاق، ولا يحتاج بإسلامه إلى ارتجاع، ولا يلزم على هذا فرقة المولى، فإن الرجعة فيه معتبرة بالوطء، ولأن ضرر كون الأمة ضرة لها ثابت مستدام فى جميع الأوقات والأحوال، ولا يكون فى وقت دون وقت، فأشبه ما يوجد بجسمه من برص أو جدام، وأما ضرر الامتناع من الوطاء، فإن الوطاء لا يستدام، وإنما هو فى وقت دون وقت، فأشبه الاعتبار بالمنفعة.

١١٠٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ:

١١٦ كتاب النكاح
لا تُنكحُ الأمةُ على الحُرَّةِ إلا أن تُشَاءَ الحُرَّةُ، فإن طَاعَتِ الحُرَّةُ، فَلَهَا الثُّلثَانِ مِنَ الْقَسْمِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «لا تنكح الأمة على الحرة إلا أن تشاء الحرة».

فرع: من أحد القولين اللذين قدمناهما أن له أن يتزوج الأمة على الحرة مع وجود الطول وأمن العنت. والثاني: ليس له ذلك إلا مع عدم الطول وخوف العنت.

وأما من منع نكاح الأمة على الحرة، فلا خيار ولا مشيئة فى ذلك للحرة. وقال أصبغ فى الواضحة والموازية: وإنما وجه الحديث عندنا أن تخير المرأة إذا نكح عليها الأمة، وإنما ذلك فىمن يجوز له أن يتزوج الأمة بالثنيا والشرط، وذلك بأن لا تكفيه الحرة ولا بد له من غيرها، فىخاف العنت ولا يجد طولاً إلى حرة أو هوى أمة معبنة غالباً، فىخاف على نفسه فىها العنت إن لم يتزوجها، فىجوز له فىئئذ أن يتزوجها على الحرة، فىكون للحرة الخيار على ما قدمناه.

فصل: وقوله: «فإن طاعت فلها الثلثان من القسم» يريد إن طاعت بالمقام معها فى تلك الحال، فإن للحرة من القسم الثلثين، وللأمة الثلث. وقد اختلف قول مالك فى هذا، فقيل هذا القول رواه ابن حبيب عن مالك، إذا كان الزوج حرّاً. وفى المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك: أنه رجع قبل موته إلى أن للحرة الثلثين من القسم وللأمة الثلث. والقول الثانى يقسم بينهما بالسواء، وهو اختيار ابن القاسم. قال ابن المواز: وعليه ثبت مالك، وبه قال ربيعة.

وجه القول الأول بأن القسم بقدر الثواء بدليل أن الصغيرة التى لا تسلم إليه لا حظ لها من القسم، فلما كانت الحرة يثوى عندها ليلاً ونهاراً، والأمة فى الليل دون النهار، وجب أن يكون حظ الحرة من القسم أكثر.

وجه القول الثانى أن هذا حق من حقوق الزوجة، فوجب أن تستوى فىها الحرة والأمة كالنفقة والكسوة.

مسألة: وهذا إذا كان الزوج حرّاً، فإن كان عبداً، فلا خلاف فى المذهب أن يسوى بينهما فى القسم إلا ما قاله ابن الماجشون، فإنه قال: يفضل الحرة على الأمة.

وجه القول الأول أن الأمة قد ساوت العبد فى الحرمة، فلا تفضل عليها فى القسم كالحرة تحت الحر. ووجه قول ابن الماجشون أن هذا عبد، فكان حكمه أن يفضل الحرة على الأمة فى القسم كالحر.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يُنْبَغِي لِحُرٍّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّةً، وَهُوَ يَجِدُ طَوْلًا لِحُرَّةٍ وَلَا يَتَزَوَّجَ أُمَّةً إِذَا لَمْ يَجِدْ طَوْلًا لِحُرَّةٍ إِلَّا أَنْ يَخْشِيَ الْعَنْتَ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فِيمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾، وَقَالَ: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنْتَ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٥].

قَالَ مَالِكٌ: وَالْعَنْتُ هُوَ الزَّئَانُ^(*).

الشرح: وهذا كما قال أن الحر لا يجوز له أن يتزوج الأمة إلا بشرطين، أحدهما: عدم الطول. والثاني: خوف العنت.

هذا المشهور من مذهب مالك، رواه عنه في المدونة ابن القاسم وابن وهب وعلى ابن زياد وابن نافع وهو قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعلى بن أبى طالب وجماعة من الصحابة والعلماء.

وفى العتبية والواضحة من سماع ابن القاسم عن مالك أنه أجاز للحر نكاح الأمة مع وجود الطول وأمن العنت. وحكى القاضى أبو الحسن أن قول هذا إنما هو لمن لم تكن تحته حرة على هذه الرواية، فأما إن كانت تحته حرة، فلا يجوز له ذلك؛ لأن الحرة عنده هى الطول، وقد تقدم بسط الكلام فى ذلك بما يغنى عن إعادته.

فصل: والدليل على اعتبار الشرطين المذكورين قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فِيمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾، ثم قال تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنْتَ مِنْكُمْ﴾، فشرط فى استباحة نكاح الإماء أن لا يستطيع طولاً بنكاح حرة، ويخاف العنت إن لم يتزوج الأمة، وإذا كان هذان المعنيان شرطين فى الإباحة، لم يجوز له ذلك مع عدمهما.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى إنما يصح التعلق به لمن قال بدليل الخطاب فى الشرط؛ لأنه أباح هذا النكاح بالشرطين، وليس فى الآية ما يدل على المنع منه مع عدم الشرطين، ولمن قال: إن لفظة «ذلك» من ألفاظ الحصر، إلا أن المشهور من قول الصحابة المنع من ذلك مع عدم الشرطين المذكورين، والمنع من ذلك مع عدم الزوجة الحرة على ما أشار إليه القاضى أبو الحسن ليس بظاهر من أقول الصحابة، ولا يكاد أن يصح على هذا التحريم من قولهم.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦/٢٢٨.

١١٨ كتاب النكاح

وأما قول ابن المواز بإجازة ذلك على الإطلاق فيتناوله عموم الآيتين إن لم يمنع منه إجماع. وقد روى عن مجاهد وسفيان الثوري.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف قول مالك في الطول المذكور في الآية، ففي المدونة من رواية ابن وهب وابن نافع عن مالك أن الطول المال. وقد تقدم من رواية القاضي أبي الحسن عن مالك أن الطول أن يكون في عصمته حرة، رواه ابن المواز عن مالك، وقال: إذا كانت تحته حرة لم يتزوج أمة، وإن عدم الطول الذي هو المال ونخاف العنت.

وجه القول الأول، وهو الأظهر، أن الطول في كلام العرب الغنى وكثرة المال، قال الله تعالى: ﴿استأذنك أولو الطول منهم وقالوا ذرنا نكن مع القاعدين﴾ [التوبة: ٨٦]، يريد أولى الغنى، ولا نعلم اسم الطول يقع على الحرة بوجه في لسان العرب كما لا يقع عليها اسم الغنى واليسار.

وجه آخر وهو أنه تعالى قال: ﴿فمن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥]، فجعل الطول مما يتوصل به إلى نكاح الحرة، ولو كانت الحرة طولاً لم يجعله شرطاً في الوصول إليها؛ لأنه لا يصح أن يقول ومن لم يستطع منكم حرة أن ينكح حرة، ولما علق الاستطاعة على الطول في الوصول إلى الحرة علم أن الطول غير الحرة، وإذا تقرر هذا فمن قال: إن الطول المال، فالنكاح عنده بمعنى العقد، ومن قال: إن الطول الحرة، فالنكاح عنده بمعنى الوطاء، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا إن الحرة ليست بطول، فإن كان عنده زوجتان أو ثلاث، فليس بطول، وله أن يتزوج الأمة لوجود شرطى إباحة ذلك، رواه ابن المواز عن عبد الملك عن مالك.

وإذا قلنا إن الطول هو المال، فكم المعتبر منه، روى ابن حبيب عن أصبغ أنه قال: عدم الطول أن لا يجد ما يصلح لنكاح الحرة، وهي المحصنة المذكورة في قوله تعالى: ﴿أن ينكح المحصنات﴾، من المهر والنفقة والمؤنة، ونكاح الأمة أخف عليه، وربما كانت نفقتها على غيره.

وروى ابن المواز فيمن قال: أنا أجد ما أتزوج به حرة، ولا أجد ما أنفق عليها: ليس له أن يتزوج أمة، إنما قال تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ فظاهر هذا اللفظ يقتضى ما يتوصل به إلى النكاح وهو المهر،

كتاب النكاح ١١٩
وقول أصبغ محتمل لأنه إذا لم يجد ما ينفقه على الحرة لم يصل إلى الاستمتاع بها، وبه
يأمن من العنت.

وقد قال جابر بن زيد: لا يجوز اليوم لأحد نكاح الأمة لأنه يجد نكاح الحرة بما
ينكح به الأمة.

فرع: وسواء كان ما يقدر به على نكاح الحرة، نقدًا أو عرضًا، أو دينًا على ملىء
أو ما يمكن بيعه أو إجارته، فهو طول، رواه عبد الملك عن مالك.

قال ابن الماجشون: والكتابة على المكاتب طول؛ لأنه يمكن بيعها كالدائن المؤجل
وروى ابن حبيب عنه أنه قال: المدبر والمعتق إلى أجل ليس بطول؛ لأنه لا يمكن بيعه
ولا يتصرف تصرف المال، والمراد به عندي إن لم يكن من منفعه ما يتوصل به إلى
نكاح الحرة.

ومعنى ذلك أن ما أمكن أخذ ثمنه والمعاوضة به، فيبلغ ثمنه ما يتوصل به إلى نكاح
الحرة، فهو طول، وما لم يبلغ ذلك أو لم يمكن ذلك فيه، فليس بطول والمدبر لا يمكن
بيع رقبته، ولا يبيع منفعه المدة الطويلة؛ لأن أمره مترقب لجواز أن يموت أو يمرض، فترد
الإجارة، فلذلك لم يعد طولاً.

فصل: إذا ثبت ذلك، فمن تزوج أمة، وهو يجد طولاً، ولا يخاف عنتاً، فإن قلنا
يجوز ذلك، فهو على نكاحه، وإن قلنا بالرواية الثانية، فقد روى ابن المواز عن أصبغ
أنه يفسخ نكاحه، فإن خاف العنت وهو واحد للطول، فقد روى ابن المواز عن ابن
القاسم عن مالك أنه يفرق بينهما، قيل له: إنه يخاف العنت، قال: السوط ثم خففه بعد
ورجع عنه.

وروى عنه محمد وابن حبيب في الذى هوى أمة بعينها هوى لا يمكنه الصبر عنها،
وخاف على نفسه العنت أنه يجوز له أن يتزوجها، وهذا مبنى على القول الذى رجع
إليه مالك.

وأما على تعليق الإباحة بشرطين، فلا يجوز له ذلك مع وجود الطول إلى حرة إلا أن
يزيد بالطول ما يصل به إلى استباحة ما خاف على نفسه العنت بالامتناع منه من ثمن
أمة على اختيار مالكتها أو مهر حرة على اختيارها، إن كانت معينة.

مسألة: فإذا قلنا إنه يجوز نكاح الإماء مع عدم الشرطين، فلا خلاف أن له أن

١٢٠ كتاب النكاح
يتزوج أربعاً، وإذا قلنا لا يجوز ذلك إلا مع وجود الشرطين، فلكم نبيح له من نكاح
الإماء؟ إن لم يزل خوف العنت إلا بنكاح أربع، فإن له ذلك.

وإن زال خوف العنت بواحدة، فروى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك: أنه
لا يجوز للحر أن يتزوج أمة وعنده أمة إلا أن لا يجد طولاً، ويخاف العنت، وظاهر
رواية ابن المواز، يقتضى إباحة نكاح الأربع بعدم الطول وخوف العنت قبل نكاح
واحدة منهن.

مسألة: فإذا تزوج أمة لوجود الشرطين ثم وجد بعد ذلك الطول وأمن العنت، فإنه
لا يلزمه فراق الأمة، قاله ابن حبيب. قال القاضي أبو الحسن: وهو قول المزني، فإنه
قال: يفسخ نكاح الأمة.

والدليل على ما نقوله أن هذا نكاح أمة، انعقد لوجود شرطى الإباحة، فعدم أحد
الشرطين لا يفسخ نكاحه كما لو عدم خوف العنت.

فصل: وهذا كله فى الحر، فأما العبد، فإن له أن يتزوج الأمة المسلمة على كل
حال. والدليل على ذلك أنه مساو لها فى الحرية، فجاز أن يتزوجها دون عدم طول
ولا خوف عنت كالحر يتزوج الحرة.

مسألة: فإن تزوج الحرة على الأمة أو الأمة على الحرة، فلا خيار للحرة فى قول
مالك وجميع أصحابنا، إلا ما رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه إذا تزوج الحرة على
الأمة أو الأمة على الحرة، ولم تعلم بذلك الحرة، فإن لها الخيار كما لها مع الحر.

فصل: وقول مالك: «والعنت هو الزنا» هذا الذى ذكره فى الموطأ. وروى ابن
المواز عن أصبغ قال: بلغنى عن ربيعة أنه قال: العنت الهوى، وكان من أوعية العلم.

وأصل العنت فى كلام العرب ما يشقى على الإنسان ويتعبه ويضن به، وهذا
موجود فىمن بلغت حاجته إلى النساء به خوف الزنا، وموجود فىمن بلغت حاجته
مشقة الصبر الذى لا يستطيع عليه، ويخاف معه مواقته، فكلا الوجهين يقع عليه
اللفظ من جهة اللغة، وإنما يخاف من الهوى ما يعود إلى الزنا، فكلا التفسيرين
يعودان إلى معنى واحد، وقد قال صاحب العين: العنت المشقة، والعنت الهلاك، وقيل
الزنا.

ما جاء في الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته ففارقها

١١٠٩ - عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: فِي الرَّجُلِ يُطَلَّقُ الْأَمَةَ ثَلَاثًا ثُمَّ يَشْتَرِيهَا: إِنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قوله: «في الرجل يشتري الأمة بعد أن طلقها ثلاثًا لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره» على معنى أنه إذا طلقها ثلاثًا حرم عليه الاستمتاع بها بكل سبب، وعلى كل وجه إلا بعد زوج. وروى عن ابن عباس وطاوس وغيرهما: أنه يحل له بملك اليمين وإن كان طلقها ثلاثًا، ولم تنزوج غيره.

والدليل على ما نقوله وهو قول فقهاء الأمصار أن عقد النكاح في إباحة الوطاء أقوى من عقد الشراء بدليل أنه مقصوده، فإذا لم يستبح وطأها بعقد النكاح، فبأن لا نبیح له وطأها بملك اليمين، أولى وأحرى.

١١١٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلَا عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ عَبْدًا لَهُ جَارِيَةً فَطَلَّقَهَا الْعَبْدُ الْبَيْتَةَ ثُمَّ وَهَبَهَا سَيِّدُهَا لَهُ، فَهَلَّ تَحِلُّ لَهُ بِمِلْكِ الْيَمِينِ؟ فَقَالَا: لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قولهما في العبد توهب له زوجته أمة بعد أن كان طلقها البتة «أنه لا يستبيحها بالهبة ما لم تنكح زوجًا غيره»؛ لأن ملكه إياها هبة أو صدقة أو ابتاعًا أو ميراثًا يختلف بوجه الملك صفة الملك، فلذلك لم يختلف في الإباحة.

١١١١ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ تَحْتَهُ أَمَةٌ مَمْلُوكَةٌ فَاشْتَرَاهَا، وَقَدْ كَانَ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً، فَقَالَ: تَحِلُّ لَهُ بِمِلْكِ يَمِينِهِ مَا لَمْ يَبْتَ طَلَّقَهَا، فَإِنْ بَتَّ طَلَّقَهَا، فَلَا تَحِلُّ لَهُ بِمِلْكِ يَمِينِهِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قوله في الذي يبتاع الأمة بعد أن طلقها واحدة: «أنها تحل له بملك يمينه» وجهه أنه قد كان له استباحتها بالنكاح، فلذلك جاز له استباحتها بملك اليمين

١١٠٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٩١.

١١١٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٩٢.

١١١١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٩٣.

١٢٢ كتاب النكاح
 كالأجنبية لأنه ملك التمتع بعقد يستباح به الوطاء، فإذا لم يتقدم فيه من الطلاق ما يمنعه ارتجاعها، جاز له أن يستبيحها بملك اليمين، وإذا كان الذي تقدم له فيه من الطلاق يمنع ارتجاعها، فإنه يمنع استباحة وطئها بملك اليمين كما لو ارتجعها واستأنف نكاحها.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَنْكِحُ الْأُمَّةَ، فَتَلِدُ مِنْهُ ثُمَّ يَتَّاعُهَا: إِنَّهَا لَا تَكُونُ أُمًَّ وَلَدٌ لَهُ بِذَلِكَ الْوَلَدِ الَّذِي وَلَدَتْهُ وَهِيَ لِغَيْرِهِ حَتَّى تَلِدَ مِنْهُ، وَهِيَ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ ابْتِاعِهِ إِيَّاهَا.
 قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ اشْتَرَاهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ، ثُمَّ وَضَعَتْ عِنْدَهُ كَانَتْ أُمًَّ وَلَدِهِ بِذَلِكَ الْحَمَلِ فِيمَا نَرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة إذا كان متزوجة الرجل، ثم تلد منه، لا تكون له أم ولد بذلك إن ابتاعها بعد ذلك؛ لأنها لم تلد منه بملك يمين، ولا ملكها وهي حامل منه. وقال أبو حنيفة وأصحابه: تكون أم ولد بما تقدم من ولادتها منه قبل ملكه لها. والدليل على ما نقوله أنه لم يملكها حاملاً منه، فلا تكون أم ولد له كما لو حملت منه بزنى.

فصل: وقوله: «وإن اشتراها وهي حامل منه، ثم وضعت عنده كانت أم ولد بذلك الحمل». وقال الثوري والشافعي: لا تكون أم ولد بذلك، وإن ملكها حاملاً حتى تحمل منه، وهي في ملكه.
 والدليل على ما نقوله أنه لما ملكها، وهي حامل منه، وعتق عليه الولد بملك أبيه سرى العتق إليها؛ لأنه عتق عليه بالشرع.

* * *

ما جاء في كراهية إصابة الأختين بملك اليمين والمرأة وابتئها

١١١٢ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ وَابْتِئَهَا مِنْ مِلْكِ الْيَمِينِ تَوَطَّأُ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ الْأُخْرَى، فَقَالَ عُمَرُ: مَا أُحِبُّ أَنْ أُخْبِرَهُمَا جَمِيعًا، وَنَهَى عَنْ ذَلِكَ.

١١١٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٦٤/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٠٩٤. المحلى ٥٢٢/٩.

كتاب النكاح ١٢٣

الشرح: قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى المرأة وابنتها: «لا أحب أن أخبرهما» يريد لا أحب أن أكون واطقاً لهما جميعاً. وذلك يقتضى أنه متى وطئ إحداهما، أيتها كانت، امتنع من وطء الأخرى، فنهى عن ذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

قال ابن وهب: وقد بلغنى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: قد نزل فى القرآن النهى عن ذلك، يريد والله أعلم، ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾، وفيها ﴿وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي فى حجوركم من نسائكم﴾ [النساء: ٢٣]، وهذا على أن يحمل النساء على مقتضى اللغة دون عرفها، وكذلك الربائب، فيكون التحريم عاماً فى الوطء بالنكاح، وبملك اليمين.

وقد روى محمد بن مالك أنه قال: كل ما وصفت لك أنه يحرم بالنكاح، فإنه يحرم بالملك، يريد الوطء فيه. قال مالك: ولا بأس أن يجمع بينهما بملك اليمين، فمن وطئ منهما الأم والابنة، فقد حرمت عليه بذلك الأخرى أبداً.

ووجه ذلك أنه قد يملك على هذا الوجه من لا يجوز له وطؤها كالخالة والعمة، فلذلك جاز له أن يجمع بينهما فى ملك اليمين، وإن لم يجمع بينهما بالوطء، فالجمع بينهما فى ذلك محرم كالجمع بينهما بعقد النكاح، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «لا أحب أخيرهما جميعاً» معناه أعرف حال هذه وحال هذه بالوطء، مأخوذة، والله أعلم، من الاختبار.

مسألة: وهذا حكم الوطء بملك اليمين، وكذلك الالتذاذ منها بالنظر إلى المعاصم والصدر.

ووجه ذلك أن من حرم للوطء، فإنه يحرم للنظر على وجه اللذة. أصل ذلك إذا عقد على الابنة عقد نكاح.

١١١٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ قَبِيصَةَ بِنِ دُرَيْبٍ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ عُمَانَ ابْنَ عَفَّانَ عَنِ الْأَخْتَيْنِ مِنْ مَلِكِ الْيَمِينِ، هَلْ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا؟ فَقَالَ عُمَانُ: أَحَلَّتُهُمَا آيَةٌ وَحَرَّمَتْهُمَا آيَةٌ، فَأَمَّا أَنَا فَلَا أُحِبُّ أَنْ أَصْنَعَ ذَلِكَ، قَالَ: فَخَرَجَ مِنْ عِنْدِهِ فَلَقِيَ

١١١٣ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٦٣/٧. عبد الرزاق فى المصنف ١٨٩/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٩٥. الجصاص فى أحكام القرآن ١٣٠/٢. المحلى ٥٢٢/٩.

١٢٤ كتاب النكاح
رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: لَوْ كَانَ لِي مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ ثُمَّ وَجَدْتُ أَحَدًا فَعَلَّ ذَلِكَ لَجَعَلْتُهُ نَكَالًا. قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: أَرَاهُ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ.

١١١٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنِ الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ مِثْلُ ذَلِكَ.

الشرح: هو قباذ الأسلمي، سأل عثمان بن عفان عن ذلك، فقال عثمان رضى الله عنه: «أحلتها آية وحرمتها آية». قال ابن حبيب: يريد بآية التحليل قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَمَا بَيْنَهُمْ غَيْرَ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٦]، وقوله تعالى ﴿وَالْمَحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، ومعنى ذلك أنه عم، ولم يخص أختين من غيرهما.

وقوله: «حرمتها آية» يريد قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣]، يريد أنها عامة في تحريم الجمع بين الأختين، ولم يخص ملك يمين ولا غيره، فاتفق فيهما أهل الأمصار على المنع من ذلك، وهو المشهور عن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين.

والدليل على عموم قوله تعالى في آية التحريم، فهذه الآية عامة فى الملك، وخاصة فى الأختين وقوله تعالى: ﴿أَوْ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، عامة فى الأختين وغيرهما، خاصة فى ملك اليمين.

فكلا الآيتين خاصة من وجه، عامة من وجه آخر، إلا أن آية ملك اليمين قد دخلها التخصيص بإجماع، وهى فى العمة والخالة والأم من الرضاعة، فإنه لا يجوز وطؤها بملك اليمين، وآية التحريم لم يدخلها تخصيص، فوجب حملها على عمومها وتخصيص بها أولى وأحرى.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْأَمَةِ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ فَيُصِيبُهَا ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُصِيبَ أُخْتَهَا: إِنَّهَا لَا تَجِلُّ لَهُ حَتَّى يُحَرَّمَ عَلَيْهِ فَرْجُ أُخْتِهَا بِنِكَاحٍ أَوْ عِتَاقَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ يُزَوِّجُهَا عَبْدَهُ أَوْ غَيْرَ عَبْدِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجل الجفجف بينهما فى المسيس بملك اليمين ولا غيره

كتاب النكاح ١٢٥
ولا بأس باجتماعهما فى ملك يمينه، ولا يخلو أن يجتمعا فى ملكه قبل وطء إحداهما، أو يتتاع إحداهما فيطوؤها، ثم يتتاع الأخرى، فإن اجتمعا فى ملكه قبل السوط، فله أن يطأ أيتها شاء، فإذا وطئ إحداهما حرمت عليه الأخرى حتى يحرم على نفسه التى وطئ؛ لأن معنى الجمع بينهما فى أن يستبيح وطأها وهما فى ملكه، فإذا نال إحداهما حرم عليه نيل الأخرى.

مسألة: فإن باع التى وطئ، ثم اشتراها قبل أن يطأ الثانية، فهو بالخيار أيضاً بين أن يطأ أيتها شاء لأن هذا ملك جديد لم يطأ فيه، فهو بمنزلة الذى اجتمعتا فى ملكه قبل أن يطأ واحدة منهما.

مسألة: فإن باع التى وطئ، ثم وطئ الأخرى، ثم اشترى الأولى، فإنه يقيم على وطء الثانية التى وطئ بعدأختها، ولا يحل له وطء الأولى؛ لأنه قد اشتراها بعد أن وطئ أختها، وهى عنده دونها. وهذا حكم المرأة مع عمتها ونخالتها بالنسب والرضاع، حكاه ابن المواز عن مالك.

* * *

النهى عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه

١١١٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَهَبَ لِابْنِهِ جَارِيَةً، فَقَالَ: لَا تَمَسَّهَا، فَإِنِّي قَدْ كَشَفْتُهَا.

الشرح: قول عمر رضى الله عنه لابنه حين وهبه الجارية: «لا تمسها» يقتضى صحة ملك ابنه لمن لا يحل له وطؤها، وإنما نهاه عنها ليعرفه أنه قد جرى له فيها ما حرم على ابنه وطؤها والاستمتاع بها.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «فإنى قد كشفتها» يريد أنه قد كشف عنها ونظر إلى بعض ما تسترته من جسدها على وجه طلب اللذة والاستمتاع منها. قال ابن حبيب: من ملك أمة فتلذذ منها بتقبيل أو تجريد أو مباشرة أو ملاحظة أو مغامرة أو نظر إلى شىء من محاسنها نظر شهوة، فكل ذلك يحرم على ابنه، وعلى أبيه التلذذ بشىء منها، إن ملكها بعده.

١١١٥ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ١٦٢/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم

١٢٦ كتاب النكاح

ورواه ابن المواز عن مالك، وزاد: وكذلك إن نظر إلى ساقها أو معصمها تلذذاً، فلا تحل لابنه ولا لأبيه.

وقال القاضي أبو الحسن: إن نظره إلى فرجها أو غيره من جسدها لا يجرمها، وقال: والدليل لذلك أنه نظر إلى جسدها من غير مباشرة، ولا إنزال، فلم تحرم بذلك على ابنه. أصل ذلك إذا نظر إلى وجهها من غير لذة.

والدليل لصحة قول مالك أن هذا استمتاع مباح، فوجب أن تحرم به على الابن كالوطء.

مسألة: فأما إن النظر إليها عند اشترائه، أو مرض فقامت عليه واطلعت على عورته، ومست ذلك منه، أو مرضت فقام هو عليها، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: لا يجرمها ذلك على أبيه ولا على ابنه.

قال أصبغ: وذلك عندي إذا صح هذا ولم يكن شيء من اللذة بقلب ولا بصر ولا يد ولا فعل.

ووجه ذلك أنه لم يوجد منه استمتاع ولا قصد إلى الالتذاذ بها، فلم يحرم على ابنه كاستخدامها.

١١١٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْمُجَبَّرِ أَنَّهُ قَالَ: وَهَبَ سَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ لِابْنِهِ جَارِيَةً فَقَالَ: لَا تَقْرِبْهَا، فَإِنِّي قَدْ أَرَدْتُهَا، فَلَمْ أَنْشِطْ إِلَيْهَا.

الشرح: «لا تقربها» يريد منعه من وطئها والاستمتاع بها، وهذا اللفظ إذا استعمل، فإنما معناه المنع من المنفعة المقصودة المعتادة من ملك العين، ولذلك قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا هَذِهِ الشَّجَرَةَ﴾ [البقرة: ٣٥]، وإنما أراد المنع من أكلها، ثم بين ذلك بأن قال عز وجل: ﴿فَأَكَلَا مِنْهَا فَبَدَتَ لَهُمَا سَوْآتُهُمَا وَقَالَ لَمْ أَنْهَكُمَا عَنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ﴾ [طه: ١٢١]، ولما كان المقصود من المرأة الوطء والاستمتاع بها كان المنع من أن يقربها بها منعا من وطئها.

فصل: وقوله: «إفاني قد أردتها» يعني أنه أراد وطأها لأن مثل هذا اللفظ من الإرادة والشهوة والكراهة متى علق على عين، فإنما يقتضى تعلقه بالفعل المقصود منه، فإذا قال: أراد الجارية، فإنما يعني إرادة جماعها، وإذا قال: أردت الطعام، اقتضى ذلك إرادة

كتاب النكاح ١٢٧
أكله، إلا أن الإرادة هاهنا يحتمل أن يريد بها الإرادة بالقلب خاصة، وهذا لا يحرم، إلا
يقترن بها من المباشرة أو النظر ما يوجب التحريم، وأما مجرد الإرادة للغائب، فلا يتعلق
بها حكم، ويحتمل أن يريد به عاجلتها، وحاولت ذلك منها، وذلك الذى يتعلق به
التحريم.

وأما عدم النشاط عن إكمال الجماع الذى حاوله أو أراه، فلا، إلا أنه لما وجد منه
بالمحاولة ما يقتضى التحريم لزمه أن يخبر ابنه حين وهبه إياها بما يمنع من الاستمتاع
بها، وأخبره بوجه المنع منها.

مسألة: وهذا يلزم كل من وهب ابنه جارية جرى فيها ما يجرمها عليه أن يعلمه
بذلك ليتوقاها، وإن لم يكن جرى منه ما يجرمها عليه أن يبين له ذلك، فيعلم بذلك
أنها مباحة له فإن لم يبين له أحد الأمرين، فقد قال ابن حبيب: لا يحل لولد ميسر
جارية ملكها أبوه، ولا لوالد ميسر جارية ملكها ولده، وإن كان صغيراً إذا بلغ مبلغ
من يلتذ بالجواري خيفة أن يكون قد مسها أو تلذذ منها بشيء، حتى يبين الوالد للولد،
والولد للوالد أنه لم يمسه ولا التذ بشيء منها.

١١١٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا نَهْشَلٍ بْنَ الْأَسْوَدِ قَالَ لِلْقَاسِمِ بْنِ
مُحَمَّدٍ: إِنِّي رَأَيْتُ جَارِيَةً لِي مُنْكَشِفًا عَنْهَا، وَهِيَ فِي الْقَمَرِ، فَجَلَسْتُ مِنْهَا مَجْلِسَ
الرَّجُلِ مِنْ أَمْرَاتِهِ، فَقَالَتْ: إِنِّي حَائِضٌ، فَقُمْتُ فَلَمْ أَقْرَبْهَا بَعْدُ، أَفَأَهْبُهَا لِأَبْنِي
يَطْوُهَا؟ فَهَاهُ الْقَاسِمُ عَنْ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «إني رأيت جارية منكشفاً عنها، وهي في القمر» يريد أنه رآه
جارية، قد انكشف ثوبها عنها، وأن الموجب لذلك أو المعين عليه كونها في القمر.

وقوله: «فجلست منها مجلس الرجل من امرأته عند الوطء» وهذا قد وجد منه
الالتذاذ بالنظر إليها ومحاولة مجامعتها لها ومباشرة بعض جسمه بجسمها على وجه
الاستمتاع منها، ثم منعه من إتمام الجماع ما أخبرته به من أنها حائض، فقام عنها
لذلك فسأل بعد ذلك القاسم بن محمد، هل يجرمها ذلك على ابنه، فهاه القاسم عن
أن يهبها لابنه على وجه إباحتها وطئه لها، ولم ينهه عن أن يهبها له؛ لأن ملك ابنه لها
جائز، وإنما يحرم عليه الاستمتاع بها خاصة.

١١١٨ - مَالِك، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي عُبَلَةَ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ أَنَّهُ وَهَبَ لِصَاحِبٍ لَهُ جَارِيَةً ثُمَّ سَأَلَهُ عَنْهَا، فَقَالَ: قَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَهْبَهَا لِابْنِي فَيَفْعَلَ بِهَا كَذَا وَكَذَا، فَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ لَمَرْوَانَ: كَانَ أَوْرَعٌ مِنْكَ وَهَبَ لِابْنِهِ جَارِيَةً ثُمَّ قَالَ: لَا تَقْرُبَهَا، فَإِنِّي قَدْ رَأَيْتُ سَاقَهَا مُنْكَشِفَةً.

الشرح: «قد هممت أن أهبها لابني فيفعل بها كذا وكذا» ولم يذكر أنه قد جرى له فيها ما يمنع ذلك كلام محذوف، وذلك أنه روى أن الأب قد رامها، فعجز عنها، كذلك رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك أنه قال: أردتها، فلم أستطعها، وقد هممت أن أهبها لابني، فيصيب منها، فحيث قال: «قد هممت أن أهبها لابني فيفعل بها كذا وكذا» كناية عن الجماع، ولذلك قال له عبد الملك لمروان: «كان أورع إذ قال لابنه في جارية وهبه إياها: لا تقربها، فإنني قد رأيت ساقها منكشفا» وهذا يسير في جنب محاولة جماعها ومباشرتها ومضاجعتها، وغير ذلك من مقدمات الوطء والقصد إليه، ولم يمنعه من الوطء إلا العجز.

فصل: وقول مروان: «قد رأيت ساقها منكشفا» يريد أنه قد رآه مكشوفاً، انكشف عنه الثوب، ولعله قصد اللذة والاستمتاع بالنظر إلى ذلك منها، فحرمت بذلك على ابنه أو لم يقصد ذلك، وأراد التناهي في الورع والتوقف عما فيه بعض الشبهة عنده، والله أعلم وأحكم.

* * *

النهى عن نكاح إماء أهل الكتاب

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ نِكَاحُ أُمَّةٍ يَهُودِيَّةٍ وَلَا نَصْرَانِيَّةٍ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] فَهِنَّ الْحَرَائِرُ مِنَ الْيَهُودِيَّاتِ وَالنَّصْرَانِيَّاتِ، وَقَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ قَبَائِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] فَهِنَّ الْإِمَاءُ الْمُؤْمِنَاتُ.

كتاب النكاح ١٢٩

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنَّمَا أَحَلَّ اللَّهُ فِيمَا نُرَى نِكَاحَ الْإِمَاءِ الْمُؤْمِنَاتِ، وَلَمْ يُحِلِّ نِكَاحَ
إِمَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ^(*).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يحل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية، وبهذا قال
الشافعي وعامة الفقهاء، غير أبي حنيفة، فإنه قال بجواز ذلك.

والدليل على ما نقوله ما استدل به مالك، رحمه الله، من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا
الْمَشْرَكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وهذا عام فيحمل على عمومه.

والدليل على أن اسم المشركات يتناول اليهودية والنصرانية من جهة اللغة أن معنى
الشرك الإشراف بين شيئين، ومن جعل عيسى بن مريم ابناً لله فقد أشركه معه، وبذلك
تعلق عبد الله بن عمر بعموم هذه الآية في المنع من نكاح الحرائر الكتابيات. وقال
رضي الله عنه: لا أعلم شركاً أعظم ممن جعل لله صاحبة وولداً.

وأما من جهة الشرع، فقولته تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عِزِيرُ ابْنِ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى
الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ﴾ [التوبة: ٣٠]، إلى قوله: ﴿وَمَا أَمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا
إِلَهًا وَاحِدًا لَا إِلَهَ هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ [التوبة: ٣١].

ومن جهة المعنى أن هذه امرأة اجتمع فيها نقصان مؤثران في منع النكاح، فلم يجوز
لمسلم أن يتزوجها كالخرة المجوسية اجتمع فيها نقص الكفر ونقص عدم الكتاب.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يجوز هذا لحر ولا لعبد، فلو أراد رجل أن يزوجه عبده
المسلم من أمة نصرانية، فقد روى ابن حبيب وابن المواز: لا يحل ذلك.

ووجه ذلك أن هذا نقص من جهة الدين يمنع نكاح الحر، فمنع نكاح المجوسية.

مسألة: ومن كان تحت من النصارى أمة نصرانية فأسلم، فقد روى محمد عن ابن
القاسم يفارقها، وعن أشهب: لا يفارقها.

وجه قول ابن القاسم أنه معنى ينافى ابتداء النكاح، فوجب أن ينافى استدامته
كالأنحوة والأمومة. وقال الشيخ أبو محمد في قول أشهب: لعله يريد إن اعتقت أو
أسلمت؛ لأنه ذكر محمد عن أشهب بعد هذا مثل قول ابن القاسم، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٦/٢٦٢.

١٣٠ كتاب النكاح
 والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴿﴾ [المائدة: ٥]، يريد أن الإباحة إنما
 تعلقت بالحرائر خاصة دون الإمام؛ لأن التحريم عام في كل مشركة بقوله تعالى: ﴿ولا
 تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾، ثم خص هذا الحكم، بقوله تعالى: ﴿والمحصنات من
 الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾، فهن الحرائر، فأباح تعالى نكاح حرائرهن، وعلى
 ذلك جماعة الفقهاء، وقالوا: الآية مخصصة بعموم الآية المانعة، وقد تزوج جماعة من
 الصحابة أهل الكتاب منهم عثمان وطلحة بن عبد الله رضى الله عنهما، ولا نعلم
 أحداً منعه غير عبد الله بن عمر رضى الله عنه، وتعلق فيه بعموم الآية على ما تقدم
 ذكره.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد كرهه مالك من غير تحريم، رواه عنه جماعة من
 أصحابه. واحتج لذلك بأنى لا أدري أن يضع ولد عند من يشرب الخمر ويأكل الخنزير
 ويغذيه، وإنما غذاء اللبن بما تأكله المرأة وتغلب على الصبي، فتضر به على ما لا يجوز
 ويضاجعها الرجل ولا تغتسل، فترك ذلك أفضل من غير تحريم.

فصل: وقوله تعالى: ﴿ومن لم يستطيع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات
 فمما ملكت إيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾، قال مالك: «فإنما أحل الله فيما نرى
 نكاح الإمام المؤمنات» يريد أنه قد أباح نكاح الإمام بالإيمان، فقال تعالى: ﴿ومن
 فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥]، فقصر هذا الحكم عليهن دون غيرهن.

ويحتمل أيضاً أن يقال: إن قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ عام فى
 الإمام وغيرهن، فأخرج بالتخصيص بعد ما تقدم من إباحة المحصنات من الذين أوتوا
 الكتاب، الفتيات المؤمنات خاصة، فبقى تحريم الآية العامة فى الإمام اللاتى لسن
 بمؤمنات بمنع نكاحهن كما بقى نكاح الحرائر المحوسيات والوثنيات على التحريم، لأنه
 لم يبح منهن بالتخصيص إلا المحصنات من الذين أوتوا الكتاب دون المحصنات من
 غيرهن.

قَالَ مَالِكُ: وَالْأُمَّةُ الْيَهُودِيَّةُ وَالنَّصْرَانِيَّةُ تَحِلُّ لِسَيِّدِهَا بِمَلِكِ الْيَمِينِ.

قَالَ مَالِكُ: وَلَا يَحِلُّ وَطْءُ أُمَّةٍ مَجُوسِيَّةٍ بِمَلِكِ الْيَمِينِ^(*).

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة الكتابية تحل بملك اليمين، وذلك أن ابنه منها حر،

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٦٢/١٦.

كتاب النكاح ١٣١
فلا يؤدي إلى أن يسترق ابنه كافر، وإن تزوجها أدى إلى أن يسترق ولده منها كافر،
فلذلك جاز وطؤها بملك اليمين، ولم يجز بالنكاح.

وأما المحوسية، فلا يحل وطؤها بملك يمين، ولا عقد نكاح، وعليه إجماع الفقهاء ما
دامت على محوسيتها، وإن انتقلت إلى الإسلام، جاز نكاحها، ووطؤها بملك اليمين.

ويجوز ذلك فيها بمجرد إسلامها قبل أن تصلى، قاله ابن حبيب، واحتج على ذلك
بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١]، والإيمان يكون
بإظهار الشهادة والاعتقاد، وإن لم يكن وقت عمل ولا صلاة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى الإحصان

١١١٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ:
﴿الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٤] هُنَّ أَوْلَاتُ الْأَزْوَاجِ، وَيَرْجِعُ ذَلِكَ إِلَى
أَنَّ اللَّهَ حَرَّمَ الزُّنَا.

الشرح: قول سعيد بن المسيب رضى الله عنه: «إن المحصنات من النساء هن
أولات الأزواج» قد قال به جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن
عباس وأنس بن مالك وأبو سعيد الخدرى، وقال به جماعة من التابعين. وروى عن
عطاء وطاوس أن المراد به جماعة النساء إلا من أحل له بالتزويج.

قال القاضى أبو إسحاق: فتأول ممن ذكرنا قولهم إن المحصنات جماعة النساء إلا
من أحل بالتزوج، قال: وإنما قالوا بذلك جملة، ولم يبلغوا به استقصاء التفسير،
وكذلك قالوا فى تفسيرها إنما حرم الزنى، فلم يبينوا أيضاً مذهبهم، وإنما جاء حقيقة
التفسير من معناه على قولين، أحدهما: من قال إن ذلك مما ملكت يمين الرجل من
المسلمات، فإن له إذا اشتراها، ولها زوج أن يغشاهما.

والقول الآخر: ما جاءت به الرواية فى سبى أوطاس، فإن الآية إنما نزلت فى النساء
اللاتى لهن أزواج فى بلد الشرك، فإذا سبين انقطعت العصمة بينهن وبين أزواجهن،

١١١٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٠٠. وذكره السيوطى فى الدرر المنشور
٤٨٠/٢، ونسبه لمالك، وعبد الرزاق، وابن أبى شيبة، وعبد بن حميد، والبيهقى، وسعيد بن
المسيب.

١٣٢ كتاب النكاح
وهذا هو الوجه الذى عليه عمل الناس، فإن نكاح العبد الأمة بإذن سيدها، ونكاح
الحر لها بإذن سيدها، إذا لم يجد طولاً، وخاف العنت بانت بإجماع المسلمين، فليس
يجوز إلا لحجة، ولا نعلم للذين قالوا خلاف هذا القول حجة.

يريد القاضى أبو إسحاق الرد على من قال: بيع الأمة طلاقها، وهو قول سعيد بن
المسيب، ويريد أنهم لم يتموا التفسير الذى أشاروا إليه، وما قاله سعيد بن المسيب
معناه عنده أنه حرم ذوات الأزواج إلا ما ملكت اليمين باتباع جارية لها زوج، فإنها
تحل له لأن بيع الأمة يفسخ نكاح زوجها ويزيل عصمته عنها، فأنكر ذلك القاضى أبو
إسحاق، وذهب إلى معناه إلا من سبى جارية لها زوج ببلد الحرب، فإنها تحل له بملك
اليمين؛ لأن السبى يفسخ النكاح، فاختار لذلك أن المحصنات هن ذوات الأزواج، وبه
قال عمر بن الخطاب وعثمان وعلى وعبد الرحمن بن عوف وسعد وسعيد بن المسيب
 وغيرهم.

واختار أنه يباح منهن بملك اليمين المسيبات، ولم ينقل مالك من قول سعيد بن
المسيب أن بيع الأمة طلاقها لما لم ير ذلك، وأن الصواب قول من قال: إن بيع الأمة لا
يؤثر فى نكاحها فرقة، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

ويدل عليه ما روى فى حديث بريرة أن عائشة رضى الله عنها اشترتها وأعتقتها
فخبرها رسول الله ﷺ، ولو كان يبيعها يفسخ نكاحها لما خيرها.

فصل: وأما قول عطاء وطاوس: إن المحصنات هن جماعة النساء، وقولهما: إن
معنى قوله تعالى: ﴿إلا ما ملكت أيما نكم﴾ [النساء: ٢٤]، إلا ما أحل لكم من
التزويج. وقول القاضى أبى إسحاق: إنهما لم يبلغا نهاية التفسير، ويحتمل أن يريد
أنهما قصرا فى النظر ولم يستوعبا استيعاباً يصلان به إلى الصواب.

وخالفهما فى موضعين فى قولهما: إن المحصنات هن جماعة النساء. وفى قولهما:
إن ما ملكت أيما نكم الزوجات. وما ذهب إليه صواب عنيدى؛ لأن لفظ المحصنات لا
يقع على النساء، وإنما يقع على نوع ملك أو أنواع وسنذكره بعد هذا إن شاء الله
تعالى.

والذى يدل على أن المحصنات لا يقع على جماعة النساء فى قوله تعالى:
﴿والمحصنات من النساء﴾ [النساء: ٢٤]، ومن للتبعيض، وهذا يقتضى أن المحصنات
بعض النساء، ولا تحمل «من» على أنها زائدة؛ لأن سيبويه قال: لا تكون زائدة إلا فى

كتاب النكاح ١٣٣
التفى فى قولهما: ما جاءنى من أحد، وإن سلمنا كونها زائدة، فإن الظاهر أنها
للتبويض أو للجنس، وهو يعود إلى معنى التبويض، فلا يعدل إلى أنها زائدة إلا بدليل.

ومما يدل على أن المحصنات لا يراد به جماعة النساء قوله تعالى: ﴿إلا ما ملكت
إيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير
مسافحين﴾ [النساء: ٢٤]، وإذا كان المحصنات جماعة النساء، لم يبقى وراءهن من
مباح، فثبت أن المحصنات نوع من النساء، فعلق التحريم بهن وأحل غيرهن.

ويدل على ذلك أيضًا أنه تعالى حرم فى أول الآية الأمهات والبنات والأخوات
وسائر أنواع ذوات المحارم، ومما يحرم بالمصاهرة، وهن من النساء، فالظاهر أنه ذكر
بعد ذلك نوعًا من النساء لم يتقدم ذكره، وعطفه على ما تقدم.

ولو سلمنا أن المحصنات جماعة النساء، وثبت هذا بلغة أو شرع لم يكن فى ذلك
مخالفة لمذهب مالك لأنه يكون معناه: والنساء محرّمات على الرجال إلا ما ملكت
إيمانكم بالنكاح وملك الرقبة، وهذا وجه صحيح.

وقد روى عن عطاء وطاوس: زوجتك مما ملكت يمينك. وقد قال عبيدة السلماني:
إن المحصنات المذكورات فى الآية، هن ما زاد على الأزواج، وأباح الأربع بقوله تعالى:
﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤]، واستثنى من الزائد على الأربع ما ملكت
يمينه.

فصل: وقول سعيد بن المسيب: «ويرجع ذلك إلى أن الله حرم الزنى» وروى ابن
مزين عن عيسى بن دينار أن معناه: لا يكون إحصان بزنى، ولا يكون إلا بنكاح،
وهذا فيه نظر؛ لأنه ليس فى الآية ذكر للزنى، ولا سيما على تأويل سعيد بن المسيب.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندي أن يكون معناه: إن
المحصنات إذا كن ذوات أزواج، ولا يمكن أن يعقد عليهن عقد نكاح، فإنما يتوجه
التحريم إلى الوطء دون العقد، وذلك زنى إلا بملك اليمين الذى استثناه، وما قلنا أولاً
من اختيار القاضى أبى إسحاق أظهر ما قلناه فيه، والله أعلم.

١١٢٠ - مالك، عن ابن شهاب وبَلَّغَهُ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا كَانَا
يُقُولَانِ، إِذَا نَكَحَ الْحُرُّ الْأُمَّةَ فَمَسَّهَا فَقَدْ أَحْصَتْهُ.

١٣٤ كتاب النكاح
قَالَ مَالِكٌ: وَكُلُّ مَنْ أَدْرَكَتْ كَانَتْ يَقُولُ ذَلِكَ: تُحَصِّنُ الْأُمَّةَ الْحُرَّ إِذَا نَكَحَهَا
فَمَسَّهَا.

الشرح: قال ابن شهاب والقاسم بن محمد: «إذا تزوج الحر الأمة فمسها فقد
أحصنته» يريد الإحصان الذي يجب به على المحصن إذا زنى الرجم، والإحصان على
أوجه الإحصان بمعنى الحرية قى قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ
قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

قال مالك: فهن الخرائر. والثاني: المحصنات ذوات الأزواج من قوله تعالى:
﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٤]، يريد ذوات الأزواج. والثالث الإحصان،
بمعنى العفاف. قال حسان بن ثابت رضى الله عنه فى عائشة رضى الله عنها: .

حصان رزان ما تزن بريئة وتصبح غرثى من لحوم الغوافل
قال ابن عرفة فى كلام العرب، فى المنع: فالمرأة تكون محصنة بالإسلام؛ لأن الإسلام
يمنعها مما حرم عليها، وتكون محصنة بالعفاف فى الحرية، ومحصنة بالتزويج، وأما
الإحصان الذى ذكرناه، فهو الذى يستحق من حصل له بالزنى الرجم، فالصفات
المتقدمة من صفات هذا الوجه الآخر؛ لأنها لا تحصن إلا حرة أصيبت بنكاح.

وقد تقدم وجه آخر، وهو أن تكون المحصنات بمعنى النساء، وإنما قصد القاسم بن
محمد بالإحصان الوجه الآخر، وفيه أربعة أبواب الأول: فى صفات المحصن. والثاني:
فى وصف ما يكمل به الإحصان من العقود. والثالث: فى ذكر ما يحصل به الإحصان
من الجماع. والرابع: ما يثبت به حكم الإحصان.

* * *

الباب الأول فى صفات المحصن

هى أن يكون بالغاً حراً مسلماً، يصح منه الجماع، وقد اختلف فى اعتبار العقل،
فأما الصغير، فإنه يكون محصناً بجماعة، ويحصن الكبيرة ولا يحصن الصغيرة، قاله مالك
فى المدونة.

ووجه ذلك أن الفعل مضاف إلى فاعله، وهو الرجل، فيجب أن يعتبر بحاله، فإذا
كان كبيراً، فهو جماع، وإذا كان صغيراً، فليس بجماع.

فإذا كان المجمع كبيراً والمجمعة صغيرة، فله حكم الجماع التام، فيجب أن يؤثر

كتاب النكاح ١٣٥
فى حق من كملت له صفات الإحصان دون غيره، ولا يؤثر فى حق من عدم فيها شرطاً من شروط الإحصان كالصبية التى عدم فيها البلوغ.

مسألة: وأما الحرية، فهى من صفات الإحصان، فإذا وجدت هذه الصفة فى الرجل والمرأة، ووجد منها الجماع فهما محصنان، ومن عدمت فيه هذه الصفة منهما لم يثبت له بالجماع حكم الإحصان، ويثبت للآخر إذا وجدت فيه.

مسألة: وأما الإسلام، فإن كانا مسلمين فهما بالجماع محصنان، وكذلك إن كان الرجل مسلماً، فهو المحصن دونها لوجود شرط من شروط الإحصان فيه وعدمه فيها، ولا يتصور أن تكون هى المسلمة دونه؛ لأن النكاح بينهما على هذا الوجه لا يصح.

فروع: وإذا ثبت للرجل أو المرأة حكم الإحصان، ثم ارتد عن الإسلام، فإنما يسقط حكم الإحصان، فإن رجع إلى الإسلام لم يكن محصناً إلا بإحصان مستأنف. هذا المشهور من قول مالك وابن القاسم. وقال سحنون فى المدونة: يؤثر هذا القول. وقد قال غيره من الرواة: إن رده لا تسقط حصانته ولا إيمانه.

ووجه القول الأول قوله تعالى: ﴿لئن أشركت ليحبطن عملك﴾ [الزمر: ٦٥]، وهذا قد أشرك، فوجب أن يحبط كل عمل كان عمله. وقد قال مالك: إنه إذا ارتد ثم راجع الإسلام، فإن فريضة الحج تعود عليه، نسأل الله تعالى أن يعيدنا برحمته.

ووجه القول الثانى أن هذا حكم من أحكام الزوجية، فلم يسقط بالردة كالطلاق ولأنه لو طلق زوجته، ثم ارتد لم يبطل طلاقه، وتعود برده زوجته.

مسألة: وأما كونه ممن يصح منه الجماع، فهو التسليم الذى ليس به آفة تمنعه الجماع، مثل أن تكون المرأة رتقاء لا يمكن وطؤها، أو يكون الرجل محبوب الذكر ولا يمكن وطؤه، فإن بقى منه ما يمكن وطؤه به، فإنه يقع به الإحصان، وإن كان خصياً، رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، ورواه ابن المواز عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أن الجماع يتأتى منه، وقد وجدت فيه سائر شروط الإحصان، فوجب أين يكون محصناً.

مسألة: وأما الجنون، فقد اختلف فى ذلك أصحاب مالك، فروى ابن المواز عن ابن القاسم: إن لم يظاً إلا وهى مجنونة، وهو مفيق، فهو المحصن دونها، وإن كان مجنوناً، وهى مفيقة، فهى المحصنة دونه. وقال أشهب: الاعتبار فى ذلك بحال الزوج، فإن كان

١٣٦ كتاب النكاح
مفياً دونها، فهما محصنان، وإن كان مجنوناً دونها، فلا يحصن بذلك أحدهما. وقال
ابن الماجشون: سواء كانا مجنونين أو أحدهما، فإنهما محصنان.

وجه قول ابن القاسم أن المعنى إذا كان يؤثر فى الإحصان وجب أن لا يتعدى
تأثيره من وجد فيه كالحرية والإسلام.

وجه قول أشهب بأن الجنون لا ينقص من الحرية، وما لا ينقص من الحرية، فإنه
يعتبر فيه بحال الرجل؛ لأنه الفاعل للوطء. كوطء الصغير، وهذا خالف الرق والكفر،
فإن لكل واحد منهما تأثيراً فى نقص الحرية، فلذلك لم يعتبر فيه بصفة الفاعل خاصة،
بل كان لكل واحد من الزوجين حكم نفسه.

وجه قول عبد الملك أن هذا وطء صحيح قد وجد من بالغ مسلم، فوجب أن
يحصن كوطء الحر المسلم وليس عندنا للجنون تأثير فى منع الإحصان.

* * *

الباب الثانى فى وصف ما يكمل به الإحصان من العقود

وهو العقد الصحيح اللازم الذى لا خيار فيه، فأما العقد الفاسد، فلا يكون به
الإحصان. وقد قال ابن حبيب: كل نكاح كان حراماً أو فاسداً قبل الدخول أو بعده،
فلا يحصن الوطء فيه.

وجه ذلك أن الإحصان لما كان متعلقاً بالكمال وتمام الحرمة، لم يؤثر فيه العقد
الفاسد؛ لأنه مضاد للكمال ومناف له، فلا تحصل به صفات الكمال.

فرع: فإن كان العقد مما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ووطئ بعد تمام العقل، وفى
الوقت الذى يحكم بصحته وإثباته، فإنه يقع به الإحصان.

وأما إن وطئ قبله، وهو الذى يفوت به النكاح، فلم أر فيه نصاً، وعندى أنه يحتمل
الوجهين، فإن قلنا إنه وطء ممنوع، فإنه لا يقع به الإحصان، لأن أوله ممنوع وباقيه كان
يجب أن يكون بعد الاستبراء، فيجب أن لا يقع به إحصان ولا إحلال، وإن قلنا إنه
مباح، لزمنا أن نقول إنه يقع به الإحصان؛ لأن تناوله حال الإيلاج، وبه يلزم النكاح
وما بعده يقع به الإحصان.

* * *

الباب الثالث فى ذكر ما يقع به الإحصان من الجماع فى الفرج على وجه الإباحة

فإذا غابت الحشفة أو غاب من ذكر مقطوع الحشفة بقدر ذلك على هذا الوجه، فقد وجب الإحصان فى حق من اجتمعت له صفات الإحصان، أنزل أو لم ينزل.

ووجه ذلك أنه حكم يتعلق بالجماع، فلا اعتبار فيه لإنزال كالحدود ووجوب المههر.

مسألة: وهذا فى الذكر المنتشر، فإن لم يكن منتشرًا، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم فى التى تزوجت شيخًا كبيرًا، فأدخلت بإصبعها ذكره فى فرجها: إن انتشر بعد ذلك أحلها للمطلق ثلاثًا، وإن بقى على ذلك لم يحلها. قال محمد عن ابن القاسم: فإن وطئها فوق الفرج فدخل ماؤه فى فرجها، فأنزلت هى، لم يحصنها ذلك، ولم يحلها، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا كان الوطء مباحًا عاريًا من الكراهية. وأما إذا تعلق به كراهية أو تحريم كوطء الصائم أو المحرم أو المعتكف، فإنه لا يقع به الإحصان، هذا الذى رواه ابن القاسم عن مالك، وبه يأخذ مطرف، زاد محمد بن عبد الملك: وكذلك الحائض والمظاهر منها. وروى عن مالك: يحصن ولا يحل للمطلق ثلاثًا، وبه قال المغيرة وابن دينار، وانفرد ابن الماجشون بقوله: يحل ويحصن، وبه يأخذ ابن حبيب.

ووجه نفي الإحصان ما قدمناه من أنه معنى يؤثر الإحصان، فوجب أن يقع على وجه الصحة كعقد النكاح. ووجه إثبات الإحصان أن هذا الوطء لا يؤثر فى النكاح؛ لأنه وطء مباح، وإنما وقع على صفة محظورة، وذلك لا يمنع وقوع الإحصان به.

فرع: إذا قلنا إن الصائم يمنع الإحصان، فالذى روى محمد: أن الصائمة تمنع الإحصان ولم يفصل، قال: وهكذا كل ما نهى النبى ﷺ عن مواقعة الجماع فيه. وقال ابن حبيب: ما كان من صيام نذر معين أو صيام رمضان أو كفارة قتل أو ظهار أو يمين أو فدية أذى أو كل صوم فى كتاب الله تعالى واجب، فهذا الذى اختلف فيه أصحابنا على ما تقدم وأما صيام التطوع أو قضاء رمضان أو نذر غير معين، فجمع عليه من قول مالك وأصحابه أن الوطء فى ذلك يحل ويحصن، وهذا مخالف لما فى المدونة والموازية.

الباب الرابع فيما يثبت به حكم الإحصان

حكم الإحصان أن يبنى بها ويتفقا على الإقرار بالوطء، فإن أقر به أحدهما وأنكر الآخر، فإنه لا يقع به الإحصان للمقر ولا للمنكر، رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة والموازية. وزاد سحنون في المدونة: قال بعض الرواة: يقول: لها أن تسقط ما أقررت به من الإحصان قبل أن يوجد في زنا وبعده.

وجه القول الأول أن الإحصان حكم يلزمها بالوطء، فلا يثبت إلا باتفاقهما عليه به.

وجه القول الثاني ما احتج القائل به من أن للزوجة إذا كانت هي المقررة أن تقول أردت بالإقرار أخذ المهر وللزوج أن يقول أردت أن أثبت عليها الرجعة وأوجب عليها العدة، والحدود تؤثر في إسقاطها الشبهة، ولما كان يجوز إسقاط الحد جملة بالرجوع عن الإقرار، فكذلك يجوز إسقاط صفة من صفاته بالإنكار بعد الإقرار والرجوع إلى شبهة.

مسألة: فإن طال مدة مقامها عند الزوج العشرين سنة ونحوها، ثم وجدت تزني، فأنكرت وطء الزوج، وأقر به الزوج، فقد قال ابن القاسم في المدونة: هي محصنة. قال سحنون، وكذلك غيره من الرواة: لأنها تريد أن تدفع بإنكارها حقاً وجب لم يتقدم فيه دعوى.

وفي كتاب الرجم من المدونة: إن طال مقامها معه ثم زنا، فقال: لم أجامعها، أنه إن لم يعلم وطؤه إياها بوطء ظاهر أو إقرار، فلا حد عليه عند مالك ويحلف، فإن علم منه إقرار بالوطء رجم. قال يحيى بن عمر: وهذه خير من التي في كتاب النكاح. وفي الموازية عن عبد الملك: إن حدها الرجم إذا أنكرت الوطء بعد الزنا، ولو لم يبت عندها إلا ليلة واحدة. قال محمد وهو قول ابن القاسم.

فرع: وهذا إذا كان بعد الزنا، وأما إذا طال المدة واختلفا في الوطء قبل الزنا، فإنها لا تكون محصنة، وإن كان قد أقام معها الدهر الطويل والسنين الكثيرة، فارقها في ذلك أو لم يفارقها، رواه محمد عن عبد الملك، قال: لأن طول المقام لا يمنعها إنكار الوطء كما لو ادعت عليه العنت، لكان لها ذلك بعد طول المدة، فكذلك في مسألتنا مثله.

قَالَ مَالِكُ: يُحْصِنُ الْعَبْدُ الْحُرَّةَ إِذَا مَسَّهَا بِنِكَاحٍ، وَلَا تُحْصِنُ الْحُرَّةُ الْعَبْدَ إِلَّا أَنْ

كتاب النكاح ١٣٩
يَعْتِقُ، وَهُوَ زَوْجُهَا فَيَمَسُّهَا بَعْدَ عِتْقِهِ؛ فَإِنْ فَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ، فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ
حَتَّى يَتَزَوَّجَ بَعْدَ عِتْقِهِ وَيَمَسَّ امْرَأَتَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن العبد يحسن زوجته الحرة، وبه قال جمهور الفقهاء. وقال
عطاء: لا يحسنها.

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور أن هذه موطوءة بنكاح عرا عن الفساد، وقد
وجدت فيها صفات الإحصان، فوجب أن تكون محصنة كما لو كان زوجها حراً.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن العبد إنما يحسن زوجته الحرة بنكاح أذن فيه السيد، فإن
أصابها بنكاح لم يأذن فيه سيده، ففرق بينهما، فلا خلاف على المذهب نعلمه، أنه لا
يقع به الإحصان.

وإن أجاز السيد النكاح بعد أن وطئها، فالمشهور من المذهب أنه لا يحسنها ما تقدم
من وطئها، وكذلك كل وطء فيه خيار لا حد فيه كوطء المحبوب والمجنون والمجنوم
قبل أن تعلم الزوجة داءه، فإنه لا يقع من ذلك الإحصان.

مسألة: فإن وطئ بعد الإجازة، فلا خلاف نعلمه في المذهب أن الإحصان يحصل
للزوجة الحرة؛ لأنه وطء كامل لا خيار فيه لأحد، صادف من كملت له صفات
الإحصان، فوجب أن يحسن.

فصل: وقوله: «فإن عتق العبد فوطئها بعد عتقه فقد أحصنته» لأن صفات الإحصان
قد تجمعت فيه، ولو فارقها قبل أن يعتق ثم أعتق، فإنه لا يكون محصناً بما تقدم من
وطئها قبل الفراق والعتق، وإنما يكون إحصانه بعد هذا، بأن يتزوج بعد العتق ثم
يصيب امرأته، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمَةُ إِذَا كَانَتْ تَحْتَ الْحُرِّ ثُمَّ فَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ تَعْتِقَ، فَإِنَّهُ لَا
يُحْصِنُهَا نِكَاحَهُ إِيَّاهَا وَهِيَ أُمَّةٌ حَتَّى يَنْكِحَهَا بَعْدَ عِتْقِهَا وَيُصِيبَهَا زَوْجُهَا فَذَلِكَ
إِحْصَانُهَا

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة إذا كانت تحت الحر، فإنه لا يحسنها نكاحه ووطؤه
إيها في حال رقها، ولا يثبت لها حكم الإحصان بما تقدم من إصابتها إيها حتى يعتق،
ثم يصيبها زوج بعد العتق، وإنما قال مالك: حتى تنكح بعد عتقها، ويصيبها زوجها

١٤٠ كتاب النكاح

فيمن لا زوج لها، فأما أن يكون عقد نكاحها بعد عتقها شرطاً في إحصانها، فلا، بل إذا كان لها زوج قبل العتق بذلك النكاح بعد العتق، فإنه يحصنها إذا كان حراً، ولو كان عبداً وأصابها قبل أن تعلم بعتقها لم يحصنها ذلك؛ لأن الخيار لها في المقام معه والمفارقة له ثابت، وقد تقدم أن كل وطء يبقى خياراً، فإنه لا يقع به الإحصان.

قَالَ مَالِكٌ وَالْأُمَّةُ إِذَا كَانَتْ تَحْتَ الْحُرِّ فَتَعْتَقُ، وَهِيَ تَحْتَهُ، قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهَا، فَإِنَّهُ يُحْصِنُهَا إِذَا عَتَقْتَ، وَهِيَ عِنْدَهُ، إِذَا هُوَ أَصَابَهَا بَعْدَ أَنْ تَعْتَقَ.

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة إذا كانت تحت الحر فتعتق، وهي تحته، فإنه يحصنها إذا هو أصابها بعد العتق عالمة كانت بالعتق أو جاهلة؛ لأن عتقها لا يوجب لها خياراً، فمتى أصابها بعد العتق، فقد صادف وطؤها نكاحاً صحيحاً لازماً، فإذا وقع الوطء على وجه الصحة أوجب الإحصان لاجتماع صفات الإحصان فيها، والله أعلم.

وَقَالَ مَالِكٌ: وَالْحُرَّةُ النَّصْرَانِيَّةُ وَالْيَهُودِيَّةُ وَالْأُمَّةُ الْمُسْلِمَةُ يُحْصِنُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ إِذَا نَكَحَ إِحْدَاهُنَّ فَأَصَابَهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن الصفات المانعة من الإحصان إنما تؤثر إذا كانت صفات حرمة في منع إحصان من وجدت فيه، وإذا كانت صفات تمام حرمة، فإنها تؤثر في إثبات الإحصان فيمن وجدت فيه، ولم تتعد إلى غيره، ولما كان الكفر والرق من صفات النقص أثرت في منع الإحصان فيمن وجدت فيه ولم يتعد المنع إلى غيره، والحر المسلم البالغ تحصنه الأمة المسلمة والحرمة والكتابية، ولا يتعدى نقصهن إليه، فيمنعه الإحصان كما لا يتعدى تمام حرمة التي يثبت له بها حكم الإحصان بنكاحه إحداهن وإصابتها.

* * *

نكاح المتعة

١١٢١ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ وَالْحَسَنِ ابْنَيْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ

١١٢١ - أخرجه الترمذى ١١٢١، ٤٢١/٣ كتاب النكاح باب تحريم نكاح المتعة عن علي.
والنسائي ٢٠٣/٧ كتاب الصيد والذبائح باب تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية عن علي. وابن ماجه ١٩٦١، ٦٣١/١ كتاب النكاح باب النهى عن نكاح المتعة عن علي. وأحمد ٤٠٤/٣ عن ربيع بن سبرة عن أبيه، والطبراني في الأوسط ١٢٧/٣ عن علي.

ابن أبي طالب، عَنْ أَبِيهِمَا، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ، وَعَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْحُمْرِ الْإِنْسِيَّةِ^(١).

الشرح: قوله رضى الله عنه: «نهى رسول الله ﷺ عن متعة النساء يوم خيبر» يريد أنه نهى ذلك اليوم عنها، ونسخ ما تقدم من إباحتها، والمتعة المذكورة هي النكاح المؤقت مثل أن يتزوج الرجل المرأة سنة أو شهراً أو أكثر من ذلك أو أقل، فإذا انقضت المدة، فقد بطل حكم النكاح وكمل أمره، قاله ابن المواز وابن حبيب.

زاد ابن حبيب: أو مثل أن يقول المسافر يدخل البلد: أتزوجك ما أقمت حتى أقفل، وقد كانت هذه المتعة في أول الإسلام مباحة، وكان عبد الله بن عباس علم الإباحة، ولم يعلم التحريم حتى أنكر عليه على بن أبي طالب رضى الله عنه إباحة ذلك، وأعلمه بما ورد في ذلك من التحريم. وقد روى محمد بن الحنفية أن علياً بلغه أن رجلاً لا يرى بالمتعة بأساً، فقال: إنك رجل تائه، نهى رسول الله ﷺ عنها، وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر.

= قال ابن عبد البر في التمهيد ١٩٩/٧: لم يختلف رواة الموطأ - فيما علمت - فى إسناد هذا الحديث ولا فى متنه، ورواه يحيى بن أيوب المصرى، عن مالك، وأبو زيد عبثر بن القاسم، عن سفیان الثورى، عن مالك - فذكر فيه مخاطبة على لابن عباس فى المتعة: قوله له: دع عنك هذا - فى رواية يحيى بن أيوب. وفى رواية عبثر: إنك امرؤ تائه، إن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأهلية. وقد روى هذا الحديث، عن مالك - جماعة من الأئمة منهم: يحيى بن سعيد، وسفيان بن سعيد، وعمر بن محمد بن زيد، وحماد بن زيد وورقاء بن عمر؛ فمنهم من ذكر مخاطبة على لابن عباس فيه، ومنهم من ساقه - كما فى الموطأ. وهكذا قال مالك فى هذا الحديث: نهى عن متعة النساء - يوم خيبر - وعن أكل لحوم الحمر الأهلية. وقد تابعة على ذلك جماعة منهم: معمر، ويونس بن يزيد، عن ابن شهاب، ويحيى ابن سعيد الأنصارى؛ ولم يسمعه يحيى بن سعيد من ابن شهاب، إنما سمعه من مالك، عن ابن شهاب، وسفيان بن حسين، كلهم اتفقوا عن ابن شهاب، فجعلوا النهى عن متعة النساء يوم خيبر - كما قال مالك. وخالفهم ابن عيينة، فيما ذكر الحميدى عنه. وفى رواية غير الحميدى ليس بمخالفة لهم، وقد كان بعض أصحابنا يقول: يحتمل حديث مالك التقديم والتأخير، كأنه أراد: نهى عن متعة النساء، وعن أكل لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر فىكون الشيء المنهى عنه - يوم خيبر، أكل لحوم الحمر خاصة، ويكون النهى عن المتعة خارجاً عن ذلك موقوفاً على وقته بدليله، وهذا تأويل فيه بعد.

(١) الحمر الأنسية: قال النووى ضبطوه بوجهين كسر الهمزة وسكون النون وفتحهما جميعاً ورجحه القاضى عياض وقال أنه رواية الأكثرين.

١٤٢ كتاب النكاح.

وقد روى ابن حبيب أن ابن عباس وعطاء كانا يجيزان المتعة، ثم رجعا عن ذلك، ولعل عبد الله بن عباس إنما رجع لقول علي له، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه إن وقع يفسخ، زاد الشيخ أبو القاسم: قبل البناء وبعده.

ووجه ذلك أن النبي ﷺ نهى عنها، والنهي يقتضى فساد المنهى عنه. ومن جهة المعنى أنه عقد نكاح فسد بعقده، فوجب أن يفسخ قبل البناء وبعده كالنكاح بغير ولي.

مسألة: فإن تزوج رجل امرأة على أن يأتيها نهاراً، ولا يأتيها ليلاً، فقد روى محمد ابن القاسم: إن ذلك مكروه، ولا أحرمه، فإن وقع، فقد وري محمد عن ابن القاسم: يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده. وقال الشيخ أبو القاسم: يفسخ قبل البناء وبعده.

وجه المنع فى ذلك أن فيه شيئاً من المتعة، وذلك أنه قد دخل مدة النكاح التحديد، وذلك يؤثر فى فساده. ووجه ثان، وهو أنه قد شرط فى النكاح ضد مقتضاه؛ لأن مقتضاه تأبد المواصله، واستكمال ملكه على منفعة البضع، فلا يجوز أن يشترط ما يمنع ذلك، ولذلك لم يكن للمرأة زوجان، وإنما قلنا يفسخ قبل البناء وبعده؛ لأن الفساد فى العقد.

مسألة: ويجب لها بالبناء عند ابن القاسم، مهر المثل. وعند محمد بن المواز: المسمى، وبه قال الشيخ أبو القاسم، وهو الصواب؛ لأن الفساد فى العقد دون المهر.

مسألة: ومن تزوج امرأة لا يريد إمساكها، إلا أنه يزيد أن يستمتع بها مدة ثم يفارقها، فقد روى محمد عن مالك، ذلك جائز، وليس من الجميل، ولا من أخلاق الناس.

ومعنى ذلك ما قاله ابن حبيب: أن النكاح وقع على وجهه، ولم يشترط شيئاً، وإنما نكاح المتعة ما شرطت فيه التفرقة بعد انقضاء مدة.

قال مالك: وقد يتزوج الرجل المرأة على غير إمساك، فيسره أمرها فيمسكها، وقد يتزوجها يريد إمساكها ثم يرى منها ضد الموافقة، فيفارقها، يريد أن هذا لا ينافى النكاح، فإن للرجل الإمساك أو المفارقة، وإنما ينافى النكاح التوقيت.

١١٢٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بِنِ الزُّبَيْرِ أَنَّ حَوْلَةَ بِنْتَ حَكِيمٍ

١١٢٢ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٥٠١/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم

دَخَلَتْ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَتْ: إِنَّ رَبِيعَةَ بِنَ أُمَيَّةَ اسْتَمْتَعَتْ بِأَمْرَأَةٍ مُوَلَّدَةٍ فَحَمَلَتْ مِنْهُ، فَخَرَجَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَرِعًا يَجْرُ رِدَاءَهُ، فَقَالَ: هَذِهِ الْمُتْعَةُ، وَلَوْ كُنْتُ تَقَدَّمْتُ فِيهَا لَرَجَمْتُ.

الشرح: «فخرج عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرعاً يجرى رداءه» يريد أنه عظم هذا الأمر واستشنع أن يقع ما تقدم فيه للنبي ﷺ من المنع والتحريم، فأعجله ذلك على أن يهتبل بأمر رداءه.

فصل: وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «هذه المتعة» يريد والله أعلم، المتعة التي نهى رسول الله ﷺ عنها، «ولو كنت تقدمت فيها لرجمت» يريد أعلمت الناس إعلاماً شائعاً بما اعتقد في ذلك، وأخذ به التحريم حتى لا يخفى ذلك على من فعله، فيكون المتمتع مقتحماً للتحريم، فأشار بهذا إلى أنه من جهل التحريم، وكان الأمر المحرم مما لا يمكن أن يخفى مثله، ولا يعلم علمه، وقد تقدمت فيه إباحة، فإنه يدرأ فيه الحد، ويحتمل أن يكون قد علم بعض الخلاف من أحد من الصحابة، فأراد بقوله: لو تقدمت فيه بينة ما عندي، فيه من النص الذى لا يحتمل التأويل، فيزول الخلاف «لرجمت» لتقدم الإجماع وانعقاده فيه.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «لو كنت تقدمت فيه لرجمت» روى ابن مزين عن عيسى بن دينار عن يحيى بن يحيى عن نافع أنه يرجم من فعل ذلك اليوم، إن كان محصناً، ويجلد من لم يحصن. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ عن ابن القاسم: لا رجم فيه، وإن دخل على معرفته منه بمكروه ذلك، ولكن يعاقب عقوبة موجعة لا يبلغ بها الحد. وروى عن مالك أنه قال: يدرأ فيه الحد، ويعاقب إن كان عالماً بمكروه ذلك.

وجه قول عيسى بن دينار ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال ذلك للناس وخطبهم به، وخطبه تنتشر، وقضاياه تنقل، ولم ينكر ذلك عليه أحد، ولا حفظ له مخالف.

وجه القول الثانى ما احتج به أصبغ من رواية ابن مزين عنه: أن كل نكاح حرمة السنة ولم يجرمه القرآن، فلا حد على من أتاه عالماً عامداً، وإنما فيه النكاح، وكل نكاح حرمة القرآن أتاه رجل عالماً عامداً، فعليه الحد. قال: وهذا الأصل الذى عليه ابن القاسم.

١٤٤ كتاب النكاح

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن ما حرمته السنة ووقع الإجماع والإنكار على تحريمه يثبت فيه الحد كما يثبت فيما حرمه القرآن. قال: والذى عندى فى ذلك أنه الخلاف إذا انقطع ووقع الإجماع على أحد أقواله بعد موت قائله، وقبل رجوعه، فإن الناس مختلفون فيه، فذهب القاضى أبو بكر إلى أنه لا ينعقد الإجماع بموت المخالف فعلى هذا حكم الخلاف باق فى حكم قضية المتعة، وبذلك لا يجد فاعله. وقال جماعة: إنه ينعقد الإجماع بموت إحدى الطائفتين، فعلى هذا قد وقع الإجماع على تحريم المتعة؛ لأنه لم يبق قائل به، فعندى هذا يجد فاعله.

وهذا على قولنا إنه لم يصح رجوع عبد الله بن عباس عنه، وما يدل على أنه لم ينعقد الإجماع على تحريمه، أنه يلحق به الولد، ولو انعقد الإجماع بتحريمه، وأتاه أحد عالماً بالتحريم، لوجب أن لا يلحق به الولد، والله أعلم.

ويحتمل أن يريد بذلك لو كنت أعلمت الناس برأى فى ذلك من تحريمه، ووجوب الحد على من أتاه لأقمت الحد فيه الرجم وغيره؛ لأن الأحكام لا تجرى عند الخلاف إلا على ما رآه الإمام الذى يحكم فى ذلك لاسيما إذا كان عنده فى ذلك من النص أو وجه التأويل ما يمنع قول المخالف، وبالله التوفيق.

* * *

نكاح العبد

١١٢٣ - مَالِكُ أَنَّهُ سَمِعَ رَبِيعَةَ بِنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ يَقُولُ: يُنْكَحُ الْعَبْدُ أَرْبَعَ

نِسْوَةٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «ينكح العبد أربع نسوة» يريد أن هذا العدد مباح له أن يجمع بينهن كالحرة، ولا خلاف فى جواز ذلك للحرة، وهل يجوز ذلك للعبد أم لا؟ قال مالك بجوازه. وروى أشهب عن مالك: أنه قال: إنا لنقول ذلك، وما أدرى ما هذا. وروى محمد عن ابن وهب عن مالك أنه قال: لا يتزوج العبد إلا اثنتين، وبه قال الليث وأبو حنيفة والشافعى وابن حنبل.

وجه القول الأول قوله تعالى: ﴿فَانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث

ورباع﴾ [النساء: ٣]، ولم يفرق بين الحر والعبد.

١١٢٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٠٤.

كتاب النكاح ١٤٥

فإن قيل: فإن معنى قوله: ﴿ما طاب لكم﴾ [النساء: ٣]، ما حل لكم فبينوا أولاً أن المماثلة حلال للعبيد، حتى يثبت بتأويل الآية له.

فالجواب أن الخطاب عام في مواجهة الأحرار والعبيد، فإذا قال لهم: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ فقد بين أن الذى يطيب ويحل هو مثنى وثلاث ورباع.

وجواب ثان، وهو أن لفظة الطيب آيين فى اللذة وما يشتهيهِ الإنسان لاسيما إذا أضيف إلى المستطيب، فقيل له: افعل ما طاب لك، فإذا أطلق، ولم يضيف إلى المكلف، جاز أن يراد به الإباحة، على وجه المجاز.

ولو جاز حمله على الوجهين مع الإضافة، لكان فيما قلنا أظهر، فيجب حمله عليه، فإن الخطاب متوجه إلى الأحرار دون العبيد؛ لأن نفقات زوجات العبيد على ساداتهم، وهو تعالى يقول: ﴿ذلك أدنى أن لا تعولوا﴾، معناه يكثر عيالكُم، ويشق الإنفاق عليكم، كذلك فسره زيد بن أسلم.

فالجواب أن هذا القول اعتبر به زيد بن أسلم ولا يلزم ذلك بل لا يصح؛ لأنه لا يقال: عال يعول، إذا كثر عماله، وإنما يقال من ذلك أعال يعيل إذا كثر عياله، وإنما يقال عال إذا مال، وعالت الفريضة تعول، إذا زاد حسابها، والعول قوت العيال، وهو ما يعالون به، والعيلة الحاجة، يقال منه: عال يعيل، إذا افتقر.

والذى قال به جماعة أهل التفسير أن معنى قوله: ﴿أن لا تعدلوا﴾ أن لا تميلوا. كذلك روى عن ابن عباس وعكرمة ومجاهد والحسن والنخعي والشعبي وقنادة والليث بن سعد وغيرهم، وأنشدوا بيت أبي طالب:

بميزان قس لا يخس شعيرة ووزان صدق وزنه غير عائل
يعنى غير مائل. ومعنى ذلك أنه إذا قل زوجاته اللاتي يخاف أن لا يعدل بينهن كان أبعد له من الميل والجور فيما بينهن بين ذلك قوله تعالى: ﴿فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣].

ويدل على صحة هذا التأويل أنه عز وجل قال: ﴿فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾، فذكر ما لا يحرم فيه الميل من السرارى، ولا يلزم بينهن العدل، ولو أراد النهى عن كثرة العيال والإنفاق لما قال ذلك لأن كثرة العيال تحصل بالإماء كما تحصل بالأحرار، والإنفاق يلزم عليهن كما يلزم للزوجات.

١٤٦ كتاب النكاح

وجواب ثان، وهو أنا لا نسلم أن العبد لا تلزمه النفقة على زوجاته، بل ذلك له لازم فيما يتصدق به عليه أو يوصى له به، وأما سيده، فلا يلزمه شيء من نفقتهن. ومن جهة المعنى أن ما طريقه الشهوة والملاذ يتساوى فيه حكم الحر والعبد كالأكل والشرب.

ووجه القول الثاني قوله تعالى: ﴿هَلْ لَكُمْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِيمَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ﴾ [الروم: ٢٨]، ومعنى ذلك إنكار مساواة العبيد الأحرار فيما رزقوه، ويلغى هذا الحكم، لو جاز لعبد أن يتزوج أربعاً لكان قد ساوى الحر فيما رزقه. والاستدلال بالآية ليس بالبين إلا أن البارئ تعالى نفى أن يكون له شريك فيما خلقه وتملكه كما ليس لعبيدنا شركة فيما رزقناه، وزوجة العبد ليس مما رزقناه فيشاركنا فيها. وأما الأحكام، فإن العبيد يشاركون الأحرار فى أحكام كثيرة من جواز الوطء بالنكاح وملك اليمين، وتحريم الظلم لهم وإباحات المباحات من الملاذ والأطعمة والأشربة وغير ذلك. وأما النكاح، فقد أبيع للعبد منه ما لم ييح للحر وهو نكاح الإماء من غير عدم طول ولا خوف عنت.

وجواب ثان، وهو أننا لو سلمنا أن المراد بذلك نفى مساواة العبد للحر فى النكاح، فحملناه على أن العبد لا ينكح إلا بإذن سيده والحر ينكح بغير إذن، فثبت عدم المساواة، وليس فى الآية دليل على نفى المساواة فى عدد الزوجات، ولا لفظ عام يتعلق به، ولذلك تساوى الأمة الحرة فى عدد الأزواج.

وقد تعلق فى هذا القول من احتج بإجماع الصحابة، فإنه مروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ولا مخالف لهم، وهذا لم يشتهر من قولهم اشتهاً يصح به دعوى الإجماع مع أنه لا يخلو من الخلاف.

ووجه هذا القول من جهة المعنى أنه معنى ذو عدد بنى على التفضيل، فوجب أن لا يساوى فيه العبد الحر كالطلاق والعدد والحدود، ووصفه بانى بنى على التفضيل غير مسلم.

فرع: إذا قلنا يتزوج أربعاً، فإنه يجوز أن يكون جميعهن حرائر وجميعهن إماء، وبعضهن حرائر وسائرهن إماء، رواه محمد عن أشهب عن مالك.

ووجه ذلك أنه ذكر يجوز له نكاح أربع، فجاز أن ينكح أربع حرائر كالحر.

كتاب النكاح ١٤٧
قَالَ مَالِكٌ: وَالْعَبْدُ مُخَالَفٌ لِلْمُحَلَّلِ إِنْ أَدِنَ لَهُ سَيِّدُهُ، ثَبَتَ نِكَاحُهُ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ سَيِّدُهُ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَالْمُحَلَّلُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ إِذَا أُرِيدَ بِالنِّكَاحِ التَّحْلِيلُ^(*).

الشرح: قوله: «والعبد مخالف للمحلل» يريد أن نكاح العبد يثبت إذا أذن فيه السيد، ونكاح المحلل لا يثبت بوجه، ولا بد من فسخه إذا أريد به التحليل، وذلك أن يقصد به تحليل المطلقة ثلاثاً لمن طلقها. وأما من تزوج لغير تحليل ثم طلق أو أقام، فليس بمحلل.

والفرق بين نكاح العبد أنه يجوز بإجازة السيد، وبين نكاح المحلل، فإنه لا يجوز بإجازة مجيز أن نكاح العبد إنما يرد لحق السيد، فإن أجازته السيد جاز، ونكاح المحلل إنما يرد لحق الله تعالى، فليس لأحد إجازته.

وفي نكاح العبد ثلاث أبواب، الأول: في ملك السيد نكاح العبد. والثاني: فيما يجوز من عقده على نفسه، وتجوز السيد له وفسخه. والثالث: في حكم المهر والنفقة في نكاحه.

* * *

الباب الأول في ملك السيد نكاح العبد

السيد يملك نكاح العبد وله أن يجبره عليه، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي في حد قوله: لا يجبره على النكاح.

والدليل على صحة ما قلناه قوله تعالى: ﴿وَأَنْكَحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَاتِكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، فلنا من هذه الآية دليلان، أحدهما: أنه أمرهم بذلك، ولو لم يملكوا الإنكاح لما أمرهم به، والثاني: أنه قرن ذكرهم بذكر الإماء، وقد أجمعناه على أن السيد إجبار أمة على النكاح، فيجب أن يكون العبد بمنزلتها، وهذا مذهب القاضي أبي محمد في استدلاله بالقرائن.

ومن جهة المعنى أن من يملك رقه يملك إجباره على النكاح كالأمة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه إنما يجوز له ذلك إذا انفرد يملك جميعه، ولم يرد بإنكاحه ذلك الإضرار به، فإن كان له فيه شريك أو كان بعضه حراً لم يملك إجباره على النكاح، لأنه لا يملك انتزاع ماله، فلا يملك إنكاحه كالحر.

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣١١/١٦.

١٤٨ كتاب النكاح

مسألة: إذا تزوج العبد بإذن سيده أو زوجته سيده جبراً ملك ارتجاع زوجته.
ووجه ذلك أنه لما أباح له البضع بالنكاح، أو أذن له فيه، فقد ملك جميع أحكامه،
فليس له منعه من ذلك بعد العقد كما ليس له منعه من الوطء، والرجعة من أحكام
النكاح، فملكها العبد بذلك.

مسألة: لا يجبر السيد على إنكاح عبده، ولا إنكاح أمته، وبه قال أبو حنيفة. وقال
الشافعي في أحد قوليه: يجبر على نكاح عبده.

والدليل على ما نقوله أنه محض ملك رقه، فإذا دعاه إلى إنكاحه، لم يلزمه ذلك
كالأمة.

مسألة: ولا يجبر السيد على إنكاح مكاتبه، رواه ابن المواز عن مالك، وكذلك
المدير والمعتق إلى أجل، والمعتق بعضه لأن من كان محبوساً بالرق، ولم يكن له أن
يتزوج إلا بإذن سيده المالك لرقه كالعبد القن.

* * *

الباب الثاني فيما يجوز من عقده على نفسه وتجوز السيد له ونسخه

أما في حكم عقده على نفسه وتجوز السيد له وفسخه، فإنه لا يخلو إذا تزوج العبد
أن يتزوج بإذن سيده أو بغير إذن سيده، فإن تزوج بإذنه، فنكاحه صحيح، وإن باشر
العبد العتق؛ لأنه من جنس من يصح عقده النكاح، وإنما اعتبر في ذلك. إذن السيد لتعلق
حقه بمنافعه وماله، وإن تزوج بغير إذن سيده، فإن للسيد فسخه، وهل له أن يجيزه،
المشهور من المذهب أن له إجازته. وحكى القاضي أبو الفرج أن القياس يقتضى أنه لا
يجوز إجازة السيد، قال: وهو الصحيح عندي.

وجه القول الأول أنه عقد باشره من يصح عقده، وإنما فيه الخيار للسيد لتعلق حقه
بمنافعه وماله، والخيار إذا ثبت بالشرع دون الشرط، لم يمنع صحة النكاح كخيار الرد
بالعنة والجنم والبرص والجنون.

ووجه القول الثاني ما احتج به من أنه لو جاز ذلك لجاز إنكاح الرجل ابنة الأجنبي
البكر، إن أجاز ذلك أبوها، والقول الأول أصح لأن نكاح العبد إنما هو موقوف على
الفسخ كالرد بالعيب وإنكاح الرجل ابنة الأجنبي موقوف على الإجازة، فلا يجوز
كاشتراط الخيار.

كتاب النكاح ١٤٩

فرع: فإذا قلنا إن السيد الفسخ أو الإجازة، فإن أراد الفسخ، فإنه يكون طلاقاً وكسماً
طلقة يملك السيد من ذلك؟ روى محمد بن المواز عن مالك: أن السيد يخير بين أن
يطلقها عليه واحدة أو البتة. وفي المدونة عن مالك، قولان، أحدهما: هذا. والثاني:
ليس له أن يطلقها إلا طلبة واحدة، وتكون تلك الطلبة بائنة.

وجه القول الأول ما احتج به من أن من كان بيده إيقاع الطلاق بالشرع، فإنه يملك
إيقاع الواحدة والبتة كالزوج.

وجه القول الثاني أنه إنما ثبت ذلك للسيد لما أدخل عليه النكاح في عبده من
الغيب، والطلقة الواحدة البائنة تفرغ له عبده، وتزيل عنه عييه، فلا حاجة له إلى أكثر
من ذلك، فلم يكن له إيقاعه.

مسألة: فإن علم السيد بنكاح عبده، فقال: لا أجزئ، ثم أراد بعد ذلك الإجازة، فقد
روى محمد عن مالك أنه قال: إن كان ذلك قريباً من مجلسه، وكان كلاماً كالمراجعة،
والجواب فلا بأس بذلك. وأما قال: لا أجزئ، ثم قال بعد أيام: أجزت، فلا أراه جائزاً.

ومعنى ذلك أنه إن كان أراد بقوله: لا أجزئ التفريق، وهذا لا تكون له الإجازة بعد
الفسخ، وإن أراد به التوقف في الأمر والتأمل، وبين ذلك بأن قال: سأشاور نفسي، وما
أشبهه، فإن لهذا أن يجيز أو يفسخ، وإن قام من مجلسه. وأما إن قال: لا أجزئ، ولم يبين
المراد به، فهذا له أن يجيز ما دام في مقامه، ويصدق السيد ما دام في مجلسه فيما زعم
أنه أراد بقوله: لا أجزئ.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم أنه قال: يصدق في ذلك ما لم يقم، فإن قام من
مجلسه لم تكن له الإجازة، وهذا كله معنى قول محمد.

وجه ذلك أن قيامه من مجلسه مع ما تقدم من قوله، ولم يبين مراده نسبة ظاهرة في
أن مراده التفريق.

مسألة: وإن أراد السيد الفسخ بعد القيام من المجلس، وقد بين في المجلس أنه يريد
استدامة الخيار، فإن له ذلك إلا أن يستمتع العبد بزوجه بعد علم السيد بنكاحه، على
وجه كان يقدر سيده على منعه من ذلك، فلا يكون له الفسخ بعد ذلك؛ لأنه قد
استمتع بها بإذن سيده، أو ما يقوم مقامه من التمكين، وذلك أبين ما يكون من
الإجازة، ومثل ذلك أن يعلم السيد بنكاح عبده بغير إذنه ثم رآه يدخل عليها، فلم
يمنعه، فإن النكاح جائز والصدوق على العبد، ونحوه روى عيسى عن ابن القاسم.

* * *

الباب الثالث فى حكم المهر والنفقة فى نكاح العبد

العبد لا يخلو أن ينكح بإذن سيده أو بغير إذنه، فإن نكح بإذنه، فالمهر فى ذمة العبد ليس على السيد منه شىء إلا أن يلتزم ذلك، ومعنى ذمة العبد ما يطراً له بعد النكاح من مال بصدقة أو هبة أو نحوه ذلك، فبه يتعلق المهر والنفقة على الزوجة دون مكاسبه التى هى عوض حر كاته بصنعة أو خدمة. وقال الشافعى: المهر والنفقة فى مكاسبه الذى هو عوض من حر كاته.

والدليل على ما نقوله أن إذن السيد لعبده فى النكاح لما كان لا يخرج من ملكه شيئاً من رقبته، فكذلك لا يخرج عنه حقاً من منافعه.

مسألة: إن كان نكح بإذن سيده، فأنكر السيد قدر المهر، فإن كان مهر مثله لزمه ذلك، وإن كان أكثر من مهر مثله، لم يجز ذلك على السيد إلا أن يشاء.

فإن علم بذلك السيد واعترض فيه قبل البناء، فالزوجة مخيرة بين أن ترضى من ذلك بمهر المثل، وبين أن تمتنع فيفسخ النكاح، فإن علم بذلك بعد البناء، فاعترض فيه بعد لزوم النكاح وفواته كان له أن يسترد ما زاد على مهر المثل.

ووجه ذلك أن إطلاق الإذن إنما يقتضى المعتاد، فلا يلزمه ما زاد على ذلك.

مسألة: وإن كان نكح بغير سيده، فأجاز السيد، فلها جميع المهر؛ لأن إجازته للنكاح إجازة للمهر، قاله ابن حبيب ومحمد، وإن فسخ النكاح قبل البناء، فلا شىء لها من المهر، وإن فسخه بعد البناء استرده السيد إلا قدر ما يستحل به، وهو ربع دينار؛ لأن المال مال السيد.

ووجه ذلك أن مال العبد قد تعلق به حق السيد، ولذلك يجوز له انتزاعه منه، فليس للعبد التصرف فيه إلا بإذنه. وأما ما ارتجع من المهر، فقد قال ابن حبيب: إنه فى ذمة العبد، والله أعلم.

مسألة: وأما نفقة الزوجة، فلا يكون على السيد شىء منها سواء نكح بإذنه أو بغير إذنه، فإن كانت حرة، فالنفقة على العبد على كل حال.

وقد روى ابن المواز عن مالك: أحب إلى إذا نكح العبد أن تشتترط عليه النفقة بإذن السيد.

ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق السيد بمال العبد، فإن كانت أمة، فقد اختلف قول أصحابنا فيها وقد فسرتة فى باب جامع الطلاق.

فرع: والسيد أولى بخراجه، وبما فى يده، فإن وجد العبد ما ينفق عليها من صدقة أو هبة أو وصية وإلا تلوم له، فإن وجد نفقة وإلا فرق بينهما كالحرة، قاله ابن حبيب.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ إِذَا مَلَكَتْهُ امْرَأَتُهُ أَوْ الزَّوْجُ يَمْلِكُ امْرَأَتَهُ إِنَّ مِلْكَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبُهُ، يَكُونُ فَسْخًا بِغَيْرِ طَلَاقٍ، وَإِنْ تَرَاجَعَا بِنِكَاحٍ بَعْدَ لَمْ تَكُنْ تِلْكَ الْفُرْقَةُ طَلَاقًا.

الشرح: كما قال أن ملك أحد الزوجين الآخر فسخ لنكاحه؛ لأن ملك اليمين ينافى النكاح، ولذلك لا يجوز للرجل أن يتزوج أمته، ولا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدها، ولما كان ملك اليمين أقوى لأنه يملك الرقبة والمنافع كلها أبطل حكم النكاح، تقدم النكاح أو تأخر، فإن ملك اليمين لم يصح النكاح، ولو تزوج أمته لم تكن زوجة له، وبقيت على حالها أمة له.

مسألة: ومن له عبد له أمة، فزوجها منه صح النكاح؛ لأن تزويجها منه انتزاع للأمة، ولا يجوز للرجل أن يتزوج أمة لا يجوز له وطؤها مثل أن يكون له فيها بقية رق كأم الولد والمكاتب والمذبرة والمعتقة إلى أجل والمعتق بعضها، ولا يتزوج أمة له فيها شبهة ملك كأمة عبده وأمة ابنه.

واحتج ابن القاسم فى أمة الابن بأنها مال له، لا حد عليه فى وطئها، ولا نعلم فى هذا خلافا بين أصحابنا إلا ما رواه ابن المواز عن عبد الله بن عبد الحكم أنه كان يجيز إنكاح الأب أمة الابن على ما يكره.

فصل: وقوله: «إن ملك كل واحد منهما صاحبه يكون فسخاً» يقتضى أن النكاح إذا انعقد على صحة، ثم طرأ عليه ملك أحدهما لصاحبه، فسخ النكاح وبطل، وهكذا يجب أن يكون حكم كل نكاح تقدم على الصحة، وطرأ عليه ما يوجب تحريمه، ويمنع استدامته، فلو أن رجلاً زوج ابنه أمته، ثم توفى فورثها أو ورث جزءاً منها، لا يفسخ نكاحها، وكذلك لو زوج ابنته عبده، ثم توفى فورثت جزءاً منه، لا يفسخ نكاحها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل البناء أو بعده، فإن كان قبل البناء فقد وقع فى كتاب الشيخ أبى القاسم فىمن اشترى زوجته قبل البناء: لها نصف الصداق، والمشهور من قول مالك: لا شىء لها.

وجه قول مالك أن الفرقة جاءت من قبل الزوج كالطلاق. ووجه القول الثانى أنه معنى يوجب الفسخ قبل البناء، فلم يجب به شىء من الصداق كالرضاع.

١٥٢ كتاب النكاح

فصل: وقوله: «يكون فسخا بغير طلاق، وإن تراجعاً بنكاح بعد، لم تكن الفرقة طلاقاً» يريد أنهما لا يتراجعان إلا بنكاح جديد، ولا رجعة له عليها بحكم النكاح الأول؛ لأنه قد انفسخ وبطل حكمه وخرجا عنه بغير طلاق، ولذلك إذا تزوجها بنكاح جديد، لم تعد عليه فرقة الفسخ طلقة، بل يبقى له عليها ثلاث تطليقات إن كان حراً، أو طلقان إن كان عبداً.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْعَبْدُ إِذَا أَعْتَقَهُ امْرَأَتُهُ إِذَا مَلَكَتْهُ، وَهِيَ فِي عِدَّةٍ مِنْهُ لَمْ يَتَرَاجَعَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ.

الشرح: وهذا كما قال أن العبد إذا ملكته امرأته بعد أن طلقها، وهي فى عدة منه وأعتقته، وصار ممن يجوز له أن يتزوجها خروجه عن ملكها، فإنهما لا يتراجعان إلا بنكاح جديد؛ لأنه، وإن كان طلاقه إياها رجعيًا، فإن ملكها إياه، قد قطع ما كان له عليها من الرجعة، وقد ارتفع ذلك الملك. ووجه ذلك أن ما أزال الملك منع الرجعة كالردة.

* * *

نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله

١١٢٤ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ نِسَاءَ كُنَّ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُسَلِّمْنَ بِأَرْضِهِنَّ، وَهُنَّ غَيْرُ مُهَاجِرَاتٍ، وَأَزْوَاجُهُنَّ حِينَ أَسْلَمْنَ كُفَّارًا، مِنْهُنَّ بِنْتُ الْوَلِيدِ بْنِ الْمُغِيرَةِ، وَكَانَتْ تَحْتَ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ، فَأَسْلَمَتْ يَوْمَ الْفَتْحِ، وَهَرَبَ زَوْجُهَا صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ مِنَ الْإِسْلَامِ، فَبَعَثَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ابْنَ عَمِّهِ وَهَبَ بْنَ عُمَيْرٍ بَرْدَاءَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَمَانًا لِصَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ، وَدَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْإِسْلَامِ وَأَنْ يَقْدَمَ عَلَيْهِ، فَإِنْ رَضِيَ أَمْرًا قَبْلَهُ، وَإِلَّا سَيَّرَهُ شَهْرَيْنِ، فَلَمَّا قَدِمَ صَفْوَانُ

١١٢٤ - أخرج بعضه مسلم ١٨٠٦/٤ كتاب الفضائل باب ١٤ رقم ٥٩ عن ابن شهاب. وأخرجه بلفظه عبد الرزاق فى المصنف رقم ١٢٦٤٦، ١٦٩/٧ عن الزهري والبيهقى فى الدلائل ٩٧/٥ عن الزهري وذكره فى الكنز برقم ٤٥٨٥٠ وعزاه السيوطى إلى عبد الرزاق عن الزهري. قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢١٧/٧: هذا الحديث لا أعلمه يتصل من وجه صحيح، وهو حديث مشهور، معلوم عند أهل السير؛ وابن شهاب إمام أهل السير وعالمهم، وكذلك الشعبي، وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده إن شاء الله.

عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِرِدَائِهِ نَادَاهُ عَلَى رُغُوسِ النَّاسِ، فَقَالَ: يَا مُحَمَّدُ إِنَّ هَذَا وَهَبُ ابْنِ عُمَيْرٍ جَاءَنِي بِرِدَائِكَ، وَزَعَمَ أَنَّكَ دَعَوْتَنِي إِلَى الْقُدُومِ عَلَيْكَ، فَإِنْ رَضِيتُ أَمْرًا قَبْلَتُهُ، وَإِلَّا سَيَّرْتَنِي شَهْرَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «انزِلْ أبا وَهَبٍ» فَقَالَ: لا وَاللَّهِ لا أَنْزِلُ حَتَّى تُبَيِّنَ لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «بَلْ لَكَ تَسْيِيرُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ» فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَبْلَ هَوَازِنَ بَحْنَيْنِ، فَأَرْسَلَ إِلَى صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ يَسْتَعِيرُهُ أَدَاةً وَسِلَاحًا عِنْدَهُ، فَقَالَ صَفْوَانُ: أَطْوَعًا أَمْ كَرْهًا؟ فَقَالَ: «بَلْ طَوْعًا» فَأَعَارَهُ الْأَدَاةَ وَالسِّلَاحَ الَّذِي عِنْدَهُ ثُمَّ خَرَجَ صَفْوَانُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ كَافِرٌ فَشَهِدَ حُنَيْنًا وَالطَّائِفَ، وَهُوَ كَافِرٌ، وَأَمْرَاتُهُ مُسْلِمَةٌ، وَلَمْ يُفَرِّقْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَمْرَاتِهِ حَتَّى أَسْلَمَ صَفْوَانُ وَاسْتَقَرَّتْ عِنْدَهُ أَمْرَاتُهُ بِذَلِكَ النُّكَاحِ.

١١٢٥ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ بَيْنَ إِسْلَامِ صَفْوَانَ وَبَيْنَ إِسْلَامِ أَمْرَاتِهِ نَحْوًا مِنْ شَهْرَيْنِ.

الشرح: قوله: «إن نساء كن في عهد رسول الله ﷺ يسلمن بأرضهن، وهن غير مهاجرات، وأزواجهن حين أسلمن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة، وهي عاتكة بنت الوليد بن المغيرة»، إلى قوله: «أسلمت عام الفتح» يحتل من جهة اللفظ أن تكون أسلمت في وقت تمكن الهجرة فيه، وذلك قبل الفتح؛ لأنه قال: «أسلمن بأرضهن ولم يهاجرن، وأزواجهن كفار» ولو كان وقت لا يمكن فيه الهجرة لما احتاج إلى نفي الهجرة عنهن؛ لأن تلك حال سائر النساء لا يمكن سواها، ثم قال: «منهن بنت الوليد ابن المغيرة» ثم أسلمت عام الفتح، ومن أسلم عام الفتح قبل الفتح، وإنما أسلمت في وقت يمكن فيه الهجرة.

وأما من أسلمت بعد الفتح فقد فاتتها الهجرة، لأنه لا هجرة بعد الفتح، وعاتكة إذا أسلمت يوم الفتح، وفي ذلك اليوم فر زوجها صفوان بن أمية، لكنه إنما أضافها إلى من لم تهاجر ووصفها بعدم الهجرة؛ لأن القرآن إنما أنزل بحكم من هاجر، وسيأتي بعد هذا حكم من هاجر من المؤمنات في موضعه إن شاء الله.

فصل: وقوله: «وهرب زوجها من الإسلام» يريد أنه فر لئلا يدخل فيه، ولم يفر من

١١٢٥ - أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٠/١٣٩٨٣. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار

١٥٤ كتاب النكاح

القتل، لأنه لو أسلم أمن من القتل، وقد عرف ذلك صفوان وغيره، لكن فراره كان من الإسلام الذي أباه، وعليه قوتل، حتى أظهر الله تعالى الدين، فلذلك قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ فَإِنِ انْتَهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ بَصِيرٌ وَإِن تَوْلُوا فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَوْلَاكُمْ نَعِمَ الْمَوْلَىٰ وَنَعِمَ النَّصِيرُ﴾ [البقرة: ١٩٣].

فصل: وقوله: «فبعث إليه رسول الله ﷺ ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله ﷺ أماناً لصفوان بن أمية ودعاه إلى الإسلام وإلى أن يقدم عليه فإن رضى أمراً قبله وإلا سيره شهرين» يريد أنه أرسل ابن عمه لسكون صفوان بن أمية إلى قوله وثقته به وقربته منه ومعرفته بإشفاقه، وقرن به رداءه ليتحقق بذلك صفوان بن أمية ما ورد عليه به وهب بن عمير من تأمين النبي ﷺ له ودعائه إياه إلى ما ذكره له علي حسب عادة العرب في ذلك من أن من أمن منهم أحداً أعطاه سوطه أو رداءه أو حبلأ أو شيئاً يكون كالشاهد على التأمين، ويشهر به تأمينه له.

وقوله: «ودعاه إلى الإسلام» بمعنى أن يعرض عليه الإسلام، ويبين له شرائعه وأحكامه وهديه، فإن رضيه التزمه ودخل فيه، وقبله منه، وإن كره ذلك سيره شهرين، يعنى أنه يؤمنه فيهما لا يعرض له أحد، حكاه ابن مزين عن عيسى بن دينار.

وقال القاضي أبو الوليد: وعندى أن ذلك إنما كان ليتمكن فيهما من الخروج إلى حيث يأمن من بلاد الشرك وسائر الأمم. قال أبو المطرف القنازعى، رحمه الله: وهذا أصل في عقد الصلح بين المشركين والمسلمين مدة معلومة على حسب ما يرونه مصلحة لهم.

وما قاله ليس بالبين، وإنما هو تأمين لرجل من المشركين ليرى الإسلام وحاله، فإن رضيه دخل فيه، وإلا كان أمناً مدة يمكنه أن يبلغ مأمنه، إلا أن يريد أن يسمى التأمين صلحاً مجازاً أو اتساعاً أو لأن المؤمن أيضاً يأمنه من أمنه، لكن لهذا المعنى اسم يختص به، وهو التأمين والصلح أيضاً اسم لمعنى آخر يختص به، وتختلف أحكامهما؛ لأن المصالح يملك نفسه، ويجرى عليه حكمه، والمؤمن لا يملك نفسه، ولا يجرى عليه حكمه، وإنما يجرى عليه حكم من أمنه على حسب ما يأتى فى موضعه إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «فلما قدم صفوان بن أمية على رسول الله ﷺ» يريد أنه ناداه على رعوس الناس، فقال: «يا محمد، هذا وهب بن عمير جاءنى بردائك يزعم أنك دعوتنى

كتاب النكاح ١٥٥

إلى القُدوم عليك» يريد أن صفوان بن أمية حين قدومه نادى رسول الله ﷺ على رءوس الناس، يريد إشهار تأمينه والإعلان به، ويحتمل أن يكون مع كفره قد خاف أمراً من النبي ﷺ إن لم يشهر تأمينه مع ما علم من وفاء النبي ﷺ وأنه لم يغدر قط بذمة عرف ذلك من حاله المؤمن والكافر.

وكذلك قال أبو سفيان بن حرب له رقل حين سأله عن النبي ﷺ: أيغدر، قال: لا، ونحن منه في مدة، لا ندرى ما هو فاعل في ذلك، ويحتمل أن يكون صفوان بن أمية قال ذلك وأعلن به ليعلم ذلك أصحابه، فربما خفي ذلك عن بعض أصحابه فاغتاله، ويذر بقتله، ويحتمل أن يكون صفوان أراد تحقيق ما جاء به ابن عمه لتجويزه الوهم عليه.

وقوله: «على رءوس الناس» تستعمل هذه اللفظة لمن قام بقول يقوله، ويعلن به والناس جلوس منصفون، بمعنى أنه على رءوسهم، وأنه يسمع جميعهم، ولم يخبر بذلك إخبار الجالس لدى من أقبل عليه وحادثه، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «اجلس أبا وهب» فكناه، وهي كنية صفوان بن أمية. قال عيسى ابن دينار، من رواية ابن مزين عنه: لا بأس أن يكنى اليهودى والنصرانى كما فعل رسول الله ﷺ بصفوان بن أمية، وكان مشركاً.

قال ابن مزين: وقال غيره: لا يكنى اليهودى ولا النصرانى الذمى لأن الله عز وجل ألزمهم الذلة والصغار، وفي تكتيته إكرامه وتعظيمه، وإنما كان رسول الله ﷺ يدعو العرب خاصة بكنائها مع الإشراف استئلاً لها بذلك، ولمن كان وراءها من عشائرها، كما جاء عنه صلوات الله عليه أنه من على غير واحد من أسرى العرب المشركين أطلقهم امتناناً واستئلاً بغير فداء، فكان الغير إنما قصر ذلك على مشركى العرب دون غيرهم.

وهذا الذى قاله يحتاج إلى تأمل وتقسيم، وذلك أن الكنى قد يدعى بها على غير سبيل الإكرام، وإما لشهرتها وأنها تغلب على الاسم، ويشتهر بها صاحبها دون الاسم، فهذا لا اختلاف فى جوازه، وقد قال الله تعالى: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ﴾ [المسد: ١]، فكناه لاشتهاره بكنيته، فلم يرد إكرامه بهذا، ولا استئلاً، ففى السورة من ذمه والإخبار بأنه سيصلى النار ما يمنع ذلك.

وقد غلبت الكنى على قوم من أصحاب النبي ﷺ كأبى بكر وأبى عبيدة وأبى هريرة

وغيرهم، وغلبت الأسماء على جماعة منهم كعمر وعثمان وعلى بالانتساب إلى أسمائهم.

ولذلك قال النبي ﷺ يوم حنين: «أنا ابن عبد المطلب»^(١)، ولم يقل أنا ابن أبي الحارث، ولا خلاف أنه لم يرد أن يضع من جده ولا قصد إلى تصغير حاله، ولذلك قال لحسان لما استأذنه في هجاء قريش: «كيف بنسبي فيهم، فقال: لأسلنك منهم كما تسل الشعرة»^(٢)، فقد يدعى بالكنى على معنى الشهرة وغلبتها، وقد يكون من الناس من لا اسم له، واسمه كنيته كأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وأبي بكر ابن عياش وغيرهم. وأما الكنية على سبيل الإكرام، فهل يجوز أن يدعى بها من ليس بمسلم أو لا؟ هي التي يصح فيها الخلاف المتقدم، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فقال: لا والله حتى تبين لي، فقال رسول الله ﷺ: بل لك تسيير أربعة أشهر» يحتمل أن يريد به حتى تبين ما أنفذت به إلى هل هو على ما بلغني، فأنزل، أو على غيره، فانظر فيه، فيكون التبيين حيثئذ ليعلم وجه التأمين، كيف هو، ويحتمل أن يريد حتى تبين لي بأن يسمع هؤلاء تأمينك فأمن المستقبل إذا اشتهر الأمان، أو تعلم بذلك من أصحابك، فلا يكون منهم من أخاف إذابته فأجابته ﷺ بالزيادة في التأمين على ما بلغه ورضيه، فقال: «بل لك تسيير أربعة أشهر» وعلى هذا استقر أمر التسيير، قال الله تعالى: ﴿فسبحوا في الأرض أربعة أشهر وأعلموا أنكم غير معجزى الله﴾ [التوبة: ٢]، وإنما بالغ في ذلك ﷺ استتلافاً له واستمالة إلى الإسلام، وليعلم أنه ليس الغرض في قتله، ولا التشفى منه لعدواته، وإنما الغرض أن يدعى إلى الإسلام، فيدخل فيه، فيكفر عنه ما تقدم من سيئ عمله.

وقد قالت عائشة رضي الله عنه: وما انتقم رسول الله ﷺ لنفسه قط إلا أن تنتهك حرمة من حرمات الله فينتقم لله بها، وإنما كان النبي ﷺ يفعل ذلك لما افترض عليه من الجهاد وما أوجب عليه ربه من قتال من لا يدخل في الإسلام ولا يقر به، فمن أقر به ودخل فيه أطرح عدواته، وأظهر مودته، ولم يبلغ بأحد أكثر مما بلغ بوحشى قاتل حمزة، قال له: «هل تستطيع أن تغيب عنى وجهك»^(٣).

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٨٦٤. مسلم حديث رقم ١٧٧٦. الترمذى حديث رقم

١٦٨٨. أحمد في المسند حديث رقم ١٨٠٠٧، ١٨٠٦٩، ١٨٢٣١.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٥٣١، ٤١٤٥، ٦١٥٠. مسلم حديث رقم ٢٤٨٩،

٢٤٩٠.

(٣) أخرجه البخارى حديث رقم ٤٠٧٢. أحمد في المسند حديث رقم ١٥٦٤٧.

كتاب النكاح ١٥٧

فصل: وقوله: «فخرج رسول الله ﷺ قبل هوازن بجيش فأرسل إلى صفوان بن أمية أن يستعيره أداة وسلاحاً عنده، فقال صفوان: أطوعاً أم كرهاً، فقال: بل طوعاً» يريد أن رسول الله ﷺ لما خرج إلى حنين قبل هوزان، استعار من صفوان أداة وسلاحاً كانت عنده، والعارية مباحة من الكافر وغيره.

وقد قال ابن القاسم عن مالك: لا يجوز أن يلبس المسلم ثوباً لبسه كافر حتى يغسله. وقال ابن الماجشون: إلا أن يكون من الثياب التي يفسدها الغسل، فليلبسها ويصلى فيها دون أن يغسلها.

فعلى رواية ابن القاسم يحتمل أن يكون من لبسها من الصحابة لم يستدم لبسها حين الصلاة. وعلى قول ابن الماجشون: يجوز أن يصلى فيها لأن الدروع مما يفسدها الغسل. وأما أحكام العارية إذا تلفت عند المعار، فنحن نذكرها في مواضعها إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «ثم رجع مع رسول الله ﷺ» ولم يذكر أن رسول الله ﷺ دعاه إلى الخروج، ويحتمل أن يكون إنما خرج باختياره، ولم يدعه النبي ﷺ إلى ذلك، لما روى عنه ﷺ أنه لا يستعين بمشرك، ولم يمنعه من الخروج لما رجا أن يرى في طريقه وسفره مع النبي ﷺ ما يقوى في نفسه أمر الإسلام، فيكون سبباً لإسلامه، وهل المنع لم يتناول خروجه معه، وإنما يتناول استعانته به والله أعلم، فشهد حنينا والطائف وهو كافر وامراته مسلمة. «ولم يفرق رسول الله ﷺ بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان بن أمية» يريد لم يفسخ نكاحه. وأما التفرقة بأن لا يجامعها، فهي متيقنة، وأن لم يذكرها الراوى في حديثه.

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال، فعند مالك أن الزوجة لا تبين من زوجها الكافر بنفس إسلامها، وبه قال عطاء وابن شهاب وعمرو بن ميمون وجماعة. وروى مثله عن عمر بن عبد العزيز. وروى عن ابن عباس أنه قال: إذا أسلمت قبله بساعة حرمت عليه.

وحديث ابن شهاب هذا وإن كان مرسلًا ومراسيل ابن شهاب لا يحتج بها غير أن هاتين القصتين قصة صفوان بن أمية وقصة عكرمة، قد شهرتا وتواتر خبرهما، فكان ذلك يقوم لهما مقام الإسناد المتصل.

وقد روى وكيع عن أسماء وعن سماك عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة أسلمت

١٥٨ كتاب النكاح

على عهد النبي ﷺ فجاء زوجها بعدها، فقال: يا رسول الله، إنها كانت أسلمت معي فردها عليه. وقال أبو عيسى: هذا حديث ليس به بأس.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يستديم ملك عصمته مع بقاءه على كفره. وقد روى عن عمر وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أنها تخير، فإن شاءت فارقت، وإن شاءت قررت عنده.

والدليل على أنه لا يستديم ملك عصمتها مع بقاءه على كفره قوله تعالى: ﴿فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهنم ولا هم يحلون لهن﴾ [المتحنة: ١٠]، وهذا نص في تحريم المهاجرات، فهو حجة، فإن سلم قسنا عليه غير المهاجرات فقلنا إن هذه حرة مسلمة، فلا يجوز إقرارها تحت الكافر، أو فلا يجوز أن يستديم الكافر ملك عصمتها كالمهاجرة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون إسلامها قبيل البناء أو بعده، فإن كان إسلامها قبل البناء، فلا يخلو أن يسلم جميعاً أو يسلم أحدهما قبل الآخر، فإن أسلما جميعاً في وقت مثل أن يأتيا جميعاً مسلمين، ففي النواذر أنهما على نكاحهما، فإن أسلم أحدهما قبل الآخر، فلا يخلو أن يتقدم الزوج أو الزوجة، فإن تقدم الزوج فسيأتي ذكره بعد هذا.

وإن تقدمت الزوجة، فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم في العتبية في النصراني تسلم زوجته قبل البناء: فإن لم يسلم هو مكانه، فلا رجعة له، ولا عدة عليها، ويتخرج على قول ابن المواز في إسلام الزوجة قبل البناء، تقع الفرقة بنفس إسلامها قبل البناء.

وجه قول ابن القاسم أن إسلام الزوجة إذا لم يتبعه إسلام الزوج، وقعت به الفرقة، وإذا تبعه إسلام الزوج لم تقع به فرقة، دون اعتبار إسلام الزوج لما بقيا على نكاحهما، وإن أسلم الزوج في عدة المدخول بها، ولا يقع من حالهما إلا بعد مدة يمكن فيها معرفته ما يكون من الزوج في ذلك، فإذا وقع إسلام الزوجة كان مراعى على ما يأتي تفسيره بعد هذا إن شاء الله.

وجه قول أصيبغ وأشهب على تفسير ابن الموازية أنه معنى يوجب فرقة في النكاح، فإذا وجد قبل البناء قطع العصمة والطلاق.

مسألة: وأما إن أسلمت بعد البناء، فإنه إن أسلم بعدها ما دامت في عدتها، فهي

كتاب النكاح ١٥٩
باقية على عصمته، مجوسياً كان أو كتابياً، قال الشيخ أبو القاسم: ويكون أحق بها
بمجرد إسلامه دون رجعة، لأن إسلامه كالارتجاع.

ووجه ذلك أن التشغيب دخول النكاح بما تجرد من إسلام الزوجة، وأنه لا يحل أن
يملك عصمتها كافر، وهذا تشغيب أوجب العدة، ولم يوجب الفرقة كالطلاق الرجعي.

فإذا أسلم الزوج قبل انقطاع المدة، وانقضاء العدة، فقد زال التشغيب وانجبر التلم،
وصحح إسلامه العقد، فبقيت عنده على حكم النكاح الأول، ولم يحتج إلى رجعة لأن
تشغيب العقد لم يقع بما تجبره الرجعة، وإنما وقع بما يجبره إسلام الزوج، وقد وجد ذلك
يدل على ذلك أنه لو ارتجعها، وبقي على كفره لم تصح، وبالله التوفيق.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والذي عندي في تحرير هذه المسألة أن
إسلام الزوجة لا يوجب فرقة إذا تعقبه إسلام الزوج، فإذا لم يتعقبه إسلام الزوج
وقعت به الفرقة، وذلك إنما يعرف بعد مدة.

فإذا وقع إسلام الزوجة بعد مدة كانت مراعى، فإن تعقبه إسلام الزوج، علمنا أن
إسلام الزوجة إسلام لا يؤثر فرقة، وإنما يؤثر تصحيح العقد وإثباته، فبقيا على ما كانا
عقدها من النكاح، وأسلما عليه، فلا معنى لرجعته، ولا لما يقوم مقامها؛ لأن نكاحهما
لم يطرأ عليه إلا ما أثر فيه تصحيحاً وتبييناً.

وإن لم يتعقبه إسلام الزوج، علمنا أن إسلام الزوجة قد وقعت به الفرقة، يدل على
صحة هذا أنها تحتسب بعدتها إذا علمنا وقوع الفرقة من يوم إسلامها، لو وقعت
الفرقة بامتناع الزوج من الإسلام أو بظهور ذلك عند انقضاء مدة تكون عدة أوجب
أن تستأنف العدة من يومئذ لأن العدة إنما تكون من يوم تكون الفرقة.

فرع: والمدة المراعاة في الدخول بها من يوم إسلامها إلى انقضاء عدتها على ما
تقدم، فهما على نكاحهما، وإن لم يسلم فيهما، فقد بان منهن، ولا سبيل له إليها، ولا
توقف في أثناء هذه المدة.

وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال: يعرض عليه الإسلام، فإن أبى، فرق بينهما،
فأشار إلى ما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: خلعهما الإسلام عنه كما تخلع الأمة
من العبد إذ اعتقت تحتة.

والدليل على ما نقوله أن العدة مدة ضربت في المدخول بها ليعلم ما أوقع الزوج من

١٦٠ كتاب النكاح
الطلاق، هل هو بائن أو غير بائن، فإن تعقبه ارتجاع فى العدة علم أنه غير بائن،
فكذلك مسألتنا مثله.

فرع: ولا فرق فى ذلك بين الحربيين والذميين والوثنيين، وبه قال جمهور الفقهاء
وأهل الأمصار خلافاً لأهل الكوفة فى قولهم هذا حكم الحربيين دون الوثنيين وأهل
الذمة، فإن أسلمت منهم المرأة قبل الزوج عرض عليه، فإن أسلم فى الوقت، فهو أحق
بها، وإن لم يسلم عجل التفريق بينهما.

والدليل على ما نقوله أن هذا كفر يمنع استدامة النكاح فكان حكمه موقوفاً على
إسلام الزوج ككفر الكتابيين الحربيين.

فرع: وهل تكون هذه الفرقة طلاقاً أو فسخاً؟ قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم:
هى طلقة بائنة. وقال ابن المواز: ليس ذلك بطلاق.

وجه قول ابن القاسم أنها فرقة واقعة باختيار من هى بيده كالطلاق المبتدأ. ووجه
قول ابن المواز أنه فرقة واقعة بالشرع من غير موقع، فكانت فسخاً كالفرقة بملك الزوج
زوجته، وهذا إذا قلنا إن الفرقة الواقعة بالردة فسخ، وهى رواية ابن أبى أويس وعبد
الملك بن الماجشون عن مالك.

وفى المدونة أنها طلقة بائنة، فعلى هذا الفرق بينهما أن فرقة المرتدة من نكاح
صححه الإسلام، والفرقة الواقعة بإسلام زوجة الكافر فرقة من نكاح لم يصححه
إسلام.

فرع: وهل على الكافر الذى أسلمت زوجته أن ينفق عليها فى العدة؟ روى عيسى
عن ابن القاسم: لا نفقة لها. وروى أصبغ عن ابن القاسم: لها النفقة. وفى رواية عيسى
ما احتج به من إنها ممتنعة من الاستمتاع.

وجه رواية أصبغ أنها معتدة منه يملك استباحة وطئها كالمطلقة الرجعية.

قَالَ ابْنُ شَيْهَابٍ: وَلَمْ يُلْغْنَا أَنَّ امْرَأَةً هَاجَرَتْ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَزَوَّجَهَا كَافِرٌ
مُقِيمٌ بِدَارِ الْكُفْرِ إِلَّا فَرَّقَتْ هِجْرَتُهَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا إِلَّا أَنْ يَقْدَمَ زَوْجُهَا مُهَاجِرًا
قَبْلَ أَنْ تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا^(*).

الشرح: قوله: «ولم يلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله إلا فرقت هجرتها»

(*) ذكره البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٠/١٣٩٨٣. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار

برقم ١١٠٦.

كتاب النكاح ١٦١
بينها وبين زوجها إلا أن يقدم قبل أن تنقضى عدتها؛ يريد مع إسلامها وبقائه على الكفر.

وأما لو أسلمنا جميعاً وهاجرت هي دونه على وجه مباح في وقتنا هذا لما خرجت عن عصمته، وأما في ذلك الوقت فقد كان للهجرة مخصوصة غير أن الظاهر ما قلناه، وقد شرط أن يقدم زوجها قبل أن تنقضى عدتها.

ومعنى ذلك أن يقدم مسلماً، ولو قدم كافراً لبانت منه بانقضاء العدة إن لم يسلم فيها وقد روى ابن إسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول، ولم يحدث شيئاً.

واختلف عنه، فقال محمد بن عمرو الرازي عن سلمة بن الفضل عنه: بعد ست سنين. وقال الحسن بن علي عن يزيد بن هارون عنه: بعد سنتين. ورواية علي حسبما قد علم من الضعف والاضطراب. وقد روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ رد زينب إلى أبي العاص بن الربيع بنكاح جديد. وقد روى هذا عن غيره، وهذا أشبه وأقرب.

ولو ثبت ما روى عن عكرمة عن ابن عباس أنه ردها عليه بالنكاح الأول؛ لاحتل أن يرد به على مثل الصداق الأول. وقال الزهري: كان ذلك قبل أن تنزل الفرائض. وقال قتادة: كان ذلك قبل أن تنزل سورة براءة بقطع اليهود بين المشركين والمسلمين، ويحتمل أنها لم تكن استكملت ثلاث حيض، ويحتمل أن يكون حكمها منسوخاً، وثبت النسخ بالإجماع على أنها إذا انقضت عدتها فقد بانت منه، والله أعلم.

١١٢٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ أُمَّ حَكِيمِ بِنْتَ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ وَكَانَتْ تَحْتَ عِكْرِمَةَ بْنِ أَبِي جَهْلٍ، فَأَسْلَمَتْ يَوْمَ الْفَتْحِ، وَهَرَبَ زَوْجُهَا عِكْرِمَةُ بْنُ أَبِي جَهْلٍ مِنَ الْإِسْلَامِ حَتَّى قَدِمَ الْيَمَنَ، فَأَرْتَحَلَتْ أُمَّ حَكِيمٍ حَتَّى قَدِمَتْ عَلَيْهِ بِالْيَمَنِ، فَدَعَتْهُ إِلَى الْإِسْلَامِ فَأَسْلَمَ، وَقَدِمَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ الْفَتْحِ، فَلَمَّا رَأَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَتَبَّ إِلَيْهِ فَرِحًا وَمَا عَلَيْهِ رِذَاءٌ حَتَّى بَايَعَهُ، فَتَبَّتَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «إن أم حكيم بنت الحارث بن هشام أسلمت يوم الفتح وهرب

١١٢٦ - أخرجه الطبراني في الكبير بنحوه ٣٧٣/١٧ عن عروة. البيهقي في الدلائل بلفظه ٩٨/٥ عن أسماء.

١٦٢ كتاب النكاح

زوجها عكرمة بن أبي جهل عن الإسلام، إصراراً منه على الكفر وزواله يقتضى تحريم الوطاء ويدخل التشغيب فى النكاح، ويجرى به إلى بينونة إن انقضت العدة على هذه الحال.

ولما قدمت عليه أم حكيم باليمن دعتة إلى الإسلام، اقتضى ذلك إصلاح ما تشغب من النكاح وتصحيح ما كان فاسداً منه بحكم الكفر؛ لأن أنكحة الكفار فاسدة لما يعدم فيها من شروط الصحة من الولي والمهر وغير ذلك، لكن الإسلام يصححها كما يصحح ملكهم للأموال، وإن ملكوها على وجه فاسد، لو كان فى حال الإسلام لم يصح، فلما وجد الإسلام فى نكاح عكرمة صحح ما كان فيه من فساد وأصلح ما كان دخله من تشعب بإسلام زوجته قبله، وذلك كما كان فى العدة المذكورة.

فصل: وقوله: «فلما رآه رسول الله ﷺ وثب إليه فرحاً وما عليه رداء» وذلك من حرص النبى ﷺ على دخول الناس فى الإسلام، وإن هداهم الله تعالى به إلى الإسلام لاسيما من كان من عظماء الناس وأعيانهم كعكرمة فى قومه، فإنه كان من سرورات بنى مخزوم وعظمائهم، وبهذا وصف الله نبيه ﷺ، فقال: «لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رءوف رحيم» [التوبة: ١٢٨]، ولم يحملة ما تقدم من عداوته وعداوة أبيه على أن لا يناله وحرصه على منفعتة واهتدائه به ما ينال غيره ﷺ وشرف وكرم.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ قَبْلَ امْرَأَتِهِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا إِذَا عُرِضَ عَلَيْهَا الْإِسْلَامُ، فَلَمْ تُسَلِّمْ لَأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾ [المتحنة: ١٠].

الشرح: وهذا على حسب ما قاله أن الكافرين إذا أسلم الزوج قبل الزوجة لم يخيّل أن تكون كتابية أو غير كتابية، فإن كانا كتابيين، فهما على نكاحهما، وإن كانت الزوجة غير كتابية، فإن لم يكن بنى بها، فقد روى محمد عن ابن القاسم عن مالك توقف، فإن أسلمت، قال محمد: يريد مكانها، وإلا فرق بينهما. وقال أشهب وأصبغ: تنقطع العصمة بينهما. قال محمد: يريد بإسلام الزوجة، وهو أحب إلى.

وجه قول مالك أن إسلام الزوج إنما يمنع استدامة النكاح، ولا يقتضى إيقاع فرقة. ووجه قول أشهب إنما يمنع استدامة النكاح من إسلام أحد الزوجين إذا وجد قبل البناء، فإنه يقطع العصمة كما لو أسلمت الزوجة أولاً.

كتاب النكاح ١٦٣
 مسألة: فإن بنى بها ثم أسلم، فقد قال: يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا
 فسخ نكاحهما، وبه قال أبو حنيفة. زاد أبو زيد عن ابن القاسم: يعرض عليها الإسلام
 اليوم والثلاثة. وقال أشهب: يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا فلا سبيل له إليها.
 فقول ابن القاسم مبنى على أن إسلام الزوج لا يقع به الفرقة، وإنما يقع بالحكم أو
 بالإغفال حتى تطول المدة، ولو وقعت الفرقة بنفس إسلامه لما عرض عليها الإسلام.
 وقال الشافعي: حكم ذلك حكم المرأة تسلم قبل زوجها يراعى فى ذلك إسلام الثانى
 منهما فى العدة.

وقد استدل مالك رحمه الله فى رد ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْكُرُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾
 [المتحنة: ١٠]، وهو ظاهر فى مسألتنا.

ومن جهة المعنى أن العدة حق لارتجاع المعتدة للنكاح، فيجب أن يعتبر فيما فيه
 الرجعة من قبل الزوج وإذا كان الارتجاع من قبل الزوجة لم تراعى فيه العدة اللازمة لها
 لأن العدة عليها لا لها.

مسألة: فإن غفل عنها إلى أن تطاول مثل الشهر، فقد قال ابن القاسم: إنه قد برئ.
 وقال أشهب: لا يفرق بينهما حتى تنقضى العدة.

وجه قول ابن القاسم ما قدمناه. ووجه قول أشهب أن الفرقة إنما تكون بحكم
 التوقيف وامتناعها من الإسلام وانقضاء العدة. وأما ما مضى من زمن العدة قبل التوقيف
 والامتناع من الإسلام، فلا تنقطع به العصمة بينهما كاليوم واليومين.

* * *

ما جاء فى الوليمة

١١٢٧ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ

١١٢٧ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٥٦. ومسلم فى النكاح ٢٥٥٨. والترمذى فى النكاح
 ١٠١٤، السبر والصلة ١٨٥٦. والنسائى فى النكاح ٣٢٩٧، ٣٢٩٨، ٣٣١٧، ٣٣١٨،
 ٣٣١٩، ٣٣٣٣. وأبو داود فى النكاح ١٨٠٤. وابن ماجه فى النكاح ١٨٩٧. وأحمد فى باقى
 مسند المكثرين ١٢٢٢٤، ١٢٥٠٨، ١٢٦٤٩، ١٣٣٦٠، ١٣٤٥١. والدارمى فى الأطعمة
 ١٩٧٥، النكاح ٢١٠٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٣١/٧: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جماعة رواه فيما
 علمت من مسند أنس بن مالك، ورواه روح بن عباد، عن مالك، عن حميد، عن أنس، عن عبد
 الرحمن بن عوف أنه جاء إلى رسول الله ﷺ فجعله من مسند عبد الرحمن بن عوف.

عَوْفٍ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَبِهِ أَثَرُ صُفْرَةٍ، فَسَأَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ (١) فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَمْ سُقْتِ إِلَيْهَا؟» فَقَالَ: زِنَةَ نَوَاقٍ مِنْ ذَهَبٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَوْلِمَ وَكَلِمًا بِشَاةٍ».

الشرح: قوله: «إن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله ﷺ وبه أثر صفرة» ظاهر هذا اللفظ أن أثر الصفرة كان يجسده، ويحتمل أن يكون فى ثيابه إذا استعمل اللفظ على سبيل المجاز والانتساع، كما يقال أصاب فلاناً الطين والمطر، وإنما أصاب ذلك ثيابه، والصفرة يحتمل أن تكون صفرة زعفران أو غيره، استعمل على وجه الصبغ للثياب أو الجسد، ويحتمل أن يكون صفرة طيب له لون، قد تطيب به عبد الرحمن بن عوف، وبقيت من لونه على ثيابه أو جسده بقية.

وقد روى هذا الحديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس، فقال فيه: وبه ردع زعفران، فبين أن تلك الصفرة صفرة زعفران، وبين أصحاب مالك رضى الله عنه لباس الثياب المصبوغة بالصفرة.

قال يحيى بن عمر، فى حديث عبد الله بن عمر: وأما الصفرة، فإننى رأيت رسول الله ﷺ يصبغ بها فأنا أحب أن أصبغ بها. قال يحيى بن عمر: يريد يصبغ بها ثيابه لا لحيته، هذا معناه عند أصحاب مالك. وقال ابن سفيان فى الصبغ بالزعفران: هذا جائز عند أصحابنا فى الثياب دون الجسد. وكره أبو حنيفة والشافعى للرجل أن يصبغ ثياب ولحيته بالزعفران.

والدليل على صحة ما نقلوه، ما روى الدروردي عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يصبغ لحيته بالصفرة حتى تمتلئ ثيابه من الصفرة، فقيل له ما تصنع بالصفرة؟ فقال: إننى رأيت رسول الله ﷺ يصبغ بها، ولنم يكن شىء أحب إليه منها، فإنه كان يصبغ بها ثيابه حتى عمامته.

فصل: فإن كان أثر الصفرة التى كانت لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أثر صفرة صباغ بالزعفران، فقد تقدم حكمه، وإن كان بغير ذلك من ألوان الصبغ التى لا تعلق لها بالطيب، ولا ينتفض على الجسد كالصفرة المصبوغة بالصفرة أو غير ذلك من الأصبغة، فلا خلاف فى جواز ذلك.

(١) قال الزبير بن بكار: المرأة التى تزوجها ابنة أنس بن رافع الأنصارية ولدت له القاسم وأبى عثمان عبد الله.

كتاب النكاح ١٦٥

فصل: قوله: «فسأله رسول الله ﷺ» يحتتمل أنه سأله لما رأى عليه من التجمل للعرس ليعلم ما سبب ذلك. وقد روى أنه رأى عليه بشاشة العرس، ويحتتمل أن يرى به من الصفرة أو الطيب على جسده ما يتعلق به المنع إلا فى عرس، أو ما جرى مجراه، فسأله عن ذلك ليعلم إن كان استباحه بوجه صحيح، فيقره عليه أو استباحه بغير وجه، فيعلمه حكمه.

فصل: وقوله ﷺ: «كم سقت إليها» يحتتمل أن يكون سأله لما كان المهر مقدرًا عنده، فيعلم إن كان عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه قد بلغ المقدار، فيقره عليه، أو قصر عنه، فيأمره بتصحيح ذلك، إما بإكماله أو بما يراه، ويؤيد صحة هذا التأويل أنه سأله عن المقدار، فقال: «كم سقت إليها» ولم يسأله عن الجنس.

فصل: وقول عبد الرحمن بن عوف: «زلة نواة». قال ابن وهب وغيره من أصحاب مالك: إن النواة من الذهب خمسة دراهم، والوقية أربعون درهماً، والنش عشرون درهماً، والنش نصف الشيء. وقال أحمد بن حنبل: النواة ثلاثة دراهم وثلاث، ومالك وأصحابه أعلم بهذا من غيرهم؛ لأن أهل كل بلد أعلم بعرف بلدهم فى التخاطب والتحاور.

فصل: وقوله ﷺ: «أولم ولو بشاة» والوليمة طعام النكاح، قاله صاحب العين، وأمره ﷺ بذلك على معنى الندب إليها لما فيها من إشهار النكاح وإظهاره، بل هو صفة من صفاته التى تميز بها مما هو موضوع من السفاح.

وقد روى ابن المواز عن مالك أنه قال: أستحب الإطعام فى الوليمة، وكثرة الشهود فى النكاح ليشتهر، وثبت معرفته، فهذا فى الوليمة مع ما يقترن من ذلك من كرم الأخلاق، ومكارمة الإخوان، ومواساة أهل الحاجة.

فصل: وليس فى قوله ﷺ: «أولم ولو بشاة» ولا فى شىء من ألفاظ الحديث ما يدل على أن هذا كان قبل البناء ولا بعده، وقد رأيت بعض من حاول تفسير هذا الحديث من أهل بلدنا، قال: إن هذا اللفظ يدل على أن الوليمة بعد البناء جائزة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وليس فى الحديث ما يدل على ذلك لأنه يحتتمل أن يكون سؤال النبى ﷺ لعبد الرحمن بعد العقد، وقبل البناء، ولو بلغنا أنه كان بعد البناء لم يدل على ذلك أيضاً لجواز أن يكون قد فات ذلك قبل البناء، فأمره به بعد البناء، فيتعقبه البناء ويتصل به.

١٦٦ كتاب النكاح

وقد روى ابن المواز عن مالك: أرى أن يولم بعد البناء. وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك: لا بأس أن يولم بعد البناء، قال: فليجب وليس مثل الوليمة.

قال ابن حبيب: وكان النبي ﷺ يستحب الإطعام على النكاح عند عقده وعند البناء، ولفظ عند البناء يقتضى قرب البناء، ويحتمل أن يريد به قبله وبعده وكيفما كان، فليس فيه منع؛ لأن منه شهرة النكاح، وهذا لا يعدم لتقدمه ولا لتأخيره، إلا أن تقديم إشهارة قبل البناء ويتصل البناء به عندى أفضل كالإشهاد، فأما تأخيره، فإنه عار من فائدة الإشهاد الذى شرع تقدمه على البناء ومنع تقديم البناء قبل وجود شىء منه كالإشهاد، وهى عادة الناس اليوم فى الوليمة، فيحتمل أن يكون مالك قال ذلك لمن فاته قبل البناء، ويحتمل أن يكون اختار ذلك؛ لأنه لا يقتصر عليه فى إشهارة النكاح، وإنما يشهر أولاً بالإشهاد، وهذه زيادة فى الإشهار تختص بإشهار البناء، ويكون فيه معنى الرضا بما اطلع عليه من حال الزوجة، فعلى هذا يختص بما بعد البناء، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ولو بشاة» وإن كان يقتضى التقليل إلا أنه ليس بحد لأقل الوليمة، فإنه لا حد لأقلها، وإنما ذلك على حسب الوجود، ولعل ذلك كان أقل ما رآه ﷺ فى حال عبد الرحمن بن عوف وفى مثل ذلك الوقت.

وقد روى ثابت ذكر تزويج زينب بنت جحش عند أنس، فقال: ما رأيت النبي ﷺ أو لم على أحد من نسائه ما أولم عليها، أولم بشاة.

١١٢٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: لَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُولِمُ بِالْوَلِيمَةِ مَا فِيهَا خُبْزٌ وَلَا لَحْمٌ^(١)

١١٢٨ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٧٥، ٤٧٨١. ومسلم فى النكاح ٢٥٧٤، ٢٥٧٥، ٢٥٧٦، ٢٥٧٧، ٢٥٧٨، ٢٥٧٩، ٢٥٨٠، ٢٥٨١، ٢٥٨٢. والترمذى فى النكاح ١٠١٧، الطلاق واللعان ١٠٩٨. وأبو داود فى الأطعمة ٣٢٤٧، ٣٢٤٨، ٣٢٥٠، ٣٧٣٨، الملاحم ٣٧٤١. وابن ماجه فى النكاح ١٩٠٤، ١٩١٤. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٨٢، ٤٥٠٠، ٤٧١١، ٥٠١٢، ٥١١٠، ٥٤٤٥، ٥٥٠٦، ٥٨٣٢، ٦٠٥٣. والدارمى فى النكاح ٢٠٨٢، ٢١٠٨، والحدود ٢٢٠٥.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٣٨/٧: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جماعتهم لم يجاوزوا به يحيى بن سعيد، ولم يختلف الرواة عن مالك فيه.

وأما حديث أحمد بن المبارك، عن مالك، عن الزهرى، عن أنس: «أن النبي ﷺ أولم على بعض نسائه بسويق وتمر فباطل، عن مالك، ويصح عن الزهرى من غير رواية مالك، ويستند من-

كتاب النكاح ١٦٧

الشرح: قوله: «كان يولم بالوليمة» يريد والله أعلم، أن ذلك كان في سفر حيث لا يجد الخبز ولا اللحم ولا يوجد فيه ما يتزودون به من الأقط والتمر والسويق، ويحتمل أيضًا أن يكون في بعض الأوقات لضيق الحال، فإن النبي ﷺ لم يرو عنه أنه ترك الوليمة على أحد من نسائه.

وقد روى منصور بن صفية عن أمه، قالت: أولم النبي ﷺ على بعض نسائه بمدين من شعير. وهذا يدل على تأكيد الندب إليها والحض عليها.

قال ابن حبيب: وكان النبي ﷺ يستحب الإطعام على النكاح، ولم يدع الوليمة على أحد من نسائه قل أو كثر، وهذا يقتضى أن يؤخذ في كل حال بما يسع، ولذلك روى عن النبي ﷺ أنه أولم على زينب بنت جحش، فأشبع الناس خبزًا ولحمًا.

=وجوه من حديث يحيى بن سعيد الأنصارى، إلا أنه لا يصح سماعه ليحيى من أنس. ورواه سليمان بن بلال، عن يحيى بن سعيد، عن حميد، عن أنس، قال: شهدت لرسول الله ﷺ وليمة ليس فيها خبز ولا لحم، ذكره ابن وهب، وسعيد بن عفير، عن سليمان بن بلال بهذا الإسناد؛ وزاد ابن وهب في هذا الحديث: قلت فبأى شيء يا أبا حمزة؟ قال: بسويق. حدثنا عبدالوارث، حدثنا قاسم، حدثنا محمد بن الهيثم أبو الأحوص، حدثنا ابن عفير، حدثنا سليمان بن بلال، عن يحيى بن سعيد، عن حميد الطويل، عن أنس قال: أكلت لرسول الله ﷺ وليمة ليس فيها خبز ولا لحم، قلت: فبأى شيء هو يا أبا حمزة؟ قال: تمر وسويق. ورواه إسماعيل بن عياش، عن يحيى بن سعيد، عن أنس، وإسماعيل هذا ليس بالقوى - فيما روى، عن أهل المدينة.

حدثني أحمد بن عبدالله بن محمد، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا محمد بن قاسم، قال: حدثنا مالك بن عيسى القفصي الحافظ، قال: حدثنا محمد بن عوف، قال: حدثنا محمد بن المبارك الصوري، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن يحيى بن سعيد، عن أنس، قال: أولم رسول الله ﷺ على بعض أزواجه على غير خبز ولا لحم إلا الحيس.

وحدثنا أحمد بن قاسم بن عيسى المقرئ، قال: حدثنا عبيد الله بن محمد بن حبابة البغدادي، قال: حدثنا عبدالله بن محمد البغوي، قال: حدثنا علي بن الجعد، قال: أخبرنا سلام بن مسكين، عن عمر بن معدان، عن ثابت، عن أنس بن مالك، قال: شهدت لرسول الله ﷺ وليمة ما فيها خبز ولا لحم.

قال البغوي: لا نعلم أحدًا قال في هذا الحديث مع عمر بن معدان ثابت إلى علي بن الجعد. قال أبو عمر: قد روى هذا الحديث، عن أنس: الزهري، وحميد، وعمرو بن أبي عمرو، ولا ينكر من حديث ثابت، ولثابت عن أنس حديث الوليمة على زينب. وأما هذه الوليمة، فهي الوليمة على صفية؛ لأنه كان في سفر ولم يكن هناك غير ذلك، والله أعلم.

١٦٨ كتاب النكاح

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالذى أبيح من الوليمة ما جرت به العادة من غير سرف ولا سمعه والمعتاد منها يوم واحد وقد أبيح أكثر من يوم، وروى أن اليوم الثانى فضل، والثالث سعة. وأجاب الحسن رجلاً دعاه فى اليوم الأول، ثم فى اليوم الثانى، ثم دعاه فى اليوم الثالث، فلم يجبه.

وروى عن ابن المسيب مثله، وقد أولم ابن سيرين ثمانية أيام، ودعا فى بعضها أبى ابن كعب. وقال ابن حبيب: فمن وسع الله عليه، فليولم من يوم ابتناؤه إلى مثله.

ووجه ذلك أن يريد به الإشهار لنكاحه والتوسعة على الناس، ولا يقصد به المباهاة والسمعة.

مسألة: فإذا قلنا إنه يجوز أن يوالى أياماً، فقد قال ابن حبيب: يكره أن يكون استدامته أياماً، وأما أن يدعو فى اليوم الثالث من لم يكن دعاه أو من دعاه مرة، فذلك سائغ. ومعنى ذلك أنه لم يقصد بتكرار الأيام الاستيعاب.

وأما إذا قال لهم فى أول يوم بتكرر: على طعام ثمانية أيام، فإن هذا نوع من المباهاة والفخر، فإذا تكرر فى فعل من الأفعال مقصد ما حمل عليه، وجعل ذلك مقتضاه.

١١٢٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى وِلِيمَةٍ فَلْيَأْتِهَا».

الشرح: اختلف الرواة فى لفظ هذا الحديث، فقال مالك: «إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها» وتابعه عليه عبيد الله بن عمر.

وروى موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ: «أجيبوا الدعوة إذا دعيت»^(١).

١١٢٩ - أخرجه البخارى ٤٣/٧ كتاب النكاح باب من ترك الدعوة عن أبى هريرة. ومسلم ١٠٥٤/٢ كتاب النكاح باب ١٥ رقم ١٠٧ عن أبى هريرة. وأبو داود برقم ٣٧٣٦، ٣٣٩/٣ كتاب الأطعمة عن ابن عمر. وابن ماجه برقم ١٩١٤، ١/١٦٦ كتاب النكاح باب إجابة الداعى عن ابن عمر. وأحمد ٢٢/٢ عن ابن عمر. والبيهقى فى الكبرى ٢٦١/٧ عن ابن عمر. وذكره فى الكنز برقم ٤٤٦١٧ وعزاه السيوطى إلى مسلم والبيهقى عن ابن عمر. (١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥١٧٩. مسلم حديث رقم ١٤٢٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٥٣٤٤. الدارمى حديث رقم ٢٠٨٢.

كتاب النكاح ١٦٩

وروى معمر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب، عرسًا كان أو غيره»^(٢) وتابعه على ذلك الزبيدي عن نافع عن عبد الله بن عمر^(٣).

وعلى حسب هذا اختلف الفقهاء فى الحكم، فروى ابن القاسم عن مالك فى المدينة: إنما هذا فى طعام العرس، وليس طعام الإملاك مثله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن الإملاك حين العقد، وأن العرس حين البناء، وهذا الذى يلزم لما فى الوليمة من إشهاره.

وروى ابن المواز عن مالك أنه قال: الوليمة التى يجب أن تؤتى وليمة النكاح وما سمعت أنه يجب أن يؤتى غيرها من الأصنعة، وأرى أن تجاب الدعوة إلا من عذر، وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعى: إجابة وليمة العرس واجبة، ولا أرخص فى ترك غيرها من الدعوات التى لا يقع عليها اسم وليمة كالإملاك، والنفاس، والختان، وحادث سرور، ومن تركها لم يقل له إنه عاص. وهذا خلاف فى عبارة.

ووجه وجوبها، الأمر بذلك، والأمر يقتضى الوجوب. ومن جهة المعنى أن حكمها حكم الشهادة لأن المقصود بها الإعلان للنكاح والإثبات لحكمه، هذا المشهور من مذهب مالك وأصحابه.

وروى ابن حبيب عن مالك أنه قال: ليس ذلك عليه حتمًا، وليس بفريضة، وأحب إلى أن يأتى، فإن اشتغل، فلا إثم عليه لحملة على الندب، ويحتمل أن يريد على وجه واجب، وعلى وجه مندوب إليه، وسيأتى ذكره إن شاء الله.

(٢) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٢٩. أبو داود حديث رقم ٣٧٣٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٦٣٠١.

(٣) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٤٠/٧، ٢٤١: لا خلاف عن مالك فى لفظ هذا الحديث، وكذلك رواه عبيد الله بن عمر، عن نافع، كما رواه مالك سواء بمعنى واحد. ورواه حماد بن زيد، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ: «أجيبوا الدعوة إذا دعيتم» لم يخص وليمة من غيرها، وكذلك رواه موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ كرواية أيوب سواء. ورواه معمر، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسًا كان أو دعوة». ورواه الزبيدي، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ مثل رواية معمر بمعنى واحد وقد أجمعوا على وجوب الإتيان إلى وليمة فى العرس، واختلفوا فيما سوى ذلك.

١٧٠ كتاب النكاح

مسألة: وروى عن مالك أنه قال الشيخ أبو محمد: يريد في غير العرس، وهذا عندي إنما يريد الطعام الذي يصنع لغير سبب من الأسباب التي جرت العادة باتخاذ الطعام لها، فعلى هذا، الطعام على ثلاثة أضرب، طعام العرس، وهو الذي يجب إتيانه، والضرب الثاني طعام له سبب معتاد للمولود والختان وما جرى مجرى ذلك، فإن هذا ليس بواجب ولا مكروه، ويقتضى على تفسير الشيخ أبي محمد أن يكون مكروهاً.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه غير مكروه، ويبين ذلك ما روى أشهب عن مالك أنه قيل له النصراني يتخذ طعاماً لختان ابنه، أفيحيه؟ قال: إن شاء فعل، وإن شاء ترك، فهذا في النصراني قد أباحه، فكيف بالمسلم. والضرب الثالث، الطعام الذي لا سبب له، فهذا الذي يستحب لأهل الفضل الترفع عن الإجابة إليه ويكره التسرع إليه ذلك إنما هو على وجه التفضيل على من يدعى إليه.

١١٣٠ - مالك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: شَرُّ الطَّعَامِ طَعَامُ الْوَلِيمَةِ يُدْعَى لَهَا الْأَغْنِيَاءُ، وَيُتْرَكُ الْمَسَاكِينُ، وَمَنْ لَمْ يَجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ^(١).

الشرح: قوله رضى الله عنه: «شر الطعام طعام الوليمة» يريد أنه طعام مخصوص بقصد مذموم، يقل الأجر على كثرة ما فيه من الإنفاق، وذلك أنه إنما يصنع ليدعى له الأغنياء دون المساكين لما في دعاء المساكين من ابتذال المنزل والوطاء والمكان، فكان ذلك مما يجعله شر الطعام؛ لأن خير الطعام وأكثره أجراً ما يدعى إليه المساكين لحاجتهم إليه، ولما في الصدقة عليهم من سد خللتهم وإشباع جوعتهم.

١١٣٠ - أخرجه البخارى فى النكاح ٤٧٧٩. ومسلم فى النكاح ٢٥٨٥. وأبو داود فى الأطعمة ٣٢٥١. وابن ماجه فى النكاح ١٩٠٣. وأحمد فى باقى مسند الكثرين ٦٩٧٨، ٧٣٠٥، ٨٨٩٣، ١٠٠٠٩. والدارمى فى الأطعمة ١٩٧٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٤٤/٧: هذا حديث مسند عندهم، لقول أبى هريرة: قد عصى الله ورسوله. وهو مثل حديث أبى الشعثاء، عن أبى هريرة، «أنه رأى رجلاً خارجاً من المسجد بعد الأذان، فقال: أما هذا، فقد عصى أبا القاسم، ولا يختلفون فى هذا، وذاك أنهما مسندان مرفوعان. وقد روى هذا الحديث مرفوعاً إلى النبى، ﷺ، روح بن القاسم، عن مالك.

(١) قال الثورى معنى هذا الحديث: الإخبار بما يقع من الناس بعده ﷺ من مراعاة الأغنياء فى الولائم ونحوها وتخصيصهم بالدعوة وإيتارهم بطيب الطعام ورفع مجالسهم وتقديمهم وغير ذلك مما هو الغالب فى الولائم.

كتاب النكاح ١٧١
فأما إطعام الأغنياء، فليس فيه هذا المعنى، وإنما فيه نوع من المهاداة والتودد إذا سلم من السمعة.

وقد روى ابن حبيب أن ابن عمر رضى الله عنه دعا فى وليمته الأغنياء والفقراء، فقال ابن عمر للفقراء: هاهنا لا تفسدوا عليهم ثيابهم، فإننا نطعمكم لما يأكلون.
فصل: وقوله رضى الله عنه: «ومن لم يجب الدعوة، فقد عصى الله ورسوله» يقتضى وجوب ذلك وقد تقدم ذكر طعام الوليمة.
وقوله بعد ذلك: «ومن لم يجب الدعوة» إلى طعام الوليمة، وعلى ذلك تأول جماعة العلماء.

وقد نص مالك، رحمه الله، وأكثر العلماء على وجوب إتيان طعام الوليمة لمن دعى إليها وصفة الدعوة التى تجب بها الإجابة، أن يلقي صاحب العرس الرجل فيدعوه، أو يقول لغيره: ادع لى فلاناً فيعيته، فإن قال: ادع لى من لقيت، فلا بأس على من دعى بمثل هذا أن يتخلف؛ لأن صاحب الطعام لم يعينه ولا عرفه. وذكر ذلك ابن المواز.

ووجه ذلك ما احتج به، وذلك أنه لا يجب على الناس إتيان العرس من غير دعوة، وإنما يجب بالدعوة، والدعوة مختصة بصاحب العرس، فإذا عينه، لزمه إتيان الدعوة لتوجهها ممن تختص به الدعوة، وله أن لا يعين المدعو، فيدعو من شاء ويمنع من شاء، وإذا لم يعينه، لم يلزمه شيء.

مسألة: وإذا لزمه إتيان الدعوة، فهل يلزمه الأكل أم لا؟ لم أجد فيه نصاً جلياً لأصحابنا. وفى المذهب مسائل تقتضى القولين.

وروى ابن المواز عن مالك: أرى أن يجيب، وإن لم يأكل أو كان صائماً. قال أصبغ: ليس ذلك بالوكيد، وإنه لخفيف.

فقول مالك مبنى على وجوب إتيان الدعوة، وأن الأكل ليس بواجب، ولذلك أوجب الإتيان على من لا يريد الأكل أو من يصوم. وقول أصبغ مبنى على وجوب الأكل، ولذلك أسقط وجوب الإتيان عن الصائم الذى لا يأكل.

مسألة: وإن كان فى الوليمة زحام أو غلق الباب دونه، فقد روى ابن القاسم عن مالك: هو فى سعة إذا تخلف عنها أو رجع.

ووجه ذلك أنه لا يلزمه الابتدال فى الزحام، وتكلف الامتهان، فإن ذلك مما يثلم المروءة والتصاون ويسقط الوقار، وكذلك إن كان به عذر مرض أو غيره.

١٧٢ كتاب النكاح

مسألة: وإن كان في العرس لهو غير مباح كالعود والطنبور والمزهر المربع، لم يلزمه إتيانه. وأما الدف المدور أو الكبير، فمباح في العرس. وقال أصبغ في المدنية: ويكون ذلك عند النساء دون الرجال، ولا يكون معه عزف ولا غناء إلا الرجز المرسل. قال محمد بن عيسى: وبلغني أنه كان مما يقوله النساء:

أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ فَحْيُونَا نَحْيِيكُمْ
وَلَوْلَا الْحَبَّةُ السَّمْرَاءُ لَمْ نَحْلَلْ بِوَادِيكُمْ

فإن كان في الوليمة لهو محظور، أبطل وجوب إتيانها، فمن جاء الوليمة، فوجد ذلك فيها، فليرجع، وعلى هذا جماعة الفقهاء. وقال أبو حنيفة: لا بأس أن يقعد ويأكل، وقول الجماعة أولى.

١١٣١ - مَالِكٌ، عَنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ يَقُولُ: إِنَّ خِيَّاطًا دَعَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِطَعَامٍ صَنَعَهُ، قَالَ أَنَسٌ: فَذَهَبْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى ذَلِكَ الطَّعَامِ، فَقَرَّبَ إِلَيْهِ خُبْزًا مِنْ شَعِيرٍ وَمَرَقًا فِيهِ دُبَاءٌ، قَالَ أَنَسٌ: فَرَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَتَّبِعُ الدُّبَاءَ مِنْ حَوْلِ الْقَصْعَةِ، فَلَمْ أَزَلْ أُحِبُّ الدُّبَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ الْيَوْمِ (١).

١١٣١ - أخرج البخاري في البيوع ١٩٥٠. ومسلم في الأشربة ٣٨٠٣. والترمذي في الأطعمة ١٧٧٣. وأبو داود في الأطعمة ٣٢٨٨. وأحمد في باقي مسند المكثرين ١٢٣٩٦، ١٢٦٦٧، ١٢٨٨٠. والدارمي في الأطعمة ١٩٦١.

(*) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٥٠/٧: هكذا هذا الحديث في المرطأ عند جميع رواته، فيما علمت بهذا الإسناد، وزاد بعضهم فيه ذكر القديد، وسنذكره في هذا الباب إن شاء الله. أدخل مالك رحمه الله: هذا الحديث في باب الوليمة للعرس، ويشبه أن يكون وصل إليه من ذلك علم، وقد روى عنه نحو هذا، وليس في ظاهر الحديث ما يدل على أنها وليمة عرس، وإجابة الدعوة عندي واجبة إذا كان طعام الداعي مباحًا أكله، ولم يكن هناك شيء من المعاصي، وجوب سنة لا ينبغي لأحد تركها في وليمة العرس وغيرها، وإتيان طعام وليمة العرس عندي أوكد لقول أبي هريرة: «ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله»، على أنه يحتمل، والله أعلم، من لم ير إتيان الدعوة، فقد عصى الله ورسوله، وهذا أحسن وجه حمل عليه هذا الحديث إن شاء الله.

وقد اختلف فيما يجب الإجابة إليه من الدعوات، فنهب مالك، والثوري، إلى أن إجابة الوليمة واجب دون غيرها، وخالفهم في ذلك غيرهم، وسنذكر اختلافهم في ذلك في باب ابن=

=شهاب، عن الأعرج، عن أبي هريرة، عند قوله: «شر الطعام الوليمة، يدعى لها الأغنياء، ويترك المساكين، ومن يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله إن شاء الله».

والصحيح عندنا ما ذكرنا أن إجابة الدعوة سنة مؤكدة، مندوب إليها؛ لقول رسول الله ﷺ: «ولو أهدى إلى كراع لقبلت، ولو دعيت إلى ذراع لأجبت». رواه شعبة عن قتادة، عن أنس، عن النبي ﷺ، وقال رسول الله ﷺ: «أجيبوا الدعوة إذا دعيتهم». رواه أيوب السخيتاني، وموسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ.

وروى عبيد الله بن عمر، ومالك بن أنس، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعى أحدكم إلى وليمة فليأتها»، زاد عبيد الله في حديثه: «فإن كان مفطراً فليطعم، وإن كان صائماً فليدعه»، قال: وكان ابن عمر إذا دعى أحباب، فإن كان صائماً ترك، وإن كان مفطراً أكل، فإن قيل: ليس في حديث أيوب وموسى بن عقبة حجة؛ لأن لفظ حديثهما مجمل، وقد فسر بحديث مالك وعبيد الله، فكأنه قال: «أجيبوا الدعوة إلى الوليمة إذا دعيتهم، قيل له: قد رواه معمر، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، فقال فيه: «عرساً كان أو غيره» ذكره عبدالرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، قال: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجبه، عرساً كان أو غيره» وذكر أبو داود قال: حدثنا الحسن بن علي، قال، حدثنا عبدالرزاق، بإسناده مثله، وقال: «عرساً كان أو دعوة» قال أبو داود: وكذلك رواه الزبيدي، عن نافع، مثل حديث معمر، عن أيوب، ومعناه سواء، وهذا قاطع لموضع الخلاف، وروى الأعمش، عن شقيق، عن عبدالله بن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: «أجيبوا الداعي ولا تردوا الهدية، ولا تضروا المسلمين». وقد ذهب أهل الظاهر إلى إيجاب إتيان كل دعوة وجوب فرض بظاهر هذه الأحاديث، وحملها سائر أهل العلم على الندب، للتألف والتحاب.

وقد احتج بعض من لا يرى إتيان الدعوة، إذا لم يكن عرساً بقول عثمان بن أبي العاص: ما كنا ندعى إلى الختان ولا نأتيه، وهذا لا حجة فيه. وقال بعضهم: إنما يجب إتيان طعام القادم من سفر، وطعام الختان، وطعام الوليمة، والحجة قائمة بما قدمنا من الآثار الصحاح التي نقلها الأئمة، متصلة إلى النبي ﷺ، وهي على عمومها، لا تخص دعوة من دعوة.

أخبرني حلف بن القاسم، قال: حدثنا جعفر بن محمد بن الفضل البغدادي، قال: حدثنا محمد بن العباس، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن أبي المثني، قال: حدثنا جعفر بن عون، قال: حدثنا سليمان الشيباني أبو إسحاق، عن أشعث بن أبي الشعثاء، عن معاوية ابن سويد بن مقرن، عن البراء بن عازب قال: «أمرنا رسول الله ﷺ بسبع، ونهانا عن سبع، أمرنا بعبادة المريض، واتباع الجنائز، وإفشاء السلام، وإجابة الداعي، وتشميت العاطس، ونصر المظلوم، وإبرار القسم، ونهانا عن الشراب في الغضة، فإنه من شرب فيها في الدنيا، لم يشرب فيها في الآخرة، وعن التختم بالذهب، وعن ركوب الميثر، وعن لباس القسي والحريير والديباغ، والإستبرق».

قال البراء: أمرنا رسول الله ﷺ بسبع، فذكر منها إجابة الداعي، وذكر منها أشياء، منها ما =

الشرح: أدخل مالك، رحمه الله، هذا الحديث في باب ما جاء في الوليمة، وليس في ظاهر في هذا الحديث ما يدل على أن الطعام طعام وليمة ولا غيرها، ولكنه لما احتتم الأمرين، وكان من مذهبه أنه يكره لذي الفضل والهيئة الإجابة إلى طعام صنع لغير سبب، أدخل هذا الحديث في باب ما جاء في الوليمة، إما لأنه ثبت عنده أنه كان في وليمة، أو لأنه يصح أن يكون طعام وليمة، فيمنع بذلك احتجاج من يوجب إجابة طعام غير الوليمة بهذا الحديث، لأنه إذا احتتم الوجهين لم يجوز أن يحتج على أحدهما.

ويحتتم أن يكون فعل ذلك النبي ﷺ لضرورة، وحاجة إلى الطعام، فقد أجاب جماعة من أصحابه كجابر بن عبد الله، وأبي طلحة لمثل هذا، ويحتتم أيضًا أن يكون قد علم من تعظيم الصحابة له وتبركهم بأكله طعامهم ودخوله منازلهم ما علم به أنه إذا امتنع من ذلك شق عليهم، فكان يستألفهم ويطيب نفوسهم بذلك، والله أعلم.

وقد روى أن هذا الخياط كان غلامًا للنبي ﷺ فعلى هذا يرتفع الإشكال؛ لأن طعام غلامه له استباحه بالانتزاع، والأكل وجه من وجوه الانتزاع، والله أعلم.

فصل: وقول أنس: «فذهبت مع رسول الله ﷺ إلى ذلك الطعام» ويحتتم أن يكون الخياط قد أباح ذلك أنس أو من شاءه النبي ﷺ، ويحتتم أن يكون ذلك مباحًا لما علم أنه يرضى بذلك، ولا يكرهه، ولو لم يعلم بإباحته لذلك لرده أو لاستأذنه في أمره. وما روى عنه ﷺ أنه قال لرجل دعاه خامس خمسة، فتبعهم رجل آخر، فقال ﷺ للذي دعاه: «إن هذا تبعنا فيما أن تأذن له، وإما يرجع، فأذن»^(١).

فصل: وقوله: «فقرب إليه خبزًا من شعير ومرقًا فيه دبء» وقد روى ابن بكير والقعني في هذا الحديث زيادة: «القديد» وهذا علم من فضله وتواضعه ﷺ فإنه كان يأكل من الطعام ما يسد به جوعه، ولا يتأنق فيه تأنق المترفين.

فصل: وقول أنس: «فرأيت رسول الله ﷺ يتبع الدباء من حول القصعة» ويحتتم أن يكون فعل ذلك ﷺ لما انفرد بالأكل مع خادمه، ومن يعلم أنه لا يكره ذلك منه، بل يتبرك أن يأكل من موضع مشت فيه يده، وإنما يمنع من أن تحول يده في الصحفة

=هو فرض على الكفاية، ومنها ما هو واجب وجوب سنة، فكذاك إجابة الدعوة، والله نسأله العصمة.

(١) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٤٣٤. مسلم حديث رقم ٢٠٣٦. الترمذى حديث رقم

كتاب النكاح ١٧٥
 من يأكل معه من لا يحل منه هذا المحل، وربما كره أن يمسه ما بين يديه، ولذلك قال
 ﷺ لعمر بن أبي سلمة: «سم الله، وكل مما يليك»^(١) يريد بذلك ﷺ تعليمه وتأديبه
 تأديب مثله في الموضع الذي يلزم فيه.

ويحتمل أيضاً مع ذلك أن يكون الدباء قد اتفق أن يكون أكثره حول الصفحة، وفي
 موضع لا يصل إليه النبي ﷺ إلا بعد تناوله ذلك على هذا الوجه، إما لاتفاق في
 وضعه، أو لأن صاحب الطعام قصد إبعاده منه، وتقريب القديد مما يليه لما ظن أن ذلك
 أحب إليه من الدباء، فاحتاج النبي ﷺ في أكله الدباء إلى أن يتناوله من حول الصفحة.
 وقد يجوز مثل هذا للإنسان أن يتناوله حيث كان من الصفحة إذا اختلفت أجناس
 الطعام فيها، وإنما يلزم الاقتصار على ما بيناه إذا تساوت أجناسه. والأصل في ذلك ما
 رواه الجعد عن أنس «أن أم سليم أهدت إلى رسول الله ﷺ حيسة في برمة، فوضع يده
 عليها، وتكلم بما شاء الله، ثم دعا عشرة يأكلون، فيقول لهم: اذكروا اسم الله،
 وليأكل كل رجل مما يليه حتى تصرعن عنها»^(٢). فوجه الدليل منه أن الحيس متساوى
 الأجزاء والتزام ذلك في كل شيء أفضل وأجمل إن شاء الله تعالى.

* * *

جامع النكاح

١١٣٢ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدُكُمْ
 الْمَرْأَةَ أَوْ اشْتَرَى الْجَارِيَةَ، فَلْيَأْخُذْ بِنَاصِيَتِهَا وَلْيَذْغُ بِالْبُرْكَاتِ، وَإِذَا اشْتَرَى الْبَعِيرَ
 فَلْيَأْخُذْ بِذِرْوَةِ سَنَامِهِ^(١) وَلْيَسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ»^(٢).

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣٧٦، ٥٣٧٧، ٥٣٧٨. مسلم حديث رقم ٢٠٢٢.
 الترمذى حديث رقم ١٨٥٧. أبو داود حديث رقم ٣٧٧٧. ابن ماجه حديث رقم ٣٢٦٧.
 أحمد فى المسند حديث رقم ١٥٨٩٥، ١٥٨٩٦، ١٥٨٩٧، ١٥٨٩٩، ١٥٩٠٢، ١٥٩٠٣.
 الدارمى حديث رقم ٢٠١٩، ٢٠٤٥.

(٣) أخرجه البخارى تعليقاً فى صحيحه، كتاب النكاح، باب الهدية للعروس.

١١٣٢ - أخرجه أبو داود برقم ٢١٦٠، ٢٥٥/٢ كتاب النكاح باب جامع النكاح عن عمرو بن
 شعيب، عن أبيه. وذكره الكنز برقم ٤١٦٥٨ وعزاه لابن عدى بالكامل عن عمر.

(١) بذروة سنامه: بكسر الذال المعجمة، أى أعلاه.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥٢/٧: وهذا أيضاً مرسل عند جميع الرواة للموطأ والله =

الشرح: أمره ﷺ من تزوج امرأة أو اشترى جارية، أن يأخذ بناصيتها، وهو مقدم شعر الرأس، ويدعو بالبركة، وأمره الذى اشترى البعير أن يأخذ بذروة سنامه، وهى أعلاه ويستعيذ بالله من الشيطان، يَحْتَمَلُ أن يكون خص الإبل بذلك، لما روى أنها خلقت من الجن، فاستعاذ بالله من سوء ما خلقت منه، مخافة أن يكون فى الإبل شىء من أخلاق من خلقت منه.

وقد قيل إن معنى ما روى: أنها خلقت من الجن، أن فيها من النفار والحدة والأذى والصول إذا هاجت ما شبهت من أجله بالجن، فعلى هذا أيضًا يَحْتَمَلُ أن يؤمر أن يستعيذ بالله من الشيطان الذى شبه به ما اشتراه بشره وأذاه، وربما سببت له أسباب الشر، وحمله على النفاق والأذى والترويع والهيجان، وغير ذلك، والله أعلم.

١١٣٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ أَنَّ رَجُلًا خَطَبَ إِلَى رَجُلٍ أُخْتَهُ، فَذَكَرَ أَنَّهَا قَدْ كَانَتْ أَحْدَثَتْ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَضْرَبَهُ أَوْ كَادَ يَضْرِبُهُ، ثُمَّ قَالَ: مَا لَكَ وَاللَّخْبِيرِ.

الشرح: إخبار الرجل عن أخته إذا خطبت إليه: «أنها أحدثت» يريد أنه قد أصابها ما يوجب عليها حد الزنى. وروى نحوه فى المدينة عن عيسى بن دينار، فأنكر ذلك عليه عمر بن الخطاب رضى الله عنه، ولعلها قد كانت أقلعت وتابت، ومن عاد إلى مثل هذه الحال لا يحل ذكره بسوء، فإن الله تعالى يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات.

ولا يلزم الولي أن يخبر من حال وليته إلا بما يلزم فى ردها، وهى العيوب الأربعة الجنون والجذام والبرص وداء الفرج. وأما غيره من العيوب، فلا يلزمه ذلك، وبالله التوفيق.

١١٣٤ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَعُرْوَةَ

=أعلم، ومعناه يستند من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، ومن حديث أبي لاس الخزاعى؛ وقد رواه عنبة بن عبد الرحمن، عن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن عمر، عن النبى ﷺ. وعنبة ضعيف لا يحتج به.

١١٣٣ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٤٦/٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١١٤.

١١٣٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١١٥.

كتاب النكاح ١٧٧
ابن الزبير كانا يقولان في الرجل يكون عنده أربع نسوة، فيطلق إحداهن البتة أنه يتزوج إن شاء، ولا ينتظر أن تنقضي عدتها.

١١٣٥ - مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، أن القاسم بن محمد وعروة ابن الزبير أفتيا الوليد بن عبد الملك عام قديم المدينة بذلك غير أن القاسم بن محمد قال: طلقها في مجالس شتى.

الشرح: وهذا كما قال لأن المطلق زوجته لا يخلو أن يكون طلاقه بائنا أو رجعيًا، فإن كان بائنا فهو على ما قال: يجوز أن يتزوج أختها أو عمتها أو خالتها، وليس عليه أن ينتظر انقضاء عدتها، وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يتزوج رابعة غيرها ولا أختها، حتى تنقضي عدتها.

والدليل على ما نقوله أن الطلاق الثلاث معنى يقع به البيونة ويمنع الرجعة، فوجب أن يفسخ نكاح الأخت كانقضاء العدة.

مسألة: وإن كانت المطلقة رجعية، فلا خلاف أنه لا يجوز أن يتزوج أختها ولا عمتها ولا خالتها ولا رابعة غيرها، وهو متفق عليه من أقوال العلماء، لأن أحكام الزوجية باقية بينهما. وقول القاسم بن محمد له: «طلقها في مجالس شتى»، بمعنى أنه لا يجوز له أن يوقع البتة في مجلس واحد ولا طلقتين لا تتخللهما رجعة، ولا نكاح على ما يأتي ذكره بعد هذا، ولم يحتج عروة إلى ذكر هذا لأنه لا تأثير له في جواز عقد نكاح غيرها، وإنما له تأثير في حظر إيقاعها على غير الوجه الذي تقدم.

١١٣٦ - مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب أنه قال: ثلاث ليس فيهن لعب: النكاح والطلاق والعتق.

الشرح: قوله رضي الله عنه: «ثلاث ليس فيهن لعب: النكاح والطلاق والعتق» يريد أنه لا يثبت حكم اللاعب فيهن بلعبه، بل يحمل على مثل ما يحمل عليه الجناد من اللزوم.

وقد روى ابن المواز عن مالك في الرجل يقول للرجل، وهو يلعب: زوج ابنتك من

١١٣٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١١٦.

١١٣٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١١٧.

١٧٨ كتاب النكاح .

ابني، وأنا أمهرك كذا، فقال الآخر على لعب وضحك: أتريد ذلك؟ قال: نعم، قد زوجته، فذلك نكاح لازم، فهذا المشهور من المذهب.

وروى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم في رجل أبصر رجلاً، فقيل له: تنظر إليه، ولقد بلغنا أنه ختنك، فقال: أشهدكم أني زوجته ابتى بما شاء، فقام الرجل يطلب زوجته بأثر ذلك أو بعد يومين، فقال الأب: كنت لاعباً. قال ابن القاسم: يحلف ما كان ذلك منه على وجه النكاح، ولا شيء عليه. وحكى أبو محمد عن أبي بكر بن الليباد، قال: يلزمه النكاح.

فرواية أبي زيد مبنية على خلاف ما قدمناه من أن لعب النكاح لازم، وحكم ذلك عنده على هذه الرواية حكم البيوع. وفي العتبية: قال سحنون عن علي بن زياد: لا يجوز نكاح هزل، ولا لعب، ويفسخ قبل البناء وبعده، ومعنى ذلك عندي، والله أعلم، إذا أقرأ جميعاً أنهما كانا لاعبين، وأنهما لم يريدوا النكاح، فهذان ليس بينهما نكاح، ويجب أن يفرق بينهما قبل البناء وبعده، وقد تجوز في العبارة لأنه ليس بينهما نكاح يفسخ، ولا يقر.

١١٣٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَّهُ تَزَوَّجَ بِنْتَ مُحَمَّدِ ابْنِ مَسْلَمَةَ الْأَنْصَارِيِّ فَكَانَتْ عِنْدَهُ حَتَّى كَبُرَتْ، فَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَتَاءَ شَابَةً، فَأَثَرَ الشَّابَةَ عَلَيْهَا، فَنَاشَدْتُهُ الطَّلَاقَ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً، ثُمَّ أَمَهَلَهَا حَتَّى إِذَا كَادَتْ تَجِلُّ رَاجِعَهَا، ثُمَّ عَادَ، فَأَثَرَ الشَّابَةَ، فَنَاشَدْتُهُ الطَّلَاقَ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً، ثُمَّ رَاجِعَهَا ثُمَّ عَادَ، فَأَثَرَ الشَّابَةَ، فَنَاشَدْتُهُ الطَّلَاقَ، فَقَالَ: مَا شِئْتُ إِذَا بَقِيتُ وَاحِدَةً، فَإِنْ شِئْتُ اسْتَقْرَرْتُ عَلَى مَا تَرَيْنَ مِنَ الْأَثَرِ، وَإِنْ شِئْتُ فَارْقُتْكِ، قَالَتْ: بَلْ اسْتَقْرَرْتُ عَلَى الْأَثَرِ، فَأَمْسَكَهَا عَلَى ذَلِكَ، وَلَمْ يَرَ رَافِعٌ عَلَيْهِ إِثْمًا حِينَ قَرَّتْ عِنْدَهُ عَلَى الْأَثَرِ.

الشرح: قوله: «فأثر الشابة عليها» الإيثار يكون على أربعة أضرب، أحدها: الإيثار يكون بمعنى المحبة لإحداهما، والميل إليها، فهذا الضرب لا يملك أحد دفعه، ولا الامتناع منه، وإنما الإنسان مضطر إلى ما جبل عليه منه.

مسألة: والضرب الثاني، إيثار إحدى الزوجتين على الأخرى في سعة الإنفاق عليها والكسوة وسعة المسكن، ولكن ذلك بحسب ما تستحقه كل واحدة منهما؛ لأن لكل

كتاب النكاح ١٧٩

واحدة منهما نفقة مثلها ومؤنة مثلها ومسكن مثلها، على قدر شرفها وجمالها وشبابها وسماحتها، فهذا الإيثار واجب ليس للأخرى الاعتراض فيه، ولا للزوج الامتناع منه، ولو امتنع لحكم به عليه.

مسألة: والضرب الثالث من الإيثار، أن يعطى كل واحدة منهما من النفقة والكسوة والمؤنة ما يجب لها ثم يؤثر إحداها بأن يكسوها الخبز والحريير والحلى، ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: أن ذلك له، فهذا الضرب من الإيثار ليس لمن وفيت حقها أن تمنع الزيادة لضرتها لا يجبر الزوج، وإنما له فعله إذا شاء.

مسألة: والضرب الرابع، أن يؤثر إحدى الزوجتين بنفسه مثل أن يبني عند إحداها، ولا يبني عند الأخرى أو يكون مبيته عند إحداها أكثر أو يجامعها، ويجلس عندها في يوم الأخرى أو ينقص إحداها من نفقة مثلها، ويزيد الأخرى أو يجرى عليها ما يجب لها. فهذا الضرب من الإيثار لا يحل للزوج فعله، إلا بإذن المؤثر لها، فإن فعله كان لها الاعتراض فيه والاستعداد عليه، قال الله تعالى: ﴿فلا تميلوا كل الميل﴾ [النساء: ١٢٩] وإن أذنت له في ذلك، فهو جائز، وقد وهبت سودة بنت زمعة يومها لعائشة تبتغي بذلك رضا النبي ﷺ، فكان يقسم بذلك لعائشة يومين.

وفي المدنية عن عيسى أنه يقع في نفسى أن الإيثار المذكور في هذا الحديث، هو في القسم لها من نفسه في البيت، وما يجب عليه العدل فيه بين نسائه لأن الأثرة في غير ذلك جائزة، فيما يريد أن يؤثر به من ماله بعد يعدل بينهن في المبيت، وما لا بد له من النفقة على قدرها، وقدر عياله عندها.

فصل: قوله: «فناشدته الطلاق، فطلقها، ثم ارتجمها» إن كان إيثاره أولاً، الإيثار الذى لا اعتراض لها فيه، ولا لها المنع منه ولا المطالبة بمثله، فإن مناشدتها إيائه الطلاق على سبيل الرغبة إليه، وكان طلاقه إيائه إسعافاً لرغبتها وموافقة لإرادتها، وإن كان إيثاره إيثاراً لها الاعتراض فيه والمنع منه لكنه أتى من ذلك ما أتى بإذنها، ومن إباحتها ثم ظهر إليها المنع من ذلك، فإن مناشدتها إيائه الطلاق بمعنى مطالبته بالحق، ودعائه إلى الحكم الواجب لأن المرأة إذا أباحت لزوجتها الإيثار عليها فإن لا يقسم لها أو تبيح له في يومها الجلوس عند ضررتها، ثم بدا لها الرجوع في ذلك كان لها الرجوع فيه، والمنع منه، رواه ابن المواز عن مالك، ومثله روى عن النخعي ومجاهد: وقال الحسن: ليس لها الرجوع في ذلك.

١٨٠ كتاب النكاح
والدليل على ما نقوله أن كل ضرر لحق من الزوج مؤثر فى المواصله والاستمتاع،
فإن للمرأة الخيار فيه بعد الرضا به إذا كان مما يرجى زواله، ويضر بقاؤه كعجز
المعترض.

مسألة: فإذا قلنا: لها الرجوع فى ذلك، وجب على الزوج أن يرجع إلى العدل
بينهما أو يطلق، ولذلك أثر رافع بن خديج الطلاق، ولم يؤثر المساواة بينهما، وذلك
جائز له على حسب ما تقدم.

فصل: وقوله: «فطلقها حتى إذا كادت أن تحل راجعها» يحتمل أن يكون إنما كان
يراجعها يعتقد المساواة ثم يبدو له، فيخبرها بين الرضا بالإيثار أو الطلاق، ويحتمل أن
يكون إنما كان يراجعها على رضاها بالإيثار فيتمادى على ذلك مدة، ثم يبدو لها
فترجع عن الرضا به، ولا بأس بالمراجعة على الإيثار.

وأما عقد النكاح على الإيثار، فقد روى ابن المواز وابن حبيب: أنه لا يجوز. زاد
ابن حبيب: وإن كان يجوز بعد النكاح الصلح على الأثرة.

مسألة: فإن وقع النكاح على ذلك، فقد روى محمد وابن حبيب: يفسخ قبل البناء،
ويثبت بعده، ويطلب الشرط.

ووجه ذلك أنه مبنى على أن الفساد فى المهر وأنه إنما رضى بهذا المقدار على ما
شرط من الأثرة.

فصل: وقوله عند الثالثة: «ما شئت إنما بقيت واحدة، فإن شئت استقررت على ما
ترين من الأثرة، وإن شئت فارقتك» يريد أنه إن طلقها هذه الطلقة التى بقيت لم يكن
له إلى ارتجاعها سبيل، ولو رضيت بالأثرة لم ينفعها، وإنما بقى لها أن ترضى الآن
بالأثرة، وتقر على ذلك أو يطلقها آخر الطلاق، فلا يكون إليها سبيل.

فصل: وقولها: «بل أستقر على الأثرة فأمسكها على ذلك، ولم ير رافع عليه إنما
حين قرت عنده على الأثرة» يريد أنه رأى أنه لا إثم عليه فى الإيثار عليها الذى لا
يجوز له إلا بإذنها، ولو لم ترض به لكان آثماً فيه لو تمادى عليه، والله أعلم.

وأما إذا كان يرضى، ففي المدنية عن عيسى، قلت لابن القاسم: يجوز للرجل أن
يفعل مثل ما فعل رافع؟ فقال لى: لا بأس بذلك، لأنه لم يضرها، لو شاء ابتداء طلاقها
من غير تحبير.

كتاب النكاح ١٨١
وروى يحيى بن يحيى عن نافع قال: ما أحب ذلك لأحد، قال الله تعالى: ﴿فلا
تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة﴾ [النساء: ١٢٩]، قال يحيى بن إبراهيم: قول ابن
القاسم هو الفقه بعينه، والله أعلم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الطلاق

ما جاء فى البتة

١١٣٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ: إِنِّي طَلَّقْتُ امْرَأَتِي مِائَةَ تَطْلِيقَةٍ، فَمَاذَا تَرَى عَلَيَّ؟ فَقَالَ لَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ: طَلَّقْتُ مِنْكَ إِثْلَاثًا، وَسَمِعُ وَتَسْعُونَ أَتَّخَذَتْ بِهَا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا.

الشرح: قوله: «طلقت امرأتى مائة تطليقة»، يحتمل إيقاعها مجتمعة ومفترقة، ولا تأثير للزائد على الثلاث فى جمعها إلا ما له من التأثير فى تفريقها، وذلك أنه أتم فيها، ولا يعتد عليه بشيء منها إن جدد نكاحها بعد زوج.

وإنما الذى فرق بينهما أن التى يطلقها واحدة بعد أخرى يتعين له التى يحرم بها عليه، وهى الثلاث الأولى وما بعدها من الطلاق، فإنما يتناول امرأة أجنبية لا يتعين بها طلاق، والذى يجمع لا يتعين له الثلاث التى تحرم بها عليه.

وهذا لا تأثير له فى الحكم إلا فى الاستثناء، وهو إذا قال لها: طلقتك مائة إلا تسعة وتسعين، وقد روى عن سحنون أنها بائن منه بثلاث.

وروى عنه أنه قال: لا يقع عليها إلا طلقة واحدة، فمن جعل ما زاد على لفظ الثلاث ليس له غير حكم الثلاث بمنزلة قوله: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً؛ ومن جعل للفظ المائة تأثيراً جعل لما زاد من الاستثناء على الثلاث تأثيراً، فلم يبق من الطلاق إلا واحدة.

* * *

باب ما يجوز إيقاعه من الطلاق

يعتبر بثلاثة معان، العدد والصفة والزمان. قال القاضى أبو محمد: الطلاق على ثلاثة

١١٣٨ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٣٧/٧. عبد الرزاق فى المصنف ٣٩٨/٦. ابن حزم فى المحلى ١٧٢/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١١٩.

كتاب الطلاق ١٨٣
أضرب، طلاق سنة، وطلاق بدعة، وطلاق لا يوصف بسنة ولا بدعة. قال: ومعنى قولنا: طلاق سنة، أنه أوقع على الوجه الذى ورد الشرع بإيقاعه عليه.

ومعنى وصفنا بأنه للبدعة، أنه أوقع على غير الوجه الذى ورد الشرع بإيقاعه عليه، والضرب الثالث: فيمن عقد إيقاع الطلاق عليها فى جميع الأحوال. وهذه الثلاثة الأقسام تصح من جهة الزمان.

فأما من جهة العدد والصفة، فلا يكون إلا قسمان: سنة وبدعة، ويبطل القسم الثالث، فأما العدد، فإنه لا يحل أن يوقع أكثر من طلقة واحدة، فمن أوقع طلقتين أو ثلاثاً، فقد طلق بغير السنة. وقال الشافعى: موقع الثلاث جملة، مطلق للسنة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ولا يخلو أن يكون أمراً بصفة الطلاق، والأمر يقتضى الوجوب أو يكون إخباراً عن صفة الطلاق الشرعى.

ومن أصحابنا من قال: إن الألف واللام تكون للحصر، وهذا يقتضى أن لا يكون الطلاق الشرعى على غير هذا الوجه.

فإن قيل المراد بذلك الإخبار عن أن الطلاق الرجعى طلقتان، وأن ما زاد عليه ليس برجعى.

قالوا: يدل على ذلك أنه قال بعد ذلك: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾، ثم أفرد الطلقة الثالثة ما لم تكن رجعية، وفارق حكمها حكم الطلقتين، فقال: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وإذا كان المراد ما ذكرناه من الإخبار عن الطلاق الرجعى لم يدل ذلك على أن هذا هو الطلاق الرجعى دزن غيره. فالجواب أن هذا أمر أضمر فى الكلام مع استقلاله دونه بغير دليل لأنكم تضمرون الرجعى، وتقولون: معناه الطلاق الرجعى مرتان، وإذا استقل الكلام دون ضمير لم يجز تعديها إلا بدليل.

وجواب ثان، وهو أنه لو أراد الإخبار عما ذكرتم لقال الطلاق طلقتان؛ لأن ذلك يقتضى أنه الطلاق الرجعى أوقعهن مجتمعتين أو مفترقتين، فلما قال: مرتان، ولا يكون ذلك إلا لإيقاع الطلاق، يفترقا، ثبت أنه قصد الإخبار عن صفة إيقاعه لا الإخبار عن عدد الرجعى منه.

١٨٤ كتاب الطلاق

فإن قالوا إن لفظ التكرار إذا علق باسم أريد به العدد دون تكرار الفعل، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿نَوَّهَ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣١]، ولم يرد تفريق الأجر، وإنما أراد تضعيف العدد.

فالجواب أن قوله: ﴿نَوَّهَ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾، حقيقة فيما ذكرناه من تكرار الفعل دون العدد، ولا فرق في ذلك بين أن يعلق على فعل أو اسم يدل على ذلك أنك تقول لقيت، فلاناً مرتين.

فيقتضى تكرار الفعل وكذلك قوله: دخلت مصر مرتين، فإذا كان ذلك أصله وحقيقته، ودل الدليل في بعض المواضع على العدول به عن حقيقته وإستعماله في غير ما وضع له لم يجوز حمله على ذلك في موضع آخر إلا بدليل.

وجواب آخر، وهو أن الفضل، قال: معنى ﴿نَوَّهَ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ مرة بعد مرة في الجنة، فعلى هذا لم يخرج اللفظ عن بابه إلا عدل به عن حقيقته، وإن قلنا إن معناه التضعيف في ماله وأجره، فالفرق بينهما أن قوله تعالى: ﴿نَوَّهَ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ يفيد التضعيف، ويمنع الاقتصار على ضعف واحد.

ولو كان معنى قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، يريد به التضعيف لمنع من إيقاع طلقة واحدة وإلا بطل معنى التضعيف، وهذا باطل باتفاق.

ودليلنا من جهة السنة ما روى مخزومة بن بكير عن أبيه قال: سمعت محمد بن لبيد، قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقال: «فعلته لاعباً، ثم قال: تلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم»^(*)، حتى قنم رجل، فقيل: يا رسول الله ألا أقتله.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا معنى وعدد يقتضى البيونة، فوجب تحريمه كاللعان.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن أوقع الطلاق الثلاث بلفظة واحدة، لزمه ما أوقعه من الثلاث، وبه قال جماعة الفقهاء.

وحكى القاضى أبو محمد فى إشرافه عن بعض المبتدعة: يلزمه طلقة واحدة، وعن بعض أهل الظاهر: لا يلزمه شيء، وإنما يروى هذا عن الحجاج بن أرطاة ومحمد بن إسحاق.

(*) أخرجه النسائي فى الصغرى كتاب الطلاق حديث رقم ٣٤٠١.

كتاب الطلاق ١٨٥

والدليل على ما نقوله إجماع الصحابة؛ لأن هذا مروى عن ابن عمر وعمران بن حصين وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وعائشة، رضى الله عنهم، ولا يخالف لهم.

وما روى عن ابن عباس فى ذلك من رواية طاوس قال فيه بعض المحدثين: هو وهم، وقد روى ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن وهب خلاف ذلك، وإنما وقع الوهم فى التأويل.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن الرواية عن ابن طاوس بذلك صحيحة، فقد رواه عنه الأئمة، معمر وابن جريج وغيرهما وابن طاوس إمام.

والحديث الذى يشيرون إليه هو ما رواه ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وستين من خلافة عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر، رضى الله عنه: قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم، فأمضاه عليهم.

ومعنى الحديث أنهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل إيقاع الناس ثلاث تطليقات، ويدل على صحة هذا التأويل أن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، قال: إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة، فأنكر عليهم أن أحدثوا فى الطلاق استعجال أمر كانت لهم فيه أناة، فلو كان حالهم ذلك من أول الإسلام فى زمن النبى ﷺ ما قاله وما عاب عليهم استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة.

ويدل على صحة هذا التأويل ما روى عن ابن عباس من غير طريق أنه أفتى يلزوم الطلاق الثلاث لمن أوقعها بجمعة، فإن كان هذا معنى حديث ابن طاوس، فهو الذى قلناه، وإن حمل حديث ابن طاوس على ما يتأول فيه من لا يعبأ بقوله فقد رجح ابن عباس إلى قول الجماعة، وانعقد به الإجماع.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا طلاق أوقعه من يملكه، فوجب أن يلزمه. أصل ذلك إذا أوقعه مفرقاً.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فسنة الطلاق أن يطلقها طلقة واحدة، ثم يجعلها حتى تنقضى عدتها إن أراد إمضاء الطلاق، فإن طلقها فى القرء الثانى طلقة، وفى القرء الثالث طلقة، فإن الطلقتين المتأخرتين ليستا للسنة.

١٨٦ كتاب الطلاق

وقال أبو حنيفة: إن طلاق السنة أن يطلقها في كل قرء طلقة، فتتقضى عدتها، وقد طلقها ثلاثاً. وقد قال أشهب: لا بأس به ما لم يرتجعها في خلال ذلك، وهو يريد أن يطلقها ثانية، فلا يحق له ذلك لما يريد من تطويل العدة.

فوجه قول مالك قوله تعالى: ﴿فطلوqهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١]، وهذا يقتضى إيقاع طلاق يعتد به، والطلقة الثانية لا عدة لها، فلا يتناولها الأمر بصفة الطلاق.

ومن جهة القياس أن هذا طلاق فى منخول بها لا يوجب عدة، فلا يكون للسنة. أصل ذلك إذا طلق الثلاث بلفظ واحد، فإن الثانية والثالثة ليست للسنة لما لم توجب عدة.

إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن المواز: طلقة فى كل طهر أحب إلى من طلقتين فى مجلس. وهذا إنما هو بمعنى أن أحد الأمرين أشد من الآخر.

مسألة: وأما اعتبار السنة من جهة الزمان، فإن يطلق المدخول بها الحامل التى تجرى حيضتها على المعتاد فى طهر لم تمس فيه ولا عقيب حيضة طلق فيها، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «طلقت منك بثلاث»، يريد أن الثلاث تعلقت بها دون ما زاد على ذلك، فإنها لا تعلق بها، وإذا طلقت منه بثلاث، وكان للثلاث تعلق بها وتأثير فى نكاحها فقد انقطعت العصمة بينهما ونفذ ما كان فيها من الطلاق، وبذلك لم يتعلق بها ما زاد على الثلاث، ﴿فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠]، على ما قدمناه.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا»، يريد أنه أتى بها تلاعباً واستهزاء ومخالفة لما أتت به آيات الله من أن ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وهى الثالثة عند كثير من العلماء. ومن قال به فتادة.

وقد قال غيره: إن الثالثة قوله عز وجل: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾، فإذا كان البارئ تعالى قد نص فى كتابه الكريم على أن الطلاق ثلاث، ثم طلق رجل أكثر من ثلاث، فقد خالف كتاب الله، وقصد الاستهزاء والتلاعب، والله أعلم.

١١٣٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، فَقَالَ: إِنِّي طَلَّقْتُ امْرَأَتِي ثَمَانَ تَطْلِيقَاتٍ، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: مَاذَا قِيلَ لَكَ؟ قَالَ: قِيلَ لِي إِنَّهَا قَدْ بَانَتْ مِنِّي، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: صَدَّقُوا مَنْ طَلَّقَ كَمَا أَمَرَهُ اللَّهُ، فَقَدْ بَيَّنَّ اللَّهُ لَهُ، وَمَنْ لَبَسَ عَلَى نَفْسِهِ لِبَسًا جَعَلْنَا لِبَسَهُ بِهِ، لَا تَلْبَسُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ، وَتَحَمَّلُوا عَنْكُمْ، هُوَ كَمَا يَقُولُونَ.

الشرح: قول عبد الله بن مسعود، رضى الله عنه: «ماذا قيل للسائل عن طلاقه ثمانيا»، يحتمل أن يكون ليرى أقوال الناس فى ذلك ويعلم اتفاقهم من اختلافهم، وربما كان للمفتى فى ذلك شىء إلى أمر أغفله.

وإن وجد العلماء قد خالفوا ما ظهر إليه، حمله ذلك على إعادة النظر والزيادة فى الاجتهاد والتثبت، وإن رأى الفقهاء قد وافقوا رأيه، قوى فى نفسه وظهر إليه، وشكر الله تعالى على ما أعانه عليه وأظهر الموافقة والتصحيح لقول العلماء، ولذلك قال عبد الله بن مسعود: «صدقوا»، فأظهر تصديقهم وموافقتهم.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «من طلق كما أمره الله فقد بين الله له»، يريد أن سنن الطلاق بينة قد بينها الله عز وجل فى كتابه، لا يحتاج العامل بها ولا المفتى فيها إلى بحث ولا نظر ولا اجتهاد.

فمن أطاع الله تعالى فى طلاقه، وأوقعه على حسب ما أمره به، فهو بين واضح إن كان ممن يقرأ القرآن بان له من نصه، وإن كان ممن لا يقرأ أو لا يفهمه سأل عن ذلك، فأخبر عن أمر واضح بين لا يحتمل الزيادة ولا النقص.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «ومن لبس على نفسه لبسنا عليه، أى جعلنا لبسه به»، يريد أنه من تعدى الواضح من أمر الله تعالى فى الطلاق، فقد لبس على نفسه، ودخل فى أمر ملتبس مشتبه يحتاج المفتى فيه إلى البحث والاجتهاد، ولا يتضح له مع ذلك الحكم كوضوح المنصوص عليه، فيجعل لبسه به ويغلف عليه وذلك من وجهين:

أحدهما: أنه متى ترددت الأدلة بين التحريم والإباحة، ولم يكن وجه الحكم بينا، غلب التحريم والمنع. والثانى: أن الطلاق المباح هو الذى يقتضى التحقيق، فمن خالفه

١١٣٩ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٣٥/٧. عبد الرزاق فى المصنف ٣٩٤/٦. ابن حزم فى المحلى ١٧٢/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٠.

١٨٨ كتاب الطلاق

إلى الطلاق الممنوع المحرم، اقتضى التغليظ عليه، والتغليظ فى الطلاق معناه الإلزام.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «لا تلبسوا على أنفسكم وتحميله عنكم هو كما يقولون»، يريد أن من طلق على غير ما أمره الله به، ولبس على نفسه، فإن المفتى لا يحتمل له ما اشتبه عليه، ولا يوقع هذا ثلاث تطبيقات فى لفظ واحد، فيقول له المفتى: إنها طلقة واحدة حتى يفرقها؛ لأن جمع الطلاق ليس فى كتاب الله تعالى.

وإنما يقتضى ظاهر القرآن تفريقه لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فمن لبس على نفسه بإيقاع الطلاق بلفظة واحدة جعل ذلك بمعنى أنه ألزم الثلاث.

وقد روى مجاهد قال: سئل عبد الله بن عباس عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فقال: ﴿وإذا طلقتم النساء﴾ [البقرة: ٢٣٢]، وإنك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجاً.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فسواء علق الطلاق على جملة المرأة فقال: أنت طالق، أو فلانة طالق، أو على جزء منها، فقال: يدك طالق أو شعرك طالق، وبهذا قال مالك والشافعى.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه الطلاق إلا فى خمسة أعضاء، الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج.

والدليل على ما نقوله أنه جزء متصل بها اتصال حلقة، فوجب وقوع الطلاق عليه كوقوعه على الجملة. أصل ذلك إذا أوقعه على أحد الأعضاء الخمسة.

فروع: إذا ثبت ذلك، فأى عضو علق به الطلاق لزم، وقد اختلف أصحابنا فى الشعر والكلام، فقال سحنون: تعليق الطلاق أو العتق بالشعر غير لازم، وكذلك الكلام.

ورواه ابن المواز، عن ابن عبد الحكم، قال: وكذلك من قال: سعالك على حرام، قال: وروى عن أشهب أنه لازم.

ووجه القول الأول أنه مما لا تحله الحياة. ووجه الرواية الثانية أنه مما يقع به الالتذاذ على وجه الاستمتاع، فأشبهه الوجه واليدين.

١١٤٠ - مالك، عن يحيى بن سعيد، عن أبي بكر بن حزم أن عمراً بن عبد العزيز قال: البتة ما يقول الناس فيها؟ قال أبو بكر: فقلت له: كان أبان بن عثمان

كتاب الطلاق ١٨٩
يَجْعَلُهَا وَاحِدَةً. فَقَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ: لَوْ كَانَ الطَّلَاقُ أَلْفًا مَا أَبْقَتِ الْبَتَّةُ مِنْهَا شَيْئًا، مَنْ قَالَ: الْبَتَّةُ فَقَدْ رَمَى الْغَايَةَ الْقُصْوَى.

الشرح: قول عمر بن عبد العزيز، رضى الله عنه: «البتة ما يقول الناس فيها؟»، سؤال لأصحابه، ومن حضر مجلسه من العلماء عما بلغهم من أقوال الصحابة ومن بعدهم من أهل العلم، وقد اختلفوا فى ذلك اختلافًا شديدًا.

وذلك أن المتأخرين من الفقهاء قالوا: إن الطلاق على ضربين، صريح وكناية، فذهب القاضى أبو محمد إلى أن الصريح ما تضمن لفظ الطلاق على أى وجه كان، مثل أن يقول: أنت طالق، وأنت مطلقة، أو قد طلقتك، أو الطلاق له لازم، وما عدا ذلك من ألفاظ الطلاق مما يستعمل فيه، فيه كناية، وبهذا قال أبو حنيفة.

قال القاضى أبو الحسن: صريح الطلاق ألفاظ كثيرة وبعضها أبين من بعض: الطلاق والسراح والفرق والحرام والخلية والبرية. وقال الشافعى: الصريح ثلاثة ألفاظ، وهو ما ورد به القرآن من لفظ الطلاق والسراح والفرق.

ووجه المسألة عندى على مطلق الكلام فيها أن الصريح فى كلام العرب على وجهين، أحدهما: أن يريد بالصريح الخالص الذى يستعمل فى الطلاق دون غيره أو وضع له دون غيره، ولذلك روى فى الحديث هذا صريح الإيمان، أى خالصه.

والوجه الثانى: أن يريد بالصريح البين من قولهم: صرح بالقول إذا بينه، وقصد الإخبار عنه، فإذا قلنا إن معنى الصريح الخالص، فمعنى قولنا: صريح الطلاق أن هذا لفظ وضع لهذا المعنى دون غيره، أو يستعمل فيه دون غيره.

فإن الصريح لفظ الطلاق خاصة؛ لأنه موضوع له دون غيره، ويكون معنى كنايةات الطلاق ما وضع له أو لغيره أو يستعمل فى هذا المعنى وفى غيره كلفظ: سرحتك وفارقتك وخليتك وباريتك وبتت منك.

فصل: فإن قلنا إن معنى الصريح البين، فإن الصريح من الطلاق ما يفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيراً: كفارقتك وسرحتك وخليتك وبتت منك وأنت حرام؛ لأن هذه الألفاظ وإن استعملت فى الطلاق وغيره، إلا أنه قد كثر استعمالها فى الطلاق وعرفت به، فصارت بينة واضحة فى إيقاع الطلاق كالفائض الذى وضع للمطمئن من الأرض، ثم استعمل على وجه المجاز فى إثبات قضاء الحاجة، فكان فيه أبين وأشهر منه فيما وضع له، وكذلك فى مسألتنا مثله.

١٩٠ كتاب الطلاق

فصل: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف أصحابنا في «البتة»، فروى عن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، أنه قال: هي واحدة. وبه قال أبان بن عثمان.

وقال على بن أبى طالب، رضى الله عنه: هي ثلاث. وروى أيضاً عن عمر، وبه قال الزهرى وعمر بن عبد العزيز.

والدليل على أنها لا تكون إلا ثلاثاً فى المدخول بها ما روى عن عائشة، رضى الله عنها، قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظى إلى النبى ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إنى كنت تحت رفاعة القرظى فطلقنى البتة، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وإن ما معه إلا مثل الهدية، وأخذت هدية من جلبابها، فقال: «تريدين أن ترجعى إلى رفاعة، لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك»^(*).

فوجه الدليل من هذا الحديث أنها قالت: كنت تحت رفاعة القرظى، فطلقنى البتة، ثم أجبها أنها لا ترجع إليه حتى يمسه غيره، وهذا يقتضى أن هذا حكم طلاق البتة، ولو اختلف حكم البتة لما منعها حتى سألها عن أى أنواع البتة كان طلاقه إياها.

ودليلنا من جهة المعنى أن معنى البتة: القطع، وهذا يقتضى قطع العصمة بينهما والمبالغة فى ذلك، ولذلك يقال ما بقى بينهما شىء البتة، يريدون المبالغة فى قطع ما كان بينهما، وإذا كان ذلك معنى هذه اللفظة ومقتضاها، فلا يكون ذلك فى المدخول بها إلا بثلاث.

وأما قبل الثلاث فله الرجعة عليها والميراث بينهما، فلا يوجد فيه معنى البت والقطع لما بينهما. ولذلك قال عمر بن عبد العزيز، رضى الله عنه: «لو كان الطلاق ألفاً ما أبقت البتة منه شيئاً».

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى»، يريد أنه من قال: البتة فى طلاقه، فقد بلغ أقصى الغايات فى الطلاق، ومنع التراجع الذى لا توصف الفرقة التى لا تمنعه بالبتة، وهذا المعنى من المبالغة فى ذلك لا يكون إلا بالثلاث.

ويدل على أنه قد رمى الغاية القصوى على ما قاله عمر بن عبد العزيز، رضى الله عنه، أن ذلك مقتضى البتة، وعلى ذلك يستعمل هذه اللفظة الناس فى الطلاق وغيره فى

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٣٩. مسلم حديث رقم ١٤٣٣. الترمذى حديث رقم ١١١٨. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٨٣، ٣٤٠٩. ابن ماجه حديث رقم ١٩٣٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٣٨.

كتاب الطلاق ١٩١
الجواز والمنع، فيقول القائل: لا أفعل ذلك البتة، ومعناه أنه لا سبيل إلى مخالفة قوله ولا إلى العدول منه بوجه.

وكذلك من قال أنت طالق البتة، معناه طلاقاً لا سبيل فيه إلى مراجعة الزوجية، وذلك لا يكون إلا بالثلاث.

١١٤١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَانَ يَقْضِي فِي الذِّي يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ الْبَيْتَةَ، أَنَّهَا ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ^(١).

الشرح: قوله: «أن مروان بن الحكم كان يقضى في البتة بثلاث»، يقتضى تكرار هذا القضاء منه، وعلى هذا الوجه يستعمل هذا اللفظ فيمن يكثر منه الفعل.

وإنما استظهر مالك بذلك؛ لأن مروان كان أمير بالمدينة في زمان جماعة من الصحابة وأجلة التابعين وعلمائهم، وكان لا يقضى إلا عن مشورتهم، وبما اتفق عليه جميعهم أو أكثرهم وأعلمهم.

فإذا تكرر قضاؤه في البتة أنها ثلاث، دل ذلك على أنه كان الظاهر من أقوالهم، والمعمول به من مذاهبهم، أو أنه الذي اتفق عليه جميعهم، والله أعلم.

مسألة: وهذا في المدخول بها، فأما غير المدخول بها، فإن نوى الثلاث أو لم ينو شيئاً، فلا خلاف في المذهب أنها ثلاث، وإن نوى واحدة، فهل ينوى أو لا، فيه روايتان.

إحدهما: لا ينوى وتلزمه الثلاث، وبه قال سحنون وابن حبيب، والرواية الثانية أنه

١١٤١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٢٢.

(١) هذا مذهب مالك الذي عليه أصحابه فيمن حلف بطلاق امرأته البتة أنها ثلاث، لا قل له إلا بعد زوج. وهي مسألة اختلف فيها السلف والخلف: قال أبو حنيفة وأصحابه إلا زفر: إن نوى بالبتة ثلاثاً فهو ثلاث، وإن نوى واحدة، فهي واحدة بائنة، وإن نوى اثنتين فواحدة بائنة. وهو قول الثوري. وقال زفر: إن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى اثنتين مائتتان، وإن نوى واحدة فهي واحدة. واختلف فيها عن الأوزاعي: فروى عنه واحدة بائنة. وروى عنه ثلاث. وقال الشافعي في الخالف بالبتة: إن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى اثنتين أو واحدة فطلاقه رجعي. انظر: الاستذكار ٢٢/١٧. الشرح الصغير ٥٦٠/٢. المهذب ٨٤/٢. غاية المنتهى ١٢٧/٣. الدر المختار ٦١٧/٢.

١٩٢ كتاب الطلاق
ينوى، وبها قال مالك، فالرواية الأولى مبنية على أن البتة لا تتبع ولا يصح الاستثناء
منها، وهو معنى قول أصبغ في العتبية ونص عليه سحنون في المجموعة.

والرواية الثانية مبنية على أنها تتبع، ويصح الاستثناء منها، وقد روى عنه في
العتبية، ورواه سحنون، عن العتبي، وعلى هذا الاختلاف يجب أن يجرى القول في
الخلع، وكل طلاق لا تتعقبه رجعة يوقعه الزوج باختياره، والله أعلم.

مسألة: إذا قلنا إنه ينوى في غير المدخول بها، فإنه يحلف أنه ما أراد إلا واحدة في
البتة، والباطنة والخلية والبرية. قال سحنون: إنما يحلف إذا أراد نكاحها، وليس عليه يمين،
قبل إرادة النكاح، ونحوه قال ابن الماجشون.

ووجه ذلك أنه لا معنى ليمينه قبل ذلك الوقت، وإنما يحتاج إليه عند النكاح لما يريد
من استباحتها، فيحلف ليتوصل بذلك إلى استباحتها، والله أعلم.

* * *

ما جاء في الخلية والبرية وما أشبه ذلك

١١٤٢ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ كُتِبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ مِنَ الْعِرَاقِ أَنَّ رَجُلًا
قَالَ لَامْرَأَتِهِ: حَبْلُكَ عَلَى غَارِيكِ، فَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِلَى عَامِلِهِ أَنْ مُرَّةُ
يُؤَافِنِي بِمَكَّةَ فِي الْمَوْسِمِ، فَبَيْنَمَا عُمَرُ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ؛ إِذْ لَقِيَهِ الرَّجُلُ، فَسَلَّمَ عَلَيْهِ،
فَقَالَ عُمَرُ: مَنْ أَنْتَ؟ فَقَالَ: أَنَا الَّذِي أَمَرْتَ أَنْ أُجَلَبَ عَلَيْكَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَسَأَلُكَ
بِرَبِّ هَذِهِ الْبَيْتَةِ مَا أَرَدْتَ بِقَوْلِكَ حَبْلُكَ عَلَى غَارِيكِ، فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: لَوْ
اسْتَحْلَفْتَنِي فِي غَيْرِ هَذَا الْمَكَانِ مَا صَدَّقْتُكَ، أَرَدْتُ بِذَلِكَ الْفِرَاقَ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ
الْخَطَّابِ: هُوَ مَا أَرَدْتَ.

الشرح: قوله: «أنه كتب إلى عمر بن الخطاب من العراق»، على حسب ما يلزم من
مطالعة رأى الإمام العليم بما يقع للناس من المسائل التي لم يتقدم فيها قول أو تقدم فيها
الخلافاً، وفيها إشكال، ولم تقرر أحكامها بعد، ولا اتضح وجه الحكم فيها.

فكتب إلى عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، من العراق في الرجل الذي قال لامرأته:

١١٤٢ - أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ١١/١٤٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار
برقم ١١٢٣.

كتاب الطلاق ١٩٣

حبلك على غاربك، وكتب عمر بن الخطاب إلى عامله يأمره أن يوافيه فى الموسم.

وهذا مما يجب على المفتى والناظر فى أمور المسلمين أن يفعله إذا أشكلت عليه مسألة أن يشخص من نزلت به، ويسأله ويناجيه عن فصولها والمعانى التى يتعلق الحكم بها ويختلف باختلافها، فإنه أقرب له إلى أن يتبين من قوله ما يستعين به على فهم مسألة أو يعظه ليقر بجميعها ولا يكتم شيئاً منها.

ولعل عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، إنما وقت له الموسم؛ لأنه أيسر على القاصد فى وروده وانصرافه، ويضيف إلى ذلك عمل الحج وتحصيل عبادة فى الموسم أن تيسر ذلك له، ولو أشخصه إلى موضع آخر لم يحصل له من ذلك ما يحصل لمن يقصد مكة. ويحتمل أيضاً أنه قصد المبالغة فى وعظه واستخبار جلية ما عنده باستحلافه على ذلك عند البيت لما يتعين من تعظيم المسلمين له.

فصل: وقوله: «فبينما عمر يطوف بالبيت إذا لقيه رجل، فسلم عليه»، طاعة له وامتنالاً لأمره بأن يوافيه فى الموسم، فلما أنكر عمر، رضى الله عنه، قصده إياه بالسلام على وجه ما يفعله من قصده وأراد مكالته وإعلامه بنفسه، قال له: «من أنت»، فأعلمه بأنه الرجل الذى أمر أن يوافيه فى الموسم.

فصل: وقول عمر، رضى الله عنه: «أسألك برب هذه البنية»، هكذا رواه قوم: البنية، وهو اسم واقع على كل مبتنى لكنه خص البيت بالإشارة إليه، كما قال: ورب هذا البناء، وروى: برب هذه البنية، على مثل فعلية. قال ابن السكيت: البنية: الكعبة، يقال: لا ورب هذه البنية ما كان كذا وكذا.

وقوله، رضى الله عنه: «ما أردت بقولك: حبلك على غاربك» لما علم من تعظيم المسلمين للبيت وصدق كثير ممن يستبيح الكذب فى غير ذلك الموضع إذا استحلف فيه، فقال الرجل: «لو استحلفتى فى غير هذا المكان ما صدقتك»، إخبار عن تعظيمه للقسم فى هذا الموضع، وأنه يلتزم من البر فى حلفه عنده ما لا يلتزم فى غيره، ولعله كان يمنعه من صدقه ندمه على الطلاق، وفرط محبته لمن طلق.

ثم قال له: «أردت بها الفراق»، فقال له عمر بن الخطاب، رضى الله عنه: «هو ما أردت»، يريد أنه ألزمه الفراق وحكم به عليه، ولم يبين فى الحديث مقداراً، أهو طلاقة واحدة رجعية أو طلاقة واحدة لا رجعة فيها؟؛ لأنه آخر ما بقى له فيها أو ثلاث تطليقات.

ولفظ الفرقة عند مالك: ثلاث لا ينوى فى المدخول بها. رواه أشهب، عن مالك فى العتبية، قال: فإن لم يدخل بها، فعسى أن تكون واحدة، ولو ثبت عندى أن عمر، رضى الله عنه، قال: ينوى، ما خالفته.

وقد قال بعض أصحابنا العراقيين: يحتمل ما جاء عن عمر، رضى الله عنه، فى التى لم يدخل بها، ولم يذكر فى الحديث، بنى بها أو لم بين، فهو محتمل.

وهذا يقتضى أنه حمل قول عمر، رضى الله عنه، فى الفرقة على أنها واحدة، وقول مالك: لو ثبت عندى أنه نواه ما خالفته، يحتمل معنيين، أحدهما: أنه من أهل اللغة وهو أعلم بما يقتضيه هذا اللفظ.

فإن كان هذا اللفظ يقتضى عنده أن ينوى لما خالفه العرب؛ لأن العرب لا تخالف فى اللغة، لاسيما ما يقترن بذلك من علم عمر، رضى الله عنه، ودينه وفقهه.

والمعنى الثانى: أن يكون الأمر فيه بعض الإشكال، ولا يترجح بين أن ينويه أو لا ينويه، ويترجح عنده الآن أنه لا ينويه فى الدخول بها، فلو صح عنده أن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، نواه فى مثل هذه القصة التى قد شاعت لترجح عنده هذا القول.

وظاهر قصة عمر عندى يقتضى أنها كانت فىمن لم يبق له إلا طلقة واحدة، أو فىمن كان له فيها جميع الطلاق، فألزم الثلاث. وذلك مقتضى مذهب مالك فىمن قال لامرأته: «حبلك على غاربك».

ووجه ذلك أن الحبل هو الذى كان بيد الزوج منها، وذلك كناية عن عصمة الزوجة وملكه لها، فإذا قال لها: «حبلك على غاربك»، فقد أقر بخروجه عن يده وكونه بيدها.

وذلك يقتضى أن يكون طلاقه لا رجعة فيه؛ لأنه إن كان له فيها رجعة، فليس حبلها على غاربها، بل هو بيده، ويرتجعها متى شاء، وخروج الملك من يد الزوج حين إيقاعه لا يكون إلا بالثلاثة وبآخر الطلاق.

وقال أبو بكر بن الأنبارى: الغارب من البعير أسفل السنام، وهو ما انحدر من العنق..

وقال أبو العباس: كانت العرب فى الجاهلية يطلقون نساءهم بهذا الكلام، ومعناه: أمرك فى يدك فاصنعى ما شئت، فقد انقطع سببك من سببى.

فصل: وظاهر قول الرجل: «لو استحلقتنى فى غير هذا المكان ما صدقتك»، يدل

كتاب الطلاق ١٩٥
على البيئونة وانقطاع ما بينهما، ولو كان إنما ألزم طليقة له بعدها رجعة لكان التزامها
أسهل عليه من أن يشخص من العراق يستحلف عند البيت عما أراد، ويصرح عن نفسه
بأنه لو استحلف في غير هذا الموضع ما صدق.

فصل: وأما استحلاف عمر، رضى الله عنه، إياه، فليس على معنى استحلاف من
ينوى أنه ما أراد إلا واحدة؛ لأن ذلك لا يستحلف إلا إذا أراد ارتجاعها، وإنما استحلافه
على معنى الاستحلاف للإقرار بالحق.

فإن أقر به أمضاه عليه بإقراره، وإن أنكره وحلف على ذلك لم يهرج على يمينه ولا
قضى بها ونظر إلى ما يلزمه في صريح الحق، ولذلك لم يجتوب الخالف بأنه أراد واحدة
أو اثنتين، وإنما أجابه بأنه أراد الطلاق.

وقد يلزم المفتى أن يفعل مثل هذا بالمستفتى فى الحلال والحرام أن يعظه ويذكره
ويعظم عليه حقوق الله تعالى ومحارمه ليستدعى بذلك إقراره بالحق.

فإن أقر بالحق سهل بذلك عليه طريق الفتوى، وكان ذلك أقوى للمسألة فى نفسه،
وإن تمادى على الإنكار أفتى عليه بما يؤديه إليه اجتهاده، والله أعلم.

١١٤٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ كَانَ يَقُولُ: فِي الرَّجُلِ يَقُولُ:
لَا مَرَأَتَهُ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ: إِنَّهَا ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ^(١).

١١٤٣ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٤٠٣/٦. والمغنى ١٥٥/٧. ابن حزم فى المحلى
١٢٤/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٤.

(١) للعلماء فى قول الرجل لزوجته أنت على حرام ثمانية أقوال أشدها قول مالك. وهو قول
على وزيد بن ثابت، وبه قال الحسن البصرى والحكم بن عتبة، وإليه ذهب ابن أبى ليلى، قال:
هى ثلاث، ولا أسأله عن نيته. وهو قول مالك فى المدخول بها، وينويه فى التى لم يدخل بها.
والقول الثانى فى قاله سفيان الثورى وطائفة، إن نوى بقوله لامرأته: أنت على حرام ثلاثا، فهى
حرام ثلاث، وإن نوى واحدة فهى واحدة بائنة وإن نوى يميناً فهو يمين يكفرها، وإن لم ينو فرقة
ولا يميناً فليس يشىء هى كذبة. القول الثالث: قاله الأوزاعى: هو ما نوى، فإن لم ينو شيئاً فهى
يمين يكفرها. القول الرابع: ما قاله الشافعى، قال: ليس قوله أنت على حرام بطلاق حتى ينوى
به الطلاق حتى ينوى به الطلاق فإن نوى به الطلاق فهو على ما أراد من عدده، فإن أراد واحدة
فهى رجعية، وإن أراد تحريمها بغير طلاق مغلبيه كفارة يمين وليس بمقول. القول الخامس: قاله أبو =

١٩٦ كتاب الطلاق

قوله، رضى الله عنه، فى الحرام: «أنها ثلاث تطليقات»، هو قول زيد بن ثابت. وقد روى أن على بن أبى طالب، رضى الله عنه، قضى بها فى عدى بن قيس الكلابى، وقال له: والذى نفسى بيده لئن مسستها قبل أن تتزوج غيرك لأرجمنك.

وهذا الذى ذهب إليه مالك أنها فى المدخول بها ثلاث، نوى واحدة أو ثلاثاً، وإن زعم أنه لم ينو طلاقاً لم يصدق.

وقال الشافعى: لا يكون طلاقاً حتى ينوى الطلاق، فىكون منه ما أراد من واحدة أو ثلاث، وإن أراد تحريمها من غير طلاق، فعليه كفارة يمين وليس بمول.

والدليل على ما نقوله أن هذا لفظ جرى عرف الاستعمال له على وجه الطلاق، فوجب أن يكون طلاقاً.

أصل ذلك لفظ الطلاق، ولا يجب به كفارة يمين؛ لأنه لفظ مفسر عرا عن القرية واليمين، فلم يجب به كفارة يمين. أصل ذلك لفظ الطلاق.

ودليل آخر، وهو أن هذا لفظ طلاق، فلم يجب به كفارة يمين على الإطلاق، وأصل ذلك لفظ الطلاق.

مسألة: فإن قال: نويت واحدة، فقد تقدم من قول مالك أنه لا ينوى فى المدخول بها ويلزمه الثلاث. وقال الثورى والأوزاعى والشافعى إن نوى واحدة، فهى واحدة.

والدليل على ما نقوله أن الواحدة لا تحرمها بل له ارتجاعها، وإنما تحرمها الثلاث، فإذا كان اللفظ الذى هو التحريم إنما يقتضى معنى الثلاث حمل على ذلك ولم يصدق فى قوله: أردت الواحدة، وهى لا تحرمها، وذلك أن لفظ التحريم إنما يقتضى قطع العصمة وتحريم الزوجية بينهما، وذلك لا يكون فى المدخول بها إلا بالثلاث.

ولذلك يقال فى ذوات المحارم: هى مجرمة عليه وهى لا تحل له، والمراد بذلك أنه لا

=حنيفة وأصحابه، قال: إن نوى الطلاق فهى واحدة بائنة: إلا أن ينوى ثلاثاً، فإن نوى ثلاثاً فهى ثلاث وإن نوى اثنتين فهى واحدة، وإن لم ينو طلاقها فهى يمين، وهو مؤل. وإن نوى الكذب، فليس بشىء. القول السادس: قاله إسحاق وغيره قبله، قالوا: من قال لامرأته أنت على حرام، لزمه كفارة الظهار ولم يطأها حتى يكفر. القول السابع: قاله جماعة من التابعين وغيرهم، قالوا فى الحرام: هى يمين يكفرها ما يكفر اليمين، إلا أن غيرهم قال: هى يمين مغلظة. القول الثامن: أن تحريم المرأة كتحريم الماء، ليس بشىء، ولا فيه كفارة ولا طلاق. انظر: الاستذكار لابن عبد البر ٣٦/١٧ وما بعدها.

كتاب الطلاق ١٩٧

يحل أن يكون بينهما زوجية يدل على ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال في بنت أبي سلمة: «إنها لو لم تكن ربيتي في حجرى لم تحل لى إنها لابنة أخى من الرضاعة أرضعتنى وإياها ثوية»^(*).

ومما يدل على لفظ التحريم مقتضاه تحريم الزوجية أو تحريم عقد النكاح، ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال في غير المدخول بها: أن الطلقة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها، فدل ذلك على أن معنى التحريم منع عقد النكاح، وذلك لا يكون إلا بالثلاث.

ولو أراد تحريم الوطء لكان معناه معنى البينونة الواقعة فى غير المدخول بها بالطلقة الواحدة. وقد روى مثل هذا عن أبى هريرة وابن عباس وهم من أهل اللسان، فإن قيل فإنه يقال: وطؤها عليه حرام، والمطلقة الرجعية عندكم وطؤها حرام، فيصح أن يريد ذلك بقوله: «أنت على حرام».

فالجواب أن هذا غير صحيح؛ لأنه إنما يقال: وطؤها على حرام، إذا عين الوطء. وأما إذا علق التحريم عليها، فلا يصح أن يراد به إلا التحريم المعروف، ولذلك لا يقال فى الحائض والمحرمة والصائمة هى من ذوى محارمه، ولا هى عليه حرام، ويقال: وطؤها عليه حرام.

ووجه آخر، وهو أن قوله: «أنت على حرام»، إنما يقتضى أنها حرام عليه حين نطقه بذلك، والرجعية ليست بحرام؛ لأن استباحتها إليه، ومن ملك استباحة شىء لم يوصف بأنه حرام عليه.

ولذلك لا يقال فى الإنسان ملك غيره، حرام عليه؛ لما كان أخذه مباحاً له، وإن كان لا يملكه قبل أخذه، ولا يصح أن يصف ناقته ولا شاته بأن لحمها محرم عليه، وإن كان لا يجوز له أن يأكلها إلا بعد الذبح، وأمره موقوف على اختياره وتوصف الميتة بأن لحمها حرام عليه.

فرع: فإذا قلنا إن لفظ التحريم يقتضى ذلك، فإنه يقتضى فى ذوات المحارم التحريم المؤبد؛ لأن معنى التحريم إنما يقتضى تحريمها على الحال التى هى عليها يوم النطق به، وهى عارية عن الزوجية، فاقتضى وصفها بأنها حرام، تحريم عقد النكاح عليها

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥١٠١، ٥٣٧٢. مسلم حديث رقم ١٤٤٩. النسائى حديث

١٩٨ كتاب الطلاق

واستباحتها به؛ لأن بذلك تتميز ممن ليست بحرام ممن هي على صفتها في التعرى من الزوجية.

وأما الزوجية، فإن إطلاق هذا اللفظ فيها يقتضى أحد أمرين، إما أنه لا يحل له عقد نكاح عليها، وهذا يقتضى إيقاع الثلاث في المدخول بها وغيرها، والثاني أن هذا التحريم متعلق بما أباحت الزوجية له، وما ملكته إياه من ملك العصمة والوطء وضروب الاستمتاع والتوارث بحق النسب وثبوت أحكام الزوجية من ملك الطلاق والظهار والإيلاء واللعان والرجعة ووجوب النفقة عليها، وهذا يحصل في غير المدخول بها بالواحدة.

وأما في المدخول بها، فلا يحصل ذلك إلا بإيقاع ما يملك فيها من الطلاق ولا يصح أن يراد بذلك تحريم الوطء لما قدمناه من أنه لا يوصف بالتحريم ما يملك استباحته متى شاء.

ويحتمل أن يصرف هذا اللفظ إلى ذلك، إلا: أن هذا أظهر فيما ذكرناه، وإذا كان فيه أظهر، وجب أن يحمل عليه، لاسيما إذا قال: لم أبق عددًا من الطلاق.

فروع: وأما غير المدخول بها، فإن مالكاً ينويه، وقوله: أردت واحدة، ويحمله على الثلاث إذا لم ينو عددًا؛ لأنها تحرم بالواحدة بخلاف المدخول بها، وهذا على ما تقدم من أن تعليق التحريم عليها إنما ينصرف إلى تحريم ما استباحه بالنكاح منها، وذلك يكون في غير المدخول بها بالطلقة الواحدة.

وقد رأيت لبعض أصحابنا: أن الحرام في غير المدخول بها لا يكون ثلاثاً، ولا ينوى في ذلك كالمدخول بها.

وعلى هذا يحمل قوله: «أنت على حرام» على أنه يقتضى أن تحريم عقد النكاح عليها كتحریم ذوات المحارم، فيلزم هذا التحريم بالقول، ويزول بدخول الزوج بعده، ولا يزول تحريم ذوات المحارم؛ لأنه ثابت بالشرع.

فعلى هذا يلزم في غير المدخول بها الثلاث، وإن زعم أنه نوى واحدة؛ لأن التحريم الذى يلزم بالطلاق الثلاث ليس هو التحريم الذى يلزم بالواحدة في غير المدخول بها؛ لأن ذلك تحريم يزيله عقد النكاح، وتحريم الثلاث لا يزيله عقد النكاح، وإن كانت خالية من زوج.

كتاب الطلاق ١٩٩

فروع: فإذا قلنا ينوى فى غير المدخول بها ولا ينوى فى المدخول بها، فلو حلف قبل البناء وحنت بعده، ففى كتاب ابن سحنون: من حلف بالحلل عليه حرام قبل البناء وحنت بعده ونوى واحدة، وقامت بينة بالحنث بعد البناء لا ينوى؛ لأنه يوم الحنث ممن لا ينوى.

ووجه ذلك أن اليمين إنما تنعقد ويقع الطلاق بها يوم الحنث، فيجب أن يراعى صفة ما يلزمه من الطلاق ذلك اليوم.

قال ابن سحنون: وقد قال بعض أصحابنا: إلا أن تعلم ذلك منه بالبينة قبل البناء، فلا يلزمه إلا طلقة، وله الرجعة.

وقال سحنون: إذا حلف قبل البناء بالحرام أو الخلية أو البرية، ثم حنث بعد البناء، فقال: نويت واحدة، فله ذلك، وله الرجعة.

ووجهه أن الاعتبار باليمين يوم أوقعت لا يوم الحنث. بدليل أنه إن كان يوم اليمين بصفة من لا يلزمه اليمين، لم يلزم يمينه، وإن كان يوم الحنث بصفة من تلزمه، ولو كان يوم اليمين بصفة من تلزمه الأيمان، وكان يوم الحنث بصفة من لا تلزمه اليمين لذهب عقله أو غيره، لزمته اليمين.

١١٤٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ فِي الْخَلِيَّةِ وَالْبَرِيَّةِ: إِنَّهَا ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «فى الخلية والبرية أنها ثلاث تطليقات»، هذا المشهور من مذهب مالك، رحمه الله، وبه قال على بن أبى طالب وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت، رضى الله عنهم، ولم ينوه مالك فى المدخول بها.

وقد روى أبو الفرج، عن أشهب، عن مالك فى الخلية والبرية أنه ينوى فى المدخول بها. وقال الشافعى: هى ما نوى أقل من ثلاثة، فهى رجعية، وهو نحو رواية أشهب. وقال أبو حنيفة فى الخلية والبرية والبائن: إذا أراد طلاقاً، فواحدة بائن.

والدليل على ما نقوله من لزوم الثلاث أن معنى الخلية التى خلعت من الأزواج، ولذلك لا يستعمل فى الرجعية؛ لأن الرجعية ذات زوج، وكذلك معنى البرية التى برئت

١١٤٤ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٣٥٩/٦. سعيد بن منصور فى سننه ٢٩١/٣. ابن حزم فى المحلى ١٩٣/١٠. المغنى ١٢٨/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٥.

٢٠٠ كتاب الطلاق

من عصمة الزوجية؛ لأن كلام الزوج راجع إلى ذلك؛ لأنه لم يطلبها بدين فيرجع قوله: برية، إليه.

وإذا كان مقتضى اللفظ إزالة العصمة، وذلك لا يكون في المدخول بها إلا بالثلاث وجب أن يحمل عليه.

ووجه قول أشهب أن يريد بقوله: خلية وبرية، أنها قد نخلت من الزوجية التي تملك بعقد النكاح، وبرئت منها؛ لأنه اليوم لا يملك منها ما كان يملكه بالزوجية مع أن هذا اللفظ جار إلى البينونة بانقضاء العدة.

فإذا احتمل ذلك جاز أن يحمل عليه ويصدق فيه، وهذا بعيد في معنى اللفظ أن المطلقة الرجعية لم تبين عن عصمة الزوج؛ لأنه يملك إجبارها على الزوجية وأحكام الزوجية كلها ثابتة بينهما.

وإذا قلنا برواية أشهب، يحتمل أن يريد به واحدة بائنة، ويحتمل أن يريد به رجعية، والأظهر من معنى اللفظ أن تكون بائنة؛ لأن الرجعية لم تبرأ من الزوجية ولا نخلت منها.

وقد اختلف أصحابنا في وقوع الواحدة البائنة في المدخول بها، فروى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم في الذي يقول لامرأته: أنت طالق، طلاق الخلع، أنها واحدة بائنة. وكذلك إن قال: خالعت امرأتى أو بارأتها أو افتدت منى، وكذلك إن قال: صالحت امرأتى، أخذ منها عوضاً أو لم يأخذ، فهي طالقة بائنة أو هي مبارئة.

وقال مطرف في الذي يقول لها: أنت طالق، طلاق الصلح: هي طالقة رجعية، ولا يكون طلاق الصلح إلا بعطية. وقال ابن الماجشون: هي البتة، وبه قال أشهب وسحنون.

فوجه القول بأنها واحدة بائنة، أنه وصف الطلاق بصفة يقع الطلاق عليها منه واحدة بائنة بأن أضافه إلى خلع أو صلح أو مفاداة أو مبارأة لما استعمل في ذلك لفظ المفاعلة التي ظاهرها أن تكون من اثنين، فكأنه أبرأها من عصمته لما أبرأته من حقوقها عليه.

وما كان بهذه الصفة يكون طالقة بائنة، فكذلك ما وصف لها، فجعل هذا الحكم لنفس الطلاق على هذا الوجه لا للعوض في الصلح والخلع.

كتاب الطلاق ٢٠١

ووجه قول مطرف أنه لما كان هذا النوع كله من الفرقة إنما يقتضى بإطلاقه طلاقاً واحداً. ووصف به طلاقه اقتضى طلاقاً واحداً، فأما منع الرجعية فى الخلع والصلح وما أشبههما، فإنما كان للعرض الذى أخذ، فلما عرا هذا الطلاق من العرض، لم يمنع الرجعة.

ووجه قول ابن الماجشون أن ما وصف به طلاقه، اقتضى البينونة ومنع الرجعة، ولما كان ذلك لا يحصل إلا بالثلاث، حمل طلاقه على الثلاث.

فرع: وما قدمناه من الخلاف يثبت فى «باريت»، ولم يذكر أحد من أصحابنا فى «برية» إلا الرواية التى ذكرناها عن أشهب، ويحتمل أن تلحق «برية» على هذه الرواية بما قدمناه.

ويحتمل أن يفرق بينهما بأن باريت فيه معنى الصلح، وأما برية فليس فيه معنى الصلح الذى يثبت البينونة الواحدة، وإنما يقتضى أن تكون واحدة رجعية أو ثلاثة تمنع الرجعة باستيفاء عدد الطلاق.

مسألة: وأما قوله: «خليتك»، فإن قال: لم أرد طلاقاً، استحلف على ذلك وقبل منه، ومنع هذا فى: خلعت سبيلك؛ لأن استعمال هذا فى غير الطلاق أكثر من خلعت سبيلك، قاله ابن المواز.

وإن قال: أردت الطلاق ولم ينو شيئاً، فقال ابن جبيب: هى مثل خلعت سبيلك وفارقتك وسرحتك ثلاثاً، فى المدخول بها حتى ينوى أقل من ذلك فيحلف، وقاله محمد بن المواز. وقال: إن لم تكن له نية أو لم يحلف فهى ثلاث.

ووجه ذلك أن معنى اللفظ يقتضى ما قاله من أن يكون قد خلى سبيلها الذى كان له عليها والرجعية لم يخل سبيلها بل هى فى حكمه بأنه قد خلى سبيلها.

فرق: والفرق على هذا القول بينهما وبين «حرام وبائن وبنة وبنة وبنة وخلية وبرية»، وإن كان المعنى واحداً، إلا أن استعمال هذه الألفاظ فى غير الطلاق، وفى الطلاق الواحدة على ضرب من الاتساع فى الكلام أكثر من استعمال الحرام والبائن والبرية والخلية فيه، فإن هذه الألفاظ مع اقتضائها معنى الثلاث لا تكاد تستعمل إلا على هذا الوجه.

وللاستعمال تأثير فى تحقيق معانى الألفاظ كما له تأثير فى اقتضاء الألفاظ غير ما

٢٠٢ كتاب الطلاق

وضعت له من المعاني، وهذا على المشهور من قول مالك. وأما على رواية أبي الفرج عن أشهب: أنه ينويه في الخلية والبرية، فلا فرق بينهما، والله أعلم.

مسألة: وأما قوله: «فارتكك»، فإن قال: لم أرد طلاقاً، فقد روى ابن المواز، عن ابن القاسم: ذلك له ويحلف.

ووجه ذلك أن هذا اللفظ يستعمل كثيراً ويتردد في المفارقة إلى السفر والخروج وغير ذلك، فجاز أن يحمل عليه إذا ادعاه، ولذلك قال محمد بن المواز فيما يشبه هذا ما لم يكن جواباً لسؤالها الطلاق.

فرع: فأما إن قال: أردت الطلاق بقولي، فإن شك، فقد روى ابن المواز عن مالك: أنه ينوي في المدخول بها، فإن لم تكن له نية، فهي ثلاث، وفي غير المدخول بها، إن لم يكن له نية، فهي واحدة، رواه عيسى، عن ابن القاسم، وروى ابن المواز، عن مالك أيضاً أنها ثلاث إن لم ينو شيئاً.

وجه القول الأول ما احتج به مالك في المدونة من قوله تعالى: ﴿وإن يفرقا يغن الله كلا من سعته﴾ [النساء: ١٣٠]. وقوله تعالى: ﴿فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق: ٢]، ولا خلاف أنه إنما أراد المفارقة بالواحدة بهذا اللفظ بل لا يجوز أن يريد الثلاث؛ لأنها ليست من المفارقة بالمعروف.

ووجه القول الثاني أن لفظ المفارقة يقتضى البيونة، قال الله تعالى: ﴿وما تفرق الدين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾ [البينة: ٤]، والرجعية لا تصح منها هذه الفرقة؛ لأنها لا تملك مفارقة الزوج.

فرع: فإذا قلنا ينوي في المدخول بها، فإنها إن لم ينو شيئاً كانت ثلاثاً، وإنما فرق بين الدخول وبين غيره إن لم ينو، فجعلها واحدة في غير المدخول بها، وثلاثاً في المدخول بها لما تقدم من أن للدخول تأثيراً في تغليظ الطلاق لما قدمناه من أن معنى الفرقة يوجد في غير المدخول بها بواحدة، ولا يوجد في المدخول بها إلا الثلاث. وقد روى أشهب في: سرحتك، مثل هذا وأنها واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك، وقال: إنه القياس.

مسألة: وأما قوله: «سرحتك»، فإن قال: لم أرد به الطلاق، فقد روى ابن المواز أنه يقبل منه، ويحلف، إلا أن يكون ذلك جواباً لسؤالها الطلاق. ووجه ذلك ما قدمناه في «فارتكك».

كتاب الطلاق ٢٠٣
وإن قال: أردت الطلاق واحدة، فقد روى عن أشهب أنه قال: له نيته ويحلف،
وقال: هي واحدة، حتى يريد أكثر من ذلك. وهذا يقتضى تصديقه دون يمين. وروى
عنه أنه قال: هي ثلاث ولا ينوى.

وجه القول الأول أنه لما كان اللفظ قد يستعمل فى الواحدة ومعناه يقتضى الثلاث
فى المدخول بها، قبل منه أنه نوى ما قد يستعمل فيه وأحلف أنه لم يرد ما يقتضيه
اللفظ.

ووجه القول الثانى أنه لما كان اللفظ يستعمل فى الواحدة، وفى الثلاث كان كلفظ
الطلاق يقبل منه ما ادعاه من ذلك.

ووجه القول الثالث أن معنى التسريح الطلاق، ولذلك يقال: سرحت الدابة، إذا
أزلت عنها ما يمنعها الذهاب، فكذلك فى الزوجة يقتضى أنك أزلت عنها ما يمنعها
التصرف على اختيارها.

ويقتضى ذلك أن لا يملك صرفها إلى الزوجة، وهذا المعنى معلوم فى الرجعية،
فحمل على الثلاث، فإن قيل هذا يلزمكم فى لفظ الطلاق، فإنه يفهم منه إطلاق الزوجة
من حكم الزوجية، وهذا لا يصح مع بقاء الرجعة.

فالجواب أنا لا نسلم أن معنى التطليق يقتضى ذلك؛ لأن لفظة الطلاق موضوعة لهذا
المعنى، وليست مأخوذة من الإطلاق، ولا من الانطلاق، وإنما وضعت لهذا المعنى على
وجه يحتمل عندنا الطلقة الواحدة، وأكثر منها، ولذلك لا يختلف أنها صريح فى الطلاق
عندنا على أحد الوجهين وعند أبى حنيفة أنه لا صريح غيرها.

وقال أبو حنيفة: إنه إن نوى بها الثلاث، لم تكن له إلا واحدة بخلاف غيرها من
ألفاظ الطلاق، وعند أبى حنيفة والشافعى أن «حلية وبرية وبائناً وحراماً» من كنايات
الطلاق، وهذا يفيد أنها منقولة إلى الطلاق عما وضعت له، فوجب أن يعتبر فيها المعنى
الذى وضعت له من التحريم والبيئونة والإبراء والخلو، وذلك كله يقتضى زوال الملك،
فلا يلزمنا ما قلتم.

فروع: فإذا قلنا فى «سرحتك» أنها واحدة إن نوى، فإن لم ينو شيئاً، فقد قال
أشهب: هي واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك. وروى عيسى، عن ابن القاسم أنها فى
المدخول بها ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك، فله نيته ويحلف، وفى التى لم يبين بها،
واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك، وقاله مالك.

٢٠٤ كتاب الطلاق

وجه قول أشهب أنه طلاق يصح أن يكون واحدة مع البتة، فوجب أن تكون واحدة دون البتة. أصل ذلك ما قبل الدخول.

وجه قول ابن القاسم ما تقدم في قوله: «فارقتك»، وقد روى عن ابن القاسم أنه قال: في «سرحتك» بعض الضعف، والقياس أن ذلك كله سواء، هي واحدة في ذلك كله حتى يريد أكثر.

مسألة: وأما قوله: «خليت سبيلك»، فقد روى ابن القاسم أنه إن قال: لم أرد طلاقاً لم يقبل ذلك منه بخلاف «فارقتك وخليتك»، فإنه يقبل منه أنه لم يرد طلاقاً، والفرق بينهما أن «خليت سبيلك» لا يكاد يستعمل إلا في الطلاق، ولو كان قبله ما يقتضيه لوجب أن يقبل منه.

فإن قال: أردت الطلاق ولم أنو عدداً، فقد روى ابن وهب، عن مالك: هي واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك، وبه قال ابن عبد الحكم. وقال ابن القاسم: إنها ثلاث، وبه أخذ أصبغ وابن المواز.

وجه رواية ابن وهب أنه لفظ يستعمل في الطلاق، وليس منه ما يقتضى قطع العصمة، فاقضى طلاقة واحدة كقوله: طلقتك.

وجه رواية ابن القاسم أن تخلية السبيل إنما تستعمل على معنى إطراح العصمة وترك الإمساك بشيء منها، فاقضى الثلاث إطلاقه كقولك: حبلك على غاربك.

فرع: فإذا قال: أردت واحدة، فيجىء على رواية ابن وهب أنه يصدق دون يمين، ويجىء على رواية ابن القاسم، عن مالك: له نيته ويحلف، ووجهه ما تقدم.

فصل: وقوله: «إنها ثلاث تطليقات»، كل واحدة منها لتلا يظن ظان أن الثلاث إنما تقع لتكرار الألفاظ، ولا يكون ذلك مقتضى كل لفظ منها، فبين أن مقتضى كل لفظ ما ذكره.

١١٤٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّ رَجُلًا كَانَتْ تَحْتَهُ وَبَيْدَهُ لِقَوْمٍ، فَقَالَ لِأَهْلِهَا: شَأْنَكُمْ بِهَا، فَرَأَى النَّاسُ أَنَّهَا تَطْلِيْقَةٌ وَاحِدَةٌ.

الشرح: قوله: «أنه قال لأهلها: شأنكم بها»، يريد أنه قال ذلك على وجه المغاضبة أو طلب الطلاق منه، أو ما يقتضى أن يفهم منه الطلاق.

١١٤٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٢٦.

كتاب الطلاق ٢٠٥

وأما لو تقدمت قبل ذلك رغبتهم إليه في أن تبيت عندهم أو تسافر معهم، فقال لهم: شأنكم بها، وقال: لم أرد بذلك إلا إباحة ما سألتموني، لم يكن عليه شيء.

قال أشهب: وأما إذا قال ذلك على ما قدمناه، وقال: لم أرد طلاقاً، لم يقبل منه؛ لأن هذا من الألفاظ التي جرت العادة باستعمالها في الطلاق، فإذا وقع على وجه يفهم منه ذلك، حمل عليه.

مسألة: وإن قال: نويت الطلاق، فقد روى ابن القاسم، عن مالك: أنها واحدة، إلا أن يريد أكثر من ذلك في غير المدخول بها، فإنها ثلاث ولا نية له كما لو قال: وهبتكم إياها.

وقال ابن حبيب: إنه حمل حديث القاسم على غير المدخول بها، ولذلك رأى أهل العلم أنها تطليقة. وفي المدينة أن مالكا قال: لا يعجنى ذلك، يريد حديث القاسم، قال مالك: وأراها للتي قد دخل بها، وإن لم يدخل بها، فهو بين أنها ليست إلا واحدة، إذا لم تكن له نية.

وقال ابن حبيب وأصبيغ: هي ثلاث، بنى بها أو لم يبن بها، إلا أن ينوى واحدة كالموهوبة، ورواه أشهب وابن وهب عن مالك. ووجه ذلك على ما تقدم.

فرق: وفرق أشهب بين أن يقول لأهلها: شأنكم بها، وبين أن يقول لها: شأنك بأهلك، فإذا قال لأهلها: شأنكم بها، فإنه لا ينوى، وإذا قال لها: شأنك بأهلك، نوى. وروى عيسى عن ابن القاسم أن ذلك سواء، ينوى في التي لم يبن بها ولا ينوى في المدخول بها.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ويجب عندى أن يدخل في هذه المسألة من الخلاف مثل ما تقدم في «خليت سبيلك»، وقوله: «خليت سبيلك» يجب أن يكون أشد، وكذلك حكم «الحق بأهلك»، يجب أن يجرى على هذا. وقد روى عن مالك أنه قال: ينوى في «الحق بأهلك» ويحلف.

وأما إذا قال لها: أنت رد على أهلك، أو وهبتك لأبيك، ففي المدينة من رواية عبد الرحمن بن دينار، عن محمد بن يحيى النسائي، عن مالك: أنها ثلاث في المدخول بها، وواحدة في التي لم يدخل بها. قال ابن كنانة: قبلها أبوها أو لم يقبلها.

ووجه ذلك أن الطلاق من قبل الزوج، فإذا وجد منه لفظ يقتضى الطلاق وليس فيه استثناء مشيئة لأب لم يراع في ذلك مشيئة الأب.

١١٤٦ - مَالِكُ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ: لَامْرَأَتِهِ بَرِئْتُ مِنِّي، وَبَرِئْتُ مِنْكَ: إِنَّهَا ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْتَةِ.

الشرح: قوله: «في الرجل يقول لامرأته: برئت مني وبرئت منك: إنها ثلاث تطليقات»، مسألتان، إحداهما: أن لفظ البراءة يقتضى الثلاث؛ لأن به تقع براءتها من الزوجية، وقد تقدم ذكره.

والثانية: أن إضافة الطلاق إلى الزوج أو إلى الزوجة سواء، فإذا قال لها: برئت منك، فهو سواء، وكذلك لو قال لها: أنت منى بائن، أو أنت حرام، أو أنا عليك حرام، وكذلك لو قال لها: أنا منك طالق، أو أنت منى طالق، سواء أضاف الطلاق إلى الزوج أو إلى الزوجة.

وقال أبو حنيفة: إن إضافة الطلاق إلى الزوج بلفظ الطلاق لا يقع به الطلاق، وذلك إذا قال لها: أنا منك طالق.

والدليل على ما نقوله أنها جهة لو أضاف إليها الطلاق بلفظ البيونة ثبت حكمه كجهة الزوجة.

قَالَ مَالِكُ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ أَوْ بَائِنَةٌ: إِنَّهَا ثَلَاثُ تَطْلِيقَاتٍ لِلْمَرْأَةِ الَّتِي قَدْ دَخَلَ بِهَا، وَيُدْنِي فِي الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، أَرَادَ وَاحِدَةً أَمْ ثَلَاثًا، فَإِنْ قَالَ: وَاحِدَةً، أُخْلِيفَ عَلَى ذَلِكَ، وَكَانَ خَاطِبًا مِنَ الْخُطَابِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخْلِى الْمَرْأَةَ الَّتِي قَدْ دَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا، وَلَا يُبَيِّنُهَا، وَلَا يُبْرِئُهَا إِلَّا ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ، وَالَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا يَخْلِىهَا وَيُبْرِئُهَا وَيُبَيِّنُهَا الْوَاحِدَةَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ^(١).

١١٤٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٢٧.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٤٩/١٧: قول الليث بن سعد في ذلك سواء في المدخول بها، وغير المدخول. وقال ابن أبي ليلى في حرام، وخليئة، وبرية، وبينوته كلها ثلاث ثلاث، ولا ينوى في شيء منها. وقال الأوزاعي: أما البائنة والبرية، فثلاث، وأما الخلية، فسمعت الزهري يقول: واحدة، أو مانوى. وقال أبو حنيفة، وأصحابه، والثورى في خلية، وبرية، وبائن: إن أراد طلاقاً، فواحدة بائن، إلا أن ينوى ثلاثاً، وإن نوى واحدة أو اثنتين، فهي واحدة بائنة. وقال زفر: إن أراد اثنتين كانت اثنتين. وقال عثمان البتي نحو قول الثوري. وقال الشافعي في الخلية، =

كتاب الطلاق ٢٠٧

الشرح: قد مضى الكلام فى الخلية والبرية، وحكم البائن حكم الخلية والبرية، وقد قال مالك: إنها ثلاث فى التى دخل بها، ولا يدين، وذلك أنه إن أراد واحدة، لم يقبل منه، وإنما يدين ويقبل قوله فى التى لم يدخل بها.

فإن قال: أردت واحدة أو اثنتين قبل ذلك منه، وإن حلف أنه أراد بقوله: أنت بائن لا ادعاء من ذلك، وكان خاطبًا من الخطاب، وفى ذلك إشارة إلى أنه إنما يحلف إذا أراد

سوال البرية، والبائن، والبتة: هو ما نوى، فإن نوى أقل وثلاث كان رجعيًا. قال: ولو طلقها واحدة بائنة كانت رجعية. قال أبو عمر: روى عن علي ابن أبي طالب، وعبد الله بن عمر وابن عباس، وزيد بن ثابت، رضى الله عنهم، فى الخلية والبرية، والبائن، والبتة أنها ثلاث. روى ذلك عنهم من وجوه فى كتاب ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق، وغيرهما. وهو قول مكحول. وقاله ابن شهاب فى البرية، والبائن. وقوله: برئت منى، وبرئت منك هو من البرية. وكان بعض أصحاب مالك يرى المبرأة من البرية، ويجعلها ثلاثًا. وتحصيل مذهب مالك عند جمهور أصحابه أن المبرأة من باب الصلح والفدية، والخلع، وذلك كله واحدة عندهم بائنة. وأما قول القاسم بن محمد فى قول الرجل لأهل امرأته: شأنكم بها، أن الناس رأوها تطليقة واحدة. وروى عن مالك مثل ذلك، إلا أن ينوى ثلاثًا. وروى عنه أنها ثلاث إلا أن ينوى واحدة. وقال عيسى، وعن ابن القاسم، عن مالك: هى ثلاث فى المدخول بها، وواحدة فى التى لم يدخل بها، ولا ينوى فى شىء من ذلك. وقال أبو حنيفة، والثورى، والشافعى: إن أراد بذلك الطلاق، فهو ما أراد من الطلاق، وإن أراد أقل من ثلاث، فهو رجعى عند الشافعى، وعند الكوفيين بائن، وإن لم يرد طلاقًا، فليس بطلاق. قال أبو عمر: أصل هذا الباب فى كل كناية عن الطلاق ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: لتى تزوجها، فقالت: أعوذ بالله منك، قد عذب بمعاذ الحقى بأهلك، فكان ذلك طلاقًا. وقال كعب بن مالك لامرأته حين أمره رسول الله ﷺ باعتزالها: الحقى بأهلك، فلم يكن ذلك طلاقًا، فدل بما وصفنا من هذين الخبرين على أن هذه اللفظة مفتقرة إلى النية، وإنما لا يقضى فيها إلا بما ينوى اللفظ بها، فكذلك سائر الكنايات المحتملات للفراق، وغيره، والله أعلم. ومن الكنايات بعدما تقدم قول الرجل لامرأته: اعتدى وأنت حرة، أو اذهبي، فانكحى من شئت، أو لست لى بامرأة، أو قد وهبتك لأهلك، أو خلعت سبيلك، أو الحقى بأهلك، وما كان مثل هذا كله من الألفاظ المحتملة للطلاق. وقد اختلف السلف والخلف فيها، فواجب أن يسأل عنها قائلها، ويلزم من ذلك ما نواه، وأراده إن قصده. وأما الألفاظ التى ليست من ألفاظ الطلاق، ولا يكتفى بها عن الفراق: فأكثر العلماء لا يوقعون شيئًا منها طلاقًا، وإن قصده القائل. وقال مالك: كل من أراد الطلاق بأى لفظة كان لزمه الطلاق حتى بقوله: كلنى، واشربى، وقومى، واقعدى، ونحو هذا، ولم يتابع مالك على ذلك إلا أصحابه. والأصل أن العصمة المتبقية لا تزول إلا بيقين من نية، وقصد، وإجماع على مراد الله من ذلك. وهذا عندى وجه الاحتياط للمفتى، وبالله التوفيق.

٢٠٨ كتاب الطلاق

النكاح، ولو حلف عند طلاقه لم يقل فيه: «خاطب من الخطاب»، وإنما يقال فيه أنه رجل أجنبي، وقد تقدم من قول ابن الماجشون وسحنون أنه عند إرادته للنكاح.

فصل: وقوله: «لأنه لا يخلى المرأة التي قد دخل بها زوجها ولا يبينها ولا يبرئها إلا ثلاث تطليقات والتي لم يدخل بها يخلوها ويبرئها ويبينها الواحدة»، يقتضى قوله هذا أن المراد بقوله: «البيونة والإخلاء» أن لا يكون له عليها رجعة، سواء كان ذلك ثلاثاً أو واحدة.

ويحتمل أن يريد به قطع العصمة بالنية، ولما كان عدم الرجعة لا يصح فى المدخول بها بدون الثلاث، حمل على الثلاث، ولم يحمل قوله على واحدة وإن ادعاه؛ لأن لفظه لا يصح استعماله فى الواحدة فى حق المدخول بها.

فأما غير المدخول بها، فإنه يحتمل أن يريد به قطع العصمة، وذلك لا يكون إلا بالثلاث، ويحتمل أن يريد به طلاقاً لا تتعقبه رجعة، وإن لم يقطع العصمة لكنه لما كان أظهر من جهة اللفظ فى قطع العصمة حمل عليه، إن لم يكن له نية، فإن ادعى نية، استحلف على أنه أراد ما يستعمل فيه هذا اللفظ، وإن كان فى غيره أظهر، والله أعلم. ويجب على هذا أنه إذا قال فى الخلع: طلقك بائنة، أنه يقبل منه أنه أراد واحدة فى المدخول بها، ويستحلف على ذلك إن أراد ابتداء نكاحها؛ لأن امتناع الرجعة يوجد فى طلقة.

مسألة: فهذا مقتضى قول مالك فى البائن والخلية والبرية، والبائن فى كلام العرب يستعمل بمعنى البعيد، فيقال بان فلان من ذلك، ويستعمل بمعنى الإبانة بالقطع يقال ضربه فأبان يده، إذا قطعها، فلم يبق شيئاً منها.

وعلى أى الوجهين حملنا البيونة فى الطلاق، اقتضى ذلك إبطال الرجعة والمنع من ابتداء النكاح، وذلك أن بعدها عنه لا يريد به تقارب أجسامهما، وإنما يريد به بعدها عن عصمته وزوجيته، فهو أظهر فى انقطاع العصمة.

وإن كان يحتمل أن يريد به بعدها عما كانت عليه، وذلك لا يكون إلا بأن لا تكون له عليها رجعة، فهى قريب مما كانت عليه.

وإن قلنا إن معناه القطع، فإنه أيضاً لا يوجد هذا المعنى إلا بانقطاع الرجعة أو بانقطاع العصمة. وأما الرجعية، فإن الاتصال بينهما موجود، فإذا أبانها، ثم ادعى الرجعية لم يكن له ذلك.

كتاب الطلاق ٢٠٩

مسألة: وأما من نوى الطلاق ولم يلفظ بشيء جملة، فلا يخلو أن يقترب به كتابة أو إشارة أو لا يقترب به شيء، فإن اقترنت به كتابة، وذلك أن ينوى إيقاع الطلاق بكتابة، فإنها طالق بذلك. وقال عطاء: ومن كتب الطلاق، ولم يلفظ بشيء، فليس بطلاق.

والدليل على صحة ما نقوله أن الكلام هو المعنى القائم بالنفس وإظهاره بالكتابة كإظهاره بالنطق كلفظه بالتوحيد يكتبه من لا يقدر على الكلام، فإنه يقضى له به.

فرع: وإذا كتب الطلاق على غير عزم، فله تركه ما لم يخرج عن يده أو شهد عليه، فإن أخرج عن يده على وجه الإرسال به إلى الزوجة، فهو إنفاذ له كالإشهاد به، وسواء كتب أنت طالق، أو إذا جاءك كتابي فأنت طالق، قاله مالك.

فرع: فإذا كتب ولم يشهد به ولم يخرج عن يده، فإن له رده ويحلف أنه ما أراد إنفاذ الطلاق.

ووجه ذلك أنه يكتبه على وجه الارتباب فيه أو على وجه التهديد، فيحلف لما احتل أنه لم يكتبه إلا على وجه الطلاق.

مسألة: وإن نوى الطلاق، وأشار به، لزمه الطلاق.

فرق: ولا فرق بين إظهاره بالكتابة أو إظهاره بالنطق، سواء أشار بيده أو رأسه، قال مالك: واحتج في ذلك بقوله تعالى: ﴿أَنْ لَا تَكْلِمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١]، ولأن طلاق الأخرس إنما يكون بالإشارة.

ووجه آخر، وهو أن الإشارة عبارة عما نواه منه كالنطق.

مسألة: فإن لم يقترب به كتابة ولا إشارة، ففي كتاب ابن المواز، عن مالك: من طلق ثلاثاً على ذلك، فلا شيء عليه. وروى أشهب عن مالك في العتبية: يلزمه ذلك. قال ابن عبد الحكم: وليس بشيء.

وجه الرواية الأولى ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «وإنما لامرئ ما نوى»^(١)، وهذا قد نوى الطلاق، فوجب أن يكون له.

ووجه ثان وهو أن ألفاظ الطلاق إذا لم يرد بها طلاقاً لا يكون طلاقاً، وإنما يوقع عليه الطلاق؛ لأننا لا نعلم صدقه في أنه لم يرد الطلاق، فنحمله على مقتضى لفظه. وقد

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ١. مسلم حديث رقم ١٩٠٧. الترمذي حديث رقم ١٦٤٧.

النسائي حديث رقم ٧٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٠١. ابن ماجه حديث رقم ٤٢٢٧.

٢١٠ كتاب الطلاق

أجمعنا على أنه إذا أراد بها الطلاق، وقع بها الطلاق، فدل ذلك على أن الاعتبار بالنية دون اللفظ.

ووجه الرواية الثانية ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به»^(*).

ومن جهة المعنى أن النية بمجردها لا تقوم مقام القول والعمل، وإن افتقر القول والعمل إلى نية كالصلاة وتكبيرة الإحرام والقراءة وغير ذلك من الأقوال والأفعال والعبادات.

مسألة: ومن قال لامرأته: كلى واشربى، من الألفاظ التى لا تستعمل فى الطلاق حقيقة، ولا مجازاً، فقد قال مالك: يلزمه الطلاق. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يلزمه طلاق. وقال بعض أصحابنا: إن هذا مبني على أن مجرد النية يقع به الطلاق.

ومذهب ابن القاسم يقتضى أنه لا يقع الطلاق فى هذه المسألة بمجرد النية، وإنما يقع بما قارن النية من اللفظ، ولذلك روى عن مالك فيمن أراد أن يقول: أنت طالق، فقال: كلى واشربى، أنه لا يلزمه شيء، وإن كان قد وجدت النية.

ومعنى هذه المسألة أنه قد وجد منه لفظ قصد به إلى إيقاع الطلاق، فلزمه الطلاق. أصل ذلك إذا تلفظ بكنايات الطلاق.

* * *

ما يبين من التملك

١١٤٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ، إِنِّي جَعَلْتُ أَمْرَ امْرَأَتِي فِي يَدَيْهَا، فَطَلَّقْتُ نَفْسَهَا، فَمَاذَا تَسْرَى؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: أَرَاهُ كَمَا قَالَتْ. فَقَالَ الرَّجُلُ: لَا تَفْعَلْ يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ، فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: أَنَا أَفْعَلُ، أَنْتَ الَّذِي فَعَلْتَهُ.

الشرح: التملك المذكور هو أن يملك الرجل امرأته أن تطلق نفسها، وذلك بأن

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٦٦٦٤. مسلم حديث رقم ١٢٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٣٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٠٩. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٤٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٧٤٢١.

١١٤٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٢٨.

كتاب الطلاق ٢١١
يقول لها: قد ملكتك أمرك، أو يقول لها: أمرك بيدك. وفي كتاب ابن المواز: وكذلك قوله: قد ملكتك، وإن لم يقل: أمرك ولا نفسك، وكذلك قوله: طلاقك إليك أو بيدك.

قال ابن القاسم: أو قال لها: أمرك بيدك إن شئت، أو أنت طالق إذا شئت، فهذا كله تمليك محض، ويشبه أن يكون هذا السائل الذي سأل ابن عمر، رضى الله عنه، قال لامرأته: أمرك بيدك؛ لأن ذلك مقتضى قوله: «جعلت أمر امرأتى في يدها».

فصل: وقوله: «فطلقت نفسها» يقتضى أنها جاوبته، تقول: طلقت نفسى، إلا أن المشهور من المذهب أن المرأة تسأل عما أرادت بقولها: طلقت نفسى. وقد روى عن ابن القاسم: لا تسأل، وهى واحدة فى التمليك. قال محمد: وهو أحب إلى.

وجه القول الأول أنها تسأل لئلا تدعى أكثر من واحدة، فتناكر أو تمضى.

وجه القول الثانى أنها إن ادعت أكثر من واحدة لم يقبل قولها؛ لأن اللفظ كثيراً ما يستعمل فى الطلقة الواحدة، فإذا أطلقت هذا اللفظ الذى يستعمل غالباً فى الواحدة لم تقبل دعواها، أنها أرادت أكثر من واحدة؛ لأن ذلك استئناف دعوى منها، كما قالت: طلقت نفسى واحدة، ثم قالت: أردت أكثر من ذلك أو أزيد الآن على ذلك.

فروع: وهكذا كل لفظ لا يستدل به على الثلاث؛ لأنه يحتمل غيره، فإن المرأة تسأل عما أرادت بذلك، قاله ابن القاسم، وقد تقدم الخلاف فى ذلك بما يغنى عن إعادته.

وقد روى ابن حبيب، عن ابن القاسم فى المملكة تقول: قد طلقتك، هى واحدة، إلا أن تريد المرأة أكثر من ذلك كقول الرجل: لها ذلك، فثبت القولان لابن القاسم، والله أعلم.

مسألة: وأما إن قالت: قبلت نفسى، أو اخترت نفسى، أو طلقت نفسى ثلاثاً، أو بنت منك، أو حرمت عليك، أو برئت منك، فإنه محمول على الثلاث، ولا تسأل المرأة عما أرادت؛ لأنها لو قالت: أردت أقل من ثلاثة فى المدخول بها، لم تصدق فيه، رواه ابن القاسم، وهذا اللفظ الذى لا يحتمل إلا الطلاق، وكذلك قولها: أتا منك خلية، أو برية، أو باتن، وأنا عليك حرام، وهذه الألفاظ كلها قد تقدم القول فيها.

فأما قبلت نفسى، وحملها على الثلاث، فإنه حمل ذلك على أن قبولها لنفسها قبولها لملك نفسها، وذلك لا يكون إلا بواحدة قبل البناء أو بثلاث بعد البناء، فلذلك حمل من قولها على الثلاث، فلم تصدق بعد البناء على أنها أرادت به واحدة.

٢١٢ كتاب الطلاق

وقد روى ابن المواز، عن أشهب: أن لها تفسير ذلك بالواحدة بمنزلة «قبلت أمرى»، ولا يراه طلاقاً حتى توقف، ولم يره مثل: أخذت نفسى.

مسألة: وهذا إذا لم يكن ملكها على عوض، فإن ملكها على عوض أعطته إياه، ففى المسوط من قول مالك: إن قالت له: برئت منك، أنها واحدة؛ لأنه خلع، وهى مثل التى لم يبين بها، فإن أراد أن ينكحها نكاحاً جديداً، أحلف بالله ما وليتها من أمرها إلا واحدة، وإنما معنى ذلك أنه ملكها بلفظ محتمل، وناكرها، فتكون بائنة لأجل العوض.

مسألة: فإن قالت: خلعت سبيلك، ففى كتاب ابن حبيب، عن ابن القاسم: أن قولها له: قد خلعت سبيلك، أو فارقتك، كقوله ذلك لها؛ لأن ابتداء ذلك منه يحمل على طلاق السنة، وهى واحدة حتى يريد أكثر من ذلك.

وأما هى فمملكة، فكانت إيجابتها عن الفراق، فهو على البتات حتى يريد واحدة، والخلاف بينهما فى الأصل، وذلك أن ابن القاسم يرى فى الزوج يقول لزوجته: خلعت سبيلك، هى ثلاث حتى ينوى أقل من ذلك، فعلى هذا لا فرق بين أن يقول ذلك الزوج لها أو تقوله الزوجة للزوج.

وقول أصبغ مبنى على رواية ابن وهب، عن مالك: أن قول الزوج للزوجة: خلعت سبيلك، واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك، فلذلك أمكن أن يفرق بين قول الزوج والزوجة.

وإنما فرق بينهما مع هذا الأصل بأن الزوج ملك الطلاق بالشرع، فكان له أن يوقع منه ما شاء، بل هو مأمور أن يفرقه، واللفظ لا يخالف ذلك، فلذلك قبل منه: أردت واحدة.

وأما المرأة، فإن الزوج ملكها، ولم يستثن قليلاً من كثير، فكان الظاهر أنه ملكها جميع الطلاق، ولذلك يستحلف إن ناكراً، فلما جاوبته بالفرقة، كان مقتضى ذلك إيقاع جميع ما ملكها إياه.

مسألة: فأما إن كان لفظ يحتمل الطلاق وغيره مثل أن تقول: قبلت أمرى، فإن قالت: أردت به قبلت ما جعل لى من التملك أو الخيار، قبل ذلك منها، ثم قيل لها: طلقى بعد ذلك أو ردى.

وإن قالت: أردت بقولى: قبلت أمرى، الطلاق، سئلت ما أردت من الطلاق.

كتاب الطلاق ٢١٣
فيحتاج في هذا إلى سؤالين لما كان اللفظ محتملاً للطلاق وغيره، ثم تسئل مرة أخرى
عن قدر ما أرادت من الطلاق؛ لأن ما تلفظت به يحتمل من الطلاق الواحدة أو أكثر.

مسألة: فإن قالت: قد قبلت، لم تزد على ذلك، ثم قالت بعد الافتراق من المجلس:
لم أرد إلا أن أنظر وأستخبر، كان لها أن تقضى الآن بواحدة، فتلزمه أو بأكثر من
ذلك، فيكون لها المناكرة؛ لأن لفظ «قبلت» محتمل.

فروع: فإن قالت بعد الافتراق لم أرد شيئاً، لم يقبل.

مسألة: وسواء أضافت الطلاق إليها أو إليه، فقالت: طلقت نفسي، أو طلقتك، أو
أبنت نفسي أو أبنتك؛ لأن إضافة الطلاق إلى جهة الزوج كإضافته إلى جهة الزوجة كما
لو أوقعه الزوج.

فصل: وقول ابن عمر، رضى الله عنه: «أراه كما قالت»، يريد أن ما قالت يلزمه
على حسب ما أورده هو، لكن ذكر أنه جعل أمر امرأته بيدها، وهذا تملك محض، ثم
ذكر أنها طلقت نفسها، وهذا أقل ما يلزمه به طلقة واحدة، ولعل السائل والمستول قد
جرى منهما ما فهم به هذا المعنى.

وقال الشافعي: التخيير والتملك بهذا اللفظ دون لفظ الطلاق، وليس بشيء إلا أن
ينوى به الزوج الطلاق، فيكون ما نوى منه، وإن لم يرد به الطلاق، وقالت هي: قبلت
نفسى، أو اخترت نفسى، فليس بشيء، وهذا القول لم يتقدمه فيه سلف، وهو مبنى
على قوله أن قول الزوج قد ملكك أمرك، وأمرك بيدك، من كنايات الطلاق، وكذلك
قولها: قبلت نفسى، من كناياته من جهتها، فإذا قالاً جميعاً: أردنا به الطلاق، وقع
الطلاق، وإن قال أحدهما: لم أرد بقولى طلاقاً، فليس بطلاق، وإن قال الآخر: أردت
الطلاق، وقد مضى الكلام على كنايات الطلاق بما يغنى عن إعادته.

مسألة: وهذا إذا كانت المملكة ثيباً محجوراً عليها أو غير محجور عليها؛ لأن الحجر
لا تأثير له فى الطلاق، ولذلك ينفذ طلاق السفية المحجور عليه، وكذلك إذا كانت
بكرًا بالغًا؛ لأن البكر البالغ يلزمه طلاقها.

وأما الصغيرة، ففي الموازية، قال أشهب وعبد الملك فى الصغيرة، تخير فتختار
نفسها: ذلك لها. وقال: ذلك لها إذا بلغت فى حالها. قال ابن القاسم: يريد بلغت حد
الوطء. وروى عيسى، عن ابن القاسم: إذا بلغت مبلغاً تعرف ما ملكت أو يوطأ مثلها،
فذلك لازم.

٢١٤ كتاب الطلاق

وقال عبد الملك فى المجموعة عن المغمورة بخيرها زوجها، وهى مفيقة، فتختار نفسها، وهى مغمورة: أن قضاءها غير جائز، ولو خيرها مغمورة، فاختارت نفسها جاز قضاؤها.

وكذلك لو ملك صبيًا أمر امرأته، جاز ما قضى به عليه، إن كان يعقل ما جعل إليه وما يجيب به. قال ابن سحنون، عن أبيه: وكذلك إذا جعل أمرها بيد امرأة أو ذمى. فصل: وقول الرجل: «لا تفعل يا أبا عبد الرحمن»، على سبيل الكراهية لما أفتاه به، والحرص على أن يعيد نظرًا لعله يخالف ما قد رآه، فقال عبد الله بن عمر: «أنا فعلته، أنت فعلته»، يريد بذلك لا صنع لى فى ذلك، وإنما قولك وعملك أدى إلى ما أفتيتك به؛ لأن الفتوى إنما هى بحسب سؤال السائل، وما يقوم له من القول والعمل.

١١٤٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: إِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ أَمْرَهَا، فَالْقَضَاءُ مَا قَضَتْ بِهِ، إِلَّا أَنْ يُنْكِرَ عَلَيْهَا فَيَقُولُ: لَمْ أَرِدْ إِلَّا وَاحِدَةً، فَيُحْلِفُ عَلَى ذَلِكَ، وَيَكُونُ أُمَّلَكَ بِهَا مَا كَانَتْ فِي عِدَّتِهَا.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «إذا ملك الرجل امرأته أمرها، فالقضاء ما قضت»، لا يخلو أن تكون المرأة مكلفة أو غير مكلفة، فإن كانت مكلفة، لزمه ما قضت به.

وإن كانت غير مكلفة، فلا يخلو أن تعقل التملك أو لا تعقله، فإن عقلت، ففى الموازية، عن مالك فى الذى يخير زوجته قبل أن تبلغ، وقبل البناء، فاختارت نفسها، فهو طلاق.

قال ابن القاسم: يريد إذا بلغت حد الوطء. وروى عيسى، عن ابن القاسم: إذا بلغت مبلغًا تعرف ما ملكت. قال عبد الملك وسحنون: وكذلك لو جعل أمرها بيد صبي.

مسألة: ومن خير امرأته، وهى مغمورة، جاز قضاؤها عليه؛ لأنه رضى بذلك لنفسه، ولو كانت مفيقة، ثم أصابها ذلك، لم يلزمه قضاؤها، قاله عبد الملك فى المجموعة. ووجه ذلك أنه إنما رضى قضاءها على ما علم من حالها وعقلها، فلما ذهب ذلك، لم يلزمه ما قضت على غير تلك الصفة.

١١٤٨ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٥١٩/٦. البيهقى فى السنن الكبرى ١٨٢/١٠. وفى معرفة السنن والآثار ١١/١٤٧٣١. الأم ٢٥٤/٧. شرح السنة ٢١٨/٩. ابن حزم المحلى ١١٧/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستدكار برقم ١١٢٩.

كتاب الطلاق ٢١٥

فصل: وقوله: «القضاء ما قضت به»، يريد أن لفظ التملك يقتضى ذلك؛ لأن ظاهره تملك نفسها، وذلك لا يكون إلا بالطلاق، فقد فهم من هذا اللفظ وضع الطلاق بيدها كما لو وكل أجنبيًا على طلاقها، وإذا كان ذلك المعلوم من لفظ التملك وجب أن يثبت حكمه كما لو تلفظ في ذلك بلفظ الطلاق؛ لأن هذه العبارة موضوعة لتفاهم بها المعاني.

فإذا كان اللفظ يفهم من تملك الطلاق ما يفهم منه إذا ورد بلفظ الطلاق، وجب أن يكون حكمه في الخالين سواء، فلا يقبل منه: إني لم أرد تملك الطلاق كما لا يقبل ذلك منه إذا تلفظ بالطلاق، ولأن العجمي يمكن أن يعبر عن ذلك بلسانه، وإن لم يكن فيه لفظ طلاق، ويلزمه حكمه في التملك والطلاق المبتدأ.

وكذلك الأخرس يفهم عنه هذا بالإشارة، وتساوى ذلك بلفظه به كسائر الأحكام من الندب وغيره.

قال ابن المواز: وأخذ مالك بقول ابن عمر: إن القضاء ما قضت إلا إن تناكر، وهذا يقتضى أيضًا أنها إن ردت التملك، أنه لا يقع به طلاق؛ لأنها قضت بالبقاء على الزوجية.

وقد روى ابن المواز أن مذهب ربيعة في التملك هي واحدة، قبلت أو ردت. قال مالك: وما أدري من أين أخذه، وقد اختار أزواج النبي ﷺ المقام، فلم يكن ذلك فراقًا. ووجه ذلك من جهة المعنى أن من وكل على الطلاق، فلم يوقعه الوكيل، لم يلزمه الطلاق، فكذلك هذا.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «إلا أن ينكر عليها الزوج فيقول: لم أرد إلا واحدة»، وذلك أنه لا يخلو التملك أن ينوى به واحدة أو أكثر من ذلك أو لا ينوى شيئًا، فإن نوى واحدة أو اثنتين، فقضت بما نواه، لزم ذلك، ولم يلزم أكثر من ذلك؛ لأنه قد ملكها طلاقة واحدة وأوقعها، فلزمه ذلك، ولم يلزمها أكثر من ذلك؛ لأنه لم يوجد منه تملك لما زاد، ولا منها رضى بذلك، ولا إيقاع له.

مسألة: ويكون له الرجعة، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقع طلاقة واحدة بائنة، إلا أن ينوى ثلاثًا، فيكون ثلاثًا.

والدليل على ما نقوله أن هذه جهة لوقوع الطلاق، فكانت واحدة رجعية كجهة الزوج.

٢١٦ كتاب الطلاق

مسألة: فإن أوقعت ثلاثاً، وهو قد نوى واحدة، لزمته واحدة، ولم يلزمه أكثر منها، وبهذا أخذ مالك، وهو قول عبد الله بن عمر؛ أن له أن يناكرها. وروى عن علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب، رضی الله عنهما: أن الأمر على ما قضت، ولا ينفعه المناكرة.

والدليل على صحة ما قلنا أن الطلاق إنما صار بيدها يجعله ذلك إليها وتفويضه، والذي جعل إليها طلقة واحدة وما بعد ذلك من الطلاق لم يجعله إليها، فلم يكن لها إيقاعه كالواحدة قبل أن يجعل ذلك إليها.

مسألة: وإن ملكها ثلاثاً، صرح بها، فأوقعت واحدة، فلا يلزمه شيء، في رواية ابن القاسم. وقال الشافعي: يلزمه الطلقة، وهي رواية مطرف عن مالك. قال مالك: ولو قال لها: قد ملكتك البتة، فأوقعت واحدة، لم يكن ذلك شيئاً؛ لأن البتة لا تنقسم، والثلاثة تنقسم، من ثمانية أبي زيد.

وجه الرواية الأولى أن ما جعله إليها، وقصرت عنه، لم يلزمه ذلك، فإذا ألزمناه الواحدة، لم يكن في ذلك موافقة لما جعل إليها؛ لأن الثلاث لم توقعها الزوجة، فلم تقع الواحدة لم يجعلها الزوج إليها، فإذا أثبتنا حكم الواحدة، أثبتنا ما يخالف ما جعله الزوج إليها.

وإذا جعل إليها الواحدة وطلقت نفسها ثلاثاً، فقد وافقته في الواحدة، وما زادت على ذلك مما لم يجعله إليها يبطل، ويثبت ما جعله إليها، فتوجد الموافقة لما جعله إليها، والله أعلم.

مسألة: وأما إن لم يصرح بالثلاث، وإنما قال لها: أمرك بيدك، فطلقت نفسها واحدة، فقال: لم أرد إلا التملك في الثلاث، فإنه لا يقبل منه، وتقع طلقة رجعية، ويكون أملك بما قاله.

وجه ذلك أن التملك منه قد وجد، وهو يحتمل الواحدة، ولذلك لو طلقت نفسها ثلاثاً، وادعى واحدة وكانت واحدة، فإذا أوقعتها الزوجة، فقال: لم أرد ثلاثاً، لم يقبل منه، وكان ذلك منه على وجه الندم، والله أعلم.

مسألة: ومن قال لامرأته: أمرك بيدك، فقالت: قبلت، ثم قال: أردت بالتملك البتة، وقالت هي: أردت واحدة، ففي المبسوط عن مالك: هي ثلاث، إلا أن تقول: قبلت واحدة.

كتاب الطلاق ٢١٧
ومعنى ذلك، والله أعلم، أنه لما فسر قوله بالثلاث، وقالت هي: قبلت، وكان ظاهر ذلك قبولها ما جعل إليها، لزمه ما أقر أنه جعل إليها فعله، ولم ينفعها تفسير ما نوته بالواحدة، وهي تحتل الثلاث مع مطابقتها لما جعله بيدها.

فصل: وقوله، رضى الله عنه: «ويقول لم أرد إلا واحدة»، يعنى أن منكرته لها أن يقول: لم أرد إلا واحدة، فهذا يحلف على قوله أنه لم يرد إلا واحدة.

قال محمد: يحلف مكانه؛ لأن له الرجعة مكانه، فإن لم يكن بها، فلا تلزمه اليمين؛ لأنها قد بانت منه، فإذا أراد نكاحها، حلف على نوى، ولا يحلف قبل ذلك؛ إذ لعله لا يتزوجها، وهذا الذى قاله محمد عندى هو ليحكم له الآن بأن طلاق التملك رجعى.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى إذا أراد أن يرتجعها، وأما إن لم يرد أن يرتجعها، فيجب أيضاً أن لا يلزمه بتعجيل اليمين؛ إذ لعله لا يرتجعها.

مسألة: فإن أبى أن يحلف، ففى المبسوط عن القاضى أبى إسحاق فى الذى يناكر إذا أبى أن يحلف: ألزم الثلاث على الأصل، قال: ومعناه أنه قد ملك، فهو على أصل الطلاق، إلا أن يقول: أردت بعضه ويحلف.

فهذا على قول محمد بن المواز، فعلى هذا القول يؤمر فى العدة باليمين، فإن أبى، قضى عليه بالثلاث، وبعد العدة لا يعرض له حتى يريد النكاح.

فإذا أراد ذلك استحلف، فإن حلف، وإلا قضى عليه بالثلاث، وكان الأظهر عندى تأخير اليمين عنه إلى أن يريد الرجعة فى العدة أو النكاح بعد العدة؛ لأن اليمين إنما هى لاستباحة المراجعة، فإذا أراد أن يرتجع أمر بها لاستباحة الرجعة.

فإن لم يحلف، منع المراجعة، وكان حكمه بعد ذلك حكمه قبل اليمين، ولو اقتضى نكوله الحكم عليه بالثلاث لوجب أن يكون ذلك عند المناكحة، والمنع لها من إيقاع ما أوقعته؛ لأن ذلك وقت التخاصم فيه وإبطال ما ادعته وإثباته، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما يجب فيه تطليقة واحدة من التملك

١١٤٩ - مَالِك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ سُلَيْمَانَ بْنِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، عَنْ خَارِجَةَ ابْنِ زَيْدٍ

١١٤٩ - أخرجه البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١/١١٤٧٣٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٠.

ابن ثابت أنه أخبره أنه كان جالساً عند زيد بن ثابت، فأتاه محمد بن أبي عتيق، وعيناه تدمعان، فقال له زيد: ما شأنك؟ فقال: ملكت امرأتى أمرها، ففارقتنى، فقال له زيد: وما حملك على ذلك؟ قال: القدر، فقال زيد: ارتجعها إن شئت، فإنما هي واحدة، وأنت أملكُ بها.

الشرح: قوله: «إن محمد بن أبي عتيق أتى زيد بن ثابت، وعيناه تدمعان»، يقتضى بما بعده فرط ندمه وتأسفه على فراق امرأته، وذلك يقتضى اعتقاد أنه لا رجعة له عليها إما لأنه ظن أنها واحدة بائنة أو أنها ثلاث، ولو اعتقد أن له عليها الرجعة لراجعها، ولم يحتج إلى ذلك لما فعل بعد ما أمره به زيد بن ثابت وأرشده إليه.

فقال له زيد بن ثابت: «ما شأنك»، لما رأى به من البكاء والندم، فأخبره أنه ملك امرأته ففارقته، وأن ذلك الموجب لما رأى له من البكاء والجزع، فقال زيد: «ما حملك على هذا؟»، يحتمل أنه أراد به توبيخه على ما فعله وتهديده فيه حتى لا يأتيه مرة أخرى.

ويحتمل أن يكون أراد سؤاله عن سبب هذا لتلا يكون الحكم يختلف باختلاف سببه، وإن كان ملكها بعوض أو بغير عوض، فلما قال: «القدر»، ولم يكن ثم سبب يظهره، أجابه عن مسألته.

فصل: وقول زيد: «ارتجعها إن شئت، فإنما هي واحدة، وأنت أملكُ بها»، روى ابن المواز، عن أشهب، قال مالك: لا آخذ بحديث زيد فى التملك، ولكنى أرى إذا ملك امرأته أن القضاء ما قضت، إلا أن ينكر عليها، فيحلف كما قال ابن عمر.

ويحتمل قول مالك هذا أن يعلم أن يكون علم مذهب زيد أنها لا تكون إلا واحدة، وإن أوقعت أكثر من ذلك على كل حال، ويحتمل أيضاً أن يكون مالك قال: يريد بذلك إنى لا أقول بظاهر اللفظ على الإطلاق لقوله: «ففارقتنى»، والفراق عند مالك فى بعض الروايات يقتضى أكثر من الواحدة.

والحديث يحتمل أن يكون ذكر فراقاً على غير لفظ الفراق، وأنها فارقت بطلاقة واحدة، ويحتمل أن يكون ملكها طليقة واحدة بتصريح، فلا يلزمه ما زادت، ولا يلزمه فى ذلك يمين، فلذلك قال له: «ارتجعها»، فيكون ذلك موافقاً لقول مالك؛ لأن اليمين إنما يحتاج إليها إذا كان لفظه محتملاً وأوقعت المملكة أكثر من طليقة، وإنما كان جزع

كتاب الطلاق ٢١٩
ابن أبي عتيق على هذا التأويل فرقاً من أن تكون واحدة بائنة، وعلم من مخالفتها له أنها
إذا ملكت نفسها لم تعد إليه.

١١٥٠ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ ثَقِيفٍ
مَلَكَ امْرَأَتَهُ أَمْرَهَا، فَقَالَتْ: أَنْتَ الطَّلَاقُ، فَسَكَتَ، ثُمَّ قَالَتْ: أَنْتَ الطَّلَاقُ، فَقَالَ:
بِفَيْكِ الْحَجْرُ، ثُمَّ قَالَتْ: أَنْتَ الطَّلَاقُ، فَقَالَ: بِفَيْكِ الْحَجْرُ، فَاخْتَصَمَا إِلَى مَرْوَانَ
ابْنِ الْحَكَمِ، فَاسْتَحْلَفَهُ مَا مَلَكَهَا إِلَّا وَاحِدَةً، وَرَدَّهَا إِلَيْهِ.

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ: فَكَانَ الْقَاسِمُ يُعْجِبُهُ هَذَا الْقَضَاءُ وَيَرَاهُ أَحْسَنَ مَا
سَمِعَ فِي ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ وَأَحَبُّهُ إِلَيَّ.

الشرح: قوله: «أن رجلاً من ثقيف ملك امرأته أمرها، فقالت: أنت الطلاق»،
يقتضى إيقاعها الطلاق بأثر تملكه إياها الطلاق، ولو أخرجت قبول التملك بالقول، فلا
يخلو أن يوجد منها فعل يدل على الفراق أو لا يوجد منها قول ولا فعل.

فإن وجد منها في المجلس فعل يدل على الفراق مثل أن تخمر رأسها أو تأمر بنقل
رحلها إلى عند أبيها، ففي المبسوط من رواية ابن المعدل، عن ابن الماجشون: إن فعلت
من ذلك ما يبين ولا يجهل، فكأنما تملك بالقول.

ووجه ذلك أن ظاهر هذا الفعل القبول للتمليك أثر الطلاق وأقل ما يحمل عليه
القبول للتمليك. قال عبد الملك: فإن قالت بعد ذلك: أردت البتة، ألا ترى أنى قد
خمرت رأسى، وفعلت ما تفعله المحرمة، فإن له أن يناكرها، ويحلف أنه ملكها إلا
واحدة. وفي المجموعة عن ابن القاسم: لا ينوى الزوج.

ووجه ذلك أن ظاهر فعلها البيئونة، فترك الإنكار عليها في المجلس، يقتضى الرضا
بالثلاث، وقيل عليه أن يحلف يميناً أخرى؛ لأنه لم يظن أن انتقالها أو ما فعلت يكون
طلاقاً بائناً.

ومقتضى قول ابن الماجشون وسحنون وأصبغ، أن ذلك يلزمه مع يمينه، أنه لم يملك

١١٥٠ - أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ١١/١٤٧٣٣. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار

٢٢٠ كتاب الطلاق

إلا واحدة. وقال ابن المواز: يمين واحدة تجزئه لجميع ذلك فيها، وهذا ليس بخلاف فى الظاهر.

فرع: فإن فعلت هذا من تخمير الرأس، ونقل الثياب، ثم قالت: لم أرد به طلاقاً، ففى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسين، عن أبى وهب: إن لم تكن اختارت، فلا شىء لها.

مسألة: فإن لم تفعل شيئاً أو فعلت ما لا يستدل به على الطلاق كالأكل والشرب، ففى كتاب محمد: إذا لم تفعل ما يستدل به على الفراق، ثم قالت: أردت الفراق ونوته فى المجلس، لم يقبل قولها.

وقد اختلف فيه قول مالك، فقوله القديم: إنما لها ذلك ما دام فى مجلسهما، فإذا قاما من مجلسهما قبل أن تقضى شيئاً بعد، بطل التملك، ثم رجع عن ذلك، وقال: لها ذلك، ولا يزيل التملك عنها، إلا أن يمكن من الاستمتاع أو يوقفها السلطان، فتطلق أو ترد. قال ابن القاسم: وقوله الأول أحب إلى.

وجه القول الأول إما أن يكون توكيلاً، فله الرجوع عنه متى شاء؛ لأن عقد التوكيل غير لازم، فله الرجوع عنه متى شاء، وإن كان هبة، فهو عقد لازم، فليس له الرجوع عنه ما دام فى المجلس؛ لأنه وقت للقبول.

ومتى قاما من المجلس، فقد تركت القبول، فبطل ما كان لها من ذلك، وهذا أشبه؛ لأنه لو كان حكمه حكم التوكيل لوجب أن يبطله بآثر التملك، ولا خلاف نعلمه بين الفقهاء أنه ليس له ذلك بآثر تملكه.

وإنما اختلف الفقهاء فى جواز رجوعه عن ذلك بعد وقت يمكنها فيه القبول، ولم يظهر القبول، ونحن إنما نقول له ذلك ما لم يقوما، وإلى هذا ذهب الشافعى، ورواه ابن وهب، عن مالك فى المبسوط، ووجهه ما تقدم.

وجه القول الثانى، وهو اختيار أبى على بن خيران أنه طلاق معلق بصفة، فليس له الرجوع عنه كما لو قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق.

فرع: فإذا قلنا بالقول الأول: ليس لها ذلك إلا ما دام فى المجلس، فإنه لا يبطل ذلك بانقضاء وقت من يمكنها فيه اختيار الطلاق، فلا يظهره، وإنما لها ذلك بمقدار ما جرت به العادة من الجلوس والارتياح فى الأمر والنظر فيه لما قدمناه أن حكمه حكم الهبة إن وهبها ما كان فى يده من إيقاع الطلاق.

كتاب الطلاق ٢٢١
فإن طال المجلس جدًّا، وخرج عن المعتاد في ذلك، ففي المدونة من قول مالك: أنه
إذا طال المجلس عامة النهار، فعلم أنهما قد تركا ذلك، وخرجا مما كانا فيه، إلى غيره،
فقد بطل التملك. وقال أشهب: ذلك بيدها، وإن أقاما في المجلس.

وجه القول الأول أن مجلس التعارض والأخذ في مثل هذا معتاد، فإذا طال المجلس،
وزاد على ذلك الزيادة البينة التي يعلم بها الخروج عن هذا الأمر، وترك النظر فيه، بطل
ما لها من القبول كما لو قامت من المجلس.

وجه الرواية الثانية ما احتج به أشهب من حديث ابن عمر أن ذلك لها ما داما في
المجلس، ولأن المجلس، وإن طال، فإنها على الصفة التي أبيع فيها الارتياء لم تنتقل
عنها، وقد يحتاج هذا من النظر والارتياء إلى ما يزيد على مقدار المجلس المعتاد.

فرع: فإذا قلنا إن لها ذلك في المجلس ما لم يخرج عما كانا فيه، ويظهر تركه، فإن
معنى ذلك الترك أن يأخذنا في كلام غيره. وأما أن تمتشط أو تسكت أو تعمل عملاً،
فإن ذلك لا يكون قطعاً لخيارها، رواه ابن سحنون، عن أبيه.

وهذه مسألة فيها نظر؛ لأن الترك لما كان فيه قد يكون بالأعمال والنوم وطول
المجلس المفرط الذي يظهر به الترك لما كانا فيه كما يكون بالأخذ في كلام غيره.

فرع: وهذا إذا لم تجاوب بشيء عن التملك، فأما إذا جاوبت، فقالت: قبلت
أمرى، فعلى القول الأول، إنما ذلك مختص بالمجلس.

قال مالك: يكون ذلك بيدها حتى توقف أو تمكن من نفسها؛ لأن قولها: قد قبلت
أمرى، إن أرادت به الطلاق، فقد قضت، ويلزم ما قضت به، إلا أن يتاكرها فيما زادت
على الواحدة.

وإن قالت: أردت به، قبلت ما جعل إلى من التملك، ولم أرد به الطلاق، فقد قبلت
ما وهبته بالمجلس، فجاز أن يوقع الطلاق أو يتركه بعد المجلس؛ لأن قبولها للهبة قد
وجد منها، فتمت الهبة بالقبول في المجلس.

فرع: فإن قالت: قبلت أمرى في المجلس، ولم تفسر ذلك حتى حاضت ثلاث
حيض، أو وضعت حملها، ثم قالت: أردت بذلك طليقة واحدة، قبل قولها بغير يمين،
ولا رجعة للزوج عليها، قاله في النوادر.

ومعنى ذلك أن قولها: قبلت أمرى، يمتثل الطلاق، فإذا فسرت به بالطلاق، قبل ذلك
منها، ولم يكن عليها يمين كما لو فسرت به في العدة.

٢٢٢ كتاب الطلاق

وإذا كان تفسيرها بعد العدة، فقد انقضى وقت الرجعة والزوج ضيع حقه حين لم يواقعها، ويستفسر قولها قبل العدة ورضى بانقضاء العدة، وانقطاع مدة الرجعة؛ لأنه لم يرتجع في مدة العدة.

فرع: فإن قالت بعد أن وطئها: أردت بذلك الطلاق، ففي المجموعة عن ابن القاسم: لا تصدق؛ لأنه قد زال ما بيدها، وإنما يصدق قولها ما دام التملك بيدها وإمكانها إياه من نفسها دليل على أنها لم ترد الطلاق، فلا يجوز لها أن تدعى الآن غيره.

ولو كانت خالعتة بعد قولها: ملكت أمرى، صدقت بعد ذلك أنها أرادت الطلاق؛ لأن فعلها لا ينافي ما تفسر به الآن، ويناكرها إن زادت على الواحدة، ورواه عيسى، عن ابن القاسم.

فرع: فإذا قالت: أردت الارتياء والنظر، صدقت، فإن زادت: الآن، فلا شيء عليه، وإن طلقت واحدة، كان له الرجعة، وإن زادت على ذلك، كان له المناكرة.

مسألة: ولو ملك رجل أمر امرأته رجلاً، ثم أراد الرجوع فيه، ففي المبسوط عن مالك: ليس له ذلك.

وروى ابن حبيب، عن ابن الماجشون فيمن قال لختنته: إذا تكررت لا بنتك، وخرجت من القرية، فأمرها بيدك، فتكررت بها لتخرجها فأبى، وبدا لهما، قال: ذلك له، ولا شيء عليه.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك. عندي أن له الرجوع في سبب التملك، وهو بأن يمنع أمها الخروج بها، ولو أخرجتها، لم يكن له الرجوع في التملك، والله أعلم.

وقد قال القاضي أبو محمد: وهو مما انفرد به لا نعلمه لغيره أن للرجل إلى المرأة طلاقها، وذلك على وجهين، أحدهما: أن يملكها، والآخر: أن يملكها على التوكيل به أن يرجع ما لم تطلق نفسها، وفي التملك ليس له ذلك إلا أن يبطل تملكها.

وقال في المعونة: إذا ملك الرجل امرأته طلاقاً، فهو على وجهين، أحدهما: التملك، والثاني: التوكيل.

فرع: فإن قال لها: أمرك بيدك إلى شهر، أو إلى أجل يسميه، ففي المدنية من رواية محمد، عن يحيى السبائي، عن مالك: لا يجوز أن يجعل الرجل الخيار لامرأته في نفسها

كتاب الطلاق ٢٢٣
إلى أجل بعيد يسميه، إلا أن يكون ذلك اليوم وما أشبهه، ويوقف عن امرأته فى اليوم
وشبهه حتى يرجع ذلك إليه أو يفارقه.

فإن فعل، فى المدنية من رواية عيسى، عن ابن القاسم أنه اختلف فيه قوله، مرة
قال: إن لم يقض ساعتين، فلا خيار لها منها لأجل أو بعد. وقد قال: ذلك لها ما لم
يطأها، ويوقف، والتوجيه فيه على ما تقدم.

فروع: وإن جعل أمر امرأته بيد رجل، فقد روى ابن وهب، عن مالك فى المبسوط
إنما ذلك له ما دام فى المجلس، فإن افترقا قبل أن تقضى، فقد كان يقول: ليس له ذلك
بعد التفرق من المجلس، ثم رجع، فقال: أرى له ذلك ما لم ترفعه إلى السلطان، أو
توطأ، وقرن ذلك بتملك المرأة، فجعل فيها القولين على ما فى تملك المرأة، وقد تقدم
فى توجيه ذلك أنه يحتمل أن يكون كالطلاق المعلق بصفة.

قال القاضى أبو محمد: وهو توكيل. وقال أيضاً: إن حكمه مختص به، ويخالف سائر
حكم التوكيل.

فإذا قلنا إنه طلاق معلق بصفة، فإنه يخالف تعليقه بدخول الدار أو أكل الطعام أو
لباس الثوب، فإن تعليقه بأحد هذه الصفات يتأبد، وتعليقه على وجه تملك الزوج أو
الأجنبى لا يتأبد، وإنما يختص بالمجلس على أحد القولين، وعلى القول الثانى لها إسقاط
ذلك بتمكينه من الاستمتاع أو رد ذلك.

وإذا قلنا إنه بمنزلة التوكيل، فإنه يخالف التوكيل، فإن التوكيل عقد جديد، له رده فى
المجلس قبل إبقاء ما وكل عليه. وإذا قلنا إنه تملك يخالف حكم التوكيل، فإنه يلزم أن
يبين معناه، ويميز بينه وبين التوكيل.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى فى ذلك أن التملك إنما هو
لها فى إيقاع الطلاق وتعليقه باختياره ومشيتته، ومعنى التوكيل الاستنابة له فى إيقاعه
دون تعليق ذلك بمشيتته واختياره. وقد بسطت القول فى سنن هذه الوجوه وتغليلها فى
شرح المدونة بما يعنى الناظر فيه، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا إذا كان مخاطباً لها بالطلاق، فإن أرسل به إليها، فلم تجب بشيء حتى
انصرف عنها الرسول، فقد روى ابن المواز، عن مالك: ذلك بيدها، وليس بحضور
الزوج إلا أن يتناول الزمان، ويظهر من أفعالها ما تفعله الراضية بالزوج، وليس هذا
بمنزلة المشافهة بالتخير؛ لأن مشافهة الزوج بذلك تقتضى الجواب وقد يرسل إليها بما لا
ينتظر عنه جواباً.

٢٢٤ كتاب الطلاق

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وفي هذا عندي نظر، فإن إخبار الرسول لها بالتملك كإخبار الزوج، وقد يخبرها الزوج بالتملك، ولا يقتضى بذلك جواباً كالرسول.

وإنما يتعلق بذلك أنها قد تؤخر الجواب لتوصله إلى الزوج مع غير الرسول كما تريد أن تؤخره عن الزوج حتى ترسل به إليه. والصواب عندي أن توجيه القولين على ما فى تملك الزوج.

مسألة: وهذا كله إذا قال لها: أمرك بيدك، وأما إن قال لها: أمرك بيدك إن شئت، أو إذا شئت، ففي كتاب ابن المواز: ذلك كله واحد، وذلك بيدها، وإن افترقا من المجلس قبل أن يقيد ذلك بجواب، وضعف هذا أصبغ فى «إن شئت».

فصل: وقوله لما قالت له: أنت الطلاق فى الثانية «بفك الحجر»، إنكار للطلقة الثانية، وإنما سكت فى الأولى؛ لأن تملكه يقتضيها، فلما زادت على ما اعتقد من الطلاق، أنكر ذلك عليها، فهذا حكم المناكرة أن يكون متصلاً بقولها على ما يجوز أن يكون جواباً لقولها، قاله مالك فى المبسوط.

وجه ذلك أنه إنما يخبر بإنكاره عما اعتقده حين التملك، فلا يحتاج إلى ارتياء ولا نظر، فإذا لم يجاوبها بالإنكار وسكت، فقد رضى بما أوقعته من الطلاق أو كان سكوته بمعنى الإقرار منه أن ذلك هو الذى ملكها، فلذلك لم يجوز أن يتأخر إنكاره عن قولها.

قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن: ليس مناكرة بعد المجلس، ولا يدخل فى ذلك من اختلاف قول مالك ما روى عنه فى التملك: لها أن تقضى بعد المجلس ما لم يوقف أو تمكن من نفسها، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا كان حاضراً معها، مخاطباً لها، وإن كان أنفذ إليها بالتملك، فإذا بلغه أنها قد زادت على طلقه، ففي المبسوط عن مالك: إنما يكون ذلك عندما يبلغه أنها قضت بأكثر من واحدة، فإن صمت، لزمه ما قالت. ووجه ذلك ما تقدم.

فصل: وقوله فى الثالثة: «بفك الحجر»، إنكار لها أيضاً، «فاختصما فى ذلك إلى مروان بن الحكم، فاستحلفه ما ملكها إلا واحدة، وردّها إليه»، يريد أنها كانت رجعية، فجعل له أن يرجعها، فتكون عنده على ما بقى من طلاقها، فكان القاسم بن محمد يعجبه هذا القضاء لما فيه من وجه الصواب، ويراها أحسن ما سمع فيه من قول من يجعل إليها إيقاع الثلاث، وقول من يجعل واحدة بائنة.

وأما قول من حدث بعد ذلك أنه لا يكون تملكاً حتى يقول: أردت به الطلاق، فإنه خارج عن تلك الأقوال التي اختار منها، وبالله التوفيق.

* * *

ما لا يبين من التملك

١١٥١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا خَطَبَتْ عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ قَرِيْبَةَ بِنْتِ أَبِي أُمِيَّةَ، فَزَوَّجُوهُ، ثُمَّ إِنَّهُمْ عَتَبُوا عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَقَالُوا: مَا زَوَّجْنَا إِلَّا عَائِشَةَ، فَأَرْسَلَتْ عَائِشَةُ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَجَعَلَ أَمْرَ قَرِيْبَةَ بِيَدِهَا، فَاخْتَارَتْ زَوْجَهَا، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ طَلَاقًا.

الشرح: قوله: «أنها خطبت قريبة بنت أبي أمية على عبد الرحمن، فزوجوها منه، ثم إنهم عتبوا عليه في أمر»، يريد أنهم وجدوا عليه في أمر خالفهم فيه، فقالوا: «ما زوجنا إلا عائشة»، يريد أنهم إنما وثقوا بفضلها، وأنها لا ترضى لهم بأذى، ولا تسوغ أفعالها الإضرار بهم في وليتهم فأرسلت عائشة بذلك إلى عبد الرحمن لعلها أرادت أن تصرفه، وتستنزله عن المعنى الذي عتبوا عليه من أجله، ولعله كان نكاحاً عليها أو تسرياً أو إشاراً.

فصل: وقوله: «فجعل عبد الرحمن أمر قريبة بيدها»، يريد ملكها أن تبقى عنده على الأمر الذي عتبوا عليه من أجله أو تطلق نفسها إن شاءت، وفي ذلك إزالة ملامتهم عن عائشة، «فاختارت قريبة، وهي المملكة، زوجها، فلم يكن ذلك طلاقاً»، يريد أنه لم يحكم به عليهما، ولا أفتاهما به من كان يفتى في الوقت، ولا رآه منهم من كان من أهل الاجتهاد كعائشة وغيرها، وعلى هذا الجمهور.

١١٥٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِنَ الْمُنْذِرِ بْنِ الزُّبَيْرِ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ، فَلَمَّا قَدِمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ، قَالَ: وَمِثْلِي يُصْنَعُ هَذَا بِهِ، وَمِثْلِي يُفْتَاتُ عَلَيْهِ، فَكَلَّمَتْ عَائِشَةُ الْمُنْذِرَ بْنَ الزُّبَيْرِ، فَقَالَ الْمُنْذِرُ: فَإِنَّ ذَلِكَ بِيَدِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، فَقَالَ

١١٥١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٣٢.

١١٥٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٣٣.

٢٢٦ كتاب الطلاق

عَبْدُ الرَّحْمَنِ: مَا كُنْتُ لَأُرَدَّ أَمْرًا قَضَيْتِهِ، فَقَرَّتْ حَفْصَةُ عِنْدَ الْمُنْذِرِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ طَلَاقًا.

الشرح: قوله: «إن عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام»، يحتمل أمرين، أحدهما: أنها باشرت عقدة النكاح. ورواه ابن مزين، عن عيسى بن دينار، قال: وليس عليه العمل، يريد عمل أهل المدينة حين كان بها عيسى؛ لأن مالكا وفقهاء المدينة لا يجوزون نكاحا عقده امرأة، ويفسخ قبل البناء وبعده على كل حال.

والوجه الثاني: أنها قدرت المهر وأحوال النكاح، وتولى العقد أحد من عصبتها، ونسب العقد إلى عائشة لما كان تقريره إليها.

وقد روى عن عائشة أنها كانت تقرر أمر النكاح، ثم تقول: اعقدوا، فإن النساء لا يعقدن النكاح، وهذا هو المعروف من أقوال الصحابة، أن المرأة لا يصح أن تعقد نكاحا لنفسها، ولا لامرأة غيرها، وقد تقدم الكلام فى ذلك.

مسألة: وأما عقد نكاح حفصة، وأبوها غائب، وهى بكر، فإن مذهب مالك أنه لا يجوز أن يعقد نكاح بكر ذات أب غير أبيها، وإن كان غائبا، إلا أن يكون قد غاب غيبة انقطاع. قال ابن حبيب، عن مالك: لا ترجى رجعتة.

وفى المدونة: مثل من يخرج من مصر غازيا إلى الأندلس وإفريقية أو طنجة، فهذه تزوج، قاله ابن القاسم، ورواه على بن زياد عن مالك.

قال القاضى أبو محمد: إذا كان استئذانه يتعذر، وهى عانس بالغ، وقال عبد الملك: لا تزوج حياة الأب.

وفى العتبية من رواية يحيى بن يحيى، عن ابن وهب: أنه إذا قطع نفقته عنها وأطال غيبته، زوجت، وإن جرت عليها نفقة الأب لم تزوج إلا بإذنه. ولأبى العباس الأبيانى فى حد البعد فى العتبية: أن تكون فى موضع لا ينفذ فيه حكم الابنة، فإن كان بموضع ينفذ فيه كتبه، لم تزوج عليه.

قال القاضى أبو محمد: فوجه قول مالك أن غيبة الأب إذا طال، وانقطع عنها، أضر ذلك بها، فجرى مجرى عضلها، ولو كان الأب حاضرا أو عضلها وعلم أنه يقصد الإضرار بها، لزوجها عليه الحاكم، فكذلك مع طول الغيبة.

كتاب الطلاق ٢٢٧

ووجه قول عبد الملك أن الولاية باقية للأب لا تسقط بغيبته، فلم يكن لغيره أن يزوجه.

ووجه قول ابن وهب أن المراعى فى ذلك إزالة الضرر عنها، وهذا موجود مع انقطاع النفقة، ومعدوم مع إدامتها.

فإما أن تكون عائشة رأت غير هذا، وإما أن يكون معناه أن عبد الرحمن قد كان وكل من يعقد هذا النكاح، فعقد على أدنى من المهر الذى كان يعتقد هو أن يبذل لمثله، أو وكل من يعقده على الإطلاق دون تعيين، إلا أنه ظن أن ذلك يقوم له مقام التعيين، وذلك أن البكر ذات الأب أو الوصى، ليس لها أن ترضى بأقل من مهر مثلها.

وأما الثيب، ففي المدونة: لا يجوز لها ذلك، وقيل: إن ذلك جائز لها، ويحتمل أن يكون لم يعين الزوج وظن أنه يعدل به عن مثل المنذر إلى مثل عروة أو عبد الله ممن كان أفضل من المنذر.

فلذلك أنكروا أن يصنع به مثل هذا أو يفتات عليه، ولذلك احتاج المنذر أن يجعل الأمر بيده، ولو لم يكن النكاح لازماً لما احتاج إلى ذلك، ولو كان النكاح فاسداً، لا يجوز أن يقر عليه.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ويحتمل عندى أن يكون العاقد لنكاح حفصة بنت عبد الرحمن أخوه أو ابنه، وإن كان قائماً بأمره.

ففى المدنية من رواية عيسى، عن ابن القاسم فى الرجل يزوج أخته البكر، وأبوه غائب، إن كان القائم بأمره، فأجازه أبوه، جاز، وإن كانت ثيباً، جاز على كل حال.

وروى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن نافع فى الرجل يكون الناظر فى عيال أخيه أو أبيه والقائم له فى حوائجه المفاوض له فى أموره، فتغيب الأب فتزوج ابنته أو أمته بوجه الصحة والنظر لهن: إذا أجازه الغائب إذا قدم، جاز.

ونحوه فى المدونة عن مالك، إلا أنه لم يذكر الغيبة، وإنما جاز أن يجوزه الأب بعد طول الغيبة؛ لأنه موقوف على الفسخ، والله أعلم.

فعلى هذا إن كان عاقد نكاح حفصة ابناً لعبد الرحمن أو أختاً له، إن كان فى حياة محمد بن أبى بكر أو غيره من عصبتها ممن كان القائم بأمره، والناظر له، فإنه مما يجوز إذا أجازه عبد الرحمن.

وقد قال ابن القاسم في المدونة: الأخ والجد فى ذلك بمنزلة الأب. قال محمد بن المواز: كما زوجت عائشة بنت أخيها، فرضى. قال مالك: وذلك لمكانها من رسول الله ﷺ، وقد وكلت عائشة رجلاً على العقد، وهذا إذا كانت بكرًا، فإن كانت ثيبًا، فذلك جائز لازم، وإن لم يجوزه عبد الرحمن، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فكلمت عائشة المنذر فى ذلك»، يريد أنها أعلمته أنه سخط بعض الأمر، فجعل الأمر إليه ليزيل عن عائشة، رضى الله عنها، لوم عبد الرحمن لأجل ذلك الافتيات عليه، فامتنع عبد الرحمن من إبطال النكاح تسليمًا لما رأته عائشة واختارته.

وقوله: «ما كنت لأرد أمرًا قضيته»، على ما تقدم من إضافة الأمر إليها لما كان منها من توليه وتقريره.

١١٥٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَأَبَا هُرَيْرَةَ سُئِلَا عَنِ الرَّجُلِ يُمَلِّكُ امْرَأَتَهُ امْرَأَتَهُ، فَتَرُدُّ بِذَلِكَ إِلَيْهِ، وَلَا تَقْضِي فِيهِ شَيْئًا، فَقَالَا: لَيْسَ ذَلِكَ بِطَّلَاقٍ.

١١٥٤ - مَالِكٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ امْرَأَتَهُ، فَلَمْ تُفَارِقْهُ، وَقَرَّتْ عِنْدَهُ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِطَّلَاقٍ.

الشرح: كثر مالك، رحمه الله، فى هذه المسألة القول، وكثر من الآثار لمخالفة ربيعة فى ذلك، يذكر أن رد المملكة التمليك لا يقتضى طلاقًا.

قال: ولا يوجب، ولو أوجبه لكان نفى التمليك يقتضيه، ولما وجب أن تسئل المرأة بعد ذلك، ولا يقتضى منها قبول ولا رد، وترك فى هذه الآثار حكم الساكنة التى لم تقبل ولم ترد، وقد بينا فيه من القول ما يغنى عن إعادته.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَمْلُوكَةِ إِذَا مَلَكَهَا زَوْجُهَا امْرَأَتَهَا ثُمَّ افْتَرَقَا وَلَمْ يَقْبَلْ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا، فَلَيْسَ بِيَدِهَا مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ، وَهُوَ لَهَا مَا دَامَا فِي مَجْلِسِهِمَا.

الشرح: قوله: «إنهما إذا افترقا، ولم تقبل، فليس بيدها من ذلك شيء»، هذا قوله الأول، واختاره ابن القاسم. وقد رجع عن هذا القول إلى أن لها ذلك ويوقفها السلطان. قال أشهب: وإنما قال ذلك القول مرة، ثم رجع إلى أن لها ذلك وثبت عليه.

١١٥٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٤.

١١٥٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٥.

كتاب الطلاق ٢٢٩

وقد روى يحيى بن يحيى القول الأول فى الموطأ، وهو من آخر من روى عنه، وهذا يدل على أن مالكاً كان يترجح فيه فى أوقات الفتوى، وأبقى فى موطئه قوله الأول، فلم يغيره.

مسألة: فإن اختلفا بعد القيام من المجلس، فقالت الزوجة: قد قضيت بالطلاق، وقال الزوج: ملكتك، ولم تقض شيئاً، ففى المدونة من رواية ابن القاسم، عن مالك: أن القول قولها حين أقر لها بالتمليك.

وهذا مبنى على أن لا خيار لها بعد المجلس، لكنه إذا أقرها بالتمليك، لم يكن له إبطاله بدعوى أنها لم تقض بالطلاق كالأجنبي يوكله على الطلاق، ثم يدعى أنه لم يطلق.

وأما على القول بأنه لا يحتاج أن يدعى القضاء فى المجلس؛ لأن لها أن تقضى الآن بالطلاق إلا أن يدعى عليها الرد، فإن ادعى عليها الرد كان القول قولها، والله أعلم.

* * *

الإيلاء

١١٥٥ - مَالِك، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِذَا آلَى الرَّجُلُ مِنْ امْرَأَتِهِ، لَمْ يَقْعُ عَلَيْهِ طَلَاقٌ، وَإِنْ مَضَتِ الْأَرْبَعَةُ الْأَشْهُرُ حَتَّى يُوقَفَ، فَإِمَّا أَنْ يُطَلَّقَ، وَإِمَّا أَنْ يَفِيءَ.
قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

١١٥٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: أَيَّمَا رَجُلٍ آلَى مِنْ امْرَأَتِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا مَضَتِ الْأَرْبَعَةُ الْأَشْهُرُ، وَقَفَ حَتَّى يُطَلَّقَ لَوْ يَفِيءَ، وَلَا يَقْعُ عَلَيْهِ طَلَاقٌ إِذَا مَضَتِ الْأَرْبَعَةُ الْأَشْهُرُ حَتَّى يُوقَفَ.

الشرح: قال ابن الماجشون فى المبسوط: الإيلاء: اليمين، فمن حلف، فقد آلى.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا كما قال أن الإيلاء فى اللغة هو

١١٥٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٦.

١١٥٦ - أخرجه البخارى فى الطلاق ٥٢٩١. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١١/١٤٩٢٠.

وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٣٧.

٢٣٠ كتاب الطلاق

اليمين. وقال أبو إسحاق الزجاج: يقال آليت أولى إيلاء وآلية.

وقال المفضل: الإيلاء اليمين يقال آلى يولى إيلاء، والاسم الآلية، ولذلك قال الشاعر:

قليل الألياء حافظ ليمينه وإن ندرت منه الألية برت
وقال الأعشى فى القصيدة التى مدح بها النبى ﷺ:

فآليت لا أرتى لها من كلاله ولا من وجى حتى تلاقى محمدا
نبى يرى ما لا يرون وذكره أغار لعمرى فى البلاد وأنجدنا

معناه أقسمت، إلا أنه مستعمل فى الشرع فى القسم على الامتناع من وطء الزوجة، قال الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرَبُّصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، فقال تعالى: ﴿يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ﴾، وتقديره، والله أعلم، يقسمون على الامتناع من نسائهم؛ لأنه لا يقال آليت من كذا، وإنما يقال آليت على كذا، وآليت لأفعلن كذا، ولا فعلت كذا، لكنه لما كان معناه آلى ليمتنعن من امرأته، وكثر استعماله، حذف ذلك لدلالة الكلام عليه، وقيل آلى من امرأته، حكى هذا الفضل بن مسلمة عن بعض النحاة. وقال الفراء: إن «من» هنا بمعنى «على» أى يؤلون على نسائهم.

فصل: وقوله: «إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق، وإن مضت أربعة أشهر حتى يوقف» المشهور من مذهب على، رضى الله عنه، أن الإيلاء إنما يكون فى الغضب دون الرضا، وإنه إذا حلف فى الرضا، لم يكن موليا.

والذى عليه جمهور الفقهاء أنه يكون موليا؛ لأنه حلف يمين تلزم على الامتناع من وطء زوجته أزيد من أربعة أشهر بحال الغضب، ولأن للزوجة حقا فى الوطاء، فليس له أن يحلف على الامتناع به.

مسألة: وهذا إذا كان ممن يستطيع الوطاء، وكانت الزوجة لها حق فى الوطاء، فإن كان ممن لا يستطيع الجماع كالشيخ الكبير، ففى المبسوط عن ابن القاسم: لم يسمع من مالك فى ذلك شىء ورأيه أنه لا يحلف، وإنما الإيلاء على من يستطيع الجماع.

وأما من لا يستطيعه، فلا يلزمه حكم الإيلاء كالخصى، وكالذى يقطع ذكره بعد الإيلاء، فليس على واحد منهم توقيت.

وروى ابن حبيب، عن أصبغ أنه قال فى الخصى: إن إيلاءه لازم ويوقت على سنة أجل الإيلاء؛ لأن لها منفعة يلتذ بها من مباشرة وغيرها.

كتاب الطلاق ٢٣١
مسألة: وإذا آلى الصبي الذي لم يبلغ الحلم، فلا يلزمه الآن، ولا بعد البلوغ، وليس بمول.

وروجه ذلك أن الإيلاء يمينا، والأيمان لا تنعقد منه. قال ابن القاسم في المبسوط:
وكذلك من آلى من صغيرة، فلا شيء عليه حتى تبلغ حد الوطاء، فمن يومئذ يكون
أجل الإيلاء عليه؛ لأن هذا الخالف كبير يلزمه اليمين.

وإنما سقط عنه حكم الإيلاء، والتوقيت لما حلف على من لا حق لها في الاستمتاع،
فلما بلغت حد الوطاء، وصار لها حق فيه؛ لزم اليمين المتقدمة، وكان أجل الإيلاء من
يوم ثبت لها في الوطاء حق، والله أعلم.

* * *

باب الإيلاء يثبت حكمه بكل يمين يجب على الحالف بها شيء

كالحالف بالله أو بصفة من صفاته

قال ابن المواز: مثل أن يحلف بسُلطان الله أو بقدرته أو بدمته أو برحمته أو بنوره أو
بمحمد أو شأنه. زاد في المبسوط، عن ابن الماجشون: أو عظمته، وعن ابن القاسم: أو
بجلال الله أو بشيء من صفاته.

وروجه ذلك أن هذه أيمان تلزم بها الكفارة، فثبت بها حكم الإيلاء، كقوله: لا والله،
وبلى والله.

مسألة: فإن قال: أقسم بالله، أو أشهد بالله، أو أعزم بالله، ففى المبسوط عن عبد
الملك: يكون مولياً، وهذا مما لا خلاف فيه؛ لأنها يمينا بالله، فإن قال: أحلف، أو أقسم،
أو أشهد، أو أعزم، ولم يقل: بالله، قال: لا يدخل عليه به إيلاء، إلا أن يكون أراد بالله
ونواه، فيكون يمينا، ويكون مولياً، في المدونة والمبسوط.

وقال ابن القاسم، عن مالك: أشهد، ولعمري ليس بيمين، إلا أن يريد بالله، فيكون
مولياً. قال ابن القاسم: وأعزم أو أعزم على نفسى، عندي مثل قوله: أقسم.

والذى في المدونة أن مالكاً قال فيمن يقول: أشهد أن لا أكلم فلاناً: لا شيء عليه.
قال ابن القاسم: إلا أن يريد بذلك أشهد بالله، فيكون يمينا، وكذلك قال مالك في
القائل: أقسمت أن لا أكلم فلاناً.

قال ابن القاسم: وكذلك أحلف أن لا أكلم فلاناً، يمينا. قال: وليس قوله: أعزم أن

٢٣٢ كتاب الطلاق

لا أكلم فلاناً يمين، فإن قال: أعزم بالله، فلا أشك أنها يمين، فإن قال: أعزم عليك بالله، فليست يمين، وهو عندي بمنزلة قولك: أسألك بالله لتفعلن كذا، فلم يفعل، فلا شيء عليه.

مسألة: وكذلك إن قال: عليّ عهد الله وميثاقه، أو قال: عليّ نذر، ذلك كله عن ابن القاسم في المبسوط، ووجهه ما قدمناه.

مسألة: فإن حلف بالصيام أن لا يظأ امرأته، فقال: إن وطئتك، فعلى صيام شهر أو سنة، فهو مول، وهكذا على ما يلزمه من حج أو طلاق أو عتق، وهو أحد قولي الشافعي، وقال في الجديد: لا يكون مولياً إلا باليمين بالله تعالى.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦].

ودليلنا من جهة القياس أن هذه يمين، لزمه بها حكم، فثبت بها حكم الإيلاء. أصل ذلك اليمين بالله.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال في المبسوط من رواية ابن القاسم، عن مالك: إن آلى منها بصيام، فهو مول. ومعنى ذلك بصيام غير معين، ولم يعين قلته من كثرته، وهذا يدل على أنه إذا آلى منها بصيام يوم واحد أنه يكون مولياً.

فرع: فإن قال: إن جامعتك، فعلى صوم هذا الشهر الذي أنا فيه أو شهر بينه وبين آخر أربعة أشهر، فأقل، فإنه ليس بمول حتى يكون بينه وبين آخره أكثر من أربعة أشهر، قاله ابن المواز وأكثره في المبسوط.

مسألة: ومن آلى من امرأته بالصلاة إن وطئتك، فعلى أن أصلى مائة ركعة. قال ابن القاسم في المبسوط: هو مول، زاد في المدونة، عن مالك: أو آلى بحج أو عمرة أو هدى أو عتق.

مسألة: ومن آلى بصدقة أو عتق عبد معين أو غير معين، فإن كان عبداً معيناً، ولم يكن في ملكه، فلا شيء عليه، وإن كان في ملكه، لزمه الإيلاء، فإن باعه، زال عنه.

ووجه ذلك أن اليمين إنما تعلقت بعين العبد، فلما باعه أو وهبه لم يبق لليمين تعلق، فبطل حكمها، وصارت الزوجة غير مولى منها.

كتاب الطلاق ٢٣٣

فرع: فإن استرجع العبد بشراء في تفلين أو غيره، فقد روى ابن المواز أنه قال: لا تعود عليه اليمين. وقال ابن القاسم: تعود عليه اليمين، قاله مالك في المبسوط.

وقال ابن الماجشون في المبسوط: إن عاد إليه العبد بميراث أو اشتراه في فلس ممن كان عنده، أو باعه السلطان على الخالف في فلس، ثم اشتراه لم يرجع عليه الإيلاء، ويرجع عليه إن باعه باختياره، ثم اشتراه ببيع البائع له باختياره لبعده هذه الوجوه من التهمة.

ووجه القول الأول أن ذلك الملك قد زال ببيعه، فلا يعود حكمه بالرجوع إليه كما لو آلى بطلاق امرأة آخر ثلاثاً، فطلقها ثلاثاً، ثم تزوجها بعد زوج، فإن الإيلاء لا يعود عليه.

ووجه القول الثاني أن خروج العبد من ملكه ورجوعه إليه بمنزلة تطليقة التي حلف بطلاقها واحدة، ثم يتزوجها قبل زوج أو بعده، فإن الإيلاء يعود عليه.

والوجه الأول أظهر؛ لأن الطلاق الذي بقي فيها بعد ارتجاعها، إنما هو من حكم النكاح الذي حلف له وملكه للعبد بعد أن باعه ليس من حكم الاتياع الأول، وإنما هو حكم يثبت بالاتياع الثاني كما لو طلقها ثلاثاً، ثم تزوجها بعد زوج، فإن ما ثبت له فيها من طلاق إنما يثبت بالنكاح الثاني، فلذلك لم يتعلق به الإيلاء المتقدم عليه، والله أعلم.

فرع: فإن كان العتق في غير معين، فقال: إن وطئتك، فعلى عتق عبيدي، فهو مول، فإن قال: إن وطئتك فكل مملوك أملكه مما استقبل حر، فقد قال مالك في المبسوط: لا يعتق عليه شيء ممن يشتريه بعد يمينه، وهذا يقتضي أن يكون مولياً، وقد تقدم تعليقه في الأيمان والنذر.

فرع: فإن قال: إن وطئتك، فكل عبد اشتريه من الفسقاط حر، قال مالك: من قال كل عبد اشتريه من الفسقاط حر، فإنه يلزمه عتق من يشتريه، ولكن لا يكون مولياً بإيلائه بذلك حتى يشتري العبد، فإذا اشتراه وقع عليه الإيلاء، وطئ قبل ذلك أو لم يطأ.

وقال سحنون: قال غيره: يكون مولياً؛ لأن كل من يقع عليه الحنث بالقيء، فهو مول، وهذا إذا وطئ امرأته، ثم اشترى بعد ذلك عبداً من الفسقاط، فإنه يعتق عليه بالإيلاء. قال سحنون: وقد قال ابن القاسم مثله.

٢٣٤ كتاب الطلاق

وجه قول ابن القاسم الأول أن هذا حال لا يلزمه فيها شيء بالحنث، فلم يكن مولياً، أصل ذلك قبل الإيلاء.

ووجه القول الثاني ما احتج به سحنون من أن هذه اليمين بها يقع الحنث عليه، إذا حنث، وهذا يقتضى كونه مولياً، والله أعلم.

مسألة: ومن آلى بطلاق امرأة، فلا يخلو أن يولى بطلاق المولى منها أو بطلاق غيرها، فإن آلى منها بطلاقها، فلا يخلو أن يكون الطلاق الذى حلف به بائناً أو رجعيًا، فإن كان بائناً مثل أن يقول: إن وطئتك، فأنت طالق طلاقاً بائناً، فهل يكون مولياً أم لا؟

قال مالك: هو مول، واحتج على ذلك بأنها لو رضيت على البقاء معه دون وطء، لم يطلق عليه. قال ابن القاسم: وكذلك عندى فى كل ما لا يستطاع فعله، والبر فيه مثل أن يقول: والله لا وطئتك حتى أمس السماء.

وقال ابن الماجشون فى المبسوط: هذا تطليق عليه من ساعته تطليقة واحدة، ولا يترك معها إلى الأجل؛ لأنه ليس ممن يمكنه أن يفىء، ولا رجعة له؛ لأن رجعته توصله إلى الفية؛ لأن ما زاد من وطئه على مجاوزة الحتان حرام، فلا يمكن من وطء حرام، والله أعلم.

وقد روى فى المدنية زياد بن جعفر، عن مالك: إذا قال: إن وطئتك إلى أجل كذا، فأنت طالق بائناً، وكان ذلك أجلاً طويلاً، فإنه يفرق بينهما إذا قامت به، ولا يضرب له أجل الإيلاء، وهذا مبنى على مذهب ابن الماجشون.

فروع: فإذا قلنا إنه مول لا يعجل عليه بالطلاق، فقد قال مالك: يطلق عليه عند الأجل. وفى المبسوط: قال مالك أيضاً: إن له أن يحنث فيها بالوطء، فتطلق عليه بالبتة.

فوجه القول الأول أن الفية ممنوع فيها، وذلك مبنى على أن وطأه محظور، ولا يلزمها البقاء معه على الإيلاء، فوجب أن يقضى عليه بالطلاق.

ووجه القول الثانى أن هذه يمين معلقة بشرط، فلا يقع إلا بوجود ذلك الشرط، وهو مبنى على أن ذلك الوطء مباح غير ممنوع.

فروع: فإذا قلنا: له أن يطأ، فقد قال ابن القاسم: له أن يتمادى حتى تنزل، وأحب إلى أن لا يفعل، فإن فعل لم يكن حراماً. قال أصبغ: وذلك ما لم يخرج، فإن أخرج لم تكن العودة، قال: وقال ابن الماجشون: إذا التقى الحتانان، قطع.

كتاب الطلاق ٢٣٥
وجه القول الأول أنه على حكم الزوجية المبيحة للوطء قبل الحنث، فله أن يولج،
ولا خلاف أن بالإيلاج يقع الحنث، إلا أن ذلك لا يمنع من الإحراج، وهو نوع من
الوطء، فكذلك باقى الوطء حتى ينزل.

ووجه آخر أن لفظ الوطء الذى يقع به حنثه، ويتعلق به إيلاؤه إنما ينطلق غالباً على
الوطء التام دون الإيلاج.

وجه قول ابن الماجشون أن اليمين فعل يتناول أقل أجزائه، ويقع الحنث بأيسر جزء
منه كما يقع بجميعه، وذلك يقتضى أن الإيلاج يقع به الحنث، وبه يقع الطلاق الثلاث،
فوجب أن يحرم عليه الباقي من وطئه؛ لأنه قد يصادف امرأة قد حرمت عليه بالثلاث.

فرع: فإن كان حلف بطلاق رجعى كالطليقة والطلقتين لمن له فيها أكثر من ذلك،
فالذى قاله عبد الملك فى المبسوط: إنه إن أراد أن يطلق، وينوى بما زاد من وطئه على
التقاء الحثانين اللذين يقع به حنثه الرجعة، مكناه من ذلك.

فإن أبى من ذلك منع من الوطء؛ لأن باقيه بعد الحنث حرام، ومقتضى قول ابن
القاسم على ما تقدم أن له أن يطأ، وإنما يحرم عليه استئناف وطء آخر، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون وأبى من الرجعة ببقية وطء، فقد قال ابن
الماجشون: يطلق عليه، ولا رجعة له، مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها، قال: لأنه
قد ترك تحقيق رجعته بأن ينوى ببقية وطئه الرجعة، وقد كان له فى غير المدخول بها أن
يمكن من وطئها؛ لأن ما يقع به حنثه يكمل له دخوله.

مسألة: فأما إن حلف بالنبى أو الملائكة أو الكعبة، أن لا يطأها، أو قال: هو يهودى
أو نصرانى أو زان، إن وطئها، فهذا ليس بمول، قاله مالك.

ومعنى ذلك عندى أنه أوردته على وجه القسم. وأما لو أراد أنه مول بما قاله من
ذلك أو من غيره، ففى المبسوط أن ابن القاسم سئل عن الرجل يقول لامرأته: لا مرحباً،
يريد بذلك الإيلاء، فقال: قال مالك: كل كلام نوى به الطلاق، فهو طلاق، فهذا
والطلاق سواء.

مسألة: فإن حلف بالله أن لا يطأها، واستثنى، فقال: إن شاء الله، فإنه يكون مؤثماً،
فإن وطئها، فلا كفارة عليه، فى رواية ابن القاسم، عن مالك. وقال ابن الماجشون فى
المبسوط: ليس بمول.

٢٣٦ كتاب الطلاق

وجه القول الأول أنه مبنى على أن الاستثناء لا يحل اليمين، ولكنها تؤثر فى إسقاط الكفارة، فما كانت يمينة فيه منعقدة، لزمه حكم الإيلاء، وإن لم تجب عليه بالمخالفة كفارة.

وجه القول الثانى أن الاستثناء يحل اليمين، ويجعل الحالف كأنه لم يحلف، ولذلك لا يجب عليه بالمخالفة كفارة، والله أعلم.

مسألة: وإن حلف أن لا يجامعها سنة، وقال: أردت أن لا أساكنها فى هذه الدار سنة، ففى المبسوط عن ابن القاسم: له ذلك، وإنما يلزمه الإيلاء، إذا أتى بلفظ يمنع من الوطء، وإن لم يتناول الوطء، فإنه لا يكون به مؤلّياً.

فإذا حلف أن لا يلتقى معها سنة، وكان هذا يمنع الوطء كان به مؤلّياً، وهذا اللفظ يحتمل من التأويل ما يحتمل المجامعة، فحكمه إذا حلف بالله أن يصدق فى كفارة اليمين، ويقال له لا بد من الخروج عن هذا اللفظ الذى ظاهره الامتناع من الوطء.

وقد قال مالك فىمن حلف أن لا يطأها، فقال لما وقف: إنما أردت أن لا أطأها بقدمى أنه يقال له جامعها حتى يعلم أنك تريد الإيلاء، وأنت فى الكفارة أعلم. قال ابن القاسم: والذى حلف أن لا يجامعها مثله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنها إن كانت يمينة بطلاق غيرها أن لا يصدق فى ذلك؛ لأن ظاهر لفظه يقتضى الجماع، والله أعلم.

مسألة: وقوله: «لم يقع عليه طلاق، وإن مضت الأربعة الأشهر»، يرد أن ما زاد على الأربعة الأشهر، فهو مدة الإيلاء الشرعى، وبه قال الشافعى. وروى عن ابن عمر أنه قال: كل مدة مقدرة وإن طالت، فليست بمدة للإيلاء الشرعى، وإنما يكون إيلاء إذا علقه للأبد.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾، ولم يفرق بين أن يكون إيلاؤه لمدة مقدرة أو مؤبدة، فهو على عمومه.

وقال أبو حنيفة: إن مدة الإيلاء أربعة أشهر، فما زاد، فلا خلاف بيننا وبينه فى الأربعة الأشهر، والكلام بيننا وبينه فى ذلك مبنى على أنه بنفس انقضاء المدة عنده يقع عليه طلاق الإيلاء، وعنده لا بد أن يوقف بعد أربعة أشهر، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

كتاب الطلاق ٢٣٧

مسألة: إذا ثبت أن مدة الإيلاء أربعة أشهر، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون إيلاء محضاً، يقتضى المنع من وطئها، كقوله: والله لا وطئتك أبداً سنة، فهذا أول الأربعة الأشهر يوم يمينه.

والضرب الثاني: أن لا يتناول يمينه المنع من الوطء، ولكنها تؤدي إلى ذلك مثل أن يقول: أنت طالق إن لم أكلم فلاناً، أو إن لم أدخل الدار، فهذه اليمين لم تتناول تحريم الوطء، ولكنها تقضى إلى تحريم الوطء؛ لأنه لما كانت صورة حاله بعد اليمين صورة الحائض، وجب أن يمنع الوطء حتى يبر بأن يكلم فلاناً أو يدخل الدار.

وإذا امتنع من وطئها كان لها المطالبة بذلك؛ لأنه ممنوع من وطئها بسبب يمينه، فيضرب له أجل الإيلاء، وأول الأربعة الأشهر من يوم يرفعه إلى الحاكم، فيرى في ذلك ضرب الأجل، ويضربه له، والله أعلم.

مسألة: ولو حلف، وقال: أنت طالق إن كلمت فلاناً، لم يمنع من وطئها، ولم يدخل عليه إيلاء؛ لأن حاله بعد يمينه حال بر؛ لأنه إن تمادى عليه كان باراً أبداً، والله أعلم، وهذا مذهب علي وجماعة من الصحابة، وبه قال الشافعي.

وحكى أحمد بن المعذل، عن ابن الماجشون أنه قال: قال به مالك، وقال به فيما بلغنا بضعة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ.

وقال أبو حنيفة: يمضى الأجل تقع عليه طلقة واحدة. وروى ذلك عن ابن مسعود. والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَبِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧]. فوجه الدليل من الآية أنه عز وجل جعل الأربعة الأشهر حقاً لتربص الزوج، وما كان حقاً له لم يكن محلاً للحق الذي عليه، وهو الفئنة أو الطلاق كأجل الدين.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا لفظ لا يقع به ولا ببعضه طلاق معجل، فلم يقع به طلاق مؤجل. أصل ذلك إذا حلف على الامتناع من وطئها أقل من أربعة أشهر.

فصل: وقوله: «حتى يوقف، فإذا أن يفىء وإما أن يطلق»، يقتضى معنيين، أحدهما: طلب الزوجة له بذلك؛ لأنه حق من حقوقها؛ لأنها لو رضيت بالمقام معه على مقتضى يمينه، لم يكن لأحد عليها في ذلك اعتراض، وليس على الإمام إذا لم تأت المرأة أن يرسل إليه، فيوقفه لعلها أن ترضى بذلك، قاله ابن أبي حازم في المدينة.

٢٣٨ كتاب الطلاق

مسألة: قال أشهب، عن مالك: وليس هو من ذلك في حل إلا أن تترك له ذلك، وقالت: لا حاجة لي بإيقافه، فهو حق تركته، إلا أن لها أن ترجع فيه متى شاءت، وإن طال الزمان، فيوقف لها مكانه. وقال أصبغ: وتحلف ما كان تركها على التأييد إلا على أن تنتظر، ثم يوقف مكانه دون أجل.

وهذا الذى قاله أصبغ مخالف لقول مالك؛ لأن الصبر على الضرر لا يلزم الزوجة إذا كان مما يثبت له الخيار كالرضى بالأثرة.

مسألة: وهذا إذا كانت حرة، فإن كانت أمة، وأرادت الصبر على ترك الوطاء، فللسيد إيقافه، رواه ابن القاسم، عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك ما احتج به أصبغ فى ثمانية أبى زيد أنه ليس للزوج أن يعزل عنها، وإن رضيت بذلك إلا بإذن السيد، فتركه جميعاً أشد أن لا يكون له ذلك، إلا بإذنه.

قال أصبغ: وإن رضى السيد بترك الوطاء، ولم ترض بذلك الأمة، لم يكن لسيدها ذلك، وكان لها القيام، ومطالبة الزوج وتوقيفه؛ لأن لها حقاً فى ذلك.

فصل: والثانى أن ذلك إنما يكون عند الإمام أو الحاكم، فهو الذى يوقفه ويحكم عليه بما يؤديه إليه اجتهاده، فإنه حكم مختلف فيه، وإنما يجتهد فى إنفاذه من له ولاية حكم.

فإذا رأى التوقيف، فإن توقيفه إنما هو ليفىء إلى ما كان عليه قبل إيلائه، والفيئة الرجوع، قال الله تعالى: ﴿حتى تفيء إلى أمر الله﴾ [الحجرات: ٩]، أى ترجع أو تطلق إن امتنع من الفيئة؛ لأنه ليس له الإضرار.

وقد روى أن هذه الآية إنما نزلت فى المشركين، كان الرجل منهم إذا كره المرأة، وعنت عليها آلى منها، ثم يتركها معلقة، لا هى ذات زوج، ولا هى مطلقة، فتزوج يريد بذلك الإضرار بها، فمنع الله من ذلك، وجعل للأزواج مدة أربعة أشهر فى تأديب المرأة بالهجر لقوله تعالى: ﴿واهجروهن فى المضاجع﴾ [النساء: ٣٤]، وقد آلى النبى ﷺ من نسائه شهراً.

وقد قيل إن الأربعة الأشهر هى المدة التى لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثرها. وروى أن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، كان يطوف ليلة بالمدينة، فسمع امرأة تنشد:

ألا طال هذا الليل واسود جانبه وأرقنى إذ لا خليل ألعبه

كتاب الطلاق ٢٣٩

فوالله لولا الله تخشى عواقبه لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفنى وأكرم زوجي أن تنال مراكمه
فلما كان من الغد استدعى عمر تلك المرأة، فقال لها: أين زوجك، فقالت: بعثت به
إلى العراق، واستدعى نساء، وسألهن عن المرأة كم مقدار ما تصبر المرأة عن زوجها،
فقلن شهرين، ويقل صبرها في ثلاثة، ويفقد صبرها في أربعة، فجعل عمر مدة غزو
الرجل أربعة أشهر، فإذا مضت أربعة أشهر استرد الغازين، ووجه بقوم آخرين، وهذا
والله أعلم، يقوى اختصاص أجل الإيلاء بأربعة أشهر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن لها رفعه ساعة تنقضى الأربعة الأشهر، وقد بقي من المدة
التي تناولتها يمينة لمنع الوطاء مدة، فروى أشهب، عن مالك في العتبية: إذا حل الأجل
فرفعت، وقف مكانه، فإذا فاء في مجلسه ذلك، وإلا طلقت عليه.

ووجه ذلك أن المدة المضروبة له التي فيها الخيار والارتباء والنظر والمشورة انقضت،
فليس له أن يزداد أجلاً على ما ورد الشرع به؛ لأن ذلك إضرار بالمرأة.

مسألة: والمرأة بعد التوقيف وامتناعه من الفية أن تصبر على ذلك قبل أن تطلق
عليه.

ووجه ذلك أن توقيفها له ليس بطلاق، وكذلك امتناعه من الفية ليس بطلاق، وإنما
يثبت الخيار للزوجة خاصة، فإن رضيت المقام على ذلك، وإلا كان لها المطالبة بالفراق.

فصل: وقوله: «فإذا أن يفىء، وإما أن يطلق عليه»، يريد أن يفىء إلى الوطاء الذي
حلف على الامتناع منه، فإن أبى الفية، حكم عليه بالطلاق، سواء كان له عذر مرض
أو سجن أو غير ذلك، لكن إثارة بالطلاق يستوفى منه حال العذر، فوجب أن يحكم
عليه بالطلاق.

مسألة: ومن ذا الذي يوقع الطلاق، الظاهر من المذهب أن الحاكم يأمر بإيقاع
الطلاق، فإن أوقعه كان على حسب ذلك، وإن أبى من إيقاعه مع امتناعه من الفية،
فقد قال مالك في المبسوط: إن الإمام يلزمه ذلك، طائعاً أو كارهاً.

وروى أحمد بن المعدل، عن ابن الماجشون: يأمره الإمام بطلاقها إن لم يرد الفية،
فإن طلق وإلا طلق عليه الإمام.

فروع: فإن كان به عذر، فلم يف، ففي المدونة: يطلق عليه السلطان.

٢٤٠ كتاب الطلاق

ووجه ذلك أن إيقاع هذا الطلاق معين عليه من جهة الحاكم لانقضاء أجل الإيلاء المقرر بالشرع، ولا يمنع ذلك من أن ترثه إذا مات في عدتها.

فرع: فإن كانت حائضًا، ففي المدونة من رواية يحيى بن محمد السبائي، عن مالك: يطلق عليه، إن أبى من الفيئة وإن كانت حائضًا. وروى عن ابن القاسم: لا يطلق عليه حال الحيض في شيء إلا في الإيلاء. وروى أشهب، عن مالك: لا يطلق عليه حال الحيض، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة: فإذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون الزوج المولى يوم انقضاء الأجل، وقيام الزوجة عليه غائبًا أو حاضرًا، فإن كان غائبًا غيبة قريبة كتب إليه في ذلك الموضع ليفيء أو يطلق.

وإن كان غائبًا غيبة بعيدة، ففي المبسوط عن ابن الماجشون: إن كان غائبًا بعد انقضاء أجل الإيلاء، طلق عليه، ولا يجعل الإمام له أجلًا غير الذي جعل الله له، فليس له أن يحتال في تغيير أجل الله تعالى.

فرع: فإذا قلنا إن في الغيبة القريبة يكتب إليه بينه وبينها مسيرة شهرين، ففي المدونة عن مالك: لا ينفذ عليه الطلاق حتى يكتب إلى ذلك الموضع، فجعل الشهرين في حيز القرب.

مسألة: وإن كان حاضرًا وأراد سفرًا بعيدًا، فقد قال ابن القاسم في العتبية: إن أراد السفر قبل محل الأجل بيوم أو يومين، وقامت امرأته في ذلك منعه الإمام من السفر حتى يحل الأجل، وإن أبى عرفه أنه يطلق عليه. فإن خرج وطلبت المرأة ذلك عند الأجل، طلق عليه، وإن لم ترفع خبره حتى سافر، لم تطلق عليه حتى يكتب إليه يفيء أو يطلق.

وقال ابن كنانة: إن كان مقرًا بالإيلاء، لم يجبس، وإذا حل الأجل، طلق عليه. وقال أصبغ في العتبية: إذا أراد المولى سفرًا بعيدًا، قيل له: وكل من يفيء لك عند الأجل، أو يطلق عليك، ومن فيئة وكيله أن يكفر.

مسألة: فإن كانت حائضًا، وأراد الفيئة قبل ذلك منه، وعذر بحيضها في باب الجماع كالمريض، رواه عيسى بن دينار، عن ابن القاسم وابن كنانة، وهو في المدونة عن مالك.

مسألة: وإن كان غائبًا غيبة قريبة مما يكتب إليه فيها، فقال: أنا أريد الفيئة قبل ذلك منه، فإن كانت يمينه مما تكفر، استدل على صحة فيئته بأن يكفر عن يمينه.

كتاب الطلاق ٢٤١

قال مالك: ولم تعرف فيئته إلا بالكفارة، فإن كانت يمينه مما لا يمكنه أن يكفرها في موضعه ذلك قبل منه في الفئته حتى يقدم، فإن وطئ، وإلا طلقت عليه.

مسألة: وإن كان حاضرًا مقيمًا، فلا يخلو أن يكون له عذر من سجن أو مرض أو تكون حائضًا، أو لا يكون له عذر، فإن كان عذر من مرض أو سجن، ففي المدونة من قول ابن أبي حازم وابن دينار، أن حكمه حكم المسافر، على حسب ما تقدم في القريب الغيبة الذي يكتب ويجيب إلى الفئته.

وقال ابن الماجشون في المبسوط: لا يوقف ويدعى إلى ما لا يقدر عليه، ولا يعجل عليه بطلاق، ولكنه يمهل ما دام لا يقدر على الفئته للمرض أو السجن.

والقول المتقدم مبنى على جواز الكفارة قبل الحنث. وقول ابن الماجشون مبنى على منع التكفير قبل الحنث، وقد اختلف في هذا قول مالك.

مسألة: فإن كانت حائضًا، لم يوقف لها حتى تطهر، قاله ابن الماجشون في المبسوط. وقال ابن القاسم وابن كنانة في المدنية: أنه يوقف، إلا إن فاء، فحكمه حكم المريض، وقد تقدم توجيه القولين.

فرع: فإذا قلنا تجزئه الكفارة قبل الحنث، فكانت الرقبة التي حلف بها معينة أو المال الذي حلف بصدقته معينة، فإنها تجزئه، قاله مالك وابن القاسم.

فرع: فإن كانت الرقبة غير معينة، أو صدقة بقدر من المال غير معين، أو كانت يمينه بالله عز وجل، فكفر قبل الحنث، ففي الموازية عن مالك: تجزئه، وبعد الحنث أحسن. وفي المبسوط عن مالك: لا يبرئه ذلك من الإيلاء، حتى يطاء، لأنى أخاف أن يكون كفر عن غيرها.

وقال محمد بن يزيد في الأحكام: وزوال حكم الإيلاء عنه، وأما فيما بينه وبين الله فيجزئه أن يكفر قبل الحنث.

ومعنى ذلك ما قاله مالك، رحمه الله تعالى، فيما تقدم، أنه إذا لم تكن كفارة الإيلاء معينة، جوزنا عليه قصد الإضرار، وأن يعتق ويكفر عن معين متقدم وجب عليه، ولا يكفر عن إيلائه، بل يقيه إضرارًا لها، هذا وجه رواية المنع.

وأما رواية الجواز، فإنه أقصى ما يمكنه في ذلك، والتهمة في مثل هذا تبعد؛ لأنه إن كان له عذر، فالعذر وحده يمنع تعجيل الطلاق عليه، فكيف إذا قارنته الكفارة، وإن كان لا عذر له، طولب بالوطء الذي يصح كون هذه الكفارة للإيلاء، والله أعلم.

٢٤٢ كتاب الطلاق

مسألة: فإن كان مقيماً خالياً من عذر، فقال: أنا أفيء، ففاء بلسانه، وهو يقدر على الكفارة. قال مالك: يختبر المرة والمرتين، فإن فاء، وإلا طلق عليه.

مسألة: فإن كان أجل الإيلاء مما يضربه الحاكم وانقضى الأجل، ولم يفعل ما أدخل عليه الإيلاء، ففي المدنية من رواية زياد بن جعفر، عن مالك: إذا انقضى الأجل، ولم يقضه حقه، فرق بينهما، ولا يقبل منه أن يقول: غداً أقضيه، وبعد غد أقضيه. ووجه ذلك أنه أجل للإيلاء كالمقدر بالشرع.

فصل: وقوله: «فإما فاء، وإلا طلق عليه»، والفيئة للمتمكن من الوطاء، إنما هي بالوطء أو بالكفارة. فأما الوطاء، فلا يجزئه منه وطاء في غير الفرج، ولا تقبيل، ولا ملامسة، قاله مالك.

وقد قال: إنه إن حلف أن لا يطأ امرأته، ولم ينو الفرج، فإنه يحنث إذا وطئ بين الفخذين، ولا خلاف أنه إذا أتى بما يحنث به، فقد بطلت يمينه، وإذا بطلت يمينه، لم يبق إيلاء، وما يمكن أن يتعلق به من أنه أراد الفرج، أو لم يرد مصرّوف إلى نيته، وهو أعلم بما يجب عليه فيه كفارة.

فأما فيما بينه وبين الزوجة، فلم يخرج عن حكم الإيلاء؛ لأنه يدعى أنه لم يرد الفرج، فلا تقبل نيته في إسقاط حكم الإيلاء عن نفسه، وتقبل في إيجابه الكفارة على نفسه، كما أنها لو كانت يمينه بالله، فكفر عن يمينه بزعمه لم يقبل ذلك منه فيما بينه وبين الزوجة، وبالله التوفيق.

١١٥٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَأَبَا بَكْرَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ كَانَا يَقُولَانِ فِي الرَّجُلِ يُؤَلِّي مِنْ امْرَأَتِهِ: إِنَّهَا إِذَا مَضَتْ الْأَرْبَعَةَ الْأَشْهُرَ، فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ، وَلِزَوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ مَا كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ.

١١٥٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَانَ يَقْضِي فِي الرَّجُلِ إِذَا آلَى مِنْ امْرَأَتِهِ، أَنَّهَا إِذَا مَضَتْ الْأَرْبَعَةَ الْأَشْهُرَ، فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ، وَلَهُ عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ مَا دَامَتْ فِي عِدَّتِهَا.

١١٥٧ - أخرجه السنن الكبرى ٣٧٨/٧. الأثر ٥٧٩. معرفة السنن والآثار ١١/١٤٩٣٣. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٣٨.

١١٥٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٣٩.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ كَانَ رَأْيُ ابْنِ شِهَابٍ.

الشرح: أظهر مالك، رحمه الله، خلاف العلماء لما اختاره من التوقيف بعد الأربعة الأشهر، وأورد أقوال العلماء في ذلك بخلاف ما اختاره بأن بانقضاء الأربعة الأشهر تقع تطليقة، سواء أراد الفئمة بعد ذلك أو لم يردّها، وهذا فعل مثله من أهل الدين والفضل والتوسع في العلم.

وذلك يقتضى ما حكى عنه شيوخنا أنه وإن كان يعتقد أن الحق في أحد القولين، إلا أنه لا يقطع بأن اختياره هو الصواب، وإنما يعتقد أن ما اختاره هو الصواب، كما أن الحاكم يحكم بشهادة الشاهدين، وإن لم يقطع أنهما قد شهدا بالحق، لزمه الحكم به، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُؤَلِّقُ مِنْ امْرَأَتِهِ، فَيُوقَفُ، فَيُطَلَّقُ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ، ثُمَّ يُرَاجَعُ امْرَأَتَهُ، أَنَّهُ: إِنْ لَمْ يُصِبْهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا، فَلَا سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهَا، وَلَا رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عُذْرٌ مِنْ مَرَضٍ أَوْ سِجْنٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْعُذْرِ، فَإِنْ ارْتَجَاعَهُ إِيَّاهَا ثَابِتٌ عَلَيْهَا، فَإِنْ مَضَتْ عِدَّتُهَا، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يُصِبْهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ الْأَرْبَعَةَ الْأَشْهُرَ، وَقِفَ أَيْضًا، فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ دَخَلَ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ بِالْإِيلَاءِ الْأَوَّلِ إِذَا مَضَتْ الْأَرْبَعَةُ الْأَشْهُرَ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ؛ لِأَنَّهُ نَكَحَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، فَلَا عِدَّةَ لَهُ عَلَيْهَا وَلَا رَجْعَةَ.

الشرح: وهذا كما قال أن من وقف بعد أجل الإيلاء، فيطلق، فإن له أن يراجع. وقال أبو حنيفة: طلاق المولى طلاق بائنة.

والدليل على ما نقوله أنه طلاق في المدخول بها، عرا عن العوض، ولم يستوف العدة، فوجب أن لا يكون بائنة. أصل ذلك سائر الطلاق.

فصل: وقوله: «إن لم يصبها حتى تنقضي عدتها، فلا سبيل إليها، ولا رجعة له عليها»، يريد أن إصابتها شرط في صحة رجعته. وقال الشافعي: رجعته صحيحة، وإن لم يصبها.

والدليل على ما نقوله أنه إنما طلق عليه لامتناعه من الوطء مع بقاء الإيلاء، وهذا المعنى موجود في حال الرجعة، فإذا كان يهدم النكاح الذي صح وتقرر حكمه، وثبت، فبأن يمنع صحة الرجعة أولى، وإنما يدعى بالرجعة للفئمة، فإذا أكذب نفسه بالامتناع من ذلك مدة العدة، بطلت الرجعة، ولم يثبت لها حكم.

٢٤٤ كتاب الطلاق

مسألة: فلو كانت مستحاضة، فمضت بعد رجعتها أربعة أشهر، لم يوقف ثانية، وإنما ينتظر به انقضاء العدة، فإن وطئ فيها، وإلا بطلت رجعت، وإن كان بقي من مدة اليمين شيء، وإن انقضت مدة اليمين قبل العدة، صحت رجعت، وإن لم يطأها في العدة، قاله مالك.

مسألة: فإن قال الزوج: قد وطئتها، وقالت الزوجة: إنه لم يطأها، فقد قال مالك: القول قول الزوج.

ووجه ذلك أنه متى ادعى الزوج الوطء، ليدفع به الفرقة، فالقول قوله كالمعترض.

فرع: ومعنى ذلك أن لا يكون له عذر، فإن كان له عذر من مرض أو سجن أو سفر، فإن رجعت ثابتة عليها، فإذا زال العذر بقدمه من سفره أو إفاقة من مرضه، أو انطلاقه من سجنه، فمكّن منها وأبى الوطء، فرق بينهما، إن كانت العدة قد مضت، قاله مالك في المدونة والمبسوط. وقال عبد الملك: وتكون بائناً منه من يوم انقضت العدة.

ووجه ذلك ما قدمناه من مراعاة عذره، وأن يكون ما تقدم من الحكم في ذلك مراعاة، فإن صدق عذره بالفيئة إذا أمكنه حكم بصدقه فيما مضى، وإن أكذب ما ادعاه من الفيئة، فالامتناع حين القدرة عليها حمل أمره على الكذب فيها، والرد، وأمضيت الأحكام على ما كانت تجب في ذلك الوقت.

فرع: قال مالك: ولا عدة عليها الآن. قال ابن القاسم: وحمل ذلك عندي أن زوجها لم يخل بها في العدة، فإن خلا بها في العدة، فعليها عدة الأزواج، ولا رجعة له عليها فيها بمنزلة زوج خلا بزوجه وتقاررا على أنه لم يصبها، ثم طلقها، فإن عليها العدة للأزواج، ولا رجعة له عليها.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُؤَلَّى مِنْ أَمْرَاتِهِ، فَيُوقَفُ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ، فَيُطَلَّقُ ثُمَّ يَرْتَجِعُ، وَلَا يَمَسُّهَا، فَتَنْقُضِي أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا: إِنَّهُ لَا يُوقَفُ وَلَا يَقَعُ عَلَيْهِ طَلَاقٌ، وَإِنَّهُ إِنْ أَصَابَهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا كَانَ أَحَقَّ بِهَا، وَإِنْ مَضَتْ عِدَّتُهَا قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهَا، فَلَا سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ.

كتاب الطلاق ٢٤٥

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا طلق عليه لامتناعه من الفیئة، فارتجع فی العدة، فإنه لا یوقف مرة أخرى غیر التوقیف الأول، ولا یطلق علیه طلاق آخر، وإنما یكون أمره مراعى، فإن مس فی العدة، صحت الرجعة، وبطل الإیلاء، لوجود الحنث فیها، وإن لم یطأ فی العدة مع ارتفاع الموانع، بطلت الرجعة.

وقال الشافعی: إن راجع فی العدة، فمضت أربعة أشهر، ولم یطأ وقف مرة أخرى، فإن فاء، وإلا طلقت علیه طلقة بائنة، فإن ارتجع وفعل، فحسب ذلك من التوقیف والطلاق، حتى یكمل ما له فیها من الطلاق.

والدلیل على ما نقوله ما یأتی ذكره بعد هذا إن شاء الله.

مسألة: ولو أبى الفیئة، فطلقت علیه، فتزوجها بعد انقضاء العدة، فأرادت أن توقفه ثانية، فإن لها أن توقفه بعد أربعة أشهر من یوم یتزوجها الزواج الثانى.

وجه ذلك أن الإیلاء ینعقد قبل النكاح كما ینعقد فی الأجنبية، لكن الأربعة الأشهر لا یعتد بها إلا من مدة الزوجية، فمن آلى من أجنبية، ثم تزوجها اعتد بأربعة أشهر من یوم تزوجها، وهو من یوم یمکنه الاستمتاع بها، ویجب لها علیه حق الزوجية من الجماع وغیره.

فأما قبل ذلك، فإنه لا یجوز وطؤها، ولا یتعلق لها علیه بذلك حق، فإذا طلقها، وخرجت العدة بطل حکم الأربعة الأشهر؛ لأن المطالبة بالوطء لا تصح، فإذا تزوجها بعد ذلك، عاد حکم الأشهر لما قدمناه.

فرع: فإذا لم یفئ بعد انقضاء الأشهر طلقت علیه، ولم یکن له علیها رجعة؛ لأنه طلاق فی نكاح، ثم یوجد فیها بناء، فوجب أن یكون بانئاً.

مسألة: ومن أبى الفیئة بعد انقضاء الأشهر، فطلقت علیه، فتزوجها بعد انقضاء عدتها، وقد بقى علیه من مدة یمینه أشهر، فلما تزوجته أرادت توقیفه.

قال مالك: لیس لها ذلك؛ لأن هذا نكاح مستأنف، وإنما عاد علیه الإیلاء من أوله، فلیس لها أن توقفه حتى تمضى أربعة أشهر منه، وهو باق على حکم یمینه؛ ولو لم یبق من مدة یمینه إلا أربعة أشهر فأدنى، لم یکن علیه إیلاء، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُؤَلِّى مِنْ امْرَأَتِهِ، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا، فَتَنْقُضِي الْأَرْبَعَةَ الْأَشْهُرَ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الطَّلَاقِ، قَالَ: هُمَا طَلَقَتَانِ إِنْ هُوَ وَقِفَ، وَلَمْ يَفِئْ، وَإِنْ مَضَتْ عِدَّةُ

٢٤٦ كتاب الطلاق
الطَّلَاقِ قَبْلَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ، فَلَيْسَ الْإِيْلَاءُ بِطَّلَاقٍ، وَذَلِكَ أَنَّ الْأَرْبَعَةَ الْأَشْهُرَ الَّتِي
كَانَتْ يُوقَفُ بَعْدَهَا مَضَتْ، وَلَيْسَتْ لَهُ يَوْمٌ بِأَمْرًاؤ.

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن المولى منها يصح إيقاع الطلاق عليها؛ لأنها
زوجة ولا يبطل طلاقه حكم الأشهر؛ لأنه طلاق رجعى يلحق فيه الطلاق والظهار،
فلحق فيه حكم الإيلاء، فإذا انقضت الأشهر، وهى فى عدتها، أنها توقفه إن شاءت،
وإذا كان لها أن توقفه، فإن فاء فحكم القيمة أن يرجع فيطأ.

فإن لم يفعل ذلك طلقت عليه بالإيلاء، وكانت مع الطلقة التى أوقعها تطليقتين على
ما ذكر. قال فى المبسوط: فإذا أوقفه الإمام، فلا بد أن يفىء أو يطلق بعد، ولا يجزى
عنه ما مضى من الطلاق، والله أعلم.

مسألة: وقوله: «فإن مضت عدة الطلاق قبل الأربعة الأشهر، فليس الإيلاء بطلاق»،
يريد أن الطلاق الذى أوقعه إن انقضت عدته قبل انقضاء الأشهر، فقد بطل حكم
الأشهر؛ لأنها قد بانته منه، ولم يبق لها عليه حق مطالبة بوطء، ولذلك قال: «وليس
له بامرأة»، يريد بذلك ما قلناه.

قَالَ قَالِكُ: وَمَنْ حَلَفَ أَنْ لَا يَطَأَ امْرَأَتَهُ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا ثُمَّ مَكَثَ حَتَّى يَنْقَضِيَ
أَكْثَرُ مِنَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِيْلَاءً، وَإِنَّمَا يُوقَفُ فِي الْإِيْلَاءِ مَنْ حَلَفَ
عَلَى أَكْثَرِ مِنَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ، فَأَمَّا مَنْ حَلَفَ أَنْ لَا يَطَأَ امْرَأَتَهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَدْنَى
مِنْ ذَلِكَ، فَلَا أَرَى عَلَيْهِ إِيْلَاءً؛ لِأَنَّهُ إِذَا دَخَلَ الْأَجَلَ الَّذِي يُوقَفُ عِنْدَهُ خُرُجَ مِنْ
يَمِينِهِ وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ وَقْفٌ.

الشرح: وهذا كما قال أن من حلف أن لا يطأ امرأته أربعة أشهر فما دونها، لم
يلزمه حكم الإيلاء. وقال أبو حنيفة: من حلف على أربعة أشهر فرائد، ألزمه الإيلاء.

وقال النخعى والحسن وابن سيرين: من حلف أن لا يطأ زوجته يوماً أو أقل من ذلك
أو أكثر، ثم تركها دون أن يطأها أربعة أشهر، فقد بانته منه بالإيلاء.

والدليل على صحة ما نقوله أن له تربص أربعة أشهر، فإذا انقضت العدة التى منعت
يمينه من الوطء فيها قبل وقت التوقيف، لم يجب أن يوقف؛ لأن يمينه لم تتناول المنع من
الوطء فى هذه المدة، فكان بمنزلة من لم يحلف، فلم يزل توقيفه.

كتاب الطلاق ٢٤٧

ولذلك قال مالك: «لأنه إذا جاء الأجل الذى يوقف عنده، خرج من يمينه»، يريد أن المدة التى تناولتها يمينه، قد انقضت، فلم يكن عليه توقيف.

مسألة: ومن حلف أن لا يطأ امرأته حتى يقضى غريمه حقه أو يفعل كذا، كان ذلك الفعل مما يقرر عليه، أو لا يقرر عليه، فهو مول فى ذلك كله، قاله مالك فى المبسوط.

ووجه ذلك عندى أنه قد حلف يميناً يمنع وطأها، ولا يصل إلى ذلك إلا بجنث فيها، فوجب عليه حكم من عمل أو غرم مال كما لو حلف أن لا يطأها جملة. قال مالك فى المدنية: إذا زاد على الأربعة الأشهر وقف، فيما فاء، وإما طلق.

مسألة: ومن حلف أن لا يطأ امرأته حتى يخرج إلى الحج أو إلى بلد يتكلف له سفرًا قريبًا أو بعيدًا، فقد قال ابن القاسم فى الذى يقول: والله لا أطوك فى هذا المصر أو فى هذه البلدة، هو مول؛ لأنه قال: لا أطوك حتى أخرج منها، فإذا كان خروجه يتكلف فيه المؤنة والكلفة، فهو مول.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أن يرد به الانتقال والخروج بها إلى موضع تلحقه مؤنة ونفقة بالانتقال إليه.

وأما لو أراد به الخروج من نفس حضرته إلى موضع يقرب منها كالخروج إلى جنته أو مزرعته القريبة، فهذا بمنزلة قوله: والله لا أطوك حتى أكلم فلانًا، وفلان حاضر، وحتى أدخل الدار، والدار قرية المكان منه.

فرع: فإن كانت مسافة السفر أكثر من أربعة أشهر، طلقت عليه عند انقضاء الأربعة الأشهر، ولم يخير، ولم ينتظر إذا طلبت ذلك.

مسألة: ومن حلف أن لا يطأ امرأته فى هذه السنة إلا مرة واحدة، قال ابن القاسم: لا يكون موليًا، ما لم يطأها، فإن وطئها، وقد بقى عليه من السنة أكثر من أربعة أشهر، فإنه يكون موليًا.

وروى عنه ابن المواز رواية ثانية: أنه إذا مضت له أربعة أشهر من وقت يمينه وقف، فيما أن يفىء، وإلا طلقت عليه. قال: وهذا أحب إلينا.

مسألة: ومن حلف أن لا يطأ امرأته كذا وكذا وطأة، روى عيسى، عن ابن القاسم: هو مول، وأجله من يوم حلف. ووجه ذلك أنه يجنث بوطئه واحدة منها.

قَالَ مَالِكُ: مَنْ حَلَفَ لَامْرَأَتِهِ أَنْ لَا يَطَّأَهَا حَتَّى تَفْطِمَ وَلَدَهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ

إِيْلَاءٌ، وَقَدْ بَلَّغَنِي أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ، فَلَمْ يَرَهُ إِيْلَاءً.

الشرح: قوله: «من حلف أن لا يطأ امرأته حتى تفتطم ولده، لا يكون إِيْلَاءً»، هو قول مالك، وقد رواه عن علي بن أبي طالب، رضی الله عنه.

ومعنى ذلك أنه ليس بالإيلاء الذى يثبت به حكم الإيلاء من توقيف الزوج عند انقضاء أربعة أشهر، وإن كان اسم الإيلاء يقع عليه؛ لأنه لا خلاف أنه حالف والحلف هو إِيْلَاءٌ، فبكل حالف مول من جهة اللغة، إلا أن المولى الذى يلزمه التوقيف هو الذى وجد منه الإيلاء الشرعى، هو قول مالك، وأحد قولى الشافعى، وله قول آخر: أنه مول ولا اعتبار برضاع الولد، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن الإيلاء الشرعى تعتبر فيه معان قررها الشرع من أن يكون الحالف، إنما قصد الإضرار بالزوجة فى ذلك؛ لأن الله تعالى قد منع من إمساك النساء على وجه الإضرار بهن، فقال عز وجل: ﴿وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضُرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]، ويعرف ذلك، ويقضى عليه به، إذا لم يكن ثم وجه منفعة ولا مانع من الوطء، والحالف لا يطأ حتى يفتطم ولده؛ لأن لولده منفعة فى ترك وطء أمه التى ترضعه.

ولذلك روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن فارس والروم تفعله»^(*).

والغيلة عند مالك أن يطأ الرجل امرأته، وهى ترضع، فهو وإن كان لم يته عنه قد نبه بقوله هذا على أنه مما يخاف ضرره، وإنما ترك النهى عنه على وجه من التوكيد؛ لأن ضرره ليس بلازم، وهذا إنما هو إذا كانت الأم ترضعه، ولو كانت لا ترضعه، وإنما يرضعه غيرها، لكان عندى حكمها حكم من لا ولد لها.

فإذا كان لتركه الوطء وجه منفعة، سقط عنه حكم الإيلاء المتعلق بالمضار، ولذلك قلنا إنه من منعه من وطئها مرض أو سجن أو مانع يعلم، سقط عنه حكم الإيلاء حتى يزول عنه ذلك المانع، والله أعلم.

مسألة: ومن حلف لامرأته التى ترضع ولده، أن لا يطأها سنتين، وقال: أردت بذلك كمال الرضاع، ففى المبسوط عن ابن الماجشون: ذلك له، ولا يلزمه توقيف.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٤٢. الترمذى حديث رقم ٢٠٧٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣٢٦. أبو داود حديث رقم ٣٨٨٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٦٤٩٤، ٢٦٤٩٥، ٢٦٩٠١.

كتاب الطلاق ٢٤٩

ومعنى ذلك أنه مول؛ لأنه قد يتعلق بيمينه بالضرر، إن مات ابنه قبل انقضاء الستين أو فطم قبل ذلك، وإنما الذى لا يكون به مولياً من حلف أن لا يطأ حتى يفظم؛ لأنه لا يتعلق بيمينه بالضرر على وجه.

وأما من ضرب لذلك مدة من الزمان، فحكمه ما تقدم بيمينه، فلزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر، ووزان مسألة الرضاع من مسألة المريض أن يحلف أن لا يطأ ما دام مريضاً، فهذا يجب أن لا يلزمه توقيف.

كما أن والد الرضيع لو حلف أن لا يطأ أكثر من عامين لعلم إضراره بيمينه، ولزمه التوقيف عند انقضاء أربعة أشهر من وقت يمينه، وتكون فينته بالقول عند التوقيف يصدق ذلك فينته عند انقضاء الرضاع.

فرع: فإن مات ابنه، وقد بقى من الستين أكثر من أربعة أشهر، ففى المبسوط عن ابن الماجشون: يلزمه حكم الإيلاء من يوم موت ابنه، فإذا انقضت أربعة أشهر من ذلك اليوم، وقف.

ووجه ذلك أنه قد تبين أن يمينه تناولت الإضرار بالزوجة، فاعتد بمدة التربص له من يوم لم يبق ليمينه وجه غير الضرر، كما لو حلف أن لا يطأ أجنبية، ثم تزوجها لكانت مدة التربص من يوم تعلقت بيمينه بالضرر، وكان لها حق المطالبة بالوطء.

مسألة: ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير يمين على وجه الضرر، قال القاضى أبو محمد: وعرف ذلك منه، وطالت المدة، أن حكمه حكم المولى.

وقال مالك: لا يترك، وذلك إن لم يكن له عذر حتى يطأ أو يفرق بينهما. قال القاضى أبو محمد: يفرق بينهما من غير ضرب أجل.

ووجه ذلك عندى أنه ليس هناك مانع من يمين ولا غيرها، فلم يضرب له أجل تربص والمولى يمنعه اليمين التى تلزمه، فضرب له أجل أربعة أشهر ليرى، ويتسبب فى الخروج عن اليمين التى لزمته.

وقد قال مالك وأصحابه فى المريض يولى من امرأته: أنه يوقف عند انقضاء أربعة أشهر، فإن فاء بلسانه، أجزأه ذلك حتى يفيق.

والفرق بينه وبين والد المرضع أن والد المرضع لرضاع ولده غاية معلومة قد علق بيمينه بها، فكأنه حلف على مدة الرضاع، والمريض ليس لمرضه مدة مؤقتة، فإذا علق بيمينه بمدة تزيد على أربعة أشهر، فقد قصد الإضرار.

* * *

إيلاء العبد

١١٥٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شَيْهَابٍ عَنِ إِيْلَاءِ الْعَبْدِ، فَقَالَ: هُوَ نَحْوُ إِيْلَاءِ الْحُرِّ، وَهُوَ عَلَيْهِ وَاجِبٌ، وَإِيْلَاءُ الْعَبْدِ شَهْرَانِ.

الشرح: قوله: «إيلاء العبد نحو إيلاء الحر، وهو عليه واجب»، يريد أنه إيلاء الحر في لزومه حكم الأيمان، واعتباره مدة التربص، والتوقيف عند انقضائها مع بقاء اليمين، فإن فاء، وإلا طلق عليه.

ووجه ذلك أن إيلاءه تعلق بالمنع من الوطء عارياً عن العذر والمنفعة مدة تزيد على مدة التربص.

فصل: وقوله: «وإيلاء العبد شهران»، هو قول مالك، سواء كانت تحته حرة أو أمة. وقال أبو حنيفة: إيلاء العبد من الأمة شهران، ومن الحرة أربعة أشهر. وقال الشافعي: إيلاؤه منهما أربعة أشهر.

والدليل على ما نقوله ما استدل به القاضي أبو محمد أن مدة الإيلاء يتعلق بها حكم البيئونة، فوجب أن لا يساوى فيه الحر العبد. أصل ذلك الطلاق.

مسألة: وإن آلى العبد، ثم عتق مكانه، بقى على حكم إيلاء العبيد، ولم ينتقل عن ذلك، بأن عتق بعد أن لزمه ووجب عليه كما أنه لو زنى في حال الرق، ثم أعتق، لم ينتقل حده عن حد العبد إلى حد الحر.

* * *

ظهار الحر

الظهار، هو وصف المظاهر من يحل له وطؤها من زوجة أو أمة بأنها عليه كظهر أمه، وله في الشرع ألفاظ وأحكام تختص به.

قال مالك في المبسوط: الظهار يمين تكفر. وفي المدونة: إن مطلق الظهار ليس بيمين، وإنما يكون يمينا إذا قال: إن فعلت كذا، فأنت على كظهر أمه، والظهار محرم، قاله القاضي أبو محمد.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ

كتاب الطلاق ٢٥١

إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم وإلهم ليقولون منكراً من القول وزوراً ﴿المجادلة: ٢﴾،
ففي الآية دليلان، أحدهما: إنكار ما قالوا وتكذيبه. والثاني: أنه وصفه بأنه منكر
وزور. قال القاضي أبو إسحاق: ومن ظاهر أدب؛ لقوله المنكر وألزمه.

مسألة: والظهار تحريم الوطء المباح من الزوجة والأمة، وهل يحرم عليه الاستمتاع
بالقبلة والنظر والمباشرة وغير ذلك.

اختلف أصحابنا في ذلك، فقال مالك في المدونة: لا يقبل، ولا يباشر، ولا يلمس،
ولا ينظر إلى صدر ولا شعر.

وفي المختصر الكبير: ولا إلى شيء منها، حتى يكفر. قال مالك: لأن ذلك لا يدعو
إلى خير، ولا بأس أن يكون معها في بيت إذا كان ممن يؤمن.

وفي التفريع لابن الجلاب: لا يقبل، ولا يباشر، ولا بأس أن ينظر إلى الرأس والوجه
واليدين، وسائر الأطراف قبل أن يكفر.

ومن أصحابنا من حمل ذلك على التحريم كالوطء، وبه قال القاضي أبو محمد.
ومنهم من حمّله على الكراهية لئلا يدعو إلى الجماع، وبه قال الشافعي.

وقال عبد الملك في المبسوط في المتظاهر، يقبل ويباشر، وينظر إلى الصدر والشعر
والمحاسن: إن ذلك على وجه الكراهية، لذلك كله كالتغيير في الجماع الذي لا يحل لمن
لم يكفر، نحو كراهيتهم القبلة للشباب الصائم، والملاسة.

وجه القول الأول ما احتج به الشيخ أبو بكر أن ذلك معنى طراً على النكاح، منع
الوطء من أجل تحريم حادث، فإنه يمنع الاستمتاع كله واللذة بقبلة وغيرها كالطلاق
الرجعي، والاعتكاف، والإحرام.

وجه القول الثاني أنها زوجة منع وطؤها لمعنى ليس لعبادة، ولا يفضى إلى بينونة،
فلم يمنع الاستمتاع بغير الوطء كالحيض والعبادات التي تمنع الزوج من الاستمتاع إذا
اختصت بالزوجة، فإنما يمنع الزوج منها ما يفسد على الزوجة عبادتها.

ولذلك لا يمنع من الاستمتاع بالنظر إليها، وليس في الظهار شيء من ذلك، فإنما يمنع
من ذلك في حقه لئلا يحركه إلى موافقة المحرم من الوطء.

فإذا قلنا إنه ينظر الوجه واليدين، فإن معنى ذلك أن ينظر لغير وجه الاستمتاع، يبين
ذلك ما في المدونة، قيل للملك: أينظر إلى وجهها؟ قال: نعم، وغيره أيضاً قد ينظر إلى
وجهها.

٢٥٢ كتاب الطلاق

فروع: فإن قَبِلَ أو باشر، فقد قال سحنون: من قَبِلَ أو باشر في شهرى الصيام عن كفارة الظهر، قطع ذلك التسابع. وقال أصبغ: لا يقطع ذلك التسابع، ورجع إليه سحنون، ويصح أن يكون القولان مبنيين على ما تقدم.

مسألة: فإن كان الظهر مطلقاً، فتحريمه مطلق لا يستباح إلا بعد الكفارة، وإن كان مقيداً مثل أن يقول: أنت على كظهر أمى اليوم، فلا خلاف فى ثبوت الظهر من اليوم، وهل يبطل بانقضاء اليوم أم لا؟ المشهور أنه باق بعد اليوم حتى يكفر كالطلاق، وقاله مالك فى المبسوط.

قال ابن شعبان: يطؤها دون كفارة أحب إلى، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يتعلق به حكم الظهر.

ودليلنا أن هذا لفظ يحرم به الوطء، فوجب أن يكون تقييده كإطلاقه كالطلاق.

* * *

باب فأما ألفاظه فأصلها أنت على كظهر أمى

الأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتى ولدنهم﴾ [المجادلة: ٢]، ثم قال: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣]، فهذا اللفظ المستعمل يختص بأمرين، بالأم والظهر.

فإن عدل عن هذا اللفظ، فإنه يقع العدول عنه على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يعلق التشبيه بعضو من الأم غير الظهر. والثانى: أن يعلقه بظهر غير الأم. والثالث: أن يعلقه بعضو غير الظهر من امرأة غير الأم.

مسألة: فأما إن شبه امرأته بعضو من أمه مثل أن يقول: أنت على كراس أمى، أو يقول كالبطن أو الفرج، أو القدم، أو الفخذ، أو العضد، ففى المدونة: يكون مظاهراً فى ذلك كله.

قال القاضى أبو محمد: ومن شبه امرأة ببعض أمه، فهو مظاهر خلافاً للشافعى فى قوله: لا يكون مظاهراً إلا بتشبيه بالظهر، ولأبى حنيفة قال: لا يكون الظهر إلا فى تمثيله بعضو من أمه يحرم عليه النظر إليه.

والدليل على ما نقوله أنه عضو من ذات محرم أثبت لامراته حكمه، فوجب أن يكون مظاهراً كالظهر.

كتاب الطلاق ٢٥٣

فرع: وإن أثبت للجملة حكم الجملة، فقال: أنت على كأمى، فقد قال مالك: هو مظاهر. قال الشيخ أبو القاسم: كانت له نية، أو لم تكن. قال ابن القاسم: وكذلك إذا قال لها: أنت أمى.

قال القاضي أبو محمد: خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قوليهما: إن لم ينو الظهار، فإنه محمول على البر والكرامة، وهذا يقتضى أن يكون مظاهراً إن لم تكن له نية جملة. وأما إن كانت له نية الإكرام والبر، فيجب أن لا يكون مظاهراً.

والدليل على ما نقوله أنه وجد منه تشبيه امرأته بأمه دون نية تصرف ذلك عن التحريم، فوجب أن يكون مظاهراً، هذا أصل ذلك إذا قال لها: أنت على كظهر أمى.

فرع: فإن قال لها: أنت على حرام كأمى، أو مثل أمى، أو كظهر أمى، حكى القاضي أبو محمد: أنه يكون ظهاراً، ولم يشترط نية. وفي العتبية وكتاب ابن المواز عن مالك: إنه مظاهر إن لم تكن نية له، خلافاً للشافعي وأبي يوسف ومحمد.

والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضي أبو محمد أنه قد أتى بصريح الظهار، وهو قوله: أنت على كظهر أمى، فلم يكن طلاقاً كما لو عراه عن لفظ التحريم.

فرع: وقوله: «أنت على أحرم من أمى»، إن لم ينو الطلاق، في العتبية والموازية عن مالك: هو مظاهر. وروى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم في قوله: أنت على أحرم من أمى، أنها البتة.

وقال عبد الملك بن الماجشون: في قوله: أنت على أحرم من أمى، أنه ظهار، وإن نوى الطلاق.

وجه قول مالك أن اللفظ يحتمل الطلاق، ويحتمل الظهار، إلا أنه في الظهار أبين؛ لأنه إنما استعمل تشبيه الزوجة بالأم في الظهار، فحمل على ما يصلح أن يراد به، فإذا عدت النية، حمل على الأظهر.

وجه قول ابن القاسم أن لفظ التحريم، يقتضى الطلاق البائن، والتشبيه بالأم يقتضى الظهار، وإذا تردد الحكم بين التعليل والتخفيف حمل على أشدهما، كمن شك في طلبة أو ثلاث، فإنه يحمل على الثلاث.

وجه قول عبد الملك أن التشبيه بالأم قرر الشارع به حكم الظهار، فلا يخرج عن بابه لفظ التحريم؛ لأن المبتدئ بالظهار في أول الإسلام، إنما قصد التحريم، فحكم الله عز وجل فيه بالظهار، هذا الذى احتج به ابن الماجشون.

٢٥٤ كتاب الطلاق

مسألة: وأما إذا علقه بظهر غير الأم مثل أن يقول: أنت على كظهر فلانة، فلا يخلو أن تكون المرأة المذكورة من ذوى محارمه، أو أجنبية، أو ممن يحل له وطؤها من زوجة أو أمة.

فإن كانت من ذوى محارمه، فهو مظاهر بذلك فى قول مالك، وإن كانت أجنبية، فقد قال مالك: هو مظاهر، كان لها زوج أو لم يكن لها زوج. وقال عبد الملك: يكون طلاقاً. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يكون طلاقاً، ولا ظهاراً.

قال القاضى أبو محمد: والدليل على صحة قول مالك أنه شبه امرأته بظهر محرمة عليه، فلزمه حكم الظهار. أصله إذا قال: كظهر أمه.

ووجه قول عبد الملك بالظهار إنما يتعلق بتحريم مؤبد، ولا يكون ذلك إلا برفع عقد الاستباحة، وذلك إنما يكون بالطلاق، وإن علقه بظهر من يحل وطؤها، فسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما إذا علق بغير الظهر من غير الأم، وذلك أن يعلقه بعضو غير الظهر، فيقول: أنت على كراس فلانة أو يدها، فلا يخلو أن يضاف ذلك إلى ذات محرم أو أجنبية، فإن أضافه إلى ذات محرم بنسب أو صهر أو رضاع، فإن ذلك ظهار، فحكمه فى الظهار على ما تقدم، وكذلك الأجنبية.

* * *

باب

فأما من يظاهر منها، فإنه يثبت حكم الظهار من كل من يجوز للرجل وطؤها من زوجة، أمة أو حرة، مسلمة أو كفاية، أو ما تملك يمينه من أمة أو أم أو لد أو مدبرة، قاله فى المدونة. وفى المختصر الكبير: وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يكون الظهار إلا فى زوجة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون منكم نسائهم﴾ [المجادلة: ٢]. قال مالك فى المبسوط: والسرية من النساء.

ودليلنا من جهة المعنى أنه فرج مباح له، فجاز أن يتعلق به حكم الظهار كالزوجة. وفى المبسوط: سواء كانت صبية أو محرمة أو حائضاً أو رتقاء أو صائمة، فهو مظاهر منهن كلهن، قاله ابن القاسم.

كتاب الطلاق ٢٥٥

مسألة: ولو كان له من الأمة شقص، لم يلزمه فيهاظهار، رواه ابن المواز. ووجه ذلك أنه لا يحل له الاستمتاع بها لنقص ملكه فيها.

قال الشيخ أبو القاسم: وكذلك حكم المكاتب والمعتقة إلى أجل، وكل من لا يحل له الاستمتاع بها من الإماء، والله أعلم، وقاله ابن الماجشون في المبسوط.

وجه ذلك أن من لا يحل له الاستمتاع بها لم يتعلق ظهاره بها كالأجنبية.

فصل: وقوله: «ظهار الحر»، يريد أن الحر المسلم المكلف الذي يقدر على الاستمتاع، يلزمه الظهار، سواء كان مالكاً لأمر نفسه أو كان محجوراً عليه. فأما المالك لأمر نفسه، فسنين حكمه إن شاء الله تعالى.

وأما المحجور عليه، فإنه يلزمه الظهار؛ لأنه مسلم يقدر على الاستمتاع، ويصح منه الطلاق، فلزمه الظهار كالمالك لأمره.

مسألة: وأما الذمي، فإنه لا يصح ظهاره خلافاً للشافعي. والدليل على ما نقوله أن كل من لا يصح طلاقه، فإنه لا يصح ظهاره كالمجنون والصغير.

مسألة: وأما الخصى والمجبوب والعنيد والشيخ الفاني، فقد روى ابن سحنون، عن أبيه: لا يلزمهم ظهار ولا إيلاء، وكذلك كل من لا يقدر على الجماع معناه، ولا يرجوه.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندى أن هذا مبني على أن الظهار لا يحرم الاستمتاع بغير الوطاء. وقد اختلف أصحابنا في ذلك، فإذا قلنا إن الظهار يحرم الاستمتاع كما يحرم الوطاء، وهو ممكن من جميعهم، وجب أن يلزمهم الظهار.

وإذا قلنا إنه ليس بمحرم لنفسه، وإنما هو ممنوع لئلا يكون داعية إلى الجماع، فلا يصح الظهار من المجبوب ولا الخصى ولا العنيد؛ لأن الجماع لا يتأتى منهم.

وأما الإيلاء، فإنما يسقط عنهم حكم التوقيف للفيتة؛ لأنهم لا يستطيعون عليها، ولا يمكنهم فعلها ولا تركها، يبين هذا أن الشيخ الفاني لو تحامل وجامع لحنث في إيلائه.

مسألة: فأما السكران، فإنه يلزمه الظهار، حكاه ابن القاسم في المدونة، قال: لأن مالكاً قال: يلزمه الطلاق، فكذلك الظهار عندى، قال: ولا يلزم المعتدة ولا الصبي ظهار؛ لأن مالكاً قال: لا يلزمه الطلاق، وكذلك المكره.

٢٥٦ كتاب الطلاق

وقال محمد في الذي يفيق من سكره، فتقول له امرأته: تظاهرت منى حال سكرك، فيقول: لا علم لي بذلك، لا يقربها حتى يكفر.

١١٦٠ - مَالِك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ سُلَيْمِ الزُّرْقِيِّ أَنَّهُ سَأَلَ الْقَاسِمَ ابْنَ مُحَمَّدٍ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَةً إِنَّهُ هُوَ تَزَوَّجَهَا، قَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: إِنَّ رَجُلًا جَعَلَ امْرَأَةً عَلَيْهِ كَظْهَرِ أُمِّهِ إِنَّهُ هُوَ تَزَوَّجَهَا، فَأَمْرَةٌ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِنَّهُ هُوَ تَزَوَّجَهَا أَنْ لَا يُقَرِّبَهَا حَتَّى يُكْفَرَ كَفَارَةَ الْمُتَظَاهِرِ.

الشرح: قوله: «في رجل طلق امرأة إن تزوجها»، فجوابه بما روى عن عمر بن الخطاب في الظهار، يقتضى لزوم الطلاق عنده، وأنها تطلق عليه إن تزوجها.

وكذلك الظهار على حسب ما جابوب عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، فمن ظاهر من امرأة إن تزوجها، ثم تزوجها، لزمه الظهار، ووجب عليه أن يكفر قبل أن يمسه، وسيأتي بعد هذا مبيناً إن شاء الله تعالى.

١١٦١ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ الْقَاسِمَ ابْنَ مُحَمَّدٍ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ عَنْ رَجُلٍ تَظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ قَبْلَ أَنْ يَنْكِحَهَا، فَقَالَا: إِنَّ نِكَاحَهَا، فَلَا يَمَسُّهَا حَتَّى يُكْفَرَ كَفَارَةَ الْمُتَظَاهِرِ.

الشرح: سؤاله عن رجل تظاهر من امرأته قبل أن ينكحها، يريد قال لها: إن تزوجتك، فأنت على كظهر أمي، فهذه التي لزمه التظاهر منها إن تزوجها. وأما لو قال: أنت على كظهر أمي، ولم يضيف ذلك إلى تزوجها، لم يلزمه شيء.

وروى ابن مزين، عن عيسى بن دينار: أن معنى قول القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أن السائل كان قد قال: إن تزوجتك، وأما إن لم يقل ذلك، فلا ظهار عليه إذا تزوجها. وقال الشافعي والثوري: لا يلزمه ظهار في الوجهين.

والدليل على ما نقوله أن هذا أضاف الظهار إلى حال الزوجية، فوجب أن يلزمه إذا وجدت الزوجية. أصله إذا قال ذلك لزوجته.

١١٦٠ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٤٣٥/٦، ٤٣٦. الأثر ١١٥٥٠. البيهقي في السنن

الكبرى ٣٨٣/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٤١.

١١٦١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٤٢.

مسألة: وقال مالك في رجل ذكر له نكاح امرأة، فقال: هي أُمِّي، فهو مظاهر.

وروجه ذلك أنه مستند إلى ما عرض عليه من أن تزوجها، فكأنه قال: إن فعلت ذلك، فهي أُمِّي، وأما لو قال لها ذلك يريد أن يصفها بالكبر، فعندى أنه لا يلزمه بذلك ظهار ولا غيره.

فصل: وقوله: «إن نكحها، فلا يمسه حتى يكفر كفارة المتظاهر»، يريد، رضى الله عنه، أن يعقد النكاح تتعين عليه الكفارة لما وجدت منه العودة المصححة للكفارة قبل المسيس لقول عز وجل: ﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ يَتَمَسَّهَا﴾ [المجادلة: ٣].

وأما لو كفر قبل أن يتزوجها، فإنه لا يجزئه؛ لأن العودة لا تصح منه، وهي شرط في صحة الكفارة.

١١٦٢ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ تَزَاهَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ نِسْوَةٍ لَهُ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ: إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ.

١١٦٣ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ مِثْلَ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِك: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا

الشرح: معنى ذلك أنه من قال لأربع نسوة له: أنتن على كظهر أُمِّي، أنه متظاهر بهذا اللفظ من جميعهن، ويجزئه في ذلك كفارة واحدة، خلافاً لأحد قولي الشافعي وأبي حنيفة؛ لأن يمينه واحدة، فلم يلزمه به إلا كفارة واحدة، كما لو حلف يميناً واحدة، لا ألبس الثوب ولا آكل الخبز، ولا أدخل الدار، ثم حنث، لم تلزمه إلا كفارة واحدة، يدل على ذلك أنه لا يمكنه أن يحنث في إحداهن دون الأخرى.

فرع: فإن وطئ واحدة منهن، فقد حنث في جميعهن، ولم يجز له أن يقرب واحدة منهن حتى يكفر؛ لوجوب تقديم الكفارة على المسيس، فإن كفر عن واحدة منهن، فقد بطل حكم الظهار، وجاز أن يطأ سائرهن دون كفارة تلزمه، وإن لم ينو بكفارته إلا الأولى، قاله كله في المدونة.

وروجه ذلك ما قدمناه من أنها يمين واحدة، فلم يجب عليه بها غير كفارة واحدة.

١١٦٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٤٣.

١١٦٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٤٤.

٢٥٨ كتاب الطلاق

مسألة: ولو أفرد كل واحدة منهن بلفظ ظهار فى مجلس أو مجالس، فيقول لإحدهن: أنت على كظهر أمى، ثم يقول للأخرى: وأنت على كظهر أمى، ثم يقول للثالثة كذلك، ويقول للرابعة كذلك، لوجب عليه لكل واحدة منهن كفارة كاملة بالعودة.

كمن حلف لا يأكل الطعام، ثم حلف لا يلبس الثوب، ثم حلف لا يدخل الدار، فحنث، لزمته بكل يمين كفارة كاملة.

مسألة: ومن قال لامرأته: أنت على كظهر أمى، ثم قال لأخرى: أنت على مثلها، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: فى كل واحدة منهما كفارة واحدة.

وروجه ذلك أنه قد أفرد كل واحدة منهما بظهار يخصها، لا يحصل به حائثا فى الأخرى.

مسألة: ومن قال لأربع نسوة: من دخلت منكن الدار، فهى على كظهر أمى، ففى المدونة عن ابن القاسم: عليه أربع كفارات إن دخلن كلهن الدار، فى كل واحدة منهن كفارة، ولو قال: إن دخلتن الدار، فأنتن على كظهر أمى، فإنه لا يلزمه فى جميعهن إلا كفارة.

وروجه ذلك أنه إذا قال: من دخلت منكن الدار، فهى على كظهر أمى، فقد أفرد كل واحدة منهن بحكم نفسها، ولذلك إن دخلت إحدهن الدار، لم يكن مظاهراً فى غيرها، ويكون مظاهراً فى التى دخلت خاصة، فثبت بذلك أن اللفظ يقتضى أفراد كل واحدة منهن بظهار يخصها، لزمته فيه كفارة واحدة.

وإذا قال لهن: إن دخلتن الدار، فأنتن على كظهر أمى، فإنه إن دخلت إحدهن الدار، ثبت حكم ظهاره من جميعهن، ولم يثبت له حكم الظهار عند الشافعى حتى يدخل جميعهن.

فقد وقع الاتفاق على أن لا ينفرد دخول واحدة منهن بظهار يخصها دون غيرها، فثبت بذلك أن هذه واحدة فى جميعهن، واليمين الواحدة لا يجب بها غير كفارة واحدة.

فروع: وأما إذا قال: كل من دخلت منكن الدار، فهى على كظهر أمى، فالظاهر من المذهب أنها بمنزلة قوله: من دخلت منكن الدار، فهى على كظهر أمى، رواه ابن المواز. وفى العتبية من رواية ابن القاسم: أنه إن قال ذلك، فإنه تجزئه كفارة واحدة.

ويحتمل أن يريد بذلك أن حكم كل امرأة أتزوجها مخالف لحكم قوله: من تزوجت منكن، وأنه بمنزلة قوله: إن تزوجتكن، ويحتمل أن يريد أن الباب كله باب واحد لا يجب في ذلك إلا كفارة، وما قدمناه أولاً أصح، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي كَفَّارَةِ الْمُتَظَاهِرِ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤].

الشرح: قوله سبحانه وتعالى في كفارة المتظاهر: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ يقتضى أن الرقبة تجزئ في كفارة الظهار، ولها صفات: الإسلام والسلامة. فأما الإسلام، فإنه لا يجزئ في كفارة إلا رقبة مؤمنة. وأما الكافر، فلا يجزئ خلافاً لأبي حنيفة فى قوله: لا يعتبر فيها الإسلام.

والدليل على ما نقوله أن هذه رقبة مخرجة على وجه الكفارة، فاعتبر فيها الإيمان ككفارة القتل، ويجزئ فى ذلك الصغير والأعجمى على حسب ما تقدم فى كفارة الأيمان بالله تعالى.

ولو أعتق عن ظهاره منقوساً، فلما كبر وجد أحرس أو مقعداً أو أصم أو أبكم أو مطبقاً جنوناً، فقد روى فى العتبية محمد بن خالد، عن داود بن سعيد بن زيد: قد أجزأه؛ لأنه شىء يحدث، وكذلك فى المبيع لا يرد بهذا العيب.

مسألة: ومن قال: إن اشترت فلاناً، فهو حر عن ظهارى، ففى الموازية عن ابن القاسم: تجزئه.

ووجه ذلك أنه لم يتعلق به عتق لغير الظهار، وإنما يتعلق به الظهار، فوجب أن يجزئه، وبذلك يخالف من قال: إن اشترت فلاناً، فهو حر، ثم اشتراه عن ظهاره، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: لا يجزئه.

وذلك أنه قد تقدم له فيه عقد عتق لازم لغير الظهار. وفى مسألتنا لم يتقدم له فيه عتق إلا للظهار، فكان ذلك بمنزلة من يشتري عبداً، ونيتة أن يعتقه للظهار.

وروى ابن أبى زيد، عن ابن القاسم فى المرأة تعطى زوجها رقبة يعتقها عن ظهاره أو ثمنها: إن كان ذلك بشرط العتق، لم يجزئه، وإن كان بغير شرط أجزأه؛ لأن هذا أيضاً قد شرط عليه عتقه للظهار من يملكه، فكانه هو الذى أثبت فيه العتق دون المظاهر. وفى مسألتنا بخلافه؛ لأنه هو الذى أثبت فيه عتق الظهار.

٢٦٠ كتاب الطلاق

مسألة: ومن أعتق عبدًا عن ظهاره، وهو إنما يملك نصفه، ففي الموازية عن ابن القاسم: يجزئه وتلزمه القيمة. قال أصبغ وسحنون: لا يعجبني هذا، وليس أحد من أصحابه عليه.

وجه قول ابن القاسم أن ما لزمه من العتق في النصف الثاني، إنما لزمه بسبب العتق الأول، فكان له حكمه، ألا ترى أنه إذا قال له: إن اشتريتك، فأنت حر عن ظهاري، فإنه قد لزمه عتقه، ومع ذلك فإنه إذا اشتراه أجزأه عن ظهاره.

وجه القول الثاني أن العتق الثاني وقع بغير اختياره، ولم يقصد به العتق عن ظهاره، وإنما هو لتبعض العتق، فلم يجزه. أصل ذلك إذا لزمه عتق عن جميعه ليمين أو غير ذلك. مسألة: ولو كان له عبد، فأعتق نصفه عن ظهاره، ثم أعتق باقيه عن ذلك الظهار، فقد روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم: أنه يجزئه. وروى ابن حبيب وابن الماجشون، عن أصبغ: لا يجزئه.

وجه القول الأول أنه مبني على أصليين، أحدهما: أن العتق لا يمنع صحة تبعضه. والثاني: أن لا يعتق الباقي بالسراية، وإنما يعتق بعته عليه إن أراد ذلك، أو يحكم عليه السلطان به إن أباه.

وجه القول الثاني أنه مبني على أنه لا يصح تبعضه أو على أن النصف الثاني يعتق عليه بالسنة، وليس عتقه بموقوف على اختياره، فلا يجزئه.

مسألة: ومن أعتق عنه غيره عبدًا بغير علمه عن ظهاره، فإنه يجزئه عند ابن القاسم. وقال عبد الملك: لا يجزئه، وإن رضى بذلك بعد العتق. وقال أشهب: لا يجزى عن الحى، وإن كان بسؤاله ورغبته.

وجه قول ابن القاسم أنه معنى تجوز فيه النيابة؛ لأن طريقه المال، ولذلك يجوز أن يعتق عن الميت، وسلمه ابن الماجشون.

وجه قول ابن الماجشون أنه لو باعه منه على أن يعتقه هو، لم يجز له ذلك، ولو وهبه إياه على أن يعتقه عن ظهاره لم يجزه، فكذلك إذا أعتقه عنه.

والفرق بينهما على قول ابن القاسم أنه قد ملك الواهب أو البائع العتق في ذلك العبد قبل وقوعه، ولزم الموهوب له إيقاعه بالشرط، فلذلك لم يجز، ألا ترى أنه لو باعه من ورثة الميت بشرط عتقه عنه أو وهبهم إياه بذلك الشرط، لم يجزه، والذي أنفذ عتقه على العتق عنه عتقه، ولذلك جاز أن يعتقه عن الميت.

كتاب الطلاق ٢٦١

وقد روى فى العتبية أبو زيد، عن ابن القاسم فى المرأة تعطى زوجها الرقبة يعقها عن ظهاره أو ثمن الرقبة، إن كان بشرط العتق، لم يجزه، وإن كان بغير شرط، أجزأه، وذلك لما ذكرناه. ورواه فى المدنية عيسى بن دينار وعبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة. فرع: فإذا قلنا يجزئه على قول ابن القاسم، فإنه قال: يجزئه إن لم يدفع فى ثمنه شيئاً. قال الشيخ أبو محمد فى نوادره: يريد كأنه اشتراه بشرط العتق.

ومعنى ذلك أن من اشترى عبداً بشرط العتق لم يجزه عن عتق واجب عليه، فعلى هذا إنما يجزئه على قول ابن القاسم بشرطين، أحدهما: ما تقدم، وهو أن لا يدفع إليه فيه ثمنًا. والثانى أن يرضى المعتق عنه بذلك.

وإن لم يرض بذلك إذا بلغه، فقد قال الشيخ أبو عمران: لا يجزئه. ومعنى ذلك أن نية العتق للظهار معدومة، ولم تتعقبها إجازة، وهى تقوم مقام النية، وفى ذلك شرط ثالث مختلف فيه، وهو أن يكون العتق بعد العودة، قال: ابن القاسم لا يراعى العودة، وإنما يراعى عبد الملك وابن الماجشون.

مسألة: وأما السلامة، فإنها تعتبر فى ذلك كله على حسب ما تقدم فى كفارة الأيمان بالله تعالى، ولا يختص ذلك بجنس مخصوص من الرقيق، ولا ذكورة ولا أنوثة.

فصل: وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ﴾ [المجادلة: ٤]، الوجود هو أن يملك رقبة أو ثمنها أو ما قيمته قدر ثمنها من عرض أو غيره، فمن لم يكن عنده إلا أمة، ظاهر منها، فقد قال ابن القاسم: لا يجزئه الصيام.

وكذلك روى عن مالك فىمن يملك من العروض ما يشتري به رقبة، أو كانت له دار يسكنها، ثمنها قيمة رقبة، لا يجزئه الصوم؛ لأنه واجد لرقبة معناه مجزئة.

مسألة: والمظاهر الموسر يمكنه العتق، فلا يعتق حتى يعدم فيصوم ثم يسر. روى ابن المواز، عن ابن القاسم، ولم يسمعه منه أنه قال: يعتق، وهذا عندى على وجه الاستحباب؛ لأن المؤدى لما يجب عليه من حق إنما ينظر إلى حاله يوم الأداء، دون يوم الوجوب.

وكذلك من ضيع الصلاة، وهو قادر على القيام، فأراد أن يقضيها حال عجزه عن القيام أداها جالساً، ثم إن قوى على القيام، لم يلزمه قضاؤها قائماً، وكذلك من فرط فى الصلاة مع إمكان أدائها بالماء، ثم قضاها بالتيمم لعدم الماء، لم يلزمه قضاؤها ثانياً عند وجود الماء.

٢٦٢ كتاب الطلاق

ويحتمل أن يريد به أنه لما وجب عليه العتق تعلقت الرقبة بدمته، فلما أعسر قبل العتق أمر الصوم؛ لأنه أبلغ ما يمكنه بشرط أن أيسر بالرقبة التي قد تعلقت بدمته، كان عليه إخراجها، وحكم الأموال في ذلك غير حكم الأعمال، والأول أظهر، والله أعلم.

وقد قال بعض القرويين: إنما ذلك لمن وطئ، فلزمته الكفارة بالعتق ليسره، فلم يكفر حتى أعسر فصام، فأما إن لم يطقاً حتى أعسر، فصام ثم أيسر، فلا يؤمر بالعتق.

مسألة: ومن بدأ بالصيام لعسره وعدم الرقبة، ثم أيسر، روى ابن المواز، قال مالك في الخالف والمتنع، إذا شرع في الصوم ثم أيسر: لا يرجع إلا أن يستاء.

وفرق بينه وبين الظهار وقتل النفس، وسوى عبد الملك بينهما، وقال: إذا مضى له اليوم واليومان، أحبيت له الرجوع في التمتع والكفارة.

ومعنى ما قال ابن المواز من تفريق مالك بين الظهار واليمين، ما روى زياد بن جعفر، عن مالك: أن من لم يجد رقبة عن ظهاره فصام يوماً أو يومين، ثم وجد رقبة، فإنه يعتق، ولو صام النصف أو الثلث أو أياماً لها اسم، فإنه يتم صيامه، ولا يعتق.

وروى ابن عبد الحكم في المختصر الكبير: أنه إذا صام يومين. وقال أبو إسحاق في الزاهي: يوماً، ثم أفاد مالا، قال: يمضى ويجزئه ويعتق أحب إلى.

قال الشيخ أبو بكر: إنما قال ذلك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٤]، فإذا دخل في الصوم، وهو غير واجد للرقبة، مضى في صومه وأجزأه كالتيمم يرى الماء بعد التلبس بالصلاة.

فإن قيل لم لا تلزمه العودة إلى العتق كالمعتدة بالشهور إذا رأت الحيض انتقلت إليه. فالجواب أن المعتدة لم تبطل عدتها؛ لأنها تعتد بما مضى قرءاً، والواجد للرقبة لو أعتق لبطل ما تلبس به من صومه.

مسألة: ومن صام عن ظهاره لعدم الرقبة، فأفسد صومه بوطء امرأته بعد أن لم يبق عليه إلا يوم واحد، فقد روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم في المدنية: إن وجد رقبة حين أفسد صومه، يلزمه العتق، ولا يجزئه الصوم.

ووجه ذلك أن الاعتبار بحاله يوم الأداء، وهذا لما أبطل ما تقدم من صومه، ووجب عليه الاستئناف كان هذا وقت أدائه، فلما كان غنياً حين ابتداء الأداء لم يجزه الصوم.

مسألة: ومن قال: كل مملوك أملكه إلى عشر سنين حر، ثم لزمه ظهار، وهو موسر،

كتاب الطلاق ٢٦٣
فإن صبرت امرأته هذه العشر سنين، فلا يصوم، وإن لم تصبر، وقامت به، ففرضه
الصيام، رواه ابن سحنون، عن أبيه.

فصل: وأما الصيام، فصيام شهرين متتابعين. والأصل في ذلك قوله عز وجل: ﴿فمن
لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾، وفي هذا حكمان، أحدهما:
التتابع. والثاني: نخلو الشهرين من مجامعة الزوجة المظاهر منها، وتقدمها على ذلك.
فأما التتابع، فإن يتصل صيامها، ولا يفصل بين شيء من ذلك فطر لغير عذر، وقد
قال ابن المواز: من أفطر في سفره في صيام تطاهر، ابتداءً، وإن أفطر لمرض، بنى إذا
صح.

والفرق بينهما أن المسافر لم يبيح له الفطر لعجزه عنه، وإنما هو لتخفيف المشقة عليه،
والتتابع من باب المشقة، وقد شرط عليه. وأما المريض، فإنما أبيح له الفطر لعجزه عن
الصيام كالحائض، وكذلك من أفطر ناسياً؛ لأن الناسى معذور، والله أعلم. وقال
الشافعي: إن أفطر ناسياً أو مريضاً، ابتداءً الصيام.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى لا يمكن الاحتراز منه، ولم يجد باختياره، فلم
يبطل التتابع كالاتمام.

مسألة: ومن جامع في صيام ظهارة ناسياً، ففي المدونة من رواية عيسى بن دينار،
عن ابن القاسم: يستأنف الصوم، وأما إذا فصل بينه زمن يمنع الصوم بالشرع، فقد تقدم
ذكره في كتاب الصيام.

فصل: وأما ما ذكرناه من وجوب تقديم الصوم على المجامعة، فهو لقوله تعالى:
﴿فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٤]، وذلك يوجب تمام
صومهما قبل الملامسة، وإلا لم يكن صائماً لشهرين متتابعين من قبل أن يتماسا.
وإن جامع في أثناء صومه ليلاً أو نهاراً المظاهر منها، أو غيرها نهاراً، ابتداءً الصوم،
قاله في المختصر الكبير والمدونة خلافاً للشافعي في قوله: إنه إن وطئها ليلاً لم يبطل
صيامه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾،
فجعل ذلك شرطاً في الصيام الواجب عليه الذي يتخلص من حكم الظهار، فمن جامع
قبل أن يتم الصيام، فلم يأت بصيام الشهرين قبل أن يتماسا، فلم يبرأ بذلك من صوم
الظهار كالواحد بالعدد.

٢٦٤ كتاب الطلاق

مسألة: ومن شرع فى كفارة الظهار، ثم طلقها قبل تمامها، ثم تزوجها، فإنه يستأنف الكفارة من أولها، فإن تمادى على إتمامها، فلا يخلو أن يكون طلاقه بائناً أو رجعيًا، فإن كان بائناً، فالمشهور من المذهب أنه لا يجرئه، وإن تزوجها بعد ذلك استأنف الكفارة من أولها.

وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم أنه يجرئه التمدادى بعد أن بانث إذا ابتداء الكفارة، وهو مجمع على إمساكها.

وجه القول الأول أنه أتى بالكفارة فى وقت ليست له بزوجة، فلم يجره كما لو ابتداء الكفارة بعد البيونة، وانقضاء العدة.

وجه القول الثانى أن للكفارة حكم الابتداء بها، فإذا ابتدأها فى وقت يصح فيه التكفير لم يمنع ما يطرأ بعد ذلك كما لو ابتداء الصيام معسرًا ثم أسبر، وهذا عندى معنى قول ابن نافع واحتجاجه فى المدونة.

مسألة: ولو كان الطلاق رجعيًا، فالأفضل أن يرتجع ثم يكفر، فإن كفر قبل أن يرتجع، وقبل أن يتبين منه، أجزاءه، قاله أشهب فى الموازية.

وهذا إذا صام أو أطمع فى العدة، وقد بقى عليه شىء من ذلك، فتمادى على صيامه، فقد روى فى المدنية محمد بن يحيى، عن مالك: أنه إن أتم صيامه قبل انقضاء العدة أجزاءه، ولو بقى منه يوم واحد بعد انقضاء العدة، لم يجره، وإن صام؛ لأنها ليست له بزوجة.

فإن تزوجها بعد ذلك، استأنف الصيام من أوله، وهذا إذا كانت الكفارة بصيام، فإن كانت بإطعام، فانقضت العدة قبل إتمامها، فقد قال أشهب: تبطل الكفارة، فإن تزوجها يومًا ما استأنف الإطعام كله.

وقال أصبغ: يبنى على الإطعام، ويتدئ الصيام.

وجه القول الأول أنها كفارة يبطلها تخلل الوطء، فأبطلها تخلل البيونة كالصيام.

وجه القول الثانى أن الإطعام ليس من شرطه التسابع، فلم يبطل بالبيونة بخلاف الصيام.

فصل: وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِينَ مَسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]، يقتضى

أن جواز الإطعام مرتب على العجز عن الصيام، وعدم الرقبة.

وفى المدونة، قيل لابن القاسم: من هذا الذى لا يستطيع الصيام، فقال: هو عندى الشيخ الذى لا يقوى على الصيام من كبر أو ضعف، فلو أطعم مع القدرة على الصيام لم يجزه؛ لقوله تعالى: ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾، فإنما نقل إلى الإطعام من لم يستطع.

مسألة: والذى يجزئه منه فى الجنس على حسب ما تقدم فى كفارة اليمين، وأما القدر، فإنه يعود إلى معنيين، أحدهما: إلى عدد من يطعم. والثانى: إلى قدر ما يطعم.

فأما عدد من يطعم، فهو ستون مسكيناً. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾، ولو أطعم ثلاثين مسكيناً مدين مدين، لم يجزه حتى يستكمل العدد، وليطعم ثلاثين مسكيناً ما يجزئ كل واحد منهم، ويجزئه.

مسألة: وأما القدر، فقد روى ابن حبيب، عن مطرف أن مالكا كان يفتى فى كفارة الظهار بمدنين لكل مسكين، ويكره أن يقال مد هشام.

وهذا يدل على أنه ذكره أولاً لما كان المستعمل بين الناس يبين به مقدار ما يلزم من ذلك مدان بمد النبي ﷺ على سبيل التقريب والتفسير، كما يقول الإنسان فى بلده: يجزئك من هذا المد كذا على سبيل التقريب، فلما بلغه أنه قد ظن به أنه جعل ذلك مقدرًا فى نفسه، أنكره وكرهه.

فرع: إذا ثبت ذلك، أو قلنا بتقديره بالمد، فقد اختلف أصحابنا فى مد هشام، فقال ابن حبيب: إن مد هشام الذى جعله لفرض الزوجة فيه مد وثلث. وروى ابن القاسم أنه مدان إلا ثلث.

وروى البغداديون من أصحابنا، عن معن بن عيسى أنه مدان بمد النبي ﷺ، وهذا هو الصحيح عندى لوجهين، أحدهما: أن معن بن عيسى مدنى، فهو أعلم بذلك لطول مقامه بالمدينة مع ضبطه.

والثانى: أن هذا المد موجود إلى اليوم، وهو كيل السراة، وغيرها من بلاد العرب، وهو مدان بمد النبي ﷺ لا شك فيه ولا مرية، فقد شاهدت ذلك وباشرته وحققته.

وفى المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة: أنه يطعم فى كفارة اليمين عن كل مسكين من الخنطة بقدر ما يطعم أوسط عياله فى اليوم والليلة، وكذلك فى كفارة الظهار أيضاً شبعه فى اليوم والليلة.

٢٦٦ كتاب الطلاق

وروى عيسى، عن ابن القاسم: يغديهم ويعشيهم أحب إليك، أو يطعمهم حنطة فى كلا الكفارتين، فقال: أحب إلى مالك لو أعطاهم، فإن أطعمهم، أجزأ عنه يطعمهم خبزاً وإداما، وهذا يقتضى مساواة كفارة الظهر لكفارة اليمين فيما يجزئ من الطعام.

ولو كان الأفضل والمستحب أن يزداد فى كفارة الظهر، ويبلغ المدين، فقد روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم فى المدينة: أما الظهر، فمد بمد هشام، أو مدان بمد النبى ﷺ؛ لأنه جاء فى الحديث فيه عن النبى ﷺ بمدين مدين، وقد قال تعالى فى كتابه: ﴿إطعام ستين مسكيناً﴾ [المجادلة: ٤].

وفى المبسوط عن ابن القاسم مثل ذلك فى المدين عن النبى ﷺ، ولم يقل فيه: من أوسط، فأفضل الشبع مدان بمد النبى ﷺ أو مد بمد هشام، والذى بينهما يسير قدر الثلث.

وأما كفارة اليمين، فإن الله تعالى قال فيه: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾ [المائدة: ٨٩]. قال مالك: الوسط بالمدينة مد بمد النبى ﷺ، وأما بالبلدان التى يكفر فيها بالحنطة، فالوسط من الشبع غداء وعشاء.

فوجه القول بتقديره بمدين من مد النبى ﷺ أنه إطعام لم يجب بمعنى يتعلق بالصوم؛ ولأنه كفارة يمين، فكان الإطعام فيه بنفس الصاع كقضية الأذى.

ووجه القول الثانى أن الشرع لما ورد بإطعام ستين مسكيناً، ولم يقدر ذلك، وكان أهل المدينة قد اتفقوا على أن مد هشام موضوع لتقدير النفقات الموسعات، أشار إليه مالك ليرى قدر ما يختاره من ذلك لما يتعلق به من التغليظ لقليل الذمة ومرتكب المحذور، والله أعلم.

فروع: وهذا لمن كانت الحنطة قوته، فأما الشعير لمن أجزأه إخراجاه أو التمر، فى المدونة: أرى أن يطعم فى الظهر من الشعير والتمر عدل شبع مد هشام من الحنطة، والأظهر عندى أنه يلزمه من التمر والشعير مد بمد هشام، أو مدان بمد النبى ﷺ على ما يلزمه من مكيلة القمح كزكاة الفطر، والله أعلم.

مسألة: ومن صام عن ظهره حين لم يجد رقبة، فمرض فى أثناء الصيام، فقد روى زياد بن جعفر، عن مالك: أنه إن كان مرضه مما لا يطعم بالبرء منه، فإنه يطعم، وإن كان على غير ذلك، انتظر أن يبرأ أو يبقى على ما كان صام.

كتاب الطلاق ٢٦٧

وفى المدونة عن أشهب، عن ابن القاسم: أنه إن طال مرضه، واحتاج إلى امرأته، جاز له أن يطعم، وإن رجا البرء.

وجه القول الأول أنه إذا كان مما يرجو البرء منه، انتظر ذلك؛ لأنه من الموانع التي تعرض في استدامة الصوم، كالحيض يعرض للمرأة في شهرى التابع، فلا يجزئه الإطعام، وإن كان لا يرجى، فليس من أهل الصيام، فكان فرضه الإطعام.

ووجه القول الثانى إن حصلت له المشقة بالحاجة إلى أهله مع طول المرض، وخوف العنت، جاز له الانتقال إلى الإطعام كالإعسار، والله أعلم.

مسألة: وليس فى نص القرآن ذكر للكسوة فى كفارة الظهار، بل ظاهره يقتضى أنها مقصورة على العتق أو الصيام أو الإطعام، وقد ذكر الشيخ أبو محمد فى نوادره، قال: وإن كسا وأطعم عن كفارة واحدة، قال ابن القاسم فى كتابه: أسد، وقال فى المجالس: تجزئه، وأظنه قول مالك. وقال أشهب: لا يجزئه.

وأخرج من كتاب ابن المواز فىمن ظاهر من أربع نسوة، فأطعم عن واحدة ستين مسكيناً، وكسا عن الأخرى ستين مسكيناً، ثم وجد العتق، فأعتق عن واحدة غير معينة، ولم يقدر على رقبة الرابعة، فليطعم أو يكسو ويجزئه.

قال الشيخ أبو محمد: انظر قول محمد فى الكسوة ما أعرفه لغيره، وإنما ذكرته عن الشيخ أبى محمد ليكون أقوى فى المذهب، فتحقق بهذا أن الكفارة فى الظهار تتنوع أربعة أنواع: عتق، وصيام، وإطعام وكسوة، وكأنه ينوب بعضها عن بعض.

ويحتمل هذا عندى وجهين، أحدهما: أنه من باب إخراج القيم فى الكفارات، فيخرج الكسوة عن الطعام إذا كانت مثل قيمته أو أكثر، وكان يجب على هذا أن لا يراعى قدر الكسوة.

والوجه الثانى أن تكون الكسوة لما نابت عن الإطعام فى كفارة اليمين على عدد واحد نابت هاهنا عنه وغيرها من الكفارات، وإن نابت بعضها عن بعض، فبعدد مخالف، فاختصت الكسوة بأنها من جنس الإطعام، وقل من يقول به من العلماء، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يجوز له الوطء فى أثناء إطعامه، ومن شرط إطعامه تقديمه على وطء المظاهر منها خلافاً للشافعى.

٢٦٨ كتاب الطلاق

والدليل على ما نقوله أن هذه كفارة عن ظهار، فكان حكمها أن تتقدم على الوطء كالتعق والصوم.

مسألة: وسواء وطئ ناسياً أو عامداً، فإنه يبطل ما تقدم من إطعامه، ويجب عليه ابتداء إطعام آخر، والأصل في ذلك ما قدمناه من وجوب تقديم جميعه على الوطء، ومعنى ذلك أن لا يتخلله وطف.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَتَظَاهَرُ مِنْ امْرَأَتِهِ فِي مَجَالِسٍ مُتَفَرِّقَةٍ، قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ تَظَاهَرَ ثُمَّ كَفَّرَ، ثُمَّ تَظَاهَرَ بَعْدَ أَنْ يُكْفِّرَ، فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ أَيضًا.

الشرح: قوله: «في الرجل يتظاهر من امرأته في مجالس شتى، ليس عليه إلا كفارة واحدة»، وهذا على إطلاق النية دون تقييدها بالتكرار مع كون الظهار من جنس واحد، مثل أن يقول لها: أنت علي كظهر أمي، ثم يقول لها مثل ذلك في ذلك المجلس أو مجلس آخر، ونوى تأكيد القول الأول وتكراره، أو لم ينو شيئاً، فليس عليه إلا كفارة واحدة؛ لأنها يمين واحدة تكررت في شيء واحد، فكان إطلاقها يقتضي التأكيد كاليمين بالله تعالى.

مسألة: ولو نوى بالقول الثاني كفارة ثانية، ففي كتاب ابن المواز: تلزمه كفارة ثانية كاليمين بالله تعالى، وهذا كله ما لم تلزمه الكفارة الأولى بالوطء، فإن وطئ، ثم ظاهر منها مرة أخرى، ففي مختصر ابن عبد الحكم: عليه كفارة ثانية.

وروجه ذلك أنه لما وقع الخنث بالوطء، ولزمته الكفارة، كان ظهاره بعد ذلك ظهار مبتدأ له حكمه كالذي يحلف أن لا يدخل الدار مراراً، ثم يدخلها، لا يجب عليه إلا كفارة واحدة.

ولو حلف أن لا يدخلها، فحنث بدخولها، ثم حلف مرة أخرى أن لا يدخلها كانت اليمين الثانية غير الأولى، يجب فيها من الكفارة بالحنث غير ما يجب بالأولى.

فرع: إذا قلنا إن تكرار الظهار بمعنى تكرار الكفارة، يوجب تقديم ذلك من الكفارات، فإن أدى كفارة واحدة، فإن الشيخ أبا محمد كان يقول: لا يحل له وطؤها حتى يكفر جميع الكفارات.

وقال الشيخ أبو الحسن والشيخ أبو عمران: إذا كفر كفارة واحدة، حل له وطؤها، فإن امتنع من وطئها من أجل سائر الكفارات كان مولىً منها. قال الشيخ أبو عمران: لأن سائر الكفارات نذر.

كتاب الطلاق ٢٦٩

مسألة: ولو شرع في الكفارة عن ظهاره، فلم يتمها حتى ظاهر مرة أخرى، ففي كتاب محمد: يبتدىء الكفارة من الظهار الثاني ويجزئه، وقيل: بل يتم الأول ثم يبتدىء.

وقال محمد: هذا أحب إلي إذا بقي اليسير منها، وأما إن مضى يومان أو ثلاثة، فيبتدىء، ويجزئه لهما. وفي العتبية، عن أصبغ: أنه يجوز له أن يبتدئه الآن، سواء صام من الأولى يسيراً أو كثيراً.

وجه قولنا بالإجزاء أنها كفارة مقدمة على الحنث، فإذا ظاهر منها، وشرع في الكفارة، ثم أردف ثانياً من جنس الأول، سقط حكم الأول، وثبت الثاني، وتفارق اليمين بالله بأن كفارتها إذا شرع فيها بعد الحنث لم يمكن إسقاطها، فإذا كررت يمين أخرى كان لها حكمها كأولى.

ولو لزم في الظهار الكفارة الأولى، فحنث، ثم ظاهر بعد ذلك ظهاراً آخر، لكانت فيه كفارتان، وذلك مثل أن يقول: إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي، فحنث، ثم قال بعد ذلك: أنت عليّ كظهر أمي، ففي هذا كفارتان، قاله أصبغ في العتبية وغيرها.

فوزان هذه المسألة من اليمين أن يكفر قبل الحنث على رواية تجوز ذلك، ثم يشرع في الصيام، فيحلف في ذلك ثانية، ثم يريد أن يكفر، فإنه تجزئه كفارة واحدة يبتدئها.

ووجه الرواية الثانية أن هذه يمين شرع في تكريرها، فإذا كررت بعد ذلك كان الظاهر أنها يمين مستأنفة كما لو نوى يمينه الثانية كفارة ثانية، والأول أكثر في المذهب وأظهر.

قال القاضي أبو الوليد: والقولان عندي مبنيان على قولنا بوجوب الكفارة بالعودة، أو على قولنا بصحة الظهار للعودة، فإذا قلنا تجب العودة، فإنه إذا ظاهر مرة أخرى، لزمه إتمام ما وجب عليه بالعودة الأولى، ثم يستأنف الكفارة الثانية.

وإذا قلنا لم تجب عليه بالعودة، فإنه يجوز له تركها متى شاء، فإذا ظاهر بعد الشروع فيها، فقد ترك الكفارة الأولى، وتلزمه الثانية، وكان بمنزلة من أتى بلفظ الظهار دون أن يشرع في الكفارة، وقد رأيت نحوه لأبي القاسم بن الكاتب.

فصل: وقوله: «فإن تظاهر ثم كفر، ثم تظاهر بعد أن كفر، فعليه الكفارة أيضاً»، على حسب ما قال؛ لأنه إذا ظاهر بعد أن أتم الكفارة، فإنه لا بد لذلك الظهار من

٢٧٠ كتاب الطلاق
كفارة؛ لأن الكفارة الأولى ليست بكفارة عما يأتي بعدها من الأيمان، وإنما هي كفارة لما تقدم قبلها ككفارة اليمين بالله تعالى.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ تَظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ ثُمَّ مَسَّهَا قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ، لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ وَيَكْفُ عَنْهَا حَتَّى يُكْفَرَ وَلَيْسَتْغْفِرَ اللَّهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: قوله: «من تظاهر من امرأته، ثم مسها قبل أن يكفر أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة»، لا يقتضى إباحة ذلك، بل هو محذور لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرَ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣].

لكنه من اجترأ، ووطئ قبل أن يكفر، فقد تقرر عليه وجوب الكفارة، وليس عليه غيرها؛ لأن ظهاره واحد، فتجب به كفارة واحدة، لكن من حكمها تقدمها على الوطاء، فإذا وجد الوطاء قبلها، لم يؤثر ذلك فى إسقاط الكفارة، ولا فى الزيادة عليها. وذلك أن للكفارة بعد وجوب التظاهر ثلاثة أحوال، حالة لا تجزئ فيها الكفارة، وهى قبل العودة، فمن كفر حينئذ، فهل تجزئه كفارته تلك أم لا؟.

روى سحنون عن أبيه: أن المتظاهر يكفر بعد نية العودة، لكن يريد أن يطلقها، أو يقول: إن راجعتها حلت لى بغير ظهار، ولا تجزئه حتى ينوى العودة. قال: وهو قول أكثر أصحابنا: أن من كفر بغير نية العودة، لم يجزه.

وقد رأيت للشيخ أبى عمران أن ابن القاسم لا يراعى العودة، وإنما يراعى ذلك ابن الماحشون وسحنون، فعلى هذا يجوز على قول ابن القاسم أن يكفر قبل العودة، ولذلك قال ابن سحنون فى المنع من ذلك: أنه قول أصحابنا.

وأما الخالف بالظهار إن فعل كذا، فقد روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم: لا يجزئه أن يكفر قبل الحنث كمن حلف بالطلاق أن لا يفعل كذا، لا يقدم الطلاق قبل الحنث.

ولو حلف ليفعلن كذا بطلاق أو ظهار، فإن له تقديم الكفارة والطلاق قبل الحنث، وهذا لأن الخالف ليفعلن على حنث من وقت يمينه، فلا يقال فيه على الحقيقة كفر قبل الحنث، وإنما يريد بذلك قبل أن يفوته الذى حلف ليفعلنه، والله أعلم.

كتاب الطلاق ٢٧١

مسألة: والحالة الثانية إذا وجدت العودة قبل أن يوجد الوطاء، فإن الكفارة في هذه الحال مجزئة، وليست بلازمة، رواه ابن القاسم وأشهب، عن مالك، وقال: لو طلقها أو ماتت، سقطت عنه الكفارة، ولو شرع فيها لسقط عنه باقيها، إلا أن يتزوجها بعد الطلاق، فتثبت الكفارة ثانية.

وروى ابن المواز عن ابن عبد الحكم أنه إذا أجمع على العودة، لزمته الكفارة، وإن مات أو طلقها. قال ابن عبد الحكم: أخبرني أشهب، عن مالك، وبه قال أصبغ.

مسألة: والحالة الثالثة بعد الوطاء، فإنها حالة يتقرر فيها وجوب الكفارة، وكذلك لو ماتت أو طلقها، لزمه إخراج الكفارة على كل حال، ولو كان شرع فيها قبل أن يموت أو طلقها، لزمه إتمامها.

فصل: وقوله: «ويكف عنها حتى يكفر، ويستغفر الله»، دليل على أنه قد أتى المحظور من تقديم المسيس قبل الكفارة، فيجب أن يتوب من ذلك، ولا يستدعيه، بل يستغفر الله تعالى مما تقدم منه.

مسألة: وللمرأة أن تمنعه نفسها قبل أن يكفر، ويحول السلطان بينه وبينها، ويؤدبه إن أراد ذلك، قاله ابن القاسم في المدونة.

ووجهه أنه أراد ارتكاب المحظور المزجور عنه، فوجب ردعه عنه بالأدب. وفي المدونة: ويكون معها في البيت، ويدخل عليها بالإذن إذا أمنت ناحيته.

قَالَ مَالِكٌ: وَالظَّهَارُ مِنْ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ مِنَ الرُّضَاعَةِ وَالنَّسَبِ سَوَاءً.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ ظَهَارٌ.

الشرح: وهذا كما قال أن الظهار لازم من جميع ذوات المحارم، فمن حرمت عليه بالرضاعة أو النسب، ولم يذكر تحريم المصاهرة لأم زوجته وزوجة أبيه، ويجب أن يكون حكمهن حكم من ظاهر؛ لأنهن ممن حرم عليه على التأيد.

وفي المبسوط والمدونة عن ابن القاسم: فإن ظاهر من صهر، فهو مظاهر في رأيي؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢].

مسألة: ومن قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي أو ابني أو رجل من الناس، فهو ظهار، رواه ابن زيد، عن عيسى بن دينار، وعن يحيى بن يحيى، عن ابن نافع.

٢٧٢ كتاب الطلاق

ووجه ذلك أنه شبه امرأته بظهر من هو عليه كذوات المحارم، وأشد تحريمًا، فلزمه الظهار كما لو شبهها بظهر بهيمته، وكذلك من قال لزوجته: أنت على كعبض من حرم القرآن.

مسألة: وأما من قال لامرأته: أنت على كظهر من تحل له من إمامه وأزواجه، فليس بمظاهر، قاله الشيخ أبو إسحاق.

ووجه ذلك أنه إنما شبهها بمباحة، فبقيت على حكم الإباحة.

فصل: وقول مالك: «ليس على النساء ظهار»، يريد أنه لا يلزمهن أن يظاهرن من الأزواج؛ لأن التحريم ليس إليهن، إنما التحريم إلى الأزواج كالطلاق، ولو طلقت المرأة زوجها، لم يكن له حكم الطلاق.

وأصل هذا قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾، فعلق الحكم بالرجال في نسائهم، وبالله تعالى التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ: فِي قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣] قَالَ: سَمِعْتُ أَنَّ تَفْسِيرَ ذَلِكَ أَنَّ يَتَظَاهَرَ الرَّجُلُ مِنْ امْرَأَتِهِ ثُمَّ يُجْمِعُ عَلَى إِمْسَاكِهَا وَإِصَابَتِهَا، فَإِنْ أَجْمَعَ عَلَى ذَلِكَ، فَقَدْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْكُفَّارَةُ فَإِنْ طَلَّقَهَا، وَلَمْ يُجْمِعْ بَعْدَ تَظَاهِرِهِ مِنْهَا عَلَى إِمْسَاكِهَا وَإِصَابَتِهَا، فَلَا كُفَّارَةَ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَمَسَّهَا حَتَّى يُكْفَرَ كُفَّارَةَ الْمُتَظَاهِرِ.

الشرح: قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾، قال مالك: النساء واقع على الإماء والحرائر والإماء الزوجات والسراري، واحتج على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَمْهَاتِ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وهذا عام في الزوجات والسراري.

فصل: وقوله عز وجل: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾، قال مالك: إن تفسير ذلك يعني العودة أن يجمع بعد الظهار على إمساكها وإصابتها، هذا الذي ذكره في الموطأ وعليه أكثر أصحابه، وقد قيل عنه غير ذلك مما سنبينه إن شاء الله تعالى.

وأصل هذا أن العلماء اختلفوا في الكفارة، بماذا تتعلق، فذهب مالك ومعظم الفقهاء إلى أنها تتعلق بشرطين، وجود الظهار والعودة. وقال مجاهد والثوري: تجب بنفس الظهار دون شرط آخر.

كتاب الطلاق ٢٧٣

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣]، فعلق الكفارة بالظهار والعودة، فمن قال: إنما تجب بنفس الظهار دون العودة، فقد خالف النص؛ لأن الخكم متى علق على صفتين كان الظاهر أنهما شرطان في ثبوته، كما لو قال رجل: من أسلم وشرب الخمر فاجلدوه، وكان الظاهر أن الوصفين شرطان في وجوب الجلد.

مسألة: إذا ثبت أن العودة شرط تتعلق به الكفارة كالظهار، فاختلف العلماء، ما هي؟ ولما لك في ذلك ثلاثة أقوال.

قال الشيخ أبو القاسم: إحدى الروايتين، العزم على إمساكها. والثانية: العزم على وطئها، وقد ذكر في الموطأ الأمرين جميعاً، ويقتضى قوله هذا أن أفراد كل واحد منهما بالعزم عليه عودة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهما عندي راجعان إلى معنى الإمساك؛ لأن من عزم على الوطء، فقد عزم على إمساكها إلى أن يوطأ، وليس من شرط العزم على الإمساك أن ينوى إمساكها أبداً، بل لو عزم على إمساكها سنة لكان عازماً على الإمساك.

وأما العزم على الوطء، قال أحمد بن حنبل: روى عن مالك أبو القاسم بن الجلاب وغيره رواية أخرى: أن العزم هو نفس الوطء، وبه قال الحسن والزهرى وطاوس. قال الشافعى: أن يمضى من الزمان مدة يمكنه فيها إيقاع الطلاق، فلا يوقعه.

والدليل على صحة ما نقوله قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾، فدل ذلك على أن العودة تكون بعد إيقاع الظهار بمهلة.

ووجه آخر، وهو أن قوله تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾، يقتضى أن تكون العودة من فعل المظاهر، إما عزم، وإما غيره، وإما أن تكون بمعنى الزمان، وترك طلاق، فهو عدول عن الظاهر.

ومن جهة المعنى أن هذه كفارة يمين، فجاز أن يتأخر وجوبها عن اليمين. أصل ذلك كفارة اليمين بالله تعالى.

مسألة: فإذا قلنا إن العودة تتقدم وتتأخر، فذهب داود إلى أن العودة هي إعادة لفظ الظهار.

٢٧٤ كتاب الطلاق

والدليل على ما نقوله أن الكفارة إنما تجب في الأيمان بمخالفة اليمين، ومن ظاهر اقتضى ظهاره تحريم زوجته، فإذا أراد استباحتها، فقد عاد فيما ترك، ورجع إلى الوطء الذي حرم، وفي مثل هذا يقال عاد فلان لكذا وإلى كذا إذا كان قد تركه وحرمه، ثم رجع إليه.

ولذلك يقال عاد فلان لشرب الخمر، إذا كان قد أظهر التوبة منه، ثم رجع إليه، ولو كان التلفظ بالظهار ثانيًا يوجب الكفارة لأوجبها الأول، فلما لم يوجبها الأول، لم يوجبها الثاني؛ لأنهما من جنس واحد لفظًا ومعنى.

وقد قال بعض أصحابنا: إن قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون﴾، مثل قوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا﴾ [البقرة: ٢٢٦]، لا يصح أن يراد بالفيئة هاهنا إعادة الإيلاء، فكذلك لا يصح أن يراد بالعودة إعادة الظهار.

وقال الأخفش: تقديره: «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون فتحريروا ربة لما قالوا»، والله أعلم من أجل ما قالوا.

فصل: وقوله: «فإن أجمع على ذلك، فقد وجبت الكفارة عليه»، يقتضى وجوبها بنفس العزم، وهذا يحتمل معنيين، أحدهما: أن يجب عليه وجوبًا متفرقًا كوجوب الكفارة بعد الحنث الذي لا يخرج منه إلا بالإداء.

والثاني: أن لا يجب بالعودة، وإنما يكون شرطًا في استباحة الوطء كالطهارة التي لا تجب لنفسها، وإنما تجب على من أراد صلاة أو مس مصحف لاستباحة ذلك.

وقد روى عن مالك ما يدل على المعنيين، ففي كتاب ابن المواز، عن عبد الله بن عبد الحكم، قال مالك وعبد العزيز بن أبي سلمة: إن معنى قول الله سبحانه: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾، أنه إرادة الإمساك والوطء، فإذا أجمع على ذلك، لزمته الكفارة، إن ماتت أو طلقها، وقد تقدم ذكره، فهذا على المعنى الأول.

وأما على المعنى الثاني، وهو الأظهر من مسائل أصحابنا وأقوالهم، وإليه ذهب أبو حنيفة، وقد روى ابن القاسم وأشهب أنه إذا أجمع على الإمساك، ثم صام بعض الكفارة، ثم بانته منه أنه لا شيء عليه، فإن نكحها يومًا، ابتداءً.

ولو تقرر وجوبها لم تسقط عنه بذلك، ألا ترى أنه لو وطئ، ثم بانته منه، أو طلقها لم تسقط عنه الكفارة لما تقرر وجوبها عليه بالوطء.

كتاب الطلاق ٢٧٥
فصل: وقوله: «وإن طلقها، ولم يجمع بعد تظاهرة منها على إمساكها وإصابتها، فلا كفارة عليه»، يدل على رواية ابن عبد الحكم أن الكفارة لم تجب بعد عزم الإجماع على الإمساك، ويقتضى أن الإجماع على الإمساك عودة.

أما على رواية ابن القاسم فى أن الطلاق بعد العودة يسقط الكفارة، ويسقط التمادى على ما قد شرع فيه منها، فإنه لا معنى لاشتراطه أن لا يجمع على الإمساك قبل أن يطلقها.

فصل: وقول مالك: «فإن تزوجها بعد، لم يمسه حتى يكفر كفارة المتظاهر»، يقتضى بقاء حكم الظهار، وهو المنع من المسيس قبل الكفارة، ويقتضى قوله أن الإجماع على الإمساك عودة.

قَالَ مَالِكُ: فِي الرَّجُلِ يَتَظَاهَرُ مِنْ أُمَّتِهِ: إِنَّهُ إِنْ أَرَادَ أَنْ يُصَيِّبَهَا، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ الظَّهَارِ قَبْلَ أَنْ يَطَّأَهَا.

الشرح: قوله: «إن أراد من تظاهر من أمته أن يصيبها، فعليه كفارة الظهار»، يقتضى تعلق الظهار بالأمة كتعلقه بالزوجة، خلافاً للشافعى، وقد تقدم. وقد قال الشافعى فيمن تزوج أمة، فظاهر منها، ثم اشتراها: أنه لا يطؤها بملك اليمين حتى يكفر. وهذا يدل على أن للظهار تأثيراً فى تحريم الوطء، ولولا ذلك لوجب أن تحل له بملك اليمين.

قَالَ مَالِكُ: لَا يَدْخُلُ عَلَى الرَّجُلِ إِيْلَاءٌ فِي تَظَاهِرِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُضَارًّا لَا يُرِيدُ أَنْ يَفِيَّ مِنْ تَظَاهِرِهِ.

الشرح: قوله: «لا يدخل على الرجل إيلاء فى تظاهرة»، يريد أن يكون تظاهراً غير معلق بصفة، وإن علقه بصفة مثل أن يقول: إن لم أفعل كذا وكذا، فإنه يضرب له أجل الإيلاء من يوم يرفعه إلى السلطان، ويلزمه حكم المولى؛ لأن الوطء ممنوع محرم عليه حتى يفعل ما علق يمينه به.

فإذا كان ممتنعاً من الوطء لأجل يمينه بالظهار، ولم تكن اليمين مباشرة للمنع من الوطء لم يدخل عليه الإيلاء، إلا إذا طالبتة الزوجة بذلك، ورفعت، فيضرب له السلطان من ذلك اليوم أجل المولى.

٢٧٦ كتاب الطلاق

مسألة: وأما إذا كان الظهار مطلقاً غير معلق بصفة، فلا يدخل عليه بمجرد الظهار؛ لأن يمينه لم تباشر المنع من الوطء، وإنما تحريم الوطء حكم من أحكامه كالطلاق الرجعي.

فصل: وقوله: «إلا أن يكون مضاراً، لا يريد أن يفىء من تظاهره»، معنى ذلك أن يجد الكفارة، فلا يكفر، قاله مالك في المبسوط. قال مالك: وإذا لم يتبين ضرره، لم يوقف إلا أن يطول ذلك.

وروى أشهب عن مالك في المتظاهر لا يجد ما يعتق ولا يقدر على الصيام، ولا يجد ما يطعم، فلا يخرج له، وليكف عن أهله حتى يجد ما يكفر به، يريد ولا حجة لها، ففي هذا ثلاثة أحوال، أحدها: أن يتبين ضرره، فيدخل عليه الإيلاء. والثانية: أن لا يتبين ضرره ولا عذره، فلا يدخل عليه أجل الإيلاء بطول المدّة. والحالة الثالثة: أن يتبين عذره، فلا يدخل عليه إيلاء جملة.

مسألة: واختلف قول مالك في أجل الإيلاء، ففي المدونة: يبدأ له أجل المولى عندما يرى الناس من إضراره، ثم يجرى بحساب المولى، تأول بعض القرويين على أنه يضرب له الأجل من يوم يتبين ضرره.

وفي كتاب محمد: أجله من يوم التظاهر، ولذلك اختصر بعض المختصرين مسألة المدونة، والذي عندي أن القولين في المدونة، وقد بينته في شرح المدونة، والله أعلم.

١١٦٤ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّهُ سَمِعَ رَجُلًا يَسْأَلُ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ عَنْ رَجُلٍ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَنْكَحْتُهَا عَلَيْكَ مَا عِشْتِ، فَهِيَ عَلَيَّ كَطَهْرٍ أُمَّي، فَقَالَ عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ: يُجْزِيهِ عَنْ ذَلِكَ عِتْقُ رَقَبَةٍ.

الشرح: قال ابن مزين: قلت لعيسى بن دينار: رأيت معنى هذا، أي أول امرأة يتزوجها عليها، فإنه يعتق عنها رقبة، ثم إن تزوج بعد ذلك، فلا شيء عليه؟ قال: نعم، هو معنى قوله، وبه أخذ، وهو قول مالك بمنزلة من تظاهر من نسوة له في كلمة واحدة، فليس عليه إلا كفارة واحدة يجتزئ بها عنهن.

وقال يحيى بن يحيى، عن نافع بن نافع: لست آخذ به، ولكنى أرى أنه قد تظاهر من كل امرأة ينكحها عليها، فكلما نكح امرأة، كفر عنها قبل أن يمسه، كفارة عن كل امرأة.

كتاب الطلاق ٢٧٧
ومثله في كتاب ابن المواز، فيمن قال: كل امرأة أتزوجها، فهي عليّ كظهر أمي،
فإنه تلزمه كفارة عن كل امرأة يتزوجها أبداً.

وفى العتبية عن مالك من رواية ابن القاسم مثل ما فى الموطأ ممن قال: كل امرأة
أتزوجها عليك ما عشت، فهي عليّ كظهر أمي، يجزئه فى ذلك كفارة واحدة، والله
أعلم وأحكم.

* * *

ظهار العبد

١١٦٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ ظِهَارِ الْعَبْدِ، فَقَالَ: نَحْوُ ظِهَارِ الْحُرِّ.
قَالَ مَالِكٌ: يُرِيدُ أَنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهِ كَمَا يَقَعُ عَلَى الْحُرِّ.

الشرح: وهذا كما قال أن ظهار العبد كظهار الحر فى لزومه وتعلق أحكامه به،
على ما فسره مالك، رحمه الله، من أنه يقع عليه كما يقع على الحر.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا
فَتَحْرِيرَ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣] الآية، ولم يفرق بين الأحرار والعبيد،
ولا يجوز أن يقال إن العبد لما لم يكفر بالعتق ليس من أهل الظهار، ولا مخاطباً بالآية.

كما لا يجوز أن يقال ذلك فى المعسر الضعيف عن الصيام، ولأنه قد قال تعالى:
﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢]، والعبد ليس بواجب للرقبة، فيصوم
شهرين، فحكمه ثابت بالآية.

قَالَ مَالِكٌ: وَظِهَارُ الْعَبْدِ عَلَيْهِ وَاجِبٌ، وَصِيَامُ الْعَبْدِ فِي الظَّهَارِ شَهْرَانِ.

الشرح: قوله: «إن ظهار العبد عليه واجب»، يريد أنه يلزمه ويثبت فى حقه حكمه.
وقوله: «وصيامه فى الظهار شهران»، يريد أن حكمه فى قدر الصيام حكم الحر؛
لأن صيامه على وجه الكفارة، والكفارات يستوى فيها حكم الأحرار والعبيد كسائر
الكفارات.

وأما العتق، فلا يثبت فى حقه لوجهين، أحدهما: أنه محجور عليه فى ماله. والثانى:
أن الولاء لا يثبت له. فأما الحجر عليه، فإن المحجور عليه على ضربين، أحدهما: أن

يحجر عليه لحق نفسه، كالسفيه المولى عليه، فهذا يلزمه الظهار كما يلزمه الطلاق.

وأما الذى يجب عليه به، فاختلف أصحابنا فى ذلك، ففى العتبية من رواية عبد الملك ابن الحسن، عن ابن وهب: أن له أن يعتق بغير إذن وليه، إن كان ملياً، وإن لم يكن له إلا رأس، لم أحب له إلا الصيام.

وقال أصبغ فى الموازية: لا يجزئه إلا العتق إن كان له مال، فإن لم يكن له مال، صام ولا يمنع من الصوم، فإن أبى، فهو مضار.

وروى ابن نافع، عن مالك: يرفع ذلك إلى السلطان، فإن رأى العتق خيراً له من فراق أهله، أعطاه رقبة يكفر بها، وإن رأى ذلك خيراً، فرق بينه وبين امرأته، ولا يصوم.

ومن المدنية، قال ابن المواز: إن لم ير له وليه الكفارة بالعتق، كفر هو بالصوم.

فقول ابن وهب مبنى على أصليين، أحدهما: أن ما تقرر وجوبه بالشرع من حقوق الله ليس مصروفاً أداءه إلى إذن الولي، فإذا أخرج المولى عنه نفذ إخراجه، وأجزأ عنه كزكاة ماله. والوجه الثانى: أن منع الولي من العتق على وجه صحيح من النظر، يقوم مقام عدم الرقبة فى جواز الانتقال إلى الصوم.

وقول مالك مبنى على أن للسلطان النظر فى ذلك لما كان الخروج عن هذا الحق يصح بوجهين، كان له النظر فى أرشدهما، وعلى أن منع السلطان من العتق لا يبيح الانتقال إلى الصوم مع وجود الرقبة، وإنما له النظر فى أرشد الأمرين، العتق عنه أو الطلاق عليه.

وقول ابن المواز مبنى على أن للولي النظر فى إنفاذ العتق أو منعه، وإذا منع منه قام ذلك مقام عدم الرقبة، فانتقل إلى الصوم.

مسألة: وأما المحجور عليه لحق غيره كالعبد، فإنه لا تجوز له الكفارة بالعتق لمعنيين، أحدهما: حق السيد. والثانى: أن الولاء لا يثبت، وذلك يمنع وقوع العتق عنه.

وعن مالك فى المدونة والمبسوط: لا يجزئه العتق، وإن أذن له السيد فيه؛ لأنه لا يكون له الولاء. وقد قال عبد الملك بن الماجشون: لا يكفر بالعتق؛ لأن الولاء لسيد.

مسألة: فإذا قلنا لا يجوز له العتق، وأن فرضه الصيام، فهل لسيدته أن يمنعه منه أم لا؟ ففى كتاب ابن المواز، روى ابن القاسم، عن مالك: لأهله منعه إذا أضر ذلك بهم فى

كتاب الطلاق ٢٧٩

خدمته وعمله، وإذا لم يضر ذلك بهم، وإنما قصدوا ليفرقوا بينه وبين أهله، أجبروا على ذلك.

وقال ابن الماجشون: ليس لسيدة منعه من الصوم، وإن أضر ذلك به في عمله، وقاله محمد بن دينار في المدينة، وقال: لو شاء سيده لم يأذن له في النكاح.

وجه قول مالك أنه معنى أدخله على نفسه، فليس له أن يدخل على نفسه ما يضر بسيدة في عمله، كحقوق الأدميين.

وجه قول ابن الماجشون أن هذا صوم قد ثبت عليه، فلم يكن لسيدة منعه كالقرض، ولأن هذا من أحكام النكاح التي قد ملكها بالنكاح، فلا يكون لسيدة منعه إلا بما يتعلق بماله.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك: له منعه، إذا أضر ذلك به، ففي كتاب ابن سحنون، عن مالك: إن كان يؤدي الخراج، لم يكن له منعه، فإن قوى على صومه وعمله، فلا يمنع، ووجه ذلك ما قدمناه.

فرع: فإذا كان يضر بعمله، وسوغنا للسيدة منعه من الصوم، فقد قال ابن القاسم: إن منعه سيده الصيام، وأذن له في الإطعام، أجزاءه. قال مالك في المبسوط: إن أذن له سيده في الإطعام، فالصيام أحب إلى منه.

قال ابن القاسم: لا أدري ما هذا، وليس يطعم أحد يستطيع الصيام، ولا أرى جواب مالك في المسألة إلا وهماً، ولعله أراد كفارة اليمين.

قال القاضي أبو إسحاق: معناه أن لا يقدر على الصوم، فيقول الإطعام يجزئه، وليس يستحسنه؛ لأن للسيدة التصرف فيه قبل أن يخرجها إلى المساكين، ويحتمل عندي أن يكون معنى ذلك أن الصوم يضر به في عمله، فللسيدة منعه منه، على قول مالك، ويأذن له في الإطعام، فالصيام كان أفضل أن يأذن له فيه.

ويحتمل أن يريد به أنه لا يصوم إلا بإذن السيد، ولا يطعم إلا بإذن السيد، فالصيام أحب إليه أن يأذن فيه؛ لأنه لا يقدر السيد أن يتموله قبل إنفاذه، ويقدر على إزالة المال منه قبل إنفاذه.

وقال ابن الماجشون: ولأنه لو شاء رجع عن إذنه. وفي المدينة: قال محمد بن إبراهيم ابن دينار: ليس على العبد المتظاهر عتق ولا إطعام، ولو كان يجد ما يطعم ويعتق، ولكن يصوم.

٢٨٠ كتاب الطلاق

وقال ابن الماجشون في المبسوط: لا يطعم؛ لأن إذن السيد لا يخرج الإطعام من ملك السيد إلا إلى المساكين. قال الشيخ أبو محمد: يريد أن ملك العبد غير مستقر، ولفظه يقتضى غير هذا؛ لأنه إذا كان ملكه غير مستقر عليه، لم يوجب ذلك أن يكون من ملك السيد، وإنما يقتضى قول ابن الماجشون هذا أن العبد لا يملك إنما يملك ما يضاف إليه من مال سيده.

وجه رواية ابن القاسم أن العبد يملك ما يطعم، وليس فى الإطعام معنى يراعى غير إذن السيد؛ لأنه ممنوع لحق السيد، فإذا أذن فيه السيد جاز كالصوم. ووجه قول ابن الماجشون ما قدمناه.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يَتَظَاهَرُ مِنْ أَمْرَاتِهِ: إِنَّهُ لَا يَدْخُلُ عَلَيْهِ إِيْلَاءٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ ذَهَبَ يَصُومُ صِيَامَ كَفَّارَةِ الْمُتَظَاهِرِ دَخَلَ عَلَيْهِ طَلَاقُ الْإِيْلَاءِ قَبْلَ أَنْ يَفْرُغَ مِنْ صِيَامِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن العبد لا يدخل عليه إيلاء بنفس الظهار، ولا بالتوقيف؛ لأن صيامه شهران وأجله فى الإيلاء شهران، فإن أفطر ساهياً أو لمرض يقضى أجل الإيلاء قبل تمام الكفارة، ولا يجوز أن يضرب أجل الإيلاء على هذا.

وهذا القول من مالك يحتمل وجهين، أحدهما: أنه لا يضرب له أجل الإيلاء بوجه، ولو أذن له سيده فى الصوم؛ لأن صومه لا ينقضى حتى ينقضى أجل الإيلاء، وتعليل مالك فى الموطأ يقتضى غير هذا، غير أنى لا أعلم أحداً من أصحابنا قال بذلك، ولا يوجد لمالك على هذا التفسير، ولعله أراد أن هذا من بعض ما يعتذر به العبد فى رفع أجل الإيلاء عن نفسه. والثانى: أن يريد العبد الصوم، ويمنعه منه سيده؛ لأنه يضرب به، فإن فى ذلك عذراً للعبد يمنع دخول الإيلاء عليه، وبه قال أصبغ.

وقد روى ابن القاسم، عن مالك: لا يدخل على العبد إيلاء إلا أن يكون مضاراً، لا يريد أن يفىء أو يمنعه أهله الصيام بأمر لهم فيه عذر، فهذا يضرب له أجل الإيلاء، إن رافعته امرأته.

فمعنى ذلك أن الأجل إنما يضرب بالشرع فى الكفارة إذا امتنع منها، وكذلك إذا منعه منه أهله، فإنما يضرب له الأجل ليبيح أهله له فى أثناء ذلك التكفير بالصيام.

وأما أصبغ، فلم ير منع أهله من الصيام ضرراً يدخل عليه به الإيلاء؛ لأنه ليس من

كتاب الطلاق ٢٨١
قبله، وإنما هو حر يملكه غيره، كما لا يدخل على الحر الإيلاء بترك عتق عبد لا يملكه،
والله أعلم.

* * *

ما جاء في الخبر

١١٦٦ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ
عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ فِي بَرِيرَةَ ثَلَاثُ سُنَنٍ^(١) فَكَانَتْ إِحْدَى السُّنَنِ
الثَّلَاثِ أَنَّهَا أُعْتِقَتْ، فَخَيْرَتْ فِي زَوْجِهَا، وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ
أَعْتَقَ»، وَدَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْبُرْمَةُ تَفُورُ بِلَحْمٍ، فَقَرَّبَ إِلَيْهِ حُبْزٌ وَأَدَمٌ مِنْ أَدَمِ
الْبَيْتِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَلَمْ أَرُ بُرْمَةً فِيهَا لَحْمٌ؟» فَقَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ،
وَلَكِنْ ذَلِكَ لَحْمٌ تُصَدَّقُ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ، وَأَنْتَ لَا تَأْكُلُ الصَّدَقَةَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ
ﷺ: «هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ وَهُوَ لَنَا هَدِيَّةٌ».

الشرح: قول عائشة، رضى الله عنها: «كان في بريرة ثلاث سنن»، تريد ثلاثة
أحكام مشروعة سنها رسول الله ﷺ، وكانت أسبابها مختصة ببريرة.

وفى هذا ما يدل على أن تحفظ أسباب الأحكام مما اهتبل به الصحابة، رضى الله
عنهم، ونقله عنهم العلماء؛ لأن ذلك عون على فهم معنى الحكم وعمومه، أو
خصوصه، ووجه تعلقه بمن تعلق به من اختصاص به، أو تعد إلى غيره، وفيه عون على
حفظ الأحكام واستدامة حفظها.

١١٦٦ - أخرجه البخارى كتاب الطلاق باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً، ٨٤/٧ عن عائشة. مسلم
كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق برقم ١٤، ١١٤٥/٢ عن عائشة. ابن ماجه برقم ٢٠٧٦،
٦٧١/١ كتاب الطلاق باب خيار الأمة عن عائشة. أحمد ٣٦١/١ عن عائشة. الدارمى ١٦٩/٢
عن عائشة. البيهقى فى السنن ١٨٥/٦ عن عائشة. البغوى بشرح السنة ١٠٧/٦ عن عائشة.
الطبرانى فى الكبير ٣٠٨/١١ عن عائشة فى البيوع ١٢٥٦، الوصايا ٢١٢٤، الولاء والهبة
٢١٢٥، الأحكام ٢٥٢١.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥٤/٧: قد أكثر فى تشقيق معانى الأحاديث المروية فى قصة
بريرة، وتفتيتها، وتخريج وجوها: فلمحمد بن جرير فى ذلك كتاب، ولمحمد بن خزيمة فى
ذلك كتاب، ولجماعة فى ذلك أبواب أكثر ذلك تكلف، واستنباط، واستخراج محتمل، وتأويل
ممكن، لا يقطع بصحته، ولا يستغنى عن الاستدلال عليه.

فصل: ثم فسرت ذلك، فقالت: «إن إحدى السنن الثلاث أنها أعتقت، فخيرت فى زوجها»^(٢)، ومعنى ذلك أنها كانت أمة، وكان زوجها عبداً اسمه مغيث، كذلك روى ابن عباس، رضى الله عنه، فخيرها رسول الله ﷺ فى البقاء معه على حكم الزوجية أو المفارقة.

ولا خلاف فى ذلك إذا كان الزوج عبداً؛ لأن الحرية رتبة أرفع من رتبة الرق، وليس للعبد أن يتزوج حرة، إلا بأن يبين لها أمره ولو غيرها، ثم اطلعت على أنه عبد، لكان لها مفارقتها.

فلما تزوج العبد أمة، وكانت من نسائه مساوية له فى الرتبة، لم يكن لها خيار ما كانت رقيقاً مثله، فإذا ارتفعت رتبته بالحرية، كان لها أن تفارقه لنقصه عن رتبته أو تقييم معه.

مسألة: وإن كانت مدخولاً بها، فقد اختلف قول مالك فيه، فقال مرة: ليس لها أن تطلق نفسها إلا واحدة، هذا الذى ذكره فى المدونة، وأكثر الكتب. وفى المدنية: أن قوله الأول لها إيقاع أكثر من ثلاث.

روى عبد الرزاق بن دينار، عن محمد بن يحيى، قال مالك: إذا أعتقت الأمة تحت عبد، كان لها أن تطلق نفسها أكثر من تطليقة واحدة.

قال محمد بن يحيى: وقد قال: ليس لها ذلك. قال عيسى بن دينار: قال ابن القاسم: بقول مالك الأول: لها ذلك.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥٥/٧: فأما قول عائشة: إن بريرة أعتقت: فخيرت فى زوجها فكانت سنة، ولكن من ذلك سنة مجتمع عليها، ومنها ما اختلف فيه: فأما المجتمع عليه الذى لا خلاف بين العلماء فيه، فهو أن الأمة إذا أعتقت تحت عبد قد كانت زوجت منه فإن لها الخيار فى البقاء معه، أو مفارقتة، فإن اختارت المقام فى عصمته لزمها ذلك، ولم يكن لها فراقه بعد، وإن اختارت مفارقتة فذلك لها، هذا ما لا خلاف علمته فيه.

واختلف الفقهاء فى وقت خيار الأمة إذا أعتقت. فقال أبو حنيفة، وأصحابه وسائر العراقيين: إذا علمت بالعتق، وبأن لها الخيار فخيرها على المجلس.

وقال الثورى، وأبو حنيفة، والأوزاعى: إذا جامعها وهى لا تعلم بالعتق فلها الخيار لأنها جومعت ولا تعلم، فإن علمت فجامعها بعد العلم، فلا خيار لها.

قال الثورى: فإن ادعت الجهالة حلفت ثم يكون لها الخيار. وقال مالك، وأصحابه، والشافعى، ومن سلك سبيله، والأوزاعى: لها الخيار ما لم يمسه زوجها.

قال الشافعى: لا أعلم فى ذلك وقتاً إلا ما قالته حفصة رضى الله عنها.

كتاب الطلاق ٢٨٣

وفي المبسوط من رواية أبي ثابت، عن ابن القاسم: ثنتين؛ لأن ذلك جميع طلاق العبد، ولعله مما أصلحه أبو ثابت والقاضي أبو إسحاق على أن لقوله ثلاثاً وجهًا سائغًا سنينه إن شاء الله تعالى.

فوجه قوله أنه لا يملك إلا طلقة بائنة، أن عدد الطلاق إنما هو حكم مختص بالأزواج، ولما حصل للزوجة ما يملك به نفسها، وجب أن تكون طلقة بائنة، ولو كانت تملك عدد الطلاق لكانت الواحدة رجعية، والطلاق الواجب بالشرع هو بائن، وإن عرا عن العوض.

ووجه الرواية الثانية أن جهة الزوجة لما انتقل إليها الطلاق، انتقل إليها العدد، وكانت جهة حرية، فكملت فيها الثلاث.

ويبين هذا أن زياد بن جعفر روى عن مالك أنه إن طلقها طلقة أو طلقتين، فإنها أملك لنفسها، وهو خاطب، فلم يجرمها عليه بالثنتين، فدل ذلك على أنها لا تبين إلا بالثلاث.

وروى محمد بن يحيى الشيباني، عن مالك في المدنية: كانت تحت عبد، فطلقها ثم اعتقت في عدتها، فاختارت نفسها، فقد بان منه؛ لأن طلاق العبد ثتان، فثبت أن في المسألة روايتين. قال محمد: ولو اختارت نفسها، ولا نية لها، كانت واحدة بائنة. ومعنى ذلك أن اللفظ إذا كان موضوعًا للطلقة الواحدة، وصح أن يوقع به الثلاث، فإن إطلاقه يقتضى الواحدة كقول الزوج: أنت طالق، وفي المبسوط أنه طلاق، وليس بفسخ.

مسألة: وإذا كان الزوجان نصرانيين، وسيداهما مسلمين، كان ذلك حكمهما، قاله أشهب في العتبية والموازية؛ لأن السيد لما كان له تعلق بالفرقة من استباحة الأمة بملك اليمين، كان الحكم بين مسلم وكافر، فأجرى على حكم الإسلام. وروى عن أصبغ أنه قال: وكذلك لو كان السيد نصرانيًا، وأنكرها سحنون، وقال: لا يعرض لها.

مسألة: وإذا كان نصف الأمة حرًا، فأعتقت تحت عبد، فلها الخيار، رواه ابن القاسم، عن مالك في العتبية.

ووجه ذلك أن حكمها حكم الأمة ما بقى فيها شعبة من الرق، فلا خيار لها، كما لا خيار للأمة.

٢٨٤ كتاب الطلاق

وفى المبسوط عن مالك فى الأمة تحت العبد، يعتق بعضها: لا خيار لها حتى يعتق جميعها، فإذا كمل عتقها انتقلت إلى حكم الحرية، فثبت لها الخيار، ولو أن مدبرة أو أم ولد توفى سيدهما، فعتقا، أو مكاتبه أدت كتابتها، كان لها الخيار، إذا كان الزوج عبداً، رواه القعنبي، عن مالك فى المبسوط.

ووجه ذلك ما قدمناه من وجوب الخيار بتمام العتق.

مسألة: فإن أعتقت الأمة فى حال حيض، ففى العتبية من رواية عيسى بن دينار، عن ابن القاسم: لا تختار حتى تطهر، فإن اختارت مضى، فإن أخرجت، فعتق الزوج قبل أن تطهر، لم يقطع ذلك خيارها.

ووجه ذلك أنه قد ثبت لها الخيار فى وقت لم يكن للزوج المنع منه، وإنما أخرجت إيقاعه للشرع، لا رضى بالزوجية، فكانت باقية على خيارها.

وفى المبسوط من رواية القعنبي، عن مالك: إذا أعتقت تحت العبد، فلم يبلغها حتى عتق زوجها، بطل خيارها. وقال: لا خيار لها إذا لم تختار حتى يعتق زوجها، ويحتمل هذا أن يكون على روايتين، ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن الحائض ممنوعة بالشرع، والله أعلم.

مسألة: ولو أن أمة تحت عبد، قالت: متى أعتقت، فقد اخترت نفسى، أو اخترت زوجى، ففى العتبية من رواية أشهب، عن مالك: ليس ذلك بشىء.

وروى عن مالك فى الحرة ذات الشرط فى النكاح والتسرى، تقول: متى فعل شىئاً من ذلك زوجى، فقد اخترت نفسى، أن ذلك لها. قال المغيرة: هما سواء، ولا شىء لهما.

فالفرق بين الأمة تعتق والحرة تأخذ بشرطها، على رواية أشهب، عن مالك أن الأمة ليست بصفة من يختار، فلذلك لم يجز خيارها، والحرة بصفة من يختار، ومن قد ثبت لها الخيار، وإنما علق نفوذه بصفة مخصوصة، فقد أوقعته على حسب ما جعل إليها من تأخير الوقوع، ولم يعلق بوجود تلك الصفة إيقاعها الطلاق، وإنما علق بها وقوعه.

ووجه قول المغيرة أن الحرة إنما جعل ذلك إليها فى وقت مخصوص، وهو بعد أن يوجد من الزوج النكاح أو التسرى، فكما لا يصح وقوع الطلاق قبله، فكذلك الأمة؛ لأن الشرع إنما جعل ذلك لها بعد وجود العتق، فليس ذلك لها قبله.

فصل: وقولها، رضى الله عنها: «وقال رسول الله ﷺ: الولاء لمن أعتق»، معنى ذلك أن بريرة كان أهلها، وهم بنو هلال، كاتبوها، فأرادت عائشة، رضى الله عنها، أن تشتريها، ويكون ولاؤها لها، وأراد أهلها أن يبيعوها ويستثنوا ولاءها، فجوز النبي ﷺ البيع، وأبطل اشتراط البائعين الولاء، وقال رسول الله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»، وإنما يصح ذلك عندنا على أصول نبيها بعد في كتاب الكتابة إن شاء الله تعالى، فمن ذلك أن تكون بريرة قد عجزت عن أداء ما وجب عليها من نجومها، وصارت في حكم من عاد إلى الرق، فلذلك أجاز بيعها.

ووجه ما أمر به ﷺ من إبطال اشتراط الولاء، أن الولاء ليس مما يتناوله البيع، وإنما هو شيء يترتب بالعتق، وإنما يملك المشتري منافع العبد ما دام حياً في رقه، وهى التى يتناولها شراؤه.

ومن اشترط الولاء، فإنما اشترط معنى يثبت بعد زوال الملك، فصح شراؤه، ولم يؤثر استثناءه فى العقد؛ لأنه لم يتناول الاستثناء ما يتناوله عقد البيع، وإنما تناول معنى آخر لا يثبت إلا بعد استيفاء المبيع.

وقد اختلف العلماء فيمن نكح على أن لا ميراث بينهما، ففى الموازية عن أصبغ: يفسخ وإن دخل، وقال محمد: ليس بنكاح لا يتوارث فى أصله، فيكون حراماً، وإنما دفع الميراث بالشرط، فأحب إلى أن يسقط الشرط، ويثبت النكاح، وبلغنى ذلك عن مالك والمغيرة.

وقال بعض من تكلم على هذا الحديث: أن الولاء اشترطته عائشة، رضى الله عنها، لنفسها، وأن معنى قول النبي ﷺ: «واشترطى لهم الولاء»، أى اشترطيه عليهم؛ لأن اللام قد تكون بمعنى على، وهذا الذى قاله غير صحيح من وجوه، أحدها: أن اللام على أصلها لا يجوز أن يعدل بها عن ذلك إلا بدليل.

والثانى: أنه ﷺ زجر عن ذلك، فقال ﷺ: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله، فشرطه باطل، لكتاب الله أحق، وإنما الولاء لمن أعتق»^(*).

ووجه ثالث ما روى هشام، عن أبيه، عن عائشة، أن النبي ﷺ خطب فى ذلك،

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢١٦٨، ٢٥٦٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٥٢١. أحمد فى

٢٨٦ كتاب الطلاق

فقال: «ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق فلان والولاء لى، إنما الولاء لمن أعتق»^(*).

وروى عبد الله بن يوسف، عن مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر: أرادت عائشة أن تشتري جارية لتعتقها، قال أهلها: على أن ولاعها لنا، قال رسول الله ﷺ: «لا يمنعك ذلك، فإن الولاء لمن أعتق»، وهذا نص فى منع ذلك التأويل، والله أعلم.

فصل: وقولها: «ودخل رسول الله ﷺ والبرمة تفور بلحم»، تريد مملوءة باللحم، وما كان معه من مرقة حتى صارت تفور بالغليان، «فقرب إليه خبز وأدام من أدام البيت»، يريد ما يكون مدخراً فى البيوت كالسمن والملح، ولا يكاد يعدم منها.

وقوله ﷺ: «ألم أر برمة فيها لحم»، إنكار لتقدمهم إليه ما دون اللحم من الأدام مع وجود اللحم، وهذا يدل على أنه ﷺ لم يكن يقدم إليه إلا أفضل ما يكون عنده من الأدام والطعام.

ويدل على أن أكل الإنسان أفضل ما معه من الأدام ليس بمناف للورع لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾ [المؤمنون: ٥١]؛ لأن الورع إنما هو فى سلامة المكسب من الشبهة.

وبعد ذلك، فإن الإيثار به وجه من وجوه البر، كما أن إنفاقه على العيال والتوسعة منه عليهم، وجه من وجوه البر.

فصل: وقولهم: «بلى يا رسول الله، لكنه لحم تصدق به على بريرة، وأنت لا تأكل الصدقة»، إخبار له بالوجه الذى منع من تقديمه إليه، وهو أنه لا يأكل الصدقة، وهذا مما تصدق به على بريرة. وهذا يدل على أنه لم يكن يمتنع منه لفضله على سائر الأدام، ولو عهد منه تركه لذلك كما عهد منه تركه أكل الصدقة لجووب به.

وليس من هذا الباب السرف فى المطعم، والخروج به عن العادة، وما تتخذ به المطاعم المستطابة المعتادة، وتجاوز ذلك إلى السرف الخارج عن العادة، وجمع الأدام والألوان على أكثر الأوقات مع حاجة الناس، وضيق معاشهم.

ولا بأس بجمع الأدام فى النادر لضيف أو وليمة أو ما أشبه ذلك، أو احتفال فى عيد أو اجتماع، وإنما يكره من ذلك فى باب الورع الخروج إلى حد السرف بكثرة الألوان،

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥٠٤. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٥١. أبو داود

حديث رقم ٣٩٢٩.

كتاب الطلاق ٢٨٧
والخروج بها عن الوجوه المعتادة من وضع الطيب فيها بكثير الأثمان، وأقبح ما يكون ذلك عند نزول الحاجة بالناس، وضيق معاشهم، وضرورتهم إلى المواساة.

فصل: وقوله ﷺ: «هو لها صدقة، وهو لنا هدية»، يريد ﷺ أنه لا يأكل صدقة أخرجها متصدقها، فجعله ﷺ محلاً لقبولها، أو كان هو ﷺ ممن يأكلها قبل أن تكمل الصدقة فيها ببلوغها محلها.

فإذا بلغت محلها، وصارت بيد من تصدق بها عليه، جاز أن يهديها إليه من قبضها وتصدق بها عليه، أو يبيعها منه، أو يصيرها إليه بغير وجه الصدقة، ولو كان ما تصدق به مرة ثبت له حكم الصدقة أبداً لما جاز للفقير إذا تصدق عليه بشيء أن يبيعه من غنى، بل لا خلاف بين المسلمين أنها لا تنتقل عن حكم الصدقة إلى حكم البيع والهبة والميراث، فيرثها الغنى عن مورثه الفقير، وتصير إليه عنه بالهبة وغير ذلك من أنواع التمليك، ولا يكون لشيء من ذلك حكم الصدقة، وإنما له حكم الوجه الذي نقل آخرًا، وبالله تعالى التوفيق.

١١٦٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْأُمَّةِ تَكُونُ تَحْتَ الْعَبْدِ، فَتَعْتَقُ: إِنَّ الْأُمَّةَ لَهَا الْخِيَارُ مَا لَمْ يَمَسَّهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ مَسَّهَا، فَزَعَمْتَ أَنَّهَا جَهَلَتْ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ، فَإِنَّهَا تَتَّهَمُ وَلَا تُصَدَّقُ بِمَا ادَّعَتْ مِنَ الْجَهَالَةِ، وَلَا خِيَارَ لَهَا بَعْدَ أَنْ يَمَسَّهَا.

الشرح: قوله: «في الأمة تكون تحت العبد، فتعتق، أن لها الخيار»، من تعلق بدليل الخطاب اقتضى ذلك عنده أنها إذا كانت تحت الحر، أن لا خيار لها، وهو مذهب مالك، وإن لم يقل بدليل الخطاب لما قدمناه.

فإن الرتبة التي تحصل لها بالحرية فوق رتبة العبد، فأوجب لها ذلك الخيار، وإذا كان زوجها حرًا لم تكن بالعتق أرفع رتبة منه، فلم يكن لها الخيار.

فصل: وقوله: «أن لها الخيار ما لم يمسه»، يريد أن لا يختص خيارها بالمجلس الذي يعلم فيه بعثتها، بل لها ذلك ما لم تتمكنه من نفسها طائعة، أو يترك ذلك ابتداءً أو يوقفها السلطان، فيما قضت وإما أخرج ذلك من يدها.

٢٨٨ كتاب الطلاق

مسألة: وإذا قيل لها: اختارى بعد العتق، فقالت: حتى أنظر وأستشير، ومنعته نفسها، فإن ذلك لا يقطع خيارها، وهذا يدل على أن ذلك لا يختص بمجلس العتق، ولا بمجلس علمها به.

وفي المدينة: سئل ابن كنانة عن أمة عتقت تحت عبد، فأقامت تحته أياماً، ثم هاج بينهما شيء، فأرادت أن تختار، فقال: إذا علم من حالها بعد عتقها الرضا، لم يكن لها أن تختار لشيء وقع بينهما. وروى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم: لها ذلك، إلا أن يشهد عليها بالرضا والإقامة، وترك الخيار.

فصل: وقوله: «فإن مسها، فزعمت أنها جهلت أن لها الخيار، لم تصدق، ولا خيار لها»، وهذا كما قال؛ لأن ادعاءها الجهل بحق لها بعد أن يوجد منها ما ظاهره إسقاط ذلك الحق، لا تصدق له؛ لأنه رجوع في حق أسقطته.

فصل: وقوله: «ولا خيار لها بعد أن يمسه»، يريد بعد علمها بالعتق، ولو قالت: لم أعلم بالعتق، وقد مسها بعده، ففي كتاب ابن المواز: أنها مصدقة ما لم تقم بينة أنها علمت بذلك.

ووجه ذلك أن الأصل عدم علمها، وما يدعى عليها من العلم، فأمر طارئ يجب على مدعيه.

١١٦٨ - مالك، عن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير أن مولاة لبنى عدى يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد، وهي أمة يومئذ، فعتقت، قالت: فأرسلت إلى حفصة زوج النبي ﷺ فدعتنى، فقالت: إني محبرتك خبيراً ولا أحب أن تصنعى شيئاً، إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك، فإن مسك، فليس لك من الأمر شيء، قالت: فقلت: هو الطلاق، ثم الطلاق، ثم الطلاق، ففارقته ثلاثاً.

الشرح: قوله: «أن مولاة لبنى عدى، يقال لها زبراء، كانت تحت عبد، وهى أمة يومئذ»، يدل على أن المولاة غير الأمة، وأنها لا توصف بمولاة حين كونها أمة، ولذلك أخبر عن مولاة لبنى عدى، وذكر أنها كانت أمة يوم كانت تحت عبد.

كتاب الطلاق ٢٨٩
ولو كانت مولاة حين كونها أمة لاستغنى عن أن يقول بعد قوله: «مولاة لبنى عدى
أمة يوم كانت تحت العبد»، وإنما وصفت زوجها بالعبودية لتشير إلى أن هذا الحكم
الذى ثبت لها بالعتق متعلق بمن كان زوجها عبداً.

فصل: وقوله: «فعتقت تحت العبد»، وبذلك العتق وصفت بعد ذلك بأنها مولاة من
أعتقها، فلما عتقت أرسلت إليها حفصة زوج النبي ﷺ تعلمها بما ثبت لها من التخيير
بالعتق، وهذا حكم كل من علم لأخيه المسلم حقاً يخاف أن يخفى عليه، ويضيع إذا لم
يعلم به أن ينبهه عليه ويعلمه.

فصل: وقولها: «إني مخبرتك خبراً ولا أحب أن تصنعى شيئاً»، يقتضى دين حفصة
وفضلها، وأنها لم تقصد بذلك أذى الزوج، وإنما قصدت إعلامها بما يجب لها، ثم
أعلمتها أنها لا تحب أن تفارقه، بل تحب أن تبقى على حكم الزوجية.

ثم أعلمتها بحكمها، فقالت لها: «إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك»، فاعتضى
ذلك أن مدة كون أمرها بيدها ما لم يمسها، وما بعد ذلك، فلا خيار لها؛ لأن المدة
كلها مدة لامتناع خيارها.

فإذا تبين لها أن هذا المقدار من المدة، ثبت لها فيه حكم الخيار لما كان من عتقها
تحت عبد وجب أن يبطل الخيار بالمسيس، ويرجع إلى حكم ملك الزوج لها، ثم بينت
ذلك، فقالت: «فإن مسك فليس لك من الأمر شيء».

فصل: وقولها: «فقلت: هو الطلاق، ثم الطلاق، ثم الطلاق»، ففارقته ثلاثاً، يقتضى
ما قلناه على إحدى الروايتين، أن الزوجة لما كانت حرة، وملكت الطلاق ملكه ثلاثاً،
وهذا يقتضى أنه لم يتقدم له فيها طلاق، ولو تقدم له فيها طلاقاً لاحتسبت بها عليه،
واجترأت الآن بطلقة واحدة تبرئها منه.

وفى المبسوط فى عبد تحته أمة، فطلقها طليقة، ثم عتق، ثم طلقها ثانية، فقد بان منه
بثلاث؛ لأن نصف طلاق العبد طلاقاً يقوم مقام طليقة ونصف، فإذا أوقعها كان كأنه
قال لها: أنت طالق طليقة ونصف طليقة.

ولو قال ذلك الحر، لزمه طليقتان، فكذلك العبد إذا أوقع طليقة، لزمه طليقتان، فإذا
أعتق، فإنما بقيت له طليقة والنصف لا يصح إيقاعه، فإنما بقيت له فيها طليقة واحدة.

١١٦٩ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَبِهِ جُنُونٌ أَوْ ضَرَرٌ، فَإِنَّهَا تُحَيَّرُ، فَإِنْ شَاءَتْ قَرَّتْ، وَإِنْ شَاءَتْ فَارْقَتْ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «أيما رجل تزوج امرأة، وبه جنون أو ضرر»، قال ابن زيد: قلت لعيسى بن دينار: قول سعيد بن المسيب: أيما رجل تزوج امرأة، وبها جنون أو جذام أو برص، فإنه بالخيار، ما هذا الضرر، فقال: جذام أو شيء يمنع الوطء.

فأما رواية الأصل الذى فسرناه، فالضرر فى الزوج الجذام والعنة، والضرر على حسب ما تقدم فيه من الخلاف. وأما على سؤال ابن زيد، فإن الضرر فى المرأة غير ما ذكره الفرج، وهو القرن الذى يمنع الوطء أو ما أشبهه من موانع الوطء، وقد تقدم الكلام على معانى هذه الصفات وأحكامها بما يغنى عن الإعادة.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْأُمَّةِ تَكُونُ تَحْتَ الْعَبْدِ، ثُمَّ تَعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا أَوْ يَمَسَّهَا: إِنَّهَا إِنْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا، فَلَا صَدَاقَ لَهَا، وَهِيَ تَطْلِيقَةٌ، وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا كما قال أن الأمة إذا أعتقت تحت العبد، فإن لها الخيار، سواء دخل بها أو لم يدخل بها، على ما ذكر فى الأصل.

فقد قال ابن زيد: سألت عيسى بن دينار عن قول مالك، لما جعل لها قبل أن يبنى بها طليقة بائنة، وهو يقول فى التى دخل بها: تطلق ما شاءت البتة، أو أقل من ذلك، فقال: إنما أراد بذلك مالك أن تكون واحدة بائنة، إذا لم تطلق نفسها ثلاثاً، وأمرها واحد، دخل بها أو لم يدخل بها، لها أن تطلق ما شاءت من الطلاق. قال: وأخبرنى يحيى بن يحيى، عن ابن نافع مثله. وأما إذا دخل بها، فقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «ولا صداق لها»، يريد أنها طلقت نفسها قبل المسيس، بمعنى تيقن فى الزوج، فلا شيء لها من الصداق كالتى تفارق زوجها مجنون أو جذام أو برص.

فصل: وقوله: «وهى طليقة»، يريد على قول ابن نافع أنه لم يوقع غير واحدة أو لم يبنو شيئاً، ولو أوقعت الطلاق لكان لها ذلك، وعلى الرواية الثانية عن مالك: أنه ليس لها غير طليقة؛ لأنها تبين بها، والله أعلم.

١١٧٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: إِذَا خَيْرَ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ، فَاخْتَارَتْهُ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِطَلَاقٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: وهذا كما قال أن الرجل إذا خير زوجته، فاخترت المقام معه، أن ذلك لا يكون طلاقاً.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم من رواية مسروق، عن عائشة، رضى الله عنها، قالت: «خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، فلم يعد لنا طلاقاً»^(*).

ومن جهة المعنى أنه علق الطلاق بصفة، وهو أن يختاره أو يملكها إياه، فتوقعه، فإذا لم توجد الصفة، أو لم يوقع الطلاق من ملكه، وجب أن لا يقع. أصل ذلك أن يقول: إن دخلت الدار، فأنت طالق، أو يوكل أجنبياً على الطلاق، فلا يوقعه.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُخَيَّرَةِ: إِذَا خَيْرَهَا زَوْجَهَا، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، فَقَدْ طَلَّقَتْ ثَلَاثًا، وَإِنْ قَالَ زَوْجَهَا: لَمْ أُخَيِّرْكَ إِلَّا وَاحِدَةً، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ، وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: قوله: «في المخيرة إذا خيرها زوجها، فاخترت نفسها، فقد طلقت ثلاثاً»، يريد أن إطلاق لفظ التخيير يقتضى تملكها ثلاث تطليقات على ما قدمناه من أن التخيير إنما هو تخيير بين قطع العصمة وإبقاء الزوجية، وذلك لا يكون فى المدخول بها إلا بثلاث تطليقات.

وقد اختلف العلماء فى معنى التخيير، فذهب أبو بكر القاضى أن التخيير مكروه لما فيه من جمع الطلاق ثلاث. قال الشيخ أبو عمران: وما علمت من كرهه، وهذا القول عليه جمهور العلماء.

والدليل على صحة ما روى مسروق، عن عائشة: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه.

والفرق بين هذا وبين إيقاع الطلاق الثلاث جميعاً، أن هذا ليس بإيقاع طلاق، وإنما هو تملك الزوجة إياه، وإنما منع هو من إيقاعه.

١١٧٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٥١.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٢٦٢. مسلم حديث رقم ١٤٧٧. الترمذى حديث رقم

١١٧٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٠٢. أبو داود حديث رقم ٢٢٠٣. ابن ماجه

حديث رقم ٢٠٥٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٦٦١.

٢٩٢ كتاب الطلاق

فرع: فإذا قلنا بأن التخيير مباح للزوج، فهل يحرم على الزوجة اختيار الفرقة، وهى ثلاث. قال الشيخ أبو عمران: إنما يكره ذلك للزوج دون الزوجة.

فصل: وقوله: «فاختارت نفسها، فقد طلقت ثلاثاً»، ظاهره يقتضى أن قولها: «قد اخترت نفسى»، إنما يقتضى فى التخيير ثلاث تطليقات، وكذلك التملك؛ لأن هذا اللفظ إنما يقتضى ملكها لنفسها وإزالة ملك الزوج منها.

فهذا معنى اختيارها لنفسها، وهذا لا يكون إلا بثلاث تطليقات، فإذا اقتضى تخييره، لها تملكه الثلاث، واقتضى اختيارها لنفسها الثلاث، حكم بها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يطلق المخير تخييره أو يقيده، فإن أطلقه أو قيده بالثلاث، حمل على ذلك، وإذا قيده بما دون الثلاث، فحكمه حكم التملك، فإذا أطلق، فأجابته المرأة، فلا يخلو أن تجيب بلفظ يقتضى الثلاث أو بلفظ يقتضى ما دون ذلك، أو بلفظ محتمل، فإن أجابت بلفظ يقتضى الثلاث، فحكمه ما تقدم.

ولو قالت: اخترت نفسى، ثم قالت: أردت به واحدة، لم تصدق فى ذلك، ولزمتها الثلاث؛ لأن اللفظ صريح فى ذلك.

مسألة: ولو خيرها، فقالت: طلقت نفسى واحدة بائنة، ففى العتبية من رواية يحيى ابن يحيى، عن ابن القاسم: ليس بشىء.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن التخيير إنما يقتضى قطع العصمة، فإذا قالت: طلقت نفسى واحدة، كانت قد ردت التخيير، ولا ينفعها قولها بائنة؛ لأن الواحدة لا تكون بائنة.

وإن صرحت بأنها طلقت نفسها واحدة أو اثنتين، أو قالت: اخترت واحدة، فقد قال ابن المواز: إن مالكاً وأصحابه، قالوا: ليس ذلك بشىء، إلا عيب الملك، فإنه قال: يكون ثلاثاً، قال ابن المواز: وما أدرى من أين أخذه.

وجه قول مالك أنها قضت بغير ما جعله إليها؛ لأنه جعل إليها قطع العصمة، فلم تقطعها، وإنما طلقت نفسها واحدة، وليس ذلك منها مما جعل إليها، فكان ذلك ردّاً لما جعله إليها.

ووجه ما قاله ابن الماجشون أن طلاق التخيير يقتضى قطع العصمة، وهو لا يتبعض، وإذا طلقت نفسها ببعضه، لزم إتمامه كما لو طلقها زوجها نصف طلقة، لكأنت كاملة

كتاب الطلاق ٢٩٣
لما كانت الطلقة لا تتبع، وعلى هذا يجب أن يكون المخير قبل الدخول يقتضى تخييره
الثلاث، وبالله التوفيق.

فروع: فإذا قلنا لا يلزمه شيء، فلا يخلو أن ينكر عليها أو يسكت، فإن أنكر عليها،
وقال: لم أخيرك إلا فى قطع العصمة بالثلاث، لم يلزمه ما قضت به من الواحدة، وليس
لها أن تستأنف اختيار نفسها بالثلاث.

قال ابن المواز: وذلك قول جماعة أصحابنا إلا أشهب، فإنه قال: ذلك ما لم يفترقا،
وإن سكت، ولم ينكر، فقد قال ابن المواز: إن تبين منه الرضى بها، لزمته وله الرجعة،
وليست هذه الطلقة من قبل الخيار طلقة لا رجعة فيها.

ومعنى ذلك أن المرأة إذا طلقت نفسها بحضرة الزوج، وأظهر ما يقتضى الرضى
بطلاقها، لزمه ذلك، والله أعلم.

وقولها: «قبلت نفسى»، عند ابن القاسم، وجميع أصحابنا بمنزلة قولها: اخترت
نفسى، قاله محمد، إلا أشهب قال: بغير حجة هو بمنزلة «قبلت أمرى»، تسأل عما
أرادت به.

مسألة: وإن أتت بلفظ، محتمل مثل أن تقول: قبلت، أو قبلت أمرى أو اخترت فقط،
ففى كتاب ابن المواز وغيره عن ابن القاسم: ليس هذا الفراق، وتسأل عما أرادت به.

وروى ابن المواز، عن أصبغ فى قولها: اخترت أمرى، هو فراق فى التخيير
والتملك، ولا تسأل عما أرادت، ولا تحل إلا بعد زوج.

وجه قول الجماعة أن قولها: قبلت أمرى، لفظ عام فى الأمر، يحتمل معانى، فلها أن
تفسره بما شاءت.

ووجه قول أشهب أن ظاهر قبولها إنما هو لما جعل إليها، ما لم يكن لها من الفرقة،
فيحمل عليه.

فروع: فإذا قلنا إن لها التفسير، سئل عما أرادت، فقد قال ابن القاسم وأشهب: إن
قالت: أردت أنى قبلت ما جعل إلى من الاختيار أو الملك، وأنا أنظر الآن، فأوقع إن
شئت أو أرد: إن ذلك لها.

وفى الموازية عن عبد الملك، إن قالت: لم أرد به الطلاق، لم يقبل منها، ولو علم
أنها ممن يعلم الفرق بين ذلك وبين الطلاق، وقصدته لم يقبل منها، ولا يكاد يفرق بين
ذلك من الرجال إلا من يفقه، فرأيت مذهبه أنها البتة.

٢٩٤ كتاب الطلاق

وروجه قول ابن القاسم ما قدمناه من أن لفظ الأمر يحتمل ما قالته، فيقبل منها ذلك، ولا يلزمه أن لا يعلم هذا إلا من يفقه، فقد علمته هي، وأخبرت به عن نفسها، ولا يحتمل الناس في أحكامها إلا على المعرفة.

فرع: ولو قالت: أردت بذلك البقاء مع زوجي، فقد قال أشهب في الموازية: لا يقبل ذلك منها ويكون طلاقاً، إلا أن تأتي بما يعرف به صدقها، ولو قالت: كنت لاعبة أو مستهزئة، لم يلزمها شيء، ودينيت.

وظاهر قول ابن القاسم عندي أن ذلك مقبول منها، وهو الأظهر؛ لأنها إذا قبل منها الاستهزاء أو اللعب، فبأن يقبل منها ما قالته من الرضى بزوجه أولى وأحرى.

مسألة: وهذا في المدخول بها، وأما غير المدخول بها، فإن زعم أنه قال: اختارى الثلاث، فقضت بثلاث، نفذ ذلك بينهما، وإن قضت بواحدة، فلا شيء لها. قال ابن حبيب، عن أصبغ: وكذلك إن لم تكن له نية.

وروجه أن إطلاق هذا اللفظ يقتضى الثلاث، فيحمل على ذلك. زاد ابن حبيب: ولذلك لم تنو هي شيئاً.

مسألة: فإن قالت: أردت واحدة، وطلقت هي نفسها واحدة، أو فسرت اللفظ المحتمل بواحدة، ففي كتاب ابن سحنون: هي على ما نوت، وإن طلقت هي نفسها ثلاثاً، فهو على ما تقدم من التملك.

فصل: وقوله: «وإن قال زوجها لم أخيرك إلا في واحدة، فليس ذلك له»، معناه أنه خيرها بلفظ هو صريح في الثلاث، فاختارت بلفظ هو صريح في اختيار الثلاث، فلم يكن له أن يدعى أنه زاد واحدة، ولو قالت هي: أردت واحدة، لم يقبل منها لما قدمناه.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ خَيْرَهَا فَقَالَتْ: قَدْ قَبِلْتُ وَاحِدَةً، وَقَالَ: لَمْ أَرِدْ هَذَا إِنَّمَا خَيْرْتُكَ فِي الثَّلَاثِ جَمِيعًا، أَنَّهُمَا إِنْ لَمْ تَقْبَلْ إِلَّا وَاحِدَةً أَقَامَتْ عِنْدَهُ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِرَاقًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح: قوله: «أنه خيرها، فقالت: قبلت واحدة»، على ما قدمناه من أن تخييره يقتضى التخيير بين المقام أو قطع العصمة، فإذا اختارت واحدة، فقد أعرضت عما جعل لها، فاختارت غيره، فلم يلزمه ما اختارته؛ لأنه لم يجعل ذلك إليها.

فصل: وقوله: «أنها إن لم تقبل إلا واحدة، أقامت عنده»، يحتمل وجهين، أحدهما: إن لم يكن في جوابها له قبلت إلا واحدة، على حسب ما تقدم من الخبر عنها، فقد بطل خيارها، ولزمها المقام عنده، وهو قول أكثر أصحاب مالك. والثاني: أنها إن لم تستأنف اختيار الثلاث بعد أن ناكرها الزوج، فإنها لا تنتفع بما أوقعته من الطلقة الواحدة، فيقتضى ذلك أن لها أن تستأنف اختيار الثلاث ما لم يفرقا بعد أن أنكر عليها الزوج ما أوقعته من الوجوه، وهو قول أشهب، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى الخلع

١١٧١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ عَنْ حَبِيبَةَ بِنْتِ سَهْلِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسٍ وَأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ خَرَجَ إِلَى الصُّبْحِ، فَوَجَدَ حَبِيبَةَ بِنْتَ سَهْلِ عِنْدَ أَبِيهِ فِي الْغَلَسِ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ هَذِهِ؟». فَقَالَتْ: «أَنَا حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلِ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «مَا شَأْنُكِ؟». قَالَتْ: «لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، لِرُزُوجِهَا، فَلَمَّا جَاءَ زَوْجُهَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلِ، قَدْ ذَكَرْتُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذُكُرَ». فَقَالَتْ حَبِيبَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كُلُّ مَا أَعْطَانِي عِنْدِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ: «خُذْ مِنْهَا». فَأَخَذَ مِنْهَا، وَجَلَسَتْ فِي أَهْلِهَا^(١).

الشرح: قوله ﷺ: «من هذه»، يقتضى المبالغة فى التغليس إلا أن لا يميزها، وإن عرف أنها من النساء إلا أن تكون مستورة الوجه، لكن ذكر الغلس مع قوله: «من هذه»، أظهر فيما قلناه.

١١٧١ - أخرجه أبو داود كتاب الطلاق باب ١٨، ٢٧٦/٢، عن حبيبة بنت سهل الأنصارية. النسائي ١٦٩/٦، كتاب الطلاق باب الخلع، عن عمرة، عن حبيبة بنت سهل. أحمد ٤٣٤/٦، عن حبيبة بنت سهل. البيهقي ٣١٣/٧، عن حبيبة بنت سهل. ذكره فى الكنز برقم ١٥٢٧٧ وعزاه لعبد الرزاق، عن حبيبة.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨١/٧ - ٢٨٢: لم يختلف على مالك فى هذا الحديث، وهو حديث صحيح ثابت مسند متصل، وهو الأصل فى الخلع؛ وفيه إباحة اختلاص المرأة من زوجها بجميع صداقتها، وفى معنى ذلك جائز أن تختلع منه بأكثر من ذلك وأقل؛ لأنه مالها، كما أن الصداق مالها، فجائز الخلع بالقليل والكثير، إذا لم يكن الزوج مضرًا بها، فتفتدى من أجل ضرره.

٢٩٦ كتاب الطلاق

وقوله ﷺ لما قالت: أنا حبيبة بنت سهل: «ما شأنك؟»، إنكار لمجبتها في ذلك الوقت، إذا لم يكن وقت زيارة لأمهات المؤمنين، ولا وقت طلب حاجة، وإنما تكرر في هذا الوقت لمعنى مهم، فأخبرته بشأنها، فقالت: «لا أنا ولا ثابت بن قيس، لزوجها»، إما لتعلمه أن ثابت بن قيس الذى تشكو هو زوجها.

ويكون ذلك من قول الراوى؛ ليعلم من نقل إليه الحديث أن ثابت بن قيس الذى أرادت مباينته، وقطع ما بينها وبينه، هو زوجها، وأن ما نزعته من فراقه، هو معنى قولها: «لا أنا ولا ثابت بن قيس».

فصل: وقولها: «لا أنا ولا ثابت بن قيس»، ظاهره الامتناع منه، وحكمه حكم النشوز، ويجبر على الرجوع إليه، إن لم يرد فراقها بخلع أو غيره.

فصل: وقول النبى ﷺ لزوجها لما جاء: «هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكره»، إعلماً له بما أتت له، وظاهر اللفظ يقتضى أنه قصد ﷺ الإخبار عن معنى ما أتت له، ولم يفسر تفاصيل قولها.

ويحتمل أن تكون هى قد تشكت إليه ضرراً، فلم يحتج فى أول الأمر إلى أن يفسر له ذلك الضرر، حتى يسئل عنه الزوج، ويكفى من الإعلام للزوج أن يقال له: اشتكت ضرراً، فإن أنكره سئلت البينة عما تشكت منه.

وإن سأل التفسير لينكر منه أكثر مما فعله، أو ليبدى عذره فيما أتى به منه، ويحتمل أن تكون حبيبة لم تشك من ثابت بن قيس ضرراً، ولكنها كرهت مصاحبته خاصة، فلذلك لم يحتج أن يذكر له ما تشكت منه.

وقد روى البخارى من حديث أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس: أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبى ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين، ولكن لا أطيعه، فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟»، قالت: نعم.

والذى عليه جمهور الفقهاء أنه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر خلافاً لمن منع ذلك^(٢).

(٢) أجمع العلماء على إجازة الخلع بالصدقات الذى أصدقها إذا لم يكن مضراً بها، وخافاً ألا يقيماً حدود الله؛ واختلفوا فى الخلع على أكثر مما أعطاهما: فذهب مالك والشافعى إلى جواز الخلع بقليل المال وكثيره، وبأكثر من الصدقات، وبمائها كله إذا كان ذلك من قبلها؛ قال مالك: لم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر من الصدقات؛ لقول الله عز وجل: ﴿فلا جناح عليهما فيما =

=افتدت به﴾، ولحديث حبيبة بنت سهل مع ثابت بن قيس، قال: فإذا كان النشور من قبلها، جاز للزوج ما أخذ منها بالخلع - وإن كان أكثر من الصداق إذا رضيت بذلك - وكان لم يضر بها؛ فإن كان لخوف ضرره، أو لظلم ظلمها أو أضر بها، لم يجوز له أخذها؛ وإن أخذ شيئاً منها على هذا الوجه، رده ومضى الخلع عليه.

وقال الشافعي: الوجه الذي تحمل به الفدية والخلع: أن تكون المرأة مانعة لما يجب عليها غير مودية حقه كارهة له، فتحل الفدية حينئذٍ للزوج. قال الشافعي: وإذا حل أن يأكل ما طابت به نفساً له على غير فراق، جاز له أن يأكل ما طابت له به نفساً، وتأخذه بالفراق إذا كان ذلك برضاها ولم يضرها. قال الشافعي: والمختلعة لا يلحقها طلاق - وإن كانت في العدة، وهو قول ابن عباس وابن الزبير.

قال أبو عمر: وبه قال مالك - وهو القياس والنظر؛ لأنها ليست زوجة.

وقال إسماعيل القاضي: اختلف الناس فيما يأخذ منها على الخلع، فاحتج الذين قالوا: يأخذ منها أكثر مما أعطها بقول الله عز وجل: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ قال إسماعيل: فإن قال قائل: إنما هو معطوف على ما أعطها من صداق أو بعضه، قيل له: لو كان كذلك لكان: فلا جناح عليهما فيما افتدت به منه أو من ذلك. قال: وهو بمنزلة من قال: لا تضربن فلانا إلا أن تخاف منه، فإن خفته فلا جناح عليك فيما صنعت به فهذا إن خافه كان الأمر إليه فيما يفعل به لأنه لو أراد الضرب خاصة، لقال: من الضرب أو فيما صنعت به منه.

واحتج الذين قالوا: لا يحل له من ذلك شيء حتى يراها على فاحشة بقوله: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينكمهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾.

واحتج الذين قالوا إنه لا يجوز له الأخذ إذا كانت الإساءة من قبله، بقوله: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتن إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً﴾ الآية، هكذا قال إسماعيل، قال: ومن قال بأن قوله: ﴿فإن خفتن ألا يقيما حدود الله﴾ منسوخ بالآيتين، فإن قوله مدفوع بأنه إنما يكون النسخ بالخلاف، ولا خلاف في الآيتين للآية الأخرى؛ لأنهما إذا خافا ألا يقيما حدود الله فقد صار الأمر منهما جميعاً، والعمل في الآية الأخرى منسوب إلى الزوج خاصة؛ وذلك إرادته لاستبدال زوج مكان زوج، ولأن الزوجة إذا خافت ألا تقيم حدود الله فاختلعت منه، فقد طابت نفسها بما أعطت، وهو قول عامة أهل العلم؛ وذكر حديث حبيبة بنت سهل، عن أبي مصعب، عن مالك؛ ثم قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن حميد، عن رجاء بن حيوة، عن قبيصة بن ذؤيب - أنه تلا: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾. قال: هو أن يأخذ منها أكثر مما أعطها.

قال: وحدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، قال: كان أبي يقول إذا جاء الفساد من قبل المرأة حل له الخلع؛ وإن جاء من قبل الرجل، فلا ولا نعمة. قال أبو عمر: ذكر عبدالرزاق، عن معمر، عن الزهري، قال: لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته =

= شيئاً من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها، قيل له: وكيف يكون النشوز؟ قال: أن تظهر له البغضاء، وتساء عشرته، وتظهر له الكراهية، وتعصى أمره، فإذا فعلت ذلك، فقد حل له أن يقبل منها ما أعطاه، لا يحل له أكثر مما أعطاه - وهو قول أبي حنيفة.

قال أبو عمر: روى عن علي بن أبي طالب بإسناد منقطع: لا يأخذ منها أكثر مما أعطاه، وهو قول الحسن، وعطاء وطاوس، وعن ابن المسيب، والشعبي كرها أن يأخذ منها كل ما أعطاه. وروى، عن ابن عمر، وابن عباس - أنه لا بأس أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه - وهو قول عكرمة، وإبراهيم، ومجاهد، وجماعة.

ذكر عبدالرزاق، عن ابن جريج، عن موسى بن عقبة، عن نافع - أن ابن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها بكل شيء لها، وبكل ثوب عليها، فلم ينكر ذلك عبدالله.

وقال عكرمة: يأخذ منها حتى قرطها. وقال مجاهد، وإبراهيم: يأخذ منها حتى عقاص رأسها. واختلفوا في فرقة الخلع: فذهب مالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابهم إلى أن الخلع تطليقة بائنة، وهو أحد قولي الشافعي وأحب إلى المزني.

وقال أحمد، وإسحاق: الخلع فرقة وليس بطلاق، وهو قول داود. وقال الشافعي في أحد قوليه: إن الرجل إذا خلع امرأته، فإن نوى بالخلع طلاقاً أو سماه فهو طلاق، فإن كان سمي واحدة، فهي تطليقة بائنة، وإن لم ينو طلاقاً ولا شيئاً لم تقع فرقة. وقال أبو ثور: إذا لم يسم الطلاق، فالخلع فرقة - وليس بطلاق، وإن سمي تطليقة، فهي تطليقة، والزوج أملك برجعته مادامت في العدة.

قال أبو عمر: احتج من لم ير الخلع طلاقاً بحديث ابن عيينة، عن عمرو بن طاوس، عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأله فقال: رجل طلق امرأته تطليقتين، ثم اختلعت منه، أيتزوجها؟ قال: نعم، لينكحها ليس الخلع بطلاق، ذكر الله - عز وجل - الطلاق في أول الآية وأخبرها والخلع فيما بين ذلك، فليس الخلع بشيء، ثم قال: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾. وقرأ: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾. واحتج من جعل الخلع طلاقاً بحديث شعبة، عن الحكم، عن خيثمة، عن عبدالله بن شهاب، قال: شهدت عمر بن الخطاب أنه المرأة ورجل في خلع فأجازه، وقال: إنما طلقك بمالك، وبحديث مالك، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن جهمان مولى الأسلميين، عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها عبدالله بن أسيد، ثم أتيا عثمان بن عفان في ذلك فقال: هي تطليقة إلا أن تكون سميت، فهو كما سميت.

قال إسماعيل: وكيف يجوز القول في رجل قالت له امرأته طلقني علي ماله فطلقها: أنه لا يكون طلاقاً وهو لو جعل أمرها بيدها من غير شيء فطلقت نفسها كان طلاقاً.

قال: فأما قوله: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ - فهو معطوف على ﴿الطلاق مرتان﴾؛ لأن قوله: ﴿أو تسريح﴾ إنما يعني به: أو تطليق - والله أعلم -؛ فلو كان الخلع معطوفاً على =

كتاب الطلاق ٢٩٩
والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

مسألة: وإذا كان الضرر من قبل الزوجة والكراهية للزوج، فلا خلاف في جواز الخلع، وإن كان الضرر منهما معاً، فقد قال بعض القرويين: لا يجوز أن يخالعهما على ذلك بأن يأخذ منها شيئاً.

قال: وهو منصوص لمن تقدم من علمائنا، قال: وليست كمسألة الحكمين، إذا كان الضرر منها، جاز ذلك؛ لأن النظر في مسألة الحكمين للحكمين، فينفذ حكمها في ذلك.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أنه إذا جاز ذلك في مسألة الحكمين، فبأن يجوز منهما إذا اتفقا على ذلك أولى.

فصل: وقول حبيبة بنت سهل لرسول الله ﷺ: «كل ما أعطاني عندي»، إشارة إلى أنها بذلته لزوجها على أن يفارقها، وقد صرح في ذلك حديث عكرمة، عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال لها: «أتردين عليه حديثه؟ قالت: نعم»، وقد قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فصل: وقوله ﷺ: «خذ منها»، إباحة منه ﷺ أخذ الفداء منها، وقد يصح أن يكون ندباً إلى ذلك لما رأى من إشفاقها واستضرارها بالمقام معه، وقد بلغ ذلك منها إلى أن خافت أن تأتي ما تأثم به.

فصل: وقوله: «فأخذ منها»، فجلست في أهلها، إتماماً منه لما قرره النبي ﷺ بينهما من الخلع، وليس فيه أنه تكلم بطلاق ولا خلع.

وفي المبسوط من رواية ابن وهب، عن مالك في رجل نكح امرأة، فندم، فقال له أهلها: نؤدى إليك ما أخذنا منك، وتؤدى إلينا أختنا، ولم يكن بينهم طلاق، ولا كلمة، فقيل إنه إن تزوجها بعد ذلك كان ما تقدم من ذلك تطليقة، وتكون عنده على تطليقتين.

=التطليقتين، لكان لا يجوز الخلع أصلاً إلا بعد تطليقتين، وهذا لا يقوله أحد؛ قال: ومثل هذا في القرآن كثير مثل: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدَىٰ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدَىٰ مَحَلَّهُ﴾، وهى على كل حال من حلق محصر أو غير محصر، لأنه لم يخص المحصر كما لم يخص بالفدية من قد طلق تطليقتين، بل هى للأزواج كلهم. انظر: التمهيد ٢٨٢/٧، وما بعدها.

٣٠٠ كتاب الطلاق

وفي العتبية من رواية ابن القاسم: إذا قصد إلى الصلح على أن أخذ متاعه، وسلم إليها متاعها، فهو خلع لازم، قال لها: أنت طالق أو لم يقل.

ووجه ذلك أن المفهوم مما أتوه إنفاذ الطلاق وإيقاعه، والفرقة الموجودة بينهما والانفصال إنما كان على وجه الطلاق، فوجب أن يكون طلاقاً كالإشارة به أو الكتابة له.

فصل: وقوله: «وجلست في أهلها»، يحتمل أن يريد به إن كانت الدار لها أنها جلست فيها دونه مدة العدة مع خدم إن كان لها أو حاشية ممن كان معها قبل الخلع، ووصفت بذلك أنها جلست في أهلها لما كان هذا الجلوس لها ومختصاً بها، وقبل ذلك، فإنما كان الجلوس له.

ويحتمل إن كانت الدار لها، أنها بقيت فيها لم ينقلها عنها لاستحقاقها لها، ولعله كان ساكناً معها في محلها عند أقاربها، فانتقل هو عن ذلك المكان إلى أهله وأقاربه، والله أعلم.

١١٧٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ مَوْلَاةٍ لِصَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِكُلِّ شَيْءٍ لَهَا، فَلَمْ يُنْكَرْ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ.

الشرح: قوله: «أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها»، يحتمل أن يكون ذلك قدر ما أصدقها، وأن يكون أكثر أو أقل، فأما الخلع بكل ما أصدقها أو أقل، فجائز عند جميع الفقهاء، وأما الخلع بأكثر من ذلك، فسنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقولها: «بكل شيء»، يحتمل أن يكون سمته ووصفته وأحضرته حتى كان معروفاً، غير مجهول، ويحتمل أن يكون الخلع وقع لها بهذا اللفظ على أن تنخلع له من كل شيء لها، فيكون ذلك مجهولاً.

ولا يخلو ذلك من أن يوجد لها شيء، أو لا يوجد لها شيء، فإن وجد لها شيء له مقدار، فإن الخلع نافذ، وذلك أن الخلع على العبد الآبق جائز عند مالك، ويجوز ذلك على الجنين في بطن أمه، أو الجمل الشارد، والتمرة التي لم يبد صلاحها.

١١٧٢ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٥٠٥/٦. الجامع لأحكام القرآن ١٤١/٣. ابن حزم في المحلى ٢٤١/١٠. أحكام القرآن للحصاص ٣٩٣/١. المغنى ٥٢/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٥٣.

كتاب الطلاق ٣٥١
وفى المدونة والمبسوط: يجوز بما يثمر نخله العام وبما تلد غنمه العام، خلافاً لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾، وهذا عام، ومن جهة القياس أنه مما يملك بالهبة والوصية، فجاز أن يكون عوضاً فى الخلع كالمعلوم. فرع: إذا ثبت أنه يصح الخلع بالغرر، فإنه إن سلم وقبضه، فهو له على ما هو عليه، وإن تلف، فلا شيء له غيره، والطلاق نافذ على حكمه، قاله القاضى أبو محمد. والدليل على ذلك أنه عقد يجوز فى معين من الغرر، فإذا لم يسلم لم يكن له غيره كالهبة والوصية.

مسألة: ولو خالعهما على نفقة، ولها مدة الحولين، ورضاعه فيهما، جاز ذلك، فإن شرط، عليها نفقة الابن بعد الحولين أربع سنين أو ثلاثاً، فقد روى ابن القاسم، عن مالك: أن ما زاد على نفقة الابن وإرضاعه فى الحولين، فهو باطل موضوع عن الزوجة، وإن شرط الزوج.

ولم يجعل له مالك بما بطل من شرطه شيئاً، وأجاز ذلك فيما زاد على الحولين من مدة أربعة أعوام أو إلى انقضاء أمد الحضانة، المخزومى، واختاره سحنون.

ووجه بعض القرويين مذهب ابن القاسم بأن المتخالعين أدخلوا الغرر فيما أوقعا به الخلع من النفقة، وما عدا ذلك من الغرر كالعبد الآبى والجمل الشاذى؛ فالغرر دخل فيه بغير فعلها.

وقال غيره من القرويين: لم يمنع مالك الخلع بنفقة ما زاد على الحولين لأجل الغرر، وإنما منعه؛ لأنه حق مختص بالأب على كل حال، فليس له أن ينقله إلى غيره.

والفرق بين هذا وبين نفقة الحولين، أن تلك النفقة وهى الرضاع قد تجب على الأم حال الزوجية، وبعد الطلاق إذا أعسر الأب، فجاز أن تنقل هذه النفقة إلى الأم؛ لأنها محل لها.

وفى المبسوط أن مالكا احتج على ذلك بقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وهذه إشارة إلى ما قدمناه.

ووجه رواية المخزومى أنه إزالة ملك تجوز إزالته بالغرر، فجاز إزالته بنفقة أربعة أعوام. أصل ذلك العتق.

٣٠٢ كتاب الطلاق

فرع: فإن وقع الخلع على الوجه المباح بنفقة الابن، فمات الصبي قبل انقضاء المدة، فهل للزوج الرجوع عليها ببقية النفقة، روى ابن المواز، عن مالك: لا يتبعها بشيء. وروى عنه أبو الفرج: يتبعها.

وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون في المبسوط أنه لم يشترط لنفسه مالا يتموله، وإنما شرط أن تكفيه مؤنة الولد، فإذا مات الولد، لم يكن له الرجوع عليها بشيء كما لو تطوع رجل بالإنفاق على الصبي بينة، فمات، لم يرجع عليه بشيء؛ لأنه إنما قصد بتطوعه تحمل مؤنته، والله أعلم.

واتفقوا على أنها إن ماتت، فنفقة الولد في مالها؛ لأنها حق ثبت فيه قبل موتها، فلا يسقط بموتها.

وجه رواية أبي الفرج أنه حق يثبت له في ذمة الزوج بالخلع، فلا يسقط بموت الصبي كما لو خالعا بمال متعلق بذمتها.

فصل: وإن أعسرت بالنفقة أنفق الأب، وهل يتبعها بمثل النفقة، روى ابن الماجشون وابن عبد الحكم: لا يتبعها به.

وروى أصبغ، عن ابن القاسم: يتبعها، وقال أيضًا: لا يتبعها.

وجه القول الأول أنه حق ثبت للابن على أبيه، ثم عاوض به الأب والأم، فأثبتته في ذمتها عوضًا من طلاقها، فإذا أعسرت به كان للابن أن يتبع به الأب؛ لأنه ليس له أن يسقط حقًا عليه، وينقله إلى عديم، فيرجع الابن به على الأب، ثم يرجع به الأب على الأم دينًا يتبعها به؛ لأنه عوض طلاقها.

وجه القول الثاني أنه أمر غير ثابت على الأب ولا على الأم، وإنما يتعلق ذلك بيسر من يجب عليه حين الوجوب كنفقة الزوجة على الزوج.

مسألة: ومن خالغ امرأته على أنها إن ولدت منه، فعليها نفقته في الحولين، فإن أرادت أن تطلبه بنفقة الحمل، وبصداقها عليه، ففي المبسوط عن مالك: ليس لها صداق، ولا نفقة حمل. وقال المغيرة: لها نفقة الحمل، ولا شيء لها من الصداق.

وجه قولها: أنه لا شيء لها من الصداق، أنها لم تشتتر بقاء، فكان الظاهر إسقاطه؛ لأنه لم يرض منها بترك ما كان في ذمته حتى زادت نفقة الحمل، ولم تكن في ذمته.

كتاب الطلاق ٣٠٣
ووجه قول مالك: أنه لا نفقة لها، أنها قد أسقطت نفقة الولد بعد الولادة، فبأن تسقط ما وجب لها قبل ذلك أولى كما قلنا في الصداق إنها إذا أسقطت نفقة الحولين، اقتضى ذلك إسقاط الصداق.

ووجه قول المغيرة أنها أسقطت عنه نفقة مقدره، فلا يتعدى الإسقاط إلى غيرها، وإلى ما ليس من جنسها، ولا وجب بسببها؛ لأن نفقة الحمل في غير مدة الحولين، ومن غير جنس الحولين واجبة بغير سببها، ولا يشبه هذا ما أسقط من الصداق؛ لأنه أمر قد تقرر ووجب ونفقة الحمل لم تجب بعد، فلا تسقط إلا بالنص عليها.

فصل: وأما إن خالعتها على جميع ما تملك، ولم يوجد لها شيء، ففي كتاب ابن المواز: إذا خالعتها على ما في يدها، فلم يوجد في يدها شيء، أو وجد فيه ما لا ينتفع به كالحجر.

قال أشهب: لا يلزمه طلاق، وإن وجد فيه ما ينتفع به كالدرهم ونحوه، لزمه الخلع. قال عبد الملك: يلزمه الخلع؛ لأنه رضى بما غرته به، واختاره ابن المواز وسحنون. وجه القول الأول أنها غرته، فلم يلزمه الخلع كما لو قالت له: أخالئك بعبدى هذا، وهو حر، فإنه يلزمه خلع، أو أخالئك بهذه الدار، ولم تكن لها.

فقد قال عبد الملك في المبسوط: إنها تبقى على الزوجية، ولو كانت الدار لها، فأسلمتها إليه، فاستحقت من يده بعد الخلع، ورجع عليها بقيمة ما استحق من يده. قال عبد الملك: لأن هذا قد قبضه، والأول لم يقبضه، وإنما خالعتها به على أن تسلمه إليه.

وقال أحمد بن المعذل: إذا خالعتها على عطائها أو وصية، ولم يكن لها شيء من ذلك، فهي زوجة، وكذلك إن لم يكن في يدها شيء، وهو بمنزلة أن يخالعتها على حر غرته به.

وأما إن كان لها عطاء، فسقط اسمها أو لم يحمل الثلث وصيتها، فإنه يمضى الخلع عليه، ولا شيء له، وبالله تعالى التوفيق.

فروع: فإذا قلنا لا يلزمه الخلع، فقد قال أشهب: لا يكون طلاقاً. وقال مطرف: لو أخذت لوزة أو حصاة وخالعتها بها، فإن كان شيء مما ينتفع به، وإن قل، فرضى به، وعرف ما هو، فهو خلع، وأما الحصاة، وما لا ينتفع به، فليس بخلع، وهو طلاق رجعى.

٣٠٤ كتاب الطلاق

وجه قول أشهب أنه إنما أوقع الطلاق بشرط أن يحصل له شيء ينتفع به، فلما وجده على غير ذلك، بطل الطلاق جملة كما لو غرته من حر، فخالعته به على أنه عبد. ووجه قول مطرف أن الطلاق قد وقع، فلما لم يكن له عوض، لم يكن بائناً، وكان رجعيًا.

مسألة: ولو خالعهما على خمر أو خنزير، أو ما لا يحل من تعجيل دين مؤجل، نفذ الخلع وبطل العوض، وبقي الدين المؤجل إلى أجله، ويكون الطلاق بائناً خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو رجعي، ولا يكون للزوج عليها شيء.

ويحتمل أن يكون قول مطرف على هذا خلافاً للشافعي في قوله: عليها مهر المثل؛ لأنه طلاق وقع على وجه المعاوضة، فكان بائناً، ولأن الزوج لما رضى ما لا يحل من العوض لم يكن له غيره، كما لو أعتق عبده أو أمته على خمر أو خنزير، فإنه لا يرجع عليها بشيء.

مسألة: وإن قصد إلى إيقاع الخلع دون عوض، قال القاضي أبو محمد: هو خلع عند مالك. وقال أشهب: يكون طلاقاً رجعيًا.

والدليل على قول مالك أن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج عنه مقتضاه. أصل ذلك إذا خالعه بخر أو خنزير.

وجه قول أشهب أنه طلاق عرا عن عوض واستيفاء عدد، فكان رجعيًا كما لو كان بلفظ الطلاق.

وفي كتاب ابن المواز: أنهما إذا تداعيا إلى الصلح، واقتربا عليه، وإن لم يأخذ منها شيئاً، فهو فراق كما لو أخذ منها.

وفي العتبية من رواية ابن القاسم: أنهما لو قصدا إلى الصلح على أن يأخذ متاعه وسلم إليها متاعها، أنه خلع لازم، قال: أنت طالق، أو لم يقل، قال في كتاب محمد: وإن لم يقصد إلى الصلح، وقال: لي متاعى ولك متاعك، أو لك زيادة كذا، فله الرجعة.

وجه ذلك أنهما إذا قضا الصلح، فقد أحرز ما صار إليه بالطلاق الذى طلقها الآن؛ لأن معنى الصلح الذى ذكر أن يطلقها من أجل ذلك.

وأما إذا قصد طلاقها دون شيء من ذلك، وأباح لها أن تأخذ ما لها، ويأخذ ما له،

كتاب الطلاق ٣٠٥
فهذا ليس بخلع، ولهذا قال ابن القاسم فى باريتك: أنها طلقة واحدة بائنة؛ لأن معنى ذلك أنه طلقها لتبرئه مما كانت تطلبه به محقة أو مبطله ويبرئها هو أيضاً، وذلك من باب الخلع، والله أعلم.

ولذلك قال مالك فى العتبية والموازية فيمن قال لامرأته: ألك عندى شيء؟ قالت: لا، ولا لك عندى شيء، قال: لا، قال: فاشهدوا أنى برئت منها، وبرئت منى، فافترقا على ذلك، ثم قامت بما كان لها قبله، وقالت: لم أرد المبارأة، وقال هو: أردت المبارأة. فإن قالت البيئنة، كنا نرى أنهما أرادا المبارأة، فذلك نافذ، ولا شيء لها عليه، وكذلك إن شهدوا بما ذكرنا أول السؤال فقط، فلا شيء لها.

مسألة: وإن صالحها على أن أعطاها شيئاً من ماله، وفارقها، ولم يأخذ منها شيئاً، وظن أنه وجه الصلح، ففى المبسوط من رواية ابن وهب، عن مالك قولان، أحدهما: أنها طلقة رجعية، ثم رجع، فقال: هو خلع، وهو قول ابن القاسم فى المدونة. وجه القول الأول أنه طلاق لم يأخذ به عوضاً، فلم يمنع ذلك كونه رجعيًا كما لو لم يعطها شيئاً.

ووجه القول الثانى أنه عطاء فى خلع، فاقضى البيئنة، وقطع الرجعة كما لو أعطته الزوجة.

ووجه آخر، وهو أنه قطع بما أعطاها مطالبتها قبله، وذلك سبب حكم الخلع.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُفْتَدِيَةِ النَّبِيِّ تَفْتَدِي مِنْ زَوْجِهَا أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّ زَوْجَهَا أَضَرَ بِهَا وَضَيَّقَ عَلَيْهَا، وَعَلِمَ أَنَّهُ ظَلِمَ لَهَا مَضَى الطَّلَاقُ، وَرَدَّ عَلَيْهَا مَا لَهَا، قَالَ: فَهَذَا الَّذِي كُنْتُ أَسْمَعُ، وَالَّذِي عَلَيْهِ أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا كما قال أن المفتدية إذا كان اقتداؤها لإضرار زوجها، وظلمه لها، لم يلزمها ما افتدت به، وذلك أن إضرار زوجها بها لا يجوز له، بل هو ممنوع منه.

وفى العتبية من رواية ابن القاسم، عن مالك فيمن علم من امرأته بالزنى، لم يكن له أن يضارها حتى تفتدى، ومن الإضرار بها الموجب لرد ما أخذ منها، أن يؤثر عليها ضررتها، ولا يفى بحقها فى نفسه وماله.

وذلك أنه لا يجوز له أن يجسها إذا لم ترض بالآثرة عليها، وإنما له أن يمسكها من

٣٠٦ كتاب الطلاق
غير إضرار بها بأثرة ولا غيرها، أو يفارقها لقوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح
ياحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩].

مسألة: وليس من الإضرار بها البغض لها، قاله ابن القاسم فى الموازية، وإنما الإضرار
عندى الأذى بضرب. أو اتصال شتم فى غير حق، أو أخذ مال أو إيثار.

وفى المبسوط عن مالك: وليس عندنا فى قلة الضرر وكثرته شىء معروف، ولا
موقوت. ومعنى ذلك أنه لا يتقدر بجد لا يكون ضرراً حتى ينتهى إليه، وإنما ذلك بقدر
ما يعلم أنه مضر بها من تكراره أذاه لها.

فصل: وقوله: «إذا علم أنه أضر بها أو ضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها، مضى
الطلاق، ورد عليها ما لها»، يريد أن ما التزمه من طلاق الخلع يلزمه؛ لأنه أوقعه
باختياره، ويرد ما أخذ منها من العوض، ولا يأخذ منها ما كانت التزمته له من نفقة
ورضاع.

رواه عيسى، عن ابن القاسم؛ لأنها دفعته إليه غير محتاجة لرفعه، وإنما دفعته إليه
لتنخلص بذلك من ضرره وظلمه، ولا يحل له أن يأخذ على ترك الظلم والتعدى عوضاً،
فعلى هذا يرد ما أخذ منها، ويسقط عنها ما التزمته من نفقة وأجرة رضاع، قاله مالك.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن
يأتين بفاحشة مبينة﴾ [النساء: ١٩]، والفاحشة يصح أن يراد بها الأذى والبذاء، ولذلك
يقال: أفحش الرجل فى قوله، إذا بالغ فى السب.

قال ابن بكير، من أصحابنا، وقال ابن عباس: الفاحشة، النشوز. وقال ابن بكير: إذا
نعتت الفاحشة بمبينة، فهى من باب البذاء باللسان، وإذا لم تنعت وأطلقت، فهى الزنى،
وقيل: إذا كانت الفاحشة بالألف واللام، فهى الزنى واللواط.

قال الحسن: معنى ذلك سمح للأزواج فى المضارة بهن، إذا أتين بفاحشة مبينة حتى
يفتدين ببعض ما أعطوهن، ومثله روى عن ابن عباس فى النشوز، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وعلم أنه ظالم لها»، يقتضى أن ذلك لا يكون بمجرد دعواها أنه
أضر بها، وإنما يكون ذلك بإقراره إن أقر بذلك أو ببينة تشهد له.

وفى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: إذا قامت بعد الخلع بينة يشهدون على
السماع أنه كان يضر بذلك، قال: وهل يشهد هؤلاء على السماع، يسمع الرجل من
أهله أو من الجيران ويكون فاشياً.

كتاب الطلاق ٣٠٧

والشهادة فى ذلك عندى تكون على وجهين، أحدهما: أن يكون الخبر عن الإضرار بها متواتراً حتى يقع العلم بذلك للشهود، يشهدون فى ذلك على علمهم كما يشهد فى الموت على علمه من لم يعاين الميت على الخبر المتواتر بذلك، وكما يشهد فى النسب وعدة الولد والوراثة على علمه.

ويدل على صحة هذا الوجه ما قاله أصبغ: أنه إن شهد شاهد واحد على البتات، صحت شهادته، ويحلف إن لم يكن غيره، ويرد إليها ما أخذت منها، وبمضى الفراق. وقال ابن القاسم: لأن يمينها على مال.

والوجه الثانى على السماع الفاشى من أهل العدل وغيرهم، ولا يقبل فى مثل هذا أقل من شاهدين؛ لأن الشهادة على السماع، لا يقبل فيها شاهد مع يمين المدعى، ولا يقبل فيها أقل من شاهدين.

ولذلك قال ابن القاسم فى هذا الوجه لما سأله أصبغ، يجوز فى ذلك شاهد واحد على البت: كيف يعرف ذلك، قيل له: يقول: سمعت واستبان لى، قال عيسى به، فانظر فيه، فتوقف لدينه وفضله فيما لم يتحققه، وأنفذه أصبغ من رأيه لما تحققه، ثم استصوبه ابن القاسم، واحتج على صحة الحكم به مع يمين الزوجة بأن قال: إن يمينها على مال.

فهذا وجه هذه المسألة، لكن الموثقين خلطوا الوجهين فى عقودهم، فغيروا معناهما، والله أعلم.

مسألة: وإن خالع امرأته على مال، وأخذ منها حميلاً بما لحقه من درك، فقد حكى أبو عبد الله بن العطار: أنها إن أثبت الضرر، لم تسقط التبعة عن الحمل، فيما ضمنه؛ لأنه لم يكره بضرب ولا غيره، ولا يرجع الحمل على المرأة بشىء، وقد ذهب بعض فقهاء الصقليين إلى هذا.

مسألة: ولو ثبت إضرار الزوج بها، والتزم هو تصديقها فى ذلك، ففى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب فىمن تشكت امرأة ضرره، فأشهد لها، إن عاد، فهى مصدقة فى ذلك، وأمرها بيدها، تطلق نفسها البتة.

فأشهدت بعد أيام، وزوجها غائب، أن زوجها عاد إلى أذاها، وأنها طلقت نفسها، وأنكر الزوج أن يكون أذاها، ثم قدمت المرأة، وزعمت أنها كذبت فيما شكت من الأذى، ولا يعرف ذلك إلا بقولها، قال: قد بان منى، ولزمه ما قضت؛ لأنه جعلها مصدقة، وقال مثله أشهب.

قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ بِأَنْ تَفْتَدِيَ الْمَرْأَةَ مِنْ زَوْجِهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا أُعْطَاهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه يجوز للرجل أن يطلق المرأة على أن يأخذ منها أكثر مما أصدقها وأقل، ومثل ذلك.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، وهذا عام في الجنس والقدر، إلا ما خصه الدليل.

ومن جهة المعنى أن هذه معاوضة في إرسال ما يملكه الزوج، فلم يكن عوضها مقدراً كالكتابة.

مسألة: ولو خالعتها قبل البناء على دار أو ثوب أو عبد، وكان قد أصدقها مائة دينار قبضتها أو لم تقبضها، فإنها ترد المائة، قاله ابن القاسم، واحتج بما قدمناه من أنه إن لم يرض منها إلا بما كان في يدها مما لم يجر له ذكر في النكاح، فبأن ترد ما يدفع إليها أولى وأحرى.

وقال أصبغ: إن قبضته، فلا ترد منه شيئاً، وإن كان ما أعطت الزوج أقل من النصف أو أكثر أو النصف سواء؛ لأنه بمعنى الصلح، إلا أن تشترط الزوجة رد شيء منه.

مسألة: ولو خالعتها على عشرة من صداقها، قال مالك: لها نصف ما بقي؛ لأن اشتراطها عشرة من صداقها، يقتضى بقاء الباقي على حكمه، ولو أعطته عشرة على أن يطلقها تطليقة، اتبعته بنصف هذا المهر؛ لأنها اشترت بها هذه الطلقة.

وأما في الخلع المبهم، فلا تتبعه بشيء، خلعته بعطية أو بغير عطية، وأما بعد البناء، فلا ترد هي ما قبضت من الصداق، إن كانت قبضته وتتبعه بما عليها من مهرها، إن كانت لم تقبضه.

مسألة: وهذا إذا كانت مالكة أمر نفسها، فإن كانت محجوراً عليها بأب أو وصى أو سيد يحجر على أمته، فإنه لا يصح خلعها، فإن وقع الطلاق نفذ الخلع، وارتجع الولي ما أعطته من المال، وطالب بما وهبته من صداق أو غيره؛ لأنها لا تصرف لها في مالها، فكان للولي استرجاع ما أمضت منه، وهذا المشهور من قول أصحابنا.

وفى العتبية من رواية يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم في التي لم تبلغ المحيض، وقد بنى بها الزوج، فصالحته على ما أعطته: إن ذلك نافذ، وله ما أخذ إن كان مما يصلح به مثلها.

كتاب الطلاق ٣٠٩

وروجه ذلك أنها مالكة أمرها في الاستمتاع، ولها أن تسقط حقها إذا شاءت، فكان لها المعاوضة عنه باستخلاصه على عوض تدفعه، إذا لم يكن في ذلك غبن عليها.

كما يجوز لها أن تشتري خبزًا لقوتها لما كانت تملك أكله أو تركه، ولم يكن للولى نظر في ذلك. وقال أبو بكر بن اللباد: إن المعروف من قول أصحابنا أن المال مردود، والخلع ماض.

مسألة: وهذا إذا لم تكن بلغت، فإن كانت بالغًا، فقد قال سحنون: يجوز أن تفتدى من زوجها قبل البناء، وله ما أخذ، ولا رجوع لها فيه. وقال أصبغ: لا يجوز ما بادلت به الصغيرة ولا السفهية البالغ، وكذلك بعد موت الأب، ويرد الزوج ما أخذ ويمضى الفراق.

وقول سحنون مبنى على أن اليتيمة البالغ المالكة أمر نفسها، وهو قوله. وقول أصبغ مبنى على أنها محجور عليها، وهو المشهور في المذهب، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما الصغير، فيجوز أن يخالع عنه الأب والوصى، ولا يطلق عليه إلا على وجه المبرأة، وأما البالغ السفهية، فقال ابن الماجشون: لا يجوز أن يخالع عنه أب ولا وصى؛ لأنه يملك الطلاق.

وروى عيسى، عن ابن القاسم في العتبية: يبارى عن السفهية، ويؤجره بغير أمره، وهذا الخلاف مبنى على اختلاف أصحابنا في إجباره على النكاح، والله أعلم.

مسألة: فإن كان الولي أبًا، فلا خلاف في المذهب أنه يجوز له أن يخالع عنها، وإن كان وصيًا، فهل له ذلك أم لا؟ المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، أنه ليس ذلك لأحد إلا للأب. وروى ابن نافع، عن مالك: أن الوصى يخالع عن اليتيمة ويؤجرها أبوها، ويلزمه ذلك.

وجه القول الأول أن من لا يملك الإجبار بنفسه، لا يملك الخلع كالولى الذى ليس بوصى.

وجه الرواية الثانية أنه ولى يحجب سائر الأولياء حال البكارة، كالأب.

وروى زياد بن جعفر، عن مالك: لا بأس أن يبارى الولي والخليفة عن الصغيرة.

مسألة: وأما المريضة، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: لا يجوز الخلع. وروى ابن عبد الحكم عنه، جواز ذلك.

٣١٠ كتاب الطلاق

وجه القول الأول أنه عاوضها بالطلاق على أمر لا تملكه؛ لأن الزوجة لا تملك تصيير مالها إليه حال مرضها.

ووجه القول الثاني أن مرض أحد الزوجين لا يمنع وقوع الطلاق، فلم يمنع المقصود به من إزالة الملك.

فرع: إذا قلنا إنه يجوز الخلع، فقد روى ابن عبد الحكم، عن مالك؛ يكون له خلع مثلها، ويرد ما بقى. وقال ابن القاسم: إن ماتت من ذلك المرض، فله قدر ميراثه، إلا أنه تكون ما خالعت به أقل، فله الأقل.

وجه القول الأول أن هذا معاوضة بما يرسل الزوج من ملك بضعها، وهى فى مرضها غير ممنوعة من المعاوضة بما لها، وإنما هى ممنوعة من المحاباة، فلذلك كان له خلع مثلها، ومنع المحاباة إن زادت على خلع مثلها.

ووجه قول ابن القاسم أن الميراث كان له إن ماتت من مرضها، فإن خالعته بأقل من ذلك، فقد رضى بإسقاط بعض حقه، فكان له ما أبقى منه.

فرع: فإذا اعتبرنا ميراثه منها، فإنما ينظر فى ذلك إلى مالها من يوم ماتت، ولا يحسب عليها ما أنفقت. قال محمد: ولا ما تلف. وروى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم فى العتبية: إنما يعتبر بقدر ميراثه منها يوم الصلح، ولا ينظر إلى ما تلسف من مالها بعد ذلك.

وجه القول الأول، وهو قول محمد، أن الميراث إنما يكون يوم موتها، فوجب أن يكون الاعتبار بقدره ذلك اليوم.

ووجه قول ابن القاسم أن العقد إنما لزم يوم الصلح، فيجب أن يكون ما يعتبر به العوض منها بما كان عليه يوم لزوم العقد.

* * *

طلاق المختلعة

١١٧٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ الرَّبِيعَ بِنْتَ مُعَوِّذِ بْنِ عَفْرَاءَ جَاءَتْ هِىَ وَعَمُّهَا إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَأَخْبِرْتُهُ أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا فِي زَمَانِ اعْتُمَانَ بْنِ عَفَّانَ،

١١٧٣ - المغنى ٤٤٩/٧. البيهقى فى السنن الكبرى ٣١٦/٧، ٤٥٠. ابن حزم فى المحلى

٢٣٧/١٠. ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٥٤.

كتاب الطلاق ٣١١
فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ، وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: عِدَّتُهَا عِدَّةُ
الْمُطَلَّقةِ.

الشرح: قول الربيع: «إنها اختلعت من زوجها، وبلغ ذلك عثمان بن عفان، رضى
الله عنه، فلم ينكره»، أرادت بذلك أنه أمر غير محذور على أحد الزوجين، إذا لم يكن
ذلك عن ظلم أحدهما الآخر.

وقد يجوز أن يخالع الرجل المرأة من غير أمر يقتضيه إلا رغبة المرأة عن الزوج
وكرهيتها له، وقد خالع ثابت بن قيس بن شماس زوجه حبيبة بنت سهل، فحكم النبي
ﷺ بذلك، فكيف ينكره عثمان بن عفان، رضى الله عنه، ولعله قد شاهد ذلك الخلع
أو بلغه، والله أعلم.

وقد احتج محمد بن المواز فى ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا
أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَالِحَا بَيْنَهُمَا صِلْحًا﴾ [النساء: ١٢٨]، فأفرد
الإعراض من النشوز.

فصل: وقول عبد الله: «عدتها عدة المطلقة»، يريد المطلقة التى لم تعط على ذلك
عوضًا. ومعنى ذلك أن العدة عن الطلاق لا تختلف باختلاف الطلاق، بل هى سواء فى
الطلاق على وجه الخلع بالعوض والطلاق المبتدأ من غير عوض، والله أعلم.

١١٧٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ وَأَبْنَ شِهَابٍ
كَانُوا يَقُولُونَ: عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ مِثْلُ عِدَّةِ الْمُطَلَّقةِ ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ.

الشرح: قولهم، رضى الله عنهم: «أن عدة المختلعة مثل عدة المطلقة»، على ما
تقدم، ثم فسروا ذلك بأنها ثلاثة قروء، وهذا فى ذات الأقراء، ولم يريدوا بذلك أنها لا
تساويها إلا فى الأقراء، بل هى مساوية لها فى العدة بالحمل والشهور والمرتابة، كما
هى مساوية لها فى الاعتداد بالأقراء، والله أعلم.

مسألة: والخلع طلاق وليس بفسخ، خلافًا للشافعى؟. والدليل على ما نقوله أن
الزوج أخذ عوضًا على إرسال ما يملكه، والذى يملك الطلاق دون الفسخ.

ووجه آخر، أن كل فرقة يصح إبقاء النكاح مع الموجب لها، وأنها طلاق كفرقة
العين والمعسر بالنفقة.

٣١٢ كتاب الطلاق

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُفْتَدِيَّةِ: إِنَّهَا لَا تَرْجَعُ إِلَى زَوْجِهَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ، فَإِنْ هُوَ نَكَحَهَا، فَفَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا، لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنَ الطَّلَاقِ الْآخِرِ، وَتَبَيَّنَ عَلَيَّ عِدَّتِهَا الْأُولَى.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «في المفتدية، أن حكمها حكم المختلعة»، وقد روى ابن وهب، عن مالك: أن المبرأة هي التي تبارى من زوجها قبل البناء بها، فتقول: خذ الذي لك، واطركني، والمفتدية هي التي تعطيه بعض الذي لها، وتمسك بعضه، وكذلك المصالحة. والمختلعة هي التي تعطيه جميع مالها، وتنخلع عنه. وفي المدينة من رواية محمد ابن يحيى، عن مالك مثل ذلك في المبرأة والمفتدية والمختلعة.

وروى عيسى بن دينار، عن مالك: أن المبرأة هي التي لا تأخذ شيئاً، ولا تعطى، والمختلعة هي التي تعطى، وهذا كله يكون قبل الدخول وبعده، فما كان قبل الدخول فلا عدة فيه.

قال القاضي أبو محمد: هذه الألفاظ الأربعة تعود إلى معنى واحد، وإن اختلفت صفاتها من جهة الإيقاع، وفسرها بما قدمناه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «في المفتدية أنها لا ترجع إلى زوجها إلا بنكاح جديد»، يقتضى فصلين، أحدهما: أن طلاقه ليس برجعي، بل هو بائن خلافاً لأبي ثور.

والدليل على ما نقوله أنها إنما أعطته العوض لتملك نفسها، ولو كان طلاق الخلع رجعيًا، لم تملك نفسها، ولم تنتفع به، ولاجتمع للزوج العوض والمعوض عنه.

والفصل الثاني أن له أن يتزوجها بنكاح جديد في العدة وبعدها، فأما بعد العدة، فهو أحد الخطاب، وأما في العدة، فإن العدة منه، فلا تمنعه عقد النكاح، وإنما تمنع غيره، فإن كانت حائلاً، فذلك مباح له في جميع أوقات العدة، وإن كانت حاملاً، فذلك له ما لم يتقل حملها، فتكون حينئذ بمنزلة من تزوج مريضة، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا مع إطلاق العقد، ولو بذلت له العوض وشرط الرجعة، ففيها روايتان، رواهما ابن وهب، عن مالك، إحداهما: ثبوتها، وبها قال سحنون. والثانية: نفيها.

كتاب الطلاق ٣١٣

قال سحنون: وجه الرواية الأولى أنهما قد اتفقا على أن يكون العوض في مقابلة ما سقط من عدد الطلاق، وذلك جائز.

ووجه الرواية الثانية أنه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه، فلم يثبت ذلك كما لو شرط في عقد النكاح، أنى لا أطأ.

فصل: وقوله: «فإن نكحها ففارقها قبل أن يمسه، لم يكن عليها عدة من الطلاق الآخر»، يريد، رحمه الله؛ لأن هذا نكاح لم يمسه فيه، فلا تثبت فيه عدة لقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، وهذا إن كان تزوجها بعد انقضاء العدة.

فإن تزوجها وفارقها قبل أن تنقضى العدة، فهي على عدتها الأولى؛ لأن النكاح الثاني لا يؤثر في العدة، ولا يبطل التامد على غيرها إلا بالمسيس، فإذا عرا من المسيس، فلا يثبت فيه حكم العدة، وبالله التوفيق.

قَالَ هَالِكٌ: إِذَا افْتَدَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا بِشَيْءٍ عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَطَلَّقَهَا طَلَّاقًا مُتَّابِعًا نَسَقًا، فَذَلِكَ ثَابِتٌ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ صُمَاتٍ، فَمَا أَتْبَعَهُ بَعْدَ الصُّمَاتِ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «إذا افتدت المرأة من زوجها بشيء على أن يطلقها طلاقاً متتابعاً نسقاً، فذلك ثابت عليه»، يريد أن من قال لزوجه في طلاق الخلع الذي تبين به الزوجة، وتخرج به عن حكم الزوج، أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، وكان ذلك متصلاً، فإن حكمه في اللزوم، حكم من قال لها ذلك في لفظ واحد: أنت طالق ثلاثاً، خلافاً للشافعي.

والدليل على ذلك أن نسق الكلام بعضه على بعض متصلاً، يوجب له حكماً واحداً، ولذلك إذا اتصل الاستثناء باليمين بالله أثر، وثبت له حكم الاستثناء، وإذا انفصل عنه لم يكن له تعلق بما تقدم من الكلام.

فصل: وقوله، رحمه الله: «فإن كان بين ذلك صمات، فليس بشيء»، يريد إن لم يتصل كلام وتخلله صمت أو كلام لم يتعلق بما قبله، ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق مبتدأ، لم يلحقها طلاق يتخلل بينه وبين المخالعة صمات؛ لأن ما حال بينه وبين طلاق صمت، فهو كلام مبتدأ، له حكم الطلاق المبتدأ.

٣١٤ كتاب الطلاق

ولما كانت المختلعة لا يلحقها طلاق في العدة، لم يلحقها الطلاق الذي حال بينه وبين الطلاق الأول صمت. وقال أبو حنيفة: يلحق المختلعة الطلاق في العدة.

والدليل على ما نقوله أن هذه لا يلحقها طلاقه بلفظ يعمها وسائر نساءه، فلم يلحقها طلاق يخصها. أصل ذلك المطلقة قبل البناء، والله أعلم.

* * *

ما جاء في اللعان

١١٧٥ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ سَهْلَ بْنَ سَعْدٍ السَّاعِدِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّ عُؤَيْمِرًا الْعَجْلَانِيَّ جَاءَ إِلَى عَاصِمِ بْنِ عَدِيٍّ الْأَنْصَارِيِّ، فَقَالَ لَهُ: يَا عَاصِمُ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا، أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ سَلْ لِي يَا عَاصِمُ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ؟ فَسَأَلَ عَاصِمٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَكَّرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَسَائِلَ، وَعَابَهَا حَتَّى كَبُرَ عَلَى عَاصِمٍ مَا سَمِعَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَلَمَّا رَجَعَ عَاصِمٌ إِلَى أَهْلِهِ، جَاءَهُ عُؤَيْمِرٌ، فَقَالَ: يَا عَاصِمُ، مَاذَا قَالَ لَكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ؟ فَقَالَ عَاصِمٌ لِعُؤَيْمِرٍ: لَمْ تَأْتِنِي بِخَيْرٍ، قَدْ كَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَسْأَلَةَ الَّتِي سَأَلْتَهُ عَنْهَا، فَقَالَ عُؤَيْمِرٌ: وَاللَّهِ لَا أَنْتَهِيَ حَتَّى أَسْأَلَهُ عَنْهَا، فَقَامَ عُؤَيْمِرٌ حَتَّى أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَسَطَ النَّاسِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا، أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قَدْ أَنْزَلَ فِيكَ وَفِي صَاحِبَيْكَ فَادْهَبْ فَائْتِ بِهَا» قَالَ سَهْلٌ: فَتَلَاعَنَّا وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَلَمَّا فَرَّغَا مِنْ تَلَاعُنِهِمَا، قَالَ عُؤَيْمِرٌ: كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أُمْسَكْتُهَا، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

١١٧٥ - أخرجه البخارى كتاب الطلاق باب من أجاز طلاق الثلاث ٧/٧٥، وتفسير القرآن ٤٧٤٥، ٤٧٤٦، والحدود ٦٨٥٤، والأحكام ٧١٦٥، ٧١٦٦، والاعتصام فى الكتاب والسنة ٧٣٠٤، والجهاد ٢٦١٢، ٢٦١٥، ٢٦١٩. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠٦٦، ٢٠٦٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٢٢٩٧، ٢٢٣٢٠، ٢٢٣٣٠، ٢٢٣٣٦، النذور والإيمان ٢٣٣٤. الدارمى فى النكاح ٢٢٢٩، عن عويمر. ابن حبان ٢٤٣/٦، عن عويمر. الطبرانى فى الكبير ١٤٣/٦، عن عويمر. الطحاوى معانى الآثار ١٥٦/٤، عن عويمر.

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَكَانَتْ تِلْكَ بَعْدُ سُنَّةَ الْمُتَلَاعِنِينَ^(١).

الشرح: قوله: «إن عويمراً العجلاني»، يقال إنه عويمر بن أبيض العجلاني «جاء إلى عاصم بن عدى»، على حسب ما يلجأ الناس في مهم أمورهم وما دهمهم إلى أهل الفضل والعلم والتقدم منهم.

وعويمر هذا من أقارب عاصم بن عدى المذكور، فلجأ إليه ليسأل له النبي ﷺ، فيما نزل به لكون عاصم ممن يقرب من النبي ﷺ لتقدمه وفضله مع علمه ودينه، فكان أعلم بما سئل فيه، وأوعى للجواب عنه.

وقد روى البخارى عنه من حديث القاسم بن محمد، عن ابن عباس: ذكر المتلاعنان عند رسول الله ﷺ، فقال عاصم بن عدى فى ذلك قولاً، ثم انصرف، فأتاه رجل من قومه، فقال له: إنه وجد مع امرأته رجلاً، فقال عاصم: ما ابتليت بهذا الأمر إلا لقولى.

فصل: وقوله: «أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، أيقضه فتقتلونه، أم كيف

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨٩/٧، ٢٩٠: هكذا هو فى الموطأ عند جماعة الرواة: قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين. ورواه جوهرية، عن مالك بإسناده، عن ابن شهاب، عن سهل، وسأقه بنحو ما فى الموطأ إلى آخره وقال: فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، فكان فراقه إياها سنة. هكذا قال فى نسق الحديث: جعله من قول سهل بن سعد، لا من قول ابن شهاب. وكذلك رواه إبراهيم بن طهمان، عن مالك بإسناده ومعناه، وقال فى آخره: فلما فرغاً من تلاعنهما، طلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، قال: فكانت فرقتة إياها سنة بعده ومن رواية إبراهيم بن طهمان من يقول عنه فيه: فكان طلاقه إياها سنة. كل ذلك مدرج فى كلام سهل لا من قول ابن شهاب. وهو عند جماعة رواة الموطأ من قول ابن شهاب، كذلك هو عند القعنبي، ومطرف، ومعن بن عيسى، وابن بكير، وابن القاسم، وابن وهب، والشافعى، وأبى مصعب، والتميمي، ويحيى بن يحيى النيسابورى، وأحمد بن إسماعيل المدنى وعبد الله بن نافع الزبيرى، وغيرهم. واختلف أصحاب ابن شهاب فى ذلك أيضاً، قال الدارقطنى: وقد روى حديث اللعان عن الزهرى، عن سهل بن سعد، جماعة من الثقات فاختلّفوا عنه فى قوله: فكان فراقه إياها سنة المتلاعنين، فأدرجه جماعة منهم فى نفس الحديث وجعلوه من قول سهل بن سعد، منهم ابن جريج، وابن أبى ذئب، والأوزاعى، وعياض بن عبد الله الفهرى، وفليح بن سليمان، وإبراهيم بن إسماعيل بن بجمع. وفضله عقيل بن خالد، وإبراهيم بن سعد، ومحمد بن إسحاق، وي زيد بن أبى حبيب، فيما كتب إليه الزهرى؛ قالوا فى آخره: قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين، كما فى الموطأ.

٣١٦ كتاب الطلاق
يصنع؟»، وهذا من التحرز في السؤال لئلا يصرح بقذف من نسب إليه ذلك، فيجب عليه الحد.

ولعله كان يعتقد أن مثل ذلك يجب عليه في امرأته؛ لأن حكم اللعان لم يكن نزل بعد، ولعله أيضاً لم يرد أن يعلن بخبره، وأراد أن يكون إعلانه وكتمانه على حسب ما يبدو إليه من حكم القضية، ولذلك استتاب عاصم بن عدى في السؤال.

ومعنى قوله: «أيقنته فقتلونه»، على وجهين، أحدهما: هل يجب عليه في قتله القصاص. والثاني: هل من وجه يصل به إلى إزالة ما أصابه عن نفسه وإلى شفاء غيظه بغير هذا الوجه من قتله الذي إذا فعل قتل به، ثم قال: «سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ».

فصل: وقوله: «فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها، حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ»^(٢)، يريد، والله أعلم، أنه كره مثل هذا أن يقذف رجل امرأته، ويرميها بزنى من غير أن تقدم له بينة بما يدعيه؛ لما اعتقد أن الحد يجب عليه كما يجب في قذف الأجنبية.

ولذلك روى عنه ﷺ أنه قال لهلال بن أمية لما قذف امرأته عند النبي ﷺ: «البينة وإلا حد في ظهرك»^(٣)، فقال هلال: والذي بعثك بالحق، إني لصادق، فليتنزل الله ما ييرئ ظهري من الحد، فنزل: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦]، حتى بلغ ﴿إن كان من الصادقين﴾ [النور: ٩].

ويحتمل أن يكون ﷺ كره التسرع في ذلك نظر، ويحتمل أن يكون ﷺ كره السؤال لمعنى يقترن به، فكرهه لوجهين، أحدهما: أن يكون من سؤال من يريد به التشغيب، ولا يقصد التفقه كما كان يسأله بعضهم عن ناقة ضلت له أو من أبوه، وما جرى مجرى هذا.

وقد روى عنه أنه قال: «اتركوني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم لأنبيائهم، واختلافهم عليهم»^(٤).

(٢) قال النووي: المراد كراهة المسائل التي لا يحتاج إليها لاسيما ما كان فيه هتك ستر أو إشاعة فاحشة.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٦٧١، ٤٧٤٧. الترمذي حديث رقم ٣١٧٩. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٤٦٩. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٦٧.
(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٧٢٨٨. مسلم حديث رقم ١٣٣٧. الترمذي حديث رقم =

كتاب الطلاق ٣١٧
والوجه الثانى أنه كان ﷺ يكره كثرة السؤال لما فيه من التضييق على الناس، وإن لم يسأله عنه، ووكّل الناس فيه إلى اجتهاد علمائهم، وإذا سئل عن القضية، ونص عليها، لزم امتثال ذلك النص، ولم تحل مخالفته، وربما كان فيه بعض التشغيب، فيؤدى ذلك إلى التضييق على الناس.

وقد روى عنه ﷺ أنه قال: «إن أعظم الناس جرماً من سأل عن شيء لم يحرم، فحرم من أجل مسألته»^(*).

وليس هذا حكم سائر الناس وتساؤلهم عن المسائل، فإنه من قصد بسؤال العالم التبكيك، والتعنيك، والأذى، لم يجز ذلك، سواء وجد عنده علماً أو لم يجد؛ لفساد مقصد السائل.

فإن سأل على سبيل المناظرة والمجاورة فيها ليتبين الحق أو يبيدها فى النظر، ويستعان بذلك على استعماله إذا احتيج إليه، فهو وجه من السؤال صحيح، ولو سأل على سبيل الاستفتاء من فرضه ذلك، فهذا أمر واجب، والله أعلم.

وليس فى شيء من هذين الوجهين اللذين ذكرناهما وجه يتوقع الآن؛ لأن الشرع لا ينتقل عن الجواز إلى المنع لتكلم العلماء فى وقتنا هذا فى المسائل، ولا لسؤال العالم وقتياه فى الأحكام.

فصل: وقوله: «فلما رجع عاصم إلى أهله، جاءه عويمر، فقال: يا عاصم، ماذا قال لك رسول الله ﷺ»، يريد فى مسألته التى كلف عاصمًا السؤال عنها؛ لأنه إنما جاءه مقتضياً الجواب فيها حين كلفه السؤال عنها، فقال له عاصم: «لم تأتني بخير»، يريد أن ما كلفتني من السؤال لم يثمر خيراً ولا سببه، فإن رسول الله ﷺ قد كره مسألتك.

وهذا يقتضى أن رسول الله ﷺ لم يخبر عنها بشيء غير ما أظهر من كراهية السؤال، وعلى هذا ينبغي للعالم أن لا يسرع بالجواب عما استفتى فيه، إذا لم يتبين له وجه الصواب فيه، وإذا خاف أن لا يتسبب به إلى محذور، حتى يكشف عن وجهه وسببه وجهة السائل ومقصده ما أمكنه.

= ٢٦٧٩. النسائي فى الصغرى حديث رقم ٢٦١٩. ابن ماجه فى المقدمة حديث رقم ٢. أحمد

فى المسند حديث رقم ٧٣٢٠.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٧٢٨٩. مسلم حديث رقم ٢٣٥٨. أبو داود حديث رقم

٤٦١٠. أحمد فى المسند حديث رقم ١٥٤٨.

٣١٨ كتاب الطلاق

فصل: وقول عويمر: «والله لا أنتهى حتى أسأله عنها»، يريد استدامة ما كان عليه من السؤال عن مسألته وطلب حكمه، ولم يرد عن ذلك ما ظهر إليه من كراهية النبى ﷺ لمسألته حين لم يمكنه الصبر على ما زعم أنه ظهر إليه، ولم يعلم ما له فى ذلك من القول والفعل.

ولعله خاف حملاً، فاحتاج إلى أن يعلم وجه نفيه عنه، ولعله قد تأول فى الكراهية لمسألته بعض ما ذكرناه مما لا يمنع السؤال عنها، إن كانت قد نزلت به.

أو لعله رجا أن يبين من حاله إذا سأله ما يصل به إلى معرفة ما يريد من غير أن يوجب على نفسه حداً، وترتفع به الكراهية. فلما جاء إلى رسول الله ﷺ سأل عن مسألته بمثل ما كان كلف عاصماً أن يسأل له عنها.

وقوله: «فى رجل وجد مع امرأته رجلاً»، يحتمل أن يكون زاد على هذا أنه رآها تزنى معه، ويحتمل أن يكون اقتصر على هذا اللفظ فقط.

فإن كان فسر ذلك، فقد قال القاضى أبو محمد: إنه ادعى الرؤية، ووصف ذلك كما يصف الشهود على إحدى الروايتين، وادعى الرؤية، ولم يفسرها على الرواية الثانية، فإن له أن يلاعن.

وأما إذا لم يدع رؤية، فهل يلاعن أم لا؟ فعن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: يلاعن، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. والثانية: أنه يجحد، ولا يلاعن.

وجه قولنا أنه يلاعن قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦]، ولم يفرق بين أن يدعى رؤية أو لا، ولأنه قاذف لزوجه، لم يتبين كذبه، فكان له أن يلاعن كما لو ادعى رؤية.

ووجه الرواية الثانية أنها حرة عفيفة مسلمة، قذفها من لم يحقق قذفه، فلزمه الحد كالأجنبى، ولفظ الوجود مع امرأته ليس بصريح فى القذف.

ولو قال رجل: وجدت مع امرأتى رجلاً فى لحافها، أو وجدتها قد تجردت لرجل، أو وجدتها وهى مضطجعة مع رجل عريانين، فى المدونة عن ابن القاسم: لم أسمع من مالك فى ذلك شيئاً، إلا أنه لا لعان بين الزوجين، إلا أن يرميها بزنى أو ينفى حملها، فأرى إذا لم يكن له بينة على ما ذكر، فعليه الأدب دون الحد.

ووجه ذلك إذا فهم منه أنه لم يرد إلا الإخبار عما تلفظ به.

كتاب الطلاق ٣١٩

وأما لو فهم منه أنه أراد التعريض، ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: يحد الزوج في التعريض، ولا يلاعن، وقد وجدت في غير هذا الموضوع أنه يلاعن.

وجه القول الأول أنه لا معنى للتعريض، بل هو دليل على كذبه؛ لأن من امتحن بمثل هذا لا يقدر على الإمساك والسكوت، ولذلك جعل له المخرج باللعان، فإذا عدل عن التصريح إلى التعريض، دل ذلك على كذبه.

فصل: وأما قوله: «وجد مع امرأته رجلاً»، فإنه يريد زوجته؛ لأن هذا اللفظ إذا أطلق، فهم منه الزوج، فاقتضى ذلك إضافة القذف إلى الزوجية، ولو أضافه إلى غير الزوجية بأن يقول: رأيتك تزني قبل أن أتزوجك، فلا خلاف نعلمه في المذهب أنه يحد ولا يلاعن.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤]، ثم خصه بقوله: ﴿والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهن شهداء إلا أنفسهن فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ [النور: ٦]، فخص الأزواج بحكم اللعان، فاقتضى ذلك أن من أضاف القذف إلى غير زوجه يحد، ولا يلاعن.

ومن جهة المعنى أنه قذفها بزنى، ولو حملت منه لم يلحقه، فلزمه الحد كما لو كانت أجنبية حين القذف.

ووجه آخر، أنه لو قذفها وأنكر حملها، ثم استدام الزوجية والوطء لظهر بذلك كذبه وحد، فإذا تزوجها بعد الوقت الذي زعم أنها زنت فيه، فبأن يحد ولا يلاعن أولى وأحرى.

فصل: وقوله: «وجد مع امرأته رجلاً»، فيه تحرز من التصريح باسم المقدوف؛ لأنه لو صرح به، ولم تقم له البينة لكان قاذفاً له، يجب عليه الحد، ولم يتخلص منه باللعان خلافاً للشافعي أنه يسقط ذلك تلاعن الزوجة.

والدليل على ما نقوله أنه شخص لا يجب عليه الحد بالتعان الزوج، فلم يسقط قذفه بلعانه مع كونه ممن يحد قاذفه كالمراة الأجنبية.

مسألة: فإن حد للرجل المسمى، فإنه يسقط عنه اللعان. قال سحنون: ووجه ذلك أن من حد بقذف رجل دخل فيه كل قذف، ثبت عليه قبل ذلك الحد لمن قام به أو لمن لم يقم به.

٣٢٠ كتاب الطلاق

مسألة: وإذا لم يسمه، فلم يجب عليه حد، بخلاف لأحد قولى الشافعى: أنه يجب عليه الحد وإن لم يسمه.

والدليل على ما نقوله أن حد القذف لا يجب استيفاؤه له إلا بمطالبة مستحقه، وإذا كان مجهول العين والاسم، لم تصلح المطالبة به، فلم يجب الحد كما قال: رأيت رجلاً يزنى.

فصل: وقوله: «أرأيت رجلاً وجد مع امرأته»، سؤال عام، لكن جوابه عليه السلام خلاص بقوله: «قد نزل فيك، وفي صاحبك قرآن، فاذهب فانت بها». وقال السائل: «أيقنته فقتلونه، أم كيف يفعل». وقد سأل عن قصته بلفظ الغائب؛ لئلا يلزمه حكم الإقرار، وأقره النبي عليه السلام على ذلك لما كان فيه من تسليم نفسه من حد القذف والذهاب إلى التستر إن ذهب إليه، إن كان وقع له سهو أو قلة استنبات.

وقوله: «أيقنته فقتلونه»، وإقرار النبي عليه السلام له على ذلك، دليل على أن من وجد مع امرأته رجلاً فقتله، فإنه يقتل به.

فصل: وقوله عليه السلام: «قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن، فاذهب، فانت بها»، يقتضى أن النبي عليه السلام قد عرف أنه صاحب المسألة.

ولعل ذلك كان بالوحي الذى أنزل فى قصتهما، فأعلم فيه أن السائل، وإن كان ورى، فلم يضاف الأمر إلى نفسه، فإنه صاحب ذلك والمبتلى به، فأعلمه النبي عليه السلام أنه قد أنزل فيه وفى صاحبه بعد ما تقدم أوحى إليه أن المسألة مما لا بد للناس منها، ومما يجب أن يباح لهم السؤال عنها، أو يكون ظهر ذلك إليه قبل الوحي، والله أعلم.

فصل: وقول سهل: «فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله عليه السلام»، يدل على أنه ليس من سنة اللعان الاستتار به، بل من سنته إحضار الناس له؛ ليشتهر أمره بلحوق النسب بالزوج أو انتقاله عنه، ولا يكون إلا عند الإمام أو الحاكم؛ لأنه حكم يفتقر إلى حاكم به.

مسألة: وهو جائز فى كل وقت من أوقات النهار، قاله مالك فى كتاب محمد، وذلك أنه حكم، فلم يختص بوقت دون وقت. قال ابن وهب: ويكون بأثر صلاة.

قال مالك: وبأثر مكتوبة أحب إلى «وقد كان ذلك عندنا بعد العصر، ولم يكن سنة»، يريد أنها يعين تقتضى التغليظ، فغلظت بالوقت على جهة الاستحباب؛ لما روى

كتاب الطلاق ٣٢١
أبو هريرة، عن النبي ﷺ أنه قال: «ثلاث لا ينظر الله إليهم يوم القيامة، ولا يزكيهم، ولهم عذاب أليم، رجل كان له فضل ماء بالطريق يمنعه من ابن السبيل، ورجل بايع إماماً لا يبايعه إلا بدنيا، فإن أعطاه منها رضى، وإن لم يعطه منها سخط، ورجل أقام سلعته بعد العصر، فقال: والله الذى لا إله إلا هو لقد أعطيت بها كذا وكذا، فصدقه»^(*).

وفى ذلك فائدة اجتماع الناس مع الانصراف من عبادة تذكّر بالله تعالى، وتنتهى عن الباطل، قال الله تعالى: ﴿إِن الصلوة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾ [العنكبوت: ٤٥].

وقال عبد الملك بن الماجشون: لا يكون إلا بأثر صلاة، وفى مقطع الحقوق، فكأنه جعل ذلك شرطاً للمكان.

وأما التغليظ بالمكان، فإنه يمين، فيما له بال يحتاج إلى التغليظ، فكان من شرطها أن تغلظ بالمكان كاليمين فى الحقوق وعليه جماعة العلماء.

وقد روى ابن جريج، عن ابن شهاب فى هذا الحديث: فتلاعنا فى المسجد، وأنا شاهد، وأما اليهودية والنصرانية، فتلاعن بحيث تعظمه من البيع والكنائس، قاله مالك.

فرع: فإن كان هناك عذر يمنع من دخول يقطع الحق، فلا يخلو أن يكون انقضاءه معتاداً كالحيض أو لا يكون معتاداً كالمرض.

فإن كانت حائضاً لاعتن هو لما يريد من الاستعجال، ويخاف أن ينزل به مانع من اللعان، هذا الذى قاله أصحابنا، ويحتمل أن يلزمه ذلك ليدراً عن نفسه الحد، وتؤخره إلى أن تطهر فتلاعن.

فإن كان مريضاً وكانت مريضة أرسل الإمام إلى المريض منهما عدولاً، رواه فى العتبية أصبغ، عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه حكم من سنته التعجيل، والمرض لا يدري له غاية، فسقط المكان بالتعجيل للضرورة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فلما فرغا من تلاعهما»، يريد أكمل كل واحد منهما من ذلك ما

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٥٨. مسلم حديث رقم ١٠٨. الترمذى حديث رقم ١٥٩٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٤٦٢. أبو داود حديث رقم ٣٤٧٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٠٧.

٣٢٢ كتاب الطلاق

يجب فى حقه. قال عويمر: «كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها»، يريد أنه إن أمسكها بعدما علم وتيقن من حالها الموجب للعانها، فهو كاذب عليها.

ويحتمل أن يريد به أن ذلك مما يبين كذبه، وهو كما قال: إن من زعم أن زوجته قد زنت، وثبت فى حقه اللعان إما برؤية أو قذف أو انتفاء من حمل، ثم ظهر منه من البقاء على ذلك والسكوت عنه طويل المدة أو وطئها أو الالتذاذ بها، ما يدل على إمساكها لها، فإنه يبطل حقه من اللعان، ويتبين بما فعله كذبه، ويجب عليه الحد، وهو الذى قاله مالك وجماعة أصحابنا.

والوجه الثانى أن يقول: إني أحكم على نفسى بحكم الكاذب إن أمسكتها كما يقول القاتل: أنا فاسق، إن لم أفعل كذا، وأنا ظالم، إن تركت حقى، وما جرى مجرى ذلك.

فصل: وقوله: «فطلقها ثلاثاً»، يريد أنه أتى بهذا اللفظ، وهو قوله: «هى طالق ثلاثاً»، ويحتمل أن يريد به أن ذلك مقتضى قوله: «كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها»؛ لأن المفهوم من قوله هذا من دليل صدقه أن لا يمكنه المقام معها، ولا الإمساك لها على حكم الزوجية.

وهذا يقتضى الطلاق الثلاث؛ لأنه لو طلقها طلاقاً رجعيًا، لكان فى معنى الممسك لها، ولا يستدل بذلك على صدقه؛ لأن من اطلع من زوجته على مثل هذا يبلغ به الغضب إلى أنه لو استحل قتلها لقتلها.

فإن امتنع من ذلك للشرع، أبانها أو أبعدها بأكثر مما يمكنه حتى لا يراها، ولا يقدر أن يسمع ذكرها، ولا خبرها، فكيف أن يمسك عصمتها، ويحتمل أن يكون ذلك آخر طلقة بقيت له فيها بوصف طلاقه كله فيها ما أوقع قبل اللعان وما أوقع بعد.

فإن كان صرح فى طلاقها بالثلاث، ولم ينكر عليه النبى ﷺ مع أن إيقاع الثلاث ممنوع على ما قاله مالك وأصحابه، فإنه يحتمل أن يكون ترك الإنكار عليه لما كان ذلك أمرًا واجبًا بالشرع.

ولعله قد جرى فى المجلس ما علم به عويمر حكم ذلك أو أوقعه ابتداء لما بلغ به الغضب من فعلها، والبغض لها والغيط عليها، فلم ينكر عليه النبى ﷺ لما كان ذلك حكمه، لو لم يبرأ به.

كتاب الطلاق ٣٢٣

فإن طلاق اللعان تحريمه مؤبد، وهو أشد من الثلاث؛ لأن تحريم الثلاث يرتفع بوجه وتحريم اللعان لا يرتفع بوجه، فكان بمنزلة من علم من حاله أنه قد طلق زوجته طلقين، فطلقها بعد ذلك ثلاثاً، فإنه لم يواقع محظوراً؛ لأنه لا تأثير لقولنا إلا ما يؤثر قوله: أنت طالق، لاسيما إذا نوى أن ذلك آخر ثلاث تطليقات طلقها.

ومع هذا، فإن قذفها بالزنى يقتضى مباعدها، فلو وطئها بعد أن قذفها حد، ولم يلاعن؛ لأنه أكذب نفسه بذلك، فكان فراقه تصديقاً لقوله فيما قذفها به، وما وجد منه قبل ذلك من الوطء، فلا تأثير فى ذلك.

قال ابن القاسم فى العتبية: أنه إذا قذفها، وقال: رأيتها تزنى لاعن، ولم يسأل هل وطئها قبل ذلك، ولا يضره إن أقر بذلك، فإن أقر أنه وطئها بعد ذلك حد، ولم يلاعن ولحق به الولد، وهذا مبنى على أنه لا يراعى الاستبراء.

فصل: وقوله: «قبل أن يأمره رسول الله ﷺ بذلك»، يقتضى أن الفرقة تقع من غير حكم حاكم بذلك، ولا يصح أن يقال أن هذه الفرقة إنما وقعت بأن طلق ثلاثاً؛ لأن فرقة اللعان مؤبدة بإجماع إذا لم يكذب نفسه، وفرقة الثلاث لا تتأبد، ولا تتعلق بالتمادى على حكم اللعان. وقال أبو حنيفة: لا تقع فرقة اللعان إلا بحكم حاكم. والدليل على ذلك الحديث المتقدم، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ بذلك، فكانت سنة المتلاعنين.

ومن جهة المعنى أنها فرقة تجب باللعان، فاستغنت عن حكم الحاكم، ولو احتاجت إلى ذلك لم تجب باللعان.

ودليل ثان، وهو أن هذه فرقة تقتضى تحريماً مؤبداً، فلم تفتقر إلى حكم حاكم كالفرقة الواقعة بتحريم الرضاع والمصاهرة.

فرع: ولا تقع الفرقة باللعان الزوج حتى تكمل المرأة الالتهان خلافاً للشافعى فى قوله: تقع الفرقة باللعان الزوج.

وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: أن الفرقة تقع بلعان الزوج، ولكن لا تتم إلا بلعانها، وبذلك يدرأ عنها العذاب، وهذا الخلاف فى المذهب إنما هو خلاف فى عبارة؛ لأن الفرقة لا تتبعض.

ولا خلاف عند أصحابنا أنها لو لم تلاعن لم تثبت بينهما الفرقة، وكذلك لو أكذب نفسه قبل إتمام التعانها، وقد نص عليه مالك.

٣٢٤ كتاب الطلاق

ووجه ما نقوله أن التلاعن لم يكمل، فلم تقع الفرقة كما لو بقى من لعان الزوج شىء.

مسألة: وليس على الإمام أن يأمر المتلاعن بأثر الفراغ من اللعان بالطلاق؛ لأنه لا تأثير لذلك، ولم يرد عن النبي ﷺ أنه أمر بذلك، فيقتضى بما صح عنه، رواه ابن مزين، عن عيسى، قال: إنى لأحب للزوج أن يطلق مثل ما صنع عويمر، وإن لم يفعل، فيكفى فى ذلك ما مضى من سنة المتلاعنين أنهما لا يتناكحان أبداً.

وهو الذى قاله عيسى: لا تأثير له، ولا يتعلق له حكم أكثر منظهار الزوج ما يدل على صدقه من الإصرار على مفارقتها، والإبعاد لها، وإظهار معرفته بما يقتضيه اللعان من التحريم، ويقتدى فى ذلك بما فعله أحد الصحابة بحضرة النبي ﷺ فأقره عليه، وهو معنى اللعان، ألا ترى أن سكوته عنها بعد علمه دليل على كذبه، فيستحب له أن يأتى من ذلك بما يؤكد صدقه.

فصل: قول ابن شهاب: «فكانت تلك سنة المتلاعنين»، يريد أن الفرقة بينهما سنة ثابتة بين المتلاعنين، ويحتمل أن يريد بذلك استحباب إظهار الطلاق بعد اللعان على ما قاله عيسى بن دينار، ويحتمل أن يريد بذلك وقوع الفرقة بينهما بانقضاء اللعان، وتأييد التحريم، والله أعلم وأحكم.

١١٧٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلًا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَتَتْهُ (١) مِنْ وَلَدِهَا، فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا

١١٧٦ - أخرجه البخارى كتاب الطلاق باب بمن يلحق الولد بالملعنة ٩٩/٧، فى الفرائض ٦٧٤٨. مسلم فى اللعان ١٤٩٣، ٢٤٩٤. الترمذى فى الطلاق واللعان ١٢٠٢، ١٢٠٣. النسائى فى الطلاق ٣٤٧١، ٣٤٧٢، ٣٣٤٧٣، ٣٤٧٤، ٣٤٧٥. أبو داود فى الطلاق ٢٢٥٩. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠٦٩. أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٦٣، ٤٤٢٦، ٥٢٩٠. الدارمى فى النكاح ٢٢٣١، ٢٢٣٢. عن ابن عمر. مسلم كتاب اللعان حديث ٨، عن ابن عمر.

(١) وفى رواية: «وانتقل». قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٩٩/٧: هكذا قال: وانتقل من ولدها، وأكثرهم يقولون: وانتفى من ولدها والمعنى واحد؛ وربما لم يذكر بعضهم فيه انتفى ولا انتقل، واقتصر على الفرقة بين المتلاعنين، وإلحاق الولد بأمه؛ فهذه فائدة حديث ابن عمر هذا. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن الحسين بن إسحاق الرازى، وأبو أحمد الحسين بن جعفر الزيات، قالوا: حدثنا يوسف بن يزيد، قال: حدثنا سعيد بن منصور، حدثنا مالك، عن نافع، =

كتاب الطلاق ٣٢٥
وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ.

الشرح: قوله: «أن رجلاً لاعن امرأته في زمان رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها»،
يحتمل معنيين، أحدهما: أن انتفاه من ولدها كان سبب اللعان. والمعنى الثاني: أنه
لاعنها بدعوى ادعائها من رؤية أو غيرها، فلاعن لذلك وانتفى من ولدها، فأما نفى
الولد، فإن المذهب أنه يجب به اللعان، وإن عرا عن القذف. وقال الشافعي: لا يلاعن
حتى يقترن به القذف.

والدليل على ما نقوله أن ضرورته إلى نفى الولد أشد من ضرورته إلى قذفها؛ لأن به
حاجة إلى أن يزيل عن نفسه نسباً ليس منه، وذلك يصح بنفى الولد أكثر مما يصح
بالقذف، فإذا جاز له أن يلاعن بالقذف لحاجته إليه فلأن يلاعن لنفى الحمل وحاجته
أكد أولى وأحرى.

عن ابن عمر، قال: فرق رسول الله ﷺ بين المتلاعنين، وألحق الولد بأمه. وقد قال قوم في هذا
الحديث، عن مالك أن الرجل قذف امرأته، وليس هذا في الموطأ، ولا يعرف من مذهبه.
حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا محمد بن عبدالله بن أحمد القاضي، حدثنا ابن الأعرابي، حدثنا
إبراهيم بن راشد، حدثنا أبو عاصم بن مهجع خال مسدد، حدثنا مالك، عن نافع، عن ابن عمر
أن رجلاً انتفى من ولده، وقذف امرأته، فلاعن رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بأمه.
وحدثنا خلف، حدثنا محمد بن عبدالله القاضي، حدثنا البغوي، حدثنا حنبل، حدثنا يحيى بن
أبي زائدة، والحسن بن سوار، قالوا: حدثنا مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن رجلاً انتفى من
ولده، وقذف امرأته فلاعن رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بأمه.
وأما قوله ففرق رسول الله ﷺ بينهما، فهو - عندي - محفوظ من حديث ابن عمر صحيح.

وقال ابن عيينة، عن ابن شهاب، عن سهل بن سعد، أن رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين،
وأنكروه على ابن عيينة في حديث ابن شهاب، عن سهل، وقد ذكرنا ذلك في باب ابن شهاب،
عن سهل بن سعد - من كتابنا هذا؛ وقد كان ابن معين يقول في ذلك ما حدثنا به عبد السوار
ابن سفيان قال: سئل يحيى بن معين، عن حديث ابن عيينة، وأن النبي ﷺ فرق بينهما. فقال:
أخطأ، ليس النبي ﷺ فرق بينهما. هكذا ذكره ابن أبي خيثمة في التاريخ، عن ابن معين؛ فإن
صح هذا - ولم يكن فيه وهم - فالوجه فيه أن يحمل كلام ابن معين على أن ليس النبي ﷺ
فرق بينهما من حديث ابن شهاب، عن سهل بن سعد.

وأما ظاهر كلام ابن معين، فإنه يوجب أن النبي ﷺ لم يفرق بين المتلاعنين، وهذا خطأ من ابن
معين - إن كان أراد؛ لأنه قد صح، عن ابن عمر من حديث مالك وغيره أن النبي ﷺ فرق
بين المتلاعنين. وقد يحتمل أن يكون أراد بقوله: ليس النبي ﷺ فرق بينهما - أى أن اللعان فرق
بينهما، فإن كان أراد هذا، فهو منهب مالك وأكثر أهل العلم

٣٢٦ كتاب الطلاق

مسألة: ونفى الولد يكون على وجهين، أحدهما: أن يظهر بها حمل فينفيه. والثاني: أن تلد ولدًا فينفيه، فأما ظهور الحمل، فإن الزوج إذا رآه، فإنه لا يخلو أن يقر به أو ينفيه أو يسكت، فإن أقر به لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك، فإن نفاه حد.

وأما إن نفاه بعد ذلك، فلا يخلو أن يدعى استبراء أو لا يدعيه، فإن ادعى استبراء، فلا خلاف أن له الملاعنة، وإن لم يدع استبراء، فهل يلاعن أو يحد، قال مالك في كتاب الحمل: ليس له نفى الحمل، إلا أن يدعى الاستبراء، وهو في العتبية من رواية أشهب عنه، وبه قال المخزومي وابن أبي ذئب.

قال في المدونة: جل رواية مالك على مراعاة الاستبراء، وقد قال به ابن القاسم. قال ابن القاسم وابن نافع: يلاعن، وإن لم يدع الاستبراء، ورواه في الموازية ابن القاسم، عن مالك.

وجه رواية أشهب أنه إذا لم يدع الاستبراء، لم يصح منه نفى الحمل لجواز أن يكون الولد ولده.

وجه الرواية الثانية أن الملاعنة تصح منه بغير الاستبراء، ويدرأ عن نفسه الحد بذلك، ويحصل من نفى الولد مع ذلك ما هو أعلم به.

فرع: فإذا قلنا إنه يراعى الاستبراء، فكم يجزئ منه؟ المشهور من مذهب مالك: يجزئ منه حيضة واحدة، وروى عبد الملك عن مالك: ثلاثة أقراء.

وجه رواية ابن القاسم أن الاستبراء هاهنا، إنما يقصد به تحقق نفى الحمل، ووجود وجه يقتضيه، وذلك يحصل بالحيضة الواحدة كاستبراء الأمة؛ لأن هذا الاستبراء ليس بعدة، فيعتبر فيه عدد الأقراء.

وجه الرواية الثانية أنه استبراء لحره، فاعتبر فيه بعدد الأقراء كالعلة.

فرع: وإذا قلنا بنفى الاستبراء، فقال: قد كنت أطأ، ولا أدري هل هو منى، فلاعن لما ادعاه من الزنا، فاختلف في هذا قول مالك وأصحابه.

فروى ابن القاسم عن مالك في الموازية أنه منفى باللعان، وإن كانت بينة الحمل، وهذا إغراق والذي أخذ به ابن القاسم أنها إن كانت بينة الحمل أو أتت به لأقل من ستة أشهر، فهو به لاحق، وإن كان لاعن على غير هذا، فهو منفى باللعان.

وقال عبد الملك وابن عبد الحكم وأشهب: إن لاعن برؤية ثم ظهر حمل فهو به لاحق ولا ينفيه إلا بلعان مدعى فيه استبراء.

كتاب الطلاق ٣٢٧

مسألة: المشهور من المذهب أن الحامل تلعن إذا نفى الزوج حملها. وقال عبد الملك، من أصحابنا: لا لعان بينهما، ولا قذف حتى تضع، إذ لعله لا حمل بها، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول قول الله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ [النور: ٦] الآية، ولم يفرق بين حال الحمل وبعد الوضع.

ومن جهة المعنى أن كل نسب جاز إسقاطه باللعان بعد انفصال الولد، جاز إسقاطه قبله كالفراش.

وجه الرواية الثانية ما احتج به عبد الملك من أنه لا يتيقن حملها، فينفيه ولا يتيقن زناها بالتعانه، إن نكلت لجواز أن لا يكون ثم حمل.

فروع: فإن قلنا برواية ابن القاسم، فتلاعنا، ثم انفض الحمل، لم يحد الزوج، ولم تحل له أبداً، قاله ابن المواز.

وجه ذلك أن حكم اللعان قد ثبت بينهما، فلا يزول التحريم بما يتبين به الكذب كما لو أقر الزوج بالحمل.

فروع: ومن أنكر ولده بالعزل، لحق الولد به، وكذلك كل من وطئ في موضع يمكن وصول الماء منه إلى الفرج، وكذلك الدبر، فإن الماء يخرج منه إلى الفرج، حكاها ابن المواز.

فأما العزل، فوجه صحيح؛ لأنه قد يسبقه من الماء ما لا يشعر به قبل العزل، فيكون منه الولد.

وأما لو وطئ في غير الفرج، فإنه يبعد عندى أن يخلق منه ولد، ولو صح هذا لما جاز أن تحم امرأة ظهر بها حمل، ولا زوج لها ولا سيد؛ لجواز أن يكون ذلك من وطئ في غير فرج، فلا يجب به رجم ولا حد، وإن وجبت به عقوبة أو يكون ما أنزله رجل من غير وطئها، فوصل إلى فرجها.

ولما أجمعوا على إقامة الحد عليها، اقتضى ذلك أن الماء الذي لا يخلو منه الولد إنما هو ما يخرج بعد التقاء الحتانين، وأنه قد يلتقى الحتانان قبل الافتضاض، والله أعلم.

مسألة: وأما إذا قذفها بزنا، وقال: قد وطئتها قبل ذلك، ولم استبرئها حتى رأيتها

٣٢٨ كتاب الطلاق

تزنى، فهذا على رواية ابن القاسم: إذا لاعن للرؤية، ينتفى الولد، إلا أن تكون ظاهرة الحمل يوم ادعى الرؤية، وأنت به لأقل من ستة أشهر، فيلحق به، ويقتضى مذهب ابن الماجشون أنه يلاعن للرؤية، ودفع الحد عنه، ولا ينتفى بذلك الولد.

مسألة: وإنما له إنكار الحمل ونفيه حين علم به أو علم بالولادة، وأما إن علم بذلك، ثم أقام يوماً أو يومين لا ينكر، فلا إنكار له، قاله القاضى أبو محمد، إلا أن يكون له عذر فى ترك الإنكار.

وقال أبو حنيفة: له إنكاره بعد الوضع بيوم أو يومين، وإن لم ينفه حتى مضت سنة أو سنتان، ثم نفاه لاعن، ولحق به الولد، وبه قال الشافعى فى أحد قوليه.

والدليل على ما نقوله أنه قد أكذب نفسه بالإمساك عن الإنكار، وكذلك يجب أن يكون إذا ادعى رؤية قديمة، ثم قام الآن بها، أن لا يقبل قوله ويحد؛ لأن سكوته عن إنكار ذلك، والقيام به حين رآه دليل على كذبه ويحد، رواه ابن حبيب وابن المواز، عن ابن الماجشون.

مسألة: وأما نفى ولده، فهو أن يقدم من سفره، فيجد امرأته قد ولدت، أو ادعت ولدًا، فينفيه، وذلك على ضربين، أحدهما: أن يقول: لم تلديه، وليس بولدك. والثانى: أن يقول: ولديته، ولكن ليس منى.

فأما الأول، فإذا قال: لم تلديه جملة، وقالت هى: ولدته منك. قال ابن القاسم فى الموازية: هو منه إلا أن ينفيه بلعان. وقال أشهب: المرأة مصدقة، ولا لعان فيه، إلا أن يقصد نفى الولد منه، فيلاعن. قال ابن القاسم: فإن نكل بعد أن نفاه على هذا الوجه، ولم يلاعن، لم يحد.

مسألة: وأما إن قال: ولديته، وليس منى، فقد قال عيسى، عن ابن القاسم، فيمن غاب عن زوجته عشرة أعوام أو أكثر، ثم قدم، فوجدها قد ولدت أولادًا، فأنكرهم، وقالت هى: هم منه، كان يأتينى فى السر لم يفهم إلا بلعان.

ووجه ذلك ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «الولد للفراش^(*)»، فإذا كان الفراش له مع غيبته، فما ولد فيه لاحق به، ولازم له، ولا ينتفى من ولد فيه إلا بلعان.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٠٥٣، ٢٢١٨، ٢٤٢١. مسلم حديث رقم ١٤٥٧،

١٤٥٨. الترمذى حديث رقم ١١٥٧، ٢١٢٠، ٢١٢١. النسائى فى الصغرى حديث رقم

٣٤٨٢، ٣٤٨٣، ٣٤٨٤، ٣٤٨٥، ٣٤٨٦. أبو داود حديث رقم ٢٢٧٣، ٢٢٧٤، ٢٢٧٥.

ابن ماجه حديث رقم ٢٠٠٤، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٧١٢. أحمد فى المسند حديث رقم

١٧٤، ٤١٨، ٤٦٩، ٥٠٤، ٨٢٢، ٦٦٤٣، ٦٨٩٤، ٧٢٢١، ٧٧٠٥، ٨٧٧٧، ١٧٦١٧.

الدارمى حديث رقم ٢٢٣٥، ٢٢٣٦، ٣١٠٦.

فصل: وقوله: «ففرق رسول الله ﷺ بينهما»، لم يرد به أنه أوقع الفرقة بينهما، وإنما أراد به، والله أعلم، أنه أعلمهما بحكمهما، وأن حكم المتلاعنين انقطاع العصمة بينهما، وتأيد التحريم.

ووجه ذلك ما روى في حديث ابن عمر أنه ﷺ قال: «أحدهما كاذب، لا سبيل لك عليهما»^(*)، وهذا إخبار بمقتضى الشرع، ولأنه ليس هاهنا محكوم له، فيحكم بذلك عليهما؛ لأن حقوق الشرع في التحليل والتحريم ثابتة بالشرع، ولا تفتقر إلى حكم حاكم كتحریم المصاهرة والرضاع.

فصل: وقوله: «وألحق الولد بالمرأة»، يريد أنه صرف نسبه إلى أمه؛ لأنه قبل ذلك كان ينتسب إلى أبيه، فلما منعه من أن ينتسب إلى أب، ونسبه إلى أمه كان ذلك وجهًا من إلحاقه بها؛ لأنه أقامها له في الانتساب مقام الأب بعد أن لم تكن كذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النور، ٦، ٩].

الشرح: قول مالك: «قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾» إلى آخره، هذا يقتضى اختصاص هذا بالزوجات دون غيرهن، إذا لم يكن للأزواج شهداء بما يدعون على الزوجات من الزنا، وهذا يخرج الزوج عن أن يكون له حكم الشاهد.

ولو شهد بذلك عليها أربعة، أحدهم زوجها، لم تتم الشهادة، فكان على الزوج أن يلاعن، فإن تم اللعان بينهما، حد الثلاثة الأجنيون، فإن أبى الزوج أن يلاعن، حد الزوج معهم. وقال أبو حنيفة: تقبل شهادة الزوج، إن لم يتقدم له فيها قذف، وترجم المرأة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣١٢، ٥٣٥٠. مسلم حديث رقم ١٤٩٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٧٦. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٧٣.

٣٣٠ كتاب الطلاق

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ الآية. وجه الدليل من الآية أنه استثنى الأزواج من الشهداء، فاقضى أن لا يكونوا شهودًا.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه بينة فى الزنا، لم تتم إلا بالزوج، فلم يحكم بها كما لو تقدم القذف.

مسألة: ولو أقام بينة بزناها، فأقيم عليها الحد، كان له أن يلاعن، قاله مالك والشافعى؛ لأنه إذا أثبت زوجها الزنا لم ينتف نسب الولد، وإن لاعن الزوج، ونكلت المرأة، أقيم عليها الحد، إن كانت بكرًا بجلد مائة، وإن كانت ثيبًا بالرحم.

فصل: وقوله: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾، الذى ذهب إليه أصحابنا أن ألفاظ اللعان إيمان. وقال أبو حنيفة: اللعان شهادة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين﴾. فوجه الدليل من الآية أنه قرن بلفظ الشهادة قوله: ﴿بالله إنه لمن الصادقين﴾، وهذا معنى اليمين، فإن اليمين قد يقال فيها أشهد بالله، لقد كان كذا وكذا. والثانى: أنه أقسم على فعله، والشاهد لا يشهد على فعله.

وجه ثالث، أنه لا خلاف أن يدفع به عن نفسه الحد عندنا، والحبس عند أبى حنيفة وهو عنده عذاب، وهذا حكم اليمين، فأما الشهادة، فلا يصح أن تقبل شهادة الأنساب ليدفع بها عن نفسه ضررًا.

ومما يدل على ذلك ما روى عن عكرمة، عن ابن عباس، رضى الله عنهم: أن رسول الله ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وزوجته، ثم ولدت على شبه الذى قذفت به، فقال النبى ﷺ: «لولا الأيمان؛ لكان له ولها شأن».

ودليل آخر، وهو ما روى نافع، عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ فرق بينهما.

وفائدة الخلاف فى هذه المسألة، أن اللعان يصح من الفاسق والأعمى، والشهادة لا تصح من الفاسق، ولا تصح عند أبى حنيفة من الأعمى.

مسألة: ويبدأ الرجل باللعان لقول الله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ [النور: ٦] الآية، فبدأ بلعان الزوج.

كتاب الطلاق ٣٣١

ومن جهة السنة ما روى محمد بن سيرين، عن أنس بن مالك أنه قال: أول لعان كان في الإسلام أن هلال بن أمية قذف شريك بن سحماء بامرأته، فأتى النبي ﷺ فأخبره، فقال له النبي ﷺ: «البينة وإلا حد في ظهرك»، فردده عليه مراراً، فقال هلال بن أمية: والله يا رسول الله، إن الله يعلم إنى لصادق، ولينزلن الله عليك ما يبرئ ظهري من الجلد. فبينما هم على ذلك، إذ نزلت آية اللعان: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآية، فدعا هلالاً، فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم دعيت المرأة، فشهدت على نفسها أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين، الحديث^(*).

ومن جهة المعنى أن الزوج بدأ بالقذف، فلزم أن يبدأ باللعان.

فرع: فإن بدأت المرأة باللعان، فهل تعيده بعد التلعان الزوج، الذى ذكره القاضى أبو محمد عن المذهب: أنها لا تعتد بما تقدم من لعانها قبل الزوج، وتعيد اللعان، وهذا الذى ذكره هو قول أشهب، والذى حكاه ابن المواز، عن ابن القاسم: أنها لا تعيد اللعان، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول ما احتج به القاضى أبو محمد من قول الله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٨]، وهذا يجب أن يكون بعد أن حق عليها العذاب، وذلك لا يكون إلا بالتلعان الزوج. واحتج لذلك أشهب أن هذا بمنزلة الحقوق، فلو بدأ الطالب باليمين، لم يجزه ذلك إلا بعد نكول المطلوب.

ووجه رواية ابن القاسم أن هذا لعان من أحد الزوجين، فيصح أن يقع أولاً كللعان الزوج.

مسألة: وإذا قذف امرأته، ثم أنكر القذف، فلما أقامت بذلك عليه بينة ادعى رؤية الزنا، فإن له اللعان بخلاف الحقوق، وله أن يقول: أردت التستر، رواه أصبغ، عن ابن القاسم فى الموازية.

مسألة: وإذا قذف الزوج امرأته، فعليه الحد، وإنما له أن يسقطه باللعان. وقال أبو حنيفة: لا حد عليه، ولكن يجبس حتى يلتعن.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ، ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٧١، ٤٧٤٧. الترمذى حديث رقم ٣١٧٩. النسائى فى

الصغرى حديث رقم ٣٤٦٩. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٠٦٧.

٣٣٢ كتاب الطلاق

ومن جهة السنة، حديث أنس المتقدم، أن رسول الله ﷺ قال لهلال بن أمية: «البينة، وإلا حد في ظهرك».

ومن جهة المعنى أنه قاذف حرة عفيفة، فثبت في حقه الحد كالأجنبية، ولو التعن بعض اللعان، فبقى منه أقله، فقالت المرأة: قد عفوت عنك، ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: إن ترك الالتعان، فلا حد عليه، ويلحق به الولد، وكذلك لو لم تعف المرأة، ولكن أقرت، ثم رجعت، فاعتذرت بما تعذر به لم يحد واحد منهما، وألحق به الولد.

مسألة: فإذا التعن الرجل، وسقط عنه الحد، فإنه يتعلق بلعانه أحكام منها سقوط الحد عنه، وتوجيهه على المرأة، وانتفاء الولد، إن كان اللعان يتضمن ذلك، وقال أبو حنيفة: لا شيء من ذلك، وإنما تجبس إن امتنعت من اللعان.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ [النور: ٨]، وهذا يقتضى أنه قد توجه إليها بلعان الزوج عذاب، وهو الحد، فإن لها أن تدرأه عن نفسها باللعان.

ودليلنا من جهة المعنى أنه معنى يخرج به القاذف من قذفه، فتوجه إلى المقذوف به الحد. أصل ذلك السنة.

فروع: وإن تمدت على الامتناع من اللعان، أنفذ عليها الرجم أو الجلد، على ما تقدم، فإن رجعت، ففي كتاب محمد: تعود إلى اللعان، فإن نكل الزوج لحق به، ولا يحد؛ لأنها مقررة بذلك بنكولها.

وإن رجعت بعد ذلك إلى اللعان، فإن حكم النكول باق في إسقاط الحد عن الزوج، ورأيت مثل هذا لأبي على بن خلدون وأبي بكر بن عبد الرحمن القرويين، وقاسا على طريقتهم: له أن يرجع.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندى أن فى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم هذا المعنى بعينه، ورأيت للشيخ أبي عمران ولأبى القاسم بن الكاتب: يمضى عليها، وليس لها الرجوع إلى اللعان.

قال أبو القاسم: لأنها إذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج، فقد صدقته، وتحقيق ذلك حق للزوج، فليس لها الرجوع عنه كما ليس لها الرجوع عن إقرار بحق لخصم يطلبه.

كتاب الطلاق ٣٣٣

مسألة: وصفة اللعان، قال مالك: يقول أشهد بالله، وهو اختيار ابن القاسم، وقال أيضاً مالك: أشهد بعلم الله. قال ابن القاسم: ويقول في الرواية: أشهد بالله إنى لمن الصادقين، لرأيتها تزنى، يقوله فى كل مرة.

قال أصبغ: ويقول كالمروء فى المكحلة، ثم يقول: لعنة الله عليه فى الخامسة، إن كان من الكاذبين، ثم تقول هى: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، ما رآنى أزنى، ثم تخمس بالغضب. قال ابن القاسم: ويقول فى نفى الحمل: أشهد بالله إنى لمن الصادقين، ما هذا الحمل منى.

قال أصبغ: وأحب إلى أن يزيد فى كل مرة، ولزنت. وقال ابن القاسم: وتقول هى: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، وما زنت. قال أصبغ: وأحب إلى أن تزيد فى كل مرة: وإنه لمنه، ثم تخمس بالغضب.

قال أصبغ: فإن قال هو فى الخامسة مكان، إن كنت من الكاذبين: إن كنت كذبتها، أجزأه. ولو قالت المرأة فى الخامسة مكان، إن كان من الصادقين: إنه لمن الكاذبين، أجزأها، وأحب إلى لفظ القرآن.

وفى كتاب محمد، عن ابن وهب: يقول هو فى الأربعة: أشهد بالله إنى لمن الصادقين، وفى الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. وتقول هى: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، وفى الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

فكان أصبغ أشار إلى أن لفظ اللعان غير متعين، وأن لهما أن يأتيا بأى لفظ شاء، أى، ورأى الإمام إذا كان موافقاً للمعنى، إلا أن لفظ القرآن أفضل، والله أعلم. وظاهر قول ابن وهب أن لفظه متعين بلفظ القرآن، والله أعلم.

قَالَ مَالِكُ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُتْلَاعِينَ لَا يَتَنَاقَحَانِ أَبَدًا، وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ، جُلِدَ الْحَدَّ، وَأُلْحِقَ بِهِ الْوَلَدُ، وَلَمْ تَرْجِعْ إِلَيْهِ أَبَدًا، وَعَلَى هَذَا السُّنَّةُ عِنْدَنَا الَّتِي لَا شَكَّ فِيهَا وَلَا اخْتِلَافَ.

الشرح: قال مالك، رحمه الله: «السنة عندنا»، يريد ما رسم عندهم، وأثبت حكم المتلاعنين، «أن لا يتناكحا أبداً»؛ لأن تحريم اللعان مؤبد. وقد قال القاضى أبو الحسن: فرقة المتلاعنين فسخ. وفائدة ذلك أن التحريم مؤبد، ولو كان طلاقاً لم يتأبد، وإنما يتأبد تحريم الفسخ كالرضاع.

٣٣٤ كتاب الطلاق

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندى ليس بالبين، وذلك أن الفسخ لا يتأبد لنفسه، فقد يفسخ النكاح الفاسد، ثم يتناكحها بعد، وإنما يتأبد التحريم أو لا يتأبد لموجبه الذى أوجب تأييد التحريم فى الرضاع، للرضاع نفسه دون الفسخ؛ لأنه لو وجد الرضاع قبل الفسخ لتأبد التحريم. وهذا حكم اللعان الذى هو موجب للتحريم المؤبد.

والأصل فى ذلك ما روى سعيد بن جبير: سألت ابن عمر عن حديث المتلاعنين، فقال: قال النبى ﷺ: «أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليهما»^(*)، وهذا يقتضى التأييد فيحمل عليه، وإنما حكمنا بكونه فسخاً؛ لأنهما مغلوبان على الفرقة من غير إيقاع موقع، والطلاق لا يكون إلا بإيقاع مطلق.

وروجه ثان، أنهما مغلوبان على الفرقة من غير فساد عقد النكاح، فوجب أن يكون فسخاً؛ لأن الطلاق لا يغلبان على إيقاعه إلا لفساد فى العقد على أحد القولين، وعلى القول الآخر، فلا يغلبان عليه، وما غلب عليه، فهو فسخ بكل وجه.

فصل: وقوله: «وإن أكذب نفسه، جلد الحد»، ومعنى ذلك أنه أكذب نفسه، وأبطل ما كان له من اللعان، وصار قذفه لها ظلماً، فوجب عليه الحد، فإن قذفها ثانياً بعد أن حد لها، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: يحد إلا أن يلاعن. وقال عبد الملك: يحد، ولا يلاعن.

فقول ابن القاسم، مبنى على أن له الرجوع إلى اللعان بعد تقرير الحد عليه. وقول عبد الملك، مبنى على أنه ليس له ذلك.

فصل: وقوله: «يلحق به الولد»، معنى ذلك أن الولد لاحق به إذا أكذب نفسه، سواء كان ذلك قبل اللعان أو بعده، فإن كان قبل أن يلاعن الزوج حد، ولم يكن له أن يلاعن، وإن كان بعد أن يلاعن هو، وقبل أن تلاعن هى، جلد الحد، وسقط عنها اللعان، ويلحق به الولد على كل حال.

وروى عيسى، عن ابن القاسم فى العتبية: يرجع عليه بنفقة الحمل، وأجر الرضاع، ونفقتها بعد ذلك إن كان فى تلك المدة ملياً.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣١٢، ٥٣٥٠. مسلم حديث رقم ١٤٩٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٧٦. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٧٣.

كتاب الطلاق ٣٣٥

فصل: وقوله: «ولم يرجع عليه أبدًا»، يريد أن يكذبه نفسه بعد اللعان، لا يرفع التحريم الواقع بينهما باللعان، ولا يخلو أن يكذب نفسه قبل إتمام اللعان أو بعده. فإن أكذب نفسه قبل إتمام اللعان، وقد بقى شيء من لعانها، قال مالك: يحذ وهما على نكاحهما.

وجه ذلك أن اللعان لم يتم بعد، فهما على حكم الزوجية بينهما بتمام اللعان، وإنما تنفصم الزوجية بينهما بتمام اللعان، فمتى كمل اللعان بينهما، فقد بانت منه، وتأبد تحريمها، فلا تحل له أبدًا، وإن أكذب نفسه. وقال أبو حنيفة: يرتفع التحريم، ويجوز له أن يتزوجها.

والدليل على ما نقوله حديث ابن عمر المتقدم، أن رسول الله ﷺ قال للزوج من المتلاعنين: «لا سبيل لك عليها».

ودليلنا من جهة القياس أنه تحريم لا يرتفع بزواج وإصابة، فكان مؤبدًا كتحریم الرضاع.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا فَارَقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا، لَيْسَ لَهُ عَلَيْهَا فِيهِ رَجْعَةٌ، ثُمَّ أَنْكَرَ حَمْلَهَا، لِاعْتِنَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، وَكَانَ حَمْلُهَا يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ إِذَا ادَّعَتْهُ مَا لَمْ يَأْتِ دُونَ ذَلِكَ مِنَ الزَّمَانِ الَّذِي يُشَكُّ فِيهِ، فَلَا يُعْرَفُ أَنَّهُ مِنْهُ. قَالَ: فَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا وَالَّذِي سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بَعْدَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا، وَهِيَ حَامِلٌ يُقَرُّ بِحَمْلِهَا، ثُمَّ يَزْعُمُ أَنَّهُ رَأَاهَا تَزْنِي قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهَا، جُلِدَ الْحَدَّ، وَلَمْ يُلَاعِنَهَا، وَإِنْ أَنْكَرَ حَمْلَهَا بَعْدَ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا لِاعْتِنَا. قَالَ: وَهَذَا الَّذِي سَمِعْتُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المطلق لزوجته طلاقًا بائناً، لا يخلو أن يكون بها حمل ظاهر أو لا يكون بها حمل، فإن كان بها حمل ظاهر، فأنكره، فإن له أن ينفيه باللعان خلافاً لأبي حنيفة؛ لأنه لا يحتاج أن ينفى عن نفسه نسباً ليس منه كما لو لم يطلق.

ولا يخلو أن يكون نفى الحمل وادعى رؤية زنا أو لم يدع ذلك، فإن ادعى رؤية الزنا، لم يخل أن يدعى الاستبراء أو لا يدعيه.

فإن ادعى الاستبراء والرؤية ونفى الحمل، فالظاهر من المذهب أنه ملاعن، وإن لم

٣٣٦ كتاب الطلاق

يدع استبراء، وادعى رؤية ونفى الحمل، ففى الموازية فى الذى يطلق طلاقاً بائناً، وقال: رأيتها تزنى، يريد نفى ما تأتى به من حمل، فإنه لا يلاعن إن لم يدع استبراء، وإن لم يدع رؤية وادعى استبراء، فإنه يلاعن.

وروى أبو الفرج، عن مالك: أنه إن نفى حملها فى العدة لاعن، ولم يجد على الطلاق، وقد شرط فى موضع آخر، ادعاء الاستبراء.

مسألة: فإن لم ينف الحمل، وقذفها فى العدة من الطلاق البائن، فقد روى أبو الفرج: أنه يجد ولا يلاعن.

ووجه ذلك أنه لا فائدة فى هذا الوقت فى قذفها؛ لأنها أجنبية منه لا ينفى حملها، فإذا لم ينفه به، فلا حاجة إلى هذا القذف، فلزمه الحد.

مسألة: وإن لم يكن بها حمل، وقال فى عدتها من الطلاق البائن: رأيتها تزنى، فقد قال ابن القاسم، ورواه ابن وهب: يلاعن، وحكاه القاضى أبو محمد خلافاً للشافعى فى قوله: لا يلاعن إلا أن تكون حاملاً.

واحتج على ذلك بأنه قذفها بوطء يحتاج إلى نفى نسبه عنه؛ لأنه إن لم ينفه، لحقه به كالذى لم يطلق. وقال ابن المواز: يجد ولا يلاعن. وقال المغيرة: لا يجد ولا يلاعن، واختاره سحنون.

مسألة: وهذا إذا ادعى أنه رآها تزنى فى العدة، فإن قال: رأيتها تزنى قبل الطلاق البائن، ففى كتاب أبى الفرج: يجد، إلا أن يظهر بها حمل قبل أن يجد، فينفيه، ويدعى الاستبراء، فيلاعن، قال ابن المواز: أحب إلى أن ينظر، فإن تبين أن لا حمل بها حد لها، وإن ظهر بها حمل لاعن؛ لأنه ممن لا لعان له فى الرؤية.

ووجه ذلك أن الطلاق ليس فيه إقرار بالسلامة من الزنا، غير أن هذا مبنى على ما قاله ابن المواز أن المطلق بائناً، لا يلاعن إلا لنفى الحمل، ولا يلاعن للرؤية؛ لأنها ليست بزوجة، وقد تقدم من قول أصحابنا ابن القاسم وغيره أنه يلاعن، ولا يجد.

والخلاف بين أبى الفرج وابن المواز فى تأخر الحد بعد القذف، فأبو الفرج يذهب إلى أنه لا يؤخر؛ لأنه من ثبت عليه القذف، وادعى المخرج، لا يمهل ويعجل الحد.

وابن المواز يذهب إلى تأخير الحد للزنا على الزوج بخلاف الأجنبي لحاجة الزوج إلى ذلك دون الأجنبي، وبالله التوفيق.

كتاب الطلاق ٣٣٧
فصل: وقوله: «وكان حملها يشبه أن يكون منه»، يريد أن تأتي به لأمد الحمل، وذلك أن المطلقة لا بد أن تأتي بالولد قبل أن تحيض أو بعد الحيض، فإن أتت به قبل الحيض لأكثر أمد الحمل، فهو لاحق بالزوج، إلا أن ينفيه بلعان.

وأكثر أمد الحمل، اختلف فيه قول المالكيين، فقال العراقيون منهم: أربعة أعوام، وبه قال أصبغ والشافعي، وقاله ابن القاسم وسحنون. وقال ابن وهب وأشهب: سبع سنين. وقال أبو حنيفة: أكثر الحمل ستان.

مسألة: وإن حاضت، ثم أتت بولد لمثل هذه المدة، فقد قال ابن القاسم: يلحق به، وإن حاضت ثلاث حيض، وقد تحيض المرأة على الحمل.

قال ابن القاسم: ولو علم أنها حائض حيضاً مستقيماً، وتيقن ذلك، وعرفه النساء لرأيتهما زانية، ويسقط نسب الولد عن الميت والحي، ولكن لا يحاط بمعرفته. قال أصبغ: ليس هذا بقول، ولو عرف ذلك لم يوجب زنى، ولا حداً، وهو شبهة والولد لاحق، إلا أن يلاعن المطلق.

فصل: وقوله: «يشبه أن يكون منه ما ادعته»، يريد أن ينسب ذلك إليه، ويقول: إنه منه؛ لأنها إذا لم تقل: إنه منه، ولم ينسبه إليه، لم يحتج هو إلى لعان إلا لنفى النسب؛ لأنها قد صدقته في القذف.

فصل: وقوله: «ما لم يأت دون ذلك من الزمان الذى يشك فيه، فلا يعرف أنه منه»، يريد، والله أعلم، أنه يأتى من طول الزمان ما يزيد على أكثر أمد الحمل، على ما تقدم من الخلاف فى ذلك، فشك حينئذ أنه منه شكاً يمنع إلحاقه به أولى من نفيه عنه، وأما فى مدة الحمل، فهذا الشك معدوم، وبطل الظاهر منعه لثبوت حق الفراش له.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْعَبْدُ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ فِي قَذْفِهِ وَلِعَانِهِ، يَجْرِي مَجْرَى الْحُرِّ فِي مُلَاعَنَتِهِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى مَنْ قَذَفَ مَمْلُوكَةً حَدٌّ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأُمَّةُ الْمُسْلِمَةُ وَالْحُرَّةُ النَّصْرَانِيَّةُ وَالْيَهُودِيَّةُ تُلَاعِنُ الْحُرَّ الْمُسْلِمَ إِذَا تَزَوَّجَ إِحْدَاهُنَّ، فَأَصَابَهَا، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] فَهِنَّ مِنَ الْأَزْوَاجِ. قَالَ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «والعبد بمنزلة الحر فى قذفه ولعانه لها، حكمه فى ذلك حكم الحر».

٣٣٨ كتاب الطلاق
وروى في العتبية أشهب عن مالك: أن لعان العبد كالحرة في الحرية، والأمة تشهد أربع مرات، وتحمس بالغضب، وإن أكذب نفسه، حد للحرة أربعين، ولا يجد للأمة.

فصل: وقوله: «غير أنه ليس على من قذف مملوكة حد»، يريد سواء كان القاذف عبداً أو حراً، فهذا اللفظ، وإن كان بلفظ الاستثناء، فمعناه العطف على ما مضى والتفسير له؛ لأنه لا يخرج من اللفظ الأول ما لولاه لدخل فيه، وإنما بين أن حكم العبد حكم الحر في قذف الأمة.

مسألة: وهذا حكم كل من لا يجد قاذفها من الكتابيات، فإن الزوج لا يجب عليه الحد بقذفها، فإن قذفها برؤية كان له أن يمسك عن اللعان.

فإذا أراد أن يلاعن لثلاث يكون مما ادعاه من الوطاء، ولد يلحق به نسبه أو يلحق قوله، فله ذلك، وكذلك إن نفى حملها، فإنما يلاعن لينفى عن نفسه ذلك الحمل، وإن لم يلاعن، فلا حد عليه.

فإن لاعن، لزم الأمة أن تلاعن لتدفع عن نفسها الحد؛ لأنه قد حق عليها القذف بلعانه، ويجب عليها الحد. وأما الكتابية، فلا يلزمها ذلك بالتلعان الزوج، ولها أن تلتعن الزوج، ولها أن تلتعن لتدراً عن نفسها عار ما قد قذفت به، وتقطع عصمة الزوج عنها. قال مطرف، عن مالك: إذا لاعن الزوج، ردت إلى أهل دينها إن نكلت عن اللعان، فإن لم تلتعن، فقد روى ابن سحنون، عن أبيه: هما على الزوجية، فإن التعتت وقعت الفرقة.

فصل: «والأمة المسلمة والحرة اليهودية، تلاعن الحر المسلم»، خص الأمة بالإسلام؛ لأنه لا يجوز أن يتزوج المسلم أمة كتابية. وأما الحرة الكتابية، فيجوز له ذلك، ولذلك عدل عن ذكر الأمة الكتابية إلى ذكر الحرة، فلكل واحدة من هؤلاء أن تلاعن الحر المسلم إذا تزوج إحداهن.

وقوله: «فأصابها»، ليست الإصابة شرطاً في صحة اللعان، ولا وجوبه. وقد قال مالك: من تزوج امرأة، فلم يبين بها، ولم يخل بها، حتى أتت بولد، فأنكره، أنه يلاعن إذا قالت: إنه يغشاه، وأمكن ما قالت.

قال سحنون: معناه أن يمكن إتيانه إليها، وأتت به لستة أشهر فأكثر من يوم عقد النكاح، ومن يوم إمكانه إتيانها.

وروجه ذلك أن الفراش قد ثبت له بعقد النكاح، فلا ينفى الولد إلا باللعان.

فصل: وقوله: «وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾، فهن الأزواج»، تعلق بالعموم؛ لأن الزوجة الأمة أو الكتابية داخله تحت قوله تعالى: ﴿يرمون أزواجهم﴾.

فلما لم يفرق بين الحرة والأمة والمسلمة وغيرها، حمل ذلك على كل زوجة إلا ما خصه الدليل، ولو أن الصغير يقذف زوجته الكبيرة برؤية زنى، لم يكن عليه لعان؛ لأنه لو قذف أجنبية، لم يحد؛ لأنها لو أتت بولد لم يلحق به، فلا حاجة إلى الملاعة.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْعَبْدُ إِذَا تَزَوَّجَ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ أَوْ الْأُمَّةَ الْمُسْلِمَةَ أَوْ الْحُرَّةَ النَّصْرَانِيَّةَ أَوْ الْيَهُودِيَّةَ، لَاعَنَهَا.

الشرح: قوله: «إن العبد إذا تزوج الأمة المسلمة أو الحرة النصرانية أو اليهودية لاعنها»، يريد أن له أن يلاعن في جميعهن لينفى عن نفسه حملاً ظهر بها، أو إن قذف برؤية، فليدفع عن نفسه النسب الذي تتوقعه مما ادعاه من الرؤية.

وأما في الحرة المسلمة، فيحتاج إلى ذلك أيضاً، ليدفع عن نفسه الحد الواجب عليه بقذفها، وإن لم يلاعن. وأما في الأمة أو الكتابية الحرة، فلا يلاعن إلا لما ذكره من دفع النسب دون دفع الحد؛ لأنه لا حد عليه بقذفهن.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُلَاعِنُ امْرَأَتَهُ، فَيَنْزِعُ، وَيَكْذِبُ نَفْسَهُ بَعْدَ يَمِينٍ أَوْ يَمِينَيْنِ مَا لَمْ يَلْتَعِنَ فِي الْخَامِسَةِ: إِنَّهُ إِذَا نَزَعَ قَبْلَ أَنْ يَلْتَعِنَ، جُلِدَ الْحَدَّ، وَلَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا.

الشرح: قوله، رحمه الله: «إن من لاعن امرأته، ثم نزع، وأكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن في الخامسة جلد الحد، ولم يفرق بينهما»، أورد من المسألة بعضها، والمتفق عليه منها، وهو أنه إذا أكذب نفسه قبل الخامسة الواقعة منه، فإنهما على نكاحهما، وإن كان هذا عنده حكم إكذابه نفسه قبل أن تأتي هي بالخامسة، وهذا المشهور من قول مالك وأصحابه.

وفي العتبية، قال سحنون: وإذا لاعن الزوج من نفى حمل، ونكلت هي، وأخر رجما حتى تضع، ثم أكذب الزوج نفسه قبل أن تضع وبعد أن نكلت، فإن لعانه قاطع لعصمته، ولا ميراث بينهما، وترجم إذا وضعت. وأنكر أبو بكر بن محمد هذه المسألة.

٣٤٠ كتاب الطلاق

وأما من رد الفعل إليها، فقال: بعد يمين أو يمينين، يريد من أيمانها، وقبل أن تأتي هي بالخامسة، فهو على ظاهر المذهب؛ لأن مذهب مالك أنه إذا أكذب نفسه قبل تمام لعانها، أن الزوجية باقية بينهما، وإنما تقع الفرقة، وتتأبد بتمام لعانها. وأما الحد، فلا يختلف حكمه متى وقع تكذيبه نفسه، وكذلك استحقاق الولد.

مسألة: وأما تكذيبه نفسه، فإنه على وجهين، أحدهما: أن يقول إنه كاذب في قذفها على أى وجه وقع. والثاني: أن يستلحق الولد، فهذا يكون قريباً، إن كان قذفه بنفى الولد.

وأما إن كان قذفه إياها بادعاء رؤية الزنى، ولاعن على ذلك، ثم أقر بالولد، فقال محمد بن المواز: لا يحد، وكذلك لو لاعن على الرؤية، وإنكار الولد، جاز، وإن كان على نفي الولد خاصة، فإنه يحد، ويلحق الولد به.

وجه من قاله فيمن لاعن على الرؤية، ثم أقر بالولد، أنه ليس فى إقراره بالولد تكذيب لما لاعن عليه.

ووجه قوله فيمن لاعن على الأمرين، لا يحد، أنه إذا أكذب نفسه فى نفي الولد بقى لعانه محلاً للتصديق، وهو رؤية الزنا، فلا حد عليه حتى يكذب جميع ما لاعن عليه، والله أعلم. ولو لم يتقدم لعانه، فادعى الرؤية، ونفى الولد، ثم أقر بالولد، لحد، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ، فَإِذَا مَضَتِ الثَّلَاثَةُ الْأَشْهُرَ، قَالَتِ الْمَرْأَةُ: أَنَا حَامِلٌ، قَالَ: إِنْ أَنْكَرَ زَوْجُهَا حَمْلَهَا، لَاعَنَهَا.

الشرح: قوله، رحمه الله: «فيمن طلق امرأته ثم نفى حملها أنه يلاعن»، يريد أن المرأة إذا طلقها الزوج، ثم أتت بولد لما يلد له النساء، لحق الزوج سواء أتت به فى العدة أو بعدها إلا أن ينفية الزوج، فيلاعن.

فصل: وقوله: «فإذا مضت الثلاثة الأشهر، قالت المرأة: أنا حامل»، خص الثلاثة الأشهر بذلك؛ لأنها أول المدة التى تحسن المرأة فيها بالحمل، ولذلك يختص بها حكم العدة دون ما قصر عن ذلك.

فصل: وقوله: «إذا قالت المرأة: إني حامل، لاعن، إن أنكر الحمل»، ظاهره يقتضى تعلق هذا الحكم بمجرد قولها دون ظهور الحمل. ومعنى ذلك عندى أنه إن أنكر حملها حين ادعت الحمل، ثبت له حكم الإنكار، وكان له أن يلاعن إذا ظهر الحمل.

كتاب الطلاق ٣٤١

وإذا ولدت على حسب ما تقدم من الاختلاف في ذلك، وإن لم تنف الحمل حين ادعائها إياه، ثبت له حكم الإقرار به، ولم يكن له أن يلاعن بعد ذلك لظهور حمل، ولا لولادة.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْأَمَةِ الْمَمْلُوكَةِ يُلَاعِنُهَا زَوْجُهَا ثُمَّ يَشْتَرِيهَا: إِنَّهُ لَا يَطْوُهَا، وَإِنْ مَلَكَهَا، وَذَلِكَ أَنَّ السُّنَّةَ مَضَتْ أَنَّ الْمُتْلَاعِنِينَ لَا يَتَرَاجَعَانِ أَبَدًا.

الشرح: قوله، رحمه الله: «في الأمة المملوكة يلاعنها زوجها، ثم يشتريها أنه لا يطؤها»، يريد أن كمال اللعان بينهما قد أهدى تحريم الوطء، وما لا يستباح وطؤه بالزوجية، لا يستباح بملك اليمين كذوات المحارم، والنكاح أبلغ في إباحة الوطء من ملك اليمين؛ لأن مقصود النكاح الوطء، وليس مقصود الملك الوطء.

ولذلك لا يجوز له أن يتزوج من لا يستبيح وطأها، ولا يجوز له أن يبقى على زوجته الملاعنة، ويجوز له أن يملك من لا يستبيح وطأها، ويجوز له أن يملك التي قد لاعنها، فإذا لم يستبيح وطء الملاعنة بالنكاح الذي مقصوده الوطء، فبأن لا يستبيح ذلك بملك اليمين أولى وأحرى.

مسألة: وقوله، رحمه الله: «وذلك أن السنة مضت أن المتلاعنين لا يتكاحان أبدًا»، لعله يريد بالسنة ما روى عن النبي ﷺ أنه قال للمتلاعنين: «لا سبيل لك عليهما».

ويحتمل أن يريد ما مضى من العمل في ذلك في زمان النبي ﷺ إلى هلم جرا في كل زمان ومكان، أن كل متلاعنين تثبت الفرقة بينهما، ولا خلاف في ذلك مع بقاء الزوجة على قذفه، وإنما الخلاف بعد تكذيبه لنفسه، وفي مسألتنا يحتمل أن يريد مع بقائه على حكم القذف.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا لَاعَنَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا نِصْفُ الصَّدَاقِ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «أن من لاعن قبل البناء»، لا يخلو أن يكون لرؤية أو نفى حمل، فإن كان لرؤية كان له أن يلاعن، وإن كان لنفى حمل، فإن أتت به لأقل من سنة أشهر، فلا شيء لها من الصداق، ولا يجرم عليه نكاحها بالتلاعن؛ لأنها غير زوجة، وإن أتت به لستة أشهر لحق، إلا أن تلاعن، وهل يلاعن قبل الولادة؛ اختلف أصحابنا فيه على ما تقدم.

٣٤٢ كتاب الطلاق

فصل: وإن قال الزوج: تزوجت منذ خمسة أشهر، وقالت هي: تزوجت منذ أكثر من ستة أشهر، وبها حمل، فلا بد من اللعان، قاله ابن القاسم وابن وهب.

ووجه ذلك أنه لا يقطع بأنه ليس من الزوج، فلا ينفيه إلا بلعان، والله أعلم.

فصل: وقوله: «إن لها نصف الصداق»، على ما قال؛ لأن الفرقة وقعت بسبب الزوج على وجه لا يعلم به صدقه كالإعسار بالنفقة. وحكى الشيخ أبو القاسم في تفريعه أنه لا شيء لها من الصداق. ووجه ذلك أنه فسح قبل البناء.

مسألة: ولا سكنى لها ولا متعة؛ لأن الفرقة وقعت قبل البناء، وما تدعيه من الوطاء لا يوجب لها تكميل الصداق ولا السكنى، مع إنكار الزوج كالنصف الثاني من الصداق، والله أعلم.

* * *

ميراث ولد الملاعنة

١١٧٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بِنَ الزُّبَيْرِ كَانَتْ يَقُولُ فِي وَكْدِ الْمُلَاعِنَةِ وَوَكْدِ الزَّانَا: إِنَّهُ إِذَا مَاتَ وَرِثَتْهُ أُمُّهُ حَقَّهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِخْوَتُهُ لِأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ، وَيَرِثُ الْبَقِيَّةَ مَوَالِي أُمِّهِ إِنْ كَانَتْ مَوْلَاةً، وَإِنْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً، وَرِثَتْ حَقَّهَا، وَوَرِثَ إِخْوَتُهُ لِأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ، وَكَانَ مَا بَقِيَ لِلْمُسْلِمِينَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَبَلَّغَنِي عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ مِثْلُ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ أَدْرَكْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا.

الشرح: قوله، رحمه الله: «أن ولد الملاعنة وولد الزنا ترث أمه وإخوته لأمه حقوقهم منه»، وذلك أنه لا يبطل نسبه من جهة أمه؛ لأنه يحتاج في إلحاقه بها إلى عقد نكاح، فلذلك لا ينتفى عنها بلعان ولا إقرار بزنا، ولا تحققه.

وإنما ينتفى عن الأب؛ لأنه لا يلحق به إلا بعد نكاح أو ملك يمين، فلذلك صح انتفاؤه منه، وإذا كان أصل التوارث من جهة الأب، لبطل كل ميراث بسببه، ولما ثبت ميراث الأم مع اللعان والزنا، ثبت كل ميراث بسببها.

فصل: وقوله، رحمه الله: «في كتاب الله»، يقتضى أن عموم آيات التوارث يتناولهم

كتاب الطلاق ٣٤٣
من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾ [النساء: ١٢].

فصل: وقوله، رحمه الله تعالى: «وورث البقية موالى أمه إن كانت مولاة، وإن كانت عربية، فبيت مال المسلمين»، يريد أنها إذا كانت مولاة وورث بالولاء كل من تلده، فموالى أمه موالى كل من تلده.

وإذا لم يكن من جهة الأم من يرث إلا الأم والإخوة للأم، ولا يحيطون بالميراث، فالباقي موروث بالولاء، وإن كانت عربية، فبيت المسلمين؛ لأنه ليس من جهة الأبوة من يستحق ما فضل عن الفروض، ولا تورث بالولاء، والله أعلم.

* * *

طلاق البكر

١١٧٨ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ ثَوْبَانَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِيَّاسِ بْنِ الْبَكْرِ أَنَّهُ قَالَ: طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا، فَجَاءَ يَسْتَفْتِي فَذَهَبْتُ مَعَهُ أَسْأَلُ لَهُ، فَسَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَأَبَا هُرَيْرَةَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَا: لَا نَرَى أَنْ تَنْكِحَهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَكَ، قَالَ: فَإِنَّمَا طَلَّقِي إِيَّاهَا وَاحِدَةً، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِنَّكَ أُرْسَلْتَ مِنْ يَدِكَ مَا كَانَ لَكَ مِنْ فَضْلٍ.

الشرح: قول أبي هريرة وابن عباس للذي طلق امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها: «لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجاً غيرك»، تصريح بوقوع الثلاث تطليقات على غير المدخول بها، وعلى ذلك الصحابة ومالك وجمهور الفقهاء. وقال طاوس وعمرو بن دينار وعطاء: هي واحدة، سواء وقع ذلك في لفظ واحد أو ألفاظ متتابعة.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وهذا عام في المدخول بها وغيرها.

١١٧٨ - أخرجه الشافعي في الأم ١٨٤/٥. أبو داود في الطلاق ٢١٩٨. باب نسخ المراجعة بعد تطليقات الثالث ٢٦٠/٢، ٢٦١. عبد الرزاق في المصنف ٣٣٤/٦. الأثر ١١٠٧١. البيهقي في السنن الكبرى ٣٥٥/٧. وفي معرفة السنن والآثار ١١/١٤٩٧٢. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٥٩.

ومن جهة المعنى أن كل من صح إيقاعه الطلقة الواحدة عليها، صح أن يكمل لها الثلاث كالمُدخول بها.

فصل: وقول السائل: «إنما طلاقى إياها واحدة»، يحتمل أن يريد بذلك إنما أوقعها في دفعة واحدة، وهو أن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً، فيجمع ذلك في لفظ واحد. وقال إبراهيم النخعي: إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً، لزمته الثلاث، وإذا قال لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، لزمته الواحدة، دون الثنتين. وروى ذلك عن ابن عباس. وقال مالك: تلزمه الثلاث، إذا اتصل كلامه، ولم يفصل؛ لأن كل كلام يصح الاستثناء منه، فإنه يصح العطف عليه كطلاق المدخول بها.

مسألة: فمن طلق ثلاثاً قبل البناء، ثم تزوجها، وهو يرى ذلك حلالاً، فإنه يفرق بينهما، ولها المهر كاملاً، إن كان دخل بها، قاله الزهري والشعبي، وهو قول مالك. وقال النخعي: لها مهر ونصف.

وجه القول الأول أن النكاح الفاسد أضعف من النكاح الصحيح، فإذا لم يجب بالمسيس في النكاح الصحيح إلا مهر واحد، فكذلك في الفاسد، ولأن الوطاء في النكاح الفاسد مستند إلى العقد، فلم يجب فيه ما لا يجب بالعقد. إلا أن يريد إبراهيم أن له في العقد الثاني الذي يعقبه الطلاق ونصف الصداق، وله في العقد الثاني صداق كامل بما أفرد به الدخول، فهو كلام صحيح وهو مقتضى قول مالك، والله أعلم.

١١٧٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشْجِ، عَنْ النُّعْمَانَ بْنِ أَبِي عِيَّاشِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَّارٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ يَسْأَلُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو بْنَ الْعَاصِ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، قَالَ عَطَاءٌ: فَقُلْتُ: إِنَّمَا طَلَّاقُ الْبِكْرِ وَاحِدَةٌ، فَقَالَ لِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو بْنَ الْعَاصِ: إِنَّمَا أَنْتَ قَاصُّ الْوَاحِدَةِ تَبِينَهَا، وَالثَّلَاثَةُ تُحَرِّمُهَا حَتَّى تُنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قول عطاء للسائل، وقد طلق ثلاثاً، «إنما طلاق البكر واحدة»، يحتمل أحد وجهين، إما أن يريد به أنه لا يجوز أن يطلق إلا واحدة، أو أنه لا يصح أن يلحقها إلا طلقة واحدة، ولا يحمل على نفي الجواز والإباحة؛ لأن ذلك حكم المدخول بها مع أن جواب عبد الله بن عمرو يمنع من ذلك.

كتاب الطلاق ٣٤٥

فلم يبق إلا أن يريد به أن لا تلحقها إلا طلقة واحدة، وإن أوقع الزوج عليها أكثر من ذلك، وهو المعلوم من قول عطاء، وقد تقدم ذكره.

ولذلك قال له عبد الله بن عمرو: «إنما أنت قاص»، بمعنى أنك ممن لا يفتى في هذه المسألة، ولا يعرف حكمها، وإن ربتك أن تقص على الناس دون أن تفتى، ثم أظهر ما عنده من حكم المسألة مما يخالف قول عطاء.

فقال له: «إن الطلقة الواحدة تبينها»، يريد من الزوج، فلا رجعة له عليها «والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجاً غيره»، وهذا يقتضى أن الثلاث تقع عليها، ولذلك لا يحل نكاحها إلا بعد زوج، وإن حكم من طلقت ثلاثاً عندى غير حكم من طلقت عليه واحدة.

١١٨٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشْحَجِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي عِيَّاشِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ وَعَاصِمِ بْنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، قَالَ: فَجَاءَهُمَا مُحَمَّدُ بْنُ إِيَّاسِ بْنِ الْبُكَيْرِ، فَقَالَ: إِنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَمَاذَا تَرَيَانِ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ ابْنُ الزُّبَيْرِ: إِنَّ هَذَا الْأَمْرَ مَا لَنَا فِيهِ قَوْلٌ، فَاذْهَبْ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ، فَإِنِّي تَرَكْتُهُمَا عِنْدَ عَائِشَةَ، فَسَلْتُهُمَا ثُمَّ اثْنَيْنَا، فَأَخْبَرَنَا، فَذَهَبَ فَسَأَلَهُمَا، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ لِأَبِي هُرَيْرَةَ: أَفْتِي يَا أَبَا هُرَيْرَةَ، فَقَدْ جَاءَتْكَ مُعْضِلَةٌ، فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: الْوَاحِدَةُ تَبِينُهَا وَالثَّلَاثُ تُحَرِّمُهَا حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ. وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: مِثْلَ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قول عبد الله بن الزبير: «إن هذا الأمر ما لنا فيه قول»، إقرار منه بالحق، وتوقف عن الفتوى فيما لم يظهر له صوابه، وإن كان من أهل العلم، وهذا مما يجب أن يلزمه كل ذي دين أن يقول إذا سئل عما لا يعلم: لا أعلم.

وقد قال ابن عباس: إذا أخطأ العالم، لا أدرى أصيبت مقاتله، وأمر السائل أن يسأل ابن عباس وأبا هريرة رجاء أن يكون عندهما أو عند أحدهما حكم هذه المسألة، ثم

٣٤٦ كتاب الطلاق

أمره أن يعود إليه، فيخبره بقولهما؛ ليسهل له ذلك طريق النظر في الصواب؛ لأن حفظ العالم أقوال العلماء يسهل له طريق النظر ويعينه عليه.

فصل: وقول ابن عباس لأبي هريرة: «افته يا أبا هريرة، فقد جاءتك معضلة»، إخبار عن خفاء المسألة عليه، وتعذر الوصول إلى وجه الصواب فيها.

يقال: أعضل الأمر، إذا أعيا وجه تناوله، فقدم أبا هريرة في الفتوى بعد أن أحبره بتعذر تبيينها، ومعرفة وجه الصواب رجاء أن يكون عند أبي هريرة في ذلك ما يصير إليه أو ما يستعين به على الوصول إلى معرفة حكمها.

فلما وافق أبو هريرة الصواب فيها، وقال: الواحدة تبينها، والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجاً غيره، قال ابن عباس مثله؛ ليتبين وجه الصواب له.

وقد روى طاوس وعطاء، عن ابن عباس أنه كان يقول: هي واحدة، فلعله كان يقول بذلك حتى سمع من قول أبي هريرة ما تبين له الصواب فيه، فرجع إلى القول به.

وقد روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان: أن السائل عن المسألة كان رجلاً من مزينة، وأن ابن عباس قال لأبي هريرة لما أفتى بما تقدم من قوله: زينتها يا أبا هريرة، أو نورتها، أو كلمة تشبهها، يعني أنه أصاب.

قَالَ مَالِكٌ: وَالثَّيْبُ إِذَا مَلَكَهَا الزَّوْجُ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا، إِنَّهَا تَجْرِي مَجْرَى الْبِكْرِ، الْوَاحِدَةُ تُبَيِّنُهَا، وَالثَّلَاثُ تُحَرِّمُهَا حَتَّى تُنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «أن الثيب كالبكر في ذلك»، واضح؛ لأن الحكم لا يتعلق بيكارتها، وإنما يتعلق بأنها غير مدخول بها، فإذا لم يدخل بها زوجها، فحكمها في الواحدة حكم البكر، والله أعلم.

* * *

طلاق المريض

١١٨١ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ طَلْحَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَوْفٍ قَالَ، وَكَانَ

١١٨١ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦١/٧. الأثر ١٢١٩١. ابن أبي شيبة في المصنف ٢١٧/٥. البيهقي في السنن الكبرى ٣٦٢/٧. وفي معرفة السنن والآثار ١٤٨٤٥/١١. المعنى ٣٣٠/٦. ابن حزم في المحلى ٢١٨/١٠. كشف الغمة ١٠٢/٢. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٦٢.

كتاب الطلاق ٣٤٧
أَعْلَمَهُمْ بِذَلِكَ. وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ
طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ، وَهُوَ مَرِيضٌ، فَوَرَّثَهَا عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ مِنْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.

الشرح: قوله: «أن طلحة بن عبد الله بن عوف كان أعلمهم بذلك»، يريد أنه كان
أعلمهم بحكم هذه القضية، وما جرى فيها لعبد الرحمن بن عوف من صفة الطلاق
ولعثمان بن عفان من الحكم من سائر الرواة لذلك.

فصل: وقوله: «أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة، وهو مريض»، يريد أن
طلاقه إياها كان البتة، فيحتمل أنه كان يرى إباحة ذلك، أو يحتمل أنه طلقها واحدة في
آخر ثلاث تطليقات، فكانت تلك الطلقة بتة؛ لأنها بها تبين عنه، وأن عثمان بن عفان،
رضى الله عنه، ورثها منه.

وفي ذلك بابان، أحدهما: في صفة المرض، وما يلحق به من المعاني التي تجرى مجراه
في بقاء حكم الميراث. والباب الثاني: في حكم طلاق المريض.

* * *

الباب الأول في صفة المرض الذي به يبقى حكم ميراث المطلقة

قال مالك في كتاب محمد: إن كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج، وإن
كان جذاماً أو برصاً أو فالجاً، فإنه يحجب فيه عن ماله، وإن طلق فيه زوجته ورثته،
وليس للقوة والريح والرمد كذلك، إذا صحح البدن، وكذلك ما كان من الفالج والبرص
والجذام، يصح معه بدنه ويتصرف، فهو كالصحيح.

قال محمد: ولم يختلف مالك وأصحابه في الزاحف في الصف، أنه كالمرض في
الطلاق وغيره. فأما من نالته شدة في البحر، فلم يره ابن القاسم كالمرض، وأراه رواه
عن مالك. وقال أشهب: هو كالمرض.

وجه القول أن المخافة من شدة البحر لم تتعين، ولا وجد سبب العطب؛ لأن العطب
إنما يكون بانكسار المركب، فهو بمنزلة الزاحف في القتال، فإنما هو البحر، فهو بمنزلة
المخافة في موضع مخوف، لم ير بعد والوقوف في العسكر مع معاينة العدو، دون
مباشرة حرب، ولا بقرب منه.

وجه القول الثاني أنه في حالة مخافة على نفسه يتكرر منها الهلاك، فلم تمنع صحة
جسمه من أن يكون حكم المريض في ماله كالزاحف.

* * *

الباب الثاني فى حكم طلاق المريض

من طلق امرأته فى مرضه، ورثته، وإن مات بعد انقضاء عدتها، وبعد أن تزوجت غيره، إذا اتصل مرضه إلى أن توفى خلافاً للشافعى فى قوله: إن المبتوتة فى المرض، لا ترث.

والدليل على ما نقوله أن القاضى أبا محمد قال: إنه إجماع الصحابة، ولأن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان وغيرهم، ولا يخالف لهم فى ذلك، إلا ما يروى عن عبيدالله بن الزبير، وسنذكره بعد هذا، إن شاء الله.

ومن جهة المعنى أنها فرقة فى حال منع تصرفه فيها من غير الثلث، فلم يقطع ميراث الزوجة كالموت، ولأن للتهمة تأثيراً فى الميراث، بدليل منع القاتل الميراث.

مسألة: فإن طلقها بنشوز منها أو لعان أو خلع، فإن حكم الميراث باق لها خلافاً لأبى حنيفة؛ لأن عثمان ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف، وقد سألته الطلاق.

ومن جهة المعنى أن الإذن لا يسقط فى ميراث الوارث كما لو أذن الابن لأبيه فى إخراجها من الميراث، فإن ارتد فى مرضه، ثم راجع الإسلام، فمات من مرضه ذلك لم ترثه؛ لأن بارتداده انفسخ النكاح بينهما ورجوعه إلى الإسلام ليس برجعة.

مسألة: ولو أقر فى مرضه أنه طلق البتة فى صحته، لم يصدق وورثته امرأته إذا أنكرت ذلك.

ووجه ذلك عندى أنه يدعى ما يسقط ميراثها، ولا يقبل ذلك منه فى حالة ليس له إخراجها من جملة الورثة.

مسألة: ولو مات، فشهد الشهود أن الزوج كان طلقها البتة فى صحته، فقد جعله ابن القاسم كالمطلق فى المرض؛ لأن الطلاق إنما يقع يوم الحكم، ولو وقع يوم القول لكان فيه هذا الحد، إذا أنكر الطلاق، وأقر بالوطء.

مسألة: ومن طلق فى صحته طليقة، ثم مرض، فأردفها فى صحته ثانية، ثم مات، فلها الميراث فى العدة؛ لأنها تبنى على عدتها من الطلاق الأول، ولو ارتجع من الأول انفسخت العدة، ثم إن طلقها بعد ذلك فى المرض، كان لهذا الطلاق حكمه، فورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة، قال معناه ابن المواز.

مسألة: ولو طلق زوجة نصرانية أو أمة فى مرضه، ثم أسلمت النصرانية، وأعتقت

كتاب الطلاق ٣٤٩
الامة بعد العدة، ومات بعد ذلك من مرضه ذلك، ورثناه، رواه أصبغ، عن ابن القاسم
فى العتبية.

وقال سحنون: لا ترثناه، ولا يتهم فى ذلك، وكذلك لو طلقها البتة، إلا أن يطلق
واحدة وتموت فى العدة بعد أن أسلمت هذه، وعتقت هذه، فترثناه.

وجه قول ابن القاسم أنه مات وحرمتها واحدة بعد أن طلق فى المرض، فثبت
الميراث للمرأة كما لو كانت مسلمة حين الطلاق.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به؛ لأنها لم تكن وارثة حين طلقها، فلم يقتض
بطلانه إياها إخراجها من الميراث.

مسألة: من حلف ليقضين فلاناً حقه، فمرض الخالف، ثم حنث فى مرضه، ومات
منه، قال أبو حنيفة والشافعى: لا ترثه.

وقال المغيرة: إن كان بين الملك، فلم يقضه، فامرأته ترثه كالمطلق فى المرض، وإن
كان عديماً، فطراً له مال لم يعلم به حتى مات، فقد حنث ولا ترثه.

وقال سحنون عن أبيه: لا أعرف هذا ولا أراه. وقال أصحابنا: إنها ترثه بكل حال؛
لأنه طلاق وقع فى المرض.

وجه قول المغيرة أنه لم يكن له مال علم به، فلم يقصد طلاقها، ولا إخراجها من
الميراث، فلذلك لم ترثه.

ووجه ما قال سحنون ما احتج به من مراعاة وقت الطلاق لا وقت إيقاعه، والله
أعلم.

مسألة: ولو كان الخنث من سببها مثل أن يحلف، وهو صحيح بطلاقها إن دخلت
الدار فدخلتها، وهو مريض قاصدة إلى طلاقه، فهى طالق، ولا ميراث لها، رواه زياد بن
جعفر، عن مالك، والمشهور من مذهب أصحابنا، أنها ترثه. وجه القولين ما تقدم
ذكره.

١١٨٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْفَضْلِ، عَنِ الْأَعْرَجِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ
وَرَّثَ نِسَاءَ ابْنِ مُكْمِلٍ مِنْهُ، وَكَانَ طَلَّقَهُنَّ، وَهُوَ مَرِيضٌ.

١١٨٢ - أخرجه ابن حزم فى المحلى ٢١٨/١٠. الأثر ٥٧٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار
برقم ١١٦٣.

٣٥٠ كتاب الطلاق

الشرح: قوله: «ورث نساء ابن مكمل منه»، يريد، والله أعلم، عبد الرحمن بن عبد الرحمن بن مكمل المدني الأعشى، «وكان طلقهن، وهو مريض»، يريد المرض الذى توفى فيه، ولا يعلم من هذا الحديث، هل توفى بعد انقضاء عدتها أو قبل ذلك.

وإن كان قد روى عبد الرحمن بن هرمز أن نساءه كن ثلاثاً، إحداهن جويرية بنت فارط، وأنه طلق اثنتين منهن فى فالج أصابه، ثم مكث بعد طلاقه إياهما سنين، وأنهما ورثناه.

وإن كان منهن من لم يدخل بها، فطلقها وهو مريض، أو من انقضت عدتها، وتزوجت بعد انقضاء عدتها، وذلك كله سواء عند مالك ترثه على كل حال، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: لا ترث المطلقة قبل الدخول، ولا بعد العدة.

ودليلنا على ذلك أنها مطلقة فى المرض، فورثته مع سلامة الحال كما لو مات فى العدة.

١١٨٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ رَبِيعَةَ بِنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ يَقُولُ: بَلَغَنِي أَنَّ امْرَأَةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ سَأَلَتْهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَقَالَ: إِذَا حِضَّتْ، ثُمَّ طَهَّرْتَ، فَأَذِنِينِي، فَلَمْ تَحِضْ حَتَّى مَرَضَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، فَلَمَّا طَهَّرْتَ آذَنْتُهُ، فَطَلَّقَهَا الْبَيْتَةَ أَوْ تَطْلِيقَةً لَمْ يَكُنْ بَقِيَ لَهَا مِنْ الطَّلَاقِ غَيْرُهَا، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ يَوْمَئِذٍ مَرِيضٌ، فَوَرَّثَهَا عَثْمَانُ بْنُ عَفَانَ مِنْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا.

الشرح: قول عبد الرحمن بن عوف لما سألته امرأته الطلاق: «إذا حضت، ثم طهرت، فأذنيني»، مراعاة لسنة الطلاق؛ لأنه قد كان أصابها فى ذلك الطهر، وسنة الطلاق أن يطلق فى طهر، لم يمس فيه، ولا يعقب حيضاً طلق فيه.

ويقال إن هذه المرأة هى تماضر بنت الأصبع أم سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، فلم تبلغ الوقت الذى رسمه لها حتى مرض عبد الرحمن بن عوف مرضه الذى توفى فيه، فلما آذنته طلقها طلاقاً بائناً، إما أنه جمع الثلاث إن كان يرى إباحة ذلك أو طلق آخر طلقه بقاءً له فيها، وقد فسر ذلك الراوى.

فصل: وقوله: «فورثها عثمان بن عفان منه»، يقتضى أن عثمان؛ رضى الله عنه، ورث نساء المطلق فى المرض، وإن كان سبب الطلاق من فعلهن؛ لأن هذه الزوجة هى سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق ورغبته، وقد ورثها عثمان مع ذلك.

كتاب الطلاق ٣٥١

وقد جعل أهل العلم فعل عثمان في ذلك أصلاً؛ لأنه إمام حكم في قضية رجل مشهور أحد العشرة، ومثل هذا ينتشر قضاؤه به في الأمصار، وينقل إلى الآفاق، فلم يتحصل عن أحد من الصحابة ولا غيرهم في ذلك خلاف، فثبت أنه إجماع منهم على تصويبه.

فصل: وقوله: «فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها»، يريد، والله أعلم، وقد مات بعد انقضاء عدتها؛ لأن وقت الحكم بالميراث، لا تعتبر فيه العدة، وإنما تعتبر في الوفاة التي استحق بها الميراث.

وإذا كانت بائناً منه ورثها مع ذلك، فلا فرق بين أن يتوفى في العدة أو غيرها؛ لأنها ليست ترث مطلقة بائناً متوفى في عدة، فحكمها وحكم التي قد انقضت عدتها في ذلك سواء.

١١٨٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ قَالَ: كَانَتْ عِنْدَ جَدِّي حَبَّانَ امْرَأَتَانِ هَاشِمِيَّةٌ وَأَنْصَارِيَّةٌ، فَطَلَّقَ الْأَنْصَارِيَّةَ، وَهِيَ تُرْضِعُ، فَمَرَّتْ بِهَا سَنَةً، ثُمَّ هَلَكَ وَلَمْ تَحِضْ، فَقَالَتْ: أَنَا أَرْتُهُ، لَمْ أَحِضْ، فَاحْتَصَمْنَا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَقَضَى لَهَا بِالْمِيرَاثِ، فَلَامَتِ الْهَاشِمِيَّةَ عُثْمَانَ، فَقَالَ: هَذَا عَمَلُ ابْنِ عَمَلِكٍ، هُوَ أَشَارَ عَلَيْنَا بِهَذَا، يَعْنِي عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ.

١١٨٥ - مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا وَهُوَ مَرِيضٌ فَإِنَّهَا تَرْتُهُ.

الشرح: قوله: «فطلق الأنصارية، وهي ترضع، فتوفى، فانقضت سنة، ولم تحض»، يريد، والله أعلم، أن الأنصارية لم تحض لأجل الرضاع حتى توفى زوجها، وذلك أن ارتفاع حيض المطلقة يكون لسبب معروف، ولغير سبب معروف.

فأما ما كان لسبب معروف، فكالرضاع والمرض، فإن تأخر الرضاع، فإنها لا تعتد إلا بالأقراء، طال الوقت أو قصر.

١١٨٤ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٣٤/٦. سعيد بن منصور في السنن ١/٣، ٣٠٧. ابن أبي شيبة ٢١٠/٥، ٢١١. البيهقي في السنن الكبرى ٤١٩/٧. المغني ٤٦٥/٧. ابن حزم في المحلى ١٠/٢٢٥. ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٦٦.

١١٨٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٦٥.

٣٥٢ كتاب الطلاق

وقد احتج القاضى أبو محمد فى ذلك بالإجماع، قال: فإن حبان بن منقذ طلق امرأته وهى ترضع، فمكثت نحو سنة لا تحيض لأجل الرضاع.

ثم مرض، فخاف أن ترثه إن مات، فخاصمها إلى عثمان، وعنده على وزيد بن ثابت، فقال لهما: ما تريان، فقالا: نرى أنها ترثه؛ لأنها ليست من القواعد اللاتى يئسن من الحيض، فهى عنده على حيضها ما كان لم يمنعها، إلا الرضاع، فانتزع حبان ابنه، فلما حاضت حيضتين مات حبان، فورثت منه، واعتدت عدة الوفاة.

قال القاضى أبو محمد: فأجمعوا أن التأخير بالرضاع، لا يسوغ الاعتداد بغير الحيض، وعللوا ذلك بأنها ليست ممن لم يحض، ولا ممن يئسن من المحيض.

ومن جهة المعنى أن العادة المستقرة بأن الرضاع يؤثر فى تأخير الحيض، فلا يكون ذلك رية، وإذا لم يكن رية، وجب انتظار زواله، والاعتبار بالحيض؛ إذ هى ممن تحيض.

فصل: وقوله: «هذا عمل ابن عمك، هو أشار علينا بهذا»، أراد تطيب نفسها بأن ما حكم به ولامت عليه، لم يحكم به إلا بعد مشاورة العلماء، وإن ابن عمها على بن أبى طالب الذى لا تشك هى فى إشفاقه عليها وإرادته الخير لها هو ممن أفتى بذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ طَلَّقَهَا وَهُوَ مَرِيضٌ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَلَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَلَهَا الْمِيرَاثُ، وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَلَهَا الْمَهْرُ كُلُّهُ، وَالْمِيرَاثُ.

قَالَ مَالِكٌ: الْبِكْرُ وَالْتَّيْبُ فِي هَذَا عِنْدَنَا سَوَاءٌ.

الشرح: قوله فى غير المدخول بها يطلقها زوجها، وهو مريض: «أن لها نصف الصداق»، وبه قال مالك وعليه جماعة الفقهاء ابن شهاب وعمر بن عبد العزيز والنخعى وغيرهم. وقال الحسن البصرى: لها الصداق كاملاً.

والدليل على ما نقوله أن هذه مطلقة قبل البناء بها، فلم يكن لها الصداق كاملاً، كما لو طلق فى الصحة.

فصل: وقوله: «ولها الميراث»، روى نحو ذلك عن عطاء: لها نصف الصداق والميراث، خلافاً للزهري وعمر بن عبد العزيز.

كتاب الطلاق ٢٥٣
ووجه ذلك أنه مطلق في المرض، لو لم يطلق فيه لكان لها الميراث، فلم يكن لها إسقاط ميراثها بالطلاق كالذى دخل بها.

فرق: والفرق بين تكميل الصداق والميراث، أن الصداق عوض في معاوضته، ونصفه يجب بالعقد، فليس له إسقاطه، ونصفه يجب بالدخول أو بالموت على حكم الزوجية، وله إبطال ذلك بالطلاق. وأما الميراث، فهو قد تعين لها بعوضه تستحق استيفاءه بعد موته، فلم يكن لها إسقاطه.

فصل: وقوله: «ولا عدة عليها»، خلافاً للحسن في قوله: لها الصداق والميراث، وعليها العدة.

وجه قول مالك أنها مطلقة لم يبين بها، فلم تكن عليها عدة كما لو طلقها في الصحة؛ لأن الطلاق في المرض إنما يؤثر في الميراث دون العدة، ولذلك لو طلقها حال المرض، فتوفى بعد انقضاء عدتها، أو كان طلاقه بائناً، لم تنتقل إلى عدة الوفاة، وكان لها الميراث.

* * *

ما جاء في متعة الطلاق

١١٨٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ طَلَّقَ امْرَأَةً لَهُ، فَمَتَّعَ بِوَلِيدَةٍ.

الشرح: قوله: «طلق امرأة له، فمتع بوليده»، يريد أعطاها إياها بأثر طلاقه إياها، قال الله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١]، واختلف العلماء في المتعة، فذهب مالك إلى أنها ليست مما يجبر عليها المطلق، ولا يحكم بها عليه.

قال مالك: إنها لحق على الزوج، ولا يقضى بها عليه، ويحرضه السلطان عليها، ولا تحاص الغرماء بها، وهي لكل مطلقة، لا ترد شيئاً مما أخذت، وهي على المولى إذا طلق عليه، قاله ابن المواز؛ لأنه طلاق سلم من نهاية المقابحة، وارتجاع شيء من الزوجة. فأما من ترد شيئاً مما أخذت، فكيف يزداد عليه، وكذلك المفارقة عن مقابحة كالملاعنة، فلا متعة لها. قال الشيخ أبو إسحاق: لأن المتعة تسلية عن الفراق، والملاعنة لا يريد تسلية من لاعن من الزوجات.

مسألة: والتي لم يسم لها الصداق إذا دخل بها، لها المتعة كالتى سمي لها، ودخل

٣٥٤ كتاب الطلاق

بها، والصداق؛ لأنه لا ينتزع منها شيء، ولا فارقت عن نهاية مقابحة، فكان لها المتعة كالتى سمي لها، ودخل بها.

مسألة: فإن طلقها بعد البناء بها، ثم راجعها قبل أن يمتعها، فلا متعة لها، قاله ابن وهب وأشهب؛ لأن المتعة تسلية عن الفراق والتسلية بالارتجاع أعظم، والله أعلم.

وقد قال ربيعة: إنما المتعة لمن لا رد له عليها، يريد لمن لا رجعة له عليها، والتى له عليها رجعة، فلم ترجع حتى انقضت العدة، فقد صارت فى حكم من لا رجعة له عليها. وذكر فضل بن مسلمة نحو هذا، وهذا يقتضى أن وقت المتعة من الطلاق الرجعى إذا انقضت وقت الرجعة وسبب البينونة.

مسألة: وكل فرقة من قبل المرأة قبل البناء أو بعده، فلا متعة فيها.

ووجه ذلك أنها التى اختارت الفراق، فلا تسلى عن المشقة التى تلحق بها.

١١٨٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لِكُلِّ مُطَلَّغَةٍ مُتْعَةٌ إِلَّا الَّتِي تُطَلِّقُ وَقَدْ فُرِضَ لَهَا صَدَاقٌ، وَلَمْ تُمَسَّسْ، فَحَسَبُهَا نِصْفُ مَا فُرِضَ لَهَا.

١١٨٨ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: لِكُلِّ مُطَلَّغَةٍ مُتْعَةٌ.

قَالَ مَالِك: وَبَلَّغَنِي عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ مِثْلَ ذَلِكَ.

الشرح: قد تقدم ذكرنا من يؤمر بالمتعة، وقد قال القاسم بن محمد: لا متعة فى نكاح مفسوخ، ولا فيما يدخله الفسخ بعد صحة العقد، مثل ملك أحد الزوجين صاحبه.

وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿لِلْمُطَلَّغَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١]، فكان هذا الحكم مختصاً بالطلاق دون الفسخ.

١١٨٧ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٦٨/٧. الأثر ١٢٢٢٤. من طريق: معمر، عن أيوب، عن نافع، وابن أبى شيبة ١٥٤/٥. من طريق: عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر وانظر الأم ٢٥٥/٧. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٥٧/٧. أحكام القرآن للحصص ٤٢٨/١. المغنى ٧١٣/٦. ابن حزم فى المحلى ٢٤٧/١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٦٨.

١١٨٨ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٧٠/٧. ابن أبى شيبة فى المصنف ١٥٤/٥. الأثر ١٢٢٣٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٦٩.

كتاب الطلاق ٣٥٥

ومن جهة المعنى أنه أمر غلبا عليه، وليس من قبل الزوج، فيسليها بالمتعة.
مسألة: وإن جهل المتعة حتى مضت أعوام، فليرجع ذلك إليها إن تزوجت، أو إلى ورثتها إن ماتت، رواه ابن المواز، عن ابن القاسم. قال أصبغ: لا شيء عليه، إن ماتت.
وجه قول ابن القاسم أنه حق ثبت لها، فينتقل عنها إلى ورثتها كسائر الحقوق.
ووجه قول أصبغ ما احتج به من أنه لا عوض له، وإنما هو تسلية من الطلاق، وقد فات ذلك.

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ لِلْمُتَعَةِ عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ فِي قَلِيلِهَا وَلَا كَثِيرِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال مالك، رحمه الله، أنه لا حد في جنسها ولا قدرها. قال مالك: وهي على قدر الرجل والمرأة لقول الله تعالى: ﴿وَمَتَّوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْقَمْتَرِ قَدْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. وروى ابن وهب، عن ابن عباس أنه قال: أعلاها الخادم، ودون ذلك الورق، ودون ذلك الكسوة.

* * *

ما جاء في طلاق العبد

١١٨٩ - مَالِكٌ، عَنِ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ نَفِيعًا، مَكَاتِبًا كَانَ لِأُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَوْ عَبْدًا لَهَا، كَانَتْ تَحْتَهُ أَمْرًا حُرَّةً، فَطَلَّقَهَا اثْنَتَيْنِ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا، فَأَمَرَهُ أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَأْتِيَ عَثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَيَسْأَلَهُ عَنِ ذَلِكَ، فَلَقِيَهُ عِنْدَ الدَّرَجِ آخِذًا بِيَدِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، فَسَأَلَهُمَا فَاثْبَدَرَاهُ جَمِيعًا، فَقَالَا: حَرَّمْتُ عَلَيْكَ، حَرَّمْتُ عَلَيْكَ.

١١٩٠ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ نَفِيعًا، مَكَاتِبًا كَانَ لِأُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ طَلَّقَ أَمْرًا حُرَّةً تَطْلِيقَتَيْنِ، فَاسْتَفْتَى عَثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَقَالَ: حَرَّمْتُ عَلَيْكَ.

١١٨٩ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٢٣٤/٧. البيهقي في السنن الكبرى ٣٦٨/٧، ٣٣٥/١٠.
ابن حزم في المحلى ٢٣٣/١٠. المغنى ٢٦٣/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٧٠.

١١٩٠ - أخرجه الشافعي في الأم ٢٥٨/٥. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٧١.

١١٩١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ أَنَّ نَفِيْعًا مَكَاتِبًا كَانَ لَأُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ اسْتَفْتَى زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ، فَقَالَ: إِنِّي طَلَّقْتُ امْرَأَةً حُرَّةً تَطْلِيْقَتَيْنِ، فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: حُرِّمَتْ عَلَيْكَ.

الشرح: قول عثمان بن عفان وزيد بن ثابت لنفيع، وقد طلق زوجته تطليقتين: «حرمت عليك»، يقتضى أن معنى التحريم استيفاء عدد الطلاق والمنع من الارتجاع إلى الزوجية، وهذا يقتضى أن قول القائل لزوجته: أنت على حرام، يقتضى إيقاع الثلاث، وتضمن الحديث أن العبد لا يملك إلا تطليقتين، وإن كانت حرة.

١١٩٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: إِذَا طَلَّقَ الْعَبْدُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيْقَتَيْنِ، فَقَدْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً، وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ ثَلَاثُ حِيْضٍ، وَعِدَّةُ الْأَمَةِ حِيْضَتَانِ.

الشرح: قول عبد الله بن عمر هذا يقتضى ما قدمناه من أن معنى التحريم استيفاء الطلاق، والمنع من استئناف زوجية، إلا بعد زوج، وهؤلاء أهل اللغة العربية الذين نزل القرآن بلسانهم، وطريق هذا اللغة، فيجب أن يرجع إلى ما قاله من ذلك، وأن يحمل قول الرجل لزوجته: أنت على حرام، على هذا. ومذهب عبد الله بن عمر في أن الاعتبار فى الطلاق بحال الزوج فى الحرية والرق، والاعتبار فى العدة بحال الزوجة، وهو مذهب مالك، رحمه الله، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولابن عمر فى ذلك قول آخر، وهو أن المراعى فى الطلاق رِق أحد الزوجين، وبه أخذ أبو ثور، والله أعلم.

١١٩٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: مَنْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ أَنْ يَنْكِحَ، فَالطَّلَاقُ بِيَدِ الْعَبْدِ، لَيْسَ بِيَدِ غَيْرِهِ مِنْ طَلَاقِهِ شَيْءٌ، فَأَمَّا أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ أَمَةً غُلَامِيَةً أَوْ أَمَةً وَلَيْدَتِيَةً، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ.

١١٩١ - أخرجه الأم ٢٥٨/٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٢.

١١٩٢ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٦٩/٧. ابن حزم فى المحلى ٢٠٧/١٠، ٢٣٣.

وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٣.

١١٩٣ - أخرجه الشافى فى الأم ٢٥٧/٧، ٢٥٨. البيهقى فى السنن الكبرى ٣٦٠/٧. وفى معرفة

السنن والآثار ١٤٨٢٦/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٤.

كتاب الطلاق ٣٥٧

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «أن من أذن لعبده فى النكاح، فالطلاق بيد العبد»، يريد أن السيد لا يملك أن يفرق بينه وبين زوجته، ولا يوقع عليها طلاقاً، ولا يمنع العبد من إيقاع ذلك، وإن كان له منعه من النكاح، وبهذا قال جمهور الصحابة عمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف، وبه أخذ مالك وأبو حنيفة والشافعى وسائر فقهاء الحجاز والعراق.

وروى عن جابر بن عبد الله، وعبد الله بن عباس: أن الطلاق بيد السيد. وقال غيرهما: إن كان السيد زوجته، فالطلاق بيد العبد، وإن كان اشتراه مزوجاً، فله أن يفرق بينهما.

والدليل على ما نقوله أن السيد لما أذن له فى النكاح، فقد أذن له فى أن يملك سائر أحكامه كما ملكه الاستمتاع.

فصل: وقوله: «وله أن ينتزع أمة عند عبده قد استمتع بها، كما له أن ينتزع أمة وليدته»؛ لأن للسيد أن ينتزع مال عبيده وإمائه.

* * *

نفقة الأمة إذا طلقت وهى حامل

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ عَلَى حُرٍّ وَلَا عَبْدٍ طَلَقًا مَمْلُوكَةً، وَلَا عَلَى عَبْدٍ طَلَقَ حُرَّةً طَلَقًا بَائِنًا، نَفَقَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ عَلَى حُرٍّ أَنْ يَسْتَرْضِعَ ابْنَهُ، وَهُوَ عِنْدَ قَوْمٍ آخَرِينَ، وَلَا عَلَى عَبْدٍ أَنْ يُنْفِقَ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَا يَمْلِكُ سَيِّدُهُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ.

الشرح: قوله، رحمه الله: «لا تجب النفقة على عبد ولا على حر، طلقاً مملوكاً»، يريد، والله أعلم، الطلاق البائن، فلا نفقة لها، وإن كانت حاملاً؛ لأن ابنها رقيق لسيدها، فالنفقة تلزمه دون الزوج المطلق، وبهذا قال الشافعى وجمهور الفقهاء. وروى عن الحسن والحكم: أن النفقة على الزوج الحر يطلق الأمة، وهى حامل.

ووجه القول الأول أن هذه نفقة تجب بسبب الولد، وهو عبد، فلم يلزمه إياه.

أصل ذلك نفقته بعد الانفصال من الرضاع وغيره. وأما إن كان الطلاق رجعياً، فحكمها حكم الزوجة فى النفقة بعد، إن شاء الله تعالى.

٣٥٨ كتاب الطلاق

فصل: «وأما العبد يطلق الحرة حاملاً، فلا نفقة عليه؛ لأن نفقة الزوجية قد بطلت بالطلاق البائن، وليس للعبد أن ينفق مالاً لسيدته فيه حق الانتزاع والمنع من التصرف على ابنه، وهو حر كما ليس له ذلك بعد الولادة.

فصل: وقوله: «وليس على حر أن يسترضع ابنه، وهو عند قوم آخرين»، يريد ليس عليه رضاع ابنه، وكذلك ليس عليه نفقته، وأجمع العلماء على هذا ممن يقول بالنفقة على الحامل، ومن لا يقول بذلك.

ووجهه أن العبد نفقته على سيده دون ابنه وغيره، وهذا عند مولى الأم، فكانت نفقته ومؤنته عليه.

* * *

عدة التي تفقد زوجها

١١٩٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ فَقَدْتُ زَوْجَهَا، فَلَمْ تَدْرِ أَيْنَ هُوَ، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ أَرْبَعَ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، ثُمَّ تَحِلُّ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «أيما امرأة فقدت زوجها، فلم تدري أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين»، لم يعتبر بما أقامت قبل أن ترفع إليه، ولو أقامت عشرين سنة.

والمفقود الذى ذهبت فيه إلى عمر بن الخطاب هو الذى يغيب عن امرأته بحيث لا يعلم من بلاد المسلمين، ولم يفقد فى معركة، فيغلب على الظن هلاكه فيها، فهذا إذا رفعت امرأته أمرها إلى السلطان.

قال عيسى، عن ابن القاسم: المفقود على ثلاثة أوجه، مفقود لا يدري موضعه، فهذا يكشف الإمام عن أمره، ثم يضرب له الأجل أربع سنين، ومفقود فى صف المسلمين فى قتال العدو، فهذا لا تنكح زوجته أبداً، وتوقف هى وماله حتى ينقضى تعميره، ومفقود فى قتال المسلمين بينهم، لا يضرب له أجل، ويتلوم لزوجته بقدر اجتهاده.

فالمفقود الذى ذكره ابن القاسم أولاً هو الذى يسأل أهله عن وجهه مغيبه وجهة سفره، وعن وقت انقطاع خبره، ثم يسأل ويبحث عن خبره. وروى ابن القاسم، عن

١١٩٤ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٤٤٥/٧. الأم ٢٤١/٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٥.

كتاب الطلاق ٣٥٩
مالك: ويكتب إلى ذلك الموضع في الكشف عن أمره، فإن لم يوقف له على خبر، استأنف لها ضرب أجل أربع سنين.

فإن جاء في المدة أو جاء خبر حياته، فهي على الزوجية، وإن لم يأت، ولم يسمع له خبر حتى انقضت المدة، اعتدت عدة الوفاة، فإن جاء في العدة، فهي على الزوجية، وإن انقطع وانقضت العدة قبل مجيئه، أو مجيء علم بحياته، فقد حلت للأزواج.

وإنما قلنا إن الإمام يضرب لها أجلاً بعد البحث عن أمر الذي به يعلم انقطاع خبره لما ذكره القاضي أبو محمد، أن ذلك إجماع الصحابة؛ لأنه مروى عن عمر وعثمان، قال: وروى مثله عن علي وجماعة من التابعين، ولم يعلم لهم في عصر الصحابة مخالف، فثبت أنه إجماع.

ومن جهة المعنى أن المرأة لها حق في الزوج، ولو كان حاضرًا لفرق بينهما بالعنة، ومغيب عينه أشد من العنة، فأن تثبت لها الفرقة به أولى.

وهذا الذي ذكره أبو محمد في المسألة، والذي روى عن علي ذلك رواه عنه خلاص، وفي روايته عنه ضعف، وروى عنه أنه قال: هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو فراق، وهي أسانيد غير متصلة، وما اتصل منها، فليس بقوى، وهي مع ذلك تحتل التأويل.

وروى مثل قول عمر وعثمان، عن ابن عمر وابن عباس، واتفق عليه أهل المدينة، وبه قال مالك وأحمد بن حنبل وابن راهويه. وقال أبو حنيفة والشافعي: هي زوجة الأول، والله أعلم.

مسألة: وإنما يقدر الأجل بأربعة أعوام؛ لأن الناس بين بقائلين، قائل يقول: لا يضرب لها أجل، وقائل يقول: يضرب لها أجل غير أربعة أعوام، فمن قال: إنه يضرب لها أجل غير أربعة أعوام، فقد خالف الإجماع.

ومن جهة المعنى أن الأغلب من حال هذه المدة أنه يسمع فيها خبر من كان حيًا في بلاد المسلمين مع البحث والسؤال عنه، ومكاتبة الجهة التي غاب إليها بأمره.

وقد قال ابن الماجشون: لا يضرب له الأجل إلا الإمام الأعظم، فإن ضرب الأجل من يوم رفعت الأمر إليه، وجهل ذلك لم يأنف ضرب الأجل، ولكنه يجسه من يوم ثبت عنده بعد الفحص عنه.

٣٦٠ كتاب الطلاق

مسألة: وحكم الإمام بأربع سنين حكم للزوجة عليه بذلك، فإذا انقضت الأربع سنين، كان لها أن تعتد دون إذن الإمام، قاله ابن القاسم فى المدونة، وعدتها؛ لأنه إنما يحكم بموته فى حقها، فإذا انقضت عدتها حلت للأزواج.

قال القاضى أبو محمد: ولا يحتاج بعد انقضاء عدتها إلى إذن الإمام فى تزويجها، قال: لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل.

مسألة: وإن كان له نساء، فرفعت إحداهن أمره إلى الإمام، وأبى سائرهن، فضرب للقائمة الأجل بعد البحث، قال يحيى بن عمر: بلغنى أن ابن القاسم سئل عنها، فتفكر، ثم قال: أرى ضرب الأجل للمرأة الواحدة ضرباً لجميعهن، فإذا انقضت الأجل تزوجن، إن أحببن.

مسألة: وهل على امرأة المفقود إحداد فى العدة؟ قال مالك وابن نافع: عليها الإحداد. وقال ابن الماجشون: لا إحداد عليها.

وجه قول مالك أنها عدة من وفاة، أنه إنما يحكم بكونه ميتاً؛ لأن الظاهر أنه لو كان حياً لسمع خبره.

وجه قول عبد الملك أنها فرقة يحتسب بها طلقة، فلم يجب فى العدة إحداد كطلاق الحاضر.

مسألة: وحكم الزوجة التى لم يدخل بها زوجها، إذا فقد، حكم المدخول بها فى الأجل والعدة، واختلف فى صداقها، فقال مالك: لها جميعه. وقال ابن دينار: لها نصفه.

قال القاضى أبو محمد: وجه قولنا: لها جميع الصداق، أن أمره ينزل على الوفاة، وذلك يوجب لها جميع الصداق، وقولنا لها نصف الصداق، وأنها فرقة تحسب طلقة كالطلاق. وقد قال غيرهما من أصحابنا: إن كان دفعه إليها، لم ينزع منها، وإن لم تكن قبضته، لم تعط إلا نصفه.

فرع: فإذا قلنا لها جميع الصداق، فقد قال مالك: ما كان منه معجلاً، وما كان مؤجلاً بقى إلى أجله. وقال عبد الملك: يعجل لها نصفه، ويؤخر لها نصفه حتى يموت بالتعمير، فتأخذه. وروى ابن سحنون، عن أبيه: يعجل لها جميع الصداق.

وجه تأجيل البعض أن الفرقة مراعاة لا يدرى، أو وفاة هى أم طلاق، فيوقف لها

كتاب الطلاق ٣٦١
نصف الصداق حتى يثبت حكم الطلقة بدخول الزوج الثاني أو بعقده على اختلاف أصحابنا في ذلك، فسقط نصف الصداق في ذلك؛ لأنها طلقة، إلا أن يأتي الخبر أنه توفي قبل ذلك، فيكون لها ذلك النصف، وهو الذي ذهب إليه سحنون.

وأما من يقول: إنه يبقى إلى أجله، فلأن حكمه باق في ماله على ما كان عليه من الحياة، فلا تحل ديونه. وقد روى عن أصبغ أنه يقضى دينه من ماله، حل دينه أو لم تحل، ويوقف ميراثه إلى أقصى عمره.

ووجه قول عبد الملك أنه لما قضى بتمويلته في حقها، كان أقل ما يجب لها نصف الصداق إن كان طلاقاً، فعجل ذلك، وإنما تستحق الباقي بوفاته، فتبقى حتى يحكم بها، وأراه يريد ما لم تتزوج، فيحكم بالطلاق على ما ذكره سحنون، والله أعلم.

فرع: فإذا قضى لزوجته بجميع الصداق، ثم قدم، قال الشيخ أبو محمد: يريد، وقد تزوجت، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم، عن مالك: ترد نصفه، ثم رجع، فقال: لا ترد شيئاً كالميت، والمعتز بعد التلوم عليه.

مسألة: وينفق على امرأة المفقود وعلى أولاده الصغار الذين لا مال لهم من ماله في مدة الأربع سنين، وينفق في مدة العدة من ماله على ولده الصغار دون الزوجة المعتدة، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أن التزامها حكم العدة رضا بالفرقة على وجه التمويت له، وللمتوفى زوجها نفقة العدة.

فرع: فإن أنفق عليها في أربع سنين، ثم جاء الخبر أنه قد مات قبل ذلك، ردت ما أخذت من النفقة من يوم توفي الزوج، وكذلك ولده فيما أنفق عليهم.

فصل: وأما الضرب الثاني من المفقودين، وهم من فقد في قتال المشركين، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم أن زوجته لا تتزوج أبداً، توقف هي وماله حتى يأتي عليه من العمر ما لا يحيا إلى مثله.

وقال مالك: إنما يضرب الأجل للمفقود في أرض الإسلام لا ببلد الكفر، ولو علم بموضع الأسير ببلد الكفر، ثم انقطع خبره، لم يقض فيه بفراق، ولا أجل.

وروى أشهب، عن مالك في العتبية فيمن فقد بين الصفين في أرض العدو وأرض الإسلام، فلتتربص امرأته سنة من يوم ينظر في أمره السلطان ويضرب له الأجل، ثم

٣٦٢ كتاب الطلاق
تعتد. وقال أصبغ في كتاب ابن المواز في فقيده المعتكف إذا كان ببلد بعيد كأفريقية أو
بلد العدو، فهو كالمفقود.

فروع: فإذا قلنا يعمر، فقد روى عن مالك أشهب: يعمر سبعين سنة. وروى ابن
كنانة فى المجموعة: إن مالكاً قال: فى إن مات الأولاد، وأوصى أن ينفق عليهن
حياتهن بتعمير بمائتى سنة.

وقال ابن المواز: التعمير فى المفقود وغيره من السبعين إلى المائة. قال عبد الله بن عبد
الحكم: والمائة كثير. وتوجيه ذلك كله يأتى فى الوصايا، إن شاء الله تعالى.

فروع: فإذا قلنا بتعمير السبعين، فإن ذلك لمن فارق قبل السبعين، فإن غاب ابن
سبعين، فقد روى أشهب، عن مالك: يعمر ثمانين، فإن غاب ابن ثمانين عمر تسعين،
فإن غاب ابن تسعين عمر مائة، ويعمل فى كل سن بقدر ما يرى بالاجتهاد.

فصل: وأما الضرب الثالث من المفقودين فى فتن المسلمين، فقد روى عيسى، عن
ابن القاسم: لا يضرب له أجل، ويتلوم الإمام لزوجته بقدر انصراف من انصرف
وانهزم، ثم تعتد زوجته، وتزوج، إلا أن يكون قطعاً بعيداً عن بلده كأفريقية أو نحوها،
فإنها تنتظر سنة، ونحوها. قال فى كتاب محمد: تعتد. وقال فى العتبية: ويقسم ماله.

قال سحنون: إن ثبت حضوره فى المعتكف بالعدول، وإن لم يشهد بموته وتعتد
زوجته من يوم المعتكف، فإن كان إنما رآه خارجاً من العسكر، ليس فى المعتكف، فهو
كالمفقود، يضرب له أجل المفقود.

وقال ابن حبيب: إن فقد فى معتكف المسلمين فى بعد، فلتربص امرأته سنة، ثم تعتد
ويؤخر ميراثه إلى التعمير. قال أصبغ: إلا أن تكون المعركة فى موضعه، فلا تربص أكثر
من العدة، ويقسم ميراثه.

وقد قال أشهب، عن مالك، فىمن فقد بين الصفين: تربص امرأته سنة، ثم تعتد.
وقال ابن القاسم: العدة داخلية فى السنة، ثم رجوع، فقال: هى بعد السنة عدة الوفاة.

ووجه ذلك الحكم بالظاهر أنه إذا كان فى موضعه، فالظاهر أنه إذا فقد فى المعتكف
أنه مقتول؛ لأنه لو سلم لعاد إلى موضعه، وإن كان بموضع بعيد ضرب له أجل سنة؛
لأن الظاهر أنه لو سلم لسمع خبره فى السنة.

وفرق بين حرب المسلمين وحرب العدو على رواية عيسى أن العدو ذو أسر،

كتاب الطلاق ٣٦٣

فينقطع خبره مع حياته، ولذلك من فقد في بلاد الحرب، لم يضرب له أجل المفقود، ومن فقد في بلاد المسلمين، ضرب له أجل المفقود؛ لأن الظاهر أن كل من كان في بلاد المسلمين مطلق الدواعي متمكن من المكاتب والمراسلة، وتتصل أخباره من بلد مقامه إلى بلد أهله بخلاف من كان في بلاد الحرب، والله أعلم.

قَالَ مَالِكُ: وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، فَدَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فَلَا سَبِيلَ لِرُجُوعِهَا الْأَوَّلِ إِلَيْهَا.
قَالَ مَالِكُ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: اختلف قول مالك في زوجة المفقود تعتد، ثم تزوج، فيقدم المفقود قبل أن يبنى بها الثاني، فقال في الموطأ: لا سبيل للأول إليها، واختاره المغيرة.

وروى عنه أنه قال: الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني، رواه ابن القاسم عنه، واختاره، وقال محمد: الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني بها خلوة توجب العدة، فلا شيء للأول.

وَإِنْ أَدْرَكَهَا زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ تَتَزَوَّجَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا.

قَالَ مَالِكُ: وَأَدْرَكَتُ النَّاسَ يُنْكِرُونَ الَّذِي قَالَهُ بَعْضُ النَّاسِ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّهُ قَالَ: يُخَيَّرُ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ إِذَا جَاءَ فِي صِدَاقِهَا أَوْ فِي امْرَأَتِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا خلاف أنه لا يفوت الأول قبل أن يعقد الثاني عليها، وإنما الخلاف في فواتها بالعقد.

فصل: وقوله: «أدركت الناس ينكرون الذي قاله بعض الناس على عمر بن الخطاب أنه قال: يخير زوجها الأول إذا جاء في صداقها أو في امرأته»، يحتمل وجهين، أحدهما: أنهم ينكرون هذا القول مع صحته عن عمر، ولكنهم لا يرونه، ولا يعملون به.

وذلك أن من بنى بامرأته، ثم طرأ ما يوجب الفرقة، فلا سبيل له إلى المهر غير أن هذا لا يؤثر فيما ذكره شيوخنا من الإجماع؛ لأن الإجماع حصل في أن يضرب لها أجل وتعتد، ثم يستبيح النكاح، ولو لم يصح ذلك كله لم يخير الزوج الآن.

والوجه الثاني: أنهم ينكرون الرواية، وهذا قد رواه عبد الرزاق، عن معمر، عن

٣٦٤ كتاب الطلاق

الزهرى، عن المسور، أن عمر وعثمان قضيا فى المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرًا بعد ذلك، ثم تتزوج، فإن جاء زوجها الأول خير بين امرأته، وبين الصداق. قال الزهرى: يغرمه الزوج. وقال معمر: تغرمه المرأة.

وهذه الرواية على ما فيها من الإرسال، فلا يمتنع أن تنكر على روايتها، فإن معمرًا، قد روى بالعراق، عن الزهرى أحاديث من حفظه، وهم فى كثير منها، وقد تنكر الرواية على الثقة إذا انفرد بها، وخالف المشهور المحفوظ، والله أعلم.

مسألة: وإذا دخل بها الثانى فى نكاح فاسد، يفسخ بغير طلاق، فالأول أحق بها، وإن كان يفسخ بطلاق كنكاح المرأة بغير إذن الولي، ونكاح العبد بغير إذن سيده، فلا سبيل للأول إليها، ويجب أن يعتبر فى ذلك ما يفسخ بعد البناء دون ما لا يفسخ، والله أعلم.

فرع: وإذا فاتت على الأول بعقد الثانى عليها أو بنائه بها احتسب الأول فرقتة تطليقة، وذلك أن الفرقة فى حياة الزوج لا تكون إلا لفساد فى العقد أو فساد يطرأ عليه أو طلاق، ولم يوجد ما يوجب الفسخ، فكان طلاقًا.

قَالَ مَالِكٌ: وَبَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: فِي الْمَرْأَةِ يُطَلَّقُهَا زَوْجُهَا، وَهُوَ غَائِبٌ عَنْهَا، ثُمَّ يُرَاجِعُهَا، فَلَا تَبْلُغُهَا رَجْعَتُهُ، وَقَدْ بَلَغَهَا طَلَاقُهُ إِيَّاهَا، فَتَزَوَّجَتْ، أَنَّهُ إِنْ دَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا الْآخَرَ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فَلَا سَبِيلَ لِرِزْوَجِهَا الْأَوَّلِ الَّذِي كَانَ طَلَّقَهَا إِلَيْهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي هَذَا وَفِي الْمَفْقُودِ.

الشرح: وهذا مما اختلف فيه أيضًا، فقد قال محمد بهذا القول فى المفقود والمطلق زوجته، ولم تعلم برجعته حتى تزوجت، إن عقد الثانى عليها يفيتها.

قال ابن القاسم: ثم إن مالكا وقف قبل موته بعام أو نحوه فى امرأة المطلق، فقال: زوجها الأول أحق بها، ما لم يدخل بها الثانى. وأما المنعى لها زوجها، فإنها ترجع للأول، وإن ولدت من الثانى أولادًا.

والفرق بين المنعى لها زوجها وبين هذين أن المنعى لها زوجها، لم يكن ذلك من قبل الزوج، ولا حكم إمام بصحة فعلها، فلذلك لم تفت على زوجها، وأما المفقود، فإن

كتاب الطلاق ٣٦٥
فرقتها بحكم إمام واجتهاده، والمطلق الذى كتم رجعتة سبب ذلك من قبله، والله أعلم.

مسألة: ولو كانت الزوجة أمة، فلم تعلم بالرجعة حتى وطئها سيدها، فإن ذلك يفيتها على زوجها؛ لأن وطئ السيد بمنزلة وطئ الزوج فى تفويتها على المفقود، والذى خفيت رجعتة، رواه أشهب، عن مالك.

فصل: وقوله، رحمه الله: «وهذا أحسن ما سمعت فى هذا»، يقتضى أنه قد سمع خلاف هذا، ولعله أراد به ما روى أن أبا دلف طلق امرأته، ثم خرج مسافراً، وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة، ولا علم لها بذلك حتى تزوجت، فسأل عمر عن ذلك، فقال: إن دخل بها، فهى امرأته، وإلا فهى امرأتك، ويحتمل أن يكون مالك أشار إلى هذا، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض

أما الأقراء، فمالك وأهل الحجاز يقولون: هى الأطهار. وقال أبو إسحاق: الأقراء والقروء، واحدها قرء، مثل فرع، وهو قول عائشة وابن عمر وهما من أهل اللغة، وأنشدوا قول الأعشى:

مورثة مجداً وفى الأصل رفعة بما ضاع فيها من قروء نسائك
والذى ضاع هاهنا الأطهار، قال بعض أهل اللغة: والقراء معناه الجمع ولذلك ما قرأت الناقة سلاقط، أى لم يضم رحمها جنيناً قط، وأنشدوا لعمر بن كلثوم:

تريك إذا دخلت على خلاء وقد أمنت عيون الكاشحين
ذراعى عيطل أدماء بكر هجان اللون لم تلقراً جنينا
وهذا يدل على أن القراء الطهر؛ لأنه فيه يكون الجمع، وأما وقت الحيضة، فليس بوقت جمع، وإنما هو وقت إراقة ودفق، ولذلك يقال: قرأت الماء فى الحوض إذا جمعت فيه، ولا يقال: الإراقة له والإرسال، والله أعلم.

ومذهب أهل الكوفة أن القراء الحيض يقال: أقراء وقروء. وقال الأصمعى: القراء الحيض، يقال: قرأت المرأة، إذا حاضت، وقاله الكسائى والفراء. وقال الأخفش: قرأت المرأة، إذا حاضت، وأنشدوا:

يا رب ذى ضغن على فارض له قـرء كقـرء الحائض وهذا يـتمل أن يريد به الوقت. وقال أبو إسحاق: هذا بالوقت أشبه. وقال أبو عبيدة: القرء يصلح للطهر والحيض، وبه قال أبو إسحاق الزجاج، وإليه ذهب القاضى أبو إسحاق، غير أنه قال: وهو فى الطهر أظهر.

ومع ذلك، فإنه إذا احتـمل المعنـين وجدناه مستعملاً فى الشرع فى الطهر، قال الله تعالى: ﴿فـطـلقـوهـن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١]، معناه فى هذا الوقت كما يقول الرجل، وكتب لغرة الشهر، يريد فى هذا الوقت.

ولا خلاف أنه إنما يؤمر بالطلاق وقت الطهر، فيجب أن يكون هو المعتبر به فى العدة، فإنه قال تعالى: ﴿فـطـلقـوهـن لعدتهن﴾، يعنى وقتاً تعتد به.

ثم قال تعالى: ﴿وأحصوا العدة﴾ [الطلاق: ١٠]، يريد ما تعتد به المرأة المطلقة، وهو الطهر الذى تطلق فيه، وقال النبى ﷺ: «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء».

وذلك يقتضى أن زمان الطهر هو الذى يسمى عدة، وهو الذى يطلق فيه النساء، ولا خلاف أن من طلق فى حال الحيض، لم تعتد بذلك الحيض، ومن طلق فى حال طهر، فإنها تعتد عندنا بذلك الطهر، فكان ذلك أولى.

قال القاضى أبو إسحاق: ولأن الأقراء إنما شرعت للعلم ببراءة الرحم، أو لتغلب على الظن براءته، فإذا حاضت حيضة كانت من العلامة على براءة الرحم، فإذا حاضت الثانية والثالثة تأكد ما يراد من براءة الرحم، فحلت للأزواج، ولم تنتظر بقية الحيض؛ لأن آخر الحيض أضعف من أوله، فلا معنى لمراقبته.

يدل على ذلك أن من وطئ أمته، وأراد بيعها، جاز له ذلك بدخولها فى الحيضة، ولم يكن عليه أن يمنع من ذلك حتى تطهر.

وقال أبو عمرو بن العلاء: القرء الوقت، وهو يصلح للطهر والحيض، ويقال هذا قارى الرياح، أى وقت هبوبها، وهذا القول يقرب من قول من قال: إنه يقع على الأمرين.

وقال المتأخرون من أصحابنا: إن القرء هو الخروج من طهر إلى حيض، وقد حكى القاضى أبو إسحاق، عن أبى عبيدة ما يقرب من ذلك، وقال: هو خروج من شىء إلى شىء، فخرجت من طهر إلى حيض أو من حيض إلى طهر.

كتاب الطلاق ٣٦٧

فصل: الطلاق الشرعي، هو من فرقة الزوجة، يقال: طلقت المرأة، وحكى: طلقت، والمرأة طالق، وزعم بعض أهل اللغة أن الهاء سقطت من طالق؛ لأنه لاحظ التذكير فيه، وأنكر ذلك غيره من أهل اللغة.

وقال: إن مثل هذا في لغة العرب كثير مما يشترك فيه المؤنث والمذكر، يقال بغير ضامر، وناقعة ضامر، وشاغل.

وزعم سيبويه أنه وقع على لفظ التذكير صفة للمؤنث، وذلك بمعنى النسب نحو قولهم: امرأة مذكارة، ورجل مذكارة، ويريدون ذات ذكور، وكذلك امرأة طالق، يريدون ذات طالق، فإذا أجرته على الفعل، قلت: طالقة، قال الأعشى:

أيا جارتى بينى فإنيك طالقه كذاك أمور الناس غاد وطارقه

١١٩٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ^(١) وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مُرَةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا فَلْيَمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضْ، ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسِكْهَا بَعْدَ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فِتْلِكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ يُطَلِّقَ لَهَا النِّسَاءَ»^(٢).

١١٩٥ - أخرجه البخارى فى الطلاق ٥٢٥٢. مسلم فى الطلاق ١٤٧١. للترمذى فى الطلاق واللعان ١١٧٥، ١١٧٦. النسائى فى النكاح ٣٣٨٨، الطلاق ٣٣٨٩، ٣٣٩٠، ٣٣٩٤، ٣٣٩٥، ٣٣٩٦، ٣٣٩٧، ٣٣٨٩، ٣٥٥٣، ٣٥٥٤، ٣٥٥٥، ٣٥٥٦، ٣٥٥٧. أبو دارود فى الطلاق ٢١٧٩، ٢١٨١، ٢١٨٢، ٢١٨٤، ٢١٨٥. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠١٩، ٢٠٢٢، ٢٠٢٣. أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٨٦، ٤٤٧٤، ٥٠٠٥، ٥١٠٠، ٥١٤٢، ٥٢٠٦، ٥٢٤٦، ٥٢٧٧، ٥٢٩٩، ٥٤٢٠، ٥٤٦٥، ٥٤٨٠، ٥٤٩٩، ٥٧٥٨، ٦٠٢٥، ٦٠٨٤.

(١) قال السيوطى: اسمها آمنة بنت غفار، وقيل اسمها النوار، وقيل بنت عمار.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣١٨/٧: هذا حديث مجتمع على صحته من جهة النقل، وقد اختلفوا فى تأويل بعض معانيه ولم يختلف أيضا فى ألفاظه، عن نافع؛ وقد رواه عنه جماعة أصحابه، كما رواه مالك سواء؛ قالوا فيه: حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء طلق قبل أن يجامع، وإن شاء أمسك، فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء.

ومن قال ذلك: أيوب، وعبيد الله بن عمر، وابن جريج، والليث بن سعد، ومحمد بن إسحاق ويحيى بن سعيد؛ كلهم، عن نافع، عن ابن عمر؛ وكذلك رواية الزهرى، عن سالم، عن ابن=

الشرح: قوله: «أن ابن عمر طلق امرأته، وهى حائض»، يحتتمل أن يثبت ذلك

=عمر؛ لم يختلفوا أيضًا عليه فيه مثل رواية نافع سواء حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر - الحديث.

وكذلك رواه عطاء الخراساني، عن الحسن، عن ابن عمر - سواء مثل رواية نافع، والزهرى - قاله أبو داود.

قال أبو عمر: وكذلك رواه علقمة، عن ابن عمر؛ ورواه يونس بن جبير، وعبدالرحمن بن أيمن، وأنس بن سيرين، وسعيد بن جبير، وزيد بن أسلم، وأبو الزبير كلهم، عن ابن عمر - بمعنى واحد - أن النبي ﷺ أمره أن يراجعها، حتى تطهر؛ ثم إن شاء طلق، وإن شاء أمسك - لم يذكروا: ثم تحيض، ثم تطهر.

قال أبو داود: وكذلك رواه، عن أبي وائل، عن ابن عمر ثلاثًا فى الحيض؛ لم تجل له؛ ولو جاز أن تكون الطلقة الواحدة فى الحيض لا يعتد بها، لكانت الثلاث أيضًا لا يعتد بها؛ وهذا ما لا إشكال فيه عند كل ذى فهم.

أخبرنا أحمد بن محمد، وخلف بن أحمد، قالوا: حدثنا أحمد بن مطرف قال: حدثنا عبيدالله بن يحيى، عن أبيه، عن الليث بن سعد، عن نافع أن عبدالله بن عمر طلق امرأته - وهى حائض - تطليقة واحدة، فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده أخرى، ثم يمهلها حتى تطهر من حيضتها؛ فإذا أراد أن يطلقها، فليطلقها حين تطهر من قبل أن يجامعها، فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء. قال: وكان عبدالله بن عمر إذا سئل، عن ذلك، قال لأحدهم: إذا أنت طلقت امرأتك - وهى حائض - مرة أو مرتين فإن رسول الله ﷺ أمر بهذا؛ وإن كنت طلقها ثلاثًا - فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجًا غيرك، وعصيت الله فيما أمرك به من طلاق امرأتك.

وروى الشافعى قال: أخبرنا مسلم بن خالد، عن ابن جريج، «أنهم أرسلوا إلى نافع - يسألونه - هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله ﷺ؟ فقال: نعم».

وحدثنا خلف بن قاسم، حدثنا عبدالله بن محمد بن المفسر، حدثنا أحمد بن على بن سعيد القاضى المروزى، حدثنا أبو السائب، حدثنا ابن إدريس، عن عبيد الله بن عمر، ويحيى بن سعيد، عن نافع، عن ابن عمر قال: طلقت امرأتى - وهى حائض - فأتى عمر رسول الله ﷺ فذكر ذلك له؛ قال: مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر؛ ثم إن شاء طلقها قبل أن يجامعها، وإن شاء أمسك، فإنها العدة التى قال الله - عز وجل -

قال عبيد الله: فقلت لنافع: ما فعل بتلك التطليقة؟ قال: اعتد بها.

فهذه الآثار كلها توضح لك ما قلنا عن ابن عمر، وفى قول رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها، دليل على أنها طلقة، لأنه لا يؤمر بالمراجعة إلا لمن لزمته الطلقة؛ ولو لم تلزمه، لقال: دعه فليس هذا بشىء، أو نحو هذا. وقد روى، عن ابن عمر فى هذا خبر ظاهره على خلاف ما ذكرناه، وليس كذلك لما وصفنا.

بإقرارهما أو بيينة بذلك من النساء، فإن أقرت المرأة أنها حائض، وأنكر ذلك الزوج. قال ابن سحنون، عن أبيه: هي مصدقة، ولا تكشف، ولا ينظر إليها النساء، ويجبر الزوج على الرجعة^(*).

(*) اختلف العلماء في أمر رسول الله ﷺ المطلق في الحيض بالمراجعة، فقال قوم: عوقب بذلك؛ لأنه تعدى ما أمر - ولم يطلق للعدة، فعوقب بإمساك من لم يرد إمساكه حتى يطلق كما أمر للعدة. وقال آخرون: إنما أمر بذلك - قطعاً للضرر في التطويل عليهما؛ لأنه إذا طلقها في الحيض، فقد طلقها في وقت لا تعتد به من قرئها الذي تعتد به فتطول عدتها؛ فهي عن أن يطول عليها، وأمر أن لا يطلقها إلا عند استقبال عدتها.

واختلف الفقهاء في المطلق زوجته - وهي حائض، هل يجبر على رجعتها أم لا؟ فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما، والثوري، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وأحمد بن حنبل، وأبو ثور، والطبري: يؤمر برجعتها - إذا طلقها حائضاً ولا يجبر على ذلك. وقال مالك وأصحابه: يجبر على مراجعتها إذا طلقها في الحيض، أو في دم النفاس - وهو أولى لما يقتضيه الأمر من وجوب الائتمار واستعمال الأمور ما أمر به حتى يخرج، عن جبر الرجوع دليل، ولا دليل هاهنا على ذلك، والله أعلم.

وقال داود بن علي: كل من طلق امرأته حائضاً، أجب على رجعتها، وإن طلقها نفساء لم يجبر على رجعتها؛ وهذا إذا طلقها واحدة أو اثنتين عند جميعهم، وجملة قول مالك وأصحابه في هذه المسألة: أن الحائض والنفساء، لا يجوز طلاق واحدة منهما حتى تطهر، فإن طلقها زوجها في دم حيض أو دم نفاس - طلقة أو طلقتين، لزمه ذلك، وأجب على الرجعة أبداً - ما لم تخرج من عدتها؛ وسواء أدرك ذلك في تلك الحيضة التي طلق فيها، أو الطهر الذي بعده، أو الحيضة الثانية، أو الطهر بعدها - إذا كان طلاقه في الحيض يجبر على رجعتها أبداً في ذلك كله - ما لم تنقض العدة؛ هذا قول مالك وأصحابه - إلا أشهب بن عبدالعزيز، فإنه قال: يجبر على الرجعة ما لم تطهر، وحتى تحيض ثم تطهر؛ فإذا صارت في الحال التي أباح له النبي ﷺ طلاقها، لم يجبر على رجعتها؛ ولا خلاف بينهم - أعنى مالكاً وأصحابه - أن المطلق في الحيض - إذا أجب على الرجعة وقضى بذلك عليه، ثم شاء طلاقها -؛ أنه لا يطلقها في ذلك الحيض، ولكن يمهل حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر؛ ثم إن شاء حينئذٍ طلق، وإن شاء أمسك على ما في الحديث؛ ولا يطلقها بعد طهرها من ذلك الدم الذي ارتجعها فيه بالقضاء؛ فإن فعل لزمه. ولا يؤمر هاهنا، ولا يجبر على الرجعة، إلا ما ذكرنا عن أشهب أنه قال: يجبر على الرجعة ما لم يخرج إلى الطهر الثاني؛ قال: كيف أجبره على الرجعة في موضع له أن يطلق فيه؟. وقال الليث بن سعد: إذا أجبرته على الرجعة فطهرت من تلك الحيضة، لم أمنعه من الوطء - حتى تحيض ثم تطهر، فيطلق قبل المسيس.

قال أبو عمر: لم يختلف العلماء كلهم أن الرجل إذا طلق في طهر قد مس فيه، أنه لا يجبر على الرجعة ولا يؤمر بها وإن كان طلاقه قد وقع على غير سبيل السنة، وطلاق السنة هو الطلاق =

٣٧٠ كتاب الطلاق

وجه ذلك أن هذا حكم من أحكام الحيض، فكانت المرأة مصدقة فيه كإقضاء العدة.

وروى أصبغ، عن ابن القاسم فيمن طلق، فقالت: طلقني في الحيض، فقال: بل طلقتك وأنت طاهر، القول قوله.

ومعنى ذلك أن تقوله بعدما طهرت، وأما إذا قالت قبل أن تقر بالطهر، فالقول قولها على ما تقدم. قال: وقد قيل إن القول قوله.

فصل: سؤال عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، عن طلاق ابنه عبد الله امرأته في حال حيضها لما ظهر إليه من منع ذلك، أو لما سمع من النبي ﷺ في ذلك من المنع، ولم يسمع منه حكم ما يلزم من فعل ذلك ووقع منه.

وقد قال مالك وأصحابه: لا يجوز لأحد أن يطلق امرأة في دم حيض، ولا دم نفاس لما ذكر في آخر الحديث من قوله ﷺ: «فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»، وهذا يقتضى منع الطلاق في غيرها.

مسألة: ولا يجوز له أن يصالح امرأته في الحيض، قاله ابن القاسم وأشهب. وأما الطلاق الذى يكون بغلبة من السلطان فيمن به جنون أو جذام أو عنة أو لعدم النفقة، فقد قال مالك وابن القاسم وأشهب: لا تطلق عليه في دم ولا حيض ولا نفاس. والأمة تعتق في الحيض، لا ينبغي أن تختار حتى تطهر، فإن فعلت مضى.

وأما المولى، فروى أشهب: لا تطلق عليه حال الحيض. وروى ابن القاسم، عن مالك: تطلق عليه.

وجه الرواية الأولى ما احتج به مالك، قال: وكيف أطلق عليه وأجبره على الرجعة.

وجه القول الثانى أن الطلاق حق للزوجة قد وجب عليه لقوله تعالى: ﴿لِلذِينَ يُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، إلى قوله: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧].

والارتجاع بعد ذلك حق لله تعالى، فيجب أن يقضى بالحقين، وقد تقدم فى كتاب الطلاق لزوم ما يوقع من الطلاق حين الحيض، وبالله التوفيق.

= الذى أذن الله فيه للعدة - كما قال فى كتابه: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾. انظر هذه المسألة فى: التمهيد لابن عبد البر ٣٢٠/٧. وما بعدها.

كتاب الطلاق ٣٧١

مسألة: وإذا رأت الحائض القصة البيضاء، فلا يطلقها زوجها حتى تغتسل.

ووجه ذلك أن هذه حالة هي ممنوعة فيها من الصلاة، ووطء الحائض لأجل الحيض، فوجب أن يمنع الطلاق.

أصل ذلك ما دامت حائضاً، فإذا وضعت الحمل ولدًا، وبقي في بطنها آخر، فطلقها الزوج، فقد قال الشيخ أبو عمران: إن قلنا تطلق الحامل حال الحيض، لم يجبر هذا على الرجعة، وإن قلنا بقول محمد في المستحاضة تميز، فتطلق حال الحيض: يجبر على الرجعة، فيجوز الأمر في هذه على تلك.

مسألة: وإذا انقطع الدم عن المرأة، فطلقها زوجها، ثم عاودها بالقرب، أجب الزوج على الرجعة، قاله أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن.

ووجه ذلك ما فيه من تطويل العدة؛ إذ قد ظهر أنه مطلق في وقت يضاف ما بعده من الدم إلى ما قبله، فتعد ذلك كله حيضة واحدة، كالذى طلق حال الحيض.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والأظهر عندي أنه لا يجبر على الرجعة؛ لأنه أوقع الطلاق في وقت يجوز إيقاعه فيه، ويصح صومه، ووطء الفرج فيه، كما لو أوقعه حال طهر كامل، وقد رأيت ذلك لبعض الصقليين، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن للزوج أن يطلق الصغيرة واليائسة، أى وقت شاء، ولا يوصف طلاقهما بأنه للسنة ولا للبدعة؛ لأن حالهما واحدة ليست لهما حالان، فيختص إيقاع الطلاق بأحدهما، وإنما جميع تلك الحال وقت للعدة، فكانت وقتًا للطلاق.

مسألة: وأما غير المدخول بها، ففي طلاقها حال الحيض روايتان، إحداهما: ما روى ابن المواز، عن ابن القاسم أنه قال: لا بأس بذلك، ونهى عنه أشهب.

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أنه طلاق لا يلحق به ضرر تطويل العدة كطلاق الطاهر.

ووجه قول أشهب أنه طلاق حائض، فتعلق به المنع كطلاق المدخول بها. وقد قال الشيخ أبو عمران: منع أشهب إنما هو على الكراهية، فإذا قلنا إن ذلك ممنوع، فإن طلاقها يتنوع إلى السنة والبدعة من جهة الوقت على ما تقدم.

وإن قلنا إن ذلك مباح، فلا يوصف بشيء من ذلك، فقد قال القاضي أبو محمد في

٣٧٢ كتاب الطلاق

الحامل: أنه يتخرج طلاقها حال حيضها على ما تقدم. ووجدت للقاضي أبي الحسن أن ذلك ممنوع، وللشيخ أبي عمران أن ذلك مباح، وتوجيه القول فيه على ما تقدم.

مسألة: فأما المستحاضة، فعلى ضربين، مستحاضة لا تميز، ومستحاضة تميز. فأما التي لا تميز، فحكمها حكم الصغيرة واليائسة. قال ابن شهاب: تطلق المستحاضة إذا طهرت للصلاة، قال: فجعل ذلك طهرها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندي أنه أراد التي تميز، ويحتمل أن يريد المستحاضة التي تميز، والتي لا تميز، فيكون طهر التي تميز الاغتسال من الحيض، ويكون طهر التي لا تميز الوضوء للصلاة، لاسيما على قول من قال من أصحابنا: إن دم الاستحاضة حدث فيه تأثير في منع الطلاق؛ لأنه من جنس الحيض الذي يمنعه.

فصل: وقوله ﷺ: «مره فليراجعها»، ظاهر هذا الأمر وجوبه على عمر، رضى الله عنه، لأمر النبي ﷺ بذلك له، ويحتمل أن يكون قدمه للحكم بذلك على ابن عمر بالارتجاع، ويقتضى أمر عمر لابنه، عن أمر النبي ﷺ ولزومه له، وإن كان عمر بذلك بمعنى التقدم ليحكم عليه.

فقوله ﷺ: «مره فليراجعها»، الحكم عليه بذلك، وذلك لازم لكل من طلق امرأته في حال حيضها أن يراجعها، إذا كان له عليها رجعة، فإن لم يكن له عليها رجعة؛ لأن الطلاق بائن بخلع أو استيفاء عدد الطلاق، أو طلق عليه من جنون، أو عنة، أو إعسار بنفقة.

فأما العين، فلا رجعة له بوجه؛ لأنه طلق قبل الدخول وأما غيره، فلزوال موجب الطلاق، مثل أن يفيق المجنون، أو يوسر المعسر، أو يخف الجذام إلى حال لو كان عليه لم تطلق عليه، فقد قال ابن المواز: لكل واحد منهم الرجعة.

قال محمد: ومن طلق منهم حائضاً أجبر على الرجعة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: يؤمر بها ولا يجبر.

ووجه ذلك ما تقدم من الحديث من قوله ﷺ: «فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء».

ومن جهة المعنى أنه مضار بتطويل العدة، فمنع من ذلك وأجبر على الرجعة.

فرع: فإن أمر بالرجعة، فامتنع منها، ففي كتاب محمد بن المواز، عن ابن القاسم

كتاب الطلاق ٣٧٣

وأشهب: يهدد سواء ابتداء الطلاق أو حنث، فإن أبى يسجنه الحاكم، فإن فعل وإلا ضرب بالسوط، ويكون ذلك قريباً في موضع واحد، فإن تمادى ألزمه الحاكم الرجعة، وكانت له الرجعة.

ووجه ذلك أن امتناعه من الرجعة وبقائه على حكم الطلاق معصية، فلا بد أن يجترئ على الإقلاع عنها، والخروج منها، وإلا لزم ما يجب من ذلك.

مسألة: فإن غفل عنه حتى طهرت، فعل به أيضاً، قال ابن القاسم: ما لم يخرج من تلك العدة. وقال أشهب: ما لم تطهر من تلك الحيضة، ثم تطهر، فلا تجبر.

وجه القول الأول أن هذه مدة من العدة، فأجبر المطلق على ارتجاعها. أصل ذلك الطهر الأول وزمن الحيض. وقال ابن المواز: قول ابن القاسم أحب إلينا؛ لأنها رجعة وجبت.

ووجه قول أشهب ما احتج به أنه لو ارتجع؛ لجاز له أن يطلق الآن، فلا يجبر الآن على الرجعة لانقضاء الوقت المنهى عن الطلاق فيه، وفي هذا الطهر أباح النبي ﷺ لابن عمر أن يطلق بعد أن يرتجع، فلا معنى لجبره فيه على الارتجاع.

فرع: فإن أجبر على الرجعة، ولم ينوها، فقد قال بعض البغداديين من أصحابنا: ليس له أن يستمتع بها فوق الإزار منها حال حيضها، ولو نوى الرجعة، جاز له ذلك، ورأيت للشيخ أبي عمران: هي رجعة صحيحة، وله الوطاء كالمتروج هازلاً يلزمه النكاح، وله الوطاء.

مسألة: ولو لم يجبر في الحيض الأول على الارتجاع، فلما طهرت طلقها ثانية قبل أن يراجع، قال ابن القاسم: يجبر على الرجعة.

ووجه ذلك أن الرجعة واجبة عليه بالطلاق الأول في الحيض، فلا يسقط عنه ذلك بما زاد من الطلقة ما بقيت له فيها رجعة.

مسألة: وإن أجبر على الارتجاع، فارتجع، فلما طهرت طلقها ثانية، قال ابن القاسم: يس ما صنع، ولا أجبره على الرجعة.

وجه كراهية طلاقه أن النبي ﷺ أمره أن يراجع، ثم يمسك حتى تطهر، ثم تحيض، وهذا عام في إيقاع الطلاق في الطهر الأول، وإنما لم يجبر على الارتجاع؛ لأنه ليس في هذا الطلاق تطويل للعدة، فلم يتعلق به حق للزوجة.

٣٧٤ كتاب الطلاق

فصل: وقوله ﷺ: «مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء طلق، وإن شاء أمسك»^(٢)، قال شيوخنا البغداديون: معنى ذلك أن يمسكها في الطهر؛ ليتمكن من الوطء إن شاء؛ لأن مقصود النكاح المبتدأ والرجعة الوطء.

فلذلك شرع له أن يمسكها في طهر يكون له فيه الوطء إن شاء، لئلا يكون ارتجاعه لغير مقصود النكاح، فيكون على معنى الإضرار، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقال تعالى: ﴿وَيَعُولْتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فشرط إرادة الإصلاح في الرجعة، والله تعالى أعلم، أن يكون على سنة النكاح ومقتضاه ومقصوده.

ولفظ الرجعة يدل على وقوع الطلاق، ولو لم يقع الطلاق لقال: مره فليمسكها، هكذا روى الحديث نافع، عن ابن عمر، وهو أثبت الناس فيه، وكذلك رواه سالم، عن أبيه من رواية ابن شهاب عنه، وابن شهاب أثبت من يروى عنه، وتابعهم على ذلك جماعة.

ورواه يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وغيرهم، عن ابن عمر، وقالوا فيه: فليراجعها حتى تطهر، ثم إن شاء طلق بعد، وإن شاء أمسك.

وكذلك رواه محمد بن عبد الرحمن مولى طلحة، عن سالم، عن ابن عمر، وزاد فيه: ثم إن شاء طلقها طاهراً قبل أن يمس أو حاملاً.

وعلى كل حال، فالزيادة من العدل مقبولة لاسيما مثل هذا، وقد تابعه عليه جماعة سالم وعلقمة وعطاء الخراساني، وروا الزيادة عن ابن عمر، والنظر يعضد هذه الرواية، وبه قال مالك والشافعي، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يراجعها وإذا طهرت كان له أن يطلقها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما تقدم من الأثر والنظر، والله أعلم.

(٢) قال النووي: فإن قيل ما فائدة التأخير إلى الطهر الثاني فالجواب من أوجه، أحدها: لئلا تصير الرجعة لغرض الطلاق فوجب أن يمسكها زماناً كان يحل له فيه طلاقها وإنما أمسكها لتظهر فائدة الرجعة وهذا جواب أصحابنا، والثاني: أنه عقوبة له وتوبة من معصيته باستدارك، حنانيته والثالث: أن الطهر الأول مع الحيض الذي طلق فيه كقرء واحد فلو طلقها في أول طهر كان كمن طلق في الحيض، والرابع: أنه نهى عن طلاقها في الطهر ليطول مقامه معها فلعله يجامعها فيذهب ما في نفسه من سبب طلاقها فيمسكها.

كتاب الطلاق ٣٧٥

فصل: وقوله: «إن شاء أمسكها، وإن شاء طلق قبل أن يمسه»، يقتضى أنه يوقع الطلاق فى طهر لم يمسه فيه لما فى الطلاق فى طهر قد مس فيه من الإلباس فى العدة؛ لأنها لا تدرى أتعنت بالأقراء أو بالحمل، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء»، معناه، والله أعلم، أن يطلق زوجته فى طهر لم يمسه فيه، ولا يعقب حيضًا طلق فيه، وذلك أن من تزوج امرأة، جاز له أن يطلقها بعد ذلك فى طهر لم يمسه فيه.

والذى طلق فى الحيض إذا ارتجع لو أبيع له الطلاق فى الطهر الأول؛ لاقتضى ذلك أن يطلق فى طهر مس فيه، أو يكون ارتجاعه بمضى نكاح، لا يتمكن فيه من الوطء، وذلك محظور، فلذلك منع فى أول طهر؛ ليسلم من ذلك.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يعتد عليه بالطلاق الذى يوقعه فى الحيض، رجعيًا كان أو بائنًا. قال القاضى أبو الحسن والقاضى أبو محمد: خلافًا لمن لا يعتد بخلافهم، وهم هشام بن عبد الحكم وابن علية وداود.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩]، إلى قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠].

قال: ولم يفرق بين أن يكون الطلاق فى حال حيض أو طهر، ولا يخلو أن يريد بذلك تعالى أن الزوج يملك إيقاع هذا المقدار من الطلاق، ولم يخص حالاً دون حال، فوجب أن يحمل على عمومته، وهم يقولون: إنه لا يملك إيقاعه، أو يريد به إن وقع هذا العدد من الطلاق، لزمه، فيجب أن يحمل أيضًا على عمومته.

ودليلنا من جهة السنة أن عبد الله بن عمر قال: طلقت امرأتى وهى حائض، فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ، فتغيظ رسول الله ﷺ، ثم قال: «مره فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلة، سوى حيضتها التى طلق فيها، فإن بدا له أن يطلقها، فليطلقها طاهرًا من حيضتها قبل أن يمسه»، قال: «والطلاق للعدة كما أمر الله عز وجل».

قال: وكان عبد الله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها، فراجعها عبد الله بن عمر كما أمره رسول الله ﷺ.

قال القاضى أبو محمد: ففى الحديث أدلة، أحدها: أنه قال ﷺ: «مره فليراجعها». قال: وهذا لا يستعمل غالبًا فى النكاح إلا بالطلاق الذى يعتد به.

٣٧٦ كتاب الطلاق

ووجه آخر، وهو أنه قال: فحسبت من طلاقها، والذي كان يحتسب به فى ذلك الزمان إنما كان النبى ﷺ، وقد شور فى المسألة، وأفتى فيها بما امتثل، فمحال أن يعتمد بها عبد الله طلقه من غير أمره ﷺ.

ودليلنا من جهة القياس أنه إزالة ملك مبنى على التغليب والسراية، فوجب أن ينفذ فى حال الطهر والحيض كالتعق.

واستدلال فى المسألة، وهو أن إيقاع الطلاق وإلزامه تغليظ، ومنعه تخفيف بدليل أنه لا يلزم المجنون والصبي والنائم والمغمى عليه؛ لأنهم غير عصاة، ويلزم السكران؛ لأنه عاص، فإذا ثبت أنه يلزم من أوقعه على الوجه المأمور به، فبأن يلزم من أوقعه على الوجه الممنوع أولى وأحرى.

١١٩٦ - مالك، عن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عائشة أم المؤمنين أنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة. قال ابن شهاب: فذكرت ذلك لعمره بنت عبد الرحمن، فقالت: صدق عروة، وقد جادلها فى ذلك ناس، وقالوا: إن الله تبارك وتعالى يقول فى كتابه: ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فقالت عائشة: صدقتم، تدرؤن ما الأقرء، إنما الأقرء الأطهار.

١١٩٧ - فالذى عن ابن شهاب أنه قال: سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول: ما أدركت أحدا من فقهاءنا إلا وهو يقول هذا، يريد قول عائشة رضى الله عنها.

الشرح: قوله: «إن عائشة، رضى الله عنها، انتقلت حفصة حين دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة»، يقتضى أنها تعتقد انقضاء عدتها، واستيفاء ما كان لزمها من المقام بسببها.

وهذا مبنى على ما قاله شيوخنا من أن الأقرء هى الأطهار؛ لأنه لا خلاف أن المطلقة المدخول بها مع السلامة، تعتد ثلاثة قروء؛ لقول الله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن

١١٩٦ - أخرجه فى شرح معانى الآثار ٦١/٣. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٧.

١١٩٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٧٨.

كتاب الطلاق ٣٧٧
بأنفسهن ثلاثة قروء»، فذهب عائشة وأكثر علماء المدينة أن الأقراء هي الأطهار، وبه قال مالك والشافعي.

وقد احتج مالك لذلك بقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١]، وإنما تطلق في طهر تعتد به. واحتج لذلك بمديث ابن عمر، إذ أمره النبي ﷺ أن يطلق للطهر، ثم قال ﷺ: «فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء».

غير أن آخر الطهر يجزئ عن جميعه، وتحقيق ذلك أن القرء الخروج من الطهر إلى الحيض، فإذا رأت الدم من الحيضة الثالثة، فقد كملت ثلاثة أقراء، وانقضت عدتها، وكان لها أن تنتقل من موضع اعتدادها، وقاله أشهب.

فصل: وقول عمرة: «وقد جادلها في ذلك ناس»، يقتضى أن المجادلة مباحة عند الصحابة، بل هي مأمور بها إذا كانت على وجهها من القصد إلى الحق، وطلب حقيقة الحكم، فإن عائشة، رضى الله عنها، قد أتت ذلك مع جماعة من الناس، وشاع ذلك واشتهر، ولم ينكر ذلك أحد عليها، فثبت أنه إجماع.

فصل: وقولهم: «إن الله يقول في كتابه: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾»، على معنى المنع لها من انتقال المعتدة بأول الحيضة الثالثة، فجاوبتهم عائشة بأن التعلق بالآية صحيح، غير أن تأويلها على غير ما ظننتم، وذلك أنكم تظنون أن الأقراء هي الحيض، وإنما الأقراء الأطهار.

وقد قال بعض أصحابنا: إن اسم القرء يقع على الطهر والحيض، إلا أنه في الطهر أظهر، فعلى هذا يجب حمله على الطهر من وجهين، أحدهما: أنه فله أظهر، فوجب أن يحمل على ظاهره، ولا يعدل عنه إلا بدليل.

والوجه الثانى أن الحكم الثانى إذا علق فى الشرع على اسم يتناول معينين، تعلق بأولهما وجوداً، فإذا كان الطلاق فى زمن الطهر، فأول الأقراء الأطهار، فيجب أن يتعلق الحكم بها.

فصل: وقول عائشة لمن جادلها فى ذلك: «أتدرون ما الأقراء، إنما الأقراء الأطهار»، إن كانت قالت ذلك لمن ليس من أهل اللغة، فواضح؛ لأنها أعلمتهم بمقتضاه فى اللغة.

وإن كانت قالت ذلك لمن هو من أهل اللسان والعلم واللغة، فيحتمل أن تكون الأقراء واقعة فى الطهر على الحيض، فأعلمتهم أن المراد به فى الشرع: الطهر.

ويحتمل أن يكون بعض العرب يريد به الطهر، وبعضهم يريد به الحيض، فأعلمتهم أنه في لغة قريش: الطهر، وأن حملة علي مقتضاه في لغة قريش أولى؛ لأن القرآن نزل بلغتهم، والله أعلم.

فصل: وقول أبي بكر بن عبد الرحمن: «ما أدركت أحدًا من فقهاءنا إلا وهو يقول هذا»، يريد أنه لم يدرك أحدًا من فقهاء المدينة إلا وهو يقول: إن الأقرء هي الأطهار، وهو قول أهل المدينة وعائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس، وهم من أهل اللغة، فيرجع إلى قولهم.

وقد روى عن عمر وعلي بن أبي طالب وأبي موسى وعبد الله: أن الأقرء: الحيض. وقد حكى القاضي أبو إسحاق، عن أبي بكر الأثرم أن أحمد بن حنبل كان يذهب إلى ذلك، ثم رجع عنه، وقال: رأيت حديث عمر وعبد الله يختلف في إسناده الأعمش ومنصور الحاكم، وحديث ابن المسيب، عن علي ليس هو عندي سماعًا، وهو مرسل، أرسله سعيد، عن علي، وحديث الحسن، عن أبي موسى منقطع؛ لأن الحسن لم يجمع معه، والأحاديث عن قال: الأقرء هي الأطهار قوية صحيحة، فرجع أحمد إلى هذا.

١١٩٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعِ بْنِ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ الْأَخْوَصَ هَلَكَ بِالشَّامِ حِينَ دَخَلَتْ امْرَأَتُهُ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ، وَقَدْ كَانَ طَلَّقَهَا، فَكَتَبَ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: إِنَّهَا إِذَا دَخَلَتْ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ، فَقَدْ بَرَّتْ مِنْهُ وَبَرِيَ مِنْهَا، وَلَا تَرْتُّهُ وَلَا يَرْتُّهَا.

١١٩٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَأَبَا بَكْرٍ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ وَأَبْنَ شِهَابٍ كَانُوا يَقُولُونَ: إِذَا دَخَلَتْ الْمُطَلَّقةُ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ، فَقَدْ بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا، وَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا، وَلَا رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا.

١١٩٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٧٩.

١١٩٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٨٠.

١٢٠٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ، فَدَخَلَتْ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ بَرَّتْ مِنْهُ، وَبَرِيَتْ مِنْهَا.
قَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

١٢٠١ - مَالِك، عَنْ الْفَضِيلِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ مَوْلَى الْمَهْدِيِّ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ كَانَا يَقُولَانِ: إِذَا طَلَّقَتِ الْمَرْأَةُ، فَدَخَلَتْ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ بَانَتْ مِنْهُ وَحَلَّتْ.

الشرح: وقوله: «أن الأحوص هلك بالشام حين دخلت امرأته في الدم من الحيضة الثالثة، وكان طلقها»، يقتضى على مذهب مالك أنه طلقها في حال صحتها، ولو طلقها في المرض الذى توفي منه لورثته على ما تقدم.

فصل: وقوله: «فكتب معاوية بن أبي سفيان في ذلك إلى زيد بن ثابت»، على ما جرت به عادة الأمراء أو الحكام من مشاوره أهل العلم، واستدعاء فتاوى أهل المدينة فيما أشكل من المسائل بالآفاق.

فصل: وقول زيد بن ثابت، رضى الله عنه: «إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة، فقد برئت منه، وبرئ منها»، يريد أنه انقضى ما كان بينهما من أحكام العدة من الارتجاع، والنفقة، والسكنى، والتوارث، والمنع من تزوج غيره.

١٢٠٢ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ سَعِيدٍ وَابْنِ شِهَابٍ وَسَلِيمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ: إِنْ عِدَّةُ الْمُخْتَلِعَةِ ثَلَاثَةٌ قُرُوءٍ.

١٢٠٣ - مَالِك أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: عِدَّةُ الْمُطَلَّغَةِ، الْأَقْرَاءُ، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ.

الشرح: قولهم: «إن عدة المطلقة ثلاثة قروء»، يريدون التى تعتد بالأقراء، ولا خلاف فى ذلك لنص القرآن، وهو قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّغَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

١٢٠٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨١

١٢٠١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٢

١٢٠٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٣

١٢٠٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٤

٣٨٠ كتاب الطلاق

ولفظ يتربصن، وإن كان لفظه لفظ الخبر، فإن المراد به الأمر، فإن خير الباري تعالى لا يكون بخلاف مخبره، ونحن نرى من المطلقات من لا تربص ثلاثة قروء، فدل ذلك على أنه على الأمر.

فصل: وقول ابن شهاب: «عدة المطلقة ثلاثة قروء، وإن تباعدت»، يريد أن بعد ما بين القرأين لا يمنع الاعتبار بها، ما لم يؤد تأخير القرء إلى حال الرية، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

١٢٠٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ أَنَّ امْرَأَتَهُ سَأَلَتْهُ الطَّلَاقَ، فَقَالَ لَهَا: إِذَا حِضَّتْ فَأَذِينِي، فَلَمَّا حَاضَتْ أَذْنَتْهُ، فَقَالَ: إِذَا طَهَّرْتَ فَأَذِينِي، فَلَمَّا طَهَّرْتَ أَذْنَتْهُ، فَطَلَّقَهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ.

الشرح: قول الأنصاري لامرأته إذ سألته الطلاق: «إذا حضت فأذيني»، يحتمل أن يكون في طهر قد مسها فيه، وإيقاع الطلاق فيه ممنوع، فأمرها أن تؤذنه بحيضها، ليسلم طلاقه من ذلك.

فلما حاضت، قال لها: «إذا طهرت فأذيني» لأن إيقاع الطلاق حال الحيض ممنوع كما تقدم، فلما طهرت أوقع الطلاق في طهر لم يمسه فيها، ولا تعقب حيضًا، وهو الزمان الذي شرع إيقاع الطلاق فيه، والله أعلم.

* * *

ما جاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه

١٢٠٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ سَمِعَهُمَا يَذْكُرَانِ أَنَّ يَحْيَى بْنَ سَعِيدٍ بْنَ الْعَاصِ طَلَّقَ ابْنَةَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَكَمِ الْبَتَّةَ، فَانْتَقَلَهَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ الْحَكَمِ، فَأَرْسَلَتْ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ إِلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، وَهُوَ يَوْمَئِذٍ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ، فَقَالَتْ اتَّقِ اللَّهَ وَارْجُدِي الْمَرْأَةَ إِلَى بَيْتِهَا.

١٢٠٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٨٥.

١٢٠٥ - أخرجه البخاري في الطلاق ٥٣٢٢. أبو داود في الطلاق ٢٢٩٢، ٢٢٩٥. ابن ماجه في

الطلاق ٢٠٣٢.

فَقَالَ مَرْوَانُ، فِي حَدِيثِ سُلَيْمَانَ: إِنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ عَلَيَّ، وَقَالَ مَرْوَانُ فِي حَدِيثِ الْقَاسِمِ: أَوْ مَا بَلَغَكَ شَأْنُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: لَا يَضُرُّكَ أَنْ لَا تَذُكَّرَ حَدِيثَ فَاطِمَةَ، فَقَالَ مَرْوَانُ: إِنَّ كَانَ بِكَ الشَّرُّ، فَحَسْبُكَ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ مِنَ الشَّرِّ.

١٢٠٦ - مَالِكُ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ بِنْتَ سَعِيدِ بْنِ زَيْدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ نَفِيلٍ كَانَتْ تَحْتَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ عُثْمَانَ فَطَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، فَانْتَقَلَتْ، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ عَلَيْهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو.

الشرح: قوله: «أن يحيى بن سعيد طلق ابنة عبد الرحمن بن الحكم البتة»، يحتمل أن يكون طلقها آخر الثلاث تطليقات، فإن تلك الطلقة توصف بها البتة؛ لأن حكمها في ذلك حكم الثلاث.

«وانتقال عبد الرحمن ابنته»، يريد من موضع عدتها، وهو موضع سكنها مع زوجها، وذلك أن السكنى، وإن كانت حقاً من حقوق الزوجية، فإن المقصود منه حفظ النسب، ولحق الله به تعلق، فيغلظ لذلك، فليس للزوجة إسقاطه.

وقد قال مالك: للمبتوتة السكنى على زوجها في العدة، ويحبس، ويباع عليه فيه ماله. ومعنى ذلك أن هذا حق على الزوج، وإن كان له مال يؤخذ به كما يؤخذ بسائر الحقوق اللازمة.

مسألة: فإن لم يكن له مال، فقد قال مالك: إن استيقن أنه لا شيء له، فذلك عليها. ومعنى ذلك، والله أعلم، أنه يسقط عنه حق السكنى والنفقة؛ لأنه إنما يجب ذلك عليه بشرط اليسار والغنى، ويسقط مع العدم.

فيكون عليها أن تسكن نفسها كما يكون عليها أن تنفق على نفسها، وهذا في المدخول بها التي يوطأ مثلها، وإن كانت غير مدخول بها لم يكن لها سكنى في وفاة ولا طلاق، صغيرة كانت أو كبيرة، قاله مالك في الموازية.

مسألة: وإن كانت أمة، فقد قال ابن المواز: لم يختلف أصحابنا أن لها السكنى في الفراق، كان الزوج حرّاً أو عبداً، إذا بوئت بيتاً.

٣٨٢ كتاب الطلاق

قال مالك: وتعتد الأمة حيث كانت، إن كان الزوج يأتيها عند أهلها اعتدت عندهم، وإن كانت عندهم بالنهار، وتبيت عند زوجها بالليل، اعتدت في منزله. قال أشهب: إن كان ينفق عليها، فعليه السكنى، وإلا فلا.

ووجه قول مالك أن سكنى العدة معتبرة بالسكنى حال الزوجية، ويتعين في موضعه، فإذا لم يكن لها سكنى في حال الزوجية وقت كمال النكاح؛ فبأن لا يجب لها حال الفراق، وهو وقت إسلام النكاح، أولى وأحرى.

ووجه قول أشهب أن السكنى حكم يجب بالزوجية كالنفقة، فإذا اقتضت الزوجية ثبوت إحداهما، اقتضت الأخرى، وإذا لم تقتضه لم تقتض الأخرى، والله أعلم.

مسألة: وأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، فلا سكنى لها في الطلاق، وإن كان قد بنى بها زوجها؛ قاله مالك؛ لأنه لا عدة عليها، ويدلك على ذلك أنه ليس لذلك البناء حكم البناء في عدة، ولا كمال صداق، ولا وجوب سكنى، ولا نفقة، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت أن للمعتدة السكنى، فلا تبيت في غير بيتها، ولها أن تخرج نهاراً خلافاً لأبي حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن الذي تضمنه النص الإسكان قال الله تعالى: ﴿أَسْكُونْهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، والخروج بالنهار لا ينافي السكنى، فلم تمنع من ذلك، ولأن في منعها من التصرف إضراراً بها، فليس كل النساء لها من يتصرف لها.

فصل: وقوله: «فنقلها عبد الرحمن بن الحكم»، يريد قبل انقضاء عدتها، «فأرسلت عائشة إلى مروان بن الحكم: اتق الله، ورد المرأة إلى بيتها»، إنكاراً منها لانتقالها من بيتها قبل انقضاء عدتها؛ لأن ذلك عند عائشة واجب عليها، تجبر عليه إن أبته.

وهذا معنى قولها: «رد المرأة إلى بيتها، وهو أمير المدينة يومئذ»، ولو كانت الزوجة لا تجبر على المقام في بيت سكنها مدة العدة، لما خاطبت بذلك من إليه حكم المدينة، وإنما كانت تخاطب به المرأة في خاصتها، وتعلمها أن ذلك أفضل لها.

وذلك أن انتقالها لا يخلو أن يكون بعذر أو بغير عذر، فقد قال ابن القاسم في المدونة: إذا خافت الزوجة المعتدة من وفاة زوجها سقوط البيت، أو كانت بقرية ليس فيها مسلمون، وتخاف على نفسها اللصوص وما أشبه ذلك مما لا يؤمن عليها في نفسها، فلها أن تتحول، وأما غير ذلك، فلا تتحول.

ولو كانت في مصر من الأمصار، فخافت جار سوء، فقد قال ابن القاسم: ترفع أمرها إلى السلطان؛ لأن مالكاً قال: لا تنتقل إلا لأمر لا تستطيع القرار عليه، والمدينة بخلاف القرية.

ومعنى ذلك أن المدينة فيها من ترفع أمرها إليه، ويكفيها من تنقيه من الجار السوء وغيره، والقرية في الغالب ليس فيها سلطان، ولا يمنع المتعدى من التعدى، فإذا خافت على نفسها، انتقلت عنها.

فصل: وقول عائشة، رضى الله عنها، لما اعترض مروان بحديث فاطمة بنت قيس وانتقالها إلى منزل ابن أم مكتوم: «لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة»، تريد أن حكم فاطمة غير حكم هذه، لما اعتقدت أن فاطمة بنت قيس إنما انتقلت؛ لأن منزلها كان غير مأمون.

واعتقد مروان أنه إنما جاز خروجها لما كان بينها وبين زوجها وذويه من الشر، على ما روى عن سعيد بن المسيب أن فاطمة كانت لسنة، فلذلك قال: «إن كان بك الشر، فحسبك ما بين هذين»، إن أبلغ ذلك في قصة فاطمة بنت قيس هذين منه ما فيه كفاية. وقد أنكر عبد الله بن عمر على بنت سعيد بن زيد انتقالها حين طلقها عبد الله بن عمر، ويقتضى ذلك أن انتقالها كان لغير عذر، والله أعلم.

مسألة: فإذا انتقلت لغير عذر، فأراد الزوج أن ينقلها إلى موضع، وأرادت هي غيره، ففي المدونة: إن لم يكن على الزوج في ذلك ضرر من كثرة كراء ولا سكنى، فالقول قولها.

ووجه ذلك أنها التي تختص بالسكنى، فإذا لم يكن على الزوج فيما تختاره ضرر، لم يكن له صرفها عنه؛ لأن ذلك من وجه الإضرار بها، ومقتضى ذلك أن عقد الكراء للزوجة، وإنما على الزوج أداء الكراء كسائر النفقات.

مسألة: وحكم المنزل الذي تنتقل إليه حكم الذى انتقلت منه من ملازمتها حتى تنقضى عدتها فيه؛ لأنه بدل من الدار التي انتقلت عنها، فكان حكمه حكمها.

مسألة: وليس للمرأة أن تنتقل من موضع عدتها بغير عذر، فإن انتقلت أجبرها السلطان على الرجوع؛ لأنه حق من حقوق الزوج والولد المرتقب، وقد تغلظ لحق الله تعالى، فليس لأحد إسقاطه.

١٢٠٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ طَلَّقَ امْرَأَةً لَهُ فِي مَسْكَنِ حَفْصَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ وَكَانَ طَرِيقَهُ إِلَى الْمَسْجِدِ، فَكَانَ يَسْلُكُ الطَّرِيقَ الْأُخْرَى مِنْ أَدْبَارِ الْبُيُوتِ كَرَاهِيَةً أَنْ يَسْتَأْذِنَ عَلَيْهَا حَتَّى رَاجَعَهَا.

الشرح: قوله: «طلق امرأته في مسكن حفصة»، يريد أنه كان مسكنها في دار حفصة أو في دار فيه سكنى حفصة، وكان ذلك المسكن طريق عبد الله بن عمر إلى المسجد، إما لأن سكان تلك الدار وأربابها أباحوا له ذلك؛ لأن ذلك أرفق به، أو لأنه كان له فيها المر باستحقاق رقة الممر، أو استحقاق منفعته بين يدي البيوت التي كانت تسكن في بعضها هذه المطلقة.

فلما طلق عبد الله بن عمر هذه الزوجة استحققت الاعتداد في ذلك المسكن، ترك أن يمر بين يدي تلك البيوت، وسلك الطريق الأخرى من أدبار البيوت.

وهذا يقتضى أنه كان هناك طريقان، إحداهما بين يدي تلك البيوت، والثانية من أدبارها، فكان يأخذ على طريق أدبار البيوت، لئلا يكشف على هذه المرأة المطلقة أو يتكلف الاستئذان عليها؛ لأنه كان لا يستبيح النظر إليها لكونها مطلقة، وإن كانت رجعية.

وقد اختلف قول مالك في دخول المطلق على الزوجة الرجعية، ففي المدونة، قال مالك، أولاً في المطلقة الرجعية: لا بأس أن يدخل عليها مطلقها، ويأكل معها إذا كان معها من يتحفظ بها.

وقد زاد على هذا أبو حنيفة: لا بأس أن تتزين له، وأن تتطيب، ثم قال مالك: لا يدخل عليها، ولا يرى شعرها، ولا يأكل معها، حتى يراجعها، وهذا الذى رواه ابن القاسم، عن مالك فى العتبية: أنه لا يدخل عليها بإذن ولا بغير إذن، وبه قال الشافعى والأوزاعى.

وجه القول الأول أنها لم تحرم عليه، وكان يجب على هذا الأصل أن يكون الاستمتاع بها رجعة، وإن لم ينو ذلك، وإلا وقع النظر إليها، والالتذاذ بها ممنوعاً محظوراً.

كتاب الطلاق ٣٨٥

ووجه القول الثانى أنها قد حرم عليه الاستمتاع بها، والتلذذ بشيء منها، فلا يجوز له النظر إليها؛ لأن الطلاق قد أفاد تحريم ذلك، وإلا لم يكن له تأثير كالبائن، وإنما له فيها الرجعة وإزالة التحريم بالرد إلى الزوجية.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، فليس للمطلق أن يتلذذ بشيء منها، وإن كان يريد الارتجاع، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه على المنع، فلا يجوز له شيء من ذلك إلا بشرط تقديم الرجعة، ولذلك لما لم تجز الصلاة إلا بطهارة، لم يجوز لمن يريد الصلاة أن يصلى حتى يتطهر.

مسألة: ولا يساكنها، وإن كان معها، انتقل عنها، ولا يكون معها فى موضع يغلق عليه وعليها، سواء كانت رجعية أو بائنة، قاله مالك.

ووجه ذلك أن الاستمتاع بها محرم، فلم يجوز أن يساكنها كالأجنبية.

١٢٠٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سَأَلَ عَنِ الْمَرْأَةِ يُطَلِّقُهَا زَوْجَهَا، وَهِيَ فِي بَيْتِ بَكْرَاءٍ عَلَى مِنَ الْكِرَاءِ، فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: عَلَى زَوْجِهَا، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ زَوْجِهَا؟ قَالَ: فَعَلَيْهَا، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهَا؟ قَالَ: فَعَلَى الْأَمِيرِ.

الشرح: «سؤاله عن المرأة المطلقة فى بيت بكراء»، يريد التى قد دخل بها زوجها، وكان الطلاق رجعيًا، فقال سعيد: «الكراء على الزوج»، يريد كراء العدة.

وأما كراء السكنى فى مدة الزوجية، فلا يستل عن مثله؛ لاتفاق الجميع على أن السكنى مدة الزوجية على الزوج، وأما فى مدة العدة، فإن كان الطلاق رجعيًا أو بائنة، فالكراء على الزوج، ولا خلاف بين الفقهاء فى الطلاق الرجعى، وإن اختلفوا فى البائن.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، والأمر يقتضى الوجوب، وإنما حوطب بذلك من طلق، وكان الإنفاق والسكنى لازمين للزوج قبل الطلاق.

١٢٠٨ - أخرجه ان أبى شيبة فى المصنف ١٨٢/٥. الأثر ٥٩٤. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٨٩.

٣٨٦ كتاب الطلاق

فلما أمر بالسكنى بعد الطلاق، علم أن حكمه بعد الطلاق غير حكم الإنفاق؛ لأن للزوجة إسقاط النفقة قبل الطلاق وبعده، وليس لها إسقاط السكنى، ولا نقله عن محله.

وقد روى عن عمر وعبد الله بن مسعود: أن المبتوتة لها النفقة مع السكنى، روى ذلك عن إبراهيم، عن الأسود، عن عمر، رضى الله عنه، قال: المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة، ولا يجيز قول امرأة في دين المسلمين.

وهذا الذى قد روى عن إبراهيم أنه قال: المطلق ثلاثاً يجبر على النفقة، فلعل الذى روى عن عمر إنما أراد به الحامل، ولذلك قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندرى أصدقت أم نسيت.

والذى فى كتاب الله تعالى للمطلقة إنما هو السكنى، وأما النفقة، فتختص بالحامل، قال الله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦].

مسألة: وقد ذهبت طائفة إلى أنها ليس لها سكنى، ولا نفقة. ومذهب مالك، رحمه الله، وجمهور فقهاء الأمصار أن لها السكنى دون النفقة.

والدليل على ذلك الآية المتقدمة ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ وما روى من حديث فاطمة بنت قيس، فإنما وقعت المنازعة بينها وبين من أوصل إليها النفقة عن زوجها فى النفقة خاصة؛ لأنها أسخطت ما أنفذ إليها، فقال لها ﷺ: «ليس لك عليه نفقة»، وكانت بائناً، وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم.

وهذا يقتضى أن السكنى تلزمها بسبب العدة، ولو كان الحاجة وضرورة، لم يخص ذلك بالعدة؛ لأن تخصيصه هذه السكنى بالعدة، يقتضى الانتقال عنه بعد العدة، فثبت أنه سكنى تجب عليها، ولها بالعدة.

فصل: إذا ثبت ذلك، فقوله: «فإن لم يكن لزوجها مال، فعليها»، يريد، والله أعلم، عليها كراء بقية مدة العدة، ولا يكون لها أن تنتقل، إن كان عندها ما تدفعه فى كراء المسكن، بين ذلك أنه قال: «فإن لم يكن عندها، فعلى الأمير»، ولو لم يرد ذلك؛ لقال: فإن لم يكن عند الزوج، ذهبت حيث شاءت، والله أعلم.

* * *

ما جاء في نفقة المطلقة

١٢٠٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ مَوْلَى الْأَسْوَدِ بْنِ سُفْيَانَ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حَفْصٍ ^(١) طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ بِالشَّامِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكَيْلَهُ بِشَعِيرٍ، فَسَخَطْتُهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكَ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ، وَأَمْرَهَا أَنْ تَعْتَدَ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكِ، ثُمَّ قَالَ: تِلْكَ امْرَأَةٌ يَغْشَاهَا أَصْحَابِي، اعْتَدَى عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى، تَضَعِينَ يَسَابِكُ عِنْدَهُ، فَإِذَا حَلَلْتُ فَأَذِينِي، قَالَتْ: فَلَمَّا حَلَلْتُ، ذَكَرْتُ لَهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ وَأَبَا جَهْمِ ابْنَ هِشَامِ حَطَبَانِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ، فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، أَنْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ» قَالَتْ: فَكَرِهْتُهُ، ثُمَّ قَالَ: «أَنْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ» فَنَكَحْتُهُ، فَجَعَلَ اللَّهُ فِي ذَلِكَ خَيْرًا وَاعْتَبَطْتُ بِهِ.

الشرح: قوله: «أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة»، تريد آخر طلقة كانت بقيت لها فيها، وقد بين ذلك في رواية الزهري، عن عبيدالله بن عبد الله أن أبا عمرو بن حفص أرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها.

وقولها: «وهو غائب بالشام»، تريد غائبا عنها، فأنفذ إليها طلاقها، ثم إن وكيله أرسل إليها بشعير عن نفقتها، فسخطتها، ولم ترض ذلك لما اعتقدت أن لها عليه النفقة،

١٢٠٩ - أخرجه مسلم في الطلاق ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢. الترمذی فی النکاح ١١٣٥، الطلاق واللعان ١١٨٠، البيوع ١٢١٤، ١٢٥٩. النسائي في الزكاة ٢٥٩٢، النكاح ٣٢٢٠، ٣٢٣٥، ٣٢٤٢، ٣٢٤٣، ٣٢٧٤، ٣٢٨٩، ٣٢٩٦، ٣٢٩٧، الطلاق ٣٤٠١، ٣٤٠٢، ٣٤١٦، ٣٤٥٧، ٣٤٥٨، ٣٤٥٩، ٣٤٧٢، ٣٥٤٣، ٣٥٤٤، ٣٥٤٥، ٣٥٤٦، ٣٥٤٧، ٣٥٤٩، ٣٥٥٠، الأحباس ٣٦٠٣، ٣٦٠٤، ٣٦٠٦، ٣٦٠٨، ٣٦٠٩. أبو داود في الطلاق ٢٢٨٤، ٢٢٨٩، ٢٢٩٠، ٢٢٩٢، ٢٢٩٥، الجهاد ٢٦٥٦، ٢٦٦٢، ٢٦٦٣، ٢٦٦٤. ابن ماجه في النكاح ١٨٧٩، الطلاق ٢٠٢٤، ٢٠٣٢، ٢٠٣٤، ٢٠٣٥، ٢٠٣٦، ٢٠٤٥، ٢٠٤٦. أحمد في باقى مسند الأنصار ٢٦٥٦، مسند القبائل ٢٦٧٧٥، ٢٦٧٧٩، ٢٦٧٨١، ٢٦٧٨٧. الدارمي في الطلاق ٢٢٧٤، ٢٢٧٥، ٢٢٧٨.

(١) قال النووي: هكذا قاله الجمهور وقيل أبو حفص بن المغيرة واختلفوا في اسمه قال الأكثرون على أن اسمه عبد الحميد، وقال النسائي: اسمه أحمد، وقال آخرون: اسمه كنيته.

٣٨٨ كتاب الطلاق

فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال لها: «ليس لك نفقة»، وهذا بين في أن المطلقة المبتوتة غير الحائل لا نفقة لها خلافاً لأبي حنيفة والثوري في قولهما: لكل مطلقة النفقة في العدة، وإن كانت مبتوتة حاملاً.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «ليس لك نفقة».

ومن جهة المعنى أنها بائن بالطلاق، فلم تجب النفقة كغير المدخول بها.

مسألة: وإن كانت حاملاً، فلها النفقة، قال الله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦]، وهذه رواية أبي سلمة بن عبد الرحمن، وهي أصح من رواية أهل الكوفة، الشعبي وغيره عنها، أن رسول الله ﷺ قال: «لا نفقة لك ولا سكنى»^(*).

وإنما هو تأويل ممن روى ذلك أو روى عنه على المعنى دون لفظ الحديث لما أمرها رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت أم شريك أو عبد الله بن أم مكتوم وأبو سلمة بن عبد الرحمن نقل كل واحد من الحكمين على وجهين، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ في أم شريك: «تلك امرأة يغشاها أصحابي، اعتدى عند ابن أم مكتوم»، يقتضى اختصاص هذه السكنى بمدة العدة، وأنها أمر لازم لها وبدل من الاعتداد في بيت زوجها.

وقد روى أن ذلك كان لبذاء في لسانها. وقد قال سعيد بن المسيب لما سأله ميمون ابن مهران عن المطلقة ثلاثاً أين تعتد؟ فقال: في بيت زوجها. فقال ميمون: فأين حديث فاطمة بنت قيس؟ فقال له سعيد: تلك امرأة فتنت الناس، إنها كانت لسنة.

قال القاضي أبو إسحاق: إن البذاء والشر العظيم بين المرأة وزوجها مما يقتضى إخراجها من مسكنه إلى غيره، وتعلق في ذلك بقوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [الطلاق: ١]، وهذا يقتضى أن من هذه الفاحشة المبيحة للخروج ما ليست بمبينة.

وليس كذلك الزنى في قول من قال: إن الفاحشة الزنى؛ لأن أمر الزنى واحد إذا

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٨٠. الترمذى حديث رقم ١١٨٠. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٥٤٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٨٩، ٢٢٩٠. ابن ماجه حديث رقم ١٨٦٩، ٢٠٣٥. أحمد في المسند حديث رقم ٢٦٧٨٧.

كتاب الطلاق ٣٨٩

غابت الحشفة وجب الرجم، وإلى هذا ذهب ابن عباس، وقال: الزنى الفاحشة، كما يقولون أخرجت فرجعت، وإنما الفاحشة النشوز، وسوء الخلق، والله أعلم.

وقال القاضى أبو محمد: إذا أكثر مثل هذا من النشوز بينهما والأذى، ولم يطمع فى إصلاحه، انتقلت المرأة إلى مسكن غيره.

وقد روى ابن أبي الزناد، عن عائشة، رضى الله عنها، فى قصة فاطمة بنت أبى قيس، أنها كانت فى مكان وحش، فخيف على ناحيتها، فلذلك ترخص لها رسول الله ﷺ.

وقال القاضى أبو إسحاق: وهذا الذى رواه ابن أبى ذئب مما يبيح للمرأة إذا وقع، أن تنتقل من ذلك الموضع إلى غيره كما قيل فى البدوية المعتدة أنها تستوى مع أهلها حيث استوتوا فى الجملة، فإن هذه الأقوال كلها تدل على أنه لا يباح لها الانتقال إلا لعذر، وإن اختلفوا فى تعيين العذر، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «رجل أعمى تضعين ثيابك عنده»، يقتضى أنه يشق على المرأة القعود على حالة يباح للناس النظر إليها معها، وأنه لا يجوز لها الخروج عنها مع نظر الناس إليها، والمكفوف الأعمى لا ينظر إليها، فلا حرج فى ترك ستر شعرها، وغير ذلك مما لا يباح للرجل أن ينظر إليه من غير ذى محرمه.

ويقتضى ذلك أنه ليس على النساء حرج فى النظر إلى الرجل على غالب أحواله التى يكون عليها جالساً ومتصرفاً بين الناس؛ لأنه إنما راعى ﷺ إزالة الحرج عنها فى التستر؛ لكونه أعمى، وكانت هى بصيرة، فلم ينكر نظرها إليه.

وقد روى نيهان مولى أم سلمة، عن أم سلمة: كنت أنا وميمونة جالستين عند رسول الله ﷺ، فاستأذن عليه ابن أم مكتوم الأعمى، فقال: احتجبا منه، فقلنا: يا رسول الله، أليس بأعمى لا يبصرنا، فقال: «أفعمياوان أتتما»^(*).

غير أن نيهان مولى أم سلمة غير معروف، ولم يرو عنه غير هذا الحديث، وحديث آخر، وحديث فاطمة صحيح، وروى عنه حديث آخر منكر أيضاً.

وروى عن أم سلمة، عن النبى ﷺ فى المكاتب: «إذا كان عنده ما يؤديه فى كتابته احتجبت منه سيده».

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ٢٧٧٨. أبو داود حديث رقم ٤١١٢. أحمد فى المسند حديث

٣٩٠ كتاب الطلاق

وعلى أنه قد قال أبو داود السخيتاني: حديث نبهان خاص لأزواج النبي ﷺ؛ لأن النبي ﷺ قال لفاطمة بنت قيس: «اعتدى عند ابن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده»^(١)، والأظهر عندي أن الحديث غير ثابت.

ويحتمل أن يكون ذلك للضرورة مع كونه ممنوعاً مع عدمها، ويحتمل أن يكون ذلك؛ لأن الرجل له عورة مخصوصة، فإذا سترها لم يحرم النظر إليه، وجميع المرأة عورة إلا وجهها وكفيها، فإذا كشفت بعض ذلك، ولم يكن ثم من ينظر إليها، جاز لها ذلك، ولم يجوز في موضع يكون فيه من ينظر إليها؛ لأنه ناظر إلى عورة منها والوجه والكفان.

وإن قلنا ليس بعورة منها، فإنه لا يجوز لأجنبي النظر إليهما إلا على وجه مخصوص، فحكم المنع متعلق بها والإباحة مختصة بها في حكم الأجنبي، فذلك منها كجميع جسد الرجل، خلا ما يوصف بالعورة منه على وجه التغليظ والتخفيف، فيجوز للمرأة أن تنظر إليه على وجه ما.

وأما قوله تعالى: ﴿قل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن﴾ [النور: ٣١]، فيحتمل أن يريد به غضض أبصارهن عن العورات، ويحتمل أن يريد به غضض أبصارهن عن النظر على وجه مخصوص من الالتذاذ بالنظر إلى الأجنبي، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «إذا حللت فأذنيني»، يريد إذا انقضت عدتك، فأعلميني. قال ابن وضاح: فيه التعريض بالخطبة في العدة، فلما انقضت عدتها أعلمته أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم بن هشام خطباها، وهو أبو جهم بن حذيفة بن غانم العدوي، وأبو جهم بن هشام، انفرد به يحيى بن يحيى، وهو وهم، والله أعلم، ويحتمل أن يكون ذلك عند انقضاء عدتها.

وقوله ﷺ: «أما أبو جهم، فلا يضع عصاه عن عاتقه»^(٢)، يحتمل أن يريد أن فيه شدة على النساء، وكثرة تأديب، وهذا اللفظ وإن كان لا بد أن يضع عصاه عن عاتقه وقت نومه وأكله، فصحيح على مقاصد العرب في كلامها؛ لأنه لم يريد بذلك إلا المبالغة في وصفه بما هو عليه من ذلك.

(*) انظر تخريج الحديث قبل السابق.

(٢) قال النووي: فيه تأويلان مشهوران أحدهما: أنه كثير الأسفار، والثاني: أنه كثير الضرب للنساء، وهذا أصح، والعاتق ما بين المنكب والعنق وفيه استعمال المجاز للعلم بأنه كان يضع العصا عن عاتقه في حال نومه وأكله وغيرهما ولكنه كان كثير الحمل للعصا أطلق عليه هذا اللفظ مجازاً.

فصل: وقوله ﷺ: «وأما معاوية، فصعلوك لا مال له»، وراعى فى ذلك حاجة النساء إلى المال يكون عند الزوج لما لهن عليه من النفقة والكسوة وغير ذلك، ويحتمل أن تكون أوردت ذلك على سبيل المشورة، وتفويض الاختيار إليه، فنصحها، وذكر لها ما علم من حال كل واحد منهما مما تحتاج هى إلى معرفته لتعلق ذلك بمنافعها ومضارها، وفعل ذلك النبى ﷺ لما يجب عليه من النصح للنساء والرجال، وأهل الحاجة والضعف.

قال ابن وضاح فى قوله ﷺ: «النجحى أسامة بن زيد»، فيه إنكاح الموالى القرشيات؛ لأن فاطمة بنت قيس قرشية، وأسامة بن زيد مولى، وجاز له ذلك، ولم يره من الخطبة لما لم يوجد ركون إلى واحد منهما، ولا تسمية صداق يدل على أنها لم تركز إلى أحدهما إنما ذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها، ولم تذكر ركونا إلى أحدهما، ولو كان منها ركون إلى أحدهما لذكرته دون الآخر، وهذه حالة يجوز فيها الخطبة على خطبة غيره، فخطبها لأسامة بن زيد.

فصل: وقولها: «فكرهته»، تريد أنها كرهت نكاحه لمعنى من المعانى، ولعلها كرهت ذلك لكونه من الموالى، وكانت العرب تكره ذلك، وترفع عنه، فأعاد عليها النبى ﷺ أن تنكح أسامة بن زيد لما علم فى ذلك من المصلحة لها، ولما أراد أن يبين من جواز إنكاح القرشيات الموالى.

قالت: «فنكحته»، فجعل الله فى ذلك خيرا كثيرا واغبطت به»، تريد أنها عرفت حسن العاقبة فى اتباع رأى النبى ﷺ، ونكاحها أسامة بن زيد، وإن كانت كرهته أولاً، وقد قال الله تعالى: ﴿فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ١٩].

١٢١٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: الْمَبْتُوتَةُ لَا تَخْرُجُ مِنْ بَيْتِهَا حَتَّى تَحِلَّ، وَلَيْسَتْ لَهَا نَفَقَةٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا، فَيُنْفَقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا.
قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل»، على ما قدمناه من وجوب السكنى لها، وقد قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرُجُوا مِنْ بَيْوتِهِمْ وَلَا يَخْرُجُوا مِنْهَا إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

٣٩٢ كتاب الطلاق

وقال بعض شيوخنا: إن ذلك في الرجعية لقوله تعالى في آخر الآية: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يَجِدُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١]، وأن قوله: ﴿وَأَسْكُنُوهنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، في البائنات؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلْنَ فَانْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وذلك أنه خصص النفقة عليهن بالحمل، والرجعيات لهن النفقة، وإن لم يكن حوامل، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في عدة الأمة من طلاق زوجها

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي طَلَاقِ الْعَبْدِ الْأَمَةِ إِذَا طَلَّقَهَا، وَهِيَ أَمَةٌ، ثُمَّ عَتَّقَتْ بَعْدَ، فَعِدَّتُهَا عِدَّةُ الْأَمَةِ لَا يُغَيَّرُ عِدَّتُهَا عِتْقَهَا، كَانَتْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ أَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ، لَا تَنْتَقِلُ عِدَّتُهَا^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَمِثْلُ ذَلِكَ الْحَدُّ يَقَعُ عَلَى الْعَبْدِ ثُمَّ يَعْتِقُ بَعْدَ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَإِنَّمَا حَدُّهُ حَدُّ عَبْدٍ.

الشرح: وهذا على ما قال أن عتق الأمة في العدة لا يغير عدتها، وسواء كان طلاقاً بائناً أو رجعيّاً، فإنها تتمادى على عدة الأمة، وذلك إنما يراعى في عدتها وقت وجوبها لوقوع الطلاق عليها.

فلا يغير حكمها ما طرأ بعد ذلك عليها، كالحد يجب عليها من زنا، أو قذف، أو شرب خمر، يجب عليها، وهي أمة، ثم تعتق، فإنها لا يغير عتقها ما وجب عليها من الحد، ولا يستوفى منها إلا حد أمة.

وفرق بين ذلك وبين الأمة يطلقها زوجها طلاقاً رجعيّاً، ثم تعتق في العدة، ثم يموت زوجها، فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة عدة الحرة، ولو كان طلاقاً بائناً لم تنتقل إلى عدة وفاة.

والفرق بينهما أن عدة الوفاة تلزمها في الطلاق الرجعي؛ لأنها حكم من أحكام الزوجية كالتوارث ولحوق الطلاق والظهار وغير ذلك، وهي باقية بينهما في الطلاق الرجعي دون البائن، وإنما وجبت عليها عدة الوفاة، وهي حرة، فتلزمها عدة الحرة.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٩٢.

كتاب الطلاق ٣٩٣

وليس كذلك الأمة المطلقة، فإنه قد وجب عليها العدة بالطلاق، ولم يجب عليها عدة بالعتق، فلذلك لم تنتقل إلى عدة الحرة، والله أعلم.

وقال الشافعي: تنتقل إلى عدة الحرة إذا كان الطلاق رجعيًا، واختلف قول أبي حنيفة في الطلاق البائن، فقال: لا تنتقل إلى عدة الحرة، وقال أيضًا: تنتقل. وقال الطحاوي: هو القياس.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما قدمناه.

مسألة: ولو مات عن الأمة زوجها، ثم عتقت، لم تنتقل إلى عدة الحرة؛ لأن العدة لزوجها، وهي أمة، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: تنتقل في الطلاق الرجعي.

والدليل على ما نقوله أن العدة يلزم تمامها على الصفة التي وجبت عليها، ولا يؤثر ذلك في عتقها.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْحُرُّ يُطَلَّقُ الْأُمَّةَ ثَلَاثًا، وَتَعْتَدُ بِحَيْضَتَيْنِ، وَالْعَبْدُ يُطَلَّقُ الْحُرَّةَ تَطْلِيقَتَيْنِ، وَتَعْتَدُ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن الحر في الأمة له ثلاث تطليقات؛ لأن الطلاق والاعتداد بالأقراء يعتبر فيهما الرق والحرية، فيعتبر الطلاق بحال الرجال؛ لأنه حكم من أحكامهم، وتعتبر الأقراء بحال النساء؛ لأن الأقراء مختصة بهن، موجودة فيهن.

وقال أبو حنيفة: الطلاق معتبر بالنساء، فتطلق الحرة ثلاث تطليقات، وإن كان زوجها عبدًا، وتطلق الأمة تطليقتين، وإن كان زوجها حرًا، وقد تقدم الكلام في ذلك بما يغني عن إعادته.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ تَكُونُ تَحْتَهُ الْأُمَّةُ، ثُمَّ يَتَاعُهَا، فَيَعْتِقُهَا: إِنَّهَا تَعْتَدُ عِدَّةَ الْأُمَّةِ حَيْضَتَيْنِ مَا لَمْ يُصِيبَهَا فَإِنْ أَصَابَهَا بَعْدَ مِلْكِهِ إِيَّاهَا قَبْلَ إِعْتَاقِهَا، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا إِلَّا الْأَسْتِبْرَاءُ بِحَيْضَةٍ.

الشرح: قوله: «تكون عنده الأمة، ثم يتاعها»، قد تقدم أن ملك اليمين يوجب فسخ النكاح؛ لأنه أقوى لاشتماله على الرقبة والمنافع، فمن اشترى زوجته، فقد انفسخ النكاح، وحلت له بملك اليمين.

فإن اشترى قبل أن يدخل بها، ثم أعتقها، فهذه لا عدة عليها؛ لأن الفرقة وقعت

٣٩٤ كتاب الطلاق

قبل البناء، ولكنه إذا اعتقها تستبرأ بحيضة؛ لأن عقد ملك اليمين، يبطل عقد النكاح، وإذا بطل لم يبق لعقد النكاح حكم في العدة لعدم البناء، والله أعلم.

مسألة: فإن اشترها بعد أن دخل بها، فأعتقها قبل أن يمسه، اعتدت عدة الأمة قرأين، على حسب ما وجبت عليها العدة حين الفسخ، ولا تتغير عدتها بعقدها، هذا قول مالك وأصحابه. وقال الكوفيون: تعتد بثلاثة أقراء، وقد تقدم الكلام فيه.

فصل: وقوله: «فإن أصابها بعد الملك، وقبل العتق، فليس عليها إلا الاستبراء»، وذلك أن عقد الملك يهدم حكم عقد النكاح، ووطء الملك يهدم حكم الوطء بالنكاح، فيكون بمنزلة من أعتق أمة ووطئها، فليس عليها إلا أن تستبرئ بحيضة أو ما يقوم مقامها من الشهور، والله أعلم.

مسألة: ولو طلقها واحدة، فاشترها قبل أن تنقضى عدتها، ثم أعتقها، فقد قال مالك: ولو باعها كان على المشتري أن يستبرئها بحيضتين؛ لأنها عدة، يريد أنه باعها أو أعتقها قبل أن يمسه بملك اليمين، وإنما يستبرئها بحيضتين إذا كان يبعه إياها قبل أن تحيض حيضة بعد طلاقه إياها، ولو كانت قد حاضت حيضة واحدة، قاله مالك، ولهذه الحيضة حكم العدة؛ لأن بها تتم عدتها، والله أعلم.

مسألة: ولو اشترها بعد أن انقضت عدتها منه، ثم باعها، فإن المشتري لا يستبرئها إلا بحيضة؛ لأنه لا يلزمها عدة، وعدة الطلاق قد انقضت، واستبراء الإمام إنما يكون بحيضة، خرجت إلى ملك أو حرية، والله أعلم.

مسألة: ولو اشترى مكاتب زوجته، فعجز، فرجع رقيقاً، فأخذها السيد، فإن مالكا قال: إن المكاتب لم يطأها بعد أن اشترها، فعدتها حيضة، ثم رجع، فقال: أحب إلى أن تكون حيضتين، قال: وتعتد؛ لأن كل فسخ يكون في النكاح، ففيه مثل عدة الطلاق، ولو وطئها المكاتب بعد ما اشترها لصارت إلى الاستبراء، وبطلت عدة النكاح؛ لأنها وطئت بملك اليمين.

مسألة: وهذا إذا كانت ممن تعتد بالأقراء، فإن كانت ممن تعتد بالشهور لصغر أو كبر، فعدتها من الطلاق ثلاثة أشهر، هذا قول مالك، وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة وجمهور أهل المدينة وعمر بن عبد العزيز والحسن البصرى والنخعي. وقال أبو حنيفة والشافعي: عدتها شهر ونصف. وقال الزهري وعطاء: عدتها شهران.

والدليل على ما نقوله أن الأشهر بدل من الأقراء، فلم تختلف بكثرة الأقراء وقتها،

كتاب الطلاق ٣٩٥
كالتيمم الذى هو بدل من الغسل والوضوء، فلم يختلف فى الطهارة الكبرى والصغرى.

* * *

جامع عدة الطلاق

١٢١١ - مَالِك، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ وَعَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ قَسَيْطِ اللَّيْثِيِّ،
عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَيَّمَا امْرَأَةٍ طَلَّقَتْ فَحَاضَتْ
حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ رَفَعَتْهَا حَيْضَتُهَا، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ بَانَ بِهَا حَمْلٌ
فَذَلِكَ، وَإِلَّا اعْتَدَتْ بَعْدَ التَّسْعَةِ أَشْهُرًا ثَلَاثَةً، أَشْهُرٌ ثُمَّ حَلَّتْ.

الشرح: وقوله: «فى التى تحيض فى عدتها، ثم رفعها حيضتها، تنتظر تسعة أشهر»،
هو قول عامة أصحابنا على الإطلاق، غير ابن نافع، فإنه قال: إن كانت ممن تحيض،
فحاضت حيضة أو حيزتين، ثم رفعها حيضتها، فإنها تنتظر خمس سنين، أقصى أمد
الحمل.

وإن كانت يائسة من الحيض، اعتدت بالسنة تسعة أشهر، ثم ثلاثة أشهر. قال
سحنون: وأصحابنا لا يفرقون بينهما، وما قاله الجمهور أولى؛ لأن التسعة أشهر هى أمد
الحمل المعتاد.

مسألة: المعتدة من الطلاق على ضربين، حائض، وغير حائض. فأما الحائض، فهى
التي قد رأت الحيض، ولو مرة فى عمرها، ثم لم تبلغ سن اليأس منها، فهذه إذا طلقت،
فحكما أن تعتد بالأقراء، فإن لم تر حيزًا، انتظرت تسعة أشهر، وهذا مذهب عمر،
وبه قال ابن عباس والحسن البصرى. وقال أبو حنيفة والشافعى: تنتظر الحيض أبدًا.

والدليل على ما نقوله أن هذا إجماع الصحابة؛ لأنه روى عن عمر وابن عباس،
وليس فى الصحابة مخالف.

ومن جهة المعنى أن التسعة الأشهر مدة الحمل المعتاد، فالغالب أن يظهر بها حمل إن
كان بها، أو تتحقق المرأة علاماته وتحس به.

فإذا سلمت من ذلك كله، فالظاهر سلامتها من الحمل، إذا لم توجد منها رية غير

١٢١١ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٣٣٩/٦. ابن أبى شيبة ٢٠٦/٥. البيهقى فى السنن

الكبرى ٤٢٠/٧. ابن حزم فى المحلى ٢٠٨/١٠. المغنى ٤٦٣/٧. وذكره ابن عبد البر فى

الاستذكار برقم ١١٩٣.

٣٩٦ كتاب الطلاق

ارتفاع الحيض، وقد يرتفع كثيراً من غير حمل، فلا يدل ارتفاعه على الحمل، فإذا انقضت التسعة، ولا تمس شيئاً، اعتدت بثلاثة أشهر. قال مالك وأصحابه، وأكثره من قول أشهب: لأن لها حينئذ حكم اليائسة من الحيض.

ومعنى ذلك أنه لما وقع التربص بالتسعة أشهر، وعدم الحيض والحمل، حكم لها بحكم من تعتد بالشهور، فصار ذلك حكماً كاليائسة لما ارتفع حيضها، وصارت ممن لا تحيض تعتد بثلاثة أشهر.

إلا أن اليائسة لما كانت علامة اليأس ظاهرة من السن وغيره، لم يحتاج إلى اعتبار تسعة أشهر، وهذه لما كان حكمها الحيض كان ارتفاعها ريبة لم تنتقل عنه إلا بعد الاستبراء والاستقصاء، والله أعلم.

مسألة: وإذا حلت المرتابة بالسنة، ثم تزوجت، ثم طلقت، فقد روى ابن المواز، عن مالك وأصحابه، قال، وأكثرهم شيوخ أشهب: إن عدتها ثلاثة أشهر في الطلاق، حرة كانت أو أمة؛ لأنها اعتدت بالشهور مدة، فصار لها حكم اليائسة، إلا أن يعاودها الحيض، ولو مرة، فترجع إلى الحيض إن تمادى بها، أو الاستبراء أو العدة، إن انقطع عنها.

مسألة: فإن كانت ممن لا تحيض، فلا يخلو أن تكون ممن لم تحض قبل، وقد قال سحنون: قول مالك وأصحابه: إن عدة التي لم تبلغ حد الحيض، والتي بلغت ولم تحض، وإن بلغت ثلاثين سنة أو أكثر، ثلاثة أشهر، وكذلك عدة اليائسة من الحيض، وهي التي بلغت سنًا كل من بلغت من النساء لم تحض. قال بعض أصحاب مالك: ولا تنتقص منه الأمة.

ووجه ذلك أن الله تعالى قال: ﴿واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤]، قال مالك: «إن ارتبتم فعدتهن».

وقد أنكروا ذلك بعض الناس، وقالوا: لو أراد ذلك لقال: أن ارتبتم بالفتح؛ لأن الارتباب ماض، وإنما تتعلق إن المكسورة بالاستقبال والارتباب، قد عدم بتعدد وجود النص، وهذا الذي قاله ليس بصحيح؛ لأن الارتباب لمن لا يعلم حكم الآية، أو لمن لا يقرؤها ثابت إلى يوم القيامة.

وقد قال بعض أصحابنا: إن معنى ﴿إن ارتبتم﴾ إذا ارتبتم، ويحتمل أن يريد بذلك إن ارتبتم في التأويل، على أن العرب تستعمل هذا اللفظ على معنى التنبه على الدليل،

كتاب الطلاق ٣٩٧
فتقول: إن ارتبت في كذا مع ظهوره ووضوحه، فيجب أن يمنعك من الارتياح أمر
كذا.

قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنْتَ فِي شكٍ مِمَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ فَاسْأَلِ الَّذِينَ يَقْرَأُونَ الْكِتَابَ مِنْ
قَبْلِكَ﴾ [يونس: ٩٤]، ومعنى ذلك نفى الشك والارتياح عن مثل هذا لوضوحه
وظهور أدلته.

ووجه آخر، وهو أن يكون: إن ارتبتم الآن، فإنه يجب أن يقطع الارتياح هذا النص،
وهذا اللفظ يستعمل بمعنى الحال، ولذلك يقول: إن شئت؛ لأن فعلت كذا، وقد
يستعمل بمعنى الماضي، فتقول: إن كنت تشك في كذا، فحكمه كذا، وهذا بين واضح،
والأول أظهر.

١٢١٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ:
الطَّلَاقُ لِلرِّجَالِ، وَالْعِدَّةُ لِلنِّسَاءِ.

١٢١٣ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: عِدَّةُ
الْمُسْتَحَاضَةِ سَنَةٌ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «عدة المستحاضة سنة»، يريد أنها تقيم سنة. وقد
روى ابن المواز، عن مالك، أنه قال: عدة المستحاضة فى الطلاق سنة كالمرة تارة تسعة
أشهر استبراء، وثلاثة أشهر عدة، حرة كانت أو أمة أو كتابية.
فعلى هذا يتناول قول سعيد فى أن التسعة الأشهر استبراء، والثلاثة الأشهر عدة،
ولذلك استوى فيها حكم الحرة والأمة؛ لأن العدة بالأشهر لا يختلفان فيها؛ لأنها بدل
من الحيض الذى يختلفان فيه على ما تقدم، والله أعلم.
مسألة: وهذا إذا كانت الحائض لا تميز دمًا، واتصل ذلك بها فى جميع العام، فإن
تغير حكمها، فلا يخلو أن تنتقل إلى حيض أو إلى انقطاع دم، فإن انتقلت إلى حيض
بطل حكم الاستحاضة، فاعتدت بالأقراء، قاله مالك فى الموازية.
ووجه ذلك أنه نوع من الرية؛ لأن المستحاضة لا قرء لها تبرأ به، فكانت مرتابة
كالتى لا ترى الدم، فإذا شرعت فى عدة المرتابة، ثم رأت الحيض انتقلت عن حكم
الارتياح إلى العدة بالأقراء.

١٢١٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٩٤.

١٢١٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١١٩٥.

٣٩٨ كتاب الطلاق

فرع: وإنما يعرف الحيض بأن ينقطع عنها الدم، ثم تستقبل الحيض، فأما مع اتصال الدم بأن ترى دمًا لا تشك فيه أنه دم حيض لونه ولذاعته، فقد قال أصبغ: إذا رأت دمًا لا تشك أنه دم حيض، تركت الصلاة فيه، وإن طلقها أجبره على الارتجاع، وتغتسل بانقطاع هذا الدم الجديد، ولا تعتد به من طلاق، وعدتها السنة.

وكذلك إن رأت كثرته، فقد قال مالك في الموازية: ربما عرفت إقبال الحيض بكثرة الدم، وإدباره بقلته، ولكن عدتها سنة؛ لأنها لا تؤمن أن ذلك كذلك.

ومعنى ذلك أنها تتحقق أنه دم حيض بالكثرة والقلّة، والله أعلم.

مسألة: فإذا طلقت مستحاضة، فانقطع عنها الدم، ثم رأت بعده طهرًا كاملاً، ثم حيضها، فإنها تنتقل إلى حكم الأقراء، وإن كانت مستحاضة ستة أشهر، ثم انقطع عنها الدم ستة أشهر، قال أصبغ: قد حلت.

وكذلك لو لم ترد ما من يوم الطلاق ستة أشهر، ثم استحاضت، فبتمام السنة من يوم الطلاق تحمل، إلا أن تحس حركة، فتقيم إلى أن تنفس أو تضع، أو تنقضى مدة الحمل.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أنه لما كانت الاستحاضة رية وارتفاع الحيضة رية لفق منهما العام، الذي هو مدة اعتداد المرتابة، وهذا في تقدم الاستحاضة، فأما في تأخرها، ففيه نظر، وذلك أن الاستحاضة لا تكون إلا بعد حيض.

فإذا وجد الحيض، بطل حكم الريّة بارتفاع الحيض، واعتدت بالأقراء، فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض من الاستحاضة إلى ما قبله من الشهور كما لا يضاف ما بعد الحيض من الشهور إلى ما قبله، والله أعلم.

وقال ابن القاسم: تستأنف المستحاضة التي ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة.

ووجه ذلك أن الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم، فلا يلفق بعض ذلك إلى بعض، ولأن عدة المسترابة يجب أن تكون من جنس ما ترتفع به ربيتها، فإذا زالت ربيتها بالاستحاضة تسعة أشهر، ثم انقطع عنها الدم، لم يصلح أن تكون عدتها بارتفاع الدم؛ لأنه من غير جنس ما زالت به ربيتها، وهذه رية أخرى طارئة، فيجب أن تقيم تسعة أشهر؛ ليتبين معنى هذه الريّة ثم تعتد عدة من جنسها، والله أعلم.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمُطَلَّقةِ الَّتِي تَرَفَعُهَا حَيْضَتُهَا حِينَ يُطَلِّقُهَا زَوْجُهَا، أَنَّهُ تَنْتَظِرُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ لَمْ تَحِيضْ فِيهِنَّ، اعْتَدَّتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ حَاضَتْ قَبْلَ أَنْ تَسْتَكْمِلَ الْأَشْهُرَ الثَّلَاثَةَ اسْتَقْبَلَتِ الْحَيْضَ، فَإِنْ مَرَّتْ بِهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ اعْتَدَّتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ حَاضَتْ الثَّانِيَةَ قَبْلَ أَنْ تَسْتَكْمِلَ الْأَشْهُرَ الثَّلَاثَةَ، اسْتَقْبَلَتِ الْحَيْضَ وَإِنْ مَرَّتْ بِهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ، اعْتَدَّتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ حَاضَتْ الثَّلَاثَةَ، كَانَتْ قَدْ اسْتَكْمَلَتْ عِدَّةَ الْحَيْضِ، فَإِنْ لَمْ تَحِيضْ اسْتَقْبَلَتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ، ثُمَّ حَلَّتْ، وَلِزَوْجِهَا عَلَيْهَا فِي ذَلِكَ الرَّجْعَةِ قَبْلَ أَنْ تَحِلَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ بَتَّ طَلَّاقَهَا.

الشرح: قوله: «في المطلقة ترفعها حيضتها»، يريد أن تقطع عنها، فلا ترى دم حيض، فإن حكمها أن تقعد تسعة أشهر استبراء لما طرأ عليها من الريبة بارتفاع الحيض، فإن لم تحض فيها اعتدت بعدها ثلاثة أشهر؛ لأنها قد فارقت حكم الحيض، فاعتدت بالشهور كالبايسة من الحيض.

ولا يجوز أن يراد بقول عمر: من بلغت سن اليأس؛ لأنه عام، فيحمل على عمومه، وأيضاً، فإن قال: فإن بان بها حمل وإلا اعتدت ثلاثة أشهر، وهذا لا يكون في البائسة من الحيض؛ لأن البائسة من الحيض لا تحمل.

فصل: فإن حاضت قبل التسعة أشهر، أو بعد انقضائها، وقبل الثلاثة الأشهر، بطل حكم الشهور واستأنفت الاعتداد بالأقراء، فإن جرت أقرؤها على العادة انقضت عدتها بثلاثة أقراء، وإن ارتفعت حيضتها بعد تلك الحيضة الأولى.

فإن اتصلت لها بتسعة أشهر من يوم طهرت منها، لم ترد فيها دم حيض، ألغت ما تقدم من عدتها بالحيضة، والأشهر التي تقدمتها، واستأنفت الاستبراء من يوم طهرها من تلك الحيضة.

فإذا كملت مدة الاستبراء اعتدت بثلاثة أشهر، ثم إن رأت حيضة ثانية قبل انقضاء العدة بالشهور، ألغت ذلك كله، واعتدت بهذه الحيضة وبالحيضة الأولى حيضتين من عدتها، ثم إن ارتفعت حيضتها الثالثة استأنفت الاستبراء بتسعة أشهر من يوم طهرت من الحيضة الثانية.

٤٠٠ كتاب الطلاق

فإن لم تر في مدة الاستبراء حيضاً اعتدت بعدها بثلاثة أشهر، فتلفق الحيض، وإن تخللته الرية، ولا تلفق مدة الاستبراء، بل تلغى كل ما تقدم منها، إذا كان بعدها حيض؛ لأنه استبراء تجدد لرية مجردة، فلذلك لا يصح فيه التلقيح، والحيض ليس بريية، بل ينفي الرية، فلذلك لفق بعضه إلى بعض.

فرع: وهذا إذا كان الحيض، فإن رأت الدم يوماً أو يومين، أو ما لا يكون حيضاً، فقد قال أصبغ في المطلقة تستراب، فترى في السنة دماً أو ما لا يكون حيضاً: انتظرت سنة من يوم الطلاق، يعني أن ذلك الدم لا يعتد به، ولا يهدم ما تقدم من الاستبراء؛ لأن ما لا يعتد به لا يهدم الاستبراء، ولا يبطل حكمه.

فصل: وقوله: «ولزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحل»، يريد أن في طول مدد الاستبراء والعدد والحيض له الرجعة، وأن يكون ذلك لا يقطع ما كان له من الرجعة، ولا ينقطع ذلك إلا بأن تحل للأزواج، ويحكم بانقضاء عدتها، إلا أن يكون طلاقها باتاً، فلا تكون له الرجعة؛ لأن البت ينافي الرجعة.

قَالَ مَالِكُ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ، وَلَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ، فَأَعْتَدَتْ بَعْضَ عِدَّتِهَا، ثُمَّ ارْتَجَعَهَا، ثُمَّ فَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا، أَنَّهَا لَا تَبْنِي عَلَى مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا، وَأَنَّهَا تَسْتَأْنِفُ مِنْ يَوْمٍ طَلَّقَهَا عِدَّةً مُسْتَقْبَلَةً، وَقَدْ ظَلَمَ زَوْجُهَا نَفْسَهُ، وَأَخْطَأَ إِنْ كَانَ ارْتَجَعَهَا، وَلَا حَاجَةَ لَهُ بِهَا.

الشرح: قوله: «فيمن طلق امرأته، ثم ارتجع، ثم فارق قبل أن يمس، أنها تستأنف العدة، ولا تبني على ما مضى»، يريد أن الرجعة تهدم العدة؛ لأن حكم الزوجية ينافي حكم العدة، فإذا ثبتت الرجعة بطلت العدة.

فإذا وقع بعد ذلك طلاق استأنفت العدة؛ لأنها مدخول بها لم يستبرأ رحمها بانقضاء عدتها، فلزمت العدة، ولم يصح البناء على ما تقدم لما قدمناه من إبطال الرجعة العدة، فلزم ابتداء العدة من يوم الطلاق الثاني.

فصل: وقوله: «وقد ظلم نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها، ولا حاجة له بها»، يريد أنه زال ملكه عن طلاق غنياً عن إزالته، وربما دعت الضرورة بعد وقت إليه، وأخطأ حين ارتجع من لا حاجة له بها؛ لأن مقصود الرجعة الجماع مع ما حصل في ذلك من تطويل العدة عليها، وظلم المرأة بذلك مع عدم انتفاعه به.

كتاب الطلاق ٤٠١

ويحتمل أن يريد به قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾، وهو الإمساك على وجه الزوجية ومقصودها. وقوله: ﴿أَوْ سَرَحُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾، يريد والله أعلم، طلاق السنة، ثم قال تعالى: ﴿وَلَا تَمْسِكُوهُمْ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾، يريد، والله أعلم، أن يرتجعها ولا حاجة له بها، ثم قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: ٢٣١].

والرجعة تكون على وجهين، أحدهما: أن يطلقها طليقة أو طليقتين، ثم لا يرتجعها حتى تنقضى عدتها، ثم يتزوجها أو يطلقها ثلاثاً، ثم تتزوج زوجاً غيره، فيطلقها الزوج الثانى، ثم يتزوجها الأول، فإن ذلك يسمى ارتجاعاً، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، فسمى تزويجها بعد زوج ارتجاعاً.

والثانى من وجهى الرجعة، هو المستعمل عند الفقهاء، وهو أن يطلقها طليقة أو طليقتين، ثم يرتجعها قبل انقضاء عدتها من غير اعتبار رضاها، ولا رضا وليها، ولا صداق لها؛ لأنه أملك بها ما دامت فى عدتها.

مسألة: وهذا الارتجاع، الأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَيَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، الإمساك الرجعة. وقوله ﷺ فى حديث ابن عمر: «مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر»، ولا خلاف فى صحة وقوعه بالقول.

فأما بالفعل نحو الجماع أو القبلة، قال القاضى أبو محمد: يصح بها وبسائر الاستمتاع للذة. قال ابن المواز: ومثل الجلسة، اللذة، أو ينظر إلى فرجها، وما قارب ذلك من محاسنها، إذا أراد بذلك الرجعة خلافاً للشافعى فى قوله: لا تصح الرجعة إلا بالقول.

والدليل على ما نقوله أن هذه مدة تتعلق بقول الزوج، له رفعها من غير عقد، فوجب أن يصح رفعها من غير قول بالوطء كمدة الإيلاء.

مسألة: ولا يكون بشيء من ذلك رجعة إلا إذا نوى بها الرجعة خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: تكون رجعة بمجرد.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لأمرئ ما نوى»^(*).

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١. مسلم حديث رقم ١٩٠٧. الترمذى حديث رقم ١٦٤٧. النسائى حديث رقم ٧٥. أبو داود حديث رقم ٢٢٠١. ابن ماجه حديث رقم ٤٢٢٧.

ومن جهة المعنى أنه معنى يصح للوطء، فلم يصح إلا مع النية والعقد كالتلفظ بعقد النكاح والرجعة.

فرع: فإن وطئ في العدة لا ينوي الرجعة، فله أن يراجع في العدة، ولا يطأ حتى يستبرئها من ذلك الماء، قاله مالك. قال ابن القاسم: فإن انقضت عدتها لم ينكحها ولا غيره في بقية أمد الاستبراء، فإن فعل فسخ نكاحه، ولا يتأبد تحريمها عليه كما يتأبد تحريمها على غيره؛ لأن الماء ماؤه.

فرع: ولا صدق عليه إن وطئ في العدة، لا يريد الرجعة خلافاً للشافعي؛ لأنه لو ارتجعها لم يكن عليه مهر، فلا يكون الوطاء دون الرجعة أولى بالمهر من الرجعة.

مسألة: ولا تقع الرجعة بمجرد النية دون فعل ولا قول، رواه ابن المواز، عن ابن القاسم وأشهب، فإن نوى به الرجعة، ثم فعل بعد ذلك في العدة شيئاً مما ذكرناه من الاستمتاع، قال محمد بن المواز: إن كان فعل ذلك بما كان نوى من الرجعة، ولم يجدد نية، فهي رجعة؛ لأن فعله ذلك لرجعته التي كان نواها مثل تجديد النية، فذلك يجزئه.

مسألة: فإن أشهد في العدة أنه وطئ أو استمتع، ثم قال بعد انقضاء العدة: نويت بذلك الاستمتاع الرجعة، فقد روى ابن المواز، عن أشهب أنه إذا أقر في العدة أنه وطئ أو قبل أو باشر، ثم ادعى بعد العدة أنه أراد بذلك الرجعة، فهو مصدق.

ولو أقر في العدة أنه خلا بها، ثم ادعى بعد العدة الرجعة بذلك؛ لم يكن ذلك رجعة حتى يكون مقامه عندها ودخوله وخروجه معروفاً بغير إقراره، فيصدق فيما يدعى من أنه ارتجع في العدة.

ففرق بين إقراره بالخلوة وإقراره بالوطء أن الخلوة لا تكون رجعة، وإن نوى بها الرجعة والوطء مع نية الرجعة يكون رجعة، فلذلك افترقا، والله أعلم.

مسألة: ومن قال لغير مدخول بها: إن وطئتك، فأنت طالق، فوطئها، روى ابن سحنون، عن أبيه: هي طالق باليمين، وله الرجعة إن نوى ببقية وطئه الرجعة، فهي رجعة، وإلا لم يحل له التماذى على الوطاء خلافاً لأبي حنيفة؛ لأنها جارية إلى بينونة كالكتابة إذا أسلمت بعد بناء زوجها بها.

ولأن هذا مبني على أنه لا يكون له رجعة إذا عرا من النية، وإذا لم تكن رجعة كان ممنوعاً، وإلا كانت غير مطلقة، وتتضمن هذه المسألة فصلاً آخر، وهو أن ابتداء الوطاء مباح له، وهو مقدار ما يقع به الحنث.

كتاب الطلاق ٤٠٣

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمطلقة إذا لم يكن في منزلها إلا بيت واحد، أخرج عنها الزوج، ولا يكون معها في حجرة تنعلق عليه وعليها، والمبتوتة والرجعية في ذلك سواء، قاله مالك في المدونة.

ومعنى ذلك أن المساواة بين الطلقتين بين لما قدمناه. وهذا مبنى على القول الذى رجع إليه مالك، قال: ولو كانت داراً جامعة، فلا بأس أن يكون هو فى بيت، وهى فى بيت آخر.

ومعنى ذلك أن تكون الدار الجامعة يسكنها جماعة كل واحد منهم ينفرد بمسكنه، فلا بأس أن يسكن الزوج فى مسكن ينفرد به كما تنفرد الزوجة بمسكنها، وهذا حكم الأجنبى، والله أعلم.

مسألة: والرجعة إنما تكون فى المطلقة المدخول بها، فأما غير المدخول بها، فلا رجعة له عليها، وهذا إذا تصادقا على الإصابة، فإن ادعاها أحدهما، وأنكرها الآخر، فقد تقدم ذكر ذلك، ولو اتفقا على إنكار الوطاء، فعليها العدة، ولا رجعة له عليها؛ لأنهما لا يصدقان على نفى النسب وإسقاط حق من حقوق الله فى العدة.

مسألة: فإن دخل بها فى حال حيضها، فلما طهرت طلقها، لا رجعة له عليها، رواه عيسى، عن ابن القاسم فى العتبية.

ووجه ذلك أن الوطاء ممنوع حال الحيض، فلا يصدق فيما يدعيه من ذلك بعد الطلاق لإحراز الرجعية.

مسألة: وإذا راجع المطلقة، فأجابته، قد أسقطت مضغة. قال مالك: هى مصدقة. ووجه ذلك أنها مؤتمنة، وذلك يقتضى تصديقها فيما يمكن إذا راجعته عند قوله، أو عند بلوغ ذلك إليها، فإن قال لها ذلك اليوم، فقالت من الغد: قد كنت أسقطت مضغة، فلا قول لها بخلاف جوابها فى الوقت.

ووجه ذلك أن بصمتها قد صدقته، فثبتت لها الرجعة، فليس لها بعد ذلك أن تبطل ما قد صح له من الرجعة كصمت اليتيمة البكر فى النكاح يثبت عليها عقد النكاح، فليس لها أن تبطله بعد ذلك بدعوى الكراهية وعدم الرضا.

مسألة: فإن أجابته: أنى قد حضت ثلاث حيض. قال أشهب: تصدق فى الأولى، ثم يحسب ما بقى للحيضتين، فما أشبهه، صدقت فيه بغير عمن، وإن لم يشبه ذلك، ثبتت رجعته.

٤٠٤ كتاب الطلاق

ووجه ذلك أن الحيضة الأولى يصح أن تحيضها أثر الطلاق، وذلك إذا لم يتقدم من إقرارها قبل ذلك من قرب الحيضة التي قبلها ما يمنع ذلك، فلذلك لم تحتج في تصديقها في الحيضة الأولى إلى حساب، واحتيج إلى ذلك في الحيضتين الباقيتين.

فإن للحيض والطهر مقادير قدرها الشرع، فينظر إلى أقل ما يكون من ذلك صدقت فيه، وإن ادعت ما لا يصح فيه ذلك لم تصدق، ولزمتها الرجعة، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أَسْلَمَتْ، وَزَوَّجَهَا كَافِرٌ، ثُمَّ أَسْلَمَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، مَا دَامَتْ فِي عِدَّتِهَا، فَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، لَمْ يُعَدَّ ذَلِكَ طَلَاقًا، وَإِنَّمَا فَسَخَهَا مِنْهُ الْإِسْلَامُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أن إسلامها لا يقع به الفسخ، وإنما يقع به منعه من الاستمتاع بها، وإنما يقع فسخ النكاح بانقضاء عدتها، وهو على دينه لم ينتقل إلى دين الإسلام.

ولو وقع فسخ النكاح بإسلامها، لم يكن أحق بها إن أسلم في عدتها؛ لأن تقدم فسخ النكاح يوجب ذلك، كالمراة تشتري زوجها، فإنه يقع الفسخ بتعيين الشراء، ثم إن أعتقته أو باعته قبل انقضاء عدتها، لم يكن أملك بها، ولا سبيل له إليها إلا بنكاح جديد.

* * *

ما جاء في الحكمين

١٢١٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ قَالَ فِي الْحَكَمَيْنِ اللَّذَيْنِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٥]: إِنَّ إِلَيْهِمَا الْفُرْقَةَ بَيْنَهُمَا وَالْاجْتِمَاعَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ الْحَكَمَيْنِ يَجُوزُ قَوْلُهُمَا بَيْنَ الرَّجُلِ وَامْرَأَتِهِ فِي الْفُرْقَةِ وَالْاجْتِمَاعِ.

١٢١٤ - أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٢١١/٥. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم

الشرح: قول على، رضى الله عنه، ذكر أنه فى شأن عقيل بن أبى طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة بعث فى أمرها عثمان بن عفان، عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبى سفيان، فقال على بن أبى طالب، رضى الله عنه، للحكمين: «أتدريان ما عليكم، إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا، فرقتما».

والأصل فى بعثة الحكمين قوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهم﴾. ذهب جمهور العلماء إلى أن المخاطب بقوله: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما﴾ الحكام، والمراد بقوله: ﴿إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ أنهما الحكمان.

ومن صفة الحكمين التى هى شرط فى صحة كونهما حكمين: الإسلام، والبلوغ، والحرية، والذكورة، فإن عدم شىء من ذلك، لم يميز تحكيمهما برضا الزوجين، ولا يبعثه السلطان، قاله مالك، وكذلك العدالة.

ولهما صفات أحر، هى من صفة كمالهما أن يكونا من أهلها، وأن يكونا فقيهين، فقد قال ابن القاسم: إن جعل ذلك الزوجان ووليا اليتيمين إلى من لا يجوز أن يكون حكماً، لم يميز؛ لأن ذلك من باب الغرر.

فصل: وقوله: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ [النساء: ٣٥] خطاب للحكام، ويحتمل على مذهب مالك أن يكون خطاباً لوليا اليتيمين، وذلك أنه ليس لأحد أن يبعث الحكمين إلا الحاكم، أو الزوجان، أو وليا الزوجين، وإن كانا محجورين، وهذا معنى ما فى المدونة.

مسألة: ولو جعل الزوجان ذلك إلى رجل واحد، جاز إذا كان من أهل الحكم، قاله ابن القاسم فى المدونة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى أن يكون من جهة الزوجين؛ لأن الحق فى ذلك لا يخرج عنهما، ولا يجوز للسلطان ولا لولى اليتيمين؛ لأن فى ذلك إسقاط لحق الزوجين، ولا يجوز ذلك فى جزاء الصيد؛ لأنه حق لله تعالى، ولم يأمر فيه إلا بحكمين.

مسألة: وسبب تحكيم الحكمين أن يقبح ما بين الزوجين، ويظهر الشقاق بينهما. قال القاضى أبو محمد: اعلم إن كان ذلك من أحدهما أمر بإزالتها، وإن جهل ذلك، بعث الحاكم حكيمين، وسواء بنى بها الزوج أو لم يبن بها، قاله ابن المواز؛ لأن التقابح قد يقع بينهما قبل البناء.

٤٠٦ كتاب الطلاق

مسألة: وإذا زرع أحد الزوجين أو نزعا جميعاً قبل حكم الحكّمين، فلا يخلو أن يبعث الحكّمين السلطان أو غيره.

فإن بعثهما السلطان، لم يكن لهما نزوع؛ لأن تحكيمهما حكم من السلطان، فليس لهما نقضه؛ فإن بعثهما غير السلطان، جاز لهما النزوع ما لم يستوعبا الكشف عن أمرهما، فلا نزوع لواحد منهما، ويلزم حكمهما، قاله ابن المواز.

ووجه ذلك ما احتج به من أن رجلين لو حكما بينهما رجلاً، فلما ظهر وجه الحق وعلم أحدهما أنه محكوم عليه أراد النزوع، لم يكن له ذلك.

مسألة: وما يحكم به الحكّمان، فعلى وجه الحكم لا على وجه الوكالة والنيابة، فينفذ حكمهما، وإن خالف مذهب الحاكم الذي أنفذ، سواء جمعا أو فرقا، وبه قال الشافعي والشافعي وغيرهم خلافاً لأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي: أنهما إن جمعا، جاز ذلك، وإن فرقا لم يلزم ذلك الزوج.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥]، فسماهما حكّمين، والحكم لا يحتاج فيما يوقعه من الطلاق إلى إذن الزوج كالوإلى.

مسألة: ومن حكم الحكّمين أن يكونا فقيهين، ليعلما مواقع الحق؛ ليحكما به، ويكون أحدهما من أهله، والثاني من أهلها؛ لأن الأهل أعلم بباطن أمرهما، وأعرف بوجوه منافعهما، ويكونان عدلين ليؤمّن جورهما، فإن لم يكن من أهلها من هذه صفته، جاز أن يكونا أجنبيين، والله أعلم.

مسألة: ووجه نظر الحكّمين أن ينظرا في أمرهما، فإن رأيا الإساءة من قبل الزوج، فرقا بينهما، وإن رأيا الإساءة من قبل المرأة تركاهما، واستأمناه عليها، وإن كان من قبلهما جميعاً، فرقا بينهما على بعض ما أصدقها، ولا يستوعب له وعنده بعض العلم، رواه ابن المواز، عن أشهب.

قال محمد: وهو معنى قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

مسألة: وإن فرقا بينهما بطلقة بشيء أخذاه له منها، فهو خلع، والطلقة بائنة، وإن كانت بغير عوض، فهي أيضاً طلقة بائنة. قال أشهب: إذا فرقا بالبئنة، فهي واحدة بائنة،

كتاب الطلاق ٤٠٧

وإن كانت طليقة بغير عوض، وإنما قلنا إنها واحدة بائنة؛ لأنها فرقة حكم من غير اختيار الزوج، ولا تملكه، فكانت بائنة كالفرقة بسبب العقد.

مسألة: وإن حكما بالثلاث، روى ابن حبيب، عن مطرف: ما أخطأ فيه السلطان، ففرق بثلاث فيما فرق فيه بواحدة، فقد أخطأ، وتكون واحدة، وكذلك الحكمان. وقال أشهب: تلزمه واحدة بائنة. وقال ابن القاسم: تلزمه البتة، وبه قال أصبغ.

والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في العبد تزوج بغير إذن سيده، فيفرق السيد بينهما بثلاث تطليقات، والأمة تعتق تحت العبد، فتختار نفسها بثلاث تطليقات، هل تكون ثلاثاً أو واحدة.

مسألة: وإن حكم أحدهما بواحدة، والآخر بثلاث، قال محمد: هي واحدة. وروى ابن حبيب، عن أصبغ: أن ذلك ليس بشيء.

وجه قول محمد أنهما قد اتفقا على إيقاع واحدة، فيجب أن يصح، ويبطل ما اختلفا فيه، وهو ما زاد على الواحدة.

وجه قول أصبغ أن حكم الواحدة غير حكم الثلاث، فلا يوجد اتفاقهما على أحد الحكمين، فيجب أن يبطل ذلك كله.

مسألة: فإن حكم أحدهما بطلقة على مال والآخر بواحدة بغير مال، لم يكن ذلك باجتماع منهما، فإن رضيت أن تمضي له ذلك مع المال، لزم الزوج الطلاق، قاله ابن القاسم في المدونة.

ومعنى ذلك أنهما قد اجتمعا على الطليقة، وإنما اختلفا فيما يأخذ الزوج من مال الزوجة، فلا يلزم ذلك الزوجة إلا برضاها، فلا حجة للزوج.

مسألة: وسواء كان ذلك قبل البناء أو بعده، فليس للحكمين أن يبطلا ما يرجع إلى الزوج من نصف الصداق قبل البناء، كما ليس لهما أن يفرقا بينهما على شيء يأخذانه للزوجة من الزوج.

وجه ذلك أن الطلاق حق من حقوق الزوج، فليس للحكمين أن يخرجاه عن يده على شيء يأخذانه منه، فيكون العوضان من جهته، وإنما يجوز لهما أن يوقعاه لشيء يأخذانه له من مال الزوجة؛ ليكون ما يأخذانه منها يصير إلى الزوج عوضاً عما أخرج عن ملكه من الطلاق.

* * *

ما جاء فى يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح

١٢١٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَالْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَأَبْنَ شِهَابٍ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانُوا يَقُولُونَ: إِذَا حَلَفَ الرَّجُلُ بِطُلَاقِ الْمَرْأَةِ قَبْلَ أَنْ يَنْكِحَهَا، ثُمَّ أَتَمَّ، إِنَّ ذَلِكَ لَازِمٌ لَهُ إِذَا نَكَحَهَا.

الشرح: قولهم: «فيمن حلف بطلاق امرأة قبل أن يتزوجها»، يريدون أن يقول إن تزوجتك، فأنت طالق، أو يقول: إن تزوجتك، فدخلت الدار، فأنت طالق، فيضيف الطلاق إلى النكاح.

وأما إذا لم يضيف الطلاق إلى النكاح، فإنه لا يلزمه شيء، وذلك مثل أن يقول لأجنبية: أنت طالق، ثم يتزوجها، فتدخل الدار، فهذه لا خلاف أنه لا يلزمه شيء من ذلك. قال ابن حبيب: هذا يجمع عليه.

مسألة: وأما إذا أضاف الطلاق إلى النكاح، فالذى ذهب إليه مالك وأبو حنيفة، أن ذلك يلزمه فى التعيين. وقال الشافعى: لا يلزمه شيء من ذلك.

وقد روى عن ابن وهب، عن مالك أنه أفتى رجلاً حلف، إن تزوجت فلانة، فهى طالق، أنه لا شيء عليه إن تزوجها، قاله ابن وهب، ونزلت بالمخزومى فأفتاه مالك بذلك، وليست هذه الرواية بالمشهورة. والمشهور رواية أبى زيد، عن ابن القاسم فى العتبية: لا يفسخ إن وقع.

والدليل على ما نقوله أنه أضاف الطلاق إلى النكاح، فوجب أن يلزمه كما لو تقدم عقد النكاح.

فصل: وقولهم: «ثم أتم، أن ذلك لازم له إذا نكحها»، معناه، والله أعلم، أن ذلك لازم له، وإن كان قد نكحها، وأما لو قال لها: إن تزوجتك، فدخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت الدار، ثم تزوجها، لم يكن عليه شيء بدخولها قبل النكاح، وإنما يلحقه الطلاق بدخولها بعد عقد النكاح.

١٢١٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ فِيمَنْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَنْكِحُهَا، فَهِيَ طَالِقٌ: إِنَّهُ إِذَا لَمْ يُسَمِّ قَبِيلَةَ أَوْ امْرَأَةً بَعِيْنَهَا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ. قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: قوله: «فيمن حلف بطلاق من يتزوج إن لم يسم قبيلة أو يعين امرأة، أنه لا شيء عليه»، وهو مذهب مالك، وبه قال النخعي والشعبي والأوزاعي؛ لأن مالكاً يقول: إذا سد على نفسه باب الاستمتاع، لم يلزمه شيء، وإذا لم يسد على نفسه باب الاستمتاع، لزمه ذلك.

وهو أن يقول: إن تزوجت امرأة من بنى تميم أو من ريش، أو يضيف ذلك إلى بلد، فيقول: إن تزوجت امرأة من مصر، أو تزوجت امرأة بالشام، أو يضيف ذلك إلى زمن لا يستوعب عمره أو أكثر، مثل أن يقول: إن تزوجت هذا العام أو هذه العشرة الأعوام، فمثل هذا يلزمه؛ لأنه لم يسد على نفسه باب الاستمتاع. وقال أبو حنيفة: يلزمه على كل وجه، وقد تقدم ذكره في الأيمان والنذور.

مسألة: ولو قال: كل امرأة أتزوجها إلا فلانة، فهي طالق، فإن كانت التي استثني زوجته التي عنده، فقد قال ابن القاسم: يلزمه ذلك، وكأنه قال معك بخلاف إذا لم تكن تحته. وقال ابن المواز: لا شيء عليه في الوجهين. وروى نحوه عيسى، عن ابن القاسم.

وجه الرواية الأولى أنه إذا كانت التي استثني زوجة له، فقد حلف أن لا يتزوج عليها، ولا خلاف أن ذلك لازم له.

ووجه القول الثاني أنه لم يورده على هذا الوجه، وإنه إنما أورده على وجه الامتناع من نكاح غيرها، ولو لزمه ذلك، للزمه إذا طلقها أن لا يتزوج غيرها، وهذا يسد باب الاستمتاع، فوجب أن لا يلزمه، والله أعلم.

فرع: وإن كانت المرأة أجنبية، فقد اختلف فيه مالك وأصحابه، فروى عنه المصريون، أنه لا شيء عليه كمن عم، وكذلك إذا استثني العدد اليسير كالعشرة ونحوها، أو قبيلة أو قرية، وهم قليل. وروى عيسى، عن ابن القاسم، أنه لا يجد في ذلك، ولكنه إذا استثني العدد القليل الذي ليس فيه سعة للنكاح، فهو كمن عم.

١٢١٦ - أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/٣)، ٢٥٣. ابن حزم في المحلى ٢٠٦/١٠. وذكره

ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٩٨.

٤١٠ كتاب الطلاق

والرواية الثانية رواية المدنيين، روى ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون، عن عبد الملك أنه إذا قال: إلا فلانة، لزمه ذلك.

وجه القول الأول أن المراعى فيه أن يترك ما يمكن فيه النكاح، فإذا استثنى ما لا يمكنه ذلك غالباً، فهو كمن عمّ.

وجه الرواية الثانية أنه إذا استثنى، فقد عدل عن الاستيعاب، فوجب أن يلزمه ذلك كما لو استثنى الكثير.

فرع: فإذا قلنا برواية اللزوم، فقد قال ابن الماجشون: يلزمه ذلك، ولو كانت التي استثنى ذات زوج؛ لأنه يرجى له أن تخلو من الزوج، فيتزوجها، وكذلك لو تزوجها، وطلقها البتة للزمته اليمين، إلا أن يتزوجها في عدة، فتحرم عليه تحريمًا مؤبدًا.

وقال مطرف: إن كانت ذات زوج، أو تزوجها، فأبتها، لم تلزمه اليمين، ولو طلقها طلبة أو طلقتين، لزمته اليمين.

وجه القول الأول ما احتج به من أن اليمين تلزمه ما لم يقطع بتعذر النكاح، والتي أبتها لا يقطع بتعذره لجواز أن يتزوجها غيره، ثم طلقها الزوج، فتزوجها الحالف؛ فهذا لا يقطع بتعذر النكاح عليه، فلزمت اليمين كما لو طلقها طلقة.

وجه القول الثاني أن نكاحها لا يمكنه الآن، فيعتبر بتعذر النكاح عليه حين يمينه، والله أعلم.

فرع: ومن قال: كل ثيب أتزوجها، فهي طالق، ثم قال: كل بكر أتزوجها طالق، فروى عيسى، عن ابن القاسم: لا تلزمه الثانية. وروى ابن وهب، عن مالك: تلزمه اليمينان.

وجه القول الأول أن اليمين الثانية تمنع الاستمتاع، فوجب أن لا يلزمه.

وجه القول الثاني أن اليمين الثانية لا تتناول المنع، وإنما تتناول صنفًا من النساء، وينفى الكثير، فوجب أن يلزمه كالأول.

مسألة: ومن حلف أن لا يتزوج بالإسكندرية، فلا يخلو أن ينويها وعملها، أو ينويها خاصة، أو لا ينوي شيئًا، فإن نواها وعملها، لزمه ذلك، وإن نواها خاصة، ففي كتاب ابن حبيب، فيمن حلف بطلاق من يتزوج بالإسكندرية: إن نوى الحاضرة، لزمه فيمن على مسافة الجمعة.

كتاب الطلاق ٤١١

قال ابن كنانة وابن الماجشون وأصبغ، قالوا: وإن لم ينو شيئاً، لزمه فى مسيرة يوم حتى يجاوز أربعين ميلاً وأكثر، حد ما تقصر فيه الصلاة. وقد قال ابن القاسم: استحسنت أن يتباعد إلى حيث لا تلزمه الجمعة.

قال أصبغ: والقياس أن يتباعد إلى حيث تقصر فيه الصلاة إذا خرج فى ظعنه، ولا تتم فيه الصلاة إذا قدم، والأول استحسان، ولو تزوج فى الموضع الذى برز إليه، لم تقصر حتى يجاوزه، لم أفسخه.

روى ابن سحنون، عن أبيه فى الخالف لا يتزوج من قرطبة، لا يلزمه إلا فى قرطبة وأرباضها، ولو قال: بالقيروان، لم يلزمه إلا فى المدينة نفسها، ولو تزوج من منزل العلويين، لم يلزمه شىء.

وجه القول الأول أن من حلف أن لا يتزوج من الإسكندرية، فقد حلف أن لا يتزوج امرأة من موضع يقع عليه هذا الاسم، وفى حكم ما يقع عليه، فإذا لم ينو شيئاً، كان كل موضع لا تقصر إليه الصلاة من الإسكندرية له حكم الإسكندرية فى ذلك. وقد قال أصبغ: إن ذلك على وجه التحرى، فمن تزوج من موضع مسافة الجمعة، لم نفسخه.

وجه قول سحنون أن الاسم إنما يتناول المصر وأرباضه كقوله تعالى: ﴿لَم يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وإنما يتناول هذا ما يكون مضافاً إلى القرية من الأرباض المتصلة بها؛ لأن الاسم يتناول جميعها.

مسألة: ومن حلف بطلاق من يتزوجها بالمدينة، فى العتبية عن ابن القاسم: لا بأس أن يواعدها بالمدينة، ويعقد نكاحها بغيرها.

وجه ذلك أن المراعى انعقاد النكاح، والنكاح إنما انعقد بغير المدينة، فلا حث عليه.

فروع: ومن حلف بطلاق من يتزوجها من أهل مصر، فتزوج امرأة أبوها مصرى، وأمها شامية، قال ابن أبى حازم: يحنث، والولد تابع للأب دون الأم، وبالله التوفيق.

مسألة: ومن قال: كل امرأة أتزوجها حياتى طالق، لم يلزمه شىء، ولو ضرب لذلك أجلاً، فقد روى ابن حبيب، عن ابن الماجشون فيمن قال: كل امرأة أتزوجها إلى عشر سنين أو عشرين سنة طالق، إن كان مما يشبه أن يعيش إلى مثل ذلك لزمه، وإلا لم يلزمه، والتعمير فى ذلك تسعون عاماً.

٤١٢ كتاب الطلاق

وقال ابن المواز: قال ابن القاسم: العشرون سنة كثير، يتزوج. وقال أصبغ: بعد تصبر وتعفف.

وقال أشهب وابن وهب: لا يتزوج، وإن خاف العنت في الثلاثين. قال مالك: لا يتزوج في الثلاثين، إلا إن خاف العنت.

وروى أبو زيد، عن ابن القاسم: إن قدر أن يتسرى، فلا ينكح، فإن لم يجد، فلا ينكح، إلا أن يخاف العنت، فإن خاف العنت تزوج، ولا شيء عليه.

وجه قول ابن الماجشون أنه إنما يراعى عمره في الأغلب، وما لو زاد عليه لم يمل إلى النساء غالباً، وذلك تسعون عاماً، فلذا علق يمينه بمدة تبلغ عمره التسعين، فهو بمنزلة من علق يمينه بجميع عمره، فلا يلزمه شيء، وإن قصر عن ذلك، وأبقى يمينه مدة من هذا العمر، لزمته اليمين.

وجه قول ابن القاسم أن مدة العشرين سنة كثير تلحق فيها المشقة، ولا تخلو غالباً من العنت، وحال نكاحه أولى من الزنا، وقد أجازته ابن المسيب وغيره.

وإلى نحو هذا ذهب مالك، رحمه الله، إلا أنه راعى الثلاثين سنة، وإن كانت مدة طويلة، إلا أنه لم يعلق الإباحة بخشية العنت دون طول المدة. وأما ابن وهب وأشهب، فكل واحد منهما علق الحكم على لفظ اليمين دون ما يؤول إليه من استيفاء عمره، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ الطَّلَاقُ، وَكُلُّ امْرَأَةٍ أَنْكِحُهَا فَهِيَ طَالِقٌ، وَمَالُهُ صَدَقَةٌ: إِنْ لَمْ يَفْعَلْ كَذَا وَكَذَا فَحِنْثٌ، قَالَ: أَمَّا نِسَاؤُهُ فَطَّلَاقٌ كَمَا قَالَ. وَأَمَّا قَوْلُهُ كُلُّ امْرَأَةٍ أَنْكِحُهَا فَهِيَ طَالِقٌ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُسَمِّ امْرَأَةً بِعَيْنِهَا أَوْ قَبِيلَةَ أَوْ أَرْضًا أَوْ نَحْوَ هَذَا، فَلَيْسَ يَلْزِمُهُ ذَلِكَ، وَلَيْتَزَوَّجُ مَا شَاءَ، وَأَمَّا مَالُهُ فَلَيْتَصَدَّقُ بِثُلُثِهِ.

الشرح: قوله لامرأته: «أنت الطلاق»، يلزمه ذلك على ما قال؛ لأنه مما لا خلاف فيه إذا وقع على هذا الوجه.

وقوله: «كل امرأة أنكحها طالق»، لا يلزمه به شيء لما قدمناه.

ولو حلف بطلاق امرأة إن تزوجها، ثم حلف إن تزوج امرأة تميمية، فهي طالق، وتلك المرأة من تميم، فتزوجها، قال ابن المواز: يقع عليها طلقتان.

ووجه ذلك أن اليمينين كل واحدة منهما غير الأخرى، وكل واحدة منهما تضمنت طلقة، فلما حلف بها، لزمه طلقتان. ويجيء على قول أشهب: لا يلزمه فيها غير طلقة واحدة؛ لأنها يمين متكررة في غير واحدة، كما لو قال لها: إن تزوجتك، فأنت طالق، ثم قال لها مثل ذلك ثانية فتزوجها، فإنما هي طلقة واحدة.

* * *

أجل الذي لا يس امرأته

١٢١٧ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَمْسَهَا، فَإِنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ سَنَةً، فَإِنْ مَسَهَا، وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا.

١٢١٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ، مَتَى يُضْرَبُ لَهُ الْأَجَلُ، أَمِنْ يَوْمِ يَبْنِي بِهَا أَمْ مِنْ يَوْمِ تَرَأْفَعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ؟ فَقَالَ: بَلْ مِنْ يَوْمِ تَرَأْفَعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ.

الشرح: قوله: «من تزوج امرأة، فلم يستطع أن يمسه»، ظاهره أنه معترض عنها ظن أنه يستطيع ذلك، فاعترض عنها؛ لأن المحبوب المسوح لا يستعمل فيه ذلك، إلا أن يكون بمعنى أنه ظهر إلى الزوجة ذلك منه المؤثر في منع الوطء.

قال ابن حبيب: الاعتراض، والعنة، والحصر، والجب. قال القاضي أبو محمد: هي أربعة أشياء: الاعتراض، والعنة، والجب، والخصاء. قال ابن حبيب: والمعترض هو بصفة من يأتي النساء، وربما جامع بعضهن، واعترض عن بعض. والعين، قال ابن حبيب: لا ينتشر ذكره، هو كالأصبع في جسده، لا ينقبض، ولا ينسط.

والحصور، انفرد ابن حبيب بذكره، وقال: هو الذي خلق بغير ذكر أو بذكر صغير كالذر وشبهه، لا يمكن به وطء.

وقال القاضي أبو محمد: العين هو الذي ذكره شديد الصغر، لا يمكنه الجماع بمثله، ولا يتأتى منه انتشار، يولج به لصغره، والخصى هو المنتزع الاثنيين. قال صاحب العين: الخصاء سل الاثنيين، ورجل خصى، إذا اشتكى أنثيه.

١٢١٧ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦/٢٥٣. الأثر ١٠٧٢١. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١١٩٩.

١٢١٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٠٠.

٤١٤ كتاب الطلاق

وقال أبو عبيد، عن أبي زيد: الخضاء أن تسلى أنثياه سلاً، فإن رضت، ولم تخرج، فهو الوج، وإن شق الصفن، فأخرجت، فهو الشق، فإن شقت حتى تسقط، فهو العصب.

والمحبوب المقطوع الذكر. قال صاحب العين: يقال جببت الصبي، إذا استأصلت ما هنالك.

مسألة: وأما العين، والخصى، والمحبوب، فمن أقر منهم بحاله، فللزوجة الخيار فى فرقة دون ضرب الأجل؛ لأن كل واحد منهم قد أقر بمعنى لا يرجى برؤه، وهو مما يوجب الخيار للزوجة لما فيه من عدم الاستمتاع أو بعضه؛ وللزوجة فى ذلك حق على وجه ما، ولذلك فرق بينهما وبين المولى.

مسألة: ومن أنكرك ذلك منهم، فقد قال ابن حبيب: فى الحصور والمحبوب المقطوع ذكره، أو ذكره وأنثياه، أو مقطوع الخصى خاصة، يعتبر هذا بالجلس على الثوب ونحوه. ووجه ذلك أنه يدرك ذلك بالجلس من فوق الثوب، فيعلم ما يدعى وجوده له من ذلك.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه إذا كان غير مصدق فيه، وكان للنساء أن ينظرن إلى الفروج فيما يصدق فيه النساء، جاز للرجال الشهود أن ينظروا إلى هذا إذا كان غير مصدق فيه، وهو أبين فى الشهادة وأبعد مما يكره، ويحظر من الملامسة.

مسألة: وأما المعترض، فإن أقر بذلك، فلا يخلو أن يكون حراً أو عبداً، فإن كان حراً ضرب له أجل سنة، قال ابن المواز، عن مالك: البكر والثيب فى ذلك سواء، ولا خلاف بين الصحابة فيما نعلم، فإنه مروى عن عمر وابن مسعود وغيرهما، إلا رواية عن على بن أبى طالب لا تثبت، وانفرد داود بقوله: لا يؤجل للزوج، ولا خيار للزوجة، وهو محجوج بالإجماع، فإن برئ فى السنة، وإلا فرق بينهما، إن شاءت ذلك.

وإنما ضرب له أجل سنة؛ لأنها مستوعبة لجميع الفصول الموافقة له والمخالفة، فأبيح له أن يتعانى فى جميعها ليصل إلى المعاناة على الوجه الذى يوافق مع ما فى ذلك من سعة المدة والفسحة، لما عسى أن يقع من اعتقال المعاناة، وعدم المعانى به، وفى السنة فسحة للوصول إلى ذلك كله، والله أعلم.

وإن كان عبداً، فقد روى ابن القاسم، عن مالك: أجله ستة أشهر. وقال القاضى أبو

محمد: اختلف في أجل العبيد.

فوجه القول بأنه سنة اعتباره بالحر، ولأن الغرض في ذلك اختباره بتأثير الأزمنة فيه، وذلك يستوى فيه الحر والعبد، فأشار إلى أنها مقولة للملك، وبها قال الجمهور.

ووجه القول بأنها ستة أشهر، أنها مدة تقربه من الفراق، فكان له فيها نصف مدة الحر، كمدة الإيلاء.

فرع: وهذا إذا كان صحيحًا، فإن رفعته وهو مريض، فقد روى يحيى: إن رفعته وهو مريض، فلا يضرب له أجل حتى يصح.

ووجه ذلك أن عذره ظاهر، ولو تعذر عليه الوطاء للمرض، لم تطلق عليه، فلا يضرب له أجل في وقت مرضه.

فرع: والسنة في ذلك من يوم ترافعه امرأته إلى السلطان، قاله ابن المواز، عن مالك.

قال القاضي أبو الوليد: هذه عبارة أصحابنا، وتحقيق ذلك عندي أن أول السنة من يوم الحكم بها، وذلك أن رفعها إلى السلطان لا يوجب لها الحكم إلا بعد إقرار الزوج، أو إثبات ما يوجب لها، وربما كان ذلك في المدة الطويلة، فإذا ثبت عند الحاكم ما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم إنفاذ الحكم، والله أعلم.

مسألة: فإن وطئ في أثناء السنة، واتفقا على وجود الوطاء، فلا خيار لها، وهما على حكم الزوجية اللازمة، فإن ادعى الوطاء، وأنكرته الزوجة، فلا يخلو أن تكون نيبًا أو بكرًا، فإن كانت نيبًا، فالقول قول الزوج مع يمينه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وقد اختلف في المدنية في المرأة تدعى على زوجها العجز عن الوطاء، وينكر ذلك، فأفتى فيها مالك وعبد العزيز بن أبي سلمة بهذا. وقال ابن أبي ذئب: يخلى معها، ويكون عدلان جارحين، فإن خرج إليهما بقطنه فيها نطفة صدق. وقال ابن أبي ذئب: يلطخ ذكره بزعفران، فإذا فرغ أدخل عليها امرأتان، فإن وجدتا الزعفران داخل فرجها، صدق.

وروى الوليد بن مسلم، عن مالك والأوزاعي: أنه يخلى معها بالباب امرأتان، فإذا فرغ نظرتا فرجها، فإن كان فيه منى، فهو صادق، وإلا فهو كاذب.

وقد قال محمد بن عمران: يخلى معها، ثم يخرج، ويلازمها امرأتان، فإن تطهرت صدق، وإن لم تغتسل، فهي مصدقة، فقضى بقول مالك.

٤١٦ كتاب الطلاق

وقال القاضي أبو محمد: وجه ما ذهب إليه مالك أنها مدعية عليه استحقاق الفراق، وهو منكر، فوجب أن يكون القول قوله، ولأن ذلك موكول إلى أمانته.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأصل فى هذه المسألة عندى أنه على السلامة، وهى تدعى عيباً يوجب لها نقض عقد قد أقرأ بصحته، وأما إذا أقر بتعذر الوطاء عليه، ثم ادعاه بعد ذلك فى الأجل، فلو لم يكن هذا موكولاً إلى أمانته لوجب أن يكون القول قولها.

فرع: فإن حلف، فهما على النكاح اللازم، وإن نكل، أحلفت، فإن حلفت، فلها أن تفارقه، وإن نكلت بطلت دعواها، ولزمه البقاء على الزوجية. وروى ابن حبيب، عن مالك: إن نكل عند الأجل، طلقت عليه.

فرع: فإذا قلنا تطلق عليه إذا حلفت بعد نكوله، فإنما تطلق عليه عند انقضاء الأجل، ولو نكل قبل الأجل، ثم أتى الأجل، فادعى أنه أصاب، كان له أن يحلف، وليس الحكم إلا نكوله قبل الأجل بشيء، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك أن له أن يتربص عليه إلى الأجل، فلا معنى لاستحلافه قبل الأجل؛ لأنه إن أصاب قبل الأجل لم يضره عجزه قبل استحلافه، ولم ينقض الأجل.

مسألة: وأما البكر، فقد قال القاضي أبو محمد: فيها روايتان، إحداهما: أنها كالثيب، والأخرى: أن ينظر إليها النساء، فإن قلن بها أثر إصابة، فالقول قوله، وإن قلن أنها على حال البكارة، صدقت عليه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه الرواية الأولى، وبها قال ابن القاسم، أن هذه زوجة ادعت العنة على الزوج، فكان القول قوله كالثيب.

ووجه الرواية الثانية أن لنا فى البكر طريقاً إلى معرفة صدق الصادق منهما، فكان ذلك أولى من الرجوع إلى أمانته.

مسألة: فإن انقضت السنة، وأقرأ بعدم الوطاء، كان لها الخيار فى أن تقيم عنده أو تفارقه، فإن أقامت عنده، ثم أرادت الفراق، ففى كتاب محمد: إذا صبرت عند تمام الأجل، ولم تقم، ثم أرادت القيام، فلها ذلك.

وكذلك روى أبو زيد، عن ابن القاسم فى العتبية، واختلفا، فروى محمد: توقف مكانه بغير ضرب أجل، وليس لها هى أن تفارق دون إذن السلطان، قاله ابن حبيب.

كتاب الطلاق ٤١٧

وروى أبو زيد، عن ابن القاسم: أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بغير إذن من السلطان.

وجه القول الأول أنه أمر مختلف فيه، فلا بد من حاكم يحكم بصحته، لاسيما وليس طلاقه بلازم، وإنما هو اختيار بما تركته.

وجه القول الثاني أن الحاكم لما ضرب الأجل، فقد حكم بما يؤول إليه، وأخذه به، وهذا لأنها لم تحكم بصحة بقائها معه، ولا وجد منها تصريح بالرضى به.

ولو أظهرت الصبر عليه، ففي الواضحة: إذا صبرت امرأة العنين، يريد المعترض، ثم بدا لها، فإن كان بجدتان ما رضيت لأمر وقع بينهما، فليس لها ذلك، وإن بدا لها بعد زمان، قالت: رجوت أن لا يتمادى به، فذلك لها، ولو صبرت على العنين أو الحصور، لم يكن لها بعد ذلك خيار.

مسألة: والطلاق في ذلك طلاق بائنة، ولا رجعة له، وإن قال: قد انطلقت، يريد إذا ادعى الانطلاق بعد الطلاق؛ لأنه طلاق بائن تبع النكاح من الإصابة.

مسألة: وهذا إذا كان صحيحًا، فإن كان مريضًا عند انقضاء الأجل أو مسجونًا، أو هي مريضة أو حائض، ففي كتاب محمد، عن ابن القاسم: يفرق بينهما، ولا ينتظر، رواه يحيى، عن ابن القاسم. وقال عبد الملك: ينتظر به، واختاره ابن المواز.

وجه قول ابن القاسم أن هذا أجل ضربه الحاكم لثبوت الاختيار لها دون امتناع معلوم من جهته، فوجب أن يثبت لها الخيار بانقضائه؛ لأن الحكم قد تناول انقضائه كما تناول ابتداءه، ولذلك فرق يحيى في روايته بين أول الأجل وآخره، فقيل: لا تضرب الآجال حال المرض، وتطلق عليه عند انقضائه، وإن كان مريضًا.

وجه قول أشهب أنه أجل ضرب للإصابة، فإذا انقضى لم يعجله له مع وجود مانع كأشهر المولى.

مسألة: ولو انقطع ذكره قبل انقضاء الأجل، قال ابن القاسم في كتاب محمد: يعجل لها الطلاق حيثئذ، ولا ينتظر تمام السنة، رواه عيسى عنه. وروى محمد، عن أشهب وعبد الملك وأصبيغ وغيره: لا فرق في شيء من ذلك، ولا حجة لها.

وجه القول الأول أنه قد حكم عليه بالفراق لعدم الوطاء، فإذا قطع ذكره، وتعذر الوطاء، كان بمنزلة من اطلع على أنه محبوب، فعجل الفراق.

٤١٨ كتاب الطلاق

وروجه القول الثاني أن هذا أمر طارئ عليه في مدة الأجل، فوجب أن يبطل الأجل، ويثبت النكاح كالمولى يقطع ذكره في أشهر الأجل، وقد أجمعوا على أن الأجل يبطل، وتثبت الزوجية.

مسألة: وحكم إيقاع الطلاق أن يؤمر الزوج بإيقاعه، فيوقع منه ما شاء، فإن امتنع من إيقاعه، فإن الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق خلافاً للشافعي.

وروجه ذلك أنه فسح مجتهد فيه ليس بغالب، ولا أوجبه فساد عقد، فكان طلاقاً كما لو أوقعه الزوج كالفرقة باعتبار الصداق والنفقة، هذا الذي ذكره القاضي أبو محمد.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندي أنها فرقة يلزم الزوج إيقاعها لحق الزوجية، فإذا لم يوقعها حكم عليه بها السلطان، فكانت طلاقاً كفرقة المولى.

مسألة: وإنما يوقع الحاكم عليه طلاقاً واحدة تكون بائنة؛ لأنها قبل الدخول، فلا رجعة فيها، ولا حاجة لأحد إلى إيقاع أكثر منها، مع أن الزائد على الواحدة ممنوع، فإن أوقع أكثر من ذلك، فيتخرج فيه القول على ما تقدم من الخلاف، والله أعلم.

فرع: فإذا فرق بينهما بعد انقضاء الأجل، ففي الموازية روى أشهب، عن مالك: إن ضرب لها الأجل بقرب البناء، فلها نصف الصداق، وقد قال مالك مرة: لها جميعه، وبه أخذ ابن القاسم. قال أشهب، عن مالك: وإن رفعته بعد طول مدة، ثم فرق بينهما بعد انقضاء الأجل، فلها الصداق كله.

وجه القول الأول، وبه أخذ ابن عبد الحكم أن استيفاء عوض المهر في النكاح يكون على وجهين، أحدهما: الجماع، وذلك يكون بالتقاء الختانين.

والثاني: الاستمتاع بالزوجة وجهازها على وجه المكارمة والمرضاة، ولذلك تستحق زوجة المحبوب عليه جميع مهرها، إذا طلقها بعد البناء بها، فإذا لم يمكن في حق غير المحبوب الوطء، جاز أن يكون الاستيفاء بالاستمتاع بالزوجة وجهازها على الوجه المذكور.

ويجب أن يكون ذلك في طويل المدة دون قصيرها؛ لأنه لا خلاف أن ذلك لا يستوفى في الساعة، ولا في اليوم، ولا يعتبر في طويل المدة بالسنة المضروبة لاختيار الزوج؛ لأنه ليس مقتضاها المكارمة والمرضاة، وإنما مقتضاها المشاحة وطلب الزوجة المفارقة، وإنما يعتبر في طول المدة بما مضى قبل أن ترفعه إلى الحاكم لما ذكرناه.

فإن طالت بقدر ما يكون فيها استمتاع الزوج بالزوجة وجهازها، كان لها جميع المهر؛ لأنه قد وجد منها البدل، ووجد منه أحد نوعي الاستيفاء، وإن قصرت عن ذلك، لم يكن لها إلا نصف الصداق؛ لأنه لم يوجد منها نوع من الاستيفاء.

ووجه القول الثاني أنه قد وجد منه الاستمتاع بالزوجة وجهازها، فكان لها جميع الصداق، كما لو طالت المدة قبل التحاكم في ذلك، والله أعلم.

فصل: فأما المجنون، فقد روى محمد، عن مالك: للمرأة أن ترد الرجل بما يضرها به من الجنون والجذام والبرص، وذلك أنه على وجهين، أحدهما: أن يكون الجنون به حين العقد، فغرها من نفسه، فاختارت الطلاق، فإن كان دخل بها، فلها الصداق، وإن لم يين بها، فلا شيء لها.

ووجه ذلك أنه إذا غرها من نفسه بالعنة كان لها الخيار، وهذا أين ضرراً، فبأن يجب لها الخيار به أولى.

فإن كان حدث به ذلك بعد العقد، فعلى حسب ذلك، إن كان قبل البناء، فلها أن تطلق نفسها، ولا شيء لها، وإن كان بعده، فلها جميع الصداق، رواه أشهب، عن مالك.

وروى عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب في المجنون سواء كان جنون إفاقة أو مطبق: إن كان يؤذيها، ويخاف عليها منه، حيل بينهما، وأجل سنة ينفق عليها من ماله، فإن برأ، وإلا فهى بالخيار، وإن كان يعفيها من نفسه، ولا تخاف منه في خلوته بها، فلا حجة لها، وقال نحوه أشهب.

ووجه ذلك أن هذا ليس بمعنى مؤثر في الاستمتاع، فإذا أعفاها من نفسه، ولم يخف منه عليها، فلا خيار لها.

وأشار ابن حبيب إلى التفرقة بين الجنون الموجود حين العقد، والحادث بعده، فقال فيمن زوج ابنه صغيراً، فلما بلغ ظهر أنه أحمق مطبق، فأرادت هي أو ولي الصغيرة الفسخ، وقالت: كان الجنون به قديماً، وبالبلوغ ظهر، فهذا لا يعرف، وهو على أنه حادث.

فرع: فإذا قلنا يفرق بينهما في الجنون، ضرب له أجل سنة يتعالج فيها، وقد قال مالك: يجبس في حديد أو غيره إن خيف عليها منه، وهذا في الذي يخاف عليها منه،

٤٢٠ كتاب الطلاق

وهي مع ذلك لا تستوحش من مجالسته، ويخاف عليها من ذلك أذى، فإن عندى أنه يفرق بينهما، فإن برأ المجنون فى السنة، قال مالك: فإن برأ، وإلا فهى بالخيار. ووجه ذلك ما قدمناه.

فروع: والموسوس، والذى يغيب مرة بعد مرة سواء، رواه ابن المواز، قال: وقد قال مالك: يؤجل الموسوس سنة.

ووجه ذلك أن هذه معان يعدم معها العقل والميز، فأشبهت الجنون.

مسألة: وأما الجذام، فقد تقدم من قول مالك: أن لها الخيار فى الجذام، وكذلك إن حدث به.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنه معنى منع الاستمتاع.

فروع: ومقدار الجذام الذى يوجب لها الخيار، قال أشهب: ليس له حد إلا أن يكون بشعاً حساً، لا يَحْتَمِلُ النظر إليه، وتغض الأبصار دونه، فلها الخيار.

وروى عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب: أنه إذا كان بالرجل جذام لا شك فيه، وإن لم يكن مؤذياً، ولا فاحشاً، فليفرق بينهما إن طلبت ذلك؛ لأنه لا تؤمن من زيادته. وأما الخفى الذى يشك فيه، ولا يعرف أنه جذام، فلا يفرق بينهما.

وجه القول الأول أنه لا يمنع نفس الاستمتاع، وإنما يلزمه، فإذا لم يكن فيه أذى، ولا مضرة من قبحه، فلا خيار لها.

ووجه القول الثانى أن النفوس مجبولة على كراهته والنفار ممن هو به، وذلك يمنع النشاط إلى الاستمتاع والانبساط إليه، فاقضى ذلك منع الاستمتاع كما لو كان الجذام بالمرأة، والله أعلم.

فروع: ولو شاءت المقام معه، ثم قامت بعد سنين، فقد قال أشهب فى التى لها الخيار بقبح جذام زوجها، فشاءت المقام، ثم بدا لها، فذلك لها.

وروى عن ابن القاسم ابن المواز: أن الإمام إذا خير زوجة الأجدم، فاختارت المقام، ثم قامت بعد سنين، لا حجة لها إذا كان رضاها عند السلطان أو غيره، إذا أشهدت، إلا أن يتزايد أمره.

وروى عنه عيسى، أنه قال: لا حجة لها إذا قالت: ظننت أنه سيذهب.

كتاب الطلاق ٤٢١

ووجه قول أشهب أن هذا أمر يشتد ضرره ويزيد أمره، ولا يكاد يثبت على حالة واحدة.

ووجه قول ابن القاسم أنها إذا رضيت المقام معه عند السلطان، لزمها؛ لأن السلطان قد حكم بإسقاط خيارها، والله أعلم.

فصل: وأما البرص، فقد تقدم من رواية ابن المواز، عن مالك: أن للمرأة أن ترد الرجل بما يردّها به من الجنون والجذام والبرص، وهذا فيما غيرها به، وما حدث بالرجل من جنون أو جذام أو برص، فلها الخيار.

قال مالك: وليس حدوث البرص الشديد مثل ذلك، ولا سمعت أحدًا فرق فيه، ولا أرى ذلك. وروى عنه أشهب: لا يفرق فيه، وإن غيرها، فعلى هذا عن مالك فى التى يغرها زوجها، روايتان، إحداهما: إثبات الخيار لها، وبها قال ابن القاسم وابن عبد الحكم، والثانية: نفيه.

وفى الذى يحدث به رواية واحدة فى نفس الخيار، قال ابن القاسم: وإن كان ما حدث منه شديدًا. وروى عيسى، عن ابن القاسم فى الذى يحدث به من البرص ما خف منه، فلا خيار لها، وما فيه ضرر لا تصبر عليه، فلها الخيار به. وقال القاضى أبو محمد: واختلف عنه فى البرص إذا غر به، والصحيح أنه يثبت لها فيه الخيار.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولأنه معنى يؤثر فى الاستمتاع للزوج الخيار به، إذا كان بالزوجة، فكان للزوجة الخيار، إذا كان بالزوج كالجذام، فذهب القاضى أبو محمد إلى إثبات الخيار لها بهذه العيوب كلها، كانت موجودة حين العقد أو ثبتت بعده.

والفرق بين ما يحدث من ذلك بالزوجة وبين ما يحدث بالزوج، أن الزوج يقدر على رفع العقد بالطلاق، والزوجة لا تقدر على ذلك، فلو لم يثبت لها الخيار؛ لأدى إلى استدامة الضرر، وما قاله القاضى أبو محمد يقتضى أن حق المرأة فى إثبات الخيار لها بما حدث بالزوج من ذلك أكد من حق الزوج مما يثبت بالمرأة، وهو ظاهر، والله أعلم.

فروق: والفرق بين ما يوجد منه حين العقد وبين ما يحدث بعد ذلك على رواية من فرق بينهما أنه فى الذى كان موجودًا به قاصدًا إلى الخديعة والإضرار بها.

والذى حدث ذلك به بعد العقد غير قاصد إليه بما حدث بها منه بعد العقد، وإنما

٤٢٢ كتاب الطلاق

يكون له أن يطلق قبل البناء بها، ولها نصف الصداق، ولها بعد البناء جميعه، ولو كان ذلك بها عند العقد، لكان له قبل البناء أن يفارقها، ولا شيء عليه من الصداق.

وأما من فرق بين كثير ما حدث منه وقليله، ولم يذكر ذلك فيما كان منه عند العقد، فإنما أثبت لها الخيار في كثير من أجل استدامة الضرر، ويلزم على هذا أنها إذا رضيت به كان لها القيام به؛ لأنه ليس من وجه العنة، وإنما هو من وجه الضرر، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الَّذِي قَدْ مَسَّ امْرَأَتَهُ، ثُمَّ اعْتَرَضَ عَنْهَا، فَإِنِّي لَمْ أَسْمَعْ أَنَّهُ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ، وَلَا يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من مس امرأته، ولو مرة واحدة، ثم اعترض عنها، فإنه لا يضرب له أجل، ولا يفرق بينهما، ولا حجة لها عليه في ذلك.

وعلى هذا فقهاء الأمصار غير أبي ثور، فإنه قال: يؤجل، وهو محجوج بالإجماع قبله، ولأن الملامسة الواحدة يكمل بها الصداق، فيبطل بها حكم الاعتراض؛ لأنها بمنزلة استيفاء الاستمتاع أجمع، إذا منع منه في المستقبل عذر كما لو مات أحد الزوجين، والله أعلم.

* * *

جامع الطلاق

١٢١٩ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ مِنْ ثَقِيفٍ أَسْلَمَ، وَعِنْدَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ، حِينَ أَسْلَمَ الثَّقَفِيُّ: «أَمْسِكْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ» (١).

١٢١٩ - ذكره في الدر المنثور ١١٩/٢ وعزاه السيوطي للشافعي وابن أبي شيبة وأحمد والترمذي وابن ماجه والنحاس في ناسخه، والدارقطني والبيهقي، عن ابن عمر. أخرجه البيهقي ١٨١/٧، عن ابن عمر. ابن حبان ١٨٢/٦. أحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٩٥، ٤٦١٧، ٥٠٠٧، ٥٥٣٣، عن ابن عمر. البغوي بشرح السنة ٨٩/٩، عن ابن عمر.

(*) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٥٩/٧: هكذا رواه جماعة رواة الموطأ وأكثر رواة ابن شهاب، ورواه ابن وهب، عن يونس، عن ابن شهاب، عن عثمان بن محمد بن أبي سويد، أن رسول الله ﷺ قال لعيلان بن سلمة الثقفي حين أسلم وتحتة عشر نسوة: «خذ منهن أربعا وفارق سائرهن».

=رواه يحيى بن سلام، عن مالك، ومعمر، وبجر السقاء، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه - مسنداً، فأخطأ فيه يحيى بن سلام على مالك، ولم يتابع عنه على ذلك؛ ووصله معمر، فرواه، عن ابن شهاب، عن سالم، عن ابن عمر ويقولون إنه من خطأ معمر، ومما حدث به بالعراق من حفظه؛ وصحيح حديثه، ما حدث باليمن من كتبه، حدثنا خلف ابن سعيد قال: حدثنا عبدالله ابن محمد، قال: حدثنا أحمد بن خالد، قال: حدثنا علي بن عبدالعزيز، قال: حدثنا أبو عبيد القاسم بن سلام، قال: حدثنا يزيد بن هارون، عن سعيد بن أبي عروبة، عن معمر بن راشد، عن الزهري، عن سالم بن عبدالله بن عمر، عن أبيه، أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة، وأسلمن معه؛ فأمر رسول الله ﷺ أن يختار منهن أربعاً.

قال: وأخبرنا أبو عبيد، قال: وحدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان الثوري، عن معمر، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن النبي ﷺ مثل ذلك، وقد ذكر يعقوب بن شيبه، حدثنا أحمد بن شيبه، حدثنا عبدالرزاق، قال: لم يستد لنا معمر حديث غيلان بن سلمة أنه أسلم - وعنده عشر نسوة، وقد روى عن قيس بن الحارث وبعضهم يقول فيه: الحارث بن قيس الأسدي، والأكثر قيس بن الحارث، قال: أسلمت وعند ثمانى نسوة، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: اختر منهن أربعاً.

أخبرنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا مسدد ووهب بن بقية، قالوا: أخبرنا هشيم، عن ابن أبي ليلى، عن حميضة بن الشمردل، عن الحارث بن قيس، قال مسدد بن عميرة: قال وهب الأسد: وأسلمت - وعندى ثمانى نسوة، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: اختر منهن أربعاً.

قال أبو داود: وحدثنا أحمد بن إبراهيم، قال: حدثنا هشيم بهذا الحديث، فقال: قيس بن الحارث مكان الحارث بن قيس، قال أحمد بن إبراهيم: هذا هو الصواب - يعني قيس بن الحارث.

قال أبو داود: وحدثنا أحمد بن إبراهيم، قال: حدثنا بكر بن عبدالرحمن قاضي الكوفة، عن عيسى بن المختار، عن ابن أبي ليلى، عن حميضة بن الشمردل، عن قيس بن الحارث، بمعناه.

قال أبو عمر: الصحيح عن هشيم في هذا الإسناد، الحارث بن قيس، وعن غير هشيم: قيس بن الحارث وهو الصواب إن شاء الله؛ لأن عيسى بن المختار، والكلبي، اجتمعوا على ذلك.

هكذا يقول الثوري، عن الكلبي، عن حميضة بن الشمردل، عن قيس بن الحارث بن حذاف الأسدي، قال: وأسلمت - وكان عندى ثمانى نسوة، فأتيت النبي ﷺ فقال: اختر منهن أربعاً، وأترك أربعاً.

ورواه شريك، عن الكلبي، عن حميضة بن الشمردل، عن الحارث بن قيس، قال: وأسلمت وعندى ثمانى نسوة، فأتيت النبي ﷺ فأمرني أن أختار منهن أربعاً.

أخبرنا قاسم بن محمد، قال: حدثنا خالد بن سعد، قال: حدثنا أحمد بن عمرو، قال: حدثنا ابن سنجر، قال: حدثنا الفضل بن دكين، قال: حدثنا شريك - فذكره.

الشرح: قد روى عنه عليه السلام: «أنه أمر غيلان بن سلمة الثقفي الذي أسلم، وعنده عشر نسوة أن يمسك منهن أربعاً، ويفارق سائرهن»^(١)، ولم يحد له إمساك الأوائل ولا غيرهن، وذلك يقتضى أنه خير في أن يمسك من شاء منهن ويفارق سائرهن، وبذلك قال مالك والليث والشافعي^(٢).

=وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا جرير، عن الكلبي، عن ابن شمرذل، عن قيس بن الحارث الأسدي، قال: وأسلمت وتحتى ثمانى نسوة، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: اختر منهن أربعاً.

قال أحمد بن زهير: كذا قال ابن شمرذل - بالذال وإنما هو الشمرذل وهو الرجل الطويل. وحدثنا سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر ابن أبي شيبة، قال: حدثنا بكر بن عبدالرحمن، قال: حدثنا عيسى بن المختار، عن ابن أبي ليلى، عن حميضة بن الشمرذل، عن قيس بن الحارث الأسدي، «أنه أسلم وتحتى ثمانى نسوة، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً».

قال أبو عمر: الأحاديث المروية في هذا الباب كلها معلومة، وليست أسانيدھا بالقوية، ولكنها لم يرو شيئا يخالفها عن النبي صلى الله عليه وسلم، والأصول بعضها والقول بها والمصير إليها - أولى وباللھ التوفيق.

(١) أخرجه ابن ماجه برقم ١٩٥٣، ١/٦٢٨ كتاب النكاح باب ٤٠، عن ابن عمر. أحمد ٤٤/٢، عن ابن عمر. ابن أبي شيبة ٣١٧/٤، عن ابن عمر. البخارى فى تاريخه ٢٤٨/٦، عن عثمان بن محمد. الدارقطنى ٢٦٩/٣، عن ابن عباس. الطحاوى بمعانى الآثار ٢٥٣/٣، عن محمد بن أبى سويد.

(٢) ذكر ابن عبد البر فى هذه المسألة اختلف الفقهاء وما لهم من آراء فى هذه المسألة باستفاضة، فقال: قد اختلف الفقهاء فى ذلك، فقال مالك، والشافعي، ومحمد بن الحسن، والأوزاعي، والليث بن سعد: إذا أسلم الكافر، كتابياً كان أو غير كتابي، وعنده عشر نسوة، أو خمس نسوة، أو ما زاد على أربع، اختار منهن أربعاً، ولا يزال كالأوائل أو الأواخير، على ما روى فى هذه الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم، وكذلك إذا أسلم وتحتى أختان اختار أيتهما شاء، إلا أن الأوزاعي روى عنه فى الأختين أن الأولى امرأته.

وقال الثورى وأبو حنيفة وأبو يوسف: يختار الأوائل فإن تزوجن فى عقدة واحدة، فرق بينه وبينهن.

وقال الحسن بن حى: يختار الأربع الأوائل، فإن لم يدر أيتهن أول، طلق كل واحدة منهن تطليقة، حتى تنقضى عدتهن، ثم يتزوج منهن أربعاً إن شاء.

وقال أحمد بن المعدل: سئل عبدالملك عن رجل أسلم وعنده عشر نسوة، قال: يفارق سنا ويقيم على أربع، وتلك السنة التى أمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم الثقفى.

= قال عبد الملك: فإن وجد الاثنتين من الأربع أختيه، قال: يكون له من الست اثنتان، لأنه لم يطلق، إنما ظن السلطان أنه قد أبقى له أربعاً، ففسخ ما سوى ذلك بتخييره إياه، ثم انكشف أن منهن أختين له، فينبغي أن يرد إلى تخييره، كما لو كن عنده، أمسك أربعاً وفسخ ما سوى ذلك. قال أحمد: يعني تخييره من الست اثنتين؛ لأنه رجل كان عنده ثمانى نسوة، فكان عليه أن يفارق أربعاً، فغلب عليه السلطان فنزع منه ستاً؛ لأن أختيه من الرضاة لم يكونا زوجتيه، قيل لعبد الملك: فلم تزوجن؟ قال: إذ لا يكون له إلهن سبيل؛ لأنه أحلهن لمن نكحهن. قال: وإن كان خفي على الحاكم، فإنه حكم قد فات، وقيل: النكاح لم يفت، فمن هناك رد عليه. قال: وإذا تزوجت فهي مثل المطلقة، لم تبلغها الزوجة فتزوجت، وهي زوجة للأول ففاتت ومضى ذلك. قال: ولو أسلم، وعنده أختان من نسب، أو رضاع، أو امرأة وعمتها كان ذلك كله كأنما عقده، وهو مسلم، عقدًا واحدًا.

وقال أبو ثابت: قلت لابن القاسم: أرأيت الحرى أو الذمى يسلم وقد تزوج الأم والابنة في عقدة واحدة، أو عقدتين فلم يبين بهما، أله أن يجبس أيتهما شاء ويفارق الأخرى؟ قال: نعم، قلت: وهذا قول مالك؟ قال: نعم. قال مالك: إلا أن يكون مسهما جميعاً فإن مسهما جميعاً فارقهما جميعاً.

قال ابن القاسم: وإن مس واحدة ولم يمس الأخرى، لم يكن له أن يختار التي لم يمس، وامرأته هاهنا التي قد مس. قال: وأخبرني من أتق به، عن ابن شهاب، أنه قال في المحوسى يسلم وتحت الأم وابنتها: أنه إن لم يكن أصاب واحدة منهما، اختار أيتهما شاء، وإن وطئ إحدهما، أقام على التي وطئ وفارق الأخرى، وإن مسهما جميعاً، فارقهما جميعاً، ولم تحل له واحدة منهما أبداً.

وقال ابن أبي أويس: قال مالك في الرجل ينكح المرأة المشركة، وابنتها، فدخل بهما، ثم أسلم ويسلمان: أنه يفرق بينهما وبينه، ولا ينكح واحدة منهما أبداً. قال إسماعيل: كل ملك لا يجوز لمسلم أن يستأنفه، فإنه لا يجوز للذى أسلم أن يقيم عليه. قال: وحدثني أبو ثابت، قال: حدثني عبدالله بن وهب، قال: أخبرني ابن لهيعة، عن ابن أبي حبيب، أن محوسياً أسلم، وكان تحت امرأة وابنتها، فكتب فيه عمر بن عبدالعزيز أن له فى النساء سعة، ففرق بينهما وبينه، ثم لا يرتجع منهما شيئاً.

قال عبدالله: وأخبرني أسامة بن زيد الليثى، أن عدى بن أرطاة كتب إلى عمر بن عبدالعزيز يسأله عن رجل من المحوس أسلم وعنده امرأة وابنتها أسلمتا معه، فكتب إليه عمر أن يطلقهما جميعاً، وقال: لا أحب أن يمسك واحدة منهما وقد أطلع ذلك المطلع منهما.

وقال ابن أبي أويس: قال مالك في المشرك يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، أنه يختار منهن أربعاً، ولا يبالي أوائل كن أو أواخر، هو فى ذلك بالخيار.

قال مالك: وذلك أنه لو مات من الأوائل أربع، أو أكثر، أو أقل، جاز له أن يجبس من الأواخر =

٤٢٦ كتاب الطلاق

وكذلك لو كانت تحته أختان؛ لكان له أن يختار أيتهما شاء، ويسواء تزوجهما فى عقد واحد أو عقود مختلفة. وقال أبو حنيفة: ليس له أن يمسك إلا الأوائل، فإن تزوجهن فى عقد واحد، فرق بينه وبينهن، ثم تزوج من شاء منهن، وبه قال الثورى.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث المتقدم، ولم يسأله عن صحة نكاحهن، وهو موضع حكم والسؤال عن أسبابه مع أن الغالب أنه لا يتزوجهن فى عقد واحد، والله أعلم.

مسألة: وهذا مبنى على أن أنكحة الكفار فاسدة لعروها عن شروط الصحة، لكن إن كان الفساد يقارن العقد فقط، فذلك الذى يصححه الإسلام، فإن كان يبقى بعد العقد وأدركه الإسلام، بطل النكاح، وإن انقضى قبل الإسلام صححه الإسلام.

وذلك مثل أن تنكح المرأة فى عدتها، ثم تسلم وهى فى عدتها، فقد قال ابن القاسم: يفسخ النكاح. قال أشهب: وإن لم يكن بنى بها، ولو وطئ بعد إسلامه فى العدة، لم تحل له أبداً.

وكذلك من تزوج على سنة المتعة، فأسلم قبل الأجل، فسخ نكاحه، ولو أسلم بعد الأجل ثبت نكاحه، بنى أو لم يبن، قاله أشهب، وذلك كله من كتاب محمد، ووجهه ما تقدم.

مسألة: ومن أسلم وعنده عشر نسوة، فلم يختار منهن حتى مات، قال محمد: سمعت من قال: إنهن يرثن منه الثمن مع الولد، والربع مع عدمه، ومن دخل بها منهن فلها صداقها، ومن لم يبن بها فلها خمسا صداقها. قال محمد: لأنه لم يكن عليه إن لم يدخل بها، إلا صداق أربع يقسم ذلك بينهن، والله أعلم.

=أربعا، ولو كان كما يقول هؤلاء، لم يصح أن يجبس الأواخر إذا مات الأوائل؛ لأن نكاحهن فاسد فى قولهم.

قال ابن نافع: وكان ابن أبى سلمة يقول: يجبس الأوائل.

أخبرنا عبد الله بن محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود.

وحدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أحمد بن زهير، قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا وهب بن جرير، عن أبيه، قال: سمعت يحيى بن أيوب يحدث، عن يزيد بن أبى حبيب، عن أبى وهب الجيشانى، عن الضحاك ابن فيروز، عن أبيه، قال: قلت: يا رسول الله، إنى أسلمت وتحتى أختان، قال: طلق أيتهما شئت. ورواه ابن وهب، عن ابن لهيعة، عن أبى وهب الجيشانى، سمع الضحاك ابن فيروز، عن أبيه، مثله سواء. انتهى.

مسألة: ولو طلق أربعاً من العشرة، فقد قال محمد بن عبدوس: ليس له أن يختار من العشر غير الأربعة؛ لأن طلاقه للأربع اختيار لمن طلق، وبالطلاق وقع على المطلقات. ووجه ذلك أن الطلاق إنما يقع في نكاح، وإنما يتعلق بالزوجة، فإذا وجه الطلاق إليها، فقد اختارها زوجة، فإذا استوعب أربعة بالطلاق، فقد استوعب من كان له أن يختار، ولا سبيل له إلى سائرهن إلا بنكاح جديد كما لو اختار أربعاً، تم طلقهن.

١٢٢٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَحُمَيْدَ ابْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَعَبِيدَ اللَّهِ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُثْبَةَ بْنَ مَسْعُودٍ وَسَلِيمَانَ بْنَ يَسَارٍ كُلَّهُمْ يَقُولُ: سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَقُولُ: أَيَّمَا امْرَأَةٍ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ، ثُمَّ تَرَكَهَا حَتَّى تَحِلَّ وَتَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَيَمُوتَ عَنْهَا أَوْ يُطَلِّقَهَا، ثُمَّ يَنْكِحُهَا زَوْجَهَا الْأَوَّلَ، فَإِنَّهَا تَكُونُ عِنْدَهُ عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ طَلَّاقِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ السُّنَّةُ عِنْدَنَا الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا.

الشرح: قول عمر، رضی الله عنه: «أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين»، يريد ما لم يستوعب الثلاث، «ثم تركها، حتى تحل، وتنكح زوجاً غيره، فيموت عنها أو يطلقها، ثم ينكحها الأول، فإنها عنده على ما بقي من طلاقها»، يريد إن كان طلقها قبل أن يتزوجها الثاني طليقة، فإنها إذا رجعت إليه تكون عنده على طليقتين. فإن كان طلقها طليقتين قبل الثاني، فإنها إذا رجعت للأول لا يبقى له فيها إلا طليقة واحدة؛ لأن الزوج لا يهدم من الطلاق إلا الثلاث، فأما الطليقة والطلقتان، فلا يهدمها الزوج، وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يهدم الطليقة والطلقتين، وإذا رجعت إلى الأول بعد أن طلقها طليقة أو طليقتين، فإنها تكون عنده على جميع الطلاق كما لو طلقها ثلاثاً، ثم رجعت إليه بعد زوج.

١٢٢٠ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٣٥١/٦. ابن أبي شيبة ١٠١/٥. ابن حزم في المحلى ٢٥٠/١٠. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٠٢.

١٢٢١ - مَالِك، عَنْ ثَابِتِ بْنِ الْأَخْنَفِ أَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَّ وَوَلَدِ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ ابْنِ الْخَطَّابِ، قَالَ: فَدَعَانِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ فَجِئْتُهُ، فَدَخَلْتُ عَلَيْهِ، فَإِذَا سَيَاطُ مَوْضُوعَةٌ، وَإِذَا قَيْدَانِ مِنْ حَدِيدٍ، وَعَبْدَانِ لَهُ قَدْ أَجْلَسَهُمَا، فَقَالَ: طَلَّقَهَا، وَإِلَّا وَالَّذِي يُحْلَفُ بِهِ فَعَلْتُ بِكَ كَذَا وَكَذَا، قَالَ: فَقُلْتُ: هِيَ الطَّلَاقُ أَلْفًا، قَالَ: فَخَرَجْتُ مِنْ عِنْدِهِ، فَأَذْرَكْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ بِطَرِيقِ مَكَّةَ، فَأَخْبَرْتُهُ بِالَّذِي كَانَ مِنْ شَأْنِي، فَتَغَيَّبَ عَبْدُ اللَّهِ، وَقَالَ: لَيْسَ ذَلِكَ بِطَّلَاقٍ، وَإِنَّهَا لَمْ تَحْرُمَ عَلَيْكَ، فَارْجِعْ إِلَى أَهْلِكَ، قَالَ: فَلَمْ تُقِرِّرْنِي نَفْسِي حَتَّى أَتَيْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ، وَهُوَ يَوْمَئِذٍ بِمَكَّةَ أَمِيرٌ عَلَيْهَا، فَأَخْبَرْتُهُ بِالَّذِي كَانَ مِنْ شَأْنِي، وَبِالَّذِي قَالَ لِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ. قَالَ: فَقَالَ لِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ: لَمْ تَحْرُمَ عَلَيْكَ، فَارْجِعْ إِلَى أَهْلِكَ، وَكَتَبَ إِلَيَّ جَابِرُ بْنُ الْأَسْوَدِ الزُّهْرِيُّ، وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ يَأْمُرُهُ أَنْ يُعَاقِبَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَأَنْ يُحْلِيَ بَيْنِي وَبَيْنَ أَهْلِي، قَالَ: فَقَدِمْتُ الْمَدِينَةَ فَجَهَّزَتْ صَفِيَّةُ امْرَأَةَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ امْرَأَتِي حَتَّى أَدْخَلْتَهَا عَلَيَّ بِعِلْمِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، ثُمَّ دَعَوْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَوْمَ عُرْسِي إِلَى وَلِيمَتِي فَجَاءَنِي.

الشرح: قوله: «فدخلت عليه، فإذا سيات موضوعة وقيدان حديد وعبدان»، يقتضى مع كمال الحديث أن هذا عند عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير مما يقع به الإكراه الذى يمنع وقوع الطلاق.

وروى ابن المواز: أن التهديد بالضرب، وإن قل، وأن السجن إكراه، وكذلك أخذ بعض المال، وقال فيمن مر بعشار، فقال فى أمة، هى له حرة؛ لا شىء عليه.

وروى عيسى، عن ابن القاسم فى يمين المكره: إن كان لم يحلف، فلا شىء عليه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أن يكون يعلم أن الخالف يقدر على ذلك، وأنه ممن لا ينزع عنه، وليس من شروطه أن لا يتحقق ذلك أن لا يسرع فيه، وعلى هذا يدل حديث ثابت بن الأحنف.

فصل: وقوله: «فقال: طلقها، وإلا والذى يحلف به، فعلت بك كذا وكذا، فقلت:

١٢٢١ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٥٨/٧. ومعرفى السنن والآثار ١١/١٤٨٠٧. وذكره

ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٠٣.

كتاب الطلاق ٤٢٩

هي الطلاق ألفاً، يقتضى أنه طلقها مكرهاً، وقد أفتاه عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير بأن ذلك لا يلزمه، وهو المعروف من قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يلزم المكره طلاقه، وبه قال النخعي والشعبي، ويروى عن سعيد بن المسيب.

والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا طلاق في إغلاق»^(١) والإغلاق الإكراه.

ومن جهة المعنى أن هذا طلاق لو أقر به لم يلزمه، فإذا أوقعه لم يلزمه كطلاق المجنون.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فسواء أكره على إيقاع الطلاق أو الإقرار به، أو اليمين به، أو الحنث في يمين، لزمته به كل ذلك لا يلزمه؛ لأنه معنى يتضمن الطلاق، فلم يلزم بالإكراه كالإقرار.

فصل: وقوله: «ثم دعوت عبد الله بن عمر إلى وليمتي، فجاءني»، يقتضى بقاءه على ما أفتاه به من أن المكره لا يلزمه طلاق، ولذلك حضر وليمة بنائه بها مع علمه بأنه قد كان طلقها مكرهاً.

وكتب عبد الله بن الزبير إلى جابر بن الأسود يأمره أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمن لما كان من تعديه على ثابت وظلمه له، وإن كان ما أوجأه إليه من الطلاق لا يلزمه، وهذا هو الواجب على من إليه شيء من أمور المسلمين أن ينصف ضعيفهم من قويهم، والله الموفق للصواب.

١٢٢٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَرَأَ: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ»^(١).

(١) أخرجه ابن ماجه حديث رقم ٢٠٤٦. أبو داود حديث رقم ٢١٩٣. أحمد في المسند حديث رقم ٢٥٨٢٨.

١٢٢٢ - أخرجه مسلم في الطلاق بحديث رقم ٣٦٠٦. أبو داود في الطلاق بحديث برقم ٢١٨٥. النسائي في الطلاق ١٣٩/٦. البيهقي في معرفى السنن والآثار ١١/١٤٦٢٠. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٠٤.

(١) الذى فى القراءات السبع: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ الطلاق رقم ١. قال ابن جنى فى المحتسب ٣٨٦/٥ قرأ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ فِى قُبْلِ عِدَّتِهِنَّ﴾ - النبى ﷺ وعثمان وابن=

قَالَ مَالِكٌ: يَعْنِي بِذَلِكَ أَنْ يُطَلَّقَ فِي كُلِّ طَهْرٍ مَرَّةً^(١).

الشرح: قوله: «فطلقوهن لقبل عدتهن»، يحتتمل أن يريد به أنه سمعه يورد ذلك على سبيل التفسير، فأما القراءة، فلا تكون إلا على ما تضمنه المصحف.

ومعنى قوله: «لقبل عدتهن»، أن يطلقها طاهراً، فتلك المدة التي تستقبل بها العدة، يريد أن تبدأ فيها، وهو قريب من معنى قوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] لأن معنى ذلك أن تطلق في حالة تعدد بها.

ولا خلاف أنه لا يجوز الطلاق في حال الحيض، فثبت أن الأمر بالطلاق تناول حال الطهر، وثبت بذلك أن زمن الطهر هو الذي يقع الاعتداد به، وهو الذي تستقبل العدة به.

وقوله عن مالك: «إن معنى ذلك أن يطلق في كل طهر مرة»، مما انفرد به يحيى بن يحيى، وقد أنكرت هذه الرواية على يحيى بن يحيى، وقيل إنها مخالفة لمذهب مالك، رحمه الله؛ لأن طلاق السنة عنده أن يطلق طلقة في كل طهر، أى في طهر سأل أن يتدئ به الطلاق، ويوقعه مرة واحدة لا يتبعها في ذلك الطهر طلقة ثانية.

وليس في ذلك الطلاق إيقاع طلاق في الطهر الثاني، ولا المنع منه؛ لأن الأمر جهته التعلق بالعموم، ولا يجوز لمن تأول ذلك التعلق بالعموم؛ لأنه لا يجوز عنده أن يطلق في طهر قد مس فيه، والله أعلم.

١٢٢٣ - مَالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ الرَّجُلُ إِذَا طَلَّقَ

=عباس وأبى بن كعب وجابر بن عبد الله ومجاهد وعلي بن الحسين وجعفر بن محمد، رضى الله عنهم. وقال: هذه القراءة تصديق لمعنى قراءة الجماعة: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾، أى عند عدتهن.

ومثله قول الله تعالى: ﴿لَا يُجَلِّيهَا لِوَقَّتِهَا إِلَّا هُوَ﴾، أى: عند وقتها.

وضبط كذلك فى مختصر شواذ القراءات بضم القاف وسكون الباء من قبل، وفى غيرهما: قبل: بضم القاف والباء. انظر: مختصر شواذ القراءات ١٥٨، الكشاف ١١٨/٤، مجمع البيان ٣٠٢/١٠.

(١) قال ابن عبد البر: هذا التفسير لم يروه أحد عن مالك فى الموطأ غير يحيى، والله أعلم.

١٢٢٣ - أخرجه الترمذى فى الطلاق واللعان ١١٩٢.

وصله الترمذى من طريق يعلى بن شبيب عن هشام عن أبيه عن عائشة، وقال: المرسل أصح وصحح الحاكم فى مستدركه الموصول وقد تابع يعلى على وصله محمد بن إسحاق عن هشام أخرجه ابن مردويه فى تفسيره ومن رواه مراسلا هشام عبد الله بن إدريس وعبد بن سلمان وحرير بن عبد الحميد وجعفر بن عون. قاله السيوطى فى تنوير الحوالك ٣٥/٢.

امْرَأَتَهُ ثُمَّ ارْتَجَعَهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا، كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا أَلْفَ مَرَّةٍ، فَعَمَدَ رَجُلٌ إِلَى امْرَأَتِهِ، فَطَلَّقَهَا حَتَّى إِذَا شَارَفَتْ انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا رَاجَعَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا ثُمَّ قَالَ: وَاللَّهِ لَا آوِيكَ إِلَيَّ، وَلَا تَحْلِينَ أَبَدًا، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة ٢٢٩] فَاسْتَقْبَلَ النَّاسُ الطَّلَاقَ جَدِيدًا مِنْ يَوْمِئِذٍ مَنْ كَانَ طَلَّقَ مِنْهُمْ أَوْ لَمْ يُطَلَّقْ.

١٢٢٤ - مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدَّبَلِيِّ أَنَّ الرَّجُلَ كَانَ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يُرَاجِعُهَا وَلَا حَاجَةَ لَهُ بِهَا، وَلَا يُرِيدُ إِمْسَاكَهَا كَيْمَا يُطَوَّلُ بِذَلِكَ عَلَيْهَا الْعِدَّةَ يُضَارَّهَا، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة ٢٣١] يَعِظُهُمُ اللَّهُ بِذَلِكَ.

الشرح: الآية الأولى نزلت في تقدير الطلاق، وما للرجل منه، وأنه ليس له من ذلك إلا طلقتان تعقبهما رجعة، وطلقة ثالثة لا رجعة بعدها، فقطع بذلك تبارك وتعالى ضرر من كان يستديم الطلاق.

والارتجاع، يمنع بذلك الزوجة من أن تحل لغيره، ولا يعيدها هو إلى حال الزوجية التي يقتضيها عقد النكاح من الإمساك بالمعروف، وقصد المواصله، فقدر الله تعالى بهذه الآية أن جميع ما للزوج في المرأة ثلاث تطليقات.

فإذا استوعبها في كلمة أو كلمات، ووقت واحد أو أوقات، لم يبق له فيها رجعة، ولا كان له أن يمنعها من نكاح غيره، إذا انقضت عدتها.

ومعنى الآية أن الطلاق الرجعي مرتان، ويحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى: ﴿فَأِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ أن هذا حكم الطلاق الرجعي، وهذا للزوج، وله أن يمسكها بإحسان، يريد والله أعلم، على المواصله، والمقصود بالزوجية لا يضارها، ويطول عليها بالرجعة عدتها.

ولذلك قال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَعْتَدُوا﴾، يريد في تطويل العدة عليهن أو يسرحها بإحسان، إن لم تكن له بها حاجة، فإن طلقها بعد ذلك فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، يريد والله أعلم، الطلقة الثالثة.

٤٣٢ كتاب الطلاق

فصل: وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضُرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ نهاهم الله بهذه الآية عن أن يكون الارتجاع الذى أبيض لهم على وجه الإضرار، وأعلمهم أنه وإن كان قد ينفذ فيه حكمهم، فإنهم قد أمروا بإيقاعه على وجه المعروف دون الإضرار فمن أوقعه على وجه الإضرار، فقد ظلم نفسه، فما تناولته الآية الأولى غير ما تناولته الآية الثانية، والله أعلم.

١٢٢٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلَا عَنْ طَلَاقِ السَّكَرَانِ فَقَالَا: إِذَا طَلَّقَ السَّكَرَانُ جَازَ طَلَاقُهُ، وَإِنْ قُتِلَ، قُتِلَ بِهِ.
قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قولهما: «إذا طلق السكران، جاز طلاقه»، وهو مذهب عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب والنخعى والشعبى وابن سيرين وأكثر الفقهاء، وبه قال مالك وأبو حنيفة والأوزاعى والثورى.

وللشافعى فى ذلك قولان، أحدهما: يلزمه الطلاق، وعليه أكثر الصحابة. والثانى: لا يلزمه، وبه قال المزنى. وروى ذلك عن عثمان بن عفان وربيعة ويحيى بن سعيد الأنصارى.

والدليل على ما نقوله أن كل من لزمه القطع بالسرقه والقصاص فى القتل، لزمه الطلاق.

وأصل ذلك الصحيح، ولا خلاف فى إلزامه القطع بالسرقه، إلا ما روى عن عثمان الليثى، وليس ممن يعتد بخلافه، وهو محجوج بالإجماع قبله، وأما القصاص فى القتل فلا خلاف فيه.

قال القاضى أبو الوليد، أيده الله: والذى عندى فى هذا أن السكران المذكور لا يذهب عقله جملة، وإنما يتعين مع صحة قصده إلى ما يقصده، ولذلك يقتص منه فى القتل، ولا خلاف فيه، وأما لو بلغ إلى حد أن يغمى عليه، ولا يبقى له عقل جملة، فهذا لا يصح منه تطليق إذا بلغ هذه الحالة، ولا يتهيأ منه ضرب ولا قصد إلى قتل ولا غيره. وإنما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر؛ لأن سكر الخمر ليس بمنزلة الجنون

كتاب الطلاق ٤٣٣

الذى يذهب العقل جملة، وإنما يتغير العقل تغييراً يجترئ به على معان لا يجترئ عليها صاحبياً كالسفيه، ولو علم أنه بلغ حد الإغماء لما اقتصر منه، ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أغمى عليه.

فرع: وأما من سقى السيكران، ثم حلف بطلاق أو غيره، فقد قال أصبغ فى العتبية: لا يلزمه شيء، وهو كالبرسام، وهو لم يدخله على نفسه، ولو قصد شربه على وجه الدواء والعلاج، فأصابه ما بلغ ذلك منه، فلا شيء عليه، وليس كشارب الخمر.

ومعنى ذلك أن شرب السيكران يذهب العقل، ويجعل صاحبه كالمبرسم، وقال: ذلك فى المريض يطلق فى هذيانه، لا يلزمه، ولو طلق، وقد ذهب عقله من المرض، ثم صح، فأنكر ذلك، حلف ولم يلزمه.

وأما شارب الخمر، فملئت بسكره، ومعناه الاجترأ على المعاصى، وتشعب الأمانى مع بقاء كثير من الميز الذى يلزمه به القصاص والحدود، ولم يختلف أصحابنا فى أن الحدود والطلاق تلزمه.

وأما ما لم يتعلق بتحريم، ولا كان فيه عتق كالبيع، والنكاح، والهبة، والصدقة، وعطيته، وإنكاح ابنته، وإقراره بالدين.

قال سحنون: لا يجوز شيء من ذلك، وهو ظاهر قول مالك. وقال ابن نافع: يجوز عليه كل شيء كالبيع وغيره.

ووجه قول مالك أن أقل أحواله حال سكره أنه سفيه، فلا يلزمه شيء من ذلك كما لا يلزم السفيه.

ووجه قول سحنون أن هذه حقوق لازمة كالطلاق والحدود.

ووجه قول ابن نافع أن من ليس محجوراً عليه، ومعه من الميز ما يجب عليه به القصاص، فإنه يلزمه سائر أفعاله كالصاحي.

وأما وصيته، فقد قال سحنون: ما كان منها له الرجوع فيه، فلا يجوز عليه، وما لـ يكن له الرجوع كالعتق المبطل، فهو لازم، ثم رجع سحنون بالعشى، فقال: تلزمه وصيه بالعتق ووصيته لقوم، ولا يكون أسوأ حالاً من الصبى والسفيه تجوز وصيتهم فالسكران أخرى أن تجوز وصيته، وإنما لم يلزمه البيع؛ لأنه لا يلزم الصبى ولا السفيه.

٤٣٤ كتاب الطلاق

١٢٢٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: إِذَا لَمْ يَجِدِ الرَّجُلُ مَا يُنْفِقُ عَلَى امْرَأَتِهِ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ أُدْرِكْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا.

الشرح: قوله: «إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرق بينهما»، يقتضى أن لها عليه نفقة لازمة له، تقابل استحقاقه لاستدامة نكاحها. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ومن جهة المعنى ما قدمناه من أن النفقة فى مقابلة استدامة الاستمتاع، ولا خلاف فى ذلك.

وفى هذا أربعة أبواب، أحدها: فى ذكر من يستحق النفقة من الزوجات، وتستحق عليه من الأزواج. والباب الثانى: فيما يسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز. والباب الثالث: فى قدر النفقة وصفتها. والباب الرابع: فيما يجب من الخيار بالإعسار عن ذلك.

* * *

الباب الأول فى ذكر من يستحق النفقة من الزوجات

وتستحق عليه من الأزواج

تجب النفقة على الزوج الحر لزوجته الحرة ما دامت الزوجية بينهما باقية، ولم يكن من قبلها نشوز، وذلك إذا دخل بها، أو دعى إلى الدخول بها، وكانا جميعاً من أهل الاستمتاع، وهو أن يكون الزوج بالغاً، وتكون هى ممن يستمتع بمثلها، ويمكن وطؤها. وإن لم يبلغ، فإن كان الزوج ممن لم يبلغ، أو كانت هى ممن لا يمكن وطؤها لصغرهما، فلا نفقة لها خلافاً للشافعى فى ترك اعتبار ذلك فى أحد قوليه.

ووجه ذلك أن الاستمتاع غير متأت منها، فلم تستحق العوض من النفقة كالمطلقة الباتنة.

مسألة: وهذا إذا كان الزوجان موسرين، فإن كان معسراً، فلا تلزمه نفقة؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧]، فإن أيسر بعد ذلك، لم يتبع بما أنفقته على نفسها حال إعساره.

كتاب الطلاق ٤٣٥

ووجه ذلك أنه حق لا يتعلق بذمة الزوج، وإنما يتعلق بماله، فلا يلزمه إذا أيسر.

مسألة: فإن كان موسراً، وأراد السفر، نظر إلى قدر سفره، فوضع لها من النفقة بقدر ذلك أو أقام حميلاً، قاله ابن المواز، وهو مذهب ابن القاسم. وقال ابن حبيب، عن ابن الماجشون: ليس لها عليه حميل بالنفقة.

وجه القول الأول أنه إذا غاب تعذر عليها تحصيل النفقة من جهته، فكان عليه أن يترك من النفقة بقدر ما يرى من جهة سفره كالذى عليه الدين يريد سفرًا يقتضى حلول أجله، قبل إيباه، فعليه أن يوجه وجهها لقصائه.

ووجه القول الثانى أن هذه نفقة زوجة، فلم يجب على الزوج توثقة بها كالحاضر المقيم معها.

مسألة: وإذا غاب الزوج موسراً، واحتاجت الزوجة إلى نفقة، فلا يخلو أن تنفق على نفسها لترجع عليه أو ترفع ذلك إلى السلطان.

فإن أنفقت على نفسها، ثم قدم زوجها فأقر بذلك، دفع إليها ما أنفقته، إلا أن يكون أكثر مما يفرض لمثلها، فله أن يمنع الزائد على ذلك، وإن مانعها فى ذلك، فلا يخلو أن تدعى أنه أوصل إليها ما أنفقته، وإن كان معسراً مدة غيبته، فإن ادعى أنه أوصل إليها، فإن كانت لم تشهد، فالقول قوله؛ لأن الظاهر أن ما فى بيته من نفقة وما أشبهها له.

وإن كانت أشهدت على ذلك أهل محلها وجيرانها، فلما قدم زعم أنه خلف النفقة أو بعث بها، ووصلت، ففى العتبية وكتاب محمد، عن ابن القاسم: يحلف الزوج ويصدق كالحاضر.

ووجه ذلك أنه لم يتقدم فى ذلك قضاء عليه، ولا أمر من الحاكم لها بالإنفاق على نفسها، فلما عريت قصتها من حكم حاكم، لم يؤثر فى ذلك الإشهاد.

مسألة: وإن كانت رفعت ذلك إلى حاكم من الحكام، فقد قال ابن القاسم: إن القول لها من يوم رفعت ذلك، وقاله أصبغ، وراه كالحكم لها.

ووجه ذلك أنها رفعت ذلك إلى الحاكم، ونظر فى أمره، ولم يجد له مالاً، وأباح لها الإنفاق على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه، فكان القول فيه قولها.

مسألة: فإن قال: كنت معسراً فى تلك المدة، فما أثبت فيه عدمه، فقد روى محمد،

٤٣٦ كتاب الطلاق

عن ابن القاسم: أنه إذا قدم اتبعته بما كان فى مدة الحكم لها موسراً، وسقط ما كان فيه معسراً، سواء كان وقت الحكم أو وقت القدوم، معسراً أو موسراً.

ومعنى ذلك أن هذا تضمنه حكم الحاكم؛ لأنه لا يجوز له أن يلزم النفقة معسراً، ولا أن يسقطها عن موسر.

وفى كتاب ابن حبيب أنه إن جهل أمره، وأرادت أن ترجع عليه، فذلك لها، ويشهد لها بذلك الإمام أنه إن كان ملئاً، فقد فرضت لها عليه نفقة مثلها من مثله، ويؤرخ اليوم، ويذكر الشهر، فلا يؤثر على هذا الحكم إلا فى تحقيق ما ثبت عنده من حاله فى عسر أو يسر، وفى إزالة يده عما تنفقه بحكمه، والله أعلم.

فرع: فإذا ثبت عسره أو يسره، فعلى ما تقدم، وإن جهل أمره، ففى كتاب محمد، عن ابن القاسم: أن المعتبر الحالة التى يقدم عليها، فإن قدم معسراً، فهو مصدق فيما يدعيه من الاعتبار، وإن قدم موسراً، لم يصدق فى ذلك إلا بيينة.

وروى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: أنه على الحالة التى خرج عليها، فإن خرج معسراً، فهو على ذلك، وإن خرج موسراً، فهو على ذلك، وإن لم يعلم على أى حالة خرج عليها، فهو على اليسار حتى يقيم البيينة بالإعسار. وفى العتبية عن ابن كنانة وسحنون: أن القول قوله، وعلى المرأة البيينة.

وجه قول ابن القاسم أن الحالة التى قدم عليها هى الحالة التى يجيب أن تعتبر؛ لأنها حالته يوم الحكم عليه، فإذا لم يكن يساراً مما تحمل عليه أحواله قبل ذلك، فهذه الحالة الأولى؛ لأنها ثابتة له يوم الحكم عليه.

وجه قول ابن الماجشون أن الحالة التى فارق عليها يجب استصحابها حتى يبين خروجها عنها.

وجه قول ابن كنانة أن الأحوال تختلف وتنتقل، فلا يعتبر بحال، والأصل العدم، لاسيما فيما يثبت ولا يتعلق بالذمة.

فصل: وهذا إذا كانا حرين، سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده، فإن كانا عبيدين أو أحدهما، فإن كان العبد له زوجة حرة، فقد قال ابن المواز: لا خلاف أن العبد عليه أن ينفق على زوجته الحرة. قال مالك: ويقال له أنفق أو طلق وأحب إلى أن تشتترط عليه النفقة بإذن سيده.

كتاب الطلاق ٤٣٧

وروجه ذلك أن هذا من أحكام الزوجية، فلزمت الزوج العبد كالصداق، وإنما يستأذن السيد لتعلق حقه بمال العبد.

مسألة: فإن كانا عبيدين، أو كانت الزوجة أمة، ففي الواضحة: أن على العبد النفقة على زوجته الأمة، لا على سيده. ورواه أشهب عن مالك: لا نفقة لها، إلا أن تشتترط عليه.

وذكر ابن المواز، عن مالك: أن الأمة إن بوئت مع زوجها الحر أو العبد، فعليه نفقتها وكسوتها، وإن كانت عند أهلها، فلا نفقة لها، إلا أن تشتترط ذلك عليه في عقد النكاح، ثم قال أيضاً: إن كانت تبيت عنده بالليل خاصة، فعليه نفقتها وكسوتها، ثم قال: لها النفقة بكل حال، كانت تبيت عنده أو عند أهلها، وإلى هذا رجع ابن القاسم. وروى ابن وهب، عن مالك: إن كانت هي تأتيه، فعليه النفقة، وإن كان هو يأتيها في أهلها، فلا نفقة لها.

وقال ابن حبيب، عن ابن الماجشون، عن مالك: نفقة الأمة وكسوتها على أهلها، وعندهم عدتها حتى يشترط ضمها إليه، وعليهم أن يرسلوها إليه في كل أربع ليال، ونفقة تلك الليلة ويومها عليه، وإن ردها في صبيحة تلك الليلة أو تركها عندهم تلك الليلة، فنفقة يوم وليلة من كل أربع ليال لازمة له.

وقال أصبغ: النفقة عليه حيث كانت، وهي مع أهلها حيث كانوا حتى يشترط ضمها إليه.

* * *

الباب الثاني فيما تسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز

أما ما يسقط النفقة عن الزوج، فالطلاق البائن؛ لأنه يمنع الاستمتاع بأي وجه وقع من عوض أو غير عوض، وإن كانت حاملاً، فلها النفقة من أجل الحمل، لا من أجل الزوجية؛ لقول الله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦].

مسألة: وأما الناشر، فقد قال القاضي أبو محمد: لا نفقة لناشر خلافاً للحكم، وعلى هذا شيوخنا العراقيون. وأما المغاربة، فقد قال محمد بن المواز في المرأة يغيب زوجها، فتخرج من منزله، وتأيي أن ترجع، ويأبى أن ينفق عليها حتى ترجع، قال مالك: لها اتباعه بذلك.

٤٣٨ كتاب الطلاق

وروى ابن سحنون، عن أبيه في المرأة تهرب من زوجها إلى تونس، أو تنشز عنه الأيام، فتطلبه بالنفقة، فقالت: ذلك بغضة فيه، فلها النفقة كالعبد الآبق نفقته على سيده.

قال القاضي أبو محمد: ووجه ذلك أن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه، فإذا عدم التمكين، لم تجب النفقة كالثمن والمثمن في البياعات.

ووجه القول الثاني أن النفقة في مقابلة الاستباحة، فمتى كان الاستمتاع مباحاً، وجبت النفقة في مقابلة ذلك، ولا تسقط بمنع النكاح كما لا تسقط نفقة العبد بالإباق، والله أعلم.

* * *

الباب الثالث في قدر النفقة وصفتها

فأما قدر النفقة وصفتها، فقد روى ابن المواز وابن حبيب: أن نفقة الزوجة بقدر العسر واليسر. قال ابن القاسم: ويراعى قدرها من قدره، ويراعى غلاء السعر. قال مالك: وليس المرضع كغيرها، ويفرض للمرضع ما يقوم بها في رضاعها.

مسألة: وليست النفقة بمقدرة خلافاً للشافعي في قوله: إنها مقدرة معتبرة بحال الزوج خاصة، فعلى الموسر مدان، وعلى المتوسط مد ونصف، وعلى المعسر مد.

والدليل على ذلك ما روى عنه عليه السلام أنه قال لهند بنت عتبة: «خذى ما يكفيك وولديك بالمعروف»^(١).

ومن جهة المعنى أن أحوال الناس مختلفة، فإذا خالف حال الغنى حال المتوسط، خالف أيضاً حال الغنى حال غنى آخر دونه في الغنى؛ لأن الزوجة لها حق، وللنفقة تعلق بها، فوجب أن يعتبر بحالها فيها كالمهر، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد روى ابن المواز، عن مالك: يفرض للمرأة مد بمد مروان كل يوم، وهو مد وثلاث بمد النبي عليه السلام. وقال ابن حبيب: اتخذ هشام بن إسماعيل لفرض الزوجات، فاستحسنه مالك.

(١) أخرجه البخاري حديث رقم ٥٣٦٤، ٧١٨٠. النسائي في الصغرى حديث رقم ٥٤٢٠.

ابن ماجه حديث رقم ٢٢٩٣. أحمد في المسند حديث رقم ٢٣٥٩٧، ٢٣٧١١، ٢٥١٨٥.

الدارمي حديث رقم ٢٢٥٩.

كتاب الطلاق ٤٣٩

ووجه ذلك أن هذا غالب أقوات الناس؛ لأن مد النبي ﷺ لا يبلغ السعة من القوت، والله أعلم. قال ابن القاسم: يفرض لها في الشهر وبيتان ونصف إلى ثلاث وبيات.
قال ابن حبيب: وفي الوبيات اثنان وعشرون مداً بمد النبي ﷺ. قال: وأرى القفيز القرطبي في الشهر وسطاً عندنا، وفيه أربعة وأربعون مداً.

فيحتمل أن يكون ذلك؛ لأن ابن القاسم إنما فرض الوبيتين ونصفاً إلى الثلاث بمصر، وهى أرخص سعراً، وأوسع عيشاً، واختار ابن حبيب القفيز بالأندلس، وقد قال مالك: إن الوبيتين وسط من الشيع بالأمصار، وذلك نحو القفيز القرطبي.

قال مالك: وإن مداً بمد النبي ﷺ بالمدينة لوسط من عيشهم، فبين أن في البلد في ذلك تأثيراً يراعى؛ لأن الناس إنما يحملون على عاداتهم في سعة الأقوات وضيقها.
فلو ألزم رجال المدينة أقوات أهل الآفاق؛ لأجحف ذلك بهم، ولو قصر نساء أهل الآفاق على أقوات أهل المدينة؛ لأضر ذلك بهن، فكل يحمل على عادته، وما ألف من قوته.

قال ابن القاسم: إن كان ممن له السعة زيد عليه، وإن كانت سعته أكثر من ذلك زيد عليه أكثر من ذلك حتى الخادم ونفقتها.

قال ابن المواز: وإذا كان العيش البر، فالأقل مما تعيش به، وتختلف أحوال الناس في ذلك، فيكون الرجل يعمل بيديه، ويقل كسبه، يفرض عليه بمصر وبيتان في الشهر، فأشار إلى أن ذلك من أقل أقوات أهل مصر.

مسألة: هذا أصل القوت، ويضم إلى ذلك درهم الطحين والخبيز والخطب والماء والزيت. قال ابن حبيب: وغسل ثوب وخل، ولا يفرض على أهل السعة اللحم كل ليلة، ولكن المرة بعد مرة.

قال ابن حبيب: ولا يفرض لها فاكهة ولا صبر ونحوه، ولا ينقص من هذا لفرهما، ولا يزداد عليه لغناهما إذا تشاحا، يريد والله أعلم، أن هذه وجوه لا بد من استيعابها بالإنفاق، ولا يضاف إليها غيرها، وإن وقعت الزيادة والنقص في معتاد، على ما قاله ابن القاسم.

وقد فسر ذلك ابن المواز، فقال: ويضاف لذلك حناء لمشط رأسها ودهنه وسراجها.
وقال ابن حبيب: دهن لرأسها وسراجها.

٤٤٠ كتاب الطلاق

وقال ابن المواز: وهذا للموسر والمعسر، إلا أن الموسر يزداد عليه بقدره من قدره، يريد في مقادير هذه الأشياء، قال: فإن كان العسر بيننا فالأقل مما تعيش به، وتختلف في ذلك أحوال الناس.

قال ابن حبيب: لها في الشهر من الزيت نصف ربيع، ومن الخل ربيع، ومن اللحم على المليء بدرهم في الجمعة، ودرهمان أو ثلاثة في صرفها من ماء وغسل ثوب وطحن وخبز وغيره.

وروى أشهب، عن مالك: إن أراد أن يطعمها الشعير، فإن كان الناس قد أكلوه، فذلك له، وإن كان القمح هو الذى يؤكل، فذلك عليه.

ومعنى ذلك أن يكون الشعير قوت أهل ذلك البلد، أو يقل القمح، ويعز لغلاء السعر حتى يأكل أكثر الناس الشعير ممن هو فى منصبه، وعلى مثل حاله، فهذا له أن ينفق الشعير، وإن كان البلد قوت أهله القمح، وكان وقت. بخصب، فأراد أن تختص بالشعير، لم يكن له ذلك.

مسألة: وأما الثياب، فهى على ضربين، ثياب لباس، وهى ما تتقل لها، وثياب تلبس على وجه التغطى والغطاء والفرش، واسم اللباس أظهر فى الأول، فقد قال ابن حبيب: عليه قميص وفرو لشتائها من لباس مثلها من جوارب أو فنليات وقميص يواريه ومقنعة، وإن لم تكن فخمار، وإن لم يكن فيزار وخفان وجوربان لشتائها.

وقال ابن المواز: عليه فى اللباس بقدرها من قدره من غير خز ولا وشى ولا حرير، يريد وإن كان متسعاً، فعليه ما يصلح للشتاء والصيف من قميص وجبة وخمار ومقنعة وسنتية وإزار وغير ذلك مما لا غنى لها عنه، وإن كان مثلها يلبس القطن ومثله يقدر عليه فرض عليه.

وروى يحيى بن يحيى، عن ابن وهب فى العتبية فى الموسر له زوجة ذات شرف، فليفرض عليه من الثياب الوسط مما لا يعريها إذا لبسته، ولا يجحف بماله، ولا يلزمه من العصب إلا غليظة، وكذلك من الشطوى والخز.

قال يحيى بن يحيى: يعنى فى بلد يكون شىء من ذلك لباسهم، ويكون ما يفرض على مثله فى قدر ماله.

قال أشهب: منهن من لو كساها الصوف أدب، وذلك على أقدارهن. قال مالك: ليس الصوف من لباسهن، ولكن يحكم بما يرى أنه من لباسها.

كتاب الطلاق ٤٤١

والذى ذكره ابن حبيب من الفرو والقميص عليه إنما ذلك؛ لأنه كان زى بلده فى ذلك الوقت، وإنما يتبع فى ذلك زى الناس فى وقت الحكم، ولا يخرج مع ذلك عما تقدم من أقوال العلماء.

مسألة: وأما الوطاء والغطاء والفرش، فقد قال ابن حبيب: إن كانت حديثة عهد بالبناء وعندها شورتها من صداقها، فلا شىء عليه، وله أن ينتفع معها بأزرها وبسطها ومرافقها ووسائدها. قال أصبغ: إنما يفرض ذلك للتى لا شورة لها، ولا شىء معها.

قال ابن حبيب: فإن طال العمر وخلقت الشورة، أو لم يكن فى صداقها ما تتشور به، فعليه الوسط من ذلك للصيف والشتاء، يفرض لها فراش ومرفقة وإزار ولحاف ولبد للشتاء وسرير، إن كان بموضع يحتاج إليه لبراغيث أو فأر أو غير ذلك، وإلا فلا سرير عليه.

وذكر ابن المواز، عن ابن القاسم مثله، إلا اللبد، فلم يذكره. قال ابن حبيب: عليه حصير من حلفاء أو بردى يكون تحت الفراش.

ومعنى ذلك كله أن هذا الأصل فى كسوتها، فيزاد فى الجودة وينقص من ذلك على قدر حالها وحاله، والله أعلم.

مسألة: قال ابن المواز: وعليه خمار رأسها. قال ابن حبيب: وعليه دهن رأسها وشراء حناء ومشط وكحل. وروى ابن المواز، عن ابن القاسم: ليس عليه نضوخ، ولا أصباغ، ولا المشط ولا المكحلة.

وروى يحيى بن يحيى، عن ابن وهب: لها الحناء لرأسها، وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين، إلا أن يشاء.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أنه ليس عليه من زينتها إلا ما تستضر بتركها إياه كالكحل الذى يضر تركه ببصر من يعتاده، والمشط الذى بالحناء، والدهن لمن اعتاد ذلك؛ لأن ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه.

والذى نفى ابن القاسم إنما هو المكحلة، ولم ينف الكحل نفسه، فتضمن القول أن الكحل يلزمه دون المكحلة، وعلى هذا يلزمه ما تمشط به من الدهن والحناء دون الآلة التى تمشط بها.

فروع: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن حبيب: إن الحاكم مخير بين أن يأخذ بهذه الأشياء،

٤٤٢ كتاب الطلاق

أو بأثمانها، وذلك لأنه يحتاج الإمام إلى أن يجتهد فى صفاتها إن حضرت كما يحتاج أن يجتهد فى قيمتها.

وإن غابت، فأى ذلك كان أسهل عليه، وأقرب تناولاً وأبين وصولاً إلى الحق أخذ به، وكان الاختيار فى ذلك إليه؛ لأنه هو الذى يقصد العدل فى ذلك، فله أن يصل إليه بأى وجه أمكن له وأيسر عليه.

فروع: ولكم يفرض لها عليه؟ قال ابن سحنون، عن أبيه: إن ذلك بقدر ما يرى السلطان من جدته، فمن الناس من يجرى عليها يوماً بيوم، ومنهم جمعة بجمعة، ومنهم شهراً بشهر.

مسألة: وإذا ولدت المرأة، فقد قال أصبغ: أجر القابلة على الزوج. قال ابن المواز: إن كانت المنفعة للمرأة، فذلك عليها، وإن كانت للولد، فذلك على الأب، وإن كانت لهما فذلك بينهما.

قال القاضى أبو الوليد، أيدته الله: والأظهر قول ابن حبيب؛ لأنها من المؤن التى لا تستبد عنها الزوجية غالباً، وإذا وجبت عليه النفقة والكسوة، والمرأة تنفرد بمنفعة ذلك، فبأن يجب عليه ذلك، ولا تنفرد المرأة بمنفعته أولى، ولذلك ينفق على الحامل بسبب الحمل، وإن كان معظم المنفعة للحامل، وليس عليه أجر الحجابة، ولا الطيب، قاله ابن حبيب.

وذلك أنها من المؤن التى تندر، وإنما يلزم الزوج ما لا تستبد منه من المؤن المعتادة كالطعام والشراب، ولذلك لم تلزمه الفاكهة لما كانت مما تستبد عنها من المؤن، وتستغنى عن استعمالها.

مسألة: وعليه إعدامها إن كانت ممن لا تخدم نفسها لحالها وغنى زوجها، وليس عليها من الخدمة الباطنة فى بيتها شىء، والخدمة الباطنة هى العجن والطبخ والكنس والفرش وسقى الماء، إذا كان معها، وعمل البيت كله، وعليه أن يخدمها، وإن كانت من أهل الضعة، وليس فى صداقها ما تشتري به خادماً، فليس على الزوج أن يخدمها، وعليها الخدمة الباطنة.

وأما الغزل والنسج، فليس له ذلك عليها بحال إلا أن تطوع، وإن كان الزوج ملئاً، إلا أنه فى الحال مثلها ما لم يكن من أشرف الرجال الذين لا يمتنون نساءهم فى الخدمة، وإن كان الزوج معسراً، فليس عليه إعدامها، وإن كانت ذات قدر وشرف، وعليها الخدمة الباطنة كالدنية.

كتاب الطلاق ٤٤٣

ووجه ذلك أن الخدمة جارية على المعتاد من الأحوال، واعتبار حال الزوج في ذلك أولى؛ لأن المنزل له، والحال جارية على قدره، والحال النساء في ذلك اعتبار.

فإن كانا رفيعى الحال، فالخدمة ساقطة، وإن كان هو شريفاً رفيع الحال، فلا خدمة عليها، وإن لم يكن كذلك، وكان غنياً، روعى في هذا شرفها مع غناه، فلها الخدمة، وإن كان فقيراً، لم ينفعها شرفها، وكانت الخدمة عليها، ذكر معنى ذلك كله ابن حبيب، عن ابن الماجشون وأصبغ.

مسألة: والذي يلزمه من الخدمة، الإنفاق على خادمها، وإن قال: أنا أدفع إليها خادماً، ولا أنفق على خادمها، ولم ترض هي إلا بخادمها، فذلك لها، ويلزمه أن ينفق عليه، وإن لم يخدمه، رواه ابن المواز، عن مالك.

ووجه ذلك أن خادمها أطوع لها، وخدمة خادمها أرفع لحالها، فليس عليه أن يضر بها في إزالتها عنها وإبدالها بغيرها.

مسألة: إذا كان مثلها لا تكفيها خادم واحدة، وحاله يحمل، لزمه أن يخدمها خدمة مثلها خلافاً لأبى حنيفة والشافعى لقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء: ١٩].

ومن جهة المعنى أن خدمة الثانية خدمة تحتاج الزوجة إليها مع أن حالهما يليق ذلك بهما، فكانت لازمة للزوج كخدمة الخادم الأولى.

* * *

الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالإعسار عن ذلك

مذهب مالك، رحمه الله، أن الإعسار بالنفقة والمؤنة، يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه، وبين أن تقيم معه بلا نفقة، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يفرق بينه وبين امرأته بذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا نوع ملك تستحق به النفقة، فكان للإعسار بها تأثير فى إزالته كملك اليمين.

مسألة: وإن أعسر بمثل قوتها، غير أنه يجد أدنى من ذلك، مثل أن تكون المرأة ذات الحال والشرف ممن لا تلبس خشن الثياب، ولا تتناول غليظ العيش، فاعدم الزوج حتى لا يجد إلا كسوة دنية، وقوتاً دون قوت خادمها من قمح أو شعير أو سلت غير مأدوم.

٤٤٤ كتاب الطلاق

روى يحيى، عن ابن القاسم فى العتبية: لا يفرق بينهما، ورب بلد لا ينفق فقيرهم وغنيهم إلا الشعير.

وقال ابن حبيب: إن لم يجد إلا الخبز ونحوه، وما يوارى عورتها، ولو بثوب واحد، قال مالك: من غليظ الكتان، لم يفرق بينهما، كانت غنية أو فقيرة.

ووجه ذلك أنه إذا اضطر لعسره إلى أن ينفق قوتاً ليس من أقواتها، فليس ذلك مما يوجب لها الخيار؛ لأنه واجد لقوت معتاد، وإنما يجب لها الخيار إذا لم يجد قوتاً معتاداً.

مسألة: فإن عدم أحد الأمرين النفقة أو الكسوة، ووجد الآخر، فقد قال ابن وهب: يفرق بينهما، رواه ابن حبيب، عن مالك. ومعنى ذلك إن طلبته.

ووجه ذلك أنه معسر بما يلزمه لها بحق الزوجية.

مسألة: وإن أعسر بالصداق قبل البناء، قال سحنون: أو بيعه، فلها الخيار.

ووجه ذلك أن المهر أكثر اختصاصاً بالنكاح من النفقة؛ لأنه عوض البضع ثم ثبت وتقرر أن لها الخيار بالإعسار بالنفقة، فبأن يكون الخيار بالإعسار بالمهر أولى وأحرى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن أعسر بالنفقة واختارت الفرقة، فقد روى مطرف، عن مالك: يؤجل الشهر والشهرين. قال أصبغ: إن لم يطمع له بمال، فلا يؤجل إلا الشهر، لا يبلغ الشهرين.

وقال القاضى أبو محمد: قيل يؤجل الشهر، وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها، وهذه الرواية رواها ابن حبيب، عن مالك أنه قال: وما علمت أنه يضرب أجل فى النفقة إلا الأيام اليسيرة.

قال محمد: وقول أصحابنا فيه الشهر، وقاله مالك. وقال ابن وهب: ويستأنى لمن لم يجد الكسوة شهرين، وهذا كله على قدر الاجتهاد من الحاكم، فيؤجل للذى يرجو له إحراز النفقة ما لا يؤجل لمن لا يرجوه أو لمن يضعف فيه الرجاء، ما لم يضرب ذلك بالمرأة إضراراً كثيراً، وعدم بعض الأشياء أحق من عدم بعض.

وقد روى عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب، عن مالك فى واجد النفقة دون الصداق: يؤجل فى الصداق ثلاث سنين. وقال أيضاً: ستين.

قال ابن حبيب، عن أصبغ: وإن عجز عن النفقة والصداق، ولم يوسع له فى أجل الصداق، وهذا كله على ما تقدم، والله أعلم.

كتاب الطلاق ٤٤٥

مسألة: وهذا إذا تزوجته على الغنى أو تزوجته عالة بأنه محتاج، إلا أن تكون عرفت بأنه سائل يتكفف الناس، فلا حجة لها، رواه ابن المواز، عن مالك. قال ابن حبيب، عن مالك: أو علمت أنه فقير لا يجرى النفقة على النساء لفقره، فلا قول لها.

قال القاضي أبو محمد: ووجه ذلك أنها راضية بعيه، فقد أقدمت على معرفتها بحاله كمشترى السلعة بها عيب يعلمه، فلا رد له به.

مسألة: إذا حكم عليه بالفرقة، فهي فرقة بعد البناء لم يستكمل بها عدة الطلاق، ولا كانت لعوض ولا لضرر بالزوج، فكانت رجعية.

أصل ذلك طلاق المولى، وصحة رجعته معتبرة بيسار، فإن ارتجع كانت رجعية موقوفة، فإن أيسر في العدة صحة رجعته، وإن لم يسر حتى انقضت العدة، بطلت الرجعة، وبانت منه بانقضاء العدة، والله أعلم.

* * *

عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً

١٢٢٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدٍ بْنِ قَيْسٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَأَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ الْمَرْأَةِ الْحَامِلِ يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: آخِرَ الْأَجَلَيْنِ. وَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: إِذَا وَلَدَتْ، فَقَدْ حَلَّتْ، فَدَخَلَ أَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ فَسَأَلَهَا عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ: وَلَدَتْ سُبَيْعَةَ^(*) الْأَسْلَمِيَّةَ بَعْدَ وَقَاةِ زَوْجِهَا^(*) يَنْصَفُ شَهْرٌ، فَخَطَبَهَا رَجُلَانِ أَحَدُهُمَا شَابٌّ، وَالْآخَرُ كَهْلٌ، فَحَطَّتْ إِلَى الشَّابِّ، فَقَالَ الشَّيْخُ: لَمْ تَجَلِي بَعْدُ، وَكَانَ أَهْلُهَا غَيْبًا، وَرَجَا إِذَا جَاءَ أَهْلُهَا أَنْ يُؤْتِرُوهُ بِهَا، فَجَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «قَدْ حَلَّتْ، فَاذْكُرِي مَنْ شِئْتَ»^(١).

١٢٢٧ - أخرجه البخاري في تفسير القرآن ٤٩١٠. مسلم في الطلاق ١٤٨٥. الترمذي في

الطلاق واللعان ١١٩٤. النسائي في الطلاق ٣٥٠٧، ٣٥٠٨، ٣٥٠٩، ٣٥١٠، ٣٥١١،

٣٥١٢، ٣٥١٣، ٣٥١٤. أحمد في باقي مسند الأنصار ٢٦١١٨، ٢٦١٧٥. الدارمي في

٢٢٧٩، ٢٢٨٠، عن عبيد الله بن عبد الله، عن أبيه. ابن أبي شيبة ٢٩٩/٤.

(*) سبيعة: هي بنت الحارث.

(*) زوجها هو سعد بن حولة وكانت وفاته في حجة الوداع.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٦٤/٧: هذا حديث صحيح جاء من طريق شتى كثيرة ثابتة-

= كلها من رواية الحجازيين والعراقيين، وأجمع العلماء على القول به إلا ما روى، عن ابن عباس في هذا الحديث وغيره؛ وروى مثله، عن علي بن أبي طالب من وجه منقطع، أنه قال في الحامل المتوفى عنها زوجها عدتها آخر الأجلين، يعني إن كان الحمل أكثر من أربعة أشهر وعشر، اعتدت بوضعه، وإن وضعت قبل أربعة أشهر وعشر، أكملت أربعة أشهر وعشر؛ فهذا منهج ابن عباس وعلي بن أبي طالب، علي أنه قد روى، عن ابن عباس رجوعه إلى حديث أم سلمة في قصة سبيعة. وما يصحح هذا عنه أن أصحابه: عكرمة، وعطاء وطاوس، وغيرهم، على القول بأن المتوفى عنها الحامل، عدتها: أن تضع حملها على حديث سبيعة؛ وكذلك سائر العلماء من الصحابة والتابعين، وسائر أهل العلم أجمعين كلهم يقول: عدة الحامل المتوفى عنها أن تضع ما في بطنها من أجل حديث سبيعة هذا؛ وأما منهج علي، وابن عباس، في هذه المسألة، فمعناه الأخذ باليقين؛ لمعارضة عموم قوله عز وجل في المتوفى عنهن: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ ولم يخص حاملاً من غير حامل، وعموم قوله عز وجل: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ولم يخص متوفى عنها من غيرها، فمن لم يبلغه حديث سبيعة لزمه الأخذ باليقين في عدة المتوفى عنها الحامل، ولا يقين في ذلك لمن جهل السنة في سبيعة إلا الاعتداد بآخر الأجلين. ومثال هذا مسألة أم الولد تكون تحت زوج قد زوجها منه سيدها ثم يموت، زوجها، ولا تدرى أيهما مات قبل صاحبه، فإنها تعتد من حين مات الآخر منهما، أربعة أشهر وعشرًا فيها حيضة؛ وعلى هذا جماعة العلماء القائلين بأن عدة أم الولد من سيدها حيضة، ومن زوجها شهران وخمس ليال كلهم يقول هاهنا بدخول إحدى العدتين في الأخرى؛ ومعلوم أنهما لا يلزمانها معًا، وإنما يلزمها إحداهما؛ فإذا جاءت بهما معًا على الكمال في وقت واحد، فذلك أكثر ما يلزمها؛ لأنها إن كان سيدها قد مات قبل زوجها، فلا استبراء عليها من سيدها؛ وإن كان سيدها مات بعد مضي شهرين وخمس ليال، فعليها أن تأتي بحيضة تستبرئ بها نفسها من سيدها؛ ومعنى هذه المسألة الشك في أيهما مات أولاً، وفي المدة هل هي شهران وخمس ليال أو أكثر؟ وقد قيل إن معنى هذه المسألة: أنها لا تدرى هل بين موتيهما يوم واحد، أو شهران وخمس ليال أو أكثر؛ وفي هذه المسألة لأهل الرأي نظر، ليس هذا موضع ذكره؛ وإنما ذكرناها من جهة التمثيل، وأنه من وجب عليه أحد شيئين يجمله بعينه لزمه الإتيان بهما جميعاً.

ذكر عبدالرزاق، عن ابن جريج، عن عطاء، قال: كان ابن عباس يقول: إن طلقها، وهي حامل ثم توفى عنها، فأخر الأجلين، أو مات عنها وهي حامل، فأخر الأجلين؛ قيل له: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ قال ذلك في الطلاق.

قال: وأخبرنا ابن جريج، عن عطاء، قال: إن طلقها حبلى، فإذا وضعت فلتكح حين تضع، وهي في دمها لم تطهر. قال: وأخبرنا ابن جريج، عن عمرو بن مسلم، عن عكرمة أنه أخذ في ذلك بحديث سبيعة. قال: وأخبرنا معمر والثوري، عن الأعمش، عن أبي الضحى، عن مسروق، قال: قال ابن مسعود: ومن شاء باهنته أو لاعتته، إن الآية التي في سورة النساء القصصى =

١٢٢٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، وَهِيَ حَامِلٌ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: إِذَا وَضَعَتْ حَمْلَهَا، فَقَدْ حَلَّتْ، فَأَخْبَرَهُ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ كَانَ عِنْدَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَوْ وَضَعَتْ وَزَوْجُهَا عَلَى سَرِيرِهِ لَمْ يُدْفَنَ بَعْدُ، لَحَلَّتْ.

الشرح: قول أبي هريرة وعبد الله بن عباس في الحامل برأيهما، دون نص، ولم تنكر عليهما أم سلمة، ولا أبو سلمة، ولا أحد، دليل على الإجماع بالقول بالرأى والقياس فيما لم يكن عندهم فيه نص.

ولو كان عند أبي هريرة النص الذي أظهرته أم سلمة لاحتج به كما احتجت به أم سلمة؛ لأنهم إنما كانوا يبدأون في احتجاجهم بالنص، ولو احتج به أبو هريرة لرجع عبد الله بن عباس عن مخالفته، وترك معارضته كما أمسك عن المراجعة لما ورد عليه النص.

ولذلك روى عن ابن عباس أنه رجع إلى القول بمحدث سييعة، وهي سييعة بنت الحارث الأسلمية «أن الحامل تحل بالوضع»، وبه قال علماء الأمصار، ولا نعلم فيه خلافاً، إلا ما روى عن ابن عباس، وقد رجع عنه.

وقد روى عن علي بن أبي طالب، رضى الله عنه، رواه الأعمش، عن أبي الضحى، عن مسروق، قال: بلغ ابن مسعود أن علياً يقول: هي لآخر الأجلين، يعنى الحامل المتوفى عنها زوجها.

فقال ابن مسعود: من شاء لاعنته أن هذه التي في سورة النساء القصوى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] نزلت بعد التي في البقرة: ﴿وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وليس بين الحديث والآية تناف؛ لأن المراد بالآية من ليس بحامل بدليل أن الحمل

= ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة: ﴿وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويذرون أزواجاً﴾، الآية قال: وبلغه أن علياً، رضى الله عنه، قال: هي آخر الأجلين، فقال ذلك.

قال أبو عمر: روى عن عمر، وابن عمر، مثل قول ابن مسعود، وهو قول سعيد بن المسيب، وابن شهاب، وعليه الناس.

١٢٢٨ - أخرجه البخارى في الطلاق ٥٣٢٠. النسائى في الطلاق ٣٥٠٣، ٣٥٠٤. ابن ماجه فى الطلاق ٢٠٢٩. أحمد فى مسند الكوفيين ١٨٤٣٨.

٤٤٨ كتاب الطلاق

استمر بها أكثر من أربعة أشهر وعشر، لم تنقص العدة بأربعة أشهر وعشر، فتضمنت الآية حكم الحامل، والحديث تضمن حكم الحامل، وهو من آخر ما حكم به النبي ﷺ؛ لأن سبيعة الأسلمية كانت تحت سعد بن خولة، فتوفى عنها بمكة في حجة الوداع.

وأما عبد الله بن مسعود، فذهب إلى معنى النسخ، ولذلك قال: أنزلت الآية التي في سورة النساء القصوى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ بعد التي في البقرة: ﴿وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويلدرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ وقدمنا القول في ذلك بما تقتضيه أصول أصحابنا، والله أعلم وأحكم.

فصل: وسؤال أبي سلمة عن ذلك أم سلمة لما رجا أن يكون عندها من العلم في ذلك، فكان الأمر على ما ظنه وأخبرته أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر، وأن النبي ﷺ قال لها: «قد حلت، فانكحي من شئت».

وأخبر ﷺ أنها قد حلت بالولادة حلاً تستبيح به نكاح من شاءت، وأما ما رجاه أبو السنابل، قيل اسمه بعكك بن الحاج العبدري، من أن يؤثره بها من غاب من أهلها إذا قدموا، فإنما معناه أن يصرفوا رغبتها عنه إلى الرغبة فيه، لا أنهم يملكون إجبارها على ما لا تريده من ذلك، والله أعلم.

فصل: وقول عمر، رضي الله عنه: «لو وضعت وزوجها لم يدفن بعد حلت»، يريد أن ولادتها إذا كانت بعد وفاته، ولو قبل أن يدفن، فقد فات، ولا يراعى في ذلك مضي مدة، وإنما تراعى ولادتها بعد وفاته.

١٢٢٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، مَنِ الْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ سَبِيْعَةَ الْأَسْلَمِيَّةِ نَفْسَتْ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيْالٍ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قَدْ حَلَلْتَ فَاَنْكِحِي مَنْ شِئْتِ».

١٢٣٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ

١٢٢٩ - أخرجه أحمد، عن المسور ٣٢٧/٤. البخاري في الطلاق بحديث رقم ٥٣٢٠. الإمام أحمد ٣٢٧/٤. الشافعي في الأم ٢٢٤/٥. النسائي في الطلاق ١٩٠/٦. الشافعي في المسند ٥٢/٢، ٥٣. البيهقي في السنن الكبرى ٤٢٨/٧. وفي معرفة السنن والآثار ١٥٢٨٢/١١. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢١٠.

١٢٣٠ - أخرجه البخاري في تفسير القرآن ٤٩١٠. مسلم في الطلاق ١٤٨٥. الترمذي في الطلاق واللعان ١١٩٤. النسائي في الطلاق ٣٥٠٧، ٣٥٠٨، ٣٥٠٩، ٣٥١٠، ٣٥١١، ٣٥١١=

عَبَّاسٌ وَأَبَا سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ اخْتَلَفَا فِي الْمَرْأَةِ تَنْفَسُ بَعْدَ وِفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيَالٍ، فَقَالَ أَبُو سَلَمَةَ: إِذَا وَضَعْتَ مَا فِي بَطْنِهَا، فَقَدْ حَلَّتْ لِلأَزْوَاجِ، وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: آخِرَ الأَجَلَيْنِ، فَجَاءَ أَبُو هُرَيْرَةَ، فَقَالَ: أَنَا مَعَ ابْنِ أُخِي، يَعْنِي أَبَا سَلَمَةَ، فَبَعَثُوا كُرَيْبًا مَوْلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ يَسْأَلُهَا عَنْ ذَلِكَ، فَجَاءَهُمْ فَأَخْبَرَهُمْ أَنَّهَا قَالَتْ: وَلَدْتُ سُبَيْعَةَ الأَسْلَمِيَّةُ بَعْدَ وِفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيَالٍ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «قَدْ حَلَّتْ فَانكِحِي مَنْ شِئْتِ».

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الأَمْرُ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَهْلُ العِلْمِ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت»، يريد انقضت ولادتها، فإن كان الولد واحداً، حلت بتمام ولادته، وإن كان توأمين، فولدت أحدهما، لم تنقض عدتها إلا بوضع الثاني.

قال أشهب: وتنقضي العدة في الوفاة بوضع العلقه والمضغة. وأما الدم المجتمع، فلا تنقضي به عدة.

وقال مالك في المدونة: وما ألقته المرأة من مضغة أو علقه أو شيء يستيقن أنه ولد، فإنه تنقضي به العدة، وتكون به الأمة أم ولد.

وليس هذا بخلاف لقول أشهب؛ لأنه أراد به الدم السائل الذي جرت العادة أن تقذفه الأرحام من حيض أو غيره ما يعلم أنه ليس بولد أو لا يعلم أنه ولد. وأما العلقه تقع بها براءة الرحم، فإنها ليست بدم سائل، بل هو مجتمع على صفة يعلم بها أنها ولد.

* * *

مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل

١٢٣١ - مَالِكٌ، عَنْ [سَعِيدِ بْنِ إِسْحَاقَ] ^(١) بْنِ كَعْبٍ بْنِ عُجْرَةَ، عَنْ عَمَّتِهِ

= ٣٥١٣، ٣٥١٤. أحمد في باقى مسند الأنصار ٢٦١١٨، ٢٦١٧٥. الدارمى فى ٢٢٧٩، ٢٢٨٠.

١٢٣١ - أخرجه الدارمى ١٦٨/٢، عن فريرة بنت مالك. الطحاوى بمعانى الآثار بنحوه مختصراً

٧٧/٣، عن فريرة بنت مالك بن سنان. النسائى بنحوه مختصراً ٢٠٠/٦، عن فريرة بنت مالك.

أبو داود بلفظه كتاب الطلاق باب ٤٤، ٣٠٠/٢، عن فريرة بنت مالك بن سنان. الترمذى

برقم ١٢٠٤، ٤٩٩/٣ كتاب الطلاق باب ٢٣، عن فريرة بنت مالك، وابن ماجه ٢٠٣١، =

= ٦٥٤/١ كتاب الطلاق باب ٨، عن فريعة بنت مالك. ابن أبي شيبة ١٨٥/٥، عن فريعة بنت مالك. البيهقي في السنن ٤٣٤/٧، عن فريعة بنت مالك بن سنان. ابن حبان ٢٤٧/٦، عن الفريعة بنت مالك. سعيد بن منصور برقم ١٣٦٥، ٣٢٢/١، عن فريعة بنت مالك. البغوي بشرح السنة ٣٠١/٩، عن فريعة بنت مالك.

(*) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٦٩/٧: هكذا قال يحيى: سعيد بن إسحاق، وتابعه بعضهم؛ وأكثر الرواة يقولون فيه سعد بن إسحاق، وهو الأشهر، وكذلك قال شعبة وغيره. وقال عبد الرزاق في هذا الحديث: عن الثوري، ومعر، عن سعيد بن إسحاق كما قال يحيى، كذلك في كتاب الدبري.

أخبرنا خلف بن سعيد، قال: حدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن خالد، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الدبري، قال أخبرنا عبدالرزاق، قال أخبرنا معمر، عن الزهري، عن ابن لكعب بن عجرة، قال: حدثتني عمتي، وكانت تحت أبي سعيد الخدري، أن فريعة حدثتها أن زوجها خرج في طلب أعلاج أباق، حتى إذا كان بطرف القدوم - وهو جبل - أدركهم فقتلوه. قالت: فأتت رسول الله ﷺ فذكرت له أن زوجها قتل، وأنه تركها في مسكن ليس له، واستأذنته في الانتقال، فأذن لها فانطلقت حتى إذا كانت بباب الحجرة، أمير بها فردت وأمرها أن تعيد عليه حديثها - ففعلت؛ فأمرها ألا تبرح حتى يبلغ الكتاب أجله. قال: وأخبرنا معمر، عن سعيد بن إسحاق، قال: أحمد بن خالد كذا قرأ علينا الدبري سعيد بن إسحاق، وإنما أعرفه سعد ابن إسحاق؛ فقرأ علينا عن عبدالرزاق، عن معمر، عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة، أنه حدثه، عن عمته زينب ابنة كعب بن فريعة: بهذا الحديث؛ وزاد معمر: فلما كان في زمن عثمان أتت امرأة تسأله، عن ذلك، قالت فريعة: فذكرت له، فأرسل إلى فسألني فأخبرته، فأمرها ألا تخرج من بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله.

قال: وأخبرنا الثوري، عن سعيد بن إسحاق، هكذا قال سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة، عن عمته زينب ابنة كعب بن عجرة، عن فريعة ابنة مالك أن زوجها قتل بالقدوم، قالت: فأتت النبي ﷺ فقالت له: إن لها أهلاً فأمرها أن تنتقل، فلما أدبرت دعاها فقال: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشراً.

قال: وأخبرنا ابن حريج، قال: أخبرني عبدالله بن أبي بكر أن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة، أخبره عن عمته زينب ابنة كعب بن عجرة، أن فريعة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري، أخبرتها أن زوجها خرج حتى إذا كان من المدينة على ستة أميال عند طرف جبل يقال له القدوم، تعادى عليه اللصوص فقتلوه؛ وكانت فريعة في بني الحارث بن الخزرج في مسكن لم يكن لبعليها، إنما كان سكنها فجاءها إخوتها - فيهم أبو سعيد الخدري، فقالوا: ليس بأيدينا سعة فنعطيك ونمسك ولا يصلحنا إلا أن نكون جميعاً، ونخشى عليك الوحش؛ فسلى النبي ﷺ فأتت النبي ﷺ فقصت عليه ما قال إخوتها بالوحشة، واستأذنته في أن تعتده

زَيْنَبُ بِنْتُ كَعْبِ بْنِ عُجْرَةَ أَنَّ الْفُرَيْعَةَ بِنْتَ مَالِكِ بْنِ سِنَانَ، وَهِيَ أُخْتُ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ أَخْبَرَتْهَا، أَنَّهَا جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَسْأَلُهُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَى أَهْلِهَا فِي بَيْتِ خُدْرَةَ، فَإِنَّ زَوْجَهَا خَرَجَ فِي طَلَبِ أَعْبُدٍ لَهُ أَبْقُوا حَتَّى إِذَا كَانُوا بِطَرْفِ الْقُدُومِ^(١) لِحَقِّهِمْ فَقْتَلُوهُ، قَالَتْ: فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَرْجِعَ إِلَى أَهْلِي فِي بَيْتِ خُدْرَةَ، فَإِنَّ زَوْجِي لَمْ يَتْرُكْنِي فِي مَسْكَنِ يَمْلِكُهُ وَلَا نَفَقَةٍ، قَالَتْ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ

عندهم؛ فقال: افعلی، إن شئت، قالت: فأدبرت حتى إذا كنت في الحجرة، قال: تعالی عودی لما قلت فعدت؛ فقال: امکنی فی بیتک حتى يبلغ الكتاب أجله. ثم إن عثمان بعثت إليه امرأة من قومه تسأله أن تنتقل من بيت زوجها فتعتد في غيره؛ فقال: افعلی، ثم قال لمن حوله: هل مضى من النبي ﷺ أو من صاحبي في مثل هذا شيء؟ فقالوا: إن فريعة تحدثك عن رسول الله ﷺ أرسل إليها فأخبرته؛ فانتهي إلى قولها، وأمر المرأة أن لا تخرج من بيتها.

قال ابن جريج: وأخبرت أن هذه المرأة التي أرسلت إلى عثمان أم أيوب بنت ميمون بن عامر الحضرمي، وأن زوجها عمران بن طلحة بن عبيد الله، هكذا قال عبدالله بن أبي بكر سعد بن إسحاق، وكذلك قال يحيى القطان: حدثنا عبدالرحمن بن يحيى، قال: حدثنا أبو محمد عبدالله بن محمد بن يوسف.

وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، وسعيد بن نصر، قالوا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا محمد بن مسعود، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، قال: حدثني سعد بن إسحاق، قال: حدثني زينب بنت كعب، عن فريعة بنت مالك، قالت: خرج زوجي في طلب أعلاج، فأدركهم بطرف القدوم فقتلوه؛ فأتني نعيه، وأنا في دار شاسعة من دور أهلي، فأتيت النبي ﷺ فقلت له: إني أتاني نعي زوجي وأنا في دار شاسعة من دور أهلي، ولم يدع لي نفقة، ولا مالا ورثته، وليس المسكن لي؛ فلو تحولت إلى إخواني وأهلي، كان أرفق بي بعض شأني؛ فقال: تحولی، فلما خرجت من المسجد أو الحجرة، دعاني أو أجز من دعاني، فدعيت له؛ فقال: امکنی فی بیتک حتى يبلغ الكتاب أجله، فاعتدت أربعة أشهر وعشرًا، فأرسل إلى عثمان فأتيته، فحدثته فأخذ به.

أخبرنا قاسم بن محمد، قال: حدثنا خالد بن سعد، قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن منصور، قال: حدثنا محمد بن عبدالله بن سنجر، قال: حدثنا عبدالله بن نمير، قال: حدثني يحيى بن سعيد، عن سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة، عن عمته زينب بنت كعب أنها سمعت فريعة ابنة مالك بن سنان تحدث أن زوجها قتل بمكان بالمدينة يسمى طرق القدوم، وأن فريعة ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ وهي تريد أن تنتقل من بيت زوجها إلى أهلها، فذكرت، أن رسول الله ﷺ رخص لها في ذلك فقامت؛ ثم دعا بها رسول الله ﷺ فقال: «امکنی فی بیتک حتى يبلغ الكتاب أجله».

(١) القدوم: موضع على ستة أميال من المدينة.

﴿٤٥٢﴾: «نعم». قَالَتْ: فَأَنْصَرَفْتُ حَتَّى إِذَا كُنْتُ فِي الْحُجْرَةِ نَادَانِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَوْ أَمْرِي، فَنُودِيَتْ لَهُ، فَقَالَ: كَيْفَ قُلْتِ، فَرَدَدْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ الَّتِي ذَكَرْتُ لَهُ مِنْ شَأْنِ زَوْجِي، فَقَالَ: «امْكُثِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ». قَالَتْ: فَأَعْتَدْتُ فِيهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا. قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ أَرْسَلَ إِلَيَّ، فَسَأَلَنِي عَنْ ذَلِكَ، فَأَخْبَرْتُهُ فَاتَّبَعَهُ وَقَضَى بِهِ.

الشرح: قوله ﷺ للفريضة: «نعم»، لانتقل إلى بني خديجة في عدتها من وفاة زوجها، ثم استرجعها بعد ذلك، فلما رددت عليه القصة منعها من ذلك، وأمرها أن تمكث في بيتها حتى تنقضي عدتها، فيحتمل أن يكون على وجه النسخ للحكم الأول.

ويحتمل أن يكون اعتقد أولاً في قولها أن زوجها لم يتركها في مسكن يملكه، ولا يملك سكنها، وكان لفظها محتملاً لذلك، فأمرها بالانتقال على ذلك، ثم رأى أن لفظها محتمل، فاسترجعها، وأمرها بأن تعيد عليه قصتها، فتبين له من إعادتها أنها نفت أن يكون ترك منزلاً يملك رقبته، وأنها مع ذلك في منزل قد ملك زوجها سكنها، إما باكتراء أو هبة، أو وجه من الوجوه، فأمرها بالمقام، وإتمام العدة فيه.

مسألة: فإذا كان الزوج يملك رقبة المسكن، فإن للزوجة العدة فيه، وعليه أكثر الفقهاء مالك وأبو حنيفة والشافعي والأوزاعي والثوري وغيرهم، وبه قال عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وأم سلمة. وروى عن ابن عباس وعائشة وجابر ابن عبد الله: تعتد حيث شاءت.

والدليل على صحة القول الأول حديث الفريضة، وأمره ﷺ لها أن تمكث في بيتها، حتى يبلغ الكتاب أجله، وأنها امتثلت ذلك، بأن اعتدت فيه عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً.

وهذا حديث ثابت، رواه عن سعيد بن إسحاق، مالك والثوري زوهيب بن خالد وحماد بن زيد وعيسى بن يونس وعدد كثير، وابن عيينة والقطان وشعبة. وقد رواه مالك، عن ابن شهاب، لم يرو عنه غيره، وقد أخذ به عثمان بن عفان.

وقال القاضي أبو إسحاق: وهو الناسخ لقول الله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج﴾ [البقرة: ٢٤٠]. ومن جهة المعنى أن هذه عدة، فكان من حكمها المسكن للزوجة كالمطلقة.

كتاب الطلاق ٤٥٣

قال القاضى أبو إسحاق: وإنه قد احتيط فى عدة المتوفى عنها زوجها أكثر مما احتيط فى المطلقة لموت من كان يطلب بالنسب.

فثبتت عدة المتوفى عنها زوجها فى حكم غير المدخول بها، ولم تثبت عدة المطلقة بها فى غير المدخول بها، وجعلت عدة المتوفى عنها زوجها الشهور دون الحيض احتياطاً عليها؛ لأن الشهور يظهر أمرها، والحيض يخفى أمره.

ثم ثبت وتقرر أن السكنى مراعى فى المطلقة حفظاً للنسب؛ فبأن تثبت فى حكم المتوفى عنها زوجها أولى وأحرى. وهذا معنى ما أشار إليه القاضى، وربما وصلته بما يتممه، والله أعلم.

فرع: وهل يجوز بيع الدار إذا كانت للمتوفى، وأراد ذلك الورثة؟ الذى عليه جمهور أصحابنا، أن ذلك جائز، ويشترط فيه العدة للمرأة، قال ابن القاسم: لأنها أحق بالسكنى من الغرماء. وقال محمد بن عبد الحكم: البيع فاسد؛ لأنها قد ترتاب، فتمتد عدتها.

وجه قول ابن القاسم أن الغالب السلامة، والريية نادرة، وذلك لا يؤثر فى فساد العقود، لاسيما إذا كان القصد لا يؤثر فى ذلك.

وجه قول ابن عبد الحكم أن اختلاف مدة القبض إذا كان فيها تفاوت أثرت فى فساد العقد كما لو كانت السكنى لغير الزوجة.

فرع: فإن وقع البيع فيه بهذا الشرط، فارتابت، قال مالك فى كتاب محمد: هى أحق بالمقام حتى تنقضى الريية، وأحب إلينا أن يكون المشتري بالخيار فى فسخ البيع وإمضائه، ولا يرجع بشيء؛ لأنه داخل فى العدة المعتادة، ولو وقع البيع بشرط زوال الريية، كان فاسداً.

وقال سحنون: لا حجة للمشتري، وإن تمادت الريية إلى خمس سنين؛ لأنه دخل على العدة، والعدة قد تكون خمس سنين، ونحو هذا روى أبو زيد، عن ابن القاسم، وهذا عندى على قول من يرى للمبتاع الخيار. وأما على قول من يلزمه ذلك، فلا تأثير للشرط، والله أعلم.

وجه قول مالك أن البيع يصح؛ لأنه انعقد على المعتاد من العدة، فإن أتى من الريية غير المعتاد، كان له الخيار.

٤٥٤ كتاب الطلاق

ووجه قول سحنون أنه إنما دخل على أقصى أمد الحمل، فإن انقضت العدة قبل ذلك، فلا رجوع عليه، والله أعلم.

مسألة: وإن كان السكنى للزوج دون الرقبة، فلها السكنى في مدة العدة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي.

والدليل على ما نقوله ما روى عنه عليه السلام أنه قال للفريضة بنت مالك، وقد علم أن زوجها لم يملك رقبة المسكن: «امكنى في بيتك، حتى يبلغ الكتاب أجله»، ولا يمكن أن يأمرها بذلك إذا لم يملك الزوج الرقبة، ولا السكنى، وكانت الدار لمعين للإجماع على أنه ليس لها ذلك.

ولا يحمل على أن المنزل كان لها أو له، لما روى وهب بن خالد أنها قالت: إن زوجها لم يدع منزلاً يملكه، ولا نفقة، وإنى امرأة شاسعة الدار. فإن رأيت أن أتحول إلى أهلى وجيرانى، أو قالت: أهلى وأهل دارى، وهذا يدل على أنها لم تكن لها دار ولا جيران هناك.

وروى معمر عن الزهرى أنها ذكرت للنبي عليه السلام أن زوجها قتل، وأنه تركها فى مسكن لها، واستأذنته فى الانتقال، وذكر الحديث.

ومن جهة المعنى أنه ترك دار سكنى يملك سكنها ملكاً لا تباعة عليه فيه، فلزم أن تعدد الزوجة فيه. أصل ذلك إذا ملك رقبته.

مسألة: وإذا كان قد أدى الكراء، فإن كان لم يؤده، فالذى فى المدونة: أنه لا سكنى لها فى مال الميت، وإن كان موسراً.

وروى محمد، عن مالك: الكراء اللازم للميت فى ماله، ولا تكون الزوجة أحق بذلك، وتخاص الورثة فى السكنى، وللورثة إخراجها، إلا أن تسكن فى حصتها، ويؤدى كراء حصصهم.

ووجه ذلك أن حقها إنما تعلق بما يملكه من السكنى ملكاً تاماً، وإنما ملك العوض الذى بيده ولا حق فى ذلك للزوجة، إلا بالميراث دون السكنى؛ لأن ذلك مال، وليس بسكنى، وإذا ملك السكنى ملكاً تاماً تعلق حق الزوجة به، والله أعلم.

مسألة: وإذا رضى الورثة فى مدة الكراء، وأهل الدار بعد انقضاء مدة الكراء، أن يأخذوا منها الكراء، ويقروها على السكنى، لم يكن لها الخروج. قال فى المدونة: إلا أن يطلب منها ما لا يشبه من الكراء، فلها الخروج.

ووجه ذلك أن السكنى لها لازم في ذلك المسكن، وإنما للورثة، وصاحب الدار في الدار حق تقدم على حقها؛ لأنه حق متعلق بعين الدار، فإذا أسقطوا حقهم ذلك، ورضوا بعوضه على المعتاد، لزمها المقام، فإن كان نقد بعض الكراء، فلها السكنى في جميع ما نقد فيه، وهي في باقى المدة مما لم ينقد فيها على ما تقدم.

مسألة: ولو كان قد طلقها واحدة أو البتة، قال في المدونة: واحداً بائناً أو ثلاثاً، ثم مات في العدة، فقد لزمه السكنى، وهو في ماله، وإن لم يكن نقد. وروى ابن نافع في المدونة: أنه كالتوفى عنها زوجها، ولم تطلق.

وجه القول الأول أنها مطلقة، قد ثبت لها حكم السكنى، وإنما تعدد عدة المطلقة، فثبت لها في السكنى حكم المطلقة.

ووجه الرواية الثانية أن ملكه قد زال عن ماله، فلم تلزمه النفقة في السكنى. أصل ذلك التي لم تطلق.

مسألة: وهذا إذا ملك السكنى لمدة معينة بكراء أو إسكان، مثل أن يسكن عشرة أعوام، فيتوفى عند انقضائها أو قبل انقضائها بشهر، فإن لصاحب الدار، ولمن صارت إليه السكنى بعد تلك المدة إخراجها منها.

وفى وثائق أبى عبد الله بن العطار: أن هذا حكم زوجة إمام المسجد، يموت، وهو ساكن في دار المسجد؛ لأنه إنما يسكنها على سبيل الأجرة، فمتى تخرج من الدار بعد وفاة زوجها، إن أحب أهل المسجد.

فرع: هذا المشهور من أقول أصحابنا، وقد ذكر بعض القرويين: أن هذا إنما هو إذا كان الكراء كل شهر بكذا، أو كل سنة بكذا، وأما إذا وقع الكراء على سنة بعينها، فسواء نقد الكراء، أو لم ينقد، فالمرأة، أحق بالمسكن.

وذكر عن أبى قرّة، عن مالك أنه فرق بين أن يكون الكراء كل سنة بكذا، وبين أن يكريها سنة بعينها، وهذا مخالف لما تقدم من رواية ابن المواز، واختار الشيخ أبو محمد عبد الحق رواية أبى قرّة.

مسألة: وإن كان السكنى غير مقدر، مثل أن يسكن الدار حياته، ثم هى حبس على غيره بعده، فمات الأول، فقد قال مالك: لا أرى للذى صارت إليه الدار أن يخرجها حتى تنقضى عدتها، وكذلك قال ابن القاسم فى الأمير يموت، وهو ساكن فى دار الإمارة.

٤٥٦ كتاب الطلاق

ووجه ذلك أن الإسكان لما تضمن الحياة إلى حين وفاته، تضمن ما يلزم من السكنى بعد وفاته، وأما من أسكن مدة مقدرة، فلم يتضمن إسكانه ذلك؛ لأن هذه المدة تصح أن تنقضى في حياته، والله أعلم.

فصل: وقولها: «ولم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة»، يحتمل أنها اعتقدت أن للمتوفى عنها زوجها نفقة في ماله.

ويحتمل وهو الأصح عندي، أنها جعلت ذلك من عذرها في الانتقال إلى بنى خدرة قومها؛ لأن اكتسابها نفقتها، والتسبب فيها هناك أمكن لها حين لم يكن زوجها ممن ترك مالا تنفق على نفسها ميراثها منه، ولذلك لم يستدع مما عرضته من حالها إلا الانتقال إلى قومها.

مسألة: والمتوفى عنها زوجها، لا نفقة لها، وإن كانت حاملاً، قال القاضي محمد: لأن نفقة الحمل ليست بدين ثابت، فيتعلق بماله بعد موته بدليل أنه يسقط عنه بالإعسار، فبأن يسقط بالموت أولى وأحرى.

فصل: وقوله ﷺ: «امكثي حتى يبلغ الكتاب أجله»، يحتمل أنه أمرها بذلك لما كان زوجها قد أدى كراء المسكن، أو كان أسكن فيه إلى وفاته، أو أن أهل المنزل أباحوا لها العدة فيه بكراء أو بغير كراء، أو ما شاء الله تعالى من ذلك مما أرى به أن المقام لازم لها حتى تنقضى عدتها، وذلك للمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر.

والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويلدرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ [البقرة: ٢٣٤].

فرع: ومن مات أو طلق من تعتد بالشهور، فقد روى ابن المواز، عن مالك: تعتد إلى مثل تلك الساعات التي مات فيها أو طلق، ثم رجع، فقال: أرى أن تلغى ذلك اليوم، قال: وتحصى ما بقى من هذا الشهر، وتحسب بعد تمامه بالأهله بالوفاة، وتتم على بقية الشهر الأول ثلاثين يوماً، كان تاماً أو ناقصاً، ثم عشرة أيام.

مسألة: وعدة الوفاة تلزم الحرة والأمة والصغيرة والكبيرة، والتي لم تبلغ حد المحيض، والتي حاضت، واليايسة من الحيض، دخل بها أو لم يدخل، وعدة جميعهن على ما قدمناه أربعة أشهر وعشر، إلا الأمة، فعدتها من الوفاة شهران وخمسة ليلال، إذا كانت ممن تحيض.

كتاب الطلاق ٤٥٧

فإن كانت ممن لم تحض، أو يائسة من الحيض، فقد قال مالك: عدتها ثلاثة أشهر. قال أشهب: إلا أن يؤمن من مثلها الحمل، فتستبرأ بشهرين وخمس ليال.

وروى ابن المواز، عن مالك: أن عدة الأمة في الوفاة شهران وخمس ليال، إن مرت في ذلك بوقت حيضتها، فحاضت، وإذا لم يمر بها وقت حيضتها، فعدتها ثلاثة أشهر، ولو مر عليها في الثلاثة الأشهر وقت الحيضة، فلم تحض رفعت إلى التسعة أشهر كالحرة.

وجه القول الأول أنها إذا كانت ممن لا تحيض، فلا تبرأ بأقل من ثلاثة أشهر؛ لقول الله تعالى: ﴿واللاتي يتسنن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤]، وهذا عام في المطلقة وغيرها.

ويجب أن يكون هذا مبنياً على قول من راعى الحيضة في مدة العدة على كل حال، فإن عدت الحيضة، فلا يبرئها إلا ثلاثة أشهر.

ووجه قول أشهب أن الشهرين وخمس ليال عدتها؛ لأنها على النصف من عدة الحرة كالأقراء؛ لما كانت أصلاً في عدة المطلقة كانت الأمة في ذلك على النصف من عدة الحرة، غير أنها إذا كان يخاف عليها الحمل أكملت الشهور الثلاثة؛ لأنه لا يتبين حملها في أقل من ثلاثة أشهر.

ووجه القول الثالث، قول مالك، ما قال عنه بعض أصحابه أننا لم نجد في الأصول رحماً يبرأ من وطء بغير حيض، ممن يمكن منها الحمل بأقل من ثلاثة أشهر.

مسألة: فإن كانت ممن تحيض كل شهر، فلم تحض في مدة العدة، فهذه رينة على رواية ابن المواز وغيره عن مالك: ترفع إلى تسعة أشهر، حرة كانت أو أمة، ورواه عن ابن القاسم ومطرف وأصبع.

وروى سحنون وابن حبيب، عن أشهب وابن الماجشون: تبرأ الحرة بانقضاء الأربعة الأشهر، والأمة بانقضاء ثلاثة أشهر.

وجه القول الأول خلافاً لأبي حنيفة والشافعي ما قال القاضي أبو محمد من أنها أنثى. من ذوات الأقراء، لم تتبين براءة رحمها، فلم تبرأ إلا بالحيض أو التربص القائم مقام الحيض كالمطلقة.

ووجه القول الثاني قوله تعالى: ﴿يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾، [البقرة:

٤٥٨ كتاب الطلاق

[٢٣٤]، ولم يعتبر حيضاً ولا غيره، ولأن الاستبراء إذا تعلق بالشهور، وكانت أصلاً فيه، لم يعتبر بالحيض كالتى لم تحض.

مسألة: فإن كانت ممن تحيض من ستة أشهر أو خمسة إلى مثلها، فائقضت عدتها من الوفاة، فلم يأت فيها وقت حيضتها، قال مالك فى كتاب ابن سحنون وابن المواز: أنها قد حلت، وإن قرب وقت حيضها.

وقال ابن القاسم فى العتبية: ينظر إليها النساء؛ فإن لم يرين بها رية حلت. وروى أشهب، عن مالك، أنه قال لابن كنانة: تقيم حتى تحيض، ثم رجع مالك إلى ما ذكرناه. وجه الرواية الأولى ما قال القاضى أبو محمد أن سبب تأخير الحيض العادة لا الرية، وكانت كاليائسة.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنها مبنية على أن الحيض لا يراعى فى مدة الحيضة، وإنما تستراب بغير العادة من غير أن يكون شرطاً فى تمام العدة.

وجه الرواية الثانية أن ذلك مبنى على أن الحيضة تراعى فى تمام العدة كالتى تحيض كل شهر.

مسألة: وهذا فى المدخول بها، وأما غير المدخول بها، فقد قال القاضى أبو محمد: تبرأ بمضى المدة، وإن تأخر حيضها.

والذى روى ابن المواز وسحنون، عن مالك فى المدخول بها وغير المدخول بها: تعتد أربعة أشهر وعشرًا، إلا أن ترتاب إحداها بتأخير الحيضة عن وقتها، فترجع إلى تسعة أشهر؛ لأنه غالب أمد الحمل، فتحل، إلا أن تحس تحريكًا، فتقيم إلى أقصى أمد الحمل، والله أعلم.

مسألة: فإن كانت عاداتها بالحيض كل شهر، فلم تحض فى الأربعة أشهر والعشرة أيام إلا حيضة واحدة، قال القاضى أبو محمد: إن ذلك يجوزها.

وروى ابن سحنون وابن المواز، عن مالك: إلا أن ترتاب إحداهن بتأخير الحيضة عن وقتها، فترجع إلى تسعة أشهر، الحرة والأمة.

غير أنهما قد رويَا عن مالك أنه قال بأثر ذلك: إلا أن تحيض الحرة قبل التسعة وبعد الأربعة أشهر وعشر، والأمة بعد شهرين وخمس ليال، فتحل حينئذ، فيحتمل أن يريد أن الرية إنما تكون بتأخير الحيض كله فى مدة العدة.

ويحتمل أن يريد أن الرية تحصل بتأخير الحيضة الأخيرة، إلا أن الحيضة الواحدة بعد أربعة أشهر وعشر تبرئ؛ لأنها جاءت في وقت الرية، لا في وقت العدة.

مسألة: وأما المستحاضة، فعدتها في الوفاة، حرة كانت أو أمة تسعة أشهر؛ لأن الاستحاضة رية بانقطاع الحيض، فكما أن المرتابة بانقطاع الحيض في عدة الوفاة، ترفع إلى تسعة أشهر، فكذلك المرتابة بالاستحاضة؛ اعتباراً بتساويهما في عدة الطلاق.

مسألة: وأما الكتابية، فإن كانت غير مدخول بها، ففي المدونة: أنه لا عدة عليها، وهذا يقتضى أن تتزوج مسلماً وغيره، أثر وفاته؛ لأنه إذا لم يكن عليها عدة الوفاة ولا استبراء للدخول، فقد حلت للأزواج.

وأما المدخول بها، فقد قال القاضى أبو محمد، عن مالك: فى ذلك روايتان، إحداهما: أنها كالمسلمة. قال مالك: تجبر على العدة، وتمنع من النكاح، وعليها الإحداد. والرواية الثانية: أنها تستبرئ رحمها بثلاثة أشهر.

ومعنى ذلك على ما قاله ابن القاسم فى المدونة أن ذلك إذا أراد أن يتزوجها مسلم. قال القاضى أبو محمد: والقول فى الكتابية التى لم يدخل بها على هاتين الروايتين.

فوجه الرواية الأولى، قول الله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويلدرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وهذا عام فى المسلمة والكتابية، ولأن كل من ساوت المسلمة الحرة فى عدة الطلاق ساوتها فى عدة الوفاة كالمسلمة.

ووجه الرواية الثانية أنه يتعلق بعدتها حقان، حق للمخلوق، وهو حبط النسب، وحق لله تعالى.

فأما حق المخلوق، فذلك يلزمها، ولا يبرئها إلا استبراء رحمها، وذلك يحصل بالأشهر الثلاثة، وما زاد على ذلك، فحق لله تعالى، ولا يصح منها أداء حقوقه إلا بعد الإيمان به.

فصل: وقولها: «إن عثمان بن عفان سألها عن ذلك، فأخبرته بذلك، فقضى به»، يقتضى إجماع الصحابة على العمل بأخبار الآحاد، وأن خبر المرأة مما يعمل به، ولذلك سألها عثمان عن خبرها، فقضى به لما أخبرته عنه.

وسماع هذا من خبر الفريضة حتى كان الأمراء يرسلون إليها، ويسألونها عن ذلك، ويقضون به، ولم ينكره أحد من الصحابة، ولا ممن عاصروهم من التابعين.

٤٦٠ كتاب الطلاق

ولذلك روى وهب بن خالد، عن سعد بن إسحاق بالإسناد، أنه لما كان في خلافة عثمان كان هذا في بعض أهله، فسأل الناس، هل عند أحد علم من رسول الله ﷺ في هذا، فقال رجل من أهل الأنصار: إن فريضة تحدث فيه بحديث، وهي حية، قالت: فأرسل إلي، فسألني عنه، فحدثته، فأخذ به.

١٢٣٢ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسِ الْمَكِّيِّ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ سَعِيدِ ابْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَرُدُّ الْمُتَوَفَّى عَنْهُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ مِنَ الْبَيْدَاءِ، يَمْنَعُهُنَّ الْحَجَّ.

الشرح: قوله: «إن عمر بن الخطاب كان يرد المتوفى عنهن أزواجهن من البيداء»، يريد أنه كان يرى اعتداد المرأة في منزل زوجها المتوفى عنها لازماً لها، فلا يجوز لها أن تخرج في حج ولا غيره حتى تنقضى عدتها.

وقد روى ابن القاسم، عن مالك في تفسير هذا الحديث: إنما ذلك لمن كانت من أهل المدينة وما قرب منها، لم يحرم، فإذا أحرمن نفذن، وبئس ما صنعن.

مسألة: وهذا فيما قرب جداً، وأما التباعد، فعلى ضربين، تباعد ليس في الرجوع منه مشقة، ولكن تحتاج فيه إلى ثقة، ترجع معه، وتباعد تلحق فيه المشقة.

فأما القسم الأول، فقد قال ابن القاسم في المدونة: ليس لها أن تحج الفريضة حتى تنقضى عدتها من وفاة أو طلاق، فكان عمر بن الخطاب يرد من خرج منهن في حج من البيداء، ولا يمنع توجهها في الحج من ردها إلى استكمال عدتها، حيث لزمها بقرب الموضع.

وقال ابن القاسم، في التي تخرج من الأندلس تريد الحج: لو لم تكن سافرت إلا مسيرة يوم أو يومين أو ثلاثة، فهلك زوجها، قال مالك، في التي تخرج تريد الحج: فإنه إن كان أمراً قريباً، وتجد ثقة رجعت، فاعتدت في بيتها، ولو وصلت أفريقية، ثم توفى زوجها، تنفذ لحجها؛ لأنها قد تباعدت.

مسألة: ولو كان خروجه منتقلاً تاركاً لاستيطان البلد الذي خرج منه، فتوفى قبل أن يصل إلى بلد آخر، ففي المدونة لابن القاسم: أنها مخيرة بين أن تنفذ، أو ترجع؛ لأن هذه ليس لها منزل، فتختار الآن موضعاً تعتد فيه.

١٢٣٢ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٣٣/٧. البيهقي في السنن الكبرى ٤٥٣/٧. وذكره ابن

عبد البر في الاستذكار برقم ١٢١٤.

قال ابن القاسم: ولها أن تعتد بالموضع الذى توفى زوجها، أو تنصرف إلى ما قرب من المدائن والقرى، فتعتد فيها.

١٢٣٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ السَّائِبَ بْنَ جَبَابٍ تُوِّفِيَ، وَأَنَّ امْرَأَتَهُ جَاءَتْ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، فَذَكَرَتْ لَهُ وَفَاةَ زَوْجِهَا، وَذَكَرَتْ لَهُ حَرْثًا لَهُمْ بِقَنَاةَ، وَسَأَلَتْهُ هَلْ يَصْلُحُ لَهَا أَنْ تَبْتَئَ فِيهِ، فَنَهَاها عَنْ ذَلِكَ، فَكَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الْمَدِينَةِ سَحْرًا، فَتُصْبِحُ فِي حَرْثِهِمْ، فَتَنْظِلُ فِيهِ يَوْمَها، ثُمَّ تَدْخُلُ الْمَدِينَةَ إِذَا أَمْسَتْ، فَتَبْتَئُ فِي بَيْتِها.

الشرح: نهى عبد الله بن عمر أن تبئ المرأة فى حرثها التى جاءته تسأله، وهى أم سليم، امرأة السائب بن جباب لما توفى عنها، ولزمته العدة فى بيتها، فنهاها عن المبيت فى حرثها فى مدة عدتها، لما قدمناه من أنها تلزمها السكنى فى بيت زوجها.

ومعنى السكنى ومعظمه المبيت؛ لأنه وقت السكن والاستقرار فى المسكن، فلم يكن لها أن تخل به، وإن كان لها أن تنصرف بالنهار، وقد تقدم الكلام فيه.

قال مالك: لها أن تخرج سحرًا قبل الفجر وتأتى بعد المغرب ما بينهما وبين العشاء. ومعنى ذلك أنه لا يفوتها بهذا مقصود المبيت فى بيتها.

مسألة: وللتوفى عنها زوجها تحضر العرس، ولا تلبس ما لا تلبسه الحاد، ولا تبئ إلا فى بيتها، رواه فى العتبية ابن القاسم، عن مالك.

مسألة: للتوفى عنها زوجها، إن كانت مدخولاً بها، اعتدت فى بيت سكنها مع زوجها، وإن كانت غير مدخول بها، اعتدت حيث كانت تسكن عند أبيها؛ لأن ذلك هو المسكن الذى كانت تسكنه، فتعلق حكم سكنها به، قاله ابن القاسم. قال: وكذلك الأمة المتوفى عنها زوجها.

قال مالك: تعتد حيث كانت تبئ؛ لأن موضع المبيت هو موضع السكنى، ولذلك كان معنى المبيت هو معنى، إذا كان مبيتاً متوالياً على وجه الاستقرار، لا على وجه الزيارة.

مسألة: والكتابية يموت عنها زوجها المسلم، قال مالك فى المدونة: تجبر على العدة،

٤٦٢ كتاب الطلاق

وتمنع الانتقال حتى تنقضى عدتها، وسيلها في أحكام العدة سبيل الحرة المسلمة.
وروجه ذلك أنه حكم تعلق بها لمسلم، فلزمه قضاؤه على حكم الإسلام كسائر
الحقوق.

فرع: وإذا مات سيد أم الولد وأعتقت، فابن القاسم لا يرى لها السكنى، ولا المقام
به، وراه أشهب لها وعليها على تضعيف من غير إيجاب، رواه ابن المواز عنهما.

١٢٣٤ - مَالِك، عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَرْأَةِ الْبَدَوِيَّةِ يُتَوَفَّى
عَنْهَا زَوْجُهَا: إِنَّهَا تَنْتَوِي حَيْثُ انْتَوَى أَهْلُهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «في المرأة البدوية تنشى حيث انتوى أهلها»، يريد أصحاب العمود،
دون أصحاب القرى، فإذا توفى عنها زوجها، وهذا حالها، ثم افترق الجمع الذي
كانت فيهم، فصار أهلها وبنو أبيها إلى جهة، وصار أهل زوجها إلى جهة أخرى،
صارت مع أهلها، وآوت إليهم، وكانت معهم؛ لأنه لا يمكنها البقاء في الموضع الذي
كانت به حين الوفاة؛ لانتقال أهله عنه، ولم يكن وطناً لزوجها، فيكون أحق بسكنائها
من غيره، إنما هم قوم يتبعون الكلاء، ويتجمعون المياه، ويجمعون اليوم في منزل،
ويفترقون عند اختيار بعضهم غير الجهة التي اختارها الآخرون.

وليس كذلك المرأة من أهل الأمصار والقرى، فإنها لا تزول من مسكنها؛ لأن ذلك
المنزل كان منزلاً لزوجها المتوفى عنها، وهي آمنة، إذا أقامت فيه، والمعتاد من حال
أهلها، وبنى أبيها المقام والاستيطان، فليس لها أن تنتقل بانتقالهم حتى تنقضى عدتها.

وقال ابن القاسم في الصغيرة يتوفى عنها زوجها، فأراد أبوها الحج والانتقال إلى بلد
آخر: منعوا من أن يخرجوها؛ لأن مالكاً قال: لا تنتقل إلا البدوية.

مسألة: ولو كانت من أهل الحاضرة، فخرج زوجها مبتدئاً، فتوفى، رجعت، ولا
تقيم، تعتد في البادية، رواه ابن وهب، عن مالك.

وروجه ذلك أن لها مسكناً في موضع استيطان وقرار، تلزمها العدة فيه، فكان عليها
أن ترجع إليه على ما تقدم من قولنا في القرب والبعد.

كتاب الطلاق ٤٦٣

وأما البدوية، فليس لها مسكن فى موضع استيطان، فلم يكن بعض الجهات أحق بها من بعض مع أنه ليس من عاداتها الاستيطان، فلا تلزمها العدة، إلا على المعتاد من حالها.

فصل: ومعنى قوله: «تنشئ مع أهلها حيث انشوا»، تنزل حيث نزلوا من ثويت المنزل، وأهلها عشيرتها الذين ترجع إليهم وتحتمى بهم، والله أعلم.

١٢٣٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لَا تَبَيْتُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَلَا الْمُبْتَوَّةُ إِلَّا فِي بَيْتِهَا.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «لا تبيت المتوفى عنها زوجها ولا المبتوتة إلا فى بيتها»، يريد البيت تسكن فيه على حسب ما كانت تسكنه قبل وفاة زوجها.

فإن كان مسكناً واحداً، فهى على ما كانت فيه، وإن كان فى حجرتها بيوت كثيرة، وكانت تسكن بيتاً منها وفيه متاعها.

قال مالك: لا تبيت إلا فى بيتها وأسطوانها، وبيوتها لها أن تبيت من ذلك حيث شاءت، ولم تنو بذلك أنها لا تبيت إلا فى الذى كان فيه متاعها.

ووجه ذلك أن جميع المسكن الذى هى فيه من حجرتها وأسطوانها وبيتها، سكن لها، فلها أن تبيت حيث شاءت منه، ولو كانت فى مقصورة من الدار، وفى الدار مقاصير لقوم آخرين، لم يكن لها أن تبيت إلا فى حجرتها التى فى يدها.

ومعنى ذلك أنه لم يكن لها سكنى غيرها من المقاصير، بل كانت مساكن لغيرها، فلا يحق لها أن تعتد فيه كسائر الدور.

* * *

عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها

١٢٣٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ: إِنَّ يَزِيدَ بْنَ عَبْدِ الْمَلِكِ فَرَّقَ بَيْنَ رِجَالٍ وَبَيْنَ نِسَائِهِمْ، وَكَانَ أُمَّهَاتِ أَوْلَادِ

١٢٣٥ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٣١/٧. ابن أبى شيبه فى المصنف ١٧٩/٥. الأم ٢٣٥/٥.

البيهقى فى السنن الكبرى ٤٣٥/٧، ٤٣٦. معرفة السنن والآثار ١١/١٥٣٣٠. المغنى ٦٠٦/٧.

وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢١٥.

١٢٣٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢١٧.

٤٦٤ كتاب الطلاق

رَجَالَ هَلَكُوا، فَتَزَوَّجُوهُنَّ بَعْدَ حَيْضَةٍ أَوْ حَيْضَتَيْنِ، فَفَرَّقَ بَيْنَهُمْ حَتَّى يَعْتَلِدَنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا. فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: سُبْحَانَ اللَّهِ يَقُولُ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ [البقرة ٢٣٤] مَا هُنَّ مِنَ الْأَزْوَاجِ.

١٢٣٧ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: عِدَّةُ أُمِّ الْوَالِدِ إِذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا سَيِّدَهَا حَيْضَةً.

١٢٣٨ - مَالِكٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: عِدَّةُ أُمِّ الْوَالِدِ إِذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا سَيِّدَهَا حَيْضَةً.

قَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِمَّنْ تَحِيضُ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ.

الشرح: قوله: «أن يزيد بن عبد الملك فسخ نكاح أم ولد، تزوجت قبل أن تعتد أربعة أشهر وعشراً»، ولعل يزيد بن عبد الملك أخذ بقول سعيد بن المسيب والزهري وعمر بن عبد العزيز: أن عدة أم الولد يتوفى سيدها أربعة أشهر وعشر، وروى ذلك رجاء بن حيوة. وقد قيل إن قبيصة لم يسمع من عمر.

وقول القاسم: «يقول الله تعالى في كتابه: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ ما هن من الأزواج»، إنما يصح أن يحتج به على من يوجب ذلك من الآية، ويتعلق بعمومها.

فيصح من القاسم أن يمنع من ذلك، ويقول: إن اسم الأزواج لا يتناول أمهات الأولاد، وإنما يتناول الزوجات، دون من يستباح بملك اليمين.

وأما من لم يتعلق بذلك، فلا يصح أن يحتج عليه بما قاله القاسم؛ لجواز أن يثبت هذا الحكم لهن من غير الآية بقياس أو غير ذلك من أنواع الأدلة، ويحتمل أن يكون القاسم يتعلق بدليل الخطاب من الآية.

فصل: وقول ابن عمر والقاسم بن محمد: «إن عدة أم الولد يتوفى سيدها حياً»، هو قول مالك والشافعي، وبه قال الشعبي وأبو قلابة وأحمد بن حنبل.

١٢٣٧ - أخرجه في الأم ٢١٨/٥. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢١٨.

١٢٣٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢١٩.

كتاب الطلاق ٤٦٥

وقال أبو حنيفة والثوري: عدتها ثلاث حيض، وهو قول علي وابن مسعود والنخعي. وقال طاوس وقتادة: عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها. والدليل على ما نقوله أن هذه أمة موطوءة بملك اليمين، فكان استبرؤها بحيضة. أصل ذلك الأمة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهل هي عدة أو استبراء محض، الذي ذكره القاضي أبو محمد في معونته أن الحيضة استبراء، وليست بعدة. وفي المدونة، عليها العدة، وعدتها حيضة كعدة الحرائر ثلاث حيض.

وجه القول الأول أن هذه أمة موطوءة بملك يمين، فلم يجب فيها عدة، وإنما هو الاستبراء كالأمة التي لم تلد من سيدها.

ووجه القول الثاني ما احتج به من أنها لو مات سيدها، أو أعتقها في حيضتها، لم تجزها تلك حتى تحيض بعد وفاته بخلاف الأمة، فإنه إذا باعها سيدها في أول دمها، أجزأ ذلك من استبرائها.

ومعنى ذلك أنه يعتبر في أم الولد الخروج من طهر إلى حيض، وهذا حكم العدة، وأيضاً فإنه يقدر لها حكم الفراش بكونها أم ولد، ولو زوجها، فتوفى زوجها وسيدها غائب، فأنت بولد بعد عدتها، فزعمت أنه من سيدها، لحق به، إلا أن ينكر وطأها؛ لأنها أم ولد.

ولو استبراء السيد أمته، ثم أعتقها كان له أن يتزوج مكانها، ولو استبرأ أم ولده، ثم أعتقها، لم يكن لها أن تتزوج حتى تحيض حيضة، قاله مالك.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن أم الولد لما ثبت لها أصل لازم في الحرية بالشرع، كانت كالحرّة في وجوب العدة بأنواع الفرقة في الحياة والموت.

وإن كانت حيضة واحدة لنقص حرمة الأمة، وإنما وجبت عليها العدة حال الرق، استبراءً من وطء بوطء يمين، وذلك حيضة، وقد يكون استبراء محضاً، وقد يكون عدة كالثلاثة الأشهر، ويكون استبراء، ويكون عدة في المطلقة والأمة المتوفى عنها زوجها.

فرع: فإذا قلنا إنها عدة، فقد قال مالك: لا أحب أن تواعد أحباً بنكاحها حتى تحيض حيضة. قال ابن القاسم: وبلغني عنه أنه قال: لا تبئت إلا في بيتها، فأثبت لمدة

٤٦٦ كتاب الطلاق

استبرائها حكم العدة. وروى ابن المواز، عن ابن القاسم: لها المبيت فى غير بيتها فى العتق والوفاء.

وجه القول الأول أنه استبراء يلزم مع عدم الوطاء الذى يوجب الاستبراء، فكان عدة تثبت فيه أحكام العدة كعدة الحرة.

وجه القول الثانى أنه استبراء سببه ملك اليمين، فكان استبراء كاستبرائها للبيع.

مسألة: ولو غاب سيد أم الولد عنها غيبة طويلة، فتوفى بعد ما حاضت فى غيبته، لم يجزها ذلك حتى تعتد بعد وفاته، قاله ابن القاسم فى المدونة، وكذلك لو انقضت عدتها من زوجها، فلم يطأها سيدها حتى توفى، فإن عليها أن تعتد بجيضة، والله أعلم.

* * *

عدة الأمة إذا توفى زوجها أو سيدها

١٢٣٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَسَلِيمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَا يَقُولَانِ: عِدَّةُ الْأُمَّةِ إِذَا هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا شَهْرَانٍ وَخَمْسُ لَيَالٍ.

١٢٤٠ - وَعَنْ ابْنِ شِهَابٍ مِثْلَ ذَلِكَ.

الشرح: قولهم: «عدة الأمة يتوفى عنها زوجها شهران وخمس ليال»، على ما تقدم؛ لأن عدتها نصف عدة الحرة، وعدة الحرة أربعة أشهر وعشر، ولا نعلم فى ذلك خلافاً، إلا ما يروى عن ابن سيرين، وليس بالثابت، أنه قال: عدتها عدة الحرة، وعلى ما قدمناه الإجماع، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يُطَلَّقُ الْأُمَّةَ طَلَاقًا لَمْ يَنْتَهَ فِيهِ، لَهُ عَلَيْهَا فِيهِ الرَّجْعَةُ ثُمَّ يَمُوتُ، وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلَاقِهِ: إِنَّهَا تَعْتَدُ عِدَّةَ الْأُمَّةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ، وَإِنَّهَا إِنْ عَتَقَتْ، وَلَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ، ثُمَّ لَمْ تَخْتَرْ فِرَاقَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ حَتَّى يَمُوتَ، وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا مِنْ طَلَاقِهِ، اعْتَدَّتْ عِدَّةَ الْحُرَّةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، وَذَلِكَ أَنَّهَا إِنَّمَا وَقَعَتْ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ بَعْدَ مَا عَتَقَتْ، فَعِدَّتُهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ.

١٢٣٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٢٠.

١٢٤٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٢١.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا على حسب ما قال في الأمة التي يطلقها زوجها طليقة رجعية، ثم يموت، وهي في عدتها تلك أنها تعتد عدة الأمة المتوفى عنها زوجها، شهرين وخمس ليال.

وذلك أنها لما كانت رجعية، وكانت من الأزواج ما دامت في العدة، ولزمها عدة الوفاة بموته، وهي أمة فكان عليها شهران وخمس ليال، ولو كان الطلاق بائناً، لم تنتقل إلى عدة الوفاة؛ لأنها ليست من الزوجات كما لو انقضت العدة.

فصل: وقوله: «ولو أعتقت في العدة، ولم تختبر فراقه»، يريد أنها لو اختارت فراقه، لبانت بذلك عنه، ولم يكن لها حكم الزوجات، ولا انتقلت إلى عدة وفاة.

فإذا لم تختبر فراقه، بقيت على حكم الرجعة، فكانت من الأزواج يلزمها بموته الانتقال إلى عدة الوفاة، فإذا توفى بعد الحرية، لزمها عدة الوفاة، وهي حرة، فكان عليها عدة الحرائر، أربعة أشهر وعشر.

ولو توفى عنها، وهي أمة، ثم أعتقت بعد ذلك، لم تكن عليها إلا عدة الإماء؛ لأن العدة وجبت عليها، وهي أمة، فلا ينقلها عن حكم الإماء ما طرأ بعد ذلك من الحرية، والله أعلم.

* * *

ما جاء في العزل

١٢٤١ - مَالِكٌ، عَنِ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عُبَيْدِ الرَّحْمَنِ، عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ

١٢٤١ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢٢٢٩، العتق ٢٥٤٢، المغازى ٤١٣٨، النكاح ٥٢١٠، القدر ٦٦٠٣، التوحيد ٧٤٠٩. مسلم فى النكاح ١٤٣٨. الترمذى فى النكاح ١١٣٨، البيوع. النسائى فى النكاح ٣٢٧٤، ٣٣٢٥، ٣٣٨٠. أبو داود فى النكاح ٢١٧٢، الجهاد ٢٥٣٢، ٢٥٣٣، ٢٥٣٤. ابن ماجه فى النكاح ١٩٢٦، ١٩٣٦. أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٠٦٩٤، ١٠٧٨٨، ١٠٨٢، ١٠٨٩٥، ١١٠٤٦، ١١٠٦٦، ١١٠٥٨، ١١١٠، ١١١٥١، ١١١٧٢، ١١٢٠٨، ١١٢٥١، ١١٢٨٨، ١١٣٣٥، ١١٤٢٩، ١١٤٦٨، ١١٤٩٩. الدارمى فى النكاح ٢٢٢٤، الحدود ٢٣٢٦، ٢٣٢٧. البغوى بشرح السنة ١٠٣/٩، عن أبى سعيد الخدرى. البيهقى فى السنن ٢٢٩/٧، عن أبى سعيد الخدرى. الطحارى بمعانى الآثار بنحوه ٣٣/٣، عن أبى سعيد الخدرى. وذكره فى الكنز برقم ٤٤٩٢١ وعزاه السيوطى إلى النسائى، عن أبى سعيد وأبى هريرة.

حَبَّانٌ، عَنِ ابْنِ مُحَيْرِيزٍ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلْتُ الْمَسْجِدَ، فَرَأَيْتُ أَبَا سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ، فَجَلَسْتُ إِلَيْهِ، فَسَأَلْتُهُ عَنِ الْعَزْلِ، فَقَالَ أَبُو سَعِيدِ الْخُدْرِيُّ: خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي غَزْوَةِ بَنِي الْمُصْطَلِقِ^(١) فَأَصَبْنَا سَبِيًّا مِنْ سَبْيِ الْعَرَبِ، فَاشْتَهَيْنَا النِّسَاءَ، وَاشْتَدَّتْ عَلَيْنَا الْعُزْبَةُ، وَأَحْبَبْنَا الْفِدَاءَ، فَأَرَدْنَا أَنْ نَعْزِلَ، فَقُلْنَا: نَعْزِلُ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَ أَظْهُرِنَا قَبْلَ أَنْ نَسْأَلَهُ، فَسَأَلْنَاهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: «مَا عَلَيْكُمْ أَنْ لَا تَفْعَلُوا مَا مِنْ نَسْمَةٍ كَأَنَّهَا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ إِلَّا وَهِيَ كَأَنَّهَا»^(٢).

الشرح: سؤال ابن محيريز لأبي سعيد الخدري، رضى الله عنه، عن العزل، وإخباره له بما عنده في ذلك عن النبي ﷺ على حسب ما كان يفعله العلماء من الصحابة في الجواب على ما سئلوا عنه مما عندهم فيه نص، وإنما كانوا يفزعون إلى غير النصوص من القياس والاستدلال عند عدم النصوص.

وأما مع وجود النصوص، فكانوا لا يتعلقون بغيرها، لاسيما إذا كان السائل لهم من أهل العلم، ومن يرجح أن يفهم ما يرد عليه من ذلك، وينقله على وجهه، وغزوة بنى المصطلق كانت سنة خمس.

فصل: وقوله: «فأصبنا سبيًا من سبي العرب، فاشتبهينا النساء»، يحتمل أن يكون بنو المصطلق، وإن كانوا من العرب يدينون بدين أهل الكتاب من اليهود أو النصارى؛ فلذلك جاز للمسلمين وطوهم بملك اليمين، وملك النكاح لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

=قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٧٢/٧، ٣٧٣: رواية ربيعة لهذا الحديث، عن محمد بن يحيى بن حبان تدخل في باب رواية النظر عن النظر، والكبير عن الصغير، وفي هذا ما يدل على ما كان القوم عليه من البحث عن العلم، واستدامة طلبه العمر كله، عند كل من طمع به عنده. وقد روى هذا الحديث جويرية عن مالك، عن الزهري، عن ابن محيريز، عن أبي سعيد الخدري. وما أظن أحدًا رواه عن مالك، بهذا الإسناد غير جويرية.

(١) قال النووي: هي غزوة المريسيع، قال القاضي: قال أهل الحديث: هذا أولى من رواية موسى ابن عقبة أنه كان في غزوة أوطاس. قاله السيوطي في تنوير الحوالك ٣٨/٢.
(٢) قال النووي: معناه: ما عليكم ضرر في ترك العزل لأن كل نفس قدر الله خلقها لا بد أن يخلقها سواء عزلتم أم لا، وما لم يقدر خلقه لا يقع سواء عزلتم أم لا، فلا فائدة في عزلكم فإنه إن كان الله تعالى قدر خلقها سبقكم الماء فلا ينفع حرصكم في منع الخلق.

ويحتمل أن يكونوا ممن يدين بدين العرب، فاستباح المسلمون وطء من أسلم منهم بعد الاسترقاق، وامتنعوا ممن لم يكن أسلم.

فصل: وقوله: «واشتدت علينا العزبة، وأحبينا الفداء، وأردنا أن نعزل»، ظاهره أن الحمل الذى يترقبه من لم يعزل يمنع الفداء، وهو البيع.

ولا يصح أن يريد به الفداء بالرد إلى الأهل على قولنا إنهن قد أسلمن؛ لأن من أسلم منهن، لم تكن تريد أن ترد إلى الكفار مما كانوا عليه من تعذيب من أسلم والإضرار به، ومع ذلك فالفداء نوع من البيع، فدل هذا على أن الحمل يمنع البيع والفداء.

ووجه آخر، وهو أنه لا خلاف أن الحمل لا يمنع الفداء الذى يمنع الرد إلى الأهل فى غير المسلمة، ولا يمنعه فى المسلمة إذا أخرجت إلى حرية، فلم يبق إلا أن يراد به ما يمنع الخروج عن ملك السيد إلى الاسترقاق، وعلى هذا مذهب جميع الفقهاء فى جميع الأمصار أنه لا يجوز بيع أم الولد.

والدليل على ذلك الحديث المذكور. ودليلنا من جهة القياس أن هذا حمل عن ملك يمين، فوجب أن يمنع بيع الحائل. أصل ذلك حال الحمل.

ومعنى ذلك أنه يعتقد على أبيه بنفس حدوده، وهو فى ذلك الحال عضو من أعضاء الإمام، فسرى إليها حكم العتق، ولم يتعجل؛ لأن انفصاله منها غايته.

١٢٤٢ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَعْزِلُ.

١٢٤٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنِ ابْنِ أَفْلَحٍ مَوْلَى أَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أُمِّ وَلَدٍ لِأَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ كَانَ يَعْزِلُ.

١٢٤٤ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ لَا يَعْزِلُ، وَكَانَ يَكْرَهُ الْعَزْلَ.

الشرح: ما روى عن سعد وأبي أيوب أنهما كانا يعزلان، وكره ذلك ابن عمر، هذا

١٢٤٢ - انفرد به مالك.

١٢٤٣ - انفرد به مالك.

١٢٤٤ - انفرد به مالك.

٤٧٠ كتاب الطلاق

مما اختلف فيه الصحابة، فذهب الجمهور إلى إباحته، وذهب ابن عمر وغيره إلى كراهيته. وقال بعضهم: هو الموءدة الصغرى.

وقال علي بن أبي طالب: لا يكون موءدة حتى تأتي عليه حالات الخلق السبعة، فقال عمر: صدقت، يريد أن يكون نطفة، ثم علقه، ثم مضغه، ثم عظاماً، ثم لحمًا، ثم تصور، ثم تستهل.

ويحتمل أن يكون من كره ذلك تعلق بقوله ﷺ: «ما عليكم أن لا تفعلوا» معناه والله أعلم، لا يضركم ذلك، وإنما هو على وجه الكراهية والندب إلى ترك ذلك دون المنع والتحريم، والذي عليه جمهور الفقهاء أن العزل جائز على شروط سنذكرها بعد هذا.

ووجه ذلك أن قوله ﷺ: «ما عليكم أن لا تفعلوا، ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة»، ندب منه ﷺ إلى نهاية التوكل، وإشارة إلى فضيلة من عول على ذلك.

وهذا كما قال ﷺ في السبعين ألفا الذين يدخلون الجنة بغير حساب: «أنهم هم الذين لا يكتونون، ولا يسترقون، ولا يتطيرون، وعلى ربهم يتوكلون»^(*)، وأباح مع ذلك الاسترقاء، والاكثواء؛ لأنه لنهاية التوكل.

١٢٤٥ - مَالِك، عَنْ ضَمْرَةَ بْنِ سَعِيدِ الْمَازِنِيِّ، عَنِ الْحَجَّاجِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ غَزِيَّةَ أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا عِنْدَ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، فَجَاءَهُ ابْنُ قَهْدٍ، رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ، فَقَالَ: يَا أَبَا سَعِيدٍ، إِنَّ عِنْدِي جَوَارِي لِي لَيْسَ نِسَائِي اللَّائِي أُكِنُّ بِأَعَجَبَ إِلَيَّ مِنْهُنَّ، وَلَيْسَ كُلُّهُنَّ يُعْجِبُنِي أَنْ تَحْمِلَ مِنِّي، أَفَأَعَزُّ، فَقَالَ زَيْدٌ بِنُ ثَابِتٍ: أَفْتِهِ يَا حَجَّاجُ، قَالَ: فَقُلْتُ: يَغْفِرُ اللَّهُ لَكَ إِنَّمَا نَجَلِسُ عِنْدَكَ لِنَتَّعَلَّمَ مِنْكَ، قَالَ: أَفْتِهِ، قَالَ: فَقُلْتُ: هُوَ حَرُّكَ إِنْ شِئْتَ سَقَيْتَهُ، وَإِنْ شِئْتَ أَعْطَشْتَهُ. قَالَ: وَكُنْتُ أَسْمَعُ ذَلِكَ مِنْ زَيْدٍ فَقَالَ زَيْدٌ: صَدَقَ.

الشرح: قوله: «أنه يريد أن يعزل عن جواريه»، لما ذكره، وتصديق زيد بن ثابت

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٥٧٠٥، ٥٧٥٢، ٦٤٧٢، ٦٥٤١. مسلم حديث رقم ٢١٨،

٢٢٠. الترمذي حديث رقم ٢٤٤٦. أحمد في المسند حديث رقم ٢٤٤٤، ٢٩٤٧، ٣٧٩٦،

٣٨٠٩.

١٢٤٥ - انفرد به مالك.

الحجاج، حين قال له: «هو حرثك، إن شئت سقيته، وإن شئت أعطشته»، على معنى إباحة ذلك، وتخييره فيه.

وإنما أمر زيد، الحجاج أن يفتيه على معنى التدريب له، ولعله أراد أن يجريه فى مثل هذا مما علم أنه سمعه منه لينشطه بذلك على طلب العلم.

١٢٤٦ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسِ الْمَكِّيِّ، عَنْ رَجُلٍ يُقَالُ لَهُ ذَفِيفٌ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلَ ابْنُ عَبَّاسٍ عَنِ الْعَزْلِ، فَدَعَا جَارِيَةً لَهُ، فَقَالَ: أَخْبِرِيهِمْ، فَكَأَنَّهُا اسْتَحْيَتْ، فَقَالَ: هُوَ ذَلِكَ، أَمَا أَنَا فَأَفْعَلُهُ، يَعْنِي أَنَّهُ يَعْزِلُ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه، للجارية، أن تخبرهم عن العزل على معنى الإشارة إلى أنه يفعل ذلك مع تلك الجارية، ولم يكره أن يسمع ذلك منها لما فيه من إظهار الحق، فلما استحيت، أعلمهم أن سكوتها إنما كان من أجل الحياء، وأنه يفعل ذلك، فتجاوز حد الإباحة له إلى الإخبار عن نفسه بأنه يفعله.

قَالَ مَالِك: لَا يَعْزِلُ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ الْحُرَّةَ إِلَّا بِإِذْنِهَا، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَعْزِلَ عَنْ أُمَّتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَمَنْ كَانَتْ تَحْتَهُ أُمَّةٌ قَوْمٌ، فَلَا يَعْزِلُ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ.

الشرح: قوله: «لا يعزل عن المرأة الحرة إلا بإذنها»، وهو قول جماعة الفقهاء، وذلك أن للحرة حقاً فى الاستمتاع، وطلب النسل، فلما لم يكن له أن يمتنع من وطئها، لم يكن له أن يمتنع من إكمالها.

وأما الأمة، فإن لسيدها أن يعزل عنها كما له أن يمتنع من وطئها، ومن كانت زوجته أمة قوم، فإن حق سادتها متعلق بطلب الولد؛ لأنه يكون رقيقاً لهم، فلذلك لا يجوز للزوج أن يعزل إلا بإذنها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن للأمة فيه حقاً، قد ثبت بعقد النكاح، فلا يجوز له أن يعزل إلا بإذنها وإذنها؛ لأنه وطئ زوجته، فللزوجة فيه حق، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى الإحصاء

١٢٤٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ

١٢٤٦ - انفرد به مالك.

١٢٤٧ - أخرجه البخارى ١٧٠/٢ كتاب الجنائز، عن أم حبيبة. مسلم كتاب الطلاق باب ٩ رقم=

حُمَيْدُ بْنُ نَافِعٍ^(١)، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ بِهِذِهِ الْأَحَادِيثِ الثَّلَاثَةِ، قَالَتْ زَيْنَبُ: دَخَلْتُ عَلَى أُمِّ حَبِيبَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ حِينَ تُوُفِّيَ أَبُوهَا أَبُو سُفْيَانَ بْنِ حَرْبٍ، فَدَعَتُ أُمَّ حَبِيبَةَ بِطَيْبٍ فِيهِ صُفْرَةٌ خَلُوقٌ أَوْ غَيْرُهُ، فَدَهَنْتُ بِهِ جَارِيَةَ ثُمَّ مَسَحْتُ بِعَارِضِيهَا، ثُمَّ قَالَتْ: وَاللَّهِ مَا لِي بِالطَّيْبِ مِنْ حَاجَةٍ غَيْرَ أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُجِدَّ عَلَى مَيْتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا».

١٢٤٨ - قَالَتْ زَيْنَبُ: ثُمَّ دَخَلْتُ عَلَى زَيْنَبَ بِنْتِ جَحْشِ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ حِينَ تُوُفِّيَ أَخُوهَا، فَدَعَتُ بِطَيْبٍ، فَمَسَّتْ بِهِ، ثُمَّ قَالَتْ: وَاللَّهِ مَا لِي بِالطَّيْبِ حَاجَةٌ غَيْرَ أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ تُجِدُّ عَلَى مَيْتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا».

١٢٤٩ - قَالَتْ زَيْنَبُ: وَسَمِعْتُ أُمَّيْ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ تَقُولُ جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنَتِي تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا وَقَدْ اشْتَكَّتْ عَيْنَيْهَا، أَفَتَكْحُلُهُمَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا»، مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، كُلُّ ذَلِكَ

= ٥٨، ١١٢٣/٢. أبو داود ٢٢٩٩، ٢٩٩/٢ كتاب الطلاق باب إحداد المتوفى عنها زوجها، عن أم حبيبة. النسائي ١٩٨/٦ كتاب الطلاق باب الإحداد، عن عائشة. أحمد ٣٧/٦، عن عائشة. عبد الرزاق برقم ١٢١٣٠، عن أم حبيبة. البيهقي ٤٣٧/٧، عن أم حبيبة. (١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٨٣/٧: حميد بن نافع هذا هو: أبو أفلح بن حميد وهو مولى صفوان بن خالد، ويقال: مولى أبي أيوب الأنصاري، روى عن أبي أيوب، وحج معه، وروى عن ابن عمر، وعن زينب بنت أبي سلمة، وهو ثقة مأمون، وهذه الجملة من خبره، ولم يسمع مالك منه شيئاً ولا الثوري، وهما يرويان عن عبد الله بن أبي بكر عنه، وقد سمع منه شعبة هذا الحديث وغيره.

١٢٤٨ - أخرجه مسلم في صلاة الاستسقاء ٨٩٤. الترمذى في ١١٩٦. النسائي في الطلاق ٣٥٣٢. أحمد في باقي مسند الأنصار ٢٦٢١٤.

١٢٤٩ - أخرجه البخارى في الجنائز ١٢٨٠، الطلاق ٥٣٣٧. مسلم في الطلاق ١٤٨٩. الترمذى في الطلاق واللعان ١١٩٧. النسائي في الطلاق ٣٤٩٩، ٣٥٠٠، ٣٥٠٢، ٣٥٣١، ٣٥٣٣، ٣٥٣٣، ٣٥٣٧، ٣٥٣٨، ٣٥٣٩. أبو داود في الطلاق ٢٢٩٩، ٢٣٠٤. ابن ماجه في الطلاق ٢٠٨٤. أحمد في باقي مسند الأنصار ٢٦١١٢.

يَقُولُ: «لا»، ثُمَّ قَالَ: «إِنَّمَا هِيَ «أَرْبَعَةٌ أَشْهُرٌ وَعَشْرًا» [البقرة: ٢٣٤] وَقَدْ كَانَتْ إِحْدَاكُنَّ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ».

قَالَ حُمَيْدُ بْنُ نَافِعٍ: فَقُلْتُ لِزَيْنَبَ: وَمَا تَرْمِي بِالْبَعْرَةِ عَلَى رَأْسِ الْحَوْلِ؟ فَقَالَتْ زَيْنَبُ: كَانَتْ الْمَرْأَةُ إِذَا تُوْفِي عَنْهَا زَوْجُهَا دَخَلَتْ حِفْشًا، وَكَبَسَتْ شَرَّيَابَهَا، وَلَمْ تَمَسَّ طَبِيًّا، وَلَا شَيْئًا حَتَّى تَمُرَّ بِهَا سَنَةٌ، ثُمَّ تُؤْنِي بِدَابَّةٍ حِمَارٍ أَوْ شَاؤٍ أَوْ طَيْرٍ، فَتَفْتَضُّ بِهِ، فَقَلَّمَا تَفْتَضُّ بِشَيْءٍ إِلَّا مَاتَ ثُمَّ تَخْرُجُ، فَتُعْطَى بَعْرَةً، فَتَرْمِي بِهَا، ثُمَّ تَرَاجِعُ بَعْدَ مَا شَاءَتْ مِنْ طَيْبٍ أَوْ غَيْرِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْحِفْشُ الْبَيْتُ الرَّدِيُّ، وَتَفْتَضُّ تَمْسَحُ بِهِ جِلْدَهَا كَالنُّشْرَةِ.

١٢٥٠ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ، عَنْ عَائِشَةَ وَحَفْصَةَ زَوْجَي النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُجِدَّ عَلَى مَيْتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ».

الشرح: قوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر»، يحتمل أن يكون هذا الحكم يختص بالمؤمنات، ويحتمل أن يكون على سبيل الترغيب في ذلك، والوعيد لمن خالفه، بمعنى أن هذا لا يتركه من يؤمن بالله واليوم الآخر، وهذا كقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه»^(*).

وقد اختلف قول مالك في تعلق حكم الإحداد بالكتابية يتوفى عنها زوجها المسلم، فروى عنه أشهب: لا إحداد عليها، وبه قال أبو حنيفة. وروى عنه ابن القاسم وغيره: أن عليها الإحداد كالمسلمة، وبه قال الشافعي.

وجه الرواية الأولى أن الإحداد عبادة، والكتابية ليست من أهل العبادة.

١٢٥٠ - أخرجه مسلم في الطلاق ١٤٩٠. النسائي في الطلاق ٣٩٠١، ٣٥٣٤. أبو داود في

الطلاق ٢٣٠٢. ابن ماجه في الطلاق ٢٠٨٥، ٢٠٨٦، ٢٠٨٧. أحمد في باقي مسند الأنصار

٢٣٥٧٢، ٢٤٩٨٦، ٢٥٥٩٠، ٢٥٨٧٢، ٢٥٩٢٣. الدارمي في ٢٢٨٣.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٦٠١٨، ٦٠١٩، ٦١٣٥. مسلم حديث رقم ٤٧، ٤٨.

الترمذي حديث رقم ١٩٦٧، ٢٥٠٠. أبو داود حديث رقم ٣٧٤٨، ٥١٥٤. ابن ماجه حديث

رقم ٣٦٧٢. أحمد في المسند حديث رقم ٦٥٨٤.

٤٧٤ كتاب الطلاق
ووجه الرواية الثانية أن هذا حكم من أحكام العدة، فلزمت الكتابية للمسلم كلزوم
المسكن والعدة.

مسألة: ومن تزوج امرأة، فمات بعد بنائه بها، فبتين أن نكاحهما فاسد. قال ابن
القاسم فى المدونة: لا إحداد عليها، ولا عدة وتستبرئ بثلاث حيض.
ووجه ذلك أنها ليست بمعتدة من وفاة، فلم يلزمها إحداد كالمطلقة.

قال القاضى أبو الوليد: وهذا عندى فى التى يفسخ نكاحها، ولم يثبت بينهما شىء
من أحكام النكاح من توارث ولا غيره. وأما التى يثبت بينهما أحكام التوارث، فإنها
تعدت عدة الوفاة، ويلزمها الإحداد، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق
ثلاث»، الإحداد ترك الزينة من اللباس والطيب والحلى والكحل، يقال حدث المرأة،
فهى حاد، وأحدث، فهى محدة^(١).

قال أبو زيد: ولم يعرف الأصمعى حدث، فأعلم ﷺ أنه محرم على النساء أن
تستديم إحداهن الإحداد على الميت فوق ثلاث، ولم يمنع من الثلاث؛ لكونها فى جملة
ما يقصر من المدد التى ربما ترك الزينة إليها من لا يقصد ذلك، وربما شق فى هذه المدة
التطيب والخروج عن حكم الإحداد مع فجأة أول الحزن والمصيبة.

فصل: وقوله ﷺ: «إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»^(٢)، وهذا على معنى الإيجاب
لا على معنى الإباحة، فاستثنى من التحريم الإيجاب، وهذا يقتضى أن لفظة «افعل» بعد
الحظر على بابها خلافاً لمن قال من أصحابنا وغيرهم أنها تقتضى الإباحة، والله أعلم.

مسألة: وسواء كانت حرة أو أمة، صغيرة أو كبيرة، وبه قال الشافعى. وقال أبو
حنيفة: لا إحداد على أمة ولا صغيرة.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على

(١) تحد: يقال أحدث المرأة تحد إحداداً وحدث تحد حداداً، والحداد والإحداد مشتق من الحد
وهو المنع لأنها تمنع الزينة والطيب.

(٢) قال القاضى عياض: استفيد وجوب الإحداد فى المتوفى عنها زوجها من اتفاق العلماء على
حمل الحديث على ذلك مع أنه ليس فى لفظه ما يدل على الوجوب. قاله السيوطى فى تنوير
الحوالك ٤٠/٢.

كتاب الطلاق ٤٧٥

ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا^(*)، وقد اتفقنا على أنه على
الرجوب، فوجب أن يحمل على عمومه.
ومن جهة المعنى أن كل من لزمها عدة الوفاة على زوج، لزمها الإحداد كالحرّة
الكبيرة.

فرع: إذا ثبت ذلك، فليس لموال الأمة منعها من الإحداد، والمبيت فى موضع
عدتها، وتخرج بالنهار فى حوائجهم، وإن أرادوا بيعها لم يلبسوها، ولا يصنعوا بها ما
لا يجوز للحاد، قاله مالك.

ووجه ذلك أن هذا حكم من أحكام النكاح، فلم يكن لهم منعها منه كملك الزوج
الاستمتاع بها.

فصل: وقوله ﷺ: «أن تحد على ميت»، يقتضى اختصاص هذا الحكم بالوفاة. وأما
حكم المطلقة، فلا تعلق له بالحديث. وقد قال مالك: لا إحداد على مطلقة، وبه قال
الشافعى. وقال أبو حنيفة: عليها الإحداد. ويروى عن سعيد بن المسيب وسليمان بن
يسار.

والدليل على ما نقوله أن هذه مطلقة، فلا إحداد عليها كالرجعية.

ووجه آخر، وهو أن المتوفى فارق زوجته، وهو على نهاية الإشفاق عليها والرغب
فيها، ولم تكن المفارقة من قبله، فلزمها لذلك الإحداد وإظهار الحزن، والمطلقة فارقها
مختاراً لفراقها مقابحاً لها، فلا يتعلق بها حكم الإحداد كالملاعة.

فصل: وقول المرأة: «إن ابنتى اشتكت عينيها، أفنكحلها؟»، يحتمل أن تريد أنها
اشتكت عينيها، وقد برئت، أفتمادى على الاكتمال.

ويحتمل أن تريد اشتكت عينيها، وهى الآن على ذلك، إلا أنها استأذنت فى كحل
زينته، ولم تستأذن فيما نداوى به العين مما لا زينة فيه، مما يجعل خارج العين أو يقطر
فيه، فلا تكون فيه زينة، فمنعها ﷺ من ذلك لما رأى أنها سالمة عما لا ضرورة بها إليه.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣١٣، ١٢٨٢، ٥٣٣٥، ٥٣٤١، ٥٣٤٥. مسلم حديث رقم
١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٩٠. الترمذى حديث رقم ١١٩٥، ١١٩٦. النسائى فى الصغرى حديث
رقم ٣٥٠٠، ٣٥٠٣، ٣٥٢٧، ٣٥٣٣. أبو داود حديث رقم ٢٢٩٩. ابن ماجه حديث رقم
٢٠٨٥، ٢٠٨٦، ٢٠٨٧.

٤٧٦ كتاب الطلاق

ووجدت للملك، ولم أتحققه، أنه قال: لا تكحل المتوفى عنها زوجها بالإئتمد، ولا بشيء فيه سواد، ولا بصفرة أو شيء يغير الألوان، ولا تكحل بإئتمد فيه طيب ولا مسك، وإن اشتكت عينيها.

وإن صحت عنه هذه الرواية، فمعناها أن لا تدعو إلى ذلك ضرورة، فقد أشار في الحديث إلى أنها تكحل بما فيه صبر إذا دعت إلى ذلك ضرورة، وهو المعروف من مذهبه.

ويحتمل أن يكون النبي ﷺ قد فهم منه خفة المرض ويسارة الصبر عليه وأنه يرجى برؤه، وتوقفه من غير كحل، ولذلك قالت أم سلمة لامرأة حاد على زوجها اشتكت عينيها: اكتحلي بكحل الجلاء بالليل، وامسحيه بالنهار.

وقال سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار: إذا خشيت على بصرها من رمد بها أو شكوى أصابتها، أنها تكحل، وتداوى بدواء أو بكحل، وإن كان فيه طيب.

وقال ابن المواز، عن مالك: إن اکتحلت من علة وضرورة بالصير بالليل، فلتمسحه بالنهار، وإن كان فيه طيب عند الضرورة، فدين الله يسر.

وقال مالك في المختصر الصغير: لا تكحل الحاد، إلا أن تضطر، فتكحل بالليل، وتمسحه بالنهار من غير طيب يكون فيه، فيحتمل أن يريد بهذا أنها لم تضطر إلى الطيب.

فصل: وقوله ﷺ: «إنما هي أربعة أشهر وعشر»، على وجه الإخبار بمدة الإحداد الواجب على زوجة المتوفى، وذلك أربعة أشهر وعشر، فإن ارتسابت هذه المعتدة، فقد روى ابن حبيب، عن مطرف وابن القاسم، عن مالك: أن الإحداد عليها حتى تنقضي الريبة، وإن بلغت خمس سنين.

فصل: وقوله ﷺ: «وقد كانت إحدان ترمى بالبعرة على رأس الحول»، روى ابن مزين، عن عيسى بن وهب أنها كانت تؤتى ببعرة من بعر الغنم، فترمى بها من وراء ظهرها.

وروى عن نافع: أنها كانت ترمى بالبعرة أمامها، وليس وراء ظهرها، كما قال بعض الناس. قال ابن وهب، فذلك أجلها، وقد رأيت لغيره أنها كانت تتأول في ذلك أن صبرها مدة الحول على ما كانت فيه أهون عليها من الرمي بهذه البعرة.

كتاب الطلاق ٤٧٧

وقد روى أن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويلدرون أزواجًا وصية لأزواجهم متاعًا إلى الحول غير إخراج﴾ [البقرة: ٢٤٠]، نزل فى ذلك، ثم نسخ بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويلدرون أزواجًا يترصدن أربعة أشهر وعشراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] تقديره على ما قال أبو الحسن الأحفش: يترصدن بعد وفاتهم أربعة أشهر وعشراً.

فصل: وما ذكرته زينب من حكم الحول من أنها كانت تسكن الحفش، وتلبس شر ثيابها، هو معنى الإحداد.

فذكرهن النبى ﷺ أن ما ورد به الشرع فى مدة أربعة أشهر وعشر، ليس مما كن يلتزمه فى حول كامل، نهن على ذلك ترغيباً لهن فى التزام ما أمرهن الله به، وخفف عنهن فيه من الإحداد، ولا يتسرعن إلى المنوع منه بغير عذر، فوجب ولا يستقلن ما أوجب الله عليهن.

فصل: وقول مالك: «الحفش، البيت الردى»، روى ابن وهب، عن مالك: الحفش البيت الصغير، وكذلك قال الخليل. وقال أبو عبيد: الحفش الدرج، وجمعه أحفاش، ولعله شبه البيت الصغير به، وسماه باسمه.

فصل: وقوله: «فتفض به»، قال مالك: معناه تتمسح به كالنشرة. وقال ابن زيد، عن عيسى، عن ابن وهب: تفض بيدها عليه أو على ظهره.

وقد قيل إن معنى ذلك، أنها تنظف به حتى يصير كالفضة، ويعد هذا فى شىء من الحيوان؛ لأنه لا يتأتى به هذا، وإنما يتأتى به ما وصفه مالك، رحمه الله، أو ما قاله ابن وهب.

وقد قال ابن مزين، عن عيسى: إن معنى تفض به، تتمسح به، لعلها لأنها كانت تقيم حولاً لا تغتسل، ولا تمس طيباً، فيكثر عليها الوسخ، وتشتد رائحة العرق، فقلما تتمسح بشىء إلا مات. وروى يحيى بن يحيى، عن ابن نافع ومحمد بن عيسى الأعشى مثله، والله أعلم.

١٢٥١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَتْ لَامْرَأَةٍ حَدَّ عَلَى زَوْجِهَا اشْتَكَّتْ عَيْنَيْهَا، فَبَلَغَ ذَلِكَ مِنْهَا: اكَتَجَلَى بِكُحْلِ الْجِلَاءِ بِاللَّيْلِ، وَأَمْسَحَ بِهِ بِالنَّهَارِ.

١٢٥٢ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُمَا كَانَا يَقُولَانِ فِي الْمَرْأَةِ يُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا: إِنَّهَا إِذَا خَشِيَتْ عَلَى بَصَرِهَا مِنْ رَمَدٍ بِهَا أَوْ شَكْوَى أَصَابَهَا إِنَّهَا تَكْتَحِلُ وَتَتَدَاوَى بِدَوَاءٍ أَوْ كُحْلٍ وَإِنْ كَانَ فِيهِ طِيبٌ.
قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا كَانَتْ الضَّرُورَةُ، فَإِنَّ دِينَ اللَّهِ يُسْرٌ.

الشرح: قولها، رضى الله عنها: «اكتحلى بكحل الجلاء بالليل، وامسحيه بالنهار»، كحل الجلاء، قال أبو عبيدة: هو عندنا الإتمد، سمي بذلك؛ لأنه يجلو البصر، فيقويه، أو يجلو الوجه، فيحسنه.

وقولها: «وامسحيه بالنهار»، يقتضى أن له لوناً ظاهراً، ولذلك أمرتها بمسحه بالنهار.

قال القاضى أبو الوليد: وذلك عندى إذا لم تدع إلى إيقاعه بالنهار ضرورة من شدة مرض، وخافة على البصر.

وبذلك قال سالم وسليمان: إنها إذا خشيت على بصرها، أنها تكتحل، ولم يخصا كحلاً من كحل، وإنما ذلك بحسب المرض، وما تدعو الضرورة إليه، وإباحة ذلك، وإن كان فى الكحل والدواء طيب.

وأشار مالك إلى أن ما أباحه من ذلك للضرورة، فإن دين الله يسر.

١٢٥٣ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدَةَ اشْتَكَّتْ عَيْنَيْهَا، وَهِيَ حَادٌّ عَلَى زَوْجِهَا عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، فَلَمْ تَكْتَحِلْ حَتَّى كَادَتْ عَيْنَاهَا تَرْمَضَانِ.

الشرح: ومعنى ذلك أنها أخذت بالشدة فى نفسها، فصيرت على ما أصابها من مرض أو رمد فى عينيها، ولم تكحلها، وأشفقت من معالجتها بما بذلك حتى كادت عيناها ترمضان.

والرمض قذى أبيض تلفظه العين، يقال عين رمضاء، وهذا يقتضى أن شكوى عينيها كان أمراً خفيفاً؛ لأن المرض يحدث فى العين من أيسر شكوى، وهو قد أخبر أن ما أصابها كاد يبلغها ذلك، ولم تبلغه.

١٢٥٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٣٤.

١٢٥٣ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٤٧/٧. الأثر ١٢١٢٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٣٥.

كتاب الطلاق ٤٧٩

وقال ابن القوطية: رمضت العين، ترمض، إذا أضر بها القذى، وهذا أشبه بنسق الحديث وظاهره، فمعناه أنه كاد أن يبلغ بما أصابها من شكوى عينيها مع إمساكها عن الكحل إلى أن يضر بها المرض والضرر. واقع على مقادير مختلفة متباينة، فيحتمل أنه أراد، إلا إن كان يضر بها ضرراً يشتد عليها، والله أعلم.

قال أبو عبيد الهروي: هو رمضان، بالضاد المعجمة مأخوذ من الرمضاء، وهو اشتداد الحر على الحجارة حتى تحمى، فتقول: هاج بعينها من الحر، مثل ذلك، فشبّه الحر الذي يظهر بالعين بذلك، والمشهور من الرواية ما قدمناه، والله أعلم.

قَالَ مَالِكُ: تَدَّهِنُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا بِالزَّيْتِ وَالشَّيْرِيقِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ طَيْبٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح: ومعنى ذلك أنها تدهن رأسها وشعرها بالزيت والشيريق، وهو زيت السمسم إذا لم يكن فيما تدهن به من ذلك طيب.

وقد قال في المدونة: لا تدهن بشيء من الأدهان المزينة، ولا تمشط بالحناء، ولا بالكتم، ولا بشيء يختمر في رأسها، ولا بأس أن تمشط بالهيدر وشبهه مما لا يختمر في رأسها تكون له رائحة طيبة لا تمشط به الحاد.

قال القاضي أبو محمد: كالبان والخيري ودهن الورد والبنفسج وما أشبه ذلك لما أمرت به من اجتناب الطيب، والله أعلم. وروى ابن المواز، عن مالك: لا تحضر عمل الطيب، ولا تتبخر به، وإن لم يكن لها كسب غيره حتى تحل.

فرع: ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها بشيء من ذلك، ففي العتبية من رواية أشهب، عن مالك: لا تنفض مشطتها أرايت لو اختضبت.

وقال بعض الصقليين: إذا لزم المرأة عدة الوفاة، وعليها طيب، فليس عليها غسله بخلاف من يحرم وعليه طيب. وقد قال القاضي أبو محمد: إن الكحل والحناء مما تجتنبه الحاد، ولا تستعمله إلا لضرورة.

قَالَ مَالِكُ: وَلَا تَلْبَسُ الْمَرْأَةُ الْحَادُ عَلَى زَوْجِهَا شَيْئًا مِنَ الْحَلِيِّ خَاتَمًا وَلَا خَلْخَالًا وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ مِنَ الْحَلِيِّ، وَلَا تَلْبَسُ شَيْئًا مِنَ الْعَصَبِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَصَبًا غَلِيظًا، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِشَيْءٍ مِنَ الصَّبْغِ إِلَّا بِالسَّوَادِ، وَلَا تَمْشِطُ إِلَّا بِالسَّنْدَرِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَخْتَمِرُ فِي رَأْسِهَا.

٤٨٠ كتاب الطلاق

الشرح: قوله: «لا تلبس الحاد شيئاً من الحلبي خاتماً، ولا خلخالاً ولا غيره»، قال ابن مزين: سألت عيسى، فقلت له: من الفضة والذهب؟ قال: نعم.

وروى ابن المواز، عن مالك: لا تلبس حلبياً، وإن كان حريراً ولا خرصاً فضة، ولا غيره، وفي الجملة أن كل ما تلبسه المرأة على وجه ما يستعمل عليه الحلبي من التحمل، فلا تلبسه الحاد.

ولعل عيسى إنما قصر ذلك على الفضة والذهب لما كان هذا المعروف ببلده، ولم يكن حلبي الحرير، ولم يتخذ بها، ولم ينص أصحابنا على الجوهر واليواقيت والزمرد، وهو داخل تحت قوله: «ولا غير ذلك من الحلبي»، فكل ما يقع عليه هذا الاسم ممنوع عنده، والله أعلم. قال القاضي أبو محمد: وجميع ما يتزين به النساء لأزواجهن.

فصل: وقوله: «ولا تلبس شيئاً من العصب، إلا أن يكون عصباً غليظاً»، قال ابن القاسم: لأن رقيقه بمنزلة الثياب المصبغة، ولم ير غليظه بمنزلة الثياب المصبغة. وروى ابن مزين، عن عيسى بن دينار: تلبس الحاد الوشي الغليظ، وحلة يمانية غليظة.

وإنما كره لها أن تلبس من العصب، وثياب اليمن اللحل والبرود؛ لأنها زينة، وتلبس الحاد من المروى والشطوى والقصبى والإسكندراني، رقيقه وغليظه.

وقال مالك في المدونة: لا تلبس الحاد من الثياب المصبغة الدكن، والأخضر والصفير والمصبغات بغير الورس والزعفران والمصفر. قال القاضي أبو محمد: لا تلبس الأحمر ولا الأصفر ولا الأخضر ولا الخلوقي.

قال مالك: صوفاً كان أو كتاناً أو قطناً، ولا تلبس خزاً ولا حريراً مصبوغاً بزعفران، ولا عصفر، ولا خضر، ولا غير ذلك. قال مالك في كتاب ابن المواز: ليس لها لبس الأسود إن كان حريراً.

وفي المدونة: وتلبس أبيض الحرير. قال القاضي أبو محمد: وتلبس من ذلك الأسود والسابري.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنهم يريدون بالأسود ما يسمى عندنا غرايياً، وأما ما يصبغ بالسماثي، فإنه جميل، ومما يتحمل به. وقد قال القاضي أبو محمد: كل ما كان من الألوان يتزين به النساء لأزواجهن، فلتمنع منه الحاد.

١٢٥٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ، وَهِيَ حَادٌ عَلَى أَبِي سَلَمَةَ، وَقَدْ جَعَلَتْ عَلَى عَيْنَيْهَا صَبْرًا، فَقَالَ: «مَا هَذَا يَا أُمَّ سَلَمَةَ؟» قَالَتْ: «إِنَّمَا هُوَ صَبْرٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «اجْعَلِيهِ فِي اللَّيْلِ، وَأَمْسَحِيهِ بِالنَّهَارِ».

الشرح: قوله ﷺ: «اجعليه بالليل، وامسحيه بالنهار»، يحتمل وجهين، أحدهما: الصبغ الذي يضارح ما يتحمل به. والثاني: الإلباس على الناس، فالجاهل يقلد فيه، والعالم ينكره.

وقد روى عن مالك والمختصر الصغير: لا تكتحل الحاد، إلا أن تضطر، فتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار، من غير طيب يكون فيه. ومعنى ذلك عندى بعذر المرض، وما يبلغ من الألم، ويبقى منه من الشدة.

قَالَ مَالِكُ: الْإِحْدَادُ عَلَى الصَّبِيَّةِ الَّتِي لَمْ تَبْلُغِ الْمَحِيضَ كَهَيْئَتِهِ عَلَى الَّتِي قَدْ بَلَغَتْ الْمَحِيضَ، تَحْتَنِبُ مَا يَحْتَنِبُهُ الْمَرْأَةُ الْبَالِغَةُ إِذَا هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن الإحداد يلزم الحرة الصغيرة على حسب ما يلزم الكبيرة، وكذلك الأمة خلافاً لأبي حنيفة.

والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أن امرأة سألته عن ابنة لها، توفى عنها زوجها، فاشتكت عينيها، أفتكحلها، فقال رسول الله ﷺ: «لا» مرتين أو ثلاثاً، ولم يسأل عن سننها، استدل بهذا القاضى أبو محمد.

والدليل على ذلك من جهة المعنى أن كل من لزمها العدة بالوفاء، لزمها الإحداد كالكبيرة.

مسألة: فإن كانت ممن يعقل الأمر والنهى، وتلتزم ما حد لها، أمرت بذلك، وإن كانت لا تدرك شيئاً من ذلك تحد لصغرها، فروى ابن مزين، عن عيسى: يجنبها أهلها ما تجتنبه الكبيرة، وذلك لازم لها.

فروع: إذا ثبت ذلك، فليس لموالى الأمة منعها من الإحداد، والمبيت فى موضع عدتها.

قَالَ مَالِكٌ: تُحِدُّ الْأُمَّةُ إِذَا تُوُفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ مِثْلَ عِدَّتِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن الأمة تحد إذا توفى عنها زوجها خلافاً لأبي حنيفة؛ لأنها معتدة من وفاة كالخرة ومدة الإحداد من عدتها شهران وخمس ليال؛ لأن عدتها نصف عدة الخرة على ما تقدم من اعتدادها بالأقراء، والله أعلم.

مسألة: وهذا حكم أم الولد والمكاتب والمديرة؛ لأن كل من لزمها عدة وفاة من زوجها، لزمها الإحداد، وإنما يختلف حكم الحرية والرق من ذلك في المدة، فعلى الحرية أربعة أشهر وعشر، وعلى من فيها بقية رق شهران وخمس ليال.

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ إِحْدَادٌ إِذَا هَلَكَ عَنْهَا سَيِّدُهَا، وَلَا عَلَى أُمَّةٍ يَمُوتُ عَنْهَا سَيِّدُهَا إِحْدَادٌ، وَإِنَّمَا الْإِحْدَادُ عَلَى ذَوَاتِ الْأَزْوَاجِ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه ليس على أم الولد ولا الأمة إحداد إذا توفى عنها سيدها؛ لأنه ليس عليها عدة المتوفى عنها زوجها، وإنما عليها أن تحيض حيضة بعد وفاته، وهذا له حكم الاستبراء أو حكم العدة، وقد تقدم ذكره، وبالله التوفيق.

١٢٥٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تَقُولُ: تَجْمَعُ الْحَادُّ رَأْسَهَا بِالسُّدْرِ وَالزَّيْتِ.

الشرح: قولها: «تجمع رأسها بالسدر والزيت»، على ما يفعله نساء المشرق من أن تجمع المرأة شعرها بشيء يحفظه لها من ريحان أو سدر أو غير ذلك، فإذا كانت في حال إحداد، لم تجمع إلا بما ليس فيه رائحة طيبة كالسدر، ويكون ما يجمعه به من الأدهان كالخل والزيت، وهو الشيرق وما أشبه ذلك مما ليس بطيب، والله أعلم.

تم كتاب الطلاق بحمد الله تعالى وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

* * *

انتهى الجزء الخامس ويليه إن شاء الله تعالى

الجزء السادس وأوله كتاب الرضاع

* * *

المحتويات

٣	كتاب النكاح.....
٣	باب ما جاء فى خطبة النساء.....
٨	استئذان البكر والأيم فى أنفسهما.....
٢٥	باب ما جاء فى الصداق والحياء.....
٢٧	الباب الأول فى أن هبة البضع من غير عوض لا يجوز.....
٢٨	الباب الثانى فى حكم النكاح بلفظ الهبة مع ذكر العوض.....
٣٢	الباب الأول فى ثبوت الخيار لكل واحد من الزوجين بالعيوب المؤثرة فى منع الاستمتاع.....
٣٢	الباب الثانى فى تفسير المعانى التى يثبت بها الخيار للزوج.....
٣٣	الباب الثالث فيما يوجب الفرقة بذلك قبل المسيس.....
٣٤	الباب الرابع فى موجب الفرقة بذلك بعد المسيس.....
٣٦	الباب الأول فى صفته.....
٣٧	الباب الثانى فى حكم نكاح التفويض قبل المسيس.....
٣٩	الباب الثالث فى حكم نكاح التفويض بعد المسيس.....
٣٩	الباب الرابع فيما يعتبر فى مهر المثل.....
٥٣	الباب الأول فيما يتعلق بالمهر من الفساد من جهة الجنس.....
٥٧	الباب الثانى فى حكم النكاح المتعقد على ذلك.....
٥٨	إرخاء الستور.....
٦١	المقام عند الأيم والبكر.....
٦٧	ما لا يجوز من الشروط فى النكاح.....
٧١	نكاح المحلل وما أشبهه.....
٧٧	ما لا يجمع بينه من النساء.....
٨٢	ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته.....
٩١	نكاح الرجل أم امرأة قد أصابها على وجه مما يكره.....
٩٣	جامع ما لا يجوز من النكاح.....

المحتويات	٤٨٤
الباب الأول فى مقارنة الشهادة لعقد النكاح.....	١٠٠
الباب الثانى فى صفة من يثبت النكاح بشهادته.....	١٠٢
نكاح الأمة على الحرّة.....	١١٢
ما جاء فى الرجل يملك المرأة وقد كانت تحته ففارقها.....	١٢١
ما جاء فى كراهية إصابة الأختين بملك اليمين والمرأة وابتنها.....	١٢٢
النهى عن أن يصيب الرجل أمة كانت لأبيه.....	١٢٥
النهى عن نكاح إماء أهل الكتاب.....	١٢٨
ما جاء فى الإحصان.....	١٣١
الباب الأول فى صفات المحصن.....	١٣٤
الباب الثانى فى وصف ما يكمل به الإحصان من العقود.....	١٣٦
الباب الثالث فى ذكر ما يقع به الإحصان من الجماع.....	١٣٧
الباب الرابع فيما يثبت به حكم الإحصان.....	١٣٨
نكاح المتعة.....	١٤٠
نكاح العبد.....	١٤٤
الباب الأول فى ملك السيد نكاح العبد.....	١٤٧
الباب الثانى فيما يجوز من عقده على نفسه.....	١٤٨
الباب الثالث فى حكم المهر والنفقة فى نكاح العبد.....	١٥٠
نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله.....	١٥٢
ما جاء فى الوليمة.....	١٦٣
جامع النكاح.....	١٧٥
كتاب الطلاق.....	١٨٢
ما جاء فى البتة.....	١٨٢
باب ما يجوز إيقاعه من الطلاق.....	١٨٢
ما جاء فى الخلية والبرية وما أشبه ذلك.....	١٩٢
ما يبين من التمليك.....	٢١٠
ما يجب فيه تطلق واحدة من التمليك.....	٢١٧
ما لا يبين من التمليك.....	٢٢٥
الإيلاء.....	٢٢٩
باب الإيلاء يثبت حكمه بكل يمين يجب على الخالف بها شىء كالحالف بالله أو بصفة من صفاته.....	٢٣١
إيلاء العبد.....	٢٥٠
ظهار الحر.....	٢٥٠
باب فأما ألفاظه فأصلها أنت على كظهر أسمى.....	٢٥٢

٤٨٥	المحتويات
٢٥٤	باب
٢٧٧	ظهار العبد
٢٨١	ما جاء فى الخيار
٢٩٥	ما جاء فى الخلع
٣١٠	طلاق المختلعة
٣١٤	ما جاء فى اللعان
٣٤٢	ميراث ولد الملائنة
٣٤٣	طلاق البكر
٣٤٦	طلاق المريض
٣٤٧	الباب الأول فى صفة المرض الذى به يبقى حكم ميراث المطلقة
٣٤٨	الباب الثانى فى حكم طلاق المريض
٣٥٣	ما جاء فى متعة الطلاق
٣٥٥	ما جاء فى طلاق العبد
٣٥٧	نفقة الأمة إذا طلقت وهى حامل
٣٥٨	عدة التى تفقد زوجها
٣٦٥	ما جاء فى الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض
٣٨٠	ما جاء فى عدة المرأة فى بيتها إذا طلقت فيه
٣٨٧	ما جاء فى نفقة المطلقة
٣٩٢	ما جاء فى عدة الأمة من طلاق زوجها
٣٩٥	جامع عدة الطلاق
٤٠٤	ما جاء فى الحكمين
٤٠٨	ما جاء فى يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح
٤١٣	أجل الذى لا يمسه امرأته
٤٢٢	جامع الطلاق
٤٣٤	الباب الأول فى ذكر من يستحق النفقة من الزوجات
٤٣٤	وتستحق عليه من الأزواج
٤٣٧	الباب الثانى فيما تسقط به النفقة من طلاق بائن أو نشوز
٤٣٨	الباب الثالث فى قدر النفقة وصفتها
٤٤٣	الباب الرابع فيما يجب من الخيار للزوجة بالإعسار عن ذلك
٤٤٥	عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً
٤٤٩	مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تحل
٤٦٣	عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها
٤٦٦	عدة الأمة إذا توفى زوجها أو سيدها

المحتويات	٤٨٦
٤٦٧	ما جاء فى العزل
٤٧١	ما جاء فى الإحداد
٤٨٣	المحتويات

المباني شرح موطأ مالك

تأليف
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء السادس

منشورات
مركز أبي بصير
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة لتضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى
١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٢٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٢٢ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11-9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



9 782745 127426

<http://www.al-ilmiyah.com.lb/>
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الرضاع

رضاع الصغير

١٢٥٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَخْبَرَتْهَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عِنْدَهَا، وَأَنَّهَا سَمِعَتْ صَوْتَ رَجُلٍ يَسْتَأْذِنُ فِي بَيْتِ حَفْصَةَ، قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَذَا رَجُلٌ يَسْتَأْذِنُ فِي بَيْتِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرَاهُ فَلَانًا لِعَمِّ لِحَفْصَةَ مِنَ الرِّضَاعَةِ» فَقَالَتْ عَائِشَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَوْ كَانَ فَلَانٌ حَيًّا لِعَمِّهَا مِنَ الرِّضَاعَةِ، دَخَلَ عَلَيَّ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ إِنَّ الرِّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الْوِلَادَةُ».

١٢٥٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ: جَاءَ عَمِّي مِنَ الرِّضَاعَةِ يَسْتَأْذِنُ عَلَيَّ، فَأَبَيْتُ أَنْ أَدْنَ لَهُ حَتَّى أَسْأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ قَالَتْ: فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: «إِنَّهُ عَمِّكَ، فَأَذِنِي لَهُ». قَالَتْ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّمَا أَرْضَعْتَنِي الْمَرْأَةَ، وَلَمْ يُرْضِعْنِي

١٢٥٦ - أخرجه البخارى فى الشهادات ٢٦٤٦. مسلم فى الرضاع ١٤٤٤. النسائى فى النكاح ٣٢٩٨، ٣٢٩٩، ٣٣٠٠، ٣٣٠١. أبو داود فى النكاح ٢٠٥٥. ابن ماجه فى النكاح ١٩٣٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٦٥٠، ٢٣٧٢٢، ٢٣٨٥٠، ٢٣٩١٠، ٢٤١٩١، ٢٤٩٢٥. الدارمى فى النكاح ٢٢٤٧، ٢٢٤٩. البيهقى فى السنن ١٥٦/٧، عن عائشة. البغوى بشرح السنة ٧٢/٩، عن عائشة.

١٢٥٧ - أخرجه البخارى ٦٨/٧ كتاب النكاح باب ما يخل من الدخول، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع برقم ٦، ١٠٦٩/٢، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٧، ٢٢٨/٢ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. النسائى ١٠٣/٦ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. ابن ماجه برقم ١٩٤٨، ٦٢٧/١ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. البيهقى فى السنن ٤٥٤٢/٧، عن عائشة. الدارمى ١٥٦/٢، عن عائشة. سعيد بن منصور برقم ٩٥١، عن عائشة. ابن أبى شيبة ٢٨٨/٤ عن عروة والجميدى برقم ٢٢٩، ١١٣/١، عن عائشة.

٤ كتاب الرضاع
الرَّجُلُ؟ فَقَالَ: «إِنَّهُ عَمُّكَ، فَلْيَلِجْ عَلَيْكَ». قَالَتْ عَائِشَةُ: وَذَلِكَ بَعْدَ مَا ضَرِبَ عَلَيْنَا
الْحِجَابُ. وَقَالَتْ عَائِشَةُ: يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ.

الشرح: قولها: «لو كان فلان حيًّا، لعمها من الرضاعة، دخل على»، مع مشاهدة
ما أباحه ﷺ من دخول عم حفصة من الرضاع عليها، مبالغة في تحقيق الحكم، وما
يتعلق به لجواز أن يكون هذا الحكم، يختص بذلك الإنسان.

أو يكون هناك معنى يعتبر يقترب بكونه عمها من الرضاعة، فلما قال لها ﷺ:
«نعم» علمت عموم الحكم، واختصاصه بمعنى الرضاع.

فصل: وقولها في الحديث الثاني: «إن عمها من الرضاعة جاء يستأذن عليها، فأبت
أن تأذن له حتى تسأل رسول الله ﷺ»، إن كان حديث عمرة هو الأول، فيحتمل أن
يكون ذلك العم الذي سألت عنه، وأخبرها النبي ﷺ بأنه لو كان حيًّا، دخل عليها
أوكد سببًا من هذا العم الذي استأذن عليها بعد ذلك، إما بأن يكون أخًا من أب وأم
لأبيها من الرضاعة، ويكون الثاني الذي جاء يستأذن عليها أخًا لأب أو لأم، فتوقعت
أن يكون ذلك الحكم يختص بالعم الأول، أو يكون هذا العم أرضعته زوجة أخيه،
وزوجها حي، والعم الثاني أرضعته زوجة أخيه بعد وفاة أخيه، فتوقعت أن يكون هذا
الحكم مقصورًا على الأول.

وقد روى عن الشيخ أبي الحسن أنه قال: هما عمان، أحدهما أخو أبيها، يعنى أبا
بكر الصديق، رضى الله عنه، أرضعتهما امرأة واحدة، وهو الذى فى حديث عبد الله
ابن أبى بكر، والعم الثانى الذى فى حديث هشام، هو أخو أبيها من الرضاعة، بمعنى
أن أباهما رضع امرأة بلبن ذلك الفعل.

وقد روى ابن وهب، عن أبى حازم: أن المرأة التى أرضعت عائشة، هى امرأة أخى
الذى استأذن على عائشة، وهو أظهر من قول الشيخ أبى الحسن.

وإن كان حديث عروة هو الأول، فإنها أيضًا إنما أنكرت أن يستأذن عم لحفصة
عليها، لما اعتقدت أنه ليس له تلك الرتبة من العمومة التى يستحق بها الدخول عليها،
ولعله كان عمًا لحفصة، بمعنى أنه كان أخًا لأبيها عم من الرضاعة.

فلما رأت النبي ﷺ لم ينكر ذلك، سألته عن عم كان لها فى مثل درجته وقعدده،
فأعلمها النبي ﷺ أنه لو كان حيًّا لدخل عليها بمثل ذلك السبب.

كتاب الرضاع ٥

فصل: وقولها: «يا رسول الله، إنما أرضعتني المرأة، ولم يرضعني الرجل»، على معنى التثبوت وإبداء كل شبهة في النفس يعرض فيها؛ لأنها أعلمته بما لم يكن عنده من ذلك.

فإن هذا مما لا يشك فيه أحد، وإنما أنكرت أن يكون لزوج المرضعة تأثير في التحريم، لما كان التحريم متعلقاً بالرضاع، ولا حظ له فيه.

فلما قال له النبي ﷺ: «إنه عمك، فليلج عليك»، تحققت أن ما اعترض في نفسها من الشبهة ليس بشيء، ولا يتعلق به حكم، وثبت بذلك أن تحريم الرضاع يتعلق بجنبة زوج المرضعة كما تعلق بجنبة المرضعة.

فصل: وقولها، رضى الله عنها: «وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب»، تريد أن إباحة دخول العم من الرضاعة عليها كان بعد أن ضرب الحجاب، ومنع أن يدخل عليهن إلا ذو محرم، وأما قبل أن يضرب الحجاب، فلم يكن يمتنع من ذلك أحد من الأجانب، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة»^(١)، يقتضى أن كيل من يتعلق به التحريم بسبب الولادة يتعلق به بسبب الرضاعة، فكما أن الولادة تحرم الأعمام والإخوة والأجداد، فكذلك سبب الرضاع.

ولا يمنع من ذلك أن يوجد اللبن بالمرأة دون الرجل كاللبن يوجد بالبكر؛ لأن غالب

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٩٩/٧: قوله في هذا الحديث: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة»، ففيه دليل على أن امرأة الابن من الرضاعة محرمة، فإن ظن ظان أن في قول الله عز وجل: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَاتِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ دليل على أن الأبناء من الرضاعة لا تحرم حلالهم على آباءهم، فليس كما ظن؛ لأن هذه الآية إنما نزلت في حلال الأبناء من الأصلاب نفيًا للذين تبنوا ولم يكونوا أبناء مثل زيد بن حارثة إذ تبناه رسول الله ﷺ وكان يدعى زيد بن محمد حتى نزلت الآية: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ ثم نكح رسول الله ﷺ امرأته بعد أن قضى زيد منها وطره، وطلقها، فمعنى قوله: ﴿الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ يريد: غير المتبنين، وأما الرضاعة فلا، ألا ترى إلى قول الله عز وجل: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ بعد قوله: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَاتِكُمْ﴾ أنه قد دخل فيه بإجماع المسلمين: الأختان من الرضاعة لما بينه رسول الله ﷺ في الرضاعة: أنها تحرم ما يحرم النسب، فلو تزوج رجل صبيتين رضيعتين، فحاءت امرأة فأرضعتهما، صارتا أختين بالرضاع وحرمتا عليه، واستأنف نكاح أيتهما يشاء، فقف على الأصل في هذا الباب، وفي كل باب، تعرف به وجه الصواب.

٦ كتاب الرضاع
أحواله أنه لا يكون إلا عن ولادة، ولكن يحمل ما يوجد من ذلك على عموم سببه أو
خصوصه.

وقد وجد عيسى صلى الله على نبينا وعليه بغير أب، ولم يمنع ذلك من أن يتعلق
التحريم بمجنبة الأب بسبب الولادة بمجنبة الأم.

مسألة: إذا ثبت أن للفحل تأثيراً في اللبن، فإن ذلك التأثير يثبت بالوطء، وإن لم
تقترب به ولادة، قاله ابن القاسم، واحتج بما روى عن مالك أنه قال: الماء يعمل اللبن.

وقال عليه السلام: «لقد هممت أن أنهي عن الغيلة»، قال مالك: والغيلة أن يطأ الرجل
المرأة وهي ترضع، وإذا كان للوطء تأثير في اللبن وإدراجه له دون ولادة، جاز أن يكون
له في التحريم تأثير كما لو تقدمته ولادة.

مسألة: لو ولدت امرأة من رجل، فأرضعت المولود، وفطمته، ثم أرضعت بعد
الفصال بذلك اللبن طفلاً آخر، لكان ذلك الرجل أباً له، قاله ابن القاسم.

ووجهه أن أصل ذلك اللبن من وطئه، فجميعه مضاف إليه حتى يقطع بينه وبين ما
يأتي بعد انقطاعه ووطء لغيره.

مسألة: ولو طلقها الزوج، وهي ترضع، فتزوجت غيره بعد انقضاء عدتها، فحملت
منه، ثم أرضعت طفلاً. قال ابن القاسم: اللبن لهما ما لم ينقطع لبن الأول، وقد رواه
ابن نافع، عن مالك.

ووجه ذلك أن لوطء كل واحد منهما تأثيراً في ذلك اللبن، فوجب أن ينشر الحرمة
في جنبته، ولم يذكر محمد: فحملت منه، ولا معنى لاعتبار الحمل، وإنما يعتبر الوطء،
قاله القاضي أبو محمد.

مسألة: وهذا إذا كان اللبن عن وطء حلال أو حرام، قاله القاضي أبو محمد؛ لأنه
لبن امرأة، فكان له تأثير في التحريم كما لو حدث عن وطء حلال، واختلف فيه قول
مالك، فقال: كل وطء لا يلحق به الولد، فلا يحرم على الفحل، ثم رجع إلى أن
يحرم.

وقال عبد الملك: لا يلحقه بذلك اللبن حرمة حين لم يلحق به الولد. ووجهه أنه
وطء زنى، فلم تتعد حرمة إلى جنبه الأب كحرمة النسب.

مسألة: وهذا إذا كان ما يدر من ثدى المرأة لبناً، فإن كان ماءً أصفر أو غيره، فلا

كتاب الرضاع ٧
يحرم، رواه ابن سحنون، عن ابن القاسم؛ لأن الرضاع مختص باللبن، فوجب أن يختص حكمه به دون سائر المائعات.

مسألة: وهذا إذا كان اللبن بغير وطء كالبكر يحص تديها الصبي، فتدر عليه، فإن ذلك ينشر الحرمة بسببها دون سبب أب؛ لأنه لا أب له في الرضاع.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، ولم يفرق بين الرضاع بلبن فحل وغيره.

مسألة: وسواء كان لبن حية أو ميتة خلافاً للشافعي.

والدليل على ما نقوله أن هذا لبن مؤثر في التحريم، ووصل إلى جوف الرضيع في الحولين مع الحاجة إلى الاعتداء به، فوجب أن ينشر الحرمة كلبن الحية.

مسألة: وإذا در الرجل على الطفل، فأرضعه، قال مالك: لا يحرم شيئاً، إنما قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾.

ووجه ذلك أن المعتاد رضاع النساء، وهذا إن وجد فنادر، ولا يتعلق به حكم؛ لأنه خارج من غير مخرجه المعتاد، فأشبهه مص دمه.

١٢٥٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ أَفْلَحَ أَخَا أَبِي الْقُعَيْسِ جَاءَ يَسْتَأْذِنُ عَلَيْهَا، وَهُوَ عَمُّهَا مِنَ الرَّضَاعَةِ بَعْدَ أَنْ أَنْزَلَ الْحِجَابُ، قَالَتْ: فَأَيُّتُ أَنْ آذَنَ لَهُ عَلَيَّ، فَلَمَّا جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَخْبَرْتُهُ بِالَّذِي صَنَعْتُ، فَأَمَرَنِي أَنْ آذَنَ لَهُ عَلَيَّ^(*).

١٢٥٨ - أخرجه البخارى ٦٨/٧ كتاب النكاح باب ما يخل من الدخول، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع برقم ٦، ١٠٦٩/٢، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٧، ٢٢٨/٢ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. النسائي ١٠٣/٦ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. ابن ماجه برقم ١٩٤٨، ٦٢٧/١ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. البيهقي فى السنن ٤٥٤٢/٧، عن عائشة. الدارمي ١٥٦/٢، عن عائشة. سعيد بن منصور برقم ٩٥١، عن عائشة. ابن أبى شيبة ٢٨٨/٤ عن عروة والحميدى برقم ٢٢٩، ١١٣/١، عن عائشة.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٠٣/٧: فى هذا الحديث دليل على أن احتجاب النساء من الرجال لم يكن فى أول الإسلام، وأنهم كانوا يرون النساء، ولا يستتر نساؤهم، عن رجالهم، إلا بمثل ما كان يستتر رجالهم عن رجالهم، حتى نزلت آيات الحجاب. وكان سبب نزولها فيما قال أهل العلم بالتفسير والسير، أن رسول الله ﷺ، صنع طعاماً، ودعا إليه أصحابه فى هداه-

٨ كتاب الرضاع

الشرح: قولها: «إن أفلح أخوا أبي القعيس، جاء يستأذن عليها»، قال الشيخ أبو الحسن الدارقطني: واسم أبي القعيس، وائل بن أفلح، وهو عم عائشة من الرضاعة. وقولها: «وهو عمها من الرضاعة»، الظاهر أن أبا القعيس كان أباهما من الرضاعة، ولذلك ينتسب أفلح إلى أخوة، إلا أن يكون نسب إليه لشهرته بالكنية أو غير ذلك، فيكون أفلح بن أفلح أخوا أبي القعيس، وائل بن أفلح. ولو كان أفلح أخوا أبي بكر من الرضاعة لنسبته إليه؛ لأن الظاهر أنها قصدت إلى أن تبين وجه عمومته، وتعليق التحريم الثابت له بالرضاعة. فصل: وقولها: «فأمرني أن آذن له على مرتين»، تريد والله أعلم، بما تقدم من الانتساب الذي ذكرته من كونه عمًا لها.

١٢٥٩ - مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدِّيلِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ مَصَّةً وَاحِدَةً، فَهُوَ يُحْرَمُ^(١).

الشرح: قوله: «ما كان في الحولين، وإن كان مصة واحدة، فإنه يحرم»، يقتضى أن مدة الحولين مدة الرضاع إذا توالى فيها الرضاع، واتصل، ولو فطمته أمه، فاستغنى

=زينب وذلك فى بيت أم سلمة، فلما أكلوا أطالوا الحديث، فجعل النبى ﷺ، يدخل ويخرج، ويستحى منهم، فأنزل الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بيوت النبى إلا أن يؤذن لكم إلى طعام غير ناظرين إناه﴾ يقول: غير منتظرين ومتحنيين وقته - يعنى وقت الطعام - ولكن إذا دعيتم فادخلوا فإذا طعمتم فانتشروا ولا مستانين الحديث، إن ذلكم كان يؤذى النبى فيستحى منكم، والله لا يستحى من الحق، وإذا سألتموهم متاعاً فاسألوهن من وراء حجاب. وأنزل الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها﴾، وقرئت حتى تستأذنوا ثم نزلت: ﴿يَا أَيُّهَا النبى قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن﴾ فأمر النساء بالحجاب. ثم أمرن عند الخروج أن يدنين عليهن من جلابيبهن، وهو القناع، وهو عند جماعة العلماء فى الخرائر دون الإماء. وفيه أيضاً أن ذوى المحارم من النسب، والرضاع لا يحتجب منهم، ولا يستتر عنهم، إلا العورات، والمرأة فى ماعدا وجهها وكفيها عورة بدليل أنها لا يجوز لها كشفه فى الصلاة، وقبل الرجل ودبره عورة، يجمع عليها. انتهى.

١٢٥٩ - أخرجه الترمذى فى الرضاع ١١٤٩. سعيد بن منصور فى سننه ١/٣، ٢٣٦. كشف الغمة ١١٠/٢. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٤٢.

(١) قال فى الاستذكار ٢٥٥/١٨: حديثه عن ثور بن زيد، عن ابن عباس، فإنه لم يسمع ثور من ابن عباس بينهما عكرمة. والحديث محفوظ لعكرمة وغيره عن ابن عباس.

كتاب الرضاع ٩
بالطعام، ثم أرضعته بعد ذلك امرأة في الحولين، لم يحرم ذلك الرضاع، وبه قال
الأوزاعي وابن القاسم وأصبع. وقال مطرف وابن الماجشون: يحرم إلى انقضاء الحولين،
وبه قال الشافعي.

وجه القول الأول أن الحولين مدة لنهاية الرضاع وإكماله، قال الله تعالى:
﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ [البقرة:
٢٣٣]، فعلق ذلك بإرادة الإتمام، ولو لم يصح فطام قبل ذلك لما علق ذلك بإرادة من
يريد إتمام الرضاعة.
وجه القول الثاني أن للحولين اختصاصاً بالرضاع، فإذا وجد فيها ماء حرم كما لو
اتصل.

مسألة: وإنما يكون ذلك إذا فصل بين الرضاع الأول والثاني، فطام كامل، باستغنائه
عن الرضاع بما انتقل إليه من الطعام، فأما فطام يوم أو يومين، فإنه ينشر الحرمة؛ لأن
الرضاع الثاني مما يغذيه؛ لأنه لم ينتقل بعد عن التغذي، قال معناه ابن القاسم، والله أعلم.
١٢٦٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ
سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ، فَأَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا غُلَامًا، وَأَرْضَعَتْ الْأُخْرَى
جَارِيَةً، فَقِيلَ لَهُ: هَلْ يَتَزَوَّجُ الْغُلَامُ الْجَارِيَةَ؟ فَقَالَ: لَا اللَّقَاحُ وَاحِدٌ.

الشرح: منع عبد الله بن عباس أن يتزوج الغلام الجارية لما قدمناه من أنهما أخوان
لأب من الرضاعة؛ لأن الذي در اللبن عن وطئه، وأضيف إليه رجل واحد، ولذلك قال
عبد الله بن عباس: «اللقاح واحد»، فنص على معنى المسألة، والله أعلم.

١٢٦١ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: لَا رَضَاعَةَ إِلَّا لِمَنْ
أَرْضِعَ فِي الصَّغَرِ، وَلَا رَضَاعَةَ لِكَبِيرٍ.

١٢٦٠ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٤٧٣/٧. الأثر ١٣٩٤٢. البيهقي في السنن الكبرى
٤٥٣/٧. أحكام القرآن للحصاص ١٢٦/٢. المغني ٥٤٢/٧. وذكره ابن عبد البر في
الاستذكار برقم ١٢٤٠.

١٢٦١ - أخرجه البخاري في المغازي ٤٠٠٠. النسائي في النكاح ٣٢٢٢، ٣٢٢١. أبو داود في
النكاح ٢٠٦١. أحمد في باقي مسند الأنصار ٢٥١٢١، ٢٥٧٩٨. الدارمي في النكاح ٢٢٥٧.
سعيد بن منصور في سننه ١/٣، ٢٣٩. عبد الرزاق في المصنف ٤٦٥/٧. ابن أبي شيبة في
المصنف ٢٩٠/٤. البيهقي في السنن الكبرى ٤٦١/٧. أحكام القرآن للحصاص ٤١٠/١،
٤١١. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٤٣.

١٠ كتاب الرضاع

الشرح: قوله: «لا رضاعة إلا لمن أَرْضِعَ فِي الصَّغَرِ، وَلَمْ يَحْدِ ذَلِكَ بِالْحَوْلِينَ»، يَحْتَمِلُ أَنْ يَرِيدَ أَنْ مَا قَرِبَ مِنَ الْحَوْلِينَ فِي حَكْمِ الْحَوْلِينَ دُونَ زِيَادَةِ عَلَيْهِمَا، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا فِي الْمَوْطَأِ عَنِ مَالِكٍ.

وَرَوَاهُ الْقَاضِي أَبُو الْفَرَجِ، عَنِ مَالِكٍ، إِلَّا أَنْ تَنْقُصَ الْيَوْمَ وَالْيَوْمِينَ، وَمَا يَنْقُصُ مِنَ الشُّهُورِ؛ إِذْ لَا يَتَّفِقُ أَنْ تَكُونَ الشُّهُورُ كَامِلَةً، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿حَوْلِينَ كَامِلِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وَرَوَى إِسْمَاعِيلُ الْقَاضِي، عَنِ ابْنِ الْمَاجْشُونِ الزِّيَادَةَ عَلَى الْحَوْلِينَ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ وَنَقْصَانِهَا، وَنَحْوَهُ قَالَ سَحْنُونُ، وَرَوَى عَنِ مَالِكٍ الزِّيَادَةَ الْيَسِيرَةَ عَلَى الْحَوْلِينَ فِي حَكْمِ الْحَوْلِينَ.

وَجِهَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ قَوْلَ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِصَنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فَوَجِهَ الدَّلِيلُ مِنْهَا أَنَّهُ تَعَالَى جَعَلَ الْحَوْلِينَ تَمَامَ الرِّضَاعَةِ، فَدَلَّ أَنْ مَا زَادَ عَلَيْهَا لَيْسَ بِمُدَّةِ الرِّضَاعَةِ؛ لِأَنَّ الرِّضَاعَةَ تَمَّتْ قَبْلُهَا.

وَوَجِهَ الرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ أَنْ مَا زَادَ عَلَى الْحَوْلِينَ فِي حَكْمِ الْحَوْلِينَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَعْنَى عَنِ الرِّضَاعِ بِانْقِضَاءِ الْحَوْلِينَ، بَلْ يَحْتَاجُ إِلَى تَدْرِيجٍ، فَكَانَ مَا قَارِبَهُمَا، وَتَمَّ حَكْمُهُمَا فِي مَعْنَاهُمَا.

فِرْع: فَإِذَا قَلْنَا بِاعْتِبَارِ الزِّيَادَةَ عَلَى الْحَوْلِينَ، فَكَمْ قَدْرَ ذَلِكَ؟ رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ الْحَكْمِ: الزِّيَادَةَ الْيَسِيرَةَ. وَرَوَى عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجْشُونِ: الشَّهْرَ وَنَحْوَهُ.

وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ: الشَّهْرَ وَالشَّهْرَانَ. وَرَوَى الْوَلِيدُ بْنُ مَسْلَمٍ: وَالثَّلَاثَةَ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الْحَوْلَانِ، وَسِتَّةَ أَشْهُرٍ بَعْدَهُمَا مُدَّةَ الرِّضَاعِ، سِوَاءِ فَطَمَ قَبْلُهَا أَوْ لَمْ يَفْطَمَ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقَوْلُهُ أَنَّ النِّصَّ تَتَنَاوَلُ حَوْلِينَ، وَأَنَّهُمَا تَمَامُ الرِّضَاعِ، فَإِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِهَمَا الْمُدَّةِ الْيَسِيرَةِ الَّتِي يَنْقُضِي فِي مِثْلِهَا حَكْمَ الْفِطَامِ، دُونَ الْمُدَّةِ الطَّوِيلَةِ الَّتِي لَهَا حَكْمُ نَفْسِهَا، فَلَا يَحْتَاجُ الْحَوْلَانُ إِلَيْهَا فِي تَمَامِ حَكْمِهَا.

١٢٦٢ - مَالِكٍ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَرْسَلَتْ بِهِ، وَهُوَ يَرْضَعُ إِلَيْهَا أُمَّ كَلْثُومِ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ،

١٢٦٢ - أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي الْمَصْنُفِ ٤/٢٨٦. وَذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ فِي الْإِسْتِذْكَارِ بِرَقْمِ

فَقَالَتْ: أَرْضِعِيهِ عَشْرَ رَضَعَاتٍ حَتَّى يَدْخُلَ عَلَيَّ، قَالَ سَالِمٌ: فَأَرْضَعْتِي أُمَّ كَلْثُومٍ ثَلَاثَ رَضَعَاتٍ، ثُمَّ مَرَضَتْ، فَلَمْ تُرْضِعْنِي غَيْرَ ثَلَاثِ رَضَعَاتٍ، فَلَمْ أَكُنْ أَدْخُلُ عَلَيَّ عَائِشَةَ مِنْ أَجْلِ أَنَّ أُمَّ كَلْثُومٍ لَمْ تُتِمَّ لِي عَشْرَ رَضَعَاتٍ.

١٢٦٣ - مَالِكٌ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدٍ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ حَفْصَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَرْسَلَتْ بِعَاصِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَعْدٍ إِلَى أُخْتِهَا فَاطِمَةَ بِنْتِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ تُرْضِعُهُ عَشْرَ رَضَعَاتٍ، لِيَدْخُلَ عَلَيْهَا، وَهُوَ صَغِيرٌ يَرْضَعُ، فَفَعَلَتْ فَكَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهَا.

الشرح: قوله: «أرسلتني إلى أم كلثوم [ترضعه]»^(١) عشر رضعاتٍ ليدخل عليها؛ لأنها تكون حالة له من الرضاع، فيحرم بذلك عليها كما لو ولدته أم كلثوم، وإنما يجب أن تعتبر بهذا، فيجعل المرخصة والدّة، فكل من كان يحرم عليه بها لو ولدته، يجب أن تحرم عليه إذا أرضعته^(٢).

فصل: وقوله: «فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات، ثم مرضت»، يروى مرضت بأضافت المرض إلى سالم، ويروى مرضت بإضافة المرض إلى أم كلثوم، وهو الأظهر؛ لأن مرض سالم لم يكن يمنعها من ذلك، وإن منعها في وقت من الأوقات إلا أن يبعد مكانه، ويتعذر تكراره عليها.

فصل: وقوله: «فلم أدخل على عائشة، من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات»، ثم روى عنها أنها قالت: ثم نسخ ذلك بخمس رضعات يحرم، ولعل ما اعتقدته من النسخ لم يظهر إليها، إلا ما أمرت به في قصة سالم بن عبد الله، ولم تتم الخمس رضعات الناسخة عندها، فلم يكن يدخل عليها.

وروى علي بن أبي طالب وابن عباس: تحرم القطرة الواحدة، إذا وصلت الجوف في مدة الرضاع، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك وأبو حنيفة.

١٢٦٣ - أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٢٨٦/٤. البيهقي في السنن الكبرى ٤٥٧/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٤٥.

(١) هكذا في أصل الباجي، والصواب: «ترضعني». المحقق.

(٢) قال السيوطي أقول: هذه خصوصية لأزواج النبي ﷺ خاصة دون سائر النساء، قال عبد الرزاق في مصنفه عن معمر، أخبرني ابن طارس عن أبيه، قال: كان لأزواج النبي ﷺ رضعات معلومات ولسائر النساء رضعات معلومات، ثم ذكر حديث عائشة هذا وحديث حفصة الذي بعده وحيث فلا يحتاج إلى تأويل الباجي لعله لم يظهر لعائشة الناسخ بخمس إلا بعد هذه القصة.

١٢ كتاب الرضاع

وروى عن عبد الله بن الزبير: لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان. وروى عن عائشة: عشر رضعات. وروى عنها: نسختها خمس رضعات.

والدليل على ما نقوله قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، ولم يفرق بين رضعة وأكثر من ذلك.

وأما الحديث الذي ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تحرم المصة ولا المصتان»^(١)، فمعناه عند شيوخنا أن المصة والمصتان لا تحرم؛ لأنه لا يحصل بها اجتذاب شيء من اللبن حتى يتكرر ذلك.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا معنى ينشر الحرمة، فلم تعتبر فيه الولادة والطهر.

١٢٦٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهَا مِنْ أَرْضَعَتِهَا أَخَوَاتُهَا وَبَنَاتُ أُخْيَيْهَا، وَلَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا مِنْ أَرْضَعَتْ نِسَاءً إِخْوَتَهَا^(١).

الشرح: قوله: «كان لا يدخل عليها من أرضعه نساء إخوتها»، ظاهره خلاف لما روته عن النبي ﷺ أنه أذن لها أن يدخل عليها أخو أبي القعيس.

والأصح أن هذا وقع فيه بعض الوهم، فيما روى من ذلك عنها، فلم تكن لتخالف ما سمعته من النبي ﷺ أو دخل عليها، رضى الله عنها، تأويل صرفت به ما سمعته من النبي ﷺ عن عمومه أو ما شاء الله تعالى من ذلك.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٥٠، ١٤٥١. التسائي في الصغرى حديث رقم ٣٣٠٨، ٣٣٠٩، ٣٣١٠. ابن ماجه حديث رقم ١٩٤٠، ١٩٤١. أحمد في المسند حديث رقم ١٥٦٧٨، ١٥٦٨٩، ٢٣٥٠٦. الدارمي حديث رقم ٢٢٥١. ١٢٦٤ - أخرجه الجصاص في أحكام القرآن ٤١١/١. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٤١.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٢٥٣/١٨: هذا مع صحة إسناده ترك منها للقول بالتحريم بلبن الفحل. وقد ثبت عنها حديث أبي القعيس أن رسول الله ﷺ قال لها: «هو عمك، فليلج عليك». بعد قوله له: يا رسول الله، إنما أرضعتي المرأة، ولم يرضعني الرجل، فقال لها: «إنه عمك، فليلج عليك». وهذا نص التحريم بلبن الفحل، فخالفت دلالة حديثها هذا، وأخذت بما رواه عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه أنه كان يدخل عليها من أرضعه أخواتها ولا يدخل عليها من أرضعه نساء إخوتها. فلو ذهب إلى التحريم بلبن الفحل، لكان نساء إخوتها من أجل لبن إخوتها حكمهن من التحريم بلبنهن كحكم أخواتهن في التحريم بلبنهن، وفي الدخول عليهن سواء. والحجة في حديث رسول الله ﷺ لا في قولها.

كتاب الرضاع ١٣

ويحتمل أن تريد به أن من أرضعته أخواتها أو بنات أخيها، فأى وجه وجد الرضاع منهن، ومن أى زوج كان أثبت حرمة الرضاع فى الدخول وغيره، وأما نساء إختوتها، فمن أرضعنه قبل أن يتزوجهن إختوتها، لم يكن يدخل عليها، ولا تثبت به حرمة الرضاع.

١٢٦٥ - مَالِك، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عُقْبَةَ أَنَّهُ سَأَلَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنِ الرِّضَاعَةِ، فَقَالَ سَعِيدٌ: كُلُّ مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ قَطْرَةً وَاحِدَةً، فَهُوَ يُحْرَمُ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ، فَإِنَّمَا هُوَ طَعَامٌ يَأْكُلُهُ. قَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ عُتْبَةَ: ثُمَّ سَأَلْتُ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ، فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ.

١٢٦٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: لَا رِضَاعَةَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْمَهْدِ، وَإِلَّا مَا أَتَبَتِ اللَّحْمَ وَالْدَّمَ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «ما كان فى الحولين، وإن كانت قطرة واحدة فهو يحرم»، وعلى أى وجه وصل ذلك من وجور أو لدود، رواه ابن حبيب، عن مالك وأصحابه، وكذلك إن كان مأكولاً فى طعام أو مشروباً فى شراب، فإن ذلك كله يقع به التغذى.

وأما السعوط، فقال ابن القاسم: إن وصل السعوط إلى جوف الصبى، حرم. وقال ابن حبيب: يحرم على الإطلاق، وبه قال الشافعى.

وأما الحقنة، فقال ابن القاسم: إن كان فيه غذاء الصبى حرم، وإلا فلا. وقال ابن حبيب: يحرم على الإطلاق. وقال أبو محمد: يبعد أن يصل إلى موضع يحصل به التغذى، والله أعلم.

مسألة: ولو مزج اللبن بطعام أو شراب أو دواء، فتناوله صبى، فإن كان اللبن ظاهراً

١٢٦٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٤٦.

١٢٦٦ - أخرج نحوه البخارى ٣/٣٣٦ كتاب الشهادات باب الشهادات على الأنساب، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع برقم ٣٢/٢/١٠٧٨، عن عائشة. النسائى ١٠٢/٦ كتاب النكاح باب القدر الذى يحرم منه الرضاعة، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٨، ٢٢٩/٢ كتاب النكاح باب رضاعة الكبير عن عائشة. أحمد ٦/٩٤، عن عائشة. الدارمى ١٥٨/٢، عن عائشة. أبو داود برقم ١٥٦٩، عن عائشة. البغوى فى شرح السنة ٨٣/٩ عن عائشة.

١٤ كتاب الرضاع
فيه نشر الحرمة، وإن غابت عينه، ففي المدونة عن ابن القاسم: لا يحرم شيئاً، وبه قال أبو حنيفة.

وروى ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون: يحرم إذا كان الطعام أو الشراب الغالب. وروى عنه القاضي أبو محمد هذه الرواية، فقال: يحرم وإن كان اللبن مستهلكاً. وجه القول الأول أن استهلاكه يبطل حكمه، بدليل أن الحالف لا يشرب لبناً، لا يحنت، قاله القاضي أبو محمد.

وجه القول الثاني أن اختلاط اللبن بغيره لا يبطل حكمه كما لو لم يستهلك فيه؛ لأن الغذاء يحصل به للطفل في الوجهين.

١٢٦٧ - مالك، عن ابن شهاب أنه كان يقول: الرضاعة قليلها وكثيرها يحرم، والرضاعة من قبل الرجال تحرم.

قال يحيى: وسمعت مالكا يقول: الرضاعة قليلها وكثيرها إذا كان في الحولين تحرم. قال: فأما ما كان بعد الحولين، فإن قليله وكثيره لا يحرم شيئاً وإنما هو بمنزلة الطعام.

الشرح: قول مالك، رحمه الله: «ما بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم»، يتمل وجهين، أظهرهما ما يقتضيه اللفظ من أن الحولين مدة للرضاعة دون ما يزداد عليها، وقد رواه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وأبو الفرج. وروى عن ابن الماجشون وسحنون.

والوجه الثاني أن يريد به الحولين وما في حكمهما؛ لأن ما زاد على الحولين عنده في حكم الحولين؛ لأنه به يتم حكمهما والمقصود منهما.

* * *

ما جاء في الرضاعة بعد الكبر

١٢٦٨ - مالك، عن ابن شهاب أنه سئل عن رضاعة الكبير، فقال: أخبرني

١٢٦٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٤٨.

١٢٦٨ - أخرجه مسلم كتاب الرضاع باب رضاع الكبير ٢٦ - ٣٠، ١٠٧٦/٢، عن عائشة. أبو داود كتاب النكاح باب ١٠ فيمن حرم به ٢٢٩/٢ برقم ٢٠٦١، عن عائشة. أحمد ٢٠١/٦، =

عُرْوَةُ بِنْتُ الزُّبَيْرِ أَنَّ أَبَا حُدَيْفَةَ بِنَ عُبَيْبَةَ بِنَ رَيْبَعَةَ، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَكَانَ قَدْ شَهِدَ بَدْرًا، وَكَانَ تَبْنَى سَالِمًا الَّذِي يُقَالُ لَهُ سَالِمٌ مَوْلَى أَبِي حُدَيْفَةَ كَمَا تَبْنَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَيْدَ بِنَ حَارِثَةَ، وَأَنْكَحَ أَبُو حُدَيْفَةَ سَالِمًا، وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ ابْنُهُ أَنْكَحَهُ بِنْتَ أَخِيهِ فَاطِمَةَ بِنْتَ الْوَلِيدِ بِنَ عُبَيْبَةَ بِنَ رَيْبَعَةَ، وَهِيَ يَوْمَعِدٍ مِنَ الْمُهَاجِرَاتِ الْأُولَى، وَهِيَ مِنْ أَفْضَلِ أَيَّامِي قُرَيْشٍ، فَلَمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ فِي زَيْدِ بِنِ حَارِثَةَ مَا أَنْزَلَ فَقَالَ: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ رَدَّ كُلُّ أَحَدٍ مِنْ أَوْلِيكَ إِلَيَّ أَبِي، فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ أَبُوهُ رَدَّ إِلَيَّ مَوْلَاهُ، فَجَاءَتْ سَهْلَةُ بِنْتُ سَهِيلٍ، وَهِيَ امْرَأَةُ أَبِي حُدَيْفَةَ، وَهِيَ مِنْ بَنِي عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ كُنَّا نَرَى سَالِمًا وَلَدًا، وَكَانَ يَدْخُلُ عَلَيَّ، وَأَنَا فَضْلٌ، وَإِلَيْتُ لَنَا إِلَّا بَيْتٌ وَاحِدٌ، فَمَاذَا تَرَى فِي شَأْنِهِ؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرْضِعِيهِ حَمْسَ رَضَعَاتٍ، فَيَحْرُمُ بِلَيْبِنَهَا». وَكَانَتْ تَرَاهُ ابْنًا مِنْ الرِّضَاعَةِ فَأَحَدَتْ بِذَلِكَ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ فِيمَنْ كَانَتْ تُحِبُّ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا مِنَ الرِّجَالِ، فَكَانَتْ تَأْمُرُ أُخْتَهَا أُمَّ كُلْثُومٍ بِنْتَ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ وَبَنَاتِ أُخِيهَا أَنْ يُرْضِعْنَ مَنْ أَحَبَّتْ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا مِنَ الرِّجَالِ، وَأَبِي سَائِرٍ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِنَّ بِتِلْكَ الرِّضَاعَةِ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ، وَقُلْنَ: لَا وَاللَّهِ مَا نَرَى الَّذِي أَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَهْلَةَ بِنْتَ سَهِيلٍ إِلَّا رُحْصَةً مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي رَضَاعَةِ سَالِمٍ وَحَدُهُ، لَا وَاللَّهِ لَا يَدْخُلُ عَلَيْنَا بِهَذِهِ الرِّضَاعَةِ أَحَدٌ، فَعَلَى هَذَا كَانَ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ فِي رَضَاعَةِ الْكَبِيرِ^(١).

=عن عائشة. الحاكم ٢٢٦/٣، عن عائشة. عبد الرزاق برقم ١٣٣٤٥، عن عائشة. الطبراني في

الكبير ٦٩/٧، عن عائشة. وذكره في الكنز ١٥٧٢٦ وعزاه لعبد الرزاق، عن عائشة.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٤٠٩/٧: هذا حديث يدخل في المسند، للقاء عروة، عائشة،

وسائر أزواج النبي ﷺ، وللقائه سهلة بنت سهيل، وقد رواه عثمان بن عمر، عن مالك، مختصر

اللفظ، متصل الإسناد، حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن محمد بن الحسين العسكري،

حدثنا يزيد بن سنان، حدثنا عثمان بن عمر وحدثنا خلف، قال: حدثنا عبدالله بن عمر بن

إسحاق، حدثنا أحمد بن محمد بن الحجاج، حدثنا يزيد بن سنان، حدثنا عثمان بن عمر، حدثنا

مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، أن رسول الله ﷺ، أمر امرأة أبي حذيفة أن=

=ترضع سالمًا خمس رضعات، فكان يدخل عليها بتلك الرضاعة، وسائر أزواج النبي ﷺ، يأتين ذلك، ويقلن: إنما كانت الرخصة في سالم وحده. وذكر الدارقطني حديث عثمان بن عمر، ثم قال: وقد رواه عبدالرزاق. وعبدالكريم بن روح وإسحاق بن عيسى، وقيل ابن وهب، عن مالك، وذكروا في إسناده عائشة أيضًا، ثم قال: حدثنا أبو طالب أحمد بن نصر بن طالب الحافظ من كتابه، حدثنا إسحاق بن إبراهيم بن عباد بصنعاء، عن عبدالرزاق، عن مالك بن أنس، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة وكان بدرًا وساق الحديث.

قال أبو عمر: وقد رواه يحيى بن سعيد الأنصاري، عن ابن شهاب، عن عروة وابن عبدالله بن ربيعة، عن عائشة، وأم سلمة، بلفظ حديث مالك هذا، ومعناه، سواء إلى آخره، ورواه يونس بن يزيد، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة وأم سلمة زوجي النبي ﷺ مثله، بمعناه سواء، حدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا أحمد بن صالح، قال: حدثنا عتبسة، قال: حدثنا يونس، عن ابن شهاب، قال: حدثنا عروة بن الزبير، عن عائشة زوج النبي ﷺ، وأم سلمة، أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، كان قد تبنى سالمًا، وساق الحديث بمعنى حديث مالك، وحدثناه عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد ابن إسماعيل، قال: حدثنا أيوب بن سليمان بن بلال، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي أويس، عن سليمان بن بلال، قال يحيى: أخبرني ابن شهاب، قال: أخبرني عروة بن الزبير، وابن عبدالله بن ربيعة، عن عائشة، وأم سلمة زوجي النبي ﷺ، أن أبا حذيفة بن عتبة بن عبد شمس، كان ممن شهد بدرًا، مع النبي ﷺ، تبنى سالمًا، وهو مولى لامرأة من الأنصار، كما تبنى النبي ﷺ، زيد بن حارثة، وأنكح أبو حذيفة بن عتبة سالمًا بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة، وكانت هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة من المهاجرات الأول، وهي يومئذ من أفضل أيامي قريش، فلما أنزل الله تعالى في زيد بن حارثة ما أنزل: ﴿ادعوهم لأبائهم هو أوسط عند الله﴾ رد كل أحد ينتمى من أولئك إلى أبيه، فإن لم يعلم أبوه رد إلى مواليه، فجاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة إلى رسول الله ﷺ وهي من بنى عامر بن لؤي، فقالت ليه فيما بلغنا: يا رسول الله، كنا نرى سالمًا ولدًا وكان يدخل على وأنا فضل، ليس لنا إلا بيت واحد، فماذا ترى يا رسول الله؟! فقال لها فيما بلغنا: وأرضيه عشر رضعات فتحرم بلبنها. فكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بتلك الرضاعة عائشة زوج النبي ﷺ، فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال.

فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر، وبنات أخيها، أن يرضعن لها من أحييت أن يدخل عليها من الرجال، وأبي سائر أزواج النبي ﷺ، أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد وقلن لعائشة، والله ما نرى الذي أمر به رسول الله ﷺ، بنت سهيل من رضاعة سالم إلا رخصة في رضاعة سالم وحده، من رسول الله ﷺ دون الناس، فوالله لا يدخل علينا أحد بتلك الرضاعة،=

كتاب الرضاع ١٧

الشرح: جواب ابن شهاب من سأله عن رضاعة الكبير بهذا الحديث، وما تضمنه من الخلاف دليل على ترجحه في الأمر، وتوقيه فيه.

وقولها: «وأنا فضل»، قال ابن وهب: مكشوفة الرأس والصدر. وقيل معناه، أن يكون معه ثوب واحد، لا إزار تحته. وقيل عن الخليل، يقال رجل متفضل، وفضل وهو المتوشح بثوب على عاتقيه خالف بين طرفيه، ويقال امرأة فضل وثوب فضل، فمعنى ذلك أنه كان يدخل عليها، وبعض جسدها متكشف.

وقوله ﷺ: «أرضعيه خمس رضعات»، قال ابن المواز: لو أخذ به في الحجابة خاصة لم أعبه، وتركه أحب إلينا. قال: وما علمت من أخذ به عامًا إلا عائشة، رضيت الله عنها.

وقد روى مسروق، عن عائشة أن النبي ﷺ دخل عليها وعندها رجل، فكأنه تغير وجهه كأنه كره ذلك، فقالت: إنما هذا أخي، فقال ﷺ: «انظري من أخواتك، فإنما الرضاعة من المجاعة»^(*)، وهذا يمنع التحريم برضاع الكبير.

ولعلها حملته على التحريم، ومن جهة الفحل إن كان أخوها ذلك أخصا رضاعة من قبل الفحل، ولذلك كانت تأمر بإرضاع من يدخل عليها أختها وبنات أخيها، ولا تستبيح ذلك بإرضاع نساء إخوتها، وترى أن التحريم من قبل الفحل يختص بالصغير.

=فعلى هذا الأمر كان أزواج النبي ﷺ، في رضاعة الكبير، وهكذا قال ابن المبارك، عن يونس، عن الزهري، عن عروة، وابن عبد الله بن ربيعة. وقال شعيب، عن الزهري، أخبرني عروة وابن عبد الله بن ربيعة، عن عائشة، وأم سلمة، أن أبا حذيفة وقال الليث، عن ابن مسافر، عن ابن شهاب، عن عروة وعمرة، عن عائشة، أن أبا حذيفة قال: محمد بن يحيى، وهذه الوجوه كلها عندنا محفوظة، غير إني لا أعرف من ابن عبد الله بن ربيعة، وابن عايد الله بن ربيعة، وأظنه إبراهيم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي ربيعة وهو ابن أم كلثوم بنت أبي بكر، فقد روى عنه الزهري حديثين.

قال أبو عمر: حديث يحيى بن سعيد، عن ابن شهاب على ما ذكرناه في هذا الباب، بمعنى حديث مالك من غير خلاف، إلا أن في هذه الرواية هند بنت الوليد بن عتبة، وفي رواية مالك، فاطمة ابنة الوليد بن عتبة، وهو الصواب.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٦٤٧، ٥١٠٢. مسلم حديث رقم ١٤٥٥. النسائي في الصغيرى حديث رقم ٣٣١٢. أبو داود حديث رقم ٢٠٥٨. ابن ماجه حديث رقم ١٩٤٥. أحمد في المسند حديث رقم ٢٤١١١، ٢٤٥٥٢، ٢٤٨٩٠، ٢٥٢٦٢. الدارمي حديث رقم ٢٢٥٦.

١٨ كتاب الرضاع

ولعلها كانت تقول به، وترى التأويل ما تأولته، وتأخذ في فعلها بالأحزم، وما عين لنا أحد دخل عليها برضاعة الكبير.

وفي هذا الحديث الذي رواه مسروق عنها دليل على أن الرخصة في قصته مختصة به، وبسهلة بنت سهيل؛ لأنه لفظ خاص.

وقوله ﷺ: «إنما الرضاعة من المجاعة»، نفى لثبوت حكم الرضاعة في وقت لا يقع به الاعتداء على عمومه، فيجب أن يحمل على عمومه، إلا ما خص منه بحديث سالم، والله أعلم.

١٢٦٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، وَأَنَا مَعَهُ عِنْدَ دَارِ الْقَضَاءِ يَسْأَلُهُ عَنْ رَضَاعَةِ الْكَبِيرِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: إِنِّي كَانَتْ لِي وَليدَةٌ، وَكُنْتُ أَطْوُهَا، فَعَمَدَتِ امْرَأَتِي إِلَيْهَا فَأَرْضَعْتُهَا، فَدَخَلْتُ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ: دُونَكَ فَقَدْ وَاللَّهِ أَرْضَعْتُهَا، فَقَالَ عُمَرُ: أَوْجِعْهَا، وَأْتِ جَارِيَتِكَ، فَإِنَّمَا الرضاعة رَضَاعَةُ الصَّغِيرِ.

١٢٧٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ، فَقَالَ: إِنِّي مَصِصْتُ عَنْ امْرَأَتِي مِنْ ثَدْيِهَا لَبْنًا، فَذَهَبَ فِي بَطْنِي، فَقَالَ أَبُو مُوسَى: لَا أَرَاهَا إِلَّا قَدْ حَرَمَتْ عَلَيْكَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: انظُرْ مَاذَا تَفْعَلُ بِهِ الرَّجُلَ، فَقَالَ أَبُو مُوسَى: فَمَاذَا تَقُولُ أَنْتَ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: لَا رَضَاعَةَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوَائِجِ، فَقَالَ أَبُو مُوسَى: لَا تَسْأَلُونِي عَنْ شَيْءٍ مَا كَانَ هَذَا الْحَبِيرُ بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ.

الشرح: قوله: «إن رجلاً^(١) سأل عبد الله بن عمر»، هو أبو عبس عبد الرحمن بن

١٢٦٩ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٤٦٢/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٥٠.

١٢٧٠ - أخرجه في الأم ٢٩/٥. معرفة السنن والآثار ١١/١٥٤٨٤. وذكره ابن عبد البر في

الاستذكار برقم ١٢٥١.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧٧/١٨: هذا الرجل هو أبو عميس بن حبيب الأنصاري، ثم الحارثي. روى الليث بن سعد، عن يحيى بن سعد، أن أبا عميس بن حبيب الأنصاري، ثم الحارثي، وكان بدرياً كانت له وليدة، يطؤها، فانطلقت امرأته إلى الوليدة، فأرضعتها، فلما دخلت عليها، قالت له امرأته: دونك، فقد والله أرضعتها، فخرج مكانه إلى عمر بن الخطاب، =

كتاب الرضاع ١٩
حبيب الأنصاري، سأل عن رضاعة الكبير عبد الله بن عمر، فأخبره عبد الله بن عمر بما
عنده في ذلك عن أبيه عمر، رضى الله عنه.

وذلك يتضمن أن مذهبه في ذلك مذهبه؛ لأن من يروى حديثاً وعمل به، اقتضى
عمله به الأخذ به، وتصديق روايته، وتقليده من نقل عنه أو موافقته عليه من جهة نظر
وعلم.

فصل: وقول عمر للذى أرضعت امرأته جاريتها: «أوجعها»، يحتمل أن يريد به أذاها
لما قصده من تحريم جاريتها عليه، وذلك مما لا يحل لها، ويحتمل أن يريد به إجماع
نفسها باستدامة وطء جاريتها؛ لأن ذلك مما يشق عليها، والله أعلم.

فصل: وقول أبي موسى للذى سأله عن حكم ما مص من ثدى امرأته من اللبن:
«ما أراها إلا قد حرمت عليك»، لعله ممن رأى في ذلك أن رضاع الكبير يحرم، وهو
مذهب لم يأخذ به أحد من الفقهاء، وقد انعقد الإجماع على خلافه مع ما ظهر من
رجوع أبي موسى عنه.

فصل: وقول عبد الله بن مسعود، رضى الله عنه: «انظر ما تفتى به الرجل»، على
وجه الإنكار عليه، وإبداء المخالفة له، ولعله قد كان عنده فيه علم عن النبي ﷺ مما
روى عنه ﷺ: «إن الرضاعة من المجاعة»^(*) أو غير ذلك.

ويقتضى ذلك أن كل مجتهد ليس مصيباً، ولو اعتقد عبد الله بن مسعود أن مخالفه
مصيب لما ساغ له الإنكار عليه.

فصل: وقول أبي موسى: «لا تسألوني عن شيء، ما دام هذا الخبر بين أظهركم»،
رجوع إلى ما ظهر من الحق، وانقياد لفضل ابن مسعود وعلمه وتقدمه، وقصر الناس
على سؤاله لما اعتقد من تفوقه في العلم عليه.

* * *

=فعمم عمر عليه ليوجعهن ظهر امرأته، وليطأن وليدته، ففعل. وروى الليث أيضاً، عن نافع، عن

ابن عمر مثل حديث مالك عن عبد الله بن دينار.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٤٧، ٥١٠٢. مسلم حديث رقم ١٤٥٥. النسائي في

الصغرى حديث رقم ٣٣١٢. أبو داود حديث رقم ٢٠٥٨. ابن ماجه حديث رقم ١٩٤٥.

أحمد في المسند حديث رقم ٢٤١١١، ٢٤٥٥٢، ٢٤٨٩٠، ٢٥٢٦٢.

جامع ما جاء فى الرضاعة

١٢٧١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، [وَأَبِي] (١) عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ».

١٢٧٢ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ نَوْفَلٍ أَنَّهُ قَالَ: أَخْبَرَنِي عُرْوَةُ

١٢٧١ - أخرجه البخارى ٦٨/٧ كتاب النكاح باب ما يخل من الدخول والنظر، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع ١٠٧/٢، ٩، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٥، ٢٢٨/٢ كتاب النكاح باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، عن عائشة. النسائي ٩٩/٦ كتاب النكاح باب يحرم من الرضاع، عن عائشة. ابن ماجه برقم ١٩٣٧، ٦٢٣/١ كتاب النكاح باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، عن عائشة. أحمد ٤٤/٦، عن عائشة. الدارمي ١٥٦/٢، عن عائشة. البيهقي ٢٧٥/٦، عن عائشة. البغوى بشرح السنة ٧٣/٩، عن عائشة.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤١٤/٧: هكذا فى كتاب يحيى، وعن عروة بن الزبير، بوار العطف، وهو خطأ، والصواب فى إسناد هذا الحديث: سليمان بن يسار، عن عروة بن الزبير؛ وكذلك هو عند القعنبي، وابن بكير، وابن وهب، وابن القاسم، والتنيسى، وأبى المصعب وجماعتهم فى الموطأ، عن مالك، عن عبد الله بن دينار، عن سليمان بن يسار، عن عروة بن الزبير، عن عائشة؛ وهو معروف لسليمان بن يسار، عن عروة؛ وغير نكير، رواية النظر، عن النظر، فكيف وسليمان دون عروة فى السن واللقاء - وإن كانا جميعاً من فقهاء عصرهما؛ وقد روى هذا الحديث، عن عروة: مكحول الشامى، وهو من كبار التابعين أيضاً، ورواه، عن عروة: ابن شهاب، وهشام بن عروة، وجماعة؛ وذكر ابن وهب، عن عمرو بن الحارث، عن جعفر بن ربيعة، عن مكحول، عن عروة، عن عائشة، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

ورواه يحيى القطان، عن مالك، كما رواه سائر أصحاب مالك غير يحيى بن يحيى، وحسبك يحيى بن سعيد بن القطان إتقاناً وحفظاً وجلالة.

قرأت على عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن عبدالسلام، قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا مالك، قال: حدثنا عبدالله بن دينار، عن سليمان بن يسار، عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ قال: «ما حرمت الولادة، حرمت الرضاعة».

١٢٧٢ - أخرجه مسلم كتاب النكاح ٢/برقم ١٤٠ باب جواز الغيلة، عن جذامة بنت وهب الأسدية. أبو داود برقم ٣٨٨٢، ٨/٤ كتاب الطب باب الغيلة، عن جذامة الأسدية. الترمذى ٢٠٧٧، ٤٠٦/٤ كتاب الطب باب الغيلة، عن جذامة بنت وهب. النسائي ١٠٧/٦ كتاب

ابن الزبير، عن عائشة أم المؤمنين، عن جدامة بنت وهب الأسديّة أنّها أخبرتها أنّها سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لقد هممت أن أنهي عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك، فلا يضر أولادهم».

قال مالك: والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع.

الشرح: قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: هكذا وقع عندي فى رواية يحيى ابن يحيى، عن جدامة، بالدال غير معجمة. وقال لى أبو ذر حين سماعى منه موطأ أبى مصعب منه رواية جدامة المعجمة، ولكن روايتى جدامة بالدال غير معجمة.

وقول مالك: الغيلة أن يمس الرجل امرأته، وهي ترضع، قاله الأصمعى: وأبو عبيد الهروى. والاسم الغيل، وقد أغال الرجل ولده، إذا فعل ذلك، والمرأة المغيلة التى ترضع ولدها، وهي توطأ، وأهل الطب يزعمون أن ذلك اللين داء، ويقال قد أغيلت المرأة إذا سقت غيلاً.

فصل: وقوله: «الغيلة أن يمس الرجل امرأته، وهي ترضع»، قال ابن حبيب: عزل عنها، أو لم يعزل.

وقال الشيخ أبو عمران: إنما حقيقة الغيلة الوطء مع الإنزال، إلا أن يريد ابن حبيب أن الرجل إذا لم ينزل أنزلت المرأة؛ لأن ماءها يغير اللين. وحكى ابن أبى زمنين: إن أصل الغيلة هاهنا الضرر، يقال خفت غائلة كذا، أى خفت ضرره.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن يكون معناه أن الوطء يغيّل اللين بمعنى يكثره، وإذا كان له فيه تأثير بالكثير، جاز أن يكون له تأثير بالتغيير. قال بعض أهل اللغة: إن الغيلة أن ترضع المرأة الموضع ولدها وهي حامل.

فصل: وقوله ﷺ: «لقد هممت أن أنهي عن الغيلة»، يدل على أنه قد كان يقضى، ويأمر وينهى بما يؤديه إليه اجتهاده دون أن ينزل عليه شىء، ولذلك همّ أن ينهى عن الغيلة؛ لما خاف من فساد أجساد أمته، وضعف قوتهم من أجلها حتى ذكر أن فارس والروم تفعل ذلك، فلا يضر أولادهم ذلك.

يحتمل أن يريد ﷺ أنه لا يريد أن يضر ضرراً عاماً، وإنما يضر فى النادر، فلذلك لم

=النكاح باب الغيلة، عن جدامة بنت وهب. أحمد ٣٦١/٦، عن جدامة بنت وهب. البيهقى ٢٣١/٧، عن جدامة بنت وهب. البغوى بشرح السنة ١٠٨/٩، عن جدامة بنت وهب.

٢٢ كتاب الرضاع

ينه عنه، ولم يحرمه رفقا بالناس لما فى ذلك من المشقة على من له زوجة واحدة، فيمتنع من وطئها مدة، فتلحقه بذلك المشقة، وهذه مشقة عامة، فكانت مراعاتها أرفق بأمته من المشقة الخاصة التى لا تلحق إلا اليسير من الأطفال، والله أعلم.

قال ابن حبيب: العرب تتقى وطء المرضع أن يعود من ذلك ضرر على الولد صريح فى جسم أو علة.

مسألة: وإذا آجرت امرأة نفسها فى الرضاع بإذن زوجها، فإن لوالد الصبى أن يمنع زوجها من وطئها مدة الرضاع، قاله ابن القاسم. قال أصبغ: ليس ذلك إلا بشرط فى أصل الإجارة أو يكثر ضرر الصبى به، ويتبين ذلك، فيمنع.

١٢٧٣ - مالك، عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم، عن عمرة بنت عبد الرحمن، عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسحن بخمس معلومات، فتوفى رسول الله ﷺ وهو فيما يقرأ من القرآن.

قال يحيى: قال مالك: وليس على هذا العمل.

الشرح: قولها، رضى الله عنها: «كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن»، هذا الذى ذكرت عائشة، رضى الله عنها، أنه نزل من القرآن مما أخبرت عن أنه ناسخ أو منسوخ، لا يثبت قرآناً؛ لأن القرآن لا يثبت إلا بالخبر المتواتر.

وأما خبر الآحاد، فلا يثبت به القرآن، وهذا من أخبار الآحاد الداخلة فى جملة الغرائب، فلا يثبت بمثله قرآن، وإذا لم يثبت بمثله قرآن، فمن مذهبنا أن من ادعى فيه أنه قرآن، وتضمن حكماً، فإنه لا يثبت ذلك الحكم، إلا أن يثبت بما يثبت به القرآن من الخبر المتواتر؛ لأن ذلك الحكم ثبوته فرع عن ثبوت الخبر قرآناً.

ولو سلمنا أنه من جملة ما يصح التعلق به لما كانت فيه حجة؛ لأنها قالت: إنه

١٢٧٣ - أخرجه النسائي ١٠٠/٦، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع باب التحريم بخمس رضعات رقم ٢٤، عن عائشة. ١٠٧٥/٢. الترمذى فى الرضاع ١١٥٠. أبو داود فى النكاح ٢٠٦٢. ابن ماجه فى النكاح ١٩٤٢. الشافعى فى الأم ٢٦/٥. المسند ٢١/٢. الدارمى ١٥٧/٢. أبو داود فى النكاح ٢٠٦٢. باب هل يحرم ما دون خمس رضعات ٢٢٣/٢. البيهقى فى السنن الكبرى ٤٥٤/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٥٤.

كتاب الرضاع ٢٣
كانت فيه عشر رضعات محرمة، ولا يدل أن ما دون العشرة لا يحرم، إلا
من جهة دليل الخطاب، وقد قررنا أن لا نقول به، ولو كنا نقول به لخصناه، وعدلنا
عنه بما تقدم من أدلتنا.

فصل: ويحتمل أن تزيد بقولها: «ثم نسخن بخمس معلومات»، يريد نسخ اسمها
وتلاوتها دون حكمها بأن تلي مكان العشر الرضعات خمس رضعات.

ولذلك لم تعرض لذكر الحكم، وإنما أخبرت عن التلاوة، فقالت: «فتوفى رسول
الله ﷺ وهي مما يقرأ»، ولم تقل: وهي مما يعمل به، ولا يحرم بما دونه، ولا تحتاج
الزيادة عليها في ثبوت التحريم، وبالله التوفيق.

فصل: وقول مالك، رحمه الله: «وليس على هذا العمل»، يريد ليس تأويل الفقهاء
الذين يعمل بأقوالهم، ويعتمد على مذاهبهم فيها على ما يتأولونه فيها؛ لأنه وإن يسرع
الناس إلى تأويلها على غير وجهها.

فليس كل من يتعاطى ذلك يفهم وجه التأويل، وإن كرر عليه، بل قد يتعقب
بالتأويل والنظر، ولا سيما في وقتنا من يضعف فهمه عن تحقق الظواهر، فاستغنى عن
فهمهم بقوله: ليس على هذا العمل، والمراد به ما قدمناه، والله أعلم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

ما جاء فى بيع العربان

١٢٧٤ - مَالِك، عَنِ الثَّقَةِ عِنْدَهُ، عَنِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنِ أَبِيهِ، عَنِ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الْعُرَبَانِ^(١).

قال مالك: وَذَلِكَ فِيمَا نُرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنَّ يَشْتَرِي الرَّجُلُ الْعَبْدَ أَوْ الْوَلِيدَةَ أَوْ يَتَكَارَى الدَّابَّةَ، ثُمَّ يَقُولُ لِلَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ أَوْ تَكَارَى مِنْهُ: أُعْطِيكَ دِينَارًا أَوْ دِرْهَمًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ عَلَى أَنِّي إِذَا أَخَذْتُ السَّلْعَةَ أَوْ رَكِبْتُ مَا تَكَارَيْتُ مِنْكَ، فَالَّذِي أُعْطَيْتِكَ هُوَ مِنْ ثَمَنِ السَّلْعَةِ أَوْ مِنْ كِرَاءِ الدَّابَّةِ، وَإِنْ تَرَكْتُ اتِّبَاعَ السَّلْعَةِ أَوْ

١٢٧٤ - أخرجه أبو داود برقم ٣٥٠٢، كتاب البيوع باب العربان ٢٨١/٣، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ابن ماجه برقم ٢١٩٢، ٧٣٨/٢ كتاب التجارات باب بيع العربان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. البيهقي فى السنن ٣٤٢/٥، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. أحمد ١٨٣/٢، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ابن أبى شيبة ٢٠٥/١٤، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣/٨: هكذا قال يحيى عن مالك، عن الثقة - عنده - فى هذا الحديث، عن عمرو بن شعيب، وتابعه قوم، منهم: ابن عبد الحكم، وقال القعنبي والتنيسى وجماعة عن مالك أنه بلغه، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وسواء قال: عن الثقة عنده أو بلغه؛ لأنه كان لا يأخذ ولا يحدث إلا عن ثقة عنده، وقد تكلم الناس فى الثقة عنده فى هذا الموضوع؛ وأشبه ما قيل فيه: أنه أخذه، عن ابن لهيعة، أو عن ابن وهب، عن ابن لهيعة؛ لأن ابن لهيعة سمعه من عمرو بن شعيب، ورواه، عنه؛ حدث به عن ابن لهيعة ابن وهب وغيره، وابن لهيعة أحد العلماء؛ إلا أنه يقال إنه احترقت كتبه، فكان إذا حدث بعد ذلك من حفظه غلط، وما رواه عن ابن المبارك، وابن وهب، فهو عند بعضهم صحيح، ومنهم من يضعف حديثه كله؛ وكان عنده علم واسع، وكان كثير الحديث، إلا أن حاله عندهم ما وصفنا.

كِرَاءَ الدَّابَّةِ، فَمَا أُعْطِيَتْكَ لَكَ بَاطِلٌ بغيرِ شَيْءٍ^(*).

الشرح: قوله: «نهى عن بيع العربان^(*)»، البيع معروف، وهو يفتقر إلى إيجاب وقبول، ويلزم بوجودهما بلفظ الماضي، فإذا قال المبتاع: بعني، فقال البائع: بعتك، فقد حكى أصحابنا العراقيون: إن البيع يصح وينعقد به. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا ينعقد حتى يقول المبتاع بعد ذلك: اشتريت أو قبلت.

والدليل على صحة ما نقوله أن كل ما كان إيجاباً وقبولاً في عقد النكاح، كان إيجاباً وقبولاً في البيع، كما لو قال: قبلت بعد الإيجاب.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ أو إشارة، فهم منه الإيجاب والقبول، لزم به البيع وسائر العقود.

إلا أن في الألفاظ ما هو صريح، لا يحتمل التأويل، مثل أن يقول البائع: بعتك هذا الثوب بدينار، فيقول المبتاع: قد قبلت، أو يقول المبتاع: قد ابتعت منك هذا الثوب بدينار، فيقول البائع: قد بعته منك، فهذا يلزم به العقد المتبايعين.

وأما الألفاظ المحتملة، فلا يلزم البيع بها بمجرد، حتى يقترن بها عرف أو عادة، أو ما يدل على البيع، وذلك مثل أن يقول المبتاع: بكم سلعتك؟ فيقول البائع: بدينار، فيقول المبتاع: قد قبلت، فيقول البائع: لا أبيعك.

(*) قال في الاستذكار ١٠/١٩: قول مالك في تفسير ذلك، فعليه جماعة فقهاء الأمصار من الحجازيين، والعراقيين، منهم: الشافعي، والثوري، وأبو حنيفة، والأوزاعي، والليث بن سعد، وعبد العزيز بن أبي سلمة، لأنه من بيع الغرر والمخاطرة، وأكل المال بغير عوض ولا هبة، وذلك باطل. وبيع العربان على ذلك منسوخ عندهم إذا وقع قبل القبض وبعده، وترد السلعة إن كانت قائمة، فإن فاتت رد قيمتها يوم قبضها، ويرد على كل حال ما أخذ عربانا في الشراء والكرء. وقد روى عن قوم من التابعين منهم: مجاهد، وابن سيرين، ونافع بن عبد الحارث، وزيد بن أسلم: أنهم أحازوا بيع العربان على ما وصفنا. وذلك غير جائز عندنا. وكان زيد بن أسلم يقول: أحازه رسول الله ﷺ. وهذا لا نعرفه عن النبي ﷺ من وجه يصح.

ويحتمل أن يكون بيع العربان الذي أحازه رسول الله ﷺ، لو صح عنه أن يجعل العربان عن البائع من ثمن سلعته إن تم البيع، وإلا رده، وهذا وجه جائز عند الجميع.

(*) بيع العربان: هو من العربون وهو أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع إلى البائع من ثمن المبيع جزءاً من الثمن مقدماً، فإن مضى البيع دفع بقية الثمن، وإن رد البيع فقد العربون، وتكون فيها مدة الخيار محددة بزمن.

٢٦ كتاب البيوع

فإن كان فى سوق تلك السلعة، فى العتبية من رواية أشهب، عن مالك: يلزمه البيع. وفى المدونة من رواية ابن القاسم: يحلف ما ساومه على إرادة البيع، وما ساوم إلا لأمر يذكره عند ذلك، ولا يلزمه البيع.

وجه رواية أشهب أن إيقافه فى السوق دليل على إرادة البيع، وقد وجد منه لفظ يصح أن يستعمل فى البيع، فوجب أن يلزمه.

وجه رواية ابن القاسم أنه يصح أن يكون له غرض من تعرف ثمن سلعة ونهاية ما يعطى بها، واللفظ ليس بصريح فى إنفاذ البيع؛ لأن البيع علق بالمستقبل دون الماضى، فإذا حلف أنه لم يرد البيع، وإنما أراد ما يمكن إرادته، ويصح الغرض فيه لم يلزمه، وأن يحلف لزمه البيع، وهذا إن لم يكن لاعبا، فإن علم أنه قصد اللعب، لم يلزمه البيع، رواه أشهب، عن مالك.

فصل: وقوله: «بيع العريان»، فسرته مالك بما تقدم. وقال ابن حبيب: العريان أول الشيء وعنفوانه، والمنهى عنه من ذلك أن ينعقد عليه البيع، ولذلك أضافه إليه على وجه إن كره المشتري البيع، كان ما دفعه للبائع دون عوض، فهذا الذى نهى عنه؛ لأنه من أبين المخاطرة.

وأما العريان الذى لم ينه عنه، فهو أن يتناع ثوبا أو غيره بالخيار، فيدفع إليه بعض الثمن مختوماً عليه، إن كان مما لا يعرف بعينه على أنه إن رضى البيع كان من الثمن، وإن كره، رجع إليه ذلك؛ لأنه ليس فيه خطر يمنع صحته، وإنما فيه تعيين للثمن أو بعضه.

مسألة: إذا وقع البيع والكرء على ما منع منه من بيع العريان، فقد قال على بن دينار: يفسخ، وإن فات، كانت فيه القيمة. ووجه ذلك ما دخله من الغرر والخطر بما ذكره من العريان.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَتَّعَ الْعَبْدَ التَّاجِرَ وَالْفَصِيحَ بِالْأَعْبُدِ مِنَ الْحَبَشَةِ أَوْ مِنْ جَنْسٍ مِنَ الْأَجْنَسِ، لَيْسُوا مِثْلُهُ فِي الْفَصَاحَةِ وَلَا فِي التَّجَارَةِ وَالنَّفَازِ وَالْمَعْرِفَةِ، لَا بَأْسَ بِهِذَا أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْهُ الْعَبْدَ بِالْعَبْدَيْنِ أَوْ بِالْأَعْبُدِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ، إِذَا اِخْتَلَفَ قَبَانَ اِخْتِلَافُهُ، فَإِنْ أَشْبَهَ بَعْضُ ذَلِكَ بَعْضًا حَتَّى يَتَقَارَبَ فَلَا تَأْخُذُ بِأَخْذِ مَنْهُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، وَإِنْ اِخْتَلَفَتْ أَجْنَسُهُمْ.

قال مالك: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَبِيعَ مَا اشْتَرَيْتَ مِنْ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِيَهُ إِذَا انْتَقَدْتَ ثَمَنَهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ^(١).

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن يبيع الجنس الواحد من السلع والحيوان بعضه ببعض على ضربين، نقدًا ونسًا. فأما النقد، فهو جائز في الجنسين والجنس الواحد، ما لم يكن مقتانًا متفاضلاً.

وأما النسأ، فهو على ضربين، أحدهما: أن يكون العوض من غير جنس العوض منه. والآخر: أن يكون من جنسه.

فإن كان من غير جنسه، جاز التفاضل، وإن كان من جنسه، لم يجز متفاضلاً، وذلك في أربعة أبواب، الأول: ما ليس بمقتات ولا عين، فإنه يجوز التفاضل فيه نقدًا. والباب الثاني: أن النسأ علة فساد بيع الجنس بعضه ببعض. والباب الثالث: أن النسأ مع اختلاف المنافع، لا يمنع المعاوضة. والباب الرابع: في بيان معنى المنافع المقصودة في الأجناس.

* * *

الباب الأول في جواز التفاضل في غير العين والمقتات نقدًا

وهو مذهب مالك، رحمه الله، وسيأتي ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

* * *

الباب الثاني في أن النسأ علة في فساد بيع الجنس بعضه ببعض

مع اتفاق المنافع المقصودة

وهو مذهب مالك، رحمه الله. وقال الشافعي: كل ما يجوز فيه التفاضل يدا بيد، فإنه يجوز فيه التفاضل، والتساوي نسأ.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ١٢/١٩، ١٣: مذهب مالك الذي لا اختلاف فيه عنه، وعن أصحابه هو معنى ما رسمه هاهنا، وفي باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض، والسلف فيه من الموطأ. وجملة ذلك بأنه لا بأس عنده: العبد بالعبدين، والفرس بالفرسين، والبعير بالبعيرين، وكذلك سائر الحيوان إذا اختلفا في الغرض فيهما، والمنفعة بهما. ولا يجوز إذا كانت المنافع، والأغراض منفعة.

وأما قول مالك: فلا بأس أن تبيع مع ذلك ما اشتريت من قبل أن تستوفيه، فإنه لا يجوز عند الشافعي، ولا أبو حنيفة، وأصحابهما يبيع شيء من الحيوان قبل قبضه، لا من صاحبه الذي ابتعته منه، ولا من غيره حتى تستوفيه يقبض له ما يقبض به مثله.

٢٨ كتاب البيوع

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، رحمه الله، ما روى الحسن، عن سمرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة^(*).

قال أبو عيسى الترمذى: حديث الحسن، عن سمرة فى بيع الحيوان بالحيوان صحيح، وسماعه منه صحيح كذلك.

قال على بن المدينى: ولنا فى المنع من ذلك من جهة المعنى طريقان، أحدهما: أنه ممنوع منه لنفسه. والثانى: أنه ممنوع منه للذريعة، فأما الطريقة الأولى، فإن اشتراط الزيادة فى الجنس مع الأجل مفسد للعقد كاشتراطه فى السلف.

وأما المنع منه للذريعة، فإنه لا خلاف أن اشتراط الزيادة فى السلف غير جائز، ولا فرق بينه، وبين اشتراطه فى البيع من جهة الصورة، فوجب أن يكون ممنوعاً؛ لئلا يتوصل به إلى الممنوع المتفق على تحريمه.

مسألة: إذا ثبت التفاضل، فهل يثبت على التساوى؟ قال القاضى أبو محمد: إن ذلك جائز، ورواه ابن القاسم وغيره، وبه قال أبو حنيفة.

وجه قول القاضى أبى محمد أن المنع من ذلك إنما هو للذريعة، ومع التساوى تضعف التهمة، فيبطل حكم المنع.

ووجه القول الثانى أن هذه ذريعة إلى قرض تجبر به منفعة، فيكون من له الثوب يدفعه فى مثله؛ ليكون فى ضمان القابض له إلى أجل تعاقدتهما، ووقت انتفاعه، ولما كان هذا عقداً منع من التفاضل فيه، وجب أن يمنع من التساوى كالعرض.

* * *

الباب الثالث فى أن اختلاف المنافع يمح بيع بعض الجنس ببعضه

إلى أجل متفاضلاً

هو مذهب مالك. وقال أبو حنيفة: إن ذلك لا يجوز مع اختلاف المنافع إذا كانا من جنس. والدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وهذا عام.

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٢٣٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦٢٠. أبو داود

حديث رقم ٣٣٥٦. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٧٠. أحمد فى المسند حديث رقم ١٩٦٣٠،

١٩٧٠٣. الدارمى حديث رقم ٢٥٦٤.

كتاب البيوع ٢٩
وهذه المسألة عندنا مبنية على أن اختلاف المنافع هي المعتبرة في الجنس، فإذا ثبت لنا هذا ثبت جواز التفاضل؛ لأنه لا يخالفنا في جواز التفاضل في الجنسين مع التساوي، وسندل عليه، إن شاء الله تعالى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز الكبير في الصغيرين إلى أجل؛ لأنهما جنسان متباينان، وليس فيهما وجه من وجوه التهمة.

وروى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم أن مالكاً كره أن تسلم كبار الخمر في صغار البغال؛ لأنها تنتج منها البغال إلا أن يكون الأجل قريباً خمسة أيام وشبهها، مما لا تهمة فيه.

وهذا ليس من الوجه المذكور، وإنما هو؛ لأنه لا يجوز أن تسلم شيئاً مما يخرج منه لما فيه من أنواع المزبنة، فإذا آن ذلك؛ لأن أجل السلم يمنعه من أن يخرج منه ما سلم فيه صح ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما تسليم صغير في كبيرين إلى أجل، فروى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم إجازته. وروى ابن المواز: المنع منه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا إنما يجب عندى أن يمنع إلى أجل يكبر فيه، مثل ذلك الصغير، فيصير مثل الكبير المسلم فيه، وذلك من الوجه المتقدم، وليس من معنى هذا الباب بسبيل.

وذهب جمهور أصحابنا إلى المنع من تسليم صغير في كبير، أو كبير في صغير، ويجب أن يكون بمعنى ما تقدم من المنع في المسألتين المتقدمتين.

وقد اختلفوا في تجويز صغيرين في كبيرين، وكبيرين في صغيرين، وذكر القاضي أبو محمد أن ذلك كله جائز، وهو الصحيح؛ لأنهما جنسان مختلفان، يصح التفاضل بينهما، فصح التساوي كالثياب بالإبل والبقر.

ووجه آخر، وهو أن التفاضل في المقدار أبلغ في إفساد العقود من التفاضل في الصفات بدليل أنه لا يجوز التفاضل بالنقد في الطعام، ويجوز فيه التفاضل بالجودة والصفة، ثم ثبت وتقرر أن هذا يجوز فيه التفاضل بالمقدار، فبأن يجوز فيه التفاضل بالصفة أولى وأحرى.

مسألة: وأما اختلاف الجنس بالمنافع مع الاتفاق في السن، فلا بأس به، الواحد

٣٠ كتاب البيوع
بالاثنتين، والاثنتين بالواحد، وهل يسلم الواحد من ذلك فى الواحد، روى القاضى أبو
إسحاق فى مبسوطه، عن مالك إجازته فى البعير النجيب بالبعير من حاشية الإبل.

وفى المدونة مثل ذلك عن ابن القاسم فى العبد التاجر فى العبد الذى ليس بتاجر،
وهو الصواب؛ لأن اختلاف المنافع قد جعلهما جنسين يجوز فيهما التفاضل، فبأن يجوز
فيهما التساوى أولى، وعقد هذا الباب أن ما حكم فيه بالجنسين، فإن التساوى
والتفاضل يجوز فيهما.

* * *

الباب الرابع فى تبين المنافع المقصودة التى يتبين بها معنى الجنس

الأصل فى ذلك أن معنى الجنس عندنا فى هذا الباب ما انفرد بالمنفعة المقصودة منه،
فإذا اختلف الشيطان فى المنفعة المقصودة منهما كانا جنسين مختلفين، وإن سميا باسم
واحد، وإن اتفقا فى المنفعة المقصودة، واختلفا فى الاسم.

فالذى يقتضيه قول ابن القاسم فى البغال والحمير، أنهما جنس واحد، أن الاعتبار
باختلاف الأسماء، والذى يقتضيه قول ابن حبيب أنهما جنس، أن الاعتبار أيضاً
بالأسماء.

والدليل على صحة ذلك أننا إنما منعنا التفاضل فى الجنس الواحد للزيادة فى
السلف، وأجزناه فى الجنسين لتعريفه من ذلك، فوجب أن تراعى المنفعة المقصودة من
العين؛ لأن من طلب الزيادة فى السلف، فإنما يطلبها مع استرجاع ما سلف، وبقاء تلك
المنفعة المقصودة له.

فإذا استرجع ما فيه منفعة أخرى بغير منفعة العين التى سلف، لم تحصل له الزيادة
فى السلف، ولذلك جوزنا التفاضل بين التمر العربى والتمر الهندى، وبين الجوز
الهندى والذى ليس بهندى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن اختلاف المنافع فى الجنس يكون على ضربين، أحدهما:
أن تختلف منافعهما للصغر والكبير. والثانى: أن تختلف للتناهى فى المنفعة المقصودة من
ذلك الجنس.

فأما الصغر والكبير، فإنه يختلف باختلاف جنس الحيوان، فإن كان الحيوان مما تصح
فيه الحرية كبنى آدم، ففي الواضحة: أن الرقيق صنف واحد، ذكوره وإناثه، صفاره

كتاب البيوع ٣١
وكباره، عجميه وعربييه، والقياس عندى أن يكون صغيره جنسًا مخالفًا لكبيره؛ لأن
المنافع التى يتميز بها الجنس من التجارة والصنائع لا تصح من الصغير.

مسألة: فإن كان مما لا تصح فيه الحرية، فلا يخلو أن يكون مما المقصود منه الأكل،
فإن كان مما لا يقصد منه الأكل كالخيل والبغال والحمير، فإن جنس صغارها مخالف
لكبارها؛ لأن المقصود من كبارها غير المقصود من صغارها.

وإن كان مما يقصد منه الأكل كالإبل والبقر والغنم والطير، فإنه على ثلاثة أقسام،
أحدها: أن يكون فيه مع ذلك عمل مقصود كالإبل والبقر، فهذا القسم لا خلاف أن
صغاره مخالف لكباره.

والثانى: لا يكون فيه عمل مقصود ولا منفعة مقصودة، فهذا لا خلاف فى أن
صغاره من جنس كباره كالخجل واليمام. والقسم الثالث: أن لا يكون فيه عمل
مقصود، وتكون فيه منفعة مقصودة من لبس ونحوه.

فهل يختلف جنسها بالصغر والكبير أم لا؟ وروى ابن المواز، عن مالك فى ذلك
روايتين، إحداهما: لا تختلف؛ لأن المقصود من هذا الحيوان الأكل، ويستوى فى ذلك
صغاره وكباره.

والثانية: تختلف بذلك؛ لأن المقصود من كبار الغنم الدر والنسل، وهو منفعة
مقصودة كالعمل فى الإبل والبقر، وكذلك الدجاج، قال ابن القاسم: كلها صنف،
ذكورها وإناثها.

قال أصبغ: لا يسلم بعضها فى بعض إلا الدجاج ذات البيض، فإنها صنف تسلم
الدجاجة البيوض أو التى فيها بيض فى الديكين.

فرع: والسن الذى هو حد بين الصغر والكبير أن يبلغ حد الانتفاع بها، المنفعة
المقصودة منها، قال ابن المواز: وهو أن يسافر عليه، فالجذع ما قصر عن ذلك من جملة
الصغار والحولى صغير.

وأما البغال والحمير، فروى ابن المواز، عن مالك أن الحولى صغير، والرباعى كبير،
ويحتمل أن يكون الجذع من جملة الكبار كالخيل.

وأما الإبل، فروى ابن المواز، عن مالك: لا خير فى ابنتى مخاض فى حقة، ولا حقة
فى جذعتين، ويحتمل أنه منع ابنتى مخاض فى حقة؛ لأنهما من سن الصغر، ومنع حقة
فى جذعتين على رواية من منع صغيراً فى كبير.

٣٢ كتاب البيوع

فإن الجذع أول أسنان الكبير في الإبل، ويحتمل أنه منع بنتى مخاض في حقه على رواية من منع صغيرين في كبير، ومنع حقة في جذعتين؛ لأنهما من سن الكبير، فتكون الحقة من حيز الكبير؛ لأن ذلك سن يستعمل في المنفعة المقصودة، وهو الحمل.

فرع: وأما البقر، فإن حد الكبير في الذكور أن يبلغ حد الحرث، وفي الإناث على قول ابن القاسم مثل ذلك. وعلى قول ابن حبيب أن يبلغ سن الوضع واللين.

وأما اللين، فإن فرقنا بين صغارها وكبارها، فحد الكبير أن يضع مثلها، ويكون فيها اللبن، ويجب على هذا أن يكون ذكورها من جنس صغارها؛ لأنه ليس فيها غير اللحم إلا النزر، ولا اعتبار به في اختلاف الجنس كالخيل والحمر.

فرع: وأما الرقيق، فإن حد الكبير فيهم، إن فرقنا بين صغارهم وكبارهم، أن يبلغ سن من يطبق التكسب بعمله أو تجارته، وذلك عندئذ الخمسة عشر سنة ونحوها، أو الاحتلام.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المنفعة المقصودة من العبد أن يكون قادراً على التكسب بمعنى استفاد في التعليم، لا يكون شائعاً في الجنس كالتجارة والصناعة.

فأما التجارة والجزارة والبناء والخياطة، فهي مع الفصاحة والحساب أس، والكتابة والقراءة إذا تقدمها نفاذ يمكنه التكسب بها، وهكذا ما جرى هذا المجرى.

وليس كذلك الأعمال المعتادة التي يعملها أكثر الناس بجنس يباين به من لا يعمل ذلك العمل كالحرث والحصاد في الرجال والغزل في النساء؛ لأنه لما كان هذا العمل معتاداً يمكن أكثر هذا الجنس كان بمنزلة المشي وسائر أنواع التصرف المعتاد.

مسألة: وليست الذكورة بجنس في الرقيق، ولا في شيء من الأنعام، إلا أن يكون معه من المنافع المقصودة ما يقتضى ذلك، وهذا حكم جميع الحيوان.

وأما الصناعة في الإماء، فكالطبخ والخبز والرقم والنسخ، وكل نوع من ذلك مخالف للآخر، إلا الطبخ والخبز، فإنه صناعة واحدة وجنس واحد. وأما الكتابة، فروى محمد، عن ابن القاسم: ليست بجنس في الإماء.

وروى عيسى عنه: أنها إن كانت فائقة فيها، أنه جنس تبين به من غيرها، ويحتمل ذلك وجهين، أحدهما: أن يكون ذلك قولاً واحداً، أن النفاذ في ذلك والتقدم حتى يمكن التكسب به جنس مقصود، وأن الكتابة البسيطة التي لا يمكن الاكتساب بها ليست بجنس مقصود.

كتاب البيوع ٣٣
والوجه الثاني: أن ذلك على قولين، أحدهما: أنه ليس يجنس فى الإمام مع النفاذ
بخلاف العبيد. والثانى: حكمها فى ذلك حكم العبيد.

مسألة: وأما الجمال، فهل يكون جنسًا فى الإمام، روى عيسى، عن ابن القاسم: أن
ذلك ليس بجنس. وروى محمد، عن أصبغ: أنه جنس مقصود، ورأيت بعض فقهاء
القرويين يحكى أن ابن وهب رواه.

وجه قول ابن القاسم أنه معنى لا يتكسب له الإمام، فلم تختلف به أجناسهن
كالقوة.

وجه قول أصبغ أن الأثمان تختلف باختلافه، وتتفاوت بتفاوته.

مسألة: وليس الغزل، ولا عمل الطيب بجنس؛ لأن الغزل معتاد فى النساء شامل،
وعمل الطيب ليس مما يكاد أن تنفرد بالتكسب به، بل ذلك شائع فى جميع النساء،
وهذا معنى ما احتج به ابن المواز فى هذه المسألة.

مسألة: والمقصود من الخيل السبق والجودة؛ لأنها بهما تباين سائر الحيوان المتحد،
فإذا كان سابقًا فائقًا، فليس من جنس ما ليس بسباق من الخيل، والمقصود من الإبل
على الحمل، فإن كان مما يباين غيرها فى القوة على ذلك، فهو من غير جنسه، وليس
السبق بمقصود فيها؛ لأنها لا تراد للسبق، ولذلك لا يسهم لها.

وإن جاز أن يكون منها ما يسابق، فإن ذلك ليس بمنفعة أفضل هذا الجنس وأغلبه،
ألا ترى أن من الخيل ما تكون فيه القوة على الحمل، ولا يتخذ لذلك، ولا يتميز به فى
الجنس عما ليس بقوى على الحمل؛ لأن الحمل ليس بمقصود من أفضل هذا الجنس ولا
أكثر.

مسألة: وأما البغال والحمير، فقال ابن القاسم: هى جنس واحد. وقال ابن حبيب:
هما جنسان مختلفان، وذكر أن كل واحد من الجنسين يفارق جنسه بالسير والجرى،
يريد مع السير.

قال: فأبى ابن القاسم أن الأسماء لا اعتبار بها، فلما اتفقت فى المعنى المقصود منها
كانت جنسًا واحدًا، وإن لم يشملها اسم واحد، وهذا أشبه بمذهب مالك، رحمه الله.

وجه ما قاله ابن حبيب أن اختلاف الأسماء الخاصة، يوجب اختلاف الجنس، وإنما
يراعى اختلاف المنافع واتفاقها فى الجنس الواحد.

٣٤ كتاب الیوع

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فماذا تختلف فى أنفسها؟ قال ابن القاسم: إن البغال كلها مع الحمر المصرية جنس مخالف للأعرابية، ولا تختلف بالسير والقيم، وإنما تختلف بالصغر والكبر.

ووجهه أن المقصود منها الركوب للجمال، وهى متقاربة فيه. وقال ابن حبيب: تختلف باختلاف السير؛ لأن السير هو المقصود منها، فيجب أن تختلف باختلافه.

مسألة: والمتفعة المقصودة من البقر القوة على الحرث؛ لأنه العمل الذى تتخذ له، ولا خلاف فى ذكورها. وأما إناثها، فحكى ابن حبيب أن المقصود منها كثرة اللبن.

والظاهر من مذهب ابن القاسم أن حكمها حكم الذكور. والفرق بين إناث البقر وإناث الغنم، أن إناث البقر لها منفعة تخص بذكورها وإناثها، وإناث الغنم ليس فيها شىء من ذلك، فإذا قلنا برواية ابن حبيب جاز تسليم البقرة الكثيرة اللبن، وإن كانت قوية على الحرث فى الثور.

مسألة: وأما الغنم، فإنها على ضربين، معز وضأن، فأما المعز، فإنها تختلف بكثرة اللبن؛ لأنه المقصود منها. وأما الضأن، فروى يحيى، عن ابن القاسم: أن كثرة اللبن لا يختلف فيه جنس الضأن. وقال ابن القاسم فى المدونة: إن اللبن معتبر فى الغنم من غير تفصيل.

وجه رواية يحيى، عن ابن القاسم أن اللبن لا يكاد يتباين إلا فى الماعز. وأما الضأن، فمقاربة فى اللبن.

ووجه رواية سحنون أن هذا حيوان ذو لبن، ولا يقصد به العمل، فوجب أن يختلف جنسه بكثرة اللبن وقلته كالماعز.

مسألة: فأما الطير، فإنه على ضربين، أحدهما: يقصد منه البيض. والثانى: لا يقصد. فأما ما لا يقصد منه البيض، فذكوره وإناثه، وصغاره وكباره، جنس واحد.

وأما ما يقصد منه البيض كالدجاج، فاختلف أصحابنا فيه، فروى عيسى، عن ابن القاسم: ليس مما يختلف فيه الجنس. وقال أصبغ: يختلف به الجنس.

وجه رواية ابن القاسم أن البيض فى الدجاج، ليس يقصد بالاختفاء له فى الأغلب، وإنما يقصد باللحم، وذلك متساو فى جميعها.

ووجه آخر، أن هذه ولادة، والولادة لا يعتبر بها فى الجنس، قلت أو كثرت كسائر الحيوان.

كتاب البيوع ٣٥

وروجه قول أصبغ أن البيض معنى مقصود من هذا الجنس من الحيوان كاللبن في الغنم.

فصل: وقوله: «فإن أشبه بعض ذلك بعضًا حتى يتقارب، فلا تأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل، وإن اختلفت أجناسها»، يريد أن يكون الرقيق سودانًا أو بيضًا ورومًا أو نوبة، فإن ذلك ليس باختلاف فيهم يبيح التفاضل مع النسا.

فصل: وقوله: «ولا بأس أن تبيع ما اشتريت من ذلك قبل أن تستوفيه، إذا انتقدت ثمنه من غير صاحبه الذي ابتعت منه»، يريد أن ما أسلمت فيه من الرقيق، يجوز أن تبيعه قبل أن تستوفيه، وكذلك كل ما ليس بمطعوم عند مالك، فإنه يجوز بيعه قبل أن يستوفى إذا كان في الذمة.

وقوله: «إذا انتقدت ثمنه وكان مؤجلًا، لم يجوز»، لأنه من اشتراط انتقاد الثمن في المبيع الذي أزمه؛ لأنه إذا لم ينتقد ثمنه، وكان مؤجلًا لم يجوز؛ لأنه من بيع الكالئ بالكالئ، أو فسخ الدين في الدين.

وإن أخذ من غير جنس ماله عنده، فلا يخلو أن يكون من جنس الثمن، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون الثمن عينًا. والثاني: أن يكون عرضًا، فإن كان عينًا من جنس واحد، فإن له أن يأخذ مثل الثمن سواء عددًا وصفة؛ لأن ماله إلى السلف الجائز، فليس فيه وجه من وجوه الفساد.

ولا يجوز له أن يأخذ أكثر عددًا؛ لأن ماله إلى الزيادة في السلف، وذلك غير جائز، وهل له أن يأخذ أدنى عددًا، أو صفة جوزه بعض أصحابنا، وأباه ابن أبي سلمة. ووجه جوازه أن ماله تبعد فيه التهمة أن يعطى عينًا، ليأخذ أقل عددًا منه، أو أدنى صفة، وسيأتى ذكر منعه بغير جنس الثمن وبيعه من غير بائعه، إن شاء الله تعالى.

قال مالك: لا يَبْغَى أَنْ يُسْتَتَى جَيْنٌ فِي بَطْنِ أُمِّهِ إِذَا بَاعَتْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَرَرٌ لَا يُدْرَى أَذَكَرَ هُوَ أَمْ أُنْثَى، أَحْسَنُ أَمْ قَبِيحٌ، أَوْ نَاقِصٌ أَوْ تَامٌ، أَوْ حَيٌّ أَوْ مَيِّتٌ، وَذَلِكَ يَضَعُ مِنْ ثَمَمِهَا^(١).

(١) قال في الاستذكار ١٤/١٩: جعل مالك استثناء البائع للجنين كاشترائه له لو كان. وقد أجمعوا أنه لا يجوز شراؤه فاستثناء البائع للجنين كشراء المشتري له عنده. وهذا قول الشافعي، إلا أنه لا يجوز استثناءه؛ لأنه كعضو من أعضاء أمه. وهو قول أبي حنيفة، والثوري أيضًا، أنه لا =

٣٦ كتاب البيوع

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز أن تباع أمة أو شيء من إناث الحيوان، ويستثنى جنين في بطنها، وعلل ذلك بعلمين، إحداهما: أنه مجهول الصفة والحياة. والثانية: أنه ينقص ذلك من ثمنها، وهذا تعليلاً صحيحاً.

وذلك أن الاستثناء من المبيع على ضربين، أحدهما: أن يستثنى جزءاً من الجملة، فإنه لا يخلو من ثلاثة أقسام، أحدها: أن يكون جزءاً شائعاً. والثاني: أن يكون جزءاً معيناً. والثالث: أن يكون جزءاً مقدراً غير شائع ولا معين، فإن كان جزءاً شائعاً، فإنه يصح في جميع الحيوان، وفي غير الحيوان كبيع ربع العبد والدابة والثوب والدار.

مسألة: وإن كان جزءاً معيناً، فلا يخلو أن يكون في حيوان أو غير حيوان، فإن كان في حيوان، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون معيناً كالجنين، وما في ظهر الفحول، ولحم الفخذ، فهذا لا يجوز بوجه؛ لأن المبتاع قد استثنى من الجملة ما لا نعلمه.

وإذا لم نعلمه، لم نعلم باقى الجملة، وهذا في أجنة الإناث وما في ظهور الفحول واضح الفساد؛ لأنه يمنع من قبض المبيع والتصرف فيه المدة الطويلة.

وأما استثناء فخذ الناقة، فإنه يصح أن يقال ذلك على قولنا إن المستثنى مبيع، وهذا أظهر فيما احتج به في قولنا أنه لا يدرى أن الجنين حسن أو قبيح، أو ذكر أو أنثى، أو حي أو ميت.

وهذا إذا كان باقياً على ملكه، لا يجب أن يؤثر في البيع لسلامة المبيع في ذلك، وإنما يؤثر فيه على قولنا أنه مبيع مسترجع فأفسد البيع استرجاعه؛ لأنه به تم، والله أعلم.

فرع: وسواء استثنى الجنين عتيقاً أو رقيقاً، فإنه لا يجوز، ويفسخ البيع، رواه في المبسوط ابن نافع، عن مالك. وقال الأوزاعي وابن حنبل: يجوز أن يبيع الرجل أمته الحامل، ويستثنى ما في بطنها.

والدليل على ما نقوله أن هذا جزء معين من الجملة، فلم يجز استثناءه من الأمة كيدها أو رجلها.

=يجوز أن تباع الأم ويستثنى ما في بطنها، وهي حامل؛ لأنه من بيوع الغرر. وقالوا كما قال مالك، ذلك يضع من ثمنها. قال الشافعي: كل ذلت حمل من بنى آدم ومن البهائم بيعت، فحملها تبع لها كعضو منها. وهو قول أبي حنيفة.

كتاب البيوع ٣٧
فرع: فإذا انعقد البيع على ذلك، فإنه يبطل، ويفسخ ما لم تفت الجارية عند المبتاع
بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق، فإن دخلها شيء من ذلك، لزمته بقيمتها يوم
قبضها، فإن ولدت عند المشتري، وقبض البائع الطفل، نقض بيعه فيه، ورده إلى المبتاع،
وهذا إذا ولدته بعد تقويم الأم على المشتري.

فأما إذا ولدته قبل ذلك، فإن هذا إنما يستقيم على قولنا أن المستثنى مبيع مع الجملة،
ولو قلنا إنه غير مبيع لكان للبائع على كل حال؛ لأنه لم يخرج عن ملكه ببيع ولا غيره،
والمذهب مبنى على ما تقدم.

فرع: فإذا قلنا ذلك، وفات الجنين عند البائع بوجه من وجوه الفوات المتقدم
ذكرها، لزمه بالقيمة يوم قبضه، ولزمهما أن يجمعا بين الأم وابنها في ملك أحدهما أو
بييعانهما معاً من غيرهما.

مسألة: فإن كان معيناً غير مغيب كالرأس واليد والرجل، فلا يخلو أن يكون الحيوان
مما لا يستباح ذبحه كالرقيق أو يستباح ذبحه كالأنعام، فإن كان مما لا يستباح ذبحه، فإنه
لا يجوز بيعه، واستثناء جزء معين منه.

فلا يجوز بيع الأمة، واستثناء يدها أو رجلها أو رأسها؛ لأن الذى باع معيناً منها لا
يمكن تسليمه، ولا الانتفاع به؛ لأنه إن استثنى رجله لا يجوز للمبتاع أن يأمرها بالمشى
والتصرف؛ لأن البائع يمنعها من القيام أو المشى برجلها المستثناة؛ لأن حقه متميز، ولا
يجبر البائع على تصريف حقه المتميز.

وليس كذلك الجزء الشائع، فإنه يجبر على التصرف المعتاد مع الشريك كالدار
المشاعة بين الشريكين، إن أراد أحدهما إخلاءها، والمنع من الانتفاع بها لم يكن له
ذلك، وإذا تميز حقه منها كان له ذلك فى حقه.

مسألة: وإن كان من الحيوان المستباح ذبحه كالأنعام، فإنه إن وقع البيع على هذا
بشرط التبقية لا يجوز.

مسألة: فإن كان بشرط الذبح، فلا يخلو أن يكون المستثنى له قدر وقيمة، يسقط له
بعض الثمن، أو لا قدر له، فإن كان له قدر قيمة كالفخذ والسواقط، حيث تكون له
قيمة، فالمشهور من مذهب مالك أنه لا يجوز، وجوز ابن حبيب بيع الشاة، واستثناء
الأكارع والرأس، حيث تكون لها قيمة.

٣٨ كتاب البيوع
ووجه القول الأول أنه مبني على أحد فصلين، إما أن يكون لهما استثناء دون جلد،
والمستثنى عنده مبيع، فلم يجوز؛ لأنه استثنى معيناً. وأما أن يكون لما شرط أخذه بعد
الذبح، فكان كأنه باعه مذبوحاً، وعند الذبح يعلم من صفته ما لا يعلم اليوم، فمنع
ذلك صحة العقد.

ووجه قول ابن حبيب ما احتج به، وأنه استثنى جزءاً ظاهراً معيناً، فلم يمنع ذلك
صحة العقد، وهذا مبني على أن جلد العضو المبيع مستثنى مع ذلك العضو، فلذلك
صار المستثنى مرئياً.

مسألة: وإن كان استثناء الجلد بحيث له قدر وقيمة، فالذي رواه ابن القاسم، عن
مالك: أن ذلك لا يجوز. وروى ابن حبيب، عن ابن وهب تجويزه.

وقول ابن القاسم مبني على تعذر المعرفة بقدره وجنسه، وجودته وردائه، وعلى أنه
لا يجوز بيع اللحم المغيب؛ لأنه إذا استثنى الجلد، فقد أفرد اللحم بالبيع وهو مغيب.

ووجه قول ابن وهب أنه يمكن معرفته، فيمكن استثناءه، وبيع اللحم المغيب بجلده
كما لو لم يكن للجلد قيمة.

مسألة: وإن كان المستثنى من الجلد والرأس والأكارع في الأسفار بحيث لا قيمة
لشيء من ذلك، ففيه عن مالك روايتان، إحداهما الجواز، والأخرى المنع. وقال
القاضي أبو محمد: إن المحققين من أصحابنا جعلوا ذلك رواية واحدة المنع، حيث
تكون له قيمة، والإجازة حيث لا تكون له قيمة.

مسألة: وأما إن كان المستثنى من الحيوان مقدراً على غير ما يبيع، ولا معيناً مثل أن
يستثنى منه أرتالاً مقدرة، فعن مالك في ذلك روايتان، روى عنه ابن وهب المنع،
وروى عنه ابن القاسم إجازة ذلك في الأرتال اليسيرة.

وجه رواية ابن وهب أنها مبينة على أن المستثنى مبيع، فإذا كان مستوراً بالجلد، لم
يجز بيعه لعدم الرؤية والصفة فيه.

وجه رواية ابن القاسم أنها مبينة على أن المستثنى باق على ملك البائع غير داخل
في المبيع، فلا يفسد العقد بما يتعلق به من عدم المعرفة لصفته [.....] (٢).

إذا قلنا برواية المنع، فلا تفرع فيه، وإن قلنا برواية الإباحة بحكم اليسير الذي يجوز،

(٢) ما يبين المعرفتين بياض في الأصل.

كتاب البيوع ٣٩
قال ابن القاسم: الثلاثة الأبطال والأربعة من الشاة. وزاد ابن المواز عنه: الخمسة
والسنة، ولم يبلغ به مالك الثلث، وأشهب يميز الثلث.

ومعنى ذلك أن هذا الثلث حد بين القليل والكثير عند مالك، واختلف قوله فيه،
فمرة جعله في حيز الكثير، وفروع مسائله تدور على حسب هذا الاختلاف، والله
أعلم وأحكم.

قال مالك: في الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل، ثم يندم
البائع، فيسأل المبتاع أن يقبله بعشرة دنانير يدفعها إليه نقداً أو إلى أجل، ويمحو
عنه المائة دينار التي له.

قال مالك: لا بأس بذلك، وإن ندم المبتاع، فسأل البائع أن يقبله في الجارية أو
العبد، ويزيده عشرة دنانير نقداً أو إلى أجل أبعد من الأجل الذي اشترى إليه العبد
أو الوليدة، فإن ذلك لا ينبغي، وإنما كره ذلك؛ لأن البائع كأنه باع منه مائة دينار
له إلى سنة قبل أن تحلل بجارية وبعشرة دنانير نقداً أو إلى أجل أبعد من السنة،
فدخل في ذلك بيع الذهب بالذهب إلى أجل^(١).

الشرح: وهذا كما قال، رحمه الله، أن البائع إذا زاد المبتاع عشرة دنانير على أن
يقبله، فإن ذلك جائز، وسواء كانت الزيادة من البائع ما شاء من جميع الأشياء كلها،
العين وغيره، نقداً أو مؤجلاً، ولم يتفرقا؛ لأنه كان البائع اشترى الجارية بالثمن الذي
وجب له على المبتاع وزيادتها إياه.

ولا فساد في ذلك ما لم تكن الزيادة من جنس المبيع، فإن كانت من جنسه زاد
نقداً، ولم يجز مؤجلاً لما تقدم من منع الشيء بجنسه إلى أجل.

(١) قال في الاستذكار ١٦/١٩: أما المسألة الأولى التي ندم فيها البائع، فأعطى المشتري عشرة
دنانير نقداً، أو إلى أجل، وترد عليه يسقط عن المشتري ثمنها المائة الدينار المذكورة، فهذا البيع
مستأنف، وإقالة لا يدخلها تهمة، لأنها رجعت إليه سلته بما اشتراها به من الزيادة، ولم يدخل
في ذلك ذهب بأكثر منها، ولا ذهب بذهب إلى أجل، فلذلك أحازه، فقال: لا بأس به.
والمسألة الثانية: بين مالك، رحمه الله، ما يدخلها إحتاقه، فذكر أنها بيع ذهب بذهب إلى أجل.
فأما انشافي، فليس في ذلك كله عنده شيء مكروه، فلا يدخله عنده شيء يجرمه؛ لأن الظاهر
اجمیل لا يظن به الظن السوء بالباطن، والظن ليس بحقيقة، ولا يقع التحريم بالظنون.

٤٠ كتاب البيوع

فصل: «وإن ندم المبتاع، فسأل البائع أن يقلبه، ويزيده بعشرة دنانير نقدًا أو إلى أجل»، الفصل معناه أنه إذا أراد المبتاع العشرة ليقلبه البائع، فإن كان إلى أجل، فهو جائز؛ لأنه يبيعها منه بأقل من الثمن الذي ابتاعها منه مقاصة.

وإن زاد العشرة نقدًا، لم يجوز ذلك؛ لأنه عجل عشرة من المائة المؤجلة عليه، فصار بيعًا وسلفًا، فهذه العلة اللازمة، وقد قال ذلك ربيعة في إحدى مسألتى الحمار، فيمن باع حماراً بعشرة دنانير، فاستقاله المبتاع على دينار يعجله للبائع، أن ذلك بمنزلة من اقتضى ذهباً يتعجلها من ذهب.

وأما ما ذكره، رحمه الله، من أنه يدخله أنه باع عشرة دنانير وجارية نقدًا بمائة دينار له إلى سنة، فإنه وجه صحيح أيضًا فيما يتكرر، ويقصد من بيع جارية وعشرة دنانير معجلة بمائة إلى أجل، فإن الذرائع يقوى منعها بتكرار القصد إليه، والغرض فيه، فيعبر عنه أصحابنا بقوة التهمة فيه، ويضعف وجه المنع بقلة قصده.

وذلك فيما يحتمل وجوهًا من الصحة، ووجهًا أو وجوهًا من الفساد المقتضى للمنع، فيحمل على المقصود من تلك الوجوه. وأما ما كان الفساد له لازمًا، فإن تلك ممنوع لنفسه.

مسألة: وأما إن كانت العشرة إلى أجل أقرب من أجل المائة، فحكمها حكم العشرة المعجلة، وإن كانت إلى أجل أبعد من أجل المائة، لم يجوز أيضًا؛ لأنه يدخله جارية معجلة وعشرة مؤجلة بمائة مؤجلة إلى غير ذلك، وأقل ما يقتضى ذلك اشتراط النقد للعشرة، والمنع من المقاصة.

ولو شرط ذلك في العشرة المؤجلة إلى أجل المائة؛ لأفسد العقد؛ لأنه يتضمن بيع جارية وعشرة دنانير يخرجها، ولا ينقدها بمائة دينار ينقدها، وهذا يقتضى التفاضل في العين، فأوجب ذلك فساد العقد، ويدخله مع ذلك الكالئ بالكالئ في عشرة دنانير والمائة، وذلك ممنوع.

مسألة: ومن ابتاع سلعة بنقد أو مؤجل، ثم استقال منها، فلا تخلو السلعة أن لا تكون غير مكيلة، ولا موزونة، ولا معدودة، كالجارية والثوب، فباعها بنقد، ثم استقال منها على زيادة مؤجلة.

وذلك مثل أن يبيع منه جارية بعشرة دنانير نقدًا، ثم استقال المبتاع بدنانير يزيد مؤجلًا، فإن ذلك لا يجوز، وهي إحدى مسألتى الحمار. وربيعة قال: لا يصح؛ لأنه أخذ عنه دنانير بالنقد، وأخذ الحمار بما بقي من الذهب.

كتاب البيوع ٤١
وقد قال جماعة من شيوخنا: إن معنى ذلك البيع والسلف، وهو قول صحيح؛ لأن
السلف في الدينار الذي أخذ عنه والسعة في أخذ الحمار بتسعة دنانير من العشرة التي
كانت له عليه، ويدخله مع ذلك بيع حمار ودينار بأجل عشرة دنانير معجلة.

فروع: وقد قال محمد بن المواز: إذا كانت البيعة الأولى بالنقد، فلا يتهم في الثانية إلا
أهل العينة. وقال الشيخ أبو محمد: إنه ليس بخلاف لما قاله مالك وربيعه؛ لأن ابن المواز
إنما يعني بذلك إذا كانت البيعة الأولى بالنقد مما لو انفردت لكانت صحيحة.

وأما في بيعة، لو انفردت لم تجز، تقدمها بيع أو لم يتقدم، فليس كذلك. وفي
مسألة ربيعة كانت للبائع على المبتاع عشرة دنانير نقداً، فاشترى منه تلك السلعة
وغيرها بتسعة دنانير واحدة بدينار من عشرة، فلم يجز لما دخله من البيع والسلف.

مسألة: وإن كان المبيع بالنقد مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً، فلا يخلو أن يكون غير
مطعوم أو مطعوماً، فإن كان غير مطعوم، فباعه بدينار نقداً، فلا بأس أن يستقبل المبتاع
قبل النقد على أن يزيده دنانير أو ما شاء معجلاً، وذلك مثل أن يبيعه مائة رطل حديد
بعشرة دنانير، فيستقبل على دينار يعطيه إياه.

قال محمد بن المواز: إذا كانت الزيادة في مجلس الإقالة، فإن تأخرت دخله في زيادة
الدنانير بيع وسلف، ويدخله في بيع الورق صرف مستأخر، ويدخله في زيادة العرض
الدين بالدين.

وعندى أنه يرد فسخ دين في دين، وإنما يجوز في تعجيل الورق، إذا كانت أقل من
صرف دينار، وهذا عندى ما لم يغب المبتاع على السلعة الموصوفة، ولو غاب عليها،
لم يجز أن يقال منها بشيء يزيده؛ لأنه يدخله بيع وسلف؛ لأن عينه لا تعرف، ولو
كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود، لجاز ذلك، وإن غاب عليه المبتاع؛ لأنه مما
يعرف بعينه.

مسألة: فإن كان المبيع مكيلاً غير مطعوم، وكان الثمن عيناً مؤجلاً، لم يجز أن يزيده
المبتاع ذهباً من جنس الثمن نقداً، ولا إلى أجل أقرب من أجل الثمن، ولا أبعد منه.

قال المحمدون: لأنه يدخله بيع وسلف، ويدخله ذهب بذهب وعرض إلى أجل،
ولا بأس أن يزيده من جنسها. زاد العتبي: في وزنها إلى الأجل، ولا يجوز أن يزيده من
غير جنسها نقداً ولا مؤجلاً، ولا يجوز أن يزيده ورقاً نقداً ولا مؤجلاً، ولا بأس أن
يزيده عرضاً مؤجلاً.

٤٢ كتاب البيوع

مسألة: فإن كان الثمن عرضاً مؤجلاً، ففي كتاب المحمدين الثلاثة: لا يزيد المبتاع عرضاً من غير جنس الثمن مؤجلاً؛ لأنه يدخله الدين بالدين، ولا بأس أن يزيد عرضاً من جنس الثمن، ولا يدخله الدين بالدين؛ لأن الدين بالدين، إنما هو في جنسين مختلفين. فأما اشتغال الذمتين بجنس واحد، فلا يدخله في هذا الباب الدين بالدين.

ومعنى ذلك عندى أن يحمل على المقاصة، ولو اشترط كل واحد منهما النقد والانتقاد؛ لدخله الدين بالدين، ويمنع من ذلك، إلا أن تضعف التهمة فيه؛ لأن هذا المعنى ليس فيه بمقصود فى الزيادة ولا معتاد.

فروع: فإن زاده من جنس الثمن معجلاً أو مؤجلاً إلى غير الأجل، لم يجز فيه التفاضل، ذكر ذلك المحمدون، عن ابن القاسم وأشهب وعبد الملك.

ومعنى ذلك عندى أن يبيع ثوب بثوبين إلى أجل يحرم لنفسه، فلذلك منع ما كان ذريعة إليه، ولو منع للذريعة إلى سلف جر منفعة لما حرم هذا بسبب الذريعة إليه.

مسألة: فإن كان المبيع طعاماً مكيلاً، فلا يجوز أن يزيد أحدهما صاحبه شيئاً من الأشياء، ويقيله منه على الكيل لما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه.

فإن كان اكتاله، ولم يغب عليه المبتاع، وكان الثمن نقداً أو لم ينقد بعد، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: لا بأس أن يزيد المبتاع نقداً ما شاء، من ذهب وورق وعرض وطعام من جنسه، ومن غير جنسه.

وعندى أنه يجب أن يراعى فى الورق أن يكون أقل من صرف دينار؛ لثلا يدخله بيع وصراف، وقد رأيت هذا لبعض مشايخنا، والله أعلم.

فروع: قال: ولا يجوز أن يزيد شيئاً مؤجلاً؛ لأنه يدخله بيع وسلف، وفى زيادة العرض، فسوخ دين فى دين، وفى زيادة الذهب والورق الأجل فى الذهب بالذهب أو بالورق.

وعندى أنه يدخله بيع وسلف، وهى الثانية من مسألتى ربيعة، وإن كان نقده الثمن، فهو بيع حادث يجوز فيه ما يجوز فى سائر البيوع.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مِنَ الرَّجُلِ الْحَارِيَّةَ بِمِائَةِ دِينَارٍ إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ يَشْتَرِيهَا بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ الَّذِي بَاعَهَا بِهِ إِلَى أَبَعَدَ مِنْ ذَلِكَ الْأَجَلِ الَّذِي بَاعَهَا إِلَيْهِ: إِنَّ

ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ. وَتَفْسِيرُ مَا كَرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ يَتَّاعُهَا إِلَى أَجَلٍ أَبْعَدَ مِنْهُ يَبِيعُهَا بِثَلَاثِينَ دِينَارًا إِلَى شَهْرٍ، ثُمَّ يَتَّاعُهَا بِسِتِينَ دِينَارًا إِلَى سَنَةٍ أَوْ إِلَى نِصْفِ سَنَةٍ، فَصَارَ إِنْ رَجَعَتْ إِلَيْهِ سَلَعَتُهُ بِعَيْنِهَا وَأَعْطَاهُ صَاحِبُهُ ثَلَاثِينَ دِينَارًا إِلَى شَهْرٍ بِسِتِينَ دِينَارًا إِلَى سَنَةٍ أَوْ إِلَى نِصْفِ سَنَةٍ، فَهَذَا لَا يَنْبَغِي^(١).

الشرح: وهذا كما قال، رحمه الله، أن من باع جارية بثلاثين إلى أجل، فإنه لا يجوز أن يشتريها بأكثر من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل، إذا كان على وجه غير المقاصة؛ لأنه يقبض عنه عند الأجل الأول ثلاثين، ويدفع إليه عند الأجل ستين، وما تقدم من بيع الجارية، وابتاعها لغو توصلًا به إلى بيع ثلاثين دينارًا بستين دينارًا، وذلك ممنوع، وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد بن حنبل وضاوس وسعيد بن جبير. وقال الشافعي: ذلك جائز.

وقد استدل أصحابنا في ذلك بما رواه أبو إسحاق السبيعي، عن أم يونس، واسمها العالية، أن عائشة، رضي الله عنها، قالت لها أم حجة أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري: يا أم المؤمنين، أتعرفين زيد بن أرقم؟ قالت: نعم، قالت: فإني بعته عبدًا إلى العطاء بثمانمائة درهم، فاحتاج، فاشترته قبل محل الأجل بستمائة درهم، قالت: بثمنا اشتريت، أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. قالت: فقلت: رأيت إن تركت المائتين، ثم أخذت الستمائة، قالت: نعم، فمن جاءه موعظة من ربه، فانتهي، فله ما سلف^(١).

(١) قال في الاستذكار ٢٠/١٩: حكم هذا عنده إذا باع السلعة بثمن إلى أجل، ثم اشتراها إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن، كحكم من باعها إلى أجل بثمن، ثم ابتاعها بالنقد بأقل من ذلك لأنه في كلا الوجهين ترجع إليه سلعته بعينها، ويحصل بيده دراهم، أو ذهب، بأكثر منها إلى أجل، وهذا هو الربا، لاشك فيه لمن قصده. إلا أن العلماء قد اختلفوا في هذا المعنى، وهذا مذهب من رأى قطع الدراهم؛ لما يغلب على الظن أن المتابعين قصدوا إليه. وأما من رأى أن البيع على ظاهره، وأن تهمة المسلم بما لا يحل له حرام عليه لم يقل بشيء من ذلك. والذي ذهب إليه مالك في هذا الباب هو قول جمهور أهل المدينة.

(١) قال في الاستذكار ٢٥/١٩: رواه الثوري، عن إسحاق عن امرأته، قال: سمعت امرأة أبي السفر، تقول: قلت لعائشة: بعث من زيد بن أرقم، وذكر الخبر كله بمعناه. وهو خير لا يشبه أهل العلم بالحديث، ولا هو مما يحتاج به عندهم. وامرأة أبي إسحاق، وامرأة أبي السفر، وأم ولد زيد بن أرقم كلهن غير معروفات بحمل العلم. وفي مثل هؤلاء روى شعبة، عن أبي هشام أنه =

٤٤ كتاب البيوع

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا بيع آل بين متابعين إلى دنانير بأكثر منها، فوجب أن يفسد ذلك كما لو باعه ديناراً بدينار إلى أجل.

مسألة: وجملة هذا أن الذى يتحرر منه هذا الباب أن يؤول أحدهما إلى بيع الشئ بجنسه متفاضلاً إلى أجل، فإن سلمت المسألة من ذلك، فهي صحيحة، وإن أدى إلى ذلك، نظر فيه، وهو على قسمين، أحدهما: أن يكون الثمنان عيناً. والثاني: أن يكون غير عين.

فإن كان عيناً، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون البيع الثانى على المقاصة. والثاني: أن يكون على غير المقاصة.

فإن كان على المقاصة بالثمن، فإنه يجوز أن يشتري السلعة التى باعها إلى الأجل. بمثل ذلك الثمن وبأقل وبأكثر، وإلى أقرب من ذلك الأجل، وأبعد بأقل من ذلك الثمن أو أكثر، لا يسلم من تسليم العين فى مثله؛ لأنه إن كان بمثل ذلك الثمن، فهي إقالة محضة، وإن كان بأقل أو أكثر، فالوزن يكون من أحدهما دون الآخر.

مسألة: فإن لم تكن على المقاصة، فإن فيه تسع مسائل على ثلاث أحوال، قبل الأجل. بمثل الثمن وأقل وأكثر، وإلى الأجل على الثلاثة الوجوه، وإلى أبعد من الأجل بمثل ذلك، يبطل مسألتان، ويصح سائرهما، وهما إلى قبل الأجل بأقل من الثمن، وإلى أبعد من الأجل بأكثر من الثمن.

ووجه ذلك أنه إذا اشتراها إلى أقرب من الأجل بأقل من الثمن، أعطى قبل الأجل ثلاثين، وأخذ عند الأجل ستين، وإن كان لأبعد من الأجل بأكثر من الثمن، فهي المسألة التى ذكرها مالك، رحمه الله.

وإن كان قبل الأجل بأكثر من الثمن أو بمثله، لم يتهم أحد فى أن يعطى ستين ديناراً فى ثلاثين ديناراً إلى أجل، ولا فى ستين إلى أجل، وإذا كان إلى الأجل، فالوزن من أحدهما، وتبعد التهمة فى أن يقصدا الوزن جميعاً، لكون الثوب المبيع واحداً، والنقد واحد، فليس فى ذلك غرض مقصود، وإذا كان إلى أبعد من الأجل بأقل من الثمن أو بمثله، فهو أيضاً يعطى ستين، ويأخذ ثلاثين، أو ستين عند الأجل، ولا تهمة فى مثل هذا.

قال: كانوا يكرهون الرواية عن النساء، إلا أزواج النبي ﷺ. والحديث منكر اللفظ لا أصل له؛ لأن الأعمال الصالحة لا يخطئها الاجتهاد، وإنما يخطئها الارتداد، ومحال أن تلزم عائشة زيد التوبة برأيها، ويكفره اجتهادها، فهذا ما لا ينبغي أن يظن بها ولا يقبل عليها.

كتاب البيوع ٤٥

فروع: ومن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، فابتاعها بخمسة نقدًا أو خمسة إلى شهرين، فاختلف أصحابنا في ذلك، فجوزه ابن القاسم، ومنعه ابن الماجشون.

وإنما اختلفا في كراهيته لضعف التهمة فيه؛ لأنه إنما يؤرول إلى أن سلف أحدهما صاحبه على أن يسلفه الآخر، وهذا غرض يقل عمله، وينظر في هذا أبدًا إلى استواء الثمنين، فإن تساويا، فهو جائز.

مسألة: وإن كان الثمن عرضًا، مثل أن يشتريه منه بخمسة أثواب مضمونة في ذمته إلى أجل، ثم يبيعه بثياب بجنسها، فلا بأس بذلك على وجه المقاصة اشتراه بأكثر من تلك الثياب أو بأقل أو بمثلها إلى أقرب من الأجل أو أبعد منه أو إلى الأجل الأول.

فإن لم يكن على المقاصة، دخلته التسعة الوجوه المذكورة قبل هذا، إلا أنه يبطل منها أربعة، ويصح سائرهما، فالتى تبطل أن يقيله إلى أقرب من الأجل بأقل من الثمن أو أكثر، ومثل ذلك يدخل إلى أبعد من الأجل.

فإنما الوجهان الأولان، فهما أقرب من الأجل بأقل من العدد، وإلى أبعد من الأجل بأكثر من ذلك العدد، فهو ذريعة إلى سلف وزيادة. وأما الوجهان الآخران، فهما إلى أقرب من الأجل بأكثر من العدد، وإلى أبعد من الأجل بأقل من العدد، فهو كبيع الجنس بجنسه متفاضلاً إلى أجل.

فأما على قول من قال من أصحابنا: إن ذلك محرم لنفسه، فهما كالوجهين الأولين. وأما من قال من أصحابنا: إنه محرم للذريعة، فإن هذه المسألة يتعلق فيها بذريعة الذريعة. وقد قال جماعة من أصحابنا: إن ذريعة الذريعة لا تؤثر في المنع، والله أعلم.

وقد ذكر عبد الحق، رحمه الله، فيمن باع ثوبًا بقفيز حنطة إلى أجل، واشتراه بقفيز حنطة نقدًا، لا ينبغي ذلك، ويبقى أن يكون دفع قفيزين ليضمن له القفيز إلى أجل، وذلك بخلاف العين.

قال: وقيل الأمر سواء التهمة مرتفعة، وهي مسألة يتنازع فيها، وما علمت فيها رواية، والذي عندي أن الخلاف إنما وقع للوجه الذى ذكرته، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو باع ثوبًا بعشرة دراهم إلى أجل، فاشتراه قبل الأجل بخمسة دراهم نقدًا، وبثوب من نوعه أو من غير نوعه، فقد قال ابن القاسم: لا خير في ذلك؛ لأن هذا بيع وسلف؛ لأنه كان أسلفه خمسة دراهم على أن يباعه ثوبه الثانى بخمسة دراهم

٤٦ كتاب البيوع
إلى شهر، فصار إذا حل الأجل، كان خمسة قضاء عن الخمسة التي دفع إليه قبل محل
الأجل، وخمسة من ثمن الثوب الباقي:

وهذا كما قال؛ لأن البائع يرجع إليه ثوبه، ويدفع إليه الآن خمسة دراهم وثوباً،
ويأخذ عند الأجل عشرة دراهم خمسة دراهم عن ثوبه الذي أعطاه آخرًا، وخمسة قضاء
للخمس الدراهم التي دفع معه على أنها من ثمن الثوب الأول، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن باع ثوبين بعشرة دراهم إلى أشهر، ثم اشترى أحدهما بثوب نقدًا،
وبخمس دراهم نقدًا، فقد قال ابن القاسم: لا يصح؛ لأنه يدخله بيع وسلف، ويدخله
أيضًا فضة وسلعة نقدًا بفضة إلى أجل.

فرع: فإذا ثبت ذلك، فقد قال بعض القرويين: إن الثوب الذي بقي بيد المبتاع من
الثوبين الأولين، لا يفسخ فيه البيع؛ لأن العقد فيه صحيح وينظر، فإن كان الثوبان
الآخران قائمين، ردا، فإن فاتا، فأما الثوب الذي رجع إلى البائع، فلا تفيته عنده حوالة
الأسواق، وإنما يفيته التغيير الشديد، فإذا فات بما ذكرنا سقط من الثمن المؤجل حصة
ذلك الثوب، وهو مما سميناه له.

وأما الثوب الذي دفعه البائع آخرًا، فحكمه ما قارن بيعه السلف فيما يفوت به،
ومقدار قيمته يحصل لكل واحد من الثلاثة الأتواب، حكم يختص به.

وهذا إنما أبيحه على قول من قال: إنه إنما يفسخ العقد الثاني بتصحيح الأول، فإذا
لم تفت الثياب بقي الثوب الأول بيد المبتاع؛ لأنه يصح بفسخ العقد الثاني على قول
سحنون.

وأما على قول من قال: يفسخ العقدان، فإن التراد يقع في الأتواب الثلاثة، وإذا
فات الثياب، فأكثر أصحابنا على رد العقدين، فلا يصح هذا فيه، والله أعلم
وأحكم.

فصل: وأما الثوب الذي رده المبتاع إلى البائع، فقال فيه ما تقدم، ولم يعين وجهه.
والأظهر أن حكمه حكم الثوب الثالث؛ لأنه إن كان البيع الثاني فاسدًا، فالفساد
يتناول العوض، ولا خلاف أن من باع ثوبًا بثوب على أنه سلف، فإن حكم الثوبين في
التراجع، والفوات سواء.

وإنما يختلفان في القيمة على قول ابن القاسم، وإن كان العقد صحيحًا، وإنما ينقض

كتاب البيوع ٤٧
لتصحيح الثاني الذي دخلته الشبهة باجتماعهما، فهذا حكم الثوب الثاني، والله أعلم،
وقد بسطت القول فيه في شرح المدونة.

فصل: وقوله في الثوب الثالث، وهو الذي دفعه البائع في العقد الثاني: «أنه يحكم
له بحكم ما قارن بيعه سلفاً»، فيه أيضاً نظر، وذلك أن تعلق الفساد به من وجهين،
أحدهما: ما ذكرناه من البيع والسلف، وذلك أن البائع باعه من المشتري بخمسة دنانير،
وأسلفه خمسة دنانير؛ ليقبض منه عشرة عند الأجل.

والثاني: أنه باع منه البائع هذا الثوب وخمسة دنانير نقداً بالثوب الذي رد إليه
المبتاع، وبالعشرة دنانير المؤجلة، فيدخله العرض بالعرض مع كل واحد منهما عين،
وأحدهما: القيمة بالغة ما بلغت، والثاني: القيمة ما لم تكن أكثر من الثمن؛ لأن البائع
قد رضى به على أن يسلفه، وإن قلنا إنه ممنوع للوجه الآخر، ففيه القيمة بالغة ما بلغت.
فرع: إذا ثبت ما ذكرناه، ووقع شيء من هذه البياعات المنوعات على هذا
الوجه، فإن كانت السلعة لم تفت، فسخت البيعة الثانية، وصحت الأولى، قاله
سحنون.

وقال غيره: تفسخ البيعتان جميعاً، ولا أن يصح أنهما لم يتعاملا على البيعة، إنما
وجدها تباع، فابتاعها بأقل من الثمن، فهذا تفسخ البيعة الثانية، وتصح الأولى.
وجه ما قاله سحنون أن البيع الأول معقود على الصحة، وإنما أقام شبهة الفساد
العقد الثاني، فإذا أمكن تسليم الأول منه خص بالنقض دون الأول.

وجه الرواية الثانية أنه إنما حكمنا بالفساد في ذلك لما أقمناهما مقام العقد الواحد
في ذلك، فإذا لم تعلم السلامة من ذلك، وجب فسخ العقود؛ لأنهما كالإيجاب
والقبول في عقد واحد.

فرع: وإن فاتت السلعة، فالمشهور من قول أصحابنا إبطال البيعتين جميعاً، وذلك إذا
فاتت بعد القبض للسلعتين جميعاً، وإن هلكت بيد المبتاع قبل أن يقبضها البائع الأول،
فالذي عندي أن البيع الثاني يبطل خاصة، ويثبت الأول، ولم أر فيه نصاً.

فأما إن فات بعد القبض بيد البائع الأول، فلا يخلو أن يكون الثمنان قبضاً، أو قبض
أحدهما، أو لم يقبضاً، فإن كان الثمن المعجل [.....]^(١).

(١) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل.

٤٨ كتاب البيوع

وإن كان قبض، فقد قال ابن المواز: يرد المبتاع الأول على البائع الأول الثمن الذى قبض منه، ولم يذكر معجلاً ولا مؤجلاً ونحو ذلك. وذكر ابن عبدوس فى المجموعة: والذى عندى أنه يكون معجلاً أو إلى أجل أقرب من أجل الثمن الآخر.

وذكر شيوخنا الأندلسيون فى ذلك تفصيلاً، وهو أنه إذا باعه ثوباً بعشرة مؤجلة، ثم اشتراه منه بخمسة معجلة، فقبض المبتاع الخمسة، وفات الثوب عند البائع الأول، فإنك تنظر إلى قيمة الثوب، فإن كان عشرة فصاعداً، غرم البائع الأول للمبتاع الأول تمام القيمة يقاصه منها بخمسته التى قبض منه.

ووجه قول ابن المواز وابن عبدوس ما تقدم من أن العقد الثانى، وتعجيل الثمن فيه، أثبت الفساد، فإذا نقض زال موجب الفساد.

ووجه قول الأندلسيين أنه إذا كان قيمة الثوب عشرة فأكثر، ضعفت التهمة فى أنهما عملاً على ذلك، فلم يفسخ إلا العقد الثانى؛ لأنه هو الذى ثبت به صورة الفساد دون معناه، وإن كانت قيمة الثوب أقل من العشرة، قويت التهمة فى أنهما عملاً على ذلك، وكان للعقدين حكم العقد الواحد، فوجب أن يفسخ.

فرع: وإن قبض الثمنان معاً، وفانت، فعلى قول ابن المواز وابن عبدوس: يلزم البائع الأول أن يرد إلى المبتاع الأول ما أخذ منه زيادة على ما أعطاه.

فصل: وهذا إذا كان البيع قبل تغيير السلعة المبيعة، فأما إذا كان بعد تغييرها فى نفسها تغييراً يميل الأغراض فيها، فقد روى ابن القاسم، عن مالك، فى الدابة أو البعير يبتاعها بثمن إلى أجل، فيسافر عليها المبتاع السفر البعيد، فيأتى وقد أبغضها، فيبتاعها منه البائع بأقل من ذلك الثمن نقداً: أنه لا بأس بذلك؛ لأنه لا يتهم فى مثل هذا.

وروى عنه أشهب: إذا حدث بها عور، أو عرج، أو قطع حتى يعلم أنهما لم يعملوا على فسخ أنه لا يصلح هذا، ولا يؤتمن عليه أحد، وبه أخذ سحنون.

وجه رواية ابن القاسم أن الذرائع مبنية على قوة التهمة، والتهمة مرتفعة مع التغيير الشديد لاختلاف الأغراض، فصح ذلك بينهما.

ووجه رواية أشهب مراعاة المآل دون قوة التهمة. ورواية ابن القاسم أجرى على أصول المذهب، وبالله التوفيق، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان المبيع طعاماً، فباعه على الكيل بثمن إلى أجل، فلا يجوز بيعه قبل

كتاب البيوع ٤٩
استيفائه نقدًا ولا إلى أجل، وإنما تجوز فيه الإقالة والتولية، على ما يأتي ذكره بعد هذا،
إن شاء الله.

فإن استوفاه، فباعه منه قبل أن يفترقا، فحكمه حكم الثوب يبيعه بثمن إلى أجل، ثم
يبتاعه منه بالتقد، تجوز فيه السبعة الوجوه التي قدمنا ذكرها، ويضل وجهان.

مسألة: فإن غاب عليه المبتاع، فالذي اتفق على منعه منه، وجهان، أحدهما: أن
يشتري منه بأكثر من الطعام الأول. والثاني: أن يشتري منه بأقل من الثمن الأول نقدًا؛
لأنه إذا اشتري منه أكثر من الطعام الأول، فقد أسلفه طعامًا في أكثر منه، وإن اشتري
منه بأقل من الثمن الأول نقدًا، فقد أسلفه دنائير في أكثر منها إلى أجل.

فروع: وأما إن باع منه أقل من كيل ذلك الطعام بأقل من ذلك الثمن مثل أنم يبيع
منه مائة أردب بمائة دينار إلى شهر، ثم يشتري منه خمسين أردبًا بخمسين دينارًا نقدًا،
فهذا لا يجوز لما قدمناه من الشراء بأقل من الثمن؛ لأنه يدخله أنه رد إليه الخمسين،
وأخذ منه الخمسين أردبًا معجلة، وخمسين دينارًا معها؛ ليدفع إليه مائة دينار عند الأجل،
وهذا بيع وسلف.

وإن كان بمثل الثمن، ففي المدونة عن مالك، فيمن باع طعامًا بثمن إلى أجل، فلما
حل الأجل، أخذ منه أقل من ذلك الكيل بجميع ذلك الثمن: لا يعجبني ذلك. وروى
عيسى، عن ابن القاسم: لا بأس به.

وجه القول الأول أنه كره أن يدفع إليه مائة أردب، ويأخذ منه خمسين أردبًا بعد
مدة، فتكون معه مائة إلى أجل بخمسين من جنس ذلك الطعام، وذلك غير جائز.
ووجه الرواية الثانية بعد التهمة في مثل هذا.

فروع: ولا بأس أن يشتري منه مثل ذلك الكيل بمثل الثمن فأكثر نقدًا أو إلى أجل؛
لأنه يسلم في الطعام من السلف للمنفعة، ويسلم في العين من مثل ذلك أيضًا، وبالله
تعالى التوفيق.

* * *

ما جاء في مال المملوك

١٢٧٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، رَضِيَ

١٢٧٥ - أخرجه البخاري في المساقاة ٢٣٧٩. مسلم في البيوع ١٥٤٣. الترمذي في البيوع
١٢٤٤. النسائي في البيوع ٤٦٣٣، ٤٦٣٤. أبو داود في البيوع ٣٤٣٣. ابن ماجه في
التجارات ٢٢١٠. البيهقي ٣٢٤/٥ عن عمر. أحمد ٩/٢ عن سالم، عن أبيه. البغوي بشرح=

٥٠ كتاب البيوع

الله عنه، قَالَ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا، وَكَهَ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ»^(١).

الشرح: قوله: «من باع عبداً، وله مال»، هذا يقتضى أن العبد يملك، وهو قول مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يملك العبد شيئاً.

ودليلنا على ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع عبداً، وله مال، فماله للبايع، إلا أن يشترطه المبتاع». ووجه الدليل أنه أضاف المال إلى العبد باللام، واللام تقتضى الملك، فإن قيل: لا نسلم أنها تقتضى الملك، بل تحتمل أن يراد بها اليد والتصرف، يقال: الولاية في المال لفلان.

=السنة ١٠٣/٨ عن سالم، عن أبيه، وابن أبي شيبة ١١٢/٧ عن جابر. الطبراني الكبير ٢٨٥/١٢ عن ابن عمر، والحميدى برقم ٦١٣ سالم، عن أبيه.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٥/٨: اختلف نافع، وسالم فى رفع من باع عبداً وله مال فماله للبايع إلا أن يشترط المبتاع وهو أحد الأحاديث الثلاثة التى رفعها سالم، وخالفه فيها نافع، عن ابن عمر، قال على بن المدينى: والقول فيها قول سالم وقد توبع سالم على ذلك.

أخبرنا عبدالله بن محمد بن عبدالمؤمن، قال: حدثنا محمد بن عثمان بن ثابت الصيدلانى ببغداد، قال: حدثنا إسماعيل بن إسحاق، قال: حدثنا على بن المدينى، قال: خالف سالماً نافع فى ثلاثة أحاديث رفعها سالم، وروى نافع منها اثنين، عن ابن عمر، عن عمر والثالث، عن ابن عمر، عن كعب أحدها «من باع عبداً وله مال». الحديث رواه سالم، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، ورواه نافع، عن ابن عمر، عن عمر قوله كذلك رواه مالك، وعبيدالله بن عمر، ورواه أيوب، عن نافع، عن ابن عمر لم يتجاوز، وقد روى عن أيوب كما رواه مالك سواء، والثانى «والناس كإبل: مائة لا تكاد تجد فيها راحلة». رواه سالم، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، كذلك روى الزهرى هذا الحديث والذى قبله، عن سالم، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، ورواه ابن عجلان، وغيره، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال عمر: الناس كإبل: مائة لا توجد فيها راحلة، والثالث حديث يحيى ابن أبى كثير، قال: حدثنى أبو قلابة، عن سالم، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، «فى قصة النار أنها تخرج فتحشر الناس». ورواه عبيدالله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر، عن كعب قال: تخرج نار... الحديث.

قال أبو عمر: قد روى حديث: «من باع عبداً وله مال فماله للبايع...» الحديث، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، ولا يصح ذلك عند أهل العلم بالحديث، وإنما هو لنافع، عن ابن عمر، عن عمر، قوله: كذلك رواه الحفاظ من أصحاب نافع. منهم مالك، وعبيدالله بن عمر. وقال السيوطى: قال النووى: ولا تضر رواية الوقف فى حجة الحديث المرفوع فإن سالماً ثقة بل هو أجل من نافع فزيادته مقبولة قال: وقد أشار النسائى والدارقطنى إلى ترجيح رواية نافع وهذه إشارة مردودة. انظر: تنوير الحوالك ٤٧/٢.

كتاب البيوع ٥١

ويحتمل أن يراد بها الاختصاص، يقال: الحركة للحجر، ويحتمل أن يراد بها النسب، يقال: الولد لزيد، ولا يدل شيء من ذلك على الملك.

فأجواب أن اللام متى قرن بها ما يملك، اقتضت الملك، وإنما تقتضى ما ذكرتم من اليد، والتصرف، والاختصاص، والنسب، إذا تعلق بما لا يملك، والمال مما يملك.

فإذا قرن بها، حمل على الملك، إلا أن يعدل عن ذلك بدليل يدل إذا قال: هذا المال لزيد، فهم منه ملكه له، ويدل على ذلك أن يمثل هذه الإضافة، أضيف المال إلى البائع، فدل ذلك على ملكه له.

ووجه آخر من الحديث، وذلك أنه قال: «إلا أن يشترطه المبتاع»، فنفى حيث أن يكون للبائع، وأن يكون إذا اشترطه المبتاع مضمراً غير مظهر، فاحتمل أن يكون للمبتاع، واحتمل أن يكون للغير.

والظاهر من الكلام أن المضمرة في الكلام هو المظنون به فى المستثنى منه، أن المال للعبد، فوجب أن يكون الضمير ينصرف إليه، فيكون معناه: إلا أن يشترطه المبتاع، فيكون لمن كان له قبل البيع، وهو العبد.

فصل: وقوله: «فماله للبائع» يريد والله أعلم، أن بمجرد البيع يزول ملكه عن المال، ويدخل فى ملك البائع، فيكون بيده كالمال المستفاد؛ لأنه حينئذ يصح ملكه، فيثبت بذلك أن البيع يقتضى انتزاع السيد مال العبد؛ لأن له شبهة فى ملكه تثبت بملك انتزاعه متى شاء، وكذلك لا يكمل ملك العبد، ولا يملك التصرف فى ماله دون إذن سيده.

فإذا زال العبد عن ملكه بالبيع، تعلق به حق السيد، وحق العبد، ولم يصح أن يبقى المال بينهما على هذه الحال بعد البيع للحاجة إلى التفرقة، ولأن حق الانتزاع يبطل؛ لأن الإنسان لا يملك انتزاع مال عبد غيره.

فلما لم يكن إبقاؤه على ما كان عليه أولاً، ولم يكن بد من تغليب أحد الخقين، غلب حق السيد؛ لأنه يملك تفويته والتصرف فيه دون إذن العبد، والعبد لا يملك تفويته ولا التصرف فيه دون إذن السيد.

مسألة: إذا ثبت أن المبتاع يجوز له أن يشترط مال العبد، فإنه لا خلاف فى جواز ذلك فى نفس العقد؛ لأنه مقتضى لفظ الحديث فى ذلك بقوله: «إلا أن يشترطه

٥٢ كتاب البيوع

المبتاع» ولا يوصف هذا بأنه شرط إلا أن يكون ذلك شرط في عقد البيع، وإلا كان بيعاً مبتدأ للمال.

فإن لم يشترطه في نفس العقد، ثم أراد أن يزيد البائع شيئاً ليلحق المال بالبيع، فقد اختلف أصحابنا فيه، وروى أشهب، عن مالك: أن ذلك غير جائز، وبه أخذ ابن وهب وأشهب وابن عبد الحكم.

وروى عن مالك وأشهب: أن ذلك جائز، وبه أخذ ابن القاسم من رواية عيسى عنه. قال ابن القاسم: وإن كان ماله عيناً، فاشتراه بعين، وأما إن كان عرضاً، فليس فيه كلام. وروى أصبغ وأبو زيد، عن ابن القاسم: إن كان ذلك بحضرة البيع، وقربه، فهو أمر جائز، وإلا لم يجز.

وجه رواية المنع أن العبد لما بيع دون اشتراط المال، خرج المال عن ملك العبد إلى ملك السيد، فلا يجوز إلحاقه بالعقد؛ لأنه قد ثبت له حكم لو كان ثابتاً حين البيع لما جاز للمبتاع اشتراطه، وهو كونه ملكاً.

وروجه رواية ابن القاسم أن المبتاع لا يشترط المال لنفسه، وإنما يشترطه ليعيده إلى ملك العبد، بمنزلة أن يدفع إلى العبد دناتير، وأن يعطى هذا العبد مالاً، فإن ذلك جائز.

ووجه آخر، وهو أن ما جاز أن يكون تبعاً في العقد، جاز أن يكون تبعاً بعد العقد، كالثمرة المأبورة، ولا يلزم هذا مالاً ولا ابن وهب ولا ابن عبد الحكم؛ لأنهم لا يميزون ذلك في الثمرة، وإنما يلزم ذلك أشهب، فإنه يميزه في الثمرة.

والفرق بينهما أن الثمرة يجوز أن تكون تبعاً للأصل حين العقد، وهى ملك للبائع، ومال العبد لو كان ملكاً للبائع حين العقد لما كان تبعاً للعبد، فكذلك إذا انتقل إلى البائع بالعقد.

فرع: وأما معنى القرب والبعد على رواية أبي زيد وأصبغ، ففي المبسوط: أن معنى القرب أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص، وأما إن دخله نقص أو زيادة، فقد بعد، وامتنع إلحاقه بالعقد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإذا حدث للعبد مال في مدة العهدة أو الخيار، وقد اشترط المبتاع مال العبد، فهو للعبد بأى وجه كان، وإن لم يشترطه المبتاع، فهو للبائع بأى وجه كان، ذكر ذلك عيسى، عن ابن القاسم.

كتاب البيوع ٥٣

مسألة: وهل يجوز أن يشترط بعض مال العبد أو لا؟ روى ابن حبيب، عن مالك: أن ذلك غير جائز. وروى عن أشهب إجازته حين العقد وبعده.

ووجه القول الأول أن ما تبع المبيع في البيع لا يجوز أن يشترط اتباع بعضه. أصل ذلك ما تبعه بالشرع، ومقتضى العقد، وهو ثمرة مأبورة أو غير مأبورة في أصل المبيع. ووجه القول الثاني أن هذا المال يثبت بعقد البيع، فجاز أن يستحق بعضه كالثياب يجوز شراء جميعها، وشراء بعضها.

مسألة: وهذا إذا كان العبد جميعه للبائع، فإن كان له بعضه، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون الباقي لغيره. والثاني: أن يكون حرًا.

فإن كان رقيقًا لغيره، لم يحل أن يبيع حصة من شريكه أو من أجنبي، فإن باعها من شريكه، فلا يجوز بيعه منه على الإطلاق؛ لأن الإطلاق في العقد يقتضي أن يكون له من مال العبد بقدر ما له في العبد، ولا يجوز له انتزاعه إلا بإذن الشريك، والإذن معدوم.

فإن اشترطه البائع، فقد قال سحنون: هو جائز، وهو كالمقاسمة، وهو قول صحيح؛ لأن رضا المبتاع بالشرط إذن له في انتزاع حصته من المال، وذلك غير جائز على المشهور من المذهب، فإن اشترطه المبتاع، فأما على قول ابن القاسم في تجويزه للمبتاع اشتراط مال العبد، فجوازه ظاهر.

وأما على قول أشهب في المنع من ذلك، فإنه يحتمل وجهين، أحدهما: أن ذلك غير جائز؛ لأنه استثناء لبعض مال العبد. والثاني: أنه لا يجوز؛ لأنه لم يبق بيد البائع ما يكون به المبتاع مستثنياً لبعض المال، بل قد استثنى جميع ما كان للبائع منه.

مسألة: فإن باعه من غير شريكه، فاشترطه البائع، أو أطلق العقد، لم يجز، رواه أشهب، عن مالك وعيسى، عن ابن القاسم؛ لأن اشتراط البائع له يقتضي انتزاعه، ولا يجوز ذلك إلا بإذن شريكه، ولم يوجد الإذن والإطلاق في العقد يقتضي ما يقتضيه هذا الشرط.

فإن اشترطه المبتاع، فأما على قول من يجيز اشتراط المبتاع بعض المال، فهو ظاهر. وأما على قول من لا يجيزه، فقد روى عيسى، عن مالك تجويزه.

ووجه ذلك أن المبتاع قد شرط جميع ما تعلق به حق البائع من المال، فكان ذلك جائزًا كما لو كان العبد له، فاشترط جميع ماله.

٥٤ كتاب البيوع

مسألة: وإن كان النصف الثاني حرًا، فعندى أنه لا يجوز بيعه على الإطلاق، ولا يشترط كون المال للبائع؛ لأنه لا يملك انتزاع مال من فيه جزء من الحرية، ويجوز بيعه بشرط المال بيد العبد؛ لأن ذلك ينفي انتزاع شيء من المال.

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُبْتَاعَ إِذَا اشْتَرَطَ مَالَ الْعَبْدِ، فَهُوَ لَهُ، نَقْدًا كَانَ أَوْ دَيْنًا أَوْ عَرْضًا، يُعْلَمُ أَوْ لَا يُعْلَمُ، وَإِنْ كَانَ لِلْعَبْدِ مِنَ الْمَالِ أَكْثَرُ مِمَّا اشْتَرَى بِهِ كَانَ ثَمَنُهُ نَقْدًا أَوْ دَيْنًا أَوْ عَرْضًا، وَذَلِكَ أَنَّ مَالَ الْعَبْدِ لَيْسَ عَلَى سَيِّدِهِ فِيهِ زَكَاةٌ، وَإِنْ كَانَتْ لِلْعَبْدِ جَارِيَةٌ اسْتَحَلَّ فَرَجَهَا بِمِلْكِهِ إِيَّاهَا، وَإِنْ عَتَقَ الْعَبْدُ أَوْ كَاتَبَ، تَبِعَهُ مَالُهُ، وَإِنْ أَفْلَسَ، أَخَذَ الْغُرْمَاءَ مَالَهُ، وَلَمْ يُتَّبِعْ سَيِّدُهُ بِشَيْءٍ مِنْ دَيْنِهِ (١).

الشرح: وهذا كما قال أن المبتاع إذا اشترط مال العبد، فهو له، يريد أنه للعبد، ويصح أن يرجع الضمير للمبتاع، فيريد أن له ما شرط، والذي شرط أن يكون المال للعبد، ويبقى على ملكه بحسب ما كان قبل ابتياعه.

ولو كان البائع قد انتزع المال، واشترطه المبتاع، لكان قد اشترى عبداً ومالاً، فيفسد بالجهل والتفاضل فيما لا يجوز التفاضل فيه، يبين ذلك ما رواه أصبغ، عن ابن القاسم في العتبية، في الذي يبيع العبد، ويقول: ماله مائة دينار أو فيكها، لا يجوز. قال ابن أبي زيد: والتمن عين.

وجه ذلك أنه لما التزم التوفية، كان ذلك مالاً متبرعاً به يدفعه البائع إلى المبتاع.

فصل: وقوله: «نقداً، أو ديناً، أو عرضاً، يعلم أو لا يعلم، وإن كان للعبد مال أكثر مما اشترى به»، يريد أن اشتراط المبتاع هذا المال لا يفسد العقد، بأن يكون المال المشترط عيناً أكثر مما اشترى به من العين.

أو يكون ديناً مؤجلاً، فيشترى بالدين أو بالنقد، أو يكون المشترط من المال مجهولاً عند المبتاعين أو أحدهما؛ لأن ما اشترط من ذلك ليس بعوض في البيع، فيؤثر فيه الفساد بشيء مما ذكرنا؛ لأن المبتاع لم يشترطه لنفسه، وإنما اشترط بقاءه على ملك العبد، فليس بعوض في البيع.

استدل مالك، رحمه الله، على ذلك بأن قال: وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة، وإن كان للعبد جارية استحلت فرجها بملكه إياها.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٢/١٩.

كتاب البيوع ٥٥
فأما الفصل الأول، فهو أنه لا زكاة على السيد في مال العبد، فقد خالفنا في ذلك من يخالفنا في ملكه، وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة. وأما الفصل الثاني، وهو أن العبد يستبيح وطء أمته بملك يمينه، فهو فصل صحيح، وذاك أنه لا يستباح الوطء إلا بأحد أمرين، نكاح، أو ملك يمين.

فإذا لم يكن للعبد في أمته نكاح، لم يبق إلا أن يستبيح وطأها بملك اليمين، لا خلاف في جواز ذلك، فيثبت بذلك ملكه لها، وإذا صح ملكه للإماء، صح ملكه لغير ذلك من الأموال؛ لأن أحداً لم يفرق بينهما.

فصل: وقوله: «وإن أعتق العبد أو كاتب، تبعه ماله»، يريد أن ماله يتبعه بإطلاق العتق دون اشتراطه، بخلاف البيع.

وذلك أن زوال ملك السيد عن العبد على أربعة أوجه، أحدها: المعاوضة، كالبيع والنكاح، ففي هذا لا يتبعه المال إلا بالشرط، وبه قال مالك والنخعي والليث خلافاً للحسن البصري والزهرى في قولهما: إن المال تبع للعبد في البيع.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم، وهو قوله ﷺ: «فمن باع عبداً، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»^(٢).

والوجه الثاني: العتق، وما في معناه من العقود التي تقضى إلى العتق، وتسقط النفقة عن السيد، كالكتابة، ففي هذا المال يتبع العبد، إلا أن يشترطه السيد. وقال أبو حنيفة والشافعي: هو للسيد في العتق.

والدليل على ما نقوله أن الكتابة لما كانت تفضي إلى العتق، ملك المعتق بها ماله، فبأن يملكها بالعتق أولى وأحرى.

والوجه الثالث: الجناية، فإن المال يتبع فيها الرقبة، وينتقل بانتقالها، وسيأتي تفسيره في الجنایات، إن شاء الله تعالى.

والوجه الرابع: الهبة والصدقة، فقد اختلف أصحابنا فيها، فقال بعضهم: يتبع المال العبد؛ لأنه منتقل عن ملك سيده بغير معاوضة، فأشبهه انتقاله بالعين. وقال بعضهم: يتبع ماله، والمال للواهب؛ لأنه منتقل عنه باختياره إلى مالك، فلم يتبعه ماله، كالبيع.

فصل: وقوله: «فإن أفلس، أخذ الغرماء ماله»، وذلك أن فليس العبد يكون بأن يأذن

(٢) تقدم تخرجه في الحديث رقم ١٢٧٥.

له سيده فى التجارة، فىستغرق الدين ماله، فإن الغرماء يأخذون ماله، ولا حق لهم من ذلك قبل سيده، ولا فى رقبته؛ لأنه إنما تناول إذنه له فى التجارة ما بيده من المال، ومبايعته إنما تقتضى تعلق الدين بدمته دون خدمة سيده ودون رقبته.

* * *

ما جاء فى العهدة

١٢٧٦ - مالك، عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق فى الأيام الثلاثة من حين يشتري العبد أو الوليدة وعهدة السنة.

قال مالك: ما أصاب العبد أو الوليدة فى الأيام الثلاثة من حين يشتريان حتى تنقضى الأيام الثلاثة، فهو من البائع، وإن عهدة السنة من الجنون والبرص والجذام فإذا مضت السنة، فقد برئ البائع من العهدة كلها.

الشرح: قوله: «إن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق»، يريد أنها من الأمور المشهورة المعمول بها التى كان الأمراء يهتمون بها، ويجعلونها من أوكد اللوازم، حتى كادوا يدخلون ذلك فى الخطب؛ لئلا يخفى على أحد ممن قرب من المدينة، ولا بعد عنها؛ لأن المدينة كانت لا تنفك عن قادم عليها من جميع الآفاق.

وكانوا يحضرون الجمع، وأوقات الخطب، فيسمعون تكرر ذلك فى الخطب من الأمراء، أو ممن يرجع إلى قولهم، ويمثل أمرهم، ثم لا ينكر ذلك عليهم منكر، ولا ينههم عنه ناه، لكونه سابقاً معمولاً به عند الأئمة من أهل المدينة الذين يؤخذ عنهم العلم، وإليهم كان يرجع فيما اختلف فيه منه، ولأن أمير المدينة، لم يكن يدخل ذلك فى خطبته إلا بعد مشاورة أهل العلم.

فصل: وقوله: «عهدة الرقيق فى الأيام الثلاثة» إلى آخر الحديث فيه ستة أبواب، الأول منها: فى تفسير معنى العهدة، وتبيين أحكامها وعددها. والباب الثانى: فى محل الحكم بها من البلاد. والباب الثالث: فى محل ثبوتها من المبيع. والباب الرابع: فى محل

كتاب البيوع ٥٧
ثبوتها من العقود. والباب الخامس: في مقتضى ذكرها. والباب السادس: في حكم
العوض منها في تعجيل أو تأخير.

* * *

الباب الأول في تفسير معنى العهدة

معناها تعليق المبيع بضمان البائع، وكونه مما يدركه من النقص على وجه مخصوص،
مدة معلومة، وذلك أن البيع فيما فيه العهدة لازم لا خيار فيه، ولكنه مترقب مراعى.
فإن سلم في مدة العهدة، علم لزومه للمبتاع والبائع جميعاً، وإن أصابه نقص، علم
لزومه للبائع، وثبت الخيار للمبتاع في إمضائه أو رده، كعيب دلس به البائع، لا يعلم
براءته من التدليس بالعيب الذى ظهر في مدة العهدة.

وهى مضافة إلى ملكه لما تعلقته التهمة به من التدليس، وهى مغلبة على تجويز
براءته، ولذلك حكمنا عليه بالرد بالعيب إذا وجد فى مدة ملكه، وإن كنا لا نعلم أنه
دلس به.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المبيع الذى ثبت فيه العهدة على ضربين، أحدهما: فيه
استبراء ومواضعة، وسيأتى ذكره. والثانى: ليس فيه استبراء ولا مواضعة، وله عهدتان،
ولكل واحدة منهما أحكام خاصة بها.

وأما العهدة الأولى، فهى ثلاثة أيام، هذا مذهب أهل المدينة والفقهاء السبعة
وغيرهم، ومنع أبو حنيفة والشافعى ثبوت هذه العهدة، اشترط ذلك المشتري أو لم
يشترط.

واستدل أصحابنا فى ذلك بما رواه قتادة، عن الحسن، عن عقبة بن عامر، أن النبى
ﷺ قال: «عهدة الرقيق ثلاث ليال»^(*). وروى قتادة، عن الحسن، عن سمرة، قال: قال
النبى ﷺ: «عهدة الرقيق ثلاث»^(*).

ودليلنا من جهة المعنى أن الرقيق يمكنه الإفهام والإخبار عما يجده من أسباب المرض،
ومقدمات العلل، فيتبعه سيده لذلك قبل أن يتبين مرضه، فحكم فيه بالعهدة، ليتبين
أمره، ويتضح حاله.

(*) أخرجه من طريقه أبو داود حديث رقم ٣٠٥٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٩٠٦،

١٦٩٣٣، ١٦٩٣٤، الدارمى حديث رقم ٢٥٥١، ٢٥٥٢.

(*) أخرجه من طريقه ابن ماجه حديث رقم ٢٢٤٤.

٥٨ كتاب البيوع

ووجه آخر، وهو أن هذا وجه احتياط، لا يتعلق بالتدليس، ويقتضى الاختلاف فى البيوع والتخاصم، فجاز أن يعتبر فيه بثلاثة أيام. أصل ذلك المصراة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فأول هذه الأيام الثلاثة من يوم عقد البيع، إن كان البيع لازماً، وإن كان بالخيار، فمن يوم يحكم بلزوم العقد، وإنما يحسب فيها باليوم الكامل.

فإن كان البيع قبل الفجر، احتسب بما بعده من الأيام، وإن كان البيع فى بعض النهار، فقد روى ابن القاسم، عن مالك فى كتاب محمد: إن كان البيع نصف النهار، لم يحتسب بذلك اليوم، وهذا القول مشهور لابن القاسم فى العقيقة، ومدة مقام المسافر فى المصر.

وأما سحنون، فيقول: إنما يراعى المقصود من المدة، وتلفق أبعاض الأيام، فيحتسب فى المقام فى المصر بعشرين صلاة، ويجيء على هذا أن تلفق أبعاض الأيام فى العهدة.

وجه ما قاله ابن القاسم، ورواه عن مالك، التعلق بلفظ الحديث فى عهدة الرقيق ثلاث، وذلك لا ينطلق على الساعات وأبعاض الأيام.

ومن جهة المعنى أن المعتبر فى ذلك ثبوت حمى الربيع، وقد تقدم فى اليوم الثالث ويتأخر، فيجب استيفاء اليوم، لتعلم السلامة منه.

ووجه ما يقتضيه قول سحنون أنهم يراعون فى ذلك أقصى مدة أدواء الأمراض المعينة المعتادة، وهى حمى الربيع، وتبعيض الأيام فيها مشاهد، وكمالها غير معتاد، فإذا كان ذلك الأصل فى معنى العهدة، وجب أن تكون أيامها سنة على ذلك.

فرع: إذا ثبت ذلك أن العهدة من وقت لزوم البيع، فسواء قبض المبتاع الجارية المبيعة أو لم يقبضها، فإن كانت غائبة غيبة بعيدة تقتضى أن تكون من البائع، فإن عهدة الثلاث من البائع.

فإذا انقضت، نفى ضمان الغيبة البعيدة كما تنتفى نفقة ضمان الاستبراء بعد انقضاء عهدة الثلاث على أحد قولى مال، وهو قوله: إن ضمان العبد المبتاع المعين من البائع، حتى يقبضه المبتاع، وإن لم يمسه بالثمن. وقد روى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: أنه لا عهدة فى العبد المبيع نصفه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن عهدة الرقيق فى هذه الثلاثة الأيام لاحقة للبائع بأى وجه، أصابه نقص أو هلاك، مما يعلم أنه حادث أو لا يعلم، وذلك أنه لما كان أحوال الضمان عليه أغلب وأكثر، أجرى جميعه مجرى غالبه.

كتاب البيوع ٥٩

وسواء كان ما حدث به من العيب نقص فى جسده أو عيب يختص بنقص ثمنه كالإباق والسرقة والشرب والزنا، فإن ذلك كله يثبت الخيار للمبتاع عند ابن القاسم وابن الماجشون.

ووجه ذلك أن هذا عيب لو كان بالمبيع قبل البيع، لكان للمبتاع الرد به، فإذا حدث فى عهدة الثلاث كان له الرد به كالتقص فى الجسد.

مسألة: فإن ذهب شىء من العيوب الجارية قبل أن يرد المبتاع، بطول خياره مثل أن يظهر بعينه رماض، فيذهب، وذلك فيما لا تنتفى عودته.

فأما ما تعتاد عودته كالحمى ونحوها، فإن سحنوناً قال: له الرد الآن؛ لأنه لا يأمن العودة، سواء رفعه إلى الحاكم حين أصابته الحمى، أو لم يرفعه. وقال أشهب: لا يعلم ذهابها، فإن عاودته فى القرب رد، وإن كان بعد الثلاث.

وجه قول سحنون أن ذهابها ليس ببراء، فلا يسقط الخيار.

ووجه قول أشهب أنه على صورة البرء، ويحتمل المعاودة، فيجب التوقيف حتى يعلم على أى الوجهين كان ردها به.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن طرأ على العبد أو الأمة أمر، فأشكك وقت حدوثه، فلم يدر أفى العهدة أو بعدها، فمذهب ابن القاسم فى العبد يابق فى العهدة، وقد تبرأ بئعه بالإباق، فلم يعلم صحته، ولا هلاكه، إن ذلك من المبتاع حتى يعلم أنه أصابه فى العهدة. وروى ابن نافع، عن مالك: أن ذلك من البائع حتى يعلم أنه سلم فى العهدة.

وجه قول ابن القاسم أن الأصل السلامة، ولم يتيقن منه فى العهدة أكثر من الإباق الذى تبرأ منه، فلا يلزمه الضمان إلا بتيقن سلامته فى عهدة الثلاث.

فرع: وعلى البائع نفقة العبد وكسوته ومؤنته فى عهدة الثلاث؛ لأنها مرة تلحقه بملكه فى الضمان العام، فلزمه فيها النفقة والمؤنة كمدة الخيار.

مسألة: وللمبتاع أن يسقط العهدة بعد ثبوت العقد، ويسقط عن البائع الضمان والنفقة، ويبرم العقد، فإن لم يسقط العهدة، ولكنه أحدث فى العبد ما يمنع رده، أو يقتضى الرضا به كالعتق، ثم حدث عيب فى عهدة الثلاث، ففى كتاب ابن المواز: تسقط بقية العهدة. وقال أصبغ وسحنون: العهدة ثابتة، وينفذ العتق، ويرجع بقيمة العيب.

٦٠ كتاب البيوع

وروى ابن حبيب، عن ابن القاسم في عهدة السنة ثلاثة أقوال، اثنان مثل القولين المتقدمين. والثالث: يرد العتق، وهذا في عهدة الثلاث أولى.

ووجه الرواية الأولى أن هذا عيب حدث بعد العتق، فلم يكن له الرجوع به كالعيب يحدث بعد العتق، وفي غير عهدة الثلاث.

ووجه الرواية الثانية أن تمام البيع وانبرامه مراعى بسلامة العبد في مدة العهدة، فإذا حدث في العهدة عيب، تبين أن العقد لم ينبرم، فيثبت له الرجوع؛ لأنه كعيب حدث عند البائع أو في مدة الخيار، ولا يمنع من ذلك العتق؛ لأنه بمنزلة أن يعتق عبداً اشتراه، ثم يطلع بعد العتق على عيب قديم.

ووجه الرواية الثالثة أن العقد لما كان مراعى وموقوفاً على السلامة، وكذلك العتق، فإذا دخل فيه الخيار لحدوث العيب، بطل العتق؛ لأنه عتق لم يصادف ملك المعتق.

فصل: وأما العهدة الثانية، وهي عهدة السنة، فتختص بثلاثة أدواء: الجنون والجذام والبرص، فكل ما ظهر في هذه المدة من هذه الأدواء، فهو من البائع، هذا مذهب مالك وجماعة أهل المدينة. وقال أبو حنيفة والشافعي: ذلك كله من المبتاع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالجنون الذي يجب به الرد، هو ذهاب العقل من مس الشيطان، على هذا جمهور أصحابنا، مدنيهم ومصريهم، إلا ابن وهب، فإنه قال: بأى وجه زال عقله في السنة، من ضربة أو غيرها، فهو من البائع.

ووجه الرواية الأولى أن السنة إنما جعلت مدة لهذه العهدة من الأدواء الثلاثة؛ لما كانت أدواء توجد أسبابها، ويتأخر وجودها، وبذلك فارقت سائر الأدواء، وذهاب العقل بضربة أو معنى طارئ معلوم أن سببه لم يكن موجوداً حين التبائع، فلم يلزم البائع الضمان.

ووجه الرواية الثانية أن هذا ذهاب عقل في عهدة السنة، فلزم به الرد كما لو كان عن جنون.

مسألة: فإن ذهب بالعبد بهق أو حمرة أو جرب مفرط حتى يقبح منظره، لم يرد بشيء من ذلك، إلا الجذام والبرص؛ لأن هذه الأدواء التي لا يبرأ منها في الغالب، وينعدم أسبابها، تذهب معظم ثمن المبيع، والحمرة والجرب والبهق معان يبرأ منها غالباً، فأشبهت سائر الأمراض.

كتاب اليبوع ٦١
مسألة: فإن ظهر به جنون أو جذام أو برص بين، ثم ذهب قبل الرد، فقال مالك فى المجنون: يرد. وقال ابن حبيب فى ذلك كله: يرد؛ لأن ذلك كله لا تؤمن عودته كالجنون، ولأن هذه الأدوية لا يكاد يبرأ منها، فإن ظهر بعض البرء، فإن سببه كامن، فيجب به الرد.

مسألة: والذى يرد به من هذه العيوب عند ابن القاسم ما ظهر وتيقن فى مدة السنة أو تيقن سببه فى السنة، وعلم أنه لا يظهر إلا بعد السنة، فلا يرد به، وتابعه على ذلك ابن كنانة.

قال ابن وهب وأشهب وابن الماجشون: يرد بما تيقن بعد السنة إذا شك فيه قبل انقضائها. وقال ابن المواز: إذا تيقن سببه فى السنة، وعلم أنه لا يظهر إلا بعد السنة، رد بذلك.

وجه قول ابن القاسم أن السنة حد لظهور هذا المعنى لجواز أن تكون أسباب هذا المرض قد اطلع عليها البائع، وكانت من الأمراض التى تطراً مما لا صنع فيها للبائع. ووجه القول الثانى أن الضمان إنما لزم بالعهد لأجل التدليس، ألا ترى أن العبد إذا جنى عليه فى عهدة الثلاث أن ذلك لم يكن مما دلس به البائع، ومع هذا فقد لزمه ضمانه.

مسألة: والنفقة والمؤنة فى عهدة السنة على المبتاع. ووجه ذلك أن ما يرد فيها هذه الأدوية الثلاثة يتوقع وجود أسبابها قبل البيع، وهى زيادة، فلم يلزمه ضمان ما يحدث، ويتكرر بتوقع ما يقل ويندر، وإذا لم يلزمه الضمان على العموم لم تلزمه النفقة، ولم تكن له غلة.

والأصل فى ذلك ما رواه مغلد بن خلاد، عن عروة، عن عائشة، قالت: قضى رسول الله ﷺ أن الخراج بالضمان. وهذا الحديث وإن لم يشترط الصحة من وجه الإسناد، فقد تعلق به جمهور الفقهاء.

مسألة: وهل تدخل عهدة الثلاث فى عهدة السنة أم لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، روى عنه أشهب وابن القاسم: أن ابتداء السنة بعد انقضاء الثلاث، وبعد انقضاء الاستبراء فيما فيه الاستبراء. وروى ابن حبيب عنه: أن ذلك داخل فى السنة، وأن السنة من يوم التبائع.

٦٢ كتاب البيوع
ووجه رواية ابن القاسم أن العهدين متنافيتان، وأحكامهما مختلفة، فوجب أن لا يتداخلتا، وإنما يتداخل من المدد ما تتفق أحكامها.

ووجه رواية ابن حبيب أن المدينين لازمتان بإطلاق العقد لا تفتقر واحدة منهما إلى تعيين مدتها، فيكون أولهما يوم البيع.

* * *

الباب الثانى فى محل الحكم بها من البلاد

أما محل العهدة من البلاد، فاختلف أصحاب مالك فى ذلك، فقال ابن حبيب: قال المصريون من أصحاب مالك: لا تلزم عهدة الثلاث أهل بلد حتى يحملهم السلطان عليها، ومثل ذلك روى عن ابن القاسم، عن مالك.

قال ابن حبيب: وروى المدنيون عن مالك: يقضى بها بكل بلد، وإن لم يعرفها أهله، وعلى الإمام أن يحدثها، ويحكم بها على من عرفها وجهلها قبل التقدم فيها وبعده.

وجه رواية المصريين أن العرف جار بذلك بالمدينة على ما تقدم، ولما كان له وجه من وجوه الصحة حمل عليه حيث العرف به دون غيره من البلاد.

ووجه رواية المدنيين أن ذلك من مقتضى العقد؛ لأنه من تمام التسليم. وفى هذا الباب معنى آخر يحتاج إلى تبيينه، وذلك أن اشتراط الضمان المتفق على محله مفسد للعقد لمن شرط على البائع ضمان المبيع بعد قبضه.

فإن كان محل الضمان مختلفاً فيه، فلا بد مع ذلك أن يكون له عرف أو لا يكون له عرف، فإن كان له عرف، جاز نقله بالشرط كبيع الأعيان الغائبة، واشتراط ضمانها من غير ما يقتضيه العقد.

وإن كان ثم عرف يوافق مقتضى العقد عن القابل بذلك، فلا يجوز اشتراط نقله، فإن شرط نقله فى عقد بيع عما يقتضيه العرف، صح العقد، وبطل الشرط.

وإن كان الشرط بخلاف مقتضى العقد، فشرط نقله إلى ما يقتضيه العقد، صح العقد والشرط، وإن شرط نقله عما يقتضيه العقد إلى العرف، فإن كان للعرف وجه صحيح، صح العقد والشرط، وإن لم يكن وجه صحيح، بطل العقد وصح الشرط.

فعلى هذا إن شرط فى غير بلاد العهدة، العهدة، فعلى قول المصريين يثبت العقد

كتاب البيوع ٦٣
ويبطل الشرط؛ لأنه شرط ما يخالف مقتضى العقد والشرط جميعاً؛ لأنه شرط مقتضى
العقد دون العرف، فإن شرط البراءة بالمدينة، فعلى قول المصريين يثبت الشرط والعقد،
وعلى قول المدنيين يبطل الشرط، ويثبت العقد.

فرع: فإذا قلنا برواية المصريين، فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة على العهدة
أم لا؟ عن مالك في ذلك روايتان، روى عنه ابن القاسم: وددت أن الناس يحملون على
ذلك. وروى عنه أشهب: لا يحمل أهل الآفاق على العهدة، وليتركوا على حالهم.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا معنى له وجه احتياط في بيعات الرقيق، وتجوز ما
كثُر من تدليس الناس فيه، فوجب أن يحمل الناس عليه كنصب المكيال والموازين، ومنع
كسر الدنانير والدراهم.

ووجه رواية أشهب أن عرف البلاد إذا وافقه مقتضى العقد، لم يجز تغيير حكمه،
وهذا على رواية المصريين.

* * *

الباب الثالث في محل ثبوتها من المبيع

أما محل العهدة من المبيع، فهو في الرقيق خاصة، والفرقة بينه وبين سائر المبيعات ما
ذكرناه من أن له تمييزاً تكتم به عيوبه، فجعلت العهدة باختبار حاله وتبين أمره، هذا
الذي حكاه القاضي أبو محمد، عن أبي بكر بن الجهم، وهذا ضد ما يحتاج إليه؛ لأن
هذا دليل على جواز البيع بالبراءة.

والصحيح عندي ما ذكره غيره من أن للرقيق أفهاماً تحبر عن أسباب أمراضه التي
يجدها قبل ظهورها عليه، فيكون كتمان السيد لما أخبره به من أسباب أمراضه تدليلاً
يقوم مقام تدليسه بما ظهر عليه من عيوبه؛ لأن خيار الرد بالعيب إنما يثبت حيث يختلف
حال البائع والمبتاع في المعرفة بالعيب.

فإذا استوت حالهما في ذلك، بطل الخيار، فلما كان سائر الحيوان والمبيعات لا
يمكنه الإخبار عما يجد من أوائل الأمراض، وأسبابها، ومبادئها في باطن جسمه،
استوت حال البائع والمبتاع في ذلك، فلم يكن للمبتاع الرد بالعيب.

ولذلك لما كانت أدواء الحيوان والجذام تتقدم بالمدة الطويلة، وتظهر باختلاف
الفصول والأزمنة كانت العهدة فيها سنة لاستيفاء جميع الفصول والأزمنة، ولما كانت
سائر الأدواء لا تتقدم أسبابها بأكثر من ثلاثة أيام كان ذلك المقدار عهدها.

٦٤ كتاب البيوع

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن هذا حكم من لا يعقل من الصبيان، ولا يمكنه الإخبار عما يجد من أسباب المرض؛ لأننا إنما عللنا للجنس دون أعيانه، ولم نفرق بين من يتأتى ذلك منه وبين من لا يتأتى؛ لأنه لا يمكننا تمييز وقت إمكانه من وقت تعذره، فوجب أن يحكم جميعه حكم ما يمكن ذلك فيه، ولذلك جعلنا عدة الوفاة وحكم الإحداد على الصغيرة؛ لما تعذر علينا تمييز الصغر من الكبر.

مسألة: عهدة الثلاث لازمة في الأمة الرائعة التي تجب فيها المواضعة، إلا أنها داخلية في جملة الاستبراء، إن استغرقتها أمر الاستبراء؛ لما كان حكم عهدة الثلاث حكمه، فإن ذهب الاستبراء جملة، ولم يثبت كاستبراء الأمة الحامل أو شراء الرجل زوجته، فعهدة الثلاث فيها ثابتة ظاهرة لتعريفها عن أحكام المواضعة، وكذلك التي تشتري في عظم دمها.

* * *

الباب الرابع في محل العهدة من العقود

أما محل العهدة من العقود وتمييز ما ثبت فيه العهدة منها مما لا تثبت، فإن ما يتعاضد به من الرقيق على ضريين، معين، وثابت في الذمة موصوف، فأما المعين، فإن المعاوضة به على ضريين، أحدهما: أن يكون العقد مبنياً على المغابنة والمكايسة كالبيع. والثاني: أن يكون مبنياً على المكارمة.

فأما البيع: فإنه لا يخلو أن يكون بيع براءة أو بيعاً مطلقاً، فإن كان بيع براءة، فقد قال ابن كنانة في المدنية: ومن اشترى رقيقاً من أهل الميراث، فإنه بيع براءة، ولا عهدة لمشتريه، لا عهدة ثلاث، ولا عهدة سنة، وضماتها من أهل الميراث في عدة الاستبراء، إن كانت من عليّ الرقيق، ورواه ابن القاسم، عن مالك: وإن كان بيعاً مطلقاً، فقد ثبت فيه العهدة على ما قدمناه.

مسألة: وأما إن كان مبنياً على المكارمة كعقدة النكاح، فاختلف فيه قول مالك في كتاب ابن المواز، فقال مرة: فيه العهدة، وبه قال أشهب. وقال مرة: لا عهدة فيه، وقاله سحنون.

فوجه قوله بثبوت العهدة أنه عقد معاوضة، فكان حكم العهدة ثابتاً كالبيع.

ووجه القول الثاني أن النكاح يقتضى استباحة الاستمتاع حين العهدة، ولا يجوز في عهدة الثلاث قبض العوض الذي هو البضع، فلو ثبتت العهدة في النكاح بالرقيق،

كتاب البيوع ٦٥
لوجب أن يبطل النكاح لتعذر استباحة الاستمتاع حين العقد أو لاقتضاء العوض، قبل
انقضاء عهدة الثلاث.

وقد أجمعنا على صحة النكاح بالرقيق، فثبت بذلك أن لا عهدة فيهم، وهذا التعليل
يقتضى أن لا عهدة في غير مخالغ به؛ لأن عوضه يحصل بنفس العقد، وذلك ينفي
العهدة، وقد قاله سحنون في العبد المخالغ به، والمصالح به.

مسألة: وأما الإقالة والشركة والتولية والسلف، فقال ابن حبيب: لا إقالة في عهدة
ولا سلف، ورواه ابن المواز، عن أصبغ. وقال سحنون: لا عهدة فيما سلف من الرقيق،
فكأنه قصر هذا الحكم على ابتداء الغرض لا على قضائه.

ووجه ذلك أنه عقد مبنئ على المكارمة كعقد النكاح.

وقد روى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: أنه لا عهدة في العبد الموهوب للشواب،
ووجه ذلك ما قدمناه، ويحتمل أن يكون في الإقالة وغيرها مما ذكرناه معها قول ثان أن
العهدة تثبت فيها.

فإن كانت بعد انقضاء العهدة الأولى، فهذا على قولنا إن الإقالة بيع، وإن قلنا إنه
فسخ بيع على ما تأوله بعض أصحابنا في الشفعة والمرابحة، فلا عهدة فيها قولاً واحداً.

مسألة: وأما الرد بالعيب، فروى أشهب، عن مالك: لا عهدة فيه.

ووجه ذلك أنه فسخ بيع، وليس بعقد معاوضة، وفسخ البيع لا عهدة فيه كالبيع
الفاسد، يفسخ.

فصل: وأما غير المعين، وهو الثابت في الذمة، فإنه أيضاً على ضربين، أحدهما: أن
تثبت معاينة كالسلم. والثاني: أن يثبت بعقد مكارمة كالنكاح والقرض. فأما السلم،
فاختلف أصحابنا فيه، فروى ابن المواز: فيه العهدة، وبه قال ابن حبيب.

وقال ابن المواز: لا عهدة فيه، وإن كان بلد العهدة، إلا أن يشترطها، فإن كانت
أمة، ففيها الاستبراء. وقال ابن القاسم: ليس فيها عهدة ثلاث، وعهدة السنة تبع لها.

وقد قال سحنون: لا عهدة في عبد مأخوذ من دين، ولا مأخوذ من كتابة. وقول
ابن حبيب: فيه العهدة، ويحتمل أن يكون مبنئاً على قول أشهب أن تعيين العبد
كالقبض، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

٦٦ كتاب البيوع
ويحتمل أن يجرى أيضًا على مذهب ابن القاسم، وأن فسخ الدين في الدين، إنما
يكون فيما نقل من جنس إلى غيره، وأما من يثبت له شيء في الذمة بعين يجنسه، فليس
من باب فسخ الدين في الدين، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الخامس في محل درك العهدة

أما محل دركها، فسيأتي بعد هذا مبينًا، إن شاء الله تعالى.

* * *

الباب السادس في حكم العوض منها في تعجيل أو تأخير

أما حكمها، فقد ذكرنا أن العهدة المختصة بالرقيق، عهدتان، إحداهما: عهدة
الثلاث. والثانية: عهدة السنة. فأما عهدة الثلاث، ففيها مسألتان، إحداهما: لا يلزم
النقد فيها بمجرد العقد. والثانية: لا يجوز اشتراطه في مدة هذه العهدة.

وإنما قلنا إنه لا يلزم النقد فيها توقعًا لمعنى متكرر متقدم لجواز هلاك المبيع أو بعضه
مع انفراد البائع بمعرفته، وضمانه للمبيع بسببه، فلم يكمل تسليمه للمبيع، فلذلك لم
يستحق قبض ثمنه.

فرع: والفرق بينه وبين الثمرة في رعوس النخل التي ضمانها من البائع، ويلزم النقد
فيها بإطلاق العقد، أن ضمان البائع للثمره إنما هو لأمر طار يخاف حدوثه، يتيقن أنه
يستوى في معرفته البائع والمبتاع، وضمنان العهدة لسبب ماض، لا يتيقن عدمه على
البائع حين العقد، وإنما ضربت مدة الأيام الثلاثة استبراء؛ ليغلب على الظن سلامته.

مسألة: ولا يجوز اشتراط النقد فيها؛ لأن هذه مدة لا يلزم دفع الثمن فيها بمجرد
العقد إلا بالتسليم له، فلم يجز اشتراط دفعه فيها كمدة الخيار.

فرق: والفرق بينه وبين المكيل والموزون، أنه يجوز شرط النقد فيه قبل وجوبه، وقبل
خروج المبيع من ضمان البائع أن ضمان البائع هناك إنما هو لما بقى عليه من حق
التوفية، فكان للمبتاع منع الثمن حتى يستوفى.

فإذا شرط عليه تعجيله، جاز ذلك ككشراء المنافع في الإجارة، وليس كذلك في
مسألتنا، فإنه لم يبق عليه حق توفية، فأشبهه بيع الخيار، فإن شرط النقد، بطل العقد.

فرع: ولا يجوز اشتراط البائع وضع النقد على يده مختومًا؛ لأن ذلك اشتراط النقد،

كتاب البيوع ٦٧

ويجىء على قول القاضى أبى محمد فى مسألة العربان أن ذلك جائز، وهل للبائع إيقاف الثمن على يد عدل؟ عن مالك فى ذلك روايتان، قال فى الموازية: يجب إيقافه. وقال فى المبسوط والعنينة: ليس عليه ذلك، إلا أن يتطوع به.

وجه الرواية الأولى أن من حجة البائع أن يقول: أخاف فلسه وذهاب ما بيده، وأن يفسد تسليمه إلى، فإن لم يجز ذلك، فليستوثق لى بوضعه على يد عدل.

ووجه الرواية الثانية أنه إذا لم يجب تسليمه إلى البائع، لم يلزم إخراجه من ذمة المتباع إلى يد أمانة؛ لأن ذلك تغير بالمال.

فرع: فإذا وضع على يد عدل، فتلف، فضياعه على من يجب له أخذه، عينا كان أو عرضا أو حيوانا، حكاه ابن المواز، عن مالك.

وجه ذلك أنه لما كان أمر المبيع مراعى، إن سلم لزم المتباع بالعقد الأول، وإن لم يسلم لم يلزمه، ووجب أن يكون الثمن أيضا مراعى معتبرا بالثمن؛ لأنه إنما أوقف بسببه، فإن سلم المبيع، فالثمن من البائع؛ لأنه قد ظهر أنه فى ملكه من يوم قبضه، وإن لم يسلم المبيع، فالثمن من المتباع؛ لأنه باق على ملكه.

مسألة: وهل له أن يتمسك بالمبيع ناقصا إذا ضاع الثمن، روى عيسى، عن ابن القاسم: له ذلك. وروى عنه: أنه ليس له ذلك. ورواه ابن حبيب، عن ابن الماجشون، وقال: يفسخ البيع، ولا ثمن من المشتري، والجارية المعيبة للبائع.

وجه بقاء الجارية له، وهو اختيار سحنون وأصبع، أن هذا خيار كان له قبل ضياع الثمن، فلا يسقط حقه بضياع الثمن. أصله إذا لم يحدث بالمبيع عيب.

ووجه إبطال الخيار، أن حدوث النقص فى مدة العهدة من ضمان البائع، فوجب أن يكون ضمان الثمن من المشتري.

فرع: فإذا قلنا بثبوت الخيار، ففى أى شىء يكون الخيار؟ روى ابن المواز، عن ابن القاسم: له قبول المبيع بالثمن التالف. وقال ابن عبدوس، عن عبد الملك: إنما له أخذها بغرم ثمن ثان أو ردها.

وقال سحنون: إن أتلف الثمن قبل حدوث العيب، فإنما يأخذ بثمن آخر، وأما إن تلف الثمن بعد حدوثه، وقبل رضا المتباع به قبل الحيض أو بعده، فله أخذ الجارية دون ثمن آخر.

وجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يلزمه عوضان في عين واحدة.
 ووجه القول الثاني أن النقص الحادث في المبيع تبين أن الثمن الأول له، وبقي له الخيار، فإن رد المبيع، وإلا كان عليه أن يأتي بثمن آخر يصل إلى البائع.
 ووجه القول الثالث أن تقدم حدوث العيب قد أثبت له الخيار قبل ضياع الثمن، فالثمن من البائع، وإذا ضاع الثمن قبل حدوث البيع، فقد ضاع من المشتري، فإذا حدث العيب بعد ذلك واختار السلعة، فعليه ثمن آخر.

مسألة: فإذا قلنا إن النقد غير لازم، ولا جائز بالشرط، جاز أن يتطوع المبتاع بعد تمام البيع؛ لأنه تقديم لنقد لا يلزمه تقديمه كالثمن المؤجل، وهذا إذا لم يكن البيع بالخيار، فإن كان بالخيار، فنقد في مدة الخيار، لم يجز ذلك؛ لأنه إذا لزم البيع بإمضائه، وقطع الخيار أخذ فيه جارية فيها المواضعة، فال ذلك إلى فسخ دين في دين.

فصل: وأما عهدة السنة، فالنقد فيها لازم؛ لأن ما يتقى نادر شاذ، فلا يجوز منع النقد لسبب متوقع نادر، ولأن هذه مدة سقطت فيها النفقة عن البائع بالبيع، فكان له أخذ الثمن. أصل ذلك بعد انقضاء العهدة.

قال مالك: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ أَوْ غَيْرِهِمْ بِالْبَرَاءَةِ، فَقَدْ بَرِيَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ، وَلَا عَهْدَةَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلِمَ عَيْبًا فَكْتَمَهُ، فَإِنْ كَانَ عَلِمَ عَيْبًا فَكْتَمَهُ، لَمْ تَنْفَعِ الْبَرَاءَةُ، وَكَانَ ذَلِكَ الْبَيْعُ مُرْدُودًا، وَلَا عَهْدَةَ عِنْدَنَا إِلَّا فِي الرَّقِيقِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من باع رقيقاً بالبراءة، فقد برئ مما لم يعلم من العيوب، ويسقط عنه حكم العهدة، وحكم الرد بالعيب، وذلك أن المبيع على ثلاثة أضرب، ضرب فيه العهدة المتقدمتان، وهو الرقيق.

والضرب الثاني ليست فيه عهدة مقدره بزمن، ولكن عهدة الرد بالعيب فيه ثابتة، فمتى اطلع على عيب يمكن أن يدلّس به البائع كان له الرد بالعيب، وسيأتي بيانه بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

والضرب الثالث: بيع بالبراءة من عهدي الرقيق من العيوب التي لم يعلم بها البائع،

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٧/١٩.

كتاب البيوع ٦٩
فمتى اطلع المبتاع على عيب، لم يعلم أن البائع علم به، لم يرد به، هذا المشهور من المذهب.

وحكى القاضى أبو محمد عنه رواية ثانية، اشترط البراءة غير نافع، ولا يبرأ، إلا مما يراه المبتاع. وللشافعى فى ذلك ثلاثة أقوال، أحدها: أنه لا يبرأ ببيع البراءة من عيب علمه أو لم يعلمه. والثانى: يبرأ منها، وبه قال أبو حنيفة. والثالث: يبرأ فى الحيوان من الداء الباطن خاصة.

وحكى عنه: يبرأ مما لم يعلم فى الحيوان دون ما علم، كقول مالك فى الرقيق.

والدليل على تأثير شرط البراءة فيما لم يعلمه البائع من العيوب، حديث عبد الله بن عمر الذى يأتى بعد هذا، وحكم عثمان بن عفان، رضى الله عنه، باليمين، أنه ما علم بالعيب.

وفى ذلك إثبات ما وصفناه من البراءة؛ لأن عثمان أمير المؤمنين، وكانت أحكامه تسمع وتنتقل، لاسيما إلى مثل عبد الله بن عمر، ولم يعلم له مخالف فى ذلك.

ومن جهة المعنى أن هذا تبرؤ من عيب استوى فيه علم المتبايعين، فلم يثبت فيه خيار الرد بالعيب. أصل ذلك إذا علمناه، وفى هذا الدليل نظر.

ووجه الرواية الثانية ما احتج به بعض أصحابنا أن فى بيع البراءة غرراً، فإن المبتاع بذل ثمنه فى مقابلة سلعة، لم يعقد البيع على صحتها، ولا رجوع له بما ينقص العيب منها، فلم يعلم قدر ما يشتري به، ولا قدر ما يسلم.

وهذا الدليل يقتضى صحة العقد، ولم ينقل ذلك عن أحد من شيوخنا، وإنما هذه الرواية مع شذوذها تمنع البراءة، وتصحح العقد، وإنما يعتمد فيها على قلة العيب مع سلامة العقد والتسليم، والتزامها على الظاهر من السلامة.

ولذلك منع من البراءة من ثلاث، فى على الرقيق من الحمل الذى لم يظهر لما كثر الغرر، ومنع المغيرة من الحكم بالبراءة فيما زاد على الثلاث من عيوب الرقيق، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهل يتبع بالبراءة من لا يعلم حال المبيع؟ اختلف أصحابنا فى ذلك، فروى ابن القاسم، عن مالك: المنع منه. وروى عن ابن الماجشون وأصبغ: التخفيف فيه.

٧٠..... كتاب البيوع
وجه قول مالك أنه قصد إلى التدليس حين لم يشرف على حال المبيع، وقد توقع
عيوبًا، فأراد أن لا يطلع عليها للتدليس.

وجه قول ابن الماجشون ما احتج به من أن هذا بائع للبراءة، فلم يمنع من ذلك
عدم علمه بحال المبيع كالوارث والسلطان.

فروع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون، فالبيع صحيح، والشرط لازم، وبه قال أشهب.
وإن قلنا بقول مالك، فقد قال ابن القاسم: لا تنفعه البراءة، إذا علم أنه لم يحتسب
العبد.

وجه ذلك أن الشرط المختلف في جوازه لا يبطل العقد، وإن بطل هو في نفسه،
فهذا لما شرط البراءة، صح البيع، ولم ينعقد الشرط على وجه التدليس كما لو علم
بالعيب واشترط البراءة.

مسألة: ولا يبرأ البائع بالبراءة مما علم من العيوب، وهذا أحد قولى الشافعى. وقال
أبو حنيفة: يبرأ من ذلك.

والدليل على ما نقوله حديث عثمان، رضى الله عنه، أنه قضى على ابن عمر بأن
يخلف أنه ما علم به عيبًا، ولو لم يجب الرد بما علم، لم تلزم هذه اليمين.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا عيب دلس البائع به، فثبت فيه خيار الرد بالعيب كما
لو لم يبيع بالبراءة.

إذا ثبت ذلك، ففي بيع البراءة خمسة أبواب، أحدها: فى تبين محلها من العقود.
والثانى: فى تبين محلها من المعقود عليه. والثالث: فىمن يجوز له ذلك من العاقدين.
والرابع: فى تبين ما يصح ذلك فيه من العيوب. والخامس: فى شروط صحة عقد البيع
بالبراءة.

* * *

الباب الأول فى تبين محل البراءة من العقود

لم أر أحدًا من أصحابنا ذكره فى غير البيع، ولا ذكر ما يختص به من البيوع.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنها تصح فى كل عقد
معاوضة ليس من شرط صحته التماثل، فما كان من شرط صحته التماثل، لم يجوز فيه
البراءة كالقرض؛ لأن البراءة فى القرض والقضاء، أو فى أحدهما ينافى التماثل، يجوز

كتاب البيوع ٧١
أن يكون في أحدهما من العيوب ما ليس في الثاني، فلم يعلم التماثل والجهل بالتفاضل
فيما ينافيه التفاضل، كالعلم به في فساد العقد.

مسألة: وهذا في المعين، وأما ما يثبت في الذمة [.....]^(١).

* * *

الباب الثاني في تبين محلها من المعقود عليها

المبيع المعقود عليه على ثلاثة أضرب، رقيق، وحيوان صامت، وعروض. فأما الرقيق،
فالظاهر من المذهب جواز بيعه بالبراءة.

ووجه ذلك أن الرقيق يكتم عيوبه، ولا يظهرها سترًا على نفسه، ورغبة في بقاءه في
محلّه، فكان ذلك مقويًا لما يدعيه البائع من استواء علمه به، وعلم المبتاع. ومن أصلنا أن
الرد بالعيب مبنى على علم البائع بالعيب وتدليسه، وما استوى فيه علم البائع والمبتاع،
فلا سبيل إلى الرد به علمًا أو جهلاً.

فإن قيل تارة يستدلون بكتمانهم على صحة البراءة، وتارة يستدلون بإخباره على
العهد، وهما علمان متضادان، وحكمان متنافيان، ولا يجوز أن يثبت علمان متضادان
في عين واحدة، فإن كانت العلة في ثبوت العهدة جواز إخباره، فيجب نفي البراءة؛
لأن الإخبار مناف لها، ويطل حكمها.

والجواب أن الأمرين متباينان من الرقيق الكتمان والإخبار، وهذا شاهد لا يمكن نفيه،
ولا إنكاره، فلما أمكن إخباره، أثبتنا فيه العهدة بمجرد العقد، كما أثبتنا للمبتاع خيار
الرد بالعيب فيما يمكن أن يعلمه البائع من العيوب، وإنما تثبت البراءة لمن اشترطها إن لم
يخبره بعيب، ولا اطلع عليه فيه، وكان ما أخبر به ممكنًا منه، ومباينًا فيه، وصدقه في
ذلك المبتاع ورضى بأمانته، فأثبتنا له ما اشترط بصحة سببه.

فإن قامت البينة بأنه قد علم وتيقنا كذبه، أبطلنا براءته، وإن لم تقم به بينة كان
الظاهر في تصديق المشتري ظاهرًا في صدقه، واستبرأنا أمره بيمينه أنه لم يعلم ذلك
بإخبار البائع، ولا غيره، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما الحيوان الصامت، فالذي عليه أكثر أصحابنا أنه لا تصح فيه البراءة،
رواه ابن القاسم وغيره، عن مالك. وقال محمد: وقع للمالك في كثير من باع عبدًا أو
وليدة أو حيوانًا بالبراءة، فقد برئ، وبه قال ابن كنانة والشافعي.

(١) ما بين المعرفتين بياض في الأصل.

٧٢ كتاب البيوع

وجه الرواية الثانية ما استدل به الشافعي من أن الحيوان يفارق سواه؛ لأنه لا يستوى في الصحة والسقم، وتحول طبائعه، وقلما يخلو من عيب.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، ووقع البيع بالبراءة في الحيوان، فهل يفسخ البيع أو يثبت، ويطل الشرط، الذي تقتضيه رواية ابن القاسم، عن مالك: أن البيع صحيح، والشرط باطل؛ لأنه قال: له الرد، ولا تنفعه البراءة.

وقال أشهب: إن وقع في الحيوان، لم أفسخه، وإن وقع في العروض، فسخته، إلا أن يطول ذلك ويتباعد، فلا أفسخه. قال محمد: زاد ابن حبيب، قال: لا أفسخه؛ لما وقع في كتاب مالك: من باع وليدة أو حيواناً بالبراءة، فقد برئ.

ووجه هذا ما أشار إليه محمد من أن الشرط لما كان مختلفاً في جوازه، لم يطل العقد عن من لا يجيزه، ولكن يطل الشرط في نفسه، ويثبت العقد عارياً منه.

مسألة: وأما العروض، فروى ابن حبيب أن مالكا أثبت البراءة في الحيوان والعروض، وبه قال ابن وهب، ورواه عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة، وهو قول أبي حنيفة.

ووجه هذه الرواية أن هذا بيع، فجاز أن تثبت فيه البراءة مما لا يعلمه البائع كالرقيق.

* * *

الباب الثالث فيمن يجوز له البراءة من البائعين

في هذا الباب، فصلان، أحدهما: في تبين من يبيعه ببراءة. والثاني: في تبين من يثبت في بيعه اشتراط البراءة.

فصل: فأما الفصل الأول، فعن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: أن بيع السلطان وبيع الموارث بيع براءة. والثانية: أن بيع السلطان خاصة على البراءة. قال ابن القاسم: لم يختلف قوله في بيع السلطان.

فوجه القول الأول أن بيع الموارث بيع على الميت، لا يستطيع رده لقضاء دينه ووصيته، فأشبهه بيع السلطان.

ووجه القول الثاني أن بيع السلطان حكم، ولذلك إذا باع في حياة من يباع عليه نفذ بيعه، وكان على البراءة، والوصي ولو باع في حياة من باع عليه، لم يكن على البراءة، فإذا باع بعد موته، لم يكن على البراءة.

كتاب البيوع ٧٣

مسألة: وبيع السلطان هو ما تولى بيعه على مفلس أو من مغنم أو باعه من تركة ميت لقضاء دين أو تنفيذ وصية، أما ما باعه الورثة لدعاء بعضهم أو جميعهم إلى البيع، فليس من هذا فى شىء، وهؤلاء كجماعة اشتركوا فى رقيق، وكذلك بيع السولى اليتيم لحاجة الإنفاق، فهو كبيع الأب على ابنه.

فصل: فأما الفصل الثانى، وهو فى ثبوت البراءة لمن اشترطها، فعن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: أنها تثبت بالشرط. والثانية: أنها لا تثبت بالشرط، وإنما تثبت لمن كانت مقتضى بيعه دون شرطه. والرواية الأولى هى رواية الموطأ فى قوله: ومن باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة، فقد برئ.

وجه ذلك ما روى من قضاء عثمان بن عفان، رضى الله عنه، فى بيع البراءة باليمين أنه ما علم به عيباً.

ومن جهة المعنى ما قدمناه من كتمان الرقيق لعيوبه، وأن البائع لا يعلم به، فيستوى فيه علم البائع والمبتاع، ولما صح هذا منه، وصح أن يعلم، لم يجوز هذا إلا بالشرط لما فيه من ادعاء الجهل بعيبه، ودخول المشتري على تصديقه.

ووجه الرواية الثانية أن ما لا يثبت فيه حكم البراءة بنفس العقد لا يثبت فيه بالشرط كسائر العيوب التى يعلمها البائع، ويشترط البراءة منها، ولا يسميها.

فرع: فإن قلنا بالرواية الأولى، فيجب أن يكون بيع البراءة ثابتاً فى الرقيق خاصة لما ينفرد به من كتمان عيوبه، وإن قلنا بالرواية الثانية، فيجب أن تكون البراءة فى كل بيع على ما اختاره ابن حبيب، ورواه مطرف وابن الماجشون.

فرع: إن قلنا إن البراءة لا تثبت إلا فى بيع السلطان أو بيع السلطان والموارث، فإن باع السلطان أو باع أحد بأمره، ولم يذكر أنه بيع مغنم، ولا بيع على مفلس، ولا بيع موارث، فهل يكون على البراءة؟ روى ابن حبيب، عن أصبغ: أن ذلك على البراءة. وروى ابن المواز، عن مالك: هو على البراءة، إلا أن يعلم المشتري أنه بيع ميراث أو سلطان.

وجه قول أصبغ أن بيع السلطان، وبيع من يتولى أمره، أمر مشهور، ولا بد فيه من بينة أو مشاهدة وجمع، فيحمل على حكمه، ولا يقبل قول من يدعى الجهل به. ووجه قول مالك أن الناس إذا كان فيهم من لا يحمل بيعه على البراءة، ولم يعلم

٧٤ كتاب البيوع

المبتاع أن البائع ممن يقتضى بيعه البراءة، كان له الخيار فى الرد أو الإمساك، وذلك كعيب اطلع عليه، وأما بيع الوصى أو الورثة المواريث، إذا قلنا إنه على البراءة، فإنما لا يحمل ذلك، إلا أن يعلم المبتاع أنه يبيع براءة.

فرق: والفرق بين بيع الوصى وبيع السلطان على قول أصبغ، أن يبيع السلطان مشهور، لا يكاد يخفى. وأما الوصى، فبيعه لا يتميز من يبيع غيره من الناس، فيحتاج إلى أن يبين، فإذا تبين أنه يبيع ميراث. روى ابن القاسم فى المدونة: أن ذلك لازم مع قوله أن البراءة لا تكون فى بيع الرجل فى خاصة نفسه.

ووجه ذلك أن البراءة لما التزمت، وصادفت محلها، لزمت العقد، وإن لم يعلم العاقد بمحل ثبوتها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن البراءة الثابتة فى ذلك على وجهين، أحدهما: أن تثبت لمعنى فى البائع. والثانى: أن تثبت بالشرط على رواية تجوز ذلك.

فأما ما تثبت لمعنى فى البائع، فإن ذلك لعدم علمه بعيوب المبيع، وتفويت الثمن بدفعه إلى مستحقه كبيع السلطان والمواريث، ففى هذا إن اطلع المبتاع على عيب قبل تفويت الثمن، أقيل منه ورد عليه الثمن؛ لأن البراءة فيه لمعنيين، الجهل بالعيوب، وفوات الثمن، والثمن قائم بعد لم يفت، وأما إن قام بالعيوب بعد تفويت الثمن، فقد لزمه على البراءة، ولا قيام له.

مسألة: وأما ما يثبت باشتراط البائع البراءة، فإنه لا قيام له بما لم يعلمه البائع، فات الثمن أو لم يفت؛ لأنه أمر لزمه بشرط صحيح لازم، انعقد البيع به، فوجب أن يلزم بنفس انعقاد البيع كسائر الشروط الصحيحة.

* * *

الباب الرابع فى تبين ما تصح البراءة منه من العيوب

وذلك على ضربين، براءة خاصة، وبراءة عامة. فأما الخاصة، فعلى ثلاثة أضرب، أحدها: متفق على فساده. والثانى: مختلف فيه. والثالث: متفق على جوازه. فأما المتفق على فساده، فهو إذا أقر السيد بوطء الأمة، وتبرأ من حملها، ظاهراً كان أو غير ظاهر، فلا خلاف أن البراءة هاهنا غير عاملة؛ لأنه لا يبرأ من حمل يلزمه بإجماع.

فرع: وهل يفسد ذلك العقد أم لا؟ الصحيح من المذهب أنه يفسد العقد، وروى

كتاب البيوع ٧٥

ابن حبيب، عن مالك فيمن تبرأ من حمل جارية، وهو مقر بوطئها: أن ذلك لا يبطل العقد، وأنكر الشيخ أبو محمد هذه الرواية.

وجه قول الجماعة أنه نقل ضمناً متفقاً على محله، فوجب أن يفسد العقد على ما قدمناه.

مسألة: وأما المختلف في جوازه، فهو بيع الأمة الرائعة بالبراءة من حملها الذي لم يظهر مع إنكار وطئها، فقد قال مالك: أنه غير جائز، وأجاز الشافعي، ويتخرج ذلك على قول ابن حبيب.

وجه ما ذهب إليه مالك ما احتج به من كثرة العود، لكثرة ما ينقص الحمل من قيمتها، فيتفاوت الغرر بتفاوت قيمتها إن سلمت من الحمل، أو نقصها إن كانت حاملاً، أو غير الرائعة، فلا بأس بذلك، وهذا في السرية.

وأما ذات الزوج، فقد قال عبد الملك: لا ترد لحمل يظهر بها، وإن كان الأقل من ستة أشهر من يوم ابتاعها المبتاع، وكذلك المشهورة بالزنى، حكى ابن عبدوس ذلك، فعلى هذا يجوز التبري فيهما بحمل غير ظاهر؛ لأنه لا يذهب منهما الكبير من الثمن، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا إن البراءة من حمل غير ظاهر، تمنع صحة العقد، فإن وقع العقد، فلا يخلو أن يتبرأ من الحمل مع إقراره بوطئها، أو مع نفيه لذلك.

فإن أقر به، فلا خلاف بين أصحابنا في أن المبتاع لا يضمنها، إلا بعد أن تمضي مدة استبرائها، فإن نفى وطأها، فالذي قاله ابن القاسم في المدونة: يضمنها المشتري بقبضها، وخالفه ابن المواز، فقال: لا يضمن إلا بعد مدة استبرائها.

وجه ما قاله ابن القاسم أن البيع الفاسد قد يسقط ما شرط فيه، ورجع إلى مقتضاه، ومقتضى البيع الفاسد أن المبتاع يضمن المبيع بالقبض.

ووجه ما قاله ابن المواز أن كل عقد إنما يرد فاسده إلى مقتضى صحيحه، ومقتضى صحيح هذا العقد، أن لا يضمن بالقبض، فكذلك فاسده كمن شرط النقد في مدة الخيار، فإنه لا يضمن المبيع في مدة الخيار.

مسألة: وأما بيع الرائعة الظاهرة الحمل، فعلى ضربين، أحدهما: أن يتبرأ منه البائع، فذلك جائز؛ لأنه تبرأ من أمر ظاهر يطلع عليه المشتري، فيتنفى بذلك الغرر.

٧٦ كتاب البيوع

والضرب الثاني: أن يشترطه المتناع، فإن ذلك لا يجوز في حمل ظاهر، ولا غير ظاهر في وحش، ولا غيره عند ابن القاسم، وشراء الشاة أو البقرة على أنها حامل. قال ابن القاسم: لا يجوز، ورواه عن مالك.

وروى ابن المواز، عن مالك: لا خير في بيع الرمكة بأنها عقوق، وكذلك الغنم والإبل، إلا أن يقول هي عقوق، ولا يشترط ذلك، وجوزه أشهب. وروى عبد الرحمن ابن دينار، عن أبي حازم وابن كنانة، أنه جائز.

وجه ما روى ابن القاسم، عن مالك ما احتج به من أنه من باع الرمكة أو الشاة على أنها حامل، فقد أخذ للجنين ثمنًا، وذلك لا يجوز.

وجه ما قاله الباقر أن هذا من الأمور المظنونة، وإن زادت في ثمن المبيع، وذلك جائز كالثمرة التي لم تؤبر.

فرع: فإن قلنا برواية ابن القاسم، فإنه إن وقع البيع بذلك رد، إلا أن يفوت بنماء، أو نقصان، أو حوالة، وإن قلنا برواية الجواز، فإنه إن اطلع بعد وقت على أنها غير حامل، فقد قال ابن أبي حازم وابن كنانة: إنه إن كان باعها، وهو يرى أنه كما قال مضى البيع، وإن كان قد عرف أنها ليست بعقوق، فإن كان ينزى عليها الفحل أو غير ذلك، ردت عليه.

وفى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن، عن أشهب: إن باعها على أنها حامل، فلم يجدها حاملاً، فليردها، وأما الجوارى، فإن كانت من المرتفعات، فهو من المشتري، ولا شيء له، وإن كانت وحشا يزيد فيها الحمل، فله ردها.

فصل: وأما ما لا يفسد البيع التبرى به من العيوب فى الجملة، فإنه على ضربين، ضرب لا يختلف، وضرب يختلف، فأما ما يختلف كالعور من ذهاب العين وقطع اليد من الكوع، فإنه يبرأ منه بتسميته.

وأما ما لا يختلف كالإباق والسرقة والدبرة، فإنه لا يبرأ منها بالتسمية المحتملة حتى يبين المقدار أو يريه المتناع إن كان شاهداً؛ لأن التسمية تقع فى ذلك على القليل والكثير، ولو علم المتناع بالكثير منه لما رضىه.

فرع: فإن انعقد البيع على هذا، فهل يفسد العقد أو يثبت؟ روى ابن القاسم، عن مالك: أن العقد ثابت، وللمبتاع الرد بالعيب، إن اطلع منه على الفاحش. وقال أشهب: يفسخ البيع.

كتاب البيوع ٧٧

وجه قول ابن القاسم أنه دخل على السلامة إلا مما يقتضيه إطلاق اللفظ، وهو المعتاد منه، فإذا اطلع على الفاحش المتفاوت، كان له الرد به كما أن إطلاق العقد يقتضى السلامة، وإن لم ينص عليها، فإن اطلع بعد على عيب، كان له الرد، ولم يمنع ذلك صحته العقد، وبأن لا يمنع منه ما قلناه أولى.

ووجه قول أشهب أنه لما كان إطلاق لفظ الإباق والسرقة وما أشبههما يتفاوت ما يتناوله، ولم يختص اللفظ بالقليل منه دون الكثير عقد البيع على الغرر، فوجب أن يفسد كالتبري من حمل غير ظاهر في المرتفعة. وقد روى عن أشهب فى الإباق وداء الفرج، مثل قول ابن القاسم، والله أعلم.

مسألة: وإن تبرأ إليه بعيوب ليست به، لم تنفعه البراءة، وللمبتاع الرد بما اطلع عليه مما سمي له، ولم يره إياه، قاله ابن القاسم فى المدونة، ورواه ابن حبيب، عن مالك.

ووجه ذلك أنه قصد التلقيق واللغز بذكره ما ليس فى المبيع من العيوب والمبتاع لما ذكر له ما ليس فيه من العيوب، اعتقد أن جميع ما ذكر له بتلك المثابة، فكان بمنزلة أن يتبرأ من عيب.

مسألة: ولا تنفع البراءة من كل عيب علمه البائع، وإن سماه حتى يخبره أنه بالمبيع، رواه أشهب، عن مالك. قال مالك: وكذلك لو أفرد له عيباً حتى يخبره أنه به.

ووجه ذلك أنه إذا كان تبرأ من عور، ولم يره إياه، ولم يخبره أنه بالمبيع، فإن المبتاع لم تلزمه، وأنه ظن أن ذلك تشدد فى البيع واستظهار فى التحرز، فلم يقطع ذلك حقه من الرد بالعيب.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك أن قول البائع: ابتعتك هذا العبد، وأتبرأ إليك من عيب كذا، وليس به أو لا علم لى، أو يقول له: إن وجدت به عيب كذا، فلا رد لك به، فإن ذلك لا يكون براءة منه؛ لأن المبتاع لم يدخل على تحقيق وجوده بالمبيع.

مسألة: وهذا إذا تبرأ بالعيب فى نفس العقد، فإن جاء مبتثراً منه بعد العقد، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون من العيوب الظاهرة. والثانى: أن يكون من العيوب الخفية.

فإن كان من الظاهرة، لزم المبتاع الرضا بها أو الرد، وإن كانت مما يخفى، لم يلزمه

٧٨ كتاب البيوع

ذلك، وكان له القيام به متى اطلع عليه بعد ذلك؛ لأن العقد قد انعقد على السلامة، فلا يقبل تبرى البائع بعده بما لا يعلم صدقه؛ لأن ذلك محمول على الندم منه.

مسألة: فإن أراد البائع أن يمكن من إقامة البينة بما ادعاه من العيب ليرضى به المبتاع، أو يرد كان له ذلك دون أن يغيب عليه؛ لأنه يعلم بذلك صدقه فيما ادعاه كالعيوب الظاهرة.

مسألة: وإذا وضع البائع ديناراً من الثمن بعد البيع؛ ليعبراً من عيوبه، فقد قال ابن المواز، عن مالك في الدابة: إن وجد بها عيباً كان له الرد. قال أصبغ: كما لو باع بالبراءة. قال ابن حبيب: لا يجوز ذلك في الدابة، ويجوز في الجارية؛ لأن بيعك على البراءة جائز، والبراءة فيها ثابتة، وهذا يشبه ما أشار إليه أصبغ.

واحتج ابن حبيب في ذلك بأن إلحاق هذا بالعقد بعد انعقاده يصح كمشتري مال العبد بعد الصفقة ومشتري كميلاً من صبرة قد باعها جزأً على ما كان يجوز له أن يستثنيه منها حين البيع.

مسألة: ولو كان ذلك في نفس العقد بأن يبيع منه بعشرة يضع منه ديناراً لعيوبها. وقال ابن حبيب من قول مالك في الدابة والجارية: أنه إن وجد عيباً، رد المبيع، كمن نكح بعشرة على أن ترك له ديناراً، على أن لا يتزوج، فالنكاح جائز، ولا شيء عليه.

وهذا الذي رواه ابن حبيب مخالف لما قاله في المسألة قبل هذا، ويجب على قوله في تلك المسألة أن يثبت له ذلك في الجارية دون الدابة، وقياسه على النكاح غير صحيح؛ لأن النكاح لو اشترط فيه ذلك بعد العقد، لم يثبت الشرط، ولم يلحق بالعقد.

فصل: وأما البراءة العامة، فعلى ضربين، أحدهما: أن يشترط البراءة مما يعلم ومما لا يعلم جملة، فهذا لا يجوز. والثاني: أن يشترط براءة عامة مما لا يعلم، فهل يبرأ من كل ما لم يعلمه؟ روى ابن القاسم، عن مالك: أنه يبرأ من كل ما لم يعلمه، قل أو أكثر، إلا من الحمل في الرائة.

قال سحنون: سواء كان العيب ظاهراً كالعور أو خفياً، وبهذا قال جماعة أصحابنا فيما حكى ابن حبيب إلا المغيرة، فإنه قال: ما لم يجاوز الثلث، فإن جاوز الثلث، لم تنفعه البراءة منه.

كتاب البيوع ٧٩

وجه ما ذهب إليه الجمهور أن هذه البراءة مما لم يعلم به البائع ولا البيع معرض له، فتثبت البراءة منه كما لو كان الثلث فأقل.

ووجه قول المغيرة أن هذا عيب يذهب معظم ثمن المبيع، فوجب أن لا يتناوله إطلاق البراءة كالحمل في الرائة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن البراءة العامة عند جماعة أصحابنا لا شك تتناول الحمل، سواء كان البائع سلطاناً أو غيره. قال ابن المواز: ويبيع الجارية الرائة بالبراءة على الإطلاق جائز، ولا يدخل الحمل في البراءة، ولو شرط البراءة من الحمل، فسد البيع.

وقال ابن حبيب في الجارية المسيية، تقع في سهم الرجل أو يشتريها في المقاسم: أن له أن يلتذ بها قبل الاستبراء بما دون الجماع؛ لأن بيع المقاسم بيع براءة، فلو ظهر بها حمل لم يردّها به، وهذا يقتضى تناول البراءة العامة للحمل.

ووجه قول مالك، رحمه الله، أن البراءة العامة فيما يجوز إقراره بالبراءة دون ما لا يجوز إقراره كما لا تتناول ما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه.

فصل: ثم نرجع إلى تعيين باقى المسألة، وهو قوله: فإن علم عيباً، فكتمه، لم تنفعه البراءة، وكان ذلك البيع مردوداً، يريد أن البراءة المطلقة لا تؤثر فيما علمه البائع من العيوب، وإنما تختص بما لا يعلمه منها.

فإن وقع هذا، وكان البائع بالبراءة هو السلطان، وقد علم بالعيب، فقد روى ابن المواز، عن مالك: للمبتاع رده، وكذلك إن علم به من يبيع عليه من مفلس، قد بينا أن البراءة لا تثبت فيما علم من العيوب، ولا تؤثر فيه.

وروى داود بن جعفر، عن مالك: إذا أشهد على الغريم أنه دلس بالعيب، فإن المبتاع لا يرد بعيب وجد به، إذا كان الثمن قد فرق على الغرماء.

فروع: وبما يثبت تدليسه إن علم أن المفلس علم بالعيب، كان للمبتاع الرد، وأخذ الثمن من الغرماء؛ لأنه قد علم أن البراءة غير لازمة لما علم البائع أو من يبيع عليه من العيب.

وإن لم يثبت ذلك إلا بإقرار المبيع عليه، فإن المبتاع لا يرجع على الغرماء بما قبضوا من الثمن؛ لأن إقرار المبيع عليه، لا يقبل عليهم فى استرجاع ما بأيديهم، وللمبتاع أن

٨٠ كتاب البيوع
بمسكه بعينه أو يرده عليه، ويتبعه بالثمن فى ذمته؛ لأن إقراره مقبول فى خاصة نفسه؛
لأنه لم يحجر عليه لحق نفسه، وإنما حجر عليه لحق الغرماء.

فرع: فإذا قلنا له القيام بالعيب، فى المدونة عن ابن نافع وابن القاسم ومالك:
يرجع بقيمة العيب، فيأخذه من الغرماء، ويرجع به الغرماء على غريمهم. وروى ابن
المواز، عن مالك: أن للمبتاع رده، وأخذ الثمن.

* * *

العيب فى الرقيق

١٢٧٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ
عُمَرَ بَاعَ غُلامًا لَهُ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ، وَبَاعَهُ بِالْبَرَاءَةِ، فَقَالَ الَّذِي ابْتاعَهُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ
عُمَرَ: بِالْغُلامِ دَاءٌ لَمْ تُسمِّهِ لِي، فَاحْتَصَمَا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَقَضَى عُثْمَانُ بْنُ
عَفَّانَ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنْ يَحْلِفَ لَهُ لَقَدْ بَاعَهُ الْعَبْدَ وَمَا بِهِ دَاءٌ يَعْلَمُهُ، فَأَبَى عَبْدُ
اللَّهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَارْتَجَعَ الْعَبْدَ، فَصَحَّ عِنْدَهُ، فَبَاعَهُ عَبْدُ اللَّهِ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْألفِ
وَخَمْسِمِائَةِ دِرْهَمٍ.

الشرح: قضاء عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر، رضى الله عنه، باليمين أنه ما
كتم عيباً علمه، تجوز منه لبيع الإنسان عبده بالبراءة، وإعمال منه بالبراءة، فيما لم يعلم
البائع من العيوب دون ما علم، وأبقى للمبتاع حكم الرد بالعيب فيما علم به البائع
وكتمه.

وإن كان عثمان بن عفان، رضى الله عنه، لا يشك فى فضل عبد الله بن عمر وأنه
لا يرضى بكتمان عيبه والتدليس به، إلا أن الأحكام فى الحقوق والمعاملات جارية على
حد واحد فى الصالح والطالح، وإنما يختلف حالهما فى الأحكام التى تتعلق بالتهمة،
وظاهرها سالم.

ويحتمل أن يكون عبد الله بن عمر اعتقد أن البراءة المطلقة تبرئه فيما علم من
العيوب، وما لم يعلم، فلم يسوغه ذلك عثمان، رضى الله عنه.

١٢٧٧ - أخرجه البغوى فى شرح السنة ١٤٨/٨. المغنى ١٧٨/٤. وذكره ابن عبد البر فى
الاستذكار برقم ١٢٥٨.

كتاب البيوع ٨١

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالبايع بالبراءة على ضربين، أحدهما: أن يبيع بالبراءة على الإطلاق، فهذا متى اطلع المبتاع على عيب في المبيع، وادعى علم البائع، لزمته اليمين إن علم بالعيب الذى اطلع عليه المبتاع، لا خلاف فى هذا على المذهب، وإن لم يدع علم البائع به، وسكت عن ذلك، أو قال: لا علم لى به، علم أو لم يعلم، فإن الظاهر أيضاً من المذهب لزوم اليمين للبائع للحكم ببراءة من ذلك العيب.

وهذا الظاهر من حديث عثمان؛ لأن المبتاع لم يدع العلم، وإنما قال: به داء لم تسمه لى، فأوجب عثمان بن عفان لذلك اليمين دون أن ينقل إلينا فى الحديث سؤاله هل يدعى العلم أم لا، ويحىء على رواية ابن القاسم فى رد اليمين أن لا يمين للمبتاع على البائع، إلا بعد أن يدعى علمه بالعيب.

مسألة: روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم فى المدونة: يحلف على علمه فى العيب الظاهر والباطن، إلا أن يستدل بأمر لا يشك فى كذبه، فإنه يرد عليه بقول البينة. وقال ابن نافع: يحلف على علمه؛ لأنه لو شهد بأن العيب كان عند البائع، لم يرد عليه حتى يشهد عليه بأنه علم به.

مسألة: ويحلف على ذلك من الورثة من يظن به علم ذلك من صغار الورثة، ثم يكبر فى الظاهر والخفى، رواه ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ. قال أصبغ: وهو مذهب مالك، وظاهر اللفظ يقتضى عندى أنه كان صغيراً يعلم بذلك عند التبايع، فلم يحكم فى الأمر، ولا وقع التنازع فيه حتى كبر.

والذى تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك فى الأيمان التى تنعقد على العلم أنها لا تلزم الصغير ولا الغائب، وفعله أراد بالصغير من لا يفهم الأمر عند وقوعه لصغره.

وبلغنى أن أبا عبد الله بن عوف كان يوجب الأيمان عليهما، ويقول: لعله قد بلغهما ذلك بخبر من أخبرهما حتى يتيقنا كما يحلفان مع شاهدهما على ما وجب لموروثهما من الحقوق.

مسألة: فإن نكل البائع عن اليمين رد ثمن المبيع على المبتاع، ولم يلزم المبتاع يمين، قاله مالك وجماعة أصحابه. وروى يحيى، عن ابن القاسم: تلزمه اليمين.

ووجه قول مالك أن المبتاع لم يدع أمراً يرد عليه فيه اليمين، وإنما قام بعيب موجود، لم يبرأ إليه منه، والذى يبرئ البائع من ذلك العيب اليمين المذكورة، فإذا نكل عنها، لم يكن له ردها.

٨٢ كتاب البيوع

ووجه رواية يحيى أن اليمين في الرد بالعيوب إذا ثبت لها محل، فحكمها أن تنقل إلى محل آخر كسائر الأيمان المعلقة بها.

مسألة: وهذا فيما تيقن من العيوب أنه أقدم من زمن التبائع، ورواه ابن حبيب، عن مالك وابن القاسم وابن الماجشون ومطرف. وروى يحيى، عن ابن القاسم: يحلف البائع على علمه كما يحلف فيما تيقن قدمه.

وجه الرواية الأولى أنه إنما يستحلف على علمه في حين التبائع، فإنه لا يصح أن يستحلف على تعلق علمه به.

ووجه الرواية الثانية أن نفي تعلق علمه بالعيوب هو المقصود من يمينه، فإن كان موجوداً حين التبائع، فهو اليمين المتفق على إثباتها، وإن كان حدث بعد ذلك، فغير مؤثر في يمينه أنه لن يعلم به.

فصل: وأما الضرب الثاني من البيع بالبراءة، فإن يشترط أن اليمين عليه، فهذا روى أشهب عن مالك أنه لا يمين عليه، إن وجد المتاع عيباً، وهذا عندى مبنى على جواز اشتراط التصديق في القضاء وغيره.

فمن جوز اشتراط التصديق دون يمين قضى هاهنا بأن لا يمين على البائع، ومن لم يجوز اشتراط التصديق، فاليمين لازمة على كل حال.

فصل: وقوله: «فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد» لم يكن إباؤه عن اليمين؛ لأنه رضى الله عنه، كان دلس بعيبه، وعلمه، وفهمه، يقتضى معرفته بأن لا إثم في يمين بارة، ولكنه لا يخلو من أحد أمرين، إما أنه اعتقد أن البيع بالبراءة يبرئه مما علم وما لم يعلم.

والثاني: التصاوت عن اقتطاع الحقوق بالأيمان، وهكذا يجب أن يكون حكم ذوى الأنساب والأقارب.

قال مالك: الأمرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ كُلَّ مَنْ ابْتِاعَ وَلَيْدَةً، فَحَمَلَتْ أَوْ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ، وَكُلَّ أَمْرٍ دَخَلَهُ الْفَوْتُ حَتَّى لَا يُسْتَطَاعَ رَدُّهُ، فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ إِنَّهُ قَدْ كَانَ بِهِ عَيْبٌ عِنْدَ الَّذِي بَاعَهُ أَوْ عَلِمَ ذَلِكَ بِاعْتِرَافٍ مِنَ الْبَائِعِ أَوْ غَيْرِهِ، فَإِنَّ الْعَبْدَ أَوْ الْوَلِيدَةَ يُقَوْمُ بِهِ الْعَيْبُ الَّذِي كَانَ بِهِ يَوْمَ اشْتِرَائِهِ، فَرَدَّ مِنَ الثَّمَنِ قَدْرُ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ صَحِيحًا وَقِيمَتِهِ وَبِهِ ذَلِكَ الْعَيْبُ^(١).

(١) قال في الاستذكار ٤٩/١٩: على هذا جمهور العلماء. وهو قول الثوري، والأوزاعي، =

الشرح: وهذا كما قال أن هذا مما أجمع عليه علماء المدينة وجميع علماء الأمصار أن من ابتاع شيئاً، فاطلع على عيب يمكن التذليل به، فإنه له الرجوع بقيمة العيب على تفسير يأتي بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

وذلك أن العيوب على ضربين، ضرب: يمكن البائع معرفته، والثاني: لا يمكن معرفته. فأما ما يمكن البائع معرفته، فإنه يحكم على البائع فيه بحكم تذييل به في الرد بالعيب، ولا يفسد تذييل به العيب خلافاً لمن قال بذلك.

والدليل على ذلك حديث المصراة الذي يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى من الأصل، وهو قوله ﷺ: «ولا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد

=والشافعي، وأبي ثور. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: إذا ولد الجارية، أو أعتقها كان له أن يرجع بأرض العيب، وإن وهبها، أو تصدق بها لم يكن له أن يرجع بشيء، وكذلك لو قبلها هو أو غيره، لم يرجع بشيء، وإن ماتت رجعت بالأرض. قال أبو حنيفة، ومحمد: إن كان ثوباً، فخرقه، أو طعاماً فأكله لم يرجع بشيء. وقال أبو يوسف: يرجع ما بين الصحة والعيب. وجملة قول مالك في ذلك أنه إذا دبر العبد، أو كاتبه، أو تصدق به، أو بالشئ المعيب ما كان فهو فوت، يأخذ قيمة العيب. والرهن والإجارة، ليسا بفوات عنده، ومتى رجعت إليه الشئ يردده إن كان لحاله، وإن دخله عيب مفسد رده، ورد ما نقص منه. والبيع ليس بفوت عنده. والهبة للثواب عنده كالبيع هائناً، ولغير الثواب كالصدقة. وإن باع نصف السلعة، قيل للبائع: إما أن ترد نصف أرض العيب، وإما أن تقبل النصف الثاني بنصف الثمن، ولا شئ عليك غير ذلك. وقال الشافعي: إذا باعه، أو باع نصفه لم يرجع على البائع بشيء وإن لحقه عتق أو مات، فله قيمة العيب، وإن لحقه عيب رجعت بقيمة العيب، إلا أن يقبله البائع معيياً. وقال أبو حنيفة: إذا باع، أو وهب لم يرجع بأرض العيب، ويرجع في العتق، ولا استيلاء، والتدبير إذا طلع بعد على العيب، فخصمه على العيب. وقال الليث: إذا باعه لم يرجع بالعيب، ولو مات، أو أعتقه رجعت بقيمة العيب. وقال عبيد الله ابن الحسن فيمن اشترى عبداً، فوجده مجنوناً لا يميز بعد أن اعتله أن يرجع بالثمن على البائع، والفلان المعتق. وقال عثمان البتي في العتق، والبيع: يرجع بقدر العيب، إلا أن يبيعه بما اشتراه وأكثر، فلا يرجع بشيء، فإن باعه بأقل أعطى ما نقصه العيب ما بينه وبين وفاء ما اشتراه. وقال عطاء ابن أبي رباح: لا يرجع في الموت، ولا في العتق بشيء. قال أبو عمر: قد أجمعوا أن المبتاع إذا وجد العيب لم يكن له أن يمسه ويرجع بقيمة العيب، فدل على أن العيب لا حصة له من الثمن، وكان القياس على هذا أن يرد المعيب ما كان موجوداً، فإن مات لم يرجع بشيء إلا أن هؤلاء الفقهاء المذكورين اتفقوا أنه يرجع في المعتق بقدر العيب. انتهى.

٨٤ كتاب البيوع
أن يجلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر^(*)، فأثبت له
إمساكها، إن رضيها، وهذا يدل على صحة العقد، ولو كان العقد فاسداً لم يكن له
إمساكها.

ومن جهة المعنى أن نقص المبيع عما عقد عليه، لا يوجب فساد العقد، كما لو
اشترى رزمة على أن فيها عشرة أثواب، فألفاها تسعة أو اشترى صبرة على أن فيها
عشرة أراب، فألفاها تسعة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المبتاع إذا طلع على عيب، لا يخلو من ثلاثة أحوال،
أحدها: أن يكون المبيع بحسبه، لم تدخله زيادة ولا نقصان. والثاني: أن يدخله ذلك،
ولم تفت عينه. والثالث: أن تفوت عينه.

فأما الحال الأولى، فالمبتاع بالخيار بين أن يرد المبيع، ويرجع بجميع الثمن، أو يمسكه
معيباً، ولا شيء له من الثمن.

والأصل في ذلك حديث المصراة، وهو قوله ﷺ: «بخير النظرين إن رضيها
أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر^(١)».

مسألة: وإذا ابتاع رجلان عبداً في صفقة واحدة، فاطلعا على عيب، ثبت لهما خيار
الرد بالعيب، فإن أراد أحدهما الرد، وأبى منه الثاني، فعن مالك في ذلك روايتان،

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢١٤٨. مسلم حديث رقم ١٥١٥. النسائي في الصغير
حديث رقم ٤٤٨٧. أبو داود حديث رقم ٣٤٤٣. أحمد في المسند حديث رقم ٧٢٦٣،
٩٠٥٥، ٩١٦٠.

(١) أخرجه البخاري في البيوع ٢١٤٨، ٢١٥٠، ٢١٥١، الشروط ٢٧٢٧. ومسلم في
النكاح ١٤١٣، البيوع ١٥١٥، ١٥٢٤. والترمذي في النكاح ١١٣٤، البيوع ١٢٢١،
١٢٢٢، ١٢٥١، ١٣٠٤. والنسائي في النكاح ٣٢٣٧، البيوع ٤٤٨٥، ٤٤٨٦، ٤٤٨٧،
٤٤٨٩، ٤٤٩٤، ٤٤٩٩، ٤٥٠٠، ٤٥٠٤، ٤٥٠٥. وأبو داود في البيوع ٣٤٣٧، ٣٤٣٨،
٣٤٤٣، ٣٤٤٤، ٣٤٤٥. وابن ماجه في التجارات ٢١٧٢، ٢١٧٤، ٢١٧٥، ٢١٧٨،
٢٢٩٣. وأحمد في باقي مسند المكثرين ٧٢٠٧، ٧٢٦٣، ٧٣٣٣، ٧٤٠٦، ٧٤٧١، ٧٦٤١،
٧٦٧٠، ٧٦٧٥، ٨٠٣٩، ٢٧٤٢٩، ٨٥٠٥، ٨٧٨٠، ٨٨٧٦، ٨٩٦٩، ٩٠٥٥، ٩١٦٠، ٩٢٧٥،
٩٦٣٥، ١٠٤١٧، ١٠٤٦٣. والدارمي في البيوع ٢٥٥٣، ٢٥٦٦. والدارقطني ٧٤/٣، عن أبي
هريرة. وابن أبي شيبة ٣٩٩/٦، عن أبي هريرة.

كتاب البيوع ٨٥
إحدهما: له ذلك، وهي رواية ابن القاسم، وبها قال الشافعي. وروى عنه أشهب: ليس له ذلك، وبه قال أبو حنيفة.

والكلام فى هذه المسألة، يشتمل على ثلاثة فصول، أحدها: أن بيع الواحدة من اثنين بمنزلة عقد على رواية ابن القاسم، وبمنزلة عقد واحد على رواية أشهب. والفصل الثانى: أن البائع إذا أوجب لهما، فإن لأحدهما القبول دون الثانى، على رواية ابن القاسم، وليس له ذلك على رواية أشهب. والفصل الثالث: تعيين المسألة. فوجه رواية ابن القاسم أن هذا عقد فى أحد طرفيه عاقدان، فكان بمنزلة العقدين. أصله إذا باع اثنان من واحد.

ووجه الرواية الثانية أن البيع إنما وجب فى جميع العقد، فلا يجوز لمن ابتاع منه أن يقبل بعضه كالواجب فيه لوأحد، لم يكن له أن يقبل بعضه.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فلا تفريع فيه، وإذا قلنا برواية أشهب، فإن أراد أحدهما الرد، وأراد الآخر الإمساك، فإن رضى البائع بذلك، فلا مرية أن لمن لم يرد الرد التمسك بحقه، ويكون البائع شريكه فيما رده عليه المشتري الآخر.

وليس للمتمسك أن يأخذ بعيب الراد؛ لأن الراد ملكه، فلما رده على البائع، انتقض البيع فيه، فيرجع على ملك البائع، وليس للمتمسك طريق إلى ملكه، فلا حجة له فيه.

وإن أبى البائع من تبعض صفقته، فقال أشهب: القياس فى مسألة ورثة المشتري، الخيار بين أن يردا جميعاً، أو يمساكاً جميعاً، واستحسن لمن أراد التمسك، وأراد أن يأخذ نصيب الراد، أن يكون ذلك له.

وقال ابن المواز: لا كلام للبائع، إذا لم يرد أخذ نصيب الراد، دون التمسك، وللمتمسك أخذ نصيب الراد.

وحكى القاضى أبو محمد، عن المذهب أنه إذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه، لم يكن لصاحبه الرد، وكان له الرجوع بقيمة العيب، وهذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب إذا رد أحد المتبايعين، أن يقال للبائع: إما أن تجيز له رد نصيبه، وإما أن ترد عليه ما يصيبه من قيمة العيب.

مثل ما حكى ابن القاسم، عن مالك فى الذى يشتري عبداً، فيبيع نصفه، ثم يطلع على عيب، فيريد الرد، فإنه يقال للبائع: إما أن تجيز رد النصف الباقي بيده، أو ترد عليه نصف قيمة العيب، وهذا مقتضى القياس على قول أشهب.

٨٦ كتاب البيوع

ويحتمل عندى أن يكون هذا معنى قوله: إما أن يردا جميعاً، أو يمسكا جميعاً، ولم يبين حكم ذلك القياس إذا رد أحدهما وأمسك الثاني. وقال ابن وهب: إن أراد أحدهما الرد، وأباه الثاني، تقاوماه؛ لأن البائع لا يقبله إلا كله.

وفى هذا الضرب من العيوب أربعة أبواب، الباب الأول: فى بيان العقود التى يثبت فيها الرد بالعيب. والباب الثانى: فى بيان العيوب التى يجب بها الرد، وتمييزها من غيرها. والباب الثالث: فى بيان ما يحدث بالمبيع مما يثبت للمبتاع به الخيار فى الرد بالعيب، والتمسك بالمبيع أو الرجوع بقيمة العيب. والباب الرابع: فى بيان المعانى التى يفوت بها الرد بالعيب جملة.

* * *

الباب الأول فى بيان العقود التى يثبت فيها الرد بالعيب

العقود على ثلاثة أضرب، عقد مختص بالعوض كالبيع والنكاح، فهذه يثبت فيها حكم الرد بالعيب. والضرب الثانى: عقد مختص بالمكارمة، ونفسى العوض كالهبة لغير الثواب والصدقة، فهذا لا يثبت فيه حكم الرد بالعيب. والضرب الثالث: عقود ظاهرها المكارمة، ولها تعلق بالمعاوضة كالهبة للثواب، فهذه حكى القاضى أبو إسحاق، عن عبد الملك: أن الموهوب له لا يرد بعيب، وعن المغيرة مثل ذلك، ولا فى العيب المفسد.

ووجه ذلك أن هذه عقود جرت العادة بأن يكون العوض فيها أكثر من قيمة الموهوب، وهذا ينافى الرد بالعيب لمدة؛ لأن مقتضى ذلك المسامحة والمكايسة.

* * *

الباب الثانى فى بيان العيوب التى يجب بها الرد وتمييزها من غيرها

العيوب التى يثبت بها الخيار فى الرد بالعيب مجملية، وذلك أن خيار الرد بالعيب على ضربين، أحدهما: أن يثبت بغير شرط. والثانى: لا يثبت إلا بشرط. فأما ما يثبت بغير شرط، فهو لكل عيب فى المبيع ينقص ثمنه، وهو على قسمين، قسم: هو نقص فى عين المبيع. والقسم الثانى: نقص فى غير عينه، لكنه ينقص ثمنه.

فأما ما هو نقص فى عينه كالعور، والعمى، وقطع يد، أو رجل، أو إصبع، ووجد الظفرة فى العين، أو البياض، والصمم، والخرس، والبكم، إلا فى الصغير الذى لا يتبين أمره، والعسر فى العبد بأن لا يعمل بيمنه، والبخر فى الفم فى الذكر والأنثى.

كتاب البيوع ٨٧

مسألة: وأما الأضرار، فإن نقص الضرر الواحد عيب فى الرائحة، حيث كان، وليس بعيب فى غير الرائحة، إلا أن يكون فى مقدم الفم أو ينقص ضرسان، حيث كانا، فإنه عيب فى الذكر والأنثى.

ووجه ذلك أن الضرر الواحد لا يؤثر كبير نقص من جهة الخلقة، إلا أنه ينقص من ثمن الرائحة؛ لأنه يتقى منه تغير الرائحة حيث كان فى أكثر الأوقات، وإذا كان فى مقدم الفم، فإنه يقبح منظره، فاستوى فى ذلك الرائحة وغيرها.

والضررسان مؤثران، ومانعان من قوة الأكل وعجلته، لاسيما فيما يحتاج إلى شدة مضغ، وهذه المعانى والأسباب إنما تعتبر بنقص الثمن فيما ينقص هو عيب الرد، وما لا ينقص الثمن، فلا حكم فيه للرد.

مسألة: وأما الثيب، ففى كتاب ابن المواز: ترد به الرائحة، ولا يرد به غيرها. قال ابن المواز: وهذا فى الشابة. وقال ابن حبيب، عن مالك: لا ترد الرائحة، إلا بكثيره.

ويحتمل أن تكون الروايتان قولاً واحداً؛ لأن اليسير من الشيب ليس بعيب؛ لأنه كثير شائع كالخال يكون، والشعرة والشعرتان تبدو مما لا يسمع، ولا يرى إلا مع فرط التأمل والتفتيش. وأما الكثير، فإنه مؤثر فى الجمال، فاختص بالرائحة دون غيرها.

مسألة: وأما الاستحاضة، فعيب فى على الرقيق ووخشه. وقال ابن حبيب: إن كانت الاستحاضة تعتربها المرة بعد المرة، فعلى البائع أن يتبين، وإلا فهو عيب ترد به.

ووجه الفرق بينهما أن دم الاستحاضة مما يكره، وتلحق المشقة فى المتوقى منه، وليس فى ارتفاع الحيض شىء من ذلك، والذى يقتضيه مذهب المدونة: أن ذلك سواء.

فرع: فإن استحاضت الأمة لم يكن ذلك عيباً ترد به، حتى يثبت أنه كان عند البائع، وأنه إن لم يظهر إلا فى الدم الذى وقع به الاستبراء، فقد قال ابن المواز: لا ترد به؛ لأن بالحيض قد لزم المتبائع، فما حدث بعد ذلك من استحاضة أو غيرها لزمه، وهذه الاستحاضة التى يكون عيباً. قال ابن المواز، عن مالك: شهران، وهذا فى الجملة على قدر ما ينقص ثمنها.

مسألة: وأما ارتفاع الحيض، فالمشهور من ذلك، أنه إذا أتى من ذلك ما فيه على المتبائع ضرر، فإنه يرد به، ولا خلاف فى ذلك فى المذهب، إلا ما قاله ابن حبيب قبل هذا: أن ارتفاع الحيض المرة بعد المرة، لا يلزم البائع التبرى منه، وليس للمتبائع الرد به.

٨٨ كتاب البيوع

ويحتمل أن يكون ما ذهب إليه ابن القاسم في المدونة في تأخره في مدة الاستبراء حتى يلحق به الضرر، وما قاله ابن حبيب في التي لم يأت منه في مدة الاستبراء ما خالف المعهود، وإنما اطلع على أنه قد كان يتأخر عنها المرة بعد المرة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: والحمل عيب في المرتفعة، ولا خلاف في ذلك، وأما الوحش، فروى ابن القاسم، عن مالك: أنه عيب. وقال ابن كنانة: ليس بعيب فيهن، ورواه أشهب عن مالك.

وجه القول الأول أنه عيب ينقص من الثمن، فثبت به حكم الرد بالعيب كسائر العيوب.

وجه القول الثاني أنه عيب لا يؤثر في الوحش. وقد قال مالك في الحمل في الوحش: لا يؤثر كبير تأثير، وربما لم يكن نقصاً فيهن، ولذلك يجوز بيعن بالبراءة من الحمل.

وأصل المسألة تدور على هذا، فإن نقص من الثمن، رد به، وإلا فلا. ووجه آخر، وهو أنه لو ابتاعها في جملة رقيق لم يردها بعيب الحمل، رواه ابن القاسم، عن مالك في العتبية.

فرع: فإذا قلنا إنه يرد بالحمل، فكيف يكون وجه الرد به؟ في المبسوط: إن ظهر بها حمل، وجاء لسته أشهر من يوم قبضها المشتري لم يرد البيع، وإن ولدته قبل ستة أشهر، كان له الرد.

وجه ذلك أنها إذا ولدت لسته أشهر من يوم البيع، جاز أن يكون حدث عند المبتاع، فصار له حكم ما يقدم، ويحدث من العيوب، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر على أنه عيب قديم أقدم من أمد التبايع يثبت الرد به.

فصل: وأما الزعر، فإنه عيب يرد به. قال ابن المواز: وإن كان في غير العانة، واختلف أصحابنا في تعليل ذلك، فقال سحنون: لأنه يذهب بلذة الوطاء، وهذا يقتضى اختصاصه بالفرج. وقال ابن حبيب: لا تتقى عاقبته من الداء السوء، يعنى الجذام.

مسألة: وإن كان آباء الرقيق المبيع مجذوم أو مجذومة، فهو عيب به، وحشاً كان أو راعياً، رواه ابن حبيب، عن مالك، وذلك أنه يتقى سرايته إلى الولد.

كتاب البيوع ٨٩

وأما إن كان أحد أجداد الأمة أسود، فقد روى أشهب: لا رد له، وإن كانت ذات عيب. وفي الواضحة عن مالك: أنه عيب في الرائحة، قال: لما يتقى أن يخرج ولده منها أسود.

مسألة: وأما عيوب الدواب الذي يزهد فيها وينقص من أثمانها، فإن كان خلقة كالعور، والجرد، أو حادثاً كالمرض، والدبر، وما كان مثل ذلك من العيوب، فإنه يرد به، وكذلك سائر المبيعات غير الرباع، فإن ما وجد فيها من عيب ينقص ثمنها، فإنه يثبت به خيار الرد بالعيب.

مسألة: وأما الدار، فإن وجد بها صدعاً، قال ابن القاسم: أما ما يخاف منه سقوط الدار، فيرد به، وإلا فلا.

قال الشيخ أبو محمد: العيوب في الرباع، ثلاثة أضرب، أحدها: أن تستغرق معظم الثمن، فهذا يرد به، ويرجع بالثمن. والثاني: أن لا ينقص من الثمن، فهذا لا يرد به، ولا يرجع بقيمة العيب فيه. والضرب الثالث: أن ينقص من الثمن، ولا ينقص معظمه، فهذا يرجع بقيمة العيب، ولا ترد به الدار. ورأيت لبعض أصحابنا الأندلسيين، أنه ترد به.

واختلف القائلون بقول أبي محمد في تعليل ذلك، فقال أبو محمد: إن الدار تخالف سائر المبيعات، بدليل أنه إذا استحق منها اليسير، لزم الباقي بالثمن، ولو استحق من العبد اليسير، لم يلزم لباقي بالثمن.

ووجه ثان أنه لو أطلق أحد العقد فيها واستحق أحد جدرانها الأربع، لم يرجع المبتاع في شيء من الثمن. وقال غيره: العلة في ذلك أنها لا تتخذ غالباً إلا للقيمة، فليس المقصود منها الأثمان.

ووجه قول من ساوى بينهما أن هذا بيع وجد به عيب ينقص الثمن، فيثبت فيه خيار الرد بالعيب، ما لم يفت كالحيوان.

فصل: وأما ما ينقص ثمن المبيع، ولا ينقص جسده كالإباق والسرقة وشرب الخمر، أو الحد فيه في الرقيق والزنى في الأمة، والحران في الفرس، أو انفار المقرط في الدواب، أو قلة الأكل المقرط فيها، فإن ذلك عيب، يرد به المبيع.

فأما الزنى في العبد، فعند مالك، أنه عيب يرد به، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا يرد به.

٩٠ كتاب البيوع
والدليل على ما نقوله أنه زنى وجد فى مملوك، فكان لمن ابتاعه أن يردّه كما لو
كان جارية.

مسألة: وأما البول فى الفراش فى حال الكبر، فعيب يرد به العبد والأمة، راعين
كانا أو غير راعين، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يرد به العبد، وترد به الأمة.
والدليل على ذلك ما تقدم ذكره.

فرع: ولا ترد بالبول فى الفراش إلا بيينة تشهد أنها كانت تبول عند البائع، ولا
يخلف البائع على نفى ذلك إلا بشبهة، مثل أن توضع على يد امرأة ورجل له امرأة تنظر
إليها، فتخبر بذلك المرأة أو الرجل، فيجب اليمين على البائع، وإن كان أتى المبتاع بمن
تنظر إلى مرقدها بالغدوات مبلولاً، فلا بد من رجلين؛ لأن هذا من معنى الشهادة، ثم
يخلف البائع، قال ذلك كله ابن حبيب.

مسألة: التأنيث فى العبد، والترجل فى الأمة، عيب. قال ابن حبيب، عن مالك:
معنى ذلك أن يكون العبد متخثاً، أو تكون الأمة مترجلة، كشرار النساء. فأما ترصيع
كلام الرجل، وتذكير كلام المرأة، فلا يردان به.

وفى المدونة: يرد العبد، إن كان مؤثماً، والأمة إن كانت مذكرة، واشتهر بذلك.
قال الشيخ أبو محمد: فى قول ابن حبيب هذا خلاف ما فى المدونة. وقال بعض
الصقليين: ليس ذلك بخلاف له.

مسألة: والدين على الأمة والعبد عيب، وكذلك الزوج للأمة. وقال الشافعى: لا
يُرد به.

ودليلنا أن هذا معنى يمنع الاستمتاع بالأمة، فيثبت به خيار الرد بالعيب كداء
الفرج، والزوجة فى العبد عيب؛ لأن هذا يبطل على سيده منه حكماً مقصوداً، وهو أن
يزوجه من أمته.

وكذلك الولد الصغير والكبير، وكذلك الأب والأم؛ لأن كل واحد من هؤلاء يميل
إليهم العبد والأمة، ويصرف إليهم فضل كسبه، وبعض قوته، فيضر ذلك بغلته وقوته.

وأما الأخ والأخت، وسائر الأقارب من الأعمام والعمات والأخوال والخاللات، فلا
يثبت بهم رد بعيب؛ لأن أمرهم أبعد، والضرر بهم أقل.

مسألة: وأما عثار الدابة، ففى المدنية. من رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة:

كتاب البيوع ٩١
إن علم أن ذلك كان عند بائعها بشهادة أو إقرار، ردت عليه، وإن لم يعلم ذلك، وكان عثارها قريباً من بيعها، حلف البائع أنه ما علم بذلك، وإن ظهر ذلك بها بعد زمان طويل، ومدة يحدث العثار في مثلها، فلا يمين عليه.

فروع: وهذه العيوب كلها إنما يرد بها إذا ثبت أنها كانت في ملك البائع، فإن لم يثبت ذلك، ودعا المبتاع إلى يمين البائع، وأن ذلك لم يكن عنده.

روى ابن القاسم عن مالك في المدونة في مسألة الإباق: لا يمين عليه. ورواه أشهب عن مالك في مسألة الزنى والسرقة. وروى ابن المواز عن ابن القاسم في السرقة والزنا: يحلف البائع على ذلك.

وجه نفي اليمين ما احتج به ابن القاسم من أن المبتاع إذا أبيع له ذلك، استحلف البائع كل يوم مائة مرة.

ووجه إثبات اليمين أنه عيب ثابت يشك في قدومه وحدوثه، فلزم البائع اليمين؛ لئيرأ به منه كعيب وجدته في جسده، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما ما يثبت بالشرط، فهو على ثلاثة أضرب، أحدها أن يشترط المبتاع نطقاً. والثاني أن يصيب البائع به المبيع. والثالث: أن يكون ذلك عادة المبيع وعرفه. فأما ما شرطه نطقاً، فإنه إن اشترط الأعلى من جهته اليمين، فوجد خلافه، كان له الرد.

وإن اشترط الأدون، لم يكن له الرد إلا أن يكون له غرض يعرف، وذلك مثل أن يكون عنده عبد نصراني، فيشتري أمة على أنها نصرانية، أو تكون عليه يمين أن لا يملك مسلمة. وقال الشافعي: له الرد بكل وجه. وقال أبو حنيفة: لا رد له في شيء من ذلك.

ودليلنا على الشافعي أنه صار إليه المبيع على شرط وزيادة، فلم يكن له الرد بالعيب. أصل ذلك إذا شرط أنه أعور، فإذا هو يبصر بعينه.

ودليلنا على أبي حنيفة أن هذا يخرج له المبيع على غير الملة التي شرط، وله في ذلك غرض صحيح، فثبت له الخيار كما لو شرط أنه مسلم، فخرج كافراً.

مسألة: ومن اشترى عبداً على أنه أعجمي، فألفاه فصيحاً، أو على أنه مجلوب، فألفاه مولداً، ففي الواضحة عن أصبغ: له الرد به، زيادة كان أو وضعية؛ لأن الناس في المجلوب أرغب.

٩٢ كتاب البيوع

ومن هذا الباب ما روى على بن دينار، عن ابن القاسم فى الرقيق يجلب من طرابلس، فيدخل المصرى رأساً بينهما، فيباع على ذلك، قال: أرى للمبتاع رده، وكذلك الدواب والحمير، وكذلك قال مالك فيمن خلط سلعته بتركة ميت، ولم يبين: أن للمبتاع الرد.

فصل: وأما ما يصف به البائع المبيع، أو يصف الرقيق به نفسه، مثل أن يقول: هى بكر، أو هى طباحة، ثم لم توجد على ذلك، فإنها ترد به.

ووجه ذلك أن المبتاع دخل على ما وصفت به، فكان ذلك بمنزلة الشرط.

فصل: وأما ما كان له عرف وعادة، فوجده على خلاف ذلك، مثل أن يشتري ناقة، يحمل على مثلها، فلما جاء أن يحمل عليها، لم تنض، فقد روى ابن المواز، عن مالك: له الرد.

ووجه ذلك أن المشتري لم يدخل فى هذا إلا على العرف والعادة من مثلها، فإذا كان مثلها يحمل، ولم يكن عذر مانع من عجز أو مرض، فقد خالفت المعهود من مثلها، وكان ذلك بمنزلة أن ينقص عضو من أعضائها.

مسألة: ومن اشترى قلانس، فوجد حشوها صوفاً، أو كانت من خرق بالية، قال أشهب، عن مالك: لا ترد؛ لأنها فى الأغلب لا تصنع إلا من ذلك.

زاد ابن المواز: فإن كان حشوها صوفاً بالرفيعة ترد، ولا ترد الدنية. وأصل ذلك كله العرف والعادة، إن جرت العادة فيه بأمر، فوجد أقل منه، كان له الرد به، وما وجد على ذلك، فعليه دخل، فلا يرد به.

قال أصبغ فيمن اشترى قميصاً، فوجد سابقه أدنى رقعة من بدنه أو كميته، وكذلك معقد السراويل إن كان متقارباً، فله الرد، وإن كان غير ذلك لم يرد.

* * *

باب

وأما ما يحدث بالمبيع مما يثبت به اختيار للمبتاع فى الرد بالعيب أو الرجوع بقيمته، فسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

* * *

باب

وأما ما يفيت الرد بالعيب، فعلى ثلاثة أضرب، أحدها: أن يفوت المبيع من ملك البائع. والثاني: أن يكون باقياً في ملكه، ولكن تغير تغيراً أحاله من جنسه. والثالث: أن يعقد فيه عقداً يمنع من رده.

فأما الضرب الأول، فعلى قسمين، أحدهما: أن يخرج عن ملكه بغير عوض، مثل أن يموت أو يعتقه أو يتصدق به، فمع هذا كله قد فات الرد بالعيب لفوات العين، وخروجها عن ملكه، وله الرجوع بقيمة العيب؛ لأن البائع قد أخذ من مال المبتاع ما يقابل العيب من الثمن بغير ثمن، فكان له الرجوع به.

مسألة: فإن خرج عن ملكه قبل الرد بالعيب بعوض كالباع أو الهبة للشواب، فلا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو غيره، فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن، فلا تراجع بينهما في تدليس ولا غيره، وإن كان بأقل من الثمن، رجع عليه ببقية الثمن، إلا بالأقل من البقية أو قيمة العيب.

وجه ذلك ما احتج به في المدونة، أنه لو كان عنده لرد عليه، ورجع بجميع ذلك، وقد رده إليه، فكان له استيفاء جميع الثمن، وإن كان باعه منه بأكثر من الثمن الأول، فإن كان مدلساً، فلا رجوع للبائع الأول على الثاني، وإن لم يكن مدلساً، رده البائع الأول على الثاني، ثم رده عليه الثاني، فيكون التراجع بينهما في الثمن.

مسألة: فإن خرج عن ملكه إلى غير البائع منه، فاختلف أصحابنا في ذلك، فقال ابن القاسم: ذلك فوت، ولا رجوع له بقيمة العيب، وبه قال الشافعي.

وقال ابن عبد الحكم: له الرجوع بقيمة العيب، واختاره القاضي أبو محمد. وقال أشهب: يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن، وحكوا ذلك عن مالك.

وجه ما قاله ابن القاسم ما احتج به أن المبتاع إذا باع، وقد علم بالعيب، فقد رضيه، وإن لم يعلم به، فلم ينقصه من الثمن.

ومعنى ذلك أنه انتقل إلى ملك بعوض صار إلى البائع عن جميعها، ولذلك إذا رجع المبتاع عليه بقيمة العيب كان له الرجوع على البائع منه؛ لأنه لم يبق عنده ثمن جميع ما صار إليه بالابتاع، وبهذا فارق العتق والهبة، فإنه لم يصل إليه عوض عن جميع ما ابتاع، فكان له الرجوع بقدر الجزء الذي لم يصل إليه من المبيع.

٩٤ كتاب البيوع

ووجه القول الثانى أن البيع إخراج للمبيع عن الملك، فكان فوتاً لا يمنع الرجوع بقيمة العيب كالعقود والهبة.

ووجه القول الثالث أن الذى كان يثبت للمبتاع لو كان بيده الرد بالعيب، والرجوع بجميع الثمن، فما أخذ من ثمنه حين باعه عوض عن ذلك، فإن كان فيه نقص كان عليه جبره، إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب، فليس له إلا قدر العيب.

مسألة: فإن تغير وهو باق على ملكه تغيراً ينقله عن جنسه، فهل يكون فوتاً يمنعه الرد بالعيب أم لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، قالهما فى الصغير يكبر، والكبير يهرم، أحدهما: أنه فوت، وليس له إلا الرجوع بقيمة العيب على ما أحب البائع أو كره، واختارها ابن القاسم فى هرم الكبير. والثانية: ليس ذلك بفوت، وله الرد.

وجه الرواية الأولى أن ما كان مخرجاً للشئ عن جنسه حتى يجوز سلمه فيه، فإنه يفيت الرد بالعيب فيما لا مثال له؛ لتصيير الثوب خرقاً، والجلود خفافاً.

ووجه الرواية الثانية أن العين باقية فى ملك المبتاع، فلم يفتردها بالعيب كما لو فقأ عينها أو قطع يدها.

فرع: فإذا قلنا إن ذلك فوت، فيجب أن يراعى فى الصغير والكبير ما يراعى فيهما من جواز تسليم صغير الجنس فى كبيره؛ لأنه مبنى عليه.

وأما فى الكبير يهرم، فحكى الشيخ أبو بكر، عن مالك: أن ذلك إذا ضعف، فذهبت قوته ومنفعته أو أكثرهما. قال القاضى أبو محمد: إذا هرم هرمًا لا منفعة فيه، أنه فوت للرد بالعيب.

والصحيح عندى من ذلك أنه إذا ضعف عن منفعته المقصودة، ولم يمكنه الإتيان بها أن ذلك فوت للرد بالعيب، ويرجع بقيمة العيب.

فرع: فإن قلنا بالرواية الثانية على ما اختاره الشيخ أبو محمد، فإنه يثبت له الخيار بين أن يمسك المبيع، ويرجع بقيمة العيب، وبين أن يرد.

فأما فى الكبير يهرم، فيرد معه ما نقصه الهرم؛ لأنه قد حدث عنده نقص غير مفيت. وأما فى الصغير يكبر، فإنه يرد، ولا شئ له من الزيادة، لا يشاركه بها فى عينه، ولا يأخذ قيمتها منه؛ لأنه نماء من جنس المبيع، فلم يكن للمبتاع أن يشارك به البائع كالسمن.

كتاب البيوع ٩٥

مسألة: فإذا عقد فيه عقد يمنع رده، فإنه على ضربين، أحدهما: لا يتعقبه الرجوع إلى ملك البائع كالكتابة والاستيلاء والعق إلى أجل والتدبير، فهذا له الرجوع بقيمة العيب؛ لأنه فوت على حسب ما تقدم.

والضرب الثاني: يتعقبه الرجوع إلى ملك البائع كالرهن والإجارة والإخدام، فهذا اختلف أصحابنا فيه، فروى سحنون، عن ابن القاسم: إنه إذا رجع إلى المتاع، رده على البائع.

وقال أشهب: إن كان أمر ذلك يسيراً رده على البائع، وإن كان بعيداً، رجع بقيمة العيب. وروى نحوه أصبغ، عن ابن القاسم.

وجه رواية سحنون أن هذه مدة يتعقبها رجوع العبد إلى البائع، فلم يمنع الرد بالعيب كاليسيرة.

ووجه الرواية الثانية أن هذا معنى منع المتاع من رد المبيع بالعيب، فكان فوتاً في رده كالبيع.

مسألة: ولا يكون وطء الأمة فوتاً في ثيب، ولا بكر، هذا المشهور من المذهب. وروى عنه ابن حبيب: أنه فوت فيهما، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول أن هذا استمتاع، فلم يمنع الرد بالعيب كالقبل والملاسة.

ووجه القول الثاني إجماع الصحابة عند القائل بذلك، قال: لأن الصحابة بين قائلين، قائل يقول: يردّها، ويرد معها مهر المثل، وبه قال عمر بن الخطاب. وقائل يقول: لا يردّها، ويرجع بقيمة العيب، وبه قال علي بن أبي طالب، فمن أحدث قولاً ثالثاً، وقال: يردّها دون مهر، خالف إجماع الصحابة.

ومن جهة المعنى أن الوطاء معنى لا يستباح بالبدل، فوجب أن يمنع الرد بالعيب كقطع اليد.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، فإن البكر والثيب في ذلك سواء. وقال الشافعي: إن وطء البكر يمنع الرد بالعيب دون الثيب.

والدليل على ما نقوله أن هذا وطء، فلم يمنع الرد بالعيب كوطء الثيب.

مسألة: إذا ثبت ما ذكرناه، فما وجد به العيب لا يخلو أن يكون مما له مثل أو مما لا

٩٦ كتاب البيوع

مثل له، فحدث به عند المبتاع معنى مفيت، ثم اطلع على عيب عند البائع، فقد قال ابن القاسم فى مسألة الدينار يقطعه، ثم يجد به عيباً يرد مثله، ويرجع بثمنه، وقاله سحنون فيمن اشترى شعيراً، فبعد أن زرعه، علم أنه لا ينبت: أنه يرد مثله، ويرجع بالثمن، فجعله مثل ما لا يفوت. وقال ابن حبيب: يرجع بقيمة العيب.

وجه قول ابن القاسم أن الفوات فى البيع الفاسد أثبت؛ لأنه لا يفوت بحوالة الأسواق، ثم ثبت وتقرر أن ما له مثل لا يفوت فيه، فبأن لا يفوت فى الرد أولى وأحرى.

ووجه قول ابن حبيب أن البيع إنما يتعلق بعين المبيع، والبيع الأول صحيح، وإذا نقض البيع برد المبيع، للعيب، فإنما ينقض الأول، فإذا فات المبيع، لم يصح نقض البيع بغيره.

فصل: ثم نرجع إلى شرح المسألة، قوله: «وقامت البينة أنه قد كان فيه عيب عند الذى باعه أو علم بذلك باعتراف أو غيره»، يريد أن قدم العيب يثبت بيينة شاهدهة عند البائع معيباً.

وقوله: «أو غيره» يحتمل أن يريد به شهادة أهل البصر والعلم بذلك أنه عيب لا يحدث فى مثل هذه المدة، ولا يخلو أن يكون العيب مما يطلع عليه الرجال، أو مما لا يطلع عليه الرجال، فإن كان مما يطلع عليه الرجال، فقد قال محمد وغيره: لا يثبت إلا بقول عدلين من أهل العلم بتلك السلعة وعيوبها.

مسألة: وهذا إذا كان مما يستوى الناس فى معرفته، فإن كان مما لا يعلمه إلا أهل العلم به كالأمرض والعلل التى تحدث بالناس مما لا يعرفها، ويعرف أحوالها، وقدر الغور فيها، والاستضرار بها، وتمييز ما جرت العادة بسرعة البرء منها، وما جرت العادة بتقرر ذلك أو غيره فيها مما ينفرد الأطباء بمعرفته، فإنه لا يقبل فيها إلا أقوال أهل المعرفة بذلك.

فإن كانوا من أهل العدل، فهو أتم، وإن لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل، قبل فى ذلك قول غيرهم، وإن كانوا على غير الإسلام؛ لأن طريق هذا الخبر لما ينفردون بعلمه.

فصل: وإن كان مما لا يطلع عليه الرجال كالعيوب تكون فى جسد المرأة أو أحد فرجيتها، فإن كان فى جسدها، فقد اختلف فيه، فالظاهر من قول مالك أن ما تحت الثياب من العيوب، يقبل فيه شهادة امرأتين.

كتاب البيوع ٩٧

وقال سحنون: ما كان في الجسد، بقر عنه، فنظر إليه الرجال، وما كان في أحد
الفرجين، شهد فيه النساء.

وجه القول الأول أنه موضع منع الرجال من النظر إليه، فجاز أن تقبل فيه شهادة
النساء كالفرجين.

ووجه قول سحنون أن الجسد وإن كان عورة، فهي عورة مخفية، فجاز أن ينظر
إليها الرجال للضرورة كما ينظرون إلى وجهها للضرورة، ولما منع الرجال من النظر إلى
ما صبح من جسدها بقر الثوب؛ ليتوصل بذلك إلى موضع الحاجة، ويبقى الباقي على
حكم المنع.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه إن أمكن ستر ما حواليه، وإظهار
موضع العيب خاصة، استغنى عن بقر الثوب وإفساده.

فرع: فإذا كان العيب الذى يشهد به النساء مما يستوى النساء فى تمييزه، قبل فيه
شهادة امرأتين من عدول النساء دون عيّن؛ لأنها شهادة كاملة، وإن كانت من العيوب
التي يتفرد بمعرفتها وميزها أهل العلم، شهدت امرأتان بصفتها، وسئل أهل العلم بذلك
عن حكمها، فثبت الحكم بقولهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ثبت العيب بشهادة من تقبل شهادته، فلا يخلو أن يكون
مما يحدث عند المتباع لقدم أمر التبايع، ونفيهم حدوث العيب، فلا رجوع للمتباع بشيء
منه، إلا ما قدمناه فى العهدة على ما تقدم من التأويل، وإن شكوا فى ذلك، فلا يخلو أن
يكون من العيوب الظاهرة أو الخفية.

فإن كان من الظاهرة، فقد قال ابن القاسم: يحلف البائع على البت، أن هذا العيب
لم يكن عنده، ويحلف فى العيب الخفى على علمه. وقال ابن نافع فى المدنية: يحلف
بالبت، ولم يفرق بين ظاهر وخفى.

واحتج لذلك بأن المشتري لو شهد له بأنه كان عند البائع؛ لكان له الرد به، وإن لم
يعلم البائع به، فيجب أن لا يبرئه أن يحلف على أن ما رد عليه مما لم يعلم به، وهذا غير
لازم؛ لأنه إنما يرد عليه إذا ثبت أنه كان عنده.

وإذا لم يثبت ذلك، ولم يحلف على البت فى نفيه أنه غير عالم بقدمه ولا حدوثه،
لم يلزم رده عليه؛ لأنه ليس فيما تقدم ما يوجب الرد، فلا يلزمه أن يحلف فى نفسه على
البت. وقال أشهب: لا يحلف فى الظاهر والباطن إلا على علمه.

٩٨ كتاب البيوع

ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه إن كان علم به، فهو حائث، وإن كان لم يعلم به، لم يلزمه في الرد حين يثبت قدمه، فلا يجب عليه أن يحلف إلا على علمه.

فروع: إذا قلنا بقول ابن القاسم في العيوب الظاهرة، وسأل ابن حبيب سحنوناً عن الحفر في القم والأضراس الساقطة، والعيوب في الفرج، وجرى الجوف على هذا من العيوب الظاهرة التي يحلف فيها على العلم، قال: سئل عن ذلك أهل الصنعة والمعرفة.

مسألة: فإن نكل البائع عن اليمين، وكان من العيوب الظاهرة أو الخفية، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: يحلف المبتاع في الوجهين على العلم أنه ما حدث ذلك عنده، ويكون له الرد.

هذا الذي ثبت في كتاب الموازية من رواية عيسى، عن ابن القاسم، إن كان العيب خفياً، حلف المبتاع على علمه، وإن لم يكن خفياً، حلف المبتاع ورده، ولم يذكر يمينه على البت أو العلم، والتقسيم يقتضى أنها على البت. وروى يحيى بن يحيى عن القاسم مفسراً يحلف في الخفي على العلم، وفي الظاهر على البت.

وروى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن نافع: يحلف المبتاع في العيوب على البت، ولم يفرق، وبه قال ابن أبي حازم، وغيره من المدنيين.

فتحتمل رواية عيسى الأولى وجهين، أحدهما: أن تكون موافقة لقول أشهب. والوجه الثاني أن يفرق بين البائع والمبتاع، فإن التدلّيس، إنما ينكر من جهة البائع دون جهة المبتاع.

مسألة: فإن نكل المبتاع عن اليمين، ففي المدنية من رواية عيسى، عن ابن القاسم: يلزمه البيع، وهذا يقتضى أنه ليس له بعد النكول الرجوع إلى اليمين، وفيها قول ابن نافع: إن نكل المبتاع، لم يردّه أبداً حتى يحلف، وهذا يقتضى أن له اليمين بعد النكول.

مسألة: فإن ظهر على عيين، أحدهما قديم، والآخر يشك في قدمه، فعلى المبتاع أن يحلف أنه لم يحدث عنده بخلاف إذا لم يكن ثم عيب قديم، للمبتاع الرد، وفسخ البيع، والبائع مدع، عليه أرش العيب المشكوك فيه، فإن لم تقم له بيينة بحدوثه، فاليمين على المبتاع في إنكاره، وإذا لم يكن ثم عيب قديم، فليس للمبتاع رد، إلا بما يدعيه المشكوك فيه، فإن قامت له بذلك بيينة، وإلا حلف البائع على إنكاره.

مسألة: وإن أقام المبتاع شاهداً واحداً على قدم العيب، حلف مع شاهده، ويكون

كتاب البيوع ٩٩

يمينه على البت، وإن كان عيباً خفياً، قاله ابن المواز، فإن نكل المبتاع عن اليمين حلف البائع. وقال ابن المواز: يحلف على البت. وقال أصبغ: يحلف على العلم.

وجه قول ابن المواز أن الشاهد شهد على القطع، فيجب أن يكون يمين الشهود له موافقاً لشهادة شاهده، فإن نكل، ردت تلك اليمين بعينها على البائع، فلزمه أن يحلف على البت.

وجه قول أصبغ أن يمين المبتاع موافقة لشهادة الشاهد، فلذلك لزم أن تكون على حكمها، وليس كذلك يمين البائع، فإنها على خلافها، فبقيت على حكمها.

فصل: وإن شهد الشهود بأنه أقدم من أمد التبايع، فلا يخلو أن يكون المبتاع ممن يظن به أنه لا يخفى عليه، ويتهم فيه أو يكون عدلاً عالماً به، أو يكون غير عالم، فإن كان عالماً بذلك منهما فيه كالتحاسين والدلائين، فروى ابن المواز وابن حبيب، عن مالك: أنه يلزمهم.

وقال ابن المواز: فيما علموا أو لم يعلموا. وقال ابن حبيب: فى الظاهر والخفى؛ لبصرهم بالعيوب. وقال ابن القاسم: إن كان مثله يخفى، أحلف ما رآه، وكان له الرد، وإن كان على غير ذلك، لزمه.

وجه ما قاله مالك أن بصرهم بذلك، وتكرز دروسهم عليهم فيه، يدل على أنه لم يخف عليه فى الأغلب، مع ما هم عليه من استحلال ما لا يجل، والرضا برد عيب قد علموه وارتضوه.

وجه قول ابن القاسم أن الخفى من العيوب قد يخفى عليهم، فيحلفون استبراء لهم، ويكون لهم الرد.

مسألة: فإن كان المبتاع بصيراً بالعيوب غير متهم لتصاونه، أو تدينه، أو متهماً غير بصير، كان له الرد بالعيوب الظاهر الخفى، دون يمين، طال مكث السلعة أو لم يطل، قاله ابن المواز.

فإن ادعى البائع أن المبتاع قد رضى بذلك، وادعى أنه أخبره أو أراه إياه، لزم المبتاع اليمين، فإن حلف، رد بالعيوب، وإن نكل، حلف البائع، وبرئ به.

مسألة: فإن لم يدع أنه أراه إياه، فلا يخلو أن يدعى أنه بلغه رضا المبتاع به أو لا يدعى ذلك، فإن ادعى ذلك، فهل يحلف المبتاع أم لا؟ روى ابن القاسم، عن مالك: أنه يحلف. وروى ابن المواز، عن أشهب: حلف أنه تبرأ إليه منه، فرضيه.

١٠٠ كتاب البيوع

وجه رواية ابن القاسم أن البائع قد ادعى دعوى يبرأ بمثلها؛ لأنه يصح أن يرد عليه فيها اليمين، فيحلف ويبرأ، وليس كذلك إذا ادعى أنه رأى المبتاع، ولم يدع طريقاً يعرف به ذلك؛ لأنه يصح رد اليمين عليه. يمثل هذه الدعوى، فلم يلزم اليمين بها.

وجه قول أشهب أن دعوى البائع في ذلك لا يبرأ به، وإنما يبرأ بأن يدعى البراءة، يدل على ذلك أنه حلف لقد أخبره مخبر، لم يسقط الطلب عنه، وإنما يثبت بذلك اليمين على المبتاع.

ولا يثبت من الأيمان إلا ما يتوصل به إلى استيفاء حق أو البراءة منه، ولا يثبت منه ما يتوصل به إلى وجوب الأيمان، ألا ترى أن رجلاً لو ادعى قبل رجل حقاً، فلما كلف إثبات الخطئة، ادعاهما، وأراد أن يثبت بيمينه؛ ليتوصل بذلك إلى يمين المدعى عليه، لم يكن له ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فإن يجيبى بن يجيبى روى عن ابن القاسم: أنه يحلف، لقد أخبره مخبر، واشترط فيه بعض المتأخرين أن يحلف لقد أخبره مخبر صدق.

وجه ذلك أن يسلم من الألفاظ؛ لأنه يحتمل أن يقيم صبيّاً أو إنساناً أو مسخوطاً يخبره بذلك، فيورى على ذلك بيمينه، قال: وإن أظهر الذى أخبره بذلك، لزم اليمين المدعى عليه.

وإن كان المخبر مسخوطاً، فكان يجب على هذا التعليل أن ينظر فى حال المخبر، فإن كان مما لا يعبأ بقوله، ويمكن أن يجاهر باختلاف مثل هذا، لم تجب بخبره على المبتاع، وإن كان ممن يعبأ بقوله، ويظن به تحرى الصدق، والحياء من اختلاق الكذب، والمجاهرة به، أو جب خبره اليمين، والله أعلم وأحكم.

فصل: فإن اتفق الشاهدان على تاريخ العيب، واختلف المتبايعان فى تاريخ العيب، فعلى قول أشهب: القول قول البائع انتقد أو لم ينتقد، فهو مدع استحقاق، قبض الثمن من المبتاع، والمبتاع ينكر ذلك.

وهذا الأصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وقول أشهب، كل واحد منهما، قد قال بالقولين، وبالله التوفيق.

مسألة: فإن اختلف فى عين السلعة، فلا يخلو أن يكون مما يعرف عينه أو مما لا يعرف عينه، فإن كان يعرف عينه كالحيوان والثياب، فالقول قول البائع إذا أنكر أن

كتاب البيوع ١٠١
تكون سلعته، يحلف على البت، أو إن كان مما يعرف من المكيل والموزون والمعدود، فلا
يخلو أن يكون من الأثمان أو غيرها.

فإن كانت من الأثمان، فاختلف أصحابنا فى ذلك، فروى ابن حبيب، عن ابن
القاسم أن الدافع يحلف على علمه فى الغش والنقص صيرفيًا كان أو غيره. وحكى عن
ابن الماجشون: أن الصيرفى يحلف على البت، وأن غيره يحلف فى الغش على العلم، وفى
النقصان على البت. قال: ولم يختلفوا أن اليمين فى نقصان العدد على البت.

وجه قول ابن القاسم أن انتقاد القابض، واستيفاء الوزن، ومفارقتة للدافع على أنه قد
استوفى بذلك عدده، يضعف دعواه الغش والنقص فى الوزن.

ولو ادعى عدم معرفة تلك الأعيان فما دونها، فيحلف على أنه لا يعرفها؛ لأنه إن
عرفها وميزها أعيد النظر إليها، والوزن لها، ويستوفى تمييز أعيانها وأنها هى التى دفع
الصيرفى أو غيره، فاستوفى.

وجه قول ابن الماجشون أن معرفته بالغش والغين، وتجويز الوزن، ومباشرة له فى
الأغلب، يوجب عليه اليمين على البت أنه قد وفاه جيدًا وازنًا، وليس عليه أن يحلف
على البت فى ميز أعيانها.

وجه قول ابن كنانة فى التفرقة بين الغش والوزن، أن الذى ينفرد الصيرفى بمعرفته
هو الغش، وأما الوزن فإن جميع الناس يستون فيه، فلذلك استوا فى صفة اليمين.

فصل: وقوله: «فإن العبد أو الوليدة تقوم، وبه العيب الذى كان به يوم اشتراه،
فيرد من الثمن ما بين قيمته صحيحًا وقيمته، وبه ذلك العيب»، يريد أنه يقوم بقيمته
يوم التبائع سليمًا من العيب، ثم يقوم بقيمته ذلك اليوم، وبه العيب، فينظر كم بين
القيمتين، فإن كان ربعها رجع بجميع الثمن، وإن كان أقل أو أكثر، فيحسب ذلك.

وذلك أن المبتاع اشترى السلعة، والتعابن لازم فى البيوعات؛ لأنها مبنية على ذلك،
فقد أصاب العيب جزءًا من الثمن الذى ابتاع به الجملة، فيجب أن يرد من الثمن ذلك
المقدار، فإن كان العيب خمس المبيع، رد خمس الثمن، وإن كان أكثر أو أقل، فيحسب
ذلك، ولا سبيل إلى تقدير العيب به من الجملة إلا على ما ذكرناه.

وهذا إذا دخل المعيب وجه من وجوه الفوت كالموت والعتق وسائر ما قدمنا ذكره،
أو دخله معنى يثبت به الخيار للمبتاع، من نقص يوجب أن يرد المعيب مع النقص
الحادث أو يمسكه، ويرجع بقيمة العيب.

١٠٢ كتاب البيوع

فأما إن لم يدخله شيء من ذلك، فليس للمبتاع إلا رده، ويرجع بجميع ثمنه أو الإمساك، ولا يرجع بشيء، فإن أراد البائع أن يدفع إليه الأرش، ولا يرد عليه المبيع بالعيب، لم يكن له ذلك، ما لم يتفقا عليه، فإن اتفقا عليه، جاز، خلافاً لابن شريح في منعه ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا خيار يسقط إلى مال مع الفوات، فجاز أن يسقط إلى مال مع الإمكان كالحيار في القصاص.

قال مالك: الأمر المجمع عليه عندنا في الرجل يشتري العبد، ثم يظهر منه على عيب يرده منه، وقد حدث به عند المشتري عيب آخر، إنه إذا كان العيب الذي حدث به مفسداً مثل القطع أو العور أو ما أشبه ذلك من العيوب المفسدة، فإن الذي اشتري العبد بخير النظرين، إن أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضيع عنه، وإن أحب أن يغرّم قدر ما أصاب العبد من العيب عنده ثم يرده العبد، فذلك له، وإن مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه، فينظر كم ثمنه، فإن كان قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار، وقيمته يوم اشتراه وبه العيب ثمانون ديناراً، وضيع عن المشتري ما بين القيمتين، وإنما تكون القيمة يوم اشتري العبد^(١).

(١) قال في الاستذكار ٥٢/١٩: أما اختلاف العلماء فيمن اشترى سلعة، أو عبداً، أو وليدة، أو غير ذلك من العروض، فحدث عنده بالعبد عيب، ثم وجد به عيباً كان عند البائع فقد أوضح مالك مذهبه في ذلك.

وقال الشافعي ببغداد: إذا أصاب بالسلعة عيباً، وقد حدث به آخر كان له الرد، وما نقصها العيب الذي حدث عنده. وبهذا قال أبو ثور، ورواه الشافعي أيضاً، وهو قول ابن أبي ليلى. وقال الشافعي بمصر: إذا حدث عنده عيب لم يكن له رده ولكنه يرجع بأرش النقص على البائع، ليس له غير ذلك إلا أن يشاء البائع أن يقبله، ويأخذها معيبة دون أن يأخذ من المشتري شيئاً، وقال، حينئذ للمشتري: سلمها، وإن شئت فأمسكها، ولا ترجع بشيء. رواه المزني، والريعي، والبويطي عنه.

وقال أبو حنيفة: إذا حدث عنده عيب لم يكن له أن يرد العيب الذي وجد، وله أخذ الأرش. وقال الثوري: إذا اشترى الرجل السلعة، فرأى بها عيباً، وقد حدث بها عيب لم يكن له أن يرد بالعيب، فهي للمشتري، ويرد عليه البائع فضل ما بين الصحة والداء.

كتاب البيوع ١٠٣
الشرح: وهذا كما قال أن من ابتاع سلعة، وحدث بها عنده عيب مفسد، ثم ثبت فيها عيب قديم، كان عند البائع، فإن المبتاع بالخيار بعد ذلك بين أن يمسك المبيع، ويرجع بقيمة العيب، وبين أن يرد المبيع، بقيمة العيب الذي حدث عنده، ويرتجع جميع الثمن. وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس له رد المبيع، وإنما له الرجوع بقدر العيب خاصة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، قوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»، فوجه الدليل أنه لما أتلّف المبتاع اللبن، وبقي سائر الحيوان، جعله بالخيار بين أن يغرم ما أتلّف، ويرد من الحيوان، وبين أن يمسكه.

ودليلنا من جهة المعنى أن البائع قد دلس بعيب، والمبتاع قد حدث عنده عيب بغير تدليس، وكل واحد منهما غير راض بما كان عند صاحبه من العيب، فإذا تعارض الحقان كان أولهما بالتقليب المبتاع؛ لأنه لم يوجد منه تدليس، ولا تعمد.

إذا ثبت ذلك، ففي هذه المسألة بايان، أحدهما: في بيان المعاني التي تثبت الخيار للمبتاع، وتميزها مما لا يثبت له ذلك. والثاني: في صفة العمل في الارتجاع والرد.

* * *

الباب الأول في بيان المعاني التي تثبت الخيار الخ

أما المعاني التي تثبت الخيار، فأنها على ضربين، نقصان، وزيادة. فأما النقص، فعلى قسمين، نقص من جهة القيمة، ونقص من جهة البدن. فأما النقص من جهة القيمة، فإنه يكون لمعنيين، أحدهما: لاختلاف الأسواق. والثاني: لتغير حال المبيع. فأما النقص لاختلاف الأسواق، فإنه لا يمنع الرد بالعيب، ولا يوجب رد شيء معه، ولا يثبت الخيار للمبتاع.

فأما ما نقص القيمة لتغير المبيع في غير بدنه، مثل أن يحدث فيه إباق، أو سرقة، أو

=قال أبو عمر: القولان في القياس متساويان، وكان مالكاً في قوله بتخيير المشتري قد جمع

معنى القولين، وأما إذا مات العبد، فقولهم فيه سواء.

وقال ابن القاسم في هذه المسألة: إن البائع قال للمشتري: أنا أحيرك: فلإن شئت، فاردده، ولا غرم عليك، وإن شئت فاحبسه، ولا غرم عليك كان ذلك له. ومخالف في ذلك عبد الله بن نافع، وعيسى بن دينار، فقالا فيه بقول مالك: لا يكون المخير إلا المبتاع.

١٠٤ كتاب البيوع

زنى، أو غير ذلك مما لا يؤثر في بدنه، ولكنه يزهّد فيه، وينقص الكثير من ثمنه، فهذا قال ابن حبيب: لا يثبت الخيار، وله أن يرد المبيع دون غرم شيء لما حدث عنده. وفي العتبية من رواية ابن القاسم فيمن اشترى جارية، فزوجها، فولدت، إما حبسها، فلا شيء له، وإما ردها بولدها.

وفي المدنية من رواية محمد بن صدقة عن مالك، فيمن اشترى جارية، فزوجها، ثم وجد بها عيبًا، فإنه بالخيار بين أن يوضع عنه قدر العيب القديم، وبين أن يردها، ويرد معها ما نقص التزويج.

وجه القول الأول أن ذلك نقص يختص بالقيمة، فلم يكن على المبتاع فيه غرم كبعض القيمة لتغير الأسواق.

وجه القول الثاني أنه عيب ينقص كثير الثمن لحدوثه، وعند المبتاع يثبت له الخيار بين المبيع وما نقصه، أو التمسك به، والرجوع بقيمة العيب كنقص البدن.

مسألة: وأما القسم الثاني، وهو النقص من جهة البدن، فما كان يسيرًا كذهاب الظفر والأظفار في وخش الرقيق، فإن ذلك ليس مما يثبت الخيار للمبتاع، وإنما له الرد، ولا شيء عليه من النقص، أو الإمساك، ولا شيء له من قيمة العيب.

وجه ذلك أن البائع متهم بالتدليس، ولذلك وجب الرد عليه بالعيب. بما كان من الأمور اليسيرة التي لا يسلم من مثلها، وما كان معتادًا متكررًا، فلا عوض له فيما حدث منها، وذلك بمنزلة بقاء المبيع على هيئته، وكذلك الكى والرمد والصداع والحمى؛ لأنها أمور معتادة يسرع البرء منها، هذا مذهب ابن القاسم، وخالفه أشهب في الوعك والحمى، فقال: يثبت الخيار للمبتاع.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن ابن القاسم إنما أراد الحمى الخفيفة التي يرجى سرعة برئها دون ما أضعف منها، ومنع التصرف، فإن ذلك مما يعظم قدره ويندر، فلا يرد المشتري، إلا أن يرد قيمة ما نقص من المبيع.

وقد روى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة: أنه إن اشترى عبدًا، فمرض عنده، ثم اطلع على إباقي، لم يرده حتى يصح أو يموت، فإن مات، رجع بما بين القيمتين.

وروى عيسى، عن ابن القاسم، عن مالك: يرده ما لم يكن مرضًا مخوفًا، فعلى هذه الرواية الأمراض ثلاثة، خفيف لا يثبت الخيار به. ومتوسط، يثبت الخيار به. ومرض مخوف يمنع الرد، والله أعلم وأحكم.

كتاب البيوع ١١٥

مسألة: فإن أصابته موضحة، أو جائفة، أو منقلة، فبرئت، فليس بفوت، ولا يثبت الخيار للمبتاع؛ لأنه قد عاد إلى هيئته. قال ابن المواز: ولو أخذ لذلك عقلاً لم يرد المبتاع مع العبد، بخلاف قطع اليد.

وقد روى محمد بن صدقة، عن مالك في المدنية: أنه يرد، ولا يرد عقل الموضحة؛ لأن الموضحة لا تفتت العبد، ولو كان ما أصيب به العبد جرحاً يعيب رسمه، لم يكن له رده، إلا بما أخذ في جرحه.

وقال ابن القاسم: وكذلك المنقلة والجائفة، والمأمومة عقلها لمن أخذها، إلا أن يتبين، فإن شاء رده وما أخذ من عقله. قال عيسى بن دينار: إن شأنه، فهو بالخيار، إن شاء رده وما نقصه الشين لسبب العقل الذي أخذ، وإن شاء أمسكه، ويرجع بقيمة العيب، وإن لم يشنه، وإن شاء رده، وكان له ما أخذ من عقل الجرح، وإن شاء أمسكه ولا شيء له من قيمة العيب.

مسألة: وإن كان النقص في البدن كثيراً كالعور والعمى والشلل وقطع الأصبع من الوخش، والأتملة من الرائعة، وقطع اليد، فإن ذلك يثبت الخيار للمبتاع بين أن يمسك المبيع، ويرجع بقيمة القديم، أو يرد المبيع، وما نقص العيب الحادث، ويرجع بجميع الثمن، وهذا حكم الافتراض والولادة؛ لأن هذا كله نقص من غير المبيع مؤثر في ثمنه تأثيراً كثيراً.

مسألة: واختلف أصحابنا في هزال الرقيق، والدواب وسمنها، فروى ابن حبيب أن مالكا لا يثبت الخيار بسمن الرقيق والدواب، ولا بهزال الرقيق، ولا بسمنه وشبهه بهزال الدواب.

وابن القاسم لا يثبت بهزال الرقيق، ويثبت بهزال الدواب وسمنها، واختار ابن حبيب أن ذلك كله يثبت الخيار، ورواه عمن يرضى من شيوخه، وهي رواية عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة في الدواب.

وهذا مبنى على أن النقص الكثير والزيادة في البدن تثبت الخيار دون النقص اليسير، وأما صلاح البدن ما لم يكن سمناً بيناً، فلا خلاف أنه لا يثبت الخيار؛ لأنه زيادة في الجسم خاصة، وإنما يقع الاختلاف بينهم على حسب اعتقادهم في نقص كثير القيمة.

فرع: إذا قلنا إن الخيار يثبت بذلك، فإنه يكون مخيراً بين أن يمسكه، ويرجع بقيمة العيب، أو يرد عليه قيمة ما حدث عنده من النقص، وما يثبت به الخيار في هذا من

١٠٦ كتاب البيوع
الزيادة، فإنه مخير بين أن يمسكه، ويرجع بقيمة العيب أو يرده، ولا شيء له من الزيادة،
رواه عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة.

مسألة: وإن كان النقص من غير جنس المبيع، مثل أن يكون للعبد مال من رقيق أو
غيرهم، يشترطه المبتاع، فتذهب، أو يكون على الغنم أصواف، فتذهب قبل الجز، أو
مع النخل ثمر، فيتلف قبل الجذ، فإنه لا يثبت الخيار للمبتاع في مال العبيد، وإنما يكون
له أن يرد العبد بما بقي من ماله، ولا غرم عليه فيما ملك أو يرضى به، ولا يرجع بشيء
من قيمة العبيد، رواه عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة، وعيسى بن دينار، عن ابن
القاسم.

فصل: وأما الضرب الثاني من المعاني الموجبة للخيار بالزيادة في المبيع، فلا يخلو أن
تكون الزيادة في المبيع زيادة القيمة دون الجسم، أو زيادة في عين المبيع. فأما الزيادة في
القيمة دون العين كالزيادة في النفاذ والمعرفة والفصاحة، فهذا لا يثبت الخيار للمبتاع.

وأما الزيادة في عين المبيع، فإنها على قسمين، أحدهما: أن يكون نماء فيه. والثاني:
أن يكون معنى مضافاً، فإن كان نماء فيه كالدابة المهزولة تسمن، فقد قال أصبغ: عن
مالك في ذلك روايتان، إحداهما: نفى الخيار. والثانية: إثباته. وحكى عن ابن القاسم
إثباته إذا كان سمناً بيناً.

وجه إثباته أنه تغير في البدن، فوجب أن يثبت الخيار به كالهزال البين.

ووجه نفيه أنه نماء من نفس المبيع ليس للمبتاع المشاركة فيه، فلم يثبت له الخيار
كالنفاذ والمعرفة.

مسألة: وإن كانت الزيادة بمعنى يضاف إلى البيع، فلا يخلو أن يكون نماء خارجاً
منه، أو صفة ثابتة فيه، فإن كان نماء خارجاً منه، فعلى وجهين، أحدهما: أن يكون من
جنس المبيع كالولد. والثاني: أن يكون من غير جنسه كثمر الشجر وصوف الغنم
وألبانها، وغلة العبيد والرابع.

فأما الولد، فلم أر لأصحابنا فيه نصاً عليها غير ما روى عبد الرحمن بن دينار، عن
ابن كنانة، فيمن ابتاع شاة حاملاً، فوضعت عنده، فأكل سخلتها، ثم وجد عيياً قديماً،
فإنه له أن يرجع بقيمة العيب أو يرد الشاة، وما نقص من ثمنها يوم ابتاعها؛ لأنها
كانت ترجى لولدها.

كتاب البيوع ١٠٧
فظاهر هذا أنه إنما أوجب ذلك الولادة، ولم يوجب له ذلك عدم ولدها، وإتلاف
المبتاع له؛ لأنه لو كان كذلك لرد قيمته، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: إنما يردّها
وقيمة ولدها، وإنما نصوا على أنه ليس له إن أراد الرد أن يمكسك الولد، ويحتمل عندي
أن يتخرج فيه القولان في السمن، وهو أظهر؛ لأنه منفصل، ولا يمكن مع ذلك
إمساكه.

مسألة: وإن كان من غير الجنس كالثمرة والصوف واللبن، فلا خلاف على المذهب
أنه لا يثبت له الخيار، وإنما له أن يرد أو يمكسك، ولا يرجع بقيمة عيب. وقال أبو
حنيفة: إن ذلك فوت، وليس للمبتاع إلا قدر العيب.

والدليل على ما نقوله أن هذا نماء لو حدث قبل القبض لم يمنع الرد بالعيب، فإذا
حدث بعده، لم يمكن الرد بالعيب كالكسب والعمل.

مسألة: وإن كان صنعة ثابتة فيه كالصبغ والخياطة والقصارة والرقم في الثوب مما لا
يمكن فصله من المبيع إلا بفساد، فإن ذلك يثبت فيه الخيار.

* * *

الباب الثاني في صفة العمل في الارتجاع والرد فيمن يثبت له الخيار

وذلك أن معنى الخيار المذكور أن يكون للمبتاع أن يمكسك المبيع المعيب، ويرجع
بقيمة العيب القديم، أو يرده على البائع، ويرد معه قيمة العيب الحادث عنده.

فإن أراد الإمساك، فإنه تقوم السلعة تقويمين، أحدهما: أن تقوم سليمة من العيب
يوم البيع، ثم تقوم معيبة، فيزجج بقدر ما بين القيمتين من الثمن، وذلك أن قيمته سليمة
عشرة دنانير، وتكون قيمتها بالعيب القديم ثمانية دنانير، فيعلم أن قيمة العيب خمس
القيمة التي قوم بها صحيحاً، فيرجع عليه بخمس الثمن الذي اشتراه به.

وإن أراد الرد، فأى القيمتين المتقدمتين لا بد منهما، فإذا تقدمت، جعلت قيمة
السلعة بالعيب القديم أصلاً، ثم يقومها قيمة ثالثة بالعيب القديم والحديث، فيرد من
ثمن المبيع المعيب بقدر ذلك.

وذلك أن يقال في مسألتنا أن قيمته بالعيبين ستة دنانير، فيعلم أن العيب الحادث
عند المشتري ينقص من قيمة المبيع بعينه الربع، ومثل ذلك يجب أن يرجع من ثمنه.

فإن كان اشترى المبيع بخمسة عشر ديناراً، فأراد إمساكها أخذ من البائع خمس

١٠٨ كتاب البيوع

التمن الذى هو خمسة عشر ديناراً، وذلك ثلاثة دنانير، وعلمنا أن الباقي، وذلك اثنا عشر ديناراً، وهى أربعة أخماس التمن، هو ثمن المبيع معيياً بالعيب القديم.

فإذا أراد أن يرد قيمة العيب الحادث عنده، فقد قلنا إنه ربع قيمة العبد معيياً، رد العبد ربع ثمنه بالعيب القديم، وذلك ثلاثة دنانير؛ لأن العيب الذى حدث عنده إنما كان معيياً بالعيب القديم، فيلزمه أن يرد قيمة ما تلف من المبيع معيياً بالعيب، وهذا معنى ما ذكره ابن القاسم فى المدونة وغيرها.

مسألة: فإن قال البائع: أنا أقبض المبيع، ولا أرجع بقيمة العيب الحادث، وقال المبتاع: بل أمسك وأرجع بقيمة العيب القديم، فقد روى سحنون، عن ابن القاسم: ذلك للبائع الأول، إلا أن يقول المبتاع: أنا أمسكه، ولا أرجع بقيمة العيب القديم، فيكون ذلك له. وقال عيسى بن دينار: ليس ذلك له، والخيار للمبتاع، وهو الأظهر من قول المدنيين.

وجه رواية سحنون أن البائع لما أسقط عن المبتاع قيمة العيب الحادث كان بمنزلة ما لم يحدث فيه عيب، فلم يكن للمبتاع الإمساك والرجوع بقيمة العيب.

ووجه قول عيسى بن دينار أن حدوث العيب بالمبيع يثبت بالخيار للمبتاع، وإن لم يجب به على المبتاع غرم، كما لو ثبت تدليس البائع ببيع الرد، وقد حدث عند المشتري بسببه عيب آخر، وكما لو كان التغير بالزيادة.

مسألة: وأما التغير الموجب للخيار بزيادة فى المبيع كالصبغ ونحوه، فإنه يأتى ذكره فى الأقضية، إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا ثبت ذلك، فالتغير الحادث عند المشتري على ضربين، زيادة ونقصان. فأما الزيادة، فإن حكمها واحد فى التدليس وغيره. وأما النقصان، فلا يخلو أن يحدث بسبب العيب المدلس به، أو بإذن البائع أو يحدث بغير هذين الوجهين.

فأما ما يحدث بسبب العيب، مثل أن يدلس بمرض، فيموت منه، أو يدلس بسرقة، فتقطع يده، فيموت أو يدلس بحمل، فتموت منه، فهذا يرجع بجميع التمن على البائع؛ لأنه تعدى بكتمان عيب قد علمه، فكان ذلك سبباً لهلاك المبيع، فلزمه ضمانه، لما كان هلاكه من سببه.

مسألة: فإن دلس بإباق، فأبى، لم يختلف أصحابنا أن على البائع رد جميع التمن، إلا

كتاب البيوع ١٠٩

محمد بن دينار، فإن ابن حبيب ذكر عنه أنه قال: إذا هلك بإباقه، فإن للمبتاع قيمة عيب الإباق خاصة، إلا أن يلجئه الهرب في عطب كالنهر يقتحمه أو يتردى من جبل، فيهلك بذلك أو يتوارى في موضع، فتنهشه حية، فهذا يرد البائع فيه جميع الثمن. فأما أن يمرض في إباقه، فيموت أو يجهل أمره، فلا يرجع عليه إلا بقيمة العيب.

وجه قول مالك والجمهور أنه هلك بعيب دلس به البائع، فكان عليه جميع الثمن كما لو دلس بمرض، فمات منه.

ووجه قول ابن دينار أن ما اعترضه من مرض أو غيره، ليس من جملة الإباق، فلا ضمان عليه، وأما ما يحدث بإذن البائع، فسيأتي ذكره في الأقضية، إن شاء الله تعالى.

فصل: ثم نرجع إلى الأصل، ونقول: قوله: «فإن مات العبد، وبه العيب الذى كان به يوم اشتراه، فينظر كم ثمنه»، إلى آخر الفصل يقتضى أن الرجوع بقيمة العيب إنما يكون إذا كان العيب باقياً إلى وقت الفوات.

فأما إن زال العيب قبل فوات العبد بالعتق والموت أو غير ذلك، فلا رجوع للمبتاع على البائع بقيمة العيب؛ لأنه لو كان العبد باقياً، وقد زال عنه العيب، لم يكن له رد بعيب قد زال، فكذلك لا يكون له أن يرجع بقيمته بعد فوات المبيع.

مسألة: والعيوب فى ذلك على ضربين، عيوب إذا ذهبت، لم يخش عاقبتها كالبياض فى العين والمرض، والولد يموت، والجرح يبرأ على غير شين، فإن أخذ له عقلاً، فهذا لا خلاف أنه بمنزلة الصحيح الذى لم يكن به شين، وإن مات أو عتق بعد زوال هذه المعانى، فلا يرجع على البائع بشيء، وإن كان العبد قائماً، لم يكن له رده بعد ذهاب هذه المعانى، وبالله التوفيق.

ومنها عيوب يتقى عاقبتها، ويتقى عاديتها أو عودتها. فأما ما تتقى عادتها كالسرقة والإباق، قال أشهب، عن مالك، فى الصبى يأتى فى الكتاب، ثم يبلغ ويكبر: لا يبيعه حتى يبين؛ لأن عادته تبقى.

وأما الجارية تبول فى الفراش، ثم انقطع عنها ذلك، قال ابن القاسم: هو عيب. وقال أشهب: إن انقطع انقطاعاً بيناً كالسنين الكثيرة، فليس بعيب، وإن كان أمراً يسيراً، فهو عيب.

ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب فى ذلك واحداً إذا انقطع ذلك عنها

١١٠ كتاب البيوع
العشرة الأعوام ونحوها على أنهما قد اختلفا فى الجنون كاختلافهما فى هذا، وأمر
الجنون أشد.

وأما الزوج للأمة والزوجة للعبد يموتان، أو يفترقان، قال ابن القاسم وابن كنانة فى
المدنية: ليس بعيب. وقال مالك من رواية أشهب عنه: هو عيب.

وجه ما قاله ابن القاسم أن العيب قد ذهب بالفرقة أو الموت كالبياض يكون بالعين.
وجه رواية أشهب أن من اعتاد ذلك منهما دعا إليه وطلبه، وذلك مفسد لحاله
ومؤثر فى خدمته. وقال الشيخ أبو بكر: إنما ذلك؛ لأن الناس أرغب فى من لم يكن
لها زوج قط.

مسألة: وأما ما يتقى عودته من الجنون والجذام والبرص، فقال ابن القاسم فى
الجنون: هو عيب؛ لأنه تكثر رجعته. وقال أشهب: إذا برئ حتى أمنت عودته، فليس
بعيب.

فصل: وقوله: «وإنما تكون القيمة يوم اشترى العبد»، يريد فى الرد والإمساك؛ لأنه
إذا زاد، فعليه قيمة الجزء الذى تلف عنده يوم الشراء، إلا أنه فى ذلك ضمنه، وإن أراد
التمسك، فعليه أن يرجع بقيمة عيب التدليس؛ لأن الجزء الذى دلس بنقصه إنما دفع
قيمة الثمن على قيمة قدره من المبيع ذلك اليوم، فإنما الرجوع بقدره ذلك اليوم من
الثمن الذى دفع فى الجملة.

قال مالك: الأمرُ المُجتمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ رَدَّ وَلَيْدَةً مِنْ عَيْبٍ وَجَدَهُ بِهَا
وَكَانَ قَدْ أَصَابَهَا أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ بِكْرًا فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَإِنْ كَانَتْ ثِيًّا،
فَلَيْسَ عَلَيْهِ فِى إِصَابَتِهِ إِيَّهَا شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ كَانَ ضَامِنًا لَهَا^(١).

قال مالك: الأمرُ المُجتمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ بَاعَ عَبْدًا أَوْ وَلَيْدَةً أَوْ حَيَوَانًا بِالْبَرَاءَةِ
مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ أَوْ غَيْرِهِمْ، فَقَدْ بَرِيَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فِيمَا بَاعَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلِمَ فِى
ذَلِكَ عَيْبًا فَكَتَمَهُ، فَإِنْ كَانَ عَلِمَ عَيْبًا فَكَتَمَهُ لَمْ تَنْفَعَهُ تَبَرُّتُهُ، وَكَانَ مَا بَاعَ مَرْدُودًا
عَلَيْهِ^(٢).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٥٤/١٩.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٤٥/١٩، وقال: هكذا هو فى الموطأ عند أكثر الرواة =

الشرح: وهذا كما قال أن من أصاب وليدة وجد بها عيباً، فإنها إن كانت بكرًا، فأذهب عذرتها، فإن عليه ما نقصها، إن أراد ردها بالعيب، وكانت ممن ينقصها الافتضاض؛ لأن وخش الرقيق لا ينقصه، وربما زاد ذلك فيهن.

وإن كانت ثيبًا، ردها، ولا شيء عليه لو طئه إياها، وقد تقدم ذلك كله، وليس عليه رد مهر في بكر ولا ثيب. وروى القاضى أبو محمد، عن ابن أبى ليلى، وروى عن شريح: أنه أوجب فى ذلك مهر الرد معها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أن هذا وطء صادف ملكًا، فلم يوجب مهرًا. أصل ذلك إذا فاتت.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْجَارِيَةِ تَبَاعُ بِالْجَارِيَتَيْنِ ثُمَّ يُوجَدُ بِإِحْدَى الْجَارِيَتَيْنِ عَيْبٌ تُرَدُّ مِنْهُ، قَالَ: تُقَامُ الْجَارِيَةُ الَّتِي كَانَتْ قِيمَةَ الْجَارِيَتَيْنِ، فَيُنْظَرُ كَمْ ثَمْنُهَا، ثُمَّ تُقَامُ الْجَارِيَتَانِ بِغَيْرِ الْعَيْبِ الَّذِي وَجَدَ بِإِحْدَاهُمَا، تُقَامَانِ صَحِيحَتَيْنِ سَالِمَتَيْنِ، ثُمَّ يُقَسَّمُ ثَمْنُ الْجَارِيَةِ الَّتِي بِيَعَتْ بِالْجَارِيَتَيْنِ عَلَيْهِمَا بِقَدْرِ ثَمْنِهِمَا حَتَّى يَقَعَ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حِصَّتُهَا مِنْ ذَلِكَ عَلَى الْمُرْتَفَعَةِ بِقَدْرِ ارْتِفَاعِهَا، وَعَلَى الْأُخْرَى بِقَدْرِهَا ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى الَّتِي بِهَا الْعَيْبُ، فَيُرَدُّ بِقَدْرِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهَا مِنْ تِلْكَ الْحِصَّةِ، إِنْ كَانَتْ كَثِيرَةً أَوْ قَلِيلَةً، وَإِنَّمَا تَكُونُ قِيمَةُ الْجَارِيَتَيْنِ عَلَيْهِ يَوْمَ قَبْضِهِمَا^(١).

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن من ابتاع جارية بجاريتين، ثم وجد مبتاع الجاريتين بإحدهما عيبًا، فإنه تقوم الجارية التي كانت ثمن الجاريتين، فينظر كم ثمنها، يريد قيمتها، وإنما يحتاج إلى ذلك ليتوصل بذلك إلى معرفة ما يعيب كل واحدة من الجاريتين من الثمن فى بيعه المتقدم، وهى قيمة الجارية المنفردة.

فصل: وقوله: «ثم تقام الجاريتان بغير العيب، الذى وجد بإحدهما سالمين منه»؛ أنهما إنما كانتا ثمنًا للجارية الواحدة التى تقدم تقويمها، وهما سالمتان؛ لأنه على ذلك اشتراهما بائع الجارية، وإنما تقوم كل واحدة منهما مفردة، ليعلم قيمة كل واحدة منهما.

=فيمن باع عبدًا، أو وليدة، أو حيوانًا بالبراءة. وكان مالم يفتى به مرة فى سائر الحيوان، ثم رجع عنه إلى أن البراءة لا تكون فى شيء من الحيوان إلا فى الرقيق.
(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٥٧/١٩.

١١٢ كتاب البيوع

فبذلك يتوصل إلى ما يريده، ثم يجمع القيمتان، ثم يعلم كم مبلغ قيمة كل واحدة من الجاريتين من قيمتهما، فإن كانت قيمة التي بها العيب ثلث الجملة، وقيمة الأخرى الثلثين، ردها، ورجع بقدرها.

وبيان ذلك أنه لا يخلو أن تكون الجارية التي هي من ثمن الجاريتين باقية على حالها لم تفت، أو تكون قد فاتت بزيادة أو نقصان، أو اختلاف أسواق، فإن كانت قائمة لم تفت نظر إلى الجارية التي وجد بها العيب.

فإن كانت أفضل الجاريتين، رد الجاريتين، وأخذ جاريته، وإن كانت أدون الجاريتين رد المعيبة بما يصيبها من قيمة الجارية المفردة بيد مبتاعها، وهذا معنى ما فى المدونة من ذلك.

وروى إسماعيل القاضى، عن ابن الماجشون: أن الذى وجد العيب لا يرجع فى عين ما باع، وإن وجد العيب بجميع ما أخذ، والذى أعطى لم يفت، وإنما يرجع بقيمته.

وإن تساوت الجاريتان، ففي المدونة عن ابن القاسم فى البعدين المتكافئين، يصيب المبتاع بأحدهما عيباً أو يستحق، فإنه يردده، ويأخذ ما يصيبه من الثمن، وقاله غير ابن القاسم فى البعدين والشاتين وقتلى الخلل.

مسألة: وإن فاتت الجارية بزيادة أو نقصان، لزم فيها البيع، وكان التراجع فى قيمتها على حسب ما قدمناه، إلا أنه ينظر المعيبة من الجاريتين، فإن كانت الأرفع ردها، ورجع بجميع الجارية المفردة.

وإن كانت المعيبة هى الأدون، ردها مفردة، ورجع بقيمتها مع قيمة الجارية المفردة، ولزمه البيع فى الجارية الثانية التى هى أرفع الجاريتين.

مسألة: فإن كانت الجارية المفردة لم تفت، ولا تغيرت فى بدنها، وإنما تغيرت فى أسواقها بزيادة أو نقصان، فقد قال ابن القاسم: إن ذلك فوت يمنع الرجوع فى عينها كتغير البدن.

فصل: «وإنما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما»، يريد يوم خروج الجارية المفردة، وإن كانت السالمة هى الرائعة من عهدة المواضعة؛ لأنه حينئذ يصح قبضه للجاريتين، إن لم يثبت فيها حكم المواضعة.

وإن ثبت فيها حكم المواضعة، فمتى يخرجان منها، وإنما قال فى هذه المسألة: يوم

كتاب البيوع ١١٣
القبض، بخلاف ما تقدم قبله في مسألة العبد والوليدة من التقويم يوم البيع؛ لأنه ينافى
مسألة العبد والوليدة، على أنه ليست فيهما مواضعة.

والكلام في هذه المسألة على رقيق فيهم المواضعة أو عهدة الثلاث، فإنما تلزمه القيمة
بعد ذلك، ونحن نحتاج أن نبين حكم المواضعة، وما يتعلق بها، وفيها ستة أبواب، الباب
الأول: في تبين معنى المواضعة ولزومها. والباب الثاني: في محلها من المعقود عليه.
والباب الثالث: في محل المواضعة من العقود. والباب الرابع: في محل المواضعة من
المعقود عليه. والباب الخامس: في تبين حكم الحوادث. والباب السادس: في بيان ما
تخرج به المواضعة.

* * *

الباب الأول في بيان معنى المواضعة ولزومها

قال أحمد بن المعذل في المبسوط: المواضعة أن توضع الجارية إذا بيعت على يد امرأة
معدلة حتى تحيض حيضة، فإن هي حاضت كمل البيع، وإن لم تحض، وظهر بها حمل،
فسخ البيع.

مسألة: وحكم المواضعة ثابت في الرقيق في كل بند، قال أشهب في العتبية
والمواضعة: أرى أن يحمل الناس على المواضعة. قال ابن عبدوس: لما يتقى فيها من
الحمل.

* * *

الباب الثاني في تبين محلها من العاقدين

وذلك أن البائع للجارية، سواء كان مالكةا أو غيره، من سلطان أو وكيل أو
وصى، لا بد من المواضعة لما ذكرناه.

مسألة: ومن باع شقص جارية، ففي المبسوط عن مالك: عليه المواضعة. قال ابن
القاسم في المدونة: وكذلك لو أقال منه.

وجه ذلك أنه يجب عليه تسليم ذلك الجزء الذي باعه سالماً من الحمل.

مسألة: والمسافر الحاج وغيره إذا باع الجارية، فعليه المواضعة، رواه ابن المواز، عن
مالك، قال: وكذلك أهل منى. قال: وكذلك المجتاز والمرأة. ووجه ذلك ما قدمناه.

مسألة: وإذا كان البائع قد غاب عن الأمة، وهو ممن يطأ مثله، فلا خلاف على

١١٤ كتاب البيوع

المذهب فى وجوب المواضعة، فإن كان لم يغيب على الأمة، وفى حكم من لم يغيب عليها مثل أن يقبل من جارية أو من على مواضعتها، أو وضعت على يدي غيره.

فإن أقال منها أو ولاها قبل أن يغيب عليها أو قبل أن تنقضى مواضعتها، فلا مواضعة فيها؛ لأن البائع فى مثل هذا كان ضامناً لها، ومتى رجعت إليه فى مدة ضمانه لها، فلا مواضعة على المشتري فيها.

وكذلك لو باعها المشتري من بائعها أو من غيره بربح، فلا مواضعة عليه، ولا استبراء على المشتري؛ لأنها على يدي عدل تعلم به براءتها، ولم يغيب عليها بعد البراءة من لم يؤمن عليها، وكذلك من باع جارية ممن هى على يده وديعة بعد أن حاضت عند المودع عنده.

مسألة: فإن غاب عليها غير من وضعت عنده للاستبراء، وكان البائع لها ممن لا يطمأ مثله كالصبي الصغير والمرأة، فالظاهر من المذهب وجوب المواضعة، لا يجوز منها حمل لا يلحق بزواج ولا زنى ظاهر، فلم يدخل المتبايع عليه، وهو ممن ينقص معظم الثمن، وأما الزانية المشهورة بذلك أو ذات الزوج، فلا ينقص من ثمنها إلا اليسير، فلا مواضعة فيها.

* * *

الباب الثالث فى محل المواضعة من العقود

حكم المواضعة ثابت فى البيع بالنقد أو فى الثمن المؤجل. وأما فى ابتياع الأمة من دين على الأمة، فلا يجوز أن يثبت فيها حكم مواضعة، وإن كانت من الإماء اللاتى لا يجوز بيعهن، إلا بالمواضعة لا يجوز ذلك فيها، وبطل العقد لما يدخله من فسخ الدين فى دين، قاله ابن القاسم.

وروجه ذلك أن المتبايع كان له على البائع دين، فنقله فى جارية، لم ينتجز نقل الدين إلى عينها لما بقى فيها من حكم المواضعة التى لا يكمل البيع، وتبرأ به ذمة البائع، إلا بكمالها، فلم تبرأ ذمة البائع من دين، ولا بقيت مشغولة به على حسب ما كانت قبل البيع؛ لأنها قبل البيع كانت مشغولة بدين محض، وحبس معلوم، وبعد البيع صارت مترددة بعد البراءة من الدين، إن سلمت الجارية فى المواضعة والاشتغال به إن لم تسلم.

وهذا معنى فسخ الدين فى الدين أن لا تبرأ الذمة من الدين الأول، ولا تبقى

كتاب البيوع ١١٥
مشغولة به على الصفة التي كانت مشغولة به قبل الفسخ، ويتخرج على قول أشهب،
جواز ذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان البيع بيع براءة، فقد قال ابن القاسم: حكم المواضعة ثابت فيها لا
يسقط بالبراءة. وقال ابن المواز: وقال مالك في العتبية: ولو بيعت بيع ميراث، فلا بد
من المواضعة. وقال ابن المواز: باعها سلطان أو غيره.

ووجه ذلك أن البراءة من الحمل لا تجوز، لاسيما مع إقرار البائع بالوطء، والمواضعة
إنما هي لمعنى ما يحدث من الحمل، فلا بد من ثبوتها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن شرطاً في بيع جوارى المواضعة، أن لا مواضعة بينهما، فإنه على
وجهين، أحدهما: أن لا يشترط البراءة من حمل إن كان بها. والثاني: أن يشترط ذلك،
فإن لم يشترط البراءة من حمل، فإن ظهر بها، بطل الشرط، وثبت عقد البيع، وثبت
حكم المواضعة، وبه قال ابن القاسم في المدونة وغيرها.

وهو قول جماعة أصحابنا غير الشيخ أبي بكر، فإنه قال في المختصر الكبير: إن البيع
يفسد بذلك، وهو مبنى على قول أصحابنا في صحة العقد أو فساده في نقل الضمان
المختلف في محله عن عرفه، وقد قدمنا ذكره.

فرع: فإذا قلنا بإبطال الشرط، وصحة العقد، فقد قال ابن حبيب: يخرج من يد
المشتري، ويجرى فيها حكم المواضعة، فإن لم ترفع أمرها حتى ماتت، ففي المدونة: إن
كان ذلك في مدة المواضعة، فهي من البائع، وإن ماتت بعد ذلك، فهي من المبتاع.

وحكى القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه عن مالك: إن ماتت فى عهدة الثلاث،
فهي من البائع، وإن ماتت بعدها فى مدة الاستبراء، فهي من المشتري.

وجه الرواية الأولى لما بطل الشرط فى ترك المواضعة ثبت حكمها، وكانت عند
المشتري بمنزلة أن يؤتمن على استبرائها.

ووجه الرواية الثانية أنه لما شرط إبطال المواضعة، لم يبطل ذلك، إلا بحكم حاكم،
فإذا ماتت قبل ذلك كانت بمنزلة وحش الرقيق الذى لا مواضعة فيه.

فرع: فإذا قلنا بمراعاة مدة الاستبراء، فكم قدرها؟ قال ابن المواز: الشهر ونحوه،
ولم يفصل. وقال ابن حبيب: إن كانت أيام حيضتها معروفة فقدرها، وإن لم تكن
معروفة، فأغلب أحوال النساء، وهو الشهر.

١١٦ كتاب البيوع

قال: وهو فى الموت خاصة، وأما إن جاء بها بعد شهرين أو ثلاثة، يريد ردها بعيب تأخير الحيض أو بعيب حدوثه، وزعم أنها لم تحض، صدق.

مسألة: وأما النكاح بالأمة الرائعة التى تحيض، فحكم المواضعة.

مسألة: فأما الإقالة، فإن حكم المواضعة ثابت فيها، إذا حدثت الإقالة بعد انقضاء المواضعة من البيع؛ لأن الإقالة بيع حادث يلزم البائع الثانى فيها من ضمان الجارية فى مدتها ما لزم البائع الأول فى مدة المواضعة الأولى، ويتقى من ظهور حملها فيها ما اتقى من ظهوره فى الأولى.

مسألة: وأما الرد بالعيب، فإن كان قبل انقضاء المواضعة من البيع، فلا خلاف أنه لا مواضعة فيه؛ لأنها باقية على ضمان الأول، وإن كان بعد انقضاء المواضعة من البيع، فقد قال ابن القاسم: فيه المواضعة للبائع على المشتري الذى يرد بالعيب. وقال أشهب: لا مواضعة فيه.

وجه ما قاله ابن القاسم أن هذه أربعة يلزم فيها المواضعة بانتقال الملك بالمواضعة، كما لو بيعت.

وجه ما قاله أشهب أن هذا نقض بيع، وليس بيع مبتدأ، ولا عقد، وهذا الحكم يختص بالعقود دون فسخها.

* * *

الباب الرابع فى محل المواضعة من العقود عليه

أن المواضعة ثابتة فى الرائعة من الإماء التى مثلها يوطأ، وليست بظاهرة الحمل، ولا معارضة لحمل يتبعها فى البيع كذات الزوج والمجاهرة بالزنا، وأخصر من هذه العبارة أنها ثابتة فى الجارية التى ينقص الحمل من ثمنها الكثير، فإن الصغيرة لا يصح فيها الحمل، وذات الزوج والمشهورة بالزنا، لا ينقص الحمل من ثمنها الكثير.

وأما وخش الرقيق، قال ابن القاسم، عن مالك فى المبسوط: من الزنج وما أشبههن، فلا يلزم فيهن ذلك. واحتج لذلك بأن الرائعة ينقص الحمل معظم ثمنها، والوخش لا ينقص ثمنها، فإن نقص، فينقص منه اليسير والغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره.

فرع: قال مالك: وما كانت بثمن خمسين أو ستين، فهى من المرتفعات، وهذا إنما

كتاب البيوع ١١٧
هو بحسب اختلاف الأوقات، وإنما ينظر في ذلك إلى ما جرت العادة أن يتخذ مثلها للوطء، فهي الرائعة التي يثبت فيها حكم المواضعة، وإذا كانت ممن لم تجر العادة باتخاذها لذلك، وإنما تتخذ للاستخدام، فهي من الوحش، ولا يثبت فيها حكم المواضعة.

مسألة: وإذا كانت الأمة المبيعة ذات زوج أو معتدة من طلاق، فلا مواضعة فيها. قال أحمد بن المعذل في المبسوط: لأنها لم تشتت للوطء، فلا يثبت فيها حكم المواضعة، وهذا معنى صحيح؛ لأن الوحش لم يثبت فيها حكم المواضعة لما لم يكن المقصود منها الوطء.

مسألة: وإن كانت حاملاً، ظاهرة الحمل، ففي المدونة من قول مالك: لا مواضعة فيها.

ووجه ذلك أن المواضعة إنما هي خوف الحمل وتوقعه، فإذا كان حملها ظاهراً، فهو بمنزلة العلم بالعيب، فلا يصح الرد به ولا التزامه به.

فروع: فإن اشترى جارية ظاهرة الحمل على ما تقدم في ذلك من نفى المواضعة، ثم انفس الحمل، وظهر أنها حامل، فأنها لا ترجع إلى حكم المواضعة، قاله ابن القاسم في المدونة. واحتج لذلك بأن للبائع أن يقول: بعتك حاملاً، ولا أدري ما حدث بعد ذلك، وله أن يقول: بعتك ما جاز لي فيه الانتقاد، وقد انتقدت.

مسألة: وأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، فلا مواضعة فيها؛ لأنها ممن لا يتقى عليها الحمل، فلا تجب فيها مواضعة؛ لأن مواضع المواضعة لما يتقى من الحمل عليها، فإن كانت توطأ، ولا يحمل مثلها، فقد قال ابن القاسم: فيها المواضعة. وقال مطرف وابن الماجشون: لا مواضعة فيها.

وجه قول ابن القاسم أن من يصح وطؤها لا يكاد أن يتميز وقت تجويز الحمل عليها، فاختلط لذلك كما احتيط بالعدة من الوفاة في حق الصغيرة التي لا تحمل لما لم يتميز ذلك.

ووجه قول مطرف وابن الماجشون أنه إذا اتفق على أنها لا تحمل، فلا معنى للمواضعة، والله أعلم.

* * *

الباب الخامس فى حكم الأمة فى مدة المواضعة وأن ضمانها من البائع

ويلزم البائع نفقتها، وجميع مؤنتها، والسنة فى ذلك أن توضع على يد امرأة. وقال أشهب فى كتاب ابن المواز: تكون امرأة عدلة.

ووجه ذلك أن المرأة يقبل قولها فى حيضتها، ويمكنها النظر إليها، وإن وضعت على يد رجل، أجزأ ذلك، إذا كان له عيال ينظرون إليها.

مسألة: وما لحق الأمة فى مدة المواضعة من موت أو نقص جسم، فهو من البائع، وللمبتاع فى الموت إمساك الثمن وارتجاعه، إن كان أخرجه من يده، وفى النقص خيار الرد بالعيب أو الإمساك.

وأما ما كان من غير جسدها كالزنا والسرقة، فجمهور أصحابنا على أن له الرد بذلك. وحكى ابن حبيب، عن أصبغ: لا يردها به.

وجه قول الجمهور أن هذا لو كان أقدم من أمد التبائع لرد به، فإذا حدث فى مدة المواضعة، كان له الرد به كنقص الجسم.

ووجه قول أصبغ أن مثل هذا يمنع البائع بيعها؛ لأنها متى أرادت البقاء عنده أحدثت مثل هذا فى مدة المواضعة، فترد عليه، وما كان بهذه الصفة، وجب أن يمنع منه.

مسألة: وما حدث لها من مال بهبة أو وصية أو عطية، فهو للبائع إن كان لم يستثن منه مالها؛ لأن كل من لزمه ضمانه كان لها ما ثبت من مال، وأما ما حدث لها من ولد، فقد قال ابن القاسم: هو للمبتاع. وقال أشهب: هو للبائع.

وجه قول ابن القاسم أنه نماء من جنس المبيع، فأشبهه الثمن.

ووجه قول أشهب أنه نماء منفصل فى مدة المواضعة، فكان للبائع كنماء المال.

مسألة: ومن اشترى جارية رائعة بالمواضعة فيها ورضى بالحمل بعد صحة العقد، فقال ابن القاسم: له ذلك، وإن أباه البائع. وقال سحنون: ليس له ذلك.

وجه قول ابن القاسم أن كل عيب يجوز للمبتاع الرضا به بعد ظهوره، فإنه يجوز له الرضا به قبل ظهوره، وإسقاط المطالبة كسائر العيوب.

ووجه قول سحنون ما احتج به من أن المبتاع إنما أسقط ما وجب له من الضمان على البائع لتعجيل الخدمة.

الباب السادس فى بيان ما تنقض به المواضعة

المواضعة تكون بأحد شيئين، بمحيط أو شهور، فأما الحيض، فالذى يجزئ منه حيضة واحدة؛ لأن بها تحصل غلبة الظن ببراءة الرحم، وليس يتعلق بها معنى من العبادة، ولا حرمة الحرية، فلذلك لم يتكرر الحيض فيها تكرره فى العدة.

فإن كان الابتياح بعد ابتداء الحيضة، فإن كان فى أول الدم، وعظم الحيضة، أجزأ ذلك من المواضعة، فإن كان الابتياح فى آخر الحيضة، وبعد أن ذهب معظم الدم، لم تقع به البراءة، واستؤنفت بعد المواضعة.

ووجه ما احتج به ابن القاسم من أن الرحم فى ذلك الوقت لا يقبل المنى، بل يقذف بالدم، وآخر الحيض يقبل المنى، فلذلك افترقا.

فرع: وكم مقدار ما تقع به البراءة من الحيضة الباقية، قال ابن المواز: إن بقى منه مقدار ما يعرف أنه حيضة، أجزأه.

ويحتمل قوله هذا أمرين، أحدهما: أنه إن بقى منه مقدار أقل الحيض، أجزأه، ولذلك قال فى آخره: وإن كان إنما بقى منه اليوم واليومان، لم يجزه. والثانى: إن كان فى وقت يرى أن الرحم يرمى الدم، ولا يقبل المنى، فهو براءة، فإن كان غير ذلك، فإنما هى مدة يسيرة لاستقصاء بقايا الدم، وذهاب أمره، فليس براءة.

مسألة: وإن كانت الحيضة بعد الابتياح، فلا يخلو أن تأتى على المعهود أو تتأخر عنه، فإن أتت على المعهود، فإنه تتم المواضعة، وإن كانت بعد التبابع بلحظة؛ لأننا قد قلنا إنه إذا كان التبابع فى أول الحيضة أن المواضعة تتم بتلك الحيضة، فبأن تتم إذا كان جميع المواضعة بعد الحيض أولى.

مسألة: فإن كانت ممن تحيض، فارتفعت حيضتها، فاختلف أصحابنا فيها، فروى ابن وهب: أن براءتها لتسعة أشهر، لا تنقص من ذلك. وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا: إن براءتها ثلاثة أشهر، إلا أن ترتاب، فتقيم تمام تسعة أشهر، ولم تبرأ إلا أن يظهر بها حمل.

ووجه رواية ابن وهب أن ارتفاع الحيض ربية، فوجب أن تبرص له مدة الحمل، وهى تسعة أشهر. وأصل ذلك ارتفاع حيض المطلقة.

ووجه رواية ابن القاسم أن ارتفاع الحيض بمجرد ليس بربية؛ لأنه قد يرتفع بمعرض ورضاع وغير ذلك، فالثلاثة أشهر تنوب عنه كالحيضة.

١٢٠ كتاب البيوع
مسألة: وهذا فيمن كانت عاداتها أن يتكرر حيضها قبل الثلاثة الأشهر، فأما من كانت حيضتها تبطن عنها أكثر من ذلك، فلا يخلو أن تكون عاداتها أقل من تسعة أشهر أو أكثر منها.

فإن كانت عاداتها أقل من تسعة أشهر، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: أن ثلاثة أشهر تبرئها. وروى عنه يحيى: لا يبرئها إلا الحيض، وإلا رفعت إلى ثلاثة أشهر، وإن استبرئت.

وجه رواية عيسى بن دينار أن من كانت لا تحيض في ثلاثة أشهر، فإن ثلاثة أشهر تبرئها كالتى لا تحيض إلا في أكثر من تسعة أشهر؛ لأن الأشهر الثلاثة براءة لكل من لا رية بها.

وجه رواية يحيى أن من كانت عاداتها في الحيض أكثر من ثلاثة أشهر، ودون التسعة، فإن الثلاثة لا تبرئها؛ لأن هذه حالها التي لا تبرئ قط في الحمل وغيره، فلا يستدل بها على براءتها.

مسألة: فإن كانت عاداتها أكثر من تسعة أشهر، فلا خلاف على المذهب نعلمه أن ثلاثة أشهر تبرئها، إلا ما قال ابن حبيب: أن من تحيض لأكثر من ثلاثة، فإنها لا يبرئها إلا الحيضة، ولم يفصل.

وجه قول الجمهور أن من تأخرت حيضتها أكثر من تسعة أشهر، فإن تأخرها ليس بريية ولا يفيد وضعها إلى تسعة أشهر إلا ما يفيد وضعها إلى ثلاثة أشهر، فلا معنى للإضرار بالمتبايعين.

وجه رواية ابن حبيب أن من تحيض لا يبرئها إلا الحيض المعتاد، إلا أن تتأخر عن عدتها، فتنقل إلى الأشهر، كما لو حاضت لشهر.

فصل: إذا ثبت الاستبراء، والمواضعة تقع بانقضاء مدة المواضعة، وذلك بظهور الحيض، فإن بأول الدم قد خرجت عن ضمان البائع، وسقطت سائر أحكام المواضعة، وتقرر ملك المشترى عليها، وهل يحل له الاستمتاع بها أو لا؟ قال ابن القاسم في المدونة: له ذلك لأول ما تدخل في الدم، ويحكى على قول أشهب في كتاب إرخاء الستور: أنه يستحب له أن يؤخر ذلك حتى يعلم أن ما رأته من الدم حيضة.

فصل: وأما المواضعة بالأشهر، ففي من لا تحيض لعدة أو لئاس، فأما من لا تحيض

كتاب البيوع ١٢١
لعلة وريية، فقد تقدم ذكرها، وأما من لا تميض لياس، فهذه مواضعها ثلاثة أشهر،
وبه قال سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز.

وقال أبو حنيفة والشافعي: يجزئ من ذلك شهر واحد. وقال عمر بن الخطاب
وعلى ابن أبي طالب وسعيد بن المسيب، رضى الله عنهم: شهر ونصف، وقيل شهران.
والدليل على صحة ما ذهبوا إليه أن المبدل لا يختلف، وإن اختلفت مقادير مبدلاته مع
اتفاق معانيها كالتيمم لا يختلف مقداره باختلاف مقدار الوضوء والغسل لما كان
معناها واحداً، والله أعلم.

فصل: إذا ثبت ما ذكرنا من تفسير أحكام المواضعة، فإن قوله: «وإنما تكون قيمة
الجاريتين عليه يوم قبضهما، فإن من باع جارية بجاريتين» لا يخلو أن تكون الثلاث
الجوارى من أعلى الرقيق أو وخشه، فإن كن من أعلى الرقيق ثبت حكم المواضعة فى
جميعهن، ثم ينظر فى الجاريتين اللتين هما عوض الجارية الواحدة.

فلا بد أن تكونا مستويتين أو إحداهما أرفع من الأخرى، فإن هلكت المنفردة أو
الرفيعة من الاثنتين فى المواضعة، انتقض البيع كله؛ لأن الهالكة منهما من ضمان البائع،
فرجع العوض إلى صاحبه، وما أصاب الرفيعة من الثنتين، فالدنية تبع لها.

وإن هلكت الدنية من الثنتين، فقد روى ابن المواز، عن ابن القاسم: ينتقض البيع
كله أيضاً. وروى هو وعيسى، عن ابن القاسم: أن الدنية من بائعها يرجع بقدر قيمتها
من قيمتها، وقيمة التى معها فى قيمة المنفردة لضرورة الشركة، واختاره محمد.

وجه الرواية الأولى أن هلاك الجارية قبل إبرام البيع فى عوضها يوجب نقض العقد
كله دون مراعاة يسير ما هلك منه بخلاف ما وجد به العيب بعد إبرام العقد، فإنه لا
يتعدى نقض اليسير منه إلى غيره.

وجه الرواية الثانية أن امتناع التسليم فى يسير المبيع لا يوجب نقض البيع فى
جميعه، إذا لم يحدث نقصاً فى غيره كالاتحاق.

مسألة: وإن كانتا متساويتين، فإن تبايعا بجاريتين تواضعاهما.

مسألة: وإن تبايعا جارتين، فتواضعاهما فحاضت إحداهما قبل الأخرى، فقد روى
ابن القاسم أن التى حاضت توقف كالثمن الموضوع. وروى عبد الملك، عن مالك فى
المبسوط: يقبضها ربها، وتبقى الأخرى على حكم المواضعة.

١٢٢ كتاب البيوع

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أنها كالثمن الموضوع، لا يجوز لمبتاعها أن يقبضها حتى يسلم عوضها من المواضعة، وذلك مبنى على أن الرجوع فى عينها، إن لم يسلم عوضها.

ووجه رواية عبد الملك ما قاله أن هذه قد كمل فيها البيع، فإن سلم العوض تم البيع فيهما، وإن عرض لها مانع مضت الأولى بقيمتها، وكانت كجارية تجارية استحقت إحداها، أو ردت بعيب، وقد لزمتم مشتريها. وقال عبد الملك: ولو حدث بها الحادث قبل أن تحيض واحدة منهما فسخ البيع؛ لأن إحداها لم تضمن بالقيمة.

فصل: ثم نرجع إلى شرح المسألة، قوله: «ثم ينظر إلى التى بها البيع، وترد بقدر التى وقع عليها من تلك الخيضة إن كانت كثيرة أو قليلة»، اختار بصفة التراجع فى الجملة، ولم يبين الخيضة إن كانت فى العين أو غيرها، وقد قدمنا ذكر ذلك وبيانه، وبالله تعالى التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْعَبْدَ فَيُؤَاجِرُهُ بِالْإِجَارَةِ الْعَظِيمَةِ أَوْ الْقَلَّةِ الْقَلِيلَةِ، ثُمَّ يُوجَدُ بِهِ عَيْبٌ يُرَدُّ مِنْهُ، إِنَّهُ يُرَدُّ بِذَلِكَ الْعَيْبِ، وَتَكُونُ لَهُ إِجَارَتُهُ وَغَلَّتُهُ، وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي كَانَتْ عَلَيْهِ الْجَمَاعَةُ بِلَدِينَا، وَذَلِكَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا ابْتَعَ عَبْدًا، فَبَنَى لَهُ دَارًا قِيمَةً بِنَائِهَا ثَمَنُ الْعَبْدِ أَوْ ضَعْفًا ثُمَّ يُوجَدُ بِهِ عَيْبٌ يُرَدُّ مِنْهُ، رَدَّهُ، وَلَا يُحْتَسَبُ لِلْعَبْدِ عَلَيْهِ إِجَارَةٌ فِيمَا عَمِلَ لَهُ، وَكَذَلِكَ تَكُونُ لَهُ إِجَارَتُهُ إِذَا آجَرَهُ مِنْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لَهُ وَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن الغلة للمبتاع، وله الرد بالعيب دونها، والرجوع بجميع الثمن، وذلك أن ما يحدث فى عين المبيع على ضريين، ظاهر حين العقد، وغير ظاهر.

فالظاهر كثمره نخلة مأبورة، والصوف الكامل على ظهور الغنم، ففى رد مثل هذا مع العيب المردود بالعيب اختلاف بين أصحابنا، قال ابن القاسم: يرد. وقال أشهب: لا يرد بشيء من ذلك، وهو للمبتاع إذا انفصل عنه قبل الرد بالعيب.

ووجه قول ابن القاسم أن للثمره على هذه الحال، وللصرف حصة من الثمن؛ لأنه لو استحق شيء من ذلك كان للمبتاع الرجوع بقدر ذلك من الثمن، نص عليه محمد ابن سلمة.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٥٨/١٩.

كتاب البيوع ١٢٣

ووجه قول أشهب أن هذه غلة انفصلت من المبيع قبل الرد بالعيب، فلم ترد معه كاللبن في ضروع الغنم يوم البيع. قال ابن المواز: ولم يختلف أشهب وابن القاسم فيما كان من اللبن في ضروع الغنم عند البيع؛ لأنه لا يرد معها.

فرع: وإذا قلنا بقول ابن القاسم، فإن للمبتاع إذا رد الثمرة أجر السقى والعلاج.

ووجه ذلك أنه لما وجب عليه رد الثمرة كان له أجر العمل الذى يختص بها، وإنما يكون له عندى من العمل أجر ما لو رد الثمرة لم يعلمه؛ لأنهم لم يذكروا فى مسألة الغنم الرجوع بالعمل، ونحن نعلم أن للمراعى، والسقى عليها تأثيراً فيها، ولا يرجع من ذلك كله بشيء، وإنما يرجع بالجز عندى، ولم أر فى شيء من ذلك نصاً لأصحابنا.

فرع: فإن كانت الثمرة والصفوف حاضرين، فقد ذكرنا فى مذهب ابن القاسم أنه يرد معها، فإن تلفا قبل الجز، فلا ضمان عليه عند ابن القاسم؛ لأن المبتاع يقبضهما، وكذلك مال العبد قبل الانتزاع، وإن تلف بعد الجذ والانتزاع، فعلى المبتاع رد ذلك، إن عرف قدرهما، رد مثلهما بالكيل والوزن، وإلا غرم قيمتهما.

ولا يجوز أن تتركأ عنده بحصتهما من الثمن، وإن كانت أكثر قيمة من المبيع؛ لأنه لا يجوز إفراد الثمرة قبل بدو الصلاح بالبيع، ولا صفوف الغنم قبل الجز بشرط التبقية، ولو أبقى ذلك عنده بما يصيبه من الثمن لكان إفراداً له بالبيع.

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب، فيما تكون الثمرة أو الصفوف للمبتاع؟ الظاهر من المذهب أن يكون ذلك بالجد أو الجز وهو الذى يتطرق فى أثناء كلامه؛ لأن بذلك يتم قبضه وانفصاله من المبيع.

مسألة: فإن كان النماء غير ظاهر حين العقد، فإنه لا يخلو أن يكون عيناً أو منفعة، فإن كان عيناً، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون من جنس المبيع. والثانى: أن يكون من غير جنسه، فإن كان من جنسه كالولد، فإنه يرد من ذلك مع الأم ما كان من الحيوان. وقال الشافعى: لا يرد شيء من ذلك مع الأم.

والدليل على ما نقوله أن هذا نماء من جنس المبيع، فلم يجز إمساكه مع رد المبيع بالعيب كالسمن.

فرع: فإن كان ذلك حاضراً رده مع المبيع، وإن كان أكله رد قيمته، وإن باعه رد ثمنه، رواه ابن المواز، عن ابن القاسم.

١٢٤ كتاب البيوع

وروى عيسى، عن ابن القاسم فى الذى يبيع الشاة حاملاً، فتلد عند المبتاع، ويأكل سخلتها: أنه بالخيار بين أن يردها وقيمة الولد، أو يمسكها، ويأخذ قيمة العيب، قال: وجه ذلك أن قيمة الولد ربما كانت أكثر من قيمة العيب.

روى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة: أن المشتري بالخيار بين أن يردها، وما نقصتها الولادة؛ لأنها كانت ترجى يومئذ لولدها أو يمسكها، ويأخذ قيمة العيب.

ووجه رواية ابن المواز أنه نماء من جنس المبيع المعيب، فوجب أن يتبعه بالرد بالعيب كالسمن، ولا يقتضى هذا القول أن حدوث الولد لا يثبت للمبتاع الخيار فى الإمساك، والرجوع بقيمة العيب.

ووجه قول ابن القاسم فى المدنية أن هذا نماء من جنس المبيع، فوجب أن يرده أو يمسك ما اشتراه معيئاً، فإذا اعتد بذلك النماء ثمناً، كان له أن يرد ذلك الثمن مع المعيب أو يمسك المعيب، ولا شىء له كما كان له ذلك حال وجود ذلك له.

فهذا الخيار إنما يعود إلى الإمساك والرد فقط، وهذا الخيار الذى ثبت له بوجود العيب، وإن لم تتعين العين المبيعة.

ووجه قول ابن كنانة أن الولد من جنس العين كالسمن، فيثبت به الخيار، ولا يجب أن يرد قيمته كما لا يرد قيمة السمن إذا ذهب، ولكنه لما دخل الأم النقص بالولادة، ثبت له الخيار بين أن يمسك، ويرجع بقيمة العيب، أو يرد ويرد ما نقصتها الولادة، فجعل التأثير للولادة لا للولد.

مسألة: وإن كان من غير الجنس كالثمرة التى لم تؤبر حين العقد والصوف الذى يثبت بعد العقد، فلا خلاف على المذهب أنه لا يرد من ذلك شىء مع الأصل. وقال زفر: يرد جميع ذلك.

وجه ما قلنا أنه نماء من غير جنس المبيع، فلم ترد بعد الانفصال كأجرة العمل.

فرع: ومتى يكون للمبتاع؟ حكى ابن المواز أنه يبدو الصلاح يكون للمبتاع، ويرد الأصل دونها، وإن رد الأصل قبل بدو الصلاح، فهى مع الأصل للبائع، وللمبتاع ما أنفق.

ووجه ذلك أنها تابعة للأصل ما لم يبد صلاحها، فإذا بدا صلاحها فقد ثبت لها حكم الانفصال، فهى لمن ظهرت على ملكه، وهذا عندى مبنى على أن الرد بالعيب

كتاب البيوع ١٢٥
نقض للبيع الأول، وأما على قول من قال: إنه نقض للبيع من الأصل، فيجب أن يكون للبتاع حتى يجده.

مسألة: وأما مال العبد، فما كان يوم البيع، رد به سيده، وكذلك ما وهب له عند المبتاع، أو تصدق به عليه، أو ربحه في ماله، وأما ما وهبه إياه المبتاع أو أفاد من عمل سيده أو ربحه في مال دفعه إياه المبتاع، فإن للمبتاع إمساك ذلك كله.

ووجه ذلك أن ما كان استفاده من جهة المبتاع، فهو مبتاع وما صار إليه من غير جهته، فهو مضاف إلى ماله الذي كان بيده من جهة المبتاع؛ لأن عمله له بالضمان.

قال مالك: الأمر عندنا فيمن ابتاع رقيقاً في صفقة واحدة، فوجد في ذلك الرقيق عبداً مسروقاً أو وجد بعبد منهم عيباً، إنه ينظر فيما وجد مسروقاً أو وجد به عيباً، فإن كان هو وجه ذلك الرقيق أو أكثره ثمناً أو من أجله اشترى، وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس، كان ذلك البيع مردوداً كله. قال: وإن كان الذي وجد مسروقاً أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه، ليس هو وجه ذلك الرقيق، ولا من أجله اشترى، ولا فيه الفضل فيما يرى الناس، رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقاً بعينه بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق^(١).

(١) قد اختلف العلماء في هذه المسألة قديماً وحديثاً: فكان شريح، والشعبي، والقاسم بن عبد الرحمن، وحماد بن أبي سليمان يذهبون إلى أنه لا يرد المعيب وحده، وأنه مخير في أن يجبس الصفقة كلها، أو يردّها كلها. وبه قال أبو ثور.

وقال أبو حنيفة، وأصحابه، إلا زفر: إذا اشترى عبدين صفقة واحدة، فلم يقبضها أو واحداً منهما حتى وجد عيباً بأحدهما، فإذا أن يردهما، أو يأخذهما، فإن قبضها، ووجد عيباً رد المعيب بحصته، ولو كان المبيع صبرة طعام، أو تمر، أو ما أشبه ذلك، رد الجميع إذا وجد عيباً، أو حبس الجميع؛ لأن نظره إلى شيء من الطعام يجزئه، ولا بد في العبيد، أو الثياب من تغلب كل عبداً، وكل ثوب. وهو قول الحسن بن صالح.

وقال زفر: الرقيق، والثياب يرد العيب بحصته قبل القبض وبعده. وهو قول الثوري. وروى ذلك عن ابن سيرين، وابن شبرمة، والحارث العكلي، ولم يفرقوا بين قبل القبض، وبعده، فإن كان المبيع شيتين، لا يقوم أحدهما إلا بالآخر كالحفنين والنعلين، أو مصراعى الباب، فوجد بأحدهما عيباً، لم يختلفوا أنه لا يرد وحده، ويردهما جميعاً، أو يحسبهما جميعاً.

١٢٦ كتاب البيوع

الشرح: أن من اشترى رقيقاً حملة، فاستحق واحد منهم أو وجد به عيب، فإن كان الذى به العيب له معظم الثمن رد بالعيب جميع الجملة، وإن لم يكن كذلك رده وحده بما يصيبه من الثمن، وكذلك فى الاستحقاق، إلا أن العيب الذى فيه هل يعتبر لنفسه خاصة أو بجميع الجملة؟ روى ابن المواز، عن أشهب: إن كان ذلك العيب ينقص الجملة، كان له رد ذلك الرأس وحده بالعيب، وإن كان لا ينقص الجملة، لم يرد به بالعيب، وإن كان ينقص إصبعاً خاصة، واستحسنه ابن المواز.

ووجه ذلك أنه لم يفرد بالبيع، فيعتبر العيب فى نفسه خاصة، وإنما بيع مع الجملة، فلا يجوز أن يعتبر العيب به وحده كالعضو.

مسألة: وإن استحق بعض الجملة، فلا بد أن يكون المستحق جزءاً شائعاً أو غير شائع، فإن استحق جزء، فلا يخلو أن تنقسم الجملة على ذلك الجزء أو لا تنقسم، فإن انقسمت الجملة على ذلك الجزء كالمكيل والموزون والمعدود، فهو على حسب ما قدمناه من العيب يوجد بالقليل من الجملة، أما معظمها فى التخيير، إن كان ذلك الجزء معظم الجملة كان للمبتاع فى الاستحقاق إمساك الباقي بما يصيبه من الثمن، أو رده والرجوع بجميع الثمن، وإن كان الجزء أقل من الثمن الجملة أو اليسير منها، لزمه الباقي بما يصيبه.

مسألة: وإن كان الجزء المستحق لا تنقسم عليه الجملة، فهو مخير بين أن يمسك الباقي بما يصيبه من الثمن، أو يرده، قل ذلك أو أكثر؛ لأنه يدخل عليه مضرة الشركة فى آحاد تلك الجملة.

= وقال الأوزاعي فى العبدین، أو الثوبین، أو الدابتین، وما كان مثل ذلك: إن سمي لكل واحد ثمناً رد المعيب خاصة، وإن لم يسم لكل واحد ثمناً، وجعل جملة الثمن لجملة الصفقة، فإن له أن يرد الجميع، أو يرضى الجميع.

ومن مثال ذلك عنده أن يشتري عشرة أثواب صفقة واحدة بعشرة دنانير، ثم يجد عيباً، يرد من مثله، فإنه يرد البيع كله. وإن قال: أبيعك هذه العشرة الأثواب بعشرة دنانير، كل ثوب منها بدینار، فإنه يرد المعيب خاصة.

وقال عبيد الله بن الحسن: يرد المعيب خاصة، كقول الثوري، والحارث العكلى. وعن الشافعي روايتان: إحداهما: يرد المعيب بمحضته. والأخرى: يردهما جميعاً، أو يمسك.

وحكى أصحابه أن له فى تفریق الصفقة ثلاثة أقوال: أحدها: يطل البيع فى قدر المبيع، أو فى قدر ما يرد، ويصح فى الباقي بمحضته. والثالث: أن لا يرد شيئاً، والبيع صحيح، ولا تفرق الصفقة، ولكن يرد الجميع أو يمسك، وبالله التوفيق.

انظر هذه المسألة فى: الاستذكار ٦٤/١٩، وما بعدها.

كتاب البيوع ١٢٧

فصل: فإن استحق جزء غير شائع، فلا بد أن يكون مما الغرض فى مبلغه دون أعيانه كالملكيل والموزون والمعدود، أو يكون مما الغرض فى أعيانه كالثياب والحياوان، فإن كان مما الغرض فى سلته، فلا يخلو أن يكون ذلك المستحق منه مقدار نصفه أو أقل أو أكثر.

فإن كان أكثر من النصف، كان له رد الباقي على ما قدمناه، وإن كان أقل من النصف، لزمه الباقي بحصته من الثمن، وإن كان النصفان سواء، فهل يكون له الرد أم لا؟ قال ابن القاسم: له الرد. وقال أشهب: يلزمه النصف الثانى بنصف الثمن.

وجه ما قاله ابن القاسم أن هذا مما لا غرض فى أعيانه، وإنما الغرض فى مبلغه، وإنما اشترى بجملته، فإذا استحق النصف، فقد ذهب المقصود منه، فثبت له الرد.

ووجه ما قاله أشهب أن استحقاق نصف المبيع، يلزمه النصف الثانى كالعبدان المتكافئين.

مسألة: فإن كان مما الغرض فى عينه، فلا اعتبار بقيمته دون عينه، فإن استحق بعض آحاد الجملة، فلا يخلو أن يكون ما استحق منه النصف أو أكثر أو أقل، فإن كان استحق ما قيمته النصف، فقد قال ابن القاسم فى العبدان المتساويين، يجد المبتاع بأحدهما عيباً: رده، وأخذ ما يصيبه من الثمن، وكذلك الاستحقاق، وهو قول أشهب، ويلزمه الباقي بنصف الثمن.

وكذلك إن استحق ما قيمته أقل من النصف، فعلى قول ابن القاسم، لا يلزمه السالم من هذا النوع حتى تكون قيمته أكثر من النصف، ويلزمه فى الملكيل والموزون إذا كانت قيمته النصف.

مسألة: فإن استحق ما قيمته أكثر من النصف، فهل يرد الجميع؟ المشهور من المذهب، أن له رد الجميع. وقال أشهب فىمن اشترى عشر شياه، فوجد تسعة: أن الواحدة تلزمه بما ينوبها من الثمن، فإن لم تكن قيمتها تخالف قيم غيرها، فهو خلاف المذهب، ولعله قد تعلق ذلك بأن ضرورة الشركة منتفية عنها.

فرع: فإذا قلنا يرد الباقي، فهل له الخيار بين الإمساك والرد أم لا؟ قال ابن القاسم وأشهب: ليس له أخذ الباقي بما يلزمه من الثمن؛ لأنه الآن ابتاع بثمان مجهول؛ لأن ما يصيبه من الثمن مجهول.

وقال ابن حبيب: له ذلك فى الاستحقاق والعيب إذا تراضى المتبايعان؛ لأن العقد قد

١٢٨ كتاب البيوع
كامل على صحة ومعرفة بالثمن، فلا اعتبار مجملهما بالثمن عند الحكم كما لو استحق
النصف أو أقل من النصف.

قال: وهذا بخلاف من ابتاع جاريتين، فهلكت العليا في المواضعة، فإنه ليس له أخذ
الأدون بما يصيبها من الثمن؛ لأن البيع لم يكن كامل فيها، وهذا الذى قاله ابن حبيب
ظاهر، ولابن القاسم وأشهب مسائل تقتضيه؛ لأنه لا خلاف فى المذهب أن من ابتاع
جارية، فحدث بها عنده عيب مفسد، ثم اطلع على عيب قديم، أنه بالخيار بين أن
يمسكها، ويسقط عنه قدر العيب من ثمن الجارية، وبين أن يردّها، وقيمة العيب الحادث
عنده، فإذا اختار الإمساك، فقد أمسكها بثمن مجهول، ولم يمنع ذلك صحة العقد.

مسألة: وسواء قوبلت الجملة بثمن واحد أو قوبل كل عين منها بثمن مسمى، فإنه
ينظر إلى قيمتها ولا يعتبر بتلك التسمية؛ لأن التسمية حين العقد لا تشاح فيما يزيد فى
أثمان بعضها وينقصه من سائرهما، وأما حين الرد بالعيب، فيجب أن يتحرى فى قيمتها.

مسألة: وحكم هذه المسائل كلها فى الرد بالعيب على حسب ما ذكرناه فى
الاستحقاق، إلا أن يجد بعض الجملة عيباً والمبيع مما الغرض فى معيبه، فإن أراد أن يأخذ
المبتاع السليم بحصة من الثمن، لم يكن له ذلك إلا برضا البائع، فإن شاء البائع أن يلزمه
ذلك وأبى هو، لزمه إذا كان كثيراً، وإن كان الغرض فى أعيان المبيع، وكان العيب
بأقله، فإن للمبتاع أخذ السليم بحصته من الثمن، وإن كره ذلك البائع.

ووجه ذلك أن المكيل والموزون الغرض فى مبلغه، فيحمل سالمه معيبه، ففى أخذ
السليم دون المعيب إضرار بالبائع، وما كان الغرض فى أعيانه كالرقيق والثياب، فإنه لا
يقصد منه الكثير، ولا يراد منه الأعيان، فلا مضرة عليه فى إقراره السليم بما يصيبه من
الثمن.

* * *

ما يفعل بالوليدة إذا بيعت والشرط فيها

١٢٧٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عُبَيْدَ اللَّهِ بْنَ عُتْبَةَ بْنَ مَسْعُودٍ أَخْبَرَهُ أَنَّ
عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ ابْتَاعَ جَارِيَةً مِنْ امْرَأَتِهِ زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ، وَاشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنَّكَ إِنْ
بِعْتَهَا، فَهِيَ لِي بِالْثَمَنِ الَّذِي تَبِيعَهَا بِهِ، فَسَأَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ عَنْ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ

١٢٧٨ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٣٦/٥. عبد الرزاق فى المصنف ٥٦/٨. وذكره ابن
عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٥٩.

الْحَطَّابِ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: لَا تَقْرُبْهَا وَفِيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ.

الشرح: ظاهر قوله: «وشرطت عليه أنك إن بعتهما، فهي لي بالثمن»، يقتضى أن ذلك كان فى نفس العقد على وجه الشرط، ولم يكن على وجه التطوع منه بعد كمال العقد، وهذا يسميه العلماء الثنيا، ويسمون البيع المنعقد بهذا الشرط بيع الثنيا، وهو بيع فاسد مع النقد؛ لأن الثنيا فى البيع لا تخلو أن تكون غير مؤقتة أو مؤقتة.

فإن كانت غير مؤقتة مثل أن يقول له المبتاع: متى جئت بالثمن، رددت عليك المبيع أو يقول له: متى أردت بيعها رددتها عليك بالثمن الذى أعطى بها، أو بالثمن الذى اشتريتها به، فهذا كله غير جائز.

والأصل فى ذلك ما روى أبو الزبير عن جابر، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة والمزابنة، ورخص فى العرايا»^(*).

ومن جهة المعنى أن البائع يقبض الثمن من المبتاع على وجه البيع، ثم يردده إليه متى شاء، فيكون تارة مبيعاً، وتارة سلفاً. علل ابن القاسم بهذا، وعلل سحنون بأنه سلف بجر منفعة، وذلك أنه يسلفه الثمن لينتفع هو باستغلال المبيع.

وقد يعترض على التعليلين أن فى البيع والسلف يتميز السلف من الثمن، وذلك معدوم فى مسألتنا، ولو قال: يكون تارة بيعاً وتارة سلفاً، لكان أقرب.

ولعل ابن القاسم قد أراد ذلك، وما قاله سحنون أنه سلف بجر منفعة فيه نظر أيضاً؛ لأن السلف يرد على كل حال، وهذا للبائع أن لا يرجع، فلا يكون سلفاً، وله أن يرجع فيكون سلفاً.

والفرق بين التعليلين أن البيع والسلف من اشتراط السلف أن يتركه، ويجوز البيع قبل الغيب على السلف، ولما لم يجوز ذلك سحنون فى هذه المسألة منع أن يكون بيعاً وسلفاً. وقال: هو سلف بجر منفعة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان هذا فى الإقالة، وذلك أن يسأل المبتاع البائع أن يقبله، فيقول البائع: أقبلك على أنك إن أردت بيعه، فأنا أولى به بالثمن، فيقبله على ذلك ثم يبيعه لمبتاع، روى أشهب عن مالك أن المقييل أحق بالثمن الذى باعه به المقال، ولا تفسخ الأولى.

(*) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٧٩، ٤٥٢٣. أحمد فى المسند حديث رقم

١٣٠ كتاب البيوع

وجه ذلك أن الإقالة باب من المعروف يخالف البيع الذى هو مبنى على المكايسة والمغابنة.

ولو شرط إذا أقاله أن يكون له بالثمن الأول، فروى سحنون عن ابن القاسم أنه إن علم به انتقال البيع، فيعه مردود.

وإن لم يكن كذلك، وطال فبيع المستقبل نافذ كالذى سأل زوجته وضع صداقها، فقالت: أخاف الطلاق، فقال: لا أفعل، فوضعتها، ثم طلقها، فإن كان بقرب ذلك فلها الرجوع، وإن كان بعد طول الزمان بما لا يتهم فيه أن يكون خدعها، فلا رجوع لها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وجه هذا عندى أن المسألة مبنية عنده على أن الإقالة فسخ، وليست بعقد بيع، ولذلك احتج عليها بالطلاق الذى ليس بتملك، وإنما هو إزالة ملك، فلا يؤثر فيه ما لا يصح من الشروط.

وعلى قولنا بأن الإقالة بيع من البيوع يفسدها ما يفسد البيوع، ويصححها ما يصحح البيوع، وعلى حسب ما قاله ابن القاسم فى غير موضع يجب أن لا تصح الإقالة ويفسدها هذا الشرط؛ لأنه يمنع المقال من صحة ملك انتقل إليه بالإقالة.

مسألة: وأما إذا ضرب إلى ذلك أجل أو نقد الثمن، فقال: إن جئتنى إلى أجل كذا وكذا، فهو لك رد عليك، فهذا أيضًا لا يجوز ويدخله ما يدخل غير المؤجل من البيع والسلف، فإن نقده الثمن، فقال: إن لم تأت به إلى وقت كذا وكذا، فقد وجب البيع، فجاءه بعد ذلك البائع، ثبت البيع.

وقال ابن القاسم: صار البيع جائزًا، وقد كان حرامًا. وقال محمد: وكذا إذا رضى المشتري، وقد فسخنا الأول، ولعله رآه من يبيع الشروط التى إن ترك الشرط مشروطه مضى البيع، لقول ابن القاسم: قد كان البيع حرامًا، يدل على فساد العقد الأول؛ لأن نقده ثمنًا على أنه إن رد المبيع كان سلفًا، وإن أمضاه كان بيعًا، ثم تأول ابن المواز إجازته له بعد ذلك.

واحتمل عنده وجهين، أحدهما: أن يكون هذا الشرط يجوز أن يسقط من شرطه ليصح العقد كالسلف والبيع، وهذا لا يصح إلا بأن لا يعتاب على الثمن حتى يسقط عند ابن القاسم.

والوجه الثانى: أن يكون قد فسخا العقد الأول، وسنذكر حكمه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما إن تطوع المبتاع بعد كمال العقد وملكه للمبيع، فقال أصبغ: إذا سلما من مدهانة أو مواعدة، فذلك جائز ضرباً لذلك أجلاً أو لم يضرباه إلا فى الإمام لما يحذر فيه من إعاقة الفرج.

فإن أطلق ذلك أو ضرب له أجلاً بعيداً، لم يصح، ولم يلزم هذا الشرط إلا أن يدرك ذلك المشروط بجملة الأمر، لعله يريد عند قوله ذلك وقبل أن يغيب عليها ويمكنه وطؤها، فإن ضرباً لذلك أجلاً أقرب من مدة خروجها من الاستبراء، فذلك لازم؛ لأنه قد سلم مما خفناه، ويجب أن يلحق بذلك من لا يجوز للمبتاع وطؤها من ذوات محارمه من الإمام.

فروع: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو فيما تطوع فيه بالثنيا من أن يضرب له أجلاً أو لا يضرب له أجلاً، فإن ضرب له أجلاً، فليس له أن يحدث فيه شيئاً يقطع به ذلك إلى منتهى الأجل، وإن لم يضرب لذلك أجلاً، فلمن جعل له ذلك القيام بالثنيا متى كانت فى ملك الذى جعلها له، وإن خرجت عن ملكه سقط ذلك.

ووجه ذلك أن الثنيا إنما هى على وجه المعروف، والإطلاق فى ذلك لا يتعذر، ولا يجوز أن يمنع المالك من التصرف التام، فإذا ألقاه عنده كان له ثنيا، وإن خرج عن ملكه، لم يكن له إبطال تصرفه فيه بالبيع أو الهبة.

فصل: وسؤال ابن مسعود عمر بن الخطاب رضى الله عنهما عن هذه القضية، وهو من أهل العلم والاجتهاد، يحتمل معاني، إحداها أن يكون خفى عليه حكمها، وأراد أن يقلده فيها على رأى من رأى أن للعالم أن يقلد من هو أعلم منه، ويحتمل أن يكون أراد أن يبين له وجهها حتى يعلم عبد الله بن مسعود حكمها بالدليل الذى يرشده إليه، ويحتمل أن يسأله عن ذلك مع معرفته بحكمها ليعلم موافقته له فيها أو مخالفته.

فصل: وقول عمر: «لا تقربها وفيها شرط لأحد»^(١)، قال أبو مصعب فى المبسوط: معنى ذلك: لا تتبعها وفيها شرط لأحد، ومعنى ذلك لا تشتترها بهذا الشرط، وهذا

(١) قال فى الاستذكار ٦٨/١٩: ظاهر قول عمر لابن مسعود: لا تقربها، فيدل على أنه أمضى شراءها لها، ونهاه عن ميسها. هذا هو الأظهر فيه، ويحتمل ظاهره أيضاً فى قوله: لا تقربها أى تنح عنها، وانسخ البيع فيها، فهو بيع فاسد. وقد روى نحو هذا المعنى فى هذا الخبر: رواه سفيان بن عيينة، عن مسور، عن القاسم بن عبد الرحمن أن ابن مسعود اشتري من امرأته جارية، واشترطت عليه خدمتها، فسأل عمر بن الخطاب عن ذلك فقال له عمر: ليس من مالك ما كان فيه مثبوتة لغيرك.

١٣٢ كتاب البيوع
يقتضى منعه من هذا الاتباع لفساده، ورواه عن مالك، ويحتمل عندي أن يريد به لا
تقريبها في الوطء مع بقاء هذا الشرط فيها، ويكون حكم العقد في الفساد والصحة
مسكوتاً عنه.

١٢٧٩ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لَا يَطَأُ الرَّجُلُ
وَلَيْدَةً إِلَّا وَوَلِيدَةً، إِنْ شَاءَ بَاعَهَا، وَإِنْ شَاءَ وَهَبَهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ صَنَعَ
بِهَا مَا شَاءَ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «لا يطاء الرجل وليدة إلا وليدة، إن شاء باعها، وإن
شاء وهبها»، منع من وطئها إلا مع هذه الشروط، وهذا يقتضى أن كل بيع لا يشبه
هذه الشروط فاسد؛ لأن ملك اليمين يبيح الوطء إن لم يمنع من ذلك مانع مجرمة أو
غيرها، فإن لم يبيح ذلك بوجه لم يكن ملكاً تاماً.

ووجه فساد العقد أن ما يشترط البائع على المشتري في البيع على ضربين، أحدهما:
لا يقع إلا بعد انقضاء ملك المبتاع كبيع العبد أو الأمة، واشتراط الولاء قبل هذا الشرط
لا يثبت ولا يفسد العقد؛ لأنه قد سلم فيه الملك من حق البائع، فلم يؤثر فساداً في
البيع، وشرط عليه ما لا يملكه المبتاع، فلا يثبت الشرط.

مسألة: والثاني أن يشترط عليه في البيع ما يقع في مدة ملك المبتاع للمبيع، وذلك
على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يشترط البائع في المبيع منفعة لنفسه. والثاني: أن يشترط
على المبتاع إيقاع معنى في المبيع. والثالث: أن يشترط عليه منعاً من تصرف عام أو
خاص، فإذا اشترط منفعة في المبيع، فمثل أن يبيع داراً ويشترط سكنها أو دابة
ويشترط ركوبها أو غلاماً، ويشترط خدمته أو ثوباً، ويشترط لبسه، وسيأتي ذكره إن
شاء الله تعالى.

مسألة: وأما الضرب الثاني، وهو أن يشترط المبتاع إيقاع معنى في المبيع، فعلى
وجهين، أحدهما: أن يشترط إيقاع معنى من معاني البر. والثاني: أن يشترط ما ليس
براً، فأما الأول مثل أن يشترط عليه في العبد العتق أو التدبير أو في الأمة الاستيلاء،
فإن ذلك ينقسم على قسمين، أحدهما أن يشترط عليه من ذلك ما يتعجل مقصوده
كالعتق المعجل.

كتاب البيوع ١٢٢٣
والقسم الثاني أن يشترط عليه ما يتأجل مقصوده كالاستيلاء والتدبير والعتق المؤجل
والكتابة، فأما اشتراط العتق المعجل، وما يتعجل مقصوده بأثر العقد، فهو جائز لبعده
عن الغرر، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع الرقيق بشرط العتق.
والدليل على ما نقوله أن هذا بيع يجب به العتق، فلم يمنع ذلك صحة البيع كبيع
الآبق من أبيه.

مسألة: فإذا ثبت ذلك، فإن أرد المتاع التمسك بالعبد، وامتنع من إنفاذ العتق،
فاختلف أصحابنا في ذلك، فقال أشهب: يجبر على العتق، وقاله ابن كنانة في المدنية،
وزاد: ولو رضى البائع بذلك لم يكن له ذلك، ولم ينتفع بقول البائع في هذا، ويعتق
عليه. قال ابن القاسم: إن كان اشتراه على إيجاب العتق، فهو حر، وإن كان اشتراه من
غير إيجاب عتق لم يجبر على عتقه.

وجه ما قاله أشهب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١]،
وهذا قد عوقد على العتق، فهو مأمور بأن يفي به.

ومن جهة المعنى أن هذا شرط جائز اشترطه البائع في المبيع، فلم يكن للمبتاع نقضه
كما لو شرط فيه استخدام يوم أو يومين.

ووجه قول ابن القاسم أن العتق ليس بحق للبائع، فليس له الخيار على ابتداء إيقاعه
كما لو لم يشترط ذلك.

نفرع: والإيجاب عند ابن القاسم أن يقول: إن اشتريته منك، فهو حر، وإن لم يقل
ذلك، وإنما شرط أن يستأنف عتقه بعد كمال ملكه، فليس بإيجاب، فإذا قلنا في ذلك
برواية ابن القاسم، فإن شح البائع فوجد العبد لم يفت كان بالخيار بين أن يرضيه
للمبتاع دون شرط، وبين أن ينقض البيع.

وقد تقدم من قول ابن كنانة: ليس للبائع ترك العتق، وإن كان قد فات، فله
الرجوع عليه بما وضع له من الثمن بسبب الشرط.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى هذا عندى أن يقوم بهذا الشرط،
ويقوم دونه، ويرجع من الثمن بما بين القيمتين، وبما ذكر يقوت هذا العبد، قال ابن
القاسم: تقيته حوالة الأسواق بما زاد. وقال أصبغ: لا تقيته حوالة الأسواق ولا التغير
اليسير في البدن.

١٣٤ كتاب البيوع

مسألة: وأما ما يتأجل مقصوده كالتدبير والوصية بعقده أو الكتابة، فإن الشرط يبطل وينظّل العقد ما لم يفت. ووجه ذلك أنه أجل المقصود من المستثنى فى العبد إلى أجل بعيد، فوجب أن يبطل البيع كما لو شرط أن يستخدمه يوماً بعد عام.

فصل: وأما إن شرط على المتباع إيقاع ما ليس ببر مثل أن يشترط عليه بيعها أو الخروج بها إلى بلد معين أو يشترط عليه المنع من التصرف فيها مثل أن يشترط عليه أن لا يبيعها أو لا يهبها، ولا يتصدق بها، ولا يشتري أو لا يستخدم خدمة معينة، فهذا كله لا يجوز، فإن وقع، فقد روى محمد عن مالك: يبطل البيع إلا أن يترك المشترط ما شرط.

وروى ابن نافع عن مالك: ليس له إسقاط الشرط، ويفسخ العقد ما لم يفت. وروى داود بن جعفر عن مالك فى المدنية: لا يجوز ذلك فى شىء من السلع لما يحدث فى ذلك من الدين والحاجة تنزل بالمتباع.

ووجه ذلك ما قدمناه، فلذلك كان عبد الله بن عمر يقول: «لا يظأ الرجل وليدة إلا وليدة إن شاء باعها وإن شاء أمسكها، وإن شاء وهبها»؛ لأنه إذا لم يكن له التصرف فيها بذلك كله، فملكه عليها غير صحيح، فلا يحل له وطؤها بملك اليمين إلا أنه إذا لزمته القيمة فيها بالفوات جاز له وطؤها حينئذ؛ لأنه قد تقرر ملكه عليها، فإن وطئها قبل أن تفوت عنده، ويصح ملكه عليها، كان ذلك فوتاً للبيع الفاسد على ما سنذكره بعد هذا، إن شاء الله.

مسألة: ومن ابتاع جارية، فقال له أبو الجارية: ابتعها، وأنا أعينك فى ثمنها بكذا وكذا ديناراً على أن تحبسها ولا تبيعها، فأخذ ذلك من أبيها ثم ابتاعها على هذا الشرط، فإن البيع قد سلم مما يكره، وإن أراد أن يبيعها رد على أبيها ما أخذ منه، قاله ابن كنانة فى المدنية، ورواه عيسى عن ابن القاسم.

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى شَرْطٍ أَنْ لَا يَبِيعَهَا وَلَا يَهَبَهَا أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَطَّأَهَا، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلَا أَنْ يَهَبَهَا، فَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ مِنْهَا فَلَمْ يَمْلِكْهَا مِلْكًا تَامًّا؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتُنْتَبِى عَلَيْهِ فِيهَا مَا مَلَكَهُ بِيَدِ غَيْرِهِ، فَإِذَا دَخَلَ هَذَا الشَّرْطُ لَمْ يَصْلُحْ، وَكَانَ بَيْعًا مَكْرُوهًا^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٦٩/١٩، وقال: أول كلام مالك فى قوله: لا ينبغى =

كتاب البيوع ١٣٥

الشرح: وهذا كما قال أن من ابتاع جارية على شرط من هذه الشروط، فإن ملكه لم يتم فيها، والبيع مقتضاه الملك التام، فإذا شرط عليه فيه ما يمنعه صحة الملك، وجب أن يفسده كاشتراط عدم التسليم، ولا يلزم على هذا العتق، فإن العتق إذا كان معجلاً، لم يكن له الوطاء، وإن كان مؤجلاً، لم يجز العقد، وقد تقدم بسط القول في ذلك كله.

مسألة: وهذا إن شرط أن لا يبيعهها جملة، وأما إن شرط أن لا يبيعهها، ولا يهب ولا يعتق حتى يعطيه الثمن، فقد روى داود عن مالك في المدنية: أن ذلك جائز في العبد والوليدة وسائر السلع، وله أن يرتهن الغلام أو السلعة ويموزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل. وروى ابن المواز عن مالك جواز ذلك في السلع.

وقال محمد: وهذا في مثل الأجل القصير اليوم واليومين استحساناً أيضاً، وأما ما طال أو إلى غير أجل، فلا خير فيه. وروى ابن أبي زمنين، عن علي بن زياد، عن مالك: لا بأس بذلك في العبد والأمة والوليدة وسائر السلع إذا كان الثمن إلى أجل معلوم؛ لأنه بمنزلة الرهن.

وقال ابن القاسم في الموازية: إذا اشترط في شيء من السلع أن لا يبيع، ولا يهب حتى يقبض الثمن، فلا خير في هذا البيع.

وجه قول مالك ما احتج به من أن لها حكم الرهن إذا جاز له أن يرتهن غير المبيع، جاز أن يرتهن المبيع مع أن المتناع قادر على التصرف فيها بأن يقضى الثمن.

وجه آخر أن هذا بيع، فجاز للبائع أن يمنع المتناع من المبيع حتى يدفع إليه الثمن كبيع العقد.

وجه قول ابن القاسم أنه شرط يمنع المتناع من التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها، فوجب أن يمنع ذلك صحة البيع كما لو شرط ذلك بعد الانتفاء.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، فقد روى داود بن دينار عن مالك أن للمبيع حكم الرهن وللبائع أن يرتهن الغلام أو السلعة ويموزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل.

وإن قلنا بقول ابن القاسم، ففي العتبية من رواية يحيى عن ابن القاسم فيمن شرط

=للمشتري أن يطأها يدل على جواز البيع، وكراهته الوطاء، وقوله يدل على أنه لا يجوز هذا البيع، وهو منهبه، ومنهبه أصحابه، رحمه الله.

١٣٦ كتاب البيوع

ذلك في بيع سفينة يفسخ البيع ما لم يفت، فإن فات مضى البيع ولم يرد.

فصل: وقوله: «لا يجوز له أن يبيعها ولا يهبها»، يحتمل أن يكون مبنياً على أن البيع الصحيح لا يفيت البيع الفاسد، ويحتمل أن يريد أن الشرط يمنع من ذلك، فهو ممنوع إلا أنه إن أوقعه، فات به البيع كوطء الأمة.

* * *

النهى عن أن يطاء الرجل وليدة لها زوج

١٢٨٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَامِرٍ أَهْدَى لِعُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ حَارِيَّةً، وَلَهَا زَوْجٌ ابْتَاعَهَا بِالْبَصْرَةِ، فَقَالَ عُثْمَانُ: لَا أَقْرُبُهَا حَتَّى يُفَارِقَهَا زَوْجُهَا، فَأَرْضَى ابْنُ عَامِرٍ زَوْجَهَا، فَفَارَقَهَا.

الشرح: قوله: «أن عثمان رضى الله عنه قال: لا أقربها حتى يفارقها زوجها»، يريد أن استباحة الوطاء بالنكاح مقدم على استباحته بملك اليمين؛ لأن الوطاء مقصود النكاح ومقتضاه، ولذلك لا يجوز أن ينعقد على من لا يستباح وطؤها، وليس كذلك ملك اليمين، فإن الوطاء مقصوده، ولذلك يجوز أن يملك من لا يحل له وطؤها، ولذلك من كانت له أمة لها زوج لم يحل له وطؤها؛ لأن الزوج أملك باستباحة بضعها، فحرمت على السيد.

فصل: وقوله: «ابتاعها بالبصرة»، ظاهره أنه إنما ابتاعها ذات زوج، ويحتمل أن تكون ذات زوج حين الهدية، وأنها حين البيع لم تكن ذات زوج غير أن اللفظ فى المعنى الأول أظهر، وذلك يقتضى أن يبيع الأمة لا يكون طلاقاً، وعلى هذا جماعة الفقهاء، إلا ما يروون عن عبد الله بن عباس أنه قال: يبيع الأمة طلاقاً.

فصل: وقوله: «فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها»، يقتضى أن السيد لا يملك فسخ نكاحها؛ لأن الزوج قد ملك بضعها وسواء كان السيد هو العاقد أو غيره، وإنما أراد ابن عمر بمفارقة الزوج لها أن يستبيحها عثمان، وذلك لا يكون إلا بعد مفارقة الزوج لها، وانقضاء عدتها منه، فأرضاه بما أعطاه إياه أو غيره على أن يفارقها؛ لأن عصمة الزوج لا تزول عنها إلا بوفاة أو طلاق أو فسخ.

وقد ذكرنا كل نوع من ذلك فى كتاب العدة بما يغنى عن إعادته، إلا أننا نذكر منه

كتاب البيوع ١٣٧

هنا ما يتعلق بالاستبراء الذى يبيحها للسيد، وذلك أن عدة الأمة فى وفاة زوجها شهران وخمس ليال تتخللها حيضة، فإن كانت عند السيد المتباع لها من أول العدة، أجزأه ذلك من استبرائها، وإن اشتراها فى أثناء العدة فاستبرأؤها أقصى الأجلين الحيضة أو انقضاء الأيام.

فرع: وأما إذا ثبت ذلك، وكانت براءتها فى حقه الحيض أو بدله لمن تأخر حيضها على ما تقدم، وذلك لمن ارتفع حيضها ثلاثة أشهر أو تسعة أشهر على الروايتين فى ذلك، ويعتد بهما من يوم الشراء ويدخل فيهما شهران وخمس ليال.

مسألة: وأما الطلاق فلا يخلو أن يكون باعها غير زوجها أو يكون باعها زوجها، فإن كان باعها غير زوجها، وقد طلقها الزوج، فإن كانت بقيت جميع عدتها، وهى حيضتان، فلا يستبيحها الذى اشتراها حتى تحيضهما؛ لأن ذلك حق الزوج، وإن كانت بقيت حيضة واحدة استباحها السيد بوجودها؛ لأن فى ذلك تمام عدة الزوج واستبراء المشتري.

مسألة: فإن كان البائع هو الزوج، فلا يخلو أن يكون أصابها بملك النكاح أولاً أو لم يصبها؟ فإن كان أصابها بملك النكاح ثم استبرأها ثم باعها قبل أن يصيبها بملك اليمين، فالعدة فيها من وقت الشراء؛ لأن النكاح انفسخ بعقد الشراء، وكم عدتها؟ عن مالك فى ذلك روايتان، فالمشهور أن عدتها حيضتان، وروى عنه حيضة واحدة، والأول أصح؛ لأن عقد الملك يؤثر فى عقد النكاح، ولا يؤثر فى الإصابة، وإنما يؤثر فيه ويزيل حكمه الإصابة بملك اليمين.

فرع: وإذا قلنا إن عدتها حيضتان، فإن كان المشتري من الزوج اشتراها قبل أن تحيض الحيضتين أو بعدما حاضت إحداهما، ففى الحيضة الثانية ما ينقضى به استبرأؤه لها.

مسألة: فإن أصابها بملك اليمين ثم باعها، فقد بطل حكم النكاح، وصار حكمها حكم الإمام الاستبراء فى حق البائع والمشتري.

مسألة: فأما وضع الحمل، فإنه يكمل به الاستبراء وعدة الوفاة والطلاق لا يتربح شىء عنده؛ لأن الاستبراء بالحيض والشهور إنما هو من أجل توقع الحمل، فإذا ظهر الحمل، فلا براءة إلا بوضعه، فإذا وضعت لم يتوقع غيره؛ لأنه قد تيقن بوضعه البراءة من غيره.

١٣٨ كتاب البيوع

١٢٨١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ ابْتَاعَ وَليدَةً، فَوَجَدَهَا ذَاتَ زَوْجٍ، فَرَدَّهَا.

الشرح: قوله: «أنه وجد الأمة ذات زوج فردها»، يقتضى أن ذلك عيب فيها، وقد تقدم ذكره، وإدخال مالك رحمه الله هذا الحديث فى هذا الباب بمعنى أن الزوج يمنع السيد من الوطاء وهو من بعض العيوب التى يؤثر فيها الزوج.

* * *

ما جاء فى ثمر المال ببيع أصله

١٢٨٢ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرَتْ، فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ».

الشرح: قوله ﷺ: «من باع نخلاً قد أبرت»، التأبير فى النخل هو التلقيح. قال صاحب العين: أبرت النخل أو برها أبراً، وأبرتها، لقمحتها. وقال الخليل: الأبر، لقاح النخل، يقال أبرها أبراً، إذا لقحها، والتلقيح أن يؤخذ طلع ذكر النخل، فيعلق بين طلع الإناث. وقال ابن حبيب: التأبير أن يشق الطلع عن الثمرة.

وقال مالك: قال الله تعالى: ﴿وَأرسلنا الرياح لواقح﴾ [الحجر: ٢٢]، فإذا تم اللقاح، فسقط ما سقط، وثبت ما ثبت، فحيثئذ تكون الثمرة للبائع بإطلاق العقد والتأبير على هذا إصلاحها للقاح، فإذا لقحت وانعقد النور فيها فيما ينور، فقد تم اللقاح، وثبت حكم التأبير، وإذا اشتق طلع قبل إبانته، فتأخر تأبيره وقد أبر عنده ممن حاله مثل حاله، فحكمه حكم ما أبر.

مسألة: وما عدا النخل من سائر الأشجار، فالتأبير فيه ما قدمنا ذكره، وفى التين وما لا زمن له أن تبرز جميع الثمرة عن موضعها ظاهرة وتتميز عن أصلها، فهذا بمنزلة التأبير فيها؛ لأنه حيثئذ يظهر ويتبين حاله وكثرته وقلته، والتأبير فى النخل التى لا تؤبر أن تبلغ مبلغ الإبار فى غيرها.

١٢٨١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٢.

١٢٨٢ - أخرجه الشافعى فى الأم ٤/٤١، باب ثمر الحائط يباع أصله. البخارى فى البيوع ٢٢٠٤. مسلم فى البيوع ٣٨٢٦. أبو داود فى البيوع ٣٤٣٤. النسائى فى الشروط من سنته الكبرى على ما جاء فى تحفة الأشراف ٢٠٩/٣. ابن ماجه فى التجارات ٢٢١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٣.

كتاب البيوع ١٣٩

وأما الزرع، فأبارة أن يفرك، في رواية ابن القاسم. وروى عنه أشهب: أن إباره ظهوره من الأرض.

وجه رواية ابن القاسم أن الثمر هو الحب، فوجب أن يكون إبارها بذهاب زهرها وانعقاد حبها.

ووجه رواية أشهب أن الأصل هو الأرض والذي ينفصل منه هو الزرع، فوجب أن ينفصل عنه في البيع بالظهور كالثمرة مع الشجر.

فصل: وقوله عليه السلام: «فثمرتها للبايع» يريد أنها بمطلق العقد تكون للبايع. وقال ابن أبي ليلى: للمشتري.

والدليل على ما نقوله قوله عليه السلام: «فثمرتها للبايع، إلا أن يشترطها المبتاع». ومن جهة القياس أن هذا ظاهر متميز، فلم يتبع الأصل بمطلق العقد كالجنين بعد الولادة.

مسألة: إذا أثبت أنها للبايع بمطلق العقد، فليس للمشتري إجباره على ترك ثمرته قبل أو ان جدادها، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: له ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا استحقاق يجدد على أرض فيها زرع للمستحق عليه، فلم يجبر على نقله قبل أو انه كالشفعة.

مسألة: فإن أبر بعضه دون بعض، فلا يخلو أن يكونا متساويين أو يكون أحدهما أكثرهما، فإن كانا متساويين، فقد قال مالك: ما أبر للبايع، وما لم يؤبر للمبتاع. وقال محمد بن دينار: ما أبر تبع ما لم يؤبر، وذلك كله للمبتاع. وقال سحنون في العتبية عن ابن القاسم: يقال للبايع: إما أن تسلم جميع الثمرة، وإلا فسخ البيع، وإن رضى المبتاع بالنصف.

وجه قول مالك أن النخل مما يمكن تبعضه ونماء كل شيء من ذلك متميز، وقد تساويا، فلم يكن أحدهما تبعاً للآخر، فكان لكل قسم حكم نفسه.

ووجه القول الثاني إن كان قاله في المتميز، أن فضل الثمرة في معرفة تساويهما أمر يبعد، فوجب أن يكون ما يجوز استثناءه تبعاً لما لا يجوز استثناءه.

مسألة: وهذا إذا أبر بعض النخل وبقي بعضها لم يؤبر، فأما إذا كانت النخل في حين تأبيرها، وكان بعض ثمرتها قد كمل ذلك فيها وبعضها لم يكمل، وكان في سائر الثمار قد ظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر، فروى ابن حبيب: أن ذلك للبايع. وروى ابن المواز: أن ذلك لا يجوز إلا أن يشترط الثمرة المبتاع.

١٤٠ كتاب البيوع

وجه رواية ابن حبيب أن هذا معنى ينقل حق الثمرة في جواز فصلها عن الأصل بالبيع، فوجب أن يكون ظهور بعضه كظهور جميعه في ذلك الحكم، أصله الإزهاء.

ووجه رواية ابن المواز أنه إذا كان لما لم يؤبر حكم يخالف حكم ما أبر وكانا متساويين، ولم يكن أحدهما تبعاً للآخر، لم يجز في ذلك مطلق العقد؛ لأنه لا يتميز به حق المتاع من حق البائع، ولا يجوز أن يشترط البائع نصيب المتاع؛ لأنه لا يجوز أن يشترطه البائع ما لم يؤبر، فلم يبق إلا أن يشترط نصيب البائع؛ لأنه مما يجوز أن يشترط.

مسألة: فإن كان أحد الأمرين أكثر، فعن مالك في ذلك روايتان، إحداهما أن القليل تبع للكثير. والثانية أنه بمنزلة التساوى.

فصل: وقوله صلى الله عليه وسلم: «إلا أن يشترطها المتاع»، يريد فلا يكون حينئذ للمتاع بمقتضى الشرط، ولا نعلم في جواز ذلك خلافاً إذا ابتاعها بغير الطعام والشراب، فإن ابتاعها بطعام أو شراب، فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يجوز، أبرت الثمرة أم لم تؤبر، إلا أن يجدها قيل أن يفترقا. قال محمد بن مسلمة في المبسوط: أن ذلك جائز أبرت أم لم تؤبر ما لم يتدئ صلاحها.

وجه القول الأول أن هذا طعام بطعام غير متنجز القبض، وإنما راعى في فساد العقد ما يؤول إليه لا ما هو عليه حين العقد، يدل على ذلك أن من اشترى قصيلاً فحصده قبل أن يصير فيه الحب، صح شراؤه.

وأما إن أبقاه حتى صار حباً، فسد فيه البيع، وروعى فيه المال، ولو روعى فيه ما كان عليه يوم العقد لصح البيع، ولم يفسد؛ لأنه لم يكن يوم شرائه إلا قصيلاً أو عشباً.

وجه القول الثاني ما احتج به محمد بن مسلمة أن الطلع بمنزلة جمار النخلة ما لم تؤبر، فإذا أبرت، فداخل في عموم قوله: فتمرتها للبائع، إلا أن يشترطها المتاع، ولم يفرق بين ابتاعها بطعام أو غيره.

مسألة: وإن اشترط من الثمرة المأبورة أقل من قدر ما اشتراه من النخل مثل أن يشتري منه جميع النخل، ويشترط نصف ثمرتها، فقد قال مالك: لا يجوز ذلك في الثمرة، ولا في مال العبد وحلية السيف. وروى سحنون عن أشهب جوازه في ثمرة النخل ومال العبد.

وجه قول مالك أنه إنما يجوز استثنائه على وجه التبع، وأما أن يكون مقصوداً،

كتاب البيوع ١٤١
فذلك غير جائز، وإذا استثنى بعض ذلك علم أن الثمرة مقصودة بالعقد قد حُقتها
المغابنة والمكايسة.

ووجه قول أشهب أن ما جاز أن يشترط جميعه في العقد جاز أن يشترط بعضه
كأصل آخر.

مسألة: فإن لم يشترطه في حين العقد، ثم أراد أن يلحقه بالعقد، فقد اختلف
أصحابنا فيه، فروى أشهب عن مالك أن ذلك جائز في مال العبد وثمره النخل، ورواه
معه ابن القاسم.

وروى أشهب عنه أيضاً أنه لا يجوز فيهما، وبه قال المخزومي وابن دينار وأجازاه
أشهب في الثمرة دون مال العبد، ورواه أيضاً عن مالك. فأما إجازة ذلك بعد العقد،
فإنه مبنى على أن ما بعد العقد يلحق بالعقد، وهذه المسألة جائزة، وإن قلنا إنه لا يلحق
بالعقد، فيجب أن لا تجوز هذه المسألة.

ووجه التفرقة بين مال العبد وثمره الشجرة، على رأى أشهب، أن مال العبد ينتقل
بكمال العقد فيه دون شرط إلى حالة لا يجوز استنأؤه عليها في أصل العقد؛ لأنه ينتقل
إلى ملك البائع والثمره باقية على الحالة التي كان يجوز اشتراطها للمبتاع مع الأصل،
فلذلك جاز له أن يلحقها بالعقد.

مسألة: فإن اشترى الأصل والثمره في صفقة واحدة ثم استحق الأصل، فقد قال
ابن حبيب: إن كان ذلك في زرع، فاستحقت الأرض فسخ البيع ما لم يستحصد
الزرع، ولو استحصد قبل الاستحقاق تم فيه البيع، وهو للمبتاع، وكذلك الثمرة في
استحقاق الأجل.

ووجه ذلك عندي، والله أعلم، أنه لم يمحض على هذه الثمرة وقت وهي فيه بصورة
ما يفسد فيه البيع؛ لأنها كانت قبل بدو صلاحها بصورة ما يجوز بيعه لاعتقاد المتبايعين
أنها تبع للأصل الذي بيعت معه، فلما بدا صلاحها كانت بصفة ما يصح إفراده بالبيع،
فلم يفسد معها استحقاق الأصل وإفرادها منه، ولو استحق الأصل قبل بدو صلاح
الثمره لفسد البيع فيها؛ لانفرادها عن الأصل، واستحالة البيع فيها على ذلك الوجه،
وإنما ذلك؛ لأن الاستحقاق يتناول الأصل دونها، والله أعلم.

مسألة: فإن أفرد الثمرة بالشراء على الجلد ثم اشترى الأصل بعد ذلك، فإن له أن
يترك الثمرة في الأصل حتى يبدو صلاحها.

١٤٢ كتاب البيوع
ووجه ذلك أن ملك الأصل والثمرة جميعاً على وجه صحيح سائغ، فكانت له
التبقيّة كما لو ملكهما في عقد واحد، ولو اشترى الزرع على الحصاد ثم اشترى
الأصل، لم يجوز له أن يقر الزرع حتى يبدو صلاحه؛ لأنه لم يملك، فلا تسقط المخارصة
بتلف الزرع، وهو المعنى الذى من أجله منع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع كثرة
الغرر وتكرر الجوائح والجهل بصفة المبيع حين القبض.

مسألة: ولو اشترى الثمرة على التبقيّة ثم اشترى الأصل لم يكن له أن يبيها لأن
العقد على الثمرة وقع فاسداً، ولو ورث الأرض بعد ذلك جازت له التبقيّة، قال مالك:
ووجه ذلك أن الثمرة إذا فسخ البيع ردت إليه بحق الميراث.

فصل: فإن كانت الثمرة غير مأبورة، فإنها بمطلق العقد للمبتاع، وبه قال الشافعى.
وقال أبو حنيفة: هى للبائع.

والدليل على ما نقوله أن الثمرة قبل الإبار مستكنة فى البيع من أصل الخلقة، فكانت
تبعاً للأصل فى البيع كالحمل فى البطن واللين فى الضرع.

مسألة: ولا يجوز أن يكون للبائع بالشرط خلافاً فلابى حنيفة والشافعى. والدليل
على صحته ما نقوله أن هذا كامن لظهوره عامة، فلم يكن للبائع بالشرط كالجنين.

* * *

النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها

١٢٨٣ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمَارِ
حَتَّى يَبْدُوَ صِلَاحُهَا، نَهَى الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَ.

الشرح: معناه حتى تزهى، ومعنى الإزهاء فى ثمرة النخل أن تبدو فيها الحمرة أو
الصفرة، وهو النضج وبدو الصلاح، وبذلك ينجو من العاهة، وذلك كله بعد أن تطلع
الثريا مع طلوع الفجر فى النصف الآخر من شهر مايه بالأعجمى.

١٢٨٣ - أخرجه الشافعى فى المسند، وفى الأم ٤٧/٣، باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار
١٤٨/٢. عبد الرزاق فى المصنف ١٤٣١٥. الإمام أحمد ٦٢/٢، ٦٣. الدارمى ٢٥١/٢،
٢٥٢. البخارى فى البيوع ٢١٩٤. مسلم فى البيوع ١٥٣٤. أبو دآرد فى البيوع ٣٣٦٧.
النسائى فى البيوع ٢٦٢/٧. ابن ماجه فى التجارات ٢٢١٤. البيهقى فى السنن الكبرى
٢٩٩/٥. معرفة السنن والآثار ١١٥٨/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٤.

كتاب البيوع ١٤٣

قال ابن حبيب: لثمرة النخل سبع درجات الطلع، ثم يتفتح الزهر عنه، ويبيض فيكون إغريضاً، ثم يذهب عنه بياض الإغريض، ويعظم حبه وتعلوه خضرة، ثم يكون بلحاً، ثم تعلو الخضرة حمرة، فيكون زهواً، ثم يصفر صفرة، فيكون بسرّاً، ثم تعلو الصفرة كدره، وتنضج الثمرة، فتكون رطباً، ثم تيبس وتكون تمرّاً.

ويدو صلاح التين أن يطيب، وتوجد فيه الحلاوة ويظهر السواد في أسوده والبياض في أبيضه، وكذلك العنب الأسود بدو صلاحه أن ينحو إلى السواد، وأن ينحو أبيضه إلى البياض مع النضج، وكذلك الزيتون بدو صلاحه أن ينحو إلى السواد وبدو صلاح القثاء أن تنعقد القثاء منه مبلغاً يوجد له طعم، وكذلك الفقوس.

قال ابن حبيب: وأما البطيخ، فليس بدو صلاحه إلا إذا نما ناحية الإصفرار والطياب، وروى في العتبية، عن أصبغ، عن أشهب بدو صلاح البطيخ أن يؤكل فقوساً. قال أصبغ: فقوساً قد تهيأ للبطيخ. وأما الصغار، فلا.

وجه قول ابن حبيب أن بدو الصلاح فيه إنما هو على وجه ما يؤكل عليه ويوجد فيه الغرض المقصود منه.

ووجه ما قاله أشهب أن هذا بدو صلاح يؤكل عليه غالباً، فأشبه بدو صلاح القثاء.

مسألة: وأما الموز، ففي العتبية من رواية أشهب وابن نافع عن مالك: أنه يباع إذا بلغ في شجره قبل أن يطيب، فإنه لا يطيب حتى ينزع.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ومعنى ذلك عندي أن يتناهي عظمه أو عظم بعضه، ويبلغ أوله مبلغه إذا أزيل عن أصله تهيأ فيه تمام النضج، فإنه إذا أزيل عن أصله قبل تناهيه، فسد، ولم يتم نضجه.

مسألة: وأما الجزر واللفت والفجل والثوم والبصل، فبدو صلاحه إذا استقل، وتم وانتفع به أو لم يكن في قلعه فساد، وقصب السكر إذا طاب، وهو أن يكبر، فلا يكون فساداً والبر إذا يبس، وكذلك الفول والجلبان والحمص والعدس والورد وسائر الأنوار أن تنفتح كاماه ويظهر نوره والقصيل والقصب والقرط إذا بلغ أن يرعى دون فساد.

فصل: إذا ثبت ذلك، وأن نهييه ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، اختلف أصحابنا في تعليل ذلك، فقال محمد بن مسلمة: إن الغرر موجود قبل بدو الصلاح وبعده، ولكنه لا غرض في شرائها قبل بدو الصلاح إلا مجرد الاسترخاض لا غير ذلك؛

١٤٤ كتاب البيوع
لأنها قد تسلم فترخص عليه أو يتلف بعضها إذا كان أقل من الثلث، فيكون غالباً وبعد
بدو الصلاح له غرض في ذلك من الانتفاع بها وأكلها رطبة، فلذلك جاز هذا وعفى
عن الغرر لأجله، وقال غيره من أصحابنا: إن الغرر قبل بدو الصلاح أكثر وبعد بدو
الصلاح يقل ويندر، وكثير الغرر يبطل العقود، ويسيره معفو عنه فيها إذ لا يمكن
تسليمها منه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالممنوع منه هو البيع المطلق دون اشتراط القطع، وذلك أن
بيع الثمرة قبل بدو صلاحها يقع على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يشترط القطع، فهذا لا
خلاف في جوازه؛ لأنه باع ما لا غرر في بيعه، ولا تدخله زيادة، ولا ينقص لجده إياه
عقيب العقد.

والوجه الثاني أن يشترط التنقية، وهذا لا خلاف في منعه إلا ما روى عن يزيد بن
أبي حبيب في العرية. ووجه منعه أن المنفعة تقل في ذلك والغرر يكثر؛ لأنه لا يكون
مقصودها إلا ما يؤول إليه من الزيادة، وذلك مجهول، ولأن الجوائح تكثر فيها، فلا يعلم
الباقي منها ولا على أى صفة تكون عند بدو صلاحها.

وأما إذا بدا صلاح الثمرة، فقد تنهى عظمها وكثر الانتفاع بها، وقلت الجائحة
فيها.

والوجه الثالث إطلاق العقد فيها، فالمشهور عن مالك منعه، وبه قال الشافعي.
وروى ابن القاسم في البيوع الفاسدة من المدونة جوازه، ويكون مقتضاه الجحد، وبه قال
أبو حنيفة.

والكلام في هذه المسألة في فصلين، أحدهما: أن إطلاق اللفظ يقتضى التبقية.
والثاني: أن البيع غير جائز.

والدليل على ما نقوله قوله: نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وهذا اللفظ
يقتضى النهى عنه على الإطلاق؛ لأنه لم يقيد ذلك بشرط قطع ولا غيره، فإن قالوا:
هذه حجتنا؛ لأنه قال: حتى يبدو صلاحها.

وهذا يدل على أن البلح يجوز بيعه؛ لأنه يقصد للأكل والحصرم يجوز بيعه؛ لأن
الحصرم يقصد للطبخ.

والجواب: أن الحصرم لم يبد صلاحه؛ لأنه لا يستطاب أكله الاستطابة المعهودة من

كتاب البيوع ١٤٥

الأكل المقصود، ألا ترى أنه قال في حديث أنس الذي يأتي بعد هذا: «أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، قيل له: يا رسول الله، وما تزهي؟ قال: حين تخمر»^(*).

وجواب ثان، وهو أن العلة عندكم ليس هذا من بدو الصلاح، ألا ترى أن سائر الفواكه يجوز بيعها على هذا الوجه، وإن لم يبد صلاحها.

وجواب ثالث: وهو أن هذا تعلق بدليل الخطأ، وأنتم تقولون به ونحن، فمن أصحابنا من لا يقول به، ومن قال به منهم، فإنه يقول به ما لم يعد بإسقاط النضج، وهاهنا يؤدي إلى إسقاط النضج؛ لأننا لو قلنا: إن الحصرم يجوز بيعه، لزمنا أن نقول مثل ذلك في سائر الفاكهة؛ لأن أحداً لم يفرق بينهما.

ولو قلنا ذلك لأبطلنا في سائر الفواكه حكم النطق، فإن قالوا نحمله على المنع من بيعه بشرط التبقية، فالجواب أن إطلاق العقد يقتضى التبقية؛ لأن المعهود من حال الثمرة إبقاء ما على الشجرة إلى أن تنتهي.

وجواب ثان، وهو أن هذا لا يصح على أصلكم؛ لأنه لا يجوز بيعها بشرط التبقية بعد أن يبدو صلاحها، فلا توجد فائدة لتخصيصه ذلك بما قبل بدو الصلاح.

فإن قالوا: المراد بقوله: حتى يبدو صلاحها، حتى تظهر الثمرة، بدليل قوله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»، وما قد وجد لا يقال فيه إذا منعه الله.

فالجواب أن هذا ننقله عليكم، وهو أنه ﷺ قد نهى عن بيع الثمار، وما لم يوجد لا يسمى ثماراً.

وجواب ثان، وهو أنه قد فسر هذا في حديث أنس، فقال: «حين يحمر».

وجواب ثالث، وهو أنه يقال: منع الله الثمرة بعد وجودها، بمعنى أنه منع الانتفاع بها.

فإن قالوا: يحتمل أن يكون النبي ﷺ إنما قال هذا على وجه النصيحة والمشورة، لا على وجه التحريم والإخبار عن الشرع، يدل على ذلك ما روى سليمان بن أبي خثمة، عن زيد بن ثابت، قال: كان الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها، فإذا جاء من الناس وقت تقاضيتهم، قال المتبايع: قد أصاب الثمر الدمار وأصابه أمراض

(*) يأتي تخريجه في الحديث رقم ١٢٨٤.

١٤٦ كتاب البيوع
عاهات يحتجون بها، فلما كثرت خصومتهم عند النبي ﷺ قال رسول الله ﷺ
كالمشورة يشير بها: «فلا تباعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها»؛ لكثرة خصومتهم
واختلافهم.

والجواب أن الذى روى ابن عمر النهى عن ذلك، والنهى يقتضى التحريم، فلا
يعدل عن مقتضاه إلا بدليل. وأما ما أورده، فهو تأويل من زيد، فلا يريد به ظاهر نهى
النبي ﷺ.

وجواب ثان، وهو أنه يحتمل أن يكون النبي ﷺ أشار بذلك أولاً ثم حرمه لهذا
المعنى.

وجواب ثالث، وهو أن هذا التأويل لا يصح على أصلكم؛ لأن بيعه على الإطلاق
إنما يقتضى عندكم الجذ والتبقيّة فيه محرمة، وهذا يمنع من أن يكون نهيه على وجه
المشورة، ويوجب أن يكون على التحريم.

والدليل على ذلك ما روى إسحاق بن أبى طلحة الأنصارى عن أنس، قال: «نهى
رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة»^(*)، قال صاحب العين: المحاقلة بيع الزرع قبل
بدو صلاحها والمخابرة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة نامية أفردها بالبيع عن أصلها قبل بدو
صلاحها من غير شرط قطعها، فلم يصح بيعها كما لو باعها بشرط التبقية.

مسألة: ولا يباع الزرع إذا أفرك، ولا الفول إذا اخضر، ولا الحمص والجلبان، إلا
بشرط القطع؛ لأن بدو منفعتة المقصودة اليبس، واستغناؤه عن الماء، وإنما يؤكل البلح،
وعلى هذا حكم الجوز واللوز والفسق عندى، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإن يبيع الفول أو الحنطة أو العدس أو الحمص على الإطلاق قبل يبسه، وبعد
أن أفرك، فقد قال ابن عبد الحكم: يفسخ فيه البيع ويرد وحكمه حكم بيع الثمرة قبل
بدو صلاحها.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: يفوت باليبس ويمضى البيع ولا يرد. وقال فى
المدونة: أكره أن يعمل به، فإذا عمل به وفات، فلا أرى أن يفسخ، وتأول الشيخ أبو

(*) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٧٩، ٤٥٢٣. أحمد فى المسند حديث رقم

كتاب البيوع ١٤٧
محمد هذا على معنى تفوت بالقبض. وروى ابن المواز عن مالك: إن نزل لم أفسخه،
وظاهره يقتضى أنه يمضى بنفس العقد.

مسألة: وأما إذا بدا صلاح الثمرة، فإنه يجوز بيعها، وذلك بأن يبدو الصلاح فى
نخلة منها، فإن كانت تلك النخلة فى جهة واحدة، فيجوز بيع ذلك النصف كله؛ لأنه
لو روعى فى ذلك بيع ما بدا صلاحه دون غيره، لم يصح ذلك لتفاوته وللحقته المشقة
المفرطة فيه، ولا تمتنع ببيعها إلا عند انقضائه، وهو وقت بيعه، واستغناء المشتري عنه،
وكذلك إذا بدا صلاح نوع، جاز بيع سائر أنواع ذلك الجنس مما يقرب منه فى بدو
الصلاح، وإن لم يبدو صلاح تلك الأنواع. قال القاضى أبو محمد: وهذا إذا كان ضيًّا
متتابعًا، ولم يكن مبكرًا، والمراعى فيه بلوغ الزمن الذى تؤمن فيه العاهة على الثمرة
غالبًا.

ومعنى ذلك أن لا تكون تلك الثمرة خارجة عن عادة غيرها، فإن من الشجر ما
يتقدم نوع منه سائر الأنواع فى الطيب بالمدة الطويلة، ويتأخر عن سائره بالمدة الطويلة،
فلا يجوز بيع المتأخر بظهور صلاح المتقدم كما لا يمنع تأخير المتأخر مع المتقدم كالعنب
الشتوى والصفى، لا يباع الشتوى يبدو صلاح الصيفى؛ لأن عادتهما التفاوت فى بدو
الصلاح كالجنسين.

وكذلك إذا ندر من الشجرة الواحدة الحبة الواحدة، فقد يندر ولا يتلاحق بها من
ذلك الجنس شىء، فإن تلك الحبة لا حكم لها حتى يتقارب صلاح غيرها، فإن كانت
الشجرة تطعم بطنين فى السنة، فالظاهر من المذهب أنه لا يجوز أن يباع الآخر يبدو
صلاح الأول، رواه فى العتبية ابن القاسم عن مالك.

وفى المبسوط، أنه إذا كان طيبها متتابعًا لا ينقطع الأول حتى يدرك الآخر، فلا بأس
ببيعها جميعًا بطيب الأول.

وجه القول الأول أن لبطن الثانى ثمرة لم يبدو صلاحها، ولا بلغت إبان بدو
صلاحها، فلم يجز بيعها كالمفردة.

وجه القول الثانى أنه إذا اتصل، فحكمه حكم الثمرة الواحدة فى صحة البيع
كالمقائى.

مسألة: ولا يباع جنس من الثمر يبدو صلاح جنس آخر خلافًا لليث بن سعد.
والدليل على ذلك نهيه ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وحتى تزهو، قيل وما

١٤٨ كتاب البيوع
تزهو؟ قال: «حين تحمر». وروى عنه أنه قال في العنب: حين يسود. فاعتبر في كل
جنس صفة لا توجد في غيره ومنع من يبعه حتى توجد تلك الصفة فيه، وهذا يمنع
اعتباره بعده.

ودليلنا من جهة المعنى أن منع الثمرة حتى يبدو صلاحها إنما هو لتؤمن عليها
العاهة، ولتكون معلومة الصفة برؤية ما ضاب منها، وقد علم تفاوت أجناس الثمار في
الطيب، فإذا ضاب بعضها، لم يؤمن بذلك العاهة على غيرها مما يتأخر إبانها عن إبانها،
وإذا علم صفة بعضها يبدو الصلاح فيها لم يعلم بذلك صفة غيرها ما لم يبد الصلاح
فيها.

مسألة: إذا بدا صلاح نخلة من حائط، جاز بيع جميع ذلك الحائط، وجاز بيع ما
حواليه من الحوائط، وما يكون حاله في التبيك والتأخير، خلافاً لمطرف من أصحابنا
والشافعي في قولهما: لا يباع بطيها غير حائطها.

والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة بدا صلاحها، فجاز أن يباع به ما حولها كما
لو لم يفصل بينهما بجدار.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز بيع الثمرة التي بدا صلاحها على الإطلاق، ولا
خلاف في ذلك ويجوز بيعها بشرط التبقية، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز
بيعها بشرط التبقية.

والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة جاز بيعها على الإطلاق، فجاز بيعها بشرط
التبقية. أصل ذلك إذا قال: ابتاعها منك على أن أقبضها غداً.

مسألة: لا خلاف أنه لا يجوز أن تفرد الحنطة في سنبليها بالشراء دون السنبل،
وكذلك الجوز واللوز والباقلا، لا يجوز أن يفرد بالبيع دون قشره على الأجزاء ما دام
فيه. وأما شراء السنبل إذا ييس، ولم ينفعه الماء فجائز، وكذلك الباقلا والجوز. وقال
الشافعي: لا يجوز شيء من ذلك.

والدليل على ما نقوله ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع
النخل حتى تزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهات نهى البائع والمشتري، وهذا
على طريق القاضي أبي بكر في تعلقه بدليل الخطاب في الغاية.

ودليلنا من جهة القياس أن ما جاز بيعه بعد الفك جاز بيعه قبل الفك كالشعير.

كتاب البيوع ١٤٩

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز بيعه قائماً قبل حصاده إذا بیس جميعه أو أكثر، رواه ابن المواز عن مالك. وروى القاضي أبو إسحاق عن مالك أنه يجوز بيعه في أنادره وقبل درسه. وروى عن ابن نافع أنه لا يجوز بيعه إلا إذا كان حزماً يرى سنبله، وينظر إليه.

ووجه قول مالك أنه لم يتغير عن الصفة التي كان عليها قبل الخصاد، وقد أجمعنا على أنه يجوز بيعه جزأً قبل الخصاد، وأنه يتأتى حزره على ذلك، فكذلك بعد الخصاد، وقبل تغيره بالدرس.

ووجه آخر أن الخصاد معنى لا يتوقع معه إضافة شيء إلى الزرع يمنع صحة تقديره، وتساوى المتبايعان في معرفته، فلم يمنع ذلك صحة بيعه جزأً. أصل ذلك إذا أمالته الريح.

ووجه قول ابن نافع ما احتج به من أن هذه الصورة التي يمكن عليها حزره. وأما إذا كان يخفى سنبله أو بعضه، فلا يمكن حزره لخفاء المطلوب منه، ولذلك جوزنا الخرص في النخل والأعناب لما كانت ثمرتها ظاهرة يمكن ذلك فيها، ولا يخرص الزبيب؛ لأن ثمرته مستورة في أوراقه.

مسألة: ولا يجوز بيعه بعد درسه، وروى ذلك عن مالك القاضي أبو إسحاق في مبسوطه.

ووجه ذلك أنه قد صار على حالة لا يتأتى حزره، ولا يؤمن من إضافة التبن إليه، فلم يجز بيعه كما لو صفاه، ثم أضاف إلى حنطته تبناً، وهذا كله في اجزاف. وأما بالكيل، فلا خلاف في جواز ذلك؛ لأن المقدار معروف بالكيل والصفة معروفة بفرك بعضه، والنظر إليه.

١٢٨٤ - مَالِك، عَنِ حُمَيْدِ الطَّوِيلِ، عَنِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تُزْهِىَ، فَقِيلَ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا تُزْهِى؟ فَقَالَ: «حِينَ تَحْمَرُّ». وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمْرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أُخِيهِ».

الشرح: قوله: «نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى»، يقال: أزهى الثمر إذا بدا

١٢٨٤ - أخرجه الشافعي في الأم ٤٧/٣. البخاري في الزكاة ١٤٨٨. مسلم في المساقاة ١٥٥٥.

النسائي في البيوع ٢٦٤/٧. البيهقي في السنن ٣٠٠/٥. معرفة السنن والآثار ١١١٦٢/٨.

وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٦٥.

١٥٠ كتاب البيوع

صلاحه، والزهو التور، والمنظر الحسن، ويحتمل أن يكون مأخوذاً منه؛ لأنها حينئذ يحسن منظرها، ويكمل حسنها، فإن قيل هذه لفظة عربية، فكيف تخفى على من معه من العرب حتى يسألوه عنها، فالجواب أن ذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن تكون لغة لبعض العرب دون بعض، فسأل عنها من ليست لغته.

والوجه الثاني: أن تكون لفظة مستعارة من حسنها في ذلك الوقت وجمال منظرها، كما قال عليه السلام يوم حنين: «الآن حمى الوطيس»^(*)، وغير ذلك من الألفاظ المستعارة، فكأنه قال: حتى تحسن الثمرة، فاحتاج السائل أن يسأل عن جنس الحسن الذى يبيح بيعها، فأخبره أن زهاها حسنها بحمرتها.

وقوله: «حتى تحمر»، يعنى، والله أعلم، تظهر على خضرة البلح حمرة، وهو أول ما يتغير لون البلح إلى الحمرة، فذلك هو الإزهاء، ثم يكون منه ما يصفر ومنه ما يستكهم حمرة، ويكمل فى جميعه، فيكون بسرًا، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله عليه السلام: «أرأيت إذا منع الله الثمر»، يريد منع قبضها واستيفاءها على الوجه المعروف المعتاد للاقتيات والادخار أو الأكل المعتاد؛ لأن أخذه على غير ذلك الوجه فساد وإتلاف للثمرة أو نادر لمنفعة غير مقصودة، ف شراء المشتري إنما يقع على المعتاد من أكل الثمرة، وهو أكلها رطبًا أو تمرًا.

فإن منع الله الثمرة قبل ذلك لم يكن للبائع أن يأخذ الثمن من المبتاع لقوله عليه السلام: «إذا منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»، فاقضى ذلك أنه لا يجوز له أخذ مال أخيه إذا منع الله الثمرة، فلما كانت العاهات تكثر، وتكرر قبل الإزهاء منع ذلك صحة بيعها.

وفى هذا دليل على أن المنع إنما توجه إلى البيع الذى لم يشترط فيه القطع؛ لأن ما اشترى على القطع لا تمنعه آفة، فلم يتوجه إليه المنع، فعلى هذا الغرر المتوقع فى المبيع على ثلاثة أضرب، ضرب يكتر، ويكون هو الأغلب، فهذا يمنع من صحة العقد جملة كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح على وجه يقتضى التبقية.

وضرب لا يبلغ هذا المبلغ من الكثرة والتكرار، لكنه يكون معتادًا، ولا يمنع صحة العقد، ولكنه يمنع النقد كحال الأمة فى عهدة الثلاث ومدة المواضعة.

(*) جزء من حديث طويل أخرجه مسلم فى كتاب الجهاد والسير حديث رقم ١٧٧٥. أحمد

فى المسند حديث رقم ١٧٧٨.

كتاب البيوع ١٥١

وضرب ثالث يقل ويندر، فلا يمنع صحة العقد، ولا اشتراط النقد كالجئون والجذام في عهدة السنة والجائحة بعد بدو الصلاح في الثمرة.

وروى القاضي أبو إسحاق عن محمد بن مسلمة أنه فرق بينهما بعد هذا، وقال: إن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح، غرر، لا فائدة فيه؛ لأنه لا ينتفع المبتاع بها، فلا يقصد إلا مجرد الغرر.

وأما بعد بدو صلاحها، فإنه قصد الانتفاع بها، وذلك يرفع فساد الخوف من إتلافها، والذي قدمناه أولى لما روت عمرة عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة، فجعل ذلك نجاء من العاهة لعلها تكرر فيها كما يقول لمن نجا من غرق البحر أو قتل العدو: نجا فلان من الموت، بمعنى أنه انتقل من حالة لا يكاد يسلم فيها إلى حالة يقل فيها العطب.

١٢٨٥ - مَالِك، عَنْ أَبِي الرَّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَارِثَةَ، عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تَنْجُو مِنَ الْعَاهَةِ.

الشرح: قوله ﷺ: «حتى تنجو من العاهة»، يريد عليه السلام، والله أعلم، حتى يقل ذلك فيها ويندر.

وقول مالك: «أن بيع الثمار قبل بدو صلاحها من الغرر»، يريد لما نهى عنه ﷺ من منع ذلك بسبب العاهات المتكررة عليها في أكثر الأعوام، وإذا كان من الغرر، وجب أن يكون بيعه غير جائز.

١٢٨٦ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنْ خَارِجَةَ بِنِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّهُ كَانَ لَا يَبِيعُ ثَمَارَهُ حَتَّى تَطَّلِعَ الثَّرِيًّا.

الشرح: معنى ذلك، والله أعلم على ما تقدم، أن طلوع الثريا مع الفجر إنما يكون في النصف الآخر من شهر مايه، وهو شهر أيار، وفي ذلك يبدو صلاح الثمار

١٢٨٥ - أخرجه الشافعي في المسند ١٤٩/٢. البيهقي في السنن الكبرى ٣٠٥/٥. معرفة السنن

والآثار ١١١٦٦/٨. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٦٦.

١٢٨٦ - أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥٠٨/٦. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم

١٥٢ كتاب البيوع

بالحجاز، ويظهر الإزهاء فيها، وتنجو من العاهة في الأغلب، ففي ذلك الوقت يجوز بيعها فيه دون ما قبله، وتختلف العبارات فيما يبدو به ما يمنع من البيع، ويميز ما يباع، فتارة يميز ويفسد بالإزهاء، وتارة بأن تنجو الثمرة من العاهة، وتارة تطلع الثريا، غير أن تحديد ذلك بالإزهاء وبأن تنجو من العاهة يتعقبه الجواز على كل حال.

وأما طلوع الثريا، فليس بحد يتميز به وقت جواز البيع من وقت منعه، وقد روى القعنبي عن مالك في المبسوط أنه قال: ليس العمل على هذا، ومعنى ذلك عندي أنه لا يباح بيع الثمرة بنفس طلوع الثريا حتى يبدو صلاحها، وإنما معنى ذلك في الحديث أنه كان لا يبيع إلا بعد طلوعها، وليس فيه أنه لم يكن يبيع ذلك بعد طلوع الثريا إلا الإزهاء، والله أعلم.

وقد روى عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا طلع النجم صباحاً رفعت العاهة عن أهل البلد»^(١)، والله أعلم.

والنجم الثريا، وهذا الحديث لم أره، وقد وجدته على حسب ما أوردته، ولم أروه من طريق صحيح، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي بَيْعِ الْبُطِيخِ وَالْقِثَاءِ وَالْخَرْبِزِ وَالْحَزْرِ، إِنَّ بَيْعَهُ إِذَا بَدَأَ صِلَاحُهُ حَلَالٌ جَائِزٌ، ثُمَّ يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي مَا يَنْبَغُ حَتَّى يَنْقَطِعَ ثَمْرُهُ وَيَهْلِكَ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ وَقْتُ يُؤَقَّتُ، وَذَلِكَ أَنَّ وَقْتَهُ مَعْرُوفٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَرَبَّمَا دَخَلَتْهُ الْعَاهَةُ، فَقَطَعَتْ ثَمْرَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ ذَلِكَ الْوَقْتُ، فَإِذَا دَخَلَتْهُ الْعَاهَةُ بِجَائِحَةٍ تَبْلُغُ الثَّلَاثَ فَصَاعِدًا، كَانَ ذَلِكَ مَوْضُوعًا عَنِ الَّذِي ابْتِاعَهُ^(١).

(*) أخرجه أحمد في المسند حديث رقم ٨٢٩٠.

(١) اختلف العلماء في هذه المسألة: فقال مالك، وأصحابه: بما رسمه في كتاب الموطأ، ومن أحسن ما يحتج به في ذلك أن السنة وردت في النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، فإذا بدا صلاح أولها جاز بيع جميعها بطيب أولها، ولولا طيب أولها لم تجز بيعها، فكذلك بيع ما لم يخلق في المقائى من البطيخ والقثاء يكون تبعاً لما خلق من ذلك كما كان ما لم يطب من الثمرة تبعاً لما طاب، وحكم الباذيخان، والموز، والياسمين، وما أشبه ذلك كله حكم المقائى عندهم. وأما الشافعي فلا يجوز عنده بيع شيء من ذلك، إلا بطناً بعد بطن، ولا يجوز عنده بيع شيء لم يخلق، ولا يبيع ما خلق، ولم يقدر على قبضه، في حين البيع، ولا يبيع ما خلق، وقدر عليه إذا لم ينظر إليه قبل العقد، وكذلك يبيع كل معيب في الأرض مثل الجزر، والفجل، والبصل. =

كتاب البيوع ١٥٣

الشرح: وهذا كما قال أن بيع القثاء إذا بدا صلاحه جائز بشرط أن يشتمل البيع على جميع ما يخرج منه إلى آخره، فإن ذلك جائز؛ لأن صلاح تلك الثمرة قد بدا فباقيها تبع لها؛ لأن هذا حكم تبع فيه كل ما بدا صلاحه كل ما يأتي بعده منه، وهذا حكم الخربز، وهو نوع من البطيخ وحكم الباذنجان والقرع مما يأتي بعضه دون بعض ولا يتميز أوله من آخره. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز شيء من ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة لا يمكن حبس أولها على آخرها، فجاز أن يباع ما لم يبد صلاحها بما بدا صلاحه كالتين والخوخ.

فصل: وقوله: «ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره»، يريد في القثاء والبطيخ، وما ليس له أصل ثابت مما يحدث شيئاً بعد شيء ولا يتميز.

ووجه ذلك عندي أنه إنما يشتري ثمره على المعروف من حال مثله في قوة نباته ونعومته وطيب أرضه وما عرف من نباته مثل هذا فيها، فإذا اشترى الأصول على هذا كان له ما يخرج منها إلى آخر وقتها، ولا يلزم على هذا أن يقال لو تعلق البيع بأصلها لما حرم بيعها قبل بدو صلاح نباتها، ولجاز أن تباع قبل أن يبدو ذلك منها كما يجوز ذلك في النخل وسائر الشجر؛ لأن النخل والشجر لها أصل ثابت باق، ولذلك تتبع الأرض بمجرد العقد.

ووجه آخر، وهو أن المقصود من شراء المقائى ثمرتها؛ لأن سائرها لا قيمة له، والشجر المقصود من سائرها الأصل، وفي الغالب معظم الثمرة لها وإن كان بعض الثمرة لها، فلها القيمة الكثيرة.

فرع: وبيان ذلك أن ما يبيع من هذا على ثلاثة أضرب، ضرب يتميز بطونه ولا تتصل، كشجرة التين والنخيل والياسمين والتفاح والرمان والجوز. وضرب ثان يتميز بطونه وتتصل كالقصب والقرط. وضرب ثالث لا يتميز بطونه كالمقائى والباذنجان والقرع.

فأما ما يتميز بطونه ولا تتصل، فلا يجوز أن يباع ما لم يظهر من بطونه بظهور ما ظهر منها وبدو صلاحه، وحكم كل بطن منها مختص به. وأما ما تتصل بطونه وتتميز،

=وقول الكوفيين في بيع المقائى، كقول الشافعي. وهو قول أحمد، وإسحاق؛ لأنه يبيع ما لم يخلق عندهم، وبيع الغرر. انتهى. انظر هذه المسألة في: الاستدكار لابن عبد البر ١٩/١٠٨، وما بعدها.

١٥٤ كتاب البيوع

فإن إطلاق العقد يتناول ما ظهر منه دون ما لم يظهر، وتكون خلفته لمن له أصله، وذلك أنه إنما باع منه ما جرت العادة بأخذه من عينه، ولم يتبعه أصله، ولذلك لا يجوز له تبيته إلى أن يبدو صلاحه.

فإن اشترط المتبايع خلفه، فهل يجوز ذلك، عن مالك فيه روايتان، حكاهما ابن المواز عن أشهب عنه، إحداهما: أنه قال في القرط: يجوز ذلك إذا كان لا يختلف. وقال في موضع آخر: فإن كانت خلفته تخلفت، فلا أحب اشتراطها. والرواية الثانية أنه قال: ما هذا عندي بحسن؛ لأنها تأتي مختلفة.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم أن معنى قوله: تختلف خلفته، أن تثبت مدة ولا تثبت أخرى، ولفظ أشهب يقتضى الاختلاف في صفتها، وإنما جوزنا اشتراط الخلفة على رواية الإباحة؛ لأنها مستندة إلى الأولى التي قد جاز بيعها ومتصلة كما اشتد من ثمرة التين والتفاح وسائر الثمار ما هو صغير لا يجوز بيعه إذا انفرد إلى ما قد بدا صلاحه، وكما يجوز بيع ما لم يظهر من القثاء والبادنجان مع ما قد ظهر منها.

ووجه الرواية الثانية أن هذا شراء لم يوجد وينفصل مما وجد، فلم يجز شراؤه بشراؤه كما لا يجوز شراء ثمرة نخل في عام مع ثمرته في عام قبله.

فرع: فإذا قلنا برواية الجواز، فإنما تجوز إذا كانت الخلفة مأمونة. قال ابن حبيب: ولا تكون مأمونة إلا في أرض السقى وتجويز أصحابنا ذلك في القرط والقصب الذى لا يكاد أن يكون إلا بمصر، دليل على جوازه في أرض السقى، وإنما يراعى في ذلك أن تكون أرضاً مأمونة على الخلفة، ولعل ابن حبيب إنما وصف بذلك أرض بلاد الأندلس، والله أعلم وأحكم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز أن يشترط من الجزر ما يعلم أنه ينتهى إليه بعد ذلك النبات واحدة أو خمسة أو أكثر من ذلك مما لا يخاف أخلافه ولا اختلافه؛ لأن ذلك يتميز، ويمكن تقديره بعدد الجزر والبطون، فإن اختلف بعد ذلك أو قصر عن الصفة، ففي المبسوط وكتاب ابن المواز عن مالك: أن البائع يرد على المشتري بقدر ذلك.

قال محمد بن مسلمة: والبقول في ذلك كله بمنزلة القصب.

ووجه ذلك أن ينظر إلى قيمة الجزرة الأولى والثانية التى استوفيت، وقيمة التى اختلفت يوم العقد على أن يقبض فى إبانها كل واحدة منها فيقبض الثمن على قيمتها، فما أصاب التى اختلفت رده البائع على المشتري.

كتاب البيوع ١٥٥

فرع: وهل يجوز بيعه حتى يبقى جزرة؟ في كتاب ابن المواز لأشهب عن مالك: لا يجوز ذلك، وإنما يباع عدد جزرة. وفي كتاب ابن حبيب: إذا اشترط المبتاع اخلفة كانت له كلها، وإن كانت خلفة بعد خلفة، وهذا يقتضى أن له ما نبت إلى أن يفنى. ووجه قول مالك أن أصله باق على ملك صاحبه، فلا يجوز أن يشتري إلى انقضاء ثمرته كالنخل والشجر.

ووجه قول ابن حبيب أن هذه بطون متصلة، فجاز اشتراط جميعها كالمقائى، والصحيح فى هذا أنه ما كان إبانته ينتهى إليه، ويبطل الأصل، جاز اشتراطه إلى انقضائه، وما كان على غير ذلك، لم يجز، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما الجوز، فقال محمد بن مسلمة: يباع سنين كألبان الغنم إذا ولدت شهراً أو شهرين. وروى ابن نافع عن مالك أنه قال: لا أحب إن باع ما يخرج منه أكثر من سنة بالزمن الطويل، ولا يصح ذلك عندى إلا أن تكون بطونه متصلة فى مثل هذه المدة وغيرها، ولا يتقدر بالتمام لبقاء أصله، فإن كان يتميز كل بطن من الآخر، ويتصل، فيصح شراؤه بعدد البطون، وإن كان يتصل ولا يتميز، فمعناه أن يتقدر بالزمن كالمياه وألبان الغنم.

مسألة: وأما الجميز، ففى كتاب ابن المواز عن مالك، إن كان نباته متصلاً، فهو مثل المقائى، وإن كان منفصلاً، فقال مالك: لا خير فيه، والسدر كذلك.

ومعنى ذلك أن كل بطن ينفصل مما قبله، فلا يجوز أن يباع ببطن آخر، وإن كانت بطونها متصلة، فهو بمنزلة المقائى فى جواز بيع ما لم يظهر منه مع ما ظهر ويقدر ما يباع منه بالزمان، فأما أن يباع إلى ثمرة الأصل، فلا يجوز ذلك ولا يكون فى ذلك بمنزلة المقائى.

فصل: وأما ما لا تتميز بطونه كالثناء، فإنه لا يجوز أن تباع بطونها مقدرة؛ لأنها لا يصح أن تتقدر، وإذا لم يكن له أصل ثابت، فلا يصح أن يتقدر بالزمن؛ لأن انقضاء أمره يقرب، وهو أبين فيما يقاربه. ووجه آخر علل به أصحابنا، وهو أنه يتأخر بالبرد، ويتعجل بالحر، فيدخله الغرر والجهل بالمعقود عليه.

مسألة: فإن أراد المبتاع تبقية الأصل، وطالبه البائع بقلعها، رجع فى ذلك إلى عرف الجهة، وما جرت عادتهم به فحملوا عليه، وليس فى ذلك توقيت بشهر ولا أكثر من ذلك، ولا بمدة محصورة من الزمان كالثمرة تشتري بعد بدو الصلاح، فإن الرجوع فى

١٥٦ كتاب البيوع
بقائها في أشجارها إلى العرف والعادة ولا يتوقت بمدة من الزمان مقدره؛ لأن التعجيل
والتأخير يدخلها بإفراط الحر والبرد، ولكل شيء من ذلك مقدار معروف.

فصل: وقوله: «وذلك معروف عند الناس، وربما دخلته العاهة، وقطعت ثمرته قبل
أن يأتي ذلك الوقت، فإذا كان ذلك، فهو موضوع عن الذي ابتاعه»، يريد أن لما بيع
من هذه المقائى عند الناس أوقاتاً معتادة إذا سلمت ينتهى إليها، وتدوم ثمرتها على
حسب ما عرفوه، واعتادوه من ذلك، فإن بلغت الثمرة واتصلت إليها، فقد سلم المبيع
للمبتاع، ووجب للبائع جميع الثمن، وإن قصرت عن ذلك الثمرة، وانقطعت قبل
المعروف من وقتها، فإنما يكون ذلك بعاهة فلم تسلم جميع الثمرة إلى من ابتاعها،
فيوضع ذلك عن المبتاع إذا بلغ الثلث فأكثر، وسنذكر هذا مستقصى في الجوائح إن
شاء الله تعالى.

ولا يلزمنا على ما أصلناه أن يقال: لو كان الأصل تبعاً للثمرة لما كانت فيه جائحة
كالثمرة إذا بيعت مع أصل النخل؛ لأن ابن حبيب روى عن أصيب أن ما عظم ثمنه من
الثمرة، فأصابته جائحة يقصر الثمن على الثمرة والأصل فتوضع الجائحة؛ لأنه زيد في
الثمن من أجلها، فكيف بثمرة المقائى، وهى المقصودة بجميع الثمن.

ولو سلمنا على قول سائر أصحابنا فى النخل، فقد قال ابن القاسم فى العتبية فى
القول والجلبان ما بيع منها أخضر، فلا توضع فيه جائحة حتى تبلغ الثلث، ويرد إلى
أصله، ومعلوم أن الجلبان الأخضر لا يجتنى إلا بأصله.

* * *

ما جاء فى العرية^(١)

١٢٨٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّ رَسُولَ
اللَّهِ ﷺ أَرْحَصَ لِصَاحِبِ الْعَرِيَّةِ أَنْ يَبِيعَهَا بِخَرَصِهَا^(١).

(١) كذا فى الأصل، وفى الموطأ باب ما جاء فى بيع العرية.

١٢٨٧ - أخرجه الشافعى فى المسند ٢/١٥٠. الإمام أحمد ٥/١٨٦، ١٨٧. البخارى فى البيوع
٢١٨٨. مسلم فى البيوع ٦٠/١٥٣٩. الطبرانى ٤٧٦٧. البيهقى فى السنن الكبرى ٥/١٨٦.
معرفة السنن والآثار ٨/١١٢٦٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٧٠.
(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٢٦: هكذا روى هذا الحديث فى الموطأ جماعة الرواة فيما
علمت، لم يزيدوا على أن يبيعها بخرصها. ورواه الليث بن سعد، عن يحيى بن سعيد، عن نافع، =

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها»، مطلق الرخصة عند الفقهاء يقتضى أن يخص بعض الجملة المحظورة بالإباحة، ومنع أبو حنيفة وقوم من أصحابنا القياس عليه، وجعلوا له بإطلاق اسم الرخصة عليه حكماً مفرداً، ولا يجوز أن يعدى إلى غيره حتى أنهم يسمون بذلك كل حكم لا يعدونه وليس هذا بصحيح، والصواب أن ينظر إلى علة ذلك الحكم الذى علق عليها فى الشرع، فإن كانت علتة واقعة، قصر الحكم على موضعها، وإن كانت متعددة عداه، وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت، وبالله التوفيق.

ومعنى إطلاقهم عليها اسم الرخصة أن زيد بن ثابت روى عن النبى ﷺ منع بيع الرطب بالتمر، وروى عنه إباحة ذلك على وجه الخرص فى العرية، رواه ابن شهاب، عن سالم، عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا التمر حتى يبدو صلاحته، ولا تبيعوا التمر بالتمر».

قال سالم: وأخبرنى عبد الله، عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أرخص بعد ذلك فى بيع العرية بالرطب أو بالتمر، ولم يرخص فى غيره، فخص العرية بهذا الحكم دون سائر المبيع من الثمار.

والمعنى المبيح لذلك ضرورة الشركة إذا كان أصلها العرية، وهذا المعنى، وإن كان ورد بلفظ البيع، ففيه معنى من البيع، وذلك أن المعرى إذا خرصت عليه العرية له أن يبيعها أو يأكلها، ويصنع بها ما شاء، ويعطيها غيره.

وإنما معنى ذلك فى الحقيقة معنيين، أحدهما: إزالة ضرر الشركة؛ لأن غالب أحوال الناس وأهل الحوائط الانفراد بعيالهم وذريتهم فى حوائطهم، وجمع ما يسقط منها، وأكل ثمرها رطبه ويابس.

فإذا أعرى نخلة من حائطه، امتنع عليه الانفراد فيه بأهله وذريته؛ لأن للمعرى أن يقيم مع عريته أو يمتنع مع ذلك على المعرى، وعلى من معه من أهل وولد؛ لانبساطهم فى الجمع والأكل مما يسقط إلا بعد التحفظ من العرية، فيؤدى ذلك إلى المشقة إلى ما يمنع من الإعداد فى عام آخر.

=عن ابن عمر، قال: حدثنى زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أرخص فى بيع العرايا بخرصها تمراً. وعند يحيى بن سعيد فى العرايا أيضاً حديثه عن بشير بن يسار، عن سهل بن أبى حنيفة. وروى الأوزاعى، ويونس، عن ابن شهاب، عن سالم، عن أبيه، عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أرخص فى بيع العرايا بالرطب. والمحفوظ فى هذا الحديث وغيره فى العرايا ذكر التمر لا ذكر الرطب:

١٥٨ كتاب البيوع

ووجه آخر، وهو أن المعرى إذا أعرى نخلة إن احتاج من مراعتها، وجمع سواقطها، وحفظها، وسقيها، والعمل عليها، لزمه فى ذلك من المشقة أكثر من قدر قيمتها، فيؤدى ذلك إلى أن لا ينتفع بعد من جميع ما يكون فيه، وترك التحفظ من ثمرة الغير، ويحتاج المعرى إلى من يكفيه ما يلزمه فى عريته مما ذكرناه.

فجاز لهذا المعنى أن يخرص على المعرى، ويكون عليه خرصها تمراً يؤديه إلى المعرى عند الجذاذ كما يخرص عليه الزكاة التى تجب عليه فى حائطه لأهل الزكاة ويلحقه من الضرر بمشاركتهم له فى الحائط، مثل ما يلحقهم بمشاركة المعرى.

ويلحق أهل الزكاة من الضرر بالعمل فى الحوئط، والحفظ له، مثل ما يلحق المعرى، وقد قرر الشرع فيه خرصه على أهل المال ليؤدوه عند الجذاذ، والله أعلم وأحكم.

وأما علة الاستضرار بالدخول بها، فقد قال ابن القاسم: وكذلك الإرفاق له تأثير فى إباحة المحظور، ولذلك جوزنا لمن أراد إرفاق صديق له أن يبدل له ثلاثة دنانير ناقصة بثلاثة دنانير وازنة عددًا.

ومنع ابن الماجشون أن تكون لذلك علة عند استضرار المعرى بدخول المعرى، فأبيح له ذلك لإزالة هذا النوع من الضرر، والأظهر عندى فيه ما تقدم، ويتحرر عندى من هذا قياس أن هذا معنى حد فى الشرع بخمسة أوسق، فجاز أن تخرص ثمرة على أن يعطى من تخرص عليه خرصه تمراً عند الجذاذ. أصل ذلك الزكاة.

فصل: وقوله: «أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها»، خص بذلك صاحب العرية وسماه بيعاً لما كان استهلاك الثمرة التى تخرص عليها، وأن يعطى غيرها، فقد ملكها، ودخلت فى ضمانه على أن يعطى إن شاء مثل خرصها بدلاً منها.

وهذا فيه معنى من البيع، وهو لزوم المعاوضة للمعرى، ولزوم كثير من معنى العقد للمعاوض من حفظ الثمرة وجدها والتزامها، ويكون له الخيار فى دفع تلك العين، وبدلها بعدها، وهذا إنما هو حكم من أحكام القرض مع بقاء العين على صفتها.

وفيه وجه آخر من معنى البيع، أنه لا يثبت حكمه إلا باختيار المتبايعين، وأما الزكاة، فلم ترد فى الشرع بلفظ البيع لما كان ذلك يلزم رب المال، وإن لم يرضه، فلذلك لم يذكره باسم البيع، والموجب لذلك أن المعرى معين مالك لأمره.

فلما لم يلزمه الخروج عن العرية إلا باختياره، فكذلك المعرى لا يلزمه التزامها إلا

كتاب البيوع ١٥٩
بالزكاة، والمستحق للزكاة غير معين، وإنما للإمام النظر في ذلك على ما قرره المشرع
من خرص ذلك على أرباب الخوائط وتسليمه إليهم.

ولم يكن للإمام أن يتقدم من ينظر فيه بمقاسمة الثمرة حين بدو صلاحها أو جمعها
أو حفظها والنظر فيها، وكان حكم خرصها وتسليمها إلى أرباب الخوائط لازم أوجب
أيضاً أن يكون ذلك لازماً في أرباب الخوائط، ولذلك لم يسم بيعاً لما لم يوقف على
اختيار الإمام وأرباب الأموال.

وفي هذا أربعة أبواب، الباب الأول: في تفسير معنى العرية وما يتعلق بذلك من
جواز بيعها. والثاني: في تبين من يجوز له ذلك. والباب الثالث: في تبين ما يصح
ذلك فيه من الثمار. والباب الرابع: في تبين مقدار ما يصح ذلك فيه من الثمرة.

* * *

الباب الأول في تفسير معنى العرية

فأما معنى العرية، فقال القاضي أبو محمد: هو عندنا أن يهب الرجل ثمر نخلة أو
نخلات من حائطه لرجل، وهذا الذي ذكره يحيى على مذهب أشهب وابن حبيب.

وأما ابن القاسم، فإن معنى العرية عنده أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص، وهو
أن يكون على المعري ما يلزمها إلى وقت صلاحها، وهو وقت يمكن الانتفاع بها،
وإطلاقه الهبة عنده لا يقتضى هذا، وإنما يقتضى أن ذلك يلزم الموهوب له من يوم
الهبة، ففرق في ذلك بين الهبة والعرية، ولذلك قال عن مالك: إن زكاة العرية على
المعري، وزكاة الثمرة الموهوبة على الموهوب له.

قال ابن القاسم: فرق مالك بينهما في الزكاة والسقي. وقال أشهب: زكاة العرية
على المعري كالهبة إلا أن يعريه إلى الزهو، ويلزمه مثل ذلك. وقال محمد: إنه لا خلاف
بينهم أن السقي على المعري، ولعله أراد به أنه لم ير لهم فيه خلافاً، ولم أر فيه وفاقاً.

ويحتمل أن يكون أراد بذلك سقياً يلزم المعري لأجل الأصول، فيكون ذلك بمنزلة
الإجارة على سقيا، فلا يجوز ذلك قبل بدو صلاح الثمرة.

وقال ابن حبيب: السقي والزكاة في العرية والهبة على المعري والواهب. وقال
سحنون: انظر إلى العرية والهبة، فإن كاتنا بيد المعري أو الواهب يسقى ذلك، ويقوم
عليه، فالزكاة عليه، وإن كان بيد المعري أو الموهوب يقوم عليها، ويأكل منها، فالزكاة
عليه. فعلى رواية ابن القاسم حكم العرية غير حكم الهبة.

١٦٠ كتاب البيوع

فصل: وهذا معنى العرية من جهة النفقة. وأما من جهة اللغة، فقال صاحب العين العرية من النخل التي تعرى عن المساومة عند بيع النخل، والفعل الإعراء، وهو أن يجعل ثمرة عامها لمحتاج.

وقال الشيخ أبو محمد: وقد قيل إن أصل هذه الكلمة مأخوذ من النخلة تعرى من ثمرتها بالهبة لثمرتها، فسميت عرية لذلك، فعلى الوجهين العرية اسم للنخلة، وإن ذلك لا يقال من النخل إلا لما تعطى ثمرته لأهل الحاجة على معنى الرفق والصدقة.

وقال أبو عبيد في غريب الحديث: إن العرايا، واحدها عرية، وهى النخلة يعريها صاحبها محتاجًا، والإعراء أن يجعل له ثمرتها عامها.

وقال القاضى أبو محمد: قال أهل اللغة: العرية مأخوذة من قولهم: عروت الرجل، أعروه، إذا أتيته تلتمس بره ومعروفه من قوله تعالى: ﴿وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦]، وقيل إن معناه مأخوذ من تخلى الإنسان عن ملكه من الثمرة من قوله تعالى: ﴿فَبَدَّلْنَا بِالْعُرَاءِ﴾ [الصفات: ١٤٥]، يعنى الموضع الخالى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز الإعراء فى كل نوع من الثمرة كانت مما يبس ويدخر، أو مما لا يبس ولا يدخر، وفى القثاء والموز والطبخ، قاله ابن حبيب، قبل الأبار وبعده، وقبل الإزهاء وبعده، لعام أو أعوام، فى جميع الحائط وبعضه؛ لأن ذلك نوع من الهبة والصدقة، فلا تبطله الجهالة والغرر.

فروع: وبماذا تكون حيازته، وتصح للمعري؟ قال ابن حبيب، عن مالك: تكون باجتماع أمرين، أحدهما: أن تطلع فيها ثمرة. والثانى: أن يقبضها، فإن عدم أحد الأمرين قبل موت المعري، فلا شىء فيها للمعري.

وقال أشهب فى كتاب محمد: إن ذلك يكون بوجود أحد الأمرين، الأبار أو تسليم المرقة، فإنه يكون حوزًا، وإن لم تؤبر الثمرة.

وجه رواية ابن حبيب أن ظهور الهبة هو طلوع الثمرة فيها، فإن حاز حينئذ صحت حيازته لها؛ لأن العين التى أعطها قد ظهرت، وإن لم تظهر، فذلك مثل الحمل لا يصح قبضه له إلا بالوضع.

ووجه قول أشهب أن الثمرة إنما تظهر بالأبار، وما قبل ذلك، فالثمرة فيه كامنة، فأشبهت الحمل، فلا تجوز حيازتها، فإذا أبرت وظهرت كان دخوله وخروجه إليها حيازة لها؛ لأنه لا يمكن تسليمها أكثر من ذلك.

كتاب البيوع ١٦١

فإن كانت بموضع يمكن تسليمه إليه وانفراده به، لم يكن ذلك حيازة حتى يبيس، فإن أمكن ذلك كان تسليمه إليه حيازة لما وهب له من ثمرتها، وإن كان ذلك قبل ظهورها كالمستقبل من خدمة العبد.

فرع: ويصح أن تكون العرية في ثمر شجر معين، ويصح أن يعريه مقدرًا من التمر غير معين، مثل أن يعريه خمسة أوسق من جملة ثمر حائطه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز لصاحب هذه العرية أن يشتريها من المعري. وقال أبو حنيفة: إن معنى العرية هبة الثمرة على الإطلاق عنده، إلا أن يتاعها معناه عنده أن للواهب استرجاع هبته، وأن يعطيه غيرها، وإنما سميت بيعًا على سبيل المجاز والاتساع. وأما على الحقيقة، فلا يجوز ذلك؛ لأنه يبيع الرطب على رءوس النخل بالتمر على وجه الأرض، وذلك غير جائز.

والدليل على ما نقوله حديث زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر، وأرخص بعد ذلك في بيع العرية بالتمر أو بالرطب، ولم يرخص في غيره.

فإن قيل العرية هي العطية إنما أرخص في العطية، وذلك لأن الرجل كان يهب ثمر نخله لرجل، ثم يبدو له في ذلك، فكان يرجع فيه، ويعطيه عوضه ثمرًا، فالنبي ﷺ أرخص في ذلك.

قالوا: والعرية هي العطية من أعار الشيء، وهو تملك منافعه. والجواب أن هذا غير صحيح؛ لأن العرية إنما هي النخلة الموهوب ثمرتها، وعلى ذلك فسرها جماعة أهل اللغة، وأنشدوا في ذلك:

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح
يمدح نفسه بالجوود، ويقول: إن نخله ليست بسنهاء، أى لا يعامل عليها سنين، وهى المسانهة.

وقوله: ولا رجبية، يريد ليست بينى عليها، والترجيب البناء بالحجارة حول أصلها، ثم قال: ولكن عرايا في السنين الجوائح، يريد إذا نزلت الجوائح بالناس واشتد الزمان، وقلت الثمار، وهبها حيثئذ، وجعل ثمرتها طعمة، وليست العرية من الإعارة بسبيل؛ لأن الإعارة، يقال منه أعاره، يعيره، إعارة، وهى العارية، والإعراء يقال منه أعرأه، يعريه، إعراء، وهى العرية.

١٦٢ كتاب البيوع

وجواب ثان، وهو أنه لو كانت العرية من الإعطاء لما جاز أن ينهى عن بيعه؛ لأن الإعطاء لا يباع، وإنما يباع المعطى، فهو الذى يصح أن ينهى عن بيعه على وجه ما، ويباح على وجه آخر.

وجواب ثالث، وهو أن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر، ثم استثنى منه بيع الثمرة، والظاهر أنه إنما استثنى بعض الأول.

فإن قالوا إنما سماه بيعاً على سبيل المجاز كقوله تعالى: ﴿وإن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً﴾ [آل عمران: ٧٧]، فالجواب إنما سماه هناك بيعاً لما فيه من المعاوضة، وليس كذلك على ما ذكرت، فإنه ليس فيه معاوضة، وإنما فيه مجرد الهبة، فلم يسم بيعاً حقيقة، ولا مجازاً.

ودليلنا من جهة المعنى أن الطعام يفسد ببيع من وجهين، أحدهما: ببيع قبل استيفائه. والثاني: الجهل بتمائل الجنس، ثم ثبت وتقرر أنه قد أرخص فى ببيع قبل استيفائه على وجه المعروف فى الإقالة والتولية والشركة، وكذلك الجهل بالتمائل يجب أن يكون منه ما يجوز على وجه المعروف، وليس أن لا يبيع العرية.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن بيع العرية يجوز بأربعة شروط، قاله القاضى أبو محمد، أحدها: أن تزهى. والثانى: أن تكون خمسة أوسق، فأدنى. والثالث: أن يعطيه التمر عند الجداد. والرابع: أن تكون من صنفها.

فأما اشتراطه الإزهاء، فهو قول جمهور الفقهاء. وقال زيد بن أبى حبيب: يجوز بيعها قبل بدو صلاحها.

والدليل على ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. وأما الشرط الثانى، وهو أن تكون خمسة أوسق فأدنى، فسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما الشرط الثالث، وهو أن يعطيه خرصها عند الجداد، فهو عندنا شرط فى صحة هذا البيع، ولا يجوز له تعجيل العوض تمرًا. وقال الشافعى: يجب عليه أن يعجل له الخرص تمرًا، ولا يجوز أن يفترقا حتى يتقابضا.

ووجه الخرص عندنا أن ينظر إلى ما فى النخل المعراة من الثمرة، فيقدر، ثم ينظر إلى ما يخرج مثل تلك المكيلة من ذلك النوع من أنواع التمر فى جودته أو ردايته من التمر اليابس، فيكون المعرى إلى الجداد.

كتاب البيوع ١٦٣

فاختلف بيننا وبين الشافعي في هذه المسألة في ثلاثة فصول، أحدها: أنه يجب عندنا تأخير التمر إلى الجداد، ولا يجوز تعجيله، وعند الشافعي يجب تعجيله قبل التفرق، ولا يجوز تأخيره عن التفرق.

والفصل الثاني: أن اسم العرية واقع على النخلة الموهوب ثمرتها، وقال الشافعي: العرية اسم للبيع. والفصل الثالث: أن جواز بيعها يختص بالمعري، وعند الشافعي يجوز من كل أحد.

والدليل على الفصل الأول أن هذا معنى ورد الشرع بخرصه، فكان من سسته أن يتأجل بالخرص منه تمراً إلى الجداد كالزكاة.

فروع: فإذا أراد بعد صحة العقد تعجيل الخرص، جاز له ذلك، قال ابن حبيب: ووجه ذلك أن العقد قد سلم من الفساد بشرط التعجيل، فجاز ذلك على الطوع كنقد الثمن في مدة الخيار، وتعجيل السلم بأثر العقد.

فصل: والدليل على صحة الفصل الثاني، وهو أن العرية اسم واقع على النخلة ما قدمناه من قول أهل اللغة في ذلك، وفي صحيح البخاري عن سعيد بن جبير، قال: العرايا نخل كانت توهب للمساكين، فلا يستطيعون أن ينتظروها، فرخص لهم أن يبيعوها بما شاءوا من التمر. وقال الشاعر:

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

يمدح نفسه بأن يهب ثمرتها في أوقات الجوائح، ولا يمدح نفسه ببيع ثمرتها حينئذ، ومما يدل على ذلك قول زيد بن ثابت: ولكن أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها، ففي هذا أدلة، أحدها: أنه قال: أرخص لصاحب العرية، ولا يجوز أن يقال أرخص لصاحب البيع أن يبيعها بخرصها.

والثاني: أنه قال بخرصها، وهذا يدل على أنه لم يرد به العيب؛ لأن العيب لا يخرص له، ولا يخرص.

والثالث: أنه قال لصاحب العرية، وهذه اللفظة إنما تنطلق على الأعيان دون الأفعال، فيقال لصاحب الشجرة، وصاحب الأرض، وصاحب الثمرة، ولا يقال لصاحب القيام، وإنما جرى عرف الاستعمال فيه أن يقال له القائم.

ووجه رابع أنه قال: أرخص لصاحب العرية أن يبيعها، وهذا يقتضى أنه معروف

بأنه صاحب العرية قبل البيع، فدل ذلك على أن العرية غير البيع.

* * *

الباب الثانى فى بيان من يجوز له ذلك

وجملة ذلك أن كل من صارت إليه ثمرة الحائط ببيع، أو هبة، أو ميراث، له شراء العرية بمثل ما يجوز ذلك للمعري؛ لما يلحقه من مضرة الشركة بدخول المعري وخروجه كما يلحق المعري، ولما فى ذلك من المعروف، فيحتمل المشتري العمل والمؤنة على المعري كما يتحملها المعري، ويجرى فى ذلك مجرى الزكاة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن صارت إليه العرية ببيع أو هبة أو ميراث، فحكمه فى جواز بيعها بخرصها تمرًا بمن له ثمرة الحائط، حكم المعري للوجهين المذكورين قبل هذا.

ولا يجوز التبايع فيها على غير ما قدمناه. وقال الشافعى: يجوز أن تباع الثمرة على رعوس النخل بخرصها تمرًا فيما دون خمسة أوسق من جميع الناس، ويجوز بيعها لجميع الناس.

والدليل على ما نقوله ما روى بشر بن مسلمة، عن سهل بن أبى حنثة «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص فى العرية أن تباع بخرصها، فبأكلها أهلها رطبًا».

وجه الدليل أنه استثنى من منع ذلك بيع العرايا بغير الدنانير والدراهم، وهذا يدل على أنه منع يختص بالعرايا جوازه، والشافعى يجوزه فى أنواع الثمار؛ لأن كل ما يكون من المسمى عنده عرايا إذا كان البيع إعراء، وجائز من كل أحد، فتبطل فائدة التخصيص واستثناء الرخصة من المنع.

ووجه آخر، وهو أنه عم المنع، واستثنى من تلك الرخصة أهل العرية، وهم أرباب النخل، فوجب اختصاص هذا الحكم بهم، وبقي الباقي على حكم المنع.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا بيع التمر بالتمر، فلم يجز إلا لدفع ضرر الشركة. أصل ذلك إذا كان محدودًا.

ودليل ثان، وهو أن المعرفة بالتمائل أمكن بالكيل منه بالخرص؛ لأن الخرص إنما

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢١٩١. مسلم حديث رقم ١٥٤٠. الترمذى حديث رقم

١٣٠٣. أبو داود حديث رقم ٣٣٦٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٥٤٢.

كتاب البيوع ١٦٥
يستند إلى الكيل، وقد ثبت وتقرر أنه لا يجوز ذلك بالكيل إذا كان مجدوداً، فبأن لا يجوز حرصاً أولى وأحرى.

مسألة: ومن كان له في حائط غيره أصل شجرة، فهل يجوز له أن يبيع منه ثمرتها بخرصها ثمراً؟ قال ابن القاسم وابن الماجشون: ذلك جائز. واختلفوا في توجيه ذلك، فقال ابن القاسم: إن كان لضرر الشركة، فلا يجوز؛ لأنه لم يعره شيئاً، وإن كان على وجه المعروف، وأن يكفيه مؤنة العمل، فذلك جائز، وهو قول مالك.

وقال ابن الماجشون: ولا يجوز شراء ثمرة بخرصها كيلاً إلا لدفع ضرر الشركة، وعلى هذا يجوز في هذا الموضع للتخفيف، وليس بالقياس.

مسألة: ومن أعرى جميع حائطه، فهل له أن يشتري ثمرته بخرصه؟ قال ابن القاسم: ذلك جائز. وقال ابن الماجشون: ليس له ذلك، وكذلك اختلف في شرائه بعض عربته، فجوزه ابن القاسم، ومنعه ابن الماجشون.

ولو أعرى جماعة مشتركون في حائط رجلاً ثمرة نخل منه، فأراد واحد منهم أن يشتري منه عربته، فلا يجوز عند ابن الماجشون؛ لأن ضرورة الشركة بالدخول والخروج لا ترتفع بذلك.

وجوزه ابن القاسم للأرفاق، وكفاية المؤنة، ولو أعرى رجل جماعة، جاز له أن يشتري من بعضهم عربته؛ لأنه قد يستضر بذلك، ويتحفظ منه دون غيره، وقد يجوز أن يخصه بالإرفاق دون غيره.

* * *

الباب الثالث في بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار

عن مالك فيه روايتان، إحداهما: أنه لا يجوز إلا في النخل والعنب، وبه قال الشافعي. والثانية: يجوز في كل ما يبس، ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين والزيتون والفسق، رواه ابن المواز، وهو في المبسوط من رواية ابن القاسم، عن مالك.

ووجه الرواية الأولى أن هاتين الثمرتين يختصان بالأكل حال الإرتاب، وقيل يبس مما يتأتى فيه الخرص.

ووجه الرواية الثانية أن هذا مما يبس، ويدخر، فتثبت فيه حكم العرية كالثمر. وأما

١٦٦ كتاب البيوع
الزيتون على هذه الرواية، فقد قال أشهب: إذا كان يبيس، ويدخر، جاز ذلك فيه
بخرصه.

ومعنى ذلك عندى أن يوضع على حالة يدخر عليها؛ لأنه لا يبيس ويدخر على غير
ذلك الوجه، ويكون أجل بيعه إلى أن يمكن عمله بعد القطاف، وكذلك العنب إلى أن
يمكن تزييبه بعد القطاف؛ لأنه لا يكون زيباً إلا بالتزييب بعد القطاف.
وأما التين، فإن أوقاته تتفاوت في ذلك؛ لأنه من أول أمره شرع في تبييسه، فله أن
يدفع خرصه منه دون شرط يكون بينهما في ذلك.

مسألة: فإن كان عنباً لا يتزيب أو نخلاً لا يتتمر، فعلى اشتراط اليبس يجب أن لا
يجوز ابتياع عريته؛ لأنه إذا شرط أن يعطيه ثمراً، فأما أن يشترط أن يعطيه من صنف
غيره، وذلك لا يجوز.

وقد قال أصبغ، فيما لا يبيس من الفواكه: لا يجوز للمعري أن يبيعه من معريه
بخرصه نقداً ولا إلى جداده، ولو أجز ذلك بدياً في كل عرية، لم أره خطأ، وإن كنت
أتقيه.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أن يباع أول ما يبدو صلاحه بخرصه من جنسه يؤديه إليه
عند تكامل طيبه؛ لأنه يستضر بدخوله إليه من وقت بدو صلاحه إلى تكامل طيبه،
وكذلك يتحمل عن المعري عمله في تلك المدة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإنما يباع بالتمر إلى الجداد، ولا يباع بالرطب نقداً، ولا إلى أجل لما روى
أن رسول الله ﷺ أُرخص في بيع العرايا بخرصها ثمراً، ولا يجوز أن تباع بغير نوعها،
فإن كانت العرية برنيا، لم يجز أن يشترط صيحانياً، ولا عجوة، ولا أدنى، ولا أفضل،
ولا يعين ذلك في الحائط، ولا في غيره.

فإن عين ذلك في حائط بعينه، ففي المبسوط: إن فعل، أراه جائزاً، ويكون عليه ما
ضمن للمعري في ذمته إلى الجداد يعطيه من حيث شاء. والظاهر من مذهب ابن
القاسم أنه لا يجوز، ويفسخ العقد.

* * *

الباب الرابع في بيان مقدار ما يجوز بيعه من العرية على الوجه الذي ذكرناه

ونحن نبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٢٨٨ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنْ أَبِي سَفْيَانَ مَوْلَى ابْنِ أَبِي

١٢٨٨ - أخرجه البخارى كتاب البيوع باب بيع النحر على رءوس النخل، عن أبى هريرة. مسلم =

كتاب البيوع ١٦٧
 أَحْمَدُ^(١)، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرُخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَائِيَا بِخَرَصِيهَا فِيمَا
 دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ أَوْ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، يَشْكُ دَاوُدُ، قَالَ: خَمْسَةَ أَوْسُقٍ أَوْ دُونَ
 خَمْسَةِ أَوْسُقٍ.

الشرح: قوله: «أرخص في بيع العرايا»^(٢) بخرصها، يقتضى أن العرايا هي النخل

= كتاب البيوع باب تخريج بيع الرطب بالنحر إلا في العرايا برقم ٧١ جـ ١١٧١/٣، عن أبي
 هريرة. الترمذى فى البيوع ١٣٠١. النسائى فى البيوع ٤٥٣٩، أبو داود فى البيوع ٣٣٦٤.
 أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧١٩٥.

(١) قال ابن عبد البر: أبو سفيان هذا مدنى اسمه قزمان ثقة حجة فيما روى وهو مولى عبد الله
 ابن أبى أحمد بن جحش الأسدى، واسم أبى أحمد بن جحش: عبيد بن جحش، وهو أخو زينب
 بنت جحش زوج النبى ﷺ.

(٢) العرايا: جمع عرية، بتشديد الياء كمطايا ومطية، مشتقة من التعرى وهو التجرد لأنها عريت
 عن حكم باقى البستان، وهى فعلية بمعنى فاعلة وقيل بمعنى مفعولة.

وقال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٧/٨: العرايا واحدها عرية والجمع عرايا، ومعناها عطية ثمر
 النخل دون الرقاب. كانت العرب إذا دهمتهم سنة تطوع أهل النخل منهم على من لا نخل له
 فيعطونه من ثمر نخلهم، فمنهم الكثير ومنهم القليل. ولهم عطايا منافع لا يملك بشيء منها رقبة
 الشيء الموقوف منها الأفقار والأخبال والأعراء ومنها المنحة، وكانوا إذا أعطى أحد منهم صاحبه
 ناقة أو شاة من غنمه يشرب لبنها مرة، قيل: منحه، فإن أعطاه دابة يرتفق بظهرها ويكرى ذلك
 ويتنفع به قيل: أحببه، فإن أعطاه شيئاً من الإبل يركبه مرة، قيل: أفقره ظهر جملة أو ناقته أو
 دابته، فالعرايا فى ثمر النخل، وتكون عند جماعة من العلماء فى النخل والعنب وغيرهما من
 الثمار. والمنحة فى ألبان النوق والغنم والأخبال فى الدواب، والأفقار فى النوق والإبل.
 والأطراق: أن يعطيه فحل غنمه أو إبله لحمه على نعاجه أو نوقه، والإسكان أن يسكنه بيتاً له
 مدة، لا يملك بشيء من هذا كله رقبة ما يعطى، ومن هذا الباب عند أصحابنا العمري وخالفهم
 فى ذلك غيرهم، وقد ذكرنا ذلك فى موضعه من كتابنا هذا. وقال الخليل بن أحمد - رحمه الله
 -: العرية من النخل التى تعزل عن المساومة عند بيع النخل، والفعل الإعراء وهو أن يجعل ثمرة
 عامها لمحتاج. وقال غيره: إنما قيل لها عرية؛ لأنها تعرى من ثمرها قبل غيرها من سائر الخواطر.
 وقال ابن قتيبة: العرية مأخوذة من العارية، وهى عارية مضمنة بهبة، فالأصل معار والثمرة هبة.
 فهذا معنى لفظ العرية فى اللغة. وذلك أن الرجل منهم كان يعطى جاره أو المسكين من كان
 نخلة من حائطه أو نخلات يجنى ثمرها فيقول: أعريت نخلتى أو نخلى فلانا، وكانوا يمتدحون
 بذلك. قال بعض شعراء الأنصار:

فليست بسنهاء ولا رجيبية ولكن عرايا فى الستين الجوائح
 ويروى فى الستين المواحل. وسنهاء من النخل التى تحمل سنة وتحول سنة فلا تحمل، وذلك =

١٦٨ كتاب البيوع
المبيع ثمرها، فيحتمل أن يريد به وأرخص في بيع ثمر العرايا، فحذف المضاف، وأقام
المضاف إليه مقامه، وهذا كثير في كلامهم، ويحتمل أن يسمى الثمر عرايا لما بينها وبين
النخل التي هي حقيقة العرايا من التعلق.

ولو كانت صفة للمبيع لما صح هذا القول؛ لأن الهاء في قوله: «بخرصها»، ترجع
إلى غير مذكور، ولا معهود، كما لا يجوز أن يقال منع من بيع المزبنة بخرصها لما
كانت المزبنة صفة للمبيع، ويجوز أن يقال أرخص في بيع العجوة بخرصها لما كانت
العجوة صفة للمبيع.

فصل: وقوله: «فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق»، قصر النبي ﷺ هذا
الحكم على هذا المقدار من الثمر كما قصر الزكاة على نصاب خمسة أوسق فما زاد،
ويجوز أن يكون حكم الزكاة يختص الرفق فيه بأرباب الأموال بترك الزكاة فيما دون
خمسة أوسق؛ لأنها تضعف عن الموساة غالباً.

وكذلك في مسألتنا اختص هذا الحكم بهذا القدر للرفق؛ لأن هذا القدر الذي
جرت العادة بإعرائه، ولا يكاد أن يزيد عليه إلا الشاذ النادر الذي تتكرر به المشقة ولا
يبلغه بالإعراء إلا من له الحوائط الكثيرة التي تشغله بالعمل، ولا يلحقه الضرر بالإعراء
من بعض حوائطه.

مسألة: وشك داود بن الحصين في المقدار بين الخمسة أوسق وبين ما دونها، ولم
يرو هذا الحديث من طريق صحيح أحد غيره، وقد عول عليه جميع الفقهاء، وأخرجه
أصحاب الصحيح.

وعن مالك في تحديد ذلك روايتان، روى عنه أبو الفرج عمرو بن محمد: أن ذلك
لا يجوز إلا في أقل من خمسة أوسق. وروى عنه المصريون: أنه يجوز في خمسة أوسق،
دون ما زاد عليها.

وجه منعه إياه في الخمسة أوسق أن هذا الحكم خص باللفظ العام في النهي عن
المزبنة، وبيع الثمرة، فوجب أن يثبت التخصيص بما تيقن منه دون ما لم يتيقن، والذي

=عيب في النخل فوصف نخله أنها ليست كذلك ولكنها تحمل كل عام، والرجبية هي التي تميل
لضعفها فتدعم من تحتها، كذا قال ابن قتيبة في كتاب الفقه له، ثم وصف أنه يعريها في السنين
الجوائح أى يطعم ثمرتها أهل الحاجة في سنى الجذب والمجاعة، وقد كان الرجل منهم يعطى
ذلك أيضا لأهله ولعباله يأكلون ثمرتها فتدعى أيضا عرية، فهذا كله أقاويل أهل اللغة في العرية.

كتاب البيوع ١٦٩

يتيقن منه دون خمسة أوسق، والخمسة مشكوك فيها، فلا يقع بها تخصيص لفظ عام ثابت.

ووجه الرواية الثانية أن الحدود وضعت لتبيين المحدود وتمييزه من غيره، فيجب أن يكون في نهاية البيان، ويتعلق بالألفاظ التي لا اشتراك فيها، وإلا لم يقع التحديد بها، وما دون خمسة أوسق لفظ مشترك لا يختص بمقدار ما، فلا يجوز أن يكون حدًا بين ما يجوز وما لا يجوز، وأما خمسة أوسق، فمختصة بمقدار ما، فكانت أولى بأن تكون حدًا.

فروع: فإذا خرصت عرية، فكانت أقل من خمسة، فلما جدها وجد فيها أكثر من خمسة أوسق، ففي المدنية من رواية صدقة بن حبيب، عن مالك: أن الفضل لصاحب العرية، ولو وجد منه أقل مما خرص عليه، ضمن له الخرص، وهذا إذا كان له مفردًا، ولو خلطه قبل أن يكيله لوفاه ما ضمنه، ولم تكن عليه زيادة ولا نقصان.

قال مالك: وَإِنَّمَا تَبَاعُ الْعَرَايَا بِخَرَصِهَا مِنَ التَّمْرِ يُتَحَرَّى ذَلِكَ، وَيُخَرَّصُ فِي رَعْوَسِ النَّخْلِ وليست له مكيلة، وَإِنَّمَا أُرْحِصَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ أُنْزِلَ بِمَنْزِلَةِ التَّوَلِيَةِ وَالْإِقَالَةِ وَالشَّرْكِ، وَلَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ غَيْرِهِ مِنَ الْبُيُوعِ مَا أَشْرَكَ أَحَدٌ أَحَدًا فِي طَعَامِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ وَلَا أَقَالَهُ مِنْهُ وَلَا وَلَاهُ أَحَدًا حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُبْتَاعُ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن العرية لا تباع على شرط التبقية إلا بخرصها تمرًا، ولا يجوز أن تكون بسرًا ولا رطبًا، وقد تقدم ذكره ولا يجوز أن تباع بغير جنسها من الطعام ولا بغيره إلا بعد الجذ؛ لأن التخلية بينه وبينها ليست بقبض لها، بدليل أن الجائحة تثبت في الثمرة بعد تخلّي البائع عنها إلى المبتاع، وهي في أصل شجره، ويجب على البائع سقيها، فلو كان ذلك قبضًا لكانت من ضمان المبيع، ويجوز أن يباع بالذهب والورق، وغير ذلك من العروض.

فصل: وقوله: «ويجوز بيعها بخرصها من التمر، يتحرى ذلك في رعوس النخل، وليست له مكيلة»، يريد أن ذلك يجوز فيها للحاجة إليه، ولتعذر الكيل فيها ما دامت في رعوس النخل.

وهو الوجه الذي يباع عليه، وإنما أرخص فيه لذلك كما أرخص في الإقالة،

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١١٨/١٩.

١٧٠ كتاب البيوع
والشركة والتولية، فيجوز فيها لما فيه من المعروف ما لا يجوز في غيرها من العقود من
بيع الطعام قبل استيفائه.

* * *

الجائحة في بيع الثمار والزرع

١٢٨٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي الرَّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ
عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ سَمِعَهَا تَقُولُ: أَتْبَاعَ رَجُلٍ ثَمَرَ حَائِطٍ فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ
فَعَالَجَهُ، وَقَامَ فِيهِ حَتَّى تَبَيَّنَ لَهُ النُّقْصَانُ، فَسَأَلَ رَبَّ الْحَائِطِ أَنْ يَضَعَ لَهُ أَوْ أَنْ يُقِيلَهُ،
فَحَلَفَ أَنْ لَا يَفْعَلَ، فَذَهَبَتْ أُمُّ الْمُشْتَرِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ،
فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تَأَلَّى أَنْ لَا يَفْعَلَ خَيْرًا» فَسَمِعَ بِذَلِكَ رَبُّ الْحَائِطِ فَأَتَى إِلَى
رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هُوَ لَهُ^(١).

الشرح: قوله: «فَعَالَجَهُ، وَقَامَ فِيهِ حَتَّى تَبَيَّنَ لَهُ النُّقْصَانُ»، يُحْتَمَلُ أَنْ يَرِيدَ حَتَّى تَبَيَّنَ
لَهُ نَقْصَانُ قِيمَتِهِ عَنِ الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَرِيدَ بِهِ حَتَّى تَبَيَّنَ لَهُ نَقْصَانُ ثَمَرِهِ
عَمَا قَدْ قَدَّرَ فِيهِ^(٢).

١٢٨٩ - أخرجه أحمد ١٠٥/٦، عن عائشة. ذكره في بدائع المنن بترتيب مسند الشافعي والسنن
برقم ١٢٨٧. البيهقي في السنن ٣٠٥/٥، عن عمرة بنت عبد الرحمن. في معرفة السنن والآثار
١١٢٢٦/٨. البخاري في كتاب الصلح ٢٧٠٥. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم
١٢٦٨.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٨/٨: لا أعلم هذا الحديث بهذا اللفظ يسند عن النبي ﷺ
من وجه متصل إلا من رواية سليمان بن بلال، عن يحيى بن سعيد، عن أبي الرجال، عن عمرة،
عن عائشة. وكان مالك يرضى سليمان بن بلال، ويثلى عليه ذكره البخاري قال: حدثنا
إسماعيل بن أبي أويس، قال: حدثني أخي، عن سليمان، عن يحيى بن سعيد، عن أبي الرجل
محمد بن عبد الرحمن، عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن قالت: «سمعت عائشة تقول: سمع رسول
الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم، وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء،
وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال: أين المتألى على الله أن لا يفعل
المعروف؟ فقال: أنا يا رسول الله! فيلعل أي ذلك أحب».

(٢) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٨/٨: في هذا الحديث دليل على أن لا جائحة يقام بها،
ويحكم بالزمامها البائع في الثمار، إذا بيعت قلت الجائحة أو كثرت؛ لأنه لم يذكر فيه مقدار
النقصان كثيرا كان أم قليلا، ولو لزم الجائحة في شيء من الثمار البائع بعد بيعه، لبين ذلك
رسول الله ﷺ ولبين المقدار وهذا المعنى اختلف فيه العلماء.

كتاب البيوع ١٧١

وذلك أيضاً يحتمل وجهين، أحدهما: أن يتبين له من أمر الثمرة مع بقائها على ما كانت عليه حين ابتاعها من تقصيرها عما كان قدر فيها. والثاني: أن يتبين النقصان بجائحة طرأت عليها.

إلا أن إدخال مالك لهذا الحديث في هذا الباب يدل على أنه حمله على الجائحة، وذلك أنه أورد الجملة على تبين النقصان، فالظاهر أنه علة له، والجائحة من باب النقصان، فلذلك أنكر على من تألى أن لا يضعها.

فصل: وقوله: «فأتى رب الحائط، وسأله أن يضع عنه أو يقلبه»، يحتمل وجهين، أحدهما: أنه سأله ذلك على وجه الرغبة إليه، وما جرت به العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضاً عند المتاجرة، فذلك لا بأس به، رواه ابن المواز، عن مالك، وروى عنه أيضاً أنه قال: غيره أحسن منه.

وجه إباحته أن الأرفاق معروف، فكان مباحاً للفنئى والفقير كاستعارة الثوب والدابة.

ووجه استحسان غيره ما فيه من السؤال والخضوع والامتهان لمخلوق فى غرض دنيا، لا تدعو إليه حاجة، وقد قال النبى ﷺ: «اليد العليا خير من اليد السفلى»، وكذلك إن قال له: إن وضعت عنى، وإلا خاصمتك. قال أصبغ: أو يقول إن وضعت عنى وإلا وجدت عيباً، فإن هذا ممنوع منه.

مسألة: والثانى: أن يكون إنما سأله أن يضع عنه بقدر الجائحة التى تثبت له على وجه استدعاء الحق على وجه الرغبة.

وقوله: «فحلف أن لا يفعل»، يجب أن يكون ممنوعاً على وجهين، سأله التخفيف عنه، على وجه المعروف، أو سأله أن يسقط عنه ما يجب عليه إسقاطه من الجائحة.

فصل: وقوله: «فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ»، يحتمل أنها مضت تشفع بالنبى ﷺ حين امتنع من الوضعية، على حسب ما فعل جابر حين اشتد عليه الغرماء، ويحتمل أنها أتت رسول الله ﷺ على وجه الاستفتاء والاستعلام لما يجب لابنها، وعليه فيما قضت عليه.

فصل: وقوله ﷺ: «تألى أن لا يفعل خيراً»، إنكار لحلفه على مثل هذا، وتدبر لما آل يمينه أو حلفه، وليس فى ذلك ما يقتضى الحكم للمشتري بجائحة، ولا غيرها، وإنما فيه إنكار لحلفه أن لا يفعل خيراً.

١٧٢ كتاب البيوع

فإن كان بعد هذا يتقرر من قولهما ما يوجب الحكم عليه بوضع الجائحة، وإن تقرر من قولهما ما لا يوجب الحكم عليه، فتأليه على أن لا يفعل خيراً ثابت في نفسه.

فصل: وقول البائع لما بلغه قول النبي ﷺ: «هو له» إقلاع عما أتاه من الحلف على أن لا يضع من المبتاع شيئاً، يبائع في الإقلاع والتوبة، والرجوع إلى مراد النبي ﷺ والمسارعة إلى ما تبين له من مذهبه بأن وضع عنه، أو أقاله.

قال مالك في العتبية، في قوله: «هو له»: لا أدري الوضيعة أو الإقالة، وكذلك كانوا، رضى الله عنهم، سراعاً إلى امتثال أوامره، واجتناب نواهيه، ولذلك كانوا خير أمة أخرجت للناس، واختارهم الله لصحبة نبيه ونصرته، رضى الله عنهم أجمعين.

١٢٩٠ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَضَى بِوَضْعِ الْجَائِحَةِ.

قال مالك: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «قضى بوضع الجائحة»، الجائحة اسم لكل ما يجيح الإنسان وينقصه، إلا أن هذا له عرف في الشرع واللغة، فإذا أطلق فهم منه فساد الثمرة، وهو الذى وضع عمر عن المبتاع قدره من الثمن، وبهذا قول مالك إذا كانت الجائحة أذهبت ثلث الثمرة فأكثر. وقال أبو حنيفة: جميع ذلك من المشتري، وبه قال الليث والشافعي فى الجديد.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم من حديث أبى الزبير، عن جابر، أن رسول الله ﷺ قال: «من باع ثمراً فأصابته جائحة، فلا يأخذ من أخيه، علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم»^(١).

ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة أصابها جائحة قبل أن تستغنى عن أصلها، فجاز أن يرجع بها على البائع. أصله إذا كان ذلك بعطش.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن دعا البائع إلى رد الثمرة إليه، إن لم يرض المبتاع

١٢٩٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٩.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥٥٤، بلفظ: «لو بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يخل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق».

وأخرجه بلفظه: ابن ماجه حديث رقم ٢٢١٩. وأخرجه بلفظ قريباً منه: النسائى فى الصغرى

حديث رقم ٤٥٢٨. أبو داود حديث رقم ٣٤٧٠. الدارمى حديث رقم ٢٥٥٦.

كتاب البيوع ١٧٣
بالمشاركة، لم يكن له ذلك، ووضع الجائحة عن المشتري، قاله مالك في المختصر
الكبير، ولو شرط البراءة من الجائحة البائع، لم ينفعه ذلك، ووضع الجائحة، قاله مالك
في كتاب ابن المواز.

ووجه ذلك ما ذكرناه من اشتراط نقل الضمان عن محله، إذا كان له عرف لا يؤثر
في نقله، ويصح العقد دونه.

إذا ثبت ذلك، فإن في الجوائح ثلاثة أبواب، الباب الأول: في تبين ما يكون من
المتلفات جائحة. والباب الثاني: في تبين ما توضع فيه الجائحة. والباب الثالث: في
مقدار ما يكون من ذلك جائحة.

* * *

الباب الأول في تبين ما يكون من المتلفات جائحة

اختلف أصحابنا في معنى ما يوضع من الجوائح، فعند ابن القاسم أن ما لا يستطيع
دفعه، وإن علم به، فإنه يكون جائحة، وما يستطيع دفعه إن علم به، فلا يكون جائحة
كالسارق، قاله في كتاب ابن المواز، وهو مذهب ابن نافع في المدونة.

وروى عن ابن القاسم في المدونة: أن كل ما أصاب الثمرة بأى وجه كان، فهو
جائحة، سارقاً كان أو غيره.

وقال مطرف وابن الماجشون: لا يكون جائحة إلا ما أصاب الثمرة من أمر السماء
من عفن، أو برد، أو عطش، أو فساد بجر أو برد، أو يكسر الشجر، وأما ما كان من
صنع آدمى، فليس بجائحة.

فوجه رواية ابن المواز، عن ابن القاسم ما احتج به له أن السارق لو علم به؛ لأمكنه
دفعه، فلا يكون ذلك جائحة؛ لأن المبتاع حيثئذ مفرط في حفظ الثمرة، ومضيع لها،
فكان ذلك منه.

ووجه رواية سحنون عنه أنه من ضمان البائع، فعلى أى وجه تلفت، كان ذلك
جائحة توضع عن المشتري؛ لأن ما تلف لم يسلم إليه.

ووجه الرواية الثانية أن الثمرة في يد المبتاع قد سلمها إليه البائع على نهاية ما يمكنه
من التسليم، فليس عليه حفظها له، ولا ضمان عليه فيها إلا ما كان فى جهة الأصل؛
لاستحقاقه عليه السقى إلى تنهى نضجها، وكمال صلاحها، ولو كان يضمنها
بالسارق والعطش؛ لكان عليه حفظها، وذلك لا يقوله أحد.

١٧٤ كتاب البيوع

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الجائحة على ضربين، جائحة من قبل الماء، وجائحة من قبل غير الماء، فأما الجائحة من قبل الماء، فإن كانت من قبل العطش، فقد قال مالك في الواضحة: يوضع قليل ذلك وكثيره، كانت شرب مطر أو غيره، وكذلك قال ابن القاسم.

ووجه ذلك أن هذه منفعة من شرط تمامها السقي، فوجب أن يوضع عن المشتري قليلاً وكثيرها كمنفعة الأرض المكتراة. والفرق بينها وبين سائر الجوائح، أن سائر الجوائح لا تنفك الثمرة من يسيرها، وهذه تنفك الثمرة من يسيرها.

فالمشتري داخل على السلامة منها، ولم يدخل على سلامتها من يسير العفن والأكل، وأما الجائحة بكثرة المطر، فهو نوع من العفن، فكان حكمه حكم سائر العفن، يصح كثيره دون قليله.

* * *

الباب الثاني في تبين ما توضع فيه الجائحة

أما ما يعتبر به في وضع الجائحة، فإنه يرجع إلى معنيين، أحدهما: جنس الثمرة. والثاني: معنى يقرن بها. فأما جنس الثمرة، فهو كل بيع يحتاج إلى بقاءه في أصله، وحاجته إلى ذلك تكون على ضربين، أحدهما: لانتهاؤها صلاحها وطيبها كثرة النخل والعنب إذا اشترى عند بدو صلاحه وكثرة التفاح والتمر والبطيخ والورد والياسمين والبول والجلبان.

والثاني: يحتاج إليه لبقاء رطوبته ونضارته كثرة العنب اشترى بعد انتهاء طيبها، وكالبقول والقصيل، والأصول المغيبة من الجزر، والسلجم والبصل والثوم، فأما ما يحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه، فلا خلاف عندنا في وضع الجائحة فيه.

وأما ما لا يحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه، ولا لبقاء نضارته، كالتمر اليابس والزرع، فلا خلاف في أنه لا يوضع فيه جائحة؛ لأن تسليمه قد كمل بتخلي البائع عنه إلى المبتاع؛ لأنه ليس له في أصله منفعة مستثناة يستتظر استيفاءها، فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة في الأصل.

وأما ما يحتاج إلى بقاءه في أصله لحفظ نضارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه وكالقصيل والبقول والقصب والقرط، والأصول المغيبة، فقد اختلف أصحابنا في مسائل يجب ردها إلى أصل واحد، فروى ابن القاسم في المدينة: أن من اشترى التمر

كتاب البيوع ١٧٥

في رعوس النخل، قد طابت ضيباً بيناً، فأصابته الجائحة، فليس على البائع من ذلك شيء؛ لأنه مثل ما في الخرايز.

وروي أصبغ، عن ابن القاسم أنه سئل عن قصب السكر، فقال: لا توضع فيه جائحة؛ لأنه لا يباع حتى يتم. وقال سحنون: إذا تنهى العنب، وآن قطاقه حتى لا يتركه تارك إلا لسوق يرجوه أو لشغل يعوض له، لم توضع فيه جائحة.

وروي سحنون، عن ابن القاسم في قصب السكر والخربز وسائر البقول والقصيل الجائحة، وبه قال ابن عبد الحكم. وروي عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة فيمن اشترى فاكهة أو رطباً، فطابت وأخرها رجاء النفاق، فأصابته جائحة، ولو عجل بها، لم تصبها جائحة، قال: يوضع عنه الثلث.

وروي عيسى، عن ابن القاسم، عن مالك: ذلك على البائع ما لم تيبس الثمرة، فعلى رواية أصبغ، عن ابن القاسم: لا يراعى حفظ نضارته، وإنما يراعى تكامل صلاحه، ويجب أن يجري هذا المجرى كل ما كان هذا حكمه كالقصيل والبقول والقرط، فلا توضع جائحة في شيء من ذلك. وعلى رواية سحنون: توضع الجائحة في جميعه.

وجه رواية أصبغ أن الضمان بجائحة الثمرة، إنما يلزم البائع ما بقي عليه فيها من حق التوفيق؛ لأن ما يلزمه من تمام صلاح الثمرة لم يوجد، فلا يصح تسليم الثمرة إلا بعد وجوده.

فإذا وجد كمال الصلاح بعد تسليم الثمرة، سقط عنه الضمان، وما يرجوه المتبع من حفظ رطوبته ونضارته ببقائه في أصله، فذلك حفظ لمبيع قد وجد، وليس على وجه الانتظار لم يوجد.

ألا ترى أن من باع منه قمحاً، فكاله عليه في ليل أو وقت لا يمكن نقله، فإن المتبع يبقى الطعام في موضعه حفظاً له إلى أن يمكن نقله، ومع ذلك، فإن البائع لا يكون ضامناً له.

وجه الرواية الثانية أن بقاء الثمرة في الأصل لحفظ رطوبتها ونضارتها، وجه مقصود معتاد، وعليه اتباع المتبع؛ لأن في جد الثمرة جهة فساد؛ لأن ذلك يتلف رطوبتها، ولا يمكن أكلها على المعهود إلا شيئاً بعد شيء، ولا يتأتى بيع جميعها وجده جملة في الغالب، فنقول: إن الثمرة مبقاة في الأصل لمعنى معتاد مقصود، فثبت فيها

١٧٦ كتاب البيوع

الحكم بالجائحة كالمبقة لتمام الصلاح، ولذلك استويا في وجوب السقى على البائع.
فإن أخرها المبتاع عن المعتاد من حالها، فأجيحت بعد ذلك فهي منه، وإنما اختلف
في وضع الجائحة في البقول؛ لاختلاف قول أصحابنا في هذا الأصل، فعلى القول
الأول لا توضع فيه جائحة، وعلى القول الثاني توضع فيه الجائحة، والله أعلم وأحكم.
مسألة: إذا ثبت ذلك، فما البقل من هذا النوع الذى توضع فيه الجائحة على وجه
البيع المحض مفردًا عن أصله، والجائحة توضع فيه، فأما ما كان مهرًا في نكاح،
فاختلف أصحابنا، فقال ابن القاسم: لا جائحة فيه. وقال ابن الماجشون: فيه الجائحة.
وجه قول ابن القاسم أن هذا عقد لا يقتضى المغالبة والمكايسة، وإنما يقتضى
المواصلة والمكارمة، ووضع الجائحة ينافى ذلك.
وجه قول ابن الماجشون أن هذا عقد ثبت فيه الرد بالعيب، فثبت فيه وضع
الجائحة كالبيع المحض.

مسألة: ومن اشترى عرية، فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب: توضع فيها
الجائحة. وقال أشهب: لا توضع فيها جائحة.
وجه ذلك أن هذه ثمرة يضمنها بخرصها تمرًا إلى الجداد، فسقط عنه ذلك بالجائحة
كالزكاة.

وجه قول أشهب أنه اشترىها لدفع الضرر، وهذا إذا كانت العرية نخلاً معينة، وإن
كانت أوسقًا من حائط، فلم يبق إلا مقدار تلك الأوسق، لزم المبتاع أداؤها بمنزلة من
أوصى بثمره حائطه لإنسان، ولآخر منه بخمسة أوسق، فتلفت الثمرة إلا خمسة أوسق،
فإن جميعها له دون من أوصى له بسائر الثمرة، قاله فى المبسوط.

مسألة: ومن باع ثمر حائطه واستثنى منه أصوعًا مقدرة، فأجيحت، فقد روى ابن
القاسم وأشهب، عن مالك: توضع من العدد المستثنى بقدره، وقال ابن القاسم فى
المدنية: إن قصرت الجائحة عن الثلث، لم يوضع من المستثنى شيء، وإن بلغت الثلث
وضع عن المبتاع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة.

قال ابن القاسم: وهذا بخلاف الصبرة يبيعه، ويستثنى منها كميلاً يكون الثلث،
فأدنى، فتهلك الصبرة، إلا ما استثنى البائع منها، فإن ذلك له دون المبتاع، والله
أعلم.

كتاب البيوع ١٧٧
وروى عنه ابن وهب: لا يوضع من العدد المستثنى، قليل ولا كثير، أجيح أكثر
الثمرة أو أقلها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى مبنى على ما يقتضيه اختلاف
قول مالك فى المستثنى من الثمرة كيلاً، فعلى ما يقتضيه قوله من أن المستثنى يتناول
البيع، وارتفع بعد ذلك بعقد الاستثناء، فلا جائحة فيه؛ لأن البائع ابتاع من المشتري ما
استثناه من عدد الأوسق، فوجب أن يكون استثنائه مقدماً فى ثمرة أو حائط، ولو لم
يبق من الحائط غير ذلك.

وعلى ما يقتضيه قوله أن المستثنى لم يتناوله البيع، وإنما أبقاه الاستثناء على ملك
البائع، فإن ذلك صار به البائع شريكاً للمبتاع، فوجب أن تكون الجائحة بينهما على
قدر ما لكل واحد منهما من ثمرة الحائط، والله أعلم.

* * *

الباب الثالث فى تبين مقدار الجائحة التى توضع

وجملته أن المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع، ثمار التين والتمر والعنب وما
جرى مجراها من الجوز واللوز والتفاح، فهذه يراعى فى جوائحتها الثلث، فإن قصرت
الجائحة عن الثلث، لم يوضع عن المشتري منها، وإن بلغت الثلث، وضع عنه جميعها
ونوع البقول، وهو سائر أنواع البقول والأصول المغيبة مما الغرض فى أعيانها دون ما
يخرج منها.

وقد تقدم من قولنا أن فيها روايتين، إحداهما: نفى ذلك جملة. والثانية: إثباتها، فإذا
قلنا بإثبات حكم الجائحة فيها، فهل يعتبر فيها الثلث أم لا؟ روى ابن القاسم، عن
مالك: أن الجائحة توضع فيها قليلها وكثيرها، بلغت الثلث أو قصرت عنه.

وفى المدينة عن ابن القاسم، عن مالك: إلا أن يكون الشيء التافه. وروى على بن
زياد عنه: لا يوضع من جائحتها إلا ما بلغ الثلث.

وجه رواية ابن القاسم أن البقول لما لم يجر بيعها إلا عند جدها، وجب أن يستوفى
قليل ما يتلف منها وكثيره كالمكيل والموزون.

وجه رواية على بن زياد أن هذا بيع ثبت فيه حكم الجائحة، فاعتبر فيها الثلث
كالثمرة، ونوع ثالث يجرى بجرى البقول فى أن أصله مبيع مع ثمرته، ويجرى بجرى

١٧٨ كتاب اليبوع

الأشجار في أن المقصود منه ثمرته كالثقاء والبطيخ والقرع والباذنجان والبقول والجلبان.
فهذا روى ابن القاسم، وجميع أصحابنا أن الثلث يعتبر في جائحتها. وقال أشهب
في كتاب ابن المواز: المقائى كالبقل توضع الجائحة فيها، قليلها وكثيرها، دون اعتبار
ثلث.

وجه رواية ابن القاسم أن المقصود من البيع الثمرة، فوجب أن يكون حكمها حكم
الثمرة.

ووجه قول أشهب أن هذا نبات ليس له أصل ثابت، فلم يعتبر فيه بالثلث كالبقول.
مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان المبيع من الثمار في عقد واحد أجناساً مختلفة عنياً
وتيناً ورماتاً وسفرجلاً وياسميناً ووردًا، فأصيب جنس منها بجائحة وسلم سائرهما.
فإن جائحة كل جنس من ذلك معتبر بنفسه إن بلغت ثلثه، وضعت وإن قصرت
عنه، لم توضع، رواه ابن حبيب، عن مالك. وروى ابن المواز، عن أصبغ: أن جائحة
المصاب معتبرة بالجملة، سواء كان ذلك في حائط واحد أو حوائط مختلفة.

ووجه قول مالك أن الجائحة إنما يعتبر فيها الثلث؛ لتمييز ما ليس بجائحة من الأمور
المعتادة، فإذا بلغ ثلث هذا الجنس، ثبت أنه جائحة، ووجب وضعها، ولو اشترى رجل
حوائط كثيرة من جنس واحد، فأصابت الجائحة حائطاً منها، لاعتبر ثلث الجملة،
وبهذا تعلق أصبغ في اعتبار ثلث الجملة والأجناس.

فروع: وكيف يكون الاعتبار بالثلث؟ أما على قول أصبغ، فيعتبر بثلث الجملة في
الأجناس المختلفة وصفة العمل في ذلك أن ينظر إلى قيمة الجنس الذي أصابته الجائحة
من سائر الأجناس، فإن كانت قيمته ثلث الجملة حكم بجائحته، ولا يعتد بثلث الثمرة
إذا ذهب الجنس كله.

فإن ذهب بعضه، فإن ابن القاسم ينظر إلى الجنس الذي أصيب، وإن كانت قيمته
بقدر ثلث قيمة الجملة، فإن أصيب ثلث ثمرته، حكم بالجائحة، وإن أصيب أقل من
ثلث الثمرة، فلا جائحة فيه، وإن كان ذلك الجنس أقل من ثلث الجملة في القيمة، فلا
جائحة فيه، وإن أصيب جميعه.

وقال أصبغ: إنما ينظر في ذلك كله إلى ثلث القيمة، فإن أصيب من الجنس الواحد
ما يفى ثلث قيمة الجملة، فهي جائحة، وإن كان أقل من ذلك، فليست بجائحة.

كتاب البيوع ١٧٩

وجه قول ابن القاسم أن التقويم يحتاج إليه في اختلاف الأجناس، فإذا كان النوع واحداً، ورجع إلى الاعتبار به، فالاعتبار بقدر الثمرة كما لو كانت مفردة.

وجه قول أصبغ أن الاعتبار يجب أن يكون بقيمة الجملة، أو بقدر ثلث الثمرة المجاحة، وأما أن يعتبر الأمران جميعاً، فذلك خلاف الأصوب.

مسألة: وإن كان المبيع جنساً واحداً، أو أنواعاً مختلفة، فأصيب نوع منها، فلا خلاف بين أصحابنا في أن الاعتبار بثلث جميع المبيع، وهل يعتبر بثلث قيمته أو ثلث الثمرة؟ روى ابن المواز، عن مالك وابن القاسم وعبد الملك: أن الاعتبار بثلث الثمرة.

وروى عن أشهب: أن الاعتبار بثلث القيمة، وأما إن كان نوعاً واحداً، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يجبس أوله على آخره كالتمر والعنب، فهذا لا خلاف في المذهب أن الاعتبار في جائحته بثلث الثمرة، وإن كان مما لا يجبس أوله على آخره كالقثاء والبطيخ والخوخ والتفاح.

قال ابن حبيب وابن المواز والرمان، فهانئ يعتبر ابن القاسم أيضاً ثلث الثمرة وأشهب يعتبر بثلث القيمة.

وجه القول الأول أن الثلث إنما اعتبر؛ ليميز به النقص الذي يكون جائحة من النقص المعتاد الذي لا يكون جائحة، وذلك لا يكون إلا باعتبار ثلث الثمرة.

وجه قول أشهب أن المقصود هو القيمة، وبسببها يزيد الثمن وينقص، وقد يكون اليسير من الثمر له معظم الثمن، ولو أصيب اليسير منها وقليله كيسير الثمن يلحقه الضرر، كما أنه إذا أصيب الكثير منها، ولا قيمة له لم يلحقه كثير ضرورة.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، نظرت إلى ثلث الثمرة، فإن بلغت الجائحة وضعت عن المشتري، وإن لم تبلغ إلا عشر القيمة، وإن قصرت عن ثلث الثمرة، لم يوضع عنه شيء، وإن بلغت تسعة أعشار القيمة، وإن قلنا بقول أشهب نظر إلى ثلث القيمة، فإن بلغت الجائحة وضعت عن المبتاع، وإن كانت لم تبلغ إلا عشر الثمرة، وإن لم تبلغ ثلث القيمة، لم توضع، وإن بلغت تسعة أعشار الثمرة.

قال مالك: وَالْجَائِحَةُ الَّتِي تُوضَعُ عَنِ الْمُشْتَرِي الثُّلْثُ فَصَاعِدًا، وَلَا يَكُونُ فِيهَا مَا دُونَ ذَلِكَ جَائِحَةً^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٩/١١٢.

١٨٠ كتاب البيوع

الشرح: وهذا كما قال أن الجائحة التي توضع هي ما بلغت ثلث الثمرة أو القيمة على ما تقدم، وإن قصرت عن ذلك في الثمار، لم توضع عن المشتري، وهو معنى قوله: فلا يكون في ذلك جائحة. وقال الشافعي: يوضع قليل ذلك وكثيره في الثمرة وغيرها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن الثمار لا تنفك من ذلك، ولا تسلم من يسير العفن، وأكل الطير، فهذا مما دخل عليه المشتري، فلا يكون له الرجوع به.

ولو كان له الرجوع به لما صح بيع ثمر أبداً؛ لأنه لا يصح أن يسلم جميعها بوجه؛ لأن كل بيع يتعين فيه يتعذر فيه تسليم المبيع باطل، ولما أجمعنا على صحة بيع الثمرة، وصحة وضع الجائحة على أن الذي يوضع ما ينفك عنه غالباً تلف الكثير.

مسألة: فإن أصابت الجائحة معظم الثمرة، لزم المبتاع قيمتها بخلاف من اشترى صبرة طعام أو غيره، فاستحق معظمها، أو اشترى طعاماً على الكيل، فذهب معظمه قبل الكيل، فيأثم لا يلزم المبتاع بقيته.

والفرق بينهما أن الجوائح معتادة لا تسلم الثمرة من يسيرها وكثيرها، متكرر فيها، فالمبتاع يدخل على الرضا بما بقي منها، ولذلك لزمه النقد فيها، ولو لم يلزمه الباقي لما جاز النقد فيها بالشرط، وليس كذلك استحقاق الصبرة أو إتلاف بعض الصبرة المشتراة على الكيل، فإنه نادر والمبتاع لم يدخل عليه، ولذلك جاز له النقد فيه.

* * *

ما يجوز في استثناء الثمر

١٢٩١ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ كَانَ يَبِيعُ ثَمَرَ حَائِطِهِ وَيَسْتَنْتِي مِنْهُ.

الشرح: قوله: «كان يبيع ثمر حائطه» بيع ثمر حائطه، على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يبيع منه مكيلة معروفة. والثاني: أن يبيع الجميع على أن فيه كذا وكذا صاعاً بالخرص. والثالث: أن يبيعه منه جزافاً. فأما بيع الأصوع منه، فسيأتي ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

١٢٩١ - أخرجه ابن أبي شيبة ٣٣٢/٦. الأم ٦٠/٣. معرفة السنن والآثار ١١٢٠/٨. وذكره ابن عبد البر في الاستدكار برقم ١٢٧٢.

كتاب البيوع ١٨١

وأما إن باعه على أن فيه كذا وكذا صاعاً على التحرى، فقد قال الشيخ أبو القاسم: ذلك غير جائز. قال القاضي أبو محمد: لأن التحرى فيه من باب الغرر، وقاسه على الصبرة من الطعام، لا يجوز بيعها على التحرى على أن فيها عدد أصوع. ووجه هذا عندى أن الاعتبار فى مقدار ما يبيعه بالتحرى والكيل يكثُر به الغرر، والخطر لاجتماعهما.

وأما أن يبيعه جزافاً، فإن ذلك جائز، ولا خلاف فيه.

ووجه ذلك أنه مرثى يتأتى فيه الحزر، فجاز بيعه جزافاً.

فصل: وقوله: «ويستثنى منه»، يحتمل أن يريد به كيلاً، ويحتمل أن يريد جزءاً شائعاً، ويحتمل أن يريد نخلات يختارها. فأما استثناء الجزء الشائع منه، فإنه جائز، إن كان أقل من النصف.

وإن كان أكثر من النصف، فالذى عليه مالك وأصحابه، أن ذلك جائز أيضاً. وعبد الملك بن الماجشون، لا يبيز استثناء الأكثر من الجملة بوجه، وقد ذكرناه فى أحكام الفصول.

ووجه قول مالك أن الغرض معلوم من ذلك عار من الغرر، فوجب أن يصح؛ لأنه إذا قال له: أبيعك هذا الحائط إلا تسعة أعشاره، فالمفهوم بعتك عشره، وذلك جائز، وهذا الخلاف إنما يرجع إلى اللفظ، والله أعلم وأحكم، وسيأتى الكلام على القسمين الباقيين إن شاء الله تعالى.

١٢٩٢ - مَالِكُ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ جَدَّهُ مُحَمَّدَ بْنَ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ بَاعَ ثَمَرَ حَائِطٍ لَهُ يُقَالُ لَهُ الْأَفْرَقُ بِأَرْبَعَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَاسْتَثْنَى مِنْهُ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ تَمْرًا.

الشرح: قوله: «استثنى منه»، يريد من ثمره.

وقوله: «بثمانمائة درهم»، لا يخلو أن يكون استثنى منه جزءاً شائعاً على مثل هذا الغرر، أو استثنى منه على كيل معلوم بسعر معلوم قدره، فإن كان استثنى منه جزءاً شائعاً، فذلك ما قدمناه؛ لأنه استثنى منه الثلث الخمس.

١٢٩٢ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٦٢/٨. الأثر ١٥١٥١. الأم ٦٠/٣. ابن أبى شيبة فى المصنف ٣٣١/٦. معرفة السنن والآثار ١١٢٠٧/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٧٣.

١٨٢ كتاب البيوع

وإن كان استثنى منه على الكيل بسعر متقرر، فيجوز أن يستثنى منه قدر الثلث، فأقل من الثمرة، ولا ينظر إلى الثمر؛ لأنه لو تقدر هذا بالثمر لجاز أن يستثنى منه الأكثر، وذلك غير جائز على ما سنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٢٩٣ - مالك، عن أبي الرِّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَارِثَةَ أَنَّ أُمَّهُ عَمْرَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ كَانَتْ تَبِيعُ ثَمَرَهَا وَتُسْتَثْنَى مِنْهَا.

قال مالك: الأمرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا بَاعَ ثَمَرَ حَائِطٍ لَهُ أَنْ يَسْتَثْنَى مِنْ ثَمَرِ حَائِطِهِ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثُلُثِ الثَّمَرِ لَا يُجَاوِزُ ذَلِكَ، وَمَا كَانَ دُونَ الثُّلُثِ، فَلَا بِأَسْ بِذَلِكَ^(١).

١٢٩٣ - أخرجه في الأم ٦٠/٣. معرفة السنن والآثار ١١٢٠٨/٨. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٧٤.

(١) هذا هو رأى مالك وأهل المدينة في هذه المسألة، أما فقهاء الأمصار الذين دارت عليهم الفتيا، وألفت الكتب على مذاهبهم، فكلهم يقول: إنه لا يجوز أن يبيع أحد ثمر حائطه، ويستثنى منه كيلا معلوما قل، أو كثر، بلغ الثلث، أو لم يبلغ، فالبيع ذلك باطل إن وقع، ولو كان المستثنى مدا واحداً، لأن ما بعد ذلك المد، ونحوه مجهول إلا مالك بن أنس، فإنه أجاز ذلك إذا كان ما استثنى منه معلوما، وكان الثلث كما دونه في مقداره، ومبلغه.

وروى ابن وهب، عن ابن لهيعة، عن محمد بن عبد الرحمن أن ابن عمر كان يستثنى على بيعه إذا باع الثمر في رؤوس النخل بالذهب أن لى منه كذا بحساب كذا. قال: وأهل المدينة اليوم على هذا البيع. وقال عبد العزيز بن أبي سلمة: لا أرى بأساً أن يستثنى الثلث، فما دونه، قال: وأنا أحب أدنى من الثلث، ولا أرى بالثلث بأساً إذا بلغ. وذكر أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثني ابن عليه، وابن أبي زائدة، عن ابن عوف، عن القاسم، قال: لولا أن عبد الله بن عمر كره الثنيا، وكان عندنا مرضيا ما رأينا بذلك بأساً.

واحتج أصحابنا لمذهب أهل المدينة في هذه المسألة بأن قالوا: ما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن الثنيا، وإنما ذلك في استثناء الكثير من الكثير، أو استثناء الكثير مما هو أقل منه، وأما القليل من الكثير، فلا، وجعلوا الثلث فما دونه قليلا. قالوا: وبيع ما على المستثنى كبيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها. قالوا: واستثناء القليل من الكثير هو المعروف من لسان العرب، وبه ورد القرآن، وأما استثناء الكثير، فلا. فهذا عندهم معنى نهى النبي ﷺ عن الثنيا. واستغنوا بما ذكره مالك، عن علماء المدينة في هذا الباب من الاستثناء، وبما رواه حماد بن سلمة: عن هشام بن حسان، وعثمان البتي: أن ابن سيرين كان لا يرى بأساً أن يبيع الرجل ثمر حائطه، ويستثنى كراء أو كراءين. انتهى باختصار. وانظر هذه المسألة في الاستذكار لابن عبد البر ١٣٣/١٩، وما بعدها.

كتاب البيوع ١٨٣

الشرح: وهذا كما قال أن مذهب أهل المدينة على ما ذكره، أن من باع ثمرة حائطه جزافاً، فإن له أن يستثنى منه كيلاً ما بينه وبين الثلث خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: لا يجوز أن يستثنى منه قليلاً ولا كثيراً.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذا استثناء لا يدخل غرراً في المبيع، فلم يمنع صحة العقد. أصل ذلك إذا استثنى جزءاً شائعاً.

مسألة: وله أن يستثنى ذلك بسرّاً أو رطباً أو تمرّاً، قاله أصبغ.

ووجه ذلك أن المستثنى يبقى على ملك البائع، فما يفسده بقاؤه على ملك البائع لا يفسد للجهل بماله. أصل ذلك سائر أملاكه.

مسألة: وهذا إذا كان الحائط نوعاً واحداً، فإن كان أنواعاً كثيرة، فاستثنى منه من كل نوع قدر ثلثه، جاز ذلك.

وإن استثنى من نوع من أنواعه أكثر من ثلثه، إلا أنه أقل من ثلث الجملة؟ روى في العتبية أشهب، عن مالك: له أن يستثنى منه قدر ثلث الثمرة المبيعة، ومنع من ذلك ابن القاسم وأشهب، ورواه ابن المواز، عن مالك.

وجه الرواية الأولى أن الاعتبار بثلث الحائط في الاستثناء؛ لأن الغرر إنما يبقى في الكيل دون القيمة، ولا يبقى هذا أكثر من أنه استثناء من أفضل أنواع الحائط، وتلك صفة رضىها المبتاع لا تدخل غرراً في الكيل والقدر، فوجب أن يصح.

ووجه الرواية الثانية أن الغرض قد يكون في نوع منه، ويشتري الجملة لأجله، وإذا استثنى منه كيلاً أكثر من ثلثه أدخل غرراً في المقصود من البيع، وربما استثنى منه ما يقصر عنه جميعه.

مسألة: ولو باع منه صبرة طعام جزافاً، لكان حكمها في جواز استثناء ثلثها بالكيل، ومنع ما زاد على ذلك حكم الثمرة. وحكى القاضى أبو محمد، عن ابن الماجشون: أنه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة، قليلاً ولا كثيراً، كيلاً ولا جزءاً مشاعاً.

قال: ورواه عن مالك، واحتج بذلك أن الجزاف إنما جاز بيعه للضرورة لما يريد البائع أن يزبل عن نفسه مشقة الكيل والوزن، فإذا استثنى منه جزءاً، فلا بد له من الكيل، فلا يقصد إلا المخاطرة في قدر المبيع، والفرق بين الصبرة والثمرة، أن الثمرة لا يتأتى فيها الكيل، والصبرة يتأتى فيها الكيل.

١٨٤ كتاب البيوع
وهذا عندي يكون فيه قولان على حسب اختلاف القول في استثناء المبتاع بعض
الثمرة المأبورة مع الأصل، وبعض الثمرة التابعة للدار المكتراة، فهذا على تسليم هذه
العلة زاد على منعها.

وقوله: «أن الجزاف في البيع أصل في نفسه»، لما قدمناه من تأتي الحزر فيه، فلا
يلزم ما قاله عبد الملك.

فصل: وقوله: «ما بينه وبين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك»، يريد أن استثناء ما زاد
على قدر ثلث الثمرة بالكيل يكثر به الغرر، فلا يجوز ذلك، فإن وقع ذلك، ففي المدينة
عن عيسى: يفسخ البيع، فإن كان المبتاع قد جدها، وقد قبض البائع ما استثناءه رد
المبتاع كيل الثمر الذي أخذ إن عرف كيله، وإن لم يعرف كيله، فقيمته خرص ذلك؛
لأن هذا حكم ما يفسخ فيه البيع مما له مثل.

قال مالك: فَأَمَّا الرَّجُلُ يَبِيعُ ثَمْرَ حَائِطِهِ وَيَسْتَتِي مِنْ ثَمْرٍ حَائِطِهِ ثَمْرَ نَخْلَةٍ أَوْ
نَخْلَاتٍ يَخْتَارُهَا، وَيُسَمَّى عَدَدَهَا، فَلَا أَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا؛ لِأَنَّ رَبَّ الْحَائِطِ إِنَّمَا
اسْتَتَى شَيْئًا مِنْ ثَمْرٍ حَائِطٍ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ شَيْءٌ احْتَبَسَهُ مِنْ حَائِطِهِ، وَأَمْسَكَهُ لَمْ
يَبِعْهُ، وَبَاعَ مِنْ حَائِطِهِ مَا سِوَى ذَلِكَ^(١).

الشرح: استثناء الرجل من حائطه في البيع عدد نخلات يكون على ثلاثة أوجه،
أحدها: أن يعينها، وذلك لا خلاف في جوازه؛ لأنه أوقع البيع على سائرهما، وهو
معين، والثاني: أن يطلق القول، فيقول: أبيع منه هذا الحائط غير أربع نخلات أو خمس،
فهذا البيع جائز؛ لأن له وجهًا في الصحة ومخرجًا يتوجه إليه.

وذلك أن يكون شريكًا بما استثناءه من العدد في عدد جميع الحائط، فإن كان استثنى
خمسة، والحائط خمسون، كان له عشر الثمن مشاعًا، وإن كان الحائط أربعين كان له
ثمن الثمر، وعلى هذا الحساب يكون شريكًا.

مسألة: وإن كان البائع شرط اختيار ما استثنى منها، فإن كان استثنى الكثير، لم يجز
ذلك، وإن كان استثنى اليسير، جاز ذلك عند مالك، ومنع منه ابن القاسم.

وجه قول مالك ما احتج به من أن المستثنى ليس يمتنع، فلا يفسد بغير ولا شيء مما
تفسد به البيوع، ومعنى ذلك عندي أن ما يجوز في اختياره من أن يأخذ شجرة ثم

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٩/١٣٣.

كتاب البيوع ١٨٥
يتركها، ويختار غيرها إنما يفسدها ما انتقل إلى المختار على غير وجه البيع، أو كان
باقياً على الملك، فإن ذلك لا يؤثر فيه.

ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز للبائع استثناء ما يختارها من الخائض جنواز أن
يختار ثمرة، ثم يتركها ويأخذ غيرها، فيدخله التفاضل في المطعوم، ومثل هذا يجوز
على البائع في اختياره، فيجب أن لا يجوز كما لا يجوز اختيار المتباع.

مسألة: وإن كان المبيع مما يجوز فيه التفاضل واشترط البائع اختيار عدد كثير منه، لم
يجز، وإن اشترط اختيار يسير منه، جاز.

وجه ذلك أنه إذا اشترط الكثير ذهب بمعظم الجملة، فدخل كثير الغرر فيما بقي
منها أو الجهل بصفتها، وتفاوت التغيرير فيها، فعاد ذلك بفساد العقد، وإن اشترط
اليسير منها بقي معظم الجملة، فقل الغرر فيها، وتفاوت أمرها، ويجوز من المتباع
الانتفاع على اختيار الكثير والقليل.

والفرق بينهما أن ما بقي للبائع بعد اختيار المتباع ليس بمبيع، فلا يؤثر فيه الجهل
بصفة، ولا كثير الغرر، وما بقي للمبتاع بعد اختيار البائع هو المبيع، ففسد البيع بكثرة
الغرر وجهله بالصفة.

* * *

ما يكره من بيع التمر

١٢٩٤ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ
اللَّهِ ﷺ: «التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ» فَقِيلَ لَهُ: إِنَّ عَامِلَكَ عَلَى خَيْبَرَ يَأْخُذُ الصَّاعَ
بِالصَّاعَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ادْعُوهُ لِي» فَدُعِيَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ:
«أَتَأْخُذُ الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ؟» فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَا يَبِيعُونَنِي الْجَنِيبَ بِالْجَمْعِ صَاعًا
بِصَاعٍ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يَبِيعُ الْجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتِغِ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيْبًا»^(١).

١٢٩٤ - أخرجه البخارى كتاب البيوع باب ٨٩ إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه ١٦٠/٣، عن أبى
هريرة. مسلم كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلاً بمثل حديث رقم ٩٥، ١٢١٥/٣، عن أبى
هريرة. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١١١٠٦/٨.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٨/٨: هكذا رواه فى المرطأ مرسلًا، ومعناه عند مالك متصل
من حديثه، عن عبد المجيد بن سهيل، عن سعيد بن المسيب، عن أبى سعيد الخدرى، وأبى=

١٨٦ كتاب البيوع

١٢٩٥ - مَالِك، عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ سُهَيْلِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ، عَنْ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْرٍ، فَجَاءَهُ بِتَمْرٍ حَنِيبٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَكُلْ تَمْرٍ

=هريرة جميعا، عن النبي ﷺ. والحديث ثابت محفوظ عن النبي ﷺ من حديث أبي هريرة، وأبي سعيد، ومن حديث بلال أيضا وغيرهم، وقد رواه داود بن قيس، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري، عن النبي ﷺ.

وفيه من الفقه، أن التمر كله جنس واحد، رديته وطيبه، ورفيعه ووضيعه، لا يجوز التفاضل في شيء منه. ويدخل في معنى التمر بالتمر كل ما كان في معناه، وكذلك التفاضل لا يجوز في الجنس الواحد من المأكولات والمدخرات، وهذا ومثله أصل في الربا، وقد ذكرنا أصول الفقهاء في ذلك فيما تقدم من كتابنا هذا، فأغنى عن الإعادة هاهنا.

فالجنس الواحد من المأكولات، يدخله الربا من وجهين، لا يجوز بعضه ببعض متفاضلاً، ولا بعضه ببعض نسبية، هذا إذا كان مأكولاً مدخراً عند مالك وأصحابه. وعند الشافعي سواء كان المأكول مدخراً أو لا يدخر مثله، القول فيه ما ذكرنا. فأما النسبية في بعض ذلك ببعض، فمجتمع على تحريمه، والتمر والبر دخل في معناه كل ما يؤكل مما كان مثلهما، وقد لخصنا هذا في غير هذا الموضوع. وسيأتي ذكر أصول الفقهاء فيما يدخله الربا مجوداً في باب ابن شهاب، عن مالك بن أوس بن الحدثان. إن شاء الله.

وفيه أن من لم يعلم بتحريم الشيء، فلا حرج عليه حتى يعلم إذا كان الشيء مما يعذر الأنسان بجهله من علم الخاصة. قال عز وجل: ﴿وَمَا كُنَّا مَعْذِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾.

والبيع إذا وقع محرماً، أو على ما لا يجوز، فمفسوخ مردود وإن جهله فاعله. قال ﷺ: «من عمل عملاً على غير أمرنا فهو رده». أي مردود، فإن أدرك المبيع بعينه رده، وإن فات رده مثله في المكيل والموزون، ويفسخ البيع بين المتبايعين فيه، وإن لم يكن مكيفاً ولا موزوناً، فالقيمة فيه عند مالك أعدل، وعند الشافعي، وأبي حنيفة المثل أيضاً في كل شيء، إلا أن يعدم، فيصرف فيه إلى القيمة.

وفي اتفاق الفقهاء على أن البيع إذا وقع بالربا مفسوخ أبداً، دليل واضح على أن بيع عامل رسول الله ﷺ الصاعين بالصاع في هذا الحديث، كان قبل نزول آية الربا، وقيل أن يتقدم إليهم رسول الله ﷺ بالنهي عن التفاضل في ذلك، ولهذا سأله عن فعله ليعلمه بما أحدث إليه فيه من حكمه، ولذلك لم يأمر بفسخ ما لم تتقدم العبارة فيه، والله أعلم.

١٢٩٥ - أخرجه البخاري في البيوع ٢١٦٤، ٢٢٠٢، المغازي ٤٢٤٧، والاعتصام بالكتاب والسنة ٧٣٥١. مسلم في المساقاة ١٥٨٨، ١٥٩٣. النسائي في البيوع ٤٥٥١، ٤٥٥٢، ٤٥٥٣، ٤٥٥٤، ٤٥٥٥. أحمد في باقي مسند المكثرين ١١٠٢٠، ١١١٦١، ١١١٨٩، ١١٢٤٦. الدرر في البيوع ٢٥٧٧.

خَيْرَ هَكَذَا؟» فَقَالَ: لَا وَاللَّهِ، يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَفْعَلْ ذَلِكَ، بَعِ الْجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيًّا».

الشرح: وهكذا قال يحيى: ابن عبد الحميد، والرواة يقولون: عبد الحميد^(١).

وقوله ﷺ: «التمر بالتمر مثلاً بمثل»، يريد ﷺ أن هذا حكم يبيع بعضه ببعض، وإذا اختص هذا الحكم به، لم يكن له حكم مباح غيره يحرم التفاضل، فلا خلاف في ذلك في الأربع المسميات البر والشعير والتمر والملح.

وقد ذكرت كلها في حديث أخرجه مسلم من حديث أبي زرعة، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد أو ازداد، فقد أربى، إلا ما اختلفت أوزانه»^(١).

وأخرجه من حديث عبادة بن الصامت، فذكر الأربعة المذكورة، وذكر معها، الذهب والفضة.

(١) قال السيوطي في تنوير الحوالك ٥٣/٢: عن عبد الحميد بن سهيل كذا ليحيى وطائفة،

وقال جمهور الرواة: عبد المجيد، وهو الصواب.

وأورده ابن عبد البر في التمهيد ٤٤/٨: «عبد المجيد» وقال: ذكر أبي هريرة في هذا الحديث لا يوجد من غير رواية عبد المجيد بن سهيل هذا، وإنما يحفظ هذا الحديث لأبي سعيد الخدري، كذلك رواه قتادة، عن سعيد ابن المسيب، عن أبي سعيد الخدري، من رواية حفاظ أصحاب قتادة: هشام الدستوائي، وابن أبي عروبة، وكذلك رواه يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، وعقبة بن عبد الغافر، عن أبي سعيد الخدري، وكذلك رواه محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي سعيد الخدري، وروى الدراوردي، عن عبد المجيد بن سهيل، في هذا الحديث إسنادين، أحدهما، عن سعيد بن المسيب، عن أبي سعيد، وأبي هريرة، كما روى مالك وغيره، والآخر عن عبد المجيد بن سهيل، عن أبي صالح السمان، عن أبي هريرة وأبي سعيد، عن النبي ﷺ مثله سواء. ولا نعرفه بهذا الإسناد هكذا إلا من حديث الدراوردي، وكل من روى حديث عبد المجيد ابن سهيل هذا عنه بإسناده، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، وأبي سعيد، عن النبي ﷺ ذكره في آخره، وكذلك الميزان، إلا مالك، فإنه يذكره في حديثه هذا وهو أمر مجتمع عليه لا خلاف بين أهل العلم فيه.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥٨٨، وفيه: «إلا ما اختلفت ألوانه»، وأخرجه مثله النسائي

في الصغرى حديث رقم ٤٥٥٩.

١٨٨ كتاب البيوع
وهذا الحديث، وإن كان في إسناده بعض المقال، فهذا المقدار منه قد تلقته الأمة
بالقبول، فوجب الحكم بصحته، وذهب فقهاء الأمصار وجماعة الناس إلى أن هذه
المسميات أصول في تحريم التفاضل لفروع لاحقة بها على اختلافهم في أعيان تلك
الفروع؛ لاختلاف المعاني المتعدية إليها.

وذهب أهل الظاهر إلى أن تحريم التفاضل مقصور عليها دون سائر المطعومات.

والدليل على تحريم التفاضل في الأربعة قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
[البقرة: ٢٧٥]، والربا الزيادة، فوجب أن يكون التفاضل حراماً في كل شيء لحق
العموم إلا ما خصه الدليل.

فصل: إذا ثبت ذلك، فاختلف الناس في علة تحريم التفاضل في الأربع المسميات،
فروى مالك، عن سعيد بن المسيب: أن العلة عنده الكيل أو الوزن فيما يؤكل أو
يشرب. وقال أبو حنيفة: العلة في ذلك جنس مكيل أو موزون. وقال الشافعي: علة
ذلك أنه مطعوم جنس.

فاختلفت عبارات أصحابنا في ذلك، فاختار القاضي أبو إسحاق: أنه مقتات
جنس، ومذهب مالك في الموطأ أن العلة الاقتيات والادخار للأكل غالباً، وإليه ذهب
ابن نافع، وإن خالفه في معنى الادخار للأكل على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

قال مالك: فلا تجوز الفواكه التي تيبس وتدخر، إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، إذا كانت
من صنف واحد، وجيء على ما روى عن مالك أيضاً أن العلة الادخار للاقتيات، فلا
يجرى الربا في الفواكه التي تيبس؛ لأنها ليست بمقتاتة، ولا يجرى الربا في البيض؛ لأنها
وإن كانت مقتاتة، فليست بمدخرة.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا القول عندي أجرى على المذهب، وعلى ما يتعلق به
أصحابنا من الحديث، فالخلاف بيننا وبين أبي حنيفة في فصلين، أحدهما: إننا نراعى
الاقتيات، وهو لا يراعيه، بل يعدى ذلك إلى كل موزون. والفصل الثاني: أننا نعدى
العلة إلى قليل المقتات الذي لا يتأتى فيه الكيل، وهو لا يعدى إليه، ويجوز فيه التفاضل.

والخلاف بيننا وبين الشافعي في فصل واحد، وهو أنه يعدى العلة إلى كل مطعوم
من السقمونيا وشحم الخنزير والأدوية وغيرها، ونحن نقصرها على ما يقتات من
المطعوم.

كتاب البيوع ١٨٩
ولنا في الدلالة على ما قلناه طريقان، أحدهما: أن ندل على صحة ما ذهبنا إليه.
والثاني: أن ندل على فساد ما ذهبوا إليه.

والدليل لنا على صحة ما ذهبنا إليه أن النبي ﷺ نص على التماثل في الأربع المسميات على ما تقدم في الحديث، فلنا فيه دليلان، أحدهما: أنه ﷺ لما نص على أربعة أشياء مختلفة الأسماء والجنس، علمنا أنه قصد إلى ذكر أنواع الجنس الذى يجرى فيه الربا، ولم يذكر الخريز والبطيخ؛ ليدل به على الفواكه الرطبة، ولا ذكر السقمونيا، ولا الطباشير، ولا الأسارون؛ لينبه به على الأدوية، ولا ذكر الجير، ولا الرماد؛ لينبه به على المكيل والموزون.

فكان الظاهر من ذلك أنها ليست من أنواع الجنس، فإن الجنس لا يخرج عن حكم الأربع المسميات التى نص عليها.

ووجه ثان، وهو أنه لا خلاف أنه قصد ذكر هذه الأربع المسميات إلى التنبيه على علة الربا فيها، فأتى بألفاظ مختلفة الجنس والمعنى، وهذا يقتضى أن العلة أخص صفة توجد فيها.

ووجدنا التمر يؤكل قوتاً، ويؤكل حلاوة، وتفكهها، فلولا اقتران الحنطة والشعير به، للحقت به الحلاوات، والفواكه خاصة، ووجدنا الشعير يؤكل من أدنى الأقوات، ويكون علفاً، فلولا اقتران الحنطة والتمر به؛ لجاز أن يلحق به أدنى الأقوات خاصة دون أعلاها، ولجاز أن يلحق به العلف من القضب والقرط.

ووجدنا الملح مما يصلح الأقوات ويطيئها، فلولا اقتران القمح والشعير به؛ لجاز أن يلحق به الأقوات المصلحة، ولجاز أن يلحق به الماء، والبقول التى يصلح بها الطبخ.

ووجدنا البر أرفع الأقوات، وما يقتات عاماً، فلولا اقتران التمر والشعير به؛ لقصرنا حكمه على رفيع الأقوات، ومنعنا الربا أن يجرى فى أدونها أو يجرى فى الأرز وغيره مما لا يعلم اقتياته، ولو أراد عموم العلة لاكتفى باسم واحد منها؛ لأنه لا خلاف أن كلما كثرت أوصاف العلة كانت أخص، وكلما قلت كانت أعم.

وأما الدليل على إبطال ما قالوه أن كل جنس ثبت فيه الربا لعله، فإن اختلاف الصفات عليه مع بقاء عينه لا يغير حكمه، ولا يخرج عن علته كالذهب والفضة.

وبيان ذلك أن الدنانير والدرهم لما ثبت الربا فيها بعلة الوزن عندهم، وبعلة أنها

١٩٠ كتاب البيوع
أصول الأثمان، وقيم المتلفات عندنا، لم يزل حكم الربا عنها على أى وجه كانا من
نقار، أو تبر، أو سكة، أو صياغة جرت، موزونة أو عددًا، ثم نظرنا فى الخنطة إذا
طحنت وخبزت، فإنها لا تخلو من أحد أمرين إما أن يكون الربا ثابتًا فيها أو غير
ثابت.

فإن كان ثابتًا حصل أن اختلاف الصفات عليها أخرجها عن علتها فى الربا،
وأوجب أن يعلل الربا فيها بعلة أخرى، وذلك مؤذن ببطلان العلة الأخرى، وإن كان
غير ثابت، وجب أن يكون اختلاف الصفات على الجنس الذى ثبت فيه الربا، يسقط
الربا عنه، وذلك باطل باتفاق.

فصل: وأما الدليل على الفصل الثانى، وهو أن الربا يجرى فى قليل الخنطة، فهو ما
روى عن النبى ﷺ أنه قال: «التمر بالتمر مثلاً، والخنطة بالخنطة مثلاً،
والشعير بالشعير مثلاً، والملح بالملح مثلاً»^(*)، وهذا عام.

ودليلنا من جهة المعنى أن كل جنس حرم التفاضل فى كثيره، فإنه يحرم فى قليله
كالذهب والفضة، ومما يختص بالشافعى أن علة الربا فى التفاضل لما تعلقت بالجواهر
المعدنية تعلقت بأرفعها، وهو الذهب والفضة، دون أدونها، وهو الرصاص والآتلك
والنحاس، وإذا تعلق بالمطعم، وجب أن تتعلق بأرفعه، وهو المقتات دون غيره.

مسألة: إذا ثبت أن العلة الاقتيات، فإن الحكم يقصر على كل مأكول مقتات دون
ما يؤكل على وجه التفكه أو التداوى، فجرى الربا فى الخنطة، والشعير، والسلت،
والعسل، والأرز، والدخن، والذرة، والقطنية، والتمر، والزبيب، والعسل، والسكر،
والزيت على اختلاف أنواعه، واللحم واللبن وما يكون منه، والملح والإبزار، والفلفل،
والكروياء، وحب الكزبر، والقرفة، والسنبلى، والخردل، والقرطم.

وفى كتاب محمد، عن ابن القاسم وودك الرءوس، وغير ذلك مما يقتات على
اختلاف عادات البلاد فى ذلك واتفاقها.

مسألة: واختلف أصحابنا فى الشمر، والأنيسون، والكمونين، فقال ابن القاسم:
هى مما يجرى فيها الربا؛ لأنها من الأقوات. وقال أصبغ: لا يجرى فيها الربا؛ لأنها أكثر
ما يستعمل على وجه التداوى، وبه قال ابن المواز.

(*) انظر: تخريج الحديث السابق.

كتاب البيوع ١٩١

وجه ما قاله ابن القاسم أن الشمار والأنيسون، والكمون الأسود، يستعمل في الخبز على معنى تطيبه، وتحسين طعمه، والكمون الأبيض يستعمل في الطبخ كالفلفل.
ووجه قول أصبغ أن الخبز لا يستعمل فيه صناعة إلابزار غالباً، ولا يدخل فيه، فلا تأثير لها في إصلاح القوت على الوجه المعتاد.

فصل: وأما من جعل من أصحابنا وصف العلة الادخار للأكل دون الاقتيات، فإنه يحرم الربا في الجوز، واللوز، والبندق، والصنوبر، والفسق، وأنواع الفواكه كلها تدخر، وبه قال ابن نافع وابن حبيب.

واختلفوا في الفواكه التي يقل ادخارها كاخوخ والرمان والأجاص، وعيون البقر، والموز مما يدخر ويبس، ففي المدنية من رواية يحيى، عن ابن نافع أنه لا يجوز التفاضل فيها؛ لأنه يدخر ويبس.

وقال مالك في الموطأ: إنه يجوز التفاضل في الرمان. زاد عيسى، عن ابن القاسم في المدنية: والخبوخ والأجاص وعيون البقر؛ لأنه لا يبس، وإن يبس لم يكن فاكهة. واتفق مالك وابن نافع على أن البطيخ والخريز والقثاء والأترج والخبوخ، يجوز فيه التفاضل. فوجه قول مالك ما احتج به من أن هذه التي نص عليها، لا تبس ولا تدخر غالباً، ومنها ما لا يبس بوجه كالموز.

وأما الرمان، فإن يبس، خرج عن حكم الفاكهة وغيرها مما يبس كاخوخ والأجاص والكمثرى، فإنه لا يبس غالباً، ولا تعلق الأحكام بما يندر، وهذا على ما أشار إليه ابن القاسم.

وأما على ما نص عليه مالك من الرمان، فإنه على ما قال: ما يبس منه لا يكون فاكهة، فحكمه في الفاكهة حكم ما لا يبس بوجه كالبطيخ والقثاء.

ووجه قول ابن نافع أن هذا مما لا يدخر للأكل، ويبقى بأيدي الناس على حاله المدة من العام، فجرى فيه الربا كالجوز.

وأما قوله: مما يدخر، فسائغ في جميع ما نص عليه. وأما قوله: ويبس، فإنه راجع إلى غير الجوز، ويحتمل أن يرجع إلى الرمان بمعنى أنه يبس قشره إلا على الحافظ لرطوبة الحب، والله أعلم.

ويجب أن يلحق بهذه المسألة المختلف فيها البرقوق والجراسيا، فإنهما يريان على وجه ما يربب عليه الخوخ والكمثرى والتفاح، والله أعلم.

١٩٢ كتاب البيوع

ومن جعل العلة الاقتيات، لم يجز الربا إلا فى كل مقتات مدخر. وأما ما يكون مدخرًا غير مقتات كالجوز واللوز أو مقتاتًا غير مدخر كالبيض، فلا يجزى فى شىء من ذلك الربا وعلى المذاهب الثلاثة، فلا يجزى الربا فى الفواكه الرطبة من التفاح والرمان والكمثرى وعيون البقر والخوخ، وإن كان بعضها يدخر، فليس ذلك بمعتاد فيها.

فصل: وقوله فى الحديث: «فقليل له: إن عاملك على خير يأخذ الصاع بالصاعين»، ظاهره أن تحريم التفاضل فى ذلك لم يكن بعد فاشيًا، ولعله أن يكون ذلك بقرب حدوث هذا الحكم.

ولذلك لم يعلم به عامله، ولا علم به من علم استجازة عامله للتفاضل فيه، ولم ينكره، ولا أنهاه إلى النبى ﷺ ولا شك أنه لا يقدم على خير عاملًا إلا من يفقه، ويعلم صلاح حاله.

ولذلك لم ينكره أصحابه على العامل حين علموا عمله به حتى سمعوا من النبى ﷺ فأخبروه أن العامل بخير يعمل به، ولعل ذلك الوقت كان وقت ثبوت هذا الحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «ادعوه لى» ظاهره والله أعلم؛ ليعلم منه ما تقدم من فعله فى هذا الحكم، وليمنعه من محظوره فى المستقبل، فلما سأله عنه وأخبره أنه كان من فعله، وأن الداعى له إلى ذلك تفاضل التمر، وأنه لا يجد من يعطيه الجيد بالردىء متماثلًا، نهاه عن فعله فى المستقبل، وبين له الطريق إلى تحصيل غرضه من أخذ الجيد، والخروج عن الردىء، بأن يبيع الجمع بالدرهم، ويتاع بها الجنيب، ﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجًا﴾ [الطلاق: ٢].

ولم يرد من طريق صحيح فى هذا الحديث بعينه أن رسول الله ﷺ أمر العامل ببرد بيعه، وإن كان روى أمره بذلك فى بعض الأحاديث من حديث بلال من رواية مسروق عنه، قال: كان عندى تمر لرسول الله ﷺ، فوجدت تمرًا أخير منه، فاشتريت صاعًا بصاعين، فأتيت به رسول الله ﷺ، فقال: «ما هذا؟»، فقلت له: اشتريته صاعًا بصاعين، فقال: «رده، ورد علينا تمرنا»^(*).

وقد أخرج البخارى هذا الحديث من غير طريق صحيح، وليس فيه هذه الزيادة:

(*) أخرجه بنحوه مسلم حديث رقم ١٥٩٤. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٥٥٥. أحمد

فى المسند حديث رقم ١٠٦٩١.

كتاب البيوع ١٩٣

«رده، ورد علينا تمرنا»^(*)، فإن كان لم يؤمر هذا برد بيعه، فيحتمل أن يكون لم يؤمر به؛ لأنه كان بيعه قبل التحريم للسامع من يستحله، ويرى استدامته من أهل الكتاب.

ألا ترى أنه لو تعامل بذلك كتابيان، ثم أسلم أحدهما بعد أن تقابضا، فإنه لا يرد شيء منه، ولذلك لم يرد شيئاً من بياعات من أسلم من المشركين، ولا رجع النساء عليهم بمهورهن، وإن كان منها ما لا يصح أن يكون مهراً.

مسألة: وإن أسلم أحدهما بعد قبض أحد العوضين، وقبل قبض الثاني، فكان الذى أسلم من له الفضل لم يأخذ له إلا مثل ما أعطى، ولا يجوز له أن يأخذ الربا.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِمَرْبِ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تَبتم فَلَكُمْ رِءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

ودليلنا من جهة السنة ما روى عن النبي ﷺ أنه وضع ربا العباس بن عبد المطلب.

مسألة: فإن أسلم الذى عليه الحق، فعن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: أنه قال: إن لم أوجب عليه إلا ما أخذ، أخاف أن أظلم الذمى. والثانية: أنه قضى عليه بالربا، مثل أن يكون عليه ديناران، سلم إليه فيهما دينار، فإنه يقضى على المطلوب بالدينارين. وقال ابن القاسم: من أسلم منهما وجب إسقاط الربا، وتراجعا غيره.

وجه ما قاله مالك أن تعاملهما حين العقد لم يمنعه الإسلام، والذى له الحق مستديم استباحته؛ لأن الاعتبار بوقت العقد، لا بوقت الأداء. وما قاله ابن القاسم مبنى على أن يراعى وقت التعامل ووقت الأداء، فهو فى وقت الأداء حكم بين مسلم وكافر، فيجب أن يغلب فيه حكم الإسلام.

فصل: وإن ثبت حديث بلال أنه أمره بالرد، فيحتمل أن يكون فعل ذلك بعد ثبوت حكم التحريم، وهكذا يجب أن يكون حكم ما وقع منه اليوم بين المسلمين، سواء وقع ممن علم بتحريمه من المتبايعين أو أحدهما أو جهلاء جميعاً.

فصل: وقوله: «فجاءه بتمر جنيب»، روى ابن حبيب عن عبد الملك: الجنيب، الكبيس. وقال أبو الطاهر المصرى: الجنيب، الذى ليس فيه خلط، والجمع المختلط. وقال كراع فى المنظم: الجنيب من التمر، هو المتين.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم كتاب الوكالة حديث رقم ٢٣١٢.

١٩٤ كتاب البيوع

١٢٩٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ، أَنَّ زَيْدًا أَبَا عِيَّاشٍ^(١) أَخْبَرَهُ أَنَّهُ سَأَلَ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ عَنِ الْبَيْضَاءِ بِالسُّلْتِ، فَقَالَ لَهُ سَعْدٌ: أَيُّهُمَا أَفْضَلُ؟ فَقَالَ: الْبَيْضَاءُ، فَتَنَاهَا عَنْ ذَلِكَ، وَقَالَ سَعْدٌ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُسْأَلُ عَنِ اشْتِرَاءِ التَّمْرِ بِالرُّطْبِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَيُّنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا يَيْسُ؟» فَقَالُوا: نَعَمْ فَتَنَهَى عَنْ ذَلِكَ.

الشرح: «البيضاء» هي المحمولة، وهي نوع من الخنطة يكون بمصر، والسمراء نوع آخر يكون بالشام، وهي أفضل جودة من المحمولة، فسؤال سعد أيتهما أفضل في السلط بالمحمولة، لا يخلو أن يريد به أفضل في الصفة أو القدر.

وفي المدينة: سألته عن كراهية سعد البيضاء بالسلط، هل عليه العمل؟ فقال: مضت السنة أن لا بأس بذلك يدا بيد، ومثلاً بمثل، فإن كان المستول قد جاوب عما سئل عنه خاصة، فقد حمل ذلك على التفاضل في الصفة. والأظهر عندي أنه يريد، والله أعلم، أفضل في القدر، يعني بذلك أكثر كميلاً.

وفي هذا أمران، أحدهما: أنه لا يخفى على سعد ولا غيره أن الخنطة أفضل عيناً من السلط. والثاني: أنه استدل على ما نهاه عنه بنهي النبي ﷺ عن الرطب بالتمر لأجل التفاضل، ولو منعه من ذلك لجودة العين لما صح استدلاله بذلك.

ونهى سعد عن التفاضل في السلط بالبيضاء، يقتضى أنهما عنده جنس واحد،

١٢٩٦ - أخرجه ابن ماجه في التجارات ٢٢٦٤. أحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٥١٨، ١٥٤٧. النسائي في البيوع باب ٣٦ ج ٢٦٩/٧، عن سعد كتاب البيوع باب اشتراء التمر بالرطب. الترمذى برقم ٢٢٥، عن سعد كتاب البيوع باب النهى عن بيع المحاقلة. أبو داود في البيوع باب ١٨ برقم ٣٣٥٩ ج ٢٤٨/٣، عن سعد. البيهقي في السنن ٢٩٤/٥، عن سعد. الحاكم في المستدرک ٣٨/٢، عن سعد. البغوى بشرح السنة ٧٨/٨، عن سعد. الدارقطنى ٤٩/٣، عن سعد.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٤٧/٨: زيد أبو عياش زعم بعض الفقهاء أنه مجهول لا يعرف ولم يأت له ذكر إلا في هذا الحديث، وأنه لم يرو عنه إلا عبد الله بن يزيد هذا الحديث فقط. قد روى عنه أيضا عمران بن أبي أنس، فقال فيه مولى أبي مخزوم، وقيل عن مالك: إنه مولى سعد بن أبي وقاص، وقيل: إنه زرقى، ولا يصح شيء من ذلك، والله أعلم. وقد روى هذا الحديث إسماعيل بن أمية، عن عبد الله بن يزيد، عن أبي عياش، عن سعد، ولم يسم أباً عياش يزيد ولا غيره.

كتاب البيوع ١٩٥
ولذلك أخذ حكمهما من منع التفاضل في الرطب بالتمر، وهذا مذهب مالك أن
السلت والخنطة والشعير جنس واحد في الزكاة، وفي منع التفاضل، وسيأتي ذكره بعد
هذا، إن شاء الله تعالى.

وأخذ سعد حكم السلت بالبيضاء من حكم النبي ﷺ في الرطب بالتمر، دليل على
قوله بالقياس، وعلى هذا جماعة أصحابه، فلا أعلم أحداً منهم يحفظ عنه قصة أو دعوى
أو قضية إلا وجميعها أو معظمها القياس.

فصل: وقوله ﷺ، وقد سئل عن الرطب: «أينقص إذا يبس»، تعليم للقياس وتنبه
عليه؛ لأنه لا يخفى على أحد أن الرطب ينقص إذا يبس، ولكنه ﷺ أراد أن ينههم
بذلك على علة التحريم، وهو التفاضل في هذا الجنس بعضه ببعض، وإن رطبه.

وإن كان فيه غرض لا يكون في يابسه، فإنه لا يخرج بذلك عن جنسه، ولا يجوز
التفاضل بينهما لما ينفرد به أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض، إذا اتفقا في
معظمها، ورأيت في بعض الروايات عن أبي مصعب، فقال رسول الله ﷺ لمن حوله:
«أينقص الرطب إذا جف».

وذلك يقتضى أنه أراد تعليم جميعهم، وتقريرهم على أن علة المنع موجودة مسلمة
باتفاق، ولما قالوا: نعم، نهى عن بيع الرطب بالتمر، فاقترض ذلك منع التفاضل فيه،
ولذلك اعتبر نقصانه واقتضاه بمنع التساوى فيه، ولذلك اعتبر النقصان بالجفوف أيضاً،
وبهذا قال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الرطب بالتمر متساوياً. ودليلنا حديث سالم المتقدم عن
عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا التمر حتى يبدو صلاحه»^(*)، وقال:
«لا تبيعوا التمر بالتمر».

وحديث عبد الله بن عمر الذى يأتى بعد هذا من الأصل، أن رسول الله ﷺ نهى
عن المزابنة^(*)، والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلاً، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً، وهذا عام،
فيحمل على عمومها إلا ما خصه الدليل.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا جنس فيه الربا بيع منه مجهول بمعلوم، فلم يجوز أصله
بيع الشيرج بالسمس.

(*) تقدم تخريجه في الحديث رقم ١٢٨٣.

(*) انظر: تخريج الحديث الآتى بعد هذا.

١٩٦ كتاب البيوع
مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ما كان أصله الجنس الواحد، فصار على صنفين مختلفين
يختلف بهما اسمه، والغرض منه، فلا يجوز بيعه ببعض متساوياً كالبلح الصغير
بالكبير، والرطب بالتمر، لا يجوز شيء من ذلك بما خالف صنفه.

مسألة: فأما بيع الرطب بالرطب متساوياً، فرآه مالك وأبو حنيفة، ومنع منه عبد
الملك بن الماجشون، وبه قال الشافعي.

والدليل على ما نقوله أن كل جنس يجوز التساوي بعضه بعض حال الجفوف، فإنه
يجوز التساوي فيهما حال رطوبته كالجبن بالجبن، والزبد بالزبد، واللبن باللبن.

مسألة: فإن كان التمر قد أنصف، بأن يكون نصف التمر بسرّاً، ونصف التمر قد
أرطب، فهل يجوز بيع بعضها ببعض؟

* * *

ما جاء في المزبنة والمحاولة

١٢٩٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ
الْمُزَابَنَةِ، وَالْمُزَابَنَةُ بَيْعُ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ كَيْلًا، وَبَيْعُ الْكُرْمِ بِالزَّيْبِ كَيْلًا^(١).

١٢٩٧ - أخرجه البخاري في البيوع ٢١٧١.. مسلم في البيوع ١٥٤٢. الترمذي في البيوع
١٣٠٠. النسائي في البيوع ٤٥٣٠، ٤٥٣١، ٤٥٣٢، ٤٥٤٧. أبو داود في البيوع ٣٣٦١.
ابن ماجه في التجارات ٢٢٦٥. أحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٧٦، ٤٤٩٣،
٤٦٣٣، ٥٢٨٢، ٦٠٠٠. ابن أبي شيبة ١٣٢/٧، عن ابن عمر. البيهقي في السنن ٣٠١/٥،
عن ابن جابر. الطحاوي في معاني الآثار ٢٩/٤، عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٦١/٨: هكذا روى يحيى، وجمهور رواة الموطأ هذا الحديث،
عن مالك، إلا ابن بكير، فإنه قال فيه: عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ:
نهى عن المزبنة، والمحاولة. فزاد ذكر المحاولة في هذا الحديث، بهذا الإسناد، ثم ذكر تفسير
المزبنة وحدها، كما ذكر يحيى وغيره، إلا أنه قال: والمزبنة: بيع الرطب بالتمر كيلاً. والمعنى
واحد؛ لأن التمر هو ما دام رطباً في رءوس الأشجار، فإذا يبس وجد فهو تمر، وروى هذا
الحديث أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن رسول الله ﷺ، أنه نهى عن المزبنة، ولم يذكر
المحاولة، وقال: المزبنة أن يبيع الرجل ثمرته بكيل، إن زاد فلي، وإن نقص فعلى. وهذا تفسير
معنى المزبنة كله، وقد مضى تمهيد في باب داود. وروى عبد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن
عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر وعن بيع العنب بالزبيب كيلاً، وعن بيع الزرع
بالحنطة كيلاً.

الشرح: قوله: «نهى عن المزابنة»، والمزابنة اسم لبيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم، ورطب كل جنس بيباسه، ومجهول منه بمعلوم، وذلك أن الرطب، وإن عرف كيله في نفسه، فلا يعلم قدره من التمر الذي يؤخذ عوضاً منه.

ولعله أن يكون مأخوذاً من الزين، وهو الدفع عن البيع الشرعي، وعن معرفة التساوى. وقال ابن حبيب: الزين والزبان، هو الخظر والخطار.

فصل: وقوله: «والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلاً»، يقتضى أن يكونا مكيلين؛ لأنه حال أحدهما، ويجوز أن يكون تفسيراً من النبي ﷺ، ويصح أن يكون تفسيراً من الراوى، إلا أن الأظهر أنه من قول النبي ﷺ لاتصاله بقوله، وإن كان من قول الراوى،

هكذا ذكره أبو داود، عن أبي بكر بن أبي شيبة، عن ابن أبي زائدة، عن عبيدالله ابن عمر، ورواه يحيى القطان، عن عبيدالله، قال: أخبرني نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة.

والمزابنة: اشتراء التمر بالتمر كيلاً، واشتراء الحنطة بالزرع كيلاً. حدثنا عبدالوارث ابن سفيان، قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا بكر بن حماد: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى فذكره.

ولا خلاف بين العلماء أن المزابنة ما ذكر في هذه الأحاديث تفسيره، عن ابن عمر من قوله، أو مرفوعاً، وأقل ذلك أن يكون من قوله وهو راوى الحديث. فيسلم له، فكيف ولا يخالف في ذلك، وكذلك كل ما كان في معنى ما جرى ذكره في هذه الأحاديث من الجزاف بالكيل في الجنس الواحد المطعوم، أو الرطب باليابس من جنسه، وكل ما لا يجوز فيه التفاضل لم يجوز بيع بعضه ببعض جزافاً بكيل، ولا جزافاً بجزاف؛ لعدم المماثلة المأمور بها في ذلك ولمواقعة القمار، وهو الزين على ما تقدم شرحه في باب داود بن الحصين، ألا ترى أن كل ما ورد الشرع أن لا يباع إلا مثلاً بمثل، إذا بيع منه مجهول بمجهول، أو معلوماً بمجهول، أو رطب بيباس، فقد دخل في ذلك التفاضل وجهل المماثلة، وما جهلت حقيقة المماثلة فيه لم يؤمن فيه التفاضل، فدخل في ذلك الربا؛ لأن الحديث ورد في مثل ذلك، إن من زاد أو ازداد فقد أربى، وفي ذلك قمار وخطر أيضاً، وهذا كله تقتضيه معنى المزابنة، فإن وقع البيع في شيء من المزابنة فسخ إن أدرك قبل القبض وبعده، فإن قبض وفات رجع صاحب الثمرة بمكيلة ثمره على صاحب الرطب، ورجع صاحب الرطب بقيمة رطبه على صاحب الثمر يوم قبضه، بالغاً ما بلغ، وما كان منه قبل قبضه فمصيبته من صاحبه.

وأما قوله: التمر بالتمر فإن الرواية فيه للكلمة الأولى بالناء المنقوطة بثلاث مع تحريك الميم، وهو ما في رءوس النخل رطباً، فإذا جذ وبيس قيل له تمراً بالناء المنقوطة باثنتين مع تسكين الميم. ويدخل في هذا المعنى بيع الرطب باليابس من جنسه، وبيع الجزاف بالكيل، وبيع ما جهل بمعلوم أو مجهول. فقف على هذه الأصول، وسيأتى تمهيد معنى الرطب بالتمر وما للعلماء في ذلك من المذهب، في باب عبدالله بن يزيد، عند قوله ﷺ: أينقص الرطب إذا بيس؟ إن شاء الله.

وهو ابن عمر، فهو حجة؛ لأن هذا أمر طريقه اللغة، وابن عمر حجة في ذلك.

وقد روى غير هذا التفسير فيه، فروى زياد بن أيوب دلويه عن ابن عليه، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبي ﷺ نهى عن المزبنة، والمزبنة أن يبيع ما فى رءوس النخل بتمر بكيل مسمى، إن زاد فلى، وإن نقص، فعلى.

والجواب أنه قد ورد فيه التفسيران، وما قلناه أصح؛ لأنه رواه عن مالك فى تأليف مشهور جماعة يبلغون التواتر. وروى التفسير الذى ذهبتم إليه زياد بن أيوب، وقد رواه عن مالك من حديث أبى سعيد الخدرى، فيجب أن يكون البيعان ممنوعين، فإن اسم المزبنة واقع عليهما.

فصل: وقوله: «وبيع الكرم بالزبيب كيلاً»، يريد العنب وسمى العنب كرمًا، وإن كان الكرم شجر العنب على سبيل المجاز والاتساع كما يسمى الشيء باسم ما جاوره أو كان منه بسبب. وأما ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «فإنما الكرم قلب المؤمن»^(٢).

قال ابن الأنبارى: إنما سمي الكرم كرمًا؛ لأن الخمر المشروبة من عنبه تحث على السخاء، وتأمركم بكمكارم الأخلاق، فكره النبي ﷺ أن يسمى أصل الخمر باسم مأخوذ من الكرم، وجعل المؤمن أحق بهذا الاسم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يكون معناه أن العنب، وإن كان فيه منافع ورزق وخصب لمن رزقه، فإن قلب المؤمن أكثر خيرًا وأنفع لنفسه وللناس، ولم يرد ذلك النهى عن أن يسمى الكرم كرمًا.

ولذلك لم ينقله الناس عن النهى، ولا امتنعوا من تسمية شجر العنب كرمًا، ولكنه إنما أراد به تفضيل قلب المؤمن عليه كما قال ﷺ: «ليس الشديد بالصرعة إنما الشديد الذى يملك نفسه عند الغضب»^(٣)، فهو الذى يظهر لى فيه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما بيع التمر بالتمر كيلاً، فإنه متأت فيه، وبه يعتبران جميعًا. وأما العنب بالزبيب كيلاً، فإن ذلك غير متأت فيه إلا الوزن، ولا يباع العنب كيلاً بوجه، ويحتمل أن يريد بذلك ﷺ أنه لا يصح بيع أحدهما بالآخر بالوجه الذى يقوم مقام الكيل فى معرفة التساوى.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٦١٨٣. مسلم حديث رقم ٢٢٤٧. أحمد فى المسند حديث

رقم ٧٢١٦. أبو داود حديث رقم ٤٩٧٤. الدارمى حديث رقم ٢٧٠٠.

(٣) أخرجه البخارى حديث رقم ٦١١٤. مسلم حديث رقم ٢٦٠٨، ٢٦٠٩. أبو داود

حديث رقم ٤٧٧٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٧٩٣٤.

كتاب البيوع ١٩٩
ووجه آخر، وهو أنه قد يسمى الوزن كيلاً، فيقال: هذه عشرة دراهم كيلاً،
ويحتمل أن يريد به العنب جزافاً والزبيب كيلاً، ويحتمل أن يريد به أن يتحرى فى
العنب مكيلة الزبيب.

وقد اختلف قول مالك فى إجازة التحرى فيما يحرم فيه التفاضل، فأجازه فى البيض
بالبيض، والخبز بالخبز، واللحم باللحم، وفى الخالوم الرطب باليابس، وفى الزيتون
الغض بالمالح فى كتاب محمد، وأجازه مع القول بإباحته فى القديد باللحم الطرى مرة
ومنعه أخرى.

وروى فى الواضحة أنه قال: وما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام والأدام، لا يجوز
قسمته تحريماً، وكذلك السمن والزيت والعسل لا يجوز إلا كيلاً أو وزناً.

واختلف أصحابنا فى تأويل ذلك، فمنهم من قال: إن ذلك على روايتين، فإنه
جوزه على إحدى الروايتين على الإطلاق، ومنهم من قال: إن ذلك لا يختلف حالين،
فيجوز مع تعذر الموازين، ويمنع مع وجودها، ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعى بكل حال.
والدليل على ما نقوله أن هذا معنى واضح فى الشرع لمعرفة المقدار، فجاز أن يعتبر
به المبيع كحرص العرية والزكاة.

مسألة: فإن قلنا يجوز ذلك، ففى أى شىء يجوز؟ المشهور عن مالك أنه يجوز فى
الموزون دون المكييل والمعدود، رواه عنه ابن المواز وغيره، وهذا عندى مبنى على قول
من قال: إن ذلك ممنوع إلا فى الأسفار، وحيث تنعدم الموازين.

وأما على قول من حمل ذلك على الإطلاق مع القدرة على الموازين، وهو الأظهر
لتجويزه السلم فى اللحم بالتحرى، فإنه يجب أن يجوز ذلك فى المكييل.

ووجه ذلك أن الكيل يعدم كما يعدم الميزان والقبضة، فليست بمقدار صحيح؛ لأنه
لا يتأتى فيها المساواة لتعذر بقائها على شكل واحد وهيئة واحدة من القبض والبسط،
بخلاف المكييل المعتاد.

فرع: فإذا قلنا إن التحرى فيما يحرم فيه التفاضل جائز، فإنه يجوز فى يسيره دون
كثيره؛ لأن كثيره يتعذر فيه التحرى، ويخاف فيه الخطأ وقلة الإصابة، قاله ابن
القاسم.

مسألة: وأما ما يجوز فيه التفاضل من المطعومات، فإنه يجوز فى قليله وكثيره، رواه

٢٠٠ كتاب البيوع

ابن حبيب عمن يرضى من أصحاب مالك. والفرق بينه وبين ما يجرى فيه الربا، أنه لا يخاف فيه التفاضل الذى يحرم فيما يحرم فيه الربا.

فصل: إذا ثبت جواز التحرى، فقد جوزه مالك فى الخبز بالخبز، والبيض بالبيض، واللحم باللحم. أما الخبز بالخبز، فالذى قاله أصحابنا: إنه يتحرى ما فيه من الدقيق دون وزن الخبز، قالوا: لأن الخبز بعضه أرطب من بعض، فلا تصح المماثلة فيه بالوزن.

وهذا لا يكاد أن يصح على مذهب مالك المعروف، وإنما يصح على أصل ابن الماجشون فى اعتباره بالرطوبات الباقية فى حال الادخار، ولذلك منع التمر القديم بالحديث.

وأما مالك، فإن ذلك عنده على ضربين، أحدهما: أن لا يؤكل المطعوم مع الرطوبة الحادثة فيه غالباً كالقول المبلول، والقمح المبلول والعجين، فإنها تمنع صحة التساوى. والثانى: أن يؤكل بوجودها غالباً كرطوبة الرطب والعنب، والخبز، وخل التمر، والعنب والمخيض.

فإن ذلك كله لا يمنع صحة التساوى طارئة كانت أو أصلية، فعلى هذا يجوز الخبز بالخبز وزناً، ولا يحتاج إلى تحرى الدقيق، فإنه قد صار جنساً آخر، كما يجوز بيع المخيض بالمخيض كيلاً، ولا يتحرى ما فيه من اللبن، ويجوز خل التمر بخل التمر كيلاً، ولا يتحرى ما فيه من التمر.

وربما كان لأصحابنا قولان فى أصل واحد، واتفق ظهور أحد القولين منهم فى أحدهما فى فرع من فروع، وظهور القول الثانى فى فرع آخر، وذلك موجود لهم كثير، فيجب تتبعه، ورد كل شىء من ذلك إلى أصله.

وقد روى فضل بن مسلمة، عن مالك: يجوز بيع الكعك بالخبز متفاضلاً متماثلاً، وهى رواية ابن القاسم والقديد بالنبى على التحرى، ثم رجع عنه، وهذا أيضاً فيه نظير؛ لأن القديد والنبى، لم يفرق بينهما صنعة تخرجهما أو تخرج أحدهما عن أصله والكعك والخبز قد وجدت فيهما صنعة أخرجهما عن أصلهما كخل التمر، وأما اللحم، فإنه يتحرى فيه المماثلة، وكذلك البيض، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله.

١٢٩٨ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنْ أَبِي سُفْيَانَ مَوْلَى ابْنِ أَبِي أَحْمَدَ،

كتاب البيوع ٢٠١
عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمَزَابِنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ وَالْمَزَابِنَةُ
اشْتِرَاءُ الثَّمَرِ بِالثَّمَرِ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ، وَالْمُحَاقَلَةُ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ^(١).

الشرح: وقوله: «والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل»، هذا نوع من المزابنة، وقد تقدم أن معنى المزابنة أن يجهل قدر أحد المبيعين من الآخر في الجنس الواحد؛ لأن كل واحد منهما يقصد إلى غبن صاحبه في مبلغ الثمرتين، وإلى أن يأخذ أكثر مما يعطى، وهذا موجود في هذه المسألة، وفي التي قبلها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المبيع على ضربين، ضرب يجرم فيه التفاضل، وضرب

٢٤٥٥، ٢٤٦٤. أحمد في باقى مسند الكثيرين ١٠٦٣٨، ١٠٦٦٨، ١١١٣٨، ١١١٢٤٤٤.
الدارمى فى البيوع ٢٥٥٧، الاستئذان ٢٦٧٣. الطبرانى فى الكبير ٢٢٩/١١، عن ابن عباس.
الطحاوى بمعانى الآثار ٢٩/٤، عن جابر. البيهقى فى السنن، عن جابر. ابن أبى شيبه ١٢٩/٧،
عن ابن عباس.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦٣/٨: قد جاء فى هذا الحديث مع جودة إسناده تفسير المزابنة والمحاقلة، وأقل أحواله إن لم يكن التفسير مرفوعا، فهو من قوله أبى سعيد الخدرى، وقد أجمعوا أن من روى شيئا وعلم مخرجه سلم له فى تأويله لأنه أعلم به. وقد جاء عن عبد الله بن عمر، وجابر بن عبد الله، فى تفسير المزابنة نحو ذلك.

روى ابن جريج، قال: أخبرنى موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبى ﷺ نهى عن المزابنة. قال عبد الله بن عمر: والمزابنة أن يبيع الرجل ثمر حائطه بتمر كيلا، إن كانت نخلا أو زيبيا، إن كانت كيرما أو حنطة، إن كانت زرعا.

قال أبو عمر: هذا أبين شىء وأوضحه فى ذلك. وروى حماد بن سلمة، عن عمرو ابن دينار أن ابن عمر سئل عن رجل باع ثمر أرضه من رجل بمائة فرق يكيل له منها، فقال ابن عمر: نهى رسول الله ﷺ عن هذا، وهو المزابنة. وروى ابن عيينة، عن ابن جريج، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله قال: «نهى رسول الله ﷺ، عن المخابرة والمحاقلة، والمزابنة، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، وألا يباع إلا بالدنانير والدراهم، إلا العرايا».

قال سفيان: المخابرة كراء الأرض بالحنطة، والمزابنة بيع ما فى رؤوس النخل بالتمر، والمحاقلة بيع السنبل من الزرع بالحب المصفى.

فهؤلاء ثلاثة من الصحابة قد فسروا المزابنة بما تراه ولا يخالف لهم عامته بل قد أجمع العلماء على أن ذلك مزابنة، وكذلك أجمعوا على أن كل ما لا يجوز إلا مثلاً بمثل، أنه لا يجوز منه كيل يجزاف ولا جزاف يجزاف؛ لأن فى ذلك جهل المساواة، ولا يؤمن مع ذلك التفاضل، ولم يختلفوا أن بيع الكرم بالزبيب، والرطب بالتمر المعلق فى رؤوس النخل، والزرع بالحنطة مزابنة، إلا أن بعضهم قد سمى بيع الحنطة بالزرع محاقلة أيضا.

٢٠٢ كتاب البيوع

يجوز فيه التفاضل. فأما ما يحرم فيه التفاضل، فقد بينا من حكمه ما يليق بهذا الكتاب.

وأما ما يجوز فيه التفاضل، فإنه لا يجوز أن يباع يابسه برطبه على رعوس النخل؛ لأن القبض لا يتنجز فيه، ويحرم فيه التفرق قبل القبض؛ لأنه مطعوم، ولا يجوز رطبه بيابسه، ولا رطبه برطبه، ولا يابسه بيابسه جزأً فيهما، ولا في أحدهما، والآخر بالكيل على وجه يجوز فيه التساوى والتفاضل حتى يتبين التفاضل في أحدهما، فيجوز ذلك، وكذلك كل مبيع، وإن لم يكن مطعوماً.

فصل: وقوله: «والمحاولة كراء الأرض بالحنطة»، هذا نزع من المحاولة. وقد روى عنه عليه السلام النهى عن المحاولة، فلا يجوز لذلك الأرض بالحنطة.

وجه المحاولة فيها أن منفعتها المشتراة منها في اكتراثها، إنما هي لمن زرع الحنطة، فهو يؤول إلى بيع الحنطة بالحنطة جزأً بجزاف، أو جزأً بكيل؛ لأن الذى يدفعه المكترى حنطة، والذى يصل إليه من منفعة الأرض حنطة، وسيأتى بيان هذا مستقصى فى كتاب كراء الأرض.

وقال صاحب العين: المحاولة بيع الزرع قبل بدو صلاحه، ولا يمتنع أن يكون ذلك نوع آخر من المحاولة، وما قدمناه أظهر؛ لأنه إن كان التفسير من قول النبى عليه السلام، فلا يعارض بقول أحد من البشر فى لغة ولا شرع، وإن كان من قول أبى سعيد الخدرى، فلا يعارض بقول صاحب العين لغة ولا شرعاً.

١٢٩٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ عليه السلام نَهَى عَنِ الْمَزَابِنَةِ وَالْمُحَاوَلَةِ».

وَالْمَزَابِنَةُ اشْتِرَاءُ الثَّمَرِ بِالثَّمَرِ وَالْمُحَاوَلَةُ اشْتِرَاءُ الزَّرْعِ بِالْحِنْطَةِ وَاسْتِكْرَاءُ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ^(١).

١٢٩٩ - أخرجه ابن ماجه، عن ابن المسيب، عن رافع بن خديج مرفوعاً ٧٦٢/٢ كتاب التجارات باب المزابنة والمحاولة. النسائي ٤٠/٧، عن ابن المسيب، عن رافع كتاب البيوع باب النهى عن كراء الأرض.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧٠/٨: هكذا هذا الحديث مرسل فى الموطأ عند جميع الرواة، وكذلك رواه أصحاب ابن شهاب عنه، ورواه أحمد بن أبى طيبة، عن مالك، عن الزهرى، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة، عن النبى عليه السلام. وجاء فيه من تفسير المزابنة والمحاولة ما فيه =

كتاب البيوع ٢٠٣
قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَسَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنِ اسْتِكْرَاءِ الْأَرْضِ بِالذَّهَبِ
وَالْوَرِقِ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

الشرح: قوله: «والمحاولة اشتراء الزرع بالحنطة، واستكراء الأرض بالحنطة»، يريد
أنهما نوعان من المحاولة، وأن اسم المحاولة واقع على كل واحد منهما، وأما استكراء
الأرض بالحنطة، فقد تقدم القول فيه.

وأما اشتراء الزرع بالحنطة، فعلى نحو ما تقدم من بيع التمر بالتمر؛ لأنه مجهول مبلغ
كل واحد منهما من صاحبه، وقد سمي ذلك مزابنة لما ذكرناه.

وقد روى الليث، عن نافع، عن ابن عمر: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة، والمزابنة
أن يبيع ثمر حائطه، إن كان نخلاً بتمر كيلاً، وإن كان كرمًا أن يبيعه بزبيب كيلاً أو
كان زرعًا أن يبيعه بطعام كيلاً، ونهى عن ذلك كله، فعلى هذا اسم المزابنة واقع على
الجميع، ومعناها متقارب.

إلا أن اسم المزابنة واقع على كل نوع منها، واسم المحاولة خاص في الزرع،
والمخاضرة خاص في الخضرة، وقد قال صاحب العين: إنه بيع الثمر قبل بدو صلاحها،
والأول أظهر من جهة اللفظ، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: نهى رسول الله ﷺ عَنِ الْمَزَابِنَةِ، وَتَفْسِيرُ الْمَزَابِنَةِ أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ
الْجَزَافِ الَّذِي لَا يُعْلَمُ كَيْلُهُ، وَلَا وَزْنُهُ، وَلَا عَدْدُهُ، أُتْبِعَ بِشَيْءٍ مُسَمًّى مِنَ الْكَيْلِ أَوْ
الْوَزْنِ أَوْ الْعَدْدِ، وَذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: يَكُونُ لَهُ الطَّعَامُ الْمُصَبَّرُ الَّذِي لَا
يُعْلَمُ كَيْلُهُ مِنَ الْحِنْطَةِ أَوْ التَّمْرِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَطْعِمَةِ أَوْ يَكُونُ لِلرَّجُلِ السَّلْعَةُ
مِنَ الْحِنْطَةِ أَوْ النَّوَى أَوْ الْقَضْبِ أَوْ الْعُصْفَرِ أَوْ الْكُرْسُفِ أَوْ الْكَتَّانِ أَوْ الْقَزِّ أَوْ مَا
أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ السَّلْعِ، لَا يُعْلَمُ كَيْلُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ وَلَا وَزْنُهُ وَلَا عَدْدُهُ، فَيَقُولُ
الرَّجُلُ لِرَبِّ تِلْكَ السَّلْعَةِ: كَيْلُ سِلْعَتِكَ هَذِهِ، أَوْ مَرُّ مَنْ يَكِيلُهَا، أَوْ زَنْ مِنْ ذَلِكَ مَا
يُوزَنُ أَوْ أَعْدَدَ مِنْهَا مَا كَانَ يُعَدُّ، فَمَا نَقَصَ عَنْ كَيْلِ كَذَا وَكَذَا صَاعًا لِتَسْمِيَةِ

=مقنع لمن فهم، ولا خلاف علمته في هذا التأويل، وهو أحسن تفسير في المزابنة والمحاولة
وأعمه، وقد مضى في كتابنا هذا من تفسير المزابنة هاهنا، وقد تقدم في باب ربيعة منا القول في
كراء الأرض مستوعبا، والحمد لله.

يُسَمِّيَهَا، أَوْ وَزْنَ كَذَا وَكَذَا رَطْلًا أَوْ عَدَدٍ كَذَا وَكَذَا، فَمَا يَنْقُصُ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَى غُرْمِهِ لَكَ حَتَّى أَوْفَيْكَ تِلْكَ التَّسْمِيَةَ، فَمَا زَادَ عَلَى تِلْكَ التَّسْمِيَةَ، فَهُوَ لِي، أَضْمَنْ مَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى أَنْ يَكُونَ لِي مَا زَادَ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِيَعًا، وَلَكِنَّهُ الْمُخَاطَرَةُ وَالْغَرَرُ وَالْقِمَارُ يَدْخُلُ هَذَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِ مِنْهُ شَيْئًا بِشَيْءٍ أَخْرَجَهُ، وَلَكِنَّهُ ضَمِنَ لَهُ مَا سُمِّيَ مِنْ ذَلِكَ الْكَفِيلِ أَوْ الْوِزْنِ أَوْ الْعَدَدِ عَلَى أَنْ يَكُونَ لَهُ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ نَقَصَتْ تِلْكَ السَّلْعَةُ عَنْ تِلْكَ التَّسْمِيَةَ أَخَذَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ مَا نَقَصَ بِغَيْرِ تَمَنٍّ وَلَا هَيْئَةٍ طَيِّبَةٍ بِهَا نَفْسُهُ، فَهَذَا يُشْبِهُ الْقِمَارَ وَمَا كَانَ مِثْلُ هَذَا مِنَ الْأَشْيَاءِ فَذَلِكَ يَدْخُلُهُ.

قال مالك: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ لَهُ الثَّوْبُ: أَضْمَنْ لَكَ مِنْ ثَوْبِكَ هَذَا كَذَا وَكَذَا ظَهَارَةً قَلَنْسُوءٍ، قَدَرُ كُلِّ ظَهَارَةٍ كَذَا وَكَذَا لِشَيْءٍ يُسَمِّيهِ، فَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ، فَعَلَى غُرْمِهِ حَتَّى أَوْفَيْكَه وَمَا زَادَ، فَلِي، أَوْ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: أَضْمَنْ لَكَ مِنْ ثِيَابِكَ هَذِهِ كَذَا وَكَذَا قَمِيصًا ذَرْعُ كُلِّ قَمِيصٍ كَذَا وَكَذَا، فَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَى غُرْمِهِ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ، فَلِي، أَوْ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ لَهُ الْجُلُودُ مِنْ جُلُودِ الْبَقَرِ أَوْ الْإِبِلِ: أَقْطَعُ جُلُودَكَ هَذِهِ نَعَالًا عَلَى إِمَامٍ يُرِيهِ إِيَّاهُ، فَمَا نَقَصَ مِنْ مِائَةِ زَوْجٍ، فَعَلَى غُرْمِهِ، وَمَا زَادَ، فَهُوَ لِي بِمَا ضَمِنْتُ لَكَ، وَمِمَّا يُشْبِهُ ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ عِنْدَهُ حَبُّ الْبَابِ: اعْصُرْ حَبَّكَ هَذَا، فَمَا نَقَصَ مِنْ كَذَا وَكَذَا رَطْلًا، فَعَلَى أَنْ أُعْطِيكَهُ، وَمَا زَادَ فَهُوَ لِي، فَهَذَا كُلُّهُ وَمَا أَشْبَهَهُ مِنَ الْأَشْيَاءِ أَوْ ضَارَعَهُ مِنَ الْمُزَابَنَةِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ، وَلَا تَحُوزُ، وَكَذَلِكَ أَيْضًا إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ لَهُ الْخَبْطُ أَوْ النَّوَى أَوْ الْكُرْسُفُ أَوْ الْكُتَّانُ أَوْ الْقَضْبُ أَوْ الْعُصْفُرُ: أَبْتَاعُ مِنْكَ هَذِهِ الْخَنْطَةَ بِكَذَا وَكَذَا صَاعًا مِنْ خَبْطٍ يُخْبَطُ مِثْلَ خَبْطِهِ أَوْ هَذَا النَّوَى بِكَذَا وَكَذَا صَاعًا مِنْ نَوَى مِثْلِهِ وَفِي الْعُصْفُرِ وَالْكُرْسُفِ وَالْكُتَّانِ وَالْقَضْبِ مِثْلَ ذَلِكَ، فَهَذَا كُلُّهُ يَرْجِعُ إِلَى مَا وَصَفْنَاهُ مِنَ الْمُزَابَنَةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن كل ما له مقدار يباع به من كيل أو عدد أو وزن يبيع منه معلوم بمجهول، فإنه لا يجوز، وذلك على ضربين، أحدهما: ما لا يجوز فيه التفاضل. والثاني: ما يجوز فيه التفاضل.

كتاب البيوع ٢٠٥

فأما ما لا يجوز فيه التفاضل، فإنه يدخله الجهل بالتساوي، وهو مجرى في المنع مجرى العلم بالتفاضل، ويدخله مما يجوز فيه التفاضل، مع إمكان التفاضل والتساوي الغرر، والقصد إلى المخاطرة بأن يغبن أحدهما صاحبه في الجنس الواحد، فإن تبين التساوي بالتحرى أو تبين التفاضل جاز، وذلك للبعد عن قصد المخاطرة.

فصل: وقوله: «وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل، له الطعام والمصير: كل صبرتك هذه»، إلى آخر المسألة، معناه أن كل من كان له شيء من الجزاف من طعام أو غيره، فأتاه من قال له: اضمن لي من هذه الصبرة مقدار كذا وكذا، فما زاد عليه على، وما نقص، فعلى، فذلك لا يجوز؛ لأن هذا مجرد المخاطرة والمقامرة، وأبلغ ما يكون من الغرر الذي نهى عنه لا خلاف في منعه وتحريمه، وإن الذي يبيع الجزاف بالمكيل من جنس واحد أو آل فعله إليه؛ لأنه يدفع إليه في صبرة، صبرة مثلها من جنسها لا يعلم مماثلتها لها، ولا فضلها عليها، يقصد بذلك غبنه في كيلها بجنسها.

فإن كانت التي يعطيه أفضل، فقد ضمن له ما نقص من صبرته عما قدر فيها، وإن كانت أقل، فقد كان له الفضل، فلذلك منع مالك المكيل في الجزاف بالجنس الواحد.

ومثل هذا المعنى موجود في الجزاف منه بالجزاف، فلذلك منع مالك في الجنس الواحد الجزاف بالجزاف حتى يتبين القصد، فيعلم أن غرضه عن المبلغ والمخاطرة، والكثرة والقلة.

* * *

جامع بيع النمر

قال مالك: من اشترى ثمراً من نخلٍ مسمّاةٍ أو حائطٍ مسمّى أو لبناً من غنمٍ مسمّاةٍ، إنه لا بأس بذلك إذا كان يؤخذ عاجلاً يشرع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن، وإنما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يتنازع منها رجلٌ بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه، ويشترط عليه أن يكيل له منها، فهذا لا بأس به، فإن انشقت الراوية، فذهب زيتها، فليس للمبتاع إلا ذهبه، ولا يكون بينهما بيع^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٨١، وقال: لأنه عنده بيع عين، لا بيع صفة مضمونة في الذمة، فإذا ذهبت الراوية، لم يكن له إلا الثمن الذي دفع. وهذا لا يجوز عند الشافعي، لأنه لا يميز بيع عين من الأعيان في شيء من البيوع إلا أن يكون المبتاع ينظر الشيء=

قال مالك: وأما كلُّ شيءٍ كانَ حَاضِرًا يُشْتَرَى عَلَيَّ وَجْهَهُ مِثْلُ اللَّبَنِ إِذَا حُلِبَ وَالرُّطْبِ يَجْنَى فَيَأْخُذُ الْمُبْتَاعُ يَوْمًا بِيَوْمٍ، فَلَا بَأْسَ بِهِ، فَإِنْ فَنِيَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمُشْتَرَى مَا اشْتَرَى رَدَّ عَلَيْهِ الْبَائِعُ مِنْ ذَهَبِهِ بِحِسَابِ مَا بَقِيَ لَهُ أَوْ يَأْخُذُ مِنْهُ الْمُشْتَرَى سِلْعَةً بِمَا بَقِيَ لَهُ يَتَرَضَّيَانِ عَلَيْهَا، وَلَا يُفَارِقُهُ حَتَّى يَأْخُذَهَا، فَإِنْ فَارَقَهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ، وَقَدْ نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ، فَإِنْ وَقَعَ فِي بَيْعِهِمَا أَجَلٌ، فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ، وَلَا يَجِلُّ فِيهِ تَأْخِيرٌ وَلَا نَظْرَةٌ، وَلَا يَصْلُحُ إِلَّا بِصِفَةِ مَعْلُومَةٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَيُضْمَنُ ذَلِكَ الْبَائِعُ لِلْمُبْتَاعِ، وَلَا يُسَمَّى ذَلِكَ فِي حَائِطٍ بَعَيْنِهِ وَلَا فِي غَنَمٍ بِأَعْيَانِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا بأس أن يشتري ثمرًا من حائط معين أو لبنًا من غنم معينة، إذا كان المشتري يشرع في قبضه، يريد أن ذلك في وقت يمكن قبضه بأن يبدو صلاح الثمرة، كون اللبن في الغنم.

وأما إذا لم يبد صلاح ثمر الحائط، أو لم يكن في تلك الغنم لبن، فذلك غير جائز. والأصل في ذلك نهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها. وأما لبن الغنم، فإنما جاز ذلك فيه خلافاً للشافعي أن هذا مائع طاهر، خارج من حيوان لا يختلف جنسه غالباً، فجاز أن يفرد بالبيع دونها كماء العيون.

ودليل ثان أن هذه أثني ذات لبن، فجاز أن يستباح أخذه بالمعاوضة عليه دونها كالطير.

فصل: إذا ثبت ذلك، فقله: «إذا كان يوجد عاجلاً يشرع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن»، يريد أن لا يتأخر ذلك تأخيراً لا يحتاج إليه لتمام النضج، وإنما يتأخر بقدر ما يحتاج إليه لتمام النضج والإرطاب كالخمس عشرة يوماً. وقال مالك في كتاب ابن المواز: عشرين يوماً.

=المبيع، ويتأمله، ويحيط به نظره، ويعلم ما تقع عليه صفته بعينه. والبيع عنده على نوعين: أحدهما: عين مرئية يحيط بالنظر إليها المتابعيان. والآخر: السلم الموصوف المضمون في الذمة، فأقر به البائع له على الصفة التي لزمته. وقد روى عنه أنه أجاز بيع الصفة على خيار الرؤية على ما ذهب إليه الكوفيون في ذلك. وعند الكوفيين: من ابتاع تمراً، أو لبناً لم يره على صفة ذكرت، لم يلزمه شيء منه حتى ينظر إليه، فيختاره، أو يرده. وهذا عندهم من باب بيع الموصوف على خيار الرؤية.

كتاب البيوع ٢٠٧

وجه ذلك أن مثل هذه المدة تؤخر الثمرة في رعوس النخل طلباً للإرطاب أو لبقاء النضارة فيها ليؤخر وقتاً بعد وقت بنضارتها مع ما قدمناه من أن ذلك من ضمان البائع.

وأما ابن القاسم، فإنه لا يجوز أن يتأخر مثل هذه المدة؛ لأنه لا غرض في تأخره غير مجرد التمكن من الأخذ، وهذا فيما يشرع فيه منه، وأما اتصاله بعد ذلك، فيجوز تأخيره أخذ للتمكن من قبضه أو لبقاء حلاوة ما يحتاج أن يأخذه منه في كل يوم.

وأما الصوف يشتري على ظهور الغنم، فإنه يجوز أن يتأخر بقدر ما ينظر في جزها، ويكون ذلك مدة لا يزيد الصوف في مثلها. روى محمد، عن مالك: العشرة أيام والخمسة عشر يوماً.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قدمنا أن شراء الثمرة في رعوس النخل يكون على ثلاثة أوجه، وقد تقدم بيان الوجهين، وبقي تبيين الوجه الثالث، وهو إذا اشترى منه أصوعاً معروفة، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن يشترط أخذه على حاله وصفته. والثاني: أن يشترط أخذه بعد تغير صفته.

فأما أخذه على حاله بسرّاً، فهو جائز؛ لأنه بمنزلة اشتراء أصوع تمر من صبرة أو اشتراء أصوع رطب أو بسر من صبرة، فإن اشترط إبقاءه إلى تغير صفته، فلا يخلو أن يشترط ذلك حال بسوره إلى أن يصير رطباً أو إلى أن يصير تمرّاً، فإن اشترط أخذه رطباً، فلا خلاف في جواز ذلك بين أصحابنا.

ووجه ذلك أنه معلوم الصفة؛ لأن الإرطاب إنما هو نضج، وليس فيه نقصان من القدر ولا زيادة، ولا تغير معنى أكثر من النضج، فجاز ذلك.

مسألة: وأما إن اشترط أخذه تمرّاً، فإن ذلك ممنوع في الجملة. قال ابن وهب، عن مالك: وكذلك لو وقع العقد حين الارطاب، واشترطه تمرّاً.

ووجه ذلك أنه لا يعلم صفته عند انتهاء جفوفه؛ لأن التغير يلحقه في المقدار والصفة، وذلك مؤثر في منع العقد، إلا أنه لا يتفاوت تغيره، ولذلك لم يؤثر عند مالك وأكثر أصحابه في فساد العقد.

وقال ابن عبد الحكم في بيع الزرع إذا أفرك: يفسخ فيه البيع.

ووجهه أن التغير يلحقه في المقدار والصفة، وذلك يمنع صحة العقد عليه، كما لو اشتراه صغيراً، واشترط عظمه، ويحمل ذلك عندهم على الكراهية، وحكمه حكم الزرع

٢٠٨ كتاب البيوع

يباع إذا أفرك، وقد تقدم ذكر الخلاف فيه، ولو كان ذلك على التحريم لرد؛ لأن ما يكال أو يوزن لا يفوت بذهاب العين ويرد مثله.

ووجه ذلك أن تغيره لا يتفاوت، وقد روى ابن القاسم، عن مالك في العتبية: أنه إن لم يتقد، فلا بأس أن يشترطه تمرًا، وهذا يقتضى أن ذلك لمراعاة معان إن وجدت، لزمه الصفة، وإن عدمت، كان المشتري بالخيار.

ولعله قد ذهب إلى أن لهذا الجنس من التمر صفة معتادة، إن وجد عليها للإصابة في التحفيف ومحاولته وسلامته في ذلك من العاهات، لزم المشتري، وإن عدمت تلك الصفة لمبالغة في التحفيف أو نقص منه أو يعتبر بمعنى في مدة التحفيف، كان المتابع عند رؤيته بالخيار، والله أعلم.

فرع: وهذا إذا اشتراه كميلاً، وأما إن اشتراه جزافاً، ففي الموازية: لا خير في أن يشتري ثمر الحائط، ويشترط أخذه تمرًا، إلا لمن اشتراه جزافاً، فأما بالكيل، فلا.

مسألة: وأما شراء لبن الغنم المعينة، فإنه أيضاً على ضربين، أحدهما: أن يشترط مكيلة من لبن غنم بأعيانها.

وذلك يحتاج إلى ثلاثة شروط، أحدها: أن يشرع في أخذه. والثاني: أن يذكر ما يقبضه كل يوم، ويضرب لذلك أجلاً يبقى لبن تلك الغنم إلى مثله. والثالث: أن يشترط من اللبن مقداراً، يعلم أن مثل الغنم لا يقصر عنه في الأغلب، ومثل هذه الشروط يعتبر في شراء أصوع من حائط معين، وأجازته ابن القاسم وأشهب في الشاة والشاتين.

مسألة: والضرب الثاني: أن يشتري لبنها أجمع، فإن ذلك جائز في سوائم الغنم الذي لا يختلف، ويعتبر في ذلك أن يكون في إبان اللبن، ولذلك يضرب أجل يعلم أن لبنها لا ينقطع إلى مثله شهراً أو شهرين.

والفرق بين هذا وبين التي لا يجوز أن يشتري ثمرتها إلى مدة مقدرة، وإنما يجوز ذلك على الاستيعاب أن المقتاة تشتري بأصولها، فلا يجوز أن يستثنى بعض منافعها والغنم لم تشتتر رقابها، وإنما اشترت منفعة منها، فوجب أن يضرب لتلك المنفعة أجلاً يتقدر به.

ويجب أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلابها حين التبايع، وإلا لم يجز ذلك؛ لأن قدر لبنها يختلف باختلاف الأعوام، وقوتها، وسمنها وهزالها، فيجب أن يعلم قدر ذلك، وبالله التوفيق.

كتاب البيوع ٢٠٩

مسألة: وهل يجوز ذلك في الشاة الواحدة، روى أشهب عن مالك جوازه. وروى عنه ابن القاسم منعه، وهو الأكثر. وقال أصبغ: إن وقع، لم أفسخه إذا كان في الإبان، وعرف وجه حلابها، والغرر فيها، وفي العدد سواء، وهو في الواحدة أثقل.

وجه إجازته اعتباره بالكثير، ووجه نفيه أن الشاة الواحدة يلحقها التغير والنقصان والزيادة، فيتبين الغرر والغنم الكثيرة يحمل بعضها بعضاً، فلا يظهر في جملتها تغير بزيادة ولا نقصان، فيبعد الغرر فيها.

مسألة: ومن اكرى ناقة أو بقرة للسقى أو للحرث أشهراً، فقد قال مالك: ذلك جائز إذا عرف وجه حلابها، وكان الإبان، وفرق شيوخنا بين هذه المسألة وبين مسألة الشاة الواحدة على رواية المنع بأن اللبن في مسألة الناقة تبع؛ لأن المقصود منها العمل والمقصود في مسألة الشاة اللبن، فأثر في الغرر.

وقال أصبغ: لا أفسخه في الشراء والكرء، إلا أن يتناع وما يجرز عليه من أمر يظن بعد مؤثر في العقد كجائحة الثمرة.

فصل: وقوله: «وإنما مثل ذلك كراوية زيت يتناع منها رجل بدينار أو بدينارين، ويشترط عليه أن يكيل منها»، قياس صحيح، في شراء مكيلة معلومة من حائط بعينه على شراء مكيلة معلومة من راوية بعينها، ولا فرق بينهما لتساوي أجزائها، ولا يكون له من ذلك إلا المكيلة التي تشتترط.

ولو كانت الجملة تختلف أجزاؤها مثل أن يكون غنماً أو نخلاً، واشترى منها عدداً غير معين، ولم يشترط خياراً؛ لكان شريكاً في الجملة بقدر عدد ما اشترى من عدد تلك الجملة.

فصل: وقوله: «فإن اشقت الراوية، فذهب زيتها، فليس للمبتاع إلا ذهبه، ولا يكون بينهما بيع»، يريد أنه لما اشترط الكيل على الزيت، وتلف قبل أن يستوفيه المبتاع بالكيل، وجب أن يكون من ضمان البائع، وهذا لا خلاف فيه.

وجملة ذلك أن المبيع على ضربين، أحدهما: فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود، والثمرة في رعوس النخل، لم يتناه صلاحها، والمسلم فيه. والضرب الثاني: ليس فيه حق توفية بالعقد الحاضر والثوب والصبرة من الطعام أو غيره والثمرة في رعوس النخل يابسة.

٢١٠ كتاب البيوع

وقال القاضى أبو محمد: فأما ما فيه حق توفية بكيل أو وزن أو عدد، فضمنه قبل توفيته بذلك من البائع.

ووجه ذلك أن المتاع ممنوع من تسليمه، لا يستطيع الانتفاع به إلا بعد التوفية كالذى فى الذمة.

مسألة: وأما ما يذرع، فروى أشهب، عن مالك فى العتبية: من ابتاع داراً غائبة أو حائطاً على عدد النخل، فهلكت، إن ضمانها من بائعها، والمشهور عنه أن الدور والأرضين والحوائط من المتاع، إلا أنه لما باعها على الذرع، وكان ذلك وجه استيفائها تعلقت بضمان البائع حتى يوفىها إياه بالعدد.

والدليل على ذلك أن هذا معنى يتقدر به المبيع، فكان له تأثير فى توفيته كالمكيل والموزون.

مسألة: وأما الثمرة فى رعوس النخل، فقد تقدم ذكرها، وهنا أن ضمانها من البائع، فحاجتها إلى بقائها فى الأصل، وتغذيتها به، وقد روى ابن القاسم، عن مالك فى الضأن يشتري صوفها، فيصاب منها أكبش قبل أن تجز بسرقه أو يبيع: إن ضمانها من البائع، ويوضع عن المشتري بقدر ذلك.

ووجهه أنها متغذية بأصل البائع حتى يقبضها على ما جرت به العادة كالثمرة.

فرع: وبما يصح الاستيفاء فى المكيل والموزون، حكى أصحابنا أن ذلك فى المكيل بأن يصب غير المكيل فى إناء المتاع، فإن تلف بعد تمام الكيل، وقبل تفريغه فى إناء المتاع، فهو من البائع، وهذا إذا تولى كيله البائع أو أحد بأمره؛ لأن الكيل عليه.

وأما من تولى كيله المتاع، فاختلف أصحابنا فى ذلك، ففى الواضحة: من البائع. وقال سحنون: هو من المتاع.

وجه ما قاله ابن حبيب أن الكيل على البائع، فإذا تولاه المشتري، فإنما يتولاه على وجه النيابة، فكانت حاله حال البائع.

ووجه ما قاله سحنون أن الاستيفاء يتم بوفاء الكيل إذا تولاه المشتري؛ لأن ما بعد ذلك من تفريغ الكيل فى إنائه عمل بعد تمام الاستيفاء. وقال سحنون فى الوزن مثل ما تقدم فى الكيل، وهذا فيما اشترى على هذا النوع من الكيل والوزن.

وأما ما يوزن بظروفه، فيقبضه المتاع ليفرغه، ثم توزن الظروف، فإن قبضه

كتاب البيوع ٢١١
للظروف على ذلك قبض للزيت، وإن تلف قبل أن يفرغ الطرف، فهو منه، حكاه ابن
المواز، عن ابن القاسم.

فرع: وهاهنا نوع آخر من الاستيفاء، وهو أن يتفقا على تسليم إناء مملوء بزيت،
فيأخذ المبتاع على أن يملأ بقدر ذلك، فيكتال. قال أصبغ في كتاب محمد: فهذا قبض،
والضمان من المبتاع قبل تغير الإناء، وهذا عندي إنما جعل بالاتفاق عليه، واستعجل
المبتاع القبض قبل التقدير. وروى ابن حبيب فيمن اشترى زرعاً على الذرع، فهلك
قبل الذرع أن ذلك من المبتاع.

ووجه ذلك أن ما يقدر به باق، وهذا يجب أن يلزم من غير اتفاق عليه ولا رضا به؛
لأنه لا يصح أن يقدر به لنفسه، وإنما يقدر بغيره، فلا تعلق بحق التوفية بعينه.

مسألة: ومن كانت لرجل عنده دنانير ديناً، فدفعت إليه دنانير، فقال له: خذها وزناً،
فإن كانت وفاء، فهي لك، وما زاد فاردده، وما بقى أوفيكه، فهلكت، قال ابن
القاسم: هي من قابضها إذا قبضها على وجه الاقتضاء والرهن، ولو كانت بمعنى
الوديعة كانت من الدافع.

وقال أصبغ في كتاب ابن المواز: ومن كانت عليه ثلاثة دنانير قائمة، فدفعتها إلى
الذي هي له، وقال له ربها: فما وجدت من قائم، فهو لك، فإن ضاعت قبل أن يعرف
أن فيها قائماً، فهي من الدافع.

وقال أصبغ في قول ابن القاسم: في هذه المسألة من قبضها على القضاء لا يشك
فيها، ولو لم يكن على القضاء لكان رهناً؛ لأنه سبب ما دفع عنه. وقال ابن حبيب في
مسألة مالك، في الذي دفع ثلاثة دنانير إلى من له عليه دينار؛ ليقضى منها واحداً
يختاره، فيضيق: أنه لا يضمن القابض إلا واحداً، أن معنى ذلك إذا لم يشك أن فيها
وازناً.

وأما إن جهل ذلك، وقال: ضاعت قبل الوزن، فلا يضمن شيئاً منها، ولا يكون
متقاضياً، وهو مصدق ويحلف أنه ما علم فيها إلا وازناً، ولا وزنها حتى ضاعت إلا أن
تكون الدنانير من الكثرة بحيث لا يشك أن فيها ديناراً وازناً، فإنه يضمنه خاصة،
وهكذا قال لى من كاشفت من أصحاب مالك.

فصل: وأما ما ليس فيه حق توفية كالعبد الحاضر والثوب، وكالمبيع من المكيل
والموزون والمعدود جزافاً، فإن ضمانه بنفس العقد من المشتري خلافاً لأبي حنيفة

٢١٢ كتاب البيوع

والشافعي في قولهما: إن ضمانه من البائع قبل قبض المشتري، وإن العقد يفسخ بتلفه. والدليل على ما نقوله حديث محمد بن خفاف، «أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمان»^(*)، وهذا حديث قد أخذ به جماعة الفقهاء، وعملوا بمضمونه، فاستغنى عن معرفة عدالة ناقله.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا عقد معاوضة، فكان تلف العوض العين فيه ممن صار إليه بنفس العقد. أصل ذلك عقد النكاح.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الذى ليس فيه حق توفية لعينه وجنسه إذا اشترط البائع الانتفاع به مدة، يجوز له، واختلف أصحابنا فيمن شرط ركوب دابة باعها يوماً بعد ثلاثة أيام، فقال أبو زيد عن ابن القاسم: إنها من ضمان البائع ما بقى فيها شرط، سواء تلفت بيده أو بيد المبتاع. وقال أصبغ وابن حبيب: هي من ضمان المبتاع، ماتت بيده قبل الركوب أو بعده، أو بيد البائع.

وجه ما قاله ابن القاسم أن البائع لما شرط ركوبها مدة، وجب أن يتعلق بضمانه إلى انقضائها؛ لأنه لا يوفى المبيع إلا بعد استيفاء ما شرط فيه.

ووجه ما قاله أصبغ أن هذا بيع ليس عليه فيه حق توفية، فلم يكن فى ضمانه، وما شرط فيه من الانتفاع حق لنفسه، وليس كذلك ما شرط للبائع من يصح بمده، فإن ذلك حق للمبتاع يلزمه أن يوفيه إياه.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فإن المبتاع يرجع على البائع بجميع الثمن، وإن قلنا بقول أصبغ، فهل يرجع البائع على المبتاع بقدر ما استثنى من الركوب؟ قال أصبغ فى كتاب ابن المواز: لا يرجع عليه بشيء، وقاله على بن زياد وسحنون فيمن باع داراً، واستثنى سكنها سنة أو باع دابة، واستثنى ركوبها يومين. وقال ابن حبيب: يرجع عليه بقدر ما استثنى من الثمن.

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٢٨٥، ١٢٨٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٤٩٠. أبو داود حديث رقم ٣٥٠٨، ٣٥٠٩، ٣٥١٠. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٤٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٧٠٤.

وتفسير الخراج بالضمان: هو الرجل يشتري العبد فيستغله، ثم يجد به عيباً فيرده على البائع، فالغلة للمشتري لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان.

كتاب البيوع ٢١٣
وجه القول الأول أنه لم يتعلق به حق بذمة المبتاع، ولا شيء في يده، فلم يكن له عليه الرجوع بشيء.

ووجه القول الثاني أن العين المبيعة قد صارت ملكاً للمبتاع، وجعل منفعتها من الشرط للبائع بعض الثمن، فإذا تعذر على البائع استيفاء تلك المنفعة بتلف المبيع، رجع بثمن تلك المنفعة.

مسألة: فإن شرط البائع من الركوب بعد ثلاثة أيام ما لا يجوز، فهي ممن تلفت بيده من كتاب ابن المواز؛ لأنه يبيع فاسد، فلا يضمن إلا بالنقص، وقبض المبتاع لها قبل شرط البائع قبض يضمن به، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما قوله: «وكل شيء كان حاضراً مشترى على وجهه، مثل اللبن إذا حلب، والرطب يستجنى، فيأخذ المبتاع يوماً بيوم، فلا بأس به»، وهذا كما قال أن حكم البيع؛ لأنه حاضر يتنجز قبضه، وهو مرئى مشاهد معين، فلا يتعلق بالذمة، وإنما يتعلق بمقدار معلوم من جملة معينة على ما تقدم.

وقوله: «مثل اللبن إذا حلب»، يريد أن يبدأ اللبن في الغنم، ويعرف لبنها، ويستجنى الرطب، فينظر المبتاع إلى قدر ما يجنى منه يوماً، فيشترط قبضه، فيصلح ذلك في العقد، ومن ذلك أن يقول له: آخر عنك هذه الثلاثة الأيام، فما جنيته منها كل يوم، فأنا آخذ منك ثلاثة أصوع بدينار.

فأما الذى فى المدونة أنه جائز؛ لأنه قد نظر إلى الثمر، وعرف مقدار ما يتعجل منها فى هذه المدة، ولو ضرب لذلك مدة طويلة لا يظهر ما يرطب إليه، ولا يعرف قلته من كثرته، لم يجوز ذلك، وهذا حكم اللبن إذا عرف قدره وضربت له مدة لا يختلف فيه، وقد أنكر هذا بعض أصحابنا، والصحيح عندى ما قدمت.

فصل: وقوله: «فإن فنى قبل أن يستوفى المشتري ما اشترى رد عليه البائع من ذهب بحساب ما بقى له»، يريد أن يخطأ فى حزرهما، فلا يكون فى الحائط ما تبايعا أو تصيبه جائحة تذهب ببعض ثمرته، فإن وقع ذلك، فالمبتاع أحق ببقيته حتى يستوفى شرطه.

وكذلك لو أراد البائع أن يذهب ببعض ثمرته، لم يكن ذلك له، ومنع منه إلا أن يرى أن فيما بقى من الثمرة تمام حق المبتاع منها، فإن قصرت الثمرة عما ابتاعه انفسخ البيع بينهما فيما بقى؛ لأنه ابتاع منه معيناً تلف بعضه قبل البعض، فمضى البيع فيما قبض منه، وفات وبطل فيما بقى.

٢١٤ كتاب البيوع

فصل: وقوله: «ويرد بحساب ما بقي»، هل يكون ذلك على التقديم أو على الكيل، ففي المزابنة في الثمرات التراجع على الكيل، وإنما يكون التراجع على القيمة في الذى يتناع لبن الغنم أياماً معدودة، فيحلها أياماً ثم تموت، أو يموت بعضها.

وهذا يدل على أنه إنما أراد بمسألة التمر ما يسلم فيه؛ ليؤخذ في يوم واحد أنه على حساب الكيل، وإذا شرط أخذه في أيام مختلفة، تختلف فيها قيمة الثمرة، فوجب أن يراعى ذلك التقويم كمسألة اللبن.

فصل: وقوله: «ويأخذ منه المشتري سلعة بما بقي، يتراضيان عليها، ولا يفارقها حتى يأخذها، وإن فارقه، فإن ذلك مكروه؛ لأنه يدخله الدين بالدين، وقد نهى عن الكالى بالكالى»، يريد أن له أن يأخذ منه بالذى بقي عليه من ثمن حصته ما لم يقبضه من الثمرة ما شاء من السلع مطعوماً أو غير مطعوم.

وله أن يأخذ في ذلك تمرًا ورطبًا أكثر من المكيلة التى فاتته وأقل؛ لأن ذلك بيع مبتدأ، إلا أن من شرط صحته القبض دون التأخير. فإن أخذه، فلا يخلو أن يكون مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية، فإن كان فيه حق توفية، فلا يخلو أن يكون يأخذه لغير ضرورة أو للضرورة، فإن كان لغير ضرورة، فالذى نص عليه فى المدونة.

مسألة: وإن كان للضرورة، فلا يخلو أن يكون لا يمكن تعجل قبضه كثمره بدا صلاحها، ولم يجل جدادها أو سكنى دار أو خدمة عبد أو عمل صانع أو خادم يكون فيها عهدة أو مواضعة أو بيع على الخيار، فهذا كله منع منه ابن القاسم، ورواه عن مالك.

وقال أشهب: يجوز ذلك فى الإجارة والكراء، ورواه عن مالك، حكى ذلك كله ابن المواز، وحكى عنهما المنع فى شراء الخيار وشراء المواضعة، والثمره التى تستجد. وحكى القاضى أبو محمد، عن أشهب: أنه يميز ذلك كله.

ووجه رواية ابن القاسم أن ذلك يدخله فسخ دين فى دين، وقد يعبر عنه أصحابنا بما عبر به مالك أنه يدخله الدين بالدين، يريد أن الدين الأول بالدين الذى فسخ فيه، وذلك كله توسع فى عبارة.

ومعنى قولنا أنه فسخ دين أنه كان له دنائير متعلقة بدمته، فلما نقلها إلى معنى ثان فى ضمان الذى كان عليه الدين من ثمرة، لم يبد صلاحها، أو جارية على المواضعة، لم تبرأ ذمة الذى عليه الدين بذلك من الدين الذى كان عليه؛ لأن الثمرة أصابها جائحة، فهى من بائعها.

وكذلك الأمة في مدة المواضعة، فلم تبرأ ذمته من الدين، ولا بقيت مشغولة به على الصفة التي كانت مشغولة به قبل دفع الثمرة والجارية بدينه؛ لأن ذمته أولاً كانت مشغولة بالدنانير خاصة، وهي الآن مترددة بين براءتها إن سلمت الثمرة أو الجارية أو بقاء الدنانير فيها، إن أصابتها جائحة، فأشبهه ذلك انتقالها من الاشتغال بالدنانير إلى الاشتغال بثياب أو رقيق أو غير ذلك، وهذا فسخ دين في دين.

ووجه رواية القاضي أبي محمد أن هذا عين، وليس بدين، ولذلك لا يتعلق شيء منه بالذمة.

مسألة: وأما إن كان المانع من استعجال قبضه ما فيه من حق التوفية كالمكيل والموزون يكثر، فيحتاج في كيله إلى المدة، ويحتاج إلى إعداد مكان يجعل فيه أو سفينة، فإذا شرع في ذلك، واتصل العمل في الاستيفاء، جاز ذلك وإن طال الأمر يوماً أو يومين. قال أشهب: وشهراً إذا اتصل ذلك.

مسألة: وإن كان مما ليس فيه حق توفية كالثوب والدابة والعبد، فلا يخلو أن يبقى بيد البائع لمنفعة من استخدام أو لتوثق إلى أن يشهد أو يبقى بيده لغير منفعة، فإن بقيت بيده المنفعة، فلا بأس بذلك بشرط وبغير شرط، وأما إن شرط حبسها لغير منفعة، ففي المدونة عن ابن القاسم: لا يعجبني ذلك، ولا أفسخ بها البيع.

فصل: وقوله: «فإن وقع في بيعها أجل، فإنه مكروه، ولا يحل فيه تأخير، ولا نظرة»^(١) يريد أنه شرط في شيء من ذلك مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية التأخير، فإنه غير جائز؛ لأن البائع لا يبرأ بالعقد، فعاد إلى فسخ الدين في الدين، ويدخله التأجيل في المعين، وهو يمنع صحة العقد.

فصل: وقوله: «ولا يصلح إلا بصفة معلومة إلى أجل مسمى، فيضمن ذلك البائع للمبتاع، ولا يسمى ذلك في حائط بعينه، ولا في غنم بأعيانها» يريد أن الأجل والتأخير لا يصلح أن يتعقد به بيع إلا بصفة معلومة إلى أجل مسمى، ويكون البيع مضموناً في الذمة.

(١) أما قوله: «فإن وقع في بيعها أجل...» إلى آخر كلامه، فإنما كره ذلك؛ لأن الأعيان المبيعة لا يجوز الاشتراط في قبضها؛ إلا بصفة معلومة، إلا ما كان في العقار المأمون، وما أشبهه، وإنما يصح الأجل في بيع الصفات المضمومات، وهي السلم المعلوم في صفة معلومة، وكيل معلوم، أو وزن معلوم إلى أجل معلوم، وهذا لا يجوز عند الجمهور في حائط معلوم بعينه، ولا في ثمن لبن بأعيانها. قاله ابن عبد البر في الاستذكار ١٦٧/١٩ - ١٦٨.

٢١٦ كتاب البيوع

وأما العين، فلا يصلح فيه طويل الأجل؛ لأنه لا يعرف سلامته إليه، فيمكن تسليمه أو لا يسلم، فلا يمكن تسليمه، وما كان حاضرًا ولا يتيقن صحة تسليمه لا يجوز عقد البيع فيه.

والفرق بينه وبين المسلم إليه في صحة العقد عليه، وإن لم يتيقن سلامته إلى أجل أن ذمته المتعلقة بماله باقية بعده تنوب عنه في أداء ما عليه، وليس كذلك المعين المبيع، فإنه ليس لفواته بدل ينوب منابه، فافترقا.

مسألة: وأما ما قرب من الأجل، فلا بأس أن يشتري المعين إليه، ويشترط بقاءه عند البائع المدة اليسيرة التي لا يتغير مثله إليها غالبًا، وذلك على وجهين، أحدهما: أن يشترط ذلك لوجه منفعة ركوب الدابة، ولبس الثوب وإمساكه على وجه التزين بالإشهار، أو غير ذلك، فلا بأس؛ لأنه لا غرر فيه إذ الغالب من البائع بقاء صفته إلى مثل هذه المدة والحاجة داعية إليه، فإذا اشترط بقاءه لغير عوض، ففى المدونة من قول مالك أنه مكروه، فإن وقع لم يفسخ البيع.

مسألة: والمدة التي يجوز بقاء الأرض بيد المبتاع، ففى المدونة: اشتراط السنة فى الدار ليس ببعيد، وكره ما يبعد عن ذلك.

مسألة: وأما ركوب الدابة، فجوز ابن القاسم ومطرف استثناء ركوبها اليوم واليومين، وروى ابن حبيب عن مالك: تجوز ركوبها يومين فى السفر. وروى عنه أشهب، المنع من ذلك فى السفر. وروى ابن المواز: منع ركوبها فى ثلاثة أيام. وقال: ويفسد العقد.

ووجه ذلك أن الدابة يسرع إليها التغير، ولا سيما دواب الكد والعمل، فإنها تدبر وتتغير وتضعف، ولو كانت من دواب الجمال والركوب خاصة؛ لجاز ذلك فيها؛ لأنها لا تكاد تتغير فى مثل هذه المدة ما لم يكن سفرًا.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الْحَائِطَ فِيهِ أَلْوَانٌ مِنَ النَّخْلِ مِنَ الْعَجْوَةِ وَالْكَبَيْسِ وَالْعَدْقِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَلْوَانِ التَّمْرِ، فَيَسْتَتِنِي مِنْهَا تَمْرَ النَّخْلَةِ أَوْ النَّخْلَاتِ يَخْتَارُهَا مِنْ نَخْلِهِ.

فَقَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ لَا يَصْلَحُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَنَعَ ذَلِكَ تَرَكَ تَمْرَ النَّخْلَةِ مِنَ الْعَجْوَةِ وَمَكِيلَةَ تَمْرِهَا خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا، وَأَخَذَ مَكَانَهَا تَمْرَ نَخْلَةٍ مِنَ الْكَبَيْسِ وَمَكِيلَةَ

كتاب البيوع ٢١٧
ثَمَرَهَا عَشْرَةَ أَصْوُعٍ أَوْ أَخَذَ الْعَجْوَةَ الَّتِي فِيهَا خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا، وَتَرَكَ الَّتِي فِيهَا
عَشْرَةَ أَصْوُعٍ مِنَ الْكَبِيسِ، فَكَأَنَّهُ اشْتَرَى الْعَجْوَةَ بِالْكَبِيسِ مُتَفَاضِلًا^(١).

قال مالك: وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ بَيْنَ يَدَيْهِ صَبْرٌ مِنَ التَّمْرِ قَدْ صَبَرَ
الْعَجْوَةَ فَجَعَلَهَا خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا وَجَعَلَ صُبْرَةَ الْكَبِيسِ عَشْرَةَ أَصْوُعٍ وَجَعَلَ صُبْرَةَ
الْعَدْقِ اثْنَيْ عَشَرَ صَاعًا، فَأَعْطَى صَاحِبَ التَّمْرِ دِينَارًا عَلَى أَنَّهُ يَخْتَارُ فَيَأْخُذُ أَيَّ تِلْكَ
الصُّبْرِ شَاءَ.

قال مالك: فَهَذَا لَا يَصْلُحُ^(٢).

الشرح: وهذا كما قال، وهو مبنى على تحريم التفاضل في التمر رطبه وتمره، فإذا
كانت صبرة مختلفة المكيلة أو غير متيقنة التساوى، فقد باع بعضها ببعض لوجهين،
أحدهما: أن ابتاعها قد يتناول كل واحدة من الصبر تناولاً واحداً، فإذا عين منها
صبرة، فقد ترك ما تناوله يبعه من غيره لما أخذ من الصبرة التي تخير.

والوجه الثانى: أن مبتاع التمر قد يأخذ صبرة العجوة، ويعيبها ثم يتركها، ويأخذ
بدلاً منها الكبيس أو العدق دون أن يعلم بذلك البائع، فيدخل ذلك التفاضل في التمر،
وإذا كان ذلك يكثر لترجيح الحوز والاختيار حمل عليه كل ما اشترى على ذلك.

مسألة: وهذا حكم ما يحرم فيه التفاضل إذا اختلفت مقاديره، فإن كان المبيع مما لا
يحرم فيه التفاضل كالحيوان والثياب، وإن اختلفت أجناسه، واختلفت الأثمان، لم يجوز
الاختيار فيه، وسيأتى بيانه بعد هذا فى باب بيعتين فى بيعة.

وإن اتفقت أثمانه وأجناسه، فلا بأس بالاختيار فى ذلك مثل أن يقول له: بعثك
أحد هذين الثوبين، أيهما شئت، يريد وسواء شرط الخيار فى عقد البيع أو لم يشترطه،

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦٨/١٩ - ١٦٩، وقال: لا أعلم خلافاً بين فقهاء
الأمصار أنه لا يجوز لأحد أن يستثنى ثمر نخلات معدودات من حائط رجل غير معينات يختارها
من جميع النخل. وكذلك لا يجوز ذلك عندهم فى ألران النخيل، ولا فى الثياب، ولا فى العبيد،
ولا فى شىء من الأشياء؛ لأنه يبع وقع على ما لم يره، المتبايعان بعينه.
ومعلوم أن الاختيار لا يكون إلا فيما بعضه خير من بعض، وأفضل ولم يفسد البيع فى ذلك من
جهة ما ذكره مالك أنه يدخله بيع الثمر بالتمر متفاضلاً.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦٩/١٩.

٢١٨ كتاب البيوع
ولا يجوز عند الشافعي، شرط الخيار أو لم يشترطه. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يشترط
اختيار عبد من عبيدين أو ثلاثة، ولا يجوز في عبد من أربعة.

والدليل على ما نقوله أن كل جملة صح العقد على واحد منها معين صح العقد على
واحد منها غير معين. أصله قفيز من صبرة.

مسألة: وسواء اختار معظم الجملة أو اشتراها بخلاف البيع، فإنه لا يجوز أن يكون
له الاختيار إلا في اليسير من الجملة.

والفرق بينهما أن ما يصير إلى المشتري، فإنما يصير إليه بعقد الشراء، وما يبقى بيد
البائع، فإنه لا يتناوله العقد، فإذا كان البائع اختار معظم الجملة دخل الغرر ما يصير إلى
المبتاع الجهالة بما يبقى بعد اختيار أكثره فأبطل ذلك البيع، وإذا كان للمبتاع اختيار
معظم الجملة دخل الغرر كما يبقى للبائع، فلم يبطل ذلك؛ لأنه لم يتناوله عقد.

مسألة: ومن ابتاع عشرة يختارها من غنم فوتها قبل اختياره، ففي كتاب محمد: له
أن يختار عشرة من الأمهات دون الأولاد. وهذا عندي على قول أشهب في أن الوطاء
يحدث في مدة الخيار للبائع.

وأما على قول ابن القاسم، فيجب أن يكون الأولاد لمن صارت إليه الأمهات، وإذا
كان ذلك في الخيار، فبأن يكون في الاختيار أولى وأحرى.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الرُّطْبَ مِنْ صَاحِبِ الْحَائِطِ، فَيَسْلِفُهُ الدِّينَارَ،
مَاذَا لَهُ إِذَا ذَهَبَ رُطْبُ ذَلِكَ الْحَائِطِ؟.

قال مالك: يُحَاسِبُ صَاحِبَ الْحَائِطِ، ثُمَّ يَأْخُذُ مَا بَقِيَ لَهُ مِنْ دِينَارِهِ إِنْ كَانَ
أَخَذَ بَثْنِي دِينَارٍ رُطْبًا، أَخَذَ ثُلُثَ الدِّينَارِ الَّذِي بَقِيَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ أَخَذَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ
دِينَارِهِ رُطْبًا، أَخَذَ الرَّبْعَ الَّذِي بَقِيَ لَهُ أَوْ يَتَرَضَّيَانِ بَيْنَهُمَا، فَيَأْخُذُ بِمَا بَقِيَ لَهُ مِنْ
دِينَارِهِ عِنْدَ صَاحِبِ الْحَائِطِ مَا بَدَأَ لَهُ إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ تَمْرًا أَوْ سِلْعَةً سِوَى التَّمْرِ
أَخَذَهَا بِمَا فَضَّلَ لَهُ، فَإِنْ أَخَذَ تَمْرًا أَوْ سِلْعَةً أُخْرَى، فَلَا يُفَارِقُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ ذَلِكَ
مِنْهُ (١).

قال مالك: وَإِنَّمَا هَذَا بِمَنْزِلَةِ أَنْ يُكْرِيَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ رَاحِلَةً بَعَيْنِهَا أَوْ يُؤَاجِرَ
غُلَامَهُ الْخَيَّاطَ أَوْ النَّجَّارَ أَوْ الْعَمَّالَ لِغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَعْمَالِ أَوْ يُكْرِيَ مَسْكَنَهُ

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٧١/١٩.

وَيَسْتَلِفَ إِجَارَةَ ذَلِكَ الْغُلَامِ أَوْ كِرَاءَ ذَلِكَ الْمَسْكَنِ أَوْ تِلْكَ الرَّاحِلَةَ، ثُمَّ يَحْدُثُ فِي ذَلِكَ حَدَثٌ بِمَوْتٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، فَيُرَدُّ رَبُّ الرَّاحِلَةِ أَوْ الْعَبْدِ أَوْ الْمَسْكَنِ إِلَى الَّذِي سَلَفَهُ مَا بَقِيَ مِنْ كِرَاءِ الرَّاحِلَةِ أَوْ إِجَارَةِ الْعَبْدِ أَوْ كِرَاءِ الْمَسْكَنِ يُحَاسِبُ صَاحِبَهُ بِمَا اسْتَوْفَى مِنْ ذَلِكَ إِنْ كَانَ اسْتَوْفَى نِصْفَ حَقِّهِ، رَدَّ عَلَيْهِ النُّصْفَ الْبَاقِيَ الَّذِي لَهُ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ، فَبِحِسَابِ ذَلِكَ، يُرَدُّ إِلَيْهِ مَا بَقِيَ لَهُ^(٢).

الشرح: قوله: «فيمن ابتاع من صاحب الحائط طعامًا من تمره، إذا فنى تمر الحائط، يرجع عليه بما بقي له من التمر الذي دفع إليه»؛ لأنه إنما اشترى منه تمرًا معينًا، فلما عدم قبل أن يستوفى منه ما اشترى، انتقض البيع في ذلك المقدار الذي بقي له، فلم يكن له الرجوع بحصة من الثمن، ولا يجب تأخيرها؛ ليأخذ بدلًا من تمر ذلك الحائط في العام المقبل، بل يجوز ذلك، ولو اتفقا عليه؛ لأنه سلم في تمر حائط معين قبل بدو صلاحه، وفسخ ما وجب له عن دين الغير في دين تمره، وله أن يأخذ منه بما بقي له شيئًا معينًا تمرًا أو غيره، مما يؤكل أكثر من المكيلة التي فسخ فيها البيع، أو أقل ينتجز أخذه، ولا يتأخر على حسب ما تقدم.

فصل: وقوله: «وإنما ذلك بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلته أو يؤاجر عبده الحياط، ويقبض الأجرة، ثم تموت الراحلة أو العبد قبل استيفاء العمل، فإنه يرد ما بقي

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٧٢/١٩، وقال: هذا ما لا خلاف فيه، فيسقط عنه الكلام عليه؛ فقد اختلف قول مالك، وأصحابه فيمن سلم فاكهة فانقضى أيامها قبل أن يستوفى ما أسلم فيه منها؛ فذكر سحنون، عن ابن القاسم أم مالكًا اختلف قوله في ذلك، فمرة قال: يصبر بقي له مكن السنة إلى السنة القابلة. ثم رجع فقال: لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله. قال ابن القاسم: وأنا أرى أنه بالخيار إن شاء أن يؤخذه بما بقي عليه من الفاكهة إلى قابل آخره، وإن شاء أخذ بقية رأس ماله. وقال سحنون: ليس لواحد منهما خيار وإنما له أن يأخذ حقه من الفاكهة متأخرة إلى قابل، ولو كان له خيار لكان فسخ الدين في الدين. وقال ابن أشهب: هما مجبوران على الفسخ، ولا يجوز لهما التأخير. وأما الشافعي فقال: من أسلم في رطب أو عنب، فنقد حتى لا يبقى منه بالبلد الذي سلف منه شيء كان المسلم منه بالخيار بين أن يرجع بما بقي من سلفه حصته، أو يؤخر ذلك إلى رطب قابل. قال: وقد قيل: يفسخ بحصته، والله أعلم. قال أبو عمر: إذا انفسخ ارتفع الخيار؛ ولم يكن له إلا أخذ رأس ماله أو ما بقي له منه بعد المحاسبة. وقال أبو حنيفة وأبو سيف، ومحمد: إذا لم يقبض المسلم المسلم حتى فات، ولم يوجد مثله، فالمسلم بالخيار، إن شاء فسخ السلم، واسترجع رأس ماله، وإن شاء صبر إلى وجود مثله، فإن صبر إلى وجود مثله، أخذ المسلم إليه به حيثئذ. انتهى.

٢٢٠ كتاب البيوع
عليه من الكراء، ولا ينظر في هذا إلى قليل ما استوفى وكثيره؛ لأنه قد فات
بالاستيفاء والقبض، فسواء استوفى أكثره أو أقله، فإنما يرجع بما بقي له من العوض.

قال مالك: وَلَا يَصْلُحُ التَّسْلِيْفُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا يُسَلَّفُ فِيهِ بَعِيْنِهِ إِلَّا أَنْ يَقْبِضَ
الْمُسَلَّفُ مَا سَلَّفَ فِيهِ عِنْدَ دَفْعِهِ الذَّهَبَ إِلَى صَاحِبِهِ يَقْبِضُ الْعَبْدَ أَوْ الرَّاحِلَةَ أَوْ
الْمَسْكَنَ أَوْ يَبْدَأُ فِيْمَا اشْتَرَى مِنَ الرُّطْبِ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ عِنْدَ دَفْعِهِ الذَّهَبَ إِلَى صَاحِبِهِ
لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ تَأْخِيْرٌ وَلَا أَجَلٌ.

قال مالك: وَتَفْسِيْرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: أَسَلَّفَكَ فِي
رَاحِلَتِكَ فُلَانَةَ أَرَكْبَهَا فِي الْحَجِّ، وَبَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَجِّ أَجَلٌ مِنَ الزَّمَانِ أَوْ يَقُولُ مِثْلَ
ذَلِكَ فِي الْعَبْدِ أَوْ الْمَسْكَنِ، فَإِنَّهُ إِذَا صَنَعَ ذَلِكَ كَانَ إِنَّمَا يُسَلِّفُهُ ذَهَبًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ
وَجَدَ تِلْكَ الرَّاحِلَةَ صَحِيْحَةً لِذَلِكَ الْأَجَلِ الَّذِي سَمَّى لَهُ، فَهِيَ لَهُ بِذَلِكَ الْكِرَاءِ، وَإِنْ
حَدَثَ بِهَا حَدَثٌ مِنْ مَوْتٍ أَوْ غَيْرِهِ، رَدَّ عَلَيْهِ ذَهَبَهُ، وَكَانَتْ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ السَّلْفِ
عِنْدَهُ.

قال مالك: وَإِنَّمَا فَرَقَ بَيْنَ ذَلِكَ الْقَبْضِ مِنْ قَبْضِ مَا اسْتَأْجَرَ أَوْ اسْتَكْرَى، فَقَدْ
خَرَجَ مِنَ الْغُرْرِ وَالسَّلْفِ الَّذِي يُكْرَهُ، وَأَخَذَ أَمْرًا مَعْلُومًا، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ أَنْ
يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ الْعَبْدَ أَوْ الْوَالِيْدَةَ، فَيَقْبِضُهُمَا، وَيَنْقُذُ أَثْمَانَهُمَا، فَإِنْ حَدَثَ بِهِمَا حَدَثٌ
مِنْ عَهْدَةِ السَّنَةِ أَخَذَ ذَهَبَهُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي ابْتِاعَ مِنْهُ، فَهَذَا لَا بَأْسَ بِهِ، وَبِهَذَا
مَضَتْ السَّنَةُ فِي بَيْعِ الرَّقِيْقِ^(١).

قال مالك: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا بَعِيْنِهِ أَوْ تَكَارَى رَاحِلَةً بَعِيْنَهَا إِلَى أَجَلٍ يَقْبِضُ
الْعَبْدَ أَوْ الرَّاحِلَةَ إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، فَقَدْ عَمِلَ بِمَا يَصْلُحُ، لَا هُوَ قَبْضٌ مَا اسْتَكْرَى أَوْ
اسْتَأْجَرَ وَلَا هُوَ سَلْفٌ فِي دَيْنٍ يَكُونُ ضَامِنًا عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ^(٢).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٧٥/١٩، وقال: لم يخف مالك، رحمه الله، أن يدخل
في عهدة السنة معنى البيع والسلف، لأن ذلك كالنادر، وخافه فيمن شرط النقد في عهدة
الثلاث، فلم يجزه، وكذلك في المواضعة.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٧٥/١٩.

كتاب البيوع ٢٢١
الشرح: قوله: «أنه لا يصلح أن يسلف في شيء بعينه إلا أن يقبض عند دفعه الذهب، ما سلف فيه من العبد أو الرحلة أو المسكن أو يبدأ بأخذ ما سلم فيه من الرطب، لا يصلح في شيء من ذلك تأخير ولا أجل»^(٣) يريد والله أعلم التأخير البين الذي يكون في مثله الغرر، ولا بأس أن يتأخر قبض العبد الأيام التي لا غرر فيها، وأما التمرة من الحائط المعين، ففي المدونة: لا بأس يضرباً لقبض ذلك أجلاً، والخمسة عشر يوماً قريباً.

فصل: وقد مر تفسير ما كره من ذلك أن يسلف الرجل في الرحلة المعينة يحج عليها، وبين الحج أجل من الزمان، وقيل ذلك في المسكن أو العبد، وكأنه إنما يسلفه ذهباً على أنه إن وجدت تلك الرحلة صحيحة عند الأجل، فهي له بذلك الكراء، وإلا رد عليه ذهبه، وكانت سلفاً عنده خص هاهنا المنع بالنقد دون العقد.

وقد قال في المدونة: لا بأس أن يعجل النقد في رحلة اكترها بعينها، ليركبها بعد اليومين والأمر القريب، فإن تباعد، فلا خير فيه، ولا بأس في قول مالك، أن يكتريها ليركبها بعد شهر أو شهرين، ما لم ينقد. وقال غيره: لا يجوز.

فوجه رواية ابن القاسم أنه إذا لم ينقده الكراء، فليس فيه ما يكون مرة كراء، ومرة سلفاً.

(٣) قال في الاستذكار ١٧٦/١٩: أما قول: لا يصلح التسليف في شيء بعينه، فإن الأمة مجتمعة على أن السلف لا يكون في شيء بعينه، وإنما التسليف في صفة معلومة، لا يستكيل كيلاً، أو وزناً، أو شيئاً موصوفاً مضموناً في الذمة إلى أجل معلوم.
وأما قوله: إلا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب إلى صاحبه. والمعنى في ذلك أن من اشترى شيئاً بعينه، لا يمكن قبضه رجعة واحدة، وإنما يقبض شيئاً بعد شيء في الرطب، وما كان مثله، أو كإجازة العبد، أو الدابة، فإنه لا يجوز أن يشتريه بدين إلى أجل أنه كالدين بالدين، ولا يجوز أن يشتريه بنقد، ولا يشرع في قبض ما يمكن قبضه، أو قبض أصله الذي إليه ذهب وإليه يقصد إلى شراء منفعة كالإجازة؛ لأنه إن لم يقبضه لم يؤمن عليه الهلاك قبل القبض، فيكون البائع قد انتفع بالثمن. من غير عوض، وأنه أيضاً يشبه البيع، والسلف المنهى عنه.
ولا أعلم خلافاً أنه لا يجوز شراء عين مرثية غير مأمون هلاكها بشرط تأخير قبضها إلى أجل لا يؤمن قبله ذهابها؛ لأنه من بيوع الغرر المنهى عنها. وقد أجمعوا أن من شرط بيع الأعيان تسليم المبيع إلى المتابع بأثر عقد الصفقة فيه نقداً كان الثمن أو ديناً. إلا أن مالكا، وربيعة، وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية المرتفعة على شرط المواضعة، ولم يميزوا فيها بالنقد. وأبى ذلك جمهور أهل العلم؛ لما في ذلك من عدم التسليم إلى ما يدخله من الدين في الدين. انتهى.

٢٢٢ كتاب البيوع

وروجه قول الغير أن الغرر متعلق باكتراء معين لا يقبض إلا إلى أجل بعيد، وهذا المعنى باق في المسألة وإن عريت من النقد.

فصل: وقوله: «وإنما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر، فقد خرج من الغرر والسلف الذي يكره كالذي يشتري العبد، فينقد ثمنه، ويقبضه، فإن حدث به حدث في عهدة السنة أحرز منه، فهذا لا بأس به» يريد أنه فرق بين ذلك فيما لا يكثر فيه الغرر بالقبض، وذلك أنه من استأجر دابة يركبها بعد مدة أو عبدًا يستخدمه بعد مدة، ونقد ثمنه، فإنه يدخله الغرر المفسد للعقد لعدم القبض فيه، ولو قبضه مع تعاقد الكراء عليه؛ لزال هذا النوع من الغرر.

وإن كنا نعلم إذا استأجر لخدمة سنة أو أكثر أنه تأخر، قبض باقى الخدمة، وقد يجوز مالك استجاره لعشرين سنة، وقد تضمنه في أثناء ذلك ما يمنع استيفاء عمله من مرض أو موت أو إباق مما يوجب الرجوع على سيده بالأجرة التى أخذها عوضًا من عمله الكراء القبض بعينه، قام بعينه مقام القبض بجميع منفعتة، فى نفسى هذا النوع من الغرر عنه؛ لأن ذلك أكثر ما يمكن أن يتحرز به فيه.

وهذا كما يقول أنه من اتباع عبدًا معينًا لا يقبضه إلى سنة، ونقد ثمنه، أنه لا يجوز ذلك، ولو اشتراه فقبضه ونقد ثمنه، جاز، وإن كنا نعلم أن ما أصابه فى أثناء السنة من جنون أو جذام أو برص، فإنه يوجب للمبتاع الرجوع بالثمن على بائعه.

قلت: إن المصحح لهذا المعنى قبض المبيع، فهذا معنى قول مالك، وما أشار إليه، والله أعلم وأحكم.

* * *

بيع الفاكهة

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ ابْتاعَ شَيْئًا مِنَ الْفَاكِهَةِ مِنْ رَطْبِهَا أَوْ يَابِسِهَا، فَإِنَّهُ لَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ، وَلَا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنْهَا بَعْضُهُ بَبَعْضٍ إِلَّا يَدًا بِيَدٍ، وَمَا كَانَ مِنْهَا مِمَّا يَبْسُ، فَيَصِيرُ فَاكِهَةً يَابِسَةً تُدَخَّرُ وَتُؤْكَلُ، فَلَا يُبَاعُ بَعْضُهُ بَبَعْضٍ إِلَّا يَدًا بِيَدٍ وَمِثْلًا بِمِثْلٍ، إِذَا كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ كَانَ مِنْ صِنْفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُبَاعَ مِنْهُ اثْنَانِ بَوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلَا يَصْلَحُ إِلَى أَجَلٍ، وَمَا كَانَ مِنْهَا مِمَّا لَا يَبْسُ وَلَا يُدَخَّرُ، وَإِنَّمَا يُؤْكَلُ رَطْبًا كَهَيْئَةِ الْبَطِيخِ وَالْقَثَاءِ وَالْخَرْبِزِ

كتاب البيوع ٢٢٣
 وَالْحَزْرَ وَالْأْتْرَجَ وَالْمَوْزَ وَالرُّمَانَ وَمَا كَانَ مِثْلَهُ، وَإِنْ يَيْسَ لَمْ يَكُنْ فَأَكْهَةً بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَيْسَ هُوَ مِمَّا يُدَّخَرُ، وَيَكُونُ فَأَكْهَةً، قَالَ: فَأَرَاهُ خَفِيفًا أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ اثْنَانِ بِيَدَيْهِ، فَإِذَا لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْأَجَلِ، فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ.

الشرح: قوله رحمه الله: «من ابتاع شيئاً من الفواكه، رطبها أو يابسها، فإنه لا يبيعه حتى يستوفيه» لما فيه من حق توفيته بوزن أو كيل أو عدد، ونص على الفواكه في هذه المواضع؛ ليلحقها بما تقدم من قوله في الطعام المقتات، وهذا هو المشهور من المذهب، وقد تقدم ذكر الخلاف فيه.

فصل: قوله: «ولا يباع بعضه ببعض إلا يداً بيد» يريد بجنسه أو بغير جنسه، لأن حكم التناجز لا يختص بالجنس، وإن اختص به التفاضل، ولذلك جاز بيع الذهب بالورق متفاضلاً، وشرط فيه المناجزة.

فصل: وقوله: «وما كان منها مما يبيس، فيصير فاكهة يابسة يدخر، ويؤكل، فلا يباع بعضه ببعض، مثلاً بمثل إذا كان صنفاً واحداً» جعل هاهنا علة تحريم التفاضل البيس والادخار للأكل، وقد تقدم ذكره مع ما له في ذلك من القولين الآخرين أن العلة الاقتيات، وأن العلة الادخار للاقتيات، وعلى حسب هذا تختلف أحواله وأجوبته وأجوبة أصحابنا في فرع مسائل هذا النوع.

فصل: وقوله: «وإن كان مما يبيس ويدخر، وإنما يؤكل رطباً كالبطيخ والقثاء والخربز والأترج والموز والرمان، وما كان مثله، وإن ييس لم يكن فاكهة بعد ذلك، فليس هو مثل ما يدخر، ويكون فاكهة يجوز فيه التفاضل» يريد أن هذه الفاكهة التي نص عليها ليست مما يبيس، ويدخر، وما ييس من ذلك لم يكن فاكهة بعد البيس؛ فهذا يجوز التفاضل في الجنس الواحد.

وقد قال في المزبنة: أجاز مالك فيها التفاضل، وإن كانت من صنف واحد. قال: البطيخ والخربز والقثاء، وما أشبه ذلك، والخوخ والرمان والأجاص، وعيون البقر والموز، فهذا كله يجوز فيه التفاضل إذا كان رطباً كله.

وروى يحيى عن ابن نافع: الخوخ، والرومان، والأجاص، وعيون البقر، والموز مما يدخر ويبيس، فلا يباع بعضه ببعض متفاضلاً إلا مثلاً بمثل، إن كان رطباً كله.

* * *

بيع الذهب بالورق عينا وتبرا

١٣٠٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ السَّعْدِيْنَ (١) أَنْ يَبِيعَا آيَةَ مِنَ الْمَغَانِمِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، فَبَاعَا كُلُّ ثَلَاثَةٍ بِأَرْبَعَةٍ عَيْنًا أَوْ كُلُّ أَرْبَعَةٍ بِثَلَاثَةٍ عَيْنًا، فَقَالَ لَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرَبَيْتُمَا، فَرُدَّا».

١٣٠٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٨٣.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٧١/٨، ٧٢: وهذا الحديث لا أعلمه يستند بهذا اللفظ في ذكر السعديين. وقد رواه الليث بن سعد، وعمرو بن الحارث، عن يحيى بن سعيد، عن عبد الله بن أبي سلمة، ولم يذكر مالك عبد الله بن أبي سلمة، وعنه رواه يحيى بن سعيد. وذكره ابن وهب - يعنى الحديث المذكور أعلاه - قال: أخبرني الليث بن سعد، وعمرو بن الحارث، عن يحيى بن سعيد، أنه حدثهما أن عبد الله بن أبي سلمة، حدثه أنه بلغه «أن رسول الله ﷺ عام خيبر، جعل السعديين على المغانم...» فذكر الحديث. ثم قال: وأحد السعديين: سعد بن مالك، هكذا جاء في هذا الإسناد في آخر الحديث أن أحد السعديين: سعد بن مالك، وقال: ولا أعلم في الصحابة سعد بن مالك، إلا سعد بن أبي وقاص، وأبا سعيد الخدري، فأما سعد بن أبي وقاص، فهو سعد بن مالك بن وهيب بن عبد مناف بن زهرة أبو إسحاق، وأما أبو سعيد الخدري، فهو سعد بن مالك بن سنان الأنصاري من بني خندرة، ويعد عندي أن يكون أحد السعديين أبا سعيد الخدري لصغر سنه، والأظهر والأغلب أنه سعد بن أبي وقاص. وأما الآخر: فلم يختلفوا أنه سعد بن عباد بن دليم الأنصاري الخزرجي، فعلى هذا أحد السعديين مهاجري، والآخر أنصاري، وقد قيل: إن السعديين المذكورين في هذا الخبر هما: سعد بن معاذ، وسعد بن عباد، وزعم قائل ذلك أنهما السعدان المعروفان في ذلك الزمان، واحتج بالخبر المأثور أن قريشا سمعوا صائحا يصيح ليلا على أبي قبيس:

فإن يسلم السعدان يصبح محمد بمكة لا يخشى خلاف المخالف

قال: فظننت قريش أنهما سعد بن زيد مناة بن تميم، وسعد هذيم من قضاة، فلما كان الليلة الثانية، سمعوا صوتا على أبي قبيس:

أيا سعد الأوس هل كنت ناصرا ويا سعد الخزرجيين الغطارف

أحييا إلى داعي الهدى وتمنيا على الله في الفردوس منية عارف

فإن ثواب الله للطالب الهدى جنان من الفردوس ذات رفارف

قال: فقالوا: هذان والله سعد بن معاذ، وسعد بن عباد. قال ابن عبد البر: هذا غلط لا يجوز أن يكون سعد بن معاذ أحد السعديين المذكورين في هذا الباب؛ لأن سعد بن معاذ توفي بعد الخندق بيسير من سهم أصابه يوم الخندق، ولم يدرك خيبر؛ والقول الأول أولى وأصح، انتهى باختصار.

كتاب البيوع ٢٢٥

الشرح: قوله: «أمر رسول الله ﷺ السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة» من باب الوكالة في المرافلة بالذهب، والمبادلة، ومن شرط صحتها أن يتولى قبض العوض فيها من عقدها، فإن عقد هو الصرف، ووكل من يقبض، أو وكل من يصرف، ويقبض هو، فابن المواز حكى عن مالك: لا يجوز شيء من ذلك، وهذا إذا فارق الذى عقد الصرف قبل أن يقبض الآخر؛ لأن من عقد الصرف قد فارق من صارفه قبل القبض، وإنما يراعى فى فساده مفارقة العاقد قبل القبض.

مسألة: فإن عقد الصرف، ودفع الدينار، وأحال عليه من يقبض منه الدراهم ثم فارقه قبل القبض، فلا خلاف فى أنه لا يجوز، وإن قضاه قبل مفارقة المصارف له، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: لا خير فى ذلك، سواء أحال بجميع الدراهم أو ببعضها. وروى زيد بن بشر عن ابن وهب: لا بأس به.

وقال أشهب: لا يفسخ ذلك، إلا أن يفارقه قبل قبض المحال بالدراهم، سواء ثبت دين المحال عليه قبل عقد الصرف أو بعده.

فقول ابن القاسم مبنى على أن من شرط الصرف أن يقبض العاقد العوض.

وعند أشهب من شرطه أن لا يفارقه قبل القبض، سواء قبض هو أو غيره بمنزلة الإقالة فى السلم.

والفرق عند ابن القاسم بين ذلك، وبين الصرف، أن الصرف أشد؛ لأن سرعة القبض فيه معتبرة لنفسها، لا لمعنى غيرها والإقالة فى السلم، لم يلزم القبض فيها التفرق؛ لأن ذلك مقتضى عقد الإقالة بدليل جواز تأخير القبض فى الإقالة من الأعيان، وإنما يلزم ذلك فيها؛ لئلا يؤول إلى فسخ دين فى دين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان دينار بين رجلين صرفاه من رجل بدراهم، ثم وكل أحدهما صاحبه على قبض الدراهم، وانقلب هو قبل القبض، إن ذلك جائز، إن قبض الثانى قبل أن يفارق الصراف، حكاه ابن المواز عن ابن القاسم، قال: وكذلك الحلى.

ووجه ذلك أنه لما كان لكل واحد منهما حصة فى الدينار، كان كل واحد منهما قد باع جميعه، فجاز له قبض الثمن، ولم يفسده مفارقة صاحبه الصراف، ولو باع رجل ديناراً من رجلين، فوكل أحدهما الآخر على قبضه، جاز ذلك. قال محمد: وذلك إذا اشتركا فى الدراهم قبل الصرف.

٢٢٦ كتاب البيوع

وأما إن كان أحدهما دفع إليه عشرة دراهم، ودفع الآخر إليه مثلها، ثم أراد أن يدفع إليها بذلك ديناراً، لم يجوز؛ لأن كل واحد منهما لا يصح منه القبض.

فصل: وقوله: «أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة» ظاهر لفظ آنية يقتضى صحتها، وبقاء صياغتها، ويؤكد هذا الظاهر أنهما باعا كل ثلاثة بأربعة، وذلك يقتضى جواز اتخاذ ذلك؛ لأن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه، بل لا يجوز إقراره، ولا تملكه، ولما أمر النبي ﷺ ببيعها، ولم يأمر بإتلاف صياغتها، اقتضى ذلك بيعها على هيئتها، وذلك معنى اتخاذها.

وقد قال مالك في كتاب الزكاة من المدونة، في الرجل يشتري آنية ذهب أو فضة زنتها، أقل من قيمتها: يزكى وزنها، فجعل للصياغة قيمة، وذلك يقتضى إباحتها.

وقال في الصرف في المدونة: كان مالك يكره هذه الأشياء التي تصاغ من الفضة والذهب كالأبارق والمداهن والمجامر والأقداح، فيحتمل أن يريد بذلك كراهية بيعها بجنسها متفاضلاً أو كراهية استعمالها، فيحتمل أن يريد كراهية اتخاذها.

فأما استعمالها، فلا خلاف في المذهب في تحريمه، وهو قول جمهور الفقهاء، وأما اتخاذها، فقد ذكر فيه عن مالك ما تقدم.

فصل: وقوله: «فباعا كل ثلاثة بأربعة عيناً، وكل أربعة بثلاثة عيناً، فقال لهما رسول الله ﷺ: أريتما، فردا» يقتضى منع الزيادة في الذهب والورق بالورق، وذلك أن هذين لا يجوز بينهما التفاضل في الجنس، ولا خلاف في ذلك إلا ما يروى عن ابن عباس.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور قول الله تعالى: «وأحل الله البيع وحرم الربا» [البقرة: ٢٧٥]، والربا الزيادة. وما روى عن ابن عمر «الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما هذا عهد نبينا الينا، وعهدنا إليكم».

وقد روى أن ابن عباس رجع عنه، وسواء تبره ومسكوكه ومصوغه، وجيده ورديته، في وجوب التساوي وتحريم التفاضل.

مسألة: ولا اعتبار بالسكة ولا بالصياغة في شيء من ذلك فإن كانت المصوغة أدون ذهباً والتبر أفضل، فلا بأس بذلك، لأن الصياغة تبع ملغى غير مؤثر كالجودة، ولو ثبت له في ذمته ذهب مصوغ أو مسكوك، فأراد أن يقبضه عنه تبراً أفضل ذهباً،

كتاب البيوع ٢٢٧
لم يجر ذلك؛ لأن الصياغة قد ثبتت له في ذمته، فصارت حقاً له ثم تركها عوضاً عن
جودة الذهب التبر، فدخل ذلك التفاضل؛ لأنه صياغة وذهب بذهب، وليس كذلك
المراطة، فإن الصياغة لم تثبت في ذمته، فلا تأثيرها.

فصل: وقوله: «أربيتما، فردا» يريد والله أعلم وأحكم أفضلتما فيما يحرم فيه
التفاضل وعله الربا في الذهب والفضة أنهما أصول الأثمان، وقيم المتلفات، وبه قال
الشافعي. وقال أبو حنيفة: علتها الوزن.

والدليل على إبطال مذهبه في أن الحديد والكحل فيه الربا، أن ما لا يثبت الربا في
مصوغه لا يثبت في غير مصوغه كالتراب.

والدليل على إبطال علتهم أنه لو كانت علة الربا في الورق والذهب، الوزن؛ لما
جاز أن يسلم في موزون؛ لأن كل عينين جمعتهما علة واحدة في الربا، لم تعلم
إحدهما في الأخرى كالذهب والفضة، ولما أجمعنا على أنه يجوز تسليم الذهب
والفضة في الموزون علمنا أنه لم يجمعهما علة الربا.

فصل: وقوله: «فردا» أمرهما برد البيع، ولم يستلهما عن فواته، والذهب المبيع على
ضربين، مصوغ وغير مصوغ، فأما المصوغ، فإنه لا يفوت البيع فيه بوجه، ولا بد من
رد فاسده؛ لأنه مما له مثل، وقد قدمنا أن ما له مثل لا يفوت بفوات عينه؛ لوجود مثله.
وأما المصوغ، فاختلف أصحابنا فيه، فحكى ابن المواز أنه إن باعه جزأفاً، أنه تقيته
حوالة الأسواق، وإن كان سيفاً على قبضته الأكثر، لم تفته حوالة الأسواق، ويفيته
البيع والتلف، أو قلع قبضته، فيرد قيمته. قال محمد: وليس بالقياس، والذي حكى محمد
في مسألة السيف هو مذهب ابن القاسم في المدونة، وهي رواية تخالف ما ذكره في
الحلى.

ووجه ما ذكره في مسألة الحلى أن هذا غير مكيل ولا موزون، ففات بحوالة
الأسواق كصبرة القمح.

ووجه رواية ابن القاسم أن العين لا قيمة له، فلما كانت عينه موجودة، وجب رده؛
لأن الأشياء تقوم به، ولا يقوم هو بغيره، فلا تتغير قيمته بتغير الأسواق. وأما نقصه،
فقد غير عين المبيع لما أدخل نقصاً، فلزمته القيمة. وقد قال سحنون في مسألة السيف:
لا تفوت بالبيع. ويحتمل تخصيص ذلك بالعين خاصة.

٢٢٨ كتاب البيوع

فإن قلنا إن ذلك حكم كل بيع فاسد، فوجهه أن البيع الثاني فرع الأول، فإذا لم يصح الأول بوجه من وجوه الصحة، لم يصح الثاني، فوجب نقضهما، وإن قلنا إن ذلك يختص بالعين، فإنه لا تختلف قيمته بوجه، فلم يفت مع بقاء عينه، والأظهر أن المصوغ تعتبر قيمته؛ لأنه لو أتلفه إنسان لوجبت عليه قيمته.

١٣٠١ - مَالِك، عَنْ مُوسَى بْنِ أَبِي تَمِيمٍ، عَنْ أَبِي الْحَبَابِ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ وَالدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ لَا فَضْلَ بَيْنَهُمَا».

الشرح: قوله ﷺ: «الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ، وَالدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ، لَا فَضْلَ بَيْنَهُمَا» يريد إيجاب التساوي، وتحريم التفاضل في كل شيء من ذلك بجنسه، وبدل الدنانير، والدرهم، على وجهين، أحدهما: وزناً. والثاني: عدداً.

فأما الوزن، فلا يجوز فيه إلا التساوي، ولا تجوز فيه زيادة على وجه معروف، ولا بمساحة، ولا يجوز أن يكون مع أحدهما زيادة من جنسه؛ لأن العوض الآخر يقسط على الذهب، والزيادة التي معها، فيؤدى إلى التفاضل في الذهب.

واختلف قول مالك في الرجل يأتي دار السكة، فيدفع إليهم فضة وزناً، ويأخذ منهم وزناً دراهم، ويعطيهم أجرة العمل، فقال مرة: أرجو أن يكون خفيفاً. وذكره ابن المواز ورواه عيسى عن ابن القاسم، ومنع من ذلك عيسى بن دينار، وحكاه ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وجه رواية الجواز على الكراهية ما احتج به من ضرورة الناس إلى الدراهم، وتعذر الصرف إلا في ذلك مع حاجة الناس إلى الاستعجال، وانخفاض المسافر للمرور مع أصحابه، وخوفه على نفسه في الانفراد، ويخاف إن غاب عنه ذهبه أن لا يعطاه، ويمطل به، والضرورة العامة تبيح المحظور. وأما اليوم، فقد صار الضرب بكل بلد، واتسع الأمر، فلا يجوز له.

١٣٠١ - أخرجه مسلم كتاب المساقاة برقم ٨٥، ١٣١٣/٣، عن أبي هريرة. النسائي ٢٧٨/٧ كتاب البيوع باب بيع الدينار، عن أبي هريرة. ابن ماجه برقم ٢٢٦١ ج٢/٧٦٠ كتاب التجارات باب صرف الذهب، عن عمر بن محمد بن علي بن أبي طالب، عن أبيه، عن جده. أحمد ٣٧٩/٢، عن أبي هريرة. البيهقي ٢٧٨/٨، عن أبي هريرة. الحاكم ٢/٢٠، عن أبي سعيد. الطبراني في الكبير ٢٦٩/١٩، عن أبي سعيد. ابن أبي شيبة ١٠١/٧، عن أبي سعيد. البغوي بشرح السنة ٦٣/٨، عن أبي هريرة. البخاري في تاريخه ٤٨/٩.

ووجه رواية المنع أنه لا يخلو أن يكون بيعاً أو إجارة، فإن كان بيعاً، ففيه التفاضل في الذهب، وإن كان إجارة، فهو إجارة، وسلف، وذلك غير جائز في الوجهين. وأما الصائغ، فلا يجوز ذلك معه قولاً واحداً، قاله ابن حبيب في واضحته.

مسألة: وأما المبادلة بالعدد، فإنه يجوز ذلك، وإن كان بعضها أوزن من بعض في الدينار والدينارين على سبيل المعروف والتفضل، وليس ذلك من التفاضل؛ لأنهما لم يبنيا على الوزن، ولهذا النوع من المال تقديران، الوزن والعدد، فإن كان الوزن أخص به وأولى فيه، إلا أن العدد معروف، فإذا عمل فيه على العدد جوز يسير الوزن زيادة على سبيل المعروف، ما لم يكن في ذلك وجه من المكايسة، والمغابنة، فيمنع منه.

وهذا عندنا مبني على مسألة العرية، وذلك أن العرية لما كان للثمرة تقديران، أحدهما: الكيل، والآخر: الخرص والتحرى، جاز العدول عن أولهما إلى الثاني للضرورة على وجه المعروف، فكذلك الدينارين والدراهم.

مسألة: وهذا إذا كانت الدينارين كلها سواء، فإن كانت متفاضلة في الجودة، فلا يخلو أن تكون الوازنة أدنى ذهباً أو أفضل، فإن كانت أدنى ذهباً، لم يجوز؛ لأنه أخذ فضل صاحبه في زيادة وزن ذهبه، وإن كانت الوزانة أفضل ذهباً، فإن مالكا كرهه، وجوزه ابن القاسم.

وجه قول مالك أن المبادلة إنما جازت فيها على وجه المعروف، فإذا اختلفت أعيانها، وجب أن لا يجوز كالعرية لما كان طريقها البدل على وجه المعروف، لم يجوز أن يشترط فيها غير مثل الثمرة، لا أفضل ولا أدون.

وجه قول ابن القاسم البعد عن التهمة؛ لكون فضل الجودة والوزن من جهة واحدة، ولا يحتمل ذلك غير مجرد التفضل.

فرق: فإن قلنا بقول مالك، فإنه يجوز أن يأخذ الجداد من غير جنس العرية؛ لأنهما لم يعقدا البيع على ذلك، وفي مسألتنا عقد البيع عليه، فوزانه أن يعقدا بيع العرية على غير الجنس، فلا يجوز.

وفي العتبية فيمن أبيض مع رجل ديناراً، فلا بأس أن يبدله بأجود منه عيناً ووزناً. قال: ويعلم صاحبه، ومعنى ذلك أنه لم ينعقد فيه صرف ولا بدل، وإنما هو معروف.

٢٣٠..... كتاب البيوع

مسألة: ولا يجوز هذا في كثير الذهب العشرة دنانير ونحوها؛ لأن ما كان هذا حكمه من المعروف، فإنه يختص باليسير دون الكثير كبيع العرية.

١٣٠٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرَقَ بِالْوَرَقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئًا غَائِبًا بِنَاجِزٍ» (١).

الشرح: قوله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل» عام في جميع أنواعه من التبر والمسكوك والمصوغ والجيد والردىء.

وقوله ﷺ: «ولا تشفوا (١) بعضها على بعض» يقتضى المنع من يسير الزيادة لأن الشفوف إنما يستعمل في يسير الزيادة.

١٣٠٢ - أخرجه البخارى كتاب البيوع باب ٧٨ بيع الفضة بالفضة ١٥٤/٣، عن أبى سعيد الخدرى. مسلم كتاب المساقاة برقم ٧٥، ١٢٠٨/٣ باب الربا، عن أبى سعيد الخدرى. الترمذى برقم ١٢٤١ ج٣/٥٣٢ كتاب البيوع باب الصرف، عن أبى سعيد الخدرى. النسائى ٢٧٨/٧ كتاب البيوع باب بيع الذهب، عن أبى سعيد الخدرى. البيهقى ٢٧٦/٥، عن أبى سعيد. (*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧٦/٨: لم يختلف الرواة، عن مالك فى هذا الحديث، وكذلك رواه أيوب، وعبيدالله، عن نافع، عن أبى سعيد الخدرى، كما رواه مالك، وهو الصحيح فى ذلك، ورواه ابن عون، عن نافع، قال: جاء رجل إلى عبد الله بن عمر، فحدثه عن أبى سعيد الخدرى، عن النبى ﷺ فذكر الحديث فى الصرف هكذا رواه جماعة، عن ابن عون، ليس فيه سماع لنافع، من أبى سعيد، ولا لابن عمر من أبى سعيد، وإنما فيه أن رجلا حدثه، عن أبى سعيد بهذا الحديث، والرجل قد سماه يحيى بن سعيد فى حديثه، عن نافع، رواه يزيد بن هارون، عن يحيى بن سعيد، أنه أخبره أن نافعا أخبره أن عمرو بن ثابت العنوارى، ذكر لعبد الله بن عمر، أنه سمع أبا سعيد الخدرى يحدث بهذا الحديث، ولم يوجد يحيى بن سعيد، ولا ابن عون هذا الحديث؛ لأن فيه أن ابن عمر لما حدثه هذا الرجل بهذا الحديث عن أبى سعيد، قام إلى أبى سعيد ومضى معه نافع، فسمعا الحديث من أبى سعيد، وقد جرد ذلك عبيد الله بن عمر، ورواه حصيف الجزرى، وعبد العزيز بن أبى رواد المكى، عن نافع، عن ابن عمر، عن أبى سعيد الخدرى، وليس بشيء، وإنما الحديث لنافع، عن أبى سعيد، سمعه معه ابن عمر على ما قال عبيدالله.

(١) ولا تشفوا: بضم التاء وكسر الشين المعجمة وتشديد الفاء، أى لا تفضلوا، وبكسر الشين، أى الزيادة.

كتاب البيوع ٢٣١

وأما قوله ﷺ: «ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» فإنه منع الناس فيها والعقد على غائب حين العقد منهما لأن الغائب ما غاب عن العقد المذكور، وفائدة ذلك أن التقابض في العوضين منهما شرط في صحة العقد عليهما لأنهما محال أن يشترط حضورهما العقد ويؤخر قبضهما.

١٣٠٣ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسِ الْمَكِّيِّ، عَنْ مُجَاهِدٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَجَاءَهُ صَائِعٌ، فَقَالَ لَهُ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ، إِنِّي أَصُوغُ الذَّهَبَ، ثُمَّ أُبِيعُ الشَّيْءَ مِنْ ذَلِكَ بِأَكْثَرِ مِنْ وَزْنِهِ، فَأَسْتَفْضِلُ مِنْ ذَلِكَ قَدْرَ عَمَلِ يَدِي، فَهَاهُ عَبْدُ اللَّهِ عَنْ ذَلِكَ، فَجَعَلَ الصَّائِعُ يُرَدُّدُ عَلَيْهِ الْمَسْأَلَةَ، وَعَبْدُ اللَّهِ يَنْهَاهُ حَتَّى انْتَهَى إِلَى بَابِ الْمَسْجِدِ، أَوْ إِلَى دَابَّةٍ يُرِيدُ أَنْ يَرْكَبَهَا، ثُمَّ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ، وَالدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ، لَا فَضْلَ بَيْنَهُمَا، هَذَا عَهْدُ نَبِيِّنَا إِلَيْنَا وَعَهْدُنَا إِلَيْكُمْ.

الشرح: منع عبد الله بن عمر من بيع المصوغ من الذهب بأكثر من وزنه غير مصوغ، على ما تقدم في حديث السعديين من منعه ﷺ من بيع الآنية من الذهب أو الورق بأكثر من وزنها، ومراجعة الصائغ له في ذلك، رجاء أن يكون جوابه إنما صدر على ذهبين غير مصوغين، فإن حكم المصوغ أحدهما بخلاف ذلك.

ولعله أن يكون سمع في ذلك إباحة ممن لم يعتمد على قوله، فرجا أن يجد مثل ذلك عند عبد الله بن عمر، وسؤاله له في الطريق دليل على التواضع مع أن المسألة كانت عنده من البيان بحيث لم يمتحج إلى إعمال النظر فيها، والتمكن منها، ليذكر حكمها.

فصل: وقوله: «الدینار بالدینار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما» يمتثل معنيين، أحدهما: أن هذا اسم لهذا المقدار من كل ذهب وورق مصوغاً كان أو غير مصوغ، ولذلك يقال في هذا الإناء مائة دينار ذهباً، وفي هذا الحلى مائة درهم ورقاً، وإن لم يكن شيء من ذلك مضروباً، فيكون قوله: «الدینار بالدینار، والدرهم بالدرهم» عام في كل ذهب، وورق، مصوغين كانا أو غير مصوغين. والثاني: أن يكون الدينار والدرهم اسماً للمضروب دون غيره، قاس المصوغ عليه على ما قدمناه.

١٣٠٣ - أخرجه النسائي في البيوع ٤٥٦٦. الشافعي في الرسالة فقرة ٧٦٠ بتحقيق أحمد شاكر. البيهقي في السنن الكبرى ٢٧٩/٥. معرفة السنن والآثار ١١٠٣٦/٨. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٨٦.

٢٣٢ كتاب البيوع

فصل: وقوله: «الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم» يقتضى ثلاثة أشياء، المبايعة، والمبادلة، والقضاء. فأما المبايعة، فإنها تختص فى الأغلب بمعاوضة العروض ببعضها ببعض والعرض بالأثمان.

وأما الأثمان ببعضها ببعض، فإن لها اسماً أخص، وإن بيع منها شىء بغير جنسه، فاسم الصرف أخص به، وإن بيع منها شىء بجنسه، فاسم المبادلة والمراطلة أخص به، وهما يختلفان فى المعنى، وذلك أن المراطلة تكون وزناً، والمبادلة تكون عدداً.

مسألة: فأما القضاء، فقد تكون قضاء عن سلف وقضاء عن غير سلف، فإن كانت عن سلف وأسلفه ذهباً عدداً، قضاة مثل عدده ووزنه، كان معنى الدينار بالدينار عدداً ووزناً.

فإن قضاة مثل عدده أو أدون أو أنقص، جاز ذلك؛ لأن عبرة السلف بالعدد والنقص فى الوزن صفة من صفة الدينار لا اعتبار لها فى الكثرة والقلّة كالجودة والرداءة، فإن قضاة أقل من عدده فى كل وزنه جاز؛ لأن القبض يجوز قليله وكثيره فى قضاء السلف.

وإن قضاة أكثر من عدده فى مثل وزنه يجب على أصل المذهب، أن لا يجوز من ذلك إلا اليسير؛ لأن الزيادة فى قضاء السلف معفو عن يسيرها دون كثيرها، وإن قضاة أقل عدداً أو أكثر وزناً أو أكثر عدداً أو أقل وزناً، لم يجز ذلك؛ لأنه قد وجد الاختلاف بين الذهبين على وجه يقتضى المغابنة، وذلك ينفى الجواز.

مسألة: فإن كان السلف وزناً، فقضاة مثل وزنه، فهو جائز فى مثل ذلك العدد، وأقل منه وأكثر؛ لأن اعتبار الوزن، يبطل اعتبار العدد، فمتى كان التعامل بالوزن، فلا اعتبار بالعدد فى قليل ولا كثير، وإن قضاة أقل من وزنه فى مثل عدده أو أقل منه أو أكثر، فهو جائز لما ذكرناه من أنه لا اعتبار بالعدد فى هذا الوجه، وإن قضاة أكثر من وزنه.

فإن كانت الزيادة يسيرة، فقد جوز ابن القاسم الرجحان اليسير، وكرهه فى الكثير كالعشرين ديناراً فى المائة، وجوزه أشهب فى مثل الدينار والدينارين، والأردب من الطعام والأردبين، وإن كان ذلك على غير موعد ولا عادة.

ووجه تجوز اليسير أنه لا يقصد السلف لمثله، فتبعد التهمة به. وأما الكثير، فإنه يقصد بالسلف، فيمتنع للذريعة، وإن كانت الزيادة فى غير مجلس القضاء حتى ينفصل

كتاب البيوع ٢٣٣
منه، ولا تكون تبعاً له، فلا بأس بذلك؛ لأنها منفصلة من السلف في قضائه، فكان له حكم الهبة المبتدأة.

فصل: فإن كان القضاء على غير سلف مثل أن يكون من بيع، فلا يخلو أن يكون ما ثبت منه في ذمته من ذلك بالعدد أو الوزن، فإن ثبت مقدراً بالعدد، فلا يجوز أن يقضيه وزناً، لأن العدد معنى قد ثبت به في الذمة ثمن، فلا بد من مراعاته كالوزن، وإن ثبت في ذمته مقدراً بالوزن والعدد، جاز أن يعطيه مثل ذلك الوزن على غير ذلك العدد؛ لأنه متى اجتمع الوزن والعدد، بطل حكم العدد.

مسألة: وإن كان ما ثبت في ذمته من ذلك مقدراً بالوزن، جاز أن يعطيه أكثر مما ثبت في ذمته من الوزن بخلاف القرض، إذا كان مثل صفة ما ثبت له أو أفضل، وجاز أن يعطيه أقل وزناً وأدون، ولا يجوز أن يعطيه أفضل وزناً، وأدون صفة، ولا أفضل صفة، وأنقص وزناً، لما ذكرناه مما يدخله من التفاضل بصورة التشاح والتغابن.

مسألة: فإن أراد أن يقضيه عدداً، فإن كان العدد أفضل عيوناً ووزناً كالقائمة من المجموعة، جاز، وإن كانت أفضل عيوناً وأقل وزناً كالفردى من المجموعة، جاز، وإن كانت أفضل عيوناً، وأقل وزناً، لم يجوز لما قدمناه.

١٣٠٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ جَدِّهِ مَالِكِ بْنِ أَبِي عَامِرٍ أَنَّ عَثْمَانَ بْنَ عَفَانَ قَالَ: قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ وَلَا الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ»^(١).

١٣٠٤ - أخرجه مسلم كتاب المساقاة برقم ٧٨ باب الربا، عن عثمان بن عفان. أحمد ١٠٩/٢، عن ابن عمر. البيهقي في السنن ٢٧٨/٥، عن عثمان بن عفان. الطحاوي في معاني الآثار ٦٦/٤، عن عثمان بن عفان. الخطيب في تاريخه ٣٩٣/٣، عن عثمان بن عفان. ابن عدى في الكامل ٤٢٩/٦، عن عثمان بن عفان.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٨٦/٨: هكذا هذا الحديث في الموطأ عند جماعة، رواه - فيما علمت - ورواه ابن أبي حازم، عن مالك، عن مولى لهم، عن مالك بن أبي عامر، وابن أبي حازم من كبار أصحاب مالك.

حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا بكر بن عبدالرحمن بن عبدالله، حدثنا أحمد بن داود ابن موسى، حدثنا يعقوب بن حميد، حدثنا عبدالعزيز بن أبي حازم، عن مالك بن أنس، عن مولى لهم، عن مالك بن أبي عامر، عن عثمان بن عفان، أن النبي ﷺ قال: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين».

٢٣٤ كتاب البيوع

الشرح: قوله: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين» يحتمل المنع من التفاضل فى العدد لما جرت به العادة من التعامل بها عددًا، ومنع قطعها، فكان ذلك منعا من التفاضل فيها على ذلك الوجه، لأن زيادة دينار آخر قلما يوجد من التفاضل بين الذهبين على هذا الوجه، فنص على أقل الزيادة، لينبهه بذلك على المنع من أكثرها.

ويحتمل أن يريد به المنع لمن رآه باع دينارًا بدينار، فخص فعله ذلك بالمنع، كما روى أبو سلمة عن أبي سعيد أنه قال: كنا نبيع تمرًا لجمع صاعين بصاع، فقال النبي ﷺ: «لا صاعى تمر بصاع، ولا صاعى حنطة بصاع، ولا درهمين بدرهم».

=يقال: اسم هذا المولى كيسان ولا يصح، وهذا الحديث يرويه بكير بن الأشج، عن سليمان بن

يسار، عن مالك بن أبي عامر، عن عثمان - رضى الله - عنه مسندا.

وقد روى من حديث أبي سهيل بن مالك، عن أبيه، عن عثمان مسندا.

أخبرنا عبدالله بن محمد بن يوسف، وسعيد بن سيد، قالا: حدثنا عبدالله بن محمد ابن علي،

قال: حدثنا أحمد بن خالد بن يزيد، قال: حدثنا عبيد بن محمد الكشورى إملاء بصنعاء، قال:

حدثنا يزيد بن خالد الدملي، قال: حدثنا عبدالله بن وهب، قال: حدثني مخزومة بن بكير، عن

أبيه، قال: سمعت سليمان بن يسار أنه سمع مالك بن أبي عامر يحدث عن عثمان بن عفان أن

رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين».

قال أحمد بن خالد: قال لنا الكوشرى: يزيد بن خالد كتبت عنه بمكة وكان يحدث عن الليث،

وكان أثبت الناس فيه، قال أحمد: فى هذا الحديث رحلة.

أخبرنا إبراهيم بن شاكر، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أيوب الرقى،

قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن عبدالحق، قال: حدثنا عمرو بن مالك، قال: حدثنا عبدالله بن

وهب، قال: حدثنا مخزومة بن بكير، عن أبيه، قال: أخبرني سليمان بن يسار، أن مالك بن أبي

عامر، حدثه عن عثمان، عن النبي ﷺ قال: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم

بالدرهمين». قال أحمد بن عمرو البزار: وهذا الحديث قد رواه أبو سهيل بن مالك، عن أبيه، عن

عثمان رواه عاصم بن عبدالعزيز الأشجعى وعاصم ليس بالقوى، ولا يروى هذا الحديث، عن

عثمان إلا من حديث مالك، عن أبي عامر.

قال أبو عمر: حديث أبي سهيل فى هذا عن أبيه، حدثناه خلف بن القاسم، قال: حدثنا

عبدالوهاب بن محمد بن سهل بن منصور النصيبى، قال: حدثنا أبو يعلى أحمد بن علي بن المثني،

قال: حدثنا أبو موسى إسحاق بن موسى الأنصارى، قال: حدثنا عاصم ابن عبدالعزيز

الأشجعى، عن أبي سهيل بن مالك، عن أبيه، عن عثمان بن عفان، قال: قال رسول الله ﷺ:

«لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين، ولا الدينار بالدينارين».

١٣٠٥ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ بَاعَ سِقَايَةَ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ بِأَكْثَرِ مِنْ وَزْنِهَا، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَنْهَى عَنْ مِثْلِ هَذَا إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، فَقَالَ لَهُ مُعَاوِيَةُ: مَا أَرَى بِمِثْلِ هَذَا بَأْسًا، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ: مَنْ يَعْذِرُنِي مِنْ مُعَاوِيَةَ، أَنَا أُخْبِرُهُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَيُخْبِرُنِي عَنْ رَأْيِهِ، لَا أَسَاكُنُكَ بِأَرْضِ أَنْتَ بِهَا، ثُمَّ قَدِمَ أَبُو الدَّرْدَاءِ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِلَى مُعَاوِيَةَ أَنْ لَا تَبِيعَ ذَلِكَ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَزْنًا بِوِزْنٍ.

الشرح: ما ذهب إليه معاوية من بيع سقاية^(١) الذهب بأكثر من وزنها، يحتمل أن يرى في ذلك ما رآه ابن عباس من تجويز التفاضل في الذهب نقدًا، ويحتمل أن يكون لا يرى ذلك، ولكنه جوز التفاضل بين المصوغ منه وغيره لمعنى الصياغة.

وقول أبي الدرداء: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا»، أنكر عليه فعله من تجويزه التفاضل في الذهب، واحتاج إلى الاحتجاج بنهى النبي ﷺ عن مثل ذلك؛ لأن معاوية من أهل الفقه والاجتهاد، فليس لأبي الدرداء صرفه عن رأيه الذى روى، إلا بدليل وحجة بيّنة.

وقد روى ابن أبي مليكة: قيل لابن عباس: هل لك فى أمير المؤمنين معاوية ما أوتر إلا بواحدة، قال: أصاب، إنه فقيه.

١٣٠٥ - أخرجه النسائى فى البيوع ٤٥٧٠. أحمد فى مسند القبائل ٢٦٩٨٣. رواه الشافعى فى

الرسالة فقرة ١٢٢٨. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٨٠/٥. معرفة السنن والآثار ١١٠٤١.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨٧/٨: ظاهر هذا الحديث الانقطاع؛ لأن عطاء لا أحفظ له سماعاً من أبى الدرداء، وما أظنه سمع منه شيئاً؛ لأن أبا الدرداء توفى بالشام فى خلافة عثمان لستين بقينا من خلافته، ذكر ذلك أبو زرعة، عن أبى مسهر، عن سعيد بن عبد العزيز.

(١) قال ابن عبد البر: والسقاية: الآنية، قيل: إنها آنية كالكأس وشبهه، يشرب بها. وقال الأخفش: السقاية الإناء الذى يشرب به. وقال أبو عبيدة فى قوله عز وجل: ﴿جَعَلَ السَّقَايَةَ فِى رِجْلِ أَحْيِيهِ﴾، قال: السقاية مكيال كان يسمى السقاية. وقال غيره: بل كل إناء يشرب فيه. وذكر ابن حبيب، عن مالك، قال: السقاية البرادة يبرد فيها الماء، تعلق. وقال الأخفش: أهل الحجاز يسمون البرادة سقاية، ويسمون الحوض الذى فيه الماء سقاية. وقال ابن وهب: بلغنى أنها كانت قلادة حرز، وذهب وورق. وقال ابن حبيب: من قال إن السقاية قلادة فقد وهم وأخطأ، وهو قول لا وجه له عند أهل العلم باللسان.

٢٣٦ كتاب البيوع

فصل: وقول معاوية: «ما أرى بمثل هذا بأساً» يحتمل أن يرى القياس مقدماً على أخبار الآحاد على ما روى عن مالك، وذلك لما يجوز على الراوى من السهو والغلط والصواب تقديم خبر الواحد العدل؛ لأن السهو والغلط يجوز فيه على الناظر المجتهد أكثر مما يجوز على الناقل الحافظ الفقيه، وقد بينت ذلك فى أحكام الفصول.

ويحتمل أن يرى تقديم أخبار الآحاد، إلا أنه حمل النهى على المضروب بالمضروب دون المصوغ بالمضروب، ورأى أن الصياغة معنى زائد يجوز أن يكون عوضاً للفضل على حسب ما يقول أبو حنيفة فيمن باع مائة دينار فى قرطاس بمائتى دينار: إن ذلك جائز، ويجعل القرطاس عوضاً للمائة الأخرى.

فصل: وقوله أبى الدرداء: «من يعذرني من معاوية، أنا أخبره عن رسول الله ﷺ ويخبرني عن رأيه»^(٢) إنكار منه على معاوية التعلق برأى يخالف النص، ولم يحمل ذلك من معاوية على التأويل، وإنما حمّله منه على رد الحديث بالرأى إما لأنه لم يرد بقوله عن مثل هذا إلا المصوغ بالمضروب، وفيه نقل النهى، فيمتنع التأويل والتخصيص.

وإما لأنه حمل قول معاوية: «ما أرى بمثل هذا بأساً» على تجويز التفاضل بين الذهبين فى الجملة دون تفضيل. وأما التأويل، فلا خلاف فى جوازه، وفيما قاله أبو الدرداء تصريح بأن أخبار الآحاد مقدمة على القياس والرأى.

وقوله: «لا أساكنك بأرض أنت فيها» مبالغة فى الإنكار على معاوية وإظهار لهجره والبعد عنه حين لم يأخذ بما نقل إليه من نهى النبى ﷺ ويظهر الرجوع عما خالفه.

فصل: وقوله: «ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب» فذكر ذلك له على معنى رفع ما ينكر إلى الإمام إذا لم يستطع على تغيير المنكر عنده، فكتب عمر بن الخطاب إلى معاوية أن لا يبيع ذلك إلا وزناً بوزن، على حسب ما يجب على الإمام من أمر حكامه باحكم بالحق والتبصير لهم بصواب الأحكام.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٩٣/٨: ربما كان ذلك منه أنفة لمجاورة من رد عليه سنة علمها من سنن رسول الله ﷺ برأيه، وقد تضيق صدور العلماء عند مثل هذا، وهو عندهم عظيم، رد السنن بالرأى. وجائز للمرء أن يهجر من خاف الضلال عليه، ولم يسمع منه، ولم يطمعه، وخاف أن يضل غيره، وليس هذا من الهجرة المكروهة، ألا ترى أن رسول الله ﷺ أمر الناس أن لا يكلموا كعب بن مالك حين أحدث فى تخلفه عن تبوك ما أحدث حتى تاب الله عليه، وهذا أصل عند العلماء فى مجانبة من ابتدع، وهجرته، وقطع الكلام معه.

كتاب البيوع ٢٣٧

وقوله: «إلا وزناً بوزن» يقتضى المنع من الجزاف فى ذلك؛ لأن ما حرم فيه التفاضل يجرم فيه الجزاف؛ لأنه لا يعلم معه التساوى والجهل، فالتساوى كالعلم بالتفاضل فى التحريم، والمنع من صحة العقد، ولا يجوز التحرى فى هذا لما جرت العادة من قلة التسامح بيسيره، ولم ينكر عمر رضى الله عنه على معاوية ما راجع به أبو الدرداء لما احتمل من التأويل، على ما قدمناه، والله أعلم وأحكم.

١٣٠٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالذَّهَبِ، أَحَدُهُمَا غَائِبٌ وَالْآخَرُ نَاجِزٌ، وَإِنْ اسْتَنْظَرْتَكَ إِلَى أَنْ يَلِجَ بَيْتُهُ، فَلَا تُنظِرُهُ، إِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمُ الرَّمَاءَ، وَالرَّمَاءُ هُوَ الرَّبَا.

١٣٠٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا شَيْئًا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ، وَإِنْ اسْتَنْظَرْتَكَ إِلَى أَنْ يَلِجَ بَيْتُهُ، فَلَا تُنظِرُهُ، إِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمُ الرَّمَاءَ، وَالرَّمَاءُ هُوَ الرَّبَا.

الشرح: قوله: «ولا تبيعوا الورق بالذهب، أحدهما غائب، والآخر ناجز» منع من تأخر أحد العوضين فى الصرف عن حال النقد، وذلك يمنع الأجل فى الصرف، والعقد على تأخير قبضه؛ لأن الناجز هو ما يُجز القبض فيه حال العقد، والغائب يصح أن يراد به ما غاب عن المشاهدة حال العقد مثل أن يكون فى كم الصيرفى أو فى تابوته،

١٣٠٦ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٣٤، ٢١٧٠، ٢١٧٤. مسلم فى المساقاة ١٥٨٦. الترمذى فى البيوع ١٢٤٣. النسائى فى البيوع ٤٥٥٦. أبو داود فى البيوع ٣٣٤٨. ابن ماجه فى التجارات ٢٢٥٣، ٢٢٥٩، ٢٢٦٠. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٦٣، ٢٤٠، ٣١٦. الدارمى فى البيوع ٢٥٧٨.

١٣٠٧ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٣٤، ٢١٧٠، ٢١٧٤. مسلم فى الجنائز ٩٥٤، المساقاة ١٥٨٦. الترمذى فى البيوع ١٢٤٣. النسائى فى البيوع ٤٥٥٦. ابن ماجه فى التجارات ٢٢٥٣، ٢٢٥٩، ٢٢٦٠. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٦٣، ٢٤٠، ٣١٦. الدارمى فى البيوع ٢٥٧٨.

٢٣٨ كتاب البيوع

ويحتمل أن يريد به ما غاب الحضور وقت العقد، وهذا هو الأظهر فيه لمقابلته بالناجز، ولو أراد المشاهدة لقال: ولا تبيعوا منها غائباً بمشاهد.

وقد كره مالك أن يعقد مع الصيرفي على دينار بدرهم، فيدفع إليه الدينار، فيخلطه بذهبه أو في تابوته، ثم يخرج الدرهم، ويترك الدينار حتى يخرج الدرهم، ويحضر العينان، فهو أبلغ في المناجزة صورة ومعنى؛ لأن أخذ الدينار وتغييره ثم إخراج الدرهم بعد ذلك ليس على صورة المناجزة، بل هي من أفعال التأخير وصفة التبائع، فيما لا يراعى فيه التقابض والتناجز.

مسألة: فإن تعاقدوا الصرف، ولم يكن عند أحد منهما ما عقد عليه، ثم استسلف أحدهما ديناراً، والآخر دراهم، ولم يفترقا حتى تقابضا، لم يجز ذلك؛ لأن كل واحد منهما قد عقد الصرف على غائب، لم يكن حاضر الصفة، فيعقد عليه، ولا كان على يقين من إمكان ما يقبضه، فقد دخل في العقد على غير ما يقتضيه، ويصححه من التناجز والتقابض حال العقد.

مسألة: وإن أخرج أحدهما الدينار، واستسلف الآخر الدرهم، فتناقدا، قال أشهب: لا يجوز ذلك. وقال ابن القاسم: إن كان شيئاً قريباً كحل الصرة، ولا يقوم لذلك، ولا يفترقان، فلا بأس به.

وجه قول أشهب أن عقد الصرف قد تناول غائباً، والفساد في أحد العوضين كالفساد فيهما في إبطال العقد.

وجه قول ابن القاسم أن الذي حضر عوضه، ولم يحتج أن يستسلف يصح العقد من جهته؛ لأنه صارف بناجز، وعقد الصرف على أن صاحبه بمثابته، فهو يقول لصاحبه إنك أردت الاستسلاف؛ لإفساد ما انعقد بيننا من الصرف على الصحة، فلا أصدقك كما لو أسلفه دنائير، ثم ادعى أنه قصد الانتفاع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن حلول ما في الذمة يقوم مقام حضور ما هي مشغولة به، والقبض ينتج فيه بإبرائها منه، فإن كان لرجل على رجل دراهم، لم يجز أن يدفع إليه فيها ذهباً قبل الأجل؛ لأن ذلك من باب التناجز في الصرف؛ لأن تأجيلها يقوم مقام تأخير القبض فيها إلى أجلها، ولا بأس إذا حل أجلها.

والأصل في ذلك ما روى عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير وأخذ الدرهم، فذكرت ذلك للنبي ﷺ قال: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم يفرق بينكما شيء»^(*).

(*) أخرجه الترمذي حديث رقم ١٢٤٢. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٥٨٢. أبو داود=

كتاب البيوع ٢٣٩
ومن جهة المعنى أن حلول ما فى الذمة بمنزلة حضوره والإبراء منه مقام القبض فيه،
وذلك يقتضى الجواز، ولو كان لرجل على رجل دنانير، ولآخر عليه دراهم حالة، جاز
أن يتطارحاها، صرفاً لما ذكرنا.

مسألة: والغاصب إذا غصب دنانير، ثم لقى صاحبها، وقال: ذهبك فى دارى
فصارفه عنها بدراهم، روى ابن القاسم عن مالك جواز ذلك؛ لأن ما غصب من
الذهب متعلق بذمته، ويصح قبضه له بالبراءة.

وهذا القول مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين فى الغصب، وقد ذكر القاضى
أبو الحسن أن هذه رواية عن مالك.

مسألة: وأما الوديعة، فهل يجوز ذلك فيها، قال ابن القاسم: لا يجوز. وروى فى
كتاب ابن المواز أشهب عن مالك أنه جائز.

وجه الرواية الأولى فى ذلك أن حق المودع متعلق بعين ماله؛ لأنه لم يتعلق بذمة
غيره، فلا يجوز أن يصارف به إلا عند حضوره.

ووجه القول الثانى أنه لما كان للمودع التصرف فيها بالاستسلاف، ومالكاً لذلك؛
لكونها فى يده صح أن يعتقد عند الصرف أنه قد استسلفها، فتعلق بذمته ثم يصارف
فيها، ويجب على هذا أن لا يجوز فى الحلّى قولاً واحداً.

مسألة: وأما الرهن، فقال ابن القاسم: لا يجوز ذلك فيه. وقال مالك من رواية محمد
عنه ذلك جائز.

وجه الرواية الأولى ما قدمناه من تعلق حق الراهن بعين ماله.

ووجه الرواية الثانية تعلق الرهن بضمان المرتهن، ويجيء على هذا التعليل جوازه فى
العارية، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وإن استنظرك إلى أن يلج بيته، فلا تنظره» يريد المنع من التفرق قبل
التناجز بالتقايض، وإن قرب، قبض أحد العوضين عن وقت الصرف بطل العقد فيه،
هذا إذا كان مقتضى العقد، فإن العقد مبنى على الفساد، وإن عرا عن ذلك العقد،
فإختاراً ذلك بعد تمام العقد، طراً على العقد الفساد لعدم ما هو شرط فى صحته،

=حديث رقم ٣٣٥٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٦٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٨٦٨،

٥٥٣٠. الدارمى حديث رقم ٢٥٨١.

٢٤٠ كتاب البيوع
وتمامه بأن طلب أحدهما صاحبه بالتناجز، وامتنع منه الآخر حتى احتاجا إلى التفرق
والتحاكم.

مسألة: والتأخر اليسير من أحد عوضى الصرف يقوم مقام تأخر جميعه فى إبطال
العقد، وهذا مبنى على أن العقد متى بطل بعضه لحق الله تعالى، بطل جميعه، وذلك بأن
تجمع الصفقة حلالاً وحراماً، فإنه يبطل جميعها، هذا المشهور من مذهب مالك.

ورأيت لزياد بن عبد الرحمن الأندلسى رواية عن مالك فيمن سلم مائة دينار فى
مائة أردب حنطة، ففضى فيها خمسين وأخذ خمسين، أنه يصح منها ما قضى ثمنه،
ويبطل ما أخذ ثمنه، وهذا يقتضى أنه إنما يبطل من الصفقة ما يخص به الفساد، ويصح
منها ما عرا عن الفساد، وبه قال الشافعى.

فصل: وقوله: «إني أخاف عليكم الرما» والرما هو الربا، أصل الربا فى كلام
العرب الزيادة، يقال: أربيت على كذا، بمعنى زدت عليه، فمعنى ذلك أنسى
أخاف عليكم الزيادة فى أحد العوضين من جنس واحد فى العين، والزيادة هى الربا
الذى نهى الله تعالى عنه فى قوله تعالى: ﴿وحرّم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ونهى عنه
رسوله ﷺ.

١٣٠٨ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ:
الدينارُ بالدينارِ، والدِّرْهُمُ بالدِّرْهِمِ، وَالصَّاعُ بالصَّاعِ، وَلَا يُبَاعُ كَالْيِ بِنَاجِزٍ.
الشرح: قوله: «الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم» يريد متساويين.

وقوله: «الصاع بالصاع» يريد من جنس واحد، «ولا يباع كالي بناجز» يريد
مؤخراً بمعجل، ويحتمل أن يريد من الجنس الواحد، والجنسين إذا جمعهما علة واحدة
فى الربا، وهذا الذى عليه جمهور الفقهاء، وبه قال الشافعى. وجوز ذلك أبو حنيفة
وسياتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٣٠٩ - مَالِكُ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: لَا رَبِّا إِلَّا
فِي ذَهَبٍ أَوْ فِي فِضَّةٍ أَوْ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ بِمَا يُؤْكَلُ أَوْ يُشْرَبُ.

١٣٠٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٩١.

١٣٠٩ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٢/٨. الأثر ١٤١٣٩. البيهقى فى السنن الكبرى

١٨٦/٥. معرفة السنن والآثار ١١٠٦٣/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٩٢.

كتاب البيوع ٢٤١
الشرح: قوله: «لا ربا إلا في ذهب أو فضة» يقتضى أن علة الربا فيهما عنده ما قدمناه من أنها أصول الأثمان، وقيم المتلفات.

وقوله: «أو ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب» يقتضى أن علة الربا عنده فى المطعوم أنه مطعوم مكيل أو موزون، فعلى هذا يثبت الربا عنده فى الخضر الموزونة والفواكه الرطبة المكيّلة، فقد تقدم الكلام فى ذلك.

١٣١٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: قَطَعُ
الذَّهَبَ وَالْوَرِقَ مِنَ الْفَسَادِ فِي الْأَرْضِ.

الشرح: قوله: «إن قطع الذهب والورق من الفساد فى الأرض» يريد قطع الدينارين الصحاح والدراهم الصحاح من الفساد فى الأرض، وذلك على ضربين، أحدهما: أن يقطعها لبيعها مقطعة، فإنه من الفساد؛ لأنه يتسبب إلى إدخال الغش فى الذهب والورق؛ لأنه إذا قطعت صغاراً أدخل بينها المغشوش، وتسامح الناس بإنفاق اليسير منه فى الجملة، وخفى على كثير من الناس تمييزه من غيره.

والضرب الثانى: قرضها فى البلد الذى يجرى فيه عدداً لمنفقها عدداً، فتبقى عنده ما قد قرض منها حبة من كل مثقال، فيستعضل ذلك، فهذا لا يجوز؛ لأنه من الغش. ووجه ذلك أن الذى يأخذ منه إنما يأخذه على أنه وازن، ولا فرق بين أن يغش بنقصه أو يغش بإدخال الداخل فى جودته.

وقد قال الشيخ أبو إسحاق: يؤدب كاسر الدينارين والدراهم قال الله تعالى: ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ أَصْلَاتِكَ تَأْمُرُكَ أَنْ نَتْرَكَ مَا يَعْبُدُ آبَاؤُنَا أَوْ أَنْ نَفْعَلَ فِي أَمْوَالِنَا مَا نَشَاءُ﴾، قال: كانوا يكسرون الدينارين والدراهم. وقال سعيد بن المسيب: هو من الفساد فى الأرض، ولذلك قطع عبد الله بن الزبير وعمر بن عبد العزيز يد من فعل ذلك، وذلك غير لازم؛ لأنه خيانة وغش، فلم يجب فيه قطع كسائر ما يغش فيه من الأعواض.

مسألة: وهذا فى الدينارين الصحاح والدراهم الصحاح، فأما ما قدم قطعه، فهل يمنع من قطعه أم لا؟ كرهه مالك، وقال ابن القاسم: كل ما لا يقع عليه اسم درهم، فلا بأس بقطعه. وقال أصبغ: كل ما ليس بمدور، فلا بأس أن يقطع منه.

١٣١٠ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٨/١٣٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم

٢٤٢ كتاب البيوع

وجه قول مالك أن القرض الكثير أقرب إلى الميز وأبعد من الغش من القرض الصغير.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فبالناس حاجة إلى التبايع بكسور الدنانير والدرهم، فمن ابتاع بكسر دينار أو درهم في موضع الصحاح، فلا يخلو أن يكون ديناراً يستثنى منه جزءاً من الذهب أو جزءاً من الورق، فإن كان المستثنى جزءاً من الذهب، فقد قال ابن المواز فيمن اشترى بعشرين قيراطاً من ذهب، أو بمئقال غير ربع مئقال: أنه يقضى عليه بالدرهم.

وتحرير ذلك عندي أن ما جرت العادة أن ينقص من الدينار الصحيح غالباً، ويوجد على ذلك الوزن كثيراً كالقيراط والقيراطين، فإنه يقضى عليه بالدينار، وما لم يجر العادة بنقصه من الدينار الصحيح إلا نادراً، وإذا نقص منه خرج إلى حد المجموعة، لم يقض عليه فيه، إلا بالدرهم؛ لأنه إن قضى عليه بالدينار الصحيح كلف من هو عليه ما يتعذر وجوده، أو كلف من هو له أن يأخذ مقطوعاً، وفي ذلك ترك بعض حقه، ولو وقعت المبيعة بدينار إلا سدساً إلى أجل، جاز ذلك، وقضى عليه عند انقضاء الأجل بالدرهم.

فرع: ولو تبرع من هو عليه بأداء دينار؛ ليبقى له سدس من دينار، ورضى بذلك القابض، جاز ذلك؛ لأنه تبرع بسلف سدس دينار. وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه توقف في ذلك بعد أن قال: لا يعجبني.

مسألة: ولو كان الجزء المستثنى ورقاً، فلا يخلو أن يكون حالاً أو إلى أجل، فإن كان حالاً، جاز ذلك في أقل من دينار، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، وإن كان إلى أجل، لم يخل أن يكون جزءاً يسيراً أو كثيراً.

فإن كان كثيراً، لم يجز جملة، وإن كان يسيراً، لم يخل من أن يختلف الدينار والدرهم في التعجيل والتأجيل، أو يتفقا في ذلك، فإن اختلفا مثل أن يتعجل الدينار والسلعة مع أحدهما، ويتعجل الآخر مفرداً، فهذه الأوجه المشهور من المذهب منعها.

وقد روى ابن المواز عن ابن عبد الحكم عن مالك إجازة تعجيل الدينار، وتأخير السلعة والدرهم. وروى ابن القاسم عن مالك أنه رجع عنه.

ومعنى رواية ابن عبد الحكم أن الصرف اليسير الذي هو تبع للمبيع، له حكم البيع في التعجيل والتأجيل، كما أن المبيع اليسير الذي هو تبع للصرف له حكم الصرف،

كتاب البيوع ٢٤٣
وهذا خلاف ما رواه ابن القاسم فى المدونة: أن الفضة اليسيرة مع السلعة بالذهب، لا يكون صرفاً، لقتها لا يصلح التأخير فيها فى قول مالك.
ووجه ذلك تغليب الحظر على الإباحة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن اتفقا فى التقديم أو التأخير، فلا يخلو أن يتعجل الدينار والدرهم، وتأجل السلعة أو تتعجل السلعة، وتأجل الدينار والدرهم، فإن تعجل الدينار والدرهم، وتأجلت السلعة، فقد روى ابن القاسم عن مالك: لا يجوز. وروى أشهب وابن عبد الحكم عن مالك: هو جائز.

وجه رواية أشهب أن التناقد وجد بالدينار والدرهم، فلم تمتنع مخالفة الثوب لهما من الجواز كما لو تعجل الثوب، وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد.

مسألة: وإن تعجلت السلعة، وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد، فقد قال ابن المواز: لم يختلف أصحابنا فى إجازته.

والفرق بين هذه المسألة وبين التى قبلها على مذهب ابن القاسم أنه إذا تعجل الدينار والدرهم، وتأخرت السلعة، فقد وجد الصرف بينهما وكمل، فوجب أن يتعجل ما معهما من ثوب أو غيره، فإذا لم يتعجل، بطل ذلك كله؛ لتأخر القبض فى بعض أعراض الصرف.

وأما إذا تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم، فإن ذمة بائع الثوب ليست بمشغولة بدرهم ولا غيره، وذمة مشتري الثوب مشغولة بدينار غير قدر الدرهم، فليس بينهما صرف، وإنما هو بيع ثوب بدينار غير هذا المقدار من الدينار، فتأخر العوضين فيه، لا يمنع صحة العقد.

وهذا المعنى لم يجوز أن يقدر النقص بدراهم كثيرة، يختلف بها قدر ما ينقص الدينار عند الأجل؛ لاختلاف الأسواق اختلافاً كثيراً، وإنما يجوز ذلك فى الدرهم والدرهمين؛ لقلّة ما يؤثر اختلاف الأسواق بهذا المقدار فى الدينار.

فروع: وكم قدر اليسير الذى يجوز من ذلك؟ قال فى المدونة: يجوز فى الدرهم والدرهمين، ومنعه فى الثلاثة، وقال: لا خير فيه. وقد أجازته مالك فى المختصر الكبير فى الثلاثة الدراهم. وقال الشيخ أبو بكر: يجوز ذلك فيما بينه وبين ثلث دينار؛ لأنه فى ذلك يكون تبعاً.

٢٤٤ كتاب البيوع

وأصل هذه المسألة أنه إذا استثنى جزءاً من الذهب، فقد يستثنى بلفظ الذهب، وإن كان يسيراً، قضى عن المبتاع بالذهب، وإن كان المستثنى كثيراً، مثل أن يشتري سلعة بدينار إلا سدساً أو إلا خمساً، لم يقض عليه إلا بالدرهم لما تقدم.

فرع: ولو باع رجل ثوباً بنصف دينار إلى أجل، ثم باعه بعد ذلك سلعة بنصف دينار، إلى ذلك الأجل على أن يدفع إليه ديناراً عند الأجل، فقد قال مالك في الموازية: لا يعجبني ذلك، ولو لم يشترط ذلك، فأراد المبتاع أن يدفع إليه صرف نصفين عند الأجل، لم يكن له ذلك، ويجبر على أن يدفع إليه ديناراً.

قال ابن القاسم: على ما أحب أو كره، وهذا عندي فيه نظر؛ لأنه إذا كان يجبر عند الأجل على دفع الدينار، إن اختار ذلك البائع، فلا يضر اشتراط ما هو من مقتضى تعاملهما، ويجبر عليه من أباه منهما، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن اشترط ذلك بلفظ الورق، فقد اشترط البائع على المبتاع الذهب، ويرد هو عليه المستثنى، ولا يلزم على هذا أن يعتبر بسعر الدرهم حين العقد؛ لأنه لا يمتنع أن يكون الاعتبار بالمستثنى بالبلغ، ويراعى تأثيره في المال المستثنى منه كالمكيل يستثنى من الصبرة، أو ثمرة الحائط، وهذا يدل على رواية أشهب ومائحا إليه ابن القاسم في روايته عن مالك.

وأما على رواية ابن المواز في قوله: إن الاعتبار بمقدار الدرهم حين العقد دون وقت الاقتضاء، وإنما جاز ذلك في القليل دون الكثير؛ لأن صحيح الدينار هو ما ينقص منه القيراط والاثنان والثلاثة، وما ينقص منه أربعة قيراط وخمسة، فهو من جملة المجموعة.

وكذلك من باع بمئقال غير سدس، قضى له بالدرهم، ومن باع بمئقال غير قيراط، قضى له بالدينار، وإنما يجوز من الاستثناء بالدرهم ما لم تتغير نسبة الدينار؛ لأنه إذا باع بمئقال إلا درهماً وإلا درهمن، فقد باع بدينار صحيح؛ لأنه بمنزلة أن يبيع بدينار غير قيراطين، وهو من جملة الصحيح، فلم يكن للاستثناء تأثير في تغيير صفة الدينار، وإذا باع بدينار إلا خمسة دراهم، فقد باع بدينار صحيح.

ولو استثنى بلفظ الدرهم؛ لأخذ مجموعاً؛ لأنه بمنزلة أن يبيع بدينار غير ربع دينار، وذلك ينفي أن يكون صحيحاً، ويجعله من جملة المجموع، فكان للاستثناء بالدرهم تأثير في تغيير صفة الدينار، فدخل بذلك في حكم الصرف الذي لا يجوز فيه التأخير.

فرع: فإذا قلنا بالمشهور من المذهب أنه لا يجوز إلا في الدرهم والدرهمن، فلو باع

كتاب البيوع ٢٤٥
رجل مائة ثوب كل ثوب بمائة دينار إلا درهماً، فهل يجوز أن يكتب عليه مائة دينار إلا مائة درهم؟ فى العتبية من رواية أشهب: أن ذلك جائز، ولا يصلح أن يحمل عليه دينار يكتب عليه إلى أجل. وفى كتاب ابن المواز: لا يجوز ذلك إلا أن يقوم الدينار قبل أن يفترقا.

وجه الرواية الأولى أن هذه الرواية مبنية على أن المراعى فى الصرف يوم القضاء دون وقت العقد، وذلك غير معلوم قبل أوأانه.

وجه الرواية الثانية ما احتج به ابن المواز من أنه إذا حان الأجل، فدفع إليه مائة دينار وأخذ مائة درهم، فهو صرف مستأخر عن العقد، وهذا القول مبنى على مراعاة مقدار الدرهم من الدينار يوم العقد.

وقد روى ابن المواز فى هذه المسألة وجهين آخرين، أحدهما: يجوز نقداً، ولا يجوز إلى أجل. والثانى: لا يجوز نقداً ولا إلى أجل. فأما منعه بالأجل، فإنهما إن قوما الدراهم بالذهب حين العقد دخله من الفساد ما تقدم بما احتج به لرواية أشهب، وإن أخرا ذلك، دخله من الفساد ما احتج به ابن المواز.

وجه منع ذلك فى النقد أيضاً ما يدخله من البيع والصرف فى الكثير من كل واحد منهما؛ لأن الدراهم إذا كثرت كثر قدرها من الدينار، واختلف ذلك إلى الأجل، فاختلف أسواقها مؤثر فى قدر الناقص من الدينار جهالة.

فروع: ولو باعه ثوباً بخمسة دنانير وأخره حتى يدفع إليه ديناراً، ويأخذ منه درهماً أو دفع إليه ديناراً، وأخذ منه درهماً واحداً بأربعة دنانير حتى يقبضه إياها، لم يجوز.

ولو باعه سلعة بخمسة دنانير إلا ربع دينار أو سدس دينار، فنقده أربعة دنانير حتى يأتيه بالربع دينار، ويدفع إليه الدينار أو دفع إليه الدينار، وقبض منه ربع دينار، وبقيت أربعة دنانير، فقد قال ابن القاسم عن مالك: أنه يجوز.

فرق: والفرق بين المسألتين أنه إذا باعه بخمسة دنانير إلا درهماً، فإن نقص الدينار الخامس إنما يتقدر بغير جنسه، وبه يتحقق دون جنس الدينار؛ لأنه لو راما تقديره بجنس الدينار، لم يصح ذلك إلا بعد تقويم، ويدخله النقص والزيادة والتجاوز، فلزم بذلك دفع الدراهم وقبض الدينار، فأشبهه العوض، ووجب أن يراعى فى الصرف إذا ثبت للعقد، حكم الصرف.

ووجه آخر، وهو أنه لا يصح أن يكون له حقيقة الاستثناء من الجنس؛ لأنه لا يجوز عند بعض أصحابنا الاستثناء من غير الجنس، وإذا قلنا بجوازه على مشهور قول الجمهور من أصحابنا، فإنه لا ينقص به عدد المستثنى منه، وإنما يرجع إلى أن له حكمًا، وأما إذا باعه الثوب بخمسة دنانير غير ربع دينار، وإنما يتقدر النقص من الدينار الخامس بجنسه، فلا يلزم بائع الثوب دفع ربع الدينار، ولا يحتاج في تحقيق النقص به إلى تقويم، فلم يكن للربع الذى ينقص من الدينار حكم العوض، ولا له تعلق به، وإنما له حكم المستثنى بمنزلة ما لو قال: بعثك هذا الثوب بخمسة دنانير إلا دينارًا، فدفعت إليه ثلاثة دنانير وأخذ دينارًا، فلا خلاف فى جواز ذلك، والله أعلم.

قال مالك: وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ وَالْفِضَّةَ بِالذَّهَبِ جِزَافًا إِذَا كَانَ تَبْرًا أَوْ حَلِيًّا قَدْ صَبِغَ، فَأَمَّا الدَّرَاهِمُ الْمَعْدُودَةُ وَالذَّنَانِيرُ الْمَعْدُودَةُ، فَلَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ جِزَافًا حَتَّى يُعْلَمَ وَيُعَدَّ، فَإِنْ اشْتَرَى ذَلِكَ جِزَافًا، فَإِنَّمَا يُرَادُ بِهِ الْغَرْرُ حِينَ يُتْرَكُ عَدَدُهُ وَيُشْتَرَى جِزَافًا، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ بَيْعِ الْمُسْلِمِينَ، فَأَمَّا مَا كَانَ يُوزَنُ مِنَ التَّبْرِ وَالْحَلِيِّ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يُبَاعَ ذَلِكَ جِزَافًا، وَإِنَّمَا ابْتِيعَ ذَلِكَ جِزَافًا كَهَيْئَةِ الْحِنْطَةِ وَالتَّمْرِ وَنَحْوَهُمَا مِنَ الْأَطْعِمَةِ الَّتِي تُبَاعُ جِزَافًا، وَمِثْلُهَا يُكَالُ، فَلَيْسَ بِابْتِيعَ ذَلِكَ جِزَافًا بَأْسًا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز بيع الدنانير والدرهم جزافًا، وإن كان يجوز أن يباع الذهب والفضة جزافًا.

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون فى تأويل قول مالك فى ذلك، فقال محمد بن

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢٦/١٩، وقال: أجاز أكثر العلماء بيع الذهب بالورق جزافًا، عينا كان ذلك، دراهم كانت، أو دنانير، والمصوغ وغيره فى ذلك سواء؛ لأن التفاضل بينهما حلال جائز، وإذا جاز الدينار بأضعافه دراهم جاز الجزاف فى ذلك يدا بيد، كما يجوز القصد إلى المفاضلة بينهما يدا بيد. وإلى هذا ذهب الشافعى، وأبو حنيفة، وأصحابهما، وداود، ولم يجعلوه قمارًا، ولا غررًا.

وأما قول مالك: التبر، والحلى تباع جزافًا كما تباع الحنطة والتمر، فهذا عنده على أن يكون البائع لا يعلم وزن الحلى، والتبر، ولا وزن الحنطة، والتمر، فإن علمه، ولم يعلمه المتبايع لم يجوز بيع ما دلس فيه بعب. وقد قال بقول مالك فى ذلك الأوزاعى، وطائفة. وأما الشافعى وأبو حنيفة، وأصحابهما، وداود، فذلك عندهم جائز. انتهى.

كتاب البيوع ٢٤٧
مسلمة: إن كان معدوداً مما له قدر وقيمة كثيرة، فإنه لا يجوز فيه الجزاف كالحیوان
والثیاب، وإنما يجوز الجزاف من ذلك فيما لا قدر له كالثیاء والجوز والبطيخ وصغار
الحیوان، وما قاله ينتقض بصبر الخنطة، وجزاف التبر، والحلى والمسك.

وأيضاً فإن الدراهم ليست بمعدودة، وإنما موزونة، وذهب القاضي أبو الحسن وعدة
من أصحابنا إلى أن ذلك على الكراهية، وتحتاج الكراهية إلى دليل كما يحتاج إليه
التحريم

وقال الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد: هو على التحريم، وعللاً ذلك بأن هذا
بمحرم الدينير والدراهم عدداً، فيرغب في الخفاف؛ لأنه يدخل في المائة بالوزن
منها مائة وعشرة عدداً، وتنفق مفردة، فتجوز بمواز الوزنة، وينفق منها الواحد في
الجملة، فيرغب الناس في خفافها، لهذا المعنى.

فإذا بيعت جزافاً دخله الغرر من وجهين، أحدهما: من جهة المبلغ في الوزن.
والثاني: من جهة المبلغ في العدد، فلم يجوز ذلك لكثرة الغرر. وأما الجزاف في سائر
المكيلات والموزونات، فإنما يدخل الغرر فيه من وجه واحد، وهو المبلغ في الكيل أو
الوزن، فلما قل الغرر فيها، جاز، وهذا الذي قالاه يقتضى جوازها جزافاً، بحيث لا
يجوز عدداً ولا يجوز إلا بالوزن خاصة.

والمسألة عندي مبنية على قول مالك، أن الدينير والدراهم لا تتعين بالعقد، وقد
اختلف في هذا الأصل قول ابن القاسم وأشهب، فقال ابن القاسم في السلم الثاني
فيمن شرط في الإقالة عين دراهمه، وهي موجودة حاضرة: إنه لا يستحق أعيانها،
وللمسلم إليه أن يدفع إليه غيرها.

وقال في كراء الرواحل: ومن اكترى راحلة بدراهم بأعيانها، ولم يكن العرف
النقد، ولا اشتراطه لا يجوز ذلك إلا أن يشترط أنها إن تلفت أعطاه غيرها، وهذا
يقتضى تعيينها. وقال أشهب: ذلك جائز، وعليه أن يأتي بغيرها وهذا ينفي التعيين.
وقال الشافعي: تتعين بالعقد.

والدليل على أنها لا تتعين بالعقد، قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِخَمْسِ دِرَاهِمٍ
مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠]. قال الفراء: الثمن ما ثبت في الذمة، والفراء إمام في اللغة،
فإذا ثبت أن الثمن في كلام العرب ما ثبت في الذمة، كان هذا الاسم منطلقاً على هذا
الجنس من المال، ويختص به اقتضى ذلك أن لا تتعين؛ لأنه متعلق بالذمة.

ودليلنا من جهة القياس أنه ثمن وجب أن يثبت في الذمة. أصله إذا أطلق العقد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن قلنا إن الدينارين والدراهم لا تتعين بالعقد، فإنه لا يجوز بيعها جزأً، لأن العقد عليها إنما يتناول ما في الذمة، والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة بعقد، وإنما يثبت منه المقدر بكييل أو وزن أو عدد، ألا ترى أن ما يجوز فيه الجزاف من القمح والشعير والكحل والحريز، لا يصلح أن يثبت في الذمة منه الجزاف، وإنما يثبت منه في الذمة المقدر بالكييل والوزن.

وإن قلنا إن الدينارين والدراهم تتعين بالعقد، فإنه يجوز بيعها جزأً كسائر الموزون والمكييل الذي يتعين بالعقد، ولذلك يجوز أن يباع تبره ومصوغه جزأً لما كان يتعين بالعقد، فلا خلاف في ذلك.

فصل: وقوله: «فإن اشترى ذلك جزأً، فإنما يراد به الغرر» يحتمل أن يريد به أن ما يشير إليه من الجزاف إنما استحق فيجب عليه مثله، ولا يعلم كم وزنه، فيكون المبيع مجهولاً، لا يتقدر بكييل ولا وزن ولا عدد، وهو من أعظم الغرر والخطر.

فصل: وقوله: «فأما ما يوزن من التبر والحلى، فلا بأس ببيعه جزأً كالحنطة والتمر وغير ذلك مما يكال» تعلق الشيخ أبو بكر والقاضي أبو محمد بظاهر هذا في منعهما ذلك في الدينارين والدراهم، لكونهما معدودين، وتجويزهما ذلك في التبر والحلى؛ لأن العدد لا يتأتى منهما، وإنما يعتبران بالوزن، وعلى هذا يجب أن يجوز الجزاف في المقطوع من الدينارين والدراهم التي لا يجوز فيها العدد، ويجوز ذلك في صحاحها بحيث لا يتقدر بالعدد، والقول الأول أظهر، والله أعلم.

قال مالك: من اشترى موصحفاً أو سيفاً أو خاتماً وفي شيء من ذلك ذهباً أو فضةً بدنانير أو دراهم، فإن ما اشترى من ذلك، وفيه الذهب بدنانير، فإنه ينظر إلى قيمته، فإن كانت قيمة ذلك الثلثين، وقيمة ما فيه من الذهب الثلث، فذلك جائز لا بأس به، إذا كان ذلك يداً بيد، ولا يكون فيه تأخير، وما اشترى من ذلك بالورق مما فيه الورق ينظر إلى قيمته، فإن كان قيمة ذلك الثلثين، وقيمة ما فيه من الورق الثلث، فذلك جائز لا بأس به، إذا كان ذلك يداً بيد، ولم يزل ذلك من أمر الناس عندنا^(١).

(١) أما اختلاف العلماء في هذه المسألة، فإن أبا حنيفة، وأصحابه، قالوا: لا بأس ببيع السيف =

كتاب البيوع ٢٤٩

الشرح: وهذا كما قال أن من اشترى مصحفًا أو سيفًا أو خاتمًا، وفي شيء من ذلك ذهب أو فضة بجنس ما هو حلى به، فإنه يجوز ذلك بثلاثة شروط، أحدها: أن يكون ذلك النوع من الحلى مباحا في الشرع استعماله، واتخاذ كالسيف والمصحف، وخاتم الرجل يكون فيه حلية الفضة، وحلى النساء فيه الذهب والفضة، فهذا لا خلاف فيه أنه مباح اتخاذه.

والأصل في ذلك ما روى حميد عن أنس أن النبي ﷺ كان خاتمه من فضة، وكان فضه منه^(٢).

وأما المصحف والسيف والخاتم للرجال محلى شيء منه بالذهب، فإن ظاهر هذا اللفظ إباحة ذلك في المصحف والسيف، وقد أشار إلى ذلك في الخاتم، ويحتمل أن يريد به خاتم النساء، وعلى ذلك اختصره الشيخ أبو محمد.

وفي العتبية من رواية سماع ابن القاسم عن مالك: أنه كره أن يجعل في خاتمه مسمار ذهب، أو يخيط بقبضته منه حبة أو حبتين، لئلا يصدأ وهذا أخف من اتخاذه من محض الذهب. وقال ابن حبيب: لا يجوز شيء من الذهب في حلى الرجال، فعلى القول الأول يجوز في حلى السيف والمصحف، ويجوز ذلك في حلى النساء وخواتمهم، ولا يجوز في خواتم الرجال.

والدليل على بيعه في خواتم الرجال، ما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن التختيم بالذهب^(٣).

=المحلى بالفضة بعضه أكثر مما فيه من الفضة، ولا يجوز بيعه بفضة مثلها، أو أقل منها، ويحتاج إلى أن يقبض حصة الفضة في المجلس، ويقبض السيف. وهو قول الثوري، والحسن بن صالح بن حى. وقال الأوزاعي: إذا كان الفضل من النصل، وكانت الحلية تبعا جاز شراؤه نقدا أو نسيئة. وهو قول ربيعة.

وأما الشافعي، وأصحابه، فلا يجوز عندهم أن يباع شيء فيه حليلة فضة قليلا كان أو كثيرا بشيء من الفضة بحال من الأحوال؛ لأن المماثلة المأمور بها، والمفاضلة المنهى عنها في الفضة بالفضة لا يوقف منها في السيف، وما كان مثله على حقيقته.

ولما أجمعوا أنه لا يجوز في كل ما يحرم فيه التفاضل أن يباع شيء منه مجهول بمجهول أجمعوا أنه لا يجوز في كل ما يحرم فيه التفاضل شيء منه مجهول بمجهول، أو معلوم بمجهول، لم يجز السيف المحلى، وما كان مثله من فضة إن كانت الحلية فضة بحال، ولا بذهب إلى أجل، والثالث وأقل منه، وأكثر من ذلك سواء. انظر هذه المسألة في الاستذكار لابن عبد البر ٢٢٧/١٩ - ٢٢٨.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٨٧٠. أحمد فى المسند حديث رقم ١٣٣٩١.

(٣) أخرجه مسلم حديث رقم ٢٠٧٨. الترمذى حديث رقم ١٧٣٧، ١٧٣٨. النسائى فى =

٢٥٠ كتاب البيوع

ومن جهة المعنى أن السيف والمصحف مما يختص بالرجال، فلذلك جاز أن يحلّى بالذهب؛ لأنه ليس فى التحلى به مشاركة للنساء، ولا مساواة لهن فى باب التحلى به.

وأما الخاتم، فإنه مما يتحلّى به النساء كما يتحلّى به الرجال، فمنع الرجال من الذهب وأبيح للنساء؛ لأن باب التحلى مبنى على نفي المساواة.

وأما المصحف، فليس من باب التحلى بل بابه ممنوع، وهو اتخاذ الذهب والفضة فيما يستعمل مما ليس يحلّى للجسد، وذلك كله ممنوع للرجال والنساء كأواني الذهب والفضة والمكاحل والمجامر والمداهن منه ما يخص المصحف لتعظيم أمره كما فى مفاتيح الكعبة والكسوة دون سائر البيوت على سبيل التعظيم، وذلك لا يقال فيه أنه من حلّى الرجال، ولا من النساء، وإنما هو من حلّى المصحف، فاستوى فى ذلك الرجال والنساء، والله أعلم.

وسنذكر حكم ذلك بأوعب من هذا فى باب الجامع إن شاء الله تعالى، وقد أضاف إلى ذلك ابن حبيب المناطق والأسلحة كلها إذا كانت مفضضة، فهى كالسيف فى ذلك.

فصل: والشرط الثانى، أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة تبعاً لقيمة المحلى، وبما تكون الموازنة من الحلّى بقيمته أو وزن ما فيه؟ الظاهر من المذهب أن الموازنة بوزن الحلّى، وقيمة المحلى، وقد رأيت نصوصاً لبعض شيوخ القرويين، ولفظ الموطأ ثابت.

فإن كان قيمة ذلك الثلث، وقيمة ما فيه من الذهب الثلثين، فهذا يقتضى اعتبار قيمة الحلّى دون وزنه، فإن لم يكن تجوزاً فى عبارة، فهذا خلاف ما قدمناه، والصواب فى ذلك الاعتبار بالوزن؛ لأن كل حكم يعتبر فى تحليل بيع الذهب وتحريره، وإنما يعتبر فيه بوزنه دون قيمته كالتساوى والتفاضل.

مسألة: وكم المقدار الذى إذا بلغه كان تبعاً، وإذا تجاوزه لم يكن تبعاً، لم يختلف أصحابنا فى النص على هذه المسألة فى أن الثلث وما دونه فى حكم التبع، وأن ما زاد على ذلك، فليس بتبع.

وفى العتبية من سماع أشهب عن مالك فىمن أعطى درهماً، وأخذ نصفه درهماً صغيراً، قد كنا نكره، ونحن نجيزه الآن، فعلى هذه الرواية يجب أن يكون التبع النصف،

=الصغرى حديث رقم ٥٠٨٨، ٥١٧٧، ٥١٧٨، ٥١٧٩، ٥١٨٧. أبو داود حديث رقم

٤٢٢٢. ابن ماجه حديث رقم ٣٦٤٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٩٢٦.

كتاب البيوع ٢٥١
فأقل وبالإضافة على النصف يخرج عن حد التبوع؛ لأن المحوز في الموضوعين إنما هو لمعنى
الضرورة.

ومن أصحابنا العراقيين من يذهب إلى أن النصف في حيز القليل، وتعلق في ذلك
بقوله تعالى: ﴿قَمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا نَصْفَهُ﴾ [المزمل: ٢]، وإن النصف بدل من القليل.

فصل: وأما الشرط الثالث، فأن يكون الحلّى مرتباً بالمحلّى ارتباطاً في إزالته
مضرة، فلا يقدر على إزالته من المبيع وتمييزه إلا بمضرة لاحقة، فأما ما كان في نقصه
كسر لصياغته كالفصوص المصوغ عليها الحلّى والمصاحف التي فيها مسامر الفضة
وحلية السيف التي تسمر في حائله وجعبته، فهذا مما يبيح ما ذكرناه.

وأما إن كان من القلائد التي لا يفسد غير نظمها بتميز قلائدها، فالظاهر من
المذهب أنه لا تأثير لها في الإباحة، وبه قال ابن حبيب، وقد تقدم ذكر الخلاف فيه في
كتاب الزكاة.

مسألة: إذا كملت هذه الشروط الثلاثة، جاز أن يباع المحلّى فيه بجنس ما فيه من
الحلّى، فإن كان محلى بفضة، جاز بيعه بالفضة، وإن كان محلى بذهب، جاز بيعه به،
وإن انخرم شرط من ذلك، لم يجز.

فصل: وقوله: «يداً بيد» يقتضى التناجز، ومنع دخول التأخير في ذلك بجنسه إلى
أجل، فالمشهور من المذهب منعه، رواه ابن القاسم عن مالك خلافاً لربيعة في تجويزه.
والدليل على ما نقوله أن للأجل من التأثير في الفساد ما ليس للتفاضل بدليل أنه
يجوز التفاضل بين الجنسين، ولا يجوز بينهما النساء، فلذلك أثار في جواز البيع، ولم
يؤثر في الأجل.

مسألة: وأما إن كان في المحلّى ذهب وفضة هما تبع لما هما فيه من المحلّى، فقد
روى ابن حبيب: له بيعه بكل واحد منهما. وروى ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن
المواز: ما حلّى بذهب وفضة، فليبع بأقلهما، إن كان الثلث، فدون يداً بيد، وإن كان
نقارياً، يبع بالعرض، ثم رجع مالك، فقال: لا يباع بذهب ولا ورق، وبه أخذ ابن
القاسم، وأخذ ابن عبد الحكم بالقول الأول.

وقد أشار في هذه المسألة بقوله: ما حلّى بذهب أو فضة سيف أو غيره من حلّى
النساء مما يجتمع فيه الأمران، أن فيه قولين، أحدهما: يباع بالتبوع.

٢٥٢ كتاب البيوع

وروجه أن يبيعه بنصفه مع تحريم التفاضل يجوز، فبأن يجوز بغير صنفه مع تجويز التفاضل أولى أن يجوز. والقول الثاني: لا يجوز؛ لأنه يجتمع فيه أمران من المكروه، أحدهما بيع العين بجنسه متفاضلاً. والثاني: اجتماع البيع والصرف في عقد واحد.

فرع: فإذا قلنا بالجواز، فقد قال ابن حبيب: إن كان تبعاً جاز يبيعه بذهب أو بورق، فجوز يبيعه بكل واحد منهما إذا كان كل واحد منهما تبعاً للمحلى، والمفهوم من رواية ابن القاسم عن مالك أنه يراعى بعد كونها تبعاً للمحلى أن يكون أحدهما تبعاً للآخر، فتكون العين تبعاً للمبيع والقليل منهما تبعاً للكثير.

فإذا بيع بأقلهما صار إلى حكم الصرف مع التبع على وجه البيع. قال ابن حبيب: وإن كان أحدهما تبعاً، والآخر أكثر من المبيع يبيعه بالتبع، ولا يباع بالآخر، وإن تجاوز التبع لم يبيعه إلا بعرض.

مسألة: وأما يبيعه بغير صنفه، فقد قال ابن حبيب: ذلك جائز ونص عليه غيره من أصحابنا. وقد نص مالك على أنه لا يجوز بيع وصراف في عقد واحد. قال ابن حبيب: وقد استخف ذلك بعض أصحاب مالك.

فوجه المنع أنهما عقدان، مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر، فلم يجوز أن يجتمعا في عقد واحد كالبيع، وذلك أن مقتضى الصرف أن عدم التناجز في المجلس يفسده، والبيع لا يفسد بذلك كما أن القراض لا يجوز أن ينعقد لازماً، والبيع يجوز أن ينعقد لازماً، فلم يجوز أن يجتمعا في عقد واحد.

وروجه رواية الإباحة أنهما عقدان لازمان لا يتنافيان؛ لأن التناجز من لازم الصرف، فإنه لا يبطل البيع، فجاز أن ينعقد على الوجه الذي يصحان عليه.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، وهي الأشهر، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون التبع ملصقاً بالمبيع لا يمكن إزالته إلا بضرر، فإنه يجوز يبيعه بغير جنسه من العين، وإن لم يكن تبعاً للمبيع، وعندى أنه يجوز أن يكون الحللى غير مباح الاتخاذ.

وروجه ذلك أن هذه المعاني يبيح بها العلم بجنسه، والتفاضل يحرم فيها، فبأن يبيح يبيعه بغير جنسه مع إباحة التفاضل أولى.

مسألة: فإذا قلنا بمنع الصرف والبيع في عقد، فإن ذلك يمنع إذا كان كل واحد منهما مقصوداً في نفسه، فإن وقع، فقد قال عيسى: يرد ما لم تفت السلعة، فإن فاتت لزمت المبتاع قيمتها، وترادا العين.

كتاب البيوع ٢٥٣
فإن كان أحدهما غير مقصود بقيمته، فلا بأس؛ لأن الضرورة تدعو إليه في بعض
الدنانير، مثل أن يبعه سلعة بدينار غير ربع بحيث لا يوجد إلا الصحاح، فيعطيه بالربع
دينار دراهم، وذلك أنه لما اتفق حكمهما من وجه، وهو أنه يجوز تعجيلهما.

واختلف من وجه، وهو أنه لا يجوز تأجيلهما، ويجوز تأجيل أحدهما لم ينعقد
عليهما عقد إلا بشرطين، أحدهما: أن يشملهما التعجيل. والثاني: أن يكون تبعاً
للآخر، وقد بينته في شرح المدونة، وما يلحق به من بيع الطعام بالطعام مع أحدهما
عرض.

مسألة: وكم المقدار الذي يجوز من الصرف مع البيع؟ قال في المدونة: يجوز الصرف
مع البيع في اليسير العشرة دراهم ونحوها، ولا يجوز ذلك في الكثير، فيجرى في هذا
مسألان، إحداهما: أنه يجوز في الدينار الواحد، وإن لم يكن أحد الأمرين تبعاً للآخر.
لأنه قال في المدونة في الذي يبيع الدينار بعشرين درهماً، يأخذ عشرة دراهم، ويأخذ
لحمًا بعشرة دراهم: أن ذلك جائز، إن تعجل. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: إنما
يجوز ذلك في أقل الدينار والربع والثلث.

المسألة الثانية، أن يكون الصرف يشتمل على دينار، فإنه لا يجوز أن يكون معه من
التبع إلا اليسير أو يكون البيع بثمن كثير، فلا يجوز أن يكون معه من الصرف إلا اليسير.
وقد قال ابن حبيب: إن ذلك جائز، إذا كان أقل من الدينار، وذلك إذا كان الحكم
للتبع فيكون منه للصرف أقل من دينار، فإن بلغ الدينار. لم يجوز.

وهذا مبنى على أن ذلك مباح؛ لضرورة صحة الدنانير، والحاجة إلى يزداد في الثمن
مقدار الدينار يجب على هذا قصر هذا الحكم على بلد لا يجرى فيه إلا الصحيح.

وقد قال بعض فقهاء الصقليين: إن الرباعي الذي يتاع به عندهم يجرى بجرى
الدينار الصحيح. وأما إن كان الحكم للصرف والسلعة تبع، فكسب اليسير منها؟ حكى
عن أبي موسى بن مناس: أن ذلك أن يكون ثمنها أقل من دينار دون تحديد.

* * *

ما جاء في الصرف

١٣١١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ مَالِكِ بْنِ أَوْسِ بْنِ الْحَدَثَانِ النَّصْرِيِّ أَنَّهُ

١٣١١ - أخرجه البخاري كتاب البيوع باب ٧٦ الشعير بالشعير جـ ١٥٣/٣، عن مالك بن =

الْتَمَسَ صَرْفًا بِمِائَةِ دِينَارٍ، قَالَ: فَدَعَانِي طَلْحَةَ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ فَرَأَوْضَنَا حَتَّى اصْطَرَفَ مِنِّي، وَأَخَذَ الذَّهَبَ يُقَلِّبُهَا فِي يَدَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: حَتَّى يَأْتِيَنِي خَازِنِي مِنَ الْعَابَةِ، وَعُمَرُ ابْنُ الْخَطَّابِ يَسْمَعُ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَا تَفَارِقُهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ، ثُمَّ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالْوَرَقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ»^(*).

=أوس. مسلم كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا برقم ٧٩ جـ ١٢٠٩/٣، عن مالك ابن أوس. الترمذى فى البيوع ١٢٤٣. النسائى فى البيوع ٤٥٥٦. أبو داود فى البيوع ٣٣٤٨. ابن ماجه فى التجارات ٢٢٥٣، ٢٢٥٩. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٦٣، ٢٤٠، ٣١٦. الدارمى فى البيوع ٢٥٧٨.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٩٧/٨ - ٩٨: لم يختلف عن مالك فى هذا الحديث. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا محمد بن عبدالله، حدثنا عبد الله بن محمد بن عبدالعزيز، حدثنا هارون بن عبدالله، حدثنا معن بن عيسى، وروح بن عبادة، وعبد الله ابن نافع، قالوا: حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن مالك بن أوس، عن عمر بن الخطاب، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا، إلا هاء وهاء...» الحديث. هكذا قال مالك، ومعمر، والليث، وابن عيينة فى هذا الحديث، عن الزهرى، الذهب بالورق، ولم يقولوا: الذهب بالذهب، والورق بالورق، وهؤلاء هم الحجة الثابتة فى ابن شهاب على كل من خالفهم.

وأخبرنا عبدالوارث بن سفيان، وسعيد بن نصر، قالوا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: قال لنا أبو بكر بن أبى شيبه: أشهد على ابن عيينة أنه قال لنا: الذهب بالورق، ولم يقل: الذهب بالذهب يعنى فى حديث ابن شهاب هذا، عن مالك ابن أوس، عن عمر. ورواه محمد بن إسحاق، عن الزهرى، عن مالك بن أوس بن الحدثان، عن عمر مثله، إلا أنه قال فيه: الذهب بالذهب، مثلاً بمثل، هاء وهاء، والفضة بالفضة، مثلاً بمثل، هاء وهاء، والبر بالبر، مثلاً بمثل، هاء وهاء، والشعير بالشعير، مثلاً بمثل، هاء وهاء، والتمر بالتمر، مثلاً بمثل، هاء وهاء، لا فضل بينهما. هكذا رواه يزيد بن هارون وغيره، عن ابن إسحاق. ورواية أبى نعيم لهذا الحديث، عن ابن عيينة فى الذهب بالذهب مثل رواية ابن إسحاق، ولم يقله أحد ابن عيينة، غير أبى نعيم، والله أعلم.

وقد روى هذا الحديث بنحو ذلك همام بن يحيى، عن يحيى بن أبى كثير، عن الأوزاعى، عن مالك بن أنس، عن الزهرى، عن مالك بن أوس، قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب ربا، إلا هاء وهاء، والفضة بالفضة ربا، إلا هاء وهاء، من زاد أو ازداد فقد أربى».

وعلى ذا كان الناس يروى النظر عن النظر، والكبير عن الصغير، رغبة فى الازدياد من العلم =

كتاب البيوع ٢٥٥
الشرح: قوله: «أنه التمس صرفاً بمائة دينار» دليل على تجويز عوض الدينار،
ومراوضة متبايعهما في صرفهما واحداً بعد واحد؛ طلباً للزيادة، أو معرفة ما يستقر
عليه العطاء.

وقوله: «فدعاني طلحة بن عبيد الله، فتراوينا» يقتضى جواز المصارفة لمن لم يتخذ
ذلك متجرًا، وأما من اتخذ ذلك متجرًا أو صناعة، فقد كرهه جماعة من السلف. قال
مالك فى العتبية: أكره للرجل أن يعمل بالصرف، إلا أن يتقى الله تعالى، يريد أنهما
تساويا فيه حتى عقدا الصرف.

فأخذ طلحة بن عبيد الله الذهب يلقبها؛ ليعلم جودتها، ثم قال: «حتى يأتى خازنى
من الغابة» يريد أن يؤخر ذلك إلى أن يأتيه خازنه من الغابة، ويحتمل أن يريد به تأخير
الدراهم خاصة، ويقبض هو الدنانير.

ويحتمل أن يريد به إقرار الدنانير بيد مالكها حتى يأتى خازنه من الغابة، فيتقابضا
يدًا بيد، فقال عمر بن الخطاب حين سمع ذلك: «والله لا تفارقه حتى تأخذ منه» يريد
لاتفارقه وبينكما عقد حتى ينتجز ما بينكما من التقابض، ثم احتج لذلك بقوله ﷺ:
«الذهب بالورق ربًا إلا هاء وهاء».

وحمل ذلك على أن التقابض فيه يجب أن يكون مع الإيجاب والقبول لا يتأخر
عنهما، بل يقترن بهما؛ لأن عقد كل واحد منهما يقتضى الإشارة إلى ما بيده من
العوض بقوله: «هاء» ولذلك فهم منه عمر، وهو من أهل اللسان تعجيل التقابض.
فأما التفرق قبل القبض، فلا خلاف بين الفقهاء نعلمه فى أنه يفسد العقد.

والدليل على ذلك ما احتج به عمر وما جوزه طلحة بن عبيد الله، فتركه التأويل
والمراجعة لعمر رضى الله عنهما، دليل على رجوعه عنه.

مسألة: فإن استأذن الصراف بعد العقد فى أن يذهب بها إلى صراف قريب منه يريه
إياها، ويزنها عنده أو عقد معه الصرف على ذلك، ففى العتبية من رواية أشهب عن
مالك: أن ذلك جائز فيما قرب.

=وحدثنا عبد الوارث، وسعيد بن نصر، قالوا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح،
قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرنى حبيب بن أبى ثابت،
قال: سمعت أبا المنهال، قال: سألت البراء بن عازب، وزيد بن أرقم عن الصرف، فكلاهما
يقول: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق دينا. انتهى.

٢٥٦ كتاب البيوع

ومعنى ذلك أن يكونا لقربهما فى حكم المتجالسين، وأما أن تباعد ذلك حتى يرى أنه افتراق من المتصارفين، فلا يجوز ذلك، وهو يفسد العقد.

مسألة: فإن استوجب رجل سوارى ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما، فإن رضيهما أهله رجع بهما، فاستوجبهما منه وإلا ردهما. روى ابن المواز عن مالك: أن ذلك جائز، وقال: غير ذلك من قول مالك أحب إلينا أن نأخذها من غير إيجاب.

وجه القول الأول إثبات الخيار فى الصرف، وهو قول شاذ، وجوز التأخير فيه بعد عقده على النقد، وهو أيضاً بعيد، ويحتمل أن يريد به المواعدة فى الصرف، وتقرير الثمن دون عقد.

ولذلك قال: إنه إن رضيهما أهله، رجع، فاستوجبهما منه، فذكر أن الإيجاب لم يوجد بعد، وإنما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن، ومعرفة ما يتبع الصرف إن رضيها أهله لما كلف الطلب ومعرفة الثمن، فلم يجعل إليه عقد والله أعلم.

وجه القول الثانى أن الصرف ينافى الخيار، وهو المشهور عن مالك؛ لأنه مبنى على المناجزة والنقد فى المجلس، لا يكون إلا فيما يدخله التأخير؛ لأنه إنما يكون فى مدة تتأخر عن حال العقد.

مسألة: ولو بيع حلى فى تركة، فابتاع أحد الورثة بعضه بقدر حصته، فأراد أن يكتب عليه حتى يتقاصا به مما له فى الميراث، فإن ذلك غير جائز، إلا أن ينجز القسمة فى المجلس بأثر الاتياع؛ لأن شراؤه ليس بقسمة متنجزة؛ لأنه لو ذهب سائر الميراث؛ لرجع عليه فيما بيده، فلما لم يتنجز القبض فيه دخله التأخير فى الصرف فأبطله.

ولو قال مبتاع الحلى: أمسك ثمن حصتى منه، وارفع الباقي، ففى العتبية وكتاب محمد عن مالك: جواز ذلك، وقال بأثرها فى كتاب محمد: خالف ابن القاسم مالكاً فى هذه المسألة.

وجه قول مالك أن المفاصلة وقعت فى هذا الحلى المبيع بإمساك قدر حصته منه، ودفع الباقي، فقد وجد التناجز بينهما، فصح العقد، ولا يؤثر وزنه لخصته من الثمن إذا جاز له استرجاعها بأثر دفعه لها.

مسألة: فإن كان افتراقهما قبل العقد بغلبة من أحدهما، مثل أن يقبض الصراف الدنانير، ويمنع من دفع الدراهم، الظاهر من المذهب أن ذلك يفسد العقد.

كتاب البيوع ٢٥٧

وفى العتبية فى قوم اشتروا قلادة ذهب ولؤلؤًا بدراهم نقدًا، وقالوا: نزن الدراهم، وأمروه بذلك، وفصلوا القلادة، وتقاوموا اللؤلؤ، أو باعوا الذهب فيما وضعوا، أرادوا نقض البيع؛ لتأخر النقد، فقال مالك: لا تنقض لتأخر النقد؛ لأنهم اشتروا على النقد. زاد محمد عن مالك: ولم يرض البائع بتأخيرهم وضعهم، وإنما هو رجل مغلوب.

وهذا التعليل يقتضى أن تأخير أحد المتعاقدين النقد بغير اختيار الثانى على وجه الغلبة لا يفسد العقد.

وجه القول الأول أن من شرط صحة هذا العقد النقد، فإذا عدت شروط صحته، وجب أن يفسد، ويحتمل على هذا القول أن يكون مالك، ألزمه ثمن القلادة؛ لأنهم أخذوها على وجه الشراء، ثم تعدوا على إتلافها ليؤدوا إليه القيمة، فلزمهم الثمن كمن اشترى ثوبًا على الخيار، وادعى تلفه، فاتهم أنه يريد رد البيع، فإنه يلزمه الثمن دون القيمة.

فصل: وقوله: «الورق بالذهب ربًا، إلا هاء وهاء»^(١) قال ابن ثابت فى غريبه: إلا هاء وهاء، بالمد، وذلك يقتضى النقد مع العقد، وظاهر، يقتضى أن هاء وهاء، تنوب عن العقد والنقد؛ لقرب أحدهما من الآخر، فعلى هذا لا يجوز أن يتأخر النقد عن العقد، ومن صفته أن يكونا معًا مثل الدرهمين أو يكون النقد متصلًا بتمام العقد، أو فى حكم المتصل؛ لقربه منه مع كونهما فى مجلس واحد، وما هو فى حكمه من القرب على ما قدمناه.

وأما إن فصل بينهما طول مجلس والخروج من أمر إلى أمر غيره، ومن الصرف إلى الإعراض عنه والاشتغال بغيره، فإن ذلك غير جائز خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: إن ذلك جائز.

والدليل على ما نقوله الحديث المذكور، وهو قوله ﷺ: «الورق بالذهب ربًا، إلا هاء وهاء».

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا صرف تأخر القبض فيه عن العقد، فوجب أن لا يصح كما لو قاما من مجلسهما.

(١) «هاء وهاء» قال النووى: فيه لفتان المد والقصر أفصح وأشهر وأصله هاءك، فأبدلت المدة من الكاف ومعناه حذ هذا ويقول صاحبه مثله والمدة مفتوحة ويقال أيضًا بالكسر ومن قصره قال وزنه وزن خف.

٢٥٨ كتاب البيوع

مسألة: إذا ثبت أن حكم النقد اتصاله بالعقد، فإن من حكمه حضور العوضين حال العقد والنقد. فأما العقد، فقد تقدم الكلام فيه. وأما حضورهما حين العقد، فلازم أيضاً، ولو أن المتصارفين عقدا الصهرف بمحضرة العوضين، ثم قبض أحدهما الدنانير، فأنفذها إلى بيته، ثم قبض الدراهم بعد ذلك، لم يجوز.

وقد قال مالك: من ابتاع خلخال فضة بدنانير، فاستحقت، وقد أنفذ بها إلى بيته، فأراد المستحق أن يميز البيع، وأراد هو أن ينقده من عنده الثمن، ويتبع البائع، أنه لا يجوز ذلك، ولو حضر الخللخال، جاز ذلك.

وقد قال أشهب: إن هذا استحسان، والقياس أنه مفسوخ؛ لأن لمستحقها في ذلك الخيار، فحوز في هذه المسألة إمضاء المستحق البيع مع حضور الخللخال من التجويز والنقد، ومنع ذلك مع غيبتهما؛ لأنهما مما يتعين بالنقد، وجوز ذلك في الغاصب يشتري الدنانير ممن غصبها منه، وهي غائبة عنه، لما لم تكن معينة بالغصب.

وهذا فيه نظر إن حمل على ظاهره؛ لأن هذا الصهرف موقوف على الفسخ، لا على الإجازة، وذلك لا يمنع إمضاءه كوجود الردىء في أحد العوضين، فإن ذلك لا يوجب فسخ العقد إن رضى به الذى وجد الردىء، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو كان فى حكم الحاضر، وذلك بأن يأخذ الصراف الدينار، فيدخله فى كفه أو تابوته، ثم يقضى عوضه، ويبيعه من غيره فى المجلس، ثم يقضى عوضه قبل مغيبه، وقبل التفرق، فإنه مكروه لمضارعتة معيب ما حضوره شرط فى صحة العقد.

قال مالك: إذا اضطرف الرجل دراهم بدنانير، ثم وجد فيها درهما زائفا، فأراد رده، انتقض صرف الدينار، ورد إليه ورقه، وأخذ إليه دينار، وتفسير ما كره من ذلك أن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» وقال عمر بن الخطاب: وإن استنظرك إلى أن يلج بيته، فلا تنظره، وهو إذا رد عليه درهما من صرف بعد أن يفارقه كان بمنزلة الدين أو الشيء المتأخر، فلذلك كره ذلك، وانتقض الصرف، وإنما أراد عمر بن الخطاب أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلا باجلا، فإنه لا ينبغي أن يكون فى شيء من ذلك تأخير ولا نظيرة، وإن

كَانَ مِنْ صِنْفَيْ وَاحِدٍ أَوْ كَانَ مُخْتَلِفَةً أَصْنَافَهُ^(١).

(١) اختلف الفقهاء في هذه المسألة: فمذهب مالك، وأصحابه أنه إذا اشترى منه مائة دينار بألف درهم: دينار بعشرة دراهم، ثم وجد درهما زائفا، فرضى به جاز، وإن رده انتقض الصرف في دينار واحد، وإن وجد أحد عشر درهما زيوا انتقض الصرف في دينارين، وهكذا أبدا فيما زاد. وإن اشترى دراهم بدينار واحد، فوجد فيها درهما واحدا زائفا، فرده انتقض الصرف في الدينار. وقال الثوري: إذا رد الدرهم الزيف، فإن شاء أخذ منه بخمس مائة درهم، أو يكون شريكا بقدر ذلك في الدينار.

وقال أبو حنيفة: إذا افترقا، ثم وجد النصف زيوا، أو أكثر من النصف، فرده بطل الصرف في المردود، وإن كان أقل من النصف استبدل. رواه محمد في الإملاء. ورواه أبو يوسف أيضا. وقال أبو يوسف، ومحمد، والأوزاعي، والليث، والحسن بن حي: يستبدل الردئ كله. وقال زفر: يبطل الصرف فيما رد، قل، أو كثر. وعن الثوري مثل قول زفر أيضا.

وللشافعي قولان: أحدهما: يبطل الصرف كله. والآخر: يستبدل. وذكر أحمد بن حنبل، عن الحسن وابن سيرين، وقنادة أنهم قالوا: يبدل لهم ما رد عليه من الردئ، ولا ينتقض شيء من الصرف. قال أحمد: وهو أحب الأقاويل إلى.

قال أبو عمر: من قال: يستبدل احتج بأن الصرف لم يفترقا أولاً فيه إلا عن قبض صحيح عندهما، وكذلك الاستبدال لا يفارقه حتى يقبض منه، فلم يدخل في شيء من فعلهما النساء. وفي هذا المعنى جاء عن عمر بن الخطاب أنه قال: إنما الربا على من أراد أن يربى. رواه معمر، عن أيوب، عن ابن سيرين، عن عمر. ومن قال: انتقض الصرف زعم أن الزائف لم يقبض بذلك، فصار كأنه أخره.

ومعنى قول مالك أنه ينتقض الصرف في الدينار أنه لما سمي لكل دينار من الدراهم شيئا معلوما ما لم ينتقض إلا صرف الدينار، إلا أن يكون الزائف أكثر منه فينتقض على حسب ما وصفت. والأصل في هذا كله قوله ﷺ: «الذهب بالورق إلا هاء وهاء». ونهيه عن بيع الفضة بالذهب نسأ.

وفي هذا الباب أيضا اختلافهم في قبض الصرف: فقال مالك، والشافعي: إذا لم يقبض البعض حتى يفترقا بطل البيع كله. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: يصح في المقبوض، ويبطل فيما لم يقبض.

واختلفوا في الصرف على ما ليس عند أحدهم في حين العقد: فقال أبو حنيفة، والشافعي: يجوز أن يشتري دينارا بعشرة دراهم ليست عند واحد منهما، ثم يستقرض فيدفعه قبل الافتراق. وقال زفر: لا يجوز إلا أن يعين أحدهما مثل أن يقول: أشتري منك ألف درهم بهذه المائة الدينار. وروى عن مالك مثل ذلك؛ إلا أنه قال: يحتاج أن يكون قبضه لما لم يعينه متصلا بمنزلة النفقة كلها منه. وكان الحسن بن حي يكره أن يبيعه دراهم بدينارين ليست عنده.

قال أبو عمر: اتفق هؤلاء المذكورون على جواز الصرف إذا كان أحدهما دينار، وقبضه في المجلس، والله الموفق. انظر هذه المسألة في الاستذكار ٢٣٤/١٩، وما بعدها.

٢٦٠ كتاب البيوع

الشرح: وهذا كما قال أن الصرف مبنى على المناجزة والمفاصلة فى الفور، فإذا تصارفا، فلا يجوز أن يفرقا، إلا عن تناجز، وإذا قال أحدهما لصاحبه: إن وجدت عيياً رددته إليك، ففى سماع أشهب من العتبية عن مالك: لا يجوز ذلك، ويرد هذا الصرف، وإن وجدها خياراً كلها.

ووجه ذلك أنه لم يأخذ الدراهم على وجه الحيازة لها، وإنما أخذها مؤتمناً عليها لربها، وكذلك لا يجوز أن يأخذها منه على التصديق فى جودتها ووزنها، ولا يفارقه إلا على نهاية ما تمكن من الانتجاز.

فإن قبضها وتفرقا على رؤية، ففى كتاب محمد: أن العقد، ينتقص وإن أصابها كما قال. وحكى أشهب عن مالك أنه جائز.

وجه الرواية الأولى ما قدمناه من ترك إكمال عمل الصرف كما لو أتمننه دافع الدنانير على انتقادها ووزنها.

ووجه قول أشهب أنه لم يبق بينهما من العمل إلا ما لا يمكن قطعه بالوزن والانتقاد، وهو أن القول قول الدافع، وإنما يفسد العقد، ويمنع الانتجاز أن يكون القول قول القابض؛ لأن هذا حكم ما لم ينتجز فيه القبض.

مسألة: فإن أخذها بعد الوزن والانتقاد، فوجدها تنقص، فإن النقص على ضربين، نقص فى الوزن، ونقص فى الصفة. فأما النقص فى الوزن، فلا يخلو أن يجده قبل التفرق أو بعده، فإن علم به قبل التفرق، فإن له أن يرضى به أو يأخذ به ما شاء، رواه القاسم عن مالك، وذلك أن التناجز وجد قبل التفرق.

ولو أراد أن يؤخره بقدر ذلك النقص لم يجز، فإن تفرقا قبل أن يستوفى ذلك النقص، فالذى قاله أصبغ ينتقض الصرف كله، ولو نقصت منه حبة، وبه قال محمد. وحكى ابن القاسم: أنه جائز لا ينتقض منه، إلا بمقدار ذلك النقص إلى تمام دينار.

وجه قول أصبغ أن العقد إذا دخل بعضه الفساد بتأخر القبض، تعدى إلى ما قبض كما لو عقدا على ذلك الصرف.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن تأخر القبض بعد التزام العقد، لا يتعدى إلى جميع العقد كالعيب يجده ببعض الدراهم.

مسألة: فأما إن وجد النقص بعد التفرق، وذلك لسرقة الصيرفى، فأراد أن يطالب

كتاب البيوع ٢٦١

به، فلا خلاف على المذهب أن النقص يلحق العقد، وإن أراد ترك النقص، وصحيح العقد، فروى ابن وهب وابن عبد الحكم: أن ذلك جائز. وروى ابن المواز عن مالك: أن ذلك لا يجوز، وإن قل. وروى عنه: أنه لا يجوز في الكثير، واختاره أصبغ.

وجه رواية الجواز أنه نقص وجد في عوض الصرف، فلا يمنع صحة العقد مع ترك المطالبة له كنقص الصفة.

وجه المنع على الإطلاق أن تأخر العوض في الصرف يمنع الصحة في العقد كما لو علم بالنقص، فأخره، ولا ناقد، أجمعنا على أنه لو طلب النقص لفسد العقد، ولم يمنع من ذلك علمه بالنقص، وكذلك إذا تركه.

وجه الفرق بين القليل والكثير، أن القليل غير مقصود ومعلوم في الأغلب أن مثل هذا لا يطلب، ولا تتبعه النفس، فكأنه لما لم يبق له إلا ما جرت العادة بتركه والتسامح به قبض جميعه؛ لأن ما نقصه لو علم به لتركه، فكذلك إذا تركه الآن، وهو محمول على ذلك، وأما الكثير، فإنه مما جرت العادة بطلبه، وإنما يكون تاركاً له الآن، وقد وجد الفساد في العقد بالتفرق قبل قبضه أو تركه.

فرع: فإذا قلنا بالتفريق بين اليسير والكثير، فكم اليسير؟ روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية: أن الدائق في صرف الدينار يسير. وقال أصبغ: هو أن ينقص ألف درهم درهماً. وأما صرف الدينار، فما نقص منه من قليل أو كثير، فهو كثير ينتقض الصرف ما لم يكن من اختلاف الموازين التي لم تجر العادة باتباعه، ولا طلبه، وإذا قلنا إنه ينتقض، فقال أصبغ: ينتقض كله. وقال ابن القاسم: ينتقض منه ما بين النقص وكمال الدينار.

فصل: وأما النقص من جهة الصفة، كالعيب يجده في أحد عوضي الصرف، فإنه لا خلاف على المذهب نعلمه، أن من وجد ذلك ورضى به، فإن عقده لا يفسد به، فإن أراد رده، فهل له ذلك أم لا؟ المشهور من المذهب أن البديل فيه غير جائز، والصرف فيه منتقض. وقال ابن وهب من أصحابنا: إن البديل فيه جائز، حكاه عنه ابن حبيب وغيره، وبه قال ابن شهاب والليث بن سعد.

وجه ما ذهب إليه مالك يحتمل أن يكون مبنياً على أن الصرف ينتقض من أصله بالبديل، وهو وقت العقد فيه، فيبطل في المعيب؛ لتأخر دفع العوض فيه من حين العقد إلى وقت الرد بالعيب، ويحتمل قول ابن وهب أن يكون مبنياً على أن الرد بالعيب نقض

٢٦٢ كتاب البيوع
للعقد حين الرد بالعيب دون ما تقدمه، فلا يكون في ذلك تأخير للبدل عن وقت عرا
عن قبض؛ والله أعلم وأحكم.

مسألة: والهبة اللاحقة بالصرف لا خلاف على المذهب أنه يجوز البدل فيها، وقد
روى عن مالك فيمن باع ثوباً بدينار إلا درهمين فتناقدا، ثم وجد بالدرهم عيباً، روى
عنه ابن القاسم بيده، وليس مثل الصرف، يريد أن هذا لما كان الغالب منه البيع،
والصرف تبع له، كان حكمه في جواز البدل حكم البيع، لا حكم الصرف، وروى
عنه ابن وهب: ينتقض الجميع.

فرع: فإذا قلنا يمنع البدل، فلا يخلو أن يكون الذهب من جنس واحد، أو مختلف
الجنس، فإن كان من جنس واحد، فإن بيعه يكون على ضربين، أحدهما: أن يقول
أبيحك هذه العشرة دنانير كل دينار بعشرة دراهم، يذكر حصة كل دينار منها.
والثاني: أن يذكر جملة الصرف خاصة، فيقول: أبيعك هذه العشرة دنانير بمائة درهم،
فإن كان ذكر صرف كل دينار منها، فلا خلاف أنه لا ينتقض إلا بقدر دينار واحد،
وإن كان إنما ذكر جملة الصرف، فالمشهور من المذهب أنه لا ينتقض منه إلا دينار
واحد، ورواه عيسى عن ابن القاسم.

وفى العتبية، في نقرة يتاعها جزافاً بمائة دينار، فيجد منها مسمار نحاس، أو يبيعهها
كل عشرة دراهم بدينار: أن ذلك سواء، وينتقض منها بقدر المسار إلى تمام دينار.
وقال القاضي أبو محمد: ينتقض جميع الصرف.

وجه القول الأول أن الدنانير المتساوية تقتضى التقابل، وتمنع التقييط، فلا يرتبط
بعضها ببعض في نقض العقد لعيب الصفة. أصل ذلك إذا ذكر كل دينار بصرفه.

وجه قول القاضي أبي محمد ما احتج به من أنه إذا سمي لكل واحد من الدنانير
حصة، فإنه قد أفرد بالعقد، وإذا سمي الجملة، فقد شملها العقد، فإذا بطل بعضه،
بطل جميعه، وإن كانت الدنانير قرضاً، فقد قال ابن القاسم: يرد منها أصغر قرض فيها،
ويضيف إلى الدرهم الزائف من الدراهم ما يقابل تلك القرضة، وهذا مبنى على قول
مالك أن قرض القراضة المضروبة مكروه.

وأما على تجويز أصبغ لذلك، فيجب أن يقرض منها بقدر الدرهم الزائف، وهذا
على قولنا إن الدنانير تتعين بالنقد، وعلى قولنا لا تتعين، يرد له، من عنده قرضة ذهب
بقدر الدرهم الزائف.

كتاب البيوع ٢٦٣

فرع: وإن كانت الدنانير مختلفة الأجناس والقيم، ففي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم، فيمن اشترى حلياً مصوغاً أسورة وخلخل وغير ذلك بدراهم، فوجد بها درهماً زائفاً: أنه ينتقض الصرف كله.

ووجهه أن اختلاف قيم الحلي بالصياغة يقتضى التقييط، وإذا دخل ذلك التقييط سرى من الدراهم جزء إلى كل جزء من الحلي، فإذا انتقض الصرف في الدرهم انتقض في جميع الحلي.

ولو وجد في جميع الحلي مسمار نحاس، فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم أن ذلك إن كان في سوارين من الحلي انتقض، في السوارين جميعاً. وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم: يردّها كلها، وإن كانت مائة زوج.

وجه رواية أبي زيد أن السوارين بمنزلة شيء واحد، فإذا انتقض الصرف في أحدهما: انتقض فيهما، لأنه لا يجوز أن يفرق في الرد على من باعهما مجتمعين؛ لما في ذلك من الفساد، ولأن النقص لما طرأ من جهتهما، والعوض الذي يقارب مساو، لم يدخله التقييط، وإنما يلحق الحلي التقدير والتقويم، فإذا علمت قيمة كل نوع منه قوبل من الدرهم بمقدار ذلك.

وجه رواية عيسى أنه إذا وجد الاختلاف في أحد العوضين، لزم التقويم، وهو معنى التقييط، وإنما يسقط التقييط مع تساوى أجزاء كل واحد من العوضين، فإن لم يكن كذلك، فلا بد من التقويم والتقييط.

فرع: إذا ثبت ذلك، فيم ينتقض ما ينتقض من الصرف لوجود العيب في أحد عوضيه، الظاهر من المذهب أنه ينتقض بإنفاذ الرد، لا بإرادته، ولو وجد عيباً به، فجاء ليرده، فأرضاه الآخر حتى لا بدل له؛ لجاز ذلك بينهما، وبماذا يصح أن يرضيه.

قال سحنون عن ابن القاسم، فيمن باع من رجل طوق ذهب مائة دينار بألف درهم، فوجد به عيباً فجاء لرده، فصالحه من ذلك بدینار، دفعه إليه: أنه جائز. وروى ابن سحنون عن أبيه: أن ذلك غير جائز.

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الرد يتم بينهما، وأخذ عن ذلك ديناراً، فلا يفسد الرد، لأن الرد لم يتم وقد منعه منه بما أرضاه به، ولا يفسد، لأنه بمنزلة أن يبيعه مائة دينار وديناراً بألف درهم، وليس في الدينار الذي أعطاه تأخير؛ لأنه نقده حين العقد عليه والرضا به، كما لو زاده ديناراً بعد العقد.

٢٦٤ كتاب البيوع

وجه قول ابن سحنون ما آل إليه أمرهما من الفساد بأن صارفه مائة دينار نقدًا ودينارًا مؤجلًا بألف درهم.

مسألة: وإن صالحه عن ذلك بمائة درهم، قال ابن القاسم: إن كانت من جنس الدراهم التي دفع إليه، جاز، وإن كانت من غير جنسهما، لم يجوز. قال أشهب: ذلك جائز فيهما.

وجه قول ابن القاسم أنه إذا رد إليه من جنس دراهمه، فقد صار ثمن الطوق باقٍ الدراهم، ولم يتم الرد، فوجب أن يصح، وإذا رد عليه مائة درهم من غير جنس دراهمه، فقد باعه طوقًا ومائة درهم بألف درهم، وذلك غير جائز.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أن هذا ليس من الصرف، وإنما نستثنى منه الرد عليه بالعيب.

فصل: وقوله: «وهو إذا رد عليه درهمًا من صرف بعد أن يفارقه، كان بمنزلة الدين أو الشيء المستأخر، فلذلك كره ذلك، وانتقض الصرف» معناه أنه إذا رد عليه الذهب الزائف بعد المفارقة له، كان ما بدله من الدراهم دينًا على بائع الدراهم، تأخر القبض فيه عن وقت العقد، فلا يصح إتمام الصرف فيه، ويجب نقضه.

فصل: وقوله: «وإنما أراد عمر أن لا يباع الذهب والورق، والطعام كله عاجل بآجل، فإنه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة، كان من صنف واحد أو أصناف مختلفة» هذا مذهب مالك، رحمه الله، أنه لا يجوز التفريق قبل القبض في بيع الطعام، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ذلك جائز.

والدليل على ما يقوله الحديث المذكور عن النبي ﷺ أنه قال: «الذهب بالورق ربًا، إلا هاء وهاء، والتبر بالتبر ربًا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربًا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربًا إلا هاء وهاء»^(*).

* * *

المراطة

١٣١٢ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ قُسَيْطِ اللَّيْثِيِّ أَنَّهُ رَأَى سَعِيدَ بْنَ

(*) تقدم تخريجه في الحديث رقم ١٣١١.

١٣١٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٩٥.

كتاب البيوع ٢٦٥
المُسَيَّبِ يُرَاطِلُ الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، فَيُفَرِّغُ ذَهَبَهُ فِي كِفَّةِ الْمِيزَانِ، وَيُفَرِّغُ صَاحِبُهُ
الَّذِي يُرَاطِلُهُ ذَهَبَهُ فِي كِفَّةِ الْمِيزَانِ الْأُخْرَى، فَإِذَا اعْتَدَلَ لِسَانُ الْمِيزَانِ أَخَذَ وَأَعْطَى.

الشرح: قوله: «يراطل الذهب بالذهب» يريد مبادلة أحدهما بالآخر وزناً بوزن،
وهي المراتلة، وهو على ضربين، أحدهما: غير مسكوك، فلا خلاف على المذهب في
جوازه. والثاني: مسكوك، فهو مخرج في المذهب على روايتين، إحداهما أنه جائز،
وذلك مبنى على أن الدينانير والدراهم تتعين بالعقد.

وعلى هذا ترد أكثر مسائل أصحابنا في المراتلة، فإن أقوالهم في ذلك مطلقة لا
تتقيد بمعرفة الوزن، والثانية: أنه لا يجوز، وذلك مبنى على أن الدينانير والدراهم لا تتعين
بالعقد؛ لأن هذا من باب الجزاف، والجزاف من مسكوك الذهب والفضة، لا يجوز
العقد عليه إلا أن يكون هذا الحكم يختص عندهم بالمراتلة، ولا فرق بينها وبين
الصرف وغيره من البيوع، والله أعلم.

وقد رأيت لبعض أصحابنا أنه لا يجوز المراتلة بين الدينانير والدراهم لهذا المعنى،
وقد يجوز ذلك بأن يعرف وزن أحد الذهبين، ثم يراطل بها الآخر.

مسألة: فأما إن وزنت إحدى الذهبين، ثم وزن بعد ذلك بدلها بتلك الصنخة، فإنه
جائز، إذا تيقنت المساواة بينهما؛ لأنه الذهب بالذهب مثلاً بمثل، وقد عرنا عن الجزاف
بمعرفة قدره.

قال مالك: الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورق بالورق مرآتلة، أنه لا
بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دينارين يداً بيداً إذا كان وزن الذهبين
سواءً، عيناً بعين، وإن تفاضل العدد، والدراهم أيضاً في ذلك بمنزلة الدينانير^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يراعى في مرآتلة الذهب بالذهب، والورق بالورق،
العدد، وإنما يراعى فيه الوزن، سواء كانت كلها مجموعة أو فرادى، أو قائمة، أو كان
أحد العوضين مجموعة، والثانية فرادى أو قائمة.

ووجه ذلك أن الاعتبار في الورق والذهب إنما هو بالوزن، وإنما أبيض التعامل فيه
بالعدد في بعض البلاد للعرف مع العلم بالوزن فيما لا يراعى فيه التساوى.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٤٠/١٩.

٢٦٦ كتاب البيوع

فإذا كان العقد مما يراعى فيه التساوى، وجب أن يعتبر الوزن الذى هو أصل
اعتباره، ووجه المساواة فيه، وسقط حكم العدد؛ لأنه لا اعتبار به فى فساد عقد ولا
صحته، وسواء كان أحد العضوين تبراً والآخر مسكوكاً، أو مصوغاً، أو تبراً مثله ذلك
كله واحد فى اعتبار المساواة فيه بالوزن، ولا اعتبار فى ذلك بسكة ولا صياغة على
وجه المرافلة دون اقتضائه من الدين، وبالله التوفيق.

قال مالك: مَنْ رَاطَلَ ذَهَبًا بِذَهَبٍ أَوْ وَرَقًا بِوَرَقٍ، فَكَانَ بَيْنَ الذَّهَبِيِّنِ فَضْلٌ
مِثْقَالٍ، فَأَعْطَى صَاحِبَهُ قِيَمَتَهُ مِنَ الْوَرَقِ أَوْ مِنْ غَيْرِهَا، فَلَا يَأْخُذُهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ قَبِيحٌ
وَذَرِيعَةٌ إِلَى الرَّبَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمِثْقَالَ بِقِيَمَتِهِ حَتَّى كَانَهُ اشْتَرَاهُ عَلَى
حُدُوثِهِ جَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمِثْقَالَ بِقِيَمَتِهِ مِرَارًا؛ لِأَنَّ يُحْيِزَ ذَلِكَ الْبَيْعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِهِ.

قال مالك: وَلَوْ أَنَّهُ بَاعَهُ ذَلِكَ الْمِثْقَالَ مُفْرَدًا، لَيْسَ بَعَهُ غَيْرُهُ لَمْ يَأْخُذْهُ بِعُشْرِ
الثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ يُجَوِّزَ لَهُ الْبَيْعَ فَذَلِكَ الذَّرِيعَةُ إِلَى إِحْلَالِ الْحَرَامِ، وَالْأَمْرُ
الْمَنْهَى عَنْهُ (٢).

الشرح: وهذا كما قال أن من راطل ذهباً بذهب، فإنه لا يجوز أن يكون مع أحد
الذهبين ورق ولا عرض، ولا شىء، سواء كانت إحدى الذهبين أكثر من الأخرى،
ويكون العرض من العرض أو غيره فى مقابلة زيادة أحد الذهبين على الآخر، أو كان
الذهبان متساويين.

وبيان ذلك أن يكون قد دفع إليه دينارين بدينار، ويجعل مع الدينار ثوباً أو طعاماً أو
ورقاً أو غير ذلك؛ ليكون فى مقابلة الدينار الآخر، فإنه لا يجوز ذلك.

ومنع منه مالك لوجهين، أحدهما: أنه قبيح، وممنوع لنفسه، ولفساد العقد على هذا
الوجه لما فيه من التفاضل بين الذهبين؛ لأن السلعة التى مع الدينار مقسطة مع دينارها
على الدينارين، فيصيب كل دينار نصف دينار، ونصف السلعة، وربما كانت السلعة
أكثر قيمة من الدينار أو أقل قيمة، فيقابل أكثر الدينارين أو أقلهما، ويقابل الباقي من
الذهب التى مع السلعة أقل من وزنها أو أكثر، ولهذا منعه الشافعى، وإن لم يقل
بالذرائع.

والوجه الثانى: أن هذا العقد ممنوع للذريعة إلى الحرام الذى لا يجوز، وقد تقدم

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/٢٤٠.

كتاب البيوع ٢٦٧

الكلام على وجوب القول بالذرائع، وتفسير ذلك في هذه المسألة ما احتج به مالك من أنه إذا جاز له أن يأخذ بالثقال قيمته حتى كأنه اشتراه مفردًا جاز له أن يأخذ قيمته مرارًا؛ ليحيز البيع بينه وبين صاحبه يريد بذلك؛ ليحيز المحظور الممنوع بالشرع.

وذلك أنه إذا باع ديناراً رديئاً بدينارين جيدين، وعلم أنه لا يصح أن يعطيه بذلك الدينار نصف دينار جيد جعل الدينار ما يساوي أكثر من الدينار الجيد مرارًا، وجعله ثمنًا للدينار الجيد، فيكون في الظاهر، قد أعطاه ديناراً رديئاً بدينار جيد، وأعطاه السلعة بالدينار الآخر الجيد، وهو في الحقيقة إنما أعطاه الدينار الرديء بنصف دينار جيد، وأخذ السلعة بدينار ونصف من الذهب الجيد، وهذا مما لا يحل ولا يجوز.

ولذلك قال مالك: ولو أنه باعه ذلك الدينار مفردًا لم يأخذه بعشر الثمن، يعني أن ذلك الدينار الرديء الذى مع السلعة لو باعه مفردًا، لم يعطه به الدينار الجيد من الدينارين.

وإنما أضاف إليه السلعة؛ ليتوصل بذلك إلى أخذ بعض دينار جيد بدينار رديء، وهذه المسألة تعرف بمسألة مدى عجووة؛ لأنها تفرض فيمن باع مد عجووة ودرهما بدرهمين، وجوز ذلك أبو حنيفة، وقال: إن من باع مائة دينار في قرطاس بمائتي دينار، أنه جائز، ويحتسب بالقرطاس في مائة دينار، وتكون المائة الباقية من المائتين بالمائة التى فى القرطاس.

والدليل على المنع من ذلك ما رواه مسلم فى صحيحه من حديث على بن رباح اللخمي أنه سمع فضالة بن عبيد الأنصاري يقول: أتى رسول الله ﷺ وهو يجيئ بقلادة فيها خرز وذهب، وهى من المغنم تباع، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذى فى القلادة، فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزناً بوزن»^(*).

فوجه الدليل من الخبر أنه أمر بنزع الخرز وإفراد الذهب؛ ليتمكن بيعه، ولو جاز بيعه مع الخرز لما احتاج إلى وزنه، ثم قال: «الذهب بالذهب وزناً بوزن» فنبه بذلك على أن علة إفراده بالبيع أن يتحقق فيه الوزن بالوزن.

مسألة: ولا يجوز أن يكون مع كل واحد من الذهبين شىء تساويًا أو مختلفًا، فلا يجوز دينار ودرهم بدينار ودرهم، الديناران متساويان والدرهمان كذلك، وأجازه الشافعى.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥٩١. أبو داود حديث رقم ٣٣٥٣. أحمد فى المسند حديث

رقم ٢٣٤٤٨، ٢٣٤٢١.

والدليل على صحة ما نقوله أنه قد وجد على كل واحد من عوض الذهب ما ليس بذهب، فلم يجوز أن يشملهما بيع كما لو كان مع كل واحد منهما سلعة.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُرَاطِلُ الرَّجُلَ، وَيُعْطِيهِ الذَّهَبَ الْعُتُقَ الْجِيَادِ، وَيَجْعَلُ مَعَهَا تَبْرًا ذَهَبًا غَيْرَ جَيِّدٍ، وَيَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِهِ ذَهَبًا كَوْفِيَّةً مُقَطَّعَةً، وَتِلْكَ الْكَوْفِيَّةُ مَكْرُوهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ، فَيَتَبَايَعَانِ ذَلِكَ مِثْلًا بِمِثْلٍ: إِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ.

قال مالك: وتفسير ما كرهه من ذلك أن صاحب الذهب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه، ولو لا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يرأطله صاحبه يتبره ذلك إلى ذهبه الكوفية، فامتنع، وإنما مثل ذلك كمثل رجل أراد أن يتناع ثلاثة أصنوع من تمر عجوة بصاعين ومد من تمر كبيس، فقيل له: هذا لا يصلح، فجعل صاعين من كبيس وصاعًا من حشف، يريد أن يجيز بذلك بيعه، فذلك لا يصلح؛ لأنه لم يكن صاحب العجوة يعطيه صاعًا من العجوة بصاع من حشف، ولكنه إنما أعطاه ذلك لفضل الكبيس أو أن يقول الرجل للرجل: بعني ثلاثة أصنوع من البيضاء بصاعين ونصف من حنطة شامية، فيقول: هذا لا يصلح إلا مثلًا بمثل، فيجعل صاعين من حنطة شامية وصاعًا من شعير، يريد أن يجيز بذلك البيع فيما بينهما، فهذا لا يصلح؛ لأنه لم يكن يعطيه بصاع من شعير صاعًا من حنطة بيضاء لو كان ذلك الصاع مفردًا، وإنما أعطاه إياه لفضل الشامية على البيضاء، فهذا لا يصلح وهو مثل ما وصفنا من التبر.

قال مالك: فكل شيء من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن يساع إلا مثلًا بمثل، فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد من المرغوب فيه الشيء الرديء المسخوط ليحاز البيع، وليستحل بذلك ما نهى عنه من الأمر الذي لا يصلح إذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه، وإنما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع، فيعطي الشيء الذي لو أعطاه وحده لم يقبله صاحبه، ولم يهمم بذلك، وإنما يقبله من أجل الذي يأخذ معه لفضل سلعة صاحبه على سلعته، فلا ينبغي لشيء من الذهب والورق والطعام أن يدخله شيء من هذه

كتاب البيوع ٢٦٩
الصَّفَّةِ، فَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الطَّعَامِ الرَّدِيَّ أَنْ يَبِيعَهُ بِغَيْرِهِ فَلْيَبِعْهُ عَلَى حِدَّتِهِ، وَلَا يَجْعَلْ
مَعَ ذَلِكَ شَيْئًا، فَلَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال: أن من راطل ذهباً بذهب وأحد، الذهبين من جنسين، فإن كان لم يعلم بمقدار الجيد من الرديء، لم تجز المراتلة، ولا المبايعة كلها، وإن علم بمقدار ذلك، لم يخل أن يكون أحد الذهبين من جنس الذهب المفردة مساوية لها في الجودة والنفاق أو لا تكون إحداهما مساوية لها.

فالظاهر من المذهب جواز ذلك، سواء كانت الذهب التي معها أفضل أو أدون، وهذا إلا وجه فيه لمنع الذريعة؛ لأن مساواة إحدى الذهبين الذهب التي في عوضها تنفي التهمة التي تلحق من جهة التقسيط، فموجود إلا أن يحمل التقسيط على وجه الذريعة والتهمة في ذلك، فيبعد أيضاً، وهذا ما لم يكن رداءة أحد الذهبين من غش نحاس فيها، وإنما هي الرداءة في غش الذهب، فإن كانت مغشوشة بنحاس، لم تجز المراتلة بها، قاله الشيخ أبو إسحاق، وأن ما قال مالك في الذهب المفردة بالذهب المفردة.

مسألة: وإن كانت غير مساوية لها، فلا يخلو أن يكون الذهبان أفضل، أو أدنى من الذهب المفردة، أو يكون إحدى الذهبين أفضل من المفردة، والثانية أدنى منها، فإن كانت أفضل أو أدنى، فعلى ما تقدم، وإن كانت إحداهما أفضل، والأخرى أدنى، فلا خلاف في المذهب أنه لا يجوز.

ووجه ذلك ما يلزم من تقسيط الذهب المفردة على الذهبين اللتين إحداهما أفضل منها، والأخرى أدنى منها، فيؤديه ذلك إلى التفاضل في الذهب أو يمنع ذلك التهمة في قصد ذلك، فتقوى التهمة هنا دون أن تكون إحدى الذهبين مساوية لها والأخرى أفضل وأدنى، فإن التهمة تضعيف فيهما على ما قدمناه.

مسألة: ولو كانت دراهم سود بدراهم بيض دونها، ومع السود فضة كفضة البيض، ففي كتاب محمد: أن ذلك لا يجوز لنقص السكة، يريد أن نقص السكة في فضة البيض، إنما سوماح فيه، لفضل السود على الدارهم البيض، فراعى السكة مع التناجز، والذي في المدونة خلاف هذا، والله أعلم.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٤٤/١٩.

العينة وما يشبهها

١٣١٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ».

١٣١٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ».

الشرح: قوله ﷺ: «من ابتاع طعامًا، فلا يبيعه حتى يستوفيه»^(١) يريد أنه إذا استفاده

١٣١٣ - أخرجه البخارى ١٤٢/٣ كتاب البيوع باب بيع الطعام، عن ابن عمر. مسلم كتاب البيوع ١١٥٩/٣ باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، عن ابن عباس. أبو داود برقم ٣٤٩٢ باب ٣١ كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، عن ابن عمر. الترمذى برقم ١٢٩١ ح ٥٧٧/٣ كتاب البيوع باب كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه، عن ابن عباس. النسائى ٢٨٥/٧ كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، عن ابن عمر. ابن ماجه برقم ٢٢٢٦ ح ٧٤٩/٢ كتاب التجارات، عن ابن عمر. أخرجه أحمد ٦٣/٢، عن ابن عمر. البيهقى فى السنن ٣١٢/٥، عن جابر. ذكره بنصب الراية ٣١/٤، عن ابن عمر. البغوى بشرح السنة ١٠٦/٨، عن ابن عمر. أخرجه ابن ماجه فى التجارات ٢٢٢٦، ٢٢٢٩. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٧، مسند المكثرين من الصحابة ٤٦٢٥، ٤٦٩٤، ٥٢١٣، ٥٢٨٢، ٥٤٠٣، ٥٤٧٦، ٥٨٢٧، ٥٨٦٦، ٦٢٣٩، ٦٤١٥. الدارمى فى البيوع ٢٥٥٩.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٠٤/٨: هذا حديث صحيح الإسناد مجتمع على القول بجملمته، إلا أنهم اختلفوا فى بعض معانيه.

١٣١٤ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٣٣. مسلم فى البيوع ١٥٢٦. النسائى فى البيوع ٤٥٩٣، ٤٥٩٤، ٤٦٠١. أبو داود فى البيوع ٣٤٩٢، ٣٤٩٥. ابن ماجه فى التجارات ٢٢٢٦. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٧، مسند المكثرين من الصحابة ٤٦٢٥، ٤٦٩٤، ٥٢١٣، ٥٤٠٣، ٥٤٧٦، ٥٨٢٧، ٥٨٦٦، ٦٤١٥. الدارمى فى البيوع ٢٥٥٩. ذكره الطحاوى فى معانى الآثار ٣٨/٤، عن جابر. أخرجه أحمد ٢٧٠/١، عن ابن عباس. البيهقى ٣١٤/٥، عن ابن عمر. ذكره فى المجمع ٩٨/٤، عن عمر. الطحاوى فى المشكل ٢٢١/٤، عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٠٤/٨: ظاهر هذا الحديث يحظر ما وقع عليه اسم طعام إذا اشترى حتى يستوفى، واستيفاؤه قبضه على حسب ما جرت العادة فيه من كيل أو وزن. قال الله عز وجل: ﴿أَرْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ﴾. وقال: ﴿فَأَوْفُوا لَنَا الْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا﴾. وقال: ﴿وَإِذَا كَالَهُمْ أَوْ وَزَنَهُمْ يَخْسِرُونَ﴾.

وأما اختلاف العلماء فى معنى هذا الحديث فإن مالكًا قال: من ابتاع طعامًا أو شيئًا من جميع =

كتاب البيوع ٢٧١
بالابتياح، فلا يبيعه حتى يقبضه، ويستوفيه من بائعه منه؛ لأنه لا يجوز أن يتوالى على
الطعام عقداً ببيع، لا يتخللها استيفاء بالكيل، إن كان مكيلاً، أو بالوزن، إن كان
موزوناً؛ لنهى النبي ﷺ عن ذلك.

وفى هذا أربعة أبواب، الباب الأول: فى تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات.
والباب الثانى: فى تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة. والباب الثالث: فى تمييز ما
يكون قبضاً واستيفاءً. والباب الرابع: فى تمييز ما يصح قبض الثانى.

* * *

الباب الأول فى تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات

المبيع على ضربين، مطعوم وغير مطعوم. فأما المطعوم، فإنه على قسمين، قسم
يجرى فيه الربا، وقسم لا يجرى فيه. فأما ما يجرى فيه الربا، فلا خلاف على المذهب فى
أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه.

=المأكول، أو المشروب، مما يدخر، ومما لا يدخر، ما كان منه أصل معاش، أو لم يكن حاشا الماء
وحده، فلا يجوز بيعه قبل القبض، لا من البائع، ولا من غيره، سواء كان بعينه، أو بغير عينه، إلا
أن يكون الطعام ابتاعه جزافاً، صبرة، أو ما أشبه ذلك، فلا بأس ببيعه قبل القبض؛ لأنه إذا ابتاع
جزافاً كان كالعرض الذى يجوز بيعها قبل القبض، هذا هو المشهور من مذهب مالك، وبه قال
الأوزاعى: والملح، والكزبر، والشونيز، والتوابل، وزريعة الفجل التى يؤكل زيتها، وكل ما
يؤكل، ويشرب، ويؤتمد به، فلا يجوز بيعه ولا يبيع شىء منه قبل القبض، إذا ابتاع على الكيل أو
الوزن، ولم يبع جزافاً هذه الجملة مذهب مالك المشهور، عنه فى هذا الباب.
قال: وأما زريعة السلق، وزريعة الجزر، والكراث، والجرجير، والبصل، وما أشبه ذلك، فلا بأس
أن يبيعه الذى اشتراه قبل أن يستوفيه؛ لأن هذا ليس بطعام، ويجوز فيه التفاضل، وليس كزريعة
الفجل الذى منه الزيت؛ لأن هذا طعام.

وما لا يجوز أن يباع قبل القبض عند مالك وأصحابه، فلا يجوز أن يمهر ولا يستأجر به، ولا
يؤخذ عليه بدل، وهذا فيما اشترى من الطعام، وأما من كان عنده طعام لم يشتريه، ولكنه أقرضه
أو نحو ذلك، فلا بأس ببيعه قبل أن يستوفيه؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه
حتى يستوفيه»، ولم يقل: من كان عنده طعام، أو كان له طعام، فلا يبيعه حتى يستوفيه، ولا
خلاف عن مالك، أن ماعداً المأكول، والمشروب، من الثياب، والعروض، والعقار، وكل ما
يكال ويوزن، إذا لم يكن مأكولاً ولا مشروباً من جميع الأشياء كلها غير المأكول والمشروب، أنه
لا بأس لمن ابتاعه أن يبيعه قبل قبضه، واستيفائه، وحجته فى ما ذهب إليه مما وصفنا عنه قوله
ﷺ: من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه، ولا يبيعه حتى يستوفيه.

٢٧٢ كتاب البيوع

وأما ما لا يجزى فيه الربا، فعن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه، وهو المشهور من المذهب. وروى ابن وهب عن مالك: أنه يجوز بيعه قبل قبضه.

وروجه الرواية الأولى ما احتج به أصحابنا في هذه المسألة من قول النبي ﷺ: «من ابتاع طعاماً، فلا يبيعه حتى يستوفيه» وهذا يصح الاحتجاج به في هذا الحكم على قول من يمنع التخصيص بعرف اللغة.

وأما من رأى التخصيص بعرف اللغة، فلا يجوز الاحتجاج بهذا الحديث على هذا الحكم؛ لأن لفظة الطعام إذا أطلقت، فإنما يفهم منها بعرف الاستعمال الخنطة دون غيرها، ولذلك لو قال رجل: مضيت إلى سوق الطعام، لم يفهم منه إلا سوق الخنطة. ودليلنا من جهة القياس أن هذا مطعوم فلم يجز بيعه قبل قبضه كالذى يجزى فيه الربا.

وروجه الرواية الثانية، أن ما لا يجوز فيه التفاضل نقداً، فإنه لا يحرم بيعه قبل كغير المطعوم.

فرع: وإذا قلنا بإجراء هذا الحكم في المقتات خاصة، فلا فرق بينهما، فإذا أجريناه في كل مطعوم، فلا فرق بين هذا وبين حكم الربا.

مسألة: وهذا في المطعوم المكيل أو الموزون، روى ابن القاسم عن مالك في المبسوط: وكذلك المعدود، لا يجوز ذلك فيه حتى يقبضه، وقد قاله غيره من أصحابنا، وهو المذهب إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن كان غير مطعوم، فمذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم في غير المطعوم، ولا تعلق له به، سواء كان مكيلاً أو موزوناً، أو غير مكيل ولا موزون. وقال عبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة ويحيى بن سعيد: أن كل ما يبيع على كيل أو وزن أو عدد، مطعوم كان أو غير مطعوم، فلا يجوز بيعه قبل قبضه، واختاره ابن حبيب.

وقال أبو حنيفة: هذا الحكم ثابت في كيل مبيع ينقل ويحول. وقال الشافعي: هو حكم ثابت في كل مبيع. استدلت أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع طعاماً، فلا يبيعه حتى يستوفيه».

فوجه ذلك أنه خص هذا الحكم بالطعام، فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له، وهذا استدلال بدليل الخطاب، وقد تقدم الكلام فيه.

كتاب البيوع ٢٧٣
ودليلنا من جهة القياس أن هذا مبيع ليس بمطعوم، فجاز بيعه قبل قبضه كالدينار
والدراهم.

* * *

الباب الثاني في تمييز ما يختص من وجوه الاستفادة

العقود على ضربين، معاوضة وغير معاوضة، فأما المعاوضات، فالبيع وما فى معناه
من الإجارة والمصالحة والمناكحة والمخالعة والمكاتبه على وجه العوض كأرزاق القضاة
والمؤذنين وأصحاب السوق، فإن هذا كله يؤخذ على وجه المعاوضة.

وقال أبو حنيفة: ما ملك بهمر أو خلع من طعام أو غير، فإنه يجوز بيعه قبل قبضه،
وهذه العقود تنقسم على ثلاثة أقسام، قسم: يختص بالمغابنة والمكايسة كالإجارة والبيع،
وما كان فى حكمهما. وقسم: يصح أن يقع على وجه المغابنة، ويصح أن يقع على
وجه الرفق كالإقالة والشركة والتولية. وقسم: لا يكون إلا على وجه الرفق
كالقرض.

فأما البيع وما كان فى معناه مما يختص بالمغابنة، قال القاضى أبو محمد: ما كان أجرة
لعمل أو قضاء لدين، أو مهرًا، أو خلعة، أو صلحًا عن دم عمدًا، أو مثلاً لمتلف، أو
أرش جناية فى مال مضمون، أو معين، فذلك كله يجرى بجرى البيع فيما يذكره، فلا
خلاف فى أنه لا يجوز أن يتوالى منه عقدان من جنس واحد، أو من جنسين مختلفين
على معين أو ثابت فى الذمة، لا يتخللها قبض.

والأصل فى ذلك الحديث المتقدم «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن
يستوفى».

ومن جهة المعنى أن ذلك ممنوع حفظه وحراسته وتوقيه من الربا، لئلا يتوصل أهل
العينة بذلك إلى بيع دنائير بأكثر منها، وذلك أن صاحب العينة يريد أن يدفع دنائير فى
أكثر منها نقدًا أو إلى أجل، فإذا علم بالمتع فى ذلك توصل إليه بأن يذكر حنطة بدينار،
ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء، ولا قصد لبيعه، ولا لابتياعه.

فلما كثر هذا، أو كانت الأقوات مما يتعامل بها فى كثير من البلاد ولاسيما فى
بلاد العرب، وكان لك يقصد لهذا المعنى كثيرًا لمعرفة جميع الناس لثمنه، وقيمته،
ووجود أكثر الناس له، منع ذلك فيها، وشرط فى صحة توالى البيع فيها الخلال القبض
والاستيفاء؛ لأن ذلك نهاية التبايع فيها، وإتمام العقد، ولزومه، ولم يشترط ذلك فى

٢٧٤ كتاب البيوع

سائر المبيعات؛ لأنه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها؛ لأن ثمنها يخفى فى الأغلب ويقل مشتريها.

فرع: ومن باع ثمر حائطه، واستثنى منه كيلاً يجوز استثناءه، ثم أراد بيعه، فقد اختلف قول مالك فيه، فكرهه ثم رجع إلى إجازته، روى ذلك ابن المواز.

وجه الكراهية مبنى على أن المستثنى مبيع. ووجه الإباحة والجواز مبنى على أن المستثنى غير مبيع.

مسألة: وأما ما صح أن يقع من عقود المعاوضة على وجه الإرفاق، ووجه المغابنة كالإقالة والشركة والتولية، فإن وقع على وجه الرفق، فإنه يصح أن يلى البيع فى الطعام قبل القبض.

ووجه وقوعه على الرفق أن يكون على حسب ما وقع عليه البيع فيه، فإن تغير عنه لزيادة ثمن أو صفة أو نقص أو مخالفة فى جنس ثمن، أو أجل خرج عن وجه الرفق إلى البيع الذى لا يجوز.

والأصل فى جواز ذلك إذا وقع على وجه الرفق، ما رواه سحنون فى المدونة عن ابن القاسم عن سليمان بن يسار عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً، فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة».

ومن جهة المعنى أن هذه عقود مبنية على المعروف والمواصلة دون المغابنة والمكايسة التى لمضارعتها منع بيع الطعام قبل استيفائه، وذلك أنه منع لمشابهته العينة، فإذا وقعت هذه العقود على وجه الرفق، وعريت من المغابنة والمكايسة كانت مباحة كالقرض، وهذا فى الجملة فأما التفصيل، فلا يخلو أن يكون ثمن الطعام عيناً أو غير عين.

فأما العين، فإنه إن كان مثله فى قدره وصفته، فلا خلاف فى المذهب فى جواز الإقالة به، وإن تغيرت صفته أو قدره لم يجوز؛ لأنه ليس بإقالة، وإنما هو بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأن الإقالة إنما هى على مثل ما انعقد عليه البيع، ولذلك قال بعض أصحابنا: إنها ليست بعقد مستأنف، وهى نقض للعقد الأول.

مسألة: وإن كان ثمن الطعام غير عين، لم يخل أن يكون مما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود أو مما لا مثل له مما يرجع إلى القيمة، فإن كان مما له مثل من المكيل

كتاب البيوع ٢٧٥
والموزون والمعدود، ففي الواضحة: تجوز الإقالة بالمثل، وقاله أشهب في المجموعة،
وشرط أن لا يكون أرفع منه، ولا أدنى، وأن يكون حاضراً عنده. وقال ابن القاسم: لا
يجوز ذلك.

وجه قول أشهب أن هذا مما له مثل، فصحت الإقالة من الطعام بمثله كالدينارين
والدراهم.

وجه قول ابن القاسم أن هذا عوض يتعين بالعقد، فلم تجز الإقالة من الطعام إلا
بعينه دون مثله. أصل ذلك ما يرجع إلى القيمة.

مسألة: فإن كان الثمن مما لا مثل له كالثوب والحيوان، ففي الواضحة: لا تجوز
الإقالة بمثله، ولا بقيمته، وإنما تجوز منه بعينه ما لم تدخله زيادة، ولا نقص في بدن،
ويجوز إن دخله تغير أسواق.

وجه هذا ما قدمناه من أن الإقالة إنما هي في معنى حل العقد الأول، فإذا لم يؤد
إليه ثمنه، ولا مثله لم تكن إقالة، وكان بيع الطعام قبل استيفائه، وهو ممنوع منه.

مسألة: وإن كان الطعام ثمناً لعمل في إجارة، جاز أن يقيله قبل العمل، ولم يجز
ذلك بعد العمل، فإم عمل بعض العمل، جاز أن يقيله مما بقى دون ما عمل، رواه كله
ابن المواز عن أشهب.

وجه ما احتج به ابن حبيب أن أعمال الناس تختلف، فلا يكون العمل الآخر مثلاً
لأول، وذلك يناهى الإقالة؛ ولأن العمل، إنما يرجع إلى القيمة، فلا تصح الإقالة فيه بعد
فواته كالثوب، وأما الكتابة، ففي الواضحة: ولا تبع طعامك من كتابة من غير المكاتب
قبل قبضه، إلا أن يكون يسيراً تافهاً يبيع مع غيره مما كاتبه عليه، فلا بأس به.

فصل: وأما ما يختص بالرفق من عقود المعاوضة كالقرض، فإنه يجوز أن يتكرر على
الطعام قبل قبضه، وأن يلي البيع ويليه البيع، لا خلاف في ذلك نعلمه.

مسألة: وأما ما يلزم الذمة من الطعام بغير عقد مثل أن يلزمها بالغصب والتعدى،
ففي كتاب محمد: أنه كالقرض يجوز بيعه قبل قبضه. وحكى القاضى أبو محمد: أنه
كالبيع إن كان مثلاً لمتلف، ولا يجوز بيعه قبل قبضه.

وجه القول الأول: أن أخذ مثل الطعام في الغصب يتوالى على الطعام من غير أن
يتخللها قبض، لو كان بمنزلة البيع؛ لما جاز أن يتوالى عليه، وهذا باطل باتفاق.

٢٧٦ كتاب البيوع
ووجه رواية القاضي أبي محمد أنه طعام يؤخذ عوضاً على وجه المشاحة، وترك
الإرفاق، فلم يجوز أن يلي البيع دون قبض. أصل ذلك البيع.

وأما ما كان من العقود ليس فيه معاوضة كالهبة والصدقة والعطية، فلا بأس أن
يتوالى على الطعام قبل قبضه؛ لأنها ليست من عقود المعاوضة، ولا يتصور فيها معنى
العينة التي لها منع بيع الطعام قبل استيفائه.

فصل: إذا ثبت أنه لا يجوز بيع الطعام قبل استيفائه، فإنه لا يجوز أن يبيعه هو، ولا
وكيله، ولا وارثه، قاله مالك في المبسوط؛ لأن انتقاله بالميراث أن يكون حاجزاً بين
البيعتين، ولا يقوم مقام القبض في إباحة البيع فيه، وإن وهبه الرجل بعد أن ابتاعه قبل
أن يستوفيه، لم يجوز للموهوب له أن يبيعه حتى يستوفيه، رواه في المدونة عبد الرحمن
بن دينار عن المغيرة وعيسى بن دينار عن ابن القاسم.

وزاد مالك في النوادر: وكذلك لو وهب له، أو تصدق به عليه، أو أخذه قضاء من
سلف، قال: وأخفه عندي الهبة والصدقة.

وفي الموازية عن مالك: من أحلته على الطعام من بيع أقرضته إياه، أو قضيته إياه من
قرض، فلا يبيعه حتى يستوفيه.

مسألة: إذا ثبت أن هذا الحكم يتعلق بما استفيد على وجه المعاوضة، فإنه أيضاً، يجب
أن يمنع من عقود المعاوضة قبل الاستيفاء، ولا يمنع ما ليس بمعاوضة من هبة، ولا
صدقة، ولا قرض، ولا غير ذلك من العقود التي تعرى عن العوض، ولذلك لم تمنع من
الإقالة والتولية والشركة، وإن كانت فيها معاوضة.

* * *

الباب الثالث في تمييز ما يكون قبضاً واستيفاء

وأما ما يكون قبضاً واستيفاء، يصح أن يفصل بين البيعتين في الطعام، فهو ما يخرج
به من ضمان البائع إلى ضمان المشتري من الكيل، والتوفية في المكيل والموزون،
والتوفية في الموزون، وفي التحرى في الاتفاق على مقداره، والحكم به، وتوفيته إن
كان فيه حق توفية.

وذلك بأن يوفيه البائع المتباع، وتسليم المتباع إياه لازم قبل أن يبيعه، وقد تقدم
وصف التوفية قبل هذا، فمثل هذا يكون فصلاً بين البيعتين، فإن عقداً عقداً من بيع في

كتاب البيوع ٢٧٧
طعاميين في ذمتين، ثم أرادا أن يتقاضيا بهما، لم يجز ذلك، على المشهور من المذهب،
وبه قال ابن القاسم.

وقال أشهب في كتاب ابن المواز: إن اتفق رأس مالهما في القدر، والصفة، جاز
ذلك.

وجه القول الأول أنهما لما تقاضيا بالطعام آل أمرهما إلى طعام واحد، فقد انعقد
عليه عقدا بيع، وكل واحد منهما انعقد بلفظ البيع، وعلى معناه من المغابنة والمكايسة،
لم يفصل بينهما قبض، وذلك ممنوع.

ووجه القول الثاني أن مال أمرهما إلى الإقالة؛ لأن المسلم الثاني ردّ إلى الأول مثل
رأس ماله، وهذا معنى الإقالة والعقود لا تعتبر فيها باللفظ، وإنما تعتبر بالمعنى، ولما كان
معنى ما وجد منهما السلم والإقالة، وذلك يجوز في الطعام قبل استيفائه، جاز ذلك في
مسألتنا.

مسألة: وإن كان الطعامان من قرض، جاز ذلك، حل أجلهما، أو لم يحل؛ لأن
اتصال القرضين في الطعام، ليس بممنوع، وإن كان أحدهما من بيع، والآخر من
قرض، فحل أجلهما، جازت المقاصة؛ لأن اتصال القرض بالبيع جائز في الطعام.

فإن لم يحل واحد منهما، فالمشهور من المذهب أنه لا يجوز، وبه قال ابن القاسم.
وقال ابن حبيب: إن اتفق الأجلان، جازت المقاصة، وقاله أصحاب مالك إلا ابن
القاسم.

وجه القول الأول أن المقاصة قبل الأجل مع الأجل في البيع يمنع المقاصة بما لا يجوز
إلا عند حلول الأجل كالمقاصة بالدنانير والدرهم.

ووجه القول الثاني أنه إذا كان الأجلان واحداً، كان ذلك بمنزلة حلولهما؛ لأن
الذمتين تبرأ من زيادة من أحدهما.

مسألة: فإن حل من الأجلين أجل القرض، ولم يحل أجل السلم، لم يجز ذلك أيضاً
لما قلنا، وإن حل أجل السلم، ولم يحل أجل القرض، لم يجز، عند ابن القاسم وجوزه
أشهب.

وجه ما قاله ابن القاسم أن هذا المقاصة فيما لم يحل، فوجب أن يكون بيعاً كما لو
لم يحل أجل السلم.

٢٧٨ كتاب البيوع

ووجه قول أشهب أن القرض لما لم يلزم أجله المقرض كان بمنزلة الحال، والمشهور من قول أشهب أن المسلف لا يجبر على قبض القرض قبل الأجل، وعن ابن القاسم أنه يجبر، فكان يجب أن تجوز هذه المسألة على أصول ابن القاسم، ولا تجوز على أصل أشهب غير أن ابن القاسم أكثر تمسكاً بأصله؛ لأن الأجل، وإن لم يلزم المتسلف، فهو يلزم المسلف.

مسألة: وأما ما اشترى جزافاً، فإن استيفاءه بتمام العقد فيه؛ لأنه فيه توفية أكثر من ذلك، ويتخرج فى ذلك مذهبان، أحدهما: أن الحديث بالمنع من بيع الطعام قبل استيفائه عام فيه وفى المكيل، إلا أن الاستيفاء فيه بتمام العقد عليه.

والثانى: أنه لا يتعلق به المنع، والحديث خاص فى المكيل الذى فيه حق التوفية، ولذلك قال عليه السلام: «حتى يستوفيه» ولم يقل: حتى ينقله، أو يأخذه، فعلق هذا الحكم بما ثبت له حكم الاستيفاء، وهو المكيل والموزون والمعدود.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المبسوط: من اشترى طعاماً مصبراً جزافاً، فإنه لا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه من بائعه منه، أو من غيره، نقده الثمن، أو لم ينقده، بأكثر من الثمن أو أقل أو بمثله، ومما يدل على ذلك أن من اشترى تمرًا فى رعوس النخل، فلا بأس أن يبيعه قبل جده، وإن كان استيفاؤه لم يوجد؛ لاتفاقنا مع الشافعى على ثبوت حكم الجائحة فيه.

وقد روى الوقار عن مالك: أنه لا يجوز بيع شيء من المطعومات بيع على المكيل أو الوزن أو العدد أو على الجزاف قبل قبضه، وبه قال أحمد بن حنبل والثورى.

مسألة: ومن ابتاع لبن غنم بأعيانها شهراً، فأراد بيعها قبل أن يحلبه، نهى عنه ابن القاسم، وأجازه أشهب، واختار محمد النهى، قال: لأنه فى ضمان البائع حتى يقبض، فهو من بيع ما لم يضمن من الطعام.

وجه قول أشهب أنه لم يبق على البائع فيه حق توفية كالثمرة فى رعوس النخل.

والفرق على قول ابن القاسم بينها وبين الثمرة فى رعوس النخل أنها ليست فى ضمان البائع على الإطلاق، وإنما هى من ضمانه على وجه مخصوص مختلف فيه.

* * *

الباب الرابع فى تمييز ما يصح قبض البيع الثانى

أما قبض المسلم إليه الطعام من نفسه بأذن المسلم، فلا يجوز أن يباع به، وكذلك قبض زوجته أو عبده أو مدبره أو أم ولده، إلا أن يكون ولده الكبير الذى قد بان بالحيازة عنه، فلا بأس بذلك، قاله ابن القاسم فى المدونة، ولو استوفى فى كيلة منه ثم تركه عنده أو عند غيره، جاز له أن يبيعه قبل أخذه منه، قاله مالك فى المبسوط.

ووجه ذلك أنه لو استوفاه وتركه عنده وديعة، واستيفاء من وهب أو تصدق به عليه أو قرضه يبيح له يبيعه؛ لأنه قد حل محل من كان له، وبالله التوفيق.

١٣١٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: كُنَّا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَبْتَاغُ الطَّعَامِ، فَيَبِّعُ عَلَيْنَا مَنْ يَأْمُرُنَا بِإِنْتِقَالِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي ابْتِغَيْنَاهُ فِيهِ إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ.

الشرح: قوله: «كنا نؤمر بانتقاله إلى مكان سواه قبل أن نبيعه» وقد ورد ذلك مفسراً، ورواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه قال: رأيت الذى يشتري الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤوروه إلى رحالهم، فلما كان الاستيفاء فى بيع الجزاف، يتم بتمام اللفظ بالبيع، وقد رأيت لابن عبدوس فى المجموعة ما يقتضى هذا، لأنه روى عن مالك فىمن ابتاع ثمر عدد نخلات بلا كيل: أن له بيع ذلك قبل جده؛ لأنه قدر صار فى ضمانه بالبيع، فذلك قبض فاقضى قوله أن تمام البيع هو القبض.

وأما التخلية بينه وبين المبتاع، فليست من باب التوفية، وإنما هى من باب تركه منع ذى الحق من حقه، وقد قال القاضى أبو محمد: أنه يجوز له يبيعه، فأشار إلى أن التخلية على التوفية، فعلى هذا يكون معنى ضربهم على المنع من يبيعه حتى ينقلوه إلى رحالهم؛ ليتبين الاستيفاء بعد وجود التوفية بالتخلية، فشرع نقله من مكانه، ليفصل بين البيعتين عمل ظاهر فيه بعض أفعال الكيل، لأن الكيل فيه أيضاً نقل من مكان إلى مكان، إلا أنه

١٣١٥ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٢٤. مسلم كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض رقم ٣٣، عن ابن عمر. النسائى ٢٨٧/٧ كتاب البيوع باب بيع ما يشتري من الطعام جزافاً، عن ابن عمر. أبو داود برقم ٣٤٩٣ ج٣/٢٧٩ كتاب البيوع باب بيع الطعام، عن ابن عمر. قال ابن عبد البر فى التمهيد ١١٣/٨: هكذا روى مالك هذا الحديث، لم يختلف عليه فيه، ولم يقل: جزافاً، وروى غيره عن نافع، عن ابن عمر، فقال فيه: كنا نبتاع الطعام جزافاً

٢٨٠ كتاب البيوع
نقل البائع، ولم يبق في الجزاف على البائع عمل، فجاز لذلك بيعه كما يجوز بيع الثمار
على رعوس النخل لمن اشتراها قبل أن يجدها، وإنما يبقى فيه العمل على المتبايع أن ينقله
قبل أن يبيعه، وهذا لما كان حقا على المتبايع، لم يبطل البيع، ولذلك لم يكن له تعلق
بالبائع.

وقد روى في المبسوط ابن القاسم عن مالك ما تقدم من جواز بيع الصبر لمن اشتراها
قبل أن يقبضها، ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعي.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]،
ولأنه لم يوفه حق توفيته، فجاز بيعه كالمكيل بعد الكيل.

وحكى القاضي أبو محمد أن مالكا استحب أن يباع بعد نقله؛ ليخرج من الخلاف.
وعندى في هذه المسألة أن مالكا إنما تكلم على صحة العقد، والعقد صحيح لما
ذكرناه، ولم يتكلم على ما يلزم المشتري من تقدم نقله، ويجب أن يتقرر المذهب على
أنه ليس بلازم له؛ ليخرج بتركه، ويلزم الإمام أن يمنع منه، فإن فات بعقد البيع، لم يرد
لصحة العقد، وبالله التوفيق.

وقد روى في المدينة ابن نافع عن مالك أنه كره لمن اشترى الطعام جزافا أن يبيعه
بنظرة قبل أن ينقله، قال مالك: لأنه بلغني أن ابن عمر كان يقول: إن النبي ﷺ بعث
إلينا إذا اشترينا الطعام جزافا: «لا تبعوه مكانه الذي اشترتموه فيه حتى ينقله إلى مكان
سواه».

قال مالك: تفسيره أن يبيعه بالدين. قال ابن القاسم: كان يستحب ذلك، ولا يراه
حراما، وإن وقع جاز، وما قدمناه فيه ظاهر محتمل.

وفى كتاب أبي القاسم الجوهري بأثر هذا الحديث: إنما هو في تلقى الركبان، وهذا
أيضا محتمل، فيكون معناه أن من اشتراه في موضع غير سوق ذلك الطعام، فلا يبيعه ممن
يلقاه قبل أن يبلغ به السوق، وقولهم إنما يرجع إلى صحة العقود دون ما على البائع
الثاني ذلك، فإنهم لم يتعرضوا لذكره، والله أعلم وأحكم.

وقد تقدم من رواية يحيى بن زكريا الواقري، أن ذلك لا يجوز، والله أعلم وأحكم.

١٣١٦ - مَالِكُ، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ حَكِيمَ بْنَ جِرَازٍ ابْتَاعَ طَعَامًا أَمَرَ بِهِ عُمَرُ بْنُ

١٣١٦ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٢٩/٨. البيهقي في السنن الكبرى ٣١٢/٥. وذكره ابن
عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٩٩.

كتاب البيوع ٢٨١
الْخَطَّابِ لِلنَّاسِ، فَبَاعَ حَكِيمٌ الطَّعَامَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ،
فَرَدَّهُ عَلَيْهِ، وَقَالَ: لَا تَبِعْ طَعَامًا ابْتِغَاءَ حَتَّى تَسْتَوْفِيَهُ.

الشرح: قوله: «أن حكيم بن حزام ابتاع طعامًا أمر به عمر بن الخطاب للناس»
يحتمل أن يكون أمر به ابتداء بغير عمل استحقوه لذلك، فجاز لهم بيعه قبل قبضه.

وفى العتبية من رواية أشهب عن مالك فيما فرض عمر بن الخطاب رضى الله عنه
لأزواج النبي ﷺ من الأرزاق من طعام، فلا بأس ببيع مثل هذه الأرزاق قبل قبضها،
وكذلك طعام الجار، فعلى هذا إنما نهاه عمر بن الخطاب عن بيعه، لأنه صار إليه
بالابتياح، ولا يجوز له بيعه قبل قبضه ولم ينهه عن شرائه؛ لأنه لم يصر إلى أن من باعه
منه معاوضة.

ويحتمل أن يكون أمر لهم به على عمل استحقوه به، فقبضوه، ثم ابتاعه منهم
حكيم بن حزام، فباعه قبل قبضه، فعلى هذا ابتاعه جائز مباح، وبيعه ممنوع.

ويحتمل أن يكون أمر لهم به لعمل عملوه، فباعوه منه قبل قبضه، ثم باعه حكيم
قبل قبضه أيضًا، فعلى هذا ابتاعه ممنوع، وبيعه ممنوع.

وقد قال ابن حبيب فى واضحته: ما كان من أرزاق القضاة أو الكتاب، أو المؤذنين،
وأصحاب السوق من الطعام، فلا يباع حتى يقبض، وما كان من صله أو عطية من
غير عمل، فذلك جائز.

فصل: وقوله: «فبلغ ذلك عمر بن الخطاب، فرده عليه» يريد أنه رد بيعه قبل
استيفائه، فقبضه مبتاعه، فإن كان البيعتان ممنوعتين، فقد ردهما، وإن كان بيع حكيم
بن حزام هو الممنوع خاصة، رد، وذلك أنه إن كان لم يغيب المبتاع عن الطعام نقض
البيع بينهما، وأخذ مبتاع الطعام الثمن إن كان قضاة، وبقي الطعام لبياعه، وإن قد
غاب عليه لرد مثله، وأخذ ثمنه.

ولو كان مبتاعه قد غاب، فلم يقدر عليه لرد، ففى الموازية عن ابن القاسم: يؤخذ
الثمن من البائع، فيباع به مثل طعامه، فإن قصر عن مقدار طعامه كان له أن يبيع
الغائب مما ينقص، وإن فضل شيء، وقف للغائب يأخذه إن جاء، وإن كان كفافًا أجزأ
بعضها من بعض.

١٣١٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ صُكُوكًا خَرَجَتْ لِلنَّاسِ فِي زَمَانِ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ مِنْ طَعَامِ الْجَارِ، فَتَبَايَعَ النَّاسُ تِلْكَ الصُّكُوكَ بَيْنَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفَوْهَا، فَدَخَلَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَرَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، فَقَالَا: أَتُحِلُّ بَيْعَ الرِّبَا يَا مَرْوَانُ؟ فَقَالَ: أَعُوذُ بِاللَّهِ، وَمَا ذَاكَ؟ فَقَالَا: هَذِهِ الصُّكُوكُ تَبَايَعَهَا النَّاسُ، ثُمَّ بَاعُوهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفَوْهَا، فَبَعَثَ مَرْوَانُ الْحَرَسَ يَتَّبِعُونَهَا يَنْزِعُونَهَا مِنْ أَيْدِي النَّاسِ وَيُرُدُّونَهَا إِلَى أَهْلِهَا.

الشرح: قوله: «إن صكوكًا خرجت للناس في زمن مروان بن الحكم من طعام الجار، فتبايع الناس تلك الصكوك بينهما» الصكوك الرقاع، مكتوب فيها أعطيات الطعام وغيرها مما تعطيه الأمراء للناس، فمنها ما يكون بعمل كأرزاق القضاة والعمال، ومنها ما يكون بغير عمل كالعطاء لأهل الحاجة.

وقد روى أشهب عن مالك في العتبية: جواز بيع طعام الجار، وذهب في ذلك إلى أنه عطاء بغير عمل.

وقد قال ابن حبيب في الواضحة في النهي عن بيع صكوك الجار وهي عطايا من كعام: إنما نهى مبتاعها.

وعلى هذا التأويل إنما انكر زيد بن ثابت ومن معه بيع المبتاع لها، ولم ينكر الابتاع ممن خرجت له الصكوك؛ لما ذكرناه على أن لفظه يشمل الأمرين؛ لأن قوله: «هذه الصكوك تبايعهما الناس، ثم باعوها» فظاهر هذا اللفظ يقتضى كراهية الجمع بين الأمرين، غير أن قوله في آخر الحديث: «فبعث مروان بن الحكم الحرس، ينتزعونها من أيدي الناس، ويردونها إلى أهلها» يقتضى أنها ترد إلى من خرجت له؛ لأنهم أهلها، فاقضى ذلك نقض البيعتين، ولو نقض الثاني خاصة لقال يردونها إلى من ابتاعها من أهلها.

فصل: وقوله: «أتحل الربا يا مروان» على سبيل الإغلاظ مع علمه باحتمال مثل هذا منه لما ظهر من ذلك، وشاع قدر أنه قد بلغه ذلك، أو قد كان يجب أن يبلغ في مثل حاله، واهتبل بأحوال المسلمين، وسائر وسائله عن أديانهم في بيعاتهم وغيرها.

وقول مروان: «أعوذ بالله من ذلك» على سبيل التنصل والتبري من إحلال الربا، ثم سأله عن سبب قوله، فأخبره أن الصكوك التي أنفذها للناس بالجار، ابتاعها الناس، ثم باعوها، قبل أن يستوفوها، فنص على أن هذا معنى الربا الذي أنكر إحلاله وإباحته للناس؛ لأن هذا بيعان في طعام لم يتخللها استيفاء، وما يخرج في الصكوك لا يكون إلا مكيلاً من الطعام.

فصل: وقوله: «فبعث مروان الحرس، ينتزعونها من أيدي الناس، ويردونها إلى أهلها» يقتضى نقض تلك البياعات، فإن حمل على ظاهره من أنها كانت ترد إلى من خرجت الصكوك باسمه، فقد نقض البيعتين بيع من اشترى منهم، وبيع من اشترى ممن اشترى منهم، ولا خلاف أنه لا يلزم بمجرد بيع الطعام قبل استيفائه إلا نقص البيع الثاني على ما قدمناه.

فإن كان من أهل العينة، يقول أحدهما لصاحبه: تعال، أبتاع لك قفيز حنطة بدينار، على أن أبيعك منك بدينارين، وقد قال في العتبية ابن القاسم فيمن قال لرجل: اشتر هذه السلعة بعشرة تنقدها، وهى علىّ بعشرين إيجاباً على الأمر، ففعل، فهذا زيادة في السلعة، ويفسخ البيع ما لم يفت.

فإن فاتت لزمت الأمر بعشرة، وسقط ما زاد. قال ابن حبيب: إن وقع، لزمت السلعة الأمر بعشرة، فيؤمر بأن يعطيه عشرة معجلة، ويعطيه جعل مثله، إنما يبطل البيع الثاني، فهذا على تأويل قوله: «يردونها إلى أهلها» إلى من خرجت باسمه، ويحتمل أن يريد بأهلها مستحق رجوعها إليه، فترد حيثنذ على هذا التأويل إلى من ابتاعها أولاً، وبالله التوفيق.

١٣١٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا أَرَادَ أَنْ يَبْتَاعَ طَعَامًا مِنْ رَجُلٍ إِلَى أَجَلٍ، فَذَهَبَ بِهِ الرَّجُلُ الَّذِي يُرِيدُ أَنْ يَبِيعَهُ الطَّعَامَ إِلَى السُّوقِ، فَجَعَلَ يُرِيهِ الصُّبْرَ، وَيَقُولُ لَهُ: مِنْ أَيِّهَا تُحِبُّ أَنْ أَبْتَاعَ لَكَ؟ فَقَالَ الْمُبْتَاعُ: أَتَبِيعُنِي مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، فَأَتَيْتَا عَبْدَ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، فَذَكَرَا ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ لِلْمُبْتَاعِ: لَا تَبْتَاعَ مِنْهُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ، وَقَالَ لِلْبَائِعِ: لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ.

الشرح: قوله: «في رجل أراد أن يبتاع طعاماً من رجل إلى أجل» يحتمل أن يريد به

٢٨٤ كتاب البيوع
أنه وصف له طعاما ظن المبتاع أنه عنده، أو أراه طعاماً ظنّ أنه عنده، أو قال له فى الجملة: أنا أبيع منك طعاماً، فاعتقد المبتاع أنه عنده، وظن هو أن يبيع ما ليس عنده، فذلك جائز، ولو علم المبتاع أولاً أنه يبيعه ما ليس عنده؛ لأنكر عليه كما أنكره حين تبين له ذلك.

وأما إذا أراه عين طعام، فباعه قدرًا منه، والمبتاع يعتقد أنه عنده، ففى كتاب ابن المواز سحنون من سؤال حبيب، فيمن عرض قمحاً أو زيتاً فى يده منه، فجاوبه رجل منه على أفقزة معلومة، ثم قال: ما عندى منه شىء، أو هو لغيرى، وأبى أن يبيع، فقال: إن أقام بينة أنه لا شىء عنده منه، وأنه لغيره أولاً، لزمته أن يأتى بالأفقزة التى باع منه.

وروجه ذلك أن يبعه منه لقدر معلوم إقرار منه بأنه يملكه، ويقدر على الإيتان به، وقد استحق عليه ذلك بالابتياح منه، فليس له الرجوع عن ذلك؛ لأن عقد البيع لازم، إلا أن يظهر من عدم ملكه له ما فيه براءة له، وباللله التوفيق.

فصل: وقوله: «فذهب به الرجل إلى السوق، فجعل يريه الصبر، لبيتاع له من أيها يجب، فتبين للمبتاع بذلك أنه إنما باع منه ما ليس عنده، ولو كان له لما احتاج أن يبتاعه، فأنكر ذلك عليه، وقال: أتبيعتنى ما ليس عندك؟» وذلك أنه يبيع ما ليس عند الرجل لعل وجه البيع، لا يجوز؛ لأن المبيع على ضربين، معين، وهو الذى ينطلق عليه اسم المبيع، فلا يجوز، إلا أن يكون معيناً كالثوب والدابة أو العبد، أو معيناً بالجملة، مثل أن يكون قفيزاً من هذه الصبرة.

وأما ما كان فى الذمة، فاسم السلم أخص به، فإنه يتعلق بالذمة، ولا يجوز أن يكون معيناً ولا حالاً، وسيأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله، ويتعلق المنع ببيع ما ليس عنده بالوجهين جميعاً. فأما فى السلم، فإنه يخرج عن حكم السلم، ويدخله المنع، إذا كان معجلاً أو كان معيناً، ليس عنده.

وأما البيع، فإنه أيضاً ممنوع من تعلقه بما ليس عنده؛ لأننا قد قلنا إنه يجب أن يكون معيناً، ويكون فى ملكه، فإن لم يكن فى ملكه، وكان معيناً لم يصح لما فيه من الغرر؛ لأنه لا يمكنه تخليصه، وإذا لم يقدر على تخليصه، لم يمكنه تسليمه، وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه، ولذلك لم يجوز بيع العبد الأبق والجمل الشارد، والطائر فى الهواء، والسلمك فى البحر، وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه.

والدليل على ذلك ما رواه أبو عبد الرحمن، أخبرنا زياد بن أويب، أخبرنا هشيم، أخبرنا أبو بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام، قال: «سألت النبي ﷺ، فقلت: يا رسول الله، يأتي الرجل يسألني البيع ليس عندي، فأبيعه منه، ثم أبتاعه من السوق، قال: لا تبع ما ليس عندك»^(١). وهذا عندي أشبه إسنادًا ورد موصولاً لهذا المتن، والله أعلم.

مسألة: وأما ما عنده، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون غائبًا. والثاني: أن يكون حاضرًا. فأما العين الغائبة، فقد تنعقد المعاوضة فيها على وجهين، أحدهما: على وجه المغابنة والمكايسة. والثاني: على وجه المكارمة والتفضل.

فأما ما كان على وجه المغابنة والمكايسة، فإنه لا يصح ذلك إلا بصفتها أو برؤية متقدمة فيها، فإن كان بالصفة المستوعبة لمعانيها، جاز ذلك في جميع المبيعات، ويجيء على قول ابن القاسم الذي يقول: لا يجوز السلم في تراب المعادن، أن لا يجوز بيعه بالصفة؛ لأنه قال: لا يحاط بصفته. ومنع الشافعي بيعه بالصفة، وسيأتي الكلام عليه عند ذكر بيع البرنامج، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وإذا قلنا إنه يجوز بيعه على الصفة، فقد قال القاضي أبو محمد: إن الذي يحتاج إليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان بوجودها وعدمها، ولا يكفي في ذلك ذكر الجنس والعين فقط؛ لأن بيع الملامسة لا يعرى من رؤية العين، ومعرفة الجنس، ومع ذلك لا يجوز.

وأما الرؤية المتقدمة، فقد قال ابن القاسم في المدونة: إن كانت تقدمت رؤيته لها بأمد قريب، فإن ذلك جائز، وإن كانت بأمد بعيد يعلم أن تلك السلعة أو الحيوان لا يبلغه إلا بعد التغيير، فلا يجوز ذلك، إلا أن يقول البائع أنها على الصفة التي رأيتها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها، فإن كان بعيد الغيبة، لم يجز بيعه على شرط النقد على ما قدمناه من منع الذرائع؛ لأنه إن سلم إلى الأجل، وكان على الصفة بيعًا، وإن لم يسلم أو لم يكن على الصفة، رد رأس المال، فكان سلفًا، فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر، لم يجز إلا أن يكون المبيع أرضًا أو عقارًا، فإنه يجوز بيعه بالصفة على شرط النقد.

(١) أخرجه الترمذي حديث رقم ١٢٣٢. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٦١٣. أبو داود

٣٥٠٣. ابن ماجه حديث رقم ٢١٨٧. أحمد في المسند حديث رقم ١٤٨٨٧، ١٤٨٨٨،

٢٨٦ كتاب البيوع

وذلك أن السلامة فيها هي الغالبة، فذهب الغرر من جهة ما يتوقع عليها، وإنما الغرر فيها من جهة واحدة، وهي المخافة من مخالفة الصفة، وقد قال مالك: إنما النقد إذا كان الواصف غير البائع.

فرع: فإذا قلنا بجواز البيع في الأعيان الغائبة البعيدة على الصفة، فمن ضمان من هي؟ اختلف قول مالك فيها، فمرة قال: إنها من ضمان المبتاع حتى يشترطه على البائع، ثم رجع عن ذلك، وقال: من ضمان البائع حتى يشترطه على المبتاع، قال ذلك ابن القاسم في المدونة.

زاد القاضى أبو محمد عنه رواية ثالثة، وهي: أن ضمان الحيوان والمأكول، وما ليس بمأمون على البائع، وضمنان الدور والعقار على المشتري، فجعل هذه المقالة ثالثة.

والذى عندي أنها هي المقالة الثانية استثنى فيها الدور والعقار من سائر المبيعات في الضمان، وعلى ذلك رواها ابن القاسم، وبينها في غير موضع.

قال القاضى أبو محمد: وجه الرواية الأولى أن الأصل السلامة مع كونه متميزاً عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية، فكان ضمانه من المشتري، وذلك إذا علم أن الصفة صادفته حتى سلم، ثم تلف من بعد.

ووجه الرواية الثانية أن على البائع توفية المشتري ما اشتراه، فلما لم يوفه لم يستحق عليه العوض، والتلف منه؛ لأنه لم يحصل بيد المشتري.

ووجه التفرقة بين المأمون وغير المأمون، أن المأمون على ظاهر السلامة، فيجب أن يكون ضمانه من المشتري كالحاضر، ولأن النقد لما جاز في غير المأمون دون غيره، دل على افتراقهما في حكم الضمان.

مسألة: وأما إن كان قريب الغيبة، فإنه يجوز النقد فيه بالشرط؛ لأنه لا ينفي إلا أحد وجهى المخافة، وهي مخالفة الصفة، وهذا من معنى التدليس بالغيب، فلا يمنع اشتراط النقد.

وقد قال ابن القاسم: إذا كان المبيع الغائب على مسيرة اليوم واليومين ونحوه، جاز النقد فيه، طعاماً كان أو غيره.

فصل: وأما إن كانت المعاوضة على وجه المكارمة والمواصلة مثل أن يوليه ما اشترى في يومه، ولا يصفه، ولا يذكر جنسه من الرقيق والدواب أو العروض، على اختلاف

كتاب البيوع ٢٨٧
أنواعها، مثل أن يقول: اشترت اليوم شيئاً رخيصاً، فيقول: أرني إياه، فيقول: نعم،
فقى المدونة من قول ابن القاسم: يلزم البائع، ويكون المبتاع بالخيار، وهذا لأن مقتضى
التولية المكارمة، ولا غرر في هذا العقد؛ لأن البائع قد علم صفة ما باع، فلا غرر عليه،
والمبتاع بالخيار، فلا غرر عليه أيضاً.

مسألة: وهذا إذا كان بلفظ التولية، فأما إذا كان بلفظ البيع أو بغير ذلك الثمن، فلا
يجوز إلا أن يشترط له الخيار.

ووجه ذلك أن مقتضى البيع المغابنة والمكايسة، ومثل هذا من العقود لا يصح أن
ينعقد فيما جهلت صفته وجنسه، فإذا شرط الخيار، فقد صرح بالمكارمة وسلمت جنبه
المبتاع من الغرر، ذكر ذلك كله ابن القاسم في المدونة، وإلى القرب من هذا أشار أبو
حنيفة، فقال: إنه يجوز بيع الأعيان الغائبة، وللمبتاع خيار الرؤية.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن ابتاع عيناً غائبة بصفة، فوجدها على تلك الصفة، لزمته،
ولا خيار له، إلا أن يشترطه، قاله مالك في المدونة.

ووجه ذلك أنه بيع موصوف وجد على صفته، فلم يثبت فيه خيار الرؤية كالمسلم
فيه.

وقال القاضي أبو محمد: لا يجوز بيع عين غائبة بعد رؤية ولا صفة، وإن شرط خيار
الرؤية. وذكر عن الشيخ أبي بكر عن أصحابنا أنهم يقولون: إن ذلك خارج عن
الأصول، وإلى هذا الشافعي.

وجه القول الأول نقص شرطه. ووجه القول الثاني أن هذا بيع مجهول الصفة عند
العاقب حال العقد، فلم يصح بيعه كالمسلم إذا عرا عن الوصف.

فصل: وقوله للمبتاع: «لا تبع ما ليس عندك» يريد أنه لما كان هو القائل بالمنع من
هذا البيع لما فيه من تصديقه ثم عطف على البائع، فقال له: «لا تبع ما ليس عندك»
على وجه النهي له والإخبار بأن ما اعتقد قبل ذلك من جواز البيع فيه ليس بصحيح،
وهذا كله يدل على أنه لم ينعقد بينهما بيع؛ لأنه لم يأمرهما بفسخ ولا رد، وإنما نهى
عن أمر مستقبل، ولو وقع منهما بيع لأمرهما أولاً يرد، ثم إما أن يقتصر على ذلك،
أو يتبعه النهي عن موقعة مثله في المستقبل.

وقد روى عيسى في المدينة: سألت ابن القاسم عن العينة المكروهة والعينة الجائزة،

٢٨٨ كتاب البيوع
فقال ابن القاسم: العينة المكروهة، أن يأتي الرجل لبيئاع منه طعامًا، أو حيوانًا، أو
عروضًا، أو متاعًا إلى أجل، فيقول: ليس عندي، ولكن أربحنى كذا وكذا، وأشتريه
لك، فإذا اتفقا على الربح اشترى ذلك، فهذه العينة المكروهة؛ لأنه أعطاه ذهبًا بأكثر
منها إلى أجل.

قال ابن القاسم: لو قال له: ما عندي، ثم ذهب، فاشترى مثل ذلك المتاع، ثم لقيه
بعد ذلك، فقال: عندي ما تحب، فتعال أبيعك، قال مالك: إن لم يكن إلا هذا، فلا
بأس به، إن لم يكن مواعدة أو عادة يعرض له بها، ولا أحب أن يقول له: ارجع إليّ.

قال مالك: ولو سأله أن يشتري متاعًا يبتاعه منه إلى أجل، ولم يتراوضا على ربح،
فلقيه بعد ذلك فبايعه على ربح رضياه، لم يكن في أصل كلامها، لكان مكروهًا.
قال: ولا أفسخ بيع هذا، ولا الذي يقول: ارجع إليّ، في ذلك مسائل، إذا قال له:
تعال اشتريه، وتربحنى كذا، ويتفقان على ذلك، فهذا لا يجوز، وإن وقع، رد.

والثانية: أن لا يتفقا على ربح، إلا أنه يقول له: أرجع إليّ، أو يقول له: سأفعل،
ولا يوافق على ربح مقدر، فهذا مكروه؛ لما فيه من مضارعة الحرام، ومشابته وخوف
المواعدة أو العادة فيه، فهذا يكره ابتداء، وإن وقع لم يفسخ؛ لأنه إنما اشترى في الظاهر
لنفسه؛ لأنه لم يوافق قبل ذلك، ولم يعقد معه عقدًا يلزمه أحدهما لما لم يقررا ربحًا.

والثالثة: لا يراجعه بشيء يطعمه، ولا يتعلق به، ثم يشتري لنفسه، فهذا مباح، وهو
ممنزلة من يشتري سلعة عرف نفاقها، ورجا حرص الناس على شرائها، وقد قال ابن
القاسم في المدينة: إن العينة الجائزة أن يشتري الرجل المتاع والحيوان والدواب
والعروض ويعدها لمن يشتريها منه، ولا يواعد في ذلك أحدًا بعينه، وإنما يعدها لكل
من جاء يطلب الاتياع منه بنقد وإلى أجل، فهذه عينة جائزة لا كراهية فيها.

١٣١٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ جَمِيلَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمُؤَدَّنَ
يَقُولُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: إِنِّي رَجُلٌ أَبْتَاعُ مِنَ الْأَرْزَاقِ الَّتِي تُعْطَى النَّاسَ بِالْجَارِ مَا
شَاءَ اللَّهُ، ثُمَّ أُرِيدُ أَنْ أَبِيعَ الطَّعَامَ الْمَضْمُونَةَ عَلَيَّ إِلَى أَجَلٍ، فَقَالَ لَهُ سَعِيدٌ: أَتُرِيدُ أَنْ
تُوفِيَهُمْ مِنْ تِلْكَ الْأَرْزَاقِ الَّتِي أَبْتَعْتَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَنَهَاهُ عَنْ ذَلِكَ.

الشرح: قول جميل بن عبد الرحمن: «إني رجل أبتاع من الأرزاق التي يعطى الناس

كتاب البيوع ٢٨٩

بالجار ما شاء الله» يريد لأنه يبتاعها من أربابها الذين خرجت لهم الصكوك بها، إما على صفة يصفونها، أو على عادة عرفوها من طعام الصكوك تقوم مقام معرفة الجنس والصفة، فقد تكون الطعام الكثير المجلوب من بلد يجتمع فى موضع، فتتفق أجزاءه، وتتقارب، فينقل منه الأجزاء والأحمال، وما يعرف به جنسه إلى ما يقرب منه من بلاد كالمدينة على ساكنها أفضل الصلاة وأتم السلام، من الجار وما جرى مجرى ذلك، فكان جميل بن عبد الرحمن يشتريها منهم على هذا الوجه، والله أعلم وأحكم.

ثم كان يأخذ من الناس سلمًا فى طعام على تلك الصفة وهو ينوى أن يوفيههم منه، وهذا يجتمل وجهين، أحدهما: أن يحملهم على من عنده ذلك الطعام يأخذ المسلم إليه ذلك منه عند الأجل، فهذا لا خلاف فى منعه؛ لأنه بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأن جميل ابن عبد الرحمن قد ابتاعه، ثم أراد أن يبيعه، ثم يستوفيه المبتاع من عنده قبل أن يقبضه هو.

والثانى أن يبيعه من المسلم، وهو يتنوى أن يقبضه، ويوفيه إياه، ففى المدونة وغيرها عن ابن القاسم فىمن ابتاع طعاماً بعينه، أو بغير عينه: لا يبيعه حتى يقبضه، ولا يواعد فيه أحدًا، ولا يبيع طعاماً ينوى أن يقبضه منه.

ورواه فى المدينة أصبغ عن ابن القاسم عن مالك. وقال أشهب فى المجموعة عن مالك: هو جائز، ولا تضره النية كما لو اشترى طعاماً ينوى أن يقتضى منه ما عليه.

وجه القول الأول أنه قد وجد بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه قد والى فى هذا الطعام عقدى بيع، لم يفصل بينهما قبض، وإنما يكون القبض بعد العقدين، وهذا عندى إنما يجرم على البائع فى خاصته، ولا يفسخ بهذا عقد التبايع، إلا أن يكون شرط ذلك على المشتري وبينه له، فهذا محض بيع الطعام قبل استيفائه، وهذا لا يجيزه أشهب ولا غيره.

وجه القول الثانى أن من كان عليه طعام، ولم تكن به حاجة إلى شراء طعام، لا يقبضه، لم يضره أن ينوى بشراء ما عليه من الطعام أن يوفى طعاماً قد ثبت عليه من سلم، والأظهر عندى جوازه.

وقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم فى المدينة: سألت ابن القاسم عما كره سعيد بن المسيب لجميل بن عبد الرحمن حين نهاه أن يوفيههم من الأرزاق التى ابتاع، فقال: كره الإضرار، حين أضممر أن يعطيهم منه، واتقى فيه بيع الطعام قبل استيفائه.

مسألة: وإذا قلنا بقول ابن القاسم، ففى الواضحة: أنه لا ينبغى للطالب أن يراوده

٢٩٠ كتاب البيوع
على طعام يتناعه لقضائه، أو يسعى له فيه أو يعينه عليه أو يجعل له فيه، قال: نهى عنه
مالك، والله أعلم.

قال مالك: الأمرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ أَنَّهُ مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا
بُرًّا أَوْ شَعِيرًا أَوْ سُلْتًا أَوْ ذُرَّةً أَوْ دُخْنًا أَوْ شَيْئًا مِنَ الْحُبُوبِ الْقُطْنِيَّةِ أَوْ شَيْئًا مِمَّا يُشْبَهُ
الْقُطْنِيَّةَ مِمَّا تَجِبُ فِيهِ الرِّكَاءَةُ أَوْ شَيْئًا مِنَ الْأَدْمِ كُلِّهَا، الزَّيْتِ وَالسَّمْنِ وَالْعَسَلِ
وَالْحَلِّ وَالْحَبْنِ وَالشَّيرِقِ وَاللَّبْنِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَدْمِ، فَإِنَّ الْمُبْتَاعَ لَا يَبِيعُ شَيْئًا
مِنْ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَهُ وَيَسْتَوْفِيَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن ما ذكر من المقتات لا اختلاف في أنه لا يجوز بيعه قبل
استيفائه، وإن ذلك يجمع عليه، وإنما اختلف الناس فيما عدا ذلك، وإنما قصد هاهنا أن
يذكر المتفق عليه، وقد ذكر قبل هذا أن جميع المطعوم لا يجوز بيعه قبل استيفائه، وهو
المشهور عنه، وقد تقدم فيه بما يعنى عن إعادته.

* * *

ما يكره من بيع الطعام إلى أجل

١٣٢٠ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزَّنَادِ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ
يُنْهَيَانِ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ حِنْطَةً بِذَهَبٍ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ يَشْتَرِي بِالذَّهَبِ تَمْرًا قَبْلَ أَنْ
يَقْبِضَ الذَّهَبَ.

١٣٢١ - مَالِك، عَنْ كَثِيرِ بْنِ فَرْقَدٍ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا بَكْرٍ بْنَ مُحَمَّدٍ بْنَ عَمْرٍو بْنَ
حَزْمٍ عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الطَّعَامَ مِنَ الرَّجُلِ بِالذَّهَبِ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ يَشْتَرِي بِالذَّهَبِ تَمْرًا
قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الذَّهَبَ، فَكَرِهَ ذَلِكَ، وَنَهَى عَنْهُ.

١٣٢٢ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ بِمِثْلِ ذَلِكَ.

الشرح: قوله في الترجمة: «ما يكره من بيع الطعام إلى أجل» ثم أدخل بعد ذلك

١٣٢٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٠٣.

١٣٢١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٠٤.

١٣٢٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٠٥.

كتاب البيوع ٢٩١

حديث سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبى بكر بن محمد بن عمرو حزم، وليس فيه كراهية بيع الطعام إلى أجل، وإنما فيه كراهية أخذ المطعوم من ثمنه؛ لما فى ذلك من النساء فى بيع الطعام بالطعام.

وأما بيعه بالنسيئة، فلا كراهية فيه، ولكنه يحتمل ذلك، وجهين، أحدهما: على قولنا أن عقدى الذريعة إذا منع منهما؛ لأنهما فى صورة العقد الواحد المحرم، فإنه يجب نقضهما إذا باع حنطة بدراهم إلى أجل، ثم أخذ بثمن الحنطة تمرًا، فهو بيع الحنطة بالتمر إلى أجل، وذلك مفسد، فهذا بيع الطعام إلى أجل على وجه مكروه.

والوجه الثانى أن يريد بذلك أن يبيع الطعام مختلفة، منها ما يجوز، ومنها ما لا يجوز؛ وأن هذا مما لا يجوز أن يباع بدراهم إلى أجل، ثم يأخذ بالدراهم تمرًا، فأنا أعتقد أنه قصد بيع حنطة بالدراهم إلى أجل، فبيعه لطعامه على ذلك بيع مكروه، لأجل الأجل، ولولا الأجل ما حرم؛ لأنه لو باعه بثمن، ثم أخذ فيه تمرًا قبل أن يفترقا؛ لكان الأظهر عندى جوازه، والله أعلم وأحكم.

فصل: ونهيه عن أن يبيع الرجل حنطة ويقبض بثمنها بعد افتراقهما تمرًا قبل أن يستوفيه أنه من بيع الطعام بالطعام إلى أجل، وفى ذلك مسألتان، إحداهما: أنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام نساء. والثانية: أنه إذا باع طعام لم يأخذ من ثمنه طعامًا.

فأما المسألة الأولى، فإنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام إلا يدا بيد، سواء كان من جنس واحد، أو من جنسين، مقتات أو غير مقتات، وقد تقدم ذكره.

مسألة: ومن باع مطعومًا بتمر، لم يجز أن يأخذ من ثمنه طعامًا إلا فى المجلس الذى وقع فيه البيع الأول، فإن كان البيع الأول إلى أجل أو بالنقد، فافترقا من ذلك المجلس، لم يجز بعد ذلك أن يأخذ به طعاما، وبه قال أبو حنيفة، وأجاز الحسن وابن سيرين والثورى والأوزاعى والشافعى فى أحد قوليه أن يأخذ عند حلول الأجل من ثمن الطعام طعامًا إذا لم يفارقه حتى يقبض.

والدليل على ما نقوله أن هذا أخذ بالطعام طعامًا غير يد بيد، فلم يجز. أصل ذلك إذا باعه الطعام بالطعام، وافترقا قبل التقابض.

فروع: وهذا على ضربين، أحدهما: أن يأخذ من غير صفة الطعام الذى باع. والثانى: أن يأخذ من صفته، فأما أخذه من غير صفته، فسيأتى ذكره. وأما إن أخذ منه طعاما على صفته فى الجنس والنوع والجودة، فلا يخلو أن يأخذ مكيلة ما باع أو أكثر

٢٩٢ كتاب البيوع
أو أقل، فإن أخذ مكيلته جاز؛ لأنه إنما يؤول إلى القرض، وهو جائز أن يسلف إردبًا
من حنطة في مثله.

وتحقيق هذا أن كل ما جاز لك أن تدفع فيه المبيع أولاً، إلى أجل، فإنه يجوز أن
تأخذ من ثمنه، وما لا يجوز لك أن تدفعه، فلا يجوز لك أن تأخذه من ثمنه، وهذا
يقتضى أن المنع منه إنما هو للذريعة؛ لأنه نفس الحرام.

فرع: وإن كان مقدار ما أخذ أكثر من مقدار ما باع، لم يجز؛ لأنه يؤول إلى أن
دفع إردب حنطة وأخذ عوضاً منه بعد مدة أردبين من صفته، وذلك غير جائز، وإن
كان أخذ أقل منه، ففى كتاب محمد، اختلف قول مالك، فأجازه مرة، وبه قال
أشهب، وأباه أخرى، وهو الذى فى المدونة.

فوجه إجازته ضعف التهمة فى تسليف الكثير فى القليل من جنسه.

ووجه المنع منه أن ذلك مقصود فى غير العين، وما تختلف أسواقه؛ ليكون فى ذمة
المسلف إلى أجل.

مسألة: وأما إن كانا غير متماثلين، وهو أن يختلفا فى الجنس كالحنطة والتمر أو فى
النوع كالحنطة والشعير والمحولة والسمر، أو فى الجودة كالحنطة الجيدة بالرديئة،
فإنه لا يجوز ذلك فيها،

وإن أخذ من الطعام قدر ما أعطى أو أكثر أو أقل؛ لأنه خرج عن حكم القرض لما
بين العوضين من المخالفة؛ لأن من حكم القرض أن يكونا متماثلين، فإن تجاوز أحدهما
للآخر فى النوع أو الجودة من غير أن يعقدا القرض عليه، جاز ذلك؛ لأن عقدها مبنى
على المكارمة، وليس كذلك فى مسألتنا فإنهما تعاقدتا على المغابنة والمكايسة، فإذا وجد
التفاضل فى صفة أو نوع أو جنس، لم يحمل على القرض لمنافاته لمقتضاه، وحمل على
ما يوافق مقتضاه، فوجب بذلك الفساد.

قال مالك: وَإِنَّمَا نَهَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ وَأَبُو بَكْرُ بْنُ مُحَمَّدٍ
ابْنَ عَمْرٍو بْنَ حَزْمٍ وَأَبْنُ شَهَابٍ عَنْ أَنَّ لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ حِنْطَةً بِذَهَبٍ، ثُمَّ يَشْتَرِي
الرَّجُلُ بِالذَّهَبِ تَمْرًا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الذَّهَبَ مِنْ بَائِعِهِ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الْحِنْطَةَ، فَأَمَّا
أَنْ يَشْتَرِيَ بِالذَّهَبِ النَّبِيَّ بَاعَ بِهَا الْحِنْطَةَ إِلَى أَجَلٍ تَمْرًا مِنْ غَيْرِ بَائِعِهِ الَّذِي بَاعَ مِنْهُ
الْحِنْطَةَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الذَّهَبَ، وَيُجِيلَ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ التَّمْرَ عَلَى غَرِيمِهِ الَّذِي بَاعَ

مِنْهُ الْحِنْطَةَ بِالذَّهَبِ الَّتِي لَهُ عَلَيْهِ فِي ثَمْرِ التَّمْرِ، فَلَا بُاسَ بِذَلِكَ.

قال مالك: وَقَدْ سَأَلْتُ عَنْ ذَلِكَ غَيْرَ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، فَلَمْ يَرَوْا بِهِ بُاسًا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن النهي إنما توجه من الفقهاء المذكورين إلى من باع حنطة بثمر مؤجل، ثم أخذ بثمرها عند الأجل من مبتاع الحنطة منه ثمراً ذلك يقتضى أن يؤول إلى أنه باع حنطة بتمر إلى أجل، وذلك غير جائز لما قدمناه.

فإن لم يشترط ذلك، وباع من رجل حنطة بدينار إلى أجل، ثم اشترى منه ثمراً عند الأجل بدينار، ولم يشترط أنه يأخذه من ثمن الحنطة، ففي كتاب محمد، قال مالك: لا أحب أن يتقاضيا بعد ذلك، ويرد التمر الذى اشتراه.

وقال ابن القاسم: بل يؤدى دينار التمر، ويأخذ منه ثمن قمحه، وإن رد إليه ذلك الدينار بعينه، كما لا تستعمل غريمك بدينك عليه، لكن تستعمله بدينار تدفعه إليه، ثم يقضيك إياه.

ووجه قول مالك أن العقد الثانى هو الذى أدخل شبهة الذريعة، فإذا نقض لم يبق فى العقد الأول ما يفسده.

ووجه القول الثانى أن الشبهة إنما تتم بالمقاصة، فإذا منعنا المقاصة وأدى كل واحد منهما ما عليه صح العقدان.

وهذا إنما يستمر على أحد وجهين، إما أن تكون المسألة ممنوعة لنفسها، لأن من كان له عند رجل ثمن طعام لا يجوز أن يشتري منه بثمره ثمراً، وليس ذلك من وجه الذريعة، فتكون المقاصة حينئذ ممنوعة للذريعة.

والوجه الثانى أن تكون المسألة فى نفسها ممنوعة للذريعة إلى بيع الطعام بالطعام، فتكون المقاصة حينئذ ذريعة إلى الذريعة، فأما يصح هذا على منع ذريعة الذريعة.

فأما على تجويز ذريعة الذريعة، فيجب أن تصح المقاصة بينهما؛ لأننا إنما منعنا أن يأخذ بالتمر؛ لئلا يكون ذريعة إلى بيع حنطة بتمر إلى أجل، فإن منعنا المقاصة، فإنما نمنعها؛ لأنها ذريعة إلى أن يأخذ من ثمن الحنطة ثمراً، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أحال مشتري الطعام بئعه بثمر الطعام، لم يجز للبائع أن يأخذ من

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٨/٢٠.

٢٩٤ كتاب البيوع
المحال عليه طعاماً، ولا يجوز له أن يأخذ منه إلا ما يجوز له أن يأخذ من مبتاع الطعام
ما له.

ووجه ذلك أنه باع طعاماً، وأخذ في ثمنه طعاماً كما لو أخذه من المبتاع.
فصل: وقوله: «فأما أن يشتري بالذهب الذى باع بها حنطة تمرًا من غير بائعه، قبل
أن يقبض الذهب، ويحمله على مبتاع الحنطة بالذهب، فلا بأس به» ومعنى ذلك أن
يشتري بقدر ذلك الذهب تمرًا، ويتعلق الثمن بذمته ثم يحمله به على مبتاع الحنطة، فذلك
جائز.

وأما أن يشتري منه بذلك الثمن تمرًا حتى لا يتعلق ثمن التمر بذمته، وإنما يكون ثمن
التمر ماله من الذهب التى هى ثمن الحنطة على مبتاع الحنطة، فما أراه أراد ذلك؛ لأنه
أخذ من ثمن الحنطة تمرًا، فكأنه باع من رجل حنطة بتمر له على رجل آخر يحمله عليه.
ووجه جواز المسألة التى ذكرها أنه اشترى تمرًا، لم يأخذه من ثمن الطعام، وإنما
اشتراه بعين متعلق بذمته، ثم أحاله بذلك التمر على مبتاع الحنطة، وذلك فى معنى
البيع.

والفرق بين هذه المسألة وبين أن يحمله مبتاع الحنطة بثمنها على رجل، فيأخذ منه
بذلك الثمن، فلم يجوز، وجوز أن يبتاع التمر من أجنبى حتى يتعلق ثمن التمر بذمته
مع كون ذمة مبتاع الحنطة مشغولة من ثمن حنطة آل إلى تمر، لا أن ثمن التمر آل إلى
حنطة، وإنما وقعت الحوالة فى ثمنيهما بعد ثبوتهما فى الذمة عيناً.
وأما الذى أحاله مبتاع الحنطة على رجل، فأخذ منه بثمنها تمرًا، فإن ثمن الحنطة
نفسه آل إلى تمر، فيفسد بذلك.

فرع: ولو وكلت من يقبض التمر، فقبضه، فأتلفه جاز لى أن أخذ منه به طعاماً،
قاله ابن حبيب فى الواضحة. والفرق بينه وبين المسألة التى قبلها أن التهمة تبعد فى
ضياح الثمن عند الوكيل وتغريمه إياه.
ووجه آخر أنه إذا ثبت للبائع الثمن عند الوكيل بالتعدى فخالف حكم ثمن الطعام،
والله أعلم.

مسألة: ولو كان لرجل على بائع الحنطة دراهم، فأحاله بها على مبتاعها، لم يجوز
للمحال عليه أن يدفع إلى المحال إلا ما كان يجوز له أن يدفعه إلى المحيل.
ووجه ذلك أن مبتاع الحنطة دفع بثمنها حنطة، ففسد ذلك من جهته.

كتاب البيوع ٢٩٥

وروى ابن المواز هذه المسألة والتي قبلها عن مالك، وهما من جهة منع الذريعة ضعيفان؛ لأنه يبعد في التهمة أن أبيع من رجل حنطة؛ ليحيلني بالثمن بعد انقضاء الأجل على رجل، فيأخذ منه به تمرًا أو أحيل عليه بالثمن من يأخذ منه به تمرًا.

وقد جوز مالك للمسلمين في صفقة واحدة أن يقبل أحدهما من حصته من السلم دون الآخر، وعلل ذلك بأنه لا يتهم أحد أن يسلف لمبتاع غيره، ولعله قد منع ذلك على وجه الكراهية والاستثقال للمسألة؛ أو يكون منعه منهما؛ لأنهما ممنوعتان لأنفسهما لا للذريعة، وقد بينا وجه ذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن ابتعت منه حنطة بثمان إلى أجل، فأخذت منه كفيلاً، فذفع إليك الكفيل الثمن أو دفعه إليك رجل متبرعاً، كان له أن يأخذ ممن تبتاع الحنطة طعاماً من غير صنفه، ومن صنفه أقل أو أكثر، حكاه ابن المواز عن ابن القاسم، وهو في الواضحة.

ووجه ذلك أن الوكيل والمتبرع أقرضا المبتاع، وقضيا عنه ثمن الطعام، والذي لهما عنده ليس بثمان الطعام، وإنما هو ما أقرضاه، ولذلك لم يفتقر في الرجوع على المبتاع إلى إحالة البائع.

وفي المسألتين المتقدمتين، إنما عاملا البائع، ووجب لهما قبله ما أحالهما به، ولولا إحالته ما تبع المبتاع بدين لهما عليه، فصار ما يطلب به المبتاع هو نفس ثمن الطعام.

مسألة: ومن اشترى لك طعاماً لا يعرف كيله، فإن قامت البيئة على إتلافه له، جاز لك أن تأخذ منه بقيمة طعاماً، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أنه إذا ثبت إتلافه، فقد وجبت قيمته، فلا تهمة في أخذك بالقيمة طعاماً؛ لأن الإتلاف لم يكن باختيار من له الطعام والمثل قد تيقن لزوم القيمة له، ولو غاب عليه اتهم أن يكون أمسكه، ودفع به طعاماً، سواء كان الإتلاف المذكور بحرف أو غيره من انتفاع المتعدى، وبالله التوفيق.

* * *

السلف^(١) في الطعام

١٣٢٣ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ، عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ بِأَنْ يُسَلَّفَ

(١) هكذا في أصل الباجي، وفي الموطأ السلفية.

١٣٢٣ - أخرجه الشافعي في الأم ٩٤/٣. البيهقي في السنن الكبرى ١٩/٥. معرفة السنن والآثار

١١٥٧٦/٨. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٠٦.

٢٩٦ كتاب البيوع
الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي الطَّعَامِ الْمَوْصُوفِ بِسِعْرِ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، مَا لَمْ يَكُنْ فِي
زَرْعٍ لَمْ يَبْدُ صِلَاخُهُ، أَوْ تَمْرٍ لَمْ يَبْدُ صِلَاخُهُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «لا بأس أن يسلف الرجل الرجل فى الطعام الموصوف» يقتضى أن يكون المسلم فىة موصوفاً؛ لأن السلف يكون بمعنى القرض، ويكون بمعنى السلم، فأما القرض، فلا يحتاج إلى وصف؛ لأنه لا يجوز أن يشترط إلا مثل ما أعطى، فلا يصح أن يريد هاهنا القرض.

وأما السلم، فلا بد أن يكون المسلم فىة موصوفاً؛ لأنه لا يصح أن يعرف إلا بالوصف؛ لأنه لا يجوز أن يكون معيناً، وإنما يكون متعلقاً بالذمة، وهذا لا خلاف فىة، وللسلم ستة شروط، ونحن نفرّد لكل شرط منها بأباً، فالأول: أن يكون السلم فىة متعلقاً بالذمة، وقد تقدم الكلام فىة.

* * *

الباب الثانى فى كونه موصوفاً

وذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يريه ما سلم إليه فىة، فيقول له: أسلم إليك فى مثل هذا، فهذا اختلف أصحابنا فىة، فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأصبغ فيمن أسلم فى زيت يأخذ من غيره، ويطبع عليه حتى يأخذ من صفته، قال: لا يصلح. قال أصبغ: إذا كان مضموناً، لم يصلح ذلك فىة، وإن كان بعينه غائباً، فحائز ما لم يشترط خلف مثله.

وفى السلم الثانى من المدونة، سئل مالك عمن أسلم فى ثوب أيريه ثوباً، فيقول له على صفة هذا، أو يجتزى بصفته، قال: إن أراه، فحسن، وإلا أجزأته الصفة، فمنع ابن القاسم فى الموازية ذلك فيما له مثل، وهو كان أقرب إلى الجواز، وظاهر المدونة يقتضى تجويزه فيما لا مثل له، وتجويزه فيما له مثل من المكيل والموزون أولى وأحرى.

فوجه المنع أن اعتبار صفات المثل يقتضى أن يكون مثله من جميع جهاته، وعلى جميع أوصافه، وهذا متعذر لا يكاد أن يوجد، وإنما يكون المثل فيما له مثل على المقاربة، وإذا بعد هذا فى المكيل والموزون، فهو فى الثياب أبعد، وهو فى الحيوان أبعد منه فى الثياب.

ووجه إباحته أنه إنما يلزم وصف المسلم فىة بأوصاف مخصوصة، وهى التى تقدم

كتاب البيوع ٢٩٧

ذكرها، فإذا أراه ما يسلم في مثله، فإنما يعتبر مماثلته تلك الصفات التي لا يجوز له الإخلال في السلم بها دون غيرها من الصفات التي لا يلزم ذكرها في السلم.

مسألة: والوجه الثاني أنه يصفه بصفاته التي يوصف بها على السلامة مما يختلف ثمنه باختلافها، وليس عليه أن يصفه بجميع صفاته؛ لأن ذلك لا يؤثر في ثمنه، ولا يوجب رغبة فيه، ولا خلاف أن ما لم يضبط بصفة، فإنه لا يجوز السلم فيه، وأن يختلف فيما يضبط بالصفة، فمن ذلك الحيوان يجوز عند مالك أن يقرض ويسلم فيه، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يثبت في الذمة قرضاً ولا سلماً.

ولنا في هذه المسألة ثلاثة طرق، أحدها: أن تدل على نفس المسألة. والثاني: أن تدل على أن الحيوان يضبط بالصفة. والثالث: أن تدل على أنه يثبت في الذمة.

والدليل على جواز القرض والسلم فيه الحديث الذي يأتي بعد هذا من الأصل «أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرة، فجاءته إبل الصدقة، قال أبو رافع: فأمرني رسول الله ﷺ أن أقضى الرجل بكرة، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً، فقال رسول الله ﷺ: أعطيه إياه، فإن خيار الناس أحسنهم قضاء»^(*).

ومن جهة القياس أن كل ما جاز أن يتعلق بالذمة مهراً، فإنه يجوز أن يتعلق بها سلماً وقرضاً كالثياب.

والدليل على أنه يضبط ما روى عبد الله بن مسعود قال: قال النبي ﷺ: «لا تباشر المرأة المرأة، فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها»^(*).

ودليلنا من جهة القياس أن كل ما صح أن يثبت في الذمة، فإنه يصح أن يضبط بالصفة كالثياب.

ودليلنا على أنه يثبت في الذمة أن الحيوان معنى يكون بدلاً عن سلف، فوجب أن يثبت في الذمة كالطعام.

(*) أخرجه مسلم في المساقاة ١٦٠٠. والترمذي في البيوع ١٣١٨. والنسائي في البيوع ٤٦١٥. وأبو داود في البيوع ٣٣٤٦. وابن ماجه في التجارات ٢٢٨٥. وأحمد في مسند القبائل ٢٦٦٤٠. والدارمي في البيوع ٢٥٦٥. والبيهقي برقم ٣٥٣/٥. والطبراني في الكبير ٢٨٨/١، عن أبي رافع. والبخاري في شرح السنة ١٩١/٨، عن أبي رافع. وذكره في الكنز ١٥٤٥٥ وعزاه لمسلم وأبي داود والترمذي، عن أبي رافع.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٥٢٤٠، ٥٢٤١. الترمذي حديث رقم ٢٧٩٢. أبو داود حديث رقم ٢١٥٠. أحمد في المسند حديث رقم ٣٥٩٨، ٣٦٥٩.

٢٩٨ كتاب البيوع

الفرع: إذا ثبت ذلك، فإنه ليس من حكمه أن يقول فارهاً، وإنما يصفه على حسب ما ذكرنا، فإذا أتاه بتلك الصفة، لزمه أخذه، قاله ابن القاسم في المدونة.

مسألة: ويجوز السلم في اللحم، وبه قال الشافعي، ومنع ذلك أبو حنيفة. والأصل في ذلك أنه مما يضبط بالصفة، فيذكر ما يختلف فيه الأغراض باختلافه، وذلك بأن يوصف بأنه لحم ضأن أو ماعز، ويوصف بالسمانة، وغير ذلك من أوصافه المختصة به. قال ابن القاسم وغيره: ولم أر لأصحابنا تفريقاً بين الذكر والأثني، واختلاف الأسنان، فإن كان ذلك مؤثراً في الثمن، لزم ذكره.

فرع: وهل يذكر موضع اللحم من الحيوان أم لا؟ قال ابن حبيب وابن المواز: ليس عليه ذلك. قال ابن حبيب: فإن فعل، فحسن. وقال القاضي أبو محمد: إن اختلفت الأغراض بمواضع اللحم من الشاة وصدر، أو فخذ، أو جنبه، ذكره.

فوجه القول الأول ما جرت العادة به من امتزاج بعضه ببعض دون تفصيل، وإن اختار بعض الناس مكاناً منه على مكان، فعلى سبيل الاستطابة، وغيره يختار غير ذلك المكان كما يختار من جنس التمر آحاد أعيانه مع تساويه في الصفة.

ووجه قول القاضي أبي محمد أن ما اختلفت الأغراض فيه، لزم بيانه كالجنس.

فرع: وأما السمانة، فقال ابن حبيب، وابن المواز: لا بد أن يذكر سميناً، فإن ذكر وسطاً من السمانة، فحسن، وإلا أجزاءه أن يقول سميناً، قال ابن حبيب: ويكون له السمن المعروف عند الناس.

وجه ذلك أن السمن والهزال مما يختلف الغرض، والثمن في اللحم باختلافه حتى أن اليسير من السمن له من الثمن أضعاف ما للكثير من المهزول، فلا بد من تمييزه بالصفة، فيصف فيه بالسمن والهزال، فإذا ميزه بهذا الاسم أجزاءه عن أن يذكر قدر السمانة.

مسألة: والسلم في الأكارع والرعوس جائز، خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي.

والدليل على ذلك ما قدمناه في مسألة اللحم، ويحتاج من الصفات إلى كل ما ذكرناه أنه يحتاج إليه اللحم، ويذكر مع ذلك كباراً أو صغاراً أو متوسطة، إذا سلم فيها عدداً.

مسألة: ويجوز السلم في الدور الفصوص خلافاً للشافعي. والدليل على ما نقوله أنه مما يدرك بالصفة، فيوصف لونه وبقاؤه، وصورته من طويل أو مدحرج وإملاس

وتضريس ووزنه، وما جرى مجرى هذا من صفاته التي تختلف الأغراض فيه باختلافها.

ولا يلزم على هذا أن يقال أنه قد يكون بين الأبيض الصافى فى المدحرج الذى وزنه درهم، وبين آخر يوصف بهذا الوصف تفاوت فى الثمن، فإن الجارية التى توصف بالبياض، والطول، وامتلاء الجسم بينهما وبين جارية أخرى، لا توصف بهذه الصفات تفاوت فى الثمن، وقد أجمعنا على جواز السلم فى الرقيق.

مسألة: يجوز السلم فى الدينانير والدرهم خلافاً لأبى حنيفة. والدليل على ما نقوله أن كل ما ثبت فى الذمة ثمناً، فإنه يثبت فيها سلماً كالثياب والطعام.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن ما تقع به المعاوضة على ثلاثة أضرب، ضرب مختلف فى جواز السلم فيه، وقد تقدم ذكره. وضرب متفق على منع السلم فيه، وهو تراب معادن الذهب والفضة؛ لأنها لا تضبط بصفة، ويجب أن يكون مثل ذلك تراب معادن الحديد، وغيره مما يحتاج فى إخراج المقصود منه إلى عمل.

وأما ما يكون المقصود منه موجوداً على هيئته ونحوه، فإنه يجب أن يجوز؛ لأن السلم حينئذ إنما يتعلق بالكحل، وذلك مما يضبط بالصفة.

فصل: وضرب متفق على جواز السلم فيه، كالخنطة والتمر وغيرهما من الحبوب، وما يكال ويوزن من غير المطعوم، فإذا قلنا بجواز السلم فى الخنطة، فإن كان يبلد يختلف فيه جنسها، فهو على ضربين، أحدهما: أن يكون حيث يحصل النوعان. والثانى: أن يكون بحيث يجلب إليه الصنفان.

فإن كانت بحيث يحصل الصنفان كالأندلس التى يقرب فيها أحدهما، وربما اجتمعت فى المنبت والمحصد، فالأفضل أن يصفه بجنسه. قال ابن حبيب: لا يضره أن لا يصف بذلك إذا ذكر الجودة والرداءة.

والأظهر عندى على المذهب خلاف هذا أن يبطل السلم بترك ذكر الصفة؛ لأن الثمن يختلف بالأندلس باختلاف نوع الطعام اختلافاً بيناً.

مسألة: فإن كان بموضع يجلب إليه الجنسان كالجار والحجاز، فمن شرط صحة السلم أن يصفها بنوعها، وإن كان بموضع إنما يكون فيه النوع الواحد كمصر التى حنطتها كلها ببيضاء مع السلامة، والشام التى حنطتها سمراء، فهل يحتاج إلى ذكر الجنس أم لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، أحدهما: لا يلزم ذكر الجنس. والثانية: أنه لا بد بمصر من ذكر الجنس، رواها ابن المواز عنه.

٣٠٠ كتاب البيوع

وجه الرواية الأولى أن يسلم يختص ببلد العقد مع الإطلاق، فإذا كان جنس المعقود عليه، لا يختلف فيه لم يلزم ذكره كالدنانير والدرهم.

ووجه الرواية الثانية أن المعقود عليه تختلف أجناسه، فإذا وجب ذكر صفاته وجب ذكر أجناسه كالتمر والحنطة حيث تختلف أجناسها.

فرع: وإذا قلنا بالرواية الثانية، فلم يذكر الجنس، فهل يفسخ أم لا؟ قال ابن عبد الحكم: يفسخ. وقال أصبغ: لا يفسخ.

وجه الأولى أن هذا موضع يلزم فيه ذكر الجنس، فوجب أن يفسد السلم الإخلال به كالموضع الذى يكون فيه الجنسان.

ووجه الرواية الثانية أن الظاهر من البلد الجنس الواحد، وعليه يجب حمل السلم، وإنما يؤمر بذكر الجنس على وجه الاستظهار، ورفع الإشكال، فإذا أحل بذكره، وكان هو الظاهر من حاله وجب حمله عليه.

مسألة: وعليه أن يذكر مع ذلك جيداً أو وسطاً أو رديئاً؛ لأن الجنس الواحد يختلف، فيكون منه الجيد والوسط والرديء، وذلك مما يختلف الثمن باختلافه، فلا بد من ذكره، وهل يفسد العقد ترك ذلك أم لا؟ وذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون السلم حيث يحصل الطعام، فيفسد السلم؛ لأن فى موضع محصده يكون الجيد والرديء، فيختلف بذلك الثمن، فلا بد من ذكره، وإذا كان موضع العقد يجلب إليه، فقد قال ابن حبيب: لا يفسخ. وقال سائر أصحابنا: إنه يفسخ على الإطلاق، متى لم يصفه بالجودة.

ووجه ما قاله ابن حبيب، أن غالب أمر الطعام تساويه حيث يجلب إليه فى السفن كالحجاز وجدة؛ لأنه يخلط فى السفن، ويتساوى، فلا يفسد السلم ترك ذكر الجودة؛ لأن غالبه متساوٍ.

ووجه القول الثانى أن طعام السفن يختلف، فيكون بعضه أفضل من بعض، ويكون من طعام الحجاز وجدة ما يجلب فى الفقاع، فيكون أفضل من الطيب، فلا بد من ذكر الجودة.

فرع: وإذا قلنا بقول ابن حبيب، فما الذى يجب على المسلم إليه من القمح مع إطلاق الصفة. قال ابن حبيب: يلزمه الوسط من ذلك؛ لأن ما جاز فيه إطلاق الصفة

كتاب البيوع ٣٥١
رجع منه إلى غالبه أو وسطه، فإذا لم يكن له غالب رجع منه إلى الوسط، وكان يجب
على مذهب ابن حبيب إن كان له غالب أن يلزم ذلك بمجرد العقد، وإن لم يكن له
غالب أن لا يصح السلم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ويجزئه من الصفة بالجودة أن يقول جيداً، وليس من شرطه أن يقول غاية فى
الجودة، قاله أصبغ وغيره من أصحابنا لم يختلفوا فيه، إلا ما قاله أبو عبد الله بن العطار
من أهل بلدنا: أنه لا يجزئ من الصفة بالجودة أن يقول جيداً، حتى يقول غاية الجودة،
وأنه متى لم يصفه بالغاية، بطل السلم.

والأول هو الصحيح؛ لأن صفة السلم لا تبلغ من معرفة الموصوف مبلغ الرؤية له،
وإنما يبلغ به معظم مقاصده، ويجزئ فى صفات الرقيق أن يقول طويلاً أو قصيراً، ولا
يلزم غاية الطول فإن وصفه بسواد العين، فلا يلزم غاية السواد، وإن وصف الثوب
بالرقة، فلا يلزم غاية الرقة.

ووجه آخر وهو أن هذا يبطل بالتوسط، فإنه لا يعرف غايته، ولا يقال غاية
التوسط.

ووجه ثالث، أن ما قاله أقرب إلى الفساد؛ لأنه كان يريد بغاية الطيب ما لا يوجد
أطيب منه، فهذا يتعذر وجوده، ولا يكاد المسلم إليه أن يقدر على تخليصه، وذلك يمنع
صحة السلم فيه، وإن أراد به أنه غاية فى الطيب وأنه يوجد مثله، وأفضل منه مما
يوصف بغاية الطيب، لزمه فى الاختلاف فيه ما يلزم فى وصفه الطيب.

فرع: فإذا قلنا إنه يجزئ وصفه بجيد ووسط وردىء دون ذكر الغاية، فقد قال ابن
حبيب وابن المواز: له العام من الجيد، وليس له الخاص، وقد يكون من الجيد خاص بالغ
فى الجودة والطيب، فلا يحمل على ذلك، إلا لمن شرطه.

والصواب عندي أن يكون ما دفعه المسلم إليه مما يقع عليه صفة السلم، لزم المسلم
قبضه، فإذا أسلم إليه فى جيد، وأتى بما يقع عليه ذلك الاسم، لزمه قبضه، وكذلك
الوسط والردىء، ما لم يكن فيه عيب من غير الخلقة المعتادة منه.

مسألة: وتصفه بالنقاء والغلت أو التوسط؛ لأن ذلك مما يلزم القمح، ويختلف ثمنه
باختلافه، فإن أنحل بذلك، وقد ذكر الجودة أو التوسط أو الرداءة، فهل يبطل السلم أم
لا؟ قال ابن حبيب: لا يبطل السلم.

٣٠٢ كتاب البيوع

ووجه ذلك أن الغلث عيب، فلا يلزم ذكر السلامة منه كسائر العيوب، وإنما استحب ذكره؛ لأن الغلث لا يكاد أن يخلو طعام منه.

فصل: ويجوز السلم في التمر والرطب، فإن كان ببلد لا تختلف أنواعه فيه، ووصف بالجودة أو التوسط أو الرداءة، فعلى حسب ما تقدم ذكره في الخنطة، ويدخله من الاختلاف في ذلك كله ما يدخل في الخنطة، وليس عليه وصفه بالنقاء؛ لأن التمر لا غلث فيه، وليس عليه وصفه بالسلامة من الحشف؛ لأن ذلك عيب فيه ويسلم أكثر التمر منه، ويلزم المسلم إليه أن يعطى غير الحشف؛ لأن إطلاق الاسم يقتضى السلامة إلا باليسير الذى لا يستبد التمر منه في الأغلب.

مسألة: فإن كان ببلد تختلف أنواعه منه، فإن وصفه بالنوع شرط فى صحة السلم، وهذا حكم الزبيب والفل والحمص وسائر القطنى والحبوب والزيتون، وبالله تعالى التوفيق.

مسألة: وأما السلم فى الثياب على اختلاف أصولها من حرير أو قطن أو كتان، فإن يصف صفاته، وخفته، ورقته، وجنسه، وأصله، وليس عليه أن يذكر وزنه، ولا أن يقول جيداً، قاله ابن القاسم فى المدونة؛ لأنه قد يتعذر عليه تحقيق الوزن مع اشتراط الطول والعرض، فإذا وفاه المقدارين من ذلك الطول والعرض والصفاقية، فقد أوفاه حقه، ودخل فيه قدر الوزن، وما يقرب منه، فأما تحقيقه، فلا سبيل إليه، وبالله التوفيق.

* * *

الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدراً

وهو مما لا يصح دونه؛ لأن السلم فيه متعلق بالذمة، وما يتعلق بالذمة يستحيل أن يكون جزافاً غير مقدر؛ لأنه لا يتميز فى الذمة من غيره إلا بالتقدير، وليس كذلك المشاهدة؛ لأنه يتميز من غيره بالإشارة إليه والتعيين له.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما كان من المكيل يقدر بالكيل، وما كان من المعدود يقدر بالعدد، وما كان من الموزون يقدر بالوزن، وما كان يتقدر بالذرع كالثياب ونحوها يقدر بالذرع.

وذكر ابن القاسم فى المدونة أن اللحم يجوز السلم فيه بالتحرى كما يباع الخبز بالخبز تحرياً، والأظهر عندى أن ذلك إنما يجوز عند تعذر الموازين؛ لأنه مع الإمكان إنما

كتاب البيوع ٣٠٣
قصد بالتحري التخطاظر والحزر الذى ينافى السلم، وهذه المسألة مبنية على جواز اللحم
باللحم تحرياً وسيأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى فى موضعه مفسراً.

مسألة: وأما صوف الغنم، فإنه يتقدر بالوزن دون عدد الجزز؛ لأن الجزز تختلف،
فمنها الكبيرة والصغيرة، وله مقدار معروف، فيجب أن يعتبر به.

مسألة: وأما البيض فلا يتقدر بوزن، ولا كيل، فلا يسلك فيه إلا بالعدد، حكى
ذلك ابن حبيب. وأما الرمان والسفرجل، فروى ابن القاسم عن مالك: تباع عددًا.
قال ابن القاسم: وإن كان الكيل فيها معروفًا، فلا بأس بذلك. وقال ابن حبيب: يسلم،
فيها عددًا أو كيلًا فيها وزنًا، قال: ويذكر مقداره.

فوجه قول مالك أن الذى جرت به العادة فى بيعها هو العدد، ولم تجر العادة بغيره،
وكان مجهولاً فيها وأيضًا، فإن كثيرها لا يكاد يتأتى فيه كيل، ولا بد من اشتراط الكبير
والصغر والتوسط، فإن الأغراض تختلف باختلاف ذلك.

ووجه قول ابن القاسم أن العدد إنما يتقدر به ما يغلب عليه التساوى، والتساوى
قليل فى هذا النوع من الفواكه، وهى الرمان والسفرجل والتفاح، فكان العدد فيها من
أبواب الخطر.

فأما صغير التفاح، فقول ابن القاسم فيه ظاهر، وأما ما عظم منه ومن الرمان
والسفرجل، فالعدد فيه أظهر كالأترج، وإن كان يجرى فى بعض البلاد بالوزن كان
ذلك أظهر فيه، وكذلك البطيخ والقثاء والخيار والموز والكمثرى ورعوس الغنم، والله
أعلم.

مسألة: وأما الجوز، فاختلف فيه قول مالك وابن القاسم وابن حبيب على حسب ما
ذكرنا من اختلاف قولهم فى الرمان. ووجهه ما قدمناه، والوجهان ممكنان ظاهران،
وقول ابن حبيب بجواز الوجهين فيه، جائز.

مسألة: وأما ما صغر من الفاكهة كعيون البقر والمشمش والقراسيا والزعرور
والمضارع، فإنه يتأتى فيه الكيل والوزن والأحمال، وفى كثير منه العدد، والذى عندى
أنه يسلم فيه فى كل بلد على عرفه، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما ما صغر، وكان مما يبيس ويدخر كاللوز والبندق، وقلوب الصنوبر،
فإنه لا يسلم فيه إلا كيلًا، حكى ذلك ابن حبيب، قال: ولا يسلم فيه عددًا، وهذا

٣٥٤ كتاب البيوع
الذى ذكره ابن حبيب بين؛ لأن المشقة تلحق بعدده لصغره، وإنما يتأتى فيه الكيل أو
الوزن، فإن كان ذلك عرفه ببلد السلم حمل عليه.

مسألة: وأما التمر والقمح والشعير الحبوب التى تدخر، فبالكيل، ولا يختلف فى
ذلك عرف البلاد ما لم تطحن، فإذا طحنت، فخلص قلب الأرز، ودقيق الخنطة أو
جريشها، فإن عرفه بمعظم البلاد الوزن وعرفه بمدينة الرسول ﷺ الكيل، ويجب أن
يقدر فى السلم بعرف بلد السلم، فإن غيره مجهول.

وقد قال ابن القاسم عن مالك: لا يباع طعام بقصعة أو قدح غير مكيال الناس،
وهو فاسد غير جائز. قال ابن القاسم: فما يسلم فيه بتلك المنزلة أو أشد. وقال
أشهب: هو مكروه، فإن وقع لم يفسخ. وقال غيره: يفسخ.

مسألة: وأما الحطب، فقال ابن القاسم: يسلم فيه وزناً أو أحمالاً وحزماً.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه يجوز أن يعمل من ذلك
بكل بلد على ما جرى عرف بيع ذلك الجنس به.

مسألة: وأما الجذوع والخشب، فإنها تتقدر بالذرع فى الطول والعرض والارتفاع؛
لأنه الغرض فى ذلك كله، وأما البقول والقصيل، فإنها تتقدر عند ابن القاسم بالحزن
والقبض والأحمال، ولا يجوز أن تتقدر بذرع الأرض، وجوز ذلك أشهب، رواه ابن
المواز عنه.

واحتج ابن القاسم للمنع بأن صفاقته وخفته لا تضبط بالصفة، وهذا على صحته
ناقص العبارة، ويبانه أن ما تقدم من ذلك بذرع الأرض يختص بأرض معينة أو حومة
معينة متقاربة؛ لأنه الغرض والتمن يختلف بالقرب والبعد.

فإذا تعينت البقعة، لم يجز السلم فيما يثبت فيها، لأنه لا يدري كيف يكون حاله،
وإن تعينت الحومة، لم يجز السلم فيما يخرج منها؛ لأنها بمنزلة القرية الصغيرة، ولذلك
لا يجوز السلم فى التمر فى رعوس النخل، فلهذا لم يجز السلم فى شىء من الثياب
بذرع الأرض.

مسألة: ويسلم فى الثياب كلها بالذرع فى الطول والعرض؛ لأنها لا تتقدر إلا به،
فإن شرط ذراع رجل بعينه، فقد أجازة ابن القاسم فى المدونة، فإن خيف أن يغبن،
أخذ منه مقدار ذراعه، إلى أن يجيء أجل السلم.

كتاب البيوع ٣٠٥
فإن شرطاً ذراعاً، ولم يعينا ذراع رجل بعينه، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم فى
العتبية: يحمل على ذارع وسط. قال أصبغ: هو استحسان، والقياس الفسخ.
وجه قول ابن القاسم أن الذراع ما لم يعين يعلق بالوسط، وصح بذلك العقد؛ لأنه
متى كان للعقد وجه من الصحة، حمل عليه.

ووجه قول أصبغ أن القدر الذى تعلق بالذمة مجهول، وذلك يمنع صحة العقد، وهذا
فى البلاد التى ليس لأهلها ذراع معين جرى عرف التبائع به، وإن كان لهم ذراع
مقدر كذراع الرشاش لأهل قرطبة والذراع المالكى ببعض البلاد حمل المتعاقدان مع
إطلاق العقد عليه، والله أعلم.

* * *

الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلاً

أما الشرط الرابع، وهو أن يكون مؤجلاً، فإن الظاهر من مذهب مالك أن السلم لا
يجوز إلا فى مؤجل، وبه قال أبو حنيفة. وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك:
يجوز أن يسلم إلى يومين أو ثلاثة. وزاد ابن عبد الحكم: أو يوم.

قال القاضى أبو محمد: واختلف أصحابنا فى تخريج ذلك على المذهب، فمنهم من
قال: إن ذلك رواية فى جواز السلم الحال، وبه قال الشافعى. ومنهم من قال: إن
الأجل شرط فى السلم، قولاً واحداً، وإنما تختلف الرواية عنه فى مقدار الأجل.

والدليل على اعتبار الأجل أن ما اختص بالسلم، فإنه شرط فى صحته كعدم التعيين.
ووجه القول الثانى أن هذه معاوضة، فلم يكن من شرط صحتها التأجيل كالبيع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالسلم على ضربين، ضرب يقضى ببلد السلم، وضرب
يقضى بغيره، فأما ما يقضى ببلد العقد، فقد اختلف أصحابنا فى مقدار أجل السلم،
فقال ابن القاسم فى المدونة: لا يجوز إلا إلى الأجل الذى تختلف فى مثله الأسواق
الخمسة عشر يوماً والعشرين يوماً.

وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به إلى اليوم الواحد. وروى ابن وهب عن مالك: إلى
اليومين والثلاثة. وقال القاضى أبو محمد: فى ذلك الروايتان، إحداهما: أنه يجوز إلى أى
أجل كان، قرب أو بعد. والثانى: لا يجوز إلا إلى الأجل الذى تختلف فى مثله الأسواق.
فوجه قول ابن القاسم أن السلم اقتضى الأجل، لئلا يتقن فيه انتفاع المسلم لمشابهة

٣٠٦ كتاب البيوع

الغرض، احتاج أن يكون إلى أمد تختلف فيه الأسواق، فإن خرج عن هذا عدم شرط الصحة.

ووجه الرواية الثانية أن هذا معنى يشترط في صحة السلم، فاستوى قليله وكثيره. أصل ذلك مقدار المسلم فيه.

ووجه آخر، وهو أن الدنانير والدرهم يجوز السلم فيها، وتختلف أسواقها، فلو كان اعتبار مدة تنغير فيها أسواق العروض شرطاً في صحة السلم، لوجب أن لا يجوز السلم في العين؛ ولوجب أن يختلف آجال السلم باختلاف السلع، فإن من السلع ما يكثر تنغير أسواقه كالطعام ونحوه، ومنها ما يندر ذلك فيها كالجواهر والياقوت، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ما قلناه، فالذى قاله القاضى أبو محمد أن تنغير الأسواق فى ذلك لا يختص بمدة من الزمان، وإنما هو على حسب عرف البلاد، ومن قدر ذلك بخمسة عشر يوماً أو أكثر، فإنما قدر على عرف بلده، وتقدير ابن القاسم ذلك بخمسة عشر يوماً وعشرين أظهر؛ لأن هذا عرف البلاد، ومقتضى ما علم من أسواقها، فإنه يغلب تنغيرها فى مثل هذه المدة وعرف مصر كعرف غيرها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ووجه الأجل فى البياعات، أن يبين بما يمكن تبيينه به، وجرت بمثله العادة، فيقول: إلى أول شهر كذا أو إلى آخره، أو إلى يوم كذا، مضت منه أو بقيت منه، فإن قال: إلى شهر كذا، فإن هذا اللفظ يقتضى أن يكون يحل بأول ليلة من الشهر.

فأما إن قال: يوفيه فى شهر كذا من سنة كذا، فقد قال أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا: إن هذا ضعيف، وليس بأجل محدود، ويكون له أن يدفعه ما بين أول الشهر إلى آخره، غير أن السلم لا ينتقض بذلك، ويكره بدءاً، فإن وقع، مضى ونفذ، وفى هذا القول نظر.

مسألة: ويجوز أن يسلم إلى الجداد والحصاد، ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعى.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا أجل معلق بوقت من الزمان معلوم، فجاز أن يكون أجلاً فى السلم والبيوع المؤجلة. أصله إذا أجله بسنة أو بشهر.

مسألة: ويجوز فى الآجال إلى خروج العطاء إذا كان وقت العطاء معروفاً لا يختلف، والمراد به وقت خروج العطاء، فإذا حل ذلك الوقت، حل الأجل، خرج العطاء، أو لم يخرج، وكذلك تأجيلهم إلى قدوم الحاج، والكلام فيه على نحو ما تقدم.

كتاب البيوع ٣٠٧

فصل: وأما ما يقتضى تغير بلد السلم، فإنه يستغنى عن ذكر الأجل. قال محمد: يجوز ذلك، وإن كان حالاً، وهذا تجوز فى عبارة؛ لأن قطع مدة تلك المسافة أجل، وإنما أورد به أنه يجوز، وإن لم يذكر الأجل. وحكى ابن المواز عن مالك فىمن أسلم فى طعام حال، يؤجل بالريف مسيرة يومين أو أكثر: أنه جائز.

ووجه ذلك ما احتجوا به من أن اختلاف الأسواق باختلاف البلدان كاختلافهم بعد الأجال، ألا ترى أن الناس يجهزون الأمتعة إلى البلاد، رجاء اختلاف الأسواق كما يؤخرون السلع إلى الأجل، وجاز ذلك، وإذا كان كذلك حررنا فيه قياساً، فنقول: إن هذا معنى عرفه بتغير الأسواق، فجاز السلم إليه كالأجل البعيد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن عقداً على ذلك عقداً صحيحاً، وجب على المسلم إليه الخروج إلى مكان القضاء، متى بقى بينه وبينه مقدار تقطع فيه المسافة، فإن أبى من الخروج، أجبر على أن يخرج، أو يوكل من يقضى المسلم ما سلم فيه؛ لأنه قد وجب عليه التسليم ولا طريق له إلى ذلك، إلا بالخروج إلى موضعه أو الاستئابة فى ذلك بالتوكيل.

فرع: فهل له أن يعزل الوكيل بعد أن قصد خارجاً إلى موضع التسليم؟ من متأخري أصحابنا من قال: إنه لا يجوز توكيله على ذلك، إلا أن يضمن الوكيل المسلم فيه؛ لجواز أن يعزله المسلم إليه، فيبطل سفر المسلم أو يتعذر عليه من سلم إليه حقه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويجوز عندى أن يقال: ليس للمسلم إليه عزله لتعلق حق المسلم بهذه الوكالة، كما يقول فى التوكيل على بيع الرهن، وكما يقول فى الوكيل على الخصومة، إذا تقيدت عليه المقالات لم يكن لموكله عزل إلا برضا من يخاصمه؛ لتعلق حقه بالوكالة.

مسألة: فإن جاز الأجل، ووجد المسلم، المسلم إليه، يغير بلد التسليم، فلا يخلو أن يكون المسلم فيه عيناً أو غير عين، فإن كان عيناً، كان له أخذه منه حيث وجدته، وإن كان غير عين، لم يكن له ذلك، وعليه أن يخرج إلى بلد التسليم، أو يوكل من ينوب عنه.

والفرق بينهما أن الدنانير والدرهم لا تختلف أسواقها، وهى أصول الأثمان وقيم المتلفات، فتساوت حالها فى البلاد والأزمان، والعروض تختلف أسواقها، وليست بأصول فى الأثمان، ولا قيم المتلفات، فتختلف قيمتها باختلاف البلاد والأزمان، فلم يلزم أن يسلمه، ولا أن يسلم منه بغير بلد السلم.

٣٠٨ كتاب البيوع

ولذلك من كان عليه دين من عين، جاز أن يعجله قبل أجله، ويلزم من هو له قبضه، ومن كان عليه دين من غير عين، لم يجز له أن يجعله قبل أجله إلا برضا من هو له، ومما يجرى مجرى الأجل في بعض أحكامه موضع تسليم المسلم فيه.

قال القاضي أبو محمد: الأفضل أن يذكر موضع التسليم لزوال التخاصم بين المتبايعين، ويدخلان على معلوم من ذلك، فليس كل أحد يعلم حكمه. وفي كتاب محمد. ومن سلف، ولم يذكر موضع القضاء، لم يضره ذلك، وهذا مما لا يحتاج إلى ذكره.

ومعنى ذلك أن ذكره ليس بشرط في صحة السلم. والدليل على ذلك أن إطلاق العقد يقتضى التسليم ببلد العقد كما يقتضى إطلاق البيع ذلك.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يخلو أن لا يذكر موضع التسليم أو يذكره، فإن لم يذكره، لزم المسلم إليه، دفعه في بلد عقد السلم، ولزم المسلم قبضه هناك لما ذكره، فإن اختلفا في أى موضع يكون التسليم منه، وقد شرطوا بلد التسليم أو لم يشترطوا، ولزم ذلك لإطلاق العقد.

فإن كان لتلك السلعة سوق بذلك البلد، كان ذلك السوق موضع تسليمها؛ لأن ذلك أخص بقاع تلك البلدة بتلك السلعة، فإن لم يكن لها سوق، فإن السلم إليه يوفيه حيث شاء من ذلك البلد، قال ذلك ابن القاسم وابن المواز.

وقال سحنون: يوفيهما بدار المسلم كان لها سوق أو لم يكن. وفي سماع عيسى عن ابن القاسم: أنهما إن أقرأ أنهما لم يتخذا موضعا، فإن القضاء يكون حيث قبضت الدراهم، فيحتمل أن يريد به موضع العقد، ويحتمل أن يريد به بلد النقد، والله أعلم وأحكم.

وجه القول الأول أن إطلاق العقد بمنزلة تعيين البلد، وتعيينه يقتضى تسليمه إليه بحيث يقع عليه اسم ذلك البلد كما أن إطلاق اسم الجودة يقتضى أن للمسلم إليه ما شاء مما يقع عليه ذلك الاسم على الإطلاق، وأيضاً فإن رأس المال لما كان محل دفعه موضع سوقه، ومعظم نفاذه، وموازينه كأنه نفس المسلم فيه يكون تسليمه بموضع سوقه وأهل المعرفة بصفاته.

وجه قول سحنون أنه لما كان على المسلم إليه إيصال المسلم فيه، اقتضى ذلك إيصاله إلى منزله كحمل الخطب والماء؛ لما كان على بائعه إيصاله، لزمه إيصاله إلى منزل المتبايع له.

كتاب البيوع ٣٠٩
مسألة: فإن ادعى أحدهما إطلاق العقد، وادعى الثاني اشتراط موضع غير موضع المسلم، فالقول قول مدعى إطلاق العقد؛ لأن الثاني ادعى خلاف مقتضى العقد، فلم يثبت له ذلك إلا ببينة.

مسألة: فإن اتفقا على أنهما شرطا موضعًا للقضاء، واختلفا في تعيينه، فادعى أحدهما موضع عقد السلم، وادعى الثاني غيره، فالقول قول مدعى موضع السلم لموافقته مقتضى إطلاق العقد، وإن ادعى كل واحد منهما ما لا يشبه أن يكون موضوعًا للقبض أحلفا، وفسخ بينهما، قاله ابن القاسم.

مسألة: ويجب أن يكون موضع القضاء محدودًا بحد يقرب كالفسطاط أو الفيوم أو الإسكندرية، وأما إن تباعدت أقطاره كمصر والشام والأندلس، فإن ذلك لا يجوز، قاله ابن القاسم.

وقال: إن مصر ما بين نجد إلى أسوان، وما كان بهذه المثابة من تباعد الأقطار، وتفاوت الأسفار؛ لتباعد ما لا يجوز أن يكون موضوعًا لقبض المسلم؛ لأن ذلك يعود لجهالة موضع القبض، وخطر الغرر فيه، وبالله التوفيق.

* * *

الباب الخامس أن يكون المسلم فيه موجودًا حين الأجل

وأما الشرط الخامس، وهو أن يكون المسلم فيه موجودًا حين الأجل، فلا خلاف أن ذلك شرط في صحة السلم لأن حلول الأجل يقتضى تسليم المسلم فيه، فإذا كان معدومًا حين الأجل لم يصح السلم فيه، لأن من شرط صحة السلم والبيع، التمكن من التسليم.

مسألة: فإن حان الأجل وعدم المسلم فيه بجائحة استأصلته، أو غفلة من مسلمه حتى فات من أيدي الناس، فاختلف أصحابنا في ذلك.

مسألة: وليس من شرطه أن يكون موجودًا حين العقد، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودًا حين السلم.

والدليل على ما نقوله أنه وقت لا يستحق فيه التسليم، فلم يستحق وجود المسلم فيه. أصل ذلك الزمان الذى بين وقت العقد وانقضاء الأجل.

* * *

الباب السادس أن يكون الثمن نقداً إلخ

وأما الشرط السادس، وهو أن يكون الثمن نقداً أو في حكم النقد، فإنه شرط في صحة السلم؛ لأنه إذا كان متعلقاً بالذمة، وتأخر المدة الطويلة، وكان المسلم فيه مؤجلاً إلى أجل بعيد وثمنه مؤجلاً في الذمة إلى أجل بعيد، لم يجز ذلك؛ لأنه من الكالئ بالكالئ.

مسألة: وقبضه في مجلس السلم أفضل، وليس بشرط في صحة السلم، ويجوز أن يتأخر قبضه اليوم واليومين بالشرط خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما إن من شرط صحة السلم التقابض في المجلس.

والدليل على ما نقوله أن التأخير فيه ليس بممنوع لمعنى في العوض، وإنما هو ممنوع لمعنى في العقد، لئلا يكون من الكالئ بالكالئ، والمسلم فيه من شرطه التأجيل والتمن من شرطه التعجيل، فكما لا يصح السلم بتأخير القبض عن المجلس، ولا بتأخيره اليوم واليومين، ولا يكون له بذلك حكم الكالئ، فكذلك الثمن الذي من شرطه التعجيل لا يفسده التأخير عن مجلس القبض، ولا بتأخره اليوم واليومين، ولا يدخل بذلك في حكم الكالئ.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالذي نص عليه أصحابنا أنه يجوز تأخره بشرط في أصل العقد اليوم واليومين. وقال القاضى أبو محمد: لا أكثر من ذلك، ويجب أن يفصل ذلك، فعلى قولنا يجوز السلم إلى أجل يوم أو يومين لا يجوز تأخر رأس مال السلم هذا المقدار، وإنما يجب أن يكون قبضه بالشرط في المجلس أو ما يقرب منه.

وإن قلنا السلم لا يجوز إلا إلى الأجل البعيد الذى تتغير فى مثله الأسواق، صح أن يقول بتأخير رأس مال السلم هذه المدة ليس من باب التأجيل، ولو كان له حكم التأجيل، لجاز تأخر المسلم فيه إليه.

مسألة: وأما تأخر رأس مال السلم من غير شرط إلى أجل السلم، فلا يخلو أن يكون عيناً أو غير عين، فإن كان عيناً، فاختلف فيه قول ابن القاسم، فقال مرة: يفسد السلم، ثم رجع عنه، وقال: لا يفسد السلم ما لم يكن شرطاً، وبه قال أشهب.

وجه القول بفساده؛ لأن ذلك ذريعة إلى التعاقد على الدين بالدين؛ لأن عملها إليه آل.

كتاب البيوع ٣١١

ووجه القول الثاني أن عقدهما سلم من الدين بالدين، وهذا مما لا يفسده التفريق قبل القبض. وقال ابن وهب: إن تعمد أحدهما تأخير رأس المال، لم يفسد السلم، وإن لم يتعمده أحدهما فسد السلم.

ومعنى ذلك أن يكون أحدهما فرّ؛ ليفسد السلم، فإذا وقع العقد صحيحًا، وتعلق به حق الآخر، لم يكن للثاني أن ينفرد بإفساده.

وهذا مبني على قولنا أن الفار من الأداء في الصرف لا يبطل الصرف، وإذا لم يفر أحدهما فقد رضيا بإفساده، فيجب أن يفسد.

فرع: فإذا قلنا إنه لا يبطل العقد بتأخير رأس المال إذا كان عيبًا إلى أجل، فبأن لا يبطل إذا كان عرضًا معينًا أولى وأحرى، لأنه خارج عن الدين بالدين، وإن قلنا إنه يبطل بذلك السلم، وكان رأس المال عرضًا معينًا، فلا يخلو أن يكون مما يغاب عليه كالثياب ونحوها أو مما لا يغاب عليه كالحيوان والدور.

فإن كان مما يغاب عليه، ففي المدونة أن مالكًا، كره ذلك. وقال ابن القاسم: إن وقع من غير شرط، لم يفسخ كالحيوان والدور، وإن كان مما لا يغاب عليه، ففي المدونة من قول مالك: إذا كان رأس المال في السلم عبدًا، وتأخر الشهر من غير شرط، أنه جائز، وكان هذا من أحدهما، ولم يذكر كراهية.

وقال المتأخرون من أصحابنا: إن ذلك على ثلاثة أضرب، إذا كان عيبًا يبطل السلم، وإن كان عرضًا يغاب عليه، فالسلم مكروه، ولا يفسخ البيع، وإن كان مما لا يغاب عليه، فلا كراهية فيه.

والفرق بين ما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه في ذلك أن ما يغاب عليه إذا تلف بغير بينة، فهو من المسلم ويفسد السلم، فإذا بقى بيده كان له الخيار بأن يدعى صناعة، ويبطل السلم متى شاء، وكره أن يبقى بيده مدة لا يصح الخيار فيها في السلم، وأما ما لا يغاب عليه، فإنه من المسلم إليه، فهلاكه لا يؤدي إلى إبطال السلم، والله أعلم وأحكم.

فرع: وإذا قلنا برواية ابن وهب، فإن كان المسلم هو الذي امتنع من القضاء، فالسلم إليه بالخيار بين أن يأخذ جميع مال السلم، أو ما بقى له منه، ويدفع جميع المسلم فيه، وبين أن يمتنع من قبض ما بقى له منه، ويدفع إليه ما كان دفع إليه منه، وإن كان المسلم إليه هو الذي امتنع من قبض رأس المال، لزمه عند الأجل قبضه، ودفع المسلم إليه فيه، قاله ابن حبيب.

٣١٢ كتاب البيوع

ووجه ذلك أنه إذا امتنع المسلم، فقد منع المسلم إليه من مقصوده من الانتفاع برأس مال السلم إلى أجله، ولهذا التأخير تأثير في إبطال العقد، فصار ذلك المسلم إليه إن شاء أن يبطله أبطله، وإن شاء أن يمضه أمضاه وإن كان الامتناع من جهة المسلم إليه، فقد أبطل حقه من الانتفاع برأس المال، ولا مضرة في ذلك على المسلم، فلم يكن لواحد منهما خيار في فسخه.

فصل: وقوله: «ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه، أو ثمر لم يبد صلاحه» يريد أنه لا يجوز تعلق السلم بزرع لم يبد صلاحه، ولا بثمر لم يبد صلاحه، وذلك أن السلم على ضريين، مطلق في الذمة، ومضاف إلى بلدة. فأما المطلق في الذمة، فمثل أن يسلم إليه في قمح أو تمر، ويصفه بصفة، ولا يشترط من تمر موضع من المواضع.

والثاني أن يضيفه إلى بلدة، فيقول من قمح مصر والشام، أو تمر صفراء، أو المدينة على ساكنها السلام، فهذا على ضريين، أحدهما: أن يضيق ذلك إلى موضع صغير لا يؤمن انقطاع ثمرته، فإنه لا يجوز ذلك على وجه السلم، ولا يجوز إلا على وجه البيع بعد أن يبدو صلاح ذلك الحائط، ومن شرطه أن يكون الحائط لبائع التمر.

مسألة: والثاني أن يضيف ذلك إلى موضع كبير كثير التمر والزرع يؤمن انقطاعه من أيدي الناس مثل وادي القرى وخيبر، فهذا يجوز عقد السلم فيه من أي وقت شاء بعد بدو صلاح الثمرة، وقبل ذلك لمن له في ذلك الموضع زرع أو ثمر، ولمن ليس له فيه شيء.

والأصل في ذلك، ما روى عبد الله بن أبي المجالد، سألت أبي أوفى عن السلف، فقال: كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في البر والشعير والتمر إلى قوم، لا ندرى أعندهم أم لا. وابن أجزى قال مثل، يعني ذلك.

قال مالك: الأمر عندنا فيمن سلف في طعام يسير معلوم إلى أجل مسمى، فحل الأجل، فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه، فأقاله، فإنه لا ينبغي له أن يأخذ منه إلا ورقه أو ذهبه أو الثمن الذي دفع إليه بعينه، وإنه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئاً حتى يقبضه منه، وذلك أنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع إليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه، فهو يبيع الطعام قبل أن يستوفى.

قال مالك: وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى (١).

الشرح: وهذا كما قال أن الإقالة في الطعام لا تكون إلا بمثل رأس المال عقداً وقضاء؛ لأنه إن كان بغير رأس المال خرج عن الإقالة إلى البيع الذي لا يجوز في الطعام قبل استيفائه، وهو إذا عقد الإقالة بمثل رأس المال، ثم قبض منه غير ذلك من عرض أو طعام أو عين مخالف لرأس المال، فإن ذلك ممنوع للذريعة إلى بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه يتهم أن يكون ما أظهره من العقد لغواً، وقد باع الطعام قبل قبضه بعدما ابتاعه به، فخرج عن الإقالة إلى البيع الذي نهى عنه رسول الله ﷺ في الطعام قبل استيفائه.

(١) اختلف الفقهاء في الشراء برأس مال المسلم من المسلم إليه شيئاً بعد الإقالة، فقول مالك ما وصفه في موطنه: لا يجوز حتى يقبض منه رأس ماله قبضاً صحيحاً. وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، إلا أن مالكا لا يرى غير الطعام في ذلك كالطعام، وإذا تقايلا عنده في غير الطعام، جاز أن يأخذ من الطعام برأس ماله ما شاء إذا خالف جنس ما تقايلا فيه، وتعجل ذلك ولا يؤخره. وكذلك جائز عنده أن يشتري منه من غيره من جنسه وغير جنسه، ويجيل عليه، وإذا تقايلا في الطعام سلما كان أو غيره لم يجوز له أن يأخذ منه برأس ماله شيئاً من الأشياء، لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفى.

وأما أبو حنيفة وأصحابه، فلا يجوز عندهم شيء من ذلك في الطعام، ولا في غيره من العروض كلها. وهو قول أحمد، وإسحاق، قالوا: بيع السلم من بائعه ومن غيره قبل قبضه فاسدة. وحثهم حديث عطية الكوفي، عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله ﷺ: «من سلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره. وما روى عن جماعة من السلف أنهم قالوا حين سئلوا عن ذلك: خذ ما سلمت فيه أو رأس مالك، ولا تأخذ غير ذلك. روى ذلك عن ابن عمر، والحسن، وعكرمة، وجابر بن زيد، وغيرهم. وحجة مالك قد أوضحها على مذهبه.

وقال الشافعي، والثوري، وزفر: لا بأس أن يشتري السلم إذا أقال من سلمه ما شاء برأس ماله من المسلم إليه ومن غيره قبل قبضه له؛ لأنه قد ملك واحد منهما بالإقالة البدل منها، فإذا ملك بالإقالة جاز له التصرف فيه، لأن العقد الأول قد بطل بالإقالة، ولا حجة لمخالفه في حديث أبي سعيد الخدري، وما كان مثله، لأنه لم يصرف ما سلم فيه في غيره. ومعنى النهي عن ذلك عندهم هو بيع ما سلم فيه قبل استيفائه، فذلك هو صرفه.

قال أبو عمر: أصل هذه المسألة عند مالك وأصحابه الحكم بقطع الذرائع كان المسلم والمسلم إليه لما علما أن فسح البيع في شيء آخر لا يجوز، ذكر الإقالة ذكراً لا حقيقة له يستحيز بذلك صرف الطعام في غيره، وذلك يبعه قبل استيفائه. وقد أجمعوا أنه لو لم يستقبل لم يجوز له صرف رأس المال في غيره، كما لا يجوز له صرف رأس ماله في دراهم أو دنانير أكثر منها. انتهى. وانظر هذه المسألة في: الاستذكار لابن عبد البر ٢٠/٢٤. وما بعدها.

٣١٤ كتاب البيوع

مسألة: ومن ابتاع مطعوماً معيناً على الوزن أو الكيل، فأراد أن يأخذ مكانه قبل قبضه من غير جنسه، ففي كتاب محمد والمجموعة: أن ذلك غير جائز.

ووجه ذلك أنه باع ما عقد عليه من الطعام أولاً بما أخذه آخرًا، قبل أن يستوفى.

مسألة: فإن أخذ نصفه على ما عقد عليه، وأراد أن يأخذ النصف الآخر من غير ذلك الجنس، ففي كتاب محمد عن أشهب، قال مالك: أرجو أن يكون خفيفاً. قال محمد: لا خير فيه، وهو سواء مثل الذي تقدم، ويحمل هذا أنه دفع إليه الثمن من غير إيجاب.

قال: وروى ابن القاسم عن مالك فيمن ابتاع بدينار قمحاً، ثم سأله أن يعطيه بنصفه عدساً: أن ذلك لا يجوز. قال مالك: ومن اشترى بدراهم زيتاً، فلم تسعه بطته، فأراد أن يأخذ بما بقى طعاماً أو يرتجعه، فلا يعجبني. ووجه ذلك ما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه.

فصل: وقوله: «لا تنبغي الإقالة إلا أن يأخذ ذهبه، أو ورقه، أو ثمنه بعينه» يحتل أن يريد بقوله: «ذهبه أو ورقه» نفس ثمنه بعينه إن كان موجوداً عنده، على قولنا: إن الدنانير تتعين بالعقد، أو يكون الثمن تبراً أو حلياً مصوغاً، فيتعين بالعقد، ولا يجوز فى الحلّى أن يقبله إلا بنفس ما دفع، ويحتمل أن يريد بقوله: بذهبه أو ورقه من جنس ذلك، وسكته على قول أن الدنانير لا تتعين بالعقد.

وقد قال فى المدونة فيمن سلم إلى رجل دنانير فى طعام، فأقاله منه ودنانير فى يده، وشرط عليه أن يرد إليه تلك الدنانير بأعيانها أن للمسلم إليه أن يدفع إليه غيرها.

وقوله بعد ذلك: «أو ثمنه بعينه» يريد والله أعلم، أن يكون الثمن من غير العين كالعروض والطعام، فهذا لا تصح الإقالة إلا بنفس ذلك الثمن دون ما كان من جنسه؛ لأنه كله يودى إلى بيع الطعام قبل استيفائه.

فصل: وقوله: «وأنه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئاً حتى يقبضه» يريد أنه إن عقد الإقالة بذلك الثمن، فلا يشتري منه به شيئاً؛ لأن ذلك ذريعة إلى أن تكون الإقالة به، فيكون بيع الطعام قبل استيفائه، وقد نهى عنه النبي ﷺ فيجوز أن يمنع كل ما كان فى معناه وذريعة إليه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: فَإِنْ نَدِمَ الْمُشْتَرِي، فَقَالَ لِلْبَائِعِ: أَقْلِنِي وَأَنْظِرْكَ بِالثَّمَنِ الَّذِي دَفَعْتُ

كتاب البيوع ٣١٥
إِلَيْكَ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ، وَأَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا حَلَّ الطَّعَامُ
لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ أَخْرَجَهُ عَنْهُ حَقُّهُ عَلَى أَنْ يُقْبَلَهُ، فَكَانَ ذَلِكَ بَيْعَ الطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ
قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى.

قال مالك: وتفسير ذلك أن المشتري حين حلَّ الأجل، وكرهه الطعام أخذ به
ديناراً إلى أجل، وليس ذلك بالإقالة، وإنما الإقالة ما لم يزد فيه البائع، ولا
المشتري فإذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة إلى أجل أو بشيء يزداده أحدهما على
صاحبه أو بشيء ينتفع به أحدهما، فإن ذلك ليس بالإقالة، وإنما تصير الإقالة إذا
فعلاً ذلك بيعاً، وإنما أُرْحِصَ فِي الإقالة والشُّرْكَ والتَّوَلِيَّةِ ما لم يدخل شيئاً من
ذلك زيادةً أو نقصاناً أو نظراً، فإن دخل ذلك زيادةً أو نقصاناً أو نظراً، صار
بيعاً، يحلُّه ما يحلُّ البائع، ويحرمه ما يحرم البائع^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن الندم قد يلحق في البيع والسلم البائع والمشتري، وتصح
من كل واحد منهما الإقالة للرفق بصاحبه، ويصح منه طلب الربح أو النماء، ويصح
منهما جميعاً ذلك في عقد واحد بخلاف القرض، فإنه لا يصح أن يقع إلا على وجه
الرفق من القرض للمقترض، إلا أن الأغلب من أحوال الإقالة رفق أحد المتقايين
بصاحبه، فلذلك حملت على أغلب أحوالها.

وقد قدمنا أن من شرط الإقالة أن تكون رأس المال، وعلى الوجه الذي عقد
عليه البيع أو السلم؛ لأن معنى الإقالة أن يقبله مما ندم فيه، ويعيده إلى ما كان عليه قبل
أن يعقد ما أوجب الندم، ولا يصح ذلك إلا بنقض ذلك العقد، ولذلك اختلف
أصحابنا فيه، فقال بعضهم: هو نقض بيع، وسيأتي ذكره، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا إذا كان رأس المال بصريح الإقالة، فإن كان بغير تصريح مثل أن
يدفع إليه دنانير مثل رأس المال المسلم، فيقول: اشتر بها طعاماً، فكله لي حين
الأجل، ثم استوفه في حقلك، فقد قال ابن القاسم في المدونة: لا يصلح عند مالك،
وقال بعد ذلك: إنه إذا أعطاه عند الأجل مثل دنانيره، فقال: اشتر بها طعامك، أنه لا
بأس به.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠/٢٧.

٣١٦ كتاب البيوع

قال ابن لبابة: إذا وقع إليه الدنانير، فقال: اشتر بها طعامك، فاكله، ثم استوفه مما لك، لم يجوز، وإن قال له: اشتر بها طعامك، جاز ذلك.

ووجه ذلك عندي أنه إذا قال: اكله لي، لم يملكه الثمن، ولم تجز منه إقالة، ولا يجوز أن يكون رأس المال الذي عجل في السلم يؤجل في الإقالة لوجهين، أحدهما: أن الأجل له حصة من الثمن، لما قدمناه من أن المسلم إليه يطلب الارتفاق به إلى حلول السلم، فإذا تعجل في السلم، وتأجل في الإقالة، فقد زاد في الإقالة، وذلك يمنع صحتها، ويغير موضوعها، وينقلها إلى البيع الذي هو ممنوع في الطعام قبل الاستيفاء، ويدخله أيضاً وجه آخر من الفساد، وهو فسخ دين في دين؛ لأن المسلم كان له في ذمة المسلم إليه الطعام مؤجل، ففسخه في غير مؤجل إلى أجل، وذلك غير جائز.

فصل: وقوله: «فإذا وقعت الزيادة بنسيئة إلى أجل، أو بشيء يزداده أحدهما على صاحبه، وينتفع به فليس ذلك بإقالة» بين ذلك أن النسيئة مما يزداده من أخذ وانسأله في دفع ما عليه، والزيادة تغير ذلك، مثل أن يكون رأس المال عشرة دراهم، فيقبله على تسعة، فيكون البائع قد ازداد الإقالة درهماً، أو يقبله بأحد عشر درهماً، يزداد المبتاع من البائع درهماً، وذلك كله لا يجوز؛ لأنه ليس بالإقالة، وإنما هو بيع الطعام قبل استيفائه.

فصل: «وإن دفع إليه أكثر من دراهمه، فقال له: ابتع بهذا طعامك، لم يجوز» لأنه قد خرج لأجل الزيادة عن حكم الإقالة، وقد دفع إليه أقل من دراهمه، فقال له: ابتع بهذا طعامك، فقد قال ابن القاسم: لا يجوز، وقال أشهب: يجوز.

وجه قول ابن القاسم أنه يؤدى إلى الإقالة بأقل من الثمن، وذلك غير جائز.

ووجه قول أشهب أن هذا من باب الذريعة، وتبعد فيه التهمة، وبعد التهمة يمنع تأثير الذريعة.

قال مالك: مَنْ سَلَفَ فِي حِنْطَةٍ شَامِيَّةٍ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ مَحْمُولَةً بَعْدَ مَجَلِّ الأَجَلِ.

قال مالك: وَكَذَلِكَ مَنْ سَلَفَ فِي صِنْفٍ مِنَ الأَصْنَافِ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ خَيْرًا مِمَّا سَلَفَ فِيهِ أَوْ أَدْنَى بَعْدَ مَجَلِّ الأَجَلِ، وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ يُسَلَّفَ الرَّجُلُ فِي حِنْطَةٍ مَحْمُولَةٍ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ شَعِيرًا أَوْ شَامِيَّةً، وَإِنْ سَلَفَ فِي تَمْرٍ عَجْوَةٍ، فَلَا بَأْسَ

كتاب البيوع ٣١٧
أَنْ يَأْخُذَ صَيْحَانِيًّا أَوْ جَمْعًا، وَإِنْ سَلَّفَ فِي زَبِيبِ أَحْمَرَ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ أَسْوَدَ
إِذَا كَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ بَعْدَ مَجْلٍ الْأَجَلِ إِذَا كَانَتْ مَكِيلَةً ذَلِكَ سَوَاءً بِمِثْلِ كَيْلِ مَا
سَلَّفَ فِيهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من أسلم فى نوع من أنواع الطعام، فإنه لا بأس أن
يأخذ عند الأجل نوعًا آخر من ذلك الجنس أو أدنى فى مثل كيله، فيأخذ من الحنطة
الشعير والسلت بعضها من بعض وأنواع الذهب بعضها من بعض.

ووجه ذلك أن هذا من باب البدل، وليس من البيع، ولذلك جاز بدل الحنطة
بالحنطة، وقصر على المماثلة، ولو كان من باب المبيعة لما قصر على المثل، وكذلك
القرض، وإن كانت صورته معاوضة، فليس من باب المبيعة؛ لأنه مقصور على المساواة
والمماثلة، ولما كانت الحنطة والشعير من جنس واحد، كان بعضها من بعض مبادلة.

وتحريم ذلك أن كل ما يحرم التفاضل فيه يجوز أخذه بدلا منه كالتنوع الواحد يأخذ
منه أفضل مما له أو أدنى، وأما ما يحرم التفاضل فيه، فإنه لا يجوز أخذه عنه، فلا يأخذ
تمرًا من قمح؛ لأنه من بيع الطعام قبل استيفائه، وإن كان من قرض دخله، بيع الطعام
نساء.

مسألة: فإن أخذ منه أقل من ذلك الكيل أدنى نوعًا، مثل أخذ عشرة أردب شعيرًا
من عشرين أردبًا من حنطة، فقد قال محمد عن مالك: لا يجوز ذلك. ومعنى ذلك، والله
اعلم، أن يأخذ عوضًا عن جميع القمح، ولو أخذ العشرة أقفزة، عن عشرة أقفزة قمحًا،
ثم وهبها على ذلك من غير شرط.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة فيمن كان له مائة أردب تمرًا، فأخذ منه
خمسين أردبًا محمولة: إن كان إنما صالح بها على وجه المبيعة، فلا يجوز، وإن كان إنما
أخذ منه خمسين أردبًا محمولة، ثم حط عنه الثانى بغير شرط، فلا بأس به. وجوز ابن
القاسم ما هو أشد منه، فمن كان له على أجل مائة أردب تمرًا، فلما حان الأجل أخذ
منه خمسين أردبًا محمولة، ثم وهب الباقي من غير شرط: أن ذلك لا بأس به، وهذا أشد
وأقوى من [.....]^(١)، وأرفع الجوده.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٩.

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

٣١٨ كتاب البيوع

مسألة: ولا يجوز قبل الأجل أن يأخذ منه إلا مثل ما له عليه في النوع والقدر؛ لأن ذلك يدخله بيع الطعام قبل استيفائه، وبيع الطعام بالطعام، كما لا يجوز أن يأخذ قبل الأجل من نوعه أجود أو أدنى، ويجوز ذلك باتفاق عنده.

مسألة: ولا يجوز أن يأخذ من الذى عنده القرض أو السلم من غير ذلك النوع، مثل تلك المكيلة، وإن حل الأجل حتى [.....] ^(٢) قاله ابن القاسم، قال: لأنه يصير حوالة، والحوالة عند مالك بيع من البيوع.

ومعنى ذلك أن يحمل الذى له إلى الجنس الذى أخذه، وذلك بيع أحدهما، فيدخله فى القرض طعام بطعام من غير جنسه، وذلك غير جائز، ويدخله فى السلم مع ما ذكرناه بيع الطعام قبل استيفائه، وإنما جاز أن يؤخذ الورق من الذهب والذهب من الورق فى القرض والبيع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز أن يأخذ الحنطة من الشعير والسلت، ويأخذ بعضها من بعض، لأنها جنس واحد، ومن قال: إن العلس من جنسها يجب أن يكون الأخذ منها، ويأخذ أنواع التمر بعضها من بعض، وكذلك الزبيب، ويأخذ من نوع ما لا يستحيا من الطير نوعاً آخر على تحرى الوزن أكثر عدداً أو أقل عدداً؛ فإن كانت على العدد لم يجوز إلا أن يكون من نوعه، رواه فى العتبية سحنون عن ابن القاسم.

ومعنى ذلك أن الطير يختلف قدره باختلاف نوعه، ويتفاوت، فلا يجوز بعضه عدداً، إذا كان معناه اللحم، وإنما يجوز على تحرى ما فيه من اللحم، والمساواة فيه على قول من أجاز التحرى فيه.

وأما إذا كان نوعاً واحداً فإنه يتساوى؛ لأنه إنما يأخذ منه مثل الذى سلم إليه فيها قدرًا، وغير ذلك، وليس فيه شيء من البدل.

مسألة: ولا يأخذ الدقيق من الحنطة فى البيع، ولا بأس به فى القرض، قاله ابن القاسم وأشهب.

وجه ذلك على قول من لا يميز بين الدقيق بالحنطة لعدم التماثل بينهما. وأما على قول من يميز ذلك، ويرى التماثل بالوزن، فلا يجوز الانتقال من مقدار إلى مقدار، وأما على قول من لا يرى التماثل فيهما إلا بالكيل، فمنع من ذلك فى مسألتنا.

* * *

(٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

- بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما -

١٣٢٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ، قَالَ: فَنَبِيَّ عَلْفُ حِمَارٍ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، فَقَالَ لِغُلَامِيهِ: خُذْ مِنْ حِنْطَةِ أَهْلِكَ فَاتَّبِعْ بِهَا شَعِيرًا وَلَا تَأْخُذْ إِلَّا مِثْلَهُ.

١٣٢٥ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الْأَسْوَدِ بْنَ عَبْدِ يَغُوثٍ فَنَبِيَّ عَلْفُ دَائِيهِ، فَقَالَ لِغُلَامِيهِ: خُذْ مِنْ حِنْطَةِ أَهْلِكَ طَعَامًا، فَاتَّبِعْ بِهَا شَعِيرًا وَلَا تَأْخُذْ إِلَّا مِثْلَهُ.

١٣٢٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنِ ابْنِ مُعَيْقِبِ الدَّوْسِيِّ مِثْلُ ذَلِكَ^(١).

قال مالك: وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «خذ من حنطة أهلك» يحتمل أن يريد به أهل الغلام إذا كان قوتهم من عند سعد بن أبي وقاص، إما لأنهم رقيق له أو لأنهم ممن ينفق عليهم غلامه على ما يجب عليه أو على ما جرت به العادة، فأمره أن يأخذ منها على وجه الاقتراض حتى يعيد عليه مثل ذلك.

ويحتمل أن يريد بأهله أهل سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه وهم موالى نفقته، ووصفهم بأنهم أهل للغلام بمعنى أنهم ممن يسعى عليهم وينضوى إليهم.

١٣٢٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٧.

وقال فى الاستذكار ٣١/٢٠: مذهب سعد بن أبى وقاص فى أن البر عنده، والسلت والشعير واحد لا يجوز بيعه بعضه ببعض إلا مثل بمثل، يدًا بيد، ألا ترى حديث مالك فى باب ما يكره من بيع التمر عن عبد الله بن يزيد، عن زيد، أبى عياش أنه خبره أنه سأل سعد بن أبى وقاص عن البيضاء بالسلت، فقال سعد: أيهما أفضل؟ قال: البيضاء، فنهاه عن ذلك. والبيضاء: الشعير هاهنا معروف ذلك عند العرب بالحجاز، كما أن السمراء البر عندهم. وإلى مذهب سعد فى هذا ذهب مالك، وإياه اختار، وعليه أصحابه.

١٣٢٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٨.

١٣٢٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٩.

(١) قال فى الاستذكار: هكذا روى يحيى هذا الحديث فقال فيه: عن ابن معيقب، وتابعه ابن بكير، وابن عفير. وأما القعنبي، وطائفة فإنهم قالوا: عن معيقب.

٣٢٠ كتاب البيوع

فصل: وقوله: «فابتع به شعيراً» يقتضى جواز بيع الخنطة بالشعير، وأنه إن كان حقيقة البدل، وهو أخص به إلا أن اسم البيع ينطلق عليه.

وقوله: «ولا تأخذ إلا مثله» يريد المثل فى المقدار؛ لأن المماثلة فى الصفات محال فى القمح والشعير، فلم يبق إلا المماثلة فى القدر، ونهيه عن أن لا يأخذ إلا مثله، دليل على تحريم التفاضل فيه عندهم؛ لأنه لا خلاف أن الخنطة أفضل من الشعير، وأنه لو جاز ذلك لوجدوا بالخنطة من الشعير أفضل من مكيلتها، فلم يذكروا ذلك، لأنه ممنوع عندهم، وهذا يقتضى أن الخنطة والشعير جنس واحد لا يجوز التفاضل بينهما، وكذلك السلت عند مالك هو من جنسهما. وقال أبو حنيفة والشافعى: هى أجناس يجوز التفاضل فيها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما قدمناه فى كتاب الزكاة من الدليل على أنها جنس واحد، وإذا ثبت أنها جنس واحد حرم فيها التفاضل.

ودليلنا أيضاً أنه مقتات تساوت منفعتة، فوجب أن يحرم فيه التفاضل كما لو كان برّاً كله أو شعيراً كله. وقد اختلف أصحابنا فى العلس، وقد تقدم ذكره فى الزكاة.

مسألة: وأما الذرة والدخن والأرز، فالمشهور من المذهب أنها أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها. وروى زيد بن بشر عن عبد الله بن وهب أنه قال: الذرة والدخن والأرز جنس واحد لما يجوز التفاضل فى شىء من ذلك، وبه قال الليث.

وجه القول الأول انفصال بعضها فى المنبت والمحصد.

ووجه ثان، وهو اختصاص بعض البلاد باتخاذ بعضها دون بعض، وذلك يدل على اختلاف منافعها، وأن بعضها لا يستحيل إلى بعض، وإنما يستدل على أن العينين من جنس واحد بعموم الاتخاذ لهما كالشعير والخنطة واستحالة أحدهما إلى الآخر كالخنطة والسلت. وجه الرواية الثانية تقارب المنافع المقصود منها.

مسألة: وأما القطنية، فاختلف قول مالك فيها، فمرة قال: إنها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيها، ومرة قال: هى أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها، وبه قال ابن القاسم وابن وهب والليث، وهو الأظهر عندى لاختلافها فى الصورة والمنافع وعدم استحالة بعضها إلى بعض، واختصاص بعض البلاد ببعضها دون بعض.

فصل: وقول عبدالرحمن بن الأسود بن عبد يغوث: «خذ من حنطة أهلك طعاماً»

كتاب البيوع ٣٢١
يقتضى أن مطلق اسم الطعام عندهم كان يقتضى الحنطة وأتى بذلك بعد ذكر الطعام لتغاير الأسماء.

وقوله وقول سعد وقول معقيب، رضى الله عنه: «ولا تأخذ إلا مثله» يقتضى النهى عن التفاضل بين الحنطة والشعير، ولا يعلم لهما فى ذلك مخالف من الصحابة إلا ما روى عن عبادة بن الصامت حديثاً مرفوعاً، وليس بالثابت مع ما يتحمل من التأويل، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: الأمرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنْ لَا تَبَاعَ الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ، وَلَا التَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَلَا الْحِنْطَةُ بِالتَّمْرِ، وَلَا التَّمْرُ بِالزَّيْبِ، وَلَا الْحِنْطَةُ بِالزَّيْبِ، وَلَا شَيْءٌ مِنْ الطَّعَامِ كُلِّهِ إِلَّا يَدًا بِيَدٍ، فَإِنْ دَخَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ الْأَجَلِ لَمْ يَصْلُحْ، وَكَانَ حَرَامًا، وَلَا شَيْءٌ مِنَ الْأَذْمِ كُلِّهَا إِلَّا يَدًا بِيَدٍ^(*).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يباع مطعوم بمطعوم من جنسه أو غير جنسه إلا يداً بيد. والأصل فى ذلك أن هذا مطعوم، فلم يجوز فيه التفرق القبض. أصل ذلك الجنس الواحد.

فإن قيل لم يختص تحريم التفاضل بالمقتات، وكان تحريم تأخير القبض فى جميع المطعوم، فالجواب أن تأخير القبض أوسع باباً فى المنع من التفاضل؛ لأن تحريم التفاضل يختص بالجنس الواحد وتأخير التقابض يتعلق بالجنسين، ولذلك جاز التفاضل بين الذهب والفضة، ولم يجوز فيهما التفرق قبل القبض، وكذلك المنع من البيع قبل الاستيفاء أعم من تحريم التفاضل، وذلك لا يجوز عند الشافعى فى مبيع جملة، ولا يجوز عند أبى حنيفة فيما ينقل ويحول، وإن كان عندهما مما يجوز فيه التفاضل.

قال مالك: وَلَا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنَ الطَّعَامِ وَالْأَذْمِ إِذَا كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ، فَلَا يُبَاعُ مُدُّ حِنْطَةٍ بِمُدِّي حِنْطَةٍ، وَلَا مُدُّ تَمْرٍ بِمُدِّي تَمْرٍ، وَلَا مُدُّ زَيْبٍ بِمُدِّي زَيْبٍ وَلَا مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْحُبُوبِ، وَالْأَذْمِ كُلِّهَا إِذَا كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ يَدًا بِيَدٍ إِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْوَرَقِ بِالْوَرَقِ وَالذَّهَبِ بِالذَّهَبِ لَا يَجِلُّ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْفَضْلِ، وَلَا يَجِلُّ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلِ يَدًا بِيَدٍ^(*).

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستدكار ٤٠/٢٠.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستدكار ٤٠/٢٠.

٣٢٢ كتاب البيوع
الشرح: وهذا كما قال أن ما كان شيئاً واحداً من الطعام، يريد به الجنس الواحد، فإنه لا يجوز التفاضل فيه، وفي هذا بابان، أحدهما: فى تبيين معنى الجنس. والثانى: فى تبيين معنى المماثلة.

فأما الأول، فإن الجنس تارة يكون جنساً منفرداً من الأصل يفارق غيره من الأجناس بنفسه كالتمر والعنب، وتارة يكون جنساً بالصناعة كالخيز والخل الذى لا يفارق أصله، ويتغير عن جنسه بالصناعة والعمل، فأما ما يكون جنساً بنفسه كالتمر على اختلاف أنواعه، فإنه جنس واحد والتين كله جنس واحد، حكى ابن المواز أنه لا يجوز التفاضل فيه، وإن كان منه ما يبيس ومنه ما لا يبيس، فإن حكم جميعه حكم غالبه، وهو أنه يبيس فلا يجوز التفاضل.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه جنس واحد على اختلاف أنواعه أبيضه وأسوده والعنب كله نوع واحد، وإن كان منه ما يزيب وما لا يزيب، فإنه لا يجوز التفاضل بين هذين النوعين ولا بين سائر أنواعه وزيتون الشام وزيتون مصر نوع واحد لا يجوز فيه التفاضل.

وإن كان زيتون مصر لا زيت فيه زيتون الشام فيه الزيت ولين الضأن والماعز والبقر والإبل جنس لا يجوز فيه التفاضل، وإن كان لين الإبل لا زبد فيه ولين سائر الإنعام فيه الزبد والأنيسون والشمار جنس واحد، وكذلك الكمونان جنس واحد، حكى ذلك الشيخ أبو محمد عن ابن المواز عن ابن القاسم.

والأظهر عندى إذا قلنا إنها من الطعام أن تكون أجناساً مختلفة منافعها وتباين الأغراض فيها، وإنها لا تتمازج فى منبت ولا محصد، ولا يجرى بعضها عن بعض فى شىء ولا تتقارب فى صورة، وإنما يجمعها اسم الكمون، وليس بظاهر فى الكمون الأسود؛ لأن اسم الشونيز أظهر وأكثر استعمالاً.

مسألة: فأما الفلفل والكرابيا وحب الكزبرة والقرفة والسنبل والقرطم والخردل فاجناس مختلفة، حكاه ابن المواز عن أصبغ، وحكاه فى التوابل عن مالك، والثوم والبصل جنسان مختلفان، قاله ابن حبيب. ووجه ذلك ما قدمناه.

فصل: وأما تغير الجنس بالصناعة، فعلى ضربين، أحدهما: صناعة تخرج المصنوع عن جنس أصله. والثانى: صناعة تجمع بينه وبين ما ليس من أصله. فأما الأول، فإنه على قسمين قسم يكون بالنار، وقسم بغير نار.

كتاب البيوع ٣٢٣

فأما ما يكون بالنار، فإنه على وجهين، أحدهما: أن تنفرد الصناعة بتأثير النار دون إضافة شيء إليه، فما كان منه لا ينقص عبدة المصنوع فيما جرت عادته أن يعبر به من كيل أو وزن كقلى الخنطة والحمص والبقول وسائر ما يقلى من الحبوب، فإنها لا ينقص كيل المغلى، وهو يعبر به، فهذا يغير الجنس، لأن عمل النار كالأمر الثابت فيه.

والمعنى المضاف إليه بخلاف شئ اللحم وطبخه، فإنه ينقص من عين المشوى على وجه التخفيف وإذهاب أجزاء رطوبته كتزيب العنب وتبييس التمر والتين، فلا تغير الجنس.

مسألة: والوجه الثانى أن تكون الصناعة بالنار يقترن بها ما تتم الصناعة به من ملح وإبزار وزيت وخل ومرق وغير ذلك مما انضاف إليه منه ما تكون النهاية المعتادة من عمله وسمى صناعة كالإبزار والمرقة فى طبخ اللحم والماء والملح فى الخبز، فهذا يغير الجنس لمعنى واحد، وهو تغييره بالنار وبما يضاف إليه فى الأغلب من نهاية عمله.

فأما الخبز فلوجهين، أحدهما، أن الماء والملح هو النهاية من عمله فى الأغلب. والوجه الثانى أن النار لا تؤثر فيه نقصاً من وزنه دقيقاً. وأما طبخ اللحم بالماء والملح خاصة، فإنه لا يغير الجنس لأنه يؤثر فيه نقصاً، وليس بالغاية المعتادة من صناعة، فلم تكن صناعة فيه، ولا جنساً مخصوصاً منه.

فرع: واختلاف ما يطبخ به ليس باختلاف جنس فيه كالقلية بالخل بالمرق والقلية بالعسل والقلية باللبن كل ذلك جنس واحد لا يختلف جنسه باختلاف ما قلى به لأن المعتبر هو اللحم.

المسألة: وأما القسم الذى يكون تغييره بغير نار مما يتغير بطول المدة وينتقل إلى قلى الطعام الثابت له بنهاية النضح كتخلل العصير. وأما اعتبار طول المدة فلا نراعى فى الجنس المنافع والمقاصد، فإذا بيع العصير بالعنب، وهو مما يمكن أن يصير عصيراً من وقته أو فى مدة يسيرة، فالمقصود من العنب العصير فيدخله المزبنة والتفاضل فيما لا يحل التفاضل فيه.

وإذا بيع العنب بالخل والخل لا يتأتى من العنب إلا بعد مدة طويلة، فليس بمقصود من العنب كما لا يقصد الخل بشراء التمر، ولا يقصد التمر بشراء الخل، ويجوز التفاضل فيهما لبعدهما تغيير، أحدهما إلى الآخر.

٣٢٤ كتاب البيوع

وأما اعتبار الطعام الثابت بنهاية النضج فلأنه غاية الثمرة والمطلوب منها، فلا يخرجها وجوده عن جنسها؛ لأنه من تمام جنسها والمحقق لها فيه.

وأما ما ينتقل إليه بعد ذلك مما هو ضد له كالحموضة والتخلل في العصير، فإنه مغير للجنس؛ لأنه ليس من جنس العنب والتمر بسبيل بل يمنعه أن يستعمل على الوجه الذي يستعمل عليه مع وجود طعم للأصل، ويحدث فيه منفعة غيرها، وإنما نص مالك على خل التمر، ثم قاس ابن القاسم عليه خل العنب بالعنب فجوزه.

روى محمد عنه أنه قال: لا أدرى إن كان يطول كالتمر، فلا بأس به، فهذا يدل على تعلقه في هذا الوجه بالطول دون الطعم. وقال المغيرة في المدينة: لا يحل خل التمر بالتمر، ولا خل العنب بالعنب، ولا بأس بخل التمر بالعنب وخل العنب بالتمر، فلم يجعل لغير الطعم صناعة تغير الجنس.

وروى أبو زيد بن إبراهيم عن ابن الماجشون: إنما يجوز ذلك في اليسير، ولا يجوز في الكثير للمزبنة، وكذلك الدقيق بالقمح.

فرع: فإذا عللنا بالطول، فلا يصح خل التمر بنبينه متفاضلاً، رواه في العتبية يحيى عن ابن القاسم، وعلل بتقارب المنافع، ولعله أراد بتقارب انتقالها، وإلا فمنافعها وأغراضها متباينة، وكذلك لا يجوز خل التمر بنبيد الزبيب. وأما إذا عللنا بما تقدم من الطعم واختلاف الأغراض، فإنه يجوز بيع الخل بالنبيذ متفاضلاً لما قدمناه.

وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية: لا بأس بالفقاع بالقمح، وهذا لا يعلم فيه التساوي، وإنما يخرج عن طعم الأصل على هذا الوجه بتغير الجنس، وليس فيه تغير الطعم.

مسألة: وأما الضرب الثاني في الصناعة التي تجمع بين الشيء وبين ما ليس من أجناسه في الأصل، فهو أن تكون الصناعة تغير الأجناس وتصيرها جنساً واحداً لاختلاف منافع أصولها واتفاق الأغراض فيما تخرجها إليه الصناعة منها كخل التمر وخل العنب وخل العسل، فهذه أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وخلها كلها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه. زاد ابن القاسم في المدينة: وكذلك كل خل اختلفت أصنافه أو لم تختلف، وقاله ابن نافع.

قال عيسى بن دينار: هذه الآخرة خطأ، ولذلك قلنا في الإبل والبقر والغنم أنها أجناس مختلفة لاختلاف الأغراض فيها، وأن لحومها وألبانها جنس واحد لاتفاق الأغراض فيها.

كتاب البيوع ٣٢٥
مسألة: وأما نبيذ التمر ونبيذ العنب، ففي كتاب أبي الفرج: منها صنفان. وفي المدونة عن مالك: أنها جنس واحد.

ووجه الرواية الأولى أنه لما كان التمر والعنب صنفين مختلفين، والانتباز ليس بصناعة تغيير الجنس، وجب أن يكون نبيذ أحدهما من غير جنس نبيذ الآخر لأنه يستحيل أن يكون نبيذ العنب من جنس نبيذ التمر ونبيذ التمر من جنس نبيذ العنب، ومع ذلك فيكون العنب من غير جنس التمر.

ووجه الرواية الثانية تساوى النبيذ في الاسم والصورة والمنعة إلا أنه كان يجب على هذا أن يكون الانتباز صنعة. وقد تقدم رواية أبي زيد عن ابن القاسم بتجويز الفقاع بالقمح، وهذا يقتضى كون الانتباز صنعة، والله أعلم.

مسألة: وأما الخبز، فإنه من القمح والشعير والسلت جنس واحد، وقال أشهب في كتاب محمد، في خبز القمح والشعير والسلت والأرز والذرة والدخن: إنه صنف واحد، لا يجوز فيه التفاضل.

وأما خبز القطنية، ففي كتاب محمد عن ابن القاسم: أن ذلك أصناف مختلفة. وحكى عن أشهب: أنه صنف واحد.

وجه قول ابن القاسم أن الخبز ليس بمعتاد فيها، وإنما المعتاد فيها التأمم بها، ولذلك قاربت ما يختبز غالباً من الذرة والدخن والأرز.

ووجه قول أشهب أن هذه حبوب تتخذ خبزاً، فإذا تقاربت منافع خبزها وجب أن تكون جنساً واحداً كالذرة والدخن.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ويصح عندي أن نبني القولين على اختلاف قول مالك في أصولهما من القطنية، هل هو جنس واحد أو أجناس مختلفة، وقد قال ابن القاسم: إن سويقها جنس واحد، لا يجوز التفاضل فيه، فالفرق بينه وبين خبزها أنها لا تتخذ خبزاً غالباً، وتتخذ سويقاً غالباً. وقال أشهب: إن خبز القطنية جنس مخالف لخبز القمح والشعير والسلت والذرة والدخن والأرز، والفرق بينهما أن هذه تتخذ خبزاً غالباً، وهذه لا تتخذ في الغالب خبزاً.

فرع: فإذا قلنا إن الخبز صنف يجوز التماثل فيه، فكيف يكون التماثل فيه؟ ذهب الجمهور من أصحابنا أن المراعى فيه تماثل الدقيق في الخبز من أصل واحد، وقاله

٣٢٦ كتاب البيوع

أصبح في هريسة القمح بالأرز المطبوخ، وهذا عندي على الإطلاق غير ظاهر، بل يجب أن يكون التماثل فيه بالوزن، ويعتبر بنفسه دون أصله؛ لأن الصنعة قد غيرته عن جنس أصله، فكيف يعتبر أصله، وهو يجوز التفاضل بينه وبين أصله.

ولو جاز هذا لما جاز بيع الرطب بالرطب؛ لاختلافهما حال الادخار، ولما جاز التمر بالتمر؛ لاختلافهما حال الإرتاب، أو لاختلافهما في الجفوف، ولوجب أن لا يجوز بيع النبيذ بالنبيذ متساويًا على قولنا بوجود التساوي فيه؛ لأنه لا يستطاع تحرى تمر كل واحد منهما، ولوجب مثل هذا في الخل بالخل واللحم المطبوخ باللحم المطبوخ. مسألة: وأما الطحن، فليس بمغير للجنس خلافًا لعبد العزيز بن أبي سلمة في قوله: إنه يعتبر الجنس.

والدليل على صحة ما نقوله: أن الطحن ليس فيه أكثر من تفريق الأجزاء، وذلك لا يغير الجنس كفت الخبز.

فرع: فإذا قلنا إنه ليس يغير الجنس، فهل يجوز بيع الدقيق بالحنطة متساويًا؟ عن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: المنع، والأخرى: الإباحة.

اختلف أصحابنا في توجيه الروايتين، فمنهم من قال: إنهما قولان على الإطلاق.

وجه المنع أن الطحن ليس بجنس، فوجب التماثل فيه بالكيل الذي يعتبر به وعلى تساويهما في الصفة ومن كونهما قمحًا أو دقيقًا، وأما إذا اختلفا اختلافًا يوجب عدم العلم بتساويهما حال تساويهما في الصفة، ومن كونهما قمحًا أو دقيقًا، فإنه لا يجوز ذلك فيهما كالزيت بالزيتون والسمن بالشيرج.

وجه رواية الإباحة، أن الكيل معنى يعتبر به التماثل، فوجب أن لا يراعى فيه كثرة أجزاء المكيل وقتها كالتمر الصغير بالتمر الكبير كلاً.

ومن أصحابنا من قال: إن الروايتين إنما هما لاختلاف الحالتين، فيجوز على وجه ومنع على وجه. واختلف القائلون بذلك في وجه الإباحة، فقال: بعضهم: يجوز كلاً لا وزناً، ولا تحريماً، ومنهم من قال: يجوز وزناً، ولا يجوز كلاً.

وجه اعتبار وزن المكيل أن التماثل في الكيل لا يصح إلا بذلك، فإذا وصل إلى التماثل وجب أن يراعى، والله أعلم وأحكم.

وجه اعتبار الوزن، أن المعنى المبيح لبيع المقتات بجنسه التماثل، فإذا تعذر مقداره انتقل إلى غيره كالتمر بالتمر المكيل.

* * *

الباب الثاني في ما يقع التماثل به في المقادير

أما ما يقع التماثل به في المقادير، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون له مقدار في الشرع. والثاني: أن لا يكون له مقدار في الشرع، فأما ما كان له مقدار مشروع فكالكيل في الحبوب؛ لأن النبي ﷺ ذكر الأوسق في زكاة التمر وحكم الحبوب حكمها في اعتبار نصب الزكاة، وكان الكيل مشروعاً فيها، وكذلك شرع في إخراج زكاة الفطر، وشرع في إخراج فدية الأذى، فلا يجوز على هذا شيء من الحبوب بجنسه بغير الكيل؛ لأن التماثل يعدم.

مسألة: وأما ما ليس له مقدار في الشرع، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون له مقدار معتاد من الكيل أو الوزن. والثاني أن لا يكون له مقدار من أحدهما، فأما ما له مقدار معتاد منهما، فهو ينقسم قسمين، أحدهما: أن لا يختلف مقداره باختلاف البلاد. والثاني: أن يختلف باختلافها. فأما ما لا يختلف فمثل اللحم الذي يعتبر بالوزن في كل بلد، وكذلك الخبز عبرته الوزن على كل حال، فهذا أيضاً لا يجوز التساوى فيه بمقدار غيره، فكذلك ما يعتبر بالكيل في كل بلد من الحبوب المقتاتة.

مسألة: فأما ما يختلف حكمه وتقديره باختلاف عادات البلاد، فكالسمن واللبن والزيت والعسل الذي عادات بعض البلاد فيه الوزن، وبعضها الكيل.

مسألة: وأما الضرب الثاني، وهو ما لا يتقدر بكيل ولا وزن، فكالبيض والجوز عند من يجرى فيها الربا.

قال مالك: وَإِذَا اختلفَ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِمَّا يُؤْكَلُ أَوْ يُشْرَبُ، فَبَانَ اختلفُهُ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ اثْنَانِ بَوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ بِصَاعَيْنِ مِنْ حِنْطَةٍ، وَصَاعٌ مِنْ تَمْرٍ بِصَاعَيْنِ مِنْ زَبِيبٍ، وَصَاعٌ مِنْ حِنْطَةٍ بِصَاعَيْنِ مِنْ سَمْسَمٍ فَإِذَا كَانَ الصَّنْفَانِ مِنْ هَذَا مُخْتَلِفَيْنِ، فَلَا بَأْسَ بِاثْنَيْنِ مِنْهُ بَوَاحِدٍ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ يَدًا بِيَدٍ، فَإِنْ دَخَلَ فِي ذَلِكَ الْأَجَلُ فَلَا يَحِلُّ.

قال مالك: وَلَا تَحِلُّ صُبْرَةُ الْحِنْطَةِ بِصُبْرَةِ الْحِنْطَةِ، وَلَا بَأْسَ بِصُبْرَةِ الْحِنْطَةِ بِصُبْرَةِ التَّمْرِ يَدًا بِيَدٍ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى الْحِنْطَةُ بِالتَّمْرِ جِزْأً.

قال مالك: وَكُلُّ مَا اختلفَ مِنَ الطَّعَامِ وَالْأَدَمِ، فَبَانَ اختلفُهُ، فَلَا بَأْسَ أَنْ

٣٢٨ كتاب البيوع

يُشْتَرَى بَعْضُهُ بِبَعْضٍ جِزَافًا يَدًا بِيَدٍ، فَإِنْ دَخَلَهُ الْأَجَلُ، فَلَا خَيْرَ فِيهِ، وَإِنَّمَا اشْتَرَاءُ ذَلِكَ جِزَافًا كَاشْتِرَاءِ بَعْضٍ ذَلِكَ بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ جِزَافًا.

قال مالك: وَذَلِكَ أَنَّكَ تَشْتَرِي الْحِنْطَةَ بِالْوَرَقِ جِزَافًا، وَالتَّمْرَ بِالذَّهَبِ جِزَافًا، فَهَذَا حَلَالٌ لَا بَأْسَ بِهِ^(*).

الشرح: وهذا كما قال أن ما اختلفت منافعه والمقاصد منه فتبين ذلك فيه، فهذا الذى يعبر عنه بأنهما جنسان مختلفان، فلا بأس أن يؤخذ من أحدهما اثنان بواحد من الآخر، وذلك كالحنطة والتمر لا بأس بصاعين من أحدهما بصاع من الآخر، وكذلك سائر الأجناس المختلفة.

وقوله: «فإن دخل ذلك الأجل فلا يحل» يريد أنه وإن جاز فيه التفاضل بين الجنس من المطعوم، فلا يجوز الأجل بينهما متساويين ولا متفاضلين؛ لأن العلة فى منع ذلك التفرق قبل القبض فى المطعومين دون مراعاة جنس ولا مساواة.

مسألة: ومن اشترى من رجل ثوبًا بقبض حنطة فدفع إليه الحنطة فأتلفها، ثم أقاله قبل قبض الثوب على أن يرد إليه مثلها، جاز، وإنما يراعى فى ذلك المال أنه حنطة بحنطة إلى أجل لأن الغرض فى مثل هذا يضعف والتهمة تبعد، ومثل هذا يجوز فى القراض، وإنما بلغه حكم الذرائع حيث تتيقن التهمة أو تقوى، وكذلك لو باع منه قفيز حنطة بدراهم إلى أجل، فأقاله منه قبل الأجل أو بعده فرد إليه مثله جاز، ولا يجوز أن يرد إليه من غير نوعه؛ لأن ذلك طعام بطعام إلى أجل.

فصل: وقوله: «لا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة» وذلك قد يريد أن الصبرة مجهولة القدر، فإذا كان العوضان مجهولى القدر، لم يصح فيما يحرم فيه التفاضل؛ لأن الجهل بالتساوى فيه كالعلم بالتفاضل؛ لأنه عقد البيع على وجه لا يأمن التحريم فيه ومن شرط صحة العقد أن يعلم إباحته، فلا يجوز الجزاف فى يسيره ولا كثيره، فمتى عجز عن كيله بطلت المبادلة بخلاف الذهب فى الدينانير القائمة التى يجوز بدل الدينارين إذا كانا ناقصين بدينار أو دينارين وازنين؛ لأن للدينانير عبءة غير الوزن، وهو العدد فصح الرجوع إليه على وجه ما وأما الحنطة، فلا عبءة لها غير الكيل، فلا يجوز المبادلة فيها إلا به، ولا يلزم على هذا التحرى، فإنه لا يصح إلا فيما يصح فيه الوزن ومن جوزه فى المكيل، ففى قدر له كيل.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٤٢/٢٠ - ٤٣.

فصل: وقوله: «ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يداً بيد».

ووجه ذلك أن التفاضل جائز بينهما وليس واحد منهما من جنس الآخر، فالجهل بالتساوي فيهما لا يمنع صحة البيع كما لا يمنع العلم بالتفاضل، وليس هذا بمنزلة الجنس الواحد مما لا يجوز فيه التفاضل، فلا يجوز بعضه ببعض جزافاً مع تجويز التساوي والتفاضل؛ لأن الجنسين لما اختلفت الأغراض فيهما وتباين أمرهما لم تقصد المغابنة في الكيل بينهما، ولا قصد كل واحد منهما أن يكون ما أخذ من الكيل أكثر مما أعطى؛ لأن له في ذلك غرضاً غير الغبن في القدر هو أئين منه وأظهر، وهو مخالفة منفعة ما أعطى لمنفعة ما أخذ، وإذا كانا من جنس واحد وتقاربا، كان الأظهر أنه إنما قصد كل واحد منهما غبن صاحبه في القدر، وذلك من باب المخاطرة التي تمنع صحة البيع والمبادلة، فإذا تفاوتت المقادير حتى تبين أن أحدهما أكثر من الآخر جاز ذلك بينهما لعدم معنى الغرر والمخاطرة بزيادة الكيل ونقصه.

فصل: وقوله: «وإنما ذلك لاشرائه بالذهب أو الورق جزافاً». بمعنى أن اشتراء الحنطة بالتمر جزافاً لما كان من جنسين مختلفين جائز كاشتراء الحنطة جزافاً بالذهب، كان هذا لاختلاف فيه، فكذلك ما قسنا عليه.

قال مالك: وَمَنْ صَبَّرَ صُبْرَةَ طَعَامٍ، وَقَدْ عَلِمَ كَيْلَهَا ثُمَّ بَاعَهَا جَزَافًا، وَكَتَمَ عَلَى الْمُشْتَرِي كَيْلَهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ، فَإِنْ أَحَبَّ الْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ ذَلِكَ الطَّعَامَ عَلَى الْبَائِعِ رَدَّهُ بِمَا كَتَمَهُ كَيْلُهُ وَغَرَّهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا عَلِمَ الْبَائِعُ كَيْلَهُ وَعَدَّدَهُ مِنَ الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ ثُمَّ بَاعَهُ جَزَافًا، وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَرُدَّ ذَلِكَ عَلَى الْبَائِعِ رَدَّهُ، وَلَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْ ذَلِكَ^(*).

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٤٥/٢٠، وقال: قد قال بقول مالك في ذلك: الليث بن سعد، والأوزاعي، وروى ذلك عن ابن سيرين، وقد روى عن الأوزاعي أنه قال: إذا اشترى شيئاً مما يكال، وحمله إلى بلدًا يوزن فيه، لم يبعه جزافاً، وإن كان حيث حمله لا يكال ولا يوزن، فلا بأس به. وأما الشافعي وأبو حنيفة، وأصحابهما، والثوري، والحسن بن حي، فقالوا: لا بأس أن يبيع طعاماً قد علم مقداره ممن لا يعلم مقداره. وقد روى ابن القاسم، عن مالك، أنه قال: جائز بيع القثناء ونحوه جزافاً وإن علم البائع عدده، ولم يعلم المشتري؛ لأن ذلك يختلف، ولكل يجر ذلك في الجزر، وما أشبهه، من المعدود. قال أبو عمر: ولا أعلم أصلاً يحرم ذلك، وقد قال رسول الله ﷺ: «دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض». وكل تجارة عن تراض لم يأت عن النبي ﷺ النهي =

٣٣٠ كتاب البيوع

الشرح: قوله: «من صبر صبرة طعام فباعها جزافاً» الصبرة من الطعام وغيره تباع على ضربين، أحدهما: أن تباع على الكيل مثل أن يقول: بعثك هذه الصبرة على أن فيها عشرة أراذب بعشرة دنانير، فهذا لا خلاف في جوازه؛ لأنه إنما باعه منها هذا المقدار كل أراذب بدينار، فإن وجد فيها أكثر من عشرة أراذب، فالبيع لم يتناول منها إلا عشرة أراذب وإن وجد فيها تسعة أراذب كان له من الثمن بقدر ذلك.

والثاني: أن يبيعه جزافاً على ما قال، وهو أن يقول: ابتعتك هذه الصبرة بعشرة دنانير، ومعنى ذلك أن العشرة دنانير ثمن لجميعها، وأن البيع قد تناول جميعها، ولم يبيع على قدر ما يعتبر به زيادتها عليه أو نقصها عنه، وهذا جائز عند مالك.

ووجه ذلك أن هذا مرئى يتأتى فيه الحرز، ويقل فيه الغرر، ولا يظهر فيه القصد إلى المخاطرة والمغابنة، فجاز بيعه جزافاً. وقال القاضى أبو محمد: يجوز الجزاف فى كل مكيل كالخنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض فى مبلغه دون أعيانه ولا آحاده. وأما ما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود مما الغرض فى أعيانه كالخيل والرقيق والثياب، فلا يجوز فيه الجزاف؛ لأن آحاده تحتاج إلى أن تفرد بالنظر والمعرفة بحاله وسلامته من العيوب وقيمته فى نفسه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن حبيب: إن الأترج والبطيخ المختلف المقادير يجوز بيعه جزافاً.

ووجه ذلك عندى أن يكون الغرض منه المبلغ خاصة، ولذلك يتأتى حرزه. وأما لو اختلف ثمن صغيره وكبيره لوجب على طريقتهم أن لا يجوز ذلك فيه. وأما إن عللنا الجواز برؤية جميعه، فهو جائز.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن لبيع الجزاف ثلاثة شروط، وقد ذكرنا واحداً منها، وهو أن يكون المبيع يتأتى فيه الحرز. والثانى: أن لا يعلم المتبايعان أن أحدهما ينفرد بمعرفة مقداره. والثالث: أن يكون من الكثرة بحيث يخفى أمره، ومبلغه على التحقيق.

فأما الشرط الأول فقد تقدم ذكره، ويجب أن يكون ذلك مرئياً وأما الغائب الذى لم تتقدم رؤيته. أو الثابت فى الذمة، فلا يتأتى حرزه، وقد فسره سحنون من قول ابن القاسم فى العتبية.

=عنها، ولا كانت فى معنى ما نهى عنه، فجائز بظاهر القرآن، ومن أبى من جواز ذلك جعله من باب الغش، والتدليس بالعيب.

كتاب البيوع ٣٣١
ووجه ذلك أن الحزر لا يمكن إلا بالنظر إلى ما يجوز، فلا يصلح الجزاف فيه، ولذلك لا تصح من الأعمى شهادة فيه. وقد روى أشهب وابن نافع عن مالك: لا يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة إلا مذارعة. وقال سحنون مثله.

مسألة: وأما الشرط الثالث: فإن معنى الجزاف أن لا يعلم مقداره على التحقيق، فإن علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلوماً، فيجب أن يكال أو يعرف والمبتاع فيه البائع، فإن انفرد أحدهما بمعرفته دون الآخر وعقد البيع على ذلك، فقد دخل الغرر، فلا يجوز هذا العقد، رواه القعنبي عن مالك خلافاً لأبي حنيفة والشافعي.

والدليل على ما نقوله ما روى عبيد الله بن عمر، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر»^(*).

ودليلنا من جهة المعنى أنه باع جزافاً ما يعلم قدر كيله على الانفراد بعلمه، فلم يجز كما لو قال له: أبيعك ملء هذه الغرارة، وهو يعلم كيلها.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن انعقد البيع على هذا، فإن ابن حبيب روى عن مالك أنه قال: يفسخ، ولا يلزم على هذا قول ابن القاسم فيمن باع عبداً على الإباق، ولم يبين مقداره: أن البيع صحيح، وله الرد بالعيب إذا تبين له منه التفاوت. والفرق بينهما أن ذلك له مقدار يرجع إليه، ويطالب به وليس له في مسألتنا مقدار يرجع إليه، ويعول المبتاع عليه.

ووجه آخر أن البيع في الجزاف على اللزوم والرضا بالخطر وكتمان ما علم منه، وليس كذلك في مسألة الإباق، فإنه لم يبين عليه بل المبتاع يسئل البائع عن قدر إباقه، ولو بنى معه على مثل ذلك في اللزوم في جميع أنواع الإباق، وكتمان ما قد علم منه لكان بمنزلة الجزاف في فساد البيع.

فروع: فإن علم ذلك البيع، وكتم صاحبه فهو عيب يرد به المبتاع على البائع إن شاء. والدليل على ذلك أن المشتري في حوزة عشرة أقفزة، ولو علم بأنها ثمانية لما ابتاعه

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥١٣. الترمذى حديث رقم ١٢٣٠. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٥١٨. أبو داود حديث رقم ٣٣٧٦. ابن ماجه حديث رقم ٢١٩٤. أحمد في المسند حديث رقم ٨٦٦٧، ٩٣٤٥، ٩٣٧٥، ١٠٠٦٢. الدارمي حديث رقم ٢٥٦٣. وقال الترمذى: معنى بيع الحصاة أن يقول البائع للمشتري إذا نبذت إليك بالحصاة فقد وجب البيع فيما بيني وبينك، وهذا شبيه ببيع المنابذة وكان هذا من بيوع أهل الجاهلية.

٣٣٢ كتاب البيوع

بذلك الثمن، فإذا علم البائع بذلك فقد علم من عيب النقص ما لم يطلع عليه المشتري، فكان له رده عليه بذلك العيب، فإذا استوى علمهما في ذلك كان بمنزلة أن يبيعه على البراءة، فلا يكون له الرد بعيب؛ لأنه قد ائتمنه على ذلك، ولا يمين عليه؛ لأنه ليس له مقدار ظاهر عول عليه، وإنما عول في بيع البراءة على الصحة فكانت له اليمين عليه؛ لأنه قد تساوى علمهما في عدم العيب.

مسألة: وهذا حكم ما جوزف بمقداره الذي هو أصل في اعتباره كالكيل في المكيل والوزن في الموزون إذا لم يكن له معنى يعتبر به غير ذلك. فأما ما كان له معنيان يعتبر بهما، فبيع على أحدهما، وجوزف في الآخر مع علم أحد المتبايعين بمقداره فيه، فإن ذلك لا يرد به، ولا يفسد به بيع كالدراهم التي تعتبر بالوزن والعدد، فبيعت في بلد تجرى به على الوجهين بأحدهما.

مسألة: وأما المعدود، فإن كانت مقاديره لا تتفاوت بالصغر والكبير، فحكمه حكم المكيل والموزون. وأما ما تختلف مقاديره وتتفاوت كالقنأ والبطيخ والأترج، فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط: يبيعه ممن يعرف عدده جزافاً. قال ابن المواز: إذا عرف أحد المتبايعين عددهما أو غيره لم يجز يبيعه جزافاً.

ووجه الرواية الأولى أن الغرض في مبلغه دون عدده، فإذا انفرد بمعرفة عدده، فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصود منه كما لو انفرد بمعرفة عدد القمح أو معرفة وزنه.

ووجه قول ابن المواز أن هذا بمعرفة ما يتقدر به المبيع في البيع، فوجب أن لا يجوز كما لو انفرد بمعرفة كيل القمح.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد يكون الجزاف صبرة في الأرض، ويكون إناء مملوء كالعدل المملوء قمحاً، والبيت المملوء تمرًا. فأما القسم الأول، فلا خلاف في ثبوت حكم الجزاف له.

وأما القسم الثاني، فهل يكون يكون جزافاً أو كيلاً مجهولاً؟ اختلف أصحابنا في مسائل على ذلك، فإذا قلنا إنه من باب الجزاف، فيجوز بيع العدل المملوء قمحاً، والبيت المملوء تمرًا إذا أمكن حزر المبيع وتقديره بمعرفة طول البيت وعرضه وارتفاعه وغلظ جدره.

وكذلك لو ابتاع منه سلة مملوءة عنباً أو تيناً. وأما إن ابتاع منه ملء هذا العدل من القمح والعدل لا قمح فيه أو يملأ له هذا البيت تمرًا أو هذه القارورة ذهباً أو هذه السلة

كتاب البيوع ٣٣٣
عنبًا، فإن ذلك غير جائز على هذا القول لأن هذا جزاف غير مرئي، والجزاف يجب أن يكون مرئيًا. وقد قال ابن القاسم فيمن اشترى من رجل قدر كيل هذه الصبرة من طعام: لا يجوز.

وروى أبو زيد عنه، جوازه في سلة التين والعنب أن يشتري منه مثلها. وفرق بينهما وبين أعدل القمح بأن قال: كما يجوز السلم في سلة التين ولا يجوز في سلة القمح.

فالرواية الأولى مبنية على أن هذا من باب الجزاف، فلذلك لم يجز إلا مرئيًا. والرواية الثانية مبنية على أنه من باب الكيل المجهول، فذلك جاز في العنب؛ لأنه ليس له في الكيل قدر معروف، ولا يجوز في القمح؛ لأن له في الكيل قدرًا معروفًا، فالعدل عنه إلى غيره من الكيل المجهول من باب الغرر الذي يمنع صحة البيع، وقد جوز ذلك في العدل المملوء من القمح، وذلك على أحد وجهين، إما على قولنا أنه صبرة، فلا يجوز أن يبيعه ملاء هذا العدل لأنه من باب الكيل المجهول، وفيه القولان لابن القاسم على ما تقدم.

ولا خلاف على مذهب ابن القاسم أن من ابتاع طعامًا أو غيره مما له قدر بحيث للناس كيل معلوم ذلك الكيل: أنه لا يجوز، وإنما يجوز ذلك عنده في التبن والعلف بحيث لا كيل للناس.

ووجه منعه القصد إلى الغرر للعدل عن المقادير المعروفة وابتياح صبرة غير مرئية.

فرع: فإن وقع، فهل يفسخ أم لا؟ قال أشهب: لا يفسخ. وقال غيره: يفسخ.

وجه قول أشهب أن هذا غير مجهول القدر، فلم يجز فسخه. أصل ذلك الصبرة. ووجه إيجاب الفسخ نهيه ﷺ عن بيع الغرر^(*).

ومن جهة المعنى أنه يتعدر فيه الخزر، ويكثر فيه الغرر، فمنع صحة البيع. أصل ذلك الجزاف في الثياب.

مسألة: وكل شيء له مقدار معروف، فلا يجوز بيعه بغيره، فلا يجوز بيع المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل؛ لأنه إذا لم يجز بغير الكيل المعروف، فبأن لا يجوز بغير الكيل أولى. فأما بيع المكيل عددًا بما يمكن ذلك كالرطب، فإن مالكا يمنع منه، ورواه

(*) قد ورد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر، وبيع الحصاة في حديث أبي هريرة السابق تخريجه.

انظر: التحريج السابق.

٣٣٤ كتاب البيوع
أبو زيد عن ابن القاسم. وقال ابن وهب: لا بأس به إذا أجاز به بصيرة بجميعة. وقال ابن
القاسم: يجوز ذلك في اليسير الذي لا يمكن فيه الكيل.
ووجه قول مالك أنه اعتبر المبيع بما لا يتقدر به، فوجب أن لا يصح كما لو بيع
الكيل.

ووجه ما قاله ابن القاسم أنه لما لم يتأت فيه الكيل خرج عن أن يكون مكيلاً.
فصل: وكذلك كل ما علم البائع كيلاه وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزأفاً، ولم
يعلم المشتري ذلك يريد مما يجوز فيه الجزاف ليعين أن المعدود حكمه في ذلك حكم
المكيل، فإن علم عدده البائع فباعه جزأفاً، ولا يعلم المشتري بعلمه لذلك، فإن ذلك
كالعيب الذي للمبتاع الرد به أو الرضا به، ولا يفسد بذلك البيع.
ووجهه أن الذي يفسد البيع إنما هو معرفة المبتاع لعلم البائع بقدر الكيل، فيقدم في
إتياعه على هذا الغرر، وهذا معلوم في مسألتنا.

فصل: وقوله: «ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك» يريد عن كتمان علمه لما فيه
من التدليس بما يوجب الخيار للبائع، ولو أعلمه أنه قد علم بذلك لما جاز له أن يبيعه
منه جزأفاً، وإنما كان يجوز له بيعه منه، ومن غيره بعد أن يعلمه بمقداره من الكيل في
المكيل والوزن في الموزون والعدد في المعدود فيبيعه على ذلك.

قال مالك: وَلَا خَيْرَ فِي الْخُبْزِ قُرْصٍ بِقُرْصَيْنِ، وَلَا عَظِيمٍ بِصَغِيرٍ، إِذَا كَانَ بَعْضُ
ذَلِكَ أَكْثَرَ مِنْ بَعْضٍ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ يُتَحَرَّى أَنْ يَكُونَ مِثْلًا بِمِثْلٍ، فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ
لَمْ يُوزَنْ^(*).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا خير في قرص بقرصين عدداً ولا عظيم بصغير على
الجزاف؛ لأن التساوي معدوم فيهما. وأما التحرى فيهما، فيصح إذا تحرى تساويهما.
ووجه ذلك على الظاهر من المذهب أن يتحرى ما في كل واحد منهما من الدقيق

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٤٦/٢٠، وقال: هذا تحصيل مذهب مالك عند أكثر
أصحابه، وقد روى عنه أن الخبز بالخبز فيه التفاضل، والتساوي، لأن الصناعة قد أخرجته عن
أصل جنسه. ذكره ابن خواز بنداد، عن مالك. واختلف أصحابه في خبز القطاني بعضه يبيعه
اختلافاً كثيراً، ولم يختلفوا في أن العجين بالعجين لا يجوز متفاضلاً، ولا متساوياً، وكذلك
العجين بالدقيق عند أكثرهم.

كتاب البيوع ٣٣٥

إلا أن ظاهر هذا اللفظ يقتضى تحرى الخبز دون الدقيق؛ لأنه قال: فلا بأس بذلك، وإن لم يوزنا. وهذا إنما يستعمل فيما يصح أن يوزن ويكون الموزون أبين فى صحة العقد عليهما.

وإذا رأى غبناً فى تحرى الدقيق لم يصح وزن ما فى القرصين من الدقيق بل ذلك أقعد فى صحة العقد؛ لأن تحرى ما فيهما من الدقيق يشق، ويكاد أن لا يصح، ولو كثر القول بهذا فى المذهب لكان عندى أصح، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما بيع الدقيق بالعجين تحرياً، فقد اختلف قول مالك فى بيع اللحم الطرى بالقديد والمشوى فجوزه أولاً على التحرى، منع منه بكل وجه منع منه بكل وجه. فأما منع بيع أحدهما بالآخر على التساوى بالوزن، فلا يجوز؛ لأن ما فى أحدهما من الرطوبة قد عدت فى الآخر، وذلك يمنع صحة التساوى فيهما كالرطب بالتمر. وأما بالتحرى، فإن التحرى يتعذر فى ذلك فى الأغلب، ولا يكاد يوصل إلى حقيقته كبيع الرطب بالتمر على التحرى.

قال مالك: لا يصلح مُدُّ زُبْدٍ وَمُدُّ لَبْنٍ بِمُدِّ زُبْدٍ، وَهُوَ مِثْلُ الَّذِي وَصَفْنَا مِنَ التَّمْرِ الَّذِي يُبَاعُ صَاعَيْنِ مِنْ كَبِيسٍ وَصَاعًا مِنْ حَشْفٍ بِثَلَاثَةِ أَصْوُعٍ مِنْ عَجْوَةٍ حِينَ قَالَ لِصَاحِبِهِ: إِنَّ صَاعَيْنِ مِنْ كَبِيسٍ بِثَلَاثَةِ أَصْوُعٍ مِنَ الْعَجْوَةِ لَا يَصْلُحُ، فَفَعَلَ ذَلِكَ لِيُحِيزَ بَيْعَهُ، وَإِنَّمَا جَعَلَ صَاحِبُ اللَّبَنِ اللَّبْنَ مَعَ زُبْدِهِ لِيَأْخُذَ فَضْلَ زُبْدِهِ عَلَى زُبْدِ صَاحِبِهِ حِينَ أَدْخَلَ مَعَهُ اللَّبْنَ (*) .

قال مالك: وَالذَّقِيقُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلِ لَا بَأْسَ بِهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَخْلَصَ الذَّقِيقَ فَبَاعَهُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلِ، وَلَوْ جَعَلَ نِصْفَ الْمُدِّ مِنْ ذَّقِيقٍ وَنِصْفَهُ مِنْ حِنْطَةٍ، فَبَاعَ ذَلِكَ بِمُدٍّ مِنْ حِنْطَةٍ كَانَ ذَلِكَ مِثْلَ الَّذِي وَصَفْنَا لِأَنَّهُ يَصْلُحُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٤٨/٢٠، وقال: قول الشافعى فى ذلك كقول مالك. وأما أبو حنيفة، فجائز ذلك كله عنده؛ لأنه يجوز عنده مد لبن بمد لبن، ومد زبد بمد زبد، ويكون المد من الزبد بالمد من الزبد. وأما الشافعى، فلا يجوز عنده اللبن بالزبد بحال إذا كان من جنسه. والألبان عنده أحناس: لبن الغنم ماعزها، وضأنها صنف واحد، ولبن البقر غربها، وجواميسها صنف، ولبن الإبل مهرها، وعرابها صنف، وإن اختلف الصنفان، فلا بأس به متفاضلاً، يداً بيد. واختلف قوله فى اللحوم: فقال المزنى: الأولى به أن تكون أصناً كاللبن. وهو قول الكوفى.

فَضْلَ حِنْطَتِهِ الْجَيِّدَةِ حَتَّى جَعَلَ مَعَهَا الدَّقِيقَ فَهَذَا لَا يَصْلُحُ*).

الشرح: وهذا كما قال أن اللبن والزبد مما يحرم فيه التفاضل؛ لأن كل واحد منهما مقتات، ولأن السمن يدخر وهو منها، فلا يجوز لذلك بيع مدى زيد بمد زيد ومد لبن لأنه لا يعلم تساوى مدى الزبد مع ما فى اللبن من الزبد والزبد الذى معه والجهل بالتساوى فيما يجرى فيه الربا يمنع صحة العقد، فكيف وقد تبين فضل مدى الزبد على ما فى اللبن من الزبد وما معه من الزبد.

ويحرم أيضاً من وجه آخر، وهو أن يجرى فيه الربا، لا يجوز بيعه بأصله الذى فيه منه، فلا يجوز بيع الزبد باللبن، وهكذا كل ما يخرج من الحيوان مما يقتات ويدخر كالسمن والجنين والأقط، أو يكون منه ما يدخر كاللبن والزبد.

فأما يقتات منه ولا يدخر منه كالبيض، ففيه روايتان أشار إليهما فى المختصر، إحداهما: أنه يجرى فيها الربا. والثانية: لا يجرى فيها الربا، والروايتان مبنيان على جريان الربا فى المقتات المدخر، فإذا قلنا إن الربا يجرى فيما يقتات ولا يدخر تعدى إلى البيض، وإذا قلنا لا يجرى الربا فى المقتات الذى لا يدخر، جاز فيها التفاضل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما ثلاثة أصوع من عجوة بصاعين من كبيس وصاع حشف، فلا يجوز لما ذكرناه من أن الآخذ للكبيس قصد أن يأخذ أصوع عجوة بصاعين من كبيس لفضل الكبيس، فأعطى منها صاع حشف ليحيز البيع بذلك. وأصل ذلك أن ما يجرى فيه الربا إذا بيع بعضه ببعض، ولم تختلف صفاته، فإن المراعى فيه المساواة فى الكيل دون غيره؛ لأنه ليس فيه غرض آخر يختلف.

فإن اختلفت صفاته كالتمر الصيحاني بالعجوة والجيد بالردىء، وكان كل واحد من العوضين من جنس واحد، وعلى صفة واحدة، فإن المساواة فيه بالكيل أيضاً لأنه لا غرض فى بعض أحد العوضين دون بعض، فيتجوز فى بعضه لبعض، فيقتضى ذلك الاختلاف تقسيط العوض الآخر على أجزاءه، وذلك علة الفساد فيه. فأما إذا كان جميعه على صفة واحدة، فقسطت عليه العوض الآخر لتساوت أجزاءه فى التقسيط عليه.

مسألة: فإن اختلفت صفة أحد العوضين، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٤٩/٢٠.

كتاب البيوع ٣٣٧
بعضه أفضل من المنفرد وبعضه أدون منه. والثاني: أن يكون مع اختلاف جميع أجزائه
أفضل من المنفرد أو أدون منه.

فأما الأول، فلا خلاف على المذهب أنه لا يجوز؛ لأن تقسيط أحد العوض على
الآخر يقتضى التفاضل فى أجزائه، وذلك يمنع صحة البدل.

مسألة: وأما الضرب الثانى، فالمشهور من مذهب مالك أنه لا يجوز، وذلك مثل مد
حنطة ومد شعير بمدى حنطة يكون المد الذى مع الشعير أدون من كل واحد من
المدين. وقال ابن المواز: إن ذلك جائز.

وجه ما قاله ابن المواز أن كون أحد العوضين أدون أجزاء من العوضين الآخر تبيح
فيهما المبادلة كالذهبين بالذهب يكون مع كل واحد من الذهبين أدون من الذهب
المنفرد أو أجود، فإنه جائز.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن التقسيط فيهما مع اختلافهما يقتضى التفاضل بين
أبعاض الآخر، وذلك يمنع صحة البدل، ويفارق مسألة الذهب بالذهب.

مسألة: فإن بادلته مد حنطة ومد دقيق بمد حنطة ومد دقيق أو مد حنطة ومد شعير
مد حنطة ومد شعير، فالمشهور من مذهب مالك المنع، رواه عنه ابن القاسم، وجوزوه
ابن المواز، ووجه القولين ما تقدم.

مسألة: فأما إن كان مع أحد العوضين من غير جنسه مثل مد حنطة ومد تمر بمدى
حنطة، فلا خلاف على المذهب نعلمه أنه لا يجوز، فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فلا
خلاف بينه وبين ما تقدم، وإذا قلنا بقول ابن المواز فالفرق بينهما
[.....] (١).

* * *

جامع بيع الطعام

١٣٢٧ - قال مالك، عن مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ أَنَّهُ سَأَلَ سَعِيدَ بْنَ
الْمُسَيَّبِ فَقَالَ: إِنِّي رَجُلٌ أَتْبَعُ الطَّعَامَ يَكُونُ مِنَ الصُّكُوكِ بِالْحَارِ (١)، فَرَبَّمَا ابْتَعْتُ

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

١٣٢٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣١٠.

(١) قال فى الاستذكار ٥١/٢٠: قوله: يكون من الصكوك بالجار ليس عند القعنبى، ولا ابن=

٣٣٨ كتاب البيوع
مِنْهُ بَدِينَارٍ وَنِصْفِ دِرْهَمٍ فَأَعْطَى بِالنِّصْفِ طَعَامًا، فَقَالَ سَعِيدٌ: لَا، وَلَكِنْ أَعْطِ أَنْتَ
دِرْهَمًا وَخُذْ بَقِيَّتَهُ طَعَامًا.

الشرح: قوله: «إني أبتاع طعامًا يكون في الصكوك بالجار» يريد من الصكوك التي تخرج بالأعطية لأهلها على وجه الهبة والعطية المحصنة دون وجه من المعاوضة، فمنهم من يحتاج فيبيعها، فكان هذا يبتاعها ويتجر فيها بما أبتاع الجملة منها بدينار ونصف درهم إما لأنه اشترط على سعر ما، فأدى الحساب في الجملة إلى دينار ونصف درهم.

وإما لأن العقد وقع بهذا العدد حين لم يجب البائع إلى البيع بدينار، ولا رضيه المبتاع بدينار ودرهم، فاتفقا على دينار ونصف درهم، وكانت الدراهم في ذلك الوقت صحاحًا، فكان من استحق على آخر نصف درهم أخذ به عرضًا لعدم الإنصاف، فأراد محمد بن عبد الله بن أبي مريم أن يدفع طعامًا بنصف الدرهم، فنهاه عن ذلك سعيد بن المسيب رضى الله عنه.

وذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يدفع إليه من ذلك الطعام بعينه. والثاني: أن يدفع إليه من غيره، فإن أعطاه من ذلك الطعام بعينه، فلا يخلو أن يقاضيه به قبل قبضه له أو يعطيه إياه بعد استيفائه، فإن أعطاه إياه قبل استيفائه، فقد حكى الشيخ أبو محمد عبد الحق عن بعض القرويين: لا يجوز ذلك لأنه يبيع الطعام قبل استيفائه إلا أن يعرفا الصرف ويتقايلا بمقدار النصف درهم، فذلك جائز. قال أبو محمد: وإن أعطاه إياه بعد قبضه، ومغيب المبتاع عليه، وقال إنه منه، فلا يجوز له أن يعطيه طعامًا منه، ولا من غيره من جنسه ولا من جنسه.

ولفظ المدونة: يمنع من هذا التعليل الذي رواه أبو محمد؛ لأن مالكًا قال في المدونة، بأثر قول ابن المسيب: وإنما كره له سعيد أن يعطى دينارًا ونصف درهم؛ لأن النصف درهم إنما هو طعام، فكره له أن يعطى دينارًا أو طعامًا بطعام.

قال مالك: ولو كان النصف درهم ورقًا أو غير الطعام، فما كان بذلك بأس، فإنما كرهه مالك من وجه التفاضل بين الطعامين من جنس واحد، ولم يذكر بيع الطعام قبل استيفائه.

=القاسم، ولا أكثر الرواة للموطأ، وإنما عندهم: إني رجل أبتاع الطعام، فربما ابتعت منه، وهذا الحديث عند القعنبي عن مالك أنه بلغه أن رجلاً سأل سعيد بن المسيب، قال: إني رجل أبتاع ليس فيه عنده.

كتاب البيوع ٣٣٩

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى سماع أصبغ فى رجل اشترى بدينار قمحاً، فلما وجب البيع لم يجد إلا ديناراً ناقصاً، فأراد أن يضع بقدر النقصان، ويأخذ منه ديناراً ناقصاً، فكره ذلك مالك. وقال ابن حبيب، فيمن ابتاع بدينار لحمًا، فلم يجد إلا ديناراً ناقصاً، فقال له: خذ من اللحم بنصف الدينار، يدخله قبل القبض من الفساد أربعة أوجه، يبيع الطعام قبل استيفائه، أو اقتضاء طعام من طعام، والتفاضل فى الطعام، والتفاضل فى الورق، ويدخل بعض القبض ذلك كله إلا بيع الطعام قبل استيفائه.

وفى كتاب ابن مزين إنما كرهه لأنه إذا أعطاه من تلك الحنطة قبل قبضها، فهو يبيع الطعام قبل استيفائه، وإن أعطاه حنطة من غير تلك الحنطة لم يجز؛ لأنه دينار وحنطة بفضة، قال أبو محمد وابن القاسم: يجوز الإقالة فى الطعام قبل أن يفترقا، ولكن أرى العلة فى النهى عن ذلك أن لما أقاله من هذا الطعام حصة من الذهب والفضة، فأعطاه لما قايل من الذهب فضة قبل قبض الطعام، وأيضاً فإن ثمن ما يقيله منه لا يعرف إلا بالقيمة.

مسألة: وأما إذا استوفاه ثم رد عليه منه إلا بقدر نصف الدرهم، فقد قال الشيخ أبو محمد والشيخ أبو الحسن: إنه لا يجوز ذلك، ولا يصح فيه الإقالة؛ لأن الطعام الذى رد له حصة من الدينار، ومن النصف الدرهم، فلهذا لا يجوز أن يقيله منه بفضة.

قال أبو محمد عبد الحق: والأظهر أن هذا صواب؛ لأنه إنما يراعى هذا فى فساد الإقالة قبل قبضه. وأما بعد قبضه، فذلك؛ لأن بيعه حيثئذ جائز، وقد قاله غير واحد، وهو جائز عندى.

وهذا الذى قاله أبو محمد صحيح من ذلك الوجه، غير أنه يدخله من منع الذرائع ما قدمناه مما قاله ابن حبيب، وهو ظاهر قول مالك، وما يقتضيه تعليقه فى المدونة على ما قدمناه.

مسألة: ولو قبض الطعام، وغاب عليه، وأعطاه من جنسه، فلا يجوز أن يعطيه طعاماً منه بزعمه، ولا من غيره من جنسه أو من غير جنسه، قاله بعض القرويين.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى فى ذلك بيع الطعام بالطعام، ومع أحدهما ذهب، وذلك غير جائز.

مسألة: وأما لو أعطاه من غير نوع القمح، فلا يجوز أن يعطيه من جنسه كالشعير والسلت أو من غير جنسه كالتمر والقطنية، فإن أعطاه بالنصف درهم من جنسه

٣٤٠ كتاب البيوع

كالشعير أو السلت قبل القبض لم يجز؛ لأنه شعير ودينار بحنطة، وذلك غير جائز، وإن كان أعطاه تمرًا أو زبيبا جاز؛ لأنه يجوز التفاضل بينه وبين الحنطة، فكأنه باعه حنطة بدينار وزبيب، وهذا يجوز إذا وجد التناجز والقبض قبل التفرق.

وأما إن أعطاه بعد قبضه وقيل أن يغيب عليه شعيراً أو سلّتا، فلا يجوز ذلك، ولو أعطاه تمرًا أو زبيبا لجاز. وأما إن غاب عليه، فلا يجوز شيء من ذلك؛ لأنه يقتضى من ثمن الطعام طعاماً، وبالله تعالى التوفيق.

١٣٢٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ سَيِّرِينَ كَانَ يَقُولُ: لَا تَبِيعُوا الْحَبَّ فِي سُنْبِلِهِ حَتَّى يَبْيَضَ^(١).

الشرح: قوله رضى الله عنه: «لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض» من باب النهى عن بيع الحب قبل أن يبيض؛ لأن سنبله إذا ابيض، فقد ييس ما فيه من الحب، فأما وقت المنع من البيع، وهو حال إفراكه، فإن سنبله لم يبيض بعد. وفرق بينه وبين الثمرة أن الثمرة تباع إذا بدا صلاحها، وذلك أن كل شجرة يجوز بيع ثمرتها إذا بدا صلاحها، وإن لم تبلغ حد الادخار، وما لم يكن له ساق، فيكره ذلك فيه، إلا أن يبلغ حد الادخار، وقد تقدم القول في ذلك.

قال مالك: مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا بِسِعْرِ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلُ، قَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الطَّعَامُ لِصَاحِبِهِ: لَيْسَ عِنْدِي طَعَامٌ، فَبِعْنِي الطَّعَامَ الَّذِي لَكَ عَلَيَّ إِلَى أَجَلٍ، فَيَقُولُ صَاحِبُ الطَّعَامِ: هَذَا لَا يَصْلُحُ لِأَنَّهُ قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يُسْتَوْفَى، فَيَقُولُ الَّذِي عَلَيْهِ الطَّعَامُ لِغَرِيمِهِ: فَبِعْنِي طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ حَتَّى أَقْضِيكَ فَهَذَا لَا يَصْلُحُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْطِيهِ طَعَامًا ثُمَّ يَرُدُّهُ إِلَيْهِ، فَيَصِيرُ الذَّهَبُ الَّذِي

١٣٢٨ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٠٤/٥. ومعرفة السنن والآثار ١١١٩٦/٨. الشافعي في الأم ٦٧/٣.

(١) قال في الاستذكار ٥٣/٢٠: وهذا قد روى مرفوعاً مسنداً: أخبرنا عبد الله بن محمد، قال: أخبرنا محمد بن بكير، قال: أخبرنا أبو داود، قال: حدثني عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثني ابن علي، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى ترهى، وعن السنبل حتى تبيض، ويأمن من العاهة، نهى البائع والمشتري. الحديث أخرجه مسلم في كتاب البيوع حديث رقم ١٥٣٥. أبو داود كتاب البيوع حديث رقم ٣٣٦٨.

كتاب البيوع ٣٤١
أَعْطَاهُ ثَمَنَ الطَّعَامِ الَّذِي كَانَ لَهُ عَلَيْهِ وَيَصِيرُ الطَّعَامُ الَّذِي أُعْطَاهُ مُحَلَّلًا فِيمَا بَيْنَهُمَا
وَيَكُونُ ذَلِكَ إِذَا فَعَلَاهُ بَيْعَ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى (١) .

الشرح: وهذا كما قال أن من كان له عليه طعام من سلم، فلما حل الأجل، قال:
أشترى منك طعاماً أقضيتك منه سلمك، فإنه لا يجوز أن يبيعه منه إلى أجل. بمثل رأس
مال السلم، ولا أقل منه ولا أكثر؛ لأنه يدخله، فسخ دين في دين، لأنه كان له عليه
طعام، يريد فسخه في عين إلى أجل، وإن باع منه لم يجز بأكثر من الثمن الأول، ولا
أقل منه لأنه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه، ولا بأس به بمثل رأس مال السلم؛ لأنه
يؤول إلى الإقالة، وذلك جائز في طعام السلم.

مسألة: وإن كان الطعام المؤجل من قرض لم يجز أن يتاع منه طعاماً ليقضيه بثمان
مؤجل؛ لأنه يؤول إلى فسخ دين في دين، ويجوز أن يتاعه منه بنقد؛ لأنه يؤول إلى بيع
طعام القرض قبل استيفائه، وذلك جائز.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ ابْتَاعَهُ مِنْهُ وَلِغَرِيمِهِ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ مِثْلُ
ذَلِكَ الطَّعَامِ، فَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الطَّعَامُ لِغَرِيمِهِ: أُحِيلُكَ عَلَى غَرِيمٍ لِي عَلَيْهِ مِثْلُ الطَّعَامِ
الَّذِي لَكَ عَلَى بَطْعَامِكَ الَّذِي لَكَ عَلَى (٢) .

قال مالك: إن كان الذي عليه الطعام إنما هو طعاماً ابتاعه، فأراد أن يُحِيلَ غَرِيمَهُ
بَطْعَامِ ابْتَاعَهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ، وَذَلِكَ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى، فَإِنْ كَانَ
الطَّعَامُ سَلْفًا حَالًا، فَلَا بَأْسَ أَنْ يُحِيلَ بِهِ غَرِيمَهُ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِبَيْعٍ وَلَا يَحِلُّ بَيْعُ
الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى لِنَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ غَيْرَ أَنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ قَدِ اجْتَمَعُوا
عَلَى أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِالشَّرْكِ وَالتَّوَلُّيَةِ وَالْإِقَالَةِ فِي الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ (٣) .

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٥٨/٢٠ .

(٢) قال في الاستذكار ٦١/٢٠: قوله في أن الحوالة بالطعام إذا كان من بيع لا يجوز، وإذا كان
من قرض جاز، فقد مضى القول بأن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى من
ابتاعه لا من ملكه بأى وجه كان؛ لأنه ﷺ قال: «ومن ابتاع طعاماً، فلا يبيعه حتى يستوفيه»، أو
قال: حتى يقبضه، فخص مباح الطعام بذلك؛ لأنه في ضمان غيره، لا في ضمانه، وجاز
للوارث يبيعه قبل أن يستوفيه؛ لأنه غير مضمون على غيره. وخالف الشافعي قول مالك في
القرض، فلم ير يبيعه قبل قبضه؛ لأنه من ضمان المستقرض.

(٣) قال في الاستذكار ٦٢/٢٠: قول مالك بأن أهل العلم قد أجمعوا أنه لا بأس بالشركة =

٣٤٢ كتاب البيوع

قال مالك: وَذَلِكَ أَنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ أَنْزَلُوهُ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ^(٤) وَلَمْ يُنْزَلُوهُ عَلَى وَجْهِ الْبَيْعِ، وَذَلِكَ مِثْلُ الرَّجُلِ يُسَلِّفُ الدَّرَاهِمَ النُّقْصَ فَيَقْضِي دَرَاهِمَ وَأَزَنَةً فِيهَا فَضْلٌ فَيَجِلُّ لَهُ ذَلِكَ وَيَجُوزُ وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ دَرَاهِمَ نَقْصًا بِوَأَزَنَةٍ لَمْ يَجِلَّ ذَلِكَ، وَلَوْ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ حِينَ أَسْلَفَهُ وَأَزَنَةً وَإِنَّمَا أَعْطَاهُ نَقْصًا لَمْ يَجِلَّ لَهُ ذَلِكَ.

قال مالك: وَمِمَّا يُشْبَهُ ذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الْمُرَابَنَةِ، وَأَرْحَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرَصِهَا مِنَ التَّمْرِ، وَإِنَّمَا فُرِقَ بَيْنَ ذَلِكَ أَنَّ بَيْعَ الْمُرَابَنَةِ بَيْعٌ عَلَى وَجْهِ الْمُكَايَسَةِ وَالتَّجَارَةِ، وَأَنَّ بَيْعَ الْعَرَايَا عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ لَا مُكَايَسَةَ فِيهِ^(٥).

الشرح: وهذا كما قال أن من كان له على رجل طعام من ابتياع، وللرجل على آخر مثل طعامه من بيع لم يجوز أن يحيله به؛ لأن البيعتين متواليتان فى طعام واحد دون استيفاء، وليست الحوالة بفاصل بين البيعتين، بل تؤكد معنهما، وتجمعهما فى عين واحدة من الطعام، وذلك غير جائز.

ولو كان أحد الطعامين من فرض؛ لجاز ذلك، يجوز أن تحيل من له قبلك طعام من قرض على من لك عليه طعام من بيع، وتحيل من له طعام من بيع على من له عليه طعام من قرض، ولا يجوز لأحد هذين المحالين أن يبيع ما أحيل به قبل أن يستوفيه؛ لأن هذا البيع يتصل بالبيع الأول من المحال، أو المحال عليه قبل أن يستوفى فى الطعام، وذلك غير جائز، وقد تقدم شرح ذلك إلى آخر الفصل بما يغنى عن إعادته.

قال مالك: وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ طَعَامًا بِرُبْعٍ أَوْ ثُلْثٍ أَوْ كِسْرٍ مِنْ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ يُعْطَى بِذَلِكَ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَنَعَ الرَّجُلُ طَعَامًا بِكِسْرٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ يُعْطَى دِرْهَمًا وَيَأْخُذُ بِمَا بَقِيَ لَهُ مِنْ دِرْهَمِهِ سِلْعَةً مِنَ السَّلْعِ لِأَنَّهُ

= والتوالية، والإقالة فى الطعام، إلى آخر كلامه. وأحسبه أراد أهل العلم فى عصره، أو شيوخه الذين أخذ عنهم وأما سائر العلماء، فإنهم لا يجيزون الشركة، ولا التوالية فى الطعام لمن ابتاعه قبل أن يقبضه، فإن الشركة، والتوالية بيع من البيوع. وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه.

(٤) قوله: أنزلوه على وجه المعروف؛ قال: المعروف عند غيره من العلماء ليس بمعارضة، ولا بدل فى غيره، وإنما هو إحسان لا عوض منه إلا الشكر، والأجر. قاله فى الاستذكار ٦٣/٢٠.
(٥) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٦٠/٢٠ - ٦١.

أَعْطَى الْكِسْرَ الَّذِي عَلَيْهِ فِضَّةٌ وَأَخَذَ بَبَقِيَّةِ دِرْهَمِهِ سِلْعَةً، فَهَذَا لَا بَأْسَ بِهِ^(*).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لأحد أن يشتري طعاماً بكسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاماً إلى أجل؛ لأنه يدخله الطعام بالطعام إلى أجل، وقد قدمنا أنه غير جائز، ولا يبيح ذلك ضرورة؛ لأن عنه مندوحة أن يدفع إليه الطعام به نقداً أو يدفع إليه عند انقضاء الأجل درهماً كاملاً، ويأخذ ببقية ما شاء، ويجوز أن يشتري منه بكسر الدرهم طعاماً، ويدفع إليه درهماً كاملاً ولا يدخل ذلك بيع وسلف؛ لأنهما لم يعقدا على ذلك.

فإن كان علماً أن كسر الدرهم لا يوجد، ولا يمكن تسليمه إلا البائع يتوقع أن يقبض منه بقية درهمه، ما شاء متى شاء، أو يشاركه فيه، ولو عقدا البيع على أنه لا يكون للمبتاع بقية الدرهم نساء إلى أجل ما، لكان ذلك بيعاً وسلفاً ممنوعاً.

قال مالك: وَلَا بَأْسَ أَنْ يَضَعَ الرَّجُلُ عِنْدَ الرَّجُلِ دِرْهَمًا ثُمَّ يَأْخُذُ مِنْهُ بِرُبْعٍ أَوْ بثلثٍ أَوْ بِكِسْرٍ مَعْلُومٍ سِلْعَةً مَعْلُومَةً، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ سِعْرٌ مَعْلُومٌ، وَقَالَ الرَّجُلُ: أَخَذْتُ مِنْكَ بِسِعْرِ كُلِّ يَوْمٍ، فَهَذَا لَا يَجِلُّ لِأَنَّهُ غَرَّرَ بِقِلِّ مَرَّةٍ وَيَكْثُرُ مَرَّةً، وَلَمْ يَفْتَرِقَا عَلَى بَيْعِ مَعْلُومٍ^(*).

الشرح: وهذا كما قال أن الرجل يجوز له أن يضع عند الرجل درهماً، ويأخذ منه ببعضه ما شاء، ويترك عنده الباقي، وذلك يكون على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يضعه عنده مهملًا، وذلك جائز، وقد تقدم ذكره.

والثاني: أن يقول له: آخذ به منك كذا وكذا من التمر أو كذا وكذا من اللين أو غير ذلك يقدر معه فيه سلعة ما، ويقدر ثمنها قدرًا ما، ويترك ذلك حالاً يأخذه متى شاء أو يؤقت له وقتًا ما، فهذا جائز، وقد تقدم ذكره.

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٦٣/٢٠، وقال: قوله: يعطى بذلك طعاماً. يريد الكسر. كذلك رواه القعنبي. وهذا بين في مذهبه واضح، لأنه اشترى منه ببعض درهم طعاماً قبضه على أن يعطيه عند الأجل بالكسر من الدراهم طعاماً، والدراهم لم يكن يتبعض عندهم ولا يجوز كسره عند أهل المدينة، فلم يدفعه، وشرط أن يعطيه في ذلك الكسر طعاماً عند الأجل بهذا لا يجيزك أحد؛ لأنه طعام بطعام إلى أجل، وذكر الكسر من الدرهم لا معنى له؛ لأنه قد شرط أن يعطيه فيه طعاماً عند الأجل، فكان ذكره لغواً، وكان في معنى الحيلة، أو الذريعة إلى بيع الطعام بالطعام نسيئةً.

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٦٥/٢٠.

٣٤٤ كتاب البيوع
 والثالث: أن يترك عنده فى سلعة معينة أو غير معينة على أن يأخذ منها فى كل يوم
 بسعره، عقدا على ذلك يبيعهما، فإن ذلك غير جائز؛ لأن ما عقدا عليه من الثمن
 مجهول، وذلك من الغرر الذى يمنع صحة البيع.

قال مالك: وَمَنْ بَاعَ طَعَامًا جَزَافًا وَلَمْ يَسْتَنْ مِنْهُ شَيْئًا، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ
 شَيْئًا، فَإِنَّهُ لَا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ شَيْئًا إِلَّا مَا كَانَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَنْبِيَهُ مِنْهُ،
 وَذَلِكَ الثُّلُثُ فَمَا دُونَهُ، فَإِنْ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ صَارَ ذَلِكَ إِلَى الْمُرَابَنَةِ وَإِلَى مَا يُكْرَهُ،
 فَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ شَيْئًا إِلَّا مَا كَانَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَنْبِيَهُ مِنْهُ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ
 أَنْ يَسْتَنْبِيَهُ مِنْهُ إِلَّا الثُّلُثُ، فَمَا دُونَهُ وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا^(*).

الشرح: وهذا كما قال أن من باع طعاماً جزافاً ثم أراد أن يشتري منه مكيلة ما،
 فإنه لا يجوز له أن يشتري منه إلا بمقدار ما كان يجوز له أن يستثنى فى البيع، وذلك
 بمقدار الثلث، فأقل؛ لأنه إن استثنى منه أكثر من الثلث دخل الغرر المبيع وبعد عن
 الحزر والتحرى، فتلحقه الجهالة التى تفسد البيع، واستثنى مقدار الثلث، فأقل بيسير
 بإضافته إلى الجملة، فيتأتى حزر ما فيها وتحريه، فلذلك جوزناه، وأجرينا الإبتياح بعد
 العقد هذا المجرى لتلا يتوصل به إلى استثناء ما لا يجوز استثناءه، وهذا من استثناء
 المكيلة من الثمرة المبيعة فى رعوس الشجر، وقد تقدم ذكر ذلك وبيانه بما يغنى عن
 إعادته.

* * *

الحكرة والتربص

١٣٢٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا حُكْرَةَ فِي سُوْقِنَا، لَا
 يَعْمِدُ رِجَالٌ بِأَيْدِيهِمْ فَضُولٌ مِنْ أَذْهَابٍ إِلَى رِزْقٍ مِنْ رِزْقِ اللَّهِ نَزَلَ بِسَاحَتِنَا،

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٦٥/٢٠، وقال: أما قوله: وهذا الأمر الذى لا خلاف فيه
 عندنا، فإنه أراد أن الرجل إذا باع ثمر حائط له أن يستثنى منه ما بينه وبين ثلث التمر، لا يجاوز
 ذلك على ما ذكره فى باب ما يجوز فى استثناء التمر. وقال آخر: إنه الأمر المجتمع عليه عندهم.
 والصبرة عنده، والجزاف من الطعام كله كثمره الحائط، سواء فى بيع ذلك قبل قبضه كالعروض.
 ١٣٢٩ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٠/٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم

كتاب البيوع ٣٤٥
فَيَحْتَكِرُونَهُ عَلَيْنَا، وَلَكِنْ أَيَّمَا جَالِبِ جَلَبٍ عَلَى عَمُودٍ كَبِيدِهِ فِي الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ،
فَذَلِكَ ضَيْفٌ عُمَرُ فَلْيَبِيعْ كَيْفَ شَاءَ اللَّهُ، وَلْيُمْسِكْ كَيْفَ شَاءَ اللَّهُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «لا حكرة فى سوقنا» يريد المنع من الاحتكار فى سوق المدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام؛ لأن غالب أحوالها غلاء الأسعار وقلة الأقوات وضيقها على المتقوتين بها، وذلك يمنع الادخار لما فيه من التضيق على الناس فى أقواتهم.

وفى هذا أربعة أبواب، أحدها: فى بيان معنى الاحتكار وحكمه. والباب الثانى: فى بيان معنى الوقت الذى يمنع فيه الادخار. والباب الثالث: فى بيان ما يتعلق به فى المنع من الاحتكار. والباب الرابع: فى بيان من يمنع من الاحتكار.

* * *

الباب الأول فى بيان معنى الاحتكار وحكمه

إن الاحتكار هو الادخار للمبيع، وطلب الربح بتقلب الأسواق. فأما الادخار للقوت، فليس من باب الاحتكار^(١).

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن احتكار الأقوات وغيرها ليس بممنوع. روى ابن الموزان عن مالك أنه سئل عن التربص بالطعام وغيره رجاء الغلاء، قال: ما علمت فيه بنهى، ولا أعلم به بأساً يجبس إذا شاء، ويبيعه إذا شاء، ويخرجه إلى بلد آخر. قيل لمالك: فمن يتناع الطعام فيحب غلاءه، قال: ما من أحد يتناع طعاماً أو غيره إلا ويحب غلاءه.

مسألة: ويتعلق المنع بمن يشتري فى وقت الغلاء أكثر من مقدار قوته، وذلك أيضاً على ضربين، أحدهما: أن يكون من أهل موضع الابتياح أو غيره، فإن كان من أهل

(١) هكذا تعريف الاحتكار عند المالكية. وعرفه الحنفية بقولهم: الاحتكار لغة مصدر حكر أى حبس فهو احتباس الشيء انتظار لغلاته. وعرفه الشافعية بأنه: إمساك ما اشتراه وقت الغلاء، بأكثر مما اشتراه عند اشتداد الحاجة. وقال الحنابلة الاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط: أحدهما: أن يكون بطريق الشراء، لا الجلب. ثانيهما: أن يكون المشتري قوتاً أى من الحبوب المقتناة ونحوها. ثلاثهما: أن يضيق على الناس بشرائه بأمرين: أحدهما: أن يكون فى بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والقفور. والثانى: أن يكون فى حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيبادر ذوو الأموال لشرائها، ويضيقون على الناس، وعلى هذا لا فرق بين البلد الصغير والكبير. انظر: تبين الحقائق ٢٧/٦. معنى المحتاج ٣٨/٢. المغنى ٢٢١/٤. رد المحتار ٢٨٢/٥.

٣٤٦ كتاب البيوع
الموضع، فحكمه ما ذكرنا، وإن كان من غيره، فلا يخلو أن يشتري بالفسطاط للريف
أو بالريف للفسطاط أو يشتري بموضع من الريف لغيره.

فإن اشترى بالفسطاط للريف، فلا يخلو أن يكون بالفسطاط كثيراً فلا يضيق على
أهله، أو قليلاً يضيق على أهله، فإن كان كثيراً أو عند أهل الريف ما يغنيهم، ففي
كتاب ابن المواز عن مالك: يمنعون ذلك.

ووجهه أن الفسطاط عمدة الإسلام ومجتمع الناس، فإذا تساوت حاله وحال
الأطراف منع الانتقال منه، لأنه إذا فسد فسدت الأرياف والجهات، ولا تفسد الجهات
مع صلاحه؛ لأن قيامها به.

مسألة: وإن كانت الحاجة بالريف والكثرة بالمصر جاز اقتنيات أهل الأرياف منه
بالإخراج إليهم؛ لأن جلب الطعام إلى المصر وادخاره بها إنما هو عدة للمصر وأريافه
وجهاته، وإن كان بالمصر قليلاً يخاف من شراء أهل الأرياف له وإخراجه عنه مضرة
منعوا من إخراجه لتساوى الحالين، فإن ابتاعوه وأكلوا بالمصر لم يمنعوا منه؛ لأنه لا
يجوز إسلامهم للضرر والهلكة، وإنما يمنعون من إضعاف المصر بإخراج الطعام منه؛ لأنه
إذا لم يكن بد من إتلاف الجهتين كانت مراعاة بقاء المصر أولى.

* * *

الباب الثاني في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الادخار

إن لذلك حالتين، إحداهما: حال ضرورة وضيق، فهذا حال يمنع فيها من الاحتكار
ولا خلاف نعلمه في ذلك. والثانية: حال كثرة وسعة، فهنا اختلف أصحابنا، فالذي
رواه ابن القاسم عن مالك أنه لا يمنع فيها من احتكار شيء من الأشياء.

قال مالك: ومما يعيبه من مضي ويرون ظلماً منع التجر إذا لم يكن مضر بالناس ولا
بأسواقه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك، أن احتكار الطعام
يمنع في كل وقت. فأما غير الطعام، فلا يمنع احتكاره إلا في وقت الضرورة دون وقت
السعة.

وجه ما رواه ابن القاسم أن يمنع في وقت السعة منع أهل الاحتكار منفعة لا مضرة
على غيرهم في إباحتها، ولا منفعة لهم في منعها، وذلك غير جائز كما لا يجوز أن
يمنعوا الشرب من الدجلة.

كتاب البيوع ٣٤٧
فرع: فإذا قلنا برواية مطرف وابن الماجشون، فإن جميع القطاني والحبوب التي هي
للقتوت والعلوفة يتعلق بها هذا المنع، وكذلك الزيت والعسل والسمن والزبيب والتين
وشبهها، فإن ذلك كله بمنزلة القمح، رواه مطرف وابن الماجشون وابن حبيب.

* * *

الباب الثالث: وهو ما يمنع من احتكاره

فالذى رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك، أن الطعام وغيره من الكتان والقطن
وجميع ما يحتاج إليه في ذلك سواء، فيمنع من احتكاره ما أضر ذلك بالناس.
ووجه ذلك أن هذا مما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس، فوجب أن يمنع من إدخال
المضرة عليهم باحتكاره كالطعام.

* * *

الباب الرابع: في بيان ما يمنع من الاحتكار

أما ما يمنع من الاحتكار، فإن الناس في ذلك على ضربين، ضرب صار إليه بزراعته
أو جلابه، فهذا لا يمنع من احتكاره، ولا من استدامة إمساكه ما شاء، كان ذلك
ضرورة أو غيرها. روى ابن المواز عن مالك أنه قال: يبيع هذا متى شاء، ويمسك إذا
شاء بالمدينة وغيرها.

مسألة: والضرب الثانى من صار إليه الطعام بائتياع بالبلد، فإن المنع به فى وقتين،
أحدهما: أن يبتاعه فى وقت ضرورة، وقد قدمنا بيان ذلك. والثانى: أن يبتاعه فى
وقت سعة وجواز الشراء، ثم تلحق الناس شدة وضرورة إلى الطعام، فى كتاب ابن
المواز: قيل لمالك: فإذا كان الغلاء الشديد وعند الناس طعام مخزون أبيع عليهم، قال:
ما سمعته. وقال فى موضع آخر: فإذا كان فى البلد طعام مخزون واحتيج إليه للغلاء،
فلا بأس أن يأمر الإمام بإخراجه إلى السوق فيباع.

ووجه ذلك أنه إنما أبيع لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة.

مسألة: وإن احتكر شيئاً من ذلك من لا يجوز له احتكاره، فى كتاب ابن مزين عن
عيسى بن دينار أنه قال: يتوب ويخرجه إلى السوق ويبيعه من أهل الحاجة إليه بمثل ما
اشتراه به لا يزداد فيه شيئاً.

ووجه ذلك أن المنع قد تعلق بشرائه لحق الناس وأهل الحاجة، فإذا صرفه إليهم بمثل
ما كانوا يأخذونه أولاً حين ابتاعه إياه، فقد رجع عن فعله الممنوع منه.

٣٤٨ كتاب البيوع

مسألة: فإن أبى من ذلك، فقد قال ابن حبيب: يخرج من يده إلى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن، فإن لم يعلم ثمنه، فبسعره يوم احتكاره.

ووجه ذلك أنه لما كان هذا الواجب عليه، فلم يفعل، أجبر عليه وصرف الحق إلى مستحقه.

فصل: وقوله: «ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف» قال عيسى بن دينار: معناه جلب في قلب الشتاء وشدة برده وقلب الصيف وشدة حره، فيلقى النصب في سفره من الحر والبرد.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: إن معناه على ما يعتمد عليه من كبده، ويريد بذلك إن كان يجلب على ظهره أو على ظهر دابته، فأضاف كبدها إليه بحق ملكه لها واختصاصها به.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله» يريد أن عمر يمنعه ممن أراد إجباره على البيع، وأضاف المشيئة إلى الله تعالى: ﴿وما تشاؤون إلا أن يشاء الله﴾ [الإنسان: ٣٠] فلا يشاء الجالب البيع والإمساك إلا أن يشاء الله تعالى.

١٣٣٠ - مَالِك، عَنْ يُونُسَ بْنِ يُونُسَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مَرَّ بِحَاطِبِ بْنِ أَبِي بَلْتَعَةَ، وَهُوَ يَبِيعُ زَبِيئًا لَهُ بِالسُّوقِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِمَّا أَنْ تَزِيدَ فِي السَّعْرِ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ مِنْ سُوقِنَا^(١).

١٣٣٠ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٢٠٧/٨. ابن حزم في المحلى ٤٠/٩. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣١٤.

(١) قال في الاستذكار ٣١/٢٠: أما الشافعي فروى عن الدراوردي، عن داود بن صالح التمار، عن القاسم بن محمد، عن عمر أنه مر بحاطب بن أبي بلتعة، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب، فذكر نحو حديث مالك: إما إن ترفع في السعر، وإما أن تدخل زبيبتك بيتك، فتبيعه كيف شئت، فلما رجع عمر حاسب نفسه، ثم أتى حاطبًا في داره، فقال له عمر: إن الذي قلت ليس بعزيمة منى، ولا قضاء، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت، وكيف شئت فيع. قال الشافعي: وليس هذا بخلاف لما رواه مالك، لأن مالكًا روى بعض الحديث، وهذا العصاة. قال الشافعي: والناس مسلطون على أحد لهم، ليس لأحد أن يأخذها، ولا شيئًا منها بغير طيب أنفسهم إلا في المواضع التي أوجب الله تعالى عليهم فيها الحقوق، وليس هذا منها. =

١٣٣١ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ كَانَ يَنْهَى عَنِ الْحُكْرَةِ.

الشرح: قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «إما أن تزيد فى السعر، وإما أن ترفع من سوقنا» روى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معنى ذلك أن حاطب بن أبى بلتعة كان يبيع دون سعر الناس، فأمره عمر أن يلحق بسعر الناس أو يقوم من السوق.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والتسعير على ضربين، أحدهما: هذا الذى ذكرناه من أن من حط من سعر الناس أمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق.

وفى ذلك ثلاثة أبواب، أحدهما: فى تبين السعر الذى يؤمر من حط عنه أن يلحق به. والباب الثانى: فى تبين من يختص به ذلك من البائعين. والباب الثالث: فى تبين ما يختص به ذلك من المبيعات.

* * *

الباب الأول: فى تبين السعر الذى يؤمر من حط عنه أن يلحق به

والذى يختص به فى ذلك من السعر هو الذى عليه جمهور الناس، فإذا انفرد عنهم الواحد أو العدد اليسير يحط السعر أمر من حطه باللحاق بسعر الناس أو ترك البيع.

مسألة: فإن زاد فى السعر واحد أو عدد يسير لم يؤمر الجمهور باللحاق بسعره أو الامتناع من البيع؛ لأن من باع به من الزيادة ليس بالسعر المتفق عليه ولا بما تقام به المبيعات، وإنما يراعى فى ذلك حال الجمهور، ومعظم الناس. وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يقام الناس لخمسة.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه يجب أن ينظر فى ذلك إلى قدر الأسواق، والله أعلم وأحكم.

* * *

=قال الشافعى: والحركة المكروهة فيما هو قوت، وعن الناس قوام لأبدانهم كالخنطة والشعير، وما كان مثلها عند عدمها، فلا يجوز لأحد الحكرة فى حاجة الناس حتى لا يجدوا منه إلا ما يتبلغون به، فحيث لا ينبغى لأحد أن يخرج ذهبه، وورقه، فيزاحم الناس على شر الطعام ليحتكره، ويغلى على الناس أسعارهم، وليمنع من ذلك، ويؤدب عليه. وأما الفاكهة، والآدم كله، فلا بأس بحكركته فى كل وقت، وكان سعيد بن المسيب يحتكر الزيت.

الباب الثاني: فى تبين من يختص به من البائعين

لا خلاف فى أن ذلك حكم أهل السوق والباعة فيه، وأما الجالب، ففى كتاب محمد: لا يمنع الجالب أن يبيع فى السوق دون بيع الناس. وقال ابن حبيب: لا يبيعون ما عدا القمح والشعير إلا بمثل سعر الناس، وإلا رفعوا كأهل الأسواق.

وجه ما فى كتاب محمد أن الجالب يسامح ويستدام أمره ليكثر ما يجلبه مع أن ما يجلبه ليس من أقوات البلد، وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه، فرمما أدى التحجير عليه إلى قطع الميرة، والبائع بالبلد إنما يبيع أقواتهم المختصة بهم، ولا يقدر على العدول بها عنهم فى الأغلب، ولهذا فرقنا بينهما فى الحكمة وقت الضرورة.

ووجه ما قاله ابن حبيب أن هذا بائع فى السوق، فلم يكن له أن يحط عن سعره؛ لأن ذلك مفسد لسعر الناس كأهل البلد. قال: فأما جالب القمح والشعير، فقال ابن حبيب: يبيع كيف شاء إلا أن لهم فى أنفسهم حكم أهل السوق، وإن أرخص بعضهم تركوا، إن قل من حط السعر، وإن كثر المرخصون قيل لمن بقى إما أن تبيع كييعهم، وإما أن ترفع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان البائع للطعام من أهل السوق هل يمنع من بيعه فى دار بسعر السوق. وقال ابن حبيب: وينبغى فى الطعام أن يخرج إلى السوق كما جاء الحديث.

وجه ذلك أن بيعه فى الدور إعزاز له، وسبب إلى غلائه وتطرق لبيعه البائع كيف شاء بدون سعر أهل السوق إذا لم يعرف له ذلك فى السوق، فإن كان جالبًا، فليعه فى السوق أو فى الدار إن شاء على يده.

* * *

الباب الثالث: فيما يختص به ذلك من المبيعات

أما ما يختص به ذلك من المبيعات، فقال ابن حبيب: إن ذلك فى المكيل والموزون، مأكولاً كان أو غير مأكول، دون غيره من المبيعات التى لا تكال ولا توزن.

وجه ذلك أن المكيل والموزون مما يرجع إلى المثل، فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه إلى المثل، وإنما يرجع فيه إلى القيمة، ويكثر اختلاف الأغراض فى أعيانه، فلما لم يكن متماثلاً لم يصح أن يحمل الناس فيه

كتاب البيوع ٣٥١
على سعر واحد، وهذا إذا كان المكييل والموزون متساويًا في الجودة، فإذا اختلف صنفه
لم يؤمر من باع الجيد أن يبيعه بمثل سعر ما هو أدون؛ لأن الجودة لها حصة من الثمن
كالمقدار.

مسألة: وأما الضرب الثاني من التسعير، فهو أن يجد لأهل السوق سعر لبيعوا عليه،
فلا يتجاوزونه، فهذا منع منه مالك، وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن
محمد، وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصاري.

وروى أشهب عن مالك في العتبية في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم
الضأن ثلث رطل ولحم الإبل نصف رطل وإلا خرجوا من السوق، قال: إذا سعر عليهم
قدر ما يرى من شرائهم، فلا بأس به، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق.

وجه القول الأول ما روى عن أبي هريرة أنه قال: «جاء رسول الله ﷺ فقال: يا
رسول الله، سَعِّرْ لَنَا، فقال: بل ادعوا الله، ثم جاءه رجل، فقال: يا رسول الله، سَعِّرْ
لَنَا، فقال: بل الله يرفع ويخفض، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندي
مظلمة»^(*).

ومن جهة المعنى أن إجبار الناس على بيع أموالهم بغير ما تطيب به أنفسهم ظلم لهم
مناف للملكها لهم.

وجه قول أشهب ما يجب من النظر في مصالح العامة والمنع من إغلاء السعر
عليهم والإفساد عليهم، وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر
الذي يحده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، ولا يمنع البائع
ربحًا ولا يسوغ له منه ما يضر بالناس.

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب، ففي ثلاثة أبواب، أحدها: في صفة التسعير. والباب
الثاني: في ذكر من يسعّر عليه. والباب الثالث: فيما يتعلق به التسعير من المبيعات.

* * *

الباب الأول: في صفة التسعير

قال ابن حبيب: ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيرهم

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٣١٤. أبو داود حديث رقم ٣٤٥١. ابن ماجه حديث رقم
٢٢٠٠. أحمد في المسند حديث رقم ١١٤٠٠، ١٣٦٤٣. الدارمى حديث رقم ٢٥٤٥.

٣٥٢ كتاب البيوع
استظهاراً على صدقهم، فيسألهم كيف يشترون، وكيف يبيعون، فينازلهم إلى ما فيه
لهم وللعامّة سداد حتى يرضوا به. قال: ولا يجبرون على التسعير، ولكن عن رضا،
وعلى هذا أجازته من أجازته.

وجه ذلك أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشتريين، ويجعل للباعة في
ذلك من الربح ما يقوم بهم، ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير
رضا بما لا ربح لهم فيه، أدى ذلك إلى فساد الأسعار وإخفاء الأقوات وإتلاف أموال
الناس.

* * *

الباب الثاني: في ذكر من يسعّر عليهم

أما من يسعّر عليهم على هذا القول، فهم أهل الأسواق، وأما الجالب، فلا يسعّر
عليه شيء، إلا أن ما يجلبه على ضربين، أصل القوت، وهو القمح أو الشعير، فهذا لا
يسعّر عليه برضاه ولا بغير رضاه، وليبيع كيف شاء وأمكنه إذا اتفقوا، قاله ابن حبيب،
فإن اختلفوا فقد تقدم بيانه قبل هذا، والله الموفق للصواب.

مسألة: وأما جالب الزيت والسمن واللحم والبقل والفواكه وما أشبه ذلك مما
يشتريه أهل السوق للبيع على أيديهم، فهذا أيضاً لا يسعّر على الجالب، ولا يقصد
بالتسعير، ولكنه إذا استقر أمر أهل السوق على سعر قيل له إما أن تلحق به، وإلا
فاخرج عنه.

* * *

الباب الثالث: فيما يتعلق به التسعير من المبيعات

قال ابن حبيب: وهذا فيما عدا القطن والبر، ويجب أن يختص التسعير بالمكيل
والموزون، وأما غيره، فلا يمكن تسعيره لعدم التماثل فيه، وقد تقدم معناه من قبل هذا.

* * *

ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه

١٣٣٢ - مالك، عن صالح بن كيسان، عن حسن بن محمد بن علي بن أبي

١٣٣٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٢/٦. ومعرفة السنن والآثار ١١٦٠٢/٨. عبد الرزاق
في المصنف ٢٢/٨. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣١٦. المجموع ٤٥٤/٩. المغنى

كتاب البيوع ٣٥٣
طَالِبٍ أَنْ عَلِيَ بْنِ أَبِي طَالِبٍ بَاعَ جَمَلًا لَهُ يُدْعَى عَصِيفِيرًا بِعِشْرِينَ بَعِيرًا إِلَى
أَجَلٍ^(١).

الشرح: قوله: «باع جملاً يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل» على ما قدمناه من
بيع الجنس ببعض متفاضلاً إلى أجل، إذا تباينت الأغراض فيه وقدمنا من قبل أن
الغرض من الإبل القوة على الحمل، فإذا كان هذا الحمل مشهوراً بالقوة على الحمل ما
ينافيه غاية في بابه، جاز يبيعه إلى أجل بعشرين من جملة الإبل، ولا يخلو أن يباع واحد
بعشرين إلا لأنه غاية في بابه، وأن العشرين ليست في الغرض المقصود منها متقدمة،
وإنما هي من جملة حواشي الإبل التي لا توصف بذلك ولا تشارك فيه.

١٣٣٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ اشْتَرَى رَاحِلَةً بِأَرْبَعَةِ أَبْعَرَةٍ
مَضْمُونَةٍ عَلَيْهِ يُوفِيهَا صَاحِبَهَا بِالرَّبْدَةِ.

الشرح: قوله: «اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة» الحديث يحتل أن يكون جواز
التفاضل فيها إلى أجل؛ لأن الراحلة التي أخذ غاية في الحمل، والراحلة اسم واقع على
الذكر والأنثى من الإبل، وكذلك البدنة، وقد تقدم ذلك في كتاب الحج.
وأما قوله: «يوفيه إياها بالربدة» فإنه إذا عين موضع قضاء السلم، جاز ذلك، ولزم
على ما قدمناه.

١٣٣٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنْ بَيْعِ الْحَيَّوَانِ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ،
فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ.

١١/٤، ٢٧٨.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٨٠/٢٠: هكذا هذا الخبر في الموطأ عند جميع الرواة بالموطأ
بهذا الإسناد. ورواه عبد الحميد بن سليمان، عن مالك، عن ابن شهاب، عن الحسن وعبد الله
ابن محمد بن علي، عن أبيهما أن علياً باع جملاً له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل. فوهم
فيه، وأخطأ. والصحيح في إسناده ما في الموطأ، وأما إسناد عبد الحميد، فإنما هو في حديث
تحريم المتعة ولحوم الحمر الأهلية، فاختلط عليه الإسناد، ولم يقمه.

١٣٣٣ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٢/٦. ومعرفة السنن والآثار ١١٦٠٣/٨. الشافعي
في الأم ٢٥٦/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣١٧. ابن حزم في المحلى
٤٢٠/٨. المجموع ٤٥٤/٩. شرح السنة ٧٥/٨.

١٣٣٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣١٨.

٣٥٤ كتاب البيوع

الشرح: قوله فى بيع الحيوان: «اثنين بواحد لا بأس به» يحتمل أن يريد به جنسين مختلفين فى الخلقة والاسم، وهذا لا خلاف فى جوازها، ويحتمل أن يريد به من جنس واحد فى الخلقة والتسمية، ولكنهما يختلفان فى المنفعة المقصودة من ذلك الجنس أو بالكبير والصغير، إن كان مما يختلف به، وقد تقدم بيانه قبل هذا.

قال مالك: الأمرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِالْجَمَلِ بِالْجَمَلِ مِثْلِهِ وَزِيَادَةَ دَرَاهِمٍ يَدًا يَدًا، وَلَا بَأْسَ بِالْجَمَلِ بِالْجَمَلِ مِثْلِهِ وَزِيَادَةَ دَرَاهِمٍ، الْجَمَلُ بِالْجَمَلِ يَدًا يَدًا وَالْدَّرَاهِمُ إِلَى أَجَلٍ. قَالَ: وَلَا خَيْرَ فِي الْجَمَلِ بِالْجَمَلِ مِثْلِهِ وَزِيَادَةَ دَرَاهِمٍ، الدَّرَاهِمُ نَقْدًا وَالْجَمَلُ إِلَى أَجَلٍ، وَإِنْ أَخْرَتَ الْجَمَلُ وَالْدَّرَاهِمُ لَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ أَيْضًا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن ما يجوز فيه التفاضل نقدًا من غير المققات والذهب والفضة، ويحرم فيه التفاضل فيها، فإن من باع بعضه ببعض يدًا بيد، فلا يفسد ذلك ما

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٨٢/٢٠ - ٨٣: لا ربا عند مالك، وأصحابه فيما عدا المطعوم والمشروب إذا ما كان، أو قوتًا، والذهب، والفضة إلا فيما دخل معناه الزيادة، والسلف، فإن الزيادة فى السلف ربا عند جميع العلماء إذا كان ذلك مسلوفاً معلوماً مقصوداً إليه مشترطاً. وعند مالك: ما كان فى معنى ذلك، فله حكمه، وإن لم يشترط ذلك، ولا ذكر إذا آل إليه بالجمال بالجمال مثله، وزيادة دراهم، يدًا بيد، ليس فيه شيء من معنى السلف والزيادة عليه؛ لأن السلف بنسيئة أبدًا كان حالًا، أو إلى أجل، يدًا بيد، فليس فيه شيء من معنى الزيادة فى السلف. وكذلك الجمال بالجمال يدًا بيد، والدراهم إلى أجل، لأن الجمال بالجمال قد حصل يدًا بيد، بالجمال قد حصل يدًا بيد، فيبطل أن يتوهم فيه السلف وعلم أنه بيع. ولا ربا فى الحيوان بالحيوان من جهة البيع إلا ما ظن به أن فاعله قصد به استسلافه، والزيادة على المثل فيه لموضع الأجل، كما وصفنا. وأما الجمال بالجمال مثله وزيادة دراهم: الدراهم نقدًا، والجمال إلى أجل، فهذا لم يجر؛ لأنه جمل بجمل مثله فى صفته يأخذه إلى أجل، وزيادة دراهم، فصار كأنه أسلفه إياه قرضًا إلى أجل، على أن زاده دراهم معجلة. وكذلك لو كان الجمال، والدراهم إلى أجل؛ لأنه كان استسلف الجمال على أن يرده إليه بصفته، ويرد معه إليه دراهم لموضع السلف، فهذا سلفٌ جر منفعة، وهى الزيادة على مثل ما أخذ المستسلف؛ هذا كله مذهب مالك. ومعنى قوله لأن الحيوان بالحيوان عنده لا يجوز فيه النسيئة إلا أن تختلف الأغراض فيه، والمنافع بالنجاسة، والفرهة، ونحو ذلك، وإنما المراعاة فى هذا الباب تأخير أحد الجمولين، وسواء كانت الدراهم نقدًا أو نسيئة، لأنه إذا تأخر أحد الجمولين صار جملاً بجمل نسيئة، وزيادة دراهم، فلا يجوز. وقد قال بقول مالك فى الجمال بالجمال: محمد بن سيرين، وقتادة.

كان معه من زيادة من غير ذلك الجنس، نقداً أو إلى أجل، بعد أن يتعجل المتجانسان، فإن تأجل شيء من جنسهما، لم يجوز ذلك بوجه، وهذا عقد الباب.

ووجه ذلك أنه إذا لم يتأجل شيء من جنسهما؛ فقد سلما من السلف، فلا بأس بالزيادة، وإذا تأجل شيء من جنس ما تعجل فقد صار سلفاً. وازداد أحدهما فيه ما أفسد السلف.

قال مالك: وَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَنَاعَ الْبُعِيرَ النَّجِيبَ بِالْبُعَيْرَيْنِ أَوْ بِالْأُبْعُرَةِ مِنَ الْحَمُولَةِ مِنْ حَاشِيَةِ الْإِبِلِ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ نَعَمٍ وَاحِدَةٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى مِنْهَا اثْنَانِ بَوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ إِذَا اخْتَلَفَتْ فَبَانَ اخْتِلَافُهَا، وَإِنْ أَشْبَهَ بَعْضُهَا بَعْضًا، وَاخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُهَا أَوْ لَمْ تَخْتَلِفْ، فَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا اثْنَانِ بَوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ.

قال مالك: وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يُؤْخَذَ الْبُعِيرُ بِالْبُعَيْرَيْنِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا تَفَاضُلٌ فِي نَجَابَةٍ وَلَا رِحْلَةٍ، فَإِذَا كَانَ هَذَا عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ، فَلَا يُشْتَرَى مِنْهُ اثْنَانِ بَوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، وَلَا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَ مَا اشْتَرَيْتَ مِنْهَا قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِيَهُ مِنْ غَيْرِ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ إِذَا اتَّقَدْتَ تَمَنَّهُ*.

الشرح: قوله، رحمه الله: «ولا بأس أن يباع البعير النجيب بالبعيرين أو بالأبصرة من الحمولة» ويحتمل أن يريد بالنجيب جنساً من الإبل يختص بهذا الاسم وأكثرها يركب بالسروج؛ لأنها للمشي السريع، وليست للحمل، فهو نوع من الإبل يقال لها البخت كما يقال لغيرها الهجن، ويقال البخت والعراب.

ويحتمل أن يريد بالنجيب الفاره القوي على الحمل، كما يقال رجل نجيب، وفرس نجيب، إذا كان متقدماً في جنسه، فيكون هذا وصفاً لذلك الجمل دون وصف نوعه ولا جنسه، فالحمولة من الإبل، هو ما يحمل عليه منها دون ما يراد للدر والنسل خاصة وحواشيها أدونها وليست بوصف المتقدم منها بأنه من الحواشي، وهذا أظهر في قول مالك رحمه الله البعير الفاره النجيب القوي على الحمل المتناهي فيه بالبعيرين اللذين يحملان إلا أنهما من دون الإبل، وإن كان المعجل والمؤجل من نوع واحد.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ولا يجوز عندي أن يريد به النجيب من

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٨٤/٢٠.

٣٥٦ كتاب البيوع

النوع؛ لأن ذلك ليس فى الألب مما يلب عليه، فىوصف بأنه ءمولة. وفى كتاب محمد بن المواز وابن ءبب: وأما الإبل، فما كان فىه النءابة والرفة صنف، فءمع بين النءابة والرفة وءدل عن ذكر الأنواع، ووصفها بالنءب والبءء والءراب والءءن.

قال ابن ءبب: والءمولة، وإن لم يكن لها فضل نءابة ولها فضل عمل ءمئل القباب والمءامل يسلم فى ءواشى الإبل، ىرء أن يكون لها قوة على الءمل.

وإن لم ءكن لها ءلك النءابة فى ءلقها كالفرس الءواد فى ءرىه، وإن لم يكن من عءاق الءئل فى صورءه لءنه لو اءءمء فى البءىر ءسن الءلقة والقوة على الءمل لكان أبىن كالفصاءة فى العبد إذا اءءمء مع ءءارة كانت أبىن، فإن انفرءء الفصاءة لم يكن لها ءكم وإن انفرءء ءءارة ءبء لها ءكم، فكذلك النءابة والءمولة.

فصل: وقوله، رءمه الله: «كانء من نعم واءءة» ىءمل أن ىرء به من قءىع واءء ومن نسل فءل واءء، وىءمل أن ىرء به وإن كان نوعها واءءاً، فإذا اءءلقت بما ذكرناه من القوة على الءمل، فبان اءءلافها، ءاز أن ىباع منها واءء باءنبن إلى آءل لما ذكرناه من اءءلافهما فى المنفعة المقصوءة من الءنس.

فصل: وقوله، رءمه الله: «وإن أشبه بعضها بعضاً، واءءلقت آءناسها أو لم ءءللف، فلا يؤءل اءنان بواءء» ىرء أنها إذا اءءبءت فى المنفعة المقصوءة وءقارنء فىها، وهى القوة على الءمل، فسواء كان ءنسها واءءاً بأن ءكون ءءناً كلها وءراباً كلها أو ىءئناً كلها أو اءءلقت آءناسها، فكان بعضها ءءناً وبعضها وءراباً أو على ءبر ذلك من الأءناس، فإنه لا ىءوز منها واءء باءنبن إلى آءل.

فصل: قوله: «وءفسىر ما كره من ذلك أن يؤءل البءىر بالبءىرىن لىس بىنهما ءفاضل فى نءابة ولا رءلة» ىرء نءابة ءساوى، وهو أن ىكونا ءساوىىن فى ءنس الءلقة، ونوعها والصبر على طول السىر والقوة على الءمولة، وهى الرفة، وإنما أراد أن ىبىن علة منع ءفاضل بأبلء ذلك، وءكر رءمه الله كل ما له ءأءىر فى المنع من ذلك، وقد ءقدم أن ءنس الءلقة وءمامها مؤكد للقوة على الءمل كالفصاءة فى العبد مع ءءارة.

قال: «فإذا كان هذا على ما وصفء» ىرء من ءساوىهما فى المعنىىن المءكورىن،

كتاب البيوع ٣٥٧

«فلا يشتري واحد منه بائنين إلى أجل» يريد أن تساويهما واتفق الأغراض فيهما يخرج ذلك عن حد البيع إلى حد الغرض الذي ينافى في التفاضل.

فصل: وقوله: «ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت منه قبل استيفائه من غير الذي اشتريته منه إذا انتقدت ثمنه» يريد أنه وإن كان مطعوماً بعد الزكاة، فإنه ليس حكمه حكم المطعومات في المنع من بيعه قبل استيفائه على الكراهية في الجزاف، وعلى التحريم في المكيل والموزون، وما يثبت في الذمة من الحيوان والعروض، فإنه يجوز بيعه قبل استيفائه.

وقوله: «من غير الذي اشتريته منه» تحقيق لمعنى البيع؛ لأنه قد يكون من بائعه منه على وجه الإقالة وربما كان الأغلب من معاملته فيه.

فصل: وقوله، رحمه الله: «إذا انتقدت ثمنه» يريد والله أعلم أن لا يبيعه بدين، وذلك أنه لا يخلو أن يكون الحيوان والعرض مؤجلاً أو غير مؤجل، فإن كان مؤجلاً لم يجوز بيعه بمؤجل ممن هو عليه ولا من غيره لأنه يدخله في بيعه ممن هو عليه فسخ دين في دين، ويدخله في بيعه من غير الكالئ بالكالئ، وكلاهما يمنع صحة العقد، وهل يجوز أن يسلم فيه رأس مال السلم، ويسلم في المسلم فيه، ولا يجوز على غير ذلك وسيأتي ذكره، إن شاء الله تعالى.

قال مالك: وَمَنْ سَلَفَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحَيَوَانِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَوَصَفَهُ وَحَلَاهُ وَنَقَدَ ثَمَنَهُ، فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَهُوَ لَازِمٌ لِلْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعِ عَلَى مَا وَصَفَا وَحَلَّيَا، وَلَمْ يَزَلْ ذَلِكَ مِنْ عَمَلِ النَّاسِ الْجَائِزِ بَيْنَهُمْ، وَالَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا^(*).

(*) ذكره ابن عبد البر في الاستدكار ٩١/٢٠، وقال: اختلف السلف، والخلف في السلم في الحيوان الموصوف. فقال مالك، والشافعي، والليث، والأوزاعي: السلف في الحيوان الموصوف جائز كسائر الموصوفات. وهو قول عبد الله بن عمر. وقال الثوري، والحسن بن صالح، وأبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: لا يجوز السلف في الحيوان. وهو قول ابن مسعود، وعبد الرحمن بن سمرة. قال أبو عمر: احتج من لم يجوز السلف في الحيوان بأنه لا يضبط ضبطاً صحيحاً بالصفة؛ لأن السن، واللون يتباينان تبايناً بعيداً؛ لأن الفاره القوي يكون متقدماً في الثمن، والقيمة، والجودة، والفراغات، ونحو هذا في سائر الحيوان. واحتج أهل الحجاز بأن الحيوان يثبت في الذمة بالصفة بدليل ثبوت ذلك في الذمة من الإبل كينت مخاض، وبنت لبون، وجذعة، وحقنة، وخلقية، ومعلوم، أنها تختلف، وقد جاءت السنة في الديات بثبوتها في ذمة من وجبت عليه. واحتجوا أيضاً بأن رسول الله ﷺ بكراً على إبل الصدقة. قال أبو عبد الله المرزوي: =

٣٥٨ كتاب البيوع

الشرح: وهذا كما قال رحمه الله أن السلف في الحيوان بالحلية والصفة جائز لازم، ويلزم المسلم إليه تلك الصفة عند انقضاء الأجل، ويلزم المسلم قبضها، فإن كرهها واستغلاها، فقد تقدم الاستدلال على صحة ذلك بما يغنى عن إعادته.

قال مالك: وعلى هذا أهل العلم ببلدنا، وإنما يخالف في ذلك أهل العراق.

* * *

ما لا يجوز من بيع الحيوان

١٣٣٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ، وَكَانَ بَيْعًا يَتَّبِعُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ، كَانَ الرَّجُلُ يَتَنَاغُ الْجُزُورَ إِلَى أَنْ تُنْتِجَ النَّاقَةُ ثُمَّ تُنْتِجَ الَّتِي فِي بَطْنِهَا^(١).

الشرح: قوله: «نهى عن بيع حبل الحبلية»^(٢) الحبل هو الحمل والحبلية الجنين، فكأنه

=حدثني أبو قدامة، قال: سألت يحيى بن سعيد، وعبد الرحمن بن مهدي، عن السلم في الحيوان؟ فقالا: لا بأس به واحتجا بحديث أبي رافع أن النبي ﷺ استسلف بكراً.

١٣٣٥ - أخرجه البخارى في البيوع ٢١٤٣، السلم ٢٢٥٦، المناقب ٣٨٤٣. ومسلم في البيوع ١٥١٤. والترمذى في البيوع ١٢٢٩، ١٣٠٨. والنسائى في البيوع ٤٦٢٢، ٤٦٢٣، ٤٧٠٢، ٤٧٠٣، ٤٧٠٤. وأبو داود فى البيوع ٣٣٨٠، الطب ٣٨٧٨. وابن ماجه فى التجارات ٢١٩٧، ٢٢٠٦. وأحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٦، مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٧٧، ٤٥٦٨، ٤٦٢٦، ٥٢٨٥، ٥٤٤٣، ٥٤٧٦، ٥٨٢٧، ٦٢٧١، ٦٤٠١. والبيهقى ٣٤١/٥، عن ابن عمر. وأحمد ٥٦/١، عن ابن عمر. وذكره الهيثمى فى المجمع ١٠٤/٤، عن عبيد بن غفلة. وأبى نعيم فى الحلية ٣٥٢/٦، عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١١٩/٨: قد جاء تفسير هذا الحديث كما ترى فى سياقه، وإن لم يكن تفسيره مرفوعاً فهو من قبل ابن عمر، وحسبك. وبهذا التأويل، قال مالك، والشافعى، وأصحابهما، وهو الأجل المجهول، ولا خلاف بين العلماء أن البيع إلى مثل هذا من الأجل لا يجوز، وقد جعل الله الأهلة مواقيت للناس، ونهى رسول الله ﷺ عن البيع إلى مثل هذا من الأجل. وأجمع المسلمون على ذلك، وكفى بهذا علماً. وقال آخرون فى تأويل هذا الحديث: معناه بيع ولد الجنين الذى فى بطن الناقة. هذا قول أبى عبيد. قال أبو عبيد، عن ابن عليه: هو نتاج التناج وبهذا التأويل قال أحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه. وقد فسر بعض أصحاب مالك هذا الحديث بمثل ذلك أيضاً، وهو بيع أيضاً مجتمع على أنه لا يجوز ولا يحل؛ لأنه بيع غرر مجهول وبيع ما لم يخلق، وقد أجمع العلماء على أن ذلك لا يجوز فى بيع المسلمين.

(٢) «حبل الحبلية» بفتح الحاء والباء فيهما، ورواه بعضهم بسكون الباء فى الأول. قال القاضى -

باعه إلى أن ينقضى حمل الجنين الذى فى بطن الناقة ينتج، ثم تحمل فيحل البيع بانقضاء حملة، وذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون الأجل يتقدر به. والثانى: أن يكون المبيع هو الجنين الثانى. فأما الأول، فلا يجوز لأن الأجل مقصود بالعقد، فيجب أن يكون معلوماً.

والذى يدخل الفساد فيه أمران، أحدهما: الجهالة به، والثانى: أن يكون بعيداً يدخله الغرر لبعده. فأما الأول، فعلى ما ذكرناه من البيع إلى أن تنتج الناقة أو ينتج ما فى بطنها أو إلى قدوم فلان أو نزول المطر وغير ذلك مما يختلف اختلافاً متبايناً تختلف الأغراض باختلافه.

مسألة: وإن كان إلى أجل بعيد جداً، فقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة يجوز شراء سلعة إلى عشرين سنة. وقال ابن القاسم فى الموازية: أنه جوز ذلك إلى عشر سنين وكرهه إلى عشرين سنة، قال: ولا أفسخه إلى ستين سنة أو تسعين سنة.

١٣٣٦ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: لَا رِبَا فِي الْحَيَوَانَ، وَإِنَّمَا نُهِيَ مِنَ الْحَيَوَانَ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الْمَضَامِينِ وَالْمَلَأِقِيحِ وَحَبْلِ الْحَبَلَةِ، وَالْمَضَامِينُ بَيْعُ مَا فِي بَطْنِ إناثِ الْإِبِلِ، وَالْمَلَأِقِيحُ بَيْعُ مَا فِي ظُهُورِ الْجِمَالِ.

الشرح: قوله: «لا ربا فى الحيوان» معناه والله أعلم، لا يثبت فيه حكم تحريم التفاضل يبدأ بيد على ما يثبت فى المدخر المقتات، وأنه يجوز فى الحيوان من التفاضل ما لا يجوز فى ذلك، ولذلك يقال علة الربا عندنا فى البر الاقتيات والادحار، وعند الشافعى الطعم، وعند أبى حنيفة الوزن والكيل، فصارت لفظة الربا مقصورة على هذا الحكم بعرف استعمال الفقهاء.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «وإنما نهى من الحيوان عن ثلاثة المضامين والملاقيح وحبل الحبلية». وقال مالك، رحمه الله: «المضامين ما فى بطون إناث الإبل والملاقيح ما فى ظهور الفحول» وقال غير مالك: المضامين ما فى ظهور الفحول، والملاقيح ما فى بطون الإناث، والأول أظهر وأكثر، ولا خلاف بين الفقهاء فى الحكم أنه لا يجوز أن يباع ما فى بطن الناقة من جنين ولا ما فى ظهر هذا الفحل بمعنى أنه يحمل البائع على

عياض والنوى: وهو غلط. قال أهل اللغة: الحبلية هنا جمع حابل ككاتب وكتبة، وتفسيره فى

آخر الحديث من قول ابن عمر راوى الحديث. قاله السيوطى فى تنوير الحوالك ٧٠/٢.

٣٦٠ كتاب البيوع
ناقته، فإذا أنتجته كان للمشتري ومن ذلك أيضا أن يعطيه ثمنا على أن يحمل فحله
على ناقة المشتري، فهذا أيضا لا يجوز لما فيه من الغرر، وعليه يتأول مالك ما روى عن
النبي ﷺ أنه نهى عن عسيب الفحل^(*).

وأما إذا استأجره على أن ينزبه على ناقته أكواما معدودة عددها يسير يمكن أن
يتأتى منه فى وقت أو أوقات متقاربة، فلا بأس بذلك، لأن الفحل معلوم معين،
والأكوام معلومة، فليس فيها شيء من الغرر ولا الجهالة.

قال مالك: لا يَنْبَغِي أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ بِعَيْنِهِ إِذَا كَانَ غَائِبًا عَنْهُ،
وَإِنْ كَانَ قَدْ رَأَاهُ وَرَضِيَهُ عَلَى أَنْ يُنْقَدَ ثَمَنُهُ لَا قَرِيْبًا وَلَا بَعِيدًا.

قال مالك: وَإِنَّمَا يُكْرَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَنْتَفِعُ بِالثَّمَنِ، وَلَا يُدْرِي هَلْ تُوَجَدُ تِلْكَ
السَّلْعَةُ عَلَى مَا رَأَاهَا الْمُتَبَاعُ أَمْ لَا، فَلِذَلِكَ كُرِهَ ذَلِكَ وَلَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ مَضْمُونًا
مَوْصُوفًا^(١).

الشرح: قوله: «ولا يشتري الحيوان الغائب المعين بالنقد قريبا ولا بعيدا» هذه رواية
الموطأ. وروى عنه ابن عبد الحكم فى الحيوان خاصة، والذى روى عنه فى غير الموطأ
فى المدونة وغيرها: أنه يجوز النقد فيما قرب دون ما بعد، فعلى هذا له روايتان فى
القرب، إحداهما: أنه لا يجوز ذلك، وهى رواية الموطأ^(٢).

(*) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦٧٣، وابن ماجه حديث رقم ٢١٦٠. أحمد فى
المسند حديث رقم ٩١٠٨. الدارمى حديث رقم ٢٦٢٣، ٢٦٢٤.

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠١/٢٠: أما بيع الحيوان الغائب، وغير الغائب أيضا عن
العلماء فى ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: قول مالك: إن ذلك جائز، فإن وجده على الصفة لزم فيه
البيع، والشراء، ولا خيار للرؤية فى ذلك، إلا أن يشترط المشتري. والثانى: أن بيع الغائب على
الصفة، وعلى غير الصفة جائز، وللمبتاع خيار الرؤية، فإذا رآه ورضيه تمت الصفقة، وصح البيع.
هذا قول الكوفيين والشافعى. والثالث: أنه لا يجوز بيع الغائب على الصفة، ولا على غير الصفة،
ولا يجوز إلا بيع عين مرئية، أو صفة مضمونة فى الذمة وهو السلم. هذا هو المشهور من قول
الشافعى.

(٢) قال فى الاستذكار ١٠١/٢٠: أما النقد المذكور فى هذه المسألة، فإنما كرهه مالك؛ وقد
ذكر الوجه الذى له كرهه؛ لأنه زعم أنه يدخل بيع وسلف. وقد اختلف أصحابه فى جواز النقد
فى باب بيع الحيوان الغائب، وغير الحيوان. وذكر ابن المواز: عن ابن القاسم أنه قال: إن كانت
الغيبية مثل البريد أو البريد، فلا بأس بالنقد فيه. وقال أشهب لا بأس بالنقد فيه اليوم، =

ووجهه أنه مبيع غائب ينقل ويحول، فلا يجوز النقد فيه بشرط كالبعيد الغيبة.

والرواية الثانية أنه يجوز. ووجهها أن ما قرب يقل فيه الغرر لقرب إمكان قبضه، وإن دخله نقص عرف وقت نقصه، فكان ذلك كالحاضر؛ لأنه ليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع حاضر البيع، بل قد يجوز ذلك، والمبيع غائب في دار البائع ومخزنه.

فرع: فإذا قلنا بالفرق بين القرب والبعد، فقد روى ابن المواز عن مالك: يجوز النقد فيما كان على البريد والبريدين، ثم رجع، فقال: على اليوم ونحوه، ويجوز على مسيرة اليوم واليومين، وبه قال أشهب وابن القاسم.

وروى ابن القاسم عن مالك في الحيوان خاصة البريدين. وروى ابن وهب عنه: لا ينقد في الطعام يكون على نصف يوم حتى يقرب جدًا.

مسألة: والبيع بالرؤية المتقدمة على وجهين، أحدهما أن يقع على الإطلاق. والثاني: أن يشترط البائع أن المبيع على الصفة التي كان عليها حين رآه المبتاع. فأما الأولى، فإنه لا يجوز ذلك إلا في مدة لا يكاد المبيع يتغير فيها غالبًا، هذا قول ابن القاسم.

وأما مالك رحمه الله فلم يفرق في قوله وإنما قال: يجوز البيع برؤية متقدمة، وهذا الذي قاله ابن القاسم لا يجب أن يعتبر به لأن المبيع قد يتغير في طول المدة عما عرفه عليه المبتاع، فإذا كان هذا الغالب من حاله حمل عليه: قال ابن القاسم في المدونة: أن تقادم تقادما يتغير فيه فالصفقة فاسدة. ووجه ذلك ما قدمناه.

مسألة: وإن شرط البائع أنها على ما كانت عليه يوم الرؤية، ففي المدونة أن العشرة أعوام مما تتغير فيها السلع فلا تباع إلا بشرط أنها على ما كانت عليه، وذلك فيما يبقى على حاله في مثل هذه المدة كالثياب، ولا يمكن هذا في الحيوان لأن سنه يتغير وقال

=واليومين كان حيوانًا، أو طعامًا. قال أشهب: لا بأس به. وإن كان بعيدًا لم يجز النقد فيه كان المبيع ضارًا، أو ما كان من شيء. وروى ابن القاسم، عن مالك أنه قال: لا بأس بالنقد في الدور، والعقار كله؛ لأنه مأمون. وروى أشهب عن مالك مثل ذلك، وخالفه، فلم ير النقد في شيء منه. وأجاز ابن القاسم النقد في المبيع على الصفة طعامًا كان أو غيره إذا كان على اليوم واليومين. قال أبو عمر: إنما كره مالك النقد في الحيوان الغائب؛ لأن الحيوان يسرع إليه التغير ما لا يسرع إلى غير الحيوان، فكان عنده في معنى البيع، والسلف إذا نقد فيه يدخله ذلك على مذهبه في الأغلب السرعة تغيره، وليس العقار كذلك. وعلّة أشهب في تسويته بين العقار، وغيره ما جعله مالك علة في ذلك؛ لأنه ربما لم يوجد على الصفة، فيكون البائع قد انتفع بالثمن، فأشبهه البيع، والسلف.

٣٦٢ كتاب البيوع
سحنون: وليس الحولى كالرباعى والجذع كالقارح فيهن أنه يجوز فى مدة يمكن أن لا يتغير فيها، وبذلك فارق الحولى الرباعى لأنه أسرع استحالة وفارق الجذع القارح لأنه أسرع استحالة منه.

وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن رأى عبداً منذ عشرين سنة ثم اشتراه على صفة، فذلك جائز ولا ينقد، وهو بيع على الصفة التى كان رأى فهذا، وإن كان أراد أن العشرين سنة من قصار المدد فغير ظاهر لأن هذه مدة يعلم أنه تتغير فيها الأسنان غالباً، وإن كان أراد أن إطلاق العقد محمول على أنه بمنزلة من شرط أنه على الصفة التى كان رآه عليها، وهو قوله، فذلك خلاف ظاهر المدونة لقوله فى عشرة أعوام: لا يجوز ذلك إلا أن يشترط أنها على ما كانت عليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وفى صحة بيع المبيع البعيد الغيبة على ما ذكرناه شرطان، أحدهما: أن لا يضرب لقبضه أجلاً. روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم: إن ضرب لذلك أجلاً، لم يجز. زاد محمد بن المواز: قريباً ولا بعيداً.

وروجه ذلك أن أجل قبضه يفسد لأنه متقدر تقديرين، أحدهما: مسافة ما بين بلد البيع وبلد المبيع، والثانى: الأجل الذى يضربانه، وذلك يمنع صحة العقد كما لو اكترى دابة من مصر إلى الشام على أن يقطع ذلك فى مدة سميهاها.

مسألة: والشرط الثانى أن لا يشترط المبتاع على البائع حمل المبيع إلى بلد بعيد يستوفيه فيه منه، وإن كان موضع العقد، فإن شرط ذلك لم يجز، قاله ابن القاسم فى العتبية، وهذا على وجهين، أحدهما: أن يستوفى المبتاع المبيع حيث شرطاً بينهما حملة، والثانى: أن يشترط قبضه فى موضعه ثم يكون على البائع حملة.

فأما الأول فهو الذى قلنا: إنه لا يجوز. وقال محمد بن المواز: وإنما لم يجز من أجل الضمان. ومعنى ذلك أنه تضمنه له البائع فى حملة الذى يختص بغرض المبتاع مع ما فى السفر من الغرر إلا أن تكون المسافة اليسيرة التى لا غرر فيها غالباً.

مسألة: وأما الوجه الثانى فهو جائز لا يضمن البائع المبيع لما يختص بغرض المبتاع وإنما يضمنه لعنى يخصه، وذلك أن الطعام مضمون على الكرى إذا غاب عليه وانفرد بحمله دون صاحبه وحكم هذا الضمان حكم ضمان المبيع قبل الاستيفاء، وبذلك يختص هذا بنوع من الطعام، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فأما البعيد الغيبة، فلا يخلو أن يكون مما ينقل ويحول كالثياب والأطعمة

كتاب البيوع ٣٦٣
والعروض المنقولة، أو مما لا ينقل كالأرض والدور والأصول الثابتة والأشجار، فأما ما ينقل فلا يجوز النقد فيه. زاد محمد بن المواز: وإن شرط الضمان على المبتاع لما في ذلك من الغرر لأنه لا يدري ما آل إليه حاله منذ زال عن بائعه ولا يكاد أن ينتهي خبره فيعتبر وقت ضياعه، وما يطرأ عليه من النقص والزيادة، فإن كان على غير النقد جاز لسلامة ذلك من الغرر.

مسألة: وأما الأصول الثابتة، فجوز ذلك فيها ابن القاسم على النقد، وهو المشهور من مذهب مالك ومنع منه أشهب.

وجه القول الأول أنه إنما منع مالك ذلك في الحيوان والعروض لسرعة استحالتها في أنفسها وإمكان نقصها، فإذا قبض البائع الثمن فلم يقبضه على ثقة أنه له لجواز أن يكون المبيع قد هلك أو دخله نقص أو يدخله في المستقبل، فيجب عليه رد الثمن سلفاً.

وإذا كان ذلك مما يتكرر فقد قبضه على أنه إن قبض المبتاع المبيع فهو ثمنه، وإن لم يقبضه كان عنده سلفاً يردده، فلم يجز فيه اشتراط النقد، وأما الأصول الثابتة فإنها مأمونة لا يدخلها في الأغلب نقص ولا زيادة ولا تغير، ولذلك كان ضمانها من المبتاع، فالبائع إنما يقبض الثمن على أنه له في الأغلب كالمبيع الحاضر، وإن جاز أن يؤجل به عيب يوجب عليه رد الثمن لما كان يقل ويندر لم يؤثر في صحة العقد.

وجه القول الثاني أن هذا معين بعيد الغيبة فلم يجز بيعه بشرط النقد كالحیوان.

فصل: وقوله: «وإن كان قد رآه ورضيه» يريد أن المبتاع البعيد الغيبة لا يجوز بيعه بشرط النقد «وإن كانت تقدمت رؤية المشتري له» يريد أن للرؤية تأثيراً في بيع الأعيان الغائبة فلا يجوز عند مالك بيعها إلا برؤية متقدمة أو صفة خلافاً لأبى حنيفة في قوله أن ذلك جائز، وللمبتاع خيار النظر.

والدليل على ما نقوله أن هذا مجهول الصفة عند المبتاع حال العقد، فلم يجز بيع أصله إذا قال له بعتك ما في يدي.

فروع: وهذا إذا كان على وجه البيع والمكايسة، فأما إذا كان على وجه المعروف والمكارمة، فإن ذلك جائز، ويلزم المولى دون المولى، وذلك مثل أن يقول رجل ابتعت سلعة رخصية، فيقول له آخر: وليها، فيقول: قد فعلت، ثم يقول له هي دابة أو جارية أو ثوب ابتعته بكذا لأن هذا العقد مبنى على المكارمة، فقد عرا عن الغرر لأن المبتاع الذي جهل صفة لا يلزمه البيع والبائع الذي لزمه البيع عالم ومكارم له.

٣٦٤ كتاب البيوع

مسألة: فأما بيع الغائب البعيد الغيبة بصفة البائع أو غيره، فإنه جائز، فإن كانت الصفة على ما وصفت لزم المتباع، وإلا كان له الخيار، ومنع الشافعي بيع ما لم ير، وسنذكره بعد هذا إن شاء الله.

فرع: إذا ثبت جواز بيع الأعيان الغائبة، فقد اختلف قول مالك في ضمانها قبل القبض، فقال أولاً: هي من المتباع إلا أن يشترط ذلك على البائع، وبه قال مطرف وابن وهب، ثم رجع فقال: هي من البائع إلا أن يشترط ذلك على المتباع، وبه قال ابن القاسم وابن الماجشون.

وجه القول الأول أنه لم يبق فيه حق توفية، فكان من المتباع كالحاضر. ووجه القول الثاني أنه ممنوع من النقد فيه مخافة تغييره، فكان من البائع كالجارية المباعة بالمواضعة.

مسألة: وأما ما يجوز فيه النقد من الرباع وغيرها، فقد روى ابن المواز عن مالك أنها من البائع، قال: وله قول آخر أنها من المتباع، وعليه أصحابنا أجمع، هذا كله فيما ليس فيها من توفية بعدد أو كيل أو وزن أو ذرع في أرض أو غيرها، وما كان فيه حق توفيق من ذلك، فهو من ضمان البائع حتى يوفيه كالحاضر.

فرع: وإذا قلنا إنه يجوز النقد في الرباع الغائبة إذا بيعت بوصف، فإنما يجوز ذلك فيما بيعت بوصف غير البائع، فأما إذا بيعت بوصف البائع، ففي العتبية: لا يجوز ذلك. ووجهه أنه قد يزيد في الصفة ليتنفع بالثمن إلى وقت رؤية المشتري لها، ولما كان هذا الشراء معتاداً، وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد.

فصل: وقوله «ولا بأس بذلك إذا كان مضموناً موصوفاً» يريد في السلم، وهو أن يكون البيع في ذمة البائع بصفة معلومة إلى أجل معلوم، فإن ذلك الغائب الذي يجوز فيه النقد حيواناً كان أو غيره.

* * *

بيع الحيوان باللحم

١٣٣٧ - مَالِكُ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٣٣١ - أخرجه البيهقي ٢٩٧/٥، عن سعيد بن المسيب. والدارقطني ٧١/٣، عن سعيد بن المسيب. وأبو نعيم في الحلية ٣٣٤/٦، عن سهل بن سعد. البيهقي في معرفة السنن والآثار ١١١٣٩/٨. الشافعي في المسند ١٤٥/٢.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٢٠/٨: لا أعلم هذا الحديث يتصل من وجه ثابت من الوجوه عن النبي ﷺ، وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب هذا، ولا خلاف عن مالك في إرساله، إلا =

نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَّوانِ بِاللَّحْمِ.

١٣٣٨ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: مِنْ مَيْسِرِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ بَيْعُ الْحَيَّوانِ بِاللَّحْمِ بِالشَّاةِ وَالشَّاتَيْنِ.

١٣٣٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَّوانِ بِاللَّحْمِ، قَالَ أَبُو الزُّنَادِ: فَقُلْتُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: أَرَأَيْتَ رَجُلًا اشْتَرَى شَارِفًا بَعَشْرَةَ شَيْءٍ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: إِنْ كَانَ اشْتَرَاهَا لِيُنْحَرَهَا فَلَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ. قَالَ أَبُو الزُّنَادِ: وَكُلُّ مَنْ أَدْرَكَتْ مِنَ النَّاسِ يَنْهَوْنَ عَنْ بَيْعِ الْحَيَّوانِ بِاللَّحْمِ. قَالَ أَبُو الزُّنَادِ: وَكَانَ ذَلِكَ يُكْتَبُ فِي عُهُودِ الْعُمَالِ فِي زَمَانِ أَبَانَ بْنِ عُمَانَ وَهَيْشَامِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ يَنْهَوْنَ عَنْ ذَلِكَ.

الشرح: نهى ﷺ عن بيع الحيوان باللحم يقتضى تحريمه وإبطال ما وقع منه، وبه قال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء وقد قال أبو الزناد: «إن كل من أدركت كان ينهى عن ذلك» وأجاز أبو حنيفة^(١) بيع الحيوان باللحم.

والدليل على صحة ما نقوله حديث ابن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم^(*). وهذا الحديث وإن كان مرسلًا فقد وافقنا أبو حنيفة على القول بالمرسل.

= ما حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا محمد بن عبدالله بن أحمد، حدثنا أبي، حدثنا أحمد بن حماد ابن سفيان الكوفي، حدثنا يزيد بن عمرو العبدى، حدثنا يزيد بن هارون، أخبرنا مالك عن ابن شهاب، عن سهل الساعدي، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان. وهذا حديث إسناده موضوع لا يصح عن مالك، ولا أصل له في حديثه.

١٣٣٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٢٢.

١٣٣٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٢٣.

(١) قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز بيع حيوان يؤكل بلحم من جنسه؛ لأنه بيع ما هو موزون بما ليس بموزون، وهو جائز كيفما كان بشرط التعيين.

وانظر هذه المسألة في: المهذب ١/٢٧٢. بدائع الصنائع ١٨٩/٥. الفقه على المذاهب الأربعة ٢/٢٥٥. الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٦٩٧. المغنى ٤/٣٢. مغنى المحتاج ٢/٢٩. بداية المجتهد ٢/١٣٦. الدر المختار ٤/١٩٢.

(*) سبق تخريجه في الحديث رقم ١٣٣٧.

٣٦٦ كتاب البيوع

ودلينا من جهة القياس أن هذا جنس يجرى فيه الربا، والربا بيع الشيء بأصله الذى فيه منه، فلم يجر ذلك كالزيت بالزيتون والشيرج بالسمس.

مسألة: إذا قلنا إنه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان، فأما ذلك ففى اللحم النيى، وأما المطبوخ، فروى ابن المواز أن أشهب كرهه، وأجاز ابن القاسم وهو أحب إلينا.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالحيوان على ثلاثة أجناس ذوات الأربع التى هى مباحة الأكل كلها جنس، والطير كله جنس، والحيتان جنس. وأما الجراد، فروى عن مالك أنه جنس رابع، روى ذلك الشيخ أبو القاسم. وروى عنه فى المدونة أنه قال: ليست بلحم، وإنما يمنع بيع اللحم بالحيوان من جنسه، فلا يجوز بيع لحم ضأن ولا معز بشيء من الحيوان ذوات الأربع وحشيتها وإنسيها، ويجوز بيع لحم ذوات الأربع بحى الطير وحى الطير بلحم الحيتان.

قال ابن القاسم: ولم أر عند مالك تفسير حديث النبى ﷺ فى اللحم بالحيوان إلا من صنف واحد لموضع المزابنة، وذهب الشافعى إلى أنه لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ولا من غير جنسه من الطير وذوات الأربع.

والدليل على صحة ما نقوله أن ما يجرى فيه الربا يعتبر فيه الجنس كالحبوب والأثمار.

فرع: وهذا فيما كان أكله مباحا وأما ما حرم أكله، فلا يمنع من ذلك لأنه ليس مما يحل أكله، فيقال إن فيه من جنس هذا اللحم، وأما المكروه مما جرت العادة بأكله منع بيعه بلحم جنسه كالهرة والثعلب والضبع، فهذا لا يجوز بيعها بلحم ذوات الأربع لأنه مما جرت العادة للعرب بأكله مع أنه لا منفعة فيها غير اللحم، وأما الخيل والبغال والحمير، فقد قال مالك: لا بأس بها باللحم نقداً أو إلى أجل؛ لأن ذلك لم تجر العادة بأكله ولأن منافعتها المقصودة منها غير الأكل.

مسألة: وإذا كان الحيوان مما لا يقتنى، فحكمه حكم اللحم فى بيعه بالحيوان مثل طير الماء الذى لا يدخر ولا يتخذ، فإنه لا يجوز بيعه بدجاج ولا أوز، هذا مذهب ابن القاسم، وأجاز ذلك أشهب.

وجه قول ابن القاسم أنه حيوان لا يصلح اقتناؤه واتخاذها داجنا، فلم يجر بيعه بالحيوان كالكسير الذى لا يحيا.

كتاب البيوع ٣٦٧

ووجه قول أشهب أنه حيوان على الصفة التي يجيا ويتناسل عليها غالباً، فجاز بيعه بحيوان من جنسه كالداجن.

فرع: فإذا قلنا إن حكمه حكم اللحم، فما الحال التي يثبت له ذلك؟ فقال محمد: لا خير في بيع الشارف والكسير بالحي. وقال مالك: وليس كل شارف سواء، وإنما ذلك في الذى قد شارف الموت. وقال فى المدونة: وما لا منفعة فيه إلا اللحم، وأما الشارف الذى يقبل ويدبر ويرجع، فلا.

فرع: وهل يكون ما يرجى فيه صوف حكمه حكم اللحم؟ قال أشهب: ليس التيس الخصى كاللحم بخلاف الشارف والكسير. وقال ابن نافع وأصيبغ فى الموازية: إن الكبش الخصى والتيس الخصى ليس حكمهما حكم اللحم، يريد أن التيس الخصى والكبش الخصى يتخذان للسمن والزيادة فى اللحم، وحكمهما حكم الحي مع جنسه وقد قال ابن القاسم: لا خير فى لحم بشاة إلى أجل إذا لم يكن فيها منفعة للين ولا صوف وإن استحيت للسمن.

قال أصيبغ: إذا كان مثلها يقتنى بالرعى للسمن، فلا بأس بذلك فيها. وقد روى عن ابن القاسم: لا يجوز ذلك فى الكبش الخصى لأنه لا يقتنى للعجلة المقصودة، وهى فى الذكور الفحلة، وفى الإناث الدر والنسل، جازز.

ووجه الرواية الثانية أن ما ذكره من الصوف والسمن منافع فى الحيوان لا يوجد فيه إلا بعد حال حياته، فإذا كانت فيه كان حكمه حكم الحي مع الحي. وقال أشهب وأصيبغ: كانت فيه منافع أو لم تكن، فراعيا جواز حياته وإمكان بقائه، والله أعلم.

مسألة: وإذا ثبت ذلك، وقلنا إن حكم هذا الحيوان الذى لا يستحيا حكم اللحم، فإنه لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه، وهل يجوز باللحم أم لا؟ فاختلف فيه قول مالك، فمنع منه مرة، وهو قوله فى المدونة، وخففه أخرى فى كتاب محمد وغيره.

فوجه كراهيته تناول النهى عن بيع اللحم بالحيوان له لأنه حتى تعذر بقاؤه لأن حكمه حكم اللحم، فيتعذر التماثل بينه وبين اللحم الآخر. ووجه تخفيفه أنه لحم برى، فجاز بلحم آخر من جنسه يداً بيد.

فرع: وإذا قلنا إن ذلك يجوز متماتلاً، فإن التماثل يكون فيه بالتحرى لأنه لا يوصل فيه إلى معرفة التماثل إلا بالتحرى، وإنما يبنى ذلك على ثلاثة أصول، أحدها جواز بيع هذا النوع من الحيوان باللحم، والثانى جواز التحرى فى العوضين من جنس واحد مما

٣٦٨ كتاب البيوع
يحرم فيه التفاضل، والثالث صحة التحرى فى الحى، وفى كل واحد من هذه الأصول
الثلاثة الخلاف فى المذهب. والله أعلم.

* * *

بيع اللحم باللحم

اللحم الذى يعتبر فيه التساوى أو التفاضل هو اللحم على هيئته التى يستعمل عليها
فى بيع وطبخ وغير ذلك مما يشتمل عليه من عظم وغيره ما لم يكن العظم مضافا إليه
وذلك كنوى التمر حكمه حكم التمر، ما لم يكن مضافا إليه والله أعلم.

مسألة: وأما الكرش والكبد والقلب والرئة والطحال والكليتان والحلقوم والشحم
والخصيتان والرئوس والأكارع، فلا يصلح شئ من ذلك باللحم إلا مثلا بمثل، قاله ابن
القاسم فى المدونة، قال: وما علمت مالكا كره أكل الطحال ولا بأس به. وإذا ثبت
ذلك من قوله، فيجب أن يكون حكمه حكم اللحم أيضا، والله أعلم.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي لَحْمِ الإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَمَا أَشْبَهَ
ذَلِكَ مِنَ الْوَحُوشِ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَى بَعْضُهُ بِبَعْضٍ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَزَنًا بِوَزْنٍ يَدًا بِيَدٍ،
وَلَا بِأَسَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يُوزَنْ إِذَا تَحَرَّى أَنْ يَكُونَ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه الأمر المجتمع عليه عند أهل المدينة أن لحم ذوات الأربع
جنس يحرم فيه التفاضل ولحم الطير جنس آخر يحرم فيه التفاضل، ويجوز التفاضل بينه
وبين لحم ذوات الأربع، ولحم الحيتان جنس ثالث يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل، بينه
وبين الجنسين الأولين، والأمر فى الجراد على ما تقدم من اختلاف قولى مالك أحدهما
أنه جنس رابع والثانى ليس بلحم.

وقد روى فى المختصر عن أشهب: لا بأس بالجراد متفاضلا، فأخرجه بذلك عن أن
يكون مقتاتا أو مدخرًا، وإذا جاز التفاضل فيه، فإن يجوز بينه وبين غيره أولى، واختلف
قول الشافعى فمرة قال: كل جنس من الحيوان بلحمه جنس مخصوص يجوز التفاضل فيه
بينه وبين لحم غيره من الحيوان، وهو قول أبى حنيفة غير أن أبى حنيفة يجعل البخت
والغراب جنسا واحداً والبقر والجواميس جنسا واحداً والضأن والماعز جنسا واحداً.
وقال الشافعى أيضا: إن اللحوم كلها جنس واحد لحوم ذوات الأربع ولحوم الطير
ولحوم الحيتان.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٢٤.

كتاب البيوع ٣٦٩

والدليل على ما نقوله ما قدمناه من مراعاة المنافع والأغراض، وإذا كان وجه استعماله مخالفا لوجه استعمال لحكم الوحش وجب أن يكونا جنسين كلحم الحيتان. ووجه آخر، وهو أننا قد فرقنا بين أصول الأقوات وجعلناها أجناسا مختلفة لما اختلفت وجوه استعمالها، فكذلك فى مسألتنا مثله.

وقد تقدم الكلام فى نحو هذا، فىجب أن تكون الإبل والبقر والغنم جنسا واحد التقارب وجوه استعمالها ولتشاكل صورها، فإن لذلك تأثيرا فى الجنس على ما قدمناه فى أجناس الحبوب ويجب أن يكون لحم الطير مخالفا لذلك لمخالفتها فى وجه الاستعمال ومنافاتها لها فى الصورة، ولذلك فرقنا بينها وبين الحيتان، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما حكمنا له من ذلك بالجنس الواحد حرم فيه التفاضل، وما حكمنا له بالجنسين، جاز بينهما التفاضل، واعتبار التماثل فى اللحم وكل موزون من الخبز الوزن وهل يجوز ذلك بالتحرى؟.

روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية وغيرها: أن الخبز واللحم والبيض يجوز بيع بعضه ببعض تحريا دون كيل ولا وزن، ولم يميز أبو حنيفة والشافعى التحرى فى ذلك. والدليل على صحة ما نقوله أن هذا مما تدعو الحاجة إلى قسمته ومبادلته فى السفر دون الحضر وحيث لا توجد الموازين، فجاز ذلك لضرورة عدمها مع الوصول بذلك إلى التماثل.

قال القاضى أبو محمد: من أصحابنا من أجازة على الإطلاق، ومنهم من أجازة بشرط تعذر الموازين كالبوادى والأسفار. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يجوز بوجه. والدليل على ما نقوله أن التحرى فى جهة لمعرفة الموزون كالوزن لمعرفة التماثل فأشبهه الوزن.

فرع: وهذا فى الموزون دون المكيل والمعدود، وفى الواضحة عن مالك: لا يجوز فيه التفاضل من الطعام غير الأدام لما يجوز قسمته تحريا، وكذلك السمن والعسل والزيت وإنما تقسم وزنا أو كيلا مثلا بمثل.

ووجه ذلك أن ما لا يجوز التماثل فيه بالوزن، فإنه يجوز أن ينوب عنه فيه التحرى لتعذر الموازين فى كثير من الأوقات، وما يجوز فيه الكيل والعدد، فإنه يجوز فيه التحرى لا مكان ذلك فى المعدود على كل حال، وفى المكيل وإن كان بغير الكيل المعهود.

٣٧٠ كتاب البيوع

فرع: قال ابن القاسم: وإنما يجوز ذلك إذا أمكن التحرى فيه لقلته ولقربه من غير، فإما إذا تعذر التحرى فيه لكثرتة، فلا يجوز ذلك. وقد روى ابن حبيب عن مالك: أن ذلك إنما يجوز فى قليل الخبز واللحم والبيض؛ لأن التحرى يحيط به ولا خير فى كثيره إلا بالوزن.

فرع: وهل يجوز ذلك فى شاة مذبوحة كشاة مذبوحة؟ قال ابن القاسم فى المدونة: لا يتأتى ذلك فيها إلا بالتحرى، فإن كانتا بجلديهما، فلا بأس بذلك، إن كان يستطيع ذلك فيهما غير مسلوختين. قال سحنون: لا يستطيع ذلك، وقاله أصبغ، ولم يعجب محمد بن المواز قول أصبغ.

وقد روى يحيى بن يحيى المنع من ذلك لأنه لحم وجلد بلحم وجلد، وهذا ليس بصحيح لأن الجلد لحم يؤكل مسعوطا كسرا معتادا، ومنع ذلك قوم من أصحابنا لأنه لحم مغيب وهذا ليس بصحيح أيضا إذا قلنا إن الجلد لحم ولو لم نقله لكان قد رىء بعضه فى مذبحه، فإذا جوزنا ذلك، فكان يخرج منه أن هذا المقدار مما يجوز فيه التحرى.

فرع: وهل يجوز ذلك فى الحى؟ فى الواضحة لا يباع ما لا يقتنى من الوحش والطيور بجزء من صنفه إلا تحريا مثلا. مثل، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية فى الجلد يجوز التحرى فى الحى، وفى الموازية كره ابن القاسم ما لا يبيح من الطير باللحم.

قال أصبغ: لأنه حى بعد، فيحتمل أن يريد به أنه يدخله اللحم بالحيوان، وهو الأظهر، ويحتمل أن يريد به تعذر التحرى فى اللحم الحى، ويحتمل أن يريد به تعذر التحرى فيهما لاختلافهما بالحياة والموت، وقد تقدم من قول مالك أنه جوز بيع الشارف المكسور باللحم، ولم يراع شىء من ذلك.

فرع: واختلف قول مالك فى منع المجفوف والنيى بالتحرى، ففى المدونة أنه لا يجوز اللحم النيى بالقديد وإن تحرى فيه التماثل لأنه لا يبلغ التماثل فيه، وقد ذكر أنه أحازه ثم رجع وكذلك النيى بالمكمور، وكذلك اللحم المشوى بالنيى، فوجه الإباحة أنه لحم فجاز التحرى مع اختلاف حاله. أصل ذلك الحى والمذبوح.

ووجه المنع أن اختلاف ما يجب فيه التماثل بالمجفوف والرطوبة يمنع التحرى فيه كالغيب بالزبيب والرطب بالتمر.

قال مالك: وَلَا بَأْسَ بِلَحْمِ الْحَيْتَانِ بِلَحْمِ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ

كتاب البيوع ٣٧١
مِنَ الْوُحُوشِ كُلِّهَا اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ وَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ يَدًا بِيَدٍ، فَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ الْأَجَلَ،
فَلَا خَيْرَ فِيهِ.

قال مالك: وَأَرَى لُحُومَ الطَّيْرِ كُلَّهَا مُخَالَفَةً لِلْحُومِ الْأَنْعَامِ وَالْحَيْتَانِ، فَلَا أَرَى
بَأْسًا بِأَنْ يُشْتَرَى بَعْضُ ذَلِكَ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا يَدًا بِيَدٍ، وَلَا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا إِلَى
أَجَلٍ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن لحم الحيتان، وإن كان من غير جنس ذوات الأربع لما
قلناه، ويجوز بينهما التفاضل، فإنه لا يجوز بينهما الأجل خلافا لأبي حنيفة.
والدليل على ما نقوله أن كل شيتين جمعتهما علة واحدة في الربا فإنه لا يجوز بيع
أحدهما بالآخر نسا كالذهب والورق.

مسألة: وهكذا حكم اللحم بالحيوان الذي حكمه حكم اللحم كالشارف والكسير
لا يجوز بيع أحدهما بالآخر من جنسه ولا بشيء من الطعام إلى أجل، رواه عيسى عن
ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه إذا لم يكن فيه منفعة غير اللحم، فإن حكمه حكم اللحم، وهو
طعام فلا يجوز بطعام من جنسه ولا من غير جنسه إلا يداً بيد، وكان يجب على هذا أن
لا يجوز الحيوان ببعضه بعض إذا لم تكن فيه منفعة لغير اللحم إلا يداً بيد، من جنس
واحد كانا أو من جنسين، لكنه أثرت الحياة فيها لما تساوى الغرضان فيها ما أثار
التساوى في بيع الزيتون بالزيتون حبا، وإن لم يعلم أن ما فيهما من الزيت متماثل.
ولا يجب بيع الزيتون بالزيت لأنه يعلم أن ما فى الزيتون من الزيت مساو للزيت
المنفرد، ولما أثار فى ذلك التماثل، جاز أن يؤثر فى التقابض فى المجلس.

* * *

ما جاء فى ثمن الكلب

١٣٤٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١١٢/٢٠.

١٣٤٠ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢٢٣٧، الإجارة ٢٢٨٢، الطلاق ٥٣٤٦، الطب ٥٧٦١.

ومسلم فى المساقاة ١٥٦٧. والترمذى فى النكاح ١١٣٣، البيوع ١٢٧٦. والنسائى فى-

٣٧٢ كتاب البيوع

أَبْنِ هِشَامٍ، عَنْ أَبِي مَسْعُودٍ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَمَهْرِ الْبَغِيِّ، وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ^(١).

يَعْنِي بِمَهْرِ الْبَغِيِّ مَا تُعْطَاهُ الْمَرْأَةُ عَلَى الزَّانَا، وَحُلْوَانُ الْكَاهِنِ رَشْوَتُهُ، وَمَا يُعْطَى عَلَى أَنْ يَتَكَهَّنَ.

قال مالك: أَكْرَهُ ثَمَنَ الْكَلْبِ الضَّارِي وَغَيْرِ الضَّارِي لِئَنَّهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ.

الشرح: نهى ﷺ عن ثمن الكلب يحتمل أن يريد به ثمن الكلب المنهى عن اتخاذه فيتناول نهيه البائع عن أخذ ثمنه والانتفاع به وهذا يمنع نفعه، وأما الكلب المباح اتخاذه وهو كلب الماشية والحرث والصيد، فاختلف فيه قول مالك فيتأول بعض أصحابه أنه يجوز بيعه. وقال سحنون: يجوز أن يحج بثمنه. وقال ابن كنانة، وبه قال أبو حنيفة، وروى عنه القاسم أنه كره بيعه، وهى رواية الموطأ.

وجه القول الأول ما روى أبو صالح وابن سيرين عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتنى كلباً فإنه ينقص من عمله كل يوم قيراط إلا كلب غنم أو حرث أو صيد»^(٢). فأباح اتخاذ ما استثنى منها، وإذا أباح اتخاذه جاز بيعه كسائر الحيوان.

=الصيد والذبائح ٤٢٩٠، البيوع ٤٦٦٤. وأبو داود فى البيوع ٣٤٢٨، ٣٤٨١. وابن ماجه فى التجارات ٢١٥٩. وأحمد فى مسند الشاميين ١٦٦٢٢. والدارمى فى البيوع ٢٥٦٨. والبيهقى ٨/٦، عن أبى هريرة. والحاكم فى المستدرک ٣٣/٢، عن عبدالله بن عمر. والطبرانى فى الكبير ٢٦٥/١٧، عن ابن مسعود والطحاوى فى معانى الآثار ٥١/٤، عن ابن مسعود. وذكره الهيثمى فى المجمع وعزاه للطبرانى، عن ابن عازب ٨٧/٤.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٢٦/٨: وقع فى نسخة موطأ يحيى، وعن أبى مسعود الأنصارى، وهذا من الوهم البين والغلط الواضح، الذى لا يعرج على مثله. والحديث محفوظ فى جميع الموطآت، وعند رواية ابن شهاب كلهم لأبى بكر، عن أبى مسعود، وأما لابن شهاب، عن أبى مسعود فلا يلتفت إلى مثل هذا؛ لأنه من خطأ اليد، وسوء النقل، وأبو مسعود هذا اسمه عقبة بن عمرو، ويكنى أبا مسعود، أنصارى، يعرف بالبدرى؛ لأنه كان يسكن بدرًا. واختلف فى شهوده بدرًا.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٢٣، ٢٣٢٥، ٥٤٨٠، ٥٤٨١، ٥٤٨٢. مسلم حديث رقم ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦. الترمذى حديث رقم ١٤٨٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٢٨٤، ٤٢٨٥، ٤٢٨٧، ٤٢٩٠، ٤٢٩١. ابن ماجه حديث رقم ٣٢٠٤، ٣٢٠٦. أحمد =

كتاب البيوع ٣٧٣
وجه الرواية الثانية الحديث المتقدم أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب، وهذا عام فيحمل على عمومه.

فرع: فإذا قلنا بالمنع من بيع الكلب الضارى، فقد قال القاضى أبو محمد: إن أصحابنا اختلفوا فى ذلك، فمنهم من قال هذا مكروه يصح، ومنهم من قال: لا يجوز، وبه قال الشافعى، فمن قتله على الوجهين فعليه لصاحبه قيمته عند مالك. وقال الشافعى: لا قيمة عليه.

والدليل على ما نقوله أن هذا حيوان أبيح الانتفاع به، فإذا لم يجوز بيعه كان على مستهلكه قيمته كأم الولد.

فصل: وقوله ﷺ: «وعن مهر البغى» يريد ما تعطاه الزانية من استباحتها «وحلوان الكاهن» وهو ما يعطاه الكاهن لتكهنه لأنه أكل المال بالباطل ولأن التكهن محرم، وما حرم فى نفسه حرم عوضه كالخمر والخنزير.

* * *

السلف وبيع العروض بعضها ببعض

١٣٤١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ وَسَلْفٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ يَتَوَلَّى الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: آخُذْ سِلْعَتَكَ بِكَذَا عَلَى أَنْ تُسَلِّفَنِي كَذَا، فَإِنْ عَقَدَا بِيَعَهُمَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، فَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ، فَإِنْ تَرَكَ الَّذِي اشْتَرَطَ مِنْهُ، كَانَ ذَلِكَ الْبَيْعُ جَائِزًا.

=فى المسند حديث رقم ٤٤٦٥، ٤٥٣٥، ٤٩٢٥، ٥٠٥٣، ٥٢٣١، ٥٢٣٢، ٥٧٤١،

٥٨٨٩، ٦٤٠٧، ٢١٤٠٦، ٢١٤١١. الدارمى حديث رقم ٢٠٠٤، ٢٠٠٥.

١٣٤١ - قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٠/٨: وهذا الحديث محفوظ من حديث عمرو بن شعيب،

عن أبيه، عن جده، عن النبى ﷺ وهو حديث صحيح، رواه الثقات، عن عمرو بن شعيب،

وعمر بن شعيب ثقة، إذا حدث عنه ثقة، وإنما دخلت أحاديثه الداخلة من أجل رواية الضعفاء

عنه، والذى يقول: إن روايته عن أبيه، عن جده صحيفة، يقول: إنها مسموعة صحيحة، وكتاب

عبدالله بن عمرو، عن جده، عن النبى ﷺ أشهر عند أهل العلم.

الحديث أخرجه أبو داود كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده ٢٨١/٣ رقم ٣٥٠٤، عن

عبدالله بن عمر. الترمذى كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عنده ٥٢٧/٣، عن ابن عمر.

والنسائى كتاب البيوع باب سلف وبيع ٢٩٥/٧، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عند جده.

والطحاوى بمعانى الآثار ٤٦/٤، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

٣٧٤ كتاب البيوع

الشرح: ما روى أنه ﷺ نهى عن بيع وسلف لا نعلم له إسنادا صحيحا وأشبهها ما روى أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل بيع وسلف» (*). وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك وتلقى الأمة له بالقبول والعمل به يدل على صحة معناه، وذلك يقوم له مقام الإسناد.

ووجه ذلك من جهة المعنى أن الغرض أنه ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البر والمكارمة، فلا يصح أن يكون له عوض، فإن قارن فقد فرض عقد معاوضة، وكان له حصة من العوض، فيخرج من مقتضاه فبطل وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة.

ووجه آخر، وهو أنه إن كان غير موقت، فهو غير لازم للمقرض، وما نفاذه غير لازم للمقرض، وإن كان غير موقت، فهو غير لازم للمقرض، والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة كالإجارة والنكاح لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم لتنافي حكميهما.

فصل: قال مالك: «وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل، يعني ثوبا بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فإن عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز» فإن أدركت السلعة قبل أن يقبضها المبتاع أو بعد ما قبضها وقبل أن تفوت عنده، وقد غاب البائع على الثمن، فإن البيع ينقض وترد السلعة، قاله ابن حبيب وسحنون.

ويجب أن ترد البيع والسلف جميعا، وذلك أن مغيب البائع على الثمن يتم به فساد العقد لأنه قد وجد بذلك السلف الذي أفسد العقد، وما لم يوجد المعنى المفسد للعقد.

مسألة: فإن فاتت السلعة عند المشتري، ولم يقبض السلف، وكان مشروط السلف هو المبتاع، فعليه الأقل من القيمة أو الثمن، وإن كان مشروطه البائع، فله الأكثر من القيمة أو الثمن، قاله ابن حبيب وسحنون.

ووجه ذلك أن مشروط السلف حجته أن يقول: لولا ما اشترطته من السلف ما

(*) أخرجه أبو داود رقم ٣٥٠٤، ٢٨١/٣ كتاب البيوع، عن عبدالله بن عمر. النسائي ٢٨٨/٧ كتاب البيوع، باب سلف وبيع، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. الترمذي رقم ١٢٣٤، ٥٢٧/٣، عن ابن عمر. أحمد في المسند ١٧٨/٢، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. الحاكم في المستدرک ١٧/٢، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وذكره في الكنز برقم ٩٥١٠ وعزاه للسيوطي. الدارقطني ٧٥/٣، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. الطحاوي في معاني الآثار ٤٦/٤، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

رضيت بذلك الثمن وقال أصبغ في غير كتاب ابن حبيب: إن اشترط البائع السلف، فله القيمة ما لم يجاوز الثمن والسلف، وإن اشترط المبتاع السلف، فعليه الأقل ما بلغ.

مسألة: ولو كانت السلعة عند البائع أو بيد المبتاع قائمة، ولم يغب المقترض على القرض، فالمشهور من مذهب مالك أن مشترط القرض إن تركه صح البيع، وحكى الشيخ أبو بكر أن بعض المدنيين روى عن مالك أنه لا يصح البيع، وإن ترك القرض، قال: وهو القياس، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. قال الشيخ أبو بكر: ووجهه أن البيع قد فسد عقده باشتراط السلف كالبيع في الخمر والخنزير.

وقد فرق بينهما القاضى أبو إسحاق بأن من باع من رجل ثوبا بدرهم وخمرا وخنزيرا، فقال: أنا أدع الخمر، أن البيع مفسوخ عند مالك، قال: لأن مشترط السلف مخير في أخذه وتركه، ومشترط الخمر غير مخير يوازن مسألة السلف أن يقول: أبيعك الثوب بمائة دينار على أن شئت أن تزيدنى زق خمر زدتنى، وإن شئت تركته، ثم ترك زق خمر جاز البيع، ولو أخذه فسد البيع، والذي قال القاضى أبو إسحاق كلام صحيح، وذلك أن القرض مبنى على أنه متعلق باختيار المقترض والمبيع ليس معلقا على اختياره، بل يلزم مشتريه قبضه ويجبر على ذلك، وقد أنكر هذا القول عليه بعض من رأى قوله ولم يفهمه.

قال مالك: وَلَا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى الثُّوبُ مِنَ الْكُتَّانِ أَوْ الشُّطْوَى أَوْ الْقَصَبِيِّ بِالْأَنْوَابِ مِنَ الْإِتْرِيِيِّ أَوْ الْقَسِيِّ أَوْ الزِّيْقَةِ أَوْ الثُّوبِ الْهَرَوِيِّ أَوْ الْمَرَوِيِّ بِالْمَلَا حِفِّ الْيَمَانِيَّةِ وَالشُّقَائِقِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، الْوَاحِدُ بِالْأَثْنَيْنِ أَوْ الثَّلَاثَةِ يَدًا بِيَدٍ، أَوْ إِلَى أَجَلٍ، وَإِنْ كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ نَسِيئَةً، فَلَا خَيْرَ فِيهِ.

قال مالك: وَلَا يَصْلُحُ حَتَّى يَخْتَلِفَ، فَيَبِينُ اخْتِلَافَهُ، فَإِذَا أَشْبَهَ بَعْضُ ذَلِكَ بَعْضًا، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَسْمَاؤُهُ، فَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، وَذَلِكَ أَنْ يَأْخُذَ الثُّوبَيْنِ مِنَ الْهَرَوِيِّ بِالْثُّوبِ مِنَ الْمَرَوِيِّ أَوْ الْقَوْهِيِّ إِلَى أَجَلٍ أَوْ يَأْخُذَ الثُّوبَيْنِ مِنَ الْفُرْقَبِيِّ بِالْثُّوبِ مِنَ الشُّطْوَى، فَإِذَا كَانَتْ هَذِهِ الْأَجْنَاسُ عَلَى هَذِهِ الصَّفَةِ، فَلَا يُشْتَرَى مِنْهَا اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ.

٣٧٦ كتاب البيوع

قال مالك: وَلَا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَ مَا اشْتَرَيْتَ مِنْهَا قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِيَهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ
الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ إِذَا انْتَقَدْتَ ثَمَّتَهُ^(١).

الشرح: قوله: «لا بأس بالثوب من الكتان من الشطوى أو القصبى بالأثواب من
الإتريسي أو القسى أو الزيقة»^(٢) يريد أن رقيق الكتان وهى الشطوية وما أشبهها من
القصبى والفرقى والقسى لا بأس به بغليظ ثياب الكتان وهى الإتريسي وما أشبهه من
القسى والزيقة والمريسية إلى أجل.

وأصل ذلك أن ما اختلف فى جنسه من الثياب يجوز بيعه بما خالفه فى جنسه إلى
أجل، لا يجوز ذلك فيما كان من جنسه، وإنما يَختلف جنسها بالرقة والغلظ لأنها المنفعة
المقصودة منها.

وكذلك القطن رقيقه وهو المروى والهروى والقوهى والعدنى جنس مخالف لغليظه
وهى الشقائق والملاحف اليمانية الغلاظ، ذكر ذلك كله ابن القاسم فى المدونة وغيرها.

وفى الواضحة أن ثياب القطن صنف، وإن اختلفت جودتها وأثمانها وبلدانها
وكانت هذه عمائم وهذه أردية وشقق لتقارب منافعتها، قال: إلا ما كان من وشى
القطن والصنعانى والسعيدى والعصب والحبر والمشطب والمسير وشبهه، ولا بأس به
فبياض ثياب القطن متفاضلا إلى أجل، وما اختلف أيضا فى الرداءة والجودة والغلظ
والرقة فتباين وتباعد فى نفعه وجماله، فإنهما صنفان يجوز فيهما التفاضل إلى أجل
اختلاف الجنس. معنيين بالصبغ على الوجه الذى ذكره بالرقة والغلظ.

ولم يذكر الاختلاف بالصبغ، وإنما ذكره بالرقة والغلظ لأن ثياب الكتان لم تكن
هناك تستعمل على هذا الوجه، وأما ثياب الحرير فصنف، وإن اختلفت أثمانها وجودتها
وصنعته من أردية وأخمرة وغيرها، وكذلك ثياب الخز وثياب الشقيق إلا ثياب وشى
الحرير فلا بأس بها بثياب بياض الحرير واحد باثنين إلى أجل، فجعل الصنف فى الحرير
يختلف بالصبغ والبياض، ولم يذكر اختلافه بالرقة والغلظ، وثياب الحرير صنف إلا أن
يختلف فى الغلظ والرقة وثياب الصوف والمرعزاء كلها صنف، وإن اختلفت البلدان

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٤٥/٢٠.

(٢) قال عبد الملك بن حبيب: الإتريسي ثياب تعمل بقرية من قرى مصر، يقال لها: إتريب. وأما
القسى: فثياب تعمل فى القس ناحية من نواحي مصر، وأما الزيقة: فثياب تعمل بالصعيد غلاظ
ردية.

كتاب البيوع ٣٧٧
والثمن، فلا يجوز كساء مرعز بكساءين من الصوف إلى أجل ولا بالجباب ولا مسا
سارى بمصريين حتى تختلف أنواع صنفها مثل الطيقان الطرازية بالجيب المرعزية ومثل
القطن بالبسط، فيجوز متفاضلا إلى أجل، وكذلك ثياب تتباين فى الرقة، فيجوز ذلك
فيها.

مسألة: فأما صنف فى خلافه مثل ثوب كتان أو صوف أو وشى أو حرير أو خز
واحد باثنين إلى أجل، فلا بأس به، وإن تساوت فى الجمال والرقة لاختلاف أصوله،
قال ذلك كله ابن حبيب فى واضحته.

وقد غلط فى ذلك بعض من فسر الموطأ، فتأول عليه أنه جعل الكتان والقطن صنفاً
واحداً، وليس فى اللفظ ما يقتضى ذلك، والله أعلم.
وقد قال فضل فى مختصر المدونة ابن القاسم: يجعل ثياب القطن صنفاً وثياب الكتان
صنفاً آخر، وأشهب يجعلها صنفاً واحداً.

فصل: وقوله: «ولا يصلح حتى يختلف، فبين اختلافه» يريد مما تقدم من الجنس
بالرقة والغلظ، وفى بعضها بالصبيغ على الوجه المذكور. وأما إذا أشبه بعض ذلك بعضاً،
وإن اختلفت أسماءه، فلا يجوز فيه التفاضل مع الأجل مثل قولنا العدى والمروى
والهروى، فإنه قد اختلفت أسماء ذلك، ولا يجوز فيها التفاضل مع الأجل لتقارب
المنفعة التى فى معنى الجنس. ومذهب أبى حنيفة يقرب من مذهب مالك فى ذلك، وهو
قول النخعى، وجوز الشافعى التفاضل مع التساوى فى الصف الواحد، وهو قول سعيد
بن المسيب.

قال أبو الزناد: خالف الناس كلهم سعيد بن المسيب فى قوله: لا بأس بقبطية
بقبطيتين من صنف واحد إلى أجل، وقد تقدم بيان ذلك فيما تقدم من ذكر الحيوان.
وقال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى: الشطوى ما عمل بشطا، وهو من الكتان
والإتريبى ما عمل بقرية من قرى مصر، يقال لها إتريب والقسى بالقس كورة مصر،
والزيقة ما عمل بصعيد مصر، وهى ثياب غليظة، واليمانية ما كان من هذه البرود،
والصنعانى كله، والشقائق من الأبراد الصفاق الضيقة.

* * *

السُّلْفَةُ فِي الْعُرُوضِ

١٣٤٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ:

١٣٤٢ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٤٤/٨ . الشافعى فى الأم ٢٤٣/٧.

سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَرَجُلٌ يَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ سَلَفَ فِي سَبَائِبَ، فَأَرَادَ بَيْعَهَا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: تِلْكَ الْوَرِقُ بِالْوَرِقِ، وَكَرِهَ ذَلِكَ.

قال مالك: وَذَلِكَ فِيمَا نَرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْ صَاحِبِهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا مِنْهُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتَاعَهَا بِهِ، وَلَوْ أَنَّهُ بَاعَهَا مِنْ غَيْرِ الَّذِي اشْتَرَاهَا مِنْهُ، لَمْ يَكُنْ بِذَلِكَ بَاسًا^(١).

قال مالك: الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ سَلَفَ فِي رَقِيقٍ أَوْ مَاشِيَةٍ أَوْ غُرُوضٍ، فَإِذَا كَانَ كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ مَوْصُوفًا، فَسَلَفَ فِيهِ إِلَى أَجَلٍ، فَحَلَّ الْأَجَلَ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَبِيعُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ مِنَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْهُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي سَلَفَهُ فِيهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ مَا سَلَفَهُ فِيهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا فَعَلَهُ فَهُوَ الرِّبَا، صَارَ الْمُشْتَرِيَ إِنْ أُعْطِيَ الَّذِي بَاعَهُ دَنَابِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ، فَانْتَفَعَ بِهَا، فَلَمَّا حَلَّتْ عَلَيْهِ السَّلْعَةُ، وَلَمْ يَقْبِضْهَا الْمُشْتَرِيَ بَاعَهَا مِنْ صَاحِبِهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا سَلَفَهُ فِيهَا، فَصَارَ أَنْ رَدَّ إِلَيْهِ مَا سَلَفَهُ وَزَادَهُ مِنْ عِنْدِهِ^(٢).

الشرح: قوله: «عن رجل سلف في سبائب» قال مالك: السبائب^(٣)، غلائل ثمانية، فقال ابن عباس فيمن باعها قبل أن يقبضها: «ذلك الورق بالورق» وكره ذلك.

وقال مالك: إن معنى ذلك أنه أراد أن يبيعها من بائعها منه بأكثر من الثمن الذي دفع إليه فيها، فيدخله الورق بالورق متفاضلاً، ويحتمل قول مالك هذا أن يريد بيان مذهب ابن عباس، ويحتمل أن يريد به ما يحتمله اللفظ المروي في ذلك مما هو الصواب عنده.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥١/٢٠.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٧/٢٠، وقال: هذه المسألة قد أوضح مالك فيه مذهبه، وذلك على أصله في قطع الذرائع. وأما غيره من فقهاء الأمصار، فلا يجوز بيع شيء سلم فيه لأحد حتى يقبضه. ومن حججهم في هذه المسألة بعينها أنه يجوز بيع السلم من المسلم إليه فيه حديث أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال: «من سلف في شيء فلا يصرفه في غيره».

(٣) السبائب: عمائم الكتان، وغيره، وقيل شقق الكتان وغيره، وقيل الملاحف. وهي جمع سببية، وقيل: شقة من الثياب أى نوع كان.

كتاب البيوع ٣٧٩

وقد قال عيسى: سألت ابن القاسم عن ربح ما لم يضمن، فقال: ذكر مالك أنه يبيع الطعام قبل أن يستوفى؛ لأن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى^(*)، فربحه حرام. قال: وأما غير الطعام، العروض والحيوان والثياب، فإن ربحه حلال لا بأس؛ لأن بيعه قبل استيفائه حلال.

ومن كتاب محمد: أن من ربح ما لم يضمن أن يبيع لرجل شيئاً بغير أمره، ثم يبتاع منه، وهو لا يعلم بيعك بأقل من الثمن، وكذلك بيعك من ابتعت بالخيار، لا تبعه حتى تعلم البائع ويشهد أنك رضيت، فإن لم تعلمه، فربحه للبائع، وإن قلت، بعد أن اخترت: صدقت مع يمينك، وكذلك الربح.

مسألة: وأما ما خلا المطعوم، فإنه يجوز بيعه من بائعه ومن غيره قبل قبضه، سواء كان فيه حق توفية من عدد أو كيل، أو لم يكن فيه حق توفية، كالثوب المعين.

وقال أبو حنيفة: كل ما يتقل ويحول، فإنه يبيعه قبل استيفائه، وكل ما لا يتقل، ولا يحول من الدور والأرضين وما أشبهها، فإنه يجوز بيعها قبل استيفائها.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع شيء من ذلك قبل استيفائه. وتعلق شيوخنا في ذلك بأن المطعوم بالناس حاجة إليه، فكان الاحتياط فيه واجباً.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والذي عندي أنه كان المستعمل في البيع قبل استيفائه المسبب به إلى الدرهم بالدرهم حين ورود النهي، فاختص الحكم بذلك، والله أعلم.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وهذا عام، فحمل على عمومه.

ودليلنا على أبي حنيفة أن هذا ليس بمطعوم، فجاز بيعه قبل قبضه كمنافع الأعيان في الإجازات. ودليل آخر أنه إزالة ملك، فجاز قبل القبض كالتعق.

مسألة: وقول مالك: «وهو الأمر عندنا فيمن سلف رقيق أو عروض، فإن المشتري لا يبيع شيئاً من ذلك من الذي عليه بأكثر من الثمن الذي سلف فيه قبل أن يقبضه منه»، يريد ما دام في ذمته وقبل استيفائه منه؛ لأنه يكون حيث قد دفع إليه ديناراً، وأخذ منه به دينارين.

(*) تقدم تحريجه في الحديث رقم ١٣١٣.

وأما إن باعه منه بمثل الثمن الذى اشتراه به منه، أو أقل من ذلك، فإنه لا بأس به، فى بيعه بمثله يعود إلى معنى القرض، فإذا باعه بأقل من الثمن بعد من التهمة؛ لأن مثل هذا لا يفعل، لا يقصد أحد أن يسلف دينارين فى دينار واحد.

مسألة: ويجوز أن يبيعه منه بغير العين بكل ما يجوز أن يسلم فى المسلف فيه. قال فى المدونة: إن كانت ثيابا قرقبية، فلا بأس أن يبيعه قبل الأجل بثياب قطن مردوية أو هروية أو حيوان، فجعل القرقبية، وهى من رقيق الكتان من غير جنس ثياب القطن الرقيقة لاختلافها فى جنس الأصل، وسيتم بعد هذا الكلام فى هذ المسألة إن شاء الله تعالى.

قال مالك: مَنْ سَلَفَ ذَهَبًا أَوْ وَرَقًا فِي حَيَوَانَ أَوْ عُرُوضٍ إِذَا كَانَ مَوْصُوفًا إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى، ثُمَّ حَلَّ الْأَجَلَ، فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَ الْمُشْتَرِيَ تِلْكَ السَّلْعَةَ مِنَ الْبَائِعِ قَبْلَ أَنْ يَجِلَّ الْأَجَلُ أَوْ بَعْدَ مَا يَجِلُّ بَعْرُضٍ مِنَ الْعُرُوضِ يُعَجِّلُهُ وَلَا يُؤَخِّرُهُ، بِالْعَا مَا بَلَغَ ذَلِكَ الْعَرْضُ، إِلَّا الطَّعَامَ، فَإِنَّهُ لَا يَجِلُّ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ، وَلِلْمُشْتَرِيَ أَنْ يَبِيعَ تِلْكَ السَّلْعَةَ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِي ابْتَاعَهَا مِنْهُ بِذَهَبٍ أَوْ وَرَقٍ أَوْ عَرْضٍ مِنْ الْعُرُوضِ، يَقْبِضُ ذَلِكَ وَلَا يُؤَخِّرُهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَخَّرَ ذَلِكَ قَبَّحَ وَدَخَلَهُ مَا يُكْرَهُ مِنَ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ، وَالْكَالِيُّ بِالْكَالِيِّ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ دَيْنًا لَهُ عَلَى رَجُلٍ بِدَيْنٍ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ^(١).

قال مالك: وَمَنْ سَلَفَ فِي سِلْعَةٍ إِلَى أَجَلٍ، وَتِلْكَ السَّلْعَةُ مِمَّا لَا يُؤَكَّلُ وَلَا يُشْرَبُ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ يَبِيعُهَا مِمَّنْ شَاءَ بِنَقْدٍ أَوْ عَرْضٍ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهَا مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنَ الَّذِي ابْتَاعَهَا مِنْهُ إِلَّا بِعَرْضٍ يَقْبِضُهُ وَلَا يُؤَخِّرُهُ^(٢).

الشرح: قوله: «من سلف ذهبًا أو ورقًا فى حيوان، فلا بأس أن يبيعه من البائع قبل الأجل وبعده بعرض يعجله، ولا يؤخره» على ما تقدم، وذلك أنه على ثلاثة أحوال، أحدها: أن يبيعه منه قبل أن يقترقا من مجلس السلم. والثانى: بعد أن يقترقا، وقبل حلول أجل السلم. والثالث: بعد حلول أجل السلم.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥٧/٢٠ - ١٥٨.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥٨/٢٠.

كتاب البيوع ٣٨١

فأما قبل التفرق، فقد قال أشهب في المجموعة من أسلم في غير الطعام عينا أو طعاما أو عرضا، لا يعرف بعينه أو مما يعرف، ثم باعه من البائع قبل التفرق، جاز أن يبيعه منه بما شاء، وإن نقده دنانير وأخذ دراهم، وأخذ دنانير أكثر من دنانيره، ولا يجوز ذلك بعد التفرق.

وقال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أن يأخذ من جنس دنانيره أكثر، فيعلم أنه لم يقصد إعطاء دينارين، فيصح لبعده التهمة في البيع الأول والثانى، وهذا على مذهب أشهب وأما على قول ابن القاسم، فلا يجوز أن يأخذ منه أكثر من مذهبه.

مسألة: فإن كان بعد التفرق وقبل الأجل، فإنه لا يجوز إلا بما يجوز أن يسلم في الحيوان المسلم فيه، ويجوز أن يسلم فيه رأس المال، فيتحذر من الأمرين، وأما بعد الأجل، فإنما يراعى معنى واحد، وهو أن يكون رأس مال السلم لا يجوز أن يسلم فيما باعه به، وإن كان ما باعه به لا يجوز أن يسلم فيما باعه؛ لأن حكمه حكم التناجز؛ لأنه يأخذ ما باع به نقدا لا يجوز فيه التأخير، وما في ذمة المسلم إليه بمنزلة النقد، فلا يفسد ذلك من هذا الوجه إلا ما يفسد بيع النقد، وإنما يراعى ذلك في رأس المال المسلم وما قبضة ثمنه فيه لما بينهما من التأخير، والله أعلم.

مسألة: ومن شرط صحة هذا البيع القبض قبل التفرق أو ما هو في حكم ذلك؛ لأنه يدخله الأجل وبعده، فسخ دين في دين، وذلك ممنوع باتفاق.

مسألة: فإن كان ما يأخذ مما يمكن قبضه لوقته كالثوب، فلا يجوز أن يؤخره به إلا مثل ذهابه إلى البيت. وأما أن يفارقه ويطلبه، فلا يجوز ذلك لأنه يدخله فسخ دين في دين.

ووجه ذلك أنه كان له عليه حيوان مضمون في ذمته، فنقله إلى ثوب مضمون في ذمته.

فروع: وإن تفرقا قبل القبض، فسخ البيع إن عملا على ذلك أو كانا من أهل العينة، فإن لم يكونا كذلك، فليلح عليه حتى يأخذ منه حقه، قاله أشهب في كتاب محمد.

مسألة: إذا ثبت أن تعجيل القبض من شرط هذا العقد، فإن كان الثمن طعاما أو غيره، فلا يجوز أن يؤخره به إلا قدر ما يأتى فى مثله بجمال يحمله، قاله ابن القاسم وأشهب، وكذلك لو كان مما يكال فيه الأيام والشهر، لم يكن بذلك بأس إذا شرع فيه؛ لأن هذه صفة القبض المعجل، ولا يمكن أكثر من ذلك.

٣٨٢ كتاب البيوع

مسألة: وإذا أخذ من دينه سكنى دار أو زراعة أرض مأمونة أو عملاً يعمله له، فقد منع ذلك ابن القاسم وجوزه أشهب، وكلاهما روى قوله عن مالك.

وجه القول الأول أن ذمة الذى عليه الدين قد تعلقت به على الصفة التى هو عليها، فإذا عارض منه سكنى دار لم تبرأ ذمته من الدين إلا باستيفاء مدة السكنى، فانتقلت ذمته عما كانت عليه، إلا أن يكون حالها مرتقباً إن استوفيت مدة السكنى برئت.

وإن منع من ذلك مانع، رجع عليها بقيمة الدين، فصارت مشغولة على غير الوجه الذى كانت عليه مشغولة، وذلك من فسخ الدين بالدين؛ لأن معنى فسخ الدين فى الدين أن يشغل الذمة على غير ما كانت عليه مشغولة به، ولذلك قالوا: لا يجوز أن يأخذ بدينه ثمرة قد بدا صلاحها، ويتأخر جزاؤها.

ووجه قول أشهب ما احتج به من قبضه لرقبة الدار بمنزلة قبضه لمنافعها، والله أعلم.

مسألة: ومن أسلم إلى رجل فى ثوب، ثم زاده على أن يزيد فى طوله، فلا بأس بذلك إلى الأجل الأول؛ لأنه سلم بعد سلم، وسواء كان المسلم إليه حائكاً أو غيره، قاله مالك،

فإن زاده على أن يزيد فى الصفاقة والطول، فى كتاب محمد: لا يجوز ذلك؛ لأنه قد نقله إلى صفة أخرى، فاشترى الصفة الثانية بالأولى والزيادة، وإن زاده على أن يزيد فى العرض.

فصل: وقوله: «وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير البائع، بما شاء من ذهب أو ورق أو عرض» فى هذا فصلان، أحدهما: فى مراعاة ما سلم من رأس المال. والثانى: فى مراعاة ما باع من المسلم فيه.

فأما رأس المال، فلا يراعى مع بائع أجنبى، فيجوز أن يسلم دنائير، ويبيع بورق أو غير ذلك؛ لأنه لا يراعى فى البيع من زيد ما ابتاع من عمرو، كبيع النقد.

وأما المسلم فيه، فإنه يجب أن يكون ما باع به مما لا يجوز أن يسلم فى المبيع المسلم فيه، وإلا دخله الفساد؛ لأن ما يأخذه من الثمن عوض لما يبيع من المسلم فيه، ويدخل بيعها التأخير، فيفسد ذلك ما يفسد السلم.

فصل: وقوله: «يقبض ذلك ولا يؤخره؛ لأنه إذا أخره قبض، ودخله الكالى بالكالى» معنى ذلك أنه إذا أخر المسلم المبتاع منه بثمن ما باعه منه من المسلم فيه دخله الكالى

كتاب البيوع ٣٨٣
بالكالي؛ لأنه باع ما هو كالي على المتاع منه، وتبقى الذمتان مشتغلتين بالعوضين،
وذلك فاسد، كما لو تأجل العوضان على البائع والمشتري، وهذه البياعات غير جائزة
عند أبي حنيفة والشافعي؛ لأنه لا يجوز عندهما بيع ما ينقل ويحول قبل قبضه.

فصل: وقوله: «والكالي بالكالي أن يبيع الرجل ديناً على رجل بدين له على رجل
آخر» يريد ما ذكرناه من أن يبيع ديناً له على رجل من رجل آخر بعرض يؤخره عليه،
وإنما نعني بذلك أن هذا من جملة الكالي بالكالي؛ لأن هذا هو جميع ما يقع عليه
الاسم، بل يبع ثوب إلى أجل بحيوان على بائعه إلى أجل، أدخل في باب الكالي
بالكالي، والله أعلم.

مسألة: فإذا بعث دينك على رجل بثمان على غيره، لم يجز تأخيرها أيضاً إلا اليوم
واليومين فقط.

وفي كتاب محمد: ومن وليته طعاماً أو عرضاً في ذمة رجل، فلا يجوز أن يؤخره
بالثمان يوماً ولا أقل منه، وهو كالصرف. قال محمد: أو ما في الطعام أو فيما باعه من
صاحبه، فكما قال، فأما غير الطعام يبيعه ممن هو عليه، فيجوز أن يؤخره بالثمان اليوم
واليومين.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى أن الدين بالدين معفو
عن سيره، ولذلك يتأخر رأس مال السلم هذا المقدار، ويحتاط في الطعام للمنع من
بيعه قبل استيفائه، وأما فسخ الدين في الدين، فلا يعفى منه عن شيء، ولذلك افترقا،
والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ سَلَفَ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ فِي أَرْبَعَةِ أُنُوبٍ مَوْصُوفَةٍ إِلَى أَجَلٍ فَلَمَّا
حَلَّ الْأَجَلَ تَقَاضَى صَاحِبُهَا فَلَمْ يَجِدْهَا عِنْدَهُ وَوَجَدَ عِنْدَهُ ثِيَابًا دُونَهَا مِنْ صِنْفِهَا،
فَقَالَ لَهُ الَّذِي عَلَيْهِ الْأُنُوبُ: أُعْطِيكَ بِهَا ثَمَانِيَةَ أُنُوبٍ مِنْ ثِيَابِي هَذِهِ: إِنَّهُ لَا بَأْسَ
بِذَلِكَ إِذَا أَخَذَ تِلْكَ الْأُنُوبَ الَّتِي يُعْطِيهِ قَبْلَ أَنْ يَفْتَرِقَا، فَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ الْأَجَلَ،
فَإِنَّهُ لَا يَصْلُحُ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ مَحَلِّ الْأَجَلِ، فَإِنَّهُ لَا يَصْلُحُ أَيْضًا إِلَّا أَنْ يَبِيعَهُ
ثِيَابًا لَيْسَتْ مِنْ صِنْفِ الثِّيَابِ الَّتِي سَلَفَهُ فِيهَا^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٥٩/٢٠، وقال: هذا عنده من باب من سلف في قمح
قبل الأجل حاز له عنده أن يأخذها فيه شعيراً؛ لأنه تجاوز عنه. وكذلك لو سلف في شعير =

٣٨٤ كتاب البيوع

الشرح: قوله: «من سلف في أربعة أثواب موصوفة، فلا بأس أن يأخذ منه عند الأجل ثمانية أثواب من جنسها أدون منها» يقتضى أن رقيق الكتان جنس واحد، وإن اختلفت أثمانه حتى يكون للثوب منه ثمن الثوبين والأكثر لكنه من جملة الرقيق كما أن غليظه جنس مخالف لرقيقه، وإن اختلفت أثمانه، وتفاوتت، ولو اختلفت أجناسه باختلاف أثمانه لكان من الكتان أجناس كثيرة، وكذلك حكم سائر أنواع الثياب من القطن والصوف والخز والحريز، وغير ذلك، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل أدون من ثيابه، ولا أفضل لما قدمناه من أنه لا يسلم الجنس من الثياب في جنسه، ولأنه يدخله في أخذه الأدون ضع وتعجل، ويدخله في أخذه الأفضل: حط عنى الضمان وأزيدك.

فرع: وهذا في البيع. فأما القرض والمؤجل، فلا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل أدنى؛ لأنه ضع وتعجل. وأما أن يأخذ منه قبل الأجل أفضل، فجوزه ابن القاسم، ومنعه أشهب.

قال ابن القاسم: لأن له تعجيل القرض قبل الأجل، فلا حاجة به إلى أن يحط عنه الضمان بزيادة؛ لأنه قادر على أن يحطه بغير زيادة. ومذهب أشهب أنه ليس له تعجيله إلا باختيار المقرض، فلذلك منع منه.

مسألة: وإذا حل الأجل، جاز أن يأخذ منه أفضل من ثيابه وأدنى وأكثر عددًا، فإن أعطاه أفضل من ثيابه ودرهمًا أو دينارًا، فقد قال مالك: لا يجوز ذلك. ومعناه إذا كان رأس المال عينًا، لأنه إذا أخذ منه عينًا من جنس رأس المال، فقد آل أمرهما إلى عين مؤجل بعرض وعين من جنسه مؤجل.

مسألة: ولو كانت الزيادة عرضًا، جاز ذلك. وكذلك لو كان رأس مال المسلم عرضًا يجوز أن يسلم في العرض المسلم فيه، وأعطاه عند الأجل أدون من عرضه المسلم

=ففضل الذى هو عليه بأن يعطيه فيه قمحًا عند محل الأجل جاز عنده؛ لأنه أحسن إليه، وليس ذلك كله عنده بيعًا؛ لأن الشعير والقمح عنده صنف واحد، فكذلك الثياب الثمانية الدون إذا كانت من صنف الثياب الأربعة، وحنسها، ولو كان ذلك قبل محل الأجل، أو دخله الأجل كان كذلك بيعًا للقمح بالشعير من أكل البغل؛ لأنه إذا أعطاه قبل محل الأجل شعيرًا فى القمح، فقد باع منه الأجل، يفصل ما بين الشعير، والقمح، وأخذ شىء من الزيادة، أو النقصان من أجل الأجل ربا، فأما الزيادة، فهو الربا بعينه، وأما النقصان، فذلك عندهم؛ لطرح الضمان فى بقية الأجل، وهو عندهم من باب ضع، وتعجل. فهذا أصل مالك، رحمه الله فى هذا الباب.

كتاب البيوع ٣٨٥

فيه، وبعبيراً أو درهماً لجاز، لأنه يؤرول إلى حيوان وثياب ودرهم إلى أجل، وذلك جائز.

مسألة: ولو كان رأس السلم عيناً، فأخذ المسلم عند الأجل أفضل من ثيابه وزاد عيناً من جنس رأس المال لجاز ذلك؛ لأنه وإن كان فيه عين معجل، وعين مؤجل بعرض معجل، فإن العين المؤجل لما كان يسيراً ضعفت فيه التهمة، والله أعلم.

ولا يجوز عند الشافعي أن يزيد المسلم درهماً، يأخذ أفضل مما يسلم؛ لأنه يبيع لا سلم فيه قبل قبضه، وذلك غير جائز عنده، وجوز أبو حنيفة ذلك في الثياب دون المكيل والموزون، وقد تقدم ذكر ذلك كله.

فرع: فإن كانت الزيادة من المسلم إليه، فلا يفترقان قبل قبضهما لما قدمناه، وإن كانت من المسلم لفضل ما أخذ على ما كان له، جاز أن تتأخر الزيادة، رواه علي بن زياد عن مالك؛ لأنه يدخله الكالي بالكالي، ولا فسخ عين في دين، وذلك أن المسلم معجل ما ينتقل إليه، فابتاع الزيادة التي قبضها بثمن مؤخر، وذلك جائز.

مسألة: ولو لقي المسلم المسلم إليه بغير بلد السلم بعد أن حل الأجل، جاز أن يأخذ منه مثل ما له عليه، ولا يأخذ منه أرفع من ذلك، قاله ابن القاسم وأشهب في المجموعة.

قال أشهب: لأنه إذا أخذ أرفع فهي زيادة لطرح الضمان، وإذا أخذ أدون فهو وضع لتعجيل الحق.

مسألة: ولو لم يحل الأجل، فقد قال ابن القاسم: ليس له أن يأخذ منه مثل ما له، ولا أرفع، ولا أوضع.

وروى ابن عبدوس عن سحنون: أن ذلك جائز.

وجه القول الأول ما رواه ابن المواز عن ابن القاسم أنه يدخله قبل الأجل ما يدخله في أرفع وأدنى، لأن المسلم وضع المسافة ليتعجل له حقه، والمسلم إليه زادها ليزول عنه الضمان، فيدخله الوجهان، والله أعلم.

وجه قول سحنون إن أخذ المثل قبل الأجل جاز، وليس للملك تأثير إلا مثل تأثير الأجل، وكل واحد منهما إذا انفرد لم يمنع قبض المثل، فكذلك إذا اجتمعا، وقول الجمهور على ما تقدم من قول ابن القاسم.

* * *

بَيْعِ النُّحَاسِ وَالْحَدِيدِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا مِمَّا يُوزَنُ

قال مالك: الأمرُ عندنا فيما كان مما يُوزَنُ مِنْ غَيْرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ مِنَ النُّحَاسِ وَالشَّبِيهِ^(*) وَالرِّصَاصِ وَالْأَنْكِ وَالْحَدِيدِ وَالْقَضْبِ وَالتِّينِ وَالْكَرْسُفِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يُوزَنُ، فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ رِطْلُ حَدِيدٍ بِرِطْلَى حَدِيدٍ، وَرِطْلُ صُفْرِ بِرِطْلَى صُفْرِ^(١).

قال مالك: وَلَا خَيْرَ فِيهِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَ الصَّنْفَانِ مِنْ ذَلِكَ، فَبَانَ اخْتِلَافُهُمَا، فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، فَإِنْ كَانَ الصَّنْفُ مِنْهُ يُشْبَهُ الصَّنْفَ الْآخَرَ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْأَسْمِ مِثْلُ الرِّصَاصِ وَالْأَنْكِ وَالشَّبِيهِ وَالصُّفْرِ، فَإِنِّي أَكْرَهُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ.

الشرح: معنى قوله: «وذلك أن المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن كالخناء والحديد والرصاص والنحاس، فإنه يجوز فيه التفاضل يداً بيد، ويحرم فيه التفاضل مع الأجل في الجنس الواحد منه» لما قدمناه قبل هذا.

فصل: «وإن كان الصنف يشبه الصنف الآخر، وإن اختلفا في الاسم كالرصاص والآنك^(*)، فإنني أكره أن يباع منه واحد باثنين إلى أجل» يريد بالتشابه تقارب المنافع مع تقارب الصورة كالآنك والرصاص. زاد ابن بن حبيب: والقزدير، فإنه جنس واحد في هذا الباب، وكذلك الشبه والصفير والنحاس جنس واحد، والحديد لينه وذكيره جنس واحد، وإنما يختلف بالعمل، فإذا عمل الحديد سيوفاً أو سكاكين، أو النحاس أواني، فإنه يصير أصنافاً باختلاف المنافع والصور.

فصل: وقوله: «فإنني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد» لما قدمناه من أن الجنس الواحد لا يجوز بيعه ببعضه نقداً متفاضلاً في ذلك كله، إلا ما ذكره أصحابنا عن مالك في منع التفاضل في الفلوس.

واختلفوا في تأويل ذلك، فمنهم من قال: منعه على الكراهية، ومنهم من قال: منعه على التحريم.

(*) الشبه: ضرب من النحاس يقال له اللاطون.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ومايلي برقم ١٣٢٨. والصفير: النحاس المصنوع الأصفر.

(*) الآنك: القزدير. وقال الخليل: الآنك: الأسرب، والقطعة منها انكة.

وجه الكراهية أن السكة في النحاس صناعة لا تخرجه عن أصله، فلم تنقله من إباحة التفاضل إلى تحريمه كصناعته طسوتاً وأوانى.

ووجه رواية التحريم أن السكة نوع يختص بالأثمان، فوجب أن تؤثر في تحريم التفاضل كجنس الذهب والفضة، ومن نسب مالكا في هذا القول إلى المناقضة، فلم يتبين، وجه الحكم، والله أعلم.

قال مالك: وَمَا اشْتَرَيْتَ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ كُلِّهَا، فَلَا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَهُ قَبْلَ أَنْ تَقْبِضَهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ إِذَا قَبِضْتَ ثَمَنَهُ، إِذَا كُنْتَ اشْتَرَيْتَهُ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا، فَإِنْ اشْتَرَيْتَهُ جِزَافًا، فَبِعَهُ مِنْ غَيْرِ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ بِنَقْدٍ أَوْ إِلَى أَجَلٍ، وَذَلِكَ أَنْ ضَمَّانَهُ مِنْكَ إِذَا اشْتَرَيْتَهُ جِزَافًا، وَلَا يَكُونُ ضَمَّانَهُ مِنْكَ إِذَا اشْتَرَيْتَهُ وَزْنًا حَتَّى تَزِنَهُ وَتَسْتَوْفِيَهُ، وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ كُلِّهَا، وَهُوَ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا^(١).

الشرح: معنى قوله: «وذلك أن المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن كالخناء».

وقوله: «وما اشتريت من هذه الأصناف كيلاً أو وزناً، فبعه من غير بائعه إذا قبضت ثمنه» يريد أنه لا يكون لك يبيعه بثمن مؤجل ما لم تستوفه بالكيل أو الوزن كأنه، وإن كان حاضراً معيناً، فإنه من ضمان البيع حتى توفيه، فصار من الكالئ بالكالئ، وإن اشتراه جزافاً، جاز يبيعه بثمن مؤجل؛ لأنه بنفس العقد يكون فى ضمان المتباع، ولا تعلق له بضمن البائع، وهذا مذهب مالك رحمه الله، فى المبيع الحاضر الذى هو من ضمان المشتري بنفس العقد.

فأما الغائب الذى يكون من ضمان البائع [.....]^(١).

قال مالك: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِمَّا لَا يُؤْكَلُ وَلَا يُشْرَبُ مِثْلُ الْعُصْفَرِ^(*) وَالنَّوَى^(*) وَالْخَبْطِ^(*) وَالْكَتَمِ^(*) وَمَا يُشْبَهُ ذَلِكَ، أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦٣/٢٠.

(١) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

(*) العصفرة: نوار معروف، وصبغ معلوم.

(*) النوى: فنوى التمر، يرضخ بالمراضخ، فتعلقه الإبل.

(*) الخبط: هو ورق الشجر يجمع ويدق، وتعلقه الإبل.

مِنْ كُلِّ صِنْفٍ مِنْهُ اثْنَانِ بَوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ مِنْهُ اثْنَانِ بَوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، فَإِنْ اختلفَ الصنْفَانِ، فَبَانَ اخْتِلافُهُمَا، فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُمَا اثْنَانِ بَوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، وَمَا اشْتُرِيَ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ كُلِّهَا، فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُبَاعَ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى إِذَا قَبِضَ ثَمَنُهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْهُ.

قال مالك: «وكلُّ شيءٍ يَنْتَفِعُ بِهِ النَّاسُ مِنَ الْأَصْنَافِ كُلِّهَا، وَإِنْ كَانَتْ الْحَصْبَاءُ وَالْقِصَّةُ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِثْلِهِ إِلَى أَجَلٍ، فَهُوَ رَبًّا، وَوَاحِدٌ مِنْهُمَا بِمِثْلِهِ وَزِيَادَةٌ شَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ إِلَى أَجَلٍ، فَهُوَ رَبًّا.

الشرح: قوله: «إن ما ليس بمطعم ولا ثمن، فإنه يجوز بيعه بجنسه يدًا بيد، متساويًا متفاضلاً، ولا يجوز متفاضلاً إلى أجل، ويجوز التفاضل في الجنس إلى أجل» وقد تقدم ذلك.

وقوله: «وكل ما ينتفع به الناس وإن كان الحصباء والقصة، فكل واحد منهما بمثله إلى أجل رباً»^(١). وقد قال ابن حبيب: إن التراب الأبيض والتراب الأسود صنفتان، قال: وكذلك الجير والتراب الأبيض، قال: وكذلك العمدة بالصخر، والكذان بالرخام، والجندل بالحجارة، والحجارة بالحصباء، قال: فهذا كله مختلف، يجوز فيه التساوي والتفاضل إلى أجل. وقال غيره: ما استوت منافعه كالجندل بالحجارة، لم يجوز ذلك فيه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وواحد منهما بمثله، وزيادة شيء من الأشياء إلى أجل رباً» يريد أن ما كان من جنس واحد يحرم فيه التفاضل إلى أجل، فإنه لا يجوز، وإن كان ذلك الفضل من غير ذلك الجنس، وربما كان منفعة أو عملاً، فإنه لا يجوز ذلك فيه، وبالله تعالى التوفيق.

* * *

(*) الكتم: شجرة يخضب بها الشعر مع الحناء.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار: إنما جعله رباً؛ لأنه عنده سلفٌ جر منفعة اشتراطها، وازدادها على ما أعطى إلى أجلٍ في الصنف الواحد.

النَّهْيُ عَنِ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ

١٣٤٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ.

الشرح: نهى ﷺ عن بيعتين في بيععة، محمول على ظاهره من التحريم. وقال الفقهاء في معنى «بيعتين في بيععة»^(١): أن يتناول عقد البيع بيعتين، على أن لا تتم منهما

١٣٤٣ - أخرجه الترمذى رقم ١٢٣١، ٥٢٤/٣ كتاب البيوع، عن أبي هريرة. والنسائي: ٢٦٠/٧ كتاب البيوع باب بيع المنابذة، عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدرى. وأحمد ١٧٤/٢، ٤٣٢، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. والبخارى بشرح السنة ١٤٢/٨، عن أبي هريرة. والبيهقى ٣٤٢/٥، عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٢/٨: وهذا يتصل ويستند من حديث ابن عمر، وأبى هريرة، وابن مسعود، عن النبى ﷺ من وجوه صحاح، وهو حديث مشهور، عن جماعة الفقهاء، معروف غير مرفوع عند واحد منهم: حدثنا سعيد بن نصر، ويحيى بن عبدالرحمن، قالوا: حدثنا محمد بن عبدالله بن أبى دليم، قال: حدثنا محمد بن وضاح، قال: حدثنا يحيى بن معين، حدثنا هشيم، أخبرنا يونس، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبى ﷺ نهى عن بيعتين فى بيععة. وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا أحمد بن الزهير، قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا هشيم، عن يونس بن عبيد، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبى ﷺ نهى عن بيعتين فى بيععة. وحدثنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان، قالوا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة، قال: حدثنا يحيى بن أبى زائدة، عن محمد بن عمرو، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين فى بيععة. وأخبرنا محمد بن عبدالله، قال: حدثنا الميمون بن حمزة، قال: حدثنا الطحاوى، قال: حدثنا المزنى، قال: حدثنا الشافعى، قال: حدثنا الدراوردى، عن محمد بن عمرو ابن علقمة، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين فى بيععة. وأخبرنا عبدالرحمن بن مروان، قال: حدثنا أبو محمد القلزمى، قال: حدثنا ابن الجارود، قال: حدثنا عبدالله بن هاشم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، عن محمد ابن عمرو، عن أبى سلمة بن عبدالرحمن، عن أبى هريرة، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين فى بيععة. وأخبرنا إبراهيم بن شاکر، حدثنا محمد بن أحمد، حدثنا محمد بن أيوب، حدثنا أحمد ابن عمرو البزار، حدثنا الفضل بن سهل، حدثنا أسود بن عامر، قال: حدثنا شريك، عن سماك بن حرب، عن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود، عن أبيه، أن النبى ﷺ نهى عن بيعتين فى بيععة. وأخبرنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة، عن يحيى بن زكرياء، عن محمد بن عمرو، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ: من باع بيعتين فى بيععة فله أو كسهما أو الربا».

(١) يعرف هذا النوع من البيع بأن يقول: بعتك بألفين نسيئة، وبألف نقدًا، فأيهما شئت=

٣٩٠ كتاب البيوع

إلا واحدة مع لزوم العقد، فهذا هو معنى بيعتين فى بيعة، مثل أن يتبايعا هذا الثوب، وهذا الآخر بدينارين، على أن يختار أحدهما أى ذلك شاء، وقد لزمهما ذلك، أو لزم أحدهما، فهذا يوصف بأنه بيعتان؛ لأنه قد عقد بيعة فى الثوب الذى بالدينارين وبيعة أخرى فى الثوب الذى بالدينار، ولم تجمعهما صفقة؛ لأنه لا يتم البيع فيهما، ويوصف بأنه فى بيعة؛ لأنه إحدى البيعتين، فمثل هذا لا يجوز، سواء كان ذلك بنقد واحد أو نقدين مختلفين خلافاً لعبد العزيز بن أبى سلمة فى تجويزه ذلك بالنقد الواحد.

والدليل على ما نقوله من نهيه ﷺ عن بيعتين فى بيعة، ونهيه يقتضى فساد المنهى عنه.

ومن جهة المعنى ما احتج به مالك من أنه يقدر عليه أنه قد أخذهما بالدينارين، ثم تركه، وأخذ الثانى، ودفع دينارين، فصار إلى أن باع ثوباً وديناراً بثوب ودينارين.

مسألة: وأما إن كان ذلك بثمن واحد، مثل أن يبيعه أحدهما هذين الثوبين، يختار أيهما شاء بدينار، وقد لزمهما ذلك، أو لزم البائع، فحقيقة المذهب الجواز.

وفى كتاب محمد، قال مالك: لا خير فيه.

قال محمد: ومكرهه ذلك أن يختلف الثوبان، كانا من صنف واحد أو من صنفين، اتفق الثمن أو اختلف.

ومعنى ذلك إذا كانا من صنفين، فأما إذا كانا من صنف، فإن كان بينهما تفاضل يسير، فهذا لا يكاد يسلم منه كل ثوبين، وإن كان بينهما تفاوت فى الجودة، فهذا الذى ذهب إليه مالك، وبه قال فى كتاب محمد: إن كانت السلعتان مما يجوز أن تسلم إحداها فى الأخرى، لم يجوز ذلك على إلزام إحداها، فهذا يقتضى أنه إذا كانت إحداها من الخيل السابقة أو من رقيق الثياب، والثانية من حواشى الخيل وغليظ

=أخذت به. وله تأويل آخر بأن يقول: بعثك منزلى، على أن تبيعنى فرسك. وقال الشافعية والحنابلة: إن هذا العقد باطل، لأنه من بيع الفرر بسبب الجهالة، لأنه لم يجزم البائع ببيع واحد فأشبهه ما لو قال: بعثك هذا أو هذا؛ ولأن الثمن مجهول فلم يصح البيع بالرقم المجهول. وقال الحنفية: البيع فاسد، لأن الثمن مجهول لما فيه من تعليق وإبهام دون أن يستقر الثمن على شىء. ولو رفع الإبهام وقبل على إحدى الصورتين، صح العقد.

وانظر هذه المسألة فى: المغنى ٤/٢٣٤. معنى المحتاج ٢/٣١. رد المحتار ٤/٣٠. الفقه الإسلامى وأدلته ٤/٤٧٢. بداية المجهتد ٢/١٥٣. المهذب ١/٢٦٧.

كتاب البيوع ٣٩١

الثياب لم يجز؛ لأن هذا مما تسلم إحداهما في الأخرى، إلا أن مثل هذا لا يكاد يقع على وجه التحبير؛ لأن واحد يعلم أن الأفضل هو لخيار المشتري، إلا أن يريد بذلك أن يكونا جميعاً من الكتان، ويكون أحدهما شقة، والآخر ثوباً مفصلاً، بحيث تختلف فيهما الأغراض، فقد يأخذ الأدون المشتري لغرضه فيه، ويأخذ الأجود لفضله، فيدخل هذا الغرر.

فرق: فإذا قلنا بجواز ذلك، وهو الأظهر، فما الذى يخرج هذا عن أن يكون من بيعتين فى بيعة، يحتتمل ذلك وجهين، أحدهما: أن يكون من بيعتين فى بيعة، ولكنه مخصوص بالدليل لتعريه من الغرر.

والثانى: أنه ليس من بيعتين فى بيعة؛ لأن معنى بيعتين فى بيعة أن تكون كل واحدة من البيعتين مقصودة لجنسها، مختصة كل واحدة منهما بغرض غير غرض الأخرى، وذلك موجود إذا اختلف الثمنان، أو اختلف المبيعان للجنس، أو لتباين الجودة التى لا يتساوى معها الثمن فيها.

فإذا تساوى الثمنان، وتساوت الجودة أو تقاربت تقارباً يكون فى معنى التساوى، فإنه لا تختص كل واحدة من البيعتين بغرض، فلم تكن بيعة، ولذلك لا يقال لمن اشترى قفيز حنطة من صبرة أنه من باب بيعتين فى بيعة، ولا يبيع كسرة.

ولا خلاف فى المذهب أنه يجوز أن يشتري عشرة أكبش يختارها من عشرين كبشاً معينة، وإن كنا لا نشك أنه لا يكاد أن يتفق تساويهما، ولكنه يتقارب كثير منها مع تساوى الغرض فيها أو تقاربه، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ما قلناه، فمن اشترى أحد ثوبين على أن يختار من أحدهما، فقبضهما على أن يختار، فإن له أن يختار مدة ما ضربا لذلك، فإن هلك أحدهما أو أصابه، عيب، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن يختار أو بعده.

فإن كان ذلك قبل أن يختار، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: الهالك المعيب بينهما، والسالم بينهما.

وقال ابن القاسم: يضمن نصف التالف منهما، وأنكر ذلك ابن حبيب، وقال: بل يضمن جميع ثمنه، قال: وقاله لى من كاشفته من أصحاب مالك. وقال أشهب فى النوادر: وإذا غاب على الثوبين، فهو ضامن لهما، وأما فى العبدین، فلا ضمان عليه فى الهالك، ويلزمه الباقي، والذى عنه فى المدونة: أن له أن يأخذ الباقي أو يردّه.

٣٩٢ كتاب البيوع

وجه قول مالك وابن القاسم أنه قبضهما على وجه الاختيار، فلم يضمن إلا بقدر ما له فيهما من جهة الغرر، ألا ترى أنه لو كان له قبل رجل دينار، فدفع إليه ثلاثة دنانير ليراهما، ويأخذ واحدا منها، فضاغت، فإنه لا يضمن إلا واحداً منها.

ووجه قول ابن حبيب ما احتج به من أنه أخذ كل واحد من الثياب بالخيار، فإذا لم تقم بينة بضياعه، وجب أن يضمنه، ألا ترى أنه لو اشترى ثوبين على أنه بالخيار إن شاء أخذ أحدهما، وإن شاء ردهما، فضاغ الثوبان أو أحدهما، فإن قول ابن القاسم أنه يضمن ما ضاع منهما.

وفرق ابن القاسم بينهما أنه إذا ابتاع الثوبين على أنه بالخيار، فقد تناولها البيع أو أحدهما على وجه واحد، فوجب أن يضمنهما، وإذا اشترى أحدهما على أن يختاره من ثوبين، فإن الشراء تناول أحدهما، وقبض الآخر على وجه الأمانة المحضة، فلم يضمنه.

مسألة: ومن كان له على رجل دينار، فأعطاه ثلاثة دنانير ليزنها، ويأخذ منها واحداً، فضاغت، روى ابن حبيب عن أصحاب مالك، أنه لا يضمن إلا واحداً منها، وذلك إذالم يشك أن فيها وازناً.

فأما ما إذا جهل ذلك، وضاغت قبل الوزن، فلا يضمن شيئاً منها، ويحلف أنه ما علم أن فيها وازناً. وفي المدونة، فيمن كان له على رجل دينار، فيعطيه ثلاثة دنانير، يختار أحدها، فيذكر أنه تلف أحدها: أنه يكون شريكاً.

قال سحنون: ومعنى ذلك أنه لم يعرف تلفه إلا بقوله لمعنى رواية ابن حبيب: أنه لا يضمن إذا لم يعرف أن فيها ما يكون وفاء لحقه؛ لم يقبضه على الاستيفاء، فإذا عرف أن فيها وفاء لحقه، ضمن منها بقدر حقه؛ لأن الباقي إنما دفع إليه على وجه التبرع والوديعة المحضة، بخلاف من اشترى ثوباً بالخيار من ثوبين، فإن حقه متعلق بكلا الثوبين حتى يختار، وعلى ذلك قبضه، وليس كذلك من كان له على رجل دينار، فدفع إليه ثلاثة دنانير ليستوفى منها حقه، فإنه لم يكن استحقاق عليه أن يدفع إليه غير دينار واحد فيه وفاء عن حقه.

وجه قول سحنون أيضاً أنه إنما قبضه ليختار، فإذا قامت بينة بضياعه، فلا ضمان عليه كسلعة أخذها بشراء الخيار لربها، وإن لم تقم بينة بضياعها ضمنها؛ لأن قبضها لمنفعة نفسه، وهو مما يغاب عليه.

كتاب البيوع ٣٩٣
مسألة: وإذا قلنا إن من ابتاع ثوبًا بالخيار من ثوبين، فضاغ أحدهما، أن عليه نصف
ثمنه، فهل يكون له أن يأخذ الباقي بالثمن أو يرده، قال ابن القاسم في المدونة عن
مالك، في الثوب: له أن يرد الباقي.

وقال ابن القاسم: وللمشتري أن يأخذ الباقي في أيام الخيار، وما قرب منها. وروى
ابن المواز عن مالك: أن عليه نصف المعيب إن دخل أحدهما عيب، ونصف الباقي في
السالم.

وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية: إن تلف أحدهما؛ فله رد الباقي، وغرم
نصف ثمن التالف، وإن أراد إمساك الباقي، فليس له إلا نصفه، إلا أن يرضى البائع
بذلك.

وجه قول المدونة أنه لم يتقدم اختياره، وهو في مدة الاختيار، جاز له أن يختار
الباقي، فيضمن الأول لما قبضه للاختيار، وغاب عليه، وله أن يرده فيكون اختياره متعلقًا
بالتالف؛ لأنه لما تلف قبل اختياره، لم يضمن جميعه بالثمن، ولا يجوز له أن يختار بعد
مدة الخيار الباقي؛ لأن اختياره في غير مدة الاختيار.

ووجه رواية ابن المواز ما احتج به ابن القاسم أنه قد لزم نصف الثوب التالف، فلا
يكون له أن يختار الثوب الباقي، فيصير إليه ثوب ونصف، وإنما ابتاع ثوبًا واحدًا.

فرع: فإذا قلنا يضمن التالف، قال ابن القاسم: يضمن نصفه بنصف الثمن. وقال
أشهب في النوادر: إن أخذ الباقي كان عليه بالثمن والتالف بالقيمة، وإن رده، فالتالف
عليه بالأقل من الثمن أو القيمة.

فصل: ولو قال المبتاع: إنما ضاع أحدهما بعد أن اخترت الباقي، فالقول قوله،
ويحلف ولا شيء عليه، في التالف، قاله أصبغ في كتاب محمد.

ووجه ذلك أنه مؤتمن على الاختيار، ولم أشهد على اختياره أحد الثوبين بغير محضر
البائع، ثم ادعى هلاك الثاني.

قال ابن حبيب: ابن القاسم لا يضمنه، ومن سواه من أصحاب مالك يضمنه، وهو
الصواب.

قال الشيخ أبو محمد: هكذا في كتاب ابن حبيب، فإن كان يريد أنه يختار أحدهما،
فهو قول ابن القاسم، وإن كان يريد أنه يختارهما أو يردهما، فليس بقول ابن القاسم.

٣٩٤ كتاب البيوع

١٣٤٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَجُلٍ: ابْتَعْ لِي هَذَا الْبَعِيرَ بِنَقْدٍ حَتَّى أَبْتَاعَهُ مِنْكَ إِلَى أَجَلٍ، فَسُئِلَ عَنْ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، فَكَرِهَهُ وَنَهَى عَنْهُ.

الشرح: قوله: «ابتع لي هذا البعير بنقد» فابتاعه منه إلى أجل، أدخله في باب بيعتين في بيعة، ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة أنه انعقد بينهما أن المتباع للبعير بالنقد، إنما يشريه على أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من ذلك الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع، تضمن بيعتين إحداهما الأولى، وهي بالنقد، والثانية المؤجلة، وفيها مع ذلك بيع ما ليس عنده؛ لأن المتباع بالنقد قد باع من المتباع بالأجل البعير قبل أن يملكه، وفيها سلف بزيادة، لأنه يتباع له البعير بعشرة على أن يبيعه منه بعشرين إلى أجل، يتضمن ذلك أنه سلفه عشرة في عشرين إلى أجل، وهذه كلها معان تمنع جواز البيع، والعينة فيها أظهر من سائرهما، والله أعلم.

وقال عيسى: سألت ابن القاسم عن تفسير بيعتين في بيعة، فقال: بيعتان في بيعة أكثر من أن يبلغ ذلك بتفسير، وأصل بينى عليه، ومما يعرف به مكروههما أن يتبايعا بأمرين إن فسخت أحدهما في الآخر كان حراماً، وإن فسخت أحدهما في الآخر كان غرراً.

قال عيسى: فالأول أن يبيعه سلعة بدينار نقداً أو بدينارين إلى أجل، فهذا إن فسخت أحدهما في الآخر كان حراماً. والثاني أن يبيعه سلعة بشوب أو شاة، فهذا إن فسخت أحدهما في الآخر كان غرراً، فإن وقع ذلك فسخ، إلا أن يفوت عند المتباع، فتجب فيه القيمة.

مسألة: وإن وقع ما ذكره من أن يتفقا على أن يتباع له البعير، فيبيعه منه، روى عيسى عن ابن القاسم: إن باعه منه بمثل الثمن الذي ابتاعه به، فلا بأس به؛ لأنه أسلفه الثمن، ولا خير في أن يبيعه منه بأكثر مما ابتاعه، ويفسخ البيع إلا أن تفوت السلعة، فيكون لبائعه قيمتها نقداً أو بما ابتاعها، هذا المشهور من المذهب.

وروى ابن القاسم عن مالك أنها تلزمه الاثنا عشر، ولا يفسخ البيع؛ لأن المأمور كان ضامناً للسلعة.

١٣٤٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٣٠، وقال: هذا الحديث عند مالك فيه وجهان: أحدهما: العينة، وقد تقدم تفسيرها بمثل هذا الحديث عند مالك، عن ابن شهاب، وغيره. والثاني: أنه من باب بيعتين في بيعة؛ لأنها صفقة جمعت بيعتين، أصلها البيعة الأولى.

كتاب البيوع ٣٩٥

قال ابن القاسم: وأحب إلى لو تورع عن أخذ ما ازداد. وقال عيسى: وأحب إلى أن يفسخ، إلا أن تفوت، فتكون فيها القيمة لبايعها، والله أعلم.

١٣٤٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى سِلْعَةً بِعَشْرَةِ دَنَائِيرٍ نَقْدًا أَوْ بِخَمْسَةِ عَشَرَ دِينَارًا إِلَى أَجَلٍ، فَكَّرَهُ ذَلِكَ وَنَهَى عَنْهُ.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ ابْتَاعَ سِلْعَةً مِنْ رَجُلٍ بِعَشْرَةِ دَنَائِيرٍ نَقْدًا أَوْ بِخَمْسَةِ عَشَرَ دِينَارًا إِلَى أَجَلٍ، قَدْ وَجِبَتْ لِلْمُشْتَرِي بِأَحَدِ الثَّمَنِ: إِنَّهُ لَا يَنْبَغِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَخَّرَ الْعَشْرَةَ كَانَتْ خَمْسَةَ عَشَرَ إِلَى أَجَلٍ، وَإِنْ نَقَدَ الْعَشْرَةَ كَانَ إِنَّمَا اشْتَرَى بِهَا الْخَمْسَةَ عَشَرَ الَّتِي إِلَى أَجَلٍ.

الشرح: وهذا على ما قاله أنه إذا اختلف الثمنان، واختلف البيعتان بالنقد والتأجيل، فقد وضح أنهما بيعتان تضمنتهما بيعة، وذلك يمنع صحة العقد، وقد دللنا على أنه لا يجوز ذلك مع اختلاف الثمن فقط، فبأن لا يجوز مع اختلاف الثمن واختلافهما بالنقد والأجل أولى.

وفسر ذلك مالك^(١) بأن من له الخيار منهما إن أنفذ البيع بعشرة نقدًا، فقد أخذ ذلك بخمسة عشر مؤجلة يتركها، وإن أنفذ البيع بخمسة عشر مؤجلة، فقد أخذها بعشرة نقدًا تركها، ولا يجوز ذلك، وهذا إنما هو من باب الذريعة لتجوز أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولاً إنفاذ ذلك العقد بأحد الثمنين، ثم بدا له، فلم يظهر ذلك، وعدل إلى الآخر، وهذا مما لا يكاد أن يسلم منه مع الترجيح في أفضل الأمرين، وحاجتهما إليها أو إلى أحدهما، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وقد وجبت للمشتري بأحد الثمنين» يقتضى أن ذلك علة الفساد. وقد حكى ابن المواز عن مالك أنه لزم ذلك المشتري لخيار البائع، أو البائع لخيار المشتري في أحد الثمنين أو رد السلعة، فهو بيعتين في بيعة، قال: ولو كان كل واحد منهما بالخيار، لجاز ذلك، وإن اختلف صنف الثوبين أو اتفقا إذا اختلف الثمنان أو اتفقا.

١٣٤٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٣١.

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ١٧٥/٢٠: قد فسر مالك مذهبه في معنى النهي عن بيعتين في بيعة واحدة وأن ذلك عنده على ثلاثة أوجه: أحدها: العينة. والثاني: أنه يدخله مع الطعام من جنس واحد متفاضلاً. والثالث: أنه من بيوع الغرر، ونحو ذلك.

٣٩٦ كتاب البيوع

ووجه ذلك أنه لم ينعقد بينهما شيء، وهما على ما كانا عليه قبل أن يأخذ في ذلك في أن كل واحد منهما بالخيار.

ووجه آخر، وهو أن هذه حال المساومة، وللرجل أن يساوم الآخر في عدد سلع مختلفة الأجناس والأثمان.

مسألة: فإن أتى البائع بلفظ الإيجاب لم يثبت التخيير في ذلك إلا بالتصريح به، وأما إذا قال له: خذ هذا الثوب إن شئت بدينار، أو هذه الشاة بدينار، ولم يزد على ذلك، لم يجز؛ لأنه قد ألزم البيع في أحدهما بغير خيار، فهو إيجاب فاسد، قاله مالك.

وروى أشهب عن مالك جواز ذلك. قال محمد: رواية أشهب الأولى عن مالك أصح، وهي رواية ابن وهب وابن القاسم عن مالك.

وكذلك لو قال له المشتري: قد أخذت لكان قبولا فاسداً؛ لاستناده إلى الإيجاب الفاسد ولتعديه من معنى التخيير والمساومة، قال معنى ذلك كله، محمد، وبينه في التفسير عيسى عن ابن القاسم، قال: ولفظ الإيجاب أن يقول له: خذها بكذا وكذا، أو يقول له: هي لك بكذا، قال عيسى: وكذلك أعطيتها بكذا، أو بعثتها بكذا، وأما إذا لم يتلفظ بإيجاب، وإنما تلفظ بلفظ المساومة مثل أن يقول: أنا أبيع هذا الثوب بدينار، وأبيع هذا الآخر بدينارين، أو يقول له المشتري: بكم سلعتك هذه، فيقول: بدينار نقداً، فيقول له: وبكم تبيعها إلى أجل، فيقول: بدينارين، فاشترى بأحدهما، لم يكن بذلك بأس.

مسألة: ويجوز أن يفترقا على أنهما بالخيار، أو على أن أحدهما بالخيار، أو على أن البيع قد لزمهما مع تساوى الثوبين والتمنين على أن الاختيار لأحدهما، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: لا يجوز أن يفترقا إلا على ثمن معلوم.

والدليل على ما نقوله أن الثمن معلوم، ودخول الاختيار في أحد الثوبين لا تأثير له في الثمن، وإنما يعود لعدم تعيين المبيع، وذلك يمنع صحة العقد كما لو اشترى منه قفيز قمح من جملة صبرة فيها أقفزة.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ سِلْعَةً بِدِينَارٍ نَقْدًا أَوْ بِشَاةٍ مَوْصُوفَةٍ إِلَى أَجَلٍ، قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ بِأَحَدِ الثَّمَنِ: إِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ لَا يَنْبَغِي؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَدْ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَهَذَا مِنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: أَشْتَرِي مِنْكَ هَذِهِ الْعَجْوَةَ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا أَوْ الصَّيْحَانِيَّ عَشْرَةَ أَصْوُعٍ أَوْ الْحِنْطَةَ الْمَحْمُولَةَ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا أَوْ الشَّامِيَّةَ عَشْرَةَ أَصْوُعٍ بَدِينَارٍ، قَدْ وَجِبَتْ لِي إِحْدَاهُمَا: إِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ لَا يَحِلُّ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ أُوجِبَ لَهُ عَشْرَةَ أَصْوُعٍ صَيْحَانِيًّا، فَهُوَ يَدْعُهَا، وَيَأْخُذُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا مِنَ الْعَجْوَةِ أَوْ تَجِبُ عَلَيْهِ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا مِنَ الْحِنْطَةِ الْمَحْمُولَةِ فَيَدْعُهَا، وَيَأْخُذُ عَشْرَةَ أَصْوُعٍ مِنَ الشَّامِيَّةِ، فَهَذَا أَيْضًا مَكْرُوهٌ لَا يَحِلُّ، وَهُوَ أَيْضًا يُشْبِهُ مَا نَهَى عَنْهُ مِنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَهُوَ أَيْضًا مِمَّا نَهَى عَنْهُ أَنْ يُبَاعَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ مِنَ الطَّعَامِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ.

الشرح: قوله: «من باع من رجل سلعة بدینار نقدًا أو بشاة موصوفة إلى أجل وذلك مكروه من بيعتين في بيعَةٍ» على ما تقدم؛ لأن الثمنين قد اختلفا في الجنس والقدر، وإن اختلفا في الأجل والنقد، ولو اختلفا بأحدهما لفسد العقد، ومتى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر المقصود أو بالنقد والتأجيل، فهو من بيعتين في بيعَةٍ الذي نهى رسول الله ﷺ عنه.

فصل: وقوله: «في الذي يشتري العجوة خمسة عشر صاعًا أو الصيحاني عشرة أصوع: إن ذلك مكروه» على ما قدمناه من أن اختلاف جنس أحد العوضين يمنع صحة العقد، فلما كان أحد التمرين صيحيانًا وعشرة أصوع، والآخر عجوة وخمسة عشر صاعًا، دخله الفساد من وجهين، من جهة القدر المقصود، ومن جهة الجنس.

ولو كان مع ذلك المطعوم من جنس واحد، وقدر واحد، فيقول له: ابتع هذه الصبرة عشرة أصوع بدینار، وعقدًا بيعهما على ذلك، لم يجز، رواه ابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك أنه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه يجوز عليه أنه قد رضی بأحدهما، ثم انتقل عنه إلى الآخر، فباع الأول قبل استيفائه الثاني.

مسألة: ولو لم يكن فيه حق استيفاء، فقد قال مالك، فيمن باع من رجل تمر حائطه على أن يختار منه البائع ثلاث نخلات: إن ذلك جائز، ومنع منه ابن القاسم.

فصل: وقوله: «وقد يشبه ما نهى عنه من بيعتين في بيعَةٍ» قد تقدم القول فيه. وقال

٣٩٨ كتاب البيوع

عيسى بن دينار عن ابن القاسم: وأما شرطان في شرط، بأن يقول الرجل للرجل: احمل كتابي هذا إلى بلد كذا، فإن بلغته في يومين، فلك كذا، وإن تأخرت عن ذلك، فلك كذا الأقل منه، فهذان شرطان في شرط، وهو من بيعتين في بيعة، وقاله أصبغ.

* * *

بَيْعُ الْغَرَرِ

١٣٤٦ - مَالِك، عَنْ أَبِي حَازِمٍ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ.

قال مالك: وَمِنَ الْغَرَرِ وَالْمُخَاطَرَةِ أَنْ يَعْمِدَ الرَّجُلُ قَدْ ضَلَّتْ دَابَّتُهُ أَوْ أَبَقَ غَلَامُهُ وَتَمَنُّ الشَّيْءِ مِنْ ذَلِكَ خَمْسُونَ دِينَارًا، فَيَقُولُ رَجُلٌ: أَنَا آخِذُهُ مِنْكَ بِعِشْرِينَ دِينَارًا، فَإِنْ وَجَدَهُ الْمُبْتَاعُ ذَهَبَ مِنَ الْبَائِعِ ثَلَاثُونَ دِينَارًا، وَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ذَهَبَ الْبَائِعُ مِنَ الْمُبْتَاعِ بِعِشْرِينَ دِينَارًا.

قال مالك: وَفِي ذَلِكَ عَيْبٌ آخَرٌ إِنَّ تِلْكَ الضَّالَّةَ إِنْ وَجِدَتْ لَمْ يُدْرَ أَزَادَتْ أَمْ نَقَصَتْ أَمْ مَا حَدَّثَ بِهَا مِنَ الْعُيُوبِ، فَهَذَا أَعْظَمُ الْمُخَاطَرَةِ.

١٣٤٦ - أخرجه أبو داود برقم ٣٣٧٦ ٢٥٢/٣ كتاب البيوع، عن أبي هريرة. والترمذي برقم ١٢٣٠، ٥٢٣/٣ كتاب البيوع باب كراهية بيع الغرر، عن أبي هريرة. وابن ماجه ٢١٩٤، ٧٣٩/٢ كتاب التجارات، عن أبي هريرة. وأحمد ١٤٤/٢، عن ابن عمر. وابن أبي شيبة ١٣٢/٦، عن أبي هريرة. والدارقطني ١٥/٣، عن ابن عباس. وذكره في المجمع ٨٠/٤، عن سهل وعزاه للطبراني. والبيهقي ٣٣٨/٥، عن سعيد بن المسيب. والطبراني في الكبير ١٥٤/١١، عن ابن عباس. وأبو نعيم في الحلية ٩٤/٧، عن ابن عمر. والبغوي بشرح السنة ١٣١/٨، عن سعيد بن المسيب.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٣٥/٨: هكذا هذا الحديث في الموطأ بهذا الإسناد مرسل، لم تختلف الرواة عن مالك فيه فيما علمت، وقد روى فيه أبو حذافة، عن مالك إسنادا منكرا، عن نافع، عن ابن عمر: حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا الحسن بن علي المطرزي، حدثنا أحمد بن الحسن بن هارون، حدثنا أبو حذافة، حدثنا مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر. وقال ابن عبد البر: هذا منكر الإسناد لا يصح، والصحيح فيه عن مالك، ما في الموطأ، عن أبي حازم، عن سعيد مرسلا، وهو حديث متصل ويستند من حديث أبي هريرة بنقل الثقات الأثبات.

كتاب البيوع ٣٩٩

الشرح: نهيه ﷺ عن بيع الغرر، يقتضى فساد، ومعنى بيع الغرر والله أعلم، ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر، فهذا الذى لا خلاف فى المنع منه.

وأما يسير الغرر، فإنه لا يؤثر فى فساد عقد بيع، فإنه لا يكاد يخلو عقد منه، وإنما يختلف العلماء فى فساد أعيان العقود لاختلافهما فيه من الغرر، وهل هو من حيز الكثير الذى يمنع الصحة أو من حيز القليل الذى لا يمنعها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه من جهة العقد وال عوض والأجل. فأما المبيع والتمن؛ فإن يكون أحدهما مجهول الصفة حين العقد كإحدى الأجنه واشتراطها.

قال مالك: لا خير فى بيع الرمكة على أنها عقوق، وكذلك الغنم والإبل، إلا أن يقول إنها عقوق، ولا يشترط، ذكره ابن المواز.

وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب: يجوز ذلك، وفى القول الأول أنه غير مقدور على تسليمه حين استحقاق التسليم كالعبد الآبق والجمل الشارد السلم فى ثمر حائط بعينه، وما يشبه ذلك سوى الإبل المهملة فى الرعى.

فإن رآها المتباع، قال مالك: لا يجوز ذلك. قال ابن القاسم، فى كتاب محمد: وكذلك المهارات والفلاء الصغار بالبراءة، وهى كبيع الآبق. وروى أصبغ عن ابن القاسم: لا تباع الإبل الصغار، وما لا يوجد إلا بالإرهاق، وعلل ذلك بأنه لا يدري متى يوجد، وعلل ذلك ابن القاسم بأن أحدهما خطر.

وزاد فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم: أنه لا يدري ما فيها فى العيوب، قال: كبيع الغائب بغير صفة، وأنكر هذا أصبغ، وقال: إنما يكره لصعوبة أخذها، ولولا ذلك لجاز، ولكن بيع الغائب وغيره بالبراءة مما لا يعلم، جائزاً.

وقال ابن حبيب: لا يجوز ذلك، يبعث بالبراءة أو بغير البراءة.

فرع: إذا ثبت منع هذا البيع، فالمبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المتباع، قاله ابن القاسم. قال ابن حبيب: فإن فاتت عند المتباع، فعليه قيمتها يوم قبضها.

ووجه ذلك أن ما منع من بيعه الغرر، وما يخاف من تعذر قبضه، فإنه من البائع وإنما يضمه المتباع بالقبض كالآبق.

٤٠٠ كتاب البيوع

مسألة: وقد يكون مقدورًا على تسليمه، ويكون الغرر فيه من أجل حاله كالعبد أو غيره من الحيوان لمرض يمرض يخاف منه الموت.

قال ابن حبيب: هو من الغرر، ويفسخ البيع ما لم يفت بيد المتباع، فتكون عليه قيمته يوم قبضه.

مسألة: ومن الجهالة في الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها، ولو قال له: بعك إياها بما شئت، ثم سخط ما أرسل إليه، قال ابن القاسم: إن أعطاه القيمة، لزمه ذلك. قال محمد: معناه إن فات وإن لم يفت رد؛ لأن هذا لا يجوز في هبة الثواب. وجه قول ابن القاسم أن ظاهر أمره المكارمة، وتعلق ذلك باختيار المتباع، فأشبهه هذا الثواب.

ووجه قول محمد اعتبارا بلفظ البيع، ولذلك فرق بينه وبين التلفظ بالهبة للثواب، فجعل للفظ تأثيراً في ذلك، والله أعلم.

مسألة: ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته، روى ابن المواز عن أشهب: لا أحب ذلك، ولا أفسخه إن وقع. وقال أصبغ: هو حرام؛ لأن حياته مجهولة، ويفسخ. وقال ابن القاسم، عن مالك: لا يجوز إذا قال: على أن ينفق عليه حياته.

مسألة: وأما الغرر من جهة العقد، فمثل البيعتين في بيعة، لأنه لا يدري أى العوضين ابتاع أو باع، ومن ذلك بيع الحصاة، وهو من بيوع الجاهلية تكون حصاة بيد البائع، فإذا سقطت وجب البيع، ومن ذلك بيع العربان.

مسألة: وأما تعلق الغرر بالأجل، فإن يكون مجهولاً أو بعيداً فأما المجهول، فمثل أن يكون إلى موت ميسرة أو إلى أن يبيع المبيع، وما أشبه ذلك.

وأما البيع من أهل الأسواق على التقاضى، وقد عرفوا أن قدر ذلك الشهر ونحوه، فحوزه مالك. قال الشيخ أبو محمد: معنى ذلك فيما جرى بينهم تقاضيه مقطوعاً.

قال مالك: وإن تأخر بعد ما عرف وجه التقاضى، أغرم ذلك.

وأما البعد، فكره ابن القاسم البيع إلى أجل بعيد عشرين سنة أو أكثر، ولا يفسخه إلا مثل الثمانين والتسعين، ولا بأس به إلى عشرين سنة، وإنما أشرت إلى كل باب من ذلك بإشارة يسيرة، وهو مستوعب في كتاب الاستيفاء، وبالله التوفيق.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ مِنَ الْمُخَاطَرَةِ وَالْغَرَرِ اشْتِرَاءَ مَا فِي بَطُونِ الْإِنَاثِ مِنَ النِّسَاءِ وَالذَّوَابِّ لِأَنَّهُ لَا يُدْرَى أَيُّخْرُجُ أَمْ لَا يُخْرُجُ، فَإِنْ خَرَجَ لَمْ يُدْرَ أَيُّكُونُ حَسَنًا أَمْ قَبِيحًا، أَمْ تَامًا أَمْ نَاقِصًا، أَمْ ذَكَرًا أَمْ أُنْثَى، وَذَلِكَ كُلُّهُ يَتَفَاضَلُ إِنْ كَانَ عَلَى كَذَا فَقِيَمَتُهُ كَذَا، وَإِنْ كَانَ عَلَى كَذَا فَقِيَمَتُهُ كَذَا^(١).

الشرح: قوله: «أن من المخاطرة بيع ما فى بطون الإناث من النساء والدواب» فالأصل فى ذلك نهى النبى ﷺ عن المضامين والملاقيح^(٢). قال جماعة من أصحابنا: المضامين ما فى بطون الإناث، والملاقيح ما فى ظهور الذكور. وقال ابن حبيب: المضامين ما فى ظهور الفحول والملاقيح ما فى بطون الإناث.

ووجهه من جهة المعنى ما احتج به من أنه مجهول الصفة متعذر التسليم، وأحد الأمرين يفسد العقد، وإفسادهما إذا اجتمعا أو أكد.

مسألة: فإن وقع فى ذلك بيع نقض ما لم يخرج الجنين، ويقبضه المبتاع، ويفوت عنده، فإن فات عنده، فعليه قيمته يوم القبض، فإن كان من بنى آدم على البائع والمشتري جمعهما فى ملك واحد.

ووجه ذلك أنه بيع فاسد، فلا يفوت إلا بالتغير بعد القبض، فلزم المبتاع قيمته يوم حكم بقبضه، ولا يجوز التفرقة بين الأم وولدها الصغير فى الملك، فيجبران على جمعهما فى ملك واحد، إما بأن يبتاع أحدهما من الآخر، وإلا يباعا عليهما، وبالله التوفيق.

قال مالك: وَلَا يَنْبَغِي بَيْعُ الْإِنَاثِ وَأَسْتِثْنَاءُ مَا فِي بَطُونِهَا، وَذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ ثَمَنُ شَاتِي الْغَزِيرَةِ ثَلَاثَةُ دَنَانِيرٍ، فَهِيَ لَكَ بِدَيْنَارَيْنِ، وَلِىَ مَا فِي بَطْنِهَا، فَهَذَا مَكْرُوهٌ لِأَنَّهُ غَرَرٌ وَمُخَاطَرَةٌ.

الشرح: أما قوله: «أنه لا يبيع الرجل شاته الحامل، ويستثنى جنينها» فعلى ما قاله. فأما على قولنا إن المستثنى من المبيع مبيع معه، ثم يخرج بالاستثناء من جملة، فظاهر؛

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨٦/٢٠، وقال: هذا مالا خلاف فيه وقد اتفق العلماء على أن بيع ما فى بطون الإناث لا يجوز؛ لأنه غرر وخطر، ومجهول. وقد نهى رسول الله ﷺ فى نهيته عن بيع الغرر، وعن بيع الملامسة، وعن بيع الحصى، وعن بيع جبل الحبله. وهذا كله بيع ما لا يتأمل، وبيع ما لا يرى ويجهل.

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٣٣٦.

٤٠٢ كتاب البيوع

لأنه مجهول الصفة على ما قدمنا، فإذا تناوله البيع، فسد البيع. ووجهه أن الجملة المريئة إذا استثنى مجهول متناهى الجهالة، أثر ذلك فى باقى الجملة جهالة، تمنع صحة عقد البيع عليها.

قال مالك: وَلَا يَحِلُّ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ، وَلَا الْجُلْجُلَانِ^(*) بِدُهْنِ الْجُلْجُلَانِ، وَلَا الزُّبْدِ بِالسَّمْنِ؛ لِأَنَّ الْمُرَابَنَةَ تَدْخُلُهُ، وَلِأَنَّ الَّذِي يَشْتَرِي الْحَبَّ وَمَا أَشْبَهَهُ بِشَيْءٍ مُسَمًّى مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهُ لَا يَدْرِي أَيَخْرُجُ مِنْهُ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرُ، فَهَذَا غَرَرٌ وَمُخَاطَرَةٌ.

قال مالك: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا اشْتِرَاءُ حَبِّ الْبَانَ بِالسَّلِيخَةِ^(*)، فَذَلِكَ غَرَرٌ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَخْرُجُ مِنْ حَبِّ الْبَانَ هُوَ السَّلِيخَةُ، وَلَا بَأْسَ بِحَبِّ الْبَانَ بِالْبَانَ الْمُطَيَّبِ؛ لِأَنَّ الْبَانَ الْمُطَيَّبَ قَدْ طَيَّبَ وَنُشَّ وَتَحَوَّلَ عَنْ حَالِ السَّلِيخَةِ^(١).

الشرح: قوله: «لا يحل بيع الزيتون بالزيت» لما احتج به من أنه من المزابنة، وذلك بيع الشيء بما يخرج منه؛ لأن المقدار الذى يخرج منه مجهول، وهو مما يعتبر فيه التساوى لتحريم الربا فيه، وإنما قال: «لأنه لا يدري أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر، فهذا غرر ومخاطرة» يريد أنه لا يجوز أن يعطى أحدهما، الأكثر مما لا يشك فى أنه أكثر لما يأخذ منه، فيخرج بذلك عن المخاطرة والمقامرة، لأنه يدخله نوع آخر من الفساد، وهو التفاضل فيما يحرم فيه التفاضل، فلا بد من أن يتحرى التساوى فيهما، ولا يصح التحرى فيه؛ لأنه لا يعلم أنه يخرج من هذا الزيتون أقل من الزيت الآخر أو أكثر؛ لأن مثل هذا لا يبلغ بتحرى الزيتون، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ومن ذلك اشتراء حب البان بالسليخة» لأن الذى يخرج من حب لبان هو السليخة.

قال عيسى: السليخة هى عصارة حب البان، وهو الزيت الذى يخرج منه، فمنع حب البان بما يخرج منه، وإن كانا مما لا يحرم فيه التفاضل، ولذلك لا يجوز بيع الكنان بالغزل جزافاً، أحدهما جزافاً، وإن كان يداً بيد، ولا شىء مما لا يحرم فيه التفاضل

(*) الجلجلان: هو السمسم فى قشره قبل حصاده.

(*) السليخة: دهن ثمر البان.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨٨/٢٠.

كتاب البيوع ٤٠٣
بعضه ببعض جزافاً مع تجويز التساوى والتفاضل، قاله مالك. قال محمد: وهذا فيما يتقارب، فأما لو دفع رطل صوف بعشرة أرتال مغزولة يداً بيد؛ لجاز.

فصل: وقوله: «ولا بأس بحب البان بالبان المطيب؛ لأن المطيب قد طيب ونش، وتحول عن السليخة». قال عيسى بن دينار: والنش هو التطيب، جعل النش فى البان صنعة يخرج بها عن جنس السليخة التى ليست بمطيبة؛ لأن هذا نهاية الصناعة فيها، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً مِنْ رَجُلٍ عَلَى أَنَّهُ لَا نُقْصَانَ عَلَى الْمُبْتَاعِ إِنْ ذَلِكَ بَيْعٌ غَيْرُ جَائِزٍ، وَهُوَ مِنَ الْمُخَاطَرَةِ، وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ كَأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ بِرِبْحٍ إِنْ كَانَ فِي تِلْكَ السِّلْعَةِ، وَإِنْ بَاعَ بِرَأْسِ الْمَالِ أَوْ بِنُقْصَانٍ فَلَا شَيْءَ لَهُ وَذَهَبَ عِنَاؤُهُ بَاطِلًا، فَهَذَا لَا يَصْلُحُ، وَلِلْمُبْتَاعِ فِي هَذَا أُجْرَةٌ بِمَقْدَارِ مَا عَالَجَ مِنْ ذَلِكَ، وَمَا كَانَ فِي تِلْكَ السِّلْعَةِ مِنْ نُقْصَانٍ أَوْ رِبْحٍ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ وَعَلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إِذَا فَاتَتِ السِّلْعَةُ وَيَبَعَتْ، فَإِنْ لَمْ تَفُتْ فَسِيخُ الْبَيْعِ بَيْنَهُمَا.

قال مالك: فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبت بيعها ثم يندم المشتري فيقول للبائع: ضع عني، فيأبى البائع، ويقول: بع فلا نقصان عليك، فهذا لا بأس به لأنه ليس من المخاطرة، وإنما هو شيء وضعه له، وليس على ذلك عقداً بيعهما، وذلك الذى عليه الأمر عندنا.

الشرح: قوله: «لا يجوز أن يبيع الرجل من رجل سلعة، على أنه لا نقصان على المبتاع» لما ذكره من وجه الغرر؛ لأنه استأجره على بيعه بربح إن كان فيه، ولا يدرى قدره ولا جنسه، وإن لم يكن فيه ربح، فلا شيء له، وقد كره مالك أن يبيع من الرجل السلعة على أنه إن وجد قضاها، وإن مات قبل أن يجد، فهو فى حل.

قال ابن القاسم: هو حرام ويرد، فإن فاتت السلعة بقيمتها يوم قبضها، ومعنى ذلك أنه زاد فى ثمنها للجهل بالأجل، ولما فيه من تعليق القضاء بالوجود.

فصل: وقوله: «وللمبتاع فى هذا أجره بقدر ما عالج من ذلك، وللبائع الزيادة والنقص إن فاتت السلعة» يريد أنه يحمل على ما يؤول إليه أمرهما من الإجارة، فإن فاتت السلعة يبيع المبتاع لها، فللذى باعها منه الثمن كان أقل من قيمتها أو أكثر،

٤٠٤ كتاب البيوع

وكان للمبتاع أجره ما حاول من بيعها، وغير ذلك من حفظها إن كان له أجره، وإن وجدت السلعة بيد المبتاع لم تفت، فسخ البيع، فيما يحتمل أن يريد يوجد بيد المبتاع لم يدخلها ما يغير صفتها على ما تقدم من قول ابن القاسم والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإن ندم مشتري سلعة، وسأل الوضعية، فيقول البائع: بع ولا نقصان عليك، فهذا لا بأس به» يريد لأن العقد قد سلم أولاً مما يفسده ابتداءً. وقد قال مالك في كتاب ابن مزين: وذلك لازم.

ووجه ذلك أنه قد حملة بما غره به على بيع سلعته، فوجب أن يلزمه ما التزم له بذلك.

مسألة: ولو قال ذلك البائع، والسلعة بائرة، فأراد المبتاع حملها على وجه السوق لما أمن النقصان، قال عيسى عن ابن القاسم: ليس له أن يبيعها، إلا على وجه البيع. ووجه ذلك أنه إنما أباح له البيع المعتاد على وجه الاجتهاد، وطلب زيادة الثمن، فليس له الخروج عنه إلى ما يكثر به النقصان.

فرع: فإن باع حين البيع، فزعم أنه نقص من الثمن ما أنكره صاحبه، قال عيسى: يصدق، ويوضع عنه ذلك، إلا أن يأتي بأمر منكر يعلم به كذبه، وأنه حابى فى البيع، فيلزمه غرم ما قصر به عن ثمنها.

وقال ابن نافع: لا يقبل قوله، إلا ببينة تعرف ما باع، إلا أن يدعى من ذلك شيئاً يعرف أهل تلك الصناعة أنها تباع بمثل ذلك، فيحلف على ما زعم ويصدق.

* * *

المُلاَمَسَة وَالْمُنَابَذَة

١٣٤٧ - مالك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، وَعَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ

١٣٤٧ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٤٦. والترمذى فى البيوع ١٣١٠. والنسائى فى البيوع ٤٥٠٧، ٤٥١١، ٤٥١٥. وابن ماجه فى التجارات ٢١٦٩. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٨٧١٣، ٢٧٦١٩، ٢٧٢٤٥، ٩٧٩٥، ٩٨٦٨، ١٠٠٦٤، ١٠٣٧١، ١٠٤٦٥.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٨/٨: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جماعة رواه بهذا الإسناد، وقد روى فيه مسلم بن خالد عن مالك إسناداً آخر محفوظاً أيضاً، من حديث ابن شهاب وإن كان غير معروف لمالك.

الأعرج، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة.

قال مالك: والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين ما فيه أو يمتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه، والمنابذة أن يندب الرجل إلى الرجل ثوبه ويندب الآخر إليه ثوبه على غير تأمل منهما، ويقول: كل واحد منهما هذا بهذا، فهذا الذي نهى عنه من الملامسة والمنابذة.

الشرح: نهى ﷺ عن بيع الملامسة والمنابذة يقتضى فساد، وإنما سمي بيع ملامسة ومنابذة؛ لأنه لا حظ له من النظر والمعرفة لصفاته إلا لمسه أو أن يكون بيد صاحبه حتى يندبه إليه، واللمس لا يعرف به المتاع ما يحتاج إلى معرفته من صفات المبيع الذى يختلف ثمنه باختلافها ويتفاوت.

ومعنى ذلك أن البيع انعقد على هذا الشرط، وأما لو أمكنه البائع من تقليبه والنظر إليه، ولم يشترط عليه الامتناع من ذلك، فاقتنع المتاع بلمسه، فإنه لا يكون بيع ملامسة، لا يمنع ذلك صحة العقد، وإنما يمنعه ما قدمناه والله أعلم.

وقد قال فى كتاب محمد: من باع ثوباً مدرجاً فى جرابه، فوصفه له وكان على أن ينشره، فذلك جائز بنشره قبل البيع أو بعده.

قال مالك فى السَّاجِ المُدْرَجِ فى جِرَابِهِ أو الثَّوبِ القُبْطِيِّ المُدْرَجِ فى طِيِّهِ: إنه لا يجوز بيعهما حتى يُنْشَرَا، ويُنْظَرَ إلى ما فى أجوافيهما، وذلك أن بيعهما من بيع الغرر، وهو من الملامسة^(١).

قال مالك: وبيع الأعدال على البرنامج مخالفاً لبيع السَّاجِ فى جِرَابِهِ والثَّوبِ فى طِيِّهِ وما أشبه ذلك، فرق بين ذلك الأمر المعمول به ومعرفة ذلك فى صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه، وأنه لم يزل من يبيع الناس الجائزة والتجارة بينهم التى لا يرون بها بأساً؛ لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر، وليس يشبه الملامسة.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨٨/٢٠، وقال: بيع الثوب فى طيه دون أن ينظر إليه، فلا يجوز عند الجميع، لأنه فى معنى بيع الملامسة؛ لأنه لا يرى فيه إلا طاقة واحدة، فإن عرف ذرعه فى طوله، وعرضه، ونظر إلى شىء منه، فاشترى عليه كان ذلك جائزاً، فإن خالف كان ذلك عيناً كسائر العيون، إن شاء قام به، وإن شاء رضيه.

٤٠٦ كتاب البيوع

الشرح: وهذا على ما قال أن الثوب المدرج في جرابه كالساج وما أشبهه مما يصاب بغلاف أو جراب يكون فيه، فلا يظهر شيء منه أو الثوب القبطى الذى درج على طيه، وإن ظهر ظاهره، فإنه لا يجوز بيعهما بالصفة، قاله ابن المواز عن مالك، ويخالف ذلك بيع الأعدال على البرنامج بأن بيعها على ذلك جائز.

قال ابن حبيب: لكثرة ثياب الأعدال، وعظم المؤنة فى فتحها ونشرها، ويصح الفرق بينهما من وجهين، أحدهما: أن يكون الساج المدرج فى جرابه والثوب القبطى المدرج فى طيه يمنع المتباع من نشرهما، ولا يوصفان له بصفتهما، وإنما يشتري كل واحد منهما على ما هو عليه دون صفة يلزمها البائع وبيع الأعدال على البرنامج بيعها على ما تضمنه البرنامج من صفتها المستوعبة لما يحتاج إلى معرفة من صفاتها التى تختلف الأثمان والأعراض باختلافها، فلذلك جاز بيع الأعدال على البرنامج؛ لأنه بيع على صفة، ولم يجر بيع الساج فى الجراب والقبطى المطوى؛ لأنه بيع على غير صفة ولا رؤية.

مسألة: ولو كان على الصفة ومنع الرؤية، فقد ذكر ابن سحنون فى رده على الشافعى: أن الصفة تنوب عن ذلك، واحتج بحديث أبى هريرة فى النهى عن بيع السلع لا ينظرون إليها ولا يجربون عنها.

وروى ابن سحنون أن حبيباً سأل أباه عن ابتاع مائة شاة أو مائتين أيجس جميعها، فقال: لا بد من ذلك إلا أن يجس اثنين أو ثلاثة، ثم يقول للبائع: إن ما لم أجد مثل ما جسدت، فيكون كالبيع على الصفة، وهذا يحتمل أن يكون قد رأى جميعها، وتواصفا السمن فقط.

وفى كتاب ابن المواز فيمن باعكم أخفاف أو بز، فلا بأس أن ينظر منها إلى اثنين أو ثلاثة، يريد بعد أن يعلم عددها، فهذه غير مرئية على أنه يحتمل أن تكون مسألة سحنون، ومسألة ابن المواز، لم يكن ذلك بشرط.

وظاهر قول سحنون يقتضى الشرط، وإلا فهو وفاق، والله أعلم.

والوجه الثانى أن الأعدال تلحق المشقة والمؤنة بإعادتها إلى حالها، ولا يكون ذلك فى غالب الحال إلا بالأجرة، وصانع يتولى ذلك والسائمون يتكررون، وليس كل من يسوم، وينظر إلى المتباع دون شد وإعادة إلى الحال الأولى تغييره، وتذهب بجماله، وتنقص من ثمنه.

كتاب البيوع ٤٠٧

فإن ترك دون أن يعاد إلى الشد تغير، وإن أعيد إلى الشد بعد رؤية كل مساوم له، وربما تكرر ذلك وطال، لحقت بذلك مشقة وعظمت المؤنة والنفقة، فلهذه الضرورة جاز أن تقوم الصفة، مقام رؤية المبتاع والنظر إليه، وليس كذلك الثوب المدرج فى جرابه، وأن إخراج منه ونظره إليه، ورده فيه، ليست فيه مشقة، ولما جرت العادة أن يعمل ذلك بأجرة، فلا تلحق فيه نفقة.

وإن طال ذلك وتكرر، فلم يجوز أن ينتقل عن بيعه على الرؤية إلى بيعة على الصفة لغير ضرورة؛ لأنه ليس فى ذلك غرض غير مجرد الغرر، وذلك جائز يمنع صحة العقد، وذلك بمنزلة أن يبيع رجل من رجل ثوباً بيده لا مضرة فى نشره وتقليبه على الصفة دون الرؤية لم يجوز ذلك؛ لأنه لا يجوز الانتقال من الرؤية إلى الصفة، إلا لضرورة، والله أعلم.

* * *

بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْبَزِّ يَشْتَرِيهِ الرَّجُلُ بِلَدِّهِ، ثُمَّ يَقْدَمُ بِهِ بَلَدًا آخَرَ فَيَبِيعُهُ مُرَابِحَةً، إِنَّهُ لَا يُحْسَبُ فِيهِ أَجْرُ السَّمَاوِيَّةِ، وَلَا أَجْرُ الطِّيِّ، وَلَا الشَّدُّ، وَلَا النَّفَقَةُ، وَلَا كِرَاءُ بَيْتٍ، فَأَمَّا كِرَاءُ الْبَزِّ فِي حُمْلَانِهِ، فَإِنَّهُ يُحْسَبُ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ وَلَا يُحْسَبُ فِيهِ رِبْحٌ إِلَّا أَنْ يُعْلَمَ الْبَائِعُ مَنْ يُسَاوِمُهُ بِذَلِكَ كُلِّهِ، فَإِنْ رِبْحُوهُ عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ، فَلَا بَأْسَ بِهِ.

قال مالك: فَأَمَّا الْقِصَارَةُ وَالْحِيَاظَةُ وَالصَّبَاغُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْبَزِّ يُحْسَبُ فِيهِ الرَّبْحُ كَمَا يُحْسَبُ فِي الْبَزِّ، فَإِنْ بَاعَ الْبَزُّ وَلَمْ يُبَيِّنْ شَيْئًا مِمَّا سَمَّيْتُ، إِنَّهُ لَا يُحْسَبُ لَهُ فِيهِ رِبْحٌ، فَإِنْ فَاتَ الْبَزُّ، فَإِنَّ الْكِرَاءَ يُحْسَبُ وَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ رِبْحٌ، فَإِنْ لَمْ يَفْتِ الْبَزُّ، فَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنْ يَفْرَضِيَا عَلَى شَيْءٍ مِمَّا يَحْجُوزُ بَيْنَهُمَا^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٣٣٤، وقال: هذا كله لمن باع مرابحة للعشرة: أحد عشر، أو للدینار: درهم أو نحو ذلك. ومن باع سلعة على أن الربح فى جميع ثمنها كلا، فإنه يحسب فيها ما كان لدنانيره فى عين السلعة، كالصبغ، والخياطة، والقصارة، وله أن يعرفه بكل =

٤٠٨ كتاب البيوع

الشرح: قوله: «أن من قدم بمتاع، فباعه مراجعة، لا يحسب فيه أجر السماسرة، ولا أجر الطي، ولا الشد، ولا النفقة، ولا كراء بيت» يريد بأجر السماسرة من كلفه شراء المتاع، وكذلك أجر طيه وشدّه أعدالاً ونفقة التأجير وكراء بيته.

قال ابن حبيب: وكراء ركوبه لا يحسب شيء من ذلك في ثمن المتاع أن يبين، وذلك بأن يقول: قامت علىّ بكذا، ولو بين، وقال: لا يبيع مراجعة، إلا أن أعدها في الثمن، وأخذ له ربحاً؛ لجاز ذلك.

فصل: «وأما كراء البز في حمله، فإنه يحسب في أصل الثمن، ولا يحسب فيه ربح إلا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله» يريد أن حمل البز من بلد ابتاعه إلى بلد يبعه مما يحسب في ثمنه ولا يجعل له حصة من الربح فيما باع للعشرة أحد عشر، وهذا حكم نفقة الرقيق في ذلك إلا أن يبين ذلك، فيكون على ما شرط وذلك جائز.

فصل: وقوله: «القصاراة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك» قال في الواضحة: والقتل والكماد والتطوية. وقال غيره: والطراز، فهو بمنزلة البز، يحسب له الربح كما يحسب للبز، فجعل ذلك على ثلاثة أقسام، قسم لا يحسب في رأس المال، ولا يقسم له من الربح، وقسم يحسب في رأس المال، ولا يقسم له من الربح، وقسم يحسب في رأس المال، ويقسم له من الربح.

فرق: والفرق بينهما أن ما ليس له عين قائمة، فهو على ضربين، ضرب: لا يتخذ بسبب البز غالباً، وإنما جرت العادة أن يتخذ لغيره ككراء بيت ونفقة المتاع وكراء ركوبه، وضرب: جرت عادة المتاع أن يباشره بنفسه، ولا يستتبع فيه غالباً بأجرة كأجرة السمسار، وهو أن يستأجره على أن يتاع له المتاع، وعلى أن يطويه له، ويشده له؛ لأن هذا مما جرت العادة أن يفعله التاجر لنفسه، فالعوض عنه داخل من ربح رأس المال.

فإن استأجره، وهو من ينوب عنه في ذلك، لم يلزم المتاع ذلك كما لو باشره بنفسه، فأراد أن يحسب في الثمن أجرته، وكذلك نفقته وكراء بيته؛ لأن العادة جارية أن يخزنه التاجر في بيت سكناه، فإنما يعامل على المعتاد، فلذلك لم يحسب في شيء من ذلك ثمنه، ولا ربحه.

=ما قامت عليه السلعة من كراء، فأخذه السمسار، وطي، وشد، ونحو ذلك، فإن رضى فأخذ السلعة على ذلك، وأرجحه عليه طاب ذلك له.

وأما ما ليست له عين قائمة، ولكنه أمر يختص بالمبيع، وعادته أن لا يكون ذلك، إلا بأجرة ككراء حمله ونفقة الرقيق، فهذا يحسب في الثمن، ولا حظ له في الربح؛ لأنه ليست له في المبيع عين قائمة.

وأما ما له عين قائمة في المبيع كالثقارة والخياطة والصبغ والطراز، فهذا يحسب في الثمن، وله حظه من الربح لما كانت له عين قائمة كنفس المتاع، وقد قال أبو محمد: فإن كان المتاع مما يعلم أنه لا يشتري إلا بواسطة أو سمسار، والعادة جارية بذلك، فيحسب من رأس المال، ولا يحسب له ربح؛ لأنه ليست له عين قائمة.

قال: وأما أكثر المنازل، فإن كان أكثرها ليسكن فيها، ويأوى إليها، فالمتاع تبع ولا يحسب كما لا تحسب النفقة على نفسه، وإن كان أكثره ليحز في المتاع، ولولا ذلك لم يحتج إليه، فإنه يحسب بغير ربح، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإن باع البز، ولم يبين شيئاً مما سميت أنه لا يحسب فيه ربح، وفات البز، فإن الكراء يحسب، ولا يحسب له ربح، وإن لم يفت فسخ بيعهما، إلا أن يتراضيا على شيء» يريد أنه إنما يحمل على ما قاله مع الإبهام، فإن لم يفت فسخ ذلك بينهما؛ لأن المبيع لم يفت والبائع يقول: لا أبيع إلا بما سميت من الثمن والربح، والمتاع يقول: لا أحسب في رأس المال شيئاً لم تجر به العادة، ولا أجعل حظاً من الربح لما لا حظ له منه، فيفسخ ذلك بينهما، أو يتفقا على أمر يجوز من أمر يرضى أحدهما بما شاء الآخر، أو بغير ذلك، ولو رضى البائع بحظ ما لا يلزم من الربح والثمن، لزم ذلك المتاع، قاله سحنون في كتاب ابنه.

مسألة: فإن فاتت، فقد قال مالك: يحسب له على ما تقدم ذكره. وقال سحنون في كتاب ابنه: على المتاع القيمة، إلا أن يكون أكثر من الثمن الأول، فلا يزداد أو أقل من الثمن بعد طرح ما ذكرنا، فلا ينقص.

وجه قول مالك أن هذا لم يصرح بالكذب، ولا في لفظه أنه اعتمده، وإنما أبهم لفظه، ولذلك حكم في الشرع بيرده إليه مع الفوات؛ لأن ذلك حكمه اللازم، فذلك أحق به من القيمة، وإذا لم تفت كان له أن يمتنع منه لاحتمال لفظه، وليس كذلك الزيادة في الثمن، فإنه تصريح بالكذب، ولم يأت بلفظ له عرف في الشرع وحكم يختص به، فيرد إليه، فلذلك رد في الفوات إلى القيمة.

وجه القول الثاني أن هذا قد أظهر من الثمن ما لم يثبت له بالعقد، فرد إلى القيمة كما لو زاد في الثمن.

٤١٠ كتاب البيوع

مسألة: والزيادة فى البيع على المراجعة على وجهين، أحدهما: أن تكون زيادة مضافة إليه. والثانى: أن تكون الزيادة من نمائه. فأما الزيادة المضافة، فقد تقدم ذكرها. وأما الزيادة بالنماء، فعلى ضربين، زيادة فى العين، وزيادة فى القيمة.

فأما الزيادة فى العين، فمثل سمن الحيوان وولادته وإثمار الشجر، ونبات الصوف على الغنم، وحدوث اللبن فى الأنعام، واستغلال كراء الدور والأرضين والرقيق. فأما السمن، فلم أر فيه نصًّا لأصحابنا، وعندى أنه إن لم تقترن به حوالة أسواق، ويمضى من طول الزمان ما لا يخلو من حوالة الأسواق، فإنه يجوز بيعه مراجعة، ويحتمل على منعه بيع المراجعة لزيادة القيمة، أن يمنع أيضًا ذلك، والله أعلم.

مسألة: وأما الولادة، فقد قال ابن سحنون فى الذى يشتري الجارية، فتلد عنده، فيبيعه مراجعة، ولا يبين أن للمبتاع الرد أو التماسك، وحجته أن أسواقها قد حالت عند البائع، ولم يبين.

ومعنى ذلك أن بيع المراجعة لا يجوز عند مالك وأصحابه فيما قد حالت أسواقه إلا بعد أن يبين ذلك، فإن بقيت السلعة عند المبتاع حتى حالت أسواقها، لم يكن له أن يبيع مراجعة حتى يبين ذلك، والأمة إذا بقيت عند المبتاع حتى ولدت، فقد بقيت مدة حالت فيها أسواقها، وذلك يمنع بيع المراجعة.

وقد قال سحنون فى الذى يبتاع غنمًا، فتلد عنده لا يبيع حتى يبين؛ لأن الأسواق إلى أن تلد تحول، سواء باعها بولدها أو بغير ولدها.

وقال ابن القاسم فى المدونة: إن ولدت الغنم عنده، لم يبيع مراجعة حتى يبين، وإن ضم إليها أولادها، وهذا فى الغنم الكثيرة يتصور أن يقال لما تكامل ولادتها حتى تحول أسواقها.

وأما الشاة الواحدة أو البقرة أو الناقة أو الأمة، فإن ولادتها قد تكون فى ساعة واحدة، ولا تحول فى ذلك أسواقها، فيجب على هذا جواز بيعها دون تبين إن لم ينقص ذلك من ثمنها أو يريد أن الولادة المانعة من ذلك هى ما يكون ابتداء الحمل عنده، والله أعلم.

مسألة: وأما إثمار الشجرة وكراء الرقيق والدواب، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: من اشترى حوائط واغتلها أعوامًا أو دوابًا أو رقيقًا أو دورًا فاكرى ذلك كله زمانًا، إذا لم تحل الأسواق، فلا بأس أن يبيع مراجعة ولا يبين، إلا أن يتناول، فبين؛ لأنه لا يكاد أن يطول ذلك إلا وتختلف الأسواق.

كتاب البيوع ٤١١

فأما إثمار الشجر واستغلالها أعواماً، فإنه يحتمل أنه يجوز ذلك فيها بعد الأعوام؛ لأن أسواقها لا تتغير إلا في أعوام كثيرة، ولا يسرع التغيير إليها في أنفسها. وأما إجارة الدواب والرقيق، فيحتمل أن يكون ذلك في مدة لا تتغير فيها أسواقها غالباً، وكذلك اختلاف الأنعام.

مسألة: وأما جز أصواف الغنم، فإن لم يكن عليها صوف حين اشتراها، فلا يجوز ذلك؛ لأنه لا يكون فيها الصوف إلا مدة تتغير فيها الأسواق، وإن كان عليها صوف حين اشتراها، فلا يجوز ذلك أيضاً، لأنه قد قبض بعض ما اشتراه، وباع الباقي مراوحة بجميع الثمن، فلا يجوز ذلك حتى يبين، قاله ابن القاسم في المدونة.

فرع: فإن ولدت الإناث، فباع لم يبين، فلا يخلو أن يبيعها، ويمسك أولادها أو يبيعها مع أولادها، فإن باعها وأمسك أولادها، ولم تفت، فللمبتاع أن يجبس أو يرد، وليس للبائع أن يعطيه الولد، ويلزمه البيع؛ لأن البائع باع بعد أن حالت الأسواق، ولم يبين قاله سحنون.

وإن كانت الغنم فاتت، وكانت أسواقها حالت إلى زيادة، فلا يزداد فيها، ويمضى البيع، وإن حالت بنقصان، قال سحنون: هي كمسألة الكذب، وإن باعها مع الأولاد، وكذلك أيضاً للمبتاع الخيار لحوالة الأسواق على أصلهم، وإن فاتت، فعلى حسب ما تقدم.

وإن كانت أمة، فباعها دون الولد، فالولد فيها عيب، فللمبتاع الرد، وإن حالت الأسواق، ونقصت نقصاً خفيفاً، لأنها لا تفوت بالرد بالعيب، ولو رضياً بذلك، أجزا على جمعهما في ملك واحد.

ولو فاتت بعثت، فإن حط قيمة العيب، وإلا فعلى المبتاع قيمتها معيبة ما لم يجاوز الثمن بعد إلغاء قيمة العيب وربحه، فلا يزداد أو ينقص عن ذلك، فلا ينقص.

قال الشيخ أبو محمد: هذا الذي ذكره ابن سحنون مرجعه إلى أن يحط عنه حصة العيب وربحه نحو ما ذكره ابن عبدوس، ولا تأثير للقيمة في هذا، ولو باعها مع ولدها، فلم يبين له أنه حدث عنده، فللمبتاع الرد أو الإمساك بحوالة الأسواق، فإن فاتت عند المبتاع بزيادة أو نقصان، وكانت أسواقها زادت عند البائع، فلا قيمة فيها؛ لأن القيمة أكثر من الثمن ولا حجة للمبتاع في عيب الولد؛ لأنه قد علم به، وإن كانت أسواقها نقصت، فعلى ما تقدم.

٤١٢ كتاب البيوع

وقال الشيخ أبو محمد: قوله قد تبين عيب الولد حين باعه مع أمه، لا يجزئه فى بيع المراجعة، وإنما حكمه أن يبين أن عنده ولدت، فهو كما لو زوجها وأخبر بالزوج، ولم يبين أنه عنده حدث.

والذى تقدم من أصل ابن عبدوس أبين، يريد ابن عبدوس يقول: إن فاتت، لزم البائع أن يحط قيمة العيب وربحه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والوجه الذى أشار إليه الشيخ أبو محمد وجه ظاهر عندى، وذلك أن من ابتاع سلعة، فحدث عنده عيب، ثم باع مراجعة، وبين العيب، ولم يبين أنه حدث عنده، فإنه من باب الزيادة فى الثمن، لأنه أظهر أنه اشترى ما باع من السلعة بعشرة، وهو إنما اشترى بالعشرة ما باعه من السلعة، وما تلف عنده بحدوث العيب، فكأنه اشترى سلعتين بعشرة، وباع إحداهما مراجعة على أنه اشترى بعشرة، فعلى هذا إذا فاتت السلعة تكون عليه القيمة، إلا أن تكون أقل مما يصير لها من الثمن، وربحه بعد إسقاط قيمة العيب وربحها، فلا ينقص من ذلك أو يكون أكثر مما يصير لها من الثمن، وربحه دون إلغاء قيمة العيب وربحها، والله أعلم.

فصل: وأما زيادة القيمة، فهى حوالة الأسواق بالزيادة، ففى المدونة عن مالك فىمن اشترى سلعة فحالت أسواقها لا يبيع مراجعة حتى يبين، وإن زادت الأسواق؛ لأن الناس فى الطرى أرغب، وظاهر المذهب على المنع من ذلك، وإن زادت أسواقها، وإنما جاز أن يراعى اختلاف الأسواق من لا يراعى اختلاف العين بالزيادة، لأنه إنما يبيع على شرائه، والشراء مختص بحوالة الأسواق دون زيادة العين ونقصها.

وروجه آخر، وهو أن بقاء السلعة مدة طويلة يدل على غلاء شرائها، وعلى زهد الناس فى عينها، فإن حالت أسواقها إلى زيادة، وتعذر بيعها مع ذلك مع تعريضها للبيع، فذلك أدل على الزهد فى عينها، وأن المتابع لها قد غلط فى قيمتها، وإذا طلع على هذا من حالها، لم يجز له أن يكتف عن بائعه إياها مراجعة؛ لأنه داخل ابتياعه، فيجب له أن يعرف من صفتها ما عرفه بعد بائعه، والله أعلم.

مسألة: إذا قلنا إن حوالة الأسواق تمنع بيع المراجعة، فإن حالت فى القرب إلى نقص، فلا يبيع مراجعة حتى يبين، وإن حالت بزيادة، قال ابن حبيب: ليس عليه أن يبين.

وقال ابن القاسم، فى الزيادة: أعجب إلى أن لا يبيع حتى يبين، ولم يفصل بين قرب المدة وطولها، وقد أشار إلى ذلك بقوله: لأن الناس أرغب فى الطرى.

كتاب البيوع ٤١٣

وحوز ابن حبيب ذلك في القرب، قال ابن حبيب: فإن طال لبثها عنده، فليبين حال سوقها، أو لم يحل، فجعل المانع طول اللبث أو التغير إلى النقص. قال: فإن لم يبين فللمبتاع رد المبيع، فإن فاتت، رد القيمة.

مسألة: وهذا في زيادة العين والقيمة، فأما النقص من ذلك، فمانع من البيع إلا أن يبين. وقد قال مالك فيمن باع جارية، فذهب عنده ضرسها أو أصابها عيب لا يبيع مراجعة حتى يبين، فإن وقع ذلك، فللمبتاع الرد أو الإمساك ما لم تفتت، فإن فاتت، فعلى ما تقدم.

مسألة: فإذا حدث النقص من انتفاع البائع به مثل أن تكون جارية، فيفتضها، أو ثوباً فيلبسه، أو دابة فيسافر عليها، فقد قال ابن سحنون وابن عبدوس: إن باع الجارية، ولم يبين أنه افتضها، فحطه البائع ما ينوب الافتضاض وربحه، فلا حجة له.

قال ابن عبدوس: بخلاف العيوب؛ لأن من باع جارية، فليس عليه أن يبين أنها بكر، وإنما حجة المبتاع أن البائع زاد في الثمن، فهي بالبيع الفاسد أشبه، ويفيتها حوالة الأسواق، فإن فاتت بحوالة الأسواق، فالمبتاع مخير بين أن يأخذ من البائع قيمة الافتضاض، وربحه وبين أن يسترجع الثمن، وعليه قيمتها مفتضة يوم قبضها، ما لم يزد على الثمن الأول أو ينقص عنه بعد طرح قيمة الافتضاض وربحه.

قال ابن عبدوس: وأصل جوابها لأشهب ومثلها لابن القاسم في المشتري لغنم عليها صوف، فجز أصوافها وباع مراجعة، ولم يبين واشترى ثوباً، فلبسه أو دابة فسافر عليها، ولم يبين؛ لأن ذلك نقص، وليس بعيب.

ومعنى ذلك أن المبتاع قد رأى الغنم مجزوزة، ورأى الثوب ملبوساً، والدابة قد عجفت، ولم يعلم أن ذلك حدث عند البائع منه، واعتقد أنه اشتراها على ذلك، وإنما معنى المسألة للزيادة عليه في الثمن؛ لأن الثمن الذي عرف به كان ثمن ما يبيع منه، وما ذهب قبل ذلك عند البائع، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْمَتَاعَ بِالذَّهَبِ أَوْ بِالوَرَقِ وَالصَّرْفُ يَوْمَ اشْتَرَاهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ بَدِينَارٍ، فَيَقْدُمُ بِهِ بَلَدًا، فَيَبِيعُهُ مُرَابِحَةً أَوْ يَبِيعُهُ حَيْثُ اشْتَرَاهُ مُرَابِحَةً عَلَى صَرْفِ ذَلِكَ الْيَوْمِ الَّذِي بَاعَهُ فِيهِ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ ابْتَاعَهُ بِدَرَاهِمٍ وَبَاعَهُ بِدَنَانِيرٍ أَوْ ابْتَاعَهُ بِدَنَانِيرٍ وَبَاعَهُ بِدَرَاهِمٍ، وَكَانَ الْمَتَاعُ لَمْ يَفْتِ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ

٤١٤ كتاب البيوع
أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ، فَإِنْ فَاتَ الْمَتَاعُ كَانَ لِلْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ الَّذِي ابْتَاعَهُ بِهِ الْبَائِعُ
وَيُحْسَبُ لِلْبَائِعِ الرَّبْحُ عَلَى مَا اشْتَرَاهُ بِهِ عَلَى مَا رَبِحَهُ الْمُبْتَاعُ^(١).

الشرح: قوله: «في الذي يشتري المتاع بالذهب والصراف على قدر ما، ثم يبيعه والصراف على غير ذلك القدر مراجعة» هذا السؤال يحتمل وجهين: أحدهما: أن يشتري بذهب ويبيع بذهب، وقد اختلف الصراف في وقتي البيع والشراء، فهذا لا يمنع صحة البيع مراجعة، ولا يحتاج إلى بيان.

والثاني: ما أجاب عنه، وأن يبتاع بذهب، فيبيع بورق أو يبتاع بورق، فيبيع بذهب، وهذه المسألة التي أجاب عنها، فهذا لا يجوز أن يبيع مراجعة حتى يبين، وسواء تغير الصراف أو لم يتغير؛ لأنهما جنسان تختلف الأغراض فيهما.

فإن وقع ذلك، فالمبتاع بالخيار بين الأخذ والرد، ما لم يفت، وليس للبائع أن يلزمه إياه بما نقد فيه؛ لأن المبتاع لم يرد الشراء بهذه العين، وإنما اشترى بغيرها لكنه يثبت له الخيار لما ظهر من أن البائع ابتاع بغير ما أظهر إليه.

وإن فاتت السلعة، فقد قال مالك: ما ثبت في الأصل أنها للمشتري بالثمن الذي ابتاعها به، وقد قال في كتاب ابن المواز: إلا أن يجيء أكثر مما رضى به، ولم يجعل مالك في هذا قيمة كما فعل في مسألة الزيادة في الثمن وحوالة الأسواق في مثل هذا فوت.

وقال مالك في المدونة: إن فاتت، ضرب الربح على ما هو الأفضل للمشتري.

مسألة: ومن اشترى بعين، فدفع في ذلك عرضاً أو باع بعرض، فدفع عيناً، فإنه يجوز له إذا بين أن يبيع مراجعة على أيهما شاء، عند ابن القاسم، يبيع على عرض بصفة أو طعام، ولا يجوز أن يبيع على قيمة.

وقال أشهب: لا يبيع على عرض ولا طعام موصوف؛ لأنه من يبيع ما ليس عنده، ولا يجوز أن يثبت في الذمة طعاماً معجلاً يبيع.

وجه ما قاله ابن القاسم عندي أنه يحتمل أن يكون العرض الذي ابتاع به البائع مراجعة مثله عند المبتاع، فلذلك جاز أن يبيع منه به. وقال بعض المغاربة: إنما جاز ذلك،

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠٢/٢٠، وقال: قوله هذا قول حسن جدا. وهو قول

كتاب البيوع ٤١٥

لأنه لم يقصد بيع ما ليس عنده، ويجرى ذلك مجرى من ابتاع شقصاً بمكيل أو موزون، فإن الشفيع يأخذ بمثله، وإن لم يكن عنده.

والأول عندي أظهر؛ لأن الشفعة حق ثبت له، وله الأخذ به، وليس للمشتري الامتناع منه، فكان ذلك بمنزلة حق قد لزمه، والشفعة حجة على قائل هذا القول؛ لأنه ليس بمكيل يأخذ الشفعة بقيمة دون مثله، ولا يجوز في المراجعة أن يبيع على قيمة ثوبه الذي ابتاع به هذه السلعة، والله أعلم.

مسألة: وإن لم يبين، لم يجز البيع على المراجعة، وجوز أبو حنيفة ذلك، وقال: يبيع مراجعة قبل أن ينقد، ثم ينقد بعد ذلك.

والدليل على ما نقوله أن بيع المراجعة، إنما هو على شراء البائع، فإذا نقد على غير ما عقد به، فلم يتم بيعه إلا بما نقد، وقد يكون ذلك أفضل للمشتري، فيتوصل البائع إلى عينه بما سمي من الثمن في العقد، وقد نقد غيره، وقد يكون ما عقد به أفضل وحايى هو فيما نقد، فلا يلزم ذلك المشتري؛ لأن بيع المراجعة إنما يتعلق بيع المكايسة والاجتهاد دون بيع المحاباة، فإن وقع من غير بيان، فعلى حسب ما تقدم.

مسألة: ولو أحال بالثمن لم يكن له أن يبيع مراجعة، إلا أن يبين، قاله ابن القاسم، فإن باع، فقد قال ابن القاسم في المدونة: فمن ابتاع بأجل، فباع مراجعة، ولم يبين: البيع مردود. قال ابن حبيب: إن شاء المتباع، وهذا خلاف القول الأول.

وقد روى ابن المواز: إن لم يفت ينقض البيع، وليس للمشتري إمساكها، فإن فاتت فعليه قيمتها يوم قبضها بلا ربح، وهو نحو ما في المدونة، إذا فاتت، وزاد: ولا يضرب له الربح، وإن كانت قيمتها أقل مما باعها به.

قال ابن سحنون عن أبيه: إن فاتت، قوم الدين بالنقد، فإن كان عشرة دنانير، وكانت قيمته ثمانية دنانير، فهي كمسألة الكذب له قيمتها ما لم تجاوز عشرة وربحها أو ينقص من ثمانية وربحها، ويقتضى قوله هذا، أنه موافق لقول ابن حبيب: إن للبائع الرضا بالسلعة، إن لم تفت.

وقد تأول قول ابن القاسم بعض شيوخنا المغاربة على أن المراد به إذا فاتت السلعة؛ لأنه فسح القيمة التي وجبت بالنقد في أكثر منها إلى أجل، وهذا ينحو إلى ما قاله ابن حبيب غير أن رواية محمد تمنع هذا؛ لأنه قال: إن لم تفت بنقص، وليس للمشتري إمساكها، وقد حل الشيخ أبو محمد ما في المدونة وكتاب محمد على وجه واحد،

٤١٦ كتاب البيوع

وكذلك تأوله جماعة من القرويين، وقد استوعبنا الكلام على هذه المسألة فى شرح المدونة.

وقد اختلف المتأخرون من أصحابنا المغاربة فى هذه المسألة، فقال بعض القرويين: إنه سواء أخرج بعد الشراء التقدر أو اشترى على التأجيل.

وقال أبو محمد عبدالحق: لم يجعلها ابن القاسم كمسألة الكذب، وليس هذا بالبين من قول ابن القاسم، والله أعلم.

مسألة: ولو اشترى سلعة، فباع بعضها مراوحة، فلا يخلو أن تكون غير مكيلة ولا موزونة، أو مما يكال أو يوزن، فإن كانت غير مكيلة أو موزنة كالثياب والحيوان، فإن كانت معينة، لم يجز بعضها مراوحة حتى يبين، قاله ابن القاسم فى المدونة: زاد ابن عبدوس: وكذلك الرجلان يشتريان البز، فيقسمانه، لا يبيع أحدهما مراوحة حتى يبين.

ووجه ذلك أنه إذا شملهما عقد يبيع، فلا يختص بعضه بحصة من الثمن إلا بعد التقويم، والتقويم قد تدخله الزيادة والنقصان، فلا يلزم ذلك المشتري حتى يبين له به.

وقد علل ابن عبدوس عن ابن القاسم بذلك أن من حجة المتناع أن الجملة يرغب فيها، فيزاد فى ثمنها، ألا ترى أنه لو استحق جل صفقة لم يلزمه ما بقى، وكان يجب على هذا التعليل أن يكون له ذلك فى المكيل والموزون.

والذى علل به ابن القاسم فى المدونة أن الثمن يقسم على الثوبين بالقيمة، وهو الذى قدمته، وهو أظهر على قوله فى المكيل والموزون، وليس عليه أن يبين.

فرع: فإن لم يبين، قال ابن عبدوس: للمشتري الرد إن شاء، ما لم تفتت، فإن فالقيمة يوم القبض ما لم يجاوز الثمن الأول.

مسألة: فأما إن كان الثوبان فى الذمة على صفة واحدة، ففى المدونة عن ابن القاسم: ذلك جائز.

ووجه ذلك أنه لا يحتاج فيما يخص كل واحد منهما من الثمن إلى تقويم لتساويهما فى الصفة، قال ابن القاسم: ألا ترى أنه لو وجد بأحدهما عيب أو استحقاق، رجع بمثله، فأشبهه المكيل والموزون، والمعين لا يرجع بمثله.

مسألة: وإن كان مما يكال أو يوزن، فى العتبية: فى ضعام أو غيره، ففى المدونة: يجوز أن يبيع بعضه مراوحة دون أن يبين.

كتاب البيوع ٤١٧

ووجهه ما قدمناه من تساوى الثمن فى التقسيط مع تساوى أجزائه. وقد روى ابن القاسم فى الذى يشتري المكيل، فيجد باليسير منه عيباً، أنه يلزمه أن يرد المبيع، ويمسك السليم إن شاء ذلك البائع، وإن وجد العيب بالأكثر، لم يلزمه ذلك له غرضاً فى الكثرة، فكان يجب على هذا أن يكون ذلك حكم المكيل والموزون، أو يفرق بين مسألة الرد بالعيب والمراجعة فى المكيل والموزون.

مسألة: فإن ابتاع سلعة، يتجوز له فيها درهم زائف، فعليه أن يبين ما نقد فيها، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن نقده معتبر فى بيع المراجعة كما يعتبر فيه ما يعقد به، وإذا لم يبين أحد الأمرين، فللمبتاع الخيار فى ذلك على حسب ما تقدم.

مسألة: ولو وهبه المبتاع بعض الثمن، فقد قال مالك فى المدونة: إذا وهبه ما يشبه أن يكون وضعية من الثمن، فحط البائع ذلك عن المبتاع، لزم المشتري البيع، فإن أبى البائع، فللمشتري أن يأخذها بجميع الثمن أو يردها.

ولو كان إنما وهبه من الثمن ما لا يشبه أن يوضع عنه لأجل البيع، مثل أن يهبه جميع الثمن أو بصفة لم يلزم البائع أن يحط شيئاً من ذلك عن المشتري. قال ابن القاسم: فعلى هذا يبيع مراجعة، ولا يبين، والله أعلم.

فروع: فإذا قلنا إن البائع مراجعة يحط ما حط على وجه الوضعية، فقد قال سحنون: يحطه ذلك دون ماله من الربح. وقال أصبغ: بل يحطه إياه بما يقابله من الربح.

وجه قول سحنون أن البائع مراجعة إنما يسقط عنه من الثمن قدر ما، فإن حط عن المبتاع منه ذلك القدر، لزمه البيع، وما يقابل ذلك من الربح، فلم يتعلق به هبة، فلا يلزمه إسقاطه.

ووجه قول أصبغ أن ما يقابل الهبة من الربح إنما يثبت له لأجل ما وضع عن المبتاع للهبة، فيجب أن يحط عن المشتري إذا حطت عنه الهبة كما يثبت عليه بثوت ما تعلق به الهبة .

قال مالك: وَإِذَا بَاعَ رَجُلٌ سِلْعَةً قَامَتْ عَلَيْهِ بِمِائَةِ دِينَارٍ لِلْعَشْرَةِ أَحَدَ عَشَرَ ثُمَّ جَاءَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهَا قَامَتْ عَلَيْهِ بِتِسْعِينَ دِينَارًا، وَقَدْ فَاتَتِ السِّلْعَةَ خَيْرَ الْبَائِعِ، فَإِنْ أَحَبَّ فَلَهُ قِيَمَةُ سِلْعَتِهِ يَوْمَ قُبِضَتْ مِنْهُ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي

٤١٨ كتاب البيوع
وَجَبَّ لَهُ بِهِ الْبَيْعُ أَوَّلَ يَوْمٍ، فَلَا يَكُونُ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ وَذَلِكَ مِائَةٌ دِينَارٍ وَعَشْرَةٌ
دَنَانِيرَ، وَإِنْ أَحَبَّ ضَرْبَ لَهُ الرَّبْحُ عَلَى التَّسْعِينَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الَّذِي بَلَغَتْ سِلْعَتُهُ
مِنَ الثَّمَنِ أَقَلَّ مِنَ الْقِيَمَةِ، فَيُخَيَّرُ فِي الَّذِي بَلَغَتْ سِلْعَتُهُ وَفِي رَأْسِ مَالِهِ وَرَبِحِهِ،
وَذَلِكَ تِسْعَةٌ وَتِسْعُونَ دِينَارًا^(١).

الشرح: وقوله: «وإن باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار» يريد قامت عليه
بإتياع مكايسة واجتهاد؛ لأن بيع المراجعة مخصوص بما ملكه البائع بذلك دون ما ملكه
بميراث أو هبة أو صدقة، فإن ملكه بشيء من ذلك، لم ينبغ له أن يبيع مراجعة، وكذلك
إن اشتراها رجاء في ذلك، لم يجوز له أن يبيع مراجعة حتى يبين.

وقد قال ابن القاسم في المدونة: من اشترى جارية بعشرين، فباعها بثلاثين، فأقال
منها المشتري، لم يجوز له أن يبيع مراجعة، إلا على العشرين؛ لأنه لم يتم البيع بينهما.
وقال مالك في العتبية: وإن أقالك من سلعته، فلا يبيع مراجعة على ثمن الإقالة حتى
تبين.

فتفسير ابن القاسم على إحدى الروايتين في الإقالة أنها نقض بيع.

وأما على قولنا أنها بيع مبتدأ، فلا يجوز أيضاً أن يبيع مراجعة؛ لأن الإقالة من عقود
المكايمة والمساحمة، فلا يجوز أن يباع مراجعة ما ملك على هذا الوجه لما قدمناه من أن
بيع المراجعة مخصوص بما ملك على وجه الاجتهاد والمكايسة.

مسألة: ولو باع رجل من رجل سلعة بربح درهم، ثم اشتراها منه بربح درهمين،
جاز أن يبيع مراجعة، ولا يبين، قاله ابن القاسم في العتبية، وهذا بخلاف الإقالة؛ لأن
إتياعه للسلعة بربح من عقود المكايسة، وهذا منها، ولا يمتنع أن يبيعها بربح، ثم يرى إن
اشتراها بأكثر من ذلك الثمن وجه ربح لحوالة الأسواق أو لزيادة في عينها أو لغير
ذلك.

ومن الواضحة: إذا أقاله بزيادة أو نقصان أو اشتراها بربح، فلا يبيع مراجعة على الثمن
الآخر حتى يبين، قاله مالك.

مسألة: ومن أضعف في سلعة اشترى له، ففي العتبية عن مالك: له أن يبيع، ولا يبين.
قال سحنون: يلزمه أن يبين.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠٤/٢٠.

وجه قول مالك أن رضاه بما اشترى له حين رآه، لا يخلو أن يكون لما رأى في ذلك من الغبطة، وأنه لا غبن عليه فيها، أو رأى الغبن فيها ورضيها لغرض له فيها، رأى أنه لا غبن فيها، ورضيها، فهو كشرائه لها، لا يبيع حتى يبين لما في ذلك من المحاباة؛ لأنه قد كان له أن يردها على من تولى شراؤها.

وجه قول سحنون ما احتج به من أن للمشتري أن يقول: إنما رضيت باجتهداك وميزك، فلا أرضى بما تناول غيرك شراءه.

فصل: وقوله: «في الذي يبيع سلعة مرايحة قامت عليه بمائة للعشرة أحد عشر، ثم جاء بعد ذلك أنها قامت عليه بتسعين» يحتمل أن يريد بذلك أن البائع غلط وظن أنها قامت بمائة، فباع بذلك، ثم جاء العلم بأنه قامت عليه بتسعين، ويحتمل أن يريد بذلك أن البائع، قال: قامت عليه بمائة، ثم جاء المتباع العلم بأنها قامت عليه بتسعين، ولا يخلو أن يكون هذا الخبر، ورد قبل أن تفوت السلعة أو بعد أن فاتت.

فإن كان ذلك قبل أن تفوت، فللمبتاع أن يأخذها بجميع الثمن، فيلزم ذلك البائع أو يردها، فيلزم ذلك البائع، وليس للمبتاع أن يقول أخذها بتسعين، وربحها إلا أن يرضى البائع، قاله ابن القاسم في المدونة واحتج لذلك بأنه للمبتاع أن يأخذها بالثمن الصحيح وربحه، وهى لم تبلغ منه بذلك، وللبائع أن يلزم ذلك المتباع بالتسعين، وربحها، فيلزمه ذلك.

فرع: وأيهما يبدأ بالتخيير، قال سحنون: إن لم تفت بدئ المتباع بالخيار، بين أن يرد أو يجبس بجميع الثمن، فإن رد، خير البائع بين أو يرد أن يحط الكذب وربحه، فيتم البيع. قال ابن عبدوس: والفرق بين هذا وبين العيب يجده المتباع، فيحط عنه قيمته البائع، أن ذلك لا يلزم المتباع، أن العيب قائم بعد الخطيئة، ولا يبقى بعد خطيئة الكذب شيء يكرهه المتباع من السلعة، ويصير كالعيب يذهب.

فصل: وقوله: «فإن فاتت السلعة خير البائع، فإن أحب فله قيمة سلعته يوم قبضها منه» وقد روى على بن زياد عن مالك في المدونة: قيمتها يوم باعها. قال ابن القاسم: يوم قبضها المتباع. فعلى هذا يحتمل أن يكون ابن القاسم راعى القيمة يوم القبض، يؤيد ذلك أنه روى عن مالك أنه يشبه البيع الفاسد. وعلى رواية على بن زياد: القيمة يوم العقد، أنه عقد صحيح.

وقد قال بعض الفقهاء: إنما حمل ذلك ابن القاسم على أن يوم القبض هو يوم العقد،

٤٢٠ كتاب البيوع

وقد قال ذلك في غير مسألة، فعلى هذا لا خلاف بين القولين في المسألتين وتأويلهما.

وقد روى عن الشيخ أبي عمران رضى الله عنه: أن ضمان السلعة قبل القبض من البائع. وروى عنه: من المبتاع، وهو يرجح بين المقاتلين، وتأويلهما والله أعلم.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي تبين عندي أن هذا اللفظ غير مراعى، وأن يوم القبض هو يوم العقد، قول مالك فى الموطأ فى مسألة على بن زياد فيمن اطلع على سلعة باعها مراجعة على زيادة فى ثمنها: قيمتها يوم قبضت. يمثل قول ابن القاسم.

وإذا قلنا بذلك، فوجه واضح، وإذا قلنا إن ذلك على روايتين. فوجه قول ابن القاسم أنه بيع يفوت بحوالة الأسواق، فاعتبرت فيه القيمة يوم القبض كالبيع الفاسد.

ووجه رواية على بن زياد أنه عقد عرا عن الفساد، فاعتبر فيه القيمة بيوم العقد كسائر البيوع الصحيحة فى الاستحقاق والرد بالعيب، والله أعلم.

مسألة: وبماذا تفوت السلعة، اتفق أصحابنا على أنها تفوت بالزيادة والنقصان. وزاد ابن القاسم: طرد مذهبه فى تشبيه ذلك بالبيع الفاسد، أنها تفوت بحوالة الأسواق والله أعلم.

وأما رواية على بن زياد، فظاهرها أنها من البيوع الصحيحة، فلا تفوت بحوالة الأسواق. وقد تأول عليه ذلك لما ورى فى المدونة عن مالك: إن فاتت السلعة بنماء أو نقصان خير البائع، ولم يذكر حوالة الأسواق.

وهذا التأويل ليس بالبين؛ لأنه قد روى عن مالك ما سمع منه، وليس فيه نفسى بغير ذلك إلا عند من قال بدليل الخطاب فى الأسماء وهو ضعيف.

وفى المدونة من قول ابن القاسم أن فوات السلعة فى قول مالك: إن ابتاع، أو تذهب من يده أو يزيد فى بدنها أو تنقص، قيل له: فإن تغيرت الأسواق؟ قال: هو فوات أيضاً، فنص أولاً على تغيير العين وفواتها، ولم يذكر حوالة الأسواق، فلما سئل عن ذلك أحقه بما تقدم.

قال مالك: وَإِنْ بَاعَ رَجُلٌ سِلْعَةً مُرَابِحَةً، فَقَالَ: قَامَتْ عَلَيَّ بِمِائَةِ دِينَارٍ ثُمَّ جَاءَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهَا قَامَتْ بِمِائَةِ وَعِشْرِينَ دِينَارًا خَيْرَ الْمُبْتَاعِ، فَإِنْ شَاءَ أُعْطِيَ

الْبَائِعِ قِيَمَةَ السُّلْعَةِ يَوْمَ قَبْضِهَا، وَإِنْ شَاءَ أُعْطِيَ الثَّمَنَ الَّذِي ابْتِاعَ بِهِ عَلَى حِسَابِ مَا رَبَّحَهُ بِالْغَا مَا بَلَغَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ أَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتِاعَ بِهِ السُّلْعَةَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُنْقَصَ رَبُّ السُّلْعَةِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتِاعَهَا بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ رَضِيَ بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا جَاءَ رَبُّ السُّلْعَةِ يَطْلُبُ الْفَضْلَ، فَلَيْسَ لِلْمُبْتَاعِ فِي هَذَا حُجَّةٌ عَلَى الْبَائِعِ بِأَنْ يَضَعَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتِاعَ بِهِ عَلَى الْبَرْنَامَجِ^(١).

الشرح: قوله: «ومن باع من رجل سلعة مرا بحة على أنها قامت عليه بمائة ثم جاءه العلم، أنها قامت عليه بمائة وعشرين، فإن كانت لم تفت» روى على بن زياد عن مالك في المدونة أن للمشتري رد الجارية أو يضرب له الربح على عشرين ومائة. ووجه ذلك أن البائع قد تبين غلظه، فلا يلزمه ذلك مع وجود سلعته قائمة، ولا يلزم المبتاع ما ظهر من الثمن الذي لم يرض به، فكان له الخيار في ذلك.

مسألة: فإن فاتت، فقد قال في الموطأ: إن شاء أعطى البائع قيمته السلعة يوم قبضها، وإن شاء أعطى الثمن الذي ابتاع به، يريد المائة وعشرين على حساب ما ربحه، بالغاً ما بلغ إلا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذي ابتاع به، يريد إلا أن تكون القيمة أقل من الثمن الأول، وهو المائة، فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذي ابتاعها أتى بلفظ التخيير، وليس هناك تخيير، وإنما هو على سبيل المجاز إلا أن يكون بمعنى الندب للمبتاع أن يبلغ البائع الثمن الذي ظهر ورجحه، ولا ينقصه منه شيئاً، وإن كانت قيمة السلعة أقل من ذلك.

ومعنى لفظ المدونة في رواية على زياد أن للمشتري أن يعطى البائع القيمة، إلا أن تكون أقل من الثمن الذي اشتراها به، وهي عشرة ومائة ينقص منه أو يكون أكثر من ضرب الربح على رأس المال، وهو مائة وعشرون، فلا يزداد عليه.

ووجه ذلك أن السلعة لما فاتت، ولم يتقدم فيها عقد سالم يلزم بمجرد دون الفوات كان بدل تلك السلعة قيمتها كالبيع الفاسد، فإن قصرت القيمة عن الثمن الأول أو ربحه، فلا ينقص منه؛ لأن المبتاع قد كان رضى به دون أن يظهر من زيادة الثمن، فلا حجة له.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠/٤٠٤، وقال: إنما قال على البرنامج، لأن بيع المراجعة عنده للعشرة أحد عشر، والمعهود عند أهل المدينة في بيع البرنامج، وهو الذي يسميه أهل العراق «ده دوازده» للعشرة أحد عشر.

٤٢٢ كتاب البيوع

وإن كانت القيمة أكثر من الثمن الذى ظهر وربحه، فلا حجة للبائع، لأنه قد كان رضى أن يبيعه بأقل من هذا، وهو يعتقد أن ذلك ثمنه، فإن أعطى الذى ظهر وربحه، فلا حجة له، فإن المشتري يقول: لم أكن أريد أن أشتري هذه السلعة بقيمتها، والله أعلم.

ومن اشترى ثوباً بعشرة، فغلط البائع، فدفع إليه ثوباً بخمسة عشر، فلبسه حتى أبلاه، ففى الموازية والعتبية، أشهب عن مالك: إن قطعه المبتاع، فهو له بثوبه. وقال ابن ميسر: لربه أخذه مقطوعاً دون غرم شيء، وكذلك إن دفعه إليه رسوله.

ووجه ذلك ما قاله فى العتبية أن للمبتاع أن يقول: أردت ثوباً بعشرة، ولم أرد ثوباً بخمسة عشر، فيحتمل أن تكون مسألة المراجعة.

ومسألة العتبية مسألة واحدة فيهما روايتان، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن رواية على إنما هى فى مسألة المراجعة، رواية أشهب فى مسألة مساومة.

فرق: والفرق بينهما أن بيع المراجعة إنما باعه على أن يربح فى كل عشرة ديناراً، فإذا فات عنده الثوب بليس أو قطع، لم يجوز أن يرجع على ذلك، إلا إلى القيمة ما لم ينقص عن الثمن الأول وربحه، فلا ينقص منه؛ لأن المشتري قد رضى بذلك أو يزيد على الثمن الذى ظهر آخرًا وربحه، فلا يزداد عليه؛ لأن هذا أقصى مطلب البائع، وليس كذلك الذى باع مساومة، فإنه لم يدخل على اشتراط ربح ولا نجاة عن خسارة، وهذا كما تقول فى الرجل يشتري نصف العبد بمائة، ويشترى رجل آخر نصفه الآخر بمائتين ويبعانه بمراجعة، فإن لصاحب المائة ثلث الثمن ولصاحب المائتين ثلثى الثمن، ولو باعا مساومة لكان الثمن بينهما نصفين.

فرع: فإذا قلنا برواية على بن زياد فيماذا يثبت بما ادعاه البائع؟ قال ابن ميسر: لا يصدق، إلا أن يعلم ذلك بقوم حضروا شراؤه، وأمر يستدل عليه، والثوب حاضر.

قال القاضى أبو الوليد: ومعناه عندي أن يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه، وأنه يشبه من الثمن ما دفعه عليه، والله تعالى أعلم.

* * *

الْبَيْعُ عَلَى الْبُرْنَامِجِ

قال مالك: الأمرُ عندنا فى القومِ يشترون السلعةَ البزَّ أو الرقيقَ، فيسمعُ به الرجلُ، فيقولُ لرجلٍ منهم: البزُّ الذى اشتريتَ من فلانٍ قد بلغتنى صفتهُ وأمره،

كتاب البيوع ٤٢٣
فَهَلْ لَكَ أَنْ أُرْبِحَكَ فِي نَصِيْبِكَ كَذَا وَكَذَا، فَيَقُولُ: نَعَمْ، فَيُرْبِحُهُ وَيَكُونُ شَرِيكًا
لِلْقَوْمِ مَكَانَهُ، فَإِذَا نَظَرَ إِلَيْهِ رَأَهُ قَبِيْحًا وَاسْتَغْلَاهُ^(١).

قال مالك: ذَلِكَ لِأَزْمَ لَهُ، وَلَا خِيَارَ لَهُ فِيهِ إِذَا كَانَ ابْتِاعَهُ عَلَى بَرْنَامَجٍ وَصَفَةٍ
مَعْلُومَةٍ^(٢).

الشرح: قوله فى أول المسألة: «فى القوم يشترون البز والرقيق، فيبيعه على البرنامج»^(٣) يريد والله أعلم أن الرقيق غيب غيبة بعيدة يشق على المبتاع غالبًا التوجه إليهم، ولو كانوا حاضرين لم يجز ذلك، لأن النظر إليهم ممكن لا مشقة فيه، فلا ينوب عنها الوصف، وإنما ينوب عنها إذا كان يمنع من النظر إليها مانع من بعد مسافة أو تغيير طى وشد يلحق فيه مؤنة ونفقة، ويؤدى ذلك إلى تغيير نضارة الثوب وهيبته التى تزيد فى ثمنه.

وقد روى ابن المواز عن مالك: لا خير فى أن يبيع جارية عنده فى الدار حاضرة على الصفة. قال محمد: لأنه يقدر على النظر إليها. ووجه ذلك أنه لم تكن فى النظر إليها مضرة وشرطا ترك ذلك، فهو من بيع المناذرة الذى نهى عنه ومن يبيع الغرر الذى لا يجوز إذا قصده البائعان أو أحدهما، والله أعلم.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٣٥.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢١١.

(٣) قال فى الاستذكار ٢٠/٢١٢: بيع البرنامج هو من باب بيع الغائب على الصفة. وقد اختلف فى ذلك السلف والخلف. فمنهم من أجازها وأبطل فى خيار الرؤية إذا وجد على الصفة، وهو قول مالك، وأكثر أهل المدينة، وهو أحد قول الشافعى فى بيع الغائب على الصفة. ومنهم من قال: للمشتري فى خيار الرؤية على كل حال، وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه، وهو أحد قولى الشافعى. وللشافعى قول ثالث هو الذى اختاره المزنى أن البيع فى ذلك باطل؛ لأنه لا عين مرئية، ولا صفة مضمونة، وأنها يفترقان فى خيار الرؤية على غير تمام بيع، ولا صفقة. ومن حجتة فى ذلك على مالك أنه لم يجز بيع الساج المدرج فى حرابه ولا الثوب القبطى فى طيه حتى ينشر، وينظر إلى ما فى أجوافهما، قال: والنظر إليهما دون نشرهما لصفة البرنامج، أو أكثر منها، قال: وإذا لم يجز ذلك فى الثوب الواحد، وغرره أقل، كان الغرر فى الكثير من الثياب أكثر. قال أبو عمر: قد وقف مالك على معنى ما ذكره الشافعى وقال: فرق بين ذلك الأمر المعمول به، وما صدور الناس من معرفة ذلك، وأنه لم يزل يبيع البرنامج من عمل الناس الجائز بينهم، ولا يشبهه الملامسة.

٤٢٤ كتاب البيوع

مسألة: فأما الثياب، فيجوز ذلك فيها على وجهين، أحدهما أن تكون غائبة. والثاني: أن تكون حاضرة مشدودة في أعضائها بحيث يشق حلها، يحتاج إلى مؤنة في ردها إلى شدادها مع ما يلحقها في الحمل والشد، وتكرار ذلك على كل مشتر، يريد رؤيتها من الابتدال لها، والإذهاب لكثير من حسننها، ولا بد في الوجهين جميعاً من تقدم رؤية أو صفة.

وروى جواز ذلك عن عثمان بن عفان وعبدالرحمن بن عوف، وقد منع من ذلك الشافعي في أحد قولي، وقال: لا يجوز بيع عين غير مرئية. وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر.

والدليل على ما نقوله أن هذا بيع على الصفة، فجاز في العين الغائبة. أصله السلم المضمون في الذمة.

مسألة: إذا ثبت ما قلناه من أنه يجوز بيع الأعيان الغائبة على الصفة، فإن البيع لازم، وليس لهم رده، وإن استغلوه إذا فتحوا المتاع ما وجدوه على تلك الصفة خلافاً لأبي حنيفة في قوله: للمبتاع الخيار، وإن وجد المتاع على تلك الصفة.

والدليل على ما نقوله أن هذا بيع على صفة، فوجب أن يكون لازماً. أصل ذلك السلم.

فصل: وقوله: «إن المتاع الذي اشتريته من فلان قد بلغني صفته وأمره، فهل لك أن أربحك» لفظ فيه اختصار، ولا بد أن يتصل به أن يذكر له تلك الصفة. وأما إن اقتصر على هذا القول، لم يصح؛ لأن للمبتاع أن يدعى من الصفة إذا انظر إلى المتاع ما شاء، لم يقع بينهما بيع على صفة معينة، فلم يجز ذلك.

فصل: وقوله: «ويكون شريكاً للقوم مكانه» يعني أنهم كانوا جماعة شركاء اشتركوا في ذلك المتاع، فباع منهم أحدهم حصته، فصار المبتاع شريكاً لسائر الشركاء بحصة من باع منه، ويكون هذا حكمه بنفس العقد قبل فتح المتاع.

فصل: وقوله: «فإذا نظروا إليه، فأراه قبيحاً واستغلوه، أن ذلك لازم لهم دون خيار» يريد أنهم رأوه مع موافقة البرنامج من أقبح ما تقع عليه تلك الصفات التي تضمنها البرنامج، وذلك أنه على هذا دخل أن يلزمه كل ما وجدت فيه تلك الصفات، فإن الصفات قد تنفق، ويكون بعضها أمثل من بعض، ومثل هذا يعتري المرئي، فقد يرى المتاع فيحسن عنده، ثم يراه مرة أخرى، فيقبح عنده، ولا يثبت ذلك للمبتاع خياراً، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقْدُمُ لَهُ أَصْنَافٌ مِنَ الْبُرِّ، وَيَحْضُرُهُ السُّوَامُ، وَيَقْرَأُ عَلَيْهِمْ بَرْنَامَجَهُ، وَيَقُولُ: فِي كُلِّ عِدْلٍ كَذَا وَكَذَا مِلْحَفَةٌ بَصْرِيَّةٌ وَكَذَا وَكَذَا رِيْطَةٌ سَابْرِيَّةٌ ذَرْعُهَا كَذَا وَكَذَا، وَيُسَمَّى لَهُمْ أَصْنَافًا مِنَ الْبُرِّ بِأَجْنَاسِهِ، وَيَقُولُ: اشْتَرُوا مِنِّي عَلَى هَذِهِ الصِّفَّةِ، فَيَشْتَرُونَ الْأَعْدَالَ عَلَى مَا وَصَفَ لَهُمْ ثُمَّ يَفْتَحُونَهَا فَيَسْتَغْلُونَهَا وَيَنْدُمُونَ^(١).

قال مالك: ذَلِكَ لِأَزْمٍ لَهُمْ إِذَا كَانَ مُوَافِقًا لِلْبَرْنَامَجِ الَّذِي بَاعَهُمْ عَلَيْهِ.

قال مالك: وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ النَّاسُ عِنْدَنَا يُجِيزُونَهُ بَيْنَهُمْ إِذَا كَانَ الْمَتَاعُ مُوَافِقًا لِلْبَرْنَامَجِ، وَلَمْ يَكُنْ مُخَالَفًا لَهُ^(٢).

الشرح: وهذا على قوله أن من قدم بأصناف من البر، فيقرأ برنامجه على السوام، ويذكر عدد ما في كل عدل من ثيابه وأجناسها وذرعها. قال القاضي أبو محمد: ونوعها وثمرتها.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والذي عندي أنه يجب عليه أن يذكر مع الثمن ما يجب أن يذكره من الصفات في السلم، فإن وافق المتاع تلك الصفات، لزم المتاع. وقال القاضي أبو محمد في بيع الأعيان الغائبة: إن الذي يحتاج إليه من ذكر الصفات كل صفة مقصودة، تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان لأجلها، وتقل الرغبة في العين، وتكثر بحسب عدمها ووجودها، وهو نحو ما قدمناه.

فصل: وقوله: «ويقول اشتروه مني على هذه الصفة» يريد والله أعلم، على وجه المراجعة. فأما إن باعه منهم على غير المراجعة، ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا أحب ذلك، وهذا تدخله الخديعة.

* * *

بَيْعُ الْخِيَارِ

١٣٤٨ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ:

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠/٢١١.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠/٢١١.

«الْمُتَبَاعِينَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ».

قال مالك: وَلَيْسَ لِهَذَا عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ وَلَا أَمْرٌ مَعْمُولٌ بِهِ فِيهِ^(١).

=البيوع ١٥٣١، والترمذى فى البيوع ١٢٤٥، المناقب ٤٠٠١. والنسائى فى البيوع ٤٤٦٣،
٤٤٦٤، ٤٤٦٥، ٤٤٦٦، ٤٤٦٧، ٤٤٦٨، ٤٤٦٩، ٤٤٧٠، ٤٤٧١، ٤٤٧٢، ٤٤٧٣،
٤٤٧٤، ٤٤٧٥، ٤٤٧٦، ٤٤٧٧، ٤٤٧٨. وأبو داود فى البيوع ٣٤٥٤. وأحمد فى مسند
العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٥، مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٧٠، ٤٥٥٢، ٥١٣٦، ٥٩٧٠،
٦١٥٨.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٤٤/٨ - ١٤٧: وروى، عن النبى ﷺ أنه قال: المتبايعان بالخيار وما لم يتفرقا من وجوه كثيرة، من حديث سمرة بن جندب، وأبى بركة الأسلمى، وعبدالله بن عمرو بن العاص، وأبى هريرة، وحكيم بن حزام، وغيرهم. وأجمع العلماء فى أن هذا الحديث ثابت عن النبى ﷺ، وأنه من أثبت ما نقل الآحاد العدول. واختلفوا فى القول به والعمل بما دل عليه، فطائفة استعملته وجعلته أصلاً من أصول الدين فى البيوع، وطائفة ردتها، فاختلف الذين ردوه فى تأويل ما ردوه به، وفى الوجوه التى بها دفعوا العمل به. فأما الذين ردوه: فمالك، وأبو حنيفة، وأصحابهما، لا أعلم أحداً رده غير هؤلاء، إلا شىء روى عن إبراهيم النخعى، فأما مالك رحمه الله فإنه قال فى مرطبه لما ذكر هذا الحديث: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به. واختلف المتأخرون من المالكيين فى تخريج وجوه قول مالك هذا، فقال بعضهم: دفعه مالك رحمه الله، بإجماع أهل المدينة على ترك العمل به، وإجماعهم حجة فيما أجمعوا عليه، ومثل هذا يصح فيه العمل؛ لأنه مما يقع متواتراً، ولا يقع نادراً فيجهد، فإذا أجمع أهل المدينة على ترك العمل به وراثته بعضهم عن بعض، فمعلوم أن هذا توقيف أقوى من خبر الواحد، والأقوى أولى أن يتبع. وقال بعضهم: لا يصح دعوى إجماع أهل المدينة فى هذه المسألة؛ لأن سعيد بن المسيب، وابن شهاب وهما أحجل فقهاء أهل المدينة روى عنهما منصوصاً العمل به، ولم يرو عن أحد من أهل المدينة نصاً ترك العمل به، إلا عن مالك، وربيعه، وقد اختلف فيه عن ربيعة، وقد كان ابن أبى ذئب - وهو من فقهاء أهل المدينة فى عصر مالك - ينكر مالك اختياره ترك العمل به، حتى جرى منه لذلك فى مالك قول بخشن، حمله عليه الغضب، ولم يستحسن مثله منه، فكيف يصح لأحد أن يدعى إجماع أهل المدينة فى هذه المسألة؟ هذا ما لا يصح القول به. وقال هذا القائل فى معنى قول مالك: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به، إنما أراد الخيار؛ لأنه قال ذلك بإثر قوله: إلا بيع الخيار، وأراد مالك بقوله هذا: ليس عندنا فى المدينة فى الخيار حد معروف، ولا أمر معمول به فيه إنكاراً لقول أهل العراق وغيرهم القائلين بأن الخيار لا يكون فى جميع السلع، إلا ثلاثة أيام، والخيار عند مالك، وأهل المدينة، يكون ثلاثاً وأكثر، وأقل على حسب اختلاف حال المبيع، وليس الخيار عنده فى الحيوان، كهو فى الثياب، ولا هو فى الثياب كهو فى العقار، وليس لشيء من ذلك حد بالمدينة.

= لا يتجاوز كما زعم المخالف، قال: فهذا معنى أراد مالك رحمه الله بقوله: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به، أى: ليس للخيار واشترطه عندنا حد، لا يتجاوز فى العمل به سنة، كما زعم من خالفنا، قال: وأما حديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإنما رده اعتباراً ونظراً واختياراً، مال فيه إلى بعض أهل بلده كما صنع فى سائر منهبه. قال أبو عمر: قد أكثر المتأخرون من المالكين والحنفيين من الاحتجاج لمذهبهما فى رد هذا الحديث بما يطول ذكره، وأكثره تشغيب، لا يحصل منه على شىء لازم لا مدفع له، ومن جملة ذلك، أنهم نزعوا بالظواهر، وليس ذلك من أصل مذهبه، فاحتجوا بعموم قول الله عز وجل: ﴿أوفوا بالعقود﴾. قالوا: وهذان قد تعاقدا، وفى هذا الحديث إبطال الوفاء بالعقد، وبعموم قول رسول الله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه». قالوا: فقد أطلق يبعه إذا استوفاه قبل التفريق وبعده، وبأحاديث كثيرة مثل هذا، فيها إطلاق البيع دون ذكر التفرق، وهذه ظواهر وعموم، لا يعترض بمثلها على الخصوص والنصوص، وبالله التوفيق. واحتجوا أيضاً بلفظه رواها عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ولا يحل له أن يفارق صاحبة خشية أن يستقبله». قالوا: فهذا يدل على أنه قد تم البيع بينهما قبل الافتراق؛ لأن الإقالة لا تصح إلا فيما قد تم من البيوع. وقالوا: قد يكون التفرق بالكلام، كعقد النكاح وشبهه، وكوقوع الطلاق الذى قد سماه الله فراقاً، والتفرق بالكلام فى لسان العرب معروف أيضاً، كما هو بالأبدان، واعتلوا بقول الله عز وجل: ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته﴾. وقوله: ﴿ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا﴾. ويقول رسول الله ﷺ: «تفترق أمتى». لم يرد بأبدانهم، قالوا: ولما كان الاجتماع بالأبدان لا يؤثر فى البيع، كذلك الافتراق لا يؤثر فى البيع، وقالوا: إنما أراد بقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار»: المتساومين، قال: ولا يقال لهما متبايعان، إلا مادام فى حال فعل التبايع، فإذا رجب البيع لم يسميا متبايعين، وإنما يقال: كانا متبايعين، مثل ذلك المصلى، والآكل، والشارب، والصائم، فإذا انقضى فعله ذلك، قيل: كان صائماً، وكان آكلاً، ومصلياً، وشارباً، ولم يقل إنه صائم، أو مصلى، أو آكل، أو شارب إلا مجازاً، أو تقريباً واتساعاً، وهذا لا وجه له فى الأحكام، قالوا: فهذا يدل على أنه أراد بقوله: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»، والمتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا: المتساومين. وعن أبى يوسف القاضى نصاً أنه قال: هما المتساومان، قال: فإذا قال: بعتك بعشرة، فللمشتري الخيار فى القبول فى المجلس قبل الافتراق، وللبيع خيار الرجوع فى قوله: قبول المشتري، وعن عيسى بن أبان نحوه أيضاً. وقال محمد بن الحسن: معنى قوله فى الحديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»، أن البائع إذا قال: قد بعتك، فله أن يرجع ما لم يقل المشتري قد قبلت، وهو قول أبى حنيفة، وقد روى، عن أبى حنيفة أنه كان يرد هذا الخبر باعتباره آياه على أصوله كسائر فعله فى أخبار الأحاد، كان يعرضها على الأصول المجتمع عليها عنده، ويجتهد فى قبولها أو ردها، فهذا أصله فى أخبار الأحاد، وروى عنه أنه كان يقول فى رد هذا الحديث: رأيت إن كانا فى سفينة، رأيت إن كانا فى سجن، أو قيد، =

١٣٤٩ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يُحَدِّثُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ

ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا بَيْعَيْنِ تَبَايَعَا، فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَادَّانِ»^(١).

= كيف يفترقان؟ إذن فلا يصح بين هؤلاء بيع أبداً. وهذا مما يعيب به أبو حنيفة، وهو أكبر عيوبه، وأشد ذنوبه، عند أهل الحديث الناقلين لمثاله باعتراضه الآثار الصحاح، وردده لها برأيه، وأما الإرجاء المنسوب إليه، فقد كان غيره فيه أدخل، وبه أقول، لم يشتغل أهل الحديث من نقل مثاله، ورواية سقطاته، مثل ما اشتغلوا به من مثالب أبي حنيفة، والعلة في ذلك ما ذكرت لك لا غير، وذلك ما وجدوا له من ترك السنن، ورددها برأيه، أعنى السنن المنقولة بأخبار العدول الأحاد الثقات، والله المستعان.

١٣٤٩ - أخرجه الترمذى برقم ١٢٧٠، ٥٦١/٣ كتاب البيوع، عن ابن مسعود. وأبو داود كتاب البيوع باب إذا اختلف البيعان والمبيع رقم ٣٥١١، ٢٨٣/٣، عن ابن الأشعث، عن أبيه، عن جده. والنسائي كتاب البيوع باب اختلاف المتبايعين في الثمن ٣٠٣/٧.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٥٦/٨ - ١٥٨: هكذا قال مالك في هذا الحديث: أيما بيعين تبايعا، ولم يقل فاختلفا، وهي لفظة مدار الحديث عليها ومن أجلها ورد، وسقطت لمالك كما ترى، وفي قوله فيه: «فالقول قول البائع» دليل على اختلافهما، والله أعلم.

وهذا الحديث محفوظ، عن ابن مسعود، كما قال مالك، وهو عند جماعة العلماء أصل تلقوه بالقبول، وبنوا عليه كثيرا من فروعه، واشتهر عندهم بالحجاز، والعراق شهرة يستغنى بها عن الإسناد، كما اشتهر عندهم قوله ﷺ: «لا وصية لوارث». ومثل هذا من الآثار التي قد اشتهرت عند جماعة العلماء استفاضة يكاد يستغنى فيها عن الإسناد؛ لأن استفاضة وشهرتها عندهم أقوى من الإسناد. أخبرنا أحمد بن عبدالله بن محمد، قال: حدثنا الميمون بن حمزة الحسيني، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا المزني، قال: حدثنا الشافعي، أخبرنا سفيان بن عيينة، عن محمد بن عجلان، عن عون بن عبدالله بن عتبة، عن ابن مسعود، أن رسول الله ﷺ قال: إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار. وهذا مرسل؛ لأن عوناً لم يسمع من ابن مسعود. وحدثنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان، قالوا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، ويحيى بن سعيد، عن ابن عجلان، عن عون بن عبدالله، عن ابن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف البيعان، فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار». أخبرنا عبدالله بن محمد بن عبدالمؤمن، قال: حدثنا محمد بن بكر بن داسة، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثني أبي، عن الأعمش، قال: أخبرني عبدالرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث، عن أبيه، عن جده، قال: اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس، من عبدالله بعشرين ألفاً، فأرسل عبدالله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبدالله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، قال عبدالله: فلإني =

الشرح: قوله ﷺ: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا»
اختلف العلماء في تأويله، فذهب مالك إلى أن المتبايعين هما المتساومان؛ لأن المتبايعين
إنما يوصفان بذلك حقيقة حين مباشرة البيع ومحاولته، ولذلك روى عن النبي ﷺ أنه
قال: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»^(*) يريد والله أعلم، لا يسم على سومه، فعلى هذا

=سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة
أو يتاركان». هكذا في كتابي في مصنف أبي داود وذكره ابن الجارود، عن محمد بن يحيى، عن
عمر بن حفص بن غياث، عن أبيه، عن أبي العميس، عن عبدالرحمن بن قيس بن محمد بن
الأشعث، عن أبيه، عن جده، مثله سواء. ولأبي العميس يعرف هذا الحديث، عن عبدالرحمن
هذا، لا عن الأعمش، وعبدالرحمن هذا غير معروف بحمل العلم، وهذا الإسناد ليس بحجة عند
أهل العلم؛ ولكن هذا الحديث عندهم مشهور ومعلوم، والله أعلم. وحدثنا عبدالله بن محمد،
قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال:
حدثنا هشيم، أخبرنا ابن أبي ليلى، عن القاسم بن عبدالرحمن، عن أبيه، أن ابن مسعود باع من
الأشعث بن قيس رقيقاً فذكر معناه، والكلام يزيد وينقص. هكذا رواه ابن أبي ليلى، وعمر بن
قيس الماصر، عن القاسم بن عبدالرحمن، عن أبيه، وعمر بن قيس الماصر هذا كوفى ثقة، روى
عنه ابن عون، وغيره. ذكر العقيلي، قال: حدثنا محمد بن إدريس، قال: حدثنا محمد بن سعيد بن
سابق، عن عمرو بن أبي قيس، عن عمر بن قيس الماصر، عن القاسم بن عبدالرحمن، عن أبيه،
عن عبدالله بن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا تباع المتبايعان بيعاً ليس بينهما شهود،
فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع». حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن
أصبغ، قال: حدثنا بكر بن حماد، قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا حماد، عن أبان بن تغلب، عن
القاسم بن عبدالرحمن، أن الأشعث اشترى من عبدالله رقيقاً من رقيق الإمارة، فأتاه فقاضاه،
فاختلفا في الثمن، فقال له عبدالله: أترضى أن أقضى بيني وبينك بقضاء رسول الله ﷺ، قال:
«إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع أو يترادان». ورواه حجاج، عن ابن جريج، قال:
أخبرني إسماعيل بن أمية، عن عبدالملك بن عبيدة، قال: حضرنا أبا عبيدة بن عبدالله بن مسعود
فذكر، عن أبيه، عن النبي ﷺ معناه. قال أبو عمر: هذا الحديث وإن كان في إسناده مقال من
جهة الانقطاع مرة، وضعف بعض نقلته أخرى، فإن شهرته عند العلماء بالحجاز والعراق يكفى
ويغنى.

(*) أخرجه البخارى في البيوع ٢١٤٨، ٢١٥٠، ٢١٥١، الشروط ٢٧٢٧. ومسلم في النكاح
١٤١٣، البيوع ١٥١٥، ١٥٢٤. والترمذى فى النكاح ١١٣٤، البيوع ١٢٢١، ١٢٢٢،
١٢٥١، والنسائى فى النكاح ٣٢٣٧، البيوع ٤٤٨٥، ٤٤٨٦، ٤٤٨٧، ٤٤٨٩،
٤٤٩٤، ٤٤٩٩، ٤٥٠٠، ٤٥٠٤، ٤٥٠٥. وأبو داود فى البيوع ٣٤٣٧، ٣٤٣٨، ٣٤٤٣،
٣٤٤٤، ٣٤٤٥. وابن ماجه فى التجارات ٢١٧٢، ٢١٧٤، ٢١٧٥، ٢١٧٨، ٢٢٩٣. وأحمد
فى باقى مسند المكثرين ٧٢٠٧، ٧٢٦٣، ٧٣٣٣، ٧٤٠٦، ٧٤٧١، ٧٦٤١، ٧٦٧٠ =

يكونان بالخيار ما لم يفترقا بالقول.

ومعنى تفرقهما على هذا كمال البيع بإتمام الإيجاب والقبول، ويكون معناه أن تفرقهما قد حصل بأن استبد المبتاع بما ابتاعه، والبائع بثمنه، وقد يكون التفرق بالانحياز إلى المعاني والتباين فيها، قال الله تعالى: ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة﴾ [البينة: ٤]، يريد والله أعلم، تفرقهم في الأديان ومباينة بعضهم لبعض فيها، فعلى هذا يكون معنى الحديث: المتساويين لهما الخيار ما لم يكتملا البيع، قال بهذا أبو حنيفة والنخعي وربيعة بن أبي عبد الرحمن.

وذهب ابن حبيب إلى أن المتبايعين هما من وجد منهما التبايع، وانقضى بينهما بإتمام الإيجاب والقبول، وأنهما قبل ذلك لا يوصفان بأتهما متبايعان، وإنما يوصفان بأتهما متساومان.

ومعنى ما لم يفترقا بالأبدان، فيكون معنى الحديث على ذلك أنهما بالخيار بعد وجود الإيجاب والقبول، ما دام في المجلس حتى يفترقا، بأن يزول أحدهما عن الآخر ويفارقه بذاته، وبهذا قال الشافعي، وهو مذهب عبد الله بن عمر وسعيد بن المسيب والحسن البصري.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة، فلم يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح.

فصل: وقوله ﷺ: «كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا، إلا بيع الخيار»^(١) يقتضى والله أعلم على تأويل مالك وأصحابه، إلا أن يشترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقررة يثبت مثلها في المبيع، ولا يقدر الخيار بمدة، فيقتضى فيها بالواجب، فيكون الاستثناء على هذا مما يقتضيه.

قوله: «أنهما بالخيار ما لم يفترقا»^(٢) فإنه لا خيار بينهما بعد التفرق، إلا في بيع

= ٨٠٣٩، ٢٧٤٢٩، ٨٥٠٥، ٨٧٨٠، ٨٨٧٦، ٨٩٦٩، ٩٠٥٥، ٩١٦٠، ٩٢٧٥، ٩٦٣٥،
٩٦٧٥، ٩٧١٦، ٩٨٧٥، ٩٨٩٦، ٩٩٤٣، ١٠١٣٨، ١٠٢٠٨، ١٠٢٧١، ١٠٤١٧،
١٠٤٦٣. والدارمي في البيوع ٢٥٥٣، ٢٥٦٦. والدارقطني ٧٤/٣، عن أبي هريرة. وابن أبي شيبه ٣٩٩/٦، عن أبي هريرة.

(١) «إلا بيع الخيار» قال النووي: فيه ثلاثة أقوال أصحها: أن المراد التخيير بعد تمام العقد قبل مفارقة المجلس، وتقديره يثبت لهما الخيار ما لم يفترقا إلا أن يتخيرا في المجلس ويختارا أيضًا البيع فيلزم البيع بنفس التخيير ولا يدوم إلى المفارقة.

(٢) قال في الاستذكار ٢٣٥/٢٠: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فليس في لفظه شيء يدل على الندب، وإنما هو حكم، وقضاء، وشرع من رسول الله ﷺ، لا يحل لأحد خلافه برأيه.

كتاب البيوع ٤٣١

الخيار، فكأنه قال: حكم البيوع اللزوم بمجرد العقد إلا البيع الذى يشترط فيه الخيار، فيثبت فيه الخيار على حسب ما شرط.

ومعناه على تأويل ابن حبيب أن كل واحد منهما بالخيار ما داما فى المجلس إلا بيع الخيار، وذلك أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر الإمضاء أو الرد، فيختار، فينقطع بذلك الخيار، ويكون معنى ذلك أن عقد البيع على الخيار إلا أن يوقف على قطع الخيار بعده، واللفظ فى الأول أظهر من وجهين، أحدهما: أن بيع الخيار إذا أطلق فى الشرع، فإنه يفهم منه إثبات الخيار فيه لا قطعه.

والثانى: أنه إذا قال: له بعد كمال العقد أجر، أو رد، لا يجب أن يوصف بذلك البيع بأنه بيع خيار؛ لأنه قطع الخيار إنما يطرأ بعد كمال العقد. وعلى تأويل مالك يوصف بيعهما بأنه بيع خيار؛ لأنه مشروط فيه ومنعقد على حكمه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن: مدة الخيار ثابتة فى الشرط، وهى مختلفة باختلاف المبيع، ولا يقصر على ثلاثة أيام خلافاً لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله أن هذا خيار يستحق به الرد، فلم يقصر على ثلاثة أيام كخيار الرد بالعيب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالخيار بالبيع بقدر ما يحتاج إليه من مدة النظر إليه، والاختيار له، والسؤال عنه، مع تسرع استحالة المبيع وإبطاء ذلك فيه، ففى المدونة: هو فى الدار الشهر ونحوه. وفى الواضحة عن ابن الماجشون: الشهر والشهران.

ووجهه أنه يحتاج من النظر إلى حيطانها، وأسسها، ومرافقها واختبار جيرانها، ومكانها، إلى ما يحتاج فيه إلى المهلة مع كونها مأمونة لا تسرع إليها الاستحالة.

فرع: وأما الرقيق، فعن مالك فى المدونة: الخمسة الأيام والجمعة، وما أشبه ذلك.

وقال ابن المواز: الأربعة أيام والخمسة، ولا أفسخه فى عشرة أيام، وأفسخه فى الشهر. وأجاز ابن القاسم فى العبد عشرة أيام. وروى ابن وهب أن مالكا أجازته فى الشهر، وأباه ابن القاسم وأشهب.

وجه إجازته فى الشهر أن الرقيق ذو ميز، وربما ستر ما فيه الأخلاق والعيوب التى تزهد فيه، ويستعمل ما يرغب فيه مدة، فيجب أن يسرع فيه من مدة الشرط ما لا يكاد أن يستر فيه أمره غالباً، وإن رام ستره.

٤٣٢ كتاب البيوع

ووجه قول ابن المواز أنه يحتاج فيه إلى الاختبار المدة إلا أن التغير يسرع إليه، فمنع ذلك طویل المدة والشهر مدة يتغير فيها غالبًا.

فرع: وأما الدابة، ففي المدونة يركب اليوم وما أشبهه، ولا بأس أن يشترط السير عليها البرد والبريد، ما لم يتباعد ذلك. والفرق بينهما وبين الرقيق أنها لا تتميز، فتكم أخلاقها وأحوالها، ففي مثل هذه المدة يختبر حسن أخلاقها، وسيرها، ويحتمل أن يريد ركوب الدابة اليوم في المدينة على حسب ما يركب الناس في تصرفاتهم، وسير البريد لمن خرج من المدينة ليختبر بذلك تفاسيرها وصبرها في حالها.

قال القاضي أبو الوليد: ويحتمل عندي أن تضاف إلى ذلك الليلة ليختبر أكلها، وحالها في وقوفها، ووضع آلتها عليها، ونزعها عنها، ولا يشترط من ذلك أكثر مما يحتاج إليه، وإنما يسرع التغير إليها.

وقال أبو محمد عبد الحق: إنه يشترط الخيار في الدابة اليوم والثلاثة كالثوب من غير ركوب، وإنما شرطه في المدونة اليوم للركوب، والله أعلم.

فرع: وأما الثوب، ففي الواضحة: يشترط فيه اليومان والثلاثة. ووجه ذلك أنه يستل يسئل عنه أهل المعرفة به، ولم يضيق عليه في ذلك؛ لأنه يسرع إليه التغير، ولا يشترط لباس الثوب، وإن شرط استخدام الرقيق وركوب الدابة؛ لأن اختبار الرقيق، إنما يكون بالاستخدام والتصرف واختبار الدابة بالركوب، وأما الثوب، فلا يختبر باللباس، إلا أن يشترط منه قدر ما يعرف به طوله أو قصره.

فرع: وأما الفاكهة كالبطيخ والقثاء والتفاح والرمان والخوخ، فقد قال ابن القاسم في المدونة: إن كان الناس يستشيرون في مثل هذا، ففيه من الخيار بقدر الحاجة، وهذا فيما يعرف بعينه كالثوب والدابة والدار والعبد، فأما ما يعرف بعينه كالمكيل والموزون والمعدود، فإن اشترط فيه خيار، فلا يغيب المشتري على شيء منه، قاله ابن القاسم وأشهب؛ لأنه قد يغيب عليه فيرد غيره مكانه. قال أشهب: لأنه يصير تارة سلفاً إن رده، وتارة بيعاً إن أبي رده.

فرع: وأما الخيار في السلم، فقد قال مالك: يجوز فيه اليومان والثلاثة.

ووجه ذلك أنه لمعنى السؤال والمشورة مع أن المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغير، فصار كالثوب، وإنما يمنع من كثيره لما في ذلك من مشابهة الكالئ بالكالئ، وذلك مما يعنى عن يسيره دون كثيره.

كتاب البيوع ٤٣٣

مسألة: إذا شرط الخيار، ولم يقرر المدة لم يبطل البيع، وحكم فى ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة فى غالب العادة. وقال أبو حنيفة والشافعى: يبطل العقد.

والدليل على ما نقوله أن هذا الخيار له قدر فى الشرع، وذلك قدر الحاجة إليه فى كل نوع من المبيع، فإذا أخلا بذكره، فقد دخلا على المعروف، ألا ترى أنهما لو زادا عليه لفسد العقد به، ولم يثبت لهما ما زاده.

مسألة: إذا شرط من مدة الخيار ما لا يجوز، فقد قال سحنون فىمن اشترى داراً بالخيار ثلاث سنين أو أربع سنين، أو أجل لما يجوز له الخيار: ترد إلى صاحبها، ولا تفوت بالبناء والغرس فى مدة طويلة، فالبناء فوت، وعليه قيمتها يوم خروج وقت الخيار.

وروى ذلك العتبي عن سحنون، وإنما معنى ذلك أن بناء المبتاع فى مدة الخيار والخيار لغيره لا يبطل حكم الخيار، فيكون بمنزلة من بنى فى ملك غيره، ولو كان الخيار له، فبنى لعد ذلك منه إمضاء البيع، فيكون بمنزلة من بنى بعد انقضاء مدة الخيار، وذلك فوت.

وقد روى سحنون عن ابن القاسم فىمن ابتاع حيواناً أو غيره، على أنه بالخيار أربعة أشهر، فقبض المبيع، فإن مصيبته من البائع إذا لم يتم فيها بيع، يريد والله أعلم، أنها تلفت فى مدة الخيار.

وروى ابن سحنون عن أبيه فىمن اشترى سلعة، وشرط فيها الخيار سنة أو سنتين، أن البيع فاسد، وضمانها من المشتري من يوم قبضها. وقال الشيخ أبو محمد: ورواية العتبي عنه أحسن والله أعلم.

وجه رواية العتبي أنه لم يقبض السلعة فى مدة الخيار على وجه التمليك، فلم يكن نماؤها ونقصانها له، فلا تفوت بذلك عنده، ولا يضمن ضياعها؛ لأنه لم يقبضها بذلك، فإذا خرجت عن أيام الخيار، فقد بقيت عنده على وجه التمليك، فتفوت بما يحدث بعد ذلك من زيادة أو نقص، ويكون ضمانها منه.

ووجه القول الثانى ما احتج به من أنه قبضها بالبيع الفاسد، وذلك مثل ما قال أصحابنا فىمن باع سلعة على أنه متى رد الثمن، فهو أحق بسلعته، وإن رده إلى خمس سنين أو أكثر مما لا يجوز الخيار إليه، أنه بيع فاسد والمشتري ضامن من يوم القبض.

٤٣٤ كتاب البيوع

وفرق بينه وبين المشتري بالخيار إلى ما يجوز فيه الخيار ويشترط النقد، فقال: فى هذا ضمانها من البائع، وإن قبضها المشتري، إلا أن يقبضها بعد أجل الخيار؛ لأن الخيار هاهنا صحيح لم يفسد به العقد.

فرع: وما حدث بالمبيع من نماء فى أمد الخيار، فلا يخلو أن يكون من جنسه أو من غير جنسه، فإن كان جنسه كالولد، فقد قال ابن القاسم الولد فى مدة الخيار للمشتري. وقال أشهب: هو للبائع.

وجه قول ابن القاسم أنه نماء من جنس العين، فكان حكمه حكمها كالسمن.

ووجه قول أشهب أنه نماء منفصل كالمال يوهب للعبد فى مدة الخيار، فإنه للبائع. قال أشهب: إن اختار المشتري البيع، واتفقا على جمعها فى ملك وإلا نقض البيع.

ومن اشترى عشر جوار من مائة يختارهن، فلم يختار حتى وضعن، قال ابن القاسم: هذا لا يكون له الخيار فى أخذ الأمهات، ويفسخ البيع من أجل التفرقة، وقيل لا يفسخ، والولد للبائع، ويجمع بينهما فى ملك أو يبيعان.

وهذا موافقة من ابن القاسم لأشهب، وكان يجيء على قول ابن القاسم فى المدونة أنه يختار الأمهات، وتكون أولاد ما اختار معها بمنزلة سمن أجسامها.

وقال أشهب فىمن اشترى عشر شياه من مائة يختارها، فولدت: أنه يختار الأمهات دون الأولاد. قال أشهب: وقد وضعت فى ضمان غيره.

مسألة: ولا يجوز اشتراط النقد فى بيع الخيار؛ لأنه تارة يكون بيعاً إن اختار البيع، وتارة يكون سلفاً إن رد البيع، ولا يجوز أن يشترط السلف للتخيير فى بيع؛ لأن السلف من عقود المعروف التى تبطل المعاوضة إذا قارنتها كالبيع والسلف، وقد أشار إلى هذا سحنون، وهو ظاهر فى المدونة.

فرع: فإن عجل النقد على الطوع بعد تقدم العقد، جاز إلا فى السلم، قال ذلك الشيخ أبو محمد، رحمه الله.

ووجه ما احتج به من أنه إذا تطوع بالنقد فيه، ثم أراد الإجازة، فسخ الثمن الذى تطوع بنقده فى المسلم فيه إلى أجل، وذلك لا يجوز؛ لأنه فسخ دين فى دين وإذا كان الخيار فى بيع معين، وتطوع بتعجيل النقد صرف الثمن الذى تبرع بتقديمه فى عين يتعجل قبضه، والله أعلم.

كتاب البيوع ٤٣٥

مسألة: ومما يكون من المتباع إجازة في مدة الخيار أن يهب ما اشتراه بالخيار، أو تكون جارية، فيدبرها أو يكتبها أو يؤجرها أو يعتقها، أو يتصدق بها، أو يطؤها، أو يقبلها، أو يباشرها، فذلك كله إجازة عند ابن القاسم، وذلك أن مثل هذا لا يفعله الإنسان إلا فيما يملكه، فكان فعله له فيما يجوز له أن يملكه تملكاً كاتزاع مال عبده.

فرع: فإذا جرد الجارية لينظر إليها، فليس ذلك باختيار إلا أن يجردها ملتذداً بالنظر إليها، أو ينظر إلى فرجها، فذلك رضى بها، قاله ابن القاسم.

ولو كانت جارية، فزوجها، لكان ذلك منه رضاً، قاله ابن المواز، قال: وإنما خالف أشهب ابن القاسم في تزويج العبد، وأما تزويج الأمة، فهو رضاً عندهما.

فرع: ولو رهن العبد، أو أجره، أو زوجته، أو أسلمه إلى خياز، أو طباخ، أو كتاب، أو ساوم به، لكان اختياراً، وكذلك لو قطع يده، أو فقأ عينه، أو ضربه، فعل ذلك عمداً فإن فعله خطأ رد معه ما نقصه، قال ذلك ابن القاسم في المدونة. وقال في غيرها: ويحلف إن اتهم.

وقال أشهب: لا تكون الإجارة، ولا الرهن، ولا السوم بها، ولا الجنبايات، ولا إسلامه إلى الصناعات، ولا تزويج العبد إجازة منه بعد أن يحلف في الإجازة والرهن وتزويج العبد. وروى محمد عن أشهب، أنه يحلف في هذه الوجوه كلها بالله، ما كان منه هذا رضاً بالعبد.

وجه قول ابن القاسم أن هذه كلها معان، لا يفعلها الإنسان من غير تعد إلا فيمن تملكه، فلا يحمل أمره على التعدي، بل على عمل ما له فعله وهو الإجازة.

وجه قول أشهب أن ما يفعل الإنسان فيما لا يملكه على قسمين، فمنه على وجه التعدي، ومنه على وجه الاختبار، كالمساومة، وتسليمه في الصناعات؛ ليختبر قبوله لها، ونفاذه فيها، فلا يجوز أن يقضى عليه بمجرد فعله على أنه أمضى البيع، وهو يحتمل أن يكون فعله لاختيار المبيع.

مسألة: ولو كانت دابة قطع ذنبها المتباع، أو ودجها أو غربها، أو سافر بها، فذلك كله إجازة منه للبيع، قاله ابن القاسم، قال: ولو ركبها إلى موضع قريب، فهو على خياره؛ لأنه يقول: ركبته لأختبرها، ولذلك شرط الخيار.

مسألة: ولو باع السلعة في مدة الخيار، فقد روى علي بن زياد عن مالك: لا ينبغي

٤٣٦ كتاب البيوع

أن يبيع حتى يختار، فإن باع فليس بيعه اختياراً، ولرب السلعة أن يجيز، فيأخذ الثمن أو يرد البيع.

وفى الواضحة، أنه إن قال: بعته بعد الرضا، صدق مع يمينه، وإن قال: بعته قبل أن أرضى، فالربح للبائع منه، ومثله لابن القاسم فى أنه لا يكون البيع رضا.

وجه ذلك أنه قد تعلق حق البائع منه بالربح الذى باع به، فيقول: إنه لى؛ لأنك بعته قبل الرضا، فالربح لى.

وهذه المسألة مخالفة للمسائل المتقدمة، لأن هذه المسألة البائع ينكر الرضا، ويريد الرد، وفى سائر المسائل البائع يدعى رضاه بالبيع، ويمنع الرد؛ لأنه لا غرض فى شىء منها للبائع، والله أعلم.

ولو كان يدعى عليه الرضا بالبيع للزمه ذلك؛ لأنه قد قال: إن الرضا يثبت عليه بالمساومة، والبيع فى ذلك أبلغ.

مسألة: ومن حجم العبد، أو حلقه على المشط، ففى الواضحة أنه رضى به، قال: وكذلك لو جعل من يخضب يد الجارية، أو يصفى رأسها بالغاوسول، إلا أن تفعل ذلك الجارية بغير أمره، فلا يكون رضى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن البيع فى مدة الخيار على ملك البائع كان الخيار للبائع أو للمبتاع أو لهما. وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للمبتاع وحده، فقد خرج المبيع من ملك البائع، ولم يدخل فى ملك المشتري. وقال الشافعى: ينتقل بنفس العقد. وله قول آخر، أنه مراعاة.

والدليل على ما نقوله أنه إيجاب لا يلزم البائع، فلم ينتقل به الملك: أصل ذلك إذا كان الإيجاب لم يوجد فى القبول بعده.

مسألة: وإذا هلك المبيع فى مدة الخيار بيد البائع، فهو منه، وإن هلك بيد المبتاع، ففى كتاب ابن حبيب إن كان مما لا يغاب عليه، فهو من ضمان البائع مع يمين المبتاع لقد ذهب من غيره، فعليه، وإن كان مما يغاب عليه؟ فهو من ضمان المبتاع إذا لم تقم بينة بضياعه.

ووجه ذلك أنه قبضه لمنفعة نفسه مع بقائه على ملك بائعه، فأشبهه الرهن.

فرع: وبماذا يضمن؟ فى الواضحة، يضمن الثمن دون القيمة. ووجه ذلك أنه يتهم

كتاب البيوع ٤٣٧
أن يغيب عليه، ويدعى ضياعه ليأخذ بالقيمة، وقد كان بائعه لا يبيعه، ولا يسلمه إليه بقيمة، إلا بما شرط من ثمنه، ومتى قبضه على ثمن يصح، ضمنه به كما أنه قبضه على غير ثمن لم يضمه إلا بالقيمة.

مسألة: خيار الشرط موروث، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس بموروث. والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]، وهذا الحق مما ترك، فوجب أن يكون للوارث.

ومن جهة القياس أن هذا خيار ثبت لإصلاح المال، فوجب أن ينتقل بالموت إلى الوارث كخيار الرد بالعيب.

فرع: وإن أغمى عليه، لم يكن للسلطان إبطال خياره في أيام الخيار، فإن تطاول ذلك، نظر السلطان، فإن كان منه ضرر، فسخ البيع، وليس له الإجازة للمغمى عليه، هكذا وقعت هذه المسألة في المدونة والموازية.

وروى ابن المواز عن أشهب: أن للسلطان أن يجيز أو يرد في مدة الخيار، فإن لم يفعل حتى مضت أيام الخيار، لم يكن له نظر، ورد البيع، فيقع الخلاف بينهما في مدة الخيار.

فوجه قول ابن القاسم أن المغمى عليه ليس للسلطان الحجر عليه، ولا النظر في ماله بالبيع والشراء أو الرد والإمضاء لقرب ما يرجى من إفاقته، وإنما الحجر على من يطول أمره، ويبعد وقت إفاقته، المدة الطويلة التي يخاف فيها ضياع ماله.

وجه قول أشهب أنه لما تعذر على المغمى عليه النظر، كان السلطان هو القائم عنه، والآخذ له بماله أن يأخذ به لنفسه، والله أعلم.

مسألة: إذا أراد من شرط الخيار لنفسه من المتبايعين أن يجيز أو يفسخ، جاز له ذلك، وإن لم يحضر الآخر خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ليس له ذلك إلا بمحضر الآخر.

والدليل على ما نقوله أن من لم يفتقر حال العقد إلى رضاه، فإنه لا يفتقر إلى حضوره كالأجنبي.

مسألة: ولو انقضت مدة الخيار، ولم يختر من له الخيار، فقد قال مالك وابن القاسم: له أن يرد السلعة بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار، من الغد وقرب ذلك، فإن تباعد، فليس له ردها.

٤٣٨ كتاب البيوع

قال مالك: أرأيت إن من مرض أو حبس، أيلزمه البيع؟ قال أشهب وابن الماجشون: إذا مضت الأيام بليالها، فلا رد له، فإن رد قبل غروب الشمس من آخرها، فذلك له.

وجه القول الأول أن في تحديد وقت الخيار نوعاً من الغرر، فقد يعوق العائق في ذلك الوقت عن الالتزام، أو الرد مع حاجته إلى ذلك، وما أثر الغرر في البيع كان ممنوعاً، ولذلك منع في السلم أن يريه حنطة، ويسلم إليه في مثلها، ومن جوزه لم يلزم السلم إليه ما يكون حكمه حكمها لتعذر وجود مثلها.

وجه القول الثاني أن اشتراط المدد يقتضى توقيتها، والمنع من الزيادة عليها كأجل الدين وعهدة الثلاث.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، فإنه يعتبر في ذلك ممن كانت السلعة في يده بأن كان الخيار للبائع، والسلعة بيده حتى انقضت مدة الخيار، وما يقرب منها، فالسلعة له، وليس له إمضاء البيع، ولو كانت بيد المشتري لتنفيذ البيع، ولم يكن للبائع الرد، وكذلك لو كان الخيار للمشتري أو لهما على حسب هذا يكون الأمر فيه، وهو معنى قول ابن القاسم في المدونة.

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ بَاعَ مِنْ رَجُلٍ سِلْعَةً، فَقَالَ الْبَائِعُ: عِنْدَ مُوَاجَبَةِ الْبَيْعِ أَبِيْعُكَ عَلَى أَنْ أَسْتَشِيرَ فُلَانًا، فَإِنْ رَضِيَ، فَقَدْ جَازَ الْبَيْعُ، وَإِنْ كَرِهَ، فَلَا بَيْعَ بَيْنَنَا، فَيَتْبَاعَانِ عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ يَنْدُمُ الْمُشْتَرِي قَبْلَ أَنْ يَسْتَشِيرَ الْبَائِعَ فُلَانًا: إِنَّ ذَلِكَ الْبَيْعَ لَازِمٌ لَهُمَا عَلَى مَا وَصَفَا، وَلَا خِيَارَ لِلْمُبْتَاعِ، وَهُوَ لَازِمٌ لَهُ إِنْ أَحَبَّ الَّذِي اشْتَرَطَ لَهُ الْبَائِعُ أَنْ يُجِيزَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن البائع له أن يشترط مشورة فلان وخياره، وكذلك المتباع خلافاً لأحمد بن حنبل، وأحد وجهي أصحاب الشافعي.

والدليل على ذلك أن الخيار وضع لتأمل المبيع واختباره، وقد يكون هو ممن لا يبصر، فيشترط خيار غيره، أو يكون هو يبصر، ويشترط استعانته به.

فرع: وهذا إذا كان المشتري مشورته وخياره، حاضراً أو قريب الغيبة، وإن كان بعيد الغيبة، فسد البيع؛ لأنه معين يشتري على أن يستحق قبضه إلى أجل بعيد، وذلك غير جائز.

كتاب البيوع ٤٣٩

مسألة: فإذا باع البائع واشترط مشورة فلان، فإن ذلك يلزم المبتاع وللبيع أن يمضى البيع أو يرده قبل نظر فلان المذكور، روى ابن المواز عن مالك أنه قال: كمن خلع وكالة وكيل، وكذلك من ابتاع على أن يستأمر فلاناً، فقد قال مالك: للمبتاع أن يرد البيع، ولا يستأمر هذا.

وقوله: كمن خلع وكالة وكيل، فيه نظير؛ لأن الاستثمار ليس بمعنى التوكيل، والتسليط على العمل، وإنما معنى المشاورة، والاستثمار استعمال رأى المشير، وما عنده فى ذلك ثم العمل فى ذلك للمستشير بموافقه له أو مخالفته، إلا أنه يحتمل أن يريد بذلك أن الوكيل الذى فوض إليه العمل خلعه، فكيف بمن لم يفوض له شيء.

مسألة: وأما إن شرط البائع خيار أجنبى، فقد سوى ابن حبيب فى واضحته بين المشورة والخيار، وقال: إن لمن شرط ذلك من المتبايعين الأخذ أو الرد دون الأجنبى، رواه ابن المواز.

وروى ابن مزين عن ابن نافع أنهما سواء، ولا رد للمبتاع، إلا برأى من اشترط خياره أو مشورته، كذا نقله الشيخ أبو محمد فى نوادره.

والذى فى كتاب ابن مزين عن يحيى بن يحيى عن ابن نافع فى الذى يبيع السلعة، ويستثنى أن يستشير فلاناً، فإن أمضى البيع بينهما تم بيعهما، فقال: البيع لازم للبائع، وللمبتاع إن أجاز الذى استثنى البائع نظره، ولا ينفع أحدهما ندمه، وهذا ليست فيه استشارة فقط، بل قد جعل إليه الإمضاء، فهو أبلغ من أن يجعل إليه الخيار والرضا، وقد سوى فى ذلك بين المتبايعين.

وروى أصبغ عن ابن القاسم أنهما إن جعلوا إلى أجنبى الرد والإمضاء أنهما قد تخاطرا فى ذلك، ولا يعجبه.

وفى المدونة عن مالك فى البائع يبيع على رضا أجنبى أو خياره، فإن رضى البائع أو فلان، جاز البيع، وهذا اللفظ يقتضى أن من أجاز منهما البيع، جاز وعليه تأويله ابن لبابة، وخالفه غيره فى هذا التأويل.

وفى المدونة عن مالك أنه فرق بين المشورة والرضا والاختيار فى حق المبتاع، فقال: إن شرط المبتاع مشورة أجنبى، جاز له أن يجيز دون المشاورة، وإن شرط رضاه، أو على خياره، فليس للمبتاع أن يرده، ولا يجيزه حتى يرضى فلان.

٤٤٠ كتاب البيوع

وذكر القاضي أبو محمد أن البائع إذا شرط خيار أجنبي أو رضاه كان له الاختيار دون الأجنبي بخلاف المشتري يشترط ذلك، فلا خيار للمشتري دون الأجنبي.

والفرق بينهما أن حال البائع أقوى؛ لأن المبيع باق على ملكه، وله عزل من جعل الخيار إليه، والمشتري لم يملك المبيع بعد، ولم يوجب له فيه على اختياره إنما شرط اختيار غيره، فليس له عزل الغير عما لا يملك.

فروع: ومن اشترى لغيره، وشرط خيار حاضر أو غائب الغيبة. قال ابن حبيب: له أن يجيز البيع دونه بخلاف الذى يشتري لنفسه وتوجيهه يقرب مما قدمناه، ويتخرج على قول مالك وابن نافع أن خيار الأجنبي في ذلك غير لازم على ما تقدم.

قَالَ مَالِكُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي السَّلْعَةَ مِنَ الرَّجُلِ فَيَخْتَلِفَانِ فِي الثَّمَنِ، فَيَقُولُ الْبَائِعُ: بَعْتُكَهَا بِعَشْرَةِ دَنَائِيرَ، وَيَقُولُ الْمُبْتَاعُ: ابْتَعْتُهَا مِنْكَ بِخَمْسَةِ دَنَائِيرَ، إِنَّهُ يُقَالُ لِلْبَائِعِ: إِنَّ شِئْتَ فَأَعْطِهَا لِلْمُشْتَرِي بِمَا قَالَ، وَإِنْ شِئْتَ فَاحْلِفْ بِاللَّهِ مَا بَعْتَ سِلْعَتَكَ إِلَّا بِمَا قُلْتَ، فَإِنْ حَلَفَ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي إِمَّا أَنْ تَأْخُذَ السَّلْعَةَ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ، وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا اشْتَرَيْتَهَا إِلَّا بِمَا قُلْتَ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِيءٌ مِنْهَا، وَذَلِكَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ عَلَى صَاحِبِهِ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن المتبايعين إذا اختلفا في الثمن كان كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه، وذلك ما لم يفت المبيع، ويتقرر عليه اليمين، وذلك على

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠/٤١٢، وقال: روى ابن القاسم عن مالك أن السلعة إن كانت قائمة بيد البائع أو بيد المشتري، فسواء، ويتحالفان ويترادان. وقال ابن القاسم: إن قبضها المبتاع وفاتت عنده بتمام، أو نقصان، أو تغير سوق، أو بيع، أو كتابة، أو هبة، أو هلال، أو تقطيع في الثياب، أو كانت داراً فبناها، أو طال الزمان فتغيرت المساكن، ثم اختلفا في الثمن، فالقول قول المشتري مع يمينه. وروى ابن وهب عن مالك أنهما يتحالفان إذا كانت السلعة قائمة عند البائع، وأما إذا بان بها المشتري إلى نفسه، فالقول قول مع يمينه، ولا يتحالفان. وقال سحنون: رواية ابن وهب عن مالك هو قول مالك الأول، وعليه أكثر الرواة، ثم رجع مالك إلى ما رواه ابن المسيب. قال: وقال ابن القاسم: إذا تحالف رد البيع، إلا أن يرضى المبتاع أن يأخذها بما قال البائع قبل الفسخ. وقال سحنون: بل بتمام التحالف يفسخ البيع. قال: وهو قول شريح: إذا تحالفا ترادا، وإن نكلا ترادا، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، ترك البيع، يريد على قول الخالف. وروى ابن المواز، عن ابن القاسم مثل قول شريح. وقال عبد الملك بن حبيب: إن حلفا فسخ، وإن نكلا كان القول قول البائع، وذكره عن مالك.

كتاب البيوع ٤٤١
ثلاثة أحوال، أحدها: أن يختلفا قبل القبض. والثاني: أن يختلفا بعد القبض، وقبل فوات
السلعة. والثالث: أن يختلفا بعد فوات السلعة.

فأما إن اختلفا قبل أن يقبض المبتاع السلعة، فهي المسألة التي تكلم عليها مالك في
أصل الكتاب، وقال: إنهما إذا اختلفا، وقال البائع: بعته عشرة دنانير، وقال المبتاع:
ابتعتها منك بخمسة دنانير، فقال: إنه يبدأ بالبائع، فيقال له: إن شئت أن تسلمها
للمبتاع بما قال، وإلا فاحلف أنك بعته منه بعشرة دنانير، فإن حلف، قيل للمبتاع:
خذها بما حلف عليه البائع، وإلا فاحلف بأنك اشتريتها منه بخمسة، فإن حلف، لم
يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي.

ووجه ذلك أن كل واحد منهما مدع عليه، فلم يكن دعوى أحدهما بأظهر من
دعوى الآخر، لكن قدم البائع بالتخير بين التسليم أو اليمين؛ لأن ملكه أقدم من ملك
المبتاع، والإيجاب الذي من جهته قبل القبول الذي من جهة المبتاع.

فإن حلف لم تكن يمينه يميناً يستحق بها ما حلف عليه، وإنما كانت يمينه يميناً تمنع
المبتاع من استحقاق السلعة لما يحلف عليه إن حلف، ويقوى دعوته أنه إنما باع بالثمن
الذي ذكره، فإذا اقترن به نكول المبتاع استحق بها الثمن الذي حلف عليه، فإذا حلف
المبتاع لم يستحق أيضاً أخذ السلعة بما حلف عليه، لأن يمينه إنما هي لمقاومة يمين البائع
ولتقوى دعوته بمثل ما قوى به البائع دعوته بيمينه.

فإذا تكافأت اليمينان، لم يكن قول أحدهما أولى من قول الآخر، فينتقض البيع
بينهما؛ لأن البائع اقتضت يمينه أن لا يخرج السلعة من يده بخمسة مثاقيل، والمبتاع
اقتضت يمينه أن لا يستحق عليه في ثمنها عشرة مثاقيل، فلم يبق إلا فسخ ما بينهما.

فروع: وإذا قلنا يفسخ ذلك بينهما، فقد قال سحنون: إن بنفس التخالف ينتقض
التبايع. وفي النوادر، قال محمد بن عبدالحكم: إذا تحالفا، ثم أراد البائع أن يلزم المشتري
بما حلف عليه المشتري، فذلك له، وإن شاء فسخ البيع. وقال ابن القاسم في المدونة:
إلا أن يرضى المبتاع قبل الحكم بالفسخ بما قال البائع، فذلك له.

وجه ما قاله سحنون أن الحلف إذا لزم من الجهتين، وتعقبه فسخ، كان ذلك لازماً
لا خيار فيه لأحد كاللعان.

ووجه ما قاله محمد بن عبدالحكم من أن الخيار للبائع بعد أيمانها أن الخيار قد ثبت
للبائع بنفس اختلافهما، ولذلك خير قبل أن يحلف، وليس في أيمانها ما يقطع خياره؛

٤٤٢ كتاب البيوع

لأن يمينه إنما كانت لتقوى دعواه، ويمين المبتاع لتقاوم يمين البائع، وتمنعه من أخذ السلعة لما حلف عليه، فبقى الخيار للبائع.

ونحصر من هذا قياساً، فنقول إن هذا خيار للبائع ثبت باختلافهما، فكان باقياً له ما لم يفسخ بيعهما. أصل ذلك قبل تحالفهما.

ووجه قول ابن القاسم أن يمين البائع قد انتقل الخيار إلى المبتاع، ولو أراد أن يمضى السلعة للبائع لما حلف عليه لكان له ذلك، وهو معنى نكوله، بل لا يعذر أن ينفصل عن هذا إلا باليمين، فإذا حلف كان له الخيار، وذلك أن له أن يمضى البيع بما حلف عليه البائع كما كان له ذلك قبل يمينه، وكان له رده لمقاومة يمينه يمين البائع، وكان الخيار له دون البائع. والله أعلم.

مسألة: ولو نكل البائع أولاً، نقلت اليمين إلى المبتاع، فإن حلف كانت السلعة بالخمسة التي حلف عليها، وذلك أنه قد قوى جنبته بيمينه، ونكول البائع.

ولو نكل المبتاع أيضاً، قال القاضي أبو محمد: اختلف فيه، فقيل يترادان، وقيل القول قول البائع. وهذه الرواية الثانية هي رواية ابن حبيب، وردت بمجملة دون ذكر يمين، وقد حملها قوم على أنها تلزم المبتاع لما قال البائع دون أن يحلف البائع.

قال القاضي أبو الوليد: والذي عندي أنه لا يكون للبائع إلا مع يمينه؛ لأن يمينه الأولى لم تكن لاستحقاق ما يحلف عليه؛ لأن للمبتاع أن يسقط ذلك عن نفسه بيمينه، فلما نكل عنها، ثم نكل المبتاع بعده ثبت في حقه يمين أخرى، هي اليمين التي يستحق بها ما حلف عليه، ولا يكون للمبتاع إسقاط ذلك عنه بيمينه؛ لأنه قد ترك ما هو أقوى من هذه اليمين، وهو أن يحلف ويأخذ السلعة بالخمسة التي حلف عليها، ولا يكون بمنزلة من ادعى على رجل عشرة دنانير، وأقام بذلك شاهداً، فقضى له بيمينه مع شاهده، فنكل، فردت اليمين على المدعى عليه، فنكل، فإنه يزن العشرة دنانير لنكوله دون يمين المدعى؛ لأن اليمين نكل عنها المدعى التي ردت على المدعى عليه؛ لأن المدعى لو حلف أولاً لاستحق حقه، ولو حلف المدعى عليه عند نكول المدعى لاستحق البراءة مما ادعى عليه، وليس كذلك في مسألتنا، فإن البائع لو حلف، لم يستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه.

ولو أحلف المبتاع لاستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه، فأحدى اليمينين غير الأخرى، وإذا نكل المبتاع وجب أن ترد يمين الاستحقاق على البائع؛ لأنها لم تثبت

كتاب البيوع ٤٤٣

قط في جنبته يمين يستحق حقه بها، وإنما تثبت في حقه أولاً يمين إذا أتمها قيل للمبتاع إما أن تحلف، وتسقط عن نفسك ما حلف عليه، أو تنكل، فيقضى له بما حلف عليه، والله أعلم.

مسألة: وأما إذا اختلفا بعد قبض السلعة، وقبل فوتها، فالذى رواه أشهب وابن القاسم عن مالك: أنهما يتحالفان ويتفاسخان.

وروى ابن وهب عن مالك أن القول قول المبتاع. وفي كتاب ابن المواز: لم يختلف قول مالك قبل التفرق، وأنهما يتحالفان ويتفاسخان.

واختلف قوله: إذا تفرقا، وقد قبض المبتاع السلعة، فروى عنه ابن حبيب ما تقدم.

وجه رواية ابن القاسم أن السلعة باقية على صفتها، فكان حكمها أن يتحالفا ويتفاسخا، ولا تأثير لقبضها بانفراده كما لا تأثير له في البيع الفاسد.

وجه رواية ابن وهب أن جنبه المبتاع قد قويت بالقبض، ولليد تأثير في ثبوت الأيمان في جنبه ذي اليد كما لو تداعى رجلان حقاً هو في يد أحدهما؛ لكان القول قوله مع يمينه.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فسواء نقد الثمن أو لم ينقده، يتحالفان ويترادان ما لم تفت، رواه ابن المواز عن ابن القاسم.

مسألة: وأما إذا فاتت السلعة بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق، فروى ابن القاسم عن مالك: أن القول قول المبتاع، وبه قال أبو حنيفة. وروى أشهب عن مالك: أنهما يتحالفان أبداً، وإن تلفت السلعة، وبه قال الشافعي.

وجه رواية ابن القاسم أن التحالف قبل الفوات يوجب الفسخ في عين السلعة، ورد عينها إلى البائع، وذلك متعذر بعد تلفها، وإنما يرد بدلها، وهو القيمة، فيقرر بها من ذلك أن المبتاع غارم لما تعلق بدمته، ومن كان هذا حكمه، فالقول قوله.

وجه رواية أشهب أن هذه إحدى حالتى السلعة، فوجب إذا اختلفت متبايعاها في ثمنها أن يتحالفا ويتفاسخا كحالة الوجود.

فيتقرر من هذا أن في المسألة ثلاث روايات، إحداهما: أنهما يتحالفان ما لم يقبض السلعة، ويفترقان، فإذا فارقه المبتاع، وقد قبضها، فالقول قول المبتاع، وهى رواية ابن وهب، وبها يأخذ سحنون.

٤٤٤ كتاب البيوع

والرواية الثانية أنهما يتحالفان ويترادان أبداً، وهى رواية أشهب. وقد روى ابن القاسم عن مالك الروايات كلها، وهى ظاهره فى النوادر.

مسألة: وهذا إذا اختلفا فى مقدار الثمن واتفقا على جنسه. وأما إن اختلفا فى جنسه، فقال أحدهما: بدينار، وقال الآخر: بطعام. قال ابن القاسم: الاختلاف المذكور إذا اتفقا فى الجنس. فأما إذا اختلفا، فإنهما يتحالفان أبداً، وترد القيمة.

ووجه ذلك أنهما لم يتفقا على جنس لكون البائع يدعى زيادة، ينكرها المبتاع، وقد صدقه فيما اتفقا عليه، فيكون القول قول المبتاع؛ لأنه مدع عليه الزيادة، وإذا اختلف الجنسان كان واحد منهما مدعياً ومدعى عليه؛ لأنهما لم يتفقا على شىء من الثمنين، والله أعلم.

مسألة: وهل يراعى فى ذلك أن يأتيا أو يأتى أحدهما بما لا يشبهه، فى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم أن معنى قول مالك: القول قول من ادعى منهما ما يشبهه، يعنى بعد فوتها بيد المشتري فى سوق أو بدن.

وذكره ابن حبيب عن مطرف وأصبغ وابن الماجشون: أنهما يتحالفان إذا أتيا بما يشبهه، وإن أتى أحدهما بما لا يشبهه، فالقول قول من أتى بما يشبهه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى فى ذلك أن مذهب ابن القاسم لا يراعى مع بقاء السلعة فى وقت يحكم بالتحالف والتفاسخ أن يأتى أحدهما بما يشبهه أو بما لا يشبهه، وإنما يراعى ذلك عند فواتها، فيكون القول قول المبتاع إذ أتى بما يشبهه، وأن مذهب مطرف وابن الماجشون وأشهب مراعاة قول من أتى بما لا يشبهه، وإن كانت السلعة مما لا يحكم فيها بالتحالف والتفاسخ.

والقولان موجودان فى المدونة لمن تأملهما، فيمن اكرتري راحلة بمصر ونقد مائة، فلما بلغا المدينة، قال: اكرتريت إلى مكة بمائة. وقال المكري: إلى المدينة بمائتين.

قال ابن القاسم: القول قول المكري فى المائة التى قبض إذا أتى بما يشبهه، وعليه اليمين، أنه لم يكر إلى مكة بالمائة، وعلى المتكاري اليمين فى المائة الأخرى، وإن لم ينتقده، فالقول قول المكري فى المسافة، والقول قول المكترى فى الكراء، ويقسم ما بين مصر إلى مكة، فيكون للمكري بمقدار ما بين مصر إلى المدينة.

وقال غيره مثل قوله، وذلك إذا أتيا جميعاً بما يشبهه، فإن أتى المكري بما يشبهه دون

كتاب البيوع ٤٤٥

المكثري، فالقول قوله مع يمينه، وحيث ما يجد لابن القاسم هذه المسألة في المدونة وغيرها لا يجده يراعى ما يشبه إلا بعد الفوات، وقد خالفه الغير، وهو عندى أشبه على ما ورد في هذه المسألة، والله أعلم.

مسألة: ولو قبض البائع الثمن والسلعة بيد المبتاع لم تفت بمحوالة سوق ولا غيره، وقد تقدم من رواية ابن المواز عن ابن القاسم أنهما يتحالفان ويتفاسخان، نقد الثمن أو لم ينقده، ما لم تفت السلعة، وهاهنا أظهر؛ لأن لقبض الثمن تأثير فى محل اليمين، فيجب فى هذه المسألة، وفى التى قبلها على ذلك قول آخر بمراعاة القبض، والله أعلم.

فرع: ولو حالت أسواق السلعة بيد البائع، وقد قبض الثمن، فالقول قوله مع يمينه، ولو قبض بعض الثمن لم يكن عليه من السلعة إلا بقدر ما قبض من الثمن بعد أن يحلف، ثم يحلف المبتاع، وإلا لزمته بقية السلعة، وغرم الثمن على ما حلف عليه البائع، وذلك إذا لم يكن فى التشارك فى تلك السلعة ضرر، فإن كان فيها ضرر كالعبد الواحد والدابة تحالفا وتفاسخا، وإن طال ذلك، رواه ابن المواز عن ابن القاسم.

مسألة: ولو تبايعا طعاماً، فقبل أن يتقابضا، اختلفا، فقال البائع: بعتك خمسة أراذب بدينار، وقال المبتاع: ابتعت منك ستة أراذب بدينار، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: يتحالفان ويترادان، فيفسخ البيع كله.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: إذا اختلفا، فقال البائع: بعتك ثلاثة أراذب بدينار، وقال المبتاع: ابتعت منك أربعة أراذب بدينار، حلف المبتاع أنه ابتاع منه أربعة أراذب بدينار، وحلف البائع أنه ما باعه إلا ثلاثة أراذب بدينار، فإن حلف صدق البائع فيما عليه، فيؤدى ثلاثة أراذب، ويصدق المبتاع فيما عليه، فيؤدى ثلاثة أرباع دينار.

فقول ابن القاسم مبنى على ما اختاره من أن التحالف يثبت بينهما ما لم تفت السلعة بيد المبتاع، ولم يقبض البائع الثمن.

ووجه رواية ابن حبيب ابن البيع ثبت فى مكيل أو موزون، فلم يثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ، ولو ثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ؛ لثبت ذلك فى السلم قبل القبض وعند حلول الأجل، ولكن لحلول الأجل وقبض الثمن تأثير، فجعل القول قول الغارم مع يمينه.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم: يتحالفان ويترادان، فمن الذى يبدأ بيمينه، روى

٤٤٦ كتاب البيوع

يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: يحلف المبتاع أنه اشترى منه ستة أراذب بدينار، ثم يحلف البائع أنه ما باعه إلا خمسة، ثم المبتاع مخير بين أخذ خمسة أو الفسخ.

ولو قبض البائع ديناراً، ودفع خمسة أراذب، ثم اختلفا قبل التفريق، وقال البائع: بعثك بالدينار الذى قبضته الخمسة الأراذب التى دفعت إليك. وقال المبتاع: بل ابتعت منك به ستة أراذب، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية: البائع مصدق مع يمينه بقبضه الدينار، وأنكر هذا يحيى بن عمر، وكأنه يرى أنهما يتحالفان ما لم يفترقا ولم يفت.

وجه قول ابن القاسم أن الدينار لما كان لا يتعين على البائع رده، ثبت أنه قد تعلق بذمته، فصار ما دفعه إليه البائع، قد تعلق بذمته، فكان ذلك فوتاً فى بيعهما، وأيضاً فإنه لما كان القبض يجعل القول قول البائع، كان الاعتبار بقبض الدينار دون تفرق المتبايعين. ووجه قول يحيى بن عمر أن اختلاف المتبايعين على أصل ابن القاسم يوجب التحالف والفسخ، ما لم يفترقا بعد القبض، ولا غاب أحدهما على ما قبضه من الآخر، فيجب أن يكون ذلك حكمهما.

مسألة: ولو قبض المبتاع خمسة أراذب، ولم يدفع الدينار، فقد روى يحيى بن يحيى: يلزمه خمسة أسداس دينار بعد أيمانهما، وينفسخ البيع فى سلس دينار. وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن القول قول المبتاع.

وجه قول ابن القاسم أنه لما كان المكيل والموزون مما يغاب عليه، ولا يعرف بعينه كان قبضه فوتاً، فيصدق كل واحد منهما فيما عليه، فيحلف البائع أنه لم يبق عليه شيء من الطعام، وأن ذلك جميع ما باعه منه، ثم يحلف المبتاع أنه ما ابتاع منه إلا ستة أراذب بدينار، فيجب للخمسة أراذب من ذلك خمسة أسداس دينار، ويسقط عنه الباقي؛ لأنه باق فى ذمته.

مسألة: ولو قبض البائع الدينار، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك إذا قبض البائع الدينار، فهو مصدق بيمينه، قبض المبتاع الطعام أو لم يقبضه.

وجه ذلك أن البائع الذى قبض الدينار، وكان ذلك بمعنى فواته لتعلقه بذمته، فالقول قوله، فإن كان قد قبض المبتاع الطعام، فإنما يدعى عليه زيادة على ذلك، فالقول قول المبتاع، وإن كان لم يقبضه، فإنما يدعى المبتاع زيادة على ما أقر به، وقد تقدم من قول يحيى بن عمر إنكار هذا، واختياره أن يتحالف.

كتاب البيوع ٤٤٧

فرق: فإذا قلنا إن القول قول البائع إذا قبض الثمن، فالفرق بينه وبين السلم، أنه قد قال: إذا أسلم إليه في طعام إلى أجل، فقال المبتاع: سلمت إليك مائة دينار في مائة أردب، وقال البائع: بل سلمت إلى مائة دينار في خمسين أردب حنطة، فقد روى ابن القاسم: إن كان ذلك بقرب تباعيهما، تحالفا وترادا، وإن طال ذلك، فالقول قول من عليه السلم مع يمينه إذا أتى بما يشبهه، فإن أتى بما لا يشبهه حملا على سلم الناس.

فالفرق بين مسألة النقد، ومسألة السلم أن في مسألة السلم يستحق القبض كما يستحق ذلك في السلم عند حلول الأجل، فاستويا. وأما قبل حلول الأجل، وقبل تغير الأسواق، فلا يستحق على البائع تسليم الطعام، فلذلك لم يكن القول قوله، ويثبت بينهما حكم التحالف والتفاسخ.

فرق: وفرق بين المكيل والموزون، وبين المعين من غيرهما، أن المكيل والموزون لا يعرف بعينه، وإذا غيب عليه تعلق بالذمة، والثياب والحيوان تعرف بأعيانها، فما لم يتعلق بالذمة لفوات يلحقها، لم يكن القول قول بائعها، يدل على ذلك أنه أسلم فيها لما كانت غير معينة، وكانت متعلقة بذمة من باعها، حكمنا في ذلك كله حكم المكيل والموزون، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِي الرَّبَا فِي الدِّينِ

١٣٥٠ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزَّنَادِ، عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عُبَيْدِ أَبِي صَالِحٍ مَوْلَى السَّفَّاحِ أَنَّهُ قَالَ: بَعْتُ بَرًّا إِلَى مِنْ أَهْلِ دَارِ نَخْلَةَ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى الْكُوفَةِ، فَعَرَضُوا عَلَيَّ أَنْ أَضَعَ عَنْهُمْ بَعْضَ الثَّمَنِ وَيَتَّقِدُونِي، فَسَأَلْتُ عَنْ ذَلِكَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ، فَقَالَ: لَا أَمْرُكَ أَنْ تَأْكُلَ هَذَا وَلَا تُوَكِّلَهُ.

١٣٥١ - مَالِك، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ حَفْصِ بْنِ خَلْدَةَ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الدِّينُ عَلَى الرَّجُلِ

١٣٥٠ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٤٣٥٥). البيهقي في السنن الكبرى (٢٨/٦). وذكره

ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٣٨.

١٣٥١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٣٩.

٤٤٨ كتاب البيوع
إِلَى أَجَلٍ، فَيَضَعُ عَنْهُ صَاحِبُ الْحَقِّ وَيُعَجِّلُهُ الْآخَرُ، فَكَرِهَ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ
وَنَهَى عَنْهُ.

الشرح: قوله: «إن أهل دار نخلة عرضوا عليه قبل أن يحل أجل دينه أن يضع عنهم وينقدوه» يريد والله أعلم، أن ينقدوه جنس ما له عليهم، وذلك مثل أن يكون له عليهم مائة دينار مؤجلة، فيدفعون إليه قبل الأجل خمسين ديناراً، ويحط عنهم خمسين، فسأل عن ذلك زيد بن ثابت، فقال: «لا آمرك أن تأكله ولا تؤكله» يريد تطعمه غيرك. ومعنى ذلك تحريمه؛ لأنه لا يمنع من أن يأكله ويؤكله مع كونه مباحاً، وبه قال ابن عمر، وعليه جمهور الفقهاء، وأجازته النخعي وزفر. واختلفت الرواية عن ابن المسيب في ذلك وأصحها المنع.

ودليلنا على تحريمه أنهم اشتروا منه المائة المؤجلة بخمسين معجلة، وذلك غير جائز لوجهين التفاضل والنساء في الجنس الواحد من العين، ويدخله سلف لعوض؛ لأنهم أسلفوه خمسين يقبضها من نفسه عند الأجل على أن يسقط عنهم خمسين.

مسألة: وأما إذا أخذ منه قبل الأجل من غير جنسه ما قيمته أقل مما له عليه، فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز أن يدخل الأجل بينه وبين الدينارين أو مما يجوز ذلك، فإن كان مما لا يجوز ذلك كالدرهم، فلا يجوز أن يأخذ منهم قبل الأجل بدنارين دراهم مثل قيمتها، ولا أقل ولا أكثر؛ لأن هذا ورق بذهب إلى أجل. وقد روى عنه عليه السلام: «الذهب بالورق ربا، إلا هاء وهاء»^(*).

مسألة: وإن كان مما يجوز ذلك فيه مثل أن يأخذ منه بدنارين قبل الأجل عروضاً معجلة، تكون قيمتها أقل من دينيره، أو مثل ذلك أو أكثر، فلا بأس في ذلك؛ لأن مآل أمره إلى شراء عرض بدنارين مؤجلة، ولا خلاف في جوازه.

١٣٥٢ - مَالِكُ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ الرَّبَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ أَنْ يَكُونَ

(*) أخرجه البخاري كتاب البيوع باب ٧٦ الشعير بالشعير ج ٣/١٥٣، عن مالك بن أوس. مسلم كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً برقم ٧٩ ج ٣/١٢٠٩، عن مالك ابن أوس. الترمذي في البيوع ١٢٤٣. النسائي في البيوع ٤٥٥٦. أبو داود في البيوع ٣٣٤٨. ابن ماجه في التجارات ٢٢٥٣، ٢٢٥٩. أحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٦٣، ٢٤٠، ٣١٦. الدارمي في البيوع ٢٥٧٨.

١٣٥٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٤٠.

لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ الْحَقُّ إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا حَلَّ الْأَجَلَ، قَالَ: أَتَقْضِي أَمْ تُرَبِّي، فَإِنْ قَضَى أَخَذَ، وَإِلَّا زَادَهُ فِي حَقِّهِ وَأَخَّرَ عَنْهُ فِي الْأَجَلِ.

قال مالك: وَالْأَمْرُ الْمَكْرُوهُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ الدَّيْنُ إِلَى أَجَلٍ، فَيَضَعُ عَنْهُ الطَّالِبُ وَيُعَجِّلُهُ الْمَطْلُوبُ، وَذَلِكَ عِنْدَنَا بِمَنْزِلَةِ الَّذِي يُؤَخَّرُ دَيْنُهُ بَعْدَ مَجَلِّهِ عَنْ غَرِيمِهِ وَيَزِيدُهُ الْغَرِيمُ فِي حَقِّهِ، قَالَ: فَهَذَا الرَّبَا بَعَيْنِهِ لَا شَكَّ فِيهِ^(١).

الشرح: قول زيد بن أسلم: «إن ربا الجاهلية كان أن يقول الذي له الدين عند أجله للذي عليه الدين أتقضى أم تربى» يريد يزيد في الدين، فإن اختار أن يزيده في الدين ليزيده في الأجل فعل، وهذا مما لا خلاف بين المسلمين في تحريمه.

وقد قيل إن قول الله تعالى: ﴿اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِمَحْرَبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رِءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلَمُونَ وَلَا تَظْلَمُونَ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، نزلت في هذا والله أعلم.

ومن جهة المعنى أنه سلف لنفع؛ لأنه يؤخره على أن يزيده في دينه، وذلك مما اتفق على تحريمه كما لو أعطاه عشرة دنائير في عشرين إلى أجل.

فصل: وقول مالك: «إن الذي يضع من دينه، ويتعجله قبل أجله، بمنزلة الذي

(١) قال ابن عبد البر في الاستذكار ٢٥٩/٢٠: قد بين مالك، رحمه الله، أن من وضع من حق له لم يحل أجله يستعجله، فهو بمنزلة من أخذ حقه بعد حلول أجله لزيادة زيادها من غريمه لتأخيره، ذلك لأن المعنى الجامع لهما هو أن يكون بإزاء الأمد الساقط والرائد بدلاً وعوضاً يزداده الذي يزيده في الأجل، ويسقط عن الذي يعجل الدين قبل محله، فهذان وإن كان أحدهما عكس الآخر، فهما مجتمعان في المعنى الذي وصفنا. وقد اختلف العلماء في معنى قوله: ضع عنى، وأعجل لك، ولم يختلفوا في معنى قولهم: إما أن تقضى، وإما أن تربى إنه الربا المجتمع عليه الذي نزل القرآن بتحريمه. ولم تعرف العرب الربا إلا في السنة المذكورة، فنزل القرآن بذلك، ثم بين رسول الله ﷺ أن الذهب بالذهب، والورق بالورق، والوزن بالوزن، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح متفاضلاً ربا، وأن النسبقة في الذهب بالورق، وفي البر بالبر، وفي الشعير بالشعير، وفي التمر بالتمر، وفي الملح بالملح ربا، وأن ذلك لا يجوز إلا هاء وهاء عند جماعة العلماء.

٤٥٠ كتاب البيوع

يؤخره بعد محل أجله ويزيده» يريد أن معناها العوض للزيادة، لأن الذي وضع قبل أجله سلف على أن وضع والذي أحر للزيادة أسلف على أن زاد، فهو تأخير لعوض، والله أعلم.

وقد يفترقان فيما قدمناه من أن الذي لم يحل أجله يجوز أن يأخذ من غير جنس دينه معجلاً ما قيمته أقل من قيمته دينه، والذي يؤخر بعد الأجل لا يجوز أن يؤخره على أن ينقله إلى غير جنسه، سواء كان في مثل قيمته أو أقل أو أكثر؛ لأن الذي يتعجل قبل الأجل من غير جنسه تبرأ الذمتان، ويتنجز ما بينهما، والذي يؤخر بعد الأجل، وينقل دينه إلى غير جنسه تبقى ذمة الذي عليه الحق مشغولة، ويتنقل ما يشتغل به إلى غير الجنس الأول، فيصير فسخ دين في دين، وذلك غير جائز على ما تقدم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ مِائَةٌ دِينَارٍ إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا حَلَّتْ قَالَ لَهُ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ: بَعْنِي سِلْعَةً يَكُونُ ثَمَنُهَا مِائَةٌ دِينَارٍ نَقْدًا بِمِائَةِ وَخَمْسِينَ إِلَى أَجَلٍ: هَذَا بَيْعٌ لَا يَصْلُحُ، وَلَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ.

قال مالك: وَإِنَّمَا كُرِهَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْطِيهِ ثَمَنَ مَا بَاعَهُ بِعَيْنِهِ وَيُؤَخَّرُ عَنْهُ الْمِائَةُ الْأُولَى إِلَى الْأَجَلِ الَّذِي ذَكَرَ لَهُ آخِرَ مَرَّةٍ، وَيَزْدَادُ عَلَيْهِ خَمْسِينَ دِينَارًا فِي تَأْخِيرِهِ عَنْهُ، فَهَذَا مَكْرُوهٌ وَلَا يَصْلُحُ وَهُوَ أَيْضًا يُشْبِهُ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ فِي بَيْعِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ: إِنَّهُمْ كَانُوا إِذَا حَلَّتْ دُيُونُهُمْ قَالُوا لِلَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ: إِنَّمَا أَنْ تَقْضِيَ وَإِنَّمَا أَنْ تُرَبِّي، فَإِنْ قَضَى أَخَذُوا، وَإِلَّا زَادُوهُمْ فِي حُقُوقِهِمْ، وَزَادُوهُمْ فِي الْأَجَلِ.

الشرح: وهذا على ما قال؛ لأن من كان له على رجل مائة دينار إلى أجل، فاشتري منه عند الأجل سلعة تساوي مائة دينار وخمسين، ففضاه دينه الأول، وإنما فضاه ثمن سلعته، وزاد خمسين ديناراً في دينه لتأخيره عن أجله، فهذا يشبه ما تضمنه حديث زيد ابن أسلم من بيوع الجاهلية في زيادتهم في الديون عند انقضاء أجلها ليؤخروا بها، ويدخله أيضاً بيع وسلف؛ لأنه إنما ابتاع منه هذه السلعة بمائة معجلة، وخمسين مؤجلة ليؤخره بالمائة التي حلت له عليه ووجوه الفساد في هذا كثيرة جداً.

مسألة: فإن وقع هذا البيع، ففي المدنية عن مالك أنه قال: يفسخ البيع في هذه السلعة التي باعه إياها بمائة وخمسين، فإن فاتت رددتها إلى قيمتها نقداً، وفسخت البيع الأول. وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله.

وروجه ذلك أن هذا البيع قد دخله ما قدمناه من وجوه الفساد، فوجب فسخه ما لم يفت، فإن فات رد إلى القيمة، وكانا على أجلهما في الدين الأول والله أعلم. ومعنى قوله: فسخت البيع الأول يريد الذي انعقد في السلعة بمائة وخمسين، والله أعلم.

* * *

جَامِعُ الدِّينِ وَالْحَوَالِ

١٣٥٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِئَةٍ فَلْيَتَّبِعْ».

الشرح: قوله: «مطل الغني ظلم» المطل هو منع قضاء ما استحق عليه قضاؤه، فلا يكون منع ما لم يحل أجله من الديون مطلاً، وإنما يكون مطلاً بعد حلول أجله، وتأخير ما بيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء قد جاء التشديد فيه.

فصل: وقوله: «مطل^(١) الغني ظلم» ووصفه بالظلم إذا كان غنياً خاصة، ولم يصفه بذلك مع العسر، وقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وإذا كان غنياً، فمطل بما قد استحق عليه تسليمه، فقد ظلم.

١٣٥٣ - أخرجه البخارى فى الحوالة ٢٢٨٧. ومسلم فى المساقاة ١٥٦٤. والترمذى فى البيوع ١٣٠٨. والنسائى فى البيوع ٤٦٨٦، ٤٦٨٩. وأبو داود فى البيوع ٣٣٤٥. وابن ماجه فى الأحكام ٢٤٠٣. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٢٩١، ٧٢٧٨، ٧٤٧١، ٢٧٣٩٢، ٨٦٧٩، ٩٦٣٥، ٩٦٧٦. والبيهقى ٧٠/٦، عن أبى هريرة. والدارمى ٢/٢٦١، عن أبى هريرة. وابن أبى شيبه ٧٩/٧، عن أبى هريرة. والبعوى فى شرح السنة ٢١٠، عن أبى هريرة. والطحاوى فى مشكل الآثار ٤١٤/١، عن أبى هريرة.

(١) مطل: المطل فى الأصل قولهم: مطلت الحديدة أمطلها إذا مدتھا لتطول، وفى المحكم: المطل: التسويف بالعدة والدين مطله حقه وبه يمطله مطلاً فامطل. قال القزاز: والفاعل ما طل ومماطل، والمفعول ممطول ومماطل، تقول: ماطلنى ومطلنى. وقال القرطبى: المطل عدم قضاء ما استحق أداءه مع التمكن منه. وقال الأزهرى: المطل المدافعة وإضافة المطل إلى الغنى إضافة المصدر للفاعل هنا وإن كان المصدر قد يضاف إلى المفعول؛ لأن المعنى أنه يحرم على الغنى القادر أن يمطل بالدين بعد استحقاقه بخلاف العاجر. ومنهم من قال: أنه مضاف للمفعول، والمعنى أنه يجب وفاء الدين ولو كان مستحقه غنياً ولا يكون غناه سبباً لتأخيره حقه عنه فإذا كان كذلك فى حق الغنى فهو فى حق الفقير أولى وفيه تكلف وتعسف.

٤٥٢ كتاب البيوع

وقد قال أصبغ وسحنون: وترد بذلك شهادته؛ لأن النبي ﷺ سماه ظالماً. وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال لى: الواجد يحمل عرضه وعقوبته. فعرضه التظلم منه بقول: مظلنى وظلمنى، وقال بعض العلماء فى قول النبي ﷺ: «وعقوبته سجنه»^(*)، حتى يؤدى.

فصل: وقوله: «إذا أتبع أحدكم على ملىء، فليتبّع» معناه والله أعلم، الحوالة. وقد قال القاضى أبو محمد: إن الأصل بالحوالة، قوله ﷺ: «وإذا أتبع أحدكم على ملىء، فليتبّع» والحوالة أن يكون للرجل على الرجل الدين، والذى عليه الدين على أجل آخر مثله، فيحيل به غريمه على الذى عليه مثله.

وقد قال الشيخ أبو محمد فى قوله: «فليتبّع» أنه على الندب، ويحتمل ذلك قول القاضى أبى محمد؛ لأنه معروف، وقال: إن الحوالة استثنيت من الدين كما استثنيت العرية، ويبيع الرطب بالتمر.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والصحيح فى الحوالة عندى أن الحوالة ليست من باب الدين بالدين إذا قلنا إنها لا تصح إلا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه، وذلك أن المحيل تبرأ ذمته بنفسه إلا حالة، فهى من باب النقد.

ومعنى الحوالة عندى أن تكون على الإباحة، وأن الذى له الدين بالخيار بين أن يستحيل على غريم غريمه، وبين أن يطلب غريمه، ويقول له: اقضنى حقى، وشأنك بصاحبك. وقال أهل الظاهر: أنه يلزمه الاستحالة.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا نقل حق من ذمة إلى ذمة، فلم يجب ذلك بالشرع. أصل ذلك إذا لم يكن له عليه شىء.

مسألة: وإن شاء المحال أن يستحيل بحقه، لم يعتبر فى ذلك برضا المحال عليه، ذكر ذلك القاضى أبو محمد عن جمهور الفقهاء. وقال داود: لا تصح حوالتة إلا برضا من عليه الدين.

والدليل على ما نقوله قول النبي ﷺ: «وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبّع» ولا بد أن يكون معناه الأمر أو الإباحة، ولم يشترط فى ذلك رضا الذى عليه الحق، وإنما

(*) أخرجه ابن ماجه حديث رقم ٢٤٢٧، من طريق أبو بكر بن أبى شيبة وعلى بن محمد، قالوا: حدثنا وكيع، حدثنا وبر بن أبى دليمة الطائفى، حدثنى محمد بن ميمون بن مسيكة، قال وكيع: وأثنى عليه خيرا، عن عمرو بن الشريد، عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لى الواجد يحمل عرضه وعقوبته»، قال على الطنافسى: يعنى عرضه شكايته، «وعقوبته سجنه».

كتاب البيوع ٤٥٣

شرط فى ذلك رضا المحيل، لأنه هو الذى يتبع من له عليه الدين على من له هو عليه مثله.

ومن جهة المعنى أنها استنابة من يقضى هذا الحق كالوكيل.

مسألة: ولو شرط المستحيل على المحيل أنه إن أفلس المحال عليه أو نقص رجع عليه، فهو حول ثابت، وله شرطه إن أفلس، رواه سحنون عن المغيرة، فى العتبية. ووجه ذلك أن الحوالة صحيحة، وقد شرط فيها سلامة ذمته، وله شرطه.

مسألة: ومن شرط هذه الحوالة أن يكون للمحيل على المحال عليه مثل ما أحال به، قال القاضى أبو محمد: لأن حقيقة الحوالة بيع الدين الذى للمحال بالدين الذى للمحيل، ويجوز الحق من ذمة إلى ذمة، وذلك يقتضى أن يكون هناك دين تحصل المعاوضة به، هذا مذهب مالك وجمهور أصحابه غير ابن الماجشون، فإن الحوالة تصح عنده، وإن لم يكن للمحيل على المحال عليه شىء، إذا كانت بلفظ الحوالة.

ووجه ذلك أن التزامه للحوالة يثبت حق المحال فى ذمته، وتبرأ ذمة المحيل، ويلزمه على قوله أن يعتبر فى هذه الحوالة رضا المحال عليه، والله أعلم.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر فى هذا أنه إذا لم يكن للمحيل على المحال عليه مثل ما عليه للمحال، فهو من الدين بالدين أو من باب الضمان والكفالة، والدين بالدين محرم، وذلك أن المحال يبيع من المحال عليه دينه على المحيل بدين يثبته فى ذمته، وتبقى ذمة المحيل والمحال عليه مشغولتين، وكل واحد من الدينين عوض عن الآخر، وذلك لا يجوز، فلذلك لم يصح أن يكون له حكم الحوالة، ولزم أن يحمل على حكم الضمان والكفالة الذى طريقه المعروف، ولا يشغل ذمة الضامن ما على المضمون إلا على وجه القرض والرفق لا على وجه المعاوضة.

وأما الحوالة، فليست من باب الدين بالدين، إذا قلنا إنها لا تصلح إلا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه، وذلك أن المحيل تبرأ ذمته بنفس الإحالة، والله أعلم.

وقد احتج ابن الماجشون فى ذلك بأن الحوالة تلزم، وإن لم تكن من أصل دين كما لو قال: بع منه ثوبك، وقد احتج ابن الماجشون فى ذلك بأن الحوالة تلزم، وإن لم تكن من أصل دين كما لو قال: بع منه ثوبك والتمن علىّ، فهذا مثله كأنه قال: اعطه من مالك كذا، وهو لك علىّ، وهذا أيضًا من باب الحوالة، وإنما هو من باب حمل الثمن عنه؛ والله أعلم.

٤٥٤ كتاب البيوع

مسألة: وإذا كان ذلك على ما ذكرناه برئت ذمة المحيل من دين المحال، ولم يكن له عليه رجوع، وإن مات المحال عليه مفلساً، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يرجع على المحال عليه مفلساً أو جحد الحق.

والدليل على ما نقوله هذا الحديث، وهو قول النبي ﷺ: «وإذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع» شرط الملاءة في الحوالة، وذلك يقتضى أنه لا رجوع على المحيل، ولو كان للمحال عليه رجوع لما كان لشرط الملاءة معنى؛ لأنه لا يخاف تلف دينه بإفلاسه. ودليلنا من جهة المعنى أن هذه حوالة برئت ذمة المحيل بها، فلم يكن للمحال رجوع على المحيل. أصل ذلك إذا لم يتغير حاله.

مسألة: ولو أحاله بثمن سلعة باعها على المشتري، وهو موسر، ثم استحققت السلعة، أو ردت بعيب، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: الحول ثابت عليه يؤديه، ويرجع به المحيل على البائع منه، قال: وبلغنى عن مالك. وقال أشهب: الحول ساقط، ويرجع المحال على المحيل، ولو كان قد قبض ما احتال به لرجع عليه من دفعه إليه.

ووجه قول مالك وابن القاسم أن الحوالة عقد لازم، فلا ينقض فى حق المحال باستحقاق سلعة، لم يعاوض بها هو فيما قبضه.

ووجه قول أشهب أن الحوالة عقد ثبت بين المحيل والمحال، ومن شرطها أن يكون للمحيل مثل ذلك على المحال عليه.

فإذا استحققت السلعة التى ثبت فيها الحق عليه وجب أن يبطل، ولم ينعقد بين المحال والمحال عليه عقد يلزم لأنه لا يعتبر رضى المحال عليه، وإنما يقبض المحال ما كان للمحيل، فباستحقاق السلعة المبيعة يستحق المحال عليه على المحيل رد ما دفعه إليه أو تبرأ ذمته منه إن كان لم يدفعه، وإذا لم يعتبر رضى المحال عليه، فإن دفعه إلى المحال دفعه إلى المحيل، ولو استحققت السلعة لم يستحق عليه المحيل بقبض ثمنها، فكذلك من يدفعه إليه بسببه.

قال ابن المواز: هذا أحب إلى، وهو قول أصحاب مالك كلهم، وذلك بمنزلة ما لو بيع على مفلس أو ميت متاعه، وقبض غرماؤه من متولى البيع أو المشتري لحوائتهم عليه، ثم استحق ما بيع، رجع المشتري بالثمن على من قبضه.

فرع: ولو باع عبداً بمائة، فتصدق بها على رجل وأحاله بها، وأشهد له بذلك، ثم

كتاب البيوع ٤٥٥

استحق العبد، أو رد بعيب، فقد روى أصيبغ وابن زيد عن ابن القاسم فى العتبية، أنه إن قبض المتصدق عليه الثمن، وفات عنده، لم يرجع عليه بشيء، ويرجع المشتري على البائع كما لو قبضها المتصدق، ثم تصدق بها، ولم تفت بيد المعطى أخذها منه المشتري، ولا شيء للمعطى.

مسألة: ولو غير المحيل المحال من حال المحال عليه، وقد علم بإفلاسه كان للمحال الرجوع عليه بخلافًا للشافعى.

والدليل على ما نقوله قول النبى ﷺ: «وإذا اتبع أحدكم على ملىء، فليتبِع»^(٢) فشرط الملاءة، وهذا غير ملىء، ولأن إفلاس الغريم عيب فيما تعلق بذمته، فإذا دلس به المحيل كان له الرجوع عليه كسائر العيوب.

فرع: وهذا إن علم أنه قد غره فى الدين أو غير ذلك، فإن جهل أمر المحيل فى ذلك، فقد قيل لمالك: فعلى الغريم شيء، قال: ينظر القاضى فيه، فإن كان يتهم فى ذلك أحلفه.

ومعنى ذلك أنه إن كان ممن يظن به أنه يرضى بمثل هذا، أحلف أنه ما علم منه ما يغره به.

فرق: والفرق بين فلس المحال عليه وبين سائر العيوب التى ترد بها السلع المعيبة، وإن لم يعلم بها البائع من ثلاثة أوجه، أحدها: أن العيب فى السلعة المبيعة وإنما هو عيب فى نفس العوض، وفلس المحال عليه، وإنما هو عيب فى محل العوض لا فى نفس العوض.

والثانى: أن الحوالة إنما هى بمنزلة بيع البراءة، فلا يرجع من العيوب إلا بما علمه البائع، وعلى التوجيه تجب اليمين على المحيل أنه ما علم بفلسه ولا غرَّ به على الظاهر

(٢) وإذا اتبع: قال القرطبى: هو بضم الهمزة وسكون التاء المثناة من فوق وكسر الباء الموحدة مبينا لما لم يسم فاعله عند الجميع وقوله: «فليتبِع» بالتخفيف من تبعث الرجل بحقى اتبعه تباعة بالفتح إذا طلبته وقيل: فليتبِع، بالتشديد والأول أجود عند الأكثر، وقال الخطائى: إن أكثر المحدثين يقولونه: بالتشديد والصواب التخفيف ومعناه إذا أحيل فليحتل وقد رواه بهذا اللفظ أحمد عن وكيع، عن سفيان الثورى، عن أبى الزناد، وفى رواية ابن ماجه من حديث ابن عمر بلفظ فإذا أحلت على ملىء فاتبعه، وهذا بتشديد التاء بلا خلاف. وقال الرافعى: الأشهر فى الروايات وإذا اتبع يعنى بالواو ولأنهما جملتان لا تعلق لإحداهما الأخرى وغفل عما فى صحيح البخارى هنا فإنه بالفاء فى جميع الروايات وهو كالتوسطة والعلة لقبول الحوالة.

٤٥٦ كتاب البيوع

من مذهب مالك، وعلى رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى بيع البراءة لا يجب عليه يمين إلا أن يدعى ذلك المحال.

والوجه الثالث أن الذمم مما ظاهرها أنها لا تعلم، فصارت كالمبيع الذى لا يعلم باطنه لا يرد بالعيب إلا أن يعلم أن البائع دلس به، فعلى هذا لا يمين على المحيل إذا لم يثبت أنه علم بالفلس، فيرجع المحال عليه أو يتهم بذلك فيحلف، ولعله معنى قول مالك قبل هذا.

مسألة: وإذا كانت الحوالة على من لا دين عليه، وقلنا بقول مالك، فإن كانت بسبب عقد، فإنها تلزم عند مالك وأصحابه، وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بع من فلان سلعتك هذه، وعلى حقلك، وقال الآخر لفلان: اعمل عمل كذا، وحقلك على.

وفى الواضحة: من تحمل عن ناكح صداقه فى عقد نكاحه، فهو لازم فى حياته وبعد مماته، قاله ابن القاسم فى الواضحة، وقال فى المدونة: إن ذلك له عند مالك.

مسألة: وأما إذا لم يتعقد بسببه عقد، ولم يكن للمحيل على المحال عليه شىء، فهى على الإطلاق حمالة عند جميع أصحابنا، وسواء كانت بلفظ الحوالة أو الحمالة، إلا ما قاله ابن الماجشون: أنها إذا كانت بلفظ الحوالة، فلها حكم الحوالة، وإن لم تكن بلفظ الحوالة، فهى حمالة.

فإن مات المحال عليه مفلساً أو فلس فى حياته، ففى كتاب محمد عن ابن القاسم فيمن أحال رجلاً على رجل ليس له عليه دين وشرط إنى برئ بذلك، وشق صحيفته، قال: ذلك لازم له وله شرطه.

قال محمد: إلا إن أفلس المحال عليه قبل أن يقضى المحال، فإن المحال يرجع على المحيل؛ لأن المحال عليه لو قضاه لرجع بما قضاه على المحيل، ورواه أشهب عن مالك، والذى فى المدونة عن ابن القاسم: أنه لم يكن للمحيل على المحال عليه شىء، وشرط فى الحوالة أنه برئ من المال، وقال الذى له الحق: أحلتى عليه، وأنت برئ من المال، فإنه إن علم المحال أنه لا شىء له عليه، فرضى بالحوالة وأبرأ الحميل، لم يكن له أن يرجع عليه، وأخذ بإقراره، وإن لم يعلم، فله الرجوع بأثر ذلك.

وروى ابن وهب عن مالك فيمن قال لرجل: أنا لك بمالك قبل فلان، فخرق ذكر الحق عليه، واطلبنى دونه، ولم تكن حوالة من دين كان للغريم على القابل، فأشهد الرجل بذلك عليه، وشق الصحيفة، وطلبه بذلك حوالة من دين كان للغريم على

القابل، فأشهد الرجل بذلك عليه، وشق الصحيفة، وطلبه بذلك الحق حتى أفلس أو مات مفلساً، فإنه يرجع على غريمه؛ لأن المحتمل وعد الغريم أن يسلفه، ولا يثبت له ذلك على الغريم حتى يقضى عنه، فقد اتفق قول أصحابنا، وروايتهم عن مالك غير ابن الماجشون على أن له الرجوع في الفلاس، فراوية ابن المواز عن ابن القاسم موافقة لذلك.

وقوله في المدونة ظاهره خلاف هذا أن المسألة إذا علم المحال أو أبرأ حكم الحوالة المحضه، وأنه لا يرجع، ولم يذكر فلساً، ويحتمل أن يكون قوله مخالفاً لما تقدم من قول غيره، ويحتمل أن يكون موافقاً لهم، وأنه أطلق اللفظ في المدونة وقيده في الموازية.

مسألة: فإذا قلنا بقول مالك وجمهور أصحابه أنه يرجع في الفلاس، فهل له الرجوع مع اليسار، روى أشهب عن مالك: ليس له الرجوع على المحيل ما لم يفلس أو يمت المحال عليه.

وروى عيسى عن ابن القاسم في الذي يقول للرجل: علىَّ حقك، ودع صاحبك لا تكلمه، فإن الحق علىَّ، فإن كان المحيل مليئاً، فالمحال بالخيار بينه وبين المحيل.

وجه رواية أشهب عن مالك أنه قد أبرأ المحال المحيل من دينه بشرط أن يقبضه من المحال عليه، فلا رجوع له على المحيل، إلا بأن يتعذر قبضه ممن يضمن دفعه إليه، فيرجع عليه، لأنه لم يتعلق دينه بذمة المحال عليه تعلقاً من أجل معاوضة، وإنما تعلق بها تعلقاً من جهة مكارمة، فلم يلزمه بالفلاس ولا بالموت ولزمته مع اليسار مدة الخيار.

ووجه رواية عيسى عن ابن القاسم أنها على وجه الجمالة، لأنه يوجد منه إبراء في انتقاله إلى مطالبة المحال عليه، وإنما وجد منه ما يقتضى الاستيثاق من حقه والكف عن مطالبته مع بقاء حقه عليه؛ لأنه لم ينقله إلى مستحق عليه، وإنما تعلق حقه بمكارم، فكان له أن يطالب من عليه الحق ما لم يوجد الاستيفاء من غيره.

مسألة: وإذا علم بين الطالب والغريم مقابحة ومعاودة وامتناعاً بسلطان، فقال الطالب لمن استحال عليه: لا أطلب به غريمًا، وحقى عليك، ففي كتاب ابن حبيب من رواية مطرف عن مالك: الشرط جائز، وحقه عليه، حضر الغريم أو غاب، في عدمه وملائته، إلا أن يشاء أن يرجع إلى غريمه، رواه ابن القاسم عن مالك.

وقاله أصبغ وابن عبدالحكم، قالا: وكان ابن القاسم إنما يقوله في القبيح المطالبة أو

٤٥٨ كتاب البيوع

ذى السلطان، ونحن نراه فى كل أحد إذا بين وحقق. وقال ابن الماجشون: الشرط باطل، وهى حمالة لا يطالبه إلا فى غيبة الغريم أو عدمه حتى يسمى الحوالة.

وجه رواية مطرف وابن القاسم عن مالك أنه أمر لازم للمحيل؛ لأنه التزم أن يأخذه بحقه دون الغريم.

وجه قول ابن الماجشون أن هذا الشرط لا يلزم إلا إذا سقط الخيار فى الرجوع على الغريم، ويثبت لما عقدها حكم الحوالة بالتلفظ بها.

مسألة: ولو أن الغريم ذهب بصاحب الحق إلى غريم له، فأمره بالأخذ منه، وأمر الغرم بالدفع إليه، فيقضيه البعض أو لا يقضيه شيئاً، وقد تقاضاه، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: أن للطالب الرجوع على الأول، لأن هذا ليس باحتيال، ويقول إنما أردت أن أكفيك التقاضى، وإنما وجه الحق أن يقول أحيلك بحقك على هذا أو أبرأ إليك بذلك.

مسألة: ولو أحلت رجلاً على غريم بدين عليك، ثم تبين أنه ليس لك عليه إلا بعض ما أحلته به، ففى العتبية من سماع ابن القاسم: إن قابل مالك عليه، فهو حول، وهو فى الباقي حميل. ووجه ذلك ما قدمناه.

مسألة: ومن شرط ذلك أن يكون الدين قبل الحوالة، فلو أحلته، ولا شىء لك على المحال، ثم قضيت المحال عليه ثم فلس أو مات، كان له الرجوع عليك.

وإن قلت: كانت حمالة، ثم صارت حولاً، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: له الرجوع على المحيل، ثم يرجع المحيل على المحال عليه بما دفع إليه.

وجه ذلك أنه لما كان عقد الحوالة معناه الحمالة، ثم دفع المحيل إلى المحال عليه مالا يؤديه عنه بسبب تلك الحمالة، وهذا لا ينتقل بما عقدها إلى الحوالة، ولا يخرجها عن مقتضاه.

مسألة: ويجوز أن يستحيل من يعجل على معجل ومؤجل، ولا يجوز أن يستحيل من مؤجل على معجل ولا مؤجل.

وجه ذلك أنه إذا كان دينه قد حل، فاستحال منه على معجل أو مؤجل، فإنه جائز، لأنه فى المعجل بالمعجل حوالة جائزة. وقد ورد عن النبى ﷺ: «وإذا اتبع أحدكم على ملىء، فليتبع».

وإذا استحال منه على مؤجل، فهو معروف منه محض؛ لأن له أن يتعجل حقه من المحيل أو المحال عليه، إن أفلس المحيل، فليس فيه غير مجرد المعروف، وإذا كان دينه مؤجلاً، لم تكن له المطالبة به، وإذا أحيل منه على دين معجل، فهو من ضع وتعجل، وإذا أحيل به على دين معجل، فهو من: حط عنى الضمان وأزيدك والدين، وإن كان عيناً، فليس بحقيقة العين؛ لأنه متعلق بالذمم، والذمم لا تماثل.

ولو كان لها حكم العين لما جازت الحوالة إلا مع التقابض في المجلس، فهو كمن أخذ بدينه قبل حلول أجله من جنسه بما هو أقل أو أكثر وأجود أو أردأ؛ لتعذر تماثل الذمم، ومثل هذا يجوز عند الأجل من جنس دينه، أقل منه أو أكثر، أو أدنى أو أعلى.

١٣٥٤ - مَالِكٌ عَنْ مُوسَى بْنِ مَيْسَرَةَ أَنَّهُ سَمِعَ رَجُلًا يَسْأَلُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ، فَقَالَ: إِنِّي رَجُلٌ أُبِيعُ بِالذَّيْنِ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: لَا تَبِعْ إِلَّا مَا آوَيْتَ إِلَيَّ رَحْلِكَ.

الشرح: قوله للرجل: «لا تبع إلا ما آويت إلى رحلك» يريد ما قد قبضته، وصار عندك. ومعنى ذلك أن هذا قد أقر أنه ممن يداين الناس، ويبيع منهم بالدين، فنهاه عن أن يبيع منهم ما لم يملكه بعد، أو ما يشتريه بعد موافقة المبتاع منه على بيعه منه بثمن يتفقان عليه، فيشتريه من أجل ذلك، وربما لم يستتم قبضه من بائعه منه، ويولى قبضه المبتاع ممن باعه من هذا السائل؛ لأنه له اشتراه، فيكون كأنه أسلفه ثمنه الذي ابتاعه في ثمنه الذي باعه به منه، وهو أكثر منه، فقال له سعيد: لا تبع إنى كنت من أهل هذا الصنف، وعرفت بمثل هذه الحال من التجارة، إلا ما قد تقدم ابتاعك له، وصح ملكك له، وتم ذلك بالقبض له، فإن ذلك أبعد من الذريعة التي يخاف عليك موافقتها وتعلق تباعك بها، ولا تعلق لشيء من ذلك ببيعك ما تقدم ملكك له، وقبضك إياه، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون البيع الأول والثاني بالنقد، أو يكونان على التأجيل، أو يكون الأول بالنقد والثاني بأجل، أو يكون الأول بالأجل والثاني بالنقد.

فإن كانا جميعاً بالنقد، فلا يخلو أن يقول له: اشتر هذا الثوب، ولا يعين لمن يشتريه، أو يقول: اشتره لي، أو يقول: اشتره لنفسك، فإن قال: اشتر هذا الثوب بعشرة، وهو لي بأحد عشر، ففي كتاب محمد: يكره هذا، وليس هذا من بيع الناس.

٤٦٠ كتاب البيوع

وقال محمد: إن كان بالنقد كله، وهما حاضران، فذلك جائز، وإن دخله تأخير ودخلته الزيادة في السلف.

ووجه قول مالك أنه لما كان هذا اللفظ يستعمل على وجه الابتاع، وهو قول: وهو لى بأحد عشر، وجمع ذلك كله فجعله ثمنًا للمبيع، كره ذلك ومنع منه؛ لأن معناه أن يتاعه لنفسه بعشرة، ثم يبيعه منه بأحد عشر، فهو بيع ما ليس عنده.

وكذلك قال ابن حبيب في الذى يقول له: اشتر سلعة كذا، وأنا أربحك فيها كذا أو أنا أربحك فيها، ولا يسمى شيئاً، فلا يجوز؛ لأن ذكر الربح يقتضى أن المأمور يشتريه لنفسه، ولو قال: اشتره بعشرة ولك دينار. قال مالك: ذلك جائز وضمائه من الأمر؛ جعل الدينار جعلاً للمأمور لما لم يكن فى اللفظ ما يمنع بظاهره ولا بصريحه.

ووجه قول ابن المواز مراعاة المعنى دون اللفظ؛ لفقد التمييز إذا كان البيعان بالنقد.

فرع: فإذا قلنا إنه لا يجوز فيجب فسخ البيع الثانى.

مسألة: ولو قال: اتبع لى هذا الثوب، وأنا أبتاعه منك بربح كذا، ففى كتاب محمد عن مالك: ذلك جائز، وهو جعل، ولا خير فيه إلى أجل. وقول العتبية عن مالك فيمن قال لرجل: اتبع لى هذه السلعة بعشرة، وهى لى بائنى عشر، فإن استوجبها الأمر والثمن نقداً، فلا بأس بذلك والزيادة على العشرة جعل.

قال ابن القاسم: وذلك إن لم ينتقد الثمن من عنده، أو نقده بغير شرط، فإن نقده بشرط رد إلى جعل مثله، ما لم يكن أكثر من الدرهمين كالبيع والسلف.

ووجه ذلك أنه إذا قال له: اشترها، فظاهره ملك الأمر لها، وأن الابتاع له، ولما احتمل أن يكون معنى اشترها لى؛ لتبيعهها منى، شرط فى رواية العتبية عن مالك أن يستوجبها للبايع، فيكون ضمائها منه، ويكون ما زاده من الدينارين جعلاً للمأمور فى تناول ابتاعها له، وشرط أن لا يشترط عليه النقد؛ لأنه إن شرط ذلك عليه كان بيعاً وسلفاً مشروطاً.

مسألة: ولو قال: اشترها لنفسك بعشرة نقداً، وأنا أشتريها منك بائنى عشر نقداً أو إلى أجل؟ قال ابن حبيب: لا يجوز ذلك.

ووجه ذلك أنه إذا شرط أن يكون المشتري يشتريها لنفسه، ثم يبيعهها منه، لم يحتمل هذا الجعل، وكان قد باع منه ما ليس عنده، وذلك غير جائز بثمن معجل ولا مؤجل.

فرع: فإن وقع ذلك، قال ابن حبيب: يفسخ الشراء الثاني؛ لأن البائع باعها قبل أن يجيب له.

فصل: وإن كانت البيعتان إلى أجل، وذلك أن يقول له: ابتع، وإن كانت البيعة الأولى بالنقد، والثانية إلى أجل، فهذه أشد الوجوه فسادًا، لما في ذلك من العينة. وقد قال مالك في الموازية فيمن سأل رجلاً أن يبيع منه شيئاً، فيقول: أبتاعه لك، فيراوضه على الربح، ثم يشتريه، فيبيعه منه إلى أجل، أن هذه هي العينة المكروهة، وكذلك لو قال له: ابتع لي سلعة كذا، وأرجحك فيها كذا إلى أجل، فكأنه دفع ذهباً في أكثر منها.

فرع: فإن وقع ذلك، ففي العتبية الذي يقول للرجل: ابتع لي هذه السلعة بعشرة، وهي لي باثني عشر مؤجلة، أنه أراد بذلك إيجابها للآمر على أن ينقدها عنه للمأمور، ويبيعه منه باثني عشر: أن ذلك يفسخ ما لم يفت، فإن فاتت، لزم الأمر بعشرة نقداً، ويسقط ما زاد؛ لأنه ضمنها حين قال له.

وقال ابن حبيب: إذا وقع لزم السلعة الأمر بعشرة مؤجلة، وهي التي نقد عنه المأمور، وله جعل مثله.

ومعنى ذلك أن هذا استأجره على أن يبتاع له السلعة بدينارين على أن يسلفه المأمور عشرة دنائير إلى أجل، وقد قال ابن القاسم: إن هذه زيادة في السلعة، وقوله: إن هذا يفسخ ما لم تفت السلعة، يريد تفسخ الإجارة والسلف، فترجع السلعة إلى المأمور؛ لأن دين البائع قد لزم، فإن فاتت السلعة حكم على الأمر بما أسلفه المأمور، وذلك عشرة دنائير تعجيل؛ لأن التأجيل كان بسبب عوض قد بطل.

ومعنى قول ابن حبيب أن البيع لا يفسخ، وإن لم تفت السلعة؛ لأن عمل الإجارة كمل، وفات نقص عقد الإجارة، فيلزم الأمر السلعة، وعليه ثمنها الذي استسلفه، وجعل مثل المأمور فيما ابتاع به، ونحوه قال ابن المواز.

مسألة: وإن قال: اشتراها بعشرة نقداً، وأنا أشتريها منك باثني عشر ديناراً إلى سنة، فإن ذلك أيضاً مما لا يجوز، قال ابن القاسم في العتبية: فإن وقع ذلك، لزم الأمر باثني عشر إلى سنة؛ لأن مبتاعها ضمنها قبل أن يبيعها منه، وقاله مالك.

ومعنى ذلك والله أعلم، إن لم يظهر على ذلك إلا بعد أن باع المأمور من الأمر بيعاً مستأنفاً، فكره ذلك لما تقدم فيه من الموعد، ولم يفسخ؛ لأنه لم يكمل بينهما في ذلك بيع، ولذلك قال مالك: وأحب إلى أن يتورع المأمور عن الزائد على العشرة.

٤٦٢ كتاب البيوع

وأما في الحكم، فيقتضى له باثني عشر، وقد قال مالك في المجموعة من رواية ابن القاسم عنه، في الذي يقول: اشتر هذا المتاع، وأنا أبتاعه منك بربح يسميه إلى أجل، أن ذلك مكروه.

ومعنى ذلك ما قدمناه من أن يراعى عدم انبرام العقد ولزومه، فإن كان على الموعد، فهو مكروه، ولا ينتقض، وأن ذكر الربح وسماه، وإن ذكر الربح وسماه، وإن كان على اللزوم، فهو حرام، وهو الذي ينقض.

وقد روى ابن المواز عن مالك في الذي يقول للرجل: اشتر هذا المتاع، أبتاعه منك بربح إلى أجل، ولم يتراوضا على ربح، يريد يقطعاً سوماً، ثم عاد إليه، فباعه منه إلى أجل، أنه مكروه وإلا يفسخه إن نزل، فراعى في هذه الرواية عدم ذكر تقدير الربح.

وقال ابن حبيب: إن قال له: اشتر سلعة كذا، وأنا أربحك أكثر، أو قال: أربحك، ولم يسم ربحاً: إن ذلك لا يجوز، ويحتمل أن يريد به الكراهية من أجل الموعد، فقد كره مالك في ذلك العادة أو الموعد بأن يقول له: ليس عندي، ولكن عد إلى أشتريه لك، ولو اشتراه من أجله، ثم يبيعه من غير موعد، ولا عادة، فلا بأس بذلك.

فصل: ولو كان البيع الأول بأجل، والثاني بالنقد، وهو مثل أن يقول الرجل لآخر: ابتع لي هذه السلعة إلى أجل بخمسة عشر، وأنا أبتاعها منك بعشرة، أو لم يقل لي، فقد روى عن مالك: أنه لا يعجبه ذلك وكرهه.

ووجه ذلك أن هذا اللفظ يحتمل أن يستعمل في بيع ما ليس عنده، وأن المتباع الآخر أقرض الأول عشرة ليدفعها عنه عند الأجل إلى بائع السلعة، ويزيد من عنده خمسة.

فروع: فإن وقع ذلك، فقد قال محمد: إن قال: ابتع لي، لزم الأمر ما ابتاع له به، ولا يجوز أن يلزمه نفسه بأقل نقداً، ولا بأكثر تأخيراً، ولو دفع إليه العشرة لدفع عنه الخمسة عشر إلى أجل، ردت إليه العشرة، وبقيت الخمسة عشر على الأمر إلى الأجل؛ لأن قوله: اشتريه لي، يقتضى ملك الأمر لها بنفس العقد، ويحتمل ذلك قوله: اشتريها ولا تقل: لي.

مسألة: ولو قال: اشتريها لنفسك بخمسة عشر مؤجلة، وأشتريها منك بعشرة نقداً [.....]^(١).

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَشْتَرِي السَّلْعَةَ مِنَ الرَّجُلِ عَلَى أَنْ يُؤْفِيَهُ تِلْكَ السَّلْعَةَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى إِمَّا لِسُوقٍ يَرْجُو نَفَاقَهَا فِيهِ، وَإِمَّا لِحَاجَةٍ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ الَّذِي

(١) ما بين المعرفتين بياض في الأصل.

كتاب البيوع ٤٦٣

اشْتَرَطَ عَلَيْهِ نَمَّ يُخْلِفُهُ الْبَائِعُ عَنْ ذَلِكَ الْأَجَلِ، فَيُرِيدُ الْمُشْتَرِي رَدَّ تِلْكَ السَّلْعَةِ عَلَى الْبَائِعِ، إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي، وَإِنَّ الْبَيْعَ لَا زِمَّ لَهُ، وَإِنَّ الْبَائِعَ لَوْ جَاءَ بِتِلْكَ السَّلْعَةِ قَبْلَ مَجَلِّ الْأَجَلِ لَمْ يُكْرَهُ الْمُشْتَرِي عَلَى أَخْذِهَا^(٢).

الشرح: وهذا على ما قال في الذي يشتري السلعة من الرجل، يريد بالشراء هاهنا السلم، فمن أسلم في سلعة إلى أجل مسمى لغرض، كان له فيها عند ذلك الأجل، فيخلفه البائع عند ذلك الأجل، ويأتي بها عند استغناء المسلم عنها، فإنها تلزم المسلم، وليس له ردها؛ لأنها بمنزلة الدين على البائع، فإذا أخرج الدين عن محله، لم تجب بذلك استحالة جنس الدين ولا نقله إلى غيره، ولا نقض العقد الذي كان سبب ثبوته في ذمته.

وقد قال مالك في الرجل يكتري الدابة ليخرج بها من الغد إلى موضع اضطر إلى الخروج إليه، فيخلف الكرى، ويفر بدابته، ويكرها من غيره، ثم يعود إليه بعد مدة، وقد استغنى المكتري عنها: أنه ليس له إلا ركوب الدابة، وعليه الكراء الذي عقد به.

مسألة: ولو رفع المكتري أمره إلى الإمام، وكان اكترى منه راحلة غير معينة، اكترى على الكرى راحلة، فنخرج بها، وإن كان اكترى منه راحلة معينة، لم يكن له أن يكرى عليه راحلة، وإنما يكون له أن يبقى على الكراء أو ينقذ إلى الكرى، إن كان قريباً، وإن كان بعيداً يلحقه الضرر بانتظاره، واختار المكتري الفسخ، فسخ بينهما، لما في ذلك من الضرر عليه.

مسألة: وهذا إذا كان الكراء لم يتقدر بزمان، فإن تقدر بزمان، فات الكراء بفوات

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠/٢٧١، وقال: أما قوله: لو أن البائع جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل لم يكره المشتري على أخذها، فهو كذلك عند سائر العلماء؛ لأن أعراض الناس ومنافعهم تختلف في الاحتيال للسلع التي يتعاونها، وليست السلعة كالدنانير والدرهم التي تلزم من عجلت له قبل محل أجلها أخذها؛ لأنها لا مونة لها، ولا يختلف العرض فيها، فإن اختلف ما يصرف فيه. وأما من سلم في شيء من المأكول، أو الحيوان إلى أجل له فيه منفعة إذا قبضه عند ذلك الأجل، فقد اختلف العلماء في ذلك، واختلف فيه أصحاب مالك. فروى أشهب، وابن وهب، عن مالك فيمن سلم في كباش يؤتى بها في الأضحى، فلم يأتها بها حتى مضى الأضحى أنه يلزمه أخذها، كما لو سلم في وصائف في الشتاء فأتى بها المسلم إليه في الصيف، أو سلم في قمح لا بأن فعلوا فيه، فيأتيه بعد كل ذلك يلزمه أن يقبله. وهذا معنى ما ذكره في الموطأ. قاله ابن وهب.

٤٦٤ كتاب البيوع

الزمن، وإن تعلق بقطع مسافة أو بنفس العمل، فإنه على ضربين أحدهما: أن لا يتعلق بزمن معين. والثاني: أن يتعلق بزمن معين، فإن كان لا يتعلق بزمن معين كالكرء من مصر إلى إفريقية أو الشام، فهذا لا يفوت بمغيب أحد المتكاريين، وإن طالت المدة، والكرء بينهما ثابت، ما لم يفسخه إمام، على ما تقدم.

مسألة: وأما ما يتعلق بإبان، فعلى ضربين، أحدهما: يتعلق بإبان لا يمكن إلا فيه كما كترء السفن فى البحر. والثاني: أن يتعلق به على وجه ما من صفة ذلك العمل لا يمكن إلا فى ذلك الإبان كما كترء الحاج إلى مكة، واكترأهم من مكة إلى منى وعرفة.

فأما الضرب الأول، فلا خلاف فى المذهب أنه يفوت بفوات الإبان لا بفوات الوقت المعين، وذلك يجرى مجرى السلم فى الرطب؛ ليقبض فى يوم معين من إبان الرطب، فإنه لا خلاف فى أنه لا يفوت بفوات ذلك اليوم المعين، وهل يفوت بفوات الإبان، وقد تقدم ذكره.

وأما الضرب الثانى، وهو اكترء الحاج إلى مكة ومنى وعرفة، والذى نص عليه مالك فى المدونة وغيرها، وعليه أكثر أصحابنا أن الكراء يفسخ؛ لأنه عمل له إبان، فوجب أن تنفسخ الإجارة عليه بفوات وقته ككرء السفن.

وروى ابن المواز عن مالك رواية أخرى أنه إن نقد الكراء فى الحج، فأحب إلى أن يتأخر الكراء إلى عام قابل، ولا يؤمر بالرد، وإن لم ينقد، فجاز فسخه، ثم رجع مالك فى الحج، فقال: يفسخ بينهما.

وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أنه مخير إن شاء بقى إلى قابل وإن شاء فسخ الكراء. وجعل ذلك محمد فى قوله بالفسخ كالكرء لأيام معينة.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه ليس ذلك من باب التعيين؛ لأن تعيين الأيام للكرء إنما هى أن يتقدر العمل بها، وإنما جاز ذلك لما نذكره بعد هذا إن شاء الله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى لا يفسخ بخروج أول الناس، وإنما يفسخ بغيبة الكرى عنه فى وقت يعلم أنه إن تأخر عنه، فاته على السير المعتاد، والله أعلم.

مسألة: ومن سلم فى ضحايا ليوفى بها عيد الأضحى، فغاب عنه المسلم إليه، وأتاه بها بعد فوات الأضحى، فقد قال فى بعض الأقوال: يبطل السلم. وقد اختلف قول

مالك وأصحابه، فيمن سلم فى الفاكهة الرطبة، ففات إبانها قبل قبضها، أو قبض بعضها، فى المدونة عن مالك أنه كان يقول يتأخر إلى إبانه من السنة الثانية، ثم رجع عن ذلك، فقال: لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله. ومعنى ذلك والله أعلم، أن له أن يؤخر أو يعجل، وكذلك رواه ابن حبيب عن مالك.

قال ابن القاسم: ومن طلب التأخير منهما، فذلك له إلا أن يجتمعا على التعجيل، فذلك جائز. قال سحنون: ليس لواحد منهما الفسخ، وما بقى فى ذمته إلى قابل. قال أشهب: لا يجوز التأخير، وليس له إلا رأس ماله. وقال أشهب: من شاء المحاصة، فذلك له، إلا أن يتفقا على التأخير.

وجه قول مالك الأول أنه يتأخر إلى قابل، وهو الذى اختاره سحنون، وأنه لا يجوز الفسخ؛ لأنه عقد قد ثبت بينهما، ولزم فى الأعيان، فلا ينتقل ما عقدا عليه إلى غيرها كما لو أعسر البائع المسلم إليه، فيحتمل مسألة الكراء للحج أن تكون مخالفة لهذه؛ لأنها تتوقت بالشرع، وهذه لا تتوقت بالشرع، وإنما تتوقت بالإمكان من القضاء، ويحتمل أن يخالفها؛ لأن العقود على المنافع مخالفة للعقود على الأعيان فيما يتعلق بفوات الإبان، ولذلك فسخ الكراء بينهما فى المراكب بفوات الإبان، ولو اشترى منه مركباً أو سلم إليه فيه، ففات وقت الانتفاع به من لم يكن غيره.

ووجه الفرق بينهما أن منافع الأعيان يجوز أن يعقد منها على ما لم يوجد مما يختص بعين واحدة، والأعيان لا يجوز ذلك فيها؛ لأن عقودها مبنية على اللزوم على كل حال، فلذلك لم يجز للبائع منها شيئاً فى ذمته، إلا ما يعلم أنه لا يكاد يعدمه لكثرة جنسه وسعة ما يتعلق به. وأما قول أشهب، فلا يجوز عنده إلا الفسخ والتعجيل.

وجه ذلك أنه مخير بين أمرين لا يجوز أن يكون أحدهما عوضاً للآخر على وجه ما يخير فيه، فلم يصح ذلك كما لو اشترى منه ثمرة نخلة من عشر نخلات على أن يختار المبتاع، وذلك أنه لا يجوز إذا كان له عليه دين أن يعاوضه فى رطب إلى عام قابل، فلذلك لا يجوز أن يخير بين تأخير دينه وبين إبقاء ثمرته عليه إلى عام قابل، ولا يجوز أن يلزم بقاءها إلى عام آخر لما فى الضرر على المبتاع بتأخير ما له عليه كما لا يلزمه فى كراء السفن.

وقد اتفق ابن القاسم وأصبخ وقول مالك الذى رجع إليه على التعخير بين الأمرين.

وجه ذلك أنه حق لأحد العاقدين لما فيه من الضرر اللاحق بهما أو بأحدهما،

٤٦٦ كتاب البيوع

فكان كالعيب يجده بالمبيع، فله رده، وله إبقاؤه، ولو اشترى رجل جارية من أعلى الرقيق فتواضعها، ثم اطلع المشتري على عيب بها لكان له الرضا بها، وانتظار قبضها، إذا انقضت مواضعها أو ردها الآن معجلاً، فكذلك في مسألتنا مثله، وهذا حكم كراء السفن إذا فات إبان جريها، لأنه لم يجب على من له الحق الفسخ، وإنما وجب له ذلك [.....] (١).

فرع: واختلف قول القائلين بالتخيير، فقال ابن القاسم: من شاء التأخير، فذلك له. وقال أصبغ: من شاء التعجيل، فذلك له.

وجه قول ابن القاسم أن الضرر يلحق من أراد التأخير بالتعجيل، كما يلحق من أراد التعجيل بالتأخير، وقد انعقد سلمهما بعين المسلم فيه، فلا ينتقلان عنه للضرورة؛ لاتفاقهما عليه؛ لأن في نقلهما عنه مضرة لاحقة لمن كره التعجيل، ونقل عين المبيع إلى غيره، ولأنه إذا استوت الضرورة كان البقاء على حكم العقد أولى، كما يلزم إذا لم يكن في إحدى الجهتين ضرورة.

ووجه قول أصبغ أن العقد مبنى على التعجيل، فالضرر اللاحق بالتأخير مخرج عن حكم العقد، فكانت مراعاته أولى من ضرر لا يخرج عن حكم العقد، بل يرد إليه؛ لأننا نعلم أن المسلم إليه يلحقه ضرر بتسليم ما عليه من المسلم فيه، لاسيما مع ضيق حاله، ولكنه ضرر يقتضيه العقد، فلا اعتبار به، ولا يغير له شيء من حكم العقد.

فرع: وقول مالك: «لا بأس أن يأخذ بقيمة رأس ماله»، ذكر الشيخ أبو محمد عن بعض شيوخه أن معناه إذا تراضيا، وهذا غير صحيح من جهة النقل؛ لأن ابن حبيب روى عن مالك أنه قال: للمشتري أن يؤخر أو يعجل، فهذا قول آخر في التخيير، وهو أن يكون مقصوراً على المبتاع.

ووجهه أن الضرر يختص به في تأخير ما له عليه تعجيله، وهذا غالب الحال، فكان الخيار مختصاً به كمكترى السفينة، وواجد العيب بالمبيع فيه المواضعة.

وفي كتاب محمد عن ابن القاسم مثل هذا الذي ذكره ابن حبيب عن مالك، وقد تقدم وجهه.

مسألة: إذا قلنا إنه يفسخ بينهما البيع، فقد قال ابن أبي زمنين: إن تحاسبا، فجائز أن

(١) ما بين المعرفتين بياض في الأصل.

كتاب البيوع ٤٦٧

يأخذ ببقية رأس ماله ما شاء معجلاً، حاشا الطعام؛ لأنه يدخله في معنى قول مالك اقتضاء طعام معجل في طعام مؤجل، إذا كان له أن يؤخره إلى قابل بالثمرة، فتركها وأخذ مكانها طعاماً، كذلك قال ابن حبيب، وقد خففه أصبغ في الطعام على إقرار منه بالمعنى فيه.

وفي كتاب محمد: يأخذ فيما لا يقطع إبانته من العنب زيباً أو عنباً شتوياً، رطلا برطلين، بعد العلم بما بقي من الثمن، وكذلك من سلم في لحم ضأن، فانقطع إبانته، فإن له أن يأخذ بباقي سلمه لحم بقر، أكثر أو أقل، نقدًا يقبض جميعه مكانه. فأما على أن يأخذ كل يوم منه ما شاء، فلا يجوز ذلك.

قال الشيخ أبو محمد: يريد محمد على قول من يرى أن ليس لهما إلا المحاسبة فيما ليس لحائط بعينه.

وروى عن ابن القاسم، ابن الكاتب: إنما يقع ما ذكره إذا حكم بالفسخ، أو أشهد بالفسخ، فحيث أخذ لحمًا من غير نوعه، أقل أو أكثر، للخلاف الذي في أصل المسألة، وما فيه خلاف، فإنه يحتاج إلى حكم أو إشهاد.

وقال الشيخ أبو محمد عبدالحق: لا اعتبار بالإشهاد، ولا تأثير له، وإنما الاعتبار بحكم الحاكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَشْتَرِي الطَّعَامَ، فَيَكْتَالُهُ ثُمَّ يَأْتِيهِ مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنْهُ، فَيُخْبِرُ الَّذِي يَأْتِيهِ أَنَّهُ قَدْ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ وَأَسْتَوْفَاهُ، فَيُرِيدُ الْمُبْتَاعُ أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيَأْخُذَهُ بِكَيْلِهِ: إِنَّ مَا بِيَعَ عَلَيَّ هَذِهِ الصَّفَّةَ بِنَقْدٍ، فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَمَا بِيَعَ عَلَيَّ هَذِهِ الصَّفَّةَ إِلَى أَجَلٍ، فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ حَتَّى يَكْتَالَهُ الْمُشْتَرِي الْآخَرَ لِنَفْسِهِ، وَإِنَّمَا كُرِهَ الَّذِي إِلَى أَجَلٍ؛ لِأَنَّهُ ذَرِيعَةٌ إِلَى الرِّبَا، وَتَخَوُّفٌ أَنْ يُدَارَ ذَلِكَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ بِغَيْرِ كَيْلٍ وَلَا وَزْنٍ، فَإِنْ كَانَ إِلَى أَجَلٍ، فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَلَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧٤/٢٠، وقال: اختلاف العلماء في هذه المسألة في البيع كهذا في السلم. وكذلك روى ابن القاسم، وغيره عن مالك، قال: إذا قال المسلم إليه للمسلم: هذا قد كنته، وصدقه المسلم، جاز له أن يأخذه بذلك الكيل. وكذلك لو كان المسلم الذي اشتراه من غيره، وقبضه، جاز للمسلم أخذه بذلك. قال أبو عمر: الذي كرهه مالك في البيع إلى أجل، وجعله ذريعة إلى الربا، معناه أنه لم يصدقه =

٤٦٨ كتاب البيوع

الشرح: وهذا كما قال أن شراء الطعام بالنقد، إذا رضى المبتاع أن يصدق البائع فى كيله أو وزنه، إن كان موزوناً، فإنه جائز، وإن كان قد روى ابن حبيب عن القاسم بن محمد وغيره، استثقاله.

وقال مالك: «وإنما كره ذلك إذا بيع بالتأخير، والذريعة فيه أبين»، فعلى تأويل مالك لا يتعلق كراهيتهم له بالنقد، بل ذلك جائز بالنقد دون النساء، وذلك أنه ليس فى تصديقه فيما ابتاع بالنقد وجه بين من الذريعة إلى أمر مكروه، وعلى أنه قد ذكر أن الذريعة فى التأخير أبين، وظاهر هذا اللفظ يقتضى أن فى النقد وجهًا من الذريعة ليس يفتى به.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن ابتاع طعاماً سمي له كيله أو حضر كيله، فقد قال ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ: أنه على الكيل حتى يشترط التصديق.

=إلا من أجل الأجل، فكأنه أخذ الأجل ثمنًا؛ لأنه يمكن أن يكون دون ما قاله من الكيل، فرضى بذلك الأجل، فصار كذلك إذا كان ربا؛ لما وصفنا، ولهذا، والله أعلم، أدخل مالك هذه المسألة فى باب الربا فى الدين. وقال الشافعى، وأبو حنيفة، وأصحابهما، والثورى، والأوزاعى، والليث بن سعد: إذا اكتال المسلم إليه كراءً لنفسه من بائعه ثم سلمه إلى المسلم بغير كيل، لم يجز ذلك، وليس له أن يبيعه ولا يتصرف فيه بأكل ولا غيره، حتى يكتاله.

قال أبو عمر: أصلهم فى هذا أنه لما كام المصدق القابض لما ابتاعه من الطعام من سلم أو غيره، لا يجوز له أن يبيعه حتى يكتاله بحديث ابن عباس أنه قال: من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله. وهذا عندهم تفسير معنى حديث ابن عمر، عن النبى ﷺ: «لا تبعه حتى تستوفيه». والاستيفاء لا يكون إلا بالكيل فيما بيع كيلا كان كذلك سائر التصرف. ودل على أن من لم يكتل ولم يستوف على ذلك، لا يصح قبضه معلوماً لإمكان الزيادة فيه والنقصان. وقال الشافعى: فإن هلك الطعام فذلك الطعام فى يد المشتري قبل أن يكيله، فالقول قوله فى الكيل مع يمينه.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: إن استهلكه المشتري وتصادف أن كره كان مستوفياً. وقال الحسن بن حى: إن استهلكه المشتري ضمنه قيمته، كالبيع الفاسد. وقال أبو ثور: القول فيه قول المشتري مع يمينه، ويرجع عليه بما بقى، وإن باعه كان يبيعه جائزاً. وروى ابن وهب فى موطأه عن مالك أنه سأل عن رجل ابتاع من رجل طعاماً، وأخذ به كيله الأقل وصدقه فيه، فلما جاز به كاله، فوجد فيه زيادة إردب، أو إردبين أن يرد ذلك على البائع؟ قال: إن كان ذلك شيئاً بيناً، فنعم.

قال أبو عمر: يعنى أنه ما زاد على أنه يمكن أن يكون بين الكيلين، فعليه رده، وما كان معهوداً مثله بين الأكيال، فليس عليه رده، وأما أن وجدته ناقصاً فالقول قول البائع عند مالك مع يمينه؛ لأنه قد صدقه المشتري إذا قبضه منه بقوله.

كتاب البيوع ٤٦٩

ووجه ذلك أن ضمانه من بائعه، وإن كان قد اكتماله حتى يكيله المبتاع منه، وقد يختلف الكيل، فيفسخ البائع منه إذا اشتراه على ما لا يرضى المبتاع.

مسألة: ومن ابتاع طعاماً على الكيل رجوع بالتصديق، فلا رجوع للمشتري إلى الكيل، رواه ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ.

ووجه ذلك أنه قد التزمه على التصديق، وأسقط عن البائع ما يلزمه من مؤنة الكيل، والضمان والرجوع بالنقص اليسير، الذي يكون من نقص الكيل، ففي هذه الأشياء الثلاثة يؤثر التصديق، فلا رجوع للمشتري فيها بعد، إن تركها للبائع.

مسألة: وإن أراد المبتاع بعد التصديق فيما اشترى على الكيل، وفيما اشترى على التصديق يكيله، إن هو بحضرة بينة قبل أن يغيب، وكان له ذلك، فإن وجد نقصاً لا يكون من نقص الكيل مما يشبه الغلط، كان له الرجوع به.

وإن غاب عليه قبل البينة، فعلى البائع اليمين أنه باعه على ما شاهد من كيله، وإن حلف برئ، وإن نكل حلف المبتاع، ورجع بما نقص منه، وإن وجد زيادة في الكيل، فقد روى ابن المواز عن أشهب: من اشترى صبرة على أن فيها كيلاً سماه، فوجدها تزيد فليزد الزيادة، ويلزمه البيع في الباقي.

ووجه ذلك أنه لما اشتراها على كيل معلوم، كان النقص والزيادة للبائع، فكما أنه لو نقصت رجوع على البائع كذلك، إذا زادت، رد عليه الزيادة.

مسألة: ومن ابتاع طعاماً على التصديق، فقال مالك: لا يبيعه هو حتى يغيب عليه، ويكيله؛ لأنه لم يتم بيعه إلا بذلك، وقاله ابن كنانة، وأجاز ذلك ابن القاسم وابن الماجشون وأصبغ، قاله ابن حبيب في الواضحة.

وجه قول مالك أن الذريعة في ذلك إلى بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه إذا أراد ذلك صدق البائع ثم باعه، ثم أحضر بينة تشهد كيله على المبتاع منه، فلا يضره التصديق، ويرجع بما نقصه.

ووجه قول ابن القاسم أنه قد خرج عن ضمان البائع، فجاز له بيعه كما لو اكتماله.

مسألة: ومن ابتاع زفا فيه سمن بقمح جزافاً، وزعم بائع الزق، أن فيه عشرة أقساط، ففي العتبية عن ابن القاسم عن مالك أنه كره أن يأخذ السمن صاحبه، وبه

٤٧٠ كتاب البيوع

قال المخزومي، واختاره سحنون. وقال ابن القاسم: ذلك جائز، ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبخ.

وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب من أنه طعام بطعام غير ناجز؛ لأن له أن يختبر كيله بعد التفرق.

وجه قول ابن القاسم أن التصديق معنى يخرج به الطعام عن ضمان البائع كالكيل.

فصل: وقوله: «وما بيع على هذه الصفة إلى أجل فهو مكروه» قال: «لأنه ذريعة الربا»، فإن الذى يظهر إلينا من جهة المنع أن يكون المبتاع تجوز فى بعض المكيل لما عليه من الدين رجاء التأخير بعد الأجل، فيكون ذلك من وجه هدية المديان، ومن ابتاع بنقد، فقد سلم من ذلك.

وأما قوله: «فهو ذريعة إلى الربا» فلعله يريد ما ذكرناه؛ لأن ما يترك للبائع من نقص الكيل زيادة ازدادها من مال المبتاع، والله أعلم.

مسألة: ويجوز أن يبتاع الرجل الطعام إلى أجل، ويصدقه البائع على كيله إذا كان يكيه بالقرب. قال عن ابن القاسم فى العتبية: إذا كان فى السفر على الميل ونحوه. وأما إن كان مما يتأخر كيله الأيام، قال محمد عن ابن القاسم: أو إلى بلد يبلغه، لم يجز. ووجه ذلك ما احتج به من أنه يضمن له البائع المبيع، ونقصه المدة الطويلة.

وقال ابن القاسم: فإن كان عنده من ذلك الطعام بعينه ما يوفيه النقص، جاز ذلك، وإن لم يكن عنده، لم يجز ذلك، وإن قرب، وذلك إذا قال له فما نقص وفيتكه.

قال ابن المواز: وإذا قيل له: فما نقص فبحسابه، وكان ذلك بالقرب، فهو جائز، سواء شركاه فى أصل العقد أو اتفقا عليه بعد العقد، غير أنه لا ينقده إلا قدر ما لا يشكك فيه.

وروى فى المدونة عبدالرحمن بن دينار عن ابن كنانة أنه مكروه على الإطلاق دون شرط، قال: لأنه إن نقص الطعام كان قد كتب على نفسه ذكر حق البائع بشيء لم يتم له، فهذا لا يصلح، ويدخله فى باب آخر، وأبواب من الفساد، والوجه الذى ذكره يتخلص منه بأن، لا يكتب ذكر الحق حتى يكتاله أو يبين فى ذلك الحق أنه أخذه على التصديق فى كيله وأما الأبواب الأخر التى ذكرها من الفساد، فلعله ما تقدم ذكره لابن القاسم.

قال مالك: لا ينبغي أن يشتري دين على رجل غائب ولا حاضراً إلا بإقرار من الذي عليه الدين ولا على ميت، وإن علم الذي ترك الميت، وذلك أن اشتراء ذلك غرر لا يدري أيتم أم لا يتم^(١).

قال: وتفسير ما كره من ذلك أنه إذا اشتري ديناً على غائب أو ميت، أنه لا يدري ما يلحق الميت من الدين الذي لم يعلم به، فإن لحق الميت دين ذهب الثمن الذي أعطى المبتاع باطلاً.

قال مالك: وفي ذلك أيضاً عيب آخر أنه اشتري شيئاً ليس بمضمون له، وإن لم يتم ذهب ثمنه باطلاً، فهذا غرر لا يصلح.

الشرح: وهذا على ما قال: لا يجوز أن يشتري دين على غائب، وذلك أن الدين الذي على الغائب، لا يخلو أن يكون يثبت عليه بشهود عدول أو لا يثبت عليه ذلك إلا بدعوى البائع له، فإن كان لا يثبت عليه إلا بدعوى البائع له، فلا خلاف في المنع منه لما فيه من الغرر، والخطر بجواز أن ينكر من هو عليه، فيبطل ذلك كشراء الأبق، وإن نقد فيه دخله. وجه آخر من الفساد؛ لأنه إن أنكره من هو عليه رجع بما نقد فيه.

وإن نقد البيع فيه كان ثمناً لما اشتراه، فيكون تارة بيعاً، وتارة سلفاً، وإن ثبت ذلك بينة عدول، فهل يجوز شراؤه، والسدى عليه الدين غائب؟ روى داود بن سعيد عن مالك: إذا ثبت الدين بينة، وعلم أن الذي عليه الحق حي، فلا بأس بذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم: ثبتت له البينة أو لم تثبت، لا أحبه إلا أن يجمع بينه وبينه، والذي عليه في المدونة في السلم الثاني.

مسألة: وإذا بعث الدين من غير من هو عليه، ففي كتاب ابن المواز أنه يجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين فقط، ولا يؤخر الغريم، إذا بعته منه إلا مثل ذهابه إلى البيت، وأما أن تفارقه، ثم تطلبه، فلا يجوز.

ووجه ذلك أن تأخير المبتاع إذا كان غيره من باب الكالئ بالكالئ، واليسير منه

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠/٢٧٧، وقال: هو كما قال عند سائر العلماء؛ لأن الغائب ربما ينكر الدين، أو أتى بالبراءة منه إذا حضر. وكذلك الحاضر إذا لم يعرف، والميت في ذلك كذلك؛ لأنه قد ثبتت عليه ديون تستغرق ماله، أو أكثره.

٤٧٢ كتاب البيوع

مغفو عنه، كتأخير رأس مال السلم، وإذا بعته من الذى عليه الدين، فهو من باب فسخ الدين فى الدين، ولا يجوز منه إلا قدر ما لا يمكن القبض إلا به، فإن كان ما يأخذه، يسيراً، فبقدر ما يأتى بمن يحمله، وإن كان طعاماً كثيراً، جاز ذلك مع اتصال العمل فيه، ولو اتصل شهراً، قاله أشهب.

مسألة: وهذا إذا كان ما يأخذه منه حاضراً أو فى حكم الحاضر كالأشياء يكون فى منزله أو مخزنه أو حانوته، فيذهبان من فورهما لقبضه. وأما إن كان على ستة أميال، فقد كرهه مالك، حل الدين أو لم يحل، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك ما يدخله من التأخير الذى لا يكون من أجل القبض، وإنما هو من أجل مغيب المبيع.

مسألة: فإذا قلنا إنه يجوز بيع الدين ممن هو عليه، فهل يجوز أن يبيعه منه بكراء أو إجارة. وروى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك منعه. وروى أشهب عن مالك إجازته.

وجه رواية ابن القاسم أنه معنى يعتبر به ما فى الذمة، ولا يبرأ تماماً، فلم يجوز كما لو أخذ به جارية تتواضع أو تمرا يتأخر.

ووجه رواية أشهب أن المنافع لا يمكن قبضها إلا بقبض الرقاب، وذلك قد وجد.

مسألة: وأما استتجار من هو عليه كالثواب يصبغه أو يخطيه، أو الخنطة يطحنها، أو يكرى له منه أرضاً، فقد منعه مالك فى كتاب ابن المواز، قال: إلا العمل اليسير، والدين لم يحل، فذلك جائز، وإن حل لم يجوز فى يسير ولا فى كثير، وكره مالك فى رواية ابن وهب فى دين لم يحل أن يستعمله له قبل الأجل، قال: أخاف أن يمرض أو يغيب، فيتأخر حتى يحل الأجل، فيصير ديناً بدين.

ووجه ذلك أنه قبل الأجل من باب الكالغ بالكالغ؛ لأنه ما لم يحل الأجل، فإنه يبيعه الدين المؤجل الذى له عليه بالعمل الذى يعمل له، ولا يكون فسخ دين فى دين؛ لأنه لم يحل بعد عليه، فيفسخه فى غيره، ويقتضى هذا أن دين كل واحد منهما يبقى إلى الأجل.

وأما إذا حل الأجل؛ فإنه يفسخ دينه الحال فى العمل، ولذلك لا يبقى له فى ذمته بنفس الاستتجار ما كان له عليه.

كتاب البيوع ٤٧٣

مسألة: وما يضارع بيع الدين أن يكون على الرجل دين من عروض يقضيها ببلد، فتلقاه ببلد آخر، فلا بأس إذا حل الأجل، وتراضيتما أن تأخذ منه ما لك عليه في جنسه وصفته، لا أفضل ولا أدون، فإن كان قبل الأجل، لم يجوز، كان دينك من قرض أو بيع، ويجوز ذلك في البلد قبل الأجل مثله، ويجوز في القرض أجود منه، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك أنه قبل الأجل إذا أعطاه بغير البلد لم يخل من حط عنى الضمان، وأزيدك أو ضع وتعجل، وكذلك القرض؛ لأنه ليس له أن يدفعه إليه بغير بلد القرض .

وإن كان ببلد القرض أو قبل السلم، جاز قبل الأجل مثله، ولم يجوز أدون ولا أفضل لما قدمناه، ويجوز في القرض أجود؛ لأن له أن يعجله، ولا يجوز أدون؛ لأنه ليس للمقرض أن يتعجله، فيدخله: ضع وتعجل.

قال مالك: وَإِنَّمَا فُرِقَ بَيْنَ أَنْ لَا يَبِيعَ الرَّجُلُ إِلَّا مَا عِنْدَهُ، وَأَنْ يُسَلِّفَ الرَّجُلُ فِي شَيْءٍ لَيْسَ عِنْدَهُ، أَصْلُهُ أَنَّ صَاحِبَ الْعَيْنَةِ إِنَّمَا يَحْمِلُ ذَهَبَهُ الَّتِي يُرِيدُ أَنْ يَشْتَاَعَ بِهَا فَيَقُولُ: هَذِهِ عَشْرَةُ دَنَانِيرَ، فَمَا تُرِيدُ أَنْ أَشْتَرِيَ لَكَ بِهَا؟ فَكَأَنَّهُ يَبِيعُ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ نَقْدًا بِخَمْسَةِ عَشَرَ دِينَارًا إِلَى أَجَلٍ، فَلِهَذَا كُرِهَ هَذَا، وَإِنَّمَا تِلْكَ الدُّخْلَةُ وَالذُّلْسَةُ^(١).

الشرح: هذا على حسب ما ذكره أن من وجوه فساد بيع ما ليس عنده، وإن جاز ذلك في السلم إن عمل أهل العينة إنما يقصدون بذلك إلى سلف درهم في درهم ونصف؛ لأنه يقول له هذه عشرة دنانير، اشترى لك بها ما شئت، أبيعك منك بخمسة عشر ديناراً إلى أجل، فكأنه باعه عشرة نقداً بخمسة إلى أجل، وهذا الذي ذكره وجه وجوه المنع من بيع ما ليس عندك بسبب الذريعة، وإنما قصد لما كان يتكرر قصده، وإلا فبيع ما ليس عندك ممنوع لنفسه.

وقد روى جعفر بن أبي وحشية عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام «سألت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله، يأتييني الرجل يسألني البيع، ليس عندي أبيع منه، ثم ابتاعه من السوق، قال: فقال: لا تبع ما ليس عندك^(٢) وهذا أحسن أسانيد هذا الحديث.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٧٨/٢٠.

(*) تقدم تخريجه في الحديث رقم ١٣١٨.

٤٧٤ كتاب البيوع

ومن جهة المعنى أنه مبنى على أن السلم لا يصح إلا مؤجلاً، وإذا جوزنا السلم على الحول، حمل الحديث على أن يبيع ما ليس عنده، وهو أن يبيعه شيئاً معيناً قبل أن يملكه، ويتضمن خروجه من ملكه، وعلى أن اسم البيع لا يتناول السلم في الظاهر.

ووجه آخر أنه يمنع منه لما فيه من الغرر لبيع ما ليس عنده، ويطلب عقيب البيع بقضائه، فيتعذر عليه تسليمه، وذلك يمنع صحة العقد كما لو كان معيناً.

فرق: وفرق بين شراء ما عند البائع وبين السلم فيه، أن السلم يختص بالتأجيل في المشهور من المذهب، والبيع يختص بنفس المبيع، وما اختص بأحد العقدين، فإنه يختص به على سبيل التصحيح للعقد كالأجل في السلم.

وفرقت أخرى، وهو أن السلم ينافى التعيين في المبيع لما فيه من التغرير، فضمامه إلى الأجل والبيع ينافى عدم التعيين لما فيه من التغرير بتعذر تحصيله، وتفاوت ثمنه مع كونه حالاً عليه، فلا يجد السبيل إلى تسليمه.

* * *

مَا جَاءَ فِي الشَّرْكَةِ وَالتَّوَلِيَةِ وَالْإِقَالَةِ

مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ الْبُرَّ الْمُصَنَّفَ وَيَسْتَتْنِي ثِيَابًا بِرُقُومِهَا، إِنَّهُ إِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَخْتَارَ مِنْ ذَلِكَ الرَّقْمِ، فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُ حِينَ اسْتَتْنِي، فَإِنِّي أَرَاهُ شَرِيكًا فِي عَدَدِ الْبُرِّ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ، وَذَلِكَ أَنَّ التَّوَلِيَةَ يَكُونُ رَقْمُهُمَا سَوَاءً، وَبَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ فِي الثَّمَنِ (١).

الشرح: وهذا على ما قال أن الرجل إذا باع أصنافاً من البر، واستثنى ثياباً بما رقم عليها من الثمن، أو بما كان عليه رقم جنس ما، والأول أظهر، فإنه لا يخلو إذا استثنى بعض النوع الذي استثنى منه أن يستثنى الاختيار، أو لا يشترط شيئاً، فإن استثنى الاختيار، فإن له ذلك، ولا يجوز ذلك إذا استثنى اختيار الأكثر منه، وهو بائع، وقد تقدم ذكره.

مسألة: وإن لم يشترط شيئاً، فهو شريط في ذلك النوع بقدر ما استثنى منه من جميع عدده، وذلك مثل أن يكون ذلك النوع الذي استثنى منه ثلاثين ثوباً، فيستثنى

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٤٣.

منها عشرة أثواب، فإنه يكون شريكاً في ذلك النوع من المتاع بالثلث له ثلثه، ولن ابتاعه ثلثاه.

فصل: وقوله: «وذلك أن الثوبين يكون رقمهما سواء، وبينهما تفاوت في الثمن» يريد أنه لا يكون له أفضلهما ولا أدناها؛ لتفاوت أثمان النوع الواحد من الثياب مع تساويها في الرقوم إما لأن الرقم بمعنى النوع، وإما لغلاء أو رخص، وإما أن البائع قد رقمها على المشتري بثمن واحد، يتحمل بعضها بعضاً، فإذا لم يشترط تعييناً، ولا اختياراً، فلم يبق إلا أن يكون شريكاً بعدد ما استثناه، والله أعلم.

قال مالك: الأمر عندنا أنه لا بأس بالشرك والتولية والإقالة منه في الطعام وغيره، قبض ذلك أو لم يقبض، إذا كان ذلك بالنقد، ولم يكن فيه ربح ولا وضیعة ولا تأخير للثمن، فإن دخل ذلك ربحاً أو وضیعة أو تأخير من واحدٍ منهما، صار بيعاً يحلُّه ما يحلُّ البيع، ويحرمه ما يحرم البيع، وليس بشرك ولا تولية ولا إقالة^(١).

الشرح: وهذا على ما ذكره أن من ابتاع طعاماً على كيل أو وزن أو عدد، فلا يجوز له أن يبيعه حتى يستوفيه نهى النبي ﷺ عن ذلك، ويجوز له أن يشرك فيه بأن يولى أحداً جزءاً منه، أو يوليه جميعه أو يقبل البائع منه، وذلك كله قبل استيفائه.

والأصل في ذلك ما روى ربيعة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى وأرخص في الشركة والتولية والإقالة.

ومن جهة المعنى أن هذا من عقود المكارمة، فاستثنى من بيع الطعام قبل استيفائه كما استثنى بيع العرية من النهى عن بيع الرطب بالتمر.

فصل: وقوله: «إذا كان في ذلك النقد، ولم يكن فيه ربح، ولا وضیعة» يريد بقوله إذا كان في ذلك النقد أو يكون البيع على النقد، وتكون على ذلك الشركة أو التولية

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٠/٢١، وقال: لا خلاف بين العلماء أن الإقالة إذا كان فيها نقصان أو زيادة، أو تأخير أنها بيع، وكذلك التولية، والشركة، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى. وإنما اختلفوا في الإقالة على وجهها بلا زيادة، ولا نقصان، لا نظرة، ولا هي بيع، فيحل فيها، ويحرم ما يحل في البيع ويحرم، أم هي معروف، وإحسان، وفعل خبير، ليست بيع، وكذلك الشركة، والتولية.

٤٧٦ كتاب البيوع

أو الإقالة، ولو كان النقد الأول على التأجيل، لم يجز ذلك، وإن كانت الشركة والتولية والإقالة إلى ذلك الأجل؛ لأن من سنة هذه العقود أن تكون مساوية لما تقدمها من البيع، ولا يكون فى شىء من العوضين نقص ولا زيادة، غير ما انعقد به البيع الأول، ولا يكاد الرقم يتساوى، ولا تصح فى ذلك شركة ولا تولية ولا إقالة لعدم تساوى الرقم.

مسألة: وإذا كان البيع الأول بالنقد، جازت الشركة والتولية والإقالة بالنقد دون تأخير ولا زيادة فى الثمن، ولا نقص منه؛ لأن ذلك يخرج عن حكم الشركة والتولية والإقالة إلى حكم البيع المحض المنافى للمكارمة المبنى على المغابنة والمكايسة، والذى يمنع أن يملك به الطعام قبل استيفائه، ولذلك قال مالك: إذا كان فى ذلك تأخير أو زيادة ثمن أو نقص منه، فليس بشركة ولا تولية ولا إقالة.

فصل: وقوله: «فإن دخل ذلك ربح، أو ضيعة، أو تأخير من أحدهما، صار بيعاً»، يريد أنه لا تكون الإقالة والتولية والشركة إلا على حكم البيع الأول، لا زيادة عليه ولا نقصان منه، ولذلك كانت هذه العقود مبنية على المكارمة، ولو كان من أحدهما تأخير بأن المسلم إليه برأس مال المسلم، أو يكون المبيع منه الطعام، ثم قد أحر بثمنه، ثم أقال منه على التعجيل، أو اشترك، أو ولى على التعجيل، فإن ذلك كله يخرج عن عقود المكارمة إلى المبايعه المحضة المبنية على المغابنة التى لا يجوز إيقاعها فى طعام بيع قبل استيفائه، ولذلك قال: يحله ما يحل البيوع، من أن لا يقع بعد الاستيفاء، ويجرمه ما يجرم البيوع، فلا يقع قبل الاستيفاء، والله أعلم.

قال مالك: مَنْ اشْتَرَى سِلْعَةً بَرًّا أَوْ رَقِيقًا فَبِتَّ بِهِ، ثُمَّ سَأَلَهُ رَجُلٌ أَنْ يُشْرِكَهُ فَفَعَلَ وَنَقَدَا الثَّمَنَ صَاحِبَ السِّلْعَةِ جَمِيعًا ثُمَّ أَدْرَكَ السِّلْعَةَ شَيْءٌ يَنْتَزِعُهَا مِنْ أَيْدِيهِمَا، فَإِنَّ الْمُشْرَكَ يَأْخُذُ مِنَ الَّذِي أَشْرَكَهُ الثَّمَنَ، وَيَطْلُبُ الَّذِي أَشْرَكَهُ بَيْعَهُ الَّذِي بَاعَهُ السِّلْعَةَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُشْرَكَ عَلَى الَّذِي أَشْرَكَهُ بِحَضْرَةِ الْبَيْعِ وَعِنْدَ مُبَايَعَةِ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ، وَقَبْلَ أَنْ يَتَفَاوَتْ ذَلِكَ أَنْ عَاهَدْتِكَ عَلَى الَّذِي ابْتَعْتُ مِنْهُ، وَإِنْ تَفَاوَتْ ذَلِكَ وَفَاتَ الْبَائِعَ الْأَوَّلَ فَشَرِطُ الْآخِرِ بَاطِلٌ وَعَلَيْهِ الْعُهُدَةُ^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥/٢١ - ١٦.

الشرح: وهذا على حسب ما قال «أن من اشترى بزاً أو رقيقاً فبت شراؤه»، يريد اشتراه على القطع دون الخيار، «ثم أشرك فيه رجلاً بأن باعه نصفه أو جزءاً منه، ونقد الثاني صاحب السلعة» يريد البائع جميع ثمن السلعة، ثم استحقت، فإن دافع الثمن إلى البائع يرجع على المتباع الأول بجميع الثمن، ويرجع المتباع الأول بذلك على بائعه.

ووجه ذلك أنه يبيع مستأنف، وكونه على صفة مخصوصة، لا يخرج عنه أن تكون فيه العهدة على البائع. ومعنى ذلك كله أن عهدة الشريك على من أشركه مع الإطلاق، وعدم الشرط لما ذكرناه بأنه يبيع مستأنف.

فصل: وقوله: «إلا أن يشترط المتباع على الذى أشرك بمحضرة البيع، وقبل أن يتفاوت ذلك، أن عهدة على الذى ابتعت منه»^(٢) يريد أن الشريك يصح فى الوقتين، روى عيسى عن ابن القاسم أنه إن اشترط عليه ذلك بمحضرة البيع، وقبل أن يفترقا مفارقة بينة، ويقطع ما كانا فيه من البيع ومذاكرته، وقبض منه حقه أو أخره به، فانبت الأمر بينهما، ثم أشركه بعد ذلك، فإن اشترط البيع قبل هذا، أن تكون العهدة على البائع، صح ما شرطه، وإن اشترط بعد ذلك، فالعهدة على المشترط، والمولى، ولا يتنفع بشرطه، وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ اشْتَرِ هَذِهِ السَّلْعَةَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ، وَأَنْقُذْ عَنِّي وَأَنَا أبيعُهَا لَكَ: إِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ حِينَ قَالَ: أَنْقُذْ عَنِّي، وَأَنَا أبيعُهَا لَكَ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ سَلْفٌ يُسَلِّفُهُ إِيَّاهُ عَلَى أَنْ يبيعَهَا لَهُ، وَلَوْ أَنَّ تِلْكَ السَّلْعَةَ هَلَكَتْ أَوْ فَاتَتْ أَخَذَ ذَلِكَ الرَّجُلُ الَّذِي نَقَدَ الثَّمَنَ مِنْ شَرِيكِهِ مَا نَقَدَ عَنْهُ، فَهَذَا مِنَ السَّلْفِ الَّذِي يَجْرُ مِنْفَعَةً^(١).

(٢) قال فى الاستذكار ١٧/٢١: العهدة فى الشركة: فمذهب مالك أنها على المشترك دون البيع الأول، إلا أن يقول له المشترى عهدة على البائع كعهدى، فيجوز ذلك إن كان بمحضرة البيع، وإن تفاوت كان شرطه باطلاً، وكانت عهدة الشريك عليه لا على البائع الأول، وسواء كانت الشركة قبل القبض، أو بعده. ومعنى العدة الرد بالعيب والقيام فى الاستحقاق، والخصومة فى ذلك هل يكون ذلك بين الشريك، والذى أشركه، وبين البائع الأول فيكونان فى ذلك سواء. وأما الشافعى، والكوفيون، فالشركة عندهم جائزة بعد القبض، والخصام فى كل ما ينزل فيها بين الشريكين، وليس للشريك إلى البائع الأول سبيل؛ لأنه لم يعامله فى شىء، وأما قبل القبض، فلا شركة ولا خصام، ولا عهدة عندهم فى شىء من ذلك.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨/٢١.

٤٧٨ كتاب البيوع

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز أن يقول الرجل للرجل: اشتر هذه السلعة بيني وبينك بعشرة دنانير، وانقد عنى، وأنا أبيعها لك؛ لأن قوله: انقد عنى، اشتراك سلف يسلفه ثمنها ليكفيه هو مؤنة بيعها، ويتولى ذلك دونه، فقد جعل جعله فى الانفراد ببيع السلعة الانتفاع بما يسلفه الآخر من ثمنها إلى أن يبيعها، ويرد عليه ما أسلفه، واستدل مالك على أن معنى هذا السلف بأن السلعة لو هلكت لرجع المسلف على شريكه بما أسلفه من ثمنها.

فإذا ثبت أن معناه السلف، لم يجوز ذلك، لأننا قد قدمنا أن من حكم القرض أن يكون على غير عوض ولا مقارضة، وهذا يمنع صحة هذا العقد، ويدخله مع ذلك غير ما وجه من وجوه الفساد.

مسألة: فإن وقع هذا، فالسلعة بينهما، وللمسلف على صاحبه ما أسلفه نقداً، فإن لم يكن باع السلعة، لم يكن يبيعها إلا أن العقد الذى وجب به عليه بيعها قد نقض، وإن كان المسلف قد باع السلعة، فله أجرة مثله فيما باع من نصيب المتسلف، وذلك أن الشراء وقع صحيحاً لهما جميعاً، وإنما وقع الفساد فى الإجارة من أجل السلف، فالسلف مردود، وللعامل أجر عمله فيما عمل لشريكه، وله ربح حصته من السلعة، ولشريكه ربح حصته.

مسألة: ولو ظهر على هذا قبل النقد؛ لأمسك المسلف ما شرط عليه أن يسلفه، وإن كان قبل أن يعمل المسلف عمل فى حصته دون حصة شريكه، وكان على شريكه أن يعمل فى حصته، أو يستأجر المسلف استئجاراً مستأنفاً صحيحاً.

قال مالك: **وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ سِلْعَةً فَوَجَبَتْ لَهُ ثُمَّ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: أَشْرِكْنِي بِنِصْفِ هَذِهِ السِّلْعَةِ، وَأَنَا أبيعُهَا لَكَ جَمِيعًا كَانَ ذَلِكَ حَلَالًا، لَا بَأْسَ بِهِ، وَتَفْسِيرُهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا بَيْعٌ جَدِيدٌ بَاعَهُ نِصْفَ السِّلْعَةِ عَلَى أَنْ يَبِيعَ لَهُ النِّصْفَ الْآخَرَ^(٢).**

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨/٢١ - ١٩: وقال: قد بين مالك، رحمه الله، الوجه الذى لم يجوز عنده قوله الذى يشركه انقد عنى، وأنا أبيعها لك أنه من باب سلف جر منفعة. وهو إذا صح، وصرح به مجتمع على تحريره، وأجاز الوجه الآخر؛ لأنه لا يدخله عنده إلا بيع وإجارة، والبيع والإجارة جائز عنده فى أصل مذهبه، وعند جماعة أصحابه. وأما الشافعى، والكوفيون فلا يجوز عندهم بيع، وإجارة، لأن الثمن حينئذ يكون مجهولاً عندهم؛ لأنه لا يعرف مبلغه حتى الإجارة فى عقد السلعة، والإجارة أيضاً بيع منافع، فصار ذلك بيعتان =

كتاب البيوع ٤٧٩

الشرح: وهذا على ما قال أن من اشترى سلعة، وثبت له ملكها، ثم أتاه رجل، فقال له: أشركني في نصف هذه السلعة، وأنا أبيع لك جميعها، فإنه جائز، وذلك أنه باعه النصف الذي أشركه بنصف الثمن الذي ابتاعها به، وبعمله في النصف الباقي له يتناول بيعها، إلا أن يبيعها، فلم يدخل في ذلك شيء من الجهالة؛ لأن الثمن معلوم والسلعة معلومة، وعمل الشريك في بيعها معلوم.

ووجه تناوله في ذلك معلوم، والله أعلم، وإنما يتعلق به من وجوه الاعتراض أنه جمع بين البيع والإجارة في عقد واحد، وذلك جائز عند مالك؛ لأنهما عقدان مبنيان على اللزوم، ومقصودها واحد، فلا يتنافيان، ولم يجوز أن يجتمع الجعل والبيع في عقد؛ لأن الجعل مبنى على الجواز، والبيع مبنى على اللزوم، فهما يتنافيان، فلذلك لم يصح اجتماعهما.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن لجواز هذا العقد الذي ذكره مالك شروطاً، منها أنه لا يجوز إلا أن يضرب لمدة البيع أجلاً فيقول: على أن أبيع لك النصف الثاني شهراً أو شهرين، أو ما اتفقا عليه من الأجل، فإن لم يضرباً لذلك أجلاً، لم يجوز، هذا المشهور عن مالك، وهي مسألة أصل الكتاب.

وفي المدونة: وذكر بعض الرواة عن مالك فيمن باع نصف ثوب على أن يبيع له المشتري النصف الثاني أنه لا يجوز، وإن ضرب لذلك أجلاً، فهو أحرم له.

فوجه قولنا أنه لا يجوز مع عدم الأجل، ويجوز مع وجوده، أن عدم الأجل، يبطل عقد الإجارة، وإن كان معنى ذلك الإجارة، وإن كان معناه الجعل، فلا يصح أن يقارن البيع لما قدمناه، وإذا ضرب الأجل، صحت الإجارة، وصح مقارنتها للبيع.

ووجه المنع من ذلك، قال بعض شيوخنا القرويين: إن معنى ذلك أنه اشترى معيناً، ولا يقبضه إلا إلى الأجل.

= في بيعة. والوجه الأول أيضاً غير جائز عندهم؛ لما ذكره مالك، ولأنها إجارة مجهولة انعقدت مع الشركة، والشركة لا تجوز عندهم قبل القبض؛ لأنها يبيع على ما ذكرنا عنهم، ولا يجوز أن ينقذ معها ما تجهل به مبلغ ثمنها على ما وصفنا.

وقد اختلف قول مالك في الذي يسلف رجلاً سلفاً لمشاركه، فمرة أجازته، ومرة كرهه، وقال: لا يجوز على حال. واختار ابن القاسم جواز ذلك، فروى ذلك كله عن مالك، قال: وإن كان الذي أسلفه ليقاده، ويضره بالتجارة، ثم جعل مثل ما أسلفه وتشاركه على ذلك، فلا يجوز؛ لأنه جر إلى نفسه بسلفه منفعة، وإن كان ذلك منه على وجه الرفق، والمعروف. قال ابن القاسم: قد اختلف قول مالك في ذلك: فمرة أجازته، ومرة كرهه.

٤٨٠ كتاب البيوع

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك عندى أنه ليس له أن يفوت النصف الذى صار إليه بالشركة قبل البيع أو انقضاء الأجل؛ لأنه لا يستحق جميع العين إلا بانقضاء الأجل؛ لأن بعضه إجارة بيعه فى جميع المدمة.

فرع: فإذا قلنا بجواز ذلك، فباع السلعة قبل انقضاء الأجل، وذلك مثل أن يبيع منه نصف الثوب بعشرة على أن يبيع له النصف الثانى شهراً، وكان قيمة بيعه إياه شهراً درهمين، فصار ثمن الثوب اثنى عشر درهماً، فباعه فى نصف الشهر، فإن صاحب الثوب يرجع عليه بما بقى من إجارة المدمة، وذلك نصف سلس ثمن نصف الثوب، وذلك ربع سلس قيمة الثوب كله. قال ابن المواز: يرجع بذلك ثمناً.

وقال يحيى بن عمر: إلا أن يكون الثوب قائماً، فيكون له شريكاً به فيه. ومعنى ذلك والله أعلم أن يكون إنما باع الأجير نصف المستأجر، وبقي نصفه الذى يبيع منه، واستؤجر به بيده.

مسألة: ومما يجب أن يشترط فى هذا العقد أن تكون السلعة مما تعرف بعينها، كالحيوان والنبات والعروض مما ليس بمكيل، ولا موزون، فإن كان مكيلاً أو موزوناً كالطعام والحناء، فى المدونة: أنه لا يجوز ذلك. وقال سحنون: يقبض الطعام، ويغاب عليه، وقد يبيع فى نصف الأجل، فيرد طعاماً قد غاب عليه، فيدخله السلف والإجارة.

* * *

مَا جَاءَ فِي إِفْلَاسِ الْغَرِيمِ

١٣٥٥ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ ابْنِ هِشَامٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مِنْهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا، فَوَجَدَهُ بَعِيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَإِنْ مَاتَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ فِيهِ أُسْوَةٌ الْغُرَمَاءِ»^(١).

١٣٥٥ - أخرجه أبو داود برقم ٣٥٢٠ ج٣/٢٨٥ كتاب البيوع باب الرجل يفلس. وذكره فى

الكنز برقم ١٠٤٦٨ وعزاه لمالك وأبى داود، عن عبدالرحمن لأبى هريرة.

(١) ذكره ابن عبد البر فى التمهيد ١٦٧/٨، وذكره من طرق مختلفة، وقال: هكذا هو فى جميع الموطآت التى رأينا وكذلك رواه جميع الرواة، عن مالك فيما علمنا مرسلًا، إلا عبدالرزاق، فإنه رواه، عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبى بكر، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ فأسنده. وقد اختلف فى ذلك عن عبدالرزاق:

=حدثنا أحمد بن عبدالله بن محمد بن علي، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا محمد بن قاسم، قال: حدثنا مالك بن عيسى، قال: حدثنا عبدالله بن بركة الصنعاني، قال: حدثنا عبدالرزاق، قال: حدثنا مالك بن أنس، عن ابن شهاب، عن أبي بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «أما رجل باع متاعاً فأفلس المتاع، ولم يقبض من الثمن شيئاً، فإن وجد البائع سلعته بعينها، فهو أحق بها، وإن مات المشتري فهو أسوة الغرماء». وكذلك رواه محمد بن علي، وإسحاق بن إبراهيم بن جوي الصنعانيان، عن عبدالرزاق، عن مالك بهذا الإسناد، مسنداً، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ، ورواه محمد بن يوسف الخداسي، وإسحاق بن إبراهيم البيهقي، عن عبدالرزاق، عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبي بكر بن عبدالرحمن، عن النبي ﷺ مرسلًا، كما في الموطأ ليحيى، وغيره، وذكر الدارقطني أنه قد تابع عبدالرزاق على إسناده، عن مالك، أحمد بن موسى، وأحمد بن أبي طيبة وإنما هو في الموطأ مرسل.

قال أبو عمر: واختلف أصحاب ابن شهاب عليه في هذا الحديث أيضاً، نحو الاختلاف على مالك، فرواه صالح بن كيسان، ويونس بن يزيد، ومعمّر بن راشد، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبدالرحمن، عن النبي ﷺ مرسلًا، كما في الموطأ، ورواه موسى بن عقبة، عن ابن شهاب، عن أبي بكر بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ مسنداً، حدث به هشام بن عمار، عن إسماعيل بن عياش، عن موسى بن عقبة، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «أما رجل باع سلعة فوجدتها بعينها عند رجل قد أفلس، ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً، فهي له، وإن كان قبض من ثمنها شيئاً، فهو أسوة الغرماء». ذكره بقي بن مخلد، ومحمد بن يحيى النيسابوري، وغيرهما، عن هشام هكذا.

وإسماعيل بن عياش فيما روى عن أهل المدينة ليس بالقوي، ورواه الزبيدي واسمه محمد بن الوليد حمصي، يكنى أبا الهذيل، عن الزهري، عن أبي بكر، عن أبي هريرة مسنداً، كما رواه موسى بن عقبة، حدث به عبدالله بن عبدالجبار الخبائري، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن الزبيدي، ذكره أبو داود، قال: حدثنا محمد بن عوف الطائي، قال: حدثنا عبدالله بن عبدالجبار الخبائري، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن الزبيدي، فذكره وذكره ابن الجارود. حدثنا محمد بن عوف، حدثنا عبدالله بن عبدالجبار، حدثنا إسماعيل بن عياش، عن موسى بن عقبة، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «أما رجل باع سلعة وأدرك سلعته بعينها عند رجل أفلس، ولم يقبض من ثمنها شيئاً، فهي له، وإن كان قضاه من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء». فجمع إسماعيل بن عياش حديث موسى بن عقبة، وحديث الزبيدي جميعاً، وإنما ذكر أبو داود روايته عن الزبيدي؛ لأنه من أهل بلده، وحديثه عنهم مقبول عند أكثر أهل العلم بالحديث، وحديثه عن غير أهل بلده فيه تخليط كثير، فهم لا يقبلونه، وفي رواية الزبيدي بعد قوله: فإن كان قضاه من ثمنها شيئاً فما بقي فهو أسوة الغرماء، قال: وأما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه، اقتضى منه شيئاً، أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء، قال: =

١٣٥٦ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَمْرٍو بْنِ

عرفد روى هذا الحديث عن الزبيدي، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة وهو خطأ، والله أعلم. وإنما يحفظ للزهري، عن أبي بكر بن عبدالرحمن، لا عن أبي سلمة. أخبرنا سعيد بن عثمان، حدثنا أحمد بن دحيم، حدثنا أبو عروبة الحسين بن محمد الحراني، حدثنا عمرو بن عثمان، حدثنا اليمان بن عدى، قال: أخبرنا الزبيدي، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، قال: قال النبي ﷺ: «أما رجل أفلس وعنده مال امرئ بعينه، اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض منه شيئاً، فهو أسوة الغرماء».

قال أبو عمر: ليس هذا الحديث محفوظاً من رواية أبي سلمة، وإنما هو معروف لأبي بكر بن عبدالرحمن، وقد تكون رواية من أسنده، عن ابن شهاب، عن أبي بكر، عن أبي هريرة صحيحة؛ لأن يحيى بن سعيد يروى، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عمر بن عبدالعزيز، عن أبي بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ في التفليس مثله. سواء إلا أنه لم يذكر الموت، ولا حكمه، وفي حديث ابن شهاب أن الغريم في الموت أسوة الغرماء، وإن وجد ماله بعينه. وروى بشير بن نهيك، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ مثله في التفليس، ولم يذكر حكم الموت، والحديث محفوظ لأبي هريرة، لا يرويه غيره فيما علمت.

وحدثنا أبو عبدالله بن رشيقي، قال: حدثنا المغيرة بن عمر العدني بمكة، قال: حدثنا أحمد بن زيد ابن هارون، قال: حدثنا عبدالأعلى بن حماد، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: حدثنا قتادة، عن النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أفلس الرجل فوجد غريمه متاعه بعينه فهو أحق به». وروى أيوب، وابن عيينة، وابن جريج، عن عمرو بن دينار، عن هشام بن يحيى، عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «إذا أفلس الرجل فوجد البائع سلعته بعينها، فهو أحق بها، دون الغرماء». وحديث التفليس هذا من رواية الحجازيين، والبصريين حديث صحيح، عند أهل النقل ثابت، وأجمع فقهاء الحجازيين وأهل الأثر على القول بجملته، وإن اختلفوا في أشياء من فروعه، ودفعه من أهل العراق أبو حنيفة، وأصحابه، وسائر الكوفيين، وردوه، وهو مما يعد عليهم من السنن التي ردوها بغير سنة، صاروا إليها، وأدخلوا النظر حيث لا مدخل له فيه، ولا مدخل للنظر مع صحيح الأثر.

١٣٥٦ - أخرجه البخاري في الاستقراض وأداء الديون ٢٤٠٢. ومسلم في المساقاة ١٥٥٩. والترمذي في البيوع ١٢٦٢. والنسائي في البيوع ٤٦٧٤، ٤٦٧٥. وأبو داود في البيوع ٣٥١٩، ٣٥٢٠، ٣٥٢٣. وابن ماجه في الأحكام ٢٣٥٨، ٢٣٥٩، ٢٣٦٠، ٢٣٦١. وأحمد في باقي مسند المكثرين ٧٠٨٤، ٧٣٢٥، ٧٤٥٥، ٨٣٦١، ٨٧٦٩، ٩٠٦٥، ٩٠٨٣، ٩٧٠٥، ٩٧٨١، ٩٩٤٩، ١٠٢١٨، ١٠٤١٥. والدارمي في البيوع ٢٥٩٠. والبخاري في شرح السنة ١٨٦/٨، عن أبي هريرة، والطحاوي في معاني الآثار ١٦٤/٤، عن أبي هريرة. وذكره في مجمع الزوائد ١٤٤/٤ كتاب البيوع باب فيمن وجد متاعه، عن أبي هريرة. وذكره ابن عبد البر في الاستبكار برقم ١٣٤٥. وانظر: التعليق على الحديث السابق.

كتاب البيوع ٤٨٣

حَزْمٌ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذى ابتاعه منه» الفليس هو عدم المال، وهو الإعسار، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولا يخلو أن يكون من ادعى ذلك مجهولاً فلسه، أو معلوماً فلسه، أو معلوماً غناه.

فإن كان مجهول الفليس، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: يجبس الحر والعبد حتى يستبد أمره لعله غيب ماله. وقال مطرف: ويجبس النساء، ومن فيه بقية رق فى الدين فى اللدد والتهمة.

ووجه ذلك أن ما يدعيه من الإعسار ينافيه إقراره بما عليه من الدين؛ لأنه قد أخذ عوضه، وذلك يقتضى أنه موسر به، فالظاهر من حاله خلاف ما يدعيه، فلذلك ألزمه السجن لتحقيق حاله.

مسألة: ومن ادعى الفقر، وظاهره الغنى، وأقام بينة فى الفقر، ولم تزك بيته، لم يؤخذ عليه حميل، وسجن حتى تزكى بيته فى كتاب ابن سحنون، وذلك لما قدمناه من أنه يدعى خلاف الظاهر من حاله.

مسألة: وهذا لمن تفالس، ويقول: لا شىء له. وأما إذا حل الدين، فسأل أن يؤخره، ووعد بالقضاء، فليؤخره الإمام حسبما يرجو له، ولا يعجل عليه، حكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون. وقال فى كتاب سحنون: إن سأل أن يؤخره يوماً أو نحوه أحر، ويعطى حميلاً بالمال، فإن لم يجد حميلاً به سجن.

ووجه ذلك أن تعذر القضاء قد يتجه على أكثر الناس اليوم واليومين والثلاثة، فإذا أعطى حميلاً بالمال، وسأل النظرة إلى مثل هذا المقدار مما لا مضرة فيه على المطالب له، فللحاكم أن يوقفه مثل هذا التأخير.

وقال ابن الماجشون، فى سماك لرجل عليه سمك، فسأل الصبر حتى يخرج، فيصيد، قال: يصبر عليه، ولم يشترط ابن الماجشون فى روايته الحميل.

ووجه ما تقدم من رواية ابن سحنون الحميل فى المال؛ لأنه لما جاز الأجل، كان له

٤٨٤ كتاب البيوع

أن لا يؤخره إلا بحميل، إلا أن يكون هذا السماك عديماً يعلم أنه لا مال له، ولا يجد قضاء إلا من تصيده، فيترك والتصيد لأنه الوجه الذى يسلم إليه فيه، والله أعلم.

مسألة: ومدة سجن المجهول الحال تختلف باختلاف الدين، فيما روى ابن حبيب عن ابن الماجشون، فقال: يجبس فى الدرهمات اليسيرة قدر نصف شهر، وفى الكثير من المال أربعة أشهر، وفى الوسط منه شهرين.

ووجه ذلك أنه سجن على وجه اختبار حاله، فوجب أن يكون على قدر الحق الذى يختبر من أجله.

مسألة: ويجبس الوصى فيما على الأيتام من دين، إذا كان لهم فى يده مال، وكذلك الأب فى دين الولد، إذا كان له بيده ماله، رواه ابن سحنون عن ابن عبدالحكم. ومعنى ذلك أنه قبض له مالاً، لا يعلم بقاءه، فلا يقبل قوله؛ لأنه يدعى خلاف الظاهر.

مسألة: ويجبس الأب إذا امتنع من الإنفاق على ولده الصغير، ولا يجبس الأب فى دين الولد، يريد إذا كان له عليه دين يطلبه به، وأما تركه الإنفاق عليه، فضرر يلحق الولد وغيره يطلبه به.

مسألة: ويجبس المسلم للكافر فى الدين، رواه ابن حبيب، ويجبس السيد لمكاتبه فى الدين .

ووجه ذلك أن الحقوق لا تعتبر فيها الحرمة والمنزلة إلا الوالد فى حق الولد؛ لأن حقه عليه ليس حرمة وقرابته؛ لأن حرمتها واحدة، وإنما ذلك لما له عليه من حق الأبوة الموجبة للنفقة، ويجبس سائر القرابات من الأجداد وغيرهم، والله أعلم.

فإن ظهر أنه لا مال له، وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يحلفه ويطلقه، ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك.

ومعنى ذلك أن يشهد له الشهود أنهم لا يعلمون له مالاً ظاهراً، ولا باطناً، وينقضى أمر السجن، ويلزمه هو اليمين؛ لأن الشهود إنما يشهدون على العلم، فعليه هو أن يحلف على الباطن بالبت كالرجل يستحق الدار، فيشهد الشهود له على علمهم أنهم لا يعلمون فوته، فيحلف هو على الباطن بالبت والقطع أنه ما فوته.

فصل: وأما من ثبت فلسه، وعلم عدمه، فروى ابن وهب عن مالك فى كتاب ابن

كتاب البيوع ٤٨٥

حبيب: لا يجبس إن كان معسراً، ولا شيء له. وفي كتاب ابن المواز: إن علم أنه لا شيء له، فلا يجبس حر ولا عبد.

ووجه ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

مسألة: ولا يؤاجر المفلس في دينه، خلافاً لابن حنبل.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. ومن جهة المعنى أن الدين إنما يتعلق بدمته دون عمله. قال ابن المواز: سواء كان حراً أو عبداً، مأذوناً له في التجارة.

فصل: وأما من علم غناه، أو كان ذلك ظاهر أمره، ففي كتاب ابن المواز والعتبية: يجبس حتى يوفى الناس حقوقهم، أو يتبين أنه لا شيء له، فهذا لا يصرف، ولا يعجل سراحه حتى يستبرأ أمره، قال: وهذا مثل التجار الذين يأخذون أموال الناس، ثم يدعون ذهابها، ولا يعلم أنه سرق له شيء، ولا أحرق له منزل، ولا أصيب بشيء.

فصل: وإنما يثبت فلسه بحكم الحاكم بذلك، وإنما يحكم الحاكم بذلك بعد أن يثبت عنده ما يوجب ذلك، فيمنعه من التصرف في ماله، ويحجر عليه فيه حتى يقسمه بين الغرماء، ويعجل ما عليه من دين مؤجل، ومن وجد سلعته كان أحق بها، وهذا معنى تفليسه، ولا يخلو أن يكون حاضراً أو غائباً.

فإن كان غائباً وله مال حاضر، فقام غرماؤه عليه ليفلس لهم، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن وهب عن مالك: أن ذلك لهم. وروى ابن القاسم في العتبية والواضحة: إن كانت غيبة قريية، فيكتب إليه، ويكشف عن أمره ليعرف ملاءه من عدمه.

وإن كان بعيد الغيبة، فلا يخلو أن يعرف حاله في العدم واليسار، أو يجهل ذلك، فإن جهل ذلك فلس، رواه ابن المواز عن أشهب وابن القاسم، وإن عرف يساره، فقال ابن القاسم: لا يفلس. وقال أشهب: يفلس.

وجه قول ابن القاسم أن هذا معروف الملاءة، فلا يفلس. أصل ذلك إذا كان حاضراً.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أن مال الغائب البعيد الغيبة، لا يقضى منه دين، ولا يعرف ما يدل عليه فلا يمنع ذلك إفلاسه.

فرع: فإذا قلنا برواية مطرف وابن وهب أنه يفلسه الحاكم، ويقضى ديون الحاضرين، وتحاصوا بما علم أنه عليه لغائب، ولا يؤخرون لاستبراء ما عليه؛ لأن ذمته باقية.

وأما الميت فإن ذمته قد ذهبت، فلذلك يستأنى بهم إذا كان معروفاً بالدين، رواه مطرف وابن وهب عن مالك.

مسألة: فإن كان حاضراً، فلا يخلو أن يريد جميع غرمائه تفليسه أو بعضهم، فإن أراد ذلك بعضهم، فإن للقائم تفليسه وسجنه، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وإن أراد بعضهم ذلك [.....] (١).

ووجهه أن ذلك حق للطالب، فلا يبطل بإسقاط غيره عنه مثل ذلك الحق كما لو وهب بعضهم دينه، لم يلزم غيرهم أن يهبه دينه أيضاً، ولمن أبى تفليسه أن يحاص القائم في مال المفلس، ويقر بيد المفلس ما كان له بالمحاصة، وليس للقائم أخذ ذلك منه في دينه، رواه ابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك أن تفليسه يقتضى تحاص غرمائه في ماله، فمن أقر حصته بيده، فهو بمنزلة من استأنف معاملته بعد التفليس، لم يكن للغرماء أخذ ما عامله به من المفلس.

مسألة: وهذا إذا قام من أراد إقرار حصته بيده، وطلب المحاصة، وأما من أمسك عن الطلب وعلم بالتفليس، وتقاسم الغرماء ماله، وهو حاضر، فقد روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية: أنه إن قام بعد ذلك، فلا شيء له إلا أن يكون له عذر في تركه القيام أو يكون له سلطان.

ووجهه أنه إذا علم بذلك، وأمسك عن الطلب مع عدم العذر، فالظاهر أنه راض بذلك، ومسوغ له حصته من ماله رضا بطلب ذمته مع خرابها أو رفقاً به، قال مطرف وابن الماجشون: وذلك بمنزلة سكوته عما أعتق المفلس، ثم يريد القيام به، والله أعلم.

مسألة: ويصح ذلك من تفليسه بحكم الحاكم، قال: وإذا قام غرماؤه، فأمكنهم من ماله يتبعونه، ويقتسمونه، ففي العتبية من سماع ابن القاسم: أنه بمنزلة تفليس السلطان.

ووجه ذلك أنه حكم لا يتعدى المفلس وغماءه، فإذا اتفقوا عليه ثبت بينهم، ومعنى ثبوت الحكم بينهم أن يكون من عامله بعد التفليس أحق بيده ممن فلسه، وأخذ حصته مما كان بيده، رواه أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم.

(١) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل.

كتاب البيوع ٤٨٧

مسألة: وهذا إذا وجدوا له مالا تحاصوا فيه، فإن لم يجدوا له شيئاً، فتركوه، فتداين بعد ذلك، فليس هذا بتفليس، قاله ابن القاسم فى العتبية، قال: ولو بلغوا به السلطان، ففلسه لكان هذا تفليساً، لأنه قد بلغ من كشف حاله ما لا يبلغه غرماؤه، ولو علم أن غرماء يبلغون من ذلك ما لا يبلغه السلطان، رأيته تفليساً، ولكن لا آخذ به خوف أن لا يبلغوا ذلك، وقاله أصبغ.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففيه خمسة أبواب، الباب الأول: فى حكم إقرار المفس قبل التفليس وبعده. والباب الثانى: فى حكم ما لا ينتزع من ماله، ولا يحجر عليه. والباب الثالث: فى حكم ما يحجر عليه من ماله قبل البيع وبعده. والباب الرابع: فى ديون المفس. والباب الخامس: فيما تقع فيه المحاصة.

* * *

الباب الأول فى حكم إقرار المفس قبل التفليس وبعده

أما إقرار المفس وبيعه لماله وقضاؤه عن بعض غرمائه، ففي كتاب ابن حبيب فيمن أحاط الدين بما له إن قضى بعض غرمائه أو رهن، فقد اختلف فيه قول مالك، فقال: يدخل فى ذلك باقى الغرماء. وقال: لا يدخلون، وذلك ماض. قال ابن القاسم: وعلى هذا جماعة الناس.

وجه القول الأول أنه محجور عليه فى ماله، ولذلك لا يجوز له عتق بغير إذن غرمائه، فأشبهه الذى قد حكم الحاكم بتفليسه أو المريض، فقد قال أصبغ فى العتبية: إن المريض المخوف عليه لا يقضى بعض غرمائه دون بعض، وإن كان غير مخوف، لم يحجر عليه القضاء فى ماله.

ووجه القول الثانى أنه ليس بمحجور عليه؛ لأن بيعه جائز وكذلك قضاؤه دين البيع، وإنما يمنع من إتلاف ماله على غير وجه المعاوضة كالهبة والعتق.

فروع: قال ابن القاسم: وإذا فطن المقتضى باستغراقه، وبأدر الغرماء، فهو أحق، وهذا ما لم يكن الغرماء قد تشاوروا كلهم فى تفليسه، ولم يرفعوه بعد، فخالف بعضهم إليه، فقضاه. قال ابن القاسم: قال: يدخل معه سائر الغرماء. وقال أصبغ: لا يدخلون معه.

وجه قول ابن القاسم أنهم إذا تشاوروا فى تفليسه، فقد اتفقوا على التحاص فى ماله، وذلك يقتضى اشتراكهم فيه، فمن اقتضى منهم شيئاً شاركه فيه الآخرون، كما لو باعوا منه بعقد واحد.

٤٨٨ كتاب البيوع

ووجه قول أصبغ أنهم لم ينقدوا ذلك، فلم يوجد الاشتراك بينهم، وإنما يحصل
الاشتراك بإنفاذ التفليس والحجر عليه فيما بيده، والله أعلم.

مسألة: والتفليس الذى يمنع قبول إقراره، فيما روى ابن المواز عن مالك أن يقوم
عليه غرماؤه على وجه التفليس. قال محمد: يريد، وحالوا بينه وبين ماله وبين البيع
الفاسد، والشراء، والأخذ والإعطاء، فإنه لا يقبل إقراره حينئذ بدين.

قال أحمد بن ميسر: ما كان قائم الوجه منبسط اليد فى ماله، فإنه يجوز إقراره، إلا
أنه إذا خاف من قيام الغرماء، فأقر لمن يتهم عليه من والد أو ولد، فأراه فاسداً، ويبتل
إقراره، قال: وليس كذلك إقراره للأجنيين، والله أعلم.

مسألة: وإذا أقر الرجل بمال، فلا يخلو أن ديون غرمائه بغير بينة أو ثابتة بينة، فإن
كانت إنما هي بإقرار، فيجوز ذلك لمن أقر له فى ذلك المجلس، وبلفظ واحد أو قرب
بعض ذلك من بعض، قاله مالك فى كتاب محمد.

ووجه ذلك أن ما ثبت به دينهم بسبب واحد، فلم يرد بعض ذلك دون بعض.

وإذا أقر لقوم، ثم استأنف بعد مدة أو فى مجلس واحد لغيرهم، فإنه لا يثبت إقراره
للآخرين؛ لأن الدين الأول قد حجر عليه بسببه، فلم يكن له أن يقر بما يدخل النقص
عليه كما لو ثبت بينة.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم: إذا أقر المفلس لمن يتهم عليه أو لمن لا يتهم عليه،
ولا بينة لغرمائه، فإن المقر له يحاص سائر غرمائه.

مسألة: وأما إن كان الدين الأول ثبت بينة، فإنه لا يجوز إقراره لمن يثبت دينه من
الغرماء فى وقت الحجر عليه؛ لأنه يدخل نقصاً على من ثبت دينه بالبينة بمجرد قوله،
وذلك غير جائز؛ لأن من حجر عليه فى البيع والشراء والأخذ والإعطاء، فقد حجر
عليه فى الإقرار كالسفيه.

وفى كتاب محمد: وقد كان من قول مالك: أن من أقر له المفلس، إن كان يعلم منه
تقاضياً له، ومدائنة وخطئة، فإنه يحلف، ويحاصص من له بينة.

ووجه هذا القول أن الحجر عليه غير ثابت؛ لأنه مأخوذ بهذا الإقرار، ويتعلق بدمته
ما تقدم من المخالطة له فيه، فوجب أن يحاص به وأما السفيه، فإن ما أقر به غير متعلق
بدمته، فلذلك لم يؤثر إقراره.

كتاب البيوع ٤٨٩

قال ابن حبيب عن ابن القاسم: سواء كان إقراره لمن يتهم عليه، أو لمن لا يتهم عليه، فإنه غير جائز إذا كان للغرماء بينة، وهذا إذا كان الدين الثابت بالبينة، وقد أحاط بماله، فإن لم يحط بماله، جاز إقراره لمن أقر به، قاله مالك فى الموازية، احتج لذلك بأن من ثبت دينه، لم يكن له تفليسه والحجر عليه، فجاز إقراره كسائر المتصرفين.

مسألة: وهذا حكم إقراره بالدين، وأما أن يقول لبعض ما بيده هذا قراض، أو ودیعة، ففى العتبية من قول ابن القاسم: لا يصدق المفلس فى ذلك، كما لا يصدق فى الدين، وبه قال أشهب.

وروجه ذلك أنه إقرار يدخل على الغرماء النقص، فلم يميز كالإقرار بالدين كما لو قال له: فى مالى ودیعة أو قراض، ولم يعين، فإن أصبغ، قال: لا يجوز إقراره. وقال أصبغ: يقبل قوله فى الإقرار بالودیعة والقراض، وإن لم يكن على أصل ذلك بينة، قال: لأنه إقرار بأمانة، ولم يقر بدين، رواه أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية. زاد أصبغ: وذلك إذا أقر بمن لا يتهم عليه.

* * *

الباب الثانى فيما يقر بيده من ماله ولا يقبضه الغرماء فى ديونهم

فى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: يترك لهما فيه نفقة له، ولأهله ولعِياله، وكسوة له ولأهله، وفى كسوة زوجته شك. وقال سحنون فى العتبية: يترك له قدر نفقته وكسوته، ولا يترك له كسوة زوجته.

قال ابن القاسم: يترك له لبسه إلا أن يكون فيه فضل عن لباس مثله. قال ابن القاسم فى العتبية: يترك له ما يكفيه هو وزوجته وولده الصغير الأيام. وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك: قدر الشهر. وروى ابن المواز عن أصبغ: إن كان الذى يوجد له قدر نفقته شهراً أو نحوه، فليترك له يعيش به.

وروجه ذلك أن ما يختص به من لباسه، لا يمكن أن يعرى منه لما فى ذلك من هتك ستره، وكشف عورته فيترك له منه ما يكفيه مما جرت عادته بمثله؛ لأن هذا القدر لا يعاوض عليه، وكذلك نفقته الأيام لنفسه ولبنيه الصغار إلى أن يتسبب فى وجه نفقته؛ لأن إسلامه للهلاك دون فوت غير جائز، وكذلك إخراجة عن عادة مثله.

وأما كسوة الزوجة، فتوقف فيها مالك، وصرح سحنون بأنها لا تترك؛ لأنها إنما

٤٩٠ كتاب البيوع

تصير إليها على سبيل المعاوضة، ولها كسوة سواها مما يملكها، وهى مما يطول بقاؤه، ويدوم الانتفاع به كالتفقه التى تزيد على مدة الأيام المتقدم ذكرها، وبالله تعالى التوفيق.

مسألة: وما عدا ذلك من الحيوان والأثاث والدور والأرضين والعروض، فتتعلق حقوق الغرماء به، ويبيع ذلك عليه. وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: يستأنى فى بيع ربه بسوق الشهر والشهرين، وأما الحيوان، فالمدة اليسيرة، وكذلك العروض والحيوان أسرع بيعاً. ومعنى ذلك والله أعلم، لما يلزم من الإنفاق عليه مع تسرع التغير إليه.

مسألة: وصفة بيعه بالخيار ثلاثاً طلباً للزيادة، رواه مطرف عن مالك، وقاله ابن القاسم وسحنون، وإنما معنى ذلك أنه ربما توقف الناس عن الزيادة، إلا عند توقع إمضاء البيع، إذا أمضى البيع لم ينتفع بالزيادة، فكان الأفضل أن يبيع بالخيار ثلاثاً، ليكون كل من أراد الزيادة يعلم وقت فواتها، فلا يؤخرها.

مسألة: ويبيع على المفلس سريره وقبته ومصحفه وخاتمه، قاله مالك، واختلفوا فى بيع كتبه، فقال مالك فى الموازية: لا تباع عليه كتب العلم، قال: وكان غيره من أصحابنا يميز بيعها فى الدين وغيره.

وإنما هذه المسألة مبنية على جواز بيعها، فإن مالكا منع من بيعها فى المدونة وغيرها؛ لأن طريقها النظر، وليس بمقطوع بصحتها، وجوز بيع المصحف لصحة ما فيه، وقد أباح بيعها الجمهور. وقال محمد بن عبدالحكم: بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار، وأصحابنا متوافرون، فما أنكروا ذلك.

مسألة: ولا تؤجر أم ولد المفلس، ويؤاجر مدبره، وتباع كتابه مكاتبه، قاله مالك فى الموازية.

وروجه ذلك أن أم الولد إنما بقى الاستمتاع، وذلك مما لا يباع، ولا يوهب، وأما المدبر، فإن خدمته للمفلس، وهو يعود مالاً، فجاز أن يباع ذلك عليه، وكذلك كتابة مكاتبه حق مؤجل يطلب به المكاتب، يصح بيعه فتعلق به حق الغرماء. أصل ذلك ما سلم فيه من العروض.

مسألة: ولا يجبر المفلس على اعتصار ما وهب لولده، ولا على الأخذ بشفعة به فيها فضل، قاله مالك فى الموازية.

كتاب البيوع ٤٩١

ووجه ذلك أن هذا يملك، ولا يجبر على ابتداء الملك بالقبول، كما لا يجبر على قبول هبة توهب له أو وصية يوصى له بها، رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، ففي العتبية في الصدقة، ولو بذل رجل السلف والعون لم يجبر على قبول ذلك، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

مسألة: وإن ورث أباه، فالدين أولى به ولا يعتق عليه، إلا أن يفضل منه شيء عن الدين، فيعتق، ولو وهب له العتق، ولا شيء فيه للغرماء، رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية، قال: لأنه لم يوهب له لبيعه الغرماء، وإنما قصد بذلك العتق.

مسألة: والمرأة المديانة تفلس حتى تتزوج، فليس لغرمائها أخذ مهرها في دينهم، إلا أن يكون الشيء الخفيف كالدينار ونحوه، فليس لها أن تقضيهم جميع صداقها، وتبقى بلا جهازها، قاله ابن القاسم في العتبية.

ووجه ذلك أن حق الزوج متعلق بالجهاز، وعلى ذلك أمره، وقد تقدم بيانه في النكاح.

مسألة: وإذا رهن الرجل دين، فزعم في جارية أنها أسقطت منه، روى عيسى ومحمد ابن خالد عن ابن القاسم: لا يصدق إلا أن تقوم بذلك بينة من النساء، أو يكون قد فشا هذا قبل ادعائه، أو كان يذكر ذلك، وإلا بيعت للغرماء.

* * *

الباب الثالث في ضمان ما يتحاص فيه الغرماء من ماله

المال لا يخلو أن يكون عيناً أو غير عين، فإن كان عيناً، فإما أن يكون قد أوقف لذلك، أو بيع له بعض ما وجد له، فروى ابن القاسم عن مالك: أن ضمانه من الغرماء، ورواه عنه ابن وهب ومطرف. وروى أشهب عن مالك: أن ضمانه من المفلس.

ووجه ذلك أنه على الصفة التي يصح القضاء فيها، ولا يحتاج إلى القسمة، ولذلك كانت من ضمان الغرماء، وهذا يصح إذا كانت الديون عيناً، وكان ما وجد عنده من العين مثله في صفته.

فأما إن كان دينه عروضاً، فقد قال: يتحاص بقيمته، ويشترى له بذلك مثل عروضه، فالذي يحاص به العين، فلذلك يصير ضامناً له؛ لأنه من حينئذ تفرد بملكه،

٤٩٢ كتاب البيوع

ومن أجله نقل إلى تلك الصفة إن كان بيع به عرض، وإذا كان ماله طعاماً، والدين الذى عليه طعاماً فيجب على قول ابن القاسم أن يكون من ضمان الغرماء؛ لأنه على الصفة التى يستحقونها، وإنما وقف للقسمة بينهم، فكان ضمانه منهم.

مسألة: وإذا لم يكن عيناً وقف للبيع، فالذى روى ابن القاسم عن مالك أن ضمانه من المفلس. وروى ابن الماجشون عن مالك: أن ضمانه من الغرماء، فعلى هذا رواية ابن القاسم عن مالك: الغرماء يضمنون العين، والمفلس يضمن غيره. ورواية أشهب: أن المفلس يضمن الجميع حتى يقتسمه الغرماء. ورواية ابن الماجشون: أن الغرماء يضمنون ذلك كله لما احتج به من أنه لهم وقف، وبسببهم منع.

ووجه رواية ابن القاسم أن ما كان من جنس حقوق الغرماء، ف ضمانه منهم؛ لأنه لم يبق للمفلس به تعلق، لأنه من جنس حقوقهم.

ووجه رواية أشهب أن حق التوفية بقى فيه، فكان ضمانه من المفلس.

قال ابن المواز: وقد قال ابن القاسم: فلو اشترى من العين سلعة بعد التوقيف لمن ربحها، فقال: للمفلس يقضى منه دينه قيل له: فكيف ربحه له، و ضمانه من الغرماء، فسكت.

* * *

الباب الرابع فى حكم المحاصة

أما حكمها، فإنه ينظر إلى كل دين عليه مؤجل أجله بالفلس، ويخاص صاحبه لغرمائه. قال مالك: لأن الفلس معنى يفسد الذمة، فاقضى حلول الديون كالموت، وما له من دين مؤجل، فإنه يبقى إلى أجله، ويبيع لغرمائه بما يجوز أن يباع به، لأن خراب الذمة لا يوجب حلول الديون التى لها، وإنما يوجب حلول الديون التى عليها كخرابها بالموت.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون ما عليه من الديون متماثلاً كالعين، والمكيل والموزون، أو غير متمائل، فإن كان متماثلاً، وكان جميعه عيناً، صير ماله عيناً، ويقاسمه الغرماء، بأن يعلم ما لكل واحد منهم، فيجمع، ثم ينظر كم مقدار ما وجد له من المال مما عليه من الدين، فإن كان النصف أخذ كل غريم نصف ماله من الدين، وأتبعه بالباقي فى ذمته متى أيسر.

كتاب البيوع ٤٩٣

فرع: وإن كان عليه ثياب وعليه مثلها، قال محمد بن عبدالحكم: يدفع فيما له عليه قال الشيخ أبو محمد: يريد إن أصابته بالمحاصة قيمتها، وإن كان ما عليه من الدين كقطعام أو غيره من المكيل أو الموزون، فقد قال محمد بن عبدالحكم: إذا كان ماله طعاماً، وعليه مثله، دفع إلى غرمائه، يريد والله أعلم، يتحاصون فيه على ما تقدم؛ لأنه من جنس ما لهم كالعين.

مسألة: فإن كان ماله دراهم، وعليه دنانير، أو كان ماله دنانير، وعليه دراهم، فقد قال محمد بن عبدالحكم: لا يصرفها إلا أن يصرفها من الغرماء بما تسوى برضاهم.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندي أنه مما يقرب من دين الغرماء، ويجمع إليه في الزكاة، فلا يكون حكمه حكم الحيوان والثياب في لزوم بيعها، وإن اراد الغرماء أخذها تحاصوا فيها بصرفها.

مسألة: وإن كان ماله عروضاً، فاشترى بعض الغرماء شيئاً مما بيع عليه حوسب به فيما يقع به من المحاصة.

فصل: وإن كان ما عليه من الدين غير متماثل، مثل أن يكون له عليه عروض مختلفة الأجناس حيوان وعين، فقد قال مالك في كتاب أحمد: إنه من أفلس وعليه عروض وحيوان أسلم إليه فيها، فإن المشتري يحاص بقيمة ذلك، فما حصل له من القيمة اشترى له ما شرطه.

وفي العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم: أنه إن كان له طعام من سلم حاص بقيمته، فما أصابه بذلك يشتري له به مثل طعامه ما بلغ، ولا يجوز أن يأخذ ما أصابه من القيمة ثمناً.

ولو كان السلم في وصيف، فدفع له ما يشتري به نصف وصيف، خير أن يشتري له نصف وصيف، ويتبع المفلس بنصف وصيف، إذا أيسر، وبين أن يترك حتى ييسر صاحبه، فيأخذ منه وصيفاً كاملاً، وليس له أن يأخذ هذه الدنانير، ويتبعه بنصف وصيف، أو يهبه ما بقى، إلا أن يكون ما أصابه مثل رأس ماله، فأقل، فيكون إقالة جائزة. قال الشيخ أبو محمد: يريد في غير الطعام المسلم فيه.

فرع: والاعتبار في القيمة بقيمة يوم المحاصة، رواه عيسى عن ابن القاسم، وقاله مالك في كتاب محمد.

٤٩٤ كتاب البيوع

ووجه ذلك أن ماله من الدين قد حل، وإن كان مؤجلاً، فإنما له قيمته ذلك اليوم؛ لأنه وقت القضاء.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يشتري له بتلك القيمة مثل الذى له عليه، فإن تأخر الشراء حتى غلا سعره أو رخص، فإنه لا تراجع فيه بينه وبين الغرماء. وأما التحاسب بينه وبين المفلس، ففي زيادة ذلك أو نقصانه.

ووجه ذلك أن بالقسمة قد اختص كل واحد من الغرماء بما صار له بالقسمة، وصار ذلك مختصاً به، فزيادته ونقصانه لا يتعلق بسائر الغرماء.

مسألة: وإذا اشترى من ماله من السلم، اعتبر في ذلك الصفات التى اشترطها فى السلم، فإن كان وصف الطعام بأنه جيد، فقد قال محمد بن عبدالحكم: يشتري له أدنى ما تقع عليه الصفة، وقد قيل: أوسط تلك الصفة، ومعنى ذلك ما يلزم المسلم إليه من تلك الصفة مع التشاح، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة

وأما ما تقع فيه المحاصة، فهو كل دين ثابت قد لزم ذمته. وقد قال مالك: للمرأة أن تحاص غرماء الزوج بصداقها، أو ما بقى منه، رواه ابن حبيب وغيره، وهذا إذا كان قد بنى بها، فإن لم يبن بها، ففي كتاب ابن المواز: أنها تحاص جميعه؛ لأنه حق تعلق بذمته له إسقاط بعضه بطلاقها، وله إثباته باستدامة نكاحها، فإن طلقها بعد الدخول، فلا تأثير لطلاقها فى مسألتنا هذه.

وإن طلقها قبل الدخول، فلا يخلو أن يكون لم يدفع إليها شيئاً من الصداق، أو يكون قد دفع إليها جميعه أو بعضه، فإن كان لم يدفع إليها شيئاً من الصداق حاصت الغرماء بما وجب لها منه، وهو نصفه، وإن كان قد دفع إليها جميعه كان لها نصفه، والنصف الثانى دين لها عليه، تحاص به الغرماء.

وإن كان دفع إليها نصفه، ففي كتاب ابن المواز والعتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم فى المطلقة قبل البناء، وقد كان نقدها خمسين، وبقى لها خمسون مؤخره، وفلس الزوج، فترد نصف النقد، وتحاص الغرماء فيما ترد بنصف المهر.

قال ابن حبيب: وهذا إذا طلقها بعد أن أفلس، فأما لو طلقها، وهو قائم الوجه،

كتاب البيوع ٤٩٥

فقد أوجب لها ما أخذت، وتستحقه قبل فلسه، فلا يؤخذ منها شيء، وأما إن طلق بعد الفلاس، فجواب ابن القاسم صحيح، وهذا الذى قاله محمد فيه نظر، ويجب أن يعتبر.

ومعنى آخر وهو أن يكون نقدها قبل الطلاق أو بعد الطلاق، فإن كان نقدها قبل الطلاق على وجه استدامة النكاح، فهذا إنما سلمه إليها على أنه جزء من جميع صدفها، فإن طلقها بعد ذلك فى حال فلسه، كان ما قاله ابن القاسم من التراجع، وكذلك لو طلقها قبل الفلاس، فلم ينتجز بينهما فى ذلك شيء، فلا محاصة، لأن للزوج أن يرجع عليها بنصف ما دفع إليها من المعجل، وبقي نصف المؤجل إلى أن يجيء أجله.

وأما إن تقاصا فى ذلك، ورضى الزوج بترك الرجوع عليها فى المعجل، فذلك على ما قاله ابن المواز: لا يرجع عليها بشيء، ولا ترجع هى بشيء؛ لأنه لم يدفعه إليها على أنه جزء من صداقها، ولا أنه حق لاستدامة النكاح فى المستقبل، وإنما دفعه إليها على أنه جميع ما قد استحقت عليه، فهو بمنزلة أن يكون قضاها ديناً لها عليه من معاملة لم يبق له عليها من سببها شيء، والله أعلم.

مسألة: ولو صالح الرجل زوجته بعشرة دنانير إلى شهر، فأفلس، حاص الغرماء، بها قاله مالك فى الموازية؛ لأنه دين ثابت له عليها قد استوفت ما عاوضت به عنه كما لو باعها ثوباً قبضته.

مسألة: والمطلقة الحامل لا تضرب بنفقة الحمل مع الغرماء، وكذلك الزوجة فى العصمة لا تضرب بنفقتها مع الغرماء، رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك.

ووجه ذلك أنه معاوضة عن دين لم يقبض بعد أو نفقة على ولد، وذلك مما لا يحاص به الغرماء؛ لأن ديونهم قد تعلقت بدمته، واستوفى أعواضها.

وأما الزوجة تنفق على نفسها فى غيبة الزوج، فإن كان دون أن يرفع أمرها إلى السلطان، لم يحاص به الغرماء، فإن كان ذلك بعد أن رفعت إلى الإمام، فإنها تضرب به فى الفلاس، وهل تضرب به فى الموت، قال ابن القاسم: اختلف فيه قول مالك، فقال مرة تحاص به فى الموت كالفلاس. وقال مرة: تحاص به فى الفلاس دون الموت.

واختار ابن القاسم القول الأول، ووجهه أنه ثابت لازم لدمته لمعنى ماض قد استوفاه تجب المحاصة به فى الفلاس، فوجبت المحاصة له فى الموت كسائر الديون.

٤٩٦ كتاب البيوع

ووجه القول الثانى أن ما طريقه النفقات ضعيف؛ لأنها تسقط بالإعسار جملة، ولا تتعلق بذمة، ولذلك لا يخاص بها، وإن كانت قد لزم، وثبتت أسبابها.

مسألة: وأما نفقة الولد، فقال ابن القاسم: لا يضرب بنفقتهم فى موت، ولا فلس. وقال أشهب: الولد كالزوجة.

وجه قول ابن القاسم أنها نفقة لا تجب إلا مع اليسار، فلا يخاص بها الغرماء كالمستقبل من نفقة الزوجة.

ووجه قول أشهب أن نفقة الأبوين تلزم ابتداء من غير حكم حاكم، فإذا كانت لأمر ماض فى وقت يلزم الأب النفقة، وجب أن يخاص بها كنفقة الزوجة

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب، فقد قال أصبغ: من أنفق عليهم من أم أو أجنبى بأمر سلطان، أو بغير أمره، والأب يؤمئذ ملئ، فإنه يضرب بهما فى الموت والفلس، فإن كان الأب يوم الإنفاق معسراً، فلا شئ للمنفق.

مسألة: وأما نفقة الأبوين، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك: أن نفقة الأبوين لا يضرب بهما فى موت ولا فلس. قال أصبغ: إلا أن تكون نفقة الأبوين قدرت بحكم أو تسلف، وهو ملئ يؤمئذ، فإنها تضرب بها فى الموت والفلس.

ووجه قول مالك يحتمل أن يريد به النفقة المستقبلية، وإن كان أراد بها الماضية، فإن وجه ذلك أنها على وجه الصلة، فأشبهت الهبة التى لم تقبض.

ووجه قول أصبغ أنه حق ثبت بحكم حاكم، واستقر فى ذمته، فوجب أن يضرب به فى ماله كسائر الديون.

مسألة: والمسجون فى دين امرأته أو غيرها، ليس له أن تكون معه امرأته، ولا أن تدخل عليه؛ لأنه سجن للتضييق عليه، فإذا لم تمنع لذته لم يضيق عليه، قاله سحنون.

ولو سجن الزوجان فى حق، لم يمنعا أن يجتمعا، إذا كان السجن خالياً، ولو كان فيه رجال ونساء، حبس الزوج مع الرجال، وحبست المرأة مع النساء.

ووجه ذلك أنهما مسجونان، فلم يقصد لكونها معه إدخال الراحة عليه، والرفق به، وإنما قصد بذلك استيفاء حق على كل واحد منهما، فإذا وجب السجن عليهما ما لم يمنعا الاجتماع؛ لأن التفريق ليس بمشروع. وقد روى عن محمد بن عبدالحكم: لا يفرق بين الأب والأبوين ولا غيرهما من القرابات فى السجن.

كتاب البيوع ٤٩٧

مسألة: ولا يمنع المحبوس في الحقوق ممن يسلم عليه، ولا ممن يخدمه، وإن اشتد مرضه، واحتاج إلى أمة تخدمه، وتباشر منه ما لا يباشر غيرها، وتطلع على عورته، فلا بأس أن يجعل معه حيث يجوز ذلك.

ومن كتاب ابن سحنون: ووجه ذلك أن منعه مما تدعوه الضرورة إليه يفضى به إلى الهلاك، وإدخال المشقة العظيمة والعنت عليه، وذلك غير لازم في حقه.

مسألة: ويمنع المسجون من الخروج إلى الجمعة والعيد، ولا يخرج لحجة الإسلام ولا غيرها، ولو أحرم بحجة فرض أو نذر أو بحجة حنث بها أو بعمرة، ثم قيم عليه بأن حبس، لم يكن له أن يحل، ويبقى على إحرامه من كتاب ابن سحنون.

وجه ذلك أن هذه من حقوق الآدميين، فليس له إسقاطها لعبادة لا يفوت وقتها، قال: ولو ثبت ذلك، عليه الدين يوم نزوله بمكة أو منى أو عرفة، وهو محرم استحسنت أو يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج، ثم يجبس بعد النفر الأول.

واستحسن إذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو أخته أو أخيه، ومن يقرب من أقربائه، وخيف عليه الموت أن يخرج، فيسلم عليه، ويؤخذ منه كفيل بالوجه، ولا يفعل ذلك به في غيرهم من قرابته، روى ذلك كله ابن سحنون. وهذا سائغ لمن قال من أصحابنا بالاستحسان. فأما القياس والنظر، فالمنع من ذلك.

ومن أنكروا أصحابنا الاستحسان، منع ذلك كله، وهو الصواب عندى، والله أعلم.

فصل: وقوله: «أيما رجل باع متاعاً، فأفلس الذى ابتاعه، ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه، فهو أحق به» حمل مالك والشافعى هذا اللفظ على وجهه، وقالوا بذلك فى البائع المفلس يجد متاعه، فإنه أحق من سائر الغرماء. وقال أبو حنيفة: لا سبيل له إليه، وهو أسوة الغرماء فيه. وحديث ابن شهاب ويحيى بن سعيد فى هذا الحكم حجة عليه.

والحديث الأول حديث ابن شهاب من مراسيل أبى بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام، وهو مما اتفق على القول بها المالكيون والحنفيون على أنه قد أسنده عبدالرزاق عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبى بكر بن عبدالرحم بن الحارث بن هشام، عن أبى هريرة. وحديث يحيى بن سعيد، مسند، وهو نص فى موضع الخلاف.

٤٩٨ كتاب البيوع

ودليلنا من جهة المعنى أن فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقاءه على صفته، وعدم تعلق حق الغير به، يوجب للبائع حق الفسخ، ويجعله أحق به إن شاء. أصل ذلك قبل القبض. مسألة: إذا ثبت ذلك، ففي هذا ثلاث مسائل، إحداها: بماذا ثبتت السلعة للبائع. والثانية: فيما تثبت فيها لصاحبها. والمسألة الثالثة: فيما تثبت فيها للغرماء.

فأما المسألة الأولى، فيما تثبت فيه السلعة للبائع، وأن يقوم له بذلك بينة، فإن لم تقم له بذلك بينة، وقال المفلس: هي له، ففي كتاب محمد: إذا كان على الحق بينة، فقال عند التفليس: هذا متاع فلان، فقليل: يكون أولى به من الغرماء.

زاد ابن القاسم في العتبية: يحلف بائع العبد، ويكون أحق به، ولم يذكر أن تقوم بينة بأصل الحق. قال ابن المواز: إنما يكون ذلك إذا قامت بأصل الحق بينة على إقراره بذلك قبل الفليس.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: أن إقراره لهم بذلك جائز بغير بينة، ولعل هذا في الصناعات، والخلاف فيه واحد يحتمل أن يفرق بينهما بأن الدين متعلق بالذمة، فلا يتغير في غيرها إلا ببينة، والصناعات لا تتعلق ما سلم إليهم بذمهم، وإنما يضمنونه إن ضاع على وجه ما، وقيل إذا لم يعين الشهود ذلك، وإنما شهدوا على إقراره بعبد أو سلعة لم يعينها، فلا يقبل قوله في تعيينها بعد التفليس.

وجه القول الأول أنه إذا قامت بينة بأصل الحق، وافترق بذلك إقرار المفلس له بالعين، فإنه يقوى حجة البائع لاسيما، وليس هناك من يكذب قوله، فكان القول قوله مع يمينه، والله أعلم.

ووجه القول الثاني أن البائع مدع في تعلق حقه بعين المبيع، ولا يقبل منه ذلك إلا ببينة.

فرع: فإذا قلنا بالقول الثاني، ففي كتاب ابن المواز: يحلف الغرماء على علمهم، فإن نكلوا حلف البائع وأخذها.

وجه ذلك أن البينة لما لزمته، وعجز عنها حلف الغرماء على ما يعلمون صدقه فيما يقول، ويكونون أحق بعين العبد، فإن نكلوا، ردت اليمين عليه، وحلف أنه العبد الذي باع منه، وكان أحق به.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الذي ثبت فيها لصاحبها أنه بالخيار بين أن يأخذ سلعته

كتاب البيوع ٤٩٩

بعينها وبين تسليمها، ويخاص الغرماء بئمنها، سواء زادت أو نقصت، قاله فى العتبية والموازية ابن القاسم، ورواه ابن حبيب عن مالك. وقال الشافعى: ليس له إلا سلعته، ولا سبيل له إلى المحاصة بئمنها.

والدليل على ما نقوله أن السلعة قد ملكها المفلس بالشراء بئمن تعلق بئمنه، فلما غابت ذئمنه، ودخل الثمن النقص، كان للبائع الخيار بين أن يرد البيع، ويرجع بسلعته، وبين أن ينقده، ويخاص بما ثبت له من الثمن، وليس فى الإفلاس معنى يفسخ به البيع حتى لا يكون للبائع إلا سلعته.

مسألة: وأما الذى يثبت فيه للغرماء، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: أن للغرماء أن يدفعوا إليه جميع ثئمنها.

قال ابن الماجشون: ولهم أن يدفعوا إليه الثمن من أموالهم، أو من أموال المفلس.

وقال ابن كنانة: ليس للغرماء أن يفدوها بأموالهم، ولكن يفدوها بئمنها فى مال المفلس، إن كان له مال.

وقال أشهب: ليس للغرماء أخذها بالئمن حتى يزيدوا على الثمن زيادة يحطونها عن المفلس من دينهم، وتكون لهم السلعة لهم ثماؤها، وعليهم تهاها، وفى هذا بابان، أحدهما: فى وجه تصير الملك إلى الفليس، فىكون المصير أحق بها. والثانى: فى الأموال التى يثبت الحكم فيها.

فأما الباب الأول، فأى وجه صارت السلعة إلى المفلس من وجوه المعارضة، فإنه يكون من صيرها إليه أحق بها، فمن أصدق امرأته عبداً أو سلعا، قبضتها، ثم أفلست، وقد طلقها الزوج قبل البناء، فقد روى عن ابن القاسم: الزوج أحق بنصف ما وجد من ذلك.

ووجه ذلك أن هذا عقد معاوضة، فكان هذا حكمه حكم البيع.

مسألة: ومن وهب لثواب، فتغيرت عند الموهوب، ثم فليس، فإن الواهب أحق بها كالبيع، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وقاله ابن القاسم عن مالك، قالوا: إلا أن يعطيه الغرماء قيمتها. ووجه ذلك ما قدمناه من أنه عقد معاوضة.

مسألة: ومن اشترى من الغازين شيئا من المغنم، ثم فليس، فأهل المغنم الذين باعوه أولى بما زاد على قدر سهمه من الغرماء، رواه ابن المواز عن أصبغ إلا أنه شرط فى

..... ٥٠٠ كتاب البيوع

ذلك شرطاً، قال: وذلك إذا كان شراؤه منهم خاصة بمقدار ما صار له ولهم دون الجيش، والحق ثابت عليه، لم يحل به بعضهم بعضاً عليه.

فأما إن حيل عليه بما زاد على حقه، فالمحال أسوة الغرماء، إذا احتال، وكذلك إذا لم يشتر من قوم بأعيانهم، إذ ليست بسلع لقوم معينين، إنما هي غنائم يبيعها السلطان للخمس والجيش، والمحيل ليس ببائع، وإنما أحيل بدين، فهو وغيره سواء.

قال ابن المواز: لا أدرى من أين قال أصبغ، وادعى أن يكون المحال يقوم مقام من أحاله، سواء يكون أحق بما زاد ثمنهم على سهمه على ما كان اشترى يوم الشراء.

مسألة: وأما من اشترى سلعة شراء فاسداً، فأفلس البائع، ثم فسخ البيع، قال سحنون في كتاب ابنه: المبتاع أحق بالسلعة حتى يستوفى ثمنها. وقال ابن المواز: لا يكون أحق بها. وقال ابن الماجشون: إن كان اشتراها بنقد، فالمبتاع أحق بثمنها حتى يستوفى حقه، وإن اشتراها بدين، فهو أسوة الغرماء. قال ابن المواز: وذلك سواء، إلا أن يجد ثمنها بعينه فهو أحق به.

وجه قول سحنون أنه لما كان قبضها قبضاً يملك به كان كالرهن بيده، فهو أحق بثمنها، حتى يستوفى ماله فيها.

ووجه قول ابن المواز أن البائع إنما يكون أحق بعين سلعته التي سلم لا بما سلم إليه، فإن ذلك يكون فيه أسوة الغرماء.

مسألة: ومن اشترى سلعة، فردها بعيب، ثم أفلس البائع، فوجد المبتاع السلعة بعينها، ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: لا يكون الرد أحق به. وأشار ابن المواز إلى أنه إنما يكون أحق بما دفع في السلعة المبيعة، إن وجدته بعينه.

ووجه ذلك أن الرد بالعيب ليس بمعاوضة، وإنما هو نقض للبيع، والله أعلم.

* * *

الباب الأول في وجه تصير الملك إلى المفلس، فيكون المصير أحق بها

وأما ما يثبت ذلك فيه من المبيعات، فذلك ثابت في كل سلعة تعرف بعينها، وإن كانت مما لا يعرف بعينها، فإذا ثبت أنها هي سلعته بعينها، ففي المدونة من رواية ابن وهب عن مالك فيمن اشترى زيتاً، فخلطه بزيت، ثم أفلس، فإن للبائع أن يأخذ زيتاً؛ لأنها سلعة معينة، فكان البائع أحق بها في فلس المبتاع؛ لأنه لم يحدث فيها عند المبتاع

كتاب البيوع ٥٠١

غير مزجها بما هو مثلها، وذلك غير مؤثر فى إخراجها عن ملكه، ألا ترى أن خلط الرجل ملكه بملك غيره لا يخرج عن ملكه، ويبيعه بخرجه عن ملكه، ثم ثبت وتقرر أن البيع الذى ينقل، لا يمنع البائع من أخذ ملكه عند فلس المتاع، فبأن لا يمنع من ذلك المزج أولى وأحرى.

مسألة: وأما الدنانير والدراهم، ففى العتبية من رواية سحنون عن أشهب فى قوم اكتروا إبلاً، ودفعوا الثمن، ثم فلس الجمال، ووجدت دنانير أحدهم بيد الجمال بعينها: أشهد عليها أن دافعها لا يكون أحق بها بخلاف السلعة.

وروى ابن حبيب، عن مطرف، عن مالك، وابن عبدالحكم، عن ابن وهب، عن مالك فيمن دفع إلى صراف مائة دينار، قبضها فى كيسه، ثم أفلس مكانه: ليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يكون الجواب الأول مبنياً على أن الدنانير والدراهم لا تتعين، والثانى مبنياً على أنها تتعين كالعروض، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه، فهو أحق به» أن هذا الذى حكمه أن يرجع فى عين متاعه إن شاء ولا شيء عليه، وأما إن كان قبض من ثمنه شيئاً، فسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «وإن مات الذى ابتاعه، فصاحب الحق فيه أسوة الغرماء» يريد أن حكم الموت فى ذلك غير حكم الفليس؛ لأنه فى فلس المتاع، البائع أحق بسلعته، وفى موت المتاع البائع أسوة الغرماء، وبهذا قال مالك. وقال الشافعى: صاحب السلعة أحق بها فى الموت والفليس وهما سواء.

والدليل على ما نقوله حديث ابن شهاب عن أبى بكر بن عبدالرحمن أن رسول الله ﷺ قال: «وإن مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء»^(*).

والشافعى يقول بمراسيل سعيد بن المسيب، وليست بأصح من مراسيل أبى بكر، على أنه قد أسنده عبدالرزاق عن مالك عن الزهرى عن أبى بكر بن عبدالرحمن عن أبى هريرة عن النبى ﷺ وعبدالرزاق ثقة.

(*) أخرجه أبو داود برقم ٣٥٢٠ ج٣/٢٨٥ كتاب البيوع باب الرجل يفلس. وذكره بالكنز برقم ١٠٤٦٨ وعزاه لمالك وأبو داود، عن عبدالرحمن لأبى هريرة.

٥٠٢ كتاب البيوع

ودليلنا من جهة المعنى ما احتج به القاضى أبو محمد من أن حظ تقديمه على غيره من الغرماء بعين ماله لإسقاط حق الغرماء وانفراده.

والفرق بين الفليس والموت أن فى الفليس الذمة باقية يرجع الغرماء إليها، ومنتظرون الاقتضاء منها، وفى الموت تبطل الذمة، فيكون ذلك إسقاطاً لحق باقى الغرماء عن مال قد ملكه غريمهم لا رجوع لهم منه بشىء، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا مات المبتاع قبل أن يوقف للبائع سلعته، وأما إن مات بعد ذلك، فقد روى فى العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى المفلس السلطان يوقف ماله، ويوقف منه سلعة لبائعها منه، ثم يموت المبتاع، فإن السلعة لبائعها إذا وقفها له السلطان، وإن مات المبتاع قبل أن توقف له، فهو أسوة الغرماء، وليس إيقاف المال إيقافاً له، وكذلك لو تعلق بها البائع وأراد أخذها فى حياة المبتاع وأبى ذلك الغرماء، فإنه يكون أحق بها.

مسألة: ومن اشترى سلعة معينة، فلم يقبضها حتى مات البائع، فالمشترى أحق بها فى الموت والفلس، وكذلك لو ابتاع منه طعاماً على الكيل، فلم يكتله حتى مات البائع، فالمبتاع أحق به، لأنه ليس فى الذمة.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ بَاعَ مِنْ رَجُلٍ مَتَاعًا فَأَفْلَسَ الْمُبْتَاعُ، فَإِنَّ الْبَائِعَ إِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ مَتَاعِهِ بَعِيْنِهِ أَخْذَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي قَدْ بَاعَ بَعْضَهُ وَفَرَّقَهُ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْغُرْمَاءِ، لَا يَمْنَعُهُ مَا فَرَّقَ الْمُبْتَاعُ مِنْهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا وَجَدَ بَعِيْنِهِ، فَإِنْ اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِ الْمُبْتَاعِ شَيْئًا، فَأَحَبُّ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَقْبِضَ مَا وَجَدَ مِنْ مَتَاعِهِ وَيَكُونَ فِيْمَا لَمْ يَجِدْ أُسْوَةَ الْغُرْمَاءِ، فَذَلِكَ لَهُ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن من اشترى سلعة، فباع بعضها، ثم أفلس، فإن البائع أحق بما بقى منها من سائر الغرماء، وبما يصيبه من الثمن، وذلك بمنزلة أن يبيع منه سلعتين، ثم يفلس المبتاع، فيجد البائع إحدى السلعتين، وقد فاتت الأخرى، فإنه يقبض الثمن على قيمتها، ثم يكون له أن يأخذ الباقية بما يصيبها من الثمن، ويحاص الغرماء بما يصيب الفائتة من الثمن، فإن شاء سلم التى وجد وحاص بالثمن كله.

وقال الشافعى وابن حنبل: ليس له أن يرد من الثمن شيئاً، وإنما له أخذ ما بقى من سلعته؛ لأنه لو قبض جميع الثمن لم يرد، ويأخذ السلعة فكذلك هاهنا.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٦/٢١.

كتاب البيوع ٥٠٣

والدليل على ما نقوله أن قبضه لجميع الثمن قد سلم به العقد من العيب ففى أخذ العوضين، وأما إذا قبض بعض الثمن، وقد أدرك الذمة التى يتعلق بها بقيمة الثمن عيب الفلوس، جاز له أن يرد ما أخذه من الثمن يتوسط على المبيع، فيدخل فيه ضرورة الشركة؛ لأنه إذا باع منه عبداً ورجع إليه نصف العبد أو ربه، فقد لحقه ضرورة الشركة، وذلك غير لازم له، فلذلك كان مخيراً بين أن يرد ما قبض، ويرجع فى سلعته أو يسلمها، ويحاص بجميع الثمن الغرماء.

فصل: وقوله: «فإن اقتضى من ثمن المتاع شيئاً فأحب أن يرده، ويقبض ما وجد من متاعه، ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء، فذلك له» وذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يجد سلعته كلها، وقد قبض بعض ثمنها، فإن له أن يرد ما قبض، ويأخذ سلعته أو يسلمها، ويحاص الغرماء بما بقى له من الثمن.

والوجه الثانى أن يكون قبض بعض الثمن، ووجد بعض السلعة، فإن له أن يرد مما قبض من الثمن بقدر ما يجب من الثمن لما وجد من السلعة، ويمسك الباقى، ويرجع فيما وجد من سلعته، ويتمسك بما يصيب ما فات من السلع مما كان قبض من الثمن، ويحاص ببقية الغرماء.

قال ابن القاسم فيمن باع ثلاثة أرؤس بمائة دينار وقيمة أحدهم نصف الثمن، والآخر ثلاثة أعشار الثمن، والآخر خمس الثمن، فإنه يفض المائة على ذلك، فإن كان قبض من الثمن ثلاثين ديناراً، فضت على الأرؤس الثلاثة، فيصيب الذى قيمته النصف خمسة عشر، ويصيب الذى قيمته ثلاثة أعشار تسعة دنانير، ويصيب الآخر ستة دنانير، فمن مات منهم حسب عليه فيه ما نقص من ثمنه، وحاص بما بقى، ومن وجد منهم رد ما وقع له، وأخذه إن شاء، إلا أن يعطيه الغرماء بقية ثمنه وحاص ما بقى.

ووجه ذلك أن ما قبضه من الثمن إنما قبضه عن جميع المبيع، فيقبض على ذلك فما أصاب منه ما فات حسب له من ثمنه، وحاص الغرماء ببقية، وما أصاب منه ما أدرك كان عليه أن يرده ويأخذ عين ماله أو يترك ما أدرك، ويحاص بما بقى من ثمنه.

قال مالك: وَمَنْ اشْتَرَى سِلْعَةً مِنَ السِّلْعِ غَزَلاً أَوْ مَتَاعاً أَوْ بُقْعَةً مِنَ الْأَرْضِ ثُمَّ أَخَذَتْ فِي ذَلِكَ الْمُشْتَرَى عَمَلاً بَنَى الْبُقْعَةَ دَاراً أَوْ نَسَجَ الْغَزْلَ ثَوْباً ثُمَّ أَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَ ذَلِكَ فَقَالَ: رَبُّ الْبُقْعَةِ أَنَا أَخَذْتُ الْبُقْعَةَ، وَمَا فِيهَا مِنَ الْبُنْيَانِ، إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لَهُ

٥٠٤ كتاب البيوع

وَلَكِنْ تَقَوْمُ الْبُقْعَةِ وَمَا فِيهَا مِمَّا أَصْلَحَ الْمُشْتَرَى ثُمَّ يُنْظَرُ كَمْ ثَمَنُ الْبُقْعَةِ وَكَمْ ثَمَنُ الْبُنْيَانِ مِنْ تِلْكَ الْقِيَمَةِ ثُمَّ يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ فِي ذَلِكَ لِصَاحِبِ الْبُقْعَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ وَيَكُونُ لِلْغُرْمَاءِ بِقَدْرِ حِصَّةِ الْبُنْيَانِ^(١).

قال مالك: وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم، فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم، فيكون لصاحب البقعة الثلث، ويكون للغرماء الثلثان^(٢).

قال مالك: وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه إذا دخله هذا ولحق المشتري دين لا وفاء له عنده، وهذا العمل فيه^(٣).

قال مالك: فأما ما بيع من السلع التي لم يحدث فيها المتباغ شيئاً إلا أن تملك السلعة نفقت وارتفع ثمنها، فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون إمساكها، فإن الغرماء يخيرون بين أن يعطوا رب السلعة الثمن الذي باعها به، ولا ينقصوه شيئاً وبين أن يسلموا إليه سلعته، وإن كانت السلعة قد نقص ثمنها، فالذي باعها بالخيار إن شاء أن يأخذ سلعته ولا تباعة له في شيء من مال غريمه، فذلك له، وإن شاء أن يكون غريماً من الغرماء يخاص بحقه ولا يأخذ سلعته، فذلك له^(٤).

الشرح: وهذا على ما قال في هذه المسألة في الذي يبيع البقعة والغزل، فيبني المشتري في البقعة، وينسج الغزل، ثم يفلس إنما ينظر إلى قيمة ذلك كله يوم الحكم فيه رواه عيسى عن ابن القاسم في المدينة، وقال: يقوم جميع البنيان جملة، ولا يقوم جداراً

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٧/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٧/٢١.

(٣) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٧/٢١.

(٤) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٤٠/٢١، وقال: إذا نقصت السلعة فلا خلاف فيما حكاها مالك عند من استعمل حديث التفليس جميعهم يقول بذلك، فأما إذا زادت السلعة في سوقها لزيادة في سعرها، أو لغير ذلك، فقد خلاف الشافعي، ومن تبعه مالك في ذلك، وأنهم لا يرون للغرماء خياراً في السلعة، كما ليس للمفلس خيار ووجه أقوالهم بينة يستغنى عن القول فيه.

كتاب البيوع ٥٠٥

أو خشبة خشبة، وإنما يقال: ما قيمة هذه الدار مبنية، فتعرف قيمتها، ثم يقال ما قيمة البقعة براحاً لا بناء فيها؛ فيكونان فيها شركاء صاحب البقعة بقيمة بقعته، وصاحب البنيان بقيمة بنيانه، ورواه عيسى عن يحيى عن ابن نافع.

وفى المبسوط شرطان، أحدهما: أن يكون العمل زيادة في المبيع. والثاني: أن يكون العمل لا يفите، وذلك أن يبيع جلوداً، فيدبغها المبتاع، أو ثياباً فيصبغها أو يقصرها، فإن البائع يكون له أن يأخذ سلعته، ويشارك الغرماء بقيمتها. وروى أصبغ عن ابن وهب أنه قال: إن ذلك فوت، ثم رجع إلى هذا.

وجه القول الأول أن العين قد تغيرت تغيراً لا سبيل أن تعود إلى صفتها الأولى، فكان ذلك فوتاً فيها.

ووجه القول الثاني أن العين على ما كانت عليه، وإنما زيد فيها عمل وأضيف إليها معنى كالنسيج.

فروع: فإذا قلنا بالمشاركة فيما يشاركه، قال ابن القاسم: يكون الغرماء شركاء بقيمة الصبغ، وقيمة النسيج في الغزل. وقال محمد: يكونون شركاء بقدر ما زاد الصبغ. وقد قال ابن القاسم في الصباغ يدفع الثوب إلى ربه، ثم يفس ربه: إن الصباغ يكون شريكاً في الثوب بما زاد فيه الصبغ.

وجه القول الأول أن المشتري قد صنع ما يجوز له، وأنفق فيه نفقة، فيجب أن يشارك بقيمتها؛ لأن الصناعة التي أحدث في المشتري بمنزلة ما أضيف إلى الثوب، كما لو أخطأه الصباغ بثوب.

ووجه القول الثاني أن الفليس معنى يثبت في الخيار في رد الثوب إلى بائعه، فوجب أن يشارك بما زادت قيمة الصبغ، والعمل كالرد بالعيب.

مسألة: ومن اشترى زبدًا، فعمله سمناً، أو ثوباً فقطعه قميصاً، أو خشبة فعملها بأباً أو تابوتاً أو كبشاً فذبحه، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: أن ذلك كله فوت، وليس لبائعه إلا المحاصة، بخلاف العرصة تبني والغزل ينسج.

وروى مطرف وغيره عن مالك في الجلود تقطع نعالاً أن ذلك فوت، وأما الثياب تقطع، فلا أدري.

والفرق بينه وبين الغزل ينسج أن النسيج عمل وصناعة معتادة تزيد في القيمة، وأما

٥٠٦ كتاب البيوع

القطع فيعتبر، وهو مما ينقص القيمة في الغالب، ولذلك كان فوتاً، وكذلك من اشترى قمحاً، فخلطه، ثم أفلس كان لصاحب القمح أن يأخذ قمحه، ولو خلطه بقمح ردىء مسوس مغلوث؛ لكان ذلك فوتاً يمنع البائع من أخذه، والله أعلم.

مسألة: ومن اشترى ثمر حائط في رعوس المخل، ثم فلس المتباع بعد أن يبس التمر، فأراد البائع أخذه بحقه، فاختلف قول مالك فيه في العتبية، فأجازته مرة، ومنعه أخرى.

وجه القول الأول، وإليه ذهب أشهب، أنه أخذ عين ماله، وإنما تبقى الذريعة إلى بيع الرطب بالتمر، وإلزام ذلك بحكم ينفي الذريعة، وتبعد التهمة.

ووجه رواية المنع، وإليها ذهب أصبغ، إثبات حكم الذريعة، وإن حكم بها حاكم.

وهذا أصل اختلاف قول مالك واختلفت أقواله وأقوال أصحابه في مسائل تشبه ذلك، وينى الخلاف في هذه المسألة أيضاً على أصل آخر، وهو اختيار البائع أخذ سلعته إذا فلس المتباع، هل هو ابتداء بيع أو نقض للبيع الأول.

فإذا قلنا إنه ابتداء، روعى فيه من الذرائع ما يراعى في عقود البيع، وإذا قلنا إنه نقض بيع لم يحتج إلى مراعاة ذلك، والله أعلم.

وقد اختلف أصحابنا في عبد أبق، ثم أفلس المتباع، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: له أن يرضى بالعبد، ولا شيء له غيره، أو يحاص الغرماء، وليس له أن يحاص بقيمته على أنه إن وجدته أخذه ورد ما حاص به. وهذا مبنى على أنه نقض للبيع.

وروى ابن حبيب عن أصبغ: أنه ليس لبائع الأبق أخذه بالثمن، واختاره ابن حبيب، وهذا مبنى على أنه عقد بيع، ولا يجوز شراء الأبق.

مسألة: ومن ابتاع قمحاً، فزرعه، ثم أفلس، روى ابن المواز عن أصبغ: لا يكون البائع أحق به. فأما الذى زرعه، فبين أنه لا يكون أحق به؛ لأن تلك العين التى باعها، قد تلفت، والقمح الذى نبت عين أخرى، وليس فى الفوات أبن من هذا.

وأما منع ذلك فى الذى طحن، فمبنى على أصليين، أحدهما: أنه لا يجوز بيع الخنطة بالدقيق. والثانى: ارتجاع البائع عين ماله بشراء حادث، فلذلك منعه والله أعلم، ويحتمل أن يبينه على أن تفريق الأجزاء مانع من رجوع البائع فيه، ومفيت كقطع الثوب.

مسألة: وإذا اختلط ما ابتاعه من قمح أو زيت أو غيرهما، وعرف ذلك بينة ثم

كتاب البيوع ٥٠٧

أفلس، فإن للمبتاع أخذه من جملة الطعام، قاله مالك. وقال الشافعي: إذا خلطه، فقد فات، ولا يكون البائع أحق به.

والدليل على ما نقوله قول النبي ﷺ: «أبما رجل أفلس، فأدرك الرجل ماله بعينه، فهو أحق به من غيره»^(*) وهذا قد وجد ماله بعينه.

ومن جهة المعنى أن هذا بائع مدرك لعين ماله في فلس غريمه، فكان أحق به من غيره كما لو يخلطه بسواه.

مسألة: ولو اشترى طعاماً من جماعة، فخلطه، ثم أفلس كانوا أحق به من سائر غرمائه، قاله أشهب في العتبية، ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك.

وكذلك الدنانير يدفعها الرجل إلى الصراف، يخلطها بكيسه، ثم يفلس مكانه، والبز يشتريه فيرفوه، ويخلطه ببز غيره، فليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله، قاله ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأشهب وابن عبدالحكم وأصبغ.

ووجه ذلك أن خلطه بمال، لا يمنع البائع من أن يكون أحق به، فيأن لا يمنع ذلك خلطه بمال بائع أخرى وأولى.

مسألة: وأما إن خلطه بغير جنسه، فلا يخلو أن يفسده ذلك، أو لا يفسده؛ فإن كان ذلك مفسداً له، فقد قال أصبغ فيمن خلط ما اشترى بغير جنسه، مثل أن يخلط زيت الفجل بزيت الزيتون أو القمح بالمغلوث جداً أو المسوس، حتى يفسد فإن ذلك يفيته.

وأما إن خلطه بغير جنسه على وجه لا يفسده، بل على المعتاد من استعماله له، مثل أن يشتري من رجل عسلاً ومن آخر حريرة يلثها بالعسل، ثم يفلس، فقد قال محمد: إنهما أحق بذلك من سائر الغرماء، يتحصان في ثمنها بقيمة، هذا من قيمة هذا. قال ابن القاسم: ثم وقف عنها محمد، والله أعلم.

وَقَالَ مَالِكٌ فِيمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً أَوْ دَابَّةً، فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ أَوْ الدَّابَّةَ وَوَلَدَهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَرُغَبَ الْغَرْمَاءُ فِي ذَلِكَ، فَيُعْطُونَهُ حَقَّهُ كَامِلاً وَيُمْسِكُونَ ذَلِكَ^(١).

(*) تقدم تخرجه في الحديث رقم ١٣٥٦.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٤١/٢٠.

٥٠٨ كتاب البيوع

الشرح: وهذا على ما قال فيمن اشترى جارية، فولدت عنده، ثم أفلس، فإن للبائع أخذها وولدها؛ لأنه نماء من جنس العين كالسمن، والنماء الحادث فى العين على ضربين، نماء من جنس العين كالوعد، ونماء من غير جنسه كثمر الشجر، وصوف الغنم، ولبن الأنعم، وغلة الدور، والعييد.

فأما الضرب الأول، فإن حدث الولد عند المشتري، ثم أفلس، فإن للبائع أخذه مع أمه، على ما ذكر، أو تركها مع ولدها، ومحاصة الغرماء بجميع الثمن.

فإن لم يجد، فلا يخلو أن يكون المشتري باع ذلك أو لم يبعه، فإن كان باع الأولاد، ووجد الأم، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: له أن يأخذ الأم بجميع الثمن أو يسلمها، ويخاص الغرماء.

وذكره عيسى عن ابن القاسم فى العتبية، قال: ولا شيء له فى الولد. وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك: أنه يقسم الثمن على الأم والولد، فيأخذ الأم بحصتها من الثمن، ويخاص بما أصاب الأولاد من الثمن.

وجه الرواية الأولى أن الولد لم يتناوله البيع، وإنما كان نماء حدث، فإن لم يجده، فلا شيء له منه كالثمرة واللبن والغلة.

وجه الرواية الثانية أنه نماء من جنس العين، فكان للبائع أخذه وأخذ ثمنه، إن كان باعه، ولا يجوز اعتباره بالغلة؛ لأن الغلة من غير الجنس، ولأنه لو وجد الولد وحده، لكان له أخذه والمحاصة بقيمة الأم من الثمن، ولو وجد النماء من غير الجنس، لم يكن له ذلك فيه.

مسألة: وأما إن لم يبيع المشتري الولد، ولكنه تلف، فإن كان تلف على وجه لا عوض فيه كالموت والإباق، فقد قال مالك فى العتبية والموازية: لو ماتت الأم، بقى الولد، أو مات الولد، وبقيت الأم، فليس له أخذ الباقي منهما إلا بجميع الثمن أو الترك، والمحاصة بجميع الثمن أو إسلامه.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فيمن باع أمه، فعميت أو اعورت بغير جنابة، ثم أفلس، فإذا أخذها البائع بجميع الثمن أو أسلمها. قال مالك: وكذلك الثوب يخلق أو يدخله فساد كالأمة.

فرع: وأما إن تلف على وجه فيه العوض، مثل أن يجنى عليه جان، فإن أخذ له عقلاً، فهو مثل بيعه، رواه ابن حبيب عن ابن القاسم.

كتاب البيوع ٥٠٩

وإن لم يأخذ له عقلاً، فهو مثل الموت، ولو كان المشتري هو الجاني عليه، فلم أر فيه نصاً، وهذا كله إذا حدث الولد عند المشتري. فأما لو بيعاً جميعاً، فهو بمنزلة سلعتين يباع في صفقة واحدة في وجود من وجد منهما، رواه ابن وهب عن مالك.

فصل: وأما ما كان من النماء من غير جنس المبيع، فلا يخلو أن يكون موجوداً حين البيع أو حدث بعد ذلك، فما كان منه موجوداً حين البيع على صفة نيينها بعد هذا إن شاء الله تعالى، مثل الصوف على ظهور الغنم، قال أصبغ: قد حان جزاه، فجزه المبتاع، ثم أفلس، فإن كان موجوداً، وكان على ظهور الغنم، لم يجزه، فهو للبائع مع الرقاب عند ابن القاسم.

ولو جزه المبتاع، ولم يفت، ففي كتاب ابن حبيب عن أصبغ: للبائع أخذه مع الغنم. وقد روى محمد عن ابن القاسم: وإن كان قد مات، ثم فليس، قال أصبغ: لا يكون للبائع إلا قيمته بقسط الثمن على الصوف، ورقاب الغنم يخاص الغرماء بما للصوف من الثمن، فكان له أن يأخذ الغنم بياقي الثمن أو يسلمها، رواه ابن المواز وابن حبيب عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه يصبح إفراده بالبيع، فكان له حصة من الثمن كالسلعتين.

مسألة: وأما الثمرة تباع مع الأصل، ففي كتاب محمد وكتاب ابن حبيب: قد أبرت، فيقضى له بحصتها، وأما ما قبل ذلك، فحكمها حكم المبيع؛ لأنه لا يجوز إفرادها بالبيع، ولا حصة لها من الثمن، وإنما راعى ابن حبيب الأبار؛ لأنها حيثئذ لا تتبع النخل إلا بالشرط، فكان لها على هذا حصة من الثمن، وإن فليس المبتاع قبل أن يجذ، فهو أحق بالأصل والثمرة، ما لم يفارق الأصل، وقيل ما لم تيسر. وروى القولان عن مالك. قال ابن القاسم: القول الأول هو القياس، والثاني: هو الاستحسان وهو أحب إلي.

ووجه الأول ما قدمناه. قال مالك: ما دامت الثمرة في رعوس النخل، لم تجذ، ولم تبع، فهي كالولد، وهذا على القول الأول جعلها ما دامت متصلة بالأصل كالنماء الحادث فيه من جنسه.

وأما إن كانت قد جدت، فقد قال محمد: للبائع قيمة ذلك عند ابن القاسم، ويحتمل أن يكون هذا على ما قدمناه من أن لا يتجاع المبيع حكم العقد، وهذا ثمر قد انفصل من أصله، فوجب عوضاً عن ثمرة مزهية، فلم يجذ ذلك، فرجع فيه إلى القيمة.

مسألة: وإن لم يكن في الشجر عند البيع ثمر، ولا على ظهور الغنم صوف، ثم استغلها المشتري مدة أعوام، ثم أفلس، فإن البائع يأخذ الأصول، ولا شيء له من الغلة، وإن كانت الثمرة باقية في الشجر والصوف باق على الغنم، ففي العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم: إن كان في النخل يوم التفليس ثمر قد طابت، فهي للغرماء، وكذلك ما حل من غلة دار. وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك: أن للبائع أخذها بثمرها ما دامت في النخل.

وجه القول الأول أنه قد جاز إفرادها، فكان لها حكمها كالتى جدت. ووجه القول الثانى أنها ما دامت متصلة بملك البائع وغير مفارقة له، فإنها لم تزل عن ملكه، فكان له استرجاعها فى الفلس كنماء الأغصان ما لم يطب من الثمر وصوف الغنم. فرع: وأما الصوف على ظهور الغنم يكون قد تم عند المفلس، ففي العتبية أنه للبائع. والفرق بينه وبين الثمرة على قول ابن القاسم: أنه للغرماء، ما احتج به من أن الصوف يكون للمشتري بمطلق العقد فى بيع الغنم، والثمره المأبورة، فلا يكون له بمطلق العقد، والله أعلم.

* * *

ما يجوز من السلف

١٣٥٧ - مالك، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ أنه قال: استسلف رسول الله ﷺ بكراً^(١) فجاءته إبل من الصدقة، قال أبو رافع: فأمرنى رسول الله ﷺ أن أقضى الرجل بكرة، فقلت: لم أجد فى الإبل إلا جملاً خيياراً^(٢) رباعياً^(٣) فقال رسول الله ﷺ: «أعطيه إياه، فإن خييار الناس أحسنهم قضاء».

١٣٥٧ - أخرجه مسلم فى المساقاة ١٦٠٠. والترمذى فى البيوع ١٣١٨. والنسائى فى البيوع ٤٦١٥. وأبو داود فى البيوع ٣٣٤٦. وابن ماجه فى التجارات ٢٢٨٥. وأحمد فى مسند القبائل ٢٦٦٤٠. والدارمى فى البيوع ٢٥٦٥. والبيهقى برقم ٣٥٣/٥. والطبرانى فى الكبير ٢٨٨/١، عن أبى رافع. والبعوى فى شرح السنة ١٩١/٨، عن أبى رافع. وذكره فى الكنز ١٥٤٥٥ وعزاه لمسلم وأبى داود والترمذى، عن أبى رافع.

(١) هو الصغير من الأبل كالغلام من الآدميين.

(٢) والخييار: المختار الجيد، قال صاحب العين: ناقة خييار، وجمل خييار، والجمع خييار أيضاً.

(٣) رباعياً: هو الذى استكمل ست سنين ودخل فى السابعة.

الشرح: قوله: «استسلف رسول الله ﷺ بكرًا»^(٤) يدل على جواز ثبوت الحيوان

(٤) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٧٤/٨: معلوم أن استسلاف رسول الله ﷺ الجمل البكر المذكور فى هذا الحديث، لم يكن لنفسه؛ لأنه قضاة من إبل الصدقة، ومعلوم أن الصدقة محرمة عليه لا يحل له أكلها ولا الانتفاع بها، وقد مضى بيان هذا فى ربيعة، ولهذا علمنا أنه لم يكن ليؤدى عن نفسه من مال المساكين، وإذا صح هذا، علمنا أنه إنما استسلف الجمل للمساكين، واستقرضه عليهم، لما رأى من الحاجة، ثم رده من إبل الصدقة كما يستقرض ولى البيتيم عليه نظرًا له، ثم يرده من ماله إذا طرأ له مال، وهذا كله لا ينافى فيه، والحمد لله. وقد اختلف العلماء فى حال المستقرض منه الجمل المذكور فى هذا الحديث، فقال منهم قائلون: لم يكن المستقرض منه ممن تجب عليه صدقة ولا يلزمه زكاة؛ لأنه قد رد عليه رسول الله صدقته، ولم يحتسب له بها وقت أخذ الصدقات، وبخروج السعاة وقتا واحدًا يستوى الناس فيه، فلما لم يحتسب له بما أخذ منه صدقة علم أنه لم يكن ممن تلزمه صدقة فى ماشيته لقصور نصابها، عن ذلك، والله أعلم. هذا قول من لم يجوز تعجيل الزكاة قبل محلها.

وقال آخرون: جائز أن يكون المستقرض منه فى حين رد ما استقرض منه إليه، ممن لا تجب عليه الصدقة، لجائحة لحقته فى إبله وماله قبل تمام الحول، فوجب رد ما أخذ منه إليه، ومثال ذلك الاستسلاف فى هذا الموضع، عند هؤلاء أن يقول الإمام للرجل: أقرضنى على زكاتك لأهلها، فإن وجبت عليك زكاة بتمام ملكك للنصاب حولًا فذاك، وإلا فهو دين لك أردته عليك من الصدقة. وهذا كله على مذهب من أجاز تعجيل الزكاة قبل وقت وجوبها.

وقد اختلف الفقهاء فى تعجيل الزكوات قبل حلول الحول فأجاز ذلك أكثر أهل العلم، ومن ذهب إلى إجازة تعجيل الزكاة قبل الحلول، سفيان الثورى، والأوزاعى، والشافعى، وأحمد بن حنبل، وأبو ثور، وإسحاق بن راهويه، وأبو عبيد.

وروى ذلك، عن سعيد بن جبير، وإبراهيم النخعى، وابن شهاب، والحكم بن عتيبة، وابن أبى ليلى.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: يجوز تعجيل الزكاة لما فى يده ولما يستفيده فى الحول وبعده بسنتين. وقال زفر: التعجيل عما فى يده جائز، ولا يجوز عما يستفيده. وقال ابن شبرمة: يجوز تعجيل الزكاة لسنتين.

وقال مالك: لا يجوز تعجيلها قبل الحلول إلا بيسير. وقالت طائفة: لا يجوز تعجيلها قبل محلها بيسير، ولا كثير، ومن عجلها قبل محلها لم يجزئه، وكان عليه إعادتها كالصلاة.

وروى ذلك، عن الحسن البصرى، وهو قول بعض أصحاب داود، وروى خالد بن خلدش، وأشهب، عن مالك مثل ذلك.

قال أبو عمر: من لم يجز تعجيلها قاسها على الصلاة، وعلى سائر ما يجب مؤقتًا؛ لأنه لا يجزئ من فعله قبل وقته، ومن أجاز تعجيلها، قاس ذلك على الديون الواجبة لآجال محدودة، أنه جائز تعجيلها، وفرق بين الصلاة والزكاة، بأن الصلاة يستوى الناس كلهم فى وقتها، وليس كذلك =

٥١٢ كتاب البيوع

فى الذمة، وإنما يضبط بالصفة، ولولا ذلك لما جاز ثبوته فى الذمة عوضاً عما يستقرضه المستقرض؛ لأنه لا خلاف أن عليه رد مثل ما استقرض، ووافقنا على ذلك أبو حنيفة، ومنع منه فى السلم، وقد تقدم الكلام فيه.

مسألة: والقرض يجوز أن يكون موجلاً وغير موجلاً، فإن كان موجلاً، لم يكن للمقرض أن يطلبه قبل الأجل، وللمستقرض أن يدفعه متى شاء قبل الأجل، إذا كان عيناً؛ لأنه إنما أقرضه لمجرد منفعة المستقرض، ولا يكون ذلك منفعة للمقرض، ولو كان له أن يقيه فى ذمة المستقرض إلى الأجل؛ لكان فى ذلك وجه منفعة يمنع صحة القرض، وإن كان قد أقرضه عرضاً.

فصل: وقوله: «فجاءته إبل من الصدقة قال أبو رافع: فأمرنى رسول الله ﷺ أن ألقى الرجل بكره» لا يخلو أن يكون النبى ﷺ يقترض البكر لنفسه أو لغيره من أهل الصدقة؛ فإن كان اقترضه لنفسه، فإنه لا تحل له الصدقة.

=أوقات الزكاة لاختلاف أحوال الناس فيها، فأشبهت الديون إذا عجلت، وقد استدل الشافعى على جواز تعجيل الزكاة بهذا الحديث، وفى قضاء رسول الله ﷺ المستسلف منه البكر جملاً جيداً دليل على أنه لم يكن ممن عليه صدقة؛ لأنه لم يحتسب له بذلك قضاءه وبرئ إليه منه، ولا حجة للشافعى فيما استدل به من هذا الحديث فى جواز تعجيل الزكاة.

وقد احتج بعض من نصر مذهبه على ما ذكرناه بأن قال جاز أن يكون الذى استقرض منه البكر ممن تحل له الصدقة فأعطاه النبى ﷺ غير بعيه بمقدار حاجته وجمع فى ذلك وضع الصدقة فى موضعها، وحسن القضاء، قال: وجاز أن يستلف الإمام للفقراء، ويقضى من سهمهم أكثر مما أخذ لما يراه من النظر، والصالح إذا كان ذلك من غير شرط، ولا منفعة تعجيل.

ثم نعود إلى القول فى معنى الاستلاف المذكور فى هذا الحديث فنقول: إن قال قائل: لا يجوز أن يكون الاستقراض المذكور على المساكين؛ لأنه لو كان قرضاً على المساكين لما أعطى رسول الله ﷺ من أموالهم أكثر مما استقرض لهم، قيل له: لما بطل أن يستقرض رسول الله ﷺ على الصدقة، لغنى وأن لا يستقرضها لنفسه لم يبق، إلا أنه استقرضها لأهلها، وهم الفقراء، ومن ذكر معهم، وكان فى هذا الحديث دليل على أنه جاز للإمام إذا استقرض للمساكين أن يرد من مالهم أكثر مما أخذ، على وجه النظر والصالح، إذا كان من غير شرط، ووجه النظر فى ذلك والمصلحة معلوم فإن منفعة تعجيل ما أخذه لشدة حاجة الفقير إليه أضعاف ما يلحقهم فى رد الأفضل؛ لأن ميل الناس إلى العاجل من أمر الدنيا، فكيف نعطيهم أكثر مما أخذ منه والصدقة لا تحل لغنى؟ فالجواب عن هذا أنه جاز ممكن أن يكون المستقرض منه قد ذهب إليه بنوع من جوائح الدنيا، وكان فى وقت صرف ما أخذ منه إليه فقيراً تحل له الزكاة فأعطاه النبى ﷺ خيراً من بعيه بمقدار حاجته، وجمع فى ذلك وضع الصدقة فى موضعها، وحسن القضاء، وجاز أن يكون غارماً وغازياً ممن تحل له الصدقة مع القضاء، ووضع الصدقة موضعها، والله أعلم.

كتاب البيوع ٥١٣

وقول أبي رافع له؛ لما جاءته إبل من الصدقة، أمره رسول الله ﷺ أن يقضى الرجل بكره، يحتمل وجوها، أحدها: أن ما أمره أن يقضى منه الرجل كان من إبل الصدقة، قد بلغ محله، ثم صار إلى النبي ﷺ يابتياح أو غيره.

وإن كان أقرضه لأحد من أهل الصدقة، جاز أن يقضيه منها كما يستقرض والى اليتيم على ماله غير أنه لا يجوز أن يعطى من أموال المساكين ما هو أفضل مما أخذ لهم، إلا أن يكون المقرض من أهل الصدقة، فيكون فضل الشيء صدقة عليه.

وليس في الحديث ما يدل على إخراج الزكاة قبل حلولها على قولنا إنه استقرض للمساكين، وإنما فيه ما يدل على أنه استقرض للمساكين من رجل لا تجب عليه صدقة، أو تجب عليه الصدقة، فيقضيه فرضه كما فعل ﷺ، ويقبض منه ما وجب عليه من الزكاة. فلو كان من باب تعجيل الزكاة قبل الحلول لتعجلها، ولم يحتج أن يقرض، ولو شاء لتعجلها اقتراضاً لما احتاج أن يقضيه عند الأجل.

ولو تعلق متعلق بأن هذا الحديث يدل على المنع من ذلك لما ذكرناه ما أبعد، والله أعلم، ويحتمل أن يكون النبي ﷺ إنما يكون له هذا البكر الذي قضاه من إبل الصدقة، إما بعد أن بلغ محله، وصار لعامل عليها أو غيره من الغارمين أو الفقراء أو أبناء السبيل ممن احتاج إلى بيعه.

وقد روى أبو سلمة عن أبي هريرة «أن رجلاً تقاضى رسول الله ﷺ، فأغلظ له، فهم أصحابه به، فقال: دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً واشتروا له بعيراً، فأعطوه، فقالوا: لا نجد إلا أفضل من سنه، قال: اشتروه، فأعطوه إياه، فإن خيركم أحسنكم قضاء».

ولا يبعد أن يكون ذلك كله في قضية واحدة، فحفظ أبو رافع أن أصله من إبل الصدقة، وحفظ بعض الرواة عن أبي هريرة الشراء.

١٣٥٨ - مَالِكُ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسِ الْمَكِّيِّ، عَنْ مُجَاهِدٍ أَنَّهُ قَالَ: اسْتَسَلَفَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ مِنْ رَجُلٍ دَرَاهِمَ ثُمَّ قَضَاهُ دَرَاهِمَ خَيْرًا مِنْهَا، فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ هَذِهِ خَيْرٌ مِنْ دَرَاهِمِي الَّتِي اسْلَفْتُكَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: قَدْ عَلِمْتُ، وَلَكِنْ نَفْسِي بِذَلِكَ طَيِّبَةٌ.

١٣٥٨ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٥١/٥. عبد الرزاق في المصنف ١٤٦/٨. وذكره ابن

عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٤٧.

قال مالك: لا بأس بأن يقبض من أسلف شيئاً من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك أفضل مما أسلفه، إذا لم يكن ذلك على شرطٍ منهما أو عادةً، فإن كان ذلك على شرطٍ أو وأى أو عادةً، فذلك مكروه، ولا خير فيه: قال: وذلك أن رسول الله ﷺ قضى جملاً رباعياً خياراً مكان بكر أسلفه، وأن عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضى خيراً منها، فإن كان ذلك على طيب نفس من المستسلف، ولم يكن ذلك على شرطٍ ولا وأى ولا عادةً، كان ذلك حلالاً لا بأس به^(١).

الشرح: قضى عبدالله بن عمر رضى الله عنه من أسلفه الدراهم خيراً منها، الظاهر أنها أفضل في الصفة على وجه المعروف، ولقول النبي ﷺ: «فإن خيركم أحسنكم قضاء» وهذا لا خلاف في جوازه، سواء كانت قيمة تلك الفضيلة كثيرة أو قليلة، وهذا ما لم يكن في مقابلة تلك الفضيلة نقص من وجه آخر، مثل أن يسلفه عشرة دنانير رديئة الذهب، فيقضيه ثمانية جيدة الذهب، أو يكون عنده عشر دنانير مسكوكة رديئة الذهب، فيقضيه عشرة دنانير من التبر الجيد، فهذا لا يجوز؛ لأنه من باب المعاوضة، فيؤدي إلى بيع الذهب بالذهب إلى أجل لما كان من جنسين.

مسألة: وإن كانت الفضيلة في القدر، فلا يخلو أن يكون إقراضه وزناً أو عدداً، فإن كان إقراضه وزناً فلا اعتبار بالعدد، ولا يجوز أن يقضيه أكثر من ذلك الوزن، إلا أن يكون اليسير.

مسألة: فإن أقرضه عدداً، جاز له أن يقضيه مثل ذلك العدد أفضل وزناً، مثل أن يقرضه مائة درهم إنصافاً، فيقضيه مائة وازنة؛ لأن الفضيلة حينئذ تكون في الجنس، ولا يجوز أن يزيد في العدد، إلا الزيادة اليسيرة على ما تقدم، ولو قضاه أقل عدداً، أو أكثر وزناً أو أكثر عدداً أو أقل وزناً، لم يجز لما قدمناه.

فصل: وقوله: «لا بأس أن يقبض من الرجل أفضل مما سلفه إذا لم يكن على شرط

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٤٩/٢١، وقال: لا أعلم خلافاً فيمن اشترط للزيادة في السلف أنه ربا حرام، لا يجل أكله، وأما العادة، فيكره ذلك عند الشافعي، والكوفي، ولا يرون ذلك حراماً، لأنه معروف، إذا وقع، ولا تعلم صحته ما لم يقع، لأن العادة تقطع دونها وأن اختلاف الأموال، ومن حكم بذلك استعمل الظن، وحكم بغير اليقين، فالأحكام إنما هي على الحقائق، لا على الظنون، ومن تورع عن ذلك نال فضلاً، والله أعلم.

كتاب البيوع ٥١٥

ولا عادة» يريد أنه إنما يجوز أن تكون نفسه طيبة بذلك أن يفعله ابتداءً من غير أن يشترط عليه، أو يجزى من ذلك على عادة يكون القرض من أجلها، ولذلك قال الرجل لعبدالله بن عمر: «هذه خير من دراهمي» إنكاراً لذلك، ولو كان ذلك على سبيل الشرط أو لعادة يرجوها؛ لما أنكر أن يدفع إليه أفضل من دراهمه.

فأما الشرط، فلا خلاف في منعه. وأما العادة، فقد منع من ذلك مالك أيضاً. وأما أبو حنيفة والشافعي، فيكرهانه، ولا يرانه حراماً.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن العادة معنى يتعلق به القصد، فوجب أن يمنع زيادته كالشرط، ولأن المقترض إذا أقرض لهذا الرجاء الذي اعتاده، فقد دخل عمله الفساد والتحريم، لأنه لم يقصد بما أقرضه المعروف الذي هو من مقتضى القرض، ولذلك أبدى ابن عمر معنى الجواز في الزيادة، وقال: «إن نفسى بذلك طيبة» وإن الزيادة التي زادها لا تعلق لها بشرط ولا عادة، وأنها مختصة بطيب نفسه ورضاه بإسداء المعروف إلى من أقرضه، والله أعلم.

* * *

مَا لَا يَجُوزُ مِنَ السَّلْفِ

١٣٥٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ فِي رَجُلٍ أَسْلَفَ رَجُلًا طَعَامًا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ، فَكَرِهَ ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَقَالَ: فَأَيْنَ الْحَمْلُ، يَعْنِي حُمْلَانَهُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه فى الذى أسلف طعاماً على أن يعطيه إياه ببلد آخر: «فأين الحمل» تبيين لوجه المنع، ومقتضى التحريم؛ لأنه إذا شرط عليه زيادة فى قرضه، وذلك متفق على فساده لاسيما فى ما له حمل كالطعام وسائر المتاع، ولو لم يكن بينهما شرط، فلقية ببلد غير بلد القرض، جاز أن يتفقا على القضاء حيث التقيا، رواه عبدالحكم عن مالك، وذلك أن هذه زيادة المقترض من غير شرط، وقد تقدم أن ذلك جائز.

مسألة: وأما البيع، فلا بأس أن يشترط عليه قضاء فى غير بلد التبايع؛ لأنه لا يمنع من الازدياد فيه، فإن لقيه بعد الأجل فى غير ذلك البلد، واتفقا على القضاء فيه، جاز ذلك إذا أخذ مثل الذى لا يجوز ذلك قبل الأجل، قاله مالك.

١٣٥٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٤٨.

٥١٦ كتاب البيوع

وروجه ذلك أنه يدخله قبل الأجل: حط عنى الضمان وأزيدك، أو: ضع وتعجل.

مسألة: فإن كان القرض فى دراهم مثل الصفائح التى يدفعها رجل لآخر على وجه السلف ليقضيه إياها ببلد آخر، فالمشهور من مذهب مالك المنع، وروى أبو الفرج الجواز.

مسألة: وأما فى البيع، فيجوز أن يشترط عليه القضاء ببلد آخر، ولا يخلو أن يضرب لذلك أجلاً، أو يضرب أجلاً، فإن ضرب لذلك أجلاً، جاز وحيثما لقيه عند انقضاء الأجل، كان له أن يأخذه بماله عليه، ولم يكن لمن عليه الدين الامتناع من القضاء لما شرط من البلد.

وروجه ذلك أن الدينير والدرهم هى مما يقوم بها، ولا تقوم بغيرها، وإذا لم يكن لها قيمة لم تختلف باختلاف البلدان، وإنما تختلف باختلاف الوزن والجنس، وقد لزم منه ما لا يغير، وأما سائر المبيعات، فتختلف قيمتها باختلاف البلاد، فلم يكن على من عليه الدين منهما أن يقضى بغير ذلك البلد.

وقوله: «فأين الحمل» يريد أنه قد ازداد عليه بالقرض الحمل إذا شرط ذلك عليه، وقد روى عنه أنه قال: فأين الحمل.

وروى ابن مزين عن مالك أنه قال: أراد به الضمان والحمل، يريد والله أعلم والضمان فى مدته مع ما فى ذلك من الغرر، ولم يمنع الضمان فى مدة الاقتراض من صحة القرض؛ لأن ذلك مقتضى الانتفاع بما اقترضه المقترض، وأما ضمانه فى مدة الحمل من بلد إلى بلد، فأمر ثابت بالشرط، وزيادة لها قدر، والله أعلم

١٣٦٠ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا أَتَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ إِنِّي أَسْلَفْتُ رَجُلًا سَلَفًا، وَاشْتَرَطْتُ عَلَيْهِ أَفْضَلَ مِمَّا أَسْلَفْتُهُ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: فَذَلِكَ الرَّبِّاءُ، قَالَ: فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: السَّلْفُ عَلَى ثَلَاثَةِ وُجُوهِ، سَلْفٌ تُسَلِفُهُ، تُرِيدُ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ، فَلَكَ وَجْهَ اللَّهِ، وَسَلْفٌ تُسَلِفُهُ تُرِيدُ بِهِ وَجْهَ صَاحِبِكَ، فَلَكَ وَجْهَ صَاحِبِكَ، وَسَلْفٌ تُسَلِفُهُ لِتَأْخُذَ خَبِيثًا بَطِيئًا، فَذَلِكَ الرَّبِّاءُ. قَالَ: فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ، قَالَ: أَرَى أَنْ تَشَقَّ الصَّحِيفَةَ، فَإِنْ أَعْطَاكَ مِثْلَ الَّذِي أَسْلَفْتَهُ قَبْلَتَهُ، وَإِنْ أَعْطَاكَ دُونَ الَّذِي أَسْلَفْتَهُ

١٣٦٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٤٩.

كتاب البيوع ٥١٧
فَأَخَذَتْهُ أُجْرَتَ، وَإِنْ أَعْطَاكَ أَفْضَلَ مِمَّا أَسْلَفْتَهُ طَيِّبَةً بِهِ نَفْسُهُ، فَذَلِكَ شُكْرٌ، شُكْرُهُ
لَكَ، وَكَأَنَّكَ أَجْرٌ مَا أَنْظَرْتَهُ.

١٣٦١ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ: مَنْ أَسْلَفَ سَلْفًا
فَلَا يَشْتَرِطُ إِلَّا قَضَاءَهُ.

١٣٦٢ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ: مَنْ أَسْلَفَ سَلْفًا،
فَلَا يَشْتَرِطُ أَفْضَلَ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ قَبْضَةً مِنْ عَلْفٍ، فَهُوَ رَبًّا.

الشرح: قول الرجل: «إني أسلفت سلفًا، واشترطت عليه أفضل مما أسلفت»
ومجاوبة ابن عمر له على هذا قبل أن يستفسر وجه الفضيلة بأنه ربا، دليل على أن سائر
أنواع الفضيلة من الزيادة في الوزن أو الجودة أو على أى وجه كانت الفضيلة تمنع
صحة القرض.

فصل: وقوله: «فما تأمرني يا أبا عبد الرحمن» طلبًا للخروج مما وقع فيه، واسترشادا
لما يتخلص به من الربا الذي قد تورط فيه بغير علم، فقال له ابن عمر: «السلف على
ثلاثة أوجه سلف تريد وجه الله، فلك وجه الله» يريد لك ما لمن أراد وجه الله من
الثواب. «وسلف تريد به وجه صاحبك» يريد أنك تقصد به استرضاءه وتطيب نفسه
«فلك وجه صاحبك» يريد والله أعلم، أن لك رضاءه وطيب نفسه، وهذا أن الوجهان
ليس فيهما ازدياد.

والثالث: «أن تسلف أخاك لتأخذ خبيثًا بطيب» يريد ما سأله عنه هذا السائل من
شروط الزيادة، فيأخذ ما يحرم عليه، وهذا الخبيث عوضًا عن الطيب، وهو الحلال الذي
أعطاه؛ لأنه كان طيبًا قبل أن يقرضه على وجه الربا، فجأوبه ابن عمر بتبيين وجه
تحريم ما أخبره عن تحريمه، وفصل له وجوه السلف، ليكشف له عن معانيها، وبين له
طبيها من خبيثها.

فصل: ثم قال: «أرى أن تشق الصحيفة» يريد أن يبطل الشرط الذي ثبت في
الصحيفة، ولا يعتقد الطلب له، بل يعتقد إسقاط الشرط جملة، وهكذا من أسلف
رجلاً وشرط عليه زيادة، وكان قرضه مؤجلاً كان له أن يبطل القرض جملة؛ لتعذر

١٣٦١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٥٠.

١٣٦٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٥١.

استيفائه للشرط الذى شرطه، ويعجل قبض ماله، والأفضل له أن يسقط الشرط، ويقيه على أجله دون شرط، وإن كان غير مؤجل، كان له أن يأخذ ماله، ويطلب شرطه.

فصل: وقوله: «فإن أعطاك مثل الذى أسلفته قبلك، وهو الذى يلزمه، وليس لك غيره، وإن أعطاك دون الذى أعطيته، فأخذته أجرت» ندب إلى الخير والتناهى فى الرجوع عن الشرط، وذلك إن شاء أن لا يأخذ أدون من الذى أعطى كان له ذلك، ولكنه إن سامح وتجاوز، وأخذ أدون مما أعطى، فذلك أعظم لأجره؛ لأنه يضيف إلى أجر القرض أجر التجاوز.

فصل: «فإن أعطاك أفضل مما أعطيته طيبة به نفسه» يريد أن لا يعطيك من أجل شرطك، وذلك يقتضى أنه يلزمه أن لا يطلبه بذلك الشرط، وأنه قد أبطله وتركه، وإن زاده بعد ذلك، فإنه يزيده شكرًا له، لا يبطل بذلك أجر ما أنظره.

فصل: وقول ابن عمر: «فلا تشتترط إلا قضاء» يريد أن لا يشترط زيادة ولا منفعة، ولا شيئًا إلا قضاء مثل ما أعطى. قال ابن مسعود: لا يشترط أفضل منه، يريد زيادة عليه، ولو كان قبضة من علف، يريد قليل ذلك وكثيره، ثم أعلم أن شرط زيادة، وإن كانت يسيرة، فإنها ربا، ولا خلاف أن الزيادة ربا، ولكن إنما أراد به أنها من جملة الربا المنهى عنه؛ لأن هذا اللفظ إذا أطلق فى الشرع، فظاهره الزيادة الممنوعة، ولذلك قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والبيع لا يخلو من الزيادة فى الأغلب، ولكن لفظ الربا يختص بالمنوع.

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ اسْتَسَلَفَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَّوَانِ بِصِفَةِ وَتَحْلِيَةِ مَعْلُومَةٍ، فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ مِثْلَهُ إِلَّا مَا كَانَ مِنَ الْوَلَائِدِ، فَإِنَّهُ يُخَافُ فِي ذَلِكَ الذَّرِيعَةَ إِلَى إِحْلَالِ مَا لَا يَحِلُّ، فَلَا يَصْلُحُ، وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَسْتَسَلِفَ الرَّجُلُ الْحَارِيَّةَ، فَيُصَيِّبُهَا مَا بَدَأَ لَهُ ثُمَّ يَرُدُّهَا إِلَى صَاحِبِهَا بِعَيْنِهَا، فَذَلِكَ لَا يَصْلُحُ، وَلَا يَحِلُّ، وَلَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ، وَلَا يُرَخَّصُونَ فِيهِ لِأَحَدٍ^(١).

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٥٦/٢١: اختلف العلماء قديما، وحديثا فى استقرار الحيوان، واستسلافه، فكرهه قوم، وأباه قوم منهم، ورخص فيه آخرون. وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه، والثورى، والحسن بن صالح، وسائر الكوفيين. وحجتهم أن الحيوان لا يوقف على =

كتاب البيوع ٥١٩

الشرح: وقوله: «استسلف شيئاً من الحيوان بصفة، وتحلية معلومة، فلا بأس به» يريد أن يكون ما استسلفه معلوم الصفة والحلية ليتمكن من رد مثله، ولو كان مجهل الصفة لتعذر عليه أن يرد مثله، وهو قول مالك والشافعي وجمهور الفقهاء، إلا ما روى، وقد تقدم ذكره.

وقوله: «إلا ما كان من الولائد، فإنه يخاف من ذلك الذريعة إلى إحلال ما لا يحل» يريد أنه لا يحل قرض الجوارى، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء. وروى عن المازني إباحة ذلك.

ووجه ذلك ما احتج به من حظر الفروج، ومعلوم أن من استقرض شيئاً كان له أن

=حقيقة صفته؛ لأن مشيته وحركته وجريه وملاحته، كل ذلك يزيد في ثمنه، ولا يدرك ذلك بوصف، ولا يضبط بنعت، لأن قارحاً أخضر غير قارح غير أخضر، ونحو هذا من صفات سائر الحيوان، وادعوا النسخ في حديث أبي رافع المذكور في أول هذا الباب؛ لما فيه من استقراض رسول الله ﷺ البكر، ورده الجمل الخيار. ومثله حديث أبي هريرة، فادعوا النسخ في ذلك بحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قضى في الذي أعتق نصيبه من عبد له بينه وبين غيره بقيمة نصيب شريكه، ولم يوجب عليه نصف عبد مثله.

وقال داود، وطائفة من أهل الظاهر: لا يجوز السلم في الحيوان ولا في شيء من الأشياء إلا في المكييل والموزون خاصة، وما خرج عن الكيل والوزن، فالسلم فيه غير جائز، لنهي رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند البائع، ولقوله ﷺ: «من سلم، فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، ويخص المكييل، والموزون من سائر ما ليس عند البائع، فكل ما لم يكن مكيلاً، ولا موزوناً قد دخل في بيع ما ليس عندك.

قال أبو عمر: قد نقض داود، وأهل الظاهر ما أصلوا في قولهم في بيع ما ليس عندك: كل بيع جائز بظاهر قول الله عز وجل: ﴿ وَأَحْلِلْ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ إلا بيع السنة بتحريره، وبالنهي عنه، أو اجتمعت الأمة على فساده فلم يلزمهم أن يميزوا السلم في الحيوان، بظاهر القرآن؛ لأن بيع ما ليس عندك غير مدفوع بما قاله الحجازيون في معناه أنه بيع ما ليس عندك من الأعيان، وأما ما كان مضموناً في الذمة موصوفاً، فلا.

وقال مالك، والشافعي، وأصحابهما، والأوزاعي، والليث بن سعد: استقراض الحيوان جائز والسلم فيه جائز، وكذلك كل ما يضبط بالصفة في الأغلب. وحجتهم حديث أبي رافع، واستقرض رسول الله ﷺ البكر. وفي استقراضه الحيوان إثبات الحيوان في الذمة بالصفة المعلومة. ومن حجتهم أيضاً إيجاب رسول الله ﷺ دية الخطأ في ذمة أوجبها عليها، ودية العمد المقبولة، ودية شبه العمد المغلظة، كل ذلك قد ثبت بالسنة المجتمع على ثبوتها. وذلك بإثبات الحيوان بالصفة في الذمة، فكذلك الاستقراض، والسلم.

٥٢٠ كتاب البيوع

يرده متى شاء بعد أخذه بساعة، أو أكثر من ذلك، وإن كان قد انتفع به ما كان على صفته، فمن أراد الاستمتاع بجارية غيره اقترضها منه، فوطئها، ثم ردها إليه من ساعته، هذه إباحة للفروج المحظورة.

مسألة: وقال محمد بن عبدالحكم: يجوز ذلك إذا كانت ذات محرم للمستقرض، مثل أن تكون أمه، أو أخته من الرضاعة أو خالته من النسب؛ لأنه يسلم مما قاله وعلى هذا الذى قاله، يجوز للنساء استقراض الجوارى، وإنما يحرم ذلك على الرجال خاصة، والله أعلم.

فرع: فإن اقترض رجل ممن ذكرنا منعه ذكرنا منها، فلا خلاف عن مالك، ومن قال بقوله فى المنع من ذلك أن الجارية ترد بعينها ما لم يطأها، ويفسخ القرض، واختلفوا إذا وطئها، فقال مالك: تفوت بالوطء، وتكون الجارية للمستقرض، وتلزمه قيمتها.

وقال الشافعى: يردّها، ويرد معها عقدها، وإن حملت ردها بعد الولادة، وقيمة ولدها حياً يوم الولادة، ويرد معها ما نقصتها الولادة، وإن ماتت، لزمه مثلها؛ فإن عدم مثلها، فعليه قيمتها.

والدليل على صحة ما نقوله أن عقود التملك تفوت عندنا مع بقاء الأعيان، ولما دفع صاحب الجارية الجارية على وجه التملك، فأتت بالوطء الذى منع القرض من أجله، فلو أجزنا له ردها، لكنا قد أتممنا القرض الفاسد والمقصود المنوع منه، فلما وجد معنى المنع، وفات ردها بذلك أوجبنا له قيمتها، وإذا وجبت قيمتها، بطل جميع ما أوجبه بعد الوطء من قيمة الولد، وغير ذلك؛ لأن القيمة إنما تلزمه يوم قبضها.

* * *

مَا يُنْهَى عَنْهُ مِنَ الْمُسَاوَمَةِ وَالْمُبَايَعَةِ

١٣٦٣ - قال مالك: عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٣٦٣ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٣٩. ومسلم فى البيوع ١٤١٢. والترمذى فى البيوع ١٢٩١. والنسائى فى النكاح ٣٢٤١، البيوع ٤٥٠١، ٤٥٠٢. وأبو داود فى النكاح ٢٠٨١، البيوع ٣٤٣٦. وابن ماجه فى التجارات ٢١٧١. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥١٧، ٤٦٩٤. والطبرانى فى الكبير ١٠٦/١٠، عن أبى هريرة. والبيهقى ٣٤٨/٥.

قَالَ: «لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ»^(١).

١٣٦٤ - وقال مالك: عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ، وَلَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا، إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ».

قال مالك: وَتَفْسِيرُ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيمَا نَرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ أَنَّهُ إِنَّمَا نَهَى أَنْ يَسُومَ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ آخِيهِ إِذَا رَكَنَ الْبَائِعُ إِلَى السَّائِمِ، وَجَعَلَ يَشْتَرِطُ وَزْنَ الذَّهَبِ، وَيَتَبَرَّأُ مِنَ الْعُيُوبِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يُعْرَفُ بِهِ أَنَّ الْبَائِعَ قَدْ أَرَادَ مُبَايَعَةَ السَّائِمِ، فَهَذَا الَّذِي نَهَى عَنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال مالك: وَلَا بَأْسَ بِالسُّومِ بِالسُّلْعَةِ تُوقَفُ لِلْبَيْعِ، فَيَسُومُ بِهَا غَيْرُ وَاحِدٍ، قَالَ:

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٧٩/٨، ١٨٠: هكذا يروى يحیی هذا الحديث دون زيادة شيء، وتابعه ابن بكير، وابن القاسم، وجماعة. ورواه قوم، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله، ﷺ قال: لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها الأسواق. وهذه الزيادة صحيحة لابن وهب، والقعني، وعبدالله بن يوسف، وسليمان بن برد، عن مالك، وليست لغيرهم، وهي صحيحة، وأما سائر أصحاب مالك فإلما هذا المعنى وهذه الزيادة عندهم في حديث أبي الزناد وهي صحيحة، محفوفة من حديث مالك وغيره، عن نافع، عن ابن عمر، في النهي عن تلقي السلع، حتى يهبط بها الأسواق.

١٣٦٤ - أخرجه البخاري في البيوع ٢١٤٨، ٢١٥٠، ٢١٥١، الشروط ٢٧٢٧. ومسلم في النكاح ١٤١٣، البيوع ١٥١٥، ١٥٢٤. والترمذي في النكاح ١١٣٤، البيوع ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٥١، ١٣٠٤. والنسائي في النكاح ٣٢٣٧، البيوع ٤٤٨٥، ٤٤٨٦، ٤٤٨٧، ٤٤٨٩، ٤٤٩٤، ٤٤٩٩، ٤٥٠٠، ٤٥٠٤، ٤٥٠٥. وأبو داود في البيوع ٣٤٣٧، ٣٤٣٨، ٣٤٤٣، ٣٤٤٤، ٣٤٤٥. وابن ماجه في التجارات ٢١٧٢، ٢١٧٤، ٢١٧٥، ٢١٧٨، ٢٢٩٣. وأحمد في باقي مسند المكثرين ٧٢٠٧، ٧٢٦٣، ٧٣٣٣، ٧٤٠٦، ٧٤٧١، ٧٦٤١، ٧٦٧٠، ٧٦٧٠، ٨٠٣٩، ٢٧٤٢٩، ٨٥٠٥، ٨٧٨٠، ٨٨٧٦، ٨٩٦٩، ٩٠٥٥، ٩١٦٠، ٩٢٧٥، ٩٦٣٥، ٩٦٧٥، ٩٧١٦، ٩٨٧٥، ٩٨٩٦، ٩٩٤٣، ١٠١٣٨، ١٠٢٠٨، ١٠٢٧١، ١٠٤١٧، ١٠٤٦٣. والدارمي في البيوع ٢٥٥٣، ٢٥٦٦. والدارقطني ٧٤/٣، عن أبي هريرة. وابن أبي شيبة ٣٩٩/٦، عن أبي هريرة.

٥٢٢ كتاب البيوع

وَلَوْ تَرَكَ النَّاسُ السُّؤْمَ عِنْدَ أَوَّلِ مَنْ يَسُؤُمُ بِهَا، أُخِذَتْ بِشِبْهِهِ الْبَاطِلِ مِنَ الثَّمَنِ،
وَدَخَلَ عَلَى الْبَاعَةِ فِي سِلْعِهِمُ الْمَكْرُوهُ، وَلَمْ يَزَلِ الْأَمْرُ عِنْدَنَا عَلَى هَذَا.

الشرح: قول النبي ﷺ: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»^(١) يريد والله أعلم، لا
يشتر، والعرب تقول: اشتريت وشريت بمعنى بعته، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ
بِخْسٍ دَرَاهِمٍ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ﴾ [يونس: ٢٠]، وقال: ﴿وَلَبِئْسَ مَا
شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٠٢]، قاله ابن حبيب، وقال: إنما النهي
للمشترى دون البائع ونحو هذا.

روى أبو عبيد عن أبي عبيدة وأبي زيد، قال أبو عبيدة: ليس للحديث وجه غير هذا
عندي؛ لأن البائع لا يكاد يدخل على البائع، وإنما المعروف أن يزيد المشتري على
المشترى.

وأنشد بعضهم للحطيمية.

وبعت لذبيان العلاء بمالكا

يريد اشتريت.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أنه يجتمل أن يحمل اللفظ على ظاهره، فيمنع البائع

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٨/١٨٠: ومعنى قوله ﷺ في هذا الحديث وغيره: لا يبيع
بعضكم على بيع بعض، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يسم على سومه. عند مالك
وأصحابه، معنى واحد، كله وهو أن يستحسن المشتري السلعة ويهواها، ويركن إلى البائع ويميل
إليه، ويتذكران الثمن، ولم يبق إلا العقد، والرضى الذى يتم به البيع، فإذا كان البائع والمشتري
على مثل هذه الحال، لم يجوز لأحد أن يعترضه، فيعرض على أحدهما ما به يفسد به ما هما عليه
من التبايع، فإن فعل أحد ذلك فقد أساء، وببعض فعل، فإن كان عالماً بالنهي، عن ذلك فهو
عاص لله، ولا أقول إن فعل هذا حرم بيعه الثانى، ولا أعلم أحدا من أهل العلم قاله إلا رواية
جاءت، عن مالك بذلك، قال: لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، ومن
فعل ذلك فسخ البيع، ما لم يفت، وفسخ النكاح قبل الدخول، وقد أنكر بعض أصحاب مالك
هذه الرواية، عن مالك فى البيع دون الخطبة، وقالوا: هو مكروه لا ينبغي. وقال الثورى فى قول
رسول الله ﷺ: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»، أن يقول: عندى ما هو خير منه. وأما الشافعى
فقوله ﷺ: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»، معناه عنده أن يتناع الرجل السلعة فيقبضها، ولم
يفترقا، وهو معتبط بها، غير نادم عليها، فيأتيه قبل الافتراق من يعرض عليه مثل سلعته، أو خيرا
منها، بأقل من ذلك الثمن فيفسخ بيع صاحبه؛ لأن له الخيار قبل التفرق، فيكون هذا فسادا.

كتاب البيوع ٥٢٣

أيضاً من أن يبيع على بيع أخيه؛ إذا كان قد ركن المشتري إليه، ووافقه في ثمن سلعته، ولم يبق إلا تمام العقد، فيأتي من يصرفه عن ذلك بأن يعرض عليه غيره على غير وجه الإرخاص عليه.

وإنما حمل ابن حبيب على ما قاله؛ لأن الإرخاص مستحب مشروع، فإذا أتى من يبيع بأرخص من بيع الأول، فلا منع في ذلك عنده، والله أعلم، وقد منع من تلقى السلع، وذلك إرخاص على متلقيها، غير أن فيها إغلاء على أهل الأسواق التي هي أعم نفعاً للمسلمين، والضعيف الذي لا يقدر على التلقى.

فصل: وقوله: «على بيع أخيه» يريد المسلم، ولم يجعل ذلك شرطاً فيما يمنع من البيع، وإنما ذلك لإظهار قبح فعله، ولذلك ذكره بالأخوة التي تمنع المقابحة، ولو كان الذي ركن إلى بيعه يهودياً أو نصرانياً، فإنه لا يزداد عليه، قاله مالك في كتاب ابن المواز، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وجوز ذلك الأوزاعي.

والدليل على ما نقوله أن هذا له عهد وذمة كالمسلم أيضاً، فإن كل حكم بين مسلم وذمي، فإنه يكون على حكم الإسلام.

مسألة: فإن وقع، وسام رجل على سوم أخيه، روى ابن حبيب عن مالك: يستغفر الله ويعرضها على الأول بالثمن، زادت أو نقصت، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك. وروى سحنون عن ابن القاسم في العتبية: لا يفسخ وأرى أن يؤدب. وقال غيره: بل يفسخ ذلك.

وجه قول مالك: يؤدب، يريد لمن عصى بهذا الفعل إلى الاستغفار منه، وندبه لمن منعه منه، وظلمه فيه. وزاد ابن القاسم: أنه يعاقب بالأدب، ولعله يريد من تكرر ذلك منه بعد الزجر.

ووجه قول الغير يفسخ أن قول النبي ﷺ نهى عنه والنهي يقتضى فساد المنهى عنه.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك: يعرضها على الأول، فإن كان الثاني أنفق عليها نفقة زادت له، أعطاه النفقة مع الثمن، فإن نقصت، فإن شاء أخذ المبيع، ولا شيء له، وإن شاء ترك، رواه ابن حبيب عن مالك، ومن بقى من أصحابه.

ووجه ذلك أن هذه النفقة إن كانت باقية كان للأول العوض منها، وإن كانت قد تلفت، ولم يؤثر زيادة، فلا شيء له منها، وهذا وجه يتلخص مما دخل فيه، والله أعلم.

٥٢٤ كتاب البيوع

فصل: وقول مالك: «إن معنى أن لا يسوم الرجل على سوم أخيه^(٢)، إذا كان قد ذكر البائع إلى السائم مما يعرف به أنه قد أراد مبايعته» ظاهره يقتضى أن البيع فى الحديث بمعنى الشراء ويبين أن المنع إنما يتعلق بحالة الاتفاق دون أشد المساومة، ووقت الاختلاف، وهو على ما قال، ولا خلاف فيه ولو منع من السوم على سوم متاع مع تباين ما بينهما وتباعدهما لفسدت بذلك حال كل بائع.

فما كان أحد شاء أن يمنعه من بيع السلعة إلا ساومه بها، وأعطاه عشر ثمنها، فإذا خرج على غير المساومة بها بما تقدم منه كان فى ذلك ضرر بين البائع، ومنع من بيع سلعته إلا باليسير من ثمنها ممن يمنع من بيعها من غيره من أجل مساومته، وهذا لا خلاف فى منعه.

مسألة: وهذا فى بيع المساومة، وأما فى بيع الزائدة، ففى الواضحة إنه خارج عما نهى عنه من السوم على سوم أخيه.

وقد استحج مالك للسلطان فيما بيع على مفلس أو ميت أن يتأنى ثلاثاً عسى بزائد أن يزيد، وفى بيع العقار ينادى عليه الشهرين والثلاثة بصفته ونعته وتسمية ما فيه، فإذا بلغ متناه على أحد استأناه ثلاثاً قبل الإيجاب، يكون فيه الخيار للسلطان لا للمبتاع، فإن زيد قبله، وإلا لزمه، فإذا أوجبه ثم جاء من يزيد لم تقبل زيادته.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/١٨٠: وأما قوله ﷺ: «لا يسوم الرجل على سوم أخيه»، فيشبه أن يكون مذهب الشافعى فى تأويل هذا اللفظ كمنهه مالك، وأصحابه، فى قوله ﷺ: «لا يبع أحدكم على بيع أخيه، ولا يسوم على سومه»، والله أعلم.

ولا خلاف عن الشافعى، وأبى حنيفة فى أن هذا العقد صحيح، وإن كره له ما فعل، وعليه جمهور العلماء، ولا خلاف بينهم فى كراهية بيع الرجل على بيع أخيه المسلم وسومه على سوم أخيه المسلم، ولم أعلم أحداً منهم فسخ بيع من فعل ذلك، إلا ما ذكرت لك عن بعض أصحاب مالك بن أنس. ورواه أيضاً عن مالك، وأما غيره فلا يفسخ البيع عنده؛ لأنه أمر لم يتم أولاً، وقد كان لصاحبه أن لا يتم إن شاء، وكذلك لا أعلم خلافاً فى أن الذمى لا يجوز لأحد أن يبيع على بيعه، ولا يسوم على سومه، وأنه والمسلم فى ذلك سواء، إلا الأوزاعى فإنه قال: لا بأس بدخول المسلم على الذمى فى سومه؛ لأن رسول الله ﷺ إنما خاطب المسلمين فى أن لا يبيع بعضهم على بيع بعض، وخاطب المسلم أن لا يبيع على بيع أخيه المسلم، فليس الذمى كذلك. وقال سائر العلماء لا يجوز ذلك. والحجة لهم أنه كما دخل الذمى فى النهى، عن النجش، وفى ربح ما لم يضمن، ونحوه، كذلك يدخل فى هذا، وقد يقال: هذا طريق المسلمين، ولا يمنع ذلك أن يدخل فيه ويسلكه أهل الذمة، وقد أجمعوا على كراهية سوم الذمى على الذمى، فدل على أنهم مرادون. والله أعلم.

كتاب البيوع ٥٢٥

وهذا معنى صحيح وبيع المساومة أن يقف الرجل بسلعته يسوم بها من يريد شراءها أو يجلس بها في حانوت أو مكان، فمن مر به ساومه عليها، فهذا إذا ركن إلى المبتاع، فهو الذى نهى أن يدخل على بيعه أحد؛ لأنه إنما نهى أن يبيع سلعته على المساومة، ومن فارقه، ولم يوجبه أو ما أعطاه من السوم، ثم أراد أن يلزمه البيع لم يكن له ذلك، وبيع المزايدة هو الرجل يعرض سلعته فى السوق يمشى بها على من يشتري تلك السلعة، ويطلب زيادة من يزيد فيها.

فهذا لا يمنع أحد من الزيادة فيها قبل الإيجاب، ويلزم من زاد فيها شراؤها بما زاد، وإن فارقه بغير الإيجاب؛ لأنه إنما أراد على أنه إن زاد غيره عليه، وإلا فهى له بما زاد فيها، فإذا أوقع الإيجاب له لم تقبل عليه زيادة.

فصل: وقوله: «ولا تلقوا الركبان»^(٣) يحتمل أن يريد ﷺ تلقى من يجلب السلع،

(٣) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٨٢/٨: أما تلقى السلع فإن مالكاً قال: أكره أن يشتري أحد من الجلب فى نواحي المصر حتى يهبط بها إلى الأسواق، فقليل له: فإن كان على ستة أميال، فقال: لا بأس به. ذكره ابن القاسم، عن مالك، وقال ابن وهب: سمعنا مالكاً وسئل عن الرجل يخرج فى الأضحى إلى مثل الإصطبل، وهو نحو من ميل، يشتري ضحايا وهو موضع فيه الغنم، والناس يخرجون إليهم يشترون منهم هناك، فقال مالك: لا يعجبني ذلك، وقد نهى عن تلقى السلع، فلا أرى أن يشتري شئ منها حتى يهبط بها إلى الأسواق، قال مالك: والضحايا أفضل ما احتيط فيه؛ لأنها نسك يتقرب به إلى الله تعالى، فلا أرى ذلك، قال: وسمعته وسئل، عن الذى يتلقى السلعة فيشتريها فتوجد معه أترى أن تؤخذ منه فنباع للناس، فقال مالك: أرى أن ينهى عن ذلك، فإن نهى عن ذلك ثم وجد قد عاد نكل.

قال أبو عمر: لم نر فى هذه الرواية لأهل الأسواق شيئاً فى السلعة المتلقاة، وتحصيل المذهب عند أصحابه، أنه لا يجوز تلقى السلع والركبان، ومن تلقاهم فاشترى منهم سلعة شركة فيها أهل سوقها إن شاءوا، وكان واحداً منهم، وسواء كانت السلعة طعاماً، أو بزاً، أو غيره وقد روى ابن وهب، عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتيه الطعام، والبز، والغنم وغير ذلك من السلع، فإذا كان مسيرة اليوم واليومين جاءه خبر ذلك وصفته، فيخبر بذلك، فيقول له رجل: معنى ما جاءك، أفترى ذلك جائزاً؟ قال: لا أراه جائزاً، وأرى هذا من التلقى، فقليل له: والبز من هذا؟ قال: نعم، البز مثل الطعام، ولا ينبغي أن يعمل فى أمر واحد بأمرين مختلفين، وأكره ذلك، وأراه من تلقى السلع. وقال الشافعى: يكره تلقى سلع أهل البادية، فمن تلقاها فقد أساء، وصاحب السلعة بالخيار إذ قدم بها السوق فى إنفاذ البيع أو رده، وذلك أنهم يتلقونهم فيخبرونهم بانكسار سلعتهم وكساد سوقها، وهم أهل غرة فيبيعونهم على ذلك، وهذا ضرب فى الخديعة، حكى هذا عن الشافعى الزعفرانى، والربيع، والمزنى، وغيرهم، وتفسير قول الشافعى عند أصحابه، أن =

٥٢٦ كتاب البيوع
فبيّناهم قبل ورود أسواقها ومواضع بيعها، وسواء كان التلقى فيما بعد عن موضع
البيع أو قرب. قال ابن حبيب عن مالك وأصحابه: وإن كان على مسيرة يوم أو يومين
من الحاضرة.

ووجه ذلك أن هذا فيه مضرة عامة على الناس؛ لأن من تلقاها أو اشتراها غلاها
على الناس، وانفرد ببيعها، فمنع من ذلك ليصل بائعها بها إلى البلد، فيبيعونها في
أسواقها، فيصل كل أحد إلى شرائها والنيل من رخصها.

مسألة: وكذلك فيما قرب، وقد سئل مالك عن خروج أهل مصر إلى الاصطبل
مسيرة ميل ونحوه أيام الأضحى يتلقون الغنم يشترونها، قال: هذا من التلقى، وكذلك
غير الضحايا متى ترد سوقها، رواه ابن المواز عن مالك.

ووجه ذلك أن هذا تلف يمنع من وصول ما جلب إلى سوق بيعه، فكان ممنوعاً منه
كالبعيد.

مسألة: وهذا فيما جرت العادة بتبليغه الأسواق ولا مضرة في ذلك، فأما ما كان

= يخرج أهل الأسواق فيحدهون أهل القافلة، ويشترون منهم شراء رخيصاً، فلهم الخيار؛ لأنهم
غروهم.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إذا كان التلقى في أرض لا يضر بأهلها فلا بأس به، وإذا كان يضر
بأهلها فهو مكروه.

وقال الأوزاعي: إذا كان الناس من ذلك شباعاً فلا بأس به، وإن كانوا محتاجين فلا يقربونه حتى
يهبط بها الأسواق، ولم يجعل الأوزاعي القاعد على بابهم فتمر به سلعة، لم يقصد إليها فيشتريها
ماتقياً، والمتلقى عنده التاجر القاصد إلى ذلك، الخارج إليه. وقال الحسن بن حي: لا يجوز تلقي
السلع ولا شراؤها في الطريق، حتى يهبط بها الأسواق، وقالت طائفة من المتأخرين من أهل
الفرقة والحديث: لا بأس بتلقى السلع في أول الأسواق، ولا يجوز ذلك خارج السوق على ظاهر
هذا الحديث.

وقال الليث بن سعد: أكره تلقي السلع في الطريق، وعلى بابك إذا قصدت إلى ذلك، وأما من
قدم على باب، وفي طريقه فمرت به سلعة يريد صاحبها السوق فاشتراها فليس هذا بالتلقى، وإنما
التلقى أن تعمد إلى ذلك قال: ومن تعمد ذلك وتلقى سلعة فاشتراها ثم علم به، فإن كان بائعها
لم يذهب، ردت إليه حتى تباع في السوق، وإن كان قد فات ارتجعت من المشتري وبيعت في
السوق، ودفع إليه ثمنها. وقال ابن جواز بنداد، البيع في تلقي السلع صحيح عند الجميع، إنما
الخلاف في أن المشتري لا يفوز بالسلعة، ويشركه أهل السوق ولا خيار للبائع، أو في أن البائع
بالخيار إذا هبط السوق.

كتاب البيوع ٥٢٧
يضر بالناس تبليغه الأسواق كالفواكه والثمار التي يلحق أهل الأصول ضرر بتفريق
بيعها، ومحتاجون إلى بيعها جملة ممن يجنيها أو يقيها في أصلها، ويدخلها إلى الأمصار
والقرى بقدر ما يتأتى له من بيعها، فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية في
الأجنة التي تكون حول الفسطاط من نخيل وأعناب، يخرج إليها التجار، فيشترونها
ويحملونها في السفن إلى الفسطاط للبيع: لا بأس بذلك. وقال في سماع أشهب: هو
من التلقى. وقال أشهب: لا بأس به، وليس من التلقى.

وفي كتاب ابن المواز عن مالك، في التجار يشترون الغنم من الريف فيسيرون على
مثل ميل من الفسطاط في مراعيها ويشتد عليهم إدخالها كلها أو يكون ذلك أرفق
بهم فيبيعونها، فيدخلها المشتري قليلاً قليلاً: أخاف أن يكون من التلقى. وقال في
العتبية: أراه من التلقى.

وجه القول الأول ما قدمناه من أن هذا وجه بيع الجلاب لها وتلحقه المضرة في
أخذها بإدخالها ويؤدي ذلك إلى إفسادها وتغيرها وطول مقامه عليها.

مسألة: وما أرسى بالساحل من السفن بالتجار، فلا بأس أن يشتري منهم الرجل
الطعام وغيره فيبيعه بها إلا أن يقصد الضرر والفساد، فلا يصلح لأنه من باب الحكمة.
ووجه ذلك أن هذا منتهى سفر الوارد، فلا يكلف سفر آخر؛ لأن ذلك مضر به
كما لو كان السفران في البر.

وهذا على ثلاثة أضرب، أحدها: ما قدمناه، وهو أن يخرج إلى السلع، فيتلقاها
ويشتريها قبل أن تبلغ أسواقها. والثاني: أن يرد خبرها قبل أن ترد، فيشتريها من بلغه
ذلك قبل وصولها. والثالث: أن تمر بمنزله قبل أن تصل إلى أسواقها، وقد تقدم الكلام
في الضرب الأول.

وأما الضرب الثاني، فقد روى ابن المواز عن مالك فيمن جاءه طعام أو بز أو غيره
فوصل إليه خبره وصفته على مسيرة يوم أو يومين، فيخبر بذلك فيشتريه منه رجل، فلا
خير فيه، وهذا من التلقى.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنه شراء السلع قبل وصولها الأسواق، وإنما الاعتبار على
هذا بوصول السلع ووصول بائعها ولو وصلت السلع السوق، ولم يصل بائعها، فخرج
إليه من يتلقاها ويشتريها منه قبل أن يهبط إلى الأسواق ويعرف الأسعار، فلم أر فيه
نصاً، وعندى أنه من التلقى الممنوع، والله أعلم.

٥٢٨ كتاب البيوع

مسألة: وأما إذا مرت بمنزله قبل أن تصل أسواقها، فلا يخلو أن يكون منزله خارج المصر أو بطرف ما بينه وبين السوق.

فإن كان خارج المصر مثل أن يكون بقربه، ففي الموازية عن مالك فيمن مرت به السلع ومنزله بقرب المصر الذي هبط إليه بتلك السلع، ومن على ستة أميال من المدينة، ومثل العقيق من المدينة، فله أن يشتري منها للأكل وللقنية، أو ليلبس أو ليضحى أو يهدى ونحوه، فأما للتجاره، فلا، ولا يتاعها من مرت بباب داره في البلد وإن لم يرد التجارة.

فرع: وهذا فيما كان له سوق قائم من السلع، وما لم يكن له سوق، فإذا دخلت بيوت الحاضرة والأزقة، جاز شراؤها، وإن لم تبلغ السوق، رواه ابن حبيب، عن مالك وأصحابه.

مسألة: وإذا بلغت السلعة موقفها ثم أتقلب بها بائعها، ولم تبع أو باع بعضها، فلا بأس أن يشتريها من مرت به أو من دار بائعها من الواضحة.

ووجه أنه قد خرج عن حد الجالب ببلوغه السوق وعرضها فيها للسلع وانتقل إلى حكم المحتكر، وذلك مباح يشتري منه حيث شاء.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن وقع التلقى من إنسان فلمالك في ذلك قولان في الموازية، روى عنه ابن القاسم: أنه ينهى، فإن عماد أدب، ولا ينزع منه شيء، وهو اختيار أشهب.

وروى عنه ابن وهب: ينزع منه ما ابتاع، فتباع لأهل السوق. واختار ابن المواز: أن يرد شراؤه على بائعها، وبه قال ابن حبيب.

وجه رواية ابن القاسم أن البيع عقد لازم، ولم يتعلق به وجه فساد يمنع صحته، فإنما يتعلق بالتلقى الحرج لمن فعله، وذلك لا يوجب أخذ ما اشتراه وانتزاعه منه.

ووجه رواية ابن وهب أن لأهل الأسواق حظاً فيما اشتروه كما لو حضروا مساومته.

ووجه قول ابن المواز ما احتج به من أن النبي ﷺ نهى عنه وما نهى عنه، فهو ردود، وهذا قد قال به قوم من أصحابنا أن النهى يقتضى فساد النهى عنه.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن وهب، فقد روى عنه أن السلعة تعرض لأهل السوق، فما

كتاب البيوع ٥٢٩

ربح فهو بينهم، وما كان من وضعية فعلية، وإن قلنا برواية الفسخ، فقد قال ابن المواز: ترد على بائعها، فإن فات أمر من يقوم ببيعها لصاحبها.

وقال ابن حبيب: إن فات بائعها، فإن كان المتلقى لم يعتد ذلك تركت له، وزجر، وإن كان اعتاد ذلك وتكرر، فإن كان لها سوق وقوم راتبون لبيعها، فلهم أخذها بالثمن أو تركها له، وإن لم يكن لها أهل راتبون عرضت في السوق بثمنها لعامة الناس، فإن لم يوجد من يأخذها بذلك، تركت له.

وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: أرى أن يشترك فيها التجار وغيرهم ممن طلب ذلك، ويكون كأحدهم، وقاله عبدالله بن عبدالحكم، وزاد: بالخصص بالثمن الأول.

وجه قول محمد أن فسخ العقد يقتضى أن يرجع إلى ملك البائع، فإن كان حاضراً أخذها، وإن غائباً قدم له من يبيع عنه، ويحتمل أن يريد إن كانت زيادة، فله وإن نقصاناً، فعليه؛ لأنه قد فعل المحذور في بيعه قبل أن يبلغ السوق.

وقد روى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فمن قدم بقمح من الإسكندرية، فقال، حين خرج: إن وجدت بيعاً في الطريق، وإلا بلغت القسطاط، قال: لا يبيع في الطريق ويبيع بالقسطاط، إلا أن ينوى قرية بها سوق، فلا بأس ببيعه فيها، فثبت أن البائع ممنوع من البيع قبل بلوغ الأسواق ومواضع البيوع.

ووجه قول ابن حبيب أن البيع لا يفسخ لفساده، وإنما يفسخ لتعلق حق الغير به، فإن كان صاحبه حاضراً فسخ لإمكان ذلك فيه، وإن فات فسخه بقوات بائعه، عرض على له فيه حق، فإن لم يرده، ترك له.

فرع: قال ابن حبيب: ويعاقب من تكرر منه تلقى السلع بما يراه الإمام من سجن أو ضرب أو إخراج من السوق، قال ابن المواز: لا يطيب للمتلقى ربح ما تلقى، فلا أحب أن يشتري من لحم ما تلقى. وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية: أنه قيل له: أيتصدق بالربح، فقال: ليس بحرام، ولو فعل ذلك احتياطاً، لم أر به بأساً.

فصل: وقوله: «ولا تناجشوا» سيأتي ذكره بعد هذا.

وقوله: «ولا يبيع حاضر لباد» فيه ثلاثة أبواب، الأول منها: في تعيين البادى الذى يمنع من البيع له. والثانى: فى التصريف الذى يمنع له. والباب الثالث: فى حكم البيع له إذا وقع.

* * *

الباب الأول: فى تعيين البادى الذى يمنع من البيع له

أما البادى الذى منع من البيع له، فإن أهل البوداى ضربان، ضرب أهل عمود، وضرب أهل منازل واستيطان، فأما أهل العمود، فلا خلاف فى أنهم مرادون بالحديث، قال ابن المواز عن مالك، فى النهى عن بيع الحاضر للبادى: هم الأعراب أهل العمود، لا يباع لهم، ولا يشتري عليهم. والأصل فى ذلك الحديث فى النهى عن ذلك.

ومن جهة المعنى أنهم لا يعرفون الأسعار، فيوشك إذا تناولوا البيع لأنفسهم استرخص منهم ما يبيعون لأن ما يبيعونه أكثره لا رأس مال لهم فيه؛ لأنهم لم يشتروه، وإنما صار إليهم بالاستغلال، فكان الرفق بمن يشتريه أولى مع أن أهل الحواضر هم أكثر الإسلام، وهى مواضع الأئمة، فيلزم الاحتياط لها والرفق بمن يسكنها.

مسألة: وأما أهل القرى، فقد قال ابن المواز عن مالك: إنه لم يرد بالنهى عن ذلك أهل القرى الذين يعرفون الأتمان والأسواق، ولا بأس به، وأرجو أن يكون خفيفاً.

وروى هذه المسألة العتبي عن مالك، ولكنه قال: فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض، فأرجو أن يكون خفيفاً. ورورى ابن المواز عن مالك: وأما أهل القرى الذين يشبهون أهل البادية، فلا يباع لهم، ولا يشتري عليهم، قال: وإن كانوا أيام الربيع فى القرى، ومن بعد ذلك فى الصحراء على الميلىن من القرية، وهم عالمون بالسعر، فلا يباع لهم.

وينقسم الأمر على ذلك ثلاثة أقسام: البدوى لا يباع له، عرف السعر أو لم يعرفه، والقروى وإن كان يعرف الأسعار، فلا بأس أن يباع له، وإن كان لا يعرفها لم يبيع له.

فرع: وما قدر القرية التى تبيح البيع له، روى فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم: لا نهى عن البيع لمن كان من أهل ميد، أى وما أشبهها لأن هذه مدائن وكور.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن هذه كور وحواضر لأهلها من الحرمة مثل ما لغيرهم مع معرفتهم بالأسعار والأسواق، وليس فى المنع من البيع لهم إلا الإضرار بهم دون منفعة تجتلب بذلك.

مسألة: وقد روى ابن المواز عن مالك: لا يبيع مدنى لمحصرى، ولا مصرى لمدنى. وفى العتبية: فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض، فأرجو أن يكون خفيفاً.

كتاب البيوع ٥٣١
فوجه الأول أن اغتربهم وبعد أوطانهم يقتضى جهلهم بالأسعار، فمنع من يعرفها
من البيع لهم ليرخص بذلك ما جلبوه. ووجه القول الثاني: أن حرمتهم متساوية
وبأيسر مقام فى البلد يعرفون الأسعار، ولا يصح أن يخفى ذلك عليهم، فلا فائدة
لكتمانهم ذلك.

* * *

الباب الثانى فى التصرف الذى يمنع له

أما ما يمنع منه من التصرف له، فقد روى ابن المواز عن مالك فى البدوى لا يبيع له
الحضرى ولا يشتري عليه، وهذا متفق عليه فى البيع، وكذلك فى أهل القرى الذين
يشبهون البادية، وقال مالك فى العتبية: إذا قدم البدوى، فأكره أن يخبره الحضرى
بالسعر. وذكر ابن حبيب: أنه لا يبعث البدوى إلى الحضرى بمتاع يبيعه له.

مسألة: وأما الشراء للبدوى، ففى الموازية والعتبية عن مالك: لا بأس بذلك بخلاف
البيع. وقال ابن حبيب: لا يبيع له ولا يشتري.

وجه القول الأول أن هذا الاسترخاص مشروع مستحب، ولذلك نهى أن يبيع
الحاضر للبادى طلباً لرخص ما يبيع، ولذلك يجب أن يباح له أن يشتري له يسترخص
له ما يشتريه.

وجه ثان، وهو أن أكثر ما يبيعه البدوى ما يصير إليه بالغلة، فليس عليه فى رخصه
كبير مضرة وما يشتريه حكمه فيه حكم الحضرى، فلذلك خالف ببيعه شراؤه. ووجه
القول الثانى أنه معاوضة تخصه، فلم يتناولها الحضرى للبدوى كالبيع.

* * *

الباب الثالث: فى حكم البيع له إذا وقع

قد قال ابن القاسم: يفسخ البيع، حضر البدوى أو بعث سلعته إلى الحاضرة، ورواه
ابن حبيب عن مالك. قال ابن حبيب: قال: وكذلك الشراء، وقاله أصبغ فى بيع
المصرى للمدنى، وبيع المدنى للمصرى، ولم ير ابن عبدالحكم فسخه إذا باع حاضر
لباد. ورواه سحنون عن ابن القاسم فى العتبية.

وجه القول الأول نهى النبى ﷺ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه. ووجه القول
الثانى أن العقد سالم من الفساد، وإنما نهى عنه لمعنى الاسترخاص، ولذلك لا يعود
بالفسخ لأن البدوى قد علم بالبيع الأول ثمن سلعته، فلا يرخص بفسخه.

٥٣٢ كتاب البيوع

مسألة: ومن تكرر منه هذا، قال ابن القاسم في العتبية: يؤدب. وروى زونان عن ابن وهب: يزجر ولا يؤدب، وإن كان عالماً بمكروهه.

وجه القول الأول أن هذه مضرة عامة، وقد تكرر منه مخالفة الإمام فيها، فكان حكمه الأدب. ووجه قول ابن وهب أن الزجر في ذلك كاف لأنه نوع من التسعير، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ولا تصروا الإبل والغنم» التصرية حبس اللبن في الضرع، مأخوذ من حبس الماء، يقال صرته وصرته، والمصرة هي المحفلة لأن اللبن حفل في ضرعها، والحافل العظيمة الضرع.

فصل: «فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها» يريد أن التصرية تدليس ونقص اللبن عما كان عليه حين البيع نقص، فللبائع إذا طلع على ذلك الإمساك أو الرد كسائر العيوب، وبهذا قال الشافعي والليث وأبو يوسف.

وقال أبو حنيفة ومحمد: التصرية ليست بتدليس، ونقص اللبن ليس بعيب، وليس للمبتاع الرد.

والدليل على ما نقوله الحديث، وهو يستدل به من وجهين، أحدهما: أنه قال: «فمن ابتاعها بعد ذلك» يريد بعد التصرية، «فهو بخير النظرين» فالظاهر أنه جعل له الرد بالتصرية، وليس هاهنا وجه يريد به إلا بالعيب، لأن العقد وقع لازماً.

ووجه آخر وهو أنه ﷺ جعل المبتاع بخير النظرين، بعد أن يتبين أمرها بالحلب «إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها» وهذا نص في موضع الخلاف.

ومن جهة المعنى أن معنى التدليس ستر العيب، وهذا موجود في التصرية لأن البائع ستر ما في شاته أو ناقته من قلة اللبن عما ابتاع عليه المبتاع، وذلك أن المبتاع اعتقد أن ذلك عادة فيها، وعلى ذلك اشتراها، فإذا تبين له نقصها عن ذلك كان له الرد على البائع كما لو جعد البائع، جاريتته، فاشتراها المبتاع على ذلك، ثم تبين له أنه غير ذلك كان له الرد.

فصل: وقوله ﷺ: «فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها». قال محمد: له الرد بعد أن يحلب مرتين، فإن حلب ثلاثاً لزمته. وقال ابن القاسم، لما سأل أيردها بعد الثلاثة: إذا رأى من ذلك ما يعلم أنه قد اختبرها قبل ذلك، فما حلب بعد ذلك منع الرد.

كتاب البيوع ٥٣٣

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أنه يكون الخيار بعد الثلاثة. وقد روى ابن سيرين عن أبى هريرة فى هذا الحديث، «فهو بالخيار بعد أن يجلبها ثلاثاً» ورواه ابن وهب من حديث أبى صالح عن أبى هريرة.

ومن جهة المعنى أن الحلبة الثانية لا يعلم بها حالها لجواز أن يكون نقص اللبن لاختلاف المرعى، ولأن التحفيل يقلل لبنها فى الحلبة الثانية، فإنما يعلم حقيقة أمرها بالثالثة، فيجب أن يكون له الخيار بعدها لأنه بها يتبين أمرها.

مسألة: وإن اشترى غنماً غير مصراة، فحلبها، فلم يرض حلابها، فإن كان البائع لم يعلم حلابها، ففى المدونة لابن القاسم: ليس له ردها.

ومعنى ذلك أنه قد استوى علمها فى قدر المبيع جزءاً كالبائع لبصرة الطعام، فإن علم البائع قدر ما يجلب، فلم يخبر بذلك المبتاع، فإن كان فى إبان لبنها، فقد قال ابن القاسم: له الرد بمنزلة من باع صبرة جزافاً علم كيلها، فلم يخبر بذلك المبتاع.

وإن لم يكن البيع فى إبان لبنها، لم يكن للمبتاع ردها، وإن كان البائع قد عرف قدر لبنها، وإن كانت شاة لبن. وقال أشهب: للمبتاع ردها، حلبت أو لم تحلب، إذا كانت شاة لبن. قال محمد: وأرى أن ينظر فى ثمنها، فإن كانت فى كثرته بحيث يعلم أنها لم تبع لشحمها ولحمها ولا لتناج مثلها ذلك اللبن، وإنما بيعه للبنها، فله الرد إذا كتمه البائع قدر اللبن.

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن البائع لم يقصد بائتياعه اللبن، وإذا كانت فى إبان لبنها، فالظاهر أنه اشتراها للبنها، فروعى ذلك فيها.

مسألة: وإن كانت إبلاً أو بقراً، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن كانت البقر يطلب منها اللبن مثل ما يطلب من الغنم، فهى بمنزلتها.

مسألة: ومن اشترى شاة على أنها تحلب قسطاً، فقد قال ابن القاسم: البيع جائز، وتجرب الشاة، فإن كانت تحلب ما شرطه له وإلا ردها، واحتج بحديث المصراة فى أنها بالتصرية ترد، فبأن ترد فى هذا أولى.

ومعنى ذلك أن التصرية إنما تقوم مقام الشرط، فإذا ثبت بها الرد، فبأن ترد بالشرط، وهو أبين أولى.

فصل: وقوله ﷺ: «وإن شاء ردها وصاعاً من تمر» معناه والله أعلم، إن اختار

٥٣٤ كتاب البيوع

إمساكها بعد أن ثبتت له التصرية أمسكها، ولا شيء له، وإن شاء أن يردها ردها ورد معها صاعًا من تمر، قال ابن القاسم: قلت لمالك: أتأخذ بحديث المصراة؟ قال: نعم، وإنما أتبع ما سمعت أولاً حد في هذا الحديث.

وقد روى أن مالكًا قال لما سأل عن ذلك: ﴿فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم﴾ [النور: ٦٣] قال ابن المواز: ولم يأخذ به أشهب. وقال: جاء ما يضعفه أن الغلة بالضممان، وسألت عنه مالكًا، فكأنه ضعفه. وقال أشهب: وهو لو ردها بعيب، وقد أكل لبنها، فلا شيء عليه.

فوجه رد الصاع، أن اللبن الذي في الضرع حال التحفيل مبيع مع الشاة، وإذا تلف عند المبتاع أو تغير بالحلب كان عليه أن يرد عوضًا منه كالثمرة في رءوس النخل والصوف على الغنم، وأما ما حدث بعد ذلك، فلا يرد المبتاع ولا يرد عوضًا عنه وإنما الصاع عوض عن لبن التصرية خاصة.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه لبن حلب بعد الشراء، فلم يرد المبتاع للرد بالعيب كاللبن الحادث بعد ذلك، وأما قوله: إن الحديث قد ضعفه ما جاء من أن الغلة بالضممان، فيحتاج إلى تأمل؛ لأن حديث المصراة حديث صحيح لا خلاف بين أهل الحديث في صحته، ولا يجرى مجراه ما روى أن الغلة بالضممان، ولو صح حديث الغلة بالضممان لما كان فيه حجة، لأن حديث الغلة عام، وحديث المصراة خاص، فيقضى به على حديث الغلة مع أن الغلة إنما هي ما حدث عند المبتاع دون ما اشتراه مع البيع.

فروع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم عن مالك، فإنه يرد معه صاعًا لأن النبي ﷺ حكم به لرفع الخصام في ذلك لكثرة تردده وادعاء البائع من اللبن أكثر مما يظهره إليه المبتاع مع أنه لا يميز أحد اللبنين من الآخر لأنه يحدث بعد الشراء إلى وقت الحلب في الأغلب ما لا يميز من لبن التصرية، فحكم في عوض ذلك النبي ﷺ بما رفع الخصام ويحسم دعاوى، وهو صاع؛ لأنه أمر مقدر.

وهذا كما حكم النبي ﷺ في الجنين بغرة لما كان لا يتميز غالبًا، ذكره من أنثاه، سواء كان الجنين ذكرًا أو أنثى، ولو كان حيًا لكان في الأنثى نصف دية الآخر، وقضى في جنين الأمة بعشر قيمة أمه، ولو ولدت الجنين لتفاوتت قيمتهما.

فروع: وسواء كان المبيع شاة أو بقرة أو ناقة، فإن ابن القاسم، قال: لا يرد إلا صاعًا. والأصل في ذلك الحديث المذكور، وهو قوله ﷺ: «لا تصرروا الإبل والغنم، فمن

كتاب البيوع ٥٣٥
ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يجلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها
وصاعًا من تمر^(*).

ولم يفرق بين الغنم والإبل، ونبه بذلك على البقر؛ لأن الغنم أطيب لبنًا، والإبل
أكثر لبنًا، والبقر أكثر لبنًا من الغنم، وأطيب لبنًا من الإبل.

فرع: فإذا كانت الإبل والغنم عددًا.

قال الإمام القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: فقد وجدت لبعض شيوخنا
الأندلسيين: يرد لجميعها صاعًا واحدًا، ولعله تعلق بظاهر الحديث: «لا تصروا الإبل
والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فله أن يردها وصاعًا من تمر».

ولو قال قائل: إنه يرد مع كل واحدة صاعًا لرأيت له وجهًا.

فرع: وماذا يكون الصاع؟ قال ابن القاسم عن مالك: من غالب قوت البلد، وبه
قال أبو على عن أبي هريرة من أصحاب الشافعى. وقال زياد بن عبدالرحمن عن مالك:
وجدته فى كتابى: من اشترى شاة أو ناقة مصراة، فله إذا حلبها أن يردها ومكيلة ما
حلب من اللبن تمرًا أو قيمته. وقال أكثر أصحاب الشافعى: لا يكون إلا من التمر. وقد
تعلق أصحابنا فى ذلك بما روى ابن سيرين عن أبى هريرة فى هذا الحديث: «وصاعًا
من طعام».

ووجه ذلك على الرواية المشهورة فى صاع التمر أنه خص التمر بالذكر؛ لأنه كان
أغلب قوت ذلك البلد، فيجب أن يكون بغيره من البلاد غالب قوتهم كزكاة الفطر.

فرع: فإن أراد أحدهما أن يكون اللبن بدل الصاع لم يلزم الآخر، فإن اتفقا على
ذلك، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: لا يجوز ذلك، واحتج بأنى أخاف أن يكون من
بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأن النبى ﷺ فرض عليه صاعًا من تمر فصار ثمنًا، قد وجب
للبيع، فلا يفسخه فى اللبن قبل القبض.

ووجه آخر وهو أن الذى يجب رده ما كان موجودًا من اللبن حين البيع، وذلك لا
يتميز من غيره، فلا يمكن رده. وقال سحنون: لا بأس؛ لأنه يكون إقالة، وما ذكرناه
يمنع منه، والله أعلم.

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٣٦٤.

٥٣٦ كتاب البيوع

١٣٦٥ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ النَّجْشِ^(١).

قَالَ: وَالنَّجْشُ أَنْ تُعْطِيَهُ بِسِلْعَتِهِ أَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَلَيْسَ فِي نَفْسِكَ اشْتِرَاؤُهَا، فَيَقْتَدِي بِكَ غَيْرُكَ.

الشرح: نهيه عن النجش^(٢) يقتضى فسادَه وتحرّمه.

وقال مالك: إن معنى ذلك أن يعطى بسلعته من يريد منفعتها أكثر من ثمنها، ولا يرد بذلك شراؤها، ولعله قد وافقك على أن ما زدت غير لازم ليقتندي بك غيرك فيزيد بزيادتك أو ليلغنه من الثمن ما لولا زيادتك لم يبلغها لحاجته إليها وحرصه عليها.

وقال أهل اللغة: إن أصل النجش الاستشارة لشيء، ولذلك يقال للصائد ناجش لما كان يثير الصيد، فكان الزائد في السلعة يثير غيره من المشتري للزيادة فيها، ويريهم الحرص عليها.

١٣٦٥ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٤٢. ومسلم فى البيوع ١٥١٦. والنسائى فى البيوع ٤٤٩٥، ٤٥٠٣. وابن ماجه فى التجارات ٢١٧٣. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥١٧، ٥٢٨٢، ٥٨٢٨، ٦٤١٥.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٠١/٨: هكذا روى هذا الحديث جماعة أصحاب مالك، عن مالك، وزاد القعنبي، وقال: وأحسبه قال: وأن تتلقى السلع، حتى يهبط بها إلى الأسواق، ولم يذكر غيره هذه الزيادة ورواه أبو يعقوب إسماعيل بن محمد قاضى المدائن، قال: أنبأنا يحيى ابن موسى البلخى، قال: أنبأنا عبد الله بن نافع، قال: حدثنى مالك بن أنس، عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن التحبير. والتحبير: أن يمدح الرجل سلعته بما ليس فيها، هكذا قال: التحبير، وفسره، ولم يتابع على هذا اللفظ، وإنما المعروف النجش.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٠١/٨: أما النجش فلا أعلم بين أهل العلم اختلافاً فى أن معناه أن يعطى الرجل الذى قد دسه البائع وأمره فى السلعة عطاء لا يريد شراؤها به فوق ثمنها ليغتر المشتري فيرغب فيها، أو يمدحها بما ليس فيها فيغتر المشتري، حتى يزيد فيها، أو يفعل ذلك بنفسه ليغر الناس فى سلعته، وهو لا يعرف أنه ربهها.

وهذا معنى النجش عند أهل العلم، وإن كان لفظى ربما خالف شيئاً من ألفاظهم فإن كان ذلك فإنه غير مخالف لشيء من معانيهم، وهذا من فعل فاعله مكر وخداع، لا يجوز عند أحد من أهل العلم، لنهى رسول الله ﷺ عن النجش، وقوله: لا تناجشوا. وأجمعوا أن فاعله عاص لله إذا كان بالنهاى عالماً واختلف الفقهاء فى البيع على هذا إذا صح وعلم به. فقال مالك: لا يجوز النجش فى البيع، فمن اشترى سلعة منجوشة فهو بالخيار إذا علم، وهو عيب من العيوب.

كتاب البيوع ٥٣٧

مسألة: فإن وقع البيع على وجه النجش، ففى المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن علم بذلك المبتاع، فله أن يردّه ما لم تفتت، فإن فاتت، فله أن يأخذها بقيمتها ما لم تكن أكثر مما ابتاعها به، فلا تزداد على ذلك.

وقال ابن حبيب: من دس من يزيد فى سلعته ليقتمدى به، أن يبعه يفسخ، إلا أن يرضى بها المبتاع بالثمن، فإن فاتت فعليه القيمة إن ثبت أن هذا دسه البائع أو أحد سببه من ولده أو عبده أو شريكه أو من هو من ناحيته وإن لم يكن بسببه ولا أمره، فلا بأس به يريد أنه لا بأس به للبائع؛ لأن ذلك لم يكن عن اختياره، ولعله أراد لا بأس به إذا كان الزائد فى السلعة زاد على وجه الشراء والرغبة فيها لا على وجه النجش؛ لأن النجش إذا وجد، فقد وجد البيع على وجه الخلافة والغش للمبتاع، فلا يسوغ للبائع، وإن كان غيره قد صنع له ذلك بغير أمره.

مسألة: وأما الذى يقول: أعطيت بسلعتى كذا، فإن كان صادقاً، فلا بأس به إذا كان العطاء حديثاً. وأما إن كان العطاء قديماً فكتم قدمه، والمبتاع يظنه حديثاً، فلا، وكذلك النجش، قاله مالك فى العتبية والموازية.

ووجه ذلك أنه إذا أعطيه بقرب المساومة، فهو صادق، ولا خلافة فى قوله، وإن كان قديم العطاء وتغيرت الأسواق، فهو نوع من النجش، وذلك غير جائز والنجش من جهته أن يكذب فى ذلك، ويقول: أعطيت فيها ما لم يعط.

مسألة: ولو قال المبتاع للبائع: ما أعطيت بسلعتك زدتك ديناراً، فقال: أعطاني بها فلان مائة، فزاده واحداً، ثم قال فلان: ما أعطيت إلا تسعين.

قال مالك فى الموازية: يلزمه البيع، ولو شاء لثبت إلا أن تكون بينة حاضرة على إعطاء فلان دون ذلك، فيرد البيع إن شاء، ولا شىء على البائع، وكذلك لو قال: أعطيت بها مائة فصدقه، وزاده لزمه البيع. قال مالك فى العتبية: ولا يمين عليهما.

ووجه ذلك أنه صدقة، فلا يلزمه إنكار المساوم قبله؛ لأن البائع يقول: كره بيعى، فجدد ما أعطاني، فلا ينقض بيعه بذلك.

مسألة: وهذا فى زيادة الثمن، فأما فى نقصه، فمثل أن يقول المبتاع لرجل حاضر: كف عنى لا تزد على فى هذه السلعة، ففى كتاب محمد: لا بأس بذلك. فأما الأمر العام فلا يريد عندى والله أعلم، أن يقول ذلك لكل من يريد شرائها أو معظمهم، وأما الواحد الذى يخاف منه الزيادة فى ثمنها على قيمتها أو تبقى منافسة فيها، فلا بأس

٥٣٨ كتاب البيوع
بذلك. وكره أن يقول: كف عنى، ولك نصفها، ورأه من الدلسة. وكره للقوم
يجمعون للبيع، فيقولون: لا تزيدوا على كذا.

ووجه ذلك أنهم تواطؤا على أذى البائع وحط بعض ثمن سلعته وذلك ممنوع.

مسألة: ولو أن سلعة بين ثلاثة، فقال أحدهم لآخر: إذا تقاومناها، فإخرج منها بربح
ليقتدى بك صاحبنا، والعبد بينى وبينك، ففعل، وثبت ذلك بينة أو إقرار، ففى
الواضحة والعتبية عن مالك: البيع مردود ولا يجوز. قال ابن حبيب: ولا يأخذ بهذا
أصبخ، ولم يره من النجش، وبه أقول لأن صاحبه لم يرد أن يقتدى بزيادته إنما أمسك
عن الزيادة لرخصه على نفسه وصاحبه، فلا بأس بذلك.

وجه القول الأول أن هذا معنى فعله ليقتدى به فى ثمن المبيع كالنجش.

* * *

جامع البيوع

١٣٦٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ
لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ يُخَدَعُ فِي الْبُيُوعِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا
خِلَابَةَ». قَالَ: فَكَانَ الرَّجُلُ إِذَا بَايَعَ يَقُولُ: لَا خِلَابَةَ.

الشرح: قوله: «إن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيوع» يقال إنه منقذ
ابن عمرو الأنصارى المازنى جد واسع بن حبان، وكان سبب ذلك أنه أصابته فى رأسه
فى الجاهلية مأمومة، فغيرت لسانه، وغيرت بعض ميزه، وقد قيل إن حبان بن منقذ هو
الذى كان يخدع فى البيوع، فقال له رسول الله ﷺ: «بع وقل: لا خلابة وأنت
بالخيار».

وقد قال بعض الناس: إن هذا الحديث خاص بهذا الرجل لما كان فيه من الحرص
على البيع وضعفه عن التحرز فيه. وقد روى القاضى أبو محمد فى إشرافه: إذا تبايع
الناس بما لا يتغابن الناس بمثله فى العادة، وكان أحدهما ممن لا يخبر بسعر ذلك المبيع،
فاختلف أصحابنا، فمنهم من يقول: لا خيار له، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. ومنهم
من يقول: له الخيار إذا زاد على الثلث، وأخرج عن العادة والمتعارف فيه.

١٣٦٦ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١١٧. ومسلم فى البيوع ١٥٣٣. والنسائى فى البيوع
٤٤٨٢. وأبو داود فى البيوع ٣٥٠٠. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٥٢٤٩، ٥٣٨٢،
٦٠٩٩، ٥٤٩١.

كتاب البيوع ٥٣٩

قال: والدليل على هذا القول نهيه ﷺ عن إضاعة المال، ومن باع ما يساوى عشرة دنانير بدرهم، فقد أضاع ماله كما أن من اشترى ما يساوى درهماً بعشرة دنانير، فقد أضاع ماله. قال: ونهيه ﷺ عن تلقي السلع.

ومن جهة المعنى أن هذا المعنى هذا نوع من الغبن فى الأثمان، فكان مؤثراً فى الخيار كالعيب، فعلى هذا يكون حكم الحديث عاماً فى كل أحد على مثل حاله.

وإنما كان معنى قول حبان بن منقذ: لا خلافة، على وجه الإعلام منه بأنه لا يخبر الأثمان، وعلى وجه الإعلام للناس بهذا الحكم، وأنه لا تنفذ خلافة الخالب على مغبون مستسلم.

وقال ابن حبيب فى واضحته: لو أن أحد المتبايعين من جهلة البيع باع أو اشترى ما يساوى مائة درهم بدرهم لزمهما.

ووجه ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه نهى أن يبيع حاضر لباد.

قال القاضى، رضى الله عنه: ويحتمل عندى ابتياعه على المراجعة فيكون قول: لا خلافة، لمن يزيد عليه فى الشراء، وهذا حكم عام إن من اشترى مراجعة، فزيد عليه فى الثمن أنه بالخيار.

ويحتمل أن يكون ابتياعه بالخيار، وأنه كان يشترطه، ويقول مع ذلك: لا خلافة، بمعنى اشتراط الخيار يتحرز من استداعه.

وقد روى ابن إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال له: «بع وقل: لا خلافة، وأنت بالخيار ثلاثة» ولا يحتج برواية ابن إسحاق، ويحتمل أن يكون النبى ﷺ حكم له بهذا، وحجر عليه أن يبيع بغير الخيار، وأعلم الناس بذلك، وأمره أن يذكر حكمه بقوله: لا خلافة.

ويحتمل أن يكون النبى ﷺ يأمره أن يقول: لا خلافة، على وجه الإعذار إلى من يبايعه ليتوقى خديعته أهل الصلاح والدين لا ليكون له الخيار إن خدع، ولكن لتلا يقدم على خديعته من يأنم به، وكان قليلاً فى ذلك الزمن.

ويحتمل أن يريد به لا خلافة فى صفة النقد، وفى وفاء الوزن والكيل واستيفائهما، فمن غبنه فى شىء من ذلك كان له الرجوع عليه، وهذه حالة جميع الناس.

فصل: وقوله: «قل: لا خلافة» الخلافة الخداع، وليس من الخداع أن يبيع البائع

٥٤٠ كتاب البيوع
بالغلاء أو يشتري المشتري برخص، وإنما الخلابة أن يكتمه عيبا فيها، ويقول: إنها
تساوى أكثر من قيمتها، وأنه قد أعطى فيها أكثر مما أعطى بها.

وقد روى حكيم بن حزام عن النبي ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإن
صدقا وبينا، وبورك لهما، وإن كذبا وكتما، محقت بركة بيعها» (*). ولذلك نهى رسول
الله ﷺ عن النجش؛ لأنه من باب الخديعة في البيع وإظهار الناجش للمبتاع أن قيمتها
أكثر من قيمتها وأنه يريد أن يبتاعها.

١٣٦٧ - مَالِكُ عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: إِذَا
جُنَّتْ أَرْضًا يُوفُونَ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ، فَأَطَّلِ الْمَقَامَ بِهَا، وَإِذَا جُنَّتْ أَرْضًا يُنْقِصُونَ
الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ، فَأَقْلِلِ الْمَقَامَ بِهَا.

الشرح: قوله: «إذا جنت أرضا يوفون المكيال والميزان، فأطل المقام» يشمل
وجهين، أحدهما: أن يبارك لهم فيما يكيلونه ويزنونه، فمن أطل المقام بها ناله من
بركة عملهم، وبورك له إذا عمل بعملهم كما يبارك لهم. والوجه الآخر: أن يكون
الخير والعدل شائعا عندهم؛ لأن الكيل والميزان إذا كان جاريا على ما أمر الله به من
توفية الحق وظهوره حتى يعم جميعهم، فإن الغالب أن سائر أحوالهم جارية على حسب
ذلك.

فصل: وقوله: «إذا جنت أرضا ينقصون المكيال والميزان، فأقلل المقام بها» يشمل
أيضا وجهين، أحدهما: أن هذه عقوبة قد عاقب الله تعالى من أجلها أمما وأهلكهم
بسببها، فحذر المقام ببلد يكون هذا فيهم، ويشيع في أسواقهم، وحذر أن يصيبهم
بعذاب من عنده، فيناله معهم ما يذهب من بركة ماله، ويصرفه بالبيع والشراء.

والوجه الثاني: أن النقص في ذلك يذهب بركة البيع، فلا حظ لهم في المقام فيه،
وقد قال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا كَتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٠٧٩، ٢٠٨٢، ٢١٠٨، ٢١٠٩، ٢١١٠، ٢١١٤. مسلم
حديث رقم ١٥٣١، ١٥٣٢. الترمذى حديث رقم ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٧٠.
النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٤٥٧، ٤٤٦٤، ٤٤٦٦. أبو داود حديث رقم ٣٤٥٩. ابن
ماجه حديث رقم ٢١٨٢. أحمد فى المسند حديث رقم ١٤٨٩٠، ١٤٨٩٨، ١٤٩٠٠، ١٤٩٠١.
الدارمى حديث رقم ٢٥٤٧.

١٣٦٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٥٦.

كتاب البيوع ٥٤١
وزنوهم يخسرون ﴿ [المطففين: ١ - ٣] وقال تعالى ما قال رسوله شعيب لقومه فقال:
﴿ويا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في
الأرض مفسدين﴾ [هود: ٨٥].

وعلى كل وجه فإن ظهور المنكر وعمومه مما يحذر تعجيل عقوبته، وقد قالت أم
سلمة: «يا رسول الله، أنهلك وفينا الصالحون؟ قال: نعم، إذا كثرت الخبث»^(١) فهذا مع
الصالحين فكيف مع قلتهم أو مع عدمهم، نسأل الله أن يتجاوز عنا بفضلته ويتغمد زلنا
برحمته.

١٣٦٨ - قال مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع محمد بن المنكدر يقول:
أحب الله عبداً سمحاً إن باع، سمحاً إن ابتاع، سمحاً إن قضى، سمحاً إن
اقتضى.

الشرح: قوله: «أحب الله عبداً سمحاً إن باع سمحاً إن ابتاع» يريد والله أعلم،
بالمساحة من جهة البائع المساحة في الثمن، وذلك بأن يأخذ القيمة ولا يشطط بطلب
أكثر منها ويتجاوز في النقد وأن ينظر بالثمن.

وقد روى ربعي بن خراش عن حذيفة قال: قال النبي ﷺ: «تلقت الملائكة لروح
رجل ممن كان قبلكم فقالوا: عملت من الخير شيئاً؟ قال: كنت أنظر الموسر، وأتجاوز
عن المعسر، قال: فتجاوز الله عنه»^(٢).

وفى الواضحة: تستحب المساحة في البيع والشراء، وليس هو ترك المكايسة فيه وإنما

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٣٤٦، ٣٥٩٨، ٧٠٥٩. مسلم حديث رقم ٢٨٨٠.
الترمذى حديث رقم ٢١٨٥. ابن ماجه حديث رقم ٣٩٥٣. أحمد فى المسند حديث رقم
٢٦٨٦٧، ٢٦٨٦٨، ٢٦٨٧٠.

١٣٦٨ - أخرجه البخارى مرفوعاً ١٢١/٣ كتاب البيوع باب السهولة والمساحة فى الشراء والبيع،
عن جابر. وذكره فى الكنز برقم ٩٤٢٤ وعزاه السيوطى للبيهقى فى شعب الإيمان، عن أبى
هريرة.

وقال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٠٨/٨: لم يختلف على مالك فى هذا الحديث أنه موقوف على
ابن المنكدر، وكذلك رواه أكثر أصحاب ابن المنكدر. ورواه محمد بن مطرف أبو غسان المدنى،
عن ابن المنكدر، عن جابر، عن النبي ﷺ. وروى عن عثمان موقوفاً عليه، ومرفوعاً عنه أيضاً،
عن النبي ﷺ وروى عن أبى هريرة، عن النبي ﷺ.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٠٧٧، ٣٤٥٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٨٤٣.

٥٤٢ كتاب البيوع

هى ترك المواربة والمضاجرة والكزازة والرضا بالإحسان ويسير الربح وحسن الطلب بالثمن. قال: ويكره المدح والذم فى التبائع ولا يفسخ به، يؤثم فاعله لشبهه بالخديعة ومن المكروه الخديعة فيه الإلغاز باليمين، وقد نهى عن ذلك عمر، والخلف فيه مكروه، وإن لم يلغز. وروى أن البركة ترفع منه باليمين.

والمساحة من المتاع فى أن يقضى أفضل مما يجد، ولذلك قال ﷺ: «فإن أفضلكم أحسنكم قضاء»^(*) ويعجل القضاء ولا يبلغ المطل فهو قوله: سمحا إن قضى ولا يعنف فى سرعة الاقتضاء، والله أعلم، وهذا الذى أورده مالك من قول ابن المنكدر قد أورده الخافظ، رواه محمد بن مطرف عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبدالله أن رسول الله ﷺ قال: «رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى»^(*). أخرجه البخارى من حديث على بن عباس.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْإِبِلَ أَوْ الْغَنَمَ أَوْ الْبَزَّ أَوْ الرَّقِيقَ أَوْ شَيْئًا مِّنَ الْعُرُوضِ جِزَافًا: إِنَّهُ لَا يَكُونُ الْجِزَافُ فِي شَيْءٍ مِّمَّا يُعَدُّ عَدًّا^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنه قال: لا يباع شىء مما ذكرنا جزافاً، ولا نعلم فى ذلك خلافاً بين العلماء غير أن قوله: «ولا يكون الجزاف فى شىء مما يعد عدداً» يحتاج إلى تفسير، وذلك أن ما يعد عدداً ينقسم على قسمين، قسم تختلف صفاته كالخيل والإبل والغنم والرقيق وسائر الحيوان والثياب والعروض، فإن هذا لا يكاد جملة منها تنفق آحادها، فهذا لا يجوز بيعه جزافاً.

وأما القسم الثانى، فلا تختلف صفاته على الوجه الذى ذكرناه كالجوز والبيض، فهذا إذا وجدت منه جملة، فأكثرها تنفق صفات آحادها فى المقصود منها، فهذا يجوز بيعه على الجزاف مع كونه معدواً.

وقد قال القاضى أبو محمد: يجوز الجزاف فى كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٠٥، ٢٣٠٦، ٢٣٩٠، ٢٣٩٣، ٢٦٠٦، ٢٦٠٩. مسلم

حديث رقم ١٦٠١. الترمذى حديث رقم ١٣١٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦١٨،

٤٦٩٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٨٨٦٢، ٩١٤٢، ٩٥٧٠، ٩٨١٤.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٠٧٦. الترمذى حديث رقم ١٣٢٠. ابن ماجه حديث رقم

٢٢٠٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٤٢٤٨.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٧/٢١.

كتاب البيوع ٥٤٣

أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض في مبلغه دون أعيانه، ولا آحاده، وأما ما ليس بمكيل ولا موزون مما الغرض في أعيانه كالخيل والرقيق والثياب، فلا يجوز فيه الجزاف؛ لأن آحاده تحتاج أن تفرد بالنظر إليها والمعرفة بصفتها وقيمتها في نفسها.

فوجه قول مالك، لا يكون الجزاف فيما يعد عددًا، يريد بذلك ما الغالب من أمره أن يسهل عدده لقلته، ولا يقدر بكيل ولا وزن، ولكنه لسبب علة منع الجزاف فيه إلا ما تقدم من اختلاف صفاته، وتفاوت قيمته في الأغلب، ومعنى قول القاضى أبى محمد إن الجزاف يجوز في المعدود كما يجوز في المكيل والموزون، يريد المعدود الذى يتعذر مبلغه بالعدد كما يتعذر المكيل بالمكيل والموزون بالوزن، ولا يقدر له غير ذلك.

وأما الخيل وسائر الحيوان والعروض، فليس لها قدر تتقدر به، وإنما اشترى كل واحد منهما لنفسه، وإن بيعت الخيل وشقق الكتان إذا كثرت بالعدد، فليس كذلك لأن العدد مقدار لها، وإنما ذلك يشق تقدير ثمن كل واحد منها، فيجعل لها ثمن واحد ويكون زيادة ثمن بعضها بنقصان ثمن غيرها، وذلك لا يكون إلا بعد وزنه جميعًا.

والفرق بين هذا المعدود وبين ما تقدم أن ما تقدم لا يتفاوت قيم آحاده، وإنما يكون الغرر في مبلغه والحيوان والعروض يتفاوت قيم آحاده، فيكثر الغرر في الجملة من وجهين، أحدهما: من جهة مبلغها ومنتهاى عددها. والثانية: من وجه اختلاف صفتها، فإنه لا يعلم كم فى تلك الجملة من الجيد، ولا من الدنىء، فمنع الجزاف فى الطعام بالطعام بما يغنى عن إعادته، والله الموفق بالصواب.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُعْطَى الرَّجُلَ السَّلْعَةَ يَبِيعُهَا لَهُ، وَقَدْ قَوْمَهَا صَاحِبُهَا قِيمَةً، فَقَالَ: إِنْ بَعْتَهَا بِهَذَا الثَّمَنِ الَّذِي أَمَرْتُكَ بِهِ، فَلَكَ دِينَارٌ أَوْ شَيْءٌ يُسَمِّيهِ لَهُ يَتَرَضِيَانِ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ تَبْعَهَا فَلَيْسَ لَكَ شَيْءٌ. إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا سَمِيَ ثَمْنًا يَبِيعُهَا بِهِ، وَسَمِيَ أَجْرًا مَعْلُومًا إِذَا بَاعَ أَخَذَهُ، وَإِنْ لَمْ يَبِعْ فَلَا شَيْءَ لَهُ^(١).

قال مالك: ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل إن قدرت على غلامي الأبقى أو جئت بجملي الشارد، فلك كذا وكذا، فهذا من باب الجعل، وليس من باب الإجارة، ولو كان من باب الإجارة، لم يصلح^(٢).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٩/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١١٠/٢١، وقال: الأصل فى جواز الجعل قول الله عز وجل: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾. وما أجمع عليه الجمهور من جواز الجعل فى الإتيان بالأباق، =

٥٤٤ كتاب البيوع

الشرح: وهذا على ما قال أن من أعطى لرجل سلعته، وقال له: إن بعته بثمان كذا فلك دينار، فإنه جائز بينهما، وهذا من باب الجعل. والأصل في جوازه قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] ومن شرط الجعل أن يكون غير مؤجل، رواه ابن المواز وابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك أنه غير لازم للعامل، فلو ضرب له أجل، اقتضى ذلك اللزوم، وإنما يتقدر عمل الجعل بتمام العمل الذي يستحق العامل الجعل بتمامه كقوله: إن بعته لى هذا الثوب بكذا، فلك دينار، أو إن بعته، فلك دينار، ولا يسمى ثمناً وإن جئتنى بعبدى الآبق أو ببعيرى الشارد، فلك دينار.

مسألة: ولا يجوز الجعل فى عمل إن ترك العمل بقى للجاعل فيه ما ينتفع به. قال ابن حبيب: فلا يجوز أن يقول إن عملت لى شهراً، فلك كذا وإلا فلا شىء لك، وما يعمل فيه المجعول له على ضربين، أحدهما: أن يعمل فى غير ملك الجاعل. والثانى: أن يعمل فى ملكه، فإن كان يعمل فى غير ملكه مثل أن يجعل له جعلاً فى رد عبده الآبق أو جملة الشارد أو يحفر له بئراً فى غير أرضه، فقد قال ابن حبيب: يجوز الجعل فى مثل هذا على ما قلّ وكثر لأن العامل إذا ترك العمل لا يبقى بيد الجاعل من ذلك شىء.

وأما الضرب الثانى: وهو أن يعمل فى ملك الجاعل وذلك مثل أن يجعل له جعلاً على أن يحفر له بئراً فى أرضه، فلا يجوز على وجه العمل؛ لأن الجعل مبنى على أنه لا يلزم العامل إتمام العمل لما فيه من الغرر، فإذا حفر فى ملك الجاعل ثم تركه قبل أن يكمله انتفع الجاعل مما عمله دون عوض، فلم يجوز ذلك.

وقد اختلف قول مالك فى الجعل يجعل للخصم على إدراك ما يخصم عنه فيه، وللطيب على إبراء العليل، وقال فى المدونة: لا يجوز. وقال سحنون: وقد روى أنه عنده جائز مثل أن يجعل له جعلاً على بيع ثياب أو رقيق، فقد قال مالك فى المدونة: لا يجوز ذلك إلا فيما قلّ دون ما كثر، وجوز مالك الجعل فى شراء كثير الثياب فى المدونة.

=والضلول. وكذلك إذا قال له: إن بعته لى سلعتى هذا بكذا، فلك كذا، أو إلا، فلا شىء لك، لأن عمله ونصبه وتعبه فى طلب ذلك الثمن فى سلعة كمنصبه فى طلب الآبق، والضالة فإن وجدته حصل على ما جعل له، وإلا فلا.

كتاب البيوع ٥٤٥

وروجه ذلك أنه كلما اشترى شيئاً كان له من الجعل بحسابه، ولو كان مثل هذا فى البيع لجاز، وقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك أنه إن اعطاه ثياباً، وقال: كما بعث لى ثلاثة أثواب، فلك كذا، إنه جائز.

وقد روى أيضاً عن مالك فى الذى يجعل له فى الرقيق يصيح عليهم، وله فى كل رأس يبيع درهم، ولا شىء له إن لم يبيع لا يصلح. قال محمد: لأنهم قصدوا بيع الجملة، ولو قال: على أن تبيع منهم من شئت لجاز، وكذلك الثياب، ومثله فى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك، فهذا وجه المسألة عندى، وإنما منع من ذلك فيمن لا يكون له شىء من الجعل حتى يبيع جميعها، ولو شرط مثل هذا أن يشتري له مائة ثوب، وله دينار ولا شىء له إن لم يشتري جميعها، لم يجز ذلك، وإنما يفترقان فى إطلاق العقد، فالبيع يقتضى أن لا شىء له إلا بشرط، والشراء يقتضى أن له بحساب ما يشتري، وذلك عرف جار بينهم مع أن جميع البيع معين، ولا يصح ذلك فيما يشتري فى الأغلب.

مسألة: ومن شرط الجعل أن لا ينقد الجعل، وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك: لا يصح الأجل فى الجعل ولا النقد. قال ابن حبيب: إلا أن تتطوع به.

وروجه ذلك أنه قد لا يتم ما جعل له عليه، فيرد ما قبض، وقد يتم فيصير له، فتارة يكون جعلاً، وتارة يكون سلفاً، وذلك يمنع صحته.

مسألة: ومن شرطه أن لا يكون لازماً للعامل، وله أن يترك متى شاء قبل العمل، وبعده قاله مالك وأصحابه.

وروجه ذلك أنه يكثر الغرر فى العمل ويتفاوت، فلو لزمه رد الآبق على كل حال ورد البعير الشارد لتعذر عليه العمل، وعظمت فيه المشقة مما لم يظهر له قبل أن يشرع فى العمل، فكان له أن يترك متى شاء، ولا يلزم الجاعل بنفس العقد، ويلزمه إذا شرع العامل فى العمل.

قال سحنون فى العتبية: إذا شرع العامل فى العمل لم يكن للجاعل إخراجه، وللمجوعول له أن يخرج متى شاء، ولو جعل له جعلاً فى رد آبق ثم أعتقه، فإن أعتقه بعد أن عمل وشخص فيه، فله جميع الجعل، وإن لم يعمل شيئاً، ولا شخص، فلا شىء له، قاله أصبغ.

وهذا على ما قدمناه، وفى الموازية، قال عبدالملك: من جعل فى آبق جعلاً ثم

٥٤٦ كتاب البيوع
أعتقه، فلا شيء فيه لمن وجدته بعد ذلك، وإن لم يعلم بالعتق، ولو أعتقه بعد أن وجدته
بعد، فله جعله، فإن كان الجاعل عديمًا، فذلك فى رقة العبد لأن بالقبض وجب له
الجعل.

قال أحمد بن ميسر: إن كان العتق بعد القدوم فكما قال، وإن أعتقه بعد علمه أن
وجدته لزمه جعله، وإن لم يجد عبده، لم يصح عتق العبد حتى يأخذ جعله مبدأ على
الغرماء كالرهن.

مسألة: ومن شرطه أن يكون الجعل غير معين أو يكون عينًا لا يسرع إليه التغيير،
فمن قال: من جاءنى بعبدى الآبق، فله هذه الدنانير أو هذا الثوب، فحائز ولا خير فى
أن يقول له: هذا العبد أو هذه الدابة لأن ذلك يتغير وتسرع الحوادث إليه، قاله مالك
فى الموازية.

مسألة: ومن شرطه أن لا يكون له شيء إن لم يأت بما جعل له عليه الجعل، قال
مالك فى الموازية: والجعل الجائز أن يقول إن لم يبع أو لم يجد، فلا شيء له.

ووجهه أنه إذا التزم له الجعل عمل أو لم يعمل، ففيه غرر كثير مستغنى عنه، فعاد
ذلك بفساد العقد.

فرع: وإذا عقد، وقع عقد الجعل على وجه الفساد، ففى المدونة عن مالك فىمن
قال: إن جئتني بعبدى الآبق، فلك نصفه، فإن جاء، فله أجرة مثله، وإن لم يأت به فلا
جعل له، ولا إجارة، والذى روى ابن حبيب عن مالك فى هذه المسألة: إن جاء به فله
جعل مثله، وإن لم يأت به فلا شيء له.

وقد قال ابن المواز: إن فى الجعل الفاسد إجارة المثل. والفرق بين الجعل والإجارة،
أن الجعل اذا انعقد قبل العمل على عمل مجهول، فإنما له فى ذلك ما يجعل على مثل
المجهول فيه على الوجه الذى علم من حاله أو ظهر منها يوم الجعل، ولا ينظر إلى ما
كان بعد ذلك من مشقة عمل أو كثرتة أو قلته أو خفته، والإجارة إنما تكون فى عمل
معلوم، فإذا عمل كان له من الأجر بحسب ما عمل دون ما كان عقد عليه يوم العقد،
لكنه لما خرج العقد مخرج الجعل لم يكن له شيء إن لم يأت به، لأنه على ذلك دخل،
وإن أتى به كان له أجر مثله على قدر نصيبه وتعبه وطول مسافة طلبه.

فوجه القول الأول، أن العقد إذا تنوع إلى صحة وفساد، فإن فاسده يرد إلى
صحيحه، ولا ينقل إلى غيره من العقود كالبيوع.

ووجه القول الثانى أن الإجارة هي الأصل، وإنما جوز الجعل فى العمل المجهول والغرر للضرورة، ولذلك كان عقداً غير لازم للعامل، فإذا وقع فاسداً، وفات رد إلى الإجارة التى هي الأصل، وقد وقع مثل هذا الاختلاف لأصحابنا فى القراض الفاسد يرد إلى قراض المثل، وإلى أجر المثل، والله أعلم.

فرع: وقد قال ابن القاسم فى العتبية والواضحة فى الذى يقول: من جاءنى بعبدى الآبق، فله هذه الدابة: إن وجدته، فله جعل مثله، وإن لم يجد فله أجر مثله. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: جاء به أو لم يجىء به، فله أجر مثله، إذا شخص فيه، فيجىء على مثل هذا بين الجعل والإجارة فرق آخر، وهو أن جعل مثله إنما يكون له جعل مثله على حسب ما يجعل لمثله فى عنائه ونهضته ومعرفته ونفوذه فى مثل رد ذلك الآبق إن جاء به، وإن لم يأت به لم يكن له شىء.

وأما أجر المثل، فإنه يكون له أجر مثله، سواء جاء بما استؤجر عليه أو لم يأت؛ لأن ذلك مقتضى الإجارة وقد قال ابن القاسم فى المدونة فى من استأجر رجلاً يبيع له ثوباً بدرهم شهراً: إن ذلك جائز إذا كان إن باع قبل تمام الشهر أخذ من الأجر بحساب ما عمل من الشهر، وإن انقضى الشهر، وهو بسوقه ولم يبلغه، فله جميع الأجر، وهو كله قول مالك، ووجهه ما تقدم.

قال مالك: فَأَمَّا الرَّجُلُ يُعْطَى السَّلْعَةَ، فَيَقَالُ لَهُ: بَعْهَا وَلَكَ كَذَا وَكَذَا فِى كُلِّ دِينَارٍ لِشَىءٍ يُسَمِّيهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ؛ لِأَنَّهُ كَلَّمَ نَقْصَ دِينَارٍ مِنْ تَمَنِ السَّلْعَةَ نَقْصَ مِنْ حَقِّهِ الَّذِى سَمَّى لَهُ، فَهَذَا غَرَرٌ لَا يَدْرِي كَمْ جَعَلَ لَهُ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن قال لرجل: بع لى ثوبى، ولك من كل دينار جزء منه أو درهم، لم يجز، لأنه لم يسم ثمناً يبيعه به، وإذا لم يكن الثمن معلوماً كان جعل العامل مجهولاً، ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولاً لأنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك، وإنما جاز، يكون العمل مجهولاً للضرورة، الداعية إلى ذلك.

وأيضاً فإن العمل لما كان مجهولاً كان العامل بالخيار فى تركه متى شاء، فتقل مضرته لأنه إذا رأى ما يكره من مشقة العمل كان له الترك والجعل فى جنبه الجاعل لازم، فلا يصح أن يكون مجهولاً لأنه لا يقدر على أن يتخلص من مضرة غرره إذا شاء.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١١٠/٢١.

٥٤٨ كتاب البيوع

فرع: فإن باع على ذلك، فله جعل مثله، وإن لم يبلغ، فلا شيء له. رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ. ولو قال: إن بعته بعشر، فلك من عدد دينار ربه أو عشرة أو لك منه درهم، جاز لأن الجعل حصل معلوماً، فذلك جائز فيه.

فرع: وإن باع بأكثر من عشرة، ففي العتبية لابن القاسم: ليس له إلا سدس العشرة. ووجه ذلك أنه جعل جعله الجزء المسمى من العشرة، فما زاد من الثمن، فذلك سواء لأنه لم يوجد منه غير البيع مما يستحق فيه الأجرة، وكذلك لو قال: بع هذا الثوب ولك درهم أو دينار كان كما قدمناه، والله أعلم.

مسألة: ولو قال: إن بعث هذا الثوب، فلك درهم، وإن لم تبعه، فلك درهم، قال ابن المواز: هي إجارة وهي جائزة إن ضرب لها أجلاً.

ووجه ذلك أن الدرهم لزمهم باع أو لم يبيع، فإن لم يضرب للعمل أجلاً كان على نهاية الغرر؛ لأنه يعرضه ثم يرده إليه، وقد استوجب الدرهم.

مسألة: ولو قال: إن بعته، فلك درهم وإن لم تبعه، فلك نصف درهم، لم يجز، وهاتان إجارتان في إجارة، ولا يجوز أن يقول له: بعه فما زاد على العشرة دراهم، فلك لأن الجعل مجهول قد دخله الغرر، قاله مالك.

مسألة: ولو قال: إن بعث اليوم هذا الثوب، فلك درهم، ففي الموازية والواضحة: لا يجوز على الإطلاق وفي المدونة لا خير فيه إلا أن يشترط أنه متى شاء أن يتركه، تركه. وقد قال في مثل هذا، أراه جائزاً، وهو جل قوله الذي يعتمد عليه.

وجه القول الأول ما احتج به من أن الجعل لا يجوز أن يكون لازماً، وهذا إن لزمه العمل، فعمل يومه أجمع، ولم يبعه، فلا شيء له، ولو باعه في بعض النهار، سقط عنه عمل سائر النهار يشير إلى الغرر مع اللزوم.

ومعنى المسألة عندى أن العمل في الجعل والإجارة يتقدر بأمرين، أحدهما: بالعمل، والثاني: بالزمن، فإذا تقدر بالعمل في الجعل والإجارة، جاز. وإذا تقدر بالزمن، جاز في الإجارة.

وأما في الجعل، ففيه نظر؛ لأنه إن كان على معنى اللزوم، فقد خالف حكم الجعل لأنه مبنى على الجواز، ومتى فاته اللزوم، وإن كان على معنى الجواز، وأنه متى شاء أن يترك في المدة، فلا يفسد من هذا الوجه، لكنه يراعى العمل بعد الزمن، فإن كان للعمل العمل بعد ذلك الزمن حتى يكمل ويستوفى جعله، فذلك جائز.

كتاب البيوع ٥٤٩

وقد بطل التوقيت بالزمن، وإن لم يكن له أن يعمل بعد ما قدر من الزمن، فلا يجوز أيضاً؛ لأنه يعمل جميع المدة فينتفع الجاعل بعمله، ثم يمنع إتمام العمل، فذهب عمله بطلاً، ولذلك قال ابن المواز وابن حبيب في هذه المسألة: لا يجوز إلا أن يترك متى شاء في اليوم وبعده.

ووجه القول الثاني أن العمل إذا كان من الغلة بحيث يتيقن أنه يمكن غالباً إكماله فيما تعلق به من الزمن، جاز، وليس على وجه التقرير بالزمن، وإنما هو على وجه تعليقه بزمن ينقضى فيه العمل مثل أن يقول له: لك درهم على أن تأتيني في كل يوم من هذا الشهر بقلعة من ماء من هذا النهر، جاز؛ لأنه لا يتقدر العمل باليوم، وإنما يتقدر بالإتيان بالقلعة من الموضع القريب الذي يمكنه أن يأتي في ساعة من ساعات النهار منه بأمثال ذلك، وإنما علق ذلك باليوم لئلا يأتيه في يوم واحد أو يؤخر إتيانه بها عن تلك المدة.

وفي المدونة: من استأجر ثوراً يطحن له كل يوم أردبين، فوجده يطحن أردباً واحداً، رده، فظاهر هذا تجويزه.

وروى عن ابن عبدوس عن سحنون: إنما سئل مالك في الفرانين يستأجرون الأجراء، ويطرحون عليهم كل يوم طريجة معلومة يستأجر الأجير شهراً، يعمل كل يوم طريجة معلومة بما يعلم أنه يفرغ كل يوم، ولا يحتمل لذلك النظر؛ لأن الطريجة أمد واليوم أمد، فلا يجتمعان في عقد، وكذلك الذي يستأجر الرجل يحمله إلى مصر، فلا ينبغي أن يشترط عليه في ذلك أمدًا.

وقول سحنون هذا معناه أن ما ضرب من الزمن على سبيل التقدير للعمل لا يصلح أن يجتمع مع تقدير العمل بنفسه، وما لم يكن على وجه التقدير، وإنما هو على معنى التراضي لا يكون من العمل الذي هو أمد، فلا يمنع صحة ذلك العقد لمعرفتهما بالتمكن من الفراغ منه مع الرفق، ويتفق ذلك على كل حال، فصار ذلك كالوصف لعمله، ومقدار نهضته فيه، فإنما يجوز ذكر الزمن، ووصف مقدار العمل في الإجارة على هذا الوجه.

وقد قال مالك في الذي يقول للرجل: ابتع لي هذه السلعة الكثيرة إلى أجل كذا، ولي كذا على أنى متى شئت تركت أنه لا بأس به إن لم ينقد، وإن نقد، فلا خير فيه؛ لأن الخيار لا يصلح فيه النقد، ولم تقع الإجارة على وجه الجعل، وإنما وقعت إجارة

٥٥٠ كتاب البيوع

لازمة شرط فيها الخيار، فاقترضى إطلاق مسألة المدونة فى قوله: إن بعث هذا الثوب اليوم، فلك درهم، ولك أن تترك متى شئت، أنه ليس من باب الجعل، وإنما هو باب الإجارة على شرط الخيار للعامل، فإن باع فى بعض اليوم، فيجب أن يكون له من الأجر بحسابه، وإن انقضى اليوم، وهو محاول البيع، ولم يبيع، فله الدرهم كاملاً.

وأما على قول ابن حبيب وابن المواز، أنه يكون له الخيار فى اليوم وبعده، فإنه على وجه الجعل، فإن عمل يومه ذلك وما بعده ولم يبعه، فلا شىء له، وإن باعه فى أول ذلك اليوم، فله الجعل أجمع، والله أعلم.

١٣٦٩ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الرَّجُلِ يَتَكَارَى الدَّابَّةَ ثُمَّ يُكْرِيهَا بِأَكْثَرٍ مِمَّا تَكَارَاهَا بِهِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ^(١).

الشرح: قوله فى الذى يكترى الدابة: «له أن يكرها بأكثر مما اكرها به قبل القبض وبعده» وبهذا قال مالك والشافعى وطاوس وجماعة من العلماء. قال القاضى أبو محمد: له أن يكرها بمثل ما أكرها به، وأقل وأكثر لأنه عاوض على ملكه كبائع الأعيان.

١٣٦٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٥٨.

(١) قال فى الاستذكار ١١٢/٢١ - ١١٥: هذا موضع اختلف فيه الخلف والسلف، فيمن أجاز ذلك: فقال مالك: قد ملك المكترى بالعقد منافع الأصل الذى اكرى، فله التصرف فيه كيف شاء، ويملك المكترى ثمن ما يقبض من ذلك، ويتصرف فيه تصرف المالك بلا اختلاف فى ذلك. فكذا ذلك المكترى، والمستأجر، لما يستأجره يتصرف فيه، ويكره بما شاء من زيادة، أو نقصان.

قال الشافعى: الإجازات صنف من البيوع، يملك كل واحد منهما ما يجب له من غير منفعة فى الدار، والعبد، والدابة إلى المدة التى اشترط، ويكون أحق بها من ملك أصلها، فهى كالعين المبيعة المقبوضة إذا قبض الأصل الذى تطرأ منه المنفعة، ولو كان حكمها مخالف العين كانت فى حكم الدين، فلم يجوز أن يكرى بالدين، لأنه كان يكون حيثئذ ديناً بدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عن الدين بالدين.

قال أبو عمر: وأما من كره أن يستأجر الرجل الدار، أو الدابة، ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به، فإنه جعل ذلك من باب ربح ما لم يضمن؛ لأن ضمان الأصل من المؤاجر صاحب الأصل، لا من المستأجر.

قال أبو حنيفة، وأصحابه: من استأجر داراً، أو دابة، فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها، وليس له بعد قبضه إياها أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به، فإن فعل ذلك كانت الأجرة له، وأمر أن يتصدق بفضلها عما استأجرها به.

كتاب البيوع ٥٥١

وقال أبو حنيفة: من استأجر داراً أو دابة، فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها، وليس له بعد قبضها أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها، وبه قال ابن سيرين والنخعي والشعبي.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز إجارة كل ما يعرف بعينه مما يصح بدل منفعه كالدور والعبيد والدواب والثياب وغير ذلك من المواعين. وأما ما لا يعرف بعينه كالملك والموزون، فلا يصح إجارته.

قال القاضي أبو محمد: وإجارته قرضه والأجرة ساقطة عن مستأجره، وهذا قول ابن القاسم، وكان شيخنا أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح، وتلزم الأجرة فيه إذا كان المالك حاضراً معه.

وجه قول ابن القاسم أن الإجارة معاوضة على منافع الأعيان دون الأعيان، وإذا كانت الدنانير والدرهم والمكيل والموزون لا يصح الانتفاع به مع بقاء العين لم يصح أن يستأجر.

وجه القول الثاني أن الانتفاع بها ممكن مع بقاء عينه بأن يضعها المستأجر بين يديه يكتريها، ويحمل وله غرض بأن ترى الناس أن معه مالا كثيراً فيتاجر ويناكح، وإنما قلنا يكون المالك معه؛ لئلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها ويزيده الأجرة، فيكون قرضاً بعوض.

وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد من قول ابن القاسم والشيخ أبي بكر ليس بخلاف؛ لأن ابن القاسم إنما منع استئجارها لمنافعها المقصودة، وليس المقصود من الدنانير والدرهم ما أباح استئجارها به الشيخ أبو بكر، وهذا كما يقال لا يجوز استئجار الشجر لمنفعتها المقصودة؛ لأنه يبيع الثمر على بدو صلاحه، ولا بأس أن يستأجرها ليمد عليها الحبال ويسط الغسال الثياب عليها وما جرى مجرى ذلك مما ليس من منافعها المقصودة، والله أعلم.

مسألة: عقد الإجارة لازم من الطرفين ليس لأحد من المتعاقدين فسخه، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن للمكري فسخه للعدل مثل أن يكتري حملاً لسفر، ثم يبدو له أو يمرض، فله الفسخ أو يكتري داراً، ثم يريد السفر أو دكاناً يتجر فيه، فيحترق متاعه.

والدليل على ما نقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] والأمر يقتضى الوجوب.

٥٥٢ كتاب البيوع

ومن جهة المعنى أنه عقد معاوضة محضة فكان لازماً بالشرع كالبيع. ووجه آخر أن كل معنى لا يملك فيه المكري فسخ الإجارة، فإنه لا يملك المكري فسخه لأنه كالغلاء والرخص.

مسألة: يجوز شرط الخيار في الإجارة معينة كانت أو مضمونة، خلافاً للشافعي؛ لأن المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضة المحضة، فجاز اشتراط الخيار فيها كالأعيان، قاله القاضي أبو محمد.

مسألة: والإجارة على ضربين، إجارة متعلقة بعين، وإجارة متعلقة بالذمة، فأما المتعلقة بالعين، فمثل أن يكتري منه دابة معينة، وأما المتعلقة بالذمة، فمثل أن يكتري منه دابة يأتيه بها يعمل عليها عملاً متفقاً عليه.

قال القاضي أبو محمد: وكل ذلك جائز؛ لأنه لما جاز بيع الدابة المعينة، جاز له بيع ما يجوز بيعه من منافعها، ولما جاز أن يبيع دابة موصوفة في ذمته، جاز أن يبيع منافعها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلا يجوز أن يكتري الدابة المعينة كراء مضموناً. قال مالك في المدونة: ووجه ذلك أن التعيين ينافي الضمان، فإن المعينة يتعلق الضمان بها والكراء بعينها.

ومعنى ذلك أن منافعها المختصة بها لا يقوم غيرها في ذلك مقامها، والكراء المضمون يتعلق بذمة الكري، فلا يصح اجتماعهما، فإذا هلكت الدابة المعينة انفسخت الإجارة بينهما، وكان للمكري على الكري من ثمن المنافع بقدر ما بقي له منها، فلا يجوز له أن يأخذ منافع دابة أخرى؛ لأن ذلك فسخ دين في دين.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الكراء على الضربين المذكورين يتقدر عمله بما قدمناه بالعمل وبالزمن، فالعمل مثل أن يقول: أركب هذه الدابة إلى الرملة أو إلى مصر أو إلى برقة أو إلى مكة، وأما المقدر بالثمن، فمثل أن يكتري منه دابة ليركبها شهراً، ولا بد من تقدير ما يكتري عليه بأحد الأمرين ليكون للعمل مقدار معلوم وإلا كان مجهولاً، وذلك يمنع صحة العقد عليه، ولا يجوز أن يجتمع التقديران، لأنه ذلك غرر لجواز أن يحصل أحدهما دون الآخر، وقد تقدم القول في ذلك.

مسألة: ويجوز أن يكون العمل حالاً ومؤجلاً. ووجه ذلك أنه أحد نوعي ما عاوض فيه المعاوضة المحضة، فجاز أن يكون حالاً أو مؤجلاً أو حاضرة أو غائبة، فإن كانت غائبة، لم يجز النقد فيها حتى تحضر. وفي كتاب محمد عن مالك: إن اشترط تأخير النقد

كتاب البيوع ٥٥٣
إلى البلوغ، فذلك جائز. ووجهه أن النقد لا يجوز فيها حتى تحضر، فإذا حضرت
جازت حين النقد بالشرع والشرط.

مسألة: وإن كانت حاضرة، فهل يجوز اشتراط ركوبها بعد شهر أو شهرين؟ قال
ابن القاسم فى المدونة: لا بأس به ما لم ينقد. وقال غيره: لا يجوز ذلك.

وجه قول ابن القاسم أن الغرر اليسير جائز فى العقود لا سيما مع عدم النقل،
والظاهر من أمرها السلامة والفرق بين الإجارة فى المعين إلى شهر، وابتياغه إلى شهر،
أن المنافع المعقود عليها غير معينة، ولا موجودة ولعدم التعيين تأثير فى منع التأخير.

ووجه آخر، وهو أن البيع يقتضى تعجيل النقد والإجارة تقتضى تأخير النقد حتى
تستوفى المنافع، فلم يؤثر تأخير قبض المنافع فى العقد تأثيراً يخرج به عن مقتضاه. وفى
البيع إن عجل، دخله تارة البيع، وتارة سلف، وإن أخر فقد أثر فيه ما يخالف مقتضاه.

فرع: إذا قلنا لا يجوز النقد فيما بعد، ويجوز فيما قرب، ففى الموازية عن ابن
القاسم: لا يعجبني أن ينقد الكراء إلى عشرة أيام.

ووجه ذلك أنه مدة يكثر فيها تغيير الحيوان لاسيما مع استخدام صاحبه له وإتباعه
إياه فيما يريد ويعجبه، فيحتاج بتغييره إلى رد الكراء، فيكون تارة كراء وتارة سلفاً.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن إطلاق عقد الكراء فى منافع الدابة المعينة لا يقتضى
تعجيل النقد خلافاً للشافعى.

والدليل على ما نقوله ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف
عرقه»^(*). ومعلوم أنه ندب إلى تعجيل قضاء حقه، فاقضى ذلك أنه وقت استحقاقه،
وأنه لم يكن يستحقه قبل ذلك.

ودليلنا من جهة المعنى أنه أحد نوعى ما يعوض عليه دون ذكر تأجيل، فلم يجب
تسليم الثمن إلا عند استيفاء المثلون كالأعيان.

مسألة: إذا أطلق العقد، فإن كان للبلد عرف من نقد أو تأخير حملوا عليه، وإلا
فكلما عمل جزءاً من العمل، استحق بقدره من الأجرة، قاله القاضى أبو محمد وغيره.
ووجه ما تقدم.

مسألة: وهذا إذا كانت الإجارة فى الذمة، فإن كانت معينة بأن استاجر أجراء

(*) أخرجه ابن ماجه فى كتاب الأحكام حديث رقم ٢٤٤٣.

٥٥٤ كتاب البيوع

بعمل شهر بثوب، فإن كان كراء الناس عندهم على النقد أجبر على تسليم الثوب، وإن لم يكن بالنقد لن تصلح الإجارة ولا الكراء بذلك، إلا أن يشترط النقد.

ووجه ما احتج به ابن القاسم من أنه مبيع معين لا يقبض إلا بعد شهر، فذلك لا يجوز باتفاق. قال ابن القاسم: والعروض والطعام في هذا سواء. وقال ابن حبيب: الكراء بهذا كله جائز، وإن كان سنة الناس من التأخير، فهو على التعجيل حتى يشترط التأخير تصريحاً، وقاله من أرضى من أصحاب مالك.

وجه قول ابن القاسم أن إطلاق العقد محمول على العرف. ووجه قول ابن حبيب لا حكم للعرف الفاسد، وإنما التأثير والحكم للعرف الصحيح.

مسألة: وأما إن شرط أن يمسكه الثوبين والثلاثة إن كان يمسك الثوب ليلبسه أو الخادم ليخدم أو الدابة ليركبها يوماً أو يومين أو يجبس ذلك للاستيثاق للإشهاد أو نحوه، فلا بأس بذلك، فإن كان بغير منفعة، فقد قال ابن القاسم: لا يعجبني ذلك ولا أفسخ به البيع.

ووجه ذلك قصر المدة، وقلة الغرر فيها، فإن كان لغرض، فلا كراهية فيه، وإن كان لغير غرض صحيح، فهو مكروه، وليس فيه من الغرر ما يفسد به البيع. فصل: فأما الكراء المضمون، فإنه يجوز أن يكون معجلاً بخلاف السلم، على المشهور من المذهب.

ووجه ذلك أن المنافع هذا حكمها لا يجوز أن يعقد منها إلا على موجود مع الإجماع على جوازها فيمن يعتبر بقوله، ولذلك قال تعالى: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج﴾ [القصص: ٢٧].

فإذا ثبت ذلك، فالتعيين في العين المعقود على منافعها إنما هو تعيين لعين المعقود عليه، فإذا جاز العقد على منافع دابة معينة مؤجلة، فكذلك على منافع دابة غير معينة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن حكم كراء الراحلة المضمونة إلى أجل على تعجيل الكراء، لئلا يدخله الكالئ، وهل يجوز فيه التأخير؟ قال مالك: إذا تكارى كراء مضموناً كالتكارى إلى غير الحج في غير إبانة، فليقدم منه الدينارين ونحوهما، ولا يجوز في غير ذلك من المضمون يتأخر فيه الركوب أن يأخر شيء من النقد.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم: إذا قدم إليه في الكراء المضمون الدنانير حتى يأتي بالظهر، فلا بأس بذلك، وكم من مكر يهرب بالكراء أو يترك أصحابه.

كتاب البيوع ٥٥٥

روى ابن المواز عن مالك أنه كان يكره تأخير النقد فيه إلا أن ينقد أكثر الكراء أو ثلثه، ثم قال: وقد قطع الأكرياء أموال الناس، فلا بأس بتأخير النقد، ونقده الدينار ونحوه، وسواء كان تأخيره بشرط أو بغير شرط، ما لم يشترط أجلاً بعد تبليغ الحمولة، فلا خير فيه، فلم يختلف قول مالك في الكراء للحج، واختلف قوله في الكراء لغير الحج، وآخر ما قاله فيه الجواز للضرورة العامة الشاملة.

مسألة: فإن كان الكراء المضمون حالاً وشرع في الركوب، فلا يحتاج إلى نقد؛ لأن أحد الطرفين قد تعجل وأخذ في الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استعجاله كما يقوله في المقائى والمبطخة، وأنه يجوز بيعها بالدين، وإن كان المعقود عليه لم يخلف أكثره؛ لأنه في حكم الموجود لسابقه وتابعه.

مسألة: والمركوب لا بد أن يعرف بتعيين أو وصف فالمشاهد يشار إليه بأن يقال: أكثريتك هذه الراحلة أو الدابة أو العبد، والموصوف لا بد فيه من ذكر الجنس للحمل، وما يصلح للركوب، والذكر أصعب من الأنثى، فلا بد أن يبين، قاله القاضى أبو محمد.

مسألة: ولا تعين الدابة ولا السفينة بكونها في ملك المكرى، وقد قال مالك في العتبية والمزاية في السدى يكرى من رجل على أن يحمل على دابة، أو سفينة لم يسمها، وله دابة أو سفينة أحضرها، ولم يعلم له غيرها إلا أنه لم يقل يحملنى على هذه، فهلكت بعد أن ركب، فعليه أن يأتى بدابة أو سفينة غيرها، وذلك على الضمان. ومتى اشترط أنى أكرىك هذه بعينها، يفسخ الكراء بهلاكها أو يكرى منه جزءاً من هذه السفينة، فإن ذلك يكون كالتعيين.

قال القاضى أبو الوليد، أيده الله: وهذا عندى إنما يتصور على ما قدمناه من أن المضمون موصوف على أحد وجهين، إما أن يكونا قد توأصفا ما وقع عليه الكراء، فهذا تصريح بالكراء، ثم أحضره ما فى ملكه قضاء عن المضمون، وإما أن لا يكونا توأصفا شيئاً، فيكون ما أحضر من الراحلة فى عدم التعيين يقوم مقام الوأصف لما عقدا عليه، فيكون الإحضار قبل العقد، وهذا أظهر لقوله: يحملنى على دابة أو سفينة، ولم يسمها، يتعلق العقد بشىء ما من غير تعيين، ولا يجوز إلزام العقد فيه إلا على الوأصف على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

فصل: ذكر القاضى أبو محمد أن الظاهر من مذهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يختص بالعين المعقود عليها، وإن عينت لذلك، فإنما هو كالوأصف لا تنفسخ الإجارة

٥٥٦ كتاب البيوع

بتلفه، بخلاف العين المستأجرة تتلف، وذلك مثل أن يستأجره على رعاية غنم بأعيانها، وخطاطة قميص بعينه، فتهلك الغنم ويحترق الثوب، فإن العقد لازم لا يفسخ وعلى المستأجر أن يوفى جميع الأجرة، ويأتى إن شاء بغنم مثلها. وقد قيل إن العين التى تستوفى فيها الإجارة تتعين بالتعيين فتفسخ الإجارة بتلف المحل المعين.

قال: ووجه القول الأول أن عقد الإجارة لازم من الطرفين، فلو كان يختص الاستيفاء بمحل معين لما لازم من جهة المالك؛ لأن له بيع متاعه وغنمه بعد الاستئجار عليها.

ووجه القول الثانى أن هذا أحد المحلين بالإجارة، فتصح كالعين التى تستوفى فيها من المنافع؛ لأنه إذا استأجر دابة ليركبها، فهلكت بطلت الإجارة، فلذلك إذا عين من يركبها أو القميص الذى يخطه أو الغنم التى يربها يجب أن تفسخ الإجارة بتلف ذلك، ولأنه يجب ذلك فى الظئر تستأجر لرضاع صبي والطبيب لعلاج مريض أو قلع ضرس إذا مات الصبي وبرئ المريض، فكذلك سائر ما يستأجر عليه.

وهذا الذى قاله أبو محمد فيه نظر، وظاهر المذهب على خلاف هذا، وذلك أن محل استيفاء المنافع ينقسم على ثلاثة أضرب، ضرب يختلف بالجنس، ولا تختلف أعيانه كحمل القمح وحمل الشعير وحمل الشقة، فهذا الا فائدة فى تعيينه لأنه لا خلاف بين حمل قمح وحمل قمح آخر من جنسه فى مثل وزنه ولا تستضر الدابة بحمل أحدهما إلا مثل استضرارها بالآذر، فلا يتعين بالعقد عليه، وقد قال ابن المواز: ولو أحضر متاعاً أكثرى عليه، لم يكن ذلك تعييناً له، ولو اشترط أن لا يعدوه، ولا يأتى بغيره، ولم يبدله، لم يجوز ذلك، فإن حمل، فله كراء مثله.

ووجه ذلك أنه ما لم يكن فى عينه غرض صحيح، فإنه لا يتعين بالعقد كالدنانير والدارهم والجزء من الجملة.

فرع: فإذا قلنا إن ما تساوت حاله فى أن استيفاء المنافع لا يتعين بالعقد عليه، فإنه يتعلق العقد به فى الذمة من ذلك الجنس، فمن استأجر على حمل متاع، فتلف ذلك المتاع لم تفسخ الإجارة، وكان على المستأجر إذا أجمع الإجارة، ويأتى المتاع، يحمل له إن شاء.

فرع: فإن شرط تعيينه، وإن لا يعدوه إلى غيره فقد تقدم من قول ابن المواز أنه لا يجوز؛ لأنه من شرط فى مضمون أنه متى عينه ثم تلف قبل استيفاء الحق منه، بطل الحق بطلانه، وفسد العقد للشرط المدخل للفرع؛ لأن من شرط المضمون لا يبطل العقد فيه

كتاب البيوع ٥٥٧

بالاستيفاء دون الإحضار للاستيفاء، ألا ترى أن من سلم في عدد من الطعام أنه متى أحضره صيره من جنس ذلك الطعام، فتلف قبل الكيل أنه يبطل السلم، فإن هذا الشرط يبطل السلم، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يحتاج إلى وصف الراكب خلافاً للشافعي لما قدمناه، وذلك أن الإحسان في الأغلب متقاربة، فلم يحتج إلى تعيينه بالوصف ولا بالرؤية، فإن جاء برجل فادح عضيم الخلق خارج عن المعتاد لم يلزمه. قال القاضي أبو محمد: لأن هذا نادر، ولا يتعلق العقد إلا بالمعتاد دون النادر.

فصل: والضرب الثاني ضرب تختلف أعيانه بتباين أغراضه كالعليل يستأجر الطبيب على علاجه والمرضع تستأجر الظئر على رضاعه والمعلم يستأجر على تعليم الصبي ورياضة الدابة وما جرى مجرى ذلك، فإن هذا يتعين بالعقد، ولا يجوز العقد منه على مضمون في الذمة لاختلاف الناس وتفاوتهم في أمراضهم واختلاف الأطفال في كثرة الرضاع، وقتله مع مشقة تناول أحوال بعضهم، وكذلك من يعلم القرآن والصنائع يتفاوتون في التعليم للاختلاف في الذكاء وقبول التعلم.

فصل: والضرب الثالث، تختلف أعيانه اختلافاً يسيراً كالغنم والماشية يستأجر عليها من يرعاها ويحفظها، فيختلف الجنس من الماشية وسكونها وأنسها وليس بكبير اختلاف، ففي مثل هذا الجمهور من أصحابنا على أنها لا تتعين بالعقد لتقارب أحوال الجنس منها.

وأما صفة العقد، فقد قال ابن القاسم: لا يصلح العقد عليها إلا بشرط خلف ما هلك منها. وقال غيره: ويجوز ذلك من غير شرط، والحكم يوجب له ذلك، وأما الذي يراه من ذلك فكالصفة.

مسألة: ولو استأجر على حصاد زرع في بقعة معينة، ففي الموازية من رواية أشهب عن مالك: إن هلك الزرع انفسخت الإجارة. قال ابن القاسم: الإجارة قائمة ويستعمله في مثله.

وجه قول مالك، اختلاف حال البقع بالقرب والبعد وتغير المثل لا سيما فيما يقرب، يكون للمستأجر فيه رفق، ووجه قول ابن القاسم أن عمل الحصاد لا يختلف في الزرع، فلذلك لا يتعين بالعقد على حصاده كحمل الأحمال، والله أعلم وأحكم.

* * *

انتهى الجزء السادس ويليه بإذن الله الجزء السابع

وأوله كتاب المساقاة

المحتويات

كتاب الرضاع	٣	الباب الثالث: فيمن يجوز له البراءة من	٣
رضاع الصغير	٣	البائعين	٧٢
ما جاء في الرضاعة بعد الكبير	١٤	الباب الرابع: في تبين ما تصح البراءة منه	٧٤
جامع ما جاء في الرضاعة	٢٠	العيوب	٨٠
كتاب البيوع	٢٤	العيب في الرقيق	٨٠
ما جاء في بيع العربان	٢٤	الباب الأول: في بيان العقود التي يثبت فيها الرد	٨٦
الباب الأول: في جواز التفاضل في غير العين	٢٧	بالعيب	٨٦
والمقتات نقداً	٢٧	الباب الثاني: في بيان العيوب التي يجب بها الرد	٨٦
الباب الثاني: في أن النساء علة في فساد بيع الجنس	٢٧	وتمييزها من غيرها	٨٦
بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة ..	٢٧	الباب الأول: في بيان المعاني التي تثبت الخيار	١٠٣
إلخ	١٠٣	الباب الثاني: في صفة العمل في الارتجاع والرد	١٠٧
بعض الجنس ببعضه إلى أجل متفاضلاً ..	٢٨	فيمن يثبت له الخيار	١٠٧
الباب الرابع: في تبين المنافع المقصودة التي يتبين	٣٠	الباب الأول في بيان معنى المواضعة ولزومها	١١٣
بها معنى الجنس	٣٠	الباب الثاني: في تبين محلها من العاقدين ..	١١٣
ما جاء في مال المملوك	٤٩	الباب الثالث: في محل المواضعة من العقود ..	١١٤
ما جاء في العهدة	٥٦	الباب الرابع: في محل المواضعة من العقود	١١٦
الباب الأول: في تفسير معنى العهدة	٥٧	عليه	١١٦
الباب الثاني: في محل الحكم بها من البلاد ..	٦٢	الباب الخامس: في حكم الأمة في مدة المواضعة	١١٨
الباب الثالث: في محل ثبوتها من المبيع	٦٣	وأن ضمانتها من البائع	١١٨
الباب الرابع: في محل العهدة من العقود ..	٦٤	الباب السادس: في بيان ما تنتقض به	١١٩
الباب الخامس: في محل درك العهدة	٦٦	المواضعة	١١٩
الباب السادس: في حكم العوض منها في تعجيل	٦٦	ما يفعل بالوليدة إذا بيعت والشرط فيها ..	١٢٨
أو تأخير	٦٦	النهي عن أن يطأ الرجل وليدة لها زوج ..	١٣٦
الباب الأول: في تبين محل البراءة من العقود	٧٠	ما جاء في ثمر المال يباع أصله	١٣٨
الباب الثاني: في تبين محلها من العقود عليها	٧١		

٣٠٢ . الباب الثالث : أن يكون المسلم فيه مقدراً .	١٤٢ .. النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها .
٣٠٥ الباب الرابع : أن يكون السلم مؤجلاً	١٥٦ ما جاء في العرية .
الباب الخامس : أن يكون المسلم فيه موجوداً	١٥٩ الباب الأول : في تفسير معنى العرية
٣٠٩ بين الأجل	١٦٤ الباب الثاني : في بيان من يجوز له ذلك
٣١٠ الباب السادس : أن يكون الثمن نقداً إلخ .	الباب الثالث : في بيان ما يصح ذلك فيه من
٣١٩ بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما	الثمار
٣٢٧ الباب الثاني : في ما يقع التماثل به في المقادير	الباب الرابع : في بيان مقدار ما يجوز بيعه من
٣٣٧ جامع بيع الطعام	العرية على الوجه الذي ذكرناه
٣٤٤ الحكرة والتربص	الجائحة في بيع الثمار والزرع
الباب الأول : وفي بيان معنى الاحتكار	الباب الأول : في تبين ما يكون من المتلفات
٣٤٥ وحكمه	جائحة
الباب الثاني : في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه	الباب الثاني : في تبين ما يكون من المتلفات
الإدخار	جائحة
٣٤٧ الباب الثالث : وهو ما يمنع من احتكاره .	الباب الثالث : في تبين مقدار الجائحة التي
الباب الرابع : في بيان ما يمنع من الاحتكار	توضع
٣٤٧ الباب الأول : في تبين السعر الذي يؤمر من حط	ما يجوز في استثناء الثمر
٣٤٩ عنه أن يلحق به	١٨٥ ما يكره من بيع التمر
الباب الثاني : في تبين من يختص به من	ما جاء في المزبنة والمحاقلة
٣٥٠ البائعين	٢٠٥ جامع بيع الثمر
الباب الثالث : فيما يختص به ذلك من	٢٢٢ بيع الفاكهة
٣٥٠ المبيعات	٢٢٤ بيع الذهب بالورق عينا وتبراً
الباب الأول : في صفة التسعير	٢٥٣ ما جاء في الصرف
٣٥٢ الباب الثاني : في ذكر من يسعّر عليهم	٢٦٤ المراطلة
الباب الثالث : فيما يتعلق به التسعير من	العينة وما يشبهها
٣٥٢ المبيعات	الباب الأول : في تمييز ما يختص به هذا الحكم من
ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف	المبيعات
٣٥٢ فيه	الباب الثاني : في تمييز ما يختص من وجوه
٣٥٨ ما لا يجوز من بيع الحيوان	الاستفادة
٣٦٤ بيع الحيوان باللحم	الباب الثالث : في تمييز ما يكون قبضاً
٣٦٨ بيع اللحم باللحم	واستيفاء
٣٧١ ما جاء في ثمن الكلب	الباب الرابع : في تمييز ما يصح قبض البيع
السلف وبيع العروض بعضها ببعض	الثاني
٣٧٧ السُّلْفُ فِي الْعُرُوضِ	٢٩٠ ما يكره من بيع الطعام إلى أجل
٣٨٦ بَيْعُ الثُّنَّاسِ وَالْحَدِيدِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا مِمَّا يُوزَنُ	٢٩٦ الباب الثاني : في كونه موصوفاً

٤٩١	من ماله	٣٨٩	التَّهْمِي عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ
٤٩٢	الباب الرابع: في حكم المحاصة	٣٩٨	بَيْعُ الْغَرَرِ
٤٩٤	الباب الخامس: فيما تقع فيه المحاصة	٤٠٤	الْمَلَامَسَةُ وَالْمُنَابَذَةُ
٥٠٠	الباب الأول: في وجه تصير الملك إل المفلس، فيكون المصير أحق بها	٤٠٧	بَيْعُ الْمُرَابِحَةِ
٥١٠	ما يجوز من السلف	٤٢٢	الْبَيْعُ عَلَى الْبُرْتَانَجِ
٥١٥	مَا لَا يُجُوزُ مِنَ السَّلْفِ	٤٢٥	بَيْعُ الْحَيَارِ
٥٢٠	مَا يُنْهَى عَنْهُ مِنَ الْمُسَاوَمَةِ وَالْمُبَايَعَةِ	٤٤٧	مَا جَاءَ فِي الرِّبَا فِي الدَّيْنِ
٥٣٠	الباب الأول: في تعيين البادي الذي يمنع من البيع له	٤٥١	جَمَاعِ الدَّيْنِ وَالْحَوْلِ
٥٣١	الباب الثاني: في التصرف الذي يمنع له	٤٨٠	مَا جَاءَ فِي إِفْلَاسِ الْغَرِيمِ
٥٣١	الباب الثالث: في حكم البيع له إذا وقع	٤٨٠	الباب الأول: في حكم إقرار المفلس قبل التفليس وبعده
٥٣٨	جامع البيوع	٤٨٧	٤٨٧
		٤٨٩	الباب الثاني: فيما يقر بيده من ماله ولا يقبضه الغرماء في ديونهم
		٤٨٩	٤٨٩
			الباب الثالث: في ضمان ما يتحاص فيه الغرماء

المباني شرح موطأ مالك

تأليف
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٨٤٩٤

تحقيق
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء السابع

مستشارات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لحار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر، أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى
١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) -
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohory st., Melkart bldg., 1st Floor.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X

9 782745 112742 6 > 20000

<http://www.al-ilmiyah.com.lb/>
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المساقاة

ما جاء في المساقاة

١٣٧٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِيَهُودِ خَيْبَرَ يَوْمَ الْفَتْحِ: «أَقْرِكُمْ فِيهَا مَا أَقْرَكُمُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَيَّ أَنْ الثَّمَرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ». قَالَ: فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ فَيَحْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ ثُمَّ يَقُولُ: إِنَّ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي، فَكَانُوا يَأْخُذُونَهُ.

١٣٧١ - مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ إِلَى خَيْبَرَ، فَيَحْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ يَهُودِ خَيْبَرَ، قَالَ: فَجَمَعُوا لَهُ حَلِيًّا مِنْ حَلِي نِسَائِهِمْ، فَقَالُوا لَهُ: هَذَا لَكَ وَخَصَّفْنَا عَنَّا، وَتَجَاوَزَ فِي الْقَسَمِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ: يَا مَعْشَرَ الْيَهُودِ، وَاللَّهِ إِنَّكُمْ لَمِنْ أَبْغَضِ خَلْقِ اللَّهِ إِلَيَّ، وَمَا ذَاكَ بِحَامِلِي عَلَيَّ أَنْ أَحِيفَ عَلَيْكُمْ، فَأَمَّا مَا عَرَضْتُمْ مِنَ الرِّشْوَةِ، فَإِنَّهَا سُحْتٌ، وَإِنَّا لَا نَأْكُلُهَا، فَقَالُوا: بِهَذَا قَامَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ^(*).

١٣٧٠ - أخرجه الشافعي في مسنده ١٣٥/٢. البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٢٠٧٨/٨.

وقال ابن عبد البر في التمهيد ٢٠٥/٨: هكذا روى هذا الحديث بهذا الإسناد، عن مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد، جماعة رواة الموطأ، وكذلك رواه أكثر أصحاب الزهري. وقد وصله منهم صالح بن أبي الأخضر، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، «أن رسول الله ﷺ لما افتتح خيبر، دعا اليهود فقال: نعطيكم الثمر على أن تعملوها، أقركم ما أقركم الله؟ وكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيحرصها عليهم، ثم يخيرهم يأخذون بخرصه، أم يتركون.»

١٣٧١ - أخرجه أبو داود برقم ٣٤١٣، ٢٦١/٣ كتاب البيوع، عن عائشة. البغوي في شرح السنة ٢٥١/٨، عن عائشة.

(*) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٢٣/٨: هذا الحديث مرسل في جميع الموطآت عن مالك =

٤ كتاب المساقاة

الشرح: قوله: «أنه قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر» يريد في ذلك الزمن حيث وجب تفرغ النظر للمسلمين فيها كما يقال قال كذا يوم بدر، وفعل كذا يوم أحد، وإنما جرى ذلك في الأيام المضافة إليها.

فصل: وقوله: «على ما أقركم الله عز وجل على أن التمر بيننا وبينكم» يقتضى أن النخل صارت لرسول الله ﷺ وللمسلمين دون أهل خيبر، ولذلك كان لهم بالعمل بعض الثمرة، واختلف العلماء في افتتاح خيبر، فقال بعضهم: افتتحت عنوة، لما روى عبد العزيز بن صهيب عن أنس أن رسول الله ﷺ غزا خيبر، فأصبناها عنوة.

وقال آخرون: افتتحتها بعضها عنوة، وبعضها صلحاً^(١)، وهو الذى رواه مالك عن

=بهذا الإسناد، وقد يستند معنى هذا الحديث من رواية ابن عباس، وجابر، وغيرهما، عن النبى ﷺ، وسماع سليمان بن يسار من ابن عباس صحيح. وقال معمر، عن الزهرى فى هذا الحديث: خمس رسول الله ﷺ خيبر، ولم يكن له ولا لأصحابه عمال يعملونها ويزرعونها، فدعا يهود خيبر - وقد كانوا أخرجوا منها - فدفع إليهم خيبر على أن يعملوها على النصف، يؤدونه للنبي ﷺ، وقال لهم: «أقركم على ذلك بما أقركم الله». فكان يبعث إليهم عبدالله بن رواحة فيحرص النخل حين يطيب أوله، ثم يجير يهود يأخذونها بذلك أو يدفعونها بذلك الخرص، وإنما كان رسول الله ﷺ أمر بالخرص فى ذلك، لكى تحصى الزكاة فى ذلك قبل أن توكل الثمرة.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٠٥/٨: أجمع العلماء من أهل الفقه والأثر، وجماعة أهل السير، على أن خيبر كان بعضها عنوة، وبعضها صلحاً، وأن رسول الله ﷺ قسمها، فما كان منها صلحاً، أو أخذ بغير قتال كالذى جلا عنه أهله، عمل فى ذلك كله بسنة الفىء، وما كان منها عنوة، عمل فيه بسنة الغنائم إلا أن ما فتحت الله عليه منها عنوة، قسمه بين أهل الحديبية وبين من شهد الواقعة. وقد رويت فى فتح خيبر آثار كثيرة ظاهرها مختلف، وليس باختلاف عند العلماء على ما ذكرت لك، إلا أن فقهاء الأمصار اختلفوا فى القياس على خيبر سائر الأرضين المفتتحة عنوة، فمنهم من جعل خيبر أصلاً فى قسمة الأرضين، ومنهم من أبى من ذلك وذهب إلى إيقافها، وجعلها قياساً على ما فعل عمر بسواد الكوفة، وسنين ذلك كله فى هذا الباب - إن شاء الله. فأما الآثار عن أهل العلم والسير بأن بعض خيبر كان عنوة، وبعضها بغير قتال، فمن ذلك ما روى ابن وهب، عن مالك، عن ابن الشهاب، أن خيبر كان بعضها عنوة، وبعضها صلحاً، قال: فالكثبية أكثرها عنوة، وفيها صلح، قلت لمالك: ما الكثبية؟ قال: من أرض خيبر، وهى أربعون ألف عذق. قال مالك: وكتب أمير المؤمنين يعنى المهدي - أن تقسم الكثبية مع صدقات النبى ﷺ، فهم يقسمونها فى الأغنياء والفقراء، فقيل لمالك: أفترى ذلك للأغنياء؟ قال: لا، ولكن أرى أن يفرقها على الفقراء. قال إسماعيل بن إسحاق: وكانت خيبر جماعة حصون، فافتتح بعضها بقتال، وبعضها سلمه أهله على أن نخنن دماؤهم.

كتاب المساقاة ٥
ابن شهاب، والكثبية أكثرها عنوة، وفيها صلح. قال مالك: والكثبية من أرض خيبر
أربعون ألف عرق.

وقال موسى بن عقبة: كان مما أفاء الله على المسلمين من خيبر نصفها، فكان
النصف لله ولرسوله، والنصف الآخر للمسلمين، فكان النصف الذى لله ولرسوله
الكثبية والوطيح والسلالم ووجرة، والنصف الذى للمسلمين بطله والشق، وهذا
يقتضى أن معنى الصلح أنهم تخلوا عن النخل والأرض، فعلى هذا تقرر أن جميع الأرض
والنخل لله ولرسوله وللمسلمين.

مسألة: فأما إن كان على وجه الصلح، فذلك كله لله ولرسوله. قال القاضى أبو
إسحاق قال: وكان سبيل ذلك سبيل التضير، وما كان خيبر بقتال، وقسمها رسول
الله ﷺ بين من حضرها من المسلمين، وبين من غاب عنها من أهل الحديبية خاصة؛
لأن الله تعالى وعدهم بها يريد قوله: ﴿وعدكم الله مغنم كثيرة تأخذونها فعجل لكم
هذه﴾ [الفتح: ٢٠].

مسألة: وظاهر قوله: «أقركم على ما أقركم الله» يقتضى أن ذلك كان عند
المساقاة، ولعله كان بعد وصف العمل والاتفاق منه على معلوم بعبارة أو غيرها، وقد
ذهب إلى جواز المساقاة مالك والشافعى وجمهور الفقهاء، ومنع جوازها أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله ما روى «أن النبى أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها
ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها»^(*).

ومن جهة القياس أن التمر نوع مال يزكو بالعمل لا يجوز أن يكون لمنفعته
المقصودة، فجازت المعاملة عليه ببعضها.

مسألة: وهذا اللفظ لا يتناول العقد على مدة يلزم العقد فى جميعها، وإنما يلزم فى
مقدار منها. فأما المساقاة، فإنها تلزم فى عام واحد؛ لأنه لا يمكن أن تتبعض، وكذلك
كلما شرع العامل فى عام، لزم العقد فى ذلك العام، وكذلك المتساقيان بالخيار فيما
بعده.

وقد قال مالك فى الرجل: يكترى من الرجل داره على شهر بدينار أو كل عام
بدينارين، أن ذلك جائز، وكل واحد منهما فى الإجارة أن يتمادى على العمل، وأن

(*) أخرجه أبو داود برقم ٣٤٠٨، ٣/٣٦١ كتاب البيوع، عن ابن عمر. ابن أبى شيبة

٢٧٦/١٤، عن ابن عمر.

٦ كتاب المساقاة

يتركه ما شاء، وكذلك المساقاة لكل واحد منها ما ترك ذلك ما لم يشرع العامل فى عمل سنته، فتلزمه تلك السنة.

وقال عبدالمملك: يلزم أجرة جزء واحد مما جعلاه عملاً على حساب الأجرة من شهر أو سنة.

وجه الرواية الأولى أن العقد لم يقع على شىء مقرر يلزم فيه، وإنما هو مبنى على أن ما اتفقا عليه لزمهما بالاستيفاء من حساب ما قرراه، ولهما أن يزيد ما شاء أم ما اتفقا على ذلك، ومن أراد منهما الترك، فذلك له إذ ليس بينهما عقد يلزم أحدهما، وجميع المدة فى ذلك على كل واحد، فإذا كان الخيار لكل واحد منهما فى الشهر الثانى والسنة الثانية، فكذلك الأولى.

وجه القول الثانى أن عقد الإجارة عقد لازم، وأقل ما يقع عليه العقد ما ذكر من المدة المقدرة، فيجب أن يلزم فيه، ويكون الخيار فيما بعده.

فصل: وقوله: «على أن الثمرة بيننا وبينكم» يقتضى المشاركة، وليس فى هذا اللفظ تحديد جزء العامل من الثمرة غير أن الظاهر المساواة، ولعله قد تبين ذلك لهم، فنقله الراوى على هذا اللفظ لما كان ظاهره المساواة.

وقد روى عن ابن عمر أنه قال: أعطى رسول الله ﷺ أهل خيبر النصف، وأبو بكر وصدراً من خلافة عمر.

مسألة: ويقتضى مع ذلك المساواة فى الحوائط كلها، وإن كان بعضها أفضل من بعض. وقد قال ابن القاسم فى العتبية: لا بأس أن يساقيه حائطين على النصف جميعاً أو على الثلث. قال مالك فى الموازية: ويجوز أن يكون أحد الحائطين نخلاً، وفى الآخر أصناف الشجر، ويكون بعضها أفضل من بعض سقياً واحداً، وأن بعضها بعلاً وبعضها سقياً، فإن كان على مساقاة مختلفة، فلا خير فى ذلك.

وجه ذلك أن النبى ﷺ ساقى خيبر كلها على النصف، وفيها الجيد والردىء.

ومن جهة المعنى أن عقد المساقاة بمعنى حكم القراض، فكما لا يجوز أن يدفع إليه مالين على وجه القراض بعقد واحد، وعلى أجزاء مختلفة لم يجز ذلك فى المساقاة، ولما جاز أن يدفع إليه جنسين من العين ورقاً وذهباً فى عقد واحد على جزء واحد، جاز مثله فى المساقاة.

كتاب المساقاة ٧

فرع: فإذا قلنا إنه لا يجوز عمل في عقد واحد على أجزاء مختلفة، فإن عمل على ذلك رد إلى مساقاة مثله، وكذلك لو عاقده السنين بأجزاء مختلفة، لم يجوز، فإن عمل على ذلك جميع السنين فله مساقاة مثله فيما مضى، وفيما بقى ولا يفسخ ما بقى، وقاله في الموازية.

ووجه ذلك أنه إنما يلزمه مساقاة جميع السنين؛ لأنه إنما أخذ بعضها بسبب بعض، فقد ينفق في أول عام ليستغل أعواماً، فإذا لزمه بعض الأعوام لزمه جميعها.

مسألة: إن كان في عقود مختلفة على أجزاء مختلفة، جاز ذلك، قاله في الموازية، ولا يجوز مثل هذا في القراض؛ لأن عقد القراض عقد جائز، وعقد المساقاة عقد لازم، فإذا عقد في حائط على النصف، ثم عقد في حائط آخر على الثلث، لم يتعلق أحد العقدين بالآخر، فجاز ذلك.

فصل: وقوله: «فكان رسول الله ﷺ يبعث ابن رواحة للخرص» ظاهر اللفظ يقتضى تكرر خرصه لهم. وقال الشيخ أبو إسحاق في زاهيه: خرص عليهم عاماً ثم قتل بموتة، فقدم غيره، ويحتمل أن يريد خرص أموال المساقاة لما يجب فيها من الزكاة لأن مصرف الزكاة في غير مصرف غلة أرض العنوة ونخلها لأن الزكاة لا تصرف إلا إلى الأصناف التي ذكر الله تعالى في كتابه في قول تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠]، وأما غلة أرض العنوة، فإن الإمام يعطيها من يستحقها من الأغنياء والفقراء، ولذلك كان يخرصها ليميز حق الزكاة من غيرها.

وقد قال ابن مزين: سألت عيسى عن فعل ابن رواحة إذا كان يخرص تمر خبير الذى أقره النبي ﷺ بأيدي اليهود مساقاة، ثم يقول لهم: «إن شئتم، فلکم، وإن شئتم، فلى» فكانوا يأخذون، أيجوز ذلك للمساقين والشريكين، فقال: لا يعمل بذلك، ولا يصلح اقتسامه إلا كلاً إلا أن تختلف حاجتهما إليه فيقسمانه الخرص.

وهذا الذى قاله عيسى حمله عليه أنه تناول الخرص للقسمة خاصة، وإذا كان الخرص للزكاة لزم إخراجها من جميع ثمر الحائط إن كان العامل ذمياً أو عبداً؛ لأن الزكاة إنما تعتبر بحال مالك الأصل، فإن كان صاحب الأصل مسلماً حراً، فالزكاة في جميعه.

وإن كان صاحبه عبداً أو ذمياً، فلا زكاة في شيء منه؛ لأن العامل إنما يملك حصته من الثمرة بالقسمة، والزكاة تجب فيها قبل ذلك بيدو الصلاح، وقد تقدم ذكره.

مسألة: ويحتمل أن يكون الخرص للقسمة لأنه قد علم اختلاف حاجتهما إليه لأن

٨ كتاب المساقاة
اليهود كانوا يريدون أن يأكلوه رطبًا، والصحابة لا يمكنهم ذلك ولا يحتاجون إليه إلا
تمرًا.

وقد قال مالك في الشركاء في الحائط تختلف حاجتهم إلى الثمرة، فبعضهم يريد
البيع، وبعضهم يريد أكله رطبًا، وبعضهم يريد أكله تمرًا: إن ذلك يبيح قسمته بينهم
بالخرص، وإن اتفقت حاجتهم، فإن أراد جميعهم البيع أو أكله رطبًا أو تمرًا لن تقسم
بينهم بالخرص، وقد تقدم ذكره في القسمة.

فصل: وقول ابن رواحة: «إن شتتم فلکم وإن شتتم فلی» حمله عيسى على أنه كان
يسلم إليهم جميع الثمرة بعد الخرص ليضمنوا حصة المسلمين من الثمرة، ولو كان هذا
لم يجوز؛ لأنه بيع الثمرة بالثمره بالخرص في غير العرية.

وإنما يجوز مثل هذا في الزكاة أن يخرص عليهم ثم يكون عليهم من الثمر ما أوجبه
الخرص عليهم على سنة الزكاة في أموال المسلمين؛ لأن أصل الحوائط لهم.

فإذا حملناه على هذا الوجه، فمعنى قوله: «إن شتتم فلکم، وإن شتتم فلی» على
سبيل التحقيق لصحة خرصه، فيقول لهم: إن شتتم أن تأخذوا الثمرة على أن تؤدوا
زكاة ما خرصته عليكم، وإلا فأنا أشتريها من الفيء بمثل ما يشتري به، فيخرج هذا
الخرص الذى خرصه، وذلك معروف لمعرفتهم بسعر التمر، فكانوا يأخذونه لتحقيقهم
صحة قوله.

وإن قلنا إن المراد به خرص الثمرة لا قسمة لاختلاف الحاجة، فمعنى قوله: إن شتتم
فلکم هذا النصف، وإن شتتم فلی ولكم هذا الآخر، على معنى التخيير لهم فى
النصفين ليأخذوا أيهما شاءوا لتحقيقه التساوى فى ذلك، فكانوا يأخذون الذى يسر
لهم ويخصهم به، إما لأن ذلك أنفع لهم، وأقرب لمساكنهم. أو أبعد من الدخول فيه
عليهم أو لمعنى من المعانى أو لأنهم فرحوا به وسألوه إياه بين ذلك أن وقت طيب
النخل أو بعد ذلك ما دامت فى رعوس النخل ليس بوقت قسمة ثمرة المساقاة لأن على
العامل أخذها والقيام عليها حتى يجرى الصاع أو الوزن سبب ذلك أن الخرص قبل
ذلك لم يكن للقسمة إلا معنى اختلاف الأغراض والحاجات على ما تقدم.

فصل: والظاهر فى قوله لجماعتهم: «إن شتتم فلکم، وإن شتتم فلی» إن كان على
وجه المساقاة لاختلاف الأغراض والحاجات، تقتضى أنه ساقى جميعهم جملة واحدة
الحوائط، ولم يخص كل إنسان منهم بحائط، ولذلك قال مالك قد ساقى رسول الله

كتاب المساقاة ٩

﴿خير على مساقاة واحدة على النصف وفيها الجيد والدنيء ولا تعلق له في هذا إلا أن يكون عقد على جميعها عقدًا واحدًا، وإن كان في غالب الحال يختلف ما عوقدوا عليه لاختلاف الحوائط مع جواز المساقاة على أكثر من النصف وأقل، ولا اختلاف أنه يجوز لصاحب الحائط أن يساقى فيه جماعة.﴾

فصل: وقوله في حديث ابن يسار: «كان يبعث ابن رواحة ليخرص بينه وبين يهود» أضاف الخرص إليه لتصرفه فيه، ويحتمل أن يكون فيما يخصه لنفقة عياله وإنفاذه ليخرص على ما تقدم غير أن لفظه كان يقتضى التكرار، وأنه تكرر إنفاذه إليهم لهذا المعنى لدينه وأمانته، ومعرفة بهذا الشأن، ولعله كان عالما بثمر تلك الجهة، وما ينقص بالجفوف.

فصل: وقوله: «فجعلوا له حليا، قالوا: هذا لك وخفف عنا» أرادوا بذلك التخفيف من الحق الذى يجب فى الخرص، ولا يجوز فعله لما فيه من الخيف على المسلمين، وأما التخفيف اليسير، فإن كان بمعنى المقاسمة، فلا يجوز فيه إلا المساواة، وإن كان بمعنى الزكاة، فقد تقدم ذكره فى باب الزكاة.

فصل: وقوله: «يا معشر يهود إنكم لمن أبغض خلق الله إلى» يريد لكفرهم وإظهارهم العداوة والمخالفة للنبي ﷺ وللمسلمين، وقد أنبأ الله تعالى بذلك، فقال: ﴿لنجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا﴾ [المائد: ٨٢]، ثم قال: «وما ذاك بحاملى على الخيف عليكم» يئسهم بذلك من حيفه على المسلمين مع محبته فيهم وسعيه لهم.

فصل: قوله: «وأما ما عرضتم من الرشوة فإنه سحت» يريد حرام، وقد وصف الله اليهود بأكلها، فقال: ﴿سماعون للكذب أكالون للسحت﴾ [المائدة: ٤٢]، وقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إن كثيرا من الأحبار والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله﴾ [التوبة: ٣٤]، فراموا أن يستنزوا ابن رواحة لما علموا من ورعه وأمانته، وحرصوا أن يدخلوه فيما يتلبسون به من أخذ الرشوة وأكل السحت، قال الله عز وجل: ﴿وذ كثير من أهل الكتاب لو يردونكم من بعد إيمانكم كفارًا حسدًا من عند أنفسهم من بعد ما تبين لهم الحق﴾ [البقرة: ١٠٩]، وقال: ﴿ودوا لو تكفرون كما كفروا فتكونون سواء﴾ [النساء: ٨٩]، فعصمه الله ورد ذلك عليهم ولم يعاقبهم امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿فأعفوا واصفحوا حتى يأتى الله بأمره﴾

فصل: وقولهم: «بهذا قامت السموات والأرض» ويحتمل أن يريد به الإقرار بالحق والرجوع إلى الاعتراف به، إما للتعجيل الخزي لهم في الدنيا أو ليتخلصوا به مما ظنوا أنه يحل بهم من العقوبة إذا أروه الرجوع إلى قوله والرضا بفعله.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا سَاقَى الرَّجُلُ النَّخْلَ وَفِيهَا الْبَيَاضُ، فَمَا أَزْدَرَغَ الرَّجُلُ الدَّاخِلُ فِي الْبَيَاضِ فَهُوَ لَهُ: قَالَ: وَإِنْ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنَّهُ يَزْرَعُ فِي الْبَيَاضِ لِنَفْسِهِ، فَذَلِكَ لَا يَصْلُحُ لِأَنَّ الرَّجُلَ الدَّاخِلَ فِي الْمَالِ يَسْقِي لِرَبِّ الْأَرْضِ، فَذَلِكَ زِيَادَةٌ أَزْدَادَهَا عَلَيْهِ، قَالَ: وَإِنْ اشْتَرَطَ الزَّرْعَ بَيْنَهُمَا، فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا كَانَتِ الْمَثُونَةُ كُلُّهَا عَلَى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ الْبَذْرُ وَالسَّقْيُ وَالْعِلَاجُ كُلُّهُ، فَإِنْ اشْتَرَطَ الدَّاخِلُ فِي الْمَالِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنَّ الْبَذْرَ عَلَيْهِ، كَانَ ذَلِكَ غَيْرَ جَائِزٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اشْتَرَطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ زِيَادَةً أَزْدَادَهَا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ الْمُسَاقَاةُ عَلَى أَنَّ عَلَى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ الْمَثُونَةَ كُلُّهَا وَالنَّفَقَةَ، وَلَا يَكُونُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهَا شَيْءٌ فَهَذَا وَجْهُ الْمُسَاقَاةِ الْمَعْرُوفِ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أنه لا يخلو أن يسكت عن البياض في عقد المساقاة أو يشترط أحد المعاقدين، فإن سكت عنه، فقد قال ابن الجلاب في تفريعه: هو لصاحبه يفعل فيه ما شاء من زراعة وإجارة أو ترك، وقال محمد وابن حبيب: إن تشاحا عند الزراعة، فذلك للعامل.

وجه القول الأول، وهو مقتضى رواية ابن نافع عن مالك الحديث المتقدم: «أقركم ما أقركم الله على أن الثمرة بيننا وبينكم»^(*).

فوجه الدليل من هذا أنه شرط لنفسه وللمسلمين نصف الثمرة، وذلك وقت الاشتراط واستيفاء الجفوف وتبينها، فظاهر ذلك أنه جميع ما يكون له.

ووجه آخر، وهو أن الأرض بين العاملين، وإنما يكون للنبي ﷺ وللمسلمين ما تناوله اشتراطه، وهو نصف الثمرة دون سائر ما بأيديهم، ولذلك انفردوا بمساقاتها

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢١٩.

(*) تقدم تخريجه في الحديث رقم ١٣٧٠.

ومسارحها، وغير ذلك.

وما روى عن النبي ﷺ «أنه أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار» (*) يحتمل أن يكون في عقدين أو على مكانين أو زمانين، ويحتمل أن يعود الضمير، فيما يخرج منها، على ما يعمل فيها من الأشجار، فيكون بمعنى ما قد ساقه في الحديث الأول.

مسألة: وإن كان سكت عن ذلك حتى زرعها العامل لنفسه، فقد قال محمد وابن حبيب: ما زرع العامل، فهو له وفي كتاب ابن سحنون عن ابن نافع عن مالك: عليه كراء الأرض لصاحب الحائط.

وجه القول الأول ما قدمناه من أن لفظ المساقاة إنما يختص بالثمار، وما كان من الأرض على وجه التبع، فهو للعامل كالمراح والمسكن وغير ذلك.

ووجه القول الثاني أنه مقصود بالحرث والعمل، فوجب أن لا يختص بالعامل كالثمرة.

مسألة: وأما الشرط، فإن فضل ذلك ملغى للعامل، قاله مالك في المدونة والموازية وغيرهما.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن اسم المساقاة يختص بالثمر وماله أصل ثابت وفرع ظاهر حين المساقاة. وأما الأرض البيضاء، فعلى وجه ارتفاق العامل ما بين الأصول من البياض.

مسألة: فإن شرطاً أن يكون بينهما على أن يكون البذر والعمل من عند العامل، فقد قال مالك في المدونة وغيرها: ذلك جائز. قال ابن القاسم: وذلك أن السنة جاءت في خيبر أن النبي ﷺ عاملهم في البياض والسواد على النصف.

مسألة: وإن شرطاً أن يكون بينهما والبذر من عندهما، ففي المدونة: لا يجوز ذلك، وكذلك إن كان البذر كله من عند صاحب الأرض، ففي الموازية: لا يجوز.

ووجه ذلك أن العمل والمنفعة كلها على العامل، لا يجوز أن يكون شيء من ذلك على صاحب الأرض والبذر والعمل من ذلك، فلا يجوز أن يكون شيء منه عليه كما

(*) أخرجه أبو داود برقم ٣٤٠٨، ٣٦١/٣ كتاب البيوع، عن ابن عمر. ابن أبي شيبة ٢٧٦/١٤، عن ابن عمر.

١٢ كتاب المساقاة

لا يجوز أن يكون له جميع الزرع لما فى ذلك من اشتراطه على العامل زيادة ينفرد بها.
ولو كان البياض تبعًا، فاشتراط العامل ثلاثة أرباعه، فقد أبى ذلك ابن القاسم،
وكرهه أصبغ مرة، ثم أجازته.

ووجه القول الأول أنه لما اشترط بعضه كان ذلك زيادة فى المساقاة ازدادها العامل،
ولم يكن على وجه الإلغاء؛ لأن الإلغاء إنما يكون فى جميعه.

ووجه القول الثانى أنه اشترط أرضًا هى تبع المساقاة، فجاز ذلك كما اشترطاه
جميعًا والتوجيهان لأصبغ من رواية محمد.

فرع: وسواء كان البياض بين أثناء السواد أو منفردًا عن الشجر فى ذلك الحائط،
قاله محمد. ووجه ذلك أنه تبع للملك صاحب الأصل.

فرع: ولو استثنى العامل البياض فيما يجوز زرعه ثم أجيحت الثمرة، ففى العتبية من
رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك: عليه كراء الأرض البياض. وقال سحنون:
جيد؛ لأنه لم يعط إياه إلا عمل السواد، فلما ذهب السواد كان له أن يرجع بالكرء.
قال على بن زياد عن مالك: وكذلك لو عجز الداخل عن العمل عليه كراء مثله فى
البياض.

فرع: وإن كانت المساقاة فى زرع، وفى وسطه أرض بيضاء، فاشتراطها العامل
لنفسه، قال ابن القاسم: لا بأس بذلك كالنخل، وهذا إذا كانت يسيرة تبعًا لأرض
الزرع. قال محمد: وحكمه حكم بياض النخل، وأحب إلينا أن يلغى الداخل.

مسألة: وإذا ساقاه زرعًا فيه شجر تبعًا للزرع، واحد لا للعامل كمشتري السدار فيها
نخل يشترط ثمرتها، ولا يجوز أن يكون بينهما، ولا يكون لصاحب الأرض إذا كان
العامل يسقى ذلك، قاله محمد.

وجه القول الأول أنه مما يجوز فيه المساقاة، فلا يخلو أن يلغى كنوع من الشجر.

ووجه القول الثانى أن هذه أرض يعتبر فيها التبع للنخل، فجاز أن يلغى كما لو ابتداء
بذرها وزراعتها. قال ابن المواز: ولم أجد أحدًا اختار هذا القول، وقول ابن القاسم هو
المعروف.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَيْنِ تَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَنْقَطِعُ مَآؤُهَا، فَيُرِيدُ أَحَدُهُمَا أَنْ يَعْمَلَ

فِي الْعَيْنِ، وَيَقُولُ الْآخَرُ: لَا أَجِدُ مَا أَعْمَلُ بِهِ: إِنَّهُ يُقَالُ لِلَّذِي يُرِيدُ أَنْ يَعْمَلَ فِي الْعَيْنِ أَعْمَلَ وَأَنْفَقَ، وَيَكُونُ لَكَ الْمَاءُ كُلُّهُ تَسْقَى بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ صَاحِبِكَ بِنَصْفِ مَا أَنْفَقْتَ، فَإِذَا جَاءَ بِنَصْفِ مَا أَنْفَقْتَ، أَخَذَ حِصَّتَهُ مِنَ الْمَاءِ، وَإِنَّمَا أُعْطِيَ الْأَوَّلُ الْمَاءَ كُلَّهُ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ، وَلَوْ لَمْ يُدْرِكْ شَيْئًا بِعَمَلِهِ لَمْ يَعْلَقِ الْآخَرُ مِنَ النَّفَقَةِ شَيْئًا^(١).

الشرح: روى سحنون عن ابن القاسم في تفسير قول مالك في الماء يكون بين الرجلين فيغور، أن كل أرض مشتركة لم يقسما أصلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعه جميعاً، فانهدمت البئر، فإنه يقال لصاحبه أعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الأصل والماء أو قاسمه الأصل، فخذ حصتك، ويأخذ حصته، فمن أحب أن يعمل ومن أحب أن يترك ترك.

ومن عمل منهما كان له الماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة، فيرجع على حقه من الماء، وإن كان بينهما زرع أو شجر مثمر في أرض لهما، فإن الأبى يجبر على عمل حصته أو يبعها من يعمل.

وأما إذا كانت حصة كل واحد منهما مفردة والماء واحداً، فمن أبى منهما العمل، فذلك له، ويقال للآخر أعمل ولك الماء كله حتى يأتي شريكه بحصته من النفقة، وإنما ذلك بمنزلة الدار تهدم فيأبى أحد الشريكين أن يبني، فيقال له ابن مع شريكك أو قاسمه، قاله سحنون. وابن نافع والمخزومي يقولان: إنما ذلك في بئر ليس عليها ما يبني لا رزق ولا نخل ولا غيره.

فأما ما كان بئراً أو عينا عليهما ما يبني، فإن أبى العمل يجبر على أن يعمل مع شريكه أو يبيع ممن يعمل معه كالسفل لرجل والعلو لآخر فيهدم ذلك فإن صاحب السفل يجبر على أن يعمل معه فإن أبى يبيع عليه.

وقال عيسى في العتبية: يقال للآبى: إما أن تعمل وإما أن تبيع ممن يعمل معه ويجبر

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٢١، وقال: قول مالك هذا قول حسن، ورجحه له بذلك. وقول الكوفيين نحوه إلا أنهم قالوا: لا يكون ذلك إلا بقضاء قاض وحكومة حاكم، فإن أنفق دون قضاء الحاكم رغبة في أن يتميز له ما يريده من عمل حصته كان متطوعاً بنفقته، ولا شيء له على شريكه، ويأخذ حصته كاملة يعتلها معه.

وقال الشافعي: لا يجبر الشريك على الإنفاق، ويقال لشريكه: إن شئت تطوع بالإنفاق، وإن شئت، فدع، وقضاء القاضى، وغيره في ذلك سواء؛ لأن ليس لأحد أن يلزم غيره ديناً، لم يجب عليه بغير رضا منه.

١٤ كتاب المساقاة

على ذلك قال: وكذلك قال مالك، فيجىء على قول ابن القاسم أن ذلك على ثلاثة أضرب، إذا ما يسقى بالبر أو العين مقسوما، فمن شاء أن يبنى بنى ومن شاء أن يترك ترك وقاسه على الشريكين فى الدار تنهدم وقاسه ابن نافع والمخرومى على صاحب السفلى والعلو وهو أظهر لأن شريكه فى العين لا يقدر على الانتفاع به لقسمة الأصل كما لا يقدر صاحب العلو على بنيان علوه إلا بعد أن يبنى صاحب السفلى وصاحب الدار يقدر بعد المقاسمة على بنيان حصته من القاعة.

والضرب الثانى أن يكون مشاعا يقدر على مقاسمته، فإنه يؤمر الآبى أن يعمل مع صاحبه أو يقاسمه فيعود إلى حكم الضرب الأول.

والضرب الثالث أن يكون الذى يسقيان مما لا يصلح قسمته كثمره نخلها أو زرع أرضها فهو الذى يجبر عند ابن القاسم على العمل مع شريكه أو على أن يبيع ممن يعمل معه فراعى فى هذا بقاء الشركة بينهما وإذا روعى حق الطالب الذى يرد العمل، فإن المضرة تلحقه إذا انفرد زرعه وثمرته كما تلحقه حال الاشتراك فيجب أن يكون الحكم فى ذلك سواء على ما رواه عيسى عن مالك.

مسألة: فإن عمل أحدهما دون الآبى؟ فقد قال ابن القاسم فى الثلاثة الأضرب أنه يكون بالماء حتى يأتية شريكه بما يصيبه من النفقة، وهو قول مالك إلا أنه إذا أعطاه حصته من النفقة فقد صار منفقا معه وزالت العلة المانعة من ذلك وهو إبايته من النفقة.

فروع: فلو كان العامل قد اغتلت منها غلة كثيرة قبل أن يرد إليه حصته الآبى مما أنفق، فقد روى عيسى فى العتبية أنه اختلف فى ذلك، فقال محمد بن دينار فى مسألة الرحا: للعامل من ذلك بقدر ما أنفق وما كان له قبل أن ينفق ويكون للآبى بقدر ما كان بقى له من ذلك، وهو قول ابن وهب.

وأما ابن القاسم فقال مرة: الغلة كلها للعامل دون الآبى حتى يعطى قيمة ما عمل. قال عيسى: وبهذا القول رأيت ابن بشير يحكم به أخذ، ثم قال ابن القاسم بعد ذلك فى مسألة الرحا: يحاصه بما عمل فيما أنفق، فإذا استوفى ذلك رجع الآبى فى حظه ولم يكن عليه شىء.

وجه قول ابن دينار أن مقدار ما كان بقى من منافع الرحا من هند وآلة لأصبغ فيه فمن اختار العمل، فعليه باقيه للآبى، وما زاد على ذلك، فإن للعامل غلته مع حصته مما بقى.

ووجه قول ابن القاسم الأول، وهو الذى اختاره عيسى أن حصّة الآبى لم يكن ينتفع بها ولا غلة لها إلا بما عمله العامل، فكانت غلة ذلك كله للعامل حتى يعطيه الآبى حصته من النفقة كرقبة العين.

ووجه القول الثانى لابن القاسم أن الرحا والعين باقيا على ملك الآبى حصته منها يجب أن تكون له بذلك القدر من غلتها، وإنما كان ما أنفقته العامل فى ذلك إذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار، فإن الذى يرد سلفا لا يتعلق بذمة وإنما يتعلق بعين لا يتأتى لا يتأتى فيه، فإذا عاد إليه سلفه رجع الآبى إلى استيفائه.

فرع: فإذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار، فإن الذى يرد الآبى إلى العامل ما ينوبه من قيمة العمل يوم يدخل معه لا يوم عمله ولا ما ينوبه من النفقة التى أنفق إلا أن يكون ذلك بمحدثاته، قاله عيسى.

ووجه ذلك أنه لما كان الإنفاق له، فإن للآبى الرجوع لأنه من ذلك اليوم تكون له رقبته وغلته وأما قبل ذلك فإن رقبته وغلته للعامل كاتنا، فكان له الزيادة وعليه النقص.

فرع: وإذا قلنا بقول ابن القاسم الثانى، فيجب أن يرد ما أنفق فى البنيان على وجه السد له؛ لأن الآبى يحتسب له بغلته من ذلك اليوم، فيجب أن تلزمه تلك النفقة ما لم يكن فيها غبن.

مسألة: وإذا غار ماء عين المساقى فإن ذلك يختلف، فإن انقطع قبل العمل وقبل أن ينفق شيئا فلا شيء على رب الحائط، فإن أنفق العامل على سدها، فلا شيء له فيما أنفق إلا ما للمتعدى من النقص وله حصته من الثمرة وإن كان بعد العمل.

فقد قال ابن المواز: إن عبدالمملك فسره تفسيراً حسناً، فقال: يتوحي قدر ما لرب الحائط من الثمرة بعد طرح مؤنته فيها إلى وقت بيعها يتكلف أن يعجل وينفقه، فإن أعدم قيل للعامل أنفق ذلك القدر، وتكون حصته من الثمر رهنا بيدك، فذلك، وإلا فيسلم الحائط إلى ربه ولا شيء لك ولا له عليك.

مسألة: ومن اكترى أرضا سنين ليزرعها، فإنهارت بثرها أو غار ماؤها، فإن لم يكن فيها زرع انفسخ الكراء، وليس له أن ينفق فيها شيئا، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أن هذا مانع طراً عليه قبل العمل، فلم يكن على رب الأرض إصلاحها لأنه لا يتلافى بذلك شيئا، وهى للمكترى، وأما إن كان له فيها زرع وأن الذى يلزم

أن ينفق فيها كراء تلك السنة دون سائر السنين يقوم ذلك إن اختلفت قيم السنين أو على السواء إن تسوت، فإن كان المكتري لم ينفق الكراء، أنفق في إصلاح ذلك كراء تلك السنة وإن كان قد نفقه، فعلى رب الأرض أن ينفقه، قاله ابن حبيب.

وقال ابن المواز: وإن كان قد أفلس قيل للمكتري أنفق سلفاً من عندك له، وإنما لم يكن له أن ينفق أكثر من كراء سنة؛ لأن السنة الباقية لم يعمل فيها شيئاً، فلم يلزم إنفاق كرائها، وإنما كراء السنة التي قد زرع فيها ليحيى زرعها والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإنما أعطى الأول الماء كله؛ لأنه أنفق، ولم يدرك شيئاً بعمله، لم يتعلق بالعمل من النفقة شيء» يحتمل أن يريد بقوله الماء كله ما استقر بعمله، ويحتمل أن يريد به جميع ماء العين ما بقى منه قبل العمل، وما زاد بالعمل، والأول أولى بالصواب، إلا أن يكون ما بقى منه لا يوصل إلى الانتفاع به لقلته، مع أن لفظ الحديث يقتضى أنه لم يبق من الماء شيء، وذلك أنه قال انقطع ماء العين وهذا إنما يعبر به عن ذهاب جميعه، وقال: إن ما قضى بالماء كله للعامل لأنه هو الذى أنفق، يريد أن بنفخته عاد الماء مع إنفاقه على وجه لو لم يعد الماء بنفخته لانفرد بالخسارة، ولم يكن له على الآبى شيء من ذلك، وهذا يقتضى انفراده بضمان النفقة والعلة تمنع الضمان، فوجب أن يكون أحق بالماء حتى يشاركه الآخر فى ذلك بأن يبدل له حصته من النفقة، فيعود إلى حصته من الماء للملكه للأصل.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا كَانَتِ النَّفَقَةُ كُلِّهَا وَالْمُونَةُ عَلَى رَبِّ الْحَائِطِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الدَّاحِلِ فِي الْمَالِ شَيْءٌ إِلَّا أَنَّهُ يَعْمَلُ بِيَدِهِ، إِنَّمَا هُوَ أَجِيرٌ بِنِعْضِ الثَّمَرِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَمْ إِجَارَتُهُ إِذَا لَمْ يُسَمَّ لَهُ شَيْئًا يَعْرِفُهُ وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ، لَا يَدْرِي أَيُّقِيلُ ذَلِكَ أَمْ يَكْتُرُهُ؟^(١)

قَالَ مَالِكٌ: وَكُلُّ مُقَارِضٍ أَوْ مُسَاقٍ، فَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَسْتَنْبِي مِنَ الْمَالِ وَلَا مِنَ النَّخْلِ شَيْئًا دُونَ صَاحِبِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيرًا بِذَلِكَ، يَقُولُ: أَسَاقِيكَ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي فِي كَذَا وَكَذَا نَخْلَةً تَسْقِيهَا وَتَأْبُرُهَا، وَأَقَارِضُكَ فِي كَذَا وَكَذَا مِنَ الْمَالِ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢١/٢١، وقال: هذا قول كل من يجيز المساقاة أنه لا يجوز إلا على سنتها، وأن العمل على الداخل لا رب الحائط، والقائم كل ما يحتاج إليه بالزرعة عند من يجيزها.

عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي بِعَشْرَةِ دَنَائِيرَ لَيْسَتْ مِمَّا أَقَارِضُكَ عَلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَنْبَغِي وَلَا يَصْلَحُ، وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا^(٢).

الشرح: قوله: «إنما قال: لا يصلح أن تكون النفقة والمؤنة على رب الحائط». لأن العامل يكون أجيراً؛ لأن المكافأة هي من جنية العامل بعمل مخصوص، وهو ما يتعلق بنماء الثمرة ويبقى له في الأصل بعد جد الثمرة عين ثابتة ليتنفع بها، وكل بقعة في الحائط، فإن ذلك يؤدي لأن نفقته على الدواب والرقيق نوع من الإجارة على عملهم في الحائط، فإذا اشترط شيء من ذلك على رب الحائط فقد شرط عليه عمل، ولا يصح ذلك في المساقاة كما لا يصح في القراض لأن القراض؛ أصل للمساقاة، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «لا يصلح ذلك فإنه لا يدري كم إجارته» معناه أنه إذا خرج عن شبه المساقاة ثبت له حكم الإجارة التي يصح أن يكون منها جميع العمل على العامل وبعضه ويشترط عليه جميع الإنفاق أو بعضه، لكنه لا يصح إلا بالإجارة المعلومة المقدره والمساقاة إنما تنعقد بجزء مذكور أو بجميع الثمرة، وهو قدر مجهول ولا يجوز أن ينعقد على أوسق مقدره، ولا خلاف في ذلك نعلمه فما أفسد الإجارة من ذلك صحح المساقاة وما صحح المساقاة أفسد الإجارة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن سنة المساقاة أن يكون على العامل جميع العمل وجميع المؤنة والنفقة والأجراء والدلاء والحبال والآلات من حديد وغيره، لا أن يكون شيء من ذلك في الحائط يوم السقاء، فيستعين به العامل، وإن لم يشترطه، قاله في الواضحة.

ووجه ذلك ما قدمناه من مآل هذه المعاني كلها إلى العمل، وهو مما يختص بالعمل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن العمل يكون معلوماً، فما كان له عرف قام مقام الوصف، وما لم يكن له عرف فلا بد من وصفه من عدد الحرث والسقي وسائر العمل، فإن قصر عما شرط عليه، ففي العتبية عن سحنون فيمن ساقى حائطه على أن يحرثه ثلاث حرثات، فيحرثه حرثتين، قال: ينظر جميع العمل المشروط عليه من حرث وسقي وقطع وجنى، فينظر ما عمل هو مما ترك الثلث حط ثلث نصيبه.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٢٢، وقال: تشبيه مالك صحيح؛ لأن القول في المساقاة كالمعنى الواحد، لا تجوز في واحد منهما الزيادة على الخبر الذي يقع عليه الشرط، والعقد فيهما؛ لأنه إذا كان ذلك كان الأجر أن يكون ذلك الجزء مجهولاً.

١٨ كتاب المساقاة

ووجه ذلك أن نصيبه من الثمرة في مقابلة جميع العمل، فإذا ترك بعضه حط من العوض بقدر ما ترك منه.

مسألة: ولو كان ما ترك من العمل قد وجد له بدل من فعل الله تعالى مثل أن يترك بعض السقي، فيغني عن ذلك المطر، ففي العتبية والموازية عن مالك: أنه لا يحاسبه رب الحائط بذلك.

ووجه ذلك أنه إنما دخل على أن يسقى الحائط ما احتاج من السقي، ولا يقدر ذلك بعدد، وإنما هو بحسب الحاجة وإذا سقاه المطر أو السيل لم يحتج إلى سقى آخر.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن الأجراء على ضربين: أجراء استأنف العامل استجارهم، وأجراء كانوا في الحائط يوم المساقاة، فأما من استأنف العامل استجارهم، فإن أجرتهم على العامل، وأما من كان فيه يوم المساقاة، فإن أجرتهم على رب الحائط، لا يجوز اشتراط أجرتهم على العامل بخلاف نفقتهم وكسوتهم على العامل، قاله في الواضحة.

مسألة: وعلى العامل رم قصبه البئر وحباله وقواديسه ومؤنة الماء والحديد لعمله، فإذا انقضى عمله كان ذلك له، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك أن هذه معان تتكرر، وكذلك ما يعمل به من الحديد، فإنه يتكرر إصلاحه وهو من الآلات الموصوفة في العمل، وكانت من الذى يلزم العامل وما كان عملاً ثابتاً كالبناء الذى يبقى، وإنما يعمل مرة لخراب طراً عليه أو لاستتفاف عمل، فذلك من الأصول الثابتة، فهي على رب الحائط.

مسألة: وعلى العامل فى الثمر جداده بعد أن يتمر وفى التين والكرم قطافه وتبييسه فى مساقاة الزرع. قال ابن القاسم فى المدونة: حصاد الزرع ودرسه على العامل. قال ابن سحنون فى العتبية: على العامل تهذيبه، وذلك أن هذا كله من العمل الذى يلزم فيه قبل أن ينتهى إلى حال إسقامه والصفة التى يدخر عليها، فيجب أن يكون ذلك على العامل.

وأما الزيتون، فقد قال سحنون: عن ابن القاسم على العامل عصره إذا كان ذلك غالب عمل ذلك البلد. قال سحنون: ومنتهى عمله فيه جنيه. وفى كتاب ابن المواز: إن لم يشترط على أحد فهو بينهما.

وجه قول سحنون أن جناه صبره على صفة تمكن قسمته ويدخر عليها غالباً.

قَالَ مَالِكٌ: وَالسُّنَّةُ فِي الْمُسَاقَاةِ الَّتِي يَجُوزُ لِرَبِّ الْحَائِطِ أَنْ يَشْتَرِطَهَا عَلَى الْمُسَاقِي: شَدُّ الْحِطَارِ، وَخَمُّ الْعَيْنِ، وَسَرُّ الشَّرْبِ، وَإِبَارُ النَّخْلِ، وَقَطْعُ الْجَرِيدِ وَجَدَ الثَّمَرِ هَذَا وَأَشْبَاهُهُ عَلَى أَنَّ لِلْمُسَاقِي شَطْرَ الثَّمَرِ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ إِذَا تَرَاضِيَا عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ صَاحِبَ الْأَصْلِ لَا يَشْتَرِطُ إِتْدَاءَ عَمَلٍ جَدِيدٍ يُحْدِثُهُ الْعَامِلُ فِيهَا مِنْ بَعْرِ يَحْتَفِرُهَا أَوْ عَيْنٍ يَرْفَعُ رَأْسَهَا أَوْ غِرَاسٍ يَغْرِسُ فِيهَا، يَأْتِي بِأَصْلِ ذَلِكَ مِنْ عِنْدِهِ أَوْ ضَمِيرَةٍ يَبْنِيهَا تَعْظُمُ فِيهَا نَفَقَتُهُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ رَبُّ الْحَائِطِ لِرَجُلٍ مِنَ النَّاسِ ابْنِ لِي هَاهُنَا يَتْنَا أَوْ اخْفِرْ لِي بئراً أَوْ أَجِرْ لِي عَيْنًا أَوْ اعْمَلْ لِي عَمَلًا يَنْصِفُ ثَمَرَ حَائِطِي هَذَا، قَبْلَ أَنْ يَطِيبَ ثَمَرَ الْحَائِطِ، وَيَجِلَّ بَيْعُهُ، فَهَذَا بَيْعُ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَيْدُوَ صَلَاحُهُ، وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَيْدُوَ صَلَاحُهَا^(١).

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا إِذَا طَابَ الثَّمَرُ وَبَدَأَ صَلَاحُهُ وَحَلَّ بَيْعُهُ، ثُمَّ قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ: اعْمَلْ لِي بَعْضَ هَذِهِ الْأَعْمَالِ لِعَمَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ يَنْصِفُ ثَمَرَ حَائِطِي هَذَا، فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، إِنَّمَا اسْتَأْجَرَهُ بِشَيْءٍ مَعْرُوفٍ مَعْلُومٍ قَدْ رَأَهُ وَرَضِيَهُ، فَأَمَّا الْمُسَاقَاةُ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْحَائِطِ ثَمَرٌ أَوْ قَلَّ ثَمَرُهُ أَوْ فَسَدَ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ، وَأَنَّ الْأَجِيرَ لَا يُسْتَأْجَرُ إِلَّا بِشَيْءٍ مُسَمًّى لَا تَحُوزُ الْإِجَارَةُ إِلَّا بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْإِجَارَةُ بَيْعٌ مِنَ الْبَيْعِ، وَإِنَّمَا يَشْتَرِي مِنْهُ عَمَلَهُ، وَلَا يَصْلُحُ ذَلِكَ إِذَا دَخَلَهُ الْغَرْرُ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ^(٢).

الشرح: قوله: «مما يجوز اشتراطه على العامل شد الحظار» والحظار هو ما يحظر به على الحظيرة وهو الحائط وغيره وهو الذي يسمى الزرب، فما ائتم منه، جاز أن يشترط على العامل سد ذلك التلم.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٢٢/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٢٣/٢١، وقال: أراد مالك، رحمه الله، بكلامه هذا بيان الفرق بين المساقاة، والإجارة، وأن المساقاة ليست من الإجارة في شيء، فإنها أصل في نفسها كالقراض، لا يقاس عنده عليها شيء من الإجازات. وإن الإجارة عنده ببيع من البيوع، لا يجوز فيها الغرر، وقوله في ذلك كله هو قول جمهور العلماء. ومنهم من يأبى أن يجعل الإجارة من باب البيوع، وهو قول أهل الظاهر؛ لأنها مناع لم تخلق.

٢٠ كتاب المساقاة

ويروى سد الحظار، ومعناه أن يسترخى رباطه، فيشترط على العامل شده، وخم العين تنقيتها. قال ابن حبيب: وهو كنسها، وسرو الشرب، هو الكنس، والشرب الحوض حول النخلة والشجرة ليقى فيه الماء السقى قال زهير:

يخرجن من شربات ماؤها طحل على الجزوع يخفن الغم والغرقا
وهذا كله من العمل الذى ينمى الثمرة ويوصل إلى صلاحها، وقد روى فى سرو الشرب، وهو جلب الماء الذى يسقى به من مستقره إلى الأصل الذى يسقى به. قال ابن حبيب: سرو الشرب: تنقية الحياض التى يكون حول الشجر وتحصين حروفها، وبقىء الماء إليها وزم القف، وهو الحوض الذى يفرغ فيه الدلو ويجرى منه إلى الظفيرة. وقد قال ابن حبيب: إن سرو الشرب على العامل، وإن لم يشترط عليه، وأما خم العين وزم القف، فإنه يجوز أن يشترط عليه، وإن لم يشترط عليه، فهو على رب الحائط.

مسألة: واستحب مالك من رواية أشهب عنه أن يشترط على العامل إصلاح القف، قال فى العتبية: حرف القف وإصلاح كف الزرنوق قيمته الدرهمات أو الدينار وهو على رب الحائط إن لم يشترط.

وروى عنه أشهب أيضاً أنه لا يشترط مع العامل إصلاح كسر الزرنوق. ووجه ذلك أن يحتاج إلى صلة لها قيمة وثمن كبير.

مسألة: ويجوز أن يشترط على العامل عصر الزيتون، رواه عيسى عن ابن القاسم، وفى كتاب محمد: عصر الزيتون على شرطهما. وروى ابن القاسم عن مالك فى المدونة مثل ذلك، وفسره ابن القاسم بأنه إن شرط على العامل، فذلك جائز، وإن شرط أن يقاسمه الزيتون جاز، ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط عصر حصة العامل، وإنما جاز ذلك على العامل لأنه منتهى كالجداد؛ لأن معظم ما يدخر بعد العصر.

مسألة: ولا بأس أن يشترط على العامل الزكاة؛ لأنه جزء معلوم، قاله مالك فى العتبية والموازية، وقال الشيخ أبو إسحاق: وقد اختلف فى اشتراط رب الحائط الزكاة على العامل فى حصته فأجيز وكره، وإجازته أحب إلى.

قال مالك فى المدونة والعتبية والموازية: ولا يشترط ذلك على صاحب الحائط، وقال محمد: ذلك جائز، وحكاه أبو القاسم بن الجلاب وعن المذهب جوازه بلغ الحائط الزكاة أو لم يبلغ.

وقال ابن القاسم في المدونة: قال لى مالك: يجوز اشتراطه على العامل، وهذا عندي مثله وجه جواز ذلك فى الوجهين ما استدل به فى جواز ذلك اشتراطه على العامل أنه إذا اشترطه على العامل، فقد شرط لنفسه خمسة أجزاء وللعامل أربعة أجزاء وكذلك إذا اشترطه على صاحب الحائط، والفرق بينهما على قوله: يجوز اشتراطه على العامل ومنع اشتراطه على رب الحائط.

فرع: فإن شرطه على العامل، ولم يبلغ ثمر الحائط الزكاة، فلرب المال من حصة العامل الزكاة عند الجميع أو نصف عشره. وقال ابن عبدوس: يقتسمان الثمرة على تسعة أجزاء للعامل منها أربعة، ولصاحب الحائط خمسة.

وقال سحنون: يقسم الثمرة عشرة أقسام للعامل أربعة ولصاحب الحائط خمسة، ثم يقتسمان الجزء الثانى بينهما بنصفين.

مسألة: ولا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط على العامل حمل نصيبه إلى منزله، ولا خير فيه، ولو كان من القرب على ميل، إلا أن يكون شىء ليس مؤنة. رواه عيسى عن ابن القاسم، وقاله أصبغ.

ووجه ذلك أنه اشترط زيادة على العامل بعد القسمة، فلم يجوز ذلك كما لو شرط عليه مالاً.

مسألة: وأما إبار النخل، قال ابن حبيب وغيره: هو تذكيرها، ففى المدونة قال ابن القاسم: التلقيح على العامل، وإن لم يشترط عليه؛ لأن مالكاً قال: جميع عمل الحائط، وكذلك الجداد.

فصل: وقوله: «على أن للعامل شطر الثمر أو أقل أو أكثر إذا تراضيا عليه» يريد أن المساقاة جائزة على أى جزء اتفقاً عليه، وعلى أن يكون للعامل جميع الثمرة؛ لأنه أكثر من النصف، وقد رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة. ووجه ذلك بناء على تجويز القراض على جميع الربح للعامل.

فصل: وقوله: «غير أنه لا يشترط على صاحب الأصل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو عين يرفع رأسها» يريد أن تكون العين لانخفاضها لا يصل ماؤها حيث يريد فيبنى حواليتها بنيانا يرفعه فيصل من أعلى ذلك البنيان إلى حيث يريده: قال: أو غراس يفرسه يأتى من عنده، معناه أن يشترط على العامل غرساً يأتى به من عنده ويفرسه فى أرضه وحائطه، فإن ذلك لا يجوز.

٢٢ كتاب المساقاة

ورواه ابن المواز عن مالك، قال محمد: إن كان يسيراً أجزت المساقاة، وأبطلت الشرط وإن كان كثيراً، لم يجوز. قال مالك: ولو شرط العمل عليه في ذلك فقط، ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط، فإن كان يسيراً لا تعظم فيه النفقة، فحائز، وإن كان كثيراً لم يجوز.

فرع: فإذا وقع ذلك على الوجه الذي لا يجوز، فقد روى ابن المواز عن مالك أنه أجزى له أجرة مثله: قال عيسى: إن كان العمل الكثير من العمل دون الأصل، رد إلى مساقاة مثله، ولو أتى العامل بالودي؛ لرد إلى أجرة مثله، ويعطى قيمة غرسه مقلوعاً كما لو جاء به.

فصل: وقوله: «أو ظفيرة بينها يعظم فيها النفقة» الظفيرة محبس الماء كالصهريج، وإنما شرط عليهم النفقة فيها؛ لأنه إن لم يكن فيها إلا إصلاح يسير كحجر بعض حروفها، جاز اشتراط ذلك على العامل، والمساقاة بينة على أن ما كان من العمل مما يحتاج إليه الثمرة ويبقى بعد الجداد مما يلزم رب الحائط، فإنه يجوز اشتراط يسيره على العامل، ولا يجوز اشتراط كثيره، وهو متفق، فإن كان مما لا تحتاج إليه الثمرة، فهو أيضاً على قسمين، قسم فيه مجرد العمل، وقسم العمل بعينه، فأما مجرد العمل، فقد جوز مالك وأصحابه يسيره وأما الإيتان بالمنع، فمنع منه مالك، وجوزه ابن المواز.

فصل: وقوله: «وإنما ذلك بمنزلة أن يقول لأجنبي: احفر لي بئراً، أو احفر لي عينا بنصف ثمرة حائطي قبل أن يبدو صلاحها، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها» معناه أن عمل المساقاة مختص بالثمرة على وجه لا يبقى بعد تمام المساقاة، وإنما يكون إجارة بثمر لم يبد صلاحه، ولا يجوز ذلك؛ لأنه يبع له قبل بدو صلاحه. وقد نهى النبي ﷺ عن بيعه قبل بدو صلاحه.

فصل: وقوله: «ولو كان ذلك بعد أن بدا صلاحه وحل بيعه، فقال له: اعمل لي بعض هذه الأعمال لعمل معروف بنصف هذه الثمرة، فلا بأس بذلك؛ لأنها إجارة بشيء معروف» يريد أنه لو بدا صلاحه لصحت الإجارة به وهذه الأعمال الباقية بعد الثمرة يجوز أن يستأجر عليها بثمره يجوز بيعها والمساقاة تجوز في ثمرة لم يبد صلاحها إلا أنه لا يجوز في أعمال تبقى بعد الثمرة، لاسيما إذا كانت لها قيمة ويكلف فيها مؤنة ونفقة.

قَالَ مَالِكُ: السُّنَّةُ فِي الْمُسَاقَاةِ عِنْدَنَا أَنَّهَا تَكُونُ فِي أَصْلِ كُلِّ نَخْلٍ أَوْ كَرْمٍ أَوْ

زَيْتُونٍ أَوْ تَيْنٍ أَوْ رُمَّانٍ أَوْ فِرْسِيكِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَصُولِ، جَائِزٌ لَا بِأَسَبٍ بِهِ عَلَى أَنَّ لِرَبِّ الْمَالِ نِصْفَ الثَّمَرِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبْعَهُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَالْمُسَاقَاةُ أَيْضًا تَجُوزُ فِي الزَّرْعِ إِذَا حَرَجَ وَاسْتَقَلَّ، فَعَجَزَ صَاحِبُهُ عَنْ سَقِيهِ وَعَمَلِهِ وَعِلاجِهِ، فَالْمُسَاقَاةُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا جَائِزَةٌ^(٢).

الشرح: قوله: «السنة عندنا في المساقاة أنها تكون في أصل كل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو فرسك» يريد الخوخ، قال: «وما أشبه ذلك من الأصول جائز، لا بأس به». وقال الشافعي: لا تجوز المساقاة إلا في النخل والكرم.

والدليل على ما نقوله أن هذا شجر مثمر له أصل ثابت، فجازت المساقاة فيه كالنخل والكرم.

مسألة: وإذا كانت الثمار بعلا، لا تسقى، وإنما فيها من العمل الحرث، فقد قال ابن القاسم: مساقاتها جائزة.

ووجه ذلك أن الحرث عمل تزكو به الثمار ولا تزكو دونه، فجازت المساقاة على عمله كالسقى. وقال في الواضحة: تجوز مساقاة شجر البعل، وإن لم يكن فيها عمل ولا مؤنة؛ لأن لها حراسة وجداد، فجعل المساقاة فيما لا يحتاج إلى الحرث وصحح المساقاة بالحراسة والجداد، ومثل هذا يوجد في الزرع.

وتجوز المساقاة في النخلة والنخلتين، قاله مالك في المدونة، قال: وكذلك الشجر كله. ووجه ذلك أن العقد إذا جاز في كثير الجنس، جاز في قليله كالإجارة.

مسألة: واختلف في مساقاة المرسين، وهو الريحان، يريد الآس، فأجازاه ابن وهب، قاله أصبغ، ومنعه ابن القاسم ثم أجازاه، وثبت على إجازته، واختار محمد منعه، قال: لأنه لا يجز كالوز والقصب إلا أن تكون أشجاره ثابتة، وإنما تقطع منها أغصانها الثابتة كالسدر.

وقال أصبغ في العتبية عن ابن القاسم: قيل أن أصوله تعظم وتقيم السنين ويجد

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٢٦.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٢٧.

٢٤ كتاب المساقاة

الشتاء والصيف، وليس له إبان فيجد ثم ينقطع، فإذا كان يجد هكذا كل وقت، لم تجز مساقاته، لأنه يحل بيعه إذا بدا أوله.

مسألة: وتجوز مساقاة الورد والياسمين والقطن، قاله مالك في المدونة: زاد ابن المواز في الورد والياسمين وإن لم يعجز عنه صاحبه.

ووجه ذلك أن لهذا أصلاً باقياً وساقاً ثابتاً، فصحت المساقاة فيه دون عجز عن الشجر.

مسألة: فأما مساقاة الزرع، فقد قال مالك في المدونة: تجوز مساقاة الزرع إذا استقل عن الأرض وعجز عنه صاحبه، فإن لم يثبت بعد، لم تجز مساقاة؛ لأنه بذر، ذكره ابن حبيب عمن لقي من أصحاب مالك، سواء عجز عنه أو لم يعجز.

ووجه ذلك أنه ليس له أصل بعد، وإنما هو بذر، قال: فإن وقع، فالزرع لصاحبه وللعامل أجرته مثله.

مسألة: وإذا طلع وعجز عنه صاحبه، جازت المساقاة فيه، فإن لم يعجز عنه صاحبه أو لم يستقل، لم يجز ذلك فيه، قاله ابن القاسم عن مالك، وقال ابن نافع في كتاب ابن سحنون: تجوز المساقاة في الزرع، وإن لم يعجز عنه صاحبه. قال ابن عبدوس أى لا تجوز المساقاة في الزرع.

وجه قول مالك أن الزرع ليس له أصل ثابت ومدة العمل فيه يسيرة، والنخل ليس لها أصل ثابت ويستدام العمل فيه مدة يسيرة إن شاء ترك الأرض أو أحرها، ولم يتكلف تعباً ولا عملاً فيها، فلذلك اختصت المساقاة بالشجر لهذه الضرورة، ولم تجز في الزرع لهذا المعنى لعدمها فيه، وإنما جازت فيه لضرورة العجز. وجه قول ابن نافع أن ما جازت فيه المساقاة جازت لغير العجز كالنخل.

فرع: ومعنى العجز عن الزرع، أن يعجز عن عمله الذي يتم به أو ينمو أو يبقى، فإن كان له ماء، فقد يكون عاجزاً، قال ابن القاسم في المدونة لأن الماء لا بد له من البقر والأجراء، قيل فإن كان الماء سيحاً، قال: إن علم أنه عاجز جازت المساقاة.

وقال في الواضحة: إذا عجز صاحبه عن عمله، وهو يعمل وله عمل ومؤنة، إن ترك خيف عليه التلف، جازت مساقاته، وإن لم يكن فيه عمل ولا مؤنة ولا حراسة، وهو يعمل، فلا تجوز مساقاته.

وأما الشجر البقل، فتجوز فيه المساقاة، وإن لم يكن فيها عمل ولا مؤنة؛ لأن لها حراسة وجدادًا، وهذا الذى قاله مثله فى الزرع؛ لأن فيه دراسة وحصادًا إلا أن يريد الحصاد وحده لا يؤثر، وإنما يؤثر إذا انضم إليه الحراسة والنخل يحتاج إلى حراسة منذ يصير بلحًا كبيرًا إلى أن يصير تمرًا يتسرع الناس إليه والزرع لا يحتاج إلى ذلك إلا مخافة المواشى، وقد يكون فى موضع يأمنها، وأما الحرث فلا يتصور فى الزرع، وهو إن كان لا بد منه فى الشجر، فقد تصح المساقاة بعد أن أتى بذلك.

فرع: فإن كان الزرع بعلًا، قال ابن القاسم فى المدونة: إن كان يحتاج من المؤنة ما يحتاج إليه شجر البقل، وإن ترك خيف أن يضيع، فلا بأس به، وإن لم تكن له مؤنة ولا عمل فيه، لم تجز مساقاته، إنما يقول: احفظه لى واحصده وأدرسه لك على أن لك نصفه.

قال ابن القاسم: فلا يجوز عندي لأنها أجرة، وإنما جاز فى الشجر البقل للضرورة وهذا لا ضرورة فيه، وهذا الذى ذكره ابن القاسم يحتاج إلى تفسير؛ لأنه يقال له وفى النخل إذا قال له: واحفظه لى وجده، ولك نصفه، فيجب أن لا يجوز.

والفرق بينهما ما قدمنا الإشارة إليه أن المساقاة لا تجوز إلا فى المال الذى ينمو إلا بالعمل ولا يجوز أن يستأجر لمنفعته المقصودة، ويجب أن يكون ذلك العمل يلزم فيه قبل بدو الصلاح، وهذا يتصور فى الأشجار؛ لأنها لا بد لها من حرث وتقسيم وسد حظار مع كونها من البعل.

وأما الزرع، فإنه لا تجوز فيه المساقاة إلا بعد استقلاله عن الأرض، فإن كان بعلًا، فلا يحتاج بعد ذلك إلى عمل أن يسد صلاحه ويجوز بيعه وتلك حال لا تجوز فيها المساقاة مع أن الزرع تقصر مدته ولا يستدام العمل فيه، وقد قدمناه ذكره.

مسألة: وما كان بمثابة الزرع مما الغرض فى حبه دون بقلة، فهو بمنزلة الزرع، قاله ابن القاسم فى الكمون. وقد روى سحنون عن ابن القاسم: تجوز المساقاة فى العصفرة، وكان يجب أن يكون حكمه حكم الكمون إذ ليس من شجرة باقية والمقصود منه نواره.

مسألة: وأما المقائىء فجوز مالك فيها المساقاة كالتين والجميز والقطن والمقائىء وإن كان بطنًا بعد بطن، فلعل هذا الجواز بأن الثمرة تؤخذ منه، وأصله ثابت احترازًا من القصب الحلو والموز الذى يبقى له أصل بعد أخذ ثمرته، وكذلك الزعفران والريحان الذى هو من جنس الأحباق والبقل والقصب والقرط، ولذلك منع المساقاة فيه، وعلل

٢٦ كتاب المساقاة

فى الواضحة تجوز المساقاة فى المقائىء لتفاوت طبيها، والله أعلم، أن بطونها لا تنفصل، وشبهه بالتين الذى يطيب بعضه بعد بعض.

قال: وليس شىء بعد شىء كالقصب، يريد أنه تتميز بطونه كتميز بطون القصب والموز وأما القطن، فإن كان يزرع فى كل سنة بمنزلة المقائىء والعصفر، وإن كان يبقى أصله، وهو الذى يسمى العادى فهو بمنزلة الورد والياسمين.

مسألة: وأما الموز، فقد قال مالك فى المدونة: لا تجوز المساقاة فى الموز. قال ابن القاسم: وإن عجز عنه صاحبه. قال مالك فى الموازية وكل ما يجذ ويخلف مثل القصب والموز والقرط وشبهه من البقول لا تجوز مساقاته.

وجه ذلك أنه اجتمعت فيه معان مؤثرة فى منع المساقاة من أنه ليس له ساق كالشجر الذى هو أصل فى المساقاة، ولا هو بمنزلة الزرع الذى إنما يوجد مرة فى السنة إذا أخذ لم يبق أصل يخلف، والموز له أصل، وهذا حكم ما كان بمنزلة الموز فى ذلك كالقصب والقرط.

مسألة: المغيبة كلها مما لا يدخر، فهو كالبقل. قال ابن عبد الحكم أحب إلينا، وقد اختلف فيه، قال ابن المواز: وكذلك الرياحين. وقال ابن حبيب: لا تجوز مساقاة فى البقول كلها؛ لأنه يجوز بيعها إذا بدا صلاحها أو لها كالموز، وليس كذلك كالمقائىء؛ لأن ذلك نبات واحد يتقارب طبيه.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم: وأما الزعفران والريحان والبقل والقصب والقرط، فلا تجوز فيه المساقاة، وجعل قصب السكر كذلك، قال الشيخ أبو محمد: ورآه اختلافًا من قوله.

وقال ابن القاسم فى الموازية: البقل مثل الفجل واللفت والبصل وشبهه تجوز المساقاة فى البطيخ، والأصول المغيبة كلها عجز عنها صاحبها أو لم يعجز، فأما قول مالك: لا يساقى شىء من البقول، فإن عني به الكزير والقطف والخضر التى تؤكل، فإن تلك إذا استقلت جاز بيعها، وإلى هذا التعليل أشار ابن حبيب.

وأيضًا فإنه إنما المقصود منه ما ظهر من ورقه دون برز يكون فيه، وما كان بهذه الصفة فلا مساقاة فيه، وأما ما كان من الأصول المغيبة، فإن المقصود منها أن لا يظهر من الأرض والمساقاة مختصة بما كان ظاهرًا على الأرض، وبذلك يختص السقى بالشجر، ولا يجوز فى الزرع، وإن عجز عنه صاحبه إلا بعد أن يظهر.

ووجه تجويز ابن القاسم له أن المقصود منه قد ثبت له أصل وللعمل فيه غاية ينتهى إليها، وتنال ثمرته فيها، ولا يبقى له ما يجلب كالزراع.

مسألة: وأما قصب السكر، فقد قال مالك: تجوز فيه المساقاة إذا ظهر وعجز عنه صاحبه، ومنع منه فى الواضحة ابن القاسم.

وجه الخواز أنه إنما تؤخذ ثمرته مرة فى السنة كالزراع. ووجه المنع أنه مما يخلف أصله كالموز والقصب.

قَالَ مَالِكُ: لَا تَصْلُحُ الْمُسَاقَاةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَصُولِ مِمَّا تَحِلُّ فِيهِ الْمُسَاقَاةُ إِذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ قَدْ طَابَ وَبَدَأَ صَلَاحُهُ وَحَلَّ بَيْعُهُ، وَإِنَّمَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَاقَى مِنَ الْعَامِ الْمُقْبِلِ، وَإِنَّمَا مُسَاقَاةُ مَا حَلَّ بَيْعُهُ مِنَ الثَّمَارِ إِجَارَةٌ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَاقَى صَاحِبَ الْأَصْلِ ثَمَرًا قَدْ بَدَأَ صَلَاحُهُ عَلَى أَنْ يَكْفِيَهُ إِيَّاهُ، وَيَجْذُهُ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّنَائِيرِ وَالِدَّرَاهِمِ يُعْطِيهِ إِيَّاهَا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِالْمُسَاقَاةِ، إِنَّمَا الْمُسَاقَاةُ مَا بَيَّنَّ أَنْ يَجْذُ النَّخْلَ إِلَى أَنْ يَطْيِبَ الثَّمَرُ وَيَحِلَّ بَيْعُهُ (١).

قَالَ مَالِكُ: وَمَنْ سَاقَى ثَمَرًا فِي أَصْلٍ قَبْلَ أَنْ يَبْدُو صَلَاحُهُ، وَيَحِلَّ بَيْعُهُ، فَتِلْكَ الْمُسَاقَاةُ بَعِيْنَهَا جَائِزَةٌ (٢).

الشرح: قوله: «لا تحل المساقاة فى شىء تجوز فيه المساقاة إذا طاب ثمره وحل بيعه» يريد أن كل شىء تجوز فيه المساقاة وإنما تجوز ذلك فيها ما لم يبد صلاح ثمرته ويحل بيعه للضرورة التى ذكرناها، فإذا حل بيعه ارتفعت للضرورة، فلم تجز المساقاة؛ لأنه يجوز له تعجيل نفعه ببيعته أو الإجارة عليه؛ لأنه لما جاز بيعه جازت الإجارة به وللأشجار أحوال، حال قبل أن تكون فيها ثمرة، ويجوز عند مالك فيها المساقاة. وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يجوز ذلك.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢٩.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢٩، وقال: قد كرر هذا المعنى، وهو مفهوم جدًا، وكل من أجاز المساقاة لم يجزها إلا فيما لم يخلق، وفيما لم يبد صلاحه من الثمار، ويعمل العامل فى الشجر من الحفر، والزبر، وسائر العمل ما يحتاج إليه، وتصلح ثمرتها به على حد ما يخرج به الله فيها من الثمر كالفراخ، يعمل العامل فى المال حد ما يرزقه الله فيه من الربح، وهذان أصلان مخالفان للبيع، وللإجازات، وكل عندنا أصل فى نفسه، يجب التسليم له، والعمل به.

٢٨ كتاب المساقاة

والدليل على ما نقوله قول النبي ﷺ لأهل خيبر: «أقركم ما أقركم الله عز وجل على أن الثمرة بيننا وبينكم» (*) فعقد مساقاة لأعوام، فلا يخلو أن تكون في النخل حينئذ ثمرة أو لا تكون فيها ثمرة، فإن كان فيها ثمرة، فقد تناول عقد المساقاة ما بعد ذلك العام من الأعوام وثمرتها تلك الأعوام معدومة، وإن لم يكن فيه ذلك الطعام يعد ثمرة فلم يتناول العقد عامًا إلا وثمرته معدومة.

مسألة: وإن كان فيها ثمرة لم يبد صلاحها، فتلك التي تجوز فيها المساقاة دون خلاف بين من يجزئها، وإن كان فيها ثمرة قد بدا صلاحها، فقد قال مالك فيها ما تقدم.

فرع: فإن وقعت المساقاة، فقد قال مالك: تجوز فيه الإجارة، ولم تجز مساقاته؛ لأنه ترك في إزهاء الثمرة شيئًا معلومًا، ويرجع إلى المساقاة، ويفسخ العقد ما لم تفت ولا يكون إجارة، ومعنى الإجارة أن المساقاة تتضمن أن على الداخل النفقة على رقيق الحائط وجميع ما يلزم العامل من المؤمن والنفقات، وإن لم يكن ذلك معلومًا ولا يجوز في الإجارة.

وقال سحنون: لا يبطل العقد ويحمل على الإجارة، ولا تبطل المساقاة فيه؛ لأن ما يعطاه المساقى غير مكيل على ما قاله بعض من تكلم في ذلك من أهل بلدنا؛ لأنه لا خلاف أنه يجوز بيع نصف ثمر حائط وما يجوز بيعه يجوز الاستجار به، وجوز الشافعي في أحد وقوليه: المساقاة في الثمرة بعد بدو صلاحها.

والدليل على ما نقوله أن ما يجوز بيعه لا تجوز المساقاة فيه كالذي يبدو صلاحه من التين وغيره من الأشجار.

مسألة: ومن ساقى حائطًا قد أزهرت ثمرته لهذه السنة وسنين بعدها، فقد قال مالك في المدونة: يفسخ إن أدرك قبل أن تجد الثمرة أو بعدها جدها؛ لأنه إلى هذا الموضع له نفقته التي أنفق وعمل مثله على رب الحائط، وهذا يقتضى أنه لا يكون له النفقة، وإنما يكون له أجره مثله وما أنفق.

فرع: وإن عمل في النخل بعد ما جد الثمرة، لم يكن على رب المال أن ينزعه منه حتى يستكمل السنتين كليهما، قاله في المدونة، وقال: لأنه قد عمل في الحائط والنخل قد ينقض حملها في عام، ويزيد في آخر، فإن لم يستوعب السنتين ظلم أحدهما،

(*) تقدم تحريجه في الحديث رقم ١٣٧٠.

كتاب المساقاة ٢٩
وأصل هذا أن المساقاة الفاسدة التي يرجع فيها إلى مساقاة المثل، فإنه يفسخ ما لم يعمل العامل، فإذا عمل لم يفسخ، وما يرد إلى أجرة المثل، فيفسخ عمل أو لم يعمل، قاله ابن حبيب، فجعل الفوات بابتداء العمل في وقت تصح فيه المساقاة.

وفى كتاب ابن المواز: أدرك قبل مجيء ثمرة قابل فسخ وأخذ إجارة مثله ونفقته، وإن لم يفسخ حتى أتت ثمرة قابل لم يفسخ إلى بقية السنتين، فجعل الفوات بظهور ثمرة عام من أعوام المساقاة، ولا يلزم هذا في قوله إنه تجوز المساقاة في الثمرة المزهية وتكون إجارة، لأنه لما جمع في عقد واحد عقد إجارة وعقد مساقاة، لم يجز؛ لأنه ازباد من أحدهما في المساقاة، وإنما يجوزه سحنون إذا انفرد.

وقد قال في الموازية في الحائط تكون فيه أنواع مختلفة حل بيع بعضها ولم يحل بيع سائرهما، فجمع ذلك في المساقاة، قال: وإن كان الذي أزهى في الحائط الأقل، جازت، وإن كثر لم يجز فيه ولا في غيره.

ومعنى ذلك جمع الإجارة والمساقاة في عقد واحد على قول سحنون، وعلى قول مالك وابن القاسم؛ لأن عقد المساقاة فيما قد أزهى من الثمرة فاسد ففسد ما قاربه.

فصل: وقوله: «وإنما ينبغي أن يساقى في العام المقبل» يحتتمل أن يريد وقوع العقد بعد جد الثمرة التي أزهت، ويحتتمل أن يريد أن يعقد؛ لأن العقد للعام المقبل، فيكون أوله بعد الجداد للثمرة المزهية، وإنما يجوز عقد المساقاة في عام أول العام بعده؛ لأنه عقد لازم مع قرب المدة.

فصل: وقوله: «وإنما مساقاة ما حل بيعه من الثمار إجارة» يحتتمل وجهين، أحدهما: أنه يصح فيه بدل عقد المساقاة عقد الإجارة، فأما الإجارة، فلا تجوز فيه لما قدمناه.

ويحتتمل أن يريد أن حكمه حكم الإجارة، وأن العقد بلفظ المساقاة، ولذلك قال: إنما يساقيه ثمرًا بدا صلاحه على أن يكفيه إياه ويجده له كما لو أعطاه على ذلك دنانير أو دراهم، وليس ذلك بمساقاة، يحتتمل أن يريد، وليس في وقت المساقاة.

فصل: وقوله: «وإنما المساقاة ما بين أن يجد النخل إلى أن يطيب ثمره» يريد أن هذه المدة التي تجوز فيها المساقاة، ويحتتمل أن يريد أنها المدة التي تثبت لما انعقد فيها بلفظ المساقاة حكم المساقاة.

وقوله بعد ذلك: «فتلك المساقاة جائزة» يدل على أنه أراد بقوله: إن المساقاة ما حل

بيعه من الثمار إجارة أن مساقاته لا تجوز، وإنما يجب أن تعقد فيها الإجارة، والله أعلم.
مسأله: ومن ساقى حائطاً يعمل فيه بثمره حائط آخر، قال مالك فى الموازية: لا تجوز إلا أن تكون ثمرة الآخر قد أزهرت، فهى إجارة، فإن لم تزه فهى مساقاة، وهذا المسألة تدل من قول مالك على أن الإجارة تتعقد بلفظ المساقاة وقد تقدم ذكر احتمالها اللفظ بهذا القول ولإبطال العقد.

وقد قال بعض القرويين: إنما منع ابن القاسم مساقاة ما أزهى، ولم يجعل ذلك إجارة لأن عرف المساقاة أن لا يأخذ أحدهما شيئاً إلى جداد الثمرة، وكان كل واحد منهما شرط على صاحبه أن لا يقاسمه ولا يتصرف فى نصيبه إلا عند القسمة بعد الجداد، وهو فى الإجارة لو شرط هذا لم يجوز.

وإنما يجوز أن يستأجره ببعضه إذا كان لكل واحد منهما أن يقاسم ويتصرف فى نصيبه ما شاء، فإن اعترض على ذلك بقوله فى كتاب الشفعة فى بيع أحد المساقين لسهمه، فقد أجاز ذلك، والمشتري لا يقدر على الجدد، وإنما جاز ذلك أن المساقاة وقعت على التقية، فلما احتاج إلى البيع واستضر بمنعه سوماً بذلك.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى فى ذلك ما تقدم.

قَالَ مَالِكُ: وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُسَاقَى الْأَرْضُ الْبَيْضَاءُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَحِلُّ لِصَاحِبِهَا كِرَاؤُهَا بِالْدَّنَانِيرِ وَالْدَّرَاهِمِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَثْمَانِ الْمَعْلُومَةِ^(١).

الشرح: قوله: «ولا ينبغى أن تساقى الأرض البيضاء؛ لأنه يحل لصاحبها كراؤها» يريد أن ما حل بيعه للمنفعة المقصودة لا يحل المعاملة عليه ببعض ثمائه الخارج عنه، وبذلك لا تجوز مساقاة الأرض التى يجوز كراؤها للمنفعة المقصودة منها، وهى الثمرة، وإن جاز أن تكرى لغير منفعتها المقصودة منها لمن أراد أن ينشر عليها ثياباً أو غير ذلك.

فصل: وقوله: «يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان» يريد وما أشبه الدنانير والدراهم، وإنما كراؤها بكثير مما يعاوض به، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

(١) ظاهر هذا الكلام يدل على أنه يجزى أن تكرى الأرض بكل ثمن معلوم، وليس ذلك مذهب مالك، وإنما هو قول الشافعى، حائز عنده أن تكرى الأرض بكل ما تكرى به الدور، والحوائت من العين المعلوم وزنها، والعروض كلها الجائز بيعها فى ملكها على سنتها طعاماً كانت أو غير طعام أن تكون بجزء ما تخرجه، يقل مرة، ويكثر أخرى، وربما لم يخرج شيئاً، فلا، هذا عنده المزارعة التى نهى رسول الله ﷺ عنها. قاله ابن عبد البر فى الاستدكار ٢٣١/٢١.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الرَّجُلُ الَّذِي يُعْطَى أَرْضَهُ الْبَيْضَاءَ بِالثُّلُثِ أَوْ الرَّبْعِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا، فَذَلِكَ مِمَّا يَدْخُلُهُ الْغَرْرُ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ يَقِلُّ مَرَّةً وَيَكْثُرُ مَرَّةً، وَرُبَّمَا هَلَكَ رَأْسًا، فَيَكُونُ صَاحِبُ الْأَرْضِ قَدْ تَرَكَ كِرَاءً مَعْلُومًا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يُكْرِيَ أَرْضَهُ بِهِ وَأَخَذَ أَمْرًا غَرْرًا، لَا يَدْرِي أَيُّهُمُ أَمْ لَا، فَهَذَا مَكْرُوهٌ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِسَفَرٍ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ، ثُمَّ قَالَ الَّذِي اسْتَأْجَرَ الْأَجِيرَ: هَلْ لَكَ أَنْ أُعْطِيكَ عَشْرَ مَا أَرْبَحُ فِي سَفَرِي هَذَا إِجَارَةً لَكَ، فَهَذَا لَا يَجِلُّ وَلَا يَنْبَغِي^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي لِرَجُلٍ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ وَلَا أَرْضَهُ وَلَا سَفِينَتَهُ إِلَّا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ لَا يَزُولُ إِلَيْ غَيْرِهِ^(٢).

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْمُسَاقَاةِ فِي النَّخْلِ وَالْأَرْضِ الْبَيْضَاءِ، أَنَّ صَاحِبَ النَّخْلِ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَهَا حَتَّى يَيْدُوا صِلَاحَهُ، وَصَاحِبُ الْأَرْضِ يُكْرِيهَا وَهِيَ أَرْضٌ بَيْضَاءٌ لَا شَيْءَ فِيهَا^(٣).

الشرح: قوله: «فالذي يعطى أرضه البيضاء بثلث ما يخرج منها أو رבעه يدخله الغرر» يريد أنه لا يجوز للرجل أن يكرى أرضه البيضاء بجزء منها، وإن جاز أن يكرىها في الجملة إلا أن ذلك الربع لا يدرون قدره؛ لأنه قد يقل مرة، وربما تلف جميعه، ويكثر أخرى، والكرء معاوضة على منافع الأرض، فلا يجوز إلا بعوض معلوم، لاسيما فيمن تمكن المعاوضة عليه لشيء معلوم، وإنما جاز في المساقاة؛ لأنه لا تجوز المعاوضة على منافع الثمار بشيء معلوم، ومثل ذلك من استأجر أجيرًا بثلث ما يربح في سفره مع تمكنه من استجاره بإجارة معلومة، فإن ذلك لا يجوز، وقد جوز أبو حنيفة استئجار الأرض بجزء مما يخرج منها.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخاري من حديث عطاء عن جابر: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها، فإن لم يفعل، فليمسك أرضه»^(*).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٣٢.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٣٣.

(٣) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٣٣.

(*) أخرجه البخاري ٣/٢١٧ كتاب الزراعة باب ما كان من أصحاب .. إلخ، عن أبي-

٣٢ كتاب المساقاة

ومن جهة المعنى أن هذا عوض فى الإجارة مجهول، فوجب أن يكون ممنوعاً كالجِزء الذى ليس بمقدر. وقال ابن حبيب: المخابرة اكترأ الأرض بالجِزء مما يخرج منها، والخبر حرث الأرض.

مسألة: ولا يجوز استئجارها بطعام مقدر خلافاً للشافعى.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخارى من حديث رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع أنه قال: لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقاً، قلت: ما قال رسول الله ﷺ فهو حق.

قال: دعانى رسول ﷺ فقال: «ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربيع، وعلى الأوسق من التمر والشعير، قال: لا تفعلوا، ازرعوها وأزرعوها أو امسكوها»^(٦). قال رافع: قلت: سمعاً وطاعة.

قال ابن حبيب: قال مالك: ففيما نهى عنه من المحاقلة، هو اكترأ الأرض بالحنطة. فوجه ذلك من جهة المعنى أنه منفعة الأرض التى اكتريت لها، وهى المنفعة المقصودة منها إنما هو الطعام الخارج، فإذا اكترأها منه بطعام، فهو طعام بطعام غير مقبوض ولا مقدر.

مسألة: وسواء كان الطعام الذى اكترى به الأرض كالحب والتمر أو مما لا تنبته كالحم واللبن، فإن ذلك لا يجوز، قاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون. وقال ابن كنانة: لا يكرى بشيء إذا أعيد فيها نبت، وتكرى بغير ذلك من طعام أو غيره مما لا تنبت. وقال ابن نافع وغيره: لا تكرى بالحنطة وأخواتها، وتكرى بغير ذلك من مطعم وغيره.

وقال ابن حبيب: وكره مالك اكترأها بالطعام؛ لأنه طعام بطعام مؤجل. وقال ابن الماجشون: إنما كرهه؛ لأنه من المحاقلة إلا أن تكون أرضاً لا تنبت ذلك الشيء كالقطن والزعفران فى أرض لا تنبتهما.

=هريرة. مسلم ١١٧٨/٣ كتاب البيوع رقم ١٠٢، عن أبى هريرة. الطبرانى فى الكبير

٣٤٢/٤، عن أبى هريرة. البغوى فى شرح السنة ٢٥٧/٨، عن جابر.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٣٩. مسلم حديث رقم ١٥٤٨. ابن ماجه حديث رقم

٢٤٥٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٣٨٤. أبو داود حديث رقم ٣٣٨٩. أحمد فى

المسند حديث رقم ٢٠٨٨.

كتاب المساقاة ٣٣

قال القاضي أبو الوليد: وجه كراهيته عندي ما أخرجه البخاري من حديث إسحاق بن أبي طلحة عن أنس: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة^(*).

والدليل على ذلك ما روى رافع بن خديج أن النبي نهى عن كراء المزارع^(*)، وهذا عام إلا ما خصه الدليل.

ومن جهة المعنى أن هذا طعام، فلم يجوز كراء الأرض به كالقمح.

ووجه قول ابن كنانة أن هذا مما لا يزرع في الأرض، فجاز أن تكرى به كالحطب والجدوع.

ووجه قول ابن نافع أن كل ما يجوز التفاضل بينه وبين القمح، فإنه يجوز أن تكرى به الأرض كالذهب والفضة.

مسألة: ولا تكرى الأرض بشيء مما يخرج منها من النبات مما ليس له أصل ثابت، وإن كان مما لا يؤكل كالكتان، هذا قول مالك وابن القاسم في المدونة، ولا بشيء من الحشيش. وقال ابن المواز: لا بأس أن تكرى الأرض بالخضر. قال الشيخ أبو محمد: يريد من الكلاء لأنه ليس مما يزرع ولا من الطعام.

ووجه قول مالك أنه مما تنبت الأرض، وليس له أصل ثابت، فلم يجوز أن يكرى به القمح.

ووجه القول الثاني إنما يكره كراء الأرض بما يخرج منها لفلا يعطيك مما تنبت أرضك أو يدخله الجزاف المجهول بين ما يأخذه منه، وما تنبت أرضك، فإذا كانت الأرض لا تنبت ذلك الجنس، فقد أمنت ذلك كله.

فرع: فإذا قلنا لا يجوز كراؤها بالكتان، فإنه يجوز بالثياب من الموازية.

ووجه ذلك أنه قد استحال عن جنس الأصل، فليس هو مما تنبت الأرض.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢١٨٨. مسلم حديث رقم ١٥٣٩. الترمذي حديث رقم ١٣٠٢. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٥٣٧. أبو داود حديث رقم ٣٣٦٢. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٦٨.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٢٨٦، ٢٣٤٤، ٤٠١٣. مسلم حديث رقم ١٥٤٧. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٩٠٨، ٣٩١١، ٣٩١٢، ٣٩١٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٥٣. أحمد في المسند حديث رقم ٤٤٩٠.

مسألة: ولا بأس أن تكرر بالجدوع والحطب والخشب والعود وبأصل شجر لا يثمر.

وروجه ذلك أنه أصل ثابت من جنس الأرض، ولأنه يتبعها بمجرد العقد بخلاف الزرع، فكأنه إنما أكرها بأرض أخرى، وذلك جائز. وقال ابن الماجشون: إنما أجازته بالخشب؛ لأنه ليس الذى يزرع، وهذا الذى يتقضى بالكتان والقطن، فإنه لا يزرع، ومع ذلك فلا يجوز أن تكرر الأرض بهما.

فصل: وقول مالك: «ولا ينبغي للرجل أن يؤجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته إلا بشيء معلوم» يريد معلوم الجنس والصفة والقدر بكيل أو وزن أو عدد أو حزر، إن كان قريباً غير متعلق بالذمة، وليس كذلك من يكرى أرضه بجزء تخرجه، فإن ما تخرجه غير معلوم الصفة ولا القدر ولا مرئى ينظر إليه.

فصل: «وإنما فرق بين المساقاة فى النخل والأرض البيضاء أن صاحب النخل لا يقدر أن يبيع ثمرها حتى يبس صلاحه وصاحب الأرض يكرها» يريد أن النخل لا يجوز أن يبيع منفعتها المقصودة منها، وهى الثمرة على الوجه المعتاد، ما لم يبد صلاحها، فإذا بدا وجاز ذلك، لم تجز فيها المساقاة، وصار بمنزلة الأرض البيضاء لما جاز أن تباع منفعتها المقصودة منها، وهى الزراعة فيها واكتراؤها للزرع قبل الصلاح، لم تجز المساقاة فيها.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي النَّخْلِ أَيْضًا أَنَّهَا تُسَاقَى السَّنِينَ الثَّلَاثَ وَالْأَرْبَعَ وَأَقْلُ مِنْ ذَلِكَ وَأَكْثَرَ، قَالَ: وَذَلِكَ الَّذِي سَمِعْتُ، وَكُلُّ شَيْءٍ مِثْلُ ذَلِكَ مِنَ الْأَصُولِ بِمَنْزِلَةِ النَّخْلِ يَجُوزُ فِيهِ لِمَنْ سَاقَى مِنَ السَّنِينَ مِثْلُ مَا يَجُوزُ فِي النَّخْلِ^(١).

الشرح: قال القاضى أبو الوليد: ومعنى ذلك عندى أن عقد المساقاة عقد لازم.

قال الشيخ أبو إسحاق: عقد المساقاة لازم للمتعاقدين، وليس لأحدهما فسخه بعد عقده إلا برضا صاحبه، ولو مات أحدهما لكان ورثته مكانه. وفى الموازية: إذا انعقدت المساقاة، فليس لأحدهما رجوع، وإن لم يعمل كالإجارة بخلاف القراض، وقد رأيت لبعض القرويين أنه لو مات قبل الجداد لبطلت المساقاة، وليس كالعقود اللازمة، وإن لم يقبض، ولعله تعلق فى ذلك بما روى فى عين السقى تغور.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٣٦.

كتاب المساقاة ٣٥

وإن كان قبل العمل، فلا شيء على رب الحائط، وإن كان بعد العمل، لزمه أن ينفق بقدر ما يقع له من الثمرة، وإن لم يكن عنده شيء، فللعامل أن ينفق ويكون نصيبه من الثمر رهنا بيده.

وفى المدونة: العامل يندم، فيسأل الإقالة قبل العمل، فيأبى صاحب الحائط أن يقبله، فيعطيه على ذلك مائة درهم، فلا يجوز عند مالك قبل العمل ولا بعده، وهذا يقتضى اللزوم قبل العمل، ولو لم يلزم قبل العمل لما لحقه ندم ولا سأل إقالة، ولا زاد لذلك مائة.

وأما القبض، فلا تأثير له، ولذلك لم يؤثر فى القراض، وإنما التأثير للعمل، وقد قال ابن حبيب: المساقاة بيع من البيوع إذا عقداها بينهما لم يجز لأحدهما أن يرجع فيها حتى يتم أجلها.

مسألة: إذا ثبت أنه عقد لازم، جاز أن يعقد لوجائب عنده كاشتراء الأرض، وما ليس بلازم، ومن العقود الجائزة كالشركة والقراض، فإنه لا يجوز أن يعقد إلا عقداً مطلقاً لا يشترط فيه وجائب؛ لأن ذلك يقتضى اللزوم.

مسألة: ووجائب بالشهور والسنين، قاله الشيخ أبو إسحاق وابن حبيب.

ووجه ذلك أن أجرة العامل لا تصح أن تكون إلا من الثمرة التى يعمل فى أصلها بجزء منها، فكان العمل إلى أن يمكن قسمتها كربح القراض، ومعنى قوله: «بالسنين» يريد من الجداد إلى الجداد.

فصل: وقوله: «أن النخل يجوز أن يساقى لسنين وثلاثاً وأربعاً وأقل من ذلك وأكثر» يريد ما لم يكثر ذلك جدّاً. قال ابن القاسم فى المدونة: فى العشر سنين والثلاثين والخمسين ولم أسمع من مالك فيه شيئاً، ولا أدرى ما هذا، وما لم يكثر جدّاً، فلا بأس.

مسألة: ومن أخذ النخل مساقاة ثلاث سنين، فعمل فى النخل سنة، ثم أراد أن يترك، لم يكن له ذلك حتى يتم أجل المساقاة إلا أن يتراضيا قبل ذلك.

مسألة: إذا ثبت أنه عقد لازم، فإن لهما أن يتتاركا بغير جعل، ولا يجوز أن يعطيه العامل شيئاً قبل العمل ولا بعده، وقاله مالك فى المدونة. قال ابن القاسم: وإنما جاز ذلك؛ لأن العامل يجوز أن يدفع النخل إلى غير مساقاة، فإذا ردها إلى ربها فقد ساقاه

٣٦ كتاب المساقاة

فيها، ولم يجوز عندي أن يزيد شيئاً لأنه يكون زيادة من أحد المتساقين، وذلك يمنع صحة المساقاة، ولا يجوز أن يقول صاحب الحائط له: اخرج وأعطيك قيمة ما أنفقت وإن رضياً بذلك لما قدمناه من الزيادة في المساقاة.

فرع: فإذا قلنا بذلك، فلا بأس أن يدفع العامل النخل مساقاة إلى رب الحائط بأقل مما أخذه ما لم تطب الثمرة، قاله مالك في العتبية. قال محمد: وما لم يضمن له الجزء الباقي من الثمرة، ولا يجوز ذلك بأكثر من ذلك الجزء حتى يحتاج العامل أن يزيد من حائط آخر.

ووجه ذلك أنه إذا ساقاه بأقل من ذلك الجزء، فهي مساقاة صحيحة؛ لأن العامل الأول لما عمل صار بمنزلة صاحب الحائط يجوز أن يساقه صاحب الحائط بأقل من ذلك الجزء، فيبقى للعامل في الحائط سدس أو ربع كما يبقى لصاحب الحائط إذا ساقى غيره، فإذا ساقاه بأكثر من ذلك الجزء لم يجوز ذلك؛ لأنه بمنزلة أن يشترط صاحب الحائط جزءاً زائداً من حائط آخر على جميع ثمر حائط المساقى.

وروى ابن ميسر عن ابن القاسم عن مالك إن لم يعمل، جاز أن يعطيه صاحب الأرض جزءاً من الثمرة، وإن عمل، لم يجوز ذلك.

مسألة: ولو اطلع على أن العامل سارق مبرح يخاف منه أن يقطع النخل، أو يذهب أو يخرب الدار ويبيع أبوابها، لم يكن له إخراجه عند ابن القاسم، واحتج لذلك بما قال مالك في الرجل يبيع السلعة من رجل مفلس، والبائع لا يعلم بفلسه: أن البيع لازم، فهذا مثله.

قال القاضي أبو الوليد: والذي عندي أن المساقى شريك في أصل الثمرة والشريك لا يستطيع شريكه أن يخرج منه عين حقه، لما يظهر فيه من خيانة ولا غيرها.

مسألة: ولا تنفسخ المساقاة بموت أحد المتساقين، فإن مات العامل عمل ورثته، إن كانوا أمناء كما كان صاحبهم يعمل، فإن أبوا ذلك كان مال الميت لازماً لهم، وإن كانوا غير أمناء لم يسلم إليهم، ويأتون بأمين، قاله ابن القاسم في المدونة، ففرق بين هذه المسألة، وبين أن يظهر من العامل سرقة أو إغارة؛ وذلك لأن العامل تعلقت المساقاة بذمته وماله ولزمته أكثر من لزومها للورثة، فلو اطلع في النخل على قلة حمل وضعف، لزمته المساقاة، وكذلك إذا اطلع منه على عيب والورثة لا تتعلق المساقاة بأموالهم، ولا يلزمهم إن كرهوها، وإنما تلزم تركة الميت، وإن كان له مال، ولذلك لم يلزم صاحب الحائط بسرقتهم وخيانتهم.

كتاب المساقاة ٣٧

مسألة: ولو أجيحت الثمرة، فقد روى أشهب عن مالك: لا جائحة فى المساقاة، وليس للعامل أن يخرج وهما شريكان فى التماء والنقصان. وروى عنه سعد: إن بلغت الجائحة الثلث، فللعامل أن يسقى الحائط كله أو يخرج. قال محمد: ولا شىء له من علاجه ونفقته.

وجه القول الأول أنهما شريكان، فلم يفسخ ذلك بينهما بالجائحة.

وجه القول الثانى أن عمله عوض من حصته من جميع الثمرة، فإذا أجيحت كان له ترك ذلك كما لو اشتراها.

فرع: وهذا إذا كانت الجائحة شائعة فى الحائط، فأما إذا أجيحت جهة، وسلمت أخرى، فيلزم المساقاة فيما سلم إلا يكون بعد أخذ الثلث فأقل، قاله محمد.

قَالَ مَالِكٌ، فِي الْمُسَاقَى: إِنَّهُ لَا يَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي سَاقَاهُ شَيْئًا مِنْ ذَهَبٍ وَلَا وَرَقٍ يَزِيدُهُ وَلَا طَعَامٍ وَلَا شَيْئًا مِنَ الْأَشْيَاءِ لَا يَصْلُحُ ذَلِكَ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَ الْمُسَاقَى مِنْ رَبِّ الْحَائِطِ شَيْئًا يَزِيدُهُ إِلَّا مِنْ ذَهَبٍ وَلَا وَرَقٍ وَلَا طَعَامٍ وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ، وَالزِّيَادَةُ فِيمَا بَيْنَهُمَا لَا تَصْلُحُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْمُقَارِضُ أَيْضًا بِهِذِهِ الْمَنْزِلَةِ لَا يَصْلُحُ إِذَا دَخَلَتْ الزِّيَادَةُ فِي الْمُسَاقَاةِ أَوْ الْمُقَارِضَةِ صَارَتْ إِجَارَةً، وَمَا دَخَلَتْهُ الْإِجَارَةُ، فَإِنَّهُ لَا يَصْلُحُ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ الْإِجَارَةُ بِأَمْرِ غَرَرٍ لَا يَدْرِي أَيْكُونُ أَمْ لَا يَكُونُ أَوْ يَقِلُّ أَوْ يَكْثُرُ^(١).

الشرح: قوله: «ولا يأخذ من الذى ساقاه» يعنى العامل «شىئا من ذهب ولا ورق ولا شىئا من الأشياء يزداده» يريد أن صاحب الحائط ليس له أن يشترط على العامل شىئا يزداده غير حصته من الثمرة، يريد مما نقصه خارجا عن العمل فى الحائط.

وأما اشتراطه عليه العمل فى الحائط، فإنما كان ذلك شرطا فى صحة عقد المساقاة؛ لأن عقد المساقاة على ما قدمناه مبنى على أن الثمرة فيه عوض عن العمل لا يجوز أن يكون للثمره عوض غير العمل؛ لأنه يكون من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وقبل

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٣٨/٢١، وقال: لا خلاف بين مجزى المساقاة أنه لا يجوز أن تكون من واحد منهما زيادة يزدادها على جزئه المعلوم؛ لأنه حينئذ يعود الجزء مجهولا، ولا يجوز أن تكون المعاملة على جزء مجهول، وإنما تجوز على جزء معلوم، ثلث، أو نصف، أو ربع، أو نحو ذلك من الأجزاء المعلومات فيما يخرج به إليه فى الثمرة.

٣٨ كتاب المساقاة

ظهورها، ولا يزداد العامل من رب الحائط شيئاً؛ لأنه لا يجوز أن يقارن المساقاة ببيع، ولو شرط على صاحب الحائط شيئاً لكان ذلك عوضاً من بيع عمله، فاجتمع عقد مساقاة وبيع، وذلك غير جائز.

مسألة: ولو عقدا مساقاة على جزء من الثمرة بعد أن عمل صاحب الحائط فيه أشهراً، فإن كان على أن يبيعه بما سقى، لم يصلح، وإن كان ملغى، فلا بأس بذلك، رواه أشهب عن مالك في العتبية والموزاية، ويدخله ما ذكرنا من ازدياد صاحب الحائط من العامل دنانير أو دراهم، وذلك غير جائز، ولو كانت المساقاة على أن جميع الثمرة للعامل، فذلك جائز إلا أن يكون صاحب الحائط سقاه قبل ذلك بأشهر، رواه أشهب عن مالك في العتبية. ووجه ذلك أنه يأخذ منه قيمة سقيه فقد باعه الثمرة قبل بدو صلاحها.

قال القاضى أبو الوليد: وإن ألغاه، فعندى أنه يجوز.

فصل: وقوله: «ولا ينبغي أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيئاً من الأشياء» يريد أنه كما لا يزداد صاحب الحائط من العامل شيئاً كذلك لا يزداد العامل من صاحب الحائط شيئاً، وإنما تنعقد المساقاة على أن العمل عوض عن حصته من الثمرة، وإنما يجوز أن يزداد أحدهما من الأجرة مما لا يلزمه بعقد المساقاة يسير العمل فى الثمرة، فأما ما ازداد من غير ذلك، فلا يجوز قليله ولا كثيره؛ لأن ازدياد صاحب الحائط من العمل يخرج إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وازدياد العامل من صاحب الحائط يخرج إلى أن يقارن عقد المساقاة عقد إجارة، وذلك غير جائز لتنافيهما، ولو جازت الإجارة فى الأشجار لما جازت فيها المساقاة.

ووجه آخر وهو أن الإجارة يتألفها الغرر والمساقاة لا تصح إلا فيما فيه الغرر، فلم يجز اجتماعهما كالإجارة والجعل.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُسَاقَى الرَّجُلَ الْأَرْضَ فِيهَا النَّخْلُ وَالْكَرْمُ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَصُولِ فَتَكُونُ فِيهَا الْأَرْضُ الْبَيْضَاءُ^(١).

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَ الْبَيْضُ تَبَعًا لِلْأَصْلِ، وَكَانَ الْأَصْلُ أَعْظَمَ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَهُ، فَلَا بَأْسَ بِمُسَاقَاتِهِ، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ النَّخْلُ الثَّلَثِينَ أَوْ أَكْثَرَ، وَيَكُونُ الْبَيْضُ الثَّلَاثَ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٣٩.

أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْبَيَاضَ حِينَئِذٍ تَبِعَ لِلأَصْلِ^(٢).

الشرح: قوله: «إن البياض مع النخل في المساقاة» إنما يصح إذا كان تبعاً للنخل، وهو أن يكون الثلث من الجملة، والنخل ثلثها فحينئذ يكون البياض تبعاً للنخل، فإن كان البياض أكثر من الثلث، لم يجز، وقد ذكر في المدونة ابن القاسم في النخل يكون تبعاً للبياض في الكراء: أنه لم يبلغ به الثلث في إحدى الروايتين، وعلى هذا إن قصر على الثلث، جاز أن يكون تبعاً قولاً واحداً أو ما كان أزيد من الثلث لم يجز ذلك فيه قولاً واحداً.

وأما الثلث، فاختلف قوله فيه، فمرة جعله في حيز اليسير الذي يكون تبعاً، ومرة جعله في حيز الكثير الذي لا يكون تبعاً.

وجه القول الأول أن كل موضع جعل الثلث فيه حداً بين ما يجوز وبين ما لا يجوز، فإنه من جملة ما يجوز كالوصية وهبة الزوجة.

وجه القول الثاني ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «الثلث والثلث كثير»^(*).

مسألة: وحكم ما لا تجوز المساقاة فيه مع ما تجوز المساقاة فيه حكم الأرض البيضاء مع النخل، وقد قال مالك في الموازية: لا بأس أن يساقى الحائط، وفيه من الموز ما فيه، تبع قدر الثلث فأقل. قال محمد: ويكون بينهما على سقاء واحد، ولا يلغى لأحدهما.

فرع: وفيما يراعى الثلث من البياض؟ الظاهر من أقوال أصحاب مالك أن ذلك فيما يلغى، وفيما شرط على حكم المساقاة. وقال ابن عبدوس: إنما يراعى أن يكون تبعاً للثمرة كلها إذا كان بينهما، فأما إذا ألغى، فإنما يراعى فيه أن يكون تبعاً لحصة العامل خاصة.

وجه قول ابن عبدوس أن ما صار للعامل يجب أن يكون تبعاً للحصة إذا لم يلغ.

مسألة: وصفة اعتبار ذلك أن ينظر إلى كراء الأرض، فكأنه خمسة دنانير وإلى غلة النخل على المعتاد من حالها، ويسقط من ذلك قدر الإنفاق على الثمرة، فإن بقي من

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٣٩/٢١.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذى حديث رقم

٢١١٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد فى

المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمى حديث رقم ٣١٩٦.

٤٠ كتاب المساقاة

ذلك عشرة دنانير أضيفت إلى كراء الأرض، فيكون خمسة عشر، فيجوز ذلك لأن كراء الأرض تبع، ولو بقى من قيمة الثمرة ثمانية دنانير لم يجز؛ لأن الخمسة إذا أضيفت إلى ثمانية كانت أكثر من ثلث الجملة.

مسألة: فإذا قلنا يجوز في البيع، ويجوز إلغاؤه للعامل، فهذا إن عمل العامل حتى تكمل المساقاة، فهو له على حسب ما ألقى له، وإن خرج من الحائط بجائحة أصابته، وقد زرع العامل، فقد روى ابن أشرس عن مالك: عليه كراء البياض، ولو عجز عن عمل الحائط، فقد روى علي بن زياد عن مالك: عليه كراء الأرض بكراء مثله.

مسألة: وإن كان البياض بينهما، فقد قال ابن القاسم: إنما يجوز ذلك على سقاء الحائط، ولا يجوز على غير ذلك، وقاله أصبغ. وقال أصبغ أيضًا: إذا كانت المساقاة على النصف، وشرط للعامل ثلاثة أرباع البياض، جاز.

وجوه قول ابن القاسم أن المساقاة إذا انعقدت بجزئين مختلفين، لم يجز كالحائطين أو بعض أنواع الشجر.

وروجه قول أصبغ الثاني ما احتج به؛ لأنه يجوز أن يكون له جميع البياض، وهو مخالف لجزء المساقاة، فكذلك إذا شرط عليه جزءًا أكثر من جزئيه في المساقاة.

مسألة: ومن أخذ زرعًا مساقى قد عجز عنه صاحبه ومعه أرض بيضاء تبعًا للزرع، ففي الموازية: أن ذلك يجوز منه ما يجوز من البياض مع الأصول.

وروجه ذلك أنه تبع للأصل تصح فيه المساقاة كالذى مع النخل.

مسألة: وإن ساقى زرعًا عجز عنه صاحبه، وفيه نخل تبع للزرع، فإنه يجوز أن يساقى ذلك مساقاة واحدة، قاله ابن القاسم في المدونة. وقال في الموازية: وكذلك إذا كان الزرع تبعًا للنخل.

فروع: إذا قلنا يجوز أن يجمع النخل والزرع في المساقاة، فإذا كانت النخل تبعًا للزرع لم تجز المساقاة على مذهب ابن القاسم إلا بشرط أن يعجز صاحب الزرع عنه، وإذا كان الزرع تبعًا للنخل جازت المساقاة، وإن لم يعجز عن الزرع، قاله ابن المواز.

مسألة: وهل يجوز إلغاء النخل التي هي تبع للزرع للعامل، قال ابن القاسم في المدونة: إنه بخلاف البياض مع النخل، ولا يجوز إلغاء ذلك للعامل، وكذلك الزرع الذى هو تبع للشجر كأصناف من الشجر لا يجوز أن يلغى صنف منها للعامل.

ورورى ابن وهب عن مالك: أن ذلك يجوز أن يلغى للعامل وحده، وإذا كان تبعاً كمكترى الدار فيها نخل هي تبع، ولا يجوز أن يكون بينهما، وعلى هذا يجوز أن تلغى المؤمن للعامل إذا كانت تبعاً للحائط.

قال مالك: وَإِذَا كَانَتْ الْأَرْضُ الْبَيْضَاءُ فِيهَا نَخْلٌ أَوْ كَرْمٌ أَوْ مَا يُشْبِهُ ذَلِكَ مِنَ الْأَصُولِ، فَكَانَ الْأَصْلُ الثُّلُثُ أَوْ أَقْلٌ، وَالْبَيَاضُ الثُّلُثِينَ أَوْ أَكْثَرَ، جَازَ فِي ذَلِكَ الْكَرَاءُ وَحَرِّمَتْ فِيهِ الْمُسَاقَاةُ، وَذَلِكَ أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يُسَاقُوا الْأَصْلَ، وَفِيهِ الْبَيَاضُ وَتُكْرَى الْأَرْضُ، وَفِيهَا الشَّيْءُ الْيَسِيرُ مِنَ الْأَصْلِ، أَوْ يُبَاعَ الْمُصْحَفُ أَوْ السَّيْفُ وَفِيهِمَا الْحِلْيَةُ مِنَ الْوَرِقِ بِالْوَرِقِ أَوْ الْقِلَادَةُ أَوْ الْخَاتَمُ وَفِيهِمَا الْفُصُوصُ وَالذَّهَبُ بِالذَّنَائِيرِ، وَلَمْ تَزَلْ هَذِهِ الْبُيُوعُ جَائِزَةً يَتْبَاعُهَا النَّاسُ وَيَتَّاعُونَهَا، وَلَمْ يَأْتِ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ مَوْصُوفٌ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ إِذَا هُوَ بَلَغَهُ كَانَ حَرَامًا، أَوْ قَصَرَ عَنْهُ كَانَ حَلَالًا، وَالْأَمْرُ فِي ذَلِكَ عِنْدَنَا الَّذِي عَمِلَ بِهِ النَّاسُ وَأَجَازُوهُ بَيْنَهُمْ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ مِنْ ذَلِكَ الْوَرِقِ أَوْ الذَّهَبِ تَبَعًا لِمَا هُوَ فِيهِ، جَازَ بَيْعُهُ، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ النَّصْلُ أَوْ الْمُصْحَفُ أَوْ الْفُصُوصُ قِيمَتَهُ الثُّلُثَانَ أَوْ أَكْثَرَ وَالْحِلْيَةُ قِيمَتَهَا الثُّلُثُ أَوْ أَقْلٌ.

الشرح: قوله: «في الأرض البيضاء يكون فيها يسير النخل الثلث فأقل، يجوز ذلك في الكراء» أصل ذلك جواز ذلك إذا كانت ثمرة النخل الثلث، وقد منع منه في المدونة، فروى ابن القاسم عن مالك: أنه يجوز في اليسير، وأبى أن يبلغ به الثلث، فلم يختلف قول مالك في يسير الغلة الأرض في الكراء، وإنما يختلف قوله في تحديد ذلك اليسير، فمرة يجعل الثلث في حيز اليسير، ومرة يجعله أول الكثير، وما قصر عنه، فهو من جملة اليسير، وقد تقدم ذكر ذلك، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وحرمت فيه المساقاة» يحتمل أن يريد به أنها تحرم في الجملة من البياض والنخل، وأما إذا أفردت النخل بالمساقاة، فلا بأس بذلك؛ لأنه لا يجوز أن يفرد بالكراء، وقد جوز مالك المساقاة في النخلة الواحدة والنخلتين.

فصل: وقوله: «وذلك من أمر الناس أن يساقوا الأرض وفيها البياض، وتكترى الأرض وفيها اليسير من الأصل» يريد أن هذا أمر شائع دون تكبير؛ لأن الضرورة إليه عامة لتعذر انفصال الأرض من الشجر والشجر من الأرض غالباً وحاجة الناس إلى الاستنابة في عملها، فما جازت إجارته، كانت فيه الإجارة، وإن كان فيه اليسير مما لا

٤٢ كتاب المساقاة
تجوز فيه الإجارة، وما جازت مساقاته كانت فيه المساقاة، وإن كان فيه اليسير مما تجوز فيه المساقاة.

فصل: وقوله: «ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليها إذا هو بلغه كان حراماً أو قصر عنه، كان حلالاً» يريد أنه لم يرد في ذلك من جهة الشرع حد يبين ما يجوز منه وما لا يجوز، وإنما هذا التحديد باجتهاد العلماء في فعلهم الثلث في حيز التبعية للثلاثين أو في حيز ما لا يجوز ذلك فيه، والله أعلم.

مسألة: ومن اكرى داراً فيها نخل ثمرتها تبع لكراء الدار، فتهدمت الدار في نصف السنة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم وأبو زيد عن ابن القاسم: لو كانت الثمرة قد طابت، وكانت تبعاً لما سكن، فهو للمكترى وعليه ثلث الكراء إن كانت قيمة الثمرة الثلث، فإن لم تطب، فهي لصاحب الدار على المكترى ثلث الكراء.

قال يحيى بن عمر: وكذلك لو طابت الثمرة، وليست بتبع لما سكن، فهي لصاحب الدار، وقد فسد فيها البيع. وقال محمد بن المواز: الثمرة راجعة إلى صاحبها طابت أو لم تطب.

ووجه القول الأول أنها إذا طابت وكانت تبعاً لما سكن، فإنما وقع الفسخ من العقد فيما لا يؤثر في بيع الثمرة؛ لأنه لو أفرد بيع الثمرة بما صح من الكراء لجاز ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

ووجه القول الثاني أن الثمرة قد تبعت ما فسخ من التباع كما تبعت ما جاز منه، فلما فسخ ما هي تبع له انفسخ البيع، لأنه لا يجوز إفرادها بالبيع، وإذا فسد بعضها لذلك فسد جميعها.

* * *

الشَّرْطُ فِي الرَّقِيقِ فِي الْمُسَاقَاةِ

قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي عُمَالِ الرَّقِيقِ فِي الْمُسَاقَاةِ يَشْتَرِطُهُمُ الْمُسَاقَى عَلَى صَاحِبِ الْأَصْلِ، إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمْ عُمَالُ الْمَالِ، فَهُمْ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِ لَا مَنَفَعَةَ فِيهِمْ لِلدَّخِيلِ إِلَّا أَنَّهُ تَخِفُّ عَنْهُ بِهِمُ الْمُؤَنَةُ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا فِي الْمَالِ اشْتَدَّتْ مَوْتَتُهُ وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسَاقَاةِ فِي الْعَيْنِ وَالنَّضْحِ، وَلَنْ تَجِدَ أَحَدًا يُسَاقَى فِي

أَرْضَيْنِ، سَوَاءٍ فِي الْأَصْلِ وَالْمَنْفَعَةِ، إِحْدَاهُمَا بَعِينٌ وَأُثْنَةٌ غَزِيرَةٌ، وَالْأُخْرَى بِنَضْحٍ عَلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ لِيُخَفِّفَ مُؤْنَةَ الْعَيْنِ وَشِدَّةَ مُؤْنَةِ النَّضْحِ. قَالَ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا. قَالَ: وَالْوَائِنَةُ الثَّابِتُ مَاؤُهَا الَّتِي لَا تَغُورُ وَلَا تَنْقَطِعُ^(١).

الشرح: قوله: «في عمل الرقيق في المساقاة أنه لا بأس أن يشترطهم العامل على صاحب الأصل» يريد الرقيق الذين كانوا عمال الحائط وقت المساقاة، وقد قال مالك في المدونة: إنه لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط إخراجهم إذا كانوا فيه يوم المساقاة، ولكن لو أخرجهم قبل ذلك ثم دفع الحائط مساقاة، لم يكن بذلك بأس، فعلى هذا إنما يكون اشتراط العامل لهم على وجه رفع الإلباس على حسب ما قال: إن من استأجر راعياً يرعى له غنمه سنة، أنه يجب أن يشترط الغنم إن ماتت كان عليه أن يرعى له مثلها، وهذا لو لم يشترطه لكان هذا حكمه.

ويحتمل أيضاً أن يكون على وجه إقرار رب الحائط له بأنهم في حائطه عند عقد المساقاة. وقد روى عيسى عن ابن القاسم في العامل يجهل، فلا يستثنى ما في الحائط من دواب ورقيق، ويقول صاحب الحائط: إنما ساقيتك بغير دواب ولا رقيق، أنهما يتحالفان ويتفاسخان. قال الشيخ أبو محمد: انظر هذا، وهو لا يجوز عنده إخراج دوابه، فقد صار مدعيًا لما لا يجوز.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى المسألة عندي على أصل ابن القاسم أن يجهل العامل، فلا يقر صاحب الحائط على أنهم في الحائط يوم المساقاة، ولا يشهد عليه بذلك، ويعتقد أنهم في الحائط، وأنهم به بمجرد العقد على الواجب في ذلك، ثم اختلفوا فقال صاحب الحائط: لم يكونوا في الحائط يوم العقد، وقال العامل: بل كانوا فيه، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان.

وقد روى ابن مزين، رواية عيسى عن ابن القاسم، فقال: يتحالفان ويتفاسخان، إلا أن يمضي رب الحائط الرقيق، فتلزم المساقاة إلى أجلها، وهذا يدل على صحة العقد على حسب ما قلناه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٤٢/٢١، وقال: ومعنى كلامه أنه لا يجوز للعامل أن يشترط أن يعمل برقيق الحائط في غيره، ولا أن يشترط في الرقيق ما ليس فيه، ولا لرب المال أن يخرج من رقيق المال من كان فيه في عقد في المساقاة، وله ذلك، قيل: وإنما يساقيه على حاله، ومن مات من الرقيق، أو لحقته آفة، فعلى رب المال أن يخلفه.

٤٤ كتاب المساقاة

وقد اختلف أصحابنا هذه المسألة، وإطلاق عقد المساقاة، فقال عيسى بن دينار وابن نافع في المدنية: لا يكون الرقيق والدواب للعامل إلا بالشرط والعقد لازم صحيح.

وفي الواضحة أن ما في الحائط من الأجراء والدواب والدلاء والحبال والأداة من حديد وغيره مما يكون فيه يوم السقاء يستعين به العامل، وإن لم يشترطه.

وقال محمد بن المواز: إن اشترط ذلك رب الحائط لم يجز. واحتج عيسى لقوله بأن لصاحب الحائط أن يقول لو اشترطتهم على ما ساقيتك إلا على أقل من هذا الجزء، وهذا يقتضى أن له أن يساقيه على إخراج الرقيق والدواب. وقول ابن القاسم مبنى على أن ذلك لا يجوز، وقد احتج له بما تقدم.

فرع: فإذا قلنا لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط إخراجهم، فإن شرط رب الحائط إخراج من فيه من الرقيق والدواب، ففي الموازية أن عمل على هذا، فللعامل أجر مثله.

وروى عيسى عن ابن القاسم في المدنية: له مساقاة مثله. قال محمد بن المواز: قد كان يقوله ثم رجع إلى أجر مثله.

وأما لو اتفقا على أنهم كانوا في الحائط يوم العقد، فإن صاحب الحائط إن ادعى أنه قد شرط إخراجهم لم يجز من ثلاثة أحوال، إما أن يوافقه العامل على ذلك، فيفسد العقد فيفسخ قبل العمل، ويرد بعد العمل إلى أجر مثله، وإما أن ينكر العامل، ويدعى أنه قد شرط إبقاءهم، فالقول قول العامل.

وكذلك لو لم يدع العامل شيئاً أكثر من أنه أنكر الشرط؛ لأنه يدعى الصحة وصاحب الحائط يدعى الفساد، ولو أقر صاحب الحائط أنه لم يشترط شيئاً، وادعى أنه اعتقد إخراجهم لم ينظر إلى ما ادعاه، وكانوا للعامل، والله أعلم.

مسألة: ولو كان في الحائط إجراء، فأجرتهم على صاحب الحائط.

ووجه ذلك أن الحائط إنما أخذه العامل مساقاة على صفته التي هو عليها حين العقد، وإنما يكون على تلك الصفة بعمل العمال من الرقيق والأجراء والدواب، فلا يجوز إخراج شيء من ذلك عنه كما لا يجوز أن يدفع إليه حائطه مساقاة، ويستثنى ماءه الذي يسقى وحي به.

مسألة: ومن مات من الرقيق والأجراء والدواب ممن هو لصاحب الحائط، فعليه خلف ذلك، قاله مالك في المدونة. زاد في غيرها: وإن لم يشترط العامل ذلك عليه.

ووجه ذلك أن بقاءهم في الحائط شرط في صحة المساقاة، فلا يجوز أن يخلو وقت من أوقات المساقاة منهم، فلا يتعلق العقد بأعيانهم إلا مع بقائهم، فإن عدموا لزم صاحب الحائط الإتيان بعوضهم، ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر يعينه على الخدمة، فإن الإجارة تبطل بموته.

والفرق بينهما على وجهين أحدهما أن يكون العقد إنما يكون يقع على عمل في ذمة صاحب الحائط، ولكن تعين لهؤلاء الأجراء والعمال والدواب بالتسليم واليد كالذي يكتري راحلة مضمونة ثم يسلم إحدى راحله إلى الراكب، فإنه ليس له أن يبدلها.

والثاني أن يتعين الرقيق والدواب بالعقد، ويكون على صاحب الحائط خلف ذلك إن تلف بمقتضى العقد؛ لأن عمل الرقيق ليس بمقصود بالعقد، والعقد ثابت بموت من مات منهم، فلذلك لزم العوض فيهم.

فروع: وهذا إذا كان الأجير مستأجرًا لجميع العام، وإن كان مستأجرًا لبعضه، فلم أر فيه نصًا. وعندى أن عليه أن يعرض منه من يتم العام؛ لأنه لو مات للزمه ذلك، فكانت إذا انقضت مدة إجارته، ولا يمنع ذلك صحة العقد؛ لأن عمل الأجير في الحائط متعلق بذمة صاحب الحائط أو بمعنى ما يتعلق بذمته.

مسألة: ولو استعمل ما في الحائط من الحبال والدلاء والآلة، حتى خلق، ولم تكن فيه منفعة، فعلى العامل خلف ذلك، ولو سرق ذلك، لكان على صاحب الحائط خلفه بمنزلة الرقيق والدواب [لتلك]^(١)، وقد رأيت لبعض العلماء من شيوخنا. وقد قيل فيه غير هذا، أن على صاحب الحائط خلف ذلك في الوجهين، والأول عندى أظهر.

مسألة: ونفقة الأجراء والرقيق والدواب على العامل دون صاحب الحائط بخلاف الأجرة.

ووجه ذلك أن الأجرة معنى لزم رب الحائط قبل عقد المساقاة، وكذلك أثمان الدواب والرقيق، وليس كذلك النفقة عليهم، فإنها معنى طرأ بعد عقد المساقاة، وبه يتم العمل فكان ذلك على العامل؛ لأن جميع العمل الطارئ عليه.

مسألة: ولو شرط النفقة على صاحب الحائط، لم يميز ذلك، من الواضحة والموازية؛ لأن النفقة الطارئة بعد العقد على العامل.

(١) ما بين المعقوفتين هكذا في الأصل.

٤٦ كتاب المساقاة

فصل: وقوله: «لأنهم عمال المال، فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للدخال إلا بخفيف العمل» يريد أنهم كانوا عمال المال قبل ذلك إلى حين العقد، فظهور المال وقوته، وكثرة عمارته إنما كان بعملهم، ولهم فيه تأثير، فكانوا بمنزلة الماء الذى به صلاح الحائط ونماؤه، فلا لذلك يجوز إخراجهم من المال؛ لأن ذلك بمنزلة السقى، وسائر ما يتصل الانتفاع به.

ولما كانت المساقاة تختلف بما آثره العامل فى الحوائط، فإذا قوى الحائط بالعمل ووضعت بقلته كما يقوى بالسقى، ويضعف بعده، وتختلف رغبة العامل فيه بحسب اختلاف ذلك، لم يجوز إخراج الرقيق كما لا يجوز الاستمساك بالماء.

فرع: وهذا إذا كان الرقيق والدواب فى الحائط حين المساقاة. وأما لو أخرجهم قبل ذلك لصحت المساقاة على استمساك صاحب الحائط لهم، ومتى يكون إخراجهم يبيح الاستمساك لهم، لم أر فيه نصاً محرراً.

فصل: وقوله: «ولن تجد أحداً يساقى فى أرضين، سواء فى الأصل والمنفعة، إحداهما بعين واثنة غزيرة، والأخرى بنضح على شىء واحد» يريد أن الأرضين إذا تسارتا فى طيب الأرض، وقوة النخل وكثرة غلتهما إلا أن إحداهما لسقيها نضح مأمون غزير، لا يتكلف عمل فى إخراجها والسقى به.

والثانية: سقيها نضح يتكلف فيه المؤنة يأخذها نسقاً واحداً فى عقدين، إلا أن يأخذ إحداهما لمكان الآخر فى عقد واحد، وذلك مما يدل على أن لحنفة العمل وشدته تأثيراً مقصوداً فى المساقاة، فلا يجوز أن يشترط منه إلا ما كان عليه الحائط يوم المساقاة؛ لأن فى اشتراط غير ذلك على العامل عملاً لصاحب الحائط يعمله العامل فى غير الحائط.

وفى اشتراط ذلك على صاحب الحائط اشتراط كثير العمل عليه، وذلك كله غير جائز، ومما يبين ذلك ويوضحه أن صاحب الحائط لو عمل فى الحائط أقل السنة أو أكثرها، ثم ساقاه على أن يعطيه العامل قيمة ما عمل فى ذلك العام، لم يجوز ذلك، فاشتراط العمال الذين فى الحائط بمنزلة اشتراط قيمة ما عمل فيه، وذلك كله غير جائز.

فصل: وقوله: «الوائنة الثابت ماؤها، التى لا تغور، ولا تنقطع» الرواية المشهورة عن يحيى وغيره: الوائنة بالناء المعجمة بنقطتين. وقال أبو عبيد فى الغريين: الوائن الدائم. وفى الحديث «أما تيماء، فعين جارية، وأما خبير فماء واتن».

ولم يذكر وأتت بالثاء المعجمة بثلاث نقط. وحكى صاحب العين: الوائن المقيم بالثاء بثلاث نقط، ولم يذكر وأتت بالثاء المعجمة بنقطتين، فعلى هذا تصح الروايتان. وأما ابن عمر، فقال: وانية، ولم يذكر التفسير.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ لِلْمُسَاقَى أَنْ يَعْمَلَ بِعُمَالِ الْمَالِ فِي غَيْرِهِ وَلَا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ عَلَى الَّذِي سَاقَاهُ.

الشرح: قوله: «وليس للمساقى أن يعمل بععمال الحائط في غيره» يريد من وجد في الحائط من الرقيق، فاشترطهم حين العقد، أو وجب له ذلك بمجرد، فإنه ليس له أن يستعملهم في غير ذلك الحائط، يريد من حوائطه التي يملكها أو حائط أجنبي اتخذها مساقاة أو عمل فيها بأجرة.

وأما إن كان الرقيق للعامل، فله أن يستعملهم حيث شاء، ويستبدل بهم كيف شاء؛ لأنه إنما عليه العمل في الحائط على صفة معلومة، فعليه أن يأتي بها على كل حال، ويعمل من شاء.

فصل: وقوله: «ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه» يريد أنه لا يجوز له أن يفعل ذلك بغير شرط في العقد، فإن فعل منع من ذلك، ولا يفسد العقد، ولا يتغير شيء منه، ولا يجوز أن يشترط ذلك. زاد في الواضحة: ويفسد هذا الشرط المساقاة؛ لأن اشتراط الزيادة فيها ينافي صحتها.

فرع: فإن شرط ذلك، وفسدت المساقاة، وفاتت بالعمل، فقياس قول ابن القاسم أن يرد إلى أجرة مثله.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَجُوزُ لِلَّذِي سَاقَى أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ رَقِيقًا يَعْمَلُ بِهِمْ فِي الْحَائِطِ لَيْسُوا فِيهِ حِينَ سَاقَاهُ إِيَّاهُ.

الشرح: قوله: «لا يجوز للذي ساقى أن يشترط على رب المال رقيقاً، ليسوا في الحائط» يريد أن يشترط عملهم في حائط المساقاة لأن ذلك ازدياد يزداده العامل على رب الحائط مما يلزم العامل، ولا يجوز أن يشترط منه ما له قيمة؛ لأن المساقاة مبنية على مساقاة ازدياد أحد المتساقين على ما يقتضيه مطلق العقد، ومطلق العقد يقتضى جميع العمل على العامل.

والأصل في ذلك ما روى نافع عن ابن عمر «أن اليهود سألت النبي ﷺ ليقرهم

٤٨ كتاب المساقاة

على أن يكفوا العمل، ولهم نصف الثمر، فقال لهم النبي ﷺ: نقركم بها على ذلك ما شئنا^(*).

ولأننا قد قدمنا أنه لا يجوز اشتراط صاحب الحائط إخراج من فى الحائط من الرقيق والدواب، فبأن لا يجوز للعامل اشتراط من ليس فى الحائط أخرى وأولى.

فرع: وقد جوز مالك أن يشترط العامل من ذلك التافه اليسير، قال فى المدونة: كالعبد والدابة، قال ابن القاسم وغيره: وذلك فى الحائط الكبير، فإن كان الحائط صغيراً، لم يجوز ذلك عندي؛ لأنه يشترط عليه حينئذ جميع العمل.

ووجه الجواز فى الحائط الكبير؛ لأنه لكل واحد من المتساقين أن يشترط على صاحبه اليسير مما يلزمه عمله كما يشترط صاحب الحائط على العامل سد الحظار والنفقة اليسيرة فى الظفيرة والقف.

فرع: فإذا قلنا بجواز أن يشترط الغلام والدابة، فإن من ذلك أن يشترط بقاؤه فى الحائط مدة المساقاة.

وإن مات أخلف ذلك رب الحائط، قاله ابن القاسم فى المدونة. وقال فى العتبية: لو لم يشترط ذلك، لم يجوز، ولو شرط رب الحائط أن يخلفه، فقد قال فى الواضحة: لا يجوز ذلك.

ووجه ذلك ما فيه من الغرر؛ لأن ما عقدا باق لا يبطل بموت الغلام، فإذا لم يكن عليه خلفه، فقد اشترط عمله مدة مجهولة، وذلك غير جائز.

مسألة: ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط غلامه معه، قاله ابن القاسم فى المدونة. وقال سحنون: إذا كان الحائط كبيراً يجوز اشتراط الغلام فيه، جاز اشتراط عمل رب الحائط فيه.

وجه قول ابن القاسم أن من حكم المساقاة أن يكون الحائط بيد العامل كالقراض، وعمل رب الحائط يمنع من ذلك.

ووجه قول سحنون أن هذا اشتراط عمل عامل واحد فى حائط كبير، فجاز ذلك كما لو اشترط عمل أجير.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣١٥٢. الترمذى حديث رقم ١٣٨٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٦٣. أبو داود حديث رقم ٣٠٠٨. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٦٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٨٣٩.

فرع: فإن قلنا بقول ابن القاسم، فعمل على ذلك، ففي المدونة: يرد إلى مساقاة مثله. وقال ابن المواز: يرد إلى إجازة مثله.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن مالكا قد أجاز اشتراط عمل الدابة والغلام، فأشار بذلك إلى أنه مكروه من أجل اليد، وأنه ليس من الحرام لما جوز ذلك ما هو في معناه.

ووجه قول ابن المواز أنه مساقاة تزيل يد العامل، فردت إلى الإجازة، كما لو شرط صاحبه بقاء الحائط في يده.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الَّذِي دَخَلَ فِي مَالِهِ بِمُسَاقَاةٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ رَقِيقٍ [الْمَالِ] (*) أَحَدًا يُخْرِجُهُ مِنَ الْمَالِ، وَإِنَّمَا مُسَاقَاةُ الْمَالِ عَلَى حَالِهِ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ. قَالَ: فَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ يُرِيدُ أَنْ يُخْرِجَ مِنْ رَقِيقِ الْمَالِ أَحَدًا فَلْيُخْرِجْهُ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ أَوْ يُرِيدُ أَنْ يُدْخِلَ فِيهِ أَحَدًا، فَلْيَفْعَلْ ذَلِكَ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ ثُمَّ يُسَاقِي بَعْدَ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ.

الشرح: قوله: «لا ينبغي لرب المال، أن يشترط على العامل إخراج أحد من رقيق المال» يريد أن حكم المساقاة إبقاء من كان من خدام المال يوم المساقاة؛ لأن المساقاة إنما تكون فيه على حاله الذي هو عليه يوم العقد؛ لأن بعمل العمال صار على الصفة التي يتراضيان عليها، وبإخراج المعين عن الحائط نقص عن تلك الصفة، فصارت بمنزلة استثناء شيء من الحائط الذي يعمل في جملة، وقد جوز ذلك ابن نافع، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «وإن كان صاحب المال، يريد أن يخرج من الرقيق أحداً، فليخرجه، أو يدخل فيه أحداً فليدخله قبل المساقاة، ثم يساقى على ذلك إن شاء» يريد أنه أن يخرج الرقيق منه أو يدخل فيه من غير رقيقه، من لم يكن فيه العدد الكثير الذي لا يجوز أن يشترط العامل ممن ليس في الحائط.

قَالَ: وَمَنْ مَاتَ مِنَ الرَّقِيقِ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ، فَعَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنْ يُخْلِفَهُ.

الشرح: قوله: «ومن مات من الرقيق» يريد من رقيق الحائط الذين كانوا فيه يوم

(*) ما بين المعقوفين مطموسة في الأصل وما أوردناه من الموطأ.

٥٠ كتاب المساقاة

العقد، أو شرط العامل في العقد، فمن لم يكن فيه كالدابة والأجير في الحائط الكبير، فمن مات منهم أو غاب بإباق أو مرض، «فعلى رب الحائط خلقه» يريد أن يعرض منه، وكذلك كل ما يمنع من خدام الحائط من العمل؛ لأنه إذا انعقدت المساقاة على تخفيف العمل عنه مدة المساقاة، ويصح أن يتعلق بأعيانهم، ويلزم صاحب الحائط العوض منهم إن تعذر ذلك منهم؛ لأن العقد لا يتناولهم؛ لأن عملهم ليس بعوض فيه، وإنما هو مستثنى مما يلزم العامل.

ويلزم صاحب الحائط أن يأتي بهم، وإن كان يلزمه في ذلك من الأجر أكثر من حصته من ثمر ذلك العام بخلاف أرض السقي يغور ماء بئرها بعد الزراعة، فإن على صاحبها أن ينفق فيها كراء سنة، لا يزيد على ذلك، وكذلك المساقاة يغور بئر الحائط أو ينهار، فإن للعامل أن ينفق في ذلك قيمة حصة رب الحائط من ثمرة ذلك العام لا زيادة على ذلك.

فرق: فعلى هذا ما تقدم من ذلك على ثلاثة أضرب، ضرب: لا يلزم صاحب الحائط والدار أن ينفق فيه، قليلاً ولا كثيراً، كبنيان الدار المكتراة، وغور العين للأرض المكتراة قبل الزراعة. والضرب الثاني: يلزم صاحب الحائط أن ينفق فيه منفعة سنة كالتنفقة على عين الأرض المكتراة، أو حائط المساقى. والضرب الثالث: يلزمه أن يعيده إلى ما كان بلغ ذلك ما بلغ كرقيق حائط المساقى ودوابه.

والفرق بينه وبين البئر والعين أن الرقيق والدواب من جنس ما يلزم العامل الإيتان به من عمل الحائط، وإنما لزم بقاءهم في الحائط لسقي الحائط على صفته التي كان عليها، ثم على العامل عمل ما زاد على ذلك.

فإذا زالوا من الحائط، لم يكن العامل عمل ما زاد على عملهم مع عدم عملهم، وكان ذلك بمنزلة صاحب العلو والسفل، يلزم صاحب السفل أن يبني أو يبيع ممن يبني لتمكن صاحب العلو من عمله؛ لأنه لا يمكنه العمل دون أن يبني صاحب السفل، فيلزمه إعادة عمله على ما كان بالغاً ما بلغ.

وليس كذلك ماء العين، فليس من جنس ما يلزم العامل الإيتان به، فإذا لم يكن تعلق به حق العامل، لم يلزم صاحب الحائط الإيتان به ليستوفى للعامل منفعة، وإذا تعلق به حق العامل بالعمل والزراعة في اكتراء الأرض، ولم يتعلق إصلاح ذلك بذمته، وإنما تعلق بما لصاحب الأرض في ذلك.

كتاب المساقاة ٥١
مسألة: ومن أدخله العامل في الحائط من غلام أو أجير أو دابة فتعذر عليه بموت أو
غيبه أو مرض، فعلى العامل عوضه، لأن المساقاة انعقدت على أن عليه ذلك العمل في
جميع مدة المساقاة.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب كراء الأرض

ما جاء فى كراء الأرض

١٣٧٢ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ حَنْظَلَةَ بْنِ قَيْسِ الزُّرْقِيِّ،
عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ.
قَالَ حَنْظَلَةُ: فَسَأَلْتُ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ، فَقَالَ: أَمَا بِالذَّهَبِ
وَالْوَرَقِ، فَلَا بَأْسَ بِهِ^(١).

١٣٧٢ - أخرجه البخارى فى المزارعة ٢٣٢٧. مسلم فى البيوع ١٥٤٧، ٢٥٤٨. الترمذى فى
الأحكام ١٣٨٤. النسائى فى الأيمان والنذور ٣٨٦٠، ٣٨٦١، ٣٨٦٣، ٣٨٦٤، ٣٨٦٥،
٣٨٦٦، ٣٨٦٧، ٣٨٦٨، ٣٨٦٩، ٣٨٧٠، ٣٨٨٦، ٣٨٨٧، ٣٨٩٢، ٣٨٩٣، ٣٨٩٥،
٣٨٩٦، ٣٨٩٧، ٣٨٩٨، ٣٨٩٩، ٣٩٠٠، ٣٩٠١، ٣٩٠٢، ٣٩٠٤، ٣٩٠٥، ٣٩٠٦،
٣٩٠٧، ٣٩٠٨، ٣٩٠٩، ٣٩١٠، ٢٩١١، ٣٩١٢، ٣٩١٣، ٣٩١٤، ٣٩١٥، ٣٩١٦،
٣٩١٧، ٣٩٢٠، ٣٩٢١، ٣٩٢٢، ٣٩٢٣، ٣٩٢٤. أبو داود فى البيوع ٣٣٨٩، ٣٣٩٢،
٣٣٩٣، ٣٣٩٤، ٣٣٩٥، ٣٣٩٧، ٣٣٩٨، ٣٣٩٩، ٣٤٠٠، ٣٤٠١. ابن ماجه فى الأحكام
٢٤٥٣، ٢٤٥٨، ٢٤٦٠، ٢٤٦١، ٢٤٦٧. أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٩٠،
مسند المكيين ١٥٣٧٦، ١٥٣٨٤، مسند الشاميين ١٦٨٠٥، ١٦٨١٦، ١٦٨٢٧،

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٢٦/٨: اختلف الناس فى كراء المزارع، فذهب فرقة إلى أن
ذلك لا يجوز بوجه من الوجوه، ومالوا إلى ظاهر هذا الحديث، وما كان مثله، قالوا: إنه قد روى
عن رافع بن خديج من هذا الوجه، وغيره خلاف ما حكاه ربيعة، عن حنظلة عنه من تأويله.
هذا، وذكروا أن أحاديث رافع فى ذلك مضطربة الألفاظ، مختلفة المعانى، واحتجوا بما حدثناه
إسماعيل بن عبدالرحمن القرشى، قال: حدثنا محمد بن العباس الحلبي، قال: حدثنا أبو عوانة
الحسين بن محمد الحراني بجران، قال: حدثنا عمرو بن عثمان الحمصي، قال: حدثنا ضمرة بن
ربيعة، عن ابن شوذب، عن مطر، عن عطاء، عن جابر، قال: «خطبنا رسول الله ﷺ فقال: من
كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يواجرها».

كتاب كراء الأرض ٥٣

١٣٧٣ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنِ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ.

١٣٧٤ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَأَلَ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنِ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ.

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَقُلْتُ لَهُ: أَرَأَيْتَ الْحَدِيثَ الَّذِي يُذَكِّرُ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، فَقَالَ: أَكْثَرَ رَافِعٍ، وَلَوْ كَانَ لِي مَزْرَعَةٌ أَكْرَيْتُهَا.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع» عام فى كل ما تكرى به إلا ما خصه الدليل، فأتى من ذلك المنع فى الجملة، ذهب طاوس فى أحد قوليهِ، وذهب فقهاء الأمصار إلى تجويز ذلك.

ووجهه أن الراوى للمنوع باللفظ العام لم ينقل لفظ النبى ﷺ، وإنما أخبره عنه وهو الذى أخبر بأن ذلك مقصور على غير الذهب والورق.

ومن جهة المعنى أنه لو لم يجز استئجارها لمنفعتها المقصودة، لجازت المساقاة فيها كالنخل، ولما لم تجز المساقاة فيها، جاز استئجارها كالدواب وسائر ما يستأجر.

فصل: وقول حنظلة: «فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق، فقال: أما الذهب والورق، فلا بأس به» يقتضى إباحة ذلك بالذهب والورق، وقد ذهب إلى إباحته بغير الذهب والورق مالك وفقهاء الأمصار غير ربيعة، فإنه منعه بغير الذهب والورق.

والدليل على ما نقوله أن ما جاز استئجاره بالذهب والورق، جاز استئجاره بالحيوان والثياب كالرواحل.

فإذا ثبت ذلك، فإنه يجوز استئجاره بكل ما ليس بمطعموم، ولا ثابت فى الأرض على مذهب مالك ورواية ابن القاسم عنه، وقد تقدم ذكر ما لأصحابنا وغيرهم فى ذلك من الاختلاف مما لا يليق بهذا المختصر.

فصل: وقول ابن شهاب لسالم، وقد قال له: يجوز كراؤها بالذهب والورق: «رأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج» يريد قوله: نهى رسول الله ﷺ عن

١٣٧٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٠.

١٣٧٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨١.

٥٤ كتاب كراء الأرض

كراء المزارع، ويتناول عموم ذلك للمنع من كرائها بذهب وورق وغيره، فقال له سالم: «أكثر رافع» يريد أنه روى من النهى ما منع منه، وما لم يمنع، وأن النهى إنما توجه إلى منفعة بغير الذهب والورق، لكن رواه بلفظ العموم، أو نقل اللفظ على ما سمعه، ولم يتقل معه ما يمنع حمله على العموم من العرف والعادة، أو ما يوجب التخصيص ويدل عليه.

فصل: وقوله: «ولو كانت لى مزرعة أكريتها» على معنى تجويز الكراء فى الجملة، لا على معنى تجويز إكرائها بكل عوض، وإنما يقتضى ذلك أنه يرى اكتراءها جائزاً فى الجملة، ثم ينظر فى العوض الذى روى عنه أنه جوز ذلك بالذهب والورق، وسكت عن اكتراءها بغير ذلك.

وقد روى نافع عن عبدالله بن عمر «كان يكرى مزارعه على عهد النبى ﷺ وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وصدراً من إمارة معاوية، ثم حدث رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع، فذهبت معه، فسألته فقال: نهى النبى ﷺ عن كراء المزارع. فقال ابن عمر: قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله ﷺ بما على الأربعاء وشيء من التين» (*).

وروى ابن شهاب عن سالم بن عبدالله أن عبدالله بن عمر، قال: كنت أعلم فى عهد رسول الله ﷺ أن الأرض تكرى، ثم خشى عبدالله أن يكون النبى ﷺ قد أحدث فى ذلك شيئاً لم يكن علمه، فترك اكتراء الأرض، فقال ابن عمر لرافع بن خديج: قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله ﷺ بما على الأربعاء وبشيء من التين، ليس فيه أن النبى ﷺ علم به فأقره، بل هو نفس المنهى عنه، والمتفق عليه على المنع منه.

وقد روى رافع بن خديج عن عمه أنهم كانوا يكرون الأرض على عهد رسول الله ﷺ بما ثبت على الأربعاء، أو شيء يستثنيه صاحب الأرض، فنهانا النبى ﷺ عن ذلك. فقد تناول نهى النبى ﷺ ما كان ابن عمر يفعلهُ إلا أن ابن عمر لم يكن علم بنهيه عن ذلك.

قال الليث فى هذا الحديث: وكان الذى نهى عنه من ذلك ما لو نظر فيه ذو الفهم بالحلل والحرام، لم يجزه لما فيه من المخاطرة، وقد بين علة ذلك رافع بن خديج من

(*) أخرجه البخارى بلفظه، كتاب المزارعة حديث رقم ٢٣٤٤.

كتاب كراء الأرض ٥٥

رواية يحيى بن سعيد عن حنظلة الزرقى عن رافع، قال: كنا أكثر أهل المدينة حقلاً وكنا نكرى الأرض بالناحية منها مسماة لسيد الأرض، فما يصاب ذلك وتسلم الأرض مما تصاب الأرض، ويسلم ذلك، فنهاهم النبي ﷺ ولعل ابن عمر لما بلغه نهى النبي ﷺ عن ذلك امتنع منه، وجوزه بالذهب والورق على ما جوزه ابنه سالم، ويحتمل أن يكون امتنع منه جملة لما خشى أن يكون حدث من النبي ﷺ في ذلك منع عام، والله أعلم.

١٣٧٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ تَكَارَى أَرْضًا، فَلَمْ تَنْزَلْ فِي يَدَيْهِ بِكَرَاءٍ حَتَّى مَاتَ. قَالَ ابْنُهُ: فَمَا كُنْتُ أَرَاهَا إِلَّا لَنَا مِنْ طُولِ مَا مَكَثَتْ فِي يَدَيْهِ حَتَّى ذَكَرَهَا لَنَا عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَمَرْنَا بِقَضَاءِ شَيْءٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ كِرَائِهَا ذَهَبٍ أَوْ وَرَقٍ.

١٣٧٦ - قَالَ مَالِكٌ عَنِ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يُكْرِى أَرْضَهُ بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ.

الشرح: قوله: «أن عبدالرحمن بن عوف كان يكرى أرضاً، فلم تنزل فى يديه حتى مات» يحتمل أنه كان اكتراها مساقاة، وذلك بأن يكرىها منه بدينار فى كل عام، ولا يجد فى ذلك أعواماً، ولكنه يطلق فيها القول، وهذا عند مالك جائز، وانع منه الشافعى، وقال: هو باطل.

والدليل على ما نقوله ما روى ابن عمر «أن اليهود سألوا النبي ﷺ أن يقرهم على أن يكفوا العمل، ولهم شطر الثمرة، فقال: نقركم على ذلك ما شئنا»^(*). وهذا نص فى موضع الخلاف.

ومن جهة المعنى أن ما جاز العقد على واحد منه غير معين، جاز العقد على جملة منه غير مقدرة، كما قال: اشترى منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنما يلزم هذا لكراء ما مضى، وللمكترى أن يخرج متى شاء،

١٣٧٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٢.

١٣٧٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٣.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣١٥٢. الترمذى حديث رقم ١٣٨٣. النسائى فى الصغرى

حديث رقم ٣٨٦٣. أبو داود حديث رقم ٣٠٠٨. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٦٧. أحمد فى

المسند حديث رقم ٤٨٣٩.

٥٦ كتاب كراء الأرض

ولصاحب الأرض أن يخرج متى شاء، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية؛ لأن عدم التقدير فى الكراء ينافى اللزوم؛ لأنه لو لزم لتأبد وذلك مناف للكراء، ولا يلزم منه إلا وجبية واحدة فى المشهور من المذهب، وهذا إذا قال: كل شهر بدرهم أو كل سنة بدرهم أو فى السنة أو فى الشهر بكذا، رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

وروى فى كتاب محمد: أو الشهر. وفى الواضحة لمطرف وابن الماجشون: وروايتهما عن مالك أنه إذا قال: كل شهر أو الشهر أو فى الشهر بكذا، فالشهر الأول لازم، وما زاد على ذلك فلكل واحد منهما نقضه فى أول الشهر كان أو آخره.

وجه رواية ابن القاسم أنه شهر لم يتعين إلا كتعيين غيره، فيجب أن لا يكون لازماً كالثانى.

وجه رواية ابن الماجشون أنه ما قدر به الكراء أقل ما يجب لزومه بالعقد؛ لأن العقد مقتضاه اللزوم، وما زاد على ذلك، فلم يتناوله اللزوم؛ لأنه زائد على ما قدر به الكراء.

فرع: فإن نقده الكراء، فقد لزمهما مقدار ما نقد منه؛ لأن النقد قد قطع ما احتمله اللفظ من الخيار، وأخرجه إلى اللزوم فى ذلك القدر، ولو اكرت منه سنة معينة على أن يخرج متى شاء، جاز.

مسألة: ولو عقد الكراء بأنى قد اكرت هذه الأرض سنة أو هذه الدار شهراً، فهو جائز لكون المدة من وقت الكراء، ويكون ذلك بمنزلة التعيين للسنة، وإن كانت داراً، ففي المدونة: إن اكرتها سنة، ولم يسم متى سكنها، فإن ذلك جائز.

فإن اكرتها بعد مضى عشرة أيام من السنة، فإنه يحسب بقية هذا الشهر الذى ذهب بعضه، ثم يحسب أحد عشر شهراً بعده بالأهلة، ثم يتم على الأيام الأولى شهراً ثلاثين يوماً، فيكون من هذا العام شهر واحد على الأيام وأحد عشر شهراً بالأهلة.

وأما إن كانت أرضاً، فإن كانت من الأرض التى تزرع العام كله فيها القول والخضر، فيصح أن يكرت مشاهره ومسائره، وإن كانت خالية من الزرع، فأول سنيها من يوم العقد، وإن كان فيها خضرة أو زرع، فمن وقت تخلو، وآخر عامها على ذلك على مثل ما تقدم من الدور، إلا أن يكون لأهل بلد عرف فى الكراء بالشهور العجمية فى الأرض، فيكون إطلاق الكراء يقتضى ذلك.

كتاب كراء الأرض ٥٧
وإن كانت من الأرض التي إنما تزرع مدة كأرض النيل وما أشبهها، فأول سنتها وقت زراعتها، ووقت الزرع للحرث إن كانت أرضاً يقدم لها الحرث، وآخر عامها على ما قاله في المدونة: رفع الزرع.

فإن بقي من العام شهر أو شهران، وما لا ينتفع فيه الزرع، فليس للمكترى أن يحرث فيها زرعاً إلا بكراء مؤتلف، ولا يحط عنه لما بقي شىء، ولربها حرثها لنفسه، وليس للمكترى منعه؛ لأنه مضار، ولو زرعتها المكترى، وهو يعلم أن الوجيبة تنقضى قبل تمام زرعه بالأيام والشهر، فربها مخير، وإن شاء حرث أرضه وأفسد زرعه، وإن شاء أقره، وأخذ بالأكثر من كراء المثل، وبمساب كراء الوجيبة، قاله ابن حبيب. ووصف ذلك كله أنه منعه من الزراعة لانقضاء عامه.

فروع: فإن كانت من الأرض التي تزرع العام كله، وأتى آخر العام وللمكترى فيها زرع أو بقل، فقد قال مالك: ليس لصاحب الأرض قلعه وزرعه ولا يقلعه، ويترك ذلك حتى يتم، ولرب الأرض كراء مثل أرضه على حساب ما كان اكترها منه.

واختلف شيوخنا فى تأويل هذا اللفظ، فقال بعض أهل بلدنا: إن ظاهر اللفظ أنه متضاد؛ لأن كراء أرضه، مفهومه ما يساوى أرضه، كان ذلك أقل من حساب ما اكترى أو أكثر.

وقوله: على حساب ما كان اكترها، يقتضى الاعتبار بما تقدم من عقدهما سواء كان ذلك أقل من كراء مثلها أو أكثر، قال: ولكن له فى المسألة قولان، أحدهما: كراء المثل. والثانى: له كراء من حساب ما كان اكترى.

وقال بعض القرويين: قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والصحيح عندى من ذلك أن معنى هذا الكلام أن عليه كراء مثل تلك المدة؛ لأن أوقات السنة يختلف فى كثرة الكراء وقلته، ولذلك قال مالك: ليس كراؤها فى الشتاء والصيف واحداً، فكراء مثل أرضه إنما أراد من الأرض التي تستعمل السنة كلها، فتعتبر كراؤها فى مثل ذلك الوقت من السنة، ولكنه على حساب ما اكترى.

فإن اكترها منه بعشرة دنانير، وتلك المدة وإن كانت شهراً واحداً فحصته من كراء السنة الربع لرغبة الناس فيه وآخر وقت الغلة، فيكون عليه ديناران ونصف، وإنما جاز له أن يعتبر بما عقد عليه من الكراء، كان أكثر المثل أو أقل، وإن كانت المدة خارجة عن عقد؛ لأنه زرع فى وقت كان له العمل؛ لأنها مدة قد استحقها بالكراء، ولا فائدة

٥٨ كتاب كراء الأرض
لها إلا الزرع، فلذلك أسندت المدة المستقبلية إلى هذه الأولى لأنها بسببها، ولولا ذلك
لكانت مدة تعد وظلم يكون لصاحب الأصل فيها كراء المثل يأمره بقلع ما زرع، وهذا
موضع الخلاف، فإن الغير يقول: لم يكن للمكتري أن يزرع حال لم يبق له من شهوره
مدة يتم فيها زرعه.

فإذا زرع، فقد تعدى في بقية المدة، فعليه كراء المثل إلا أن يكون أقل مما يجب له
على حساب ما مضى، فعليه الأكثر لأنه راض إذا عملها بحساب ما مضى. وفي
الواضحة: أن المكتري أرض المساقاة قبل أن يعمد إلى انقضاء الوجيبة، فجاز ذلك بأيام
أو شهر، فله كراء ذلك على ما ذكرناه، يريد أن الأكثر من كراء المثل، أو على
حساب ما كان اكترى.

وإن علم أنه لا يبلغ تمامه إلا بالوجيبة بأمر بعيد، فلرب الأرض أن يقلع أو يترك،
وله الأكثر من كراء الوجيبة أو كراء المثل، فقال في أول المسألة: له أن يعمد إلى
انقضاء الوجيبة، ثم حكم في ذلك بحكم المنع، وإنما تحقق القول على مذهبه أن له أن
يعمد ما تيقن أن ورقته تتم قبل انقضاء الوجيبة، ولو تبايعا عند الزراعة لوجب أن
تكرى الأرض، ويكون لكل واحد منهما من الكراء بقدر ما له من المدة.

مسألة: ولو اكترى أرضاً سنين فغرسها فانقضت المدة، وفيها شجر المكتري، فإن
لصاحب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة، أو يأمر المكتري بقلعها، ولو انقضت المدة
وفيها زرع، لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذ بقيمته، ولا أن يأمره بقلعه.

والفرق بينهما أن الزرع له أمر يكمل فيه، وتخلو الأرض منه، فلذلك كان لصاحبه
أخذه؛ لأنه مما ينقل ويحول والشجر أصل ثابت، فلو لزم بقاؤه في الأرض لاستحق
صاحبه الأرض بغير عوض ولخرج عن حكم الكراء الذي مقتضاه أن ينقضى بانقضاء
أمد إلى حد الاستحقاق في الثمرة المؤبرة.

ولو كان في الشجرة ثمرة مؤبرة لم يخل أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة، فإن كانت
غير مؤبرة، فقد قال غير واحد من القرويين: إن كانت الشجرة غير مؤبرة أجبر
المكتري على قلع شجره، وإن كانت مؤبرة لم يجبر على قلعه، وكان له إبقاءها حتى
تتم ثمرتها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الأرض على ضربين، مأمونة وغير مأمونة. فأما
المأمونة فهي أرض النيل. قال مالك: وليس أرض المطر عندي بينا كيبان أرض

كتاب كراء الأرض ٥٩

النيل، وإن كانت لا تكاد تخلف فالنقد جائز خلافاً لعمر بن عبد العزيز في أرض النيل.
والدليل على ما نقوله أن الغالب من منافعها الاستيفاء، فجاز الكراء فيها كسكنى
الدور. قال مالك وأصحابه: وكذلك أرض الآبار والأنهار؛ لأنها لا تكاد تخلف إلا في
الغيب.

مسألة: وأما أرض المطر، فإن كانت لا تخلف، فقد قال مالك. لا بأس به، والنيل
أبين، وبه قال ابن عبد الحكم وأصبغ وابن الماجشون، وقد قيل لهما إن أرض الأندلس
أرض مطر، ولا تكاد تخلف، فقالوا: لا ينعقد فيها حتى يأتيها المطر الذى يحرق عليه،
ولا ينتظر بها الرواء بخلاف أرض النيل.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندي أن معنى المأمونة عند مالك
أن تكفيها سقية واحدة تروى بها كأرض النيل. فأما أرض المطر، فلا يكفيها إلا المطر
المتكرر، ولو أراد أن المأمونة هى التى لا ينقطع عنها السقى بوجه، لم تكن أرض النيل
بمأمونة، فإنه قد ينقطع عنها السقى كما ينقطع المطر لكنها تفارقها لما قدمناه.

مسألة: وأما الأرض التى ليست بمأمونة، فلا يجوز النقد فيها بشرط عند العقد خلافاً
لأبى حنيفة وأشافعى.

والدليل على ما نقوله أنه لما كانت منفعتها المقصودة منها لا تتم إلا بالمطر، لم يجب
له كراء الأرض إلا مع المطر، ولما كان عدمه معتاداً لم يجز النقد؛ لأن بعدم المطر يجب
رده، فيكون تاره كراء إن نزل المطر، وتاره سلفاً إن عدم المطر.

فرع: فإن نقد بشرط، فقد روى فى العتبية حسين بن عاصم فيمن أكرى أرضه
عشر سنين، وهى أرض مطر وانتقد، فإن لم تكن مأمونة، فهى كراء وسلف يفسخ ما
لم يفت، فإن حرثها لقلب أو زرع، فذلك فوت ويقاصه بكراء سنة بعينها من سائر
السنين من الثمن الذى قبض، ويرد لما بقى.

ووجه ذلك أنه كان نقده بشرط لم يجز؛ لأنه سلف جر منفعة، وإن نقده بغير
شرط، فقد أطلق اللفظ فى المسألة، والأظهر الجواز، وإن كان بشرط ذلك، فهو عقد
فاسد، فيفسخ ما لم يفت، فإن فات بالعمل، لزمه بكراء المثل، فيقاصه كما تقدم فى
كراء سنة معينة لأنه فيها، ولا يقضيه غيرها، ويترك ذلك ديناً عليه يأخذ به منفعة
أرض، فيؤدى إلى فسخ دين فى دين.

٦٠ كتاب كراء الأرض

مسألة: فإن أطلق العقد في كراء الأرض، فمتى يلزم النقد، رأيت لأبى محمد بعد الحق: أن كراء الأرض على ثلاثة أوجه. فأما أرض المطر، فلا يلزمه أن ينقد حتى يتم زرعها؛ وأما أرض النيل والمأمونة من المطر، فينقده إذا رويت.

وأما أرض السقى التى زرع بطوناً، فينقده عند ابن القاسم، عند تمام كل بطن ما ينوبه، وعند أشهب: عند ابتداء كل بطن ما ينوبه، ولا فرق بين الأول والثاني عندهما.

قال القاضي أبو الوليد: ويحتاج هذا إلى تأمل، فإنه قد ذكر فى المدونة أنه لا يصلح النقد فى أرض المطر إلا بعد ما تروى، وتمكن من الحرث، وهذا لا يجوز أن يريد إلا غير المأمونة، فإن المأمونة يصلح النقد فيها قبل أن تروى، ولكنه لعله أراد فى مسألة المدونة الرى المبلغ، وعلى ذلك تصح المسألة.

وإنما يلزم النقد فى أرض النيل إذا رويت؛ لأنها إنما تروى مرة واحدة، وبها يتم الزرع، فما كان من أرض المطر هذا حكمه، فهى المأمونة عند مالك، وما كان توالى المطر عليها لا يكاد أن يخلف لكنه يحتاج إلى تتابعه فى إتمام الزرع، فلا يلزم النقد بنفس الرى الأول، وإنما يلزم النقد بالرى المبلغ.

وأما أرض الخضر التى ترزح بطوناً، فقد قال أشهب: يلزمه أن ينقد أول كل بطن ما ينوبه. وقال ابن القاسم: ينقد عند تمام كل بطن ما ينوبه، وإن كانت من الأرض التى يكفيتها أول سقية لتمام البطن، فهى التى أراد أشهب؛ لأنها بمنزلة أرض النيل إذا قصد بها الزرع، وإن كان يحتاج إلى متابعة السقى، فهى التى عنها ابن القاسم، وسواء كان الماء من عين أو بئر، وهى التى تشبه السكنى.

ووجه ذلك أن الأرض إذا كان ما زرع فيها يتم بأول رى لزم النقد مع وجوده؛ لأن الذى على صاحب الأرض إنما هو فى أرضه، فقد قبض ذلك المكرب الأرض إذا جعلناها قابضة، فلزمه النقد، وإن كانت تحتاج إلى توالى المطر وتتابعه، فلم يقع الاستيفاء، فلم يلزم النقد.

وأما اشتراط الكراء، فقد تقدم أنه يجوز فى الأرض المأمونة من النل والسبح أو المطر على أى وجه كان أمانها عند العقد. وأما أرض المطر التى يتخلف مطرها، فلا يجوز اشتراط قبض ذلك عند العقد.

مسألة: فإذا وقع العقد على الجائز من ترك اشتراط النقد، فمتى ينقد، فقد قال مالك: لا يصلح النقد فيها إلا إذا رويت، وذلك ينقسم قسمين.

كتاب كراء الأرض ٦١
فإن كانت من أرض النيل، فإذا قبض الأرض، وقد رويت، لزمه عند ابن القاسم نقد الكراء، وإن كانت من الأرض التي لا يتم زرعها إلا بالمطر، أرض نيل كانت أو أرض مطر، فإنه لا ينقده الكراء حتى يتم. وقال غيره: إذا كانت مأمونة السقى وجب الكراء نقداً.

فوجه قول ابن القاسم أن الكراء إنما يجب بتمام المنفعة، وذلك إنما يكون بالرى المبلغ.

ووجه قول الغير أن المنافع المنتفية والتي ظاهرها والغالب فيها إمكان القبض بمنزلة المقبوضة.

فصل: وأما اكتراء الأرض، فإن كانت مأمونة، فإنه يجوز عقد الكراء قبل إبان الحرث، وتكرى العشر سنين وأكثر، ما لم يكثر ذلك، فإن كانت غير مأمونة كأرض المطر التي تروى مرة، وتعطش أخرى، فأجاز الرواة اكتراءها، قبل إبان الحرث إذا لم ينقده.

وقال غيره: لا تكترى إلا قرب الحرث مع وقوع المطر والسرى، ويكون مبلغاً لها أو لأكثر، مع رجاء غيره، ولا يجوز اكتراءها أكثر من سنة واحدة.

وجه قول ابن القاسم أن عقد الكراء لا يمنع منه مخافة فوات المقصود التمكن من تسليم العين وإنما يمنع من صحته تعذر تسليم العين، فإن ما يؤثر مخافة فوات المقصود من تعجيل النقد.

ووجه قول الغير ما احتج به من أنه لا فائدة في هذا العقد قبل وقت العمل، إلا مجرد التحجير على صاحب الأرض من البيع وغيره، فوجب أن يكون ممنوعاً منه. وقول ابن القاسم أظهر.

مسألة: وقد قال مالك في المدونة: لا أحب أن يتكارى أرضاً ما ليس فى مثله ما يكفى زرعه. قال ابن القاسم: وإنما كرهه من وجه الغرر.

والفرق بينه وبين أرض المطر، أن هذا إنما يدخل من الماء على قدر ما يرى، فإن كان فيه ما يبلغ زرعه، وإلا فلا شىء له غيره، وأرض المطر إن لم يأت من المطر ما يبلغ زرعه وإلا سقط عنه الكراء.

قال: ولو تكاريا على أنه لم يكفه ما رأى من الماء، رجع عليه بالكراء، فإنه أيضاً

٦٢ كتاب كراء الأرض

خطأ، ولأن صاحب الأرض لو علم أن ذلك الماء يتم به الزرع، لم يكره بأمثال ذلك، يريد أن الماء معلوم، وإنما تخاطرا في تمام الزرع به أم لا.

وأما المطر فمأوه غير معلوم، وإنما يكثرى على التبليغ، ولا يعلم المكترى من حال المطر، إلا ما يعلمه المكترى، فلم يكن ذلك من وجه الخطر المانع صحة العقد، وهذا كبيع الآبق الذى لا يتيقن تسليمه أو بيع المهر الصعب المطلق، فإنه لا يجوز بيعه، وإن شرط أنه لم يستطع قبضه، رد إليه الثمن، والله أعلم.

مسألة: ومن اكرى أرضاً ليزرعها شعيراً، فإن أراد أن يزرع فيها حنطة، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن أراد أن يزرع فيها ما مضرت مضره القمح أو أقل، جاز له ذلك، وإن أراد أن يزرع فيها ما مضرت أشد من مضره القمح، لم يكن له ذلك.

وروجه ذلك أن ما تستوفى به المنافع فى الإجازات لا يتعين، وإنما تتعين العين التى يستوفى منها المنافع، وجنس العين التى يستوفى بها كحمل الراحلة، وإنما تتعين الراحلة، ويتعين جنس الحمل ليمتنع ما هو أضر منه، ولا يمتنع المكترى مما هو مثله.

فرع: فإن زرعها ما ضرره أكثر من الشعير، فلربها كراء الشعير وقيمة الزيادة بالضرر، قاله القاضى أبو محمد. وقال الشافعى: له كراء المثل.

ودليلنا على ذلك أنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه، فلربه بقدر ما زاد مع ما عقد به. أصل ذلك اكتراء دابة من بغداد إلى حلوان، فيتعدى بها إلى الرى، فإن له الأجرة من بغداد إلى حلوان، وكراء المثل من حلوان إلى الرى.

مسألة: ومن اكرى أرضاً سنين للزرع، لها بئر أو عين، فذهب ماؤها، فإن لم يكن له زرع انفسخ الكراء، وليس له أن ينفق فى إصلاح ذلك كراء عامه ذلك ولا غيره، قاله محمد بن المواز وعبد الملك بن حبيب وغيرهما.

وروجه ذلك أنه لا يلزمه استدامة الكراء لعدم ما اكرى من الماء الذى تتم به المنفعة المقصودة كما لو اكرى داراً ليسكنها، فانهدم بناؤها، وليس له على صاحبها إصلاحها؛ لأنه لم يزرع فيها بعد، فلم يتلف له إلا ما لا يترك الإنفاق فيها.

قال ابن المواز: فإن أنفق فيها المكترى، فهو مصدق، ثم لا يلزم ذلك لربها إلا أن يشاء فيؤدونه نقداً، وإن حسبه فى الكراء، جاز. قال ابن الموز: فإن أنفق فيها المكترى، فهو مصدق، ثم لا يلزم ربها ذلك، ولم يكن ديناً بدين.

كتاب كراء الأرض ٦٣
مسألة: وإن كان قد زرع الأرض، فلا يخلو أن يكون فى كراء السنة الأولى ما يصلح به ما فسد من الماء أو لا يبلغ ذلك، فإن لم يبلغه فسخ الكراء بينهما، قاله أبو محمد بن المواز.

وقال عبدالملك بن حبيب: يقال للمكترى: أنفق ما زاد على أن رب المال مخير عليك بعد الوجيبة فى أن يأمرك بقلع ما لك فيه من خشب أو حجر أو يعطيك قيمته، وكلاهما يؤول إلى معنى واحد؛ لأن معنى قول ابن المواز: المكترى، لم يرد أن ينفق ما زاد على كراء السنة، فاحتاج إلى الزيادة. ومعنى قول ابن حبيب أنه أراد ذلك وبدأ بالإنفاق، وهو يظن بلوغ المراد على كراء السنة، فاحتاج إلى الزيادة.

مسألة: فإذا زرع لزم رب الأرض العمل بكراء أول عام، سواء انتقد أو لم ينتقد، فإن كان انتقد وأعدم به، ففي الموزاية، قيل للمزارع أنفق من مالك سلفاً لك إن شئت. ووجه ذلك أنه لما تعلق هذا الحق بإنفاق هذا العام اختص به، فإن كان الكراء باقياً عند المزارع أنفق، وإن كان عند صاحب الأرض لزمه إنفاقه، فإن أعدم به كان لصاحب الأرض أن يسلفه إياه، ويتبعه به فى ذمته.

مسألة: ويعلم كراء العام بتقويم السنين، وإن كانت تختلف، فينفق مما يصيب هذا العام، وهو مذهب مالك فى المدونة. قال محمد بن المواز: يخرج من كراء الأرض لثلاث سنين ثلث الكراء، إن اكتره بالذهب أو الورق، وإن كان مؤخرًا، ولا يقوم العين، وإن كان عرضًا، وإنما يخرج فيه كراء تلك السنة من الصفقة على أن يقبض إلى أجله كما لو بيع.

مسألة: ولو أحب المزارع أن لا ينفق، وسقط عنه الكراء، فذلك له، قاله مالك. ووجه ذلك أن الحق ثبت له بالزراعة، فكان له الخيار فى اقتضائه أو تركه. وأما صاحب الأرض، فحاله قبل الزراعة أو بعده سواء.

مسألة: فإن زرع وذهب بالعين أو البئر قبل تمام الزرع، فهلك الزرع بذهاب الماء، فلا كراء لصاحب الأرض، فإن كان أخذ الكراء لزم صاحب البئر أو العين رده، وإن كان لم يأخذه، فذلك عن المزارع موضوع، ولو هلك بعضه، وكان قد حصد شيئاً له قدر ومنفعة، أعطى من الكراء بحساب ذلك، وإن لم يكن له قدر، ولا منفعة لم يكن لرب الأرض من الكراء شيء، قاله مالك فى المدونة.

٦٤ كتاب كراء الأرض

مسألة: ولو كانت من أرض المطر، فقد قال مالك في المدونة: إن لم يأت من المطر ما يتم به زرع، فلا كراء عليه، ولو كثر المطر، فقتل الزرع.

فإن كان في إبان الحرث، وفي وقت لو انقطع، وزال الماء، أمكنه أن يريد زراعتها، فلم ينكشف الماء حتى مضت أيام الزراعة، فلا كراء عليه؛ لأنه بمنزلة أن تغرق الأرض قبل الزراعة فيها، فالكراء لازم، قاله ابن القاسم وبعضه عن مالك.

مسألة: ولو غرقت الأرض بعد إبان الزراعة، فقد قال مالك: إن زرع، فجاءه برد، فأذهب زرع، فإن الكراء عليه، وكذلك إن أصابه جراد أو جليد، وغرقت الأرض في غير إبان الزراعة، فتلف الزرع.

قَالَ يَحْيَى وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ أَكْرَى مَزْرَعَتَهُ بِمِائَةِ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنَ الْحِنْطَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، فَكَرِهَ ذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا على ما تقدم أنه لا يجوز كراء الأرض بالحنطة؛ لأنها مما يخرج منها، وكذلك سائر المطعومات، ولا بأس أن تكري الأرض بأرض أخرى بخلافها لأبي حنيفة في قوله: لا يجوز ذلك إلا أن تكون المنافع من جنسين.

والدليل على ما نقوله منهما منفتان يجوز عقد إجارة على كل واحدة منهما، فجاز العقد على إحدهما بالأخرى كما لو كانا من جنسين.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٤٩.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القراض

ما جاء في القراض^(١)

١٣٧٧ - مَالِكُ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ وَعَبِيدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ، فَلَمَّا قَفَلَا مَرَّ عَلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ، وَهُوَ أَمِيرُ الْبَصْرَةِ، فَرَحَّبَ بِهِمَا وَسَهَّلَ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ أَقْدِرُ لَكُمْ عَلَى أَمْرِ أَنْفَعَكُمْ بِهِ لَفَعَلْتُ، ثُمَّ قَالَ: بَلَى هَاهُنَا مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ، أُرِيدُ أَنْ أُبْعَثَ بِهِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، فَأَسْأَلُكُمْ مَاهُ، فَتَبْتَاعَانِ بِهِ مَتَاعًا مِنْ مَتَاعِ الْعِرَاقِ، ثُمَّ تَبْتَاعَانِي بِالْمَدِينَةِ، فَتُؤَدِّيَانِ رَأْسَ الْمَالِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، وَيَكُونُ الرَّبْحُ لَكُمْ، فَقَالَا: وَدِدْنَا ذَلِكَ، فَفَعَلَ وَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمَا الْمَالَ، فَلَمَّا قَدِمَا بَاعَا فَأَرْبَحَا، فَلَمَّا دَفَعَا ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ، قَالَ: أَكُلُّ الْجَيْشِ أَسْلَفَهُ مِثْلَ مَا أَسْلَفَكُمْ؟ قَالَا: لَا، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ فَأَسْلَفَكُمْ، أَدْيَا الْمَالَ وَرَبِحَهُ، فَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ فَسَكَتَ، وَأَمَّا عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ: مَا يَنْبَغِي لَكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ هَذَا لَوْ نَقَصَ هَذَا

(١) قال في الاستذكار ١١٩/٢١: أما أهل العراق يسمونه القراض، وأهل العراق لا يقولون: قراضا البتة، وليس عندهم كتاب قراض، وإنما يقولون: مضاربة، وكتب مضاربة أخذوا ذلك من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾.

وفي قوله الصحابة بالمدينة لعمر في قصته مع ابنتيه: «لو جعلته قراضا»، ولم يقولوا مضاربة دليل على أنها لغتهم، وأن ذلك هو المعروف عندهم. والقراض مأخوذ من الإجماع الذي لا خلاف فيه عند أحد من أهل العلم، وكان في الجاهلية فأقره الرسول ﷺ في الإسلام.

١٣٧٧ - أخرجه الشافعي في مسنده ١٦٩/٢. الدراقطني في سننه ٣١٥/٢. ابن قدامة في المغنى ٢٢٢/٥.

الْمَالُ أَوْ هَلَكَ لَضَمَانَاهُ، فَقَالَ عُمَرُ: أَدِّيَاهُ، فَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ، وَرَاجَعَهُ عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ: رَجُلٌ مِنْ جُلَسَاءِ عُمَرَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا، فَقَالَ عُمَرُ: قَدْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا، فَأَخَذَ عُمَرُ رَأْسَ الْمَالِ، وَنِصْفَ رِبْحِهِ، وَأَخَذَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ نِصْفَ رِبْحِ الْمَالِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه هاهنا: «مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكما» لم يرد إحراز المال في ذمتهما، وإنما أراد منفعتهما بالسلف، ومن مقتضاه ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد منفعة السلف؛ لأنه لمحض الرفق، فإذا قصد السلف منفعة نفسه، دخل الفساد، فإذا أسلف رجل رجلاً مالا ليدفعه بغير ذلك البلد، وقصد به منفعة المتسلف خاصة، فهو جائز لاختصاصه بمنفعة المتسلف.

فإن أراد رده إليه حيث لقيه ببلاد السلف أو غيره من البلاد التي يؤمر فيها أجبر السلف على قبضه؛ لأن تأخير السلف به إلى بلد آخر دفعه خاصة، فإذا أراد أن يعجله لزم السلف قبضه كالأجل.

مسألة: فإن أراد السلف منفعة بالسلف بأن يقصد إحراز ماله في ذمة المتسلف إلى بلد القضاء كالسفاتح التي يستعملها أهل المشرق، فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك غير جائز.

وروى أبو الفرج جواز السفاتح، ولعله أراد ما لم يقصد السلف منفعة نفسه، والأظهر منعها إذا قصد السلف المنفعة التي قدمنا ذكرها.

مسألة: وسواء كان السلف صاحب المال أو غيره ممن له النظر عليه من إمام أو قاض أو وصى أو أب، فلا يجوز للإمام أن يسلف شيئاً من مال المسلمين ليحرزه في ذمة المتسلف، وكذلك القاضى والوصى في مال اليتيم، وقد نص على ذلك أصحابنا في مسألة القاضى.

ووجه ذلك أن ما لا يجوز للإنسان في مال نفسه من الارتفاق، فإنه يجوز له في مال يلى عليه كالسلف بزيادة.

فروع: فإن وقع السلف لما ذكرناه فسخ في الأجل والبلد، وأجبر المتسلف على تعجيل المال، وأجبر السلف على قبضه، وبطل الأجل به ذلك كله كالبيع بأجل على وجه فاسد، فإنه يصح معجلاً.

كتاب القراض ٦٧

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن فعل أبى موسى الأشعري هذا، ويحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون فعل هذا على ما ذكرناه لمجرد منفعة عبدالله وعبيدالله، وجزأ له ذلك، وإن لم يكن الإمام المقوض إليه؛ لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين، فاستسلفه، وأسلفهما إياه، وسيأتى بيان أحكام الوديعة فى الأفضية. ولو تلف المال، ولم يكن عند عبدالله وعبيدالله وفاء لضمنه أبو موسى.

والوجه الثانى: أن يكون لأبى موسى النظر فى المال بالثميم والإصلاح، فإذا أسلفه لعمر بن الخطاب الذى هو الإمام المقوض إليه تعقب فعله، فتعقبه ورده إلى القراض.

فصل: وقول عمر: «أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالوا: لا» تعقب منه لأفعال أبى موسى، ونظر فى تصحيح أفعاله، وتبيين لموضع المحظور منه؛ لأنه لا يخفى على عمر أن أبى موسى لم يسلف كل واحد من الجيش مثل ذلك.

وإنما أراد أن يبين لابنيه موضع المحاباة فى موضع فعل أبى موسى، فلما قالوا: «لا» أقرأ بالمحاباة، فقال: «ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما» يريد أن تخصيصهما بالسلف دون غيرهما إنما كان لموضعهما من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورع منه عمر أن يخص أحداً من أهل بيته أو ممن ينتمى إليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه.

وكان عمر رضى الله عنه يبالغ فى التوقى من هذا، ولذلك قسم لعبد الله بن عمر أقل مما قسم لغيره من المهاجرين الأولين، وكان يعطى حفصة ابنته مما يصلح إلى أزواج النبى ﷺ آخر من يعطى، فإن كان نقصان، ففى حصتها.

فصل: وقول عمر: «أديا المال وربحه» نقض لفعل أبى موسى وتغيير لسلفه ببرد ربح المال إلى المسلمين، وإجرائه مجرى أصله. قال عيسى بن دينار: وإنما كره تفضيل أبى موسى لولديه، ولم يكن يلزمهما ذلك، وعلى هذا قولنا إن أبى موسى استسلف المال وأسلفهما إياه لمجرد منفعتهما، وإن المال كان بيده على وجه الوديعة.

وأما إذا قلنا إنه بيده لوجه التثميم والإصلاح، فإن لعمر تعقب ذلك والتكلم فيه، والنظر فى ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب، ولم يختلف أصحابنا فى الموضع معه المال يتباع به لنفسه ويتسلفه أن صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه، أو يضمه رأس المال؛ لأنه إنما دفع إليه المال على الثيابة عنه فى عرضه، وابتاع ما أمره به وكان أحق بما ابتاعه به، وهذا إذا ظفر بالأمر قبل بيع ما ابتاعه، فإن فات ما ابتاعه به، فإن ربحه لرب المال، وخسارته على الموضع معه.

٦٨ كتاب القراض

فصل: وقوله: «فأما عبدالله فسكت» يريد أنه أمسك عن المراجعة برأ بأبيه، وانقياداً له، واتباعاً لمراده. وأما عبيدالله فراجعه طلباً لحقه، واحتج عليه بأن هذا مال قد ضمنناه، ولو دخله نقص لجبرناه.

وقول عمر بعد ذلك: «أديا المال وربحه» إعراض عن حجته؛ لأن المبضع معه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وإن دخلها نقص جبره، ومع ذلك فإن ربحها لرب المال.

فصل: وقول الرجل من جلساء عمر: «يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً» على وجه ما رآه من المصلحة في ذلك، وإن كان عمر لم يسأله إلا أنه قد جرى على عادته، وما عرف من حال عمر واستشارته أهل العلم، وكذلك المفتى يجوز أن يتدبّر الحكم بالفتوى إذا علم من حاله استشارته، وجرى بذلك عادته، والقراض الذى أشار به أحد نوعى الشركة، يكون فيهما المال من أحد الشريكين، والعمل من الثانى، والنوع الثانى من الشركة أن يتساويا فى المال والعمل، وسيأتى ذكرها إن شاء الله.

مسألة: وأما القراض، فهو جائز لا خلاف فى جوازه فى الجملة، وإن اختلف العلماء فى صحة أنواعه.

ووجه صحته من جهة المعنى أن كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استثماره للمنفعة منه، فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه.

وذلك أن الدنانير والدرهم لا تزكو إلا بالعمل، وليس كل أحد يستطيع التجارة، نويقدر على تنمية ماله، ولا يجوز له إجارتها ممن ينميها، فلولا المضاربة لبطلت منفعتها، فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض؛ لأنه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الاتفاع به فى التنمية إلا على هذا الوجه، والله أعلم.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «قد جعلته قراضاً» على سبيل التصويب لما رآه هذا المشير والأخذ بقوله، وقوله الأول لم يكن حكماً، وإنما كان إظهاراً لما يريد أن يحكم به، ويراه فى هذه القضية، ولو كان على وجه الحكم منه، فقد اختلف أصحاب مالك فيه.

فصل: وإنما جوز عمر ذلك؛ لأن عبدالله وعبيدالله عملا فى المال بوجه شبهة، وعلى وجه يعتقد أن فيه الصحة دون أن يبطلا فيه مقصوداً لمن يملكه، فلم يجز أن يبطل عليهما عملهما، فردهما إلى قراض مثلهما، وكان قراض مثلهما النصف، فأخذ عمر النصف من الربح وعبيدالله وعبيدالله النصف الثانى، وبالله التوفيق.

كتاب القراض ٦٩

١٣٧٨ - مَالِكِ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أَعْطَاهُ مَالًا قِرَاضًا يَعْمَلُ فِيهِ عَلَى أَنَّ الرَّبْحَ بَيْنَهُمَا.

الشرح: «أن عثمان بن عفان أعطى جد العلاء بن عبدالرحمن مالا قراضا» لفظة الإعطاء تقتضى تسليمه إليه وائتمانه عليه، وهذه سنة القراض، ولو شرطا بقاء المال بيد صاحبه، وإذا اشترى العامل سلعة وزن، وإذا باع قبض الثمن لم يجز ذلك.

ووجه ذلك أن هذا معنى قد أخرجهما عن صورة القراض ومعناه، فمنع ذلك صحته؛ لأن صورة القراض أن يكون المال بيد العامل، ومعناه أن يكون مؤتمنا على المال، فما أخرج القراض عن ذلك وجب أن يمنع صحته؛ لأن ذلك يخرج عنه أن يكون قراضا، ويجعله إجارة مجهولة العوض.

مسألة: فإن عمل معه بغير شرط، فهو ممنوع فى الكثير دون اليسير؛ لأن الكثير مقصود فى نفسه، ومن أجله أنفق فى القراض على ما أنفق فيه، فلذلك أثر فى المعاملة. وأما اليسير فيما لا يستبد منه الحاضر مثل أن يعينه فى شراء سلعة أو ينوب عنه فى قبض دراهم يسيرة مما يفعله الإنسان لصديقه، أو يعين به من يعرفه من غير عوض، فكان الأظهر أن القراض لم يتعد على ما انعقد عليه لأجله.

فرع: فإن وقع ذلك، قال محمد: لا يفسخ القراض لكثيره دون شرط.

ووجه ذلك أن عقد القراض قد سلم من شرط، وليست التهمة فيه بقوة؛ لأنه مما لا يكاد يفعل.

مسألة: وإن تشارك العامل ورب المال بمال آخر، جعله من مال القراض، فإن ذلك لا يخلو أن يكون شرط فى عقد القراض أو لا، فإن كان شرط فى القراض، فإن ذلك غير جائز خلافاً للشافعى.

والدليل على ما نقوله أن هذين عقداً مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر، فلم يجز الجمع بينهما فى عقد واحد كالصرف والسلم.

مسألة: فإن تشاركا بعد عقد القراض، فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده.

وقد قال أصحابنا فى الاشتراك بعد العمل أقوال مختلفة لم يبينوا، هل ذلك قبل

١٣٧٨ - أخرجه الشافعى فى الأم ١٠٨/٧. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٢٠٦٨. وفى السنن الكبرى ١١١/٦.

٧٠..... كتاب القراض

العمل أو بعده؟ فروى ابن المواز عن مالك أنه كان يخففه. وروى عيسى عن ابن القاسم أنه قال: إن صح من غير موعد ولا وأى، فهو جائز.

وفى العتبية عن أصبغ قال: لا خير فيه. وعن سحنون أنه قال: هو الربا بعينه، وذلك يجتمل وجهين أحدهما أن ذلك اختلاف في أقوالهم، فأجازته مالك وابن القاسم، ومنعه أصبغ وسحنون.

وجه قول مالك أنه قد سلم عقد القراض من الفساد، وذلك أن يعقده على ما يوجب تصرف رب المال يتصرف فيه، وذلك غير صحيح كما لو عملا عليه، وهذا مبنى على أن العامل إذا عمل من غير شرط في عقد القراض لعقد صار عملاً كثيراً، بطل ذلك القراض.

والوجه الثانى أنه يجوز فى وقت دون وقت، فلا يجوز قبل العمل، ويجوز بعده؛ لأنه قبل أن يعمل رأس المال على ما كان عليه، فهو بمنزلة أن يعقد القراض على ذلك؛ لأن هذه حالة لكل واحد منهما ترك القراض فيها، إذا استدركا فى هذه الحالة شرطاً ينافى القراض، فكأنما شرطاه فى عقد القراض.

وأما إذا عمل العامل بالقراض، ولزمهما أمره، ولم يكن لأحدهما إبطاله، فما التزم من ذلك، فليس بمنزلة ما شرط من العقد، وإنما يجوز ذلك إذا عاد مال القراض إلى غير الصفة التى أخذها العامل عليها، وذلك مثل أن يكون مال القراض دنانير، فيصير دراهم فيشتركان بالدراهم.

مسألة: وأما معونة الغلام، فإن كان شرط العامل خدمته فى المال الكثير الذى يحتاج إلى المعونة فيه، فاختلف فيه قول مالك فى كتاب محمد، وهو إجازته أن هذا مال تجوز المعاملة عليه ببعض ثمائه الخارج منه، فجاز أن يشترط فيه خدمة العبد الواحد، إذا كان كثيراً كالمساقاة.

ووجه الرواية الثانية أن المساقاة تختص بالخدمة، وذلك لا يجوز أن يخرج من الحائط من كان يعمل فيه من الخدام، فلذلك جاز أن يشترط فيه الخادم. وأما القراض، فلا يجوز أن يشترط الخادم.

فرع: فإذا قلنا إن ذلك جائز، فالفرق بينه وبين رب المال أن العامل إذا عمل فى ما له نظر فيه بالحفظ له، وذلك غير جائز كما لو جعل غلامه أو وكيله معه ليحفظ عليه، فإن ذلك غير جائز، وإنما يجوز إذا كان مجرد الخدمة والمعونة ولو أعانه بغلامه من غير شرط، فلا بأس بذلك على القولين، والله أعلم.

كتاب القراض ٧١

فصل: وقوله: «على أن الربح بينهما» يحتمل وجهين أحدهما: أن يكون الربح بينهما على أجزاء اتفقا عليها عند عقد القراض، وليس في ذلك حد كالمساقاة.

مسألة: ويجوز أن يكون جميع الربح للعامل أو لرب المال بالشرط، وهذا هو المشهور من مذهب مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز ذلك، ويكون القراض فاسدًا، إلا أن أبا حنيفة يقول: إذا شرط الربح للعامل، صار قراضًا، وإذا شرطه لرب المال، صار بضاعة.

فصل: والوجه الثاني أن يقول: الربح بينهما، ولا يذكر مقدارًا، أو يقول: اعمل في هذا المال، على أن ذلك في الربح شركًا أو شركة، ذلك كله جائز. وقال محمد بن الحسن: إذا قال: على أن لك شركة في الربح، فهو جائز، وإذا قال على أن لك شركًا، فهو قراض فاسد.

فرع: فإذا قلنا بجواز ذلك، فقد قال ابن القاسم: إن عمل على ذلك، فهو على قراض مثله. وقال غيره: له النصف.

وجه القول الأول أن الشركة لما احتملت النصف وغيره، كانت بمنزلة إن لم يذكر شيئًا بينهما، وعمل العامل من غير شرط، فله قراض المثل.

وجه القول الثاني أن إطلاق لفظ الشركة يقتضى تساوى الشريكين، ولا يعدل عن ذلك إلا ببيان، فيحتمل عند الإطلاق على ظاهره كما لو أقر رجلان أنهما شريكان في هذا المال، ثم ادعى أحدهما مزية.

* * *

ما يجوز في القراض

[قال] (*) مَالِك: وَجْهُ الْقِرَاضِ الْمَعْرُوفِ الْجَائِزِ، أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ الْمَالَ مِنْ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَنَفَقَةَ الْعَامِلِ فِي الْمَالِ فِي سَفَرِهِ مِنْ طَعَامِهِ وَكِسْوَتِهِ، وَمَا يُصْلِحُهُ بِالْمَعْرُوفِ بِقَدْرِ الْمَالِ إِذَا شَخَّصَ فِي الْمَالِ إِذَا كَانَ الْمَالُ يَحْمِلُ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ مُقِيمًا فِي أَهْلِهِ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُ مِنَ الْمَالِ وَلَا كِسْوَةَ^(١).

(*) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل وما أوردناه من الموطأ.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦١، وقال: قوله في وجه القراض الجائز-

٧٢ كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال أن من سنة القراض ما قدمناه من أن العامل يأخذ المال القراض، ويعمل فيه ولا يكون عليه الضمان، وإنما هو من ضمان رب المال، ولا خلاف في ذلك، فإن شرط الضمان على العامل، فالعقد فاسد، خلافاً لأبى حنيفة في قوله: العقد صحيح.

والدليل على ما نقوله أن هذا نقل الضمان عن محله بإجماع، فاقضى ذلك فساد العقد والشرط.

أصل ذلك إذا باع منه شيئاً على البائع ضمانه أبداً، ولذلك لو شرط عليه حميلاً أو رهناً أو يمينا، رواه ابن المواز عن ابن وهب، قال: ويرد إلى قراض مثله، وباقي الفصل سيرد بيانه بعد هذا، إن شاء الله.

[قَالَ] (*) مَالِك: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُعَيَّنَ الْمُتَقَارِضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ إِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا^(١).

الشرح: وهذا كما قال، فإنه لا بأس بأن يعين العامل رب المال فيما ينفرد به، إذا كانت معونته على وجه المعروف المحض، ولم يكن لأن المال بيده، وهذا إذا كانت المعونة يسيرة مع كون المال الذي يقرضه بيد صاحبه. فأما أن يوضع معه، فقد قال مالك: يجوز القليل منه دون الكثير، وكره ابن القاسم ما قل منه لشرط.

وجه ما قاله مالك أن اليسير غير مقصود، فلا تهمة فيه بخلاف الكثير الذي يعتقد العقد سببه، ويكون زيادة مقصودة فيه.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن ذكره واشترطه في العقد، ازدياد في القراض على العامل، وذلك يقتضى كونه مقصوداً فيه.

فرع: فإذا قلنا برواية مالك، فإذا كان ذلك مما لا يتحمل مال القراض

=المعروف أن يأخذ الرجل من الرجال المال على أن يعمل فيه، ولا ضمان عليه. ولا خلاف بين العلماء أن المقارض مؤتمن، لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير حناية منه فيه ولا استهلاك له، ولا تضييع، هذه سبيل الأمانة، وسبيل الأمانة. وكذلك أجمعوا أن القراض لا يكون إلا على جزء معلوم من الربح نصفاً كان، أو أقل، أو أكثر.

(*) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وما أورده من الموطأ.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢٨/٢١، وقال: هذا إذا كان على غير شرط في عقد القراض، فإن اشترطه فسد عند جميعهم، والعمل الخفيف بغير شرط.

كتاب القراض ٧٣

لكثرتة، فيحتمل ذلك العامل ومال القراض ناض، فقد قال مالك: لا يجوز ذلك.

ووجهه أنه لما كان لكل واحد منهما حل العقد، كان ذلك بمنزلة حال العقد، وكل شيء يمنع صحة العقد حال العقد، فإنه يمنع صحة العقد ما كان رأس المال باقياً على صفته.

وإن كان رأس المال قد شغله العامل في تجارة، قال مالك: فإنه لا يجوز. ووجهه أن هذا وقت ليس لرب المال انتزاعه من العامل، فتبعد التهمة فيه، ويحمل على أن العامل متبرع به، والله أعلم.

مسألة: وأما معونة رب المال للعامل، فقد تقدم الكلام فيه إذا كان المال بيد العامل بأن أراد العامل أن يبيع معه شيئاً من مال القراض.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ رَبُّ الْمَالِ مِنْ قَارِضِهِ بَعْضَ مَا يَشْتَرِي مِنَ السَّلْعِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ صَحِيحًا عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا بأس أن يشتري رب المال من العامل بعض ما ابتاعه من السلع إذا كان ذلك على وجه الصحة، ما لم يكن على وجه الهدية لإبقاء المال بيده أو ليتوصل بذلك إلى أخذ شيء من الربح قبل المقاسمة، وسواء اشترى منه بنقد أو إلى أجل، رواه عيسى عن ابن القاسم، وذلك إذا كان اشترى منه بنقد أخرجه من عنده.

ووجه ذلك أنه اشتراها منه بما يتبايع به الناس، فقد سلما من التهمة، ووجه الفساد، فجاز ذلك بينهما.

مسألة: فإن اشتراها ليأخذها من القراض، ففي كتاب محمد عن ابن القاسم: لا خير فيه.

مسألة: وإن اشترى العامل من رب المال سلعة، فلا يجوز أن يبتاعها بمال القراض أو لنفسه، فإن ابتاعها منه للقراض بمال القراض، ففي كتاب محمد: اختلف فيه قول

(١) قال في الاستذكار ١٢٩/٢١: اختلفوا في ذلك أيضاً: فقال مالك في المضارب من رب المال: لا يعجبني؛ لأنها إن صحت من هذين أخاف ألا تصح من غيرهما ممن يقارض. وقال أبو حنيفة: ذلك جائز. وقال الشافعي: إذا كان مما يتغابن الناس فيه، فلا بأس به، والبيع منه كالشراء عندهم سواء.

٧٤ كتاب القراض

مالك، فروى عنه عبد الرحيم أنه خففه إن صح، وروى عنه ابن القاسم كراهيته، وكذلك الصرف.

وجه الرواية الأولى أنه إذا صح البيع منهما جاز كما لو باع العامل من رب المال.

وجه رواية ابن القاسم ما يحذر من تغاين العامل له وزيادته فى ثمن سلعته فيتوصل بذلك إلى أخذ منفعة من مال القراض قبل القسمة، وربما أثر ذلك فى مال القراض نقصاً يحتاج العامل إلى جبره بعمله، وإن ابتاع العامل لنفسه، فهو جائز، قاله ابن القاسم.

وجه ذلك أن التبايع لم يقع فى مال التجارة، فلم يؤثر فى ذلك فساداً فى عقدها كمبايعة الأجنبي.

مسألة: فإن ابتاع العامل من رب المال بعض سلع القراض، فلا يخلو أن يكون ذلك مع استدامة القراض أو مع التفاضل فيه، فإن كان مع استدامته، فإنه يجوز نقداً، ولا يجوز إلى أجل، خلافاً لليث ويحيى بن سعيد فى تجويزهما ذلك إلى أجل.

والدليل على صحة ما قلناه أن القراض مبنى على التساوى ومباعدة الازدياد من العامل، فإذا باع منه سلعا بثمن إلى أجل، فالظاهر أنه إنما اشترها بزيادة على القسمة، فيزداد منه لقراض تلك الزيادة، وتكون أيضاً مضمونة عليه، وذلك خلاف ما بنى عليه القراض.

مسألة: وإن كان عند التفاضل، فيجوز بالنقد. وأما بالتأخير، ففي العتبية عن مالك أنه قال: لا خير فيه، وكأنه نحا به ناحية الربا. وروى عيسى عن ابن القاسم أن ابتياعه منه بنقد أو بمثل فأقل إلى أجل، فهو جائز، ولا يجوز إلى أجل بأكثر من رأس المال. وقال ابن حبيب فى واضحته: سمعت أصحاب مالك يقولون: لا بأس به، وعمدته ابن القاسم.

وجه قول مالك أن ما بقى من المال عند العامل هو الذى وجب لرب المال من مال القراض، فلا يجوز أن يؤخره عنده لزيادة يزدادها منه؛ لأن ذلك مما يشابه الربا؛ لأن الذى له عنده عين، فيتركه عنده ليزيده فيه.

وجه آخر، أن على العامل بيع ذلك العرض، وتحصيل ثمنه، فإذا باعه منه بثمن إلى أجل قويت التهمة فى أنه يعطيه الثمن المؤجل، فيما بقى بيده من رأس مال القراض وفى عمله، ويضمن مع ذلك ما لم يأخذه على الضمان.

وروجه رواية عيسى أنه إذا باعه بمثل رأس المال فأقل، ضعفت التهمة نوإذا كان بأكثر من رأس المال قويت التهمة.

وروجه رواية ابن حبيب عن أصحاب مالك أنه إنما يبيع منه ذلك عند التفاضل بعد أن يرضى بأخذه رب المال، فإذا جاز يبعه بالنقد، جاز يبعه بأجل؛ لأن كل تهمة توجد فيه مع التأجيل، توجد مع النقد، فإذا لم يمنع ذلك بيعها بالنقد، لم يمنع بيعها بالتأجيل.

قَالَ مَالِكُ فِي رَجُلٍ دَفَعَ فِيمَنْ دَفَعَ إِلَيَّ رَجُلٍ وَإِلَى غُلَامٍ لَهُ مَالًا قِرَاضًا يَعْمَلَانِ فِيهِ جَمِيعًا: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ، لِأَنَّ الرَّبْحَ مَالٌ لِغُلَامِهِ لَا يَكُونُ الرَّبْحُ لِلسَّيِّدِ حَتَّى يَنْتَزِعَهُ مِنْهُ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ غَيْرِهِ مِنْ كَسْبِهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا دفع إلى عبده مال القراض، ورجل آخر ليكون الربح بينهما، فإنه جائز، وهما بمنزلة الأجنبيين في ذلك.

والعبد يكون مع العامل على ثلاثة أوجه، أحدها أن يكون عاملاً معه، والربح بينهما. والثاني: يكون خادماً للمال، ولا شيء له من الربح. والثالث: أن يكون أميناً عليه، وحافظاً له.

فإن كان عاملاً فيه والربح بينهما، وهما تاجران أمينان، فهو جائز، خلافاً لأبي ثور في منعه ذلك.

والدليل عليه أنه شريك له في حفظ المال وربحه، والعمل فيه، فلم يمنع ذلك صحة القراض كالأجنبي.

مسألة: ومن شرط صحة مقارضة الاثنين أن يتساوى حظهما من الربح، فإن اختلف ذلك، فكان لأحدهما الثلث، والآخر السدس، ولصاحب المال النصف، لم يجز، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في تجويزهما ذلك.

(١) قال في الاستذكار ١٢٩/٢١: هذه أيضا اختلف فيها، فقال مالك في الموطأ ما ذكرنا، وروى عنه ابن القاسم وغيره ذلك المعنى.

وقال الشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابهما: إذا شرط للعامل ثلث الربح ولرب المال ثلث الربح، ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد معه كان ذلك جائزاً، فكان لرب المال الثلثان، وللعامل الثلث. قال أبو عمر: هذا على أصلهما في العبد لا يملك شيئاً. وقول مالك على أصله في أن العبد يصح ملكه؛ لما بيده من المال ما لم ينتزعه منه سيده. وقال الليث: لا بأس أن يشترط رب المال عمل عبده مع العامل في المال، ولا يجوز له أن يشترط عمل عبد المضارب شهراً أو أقل، أو أكثر كان له أجر مثله، والقراض على حاله. انتهى.

٧٦ كتاب القراض

والدليل على ما نقوله ما احتج به ابن القاسم بأنهما شريكان بأبدانهما، فلا يجوز تفاضلهما فيما يعود نفعه عليهما كالشركة المختصة بالأبدان.

فرع: وسواء كان أحد العاملين أبصر من الآخر أو مثله، وكذلك إن كان العامل الأجنبي أبصر من غلامه؛ لأنه ليس من شرط الشريكين في التجارة تساويهما في البصر بالعمل الذي اشتركا فيه كالمعلمين والطبيين.

مسألة: وأما إن كان العبد لخدمة المال، فهو جائز إذا كان المال كثيراً يحتاج إلى من يخدمه ويعينه. وأما إن كان معه من يحفظ المال منه، فذلك غير جائز، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «لأن الربح لغلامه، لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه» يريد أن ما أبرزته للغلام القسمة من الربح، فهو ملك له، ولا يملكه السيد بعد القسمة إلا بالانتزاع.

ولو كانت حصته من الربح للسيد لم يؤثر ذلك فساداً في القرض من جهة الجهل بالحصصة؛ لأنه لو دفع رجل مالاً قراضاً إلى العامل على أى جزء اتفقا عليه، جاز ذلك، فلا يبطل القراض بإضافة حصّة أحد العاملين إلى حصّة رب المال. وإنما كان يبطل إذا كان العامل نائباً عن رب المال، فما كان من ربح له، وما كان من عمل، فإنه ينوب عنه.

وإذا قلنا إن العبد يملك حصته من الربح حتى ينتزعهها منه السيد، فإنما ينوب عن نفسه وعمله له، وهو وغيره من العاملين يملكون حصتهم من الربح بالقسمة، وكذلك في المساقاة، وهذا المشهور من مذهب مالك، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يملك بالظهور. وقد روى ابن القاسم عن مالك مسائل تقتضى ذلك.

وجه القول الأول إن كان ممن يستحق العمل بالعرض، فإنه لا يملكه إلا بعد الفراغ من العمل والتسليم، يدل على ذلك أنه إذا قال له: إن خطت هذا الثوب، فلك دينار، فإننا قد أجمعنا على أنه لا يستحق الدينار إلا بعد الفراغ والتسليم كذلك في مسألتنا مثله.

وجه القول الثاني أن هذا أحد الشريكين، فوجب أن يملك الربح بظهوره كصاحب المال.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن وجوب الزكاة في ربح مال القراض مبنى على ذلك، فإن

كتاب القراض ٧٧
قلنا إن العامل يملك حصته بالقسمة، فإن وجوب الزكاة فيه معتبر بحال رب المال، فإن كان عبداً أو كافراً، فلا زكاة فيه. وإن قلنا إنه يملك بظهوره اعتبرنا حاله فى الزكاة بحال العامل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وهو بمنزلة غير ذلك من كسبه» يريد أنه فى ملك العبد دون السيد، وإنما ينتقل إلى السيد بالانتزاع، وهو مذهب مالك فى أن العبد يملك خلافاً للشافعى فى قوله: لا يملك العبد.

والدليل على ما نقوله أن من جاز له أن يطأ بملك اليمين، صح منه الملك كالحرث.

* * *

ما لا يجوز فى القراض

قال يحيى: قَالَ مَالِكُ: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ، فَسَأَلَهُ أَنْ يُقِرَّهُ عِنْدَهُ قَرَضًا، إِنَّ ذَلِكَ يُكْرَهُ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ، ثُمَّ يُقَارِضُهُ بَعْدُ أَوْ يُمَسِّكُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَخَافَةٌ أَنْ يَكُونَ أَعْسَرَ بِمَالِهِ، فَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُؤَخَّرَ ذَلِكَ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز أن يقر الدين بيد من هو عليه على وجه القراض، ويدخله ما قال من الزيادة للتأخير به، لأنه قد يرضى بالجزء اليسير من أجل بقاء الدين عنده، فيفتضح بإحضاره، ولولا ذلك لما رضى بمثله.

مسألة: والقراض بالدين على وجهين، أحدهما: أنه لا يحضر المال. والثانى: أن يحضره، فإن لم يحضره، فقد حكى ابن المواز عن مالك: ليس له إلا رأس ماله، وقاله ابن القاسم فى العتبية.

وجه ذلك أن عقد القراض أدخل الفساد على ما كان يجوز له من تأخيره بالدين، فوجب أن يبطل القراض، وأن يبقى الدين على حسب ما كان.

مسألة: وإن كان أحضر المال، فجعله قراضاً قبل أن يقبضه رب المال، فالمشهور من المذهب أنه غير جائز، وبه قال الشافعى. وقال القاضى أبو محمد: فيمن غصب دنائير أو دراهم، ثم ردها، فقال: المغصوب منه: لا أقبضها، ولكن اعمل بها قراضاً، أن ذلك جائز.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٦٢.

٧٨ كتاب القراض

ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن يكون المغصوب أحضر المال تبرعاً، فذلك جوزه، وأن الذى عليه الدين اتفق معه على إحضار الدين ليرده إليه على وجه القراض، ولو جاء بدينه متبرعاً قاضياً له، فتركه عنده قراضاً أقام إحضاره مقام قبضه بعد المعرفة بجودته ووزنه.

والدليل على صحة ما ذكرناه من قول أصحابنا فى المنع من ذلك أنه ما لم يقبض منه بالانتقاد والوزن، فهو فى ذمته، فلم يجز القراض به كالذى لم يحضره.

فرع: فإن نزل، فروى ابن القاسم عن مالك: أنه ليس لرب المال إلا رأس ماله، وهو فى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم. وروى أشهب فى غير العتبية: إن نزل، مضى.

وجه الرواية الأولى ما تقدم من أنه دين ثابت فى الذمة، قورض به، فلم يكن لرب المال غير رأس ماله مضموناً كالذى لم يحضره.

ووجه قول أشهب أن هذا مال قد حضرت عينه وعلمت براءة من كان عليه منه، فإذا رده إليه قراضاً، فقد أذن له فى قبضه من نفسه، فكان ذلك بمنزلة المقبوض منه.

مسألة: وأما الوديعة، فاختلف أصحابنا، فكره ابن القاسم المقارضة بها حتى تحضر. وقال ابن المواز: لا بأس به. وكرهه ابن حبيب من غير الثقة، ولم يكرهه إذا كان المودع ثقة.

وجه قول ابن القاسم أنه لما كان يمكن المودع التصرف فيه على وجه الاقتراض كانت بمنزلة الدين فى منع المقارضة بها، ولذلك جوزها ابن حبيب فى العدل الثقة؛ لأنه يؤثق بقوله: هى عندى، لم أتصرف فيها.

ووجه قول ابن المواز أن يد المودع يدرب المال؛ لأنه حافظ له، فصح أن يقبضها من نفسه قراضاً كما يصح أن يقبضها من رب المال بذلك الوجه.

فرع: فإن نزل القراض بالوديعة، مضى، والربح بينهما، ويصدق المودع فى ضياعه، رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك أنها لم تتعلق بالذمة، وإنما كانت وديعة لصاحبها بيد المودع النائبة عن يده، ولو أحضرها لارتفعت الكراهية فيها، ولم يختلف فى جوازها لبقاء عينها، وكذلك المرتهن لنفسه أو لغيره.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَهَلَكَ بَعْضُهُ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، ثُمَّ عَمِلَ فِيهِ فَرِيحٌ، فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ رَأْسَ الْمَالِ بَقِيَّةَ الْمَالِ بَعْدَ الَّذِي هَلَكَ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَيُجْبَرُ رَأْسُ الْمَالِ مِنْ رُبْحِهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بَعْدَ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى شَرْطِهِمَا مِنَ الْقِرَاضِ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن هلاك بعض المال قبل أن يعمل به لا يغير حكم رأس المال، بل هو على ما عقدا عليه، وقبض العامل من المال؛ لأن القراض على ذلك انعقد بينهما، فمتى ربح بعد ذلك جبر ما نقص من المال بالربح.

فإن فضلت بعد ذلك الجبر فضلة، فذلك جميع الربح، ولو اتفقا بعد النقص على إسقاط ما هلك من رأس المال، واستئناف القراض بما بقى منه، فقد اختلف أصحابنا في ذلك، فالذى رواه ابن القاسم عن مالك: لا يصح ذلك إلا بعد أن يقبض رب المال بقية ماله قبضًا صحيحًا، ثم يدفعه بعد ذلك إليه قراضًا مستأنفًا.

وروى ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون أنهما إذا تماسبا، فأقرا ما بقى بعد الخسارة رأس مال القراض، فإن ذلك يكون تقاضيًا صحيحًا، وما عقده من القراض عقدًا مستأنفًا أحضر المال أو لم يحضره. وأما إن كان على وجه الإيجاب، لا على وجه المفاضلة، فإن حكم القراض الأول باق.

ووجه رواية ابن القاسم أن التفاضل في القراض، إنما يكون بأن يقبض رب المال ماله، وما لم يوجد ذلك، فإن ذلك لا يصلح؛ لأنه إنما قصد إلى أن يزيد العامل في حظه من الربح ما يقتضيه عند القراض من جبر ما تقدم من الخسارة، وذلك غير صحيح، ولا جائز.

ووجه رواية ابن حبيب أن المفاضلة تقع في ذلك بالقول دون القبض كسائر العقود؛ لأن العقود اللازمة تفسخ بالقول، فبأن تفسخ به الجائزة أولى وأخرى.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَصْلُحُ الْقِرَاضُ إِلَّا فِي الْعَيْنِ مِنَ الذَّهَبِ أَوْ الْوَرِقِ، وَلَا يَكُونُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعُرُوضِ وَالسَّلْعِ^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٣٤/٢١.

(١) قال في الاستذكار ١٣٦/٢١: اختلف الفقهاء في صفة المال الذي يجوز به القراض، فقال=

٨٠ كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز القراض بغير الدينانير والدرهم؛ لأنها أصول الأثمان، وقيم المتلفات، ولا يدخل أسواقها تغيير، فلذلك يصح القراض بها، فأما ما يدخله تغيير الأسواق من العروض، فلا يجوز القراض به.

ووجه ذلك أنه قد يأخذ العامل العرض قرصاً، وقيمته مائة دينار، فيتجر في المال، فيربح مائة، فيرده وقيمته مائتان، فيصير الربح كله لرب المال، ولا يحصل للعامل شيء، وقد لا يربح فيرده، وقيمته خمسون، فيبقى بيده من رأس المال خمسون، فيأخذ نصفها، وهو لم يربح شيئاً.

مسألة: فأما القراض بالفلوس، فقد قال ابن القاسم: لا يجوز ذلك. وروى عن أشهب في الأمهات أنه أجاز القراض بها.

وجه القول الأول أن الفلوس ليست بأصل في الأثمان، ولذلك تجرى مجرى العين في تحريم التفاضل وبيعها بالعين نساً، فلم يجز القراض بها كالعروض.

ووجه القول الثاني أنه لا يتعين بالعقد، فصح القراض بها كالدينانير والدرهم.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، فإن وقع ذلك، فقد قال ابن المواز: له القراض بالنفار أخف، والفلوس كالعروض، وهذا مقتضى فساد القراض، ويكون له في بيع الفلوس أجرة المثل، وفيما نض من ثمنها قراض المثل. وقال أصبغ: هي كالنقار. وقال ابن حبيب نحوه، وترد فلوساً مثلها.

وجه قول ابن المواز أن الفلوس لا يحرم فيها التفاضل، فإذا وقع القراض بها وجب فسخه كالعروض.

=مالك في الموطأ ما ذكرناه. وزاد في غيره: ولا بالفلوس. وقول مالك في ذلك كله كقول الليث، والثوري، والشافعي، وأبي حنيفة.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز القراض بالعروض. وقال: إذا دفع إليه ثوبا على أن يبيعه، فما كان من ربح، فبينهما نصفين، أو أعطاه داراً بينهما، ويأجرها على أن أجزها بينهما نصفين جاز، والأجر، والربح بينهما نصفين. قال: وهذا بمنزلة الأرض المزارعة. وقال محمد بن الحسن: يجوز القراض بالفلوس، كالنفقة بالدينانير، والدرهم.

قال أبو عمر: القراض بالمجهول لا يجوز عند جميعهم، وكذلك لا يجوز عندهم أن يؤخذ الربح إلا بعد حضور رأس المال، فلما كانت العروض تختلف قيامها، وأثمانها عاد القراض إلى جهل رأس المال، وإلى جهل الربح أيضاً، ففسد القراض على ذلك. ولا يجوز عند جميعهم أن يقول: بع عندك الذي لك أن تبيعه به ثمناً لسعى هذه، لأن ذلك بمجهول، وجائز عندهم أن يقول: اشتر لي بدرهمك هذه عبداً بعينه، فكذلك جاز القراض بالعين، ولم يجز بالعروض، والله أعلم.

كتاب القراض ٨١

ووجه قول ابن حبيب أن هذا ثمن يتعامل به، فلا يفسخ القراض إذا وقع به كالدنانير والدرهم.

مسألة: وأما نثار الذهب والفضة، فروى ابن القاسم عن مالك المنع من القراض بها. وروى عنه أشهب إجازة ذلك. وروى يحيى بن يحيى منع ذلك في بلد يتعامل فيه بالدنانير والدرهم، وأما في بلد يتعامل فيه بالتمر، فلا بأس به.

وجه رواية ابن القاسم أنها تتعين بالعقد، فكان القراض بها ممنوعاً كالعروض.

ووجه رواية أشهب أنها عين تجب فيها الزكاة، فصح القراض فيها كالدنانير والدرهم.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، ووقع ذلك، فإن يحيى روى عن ابن القاسم أنه يضمنه ولا يفسخه. وقال القاضى أبو محمد: وجه ذلك عندى على الكراهية، وذلك عندى يحتاج أيضاً إلى توجيه. ووجهه أن قيمته لا تتفاوت، ولا يدخلها من حوالة الأسواق إلا ما يقرب مما يدخل الدنانير والدرهم، فلذلك لم يفسخ.

مسألة: وأما الحلوى المصوغ من الذهب والفضة، فلا يجوز القراض به، ورواه أشهب عن مالك، وذلك أن الصياغة قد غيرت حكمه، وألحقته بالعروض.

مسألة: وأما المغشوش من الذهب والفضة، فحكى القاضى أبو محمد أنه لا يجوز القراض به، مضروباً كان أو غير مضروب، وبه قال الشافعى.

وقال أبو حنيفة: إن كان الغش النصف فأقل، جاز، وإن كان أكثر من النصف، لم يجز ذلك. واستدل القاضى أبو محمد فى ذلك بأن هذه دراهم مغشوشة، فلم يجز القراض بها. أصل ذلك إذا زاد الغش على النصف.

قال القاضى أبو الوليد: والذى عندى أنه إنما يكون ذلك إذا كانت الدراهم ليست بالسكة التى يتعامل الناس بها، فإذا كانت سكة التعامل، فإنه يجوز القراض بها؛ لأنها قد صارت عينا، وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس، فكيف بالدراهم المغشوشة.

ولا خلاف بين أصحابنا فى تعلق الزكاة بعينها، ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة بعينها، وإن اعترض فى ذلك أنه يجوز إن انقطع، فتستحيل أسواقها، فمثل ذلك يعترض فى الدراهم الخالصة إذا قطع التعامل بها، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِنَ الْبَيْعِ مَا يَجُوزُ إِذَا تَفَاوَتَ أَمْرُهُ وَتَفَاحَشَ رَدُّهُ، فَأَمَّا الرَّبَا، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ فِيهِ إِلَّا الرُّدُّ أَبَدًا، وَلَا يَجُوزُ مِنْهُ قَلِيلٌ وَلَا كَثِيرٌ، وَلَا يَجُوزُ فِيهِ مَا يَجُوزُ فِي غَيْرِهِ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَإِنْ تَبَيَّنَ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩] ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من البيوع ببوعًا مكروهة، فإن فات، أمضى عقده، ولم ينتقض، ولم يغير كبيع الحب بعد أن أفرك وقبل أن يبيس وبيع الثمر بعد أن أزهى يؤخذ كميلاً بعد أن يثمر، قال ذلك عيسى. وزاد فيه: إن من البيوع المكروهة التي تجرى مجرى ما تقدم ذكره، ما إذا فات نظر فيه، فإن كان فيها شيء يأخذ البائع أعطيه، وإلا لم ينقص مما أخذ شيئاً، وإن هي أدركت، ولم تفت، فأسقط البائع شرطه، مضى البيع ولزمهما، وأرى أنه يصير إلى بيع وسلف، وليس ذلك من جملة البيوع المكروهة فقط، بل هو من البيوع المحرمة، وكذلك ما يرد فيه إلى الأكثر من القسمة أو الثمن كبيع الأمة على أن تتخذ أم ولد.

قال عيسى: وأما الذي لا يفوت، فالبيع الحرام يفسخ ما لم يفت، فإذا فات، رد إلى القيمة ما بلغت، ففي قول عيسى: إنما يمضى من البيوع بالثمن إذا فات ما كان مكروهًا، ولم يكن حرامًا، وأما الذي يرد إلى القيمة حين القبض، فهو الحرام.

وقال ابن عبدوس: إن كان بيع كان فساده لعقده كالبيع وقت صلاة الجمعة ممن يجب عليه إتيانها، وكاتبتياع الرجل على بيع أخيه، وبيع الحاضر للبادي، والبيع على تلقى السلع، فإن فات يمضى بالثمن وما كان فساده في أحد عوضيه كبيع الجهول والغرر، فإنه يرد بعد الفوات إلى القيمة.

وجه ما قاله عيسى عن ابن القاسم فيمن باع كميلاً من الثمر من حائط معين، قد أزهى، أنه يرد للإتيان به على الوجه المكروه، ما لم يفت، فإذا فات أمضى كالصلاة في الوقت إذا وقعت على بعض الوجوه المكروهة، إلا أنها على صفات الأجزاء، فإنها تعاد في الوقت للإتيان بها على أكمل صفاتها، فإذا فات الوقت لم تعد.

وأما البيع الحرام، فإنه يرد أبداً؛ لأنه وقع على الوجه الفاسد الذي لا يصح إنفاذه

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٣٩/٢١، وقال: هذا قول صحيح في النظر، وصحيح من جهة الأثر، فمن قاده، ولم يضطرب فيه، فهو خير الفقيه.

كتاب القراض ٨٣
عليه، فوجب أن يرد التغابن فيه أبدًا، لأنه لم يملك بالعقد كالصلاة إذا عريت من صفات الإجزاء، فإنها تعاد أبدًا.

وجه ما قاله ابن عبدوس أن هذا عقد معاوضة، فإذا كان الفساد في عقده كان فيه بعد الفوات العوض المسمى، وإذا كان فساده في عوضه، كان فيه بعد الفوات القيمة كالنكاح.

فصل: قال ابن مزين: وإنما خرج مالك من مقالته في صدر المسألة في القراض إلى ذكر البيوع وما اختلف من ذكر مكروها وحرامها، وإنما هو مثل ضربه اعتزى فيه أن للقراض مكروها وحراما، كالبيوع لها مكروه وحرام.

فمكروه القراض ما كان منه إذا فات بالعمل يرد فيه العامل إلى قراض، مثله المقارض بالسلعة والمقارض على الضمان، والمقارض يشترط أو يشترط عليه أن لا يرد المال إلى أجل مسمى، فهذا وشبهه مكروه القراض، وهو نظير مكروه البيع كما لا ينقض البائع في مكروه البيع من الثمن الذى باع به، إذا كان أدنى من القيمة، فكذلك لم يخرج المقارض في مكروه القراض، ويرد قراض مثله.

وحرام القراض ما كان منه يرد المقارض بعد العمل إلى أجرة مثله، ويخرج عن ربح القراض كما أن البيع في البيوع الحرام، يرجع عند فوات السلعة إلى قيمتها، وإن كان ذلك دون الثمن الذى باع به أو أكثر، فهذا تأويل هذه المقالة التى قالها مالك.

وهذا الذى ذكره ابن مزين فى إيراد مسألة البيوع الفاسدة بأثر مسائل القراض، لا بأس به فى أن المراد به تمثيل القراض الفاسد بالبيوع الفاسدة، وما ذكره فى ثبوت الحكم فى القراض الحرام والمكروه متنازع.

وذلك أن القراض الفاسد اختلف أصحابنا فى الواجب به، إذا فات. قال القاضى أبو محمد: الظاهر أنه يرد إلى قراض المثل، وبه قال أشهب وابن الماجشون من رواية ابن حبيب عنه.

وروى عن مالك: يرد فى ذلك كله إلى أجرة المثل، ذكر هذه الرواية القاضى أبو محمد، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وروى عن مالك يرد بعض القراض الفاسد إلى قراض المثل، وبعضه إلى أجرة المثل، حكاه عن ابن حبيب، وقال بهذا ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبغ.

٨٤ كتاب القراض

واختلف أصحابنا في تفسير ذلك، فقال ابن حبيب: أصل ذلك أن كل زيادة يشترطها أحدهما في المال داخله فيه ليست بخارجة عنه، ولا خالصة لمشرطها، فذلك يرد إلى قراض المثل، وكل زيادة ازداد خارجة من المال أو خالصة لأحدهما، فإن هذا يرد إلى إجارة المثل، وكل خطر وغرر يتعاملان عليه، خرجا فيه عن سنة القراض، فهو في ذلك أجير.

وحكى القاضى أبو محمد عن ابن القاسم أن معنى ذلك إن طال الفساد من جهة العقد، فإنه يرد إلى قراض المثل، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر، فإنه يرد إلى إجارة المثل، حكى عن عيسى ما تقدم.

وجه الرواية الأولى أن شبهة كل عقد وفاسده يجب رده إلى صحيحه إذا فات كالبيع والنكاح والإجازات.

إذا ثبت ذلك، فهذا الذى ذكره ابن حبيب فى التقسيم غير ما ذهب إليه ابن مزين، وإنما كان يجب على ما ذكره مالك فى البيوع الفاسدة أن لو قال: كل قرض أوقع على وجه مكروه، ووجدت فيه شروط الصحة، فإنه يترك إذا وقع وفات وما كان حراماً، لم يوجد فيه شروط الصحة، فإنه يرد أبداً.

وإن فات كان فيه قراض المثل، ولكن مالكاً إنما قصد إلى أن حكم القراض المكروه مخالف لحكم القراض الفاسد كما أن حكم البيع المكروه مخالف لحكم البيع الفاسد، ولم يقصد إلى التسوية بين المكروه منها والفاسد.

فرق: والفرق بين قولنا قراض المثل وأجرة المثل، أن قراض المثل متعلق بنماء ذلك المال، وإن كان فيه ربح، فله حصته فى مثله فى عمله وأمانته فى ذلك المال.

وإن لم يكن له ربح، فاختلف أصحابنا فى ذلك، فمنهم من قال: لا شىء له، وهو الأظهر، ومنهم من يجعل له قراض المثل حصّة ثابتة مع وجود الربح وعدمه، ويفرق بينه وبين أجرة المثل بأن يجعل له الجزء الذى يعامل مثله عليه فى مثل المال.

وأما أجرة المثل، فإنها متعلقة بذمة صاحب المال بإجارة ثابتة يدفعها إليه من حيث شاء، إن كان فى المال ربح، فالمشهور من المذهب أن له أجرة مثله، كان له فى المال ربح أو خسارة.

وقال ابن حبيب: إن له أجرة المثل من الربح، فإن لم يكن فى المال ربح، فلا شىء له.

فرق: وبينهما فرق آخر، وهو أن العامل في قراض المثل يلزمه العمل إلى أن ينض المال، ولا يلزمه في أجرة المثل شيء من ذلك، وعلى رب المال قبض دينه، إن كان أذن له فيه، وبيع عروضه، وعلى العامل إثبات ديونه؛ لأن من كانت عليه إن حجدها، ولم تثبت بيينة ضمنها العامل.

* * *

ما يحوز من الشرط في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَضًا وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا تَشْتَرِيَ بِمَالِي إِلَّا سِلْعَةً كَذًا وَكَذًا أَوْ يَنْهَاهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سِلْعَةً بِاسْمِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ اشْتَرَطَ عَلَيَّ مَنْ قَارَضَ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ حَيَوَانًا أَوْ سِلْعَةً بِاسْمِهَا فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَمَنْ اشْتَرَطَ عَلَيَّ مَنْ قَارَضَ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ إِلَّا سِلْعَةً كَذًا وَكَذًا، فَإِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ السِّلْعَةُ الَّتِي أَمَرَهُ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ غَيْرَهَا كَثِيرَةً مَوْجُودَةً لَا تَحْلِفُ فِي شِتَاءٍ وَلَا صَيْفٍ، فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من شرط على العامل أن لا يتجر بسلعته معينة أو بالحيوان، فذلك جائز، وله شرطه؛ لأنه قد أبقى له من السلع ما لا يعدم التجارة فيها

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦٣، وقال اختلف الفقهاء في المقارض يشترط عليه رب المال خصوص التصرف. فقول مالك ما وصفنا.

وقال الشافعي: لا يجوز أن يقارضه، ويشترط عليه، إلا أن لا يشتري إلا من فلان، أو إلا سلعة واحدة بعينها، أو يشتري نخلا، أو درابا، فإن فعل ذلك، فذلك كله فاسد. وإن اشترط أن يشتري صنفا موجودا في الشتاء، والصيف، فذلك جائز.

وقال أبو حنيفة: إذا اشترط على المقارض ألا يشتري إلا من فلان إلا الرقيق أو على أن لا يبيع، ولا يشتري إلا بالكوفة كان ذلك على ما شرط ولا ينبغي أن يتجاوز، فإن تعداه ضمن.

قال أبو عمر: قول مالك، رحمه الله، في هذا الباب أعدل الأقاويل، وأوسطها، لأنه إذا قصر العامل على ما لا يوجد إلا نادراً غبا، فقد حال بينه، وبين التصرف، وهذا عند الجميع فساد في عقد القراض، وإذا أطلعه على صنف موجود لا يعدم، فلم يحل بينه، وبين التصرف.

ومذهب مالك، والشافعي في هذا الباب سواء، ومن اشترط عندهما على العامل في القراض ألا يشتري إلا سلعة بعينها، يعني عين صنف، أو ألا يشتري إلا من فلان أو يوقت في القراض وقتا، ويضرب له أجلا، فالقراض في ذلك كله فاسد.

٨٦ كتاب القراض

فى بلد من البلدان، ولا وقت من الأوقات، وهذا شرط فى صحة القراض.

فأما إذا قال له: أقارضك على نأن لا تشتري إلا سلعة كذا، لسلعة يعينها، فإن كانت السلعة كثيرة موجودة، ولا تعدم التجارة فيها، ولا تعدم هى فى وقت من الأوقات كالحيون والطعام، فإن ذلك جائز.

وإن كانت السلعة قد تعدم فى وقت من الأوقات أو تتعذر التجارة بها لقلتها فى بعض الأزمان، لم تجز المقارضة بها، وعقدا القراض على ذلك، فإنه فاسد، وبهذا قال مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة: هو جائز.

والدليل على صحة ما ذهب عليه مالك أن هذا اشترط ما ينافى عقد المضاربة، فوجب أن لا يصلح كما لو شرط عليه الضمان أو شرط أن يرد إليه عروضاً.

والذى يدل على أن هذا الشرط ينافى المضاربة أن المقصود منها هو النماء والربح، وإذا قال: لا تشتري إلا هذا الثوب، فإنه لا يبعد أن يعدم فى ذلك الثوب ربح، فيبطل مقصود القراض.

فرع: إذا ثبت أن ذلك يفسد القراض، فإنه يفسخ. وقال ابن حبيب: كل قراض وقع فاسداً، مما يرد فيه العامل إلى قراض مثله أو أجرة مثله، فإنه يفسخ متى عشر عليه قبل العمل وبعده.

ووجه ذلك أنه عقد غير لازم، فإذا عشر عليه قبل أن يتناع بالمال شيئاً فسخ، وإن عشر عليه بعد أن ابتاع بالجميع، كان فسخه المنع من استئناف العمل به فى المستقبل، وهما فيما تقدم من العمل على قراض المثل أو أجرة المثل.

فرع: فإذا قلنا يرد إلى أجرة مثله، فلا تفريع. وإذا قلنا يرد إلى قراض مثله وابتاع ببعض العين سلفاً.

قال القاضى أبو الوليد: فعندى إن اشترى باليسير الذى لا خطب له، فهو كمن لم يشتر شيئاً، وإن كان اشترى بالكثير وبقي الكثير، فهو على قراض المثل فيما عمل فيه، ويترك الباقي.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِيهِ شَيْئًا مِنَ الرَّبْحِ خَالِصًا دُونَ صَاحِبِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ، وَإِنْ كَانَ دِرْهَمًا وَاحِدًا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ

نِصْفَ الرَّبْحِ لَهُ وَنِصْفَهُ لِصَاحِبِهِ أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبْعَهُ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ فَإِذَا سَمِيَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا فَإِنَّ، كُلَّ شَيْءٍ سَمِيَ مِنْ ذَلِكَ حَلَالًا، وَهُوَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ: وَلَكِنْ إِنْ اشْتَرَطَ أَنَّ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ دِرْهَمًا وَاحِدًا فَمَا فَوْقَهُ خَالِصًا لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ وَمَا بَقِيَ مِنَ الرَّبْحِ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ وَلَيْسَ عَلَى ذَلِكَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من اشترط من المتعاملين شيئاً من الربح على الآخر، فإن ذلك جائز؛ لأن ذلك يقتضى أن لا يخلو واحد منهما من حصة من الربح، ولو اشترط أحدهما عدداً، لم يجوز؛ لأنه قد يمكن ذلك العدد أن يستغرق جميع الربح، فلا يكون للآخر حظ من الربح، وهو لم يدخل في القراض إلا على الحظ من الربح، فلذلك كان الربح على الأجزاء لا على العدد.

فإن شرط أحدهما مع الأجزاء شيئاً من الربح مقدراً بالعدد، ولو درهماً أو حداً، فإن ذلك يفسد عقد القراض؛ لأن القراض مبنى على الأجزاء، فإذا اشترط فيه عدداً مستثنى أدخل الجهالة في الأجزاء المشترطة، ولا يعلم حينئذ كم مقدارها، ولا يعلم كل واحد منها جزأه من الربح، فلم يتقدر بجزء، ولا بعدد، فوجب أن يبطل، والله أعلم.

* * *

ما لا يجوز من الشرط في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِنَ الرَّبْحِ خَالِصًا دُونَ الْعَامِلِ، وَلَا يَنْبَغِي لِلْعَامِلِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِنَ الرَّبْحِ خَالِصًا دُونَ صَاحِبِهِ، وَلَا يَكُونُ مَعَ الْقِرَاضِ بَيْعٌ، وَلَا كِرَاءٌ، وَلَا عَمَلٌ، وَلَا سَلْفٌ، وَلَا مِرْفَقٌ يَشْتَرِطُهُ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ دُونَ صَاحِبِهِ إِلَّا أَنْ يُعَيَّنَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ إِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا، وَلَا يَنْبَغِي لِلْمُتَقَارِضِينَ أَنْ يَشْتَرِطَ

(١) قال في الاستذكار ١٤٣/٢١: لا أعلم خلافاً أنه إذا اشترط العامل، أو رب المال على صاحبه شيئاً يختص به من الربح معلوماً ديناراً، أو درهماً، أو نحو ذلك، ثم يكون الباقي في الربح بينهما نصفين، أو على ثلث أو ربع، فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه يصير النصيب لتلك الزيادة مجهولاً، ولا يجوز عند جميعهم ذلك؛ لأن الأصل في القراض ألا يجوز إلا على نصيب معلوم، ولا تخالف به سنة، وبالله التوفيق.

أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ زِيَادَةً مِنْ ذَهَبٍ وَلَا فِضَّةٍ وَلَا طَعَامٍ وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ
يَزِدُّهُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ.

قَالَ: فَإِنْ دَخَلَ الْقَرَّاضُ شَيْءًا مِنْ ذَلِكَ صَارَ إِجَارَةً وَلَا تَصْلُحُ الْإِجَارَةُ إِلَّا بِشَيْءٍ
ثَابِتٍ مَعْلُومٍ، وَلَا يَنْبَغِي لِلَّذِي أَخَذَ الْمَالَ أَنْ يَشْتَرِطَ مَعَ أَخْذِهِ الْمَالَ أَنْ يُكَافِيَ، وَلَا
يُؤَلِّيَ مِنْ سِلْعَتِهِ أَحَدًا، وَلَا يَتَوَلَّى مِنْهَا شَيْئًا لِنَفْسِهِ، فَإِذَا وَفَّرَ الْمَالُ وَحَصَلَ عَزْلُ
رَأْسِ الْمَالَ ثُمَّ اقْتَسَمَا الرَّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِ رِبْحٌ أَوْ دَخَلَتْهُ
وَضِيْعَةٌ لَمْ يَلْحَقِ الْعَامِلُ مِنْ ذَلِكَ شَيْءًا لَا مِمَّا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ وَلَا مِنَ الْوَضِيْعَةِ،
وَذَلِكَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ فِي مَالِهِ، وَالْقَرَّاضُ جَائِزٌ عَلَى مَا تَرَّاضَى عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ
وَالْعَامِلُ مِنْ نِصْفِ الرَّبْحِ أَوْ ثُلُثِهِ أَوْ رُبْعِهِ أَوْ أَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لأحد المتعاملين أن يشترط لنفسه من الربح شيئاً
لا يفضى إلى الإجزاء على ما قدمناه، وقد بينا ذلك.

وقوله: «ولا يكون مع القراض بيع، ولا كراء، ولا عمل» يريد أنه لا يجوز أن
يشتمل عليهما عقد واحد.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦٤، وقال: لا يجوز من الشرط في القراض عند
مالك، وأصحابه أشياء كثيرة. فمنها: أن يزداد أحد المتقارضين على صاحبه زيادة على الحصاة
التي تعامل عليها من الربح على ما ذكر مالك في هذا الباب، وفي الذي قبله.
ومنها: أن يعطيه المال قراضاً على الضمان، أو على أن يعمل به إلى أجل أو يدفع إليه المال على
قراض منه، أو يشترط عليه ألا يشتري إلا من فلان، أو من متاع فلان، أو من عمل فلان، أو
على ألا يتحرى إلا في حانوت بعينه، أو على أن يشتري به سلعة غير موجودة في الأغلب
تخلف في شتاء، أو في صيف، أو على أن يسلف أحدهما صاحبه سلفاً، أو على أن يبيع أحدهما
من صاحبه سلعة، أو يهب له هبة، أو على أن لا ينفق منه إن سافر، أو على أن يضع عنه نصف
النفقة، أو على أن ينفق، ولا يكتسى، أو على أن يكتسى ولا ينفق، أو على أن يدفع إليه مالين
أحدهما على النصف، والآخر على الثلث، أو على أن لا يخلطهما، أو على أن يجعل معه حافظاً
يحفظ عليه، أو غلاماً، أو ولداً يعلمه له، أو على أن يشترط زكاة الربح في المال، وزكاة المال في
الربح، أو على أن يتناع بالمال دواب يطلب نسلها، أو شجراً يطلب ثمرتها، أو على أن يشتري
بالمال سلعة يخرج بها إلى بلد يبيعهها به، أو يقدم بها من البلد الذي ابتاعها فيه.
ومن هذه الوجوه ما قد اختلف فيه أصحاب مالك، وغيرهم من العلماء. ومنها: ما يرد إلى
قراض مثله إن وقع. ومنها: ما يرد إلى أجرة مثله. انتهى.

كتاب القراض ٨٩

وجه ذلك أن هذه عقود لازمة وعقد القراض عقد جائز، والجواز ضد اللزوم، فلما تنافى مقتضاهما، لم يصح أن يجتمعا في عقد؛ لأن ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه، ويوجب فساده، وإذا فسد أحدهما فسد الآخر؛ لاشتمال العقد عليهما.

مسألة: فإن وقع بيع وقراض، فقد روى عيسى عن ابن القاسم في كتاب ابن مزين: يفسخ ذلك، ما لم تفت السلعة، ويعمل في القراض، ثم يتقارضان قراضاً صحيحاً إن شاء، فإن لم تفت سلعة البيع، وقد عمل في المال فسخ البيع، وكان أجيراً في القراض، وإن فاتت السلعة وعمل في المال، فكذلك أيضاً له قيمة سلعته، ويرد في القراض إلى أجرة مثله، ويكون نماء المال لربه.

مسألة: وأما إن اشترط عليه عملاً كالصانع يأخذ القراض على العمل أو يعمل بيده، قال ابن القاسم: إن فات فهو أجير. وقال ابن وهب: هما على قراضهما.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك عندي أن يكون له أجر عمله، ويكون في المال على قراض مثله، دون اشتراط عمله.

فصل: وقوله: «ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه» على ما قال أنه لا يجوز ذلك لما قدمناه من أن السلف طريقه اللزوم، وكذلك عقود المرافق، وذلك مما ينافى في عقود الجواز، فإن وقع ذلك، فربح السلف للعامل، وهو في المائة الأخرى أجير، على قول ابن القاسم، وعلى قراض المثل في قول ابن وهب.

فصل: قوله: «إلا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف إذا صح ذلك منهما» يريد أن يكون أحدهما يعين صاحبه من غير شرط ولا عوض، إلا لمجرد المعروف والمرفق، فيما يجوز أن يعينه فيه، ولا يعود بفساد القراض على ما تقدم قبل هذا، فإنه إذا صح ذلك منهما، ولم يكن ذلك لمعنى القراض الذي بينهما، فهو جائز غير مفسد لما بينهما من القراض.

فصل: ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيئاً من الأشياء على ما تقدم، إن كانت الزيادة من الذهب والفضة من غير ربح القراض، كانت مع القراض إجارة، إن اشترط ذلك العامل، وإن اشترطه صاحب المال، فإنه عمل وعين معلوم يعين مجهول.

فرع: فإن نزل ذلك ففي كتاب محمد بن المواز عن مالك وأصحابه أنه إن ترك ذلك من اشترطه قبل العمل، فهو جائز.

٩٠ كتاب القراض

وروجه ذلك عندهم أنه قد أسقط ما أدخل الفساد في العقد في وقت يجوز له تركه
وابتداؤه، فكان ذلك بمنزلة أن فسخ العقد الفاسد، واستأنف عقدًا صحيحًا.

فرع: وأما بعد العمل، فروى يحيى عن ابن نافع أنه إن أبطل الشرط الفاسد
مشترطه، صح العقد، وتماديا عليه، وأنكر ذلك يحيى بعد العمل.

فصل: وقوله: «فإن دخل القراض شيء من ذلك صار إجارة، ولا يصلح إلا شيء
ثابت معلوم» يريد إن اشترطه العامل فهو إجارة، لأن من حكم القراض أن يكون
عوض العمل حقه مقصور على ما يترقب خروجه من النماء، فإذا اشترط العامل ذهبًا
من غيره أو غير ذهب، فقد خرج عن سنة القراض إلى ما لا يجوز فيه، إنما يجوز في
الإجارة إلا أن من شرط الإجارة أن يكون جميع عوضها معلومًا، فإذا كان بعض
عوضها مجهولًا مترقبًا من النماء، لم تصح الإجارة أيضًا.

والفرق بين الإجارة على التجارة بالمال وبين القراض، أن في الإجارة يستأجره على
أن يتجر له في ماله بشيء معلوم معين مقبوض أو مقدر في الذمة بعقد لازم، فإن جعل
شيء منه في النماء المترقب لم يجز.

ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائز ليعمل في ماله بجزء من نمائه المترقب، فإن
صرف شيء من عوض العمل إلى غير ذلك لم يجز.

فصل: وقوله: «ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافي، ولا
يولى من سلعته أحدًا، ولا يتولى منها شيئًا لنفسه» يريد أنه ليس للعامل أن يشترط في
عقد القراض إلا أن كافي منه من أسدى إليه معروفًا، يختص به.

وأما لو كافأ منه أحدًا بمعروف أسدى إليه في مال القراض على وجه التجارة،
وحسن النظر لجاز ذلك، وكذلك ليس له أن يولى أحدًا سلعة يرجو فيها نماء وربحًا.

وأما إذا ولاها، وكان في ذلك نظر، فهو نفع يقصد مع المكايسة، فللعامل أن
يفعله، وهذان الفصلان إذا كانا على وجه المتاجرة، فللعامل فعله، ولا يحتاج إلى
اشتراطها.

ولو اشترطها لما فسد بذلك القراض، وإن كانا على وجه المعروف، فلا يجوز
اشتراطهما، ويفسد ذلك العقد، وإن فعلها من غير شرط، كان ذلك موقوفًا على
إجارة صاحب العامل.

كتاب القراض ٩١

وأما أن يتولى من ذلك سلعة، فإن ذلك غير جائز؛ لأنه ليس له أن يذهب ببعض النماء الحاصل في المال، ولا يجوز اشتراطه، فإن فعل ذلك من غير شرط، لرب المال الخيار بين أن يمضيه، ويلزمه العامل وبين أن يرده.

فصل: وقوله: «فإذا حضر المال وحصل عزله، ثم اقتسما الربح على شرطهما» يريد الذي يجب أن يبدأ بالإخراج في قسمة القراض رأس المال؛ لأنه لا ربح لواحد منهما حتى يسلم إلى صاحبه، ويصير في قبضه، فوجب أن يبرأ في القسمة.

فإذا سلم إلى صاحبه وتصير في قبضه كان ما بقى بعده ربح حاصل، فيقتسمانه على ما سميا في القراض الصحيح، ويجرى الأمر فيه على ما تقدم من الاختلاف في القراض الفاسد.

مسألة: فإن اقتسما الربح دون أن يحضر رأس المال أو حضر، فلم يقبضه صاحبه، فإن تلك قسمة فاسدة، فإن دخل المال نقص، رد من الربح ما يجبر به رأس المال، وإن أتى على جميعه، قاله عيسى.

فصل: وقوله: «فإن لم يكن في المال له ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شيء لا مما أنفق على نفسه، لا من الوضيعة، وذلك على رب المال في ماله» يريد أنه إن لم يكن للمال بعد إخراج رأس المال، ورده إلى صاحبه ربح يقسم، فلا شيء للعامل ولا شيء عليه إن كان في ذلك خسران، ولا عليه أن يجبره؛ لأنه ليس بمضمون عليه، ولا عليه رد شيء مما أنفقه على نفسه إن كان سافر فيه سفراً، يقتضى الإنفاق على العامل؛ لأن ذلك بمنزلة سائر المؤن اللازمة لمال القراض من كراء حمل وإجارة نشر وطى.

وقوله: «على رب المال في ماله» يريد مال القراض، وليس فيما بيده من المال؛ لأنه لم يأذن له في التصرف إلا في مال القراض، فليس له أن يتصرف تصرفاً يتعدى إلى غير ذلك من ماله.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ لِلَّذِي يَأْخُذُ الْمَالَ قِرَاضًا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ سِنِينَ لَا يُنَزَعُ مِنْهُ.

قَالَ: وَلَا يَصْلُحُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّكَ لَا تَرُدُّهُ إِلَيَّ سِنِينَ لِأَجْلِ يُسَمِّيَانِهِ لِأَنَّ الْقِرَاضَ لَا يَكُونُ إِلَّا لِأَجَلٍ وَلَكِنْ يَدْفَعُ رَبُّ الْمَالِ مَالَهُ إِلَيَّ الَّذِي يَعْمَلُ لَهُ فِيهِ،

فَإِنْ بَدَأَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتْرُكَ ذَلِكَ وَالْمَالُ نَاضٍ لَمْ يَشْتَرِ بِهِ شَيْئًا تَرَكَهُ وَأَخَذَ صَاحِبُ الْمَالِ مَالَهُ، وَإِنْ بَدَأَ لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَقْبِضَهُ بَعْدَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ سِلْعَةً، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ حَتَّى يَتَّاعَ الْمَتَاعُ وَيَصِيرَ عَيْنًا، فَإِنْ بَدَأَ لِلْعَامِلِ أَنْ يَرُدَّهُ وَهُوَ عَرَضٌ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ حَتَّى يَبِيعَهُ، فَيَرُدُّهُ عَيْنًا كَمَا أَخَذَهُ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز أن يوقت القراض بمدة معلومة، لا يجوز فسخه قبلها، وإن عاد المال عيناً، وإن انقضت المدة، فقد كمل القراض، فلا يكون للعامل، ولا عليه أن يبيعه ولا يعمل به إذا كان عرضاً عند انقضاء المدة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال أصحاب بعض أبي حنيفة: ذلك جائز.

والدليل على ما نقوله أنه عقد جائز، فلم يتوقت بمدة من الزمان كالشركة. ووجهه أن القراض عقد جائز. ومعنى ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء، ولم يوقت بزمن لم يكن لكل واحد منهما ذلك، لأن التوقيت يمنع ذلك.

مسألة: فإن وقع ذلك، فحكى ابن المواز عن ابن نافع: إن وقع فسخت الشرط وأتتبهما على قراضهما. قال ابن مزين: هو حسن قبل العمل. وأما بعد، فهو أجبر والربح لصاحب المال والضمان منه.

فصل: وقوله: «وإن بدا لرب المال أن يقضيه بعد أن يشتري سلعة فليس ذلك» يريد أن عقد القراض يلزم بتغير عين المال، والذي يلزم منه عمل معتاد، ففي مثله يرجع به المال إلى ما كان عليه من العين لتمكن الانفصال فيه، ولا يلزم زيادة عليه بأن يتتاع به سلعة أخرى، أو يستأنف به تجارة ثانية.

وذلك مبنى على أصليين أحدهما: أن القراض من العقود الجائزة التي لكل واحد منهما فسخه. والثاني: أن القراض لا يقع الانفصال فيه إلا وهو الصفة التي انعقد عليها، وذلك بأن يعود المال عيناً على الصفة التي انعقد بها القراض.

فإذا ثبت الأصلان، فللكل واحد من المتعاقدين فسخه ما كان عيناً، فإذا غيره في سلعة، لزمه العمل به إلى أن يعود المال عيناً، فيمكن الانفصال به، ويلزم رب المال تركه بيده إذا صار عرضاً ليتخلص للعامل حصته من الربح التي لها عمل، وذلك لا يكون إلا بأن يصير المال عيناً، يرد منه رأس المال، ويتخلص بعد ذلك الربح لتصح المقاسمة فيه.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٤٧/٢١.

زكاة القراض

[قَالَ] (*) مَالِك: لَا يَصْلُحُ لِمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ الزَّكَاةَ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرَّبْحِ خَاصَّةً لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِذَا اشْتَرَطَ ذَلِكَ فَقَدْ اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ فَضْلاً مِنَ الرَّبْحِ ثَابِتًا فِيمَا سَقَطَ عَنْهُ مِنْ حِصَّةِ الزَّكَاةِ الَّتِي تُصِيبُهُ مِنْ حِصَّتِهِ (١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل زكاة رأس المال؛ لأن ذلك يعود إلى أن يشترط عليه عدداً من الربح ينفرد به، ثم تطراً القسمة بعد ذلك، وربما استغرق بعد ذلك العدد جميع الربح، فيسقط حظ العامل من الربح مع وجوده، واشتراطه له، وذلك ينافي الجواز لما فيه من الجهالة.

مسألة: فإن اشترط على العامل زكاة الربح من حصته، فقد اختلف أصحابنا في ذلك، فروى أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز: لا خير في ذلك. وروى عنه ابن القاسم وغيره: أن ذلك جائز. وبه قال أشهب.

وجه رواية أشهب أن ذلك مجهول؛ لأنه قد يقع التارك بينهما قبل وجوب الزكاة في المال.

وجه رواية ابن القاسم أنه اشترط عليه جزءاً شائعاً، فكان جائزاً بمنزلة أن يشترط عليه النصف وربع العشر، وللعامل النصف غير ربع العشر.

مسألة: فإن اشترط العامل على رب المال الزكاة، فهو على ضربين، أحدهما: أن يشترط زكاة الربح من رأس المال.

والثاني أن يشترط زكاة حصته من الربح في حصة رب المال من الربح، فإن اشترط

(*) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وما أوردناه من الموطأ.

(١) قال في الاستذكار ١٤٩/٢١: هذا قول الشافعي؛ لأنه يعود إلى أن تكون حصة العامل، ورب المال، مجهولة؛ لأنه لا يدري لمن يكون المال في حين وجوب الزكاة؛ لأنه قد يمكن أن يتوى كله أو بعضه بالخسارة، أو آفات الدهر.

وفي المدونة، قال ابن القاسم: جائز أن يشترط أحدهما على صاحبه أن يكون عليه زكاة الربح؛ لأنه يرجع إلى نصيب معروف. وفي الأسدية، عن ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط العامل على رب المال زكاة الربح، كما لا يجوز له أن يشترط عليه زكاة المال.

وروى أشهب عن مالك أن ذلك لا يجوز. وقال أشهب: هو جائز؛ لأنه يعود إلى الأجراء. قال أبو عمر: هذا في زكاة الربح، لا في زكاة المال. انتهى.

٩٤ كتاب القراض

زكاة المال من رأس الربح، فقد قال عيسى: لا يجوز. وحكى القاضى أبو محمد جواز ذلك.

وجه رواية عيسى أن ذلك من الجهالة والغرر؛ لأنه لا يدرى ما شرط عليه فى رأس ماله فى قلته أو كثرته، ولا يدرى هل يثبت ذلك أم لا، لأنه إن كان فيه ربح، لزم رب المال أداء الزكاة عنه، وإن لم يكن فيه ربح، فلا شىء عليه.

ووجه رواية القاضى أبى محمد أن زكاة رأس المال على رب المال، وزكاة الربح منه، ثم تقع القسمة بعد ذلك فإذا شرط العامل الزكاة على رب المال، فإنما شرط عليه زيادة جزء من الربح، ولا تأثير لتخصيصه برأس المال؛ لأن لرب المال أن يدفعه من حيث شاء كما لو شرط الزكاة رب المال على العامل.

[قَالَ] (*) مالك: وَلَا يَجُوزُ لِرَجُلٍ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى مَنْ قَارَضَهُ أَنْ لَا يَشْتَرِي إِلَّا مِنْ فُلَانٍ لِرَجُلٍ يُسَمِّيهِ، فَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيرًا بِأَجْرٍ لَيْسَ بِمَعْرُوفٍ (١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا يشتري إلا من فلان. وقال أبو حنيفة: هو جائز، وقد تقدم الكلام فيه. واحتج مالك فى ذلك بأنه إذا عين له هذا التعيين، فإنما هو رسول؛ لأن العامل فى المال سنته التصرف، وطلب الاسترخاص.

فإذا منع من ذلك، ونص على الاتباع من معين، فإنما هو رسول إلى ذلك الرجل المعين، يبتاع منه لرب المال، فلا يجوز أن تتعلق أجرته بضمان المال؛ لأن وجوده مجهول ومقداره مجهول.

مسألة: وسواء كان ذلك الرجل موسراً لا تعدم عنده السلع والمتاجر، أو معسراً يعدم ذلك عنده، قاله عيسى، ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع.

ووجه ذلك أن هذا الشرط يمنع وجود النماء غالباً، ويعتمد على اختيار ذلك الرجل المعين؛ لأن له أن يمتنع من مبيعته إلا بما شاء من الثمن الذى لا يرجى بعده ربح.

فرع: فإن وقع، قال ابن نافع: يفسخ ما لم يفت، فإن فات، صحح بما يصح به القراض الفاسد.

(*) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وما أورده من الموطأ.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥٠/٢١.

كتاب القراض ٩٥

مسألة: وكذلك لو شرط عليه أن لا يتجر إلا في حانوت معين. وأما إن شرط عليه أن لا يتجر إلا ببلد معين، فإن كان حيث عقدا القراض، وكان لا يعدم فيه التجارة التي يقصدان لعظم ذلك البلد وكثرة متاجره، فهو جائز، وإن كانت تلك المتاجر تعدم فيه لصغره لم يجز.

فأما إن كان بغير بلد القراض، وإنما شرط عليه أن يخرج إليه، فذلك على ضربين، أحدهما أن يخرج إليه ليتجر به. والثاني: أن يخرج إليه لبيع فيه ما يحمل إليه، ويحلب منه ما يشتري.

فأما الأول، فقال ابن حبيب: هو جائز. ووجه ذلك أنه شرط عليه التجارة ببلد يعلم وجودها به أبداً، كما لو شرط عليه بلد عقد القراض.

وأما الثاني: فاختلف فيه أصحابنا، فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه، وبه قال ابن حبيب.

وروى أبو زيد في ثمانيته عن ابن الماجشون فيمن دفع إلى رجل ألف دينار قراضاً يذهب بها إلى بلد من البلدان بعينه ليشتري بها متاعاً، ويقدم بها إلى المدينة، لا يبيع إلا بها، وشرط ذلك عليه: أن ذلك جائز، وهو قراض الناس، لم أسمع فيه اختلافاً.

وروى أصبغ عن ابن القاسم إجازته فيمن قارض رجلاً على أن يخرج إلى البحيرة أو الفيوم، يشتري بها طعاماً، قيل له فالمكان بعيد مثل برقة وإفريقيه، على أن يخرج إليها يشتري بها، فقال: لا بأس بذلك.

وجه الرواية الأولى أن هذا اشترط على العامل سفرًا بعينه، وربما عدم التجارة والربح فيه لكساد سوق أو انقطاع طريق، فوجب أن لا يجوز كما لو اشترط عليه التجارة في سلعة بعينها.

وجه القول الثاني أن هذا نوع من التجارة، لا يكاد يخلفه التصرف فيه على المعهود، فجاز أن يقصر العامل عليه كالتجارة في البز.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، وَيَشْتَرِطُ عَلَى السَّيِّدِ دَفْعَ إِلَيْهِ الْمَالِ الضَّمَانَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي مَالِهِ غَيْرَ مَا وَضِعَ الْقِرَاضُ

عَلَيْهِ وَمَا مَضَى مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِيهِ، فَإِنْ نَمَّا الْمَالُ عَلَى شَرْطِ الضَّمَانِ كَانَ قَدِ
ازْدَادَ فِي حَقِّهِ مِنَ الرَّيْحِ مِنْ أَجْلِ مَوْضِعِ الضَّمَانِ، وَإِنَّمَا يَقْتَسِمَانِ الرَّيْحَ عَلَى مَا لَوْ
أَعْطَاهُ إِيَّاهُ عَلَى غَيْرِ ضَمَانٍ، وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ لَمْ أَرْ عَلَى الَّذِي أَخَذَهُ ضَمَانًا، لِأَنَّ
شَرْطَ الضَّمَانِ فِي الْقِرَاضِ بَاطِلٌ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن لرب المال إذا شرط الضمان على العامل أن ذلك يقتضى
فساد العقد.

ووجه ذلك أن عقد القراض لا يقتضى ضمان العامل، وإنما يقتضى الأمانة، ولا
خلاف في ذلك، فذلك إذا شرط نقل الضمان عن محلة، بإجماع، اقتضى ذلك فساد
العقد والشرط، فإن ادعى ضياعه أو سرقة صدق، وإن ادعى رده إلى صاحبه، فالقول
قوله مع يمينه، إن كان دفع إلى بغير بينة، وإن كان دفع إليه بينة، لم يبرأ إلا بينة.

مسألة: فإذا دفع القراض على الضمان، وجب فسخه ما لم يفت، فإن فات بطل
الشرط، ورد فيما قد مضى منه ما لا بد في تحصيل رأس المال على هيئته إلى قراض المثل
على ما روى عن مالك في رد جميع القراض الفاسد إلى قراض المثل، وهو معنى قوله:
«وإنما يقتسمان الربح على ما لو أعطاه إياه على غير ضمان».

مسألة: فإن ادعى خسارة وكان وجه ما ادعاه معروفاً، بأن يكون من سافر أو تجر
مثل تجارته، أصابه ذلك أو كان وجهه معروفاً، فهو مصدق، وإن ادعى من ذلك ما لا
يعرف، فروى ابن أيمن عن مالك: أنه ضامن.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَبْتِئَعَ بِهِ إِلَّا
نَخْلًا أَوْ دَوَابًّا لِأَجْلِ أَنْهُ يَطْلُبُ ثَمَرَ النَّخْلِ أَوْ نَسْلَ الدَّوَابِّ وَيَحْبِسُ رِقَابَهَا.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ هَذَا، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِي الْقِرَاضِ إِلَّا أَنْ
يَشْتَرِيَ ذَلِكَ ثُمَّ يَبِيعَهُ كَمَا يُبَاعُ غَيْرُهُ مِنَ السَّلْعِ^(٢).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٥٢/٢١، وقال: السنة المجتمع عليها في القراض أن
البراء في المال من رب المال، وأن الربح بينهما على شرطهما وما خالف السنة، فمردود إليها.
وقد قال عمر بن الخطاب، رضى الله عنه: «ردوا الجهالات إلى السنة».

(٢) قال في الاستذكار ١٥٣/٢١: هذا قول سائر الفقهاء؛ لأن القراض باب مخصوص خارج
عن الإجازات، والبيع، فلا يتجاوز به سنته، ولا يقاس عليه غيره، كما لا يقاس على العرايا=

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشتري به نخلاً يوقف رقابها، ويكون ربحها ثمارها؛ لأن العمل الذى يعامل عليه المقارض، هو التجارة دون السقى، والقيام على النخل، ولا يجوز أن يكون عوضاً عن سقى النخل، والقيام عليها غير مقدرة، وإنما يجوز له أن يكون حصة من ثمرة ذلك النخل كما لا يجوز أن يكون العرض والثمرة عوضاً عن عمل التجارة، وكذلك القيام على الدواب لا يجوز أن يكون العوض عليه جزءاً من نسلها؛ لأنها مما يزكو بغير عمل كالماشية.

ووجه آخر، وهو أنه قد يجد العامل بالرقاب الربح، فيكون ممنوعاً منه، وهو المقصود بالقراض. وفي كتاب محمد والواضحة عن مالك: إذا اشترط رب المال على العامل أن يزرع، مثل ذلك.

قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُقَارِضُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ غُلَامًا يُعِينُهُ بِهِ عَلَى أَنْ يَقُومَ مَعَهُ الْغُلَامُ فِي الْمَالِ إِذَا لَمْ يَعُدْ أَنْ يُعِينَهُ فِي الْمَالِ لَا يُعِينُهُ فِي غَيْرِهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال لا بأس أن يشترط العامل على رب المال إذا كان كثيراً غلاماً يعينه فيه الخدمة دون غيره من الأموال، ولو اشترط خدمة الغلام فيما يخص العامل لم يجز، وإنما ذلك كالمسقاة يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط الكبير الغلام يعينه فى السقى والخدمة.

* * *

القراض فى العروض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يُقَارِضَ أَحَدًا إِلَّا فِي الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنْبَغِي الْمُقَارِضَةُ فِي الْعُرُوضِ؛ لِأَنَّ الْمُقَارِضَةَ فِي الْعُرُوضِ إِنَّمَا تَكُونُ عَلَى أَحَدٍ وَجْهَيْنِ، إِمَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ صَاحِبُ الْعَرْضِ خُذْ هَذَا الْعَرْضَ فَبِعْهُ فَمَا خَرَجَ مِنْ ثَمَنِهِ فَاشْتَرِ بِهِ، وَبِعْ عَلَى وَجْهِ الْقِرَاضِ، فَقَدْ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الْمَالِ فَضْلاً لِنَفْسِهِ مِنْ بَيْعِ سِلْعَتِهِ، وَمَا يَكْفِيهِ مِنْ مَثُونَتِهَا أَوْ يَقُولَ اشْتَرِ بِهِ السَّلْعَةَ وَبِعْ، فَإِذَا فَرَعْتَ فَأَبْتَعْ لِي

=غيرها؛ لأنها سنة، ورخصة مخصوصة من المزابنة خارجة عن أصلها، فلا تقع، ولا تنعقد إلا على سنتها، فإن اشترى النخل للتمر لا للبيع، والدواب للنسل، لا للبيع، لم يصح ذلك، وكان له فيما اشتراه أجرة مثله، وكان الدواب، والنحل لرب المال. انتهى.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥٤/٢١.

مِثْلَ عَرْضِي الَّذِي دَفَعْتُ إِلَيْكَ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ، وَلَعَلَّ صَاحِبَ الْعَرْضِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى الْعَامِلِ فِي زَمَنٍ هُوَ فِيهِ نَافِقٌ كَثِيرُ الثَّمَنِ ثُمَّ يَرُدُّهُ الْعَامِلُ حِينَ يَرُدُّهُ، وَقَدْ رَخِصَ، فَيَشْتَرِيهِ بِثَلْثِ ثَمَنِهِ أَوْ أَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ، فَيَكُونُ الْعَامِلُ قَدْ رَبِحَ نِصْفَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِ الْعَرْضِ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرَّبْحِ أَوْ يَأْخُذَ الْعَرْضَ فِي زَمَانٍ ثَمَنُهُ فِيهِ قَلِيلٌ، فَيَعْمَلُ فِيهِ حَتَّى يَكْثُرَ الْمَالُ فِي يَدَيْهِ ثُمَّ يَغْلُو ذَلِكَ الْعَرْضُ وَيَرْتَفِعُ ثَمَنُهُ حِينَ يَرُدُّهُ، فَيَشْتَرِيهِ بِكُلِّ مَا فِي يَدَيْهِ، فَيَذْهَبُ عَمَلُهُ وَعِلاجُهُ بَاطِلًا، فَهَذَا عَرَّرَ لَا يَصْلُحُ، فَإِنْ جُهِلَ ذَلِكَ حَتَّى يَمْضِيَ نَظِيرَ إِلَى قَدَرِ أَجْرِ الَّذِي دُفِعَ إِلَيْهِ الْقِرَاضُ فِي بَيْعِهِ إِيَّاهُ وَعِلاجِهِ، فَيُعْطَاهُ ثُمَّ يَكُونُ الْمَالُ قِرَاضًا مِنْ يَوْمِ نَضِّ الْمَالِ وَاجْتِمَاعِ عَيْنَا وَيُرَدُّ إِلَى قِرَاضٍ مِثْلِهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا ينبغي القراض إلا بالعين الدنانير والدرهم، وقد تقدم تفسير ذلك، فإن قارضه بعرض، فإن ذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يقول له: بع هذا العرض، فإذا نض ثمنه، فاعمل به قراضًا يكون الثمن رأس المال، فهذا لا يجوز، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: هو جائز.

والدليل على ما نقوله أن هذا شرط مستأنف، فلم يجوز تعليق القراض به؟ أصل ذلك هبوب الرياح ونزول المطر. واستدلال في المسألة، وهو أن هذا قراض وإجارة، فلم يجوز أن يجتمعا في عقد لاختلاف مقتضاهما.

مسألة: والوجه الثاني أن يقول له: خذ هذا العرض على القراض، يكون العرض رأس المال ترد إلى بعد تمام العمل مثله، فما فضل شيء، فهو ربح بيني وبينك، فهذا أيضًا لا يجوز خلافاً لابن أبي ليلى في تجويزه ذلك.

والدليل عليه ما احتج به مالك من الغرر، وهو أنه يجوز أن يأخذ العرض في وقت رخصه، ويرده في وقوت غلاته، فيذهب رب المال بربح المال، أو يأخذه في وقت نفاقه، يرجه في وقت كساده، فيشتريه ببعض رأس المال، ويقاسمه البعض الآخر دون أن ينمي بعمله، ولذلك لم يجوز القراض بما تختلف أسواقه، ويختص ببعض الأوقات نفاقه.

(١) قال في الاستذكار ١٥٦/٢١: قد بين مالك، رحمه الله، في هذا الباب معنى الكراهية للقراض بالعروض بيانا شافيا، لا يشكك على من له أدنى تأمل. ولا خلاف بين الفقهاء في أن القراض جائز بالعين من الذهب، والورق. واختلفوا في القرض بالفلوس وبالتقيد. انتهى.

فصل: وقوله: «فإن جهل ذلك حتى يمضى» إلى آخر الفصل يريد في الوجهين جميعاً من كتاب محمد وابن حبيب أنه لما كان القراض لا يجوز إلا بالعين، وجب أن يصحح به عند الفوات، فيكون القراض من وقت صح الثمن، وحصل بيد العامل، وما كان قبل ذلك، فلا يمكن رده إلى القراض الصحيح؛ لأنه لا يصح القراض به لوجه، فكان فيه أجرة المثل، وهذا كما يقول: إن البيع الفاسد يصحح بعد الفوات، ويرد إلى البيع الصحيح، إذا كان المبيع يصح بيعه، فإذا لم يصح بيعه، لم يرد إلى البيع الصحيح.

فرع: وذكر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في ذلك قسماً ثالثاً، وهو إذا أعطاه عرضاً بقيمته، وجعلاً تلك القيمة رأس المال، فقال أبو محمد: يظهر إلى أنه إن كان قصد إلى أن يعمل بالثمن، ويكون ما قوم به رأس المال أنه أجبر في كل شيء؛ لأنها زيادة مشترطة إما للعامل بخلاف القراض بالعرض، فلا يقدر له ثمن قال: وهذا على أصل ابن القاسم. قال القاضي أبو الوليد: وعندى أن هذا الوجه له حكم الوجهين المتقدمين؛ لأنه لو جاز أن يقال في هذا أنه أجبر لا بد أن تكون القيمة فيها زيادة لأحدهما من الآخر؛ لجاز أن يقال ذلك في القراض بنقد؛ لأنه لا بد أن يرد، وقيمه أكثر، فهذه زيادة لرب المال أو يرد وقيمه أقل، فهذه زيادة للعامل.

* * *

الكراء فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَضًا فَاشْتَرَى بِهِ مَتَاعًا فَحَمَلَهُ إِلَى بَلَدِ التُّجَارَةِ، فَبَارَ عَلَيْهِ، وَخَافَ النُّقْصَانَ، إِنْ بَاعَهُ فَتَكَارَى عَلَيْهِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَبَاعَ بِنُقْصَانٍ، فَاعْتَرَقَ الْكِرَاءُ أَصْلَ الْمَالِ كُلَّهُ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ فِيمَا بَاعَ وَقَاءً لِلْكِرَاءِ، فَسَبِيلُهُ ذَلِكَ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الْكِرَاءِ شَيْءٌ بَعْدَ أَصْلِ الْمَالِ كَانَ عَلَى الْعَامِلِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهُ شَيْءٌ يُتَّبَعُ بِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالتُّجَارَةِ فِي مَالِهِ، فَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يُتَّبَعَهُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ يُتَّبَعُ بِهِ رَبُّ الْمَالِ لَكَانَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي قَارَضَهُ فِيهِ، فَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يَحْمِلَ ذَلِكَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ (١).

(١) قال فى الاستذكار ١٥٧/٢١: لست أعلم فيما ذكره مالك خلافاً، وهو أصل، وإجماع. ومذهب مالك فى العامل يشتري من مال المضاربة شيئاً، ثم ينفق من ماله من كراء، أو صبغ أنه يرجع بالكراء، ولا ربح فيه. وهذا قوله، وقول أكثر أصحابه.

١٠٠ كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال لأن رب المال أطلق يد العامل من ماله على رأس مال القراض دون غيره، فكل ما عمل فيه العامل من عمل على وجه النظر، عاد ذلك بخسران أو ربح، فإنه يلزمه فيه دون سائر أمواله، فإن لحق العامل بعد ذلك غرم بسبب مال القراض، فهو ملتزم متعد في التزامه، فكان عليه غرمه.

* * *

التعدى فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ، فَرَبِحَ ثُمَّ اشْتَرَى مِنْ رِبْحِ الْمَالِ أَوْ مِنْ جُمْلَتِهِ جَارِيَةً، فَوَطَّئَهَا، فَحَمَلَتْ مِنْهُ؛ ثُمَّ نَقَصَ الْمَالُ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أَخَذَتْ قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ مِنْ مَالِهِ، فَيَجْبَرُ بِهِ الْمَالُ، فَإِنْ كَانَ فَضْلٌ بَعْدَ وِفَاءِ الْمَالِ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى الْقِرَاضِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَفَاءٌ، بَاعَتْ الْجَارِيَةُ حَتَّى يُجْبَرَ الْمَالُ مِنْ ثَمَنِهَا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من اتباع جارية من مال القراض، فوطئها، فحملت منه، فإن كان له مال أخذت منه قيمتها، ولا فرق في هذا بين أن يبتاعها من مال القراض على وجه الاستيلاء، وبين أن يكون بيده جارية من مال القراض، فيطؤها، فتحمل منه، قاله ابن حبيب.

واختلف أصحابنا فى القيمة التى تلزمه بذلك، ففى كتاب محمد: يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الوطاء. وقول ابن حبيب: يلزمه الأكثر من قيمتها أو ثمنها يوم الوطاء.

وجه القول الأول أنه إنما تعدى عليها بالوطء، وبه فأتت، فلزمته قيمتها يوم وطئها. ووجه قول محمد أن رب المال لو أدركها قبل الحمل، لم يمنعها الوطاء من أخذها منه وردها إلى القراض، فإذا فأتت بالحمل بعد ذلك، وهو الذى يمنع ردها إلى القراض، وكانت قيمتها يوم الحمل أكثر، لزمته قيمتها يوم الحمل.

وإن كانت قيمتها يوم الوطاء أكثر، لزمته قيمتها يوم الوطاء؛ لأنه وقت ابتداء التفويت فيها، والوطء كان سبب فواتها، وإن كان ثمنها أكثر، لزمه ذلك، لأن الثمن أتلف بالتعدى، وقد رضى بضمانه حين وطئها، وكان ذلك بمنزلة ما لوتسلف ثمنها.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٦٧.

كتاب القراض ١٠١

مسألة: وإن كان عبدًا، فتعدى على جارية من القراض، فوطئها، فحملت، كان صاحب المال مخيرًا بين أن يضمها له، ويتبعه بقيمتها في ذمته، والقيمة في ذلك يوم الوطاء، وليس له من قيمة ولدها، ولا مما نقصها الوطاء شيء، وبين أن تباع عليه جميعًا، إن لم يكن في المال ربح أو حصته منها إن كان في المال ربح.

فإن نقص ثمن ما يبيع منها من ذلك النصيب الذي يبعث عن قيمتها يوم الوطاء، اتبعته بذلك النقصان بنصيبه من قيمة الولد، وإن شاء بنصيبه منها، واتبعه بما يصيبه من قيمة الولد، وهذا على ما اختاره ابن القاسم.

وأما على اختيار أشهب، فإنه من ضمن قيمة أمته بالوطء من شريك أو مقارض، فإنه لا شيء عليه من قيمة ولدها.

وجه قول ابن القاسم أن القيمة إنما يحكم بها عليه يوم الحكم، فما كان فيها من ولد قبل ذلك، فهو لصاحب المال.

وجه قول أشهب أن القيمة إنما تكون يوم الوطاء، فيجب أن يسقط فيها ما كان من ثمن بعد ذلك، فراعى ابن القاسم يوم التقويم، وراعى أشهب يوم القيمة، والله أعلم.

مسألة: فإن كان معدماً، وتسلف من مال القراض، فاشتري جارية، فأحبها، فالذي قاله مالك أن رب المال مخير بين أن يميز له ذلك، وبين أن تباع له في المال الذي تسلف. وروى ابن القاسم أنه يتبع ذمته في العدم بقيمتها ولا تباع.

وجه الرواية الأولى أن هذا دفع المال إليه على وجه التنمية لرب المال، فليس له أن ينفرد بالانتفاع به. أصل ذلك إذا أضع معه مالا يشتري به ما وجد له، فاشتري به جارية، فأحبها، أو ثوبًا يختص به.

وجه الرواية الثانية أنه إنما استسلف عينًا، وعليها وقع تعديه، فكان ما اشترى فيه للمتعدى لاسيما وقد تسبب بجرمة العتق، فإذا لزمته القيمة، فلم أمنع صاحب المال من عوضه؛ لأنه لم يدفع إليه المال ليشتري به جارية، وإنما دفعه إليه ليطلب الربح، فإذا حكمت له بالقيمة، فقد مضى له بحصته من الربح، ولو اشترى المودع بالوديعة جارية، فحملت منه، فلا تباع عليه في يسر ولا عسر.

والفرق بين الوديعة وبين القراض والبضاعة، أن الوديعة لم توضع عنده للتنمية،

١٠٢ كتاب القراض
فيكون قد قصد إلى إبطال غرض صاحبها عنها، وإنما جعلت عنده للحفظ، وتسلفها لا ينافي حفظها على قول مالك؛ لأن للمودع أن يتسلفها، والوديعة والقراض إنما دفعا إليه للتنمية، فإذا تسلفها، فقد قصد إلى إبطال غرض صاحب المال منها، فلم يكن له ذلك، يبين ذلك أنه لو ابتاع بمال القراض أو البضاعة ثوباً لنفسه، لم يكن أحق به من رب المال، ولو ابتاع بالوديعة ثوباً لنفسه، كان أحق به من رب المال، والله أعلم.

مسألة: فإن وطء العامل جارية من المال القراض، فلم تحمل، أو تسلف من مال القراض، فاشترى جارية فوطئها، فلم تحمل، فإن كانت عينا، فرب المال مخير بين أن يضمه قيمتها وبين أن يتركه، قاله مالك في الذي تسلف من مال القراض، فاشترى به جارية. ومعنى ذلك أنه يضمه قيمتها يوم الوطء أو يلزمه إياها بالثمن.

ووجه ذلك أن صاحب المال لو أدركها قبل الوطء، لكان له ردها إلى مال القراض، فلما فاتت بالوطء، لم يكن له ذلك، وكان له أن يلزمه القيمة يوم الفوت أو يسوغ الاستسلاف، فيطالب بالثمن، فإن كان معسراً، فالذي روى ابن القاسم عن مالك أنها تباع فيما لزمه من القيمة.

ووجه ذلك أنه قد فات استرجاعها إلى مال القراض بالوطء لما له في ذلك من الشبهة التي أسقطت الحد لما في ذلك من إعارة الفروج، ولم يفت بيعها عليه، فلصاحب المال أن يبيعها عليه فيما لزمه من القيمة، أو يؤخر ذلك عليه أو يطالبه بالثمن عاجلاً يبيعها به أو مؤجلاً يتبعه به، وهذا حكم البضاعة إذا ابتاع بها، فوطئها، فإنه يفوت بالوطء ردها إلى البضاعة، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَضًا، فَتَعَدَّى فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً وَزَادَ فِي ثَمَنِهَا مِنْ عِنْدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: صَاحِبُ الْمَالِ بِالْخِيَارِ إِنْ بَاعَ السِّلْعَةَ بِرِبْحٍ أَوْ وَضِيعَةٍ أَوْ لَمْ تَبْعَ إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ السِّلْعَةَ أَخَذَهَا وَقَضَاهُ مَا أَسْلَفَهُ فِيهَا، وَإِنْ أَبِي كَانَ الْمُقَارِضُ شَرِيكًا لَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فِي النَّمَاءِ وَالنَّقْصَانِ بِحِسَابِ مَا زَادَ الْعَامِلُ فِيهَا مِنْ عِنْدِهِ^(١).

(١) قال في الاستذكار ١٦٤/٢١: هذا قول الشافعي، وأبي حنيفة إن أقر رب المال بالزيادة، أو أقيمت بذلك بينة. وأما مالك، فالعامل مصدق عنده أبداً، إذا جاء بما نسيه. وروى ابن القاسم عن مالك أنه قال: لا بأس أن يخلط المال القراض بماله، يكون به شريكاً.

كتاب القراض ١٠٣

الشرح: قوله: «إذا تعدى، فاشترى به سلعة، وزاد في ثمنها» يقتضى أنه فعل ما لا يجوز فعله، والشراء بأكثر من رأس مال القراض يقع على أربعة أوجه، منها ما هو نقد، ومنها ما ليس بنقد، أحدهما: أن يكون بيده مال لنفسه أو لغيره، وغير صاحب مال القراض، فيريد أن يشرك بين المالين، فهذا ليس بمتعد فيه، وهو جائز بغير إذن رب المال، ولا اشتراط حين عقد القراض.

فإن شرط ذلك حين عقد القراض، فاختلف أصحابنا فيه، ففي المدونة عن ابن القاسم، المنع منه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم، إجازته إذا شرط رب المال على العامل، قاله مالك وقال أشهب: ما لم يقصد فيه استقرار الربح لقلّة مال القراض، وكثرة المال الآخر.

وجه ما في المدونة ما احتج به ابن القاسم من أن رب المال يشترط في ذلك استقرار الربح بمال العامل، والانتفاع به؛ لأن التجارة بكثرة المال أشد تأتياً والأرباح أغزر وأمكن، وإذا منع من ذلك صاحب المال، وجب أن يكون يمنع العقد وجوده فيه.

ووجه الرواية الثانية أن اشتراط رب المال له لا تهمة فيه؛ لأنه لا يأخذ إلا بربح ماله.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أن اشتراط رب المال لا تهمة فيه؛ لأنه لا يأخذ إلا بربح ماله النقد من اشتراط العامل له فعلة بغير شرط، فلم يؤثر اشتراطه غير ما يقتضيه العقد.

فرع: فإن قلنا بالمنع من ذلك، وشرط ذلك لرب المال؛ فهل يفسخ أم لا؟ قال أصبغ فيمن أخذ قراضاً: يشترط أن يخلطه بماله أو على إن شاء خلطه بغير شرط الأول أشد، فإن فعلاً لم يفسخ به القراض في الوجهين، وليس بحرام.

- قال ابن القاسم: وإذا أخذ مائة دينار قراضاً، فاشترى سلعة بمئتي دينار نقداً، المائة من عنده، والمائة القراض كان شريكاً في السلعة، ولا خيار لرب المال في أن يدفع إليه المائة الثانية، وإن كانت المائة التي زاد أخذها سلفاً على القراض، فرب المال بالخيار إن شاء أحاز إليه، ودفع إليه ما زاد، وإن شاء لم يجز ذلك، وكان معه شريكاً.

قال أبو عمر: اتفق الشافعي، والليث، وأبو حنيفة في العامل يخلط ماله القراض بغير إذن رب المال أنه ضامن إلا أن يأخذ. قال: إن قيل له: اعمل فيه برأيك، فخلطه لم يضمن. فقال مالك: له أن يخلطه بغير إذن رب المال بماله، وبمال غيره. وهو قول الأوزاعي. وقال مالك: إن دفع إليه الفاعل أن يخلطها الفاعل بألف له، وله في الربح الثلثان، فلا يصلح. رواه ابن القاسم عنه. وروى عنه أشهب أنه لا بأس بها. قال: قال لى مالك: إياك، وهذا التحليط. انتهى.

١٠٤ كتاب القراض

مسألة: والوجه الثانى: أن يسلفه صاحب المال ما يزيده فى ثمن السلعة، فهذا هو متعدد فيه. وقال مالك: إن رب المال بالخيار، يبعث السلعة بربح أو وضعية أو لم تبع، بين أن يأخذ السلعة، ويقتضى ما أسلفه فيها، وبين أن يكون المقارض شريكاً له بحصته من الثمن فى النماء والنقصان، بحسب ما زاد العامل فيها من عند نفسه.

وقال ابن القاسم فى المدونة: إن كان ما أسلفه العامل رب المال صبغ به الثياب أو قصرها، فإن رب المال مخير بين أن يدفع إليه ما أقرضه، فيكون على القراض أو يكون شريكاً بما أدى، ويكون الربح والخسارة بينهما على ذلك.

وقال غير ابن القاسم: رب المال مخير بين أن يدفع إليه ما أدى، فيكون رب المال شريكاً به لمال القراض، فإن كان نماء أو نقص، قصر على قيمة الصبغ ورأس المال أو يكون للعامل فيه أجرة المثل، وبين أن يضمه الثياب التى طرزها وقصرها بماله، وبين أن يكون العامل شريكاً له بقيمة الصبغ من قيمة الثياب.

وجه قول ابن القاسم، أن العامل لما صرف ما صبغ به، وقصر فى مال القراض، كان الظاهر أنه إنما أسلفه رب المال ليلحقه بالقراض، فإن رضى ذلك رب المال كان من جملة القراض، وإن رد ذلك عليه كان العامل شريكاً له؛ لأنه إنما أنفقه وصرفه على وجه التجارة وطلب الربح فيه، وليس له أن يضمه الثياب؛ لأنه لم يتعد فيها بل عمل فيها ما كان له أن يعمل.

ووجه قول الغير، أن العامل إذا أسلف رب المال، وقبض صاحب المال السلف، كان بمنزلة أن يكون رب المال دفع ذلك المال الذى طرز به وصبغ من عنده، ولو فعل ذلك لكان شريكاً به لمال القراض؛ لأنه لم يأذن له فى أن يلحقه بالقراض، وإنما يكون للعامل فى ذلك أجر مثله، وإن أبى رب المال من قبول السلف، جاز له أن يضمه الثياب؛ لأنه قد تعدى بخلط ماله بمال القراض بعد الشراء به، فى وقت لا يجوز له خلط ماله به.

مسألة: فإن كان ما أسلفه أكثرى به على مال القراض، فإن العامل لا يكون به شريكاً، وإن ذلك له دين فى مال القراض، فإن لم يبق من مال القراض شىء، فلا شىء له.

ووجه ذلك ما احتج به ابن القاسم أن الصبغ يحسب فى رأس المال، وله حظ من الربح لمن باع مرابحة، والكرء لا يحسب له ربح؛ لأنه غير سلعة قائمة فى البز، وإنما يكون شريكاً بالسلعة القائمة.

فرع: فإذا أضاف إلى مال القراض ما يكون به شريكاً كالصبغ والقصار، فذهب المال إلى قدر ما أضاف إليه، فإنه لا يكون له منه إلا بقدر حصته، وإن كان ما أضافه إليه لا يكون به شريكاً كالكرء، فتلف المال إلا بقدر الكراء، فإنه أحق به، قاله ابن المواز. ووجه ذلك أن ثمن الصبغ والقصار، هو به شريك، والكرء سلف.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أن له أخذه من مال القراض؛ لأنه قضى عنه ما لزمه كمن قضى عن غيره بغير أمره، فيكون له ذلك في مال القراض.

مسألة: والوجه الثالث: أن يقرض مال القراض. والوجه الرابع: أن ينفق، ولم يقصد شيئاً من ذلك.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالاً قِرَاضًا، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ، فَعَمِلَ فِيهِ قِرَاضًا بغيرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ: إِنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ، إِنْ نَقَصَ، فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ، وَإِنْ رَبِحَ فَلِصَاحِبِ الْمَالِ شَرْطُهُ مِنَ الرَّبْحِ، ثُمَّ يَكُونُ لِلَّذِي عَمِلَ شَرْطُهُ بِمَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من دفع إلى رجل مالا قراضا، ثم دفعه العامل إلى رجل آخر، فعمل فيه على القراض دون إذن صاحب المال، فإنه لا يجوز أن يدفعه إليه، وهو على حاله لم ينقص، ولم يزد أو يدفعه إليه، وقد دخله زيادة أو نقص، فإن دفعة إليه، وهو على حاله، فدخله نقص بيد الثاني، فالأول ضامن؛ لأنه متعد في دفع المال إلى غيره، فلزمه الضمان بذلك التعدي.

مسألة: فإن كان ماله غير ما كان عليه، فلا يخلو أن يكون دخله زيادة أو نقص، فإن دخلته زيادة، وكان أعطاه على مثل ما أخذه عليه من القراض، فإن صاحب المال يقاسم العامل الثاني، على حسب ما كان يقاسم عليه الأول، ثم يأخذ العامل الأول من الثاني ما كان يأخذ من المال لو قاسم صاحبه يوم دفعه إلى الثاني، ويكون رأس المال عند الثاني ما دفعه إليه الأول من المال وربحه، ويكون للعامل الأول نصيبه من الربح الذي ظهر عنده، وأسلمه إلى العامل الثاني.

مسألة: ولو دخل المال نقص بيد العامل الأول، ثم أخذه الثاني على مثل ذلك الربح، فربح، فعند ابن القاسم، أن رأس المال بيد الثاني ما كان رأس المال عند الأول، وعند الغير، أن رأس المال هو ما صار إلى العامل الثاني من المال.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٦٥/٢١.

١٠٦ كتاب القراض

وذلك مثل أن يكون رأس المال ثمانين، فيضيع منه عند العامل الأول أربعون، ويدفع إلى العامل الثاني أربعين، فصارت بعمل الثاني مائة، فقد قال ابن القاسم في المدونة: إن صاحب المال يأخذ رأس ماله ونصف ما بقى باسم الربح، وذلك عشرة، ويأخذ العامل الثاني العشرة الباقية، ويرجع على العامل الأول ببقية ماله من الربح؛ لأن الربح فى حقه ستون له منها النصف، وذلك ثلاثون.

قال سحنون: وقال غيره: بل رأس المال ما بيد العامل، وذلك أربعون، ثم يأخذ نصف الربح، وذلك ثلاثون، ثم يرجع صاحب المال على العامل الأول، وإن كان أتلف الأربعين بعد أخذها منه، فيكمل له مائة وعشرة، وإن كانت تلفت بغير نقد رجح عليه بعشرين، وقد أخذ سبعين، فيكمل عنده رأس ماله، وربحه تسعين.

ووجه قول ابن القاسم أن أصل المال وربحه على ملك صاحب المال، فهو أحق به من العامل حتى يستوفى رأس ماله وربحه على ما أعطاه عليه، ويد العامل ليست بيد تملك، ولا مسلم إليها بحق، بل إنما صار إليه المال بالتعدى، وهو مقر بأصل المال، وإن كان أتلف الأربعين منه وربحه لصاحبه.

وهذا هو الظاهر من قول مالك فى الأصل أن لصاحب المال شرطه من الربح، ثم يكون للذى عمل شرطه بما بقى من المال، فجعل صاحب المال مقدماً بأخذ ماله بأصل عقد القراض، وما شرطه فيه، ثم يأخذ بعده العامل للثاني؛ لأن «ثم» للترتيب، والله أعلم.

ووجه قول الغير، أن المال بيد العامل الثاني على وجه القراض، فكان أحق بما يدعيه من ربحه كما لو اختلف العامل وصاحب المال فى الربح، فإن القول قول العامل، والله أعلم.

مسألة: فإن أخذ المال العامل الثاني على غير الجزء الذى أخذه عليه العامل الأول، وذلك مثل أن يأخذه الأول على النصف، فيدفعه إلى الثاني على الثلثين، فى المدونة، قال ابن القاسم: هو ضامن عند مالك.

فإن ربح الثاني، فرب المال أولى بثلثى الربح بجميع نصف الربح، وللعامل الثاني النصف، ثم يرجع على العامل الأول بالسدس الذى بقى له، ويجيء على قول الغير، أن العامل الثاني أولى بثلثى الربح، ثم يرجع صاحب المال على العامل الأول بتمام ما يجب له من الربح، والله أعلم.

كتاب القراض ١٠٧

فصل: وقوله: «إن ربح، فلصاحب المال شرطه من الربح» يريد أنه أولى به من العاملين على ما تقدم.

وقوله: «ثم يكون للذي عمل شرطه مما بقى من المال» يريد أنه إنما يأخذ بعد استيفاء صاحب المال ما شرطه، فيأخذ هذا ما شرط أيضاً من باقى المال، وذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يكون فى المال ربح من تجارته، فيأخذه، وهذا إنما يكون إذا قبض للثانى رأس المال كاملاً، فتكون «من» فى قوله: «مما بقى» زائدة.

والوجه الثانى أن يكون أخذه، وفيه نماء وتجارة الأول، فيأخذ الثانى ماله من الربح الذى ربحه من جملة الربح الذى له وللعامل الأول، فتكون «من» فى قوله: «مما بقى» للتبعيض.

وأما لو أخذه الثانى من الأول، وقد نقص عن رأس المال لما كان فيما بقى ما تستوفى منه حصته من الربح، ويرجع بما بقى من حصته على العامل الأول، وباللّه التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ تَعَدَّى، فَتَسَلَّفَ مِمَّا بِيَدَيْهِ مِنَ الْقِرَاضِ مَالًا، فَأَبْتَاغَ بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ رَبِحَ، فَالرَّبْحُ عَلَى شَرْطِهِمَا فِي الْقِرَاضِ، وَإِنْ نَقَصَ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلنَّقْصَانِ.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَاسْتَسَلَّفَ مِنْهُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ الْمَالَ مَالًا، وَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ: إِنْ صَاحِبَ الْمَالَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ شَرِكُهُ فِي السِّلْعَةِ عَلَى قِرَاضِهَا، وَإِنْ شَاءَ خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، وَأَخَذَ مِنْهُ رَأْسَ الْمَالِ كُلَّهُ، وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِكُلِّ مَنْ تَعَدَّى (١).

الشرح: وهذا كما قال أن من أخذ مالا على وجه القراض، فتعدى ما أمر به، واستسلف لينفرد بربحه، فإن ذلك لا يخلو من أن يظهر عليه قبل أن يبيع ما اشتراه أو بعد ذلك، فإن كان قبل أن يبيعه، فإن الذى دفعه إليه بالخيار بين أن يرده إلى القراض الذى عقده بينهما أو يسلمه إليه، ويضمنه رأس المال، وإن علم بذلك بعد البيع، فإن

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦٧/٢١.

١٠٨ كتاب القراض

كان ربح، فهو بينهما على ما شرطاه من القراض، وإن كان فيه نقص، ضمنه العامل للتعدي.

ووجه ذلك أن من أخذ مالا على وجه التنمية، فليس له أن يصرفه عن ذلك الوجه إلى ما ينفرد بمنفعته؛ لأن ذلك تصرف في مال الغير بغير إذنه، ولا وجه نظر له، فإن فعل، فهو متعد، يكون الدافع بالخيار بين أن يصرفه إلى ذلك الوجه الذى دفعه عليه، وبين أن يمضى له تعدييه، ويضمنه المال، وكذلك المبضع معه.

فصل: وقوله: «فى الذى اشترى السلعة لنفسه أن صاحب المال بالخيار إن شاء تركه وإن شاء خلى بينه وبينها» وهذا كما قال أن من دفع إليه مال على وجه القراض، فتعدى ما أمر به فاستسلفه، واشترى به سلعة ينفرد بها، فإن لصاحب المال أن يتركه فى السلعة.

ومعنى ذلك أن يردها إلى مال القراض، فيكون برمجها بينهما على حكم ما عقدا عليه القراض، وإنما أطلق لفظ الشركة؛ لأن الغالب من صاحب المال أنه لا يرغب فى السلعة إلا إذا كان فيها ربح، وبذلك يكون للعامل فيها شرك.

فصل: وقوله: «وإن شاء خلى بينه وبينها، وأخذ منه رأس ماله» يريد أنه يلزمه إياها، ويضمنه ثمنها، وهو رأس ماله فيها، ويكون أخذ منه بأن يجعله مع مال القراض، ويكون بأن ينزع منه مال القراض، إن كانت السلعة جميع مال القراض؛ لأنه إذا أغرمه الثمن صار عينا، فكان له أخذ ماله منه، ولو كان معظم مال القراض عروضا، لم يكن له أخذ ذلك منه حتى يتم عمله فيه.

* * *

ما يجوز من النفقة فى القراض

قال يحيى: قال مالك فى رجل دفع إلى رجل مالا قراضا: إنه إذا كان المال كثيرا يحمله النفقة، فإذا شخص فيه العامل، فإن له أن يأكل منه، ويكتسى بالمعروف من قدر المال، ويستأجر من المال، إذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته، ومن الأعمال أعمال لا يعملها الذى يأخذ المال وليس مثله يعملها من ذلك تقاضى الدين، ونقل المتاع وشده، وأشباه ذلك، فله أن يستأجر من المال من يكفيه ذلك، وليس للمقارض أن يستنفق من المال، ولا يكتسى منه

كتاب القراض ١٠٩
مَا كَانَ مُقِيمًا فِي أَهْلِهِ، إِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ النَّفَقَةُ إِذَا شَخَّصَ فِي الْمَالِ وَكَانَ الْمَالُ
يَحْمِلُ النَّفَقَةَ، فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا يَتَّجِرُ فِي الْمَالِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ مُقِيمٌ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُ
مِنَ الْمَالِ وَلَا كِسْوَةَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من دفع إلى رجل مالاً على وجه القراض، فلا يخلو أن
يكون كثيراً أو قليلاً، فإن كان كثيراً، أو كان يعمل به في الحضر، فلا يخلو أن يكون
في موضع استيطان العامل أو في غير موضع الاستيطان، فإن كان في موضع استيطانه،
فلا نفقة له فيه، ولا كسوة ولا مؤنة؛ لأن مقامه ليس بسبب المال، وإنما هو لموضع
استيطانه، فكانت نفقته عليه، وإن كان في غير موضع استيطانه، وإنما يقيم به للعمل
بالمال، فإن له فيه النفقة والكسوة والمؤنة؛ لأن المال شغله عن الرجوع إلى وطنه،
فأوجب مقامه في غير بلده، قاله ابن القاسم.

مسألة: فإن كان له أهل بذلك البلد، وأهل ببلد آخر مستوطناً للجهتين، فلا نفقة له
ما أقام بالمال في أحد البلدين؛ لأن مقامه بموضع استيطانه، وذلك يمنع أن تكون نفقته
في مال القراض.

وروى ابن البرقي عن أشهب في الذي له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر
إليه، وإن له النفقة في ذهابه ورجوعه، ولا نفقة له مقامه في أحد الموضعين.

ووجه ذلك أن مسافر السفر ليست بموضع استيطان له، فكانت له فيها النفقة.

مسألة: وإن كانت تجارته في السفر، فلا يخلو أن يكون السفر من أسفار القرب
كالحج والغزو أو من غير أسفار القرب، فإن كان من أسفار القرب، فالذي عليه جمهور
أصحابنا أنه لا نفقة له في مال القراض ذاهباً ولا راجعاً، وإن كان مقصوده التجارة.
وقال ابن المواز: له النفقة فيه ذاهباً وراجعاً.

وجه قول مالك والجماعة أن هذه مسافة تقطع على وجه البر والقربة، فيجب أن
يخلص لذلك، وإن كان القصد والغرض فيه، لم يجز أن تكون نفقته في مال القراض؛
لأن السفر لسبب غيره، فإنه لا تجب النفقة فيه، وإن كان الخروج له كالسفر إلى موضع
الاستيطان.

ووجه ما قاله ابن المواز قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ
رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]، قال أهل التفسير: معناه التجارة في الحج.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦٩.

١١٠ كتاب القراض

ومن جهة المعنى أن هذا سفر مقصده بمال القراض إلى موضع غير استيطان، فكانت نفقته في كثيره كما لو أراد سفرًا مع السفر للقراض.

مسألة: فإن لم يكن السفر من أسفار القرية إلا أنه أراد حاجة من تجارة أو غيرها في بلد، فلما تجهز أعطاه رجل مالا قراضًا، فأراد أن يسافر معه، فهل له نفقة في مال القراض أو لا؟ روى ابن القاسم عن مالك: له نفقته في مال القراض.

وروى ابن عبدالحكم: لا نفقة له فيه، واختاره ابن المواز.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا مال حصلت تميمته بسفر عرا عن القرية، والتوجه إلى الوطن، فكانت نفقة العامل فيه كما لو سافر إلى أهله.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن عبدالحكم، إن سفره لم يكن سبب هذا المال، فلم تكن نفقة العامل فيه كما لو سافر إلى أهله.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فكيف تكون له النفقة، ينظر، فإن كان أراد الخروج بمال للتجارة له أو لغيره، فإن نفقته على المالكين جميعًا، وإن أراد الخروج لحاجة نظر إلى قدر نفقته في طريقه، فإن كانت مائة، وكان مال القراض تسعمائة، فإن على مال القراض من نفقته تسعة أعشارها وعليه عشرها.

مسألة: وإن سافر بمال القراض إلى بلد هو به مستوطن، فلا نفقة له في الذهاب وله النفقة في الإياب.

وجه ذلك أن غرضه في الذهاب إلى أهله منعه النفقة من مال القراض ولا غرض له في رجوعه إلا تنمية المال، فكانت نفقته فيه، وليس كذلك السفر إلى الغزو، فإنه غرضه في الذهاب الغزو وغرضه في الرجوع الخروج من بلد الكفر، فمنع ذلك النفقة.

وقد روى ابن البرقي عن أشهب فيمن له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر، أن له النفقة في ذهابه ورجوعه، ولا نفقة له في مقامه في الموضعين، والذي قاله مالك: لا نفقة له في الذهاب ولا الإياب. وجه قول أشهب قد تقدم.

مسألة: ولا يخلو أن يكون السفر بعيدًا أو قريبًا، فإن كان السفر بالمال قريبًا مثل دمياط في مثل من يخرج لشراء صوف أو سمن، إلا أن يكون ممن يريد المقام لشراء الحبوب وغيرها الشهرين والثلاثة، فإنه ذلك سفر، وإن قرب المكان، فإنه يأكل ويكتسى، فروى عيسى عن ابن القاسم: أنه يأكل ولا يكتسى. ورواه ابن حبيب عن مالك: وقد يكترى منه مراكبًا.

كتاب القراض ١١١

ووجه ذلك أن النفقات التي تختص لقريب المدد، يلزم هذا السفر لقربه كالأكل والركوب، فإن هذه المعاني يحتاج إليها في قريب السفر لقصر مدته؛ لأنه لا يشتري كسوة ليوم ولا ليومين.

مسألة: وإن كان السفر بعيداً، فللعامل في مال القراض مؤنته المعتادة من نفقته، وكسوته، وكراء مسكن، ودخول حمام، وحجامة، وحلق رأس، وغسل ثوب، وغير ذلك من الأمور المعتادة التي لا ينفك عنها الإنسان، رواه أشهب عن مالك في الحجامة والحمام. وقال أبو حنيفة: ليس له أن ينفق في حجامة وحمام.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا مما لا ينفك عنه مسافر في حضر، فكان ذلك من مال القراض. أصله ما يأكل ويكتسى به. وأما الدواء، فليس في مال القراض؛ لأنه من الأمور التي لا تسعمل على معتاد العادة، وإنما تستعمل على وجه الضرورة والحاجة التي ليست بمعتادة.

مسألة: ونفقته في ذلك على قدر حاله وحال المال؛ لأن هذه نفقة يعتبر فيها كثرة المال وقتله، فوجب أن يعتبر فيها حال من ينفق عليه كنفقة الزوجات. وأما الكسوة، فإن الذي يلزم مال القراض من كسوة العامل كسوة مثله في مقامه وسفره.

وقال القاضي أبو محمد: إن الذي له من الكسوة التي لولا الخروج بالمال لم يحتاج إليها، والأول أصح؛ لأن ما قاله يبطل بالنفقة للأكل والشرب؛ لأن هذا مما لا يدخله عليه السفر بالمال ومع ذلك، فإنه يجب له في المال.

فرع: وكم مبلغ المال الكثير، روى ابن المواز عن مالك في القراض والبضاعة خمسين ديناراً أو أربعين، أن نفقة العامل والمبضع معه وكسوتهما في بعيد السفر، وفي السفر القريب، نفقته دون كسوته.

مسألة: فإن كان المال يسيراً لا يحتمل مؤنة العامل فيه، فقد قال مالك: ليس للعامل فيه نفقة، ولا كسوة في بعيد السفر ولا قريبه.

ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل النفقة، ولا يقصد بسببه السفر.

مسألة: فإن شرط رب المال على العامل أن لا ينفق من المال الذي يحتمل النفقة في سفر بعيد، ففي كتاب محمد عن مالك: لا يجوز. قال ابن القاسم: فإن وقع، فهو أجير.

ووجه ذلك أن صاحب المال اشترط زيادة لا يقتضيها مطلق عقد القراض، فوجب

أن يفسد القراض كما لو اشترط في ذلك المقدار من الربح لنفسه خالصاً.

فصل: وقوله: «ويستأجر من المال إذا كان كثيراً لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته» يريد إذا كان المال كثيراً، جاز أن يستأجر منه من يعينه على حفظه والقيام به؛ لأن هذا سنة هذا المال في القراض، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ومن الأعمال أعمال لا يعملها الذى يأخذ المال، وليس مثله يعملها» يريد أن بعض الأعمال لا يعملها المقارض من القصار، والصبغ والخياطة، وإنما جرت العادة أن يعملها الصناع، ومنها ما لا يعملها مثل المقارض، وإن كانت مما يمكن أكثر الناس عملها كالشد والطي والنقل، فمثل هذا يحكم فيه المعتاد المعروف، وقد يكون من العمال من له الحال والمعروف والتعاون، فيحمل على عادته.

فصل: وقوله: «وتقاضى الدين» يريد حقه والمطالبة به. وأما قبضه فهو مما يختص به العامل، ويحتمل أن يريد به قبض الأجير المأمون الدراهم اليسيرة، فيأته بها وما أشبه ذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَخَرَجَ بِهِ وَبِمَالِ نَفْسِهِ، قَالَ: يَجْعَلُ النَّفَقَةَ مِنَ الْقِرَاضِ وَمِنْ مَالِهِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِ الْمَالِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال إذا سافر العامل بمال القراض وبمال آخر، وأنشأ السفر لهما، فإن نفقته ومؤنته عليهما؛ لأن سفره كان بسببهما. وقد اختلف أصحابنا في مطلق عقد القراض، هل يقتضى السفر بالمال، فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك مباح للعامل بمطلق العقد، وبه قال الشافعى، وهى رواية عن أبى حنيفة. وقال ابن حبيب: ليس له ذلك إلا بإذن رب المال. وقد روى ذلك عن أبى حنيفة.

ووجه القول الأول أن اسم العقد مأخوذ منه؛ لأن المضاربة مأخوذة من الضرب فى الأرض، قال الله تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، فإذا كان معنى المضاربة السفر، فمحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة. ومن جهة المعنى أن هذا وجه مقصود من وجوه التنمية. أصل ذلك سائر أنواع التجارة.

ووجه القول الثانى أن هذا مأذون له فى الشراء بعقد جائز، فلم يكن له السفر بمطلق العقد كالوكيل على الشراء.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٧٠/٢١.

كتاب القراض ١١٣

فرع: فإذا قلنا بالقول الأول، فهل يختص ذلك بمقدر من المال، المشهور من مذهب مالك أن ذلك سواء في قليل المال وكثيره. وقال سحنون: أما المال اليسير، فليس له أن يسافر به سفرًا بعيدًا إلا بإذن ربه.

وجه ذلك أن المال اليسير لا يجتمل الإنفاق منه في السفر، فلم يقتض سفرًا ينفق العامل فيه من مال القراض، والله أعلم.

* * *

ما لا يجوز من النفقة في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ مَعَهُ مَالٌ قِرَاضٌ، فَهُوَ يَسْتَنْفِقُ مِنْهُ وَيَكْتَسِبُ: إِنَّهُ لَا يَهَبُ مِنْهُ شَيْئًا، وَلَا يُعْطَى مِنْهُ سَائِلًا وَلَا غَيْرَهُ، وَلَا يُكَافَى فِيهِ أَحَدًا، فَأَمَّا إِنْ اجْتَمَعَ هُوَ وَقَوْمٌ فَجَاءُوا بِطَعَامٍ، وَجَاءَ هُوَ بِطَعَامٍ، فَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ وَاسِعًا، إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدْ أَنْ يَتَفَضَّلَ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ تَعَمَّدَ ذَلِكَ أَوْ مَا يُشْبِهُهُ بغيرِ إِذْنِ صَاحِبِ الْمَالِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلَلَ ذَلِكَ مِنْ رَبِّ الْمَالِ، فَإِنْ حَلَّ ذَلِكَ، فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يُحْلَلَهُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُكَافِئَهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ، إِنْ كَانَ ذَلِكَ شَيْئًا لَهُ مُكَافَأَةٌ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من كانت نفقته وكسوته في مال القراض، فليس له أن يتعدى ذلك إلى الهبة منه والتفضل على الناس.

وأما قوله: «ولا يعطى منه سائلا ولا غيره» فيحتمل أن يريد بذلك أنه لا يعطى منه من سأل الدراهم والنياب. وأما أن يعطى منه الكسوة والقطعة للسائل الراضى بالدون المتكفف للناس، فلا بأس بذلك.

فصل: وقوله: «فأما إن اجتمع هو وقوم، فجاءوا بطعام، وجاء هو بطعام، فأرجو أن يكون ذلك واسعًا، إذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم» يريد أن يفعل هو وأصحابه ورفقاؤه وما جرت به عادة الرفقاء أن يتخارجوه في النفقات، فيخرج كل إنسان منهم بقدر ما يتعاون فيه، ثم ينفقون منه في طعامهم وغير ذلك مما تشملهم الحاجة إليه، فإن ذلك جائز.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٧٢/٢١، وقال: هذا الباب ليس فيه اختلاف، والأصل المجتمع عليه أن المال القراض لم يعطه العامل ليهبه، ولا ليتصدق به، ولا ليتلفه، وإنما أعطيه ليثمره، ويطلب فيه الربح والنماء، ولا يعرضه للهلاك والتوى، وهذا ما لا اختلاف فيه بين العلماء.

وإن كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم في يوم دون رفقائه؛ لأن ذلك مما تدعو الحاجة إليه في السفر؛ لأن انفراد كل إنسان منهم يتولى طعامه يشق عليه، ويشغله عما هو بسببه من أمر سفره.

فإذا ترافق جماعة، تولى كل إنسان منهم من العمل لنفسه وإصحابه ما يرتفق به الجماعة، وعلى ذلك كان الصحابة، وعمل المسلمين إلى هلم جراً، لا يعد ذلك تفضلاً من بعضهم على بعض، وكذلك أن ما يرتفق به الجماعة جاء كل واحد منهم بطعام، فأكلوا جميعاً في سفرهم، وإن كان بعض ذلك أكثر بعض.

ولا يعد ذلك تفضلاً من العامل إذا كان من الأمر المعروف، وإنما يكون تفضلاً إذا أتى بأمر يستنكر من ذلك، ويخرج عن العادة، فهذا لا يجوز للعامل فعله؛ لأنه ليس فيه تنمية لمال التجارة، فإن فعل شيئاً من ذلك وجب عليه أن يتحلل من صاحب المال إما بأن يجعله في حل ويمضى فعله. وإما بأن يحتسب بقدر التفضل على نفسه.

* * *

الدين في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَضًا، فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، ثُمَّ بَاعَ السِّلْعَةَ بِدَيْنٍ، فَرَبِحَ فِي الْمَالِ، ثُمَّ هَلَكَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْمَالَ، قَالَ: إِنْ أَرَادَ وَرَثَتُهُ أَنْ يَقْبِضُوا ذَلِكَ الْمَالَ، وَهُمْ عَلَى شَرْطِ أَبِيهِمْ مِنَ الرَّبْحِ، فَذَلِكَ لَهُمْ إِذَا كَانُوا أُمَّنَاءَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ كَرِهُوا أَنْ يَقْتَضُوهُ وَحَلُّوا بَيْنَ صَاحِبِ الْمَالِ وَبَيْنَهُ، لَمْ يُكَلَّفُوا أَنْ يَقْتَضُوهُ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ، وَلَا شَيْءَ لَهُمْ إِذَا أَسْلَمُوهُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ، فَإِنْ اقْتَضُوهُ فَلَهُمْ فِيهِ مِنَ الشَّرْطِ وَالنَّفَقَةِ مِثْلُ مَا كَانَ لِأَبِيهِمْ فِي ذَلِكَ، هُمْ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا أُمَّنَاءَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّ لَهُمْ أَنْ يَأْتُوا بِأَمِينٍ ثِقَةٍ، فَيَقْتَضَى ذَلِكَ الْمَالَ، فَإِذَا اقْتَضَى جَمِيعَ الْمَالِ وَجَمِيعَ الرَّبْحِ، كَانُوا فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِمْ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن العامل إذا توفي بعد أن يشغل مال القراض، فإن حق عمله فيه يكون لورثته، فليس لرب المال أن ينتزعه من ورثته بعد ذلك؛ لأن ذلك حق لهم في المال انتقل إليهم عن موروثهم.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٧١.

كتاب القراض ١١٥

مسألة: وشغل المال أن يشتري بجميعة أو بالأكثر منه، فليس لصاحب المال بعد ذلك أن يأخذه من ورثته إن أرادوا العمل فيه إلا بعد أن يعملوا فيه بمقدار ما كان لموروثهم؛ لأنهم قد حلوا محله.

مسألة: فأما إذا اشترى به زاده وكسوته أو اكترى راحلة ليسافر، ثم توفى ميل أن يسافر، فإن لرب المال أن يأخذ ماله، ويأخذ ما ابتاع من نفقة وكسوة، ولا رجوع له في مال الميت إن دخل ذلك نقص عما ابتاعه به، وليس للورثة أن يقولوا: لا بد أن نعمل فيه؛ لأن موروثهم لو كان حيًا، لم يكن له ذلك؛ لأن حقه لم يتعلق بعدمه.

مسألة: وأما إن سافر به، ولم يبتع به شيئًا، فروى ابن المواز: لرب المال إن مات، وقد سافر العامل بمال، فليس للوارث انتزاعه منه، وإن التزم نفقته.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية: أن العامل إذا أشخص بالمال، ثم أخذه منه صاحب المال، أن نفقته في الرجوع على رب المال، فعلى رواية محمد أن السفر عمل في مال القراض. وعلى رواية أبي زيد، ليس ذلك بعمل.

وجه القول الأول أن التجارة عمل مقصود وتصرف معتاد للتجارة، فمنع أخذ مال القراض كالشراء والبيع.

ووجه القول الثاني أن المال باق على حاله لم يتغير، فكان لرب المال أخذه. أصله إذا لم يسافر.

فصل: وقوله: «إذا اشترى سلعة، فباعها بربح» يريد أن صاحب المال أذن في البيع بالدين؛ لأن صاحب المال يجوز له أن يأذن في أن يبيع بالدين والعرض، ولا يجوز أن يأذن له أن يبتاع بدين عليه.

ووجه ذلك أنه إذا باع بدين لم تخرج تجارته عن مال القراض، وإذا اشترى بدين خرج عمله عن مال القراض، فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض بزيادة يزدادها على العامل.

مسألة: وليس للعامل أن يبيع بنسيئة إلا بإذن رب المال خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ذلك بمطلق العقد.

ودليلنا على صحة ما نقوله أن هذا عقد يقتضى الأمر بالبيع والشراء، فلم يقتضى مطلقه الأجل كالوكالة على البيع والشراء.

١١ كتاب القراض

مسألة: فإن شرط البيع بالنسيئة، فهو على ضربين، أحدهما: أن يشترط على العامل، وذلك غير جائز؛ لأنها زيادة عمل على العامل اشترطه رب المال. والثاني: أن يأذن له فيه، فإن ذلك جائز، فإن باع به ثم فسخا القراض، كان على العامل قبض الديون، كان فى المال ربح أو خسارة، وبه قال الشافعى.

قال أبو حنيفة: إن كان فى المال ربح، لزمه قبض الديون، فإن لم يكن فى المال ربح، لم يلزمه ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا دين من مال القراض، فلزم العامل قبضه. أصله إذا كان فى المال ربح.

فصل: وقوله: «ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال» يريد هلك العامل قبل أن يقبض ما باع بالدين، «فإن لورثته أن يقبضوا ذلك المال، ولهم فيه شرط أبيهم» يريد من قدر الربح وغير ذلك من النفقة والكسوة، إن وجب ذلك.

فصل: وقوله: «إذا كانوا أمناء على ذلك» وصفة العامل الذى يرفع المال من الورثة أو من غيرهم، أن يكون مأموناً على مثله عالمًا بالعمل فيه والحفظ له؛ لأن ذلك كله من الصفات المعتبرة فى العامل؛ لأنه إن كان مأموناً، ولم يكن بصيراً بالعمل والتجارة، خسرت فى المال، ولم ينتفع بأمانته.

مسألة: فإن لم يكونوا أمناء، ولم يأتوا بأمين، وأرادوا ترك العمل، لم يكن لهم من ربحه شىء، ولا كان عليهم من خسارته، قليل ولا كثير، ولا كلفوا قبضه ولا صرفه عيناً.

والفرق بينهم وبين العامل إذا شغل المال بسلع، ليس له ترك المال حتى يصيره عيناً، أن العامل قد التزم ذلك، وهؤلاء لم يلتزموا، إنما لهم ما ترك موروثهم من حق، وليس عليهم ما ترك من عمل، ودين العامل ما عليه من الحقوق كما له استيفاء ماله منها، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا عَلَى أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ، فَمَا بَاعَ بِهِ مِنْ دَيْنٍ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ: إِنَّ ذَلِكَ لَارْتِمٌ لَهُ، إِنْ بَاعَ بِدَيْنٍ، فَقَدْ ضَمِنَهُ^(١).

الشرح: وهذا كما قال؛ لأنه إذا اشترط عليه ألا يبيع بالدين، فباع به أنه ضامن، إن

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٧٣/٢١.

كتاب القراض ١١٧
 كانت فيه خسارة؛ لأنه متعدد، وكذلك لو اشترط عليه أن ألا يبيع بالدين، ولم يأذن له
 فيه، وإن كان فيه ربح، فهو بينهما على شرطهما؛ لأن تعديه في بيعه بالدين لا يسقط
 حقه من الربح، والله أعلم.

* * *

البضاعة في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، وَاسْتَسَلَفَ مِنْ
 صَاحِبِ الْمَالِ سَلْفًا أَوْ اسْتَسَلَفَ مِنْهُ صَاحِبُ الْمَالِ سَلْفًا أَوْ أَبْضَعَ مَعَهُ صَاحِبُ
 الْمَالِ بَضَاعَةً يَبِيعُهَا لَهُ أَوْ بَدَنًا يَبِيعُهَا لَهُ بِهَا سِلْعَةً.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ إِنَّمَا أَبْضَعَ مَعَهُ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَالُهُ
 عِنْدَهُ ثُمَّ سَأَلَهُ مِثْلَ ذَلِكَ فَعَلَهُ لِإِخَاءٍ بَيْنَهُمَا أَوْ لِيَسَارَةٍ مَوْتَنَةٍ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَبَى ذَلِكَ
 عَلَيْهِ لَمْ يَنْزِعْ مَالَهُ مِنْهُ أَوْ كَانَ الْعَامِلُ إِنَّمَا اسْتَسَلَفَ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ أَوْ حَمَلَ لَهُ
 بَضَاعَتَهُ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَالُهُ فَعَلَّ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ، وَلَوْ أَبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ
 لَمْ يَرُدُّ عَلَيْهِ مَالَهُ، فَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، وَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهِ
 الْمَعْرُوفِ، وَلَمْ يَكُنْ شَرْطًا فِي أَصْلِ الْقِرَاضِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ دَخَلَ
 ذَلِكَ شَرْطًا أَوْ خِيفَ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ الْعَامِلُ لِصَاحِبِ الْمَالِ؛ لِيُقِرَّ مَالُهُ فِي
 يَدَيْهِ أَوْ إِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ يُمَسِّكُ الْعَامِلُ مَالَهُ وَلَا يَرُدُّهُ عَلَيْهِ، فَإِنْ
 ذَلِكَ لَا يَجُوزُ فِي الْقِرَاضِ، وَهُوَ مِمَّا يَنْهَى عَنْهُ أَهْلُ الْعِلْمِ^(١).

(١) قال في الاستذكار ١٧٧/٢١: ما قاله مالك، رحمه الله، في هذا الباب صحيح واضح؛ لأن
 الأصل المجتمع عليه في القراض أن تكون حصة العامل في الربح معلومة وكذلك حصة رب
 المال من الربح لا تكون أيضا إلا معلومة، فإذا شرط أحدهما على صاحبه بضاعة يحملها له
 ويعمل فيها، فقد ازداد على الحصة المعلومة ما تعود به مجهولة؛ لأن العمل في البضاعة له أجره
 يستحقها العامل، فيها قد ازدادها عليه رب المال، والسلف من كل واحد هو في هذا المعنى إذا
 كان شيء من ذلك مشروطا في أصل عقد القراض، وأما أن تطوع منهما منطوع فلا بأس إذا
 سلم عقد القراض من الفساد. هذا وجه الفقه في هذه المسألة، وما عداه فاستحباب، وورع
 وترك مباح بخوف مواقة المحذور، والله أعلم. وهذا المعنى هو قياس قول الشافعي أيضا،
 والكوفي، وسائر أهل العلم، إن شاء الله.

١١٨ كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال أن من أبضع أحدهما مع صاحبه أو استسلف منه شرط كان في أصل القراض، فإن ذلك غير جائز؛ لأن ذلك زيادة ازدادها في القراض ليست من الربح، فلم يصح ذلك.

فإن فعل ذلك من غير شرط، ولكنه فعله بعد عقد القراض، فلا يخلو أن يكون ذلك بعد عمل في المال أو قبله، فإن كان بعد العمل، وكان ذلك لإخاء بينهما ومودة، فهو جائز، وإن كان لإبقاء القراض واستدامته، فهو من باب الهدنة لإبقاء القراض، وذلك ممنوع.

وإن كان قبل العمل، فروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية في العامل يسافر بمال القراض، فيقول لصاحبه: لا أنفق من مالك: أنه إن كان المال عيناً بعد، فلا يجوز، وإن كان بعد الشراء أو الشخصوس به، فهو جائز؛ لأن المال إذا كان عيناً بعد، ففيه تهمة.

* * *

السلف في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَسْلَفَ رَجُلًا مَالًا ثُمَّ سَأَلَهُ الَّذِي تَسَلَّفَ الْمَالَ أَنْ يُقِرَّهُ عِنْدَهُ قِرَاضًا.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ مِنْهُ ثُمَّ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ قِرَاضًا إِنْ شَاءَ أَوْ يُمَسِّكَهُ^(١).

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ قَدِ اجْتَمَعَ عِنْدَهُ وَسَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَهُ عَلَيْهِ سَلْفًا، قَالَ: لَا أَحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ مِنْهُ مَالَهُ ثُمَّ يُسَلِّفَهُ إِيَّاهُ إِنْ شَاءَ أَوْ يُمَسِّكَهُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَخَافَةٌ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَقَصَ فِيهِ، فَهُوَ يُجِبُّ أَنْ يُؤَخَّرَهُ عَنْهُ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ، مَا نَقَصَ مِنْهُ فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ وَلَا يَجُوزُ وَلَا يَصْلُحُ^(٢).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٠/٢١، وقال: اختلف الفقهاء في هذه المسألة: فمنهجه مالك أنه لا يجوز فإن فعل فالقراض فاسد، وما اشترى وباع فهو العامل الذي كان عليه الدين. وهو قول أبي حنيفة، وأحد قول الشافعي.

وقال أبو يوسف، ومحمد: لا يجوز وما اشترى وباع، فهو للآمر، وللمقارض أحر مثله.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٠/٢١، وقال: قد بين مالك الفقه لكرهية ما كره في هذه المسألة، وسائر أهل العلم على كراهة ذلك، وهو غير جائز عندهم، إلا أن علتهم في =

الشرح: أما الفصل الأول، فقد مضى الكلام فيه. وأما الفصل الثاني، فهو على ما قال أنه إذا عمل العامل بالمال مدة، ثم أخبر رب المال بمبلغه، وسأله أن يقره عنده، فإن ذلك لا يجوز حتى يقبضه منه قبضاً ناجراً، ثم إن شاء أن يرده إليه قراضاً فعل؛ لما قدمه من تجويز أن يكون قد دخله نقص، فيؤخر عنه ليضمن له النقص فيه، فيدخله السلف لزيادة، ويدخله أيضاً فسخ دين في دين؛ لأن للقراض بعض التعلق بذمته؛ لأنه لو ادعى الخسارة فيه، ولم يبين وجهها.

فقد قال بعض أصحابنا: إنه يضمن لو ادعى تبرئة، لم يضمن، وإذا أسلفه إياه، فقد تعلق على غير الوجه الذي كان متعلقاً به، فهو من باب فسخ الدين في الدين. مسألة: وأما إن أحضر العامل المال، فسأل صاحبه أن يخليه عنده قراضاً، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: لا يجوز حتى يقبضه منه، ثم يسلفه إن شاء، ويجيء على قول ابن حبيب أن حضور المال بمنزلة قبضه، أن ذلك جائز.

* * *

المحاسبة في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ فَرَبِيعَ، فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ مِنَ الرَّبِيعِ، وَصَاحِبُ الْمَالِ غَائِبٌ، قَالَ: لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا إِلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ، وَإِنْ أَخَذَ شَيْئًا، فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ حَتَّى يُحْسَبَ مَعَ الْمَالِ إِذَا اقْتَسَمَاهُ.

قَالَ مَالِكُ: لَا يَجُوزُ لِلْمُتَقَارِضِينَ أَنْ يَتَحَاسَبَا وَيَتَفَاصَلَا، وَالْمَالُ غَائِبٌ عَنْهُمَا، حَتَّى يَحْضُرَ الْمَالُ فَيَسْتَوْفَى صَاحِبُ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ ثُمَّ يَقْتَسِمَانَ الرَّبِيعَ عَلَى شَرْطِهِمَا^(١).

= ذلك أن الدين لا يعود أمانة حتى يقبض ثم يعاد، وكذلك الأمانة لا تعود في الذمة ولا تكون مضمونة إلا بأن يقبضها ربها، ثم يسلفها، فننتقل إلى الذمة حينئذ.

وكره ابن القاسم أن يقول رب الوديعة للمودع عنده: اعمل بما تراها، ولم يجبره. وكره أشهب أن يوقع. وقال ابن المواز: لا بأس به.

ولم يختلفوا في أنه لا يجوز أن يعمل بالدين قراضاً بإذن صاحبه قبل قبضه. واختلفوا إذا أذن له رب الدين، فعمل به قراضاً. فروى سحنون عن ابن القاسم، قال: الربح والخسارة جميعاً للمديان، وعليه. وقال أشهب: إن عمل بالخسارة والربح على رب الدين. انتهى.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٧٤.

١٢٠ كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس للعامل أن يأخذ حصته من الربح إلا بحضرة رب المال وحضرة المال؛ لأن أخذه حصته منه مقاسمة فيه، ولا يجوز أن يتقاسم ربح القراض إلا بعد أن يحصل رأس المال.

ولو حضر المال وصاحبه، فأمره أن يأخذ منه حصته من الربح، ويبقى الباقي عنده على وجه القراض أو تقاسم الربح، ويبقى رأس المال عنده على وجه القراض، ولم يقبضه منه، فقد قال ابن القاسم: لا يصلح ذلك حتى يقبضه منه.

ووجه ذلك أن بقاء المال بيد العامل لا يكون إلا على الوجه الذى قبضه عليه، ولا يخرج عن ذلك إلا قبضه منه؛ لأن وجه الصحة فى القراض أن يجبر رأس المال بربحه، ولو أمضينا ما اتفقا عليه ما قسماه من الربح على أن يجبر به رأس مال القراض إن دخله نقص، وذلك غير جائز كما لو شرطاه.

فرع: ولو عملاً ذلك، فمن قبض منهما شيئاً من الربح، ثم نقص رأس المال، فإنه يرد ما قبض ليحجر به رأس المال.

ووجه ذلك رد الربح على ما بنى عليه عقد القراض الصحيح حين عقده.

مسألة: ولو أخذ رب المال رأس ماله، وبقي الباقي بيد العامل على القراض، فروى أبو زيد عن ابن القاسم، أن ذلك غير جائز، وهى الآن شركة لا تصلح إلا أن يعملها فيها جميعاً.

ووجه ذلك أنه إذا أخذ رأس ماله، فقد بقى الباقي ملكاً لهما؛ لأنه ليس عمله عن رأس مال، فهما شريكان، ومقتضى الشركة عمل الشريكين.

مسألة: وصفة القسمة أن يحضر المال، فيأخذ صاحب المال من العين مثل ما دفع أو يأخذ به سلعة، إن اتفقا على ذلك، ثم يقسمان الباقي عيناً أو سلعةً إن اتفقا على ذلك، حكاه ابن حبيب عن مالك.

زاد ابن مزين: لا ربح لواحد منهما حتى يحضر المال حضور صحة، ويأخذه صاحبه أخذ مفاصلة، وقطع لما بينهما، ثم إن بدا له أن يرده إليه قراضاً، فهو الذى يفصل بين القراض الثانى والأول.

فأما أن يحضر ويقبضه صاحبه قبضاً على غير صحة ومفاصلة بانقطاع، ثم يرده إليه فى المجلس وفى الفور قراضاً، فهذا بمنزلة ما لم يحضر، ولم يقبض، وهو قراض واحد يجبر الآخر بالأول إن جاءت فيه وضعية.

ووجه ذلك أنهما إن تشاحا أو شح أحدهما، لم يأخذ صاحب المال إلا مثل ما أعطى، وعلى تلك الصفة يلزم العامل أن يرد جميع المال، فيتفاسخان جميع الربح بعد اقتضاء رأس المال، فإن اتفقا على أن يأخذ برأس ماله سلعة يجوز سلم رأس المال فيها جاز، وكذلك إن اتفقا على قسمة الربح عروضاً على وجه سائغ، فإنه يجوز لهما ذلك.

مسألة: فإن كان المال ديوناً بإذن رب المال أو عروضاً، فيسلم ذلك المال إلى رب المال برضاه بذلك، فهو جائز، قاله ابن القاسم عن مالك فى العتبية، وكتاب محمد، وأنكر ذلك سحنون فى العتبية.

مسألة: ولو صير العامل المال عروضاً، ثم اتفقا على المقاسمة، فقال العامل: أنا آخذ العروض، ولك على رأس مالك أو لك رأس مالك وحصتك من الربح كذا.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَخَذَ مَالًا قِرَاضًا فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، وَقَدْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَطَلَبَهُ غَرْمَاؤُهُ، فَأَذْرَكُوهُ بِلَدِّ غَائِبٍ عَنِ صَاحِبِ الْمَالِ، وَفِي يَدَيْهِ عَرَضٌ مُرَبِّحٌ بَيْنَ فَضْلِهِ، فَأَرَادُوا أَنْ يُبَاعَ لَهُمُ الْعَرَضُ، فَيَأْخُذُوا حِصَّتَهُ مِنَ الرَّبْحِ، قَالَ: لَا يُؤْخَذُ مِنْ رِبْحِ الْقِرَاضِ شَيْءٌ حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبُ الْمَالِ، فَيَأْخُذَ مَالَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرَّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس لغرماء العامل على حصته من الربح حتى يقبض صاحب المال رأس ماله، ويقاسمه الربح.

مسألة: فإن قام غرماء رب المال على العامل، وهو غائب، والمال عين، قضى الغرماء دينهم من رأس المال وحصته من الربح، ودفع إلى العامل حصته من الربح، قاله ابن المواز عن مالك.

قال: فإن كان المال سلعة، لم يحكم لهم بالبيع حتى يرى للبيع وجه، ولا يباع لهم منه دين حتى يقبض، ولو شاء رب المال تعجيل ذلك، لم يكن له ذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك أنه فرق بين غرماء العامل وغرماء صاحب المال على نحو ما تقدم. قال عيسى: وإنما عيبة صاحب المال بمنزلة لو لم أن رجلاً أبضع مع رجل بضاعة، فلما قدم بلد الأبيتاع، قام عليه غرماء صاحب المال، فأثبتوا دينهم، أن القاضى يقضى لهم بتقاضى البضاعة فى ديونهم، ويكتب للمبضع معه براءة.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨٣/٢١.

وهذا الذى قاله، ورواه ابن القاسم عن مالك مبنى على أن العامل يملك حصته من الربح إلا بعد القسمة فلذلك لا يباع المال لغرمائه، ويبيع لغرماء رب المال؛ لأن المال كله على ملكه، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَتَجَرَ فِيهِ، فَرَبِحَ ثُمَّ عَزَلَ رَأْسَ الْمَالِ، وَقَسَمَ الرَّبْحَ، فَأَخَذَ حِصَّتَهُ، وَطَرَحَ حِصَّةَ صَاحِبِ الْمَالِ فِي الْمَالِ بِحَضْرَةِ شُهَدَاءَ أَشْهَدَهُمْ عَلَى ذَلِكَ، قَالَ: لَا تَجُوزُ قِسْمَةُ الرَّبْحِ إِلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَ أَخَذَ شَيْئًا رَدَّهُ حَتَّى يَسْتَوْفَى صَاحِبُ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى شَرْطِهِمَا^(١).

الشرح: وهذا كما قال، ولا ينفعه الإشهاد على ذلك؛ لأنه أشهد على فعل ما لا يجوز له فعله، فيجب عليه رد ما أخذه، فإن تجر فيه، فربح، فحصة رب المال فى ذلك الربح، وهو قطعة من مال القراض، ويجبر به نقصه.

ويكون لصاحب المال حصته من ربحه، فإن وقع ذلك، فهو بمنزلة العامل يتسلف شيئاً من مال القراض، فتجر فيه لنفسه، أن صاحب المال بالخيار بين أن يجبر ذلك أو يرده إلى حكم القراض، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ فَجَاءَهُ، فَقَالَ لَهُ: هَذِهِ حِصَّتُكَ مِنَ الرَّبْحِ، وَقَدْ أَخَذْتُ لِنَفْسِي مِثْلَهُ، وَرَأْسُ مَالِكَ وَأَفْرٌ عِنْدِي.
قَالَ مَالِكٌ: لَا أُحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَحْضُرَ الْمَالُ كُلُّهُ، فَيَحَاسِبَهُ حَتَّى يَحْصُلَ رَأْسُ الْمَالِ، وَيَعْلَمَ أَنَّهُ وَأَفْرٌ وَيَصِلَ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرَّبْحَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ يَرُدُّ إِلَيْهِ الْمَالَ إِنْ شَاءَ أَوْ يَحْبِسُهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ حُضُورُ الْمَالِ مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ الْعَامِلُ قَدْ نَقَصَ فِيهِ، فَهُوَ يُجِبُّ أَنْ لَا يُنْزَعَ مِنْهُ وَأَنْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز أن يقاسم الربح إلا بعد رد رأس المال وقبض صاحبه له؛ لأننا قد بينا أن العامل لا يملك حصته من الربح إلا بعد القسمة، والربح تبع فى القسمة لرأس المال، لا تصح قسمته إلا بعد ذلك؛ لأن مقتضى القراض أن يجبر رأس المال بالربح، ولو عقدا القراض على خلاف ذلك لم يصح.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨٤/٢١.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨٤/٢١.

كتاب القراض ١٢٣
وهذا الحكم ثابت فيه حتى رد إلى صاحبه، ويصير بيديه كسائر أحكامه من كونه
أمانة بيديه وغير ذلك.

* * *

جامع ما جاء فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا فَأَبْتَاغَ بِهِ سِلْعَةً فَقَالَ
لَهُ صَاحِبُ الْمَالِ: بَعْهَا، وَقَالَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ: لَا أَرَى وَجْهَ بَيْعٍ، فَأَخْتَلَفَا فِي
ذَلِكَ، قَالَ: لَا يُنْظَرُ إِلَى قَوْلٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَيُسْأَلُ عَنْ ذَلِكَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ وَالْبَصِيرِ
بِتِلْكَ السِّلْعَةِ، فَإِنْ رَأَوْا وَجْهَ بَيْعٍ بَعَّتْ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ رَأَوْا وَجْهَ انْتِظَارٍ انْتِظَرِ بِهَا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس لرب المال أن يبيع على العامل سلعة متى شاء؛ لأن
ذلك إبطال لعمله، وإتلاف لما يبقى له من حصته من الربح، والقراض قد لزمهما على
وجه ما دخل في الشراء والعمل، فليس لواحد منهما الانفكاك إلا على وجه المعهود
من التجارة وطلب التنمية.

وكذلك لو كان مال القراض ديناً دابن به العامل بإذن رب المال، ثم أراد أحدهما
بيع ذلك وتعجيل ماله، وأباه الآخر، كان القول قول الآبي منهما؛ لأنه دعا إلى المعهود
من القراض والتجارة.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ ثُمَّ سَأَلَهُ صَاحِبُ الْمَالِ
عَنْ مَالِهِ، فَقَالَ: هُوَ عِنْدِي وَأَفْرُ، فَلَمَّا أَخَذَهُ بِهِ، قَالَ: قَدْ هَلَكَ عِنْدِي مِنْهُ كَذَا
وَكَذَا لِمَالٍ يُسَمِّيهِ، وَإِنَّمَا قُلْتُ لَكَ ذَلِكَ؛ لِكَيْ تَتْرُكَهُ عِنْدِي، قَالَ: لَا يَنْتَفِعُ بِإِنْكَارِهِ
بَعْدَ إِقْرَارِهِ أَنَّهُ عِنْدَهُ، وَيُؤَخِّدُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ فِي هَلَاكِ ذَلِكَ الْمَالِ

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٧٥، وقال: خالفه الشافعي، والكوفيون، فقالوا:
تباع في الوقت؛ لأن حصة رب المال في الربح كحصة العامل، فلكل واحد منهما أن ينقض
القراض قبل العمل وبعده؛ لأنه ليس بعقد لازم لواحد منهما.

وقد خالف سحنون ابن القاسم في العامل بالقراض يبيع السلع بدين، ثم يأبى من تقاضى الثمن،
ويسلم ذلك إلى ربه، ويرضى بذلك رب المال. فقال ابن القاسم: لا بأس بذلك، وهو بمنزلة
العامل يموت ويسلم ورثته المال إلى ربه يتقاضاه على أنه لا شيء لهم من الربح. وأنكر ذلك
سحنون، ولم يبين الوجه الذي كرهه.

بِأَمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَمْرٍ مَعْرُوفٍ أَخَذَ بِإِقْرَارِهِ وَلَمْ يَنْفَعُهُ إنْكَارُهُ^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا لَوْ قَالَ: رَبِّحْتُ فِي الْمَالِ كَذَا وَكَذًا، فَسَأَلَهُ رَبُّ الْمَالِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ وَرَبِحَهُ، فَقَالَ: مَا رَبِّحْتُ فِيهِ شَيْئًا، وَمَا قُلْتُ ذَلِكَ إِلَّا لِأَنْ تُقَرَّهُ فِي يَدِي، فَذَلِكَ لَا يَنْفَعُهُ وَيُؤْخَذُ بِمَا أَقْرَبَهُ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِأَمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ وَصِدْقُهُ، فَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ^(٢).

الشرح: وهذا كما قال أنه يؤخذ بإقراره أن المال باق عنده، وأنه قد ربح فيه، فإن ادعى بعد ذلك الخسارة أو ضياع المال، وأنه لم يربح شيئاً لم يقبل مجرد إنكاره، وأخذ بأول إقراره، فإن أتى بأمر يعرف به وجه ما ادعاه، وقامت له بذلك بينة، يريد ما ادعاه من الخسارة أو ضياع المال.

مسألة: ولو أنكر القراض جملة، فلما قامت عليه بينة ادعى رده إلى صاحبه، فقال عيسى عن ابن القاسم في العتبية: إن لم يأت ببينة على الرد، وإلا غرم، وليس من ادعى الضياع مثل من ادعى القضاء. وفي سماع ابن القاسم: ليس له إلا يمينه ويبرأ.

مسألة: ومن ادعى الضياع بعد إنكار القبض، فقد روى عيسى: لا شيء عليه. وقال عيسى: يصدق، ويغرم، وبلغني ذلك عن مالك.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَرَبِحَ فِيهِ رَبِيحًا، فَقَالَ الْعَامِلُ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَنْ لِي الثَّلَاثِينَ، وَقَالَ صَاحِبُ الْمَالِ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَنْ لَكَ الثَّلَاثُ.

قَالَ مَالِكٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ، وَعَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْيَمِينُ إِذَا كَانَ مَا قَالَ يُشْبِهُ قِرَاضَ مِثْلِهِ، وَكَانَ ذَلِكَ نَحْوًا مِمَّا يَتَقَارَضُ عَلَيْهِ النَّاسُ، وَإِنْ جَاءَ بِأَمْرٍ يُسْتَنْكَرُ لَيْسَ عَلَى مِثْلِهِ يَتَقَارَضُ النَّاسُ لَمْ يُصَدَّقْ وَرُدَّ إِلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه إن ادعى كل واحد منهما أنه شرط لنفسه الثلاثين، فإن ذلك على أربعة أوجه، أحدهما: أن يكون ما يدعيه العامل قراض مثله دون صاحب المال. والثاني: أن يدعى كل واحد منهما ما يشبهه. والثالث: أن يدعى العامل ما لا

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٦/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٧/٢١.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٨/٢١.

كتاب القراض ١٢٥
يشبه قراض مثله، ويكون دعوى صاحب المال يشبهه. والرابع: أن يدعى كل واحد منهما ما لا يشبهه.

فإن ادعى العامل ما يشبهه، وادعى صاحب المال ما لا يشبهه، أو ادعى جميعاً ما يشبهه، فإن القول قول العامل مع يمينه؛ لأن المال فى يده، فكان أولى بما يدّعيه من ربحه.

مسألة: فإن ادعى صاحب المال ما يشبهه دون العامل، فالقول قول صاحب المال؛ لأن الظاهر شهد له، وإن ادعى كل واحد منهما ما لا يشبهه، رد إلى قراض المثل بعد أيمانهما، وهذا معنى قول مالك: فإن جاء بأمر يستنكر لم يصدق، ورد إلى قراض المثل.

مسألة: فإن قالوا: إن الربح على الثلث والثلثين، ولم يسميا لمن الثلثان حين العقد، ثم ادعى كل واحد منهما عند القسمة أن يكون له الثلثان، فلا يخلو أن يكون قراض مثلهما يشبه ما يدعيه العامل أو ما يدعيان جميعاً، فالقول قول العامل مع يمينه، إن ادعى أنه نوى ذلك على ما ذكره بعض المتأخرين من المغاربة. وقال ابن المواز: جعل الثلث للعامل منهما.

وجه القول الأول ما قدمناه أن العامل له اليد على ما تقدم.

وجه القول الثانى أن المال وربحه على ملك رب المال، وإنما يملك العامل حصته من الربح بالقسمة مع ما تقدم من رضى رب المال بذلك، وإذا لم يوجد رضاه إلا بالثلث، فالباقي ثابت على ملكه.

مسألة: فإن كان ما يدعيه رب المال يشبه قراض المثل دون ما يدعيه العامل، فعلى القول الأول يكون القول قوله مع يمينه، إن ادعى البينة. وعلى القول الثانى يكون له الثلثان دون يمين.

وإن ادعى كل واحد منهما ما لا يشبهه، فعلى القول الأول يخلقان، ويردان إلى قراض المثل. وعلى القول الثانى يردان إليه دون يمين.

قال القاضى أبو الوليد: والنية عندى غير مؤثرة فى هذه المسألة؛ لأن العامل إذا نوى أن يكون له الثلثان، ولم يشترط ذلك، ولم يبينه لم يكن له ذلك بنيته، وكذلك رب المال، وكان الأظهر عندى فى هذه المسألة أن يردا فى الوجوه كلها إلى قراض المثل بمنزلة أن يعقد القراض، ولا يذكر حصة أحدهما من الربح؛ لأنهما إذا لم يشترطا الثلثين لمعين، فقد عاد ذلك بجهالة من يستحقه، وأدى ذلك إلى أن يكون حصة كل

١٢٦ كتاب القراض

واحد منهما من الربح مجهولة، ولا معنى لاستحلاف أحدهما؛ لأن الثاني لا ينكر ما يدعيه، ولا يستحق بما يدعيه من النية شيئاً، فلا معنى لاستحلافه على تحقيقها، ولو صدقه صاحبه فيما يدعيه من ذلك، لم ينفعه.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أُعْطِيَ رَجُلًا مِائَةَ دِينَارٍ قِرَاضًا، فَاشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً ثُمَّ ذَهَبَ لِيَدْفَعَ إِلَى رَبِّ السِّلْعَةِ الْمِائَةَ دِينَارًا، فَوَجَدَهَا قَدْ سُرِقَتْ، فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: بَعِ السِّلْعَةَ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ كَانَ لِي، وَإِنْ كَانَ فِيهَا نَقْصَانٌ كَانَ عَلَيْكَ؛ لِأَنَّكَ أَنْتَ ضَيَعْتَهُ. وَقَالَ الْمُقَارِضُ: بَلْ عَلَيْكَ وَفَاءً حَقٌّ هَذَا، إِنَّمَا اشْتَرَيْتَهَا بِمَالِكَ الَّذِي أُعْطَيْتَنِي.

قَالَ مَالِكٌ: يَلْزِمُ الْعَامِلَ الْمُشْتَرِيَ أَدَاءُ ثَمَنِهَا إِلَى الْبَائِعِ، وَيُقَالُ لِصَاحِبِ الْمَالِ الْقِرَاضِ: إِنَّ شَيْئًا، فَأَدَّ الْمِائَةَ الدِّينَارِ إِلَى الْمُقَارِضِ، وَالسِّلْعَةُ بَيْنَكُمَا، وَتَكُونُ قِرَاضًا عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ الْمِائَةُ الْأُولَى، وَإِنْ شِئْتَ، فَابْرَأْ مِنَ السِّلْعَةِ، فَإِنْ دَفَعَ الْمِائَةَ دِينَارًا إِلَى الْعَامِلِ كَانَتْ قِرَاضًا عَلَى سُنَّةِ الْقِرَاضِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ أَبِي كَانَتْ السِّلْعَةُ لِلْعَامِلِ وَكَانَ عَلَيْهِ ثَمَنُهَا^(١).

الشرح: ومعنى ذلك أن العامل إذا أخذ المال قراضاً، فاشترى به سلعة، فلا يخلو أن يشتريها بدين أو بنقد، فإن اشتراها بدين للقرض، فإن ذلك ممنوع، أذن له في ذلك رب المال أو لم يأذن، فإن فعل ذلك العامل، ثم نقد فيها مال القراض، ففي كتاب محمد عن ابن القاسم: تقوم السلعة التي اشترى بدين بنقد، فيكون العامل بذلك شريكاً في المال.

قال محمد: لعله يريد في سلعة واحدة اشتراها بدين، ونقد فيها مال القراض، وإذا كان ما قاله محمد، فتبقى المسألة التي يستل عنها غير مجاوب عنها، وذلك أن من اشترى سلعة بدين بمائة قيمتها مائتان، فنقد فيها حين الأجل مائة من مال القراض، فأما على الرواية التي رواه ابن القاسم وعبدالرحمن عن مالك: أن العامل يضمن ما فضل من المائة دينار عن قيمة السلعة، والسلعة على القراض.

وعلى رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك: يقوم الدين، فينظر إلى قيمة المائة دينار المؤجلة، فما فضل عن المائة دينار النقد عن قيمة المائة المؤجلة، فعلى العامل.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٩/٢١.

كتاب القراض ١٢٧

فرع: ولو باعها العامل قبل أن ينقد فيها فربح، فالظاهر من قول ابن القاسم أن الربح والوضيعة على العامل. قال: وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل في ذمته.

ومعنى ذلك أن هذه السلعة لم يتعلق ثمنها بذمة رب المال ولا بماله، فلم يكن له ربحها، ولما اختصت بذمة العامل وضمائه، كان له ربحها.

مسألة: وأما إن كان اشترى بنقد، فلم ينقد حتى تلف المال الذي بيده، فهذا الذي قال: أنه إذا قال له رب المال: بع السلعة، فإن كان فيها فضل، فهو لى، وإن كان نقصان، كان عليك لأنك ضيعت المال، فلا حجة لرب المال فى قوله: بع، وإن كان فيها ربح، فلى؛ لأن للعامل أن يقول: إذا تعلق ثمن السلعة بذمتى دون مالك، فلا حظ لك من الربح، ولا حجة للعامل فى قوله: إنما اشتريتها بمالك الذى أعطيتنى.

فإن لرب المال أن يقول: صدقت، فلا تطلب منى غيره، فأنتى لم آذن لك تتجر فى شىء من مالى غير ما دفعته إليك، فلا يجوز تصرفك فى غيره، وإذا طلبتنى بغرم ما نقص، فقد حولت تصرفك من مالى فى غير مال القراض.

فصل: وقول مالك: «ويلزم العامل المشتري أداء ثمنها على البائع» يحتمل معنيين، أحدهما: أن العهدة للبائع عليه، فليس له أن يطالب بسواه، وليس للعامل مخرج عن ما له عليه إلا بالأداء.

والثانى: أنه لا خيار له، وإنما الخيار لرب المال، وقد فسره بعد ذلك بقوله، ويقال لصاحب المال القراض: إن شئت، فأد المائة، يريد ثمن السلعة التى اشترى العامل بدين، فتكون السلعة على ما شرطت من القراض، وإن شئت، فابراً السلعة، يريد أن لا حظ لك فى ربحها، ولا شىء عليك من نقص ثمنها.

مسألة: ولو باع العامل السلعة قبل أن ينقد ثمنها، وقبل أن يتلف، فربح فيها، فقد قال ابن القاسم: الربح بينهما على ما شرطاه من القراض؛ لأنه للقراض اشترى.

ووجه ذلك ما أشار إليه من أنه إنما اشترى للقراض، وعلى أن ينقد منه، والمال الذى عول على النقد منه باق حين البيع، وظهور الربح، فكان البيع للقراض، والربح على شرطه.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُتَقَارِضِينَ إِذَا تَفَاصَلَا، فَبَقِيَ بِيَدِ الْعَامِلِ مِنَ الْمَتَاعِ الَّذِي يَعْمَلُ فِيهِ خَلْقُ الْقَرِيبَةِ أَوْ خَلْقُ الثَّوْبِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كَانَ تَافِهُمًا لَا حَظَبَ لَهُ، فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا أَقْتَى بَرْدَ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يُرَدُّ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءِ الَّذِي لَهُ ثَمَنٌ، وَإِنْ كَانَ شَيْئًا لَهُ اسْمٌ مِثْلُ الدَّابَّةِ أَوْ الْجَمَلِ أَوْ الشَّاذِ كُونَةً أَوْ أَشْبَاهِ ذَلِكَ مِمَّا لَهُ ثَمَنٌ، فَإِنِّي أَرَى أَنْ يُرَدَّ مَا بَقِيَ عِنْدَهُ مِنْ هَذَا إِلَّا أَنْ يَتَحَلَّلَ صَاحِبُهُ مِنْ ذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن العامل إذا رد المال، وكان قد سافر سفراً اكتسى فيه، وتجهر من مال القراض، فإن ما بقي من جهازه وكسوته مما لا قيمة له للعامل. وقال ابن القاسم في العتبية: كخلق الجبة والقربة.

قال محمد: وكذلك الغرارة والأداة. قال سحنون: وما كان من الثياب تافهاً خلقاً، تركت له، وإن كان للثياب بال بيعت، ورد ثمنها في المال.

ومعنى ذلك أن مثل هذه المعاني تترك لمن كان له الانتفاع بها، كالرجل يطلق المرأة وعليها بقية كسوة، أو تكون حاملاً، فتضع، وعليها بقية كسوة فإذا كان الشيء الذي له بال رد إلى مستحقه، وإذا كان يسيراً لا قدر له، كان بيعاً لمن تعلق به من حقه، ألا ترى أن العامل لو عمل في المال عملاً يسيراً، لا يلزمه من نقل متاع أو عمل خفيف، لم يكن له فيه عوض، ولو عمل فيه الصنائع والرقوم، لكان له أجر عمله.

فصل: وقوله: «ما كان له ثمن، فإنني أرى أن يرد ما بقي عنده من هذا إلا أن يتحلل صاحبه من ذلك» يريد أن يعلمه بما بقي عنده، ويعلمه بصفته وقدره، فإن جعله رب المال في حل منه، ساغ له ذلك، وإلا رد إليه منه حقه، والله أعلم.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٩٠/٢١.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأفضية

الترغيب في القضاء بالحق

١٣٧٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ، عَنِ
أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنكُمْ تَخْتَصِمُونَ
إِلَيَّ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ^(١) بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا
أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ
قِطْعَةً مِنَ النَّارِ».

الشرح: قوله ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ» على معنى الإقرار على نفسه بصفة البشر من أنه
لا يعلم الغيب، ولا يعلم المحق من الخصمين من المبطل، والإخبار بأن حاله في ذلك
حال غيره؛ لأنه لا يعلم من الغيب إلا ما اطلع عليه بالوحي.

ولما كانت الدنيا دار تكليف، وكانت الأحكام تجري على ذلك، أجرى في غالب

١٣٧٩ - أخرجه البخاري في الأحكام ٧١٦٩. مسلم في الأفضية ١٧١٣. السترمذى في الأحكام

١٣٣٩. النسائي في آداب القضاة ٥٣٩٩، ٥٤٢٠. أبو داود في الأفضية ٣٥٨٣. ابن ماجه

في الأحكام ٢٣١٧. أحمد في باقى مسند الأنصار ٢٥٩٥٢، ٢٦٠٧٨، ٢٦١٧٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٤٤/٨: هذا حديث لم يختلف عن مالك فى إسناده فيما علمت،
ورواه كما رواه مالك سواء عن هشام بإسناده هذا جماعة من الأئمة الحفاظ، منهم: الثورى،
وابن عيينة، والقطان، وغيرهم.

وقد رواه معمر، عن الزهري، عن عروة، عن زينب بنت أبي سلمة، عن أم سلمة، عن النبي ﷺ
يمثل حديث هشام سواء، وقد روى هذا المعنى عن النبي ﷺ أبو هريرة كما روته أم سلمة.

(١) أَلْحَنَ: أى أبلغ وأعلم بالحجة.

١٣٠ كتاب الأفضية
أحكامه في هذا الوجه على أحوال سائر الحكام، ولذلك لم يقل في مسألة المتلاعنين
أنه أعلم بالكاذب منهما، وقال: «يعلم الله أن أحدكما كاذب، فهل منكما من
تائب»^(*).

فصل: وقوله: «إنكم تختصمون إلي» يريد والله أعلم تتنازعون في الأموال وغيرها
تنازعاً يدعى كل واحد من الخصمين أنه أحق بها من صاحبه، فيخاصمه في ذلك إلى
النبي ﷺ دون غيره، وهو ﷺ الحاكم في زمنه؛ لأنه إمام الأمة والمنفرد بالرئاسة الدينية
والدينية، فلا يصح أن يحكم بين الناس إلا هو أو من قدمه لذلك.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر
بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾. [النساء: ٦٥]،
وقوله: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ [المائدة: ٤٩]. وقوله:
﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ [النساء: ١٠٥].
وفي هذا بابان، أحدهما: في صفة القاضي، والثاني: في مجلسه وأدبه.

الباب الأول في صفة القاضي

فأما صفاته في نفسه، فأحدهما أن يكون ذكراً بالغاً. والثانية: أن يكون واحداً
مفرداً. والثالثة: أن يكون بصيراً. والرابعة: أن يكون مسلماً. والخامسة: أن يكون حرّاً.
والسادسة: أن يكون عالماً. والسابعة: أن يكون عدلاً.

فأما اعتبار الذكورة، فحكى القاضي أبو محمد وغيره أنه مذهب مالك والشافعي.
وقال أبو حنيفة: جوز وأن تلي المرأة القضاء في الأموال دون القصاص. وقال محمد بن
الحسن ومحمد بن جرير الطبري: يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال.

ودليلنا ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»^(*).

ودليلنا من جهة المعنى أنه أمر يتضمن فصل القضاء، فوجب أن تنافيه الأنوثة
كالإمامة.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٥٣١٢، ٥٣٥٠. مسلم حديث رقم ١٤٩٣. النسائي في
الصفري حديث رقم ٣٤٧٦. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٧. أحمد في المسند حديث رقم
٤٥٧٣.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٤٤٢٥، ٧٠٩٩. الترمذي حديث رقم ٢٢٦٢. النسائي في
الصفري حديث رقم ٥٣٨٨. أحمد في المسند حديث رقم ١٩٨٨٩.

كتاب الأقضية ١٣١

قال القاضى أبو الوليد: ويكفى فى ذلك عندى عمل المسلمين من عهد النبى ﷺ لا نعلم أنه قدم لذلك فى عصر من الأعصار، ولا بلد من البلاد امرأة كما لم يقدم للإمامة امرأة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما كونه واحداً مفرداً، فمعناه أن لا يولى القضاء قاضيان فأكثر على وجه الاشتراك، فلا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر فى قضية، ولا قبول بينة، ولا انفراد بإنفاذ حكم.

قال الشيخ أبو إسحاق فى زاهيه: والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم، فلا يجتمع اثنان، فيكونان جميعاً حاكماً فى قضية واحدة. وأما أن يستقضى فى البلد الحكام والقضاة، ينفرد كل واحد منهم بالنظر فى ما يرفع إليه من ذلك، فجائز.

والدليل على ذلك أن هذا إجماع الأمة؛ لأنه لم يختلف فى ذلك أحد من زمن النبى ﷺ إلى يومنا هذا، ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين فى زمن من الأزمان، ولا بلد من البلدان، وقد قام فى البلد الواحد عدد من الحكام، فكان كل واحد منهم ينفرد بحكمه الذى يرفع إليه لا يشركه فيه غيره.

ودليل آخر، وهو أن المذاهب مختلفة، والأغراض متباينة، ولا يصح أن يتفق رجلان فى كل شىء حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه الآخر.

وإذا أشرك بين الحاكمين، دعا لك إلى اختلافها فى المسائل، ويوقف نفوذهما كالإمامة، ولا يلزم على هذا الحكمان بين الزوجين، والحكمان فى جزاء الصيد؛ لأنهما يحكمان فى قضية واحدة، وليس بولاية، وإن اتفقا نفذ حكمها، وإن اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم غيرهما، فلم يكن فى ذلك مضرة، وهذا ينافى الولاية؛ لأن من ولى القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة، فيؤدى ذلك إلى توقف الأحكام، وامتناع نفوذها.

مسألة: وأما أن يكون بصيراً، فلا خلاف نعلمه بين المسلمين فى المنع من كون الأعمى حاكماً، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى، وقد بلغنى ذلك عن مالك.

والدليل على صحة هذا القول أن فى تقديمه للقضاء تضييقاً على المسلمين فى طرق القضاء، وإنفاذ الأحكام، والحاكم مضطر إلى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلباً من مطالب الحق، والأعمى، وإن كان يميز الأصوات، فلا يميز إلا صوت من تكرر عليه صوته.

١٣٢ كتاب الأفضية

وليس كل من يشهد عنده بشهادة ممن يتكرر عليه، فقد يشهد عنده بها من لم يسمع كلامه قبل هذا، ويزكى عنده في غير ذلك المجلس، فلا يعلم هل هذا المزكى عنده هو الذى زكى بالأمس أو غيره، وقد يجرح عنده بعد التزكية، فلا يدري هل هو ذلك الأول أو غيره، وقد يبقى على عدالته، فيتكرر عليه مرة ثانية من الغد فى شهادة أخرى، وقد غاب معدلوه، فلا يدري هل هو ذلك الأول.

وقد اختلف العلماء فى تولية القضاء الأسمى، وهو يبصر ويميز، فكيف بالأعمى وأكثر العلماء لا يميز شهادته.

مسألة: وأما اعتبار إسلامه، فلا خلاف بين المسلمين فى ذلك. وأما اعتبار حرية، فقد قال القاضى أو محمد: لا خلاف فيه بين المسلمين.

ووجه ذلك أن منافع العبد مستحقة لسيدته، فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين؛ ولأنه ناقص الحرمة نقصاً يؤثر فى الإمامة كالمرأة.

مسألة: وأما اعتبار كونه عالماً، فلا خلاف فى ذلك مع وجود العالم العدل، والذى يحتاج إليه العلم أن يكون من أهل الاجتهاد، وقد بينا صفة المجتهد فى أصول الفقه.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة: لا يستقضى من ليس بفتية. وقال أشهب فى المجموعة ومطرف وابن الماجشون وأصبغ فى الواضحة: لا يصلح أن يكون حديث لا فقه له، أو فقه لا حديث عنده، ولا يفتى إلا من كانت هذه صفته، إلا أن يجبر بشيء سمعه. ومعنى ذلك أن يكون قد جمع صفات المجتهدين.

والأصل فى ذلك قول الله تعالى: ﴿لَتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون﴾ [النحل: ٤٤]، فأعلم تعالى أن النبى ﷺ إذا بين للناس ما أنزل إليهم يتفكرون ويعتبروا، فإذا لم يكن عندهم تبين النبى ﷺ لما أنزل الله من الكتاب، لم يتمكن لهم التفكير فى أحكامه، وقد قال تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ [النساء: ١٠٥]، ومن ليس من أهل الاجتهاد، فإنه لا يرى شيئاً.

وبذلك قال الفقهاء المتقدمون: إنه لا يفتى من لا يعرف ذلك، إلا أن يجبر بما سمع، فلم يجعل ذلك من باب الفتوى، وإنما هو إخبار عن فتوى صاحب المقالة عند الضرورة لعدم المجتهد الذى تجوز له الفتوى.

فرع: فإذا لم يوجد إلا عالم ليس بمرضى، أو رجل مرضى الحال غير العالم، فقد

كتاب الأفضية ١٣٣

روى أصبغ: يستقضى العدل؛ لأنه يستشير أهل العلم، ويجتهد. قال ابن حبيب: إن لم يكن للرجل علم وورع، فعقل وورع؛ لأنه بالعقل يستل، وبالورع يعف، فإذا طلب العلم وجدته، وإذا طلب العقل، لم يجده.

مسألة: وأما اعتبار العدالة، فالظاهر من أقوال المسلمين أن العدالة شرط فى صحة القضاء. وقال القاضى أبو الحسن: لا تنعقد الولاية للحاكم الفاسق، وإن طرأ الفسق بعد انعقادها، انفسخت ولايته. وفى النوادر من كتاب أصبغ: أنه يجوز حكم المسخوط ما لم يجر، وإن لم تجز شهادته.

وهذا مبنى على أن ما يطرأ من الفسق لا يفسخ ولايته حتى يفسخها الإمام.

مسألة: وهل يعتبر فى ذلك أن يكون سميحاً، لم أر فيه نصاً لأصحابنا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه ممنوع لما يحتاج إليه من سماعه من دعوى الخصوم، وسماعه أداء الشهادة، وليس كل شاهد يمكنه أن يكتب شهادته، فيعرضها عليه، فمنهم من لا يكتب مع ما فى ذلك من تضيق الحال على الناس، وتعذر سبيل الحكم، وذلك يجب أن يمنع منه.

مسألة: وهل يجوز أن يكون الأمى الذى لا يكتب حاكماً، وإن كان عالماً، لم أر فيه نصاً لأصحابنا، ولأصحاب الشافعى فيه وجهان أحدهما الجواز، والآخر المنع.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى الجواز؛ لأن إمام المرسلين وأفضل الحكام كان لا يكتب.

ومن جهة المعنى أنه لا يحتاج إلى قراءة العقود، وينوب عنه فى ذلك أهل العدل، وهذه حال من لا يكتب من الحكام، يقرأ عليه العقد فى الأغلب، ويقيد عنه المقالات، ولا يباشر شيئاً من ذلك، وإن للمنع من ذلك وجهاً، لما فيه من تضيق طرق الحكومة، والنبي ﷺ معصوم، وليس غيره كذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهل يستقضى ولد الزنا، قال سحنون: لا بأس أن يستقضى، ولا يحكم فى حد زنا، قال: كما لا يحكم القاضى.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى أن ذاك ممنوع؛ لأن القضاء موضع رفعه وطهارة أحوال، فلا يليها ولد الزنا كالإمامة الصلاة.

وروى ابن سحنون عن أبيه: يستقضى الفقير إذا كان أعلم من بالبلد وأرضاهم،

١٣٤..... كتاب الأفضية
ولكن لا ينبغي أن يجلس حتى يغنى، ويقضى عنه دينه، وهذا مما لا خلاف فى صحته؛
لأن الفقير ليس بمؤثر فى دينه، ولا علمه، ولكن يستحب أن تزال حاجته ليتفرغ
للقضاء، وليكون أسلم له من مفارقه ما يخل بحاله.

مسألة: ويستقضى المحدود فى الزنا والقذف والمقطوع فى السرقة، إذا كان اليوم
مرضياً، من كتاب أصبغ.

ووجه ذلك أن ما كان عليه مما يمنع ولايته، قد ظهر إقلاعه عنه كما لو كان كافراً،
ثم حسن إسلامه.

فرع: وهل يحكم فيما حد فيه، جوز ذلك أصبغ، وفرق بينه وبين الشهادة، ومنع
ذلك سحنون اعتباراً بالشهادة.

الباب الثانى: فى مجلسه وأدبه

أما مجلس القاضى، فإنه ينبغي أن يكون فى المسجد، وكره الشافعى أن يكون فى
المسجد. وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز. قال مالك: القضاء فى المسجد من الحق،
والأمر القديم؛ لأنه يرضى بالدون من المجلس، ويصل إليه الضعيف والمرأة، ولا يحجب
عنه أحد.

قال الشيخ أبو محمد: واحتج بعض أصحابنا فى ذلك بقوله تعالى: ﴿وهل أتاك نبأ
الخصم إذا تسوروا المحراب﴾ [ص: ٢١]، إلى قوله: ﴿فاحكم بيننا بالحق﴾ [ص:
٢٢]. وروى عن النبى ﷺ أنه قضى فى المسجد.

فرع: ويستحب أن يجلس من المسجد فى رحابه الخارجة، قال مالك: ليصل إليه
اليهودى والنصرانى والحائض، قال: وحيثما جلس القاضى المأمون، أجزاءه. قال أشهب
فى المجموعة: ولا بأس أن يقضى فى منزله، وحيث أحب، وأحب إلى أن يقضى حيث
جماعة الناس، وفى المسجد الجامع.

قال سحنون: قال غيره: إلا أن يدخل عليه فى ذلك ضرر؛ لكثرة الناس حتى يشغله
ذلك عن النظر والفهم، فليكن له موضع فى المسجد يحول بينه وبين من يشغله، واتخذ
سحنون بيتاً فى المسجد، فكان يقعد فيه الناس.

مسألة: ولا ينبغي أن يقضى فى الطريق فى ممره إلى المسجد أو إلى غير، إلا أن يكون
أمر عرض واستغيث إليه فيه، فلا بأس أن يأمر فيه وينهى.

كتاب الأقضية ١٣٥

فأما الحكم الفاصل، فلا، قاله مطرف وابن الماجشون. قال أشهب في المجموعة: لا يقضى القاضى، وهو يمشى، وقال أيضاً: لا بأس أن يقضى، وهو يمشى، إذا لم يشغله ذلك، ولا بأس أن يقضى، وهو متكئ.

مسألة: ولا تقام الحدود فى المسجد، ولا الضرب الكثير إلا اليسير كالخمس أسواط والعشرة ونحوها، قاله مالك فى الموازية والمجموعة وكتاب ابن سحنون.

ووجه ذلك أن الحدود تباشر سيلان الدم، والتأثير فى الأجسام، والمساجد موضوعة للتأمين والرحمة، فيجب أن تنزه عن مثل هذا.

مسألة: قال مطرف وابن الماجشون: ويتخذ القاضى أوقاتاً يجلس فيها للناس على ما هو أرفق به وبالناس، وليس بالضيق عليه حتى يصير كالأجنبي، ولا ينبغي أن يجلس بين العشاءين ولا فى الأسحار، إلا أن يحدث فى تلك الأوقات، ويرفع إليه أمر لا بد منه، فلا بأس أن يأمر فى تلك الساعة، وينهى، ويسجن.

وأما على وجه الحكم مما شخّص فيه الخصوم، فلا. وقال أشهب فى المجموعة: ولا بأس أن يقضى بين المغرب والعشاء، فمعنى قول ابن الماجشون ومطرف أنه ليس عليه الجلوس ذلك الوقت، ولا إشخاص الخصوم عليه فى الأمور التى فيها إحضار الخصوم، وتقيد المقالات، وإحضار البيئات؛ لأنها أمور لا تفوت، ويلحق المطلوب بذلك المشقة فى الخروج عن العادة.

وأما الأمور التى يخاف فواتها، ويطرأ منها ذلك الوقت ما تدعو الضرورة إلى النظر فيه، يلزمه ذلك.

ومعنى قول أشهب، أنه أباح له النظر بين المغرب والعشاء؛ لأن ترك ذلك حق من حقوقه، فإذا أراد النظر ذلك الوقت، فذلك مباح له.

والقول الأول أظهر؛ لما فى ذلك من الضرر بما يدعى فى ذلك الوقت إلى ما لا يخاف فواته، وقد شرعت الآجال فى القضاء بالحقوق والإمهال، واستقصاء الحجج، وذلك ينافى القضاء بالليل، وفى وقت يشق نقل البيئات والتفريغ للإدلاء بالحجج، مع ما فى ذلك من الخروج عن العادة فى عمل القضاء، ولا يكاد يفعل ذلك إلا على وجه التضييق على المطلوب والمساواة إلى الحكم للطالب.

مسألة: وليس عليه أن يتعب نفسه، فيقضى النهار كله، قاله فى المجموعة، قال فى

١٣٦ كتاب الأفضية

العتبية. وليقعد للناس فى ساعات من النهار. وقال مالك فى الموازية: إني أخاف أن يكثر، فيخطئ. قال فى المجموعة: يكره للقاضى أن يقضى إذا دخله هم أو نعاس، أو ضجر شديد، وفى غير هذا الموضوع، أو جوع يخاف على فهمه منه الإبطال أو التقصير.

وفى العتبية عن مالك: أنه ليقال لا يقضى القاضى وهو جائع، ولا يشبع جداً، فإن الغضب يحضر الجائع، والشبعان جداً يكون بطيئاً، إلا أن يكون الأمر الخفى الذى لا يضر به فى فهمه.

ووجه ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يقضى القاضى، وهو غضبان» (*) فكل حالة منعه من استيفاء حجج الخصوم كما يمنعه الغضب، كان له حكمه فى المنع من ذلك، والله أعلم.

مسألة: وقوله: «ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضى له على نحو ما أسمع منه» يريد والله أعلم، أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج، وأهدى إلى إيراد ما يحتاج من ذلك، وأشد تبييناً لما يحتج به. قال أبو عبيدة: اللحن، بفتح الحاء، الفطنة، واللحن بإسكان الحاء، الخطأ فى القول.

تعلق بعض أصحابنا بقول النبى ﷺ: «فأقضى له على نحو ما أسمع منه» فى أن القاضى لا يقضى بعلمه، وهذا التعلق ليس بالبين؛ لأنه لا يقضى القاضى بما سمع منه مع علمه بخلافه على قول من يثبت حكمه بعلمه، ولا على قول من ينفيه.

فأما من يقول إنه يقضى بعلمه، فإنه ينفذ ما علمه، ولا ينظر إلى حجة الخصم، ولا إلى ما شهد به عنده مما يخالف ذلك. وأما من يمنع الحكم بعلمه، فإذا اقتضت حجته أو ما شهد به بينهما خلاف ما علمه من الأمر، امتنع من الحكم فى ذلك، وشهد عنده غيره بما فى علمه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمشهور من مذهب مالك أن الحاكم لا يحكم فى شىء أصلاً بعلمه، علمه قبل ولايته أو بعدها، فى مجلس حكم غيره فى حقوق الآدميين أو غيرها، قاله مالك، وابن القاسم وأشهب، قالوا: وكذلك ما وجد فى ديوانه من إقرار الخصوم مكتوباً، وجوز ابن الماجشون وأصبغ وسحنون، أن يحكم الحاكم بعلمه، وبه قال أبو حنيفة والشافعى على اختلافهم فى تفصيل ذلك.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣١٦. مسلم حديث رقم ١٧١٧. الترمذى حديث رقم

١٣٣٤. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٥٤٠٦. أبو داود حديث رقم ٣٥٨٩. أحمد فى

المسند حديث رقم ١٩٨٦٦.

كتاب الأفضية ١٣٧

والدليل على ما نقوله قول الله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤]، فيقتضى العموم أن يجلد، وإن علم الحكم بصدقه. وما روى عن النبي ﷺ أنه قال في ملاعنة: «لو كنت راجمًا أحدًا بغير بينة لرحمت هذه» (*).

وقال عبدالله بن عباس: تلك امرأة كانت تظهر السوء. وأيضًا فإن النبي ﷺ لم يقتل المنافقين، وإن كان علم كفرهم لما انفرد بذلك.

ومن جهة المعنى أن الحاكم لما كان غير معصوم منع من الحكم بعلمه ليعتد عن التهمة وتعلق ابن الماجشون في ذلك بقوله ﷺ: «فأقضى له على نحو ما أسمع منه» فعلق القضاء بما يسمع.

وتأوله مالك، رحمه الله، على ما يسمع منه من اهتدائه إلى مواقع حجته وعجز الآخر عن إيراد ما يعتضد به، ولذلك قال في أول الكلام: «فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته» وأيضًا فإنه ﷺ قال: «فأقضى على نحو ما أسمع منه» وما علمه الحاكم ليس بموقوف على ما سمع ممن يقضى له، بل قد يعلم من حقوقه ما لا يسمعه منه، ويسمع منه ما لا يعلمه، وهو ﷺ إنما علق الحكم بما يسمع منه، فثبت بذلك، وبقوله: «فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض» أنه إنما يقضى له بما بينه في خصومته لمعرفته بمواقع حججه من الحقوق، والتي تلزم الحاكم القضاء له بها، ولعله غير مستحق لها.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون ومن تابعه من أصحابنا، فإنه إنما يحكم بعلمه فيما جرى بين المتخاصمين في مجلس نظره، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحكم بعلمه في حقوق الآدميين، مما علمه بعد القضاء خاصة. وللشافعي في تجويزه ذلك على الإطلاق.

والدليل على ما نقوله أن هذا حكم بدعوى دون بينة ولا يمين، فوجب أن لا يصح؛ لأن الشرع إنما قدر الحكم بأحدهم.

فرع: وإذا قلنا لا يحكم بعلمه، فحكم بعلمه وسجل، فقد قال القاضي أبو الحسن: لا ينقض حكمه عند بعض أصحابنا.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣١٦. مسلم حديث رقم ١٤٩٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٣٠٩٦.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أنه ينقض حكمه.

فصل: وقوله: «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذن منه شيئاً، وإنما أقطع له قطعة من النار» معناه والله أعلم، أن قضاءه له بشيء من حق أخيه لما سمع منه من إظهار حجة أوجبت له ذلك من دعوى باطل، عجز المحق عن إنكاره أو إنكار حق عجز المحق عن إثباته،

فإن ذلك لا يملكه من حكم له به، ولا يبيحه له، وإنما يعطيه قطعة من النار، يريد والله أعلم، قطعة من العذاب، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا﴾ [النساء: ١٠]، يعنى والله أعلم، ما يعذبون عليه بالنار، وقد يوصف الشيء بما يؤول إليه، ويكون سبباً له، ولذلك يوصف الشجاع بالموت. قال الشاعر.

يا أيها الراكب المزجى مطيته سائل بنى أسد ما هذه الصوت
وقل لهم بادروا بالعدر والتمسوا وجهاً ينجيكم إنى أنا الموت
فوصف نفسه بأنه الموت، يريد أنه سبب بشجاعته وقلة سلامته من يجاربه من الموت.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن حكم الحاكم لا يحل الحرام ولا يغيره عن حقيقته. مثال ذلك أن يقيم الرجل شاهدى زور بأن امرأة أجنبية زوجة له، فحكم الحاكم بذلك، فإنه لا يحل وطؤها خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن ذلك يحله.

والدليل على ذلك الحديث المتقدم: «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذن منه شيئاً، وإنما أقطع له قطعة من نار» وهذا يقتضى أنه إذا شهد له بزور بأن زوجاً طلق زوجته، وأن هذا تزوجها بعده، إنما يقطع له الحاكم بذلك قطعة من النار؛ أنه قد قضى له بحق هو لأخيه، والله أعلم.

١٣٨٠ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ وَيَهُودِيٌّ، فَرَأَى عُمَرُ أَنَّ الْحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ، فَقَضَى لَهُ فَقَالَ لَهُ، الْيَهُودِيُّ: وَاللَّهِ لَقَدْ قَضَيْتَ بِالْحَقِّ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالدَّرَّةِ، ثُمَّ قَالَ: وَمَا يُدْرِيكَ؟ فَقَالَ لَهُ الْيَهُودِيُّ: إِنَّا نَجِدُ أَنَّهُ لَيْسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالْحَقِّ إِلَّا كَانَ عَنْ

كتاب الأفضية ١٣٩
يَمِينِهِ مَلَكٌ، وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ، يُسَدُّدَانِهِ وَيُوقَفَانِهِ لِلْحَقِّ، مَا دَامَ مَعَ الْحَقِّ، فَإِذَا تَرَكَ
الْحَقَّ، عَرَجًا وَتَرَكَاهُ.

الشرح: قوله: «إن عمر اختصم إليه يهودى ومسلم، فقضى عمر لليهودى» لما رأى أن الحق له على حكم الإسلام؛ لأن كل حكم بين مسلم وكافر، وإنما يقضى فيه بحكم الإسلام؛ لأنه إنما عقدت لهم الذمة لتجرى عليهم أحكام الإسلام، إلا فيما يخصهم.

وأما إذا لم يكونوا ذمة، وكانوا أهل حرب، فإن أمكن الحكم بين المسلم وبينهم على حكم الإسلام نفذ، وإن تعذر ذلك، لم يخرج أمرهم على وجه الحكم، وذهب به إلى معنى الصلح.

مسألة: وأما أحكام أهل الكفر، فلا يخلو أن يكونا على دين واحد كيهوديين أو نصرانيين، أو يكونا على دينين مختلفين كيهودى ونصرانى، فإن كانا أهل دين واحد، فإنه لا تتعرض للحكم بينهما؛ لأن الذمة لما عقدت لهم على أن تجرى أحكامهم بينهم.

فإن رضياً جميعاً بحكم الإسلام، ولم يرضى أساقفتهم به، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يحكم بينهم إلا برضى الخصمين، ورضى أساقفتهم، فإن رضى الخصمان وأبى الأساقفة. أو رضى الأساقفة، وأبى ذلك أحد الخصمين، لم يحكم بينهما.

وفى كتاب ابن عبدالحكم: أنه إن رضى الحاكم حكم بينهما، وإن أبى ذلك أحدهما طالباً أو مطلوباً، لم يعرض لهما، فإن اتفقا على الرضى بذلك، فإن الحاكم مخير بين أن يترك الحكم، وبين أن يحكم بينهم بحكم الإسلام.

والأصل فى ذلك قول تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءوك فَاحْكُم بَيْنهم أَوْ أَعرض عنهم وَإِنْ تعرض فلن يضروك شيئاً وَإِنْ حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين﴾ [المائدة: ٤٢].

وأما إن كانا على دينين مختلفين، ففي النوادر، قال يحيى بن عمر: يحكم بينهما، وإن كره ذلك أحدهما لاختلاف ملتيهما.

مسألة: وهذا فى طريقة التخاصم، والتطالب بالحقوق التى سلمت برضى الطالب لهما، وأما ما كان من التظالم كالغصب وقطاع الطريق والسرقة: فإن حكم المسلمين

١٤٠ كتاب الأفضية
حكم الإسلام، وسواء كانا مسلمين أو كافرين، على ملة واحدة أو ملتين، أو أحدهما
مسلم والآخر كافر، وهو كله قول مالك فى كتاب ابن عبدالحكم وغيره، والله أعلم
وأحكم.

فصل: وقول اليهودى لعمر: «لقد قضيت بالحق» يحتفل أن يريد، لقد قضيت لى بما
هو حق لى عليه، ويحتفل أن يريد به لقد قصدت الحق فى حكمك هذا، ويحتفل أن
يريد لقد قضيت بالحق على حكم التوراة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وضربه اليهودى لما قال له: «والله لقد قضيت بالحق» وقوله: «وما يدريك؟»
يحتفل أن يكون عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم بينهما باجتهاده فيما لا نص
عنده يعتقد أن طريق ذلك غلبة الظن دون القطع والعلم.

ولذلك قال له: «وما يدريك» يريد ما يدريك أنه كما حلفت عليه، وقطعت به،
فأنكر على اليهودى الحلف على ذلك، وذلك يقتضى ضربه وعقوبته؛ لأن من حلف
على القطع فى أمر يظنه استحق العقوبة، لاسيما وقد تكون القضية صحيحة، لكنها فى
الباطن غير صحيحة.

لأن أحد الخصمين ألحن بحجته من الآخر كما قال النبى ﷺ: «فمن قضيت له
بشئ من حق أخيه، فلا يأخذن منه، فإنما أقطع له قطعة من النار» (*) ويحتفل أن يكون
ضربه لما حلف على شئ لا يعرفه، ولا يعلم هو مقتضى تلك القضية فى شرع
المسلمين، لاسيما إن كانت ممن لم يتكرر، ولم يتقدم فيها حكم، إنما شرعت باجتهاد
أئمة المسلمين فيها.

ويحتفل أن يكون ضربه لما فهم منه أنه أقسم على أنه قصد الحق لحكمه، فأنكر عليه
أن يحلف على باطنه ومعتقده، وإن كان قد صادف الحق فى يمينه هذه، ويحتفل أن
يكون ضربه لما اعتقد أنه قصد بذلك التزكية له والإطراء لما حكم له لما جبل عليه
اليهود من المكر والخلافة، فأنكر عليه ذلك وأدبه على ما بادر إليه منه، وظن أنه يجوز
عليه ليزجر الحكام من سلك معهم هذا السبيل.

فصل: وقول اليهودى: «إنا نجد أنه ليس قاض يقضى بالحق إلا كان عن يمينه ملك

(*) أخرجه البخارى فى الأحكام ٧١٦٩. مسلم فى الأفضية ١٧١٣. الترمذى فى الأحكام
١٣٣٩. النسائى فى آداب القضاة ٥٣٩٩، ٥٤٢٠. أبو داود فى الأفضية ٣٥٨٣. ابن ماجه
فى الأحكام ٢٣١٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٩٥٢، ٢٦٠٧٨، ٢٦١٧٧.

كتاب الأفضية ١٤١

وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق ما دام مع الحق، فإذا ترك الحق عرجا وتركاها» ويحتمل أن يريد به اليهودى أنه يقطع بأن الحق له، وأنه ممن قد شاهد الحكم بمثله بين المسلمين، أو أنه من الحقوق التى لا تختلف فيها الشرائع، فاستدل على اجتهاد عمر وقصده الحق بأن حكم له بما يعرف هو أنه حقه، وعلم ذلك بما زعم أنه يجده فى كتبهم من أن الحاكم إذا قضى بالحق، يريد قصده وبينه بحكمه، كان معه ملكان يسددانه إليه، وأنه إن زاع عن ذلك عرجًا وتركاها، فلا يوفق للحق، فأمسك عنه عمر بعد ذلك، إما تصديقًا له، وإما أنه قد بلغ من أدبه ما أقنعه، وما قاله اليهودى لا يبعد، وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَن أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة: ٤٩].

وقد روى فى هذا المعنى حديثًا ليس بذلك أبو عيسى الترمذى، أخبرنا عبد القدوس ابن محمد العطار، أخبرنا عمرو بن عاصم، أخبرنا عمر، عن أبى إسحاق الشيبانى عن ابن أبى أوفى، قال: قال رسول الله ﷺ: «اللهم مع القاضى ما لم يجز، فإذا جار، تخلى عنه، ولزمه الشيطان» (*).

* * *

ما جاء فى الشهادات

١٣٨١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ، عَنْ أَبِي عَمْرَةَ^(١) الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ زَيْدِ بْنِ

(*) أخرجه الترمذى فى كتاب الأحكام حديث رقم ١٣٣٠. ابن ماجه فى كتاب الأحكام حديث رقم ٢٣١٢.

١٣٨١ - أخرجه مسلم فى الأفضية ١٧١٩. الترمذى فى الشهادات ٢٢٩٥، ٢٢٩٧. أبو داود فى الأفضية ٣٥٩٦. ابن ماجه فى الأحكام ٢٣٦٤. أحمد فى مسند الشاميين ١٦٥٩٢، ١٦٥٩٩، مسند الأنصار ٢١١٦٥. البيهقى فى السنن ١٥٩/١٠، عن زيد بن خالد. البغوى فى شرح السنة ١٣٨/١٠، عن زيد بن خالد. الطبرانى فى الكبير ٢٦٥/٥، عن زيد بن خالد. (١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥٠/٨: هكذا قال يحيى، عن مالك فى إسناد هذا الحديث، عن أبى عمرة الأنصارى، وكذلك قال فيه عن مالك بن القاسم، وأبى مصعب الزهرى، ومصعب الزبيرى. وقال القعنبي، ومعن بن عيسى، وسعيد بن عفير، ويحيى بن عبد الله بن بكير، عن مالك بإسناده: ابن أبى عمرة، وكذلك قال ابن وهب، وعبدالرزاق إلا أنهما سمياه، قالا: عبدالرحمن بن أبى عمرة.

١٤٢ كتاب الأقضية

خَالِدِ الْجُهَنِيِّ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ، الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ، أَوْ يُخْبِرُ بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ».

الشرح: قال مالك فى المجموعة وغيرها: ومعنى هذا الحديث أن يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها، فيخبره بها، ويؤديها له عند الحاكم، وذلك أن المشهود به على ضربين، ضرب هو حق لله، وضرب هو حق للآدميين.

فأما ما كان حقاً لله تعالى، فعلى قسمين، قسم لا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر. زاد أصبغ: والسرقه، فهذا ترك الشهادة به للستر جائز.

والأصل فى ذلك قول النبى ﷺ لهزال: «هلا سترته بردائك»^(*) ولو أن الإمام علم بذلك، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: يكتمونه الشهادة، ولا يشهدوا بها إلا فى تخرجه إن شهد على أحد.

مسألة: والقسم الثانى ما يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتق والأحباس والصدقات والهبات لمن ليس له إسقاط حقه، والمساجد والقناطر والطرق، فهذا على الشهادات يقوم الشاهد فيها، ويؤديها متى رأى ارتكاب المحذور بها، وللشاهد فى ذلك حالان، حال يعلم أن غيره يقوم بهذه الشهادة، ويشاركه فيها، وحال لا يعلم ذلك فيها.

فإن علم أن غيره يقوم بها، فإنه يستحب له أن يبادر بأدائها ليحصل له أجر اقيام، وليقوى أمرها لكثرة عدد من يقوم بها، ولأن فى قيام العدد الكثير بها ردعاً لأهل الباطل، وإرهابا عليهم، ويصح أن يتناول هذا عموم قوله ﷺ: «خير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها»^(*) ويكون معنى الإيتان بها، أداؤها عند الحاكم.

مسألة: فإن بين له أن غيره قد ترك القيام بها، أو لم يكن من يقوم بها غيره تعين عليه القيام بها لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، وقوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولأن القيام بالشهادة من فروض الكفاية كالجهد والصلاة على الجنائز، فإذا قام بها بعض الناس، سقط فرضها عن سائر الناس، وإذا ترك القيام بها جميعهم، أثموا كلهم إذا كان الحق مجتمعاً عليه، وبالله التوفيق.

(*) أخرجه مالك فى الموطأ حديث رقم ١٥٥٣، وسيأتى تخرجه فى كتاب الحدود.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧١٩. الترمذى حديث رقم ٢٢٩٥. أبو داود حديث رقم

٣٥٩٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٥٩٢.

فصل: وأما الضرب الثانى، وهو حق الآدميين، فإنه إن كان يجوز له إسقاطه مثل أن يرى ملك رجل يباع أو يوهب أو يحول عن حاله، فروى ابن القاسم فى العتبية: أن ذلك جرحه فى الشاهد حين رأى ذلك، ولم يعلم بعلمهم فيه. قال غيره فى المجموعة: وهذا إذا كان المشهود له غائبًا أو حاضرًا لا يعلم، وأما إن كان حاضرًا، فهو كالإقرار.

وقال ابن سحنون عن أبيه: إنما ذلك فيما كان من حق الله تعالى، أو كان الشاهد القيام به، وإن كذبه المشهود له كالحوالة والطلاق. وأما العروض والحيوان والرباع، فلا يبطل ذلك شهادته؛ لأن صاحب الحق إن كان حاضرًا، فهو أضعاف حقه، وإن كان غائبًا، فليس للشاهد شهادة.

وقال القاضى أبو الوليد: وهذا عندى إنما يكون جرحه فى الشاهد، إذا علم أنه إذا علم كتمها، ولم يعلم بها، بطل الحق، فكتم ذلك حتى صولح على أقل مما يجب، أو حتى نالته بكتمان شهادته معرة، ودخلت عليه مضرة، فعلم ضرورته إلى شهادته، ولم يقم بها حتى دخلت عليه مضرة بكتمانه إياها، فهى جرحه فى شهادته. وأما على غير هذا الوجه، فلا يلزمه القيام بها؛ لأنه لا يدرى لعل صاحب الحق قد تركه.

فصل: وقوله ﷺ: «الذى يأتى شهادته قبل أن يسألها» قد تقدم من تأويل مالك فى ذلك ما بسطنا القول فيه، ويحتمل قوله: «يأتى بها» أن يأتى بها إلى صاحب الحق، فيخبره به من غير أن يعلم بذلك صاحب الحق، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو إسحاق.

ويحتمل أن يريد بذلك أنه يأتىه لأدائها قبل أن يسألها، بمعنى أنه إذا سئل أداها بادر، فأسرع إليه، ولم يجوز إلى تكرار السؤال كما يقال فلان يعطيك قبل أن تسأله، ويحييك قبل أن تسأله، يريدون بذلك سرعة عطائه وسرعة جوابه، ولا يصحح أن يريد بذلك أن يأتى بها الحاكم، فيؤديها عنده قبل أن يسأله صاحب الحق إياها؛ لأن الحاكم لا يسمعها منه، إذا لم يقم صاحب الحق بها.

وأما ما ورى عن النبى ﷺ أنه قال: «خيركم قرنى، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يأتى قوم يشهدون ولا يستشهدون»^(*).

وقد قال إبراهيم النخعى: إن معنى الشهادة فى الحديث: اليمين، يريد أنه يحلف قبل أن يستحلف.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٥١. مسلم حديث رقم ٢٥٣٥. الترمذى حديث رقم

٢٣٠٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٠٩. أبو داود حديث رقم ٤٦٥٧. أحمد فى

المسند حديث رقم ١٩٣١٩.

١٣٨٢ - مَالِكُ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَيَّ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ، فَقَالَ: لَقَدْ جِئْتُكَ لِأَمْرٍ مَا لَهُ رَأْسٌ وَلَا ذَنْبٌ، فَقَالَ عُمَرُ: مَا هُوَ؟ قَالَ: شَهَادَاتُ الزُّورِ، ظَهَرَتْ بِأَرْضِنَا، فَقَالَ عُمَرُ: أَوْ قَدْ كَانَ ذَلِكَ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ، لَا يُؤَسِّرُ رَجُلٌ فِي الْإِسْلَامِ بغيرِ الْعُدُولِ.

الشرح: قوله: «جئتك بأمر ما له رأس ولا ذنب» معناه ليس له أول ولا آخر، هذا مما تستعمله العرب على وجهين، أحدهما: يريدون به الكثرة، فيقول: هذا جنس لا أول له ولا آخر، إذا أخبرت عن كثرته. الوجه الثاني: يريد به الأمر المبهم الذي لا يعرف وجهه، ولا يهتدى لإصلاحه، فيقال: وليس لهذا أمر أول ولا آخر، بمعنى أنه مبهم، ليس له وجه يتناول منه، وهذا الحديث يحتمل الوجهين جميعاً، فيحتمل أن يريد به الكثرة في كثرة شهود الزور، وأن يريد به عظم الفساد بهذا الأمر حتى لا يهتدى لإصلاحه.

فصل: وقوله: «شهادة الزور ظهرت بأرضنا» يريد الشهادة بالباطل، ظهرت بأرضهم، بعد أن لم تكن ولو كانت بأرضهم قديماً لم يصفها الآن بالظهور، وإنما كان يصفها بالدوام أو بالبقاء والتزايد، وشهادة الزور من الكبائر.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُوا بِاللَّغْوِ مَرُوا كِرَامًا﴾. [الفرقان: ٧٢]. وما روى عن أبي بكر بن عبدالرحمن بن أبي بكر عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثاً، قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، وجلس، وكان متكئاً، ألا وقول الزور، فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت» (*).

فصل: وقول عمر: «أو قد كان ذلك» دليل على أنه أمر لم يتقدم علمه به ولا عهده بذلك البلد قبل إخبار هذا المخبر، وذلك أن جميع الصحابة، ومن آمن بالنبي ﷺ في زمنه، ورآه وكانوا عدولاً بتعديل الله إياهم وإخباره أنهم خير أمة أخرجت للناس، وقوله تعالى: ﴿محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم تراهم

١٣٨٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٦٦. ابن حزم في المحلى ٩/٣٩٤. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٩١.

(*) أخرجه البخاري في صحيح حديث رقم ٢٦٥٤. مسلم حديث رقم ٨٧. الترمذي حديث رقم ١٩٠١، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

ركعًا سجدًا يبتغون فضلًا من الله ورضوانًا سماهم في وجوههم من أثر السجود ﴿[الفتح: ٢٩].

وبهذا كان التعديل في حياة النبي ﷺ، يبين ذلك ما روى عن عبدالله بن عتبة قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: إن ناسا كانوا يأخذون بالوحي في عهد رسول الله ﷺ وإن الوحي قد انقطع، وإنما نواخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيراً أمناه وقريناه، وليس لنا من سريرته شيء، الله يحاسبه في سريرته، ومن أظهر لنا شراً، لم نؤمنه، ولم نصدق، وإن كانت سريرته حسنة.

فلما كان هذا حكم الصحابة كان الأمر في زمن النبي ﷺ وأبى بكر وصدراً من زمن عمر على أن كل مسلم عدل؛ لأنه لم يكن في المسلمين غير صحابي، وهم عدول، فلما أخبر عمر بما أحدث من ذلك، قال: أو قد كان ذلك؛ لأنه قد كان يظن الأمر على ما عهد، فلما أخبر أنه قد كان قال: «والله لا يؤسر رجل في الإسلام بغير العدول».

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ثبت على شاهد أنه شهد بزور، فإن كان نسيان وغفلة، فلا شيء عليه، ومن كثر منه ذلك، ردت شهادته، ولم يحكم بها لفسقه.

فأما من ثبت عليه أنه يعمد ذلك، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يقر بتعمد ذلك. والثاني: أن يرجع عن شهادته بعد أدائها، فأما إن أقر بتعمد شهادة الزور، فإنه يعاقب.

وروى ابن وهب عن مالك أنه يجلد. قال ابن الماجشون: يضرب بالسوط. قال ابن القاسم: يضربه القاضي قدر ما يرى. وقال ابن كنانة: يكشف عن ظهره. قال ابن عبدالحكم: يضرب ضرباً موجعاً.

فرع: وروى ابن وهب عن مالك: أنه يطاف به ويشهر. وقال ابن الماجشون: يطاف به في الأسواق والجماعات. وقال ابن عبدالحكم: يشهر في المساجد والحلق. قال ابن القاسم: في مجالس المسجد الأعظم. وروى ابن المواز وغيره عن مالك: يسجن. وروى مطرف عن مالك: ولا أرى الحلق والتسخيم.

فرع: وهل تقبل شهادته إذا تاب، روى ابن المواز عن أشهب عن مالك: لا تقبل شهادته أبداً. زاد عنه ابن نافع: وإن تاب. وهي رواية ابن القاسم في المدونة: وروى على عن ابن القاسم في الموازية: تقبل شهادته إذا تاب، وأظنه لمالك.

وجه رواية أشهب وابن نافع أنه مما يسر ولا طريق إلى معرفة صلاح حاله.

وجه الرواية الثانية أن هذا نوع فسق، فلا يمنع قبول الشهادة بعد التوبة كالكذف.

فرع: فإذا قلنا، تقبل شهادته إذا تاب، فبأى شىء تعرف توبته؟ قال ابن المواز: تعرف بالصلاح والدؤب فى الخير، وقد أشار إليه ابن الماجشون.

وجه ذلك أن حاله الأولى كانت حال عدالة فى الظاهر، وقد وقع منه معها ما دل على أنها غير عدالة، فلا تثبت له توبة إلا بزيادة خير على ما كان عليه عند وجود شهادة الزور منه كالكاذف إذا كان عدلاً حين كذف.

فصل: وقول عمر: «والله لا يؤسر رجل فى الإسلام بغير العدول» قيل معناه لا يجلس، والأسر الحبس، ويحتمل أن يريد به لا يملك ملك الأسر، إقامة الحقوق عليه إلا بالصحابة الذين جميعهم عدول أو بالعدل من غيرهم، فمن لم يكن من الصحابة، ولم تعرف عدالته، لم تقبل شهادته، وهذا مذهب مالك والشافعى.

وقال أبو حنيفة: مجرد الإسلام يقتضى العدالة، فكل من أظهر الإسلام، حكم له بالعدالة، وقبلت شهادته حتى يعرف فسقه.

وحكى عنه أبو بكر الرازى أن ذلك إلى زمن أبى حنيفة؛ لأن القرن الثالث آخر القرون التى أثنى عليها رسول الله ﷺ، وأما من بعد القرن الثالث، فلا يكفى فى عدالتهم مجرد الإسلام.

والدليل على ما نقوله: قوله تعالى: ﴿واشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢]، وهذا شرط اعتبار الرضى والعدالة، وذلك معنى يزيد على الإسلام أو على إظهاره.

ودليلنا من جهة القياس أن العدالة لما كانت شرطاً فى صحة الشهادة كان الجهل بوجودها مثل العلم بعدمها كالإسلام. وقد روى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبى موسى الأشعري: أن المسلمين عدول بعضهم على بعض، يحتمل أن يكون ذلك قبل أن يبلغه ما بلغ، ويحتمل أن يكون معنى أن الإسلام شرط فى العدالة، وأنه لا يقبل أحد غيرهم؛ لأنه محال أن يريد به قبول شهادة مسلم، علم منه فسق، والله أعلم.

مسألة: وللشاهد صفات لا يجوز أن يعرى منها: أن يكون بالغاً، عاقلاً

كتاب الأفضية ١٤٧

مسلمًا، عدلاً، عارفاً بالشهادة، وصفة تحملها التي يجوز معها إقامتها متحرزا فيها.

وإنما شرطنا البلوغ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وهذه صفة البالغ المكلف؛ لأن الأمر والنهي لا يتوجه إلا إليه.

ومن جهة المعنى أن الشاهد إنما يجب أن يكون ممن يخاف، ويتحرج من الإثم، فيشهد بالحق، ويتوقى الباطل، والصغير لا يأثم بشيء، ولا يخاف عقوبة، فلا شيء يردعه من كتمان الحق، والشهادة بالباطل، وإنما شرطنا العقل؛ لأن عدمه معنى ينافى التكليف كالصغير.

فروع: إذا ثبت ذلك، فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية في ابن خمس عشرة سنة، لم يحتلم: لا تجوز شهادته، إلا أن يحتلم، أو يبلغ ثمان عشرة سنة، فتجوز شهادته. وقال ابن وهب: تجوز شهادة ابن خمس عشرة سنة، وإن لم يحتلم.

وجه قول ابن القاسم أن هذا لم يحتلم، ولا بلغ السن الذي لا يبلغه غالباً إلا يحتلم، فأشبه ابن عشرة أعوام؛ لأن الخمس عشر سنة قد يبلغها من لا يحتلم.

واحتج ابن وهب في ذلك بأن النبي ﷺ أجاز ابن عمر، وهو ابن خمس عشرة سنة^(*).

قال ابن عبدالحكم وغيره في غير العتبية: إنما أجازها لما رآه مطبقاً للقتال، ولم يسأله عن سنه، وليس في هذا دليل على أنه حد للبلوغ.

مسألة: وإنما شرطنا الحرية خلافاً لمن قال: شهادة العبد مقبولة؛ لأن الرق نقص يمنع الميراث، فنافية الشهادة كالكفر.

مسألة: وإنما شرطنا الإسلام خلافاً لمن جوز شهادة الكفار على المسلم في الوصية حال السفر، وإلا كانوا مجوساً لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرَضَوْا مِنْ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولقوله: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ولم يخص سفراً من حضر.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٦٤. مسلم حديث رقم ١٨٦٨. الترمذى حديث رقم ١٧١١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٣١. أبو داود حديث رقم ٤٤٠٦. ابن ماجه حديث رقم ٢٥٤٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٦٤٧. عن ابن عمر، ولفظه: «أن رسول الله ﷺ عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى، ثم عرضنى يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى».

والدليل على ما نقوله أن هذه حالة من أحوال الإنسان، فلم تجز فيها شهادة الذمي على المسلم كحال الإمامة.

وأما تعلقهم بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرُونَ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنْ آذَانُ الْمُؤْمِنِينَ إِنْ عَشَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَأَخْرَأَنَّ يَفْقَهُمَا مِنْ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانُ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدِينَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ ۙ﴾ [المائدة: ١٠٧].

قالوا: فوجه الدليل من ذلك ما روى عن ابن عباس أنه قال: خرج رجل من بنى سهم مع تميم الداري وعدى بن بداء، فمات السهمي بأرض بيد، ليس فيها مسلم، فلما قدما فقدوا جاماً من فضة مخصوص بذهب، فأحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة، فقالوا: ابتعناه من تميم وعدى، فقام رجلان من أوليائه، فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما، وأن الجام لصاحبهم.

قال ابن عباس: وفيهم نزلت هذه الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ﴾ [المائدة: ١٠٦] (*). والجواب أن الآية لا تتضمن شيئاً مما ذكرتم.

وقد قال الحسن البصري: إن معنى قوله تعالى: ﴿ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥] يريدون قبيلكم ﴿أَوْ آخَرُونَ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦] يريد من غير الإسلام، فلا يكونان شهيدين، ويكون حكمهما ما تضمنته الآية من استحلافهما.

وجواب ثالث، وهو أن سبب نزول هذه الآية، وما ذكر في ذلك عن ابن عباس يناقض الشهادة، ولذلك استحلفوا، ولو كانوا شهوداً لم يستحلفوا؛ لأنه لا خلاف في أن الشاهد لا يجب عليه يمين، وإنما يستحلف من ادعى عليه حق.

ولذلك روى عن مجاهد أنه قال: معنى الآية أن يموت الرجل، فيحضر موته مسلمان أو كافران، لا يحضره غيرهما، فإن رضى ورثته ما غاب عليه من التركة، فذلك،

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٨٠. الترمذى حديث رقم ٣٠٥٩، ٣٠٦٠. أبو داود

حديث رقم ٣٦٠٦.

كتاب الأفضية ١٤٩
ويحلف الشاهدان أنهما لصادقان، فإن غيرا ووجد لطح أو لبس أو شبه حلف الأوليان
من الورثة، واستحقا، وأبطلا إيمان الشاهدين، وقد يسمى الحالف شاهداً، ويقول
الحالف: أشهد بالله.

ولذلك روى عن النخعي: كانوا يضربوننا على الشهادة والعهد يعنى على اليمين
هلى هذا الوجه.

فرع: ولا تجوز شهادة الذمى خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن ذلك جائز.
والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ والعدالة تنافى الكفر.
ودليلنا من جهة القياس أن من لا تجوز شهادته على مسلم، لم تجز شهادته على كافر
كالمجوسى والحربى.

مسألة: ولا تجوز شهادة الفاسق؛ لأن من شرط الشهادة العدالة لما تقدم، وإنما يراعى
فى هذه الصفات وقت الأداء لا وقت التحمل، فلو تحمل الشهادة، وهو صغير عبد
كافر، ثم أداها بعد أن أسلم، وبلغ وأعتق، وكملت له صفات الشهادة، قبلت شهادته،
ولو تحملها فى حال عدالة، ثم أداها فى حال فسق، لم تقبل شهادته.

وكذلك لو أشهدوا على شهادته فى حال فسقه، ثم أداها من علمها عنه بعد أن بلغ
العدالة ثم تصح شهادتهم؛ لأن الاعتبار فى ذلك بصفاتهم وقت إشهارة على شهادته،
قال ذلك سحنون، قال: وهو قياس مالك وأصحابه.

فرع: ولو شهد الشاهدان بها عند الحكم، فردها لمعنى من هذه المعانى، ثم زال من
ذلك المعنى، لم يصح أداؤها لهما، ولو أداها، لم يجز للحاكم الحكم بها، هذا قول
مالك والشافعى. وقال الحكم بن عينية: إن ردت شهادته لصغر أورك أو كفر، قبلت
بعد ذلك، وإن ردت لفسق أو تهمة، لم تقبل بعد ذلك، مثل أن يشهد لزوجته بشهادة،
فترد، ثم يطلقها، فإنه لا يقبل لها فى تلك الشهادة، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن هذا ردت شهادته لمعنى فيه أوجب ردها، فلم يجز قبوله
فيها، وإن زالت ذلك المعنى كالفسق.

مسألة: وإنما شرطنا أن يكون عالماً بتحمل الشهادة؛ لأنه من لم يكن عنده علم
لتحملها، لم يؤمن عليه الغلط فيها، وترك ما هو شرط فى صحتها، وإنما شرطنا أن
يكون متحرراً فيها؛ لأن من لم يكن متحرراً، لم يؤمن عليه التخييل من أهل التخييل،
فيشهد بالباطل، ولم يعلم.

١٥٠ كتاب الأفضية

مسألة: وهل من شرطه، أن لا يكون مولى عليه، روى أشهب عن مالك فى العتبية والمجموعة: إن شهادة المولى عليه تجوز، إن كان عدلاً. قال ابن المواز: وهذه رواية ابن عبدالحكم.

وقال أشهب: لا تجوز شهادته، وإن كان مثله لو طلب ماله أخذه. قال ابن المواز: وهو أحب إلى. قال: ولا تجوز شهادة البكر فى المال حتى تعنس، وإن كانت من أهل العدل.

وجه القول الأول قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ولم يفرق بين المولى وغيره، وإنما الولاية عليه لقلّة معرفته بحفظ المال وتمييزه، وذلك لا يمنع قبول شهادته مع العدالة.

ووجه القول الثانى أن من شرط الشاهد أن يعرف التحرز، فإذا لم يكن من أهل التحرز فى حفظ ماله، ولا يوثق به فى ذلك، فبأن لا يوثق به فى أداء شهادته أولى.

فصل: إذا ثبت ذلك، فالشهود على ثلاثة أقسام، قسم يعرف الحاكم عدالته، وقسم يعرف فسقه، وقسم يجهل أمره.

فأما القسم الأول، وهو من يعرف عدالته، فيجب على الحاكم الحكم بشهادته، إن لم يكن للمحكوم عليه مدفع فيها. قال سحنون فى العتبية: وذلك مثل الرجل المشهور بالعدالة، وعند الحاكم من معرفته مثل ما عند من يعدله، فهذا الذى على الحاكم أن يقبله.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إذا كان القاضى يعرف الرجل، وكان يركبه عند غيره، لو لم يكن قاضياً، فهذا الذى يسعه قبول شهادته.

وأما الضرب الثانى، وهو من يعرف فسقه، فلا يجوز له أن يحكم بشهادته، بل يجب عليه ردّها، وذلك على ضربين، أحدهما أن يعرف الحاكم فسقه. والثانى: أن يخرج عنده بأنه يرتكب محظوراً كالزنا والسرقه وشرب الخمر والعمل بالربا. قال الشيخ أبو إسحاق: ولا تقبل شهادة أحد من أهل الأهواء، وإن كان لا يدعو إلى بدعته، وتقبل شهادة القراء فى جميع الأشياء إلا شهادة بعضهم على بعض، فإنهم يتحاسدون كالضرائر.

وقد اختلف فى شهادة القراء بالألحان وأحب إلى أن لا تجوز، والبخيل الذى ذمه

الله ورسوله هو الذى لا يؤدى الزكاة، فمن أدى زكاة ماله، فليس ببخيل، ولا ترد شهادته.

وقال بعض أصحابنا: إن شهادة البخيل مردودة، وإن كان مرضى الحال، يؤدى زكاة ماله؛ لأنه ساقط المروءة، ولذلك يمنع قبول الشهادة، وكذلك ترد شهادة من يترك واجبا كترك الصلاة والصيام حتى يخرج الوقت المشروع لها، وأما ترك الجمعة، فجرحة فى الجملة.

واختلف فى تركها مرة واحدة، فقال أصبغ: هى جرحة كالصلاة من الفريضة، فتركها مرة واحدة، فيؤخرها عن وقتها، وهذا ظاهر ما روى عن ابن القاسم فى العتبية. وقال سحنون: لا يكون جرحة حتى يتركها ثلاثة متواليه، ومثله روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك.

مسألة: وهذا ما كان من العبادات على الفور. وأما ما كان على التراخي، فإنها لا تبطل شهادته، حتى يترك ذلك المدة الطويلة التى يغلب على الظن تهاونه بها مع تمكنه من أدائها.

قال سحنون: فمن كان صحيح البدن، متصل الوفر، قد بلغ عشرين إلى أن بلغ ستين سنة، فلا شهادة له، وإن كان من أهل الأندلس، يريد إذا ترك الحج.

مسألة: وأما ترك المندوب إليه بما كان منه يتكرر، ويتأكد كالوتر، وركعتى الفجر، وتجهه المسجد، وما قد واطب عليه الناس، فإن أحل بفعله مرة أو مرارا لعذر أو غير عذر، فلا تسقط بذلك عدالته.

وأما من أقسم أن لا يفعله أو تركه جملة، فإن ذلك يسقط شهادته. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولَى الْقُرْبَى وَالْمَسَاكِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [النور: ٢٢].

وما روى عن عائشة قالت: «سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما، فإذا أحدهما يستوضع الآخر، ويسترفقه فى شىء، وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال: «أين المتألى أن لا يفعل المعروف، فقال: أنا يا رسول الله، فله أى ذلك أحب (*)».

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٠٥. مسلم حديث رقم ١٥٥٧.

فوجه الدليل فيه أن النبي ﷺ أنكر عليه يمينه بذلك، إنكاراً اقتضى إقلاعه عنه وتوبته منه، فمن أصر على مثل ذلك، وجب رد شهادته. وأما الذى قال للنبي ﷺ حين أخبره بالفرائض: والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه، فإنه لم يخلف على أن لا يأتى بناقلة، ولا يعمل شيئاً من الخير، ولكنه أقسم أن لا يفعل على وجه الوجوب عندما أخبره به النبي ﷺ عن وجوبه.

وإن أجاز أن يفعل غير ذلك من جنسه على وجه النقل، ويحتمل أن يريد أنه لا يزيد عليه زيادة تفسده، فلا يزيد على ركعات الصلاة، فيصليها خمساً، ولا ينقص فيصليها ثلاثاً، وإن جاز أن يزيد فيها، وينقص منها ما لا يخل بصحتها.

فصل: وأما من جهل الحاكم أمره، فلا يعرفه بعدالة ولا فسق، فلا يخلو أن يتناول شهادة ما يعدم شهادة أهل العدل فيه فى الأغلب، أو ما لا يعدم ذلك فيه غالباً مثل شهادة أهل الرفقة بعضهم على بعض فيما يختص بمعاملات السفر من بيع، أو شراء، أو قرض، أو كراء، أو قضاء، وما جرى بجرى ذلك.

فأما بيع العقار والأموال التى تجر العادة ببيعها فى السفر، فلا يقبل فيها إلا العدول، وكذلك ما شهد به بعضهم على بعض فيما يوجب الحد أو الضرب كالسرقة والتلصص والزنا والغصب الموجب لضرب، فلا يقبل فى ذلك إلا أهل العدالة، وإنما تجوز شهادة التوسم فى الأموال لصالح السفر واتصال السبل. وورى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون.

ووجه ذلك ما احتج به الشيخ أبو إسحاق من قوله تعالى: ﴿وَأَسْأَلُ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعَيْرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ [يوسف: ٨٢].

ومن جهة المعنى ما تدعو إليه الضرورة فى السفر من قبول أهل الرفقة، ومن لا يكاد يوجد فيها غيرهم.

مسألة: وإنما يقبلون على التوسم، وذلك أن يتوسم فيهم الحاكم الحرية والإسلام. زاد الشيخ أبو إسحاق: والمروءة والعدالة، ولا يمكن المشهود عليه من تجريحهم؛ لأن من اجترأ على غير العدالة لا يمكن من تجريحه كالصبيان.

وإن ارتاب السلطان قبل الحكم، فإن كان سبب الريبة، قطع يد أو رجل أو جلد ظهر، فليتوقف، ويتثبت فى توسمه، فإن ظهر له نفى تلك الريبة، وإلا أسقطهم، ولو شهد منهم واحد أو امرأة أو عدد لاتوسم أن الذين قبلوا بالتوسم عبيد أو

كتاب الأفضية ١٥٣
مسخوطون، وذلك قبل الحكم، فإن السلطان يتثبت فيهم، ويكشف عنهم، فإن ظهر له
بعض ما قيل أمسك عن إمضاء شهادتهم.

وإن لم يظهر له ذلك، حكم بها، وإن كان ذلك بعد الحكم بشهادتهم، فلا ترد
بشيء مما ذكرناه قبل هذا إلا أن يشهد عدلان أنهما أو أحدهما على صفة تمنع قبول
الشهادة.

مسألة: وأما إذا تناولت شهادة الشاهدين ما لا يعدم شهادة أهل العدل فيه غالباً،
فإنه لا يقبل شهادتهما، إلا بعد التزكية. روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون:
ليس تعديل الشهداء إلى المشهود عليه، وإنما ذلك إلى الحاكم ينظر في ذلك لنفسه،
سمى له ذلك المشهود عليه أو لم يسم.

وفى ذلك خمسة أبواب، الباب الأول: فى عدد المزكين. والباب الثانى: فى صفة
المزكى. والباب الثالث: فى معنى العدالة، وما يلزم المزكى من معرفة ذلك. والباب
الرابع: فى لفظ التزكية. والباب الخامس: فى تكرار التعديل وما يلزم منه.

الباب الأول: فى عدد المزكين

وذلك على وجهين، تزكية علانية، وتزكية سرية. فأما تزكية العلانية، ففى
المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يجوز فى التزكية أقل من اثنين.

ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢]،
وهذا فى كل شيء إلا فى تزكية شهود الزنا، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن
مالك: لا يعدل كل واحد إلا بأربعة. وقال ابن الماجشون: يجوز فى تعديلهم ما يجوز
فى تعديل غيرهم، اثنان على كل واحد، أو أربعة لجمعهم.

مسألة: وأما تزكية السر، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ:
ينبغى أن يكون للحاكم رجل عرف دينه وفضله وميزه وتحرز لا يعرفه أحد سوى
الحاكم، فيبحث عن أحوال الناس، ويكتسم بذلك، فإذا كلفه القاضى أن يتعرف له
حال شاهد تسبب إلى ذلك بالبحث والسؤال من حيث لا يعلم به أحد، ثم يعلم
الحاكم بما عنده من ذلك، فهذه تزكية السر.

فرع: وكم عدد المزكين فى السر؟ فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك:
يكفى فى ذلك الرجل الواحد العدل. وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا

١٥٤ كتاب الأفضية

أحب أن يسأل في السر أقل من اثنين. وقال سحنون: لا يقبل في السر إلا اثنان.

وجه القول الأول أنه نائب عن الحاكم، فاقتضى ذلك انفراداً.

وجه القول الثاني أنها شهادة في تعديل كتركية العلانية.

مسألة: والأفضل في التعديل أن يجمع بين السر والعلانية. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا ينبغي أن يكفى بتعديل العلانية دون تعديل السر، وقد يجوز تعديل السر عن تعديل العلانية.

وجه ذلك أن تعديل السر لا يجتري في ذلك السائل إلا بالخبر الفاشى المتكرر المتحقق الذى يقع به العلم للمستخبر، ولذلك لا يعذر فيه إلى أحد.

وأما تعديل العلانية، فيقبل في ذلك شاهدان فلا يقوى قوة ما يقع به العلم ولذلك يعذر فيه إلى المشهود عليه، فإذا أمكن أن يجمع بين الأمرين، فهو أولى ليستوى في تعديله السر والجهري، وإن اقتصر في الرجل المشهور الفضل بتزكية السر، فلا بأس بذلك لما عليه من الغضاضة بمطالبته بالتزكية والتوقف في قبول شهادته حتى يزكى.

فإن لم تعلم حالته بالسؤال في السر عن أمره، ولم يوجد من يخبر بذلك عنه إلا الرجلان والثلاثة، اضطر في أمره إلى تزكية العلانية، واجتزئ بها في الذى لم تشتهر عينه. وفي المدونة: يكفى في ذلك أن يزكى في السر أو العلانية، والله أعلم وأحكم.

الباب الثاني: في صفة المزكى

روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ: لا يجوز تعديل الرجل، وإن كان عدلاً يعرف وجه التعديل. ورواه مطرف عن مالك. وقال سحنون من رواية ابنه عنه: لا تقبل تزكية الأبله من الناس. وقال سحنون: وليس كل من تجوز شهادته، يجوز تعديله، ولا يجوز في التعديل إلا المبرز، النافذ، الفطن، الذى لا يخدع فى عقله، ولا يستزل فى رأيه.

وجه ذلك أن معرفة أحوال الناس ومعرفة الجائز منها من غيره مما يخفى ولا يعلمه إلا آحاد الناس، وأهل الميز، والحدق منهم وأما دفع عقد إلى شاهد يشهد فيه بما يشهده عليه المتعاقدان فى بيع أو غيره، فذلك أمر ظاهر يبعد من الخطأ والمخادعة لمن له أقل معرفة وأيسر جزء من التحرز.

فرع: ولا يجوز أن يكون المعدلان غير معروفين عند الحاكم، فيزكيان عنده إذا كان

شاهد الأصل من أهل البلد، وإن كان غريباً، جاز ذلك، قاله مالك في المدونة وغيرها.
ووجه ذلك أن الغريب قد يكون مجهول الحال في البلد، فلا يعرف عدالته إلا من يعرف الحكم، فيحتاج أن يعرف به. وأما المساكن بالبلد، فحاله في الأغلب معلومة كحال المزكى له، فلا يقبل في تزكيته إلا أهل العدالة على ما وصفنا قبل هذا.

الباب الثالث: في معنى العدالة وما يلزم المزكى من معرفة ذلك

من لا يعرفه الحاكم بهذه الصفة، يطلب فيه التزكية. قال سحنون: يزكيه عنده من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره، من صحبه الصحبة الطويلة، وعامله بالأخذ والإعطاء. قال ابن سحنون عن أبيه: في الحضر والسفر. قال مالك: كما يقال لمن مدح رجلاً، أصبحته في سفر، أخالطته في مال.

قال مالك في الرجل يصحب الرجل شهراً، فلا يعلم منه إلا خيراً، لا يزكيه بهذا، وهو كبعض من يجالسك، وليس هذا باختبار.

وقال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا فساد، إلا أنه ممن يحضر الصلوات في المساجد، قال سحنون: يعرفه بظاهر جميل من أهل المساجد والجهاد. قال ابن القاسم: لا يقبل شهادته، ويطلب فيه التزكية. قال سحنون: لا يزكيه بذلك.

مسألة: إذا ثبت أن التزكية تفتقر إلى أن يعرف المزكى من حال الشاهد ما ذكرناه، ففي العتبية عن سحنون ما معناه: أنه لا يؤثر في ذلك أن يقارن بعض الذنب كالأمر الخفيف من الزلة والفلة، فمثل هذا لا يمنع من عدالته.

قال مالك: من الناس من لا تذكر عيوبهم، يكون عيبه خفيفاً، والأمر كله حسن، ولا يعصم أحد من أهل الصلاح، وتقبل شهادة التلاعب بالشطرنج، ولو لم تقبل إلا ممن لا يقارن شيئاً من العيوب، ما قبلت لأحد شهادة.

مسألة: يزكى الشاهد، وهو غائب عن القاضي، قاله ابن القاسم في المدونة: معناه، والله أعلم، أنه مشهور العين والاسم عند القاضي، والمزكى معروف العين، وإن لم يكن كذلك، فلا يزكى إلا عينه. وقد روى ابن سحنون عن أبيه: يصح أن يزكى المزكى رجلاً لا يعرف اسمه، وقاله ابن كنانة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندي أنه زكاه على عينه، وأن

١٥٦ كتاب الأفضية

هذا أمر يقل ويندر، إذا كان لا يصح تزكيته له بعد المداخلة فى السفر والحضر، والمعاملة الطويلة بالأخذ والإعطاء، ويكون مع ذلك لا يعرف اسمه، إلا أن يكون مشهوراً بكنية كأبى بكر بن عبدالرحمن بن الحرث بن هشام وأبى بكر بن عباس، أو يغلب عليه لقب قد رضيه كأشهب بن عبد العزيز، واسمه مسكين، وكنيته أبو عمرو، وأشهب لقب، وكذلك سحنون اسمه عبدالسلام، وكنيته أبو سعيد، وسحنون لقب، فمثل هذا يمكن فيه ما قال، والله اعلم، ومع ذلك، فإنى أقول إن الجهل باسمه يؤثر فى تزكيته، وإنما يقل مع ما شرط من سبب معرفته.

الباب الرابع: فى لفظ التزكية وحكمها

قد قال مالك من رواية ابن وهب عنه فى المزكى يقول: لا أعلم إلا خيراً، قال مالك: ويلقاه فى الطريق ولا يعلم منه إلا خيراً، ولا يجوز هذا. قال سحنون: ولا يجزئه أن يقول: هو صالح. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: يجزئه فى ذلك لفظ العدل والرضى.

وقال القاضى أبو بكر: كل لفظ كنى به عن العدل والرضى، فإنه يجزئ، وإنما اختيار لفظ العدل والرضى؛ لأنه الذى ورد به القرآن، قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال عز من قائل: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قال الشيخ أبو القاسم: ولا يقتصر على أحد الوصفين من العدل والرضى حتى يجمعهما.

فرع: إذا ثبت أن الاعتبار بمعنى العدالة، وأن الاختيار لفظ العدالة والرضى، فقال مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ: يجزئه أن يقول: أراه عدلاً رضى، وليس عليه أن يقول: وأعلمه عدلاً رضى، جائز الشهادة، ولا تقبل منه إذا قال: لا أعلمه إلا عدلاً رضى. قال سحنون: ولا يقبل منه حتى يقول: إنه عدل رضى.

وجه الرواية الأولى أن التعديل إخبار عما يعتقد فيه من الصدق، لما ظهر إليه من الأحوال المرضية، ولا يصح أن يقطع على مغيبه.

وجه الرواية الثانية، التزكية وأن الرضى والعدالة متعلقة بما ظهر إليه من أحواله، وذلك مقطوع به.

الباب الخامس: فى تكرار التعديل وما يلزم منه

قد روى فى المجموعة أشهب عن مالك فى الرجل يشهد، فيزكى، ثم يشهد ثانية: تقبل شهادته بالتزكية الأولى، وليس الناس كلهم سواء، منهم المشهورون بالعدالة، ومنهم من يغمص منه الناس.

قال ابن كنانة: أما الذى ليس بمعروف، فإنه يؤتلف فيه تعديل ثان، وأما المشهور بالعدالة فالتعديل الأول يجزئ فيه، حتى يخرج بأمرين.

وروى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون: ليس عليه ائتناف تعديل، إلا أن يغمز فيه بشيء، أو يرتاب منه، ولا يزيده طول ذلك إلا خيراً.

وجه القول الأول، الذى ليس بمشهور العين، ولا مشهور العدالة، فإنه يمكن أن يكون فيه أحوال خفيت عن المعدلين، وربما يتعدز تجريحه على المشهور عليه لخفاء عينه، وقلة العلم به، فيؤتلف فيه التعديل ليحقق أمره، ويستبرأ حاله.

ووجه القول الثانى أن الحكم الأول بتعديله باق لا ينقصه التجريح والارتياب، فلا يلزم تجديد حكم آخر فيه.

فرع: فإذا قلنا إنه يؤتلف فيه التعديل، فقد قال أشهب فى المجموعة: إن شهد مرة ثانية بعد زمان الخمس سنين ونحوها، فليستل عنه المعدل الأول، فإن كان قد مات عدل مرة أخرى، وإلا لم يفعل.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: إن كانت الشهادة الثانية قريبة من الأشهر وشبهها، ولم يطل جداً، لم يطلب تزكية، وإن كان قد طال، فليكشف عنه ثانية، طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلب، والسنة كثير.

مسألة: ومن الذى يكلف تعديله؟ فى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، أنه يسأله من يعدله، فإن لم يأت به بذلك، فلا يقبله. قال سحنون: ولا يطلب التزكية من الشاهد، وذلك على الخصم، وإنما عليه أن يميز الحكم من يعرفه ومن يعدله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا هو الأظهر عندى، فإذا قلنا بذلك، فإن الحاكم يكلف من يشهد له يركبه من لا يعرفه، فإن زكاه وإلا رد شهادته لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرَضَوْا مِنْ الشَّهَادَةِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وإذا لم يعرف عدالته، لم يرضه.

١٣٨٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا

ظَنِّينِ.

الشرح: قوله: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين» قال ابن كنانة فى المجموعة: الخصم فى هذا الحديث الرجل يخاصم الرجل فى الأمر الجسيم، مثله يورث العداوة والحقد، فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه فى ذلك الأمر وفى غيره، وإن خاصمه فيما لا يخطب له كثوب قليل الثمن ونحوه مما لا يوجب عداوة، فإن شهادته عليه فى غير ما يخاصمه فيه جائزة. وقال يحيى بن سعيد: الخصم فى هذا الحديث الوكيل، وقاله ابن وهب.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والوجهان عندى محتملان، فيحتمل أن يريد به العدو والمخاصم، ويحتمل أن يريد به الوكيل على خصومته، لا تقبل شهادته على ما يخاصم فيه.

مسألة: وكذلك إذا كان حقاً لله تعالى، فقام به أحد يطلبه، ويخاصم فيه، فإنه لا تقبل شهادته فيه، قاله ابن القاسم فى العتبية. وروى ابن حبيب عن مطرف: أن شهادته جائزة.

وجه قول ابن القاسم أن الناس قد جلبوا على أن من خاصم فى شىء، أن له إتمامه والنفاذ فيه، فلا يؤمن على هذا المخاصم أن يزيد فى شهادته ما ينفذ به فيما يحاوله.

وجه قول مطرف أن هذا حق لله تعالى، فلا يتهم أحد فيه؛ لأن الواجب على كل أحد القيام به، ولو لم تقبل شهادة قائم به لما قبلت شهادة أحد؛ لأن كل أحد يتعين عليه القيام به، والقائم به لا يجزى به منفعة إلى نفسه، فلا يمنع ذلك من قبول شهادته.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن خصومتها معتبرة بالتهمة فى أداء الشهادة، فإن أداها قبل الخصومة، ثم حدثت الخصومة قبل الحكم.

قال القاضى أبو الوليد: فالصواب عندى الحكم بها، وإن تحملها قبل الخصومة، ثم حدثت الخصومة، فإن كان أشهد بها قبل الخصومة، ثم أداها بعد الخصومة، فهى جائزة، حكاه الشيخ أبو محمد فى نوادره عن ابن الماجشون.

وإن لم يشهد بها وأداها فى حال الخصومة أو بعدها بالقرب منها، فهى غير جائزة،

كتاب الأفضية ١٥٩
وإن كان بعدها مدة لا تلحق في مثلها التهمة، جازت الشهادة، وإن أداها قبل العداوة،
ثم حدثت العداوة قبل الحكم بها، فقد قال ابن القاسم وأشهب: إن الشهادة ماضية
يجب الحكم بها.

فرع: وقوله: «ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين» يريد لا يجوز أداؤها، وأما تحملها،
فتعتبر بوقت أدائها، وللشهادة حالان، حال تحمل، وحال أداء، وإنى أفرد لكل واحد
منهما باباً، إن شاء الله تعالى.

الباب الأول: فى تحمل الشهادة

أما تحمل الشهادة، فعلى ثلاثة أضرب، أحدها: تحمل نقلها من الأصل. والثانى:
تحمل نقلها عن الشهود. والثالث: تحمل نقل حكمها عند الحاكم.

فأما تحمل نقلها من الأصل، فعلى ضربين، أحدهما: أن يسمع لفظ الذى عليه الحق
بالشهادة له أو إقراره. والضرب الثانى: أن يشهد على ما تقيده فى كتاب.

فأما الضرب الأول، وهو أن يسمع ما يشهد به، فهو إذا وعاه، جاز أن يشهد به،
ويلزمه ذلك، إذا لم يقر بالشهادة غيره، وتجوز على هذا شهادة الأعمى خلافاً لأبى
حنيفة فى قوله: لا تجوز ما تحمل حال العمى.

وللشافعى فى قول: ولا تجوز شهادته إلا أن يكون المشهود له، والمشهود عليه فى
يديه إلى أن تؤدى الشهادة بالإشارة إليهما.

والدليل على ما نقوله أن كل من صح منه معرفة المقر والمقر له، جاز أن تقبل شهادته
بينهما مع العدالة كالمبصر، والأعمى يعرف ذلك بمعرفة الصوت، يدل على ذلك ما
احتج به سحنون من أنه يجوز له أن يظاً امرأته بمعرفة صوتها، ويؤيد ذلك أنه يجوز له أن
يحلف على حقه بمعرفة صوت مبايعه، والمقترض منه. قال المغيرة وابن نافع وسحنون:
سواء ولد أعمى أو عمى بعد ذلك.

مسألة: وأما إذا لم يع جميع ما شهد به، فإن كان نسى منه ما لا يخل بما حفظ،
فليشهد بما حفظ وتيقنه دون ما يشك فيه، وإن كان نسى ما يخاف أن يكون مؤثراً لما
حفظ، ومغيراً لحكمه، فلا يشهد به، وهذا حكم الإقرار فيمن سمع رجلاً يحدث غيره
بما فيه إقرار، ففى المدونة عن ابن القاسم، قال مالك: فى الرجل يمر بالرجلين يتكلمان،
ولم يشهداه، فيدعوه أحدهما إلى الشهادة، أنه لا يشهد. قال ابن القاسم: إلا أن
يستوعب كلامهما.

١٦٠ كتاب الأفضية

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وذلك عندي على وجهين، أحدهما: أن يكون لمالك في ذلك قولان، أحدهما: أنه لا يشهد به على الإطلاق مخافة الاستغفال والتحيل على المقر. والثاني: أنه يلزمه أداء الشهادة إذا استوعب الكلام، ولم يفته ما يخاف أن يخجل بالمعنى.

والوجه الثاني أن يكون ما قاله ابن القاسم تفسيراً لقول مالك. والوجه الأول أظهر لقول ابن القاسم: قول مالك الأول: لا يشهد.

وفى الموازية عن مالك، ما يقوى هذا التأويل فيمن سمع رجلين يتنازعان، فأقر أحدهما للآخر، ولم يشهد السامع، إلا أن يكون قاذفاً. وقال أشهب: هذه رواية فيها وهم، وليشهد بما سمع من إقراره، وإن لم يعلم المقر له، فليعلمه.

وقد اختلف قول مالك وأقوال أصحابه فيما يتعلق بهذا المعنى، ويرجع إليه، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى شهادة المختفى على الإقرار: إذا كان المقر ممن يخاف أن يخدع أو يستضعف، لم يلزمه ذلك، ويحلف أنه ما أقر إلا لما يذكر من ذلك، وأما من لا يخاف عليه ذلك، وهو فى الخلوة يقر، ويحجد عند البينة، فعسى أن يلزمه ذلك، ورواه ابن المواز عن مالك، قال عيسى بن دينار: أرى ذلك ثابتاً.

وسئل سحنون عن ذلك، فقال: حدثنا ابن وهب أن الشعبي وشريحاً كانا لا يجيزان ذلك، فظاهرا ما جاوب به من الرواية الأخذ بها فى المنع.

واختلف قول مالك فى الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين، ويشترطان عليهما أن لا يشهد بما يقران به، فيقر أحدهما، فيطلبهما الآخر بالشهادة، فروى ابن القاسم عن مالك: يمتنعان من الشهادة، ولا يعجلا، فإن اصطالح المتداعيان، وإلا فليؤديا الشهادة.

وروى عنه ابن نافع: لا أرى بامتناعهما من الشهادة بينهما بأساً. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم، وكذلك شهادة من توسط بين اثنين.

مسألة: إذا سأل المستفتى فقيهاً عن أمر ينوى فيه، ولو أقر عند الحاكم أو أرسر به بينة، لم ينو، وفرق بينه وبين امرأته فأنته الزوجة تسأله عن الشهادة، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يشهد عليه. زاد ابن المواز: ولو شهد لم ينفعها؛ لأن إقراره على غير الإشهاد، وما أقر به من طلاق أو حد مما لا رجوع له عنه ثم أنكسر، فليشهد به عليه. وقال الشيخ أبو إسحاق: ولا تجوز شهادة الفقيه بما سئل عنه.

كتاب الأفضية ١٦١

فصل: وأما إذا شهد على تقييد في كتاب، فلا يخلو أن يكون غير مختوم أو مختوماً، فإن كان غير مختوم، فعندى أنه يلزمه أن يقرأ ما تقيدت به الشهادة في آخر العقد، إن كان يقرأ أو يقرأ له، إن كان أمياً أو أعمى؛ ليعلم بذلك موافقة تقييد الشهادة لما شهد به.

وإن كان الكتاب مختوماً، ففي المعونة للقاضي أبي محمد اختلف قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتاباً مطوياً، وقال: اشهدوا عليّ بما فيه، هل يصح تحملهم للشهادة أم لا؟ وكذلك الحاكم إذا كتب كتاباً إلى حاكم، وختمه، وأشهد الشهود بأنه كتابه، ولم يقرأ عليهم، فعنه في ذلك روايتان، إحداهما: أن الشهادة جائزة. والأخرى: أنهم لا يشهدون به، إلا أن يقرؤه وقت تحمل الشهادة.

فوجه الجواز أنه أشهدهم على إقراره بما في كتاب عرفوه، فصح تحملهم للشهادة وأصله إذا قرأه عليهم. واستدل القاضي أبو إسحاق لذلك بأن رسول الله ﷺ دفع كتاباً إلى عبدالله بن جحش، وأمره أن يسير ليلتين، ثم يقرأ الكتاب، فيتبع ما فيه.

قال: ووجه المنع قوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾ [يوسف: ٨١]، وإذا لم يقرأوا الكتاب لم يعلموا ما يشهدون به، فلم تجز شهادتهم.

الباب الثاني: في حال أداء الشهادة

أما حال الأداء، فإن كان يؤدي شهادة حفظها، فحكمه أن يكون حافظاً لها حين الأداء، إما لأنه استدام حفظها، وإما لأنه قيدها في كتاب يذكرها منه حال الأداء على وجه لا يشك في صحته، وقد يكون ذلك في كتاب يتفقده عند نفسه، وقد يكون في كتاب عقد المشهود له به عقداً بما علم في الشاهد من ذلك، وهذا يسميه أصحاب الوثائق عقد استرعاء.

وصفته أن يكتب شهد من تسمى في هذا الكتاب من الشهداء أنهم يعرفون كذا، ثم يكتب الشاهد شهادته، ويسلم العقد إلى صاحبه المشهود له، فإذا احتاج إليه، ودعى الشاهد الشاهد إلى الشهادة، لزم الشاهد أن ينظر فيه، فإن كان ذاكراً لجميعه، ويذكر ذلك بقراءته، أدى الشهادة على عمومها، وإن ذكر بعضه، شهد بما ذكر منه، وإن لم يذكر شيئاً منه، فلا يشهد.

مسألة: وأما إن كان أشهد على عقد تبايع، أو نكاح، أو هبة، أو حبس، أو إقرار مما لا يلزم الشاهد حفظه، وإنما يلزمه مراعاة تقييد الشهادة في آخره.

فإن كان يذكر أنه أشهد عليه، ويعرف خطه، ولا يستريب بشيء من الكتاب في محو ولا بشر ولا إلحاق، فليؤد الشهادة، وعلى الحاكم أن يعمل بها، وإن استراب بشيء، فلا يشهد؛ لأنه شك فيما شهد على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه، وإن لم يذكر الشهادة.

فإن ميز خطه، ولم يذكر أنه أشهد، ولا أنه كتبه، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: إن عرف خطه، ولم يذكر الشهادة، ولا شيئاً منها، فإن لم يكن في الكتاب محو، ولا ريبه، فليشهد بهما، وإن كان في الكتاب محو، فلا يشهده، ثم رجع، فقال: لا يشهد، وإن عرف خطه، ثم يذكر الشهادة، أو بعضها، أو ما يدل منها على أكثرها. قال ابن حبيب: وبالأول أقول، ولا بد للناس من ذلك، وبه قال ابن الماجشون والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن عبدالحكم وابن وهب، وقال ابن القاسم وأصبع بقوله الآخر.

مسألة: وأما إذا ذكر أنه كتب شهادته، وعرف خطه إلا أنه لا يذكر ما فيه، ففي المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يشهد بها، ولكن يؤديها كما علم، ولا يحكم بها. وقال سحنون في العتبية: إذا عرف خطه في كتاب لا يشك فيه، ولا يذكر كل ما في الكتاب، فقد اختلف فيه أصحابنا.

وقوله: أنه لم ير في الكتاب محوًا ولا لحقًا ولا ما يستنكره، ورأى الكتاب خطأ واحدًا، فليشهد بما فيه، وإن لم يذكر من الكتاب شيئًا، ولا يجد الناس من هذا بدأ. فرع: إذا ثبت ذلك، فصفة أداء الشهادة، قال ابن القاسم عن مالك في المدونة: لا يشهد بها، ولكن يؤديها كما علم، ففرق بين الأداء والشهادة، فكأنه أشار بالشهادة إلى ما يعتقد أنه كامل ويورده ليعمل به، وأشار بالأداء إلى الإخبار بما عنده، وأنه غير كامل، فلا يعمل به.

وقال أشهب من مالك في العتبية في شهادة من رأى خطه في كتاب، ولا يذكرها: يرفعها إلى الإمام على وجهها، وليقل هذا كتاب شبيه كتابي، وأظنه إياه، ولا أذكر شهادة، ولا أنى كتبها، يحكى ذلك، ولا يقضى بها، وإن لم يكن في الكتاب محو، وعرف خطه، فقد يضرب على خطه.

وقال ابن الماجشون في الواضحة: يشهد الذي لا يعرف إلا خطه، فيقول: إن ما فيه حق، وذلك لازم له، وإن ذكر للحاكم أنه لا يعرف من الشهادة شيئًا، وقد عرف خطه، ولم يرتب في شيء، فلا يقبلها.

كتاب الأفضية ١٦٣

وقال سحنون: يقول أشهد بما في هذا الكتاب، وهذا أمر لا يجد الناس منه بدءاً، ولو أعلم القاضى بذلك رأيت أن أن يجيز شهادته إذا عرف أن الكتاب خط يده.

قال: وجميع أصحابنا يقولون: شهادته جائزة، وهذا عندي هو الأظهر؛ لأنه لا يشهد بذلك حتى يعرف خطه معرفة صحيحة، لا يشك فيها.

وقد قال ابن نافع: إذا لم يعرف عدد المال، فذلك إلى الإمام يعرفه الشاهد بأنه لا يعرف ذلك، وما أرى ذلك ينفع، وقاله ابن وهب عن مالك في العتبية: يقضى القاضى بشهادته، وإن لم يشهد عنده على عدة المال.

وروى ابن القاسم عن مالك إذا لم يعرف عدد المال، ردّت شهادته، وإن ذكر أنه قد كان أشهد مع معرفة خطه، وهذا عندي إنما هو الخلاف فيمن قيد شهادته باسترعاء على معرفته بمال وعدده أو غير ذلك من الحقوق، ثم نسي، فهذا يمتثل الخلاف المذكور؛ لأنه لا يجوز له أن يقيد شهادته إلا مع معلوم عند تقييد شهادته.

فإذا نسي بعد ذلك، تيقن ما تضمنه العقد أو بعضه، وذكر تقييده للشهادة، وعرف أنه لم يوقعها إلا على معلوم، احتمل الوجهين، أحدهما: إجازة شهادته؛ لأنه متيقن صحتها. والثاني: رد شهادة؛ لأنه عند الأداء غير ذاك له.

وقد قال أبو زيد عن ابن القاسم: إذا عرف خطه، وأثبت من أشهده في دار، إلا أنه لا يذكر أنها التي في هذا الكتاب: لا يشهد حتى يثبت ما في هذا الكتاب حرفاً حرفاً، وهذا يدل على أنه عقد استرعاء.

وأما ما شهد فيه من العقود، فقد قدمنا أنه لا يلزمه تصفحه، ولا قراءته، ولا يتصفح منه إلا موضع التقييد للشهادة، ولذلك شهد على الحكام بالسجلات المطولة التي فيها الأوراق، ولا يقرأ إلا في المدد الطوال مع القدرة على ذلك والتفريغ له، وربما اجتمع النفر الكثير للإشهاد منه، وإن لزم كل إنسان قراءته وتصحفه وتحفظه، لتعذر الإشهاد فيه.

وإذا ثبت أنه لا يلزمه قراءته، ولا معرفة ما فيه حين تقييد شهادته، فبأن لا يلزمه ذلك حين الأداء أولى. وما احتج من قوله: «وما شهدنا إلا بما علمنا» [يوسف: ٨١]، غير لازم أنه إخبار عن شهادة معينة، ولا يقول أحد، أن الشهادة بالمعلوم غير جائزة، وإنما الخلاف في الشهادة بما لم يعلم، والآية لا تتضمن حكم هذا، وأيضاً، فإننا نقول بموجب ذلك، فإن الشاهد إنما يشهد بما يعلمه من صحة تقييده الشهادة في لا عقد على الوجه اللازم في ذلك.

١٦٤ كتاب الأفضية

مسألة: ومن حكم أداء الشهادة أن يشهد بما يعلم، ويقطع به، فإن شك في شيء لم يشهد به، قاله مالك في المجموعة. وأما من دعى إلى شهادة، فلم يذكرها. زاد ابن القاسم، فقال عند القاضي: لا أذكرها، ثم ذكرها، قال ابن القاسم: ثم عاد بعد أيام فشهد، ففي الموازية عن مالك: يقبل منه، وإن كان مبرزاً، لا يتهم ولم يمر طول الزمن ما يستنكر.

قال سحنون في المجموعة: إن قال: أخروني لأتفكر وأنظر، جازت شهادته، إن كان مبرزاً، وإن قال: ما عندي علم، ثم رجع، فأخبر بعلمه، فقد اختلف فيه عن مالك وأجازها ابن نافع في المبرز في القرب.

وجه إجازتها أنه إنما أخبر بأن لا علم له عنده في ذلك الوقت، وذلك لا ينفى أن يكون علم ذلك قبله، فإذا تذكر بعد ذلك ما تقدم علمه به، جازت شهادته كما لو تقيدت شهادته في عقد أشهد عليه، فإن أكثر الناس ينسى ذلك، فإذا وقف على العقد، ورأى خطه يذكر شهادته، وجاز أدائه لها.

ووجه القول بردها أن قطعه بنفى علمه، ظاهره أنه ليس عنده أصل، ولا سبب يتذكر منه.

قال ابن حبيب: إنما هذا إذا سئل عند الحاكم أو سئل المريض عند نقلها عنه، فأما في غير هذين الوجهين، فلا يضره ذلك.

فروع: فإذا قلنا برد شهادته، فقد قال ابن المواز عن أشهب: إن قال: كل شهادة أشهد بها بينكما زور، لم يضره ذلك، وليشهد، وقال ابن حبيب: من قال لخصم: ما أشهد عليك بشيء، ثم شهد عليه، يقبل ذلك منه، ولا يضره القول الأول، وإن كانت عليه بينة، وهذا عند الحكم.

ومعنى ذلك عندي أنه إذا وعده أن لا يقيم عليه الشهادة، ثم رجع عن ذلك إلى الواجب من إقامتها عليه، أو يكون نسي الشهادة، ثم ذكرها، فأدّاها والله أعلم وأحكم.

قال الشيخ أبو إسحاق: من شهد وحلف لم تقبل شهادته، وأما محل نقل الشهادة عن الشهود، ففيها بابان، أحدهما: نقلها عن شهداء معينين. والباب الثاني: في نقلها عن شهداء غير معينين.

الباب الأول: فى نقل الشهادة عن معينين

فأما نقلها عن المعينين، فيجب أن يكون ممن ينقل عنه متيقناً لما أشهد به غير شك فى شىء منه، فمن شك فى ذلك أو نسيه، لم يصح نقلها عنه، قاله مالك فى المجموعة.
مسألة: ومن سمع شاهداً ينص شهادته، لم يجوز أن ينقلها عنه حتى يشهده على ذلك.

ووجه ذلك أن المخبر قد ترك التحرز والاستيعاب للشهادة والمؤدى للشهادة يتحرز فيها، ويؤديها أداء يقتضى العمل بها، وأداء الشاهد شهادته إلى من ينفىها عنه كأدائها إلى الحاكم، ولو أن الحاكم سمعه ينص عليه، ولا يؤدى الشهادة عنده، لم يكن له العمل بها، فكذلك الناقل لها عنه.

فرع: ومن سمع شاهداً يشهد على شهادة غيره، ولم يشهده، فقد قال ابن الموزا: لا يشهد على شهادته، واحتج إليه بخلاف المقر على نفسه، ويحتمل هذا عندى الخلاف الذى بين أصحاب مالك فيمن سمع رجلاً شهد عند قاض بشهادة، ثم مات القاضى أو عزل، فقال أشهب فى الموازية: لا ينقل الشهادة.

وقال مطرف فى الواضحة: ينقل ذلك إذا سمعه يؤديها عند ذلك القاضى، وتكون شهادة على شهادة. قال أصبغ: لا يجوز ذلك حتى يشهده، أو يشهد على قبول القاضى لتلك الشهادة.

مسألة: قال أصبغ: لا يجوز ذلك وإنما يصح نقل الشهادة عن الشاهد الغائب أو المريض الحاضر إذا كانت غيبة الشاهد بعيدة، حكاه ابن الموزا، إلا المرأة، فإنه ينقل شهادتها، وإن كانت حاضرة، صحيحة، رواه ابن حبيب عن مطرف قال: ولم أر بالمدنية قط امرأة قامت بشهادتها عند الحاكم، ولكنها تحمل عنها.

ووجه ذلك أن يلزمها من الستر عذر يسقط فرض الجمعة، فأباح تحمل الشهادة عنها كالمريض.

فرع: وأما الغيبة القريبة كاليومين والثلاثة، ففى كتاب ابن الموزا: لا تنقل شهادته. ووجه ذلك عندى أن يغيب عن مكانه اليومين والثلاثة، وأما من كان بين موضعه وموضع القاضى مسيرة يومين أو ثلاثة، فإنه لا يلزمه أدائها عند ذلك القاضى، ويصح نقلها عنه.

١٦٦ كتاب الأفضية

وفى كتاب ابن سحنون عن أبيه: إذا كان الشاهد على مثل ما تقصر فيه الصلاة الستين ميلاً ونحوها، لم يشخص الشهود من مثل ذلك، ويشهد عنده من يأمر به القاضى فى ذلك البلد، ويكتب بما أشهدوا له عنده إلى القاضى.

قال ابن المواز: إنما ينقل عنهم الشهادة إذا بعدت غيبتهم من يعرف الغيبة بعد مدة لا بأثر غيبتهم، يريد والله أعلم، أنه بأثر غيبتهم على مسافة قريبة، ولا يؤمن من رجوعهم. فرع: وأما من كان على بريد أو بريدين، فإنه يؤدى شهادته عند الحاكم، فإن كان الشهود أغنياء يجدون نفقة وركوباً، فقد قال سحنون: لا يقوم لهم بذلك المشهود له، فإن فعل، سقطت شهادتهم. قال ابن حبيب عن مطرف: وذلك إذا كان أمراً خفيفاً، فإن كثر، لم أجزه.

ووجه ذلك ما فيه من الرشوة والمنفعة التى لا تلزم المشهود له، ويلزم الشاهد لما عليه من أداء الشهادة والقيام بها، قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال عز من قائل: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبًا﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فإن لم يجد الشهود نفقة، ولا مركوباً، جاز للمشهود له أن يقوم بها.

ووجه ذلك أنها مؤنة لا تلزم الشهود، فلم تبطل شهادتهم تكليف المشهود له كسائر نفقاته، وكذلك لو استنفض الشهود إلى مسافة بعيدة ليعاينوا حدود أرض وصفتها، فقد قال مطرف: لا بأس أن يركبوا دواب المشهود له ويأكلوا طعامه.

وروى ابن سحنون عن أبيه من سؤال ابن حبيب، فى الشاهد يأتى من البادية، يشهد لرجل، فينزل عنده فى ضيافته حتى يخرج: لا ترد بذلك شهادته، إذا كان عدلاً، وهذا خفيف، يريد أن هذا أمره معتاد دون مكارمة مشروعة يتقارض فيها الناس، ولعل هذا الأمر قد كان جرى بينهم قبل هذا.

فصل: ومما يتصل بالشهادة على الشهادة على حظ الشاهد، فالمشهور من قول مالك: لا يجوز الشهادة على خط الشاهد، رواه محمد بن المواز واختاره.

وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى العتبية والموازية: تجوز الشهادة على خطه، ولا يجزئ من ذلك أقل من شهادة شاهدين، ويحلف الطالب، ويستحق حقه، وقاله سحنون. وقال أصبغ: الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت قوية فى الحكم بها.

كتاب الأفضية ١٦٧
واحتج ابن المواز للمنع من ذلك بأن الشهادة على خط الشاهد بمنزلة أن يسمعه
ينص شهادته تلك، ولا يسوغ نقل الشهادة عنه.

فرع: فإذا قلنا بجواز الشهادة على خط الشاهد، فقد قال مطرف وابن الماجشون:
إنما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد، قاله أصبغ.

ووجه ذلك أنها شهادة مختلف في صحتها ناقصة الرتبة كاليمين مع الشاهد.

مسألة: وأما الشهادة على خط المقر، فقد قال ابن المواز: ولم يختلف قول مالك في
الشهادة على خط المقر، قال: وهو بمنزلة أن يسمع المقر ينص إقراره، فتصح الشهادة
عليه، وإن لم يأذن في ذلك. وقال الشيخ أبو القاسم: فيها روايتان، إحداهما الجواز.
والأخرى: المنع.

وجه المنع ما قاله ابن عبدالحكم: لا أرى أن يقضى بالشهادة على الخط بما أحدث
الناس من الضرب على الخطوط، وقد كان فيما مضى يميزون الشهادة على طابع
القاضي، ورأى مالك أن لا تجوز.

فرع: فإذا قلنا بالشهادة على خط المقر، فهل تلزمه اليمين مع هذه الشهادة. قال
الشيخ أبو القاسم: فيها روايتان، إحداهما: يحكم له بمجرد الشهادة. والثانية: لا يحكم
له حتى يجلف، فيستحق حقه.

وجه القول الأول أنها شهادة كاملة تتناول الإقرار كالشهادة على لفظ المقر.

فرع: فإذا قلنا بالشهادة على خط المقر، فلم يشهد له عليه إلا شاهد واحد، فقد
قال الشيخ أبو القاسم: فيه روايتان، إحداهما: يحكم له بالشاهد واليمين. والثانية: لا
يحكم له بذلك.

وجه الرواية الأولى أنها شهادة على ما يثبت به إقرار المقر بالمال، فأشبهت لفظ
الشهادة.

ووجه الرواية الثانية أنها شهادة لا تتناول المال، وإنما تتناول معنى يجر إليه كالشهادة
على الوكالة في المال والشهادة على الشهادة.

الباب الثاني: في نقل الشهادة عن غير معينين

أما نقل الشهادة عن غير معينين، وهي الشهادة على السماع، فهي جائزة عند

١٦٨ كتاب الأقضية

مالك، وهي مختصة بما تقادم زمنه، تقادما يبيد فيه الشهود، وتنسى فيه الشهادات. قال القاضى أبو محمد: وتختص بما لا يتغير حاله، ولا ينقل فيه كالموت والنسب والوقف المحرم.

فأما الموت، فإنما يشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد، وأما ما قرب من البلاد أو الشهادة ببلد الموت، فإنما هو شهادة على البت والقطع، وما تقرر من العلم وإن كان سبب هذه الشهادات السماع، إلا أن لفظ شهادة السماع إنما ينطلق عند الفقهاء على ما يقع به العلم للشاهد، ولذلك لا يؤدى على أنه سمع سماعاً فاشياً ما ينصه من شهادته، وأما إذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم، فإنما يشهد على علمه، فيقول: أشهد أن فلاناً مات، وأن فلاناً ابنه يرثه، فلا يطلقون على هذا النوع، شهادة سماع.

مسألة: وأما الشهادة على السماع فى النسب والولاء، فقد قال ابن المواز: اختلف قول مالك فى شهادة السماع فى النسب والولاء، فأكثر قول مالك وابن القاسم أنه يقضى له بالولاء والنسب، وفى العتبية من رواية أبى زيد عن ابن القاسم: يقضى له بالميراث، ولا يجزى بذلك ولاء، ولا يثبت له نسب إلا أن يكون أمر انتشار مثل أن يقول: أشهد أن نافعاً مولى ابن عمر، فمثل هذا يجزى به الولاء والنسب، يريد إذا بلغ من التواتر بحيث يقع به العلم، فيشهد على علمه، ولا يضيف شهادته إلى السماع.

وفى آخر المسألة، قيل لابن القاسم: أفتشهد أنك ابن القاسم، ولا نعرف أباك ولا أنك ابنه إلا بالسماع، قال: نعم، يقطع بهذه الشهادة، ويثبت بها النسب، ويبين ذلك ما قاله سحنون فى كتاب ابنه: لا يجوز على النسب إلا شهادة شهادة على، أو من جهة توارت الخبر، أن هذا فلان بن فلان، مثل سالم بن عبد الله، وسعيد بن المسيب، فيثب بهذا أن الشهادة على السماع غير الشهادة بالعلم الواقع بالخبر المتواتر.

وقال القاضى أبو محمد فى معونته: إن الشهادة على السماع من معنى الخبر المتواتر، ولعله أراد أن ما بينهما من جنس واحد فى السماع من عدد غير محصور؛ لأنه قال: يقول الشاهد فى أداء الشهادة: لم أزل أسمع أن فلان بن فلان، غير أنه لم يشترط أهل العدل فيمن سمع منهم، فلم تختص المسألة على مذاهب شيوخنا، والله أعلم.

فروع: وإذا شهد للمرأة بضرر زوجها، وفى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: أن ذلك جائز بالسماع من الأهل والجيران، وقد تقدم ذكر ذلك فى الخلع. وفى النوادر عن حسين بن عاصم، قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة السماع، إلا عن

العدول، إلا فى الرضاع، فيجوز أن يشهد العدول عن لفيق القرابة والأهل والجيران.
 وإن لم يكونوا عدولاً كالنساء والخدم، فهذا أيضاً يحتاج إل تأمل ونظر، وهو
 يحتمل وجهين، أحدهما: أن يشهد بذلك رجلاً، فيجب أن يشهدا بعلمهما على ما
 تقرر عندهما من الخير المتواتر الذى لا يراعى فيه عدالة ولا إسلام.
 والوجه الثانى أن يريد بذلك شهادة النساء على فشو هذا المعنى مع شهادة امرأتين
 على الرضاع، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وقد تقدم الكلام فى شهادة السماع بالولاء والمواريث، وقد تقدم من ذكر
 القاضى أبى محمد أن ذلك فيما لا ينتقل كالولاء والنسب والوقف المؤبد، وذكر فى
 شهادة السماع بالنكاح قولين، قال: فوجه قوله فى النكاح: أنه يقبل فيه، أنه ثابت لا
 يتغير إذا مات أحد الزوجين، فأشبهه الولاء والوقف المؤبد.

ووجه قوله: لا يقبل فيه، أصله غير مستقر بدليل جواز التنقل فيه، فكان كالشهادة
 على الأملاك.

والذى تقدم من قول مالك أن شهادة السماع يقطع بها فى الولاء والنسب
 والصدقات التى طال زمنها، والصدقات تكون على غير وجه الوقف.

وفى كتاب ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: تجوز شهادة السماع
 فيما تقدم عنده من الأشربة والحيازات والصدقات والأحباس، وشبه ذلك، وهو الذى
 ذكره ابن القاسم عن مالك فى المدونة.

وجه ذلك أنها أمور تتقادم ويبيد شهودها، فصحت الشهادة فيها على السماع
 كالأحباس.

ولابن القاسم فى الموازية وغيرها، فى غائب قدم أقام بينة على دار أنها لأبيه أو
 جده، وأثبت المواريث، فأتى من هذه فى يده بينة على السماع: أنهم لم يزالوا
 يسمعون هم أو من نقلوا عنه من العدول أنها لأب الحائز أو لجدته بشراء من أب القائم
 أو جده أو بصدقة ما خرجت عن ملكه حتى مات، وورثها ورثته، ويذكرون ورثة
 كل ميت أنه يقضى بشهادة السماع، ويكون أحق بها، فإن قالوا: نعلم بيد أنها لأبيه أو
 جده، لا يعلمون بماذا، لم تتم الشهادة، وقاله مالك وأشهب.

فروع: وأما النكاح، ففى العتبية عن سحنون، قال: جل أصحابنا يقولون فى النكاح:

١٧٠ كتاب الأفضية

إذا انتشر خبره في الجيران أن فلاناً تزوج فلانة، وسمع الزفاف، فله أن يشهد أن فلانة زوجة فلان.

زاد محمد بن عبدالحكم: ولم يحضر النكاح، وكذلك في الموت يسمع النياحة، وربما لم يشهد الجنازة، فإذا كثر القول بذلك، فيشهد أن فلاناً مات، ولم يحضر الموت، وكذلك النسب، وكذلك القاضى يولى المصر، ولا يحضر ولايته إلا بما سمع من الناس، وربما رآه يقضى بين الناس، فليشهد أنه كان قاضياً.

وقد يجوز أن يشهد قوم على امرأة أنها زوجة فلان إذا كان يجوزها بالنكاح، وإن كان تزويجه إياها قبل أن يولد الشهود، فهذه الشهادة أدخلها شيخنا فى باب الشهادة على السماع لما كان السماع سببها، وإنما هى شهادة بالعلم، ولذلك لا يضيفها الشاهد إلى سماعه، وإنما هى شهادة بالعلم يضيفها إلى علمه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن شرط شهادة السماع أن يقولوا: سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم. قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا تصح شهادة السماع حتى يقول من أهل العلم وغيرهم. وقال ابن المواز: قالوا: ولا يسموا من سمعوا منه، فإن سموا، خرجت عن شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة، وقاله ابن القاسم وأصبغ.

فرع: ويجزئ فى الشهادة على السماع رجلا، وما كثر أحب إلينا، قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك. قال ابن القاسم فى المجموعة: إذا شهد رجلا على السماع، وفى القبيل مائة من أنسائهم لا يعرفون شيئاً من ذلك، فلا تقبل شهادتهم إلا بأمر يفسو، ويكون عليه أكثر من اثنين، إلا أن يكونا شيخين قد باد جيلهما، فتجوز شهادتهما.

فرع: وإذا قلنا إن شهادة السماع تختص بما تقادم من الزمان، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: تجوز فى الخمس عشرة سنة ونحوها لتقاصر أعمار الناس، قاله أصبغ. وقال ابن القاسم عن مالك: لا تقبل فى الخمس عشرة سنة شهادة على السماع إلا فيما تقادم.

فصل: وأما قوله: «ولا ظنين» فروى ابن مزين عن يحيى بن سعيد أنه المتهم الذى يظن به غير الصلاح. وقال ابن كنانة فى المجموعة: هو المتهم، فكل من اتهم فى شهادته بميل، لم يحكم بها، وإن كان مبرزاً فى العدالة إلا أن التهمة التى يتعلق بها، رد الشهادة على قسمين، أحدهما: لجر المال. والثانى: لدفع المعرفة.

كتاب الأفضية ١٧١

أما القسم الأول فى جر المال، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يشهد لنفسه أو لغيره ممن يرغب فى كثرة ماله. والضرب الثانى: أن يشهد لمن يناله معروفه.

فأما من يشهد لنفسه، فلا يخلو أن تكون الشهادة له خاصة أو له ولغيره، فإن كانت الشهادة له خاصة، فهذا لا خلاف فى أن شهادته غير جائزة؛ لأن شهادته لنفسه هى مجرد الدعوى، ولا خلاف أنه لا يحكم لأحد بدعواه.

مسألة: وأما إن شهد فى حق مشترك بينه وبين آخر، فقال ابن وهب عن مالك، فى رجلين لهما مال على رجل، فشهد أحدهما بنصف المال لصاحبه: أن شهادته مردودة.

ووجه ذلك أنه إذا كان المال بينهما مشتركاً، فإن النصف الذى لشريكه غير متعين، ولو قبضه شريكه لساهمه فيه، فقد عاد الأمر إلى أنه شهد لنفسه، فإن اقتسما الحق قبل الشهادة، جازت شهادته، لأن ما شهد به ليس له فيه حق.

مسألة: ولو شهد شهادة فيها حق، فلا يخلو أن تكون وصية أو غير وصية، فإن كانت وصية، وكان له فيها مال كثير، لم تجز شهادته له ولا لغيره.

وإن كان يسيراً، فعن مالك فى ذلك، ثلاث روايات، إحداها: لا تجوز له ولا لغيره، وبهذا قال ابن عبدالحكم. والثانية لا يجوز له ويجوز لغيره، وبهذا قال ابن الماجشون. والثالثة، وهى رواية المدونة: يجوز له ولغيره، وبها قال مطرف.

وجه الرواية الأولى أنه شهد له بحق له فيه حظ، فلم تقبل شهادته كسائر الحقوق من غير الوصية.

ووجه الرواية الثانية أن التهمة إنما تختص به، ولا تهمة فى شهادته لغيره، فتبطل شهادته له، وتصح لغيره.

ووجه الرواية الثالثة أن كل شهادة لم تبطل بعضها تهمة، فإنه لا يبطل جميعها كما لو كانت الشهادة لغيره دونه.

فرع: فإذا قلنا بجوازها فى القليل، فكم القليل الذى يجوز فيه؟ ففى المدونة عن مالك فى شاهدين أوصى إليهما رجل، وأشهدهما فى ثلثه، أن ثلثه للمساكين، وثلثه لجيرانه، وثلثه لهما، وهذا يسير، ويجوز لهما ولغيرهما. قال محمد: معناه أن كل المال كثيراً مما له بال، فلا يجوز له ولا لغيره.

مسألة: فإن شهد غير وصية لحق له ولغيره، فالمشهور من مذهبنا: لا يجوز له ولا

١٧٢ كتاب الأفضية

لغيره. وفي كتاب ابن المواز: من شهد بشهادة له فيها حق ولغيره، لم تجز شهادته إلا أن يكون الذى له يسير جدًا، وكذلك لم يتم عليه.

فإذا قلنا بالرواية الأولى، فالفرق بين هذا وبين الوصية إذا أجزناها، إن المتوفى متيقن انتقاله عن ملكه، ولا يدخل فى ملك الورثة إلا بعد سلامته من الوصية، ووقت انتقاله إلى الورثة وإلى الموصى له به واحد، وهو وقت وفاته، فلم تتناول الوصية إخراج شىء عن ملك متقرر.

وإنما تناولت توجهه إلى جهة مستحقة بعد زوال الملك عنه، وليس كذلك الدين، فإنما شهد به فى حال الحياة، وتقرر ملك المشهود عليه، فجاز أن يؤثر فى الوصية بالمال ما لا يؤثر فى الدين لضعف حال الملك المستحق عليه الوصية وفوته فى الدين، ولذلك لو شهد على ميت أنه أوصى لغير معينين لحكم الورثة، ولو شهد على حى أنه وهب ماله لغير معينين لما حكم عليه.

مسألة: وأما من يرغب فى كثرة ماله، فإن ذلك يكون على وجهين، أحدهما أن يرغب فى كثرة ماله للشفقة والقراية. والوجه الثانى: لما يختص بالشاهد من المنفعة. فأما الوجه الأول، فكشهادة الآباء للأبناء والأبناء للآباء.

وروى ابن نافع عن مالك فى المجموعة: أنه قال: ويدخل فى قول عمر: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، شهادة الأبوين للولد، وأحد الزوجين للآخر، وهذا مذهب علماء الأمصار. وروى عن من لا يعتد بخلافه: تجوز شهادة الآباء للأبناء والأبناء للآباء. والدليل على ما نقوله حديث عمر هذا، وقد اتفق العلماء على تصحيحه والأخذ به، ولا نعلم بتهمة أقوى من كلف الآباء بالأبناء، ومحبة الأبناء فى الآباء، ولأن الإنسان إنما ترد شهادته لنفسه للتهمة، ومن الناس من تكون محبته لبنيه تربو على محبته لنفسه أو تقاربها، فيجيب أن لا تجوز شهادته. اهـ.

وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون: أنه لا تجوز شهادة ابن الملائنة لمن نفاه. ووجه ذلك أنه يتهم على أنه يريد استمالته ليستلحقه، والله أعلم.

مسألة: وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك، قال: الذى لا تجوز شهادتهم من ذى القراية: الأبوان والجد والجددة والولد وولد الولد من ذكور وإناث، وأحد الزوجين للآخر، وتجاوز شهادة من وراء هؤلاء من القرايات، وهذا يقتضى جواز شهادة الأخ لأخيه وابن أخيه، وهى رواية ابن القاسم فى المدونة. وقال غيره من أصحابنا: لا تجوز على الإطلاق، وإنما يجوز على شرط.

كتاب الأفضية ١٧٣
واختلف أصحابنا في الشرط، ففي كتاب ابن المواز: لا تجوز شهادته له، إلا أن يكون مبرزاً، وقيل يجوز إذا لم تنله صلته. وقال أشهب: يجوز في اليسير دون الكثير، إلا أن يكون مبرزاً، فيجوز في الكثير.

وروجه ذلك أن قرابة الأبوة والبنوة أكد، والتهمة فيهم أقوى، وجرت العادة ببسط هؤلاء في مال بعض، وكذلك الزوجة، فإن الزوج ينفق على الزوجة وينبسط في مالها، والأخوة لا تبلغ ذلك المبلغ، ولا يخلو في الأغلب من الإشفاق والحرص على الغنى، فلذلك روعي في الأخوة أحد الشروط المذكورة، والله أعلم وأحكم.

وفي الموازية والمجموعة: لا تجوز شهادة القرابة والموالي في الرباع التي يتهمون بجرها إليهم أو إلى بنيتهم اليوم أو بعده مثل حبس مرجعه إليهم أو إلى بينهم، قاله ابن القاسم، والله أعلم.

مسألة: ولا تجوز شهادة الرجل لابن امرأته ولا لأبيها، وكذلك المرأة لابن زوجها، قاله ابن القاسم وكذلك شهادة الرجل لزوج ابنته، ولا الزوجة ابنه، رواه عيسى عن ابن القاسم. وقول سحنون: ذلك جائز.

وجه قول ابن القاسم أن من لا تجوز شهادتك له، فلا تجوز شهادتك لمن لا تجوز شهادته لك؛ لأن التهمة قوية في منفعه.

وروجه قول سحنون ما احتج به من أن من كان وفره وفر الشاهد وغناه غنى له، ردت شهادته له؛ لأن التهمة قوية في منفعه، وأما من ليس غناه غنى للشاهد، فإن شهادته له جائزة.

فصل: وأما من يرغب في غناه لمنفعته، فالزوج والزوجة، والأب يجب على ابنه الإنفاق عليه أو أجير ينفق عليه؛ لأن من نفقته عليه إذا شهد له جر إلى نفسه بذلك نفعاً، والزوجة تنبسط في مال زوجها، فتجر إلى نفسها بذلك نفعاً.

فصل: وأما الضرب الثاني، وهو أن يشهد لمن يناله منه معروف، فإن ذلك على وجهين، أحدهما: أن يكون المعروف متكرراً معتاداً. والوجه الثاني أن يكون المعروف متعياً، فأما المعروف المعتاد، فإن اقترنت به القرابة كالأخ يكون في عيال أخيه، أو تحت نفقته أو يتكرر عليه معروفه، فهذه تهمة توجب رد شهادته له.

وأما الصديق الملائف الذي يناله معروف من يشهد له، فعن مالك في ذلك،

١٧٤ كتاب الأفضية

روايتان، إحداهما: أن شهادته له مقبولة والثانية: أنها مردودة، فإن قلنا إنها مقبولة، فالفرق بينه وبين الأخ أن المعروف يقترن بالأخوة والقرابة، فتقوى التهمة.

وفى مسألتنا إنما هي مجرد المعروف، ولا يمنع ذلك قبول الشهادة؛ لأن الغنى وذا المعروف لو لم تقبل له إلا شهادة من لا يناله معروفه لردت له شهادات أكثر الناس، ولاقتضى ذلك منعه معروفه.

ووجه الرواية الثانية أن هذا ممن يناله معروفه، ويتكرر عليه، فلم يقبل له شهادة كالأخ.

مسألة: وأما المعروف المعين، فعلى ضربين، أحدهما: أن يكون مستداماً. والثاني: أن يختص بوقت الشهادة. فأما المستدام، فكشهادة العامل لرب المال.

قال سحنون فى العتبية وغيرها: إن كان شغل المال فى سلع، فشهادته له مقبولة، وإن كان عيناً، فشهادته مردودة. وروى عبد الملك عن الحسن عن ابن وهب فى العتبية: إن كان عيناً، فشهادته مقبولة، وإن كان معدوماً، فشهادته مردودة.

ووجه قول سحنون أنه إذا شغل المال لم يكن لصاحبه أخذه منه، فارتفعت التهمة، وما يتوقع من أخذه من يده فى المستقبل ضعيف فى التهمة لبعده الأمد وعدمه.

ووجه قول ابن وهب أن كون المال بيد العامل وجه لكسبه فيتهم فى شهادته، إن كان محتاجاً إلى بقائه بيده لفقده، وبعد التهمة مع غناه لاستغنائه عن ماله.

مسألة: فإن كان للمشهود له على الشاهدين، فقد قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون: إن كان غنياً، قبلت شهادته، وإن كان فقيراً، ردت شهادته.

زاد مطرف وابن الماجشون: أنه كالأسير فى يده، فإن كان الدين حالاً أو قد قرب محله، فهذا حكمه، وإن كان إلى أجل بعيد، فيجىء على مذهب سحنون أن شهادته له جائزة، وعلى قول ابن وهب: أن شهادته مردودة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى الغنى عندى فى هذه المسألة أن لا يستضر بإزالة هذا المال عنه، فأما إن كان عنده وفاء به، ولا مال له غيره، فإنه فقير ترد شهادته؛ لأن الضرر العظيم يلحقه بتعجيل قبض الدين منه، وله منفعة عظيمة فى تأخيرها به، فكان ذلك يشبه قوته فى رد شهادته.

فصل: وأما يختص بوقت الشهادة، فإن يقصد حين أداء الشهادة إلى أن يعطيه أو

كتاب الأفضية ١٧٥
يصله أو يهبه أو يحاييه فى بيع أو شراء، قال: هذا كله يوجب ردّ الشهادة للقريب
والبعيد، وباللله التوفيق.

فصل: وأما القسم الثانى من التهمة لدفع المعرفة، فمثل أن يعدل الرجل ابنه وأباه،
فهذا إذا لم يكن فى نقل الشهادة، فلا خلاف أن التعديل غير مقبول؛ لأنه مستجلب
بشهادته الجاه والرفعة.

وأما نقل شهادة، فقد قال ابن الماجشون فى الواضحة والمجموعة: إن كان مقصوده
نقل شهادة، ولو ابتغى تعديله من غير هذا الناقل لوجد ذلك، فإن التعديل مقبول، وإن
كان يتعذر من غير هذا الوجه، فالتعديل مردود. وقال سحنون ومطرف: لا يجوز
تعديله له بوجه.

وجه قول ابن الماجشون أن هذا التعديل إنما حقيقته الإعلام بخبره، فإذا كان
مشهوراً بالصلاح والخير، يزكى من غير وجه، فلا تهمة تلحق فى ذلك.

ووجه قول سحنون أن تعديل الأب ابنه لا يجوز؛ لأنه لا يجوز أن يشهد له بيسير
المال، وما يوجد تعديه من الجاه والرفعة أكثر من المال، فبأن لا تجوز شهادته له به،
فشهادته له أولى.

مسألة: وأما تعديل الأخ لأخيه الذى تقبل شهادته له فى المال، فقال ابن القاسم:
يجوز تعديله، وهو فى العتبية من رواية عبدالمملك بن الحسن عن أشهب: تعديله مردود.
وجه القول الأول ما أشار إليه من أن من جازت شهادته له فى المال، جاز تعديله له
كالأجنبى.

وجه الرواية الثانية أن تعديله به شرف وجاه يتعدى إليه بخلاف المال الذى هو
مقصود على مالكة.

* * *

القضاء فى شهادة المحدود

١٣٨٤ - قَالَ يَحْيَى: عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُمْ سُئِلُوا
عَنْ رَجُلٍ جُلِدَ الْحَدَّ أَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ، فَقَالُوا: نَعَمْ إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ التَّوْبَةُ.

١٣٨٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٩٣.

١٣٨٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يُسْأَلُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: مِثْلَ مَا قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا، وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور ٤ - ٥].

قَالَ مَالِكٌ: فَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الَّذِي يُجْلَدُ الْحَدُّ ثُمَّ تَابَ وَأَصْلَحَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَهُوَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ^(١).

الشرح: قوله: «أنهم سئلوا عن رجل جلد، تجوز شهادته» لفظ عام في الحدود التي يجلد فيها من الزنا وشرب الخمر والقذف، إلا أن إيرادها هنا يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد به حمله على عمومها، ثم يستدل على نوع منه بالنص، وهو في حد القذف، فيجعله لجميع الجنس.

والثاني: أن يريد القذف وحده، ويقصد بيان حكمه بالآية التي أوردتها؛ لأنها خاصة في حد القذف، وكل ما يوجب الجلد حدًا يوجب التفسيق ويترتب عليه رد الشهادة؛ لأن الفسق ينافي قبول الشهادة، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

فكل من قذف المحصنات، ولم يثبت ما قذف به، وجب عليه حد ذلك القذف، ووجب رد شهادته، والحكم بنفسه في الظاهر إلينا والله أعلم بحاله، فقد يكون صادقًا في قذفه أو مشتبهًا عليه في أمره.

مسألة: ومتى يحكم برد شهادته، اختلف أصحابنا في ذلك، فقال ابن القاسم وأشهب وسحنون من المجموعة وكتاب ابن سحنون: لا ترد شهادته حتى يجلد. وقال

١٣٨٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٥/٢٢.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٥/٢٢.

كتاب الأفضية ١٧٧
عبدالمملك فى الكتابين: ترد شهادته، إن عجز عن إثبات ما ادعاه، وحق عليه القذف، ولو تاب بعد ذلك لقبلت شهادته، قبل الجلد وبعده.

وجه قول ابن القاسم أنه إنما يتم الحكم عليه بكونه قاذفًا بأن يكمل الجلد، فأما قبل ذلك؟ فلو أقر المقذوف، وثبت عليه ما قذفه به لسقط الجلد؛ لأن طريقه النكال، ويخرج بذلك عن أن يكون قاذفًا، وذلك يمنع التفسيق به.

ووجه قول ابن الماجشون أن الحكم عليه بذلك يتم بعجزه عن إثبات ما قذف به، والحد بعد ذلك تطهير له، فلا يتعلق به رد الشهادة كالكفارة.

مسألة: وأما ما يوجب النكال والتعزير دون الحد، فقال ابن كنانة فى المجموعة، فيمن كانت حاله حسنة، فوجب عليه نكال الشتم أو نحوه، فلا ترد بذلك شهادته.

وأما من ليس بمشهور العدالة إلا أنه مقبول، وأتى بالأمر العظيم مما فيه النكال الشديد، فلينظر فى هذا، وإنما يعرف هذا عند نزوله.

ومعنى ذلك أن منه ما ترد به الشهادة، ومنه ما لا ترد به الشهادة، فينظر فى ذلك عند وقوعه على قدر الشاتم، وقدر ما أتى به، وعلى حسب ذلك يعمل فى رد شهادته وإمضاؤها، وباللله التوفيق.

وقوله: «إن الأمر الذى لاختلاف فيه عندنا أن الذى جلد الحد ثم تاب، وأصلح حاله، تجوز شهادته» يريد أن ذلك مذهب أهل المدينة أن من جلد فى حد ووجب عليه من قذف أو غيره، ثم تاب وأصلح تجوز شهادته، ولا يمنع من ذلك ما تقدم من جلد، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا تقبل شهادته أبدًا.

والدليل على صحة ما نقوله ما احتج به من الآية، وهو قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور: ٤]، إلى ﴿رحيم﴾ فاستثنى من تاب بعد ذلك، وذلك يقتضى أن من تاب، فإن هذه الأحكام كلها ترفع عنه إلا ما خصه الدليل؛ لأن الاستثناء متعقب لجمعها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان من أهل الفسق، فيعرف صلاح حاله بالإقلاع عن حال الفسق، والتزام أحوال العدالة، فإن كان من أهل العدل والصلاح، فالتزيد فيه حتى يعرف زيادة صلاح حاله.

١٧٨ كتاب الأقضية

قال ابن كنانة فى المجموعة: إذا كان يعرف بالصلااح، فمعرفة ظهور التزید يطول، وليس لمن كان معلناً بالسوء؛ لأن من عرف بالخير لا يتبين مزیده فيه بالتزاد فيه.

وقال مالك فى المدونة: وقد كان هاهنا عمر بن عبد العزيز وكان رجلاً صالحاً، فلما ولى الخلافة ازداد خيراً وصلاًحاً.

مسألة: وليس من شرط توبته ولا مؤثراً فى قبول شهادته، رجوعه عن قذفه، وإنما يعتبر فى ذلك بصلااح حاله، رواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة. قال: ولا يقول له الإمام: تب، ولو قال: تبت، لم ينفعه ذلك. ولو قال: لا أتوب، لم يضره ذلك؛ لأن قول الإنسان: تبت، لا يقبل منه، ولا ينقله عن حالة الفسق حتى يظهر من أفعاله ما يستدل به على ذلك.

وقال الشافعى: توبته تكذيبه نفسه، وبلغنى عن القاضى أبى الحسن نحوه.

وجه قول مالك أن هذه توبة من ذنب، فكانت بالاستغفار، والعمل الصالاح كسائر الذنوب.

ووجه القول الثانى أن المعصية إذا كانت بالأقوال، فإن التوبة منها بالقول، وتكذيب نفسه كالردة، لما كانت قولاً كانت التوبة منها بتكذيب قوله المتقدم.

فرع: إذا ثبت ذلك، ففى أى شىء تقبل شهادته؟ روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: تقبل شهادته فى كل شىء إلا فى القذف. وقال ابن كنانة فى المجموعة: من حد فى قذف أو زنى، قبلت شهادته فى القذف والزنا وغيره، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه القول الأول ما طبع عليه الخلق أن من كانت به وصمة أو تورط فى أمر، حرص أن يلحق ذلك بغيره من الناس ليساويه، وينفى عنه معرفة ذلك، فيهتم أن يشهد على غيره بما وافقه ليساويه.

ووجه القول الثانى أن حكمنا بعدالته، ينفى مثل هذه التهمة عنه، فإذا قبلنا شهادته فى غير ذلك من الحدود، وجب أن تقبل شهادته فى القذف، وبالله التوفيق.

* * *

القضاء باليمين مع الشاهد

١٣٨٦ - قَالَ مَالِكٌ: عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ^(١).

١٣٨٦ - أخرجه الترمذى برقم ١٣٤٤ بسنده، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر كتاب الأحكام باب اليمين مع الشاهد. ابن ماجه برقم ٢٣٦٨، عن أبي هريرة كتاب الأحكام باب القضاء باليمين مع الشاهد ٧٩٣/٢. أحمد بالمسند ٣٢٣/٣، عن ابن عباس. وذكره فى مجمع الزوائد ٢٠٢/٤ وعزاه لابن ماجه، عن جابر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥٥/٨: هذا الحديث فى الموطأ، عن مالك مرسل عند جماعة رواه وقد روى عنه مسندا، حدثنا خلف بن القاسم، قال: حدثنا محمد بن عبدالله القاضى، حدثنا حامد بن محمد بن هارون الحضرمى، حدثنا الحسين بن منصور الدباغ، حدثنا عثمان بن خالد المدنى العثمانى، حدثنا مالك بن أنس، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين».

هكذا حدث به عثمان بن خالد المدنى، عن مالك بإسناده هذا مسندا والصحيح فيه، عن مالك أنه مرسل فى روايته. وقد تابع عثمان بن خالد العثمانى على روايته هذه فى هذا الحديث عن مالك إسماعيل بن موسى الكوفى فرواه أيضا، عن مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر.

ورواه محمد بن عبدالرحمن بن رداد ومسكين بن بكير كلاهما، عن مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن على أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد. والصحيح، عن مالك ما فى الموطأ. وروى أبو حذافة، عن مالك فى هذا الباب حديثا منكرا، عن نافع، عن ابن عمر عن النبى ﷺ. حدثناه خلف بن القاسم حدثنا الحسن بن على المطرز حدثنا أحمد بن الحسن بن هارون حدثنا أبو حذافة مالك، عن نافع، عن ابن عمر: «أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وقد أسنده عن جعفر بن محمد جماعة حفاظ، وزيادة الحفاظ مقبولة، فمن أسنده عبيدالله بن عمر، وعبدالوهاب الثقفى، ومحمد بن عبدالرحمن بن رداد المدنى، ويحيى بن سليم، وإبراهيم بن أبى حية، ورواه ابن عيينة، عن جعفر بن محمد، عن أبيه مرسلا كما رواه مالك، وكذلك رواه الحكم بن عتيبة، وعمرو بن دينار جميعا عن محمد بن على مرسلا، فأما حديث عبيدالله بن عمر فحدثناه عبدالرحمن بن عبدالله بن خالد، قال: حدثنا أبو الحسن على بن محمد بن أحمد بن لؤلؤ البغدادى، قال: حدثنا أبو الحسن على بن الحسن القافلانى، قال: حدثنا أبو همام عبدالله بن عبدالسلام، قال: حدثنا عبيدالله بن عبدالمجيد الحنفى، قال: حدثنا عبيدالله بن عمر، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبدالله، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» ورواه محمد بن عيسى بن سميع، عن عبيدالله بن عمر مثله سواء. وأما حديث الثقفى فحدثناه عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أبو جعفر محمد بن داود بن سليمان المنقرى، قال: =

= حدثنا مسدد، وعبدالله بن عبد الوهاب الحجبي، ومحمد بن المثني أبو موسى، قالوا: حدثنا عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبدالله، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وحدثنا أبو عبدالله محمد بن إبراهيم بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أيوب الرقي، قال: حدثنا أحمد بن عمرو البصري البزار، قال: حدثنا محمد بن المثني، قال: حدثنا عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي، قال: حدثنا جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد». وحدثني أبو عمر أحمد بن عبدالله بن محمد بن علي، قال: حدثنا الميمون بن حمزة الحسيني، قال: حدثنا أبو جعفر الطحاوي، قال: حدثنا المزنزي، قال: حدثنا الشافعي، قال: أخبرنا عبد الوهاب ابن عبد المجيد الثقفي، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وكذلك رواه جماعة، عن الشافعي منهم أحمد بن عمرو بن السرح، والحسن بن محمد الزعفراني، والربيع بن سليمان المرادي. وأما حديث يحيى بن سليم: فحدثني أحمد ابن محمد بن أحمد، قال: حدثنا محمد بن معاوية بن عبدالرحمن، قال: حدثنا أبو يعقوب إسحاق بن أحمد البغدادي بمصر، قال: حدثنا إسحاق بن حاتم العلاف، قال: حدثنا يحيى ابن سليم، عن جعفر بن محمد بن أبيه، عن جابر بن عبدالله، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وروى هذا الحديث عن يحيى بن سليم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي، عن النبي ﷺ وإنما شبه عليه لأن في الحديث عن جعفر بن محمد، عن أبيه، قال: «وقضى بها علي بين أظهركم يا أهل الكوفة». وأما حديث ابن رداد، فحدثني أبو إسحاق إبراهيم بن شاكر، قال: حدثنا محمد بن أحمد، قال: حدثنا محمد بن أيوب بن حبيب، قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار، قال: حدثنا بشر بن معاذ العقدي، قال: حدثنا بشر بن معاذ العقدي، قال: حدثنا محمد بن عبدالرحمن بن رداد، قال: حدثنا ابن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد». هكذا ذكره البزار وذكره الدارقطني علي وجهين، فقال: حدثنا أحمد بن المطلب، حدثنا القاسم بن زكريا المقرئ، حدثنا بشر بن معاذ، حدثنا محمد بن عبدالرحمن بن رداد، قال: أخبرني جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده، عن علي، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» هكذا قال عن أبيه، عن جده، عن علي وجعله له عن جعفر، قال: وحدثنا أحمد بن المطلب أيضا، قال: حدثنا القاسم بن زكريا، حدثنا بشر بن معاذ، حدثنا محمد بن عبدالرحمن، عن مالك، عن جعفر بن محمد مثله فجعله لابن رداد، عن مالك بإسناد واحد. وفي ذلك ما لا يخفى. وأما حديث إبراهيم بن أبي حية، فحدثناه أحمد بن محمد، قال: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا إسحاق بن أحمد البغدادي بمصر، قال: حدثنا داود بن حماد البلخي، قال: حدثنا إبراهيم بن أبي حية، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبدالله، قال: «جاء جبريل إلى النبي ﷺ فأمره أن يقضى باليمين مع الشاهد» فهذا ما في حديث جعفر بن محمد وإرساله أشهر. وفي اليمين مع الشاهد آثار متواترة حسان ثابتة =

=متصلة أصحها إسنادا وأحسنها حديث ابن عباس. وهو حديث لا مطعن لأحد في إسناده، ولا خلاف بين أهل المعرفة بالحديث في أن رجاله ثقات، رواه سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس. ورواه محمد بن مسلم الطائفي، عن عمر بن دينار، عن ابن عباس، وقال يحيى القطان: سيف بن سليمان ثبت ما رأيت أحفظ منه. وقال النسائي: هذا إسناد جيد سيف ثقة وقيس ثقة، حدثنا أبو عثمان سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا زيد بن الحباب، قال: حدثني سيف بن سليمان المكي، قال: أخبرني قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا محمد بن داود بن سليمان المقرئ، قال: حدثنا أبو كريب محمد بن العلاء، قال: حدثنا زيد بن الحباب، عن سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وحدثني أحمد بن محمد، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا إسحاق بن أحمد، قال: حدثنا الحسن بن شاذان، قال: حدثنا ابن الحباب، قال: حدثنا سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وأخبرنا أحمد بن عبدالله، قال: حدثنا الميمون بن حمزة، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا المزني، قال: حدثنا الشافعي، وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثني عبدالرحمن بن الحارث، قال: حدثنا سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد الواحد» قال عمرو: في الأموال خاصة. وأخبرنا محمد بن إبراهيم، وإبراهيم بن شاکر، قالوا: أخبرنا محمد بن أحمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أيوب الرقي، قال: حدثنا أحمد بن عمر البزار، قال: حدثنا داود بن سليمان الخزاز، قال: حدثنا عبدالله بن الحارث المخزومي، قال: حدثنا سيف بن سليمان، قال: حدثنا قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» قال أحمد بن عمرو: وحدثناه عبدة بن عبدالله ورزق الله بن موسى، قالوا: حدثنا زيد بن الحباب، قال: حدثنا سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ، «أنه قضى باليمين مع الشاهد» قال أحمد بن عمرو بن دينار: في الأموال خاصة.

قال أبو عمر: خرج مسلم حديث ابن عباس هذا قال أبو بكر البزار: سيف بن سليمان، وقيس ابن سعد ثقتان ومن بعدهما يستغنى عن ذكرهما لشهرتهما في الثقة والعدالة. وأخبرنا خلف بن سعيد، قال: حدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن خالد، وأخبرنا عبدالله بن محمد بن أسد، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم بن جامع، قالوا: حدثنا علي بن عبدالعزيز، قال: حدثنا أبو حذيفة، قال: حدثنا محمد بن مسلم الطائفي، وذكر عبدالرزاق، قال: أخبرنا محمد بن مسلم=

١٨٢ كتاب الأفضية

١٣٨٧ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْحَمِيدِ ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ، وَهُوَ عَامِلٌ عَلَى الْكُوفَةِ، أَنْ أَقْضِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

١٣٨٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلَا: هَلْ يُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ؟ فَقَالَا: نَعَمْ.

الشرح: وقوله: «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين من الشاهد» يمتثل والله اعلم معينين، أحدهما: أنه لصحة ذلك. والثاني: أنه أنفذ القضاء بهما فيما شهد به الشاهد، استحلّف المدعى، وقضى له به، وعلى هذا عمل أهل الحجاز، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز القضاء باليمين مع الشاهد.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» (*) وهذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه. وقال أبو عبد الرحمن النسوي: هذا إسناد جيد.

=الطائفي، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «عن النبي ﷺ أنه قضى باليمين مع الشاهد»
ورواه أبو هريرة، عن النبي ﷺ: حدثنا أبو زيد عبد الرحمن بن يحيى، قال: حدثنا أبو محمد عبد الله
ابن محمد بن العباس الفاكهي بمكة، قال: حدثنا أبو يحيى عبد الله بن أحمد بن أبي مسرة، قال:
حدثنا أحمد ابن محمد الأزرقى، قال: حدثنا الدراوردي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن سهيل
ابن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد». قال
الدراوردي: ثم أتيت سهيلاً فسألته، عن هذا الحديث، فقال: حدثني ربيعة، عن أبي هريرة
أن النبي ﷺ. ثم ذكره.

قال أبو عمر: نسى سهيل حديثه هذا ثم حمله الورع على أن يحدث به عن ربيعة، عن نفسه ولم
يحل إلى إظهار ربيعة إياه بذلك، فكان يقول: حدثني ربيعة أني حدثته عن أبي هريرة، عن النبي
ﷺ بهذا الحديث، ولم يقل هذا عن سهيل أحد إلا الدراوردي في رواية بعض الرواة عنه فيما
علمت وقد رواه جماعة حفاظ عن ربيعة لم يقولوا فيه ما قاله الدراوردي على أنه قد رواه جماعة
عن الدراوردي فلم يذكروا ذلك، وقد عرض ذلك لجماعة من العلماء نسوا ما حدثوا به.

١٣٨٧ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٧٣/١٠. ومعرفة السنن والآثار ٢٠٠٤. وذكره ابن
عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٩٤.

١٣٨٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٩٥.

(*) تقدم تخريجه في الحديث رقم ١٣٨٦

فإن قيل يحتمل أن يكون النبي ﷺ إنما حكم في ذلك بشهادة خزيمة بن ثابت الذي جعل النبي ﷺ شهادته وحده شهادة اثنين، ولذلك سمي ذا الشهادتين.

فالجواب أنه لا يصح هذا؛ لأن النبي ﷺ لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنين، وهذا إذا ثبت حكم اختصاص بالنبي ﷺ كما اختص في أن يكون الحاكم، ويسمع البيئات فيما ادعى بين ذلك أن ما يشيرون إليه، لم يشهد فيه خزيمة بن ثابت للنبي ﷺ بأمر شاهده، وإنما شهد له بما سمع منه لعلمه بصدقه، وهذا لا خلاف في أنه لا يتعدى إلى غير النبي ﷺ، ولأن من يخالفنا في هذه المسألة لا يقول: إن النبي ﷺ حلف مع شاهد خزيمة بن ثابت.

وجواب ثان، وهو أنا لو سلمنا أن شهادة خزيمة تتعدى إلى غير النبي ﷺ لم يجوز أن يقال أنه المراد بالحديث الذي احتججنا؛ لأنه إن كان النبي ﷺ جعل شهادته شهادة شاهدين، فلا معنى لليمين، وحديثنا يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد، وإن كان جعل شهادته لغيره من المسلمين، شهادة رجل واحد، فهو كغيره من الشهود.

فإن قيل يحتمل أن يكون النبي ﷺ قضى بيمين المطلوب مع شهادة المدعى، فبين بذلك أن الشاهد الواحد لا تأثير لشهادته.

فالجواب أن قوله: «قضى باليمين مع الشاهد» يفيد كونهما مما قضى به، وأن يكون قضى بكل واحد منهما، ولو كان ما قلتموه لقال باليمين مع وجود الشاهد، أو قضى باليمين، وردّ شهادة الشاهد.

وجواب ثان، وهو أن قوله: «باليمين مع الشاهد» ظاهره أنهما من جنبة واحدة، وعلى ما يتأولونه اليمين في غير جنبة الشاهد، فلا يقال فيها أنها معه، بل هي ناقصة به، ومبطللة لشهادته.

فإن قيل نحن نقول بموجب هذا في موضع، وهو أن يبيع رجل من رجل حيواناً، فيدعى المشتري به عيباً ينكره البائع، فإن المشتري يلزمه أن يأتى بشاهد من أهل الخير، يشهد له بذلك، فتقبل شهادته عندنا وحده، فإن ادعى البائع البيع بالبراءة، ولم يكن له بذلك بينة، حلف المشتري أنه ما اشترى على البراءة، فيحكم له بالرد بشاهده مع يمينته.

فالجواب أن الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد، وهذا ليس بشاهد، وإنما هو مخبر عن علمه، وكذلك لو كانت من العيوب التي يستوى الناس في علمها، لم يقبل في ذلك إلا شاهدان.

وجواب ثان، وهو أن الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد فى قضية واحدة، وما زعمتموه قضيتان ثبت بالشاهد عندكم وجود العيب، وثبت بيمين المشتري براءته مما ادعى عليه البائع من التزام البيع بالبراءة، وهاتان قضيتان قضى فى إحداهما بالشاهد، ولم يتعلق اليمين بها، وقضى فى الثانية باليمين، ولم يشهد الشاهد بها. ودليلنا من جهة القياس أن المدعى أحد المتداعيين، فجاز أن يثبت اليمين فى جنبته ابتداء كالمدعى عليه.

فصل: وما رواه عن عمر بن عبد العزيز وأبى سلمة وسليمان فى تصحيح القضاء باليمين مع الشاهد، والأمر به إظهار لاتفاق علماء المدينة وأئمتهم وأعلامهم على الحكم بذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: مَضَتْ السُّنَّةُ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، يَحْلِفُ صَاحِبُ الْحَقِّ مَعَ شَاهِدِهِ، وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ، فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ، أُحْلِفَ الْمَطْلُوبُ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَقُّ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ، ثَبَّتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن صاحب الحق مع الشاهد، ويستحق حقه، إذا كان ممن يقتطع الحقوق بيمينه، وذلك أن المشهود له على ضربين، معين، وغير معين، فإن كان معيناً، فعلى ضربين، غير مولى عليه، ومولى، فإن كان غير مولى عليه، فإنه يحلف مع شاهده، ويستحق حقه الذى شهد له به، سواء كان مؤمناً أو كافراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى؛ لأنهم لما تساوا فى الملك والتصرف، وجب أن يتساوا فى الاستحقاق.

فروع: وأما المولى عليه، فعلى ضربين، صغير وكبير، فإن كان صغيراً، وانفرد بالحق قبل شاهده، واستحلف المشهود عليه، وهذا المشهور من مذهب مالك، وبه قال ابن القاسم، رواه مطرف وابن الماجشون عن مالك فى الواضحة.

وفى كتاب ابن المواز عن مالك: وإن كان وارث الميت صغيراً، وقف له حقه حتى يحتلم، ولم يذكر اليمين، وبهذا قال سحنون فى كتاب ابنه.

وجه القول الأول أن الصغير لما لم يكن من أهل اليمين، ثبت اليمين فى جنبه المدعى عليه كما لو شهد الشاهد لغير معين.

فوجه القول الثانى: أنه معين يرجى أن يزول المانع له من اليمين، فانتظر ذلك. أصله المغمى عليه.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٦٠/٢٢.

كتاب الأفضية ١٨٥

مسألة: فإذا قلنا يحلف المطلوب، فإذا حلف أبقى الحق عنده، سواء كان ثابتاً فى الذمة أو معيناً حتى يبلغ الصغير، فيحلف مع شاهده، فيستحق حقه فى الذمة، والمعين إن كان باقياً، فإن فات قيمته يوم الحكم به للصبي، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ.

ووجه ذلك أن الصغير لا يصح منه اليمين، فيحلف المطلوب، ويترك عنده الحق، فإذا بلغ الصبي وصار ممن يحلف حلف مع شاهده لما أمكنه ذلك وأخذ حقه.

فرع: فإن نكل الصبي بعد أن بلغ، فالمشهور من مذهب أصحابنا فى الموازية والعتبية وغيرهما: أنه لا يحلف المطلوب؛ لأن يمينه بذلك قد تقدمت، وهذا مبنى على أن يمين المطلوب يمين استحقاق بشرط أن لا يحلف المدعى.

فإن حلف كانت أولى من هذه اليمين لتقدمها فى الرتبة عليها، وإنما قدمت هذه لضرورة توقف تلك، وإن لم يحلف المدعى، صحت يمين المطلوب، وصح الحكم له بها، وكان يحتمل أن يقال أن يمين المطلوب لتوقيف الحق بيده خاصة لما تعذرت يمين الطالب التى يتعجل بها حقه.

فإذا حلف الطالب أخذ حقه بشاهده ويمينه، فإن نكل حلف المطلوب يمين الاستحقاق، وقضى له، وإن لم يحلف قضى عليه بنكوله عن هذه اليمين؛ لأنه لو كانت يمينه أولاً يمين استحقاق؛ لوجب أن لا يبقى بعدها للمدعى يمين، ولو جوب إذا نكل عنها أن لا ينفذ القضاء عليه بنكوله، ولا يحلف المدعى يميناً بعدها.

ولما كان إذا حلف بقى الحق بيده حتى يحلف المدعى، فإذا رشد المدعى، ونكل عن اليمين قضى بالحق للمطلوب، وعلم أنها يمين إبقاء الحق، إذا رشد، ونكل الطالب أن يحلف المطلوب يمين الاستحقاق، والله اعلم، وهذا الأصل متنازع فيه.

مسألة: فإن نكل المطلوب أولاً غرم، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن كنانة، وقاله ابن المواز، فإذا بلغ الصغير، فعليه اليمين، فإن حلف قضى له بحقه، وإن نكل، فقد روى ابن حبيب عن مطرف: أنه إن نكل المولى عليه والصغير بعد الرشد والبلوغ ردّ إلى المطلوب، ونحوه رواه ابن كنانة.

ووجه ذلك أنه لا يقضى له بشاهد واحد حتى يقترون به يمينه، فإن نكل لم يكن له شىء، ولا تردّ اليمين ثانية على المطلوب.

١٨٦ كتاب الأفضية

مسألة: ويحلف الصغير إذا كبر مع شاهده على البت. وقال ابن المواز: ولا يحلف حتى يعلم بالخبر الذى يتيقن له. وفى كتاب ابن سحنون متصل بقول مالك: أنه يحلف كما يحلف الوارث على ما لم يحضر، ولم يعلم، وهو لا يدري هل شهد له بحق أو لا، فيحلف معه على خبره ويصدقه كما جاز له أن يأخذ ما شهد به الشاهدان من مال أو غيره، وهو لا يعلم ذلك إلا بقولهم.

وظاهر هذا القول يقتضى أنه يحلف على ما شهد به شاهده، وإن لم يتيقن ذلك، والصحيح عندى، وهو ظاهر قول مالك والمعلوم من مذهبه، أنه لا يحلف حتى يقع له العلم بالخبر المتواتر، سواء كان المخبر له عدلاً أو غير عدل، فحيثما يحلف مع شاهده، إن لم يبلغ هذا الحد، امتنع من اليمين واستحلف المدعى عليه؛ لأنه لا يحل لأحد أن يحلف على ما لا يستيقنه.

فصل: وصفة اليمين أن يحلف على حسب ما شهد به الشاهد، فإن شهد له الشاهد بإقرار المدعى عليه، لم يكن له أن يحلف أن له عليه كذا، ولا أنه غصبه كذا، ولكن يحلف بالله لقد أقر له فلان بكذا، قاله محمد بن عبدالحكم، فإن كان المدعى عليه غائباً، زاد فى يمينه أن حقه عليه لباق، وما عنده به رهن، ولا وثيقة، ثم يقضى له بذلك.

مسألة: وإن كان المولى عليه كبيراً، فإن الذى فى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: أنه يحلف مع شاهده بخلاف الصبى، فإن نكل، حلف المطلوب، وبرئ، وإن نكل، غرم.

قال أصبغ: كالعبد والذمى. وروى ابن حبيب عن مطرف: يحلف المطلوب، ويؤخر السفية، فإذا رشد، حلف مع شاهده، إن شاء، وقضى له، وإن أبى لم يكن له على المطلوب يمين.

وجه القول الأول أن هذا يلزمه الحدود والطلاق، فكان له أن يحلف ويستحق حقه كالرشيد.

ووجه الرواية الثانية أن من لا يحلف فى دفع حق عن نفسه، فإنه لا يحلف فى استحقاقه كالصغير.

فرع: فإذا قلنا يحلف المطلوب أولاً، ويبقى الحق عنده، فإن نكل، أخذ منه الحق، فإذا رشد السفية، حلف، وقضى له، وإن نكل، رد إلى المطلوب وكذلك الصبى.

وجه ذلك أن نكوله يضعف حقه، ويجب قبض المال منه لحق السفية والصبي، فإذا أمكنت أيماهما برشد السفية، وكبر الصغير استحلفا مع شاهدهما، فإن حلفا، نفذ الحق لهما، وإن نكلا كان بمنزلة نكولهما أولاً، ورد إلى المطلوب؛ لأن نكوله أولاً، نقل اليمين إلى جنبه السفية والصغير.

وكان ذلك بمنزلة أن تحب اليمين على المدعى عليه، فينكل، فيرد اليمين على المدعى، فينكل بأنه يقضى للمدعى عليه بالحق، ولو روعى وجوب اليمين أولاً على السفية والصغير، وأن يمين المدعى عليه إنما كانت لتأخير أخذ الحق منه إلى أن يزول المانع من اليمين، فيحلف الرشيد والكبير مع شاهدهما، لوجب إن نكلا أن ترد اليمين على المطلوب، فإن حلف رد إليه الحق، لأن هذه اليمين هي اليمين التي تحب عليه بنكول الطالب مع شاهده، وإن نكل نفذ عليه الحكم بأنه عن يمين.

فرع: فإذا قلنا يحلف السفية مع شاهده حال سفهه، فإنه إن حلف قبض ما استحقه بيمينه، الناظر له. قال الشيخ أبو إسحاق: والاختيار أن يحلف، ويقبض ما حلف عليه، فإذا صار إليه قبضه منه من ينظر عليه؛ لأنه لا يستحق بيمينه شيئاً إلا من له قبضه.

فرع: وإن نكل، حلف المطلوب، وبرئ، ولا يمين على السفية إذا رشد، وكذلك البكر المولى عليها، رواه سحنون عن ابن القاسم. وقال ابن كنانة: لها الرجوع إلى اليمين، وإن كان الغريم قد حلف أولاً.

وجه قول ابن القاسم أن من وجبت عليه يمين، فنكل عنها، وحكم باليمين على المطلوب لنكوله، فإنه لا يرجع عليه باليمين كالرشيد.

ووجه قول ابن كنانة أن السفية محجور عليه لا يقبل إقراره، ولا يجوز عليه، فكذا نكوله كالصغير.

فصل: وإن كانت الشهادة لغير معينين، ولا يحاط بعددهم مثل أن يشهد شاهد بصدقة لبنى تميم أو للمساكين أو في سبيل الله، فقد قال ابن القاسم وأشهب: لا يحلف هذا الشاهد، ولا يستحق بشهادته حق.

ووجه ذلك أنه لا يتعين مستحق هذا الحق، فيحلف معه؛ لأن، كل من يحلف مع شاهده يجوز أن يخرج عن هذا الحق، ويصرف إلى غير ملكه وقبضه، وإنما يحلف في الحقوق من يستحق بيمينه الملك أو القبض، ويطلب منه إن نكل.

١٨٨ كتاب الأقضية

مسألة: فإن كان الحبس لغير معينين، إلا أنه يحاط بعددهم، وأضيف إليهم من لا يحصى أن يقول: حبست هذا الملك على واد زيد وعقبهم، ففي كتاب ابن المواز: الذى يقول أصحابنا: إن كل حبس مسبل ومعقب، فلا يصح فيه اليمين مع الشاهد.

وروى ابن الماجشون عن مالك: إذا حلف الرجل منهم نفذت الصدقة لهم ولغيرهم، وغائبهم ومولودهم، ثم ذكر الشيخ أبو محمد بعد الكلام فى المجموعة: أن ابن وهب ومطرفاً وابن الماجشون رواها عن مالك: أنه يحلف مع أهل الصدقة رجل واحد مع الشاهد، ويثبت حبساً له، ولجميع أهلها. فالظاهر عندى أن هذه الأقوال هى فيمن ذكر بحصر عدده.

وقد قال المغيرة فى المجموعة: إذا كانت الشهادة لمعين وغير معين، مثل أن يشهد الشاهد أن فلاناً حبس على فلان، وعلى عقبه، فإنه يحلف مع شاهده، ويحق الحق له، ولمن يأتى بعده بغير يمين.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن عدد الشهود وجنسهم يترتب على مراتب الحقوق، وذلك على ستة أضرب، فيثبت الزنى بأربعة شهداء.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥]، وقوله عز وجل: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤].

فرع: وأما الشهادة على الشهادة، فقد اختلف فيها العلماء، فروى مطرف عن مالك فى الواضحة: لا يجزئ فى ذلك إلا ستة عشر رجلاً، أربعة على شهادة كل واحد.

وقال ابن الماجشون: إذا شهد أربعة شهود على كل واحد من شهود الأصل، جازت شهادتهم، فإن تفرقوا، جاز أن ينقل شهادة كل واحد اثنان حتى يصيروا ثمانية.

وذكر القاضى أبو محمد: أن فى ذلك روايتين إحداهما: أن يشهد شاهدان على شهادة أربعة. وقيل: لا يكفى إلا أربعة، وإنما الروايتان على ما قدمنا والله أعلم. وقد قال ابن المواز: إذا شهد اثنان على شهادة أربعة، حدا.

وجه رواية مطرف عن مالك أن الشهادة فى الزنا مغلظة بالعدد، واختصت بذلك، فلذلك اختصت بأن لا تنقل عن شاهد لا من لا ينقل عن غيره؛ لأنه لا يتغلظ نقلها من جهة العدد إلا بهذا الوجه.

كتاب الأفضية ١٨٩

فرع: وإذا قطع اللصوص على رفقة، فشهد عليهم منها قوم، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن المغيرة وابن دينار: لا يجوز منهم أقل من شهادة أربع في القطع وأموال الرفقة، غير الذين شهدوا، ولا تجوز شهادتهم لأنفسهم.

وقال مطرف: شهادة اثنين جائزة في القطع، وفي أموالهم وأموال غيرهم، وإن لم يجز في المال، لم يجز في القطع، وقاله مالك، ولا يقبل بعض ويترك بعض.

وروى أصبغ عن ابن القاسم: تجوز شهادة عدلين منهم في القطع وفي أموال غيرهم، وإن لم يجز في المال، لم يجز في القطع. وقال غيره: وأموال الرفقة دون أموالهما، إلا أن يكون ذلك يسيراً، فيجوز ذلك لهم، ويغرم، كقول مالك في الوصية، وإن أكثر ما لهما لم يجز في القطع لما لهما ولا لغيرهما.

مسألة: وأما الضرب الثاني، فشاهدان من الرجال، فيما يختص بجميع البدن من الطلاق والعتق والرشد والسفه وقتل العمد. قال القاضي أبو محمد: وكتاب القاضي إلى القاضي لا يثبت إلا بشاهدين أنه أشهدهما بما فيه، رواه ابن وهب عن مالك في كتاب سحنون.

وجه ذلك أنه حق من حقوق الأبدان يطلع عليه الرجال.

فرع: وأما ترشيد السفية، فقد قال أصبغ: لا يجوز في ذلك شهادة رجلين حتى يكون ذلك فاشياً، ويجوز إفشاء ذلك بشهادة النساء، وقد اختلف في شهادتهنّ.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ومعنى ذلك عندي والله أعلم، أن إنفاذ الرجلين بمعرفة ذلك من حاله يبعد، ويترتب مع كونه متصرفاً بين الناس، ولا سيما أهل الثقة والصلاح، فإن الرشيد يقصد بمجالسته ومداخلته، ولو قل ذلك لعرف حاله النساء من جيرانه وأهل بيته ومن يداخلهم، فإذا فشا ذلك بشهادة النساء، جاز، وإن لم يوجد علم ذلك عند أحد غير الرجلين مع ما يلزم من ظهور ذلك وفشوه، لم تصح الشهادة.

قوله: وقد اختلف في شهادة النساء في ذلك.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ظاهره عندي جواز شهادة النساء في ذلك على غير وجه الفشو والظهور، وذلك بأن تجوز منهنّ شهادة امرأتين في رجل في ترشيده الموجب لرفع ماله؛ لما كان مقصود الشهادة المال كشهادتهن مع رجل في الوكالة، وعلى شهادة رجل في المال.

١٩٠ كتاب الأقضية

مسألة: والضرب الثالث شهادة امرأتين فى الأموال والعقود التى تختص بالأموال، فأما العقود التى لا تختص بالأموال، ولكن مقصودها المال كالوكالة على المال والوصية بالنظر فيه، فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب: يثبت بشهادة رجل وامرأتين.

وقال ابن الماجشون وأشهب: لا يثبت إلا بشهادة رجلين. وقال مالك من رواية ابن وهب: يجوز نقل رجل وامرأتين بشهادة رجل، وقاله أشهب. قال أصبغ: معناه عندى فيما يجوز فيه شهادة شاهد ويمين.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لم يقل ذلك مالك، ولا أحد من علمائنا فى الوكالة، ولا نقل الشهادة، ولا فى إسناد الوصايا ولا أجزائها.

وجه ذلك أن هذه شهادة مقصودها المال كالبيع.

وجه القول الثانى ما احتج به سحنون من أنى لو أجزت شهادة امرأتين ورجل فى الوكالة؛ لأجزت فيها مثل هذا ويميناً.

مسألة: والضرب الرابع: الشاهد واليمين، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى. والضرب الخامس: ما لا يطلع عليه الرجال، فيثبت بشهادة امرأتين كالولادة، والحمل، وعيوب الفرج، والاستهلال، والرضاع، فإذا شهدت امرأتان على استهلال الصبى، فالظاهر من مذهب مالك وابن القاسم، أن شهادتهما جائزة.

وقال سحنون فى العتبية وغيرها: إنما تجوز شهادتهما على ذلك إذا بقى بدن الصبى حتى يشهد الرجال بالنظر إليه ميتاً؛ لأن البدن لا يفوت، والاستهلال يفوت.

وأما شهادة امرأتين على أن المولود ذكر، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: ما أراه إلا وسيكون مع شهادتهما، يمين. قال ابن القاسم فى كتاب ابن سحنون: لأن شهادتهما على ما قال أصبغ عنه فى العتبية، والقياس أن لا تجوز؛ لأن ذلك يصير نسباً قبل أن يصير مالاً، ويرث بأدنى المنزلتين إلا أن يخاف أن لا يبقى إلى أن يحضره الرجال، فتجوز شهادتهما فيه.

وروى أشهب عن مالك فى كتاب ابن سحنون: شهادتهما لا تجوز فى أنه ذكر، وأخذ به أشهب.

قال سحنون: القول قول أشهب، لأن الجسد لا يفوت، والاستهلال يفوت. قال سحنون: إلا أن تكون الولادة بموضع لا رجال فيه، ويخاف على الجسد إن أضر دفعه، فتجوز شهادة النساء حينئذ كما قال ابن القاسم.

فرع: إذا شهد رجل وامرأة على استهلال الصبي، لم تجز شهادتهما، وبه قال ابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ، وذلك لارتفاع الضرورة بحضور الرجال، فتسقط شهادة المرأة، ولا تتم الشهادة برجل واحد. قال ابن حبيب: وقد سمعت من أرضى من أهل العلم يميز ذلك، ورآه أقوى من شهادة امرأتين، وهو أحب إليّ.

فصل: ويلحق بهذا فصل اختلف فيه، هل هو من باب الشهادة أو من باب الفتوى والخبر، كالقائف، ففي العتبية عن سحنون: لا يقضى بقائف واحد؛ لأنه يلحق به نسب، ويكتب إلى البلدان، وينتظر أبدأ حتى يضم إليه آخر، وقاله ابن القاسم وابن نافع عن مالك. وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم: أن شهادة القائف الواحد مقبولة.

ومعنى ذلك عندي أن من جعله من باب الشهادة، لم يقبل فيه إلا قول اثنين ممن تجوز شهادتهما بالنسب، ومن جعله من باب الفتوى والخبر، قبل فيه قول واحد، ويلزم عندي على هذا أن يقبل فيه قول العبد والمرأة، وهو الأظهر، إذا سأله الحاكم الحاكم عن علمه لذلك.

ومن ذلك الترجمة لقول الخصم إذا لم يفهمه الحاكم أو لم يفهم أحدهما، فقد قال مطرف وابن الماجشون: يجزئ الواحد العدل، والاثنان أحب إليّ، والمرأة العدة تجزئه في ذلك، إذا كان مما تقبل فيه شهادة النساء.

قال سحنون في كتاب ابنه: لا تقبل ترجمة النساء، ولا ترجمة واحد، وهذا يجزى على ما تقدم من اختلافهم في أمر القائف، غير أن اشتراط ابن الماجشون ومطرف في قبول الترجمة من النساء: أن يكون ذلك مما يقبل فيه شهادة النساء، فيه نظر.

وذلك أن من عبر من أصحابنا عن ذلك بالشهادة، وقد قبل فيه الرجل الواحد والمرأة، فإنما هو تجوز في عبارة. وقد قال مالك وأصحابه: لا تقبل امرأة واحدة في شيء من الأشياء.

وإذا كان من باب الخبر والفتوى، فيجب أن يقبل فيه قول المرأة الواحدة في كل شيء، وإنما يعتبر في ذلك العدالة كما يعتبر في المفتى والراوى للحديث.

وأما عيوب النساء والعبيد وغير ذلك، فقد قال ابن الماجشون في الواضحة: يأمر الحاكم من يثق بنظره وعلمه بالعيب أن ينظر إليه، ويأخذ فيه بخبره وحده، ويقول الطيب، وإن كان غير مسلم؛ إذا ليس من باب الشهادة، ولكنه علم يؤخذ ممن يبصره من مرضى أو غير مرضى، وهذا ما كان المختبر حاضرًا.

١٩٢ كتاب الأفضية

فإن غاب أو مات، انتقل إلى باب الشهادة عند ابن الماجشون، فقال: لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، قال: فإن كان مما لا يطلع عليه الرجال، قبل فيه خبر امرأة واحدة، فإن غابت الأمة أو ماتت، لم يقبل في ذلك إلا شهادة امرأتين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: والضرب السادس: ما لا تعتبر فيه العدالة، وهو شهادة أهل الرفقة بالتوسم، وشهادة الصبيان فيما لا يحضره غيرهم غالباً من الجراح والقتل. قال الشيخ أبو القاسم: لا تجوز شهادة النساء بعضهم على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال. وقال بعض أصحابنا: تجوز شهادتهن في ذلك واعتبرها بشهادة الصبيان.

فصل: وقوله: «فإن أبي أن يحلف سقط، وأحلف المطلوب» يريد أن اليمين تنتقل من جنبه من له أولاً، لنكوله عنها إلى جنبته الأخرى، فإن ثبت أولاً في جنبه المدعى لقوتها بشاهد يشهد له، فنكل عنه انتقلت إلى جنبه المدعى عليه، وإن ثبتت أولاً في جنبه المدعى، فنكل انتقلت إلى جنبه المدعى.

فصل: «فإن حلف، سقط عنه الحق، وإن أبي أن يحلف، ثبت عليه الحق لصاحبه» يريد أن اليمين إذا انتقلت إلى المدعى عليه حين نكل المدعى عن اليمين مع شاهد، فإن المدعى عليه إن حلف سقطت عنه الدعوى؛ لأن يمينه إنما هي لذلك، وإن أبي أن يحلف، ثبت عليه الحق؛ لأن جنبته تضعف حينئذ بنكوله، فلا ينتقل بمجرد الدعوى عليه إلى إثبات الحق عليه. وقال الشافعي: لا يحكم بنكوله مع شاهد الدعوى.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن النكول بسبب مؤثر في الحكم، فوجب أن يقضى به مع الشاهد كيمين المدعى، ومعنى تأثيره أن اليمين تنتقل بنكول المدعى عليه إلى جنبه المدعى، فيحلف، ويستحق.

ووجه آخر، وهو أن من انتقلت إليه اليمين من خصمه، فنكل عنها، وجب القضاء عليه كاللذين لا بينة بينهما.

مسألة: فإن نكل من شهد له الشاهد بحق، فردت اليمين على المطلوب، فحلف، ثم وجد الطالب شاهد آخر، فروى ابن المواز أنه لا يضم له إلى الأول، ورواه يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم. وروى ابن حبيب عن ابن عبدالحكم وابن الماجشون عن مالك: أنه يضم له إلى الأول، ويقضى له به.

قال ابن كنانة: هذا وهم، وقد كان يقول: لا يضم إلى الأول، وإنما هو في المرأة تقيم شاهداً على طلاق، فيحلف الزوج، ثم تجد شاهداً آخر أنه لا يضم إلى الأول؛

كتاب الأفضية ١٩٣
لأنه لم يوجد منها نكول، وقاله ابن الماجشون. وقال أصبغ بقول مالك: يضاف له
الشاهد الثاني إلى الأول في الحقوق كما لو لم يقم شاهداً، فيحلف المطلوب، ثم
يصيب الطالب بينته أنه يقوم بها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن هذه المسألة مبنية على المسألة
التي احتج بها أصبغ، ولا خلاف فيها كالخلاف في هذه.

فرع: فإذا قلنا لا يضم الشاهد الثاني إلى الأول، ففي كتاب ابن المواز: يؤتلف له
الحكم فيحلف مع شاهده. وقال ابن كنانة: لا يحلف مع الشاهد الثاني؛ لأنه ترك حقه
بالنكول، ونحوه روى يحيى بن يحيى وابن الماجشون عن ابن القاسم.

فإذا قلنا يحلف، فنكل ثانية، ففي الموازية: ترد اليمين ثانية على المطلوب؛ لأن اليمين
الأول إنما سقط بها شهادة الشاهد الأول. وقال ابن ميسر: لا ترد اليمين على المطلوب
ثانية؛ لأنه قد حلف على الحق مرة.

مسألة: ويقضى باليمين مع شهادة امرأتين خلافاً للشافعي. والدليل على ما نقوله أن
شهادة المرأتين شهادة قبلت في الشرع مع شهادة رجل، فجاز أن يقضى بها مع اليمين.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً وَلَا يَقَعُ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ مِنَ
الْحُدُودِ، وَلَا فِي نِكَاحٍ، وَلَا فِي طَلَاقٍ، وَلَا فِي عَتَاقَةٍ، وَلَا فِي سَرِقَةٍ، وَلَا فِي فُرْيَةٍ،
فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: فَإِنَّ الْعَتَاقَةَ مِنَ الْأَمْوَالِ، فَقَدْ أَخْطَأَ لَيْسَ ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ، وَلَوْ كَانَ
ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ؛ لَحَلَفَ الْعَبْدُ مَعَ شَاهِدِهِ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدِهِ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ، وَأَنَّ
الْعَبْدَ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدِهِ عَلَى مَالٍ مِنَ الْأَمْوَالِ ادَّعَاهُ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ، وَأَسْتَحَقَّ حَقَّهُ
كَمَا يَحْلِفُ الْحُرُّ^(١).

الشرح: قوله: «وإنما يكون ذلك في الأموال خاصة»، قال سحنون في كتاب ابنه:
يقضى باليمين مع الشاهد في المال المعين، وغير المعين بما ثبت في الذمة. قال ابن وهب
عن مالك: في الأموال الجسيمة من الذهب والورق والحائط والرقيق.

قال ابن سحنون عن أبيه: وفي الغصب والبيع والهبة وأرش الجناية مما تحمله العاقلة،
وما لا تحمله، وفي إبراء من هو عليه ومصالحته، وقبضه، وفي التبري من عيب الرقيق

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٦٠/٢٢.

١٩٤ كتاب الأفضية

وإقرار من يشهد به شاهدان بمال أنهما شهدا بباطل. ومعنى ذلك أن الشهادة باشرت المال، والعقود المختصة بالمال.

مسألة: فإن تعلقت الشهادة بالعقود التي لا تختص بالمال، ولكن المقصود منها المال كالشهادة على حكم قاض، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يثبت كتاب قاض إلى قاض بشاهد ويمين، وإن كان في مال. وقال مطرف: يحلف مع شاهده ويثبت له القضاء.

وجه قول عبد الملك أن هذه شهادة لا تختص بالمال، ولكن المقصود منها المال كالشهادة على النكاح.

ووجه قول مطرف أن هذه شهادة مقصودها المال، فأشبهت البيع.

مسألة: وأما الجراح، فقد اختلف أقوال شيوخنا فيها، ففي المجموعة وغيرها إطلاق قولهم: لا يجوز الشاهد واليمين إلا حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين.

وقال سحنون: أصلنا أن كل ما جاز فيه شاهد ويمين، جازت فيه شهادة النساء، وكل ما لا يجوز فيه شاهد ويمين، لم تجز فيه شهادة ويمين النساء، وتقدم من القول أن الشاهد واليمين إنما يجوز في المال.

وقد قال في المجموعة ابن القاسم وابن الماجشون وأشهب: تجوز شهادة النساء في خطأ القتل والجراحات. قال أشهب: وفي العمد الذي لا قود فيه، وإن لم يكن معهن رجل حلف المجروح، واستحق دية جرحه.

ووجه ذلك أن هذه شهادة إنما يجب بها المال، وبه فثبتت بشاهد ويمين كالشهادة بالبيع، واختلف في جراح العمد، فروى في العتبية سحنون عن ابن القاسم: لا تجوز شهادة النساء في ذلك.

وروى في المجموعة وكتاب ابنه: أن قول ابن القاسم اختلف في ذلك. وقال ابن الماجشون وسحنون: يجوز في ذلك شهادة النساء.

وجه القول الأول إن هذه شهادة لا يجب بها مال، ولا تتعلق به، فلم يثبت بشهادة النساء مع الرجال كالشهادة بقتل العمد.

ووجه القول الثاني أن هذا حق آدمي لا يتعلق بتفويت نفس ولا ملك منافعها، فأثبتت الشهادة بالبيع والإجارة.

كتاب الأفضية ١٩٥

فروع: وإذا قلنا تجوز في جراح العمد، فقد قال عبد الملك في المجموعة والواضحة: يجوز فيما صغر منها كالموضحة والإصبع ونحو ذلك مما يؤمن على النفس، ولا يجوز فيما يخاف منه تلف النفس.

وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه: اختلف قول ابن القاسم في شهادة النساء فيما دون النفس، قال: والذي رجع إليه ابن القاسم أن ذلك لا يجوز، ولا يعجبني.

وجه قول ابن الماجشون وسحنون أن الشهادة معتبرة بما يثبت بها، ووجدنا التخليط في الشهادة من جهتين، من جهة العدد، وله أقل وأكثر، ومن جهة الذكورة، فلما أن كان الزنا يتعلق به سفك الدم، وإتلاف حرمة العرض، وتدخل به المعرفة على الأهل والقرابة، تغلظ بالوجهين بأكثر العدد، والذكورة.

ولما كان قتل العمد يتعلق به سفك الدم خاصة، تعلق بأقل العددين، والذكورة، ولما كانت الأموال أقلها رتبة لم يتعلق بذكورة، ولا عدد، فيثبت بشهادة رجل وامرأتين وباليمين مع شاهد واحد، ووجدنا الجراح تنوع نوعين، فمنها ما يصغر ويقل خطره، ويؤمن تعديه إلى النفس غالباً، فلم يدخله التخليط، وثبت بما تثبت به الأموال، ومنها ما عظم وعظم خطره ويخاف تعديه إلى النفس، فدخله التخليط الذي حصل في القتل لما يخاف أن يكون سبباً إليه.

وجه قول ابن القاسم أن الشهادة بما دون النفس شهادة بجراح لا تتناول النفس، ولا سفك الدم، فثبت بشهادة رجل وامرأتين، وبشهادة رجل وبعين. أصل ذلك ما صغر من الجراح، ويحتمل عندي أن يكون ابن القاسم يرى الاحتياط في إثبات القتل والجراح بالشاهدين واليمين، كما يرى ذلك إثباتها بشهادة الصبيان، وإنما تغلظ النفس بعدد الأيمان والخالفين، ولذلك اعتبر العدالة والذكورة في الشاهد بالقتل، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإنما يكون ذلك في الأموال خاصة دون الحدود والنكاح والطلاق والعتق والسرقة والفدية» يريد أن اليمين مع الشاهد يحكم بها في الأموال، ولا يحكم بها في المعاني التي نص عليها من الحدود والسرقة والفدية. زاد ابن حبيب عن مطرف عن مالك: والشرب.

قال مالك في الموطأ: وكذلك الطلاق والنكاح والعتاق، وإنما لم يقض باليمين مع الشاهد في الحدود؛ لأنها من حقوق الله تعالى وما كان من حقوق الله تعالى لم يتصور فيه القضاء باليمين مع شهادة المستحق.

١٩٦ كتاب الأفضية

وأما النكاح والطلاق والعتق، فإنها من حقوق الله تعالى، وما تعلق بها من حقوق الآدميين كالنكاح والرجعة، فهو حق يتعلق بجميع البدن كالقصاص فى القتل، ولا يثبت باليمن مع الشاهد هلال صوم ولا فطر ولا حج؛ لما تقدم، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالفرية، وهى القذف بالزنا، لا تثبت على القاذف بشاهد ويمين. وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى العتبية والمجموعة: أنه يحلف له ما قذفه، فإن نكل، سجن له أبداً حتى يحلف. وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: إن طال سجنه خلى سبيله، ولا ضرب عليه، وتوجيه ذلك يأتى فى حكم الشاهد بالطلاق والعتق، إن شاء الله.

مسألة: وإن أقام شاهداً أن فلاناً شتمه؟ قال أشهب عن مالك: لا يقضى فى هذا بشاهد ويمين، ولكن إن كان الشاتم يعرف بالسفه والفحش، عرز. قيل أفهل الشاتم يمس؟ قال: نعم، وعسى به أن أراه، وليس كل ما رأى المرء أن يؤجلوه سنة روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: يقضى باليمن مع الشاهد فى المشاقمة دون الحد.

ووجه ذلك أنه حق يستوفى منه لا يوجب حرمة، وهو حق الآدمى، فثبت بالشاهد واليمن كالمال.

مسألة: وإن شهد شاهد أنه سرق، لم يقطع يده، ويحلف صاحب المتاع مع شهادة شاهده، ويستحق عليه ردّ ما سرق، وإذا شهد عليه شاهد أنه شرب خمرًا لم يحد. وأما النكاح، فإن شهد بعقد نكاح لم يثبت حكمه، ولا يجب اليمين به على من ادّعى عليه النكاح، ولو ثبت النكاح، وجهل الصداق، ثبت قدر الصداق بالشاهد واليمين، لأنه حكم فى مال.

مسألة: وأما الطلاق والعتق، فإن ادّعت المرأة على زوجها والأمة على سيدها، فلا يمين على السيد ولا الزوج. قال مالك: ولا يأتيتها زوجها إلا مكرهة. قال ابن القاسم: والأمة كذلك، وإن استطاعت أن تفتدى الزوجة بجميع مالها، تفعل.

ووجه ذلك أنها تعتقد الزنا فى وطئها، فلا يحل لها ذلك، إلا بالإكراه الذى لا تستطيع دفعه، وإذا أمكنها أن تفتدى منه بجميع ما تملك، لزمها ذلك كالتى تكون على الزنا.

مسألة: وإن شهد شاهد بطلاق أو عتق، فقد قال مالك: يحلف الزوج والسيد، إن

كتاب الأفضية ١٩٧

أنكر، فإن حلف، لم يلزمه شيء من الطلاق، ولا العتق، فإن نكل، ففى ذلك عن مالك روايتان. قال ابن القاسم: كان مالك يقول: تطلق الزوجة، ويعتق العبد عليه، وبهذا قال أشهب، ثم رجح، فقال: يجبس، وهو الذى يختاره ابن القاسم وأكثر أصحابنا.

وجه القول الأول، أن كل من لزمته يمين، فإن نكوله لا يوجب ردها، فإنه يوجب الحكم عليه، وإلا فلا فائدة فى إلزامها إذا كان الامتناع منها، يبطل حكمها.

ووجه آخر، أن هذا نكل عن يمين وجبت عليه لإبطال شهادة شاهد، فوجب أن يحكم عليه بما شهد به الشاهد كما لو ردّت عليه فى الأموال.

ووجه القول الثانى ما احتج به ابن المواز بأنى لو حكمت عليه لحكمت بشاهد بغير يمين، فيكون ذلك أقل حالاً من المال، ومعنى ذلك أن هذا الشاهد ليس ممن يجب أن ينفذ عليه بشهادته ما شهد به بوجه، لو اقترنت شهادته بيمين المدعى، فاليمين يوجب شهادته بمنزلة اليمين التى توجهها الدعوى فى الأموال، وليست بمنقولة إليه عن جنبه من كان يحكم له بيمينه، فيحكم عليه بنكوله، وإنما هى للاستظهار، وإذا نكل عنها، لم يحكم عليه بها عن مالك أنه نكل.

فرع: فإذا قلنا إنها تطلق عليه بالنكول، فقد روى أشهب عن مالك أنه إن نكل، ثم أراد أن يحلف، فإنه ليس له ذلك وكذلك العتق.

ووجه ذلك أن النكول تضعف جنبته، ويقوى دعوى المدعى عليه الطلاق، فإذا نكل فقد أقر من ضعف جنبته بما يوجب الحكم عليه، فليس له الرجوع عن ذلك.

فرع: وإذا قلنا إنه يجبس، فقد روى عن مالك أنه يجبس أبداً حتى يحلفوا، واختاره سحنون ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع فى الطلاق والعتق. وقال ابن القاسم: يجبس حتى يطول عليه وتطلق، والطول سنة.

وجه القول الأول أنه إنما سجن ليحلف، فلا يخرج عن السجن إلا بما حبس لأجله.

ووجه قول ابن القاسم أن السجن إنما هو عقوبة لامتناعه من اليمين ولاختبار حاله، والسنة مدة فى الشرع لمعان من الاختبار كالعنة وغيرها.

وقد روى عنه ابن نافع: أنه يسجن، ويضرب له أجل الإيلاء، فإذا انقضى طلق عليه بعد ذلك، هذا الذى رواه عنه فى نوادره الشيخ أبو محمد.

١٩٨ كتاب الأفضية

والذى فى كتاب ابن مزين، أن يحيى بن يحيى روى عنه ما تقدم أن محمد بن خالد روى عنه أنه إذا أطال سجنه على المرأة، وأبى أن يحلف، ضرب له الأجل، فإن حلف عند انقضائه حلى سبيله، وردت إليه المرأة، وإن أبى أن يحلف، طلقت عليه بالإيلاء، قال يحيى: وقال أبو زيد قاضى أهل المدينة مثله.

ووجه ذلك أنه ممنوع من الوطء بمعنى حرمة عليه، فضرب له أجل الإيلاء كالذى يحلف بطلاق زوجته: ليفعلن، فإنه يدخل عليه الإيلاء من يوم رفعته زوجته، ويحكم به عليه الحاكم، وهذا أشد من الخلاف؛ لأنه يدعى عليه تحريم الزوجة، وقد شهد عليه شاهد.

فصل: وقوله: «فإن قال قائل: إن العتاقة من الأموال، فقد أخطأ، ولو كان على ما قال: يحلف العبد مع شاهده على عتقه؛ لأنه يجب مع شاهده فى المال» وهذا الذى قاله مبنى على بيان معنى قولنا: الشهادة على الأموال، وذلك أن الشهادة على المال هى الشهادة بطلب مال يخرج من متمول له إلى متمول آخر، وليس هذا حكم الشهادة على العتاقة؛ لأن الرقة بالعتاقة لا تخرج إلى متملك، وذلك مثل المال يطلبه الرجل من الآخر، فيشهد له بشاهد، سواء كان المال ديناً معلقاً بدمته أو شيئاً معيناً مما يملك.

وذلك على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يباشر الشهادة مالاً، فيؤدى إلى عتق أو إلى نقصه أو إلى طلاق زوجة، وسيأتى ذكره، أو تكون الشهادة تجر إلى المال، لا يحكم فيها بغير ذلك، وإن باشرت معنى آخر مثل الشهادة على الحر يجرح العبد، فيحلف سيده مع شاهده، ويستحق الأرش، قاله ابن حبيب فى المجموعة وكتاب ابن حبيب.

وقال أشهب فى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن: إذا شهدت امرأتان على امرأة أنها ضربت بطن امرأة، فألقت مضغمة، فلتحلف معهما، وتستحق الغرة، ولا كفارة على الضاربة.

وروى أشهب عن مالك فى العتبية: فى الذى شهد له شاهد أنه وارث فلان، فإن لم يأت بغيره، حلف واستحق.

قال أشهب: وذلك إذا كان نسبه من الميت ثابتاً، ويكون الشاهد يشهد أنه لا يعلم له وارث غيره، فيحلف معه، ويرث؛ لأنه شهد على مال، وكذلك الولاء يثبت للأقعد من أهل الولاء بالشاهد واليمين، إذا ثبت الولاء لمن ورثه عنه، قاله الشيخ أبو محمد.

وفى كتاب ابن المواز: من أقام شاهداً أنه وارث فلان أو مولاه، لا يعلم له وارث

غيره، قال مالك: يستأنى بالمال حتى يؤيس أن يأتي أحد بأثبت من ذلك، فيحلف معه، ويقضى له بالمال، ولا نسب له يثبت، فهذا مخالف لما تقدم.

فصل: وقوله: «إن العبد يحلف مع شاهده في المال» يقتضى أنه يحلف فى قليل ذلك وكثيره؛ لأن مالكا قال: إنه يحلف كما يحلف الحر.

وجه ذلك أنه يملك كما يملك الحر، فوجب أن يحلف مع شاهده؛ ليصل إلى استحقاق ملكه كالحر.

قَالَ مَالِكُ: فَالْسُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى عِتَاقَتِهِ اسْتَحْلِفَ سَيِّدَهُ مَا أَعْتَقَهُ، وَبَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ.

قَالَ مَالِكُ: وَكَذَلِكَ السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَيْضًا فِي الطَّلَاقِ إِذَا جَاءَتِ الْمَرْأَةُ بِشَاهِدٍ، أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا، أُحْلِفَ زَوْجُهَا مَا طَلَّقَهَا، فَإِذَا حَلَفَ، لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ.

قَالَ مَالِكُ: فَسُنَّةُ الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقَةِ فِي الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَاحِدَةٌ إِنَّمَا يَكُونُ الْيَمِينُ عَلَى زَوْجِ الْمَرْأَةِ، وَعَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ، وَإِنَّمَا الْعِتَاقَةُ حَدٌّ مِنَ الْحُدُودِ لَا تَجُوزُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَتَقَ الْعَبْدُ ثَبَّتَ حُرْمَتَهُ، وَوَقَعَتْ لَهُ الْحُدُودُ، وَوَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ زَنَى، وَقَدْ أَحْصَيْنَ رُجْمَ، وَإِنْ قَتَلَ الْعَبْدَ، قُتِلَ بِهِ، وَثَبَّتَ لَهُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يُورِثُهُ، فَإِنْ اِخْتَجَّ مُخْتَجٌّ، فَقَالَ: لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَجَاءَ رَجُلٌ يَطْلُبُ سَيِّدَ الْعَبْدِ بَدِيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ، فَشَهِدَ لَهُ عَلَى حَقِّهِ ذَلِكَ رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُثَبِّتُ الْحَقَّ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ حَتَّى تُرَدَّ بِهِ عِتَاقَتُهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ، مَالٌ غَيْرُ الْعَبْدِ يُرِيدُ أَنْ يُحْيِرَ بِذَلِكَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِي الْعِتَاقَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ عَلَى مَا قَالَ: وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ الرَّجُلُ يَعْتِقُ عَبْدَهُ، ثُمَّ يَأْتِي طَالِبُ الْحَقِّ عَلَى سَيِّدِهِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ، فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ، ثُمَّ يَسْتَحِقُّ حَقَّهُ، وَتُرَدُّ بِذَلِكَ عِتَاقَةُ الْعَبْدِ أَوْ يَأْتِي الرَّجُلُ قَدْ كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِ الْعَبْدِ مُخَالَطَةٌ وَمَلَابَسَةٌ، فَيَزْعُمُ أَنَّ لَهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مَالًا، فَيُقَالُ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ: اِحْلِفْ مَا عَلَيْكَ مَا ادَّعَى، فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ، حُلِفَ صَاحِبُ الْحَقِّ، وَثَبَّتَ حَقُّهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ يَرُدُّ عِتَاقَةَ الْعَبْدِ إِذَا ثَبَّتَ الْمَالُ عَلَى سَيِّدِهِ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يَنْكِحُ الْأَمَةَ، فَتَكُونُ امْرَأَتَهُ، فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ إِلَى

٢٠٠ كتاب الأفضية

الرَّجُلِ الَّذِي تَزَوَّجَهَا، فَيَقُولُ: ابْتَعْتَ مِنِّي جَارِيَتِي فَلَانَةَ أَنْتَ وَفُلَانٌ بِكَذَا وَكَذَا دِينَارًا، فَيُنْكَرُ ذَلِكَ زَوْجُ الْأَمَةِ فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ بِرَجُلٍ وَأَمْرَأَتَيْنِ، فَيَشْهَدُونَ عَلَى مَا قَالَ، فَيُبَيِّنُ بَيْعَهُ وَيَجِزُّ حَقَّهُ، وَتَحْرُمُ الْأَمَةُ عَلَى زَوْجِهَا، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِرَاقًا بَيْنَهُمَا، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يَفْتَرِي عَلَى الرَّجُلِ الْحُرِّ، فَيَقَعُ عَلَيْهِ الْحَدُّ، فَيَأْتِي رَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ، فَيَشْهَدُونَ أَنَّ الَّذِي افْتَرَى عَلَيْهِ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ، فَيَضَعُ ذَلِكَ الْحَدَّ عَنِ الْمُفْتَرِي بَعْدَ أَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الْفِرْيَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُشْبَهُ ذَلِكَ أَيْضًا مِمَّا يَفْتَرِقُ فِيهِ الْقَضَاءُ وَمَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ، أَنَّ الْمَرَأَتَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ، فَيَجِبُ بِذَلِكَ مِيرَاثُهُ حَتَّى يَرِثَ، وَيَكُونُ مَالُهُ لِمَنْ يَرِثُهُ إِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ، وَلَيْسَ مَعَ الْمَرَأَتَيْنِ اللَّتَيْنِ شَهِدَتَا رَجُلًا وَلَا يَمِينًا، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ الْعِظَامِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ وَالرَّبَاعِ وَالْحَوَائِطِ وَالرَّقِيقِ وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْأَمْوَالِ، وَلَوْ شَهِدَتِ امْرَأَتَانِ عَلَى دِرْهَمٍ وَاحِدٍ أَوْ أَقَلٍّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ تَقْطَعْ شَهَادَتُهُمَا شَيْئًا، وَلَمْ تَجْزُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا شَاهِدٌ أَوْ يَمِينٌ.

الشرح: قوله: «أن العبد إذا جاء بشاهد أن سيده أعتقه، حلف السيد، وبطل العتق، وكذلك المرأة تدعى طلاق زوجها، يحلف الزوج، ولا يلزمه طلاق، فإن وجد العبد أو الزوجة بعد اليمين شاهدًا آخر، فإنه يضم إلى الشاهد الأول، ويقضى بهما بالعتق والطلاق». قال ابن المواز: لأنه منع أولاً من اليمين، فلم يوجد منه نكول يسقط به الشاهد كالصغير يقوم له شاهد بحق، فيحلف المطلوب، ثم يوجد له شاهد آخر بذلك الحق، فإنه يحكم له به.

مسألة: ولو كان العبد إذا أقام شاهدًا بعد موت سيده أنه أعتقه في مرضه، ففي كتاب ابن المواز: أن الورثة يحلفون على العلم.

. ووجه ذلك أنه لا طريق لهم إلى القطع بذلك كسائر ما يدعى من الحقوق.

فصل: وقوله: «إن العتاقة من الحدود» يريد أنه يتعلق بها حق الله تعالى، ولذلك لو اتفق السيد والعبد على إبطال العتق، لم يكن لهما ذلك. وقد ذكر الله تعالى الطلاق فقال: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقال

كتاب الأقضية !..... ٢٠١
عز من قائل: «تلك حدود الله فلا تعتدوها» فوصف الطلاق، وما ذكر معه بأنه من حدود الله تعالى.

فصل: وقوله: «لا تجوز فيها شهادة النساء» يريد لا ينفذ العتق والطلاق بشهادة النساء، فلو شهد رجل وامرأتان بعتق أو طلاق، لم تجز في ذلك شهادتهم بمعنى أن يحكم بالطلاق، ولو شهدت امرأتان على رجل بطلاق امرأته، أو عتق عبده، وجبت بشهادتهم على الزوج والسيد اليمين، وليست هاهنا شهادة على التحقيق؛ لأنه لا يحكم بما يقتضيه من الطلاق، وإنما يجب بها اليمين على الزوج، وهى تشبه الشاهد العدل فى المقاسمة.

فصل: وقوله: «لأنه إذا عتق العبد ثبتت حرمة، ووقعت له الحدود، ووقعت عليه، وإن زنا، وقد أحصن رجم، وإن قتل، قتل به، وتثبت له المواريث» يريد بقوله: «ثبتت حرمة» أنه ثبت له حرمة الحرية، فتكمل دية دية الحر، ويثبت القصاص بينه وبين الحر فى النفس والأطراف، ومن قذفه مع العفة حد.

ويريد بقوله: «ووقعت له الحدود» أن من قذفه مع العفة، حُدَّ.

ويريد بقوله: «ووقعت الحدود عليه» وتتم له حدود الحر فى القذف والزنا وشرب الخمر ورجم فى الزنا مع الإحصان، وهذه كلها معان تثبت للإنسان من أحكام الحرية، فلا يقبل فيها شهادة النساء، ولذلك استدل شيوخنا بالحرية على أن شهادة النساء لا يحكم بها فى العتاقة.

فصل: وقوله: «فإن احتج محتج بمن أعتق عبده، وجاء من يطلبه بدين، شهد له به رجل وامرأتان، ثبت الحق على السيد، إن كان معسراً، وردَّ عتق العبد» محتجاً بذلك لإجازة شهادة النساء فى العتق، فليس على ما قال، وقد ردَّ العتق هذا الوجه بالشاهد على السيد بدين مع يمين طالب أو بدعوى المدعى، ونكول السيد، هذا كله غلط، قاله مالك؛ لأن عتق الرجل عبده، وعليه دين يحيط بماله والعبء غير جائز، سواء كان عتقه واجباً أو تطوعاً؛ لأنه ليس له إتلاف أموال الناس بأداء الكفارة منها أو عتق تطوع، وإنما جاز أن يرُدَّ العتق بشهادة رجل وامرأتين وبشهادة امرأتين ويمين الطالب؛ لأن الشهادة لا تباشر رد العتق، ولا تتناوله، وإنما تتناول إثبات الدين.

فإذا ثبت الدين بهذه الشهادة مع ما يقترن بها، رد العتق بثبوت الدين المتقدم عليه المانع منه، وهذا كما يقول أنه تجوز شهادة النساء فى الولادة، وثبت النسب بها، ولو شهدت به النساء، لم يثبت بشهادتهنَّ.

٢٠٢ كتاب الأفضية

مسألة: وأما قوله: «إن العتق يرد بنكول السيد عن اليمين» فهو قول مالك فى الموطأ، وكذلك وقع فى العتبية والمجموعة. وفى كتاب ابن مزين عن ابن القاسم: لا ترد بذلك عتاقه العبد. زاد أبو محمد فى روايته: ولا بإقراره، إن أقر أن عليه ديناً. وجه ذلك أن النكول من فعله، فليس له أن يرق به العبد؛ لأنه رجوع فى عتقه كما قرره بالدين.

فصل: وقوله: «وكذلك أيضاً الرجل تكون تحته أمة غيره، فيأتى سيدها برجل وامرأتين يشهدون أن الزوج اشتراها من السيد، فيثبت الشراء، وتحرم الأمة على زوجها، وإن كانت شهادة النساء لا تجوز فى الطلاق». قال عبدالمالك فى كتاب ابن سحنون: والنساء فى هذا لم يشهدن فى نفس الفراق، وإنما يشهدن فى مال جر إلى ما ذكرت.

قال سحنون: وكذلك شهادتهن فيمن غر من نفسه بالحرية أنه مملوك لفلان، جازت، فيحلف بعضهن، ويرق له، ويبطل الحد عن قذفه، وتصير حدوده حدود عبد، ولو كان قذف أو قذف، فشهدت امرأتان أنه مملوك لغائب أو صغير، فالحد قائم له، رواه ابن المواز عن أشهب. قال ابن المواز: ومتى قدم الغائب أو كبير الصغير، وحلف واستحق رقبته.

ووجه ذلك عندى أنه لا يصح الحكم برقه الآن لعدم من يدعيه، ويحلف مع شهادة المرأتين، فيبقى على حكم الرق إلى أن يدعيه مدع، ويحلف مع شهادتهما. قال ابن الماجشون: ولو شهدت امرأتان على أداء كتابة مكاتب؛ لحلف، وتم عتقه، وهذا كله على نحو ما تقدم.

فصل: وقوله: «مما يشبه ذلك أيضاً أن المرأتين تشهدان على استهلال الصبي، فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويورث دون أن يكون معها شاهد أو يمين ويكون ذلك فى الأموال العظام، ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل، لم يحكم بشهادتهما إلا أن يكون معهما شاهد أو يمين» يريد أن شهادة المرأتين تقبل ويحكم بها دون أن يقترن بها شيء، فيما لا يطلع عليه الرجال كالأستهلال والولادة. قال القاضى أبو محمد: إلا الرضاع، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وكذلك إذا شهدت امرأتان أن فلانة أسقطت، حلت من عدتها للأزواج. قال مالك فى كتاب ابن سحنون: شهادة امرأتين تجوز فيما لا يطلع عليه غيرهن مما تحت الثياب من العيوب، والحيض، والولادة، والأستهلال وشبه ذلك.

كتاب الأفضية ٢٠٣
ووجه ذلك أنه إذا كان مما لا يجوز للرجال النظر إليه، لم تصح شهادتهم فيه، وهو
مما يطلع عليه النساء، فتدعو الضرورة إلى تجويز شهادتهن، وفيه قد نص الله على قبول
شهادتهن حيث تجوز شهادة الرجال، فبأن تجوز حيث لا تصح شهادة الرجال، ولا
يمكن اطلاعهم عليه أولى.

مسألة: وإذا ادعى الزوج أن زوجته رتقاء أو بها داء الفرج، قال سحنون: أصحابنا
يرون أنها مصدقة، وأنا أرى ينظر النساء إلى عيوب المرأة الحرة التى فى الفرج، وقد
تقدم هذا فى النكاح، وأمر سحنون فى صبية أراد أولياؤها تزويجها، فأمر امرأتين
عادلتين أن تنظرا هل أنبتت، فأخبرته أن قد أنبتت، فأذن لهم فى إنكاحها.

وأما ما كان فى غير الفرج، فإنه يبعد عن ذلك الموضع لينظر إليه الشهود، وكذلك
لو أصابته علة فى موضع يحتاج أن ينظر إليه الطبيب بعد عن ذلك الموضع، فينظر إليه
الأطباء.

قال سحنون: ووجه ذلك أنه ليس بمغلظ كنفس العورة، وإنما يحرم النظر بكل حال
فى حق الرجل إلى نفس العورة.

مسألة: وأما شهادة امرأتين على الرضاع، فقد قال القاضى أبو محمد عن مالك: فى
ذلك روايتان، إحداهما: أنه لا يكفى فى ذلك إلا أن يفشو عند الجيران، ويظهر
ويتنشر. والأخرى أن شهادتهما مقبولة، وإن لم يفش.

قال: وجه الرواية الأولى أن الرضاع، وإن كان مما ينفرد به النساء، فتتعلق به أحكام
شرعية، ولا يكاد يخفى أمره غالباً، بل يفشو، فإذا عرا من الظهور والانتصار، ضعفت
الشهادة. ووجه الرواية الثانية اعتباراً بسائر الشهادات.

قال: وهذا أصح، وقد ذكر شيوخنا المتقدمون فى ذلك ما يعتمد عليه أيضاً، ففى
الموازاة عن مالك: أن شهادة المرأتين فى الرضاع بعد عقد النكاح لا تجوز إلا بالسماع
الفاشى الذى يأتى من غير وجه، ولا وجهين. وفى المجموعة عن ابن الماجشون مثله.
وزاد: ولا يفسخ النكاح منه إلا بالأمر القوى المنتشر.

قال سحنون فى كتاب ابنه: وأما ما كان من ذلك قبل التزويج، وإن ضعف،
فحقيق على المرء فيه التوقى والحيطه، فاقتضى ذلك أن ما تقدم من قول مالك وابن
الماجشون إنما هو فى فسح النكاح المنعقد قبل الشهادة.

٢٠٤ كتاب الأفضية

مسألة: وأما شهادة امرأتين فى الرضاع، فقد تقدم من قول القاضى أبى محمد فيها ما فيه كفاية. وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع، ففى الموازية عن مالك: لا يعمل بها إلا أن يفشو فى الصغر عند المعارف. وقال أيضاً: لا يقضى بقولها، وأحب إلى أن يصدقه الزوج.

قال محمد: يريد إن كانت عادلة، فإنما يقع الخلاف منه فى فسخ النكاح، وأما التوقى منه، فمتفق عليه. قال محمد: إلا أن يطول مقامه معهما بعلم المرأتين، فلا تجوز شهادتهما، يريد وإن كان معهما الخبر فاشياً، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإذا قلنا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما تقدم، فإنه يقبل فيه شهادة امرأتين دون يمين الطالب، هذا قول مالك. وقال عطاء والشعبي: لا يجزئ أقل من أربع، وبه قال الشافعى.

وروجه ذلك أن كل جنس يجوز منه بانفراده، فإنه يجزئ منه الاثنان كالرجال، ولا تجزئ الواحدة خلافاً لليث وأبى حنيفة فى قوله: تقبل شهادة الواحدة فى العورة، وهو ما بين الركبة إلى السرة.

والدليل على ما نقوله أنه لا يجوز فى حق من الحقوق شهادة الرجل الواحد، ولا خلاف أنه أبلغ فى باب الشهادة من المرأة، ولذلك جعل الرجل فى مقابلة امرأتين، ثم ثبت وتقرر أنه لا يحكم بشهادة رجل واحد، دون أن يقارنه شىء، فبأن لا يحكم بشهادة امرأة واحدة أولى وأحرى.

فصل: وأما قوله: «لشهادة امرأتين على الولادة والاستهلال، تثبت الميراث، وتملك بذلك الأموال العظام من العين والرباع وغيرها، ولا يحكم بشهادتهما فى درهم» فلما ذكرناه من أن شهادتهما تجوز فى المواضع المذكورة التى لا يطلع عليها الرجال، فيحكم بذلك لما ذكرناه، ويؤول ذلك إلى الحكم بأموال عظيمة جسيمة على وجه المال، لا على وجه المباشرة، فلو باشرت شهادتهن درهماً واحداً، لم يحكم بشهادتهما فى درهم؛ لأن العدد الكثير منهن حيث يجوز الرجال، إنما هى بمنزلة الرجل الواحد، فكذلك لا تجوز شهادتهن فى العتق، وتجوز فيما يفضى إلى العتق ويؤول إليه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكُ: وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ: لَا يَكُونُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَيَحْتَجُّ بِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَقَوْلِهِ الْحَقُّ: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ

يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴿البقرة ٢٨٢﴾ يَقُولُ: فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَلَا يُحْلَفُ مَعَ شَاهِدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَمِنْ الْحُجَّةِ عَلَى مَنْ قَالَ: ذَلِكَ الْقَوْلُ أَنْ يُقَالَ لَهُ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ مَالًا أَلَيْسَ يُحْلَفُ الْمَطْلُوبُ مَا ذَلِكَ الْحَقُّ عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، حُلَفَ صَاحِبُ الْحَقِّ إِنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ، وَبُتَّ حَقُّهُ عَلَى صَاحِبِهِ، فَهَذَا مَا لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ، وَلَا يَبْلَدٍ مِنَ الْبُلْدَانِ، فَبِأَيِّ شَيْءٍ أَخَذَ هَذَا أَوْ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَجَدَهُ، فَإِنْ أَقْرَبَ بِهِذَا، فَلْيُقَرَّرْ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَأَنَّهُ لِيَكْفِي مِنْ ذَلِكَ مَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ، وَلَكِنَّ الْمَرْءَ قَدْ يُجِبُّ أَنْ يَعْرِفَ وَجْهَ الصَّوَابِ وَمَوْقِعَ الْحُجَّةِ، فَفِي هَذَا بَيَانٌ مَا أَشْكَلُ مِنْ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح: قوله: «إن احتج محتج على من يجيز اليمين مع الشاهد بأن الله تعالى يقول: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال: وهذا يقتضى إن عدم الرجلان، لا يجزئ إلا رجل وامرأتان» والزيادة فى النص عندهم نسخ، ولا يجوز نسخ القرآن بالقياس، ولا بأخبار الآحاد.

والجواب ما أجاب به أن من ادعى على رجل مالا، فإن المطلوب، يحلف ما ذلك الحق عليه، وهذا مما لا خلاف فيه بين الأئمة، وليس هذا فى كتاب الله.

ويلزم أبا حنيفة على قوله هذا أن لا يثبت حكم بحديث صحيح، ولا قياس، ولا يثبت إلا بما يجوز فيه النسخ للقرآن؛ لأن هذا كله زيادة فى نص القرآن، وإن لم يكن هذا زيادة فى نص القرآن، لأنه ينافى فى النص، فكذلك ما ذكرناه، فإنه لا ينافى النص، فإنه لو قال: فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، أو فرجل ويمين الطالب؛ لصح ذلك.

وقال كثير من أصحابنا: إن الزيادة فى نص ليست بنسخ؛ لأن النسخ إزالة الحكم الثابت بشرع متأخر عنه على وجه لولاه لكان ثابتاً، والزيادة فى النص لا تزيل حكم المزيد عليه، بل تبينه وتضيف إليه شيئاً آخر، ولذلك إذا فرضت الصلاة، ثم فرض الصيام، لم يكن فرض الصيام نسخاً، لفرض الصلاة.

٢٠٦ كتاب الأفضية

وقال القاضى أبو بكر: إن الزيادة فى النص إذا غيرت حكم المزيد عليه، فهو نسخ، وإذا لم تغيره، فليس بنسخ، ومعنى تغييره له أن يؤمر بالصلاة ركعتين، ثم يؤمر بها أربع ركعات، فهذا نسخ؛ لأن الركعتين ليستا بشرعية بعد الأمر بالأربع، ولو افتتح الصلاة على ركعتين، وأتمها على حسب ما كان يصلّيها قبل ذلك، وسلم منها، ثم أراد أن يضيف إليها ركعتين أخريين، يتم بهما ظهره أو عصره، لم يجز ذلك، فهذا نسخ.

وأما الذى لا يغير حكم المزيد، فمثل أن يأمر بالحد أربعين، ثم يؤمر به ثمانين، فهذه الزيادة لا تغير حكم المزيد، ولو ابتداءً ضربه على أربعين، وأتمها على حسب ما كان يأتى بها قبل الأمر بالثمانين، ثم أراد أن يتم عليه الثمانين، كان له ذلك.

وفى مسألتنا هذه الزيادة التى يزعمها بالحكم بالشاهد واليمين، لم تغير حكم المزيد عليه، بل يقبل شهادة الشاهدين وشهادة الرجل والمرأتين على حسب ما كان يقبل ذلك قبل الأمر بالحكم بالشاهد واليمين.

فصل: وقوله بعد ذلك: «فإن نكل المدعى عليه حلف صاحب الحق» ليس مما لا اختلاف فيه، فإن أبا حنيفة وأكثر الكوفيين لا يرون رد اليمين على المدعى بنكول المدعى عليه، ولا يثبت عندهم فى جنبه مدعى المال، فيحتمل أن يريد بقوله: أنه مما لا خلاف فيه، فى بلد من بالبلدان، ولا بين أحد من الناس إيجاب اليمين على المنكر دون رد اليمين على المدعى بنكول المنكر، لما قدمناه من خلاف أهل الكوفة، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «وإنه ليكفى فى هذا ما مضى من السنة» لعله يريد الحديث الذى أورده؛ لأن أهل الكوفة وسائر الناس كانوا فى ذلك الزمن يقولون بالمراسيل.

وقوله: «ولكن المرء يجب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجّة» يريد أن يعرف وجه الصواب من جهة المعنى والقياس، وقطع اعتراض المعارض عليه بتأويل أو غيره؛ لأن ذلك أقوى لغلبة الظن وأبين لوجه تعلق ذلك الحكم بما يتعلق به وما هو مثله، والله أعلم.

* * *

القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ، وَلَهُ دَيْنٌ، عَلَيْهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ لَهُمْ فِيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَيَأْتِي وَرَثَتُهُ أَنْ يَحْلِفُوا عَلَى حُقُوقِهِمْ مَعَ شَاهِدِهِمْ، قَالَ: فَإِنَّ الْغُرَمَاءَ يَحْلِفُونَ وَيَأْخُذُونَ حُقُوقَهُمْ، فَإِنْ فَضَلَ فَضْلٌ لَمْ يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ مِنْهُ شَيْءٌ، وَذَلِكَ أَنَّ الْأَيْمَانَ عُرِضَتْ عَلَيْهِمْ قَبْلُ، فَتَرَكَوْهَا إِلَّا أَنْ يَقُولُوا لَمْ نَعْلَمْ لِصَاحِبِنَا فَضْلًا، وَيُعْلَمُ أَنَّهُمْ إِنَّمَا تَرَكَوا الْأَيْمَانَ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ، فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَحْلِفُوا وَيَأْخُذُوا مَا بَقِيَ بَعْدَ دَيْنِهِ (١).

الشرح: وهذا على ما قال أن المتوفى إذا كان عليه ديون، وله دين، فشهد له شاهد أن للورثة أن يحلفوا مع الشاهد، ويبدأ الغرماء؛ لأن الدين مقدم على الميراث، فإن فضل شيء كان لهم بالميراث، فإن نكل الورثة حلف الغرماء، وهذا الظاهر من المذهب أو الورثة يبدأون باليمين على الإطلاق، وبهذا قال مالك وأكثر أصحابه.

قال سحنون: إنما للورثة أن يحلفوا أولاً في مسألة الأصل؛ لأن الغرماء لو نكلوا عن اليمين أنهم لم يقبضوا دينهم كان للورثة اليمين مع الشاهد أولاً إذا لم يقم الغرماء، فإن قاموا وثبتت حقوقهم، وطلبوا أن يحلفوا فهم المبدؤون بها؛ لأنهم أولى بتركته.

وجه القول الأول أن الورثة أولى بالتركة بدليل أن للورثة أن يدفعوا إلى الغرماء من أموالهم، ويحتصون بالتركة دون الغرماء، ولو كان الميت حياً لما كان للغرماء أن يحلفوا، فكذلك مع ورثته؛ لأنهم يقومون مقامه ما أرادوا التركة.

ووجه القول الثاني قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ﴾ [النساء: ١١]، فلما كان أصحاب الدين مبدئين قبل الورثة في الأخذ، فكذلك في الأيمان إذا حكم لهم بصحة دينهم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالاختلاف بين مالك وسحنون في تبدئة الغرماء والورثة بالأيمان على الوجه الذي تقدم. وقال محمد: والمعروف من قول مالك أن الورثة مبدؤون بالأيمان إن كان في المال فضل، فإن لم يكن فيه فضل، حلف الغرماء، فإن نكلوا حلف الغريم وبرئ.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٦٦/٢٢.

٢٠٨ كتاب الأقضية

والذى روى ابن وهب عن مالك خلاف هذا وخلاف قول سحنون وهو أشبه بما فى الموطأ، فإنه روى عنه: إذا قام للغرماء شاهد للميت بدين، أن الورثة يخلفون معه، فإن نكلوا حلف غرماؤه، واستحقوا قدر دينهم، فإن فضل شىء لم يأخذه الورثة إلا ييمين.

فدل قوله: أن الغرماء إذا قاموا بالشاهد، أنهم إنما قاموا به بعد ثبوت حقوقهم واستحلافهم أنهم قبضوا دينهم، ولولا ذلك لما كان لهم القيام بالشاهد، ومع ذلك فالورثة مبدؤون بالأيمان لما قدمناه، ودل قوله فى آخر المسألة: فإن فضل شىء، لم يأخذه الورثة إلا ييمين، على أنه لم يفضل شىء، فإن الحكم فيه ما تقدم.

فرع: وإذا امتنع الورثة من اليمين أولاً، فحلف الغرماء، وبقي من الدين الذى حلف عليه الغرماء، فهل للورثة أن يخلفوا ويأخذوه؟ وقد تقدم من رواية ابن وهب أن لهم ذلك على الإطلاق.

وفى المجموعة من قول مالك: ليس للورثة معاودة اليمين لنكولهم عنها أولاً، إلا أن يقولوا: لم نعلم أن فى دين الميت فضلاً عن الديون التى عليه، ونعلم ذلك الآن، فيحلفون ويأخذون الفضل، وهو معنى ما فى الموطأ.

وجه القول الأول أن نكولهم أولاً لم يكن نكولاً عن اليمين وتسليم الحق، وإنما كان امتناعاً من يمين يصير ما استحقق بها إلى غيرهم، ولو كان نكولاً له حكم النكول؛ لما انتقلت اليمين إلى الغرماء، وإنما كانت تنتقل إلى المطلوب، وهذه اليمين فى الحقيقة إنما هى يمين ينوب فيها الورثة عن الغرماء، فإذا استوفى الغرماء أيمان الورثة حيثئذ يستحقون بها ما يخلفون عليه، فإن نكلوا حيثئذ عن اليمين، لم يكن لهم معاودتها.

وروجه القول الثانى أن الورثة إذا حلفوا، فإنما يخلفون على جميع الدين، فإذا نكلوا، فقد بطل حقهم منه كالشركاء فى الميراث من حلف منهم، فإنما يخلف على إثبات جميع الدين، ومن نكل، بطل حقه، وثبتت اليمين فى حصته، فإذا علم الورثة بالفضل، فنكلوا عن اليمين، فقد أبطلوا حقهم منه، وإن لم يعلموا به، ثبت لهم اليمين عند ظهوره.

مسألة: ولو حلف الغرماء وطراً مال آخر للميت، فلهم الأخذ منه، وليس للغرماء أخذ الدين الذى فيه الشاهد إلا بأيمانهم، قاله أصبغ ومحمد بن عبدالحكم، وزاد: إذا كان الغرماء لم يأخذوا حقوقهم من الدين، حلفوا مع الشاهد فيه، وأراه معنى قول

كتاب الأفضية ٢٠٩
أصبغ. قال ابن المواز: ليس للغرماء ولا للورثة أخذ الدين إلا بيمين الورثة، ولا يغنى
يمين الغرماء التي حلفوا.

وجه القول الأول أنه لما حلف الغرماء، كان لهم أخذ دينهم بما حلفوا عليه، فأما
إذا أخذوا من غيره، وتركوا ذلك الدين، فقد صار حقاً للورثة، فلا يصح يمين الغرماء
فيه، فلا بد أن يقرن بالشاهد يمين الورثة الذين ينتقل إليهم الدين بالميراث.

ووجه قول ابن المواز أنه لما ظهر المال للميت أن أيمان الغرماء كانت لغواً، لا
يستحق بها حق؛ لأن دينهم في الذي لا يحتاج إلى استحقاقه إلى يمين، فكان بمنزلة أن
يحلّفوا مع ظهور مال، ويختاروا والحلف والأخذ من الدين دون المال الظاهر.

وقد قال محمد بن عبدالحكم: لا يحلف هاهنا إلا الورثة، وإنما يحلف الغرماء إذا لم
يكن للميت مال ظاهر، يقتضى منه الدين، غير المال الذي يستحق بالشاهد واليمين،
ويجوز أن يكون محمد بن عبدالحكم يرى ذلك في المال المعلوم دون المال الذي لا يعلم
به، رواه ابن المواز في الوجهين.

ويحلف كل واحد من الغرماء على أن الدين الذي شهد به الشاهد جميعه حق ليس
على ما ينو به، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في المفلس يحلف غرماؤه
مع شاهده على دينه.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا عندي مثله. ووجه ذلك أن حق كل إنسان منهم
شائع في جميع الدين، وإنما يحلف على إثبات جميعه.

مسألة: ومن نكل منهم، فلا محاصة له مع من حلف، قاله مطرف وابن الماجشون
في مسألة المفلس.

ووجه ذلك أنه بنكوله قد أبطل حقه مما حلف عليه أصحابه، كما لو نكل جميعهم.

فرع: ومن حلف، أخذ جميع حقه من هذا الدين، لا مقدار ما يقع له منه، ولو
حلف أصحابه، أو قام به شاهدان، قاله محمد بن عبدالحكم. وفي العتبية من رواية
عيسى عن ابن القاسم: إن نكل يعطى الغرماء كان لمن حلف بقدر حقه، وبعد القول
الأول، أن من نكل منهم عن اليمين، فقد بطل حقه من الدين، وكأنه لم يكن له في
هذا المال حق، فلا تأثير لما ادعاه فيه، ولم يتعلق بمال الميت إلا دين من حلف، فوجب
أن تكون المحاصة على ذلك.

٢١٠ كتاب الأقضية

ووجه رواية عيسى أن الغرماء لم يناكر بعضهم بعضًا، فمن حلف منهم استحق حقه في مال الميت، ومن نكل، بطل حقه، فلم يرجع ذلك إلى أصحابه، ولذلك لا ترد الأيمان عليهم، وإنما رجع نصيبه إلى من يستحق مال الميت ممن يناكر هذا المدعى، وعليه ترد اليمين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن رجع أحد من الغرماء بعد نكوله إلى أن يحلف، وياخذ حصته. قال مطرف، في مسألة المفلس: ليس له ذلك. وقال ابن الماجشون: له ذلك.

فوجه رواية مطرف أن النكول يبطل حق الناكل، ويمنعه معاودة ما نكل عنه، كما لو نكل صاحب الدين.

ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من أنه يقول: لم أكن تحققت الأمر، فأردت أن أكشف عنه وأبحث، وقد تحققت الآن.

مسألة: وهل يحلف الغرماء مع الشاهد بإبراء الميت من دين يثبت عليه بشاهدين، وقام له شاهد بالإبراء منه؟ روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية: يحلف الغرماء على إبرائه وينفردون بالتركة. روى ابن حبيب عن أصبغ: لا يحلف الغرماء في إبراء الميت، وإنما يحلفون في دين له.

وجه القول الأول أن هذه يمين يصل بها الغريم إلى استيفاء حقه، فوجب أن يستوفى فيها الإبراء وإثبات الدين كيمين من عليه الحق.

ووجه قول أصبغ ما احتج به من أن يمين الغريم على إبراء الميت رجم بالغيب؛ لأنه لا يعلم ذلك. وقال ابن المواز: ليس هذا رجمًا بالغيب، وإنما حلف بخبر مخبر كحلفه على إثبات دين له.

* * *

القضاء في الدعوى

١٣٨٩ - قَالَ يَحْتَجِي: قَالَ مَالِكٌ: عَنْ جَمِيلِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمُؤَدَّنِ أَنَّهُ كَانَ يَحْضُرُ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَهُوَ يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ، فَإِذَا جَاءَهُ الرَّجُلُ يَدْعِي عَلَى الرَّجُلِ حَقًّا، نَظَرَ، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُحَالَطَةٌ أَوْ مَلَابَسَةٌ، أَحْلَفَ الَّذِي ادَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، لَمْ يُحْلَفْهُ.

١٣٨٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٩٧.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ مَنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بِدَعْوَى نَظِيرٍ، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلَابَسَةٌ أَحْلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ، بَطَلَ ذَلِكَ الْحَقُّ عَنْهُ، وَإِنْ أَبِي أَنْ يَحْلِفَ وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى، فَحَلَفَ طَالِبُ الْحَقِّ، أَخَذَ حَقَّهُ.

الشرح: قوله: «فى الذى يدعى على رجل حقاً إن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة، أحلف المدعى عليه، وإن لم يكن شىء من ذلك، لم يحلفه» هذا قول عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة بالمدينة، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة والشافعى: يستحلف المدعى عليه من غير إثبات خلطة.

والدليل على ما نقوله أن مجرد الدعوى لا يوجب حكماً إلا لوجه ضرورة، واستحلاف المدعى عليه مضره تلحقه، فلا يجوز أن يؤدى باليمين بمجرد الدعوى عليه إلا أن يكون ضرورة بأن يكون من الأمور التى تقع عليه كثيراً من غير مخالطة، ولذلك تأثير فى الشرع، وبذلك تقبل شهادة الصبيان فى القتال لما كان يتعذر إثبات ذلك بشهادة العدول، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففى ذلك أبواب ثلاثة، الأول: فى الدعاوى التى يعتبر فيها الخلطة وتمييزها من غيرها. والثانى: فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها. والثالث: فيما تثبت به الخلطة.

الباب الأول: فى تفسير ما تعتبر فيه الخلطة

ما تعتبر فيه الخلطة هو المداينة، وادعاء دين من معاوضة. وفى كتاب ابن المواز: وكذلك إن ادعى عليه كفالة بحق، فلا يلزمه، ويلحقه إن لم يكن بينهما خلطة.

وجه ذلك أن الكفالة نوع من المعاوضة، مبنى على المشاحة بين الكفيل ومن تكفل له، فأشبهه البيع.

مسألة: وإن أوصى أن لى عند فلان كذا، حلف المدعى من غير إثبات خلطة، رواه فى العتبية أشهب وابن نافع عن مالك، وقاله ابن كنانة، وقال: إن الميت عند موته أقرب ما يكون إلى الصدق، فيوجب من ذلك ما توجيهه المخالطة، وما قاله له وجه؛ لأن لقول المدعى عند موته تأثيراً فى تحقيق الدعاوى الموجبة للأيمان بناء على قول مالك فى قول المدى دى عند فلان.

مسألة: ومن ادعى ثوباً بيد إنسان أنه له، فاليمين على المدعى عليه؛ لأنه ليس كل

٢١٢ كتاب الأفضية
من له ثوب أو عرض يمكنه إثباته بالبينة، ولو احتجج إلى ذلك لتعذر حفظ الشهود له،
وضبطهم لذلك مع كثرته، ولزمهم من مراعاته ما يشق، فيؤدى ذلك إلى إبطال
الحقوق، فلذلك يثبت فى مثله اليمين بغير خلطة.

مسألة: والصناع يتعين عليهم اليمين لمن ادعى عليهم فى صناعتهم دون إثبات
خلطة، قاله يحيى بن عمر. وقال: لأنهم نصبوا أنفسهم للناس، وهذا يلزم عليه تجار
السوق، فأنهم نصبوا أنفسهم للشراء من الناس والبيع منهم غير أن الفرق بينهم أن
الصناع نصبوا أنفسهم لما يوجب عليهم المطالبة بالعمل، والمعمول خاصة دون أن
يكون لهم على أحد مطالبة بمثل ذلك.

مسألة: والعبد المأذون فى التجارة يبيع متاعاً، فيقتضى الثمن هو وسيده، فيدعى
المتبايعون قضاء السيد بعض الثمن، قال ابن عبدوس وابن سحنون عن مالك: عليه
اليمين إن أنكر. ووجه ذلك أن اليمين التى تعتبر فيها المخالطة إنما هى ما حققت
دعوى تناولت معاوضة؛ لأن المدعى عليه منكر لسببها.

وأما من ادعى عليه قضاء دينه، فلا اعتبار فيها بالخلطة؛ لأنه مقر بها بالثمن قد
أوجب على نفسه اليمين، وكان ذلك بمعنى، ومن أوصى أن لفلان عليه ديناً، فطلب
الورثة يمين المقر له، أن حقه لحق.

قال ابن كنانة: لا يأخذها حتى يحلف، وقد قضى عليه عندنا فى مثل هذا مرة
باليمين، ومرة بلا يمين. ومعنى قوله: إن حقه لحق، يريد لباقي، لم يقبضه وأما أن يحلف
على تحقيق ما أوصى به الميت، فلا معنى لذلك.

وجه إثبات اليمين لجواز أن يقبضه بعد الإقرار. ووجه نفي اليمين أن الموصى قد
صدقه فى حياته، ومات على تصديقه، ولم يقبضه أحد بعد موته؛ لأن القضاء إنما يكون
من فعل الوارث، وهو يعلم أنه لم يقبضه، فلا معنى لاستحلافه.

مسألة: وإنما تجب اليمين فى الدعاوى مع تحقيقها، وتحقيق الإنكار، ولو قال رجل
لرجل: أنا أحلف أن لى عليك كذا، لم يلزمه يمين، حتى يحقق يمينه، من كتاب ابن
المواز.

مسألة: فإذا لم تكن خلطة، وكان المدعى عليه متهمًا، فهل يجب اليمين عليه بمجرد
الدعوى؟ فقال قال سحنون: يستحلف. والمشهور من المذهب المنع من ذلك.

كتاب الأفضية ٢١٣
واحتج سحنون على قوله هذا بأن للتهمة تأثيراً فى الأحكام؛ لأن مالكا قال فى
المرأة تدعى أن رجلاً ممن يشار إليه بالخير، استكرهها، أنها تحد، وإن كان يشار إليه
بذلك، نظر الإمام فيه، فالثمة توجب ما توجه الخلطة من اليمين.

ووجه القول الثانى أن حكم العدل والفاجر فى الأيمان التى تحقق فيها الدعوى
سواء، وإنما يختلف فى يمين التهمة، والله أعلم.

الباب الثانى: فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها

إذا ثبت اعتبار الخلطة، فالخلطة المعتبرة، روى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية، قال:
هى أن يسالفه مبايعة، ويشترى منه مراراً، وإن تقابضا فى ذلك السلعة والتمن،
وتفاضلاً قبل التفرق، وقاله أصبغ. وقال سحنون: لا تكون الخلطة إلا بالبيع والشراء
من الرجلين، يريد المتداعيين.

وجه القول الأول أن المسالفة، واتصالها من المتداعيين، تقتضى التعامل، ويشهد
للبيع أنه إذا كان يسلف كل واحد منهما صاحبه، جاز أن يبايعه، وربما كانت هذه
الدعوى من جهة السلف، فيثبت بينهما بذلك ما يوجب اليمين.

وجه قول سحنون أن الخلطة إنما تعتبر فى ديون المبايعة، فيجب أن يكون الاعتبار
بها.

مسألة: ولا تثبت بين أهل السوق مخالطة بكون المتداعيين من أهل السوق، حتى
يثبت التبائع بينهما، قاله المغيرة وسحنون. قال سحنون: وكذلك القوم يجتمعون فى
المسجد للصلاة والأنس والحديث، فإنه لا يثبت بينهما بذلك خلطة.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن التداعى من جهة البيع، فيجب أن تثبت بينهما خلطة
بسبب البيع.

مسألة: وإذا كانت الخلطة بتاريخ قديم، وانقطعت، بقى حكم المخالطة بينهما، قاله
أصبغ وسحنون. وقال ابن المواز: إن قال المدعى عليه: قد كانت بيننا خلطة،
وانقطعت، فإن ثبت انقطاعها، لم يحلف إلا بخلطة ثانية مجددة، تثبت بينة، وإن قضى
له عليه اليوم بمائة دينار، أقام فيها بينة، ثم جاء من الغد يدعى عليه حقاً آخر، فلا يمين
له عليه بسبب تلك الخلطة، لانقطاعها حتى يقيم بينة على خلطة لم ينقطع أمرها.

ورلى نحو هذا ذهب ابن حبيب، وقال: إن من قبض حقه من مخالطة قديمة بينة، ثم

٢١٤ كتاب الأقضية
ادّعى حقاً غيره ولا يعرف له سبب، فلا يحقّه بالخلطة الأولى. فقول أصبغ وسحنون
يقتضى أن معرفة الخلطة بينهما توجب اليمين في دعاويهما دون أن يعرف سبب تلك
الدعاوى، وإن عرف انقطاع الدعاوى.

وقول ابن المواز وابن حبيب، يقتضى أن كل معاملة تجرى بينهما يلزم معرفتها،
ومعرفة التعامل بينهما من وقتها، وإلا لم تلزم اليمين.

الباب الثالث فيما تثبت به الخلطة

أما ما تثبت به الخلطة، فإقرار المدعى عليه بها، والبينة تشهد بها، قاله ابن المواز:
وأما من أقام شاهداً واحداً بالخلطة، ففى المجموعة عن ابن كنانة: أن شهادة رجل
واحد وامرأة واحدة، توجب اليمين، أنه خلطة.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى المدنية مثل قول ابن كنانة فى الشاهد. وقال ابن
المواز: إذا أقام بالخلطة شاهداً واحداً، حلف المدعى معه، وتثبت الخلطة، ثم يحلف حينئذ
المدعى عليه. واحتج ابن كنانة بقوله: إنما هو أمر لا يجب به عليه غير اليمين، فتثبت
بسبب أو بشيء يريد مما تقوى به دعوى المدعى، والله أعلم وأحكم.

وروجه قول ابن المواز أنه معنى يثبت، فلا يثبت إلا بما يثبت به الحقوق، ولما اختص
بالمال، ثبت بما ثبت به المال من الشاهد واليمين.

مسألة: ومن أثبت حقه بينة، فدفعها المطلوب بعداوة، فقد روى عيسى عن ابن
القاسم عن مالك فى العتبية: هو كمن لم يشهد له. وقال سحنون مثله. قال أبو بكر بن
محمد: وقد قيل يحلف.

وجه القول الأول أن البينة مردودة؛ لما لم تؤثر فيما شهدت به من الحق، فبأن لا
تؤثر فى غير ذلك مما لم يشهد به من الخلطة أولى.

وروجه القول الثانى أن هذه البينة، وإن كانت قد ردّت بعد القبول، فإن حكمها
حكم الإرث فى إيجاب اليمين والشاهد فى الدماء.

فصل: وقوله: «وكان عمر بن عبد العزيز يقضى بين الناس، فإذا جاءه الرجل
يدعى على الرجل حقاً» يقتضى أن الدعاوى إنما تكون على الحاكم، وقد كان عمر بن
عبد العزيز أميراً على المدينة، ثم كان خليفة، ويحتمل أنه كان يقضى فى الحالتين أو فى
إحدهما، فأما الخليفة، فلا خلاف فى جواز حكمه. وقد حكم أبو بكر وعمر وعثمان
وعلى، وإنما استقصى القضاء حين اتسع الأمر وشغل الخلفاء.

كتاب الأفضية ٢١٥

مسألة: وأما أمير غير مؤمر، يريد أنه غالب مالك للأمر، فقد قال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ في الواضحة: هو كالخليفة ينفذ حكمه إلا في جور أو خطأ بين، يريد فلا يجوز حكمه.

قال: وإن كان مؤمراً، يريد ولاء غيره، يفوض إليه حكومة، فلا يجوز حكمه، ولا أن يستقضى غيره، وإن فعل، لم ينفذ حتى يفوض إليه نصاً، فيكون له حيثنذ أن يستقضى قاضياً، ولا يجوز حكمه وحكم قاضيه.

وقال ابن القاسم في المجموعة: إذا كان مثل والى الإسكندرية، أو والى الفسطاط أمير الصلاة، فإن قضاءه ماض، وقضاء قاضيه إلا في جور بين، ونحوه روى عن سحنون، وزاد: فإذا لم يكن الأمير عدلاً، لم يجز قضاؤه.

وجه قول ابن الماجشون أن الولاية إذا كانت بعلبة وملكة للأمر، فهي عامة، وإذا ولاء غيره، فهي مقصورة على ما ولاء إياه دون غير ذلك، فإذا لم يول على القضاء والأحكام، وتقديم الصلاة، لم يكن له.

وجه قول ابن القاسم أن ولاية الإمارة عامة، فتشتمل على معنى القضاء، وإن لم ينص عليه.

مسألة: وإذا قضى صاحب السوق في الأموال والأرضين وللناس قاض، أو مات قاضيهم، فقد قال سحنون في كتاب ابنه والمجموعة: إن جعل إليه ذلك الأمير الذى يولى القضاء كأمر مصر وأفريقية والأندلس، جاز قضاؤه، إذا كان عدلاً فقيهاً، وإن لم يجعل ذلك إليه، لم يجز قضاؤه إلا فيما أذن له فيه.

مسألة: ووالى المياه إذا جعل إليه الأمير القضاء، وكان عدلاً، وحكم بصواب، جاز حكمه، وإن لم يكن عدلاً، لم يجز قضاؤه، قاله سحنون فى كتاب ابنه وكتاب ابن عبدوس.

وجه ذلك أن العدالة شرط فى صحة الحكم، فإذا قدم للقضاء والى المياه أو غيره، ووجدنا فيه شرط القضاء من العدالة وغيرها، صحت أحكامه، وإن عدمت لم يصح ذلك منه، وبالله التوفيق.

مسألة: ولو حكم رجلان بينهما رجلاً، فقضى بينهما فقضاؤه جائز، قاله مالك فى المجموعة، قال ابن القاسم: وإن قضى بما يختلف فيه، ويرى القاضى خلافه، فحكمه ماض إلا فى جور بين، وقاله سحنون فى كتاب ابنه.

٢١٦ كتاب الأقضية

وروجه ذلك أنهما قدماه للحكم بينهما بما يراه، والتزما ذلك، فلا يلزمهما ذلك إلا بموافقتهما عليه، وموافقتة هو لهما في ذلك.

فرع: ومتى يلزمهما ذلك؟ قال ابن القاسم في المجموعة: إذا حكماه وأقاما البينة عنده، ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم، قال: أرى أن يقضى بينهما، ويجوز حكمه. ونحوه في كتاب ابن حبيب لمطرف وأصبغ. قال مطرف: له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شيء، فأما بعد أن ينشبا في الخصومة عنده، ونظره في شيء من أمرهما، فلا نزوع لواحد منهما، ويلزمهما التماذي.

قال أصبغ: كما ليس له إذا تواضعا الخصومة عند القاضي أو يوكل وكيلاً أو يعزل وكيلاً له.

وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما أن يبدو له، كان ذلك قبل أن يفتحه صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره نظر لصاحبه، كما ينظر السلطان في حق الغائب.

وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه: لكل واحد منهما أن يرجع في ذلك، ما لم يمض الحكم فيه، فإذا أمضاه بينهما، فليس لأحدهما أن يرجع فيه.

وروجه القول الأول أنه لا يلزم بالتحكيم، وهو قول ابن القاسم ومن تابعه، أنه عنده من باب الوكالة لوجهين، أحدهما: أنه حاكم خاص، والولاية عامة. والثاني: أن حكمه إنما يكون بإذن من يحكم له أو عليه، وهذا معنى الوكالة.

وأما الولاية، فإنه لا يعتبر في ذلك تحكيم المتخاصمين، وهي عند ابن الماجشون من باب الولاية لاختصاصها بالحكم على المتخاصمين بخلاف ما يرضون به، والوكالة لا تكون بمحضرة الموكل إلا بما يرضاه.

وجه قول ابن القاسم أنه يلزم بشروعه في النظر بينهما، ولا يلزم بالقول ما احتج به أصبغ منهما من أنها الوكالة، لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعد ما شرع في الخصومة عند القاضي، وله ذلك قبل أن يشرع فيها.

وروجه قول ابن الماجشون أنه يلزم بالتحكيم ورضاه به، لأنه يحكم بين آدميين، فلزم بالقول كالتحكيم بين الزوجين.

وروجه قول سحنون أن الخصومة عند القاضي يتعلق بها حق التنفيذ للقاضي؛ لأن

كتاب الأفضية ٢١٧

ذلك لازم له، وهذا الوكيل لا يشرع عند غيره، فهو بمنزلة الوكيل على النظر للموكل له أن يعزله متى شاء عما يستقبل من عمله دون القاضى، والله أعلم.

مسألة: ولو حكم المتخاصمان رجلين فحكم أحدهما، ولم يحكم الآخر، فإن ذلك لا يجوز له، قاله سحنون فى كتاب ابنه، ولو حكم فاتفقوا على حكم نفذوه، وقضوا به، جاز، قاله ابن كنانة فى المجموعة.

ووجه ذلك أنهما إذا رضا بحكم رجلين أو رجال، فلا يلزمهما ما حكم بعضهم دون بعض كما لو وكل رجل رجلين يشتريان له ثوباً أو يطلقان امرأته، ففعل ذلك أحدهما، لم يلزمه، وإذا اتفقا على ذلك، فقد وجد الحكم من جميع من تراضيا بحكمه كما لو كان واحد، فانفرد حكمه على الصواب، وهذا كما نقوله فى الحكمين بين الزوجين، وفى جزاء الصيد أنه يجوز من اثنين.

ولا يجوز أن يولى رجلين القضاء على أن يحكما جميعاً فى حكومة واحدة يشهد بها الشهود عند كل واحد منهما، ولا ينفذانها إلا باتفاق منهما، ولا أن يتفق قاضيان على أن ينظرا فى قضية واحدة لا ينفذ إلا بإتفاذهما، ولا خلاف فى ذلك بين المسلمين.

ويكفى فى ذلك ما اتصل به العمل منذ بعث الله محمداً ﷺ إلى يومنا هذا فى جميع الأعصار والبلاد، لم يعلم أنه جرى شىء من ذلك إلى أن ظهرت هذه البدعة بأندة من كور الأندلس، فتولى التقديم فيها للقضاء رجل مسرف على نفسه مع فرط جهله، فقدم ثلاثة لا ينفذ أحدهما فيها قضية إلا باتفاق منهم.

ولقد بلغنى أن الشهود كانوا يشهدون عند الأول، فيكتب على شهادة الشاهد شهد، ثم يشهد ذلك الشاهد عند الثانى، فيكتب على شهادته عندنا، ثم يشهد عند الثالث، فيكتب على شهادته، فيحصل بما كتبه شهد عندنا.

فأما أحدهم، فنزع عن ذلك، ولا أراه إلا بلغه إنكارى للأمر. وأما الآخران، فأصرا، وتماديا على ضلالتهم، وسوغ لهم حكام الجزيزة وفقهاؤهم ذلك، لقللة مراعاتهم لهذا المعنى.

والفرق بين القاضى المولى للقضاء وبين الرجلين يحكمانهما الخصمان بينهما، أن القضاء ولاية كالإمارة والإمامة، فلا يصح من اثنين، ويكفى فى ذلك ما قام به الأنصار يوم السقيفة، وقالوا للمهاجرين: منا أمير ومنكم أمير، فقال عمر: لسيفان فى غم لا يصطلحان أبداً. ورجع الناس إلى قول أبى بكر وعمر والمهاجرين وأجمعوا عليه.

٢١٨ كتاب الأفضية

ووجه ثان، أن إمامة الخلافة تشتمل على معنيين، على الصلاة والأحكام، وهى أصل التقدي مفيهما ، فكما لا يجوز أن يتقدم رجلان يصليان بالناس صلاة واحدة، كذلك لا يجوز أن يقدم للناس حاكمان، يحكمان جميعاً فى كل حكم.

ووجه ثالث، وهو أن الإمام إنما قدم للأحكام من يرضى دينه وأمانته وعلمه، ومن يحكم بين الناس بما يؤديه إليه اجتهاده، وهذا ينافى مقارنة آخر له لا يجوز حكمه إلا بموافقتة عليه، لأن هذه صفة من يخاف عليه الضلال لكثرتة منه وتقصيره عن القيام بالحق، قال الله تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولا خلاف أن حكم الواحد هو المشهور المعلوم الظاهر الذى لا يعرف غيره، ولم ينقل عن أحد من الأمة سواه، كما أن كل واحد من الشاهدين يقوم مقام شاهد كامل العدالة، فإذا تعذر ذلك لكثرة حاجة الناس إلى الشهادات، وأنه لم يول أحد هذا، فيعول فيه عليه، فالمرأتان لنقصان دينهما يقومان مقام الرجل الواحد، ولا يقام رجلان من الشهداء مقام رجل، فكذلك لا يصح أن يقام حاكمان مقام حاكم واحد.

ولو جاز ذلك لجاز تقديم النساء وتوليتهن الحكومة، فتقوم امرأتان مقام رجل، وهذا باطل باتفاق، ومما يجرى مجرى هذا ما جرى ببلدنا بجهة الرقة، فإنهم قدموا للقضاء ابن عمر، وكان رجلاً أعمى، ولا خلاف بين المسلمين فى ذلك من المنع والتحریم له، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وبلغنى ذلك عن مالك، وقد أنكرت هذا حين وقوعه. وفيما بقى من مسألة التحكيم بابان، أحدهما: فى صفة من يجوز تحكيمه. والثانى فى تبيين الأحكام التى يجوز التحكيم فيها.

الباب الأول: فى صفة من يجوز تحكيمه

فأما صفة من يحكم، فإن يكون رجلاً، حرّاً مسلماً، بالغاً، عاقلاً، عدلاً، رشيداً. قال سحنون فى المجموعة وكتاب ابنه: ولو حكما مسخوطاً، أو امرأة، أو مكاتباً، أو عبداً، أو كافراً، فحكمه باطل. قال ابن الماجشون فى المجموعة: وكذلك المولى عليه. وقال فى الواضحة: وكذلك الصبى والمسخوط والنصرانى.

قال أشهب: وكذلك الصبى والمعتوه والموسوس، وإن أصابوا الحكم، لم يجوز حكمهم، وقاله مطرف فى العبد والمرأة. وقال أشهب فى كتاب ابن سحنون: إن حكما

كتاب الأقضية ٢١٩
بينهما امرأة، فحكمتها ماض إذا كان مما يختلف الناس فيه، وكذلك العبد والحر
المسخوط.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون إن كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين،
فإن تحكيمهما، وحكمتها جائز، إلا في خطأ بين، وقاله أصبغ وأشهب.
قال ابن حبيب: وبه آخذ، وقد ولي عمر الشفاء، وهى أم سليمان بن أبى حثمة
سوق المدينة، ولا بد لوالى السوق من الحكم بين الناس، ولو فى صغار الأمور.
وقال أصبغ: إن حكما مسخوطاً، فحكم فأصاب جاز، وكذلك المحدود والصبى
إذا كان قد عقل وعرف وعلم، فرب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء.
وأصل هذا كله أن من جعله من باب الوكالة، لم يراع فيه شيئاً من ذلك إذا لم يكن
ذاهب العقل، ومن جعله من باب الولاية فى حكم خاص لم يجز فيه إلا من قدمنا وصفه
قبل هذا ممن اجتمعت فيه صفات الحكم.

الباب الثانى: فى تعيين الأحكام التى يجوز التحكيم فيها

وإنما يصح حكمه بين الخصمين يحكمانه فى الأموال، وما جرى مجراها، ولا يجوز له
أن يقيم حداً ولا يلاعن، قاله سحنون. وقال أصبغ: لا يقضى بينهما فى قصاص، ولا
حد قذف، ولا عتق، ولا طلاق، ولا نسب، ولا ولاء، لأن هذه أشياء لا يقطعها إلا
الإمام. قال أصبغ: فإن حكماه، فحكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه، نفذ حكمه، وينهاه
السلطان عن العودة.

ووجه ذلك أن هذه أمور لها قدر، فيحتاط لها بأن لا يحكم فيها إلا من قام بالولاية
العامة؛ لأن ذلك لا يكون إلا بعد معرفة الإمام بأحواله التى يقتضى ذلك له، أو يؤمن
فى الأغلب امره، أو من الإمام أو الحاكم لمعنى يختص به فى ضرورة داعية إليه، والله
أعلم.

* * *

القضاء فى شهادة الصبيان

١٣٩٠ - قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ
يَقْضَى بِشَهَادَةِ الصَّبِيَّانِ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجَرَاحِ.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ شَهَادَةَ الصَّبِيَّانِ تَجُوزُ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنْ الْجِرَاحِ، وَلَا تَجُوزُ عَلَى غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ وَحَدَّهَا لَا تَجُوزُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقُوا أَوْ يُحْسَبُوا أَوْ يُعْلَمُوا، فَإِنْ افْتَرَقُوا، فَلَا شَهَادَةَ لَهُمْ إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَدْ أَشْهَدُوا الْعُدُولَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ أَنْ يَفْتَرِقُوا.

الشرح: قوله: «أن عبدالله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان، فيما بينهم من الجراح» وهو قول أهل المدينة، وبه قال على بن أبي طالب ومعاوية، ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبدالعزيز، ومنع من ذلك أبو حنيفة والثوري والشافعي، وروى ذلك عن ابن عباس.

وقال مالك: معناه عندنا في شهادتهم على الكبار. وروى وكيع عن ابن جريج عن أبي مليكة: ما رأيت القضاة أخذت إلا بقول ابن الزبير.

والدليل على ما ذهب إليه على ومن تابعه، ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها، والصبيان في الغالب أحوالهم ينفردون في ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخالطهم غيرهم، ويجرى بينهم من اللعب والترامى ما ربما كان سبباً للقتل والجراح، فلو لم يقبل بينهم إلا الكبار وأهل العدل؛ لأدى ذلك إلى هدر دمائهم وجراحهم، فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذى يقع على الصحة فى غالب الحال، وسنبيته بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا ثبت ذلك، ففي ذلك ثلاثة أبواب، الباب الأول: فى ذكر من تجوز شهادته منهم. والباب الثانى: فى تبين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم. والباب الثالث: فى حكم من تجوز شهادتهم.

الباب الأول: فى ذكر من تجوز شهادته منهم

اتفق أصحاب مالك على أنها تجوز شهادتهم فيما دون القتل من الجراح، واتفقوا على أنها لا تجوز فى الحقوق. قال سحنون: إنما أجزتها فى الجراح، ولم أجزها فى الحقوق للضرورة؛ لأن الحقوق يحضرها الكبار، ولا يحضرون فى جراح الصغار فى الأغلب، ولو حضرها كبير، لم تجز شهادتهم. قيل له: فيلزمك على هذا الغصب أن يعصب بعضاً ثوباً، قال غيره: قد يقبل فى الدماء ما لا يقبل فى الأموال احتياطاً للدماء.

كتاب الأفضية ٢٢١

مسألة: واختلف أصحابنا فى جوازها فى القتل، فروى ابن القاسم عن مالك فى كتاب ابن سحنون: أنها تجوز بينهم فى القتل. ومنع من ذلك أشهب.

وقول مالك أن شهادتهم إنما أجزت للاحتياط للدماء، ولذلك لم تجز فى الحقوق، والاحتياط للنفوس أعظم من الاحتياط للجراح، فإذا لم تتكرر لكثرة لعبهم، وتراهم بالحجارة وغيرها، فإنما جوز للضرورة فيما يكثر بينهم مما انفردوا به دون ما يقل ويندر، ولذلك لم يجز فى الحقوق والغصب، فإنه يقل بينهم ويندر حال انفردهم.

فرع: فإذا جوزت فى القتل، فقد قال غير واحد من أصحاب مالك: لا يجوز فيه حتى يشهد العدول على رؤية البدن مقتولاً.

وجه ذلك أنها شهادة أجزت للضرورة، فلا تثبت إلا بثبوت أصلها، وما يتعلق فيه شهادة العدول كشهادة النساء على الاستهلال والقتل.

مسألة: ومن ذا الذى تجوز شهادته من الصبيان، روى عن مالك أنها تجوز شهادة الذكور دون الإناث. وقال أشهب: لا تجوز شهادة الإناث. وقال سحنون فى المجموعة: اختلف قول ابن القاسم فى شهادة إناثهم فى الجراح، فلم يجزها فى كتاب الشهادات، وأجازها فى كتاب الديات.

وقال المغيرة فى كتاب ابن سحنون: تجوز شهادة إناثهم وذكرهم فى القتل. وقال ابن الماجشون: تجوز شهادة إناثهم. قال سحنون: والذى أخذ به فى ذلك أنه تجوز شهادتهم صغاراً حيث تجوز كباراً.

وجه رواية المنع أن الضرورة إنما تدعو إلى ما يكثر ويتكرر دون ما يقل ويندر، وحضور الإناث مع الذكور منهم يقل لاسيما فى المواضع التى يقل منهم مثل هذا، فلذلك لم تدع الضرورة إلى قبول شهادتهم.

ووجه الإجازة أن الصغار تجوز شهادتهم فيما انفردوا بحضوره كالذكور.

فرع: فإذا قلنا تقبل شهادة الإناث، فقد روى معن بن عيسى عن مالك: أنه يقبل منهم غلام وجاريتان، رواه مطرف عن مالك. وقال ابن الماجشون: أقل ما يجزئ من شهادة الصبيان غلامان أو غلام وجاريتان، ولا يجوز غلام وجارية، ولا حوار، وإن كثرن؛ لأنهن وإن كثرن مقام اثنتين، واثنتان مقام غلام، ولا يحكم بشهادة الغلام.

قال ابن القاسم: ولا يكون معه قسامة. وقال المغيرة: ولا يحلف معه فى الجراح،

٢٢٢ كتاب الأقضية

لأنه لو شهد معه كبير عدل، سقطت شهادته، فيمين الولي معه كشاهد معه.

مسألة: قال مالك: ولا تجوز شهادة العبد منهم. زاد ابن الماجشون. ولا شهادة من على غير الإسلام.

ووجه ذلك أن من لا تجوز شهادة كبارهم لا تجوز شهادة صغارهم كالمجانين والمخبولين، وإن شهد أحرارهم لعبيدهم، جاز، قاله أشهب في المجموعة.

مسألة: ولا ينظر في الصبيان إلى عدالة ولا عداوة، قاله ابن المواز وابن الماجشون. قال محمد: ولم يختلف في أنه لا ينظر إلى عدالة ولا جرحه فيهم. قال سحنون: لأن عداوتهم لا عود لها، ولا نفع في موضع العداوة، يريد والله أعلم، أنه لا يثبت، وليس لهم من الحال ما يقصدون به إلى أذى من يعاديهم. مثل هذا. قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: إذا ثبتت العداوة، لم تجز.

ووجه ذلك أن هذه شهادة، فأثر في إبطالها العداوة كشهادة الكبار.

مسألة: وهل يجوز لذوى القرابة، قال ابن المواز: لا ينظر في شهادتهم إلى جرحه ولا قرابة. وقال عبدالمالك: تسقط في القرابة. وقال في المجموعة: يجزى مجرى الكبير في الأبوين والجدود والزوجة، فترد في هذا؛ لأنه يجزى إلى نفسه، وقاله سحنون.

وجه قول ابن المواز أنه لم يعتبر بعداوته ولا عدالته، فيجب أن لا يعتبر بقرابته؛ لأن العداوة تمنع الشهادة بكل وجه، والقرابة لا تمنعها إلا على صفة مخصوصة، فكانت العداوة أبلغ في رد الشهادة من القرابة، فإذا لم تمنع العداوة شهادة الصبيان، فبأن لا يمنع منها القرابة أولى وأحرى.

ووجه قول عبدالمالك اعتبارها بشهادة الكبار.

الباب الثاني: في تبين الحالة التي تجوز عليها شهادتهم

هي أن لا يكون بينهم كبير، وتقيد شهادتهم قبل أن يتفرقوا. فأما الكبير، يكون معهم، فإن ذلك يمنع قبول شهادتهم، وإنما تجوز شهادتهم إذا انفردوا، وهو قول مالك وأصحابه.

وجه ذلك أن شهادتهم إنما أجزت بينهم للضرورة، والضرورة إنما تكون إذا انفردوا، فإذا كان معهم كبير، فقد زالت الضرورة، وصاروا على حالة يمكن إثبات أحكامهم معها، فلم تقبل شهادتهم.

كتاب الأفضية ٢٢٣

وقد قال أصبغ فى العتبية: ولو شهد صبيان أن صبياً قتل صبياً مباحة، وشهد رجلان أنه لم يقتله، وأنهما حاضران حتى سقط الصبى، فمات دون أن يضربه أحد، أو يقتله، فشهادة الصبيان تامة، ولا ينظر إلى قول الكبيرين كما لو شهد رجلان أنه قتله، وشهد آخران أنه لم يقتله، ولا ينظر إلى الأعدل.

قال ابن سحنون: أنكر سحنون قول أصبغ هذا، وقال: قول أصحابنا: إن شهادة الكبيرين أحق، وأنها كالجرحة للصغار، وغير هذا خطأ غير مشكل.

مسألة: وسواء كان الكبار رجالاً أو نساء؟ لأن النساء يجوزن فى الخطأ، وعمد الصبى كالخطأ، قاله كله سحنون.

وقال ابن المواز: إذا كان معهم كبير، رجل أو امرأة، شاهد أو مشهود، له أو عليه، لم تجز شهادة الصغار إلا كبير مقتول، لم يبق حتى يعلمهم، يريد والله أعلم، أن يكون قتله بعضاً، لا يبقى له بعد سببه حياة يعلمهم، ويلقنهم الشهادة، مثل أن يلقيه أحد الصبيان من علو عظيم، لا يصح أن يعيش من سقط منه أو يلقيه من علو فى بحر، فيغرق أو يضربه بسيف ضربة يبين بها رأسه أو ما جرى مجرى ذلك.

مسألة: وهل تراعى العدالة فى الكبير الذبى يكون معهم، قال مالك: إذا شهد صبيان مع كبير، لم تجز شهادتهم. قال مطرف: إذا كان الكبير عدلاً، فأما إذا كان مسخوطاً أو نصرانياً أو عبداً، لم تضر شهادة الصبيان، وقاله ابن الماجشون وأصبغ.

وروى ابن سحنون عن أبيه: إن كان معهم كبير غير عدل، وكان ظاهر السفه والجرحة، جازت شهادة الصبيان، ثم وقف على إجازتها.

وجه القول الأول أنه إذا كان الذى حضر لا تقبل شهادته، فبأن لا تؤثر فى رد شهادة غيره أولى.

وجه قول سحنون الآخر فى توقفه عن ذلك أنه قد صلحت حالهم بحضور الفاسق معهم عن حال الضرورة، والحال المتكررة، إلى حال ينذر ويقل من جريان مثل هذا بينهم؛ لأن مثل هذا مختص بموضع يحضره الكبار. والله أعلم، ولذلك لو شهد الكبير بمثل ما شهد به الصبيان، بطلت شهادة الصبيان.

وقد روى ابن سحنون عن مالك: لا يقبل صبى أو صبيان، ورجل على صبى، ويكلف شهادة رجل آخر، رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك، فثبت أن الذى يؤثر فى منع قبول شهادتهم حضور الكبير، دون اعتبار حاله، والله أعلم.

٢٢٤ كتاب الأفضية

فصل: وأما افتراقهم، ففي المجموعة من قول مالك أنه إنما تجوز شهادتهم ما لم يفترقوا أو يجنبوا، فلا تجوز.

وجه ذلك أنها إنما أجزت شهادتهم للضرورة التي قدمنا ذكرها من أنهم ينفردون باللعب بما يكثر به الجراح، وربما أدت إلى القتل، والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها، بأن تثبت بما لا يثبت بها غيرها، ومما يوجب القسامة، ومثل ذلك لا يجوز في المال، وليس لهم من الضبط والثبات ما يمنعهم من الانتقال من قول إلى قول، ومن رأى إلى رأى، ولا علمت لهم عدالة يؤمن من ذلك.

فإنما يحكم بأول قولهم، وما ضبط منه قبل تفرقهم ما لم تقيد شهادتهم قبل التفريق، فتبطل شهادتهم، فإن أشهد على شهادتهم قبل تفرقهم، لم يؤثر في شهادتهم تفرقهم، وهذا كله معنى قول مالك.

مسألة: ومعنى قوله: أن يجنبوا، أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الشهادة، ويصرفوهم عن وجهها، أو يزينوا لهم الزيادة فيها، أو النقصان منها، فإذا كان ذلك، لم تقبل شهادتهم، وبطلت، وإنما يقبل على الوجه الذي قدمناه.

مسألة: فإن اختلفوا في الشهادة، فقال اثنان منهم، فلان شح فلاناً، وقال آخران منهم: بل شح فلان، ففي النوادر عن مالك أنه قال في كتب قدم ذكرها إلا كتاب ابن حبيب: تبطل شهادتهم.

ووجه ذلك أن شهادتهم إنما تقبل ما لم يكن فيها تهاتر، ولو اختلفت اختلافًا يقتضى في الكبار الأخذ بشهادة أحدهما، لم تبطل بذلك شهادة الصبيان.

وقد قال ابن الماجشون في المجموعة والعنبة: لو شهد صبيان أن صبيًا قتل صبيًا، وشهد آخران أنه لم يقتله، وإنما أصابته دابة، قضى بشهادة الذين شهدوا بالقتل.

ووجه ذلك أنهم لو كانوا كبارًا عدولاً؛ لحكم بشهادة شاهدي القتل، فكذلك هذا.

مسألة: وأما رجوعهم عن الشهادة، فقد قال ابن وهب عن مالك: لا يسأل برجوعهم إذا أشهد على شهادتهم قبل أن يفترقوا.

وقال سحنون: وهو معنى قول ابن المواز إلا أن يرجعوا قبل الحكم، وبعد أن صاروا رجالاً، فيكون ذلك مبطلاً لشهادتهم بمنزلة ما لو شهد رجلان أن ما شهد به الصبيان باطل، قاله ابن الماجشون في المجموعة.

الباب الثالث: فى حكم من تجوز شهادتهم

فإنهم إن شهدوا بقتل صبي لصبي، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: تلزم العاقلة الدية بلا قسامة، وقاله أصبغ. قال سحنون: وعمد الضبي كالمخطأ. ووجه ذلك أنها شهادة كاملة، فاستغنت عن القسامة، ووجبت الدية على العاقلة؛ لأنه بمنزلة قتل الخطأ، والله اعلم.

مسألة: وروى ابن وهب عن مالك فى ستة صبيان لعبوا فى البحر، فغرق واحد منهم، فشهد ثلاثة على اثنين أنهما غرقاه، وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه، قال: القتل على الخمسة؛ لأن شهادتهم مختلفة.

قال ابن المواز: هذا غلط لاختلافهم ولا يجوز. وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف، قال: ولو كانوا كباراً، فاختلفوا هكذا كانت الدية عليهم فى أموالهم؛ لأنه صارت شهادتهم إقراراً.

وقول مالك الأول يقتضى أن اختلاف شهادتهم، لا يمنع قبولها لاسيما إذا لم يكن يقتضى التهاثر، وإبطال بعضها، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى الحنفى على منبر النبى ﷺ

١٣٩١ - مَالِكُ عَنْ هِشَامِ بْنِ هِشَامٍ (*) بِنِ عَثْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نِسْطَاسٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنبَرِي آثِمًا تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ» (١).

١٣٩١ - أخرجه أبو داود فى الإيمان والنذور ٣٢٤٦. ابن ماجه فى الأحكام ٢٣٢٥. أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٤٢٩٦، ١٤٦٠٦. البيهقى ٣٩٨/٧، عن جابر. الحاكم ٢٩٦/٤، عن جابر. ابن حبان ٢٨١/٦، عن جابر بن عبد الله.

(*) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٨٢/٢٢: هكذا قال مالك: هاشم بن هاشم، وهو: هاشم ابن هاشم بن هاشم بن عتبة بن أبى وقاص الزهرى، روى عنه مالك أبو ضمرة، أنس بن عياض، ومكى بن إبراهيم، وشجاع بن الوليد أبو بدر السكونى. وقد قيل: إن هاشم بن هاشم الذى روى عنه مالك، هو أبو هاشم ابن هاشم. وقد جعلهما أبو حاتم الرازى واحداً، فقال: هاشم بن هاشم بن هاشم بن عتبة بن أبى وقاص الزهرى، روى عن سعيد بن المسيب وعامر بن سعد.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٦٨/٨: لم يختلف الرواة عن مالك فى إسناد هذا الحديث ومتنه، إلا أن أكثر الرواة عن مالك يقولون فيه: من حلف على منبرى هذا يمين آثمة. كذا قال ابن بكير، وابن القاسم، والقعنبي، وغيرهم.

١٣٩٢ - مَالِكُ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ مَعْبَدِ بْنِ كَعْبِ السَّلْمِيِّ، عَنْ أَخِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ^(١) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَأَوْجِبَ لَهُ النَّارَ». قَالُوا: وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكٍ، وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكٍ، وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكٍ، قَالَهَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ».

الشرح: قوله: «من حلف على منبري» إنما يريد والله أعلم، حائثاً على وجه يأثم به «تبوا مقعده من النار» يريد والله أعلم، قعد مقعده من النار، وإنما ذكر منبره في هذا الحديث على سبيل التعظيم له والإعلام بتغليظ أمره على من حلف عليه آثماً.

وقد ذكر في الحديث الثاني حديث أبي أمامة الحارثي «أنه من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه، حرم الله عليه الجنة، وأوجب له النار» ولم يذكر منبره.

وكذلك حديث أبي وائل عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين، يقتطع بها مال امرئ مسلم، لقي الله تعالى وهو عليه غضبان» فأنزل الله تصديق ذلك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] الآية، فعلم بذلك أن ذكر المنبر في الحديث الأول على معنى التغليظ، والله أعلم.

فصل: قوله: «وإن كان قضيًّا من أراك» على أنه لا يلزم اليمين على المنبر في قضيب من أراك لقلته وتفاهته، وإنما يجب ذلك فيما له بال، لكنه إن وقع من أحد اليمين على منبر النبي ﷺ في قضيب من أراك أو شيء تافه، فهذا حكمه، وليس في الحديث أنه يجبر على اليمين عند المنبر في هذا المقدار، وإنما تضمن الحديث حكم من حلف عنده آثماً.

وهذا القول منه ﷺ، وإن كان على البت فيمن حلف على منبره أو حلف، فاقتنع بيمينه حق امرئ مسلم، فأوجب له النار، فإن لشيئنا في ذلك قولين، أحدهما: إن الوعيد ليس من باب الخبر، فلا يقال لمن رجع عنه كاذب، ولذلك قال الشاعر:

١٣٩٢ - أخرجه مسلم في الإيمان ١٣٧. النسائي في آداب القضاة ٥٤١٧. ابن ماجه في الأحكام ٢٣٢٤. أحمد في باقي مسند الأنصار ٢١٧٣٦. الدارمي في البيوع ٢٦٠٣. البيهقي ١٧٩/١٠، عن أبي أمامة. الطحاوي بمشكلك الآثار ١/١٨٦، عن أبي أمامة.
(١) قال ابن عبد البر: أبو أمامة هذا ليس هو أبو أمامة الباهلي، إنما هو أبو أمامة الحارثي الأنصاري أحد بني حارثة، قيل اسمه إياس بن ثعلبة، وقيل ثعلبة بن سهيل.

وإني وإن أوعدته أو وعدته لمخلف إيعادى ومنجز موعدى
 يمدح نفسه بإخلاف الوعيد، ولو كان ذلك كذباً لما مدح نفسه بها، فعلى هذا
 الوعيد متوجه إلى كل عاص، وقيل إن الوعيد من باب الخبر، وأن الخلف فيه ضرب من
 الكذب، وذلك محال فى صفة البارى تعالى، فعلى هذا الوعيد متوجه إلى كل من علم
 البارى تعالى أنه لا يغفر له، وأنه لا بد أن يعاقبه دون من أراد العفو عنه، وقد قال تعالى:
 ﴿ذلك وعد غير مكذوب﴾ [هود: ٦٥]، وقال عز من قائل فى إسماعيل: ﴿إله كان
 صادق الوعد﴾ [مريم: ٥٤]، فوصف الوعد بالصدق والكذب.

* * *

جامع ما جاء فى اليمين على المنبر

١٣٩٣ - مَالِكُ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا غَطَفَانَ بْنَ طَرِيفٍ الْمُرِّيَّ،
 يَقُولُ: اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتِ الْأَنْصَارِيِّ وَأَبْنُ مُطِيعٍ فِي دَارٍ كَانَتْ بَيْنَهُمَا إِلَى مَرْوَانَ
 بْنِ الْحَكَمِ، وَهُوَ أَمِيرٌ عَلَى الْمَدِينَةِ، فَقَضَى مَرْوَانُ عَلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتِ بِالْيَمِينِ عَلَى
 الْمَنْبَرِ، فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: أَحْلِفْ لهُ مَكَانِي، قَالَ: فَقَالَ مَرْوَانُ: لَا وَاللَّهِ إِلَّا عِنْدَ
 مَقَاتِعِ الْحُقُوقِ، قَالَ: فَجَعَلَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَحْلِفُ أَنَّ حَقَّهُ لِحَقِّ، وَيَأْبَى أَنْ يَحْلِفَ
 عَلَى الْمَنْبَرِ، قَالَ: فَجَعَلَ مَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ يَعْجَبُ مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى أَنْ يُحْلَفَ أَحَدٌ عَلَى الْمَنْبَرِ عَلَى أَقَلِّ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ، وَذَلِكَ
 ثَلَاثَةٌ دَرَاهِمٍ.

الشرح: قضاء مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر هو مذهب أهل المدينة،
 ولم يكن زيد يقول أنه لا يلزمه ذلك، وإنما كان يمتنع منه إعظماً له. وقد روى عن
 عبدالله بن عمر أنه كان يكره ذلك، وإن كان صادقاً، ويقول: أخشى أن يوافق قدراً،
 فيقال أن ذلك ليمينه.

مسألة: وإذا ثبت ذلك، فاليمين تغلظ بالمكان فى الأموال وغيرها من الحقوق، قال
 فى المدونة: على الطالب والمطلوب، وبه قال الشافعى: ومنع من ذلك أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله قول النبى ﷺ: «من حلف على منبرى آثمنا تبوأ مقعده من

٢٢٨ كتاب الأفضية
النار». وهذا يقتضى أن له تأثيراً فى الإيمان وتعلقاً بها، ولا يفعل ذلك أحد فى الغالب
مختاراً، فثبت أنه إنما توجه إلى الحكم به، وإلا بطلت فائدة التخصيص.
ومن جهة المعنى أن التغليظ يتعلق بالكثير من الأموال، للردع عنها كالقطع فى
السرقه.

مسألة: وهل تغلظ بالزمان أم لا؟ روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن سحنون:
يتحرى بأيمانهم فى المال العظيم، وفى الدماء واللعان، الساعات التى يحضر الناس فيها
المساجد، ويجمعون للصلاة، وما سوى ذلك من مال، وحق ففى كل حين.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يحلف حين الصلوات إلا فى الدماء
واللعان. فأما فى الحقوق، ففى أى وقت حضر الإمام استحلفه، قاله ابن القاسم وأصبغ.
فوجه القول الأول قوله تعالى: ﴿تَجْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنَّ آيَاتِنَا
لَا نَشْتَرِي بِهَا ثَمَنًا﴾ [المائدة: ١٠٦]، وهذه يمين فى مال، فجاز أن يغلظ بالزمان
كاللعان والقسامة.

مسألة: هل تغلظ الإيمان بتكرار الصفات، روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن
سحنون: يحلفون فيما يبلغ من الحقوق ربع دينار، وفى القسامة واللعان على المنبر بالله
الذى لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، ما كانت فيه يمين واحدة
حلف هكذا، وما رددت، رددت هكذا.

وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن الإيمان فى الحقوق والدماء
واللعان، وفى كل ما فيه اليمين على المسلمين بالله الذى لا إله إلا هو. زاد ابن المواز:
والحر والعبد سواء، وهذا هو المشهور من مذهب مالك، وبه قال ابن القاسم، ورواه
عن مالك فى المدونة.

وجه القول الأول، وهو مذهب الشافعى، أن هذا معنى تغلظ به الإيمان، فجاز أن
يحكم بها أهل ذلك الزمان والمكان.

وجه القول الثانى أن هذه الصفات كثيرة لا يمكن أن يستوعب، وليس ما نورد منها
بأولى من غيرها، وما يغلظ به من غيرها، فله غاية لا تلحق المشقة ببلوغها.

ومن جهة القياس أن هذا معنى يقتضى التكرار، فلم تغلظ به الإيمان فى الأموال
كتكرار اليمين.

مسألة: اتفق أصحابنا على أن الذى يجزئ من التغليظ باليمين، والله الذى لا إله إلا هو، فإن قال: والذى لا إله إلا هو، أو قال: والله، فقط، فقد قال أشهب: لا يجوز ذلك حتى يقول: والله الذى لا إله إلا هو.

مسألة: ويمين الحر والعبد والنصرانى فى الحقوق سواء. وفى المدونة: ويحلف النصرانى بالله، فقط، ولا يزداد عليه الذى أنزل الإنجيل على عيسى، واليهودى والنصرانى عند مالك سواء. قال ابن القاسم: والمجوس يحلفون بالله.

فصل: وأما التغليظ بالمكان، فهو بالجامع، وهو المسجد الأعظم الذى تقام فيه الجمعة، قاله مالك فى المدونة وغيرها. وهل يكون تغليظها بسائر المساجد؟ فى النوادر: لا يحلف فى مساجد القبائل فى قليل ولا كثير.

وروى ابن سحنون عن مالك: ما علمت أنه يحلف فى مساجد الجماعات كالأمصار. روى عنه ابن القاسم فى كتاب ابن المواز: يحلف فى مساجد الجماعة فيما له بال، ولا أشك أنه يحلف فيها فى ربع دينار.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: فيحتمل عندى أن يريد المسجد الجامع، فقد روى عنه ابن وهب: أن المرأة تحلف فى المسجد، قال: يريد المسجد الجامع تخرج إليه بالليل، ويحتمل أن يريد غيره من المساجد، فقد روى ابن سحنون عن أبيه فى امرأتين ادعى عليهما فى أرض ودور، وهما ممن لا تخرجان، فأرى أن تخرجنا من الليل إلى الجامع.

قال: فستل أن يحلفهما فى أقرب المساجد إليهما، وشق عليهما الخروج إلى الجامع، فأجاب إلى ذلك، فهذه المسألة نص فى أن اليمين كانت فى غير الجامع. والظاهر أن سحنوناً هو الذى أسعف سؤال السائل فى ذلك لما يراه من المصلحة، وهذا يقتضى أنه حق للحكم فى مثل هذه المسألة.

وجه ذلك أنه معظم من المساجد، فجاز أن تغلظ به الأيمان مع إرادة الستر لمن ثبت ذلك فى حقه كالجامع.

وجه الرواية الأولى أن التغليظ إنما هو معنى المبالغة، وذلك يقتضى اختصاصه بأعظم المساجد حالاً، ولذلك يختص بأرفع المساجد مكاناً، والله أعلم.

قال الشيخ أبو القاسم: لا يحلف عند منبر النبى ﷺ فى أقل من ربع دينار، ويحلف على أقل من ذلك فى سائر المساجد.

٢٣٠ كتاب الأفضية

مسألة: إذا قلنا إن اليمين تكون في المسجد الأعظم، فإنها تكون في مسجد النبي ﷺ عند المنبر. قال مالك: ولا أعرف المنبر في سائر الآفاق، وإنما أعرف منبر النبي ﷺ، ولكن للمساجد مواضع هي أعظم. زاد ابن سحنون عن مالك: ولكن يحلف حيث يعظم فيه، فيحتمل من جهة اللفظ أن يريد بقوله: لا أعرف المنبر في المساجد، المنع من اتخاذ المنبر في مساجد الآفاق.

وقد أجمع المسلمون من عهد الصحابة على اتخاذها في كل بلد، وهو من أعلم الناس بها، فمحال أن يريد هذا، والصحيح أنه أراد بذلك أنه لا يعرف أن حكم سائر المناير في البلاد، حكمها في ذلك حكم منبر النبي ﷺ، وإنما هذا حكم يختص بمنبر النبي ﷺ.

وقد روى ابن وهب عن مالك: لا يحلف عند منبر من المناير إلا عند منبر النبي ﷺ.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: يستحلفون فيما له بال أو في ربع دينار، في المدونة: عند منبر النبي ﷺ وبغيرها في مسجدهم الأعظم، حيث يعظمون منه عند منبرهم أو تلقاء قبلتهم.

ووجه ذلك عندي، والله أعلم، أن منبر النبي ﷺ في وسط المسجد، وهو في موضعه الذي كان فيه زمن النبي ﷺ، وهو بعيد من القبلة والمحراب الذي أحدث حين زيد في المسجد؛ لأن حائط القبلة نقل من قرب المنبر حين زيد في المسجد، فصار المنبر في وسط المسجد، فكانت اليمين عند المنبر أولى؛ لأنه موضع مصلى النبي ﷺ وعند منبره.

وأما القبلة والمحراب، فشيء بنى بعده، وأما منابر سائر المساجد، فعند المحراب، فمن حلف، وإنما يحلف عند المحراب بقرب المنبر، وأعظم شيء في المساجد المحاريب، ولو اتفق أن يكون في بعض البلاد المنبر في وسط المسجد؛ لكانت اليمين عند المحراب دون المنبر، فهذا معنى قول مالك والله أعلم، ومعنى قول الشيخ أبي القاسم: لا يحلف عند منبر من المناير إلا عند منبر النبي ﷺ.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الرجال والنساء، فمن كانت من النساء تخرج وتتصرف، فحكمها في ذلك حكم الرجال، ومن كانت منهن لا تخرج نهاراً، خرجت ليلاً، قاله ابن القاسم عن مالك. قال ابن القاسم: وأم الولد في ذلك بمنزلة الحرّة من كانت منهن تخرج، ومن كانت لا تخرج.

كتاب الأفضية ٢٣١
قال: والحر والعبد سواء، وكذلك المكاتب والمدبر سواء. وأما اليهود، فيحلفون فى كنائسهم، والنصارى فى بيعهم، والمجوس حيث يعظمون، رواه ابن القاسم عن مالك، وقاله مطرف وابن الماجشون فى الواضحة.

ووجه ما قدمناه من التغليظ بالمكان، فيغلف على حكم أهل كل شريعة بالمواضع التى يعظمون.

الفصل: والمقدار الذى يلزم فيه اليمين فى الجامع، وفى المواضع التى تعظم منه فى حق الرجال، ومن كان حكمها، حكمهم من النساء. قال مالك: لا يستحلف فى المدينة عند منبر ﷺ إلا فى ربع دينار أو فى ثلاثة دراهم، وهو كان ربع دينار. وقال الشافعى: لا تغلف الأيمان إلا فى مائتى درهم أو عشرين ديناراً.

ودلينا على ذلك أن الربع دينار قد يتعلق به السرقة كالعشرين ديناراً.

مسألة: ولا تغلف الأيمان بما ذكرناه فى أقل من ربع دينار. وحكى القاضى أبو محمد أن بعض المتأخرين، قال: إن الأيمان لا تكون إلا عند المنبر فى القليل والكثير.

والدليل على ما نقوله أن هذا نوع من الردع عن المال، فلم يتعلق بالقليل منه كالقطع فى السرقة.

ووجه ثان، وهو أن هذا ابتدال للموضع، مع ما يلزم من تعظيمه وتوقيره.

وروى عن عبدالرحمن بن عوف أنه رأى رجلاً يحلف عند منبر النبى ﷺ، فقال: أعلى دم؟ قالوا: لا، قال: أفعلى عظيم من المال، لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان، ولم ينكر ذلك عليه أحد. وقد احتج بها القاضى أبو محمد.

مسألة: وأما من لا تخرج من النساء نهاراً أو تخرج ليلاً، فتحلف فى الجامع، ففى كم تخرج؟ قال مطرف وابن الماجشون: تخرج فى ربع دينار. وروى ابن المواز عن أبى القاسم: لا تخرج فيه، ولا تخرج إلا فى المال الكثير الذى له بال.

وجه القول الأول أن هذا شخص تغلف عليه اليمين فى المال، فغلظت فى ربع دينار كالرجل.

ووجه القول الثانى أن المرأة التى لها القدر يلزمها من التصاوان ما لا يلزم الرجال، فلا تبدل بالأيمان فى الجوامع، إلا فى القدر الكثير الذى يحتاج ردع مثلها عن مثله.

٢٣٢ كتاب الأفضية

مسألة: ومن باع ثوباً، فوجد به المبتاع عيباً، فادعى البائع أنه أعلمه به، وتبرأ إليه منه، قال ابن المواز عن أصبغ: إن كان نقصان العيب ربع دينار فأكثر، لم يحلف إلا فى الجامع.

وروجه أن المراعى فى ذلك ما تداعيا فيه، وهو قدر العيب، وفيه تجب اليمين.

مسألة: ولو ادعى رجل على رجلين أو رجال ربع دينار، فقد روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك: لا يستحلفون إلا فى الجامع، قيل له: أيستحلفون عند المصحف؟ فقال: بل يستحلفون عند المسجد.

وروجه المنع من استحلافهم أن كل واحد منهم إنما يستحلف فى أقل من ربع دينار، ولو نكل عن اليمين لم يجب عليه إلا قدر حصته منه.

وقوله: بل يحلف فى المسجد، منع من أن يقصد إلى التغليظ عليهم بجامع أو عند المصحف. وقال: بل يحلفون فى المسجد، ولعله أراد أن الحاكم الذى يقضى بذلك فى الأغلب، يكون فى المسجد على أصله ومذهبه، فيحلف فى موضعه، ولا يقام منه إلى موضع تغلظ عليه فيه اليمين.

وفى كتاب ابن المواز: لا يحلفون فى الجامع، ولا عند المنبر، إلا فى ربع دينار، ولعله يريد لا يحلفون إليه على سبيل التغليظ، والله أعلم.

مسألة: وأما من وجبت عليه يمين فى طلاق، أو عتاق، أو نكاح، أو غير ذلك مما ليس بمال، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى عبد حنث فى يمين بطلاق، فقال: حلفت بواحدة، وسيد الزوجة شهد عليه بالبينة، فقال ابن القاسم: يحلف عند المنبر ما حلف إلا بطلقة.

وروجه ذلك أن صداق الزوجة لا يكون أقل من ربع دينار، فلا يحلف فى عوضه إلا عند المنبر؛ لأنه لا يصلح أن يكون قيمته أقل من ذلك.

مسألة: وأما صفة الخالف حال يمينه، فروى ابن القاسم عن مالك: يحلف الرجل قائماً إلا من به علة، ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الرجال والنساء فيما ادعى عليهم لو اقتطعوه بأيمانهم فى ربع دينار، وما لم يبلغه، فإنما يحلفون جلوساً إن شاءوا. وروى ابن كنانة عن مالك: يحلف جالساً ولا يحلف قائماً.

وجه الرواية الأولى أنه ما شرع فيه التغليظ عليه، وإلزامه القيام من معنى التغليظ، فيجب أن يلزمه.

كتاب الأفضية ٢٣٣

مسألة: ويحلف الرجال والنساء مستقبلي القبلة فيما له بال، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون. قال ابن القاسم: ما سمعت أنه يستقبل بالحالف القبلة.

وجه القول الأول أنه تغليظ عليهم لما يلزم من تعظيم الجهة، فغلظ باستقبالها كما غلظ عليه باليمين عند الموضع الموجه لها المعظم منها.

ووجه القول الثاني أن هذه حالة لا يلزمه فيها الطهارة، فلا يلزمه استقبال القبلة كسائر الحقوق.

فصل: وقوله: «أحلف مكاني» يحتتمل أن يريد به أن ذلك هو الحق عنده، ويحتمل أن يرغب في أن يقنع بذلك منه، أن كل ذلك من الحقوق الحاكم على ما تقدم من مذهب سحنون أو من حقوق الطالب باليمين.

وقول مروان، وهو الحاكم في قضية: «لا والله، إلا مقاطع الحقوق، ولم ينكر عليه زيد، ولا غيره» يقتضى أن للحقوق مقاطع معينة، وأنه لا يقنع منه إن كان الحق له باليمين فيها أو لا يفتى عليه إن كان حقًا للطالب إلا بذلك.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: ممن وجبت عليه اليمين عند المنبر، وما أشبهه المواضع، فقال: أنا أحلف مكاني، فهو كتكوله عن اليمين، إن لم يحلف في مقاطع الحقوق، وغرم إن ادعى عليه، أو بطل حقه، إن كان مدعيًا، وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت.

فصل: وقوله: «يحلف أن حقه لحق، ويأبى أن يحلف عند المنبر» يريد تحقيق ما قاله من دعوى أو إنكار، وأنه لا يمنع من اليمين عند المنبر ما يعتقدون إبطال ما يقول، ويخاصم به، ولكن لتعظيم حرمة منبر النبي ﷺ، ولم تكن تلك اليمين ما يستحق بها حقًا، ولا يدفع بها غرمًا؛ لأن مستحق اليمين لم يقبضها منه هناك.

وفي كتاب ابن سحنون عن مالك: من قضى عليه باليمين عند المنبر، فأبى أن يحلف، وحلف في مقامه أنه يقضى عليه، وكذلك عندي لو حلف عند المنبر دون أن يقتضيه صاحب اليمين، لم يبر بها حتى يحلف، وصاحب الحق مقتضيًا ليمينه.

ولو اقتضاه يمينه في صحن الجامع، ورضى بها، أو في منزله، أو في غيره، أجزأته يمينه، ولم يكن لصاحب اليمين عليه يمين من بعد ذلك، قاله محمد بن عبدالحكم.

ووجه ذلك أنه إذا اقتضى منه ما رضى به، فليس له الرجوع بعد رضاه واستيفائه له.

فصل: واختصاص زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى مراون، لا ندرى من الطالب من المطلوب، ولا هل كانت للطالب بيعة، أو كيف كان حكمها، غير أنه إن وقف الطالب المطلوب على ما يدعيه عليه، ففي المجموعة عن عبدالمك إذا لم يبين المدعى دعواه ما هو؟ وكم هو؟ لم يستل الدعى عليه عنه كما قال: أنا أطلب منك هذه الدار، فبين من أين هي لك، فلا يستل المطلوب عن ذلك.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك عندي حتى يقول أن هذه الدار لي، فهل صارت إليك من جهتي أو من جهة أحد بسببي، فيلزم المطلوب الجواب أنها لم تصر إليه من جهته، ولا من جهة أحد بسببه.

مسألة: فإن حقق المدعى دعواه وبينه، لزم المطلوب جوابه، بإقرار أو إنكار. وقد روى في العتبية والمجموعة عن أشهب أن ابن كنانة سأل مالكا عن من في يده دار، فيدعى رجل أنها لجدته، فقال المطلوب: لا أقر، ولا أنكر، ولكن أقم البيعة على دعواك، قال مالك: يجبر المدعى عليه حتى يقر أو ينكر. وروى ابن المواز عن ابن الماجشون مثل ذلك، قال محمد: وذلك صواب.

مسألة: ومن ادعى عليه بستين ديناراً، فأقر بخمسين، وتأبى في العشرة أن يقر أو ينكر، فإنه يجبر بالحبس حتى يقر بها أو ينكر إذا طلب ذلك المدعى كما قال مالك وابن الماجشون، وقال: أستحسن إذا تمادى على شك، فأنا أحلفه أنه ما وقف على الإقرار أو الإنكار، إلا أنه على غير يقين.

فإذا حلف على هذا أو رد العشرة ويحبس بها، فالحكم بلا يمين على المدعى أن كل ما ادعى عليه، لا يدفع مع الدعوى، فإنه يحكم عليه بغير يمين.

قال ابن المواز: وكذلك المدعى عليه دور في يده لا يقر ولا ينكر، فأنا أجبره على ذلك، فتمادى حكمت عليه للمدعى بلا يمين، وهو معنى مسألة مالك عندي في الذي يصر على الامتناع من الإقرار والإنكار، ولا يدعى شكاً.

ومسألة ابن المواز في العشرة دنانير في الذي يقول: لا أعلم، ويدعى الشك، وكان الصواب عنده، أن لا يحلف، فإنه لا معنى ليمينته، فإن الحكم المتوجه إلى الناكل لا يفتقر إلى يمين في النكول؛ لأنه إذا نكل عند هذه اليمين التي ألزمه إياها، لم يجد سبيلاً إلا إلى الحكم عليه بما ادعى عليه، والله أعلم.

ويقتضى قول مالك وابن الماجشون أنه إن تمادى عليه كره بالسجن وغيره. وقال

ابن سحنون عن أبيه: فإن تمادى أذّب حتى يقر أو ينكر، ولا يقبل منه غيره.

ويقتضى قول ابن المواز أنه إذا أصر، وقد أعذر إليه بالجبر، أن يحكم عليه ويغرم ما ادعى عليه؛ لأنه نكول لا يوجب رد اليمين على حصته، فأوجب الحكم عليه كنكول المدعى عليه، ترد عليه اليمين.

مسألة: فإن قال المطلوب: قد تقدمت بينى وبين الطالب مخالطة، فمن أى وجه يدعى هذا، لزم، أن يستل عن ذلك الطالب، فإن بين وجه طلبه، وقف المطلوب على ذلك، ولزمه أن يقر أو ينكر، وإن أبى الطالب أن يبين سبب دعواه، فلا يخلو أن يقول: لا أذكر السبب، أو لا يقول ذلك، ويمنع من وجه طلبه.

فإن قال: أنسيته، قبل ذلك منه بغير يمين، ولزم المطلوب أن يقر أو ينكر، وإن أبى من تبينه مع ذكره له، لم يستل المطلوب عن شيء، قاله أشهب فى المجموعة ونحوه فى كتاب ابن الماجشون.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وكان القياس عندى أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب أنه لا يذكر سبب ما يدعيه؛ لأنه قد يكون لو ذكر السبب وجد منه مخرجاً، وإذا كتمه، لم يمكنه المخرج منه، فيريد كتمانته، لتلزمه اليمين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن بين المدعى السبب، فأنكر المطلوب، وقال: أنا أحلف أنه لا شيء له عندى من هذا السبب، لم يجزه حتى يقول: والله، لا أعلم له على شيئاً، بوجه من الوجوه، قاله فى المجموعة أشهب ونحوه فى كتاب ابن سحنون.

وكان الظاهر أن يجزئه يمينه أنه لا شيء له عنده من وجه يطلبه؛ لأن الطالب لم يطلبه بغير ذلك، مع أن المطلوب لا يحلف حتى يقول له الطالب: هذا آخر حقوقى عندك، فلا فائدة فى أن يستحلف المدعى عليه فى غير ذلك، والطلب قد برأ منه، ولكن ذهب أشهب إلى ذلك مخافة الإلغاء والتأويل.

مسألة: وإن ادعى رجل أنه أسلفه أو باع منه، لم يجزه من الجواب أن يقول: لا حق لك عندى حتى يقول: لم تسلفنى ما تدعيه، أو لم تبع منى شيئاً مما ذكرت، رواه ابن سحنون عن أبيه، وهو مقتضى قول مالك. قال: فإن تمادى على اللدد، سجنه، فإن تمادى أدبه، قال: وكان ربما قبل منه فى الجواب قوله: ما له على حق، وإلى القول الأول رجحاً آخر مالك.

٢٣٦ كتاب الأفضية

وجه القول الأول بإجزاء ذلك، وهو قول الشافعي، أنه إذا قال ملك على شيء، فقد ادعى براءة ذمته، وهذا يجزئ من الجواب، ولا يلزمه أن يقول: إنى اشتريت منك؛ لأنه ربما قد اشترى منه وقضاه، ولا تقوم له بينة، والمدعى ممن يغتتم إقراره بالبيع، ويرضى باليمين الغموس أنه ما قبض منه الثمن.

ووجه القول الآخر أن المدعى قد ادعى دعوى حق، فيلزمه أن يكون جوابه على موافقة قوله، كما لو ادعى المشتري أنه قضاه الثمن، لم يجز للبائع أن يقول: لى عليك حق حتى يقول: لم أقبض منك ما تدعيه من الثمن.

مسألة: فإذا أنكر المطلوب المعاملة كلف الطالب البينة، فإن أقام بينة، فما ادعاه من بيع أو سلف أو ما أشبه ذلك، لم يلزمه أن يحلف مع شاهديه أنهما شهدا بحق، رواه ابن القاسم عن مالك فى الواضحة، ورواه ابن سحنون قالاً عنه: إلا أن يدعى أنه قضاه، فيحلف على القضاء.

ووجه ذلك أن البينة قد أحقت له دينه، فلا معنى ليمينه؛ لأن البينة فى تحقيق دعواه أقوى من يمينه، ولذلك برئ بها عن يمين المطلوب ويمين الطالب.

مسألة: فإن لم يكن للطالب بينة، حلف المطلوب، وما الذى يلزمه من اليمين فى إنكاره؟ روى ابن المواز عن مالك، فى البائع يحدد قبض الثمن، فينكره المتباع، ويريد أن يحلف ما له على شيء، قال: بل يحلف ما اشترى منه سلعة كذا، فهذا قول مالك، وبه قال مطرف وابن الماجشون إذا حلف ما له على شيء من كل يدعيه، فقد برئ، واختاره ابن حبيب.

وفى الموازية والعتبية عن ابن القاسم القولان، وهما مبنيان على ما تقدم من إنكاره، وما يجزئ فى ذلك منه، والله أعلم.

مسألة: ويحلف المنكر ما ادعى عليه أو ادعاه من حقوق نفسه على البت والقطع، وما ورثه عن أبيه، حلف على العلم، مثل أن يدعى رجل قضاء أبيه الميت دينه، فيحلف أنه لا يعلمه قبضه، ولا شيئاً منه، رواه ابن سحنون عن أبيه، أو يدعى قبل مورثه حقاً، فيحلف أنه لا يعلم له قبله شيئاً.

ووجه ذلك أنه يحلف على البت؛ لأنه يدعى علم ذلك، ولو لم يدعه لم تقبل دعواه، وعلى فعل غيره يحلف على علمه أنه لا سبيل له إلى غير ذلك، إلا أن يقيم شاهداً لموروثه بحق، فيحلف معه، فإنه يحلف على البت؛ لأنه يدعى معرفة ذلك،

كتاب الأفضية ٢٣٧
وتحقيقه، فيحلف على ما ادعاه من المعرفة فى الإثبات. وأما فى النفى، فلا طريق له إلى ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة: فإن حلف المطلوب برئ، فإن نكل، ففى كتاب ابن سحنون عن أبيه، قال مالك وأصحابه: لا يجب الحق بنكول المطلوب عن اليمين، حتى يرد اليمين على المدعى عليه، فيحلف.

قال مالك: وإذا جهل ذلك الطالب، فليذكر له القاضى حتى يحلف الطالب؛ إذ لا يتم الحكم إلا بذلك، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة وأصحابه: بنفس النكول يجب عليه الحق.

والدليل على ما نقوله أن هذا حق يثبت باليمين، فإذا نكل من وجبت عليه اليمين، جاز أن تنتقل اليمين إلى الجنبه الأخرى كالقسامة.

مسألة: ولو رد المطلوب اليمين على الطالب، لم يكن له الرجوع فى ذلك، ولزمه ردها، رواه عيسى وأصبع عن ابن القاسم فى العتبية، فيحلف المدعى، ويأخذ حقه، كان رده لليمين عند السلطان أو عند غيره، وذلك أن رده اليمين على الطالب، رضاً بيمينه، وتصديق لقوله مع يمينه، فلما تغلق بذلك حق الطالب، لم يكن للمطلوب الرجوع عنه، ولا إبطال حق يثبت للطالب عليه؛

مسألة: وهذا إذا كانت من الأيمان التى ترد، فإن كانت مما لا يرد مثل أيمان التهمة، مثل أن يبيع الرجل لعبده بالبراءة، ثم يظهر المبتاع فيه على عيب قديم، فيحلف البائع أنه ما علم به، فإن نكل رد عليه العبد دون يمين المبتاع، وذلك أن المبتاع لا طريق له إلى معرفة ذلك، فلا يكلف تقحم اليمين على ما لا سبيل له ولا لغيره إلى معرفته.

مسألة: إذا ادعى المودع ضياع الوديعة، وادعى المودع تعديه عليها، فالمودع مصدق إلا أن يتهم، فيحلف، قاله أصحابنا فى النوادر. قال محمد بن عبدالحكم: فإن نكل، ضمن، ولا ترد اليمين هاهنا.

ووجه ذلك أنها يمين تهمة دون تحقيق، ولذلك اختصت بمن يتهم دون من لا يتهم.

مسألة: ومن وجبت عليه يمين، فقال للحاكم: اضرب لى أجلاً حتى أنظر فى يمينى، وفى حسابى، وأثبتت، فعل من ذلك بقدر ما يراه، قاله محمد بن الحكم.

ووجه ذلك أنه يريد التثبيت فيما يحلف عليه، فيجب أن يجاب إليه، فقد يكون

٢٣٨ كتاب الأفضية
الحساب يكثر، ويطول أمره، ويتسامح فى الدعوى أو الإنكار، ويتحرز فى اليمين؛
لأنها أعظم مقاطع الحقوق.

مسألة: وهذا إذا كانت الدعوى فى عقد كبيع أو سلف أو هبة أو ما أشبه ذلك.
فأما من أثبت بيينة بعدد أو دابة أو ثوب أنه ملكه، لا يعلمونه باع، ولا وهب، ولا
خرج عن ملكه، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: أنه يحلفه الإمام ما
باع، ولا وهب، ولا خرج عن ملكه بشئ، فيحلف على البت ويستحقه، وبه قال
أشهب.

وقال ابن كنانة: ليس عليه يمين إلا أن يدعى الذى فى يده ذلك أمراً يظن أن صاحبه
فعله، فيحلف ما فعله، ويأخذ حقه.

وجه القول الأول وعليه جمهور أصحابنا أنها يمين للحكم، لا يصح له القضاء إلا
بعد استيفائها؛ لأن البيينة، إنما شهدت له بالملك على البت والقطع، وشهدت فى بقائه
على ملكه على العلم، فلا بد من استحلافه على البت فيما بقى، وما عسى أن يزيل
ملكه عنه، من بيع، أو هبة، أو غير ذلك، وحينئذ يستحق أن يقضى له، وإلا كان قد
حكم قبل أن يستوفى المستحق أسباب الاستحقاق.

ووجه القول الثانى أن المطلوب إذا لم يدع شيئاً من ذلك، فلا معنى لاستحلاف
الطالب؛ لأنه قد ثبت له الملك، ولا يدعى خروجه عن ملكه، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا يجوز من غلق الرهن

غلق الرهن، معناه أن لا يفك، يقال غلق الرهن، إذا لم يفك، فمعنى الترجمة أنه لا
يجوز أن يعقد الرهن على وجه يؤول إلى المنع من فكه، وأنشدوا الربعى:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى رهنها غلقا

١٣٩٤ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٣٩٤ - أخرجه ابن ماجه فى الأحكام ٢٤٤١. الطحاوى بمعانى الآثار ١٠٠/٤، عن ابن المسيب
مقطوعا. البيهقى فى السنن ٤٠/٦، عن ابن المسيب مقطوعا. ابن أبى شيبة ١٨٧/٧، عن ابن
المسيب مقطوعا. عبدالرزاق برقم ١٥٠٣٣، عن ابن المسيب. البغوى بشرح السنة ١٨٤/٨، عن
ابن المسيب.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٧٨/٨: هكذا رواه كل من روى الموطأ، عن مالك فيما علمت، إلا معن بن عيسى، فإنه وصله فجعله عن سعيد، عن أبي هريرة. ومعن ثقة إلا أنه أخشى أن يكون فيه من علي بن عبد الحميد الغضائري. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا علي بن الحسن بن علان، وأحمد بن محمد بن يزيد الحلبي، قالوا: حدثنا علي بن عبد الحميد الغضائري، حدثنا مجاهد بن موسى، حدثنا معن بن عيسى، عن مالك، عن الزهري، عن سعيد، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن وهو لصاحبه».

حدثنا عبد الرحمن بن عبدالله بن خالد، قال: حدثنا محمد بن العباس بن يحيى الحلبي، قال: حدثنا علي بن عبد الحميد، وحدثنا إسماعيل بن عبد الرحمن القرشي، قال: محمد بن العباس بن يحيى الحلبي، قال: حدثنا أبو بكر، وعلي بن عبد الحميد، قالوا: حدثنا مجاهد بن موسى، قال: حدثنا معن بن عيسى، قال: حدثنا مالك، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن وهو من صاحبه». وزاد فيه أبو عبدالله بن عمرو بن الأبهري، بإسناده: له غنمه وعليه غرمه. وهذه اللفظة قد اختلفت الرواة في رفعها: فرفعها ابن أبي ذئب، ومعمر، وغيرهما في هذا الحديث، لكنهم رووه مرسلا، على اختلاف في ذلك، عن ابن أبي ذئب، نذكره، إن شاء الله.

ورواية معن، عن مالك موافقة لذلك، وقد روى ابن وهب هذا الحديث فجوده، ويين أن هذا اللفظ ليس مرفوعا.

روى سحنون، ويونس بن عبد الأعلى، ومحمد بن عبدالله بن عبد الحكم، عن ابن وهب، قال: سمعت مالكا، ويونس بن يزيد، وابن أبي ذئب، يتحدثون عن ابن شهاب، عن ابن المسيب، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن».

وقال يونس: قال ابن شهاب: وكان سعيد بن المسيب يقول: الرهن ممن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه. فتبين برواية ابن وهب، عن يونس بن يزيد، أن هذا من قول سعيد ابن المسيب - فالله أعلم، إلا أن معمرا قد ذكره عن ابن شهاب مرفوعا. ومعمر من أثبتته الناس في ابن شهاب، وقد تابعه على ذلك يحيى بن أبي أنيسة، فرفع هذا اللفظ ووصل الحديث، عن أبي هريرة، ويحيى ليس بالقوي.

وقد روى من حديث محمد بن كثير، وحديث زيد بن الجباب، عن مالك، عن الزهري، عن سعيد، عن أبي هريرة، قال: قضى رسول الله ﷺ: أن لا يغلق الرهن، له غنمه، وعليه غرمه. ذكر ذلك شيخنا ابن قاسم، عن شيوخته، عنهما. وذكره الدارقطني وغيره، وقد حدثني إسماعيل بن عبد الرحمن، قال: حدثنا محمد بن العباس الحلبي، قال: حدثنا علي بن عبد الحميد، قال: حدثنا عبدالله بن عمران العابدی، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن زياد بن سعيد، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن، له غنمه وعليه غرمه». وفيما أخبرني أبو عبدالله أجازته علي بن عمر الحافظ، قال: حدثنا علي بن أحمد =

=ابن الفتح الوراق، حدثنا محمد بن إبراهيم بن يعقوب الأنطاكي، حدثنا محمد بن المبارك الأنباري، حدثنا أحمد بن إبراهيم بن أبي سكينه الخبلي، حدثنا مالك بن أنس، عن الزهري، عن سعيد، وأبي سلمة، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن ممن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه».

وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن زهير، قال: حدثنا عبدالله بن عمران بن زريق المكي، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: لا يغلق الرهن، وحدثنا إسماعيل بن عبدالرحمن، قال: حدثنا محمد بن العباس، قال: حدثنا أبو بكر محمد بن عبدالله الطائي بمخص، قال: حدثنا محمد بن خالد بن خلي، قال: حدثنا بقية، عن إسماعيل بن عياش، عن عباد، يعني ابن كثير، عن محمد بن عبدالرحمن، يعني ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة، عن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه».

قال أبو عمر: أما حديث إسماعيل بن عياش، فهذا أصله.

وقد روى عن إسماعيل بن عياش، عن ابن أبي ذئب، ولم يسمعه إسماعيل من ابن أبي ذئب، وإنما سمعه من عباد بن كثير، عن ابن أبي ذئب. وعباد بن كثير عندهم ضعيف لا يحتج به. وإسماعيل بن عياش عندهم أيضا غير مقبول الحديث إذا حدث عن غير أهل بلده، فإذا حدث عن الشاميين، فحديثه مستقيم، وإذا حدث عن المدنيين وغيرهم - ما عدا الشاميين، ففي حديثه خطأ كثير واضطراب، ولا أعلم بينهم خلافا أنه ليس بشيء - فيما روى عن غير أهل بلده، وقد اختلفوا فيه إذا روى عن أهل بلده، والصواب ما ذكرت لك إن شاء الله.

وقد روى هذا الحديث، عن إسماعيل بن عياش، عن الزبيدي، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ. ولو صح عن إسماعيل، لكان حسنا لكن أهل العلم بالحديث يقولون: إنه إنما رواه، عن ابن أبي ذئب، ولم يروه عن الزبيدي، وقد أوضحت لك أصل روايته في هذا الحديث، عن ابن أبي ذئب، إلا أنه قد روى عن ابن أبي ذئب، من وجه صالح حسن غير هذا الوجه.

حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إبراهيم، قال: حدثني يحيى بن أبي طالب الأنطاكي، وجماعة من أهل الثقة، قالوا: حدثنا عبدالله بن نصر الأصبم الأنطاكي، قال: حدثنا شبابة، قال: حدثنا ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن، الرهن لمن رهنه، له غنمه وعليه غرمه».

ورواه عن شبابة هكذا جماعة. وأما رواية ابن عيينة لهذا الحديث متصلا عن زياد بن سعد، فإن الأئمة من أصحاب ابن عيينة يروونه عن ابن عيينة، لا يذكرون فيه أبا هريرة، ويجعلونه عن سعيد مرسلا. وهذا الحديث عند أهل العلم بالنقل مرسل، وإن كان قد وصل من جهات كثيرة، فإنهم يجعلونها وهو مع هذا حديث لا يرفعه أحد منهم، وإن اختلفوا في تأويله ومعناه، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نَرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنْ يَرَهْنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِالشَّيْءِ، وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ بِهِ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: إِنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ إِلَى أَجَلٍ، يُسَمِّيهِ لَهُ، وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَكَ بِمَا رُهِنَ فِيهِ. قَالَ: فَهَذَا لَا يَصْلُحُ، وَلَا يَجِلُّ، وَهَذَا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ، وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ بِالَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الْأَجَلِ، فَهُوَ لَهُ، وَأَرَى هَذَا الشَّرْطَ مَنْقُوحًا.

الشرح: قوله: «لا يغلُق الرهن»^(١) معناه، والله أعلم، لا يمنع من فكه، وذلك أنه نهى عن عقد يتضمن ذلك، وعن استدامته إن عقد على وجه يتضمن، فإن وقع، فقد قال: يرهن الرهن في دينه على هذا الشرط، لا يصلح ولا يجل، يريد في مسألة الكتاب، وهو في دين ثابت.

ومثل ذلك أن يبيعه ثوبًا بمائتي درهم إلى أجل، ثم يرهنه به رهنًا، على إن جاءه بالثمن إلى ذلك الأجل، وإلا فالرهن له بذلك الثمن، فالبيع صحيح، والرهن فاسد، وله إن قبضه البائع حكم الرهن، رواه ابن حبيب عن ابن القاسم.

قال مالك في المدونة: ومعنى ذلك أن البيع سلم من هذا الشرط، والرهن على هذا الوجه ينقض من قرض كان أو من بيع.

ووجه ذلك ما احتج به مالك من النهي عنه، والنهي عنه يقتضى فساد المنهى عنه، ولأنه في القرض تارة يكون بيعًا، وتارة يكون قرضًا، وهو إذا كان الدين من بيع أو من قرض بمعنى فسخ دين في دين، وذلك يمنع صحة ما عملا عليه من غلق الرهن، وهو بيعه بالدين الذي رهن به.

مسألة: فأما إن كان ذلك في بيع انعقد على هذا الشرط بأن يبيعه ثوبًا بمائة درهم إلى أجل على أن يرهنه به دابة على إن جاء بالثمن إلى ذلك الأجل، وإلا فالدابة عوضًا من الثوب، فإن هذا البيع فاسد؛ لأن البائع لا يدري بما باع ثوبه بالمائة درهم أو بالدابة، فينقض البيع والرهن، ما لم يفت الثوب، فيمضى الثوب بالقيمة، ويبطل الأجل، وشرط الرهن.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٧٩/٨: لا يغلُق الرهن، برفع القاف على الخبر، أى ليس يغلُق الرهن، ومعناه لا يذهب ويتلف باطلا، والأصل في ذلك الهلاك، والنحويون يقولون غلق: إذا لم يوجد له تخلص. وقال: قال أبو عبيد: لا يجوز في كلام العرب أن يقال للرهن إذا ضاع: قد غلق، إنما يقال: قد غلق إذا استحقه المرتهن فذهب به. قال: وهكذا كان من فعل أهل الجاهلية، فأبطله النبي ﷺ بقوله: «لا يغلُق الرهن».

٢٤٢ كتاب الأفضية

مسألة: وإن حل الأجل، ولم يفسخ الرهن إلى ربه، وأخذ المرتهن دينه، سواء تغير قبل الأجل بزيادة أو نقصان، أو حوالة أسواق، أو لم يتغير وللمرتهن أن يجسسه بحقه، وهو أحق به من الغرماء؛ لأنه على ذلك أخذه، وإنما معنى قوله: «أنه يفسخ» أنه إن كان ما عليه مؤجلاً إلى سنة أنه يفسخ قبل السنة، وهذا كله قول مالك في المدونة.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أنه يجب أن يفسخ غلاقه، وأما أن يؤخذ من المرتهن، ويبقى دينه دون رهن، فلا.

مسألة: فإن لم يرد بعد الأجل، وما يقرب منه حتى تغيرت أسواقه، أو تغير بزيادة أو نقصان، لزمه بقيمته، ويقاص بثمنه من دينه، ويتدان الفضل، قاله مالك في المدونة.

ومعنى ذلك عندى أن البيع إنما وقع فيه يوم حل الأجل، فإن فات بعد ذلك، فقد فات بيد المبتاع في البيع الفاسد.

قال مالك في المدونة: وهذا في السلع والحيوان، وأما في الدور والأرضين، فإن حوالة الأسواق، وطول الزمان لا يفيتها، وترد إلى الراهن؛ لأنه يبيع فاسد محرم، وإنما يفيتها الهدم والبنيان والغرس، سواء تهدمت بفعل المرتهن أو بفعل غيره.

مسألة: فإن فات الرهن بعد الأجل بيد المرتهن على وجه يلزمه، فقد قال ابن عبدالحكم، ورواه ابن عبدوس عنه: عليه قيمته، قيل يوم فات، وقيل يوم حل الأجل، وهو قول مالك في المدونة. قال ابن عبدوس: وقول ابن عبدالحكم أحب إلى.

وجه ذلك أنه قبض الرهن على وجه البيع، فلذلك روعيت قيمته يوم الفوات؛ لأن حكم الرهن كان أحق به بعد الأجل، وقبل الفوات، وإليه كان يرد لو ظهر عليه.

ووجه القول الثاني، وهو الأظهر عندى أنه يوم الأجل مقبوض للبيع، ولو لم يكن مقبوضاً للبيع لما فات بتغير الأسواق، ولا زيادة ولا نقصان، ولذلك يضمن بعد الأجل ضمان ما يبيع يبيعاً فاسداً دون ضمان ما يغاب عليه من الرهن.

مسألة: وروى ابن الماجشون عن الدراوردي، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن النبي ﷺ مثله. وزاد فيه: «هو من صاحبه الذي رهنه له غنمه، وعليه غرمه». ومعناه عند مالك وأصحابه: له غلته، وخراج ظهره، وأجرة عمله، وعليه غرمه، أى نفقته، وليس يريد به الهلاك والمصيبة؛ لأن الغنم إذا كان الخراج والغلة، كان الغرم ما قابل

كتاب الأفضية ٢٤٣
ذلك من النفقة، وهو نحو ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «الرهن محلوب ومركوب» (*) أى غلته لربه، ونفقته عليه، لا يمنع كونه رهناً من صرف هذه المنافع إلى مالكة الراهن أو غيره.

وقد رأيت للشيخ أبى إسحاق نحو هذا التفسير فيه، ولا يجوز ذلك للمرتهن؛ لأنه زيادة فى القرض وعوض مجهول فى المبايعه. وقال الشيخ أبو بكر: معنى قوله: «له غنمه» أى منفعتة، ولم يرد ملكه؛ لأن الملك لم يزل عن الرهن وغرمه، أى نفقته وتلفه إذا ثبت تلفه من الراهن.

وقال بعض المالكيين: معنى قوله: «له غنمه» أى رجوعه إليه ويرجع رب الحق عليه بحقه. وذلك معنى قوله: «إن غرمه عليه»، يريد أن الغرم الذى رهن من أجله عليه كما كان رجوع الرهن إليه، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء فى رهن الثمر والحيوان

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: فِيْمَنْ رَهْنًا حَائِطًا لَهُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى، فَيَكُونُ ثَمْرُ ذَلِكَ الْحَائِطِ قَبْلَ ذَلِكَ الْأَجَلِ: إِنَّ الثَّمَرَ لَيْسَ بِرَهْنٍ مَعَ الْأَصْلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَ ذَلِكَ الْمُرْتَهِنُ فِي رَهْنِهِ، وَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا ارْتَهَنَ جَارِيَةً، وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ حَمَلَتْ بَعْدَ ارْتِهَانِهِ إِيَّاهَا: إِنَّ وَلَدَهَا مَعَهَا^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَفَرَّقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَبَيْنَ وَلَدِ الْجَارِيَةِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرِتَ، فَثَمْرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ». قَالَ: وَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ بَاعَ وَوَلَدَةً أَوْ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانَ، وَفِي بَطْنِهَا جَيْنٌ أَنْ ذَلِكَ الْجَيْنِ لِلْمُشْتَرِيِ اشْتَرِطَهُ الْمُشْتَرِيِ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطَهُ، فَلَيْسَتْ النَّخْلُ مِثْلَ الْحَيَوَانَ، وَلَيْسَ الثَّمْرُ مِثْلَ الْجَيْنِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ^(٢).

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥١١. الترمذى حديث رقم ١٢٥٤. أبو داود حديث رقم

٣٥٢٦. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٤٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٧٠٨٥.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٣.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٦/٢٢.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ ثَمَرَ النَّخْلِ وَلَا يَرْهَنُ النَّخْلَ، وَلَيْسَ يَرْهَنُ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ جَنِينًا فِي بَطْنِ أُمِّهِ مِنَ الرَّقِيقِ، وَلَا مِنْ الدَّوَابِّ^(٣).

الشرح: قوله: «من رهن حائطًا إلى أجل، فثمر الحائط قبل الأجل، فإن ذلك الثمر لا يكون رهنًا مع الحائط».

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: معناه لا يكون للثمرة حكم الرهن، ولا يكون المرتهن أحق بها من الغرماء، وذلك أن النماء من الرهن على ضربين، أحدهما: أن يكون من غير جنس الأول كثمرة النخل وعسل النحل وغلة الزرع والرباع وغلة العبيد وسائر الحيوان، فهذا كله لا يكون رهنًا مع الأصل ما حدث منه بعد عقد الرهن.

فأما الثمرة، فسواء حدثت بعد العقد أو كانت موجودة حين الرهن، مزهية أو غير مزهية، قاله ابن القاسم وأشهب.

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٧/٢٢، وقال: لم يختلف قول مالك وأصحابه أن ما تلده المرهونة فهو رهن معها، وأن الثمرة الحادثة ليست برهن معها، وأن الثمرة مع الأصل، لا مع الاشتراط. وقال الليث بن سعد: إذا كان الدين حالا دخلت الثمرة فى الرهن، وإذا كان إلى أجل، فالثمرة إلى صاحب الأصل. وروى عنه أنه لا تدخل فيه إلا أن تكون موجودة يوم الرهن فى الشجر.

وقال الشافعى: لا يدخل الولد الحادث، ولا الثمرة الحادثة فى الرهن، كما لا يدخل مال العبد عند الجميع إذا رهن العبد.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: إذا ولدت المرهونة بعد الرهن دخل ولدها فى الرهن، وكذلك اللبن، والصوف وثمر النخل، والشجر. وهو قول الثورى، والحسن بن حى. وبه قال أبو جعفر الطبرى، قال: وكذلك الغلة والخراج، كل ذلك داخل فى الرهن بغير شرط.

قال أبو عمر: قد أوضح مالك وجه الصواب فيما ذهب إليه فى هذه المسألة. وأما الشافعى، فحجته أن الثمرة لما لم تدخل فى بيع الأصل إلا بالشرط دل على أنها شئ آخر غير الأصل، ولا تدخل فى الرهن إلا بالشرط بعد ظهورها، والأمة لا يصح رهن جنينها فى بطنها، فإذا ولدت، فهو مباين لها، لم يقع عليه الرهن، فهو للراهن.

وأما أبو حنيفة، فقاسه على المكتوبة التى ولدها مثلها إذا ولدت بعد الكتابة، ولا فرق عنده بين الثمرة والولد، لأن ذلك كله نى من الأصل. والاحتجاج بمذاهبهم فيه تشعب، والأصل ما ذكرته لك.

كتاب الأفضية ٢٤٥

وقال أبو حنيفة والثوري: إن اللين والصوف وثمر النخل والشجر ما حدث من ذلك بعد الرهن، فهو فى الرهن، وكذلك الغلة والخراج.

والدليل على ما نقوله أنه نماء حادث من غير جنس الأصل، فلم يتبعه فى عقد الرهن. أصل ذلك مال العبد.

مسألة: وأما أصواف الغنم وألبانها، فلا تتبع أيضاً إذا حدثت بعد عقد الرهن، أو كانت غير كاملة، فأما إن كانت كاملة يوم عقد الرهن، فقد قال ابن القاسم: يلحقها حكم الرهن. وقال أشهب: لا يكون رهناً إلا بالشروط.

وجه قول ابن القاسم أنه متصل بالحيوان اتصال حلقة، قد كمل، ويتبع فى البيع بمجرد العقد، فكذلك فى الرهن كأعضاء الحيوان.

وقد قال بعض القرويين فى النخل ترهن وفيها ثمرة يابسة: يجب أن تكون للمرتهن على قول ابن القاسم كالصوف التام.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن الثمرة اليابسة لا تتبع فى الرهن؛ لأنها لا تتبع فى البيع بخلاف الصوف؛ لأننا الصوف لا يخلو منه الحيوان، ويؤخذ منه على سبيل الإصلاح له، فأشبهه جريد النخل. وأما الثمرة، فمن غير جنس الأصل ومقصودة بالغلة، تخلو منها الشجرة فى بعض أوقاتها، وذلك حكم رطبها ويابسها.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أن هذه غلة، فلم تتبع الأصل فى الرهن بمجرد العقد كاللين فى ضرور الغنم.

مسألة: وأما غلة الدرر المكتراة، وغلة العبيد والدواب، فلا يكون شىء من ذلك رهناً مع الرقاب، وكذلك العبد لا يتبعه فى الرهن إلا بالشروط، قاله مالك.

فإن شرطه، جاز ذلك، وإن كان مجهولاً كما يجوز فى البيع، فإن شرطه، ففى كتاب محمد: لا يكون له ما أفاد بعد الرهن؛ لأنه غلة. قال فى كتاب ابن عبدوس: ولا ما وهب له. قال فى الكتابين: إلا أن يربح فى المال الذى شرطه، فهو كماله.

مسألة: ويجوز ارتهان مال العبد دونه، فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن، إن قبضه، قاله مالك فى المجموعة.

وجه ذلك أن الفرر والمجهول يصح ارتهانه كما يصح أفراد الثمرة التى لم تؤبر بالارتهان.

٢٤٦ كتاب الأفضية

فصل: وقوله: «ومن ارتهن جارية، وهي حامل، أو حملت بعد الرهن، فإن ولدها معها» وقد تقدم أن النماء على ضربين، وقد تقدم الكلام فيما ليس من جنس الأصل. وأما ما كان من النماء من جنس الأصل كالولد. زاد الشيخ أبو القاسم: وفراخ النخل والشجر، فإن جميع ما تلده الأمة بعد عقد الرهن يكون رهنا معها دون شرط، خلافاً للشافعي.

وجه ذلك أنه من جنس الأصل، فأشبهه سمنها.

ومن ارتهن عبداً، فولد للعبد من أمته، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: الولد رهن مع أبيه دون أمه.

وجه ذلك أن أمه مال للعبد، فلا تكون رهناً معه بمجرد العقد، والولد نماء من جنس الأصل، فكان تبعاً له في الرهن.

فروع: ولو شرط في الأمة أنها رهن دون ما تلده، لم يجز ذلك، قاله مالك في المدونة. وقال في المجموعة: لا يرتهن الجنين دون الأم، وليس الولد كالثمرة.

وجه ذلك أنه جزء معين من الجارية، فلم يجز أن يتفرد بالرهن كيدها أو عضو من أعضائها. وقال أحمد بن ميسر: يجوز أن يرتهن ما تلده هذه الجارية، أو هذه البقرة، أو هذه الغنم، كما يرتهن العبد الآبق والجمل الشارد، ويصح ذلك بالبعض، فإذا ولدت الغنم كان الولد رهناً، وقاله الشيخ أبو القاسم في تقريره.

مسألة: وأما ما ولدته قبل الرهن، فقد روى أشهب عن مالك في العتبية: يجوز أن يرتهن ولدها، وتباع مع ولدها، فيكون المرتهن أولى بحصتها من الثمن، ويخاص الغرماء في حصة الآبق.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في وصيف يوضع رهناً، قال: أمه تكون معه في الرهن، يريد لا يفرق بينهما في المكان. وأما أن يتعلق بها حكم الرهن، فلا.

قال أبو إسحاق: لا يرهن الصبي حتى يثغر كما لا يجوز بيعه حتى يثغر، إلا أن يرهن مع أمه.

فصل: وقوله: «وفرق ما بين الثمرة، وولد الجارية أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع». قال: والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن من باع جارية أو شيئاً من الحيوان، وفي بطنها جنين أن ذلك

كتاب الأفضية ٢٤٧

للمشترى، وإن لم يشترطه» فهذا على ما قال فرق بين الثمرة المؤبرة والجنين، وحجة من أراد إلحاق أحدهما بالآخر، وأن يجعل الثمرة المؤبرة تتبع فى الرهن كما تتبع الجنين. وأما الثمرة التى ليست بمؤبرة، فخارجة عن ذلك؛ لأنها تتبع النخل فى البيع، وإن لم يشترطها المبتاع، فهى فى البيع بمنزلة الجنين، وفى الرهن مخالفة للجنين.

والفرق بين الرهن والبيع، أن البيع ينقل المبيع عن ملك البائع، فكانت غلته للمبتاع، والرهن لا ينقل الرهن عن ملك الراهن، فبقيت غلته له، والجنين لما كان من جنس أمه تبعها فى الرهن، و البيع كسمنها، لم ينفصل عنها فى بيع، ولا رهن، قال مالك، فى جرح المرتهن، يؤخذ له الأرش: أنه للمرتهن فى رهنه.

فصل: وقوله: «ويبين ذلك أن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل دون الأصل، ولا يرهن أحد جنينا دون أمه» وهذا أيضاً فرق بين الثمرة المؤبرة وبين الجنين، إذا سلم له.

وإن قلنا إنه يصح إفراد الثمرة التى لم تؤبر بالرهن أو ثمرة نبتت فى المستقبل فى نخله، وهو الظاهر من المذهب، فقد قال ابن القاسم: يجوز ارتهانها سنين.

وقال ابن المواز: يجوز أن يرهن الثمرة قبل أن تكون طلعا. وقال أشهب: يجوز ارتهان الدار، فهذا فرق واضح بين الثمرة والجنين. والفرق بينهما ما قدمناه.

وإذا لم يسلم له ما ادّعه فى الجنين، فلا يصح هذا الفرق إلا على أصله ومذهبه دون مذهب من خالفه، وجمع بينهما فى أن يتبعها الأصل فى الرهن أو لا يتبعانه، وقد اختلف فيما قاله مالك من ذلك.

فرع: وإذا قلنا إنه يجوز ارتهان الثمرة التى لم يبد صلاحها دون الأصول، فإنه لا يكون الحرز فيها إلا بقبض الأصول، ومن ارتهن زرعاً فى أرض دون الأرض، فإن حيازته بقبض الأصول، قاله ابن القاسم فى المدونة، وقال: فإن فلس فالثمره والزرع للمرتهن دون الشجر والأرض، فإن ذلك للغرماء، قال: وذلك أنه لا يمكنه قبض الثمرة إلا بقبض الأصول.

وجه ذلك أن قبض الرهن مبنى على منع الرهن منه جملة، فلا يبقى له فى الرهن تصرف بوجه، وذلك أن الرهن يبطل بتعذر الحيازة، ويبطل بعد صحة الحيازة بعدم الحيازة، فكان القبض فيه مخالفاً للقبض فى البيع، إذ لم يبطل بعدم القبض، وإنما يبطل

٢٤٨ كتاب الأفضية
بعدم إمكانه، فحكم القبض فى الرهن أشد منه فى الهبة؛ لأن الهبة إذا صحت بالحيازة لا تبطل برجوعها إلى يد الواهب، والرهن يبطل برجوعه إلى يد الراهن، فلم يصح حيازته إلا بمنع الراهن منه لكل وجه.

* * *

القضاء فى الرهن من الحيوان

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي الرَّهْنِ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يُعْرَفُ هَلَاكُهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَيَّوَانٍ، فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَعَلِمَ هَلَاكُهُ، فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ، وَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَنْقُصُ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ شَيْئًا^(١).

الشرح: قوله: «ما كان من أمر يعرف هلاكه» يريد أن يكون ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتهر، ولا يغاب عليه كالأرض والدور والحيوان، فإن هذا لا يمكن إخفاؤه بالمغيب عليه، والستر له.

قال مالك: وكذلك الزرع والثمرة فى رعوس النخل، وهذا على ما قال، وأما الأرض، والرباع كلها، وأصول الشجر مما لا ينقل ولا يحول، فأمرها ظاهر، يعلم صدق مدعى ضياعها من كذبه. وأما الحيوان، فإن ادعاء إباق العبد، وهروب الحيوان، أمر لا يكاد المرتهن أن يقيم به بينة؛ لأن هذا يكون كثيرًا فى وقت الغفلة، وفى حين لا يمكن إقامة البينة به.

قال مالك: لأن الأصل ما أخذه عليه على غير الضمان حتى يتبين كذبه، وذلك مثل ما قال أشهب، إذا زعم أن الدابة انفلتت منه، أو العبد كابره بحضوره جماعة من الناس، فينكرون ذلك، فلا يصدق إلا أن يكون الذين ادعى عليهم غير عدول، فلا يصدقون، والقول قوله. قال ابن المواز: وهذا مذهب مالك وأصحابه فيما لا يغاب عليه.

ووجه المشهور من قول مالك أنهم إذا كانوا غير عدول: لم يثبت كذبه، وكان على أصله فى التصديق، وانتفاء الضمان؛ لأنه على ذلك أخذه، فوجود غير العدول كعدمهم فيما يتعلق بالحكم له وعليه.

مسألة: وأما فى الموت، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: يصدق إلا أن يظهر كذبه بدعواه ذلك بموضع لا يعلم أهله ذلك. ومعنى ذلك أنه يصدق إذا ادعى فى الفيافى

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٤.

كتاب الأفضية ٢٤٩
والقفر، بحيث لا يكون به من يعرف به صدقه أو كذبه، فإن كان فى القرى، وحيث
يكون الناس، فإن كان فى موضع يكون فيه أهل العدل، ولم يعلم أحد منهم موت
ذلك [.....] ^(١).

مسألة: ولو قال: ماتت دابة، لا نعلم لمن هى، ففى المجموعة: فوصفوها إن عرفوا
الصفة، أو لم يصفوها، قبل قوله: أنها هى، ويخلف.

وجه ذلك أن هذا المقدار من العلم، هو الذى يعلم أهل الجهة التى ماتت الدابة بها،
فإذا عدم ذلك، علم كذبه فيما زعمه من موته، وليس كل من رأى دابة ميتة سأل عمن
ملكها، ولا يتبين صفتها، بل يصرف بصره عنها، ويسرع المشى فى البعد عنها، فلا
يتبين كذب مدعى ذلك فى عدم المعرفة بهذا المعنى منها.

فصل: وقوله: «وإن ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيئاً» يريد أن حق المرتهن على
الراهن بكماله لا ينقص منه لأجل ما ذهب من الرهن بيده؛ لأن ضمان ما لا يغاب عليه
إذا رهن من رهنه، وبه قال الأوزاعى، ورواه يحيى بن كثير عن على بن رضى الله عنه.
وقال ابن أبى ليلى وأبو حنيفة والثورى: الرهن كله من ضمان المرتهن.

وروى القاضى أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد، وقبضه كله،
وتلف عنده: أنه لا يضمن إلا بصفة، وهذا موافق لما قاله أبو حنيفة فى ضمان المرتهن لما
لا يغاب عليه، إلا أنه عند أبى حنيفة مضمون بقدر الدين دون قيمته.

والدليل على ما نقوله أن ما لا يضمن بقيمته لا يضمن بقيمة غيره كالوديعة. وقد
قال فى كتاب ابن المواز: قلت: ففى أى موضع يكون الرهن بما فيه إن ضاع؟ فقال:
فيما يغاب عليه، ولا يعلم له قيمة، ولا صفة لقول الراهن ولا المرتهن، ولا غيرهما،
فهذا لا طلب لأحدهما على الآخر.

وقد كان القياس يحتمل أن يجعل قيمته من أدنى الرهن، وقد ذكر لى ذلك عن
أشهب، وما قلت لك أولاً هو قول العلماء، وأحقه بحديث النبى ﷺ الرهن بما فيه.

قال أبو الزناد: وفى الحديث: إذا عميت قيمته، وهذا الذى ذكره لا يثبت عن النبى
ﷺ فيه شىء، ولا له أصل، وإنما هو قول جماعة من الفقهاء أن الرهن يضمن منه قدر
الدين، وما زاد على ذلك من قيمته، فهو أمانة، وهو قول ابن أبى ليلى والثورى وأبى
حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

وروى عن محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه، وما روى فوت هذا من قول أصحابنا فى معنى قوله: «الرهن بما فيه» هو قول الفقهاء السبعة إنما ذلك إذا جهلت صفاته، ولم يدع معرفة ذلك رهن ولا مرتهن، وهو قول الليث بن سعد، وبلغنى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه.

وقد قال مالك: الرهن بما فيه إذا ضاع عند المرتهن ما يغاب عليه، وكانت قيمته بقدر الدين، وسيأتى ذكره، إن شاء الله عز وجل.

قال مالك: وَمَا كَانَ مِنْ رَهْنٍ يَهْلِكُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، فَلَا يُعْلَمُ هَلَاكُهُ إِلَّا بِقَوْلِهِ، فَهُوَ مِنَ الْمُرْتَهِنِ، وَهُوَ لِقِيَمَتِهِ ضَامِنٌ، يُقَالُ لَهُ: صِفَهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ، أَحْلَفَ عَلَى صِفَتِهِ وَتَسْمِيَةِ مَالِهِ فِيهِ، ثُمَّ يُقَوِّمُهُ أَهْلُ الْبَصَرِ بِذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَمَّا سَمِيَ فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أَخَذَهُ الرَّاهِنُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِمَّا سَمِيَ، أَحْلَفَ الرَّاهِنُ عَلَى مَا سَمِيَ الْمُرْتَهِنُ، وَبَطَلَ عَنْهُ الْفَضْلُ الَّذِي سَمِيَ الْمُرْتَهِنُ فَوْقَ قِيَمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ أَبَى الرَّاهِنُ أَنْ يَحْلِفَ، أُعْطِيَ الْمُرْتَهِنُ مَا فَضَلَ بَعْدَ قِيَمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ: لَا عِلْمَ لِي بِقِيَمَةِ الرَّهْنِ، حُلِّفَ الرَّاهِنُ عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ، وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ إِذَا جَاءَ بِالْأَمْرِ الَّذِي لَا يُسْتَكْرَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ إِذَا قَبِضَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ وَلَمْ يَضَعْهُ عَلَى يَدَيْ غَيْرِهِ^(١).

الشرح: قوله «وما كان من رهن يهلك بيد المرتهن، فلا يعلم هلاكه إلا بقوله، فهو من المرتهن» يريد أنه مما يغاب عليه، ولا يكاد أن يعلم هلاك ما كان من جنسه إلا بقول من هو بيده كالثياب والعروض والعنبر والحلى والطعام، وغير ذلك مما يكال أو يوزن، فهذا وما أشبهه يوصف بأنه مما يغاب عليه، وهذا الجنس من الرهون إذا ضاع المرتهن، فلا يخلو أن تقوم بضياعه بيته، أو لا تقوم بذلك بيته.

فإن قامت به بيته، فعن مالك فى كتاب ابن المواز فى ذلك، روايتان، إحداهما: أنه لا يضمن، وبها قال ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ، واختارها ابن المواز. والثانية: يضمن فى الرهن والعارية، وهو مذهب الأوزاعى فى الرهن، وبه قال أشهب.

وجه الرواية الأولى أن ما لا يغاب عليه من الرهون لا يضمن، وإنما يضمن ما يغاب

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٩/٢٢.

عليه لحاجة الناس إلى الرهون والإقراض والشراء بالدين، وما يغاب عليه، يدعى فيه الضياع على وجه لا يعلم فيه كذب مدعيه غالباً، فيبرأ من ضمانه، فإذا لم تقم له بينة بهلاكه كان عليه ضمانه كما ألزم الكرى ضمان ما ينفرد بحمله من الطعام لما خيف من تسرع أمثاله إلى أكله حفظاً للأموال، ولذلك سقط عنه الضمان فيما لا يغاب عليه من الحيوان، وإذا كان يسقط عنه الضمان فى الحيوان وإن تلف بغير بينة لما كان الغالب من أمره ظهوره، فبأن يسقط عنه الضمان فيما يغاب عليه إذا قامت عليه بينة أولى وأحرى.

ووجه الرواية الثانية أن ما يغاب عليه من الرهون حكمها الضمان، وعلى ذلك أخذت، فاستوى فيها ثبوت إتلافها ببينة، أو خفاء ذلك، كالرهن مما لا يغاب عليه لما قبض على غير الضمان استوى فيه ثبوت ذلك أو خفاء ذلك.

فرع: وإذا قلنا برواية ابن القاسم، وقامت بينة بهلاك ما يغاب عليه من الرهون من غير تضييع من المرتهن، ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يضمن، وكذلك لو رهنه رهناً فى البحر فى المركب، فيغرق المركب أو يحترق منزله أو يأخذه لصوص منه بمعاينة فى ذلك كله.

فرع: وإذا جاء المرتهن بالرهن، وقد احترق، و قال: وقعت عليه نار، فلا يصدق، وهو ضامن إلا أن تقوم عليه بينة أو يكون الاحتراق أمراً معروفاً مشهوراً من احتراق منزله أو حانوته، فيأتى ببعض ذلك محترقاً، فإنه يصدق، رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم.

ومعنى ذلك أن الرجل قد يدعى احتراق الثوب يكون عنده بما لا يعلم سببه، مثل أن يقول وقع فى نار أو جاورته نار، لم تعد إلى غيره، أو تعدت إلى يسير يخفى مثله، أو يدعى احتراق ذلك بما يعلم سببه كاحتراق المنزل أو الحانوت، فإذا كان مما لا يعلم سببه، فهو ضامن، وإن جاء به محروقاً إلا أن تقوم بينة بما يدعيه، وإن كان مما قد علم كاحتراق منزله أو حانوته، فلا يخلو أن يثبت أن ذلك الثوب كان فيما احترق من حانوته أو منزله، أو لا يثبت ببينة.

فإن ثبت ذلك ببينة، فلا خلاف فى تصديقه، سواء أتى ببعض ذلك محروقاً أو لم يأت بشيء منه، وادعى احتراق جميعه، فظاهر المسألة أنه غير مصدق.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه إذا كان مما جرت العادة

٢٥٢ كتاب الأفضية

برفعه من الرهن فى الحوانيت حتى يكون متعدياً بنقله عنه كأهل الحوانيت من التجار الذين جرت عادتهم بارتهان الثياب، ورفعها فى حوانيتهم، لا يكادون ينقلون شيئاً من ذلك عنها، فإننى أرى أن يصدقوا فيما يدعون من احتراق ذلك فيما عرف، وشوهد من احتراق حانوته، وقد أفتيت بذلك فى طرطوشة عند احتراق أسواقها، وكثرت الخصومة فى مثل هذا، وأنا معهم بها، وغالب ظنى أن بعض من كان هناك من طلبة العلم أظهر إلى رواية عن ابن أئمن بمثل ذلك، والله أعلم.

وهذا وإن كان الراهن إنما قبض الرهن على الضمان، فإن معناه عند ابن القاسم خوف ضمان التعدى، وأنه غير مصدق فيما يدعى من ضياعه، لا بضمان أثبتته الشرع بمقتضى الرهن، فإذا كانت له شبهة من احتراق حانوته، وكان هذا الرهن مما جرت العادة بحفظه فى حانوته، كان القول قوله فيما ادعاه من كونه فيه حين احتراقه.

مسألة: وإذا أتى المرتهن بالرهن، وهو ساج، قد تأكله السوس، فلا ضمان عليه، ويحلف ما ضيعه، ولا أراد فيه فساداً، وإن كان أضاعه، ولم ينظر فى أمره حتى أصابه بسببه أن يكون فيه شىء، رواه فى العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

وقال الشيخ أبو إسحاق: إذا تأكلت الثياب عند مرتتها أو قرضها الفأز أو ما أشبه ذلك، فإن كان أضاعها، ضمن، وإلا لم يضمن. وقال ابن القاسم: يضمن.

مسألة: وأما إن تلف بغير بينة، فلا خلاف فى المذهب فى أنه مضمون خلافاً لسعيد بن المسيب والزهرى وعمرو بن دينار فى قولهم: إن الرهن كله أمانة، ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، وبه قال الشافعى.

والدليل على ما نقوله إن قبض ما يملك، فمنفعته للقابض مؤثرة فى الضمان كالشراء.

مسألة: والرهن مضمون على حكم الارتهان فى الضمان من حين يقبضه المرتهن إلى أن يردده إلى رهنه، وفى العتبية من رواية يحيى فىمن سألك سلفاً، فأعطاك به رهنًا، فتلف الرهن قبل أن يصل السلف إلى الراهن، فإن المرتهن يضمنه؛ لأنه لم يأخذها إلا بمعنى الاستيثاق، ولو دفع الراهن إلى المرتهن ما على الرهن من الدين، ثم تلف الرهن بيد المرتهن، فقد قال فى المدونة فىمن ارتهن رهنًا بدين، فاستوفاه، ثم ضاع الرهن عنده بعد ذلك: فهو ضامن لقيمته.

ووجه ذلك أنه مقبوض على حكم الرهن، فلا تأثير فيه لقضاء ما عليه من الدين،

كتاب الأفضية ٢٥٣
وكذلك لو كان عليه مائة، فأداها كلها إلا درهماً واحداً، ثم ضاع الرهن، لم ينقصه ما أدى من ضمان الرهن شيئاً، ولو كان له فيه تأخير؛ لوجب أن ينقص من ضمان الرهن بقدر ما أدى من دينه، وأيضاً فإن الرهن مضمون بقيمته، ولو كان الدين بضمانه تعلق، لكان مضموناً بدينه.

مسألة: ولو كان لك عليه دين، وله بيدك رهن، فوهبته الدين، ثم ضاع عندك الرهن، ففي العتبية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب: أنك تضمنه ونحوه في المدونة.
ووجه ذلك ما قدمناه من أنه مقبوض على حكم الرهن، فبراءة الراهن مما رهن به لا تغير حكمه في الضمان كما لو قضاه ذلك.

فرع: وهل للواهب الرجوع في هبته؟ قال أشهب: يرجع الواهب فيما وضع من حقه ليقا صه به في قيمة الرهن، فإن بقى له منه شيء، لم يكن له قبضه، وإن بقى عليه من قيمة الثوب شيء، آداه، قال: لأنه لم يضيع حقه ل يتبع بقيمته.

مسألة: وأى وقت يراعى في قيمته؟ في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يضمن قيمة ما يغاب عليه من الرهن من حلى وثياب وغيره يوم الضياع، لا يوم الرهن. وقال في موضع آخر: يضمن قيمته يوم ارتهنه.

وجه القول الأول أنه ليس بمضمون عليه من يوم الرهن، ولذلك لو قامت بينة، لم يضمنه، فلذلك كانت قيمته يوم ضاع؛ لأنه حينئذ ضمنه.

ووجه القول الثاني أنه إنما يضمن بالقيمة، فذلك روعيت قيمته يوم القبض، وهو معنى قولنا: يوم الراهن. وقال أصبغ في الواضحة، ما معناه: أنه يراعى قيمته يوم الضياع، فإن جهلت، فقيمته يوم الرهن.

فرع: وهذا إذا لم يقوم الرهن يوم الارتهان، وأما لو قوم الرهن بعشرة دنانير، فضا ع، فتلك القيمة تلزمه، إلا أن يكون قد زاد في قيمته أو نقصا، فيرد إلى قيمته إذا علم بذلك، قاله في العتبية.

ووجه ذلك أن تقويمهما للرهن عند الراهن اتفاق منهما على قيمته، وإقرار بذلك، فيحملان على ذلك، إلا أن تثبت الزيادة في ذلك أو النقصان، فيحملان عليه بعد الضياع، ويمنعان من إقراره على ذلك قبل الضياع.

مسألة: ومن رهن عند رجل رهناً، ثم رهن فضله الآخر، قال ابن القاسم: لا يضمن

٢٥٤ كتاب الأفضية

الأول منه إلا قدر حقه من قيمته، وهو فى باقيه أمين، ولا ضمان على الثانى. وقال أشهب: ضمانه كله من الأول.

وجه قول ابن القاسم أن رضا المرتهن الأول بارتهان الثانى الفضلة، نقل لها إلى حكم الأمانة، فلا ضمان عليه فيها، ولا ضمان على المرتهن الثانى فيها؛ لأنه رهن على يد أمين، فلا يضمه المرتهن.

ووجه قول أشهب أنه قد قبضه على وجه الرهن، فلا ينتقل منه برهن غيره إلا بقبضه منه كما لو قضا ما عليه من الدين لم ينتقل إلى حكم الأمانة والوديعة.

والفرق بينهما على رأى ابن القاسم، أن المرتهن إذا قبض ما على الرهن من الدين، وطلب صاحبه قبضه، فهو عنده على ذلك الحكم حتى يقتضيه أو يوافقه على أنه عنده على حكم الوديعة، فيقره عنده على ذلك، فينتقل إلى حكم الوديعة أو يبيعه منه، فينتقل إلى حكم المبيع، والذى أباح له أن يرهنه غيره، فقد صرح بأنه عنده على حكم الأمانة، ولم يبقه عنده على الحكم الذى كان عليه قبل ذلك، فكان بمنزلة أن يقبض ما عليه من الدين، ويقول له: هذا رهنك، فاقبضه، فيقول: اتركه لى عندك وديعة، فهذا لا خلاف فى انتقاله إلى حكم الوديعة.

مسألة: ولو شرط فيما يغاب عليه أن لا يضمه، وأن يقبل قوله فيه، فقد قال ابن القاسم: شرطه باطل، وهو ضامن. وقال ابن البرقى عن أشهب: شرطه جائز، وهو مصدق فى الرهن والعارية، قال ذلك كله ابن المواز.

وجه القول الأول أن الشرط إذا انعقد على نقل ضمانه من محله، لم ينقله، ويبطل الشرط؛ لأن مقتضى العقد فى هذا أقوى من الشرط، وهذا حكم الضمان فى سائر العقود إنما يثبت بقبضها، لا تأثير للشرط فى ذلك، وإنما يؤثر فيما اختلف قول مالك فيه فى محل الضمان كالمبيع الغائب، وما جرى مجرى ذلك لتردد الضمان عنده بين المحلين بأصل العقد، فلذلك كان للشرط فيه تأثير، والله أعلم.

فصل: وقوله: «يقال له صفه، ثم يحلف على صفته، ويسمى ماله فيه» إلى آخر الفصل معناه إن لم يختلف الراهن والمرتهن فى صفة الرهن الذى تلف، ولزم المرتهن ضمانه، إما لتعديه أو لعدم البينة على ضياعه، أو لأن ذلك حكم ما يغاب عليه من الرهن، على رواية أشهب عن مالك.

فإن اتفقا على صفة الرهن، حكم بقيمة تلك الصفة، وإن اختلفا فى صفته وقيمته

وصفة المرتهن، وحلف على ذلك، وعلى ماله فيه، يريد إن اختلفا فى قدر الدين، قال: ثم يقوم بتلك الصفة، فإن كان فى القيمة فضل، أخذه الراهن، وإن كان نقص حلف الراهن على ما سمى، وبطل عنه ما زاد على قيمة الرهن، فإن نكل أدى ما زاد على قيمة الرهن.

ووجه ذلك أن المرتهن غارم، فالقول قوله فيما ينكره مما يدعيه عليه الراهن من صفة الرهن، ويحلف مع ذلك على ما قابله فيه من الدين؛ لأن القول قوله فى قدر الدين إلى منتهى قيمته تلك الصفة، فلذلك جمعت له يمينه ما يستحقه بيمينه فى هذه الحكومة، فإن حلف، فكان فى القيمة فضل على الدين، أدى الفضل إلى الراهن.

وإن كان فى الدين فضل على القيمة، حلف الراهن على ما سماه المرتهن من دينه؛ ليسقط عن نفسه فضل منه على قيمة رهنه، إن كان ما أقر به من الدين أقل من قيمة السلعة.

مسألة: ولو اختلفا فى قيمة الرهن وصفته، واتفقا فى قدر الدين، فقال الراهن: قيمة الرهن عشرون ديناراً، وقال المرتهن قيمته ثلاثون ديناراً، واتفقا على أن الدين عشرة، وفى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك: يحلف المرتهن ما قيمته إلا ثلاثة دنانير، ويسقط من الحق بقدرها.

ومعنى ذلك أن يرجع المرتهن على الراهن ببقية قدر الدين، وذلك سبعة دنانير؛ لأن الراهن قد أقر أن الدين عشرة، فإن أثبت أن قيمة الرهن ثلاثة دنانير بيمين المرتهن، أدى باقى الدين سبعة دنانير وهذا مبنى على أن الدين لا يشهد لقيمة الرهن.

ووجه ذلك أن الرهن مبنى على أنه لا يراعى قيمته يوم الرهن، وإنما يراعى يوم يحتاج إلى بيعه، ولذلك يرتهن ما لا قيمة له الرهن كالثمرة التى لم تؤبر، وتلف الرهن قبل وقت بيعه، فلذلك لم يشهد الدين بقيمته.

وقد روى أبو زيد فى سماعه عن أصبغ فيمن رهن رهناً بألف دينار، فقضاها، ثم أخرج إليه المرتهن ثوباً قيمته دينار واحد، وقال الراهن: رهنتك ثوباً، وشيئاً، ووصف ثوباً قيمته ألف دينار، أن القول قول الراهن إذا تفاوت الأمر هكذا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى ليس من باب شهادة الرهن، وإنما هو من باب أن يدعى ما لا يشبهه، ويدعى صاحبه ما يشبهه، فالقول قول مدعى ما يشبهه، إلا أن هذا نوع من شهادة الدين للرهن، والله أعلم وأحكم.

٢٥٦ كتاب الأفضية

مسألة: ولو نكل المرتهن عن اليمين، ففي المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك: يحلف الراهن أن قيمة رهنه عشرون ديناراً، ويحط عنه للدين عشرة، ويأخذ عشرة بقية قيمة رهنه. وروى ابن حبيب عن أصبغ مثله. ووجه ذلك ما قدمناه. «وإن أبى الراهن أن يحلف، أعطى المرتهن ما فضل بعد قيمة الرهن»، يريد أن الراهن لما نكل عن اليمين بعد ما ردت عليه بقدر الرهن من القيمة ما أقر به المرتهن، فيعطى الراهن المرتهن ما فضل من دينه عن قيمة الرهن، والله أعلم وأحكم.

فصل: قوله: «ولو قال المرتهن: لا علم لي بقية الرهن، حلف الراهن على صفته، وكان ذلك إذا جاء بالأمر الذي لا يستنكر» يريد أن يأتي بما يشبه من صفة ما يرهن في مثل ذلك الدين، وما يكون له من القيمة فيما يقرب منه على ما جرت عادة الناس في الرهن، وإنما راعى في ذلك الأمر الذي لا يستنكر؛ لأن المرتهن لم ينكل عن اليمين، ولا ادعى الجهل بصفة الرهن على الإطلاق، وإنما ادعى الجهل بتحقيق الصفة على وجه يحلف عليها، ويكون ذلك صفتها على حقيقتها.

فإذا أتى الراهن بصفة تبعد عن مقدارها عنده كان له الرجوع إلى أن يصفها بصفة لا شك أنها أفضل من صفة الراهن، وهي دون الصفة التي وصفها بها الراهن بكثير، سقطت عن نفسه ما يستنكره من الثمن، ولو سمع وصف الراهن، ثم نكل، هو عن اليمين. ورد اليمين عليه لكان للراهن ما حلف عليه، ولم يعتبر عليه في ذلك ما يستنكر؛ لأن المرتهن قد رضى بذلك حين رد عليه اليمين بعد العلم بتلك الصفة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقول مالك: «وذلك إذا قبض المرتهن الرهن، ولم يضعه على يد غيره» يريد أن المرتهن إنما يضمن الرهن الذي يغاب عليه على الوجه المذكور إذا كان هو الحائز له.

وأما إذا كان موضوعاً على يد غيره بحكم حاكم أو باتفاق الراهن والمرتهن، فلا ضمان على المرتهن في ضياعه، وإن لم تقم بذلك بيينة، وأما سائر ما تقدم من قوله في شهادة قيمة الرهن بقدر الدين، فيحتمل أن يتناوله هذا الشرط على قول أصبغ، ويحتمل أن لا يتناوله على قول ابن المواز، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وفي ذلك ستة أبواب، الباب الأول: في وجوب الحيازة للرهن، وكونها شرطاً في صحته أو إتمامه. والباب الثاني: في صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة. والباب

الثالث: فيمن يكون وضع الرهن على يده حيازة، وتمييزه من غيره. والباب الرابع: فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين. والباب الخامس: فيمن يقوم بالرهن، ويلى الإنفاق عليه والاستغلال له. والباب السادس: فى حكم العدل الذى يوضع على يده الرهن.

الباب الأول: فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطاً فى صحته أو إتمامه

ليس من شرط الرهن السفر خلافاً لمجاهد فى قوله: لا يصح الرهن إلا فى السفر. والدليل على ما نقوله أن كل وثيقة صحت فى السفر، فإنها تصح فى الحضر كالكفالة، ولا يتم له حكم الرهن إلا بالحيازة له، قال الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فجعل ذلك من صفات الرهن اللازمة له، وذلك بمعنى الشرط فيه، فصار حكم الرهن متعلقاً بالرهن المقبوض.

وإذا أقر الرهن بيد الرهن، وأشهد عليه أن لا يبيعه ولا يهبه، ولم يطلبه منه، فليس برهن حتى يقبضه منه المرتهن أو وكيله، أو من تراضيا به، رواه ابن وهب عن مالك فى المجموعة؛ لأن الله تعالى وصف الرهان بأنها رهان مقبوضة، ولا يقع اسم القبض على ما يبقى بيد الراهن، وأن كل ما جعلت الحيازة شرطاً فيه، لم يكن إلا بمعنى القبض كالهبة.

مسألة: ولا يكفى من حيازته الاتفاق على الإقرار بذلك حتى تشهد البينة على معاينة ذلك، قاله ابن الماجشون فى الموازية والمجموعة، وهو مذهب مالك، أن حق الغير متعلق به حين الحاجة إلى الحكم بكونه رهناً بعد موت الراهن أو فلسه، وقت تعلق الغرماء به، وأما قبل ذلك، فلا حاجة لهما إلى ذلك، ولا يمتنع عليهما بصحته بكل وجه.

مسألة: ولو مات الراهن أو أفلس، ووجد الرهن بيد المرتهن أو بيد الأمين الموضوع على يده، ففى الموازية والمجموعة عن عبد الملك: لا ينفع ذلك حتى تعلم البينة أنه حازه قبل الموت والفلس. قال ابن المواز: صواب لا ينفعه إلا معاينة الحوز لها حين الارتهان.

ووجه ذلك أنه قد وجد بيده بعد الموت أو الفلس، ولما كان من شرط ثبوت حكم الرهن له قبضه وحيازته قبل تعلق حق الغرماء به، لم يحكم له بذلك إلا بعد ثبوت الشرط فى وقته وقبل فوته.

قال أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى لو ثبت أنه وجد بيده قبل الموت والفلس،

٢٥٨ كتاب الأفضية

ثم أفلس أو مات الراهن لوجب أن يحكم له بحكم الرهن والله أعلم، ولعله أن يكون هذا معنى قول محمد: لا ينفعه إلا معاينة الحوز، بمعنى كون الرهن بيده فى وقت يصح فيه الحوز، وظاهر اللفظ يقتضى أن لا ينفع هذا حتى يعاين تسليم الراهن له إلى المرتهن على هذا الوجه، وهو وجه محتمل، ويتعلق به أحكام سنوردها، وننبه عليها فى مواضعها، إن شاء الله تعالى.

الباب الثانى: فى صفة الحيابة وتمييزها مما ليس بحيابة

فأول ذلك أن الرهن يلزم بمجرد القول خلافاً لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: لا يلزم إلا بالقبض.

قال القاضى أبو محمد: والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣]، قال: فلنا من الآية دليلان، أحدهما: أنه قال عز من قائل: ﴿فرهان مقبوضة﴾ فأتبتها رهناً قبل القبض. والآخر أن قوله: ﴿فرهان مقبوضة﴾ أمر؛ لأنه لو كان خبراً، لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض، ومن قولهم أن الراهن لو جن أو أنعمى عليه، ثم أفاق، فسلم، فصح، فيثبت أنه أمر. ومن جهة القياس أنه عقد وثيقة كالكفالة.

مسألة: وهل يكون من شرط صحة الحيابة للراهن أن يقبضه الحائز لذلك أم لا؟ اختلف أصحابنا فيه، فى كتاب ابن المواز من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن أكثرى داراً أو عبداً سنة، أو أخذ حائطاً مساقاة، ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل تمام السنة، فلا يكون محوزاً للرهن؛ لأنه يجوز قبل ذلك بوجه آخر.

وفى المجموعة، قال سحنون: ومذهب ابن القاسم أنه يجوز أن يرتهن الرجل ما فى يده بإجارة أو مساقاة، ويكون ذلك حيابة للمرتهن كالذى يخدم العبد، ثم يتصدق به على آخر، فحوز المخدم حوز للمتصدق عليه. وقال القاضى أبو محمد: إن رهن عيناً كان غضبها قبل ذلك، صح، وسقط ضمان الغصب.

وجه القول الأول، وهو قول أبى حنيفة أن هذا رهن بقى بيد من استحق قبضه قبل الرهن، فلم يكن محوزاً كما لو بقى بيد الرهن.

ووجه القول الثانى ما تقدم من احتجاج ابن القاسم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن رهن بيتاً من دار بما يليه من الدار فحازه المرتهن بغلق أو كراء، قال

كتاب الأفضية ٢٥٩

ابن حبيب عن أصبغ: إن حد له نصف الدار، فهو أحسن، وإن لم يحده، ولكنه رهنه البيت بعينه، ويصف الدار شائعاً، فيحارته للبيت تكفيه، وهي حيازة للجميع، وكذلك في الصدقة، يريد بقوله: فحيازة المرتهن بغلق البيت، أن غلقه للبيت على ذلك الوجه حيازة له، وسائر ما ارتهن من الدار، وأما الكراء، فإنه يشتمل على الجميع.

واختار أصبغ أن يحد له ما احتازه من الدار بحدود تضرب فيه بمعنى القسمة له حتى يتميز الرهن من غيره، لكنه إن حاز البيت أجزأه ذلك، وهو يحتمل وجهين، أحدهما: أن البيت هو معظم الرهن، والباقي تبع له. والثاني: أن يكون ذلك مبنياً على جواز المشاع مع غير الرهن، ويكون معنى المسألة بقية الدار لغير الراهن.

وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ارتهن الدار، وفيها طريق للمسلمين يسلكها الراهن وغيره، قال: إذا حاز البيوت، لم يضره الطريق؛ لأنه حق للناس كلهم، فراعى في الحيازة البيوت دون الساحة، ويحتمل ما قدمناه من أنه تبع للبيوت.

مسألة: ويجوز عند مالك رهن المشاع، وبه قال الشافعي، ومنع من ذلك أبو حنيفة. والدليل على ما نقوله أن كل ما صح قبضه بالبيع، صح ارتهانه كالمقسوم.

مسألة: إذا قلنا إنه يجوز رهن المشاع، فلا يجوز من رهن نصف شيء أن يكون باقيه له أو لغيره، فإن كان لغيره، ففي كتاب ابن المواز لأشهب: من كان له نصف عبد أو نصف دابة، أو ما ينقل ويحول كالثوب والسيف، لم يجز له أن يرهن حصته، إلا بإذن شريكه، وكذلك كل ما لا ينقسم؛ لأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه، فإن لم يأذن له انتقض الرهن.

فإن أذن له، جاز ذلك، ثم لا رجوع له فيه، ولا له يبعه إلا بشرط أن يبقى جميعه بيد المرتهن إلى الأجل، وكذلك لو كان جميعه على يد الشريك، فأراد الشريك بيع نصيبه على أن يكون جميعه بيده إلى الأجل، جاز، ولا يفسد ذلك البيع، وإن لم يكن بقرب الأجل؛ لأنه باع ما يقدر على تسليمه كالثوب في الغائب.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي لا يمنع ما ذكر؛ لأن رهن نصيب منه لا يمنع من بيع نصيبه، إن شاء، بأن يفرده بالبيع أو بأن يدعو الرهن إلى بيع حصته معه على الوجه الذي كان له ذلك قبل الرهن، فإن باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهناً، فإن كان بجنس الدين قضى منه دينه إن لم يأت برهن بدل منه.

٢٦٠ كتاب الأفضية

قال أشهب فى المجموعة: إلا أن يحتمل ذلك القسمة، فيقسم وتصير حصة الراهن بيد المرتهن أو بيد أمين.

مسألة: وإذا قلنا بجواز ذلك بإذن الشريك أو بغير إذنه، فإن الحوز فيه يكون عند ابن القاسم بأن يحل المرتهن فيه محل الراهن. وقال أشهب وعبد الملك: لا يتم فيه الحوز إلا بأن يجعل جميعه على يدى الشريك. قال أشهب أو غيره: أو بيد المرتهن.

وجه قول ابن القاسم أن هذا رهن لجزء مشاع، فجاز أن يحاز بأن يحل المرتهن فيه محل الراهن مع شريكه كالدار والحمام، وقد حوز ذلك أشهب وعبد الملك فى الدار والحمام، وذكر ذلك عنهما ابن المواز وابن عبدوس، وقالوا: وهذه حيازة ما لا يزال به.

مسألة: ولو رهنه عبداً أو ثوباً، فإن حيازته قبض المرتهن أو العدل لجميعه، فإن استحق نصفه، ففى الموازية والمجموعة عن أشهب: هو على ما تقدم، إن شاء المستحق أن يكون جميعه بيد المرتهن، فهو جائز، وإن منع من ذلك، وكان واحداً، لا ينقسم بيع، فأخذ المرتهن ثمن ما للراهن يتعجله من دينه، إن كان من جنس دينه، وإن كان من غير جنسه، مثل أن يكون دينه دراهم، فيباع بدنانير، أو يكون دينه دنانير فيباع بدراهم، وقف رهناً إلى الأجل.

قال: ولو رهنك النصف ثم أراد بيع النصف الثانى، لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل على ما تقدم. ومذهب ابن القاسم أنه يجوز أن يبقى الرهن إلى أجله، ويجوز المرتهن منه النصف الثانى مع المستحق لنصفه، وهو معنى قوله فى المدونة.

فصل: فإن كان جميع الرهن للراهن، فرهن نصفه، فإنه لا يصح الرهن مع بقاء شىء من العبد بيد الراهن، وإنما يصح أن يسلم جميعه إلى المرتهن أو إلى العدل.

مسألة: وأما ما لا ينقل، ولا يحول كاللور والأرضين والرباع، فإنه إن رهنه نصف دار، له جميعها، جاز ذلك.

قال فى كتاب ابن المواز: فيقوم بذلك المرتهن مع الراهن يكرهانه جميعاً، أو يجوزانه، أو يضعانه على يدى غيرهما.

وفى المجموعة لابن القاسم عن مالك: إن قبضه أنه يحوزه دون صاحبه، وهذا إن أشار به إلى الجزء الذى ارتهن، فموافق لما فى كتاب ابن المواز، وإن أشار به إلى جميع ما رهن بعضه، فمخالف له. وقد قال أشهب فى المجموعة: لا حيازة فيه إلا بقبضه كله على يد المرتهن أو يد عدل.

كتاب الأفضية ٢٦١
ووجه القول الأول أن ما صح أن يكون حيازة فى الهبة، صح أن يكون حيازة فى
الرهن كقبض الكل.

ووجه القول الثانى أن الهبة لما كانت لا يطرأ عليها الفساد بعد تمامها بالحيازة، جاز
أن يكفى فيها من الحيازة قبض الحصبة الموهوبة والرهن بخلاف ذلك؛ لأنه يطرأ عليه
الفساد بعد تمامه بالحيازة، فلم تصح حيازته إلا بمنع الراهن منه جملة.

فرع: ولو رهن رجل حصبة من دار، ثم اكرت من شريكه حصته، لم يبطل ذلك
الرهن فى الحصبة التى رهن، وللمرتهن منعه من سكنى الحصبة التى اكرت حتى يقاسمه،
فيحوز حصبة الرهن، قاله ابن القاسم.

وزاد أشهب: ومنعه القيام بالحصبة التى اكرت حتى يجعل ما اكرت من ذلك على
يد المرتهن بيده ليتم الحوز.

ووجه ذلك أن ملكه لمنافع حصته من الدار، لا يمنع من صحة حيازة الرهن، كما لم
يمنع من ذلك ملكه لمنافع الرهن، وإنما يمنع من ذلك سكناه إياه، وتصرفه فيه؛ لأن هذا
لو فعله فى حصبة الرهن؛ لأبطل حيازته.

مسألة: ومن صحة حيازة الرهن أن تتصل حيازته على الوجه الذى ذكرناه، فإن
أحدث الراهن فيه حدثاً قبل أن يقبضه المرتهن، فكل ما فعل فيه من بيع، أو وطء، أو
عتق، أو هبة، أو صدقة، أو عطية، أو غير ذلك نافذاً، إن كان ملئياً، وإن كان معسراً،
لم ينفذ منه إلا أن تحمل الأمة أو يبيعهها، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

قال: ولو قام المرتهن بطلب حيازة الرهن قبل أن يفسل الراهن أو يحدث ما ذكرناه،
قضى له بذلك. وقال أبو حنيفة: ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً. وللشافعى فيه
قولان، أحدهما مثل قول أبى حنيفة. والثانى مثل قولنا.

فإن حازه المرتهن على يده أو يد عدل، ثم رجع إلى الراهن بإذن المرتهن بإجارة، أو
مساواة، أو وديعة، أو بغير ذلك، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية وغيرها: قد
خرج من الرهن.

قال ابن القاسم: ولو أذن له فى سكنى الدار لخرجت عن الرهن. قال هو وأشهب:
ولو أذن له فى زراعة الأرض، فزرعها، وهى بيد المرتهن، فقد خرجت عن الرهن
خلافاً للشافعى. ووجه ذلك أنه قد عدت الصفة التى هى شرط فى صحة كونه رهناً
وهى الحيازة.

٢٦٢ كتاب الأفضية

فرع: ولو مات الراهن، فأكرى المرتهن الرهن بعد أن حازه فى حياته من بعض ورثته، لم يخرج بذلك عن الرهن، رواه ابن المواز عن ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن الرهن لم يرجع إلى الراهن؛ لأن الدين لم ينتقل إلى ذمم الورثة.

فرع: فإن وقع من ذلك ما يبطل الحيابة، ثم المرتهن يريد قام المرتهن يريد رد ذلك، ليصح رهنه، فقد روى ابن المواز وابن عبدوس عن أشهب: له ذلك، إلا أن يفوت يتحبيس، أو عتق، أو تدبير، أو غيره، أو قيام غرمائه. وقال ابن القاسم: إلا فى العارية، إلا أن يكون أعاره على ذلك، وقاله أشهب فى كتاب ابن المواز فى العارية.

وقال بعض القرويين: إنما فرق ابن القاسم بينهما إذا كانت العارية مؤجلة، فليس له ارتجاع الرهن بعد أن يعيره، إلا أن يعيره على ذلك، ولو كانت العارية غير مؤجلة، لكان له أن يأخذ الرهن بعد الأجل كالإجارة.

وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم: أن من جعل على يديه إذا أكره من الراهن بعلم المرتهن، فقد خرج عن الرهن، وإن سكت حين علم بذلك خرج عن الرهن، ولو أكره بإذنه، أو ترك الفسخ حين أعلم بذلك، وقد أكره بغير إذنه، ثم أراد يفسخ ذلك، فليس له ذلك.

وجه قول أشهب أن تأخر قبض الرهن، لا يمنع تلافيه قبل فوته كما لو ترك قبضه وقت الرهن، ثم قام يريد قبضه قبل فوته، فإن ذلك له.

ووجه قول ابن القاسم أن القبض الواجب لحق الرهن قد وجب أولاً، فإذا رده، فقد ترك حقه، ورده، فلا رجوع له فيه.

فرع: فإن فات قبل الارتجاع بعق، أو تحبيس، أو ما أشبه ذلك، والراهن عديم رد لعدمه، ولا يرد البيع، ولا يجعل من ثمنه الدين، ولا يوضع له الثمن، لأنه قد رده كما لو باعه قبل حيابة المرتهن، قاله أشهب فى الموازية.

فصل: وهذا فى حيابة الأعيان، وأما الديون، فارتها، نها جائز، قاله مالك، ولا يخلو أن يكون دين له ذكر حق أو دين لا ذكر له، فإن كان دين له ذكر حق، فحيابته أن يدفع إليه ذكر الحق، ويشهد له به، فهذا جوز أن يكون أحق به من الغرماء فى الموت والفلس، قاله مالك فى الموازية.

ووجه ذلك أن هذا غاية ما يمكن فى حيابته.

مسألة: وإن لم يكن للدين ذكر حق، فهل يجزئ فيه الإشهاد؟ قال ابن القاسم فى المجموعة: إن لم يكن فيه ذكر حق، فأشهد، فلا بأس بذلك، ونحوه عن مالك. وقال ابن القاسم أيضاً: إذا لم يكن فيه ذكر حق، لم يجز إلا أن يجمع بينهما، وإذا كان فيه ذكر حق، جاز ذلك، وهو ظاهر قول مالك فى الموازية.

وجه القول الأول أن الإشهاد أقوى من الجمع بينهما، وهو غاية ما يتوثق به ويصرف به المال إلى الموهوب له، وأما الجمع بينهما، فليس فيه أكثر من إعلام الذى عليه الحق، ولا اعتبار برضاه فى ذلك، فلا معنى لإعلامه على معنى الإشهاد.

مسألة: وإذا كان الدين للراهن على المرتهن، فإن كان أجل الدين إلى مثل أجل الذى رهن به أو أبعد منه، جاز ذلك، وإن كان أجل الدين الذى رهن به أقرب، لم يجز ذلك؛ لأن بقاء الرهن بعد محله رهناً كالسلف، فصار فى البيع بيعاً وسلفاً إلا أن يجعل ذلك بيد عدل إلى محل أجل الدين الذى رهن به، وهذا تفسير قول مالك فى العتبية وغيرها.

ووجه ذلك أن الدين الذى هو الرهن إذا حل الأجل، وكان الأجل إلى شهر، ثم اشترى سلعة، يريد إلى شهرين، على أن يؤخر بدينه الحال أو المؤجل إلى شهر أو شهرين، فهو بيع وسلف، ولو كان الرهن إلى شهرين، فاشترى سلعة إلى شهر، فإنه لا يقضى دينه عند انقضاء أجله، ويبقى الدين الذى هو الرهن إلى أجله، وإن احتيج إلى بيعه على ما بقى من أجله، وليس فى ذلك وجه من وجوه الفساد.

مسألة: ومن تسلف من امرأته دراهم، ورهنها بها خادماً، فقال ابن القاسم فى الموازية والعتبية: أحب إلى لو جعلها بيد غيرها. وقال فى موضع آخر: لا يكون ذلك رهناً.

وقال أصبغ فى الموازية: ذلك حوز لها، وكذلك كل ما فى البيت إلا رقبة البيت، فلا يكون سكنها فيها حوزاً، ويصح أن يكون قولها مبنياً على صحة اختيار الزوجة ما رهنه الزوج أو منع ذلك، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ويصح أن يكون مبنياً على أن خدمة الزوجة مستحقة على الزوج، والمنزل منزل الزوج، فلا يحاز عند ابن القاسم عنه ما كان فيه بخلاف ما تقدم لأصبغ، والله أعلم.

الباب الثالث: فيمن يصح وضع الرهن على يده

فإذا كان يتيم له وليان، فإن رهن منهما رهناً بدين على اليتيم، فوضع على يد

٢٦٤ كتاب الأفضية

أحدهما، ففي كتاب ابن المواز عن عبدالمملك: لا يتم فيه الحوز؛ لأن الولاية لهما ولا يحوز المرء على نفسه.

مسألة: ومن ارتهن حائطاً فجعل على يد المساقى فيه أو الأجير، فليس برهن حتى يجعل على يد غير من فى الحائط، وليجعل المرتهن مع المساقى رجلاً يستخلفه أو يجعله على يد من يرضيان به، رواه ابن القاسم عن مالك فى الموازية.

وقال عبدالمملك فى المجموعة: إن كان رهن نصفه، لم يجز ذلك فى الأجير والقيم، وإن كان رهن جميعه، فهو جائز.

وجه القول الأول أن المساقى، والأجير لما كانا عاملين للراهن كانت أيديهما له، فلا تصح الحيازة مع بقاء الرهن بيد الراهن أو بيد من يقوم مقامه كما لو رهن نصف الحائط.

ووجه القول الثانى أن يد الأجير إنما نابت عن يد الراهن بأمره، فإذا بقى له أمر فى بقائه بيده لبقاء بعضه غير مرهون، لم يجز ذلك، لأنه لا يكون حائزاً محوزاً منه، وإن لم يبق له فيه شىء، فقد زالت يد الأجير عن جميع الرهن بالأمر الأول، وصار الرهن بيده لمعنى آخر.

مسألة: وهل يصح أن يوضع الرهن على يد غير الراهن، ففي المجموعة عن عبدالمملك: إذا وضع الرهن على يد قيم ربه من عبده أو أجيده أو مكاتبه، فإن كان شيئاً يرهن بعضه، فليس محوز، وإن رهن جميعه، فذلك حيازة إلا فى عبده، وحوز العبد من سيده الرهن ليس محوز كان مأذوناً له فى التجارة أو غير مأذون.

وجه ذلك أن يد العبد لسيده، ولا يصح أن يكون الرهن محوزاً مع بقائه بيد الراهن.

مسألة: وأما وضع الرهن بيد زوجة الراهن، ففي كتاب ابن المواز عن أصبغ: أنه إن حيز الرهن بذلك عن رهنه حتى لا يلى عليه، ولا يقضى فيه، فهو رهن ثابت. وقال ابن القاسم فى المجموعة: يفسخ ذلك، ونحوه عنه فى العتبية والموازية.

وجه قول أصبغ أن الزوجة تحوز لنفسها عنه، فكذلك يحوز أن تحوز لغيرها.

وجه قول ابن القاسم أن المرأة للزوج عليها نوع من الحجر، ولذلك هى ممنوعة فيما زاد على الثلث، فلم تحز الرهن على الزوج كعبده وولده الصغير.

مسألة: وأما وضع الرهن بيد أخى الراهن، ففي العتبية والموازية عن ابن القاسم: لا

كتاب الأفضية ٢٦٥
ينبغي أن يوضع الرهن على يد أخى الراهن، وذلك لضعفه. وقال ابن القاسم فى
المجموعة: أما فى الأخ، فذلك رهن تام.

وجه القول الأول أن الرهن مبنى على منافاة تصرف الراهن، والمعتاد من حال الأخ
أن لا يمنع أخاه من مثل هذا، فلذلك ضعفت حيازته.

وجه القول الثانى، وهو الصحيح أنه مالك لنفسه، بائن عنه بملكه، فأشبهه الأجنبى.

مسألة: وأما وضع الرهن على يد ابن الراهن، فلا خلاف فى المذهب أنه إن كان
الابن فى حجر، أن ذلك غير جائز. وأما الابن المالك لأمر نفسه، البائن عن أبيه، فى
العتبية والموازية عن ابن القاسم: لا ينبغي أن يوضع على يد ابنه. وقال فى المجموعة:
إن وضع على يده، فسخ.

وقال سحنون فى العتبية: هذا فى الصغير، وأما الكبير البائن عنه، فإنه جائز، رواه
ابن وهب عن ابن الماجشون فى الابن والبنت، وتوجيه ذلك مبنى على ما تقدم، والله
أعلم.

الباب الرابع: فىمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين

فإنه إذا شرط المرتهن كون الرهن على يديه، جاز ذلك، إن كان مما يعرف بعينه
كالدور والعقار والحيوان والثياب وغير ذلك مما لا يكال ولا يوزن، فأما الدنانير
والدراهم، فلا يجوز ذلك فيها لجواز أن ينتفع بها، فيرد مثلها.

وقال أشهب فى المجموعة: لا أحب ارتهان الدنانير والدراهم والفلوس إلا مطبوعة؛
للتهمة فى سلفها، فإن لم تطبع لم يفسد الرهن ولا البيع، ويستقبل طبعها متى عشر
على ذلك، وهذا إذا كان على يد المرتهن دون الأمين، وما أرى ذلك فى الطعام
والأدام، وما لا يعرف بعينه، لأنه لا يكاد يخفى التصرف فيه، ويخفى فى العين، فالتهمة
فيه آيين.

والذى فى المدونة فى الدنانير والدراهم والفلوس: أنه يجوز ارتهانها إذا طبع عليها،
وإلا فلا. قال: وكذلك الخنطة والشعير وجميع ما يكال أو يوزن، إذا طبع عليها، وحيل
بين المرتهن وبين الانتفاع به، قال: لأن الطعام يؤكل، والعين تنفق، ويؤتى بمثلها
والثياب والحلى لا يؤتى بمثلها؛ لأنها معينة، والله أعلم.

مسألة: وإن شرط كونها على يد أمين لزمها ذلك أيضاً، ولا يحتاج أن يطبع منها

٢٦٦ كتاب الأفضية

على ما لا يعرف بعينه، وهو مذهب ابن القاسم وأشهب، فإن لم يشترطاً شيئاً، فقد قال محمد بن عبدالحكم: أنهما إذا اختصما في ذلك، قيل لهما: اجعلاه على يد من رضيتما، فإن لم يجتمعا على الرضى بأحد جعله القاضى عند من يرضاه.

ووجه ذلك أنهما إذا شرطا من يوضع على يده، لزمهما ذلك، وإذا لم يشترطاه، ورضيا به، جاز ذلك؛ لأن الحق في ذلك لم يخرج عنهما، ولزمهما من رضيا به بعد عقد الرهن كما لزمهما عند عقد الرهن.

وإذا لم يكن شيء من ذلك، فإن النظر في ذلك من الاختلاف عائد إلى الحكم كما لزمهما عند عقد الرهن.

وإذا لم يكن شيء من ذلك، فإن النظر في ذلك من الاختلاف عائد إلى الحكم كما لليتيم، لا ولي له، أو مال للغائب، لا وكيل له، ولا يلزم المرتهن أو يوضع ذلك على يده، إذا أباه، قال: لأنه يريد أن يزيل عن نفسه ضمانه، والله أعلم.

مسألة: فإن مات الأمين، فأوصى إلى رجل، لم يكن الرهن على يده، ولكن على يد من يرضى المترهنان به. قال ابن القاسم في المدونة: قال أشهب في المجموعة: وعلى الوصى أن يعلمهما بمؤنه، ثم إن شاء إقراره عنده أو عند غيره، فإن اختلفا فيه، وفي غيره جعل بيد أفضل الرجلين.

الباب الخامس: فيمن يلى الرهن ويقوم به من الإنفاق عليه والاستغلال له

روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن المرتهن يلى كراء الرهن وأحب إلى أن يستأمر الراهن إن حضر، فإن لم يأمره مضى ذلك. وقال ابن القاسم: للمرتهن أن يكرى الرهن بغير إذن الراهن، علم أو لم يعلم.

وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة: إن لم يأمره الراهن بالكراء، فليس له ذلك. وفي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: أن المرتهن يلى كراء الرهن بإذن الراهن، وكذلك من وضع على يده يلى ذلك بإذن الراهن.

وجه القول الأول أن عقد الرهن ووضعه بيد المرتهن يقتضى أن يلى كراءه؛ لأن الراهن ليس له ذلك؛ لأن توليه يخرج عن الرهن، ولا يجوز أن ينعقد الرهن على تضييع الغلة، فاقضى عقد الرهن أن يلى كراءه من وضع على يده.

وجه القول الثاني أن عقد الراهن لا يقتضى حفظ المرتهن للعين التي رهنها، وإنما

كتاب الأفضية ٢٦٧

يكون ذلك للمرتهن بإذن الراهن، فإذا أذن له فى حفظه، لم يكن له أيضاً أن يلى كراءه واستغلاله إلا بإذنه، وإنما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بذلك كما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بحفظ الرهن.

مسألة: وليس للمرتهن أن يجابى فى كراء الرهن؛ فإن حابى ضمن المحاباة، وقضى الكراء، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن عقد الكراء إليه، فإذا عقده، لزمه، وعليه أن يستوفى الكراء، فإن حابى بشيء منه، فهو هبة منه للمكترى، فعليه ضمان ذلك القدر الذى حابى به؛ لأن الراهن صار كالمحجور عليه فى كراء الرهن، يلزمه فعل من وضع على يده فيه من العقد، وله الرجوع بما حابى فيه من قيمة منفعتة.

مسألة: فإن أراد الراهن أن يعجل الدين ويفسخ الكراء، فإن كانا الكراء بلا وجيبة، لم يكن له فسخه، وإن كان بوجيبة، فللراهن فسخه، وإن كان أجله دون أجل الدين، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون. قال أصبغ: إن كانت وجيبة إلى أجل الدين وأدون، فليس للراهن فسخه، وإن كانت أبعد من أجل الدين، فله فسخ ما زاد عليه إذ حل الأجل.

وإنما فرق ابن الماجشون بين الوجيبة وغيرها؛ لأن عقد الكراء إذا انعقد على معين يتقدر بنفسه، لم يفسخ بفوات زمان، وإن أغلق بزمان معين، وقدر بزمان انفسخ بفوات ذلك الزمان.

وجه قول أصبغ أن الكراء على اللزوم، فإذا لزم ما تقدم منه بالعمل فيما لا مضرة فيه على الراهن أو استدأام بقاء الدين إلى أجله، فكذلك ما تقدر منه بالزمان. قال أصبغ: ولو كان الدين حالاً، لم أر له أن يكريها بوجيبة طويلة جداً، فإن فعل، لم يلزم الراهن إذا عجل الدين.

مسألة: فإذا ترك المرتهن أن يكرى الدار حتى حل الأجل، فإن كانت من الدور التى لها قدر كدور مكة ومصر، أو كان العبد نبيلاً، ارتفع ثمنه لخراجه فيدعه لا يكريه، فهو ضامن لأجر مثله.

وإذا لم يكن له كبير كراء، ومثله قد يكرى، ولا يكرى، لم يضمه، قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون. قال أصبغ: لا يضم فى الوجهين، وكذلك الوكيل على الكراء يترك ذلك، لم يضم.

٢٦٨ كتاب الأفضية

وجه قول ابن الماجشون أن الراهن محجور عليه في كراء داره وربعه الذى رهنه، وذلك للمرتهن الذى هو بيده، فإذا ضيعه، لزمه ما ضيع وتعدى بتركه.

وجه قول أصبغ أنه كالوكيل، الذى ليس له فعل إلا بإذن الموكل، فلا يلزمه ضمان شىء من ذلك.

مسألة: ولو أكرى الراهن الدار بأمر المرتهن خرجت من الرهن. قال ابن المواز: اتفق على ذلك ابن القاسم وأشهب، ولكن يكره المرتهن بأمر الراهن، قال ابن القاسم: وكذلك العارية. وقال أشهب: إن أعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى أن يليه المكترى، ويدخل معه فيه حتى يصير فى حكم ما هو فى يده، وقد قال فى المدونة: إنما قلت أن يبع الرهن بإذن المرتهن، لا يبطل الرهن إذا باعه فى يد المرتهن، ولو دفعه إليه يبيعه لنقص رهنه فى قول مالك.

وقال: يجوز إن ارتهن حصة المرتهن من جملة هذا الطعام، فإن أراد شريعه قسمته، فإن كان الراهن حاضرًا، أمر أن يحضر، فيقاسم شريكه والرهن كما هو بديه، فهذا وجه ذلك، والله أعلم وأحكم.

ويحتمل الوجه الآخر أنه محجور عليه فى التصرف فيه، فعلى هذا إنما يكون بيعه ومقاسمته بمعنى الإذن فيه ومباشرة المرتهن له، ويحتمل عندى أن يفرق بينهما بأن المكترى يده يد من أكره منه.

فإذا باشر الراهن الكراء، فقبضه المكترى انتقض بذلك الرهن؛ لأنه قد قبضه الراهن، وإذا باشر ذلك المرتهن، فانتقل بكراءه إلى المكترى، فلم يخرج عن يده، فبقى على حكم الرهن، ولذلك قال ابن القاسم وأشهب: إن أعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن.

ومعنى ذلك أن يد المستعير يد المعير، وأما فى البيع، فإن باعه الراهن، وهو فى يد المرتهن انتقل إلى يد المشتري، وقبض المرتهن الثمن، فلم يخرج بذلك عن حكم الرهن، وكذلك قسمة الطعام لا تنقل الرهن فى شىء من ذلك إلى يد الراهن، ولا إلى من يده فى حكم يد الراهن، وإنما يبقى بيد المرتهن، فلذلك جاز.

مسألة: وإذا كان الكرم رهنا بيد عدل، فأتى ربه بحفار يحفره، ففى العتبية، قال

كتاب الأفضية ٢٦٩

سحنون: ولا يحضر حفرة، ولا يأتي بحفار، وإنما يأتي به المرتهن، وهو يأمر بالحفر، ومن حيث يبدأ وكذلك حرث الأرض، فهذا وجه ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وعمل الحائط على المرتهن، ومرمة الدار، ونفقة العبد وكسوته على الراهن دون المرتهن، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

وجه ذلك أن الملك للراهن دون المرتهن، فعليه أن ينفق، وليس له أن يترك الرهن يخرّب ويفسد.

مسألة: وإذا تهورت البئر المرتهنة، فعلى الراهن إصلاحها، رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية، ومعناه فى المدونة، وإذا غرم المرتهن خراج الأرض المرتهنة، فإن كانت من أرض الخراج رجع على صاحب الأرض، وإن لم تكن من أرض الخراج، لم يرجع عليه بشيء؛ لأنها مظلمة.

وكذا اختران الرهن، إن كان مما يختزن على الراهن، وإن كان مما لا يختزن على الراهن مثله فى العادة كالثوب والعبد، فلا كراء فيه، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

وأما الرهن يحل بيعه، بحيث لا سلطان به، ولا يوجد من يبيعه إلا يجعل، فقد روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم: أن جعل على من طلب البيع. قال عيسى: وما أرى الجعل إلا على الراهن.

ووجه ذلك أن على الراهن صرف الرهن إلى صفة يقتضى منها المرتهن حقه، فيجب أن يكون جعل صرف ذلك عليه، وإذا مات العبد المرتهن، فكفنه ودفنه على رهنه، قاله مالك فى المدونة.

ووجه ذلك أن هذا من مؤنته، وذلك لازم لمالكة دون مرتنه.

مسألة: وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر الراهن، فهو سلف، ولا يكون فى الرهن إلا بشرط، سواء أنفق بإذنه أو بغير إذنه، وليس كالمضالفة ينفق عليها، فيكون عند مالك أولى بها من الغرماء حتى يستوفى نفقتها؛ لأنه لا بد أن ينفق عليها، وليس عليه ذلك فى الرهن؛ لأنه يطلب من الراهن أن يرفع ذلك إلى الإمام فى غيبته، قاله ابن القاسم.

قال أشهب: هو مثل المضالفة والرهن بها رهن، وليس للراهن منعه من ذلك؛ لأن الرهن يهلك، إن كان حيواناً، ويخرّب إن كان ربماً.

٢٧٠ كتاب الأفضية

مسألة: وهل يلزم الراهن الإنفاق، وإن كان موسراً، ففي المدونة: من ارتهن زرعاً أو ثمرة، لم يبد صلاحها، فانهارت بترها، وأبى الراهن أن ينفق عليها، فليس للمرتهن أن ينفق عليها، ويرجع بما أنفق عليها، ولكن يكون ما أنفق فى رقاب النخل حتى يستوفيه، ويبدأ بما أنفق قبل الدين.

وروى عن ابن القاسم فى المختصر من غير المدونة: أن الراهن يجبر على الإصلاح، إن كان ملياً.

وجه القول الأول أن العين التى ارتهنها قد تغيرت، فليس على الراهن بدلها، كما لو مات الحيوان، إن لم يكن عليه أن يأتى ببده.

وجه القول الثانى أن هذه نفقة يجبا بها الرهن، فلزمت الراهن كنفقة الرقيق.

مسألة: وإذا حل الدين، ولم يقض الراهن الدين، فلا يخلو أن يكون عرا الراهن عن شرط أو يكون جعل الراهن بيعه لمن هو بيده، فإن لم يكن فى ذلك شرط، فليس لمن هو بيده بيعه، ويرفع ذلك إلى السلطان، قاله مالك فى المدونة. قال ابن القاسم فى غير المدونة: فإن باعه، ردّ بيعه، قال: ولا يبيعه إلا ربه أو السلطان.

وجه ذلك أنه غير محجور عليه، فلا يلى أحد يبيع ماله، إلا أن يأبى من الحق، فبيعه عليه السلطان.

مسألة: فإن كان شرط له بيعه عند الأجل، ففي المدونة: أنه إن كان الراهن قد شرط إن لم يأت بالدين إلى الأجل، والذي هو بيده مسلط على بيعه، فإن مالكا، قال: لا يبيعه إلا بأمر السلطان.

زاد ابن القاسم عن مالك فى العتبية وغيرها: كان على يد المرتهن أو يد غيره، وشرط ذلك، فلا يفعل وشدد فيه. وروى عبدالرحمن بن دينار عن ابن نافع: ما أرى بيعه جائزاً إلا بأمر السلطان، وإن شرط ذلك.

وقال عيسى: قال ابن القاسم مثله، وبهذا قال الشافعى: أنه لا يصح توكيله على بيعه. وحكى القاضى أبو محمد عن المذهب أنه يكره، ويصح كالوكالة. قال ابن القاسم: وبلغنى عن مالك أنه قال: فإن باعه نفذ البيع، ولم يرد، فات أو لم يفت، كان له بال أو لم يكن، إذا أصاب وجه البيع؛ لأنه يبيع بإذن ربه.

وروى ابن المواز عن أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: يمضى ذلك إلا أن يكون مما له

كتاب الأفضية ٢٧١

بال كالدور والأرضين والرقيق والحيوان وما له بال فى القدر أيضاً، فليرد إن لم يفت، فإن فات أمضى إلا أن يعلم له صفة تساوى أكثر مما بيع به، فيضمن الفضل.

قال: وبلغنى ذلك عن مالك. وقال أشهب فى الموازية والمجموعة: أما القصب والقثاء، وما يباع من الثمر شيئاً بعد شىء، فليبع بمحضر قوم كما شرط، وأما الرقيق والدور والثمار، فلا بد من السلطان.

وقال أشهب: وهذا بموضع السلطان، وأما بلد لا سلطان به فيه، أو سلطان يعسر تناوله، فيبعه جائز، إذا صح وأمن الغرر.

وذكر الشيخ أبو القاسم هذه الرواية على غير هذا، فحكى عن المذهب، أنه إذا كان اشتراء القصب ونحوه مما لا يبقى مثله، أو ينقص ببقائه، فللمرتهن الموكل على البيع بيبعه، وإن كان عرضاً أو ربغاً تكثر قيمته، ولا يضر بقاؤه، فقد كره له بيبعه، إلا بإذن الحاكم إذا غاب ربه، وقال أشهب: لا بأس ببيع الربع وغيره.

ووجه القول الثانى أن كل من يصح توكيله على بيع غير الرهن، صح توكيله على بيع الرهن كالأجنبى.

فرع: وإذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل، فقد حكى الشيخ أبو القاسم والقاضى أبو محمد عن المذهب: ليس له ذلك، إلا بإذن المرتهن. وقال القاضى أبو إسحاق: له ذلك، وبه قال الشافعى.

وجه القول الأول أن هذه وكالة إذا شرطت فى العقد، صارت من موجباته، فلم يكن للراهن فسخها كما مسك الرهن.

وجه الرواية الثانية أنه عقد وكالة، فلم يلزم بالعقد كسائر الوكالات.

مسألة: وبيع الرهن مختلف، قال ابن عبدوس: إذا أمر الإمام ببيع الرهن، فأما اليسير الثمن، فيباع فى مجلس، وما كان أكثر منه، ففى الأيام، وما كان أكثر منه، ففى أكثر من ذلك، وأما الجارية الفارهة والدار والمنزل والثوب الرفيع، فيقدر ذلك حتى يشتهر، ويسعر به، وربما نودى على السلعة الشهرين والثلاثة وكل شىء بقدره.

مسألة: وإذا أمر الإمام ببيع الرهن بغير العين من عرض أو طعام، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: لا يجوز ذلك. وقال أشهب: إن باعه بمثل ما عليه، ولم يكن فيه فضل، فذلك جائز، وإن كان فيه فضل، لم يجوز بيع تلك الفضلة، والمشتري بالخيار فيما

بقى، إن شاء تمسك، وإن شاء رد؛ لما فيه من الشركة، وإن باعه بغير ما عليه، لم يجز.

* * *

القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: فِي الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ لَهُمَا رَهْنٌ بَيْنَهُمَا، فَيَقُومُ أَحَدُهُمَا بِبَيْعِ رَهْنِهِ، وَقَدْ كَانَ الْآخَرُ أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ سَنَةً، قَالَ: إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُقَسِّمَ الرَّهْنَ، وَلَا يَنْقُصَ حَقَّ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ، يَبِيعُ لَهُ نِصْفَ الرَّهْنِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا، فَأَوْفَى حَقَّهُ، وَإِنْ خِيفَ أَنْ يَنْقُصَ حَقَّهُ، يَبِيعُ الرَّهْنَ كُلَّهُ، فَأَعْطَى الَّذِي قَامَ بِبَيْعِ رَهْنِهِ حَقَّهُ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ طَابَتْ نَفْسُ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ أَنْ يَدْفَعَ نِصْفَ الثَّمَنِ إِلَى الرَّاهِنِ، وَإِلَّا حُلْفَ الْمُرْتَهِنِ أَنَّهُ مَا أَنْظَرَهُ إِلَّا لِیُوقِفَ لِي رَهْنِي عَلَى هَيْئَتِهِ، ثُمَّ أُعْطِيَ حَقَّهُ [عَاجِلًا] ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن الرجلين يصح أن يرتهننا رهناً من رجل، فإن رضى الراهن أن يكون بيد أحدهما، فذلك جائز، ويضمن حصته منه، وهو فى باقيه أمين، يضمنه الراهن، قال ذلك ابن القاسم وأشهب.

زاد أشهب فى المجموعة: فإن لم يتراضيا بكونه بيد أحدهما، جعل بيد أمين، ولا يضمنانه. قال ابن القاسم وأشهب: وإن قبضاه من الراهن، ولم يجعلاه بيد أحدهما، ضمناه، وإن جعلاه بيد أمين.

وجه ذلك أنه إنما أسلمه إليهما، فإن انفرد أحدهما بعد ذلك بقبضه، أو اتفقا على وضعه عند من شاء، فقد تعديا فيه وجعلاه عند من لم يأذن لهما فيه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فى الرجلين، إذا ارتهننا رهناً بحق لهما» ذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يرتهناه فى وقت واحد. والثانى: أن يرتهن أحدهما فضل الآخر، ومسألة الكتاب تقتضى أنهما ارتهنناه معاً، ولو ارتهننا رهناً بدين لهما على رجل، فأنظره أحدهما بحقه سنة، وقام الآخر يطلب تعجيل حقه، فإن كان الرهن لا تنقص قيمته بالقسمة، قال فى الأصل: إن لم تنقص قسمته حق الذى أنظره بحقه، بيع.

وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك، وهو فى الموازية والعنينة من رواية

(١) ما بين المعقوفتين سقط من أصل الباجى، وما أوردناه من الموطأ، والاستذكار لابن عبد البر.

عيسى وأبى زيد عن ابن القاسم: إن قدر على قسم الرهن بما لا ينقص به حق القائم بحقه، قسم، فبيع لهذا نصفه فى حقه.

قال أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى إنما يراعى فى ذلك إدخال القسمة النقص فى قيمة الرهن، وإذا دخل النقص فى أحد القسمين، فلا بد من أن يدخل فى الآخر، فتارة أظهر مراعاة حق القائم، وتارة أظهر مراعاة حق الآخر، ولا المعنى فىهما واحد لاسيما، وقد ثبت فى المسألة أن الرهن بينهما بنصفين.

وقد زاد فى المجموعة والعتبية: أن دينهما سواء، فإذا بيع نصف الرهن، فكان ثمنه قدر الدين قبضه القائم فى حقه، وإن قصر عن الدين طلبه ببقية دينه، ولم يكن له أن يباع شىء من بقية الرهن؛ لتعلق حق صاحبه به، وبقي إلى الأجل الذى أنظره.

وإن لم يكن فيه فضل عن دين الذى أنظره، ولو كان فيه فضل عن دينه، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فىمن رهن عبداً أو داراً فى دين مؤجل، فقام عليه غريم آخر، قال الشيخ أبو محمد: يريد، وهو معسر، فإن كان فى الرهن فضل عما رهن به يبيع، ففضى المرتهن حقه معجلاً، وقضى الغريم الآخر، وإن لم يكن فيه فضل، لم يبيع حتى يجل أجل المرتهن، فعلى هذا لا تباع حصة الذى تأجل دينه بما بقى من دين الذى تعجل إلا أن يكون فيها فضل عن دين صاحبه.

وأما إن كان فى حصة الذى تعجل، فقد فضل عن دينه، فإنما يباع منه عندى بقدر الدين المعجل، ولا يكون ما فضل عن الدين رهناً، ويدفع إلى الراهن؛ لأنه إنما رهن كل واحد منهما نصف الرهن، فلا دخول للآخر فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فإن خيف أن ينقص حقه، بيع الرهن كله، فأعطى الذى قام ببيع رهنه من ذلك، أضاف الرهن إلى المرتهن» لما كان له ثمنه وكان بيده. وقال: إن الرهن كله يباع ويعطى من ذلك، ولم يبين قدر ما يعطى، ولا بين أى قدر يعطى.

وقد بين ذلك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك، فقال ابن القاسم: إن القائم يأخذ من نصفه حقه، يريد أنه لا سبيل له إلى النصف الذى هو حصة الذى أنظره من الرهن، وإنما يأخذ دينه من النصف الذى ارتهن، وقد تقدم ذكر ذلك.

فصل: وقوله: «فإن طابت نفس الذى أنظره بحقه، دفع نصف الثمن إلى الراهن، وإلا حلف ما أنظرته إلا ليوفى لى رهنى» يريد أنه إن أراد المرتهن أن يدفع إلى الراهن، ثمن نصف الرهن، وهو الذى كان ارتهنه المؤجل بالدين، جاز ذلك؛ لأنه رهن قد

٢٧٤ كتاب الأفضية

طابت نفسه برده إلى الراهن، وينظره مع ذلك بدينه، «وإن أبى من ذلك، حلف» يريد أنه ما أخره إلا ليبقى الرهن وثيقة بحقه، ثم يقتضى من ثمن حصته من الرهن دينه، وهذا إذا بيع الرهن بمثل ما له من الدين، وكان الدين عيناً.

فإن بيع بعين مخالف للعين الذى له، فقد قال أشهب فى العتبية والموازية: يستحق نصفه، ولا ينقسم، ولا يرضى المستحق ببقائه بيد المرتهن: أنه يباع، ويعجل للمرتهن حقه إن بيع بمثل دينه، فإن بيع بدنانير، ودينه دراهم، أو يبيع بدراهم ودينه دنانير، وقف للمرتهن ذلك رهناً إلى الأجل، فيباع حينئذ فى حقه لما يرجى من غلاء ذلك.

ووجهه أنه غير الصفة التى يمكنه أن يقبضها، ويرجو من الربح فى نقلها إلى الصفة التى يستحقها عند حلول أجل دينه ما لا يرجوه الآن، فلم يكن له أن يباع، فيعجل من ثمنه دينه كما لا يجوز ذلك فى غير الرهن.

فصل: «وإن بيع بقمح وحق المرتهن قمح مثله» فقد قال ابن المواز: إنه بمنزلة أن يباع بدنانير، ودينه دنانير، أو يباع بدراهم ودينه دراهم. وقال أشهب فى العتبية: أنه إن بيع بشيء من الطعام أو الأدام أو الشراب، وهو مثل الذى له صفة وجنساً وجودة، فإنى أستحسن أن له تعجيله، وإن أبى صاحبه؛ لأنه إنما يعطيه مثله، إذا لم يعطه إياه، وهذا الذى قاله يقتضى أن يكون هذا حكم كل مكيل وموزون، وما فى حكمهما.

وكذلك قال سحنون فى المجموعة: إن يبيع بمثل حقه، فليعجل له، وقال فى موضع آخر إلا أن يكون حقه طعاماً يبيع، فيأبى أن يتعجله، فذلك له، فاعتبر فى ذلك رضى الله عنه رضا المرتهن؛ لأن من اشترى طعاماً مؤجلاً، لم يكن للبائع تعجيله قبل وقته بخلاف العين.

مسألة: وإن يبيع بطعام مخالف لما له، فقد قال محمد: يوضع رهناً بيده إلى حلول حقه. وقال أشهب فى العتبية: وكذلك إن يبيع بعرض بمثل حقه، أو مخالف له، وضع له رهناً، وليس تعجيله بغير رضا الراهن.

ووجه ذلك أن ما لا مثل له لا تكاد تصح فيه المماثلة، فقد يجد عند الأجل ما هو أقرب إلى المماثلة أو أيسر عليه فيما يجزئ عنه.

فصل: وقوله: «ثم يعطى حقه» على ما تقدم. وقد روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك فى مسألة الأصل: يحلف، ويعطى حقه، إلا أن يأتى الراهن برهن فيه، وفاء حق الذى أنظره، فيكون له أخذ الثمن، فيبين أن مسألة الأصل إنما هى فى المعسر.

كتاب الأفضية ٢٧٥

مسألة: ولو كان أصل دينهما من بيع أو قرض أو أحدهما من قرض والآخر من بيع جاز ذلك ما لم يقرضه أحدهما على أن يبيعه الآخر، فلا يجوز، فإن لم يكن بشرط جاز ذلك، قاله ابن القاسم في المدونة.

مسألة: فإن أقرضاه وارتهنا منه داراً أو ثوباً، وقضى أحدهما، خرجت حصته من الرهن، فإن كان دينهما من جنس واحد، وكتبا في ذكر واحد، لم يكن له أن يقضى أحدهما دون الآخر.

وإن كان دينهما من جنسين، لأحدهما دراهم، وللآخر شعير، جاز لأحدهما أن يقضى دون الآخر، ولو كتبا بغير ذكر واحد، أو يكون الرهن لهما بشيء واحد دنانير كلها، أو قمحا كله أو شيئاً واحداً، أو نوعاً واحداً، وإن لم يكتبا به كتاباً، فليس لأحدهما أن يقتضى دون الآخر، وذلك أن ذكر الحق إذا جمعهما أو الرهن، فقد جعلهما مع اتفاق جنس الدين كالشريكين، فلا يقبض أحدهما دون الآخر.

فإن كان دينهما من جنسين مختلفين، انتفت الشركة، وتباينت الحقوق، فلم يمنع أحدهما من قبض حقه.

وكذلك إذا كانا من جنس واحد، ولم يضمن ما يجمع بينهما بذكر حق ولا رهن، وكتبا حقهما مفرقاً؛ لأن ذلك بمعنى القسمة؛ لأن أفراد ذكر الحق يميز الحق كما يميزه أفراد نفس الحق.

فصل: وأما إذا ارتهن أحدهما بعد الآخر، فهو أيضاً على قسمين، أحدهما: أن يرتهن أحدهما جزءاً من الرهن، ثم يرهن رجلاً آخر باقيه، فإن كان أجل الدينين واحداً، فحكمه حكم ما رهنا جميعه معاً، وإن كان أجلهما مختلفاً، فحكمه حكم مسألة الكتاب في الرجلين، ينظر أحدهما، ويتعجل الثاني.

مسألة: وإذا رهن رجل رهناً بدين له عليه، ثم ادان من آخر، ورهنه فضلة ذلك الرهن الأول، ففي المجموعة عن مالك: ذلك جائز، إن رضى المرتهن الأول، فإن لم يرض، لم يجز، وقاله ابن القاسم وأشهب.

وفي كتاب ابن حبيب عن أصبغ: قال لى أشهب: له ذلك، رضى الأول أو سخط؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك؛ إذ هو المبدأ.

وقال ابن حبيب: إنما أراد مالك برضا الأول، إن لم يتم الخوز للثاني، و إذا لم يرض

٢٧٦ كتاب الأفضية
لم يتم، ولا تكون الفضلة له رهناً، بل هو أسوة الغرماء فيها، وهذا الذى قاله ابن حبيب قد رواه ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك فيمن رهن رهناً وجعله بيد المرتهن، ثم رهن فضله الآخر، لم يجز ذلك إلا أن يحوزه غير الأول؛ لأن الأول إنما حازه لنفسه، فلا يكون رهناً للثانى.

قال ابن القاسم: إلا أن يرضى الأول، فيحوز ويبدأ الأول، ويكون للثانى ما فضل.
وقال أصبغ: إذا جعل الرهن بيد غير المرتهن، جاز أن يرهن فضله الآخر، وإن أبى المرتهن الأول إذا علم من هو على يده لتم الحيازة لهما، وقيل عن مالك: حتى يرضى الأول، والقياس ما قلت لك.

وقد روى الشيخ أبو القاسم رواية أخرى فى رهن فضلة الرهن: أن ذلك لا يجوز، وإن أذن فيه المرتهن الأول، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا حل أجل دين الثانى قبل الأول، ففى الموازية لأشهب عن مالك أنه قال: إذا لم يعلم الأول أن دين الثانى يحل قبل دينه، يبيع الرهن، ويعطى الأول حقه قبل محله، ويعطى الثانى ما فضل عن دينه، ثم إن يبيع بمثل حقه أو بخلافه، فقد تقدم فى ذلك قول أشهب وسحنون بما يغنى عن إعادته. وقد قال سحنون فى العتبية: إنما تفسير قول أشهب فى الرهن يستحق نصفه.

فأما مسألة الرهن يرهن فضلته، فيحل حق الثانى، فيباع له، فإنه إذا وقف الأول مقدار حقه، فقد يتغير ما يوقف له حتى ينقص عند الأجل من حقه. قال ابن عبدوس: وكأنه يرى فيما رأيت أنه إن كان إنما يباع بخلاف حق الأول، أن لا يباع إلى أجله؛ لأنه إذا بيع بخلافه وقف الرهن كله، ولم يقض الثانى شيئاً، فلا فائدة فى بيعه.

ومعنى ذلك أن الثانى ليس له إلا ما فضل عن الأول، ولا يعلم ذلك إلا إذا بيع ماله، والله أعلم.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الْعَبْدِ يَرْهَنُهُ سَيِّدُهُ وَلِلْعَبْدِ مَالٌ: إِنَّ مَالَ الْعَبْدِ لَيْسَ بِرَهْنٍ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُرْتَهَنُ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من ارتهن عبداً له مال، فإن مال العبد لا يبيعه فى حكم الراهن؛ لأنه ليس بملك للراهن والراهن إنما يرهنه ما يملكه.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٥.

فصل: وقوله: «إلا أن يشترطه المرتهن» يريد، فيكون رهناً مع العبد، وإنما يكون رهناً مع العبد ماله إلى كان له يوم اشتراطه، قاله مالك في المجموعة والموازية، أو نداء ذلك المال، فإنه بمنزلة أصله.

ووجه ذلك أن نداء كل مال تبع لأصله في سائر أحكامه، ولذلك تبعه في الزكاة، وأما ما أفاد بعد الارتهان، فلا يكون رهناً معه، وقد تقدم ذكره.

* * *

القضاء في جامع الرهون

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ ارْتَهَنَ مَتَاعًا، فَهَلَكَ الْمَتَاعُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، وَأَقْرَأَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ بِتَسْمِيَةِ الْحَقِّ، وَاجْتَمَعَا عَلَى التَّسْمِيَةِ، وَتَدَاعَيَا فِي الرَّهْنِ، فَقَالَ الرَّاهِنُ: قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا، وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: قِيمَتُهُ عَشْرَةُ دَنَانِيرٍ، وَالْحَقُّ الَّذِي لِلرَّجُلِ فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا.

قَالَ مَالِكٌ: يُقَالُ لِلَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ صِفُهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ أَحْلِفَ عَلَيْهِ، ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا، فَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مِمَّا رُهِنَ بِهِ، قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ: ارْجُدْ إِلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةَ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقَلَّ مِمَّا رُهِنَ بِهِ، أَخَذَ الْمُرْتَهِنُ بَقِيَّةَ حَقِّهِ مِنَ الرَّاهِنِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ، فَالرَّهْنُ بِمَا فِيهِ (١).

الشرح: أكثر ما في هذا الفصل قد تقدم الكلام عليه، ومعنى ذلك أن الرهن إذا ضاع عند المرتهن، وكان مما يغاب عليه، فلزمه ضمانه؛ لأنه لم يقم بينة بضياعه، أو لأنه يحكم بضمانه له، وإن قامت بذلك بينة على ما وراه أشهب.

فإن اختلفا في قيمته، وادعى الراهن من ذلك أكثر مما أقر به المرتهن، قيل للمرتهن: صفة، قال: فإذا وصفه، حلف على تلك الصفة، يريد لأن الراهن خالفه فيها، وادعى أفضل منها، ولو جهل الراهن الصفة، فقد قال ابن حبيب عن أصبغ: إذا وصفه المرتهن، حلف، وإن نكل، بطل حقه، وكان الرهن بما فيه.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندى أنه لو ادعى الراهن معرفة الصفة، ونكل المرتهن، حلف الراهن، وقومت الصفة التي حلف عليها.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٤٠٦.

مسألة: فإذا حلف المرتهن على الصفة التي أقر بها، قومها أهل المعرفة، فرمما قوموها بأكثر مما أقر به من القيمة، فإن كانت تلك القيمة أكثر من الدين، وذلك على وجهين، أن يكون ما أقر به من قيمتها أو الأكثر من قدر الدين زعم أولاً أن قيمتها أقل من قدر الدين، أو بمثل قدر الدين، لكنه وصفها بعد ذلك بصفة قومت بأكثر من الدين، فهذا يقطع دينه مما لزمه من القيمة.

وقيل: له رد الفضل على الراهن، وإن كانت القيمة أقل من الدين، كان على الراهن أن يوفى بقية الدين، وإن كانت القيمة بقدر الدين، فقد قال: إن الرهن بما فيه، يريد أن هذا من المواضع التي قال فيها من تقدم: الرهن بما فيه، أو أنه يصح أن يحمل قولهم ذلك على هذه المسألة وما أشبهها.

ولو أقر أولاً بقيمة الرهن، فلما خالفه في ذلك الرهن، وصفه بصفة قومت بأقل من القيمة التي أقر بها أولاً، فإن عندي أنه تلزمه القيمة الأولى التي أقر بها، ويحمل ما وصفنا به الرهن مما قصر عن تلك القيمة جحد البعض القيمة بعد الإقرار بها، والله أعلم وأحكم.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي الرَّهْنِ يَرْهَنُهُ أَحَدُهُمَا صَاحِبُهُ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ: أَرْهَنْتُكَ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرَ، وَيَقُولُ الْمُرْتَهِنُ: ارْتَهَنْتُهُ مِنْكَ بِعِشْرِينَ دِينَارًا، وَالرَّهْنُ ظَاهِرٌ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ، قَالَ: يُحْلَفُ الْمُرْتَهِنُ حَتَّى يُحِيطَ بِقِيَمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَا زِيَادَةَ فِيهِ وَلَا نَقْصَانَ عَمَّا حُلِفَ أَنْ لَهُ فِيهِ، أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ، وَكَانَ أَوْلَى بِالتَّبْدِيلَةِ بِالْيَمِينِ لِقَبْضِهِ الرَّهْنَ وَحِيَازَتِهِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الرَّهْنِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ الَّذِي حُلِفَ عَلَيْهِ، وَيَأْخُذَ رَهْنَهُ. قَالَ: وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ أَقْلًا مِنَ الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَى، أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَى، ثُمَّ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ: إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الَّذِي حُلِفَ عَلَيْهِ، وَتَأْخُذَ رَهْنَكَ، وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلَى الَّذِي قُلْتَ أَنَّكَ رَهَنْتَهُ بِهِ، وَيَبْطُلُ عَنْكَ مَا زَادَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى قِيَمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ حَلَفَ الرَّاهِنُ بَطُلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ، لَزِمَهُ غَرْمُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنهما إذا اختلفا في قدر الدين، فقال الراهن: عشرة، وقال المرتهن: عشرون، والرهن قائم بيد المرتهن، يحلف حتى يحيط بقيمة الرهن، قال: وكان مبدأ باليمين لقبضه الرهن، وحيازته له.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١١٦/٢٢.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وسواء عندى كان بيده أو وضع له على يد عدل؛ لأن يد العدل حائزة للمرتهن. وقد قال ابن المواز: يبدأ المرتهن باليمين؛ لأن الرهن شاهد له، فإن كانت قيمة الرهن عشرين ديناراً، فهو للمرتهن، إلا أن يشاء الراهن أن يعطيه ما حلف عليه، ويأخذ رهنه على ما ذكر مالك فى الأصل.

فصل: «وإن كانت قيمة الرهن أقل من العشرين التى سماها، أحلف المرتهن على العشرين التى سمى» يريد أنه إن كانت قيمة الرهن خمسة عشر، فله أن يحلف على العشرين التى ادعى. قال ابن المواز: ولو قال المرتهن: لا أحلف إلا على قيمة الرهن؛ لكان له ذلك.

وحكى عبدالحق عن بعض شيوخه القرويين، أنه إنما يحلف المرتهن على خمسة عشر كما لو ادعى عشرين، وشهد له شاهد بخمسة عشر، فإنه إنما يحلف على الخمسة عشر التى شهد له بها شاهده دون العشرين التى ادعاهها.

وهذا الذى قاله مخالف لنص المذهب على ما ثبت فى الأصل من قول مالك، رحمه الله، ولا أعلم فيه خلافاً بين أصحابنا، إلا ما قاله ابن المواز: أن المرتهن مخير بين أن يحلف على العشرين أو على الخمسة عشر.

والفرق بين الرهن والشاهد، أن الرهن متعلق بجميع الدين، والشاهد لا تعلق له بما لم يشهد به، ألا ترى أن الراهن لو أقر بالعشرين، فإن الرهن يكون رهنًا بجميعها، ولا يختص بقدر قيمتها منها، ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر التى شهد بها، فجاز أن يقال أنه يحلف مع الشاهد على خمسة عشر، ويحلف مع الرهن على العشرين التى ادعى.

فرع: فإذا قلنا بالتخيير، فحالف المرتهن على العشرين قيل للراهن: إما أن تحلف، وتسقط عن نفسك الخمسة الزائدة على قيمة الرهن، وإما أن تنكل، فيدفع إليه ما حلف عليه.

وإن حلف المرتهن أولاً على خمسة عشر، فقد قال ابن المواز: يحلف الراهن؛ ليسقط عن نفسه بقية دعوى المرتهن، وهى ما زاد على قيمة الرهن، فإن نكل الراهن، لم يقض للمرتهن بالزيادة على قيمة الرهن لما تقدم من نكوله.

ووجه ذلك أن اليمين وجبت فى الخمسة الزائدة على قيمة الرهن أولاً على الراهن، وكان للمرتهن أن يضيف اليمين فيهما إلى يمينه التى له أن يحلف بها فى الخمسة عشر التى شهد له بها الرهن.

٢٨٠ كتاب الأفضية

فإن امتنع من ذلك، وحلف على الخمسة عشر، فلا معنى ليمين الراهن؛ لأن المرتهن قد استحق جميعها بيمينه، وشهادة قيمة الرهن، ولو نكل المرتهن على اليمين جملة، حلف الراهن على أن جميع حقه عشرة، فيكون يمينه في الخمسة التي شهد بها الرهن مردودة عليه؛ لأنها كانت للمرتهن ابتداءً بشهادة قيمة الرهن، فلما نكل عنها، ردت على الراهن، وتكون يمينه في الخمسة الأخرى يميناً غير مردودة، لأنها عليه ابتداءً بمجرد دعوى المرتهن، فإن حلف سقطت عنه العشرة بالوجهين المذكورين، وإن نكل لزمته الخمسة التي ردت عليه فيها اليمين؛ لأن هذا حكم كل من نكل عن يمين، ردت عليه.

وأما الخمسة الأخرى، فإن قلنا إن امتناع المرتهن أولاً من أن يحلف عليها، نكول مؤثر؛ لأنه لا ترتيب بين نكول المدعى ويمين المدعى عليه أو نكوله، فقد سقطت عن الراهن، لوجود نكول المرتهن عن اليمين التي حكمها أن ترد عليه.

وإن قلنا إنه غير مؤثر، وليس له حكم النكول، إلا بعد نكول الراهن لما يلزم بينهما من الترتيب، فإن له أن يحل، فيستحقها، أو ينكل، فتبطل دعواه بها، وباللغة التوفيق.

مسألة: وإن كانت قيمة الرهن خمسة عشر ديناراً، فقد روى يحيى عن ابن القاسم إن قال الراهن: أنا أدفع إليك خمسة عشر، وأخذ رهنى، فليس ذلك له إلا أن يدفع عشرين ديناراً. قال ابن نافع: إذا دفع الراهن إلى المرتهن قيمة الرهن، كان الأولى به. قال الشيخ أبو محمد في نواذره: وهو تفسير قول مالك في الموطأ.

وجه قول ابن القاسم أن حق المرتهن قد تعلق بجميع قيمة الرهن على نحو ما حلف عليه؛ لأن يمينه لما تعلقت بالعشرين، ولم يكن لها محل من ذمة الراهن، كان محلها الرهن يدل على ذلك، أنها لو زادت قيمة الرهن بعد اليمين، وقبل البيع، كان ذلك كله للمرتهن، فاقتضى ذلك أن يكون أحق بالعين حتى يعطى ما استوجب بيمينه، وذلك العشرون ديناراً.

وجه قول ابن نافع أن الحق إنما تعلق بقيمة الرهن دون عينه؛ لأن القيمة من جنس حقه دون عين الرهن، فإذا أعطاه الراهن القيمة التي هي من جنس حقه كان له أخذ رهنه.

وفى كتاب ابن عبدوس: إن شاء الراهن أن يعطى ما قال المرتهن، وإلا بعث الرهن ودفعت إليه من ثمنه ما ذكر.

مسألة: ومتى تراعى قيمة الرهن. قال ابن نافع في النواذر: إن كان الرهن قائماً،

كتاب الأفضية ٢٨١

فقيمته يوم الحكم، وإن هلك، فقيمته يوم قبضه، ورواه عيسى عن ابن القاسم فى المدونة. وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: أن الرهن يضمن بقيمته يوم الضياع، وقال فى موضع آخر: يوم الرهن. فعلى قولنا باعتبار تضمين قيمته يوم الضياع، يجب أن يعتبر بتلك القيمة فى مبلغ الدين، والله اعلم.

وجه قول ابن نافع أن الرهن إذا وجد بعينه شهد بقدر الدين لوجوده يوم الحكم، وإذا عدم ضمن بقيمته، فكانت القيمة فى ذلك تقوم مقام العين عند وجودها.

فرع: وهذا إذا كان مما يضمنه المرتهن لكونه مما يغاب عليه، فإن كان مما لا يضمنه المرتهن، إما لأنه مما لا يغاب عليه أو لأنه وضع على يد أمين، أو قامت بضياعه بينة، فقد قال ابن المواز: القول قول المرتهن ما كان الرهن قائماً. وقال أصبغ فى العتبية فى الرهن يكون على يد أمين، ثم يختلف الراهن والمرتهن فى قدر الدين: القول قول الراهن مع يمينه؛ لأنه لم يضع الرهن فى يد المرتهن.

وجه قول ابن المواز أنه رهن باق على حكم الرهن يستوفى منه المرتهن حقه، فكان شاهداً بقدر الدين كالذى يضمن باليد.

ووجه قول أصبغ ما احتج به من أنه غير مسلم إليه، ولا مؤتمن عليه، فلم يشهد لدينه، وهذا التعليل لا يمنع شهادة ما لا يغاب عليه مع بقاءه وتسليمه إلى المرتهن.

وإن عللنا بأن ما لا يضمن من الرهون، ولا يشهد قيمته عند ضياعه بقدر الدين، فإن عينه لا تشهد به مع بقاءه كالوديعة.

فرع: فإن تلف ما لا يغاب عليه، أو قامت بينة بضياح ما يغاب عليه، ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى وأبى زيد عن ابن القاسم: ليس على الراهن إلا ما أقر به من قليل أو كثير مع يمينه، ولا يعتبر بقيمة الرهن. وجه ذلك أن الرهن قد بطل وحل منه الرهن، فأشبهه المدائنة دون رهن.

فصل: وقوله: «ثم يقال للراهن إما أن تعطيه العشرين التى حلف عليها، وتأخذ رهنك، وإما أن تحلف على الذى زعمت أنك رهنته به، وبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن» قال ابن المواز: إن كان الرهن يساوى ما قال المرتهن أو أكثر، لم تكن اليمين إلا عليه وحده.

وإن كان لا يساوى إلا ما قال الراهن فأقل، لم يحلف إلا الراهن وحده؛ لأن يمين

المرتهن لا تنفعه، وإن كانت قيمته أكثر مما أقر به الراهن أو أقل مما ادّعاه المرتهن، فهاهنا يحلفان، ويبدأ المرتهن باليمين؛ لأن الرهن شاهد له على قدر قيمته من الدين.

مسألة: ولو اختلفا في الدين، فقال الراهن: هو بمائة أردب حنطة، وقال المرتهن: إنما ارتهنه بمائة دينار، وقيمة الرهن مائة دينار، قال أصبغ في العتبية: إن كان قيمة المائة التي أقر بها الراهن أكثر من قيمة مائة دينار، فالراهن مصدق، ويؤخذ منه، فتباع بها الحنطة، فيوفى، وإن كانت أقل، فالمرتهن مصدق كما صدقه في كثرة النوع.

فصل: وقوله: «ثم يقال للراهن إما أن تعطيه الذى حلف عليه، وأما أن تأخذ رهنك، وإما أن تحلف على الذى قلت، ويطلق عنك ما زاد على قيمة الرهن» يريد أن يمينه تسقط عنه ذلك، فإنه إن نكل، لزمه جميع ما حلف عيله المرتهن، وإن كان أضغاف قيمة الرهن، ولو نكل المرتهن، فقد قال ابن المواز: يحلف الراهن، ولا يغرم إلا ما حلف عليه.

وجه ذلك أن يكون المرتهن مضعفاً لدعواه، وما شهد له به الراهن وغيره، فلما حلف الراهن، لم يجب عليه غير ما أقر به.

فصل: وقوله: «وإن لم يحلف الراهن غرم ما حلف عليه المرتهن» واضح في أن المرتهن إنما يحلف أولاً على جميع الحق، ولذلك إذا نكل، ولم ترد عليه اليمين بنكول الراهن عنها، وقد جعل هذا القائل من حجته ما قاله أن اليمين ترد عليه كأنه أمر قد سلم له، قال: ومن عيب هذا القول أنه لو حلف على عشرين، فوجب له أخذ خمسة عشر، ويمين المطلوب على الخمسة الزائدة، فنكل المطلوب، أليس ترد اليمين على الراهن، فيصير يحلف مرتين.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن المسألة تحتل قولين، فإن قلنا إن يمين المرتهن أولاً، قدمت على موضعها؛ ليسلم من تكرير اليمين عليه، فيستحق بها وبنكول الراهن بعدها ما زاد على قيمة الرهن؛ لأنه حق اجتمع فيه يمين المدعى وبنكول المدعى عليه، فوجب أن يقضى به كما لو تقدم نكول المدعى عليه.

وإن قلنا إن تلك اليمين فيما زاد على قيمة الرهن، ليست لاستحقاق تلك الزيادة، وإنما ليحق المرتهن بها دعواه دون أن يلزمه أو يقتضى منه، فإن نكول الراهن عن اليمين، فيما يدعى عليه المرتهن، يقتضى ردّ اليمين على المدعى، وهو المرتهن، فيحلف، ويستحق، بمنزلة ما لو شهد بخمسة عشر ديناراً، وهو يدعى عشرين، فحلف

مع العشرين مع شاهده بخمسة عشر، فإن المدعى عليه يحلف على نفى الخمسة، فإن نكل ردت اليمين على المدعى، فيحلف في الخمسة يمينا ثانية يستحقها بها.

فرع: وإذا نكل المرتهن أولاً، ثم نكل الراهن، فقد قال ابن القاسم: حكمهما إذا نكلا مثل حكمهما إذا حلفا، لا يلزم الراهن إلا قيمة الرهن. قال: ولا ألزم الراهن إذا نكل غرم ما ادّعه المرتهن أولاً؛ لأنه لم يلزم غرم ما زاد على قيمة الرهن حتى ترد اليمين على مدعيها، فلما تقدم نكوله عنها، لم يكن له منها شيء، ويتخرج من هذا صحة ما تقدم في نكول المدعى قبل نكول المدعى عليه أو يمينه على قول ابن المواز، ولا يبعد هذا.

وقد تقدم في القول الأول من نكول المرتهن ويمين الراهن، فلا يكون على هذا القول بين نكول المدعى ونكول المدعى عليه أو يمينه ترتيب.

وعلى القول الثاني يكون بينهما ترتيب، ولهذا تأثير في مسائل كثيرة، وأما إذا تلف الرهن بعد نكول المرتهن، فإنه لا يلزمه إلا ما أقر به من الدين، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ وَتَنَكَلَا الْحَقُّ، فَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ: كَانَتْ لِي فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا، وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ: لَمْ يَكُنْ لَكَ فِيهِ إِلَّا عَشْرَةٌ دَنَانِيرَ، وَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ: قِيَمَةُ الرَّهْنِ عَشْرَةٌ دَنَانِيرَ، وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ: قِيَمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا، قِيلَ لِلَّذِي لَهُ الْحَقُّ صِفْهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ، أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ، ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى، ثُمَّ يُعْطَى الرَّاهِنُ مَا فَضَلَ مِنْ قِيَمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِمَّا يَدَّعَى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى الَّذِي زَعَمَ أَنَّهُ لَهُ فِيهِ، ثُمَّ قَاصَهُ بِمَا بَلَغَ الرَّهْنُ، ثُمَّ أُحْلِفَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ عَلَى الْفَضْلِ الَّذِي بَقِيَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَ مَبْلَغِ ثَمَنِ الرَّهْنِ، وَذَلِكَ أَنَّ الَّذِي يَبْدِيهِ الرَّهْنُ، صَارَ مُدَّعِيًا عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِنْ حَلَفَ بَطْلًا عَنْهُ بِقِيَمَةِ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ مِمَّا ادَّعَى فَوْقَ قِيَمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ نَكَلَ، لَزِمَهُ مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ قِيَمَةِ الرَّهْنِ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن المتراهنين إذا تناكلا، وقد ضاع الراهن وكان

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١١٩/٢٢.

٢٨٤ كتاب الأفضية

مما يغاب عليه، فقال المرتهن: قيمة الرهن عشرة دنانير، ودينى فيه عشرون ديناراً، وقال الراهن: قيمة الرهن عشرون ديناراً، ودينك فيه عشرة دنانير، فإنه يقال للمرتهن صفه؛ لأنه الغارم، فإذا وصفه حلف على تلك الصفة إذا كانت أدون من الذى ادّعاها الراهن، ثم قوم أهل المعرفة تلك الصفة التى حلف عليهما المرتهن، ثم إن كانت تلك القيمة أكثر من العشرين التى ادّعاها المرتهن من الدين، أحلف على ما ادّعى، ثم يعطى الراهن ما فضل من قيمة ارهن عن دينه الذى حلف عليه، وهذا قول مالك وأكثر أصحابه.

وذلك أن ما ثبت من قيمة الرهن بإقرار المرتهن وبمينه بمنزلة ما ثبت من ذلك باتفاقهما عليه، فكانا سواء فى الشهادة بقدر الدين.

ووجه ذلك أنه متفق عليه، وإنما أحلف المرتهن؛ ليسقط عنه ما ادّعه من قيمة الرهن زائداً على ما أقر به، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وإن كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن، أحلف على الذى يدعيه، ثم قاصوه بذلك من قيمة الرهن» يريد إذا كان الدين من جنس قيمة الرهن، وإذا كان الرهن لا يعلم ضياعه إلا بقول المرتهن، وكان أصل الدين من سلم روعى فى ذلك أن يكون الرهن يجوز أخذه من رأس مال المسلم، ويجوز أخذه من المسلم فيه.

فإن كان الأمران جائزين، صحت المقاصة، وإن امتنع أحدهما، امتنعت المقاصة، مثال ذلك أن يكون الرهن دنانير، ورأس مال المسلم دراهم، فلا تجوز المقاصة؛ لأن ما أظهره من السلم ملغى، ومال أمرهما إلى سلم دراهم فى دنانير، فإن كان الرهن ورأس مال السلم دنانير من جنس واحد، وكان الرهن أكثر، لم تجوز المقاصة؛ لأن مال أمرهما إلى سلم دنانير فى أكثر منها، وإن كانت دنانير الرهن مثل دنانير رأس مال السلم أو أقل، صحت المقاصة لتبعد التهمة.

فروع: ولو كان الرهن عرضاً من جنس ما سلم فيه، قل أو كثر، أجود أو أردأ، لم تجز المقاصة قبل الأجل لما يدخله من «ضع وتعجل» أو الزيادة لحط الضمان، وإن كان مثله عدداً وجودة، ولا بأس بذلك عند حلول الأجل، وإن كان الرهن عرضاً من جنس رأس المال، لم يجز أفضل جودة ولا عدداً، ولا أقل جودة وعدداً، وإن حل الأجل، وإن كان مثله، فلا بأس بذلك.

فروع: وإن كان رأس المال عرضاً، والرهن عرضاً من غير جنسه، فقد قال ابن

ميسر: يجوز أن يتقاصبا بعد المعرفة بقيمة الرهن، وهذا أصل متنازع فيه، وهل يراعى فى ذلك قيمة الرهن إن كان رأس المال عيناً؟ قال أحمد بن ميسر: إن كانت قيمته أكثر من رأس مال السلم، لم يجوز، ويجوز إن كانت مثله فأقل.

ووجه ذلك أن القيمة عين من جنس برأس مال السلم، فيدخله التفاضل بينهما، وقد أنكر هذا غيره من أصحابنا؛ لأنه إن كان الرهن باقياً، فلا خلاف فى جواز سلف عشرة دنانير فيه، وإن كانت عينه قد تلفت، ولزمته القيمة، بعدت التهمة بل استحالت.

فصل: وقوله: «ثم أحلف الذى عليه الدين عن قيمة الرهن؛ لأن الذى بيده الرهن مدع فيما زاد على قيمة الرهن، فإذا حلف، سقط عنه ذلك، وإن نكل، لزمه مع قيمة الرهن» لأنه قد حلف المرتهن على إثبات ذلك لما لزمته اليمين فى إثبات ما يقابل من دينه قيمة الرهن، فأضيف إليها اليمين على ما ادّعه زيادة من الرهن على قيمة الرهن، وجعلت يميناً واحدة، لئلا يكون عليه اليمين فى حق واحد مع إمكان أفرادها، وجمعها لكنه لما لم يتقدم له ما يقوى دعواه فى الزيادة، لم يحكم له بها.

فإن حلف الراهن أسقط على نفسه هذه الزيادة، فإن نكل، قوى نكوله ما تقدم من يمين المرتهن بها، فحكم له بذلك، وتقدمت يمين المرتهن بهذه الزيادة على نكول الراهن لما قدمناه، والله أعلم.

فصل: وذكر فى هذه المسألة يمينين على المرتهن أحدهما على الصفة، والثانية على إثبات الدين، فيحتمل أن يريد أنهما يلزمانه منفصلين، وذلك أن اليمين الأولى تجب عليه قبل أن تجب الثانية، ولا يمكن النظر فى أسباب الثانية إلا بعد إنفاذ اليمين الأولى؛ لأن الأولى تجب لإثبات الصفات، ولا تجب الثانية بعد؛ لأنه قيمة الرهن إن كانت أقل مما أقر به الراهن، فلا معنى ليمين المرتهن؛ لأنه لا يجتلب بها منفعة، ولا يقضى له بيمينه.

ولا ينظر فى القيمة التى هى سبب يمين المرتهن بقدر الدين إلا بعد ثبوت صفة الرهن بيمين المرتهن الذى هو الغارم، فإذا ثبتت الصفات بيمينه، قومت تلك الصفات، فإذا ثبتت قيمتها، وكانت أكثر مما أقر به الراهن، استحلف المرتهن، والله أعلم.

ويحتمل أن يريد بذلك ذكر ما يتناولها اليمين من المعنيين المذكورين، ولكنه لا يلزمه أن يفرقهما، بل له أن يجمعهما فى يمين واحدة، ولكنه يمكن أن تقوم الصفة التى يقر بها المرتهن.

فإذا علم أنها أقل من الدين، حلف المرتهن يميناً واحدة، ينفى بها من قيمة الرهن ما زاد على ما أقر به الراهن، وتقدمها لنكول الراهن فيما ادّعاه المرتهن من الدين زيادة على قيمة الرهن، وهذا معنى قول مالك وأكثر أصحابه عندي، والله أعلم.

* * *

القضاء في كراء الدابة والتعدي بها

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَسْتَكْرِى الدَّابَّةَ إِلَى الْمَكَانِ الْمُسَمَّى، ثُمَّ يَتَعَدَّى ذَلِكَ الْمَكَانَ، وَيَتَقَدَّمُ: إِنْ رَبَّ الدَّابَّةَ يُخَيِّرُ، فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ كِرَاءَ دَابَّتِهِ إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي تُعَدَّى بِهَا إِلَيْهِ، أُعْطِيَ ذَلِكَ، وَيَقْبِضُ دَابَّتَهُ، وَلَهُ الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ، وَإِنْ أَحَبَّ رَبُّ الدَّابَّةِ، فَلَهُ قِيمَةُ دَابَّتِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي تُعَدَّى مِنْهُ الْمُسْتَكْرِى، وَلَهُ الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ، إِنْ كَانَ اسْتَكْرِى الدَّابَّةَ الْبُدَاةَ، فَإِنْ كَانَ اسْتَكْرَاهَا ذَاهِيًا وَرَاجِعًا، ثُمَّ تَعَدَّى حِينَ بَلَغَ الْبَلَدَ الَّذِي اسْتَكْرِى إِلَيْهِ، فَإِنَّمَا لِرَبِّ الدَّابَّةِ نِصْفُ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ أَنَّ الْكِرَاءَ نِصْفُهُ فِي الْبُدَاةِ، وَنِصْفُهُ فِي الرَّجْعَةِ، فَتَعَدَّى الْمُتَعَدَّى بِالْذَّابَّةِ، وَلَمْ يَحِبْ عَلَيْهِ إِلَّا نِصْفُ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ، وَلَوْ أَنَّ الدَّابَّةَ هَلَكَتْ حِينَ بَلَغَ بِهَا الْبَلَدَ الَّذِي اسْتَكْرِى إِلَيْهِ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمُسْتَكْرِى ضَمَانٌ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُكْرِى إِلَّا نِصْفُ الْكِرَاءِ. قَالَ: وَعَلَى ذَلِكَ أَمْرُ أَهْلِ التَّعَدَّى وَالْخِلَافِ لِمَا أَخَذُوا الدَّابَّةَ عَلَيْهِ (١).

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا مَنْ أَخَذَ مَالًا قِرَاضًا مِنْ صَاحِبِهِ، فَقَالَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ: لَا تَشْتَرِ بِهِ حَيَوَانًا وَلَا سِلْعًا كَذَا وَكَذَا لِسِلْعٍ يُسَمِّيهَا، وَيُنْهَاهُ عَنْهَا، وَيَكْرَهُ أَنْ يَضَعَ مَالَهُ فِيهَا، فَيَشْتَرِيَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالِ الَّذِي نَهَى عَنْهُ، يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنْ يَضْمَنَ الْمَالِ، وَيَذْهَبَ بِرِبْحِ صَاحِبِهِ، فَإِذَا صَنَعَ ذَلِكَ، فَرَبُّ الْمَالِ بِالْخِيَارِ، إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِي السَّلْعَةِ عَلَى مَا شَرَطَا بَيْنَهُمَا مِنَ الرِّبْحِ فَعَلَّ، وَإِنْ أَحَبَّ، فَلَهُ رَأْسُ مَالِهِ ضَامِنًا عَلَى الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ وَتَعَدَّى.

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يُنْضِعُ مَعَهُ الرَّجُلُ بِضَاعَةً، فَيَأْمُرُهُ صَاحِبُ الْمَالِ أَنْ

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢١/٢٢.

يَشْتَرِي لَهُ سِلْعَةً بِاسْمِهَا، فَيُخَالِفُ، فَيَشْتَرِي بِبِضَاعَتِهِ غَيْرَ مَا أَمَرَهُ بِهِ، وَيَتَعَدَّى ذَلِكَ، فَإِنَّ صَاحِبَ الْبِضَاعَةِ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ، إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ مَا اشْتَرَى بِمَالِهِ أَخَذَهُ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَكُونَ الْمُبْضِعُ مَعَهُ ضَامِنًا لِرَأْسِ مَالِهِ، فَذَلِكَ لَهُ.

الشرح: قوله: «فيمن يكتري الدابة إلى مكان مسمى، ثم يتعداه بالتقدم أمامه، فإن لرب الدابة أن يأخذ كراء دابته إلى الموضع الذي تعدى إليه مع الكراء الأول، ويأخذ دابته، وإن أحب كانت له قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه المكتري، وله الكراء الأول» يريد أنه لما تعدى بالدابة، وزاد على المكان الذي اكتري إليه، ثبت له حكم التعدى ولحقه الضمان.

وذلك على قسمين، أحدهما: أن يرد الدابة المكتري على حالها. والثاني: أن يردها، وقد تغيرت، فإن ردها على حالها، فلا يخلو أن يكون أمسكها في تعديه إمساكاً يسيراً أو كثيراً، فإن كان إنما أمسكها يوماً أو أياماً يسيرة، ففي الموازية عن ابن القاسم اليوم وشبهه. قال: وقاله مالك في البريد والبريدين، وإن كان اكتراها بالأيام ثم أمسكها أياماً زائدة على أيام الكراء، فلا ضمان عليه، وإنما له الكراء في أيام التعدى مع الكراء الأول، قاله مالك وأكثر أصحابه.

ووجه ذلك أن الدابة لم يؤثر فيها التعدى في عين، ولا قيمة، ولا فوات أسواق، فلم يلزمه ضمانها، وعليه قيمة كرائها في الأيام الزائدة، رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة وغيرها.

مسألة: وأما إن حبسها الأيام الكثيرة، قال في المدونة: الشهر. وقال في الواضحة: مثل شهر ونحوه. وقال أصبغ في موضع آخر: أياماً كثيرة كحول، وهذا هو الأصل، فصاحبها مخير بين الكراء الأول، وكراء ما تعدى بحبسها فيه وبين الكراء الأول، ويضمنه قيمة دابته، قاله ابن حبيب في الواضحة، وقاله ابن القاسم في المدونة.

وجه ذلك أنه قد غصبه منافع الدابة دون الرقبة ومن منافعها يبيعها في أسواقها، وقد فات فيها، فعليه قيمتها؛ لأن ذلك بمنزلة بيعها.

فرع: ومن قول مالك أنه غصبه رقبته، وحبسها شهراً، أو أشهراً، ثم ردها بعد ذلك، ولم تتغير، لم يكن لصاحب الدابة أن يلزمه قيمتها. والفرق بين الموضعين أنه لما غصبه رقبته، سقطت عنه منافعها؛ لضمانه رقبته، فإذا لم يغصبه رقبته واستخدمها جوراً وظلماً، لزمه الكراء فيما ركبها فيه واستخدمها، والله أعلم.

فرع: وأما الذى يجب عليه من كرائها، قال ابن القاسم فى المدونة: عليه كراؤها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل، وقد بسطنا القول فى هذا فى شرح المدونة، وقال غيره: إن كان معه فى مصر واحد يقدر على أخذها، فكأنه راض بذلك.

وإن كان فى غير مصره، فهو مخير بين أن يردّها وكراء المدة الأولى، وله فى باقى الأيام الأكثر من حساب ذلك اليوم أو قيمة كرائها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل، وقد بسطنا القول على هذا فى شرح المدونة. وإن شاء أخذ كراء ذلك اليوم، وقيمتها يوم حبسها.

وجه قول ابن القاسم أن إمساكها لما كان بغير عقد كراء، لزمه كراء المثل فى مثل ما حبسها فيه كما لو تعدل باستخدامها من غير استتجار.

ووجه قول الغير أنه إذا كان الكراء الأول قد تغابن فيه، فالثانى لا يلزمه فيه غبن؛ لأنه لم يلتزمه، وإن كان الكراء الثانى بأكثر من قيمته، فالمتعدى قد رضى به حين استدام العمل بعده بغير إذن ربه، وبنحو رواية ابن القاسم قال الشافعى فى كراء المثل.

وقال أبو حنيفة: لا كراء لصاحب الدابة. والدليل على صحة ما نقوله أنه قد غضب المنافع، فكان عليه ضمانها كالأعيان.

فصل: وقوله: «قله الكراء الأول، إن كان استكرى الدابة البداية، وإن كان استكراها ذاهباً وراجعاً، ثم تعدى حين بلغ البلد الذى استكرى إليه الدابة من مصر إلى برقة، فلما بلغ برقة تعدى عليها، فإن صاحب الدابة له الكراء كله إلى برقة، ثم له بعد ذلك الخيار فى أخذ قيمة الدابة مع الكراء إلى برقة ذاهباً وراجعاً بعشرة دنائير، نصفها للبداة ونصفها للعودة، ثم يكون الخيار فيما بعد ذلك» على ما تقدم، وإنما جعل له النصف فى البداية والنصف فى العودة، بناء على أن قيمتها سواء لتساويهما فى المسافة، وهو الغالب من أحوال المسافة، ولو اختلفت قيمة الكراء عند الناس فى البداية أو العودة للزم التقويم، والله أعلم.

مسألة: وإن ردها، وقد تغيرت، فلا يخلو أن تكون تغيرت تغيراً كثيراً، أو هلكت، فإن تغيرت تغيراً شديداً، ففى الواضحة عن مالك فىمن رد الدابة، ولم يمسكها إلا أياماً يسيرة، فلا شىء لرب الدابة غير كرائها فى تلك الأيام، وهو مخير بين كرائها، وبين قيمتها، وكذلك لو عطبت فى مدة التعدى، والله أعلم وأحكم.

والتعدى يكون فى حبسها بقدر من الكراء، ويكون فى أن يتعدى بها مكان

الكراء، ويكون فى أن يجعل عليها ما لم تكثر له، فأما التعدى بتجاوز من الكراء، فقد تقدم ذكره.

وأما التعدى بتجاوز مسافة الكراء، فمثل أن يكترى دابة للركوب من مصر إلى برقة، فيركبها إلى أفريقية، فهذا حكمه فى طول الإمساك وقربه، مثل ما تقدم فى الزيادة على زمن الكراء، إن ردها سالمة، فقد روى ابن حبيب عن مالك: أنه إذا لم يجاوز الأمد إلا باليسير الذى لا خيار لصاحبها فيه إذا سلمت، فليس لصاحبها إلا كراء ما زاد، ولو زاد كثيراً فى الأيام التى تتغير فى مثلها سوقها من ربهاء، إن ردها المتعدى سالمة على ما تقدم، وإن عطبت فى القليل أو الكثير، فهو ضامن لها.

فرع: ولو عدل عن طريقة الميل، فقد قال مالك: هو ضامن، وصاحب الدابة بالخيار بين قيمة الدابة، وبين كرائها، وكذلك قال محمد عن ابن القاسم عن مالك فى زيادة الميل والميلين، قال محمد: وقيل إنه ضامن، ولو زاد خطوة، وأما ما يعدل الناس إليه من الراحلة، فلا يضمن فيه.

ووجه ذلك أن هذا العدول معتاد؛ لأنه لا بد للناس من العدول عن الطريق للنزول لراحة وغذاء وغير ذلك، فليس هذا العدول بتعدى.

فرع: ولو لم يعطب البعير إلا بعد أن رجع إلى المسافة التى اكرى لها وخرج سالماً عن مسافة التعدى، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ وابن الماجشون أنه إن كان لم يجاوز المسافة إلا باليسير مما لا خيار فيه لصاحبها مع السلامة، فليس له إلا كراء الزيادة. وأما إن زاد زيادة كثيرة أياماً تتغير فيها أسواقها، فهو ضامن لها كما لو مات فى مسافة الزيادة.

وقال أبو القاسم: يضمنها، وإن كانت الزيادة يسيرة. وروى عن مالك، قال ابن حبيب: وهو عندنا غلط من الرواية؛ لأنه روى عن مالك فيمن تعدى فتسلف من وداعة عنده، ثم رد فيها ما تسلفه، ثم تلفت: أنه لا يضمن، فهذا مثله.

مسألة: وإنما كراء مسافة التعدى على قيمة كراء ما تعدى، وليس على قدر ما تكارى، قال مالك فى المدونة: ووجه ما قدمناه من أنه عمل بدابته بغير إذن ولا عقد، بقدر أجرة العمل، فلزمه كراء مثله. أصل ذلك إذا لم يتقدم بينهما عقد كراء.

مسألة: وأما التعدى فى الحمل فعلى وجهين، أحدهما: الزيادة فيه من جنسه. والثانى: حمل غير ذلك الجنس. فأما الزيادة فيه من جنسه، ففى المدونة فيمن اكرى

٢٩٠ كتاب الأفضية

بعيراً ليحمل عليه عشرة أقفزة، فحمل عليه أحد عشر قفيزاً، فلا ضمان عليه في عطب البعير إذا كان القفيز يسيراً، لا تعطب منه الدابة.

وقال مالك فيمن اكرى دابة ليحمل عيها أرتالاً مسماة، فيحمل أكثر منها، فعطبت: إن كانت الزيادة يعطب من مثلها، فلصاحب الدابة الكراء وكراء الزيادة أو قيمة الدابة يوم التعدي دون الكراء، فخير في ذلك، وإن كان يعطب من مثل تلك الزيادة، فليس له إلا الكراء الأول، وكراء ما تعدي فيه. وقال سحنون: إن زاد في الحمل، ولو رطلا واحداً، ضمن.

فرق: قال عبدالمالك: والفرق بين هذا وبين الزيادة في المسافة، أن مجاوزة المسافة تعد كله، فلذلك ضمنها في قليله وكثيره، وزيادة الحمل إذا اجتمع فيه تعد وإذن، فإن كانت الزيادة يعطب من مثلها، ضمن، وإلا لم يضمن.

فرع: فإذا قلنا له كراء الزيادة إن شاء، ففي قول مالك: له أجر مثل القفيز الزائد ما بلغ إلا أن يكون مثل قفيز من العشرة التي اكرى عليها، يريد أنه ليس له القفيز الزائد من سعره ما أكرى العشرة الأقفزة؛ لجواز أن يكون أحدهما غبن صاحبه في عقد الكراء، وإنما له قيمة كراء مثله ما بلغت القيمة؛ لأنه لم يتقدم فيه عقد، ويحتمل أن يريد بذلك مراعاة أجره حمله زائداً على حمل الدابة؛ لأنه أضر من غيره، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما إن حمل غير الجنس الذي اتفق معه، فلا يخلو أن تكون مضرته كمضرة ما تكارى عليه أو أشد، فإن كانت مثل مضرته، فلا ضمان عليه.

وأصل ذلك أن الحمل لا يتعين عند مالك إلا بجنس المضرة، ولو اكرى رجل من حمال على حمل بعينه، كان له أن يبدله بمثله مما مضرته مثل مضرته، وليس له بدله بما هو أعظم ضرراً منه، فالمراعى في ذلك ما يضغط بثقله جابني الدابة ويضر بها، أو الجفاء وعظم الحمل الذي يجفو على الدابة ويضر بها من هذا الوجه.

فإن كان اكرى على حمل وحمل ما هو أضر منه مما ذكرناه، فعطبت الدابة، فهو ضامن، وإن كان مثله في المضرة، فقد قال مالك في المدونة، فيمن اكرى بعيراً لحمل خمسمائة رطل بر، فحمل عليه بوزنه ذهباً: لا ضمان عليه، إن لم يكن ذلك أضر بالبعير.

قال مالك: وله أن يكره ممن يحمل عليه مثل ذلك، وله أن يحمل عليه خلاف ما

كتاب الأفضية ٢٩١
سمى، فيحمل القطن بوزن ما سمي من البر، ولا يحمل بوزنه ما هو أضر منه. ووجه ذلك ما تقدم.

مسألة: وهذا كله في الأحمال، وأما الراكب، فقد يختلف حاله باختلاف أخلاق الناس مع تساوى أجسامهم، فمنهم من فيه رفق، ومنهم من فيه عنف، وقد قال مالك: لا يعجبني أن يكرى الرجل دابة، فيحمل عليها غيره، فقد يكون الراكب أخف من المكترى، ولعله أحرق في الركوب.

قال ابن القاسم: فإن حمل عليها من هو في مثله في الثقل والحال والركوب، لم يضمن، ولم يكن مالك يقف على قوله هذا، وقوله المعروف الذى ثبت عليه: أن له أن يكرىها من مثله في حاله وخفته، فإن حمل عليها من هو أثقل منه أو غير مأمون، فهو ضامن.

والخلاف الذى أشار إليه إنما هو عندى فى ابتداء الكراء، فقد استثقل مالك لمن اكرى دابة لركوبه أن يكرىها من غيره، إلا أن يموت أو يقيم، فقد جوزه مالك أيضاً، ولم يختلف قوله فى الأحمال.

قال ابن حبيب: ومعنى ذلك فى الدابة معها صاحبها يتولى سوقها، والحمل عليها، والخط عنها، فأما إن كان يسلمها إلى المكترى، فله منعه من الكراء من غيره، لاختلاف سوق الناس، ورفقهم وحياطتهم، وتضييعهم لها.

مسألة: ولو أراد من اكرى شق محمل أن يعقب آخر، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: ليس للحمال منعه. قال أصبغ: إن أعقب راكباً مريئاً، فذلك، وإن أعقب ماشياً، فليس له ذلك؛ لأنه يكون أضر وأثقل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وكذلك من أخذ مالا قراضاً، فقال: إن رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ما شرطاً، أو يكون له رأس ماله، يضمنه المتعدى»، وذلك أنه لا يخلو أن يظهر على ذلك قبل أن يبيع ما اشترى أو بعده.

فإن ظهر على ذلك قبل البيع، فقد قال مالك فى الواضحة: يباع عليه ما نهى عن شرائه، فإن كان فيه فضل، فهو على القراض، وإن كان نقصان، ضمنه، وإن شاء رب المال، ضمنه جميع الثمن، وترك ذلك له، وإن شاء أمضى ذلك له على القراض.

فجعل فى هذه المسألة على هذه الراوية مخيراً بين ثلاثة أوجه، أحدها: أن يعجل بيع

٢٩٢ كتاب الأقضية

السلعة، فيكون ربحها على القراض، وخسارتها على العامل المتعدى. والوجه الثاني: أن يعجل تضمينه إياها، ويأخذ منه المال الذي سلمه إليه. والوجه الثالث: أن يبقى ذلك على القراض.

وذكر في أصل الموطأ وجهين، التضمين، أو الإبقاء على حكم القراض الذي كانا عقدها، ويحتمل أن يكون الفرق بينهما إنما هو في تعجيل البيع، وأنه كان له ذلك لما ظهر من تعدى العامل، ولو اشترى ما أمر به، لم يكن لرب المال عليه تعجيل بيعه.

فصل: وقوله: «إن رب المال مخير بين أن يدخل معه في السلعة على ما شرطاً بينهما من الربح» يريد إن كانا شرطاً أن يكون بينهما الربح بنصفين، فهو على ذلك، وكذلك لو شرطاً الأقل لأحدهما والأكثر للآخر كالثلث والثلثين، أو غير ذلك من الأجزاء، فإن أحب صاحب المال أن يقر السلعة على القراض، فإنما يقرها على الأجزاء المتقدمة.

مسألة: وإن لم يعلم بذلك حتى باع السلعة، ففي الواضحة عن مالك: أن المال على القراض، فإن بيعت بنقص ضمنه، يريد أنه إن كان في ذلك ربح، فهو على شرطهما في القراض، وإن كانت فيه وضعية، ضمنه العامل المتعدى؛ لأنها لما بيعت بمثل العين الذي هو رأس مال القراض ظهر الربح فيه والوضعية، فلرب المال حصته من الربح؛ لأنه نماء ماله، وعلى العامل جميع الوضعية؛ لأنها بسبب تعديه.

مسألة: ولو نهاه عن العمل بالمال، وهو عين بعد، فعمل به، ففي كتاب محمد بن المواز وابن حبيب: أن الربح للعامل، والوضعية عليه، كالوديعة. زاد ابن حبيب: ما لم يقر أنه اشترى السلعة باسم القراض، فإن أقر بها، فالربح على شرط القراض، ولا يخرج ما لم يفوت بذلك غرضاً، فإن فوت غرضاً كان لصاحبه فيه.

فصل: وقوله: «وكذلك الرجل يبضع معه ليشتري سلعة مسماة، فيشتري غيرها، فإن لصاحب البضاعة أن يأخذ ما اشترى بماله أو يضمه إياه» ومعناه أن المبضع معه قد تعدى على البضاعة، ومنع صاحبها غرضه منها، وأراد أن ينفرد بالانتفاع بها دون صاحبه، فلا يخلو أن يعلم بتعديه قبل بيع ما اشترى به أو بعد ذلك.

فإن علم به قبل أن يبيعه، فإنه على ما قال: يخير رب البضاعة بين أن يأخذ السلعة التي ابتاع المبضع معه بماله، وبين أن يضمه ثمنها، وإن علم بذلك بعد ما باع المبضع معه السلعة، ففي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك أن الربح للمبضع معه؛ لأنه قد ضمن البضاعة.

كتاب الأفضية ٢٩٣

قال عيسى: أمرني ابن القاسم أن أضرب عليها، وأوقفها. والمشهور عن مالك أنه إن كان في ثمنها ربح، فهو لصاحب البضاعة، وإن كان نقص، فعلى المبضع معه.

وجه الرواية الأولى أنه أمره بشراء جنس مخصوص، فإذا فات ذلك بشرائه ما اشترى لنفسه، فلم يوجد من المبضع معه إلا الاستبداد بتلك المنفعة كالوديعة، وبهذا خالف العامل في القراض، فإن قصد رب المال، الربح، فلما خالفه العامل أراد الاستبداد بالربح، فلم يكن له ذلك، وكان لرب المال أن يشاركه فيه على حسب ما تقدم.

وجه الرواية الثانية أن رب البضاعة قد أمره بتصريفها في وجه مخصوص، فإذا تعدى على البضاعة، وأراد الانفراد بالانتفاع بها، لم يكن له ذلك كمال القراض، وبهذا يخالف الوديعة، فإن الوديعة لم يأمره بتصريفها له في معنى من المعاني، وإنما أمره بحفظها، وهذا الغرض لا يفوته بتصريفها فيما اشترى به لنفسه، فذلك لم يكن لرب الوديعة أخذ ما اشترى بها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن باع المبضع معه ما اشترى بالبضاعة، ثم ردها إلى مكانها أو اشترى بها ما أمره به، فتلف، ففي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك: لا ضمان عليه إذا أقام البينة بردها. وقال عيسى عن ابن القاسم: ليس عليه بينة.

ومعنى ذلك أن يكون اشترى المبضع مع سلعة لنفسه بالبضاعة ما باعه في الموضع الذي أمر بالشراء فيه، وعلى الوجه الذي أمر به، فلم يفت الشراء، فكان لهذه البضاعة حكم الوديعة، وإنما يتعلق الضمان به؛ لأنه تسلفها وصيرها في ضمانه، فلما ردها قبل فوات ما أمر به، سقط عنه الضمان.

واختلف أصحابنا في حاجته إلى البينة في رد ذلك إلى حال الوديعة، وقد بينت ذلك في الوديعة بما يغني عن إعادته، وبالله التوفيق.

* * *

القضاء في المستكرهة من النساء

١٣٩٥ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ قَضَى فِي امْرَأَةٍ أَصْبَيْتْ مُسْتَكْرَهَةً بِصَدَاقِهَا عَلَيَّ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِهَا.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَغْتَصِبُ الْمَرْأَةَ بَكْرًا كَانَتْ أَوْ نَيْبًا، إِنَّهَا إِنْ كَانَتْ حُرَّةً، فَعَلَيْهِ صَدَاقٌ مِثْلِهَا، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً، فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَالْعُقُوبَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمُغْتَصِبِ، وَلَا عُقُوبَةَ عَلَى الْمُغْتَصَبَةِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُغْتَصِبُ عَبْدًا، فَذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُسَلِّمَهُ.

الشرح: المستكرهه لا يخلو أن تكون حرة أو أمة، فإن كانت حرة، فلها صداق مثلها على من استكرهها، وعليه الحد، وبهذا قال الشافعي، وهو مذهب الليث. وروى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه. وقال أبو حنيفة والثوري: عليه الحد دون الصداق.

والدليل على ما نقوله أن الحد والصداق حقان، أحدهما لله، والثاني للمخلوق، فجاز أن يجتمعا كالقطع في السرقة، وردّها. قال مالك: وسواء كانت حرة، مسلمة أو ذمية، أو صغيرة افتضاها.

مسألة: وأما إن افتضاها بإصبعه، ففي كتاب ابن المواز من رواية أبي زيد عن ابن القاسم، فيمن افتض بكرًا بإصبعه، وهي صغيرة أو كبيرة، أنها كالجائفة، وفي ذلك ثلث ديتها.

وقال محمد: وأحب ما فيه إلى أن ينظر إلى قدر ما نقصها ذلك عند الأزواج مثل أن يكون مهر مثلها بكرًا مائة، ومهر مثلها نيبًا خمسون، فيؤدى ما نقص ذلك. قال ابن حبيب عن أصبغ: لأنه جرح، وليس بوطء.

مسألة: وإن كان الذى افتضاها صبيًا، فافتض صغيرة بذكره أو إصبعه، قال ابن المواز: فيه فى قولنا الاجتهاد بعد رأى الإمام، ورأى أهل المعرفة، وقد حكم فيه عبدالمملك بأربعين دينارًا.

وجه ذلك أنه جرح فى الوجهين؛ لأنه يشين ويزهّد فى المرأة، وإن لم يشن الجسد، فلذلك صرف الأمر فيه إلى اجتهاد الإمام.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن النساء على ثلاثة أضرب، كبيرة، وصغيرة لا تميز، وصغيرة تميز. فأما الكبيرة، فهذا حكمها إن أكرهت، وأما إن أمكنت من نفسها، فعليها الحد، ولا شىء لها؛ لأنها أباحت ذلك من نفسها.

وأما الصغير التى تميز، ففي العتبية من رواية سحنون عن أشهب فى الصبية تمكن من

كتاب الأفضية ٢٩٥
نفسها رجلاً، فيطؤها، فإن كان مثلها يذع، فلها الصداق، وإن كان مثلها لا يذع، فلا صدق لها، وإن لم تحض.

مسألة: وبماذا يثبت الإكراه إن أقامت بينة به، فهو أقوى ما فيه، وهذا ما لا خلاف فيه، ولا يثبت هذا إلا بشهادة أربعة شهداء؛ أنه زنا بها مكرهة، فهذا الذى يلزمه الصداق لها، ويجب عليه الحدّ بشهادتهم، ولو شهد شاهدان. قال ابن القاسم: أو دون أربعة؛ لحدوا بالقذف. قال أصبغ: لأنهما قطعاً عليه بالوطء.

مسألة: فإن لم يشهد عليه بذلك، ولكنه شهد عليه شاهدان بإقراره، أو أنهما رأياه أدخلها منزله غضباً، فغاب عليها، فقالت: أصابنى. فقد قال سحنون عن ابن القاسم: لها الصداق عليه مع يمينها، ورواه ابن المواز عن مالك، ولا حدّ عليها، ولا على الشاهدين.

ووجه ذلك قوة الأمر بالبينة تشهد باحتمالها مكرهة، والمغيب عليها، ثم ما بلغته من فضيحتها، فقوى ذلك دعواها، واستحقت بيئتها صداقها، والله أعلم.

فرع: فإن نظر إليها النساء، فألفينها بكرًا، ففى كتاب محمد، قال: أما أشهب، فلم ير لها شيئاً. قال أصبغ: وقد قيل لها ذلك، ولا يقبل قول النساء فى ذلك.

وجه قول أشهب أن شهادة النساء بالبكارة، تبطل ما ادّعت من إصابته إياها. ووجه القول الثانى أن النساء فيما فى أرحامهن مؤمنات، والحرائر لا ينظر إليهن، والله أعلم.

فصل: فإن لم يشهد لها بالإكراه، ولا باحتمالها، والمغيب عليها، ولكن جاءت متعلقة به، وهى تدمى إن كانت بكرًا أو لا تدمى إن كانت ثيبًا، وقد فضحت نفسها، ففى كتاب ابن المواز عن عبدالمملك وغيره: لا تحدّ هى لما رمت به، ولم يفصل.

وفى ذلك ثلاث مسائل إحداها: أن لا تدمى، ويكون المقذوف صالحًا، فقد روى ابن وهب ابن القاسم عن مالك: عليها القذف قولاً واحداً. والثانية: أن تكون تدمى، فهذه فيها روايتان، روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك: تحدّ. وروى أصبغ عن مالك: لا حد عليها. والمسألة الثالثة: أن تدعى على رجل صالح، فهذا لا حد عليه، رواية واحدة، رواها ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون.

فوجه صرف الحد عنها أنها مضطرة إلى أن تخبر عن نفسها بما جنى عليها مخافة أن يظهر بها حمل، ولا يسقط ذلك عنها، إلا بالتعلق به أو بعينه، إن كان ممن يليق ذلك به،

٢٩٦ كتاب الأفضية

فلما كانت مضطرة إلى صرف الرجم والجلد عن نفسها كانت كالرجل يقذف زوجته، ويسقط عنه الحد لما كان مضطراً إلى ذلك لحماية نسبة، وكان ما يأتي به من اللعان يقوى دعواه، ويصرف الحد عنه، وكذلك ما تبلغه المرأة من فضيحة نفسها يقوى دعواها، ويصرف الحد عنها.

ولها مع ذلك معنيان يقويان دعواها، أحدهما: التعلق به. والثاني: أن تكون دامية، فإن اجتمع لها ذلك، فقد أتت بأكثر مما يمكن أن تأتي به من جهتها في تقوية دعواها، فإن قام ذلك مع صلاح المدعى عليه، ثبت الخلاف المذكور عن مالك وأصحابه.

وجه إثبات الحد عليها أن صلاحه المشهور يشهد له، ولم يوجد من خلوه بها على وجه التعدى منه ما يشهد لها، وكل موضع تشهد فيه الخلوة بالوطء، فإنه لا تقوم مقامه الدعوى كخلوة الزوج بالزوجة.

ووجه القول الثاني ينفي الحد عنها ما يظهر بها من الدم الذي يدل على حدوث ما حل بها مع تعلقها به، وهذه معان ظاهرة فيما تدعيه من الظلم لها مع أن هذا غاية ما يمكنها، وضرورة صرفها إلى حد الزنا عنها إن ظهر بها حمل.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي يجب أن يكون حكم الثيب التي لا تدمى؛ لأنها محتاجة إلى مثل ذلك في صرف حد الزنا عنها بما تتوقعه من ظهور الحمل بها، والله أعلم وأحكم.

فرع: وإذا كان متهمًا، فإنه يعاقب ولا تحدهى إذا كانت بكرًا تدمى، سواء كان معها أو لم يكن بحضرة ذلك أو بغير حضرته.

وجه ذلك أن ابتداءها بالتشكى مع ما يصدق من ظهور دمها يقوى دعواها.

مسألة: وليس عيلها حد الزنا لإقرارها بمحامعة الرجل لها، ولو ظهر بها بعد ذلك حمل؛ لأن ما بلغت من فضيحة نفسها بالاستغاثة، والتشكى مما جنى عليها شبهة في إسقاط الحد عنها في القذف، فبأن يسقط عنها في حقوق الباري تعالى أولى.

مسألة: وليس على المدعى عليه إن حلفت، حد الزنا؛ لأن ذلك من حقوق الباري، فلا يثبت إلا ببينة، وعليه إن كان متهمًا، الأدب، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

وكذلك إن لم يكن يعرف بسفه ولا حلم، قال ابن حبيب: إن كان متهمًا أدب أدبًا وجيعًا، كانت تدمى أو لا تدمى. قال عبد الملك: وإن كان ممن لا يليق ذلك به، فلا حد عليه، ولا أدب ولا عقاب.

كتاب الأفضية ٢٩٧

مسألة: ولها صدق المثل عليه إن كان متهمًا أو لم يعرف حاله، قاله ابن الماجشون وأشهب. زاد ابن حبيب عن ابن الماجشون: وإن كان ممن لا يليق ذلك به، فلا صدق لها. وقال ابن المواز عن ابن القاسم: لا صدق لها، وإن كان من أهل الدعارة، إلا أن يشهد رجلان أنه احتملها، وخلا بها، فيكون لها الصدق، إذا حلفت.

وجه القول الأول أن وجوب الصدق متعلق بدعواها مع ما بلغته من فضيحة نفسها، وأما الخلو بها، فغير موجب لذلك؛ لأنه لو خلا بها، ولم تدع إصابة، لم يجب عليه صدق.

وجه قول ابن القاسم أنه لم يثبت ما يقوى دعواها، وإنما وجد منها مجرد الدعوى، فلا تستحق بذلك صدقًا كما لو ادّعت المرأة على الزوج الإصابة دون ثبوت الخلوة، فلا يجب لها صدق، ولو ادّعت مع ثبوت الخلوة لوجب لها الصدق.

مسألة: وهل يشترط يمينها في استحقاقها الصدق، أصحاب مالك يقولون: لا يجب لها الصدق إلا بيمينها. وروى ابن حبيب وابن المواز عن مالك: إذا أتت متعلقة به، فلها الصدق بلا يمين، سواء كانت بكرًا تدمى أو ثيبًا لا تدمى.

وجه القول الأول أن دعواها قويت بما قارنها، فلا تستحق بها شيئًا إلا بيمينها؛ لأنه لم يثبت شيء من دعواها.

وجه القول الثاني أن ما بلغت بنفسها لما أسقط عنها حد القذف وحد الزنى، أوجب لها الصدق كالبينة بما قارنها.

فصل: وقوله: «إن كانت حرة، فلها صدق مثلها، وإن كانت أمة، فعليه ما نقص من ثمنها» تقدم الكلام في الحرة، والكلام هاهنا في الأمة، وذلك إن من وطئ أمة غيره، فإن أكرهها، فلا خلاف في المذهب أن عليه ما نقصها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويريد بالثمن في هذا الموضع القيمة.

وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك في الأمة الفارسة، تتعلق برجل، تدعى أنه غصبها نفسها، قال: الصدق عليه لما بلغت من فضيحة نفسها بغير يمين عليها، كانت بكرًا أو ثيبًا. قال: يريد في عدم ما نقصها في الحد. وقد اختلف في إلزمه نقص الأمة وصدق آخره بهذا.

مسألة: فإن طارعت الأمة، فقد قال ابن القاسم في المدونة: عليه ما نقصها. وقال غيره: لا شيء عليه.

وجه قول ابن القاسم أن الصداق حق للسيد، فلا يسقط بإباحة الأمة كما لو أباحت له قطع يدها.

ووجه قول الغير أنها محجور عليها فيإباحتها الوطاء، سقط المهر كالبكر.

فصل: وقوله: «والعقوبة في ذلك على المعتصب^(١)، ولا عقوبة على المعتصبة» يريد على المعتصب إن ثبت ذلك عليه ببينة أو بإقرار المرأة على ما تقدم، ولا عقوبة على المعتصبة؛ لأن المرأة في الزنى لا حد عليها.

وأما المكره على أن يزني، فقال مطرف وسحنون: لا يحل له ذلك، وإن هدد بالقتل، فإن فعل حد. قال سحنون: لأنه لا ينتشر لذلك إلا بلذة، وأما المرأة، فلا حد عليها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والظاهر عندي خلاف هذا؛ لأنه قد يشتهي الإنسان الخمر، وأخذ مال غيره، ويمتنع منه لله تعالى، فإذا أكره عليه، لم يفعله لالتذاده به، وإنما يفعله للإكراه، ولا يملك الإنسان أن لا ينتشر، ولو ملكه وفعله باختياره لكان بمنزلة تجرعه الخمر، وغير ذلك مما يشتهي، ويمتنع منه لله تعالى، فإذا أكره عليه كان له فعله، ولم يوجب الحد التذاده به، والله أعلم.

وقد يحتمل أن يستدل على ذلك بأن ما يوجب القتل من الأفعال على وجه الاختيار يوجبه مع الإكراه كقتل المسلم، ولا يلزمه على هذا الكفر؛ لأنه ليس بفعل وإنما هو إخبار عما في نفسه، فإذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان، فأكثر ما فيه أنه كذب، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإن كان المعتصب عبداً، فذلك على سيده إلا أن يشاء أن يسلمه» يريد أن العبد إن أكره حرة، فصداق الحرة وما نقص الأمة يغرمه السيد. ومعنى ذلك أن جنائته متعلقة برقبته؛ لأن سيده مخير بين أن يفتكه بالجنائية، بالغة ما بلغت، أو

(١) قال في الاستذكار ١٢٥/٢٢: قوله: والعقوبة في ذلك على المعتصب، قد رواه القعنبي كما رواه يحيى، ولم يرواه ابن بكير، ولا ابن القاسم، ولا مطرف. ورووا كلهم، ولا عقوبة في ذلك على المعتصبة إلا القعنبي فلم يروه. وقد أجمع العلماء على أن المستكره المعتصب الحد إن شهدت البينة عليه بما يوجب الحد، أو أقر بذلك، فإن لك يكن، فعليه العقوبة، ولا عقوبة عليها إذا صح أنه استكرهها وغلبها على نفسها، وذلك يعلم بصراحها واستغاثتها، وصياحها، وإن كانت بكراً فيما يظهر من دمها، ونحوها مما يفصح به أمرها، فإن لم يكن شيء من ذلك، وظهر بما حمل، وقالت: استكرهت، فقد اختلف العلماء في ذلك، ولا نعلم خلافاً بين العلماء أن المستكره لا حد عليها إذا صح استطراها بما ذكرنا وشبهه.

كتاب الأفضية ٢٩٩
يسلمه، لا شيء عليه غير ذلك، فيكون ملكاً لمن جنى عليه وهذا إذا ثبت عليه ذلك
ببينة.

وقال مالك في كتاب ابن المواز: وما لزمه من صدق الحرية، ونقص الأمة، ففي
رقبته، ويقبل إقرار العبد فيه بغير ما فعل ذلك، وهي متعلقة به تدمى، فأما ما فعل
ذلك، وهي متعلقة به تدمى بعد من فعله، فلا يقبل قوله فيما يلحق برقبته.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندي أن كل موضع تستحق
فيه الحرية الصداق يمينها، فإنها مستحقة في رقبة العبد، ولا تأثير لقول العبد عندي،
وذلك أن إقرار العبد إنما يقبل فيما يتعلق من الحدود بجسده، فأما فيما يخرج عن ملك
سيده إلى ملك غيره، فلا يقبل فيه قوله.

مسألة: وإن كان الواطئ ذمياً، ففي كتاب ابن المواز: إن أكرهها قتل كنعنض العهد
في المحصنات المسلمات، وقاله الليث. قال ابن المواز: وقد قتل أبو عبيدة ذمياً استكره
مسلمة. وقد قال سحنون عن ابن القاسم في العتبية: إذا اغتصب النصراني حرة مسلمة،
قتل. وروى عن ابن وهب: إن اغتصبها صلب.

وجه ذلك أن اغتصابه المسلمة وتغلبه عليها، نقض للعهد، وتغليظ لحق الله تعالى،
فوجب عليه القتل.

فروع: وبماذا يثبت اغتصابه، قال سحنون عن ابن القاسم: بأربعة شهداء، وقد كان
يقول: يثبت بشهادة رجلين، ثم رجع إلى هذا، وبه قال سحنون.

وجه اعتبار الأربعة ما احتج به سحنون من أن القتل لا يثبت إلا بالوطة، ولا يثبت
الوطة إلا بأربعة.

ووجه القول الثاني أن الاعتبار بالإكراه، ولذلك لو لم يكن الإكراه لم يجب القتل،
والإكراه يثبت بشهادة رجلين.

مسألة: فإن طاعته، فقد قال مالك في الموازية: تدمى، وينكل هو، والنكال في
هذا مثل ضعفى الحد وأكثر وقال ابن وهب: يجلد جليداً يموت منه. وإن استكره أمة
مسلمة، قال ابن المواز: لا يقتل؛ لأنه لو قتلها لم أقتله، وفيه اختلاف، وهذا أحب إلى
لما جاء لا يقتل حر بعبد. وقال مالك: وعليه في الأمة ما نقصها في البكر والثيب،
وهذا كله فيما يجب عليه بحق الإسلام، وأما ما يلزمه من الحد، ففي المدونة: يرد إلى
أهل ذمته.

٣٠٠ كتاب الأفضية

ووجه ذلك أنه إنما عقدت لهم الذمة؛ لتنفيذ بينهم أحكامهم وشرائعهم والله أعلم،
وتقرر هذا في الحدود مستوعبًا، وبالله التوفيق، لا رب غيره، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

* * *

القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ
بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ أَنْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ، لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤْخَذَ بِمِثْلِهِ مِنْ
الْحَيَوَانِ، وَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُعْطَى صَاحِبُهُ فِيمَا اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ، وَلَكِنْ عَلَيْهِ
قِيَمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ الْقِيَمَةُ، أَعْدَلُ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ (١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من استهلك شيئًا من الحيوان أن عليه قيمته،
وكذلك العروض، وكذلك كل ما ليس بمكيل، ولا موزون، ولا معدود، ومعنى قولنا:
معدود، أن تستوى آحاد جملته في الصفة كالبيض والجوز كما يشتري حبوب القمح
والشعير من المكيل وآحاد العنب الموزون.

وأما جملة الحيوان من الرقيق والخيل، وإن استوى عددًا، فإن آحاد جملته لا تستوى
بل تتباين، ولذلك يجوز أن يشتري عددًا من جملة البيض، والجوز غير معين، ويكون
للبيع تعيينها دون خيار يثبت لواحد منهما بشرط، ولا يجوز أن يكون له بالقسمة،
والتعيين غير ذلك العدد.

وأما الرقيق والثياب، فلا يجوز أن يشتري منها عددًا من الجملة إلا بالتعيين أو شرط
الخيار لواحد منهما أو بمعنى الجزء الشائع، فيحصل بالقسمة على القيمة ذلك العدد، أو
أقل أو أكثر، ولا يعتد له في القسمة من جهة أعيانه، وإنما يعتد له من جهة قيمته،
والمكيل والمعدود والموزون، إنما يقسم بما يعتبر به من كيل أو وزن أو عدد يتعلق بعينه
دون قيمته، فعلى هذا كل ما ليس بمكيل، ولا موزون، ولا معدود، من استهلك شيئًا
منه، فإنما عليه قيمته.

وقال أبو حنيفة والشافعي مثله، وقد روى ذلك عن مالك، والأول هو الصحيح
المشهور عنه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٠٨.

كتاب الأفضية ٣٠١

والدليل على ما نقوله ما احتج به بعض شيوخنا البغداديين، وهو ما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه، قيمة عدل إن كان له مال»^(*).

ودليلنا من جهة المعنى أن القيمة أعدل؛ لأنها تستوعب جميع صفاته، ولا يكاد يجد مثل ما أتلّف على جميع صفاته.

ودليلنا من جهة المعنى أيضاً أن ما لا يجوز الجزاف في عدد مبيعه، فإنه لا يجب بإتلافه المثل كالدور، وقد احتج في ذلك من لم يعن النظر بحديث حميد عن أنس: «أن النبي ﷺ كان عند بعض نساءه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بقصعة فيها الطعام، فضربت بيدها التي هو في بيتها، فكسرت القصعة»^(*).

وقد كان احتج به على بعض من يتعلق بذلك من أهل بلدنا، ثم رأيت غيره قد أدخله في تأليفه، فخفت أن يكون قد ذهب عليه وجه تأويله، فلذلك أوردته، وأوردت بعض ما كنت جاوبت به عنه، وذلك أن البيت الذي كان فيه ﷺ بيته.

والظاهر أن ما فيه له لاسيما مما يستخدم ويستعمل، وكذلك البيت الذي وردت منه الهدية، فيحتمل أن تكون القصعتان للنبي لكنه أرسل القصعة الصحيحة إلى بيت التي أرسلت بقصعتها صحيحة، وأبقى المكسورة في بيت التي كسرتها تشعبها، وتنتفع بها بدلاً من الصحيفة التي أخذت منها.

ولو سلمنا أن القصعتين للمرأتين لم يكن في ذلك حجة إذا اتفق الجاني، ولا يجنى عليه على الرضا بها، وإنما يجب ما قلناه من القيمة إذا أبا ذلك أو أباه أحدهما، ويحتمل أن يكون النبي ﷺ رأى ذلك سداداً في الأمر، فرضيته التي هو في بيتها، وانتقل إلى الأخرى، فرضيته، وليس في الأمر ما يدل على أن إحداهما أبت ذلك، فحكم به، فالحديث لا يتناول موضوع الخلاف، والله أعلم وأحكم.

(*) أخرجه البخاري ٢٨٨/٣ كتاب العتق باب إذا أعتق عبداً، عن ابن عمر. مسلم ١٢٨٦/٣ كتاب الأيمان رقم ٤٧، عن ابن عمر. البيهقي في الكبرى ٩٦/٦، عن ابن عمر. البغوي في شرح السنة ٣٥٦/٩، عن ابن عمر.

(*) أخرجه البخاري ٦٤/٧ كتاب النكاح باب الغيرة، عن أنس. أبو داود برقم ٣٥٦٧، ٢٩٥/٣ كتاب البيوع، عن أنس. النسائي ٧٠/٧ كتاب عشرة النساء باب الغيرة، عن أنس. ابن ماجه برقم ٢٣٣٤، ٧٨٢/٢ كتاب الأحكام، عن أنس. أحمد ١٠٥/٣، عن أنس. البيهقي في السنن الكبرى ٩٦/٦، عن أنس.

٣٠٢ كتاب الأفضية

مسألة: إذا ثبت ذلك، فاستهلاك الحيوان والعروض على ضربين، أحدهما: أن يستهلك الجملة: والثاني: أن يستهلك البعض. واستهلاك الكل على قسمين، أحدهما: أن يتقدم على الاستهلاك غضب، أو لا يتقدم عليه غضب، فإذا تقدم عليه غضب، فإن الضمان يتعلق بالغضب دون الاستهلاك؛ لأنه لو انفرد الغضب لضمن.

وقد روى ابن وهب عن مالك في المجموعة فيمن غضب عبداً، فمات من وقته من غير سبب، فإنه ضامن له بتعديه، وقاله ابن القاسم فيمن غضب داراً، فلم يسكنها حتى انهدمت أنه ضامن لقيمتها خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن ما لا يصح نقله كالأرضين والعقار، فإنه لا يضمن بالغضب.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يضمن به ما ينقل ويحول، فضمن به ما لا ينقل، ولا يحول كالإتلاف والاستهلاك، وقاله أشهب، وإن هلك بأمر من الله سبحانه وتعالى. وجه ذلك أن الغضب تعد يضمن به الغاصب، فعليه أن يرد ما غضب، ويسلمه إلى صاحبه، فإن لم يفعل وفاته ذلك، فعليه بدله من مثل أو قيمة، إن كان مما لا مثل له.

مسألة: ومن غضب أم ولد رجل، فماتت عنده، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يضمن قيمتها على أنها أمة لا عتق فيها. وقال سحنون في المجموعة: لا يضمن، ويضمن ولد أم الولد.

وجه القول الأول أنها محبوسة بالرق، فضمنت بالغضب كالأمة، لأن ابنها له حكمها، وقد أجمعنا على أنه يضمن بالغضب، فكذلك الأمة.

وجه قول سحنون أن أم الولد لا يصح بيعها بوجه ولا تسلم في جنائية، فلم يضمنها بالغضب كالحررة، وفرق بين أم الولد وبين ولدها أن أم الولد لا تسلم في الجنائية، ولا تستخدم، وولدها يستخدم ويسلم في الجنائية، فالغاصب له قد حبس منافعه، فلزمه ضمانه.

فصل: وإن أدرك المصوب منه عين ماله، فلا يخلو أن لا يدخله تغيير أو يدخله تغيير، فإن لم يدخله تغيير، فليس له إلا عين ماله، ولا يؤثر في ضمانه تغيير الأسواق بزيادة أو بنقصان، ولا طول مدة، وإن كانت سنين كثيرة، رواه في المجموعة ابن القاسم عن مالك، وأن تغيير الأسواق لا يؤثر في حيوان ولا غيره.

وجه ذلك أن حوالة الأسواق غير مؤثرة في عين ما غضبه الغاصب، فلا يؤثر في ضمانه.

كتاب الأفضية ٣٠٣

مسألة: ومن غصب شيئاً من ذلك في بلد، فوجدته صاحبه بغير ذلك البلد، ففي المجموعة من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك: أن له أن يأخذ العبيد والدواب حيث وجدهم، ليس له إلا ذلك.

وقال أشهب في الحيوان والعروض: أن له أن يأخذه حيث وجدته أو يأخذ قيمته منه حيث غصبه، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

ووجه قول مالك أن هذا مما ينتقل غالباً بغير مؤنة على الناقل، فلا مضرة في ذلك على الغاصب؛ لأنه لم يتمون في نقله إلا ما كان يتمون في مقامه، وكذلك صاحبه لا مضرة عليه في رده، ولا مؤنته بخلاف العروض.

وجه قول أشهب أنه مغضوب نقل، فثبت فيه الخيار لصاحبه كالعروض.

مسألة: وأما البز والعروض، فربه مخير بين أخذه بعينه، أو قيمته حيث غصبه، وقاله أشهب. قال سحنون البز والرقيق سواء، إنما له أخذه حيث وجدته ما لم يتغير في يديه.

وجه القول الأول أنه قد ينقصه نقله من بلد الغصب إلى غيره، وذلك بفعل الغاصب، فكان له مطالبته بالقيمة.

ووجه قول سحنون ما احتج به من أنه نقص لا تأثير له في البدن، فلم يوجب الخيار للمغضوب منه كحوالة الأسواق.

فرع: فإن أخذه بغير بلاد الغصب، فلا كراء عليه، ولا نفقة ولا على الغاصب رده، قاله أصبغ ولأشهب نحوه. وقال المغيرة في المجموعة، فيمن تعدى على خشب رجل، فحمله من عدن إلى جدة بمائة دينار، فإن كان متعدياً، فرب السلعة أن يكلفه رده إلى عدن أو يأخذه حيث وجدته.

ووجه ذلك أنه وجد عين ماله على صفته، فلم يكن له إلا أخذه، ولما نقله عن مكانه الغاصب كان عليه رده كما لو نقله إلى مكان قريب.

مسألة: وأما تغير البدن، ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم في الأمة تتغير عند الغاصب تغيراً يسيراً أو كثيراً، فإن لصاحبها أن يأخذها أو يضمه قيمتها. قال ابن القاسم: وهم الجارية عند الغاصب، فوت. قال أشهب: سواء كان ما أصابها من الهرم كثيراً أو يسيراً، مثل انكسار اليدين ونحوه، فإن لصاحبها أن يضمه القيمة إن شاء.

٣٠٤ كتاب الأفضية

قال القاضي أبو محمد: وهذا إذا كان ما دخلها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل الغاصب، وليس للمغصوب إلا أخذها بغير أرش، أو يضمه قيمتها، وليس له أخذها وما نقص؛ لأن الغاصب لم يضم ما حدث بانفراده، وإنما يضمه بضمان الجملة، وأما إن كان ما نقص بفعل الغاصب، فهل له أخذ الأرش، فيه خلاف.

قال ابن القاسم: له ذلك. وقال سحنون وابن المواز: ليس له ذلك، وإنما له أخذها ناقصة بغير أرش أو إسلامها، وأخذ قيمتها يوم الغصب.

وجه قول ابن القاسم أنها جناية على ملك غيره كالمبتدأة. ووجه القول الثاني أنه مضمون بالغصب، ولذلك لا يضم بقيمة يوم الجناية، وإنما يضم بقيمة يوم الغصب.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وقد وجدت لسحنون أنه يضم بقيمة يوم الجناية في العمدة، والله أعلم.

مسألة: ومن اغتصب ودياً من النخل أو شجراً صغاراً، فغرسها في أرضه، فكبرت، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: لربها أخذها، وكذلك الحيوان أو الرقيق يكبر. وقال سحنون: إنما يحكم بقلع النخل، إذا كان مما يعلق إن قلعت وغرست.

ووجه ذلك أن هذه زيادة في الرقيق، فيقتضى أنه ليس له غير حيوانه ورقيقه كما لو سمت، وأما النخل والشجر، فعندى أن الغاصب إن كان قلعتها، وقد علقته، فإن له أن يأخذ شجره أو يضمه القيمة؛ لأنه ليس على ثقة أن تعلق إن قلعتها وغرستها، وإن كان إنما أخذها مقلوعة، فهو بمنزلة الحيوان لا خيار له، وإنما يجب له الخيار في موضع النقص.

وقد قال ابن القاسم وأشهب فيمن من غصب خمراً، فخللها، فليس لصاحبها إلا أخذها. وقال أشهب: إلا أن يكون صاحبها ذمياً، فله أن يأخذها أو يضمه قيمتها خمراً يوم الغصب.

وجه ذلك أنه إذا كانت الخمر لمسلم، فقد زادت بالتخلل، ولم تنقص في حقه، فلم يكن له إلا عين ماله، وإن كانت لدمي، فقد نقصت في حقه بالتخليل، فلذلك كان له الخيار، والله أعلم.

مسألة: وإذا غاب الغاصب عن الجارية، ولم يعلم أنه وطئها، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن صاحبها بالخيار بين أن يأخذها أو يضمه قيمتها، قاله مالك وجميع أصحابه.

كتاب الأفضية ٣٠٥

قال ابن حبيب: ولسنا نقول ذلك فى الرقيق المذكور، ولا فى الدواب، ومعنى ذلك أنه لا يؤمن على الغضب أن يصيبها، وذلك ينقص ثمنها. وقال أصبغ: إنما ذلك فى الجارية الرائعة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن القيمة الواجبة فى الغضب، هى قيمة السلعة يوم الغضب، سواء زادت بعد ذلك عند الغاضب أو نقصت، قاله مالك وأصحابه، وقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية، فىمن غصب جارية صغيرة تساوى مائة، فلما كبرت وصارت قيمتها ألفاً ماتت، فإنه يضمّن قيمتها يوم الغضب.

قال أشهب فىمن جرح عبداً قيمته مائة دينار فمات، وقيّمته ألف، فإنه يضمّن قيمته يوم الجرح، وهذا إذا ماتت بغير فعل الغاصب، فإنها إن ماتت بسببه مثل أن يقتلها، وقد زالت، فقد قال ابن القاسم وأشهب: لا يضمّن إلا قيمتها يوم الغضب.

وقال سحنون فى المجموعة: القتل فعل ثان، وقال: إن له أخذه بالقيمة يوم القتل، ثم رجع إلى قول ابن القاسم وأشهب، قال ابن القاسم وأشهب: ولو باعها، وهى تساوى ألفين وخمسمائة، لم يكن له إلا قيمتها يوم الغضب.

مسألة: ولو فقأ الغاصب عمداً أو خطأ عين الجارية أو قطع يدها، فليس لربها إلا قيمتها يوم الغضب أو يأخذها، ولا شىء له، وقاله ابن المواز. وقال ابن القاسم فى الموازية والمجموعة وغير موضع: له أن يأخذها وما نقصها.

قال الشيخ أبو محمد: يريد يوم الجنابة. قال سحنون: وهذا خلاف ما قاله ابن القاسم فى القتل، أن عليه قيمتها يوم الغضب، فبأخذها ومثل قيمتها أو أكثر، فبأخذ فى اليد ما لا يأخذ فى النفس، وإنما له أخذها ناقصة فقط، أو قيمتها يوم الغضب، وقد تقدم فى القتل لسحنون مثل قول ابن القاسم فى قطع اليد ثم رجع عنه.

فصل: وأما إن عرا الاستهلاك والتعدى من الغضب، فإنما له القيمة يوم الاستهلاك، وقد قال مالك فى المجموعة فىمن تعدى، فوطئ أمة رجل، وقيمتها مائة، فحملت أو لم تحمل، ثم قام صاحبها، وقيمتها خمسون، فعليه قيمتها يوم الوطاء، وهى فى ضمانه من يومئذ، وعليه فى الغضب قيمتها يوم الغضب، ولا ينظر إلى ما بعد ذلك.

وجه ذلك أن الغضب معنى تضمن به، فلا ينظر إلى ما حدث بعده. وأما التعدى فلم يتقدمه ما يوجب الضمان، فكان ذلك أول حالى الضمان، فكان الاعتبار به.

٣٠٦ كتاب الأفضية

مسألة: وأما إن استهلك بعض العين أو أدخل عليها نقصاً، فلا يخلو أن يكون يسيراً أو كثيراً، فإن كان يسيراً، فإن لصاحبها أخذها، وقيمة ما نقصت الجناية منها.

قال ابن المواز: ولم يختلف في هذا قول مالك وابن القاسم وأشهب: كانت جنايته خطأ أو عمداً، ويخالف ذلك الغاصب، فإنه يلزمه الضمان بالفساد اليسير؛ لتقدم الغصب الموجب للضمان.

وقد قال ابن المواز وأشهب عن ابن القاسم، فيمن كسر قصعة أو قمقمًا أو شق ثوبًا أو كسر سرجًا، فإن في النقص الكثير قيمته، وفي اليسير ما نقصه. قال أشهب: بغير خياطة، ورواه عن مالك. وقال ابن القاسم: بعد رفوه.

ومعنى ذلك عندى ما يليق بالثوب من خياطته أو رفوه، وهذا عندى إذا كان اليسر لا يبطل المنفعة المقصودة من الحيوان، فإذا بطلت المنفعة المقصودة منه، لزم الجاني جميع قيمته.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الذى يقطع ذنب فرس، أو حمار فاره، أو بغل مما يركب مثله ذوو الهيئات، فإنه يضمن جميع قيمته؛ لأنه أبطل الغرض فيه بخلاف العين والأذن، وهذه المسألة ذكرها القاضى أبو محمد وغيره من أصحابنا البغداديين، وسوى بين الأذن والذنب فى ذلك، وهو الأظهر خلافاً للشافعى، وأبى حنيفة فى قولهما: إنما فى ذلك ما بين القيمتين.

والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضى أبو محمد أنه أتلف بهذه الجناية الغرض المقصود من هذه العين، فلزمه ضمانها كما لو أتلف جميعها.

مسألة: ومن تعدى على شاه، فقل لبنها، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن كان عظم ما يراد إليه اللبن، فعليه قيمتها إن شاء ربها، وإن لم تكن غريزة اللبن، فإنما يضمن ما نقصها وأما البقرة والناقة، فإنما يضمن ما نقصها، وإن كانت غريزة اللبن؛ لأن فيها منافع غير اللبن، وقاله أصبغ.

مسألة: ومن قطع يد عبد غيره أو فقأ عينه، قال أشهب فى المجموعة والموازية: إن عليه ما نقصه، فجعل قطع اليد أو فقء العين فى حيز اليسير.

وقال: وأما قطع اليد الواحدة فى البهائم، فيبطل جل منافعها أو جميعها أن عليه القيمة، وأما فقء العين وقطع الأذن أو الذنب أو كسرها ينجبر فيه، فإن عليه ما نقصها، وقاله مالك وعمر بن عبد العزيز وأبو الزناد.

كتاب الأفضية ٣٠٧

وروى فى المجموعة أشهب عن ابن كنانة عن مالك فى قطع يد العبد وفقء العين أن ربه بخير بين أخذ ما نقصه أو يضمه قيمته، فجعله فى حيز الكثير.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فىمن قطع يد عبد، فإن كان صانعاً وعظم قدره لصنعتة، ضمنه، وإن لم يكن صانعاً، فقيمة ما نقصه، وإن كان تاجرًا نبيلاً وأما وفقء العين، ففيه ما نقصه، وإن كان صانعاً.

فصل: وأما إذا كان الفساد كثيراً، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة والموازية فىمن كسر قصعة أو سرجاً أو قمقمًا أو شق ثوباً أن فى النقص الكثير قيمته.

مسألة: ومن قطع يد عبد أو رجله أو فقأ عينه، فقد قال أشهب فى المجموعة والموازية: يلزمه قيمته، وقاله ابن كنانة عن مالك، وكذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، قال أشهب فى كتاب محمد: إلا أن يرى أنه بعد العمى وقطع اليدين لم تذهب أكثر منافعه.

وروى أشهب عن ابن كنانة عن مالك فىمن قطع يد عبد عمداً، أو فقأ عينه عمداً بخير ربه بين أخذ ما نقصه أو يضمه جميعه. قال أشهب: إذا أذهب قطع يده الواحدة أكثر منافعه، فليس لسيدته إلا قيمته.

وإن لم يذهب أكثر منافعه، فربه بخير كما قال مالك، فعلى هذا يتنوع الفساد عند مالك نوعين: يسير يجب به ما نقص، وليس له تضمينه، وكثير، اختلف قوله فيه، فمرة قال: ليس له إلا القيمة. وهو الذى روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، فىمن قطع رجلى عبد أو يديه أو فقأ عينيه، فقد لزمته قيمته كلها، وليس لسيدة أن يختار إمساكه، ويأخذ ما نقصه، وكذلك غير العبد من عرض أو غيره. ومرة قال: هو بخير بين أخذه، وما نقص أو أخذ قيمته.

قال ابن المواز: وإلى هذا رجع مالك فى الفساد الكثير ويتنوع الفساد عن أشهب إلى ثلاثة أنواع، أحدها: يسير ليس إلا ما نقص. والثانى: أن ينقص الكثير، ولا يذهب أكثر المنافع، فهذا يكون صاحب السلعة بخيراً على ما ذكر. وأما إذا أتلّف أكثر المنافع، فليس لصاحبه إلا القيمة.

وقد قال أشهب فى الثوب والعبد إذا كان له تضمينه القيمة بكثرة الفساد، فليس له أن يأخذه، ويأخذ ما نقصه، وإنما له أخذه بحاله ولا شىء له غيره، أو يلزمه قيمة جميعه، وكذلك ذابح الشاة فليس لصاحبها أن يأخذها لحماً ويأخذ ما نقصها.

قال ابن المواز: وهو أحب إلى لما لزمته القيمة لم يكن له أن يأخذ القيمة من غير العين الذهب أو الورق، وليس له أن يأخذ سلعته وبعض القيمة، ولا يأخذ غير القيمة إلا باجتماع منهما على أمر جائز إلا أن يرضى صاحب السلعة أن يأخذها ناقصة دون شيء، فذلك له.

واحتج أشهب أنه كما ليس له أن يضمه في اليسير كذلك ليس له في الكثير أن يأخذ سلعته وما نقصه.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الطَّعَامِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ: فَإِنَّمَا يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ مِثْلَ طَعَامِهِ بِمَكِيلَتِهِ مِنْ صِنْفِهِ، وَإِنَّمَا الطَّعَامُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، إِنَّمَا يَرُدُّ مِنَ الذَّهَبِ الذَّهَبَ، وَمِنَ الْفِضَّةِ الْفِضَّةَ، وَلَيْسَ الْحَيَوَانُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ فِي ذَلِكَ فَرَقَ بَيْنَ ذَلِكَ، السُّنَّةُ وَالْعَمَلُ الْمَعْمُولُ بِهِ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من استهلك شيئاً من الطعام تعدياً، فإن عليه مثله في الكيل والصفة، وهذا إذا كان معلوم الكيل، وكذلك ما يوزن ويعد على ما قدمناه، فإن كان غير معلوم القدر، فإن عليه قيمته لحوز صبرته، ويكون عليه قيمتها؛ لأنه لو دفع إليه مثل ما حوز فيها لم يأمن أن يدفع إليه عن صبرته حنطة أكثر منها أو أقل، فيؤدى إلى التفاضل في الطعام.

فرع: وهذا قبل الحكم عليه بالقيمة، فأما إذا حكم عليه بالقيمة، فقد روى سحنون عن أشهب في العتبية فيمن غصب صبرة قمح، فأراد الغاصب أن يصلح منها على كيل من القمح، فإن كان قد ألزم الغاصب القيمة بحكم أو صلح، فلا بأس أن يأخذ منه بتلك القيمة كيلاً من القمح.

وأما قبل ذلك، فلربها أن يقيم البينة أنها عشرون أردباً، ويأخذ ذلك إلا أن يصلح من المكيل على ما لا شك فيه، يريد لا شك أنه أقل من حقه، قال: وكذلك من غصب خلخالاً فضة، ويلزمه قيمتها من الذهب.

مسألة: ومن خلط قمحاً لرجل بشعير لغيره، ضمن لكل واحد منهما مثل طعامه، قاله ابن القاسم وأشهب.

وجه ذلك أنه قد أ تلف عين طعام كل واحد منهما، ومنعه الوصول إلى قبضه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢٩/٢٢.

كتاب الأفضية ٣٠٩

فرع: فإن لم يكن للجاني مال يبيع الطعام المخلوط، واشترى من ثمنه لكل واحد منهما مثل طعامه، قاله أشهب، قال: فإن فضل شيء فللجاني، وإن نقص شيء، فعليه إلا أن يشاء صاحبها الطعام أن يتركها طلب الجاني، ويأخذها الطعام، ويقتسمانه بينهما.

وقد جوزه ابن القاسم وأشهب واختلفا في صفة الاشتراك فيه، فقال ابن القاسم: يشتركان في الطعام المختلط أحدهما بقيمة قمحه، والآخر بقيمة شعيره.

وقال أشهب: لا يجوز أن يشتركا فيه إلا على السواء، إن كانت مكيلة طعامهما سواء، ولا يجوز على التفاضل فيه؛ لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل بين القمح والشعير، قال سحنون: ليس لهما أن يتركاها للغاصب، ويأخذها الطعام المختلط على التساوي، ولا على القيمة.

مسألة: ولو خلط زيتاً بسمن أو سمن بقر بسمن غنم، يضمن ما ضاع منه، وما بقى، ولو خلط نوعاً واحداً كزيت بزيت أو سمناً بعسل أو بزيت أو سمناً بسمن، فضاع بعضه، ضمن ما ضاع، وما بقى، ولصاحبي ذلك أن يقتسماه بشطرين أو يدعاه، وما كان من جنسين كالسمن والعسل، لهما أن يصطلحا فيه على الثلث والثلثين كان أحدهما باع ثلث سمنه بثلثي عسل صاحبه، قال ذلك أشهب.

وجه ذلك أن خلط النوع الواحد جناية على من خلط ماله بمال غيره لاسيما أن التساوي المحقق في الأغلب غير موجود، فلذلك لزمه لضمان.

فإذا كان مما لا يجوز بينهما التفاضل، لم يجوز أن يقتسماه عند أشهب إلا على التساوي؛ لأن التفاضل يجرم فيه، وإن كانا مما يجوز فيه التفاضل كالعسل والسمن جاز أن يقتسماه على ما يتراضيان عليه؛ لأن التفاضل فيهما غير ممنوع، والله أعلم، وقد تقدم قول ابن القاسم وسحنون في مثل هذا.

مسألة: وهذا فيما لا يمكن تمييز بعضه من بعض، فأما ما يمكن فيه ذلك، فقد قال أشهب فيمن خلط جوز رجل بمخنطة آخر: أنه لا يضمن؛ لأنه يقدر على تخليص ذلك بلا مضرة على القمح والجوز.

قال: وكذلك خلط الجوز بالرمان، والرمان بالأترج، والتفاح، إلا أن يكون خلطهما يفسد أحدهما، فيضمن الذي يفسد بالخلط، وإن كانا يفسدان بذلك ضمنهما، ولو تلفا قبل الفساد. قال ابن المواز: كيف يضمنهما قبل أن يفسدا، والخلط ليس بموجب للضمنان، وإنما يوجب الفساد.

٣١٠ كتاب الأفضية

مسألة: ومن غصب قمحًا، فطحنه، قال ابن القاسم فى المجموعة: عليه مثله. وقال أشهب فى غيرها: يأخذ صاحب القمح دقيقه، ولا شىء عليه فى طحينه. وأصل ابن القاسم فى هذا مخالف لأصل أشهب.

وذلك أن ابن القاسم يقول: إن الغاصب إذا صنع فيما غصب صناعة، لم يكن للمغصوب منه أن يأخذ ذلك إلا بأن يدفع إلى الغاصب قيمة تلك الصناعة، وإلا ضمنه ما غصبه إياه، فإن كان ثوبًا صبغه الغاصب كان لصاحبه أن يدفع إليه قيمة صبغه، أو يضمه قيمة ثوبه، وإن كان مما له مثل، فكذلك يدفع إليه قيمة صناعته أو يأخذ منه مثل ما له، ولا يجوز ذلك فى الخنطة؛ لأنها خنطة ودرهم بدقيق، ولا يجوز فيهما التفاضل.

وأشهب يقول: أن ما يصنعه الغاصب فى ذلك كله يبطل، وللمغصوب منه أن يأخذ الثوب، ولا يعطيه قيمة الصبغ، ويأخذ الخنطة، ولا يعطيه قيمة الطحن، واتفق فى المجموعة على أنه من غصب خنطة، فطحنها سويقًا، ولته، فليس لربها أخذ ذلك، فإن لم يكن للغاصب مال يبيع السويق، فاشترى من ثمنه مثل الخنطة، فما فضل للغاصب، وما نقص اتبع به.

قال أشهب: وليس كذلك الثوب يصبغ، والثوب يقطع، والعمود يدخل فى البنيان؛ لأن اسم ذلك قائم بعد، واسم القمح قد زال، وانتقل إلى اسم السويق. قال سحنون: كل ما غير حتى يصير له اسم غير اسمه، فليس له أخذه، وهو فوت.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أن لرب الخنطة أن يأخذها إذا طحنها الغاصب سويقًا أو يضمه مثلها، ولا حجة للغاصب فى الصنعة؛ لما روى: أنه ليس لعرق ظالم حق.

واتفق أشهب وابن القاسم على أن من غصب ثوبًا، فجعله ظهاره أو بطانه لجبة، أو جعله قلائس، فإن لربه فتقه، وأخذه أو أخذ قيمته، وذلك أنه عند أشهب لم ينتقل عن اسمه، وعند ابن القاسم ليس فيه غير صناعة يجب على صاحب الثوب قيمتها.

مسألة: ومن غصب عمودًا أو خشبة، فأدخلها فى بنيانه، فإن لصاحبها أن يأخذها، وإن خرب البنيان، قاله مالك وأشهب وابن القاسم، ولو عمل الخشبة بأب لم يكن له أن يأخذها.

قال مالك: لأنه لا يقدر أن يعيده إلى ما كان عليه، وعلى قول أشهب قد انتقل عن

كتاب الأفضية ٣١١
اسم الخشبة إلى اسم الباب، وليس له أخذ الباب دون غرم قيمة الصنعة، ولا أن يأخذه
ويدفع قيمة الصنعة؛ لأنه قد حال إلى غير ما كان عليه. قال: وكذلك الحنطة تتخذ
خبزاً، والجلد خفافاً.

مسألة: ومن غصب فضة، فصاغها حلياً أو ضربها دراهم، أو غصب دراهم،
فصاغها حلياً، أو غصب حلياً، فكسره، وصاغ منه حلياً آخر يخالفه، أو نحاساً، فصنع
منه آنية أو حديدًا، فصنع منه سيوفاً أو آنية، فقد قال أشهب وابن القاسم: ليس لرب
المال هذا أخذ ذلك، وله مثل وزن فضته ونحاسه وحديده، ومثل دراهمه، وقيمة الحلى.
قال: أشهب: وليس له أن يعطيه قيمة الصنعة لما في ذلك من التفاضل بين الفضتين، ولا
أن يذهب بصنعه باطلاً، وليس كالحنطة يطحنها سويقاً؛ لأن التفاضل بين الحنطة
والسويق، وإن لم يلت جائز.

وقد تقدم من قوله ومن قول ابن القاسم في السويق: ما يجب أن يتفاضل. وروى
ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن غصب فضة، فصاغها حلياً: أن لربها أخذها أو
يضمنه مثل فضته؛ لأنه لا حق لعمل ظالم.

ووجه ذلك أنه يمكن ردها إلى ما كانت معه عليه كالجذع والحجر يدخل في
البنيان، وهذا يخالف صبغ الثوب وطحن القمح؛ لأنه لا يمكن أن يعاد إلى ما كان عليه،
والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان المستهلك من أحدهما مجهول العدد، لزم فيه القيمة أيضاً؛ لأن
اعتبار المثل مع الجهل بالوزن، لا يكاد يسلم فيه من التفاضل بين الذهبين والورقين،
وذلك ممنوع باتفاق.

مسألة: ومن غصب كتناً مغزولاً أو منقوشاً، فغزله ثم نسجه ثوباً، فعليه مثل
الكتان، فإن لم يوجد مثله، فقيمته يوم استهلاكه، رواه ابن المواز عن أشهب، قال:
وقال ابن القاسم: عليه قيمة الغزل.

وجه ذلك أنه عند أشهب قد انتقل إلى اسم آخر، وعند ابن القاسم قد انتقل إلى
جنس آخر يجوز التفاضل بينه وبين ما غصبه مع النساء، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن وجد طعامه بغير بلاد الغصب، ففي كتاب ابن المواز عن أشهب: هو
مخير بين أخذه، وأخذ مثله في موضع الغصب. وقال سحنون: لا أعرف قول
أشهب هذا، وإنما له أخذه بمثله في موضع الغصب، وكذلك روى أصبغ عن

٣١٢ كتاب الأفضية

أشهب فى العتبية والموازية، وقاله ابن القاسم فى الطعام والأدام وكل ما يوزن أو يكال.
قال أصبغ: إن كان البلد البعيد، فالقول ما قال ابن القاسم، وإن كان قريباً كبعض الأرياف والقرى، ويحمل على الظالم بعض الحمل.

وجه قول أشهب أن نقله إلى بلد آخر، إما أن يكون زيادة لا عين لها، فذلك لا يمنع صاحب الحق من أخذه حقه، وقد وجده بعينه أو يكون نقصاً فى الصفة، فقد رضى بها.

وجه قول ابن القاسم أن الحمل زيادة فى الطعام، ليس له أن يعطى عنها عوضاً لما يدخل ذلك من التفاضل بين الطعامين الذى وجب له بالنقل، والذى يجبر صاحب الطعام فيهما، ولا يجوز أيضاً المساحة بقدر الحمل؛ لأنه يؤدي إلى ذلك، والله أعلم.

مسألة: فإذا قلنا إنه ليس له إلا القيمة، وإذا اختارها صاحب الطعام على قول أشهب، فلا يرفع الطعام المنقول إلى الغاصب حتى يتوثق منه. قال أشهب: يحال بين الغاصب وبين الطعام حتى يوفى المغصوب منه حقه. وقال أصبغ: يتوثق له بحقه، قبل أن يخلى بينه وبينه، وقاله ابن المواز.

مسألة: ولو أتلّف عسلاً أو سمناً ببلد، فلم يجد فيه مثله، فقد حكى ابن المواز عن ابن القاسم: عليه أن يأتيه بمثله، وله أن لا يأخذ قيمته إلا يصطلحاً على أمر يجوز. وقال أشهب: رب الطعام مخير، إن شاء صبر، وألزمه المثل يأتي به، وإن شاء ألزمه القيمة الآن.

وقال ابن عبدوس: اختلف فى هذا كما اختلف فى الفاكهة يسلم فيها، فينقضى إبانها، وقد بقى بعضها، فالصبر حتى يؤتى بالطعام من هذا خير كالصبر حتى يأتي إبان الثمرة إلى قابل.

قال ابن القاسم: يلزم الطالب التأخير فيهما. وقال أشهب: يرد إليه رأس ماله فى السلم، ولا يجوز التأخير.

وقال فى الطعام: يأخذ قيمة الطعام، إن شاء، وإن شاء أن يؤخر، وهذا على أصله فسخ دين فى دين، وإنما ينظر، فإن كان الموضع الذى يوجد فيه ذلك على يوم أو يومين أو ثلاثة أو الأمر القريب، فليس له إلا مثل طعامه يأتيه به، وإن كان على الطالب فى تأخيره ضرر، أو كان استهلكه فى لج بحر أو سفر بعيد، فعليه قيمته حيث استهلكه يأخذه به حيث لقيه.

كتاب الأفضية ٣١٣

فصل: قوله: «وإنما الطعام بمنزلة الذهب والفضة، يرد من الذهب الذهب، ومن الفضة الفضة» وذلك أن الذهب والورق لا يخلو أيضاً أن يكونا معلومى القدر أو غير معلومى القدر، فإن كانا معلومى القدر، فلا يخلو أن يكون غير مصوغ أو مصوغاً، فإن كان غير مصوغ مثل أن يكون تبراً أو مضروباً، فإن هذا فيه المثل يرد من الذهب ذهباً، ومن الفضة فى مثل القدر والصفة؛ لأن التماثل فيها موجود غير معدوم، وإنما يعدل إلى القيمة إذا عدم التماثل.

مسألة: فإن كان الذهب أو الفضة مصوغين، فإن عليه قيمته فى مثل تلك الصياغة، إن كان المستهلك ذهباً، فقيمه من الفضة، وإن كان فضة، فقيمه من الذهب، رواه ابن القاسم عن مالك.

وجه ذلك أن الصياغة من جملة ما استهلك، وعليه قيمتها، والتماثل متعذر فيها لاسيما مراعاة جنس فضتها؛ لأن الدينانير والدرهم لا تضرب إلا بعد ردها إلى التماثل فى الجنس، والتماثل فى السكة غير معدوم.

وأما الصائغ، فلا يعتبر فى وجود ما يصوغه شيئاً، بل يتفاوت جودة ما يصاغ من ذلك، ولا يكاد يوجد فيها التماثل، فلذلك لزم فيه القيمة.

مسألة: ومن تعدى على سوارين لغيره، فهشمهما، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة والموازية: عليه قيمة الصياغة من ذهب أو فضة، وليس كالفساد الفاحش فى العروض؛ لأنه أتلّف الصنعة. وقال أشهب: عليه أن يصوغهما له.

وقد قال مالك فيهما، وفى الجدار يهدمه: فإن لم يقدر أن يصوغهما، فعليه ما نقص من قيمتهما مصوغين ومكسورين، ولا أبالى قوماً بذهب أو فضة. وقال ابن المواز: عليه قيمة ما نقصتها الصنعة.

وجه قول ابن القاسم أنه لم يتعد على الذهب، وإنما تعدى على الصياغة، فكان عليه قيمتها؛ لأنها مما لا مثل له.

وجه قول أشهب: عليه أن يصوغهما له؛ لأن الصياغة عنده مما لها مثل، ولذلك قال فيمن استهلكهما: لا ألزمه مثلهما؛ لأنى لا آمن أن يكون فى ذلك أكثر من ذهبه أو أقل، وفى الكثير إنما يصوغ ذهبيهما نفسه، وهذا الذى قال غير متخلص؛ لأنه يلزمه أن يأتى بذهب مثله، ويصوغ مثل تلك الصنعة.

ووجه قول ابن المواز: عليه ما نقصتهما الصياغة، أنه نقص طراً على الحلى لا يتصور انفراده دونه، وهو مما لا مثل له، فكان عليه ما نقص كما لو جنى على ثوب بتخريق.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: إِذَا اسْتُودِعَ الرَّجُلُ مَالًا، فَأَبْتَعَ بِهِ لِنَفْسِهِ، وَرَبِحَ فِيهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ الرَّبِيحَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ حَتَّى يُؤَدِّيَهُ إِلَى صَاحِبِهِ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من تجر بمال استودعه، فربح فيه، فإن الربح له، وقد اختلف قول مالك في جواز السلف من الوديعة بغير إذن المودع، فحكى القاضى أبو محمد في معونته: إن ذلك مكروه. قد روى أشهب عن مالك في العتبية: أنه قال: ترك ذلك أحب إلى، وقد أجازته بعض الناس، فراجع في ذلك، فقال: إن كان له مال فيه وفاء، وأشهد، فأرجو أن لا بأس به.

ووجه الكراهية ما احتج به القاضى أبو محمد لأن صاحبها إنما دفعها إليه ليحفظها لا ليتنفع بها، ولا ليصرفها، فليس له أن يخرجها عما قبضها عليه. وفي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك: من استودع مالا أو بعث به معه، فلا أرى أن يتجر به، ولا أن يسلفه أحدًا، ولا يجره؛ لأنى أخاف أن يفلس أو يموت، فيتلف المال، ويضيع أمانته.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٣١/٢٢، وقال: اختلف العلماء في هذه المسألة: فكان ربيع بن أبي عبد الرحمن، ومالك بن أنس، والليث بن سعد، وأبو يوسف القاضى يقولون: إذا رد المال طاب له الربح غاصبًا كان المال أو مستودعًا عنده مستعديا فيه. وكان أبو حنيفة، وزفر، ومحمد بن الحسن يقولون: يؤدى المال، ويتصدق بالربح كله، ولا يطيب له بشيء منه. وقال الأوزاعى: الذى هو أسلم له أن يتصدق بالربح. وقال ابن خوزار بنداد: من اشترى بدراهم مغبوبة، فربح كان الربح له، ويستحب له فيما بينه، وبين الله تعالى أن يتنزه عنه، ويتصدق به.

وقال الشافعى: إن كان اشترى بالمال بعينه، فالسلعة والربح لرب المال. وحكى الربيع، عن الشافعى، قال: إذا اشترى الغاصب السلعة بمال بغير عينه، ثم نفذ المال المغبوب، أو مال الوديعة بغير إذن ربها، فالربح له، وهو ضامن لما استهلك خاصة من مال غيره، وإن اشتراه بالمال بعينه، فرب المال بالخيار بين أخذ المال، والسلعة. قال الربيع: وله فيها قو آخر أن البيع فاسد إذا اشترى بالمال المغبوب بعينه.

وروى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، وعطاء ابن أبى رباح مثل قول مالك. وروى عن مجاهد أنه يتصدق بالربح مثل قول أبى حنيفة. وقالت طائفة: الربح على كل حال لرب المال. وروى ذلك عن أبى حنيفة. وروى ذلك عن عبد الله بن عمر.

ووجه الرواية الثانية: أنا إذا قلنا إن الدنانير والدراهم لا تتعين، فإنه لا مضرة فى انتفاع المودع بها، إذا رد مثلها، وقد كان له أن يرد مثلها، ويتمسك بها مع بقاء أعيانها.

مسألة: وهذا فيما لا يتعين، فأما ما يتعين، فعلى ضربين: ما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود، ما لا مثل له كالحيوان والعروض، فأما له مثل، فالأظهر عندى المنع منه، ويجيء على قول القاضى أبى محمد أنه يرى برد مثله إباحة ذلك، وسيجىء ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى، وأما ما لا مثل له، فلا شبهة فى المنع منه، وبالله التوفيق.

فرع: وإن تلفت الوديعة بعد ما تسلف منها، ففى كتاب ابن المواز: لا يضمن إلا ما تسلف. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن استودعها مصرورة، فحل صرارها، ثم تسلف منها شيئاً، ضمن جميعها، تلفت بعد أن رد فيها ما تسلف أو قبله، وكذلك لو حلها، ولم يتسلف منها، ولو أودعها منثورة، لم يضمن غير ما تسلف منها.

مسألة: ومن اسلف شيئاً من ذلك، ورده، فقد قال يحيى بن عمر: اختلف قول مالك فى الذى ينفق من وديعة عنده، ثم يرد ما أنفق، فقال: لا شىء عليه، وبه أخذ ابن القاسم وأشهب وابن عبدالحكم وأصبغ.

وقال ابن حبيب: سواء كانت منثورة أو مصرورة. وقال مالك: أيضاً لا يبرأ، وإن رده؛ لأنه دين ثبت فى ذمته، وبهذا أخذ المدنيون من أصحاب مالك، ورواه المصريون، ولم يأخذوا به.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إذا استودعها مصرورة، فحل صرارها، ثم تلف منها شىء بعد الرد ضمنه، وإن استودعها منثورة، ثم رد ما تسلفه لم يضمنه.

وحكى القاضى أبو محمد عن مالك القول الأول من هذه الأقوال، وحكى ابن الماجشون: أنه يلزمه الضمان على الإطلاق، واحتج لقول مالك بأن الذى أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ، فإذا رد ما أخذ، فقد زال التعدى، وسقط عنه الضمان، قال: ولأنه حافظ لها على الوجه الذى أمر به، فلم يلزمه ضمان كحالة الابتداء.

وجه قول عبدالمالك أنه قد خرج عن الأمانة بأخذها على وجه التعدى، فرده إياها لا يزيل عنه الضمان، كما لو جحدتها، ثم اعترف بها.

فرع: إذا قلنا إنه سقط عنه الضمان بالرد، فإن ذلك فيما له مثل كالذهب والفضة

٣١٦ كتاب الأفضية

والحنطة والعسل، وكل ما يكال ويوزن، وأما فيما يلزم فيه القيمة، فلا يسقط عنه الضمان، حكى ذلك القاضي أبو محمد، وهو معنى ما قال فى المدونة: أنه إن رد مثل الثياب فى الصفة والطول والعرض، لم يبرئه ذلك، عند ابن القاسم؛ لأن من استهلك لرجل ثوباً، فقد لزمته قيمته، ولم يكن له أن يخرج مكانها ثوباً.

فرع: فإذا قلنا يبرأ برد المثل فيما له مثل، فإن أقام البينة برد المثل، برئ، وإن ادعى ذلك من غير بينة، فقد قال القاضي أبو محمد: فى ذلك روايتان، إحداهما: يقبل؛ لأن ذلك موكول إلى أمانته كادعائه التلّف. والثانية: لا يقبل؛ لأن ما تسلف قد تعلق بذمته، فلا يبرأ منه إلا ببينة أو إقرار كسائر الديون، ويحتمل أن يكون القاضي أبو محمد أشار إلى ما روى عيسى عن ابن القاسم فى المدنية: أنه لا بينة عليه.

وقال مالك: إن رده ببينة، برئ، وإلا لم يبرأ منه، وبه أخذ ابن وهب، ورواه محمد بن يحيى عن مالك. وفى كتاب ابن المواز: إن تسلفها ببينة، لم يقبل قوله فى رد ذلك، ولم يذكر يمينا. وقال فى كتاب ابن المواز: هو مصدق مع يمينه، وقاله أشهب فى كتابه، قال فى المدونة: لأنه لو قال: تلفت، ولم آخذ منها شيئا، لصدق.

وجه الرواية بنفى اليمين، وهو ظاهر ما فى المدونة أنها يمين تهمة، فلا يلزم المؤمن.

ووجه الرواية الثانية أن الحق قد تعلق فى ذمته، فلا يصدق فى براءته منه بمجرد دعواه.

مسألة: وهذا إذا تسلف منها بغير إذن صاحبها، وأما من أودع ودیعة، فقيل له تسلف منها إن شئت، فتسلف منها، وقال: رددتها، فقد قال ابن شعبان: لا يبرئه رده إياها إلا إلى ربها.

وجه ذلك أنه إذا قال ذلك رب المال، صار هو المسلف، فلا يبرأ المتسلف إلا برد ذلك إليه، وعندى أنه يبرأ بردها إلى الودیعة؛ لأنه على حسب ذلك كانت عنده قبل أن يتسلفها، فإذا ردها إلى ما كانت عليه، برئ من الضمان، والله أعلم.

فصل: وقولنا: «إنه إن ابتاع به لنفسه، فريح، فالريح له؛ لأنه ضامن له» يريد إن كان المال عينا، وذلك أن الودیعة لا يخلو أن تكون عينا، أو غير عين؛ فإن كانت عينا، فمذهب مالك أن ما ابتاع به له، وأن الريح فى ذلك له، والخسارة عليه.

وهذا عندى مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين بالغصب، ولذلك قال: أنه لو

كتاب الأفضية ٣١٧
كانت الودیعة طعامًا، فباعه بثمن، فإن صاحبه مخیر بین إمضاء البیع، وأخذ الثمن أو تضمينه مثل طعامه.

ووجه ذلك أن هذا مما يتعين بالصفة، ويتعلق معنى آخر، وهو أن المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدراهم؛ لأنه إنما أمره بحفظها.
ولو كانت بضاعة أمره أن يشتري بها سلعة معينة أو غير معينة، فاشترى لنفسه، فإن صاحب البضاعة مخیر بین أن يضمه مثل بضاعته أو يأخذ ما اشترى بها.
ووجه ذلك أنه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستبد برحبها، فلم يكن ذلك له.

مسألة: وابتاعه لنفسه، إنما يؤثر في العقود التي من شرطها التناجز في المجلس، ففي كتاب ابن المواز: ولو كانت الودیعة دراهم، فصرفها بدنانير، أو دنانير، فصرفها بدراهم لنفسه، فليس لربها إلا ما كان له، وليس له أن يأخذ ما صرفها به، إلا أن يرضى المودع، فإن صرفها لربها لا يحل له أن يأخذ ما صرفها به.

وإن رضی بذلك، ولكن يصرف هذه إن كانت دراهم. بمثل دنانيره، فما كان من فضل، فلربها، وما كان من نقص ضمنه المتعدى بخلاف التعدى في العروض التي يكون ربها مخیراً في التعدى عليه.

وجه ذلك أنه إذا صرف الدراهم لنفسه، صح الصرف فيها، وإذا صرفها لصاحبها كان بالخيار، فمنع ذلك صحة الصرف.

فإن فات بإنكار من صارفه أو مغيبه، لم يحل لصاحب الدراهم أخذ عوضها من الذهب؛ لأن ذلك إمضاء منه لصرف الخيار، وهذا مذهب مالك في أن ربح الودیعة للمودع، وبه قال أبو بكر بن عبدالرحمن وربيعة.

وقال أبو حنيفة: يتصدق بالربح، ولا شيء منه للمودع ولا للمودع. وقال الشافعي: إن اشترى بذلك المال بعينه، فالربح لصاحبه، وإن اشترى بمال غير معين، فقضى من الودیعة، فالربح للمودع.

وجه ذلك قول مالك أنه اغتصب عددًا ما، فلم يكن عليه غيره كما لو اشترى به ثوبًا يساوي أكثر من ثمنه فلبسه أو وهبه.

فصل: وقوله: «لأنه ضامن للمال حتى يوفيه إلى صاحبه» يريد على أصل مالك أو

٣١٨ كتاب الأفضية
إلى من يقوم مقامه فى القبض له؛ لأنه إذا رده إلى الودیعة، فقد رده إلى صاحبه؛ لأن ید
المودع تنوب عن ید صاحبه، فإذا نوى رده ووجد منه من العمل ما يتم به ذلك، فقد
رده إلى صاحبه، وهذا على مذهب مالك.

وأما على مذهب ابن الماجشون فى المصروف: لا يبدأ إلا برده إلى صاحبه فى رواية
ابن حبيب عنه، أو على رواية القاضى أبى محمد عنه فى إطلاق ذلك، والأمر بین، والله
أعلم.

* * *

القضاء فىمن ارتد عن الإسلام

١٣٩٦ - مالك، عن زید بن أسلم أن رسول الله ﷺ قال: «من غيّر دینه
فاضربوا عنقه».

ومعنى قول النبى ﷺ فيما نرى، والله أعلم: من غيّر دینه فاضربوا عنقه، أنه من
خرج من الإسلام إلى غيره مثل الزنادقة وأشباههم، فإن أولئك إذا ظهر عليهم قتلوا
ولم يستأبوا؛ لأنه لا تعرف توبتهم، وأنهم كانوا يسرون الكفر، ويعلمون الإسلام،
فلا أرى أن يستأب هؤلاء، ولا يقبل منهم قولهم، وأما من خرج من الإسلام إلى
غيره وأظهر ذلك، فإنه يستأب، فإن تاب، وإلا قتل، وذلك لو أن قوما كانوا على
ذلك رأيت أن يدعوا إلى الإسلام، ويستأبوا، فإن تابوا، قبل ذلك منهم، وإن لم
يتوبوا، قتلوا، ولم يعن بذلك فيما نرى، والله أعلم، من خرج من اليهودية إلى

١٣٩٦ - أخرجه النسائى، عن ابن عباس ١٠٤/٧ كتاب تحريم الدم باب حكم المرتد. ابن ماجه
برقم ٢٥٣٥، عن ابن عباس ٨٤٨/٢ كتاب الحدود باب المرتد، عن دینه. الشافعى فى بدائع
السنن برقم ١٤٨٢. البيهقى ١٩٥/٨، عن ابن عباس. عبدالرزاق فى المصنف ١٦٨/١٠ برقم
١٨٧٠٦، عن ابن عباس. الطبرانى فى الكبير ٣٣٠/١٠، عن ابن عباس. الدارقطنى ١١٣/٣،
عن ابن عباس. ابن أبى شيبه ١٣٩/١٠، عن ابن عباس. البغوى بشرح السنة ٢٣٨/١٠، عن
ابن عباس.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨٤/٨: هكذا رواه جماعة رواة الموطأ مرسلًا ولا يصح فيه عن
مالك غير هذا الحديث المرسل، عن زید بن أسلم. وقد روى فيه مالك، عن نافع، عن ابن عمر،
عن النبى ﷺ قال: «من بدل دینه فاقتلوه». وهو منكر عندى، والله أعلم.

كتاب الأفضية ٣١٩
النَّصْرَانِيَّةِ، وَلَا مِنَ النَّصْرَانِيَّةِ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ، وَلَا مَنْ يُغَيِّرُ دِينَهُ مِنْ أَهْلِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا
إِلَّا الْإِسْلَامَ فَمَنْ خَرَجَ مِنَ الْإِسْلَامِ إِلَى غَيْرِهِ، وَأَظْهَرَ ذَلِكَ، فَذَلِكَ الَّذِي عُذِيَ بِهِ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح: قوله عليه السلام: «من غير دينه، فاضربوا عنقه»^(١) فقد قال مالك: إن
معناه فيمن خرج عن الإسلام إلى غيره على وجه لا يستتاب فيه كالزنادقة. وفي
كتاب ابن الماجشون: أن معنى قوله ﷺ: «من غير دينه، فاقتلوه» يعنى بعد
الاستتابة، فإن تاب، ترك، فحمل ذلك على المرتد المظهر لارتداده، وذلك أن من
انتقل إلى غير دين الإسلام، لا يخلو أن يسر كفره أو يظهره، فإن أسره، فهو
زنديق.

قال ابن القاسم في العتبية من رواية عيسى: من أسر من الكفر ديناً خلاف ما بعث
الله به محمداً ﷺ من يهودية، أو نصرانية، أو مجوسية، أو منانية، أو غيرها من صنوف
الكفر أو عبادة شمس، أو قمر، أو نجوم، ثم اطلع عليه، فليقتل، ولا تقبل توبته. قال
ابن المواز: ومن أظهر كفره من زندقة أو كفر برسول الله ﷺ أو غير ذلك، ثم تاب
قبلت توبته.

وروى سحنون وابن المواز عن مالك وأصحابه: يقتل الزنديق، ولا يستتاب إذا ظهر
عليه. قال سحنون: إن تاب لم تقبل توبته، وهذا أحد قولى أبى حنيفة، وله قول آخر:
تقبل توبته، وبه قال الشافعى.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَحَدَّهُ وَكَفَرْنَا
بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ فَلَمْ يَكْ يَنْفَعَهُمْ إِيمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا﴾ [غافر: ٨٥]، قال جماعة من
أهل العلم: البأس هاهنا: السيف.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٨٤/٨: فقه هذا الحديث، أن من ارتد عن دينه حل دمه،
وضربت عنقه؛ والأمة مجتمعة على ذلك، وإنما اختلفوا فى استتابه: فطائفة منهم، «قالت: لا
يستتاب على ظاهر هذا الحديث، ويقتل». وطائفة منهم قالت: يستتاب بساعة واحدة، ومرة
واحدة، ووقتاً واحداً. وقال آخرون: يستتاب شهراً. وقال آخرون: يستتاب ثلاثاً - على ما
روى عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود. «ولم يستتب ابن مسعود ابن النواحة وحده،
لقول رسول الله ﷺ: لولا أنك رسول لقتلتك. قال له: وأنت اليوم لست برسول؛ واستتاب
غيره».

٣٢٠ كتاب الأفضية

ودليلنا من جهة السنة ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من بدل دينه فاقتلوه» (*). واحتج مالك لذلك بأن توبته لا تعرف.

وقال سحنون: لما كان الزنديق يقتل على ما أسر، لم تقبل توبته؛ لأن ما يظهر لا يدل على ما يسر؛ لأنه كذلك كان، فلا علامة لنا على توبته، والمرتد يقتل على ما أظهر، فإذا أظهر توبته، أبطل بها ما أظهر من الكفر.

قال: وأجمع العلماء على أن من جاهر بالفساد والسفاهة، قبلت توبته، وصار إلى العدالة، ومن شهد بالعدالة، وشهد بالزور، لم تقبل شهادته، وإن أظهر الرجوع عما ثبت عليه.

مسألة: وإذا أقر الزنديق بكفره قبل أن يظهر عليه، فهل تقبل توبته أم لا؟ قال أصبغ في العتبية: عسى أن تقبل توبته. وحكى القاضي أبو الحسن ذلك.

مسألة: ومن تنزندق من أهل الذمة، ففي كتاب ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن عبدالحكم وأصبغ: لا يقتل؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر. وقال ابن الماجشون: يتقل؛ لأنه دين لا يقر عليه أحد، ولا يؤخذ عليه جزية.

قال ابن حبيب: لا أعلم من قاله غيره، ويحتمل أن يريد بالزندقة هاهنا الخروج إلى غير شريعة مثل التعطيل، ومذاهب الدهرية، ويحتمل أن يريد الاستسرار بما خرج إليه، والإظهار لما خرج عنه، والأول أظهر.

فرع: وإذا أسلم اليهودى الذى تنزندق، فقد روى أبو زيد الأندلسى عن ابن الماجشون: أنه يقتل كالمسلم يتزندق، ثم يتوب.

فصل: وقول مالك: «وأما من خرج من الإسلام إلى غيره، فأظهر غير ذلك، فإنه يستتاب، فإن تاب وإلا قتل» وبه قال عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعثمان بن عفان، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى. وروى سحنون عن عبد العزيز بن أبى سلمة أنه قال: لا بد أن يقتل، وإن تاب.

والدليل على ما نقوله قول الله تعالى: ﴿فأقتلوا المشركين حيث وجدتموهم

(*). أخرجه الترمذى برقم ١٤٥٨، عن عكرمة. النسائى ١٠٤/٧، عن عكرمة كتاب تحريم الدم باب حكم المرتد. أحمد ٢١٧/١، عن عكرمة. البيهقى ١٩٥/٨، عن عكرمة. الحاكم ٥٣٨/٣، عن عكرمة. البغوى بشرح السنة، عن عكرمة ٢٣٨/١٠.

كتاب الأفضية ٣٢١
وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة
فخلوا سبيلهم إن الله غفور رحيم ﴿التوبة: ٥﴾، وقوله تعالى: ﴿وهو الذى يقبل
التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ويعلم ما يفعلون﴾ [الشورى: ٢٥].

ومن جهة المعنى أنها معصية لم يتعلق بها حد، ولا حق لمخلوق كسائر المعاصي.

مسألة: ولا عقوبة على المرتد إذا تاب، رواه فى لعنبة، وفى الموازية أشهب عن
مالك. والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد
سلف﴾ [الأنفال: ٣٨].

ومن جهة المعنى أن هذا منتقل من كفر إلى إيمان، فلم يجب عليه عقوبة بما تقدم من
الكفر كالنصرانى يسلم.

مسألة: ويستتاب ثلاثة أيام، فإن تاب فيها، وإلا قتل، وهو أحد قولى الشافعى، وله
قول ثان: يستتاب فى الحال، فإن تاب وإلا قتل. وقد رواه القاضى أبو الحسن عن
مالك وروى عن أبى حنيفة: يستتاب ثلاث مرات فى ثلاثة أيام، أو ثلاث جمع.

ودليلنا من جهة المعنى أن كل من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار.

مسألة: وليس فى استتابة المرتد تخويف، ولا تعطيش فى قول مالك. وقال أصبغ:
يخوف فى الثلاث الأيام بالقتل، ويذكر الإسلام، ويعرض عليه.

ووجه قول مالك أن هذا إكراه بنوع من العذاب، فلم يؤخذ به فى مدة الاستتابة
كالضرب وقطع الأعضاء.

مسألة: والعبد فى ذلك بمنزلة الحر، والمرأة كالرجل، قاله مالك والشافعى. وقال أبو
حنيفة: لا تقتل المرتدة. والدليل على ما نقوله ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من بدل
دينه فاقتلوه» وهذا عام.

ومن جهة القياس أنه سبب يقتل به الرجل، فجاز أن تقتل به المرأة كالقتل.

مسألة: وسواء كان المرتد ممن ولد على الإسلام أو لم يولد عليه، قال مالك: هم
سواء يستتابون كلهم، فإن تابوا وإلا قتلوا، رواه ابن القاسم عنه فى الموازية وغيرها.

وجه ذلك أنه خارج عن دين الإسلام إلى غيره، فكان حكمه ما تقدم كالذى بدله،
وهو على الإسلام.

٣٢٢ كتاب الأفضية

مسألة: ومن كان إسلامه عن ضيق، أو غرم، أو خوف، ثم ارتد، فقد قال مالك وابن القاسم: له في ذلك عذر. وقال أشهب: لا عذر له، وإن علم أن ذلك عن ضيق.

وقال أصبغ: قول مالك أحب إليّ إلا أن يقيم على الإسلام بعد ذهاب الخوف، فهذا يقبل. وأنكر ابن حبيب قول ابن القاسم، قال: وسواء كان ذلك عن ضيق أو غيره، ويقتل إن رجع، قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك.

وجه الرواية الأولى أن فعل المكره لا حكم له، وهذا لما دخل في الإسلام كرهاً، لم يثبت له حكمه.

وجه الرواية الثانية قول الرب تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، فأمر بقتلهم وإن دخلوا الإسلام على ذلك، ثبت لهم حكمه.

مسألة: فإذا قلنا لا يقتل على الردة من أسلم عن ضيق خراج أو جزية أو مخافة، فقد قال أصبغ: يؤمر بالرجوع إلى الإسلام، ويحبس ويضرب، فإن رجع وإلا ترك.

وجه ذلك أنا لا نعلم قطعاً أنه لم يرد الإسلام، فلذلك ندعوه إليه، ونشدد عليه في مراجعته، ولا يبلغ القتل لما ثبت من ظاهر أمره، والله أعلم وأحكم.

١٣٩٧ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَيَّ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ قَبْلِ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ، فَسَأَلَهُ عَنِ النَّاسِ، فَأَخْبَرَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهُ عُمَرُ: هَلْ كَانَ فِيكُمْ مِنْ مُغْرَبَةٍ خَيْرٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، رَجُلٌ كَفَرَ بَعْدَ إِسْلَامِهِ، قَالَ: فَمَا فَعَلْتُمْ بِهِ؟ قَالَ: قَرَّبْنَاهُ، فَضَرَبْنَا عُنُقَهُ، فَقَالَ عُمَرُ: أَفَلَا حَبَسْتُمُوهُ ثَلَاثًا، وَأَطَعْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيْفًا، وَأَسْتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيَرْاجِعُ أَمْرَ اللَّهِ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَحْضُرْ، وَلَمْ أَمُرْ، وَلَمْ أَرْضَ إِذْ بَلَغَنِي.

الشرح: قوله: «أن رجلاً قدم على عمر من قبل أبي موسى، فسأله عن الناس، فأخبره» على حسب ما يلزم الإمام من السؤال عن غاب عنه من رعيته؛ ليعرف أحوالهم، ويسأل عن ذلك الوارد والصادر حتى لا يخفى عليه شيء من الأحوال الناس؛ لأنه إذا خفيت عليه أحوالهم، لم يمكنه تلافى ما ضاع منها.

١٣٩٧ - أخرجه عبدالرزاق في المصنف ١٦٥/١٠ برقم ١٨٦٩٥، عن عبد القاري. البيهقي في السنن الكبرى ٢٠٧/٨. أبي يوسف في الخراج ٢١٤. ابن قدامة في المغنى ١٢٥/٨. ابن حزم في المحلى ١٩١/١١.

كتاب الأفضية ٣٢٣

فصل: وقوله: «ثم قال له: هل فيكم من مغربة خمير» سأله أولاً عن المعهود من أحوال الناس، وما يعمهم، ثم سأله عما عسى أن يطرأ من الأمور التي تستغرب، وليست بمعتادة، فأخبره أن رجلاً كفر بعد إسلامه، وهذا يقتضى أنه كان نادراً عندهم مما يستغرب، ولا يكاد يسمع به، ولذلك حكم فيه أبو موسى بحكم مخالف لما يراه عمر ابن الخطاب، ولو كان أمراً يكثر، ويتكرر لكان عند أبي موسى وغيره من الأمراء ما يعتقد في ذلك عمر؛ لأنه يظهر موافقة أصحابه، فيشيع ذلك أو يظهر مخالفة من أخطأ، فيشيع ذلك.

فصل: وقوله: «فما فعلتم به» بحث عن حكمهم فيه، وتعرف له ليأمر باستدامة الصواب والإقلاع عن الخطأ، فقال: «قدمناه فضررنا عنقه» ولم يذكر استتابة ولا غيرها، وقد كان يحتمل أن يقتل بعد الاستتابة وإبائه من المراجعة، لكن عمر رضى الله عنه فهم منه ترك الاستتابة، والمسارة إلى قتله بنفس كفره. وقد احتج أصحابنا على وجوب استتابته بقول عمر هذا، وأن لا مخالف له.

وهذا لا يصح إلا بأحد وجهين، إما أن يحمل فعل أبى موسى على أنه قتل بعد الاستتابة، ولعل الناقل لم يعلم بها، وإن ثبت بعد ذلك رجوع أبى موسى وغيره ممن وافقه على خلاف قول عمر رضى الله عنه، وإلا فأبو موسى ومن وافقه على ذلك يمنع انعقاد الإجماع على قول عمر.

فصل: وقوله: «أفلا حبستموه ثلاثاً، وأطعمتموه كل يوم رغيفاً» يحتمل أن يأخذ الثلاث من قول الله تعالى: ﴿تَمْتَعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْدُوبٍ﴾ [هود: ٦٥]، ولأن الثلاث قد جعلت أصلاً في الشرع في اعتبار معان، واختيارها في المصرة، وفي استظهار المستحاضة، وعهدة الرقيق، وغير ذلك من المعاني وإطعامه الرغيف كل يوم، معناه أن لا يوسع عليه من الإنفاق توسعة يكون فيها إحسان إليه، وإنما يعطى ما يبقى به رقه على وجه لا يستضر به، ولا يكون منه تعذيب له.

وقد روى في المدينة عن ابن القاسم أنه قال: ليس العمل على قول عمر في أن يطعم المرتد كل يوم رغيفاً، ولكن يطعم ما يكفيه ويقوته ولا يجوع، وإنما يطعم من ماله. قال ابن مزين: يعنى في غير توسع ولا تفكه. قال مالك في الموازية: يقوت من الطعام بما لا يضره، والله أعلم.

وإنما أراد ابن القاسم بقوله: ليس العمل على قول عمر: يطعم كل يوم رغيفاً، بمعنى

٣٢٤ كتاب الأفضية

أن لا يجعل ذلك حداً، ولم يرد عمر أن يجعله حداً، وإنما أشار إلى قلة مؤنته ويسارة وراثته في ماله، إن كان له مال أو بيت مال المسلمين، إن لم يكن له مال.

فصل: وقوله: «واستبتموه لعله يتوب، ويراجع أمر الله تعالى» يريد به الرجوع إلى الإسلام؛ لأنه الذى أمر الله به، وهذا يدل على أنه من خرج من كفر إلى كفر، لا يستتاب، ولا يعرض له. وقد قال مالك: إن معنى قوله ﷺ: «من غير دينه فاقتلوه» يريد الدين الذى رضىه الله، ودعا إليه، وأما من خرج من ملة الكفر إلى غيره، فلم يغير بذلك دينه الذى شرع له. قال مالك: سواء خرج إلى دين مجوس أو كتاب.

فصل: وقوله: «اللهم إني لم أحضر، ولم آمر، ولم أرض إذ بلغنى» تبرؤ من الأمر، وتصريح بخطأ فاعله، ولا يكون ذلك إلا بنص من النبى ﷺ أو إجماع بعده. وقد قال سحنون: إن أبا بكر استتاب أهل الردة.

وقد روى عن ابن القاسم أن الصديق استتاب أم قرفة إذ ارتدت، فقتلها، فلعله قد علم بانعقاد الإجماع على ذلك فى زمن أبى بكر، وفعل أبو موسى غير ذلك، فأنكر عليه عمر، وإلا فإذا كان أبو موسى من أهل الاجتهاد وحكم باجتهاده فيما لا نص فيه ولا إجماع لغير ما يراه عمر، لم يبلغ عمر من الإنكار عليه هذا الحد، ولو لم يجر لأبى موسى ذلك؛ لما جاز أن يوليه الحكم حتى يطالعه على قضيته وفى هذا من فساد أحوال الناس، وتوقف الأحكام ما لا يخفاء فيه، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً

١٣٩٨ - مَالِك، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِي رَجُلًا أُمِّهْلُهُ حَتَّى آتَى بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ»^(١).

١٣٩٨ - أخرجه مسلم فى اللعان ١٤٩٨. أبو داود فى الديات ٤٥٣٣. ابن ماجه فى الحدود ٢٦٠٥. أحمد فى باقى مسند المكثرين ٢٧٢٥١.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٩٤/٨: زعم أبو بكر البزار أن مالكا انفرد بخديته عن سهيل فى هذا الباب، وأنه لم يروه غيره، ولا تابعه أحد عليه؛ وأظنه لما رأى حماد بن سلمة قد أرسله وأسنده مالك، ظن أنه انفرد به وليس كما ظن البزار.

وقد رواه سليمان بن بلال، عن سهيل - مسندا - عن أبيه، عن أبى هريرة - كما رواه مالك. =

كتاب الأفضية ٣٢٥

الشرح: قوله: «أرأيت إن وجدت امرأتى رجلاً، أمهلته حتى آتى بأربعة شهداء» على سبيل الاستعلام من قبله؛ لأن ابن عبادة كان يقول: إن وجدته، لم يقدر على الصبر على ذلك ويضربه بسيف غير مصفح، فأتى هذا القول على سبيل الحجة، ليخبر به عن نفسه من شدة غيرته والإظهار لعذره.

فصل: وقول النبي ﷺ: «نعم» على معنى المنع له من قتله، وأنه لا يقتل فى قوله: أنه وجدته مع امرأته، وإلا فله أن يدفعه، ويصرفه عن منزله، ولا يجب عليه تخليته معها، وإنما ذلك على وجه المنع له من قتله بما يدعيه من فعله.

= ورواه الدراوردي أيضا، عن سهيل بإسناده - نحو رواية سليمان بن بلال:

حدثنا سعيد بن نصر، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا ابن وضاح، حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا خالد بن مخلد، قال: حدثنا سليمان بن بلال، قال: حدثني سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة، قال: قال سعد بن عبادة لرسول الله ﷺ: «لو وجدت رجلا مع أهلى لم أقتله حتى آتى بأربعة شهداء؟ قال رسول الله ﷺ: نعم. قال: لا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك! قال رسول الله ﷺ: اسمعوا إلى ما يقول سيدكم، إنه لغير ولأنا أغير منه، والله أغير منى».

قال أبو عمر: فهذا سليمان بن بلال قد رواه مسندا - كما رواه مالك؛ ولو لم يروه أحد غير مالك - كما زعم البزار، ما كان فى ذلك شىء؛ لكن أكثر السنن والأحاديث قد انفرد بها الثقات، وليس ذلك بضائر لها ولا شىء منها؛ والمعنى الموجود فى هذا الحديث يجتمع عليه قد نطق به الكتاب المحكم، وقد وردت السنة الثابتة، واجتمعت عليه الأمة؛ فأى انفرد فى هذا؟ وليت كل من انفرد به المحدثون كان مثل هذا.

وذكر مسلم بن الحجاج، قال: حدثنا بن قتيبة سعيد، قال: حدثنا عبدالعزيز - يعنى الدراوردي، عن سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة - أن سعد بن عبادة الأنصارى، قال: يا رسول الله، أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا أيقنله؟ قال رسول الله ﷺ: «لا» قال سعد: بلى والذي أكرمك بالحق. فقال رسول الله ﷺ: «اسمعوا إلى ما يقول سيدكم».

وذكر مسلم أيضا حديث مالك، وحديث سليمان بن بلال، عن سهيل على حسب ما ذكرناهما هاهنا.

وأما حديث حماد بن سلمة، فأخبرناه خلف بن أحمد، قال: حدثنا أحمد بن مطرف، قال: حدثنا سعيد بن عثمان، قال: حدثنا الحسن بن عبدالله البالىسى، قال: حدثنا الهيثم ابن جميل، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن سعد بن عبادة - أنه قال: يا رسول الله، أرأيت لو رأيت رجلا مع امرأتى لأتركه حتى أدعو أربعة من الشهداء؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم، فقال: والذي أنزل عليك الكتاب إذا لأعجلته بالسيف! فقال رسول الله ﷺ: «إن سعدا لغير، وإنى لأغير منه، وإن الله لأغير منا».

١٣٩٩ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الشَّامِ يُقَالُ لَهُ ابْنُ حَيْبَرِيٍّ، وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا، فَقَتَلَهُ أَوْ قَتَلَهُمَا مَعًا، فَأَشْكَلَ عَلَيَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ الْقَضَاءُ فِيهِ، فَكَتَبَ إِلَيَّ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ يَسْأَلُ لَهٗ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ عَنْ ذَلِكَ، فَسَأَلَ أَبُو مُوسَى عَنْ ذَلِكَ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ: إِنَّ هَذَا الشَّيْءَ مَا هُوَ بِأَرْضِي، عَزَمْتُ عَلَيْكَ لِتُخْبِرَنِي، فَقَالَ لَهُ أَبُو مُوسَى: كَتَبَ إِلَيَّ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ أَنْ أَسْأَلَكَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَنَا أَبُو حَسَنِ إِنَّ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ.

الشرح: قوله: «إن رجلاً من أهل الشام وجد مع امرأته رجلاً، فقتله أو قتلتهما، ثم قامت عليه بينة بذلك أو اعترف به، فأشكل على معاوية القضاء في ذلك، وكتب إلى أبي موسى الأشعري ليسأل عن ذلك على بن أبي طالب».

وهذا يدل على فضله وتوقفه فيما لا يعلمه وسؤاله عن ذلك من يثق بعلمه ويتسبب إليه بكل ما يمكنه وإن كان المستول منابذا له.

فصل: وقول علي رضي الله عنه: «إن هذا الشيء ما هو بأرضي» يريد أنه لو كان لبلغه خبره، وتقدم الاستعداد على ذلك على من فعله لاسيما وهو لم يتقدم فيه حكم شهير، فيتعلق به من أراد الحكم فيه، ثم قال لأبي موسى: «عزمت عليك لتخبرني» على معنى تبيين القصة والبحث عنها بأكثر مما يمكن، وربما احتاج إن كان من أهل عمله إلى أن يشخص الخصوم في ذلك ليبالغ في تميم القضية.

فصل: وقوله: «أنا أبو حسن» مما تستعمله العرب عند إصابة ظنه كما أصاب ظنه بأن ذلك لم يكن بأرضه، وروى ذلك ابن مزين عن عيسى، ثم قال: «إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته» يريد والله أعلم، إن لم يأت بأربعة شهداء يشهدون على الزني بين المقتولين أعطى برمته، يريد سلم إلى أولياء المقتولين يقتصون منه إن شاءوا.

مسألة: ولو قطع رجله أو جرحه، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن قاتله، فكسر رجله أو جرحه، أن ذلك جبار، وإن قتله، فإنه يقتل به، إلا أن يأتي بأربعة شهداء، يشهدون على الزني بينهما.

وجه ذلك أن وجوده في داره أوجب أن يسلط عليه بالضرب والأذى، والإبعاد،

كتاب الأفضية ٣٢٧

فإن قاتله ومنعه من خروجه كان له مدافعتة عن ذلك بما يؤدي إلى الجراح وما أشبهها، وأما القتل، فلا يستباح إلا ببينة لما ورد الشرع به من حقن الدماء.

مسألة: وفي العتبية والموازية عن ابن القاسم: قول على عندي ذلك في الثيب والبكر؛ لأنه إذا جاء بأربعة شهداء أنه وطمها، لم يقتص منه لواحد منهما، قال: وهو عندي معنى قول على أنه لا يقتل بقتل الثيب، ولا البكر، إذا قامت بينة لما زعم، وذلك أن من حل به مثل هذا يخرج عن عقله، ولا يكاد يملك نفسه والجاني أحق من حمل عليه.

فروع: فإذا قلنا إنه لا يقتل بها، وإن كانا بكرين، فقد قال ابن القاسم في المدينة: عليه الدية في البكر، وقاله ابن كنانة. وقال ابن عبدالحكم: لا شيء عليه، وإن كان بكرًا إذا كان قد كثر التشكى منه، قاله ابن مزين.

وقال غير ابن القاسم: دمه هدر في البكر والثيب، وقد أهدر عمر بن الخطاب غير دم في شبه هذا من التعدي. وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون: يؤدب من قتل من وجب عليه القتل دون الإمام، وهذا في الثيب ويقتل في البكر.

وجه قول ابن القاسم أن من قتل من لا يجب عليه القتل، فإذا لم يجب القصاص للشبهة، لزمتم الدية.

وجه قول من أهدر دمه أنه عمد لا يجب به القصاص، فلم تجب به الدية. وأصل ذلك من قتله قصاصًا.

وجه قول ابن الماجشون أن الثيب قد وجب عليها القتل بالزنى والإحصان، فليس على قاتله قتل، وإنما على قاتله في ذلك العقوبة، لافتياته في ذلك دون الإمام. وأما البكر، فليس عليه القتل بالزنى، فمن قتله، قتل به.

فروع: فإذا قلنا تجب عليه الدية، فقد قال ابن القاسم والمغيرة وابن كنانة: دية الخطأ. ووجه ذلك أن القاتل لما فجأه من الغضب الذي سببه من الزانى، يصير في حكم المغلوب إلى ذلك لا عقل له، فكانت جنايته خطأ. وحكى ابن مزين عن أصبغ أن الدية في مال القاتل.

وجه ذلك أنه خطأ، غير ميتقن ليست شبهته بالقوية، فأشبه إقرار القاتل بالخطأ أنه في ماله، والله أعلم وأحكم. وهو حسبنا ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

* * *

القضاء فى المنبوذ

١٤٠٠ - قَالَ مَالِكٌ: عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سُنَيْنِ أَبِي جَمِيلَةَ، رَجُلٍ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ، أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُودًا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، قَالَ: فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسْمَةِ؟ فَقَالَ: وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا، فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَكْذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: اذْهَبْ، فَهُوَ حُرٌّ، وَكَانَ وَلاؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ.

الشرح: قوله: «منبوذًا فجئت به عمر» المنبوذ هو المطروح، ويحتمل أن يجيء به إلى عمر ليعلمه حاله، وينفق عليه من بيت مال المسلمين، ويحتمل أن يجيء به ليستفتيه فى أمره وليسأله الحكم له بولائه أو غير ذلك.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «ما حملك على أخذ هذه النسمة؟» روى أشهب عن مالك أنه قال: اتهمه أن يكون ولده أتى به لكى يفرض له من بيت المال.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يكون سأله عن سبب أخذه له، وخاف عليه أن يكون حملة على ذلك الحرص على أن يفرض له من بيت المال ويلقى هو أمره، ويحتمل أن يخاف التسرع إلى أخذ الأطفال من غير أن ينبذوا حرصاً على أخذ النفقة لهم، ورغبة فى موالاتهم، ويحتمل أن يكون سأله لئلا يلتقطه من عياله.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: إذا ادعى اللقيط ملتقطه، فلا قول له إلا ببينة. وقال أشهب: يقبل قول من ادعاه ملتقطه أو غيره إلا أن يتبين كذبه.

وجه رواية ابن القاسم أنه ليست هناك شبهة تصدق دعواه، وليس له أن يعلق به نسب لا شبهة له فيه. ووجه قول أشهب أن له فيه شبهة الالتقاط وليس له نسب ثابت بغيره كما لو ملك أمه.

فصل: وقول سنين: «وجدتها ضائعة فأخذتها» يريد أنه أخذه لهذه الوجه لا لغيره من الوجوه التى يحتمل أخذه له، وإن كان بعضها مكروها وبعضها مباحاً، وأنه إنما أخذه لأنه وجدته فى موضع يضيع فيه إن ترك فأخذه لذلك، ومن وجد بهذه الصفة، لزمه أخذه؛ لأنه لا يحل تركه للهلاك، وأخذه على وجهين، أحدهما أن يأخذه ملتقطاً

١٤٠٠ - أخرجه الشافعى فى «الأم» ٧: ٢٣٢، والبيهقى فى الكبرى ٦/ ٢٠١ - ٢٠٢، ومعرفة

السنن ١٢٤٦٢، ٩٠/٩، أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف ٤٠٦/١١.

ليربيه، فقد قال أشهب: ليس له رده. وأما إن أخذه ليرفعه إلى السلطان، فلم يقبله منه السلطان، فلا ضيق عليه في رده إلى موضع أخذه، ومعنى ذلك عندى أن يكون موضعاً لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه، ويوقن أنه سيسارع الناس إلى أخذه.

فصل: وقوله: «عريفه» العرفاء رؤساء الأجناد وقوادهم، ولعلمهم سموا بذلك لأنهم بهم يتعرف أحوال الجيش، وقد قال النبى ﷺ يوم حنين، لما رأى أن يرد السبى إلى هوازن، فأذن له في ذلك الناس، فقال: «إنا لا ندرى من أذن فى ذلك منكم ممن لم يأذن، فارجعوا حتى يرفع إلينا عرفاؤكم» (*).

وقال على: إن عمر دون الدواوين، وجعل فيها أرباعاً، وجعل عليهم عرفاء. وقال يحيى بن مزين: الأرباع فى جند الشام، والأسباع فى جند الكوفة، والأخماس فى جند البصرة.

قال عيسى: فكان الذى وجد المنبوذ من عرافة هذا الرجل الجالس عند عمر، فقال لعمر: «إنه رجل صالح» على معنى أن يصدقه عمر فى قوله ولا يرتاب به أو على معنى التبرئة له مما عسى أن يتوقع عمر من جهته أن يظن الأمر على غير ما يرضيه من أن يأخذه للوجوه التى ظنها أن يكون إنما التقطه ليفرض له نفقته فى بيت المال ويبقى عنده، فيراه عريفه من ذلك بما أخبر به عنه مما علمه منه من الصلاح والدين.

وليس هذا من باب التزكية التى يثبت بها قبول الشهادة، وليس كل رجل صالح تقبل شهادته، وتثبت عدالته، وإنما ينتفى بهذا عنه ما ينافى الصلاح مما خاف عمر أن يكون التقط المنبوذ له، والله أعلم.

فصل: وقول عمر: «كذلك» على وجه التحقيق والاستثبات. وقوله: «هو حر» على وجه الإخبار له بحكمه وأن اللقيط حر. وفى كتاب ابن المواز: أن اللقيط حر، وإن التقطه عبد أو نصرانى.

ووجه ذلك أنه لا يتيقن فيه سبب من أسباب الاسترقاق.

مسألة: واللقيط على الإسلام، وذلك أنه لا يخلو أن يلتقط فى بلاد الإسلام أو فى بلاد الشرك أو فى بلاد فيها الصنفان، فإن التقط فى بلاد الإسلام، فهو مسلم، وإن التقطه نصرانى لأن الظاهر أنه من المسلمين بحكم الدار.

(* أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٠٨، ٢٥٤٠، ٢٦٠٨، ٣١٣٢، ٤٣١٩. أبو داود حديث رقم ٢٦٩٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٤٣٥.

٣٣٠ كتاب الأفضية

وإن كان ببلد الشرك، فقد قال ابن القاسم: هو مشرك. وقال أشهب: هو مسلم، إن التقطه مسلم.

ووجه قول ابن القاسم أن الظاهر أن حكمه حكم الدار، والدار للشرك، فكان الظاهر أن من كان فيها حكمه حكمهم في الدين كما أن الظاهر حكمه حكمهم في النسب والحرب.

ووجه قول أشهب أن للدار تأثيراً وللملتقط في ذلك تأثير، فوجب أن يغلب حكم الإسلام، وكذلك لو التقطه في كنيسة لحكم له بحكم الإسلام كما يحكم له بحكم الحرية.

مسألة: فإن التقط بقرية من قرى الذمة ليس فيها مسلم إلا اثنان أو ثلاثة، فقد قال ابن القاسم: إن التقطه مسلم، فهو مسلم، وإن التقطه نصراني، فهو نصراني. وقال أشهب: هو مسلم على كل حال.

وجه قول ابن القاسم أن حكم الكفر والإسلام قد استوى في ذلك لأن أصل الدار للإسلام وغالب من فيها الكفر، فغلب حكم الملتقط.

ووجه قول أشهب أن الدار دار الإسلام، ولذلك لا يسترى، وإنما يسكنها أهل الذمة بالجزية.

فصل: وقوله: «ولك ولاؤه» يريد تخصيصه بذلك، وذلك يقتضى كونه على دينه. قال ابن المواز: قال مالك: ولو أعلم أن عمر قال في المنبوذ ما ذكر ما حولف، يريد والله أعلم أن يجعل الولاء للملتقطه، والحديث صحيح لا شك فيه لأنه يرويه عن ابن شهاب عن سنين أبي جميلة، وهو من الصحابة، ولكنه لفظ يحتمل التأويل، فيكون معنى قول مالك ذلك أن لو علم أن عمر أراد ما يتأولونه عليه لم أخالفه لتقارب الأدلة في ذلك وترجحها، ولو أن مالكاً قد تول قول عمر: «لك ولاؤه» أى قد جعلت لك أن تتولى تربيته، والقيام بأمره، وأنت أحق به من غيرك.

وذلك أن من التقط لقيطاً، فهو أحق به من غيره، فإن نزع منه غيره، فقد قال ابن القاسم: إن كان ملتقطه قوياً على مؤنته وإمساكه، رد إليه. قال أشهب: إن كانا سواء أو متقاربين، فالأول أولى، فإن خيف أن يضيع عند الأول فالثاني أولى به إلا أن يطول مكثه عند الأول، وليس اللقيط في ضرر، فالأول أحق به، وهذا إن كانا مسلمين.

كتاب الأفضية ٣٣١

فإن كان ملتقطه نصرانيا، فقد قال أصبغ: ينزع منه لثلا ينصره أو يدرس أمره، فيسترقه، وهذه ولاية الإسلام، لا ولاية العتق؛ لأن اللقيط مجهول النسب، فولأؤه لجماعة المسلمين، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أهل الحجاز، وبه قال الشافعي.

وروى عن علي بن طالب أنه قال: اللقيط حر، وله أن يوالى من أحب، الذي التقطه أو غيره. وبه قال ابن شهاب وعطاء وجماعة من أهل المدينة. وقال النخعي: ميراث اللقيط بمنزلة اللقطة، وبه قال أكثر الكوفيين. وقال أبو حنيفة: ميراثه لمن التقطه، إلا أن له أن ينتقل عنه حيث شاء ما لم يعقل عنه من والاه، فإن عقل عنه، لم يكن له أن ينتقل عنه بولائه.

فصل: وقوله: «وعلينا نفقته» يريد مؤنته في بيت المسلمين إن أمكن ذلك؛ لأنه من فقرائهم مع عجزه عن التكسب، وخوف الضياع عليه، وإن تعذر الإنفاق عليه من بيت مال المسلمين، فقد قال مالك في الموازية: من التقط لقيطاً، فعليه نفقته حتى يبلغ، ويستغنى وليس له أن يطرده.

ووجه ذلك أنه إذا أخذه ملتقطاً له، فقد لزمه أمره وحفظه.

مسألة: ولا رجوع له عليه بما أنفق عليه، وإن استأذن في ذلك الإمام، قاله القاضي أبو محمد، قال: وكذلك لو كان له مال لا يعلم به.

ووجه ذلك أنه من فقراء المسلمين، فليس له أن يشغل بدين الإنفاق عليه كسائر الفقراء.

فرع: فإن استلحقه أحد، فقال ابن القاسم: إن استلحقه بيينة أو غيرها، رجع عليه بما أنفق إن كان تعمد طرحه، وهو ملىء، وإن لم يطرحه، فلا شيء على الأب. وقال أشهب: لا شيء على الأب بكل حال؛ لأن هذا أنفق على وجه التطوع.

قال يحيى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَنْبُودِ أَنَّهُ حُرٌّ، وَأَنَّ وِلَاةَهُ لِلْمُسْلِمِينَ، هُمْ يَرْتُونَهُ وَيَعْقِلُونَ عَنْهُ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن المنبوذ، وهو المطروح من قولهم: نبذت الشيء، إذا طرحته، قال الله تعالى: ﴿فنبذناه بالعراء وهو سقيم﴾ إلا أنه في عرف اللغة مستعمل فيمن طرح من الأطفال على وجه الاستسرار به، فيلتقطه من يخاف عليه الضيعة، فقال مالك: إنه حر.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٥٥/٢٢.

٣٣٢ كتاب الأفضية

ووجه ذلك أنه عرا من أسباب الاسترقاق، فهو لاحق بالأحرار، وكذلك كل من وجدناه من الكبار الذين لا يعقلون إنما نحملهم على الحرية لعدم معانى الاسترقاق.

فصل: وقوله: «ولاءه للمسلمين» يريد أن ولاءه لجماعة المسلمين كسائر من لا يعرف نسبه من المسلمين، وقد تقدم القول فى ذلك بما يغنى عن إعادته.

وقوله: «وهم يرثونه ويعقلون عنه» على معنى تفسير المولى الذى أثبتته فى حكم المنبوذ، والله أعلم.

* * *

القضاء بالحق الولد بأبيه

١٤٠١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهْدًا إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةَ زَمْعَةَ مَنِي، فَأَقْبَضَهُ إِلَيْكَ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامَ الْفَتْحِ، أَخَذَهُ سَعْدٌ، وَقَالَ: ابْنُ أَخِي، قَدْ كَانَ عَهْدًا إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ إِلَيْهِ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، فَقَالَ: أَخِي وَأَبْنُ وَلِيدَةَ أَبِي وَوُلِدَ عَلِيٌّ فِرَاشِيهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي قَدْ كَانَ عَهْدًا إِلَيَّ فِيهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي وَأَبْنُ وَلِيدَةَ أَبِي، وَوُلِدَ عَلِيٌّ فِرَاشِيهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ ثُمَّ قَالَ لِسُودَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: احْتَجِي مِنْهُ» لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ. قَالَتْ: فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ^(١).

١٤٠١ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢٠٥٣. والنسائى فى الطلاق ٣٤٨٢، ٣٤٨٥. وأبو داود فى الطلاق ٢٢٧٣. وابن ماجه فى النكاح ٢٠٠٤. وأحمد فى باقى مسند الأئصار ٢٣٥٦٦، ٢٤٤٥٤، ٢٥٣٦٦، ٢٥٤٧٠. والدارمى فى النكاح ٢٢٣٧.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٩٨/٨: هكذا روى مالك هذا الحديث، لا خلاف علمته عنه فى إسناده ولا فى لفظه، إلا أن ابن وهب، وأبا جعفر النفيلى، والقعنبي، فى غير الموطأ روه مختصرا عن مالك، عن الزهرى، عن عروة، عن عائشة، أن رسول الله ﷺ قال: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر» لم يذكروا قصة عبد بن زمعة وعتبة، رواه هكذا عن ابن وهب ابن أخيه، ومحمد بن عبدالحكم، وبحر بن نصر، ويقال: إنه ليس عند يونس، عن ابن وهب، وعند ابن وهب، والقعنبي أيضا فى الموطأ الحديث بتمامه، وهو أصل هذا الحديث عن مالك، وقد خالفه ابن=

الشرح: قولها: «أن عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص، أن ابن وليدة زمعة منى، فاقبضه إليك» على حسب ما كان يفعله أهل الجاهلية، فقد روى أن النكاح كان عندهم على أربعة أضرب، أحدها الاستبضاع، وهو أن يكون الرجل يعجبه نجابة الرجل ونبله وتقدمه، فيأمر من تكون له من حرة أو أمة أن تبيح نفسها له، فإذا حملت منه رجع هو إلى وطفها حرصاً على نجابة الوليد.

والثاني: أن تكون المرأة لا زوج لها، يغشاها الجماعة من الرجال، منفردين أو مجتمعين، فإذا استمر بها حمل دعوتهم، وقالت لأحدهم: هذا منك، فيلزمه ذلك، ويلحق به، ولا يمكنه الامتناع منه.

والثالث: البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن، فمن رأى تلك الراية علم أنه موضع بغى، فيتكرر عليها بذلك من شاء الله من الناس حتى إذا استمر بها حملها، قالت لبعضهم: هو منك فيلحق به.

والرابع: النكاح الصحيح، فأبطل الإسلام الثلاثة الأنواع المتقدمة، وأثبت النكاح، فلعل ما قال عتبة بن أبي وقاص: «ابن وليدة زمعة منى» إنما أراد استلحاقه من أحد تلك الأنواع الثلاثة التي أبطلها الإسلام.

=عينية فى بعض لفظه، لم يقل فيه: وللعاهر الحجر، والقول قول مالك، وقد أتقنه وجوده. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن سليمان الرملى، حدثنا إبراهيم بن عبد الله البصرى، حدثنا أبو عاصم الضحاك بن مخلد، حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، أن عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة هو منى، فاقبضه إليك، فلما فتحوا مكة أخذ سعد، فقال عبد بن زمعة، هذا أخى، وابن وليدة أبى قال: فقضى رسول الله ﷺ به لعبد بن زمعة، قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وأمر سودة أن تحتجب منه، فما رآها حتى ماتت.

حدثنا سعيد بن نصر، قال: حدثنى قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إسماعيل، قال: حدثنا الحميدى، قال: حدثنا سفيان، وقال: حدثنا الزهرى، قال: حدثنا عروة بن الزبير، أنه سمع عائشة تقول: اختصم عند رسول الله ﷺ سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة، فى ابن أمة زمعة، فقال سعد: يا رسول الله إن أخى عتبة أوصانى فقال: إذا قدمت مكة فانظر ابن أمة زمعة، فاقبضه فإنه ابنى. وقال عبد بن زمعة: يا رسول الله! أخى، وابن أمة أبى ولد على فراش أبى، فرأى رسول الله ﷺ شهباً بينا بعثته، فقال: «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش، واحتججى منه يا سودة!». قيل لسفيان: فإن مالكا يقول فيه: وللعاهر الحجر، فقال سفيان: لكننا لم نحفظه من الزهرى أنه قاله فى هذا الحديث.

٣٣٤ كتاب الأقضية

فلما أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه، ولم يقم له بينة من إقرارها لم يلحق به، وأما من استلحق ولدًا، فلا يخلو أن لا يكون عرف له ملك أمة، ولا نكاحها أو قد تقدم له ذلك فيها.

فإن لم يعرف له ملك أمة بنكاح ولا بملك يمين، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم، فقال مره: يلحق ذلك به، ما لم يتبين كذبه، وإن لم يكن له نسب معروف، وبه قال مالك. وقال ابن القاسم أيضًا: لا يلحق به حتى يتقدم له على أمه نكاح أو ملك يجوز أن يكون منهن، ولا يمنعه من ذلك نسب معروف، وبه قال سحنون.

وجه القول الأول أن الأسباب موضوعة على الاستلحاق وأكثرها لا يثبت إلا بإقرار الأب بالوطء أو بأنه ولده، فإذا لم يكن ثم نسب مانع، لحق بمن استلحقه.

ووجه القول الثاني أن النسب إنما يؤثر فيه الاستلحاق إذا كان ثم نسب معروف من ملك يمين أو نكاح، فإذا لم يكن ثم سبب يقوى الدعوى وجب أن تبطل؛ لأنه لو ثبت بمجرد الدعوى لكثير تعرض الدعوى في ذلك، وفسدت الأنساب.

مسألة: وأما إن ملك أمهم قبل ذلك، فإن ادعاهم مع بقائهم في ملكه، فلا خلاف في المذهب أنهم يلحقون به. وفي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم، فيمن بيده أمة لها ولد، وعليه دين محيط بماله، فاستلحق الولد لحق به، وتكون الأمة بذلك أم ولده.

ووجه ذلك أن سبب النسب موجود مع عدم مستلحقه، فيصح استلحاقه كما لو لم يكن عليه دين، ولم يمنع الدين الاستلحاق؛ لأن الاستلحاق معنى يثبت به النسب مع عدم الدين، فوجب أن يثبت به النسب مع الدين كالإقرار بالوطء قبل الولادة ثم ظهور الحمل.

مسألة: وأما إن كان قد باعه مع أمه، ثم ادعى وهو معدم أنه ابنه منها، فقد اختلف في ذلك قول مالك، روى عنه أشهب أنه يصدق فيه وفيها، ويرد إليه، ويتبع بالثمن دينًا، وبه قال أشهب وابن عبدالحكم.

وروى عنه أشهب أيضًا أنه يصدق في الولد، ولا يصدق في أمه، ويرد إليه الولد بحصته من الثمن، وبه قال ابن القاسم.

وجه القول الأول أن هذه حالة تصدق في الوليد، فإنه يصدق في أمه كحالة السر. ووجه القول الثاني أنه عدمه بالثمن تهمة في إرادته استرجاع الأمة دون ثمن واستلحاقه

كتاب الأفضية ٣٣٥

الولد لا يقتضى ارتجاعه الأم، ألا ترى أن ولد الملاعنة يستلحقه الملاعن، ولا يقتضى ذلك ارتجاع أمه، لأن استلحاق الولد عرا من التهمة لما جبل عليه الناس من نفى ما يشك فيه من النسب، فكيف بما يتيقن انتفاؤه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان ملياً، وقد باعها ثم ادعاه، فإنهما يردان إليه إلا أن يتهم فيها بصباة إليها، فيصدق في الولد، ولا يصدق فيها حتى يسلم من العدم والصباة بها. قال أصبغ: لا يتهم في غناه سواء باعها بالولد أو ولدت عند المبتاع لما يولد لمثله.

وجه قول ابن القاسم أن كلفه بها تهمة تمنعه ردها، فمنع من ذلك، وصح استلحاقه للولد؛ لأنه مقر له لحق النسب مع تعريه من التهمة.

وجه قول أصبغ أنه إذا صح استلحاقه للولد لسبب ملك اليمين، يضمن ذلك كون الأم أم ولد له ولا تهمة مع الغنى؛ لأنه يرد عوضها، ولو قيل فى هذا يرد الأكثر من الثمن أو القيمة يوم الاستلحاق لما بعد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا ما لم يعتقهما المبتاع، فإن أعتقهما ثم استلحق الولد البائع، فقد قال ابن القاسم: لا يصدق البائع فيهما ثم رجع، فقال: يقبل قوله فى الولد وحده، ويثبت نسبه.

وجه القول الأول أن الولاء نسب ثابت، فلا يرد بالاستلحاق كما لا يرد نسب ثابت.

وجه القول الثانى أن النسب أقوى من الولاء؛ لأن الولاء مشبه به، فالنسب يبطل الولاء، ولو كانت الأمة إنما يثبت لها الولاء فى الوجهين لم يبطل الثانى الأول، وكان الأول أولى.

مسألة: فإذا قلنا لا يقبل قوله فى الأمة، فإن عتقها يثبت للمبتاع، ويرجع باليمين على البائع.

وجه ذلك أنه مقر لها بتمنّها، فكان عليه أداؤه، ولا يقبلان على نقل الولاء؛ لأنه لا يجوز ذلك فيه، لأن النبى ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته^(*).

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥٣٥. مسلم حديث رقم ١٥٠٦. الترمذى حديث رقم ١٢٣٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦٥٧، ٤٦٥٩. أبو داود حديث ٢٩١٩. ابن ماجه حديث رقم ٢٧٤٧، ٢٧٤٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٤٦، ٥٤٧٢، ٥٨١٦. الدارمى حديث رقم ٢٥٧٢، ٣١٥٦.

٣٣٦ كتاب الأفضية

مسألة: وهذا كله ما لم يدعه المشتري ولدًا، فإن ادعاه، فقد قال ابن القاسم: المشتري أحق به.

ووجه ذلك أن اليد له، وقد ضعفت دعوى البائع بتكذيب نفسه ببيعته إياه، وإنما قوله ما لم يدعه من هو أقوى دعوى منه ممن لم يتقدم منه تكذيب دعواه.

فصل: وعتبة بن أبي وقاص إنما ادعى هذا الولد من جهة زنا فى الجاهلية، ومثل هذا كان يلحق به لو ادعاه بعد ما أسلم فى الإسلام ما لم يكن هناك سبب هو أولى من دعواه، رواه عيسى عن ابن القاسم.

وفى مسألة ولد زمعة، قد كان هناك ما هو أقوى من الزنا، وهو ادعاء الفراش له، فإن أمة زمعة ادعى ابن زمعة لها الفراش، ومعناه وطء أبيه لها؛ لأن الأمة تصير عندنا فراشًا بالوطء أو بالإقرار به.

ومعنى ذلك أن من أقر بوطء أمته، ثم ولدت ولدًا، ألحق به، وإن لم يقر به، ومات قبل وضعه، ويحتمل أن يكون ما ادعاه عتبة لم يثبت عنه، وإنما كان فى ذلك بمجرد دعوى سعد أخيه له، ولا يصح استلحاق العم ابن أخ.

فصل: وقوله: «فتساوقا إلى رسول الله ﷺ» يريد أن كل واحد منهما ساق صاحبه لمنازعته له فيما ادعاه إلى رسول الله ﷺ ليحكم بينهما فى دعواهما، فأدلى سعد بحجته، فقال: «ابن أخى قد كان عهد إلى فيه» ولم يدع بينة على ذلك، وإنما ادعى أنه عهد إليه فيه.

ولم يمنعه من ذلك عبد بن زمعة لأنه لا طريق له إلى معرفة ذلك، بل الظاهر صدق سعد، ولكنه إنما ادلى حجته أيضًا، فقال: «أخى وابن وليدة أبى، ولد على فراشه» فادعاه أخا، ولم يدع بينة على استلحاق أبيه له، وإنما احتج بمجرد دعواه كما احتج سعد بمجرد دعواه.

فلما استوعب النبي ﷺ حجة كل واحد منهما حكم بينهما بالحق، فقال: «هو لك يا عبد بن زمعة» ولا يقتضى ذلك أنه ألحقه بأبيه زمعة لأنه لم يصفه إليه، ولا قال هو ابن لزمعة وإنما أضافه إلى عبد بن زمعة؛ لأنه ابن أمة أبيه.

ولو لم يدعه أخا لفضى له به عبدًا، ولكنه قد أقر بحريته وأخوته، فقبل له أنت أعلم بما تدعيه، فيما ينصك، ولا يصلح استلحاق الرجل أخا. قال أشهب فى كتاب

ابن سحنون: ومن استلحق أخواً في بلاد الإسلام لم يوارثه، ولا يستلحق الأخر.

وفى المدينة من رواية عبدالرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن شهد أن أباه كان مقراً بوطء جارية، فهلك عنها أبوه، وهى حامل، قال: لا يقبل شهادته، ولا يرث معه فى حظه، وإنما هو عبد للورثة، ولو شهد أن أباه كان أقر لولد من امرأة حرة، ورث معه فى حظه خاصة، ما لم يكن سفيهاً مولى عليه. قال عيسى: وقاله ابن القاسم.

ومعنى ذلك أنه أقر بحمل جارية، فالولد عبد لجميع الورثة، فلا يرث شيئاً من حظه غيره، وإذا أقر أنه من حرة، فهو حر، فلذلك كان له حق فى حظه، وعبد بن زمعة انفرد بميراث أبيه؛ لأنهما كانا كافرين وسودة أخته مسلمة، فلم يرثه، ولم يذكر فى الحديث أن النبى ﷺ ورثه، وإنما أضافه إلى عبد إذ أقر بأنه أخوه، وهو المنفرد بميراث أبيه، فلا يحل له بيعه، ولا يثبت بذلك نسبه؛ لأن النسب إنما يلحق الأب، فلا يلزمه ذلك بقول عبد إلا على وجه الشهادة عليه، فيلزمه ذلك إذا كملت الشهادة، والله أعلم.

وظاهر قوله: «هو لك يا عبد بن زمعة» أنه ملكك لكنك قد أقررت له بالحرية، فأنت أعلم بقولك فى ذلك فيما يخصك، وذلك لو أقر رجل بشيء فى يده لصح أن يقال له إنه لك، بمعنى أنه قد كان لك منعه، فإذا أقررت به لغيرك، فأنت وذاك.

وقال الطحاوى: معنى قوله: هو لك، أنه بييدك، لا أنك تملكه، ولكن يمنع منه غيرك. وقال الطبرى: هو لك عبد، وهذا أيضاً غير صحيح إن كان يريد به بعد الإقرار، وإن كان أراد به قبل الإقرار، فهو على ما قدمناه. وقال الشافعى: معناه هو لك أخ، وأنه ﷺ حكم به لزمعة، وسيأتى ذكره بعد إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما الجدد، فهل يصح استلحاقه فى كتاب ابن سحنون عن مالك: لا يصح ذلك إلا من الأب. قال سحنون: وما علمت بين الناس فى ذلك اختلافاً. وقال أشهب: يستلحق الأب والجدة.

ووجه قول مالك وابن القاسم ما قدمناه، ولأن كل ما لا يصح استلحاقه فى حياة الأب، لا يصح استلحاقه بعد موته كالأخر.

ووجه قول أشهب أن النسب يلحق به، فجاز استلحاقه له كالأب، فالجد مختلف فى استلحاقه، والأب متفق على صحة استلحاقه، وسائر الأقارب متفق على نفي استلحاقهم، فلا يستلحق عم ولا ابن عم ولا أحد من القرابة غير من ذكرنا، قاله مالك وابن القاسم وجماعة العلماء.

٣٣٨ كتاب الأفضية

مسألة: فإذا ثبت أنه لا يستلحق إلا الأب، فمن أقر أن فلاناً أخوه أو عمه أو ابن عمه أو مولاة، فإنه يشارك في ميراث من قد توفى ممن يوجب لهما ذلك الإقرار ميراثه، وذلك مثل أن يموت رجل ويترك ولداً، فيقر ذلك الولد بآخر، فإنه يرث معه أباه، فيأخذ نصف ما ترك من المال، ولكن لا يثبت نسبه بذلك، ولو ترك الميت ولدين، فأقر أحدهما بثلاث، فإنه يدفع إليه ما كان يستحقه مما بيده لو ثبت نسبه، ولا يدفع الآخر إليه شيئاً إلا أن يكون المقر له عدلاً، فيحلف مع شهادته، ويأخذ مما بيد الآخر حصته أيضاً، ولكن لا يثبت بذلك نسبه من الميت، ولو أقر له جميعاً بأنه أخ لهما، وهما من أهل العدل لثبت نسبه بشهادتهما، وهذا كله قول مالك وجمهور أصحابه.

ووجه ذلك أنه من أقر له بالأخوة، فهو مقر له بمال في يده، فيقضى عليه بإقراره على نفسه، ويقال له أنت أعلم بذلك، ولا يقضى على الميت بإلحاق نسبه به؛ لأنه لا يلحق به إلا بشهادة كاملة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما من قال فلان أخى أو عمى أو ابن عمى أو وارثى، فلا يخلو أن يكون ثم نسب معروف، فإن كان ثم نسب معروف يخالف ما أقر به، فما ثبت بالبينة أولى من دعواه.

وإن لم يكن ثم نسب، فمات المقر، فالذى عليه مالك وجمهور أصحابه: أنه إن لم يكن للمقر وارث مستحق لذلك، فإن المقر له يرثه من باب الإقرار، ولا يثبت نسبه بذلك، وقاله أصبغ وسحنون ثم قال: لا ميراث له؛ لأن المسلمين يرثونه.

وجه القول الأول قول النبي ﷺ في هذا الحديث: «هو لك يا عبد بن زمعة» وهذا يقتضى إضافته إليه على ما ادعاه، وقد قلنا إن نسبه لا يثبت بذلك، فلم يبق أن يضيفه على شيء مما ادعاه، إلا أن يثبت بينهما بذلك توارث على وجه ما، وهو ما فضل عن ميراث من يثبت نسبه.

ووجه القول الثانى لسحنون ما احتج به ابنه، وذلك أنه قال: إنما اختلف أصحابنا وأهل العراق فى مثل هذا لاختلافهم فى أصل المسألة؛ لأنهم قالوا إن من لم يكن له وارث معروف جاز له أن يوصى بجميع ماله لمن أحب، فلذلك جوزوا إقراره لمن ذكرناه من القرابة، وأصحابنا لا يجيزون له ذلك، وإنما يجيزون له الثلث فقط.

وهذا الذى قاله ابن سحنون غير بين؛ لأن الإقرار بالوارث ليس طريقه طريق الوصية، وإنما طريقه طريق الإقرار بالوارث، وليس طريقه بالمال على وجه ما فيصح

إقراره بجميع ماله، ما لم يكن يمنع من ذلك الوجه مانع، وهو أقوى منه كما لو أقر لرجل في مرضه بدين يستغرق جميع ماله، ثم يموت، فإن ذلك يستحق جميع ماله بدينه ذلك ولو ثبت عليه دين يستغرق جميع ماله لأخذ جميع ماله، وبطل إقراره لمن أقر له في مرضه.

ومما يدل على أن هذا ليس طريقه طريق الوصية أنه لا اختلاف بين أصحابنا أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث، وهم كلهم غير ابن سحنون وأشهب يجعلون المال للمقر له بالنسب، ومما يبين ذلك أيضاً أن سحنون وسائر أصحابنا يقولون: من أقر بعد موت أبيه بأخ قاسمه مال أبيه، ولا يثبت له بذلك نسب، ولو كان هذا على وجه الوصية لما أخذ شيئاً منه إلا بعد موت المقر على وجه الوصية، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(١) الفراش عند أصحابنا هي الأمة

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٠١/٨: في هذا الحديث وجوه من الفقه، وأصول حسام، منها الحكم بالظاهر؛ لأن الرسول ﷺ حكم بالولد للفراش، على ظاهر حكمه وسننه، ولم يلتفت إلى الشبه، وكذلك حكم في اللعان بظاهر الحكم، ولم يلتفت إلى ما جاءت به بعد قوله: «إن جاءت به كذا فهو للذي رميت به» فجاءت به على النعت المكروه، ومن ذلك قوله ﷺ: فأقضى له على نحو ما أسمع منه». وفي هذا الحديث دليل على ما كان عليه أهل الجاهلية، من استلحاق أولاد الزنا. وقد كان عمر بن الخطاب، رضی الله عنه، يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام ذكره مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سليمان بن يسار: أن عمر بن الخطاب - رضی الله عنه - كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.

قال أبو عمر: هذا إذا لم يكن هناك فراش؛ لأنهم كانوا في جاهليتهم يسافحون ويناكحون، وأكثر نكاحاتهم على حكم الإسلام غير جائزة، وقد أمضاها رسول الله ﷺ، فلما جاء الإسلام أبطل به رسول الله ﷺ، حكم الزنى، لتحريم الله إياه وقال: للعاهر الحجر فنفي أن يلحق في الإسلام ولد الزنى وأجمعت الأمة على ذلك، نقلاً عن نبيها ﷺ، وجعل رسول الله ﷺ كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقاً به على كل حال، إلى أن ينفيه بلعان، على حكم اللعان، وقد ذكرناه في موضعه من كتابنا هذا وأجمعت الجماعة من العلماء أن الحرة فراش، بالعقد عليها، مع إمكان الوطء. وإمكان الحمل، فإذا كان عقد النكاح يمكن معه الوطء والحمل فالولد لصاحب الفراش، لا ينفي عنه أبداً بدعوى غيره ولا بوجه من الوجوه إلا باللعان.

واختلف الفقهاء في المرأة يطلقها زوجها في حين العقد عليها بحضرة الحاكم أو الشهود فتأتي بولد لسته أشهر فصاعداً من ذلك الوقت عقيب العقد، فقال مالك، والشافعي: لا يلحق به؛ لأنها ليست بفراش له، إذ لم يمكنه الوطء في العصمة، وهو كالصغير أو الصغيرة الذين لا يمكن منهما الولد، وقال أبو حنيفة: هي فراش له، ويلحق بها ولدها.

٣٤٠ كتاب الأفضية

لأنها تصير فراشاً بإقرار السيد بالوطء. ومعنى ذلك أن الولد لصاحب الفراش.

قال القاضي أبو الوليد: ويحتمل عندى أن يكون المراد بالفراش ما يفترش، وذلك أن الوطء غالباً إنما يكون على شىء يفترش فيكون معناه، والله أعلم أن السيد إذا وطئ أمته، فقد اتخذ لها فراشاً، وأن الولد منسوب إلى صاحب الفراش، وهو سيد الأمة التى جعل لها فراشاً، وهو أحق به من غيره. وقال أصحاب أبى حنيفة: معنى الفراش، الزوج، وما قالوه غير معروف فى اللغة، وقد بينت ذلك فى كتاب السراج.

ومعنى ذلك أن السيد إذا أقر بوطء أمة فأنت بولد لمثل ما يولد منه وقت الإقرار لحق به الولد، وبه قال الشافعى ومنع من ذلك أبو حنيفة.

وقوله عليه السلام: «الولد للفراش» عام فى الحرية والأمة، فيحمل على عمومه إلا ما خصه الدليل.

= واختلف الفقهاء فى الأمة فقال مالك: إذا أقر بوطئها صارت فراشاً، فإن لم يدع استبراء لحق به ولدها، وإن ادعى استبراء حلف وبرئ من ولدها يمينا واحداً، واحتج بعمر بن الخطاب فى قوله، لا تأتى وليدة يعترف سيدها إن قد ألم بها، إلا ألحقت به ولدها، فأرسلوهن بعد، أو أمسكوهن، وقال العراقيون؛ لا تكون الأمة فراشاً بالوطء حتى يدعى سيدها ولدها، وأما إن نفاه فلا يلحق به، سواء أقر بوطئها أم لم يقر، وسواء استبرأ أو لم يستبرئ.

وأجمع العلماء على أن لا لعان بين الأمة وسيدها، وأجمع جمهور الفقهاء أيضاً على أن لا يستلحق أحد غير الأب؛ لأن أحداً لا يؤخذ بإقرار غيره عليه، وإنما يؤخذ بإقراره على نفسه، ولا يقر أحد على أحد، ولو قبل استلحاق غير الأب، كان فيه إثبات حقوق على الأب بغير إقراره، ولا بينة تشهد عليه وقد أباه الله ورسوله. قال الله عز وجل: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ وقال عليه السلام لأبى رمة فى ابنه: «إنك لا تجنى عليه، ولا يجنى عليك». وفى هذا كله ما يدل على أن رسول الله عليه السلام إنما حكم بالولد لزمة؛ لأن فراشه قد كان معروفاً عنده، والله أعلم، لا أنه قضى به لعبد بن زمة بدعواه على أبيه، هذا أولى ما حمل عليه هذا الحديث، والله أعلم؛ لأن فيه قول عبد بن زمة، أخى، وابن وليدة أبى ولد على فراشه، فلم ينكر عليه رسول الله عليه السلام، قوله: ولد على فراشه، فدل على أنه علم بوطء زمة لوليدته، فلذلك لم ينكر الفراش، وكانت سودة بنت زمة زوجته عليها السلام، ومثل هذا لا يخفى من أفعال الصهر على صهره، فلما لم ينكر قول عبد بن زمة، ولد على فراشه، دل على أنه قد كان علم بأنها كانت فراشاً له بمسه إياها، فقضى بما علم من ذلك، ولولا ذلك لم يلحق الولد بزمة بدعوى أخيه؛ لأن سنته المحتجم عليها أنه لا يؤخذ أحد بإقرار غيره عليه.

إلا أن هذا التأويل ما يوجب قضاء القاضى بعلمه، وهو مما ياباه مالك، وأكثر أصحابه. انتهى.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه حرمة تثبت بعقد النكاح، فثبتت بالوطء فى ملك اليمين. أصل ذلك حرمة المصاهرة.

فصل: وأما قوله ﷺ: «وللعاهر الحجر» فمعناه إذا ادعى صاحب الفراش من أمة أو حرة، وأما إن لم يدعه، ففى المدنية أن محمد بن عيسى سأل ابن كنانة عن قوم أسلموا بجماعتهم، وتحملوا إلى دار الإسلام، فادعى بعضهم ولد زنية، أيلحق به، قال: نعم، من حرة كان الولد أو من أمة إلا أن يدعيه معه سيد الأمة أو زوج الحرة، فيكون أولى به؛ لأن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وقاله ابن القاسم.

فصل: وقوله ﷺ: «وللعاهر الحجر» العاهر هو الزانى. وقال عيسى: سئل سفيان بن عيينة عن ذلك، فقال: كان العهر فى أهل الجاهلية ظاهراً، وهو الزنا، وكان أهل الجاهلية يقولون الزنا ما ظهر منه، فهو آثم، وما كان خفياً أو متخذةً خدناً، فلا بأس به، فأنزل الله تبارك وتعالى: ﴿قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن﴾ وأنزل: ﴿ولا متخذات أخدان﴾.

فلما جاء الإسلام كان من عهر بأمة يملكها غيره أو حرة تزوجها غيره، فالذى ولد على فراشه أحق به، وقضى ﷺ بالحجر للعاهر على معنى، والله أعلم، يستحق بفعله الرجم لا الولد، وإن كان لا يرجم زانى المشركين لكنه ﷺ لم يخرج قوله ذلك على معنى الاختصاص بأحكام المشركين، بل على سبيل العموم.

فلما قصد أن يثبت الزنا والعهارة أخبر عنه بأشد أحكامه فى الدنيا لأن منهم من حكمه جلد مائة أو جلد خمسين، وعلى حسب ما تنوع إليه الأحكام فى ذلك، ويحتمل أن يريد بقوله: «وللعاهر الحجر»^(١) أنه لا شىء له من الولد، ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة.

فصل: وقوله: «ثم قال لسودة: احتجى منه»^(٢) معنى ذلك، والله أعلم، أنه لم يثبت

(١) قال السيوطى: «الحجر» أى له الخيبة ولا حق له فى الولد وعادة العرب أن تقول: له الحجر وبفيه الأثلب، وهو التراب ونحو ذلك، ويريدون ليس له إلا الخيبة، وقيل المراد بالحجر هنا أنه يرجم. وقال النووى: وهذا ضعيف لأنه ليس كل زان يرجم وإنما يرجم المحصن خاصة ولأنه لا يلزم من رجمه نفي الولد عنه. انظر: تنوير الحوالك ١١٨/٢.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٠١/٨: أما قول رسول الله ﷺ، فى هذا الحديث: «احتجى منه يا سودة» فقد أشكل معناه قديماً على العلماء، فذهب أكثر القائلين بأن الحرام لا يحرم الحلال، وأن الزنى لا تأثير له فى التحريم إلى أن قوله ذلك، كان منه على وجه الاختيار =

٣٤٢ كتاب الأقضية

نسبه، وإنما أقر له عبد بالأخوة، ولم يكن بذلك أخاً لسودة، ولا يثبت بذلك نسب ولا توارث ولا حكم من أحكام الأخوة، فيكون بذلك من ذوى محارمها.

ولذلك لو توفى رجل وترك ابناً وبتناً فأقر الابن بأخ من أبيه لأخذ من تركه الأب ما يستحقه من حصة الابن المقر، ولم يأخذ مما بيد الأخت شيئاً، ولا كان لها بذلك أخاً، ولا ذا محرم، فلا يحل له أن يدخل عليها، لأنه أجنبي منها حين لم يثبت نسبه من أبيها، فعلى هذا جرى حكم سودة مع الذى ادعاه أخوها، والله أعلم.

وقال الكوفيون، فى قول النبى ﷺ: «احتجبى منه يا سودة» دليل على أنه جعل للزنا حكماً تحرم به رؤية المستلحق لأخته سودة، فقال لها: «احتجبى منه يا سودة» لما رأى من شبهه بعتبة، فمنعها من أخيها فى الحكم؛ لأنه ليس بأخيها فى غير الحكم؛ لأنه من زنا فى الباطن إذا كان شبيهاً بعتبة فجعله كالأجنبي لا يراها بحكم الزنى، وجعله أخاً لها بحكم الفراش.

قالوا: وما حرمه الحلال، فالزنى أشد تحريمًا له، وهذا غير صحيح لما قدمناه، وهو عائد عليهم؛ لأن الحلال يؤيد التحريم فى الأخوة، فكان يجب أن يؤيده الزنا أكثر، ويحرم النكاح، وهذا مما لا خلاف فى إبطاله.

وقال الشافعى: رؤية ابن زمة لسودة مباح فى الحكم، ولكنه كرهه، وأمرها بالتزهر عنه اختياراً.

قال أصحابه: لما كان للزوج منع زوجته من رؤية أخيها، وهذا أيضاً ليس بصحيح؛ لأنه لو كان مباحاً لما نهاها عنه، وأمرها بقطع رحمه، وقد أمر ﷺ عائشة أن يدخل عليها عمها من الرضاة، وقال لها: «هو عمك فليلج عليك»^(*) مع ما علم من غيرته

=والتزهر، فإن للرجل أن يمنع امرأته من رؤية أخيها. هذا قول أصحاب الشافعى، وقالت طائفة: كان ذلك منه لقطع الذريعة، بعد حكمه بالظاهر، فكأنه حكم بحكمين: حكم ظاهر، وهو الولد للفراش، وحكم باطن، وهو الاحتجاب من أجل الشبهة، كأنه قال: ليس بأخ لك يا سودة إلا فى حكم الله بالولد للفراش، فاحتجبى منه، لما رأى من شبهه لعتبة، قال ذلك بعض أصحاب مالك، وضارع فى ذلك قول العراقيين، وأما الكوفيون فذهبوا إلى أن الزنى يحرم، وإن له فى هذه القصة حكماً باطناً أوجب الحجاب، والحكم الظاهر لحاق ابن وليدة زمة بالفراش. وقد وافقهم ابن القاسم فى أن الزنى يحرم من نكاح الأم والابنة ما يحرم النكاح، خلاف الموطأ، وقد قال المزنى فى معنى هذا الحديث غير ما تقدم.

(*) أخرجه مسلم ١٠٦٩/٢ كتاب الرضاة رقم ٧٢، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٧، =

ﷺ، وقال: «أتعجبون من غيرة سعد، لأننا أغير منه، والله أغير منا»^(*).

ودخل على عائشة وعندها رجل، فقال: «من هذا؟ فقالت: أختي من الرضاعة، فقال: انظرون من إخوانكن، فإنما الرضاعة من المجاعة»^(*). ومع ذلك فقد أمرها أن يلج عليها عمها من الرضاعة، والشبه لا تأثير له في الأنساب.

وقال أبو إبراهيم المزني: يحتمل أن يكون النبي ﷺ أجاب عن المسألة، فأعلمهم بالحكم أنه كذلك يكون إذا ادعى صاحب الفراش الولد، وصاحب زنى لا على أنه يلزم عتبه دعوى أخيه سعد، ولا يلزم زمعة دعوى ابنه عبد، وبين ذلك بقوله لسودة: «احتجبي منه» وهذا أصح هذه الأقوال، وهو نحو ما ذهبنا إليه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول عائشة: «لما رأى من شبهه بعتبة» تأول منها، وقد تعلق بهذا سعد، وقال: «ابن أختي عتبه» نظر إلى شبهه بعتبة، فلم يحكم له بذلك، ولا رآه معنى موجبا لما ادعاه، وقد يتشابه الناس، ولا تنتقل بذلك أنسابهم عما استقرت عليه من الانتساب إلى نسب معروف أو الجهالة بالنسب والعدم لمن ينسب إليه.

وقد قال القاضي أبو محمد في معونته: الاعتبار بالشبه في إلحاق النسب واجب، ولم يبين موضع الحكم بذلك، واحتج فيما ادعاه بحديث عائشة هذا.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهو عندي دليل على المنع من ذلك بما قدمته، واحتج بقوله ﷺ في قضية هلال بن أمية: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: «لولا ما مضى من كتاب الله عز وجل لكان لي ولها شأن» وهذا أيضا عندي حجة على المنع من ذلك لأنه لم يحكم في شيء من ذلك بالشبه، بل أمضى الأمر على ما كان قبل الولادة من حكم اللعان الثابت بكتاب الله عز وجل وظاهر قوله.

= ٢٨٥/٢ كتاب الطلاق، عن ابن عمر. النسائي ١٠٣/٦ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. ابن ماجه برقم ١٩٤٨، ٦٢٧/١ كتاب النكاح، عن عائشة. البيهقي في الكبرى ٤٥٢/٧، عن عائشة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٦٨٤٦، ٧٤١٦. مسلم حديث رقم ١٤٩٩. أحمد في المسند حديث رقم ١٧٧٠٣. الدارمي حديث رقم ٢٢٢٧.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٤٧، ٥١٠٢. مسلم حديث رقم ١٤٥٥. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٣١٢. أبو داود حديث رقم ٢٠٥٨. ابن ماجه حديث رقم ١٩٤٥. أحمد في المسند حديث رقم ٢٤١١١، ٢٤٥٥٢، ٢٤٨٩٠، ٢٥٢٦٢. الدارمي حديث رقم ٢٢٥٦.

وقد يجوز أن يكون ما قالته عائشة أكد معنى احتجاب سودة منه، فأما أن يوجب ذلك، فلا، كما لم يوجب ذلك التشابه نسبة إلى عتبة، وإنما تعلقت به عائشة على وجه الترجيح وتقوية غلبة الظن، والله أعلم، ولذلك ترجح به عند تساوى الأسباب المثبتة للنسب على وجه مخصوص من علم مختص به القافة، ولو كان كل شبه يثبت به النسب لما اختص بعلم ذلك القافة، ولوجب أن يستدل به على إثبات الأنساب، ولا يقصر على الترجيح دون الاستدلال.

وقد قال بعض أصحابنا: إن هذا من الحكم بالذرائع لما تأول فى ذلك من حكم بالنسب لعبد وراعى التحريم فى جنبة سودة، فمنعه الدخول عليها، وهذا بعيد؛ لأن هذا أولى من معنى الذرائع، وقد فسرنا معنى الذرائع فى البيوع.

وإنما كان يكون لو صح ما تأوله من باب تغليب الخطر على الإباحة، وهو وجه قد قال به كثير من العلماء، وقالوا: إن ذلك كالأمة تكون بين الشريكين، فإنه محرم على كل منهما وطؤها تغليبا للخطر على الإباحة، وما قلناه أولا أبين.

ولو حكم بثبوت نسبه من زمعة لحكم بإباحة دخوله على سودة، ألا ترى أن الرجل ينفى ولده ويلاعن، فينتفى عنه، ويحرم بذلك دخوله على بناته، ثم يستلحقه فيلحق به، ويباح بذلك الدخول على بناته.

فصل: وقوله: «فما رآها حتىلقى الله» امثالاً لأمر النبى ﷺ وانتهاء إلى حده وامتناع مما منع منه؛ لأنه لم يثبت بينهما أخوة، ولو ماتت سودة لم يرثها لما حكم به فى أمرهما إلا أن يثبت نسبه.

١٤٠٢ - مَالِكُ عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِي، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ النَّيْمِيِّ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ أَنَّ امْرَأَةً هَلَكَتْ عَنْهَا زَوْجُهَا، فَاعْتَدَّتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ حَلَّتْ فَمَكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا تَامًّا، فَجَاءَ زَوْجُهَا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَدَعَا عُمَرَ نِسْوَةً مِنْ نِسَاءِ الْجَاهِلِيَّةِ قُدَمَاءَ، فَسَأَلَهُنَّ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَتِ امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ: أَنَا أُخْبِرُكَ عَنْ هَذِهِ الْمَرْأَةِ، هَلَكَتْ عَنْهَا زَوْجُهَا حِينَ

كتاب الأفضية ٣٤٥
حَمَلَتْ مِنْهُ، فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ الدَّمَاءُ، فَحَشَّ وَلَدُهَا فِي بَطْنِهَا، فَلَمَّا أَصَابَهَا زَوْجُهَا
الَّذِي نَكَحَهَا وَأَصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءُ تَحَرَّكَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا، وَكَبِرَ، فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بْنُ
الْخَطَّابِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ عُمَرُ: أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمْ إِلَّا خَيْرٌ، وَالْحَقَّ الْوَلَدُ
بِالْأَوَّلِ.

الشرح: قوله: «أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرًا» يريد
كملت عدة الوفاة، فذكر أيام العدة، ولم يذكر الحيض غير أن قول المرأة آخر الحديث:
«فأهريق على الدماء» دليل على أنه كان من الأربعة أشهر وعشر حيضة.

فصل: وقوله: «ثم تزوجت حين حلت، فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف
شهر، ثم ولدت» يريد أنها مكثت عند الزوج أربعة أشهر ونصف شهر «فأتت بولد
تام» يريد أنه لم يكن على وجه الاستسقاط؛ لأن السقط لا يختص بوقت دون وقت،
فلو كان سقطًا لم ينكره، وأما الولادة فلها وقت لا تتقدم عليه ولا تتأخر عنه، فأقل
الحمل الذي لا يجوز أن تتقدم عليه الولادة ستة أشهر، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

والدليل عليه ما نبه عليه علي بن أبي طالب رضي الله عنه من قوله تعالى: ﴿وَحَمَلُهُ
وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ وقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ﴾
فاقتضى ذلك أن الحمل ستة أشهر.

فرع: وأما الذي يراعى في الأشهر، قال أكثر أصحابنا: ستة أشهر على الإطلاق.
وقال في العتبية ابن القاسم: ستة أشهر، مقدار انفصالها بالأهلة فصاعدًا.
ومعنى ذلك أن تكون أشهر مدة الحمل على الأهلة بعضها من تسعة وعشرين يومًا،
فإن ذلك لا يخرجها عن أن تكون ستة أشهر كاملة.

وقال مطرف وابن الماجشون في الواضحة: إن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء
الثاني، فهو للأول، وإن لم يكن بين وطئهما إلا يوم.

ومعنى ذلك أن تكون الستة أشهر كملت لوطء الأول بذلك اليوم، وهذا يقتضى
مراعاة اليوم الواحد في تمام ستة أشهر أو نقصها، فعلى هذا يتخرج على قول ابن
القاسم أن تعتبر أيامها بوقت الوطء، فإن كان قبل الفجر اعتدت بذلك اليوم، وإن كان
بعد الفجر لم تعتد به، وعلى قول سحنون يعتبر به ويكون تمام الستة الأشهر ذلك
الوقت من آخر أيامها، والله أعلم وأحكم.

٣٤٦ كتاب الأفضية

فرع: والستة الأشهر يختبر آخرها بالسقط والولادة، وأما أولها فوقت دخول الزوج الثاني أو السيد الثاني بها.

فصل: وقوله: «فأتى زوجها إلى عمر بن الخطاب» وذلك يقتضى أنه أنكر الحمل فى مثل هذه المدة، فذكر له ما أنكر من ذلك، ولم يعهده، فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قداما لما اعتقد من معرفتهن بمثل هذا لما قد عهدن من الولادات، وتكرر عليهن من ذلك فى طول العمر من المعتاد وغيره.

وهذا يقتضى أنه لم يستنبط مدة الحمل من الآيتين المتقدمتين، ولذلك احتاج إلى سؤال النساء، ويحتمل أنه علم هذا الحكم من الآيتين أو غيرهما، ولكنه سأل النساء ليعلم هل يصح خفاء الحمل على المرأة مع استيفائها انقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشر مع صدقها فيما ادعته من الحيض، «فقال له منهن من ادعت العلم: أنا أخبرك عن هذه المرأة، إن زوجها هلك عنها حين حملت» تريد أول الحمل، وقبل أن يقوى «فأهرىقت عليه الدماء» تريد أنها حاضت الحيضة التى كملت بها عدتها مع الأربعة الأشهر والعشر «فحش ولدها فى بطنها». قال عيسى: معناه ضعف ورق.

قال ابن كنانة، من رواية محمد بن عيسى: انحش، قال: وذلك مثل البضعة تلقى على الجمر، فتقبض، وذلك الانقباض هو الانحياش. وقال صاحب العين: حش الولد فى البطن، إذا يبس، والمرأة محش.

فصل: وقولها: «فلما أصابها الذى نكحها، وأصاب الولد الماء، تحرك فى بطنها فكبر» يريد أن الولد يضعف بعدم الماء ويكبر ويقوى إذا أصابه ماء الرجل، وأن ولد تلك المرأة إنما كان ضعفاً عن الحركة، وصغر لعدم الماء، فلما أصابه ماء الرجل الذى تزوج أمه، قوى على الحركة وكبر، فصدقها عمر بذلك لما تبين له قولها، واعتقد أنه لا يكون ولد لأقل من ستة أشهر، وأن سبب ما ظهر من انقضاء العدة وما ظهر بعد ذلك، وكمل من الولادة ما قالته المرأة.

فصل: وقوله: «وفرق بينهما، وقال: إنه لم يبلغنى عنكما إلا خير» يريد فرق بينهما لأنه تزوج فى عدة، ولا يصح عقد فى عدة، ويفسخ على كل حال.

وقوله: «لم يبلغنى عنكما إلا خير» إظهار لقبوله عندهما، وأنه لا يظن بهما إلا الخير الذى بلغه عنهما، وأنه لو ظن بهما غير ذلك من تعد يجهل أو علم لما سلما من العقوبة.

فصل: وقوله: «وألحق الولد بالأول» يريد ألحق نسبه به لما لم يصح أن يكون من الثاني، وصح أن يكون من الأول؛ لأنه لم يمض من المدة مقدار أقل الحمل.

١٤٠٣ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أَوْلَادَ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنْ ادَّعَاهُمْ فِي الْإِسْلَامِ، فَأَتَى رَجُلَانِ كِلَاهُمَا يَدْعِي وَوَلَدَ امْرَأَةٍ، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَائِفًا، فَنَظَرَ إِلَيْهِمَا، فَقَالَ الْقَائِفُ: لَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالدَّرَّةِ، ثُمَّ دَعَا الْمَرْأَةَ، فَقَالَ: أَخْبِرِينِي خَبْرَكَ، فَقَالَتْ: كَانَ هَذَا، لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ يَأْتِينِي، وَهِيَ فِي إِبِلٍ لِأَهْلِهَا، فَلَا يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنُّ وَتَظُنُّ أَنَّهُ قَدْ اسْتَمَرَ بِهَا حَبْلٌ، ثُمَّ انصَرَفَ عَنْهَا، فَأَهْرَيْتُ عَلَيْهِ دِمَاءً، ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا هَذَا، تَعْنِي الْآخَرَ، فَلَا أُدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ؟ قَالَ: فَكَبَّرَ الْقَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلَامِ: وَالِ أَيُّهُمَا شِئْتَ.

الشرح: قوله: «أن عمر كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام» يريد أنه كان يلحقهم بهم وينسبهم إليهم وإن كانوا الزينة.

وروى عيسى عن ابن القاسم في جماعة يسلمون، فيستلحقون أولادًا من زنى، فإن كانوا أحرارًا، ولم يدعهم، أحد لفراش فهم أولادهم، وقد ألاط عمر من ولد في الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام إلا أن يدعيه معهم سيد الأمة أو زوج الحرة؛ لأن النبي ﷺ، قال: الولد للفراش، وللعاهر الحجر» فراش الزوج والسيد أحق، والألاطة هي الإلحاق، قال: ومن ادعى من النصارى الذين أسلموا أولادًا من الزنا فليلاطوا بهم؛ لأنهم يستحلون الزنا في دينهم، فجعل ذلك باستحلالهم الزنا.

وروى ابن حبيب عن مالك من أسلم اليوم، فاستلاط ولدًا بزنا في شركة، فهو مثل حكم من أسلم في الجاهلية. وقال ابن الماجشون: لا يؤخذ بقولهم فيمن كان من ولادة الجاهلية والنصرانية. وروى أشهب عن مالك أنه إنما يؤخذ بقول القافة فيما يلحق من الولد، وأما في بغايا أهل الجاهلية، فلا.

مسألة: فمن استلحق منهم ولد أمة مسلم أو نصراني، لحق به، فإن عتق يومًا، كان ولده وورثه، رواه عيسى عن ابن القاسم، وقال: إلا أن يدعيه زوج الحرة أو سيد الأمة فيكون أحق به.

٣٤٨ كتاب الأفضية

ومعنى ذلك أنهم إذا استحلوا الزنا، وأثبتوا به الأنساب لم يبطل تلك الأنساب الإسلام كالتكاح الفاسد، فإذا ادعى ذلك بعد الإسلام، حكم له بما تقدم له منه فى الجاهلية، وإنما يلحق به إن لم يكن مدع ثم أحق به منه.

مسألة: ولا يخلو أن يكون المدعى للولد من قوم بقوا فى بلادهم، إما بأن أسلموا فبقوا فى بلادهم أو أقروا فيها بصلح تصالحوا عليه، ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو افتتحت بلادهم عنوة، فأقروا فيها ثم أسلموا بعضهم أو يكونوا متحملين عن مواطنهم إلى بلاد المسلمين.

فإن كانوا أقروا فى بلادهم، فى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: أن كل قرية افتتحت عنوة فسكنها المسلمون، فليتوارثوا بقرابتهم بالنسب.

وروى يحيى عن ابن القاسم فى أهل العنوة يتوارثون كأهل الصلح، وقاله أشهب، قال: ويعتبر ذلك بأهل مصر وأهل الشام غلبوا عنوة أيام عمر، فما زالوا يتوارثون إلى اليوم.

مسألة: وإن كانوا متحملين عن أوطانهم، فلا يخلو أن يكونوا عددًا كثيرًا أو يسيرًا، فإن كانوا كثيرًا يبعد عنهم التواطؤ على الكتمان كأهل مصر أسلموا أو جماعة لهم عدد، فتحملوا إلينا، فى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك، أنهم يتوارثون بأنسابهم.

قال ابن القاسم: وإن كانوا عشرين، فأما نفر مثل سبعة وثمانية، فلا يتوارثون. قال سحنون: لا أرى العشرين عددًا يتوارثون، فاتفقا على أن العدد الكثير يتوارثون بأنسابهم دون العدد اليسير، واختلفا فى تقديره، فعند ابن القاسم: أن العشرين فى حيز الكثير، وعند سحنون فى حيز اليسير.

فصل: وقوله: «فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة أنه ولده» يريد أنه أتى رجلان كل واحد منهما يدعى ولد امرأة أنه ولده لما تقدم له مع أمه من الحال التى كان يلاط ولدها به، ولعل عمر قد فهم منها وجه ادعاء كل واحد منهما له أنه وجه أشكل به على الحكم فى أفراد أحدهما به، وقد وجد من أحدهما وطؤها بعد الآخر قبل الاستبراء، وذلك يكون على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يكون كل واحد منهما وطئ بنكاح. والثانى: أن يكون كل واحد منهما وطئ بزنا، يلحق فيه النسب.

فأما إذا كان وطؤها جميعًا بنكاح، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثانى،

كتاب الأقضية ٣٤٩
فهو للأول، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر من وطئه، ففي المدونة: إن وطئها الثاني قبل أن تحيض، فهو للأول، وإن وطئها بعد حيضة أو حيضتين في عدة طلاق أو وفاة، فهو للثاني.

مسألة: وأما إذا كان وطء كل واحد منهما بملك اليمين، فوطئ الأول، ثم وطئ الثاني بعد استبراء من الأول، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر، فهو للأول؛ لأنه لا يصح حمل من أقل من ستة أشهر، وإن أتت به بعد ستة أشهر، فهو للثاني؛ لأنه قد وجد الاستبراء من وطء الأول، ويصح أن يكون من وطء الثاني.

مسألة: وإن وطئ الثاني بعد الأول دون استبراء من وطء الأول، فأنتت به لأقل من ستة أشهر، فهو للأول، رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية. وزاد مطرف وابن الماجشون في الواضحة: سواء كان سقطاً أو تاماً، حياً أو ميتاً، ولو لم يكن وطئهما إلا يوم. فأما الحمل، فلا خلاف عند مالك وأصحابه في اعتبار الأشهر الستة بين الوطأين.

وأما الإسقاط، فقد قال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون في ذلك ما تقدم. وقال سحنون في كتاب ابنه في وطء الأمة الشريكين أو المتبايعين: إن أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها: أنها تعتق عليهما، ويضمن المشتري الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها ونصف الثمن.

وجه قول ابن القاسم ومن قال بقوله ما حملوا عليه الأمة من أنها في ضمان البائع قبل الستة أشهر، فكل ما أصابها قبل ذلك من موت أو غيره قبل أن يظهر بها حمل أو بعده ما لم تحض، فهي من البائع؛ لأن الاستبراء لم يتم، والمدة مختصة بالحمل، فكل سقط أو ولد يكون فيه، فهو له.

فإن أكملت الستة أشهر، فضمانها من المبتاع، وكذلك إذا ولدته ميتاً كانت له أم ولد؛ لأنه قد تعذر النظر إليه؛ لأن الذي يولد ميتاً لا يعلم أنه لعله قد كان مما يولد قبل ستة أشهر لكنه بقي ميتاً، فلما لم يعلم أن ذلك وقت ولادته لم يدع له القافة لأنه إنما يدعى القافة لما ولد الولادة المعتادة التي يعتبر بها في إثبات النسب.

فأما الولادة التي لا يعتبر بها في ذلك، فلا مدخل للقافة فيه، وإنما يعتبر بالوقت خاصة، فما كان قبل الستة أشهر، فهو للأول، وما كان بعدها فهو للثاني.

ووجه ما قاله سحنون أن السقط لا يختص بوقت؛ لأنه قد يصح أن يكون من شهر وأقل وأكثر، فلما اشتركا فيه وتعذر تمييزه وإحاقه بأحدهما من جهة الوقت أو القافة،

٣٥٠ كتاب الأفضية

وجب أن يكون الأمر بينهما فيضمنان الأم، إذا ليس التزام ذلك أحدهما بأولى من الآخر، ولما كان السقط بعد ستة أشهر يمكن أن يكون من كل واحد منهما، ولا يختص بأحدهما ولا يتميز أمره بالنظر إليه حمل على أنه منهما، وكذلك السقط بعد ستة أشهر لجواز أن يكون مات قبل ستة أشهر، والله أعلم.

مسألة: وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر، فقد قال ابن القاسم في العتبية: تقارب الوطمان أو تباعد، والولد حي، فهو الذى يدعى له القافة، وقاله مطرف وابن الماجشون فى الواضحة، وبه قال مالك والشافعى.

وروى عن عمر وابن عباس وأنس وعطاء بن أبى رباح والأوزاعى، ومنع منه الكوفيون وأكثر أهل العراق. وروى عن عمر وعلى بن أبى طالب، وقالوا: إذا ادعى رجلان ولدًا، فهو لهما وكانت أمه أم ولدتهما، فإن ادعاه ثلاثة لم يكن ولدًا لهم عند أكثرهم.

والدليل على ما نقوله ما روى عن عائشة أن رسول الله ﷺ دخل عليها تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم ترى أن محرزًا المدلجى قال فى أقدام زيد وأسامة: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»^(*) ولولا أن قولهم ذلك صادر عن علم يلزم التعلق به لما سُرَّ به، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن وضعته ميتًا؟ قال ابن القاسم فى العتبية: سقطًا أو تامًا، فإن كان بعد ستة أشهر، فهو من الميتاع والولد له، وهى أم ولده، ولا قافة فى الأموات. وقال سحنون فى السقط: أنه منهما على ما تقدم.

وقول ابن القاسم: لا قافة فى الأموات، يحتمل أن يريد به من ولد ميتًا. وقد قال سحنون: إن مات بعد وضعه حيًا، دعى له القافة إذ لا يغير الموت شخصه، ولعله أراد أن الذى يولد ميتًا لا يدرى متى مات.

فرع: ولو مات أحد الأبوين، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون، ورواه ابن سحنون عن أبيه: ينظر القافة إلى الولد، والباقي من الأبوين، فإن ألحقوه به لحق، وإن لم يلحقوه به، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أنه لا يلحق به، ولا بالميت.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٥٥٥، ٣٧٣١، ٦٧٧٠، ٦٧٧١. مسلم حديث رقم ١٤٥٩. الترمذى حديث رقم ٢١٢٩. أبو داود حديث رقم ٢٢٦٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٣٤٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٧٩.

كتاب الأفضية ٣٥١

قال ابن حبيب عن أصبغ: يلحق بالميت لأن الميت أقر بالوطء، فلولا وطء الآخر للحق به من غير قافة، فإذا بطل أن يكون من وطء الحى، وجب أن يكون للميت، والقولان مبنيان على أن القافة لا تنظر إلى ابن ميت.

وقد ذكر فى كتاب ابن سحنون: أن القافة لا تلحق بابن ميت، وقد تقدم قول سحنون: أنه ينظر إلى الابن بعد أن يموت إذا ولد حياً. وقال: إن الموت لا يغير شخصه.

فوجه ذلك عندى أن الأب من شرط إلحاق الابن به أن يدعيه، فيجب أن يكون حين الإلحاق به مدعياً له، فإذا مات فقد عدم ذلك فلم يصح الإلحاق به، والابن ليس من جهة إقرار ولا إنكار، فجاز أن يكون حين الإلحاق به حال موته.

وأما على قول ابن الماجشون وتعليه أن الميت من الأبوين لو كان حياً لجاز أن ينفى عنه القافة، فيصح أن يريد بذلك أن الأب لما لم يصح الإلحاق به بالقافة دون دعواه، لم يصح أن ينفى عنه بالقافة وتحرير ذلك، والذي يتحقق منه أن ادعاء الأب الابن على مذهب ابن الماجشون يجب أن يكون مقارناً لإلحاق القافة الابن به.

وعلى قول أصبغ يجوز أن يلحقه القافة به بدعوى متقدمة، ويصح أن يريد ابن الماجشون بذلك أن الميت لا ينظر إليه لأن التغيير يلحقه، فعلى هذا لا يجوز أن ينظر إلى الابن إذا مات، وإن كان قد ولد حياً.

فصل: وقوله: «فدعا عمر قائفاً فنظر إليهما» يريد أنه نظر إليهما وإلى الولد، ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القائف الواحد لما لم يجد غيره، ويحتمل أنه اقتصر عليه لتحقيق جواز الحكم.

وقد روى ابن حبيب عن مالك: أنه يجزئ القائف الواحد، إن كان عدلاً، ولم يوجد غيره، وهو قول الشافعى، وعليه جماعة أصحابنا إلا ما روى أشهب عن مالك: أنه لا يجزئ إلا قائفان. وبه قال عيسى بن دينار.

وجه القول الأول أن هذه طريقة الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتى.

ووجه القول الثانى أنه يختص بسماعه، والحكم به، الحكم، فلم يجز فى ذلك أقل من اثنين كالشهادات. وقد قال عيسى: لا يجزئ من ذلك إلا أهل العدل لما كان طريق ذلك عنده طريق الشهادة.

٣٥٢ كتاب الأقضية

مسألة: ولم يختلف قول مالك وأصحابه فى القول بالقافة فى أولاد الإمام. وأما أولاد الحرائر، فالمشهور عنه أنه لا يدعى لهم القافة.

وجه القول الأول أنه يجوز أن يشترك السيدان فى ملكها، ويجوز أن يشتريها الرجل، ولم تستبرأ من الأول، وذلك ممنوع فى الحرة، فلما كثرت أسباب الاشتراك فى الإمام دون الحرائر، اختص أولادهن بحكم القافة. ووجه القول الثانى، وبه قال الشافعى، أن المرأة تلحق ولدها.

فصل: وقول القائف: «لقد اشتركا فيه» يريد أنه من واطعين لكل واحد منهما فيه نصيب وتأثير، ولعله كان ذلك لما رأى فيه من شبه كل واحد منهما، «فضربه عمر بالدرّة»، لعله أن يكون فعل ذلك به لما رأى فيه من العجلة، واعتقد فيه من التقصير عن النظر الذى يلحقه بأحدهما.

فصل: وقوله: «فدعا عمر المرأة، فقال: أخبرينى خبرك» على معنى الاجتهاد فى طلب الحق لعله أن يجد فى قولها ما يقوى الحق عنده أو ما يتسبب به إلى معرفة الحق، ومثل هذا يلزم الحاكم، فإنه من وجوه الاجتهاد إن سئل عن الحكم قبل إنفاذه، ويتسبب إلى معرفة الحق أو غلبة الظن من كل وجه يمكنه ذلك فيه.

فصل: وقول المرأة: «أن أحدهما كان يأتيها ولا يفارقها حتى يظنا أنه قد استمر بها حمل، ثم انصرف عنها، فأهريقته عليه دماء، ثم خلف عليها الآخر، فلا أدري من أيهما هو» تريد أنه أشكل عليها أيضاً الأمر؛ لأن الأول لم يفارقها إلا وقد ظنت أنها حامل منه، ولم تتحقق الأمر، ثم أهريقته عليه دماء، ثم واقعها الآخر بعد ذلك، فأشكل عليها الأمر لأنها لعلها لم تر الدم مدة حيضة كاملة يقع بها الاستبراء، وإنما رأتها دفعة، ولذلك لم تقل أنها حاضت، وإنما قالت أنها رأت الدم الذى يكون به استبراء.

ويحتمل أن يكون ذلك حكم بغايا الجاهلية لأنه لم يستبرأ الوطء الأول ولا الثانى إلى نكاح، ولا ملك يمين، وأما فى الإسلام، فإذا وطئ الثانى بعد حيضة كاملة، وأنت به لستة أشهر فهو له دون الأول، لأن ذلك مسند إلى ملك اليمين.

فصل: وقوله: «فكبر القائف» يريد أنه لما جاء من خبر المرأة ما يصدق قوله، كبر كفعل الغالب الذى صح قوله، وتبين فعله، فقال عمر للغلام: «وال أيهما شئت» يقتضى أن الغلام ممن يصح منه أن يختار ويميز ويكون له قصد.

قال ابن حبيب: وكذلك قال ابن القاسم، ورواه عن مالك فى الأمة تأتي بولد من وطء الشريكين، فيقول القائف له: لقد اشتركا فيه، فليوال أيهما شاء.

كتاب الأفضية ٣٥٣

وروى ابن حبيب عن مطرف: بل يقال للقافة ألقوه بأصحبهما به شبهًا، فقد اشتركا فيه، ولا يترك وموالاة من أحب، وقاله ابن نافع وابن الماجشون.

قال سحنون: وقد قال لى غير ابن القاسم: إنه ليس له موالاة أحدهما إذا بلغ، ويبقى ابناً لهما.

وجه القول الأول ما روى عن عمر أنه قال له: «وال من شئت منهما» ومثل هذه القضية مما يشيع ويتشر، ولم يخالفه أحد من الصحابة، فثبت أنه إجماع. ومن جهة المعنى أنه لا يصح الاشتراك فى النسب، ولذلك لم يجوز أن يتزوج رجلان امرأة لما كان فى ذلك من الشرك فى النسب، ويصح أن يتزوج الرجل المرأتين لما لم يؤد إلى ذلك، فإذا لم يوجد وجه يختص منه بأحدهما رد ذلك إلى اختيار الولد، فوالى أحدهما، وكان ابناً له دون الآخر، وإنما يكون ذلك إذا لم يمكن إلحاقه بأحدهما.

ووجه قول مطرف أنه قد اشترك فيه الرجلان، ولكن يلحق بأقواهما شبهًا به فى المعانى التى توجب الإلحاق، فيغلب ذلك. وأما التخيير، فإن الأنساب لا تثبت به ولا تأثير له فيها.

ووجه القول الثالث أن النسب أصله وحقيقته يكون مخلوقاً من مائه على الوجه الذى يخلق به، فلما ظهر إلينا أنه مخلوق من مائهما، وجب أن يكون ابناً لهما.

قال: وسمعت مالكا يقول: فإذا قلنا إنه يوالى من شاء، فمتى يكون له ذلك؟ روى ابن حبيب عن ابن القاسم عن مالك: أن ذلك إذا بلغ. وقال أصبغ: وروى ابن زيد عن أصبغ: أن ذلك له إذا عقل، وإن لم يبلغ الحلم.

وجه القول الأول أن ذلك وقت تلزمه الأحكام، ويحكم عليه بإقراره.

ووجه القول الثانى أن هذا طريقه الاختيار، فإذا عقل، صح اختياره، فكان له أن يوالى من شاء.

فروع: ومن الذى ينفق عليه إلى وقت الاختيار؟ روى عيسى عن ابن القاسم: ينفقان عليه جميعًا. وقال أصبغ: النفقة على المشتري حتى يبلغ حد الموالاة.

وجه القول الأول أنه لما كان موقوفاً لهما لم يكن أحدهما أحق بالإنفاق عليه دون الآخر، فلزمهما الإنفاق عليه.

ووجه القول الثانى أن للمشتري اليد، فكانت عليه النفقة.

٣٥٤ كتاب الأفضية

فرع: فإذا اتفقا عليه، فوالى أحدهما، قال عيسى: لا يرجع الآخر بما أنفق. وقال أصبغ: ما أنفق الذى لم يواله، يرجع به على الذى والاه.

وجه القول الأول أنه أنفق عليه على غير وجه السلف، ولم يعتقد الإنفاق عليه، فلم يرجع به عليه كما لو لم يعرف له والد يواليه.

ووجه القول الثانى أنه إنما أنفق عليه ليرجع به على مستحق ولايته كالعبد يوقف فينفق عليه المتداعيان ثم يستحقه أحدهما.

مسألة: فإن بلغ، وقال: لا أولى واحداً منهما، فقال سحنون: ذلك له، ويكون ابناً لهما.

ووجه ذلك أن هذه حال لم يجبر فيها، فلم يختص بولاء أحدهما. أصل ذلك حال الصغر، وهما أحق بولايته من غيرهما، فكان ذلك لهما لأنه قد ساوى بينهما كما لو والاهما.

١٤٠٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَوْ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَضَى أَحَدَهُمَا فِي امْرَأَةٍ غَرَّتْ رَجُلًا بِنَفْسِهَا، وَذَكَرَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَتَزَوَّجَهَا، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا، فَقَضَى أَنْ يَفْدَى وَلَدَهُ بِمِثْلِهِمْ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَالْقِيَمَةُ أَعْدَلُ فِي هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب أو عثمان» على وجه الشك منه أو ممن بلغه ذلك منه «قضى فى أمة غرت رجلا بنفسها، وذكرت أنها حرة» يريد أن الأمة قد تغر من لا يعرف أنها أمة بنفسها، وتزعم أنها حرة فيتزوجها، فإن علم بذلك والزوج ممن يحكم له يحكم الأرقاء كالمكاتب والمدبر والمعتق بعضه والمعتق إلى أجل، فإن ولدها رقيق لسيدها.

ووجه ذلك أنه إن بيع الأب، فحكم الرق يلحقه، فكان تبعاً للإمام.

مسألة: وإن كان الزوج حراً، وقال: تزوجتها على أنها حرة، وقال سيدها: بل على أنها أمة، ففى كتاب محمد. الزوج مصدق ويأخذها بقيمة ولدها يوم الحكم.

١٤٠٤ - أخرجه البيهقي فى السنن الكبرى ٢١٩/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم

كتاب الأفضية ٣٥٥

وروجه ذلك أن الحرية الأصل، وأحكامها ثابتة دون إثبات، فكان القول قول مدعى ذلك دون مدعى اشتراط الرق؛ لأنه حكم طار لا يثبت إلا بالإقرار.

مسألة: وإذا ثبت أنه تزوجها على الحرية، فاستحقت بالرق، فليسيدها أخذها، وقيمة ولدها، وهو معنى ما قضى به عمر أو عثمان إذا قال: «قضى أن يفدى ولده بمثلهم» وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي. وقال أبو ثور: الولد رقيق، ولا قيمة فيهم.

وجه قول مالك أن الولد تبع في الرق والحرية، فمن ملك الأم، ملك ولدها غير أن الأب لم يتزوجها على حرة، فقد تزوج على حرية ولده، فكان له شرطه، وكان للسيد مثلهم عوض المثل من مال من استحق حریتهم ومال من اشترطهم لهم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال مالك: على الأب، ووجب أن يكون ذلك قيمتهم يوم الحكم، وبه قال أبو حنيفة والشافعي:

قيمتهم يوم ولدوا.

وقال المغيرة: والدليل على ما ذهب إليه مالك أنه إنما اعتبر في قيمتهم صفتهم يوم الحكم لأنهم لم يكونوا في ضمان الأب، ولم يكن هذا الحكم مستغنياً عن حاكم، فلما احتاج إلى حاكم، اعتبرت صفة المحكوم فيه يوم الحكم؛ لأن ذلك من تمام الاستحقاق. وقال ابن المواز: قد أخطأ من قال: القيمة يوم الولادة، ولو كان ذلك لكان عليه ذلك، وإن مات الولد.

فرع: وإن كان للولد مال حين التقويم، ففي المدونة: يقوم بغير ماله، وقد اختلف فيه.

مسألة: وهذا إذا كان الأولاد أحياء، فإن كانوا قد ماتوا، فلا شيء للمستحق من قيمتهم إلا أن يكونوا قتلوا؛ فأخذ الأب الدية. فقد قال ابن القاسم: للمستحق الأقل من قيمتهم، أو ما أخذه السيد من ديتهم، وكذلك لو ضرب بطن الأم، فألقت جنيناً، فأخذ الأب فيه غرة. وقال أشهب: لا شيء على الأب في شيء من ذلك كله.

وجه قول ابن القاسم أن هذا العوض إنما أخذه الأب بدلاً من ولد الجارية الذين استحق السيد قيمتهم، فكان للسيد أن ينتزع من الأب ما أخذ من قيمتهم، إلا أن يأخذ أكثر من قيمتهم، فلا ينتزعه منهم؛ لأنه لا يستحق إلا القيمة.

وروجه قول أشهب أن القيمة إنما تكون للأب بالحكم، والحكم لم يدرك الولد، فلم

٣٥٦ كتاب الأفضية
يكن للسيد حق فيهم. قال محمد: وقول أشهب صواب، وذهب إلى هذا، وابن القاسم
أن يقول: إن الحكم قد أدرك الدية وللحاكم أن يحكم فيها كما كان يحكم في الولد
لأنها بدل منهم، والله أعلم.

فصل: وقوله: «أن يفدى ولده بمثلهم» قد اختلف قول مالك فيمن أتلف شيئاً من
الحيوان أو العروض التي لا تكال ولا توزن، فقال مرة: في ذلك المثل. وقد قال ذلك
فيمن باع بغيراً أو استثنى جلده حيث يجوز ذلك، ثم استثنى المشتري البعير، فإن الذى
استثناه شئ في جلده، يريد مثله، ثم قال: «أو قيمته والقيمة أعدل».

والقول الذى عليه يعتمد من مذهب مالك: أن فى ذلك كله القيمة، وإنما المثل فيما
يكال أو يوزن، ولما كان هذا الولد من الحيوان كانت القيمة عنده فيه أعدل؛ لأنه أقرب
إلى المماثلة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يرجع على الغار بقيمة الولد، وإنما يرجع عليه بالمهر،
قاله ابن القاسم. وقال الشافعى: يرجع على الغار بقيمة الولد، ولا يرجع عليه بالمهر.

والدليل على ذلك أنه لم يغره من الولد، وإنما غره بالنكاح الذى أخذ عوضه المهر.
فرع: وهذا إذا كان الغار يعلم أنها أمة، فزوجه منها على أنها حرة وادعى أنه
وليها، ولو أعلمه أنه ليس بولى لها ثم زوجه منها لم يرجع عليه بشئ، قاله ابن
القاسم.

ووجه ذلك أنه ليس بعاقده على الحقيقة.

مسألة: وإذا غرت الأمة من نفسها، فتزوجت على أنها حرة، فدخل بها، فقد قال
مالك: لا يؤخذ منها المهر، وبه قال الشافعى. وقال ابن القاسم: أرى أن يؤخذ منها ما
فضل عن مهر المثل.

ووجه قول مالك أن المهر لم يدخله فساد، فلذلك ثبت فيه المسمى.

ووجه قول ابن القاسم أن النقص بالرق قد وجد فى العوض، فكان للزوج الرجوع
بما فضل عنه على عوضه معيياً بعيب الرق.

* * *

القضاء فى ميراث الولد المستلحق

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ،

كتاب الأفضية ٣٥٧
وَأَبُو بَنُونٍ، فَيَقُولُ أَحَدُهُمْ: قَدْ أَقَرَّ أَبِي أَنَّ فُلَانًا ابْنُهُ، إِنَّ ذَلِكَ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ
بِشَهَادَةِ إِنْسَانٍ وَاحِدٍ، وَلَا يَجُوزُ إِقْرَارُ الَّذِي أَقَرَّ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ فِي حِصَّتِهِ مِنْ مَالِ
أَبِيهِ، يُعْطَى الَّذِي شَهِدَ لَهُ قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنَ الْمَالِ الَّذِي بِيَدِهِ (١).

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ يَهْلِكَ الرَّجُلُ، وَيَتْرَكَ ابْنَيْنِ لَهُ، وَيَتْرَكَ سِتْمِائَةَ دِينَارٍ
فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثِمِائَةَ دِينَارٍ، ثُمَّ يَشْهَدُ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ الْهَالِكُ أَقَرَّ أَنَّ
فُلَانًا ابْنُهُ، فَيَكُونُ عَلَى الَّذِي شَهِدَ لِلَّذِي اسْتَلْحَقَ مِائَةَ دِينَارٍ، وَذَلِكَ نِصْفُ مِيرَاثِ
الْمُسْتَلْحَقِ لَوْ لَحِقَ، وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ الْآخَرُ أَخَذَ الْمِائَةَ الْآخَرَى فَاسْتَكْمَلَ حَقَّهُ وَتَبَّتْ
نَسَبُهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن مذهب أهل المدينة على ساكنها السلام في الذي يتوفى،
ويترك ولدين، ويترك ستمائة دينار، أن لكل واحد منهما ثلاثمائة دينار، فإن قال
أحدهما أن أباه أقر لرجل أنه ابنه، قيل له قد أقررت له بمال، فينظر إلى ما في يديك مما
كان يصير له لو ثبت نسبه فتدفعه إليه؛ لأنك مقر له به.

ولو ثبت نسبه لكان لكل واحد منهم مائة دينار، وقد أخذ هذا ثلاثمائة دينار، فالمائة
الزائدة قد أقر بها للمقر به، وبهذا قال مالك. وقال الشافعي: لا يلزمه أن يعطيه شيئاً؛
لأنه أقر له بشيء لا يستحقه إلا من جهة النسب، ولا يثبت نسبه بإقرار أخيه وحده إذا
كان من الورثة من يرفعه عنه.

والدليل على ما نقوله أن إقراره يتضمن شيئين، أحدهما: النسب، وهذا إقرار على
غيره؛ لأنه لا يثبت بمجرد قوله، والثاني إقرار بمال في يده، فلزمه فيه كما لو وفي رجل
وترك ولدًا واحدًا، فأقر بأخ ثبت نسبه عند الشافعي، وقاسمه المال باتفاق.

مسألة: وقال أبو حنيفة: يلزم المقر أن يدفع إليه نصف ما بيده دون المنكر.

والدليل على ما نقوله أنه إنما أقر على نفسه وعلى أخيه، فإن المقر يستحق مثل حق
كل واحد منهما مما بأيديهما، والذي كان يجب له بذلك من الستمائة مائتان، فقد أقر
له مما بيده بمائة، وشهد له على أخيه بمائة أخرى مما بيده، فإن كان من أهل العدل،
وشهد له شاهد آخر بمثل ذلك لم يستحق من يد المقر له غير مائة، ومن يد المنكر مائة

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٢٠.

٣٥٨ كتاب الأقضية

أخرى، والله أعلم. وقد اتفقوا أنه لو أقر به الأخوان لأخذ حصته من يد كل واحد منهما.

مسألة: ولا يخلو هذا الإقرار أن تكون التركة عيناً أو عرضاً، فإن كانت عيناً، فعلى ما تقدم وإن كانت عرضاً مثل أن يترك المتوفى عبداً أو أمة، فأخذ المقر العبد وأخذ أخوه الأمة، ثم أقر أحد الأخوين بأخ.

قال ابن ميسر: فهذا قد أقر بثلاث العبد وثلاث الأمة، وقد كان للمقر قبل الإقرار نصف كل واحد منهما في الإنكار، فأقر في كل نصف وجب بثلاث ذلك النصف وهو سدس العبد، فلما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العبد ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة.

وأما ثلث العبد فواجب له؛ لأن سدسه كان بيده وسدس آخر عاوض فيه أخاه، فابتاع ما لا يحل له كمن اشترى شيئاً ثم أقر أنه لآخر، فليسلمه إليه، فقد وجب له ثلث العبد بكل حال، وهو مخير في سدس الأمة أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذى باعه، فيصير له نصف العبد، وللمقر نصف، هذا الذى ذكره أحمد بن ميسر.

وقال أبو أيوب البصرى: إن قول أهل المدينة: أنه يعطيه ثلث العبد الذى صار له، ويضمن له سدس قيمة الأمة؛ لأنه باع ذلك بدس من العبد وهو مقر أنه لأخيه. قال الشيخ أبو عمر: وهذا الذى قاله أبو أيوب هو الصواب، وليس فيه تحيير؛ لأن الذى أقر له به من العبد اشترى نصفه بسدس الأمة الذى كان بيد أخيه من العبد الذى كان بيده.

مسألة: فإن مات المقر لم يرثه، وإنما يرثه أخوه الثابت النسب، قاله سحنون فى العتبية.

ووجه ذلك أن الإقرار لا يورث به إلا مع عدم وارث ثابت النسب، ولهذا المقر أخ ثابت النسب، فلا يرثه المقر له. قال سحنون: ولو لم يكن له وارث غير المقر له لورثه.

ولو مات المقر له، فقد قال سحنون: يرثه المقر به والمنكر له. قال يحيى بن عمر: يأخذ المقر من تركته بدءاً مثل ما كان أعطاه ثم يكون ما بقى بينهما لأن المنكر جحده إياه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وكان عندى يجب أن ينظر إلى ما كان يستحقه بما أخذه المنكر من مال أبيه، لو ثبت نسب المقر له، فإن كانت مائة دينار

كتاب الأفضية ٣٥٩
أضيفت إلى مال المقر له، فإن كان ذلك ثلاثمائة دينار أخذ منها المقر له مائة وخمسين،
وبقيت خمسون من مال المقر له، فوقفت.

فإن أقر به المنكر دفعت إليه، وكمل بذلك وبالمائة التي كان يأخذها منه ما لو أقر به
تمام نصيبه من ميراثه، وذلك مائة وخمسون، فإنما المائة الدينار التي بقيت بيده من تركة
أبيه بمنزلة الدين عليه للمقر له، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «أقر له الآخر، استكمل حقه، وثبت نسبه» يريد لأن الأخوين، قد
شهدا له بالنسب، وهما من أهل العدل، ويجب على هذا إذا كان أحدهما شاهداً له أن
لا يثبت له بذلك نسبه مع يمينه، لأن النسب يثبت بشاهد ويمين، ولا يستحق بذلك
المال؛ لأنه قد استحقه الثابت النسب، ولم يكن هناك وارث معروف، فقد روى يحيى
ابن يحيى عن ابن القاسم: أنه يقضى له بالمال لوجه الميراث، ثم لا يثبت له بذلك نسب.

وروى الشيخ أبو محمد عن أشهب: أنه لا يستحق المال حتى يثبت له النسب بما
تثبت به الأنساب، وذلك مثل أن يتوفى رجل ويترك مالا، ويأتى من يدعى أنه ابنه فيقيم
شاهداً واحداً، فعلى قول ابن القاسم: يحلف، ويستحق المال دون النسب، وعلى قول
أشهب: لا يستحق شيئاً.

وجه قول ابن القاسم أنه قد ينفصل المال من النسب، وكذلك إذا أقر أحد الورثة
بولد واستحق ما يتضمنه إقراره بما فى يده من المال، ولا يثبت بذلك نسبه.

ووجه قول أشهب أن هذا المال إنما يستحق من جهة النسب، فإذا لم يثبت النسب
لم يستحق شيئاً من جهته كسائر أسباب الاستحقاق، وليس هاهنا مقر بحق ينفرد به
فلزمه تسليمه، وإنما يدعى حقاً ثابتاً لجماعة المسلمين، فلا سبيل له إليه إلا بعد إثبات
النسب الذى يستحق به، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَهُوَ أَيْضًا بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ تُقْرُ بِالذَّيْنِ عَلَى أَبِيهَا أَوْ عَلَى زَوْجِهَا، وَيُنْكَرُ
ذَلِكَ الْوَرِثَةَ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَدْفَعَ إِلَى الَّذِي أَقْرَتْ لَهُ بِالذَّيْنِ قَدْرَ الَّذِي يُصِيبُهَا مِنْ ذَلِكَ
الذَّيْنِ لَوْ تَبَتَّ عَلَى الْوَرِثَةِ كُلِّهِمْ، إِنْ كَانَتْ امْرَأَةً وَرِثَتِ الثَّمَنَ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ
ثَمَنَ ذَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَتْ ابْنَةً وَرِثَتِ النِّصْفَ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ نِصْفَ ذَيْنِهِ عَلَى
حِسَابِ هَذَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَنْ أَقْرَّ لَهُ مِنَ النِّسَاءِ.

الشرح: وهذا على ما قاله أن مسألة الإقرار تجرى مجرى ما ذكره من المرأة تقر بدين

٣٦٠ كتاب الأقضية

على موروثها، وينكر ذلك سائر الورثة، فإن كانت بنتاً ترث النصف، فإنما يلزمها من الذين بقدر ذلك، وهو نصفه، وإن كانت زوجة ترث الثمن؛ لأن للميت ولداً أو ولد ابن إنما عليها من الدين ثمنه، ولو لم يكن له ولد ولا ولد ابن، فورثت الربع لكان عليها من الدين ربعه.

وكذلك الوارث إذا كانت أنثى ترث مع المقر له الثلث، فإنما عليه أن يدفع إليه ما صار إليه زائداً على الثلث، ولو كانت زوجة لها الثمن، فأقرت بابن للميت لم يكن عليها أن تعطيه شيئاً لأن موروثها دونه ومعه لا يزيد، ولا ينقص، فلا يؤثر إقرارها فيما بيدها.

وقال ابن حبيب: أصحاب مالك كلهم يرون هذا القول من مالك وهما؛ لأنه لا ميراث لوارث إلا بعد قضاء الدين، فيجب له أن يأخذ من المقر بالدين دينه. وأما الوارث، فإنه وارث مع المقر، وليس بوارث قبله، فلذلك أخذ منه ما ينوبه.

وروى هذا ابن المواز عن أشهب، وهذا الذى قاله ابن حبيب ليس بصحيح، بل أصحاب مالك على ما قاله مالك، وهو الصحيح، وقد أنكره أصحابنا على ابن حبيب، وما اختاره ابن حبيب هو قول أبى حنيفة، واختار ابن المواز قول ابن القاسم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن من أقر من الورثة بالدين بمنزلة شهادة الشهود به، ولو شهدت به بينة لأخذ من كل واحد منهم قدر حصته من الدين، وكذلك إذا أقروا به.

وقد قال الشيخ أبو بكر الدين كالميراث إلا أن يكون الدين محيطاً بالميراث، فإنه يؤخذ من المقر جميع ما بيده؛ لأنه لو ثبت الدين بشهادته لأخذ منه جميع ما بيده.

ووجه قول أشهب أنه لو قامت بينة بالدين، فلم يجد بيد أحدهما شيئاً لأخذ مما بيد الآخر جميع حقه، وإنما استغرق ما بيده ثم يرجع ذلك على أخيه بما ينوبه من ذلك فلكذلك إذا أقر به أحدهما، وأنكره الآخر، أخذ من المقر جميع حقه.

وتحريمه أو الإنكار معنى يمنع المقر له من استيفاء حقه من سائر الورثة، فأوجب له استيفاء جميع حقه ممن لا يمنع الاستيفاء منه مانع. أصل ذلك العدم.

قَالَ مَالِكُ: وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ عَلَيَّ مِثْلَ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَيْبِهِ دَيْنًا، أُحْلِفَ صَاحِبُ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ، وَأُعْطِيَ الْغَرِيمُ حَقَّهُ كُلَّهُ، وَلَيْسَ هَذَا

بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ تَحُوزُ شَهَادَتَهُ، وَيَكُونُ عَلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَيَأْخُذَ حَقَّهُ كُلَّهُ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ أَخَذَ مِنْ مِيرَاثِ الَّذِي أَقْرَلَهُ قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِحَقِّهِ، وَأَنْكَرُ الْوَرِثَةَ، وَجَازَ عَلَيْهِ إِقْرَارُهُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه إن شهد رجل من الورثة بمثل ما شهدت به المرأة أن لهذا الغريم على ابنه ديناً، وكان الشاهد من أهل العدل، فإن الغريم يحلف مع شهادته، ويستحق جميع الدين الذي شهد له به شاهده.

وإن كان الشاهد إنما أورد ذلك على سبيل الإقرار، فإنه لا ينافي في الشهادات، ويخالف ذلك المرأة، فإنه لا يحلف المدعى مع شهادتها حتى يكون الاثنان من أهل العدل، فيحلف مع شهادتهما فإن أبي الغريم أن يحلف استحق على المقر له من دينه بقدر حصته من الميراث، ولم يحتج في استحقاق ذلك إلى يمين، وكذلك لو كان المقر غير عدل لاستحق عليه من دينه بقدر حصته من الميراث، ومن ادعى عليه العلم من الورثة وأنكر ذلك في حقه، لزمته اليمين إذا لم يرد المدعى أن يحلف مع شاهده، والله أعلم.

* * *

القضاء في أمهات الأولاد

١٤٠٥ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَطُّونَ وَلَا يُدْهِمُ، ثُمَّ يَعْزِلُونَهُنَّ، لَا تَأْتِينِي وَوَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدَهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا، إِلَّا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا، فَأَعْزِلُوا بَعْدُ أَوْ اتْرُكُوا.

الشرح: قوله: «ما بال رجال يطئون ولا تدبهم، ثم يعزلونهن» على وجه الإنكار لمن فعل ذلك.

وقوله: «يعزلونهن» يحتمل معنيين، أحدهما: العزل عتهن، وهو وإن كان غير محرم في الإماء، فإن غيره أفضل منه لاسيما لمن يريد بذلك أن ينفي عن نفسه ما أتت به من ولد.

١٤٠٥ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٣٢/٧، ابن حزم في المحلى ٣٢٢/١٠، ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٢١، والمغنى برقم ٣٩٨/٧، ٥٢٩/٩.

٣٦٢ كتاب الأقضية

وقد روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم فيمن أقر أنه يطاء جاريتيه، ويعزل، فإن الولد يلزمه إن لم يدع استبراء.

ووجه ذلك أنه لا يتيقن حقيقة العزل، وقد يغلبه أول الماء أو اليسير منه ولا يشعر به. وقال موسى ابن معاوية عن ابن القاسم: ولو قال: كنت أطاءً ولا أنزل، لم يلزمه الولد. ووجه ذلك أن عدم الإنزال متيقن، ولا يصح معه ولد.

مسألة: ولو قال: كنت أطاءً بين الفخذين، فأنزل، ففي كتاب ابن المواز: يلزمه الولد في الأمة، ولا يلتعن في الحرة.

وهذا يحتمل معنيين، أحدهما: أن يريد بذلك قرب الفخذين من الفرج، فإن الماء يصل إليه قبل لا تغير والاستحالة، فيلحق منها الولد، وهذا يبعد عندي؛ لأنه لو جرت العادة بخلق ولد من منى لم ينزل في الرحم لما لزم من ظهر بها حمل حد؛ لأن من وطئ امرأة بين الفخذين لم يكن عليهما حد، فيصح أن يكون الولد من غير جماع، وهذا باطل باتفاق.

والمعنى الثاني: أن مثل هذا يكثر فيه الوهم والغلط، ولا يكاد يتحققه الواطئ في بعض الأوقات.

فصل: والمعنى الثاني الذي يحتمله قوله: «يعزلونهن» أن يريد باعتزالهن في الوطء الإزالة لهن عن حكم التسرى على وجه الانتفاء من ولد الأمة دون استبراء، وإنما يجب أن يكون ذلك بعد وجود معنى يصرف الحمل عنه إلى غيره، وبماذا يكون ذلك؟ المشهور من المذهب أن الاستبراء بالحيض. وفي كتاب ابن سحنون عن المغيرة: لا تبرأ منه إلى خمس سنين.

وجه القول الأول أن الاستبراء يبطل حكم الوطء بملك اليمين، وإن لم يكن بعده وطء لغيره كما لو أعتقها أو وهبها لامرأة.

ووجه القول الثاني أن الوطء المباح الذي يلحق به النسب لا يبطل حكمه الحيض دون وطء ينسب إليه الحمل. أصل ذلك الوطء بالنكاح.

فرع: فإذا قلنا إن الاستبراء يبطل حكم الوطء، فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه أنه يجزئ من ذلك حيضة واحدة. قال سحنون: وهو الذي ثبت عندنا عن مالك. وروى عبدالمالك عن مالك: ثلاث حيض، وإليه رجوع المغيرة.

كتاب الأقضية ٣٦٣
وجه القول الأول أن هذا استبراء وطء بمملك اليمين، فأجزأ في ذلك حيضة واحدة
كالاستبراء في البيع والشراء.

وجه القول الثاني أن الحيض إذا لم يقترن به انتقال من الملك لضعف، فلا يقع
للمرأة منه إلا بثلاث حيض. وأما الحيضة الواحدة، فإنما يقع البراءة بها مع الانتقال إلى
ملك، ولذلك تأثير، ألا ترى أن الزوج إذا طلق امرأته فتعتد بثلاثة أقراء وتزوج بعده،
فتأتى بولد لستة أشهر من وقت نكاح الثاني، فلا يلحق بالأول، ولو لم ينتقل إلى ملك
زوج آخر، وأتت بولد لتلك المدة وأبعد منها ألحق بالأول.

فرع: وهل يلزمه مع ادعاء الاستبراء يمين؟ قال سحنون: والذي ثبت عندنا عن
مالك أن لا يمين عليه. وروى عبد الملك عن مالك أنه يحلف مع ادعائه الاستبراء بثلاث
حيض. وقد أنكر ابن المواز ما انفرد به عبد الملك من اليمين. وقد روى ابن مزين عن
عيسى: عليه اليمين إذا ادعى الاستبراء.

وجه الرواية الأولى أن الاستبراء معنى يثبت للسيد حكم الانتفاء من الولد، فلم يلزم
السيد إثباته باليمين، وكان قوله فيه مقبولاً لنفي الواطئ أولاً.

وجه الرواية الثانية أن إقراره بالوطء معنى يلحق به الولد، فلم ينف عنه يمين في
الزوجة في الأحرار لما كان عقد النكاح يلحق الولد بالزوج لم ينفه إلا يمين، وهو
اللعان فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «لا تأتيني وليدة»، يعترف سيدها أن قد ألمَّ بها» يقتضى أنه لا يلزمه
ولدها بكونها في ملكه ولكن باعترافه أنه قد وطئها، وهو معنى إلمامه بها، فإذا اعترف
السيد بوطء الأمة، وثبت ذلك من اعترافه صارت الأمة فراشاً له، ولزمه كل ولد أتت
به إلا أن يقول قد استبرئت بعد الوطء على ما تقدم.

مسألة: فإن ادعى عليه الإقرار بالوطء أو بالولد، وأنكر ذلك، فقد قال أشهب: لا
يمين عليه في شيء من ذلك، كان الولد حياً أو ميتاً أو سقطاً.

وجه ذلك أن الأيمان في نفي النسب لا تتعلق بمجرد الدعوى، وكذلك كل يمين
يتعلق بها حكم في جنسين، فلا يجب بمجرد الدعوى كالطلاق والعتق.

مسألة: فإن شهد بإقراره بالوطء شاهد، ففي كتاب ابن المواز: يلزمه اليمين، وفي
غيره إذا قام شاهد على إقراره بالوطء، وشهادة امرأة بالولادة، فلا يمين عليه، وقد قيل

٣٦٤ كتاب الأقضية

يلزمه اليمين، قال: وإنما تجب اليمين إذا شهدت امرأتان بالولادة، وشاهد على إقراره بالوطء أو امرأة على الولادة، وشاهدان على إقراره بالوطء.

وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يقتضى نفى الاسترقاق، فإذا شهد به شاهد لزم السيد اليمين على نفيه كالتق.

وجه الرواية الثانية أن هاهنا فصلين، أحدهما: الإقرار بالوطء، والثاني: الولادة، ولم يثبت أحدهما، ولو أقر بأحدهما، ونفى الآخر لم يثبت به النسب، فلذلك لم يلزم لضعف البيتين.

مسألة: وإن لم ينكر الوطاء، ولكنه أنكر الولد؛ لأنه قال: وجدت معها رجلاً وصدفته أو ثبت الزنا بأربعة شهداء، فلا ينفي الولد بذلك وإن كان يعزل عنها حتى يدعى الاستبراء، حكاه ابن المواز.

وجه ذلك أن وطء الزنا لا يلحق به نسب، فلم يكن له حكم الوطاء، وكان الوطاء الذى يلحق به النسب وهو وطء السيد أولى بالولد كما لو انفرد.

فصل: وقوله: «لا تأتيني وليدة، يعترف سيدها أن قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها» يريد رضى الله عنه ألحقت بالسيد المقر بالوطء، ومعنى ذلك إن أتت به لمدة الحمل من وقت الوطاء إلى وقت الاستبراء. قال سحنون: أجمع أصحابنا أنه إذا أقر بوطء أمة، لزمه ما أتت به، ولو إلى أقصى حمل النساء إلا أن يدعى استبراء لم يمسه بعده، فلا يلزمه ما أتت بعد الاستبراء إلا أن تأتي به لأقل من ستة أشهر، لم يلزمه.

وجه ذلك أن استبراء السيد منع إلحاق النسب به، فلا يلحق به بعده إلا ولد يتيقن أنه قد وجد قبل الاستبراء، وذلك أن يأتي لأقل من ستة أشهر لم يلحق به.

فصل: وقوله: «فاعتزلوا بعد أو اتركوا» إعلام لهم بأن ما يأتون به بعد من العزل لا منفعة لهم فيه، ولا يتنفي بذلك ولد عنهم، ولم يرد بذلك التخيير لهم بين الفعل أو الترك، وإنما أراد به ما قدمناه.

١٤٠٦ - مَالِكُ عَنِ نَافِعٍ، عَنِ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رَجَالٍ يَطُّوْنَ وَلَا يَدُهُمْ، ثُمَّ يَدْعُوهُمْ يَخْرُجْنَ، لَا تَأْتِينِي وَليدةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنَّ قَدْ أَلَمَّ بِهَا إِلَّا قَدْ أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا، فَأَرْسَلُوهُمْ بَعْدُ أَوْ أَمْسِكُوهُمْ.

الشرح: قوله: «ما بال رجال يطئون ولائدهن، ثم يدعونهن بعد يخرجن» يحتتمل أن يريد به الخروج والتصرف فى الخدمة التى لا تتصرف فى مثلها السرارى تحفظاً بهن، فإن من تسرى بأمة منعها الخروج جملة أو منعها منه مما يتقى عليها فيه من التصرف فى المواضع المخوفة التى لا يؤمن عليها فيها.

وفى كتاب ابن سحنون عن مالك فىمن يطأ الجارية ثم يرسلها إلى السوق فى حوائجه، لا بأس بذلك، والمرأة الحرة تخرج لحاجتها، ومعنى ذلك الخروج المعتاد إلى السوق والمواضع المأمونة التى فيها جماعة الناس، فلا يمكن الانفراد بها، ولا مخادعتها.

وذكر ابن حبيب أن ابن عمر كان إذا وطئ أمة جعلها عند صفة بنت أبى عبيد حتى يظهر بها حمل أو تحيض، يحتتمل أن تكون هذه الأمة قبل ذلك ممن لا تساكن أهله بل تتصرف بالتكسب للصنائع والعمل أو تكون مع جملة إماءه فى غير دار سكناه مع زوجه صفة.

فإذا وطئها ضمها إلى دار زوجه صفة المذكورة لأنها أحصن لهن، وأمكن من التحفظ بهن، ويحتتمل أن تكون قبل ذلك ممن تدخل وتخرج، فإن وطئها منعها ذلك، ولزمت هذه الدار التى يمكن فيها منعها من التصرف حتى يتيقن ما هى عليه من حمل أو براءة رحم بحيض، فعلى هذا التأويل الثانى يحتتمل أن يريد عمر: ثم يدعونهن يخرجن، المنع من الخروج جملة.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأُمْرُ عِنْدَنَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا جَنَّتْ جَنَائَةً، ضَمِنَ سَيِّدُهَا مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ قِيمَتِهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَهَا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ جَنَائَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن أم الولد إذا جنت ضمن سيدها الجنائة، وليس له أن يسلمها؛ لأنه ليس له أن يخرجها عن ملكه بتسليم فى جنائة ولا بيع ولا معاوضة ولا هبة ولا غيرها إلا بالعتق الذى يسقط ما بقى له فيها من الاستمتاع والمنفعة دون التصرف فى رقبته.

وفى هذا خمسة أبواب، أحدها: فى ماذا تصير الأمة به أم ولد. والثانى: فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره. والثالث: فى حكم ما بقى له من المنفعة والتصرف فيها وفى ولدها. الرابع: فى حكم ما لها فى جنائة. والباب الخامس: فى حكمها وحكم ولدها وحكم ما لها إذا توفى.

الباب الأول: فيماذا تصير الأمة به أم ولد

في كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك، وفي كتاب ابن حبيب عن مطرف عن مالك: تكون أم ولد بكل ما أسقطته إذا علم أنه مخلوق، وفيه تجب الغرة، وهذا أحد قولي الشافعي.

وقال أشهب: إذا طرحت دمًا مجتمعاً أو غير مجتمع، فلا تكون به أم ولد، فإذا صار علقه خرج من حد النطفة والدم المجتمع، وهو أحد قولي الشافعي. وقال ابن القاسم في المدونة وغيرها: وإن لم يتبين شيء من خلقه، اتفق النساء أنه ولد، مضغة كان أو علقه أو دمًا.

وجه القول الأول ما رواه ابن وهب عن مالك أنه لا يحكم بما يرخيه الرحم بأنه ولد إلا إذا ظهر خلقه وصورته، وهو الذي اختار الطبري أن يكون معنى مخلقة: مصورة، وإليه ذهب الشافعي.

وأما الدماء فقد ترخيها حيضًا وغيره، فلا يكون ذلك دليلاً على الولد، وقد قيل ذلك في قوله تعالى: ﴿مخلقة وغير مخلقة﴾ فيكون مخلقة وغير مخلقة من نعت الصورة.

وروى عن ابن مسعود سمعت رسول الله ﷺ يقول، وهو الصادق المصدق: «يجمع خلق أحدكم في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقه أربعين يوماً، ثم يكون مضغة أربعين يوماً، ثم يبعث الله ملكاً، فيقول: أكتب عمله وأجله ورزقه وشقى أو سعيد»^(*).

وقال ابن عمر: إذا وقعت النطفة في الرحم بعث الله ملكاً، فيقول: يارب مخلقة أو غير مخلقة، فإن قال: غير مخلقة مجتهداً الأرحام دمًا، وإن قال: مخلقة، قال: يارب ما صفة هذه النطفة أذكر أم أنثى، ما رزقها، وما أجلها، فعلى هذا المخلقة من صفة النطفة، فما كان مما ترخيها الأرحام مما لم يخلق بعد، وليس بولد، فلا تكون به أم ولد.

ووجه قول أشهب أن الدماء قد ترخيها الأرحام، ولا يكون ولدًا كالحيض والاستحاضة، فلا يكون شيء من ذلك ولدًا، وإنما يكون الولد المضغة لأنه لا يبلغ هذا الحد إلا بما يكون ولدًا.

ووجه قول ابن القاسم أنه قد يعرفه النساء بكثرته وأحواله، فإذا كان يعرف تثبت به حرمة أم الولد كالمضغة.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ٢٦٤٣. الترمذي حديث رقم ٢١٣٧. ابن ماجه حديث رقم

٧٦. أحمد في المسند حديث رقم ٣٦١٧.

كتاب الأفضية ٣٦٧

مسألة: ولو أقر بالوطء السيد، وقال لها: لم تلدى هذا الولد، ففى كتاب ابن المواز، قال مالك: هذا لا يخفى على الجيران، وقال مرة أخرى: وهى مصدقة.

وقال فى موضع آخر: هو بها لاحق، وإن لم يعرف الجيران منها حملاً ولا ولادة ولا طلقاً إذا كان معها الولد، وإن لم يكن معها ولد، فقالت: أسقطت أو ولدت، فلا تصدق إلا بامرتين عادلتين على الولادة، ولا يلزمه بوحدة إلا اليمين عند أشهب.

الباب الثانى: فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها

هو مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وجماعة الفقهاء من الصحابة والتابعين، وقد تقدم فى تفسير حديث أبى سعيد الخدرى فى غزوة بنى المصطلق من الدليل على ذلك من جهة السنة ما يبنى عن إعادته.

والدليل على ذلك إجماع الصحابة. روى الشعبى عن عبيدة السلمانى قال: خطبنا على بن أبى طالب، فقال: رأى أبى بكر رأياً ورأى عمر رأياً عتق أمهات الأولاد حتى مضيا لسبيهما، ثم رأى عثمان ذلك ثم رأيت أنا بعد بيعهن فى الدين. فقال عبيدة: فقلت لعلى: رأيتك ورأى أبى بكر وعمر وعثمان فى الجماعة أحب إلينا من رأيتك بانفرادك فى الفرقة، فقبل منى وصدقنى.

فوجه الدليل أنه أخبره أن رأى أبى بكر وعمر وعثمان بالمنع من بيعهن كان فى وقت جماعة، ولم يخالفوا فيه فثبت أنه إجماع. ووجه آخر أنه قال: رأى فى بيعهن فى الدين خاصة، فهذا يقتضى انفراده بهذا القول ثم صدقه، وقبل منه فى إثبات القول الأول، فتجدد بذلك الإجماع أيضاً فى زمن على رضى الله عنه، وبه قال سحنون.

ولما كشف عن أمرهن عبدالمملك أخبره ابن شهاب أن المسور قال: إن النبى ﷺ قال: «لا يبيع فى دين ولا يعتقن من ثلث».

وفيه غضب سعيد على الزهرى حين حدث بمحدثه عبدالمملك. وقال مالك: إنه حدثه ابن المسيب قال: إن عمر أعتقهن.

ومن جهة المعنى أن الأمة إذا حملت حرم بيعها لأجل الجنين الذى هو فى حكم عضو من أعضائها، ولذلك لا يجوز أن يفرد بالبيع دونها، ولا تفرد بالبيع دونه، فسرى إليها حكم الحرية كما كان يسرى من تعليق العتق على عضو من أعضائها.

ودليل آخر من جهة القياس أنها حملت بحر فمنع ذلك بيعها. أصله إذا أراد بيعها، وهى حامل.

٣٦٨ كتاب الأفضية

مسألة: وسواء كان عليه دين يحيط بماله أو دين عليه في ثبوت هذا الحكم لها، وهذا إذا كان السيد حرًا مسلمًا، فإن كان غير حر، ففي كتاب ابن المواز: قال محمد: وأحب إلى في ذلك في أم الولد المكاتب والمدبر، إن عتق وهى في ملكه أن تكون به أم ولد، وإن لم يكن لها الآن ولد، كان ما تقدم لها سقط أو ولد.

وذكر ابن سحنون عن أبيه وعن كبار أصحاب مالك مثل ذلك في المكاتب دون المدبر، قال: والفرق بينهما أن للسيد انتزاع أم ولد المدبر عند مالك، وإن لم تكن حاملًا يريدون المدبر، وليس ذلك له في المكاتب، وأيضًا فليس للمكاتب بيعها بإذن السيد، إلا أن يخاف العجز وللمدبر بيعها بإذن السيد.

وقال أشهب وعبد الملك: لا تكون أم ولد بما ولدت بعد عقد التدبير والكتابة والعتق المؤجل، وإن ولدت بعد تمام الحرية في الأب إلا أن للولد حكم الأب.

وقال القاضي أبو محمد: في أم الولد المكاتب خلاف؛ لأنه قد أجاز للمكاتب بيعها من غير دين. وهذا يدل على أنها لا حرية لها بالاستيلاء. وقول آخر، أنه ليس له بيعها إلا أن يرهقه دين.

قال: فوجه الرواية الأولى أن حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها؛ لأنه يعتق بالأداء ويرق بالعجز، فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاء، وجاز له بيعها.

ووجه الرواية الثانية أنه قد ثبت لسيدها حرمة العتق بالكتابة.

قال القاضي أبو الوليد، رحمة الله: وجه الرواية الأولى عندى أن ملك سيدها لم يكمل، فلم تحصل أم ولد باستيلاءها في تلك الحال كالأمة للعبد القن.

ووجه الرواية الثانية أن سيد المكاتب ممنوع من ماله لعقد عتقه لأم ولده حرمة الاستيلاء كالعتق المبتل.

مسألة: وأما أم الولد المدبر، فقد تقدم اختلاف أصحاب مالك فيها. وقال القاضي أبو محمد: فيها عن مالك روايتان، إحداهما: ثبوت الحرمة لها. والثانية: نفيها عنها.

ووجه ثبوتها أنه بيع لابنه في عقد العتق الذى يثبت له، فوجب أن لا يثبت لأمه به الحرمة كولد المكاتب.

ووجه الرواية الثانية أن أباه لم يثبت له من العتق ما يمنع به سيده من ماله، فلم يثبت لأمه به حرمة الاستيلاء، كذلك العبد القن.

كتاب الأفضية ٣٦٩

فرع: قال القاضى أبو محمد: فإذا قلنا تثبت لها حرمة الاستيلاء لم يكن لسيدته انتزاعها منه، حاملاً كانت أو غير حامل، فإذا نفينا عنها حرمة الاستيلاء، فإن للسيد انتزاعها قولاً واحداً؛ لأن الولد داخل فى تدبير أبيه، ومثل هذا يتوجه من الخلاف فى أم ولد المعتق إلى أجل لأن محمداً قال: إن قول مالك قد اختلف فى انتزاع أم ولده منه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنما تكون أم ولد بما تلده لأكثر من ستة أشهر من يوم عقد التدبير أو الكتابة أو العتق المؤجل، فإن ولده لأقل من ذلك لم تكن به أم ولد، قاله ابن المواز. وقال فى موضع آخر: إلا أن يملك المكاتب ما فى بطن أمته الحامل فى الكتابة، فإنها تكون به أم ولد.

وقال أشهب وعبد الملك: إنما تكون أم ولد بما تلده لستة أشهر من يوم عتق أمه، ولا تكون أم ولد بما تلده لأقل من ذلك، قالوا: لأن الولد لم يملكه الأب، وقد جرى منه فيه لغيره حرية، فلا تكون به أم ولد بل تعتق على غير الأب.

مسألة: وإنما تكون أم ولد إذا حملت بملك اليمين، فإذا حملت بنكاح أو ولدت بنكاح، فلا تكون بذلك أم ولد. وقال أبو حنيفة: إن اشتراها الزوج بعد أن ولدت، فإنها تكون به أم ولد.

والدليل على ذلك أنه سبب عتق لم يحصل لها بالولادة، فلم يحصل لها بالشراء كعتق الكتابة والتدبير.

مسألة: وأما إذا حملت بنكاح وولدت فى ملك اليمين كالرجل يتزوج الأمة، فتحمل منه ثم يشترىها، وهى حامل، فلا يخلو أن تكون الأمة لأبيه أو لغيره.

فإن كانت لأبيه لم تكن به أم ولد؛ لأنه قد أعتق على جده، ولم يملكه أبوه. وقد قال محمد فىمن اشترى زوجته، بعد أن أعتق السيد ما فى بطنها: إن شراءه جائز، وتكون بما تضع أم ولد؛ لأنه إنما أعتق ابنه بالشراء، ولم يصبه عتق السيد إذ لا يتم عتقه إلا بالوضع؛ لأنه يباع عليه فى فلسه ويبيعه ورثته قبل الوضع إن شاءوا، وإن لم يكن عليه دين والثالث يحملها، ولو ضربها رجل فألقت جنينها، فإنما فيه ما فى جنين أمة، ولو كان بعد أن اشتراها الزوج فإنما فيه جنين حرة.

مسألة: فإن كانت لغير أبيه، فإنها تكون أم ولد؛ لأنه قد ملك ابنه، فعتق عليه، فهذا قد حملت به أمه فى النكاح ووضعت فى ملك اليمين. وقال الشافعى: لا تكون به أم ولد.

٣٧٠ كتاب الأفضية

والدليل على ما نقوله ما تقدم من أنها وضعت في ملك اليمين، فكانت به أم ولد كما لو حملت به في ملك اليمين.

الباب الثالث: في حكم ما بقى له من التصرف والمنفعة فيها وفي ولدها

وذلك أن السيد بقى له في أم ولده الاستمتاع. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: ليس للرجل في أم ولده أن يعنتها في الخدمة، وإن كانت ذنينة وتبتذل في الحوائج الخفيفة مما لا تبتذل فيه الرقبة.

وقال القاضي أبو محمد: استخدامهما فيما يقرب ولا يشق. وقال أبو حنيفة والشافعي: له فيها الخدمة والاستمتاع.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهو الأظهر عندي لأنه المقصود من ملكها، وهي باقية على حكم ذلك الملك، وإنما منع من تملكها غيره.

ووجه آخر، وهو أنه لا خلاف أن للسيد استخدام ولد أم الولد وحكمهم حكمها، لأن كل ذات رحم، فولدها بمنزلتها في الرق والحرية، فعلى هذا يكون له استخدام الأم. ووجه ما تعلق به مالك وأصحابه في نفي استخدامها أنها ممنوعة من بيعه لها، ولا تعتق في ثلثه، فلم يكن له استخدامها كالحرية.

مسألة: وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا؟ كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده. قال الشيخ أبو بكر: إنما كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده؛ لأنه ليس له فيها إلا الاستمتاع دون سائر المنافع، فكره له أن يزوجه، وإن رضيت.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندي أنه شبهها بالزوجة التي ليس له فيها إلا الاستمتاع، ولا يجوز لها أن تتزوج مع بقاء ذلك السبب. قال ابن حبيب: يكره له أن يزوجه إلا أن يخاف عليها، وبهذا أخذ جميع أصحاب مالك.

فرع: فإن زوجها، فقد قال ابن القاسم في المدونة: لا أفسخه. وقال الشافعي في أحد أقواله: لا يجوز له أن يزوجه.

والدليل على ما نقوله أنه ولي لها، فجاز إنكاحه لها كما لو نفذ عتقها وكمل.

مسألة: واختلف قول مالك في إجبارها على النكاح، وقد قال ابن حبيب في واضحته: له أن يكره أم ولده على النكاح. واختلف فيه قول مالك، وثبت على أنه لا يزوجه إلا برضاها.

كتاب الأفضية ٣٧١
وجه القول الأول أنها أمة يملك الاستمتاع بها بملك اليمين، فملك إجبارها على
النكاح كالأمة القن.

ووجه القول الثاني أنها ثبت لها سبب حرية يمنعه رهنها وإجارتها، فوجب أن يمنعه
إجبارها على النكاح كالمكاتبة. وقد قال الشافعي بالقولين جميعاً.

مسألة: وعلى السيد الإنفاق على أم الولد، فإن أعسر، فهل تعتق عليه للإعسار
بالنفقة أم لا؟ وفي كتاب الرق: لا تعتق عليه، وبه قال جماعة من القرويين. وقال أبو
بكر بن اللباد: سألت عنها يحيى بن عمرو، وقلت له: تعمل وتنفق على نفسها. قال لي:
إن لم يكن في نفقتها ما يكفيها. قال يحيى بن عمر: أرى أن تعتق. قال أبو بكر: وكذا
قال أشهب، ورواه عنه الأندلسيون. وقال أبو بكر بن عبدالرحمن: تعتق عليه إذا أعسر
بالنفقة أو غاب، ولم يترك مالا ينفق له عليها.

وجه القول الأول ما احتج به القرويون أنها تتوصل إلى تحصيل نفقتها مع إبقائها
على ملكه بأن تزوج ممن ينفق عليها، وبهذا فارقت الزوجة فإنها لا تتوصل إلى تحصيل
النفقة بالنكاح مع بقائها على ملكه.

ووجه القول الثاني أنها بقيت على الرق، فجاز أن يزول ملكه عنها بالإعسار
كالأمة، وأيضاً، فإنه ليس له فيها غير الاستمتاع كالزوجة.

فرع: ولو غاب عنها سيدها، فلم يترك ما ينفق عليها، فقد قال أبو بكر بن
عبدالرحمن: تعتق عليه، ولا يزوجه الحاكم؛ لأن زواجها مكروه، ولا يؤمر به السيد،
فكيف يؤمر به الحاكم. وقال غيره من القرويين: تزوج عليه إن كان غائباً، ويزوجهما
هو إن كان حاضرًا، وعجز عن الإنفاق عليها، والله أعلم وأحكم.

الباب الرابع: في حكم مالها في حياته

فإن للسيد أن يأخذ مالها ما لم يمرض؛ لأنها باقية على ملكه بقاء تستحق به النفقة،
ويبيح له الاستمتاع بها، فكان له انتزاع مالها. أصل ذلك الأمة حال الرق، وليس له
انتزاع مالها إذا مرض على ما في المدونة.

وقال القاضي أبو محمد: إذا اشتد مرضه لم يكن له انتزاعه كما ليس له إخراج ماله
في المرض المخوف إبقاء على ورثته لقرب وقت استحقاقهم له كالمعتق إلى أجل لسيدته
أن ينتزع ماله ما لم يقرب الأجل.

٣٧٢ كتاب الأفضية

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ووجه ذلك عندى أن من تقرر ملكه على مال بموت إنسان، فإنه لا يملك انتزاعه منه فى مرضه كالوارث.

مسألة: وإن أفلس السيد، فى المدونة ليس لغرمائه أخذ مال أم ولده، ولا أن يجبروا السيد على ذلك، وللسيد أن يأخذه لنفسه أو لقضاء دينه.

ووجه ذلك أن انتزاع مال أم الولد يملك لما يملكه باختياره ليقضى به دينه، وذلك مما لا يجبر عليه السيد كقبول الهبة والوصية.

الباب الخامس: فى حكمها وحكم مالها بعد موته

أما حكمها بعد موته، فإنها تعتق بموته من رأس ماله، وإن كان عليه دين يحيط بماله، فإنها حرة، وهذا إذا كانت ولادتها قبل وفاته. فأما إذا توفى وهى حامل، ففى العتبية عن أشهب عن مالك، وفى الواضحة عن مطرف: أنه إن كان الحمل بيناً، فقد تمت حرمتها فى الشهادة والموارثة والقصاص، وغير ذلك قيل له: قد يظهر البطن، ويقول النساء: هو حمل ثم ينفش، فقال: إذا ظهر واستوفى تمت حرمتها قبل أن تضع، رواه ابن القاسم عن مالك. وقيل عن المغيرة: توقف أحكامها.

وجه القول الأول أن الموجب إكمال حرمتها بتيقن الحمل بها مع موت السيد، وقد وجد، فوجب أن يحكم بكمال حرمتها، ولا يمنع من ذلك ما يجوز من انفشاشه كالحيض يحكم بظهوره على وجه العدة أو الاستبراء بانتفاء الحمل، وإن كان يجوز وجود الحمل مع وجود الحيض وتكرره.

ووجه القول الثانى ما تعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفش، فلا يكون له حكم الحمل إلا بالولادة أو الإسقاط، فيجب أن توقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعدم.

مسألة: فإذا توفى السيد، فمال أم الولد تبع لها؛ لأن كل معتق يتبعه ماله؛ لأنه خارج من ملك إلى غير ملك فيتبعه ماله كالعبد يعتقه سيده.

وأما ما كان لها من حلى أو متاع، ففى العتبية من سماع ابن القاسم: أنه لها الأمر المستنكر، وكذلك ما كان لها من ثياب إذا عرف أنها كانت تلبسها وتستمتع بها فى حياة السيد، وإن لم يكن لها بينة على أصل العطية.

ومعنى ذلك عندى أن ما كان فى ابتذالها ولبسها، فهو الذى يكون لها منه ما لا

كتاب الأفضية ٣٧٣

يستنكر؛ لأن ظاهر لبسها له وابتذالها يقتضى أنه عن ملك. وأما ما يستنكر مثله مما يعلم أنه يقصد به الهبة، وإنما يقصد به أن تلبسه وتتجمل له، فإن عرف أن السيد قد وهبه أو غيره أو ملكته بأى وجه، فإنه يكون لها ما كان.

وقال أشهب عن مالك فى العتية: ما أعطها سيدها من حلّى وثياب، فذلك لها إذا مات وما أودعها من متاع البيت كلفت البينة، وإن كان ذلك من متاع النساء بخلاف الحرّة.

وأما الفراش والحلى واللحاف والثياب التى على ظهرها، فذلك لها، يريد ما يعلم أنها تستغنى عنه فى لباسها وابتذالها، فذلك لها دون بينة، ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت إلا بيينة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «إذا جنت ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها» الضمير فى قوله: «بينها» راجع إلى الجناية، وفى قوله: «قيمتها» راجع إلى أم الولد الجنانية، يريد أنه يلزمه أن يفتديها بالأقل من أرش جنائتها أو قيمتها؛ لأنه لما لم يكن له أن يملكها غيره، لم يكن له أن يسلمها، ولو كانت أمة لكان له أن يفتديها بأرش الجناية أو يسلمها بقيمتها لأنها بدل منها عند تعذر إسلامها.

فرع: واختلف أصحاب مالك فى تقويمها، فقال أشهب فى الموازية: خالفنى ابن القاسم والمغيرة فى أم الولد وإنما عليه قيمتها يوم جنت، فرجع ابن القاسم وتمادى المغيرة وإنما عليه قيمتها يوم الحكم.

فرع: فإذا قلنا إنها تقوم، فهل تقوم بمالها أو بغير مالها، قال ابن المواز عن أشهب عن مالك: تقوم بغير مالها. ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك. وروى البرقى عن أشهب عن مالك: تقوم بغير مالها. وأنا أرى أن تقوم بمالها، وبه قال المغيرة وعبدالمالك.

وجه القول الأول أن الأمة الجنانية إذا لم تسلم ليملكها المجنى عليه لم يكن للجنانية بها تعلق بمالها، ألا ترى أنه لو قتل عبد فاقصص منه، فإن ماله يبقى لسيده، ولا خلاف فى ذلك فى قول أصحابنا.

ولو عفا عن قتله وأسلمه ليملك، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم، فمرة قال: تبعه ماله، وبه قال عبدالمالك وأشهب، ومرة قال: لا يكون ماله تبعاً له، فلما كانت أم الولد إذا جنت لم تسلم، لم تتعلق الجنانية بما لها.

٣٧٤ كتاب الأفضية

ووجه القول الثاني ما احتج به المغيرة وعبد الملك أنها لو كانت حية لقومت أمة فأسلمت، لأسلمت بمالها، فكذلك إذا قومت وجب أن تقوم بمالها.

مسألة: ولو ماتت أم الولد بعد أن جنت، فتركت مالا، ففي المجموعة عن ابن القاسم: لا شيء للمجروح من مالها لأنها لو كانت حية لقومت بغير مالها. وقال عبد الملك: إن كان مالها عبداً أدى منه الأرش، فإن لم يف لم يكن له غيره، وإن كان عرضاً، خیر سيدها في فدائه أو إسلامه، وكل واحد منهما يبنى على أصله، فإن ابن القاسم يقول: تقوم بغير مالها، فلا تتعلق عنده الجناية بمالها. وابن الماجشون يقول: تقوم بمالها، فإن الجناية متعلقة بمالها، فإن عدت أم الولد، فقد بقي مالها والجناية متعلقة به.

فصل: وقوله: «ليس له أن يسلمها» يريد أنه ليس له أن يمنع من فدائها ويرضى بإسلامها كما يفعل ذلك في الأمة، بل يجبر على أن يقتديها على الوجه الذي قدمنا؛ لأن في إسلامها تملكاً لها، وذلك ممنوع كالبيع والهبة.

فصل: وقوله: «وليس عليه أن يتحمل من جنائنها أكثر من قيمتها» يريد إن كانت قيمة جناية أم الولد أكثر من قيمتها، لم يلزمه إلا قيمة أم الولد، دون ما زاد على ذلك من قيمة الجناية، وهذا إذا كانت جناية واحدة، فإن تكررت جنائنها، فإن تعقب كل جناية الحكم فيها بحكم الثانية وما بعدها حكم الأولى على ما قدمناه.

وإن جنت جنایات قبل القيام عليها، ثم قام المجنى عليهم، ففي المدينة من رواية محمد عن مالك: ليس عليه إلا قيمتها لجميع الجناية، وإن كان أرشها مثل قيمة أم الولد عشر مرات.

ووجه ذلك أن الحكم فيها لما كان حكماً واحداً كان حكم جنایاتها حكم جناية واحدة، ألا ترى أن الأمة لو جنت جنایات لم يكن على سيدها إلا أن يسلمها، وبهذا قال أبو حنيفة، وهذا أحد قولي الشافعي، وله قول آخر: ليس عليه في كل جناية تجنيهاً إلا قيمة واحدة.

فإن جنت جناية أكثر من قيمتها أدى القيمة، ثم إن جنت أخرى تشارك الأولى والثاني في القيمة الأولى، فرجع الثاني على الأول في حصته منها، وكذلك ما جنت.

والدليل على ما نقوله أن ما قاله يقتضي أن المجنى عليه لا يملك الأرش أبداً لأنها كلما جنت رجح عليه فيما أخذ وهي في غير ملكه والعبد إذا جنى جناية ثانية لم يتحمل المجنى أولاً جناية كالعبد القن.

كتاب الأقضية ٣٧٥

مسألة: وليس على العاقلة شيء من جنائية أم الولد لأنها أمة ولا تحمل العاقلة إلا جناية الأحرار. وقال أبو يوسف: إن لم يفتدها السيد أعتقناها عليه، وجعلت دية قتلها على عاقلتها، وهذا غير صحيح، وإنما يعتبر تحمل العاقلة عنها بحالها يوم جنائتها، وهي يوم جنائتها أمة، ولقد أجمعنا على أن الأمة لو قتلت خطأ ثم أعتقت لم تتحمل العاقلة ديتها.

مسألة: ولا يرجع على أم الولد إذا أعتقت بشيء من جنائتها، وذلك إذا أقيم عليها بعد الجنائية، فحكم على السيد بالقيمة، وهي أقل من أرش الجنائية، فلا يرجع عليها بشيء؛ لأن جنائتها إنما تعلقت بعينها دون ذمتها.

وأما إذا جنت جنائية، فقبل أن يقوم المجنى عليه، توفي سيدها، فعتقت بموته، ولها مال، قال ابن كنانة في المدنية: وإن كان لها مال ولا مال للسيد، لم يؤخذ منها شيء قد وجب على السيد، ولم يبين هل قيم على السيد أم لا.

* * *

القضاء في عمارة الموات

١٤٠٧ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً، فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»^(١).

١٤٠٧ - أخرجه البخارى ٢١٤/٣ كتاب المزارعة باب من أحيا أرضا ميتة، عن عمر. والترمذى برقم ١٣٧٨ ج٣/٦٥٣ كتاب الأحكام، عن سعيد بن زيد. وأبو داود ج٣/١٧٥ كتاب الخراج باب ٣٧ برقم ٣٠٧٣، عن سعيد بن زيد. وأحمد ٣/٣٣٨، عن جابر. والبيهقى فى الكبرى ١٤٣/٦، عن هشام، عن أبيه. والبعوى بشرح السنة ٢٣٠/٨، عن هشام بن عروة، عن أبيه. والطبرانى فى الكبير ١٤/١٧، عن عبد الله المزنى، عن أبيه، عن جده.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٠٦/٨: وهذا الحديث مرسل عند جماعة الرواة عن مالك، لا يختلفون فى ذلك، واختلف فيه على هشام: فروته عن طائفة، عن أبيه مرسلا - كما رواه مالك، وهو أصح ما قيل فيه - إن شاء الله. وروته طائفة، عن هشام، عن أبيه، عن سعيد بن زيد. وروته طائفة، عن هشام، عن وهب بن كيسان، عن جابر. وروته طائفة، عن هشام، عن عبيدالله ابن عبد الرحمن بن رافع، عن جابر. وبعضهم يقول فيه، عن هشام، عن عبيدالله بن أبى رافع، عن جابر - وفيه اختلاف كثير.

ذكر عبدالرزاق، عن معمر، عن هشام بن عروة، قال: خاصم رجل إلى عمر بن عبدالعزيز فى أرض حازها فقال عمر: من أحيا من ميت الأرض شيئا فهو له، فقال له عروة: قال رسول الله =

= ﷺ: «من أحيا شيعا من ميت الأرض فهو له، وليس لعرق ظالم حق». والعرق الظالم: أن ينطلق الرجل إلى أرض غيره فيغرسها.

وحدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا محمد بن المثني، قال: حدثنا عبدالوهاب، قال: حدثنا أيوب، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد، عن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق. ولعروة، عن سعيد بن زيد حديث آخر أيضا في أبيه زيد بن عمرو بن نفيل أنه يبعث أمة وحده. حدثنا محمد بن إبراهيم، وأحمد بن قاسم، قالوا: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا يحيى بن سلمان المرزى، قال: حدثنا خلف بن هشام، عن حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، عن وهب ابن كيسان، عن جابر أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وما أكلت العافية فهو له صدقة».

وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا عبدالله بن عمرو بن محمد العثماني بالمدينة، قال: حدثني أبي، قال: حدثنا عبدالله بن نافع بن ثابت الزبيري، عن عبدالله بن محمد بن يحيى بن عروة، عن هشام بن عروة، عن عبيدالله بن أبي رافع الأنصاري، أنه أخبره عن جابر بن عبدالله، أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر، وما أكلت العافية منها فهو له صدقة».

وأخبرنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن هشام بن عروة، عن أبي رافع، عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكلت العافية كان له فيها صدقة». قال أبو عمر: ليس في حديث جابر هذا «فهي له» وإنما فيه «فله فيها أجر»، وهما عندي حديثان عند هشام، أحدهما، عن أبيه، والآخر عن عبيدالله بن أبي رافع، ولفظهما مختلف، فهما حديثان - والله أعلم.

وأما لفظ حديث سعيد بن زيد، فعلى لفظ حديث مالك، وهو لهشام، عن أبيه. وقد روى هذا الخبر يحيى بن عروة، عن أبيه - مثله عن رجل لم يسمه من الصحابة فصار الحديث مسندا من هذه الرواية أيضا وفيه زيادة هي تفسير لمعنى الحديث - إن شاء الله.

أخبرنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا هناد بن السرى، قال: حدثنا عبدة، عن محمد بن إسحاق، عن يحيى بن عروة بن الزبير، عن أبيه - أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق».

قال عروة: ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، قال: فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس، وإنما لنخل عم حتى أخرجت منها».

قَالَ مَالِكٌ: وَالْعِرْقُ الظَّالِمُ، كُلُّ مَا اخْتَفَرَ أَوْ أُخِذَ أَوْ غُرِسَ بِغَيْرِ حَقٍّ.

١٤٠٨ - مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً، فَهِيَ لَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا (١).

الشرح: ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضًا ميتة، فهي له» إحياء الأرض في هذا الحديث، والله أعلم، عمارتها، وموتها تبورها، وعدم الانتفاع بها على وجه الزراعة والحرق والبنيان، وقد يستعمل موت الأرض بمعنى عدم سقيها، وتعذر نباتها وحياتها سقيها وظهور نباتها، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَانظُرْ إِلَى آثَارِ رَحْمَةِ اللَّهِ كَيْفَ يُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا إِنَّ ذَلِكَ لَمُحْيِي الْمَوْتَى وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الروم: ٥٠]. وقد قال أبو حنيفة: كل ما قرب من العمران، فليس بموات وما بعد منه، ولم يملك قبل ذلك فهو موات.

= قال أبو داود: وحدثنا أحمد بن سعيد الدارمي، قال: حدثنا وهب بن جرير، عن أبيه، عن ابن إسحاق بإسناده ومعناه، «إلا أنه قال: فكان الذي حدثني هذا الحديث، فقال الرجل من أصحاب النبي ﷺ وأكثر ظني أنه أبو سعيد الخدري، فأنا رأيت الرجل يضرب في أصول النخل». وحدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا أحمد بن عبدة الآملي، قال: حدثنا عبدالله بن عثمان، قال: حدثنا عبدالله بن المبارك، قال: أخبرنا نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن عروة، قال: «أشهد أن رسول الله ﷺ قضى أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، ومن أحيا مواتا فهو أحق به، جاءنا بهذا عن النبي ﷺ الذين جاءوا بالصلوات عنه».

وأخبرنا أحمد بن سعيد بن بشر، قال: أخبرنا مسلمة بن قاسم، حدثنا جعفر بن محمد ابن الحسن ابن سعيد الأصبهاني، حدثنا يونس بن حبيب، حدثنا أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا زمعة بن صالح، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئا فهو له، وليس لعرق ظالم حق».

قال أبو عمر: هذا الاختلاف عن عروة يدل على أن الصحيح في إسناد هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك، ومن تابعه، وهو أيضا صحيح مسند، على ما أوردناه، والحمد لله، وهو حديث متلقى بالقبول عند فقهاء الأمصار وغيرهم، وإن اختلفوا في بعض معانيه.

١٤٠٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٢٤.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٢٤.

وروى ابن سحنون عن ابن القاسم: أن ما قرب من العمران لا يدخل فى الحديث، فيحتمل أن يريد أن اللفظ عام فيمن أحيما ما بعد وقرب فخص منه من أحيما ما قرب بدليل ظهر إليه، فثبت بذلك أن المراد به ما بعد، ويحتمل أن يريد أن لفظ الأرض لما ورد منكرًا لم يقتض العموم، وإنما أريد به ما بعد دون ما قرب، ويحتمل قول أبى جنيقة الوجهين.

وأنكر سحنون قول ابن القاسم هذا، وقال: المعروف أنه لا يجوز إحياءه إلا بإذن الإمام، وعندى أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ما روى عنه سحنون من قوله المعروف.

وقد روى ابن سحنون عن أبيه، قال مالك: معنى الحديث، فى فيافى الأرض، وما بعد من العمران.

وهذا القول يحتمل من التأويل ما يحتمله قول سحنون، فثبت بذلك أن الذى أنكره سحنون حمل قول ابن القاسم على أنه لا يجوز الإحياء فيما قرب من العمران، وإن أذن فيه الإمام على وجه التملك بالإحياء، وإن جاز أن يملكه الإمام على وجه الإقطاع.

وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم: ما قرب من العمران لا يبيحه إلا بقطيعة ونحوها. روى عن ابن نافع، والله أعلم وأحكم. وقال الشافعى: ما لم يملكه أحد فى الإسلام ولا عمر فى الجاهلية عمارة ورثت فى الإسلام، فذلك الموت المذكور فى الحديث. وقوله صلى الله عليه وسلم: «من أحيها فهى له» يقتضى ظاهره ملكه لها.

وفى ذلك خمسة أبواب، الأول: فى صفة الأرض التى تملك بالإحياء. والباب الثانى: فى صفة المحبى لها وحكمه. والباب الثالث: فى صفة الإحياء. والباب الرابع: فى حكم ما أحيى من الأرض ثم مات. والباب الخامس: فى حكم الأرض الموات والإبراز فى البيع والقسمة وغير ذلك.

الباب الأول: فى صفة الأرض التى تملك بالإحياء

قال سحنون فى المجموعة: الأرض على ثلاثة أضرب، عنوة، أو صلح أو مما أسلم عليها أهلها. فأما العنوة، فما كان فيها من موات وشعار لم تعتمل، ولا جرى فيها ملك لأحد، فهى لمن أحيها، كذلك أرض الصلح ما كان منها مواتًا لم يعمل، وحيز بعمارة، فهى لمن أحيها. وأما ما أسلم عليها أهلها وملكوها، فإنها على ما أسلموا عليه. وهو تملك على وجهين، أحدهما: أن تكون محدودة، ولها مالك معروف مخصوص. والثانى: أن تكون من الأودية والمراعى ليست بمحدودة، ولها مالك معين.

كتاب الأفضية ٣٧٩

وقال فى موضع آخر: إنها لا تملك حقيقة الملك، وإنما هى للمرافق والمنافع، فما كان من أرض الأعراب على غير هذين الوجهين، فهى لمن أحياءها، وعندى أن هذا التقسيم لا يحتاج إليه إلا لمعنى التفسير؛ لأن حكمها فيما ذكره واحد.

ووجه ذلك أن كل وجه ملكت به الأرض من الوجوه الثلاثة، فإنما يملك منها ما تقدم، ذكر الملك له، إما يملك الرقاب على وجه مخصوص، أو العموم أو ملك المنافع على الوجه العام، وبهذين النوعين منها يتعلق الملك والحقوق دون الفيافى والقفار فمن أحيأ أرضاً لم يتعلق بها حق لأحد، فهى له بالإحياء دون غيره.

مسألة: وما كان من بئر ماشية، فلا يغرس أحد عليه غرساً، ولا يحيى عليه حقاً، قاله ابن كنانة فى كتاب ابن سحنون.

وجه ذلك أن بئر المشية مما يملك أهله الانتفاع به، وما ملك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عام، فليس لأحد أن يبطل حقهم منه بالإحياء كالمراعى التى قد ذكرناها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالموات على ضربين، ضرب يبعد من العمران، وضرب يقرب، فأما ما بعد من العمران، فقد قال مالك: يحييه بغير إذن الإمام خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: ليس لأحد أن يحيى مواتاً من الأرض إلا بإذن الإمام. وقد رواه يحيى عن ابن نافع.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهى له» وهذا عام فيحمل على عمومه.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحيى، فلم يحتج فى إحيائها إلى إذن الإمام كما لو ملكها المحيى.

فرع: فإن عمرها بغير إذن الإمام، ففى كتاب ابن سحنون عن مالك: ما علمت اختلافاً بين أهل العلم من أحيأ أرضاً ميتة بعيدة من العمارة بغير إذن الإمام، أن ذلك له.

وفى كتاب ابن مزين عن ابن نافع: إن عمره بغير إذن الإمام، فهو له.

وقال فى العتبية: يقتطع الموات فيحييه بغير إذن الإمام، ينظر فيه الإمام، فإن رأى أن يقره، أقره، وإن رأى أن يخرج، أخرجه.

مسألة: وأما التى تقرب من العمران، فلا يحييها أحد إلا بإذن الإمام، رواه سحنون

٣٨٠ كتاب الأفضية

عن مالك وابن القاسم عن أشهب خلافاً للشافعي في قوله: يحييها من شاء بغير إذن الإمام. ورواه ابن عبدوس عن أشهب، قال سحنون: وبه قال كثير من العلماء من أصحابنا وغيرهم.

والدليل على ما نقوله قول النبي ﷺ: «وليس لعرق ظالم حق» والذي يحيى بقرب العمران قد يظلم في إحيائه، ويستضر الناس بذلك لتضييقه عليهم في مسارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيهم ومرعى أغنامهم، فاحتاج إلى نظر الإمام واجتهاده في ذلك.

قال سحنون في المجموعة: وقد أقطع عمر العقيق، وهو قرب المدينة، واحتج أشهب في المجموعة لقوله بأن ذلك مقتضى قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً، فهي له» وذلك عام فيما قرب أو بعد، وإنما يستحب له ذلك لا فيما قرب من العمران لئلا يكون فيه ضرر على أحد.

فرع: إذا قلنا إنه لا يحيى إلا بإذن الإمام، فأحيا رجل أرضاً قريبة من العمران بغير إذن من الإمام، فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف: ليس له ذلك، فإن فعل، نظر الإمام، فإن رأى إبقاءه له، فعل، وإن رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل، وقاله ابن القاسم، ورواه عن مالك.

وقال أصبغ: إن أحياه بغير إذن الإمام أمضيته له ولم ينقض، رواه ابن حبيب.

وروى ابن سحنون عن ابن القاسم أنه لا يكون له ذلك بوجه. وفي المدينة من رواية يحيى عن ابن القاسم فيمن عمره: لا يكون له بغير قطيعة من الإمام.

وقد روى سحنون عن مالك: لا يحييه أحد إلا بقطيعة من الإمام، فيحتمل قول ابن نافع هذا المعنى من يملكه بالإحياء، ويدل على هذا التأويل أنه قال: ما بعد عن الإمام، فلا يعمر إلا بأمر الإمام، وما قرب من الإمام لا يكون لأحد بغير قطيعة من الإمام، ففرق بين الأمر والإقطاع والله أعلم وأحكم.

وجه القول الأول أنه لما كان للإمام منعه بما في ذلك من الضرر على المسلمين، وأنه لا يستحق ذلك إلا إذا أباحه له لكونه أصلاً له، ولا ضرر فيه على غيره، فكذلك إذا تعدى وعمره بغير إذن الإمام لكون النظر فيه للإمام باقياً، ولا يخرج بتعديده فيه وسبقه إليه عن نظر الإمام واجتهاده.

كتاب الأفضية ٣٨١
ووجه قول أصبغ يقتضى مذهب أشهب أنه يستحب مشاورة الإمام واستئذانه إلا أن ذلك شرط فى صحة تملكه.

ووجه قول ابن القاسم هذا أن من أهل العمران متعلق به، فليس للإمام أن يأذن فى إحيائه، ولذلك قال: ما قرب من العمران لا يدخل فى الحديث.

فرع: فإذا قلنا إن للإمام أن يزيله عنه، فقد قال مطرف وابن الماجشون: يعطيه قيمة عمله منقوضاً أو يعطيه إياه بعد أمره بقلعه، وهذا يقتضى أنه متعدد بالعمل فيه، وأن للإمام أن يأخذه لجماعة المسلمين، فيعطيه قيمة نقضه من بيت المال أو يصرفه إلى رجل من المسلمين، فيعطى قيمة النقض من بيت مال المسلمين أو يعطيه ذلك من صرف المالك إليه من ماله.

وهذا القول مبنى على أن الإمام ينظر فى أمرين، أحدهما أن يكون الموضع لا مضرة فى إحيائه. والثانى أن يكون المحيى لا يستضر أهل العمارة به أو يكون هو أصلح لهم من غيره، فلذلك كان للإمام إذا أحيا بغير إذنه أن يصرفه إلى غيره ممن لا يستضر بمجاورته أو ممن يكون أحسن مجاورة منه.

فرع: ومن أحيا أرضاً فى الفيافي، فليس لغيره أن يحيى بالقرب منه إلا بإذن الإمام، قاله سحنون فى المجموعة، قال: لأنه قد صار بالإحياء عمراً، فلا يعمر بقربه إلا بإذن الإمام.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما حد القرب والبعد المذكورين؟ قال سحنون فى كتاب ابنه: ما رأيت من وقت فيه من أصحابنا، وما كان من العمارة على يوم، وما لا تدركه المواشى فى غدوها ورواحها، فأراه من البعيد.

وأما ما تدركه المواشى فى غدوها ورواحها أو أبعد من ذلك قليلاً مما فيه الرفق لأهل العمارة، فهو القريب يدخله نظر السلطان، فلا يحيا إلا بإذنه. وقال أبو يوسف: الحد فى ذلك أن يصيح الصائح من طرف العمران، فلا يسمع من بالموضع الآخر صوته.

وما قاله سحنون أظهر؛ لأن الاعتبار فى ذلك إنما هو بارتفاق أهل العمران بالمرح والمحطوب دون سماع الصوت والله أعلم، وهذا القول لابن القاسم فى كتاب ابن سحنون.

فرع: وبماذا ينظر فيه الإمام؟ قال ابن سحنون عن أبيه: يجتهد فيه الإمام، ويشاور فيه

٣٨٢ كتاب الأفضية
أهل القرى. وقال فى موضع آخر عن ابن القاسم: ينظر الإمام مما كان قرب العمران، فإن كان فيه على أهل القرى ضرر فى مسرح أو مرعى أو محطب ونحوه منع منه، وإن لم يكن فيه ضرر أمضاه، وقد تقدم من قولنا إنه ينظر مع ذلك من هو أصلح مجاورة والله أعلم.

وفى المدنية فى غنى اقتطع مواتاً بعيداً، فأحياه بغير أمر الإمام: ينظر فيه الإمام، وإن أحيا فيما يقرب من العمران بغير أمره، وكان هناك من هو أحوج إليه منه منعه إياه، وإن لم يكن ثم من هو أحوج إليه أقره فى يديه، ولا بأس أن يقطع الإمام الأغنياء إذا كان قد أقطع الفقراء ما يكفيهم، فاعتبر بالغنى والفقير، ولعل هذا الاعتبار مقصور على الإقطاع دون الأحياء؛ لأن الأحياء لا يملك به الأرض إلا بالارتفاق والعمل، فالغنى أقدر عليه والإقطاع يملك الأرض دون عمل ولا نفقة، فالفقير أحوج إليه من الغنى، والله أعلم.

الباب الثانى: فى صفة المحبى للأرض وحكمه

وذلك أن المحبى للأرض فى بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلماً أو ذمياً، فإن كان مسلماً فحكمه ما تقدم، وإن كان ذمياً، ففى المجموعة عن ابن القاسم: هى له لما روى عنه عليه السلام أنه قال: «من أحيا أرضاً ميتة، فهى له» إلا أن يكون ذلك فى جزيرة العرب لقوله عليه السلام: «لا ييقن دينان بأرض العرب»^(١).

فرع: فإذا ثبت أن الذمى يحبى فى بلاد المسلمين، فإن ذلك فيما بعد من العمران، فأما فيما قرب من العمران، فإنه يخرج عنه، ويعطى قيمة ما عمر؛ لأن ما قرب من العمران بمنزلة الفىء، والذمى لا حق له فى الفىء، وكذلك إن عمر فى جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن، فإنه يخرج منها، ويعطى قيمة عمارته، قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون.

وفى هذا القول نظر، فإنه إن كان ما قرب من العمران حكمه حكم الفىء، فإنه لا يجوز لأحد تملكه واقتسامه ولا بيعه ولا شراؤه، لأن هذا حكم الفىء من الأرض عند مالك ويلزمه على هذا القول أن لا يصح أحياءه من العبد والمرأة، لأنهما ليسا من أهل الفىء، ولا يصح ممن لم يفتح ذلك البلد؛ لأنه ليس من أهل ذلك الفىء، ولو قال قائل

(*) أخرجه البيهقى فى الكبرى ٢٠٨/٩، عن ابن شهاب. عبد الرزاق فى المصنف ٩٨/٨ برقم

١٤٤٦٨، عن ابن المسيب.

كتاب الأفضية ٣٨٣

إن حكمه فى ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما أن حكمهم حكم المسلمين فى إحياء ما بعد.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر عندى على قول مطرف وابن الماجشون أن يكون معناه أن الإمام لو استأذنه فى ذلك لم يكن له أن يأذن لأن الإمام إذا نظر فى ذلك، فإنما ينظر فيه للمحيبى ولعامة المسلمين، فإذا لم يكن على جماعة المسلمين فى ذلك مضرة، فمن حق المستأذن أن يأذن له، وإن كان عليهم فى ذلك مضرة، فمن حقهم أن يمنعه، وفى إحياء غير المسلمين ما قرب من مواطنهم وعمارتهم مضرة، فلا يجوز للإمام أن يأذن له، فإن تعدى، وعمر بغير إذن، نظر للمسلمين بإخراجه منه بأن يعطيه قيمة نقضه من بيت مال المسلمين أو من مال من يصرف إليه أو يؤمر بفعله، ولا تسوغ المشاركة إن لم يأخذه لأحد، ورأى المصلحة للمسلمين فى منع إحيائه، والله أعلم وأحكم.

الباب الثالث: فى صفة إحياء الأرض

قال مالك فى المجموعة وكتاب ابن سحنون: إحياء الأرض أن يحفر فيها بئراً أو يجرى عيناً، ومن الإحياء غرس الشجر، والبنيان والحرت، فما فعل من ذلك فهو إحياء، وقاله ابن القاسم وأشهب.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن الإحياء حفر الآبار، وشق العيون، وغرس الشجر، وبناء البنيان، وتسييل ماء الردغة من الأرض، وقطع الحياض والفحص عن الأرض بما تعظم مؤنته، وتبقى منفعتة حتى يصير ما لا يعتد به، فهذا وما أشبهه إحياء.

مسألة: وأما الرعى، فلا يكون إحياء، قاله ابن سحنون عن ابن القاسم وأشهب وجميع أصحابنا. وقد قال أشهب: من نزل أرضاً، فرعى ما حولها، فهو أحق بها من غيره، وذلك إحياء.

وجه قول ابن القاسم أنه ليس له أثر باق فى الأرض؛ لأن هذه حال سائر الأرضين المبورّة، فلا يكون إحياء كالميتى فيها.

واحتج أشهب فى كتاب ابن سحنون بأنهم قد رعوا وينتظرون أن يرعوا. واحتج فى المجموعة بالمعدن يجوزه رجل بالعمل فيه، فإنه له ما أقام عليه، فكذلك هذا، وإن لم يعجب سحنون قول أشهب، والله أعلم وأحكم.

٣٨٤ كتاب الأفضية

مسألة: وليس حفر بئر الماشية إحياء، قاله ابن القاسم وأشهب. ووجه ذلك أن هذا لا يعمل لمعنى إحياء الأرض، وإنما يعمل لمنافع الماشية كالرعى.

مسألة: وليس التحجير إحياء، قاله ابن القاسم فى المجموعة وغيرها. ووجه ذلك أن التحجير ليس فيه إحياء للأرض ولا منفعة، وإنما هو منع لغيره من التصرف فيها، وإلا فهى باقية على صفتها قبل التحجير.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن يحجر أرضاً لغيره من العمران، فقد قال أشهب: لا يكون أولى بها حتى يعلم أنه يحجرها ليعمل فيها إلى أيام يسيرة ليتمكن العمل لبيس الأرض أو لغلاء الأجر، ونحو هذا من العذر الذى يؤخر له الناس، فذلك له. وأما من يحجر ما لا يقوى عليه، فله منه ما عمر.

قال أشهب فى المجموعة: وقد روى عن عمر فيمن حجر أرضاً، ولم يعمرها أنه ينتظر به ثلاث سنين، وأراه حسناً.

الباب الرابع : فى حكم ما أحيى من الأرضين ثم مات، وعاد إلى ما كان عليه

الأرضون على ضربين، ضرب يفتح ملكه، وضرب يتملك عن مالك. فأما ما افتتح ملكه، فعلى قسمين، أحدهما إقطاع الإمام. والثانى: الإحياء. فأما ما ملك بإقطاع من الإمام، ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن أقطعه الإمام أرضاً بقرب العمران كانت له، وإن لم يعمرها، ويبيع ذلك إن شاء، ويورث عنه.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الذى يقطعه الإمام أرضاً، فلم يقو على عمارتها: له أن يبيعها ويتصدق بها ما لم ينظر فى عجزه عنها، فيقطعها غيره.

وجه قول ابن القاسم أن الإقطاع عنده معنى التمليك الثانى الذى لا يفتقر إلى عمارة كالبيع والميراث.

ووجه القول الثانى أن الإقطاع إنما هو إذن فى الإحياء، ومن شرط ذلك العمارة.

فأما ما افتتح ملكها بالإحياء، ففي المجموعة عن ابن القاسم أنه بلغه عن مالك فيمن أحيى أرضاً ميتة، ثم تركها حتى عفت آثارها، وهلكت أشجارها، وطال زمانها، ثم أحيها غيره: أنها للثانى.

وقال سحنون: من أحيى أرضاً مواتاً، فقد ملكها، ولا تخرج من يده لتعطيله لها، وإن عمرها غيره، فالأول أحق بها.

وجه القول الأول ما احتج به ابن عبدوس من أن من ملك المباح ثم خرج عن يده

كتاب الأفضية ٣٨٥
حتى عاد إلى أصله، فإنه لمن يملكه بعده كالصيد يخرج من يد صائده، فيلحق بالوحش، فهو لمن صاده بعده.

ووجه قول سحنون أن ما لا يخرج من ملكه بالتغيير، إذا ملك بالابتياح، فإنه لا يخرج عن ملكه بالتغيير إذا تملكه عن إباحة كالثياب، وذلك أن الفرق بين الأرض والصيد، أن الصيد لو ابتاعه ثم نفر، ولحق بالوحش لكان لمن صاده بعده، ولا خلاف أن من اشترى أرضاً، ثم تبورت، فأحياها غيره بعده، فإنها لمن اشتراها دون من أحياها. فرع: وسواء أحياها الأول بإذن الإمام أو بغير إذنه، قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وذلك إذا كان الإذن ليس بمعنى الإقطاع، فمتفق عليه، وإذا كان بمعنى الإقطاع، فمختلف فيه على ما تقدم.

مسألة: وأما ما ملك من الأرض بشراء أو ميراث أو هبة، قال ابن القاسم: أو حطية، فإنها لمن ملكها، وإن لم يعمرها ويبيع ذلك، ويورث عنه، فإن أحياها غيره، فلا يخلو أن يحى الثاني ما ليس للأول منعه، أو ما للأول منعه، وإن أحيا ما ليس للأول منعه، فهو للثاني، وإن أحيا ما للأول منعه، فلا يخلو أن يكون المحيى يعلم ذلك أو لا يعلمه، فإن علم ذلك، فقد تقدم ذكره، وإن لم يعلم ذلك، فقد قال ابن القاسم: يقال لصاحب الأرض أعطه قيمة عمارته، فإن أبى قيل للعامر: أعطه قيمة أرضه، فإن أبى كانا شريكين، هذا بقيمة أرضه، وهذا بقيمة عمارته.

وذكر المطرف وابن الماجشون أن قول مالك والمغيرة وابن دينار وغيرهم من علماء المدينة: ليس للذى عمر أن يعطى رب الأرض قيمة أرضه، ولكن إذا أبى رب الأرض أن يعطيه قيمة عمارته كانت الأرض بينهما، هذا بقيمة أرضه براحاً، والآخر بقيمة عمارته قائمة، وتفسير ذلك أن تقوم الأرض مبورة ثم تقوم عامرة، فما زادت قيمتها بالعمارة، فالعامل به شريك لرب الأرض.

ووجه القول الأول أن للثاني حقاً ثابتاً، فكان له أن يعطيه الآخر قيمة حقه كصاحب الأرض.

ووجه القول الثاني أن الأرض أصل ثابت قديم، وعمل الثاني وارد عليها، والله أعلم وأحكم.

الباب الخامس: فى حكم الأرض الموات والأبوار فى القسمة والبيع

الأبوار والشعارى على ثلاثة أضرب، ضرب لا تحيط به العمارة، وضرب تحيط به العمارة، وضرب يكون بين قريتين.

٣٨٦ كتاب الأفضية

فأما ما لا تحيط به العمارة، فقد قال أشهب وابن وهب وأصبغ: لا تقسم بينهم، وإن اتفقوا على قسمته.

وفى كتاب ابن سحنون وابن القاسم: أن الشعراء التي تقرب من القرى تلحقها الماشية في غدوها ورواحها، وهى لهم مراعى ومحتطب، فلا تكون لمن أحيائها، ولأهل تلك القرى قسمتها بينهم.

وأنكر سحنون هذا، وقال: المعروف للملك وابن القاسم غير هذا الوجه، وذلك أن الناس لم يختلفوا فيما بعد من العمران أن يحيا بقطيعة من الإمام، واختلفوا فيما قرب، فقال: كثير منهم من أصحابنا وغيرهم: إن للرجل أن يحية دون الإمام. وقال آخرون: لا يحية إلا بقطيعة الإمام، فهذا خارج من هذين القولين.

وجه المنع من القسمة ما تقدم. ووجه إباحة ذلك أنهم مختصون باستحقاقها، ومعظم منافعها، وإنما لغيرهم فى ذلك ما فضل عنهم على وجه الضرورة إليه.

مسألة: وأما ما أحاطت به العمارة، فقد قال أصبغ وداود بن سعيد: يقسم، وبه قال مطرف وابن الماجشون. وقال أشهب وابن وهب: لا يقسم بينهم أجمعوا على ذلك أو أباه بعضهم؛ لأن البور والمتسع ليس بمال لهم، وفيه حق لكل المسلمين من المارة وغيرهم فى مناخ إبلهم ومرعى دوابهم، وقد قال عليه السلام: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء» (*).

وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب أن هذه الأبوار أفنية أهل القرى ومحتطبهم ومراعيهم، ولذلك لم يكن للإمام أن يقطع أحدا شيئاً منها لأنها حق لهم كأفنية الدور، فمن دعا إلى القسمة منهم، فذلك له.

مسألة: وأما ما كان بين القرى، فقد روى فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم فى قرى قد أحاطت بفحص لكثرة بور ترعى فيه غنمهم، ويحتطبون فيه، ليس لهم قسمته، ويبقى مرعى لهم وللمارة. وروى عنه ابن سحنون أنهم إذا أراد قسمته قسم بينهم، وكلا القولين مبنى على ما تقدم.

(*) أخرجه البخارى ٣/٣٢١ كتاب الشرب والمساقاة باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء، عن أبى هريرة. مسلم ٣/١١٩٨ كتاب المساقاة باب ٨ رقم ٣٦، عن أبى هريرة. أبو داود برقم ٣٤٧٣، ٣/٢٧٥ كتاب البيوع باب منع الماء، عن أبى هريرة. الترمذى برقم ١٢٧٢، ٣/٥٦٣ كتاب البيوع، عن أبى هريرة. ابن ماجه برقم ٢٤٧٨، ٢/٨٢٨ كتاب الرهون، عن أبى هريرة. البيهقى فى الكبرى ٦/١٥١، عن أبى هريرة. البغوى فى شرح السنة ٦/١٦٨، عن أبى هريرة.

كتاب الأفضية ٣٨٧

فرع: فإذا قلنا يقسم بينهم، فإنما يقسم على عدد القرى، ويعطى كل قرية مما يليها يسوى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء، الكريم بقيمته واللتيم بقيمته، رواه ابن سحنون عن ابن القاسم وابن حبيب عن ابن الماجشون، وسيأتى ذكره هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا إذا كانت القرى متصلة بالشعراء والأبوار، فإن حال بينهما جبل أو صخرة أو نهر عظيم، فإن ذلك يمنع أن يكون لهم فيه حظ إلا أن يقوموا ببينة بالملك، رواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: يدخل معهم أهل القرية التي حال بينهما نهر أو جبل أو صخرة أو خرب لا تحرث، واختاره ابن حبيب.

قال سحنون: فلول قال ابن الماجشون: إن السلطان يقطعهم إياه بينهم لتلا يضر بهم من يجيبه من غيرهم لكان وجهًا، وقد خلط في بعض قوله، فقال: فادعى أهل القرية التي خلف النهر والصخرة، إن لهم في الشعراء حقًا معهم.

وقد قال أهل القرى: إن الذين تصير لهم من ناحية منزلهم صادف كرمًا أو دناءة. قال سحنون: فصار هذا كإقرار منهم.

مسألة: وإذا كانت الشعراء تلى القرية، ويقطع بين الشعراء وبين قرى أخرى ترعى فيها مواشيهم فأهل القرية التي تليها أحق بها، رواه ابن سحنون عن ابن القاسم، قال: ويقتسمه أهل تلك القرية على قدر أملاكهم في القرية يقتسمونها بالقسمة أو السهم، وهكذا ذكر أصحابنا فيما يقتسمه أهل القرية في الشعراء أنهم يقتسمونها على قدر أملاكهم فيها، وما يقتسمه أهل القرى، فإنه يقسم بينهم صغرت القرية أو عظمت.

فرق: والفرق بينهما أن أهل القرى إنما يستحقون الأبوار والشعاري ويتشاركون فيها على وجه المسارح والمفارق بنسبة الجهات، وإلى ذلك يرجع بعد القسمة.

وذلك بمعنى تساوى فيه القرى فقد يكون لأهل القرية الصغرى من الماشية أمثال ما للقرية الكبرى، فلا يمنع من ذلك أهل القرية الصغرى لصغر قريتهم، ولا يرجع عليهم أهل القرية الكبرى بشيء لعظم قريتهم، وليس كذلك أهل القرية الواحدة، فإنما يستحقون أوبارها وشعارها بسبب أملاكهم، وينفرد كل واحد منهم بحقه منها بالقسمة، ويتصرف فيه بأى وجه شاء من عمارة أو غيرها، فيكون له حكم ملكه، فلذلك روعى فيه قدر حقه، والله أعلم وأحكم.

٣٨٨ كتاب الأفضية

فصل: وقوله ﷺ: «وليس لعرق ظالم حق» فسرهُ مالك فقال: إن العرق الظالم ما احتفر أو اتخذ أو غرس بغير حق. قال عروة وربيعه: العروق أربعة، عرقان فوق الأرض، وهما الغرس والبناء، وعرقان في جوفها، المياه والمعادن. وقال عروة: والباطنان البعر والعين، قالوا: فكل من عمل شيئاً من ذلك في حق غيره، فهو من ذلك.

فصل: وقوله: «ليس له حق» يحتمل أن يريد به ﷺ ليس له حق البقاء فمن غرس أو بنى ظالماً في ملك غيره ليس له أن يبقيه، وكان لصاحب الملك أن يأمره بقلعه أو يخرج منه بأن يدفع إليه قيمة غرسه مقلوعاً، وقيمة بنيانه منقوضاً فيما له قيمة، وما لم يكن له قيمة كان لصاحب الملك أن يبقيه على ملكه دون عوض يعوضه منه، ويحتمل أن يريد ﷺ له حق بملك ولا انتفاع، ويكون المراد به في العيون والآبار.

وذلك أن من حفر بئراً أن أنبط عيناً في ملك غيره، فإنه ليس له أن يملكه، وينتفع به ولصاحب الملك أن يجبره على إعادته على ما كان عليه أو يملكه، ويعطيه قيمة ما له قيمة بعد إزالته، وإذا كان لفظ الحق يحتمل الأمرين جاز أن يحمل عليهما على ما قاله عروة بن الزبير وربيعه بن أبي عبدالرحمن، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء في المياه

١٤٠٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي سَيْلٍ مَهْزُورٍ وَمُذْنِبٍ: «يُمَسِّكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ، ثُمَّ يُرْسِلُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ»^(١).

١٤٠٩ - أخرجه البخارى فى المساقاة ٢٣٥٣. ومسلم فى المساقاة ١٥٦٦. والترمذى فى البيوع ١٢٧٢. وأبو داود فى البيوع ٣٤٧٣. وابن ماجه فى الأحكام ٢٤٧٨. وأحمد فى باقى مسنده المكثرين ٧٢٨٠، ٧٦٤٠، ٨٠٢٣، ٨٥٠٨، ٢٧٢٨٢، ٢٠١٩٣.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣١٢/٨: لا أعلم هذا الحديث فى سيل مهزور، ومذنب. هكذا يتصل عن النبى ﷺ من وجه من الوجوه وأرفع أسانيدِهِ: ما حدثناه خلف بن القاسم، حدثنا بكر ابن عبدالرحمن بن محمد أبو العطار بمصر، حدثنا يحيى بن سليمان بن صالح بن صفوان، حدثنا أبو صالح الحرانى عبدالغفار بن داود، حدثنا محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق، عن أبى مالك بن ثعلبة، عن أبيه، أن النبى ﷺ أتاه أهل مهزور، فقضى: «أن الماء إذا بلغ إلى الكعبين لم يجس الأعلى».

الشرح: قال عيسى بن دينار وسحنون: مهزور ومذنب واديان بالمدينة. زاد سحنون: وليس ملكهما لأحد، كانا يسقيان بالسيل، فإذا أتى السيل سقى الأعلى حائطه، ثم الذى يليه، وذلك أن المياه التى تسقى على ضربين، ضرب لا يملك أصله كالسيول ومياه الأمطار، وضرب يملك أصله كالعيون والآبار.

فأما ما يملك أصله، فلا يخلو أن يكون طريقه فى أرض مباحة أو فى أرض يملكها رجل معين أو فى أرض يملكها رجال معينون.

فأما ما كان طريقه فى أرض لا تملك مثل المياه التى تسيل من شعاب الجبال وبطون الأودية كمهروز ومذنب، فتسيل مياههما فى أرض مباحة غير متملكة إلى أرض من يسقى بها ثم يتصل جريها فى مثل ذلك، ويحاذى مجرى الماء فى إحدى جانبيه أو فى جانبيه جميعاً مزارع وحدائق للناس، ويسقون به، فهذا حكمه أن يسقى به الأعلى فالأعلى، وذلك إذا كان إحياءهم معاً أو إحياء الأعلى قبل الأسفل.

وهو معنى ما روى عن النبي ﷺ وإلى هذا ذهب مالك وأصحابه. قال ابن نافع: وهذا حكم النيل أيضاً، فإن أحيا رجل ماء سيل ثم أتى غيره، فأحيا فوقه ما هو أقرب إلى أعلى سيل منه، وأراد أن ينفرد بالماء، ويسقى به قبل الأسفل الذى أحيا قبله، وذلك يبطل عمل الثانى، ويتلف غرسه وزرعه، فقد قال سحنون: إذا كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالقديم أحق بالماء.

ووجه ذلك أن استحقاقه للماء قد تقدم فليس لغيره أن يبطل حقه منه بما يحدثه بعد ذلك.

فرع: فإن كانت الجنتان متقابلتين، فما حكمه أن يكون الأعلى بالأعلى، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: يقسم بينهما الماء.

وجه ذلك تساويهما فى وجه الاستحقاق، فإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى، ولما كان منه مقابلاً بحكم المقابل.

مسألة: وإن كان رى الماء فى أرض رجل معين، فقد قال سحنون: ما كان من سيول المطر فى أرض الناس المعروفة، فلكل واحد منهم أن يمنع ماءه ويحبسه فى أرضه، قل أو كثر، ولا يرسل منه شيئاً إلى من تحته إلا أن يشاء.

ووجه ذلك أنه بدخوله فى أرضه قد صار أحق به من غيره، وإنما يتنازع فيه قبل

٣٩٠ كتاب الأفضية
دخوله فى أرض أحد، فأما ما سأل فى أرضه، فهو حق له، فله منعه إن شاء، وبالله
التوفيق.

مسألة: وأما ما كان سيله فى أرض يملكها قوم معينون، مثل أهل النهر يجتمعون على
إخراج ماء منه، فيحملونه فى أرضهم أو فى أرض مבורة ملكوها لشق ساقيتهم فيها،
وذلك نوع من الإحياء، فإن هؤلاء أحق بمائهم، وهم سواء فى حكم التقويم لا يقدم
الأعلى على الأسفل، وإنما يقتسمونها بما يقتسم به الماء الذى يملك أصله وسنينه بعد
هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار، فقد قال سحنون: إن هؤلاء يقتسمون
ماءهم على قدر ملكهم بالقلد، ولا يقدم أحد على أحد، ولكن يأخذ كل واحد ماءه
يصنع به ما شاء.

ووجه ذلك أن رقة العين والبئر ملك، ولكل ذى حظ فيها الانتفاع بحظه والتصرف
فيها بما شاء من بيع أو هبة أو غير ذلك.

ومن المجموعة عن ابن القاسم وأشهب فى أرض هى مقسومة بين قوم، ولهم
شرب، فأراد أحدهم أن يصرف حصته من الشرب إلى أرض له أخرى: أن له ذلك،
عطل حصته من الأرض أو لم يعطلها. قال الشيخ أبو محمد: يريد والأرض مقسومة.
قال: لأن له أن يمنع ذلك، وكذلك يكون له أن يصرف حيث شاء ما لم يمر به فى
حصه غيره، فلا يكون له ذلك إلا بإذنه وأما إذا كانت الأرض مشتركة بينهم على
الإشاعة فليس لأحدهم أن يصرف حصته من ذلك الماء عنها لأن ذلك يضر بحظهم
منها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: والقلد على أنواع منها أن يؤخذ قدر، ويثقب فى أسفلها ثقب، ويملاً من
الماء، ويكون قدر أقلهم نصيباً مقدار ما يجرى ماؤه على ثقبه تلك، فتملاً ولا يزال
صاحب الحصه من الماء يأخذ ماء العين كله، يصرفه فيما شاء إلى أن يفنى ماء القدر، ثم
يملاً للذى يليه مرة أو مرتين أو ثلاثة بحسب حصته، والله أعلم.

وقال ابن حبيب: تفسير ذلك أن يأخذ الإمام رجلين مأمونين أو يتراضى الشركاء
عمن شاءوا أو يؤخذ قدر فخار أو غيره يثقب فى أسفله بمتقب، ثم يرفع المتقب ثم يعلق
القدر، ويجعل تحته قصرية ويعد ماء فى جرار، فإذا انصدع الفجر صب الماء فى القدر،
فسال الماء من الثقب، فكلما هم الماء أن ينصب صب حتى يكون سيل الماء من الثقب

معتدلاً النهار كله والليل كله إلى انصداع الفجر، ثم ينحى القدر ويقسم ما اجتمع من الماء على أقلهم سهماً، كيلاً أو وزناً، ثم يجعل لكل واحد منهم قدر يحمل سهمه من الماء، ويتقب كل قدر منها بالمتقب الذى به القدر الأول، فإذا أراد أحدهم السقى علق قدره بمائه، وصرف الماء كله إلى أرضه فيسقى ما سال الماء من قدره، ثم كذلك يقسم، فإن تشاحوا فى التبدئة، استهموا على ذلك.

فصل: وقوله: «يمسك حتى الكعبين، ثم يرسل الأعلى على الأسفل» اختلف أصحابنا فى تأويل ذلك، فروى ابن حبيب عن ابن وهب ومطرف وابن الماجشون: يرسل صاحب الحائط الأعلى جميع الماء فى حائطه، ويسقى به حتى إذا بلغ الماء من قاعة الحائط إلى كعبي من يقوم فيه، أغلق مدخل الماء.

وقال ابن كنانة: بلغنا أنه إذا سقى بالسيل الزرع، أمسك حتى يبلغ الماء شراك نعليه، وإذا سقى النخيل والشجر، وما له أصل أمسك حتى يبلغ الكعبين، وأحب إلينا أن يجبس فى الزرع والنخل، وما له أصل حتى يبلغ الكعبين لأنه أبلغ فى الرى.

وفى المدينة عن عيسى عن ابن وهب أن الأول يسقى حتى يروى حائطه، ثم يمسك بعد رى حائطه فيما كان من الكعبين إلى أسفل، ثم يرسل.

وروى محمد بن عيسى عن زياد بن عبدالرحمن عن مالك أنه قال: تفسيره أن يجرى الأول من الماء فى ساقيته إلى حائطه قدر ما يكون الماء فى الساقية إلى كعبيه حتى يروى حائطه أو يبقى الماء، فإذا روى حائطه أرسله كله.

قال يحيى بن مزين رواية زياد عن مالك: أحسن ما فيه، والذى روى مسنداً فى هذا الباب ما روى ابن جريج، حدثنى ابن شهاب، عن عروة بن الزبير أنه حدثه « أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير فى شراج من الحرة يسقى به النخل، فقال رسول الله ﷺ: اسق يا زبير، فأمره بالمعروف ثم أرسل إلى جارك. قال الأنصارى: أن كان ابن عمك، فتلون وجه النبى ﷺ ثم قال: اسق ثم احبس حتى يرجع الماء إلى الجدر واستوعى له حقه^(*). فقال الزبير: والله إن هذه الآية نزلت فى ذلك: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك﴾ [النساء: ٦٥] الآية.

(*) أخرجه البخارى ٣/٣٢٣ كتاب المساقاة، عن الزبير. أبو داود برقم ٣٦٣٧، ٣/٣١٥ كتاب الأفضية، عن عبدالله بن الزبير. الترمذى برقم ١٣٦٣، ٣/٦٣٥ كتاب الأحكام، عن عبد الله بن الزبير. النسائى ٨/٢٣٨ كتاب أدب القضاء، عن عبدالله بن الزبير. ابن ماجه برقم ٢٤٨٠، ٢/٨٢٨ كتاب الرهون، عن عبد الله بن الزبير. البغوى فى شرح السنة ٨/٢٨٤، عن عبد الله بن الزبير. البيهقى فى الكبرى ٦/١٤٥، عن عبدالله بن الزبير.

٣٩٢ كتاب الأفضية

فقال ابن شهاب: فقدرت الأنصار قول النبي ﷺ: «اسق ثم احبس حتى يرجع إلى الجدر» فكان ذلك إلى الكعبيين.

مسألة: فإن كان بعض الحائط أعلى من بعض، فقد قال سحنون: يؤمر أن يعدل أرضه، وليس له أن يجبس على أرضه كلها إلى الكعبيين.

ووجه ذلك أنه قد يكون علو بعض أرضه ما لا يبلغ إلى الكعبيين إلا بأن يعلو في بعضه قامتين، ولكن إن تعذرت عليه التسوية سقى كل مكان مستو على حدته.

١٤١٠ - مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمنَعَ بِهِ الْكَلَاءُ».

الشرح: قوله: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء» قال مالك في المجموعة والواضحة: معنى ذلك في آبار الماشية التي في الفلوات لأنه إذا منع الماء لم يرع ذلك الكلاء الذي بذلك الوادي لعدم الماء، فصار منعاً للكلاء.

وقال ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن سحنون: إن ذلك في الأرض ينزلها للرعى لا للعمارة، فهم والناس في الرعى سواء، ولكن يبدأون بمائهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن بئر الماشية هي ما حفره الرجل في غير ملكه على ما عهده مما يحفره الرجل لماشيته في البرارى وفيافي القفار، فهذه البئر إذا حفرت فإنما جرت العادة أن يحفر لشرب ماشيته، ويتصدق بما فضل من مائها ويسيحه للناس، فاتفق مالك وأصحابه على أنه لا يمنع ما فضل عنه من مائه. قال مالك في المدونة: لا يباع بئر الماشية، ما حفر منها في جاهلية ولا إسلام.

وإن حفرت في قرب، قال ابن القاسم: يريد قرب المنازل إذا كان إنما احتفر للصدقة. قال ابن القاسم: وإنما كره مالك بيع ماء بئر الماشية وبيع أصلها وأهلها أحق بمائها، فإذا فضل عنهم فضل، فالناس فيه أسوة، قالوا: وأما من احتفر بئراً في أرضه لبيع

١٤١٠ - أخرجه البخارى ٣/٣٢١ كتاب الشرب والمساقاة باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء، عن أبي هريرة. ومسلم ٣/١١٩٨ كتاب المساقاة باب ٨ رقم ٣٦، عن أبي هريرة. وأبو داود برقم ٣٤٧٣، ٣/٢٧٥ كتاب البيوع باب منع الماء، عن أبي هريرة. والترمذى برقم ١٢٧٢، ٣/٥٦٣ كتاب البيوع، عن أبي هريرة. وابن ماجه برقم ٢٤٧٨، ٢/٨٢٨ كتاب الرهون، عن أبي هريرة. والبيهقى في الكبرى ٦/١٥١، عن أبي هريرة. والبعغرى في شرح السنة ٦/١٦٨، عن أبي هريرة.

كتاب الأفضية ٣٩٣

مائها أو لسقى ماشيته، ولم يحتفرها للصدقة، فلا بأس ببيعها، فتقرر من هذا أن ما احتفراه فى أرضه، فالظاهر أنها على الملك وإباحة البيع حتى يبين أنها للصدقة، وما احتفر فى غير أرضه للماشية أو للشرب فقط، ولم يحفرها لإحياء زرع وغرس، فالظاهر أنه احتفراها ليكون المقدم فى منفعتها، وللناس فضلها؛ لأنه إنما يحفرها بحيث لا يباع مأؤها، ولا جرت به العادة إلا ببذلها، فإنما ينصرف عملها دون شرط إلى المعتاد من حالها، وعلى ذلك يحمل، وبهذا الحكم يحكم لها.

مسألة: فإن بين وأشهد أنه يريد به التملك، فلم أر فيه نصاً، والظاهر عندي أنه على شرطه، وبهذا تتعلق الكراهية عندي، ويكون بمنزلة من أحيأ أرضاً، فإن كان بالبعد وحيث لا يضر بأحد، فلا اعتراض فيه عليه، وإن كان بالقرب وحيث يخشى الاستضرار نظر فيه الإمام.

مسألة: وهذا حكم الآبار. فأما فى المواجل، ففى المدونة قال: ما عمل منها فى الصحارى والفيافى كمواجل طريق المغرب، فإنها كالأبار التى تحتفر للماشية.

وروى ابن نافع عن مالك فى المجموعة فى جباب البادية التى تكون للماشية: لا ينبغى أن يمنع فضل مائها ليمنع به الكلاً قيل له فالجباب التى تجعل لماء السماء، قال: ذلك أبعد. وقال المغيرة: من حفر جباً، فله منع أن يشرب منه غيره، فليس كالبئر. ووجه القول الأول أن هذا عمل ليتوصل به إلى رعى الكلاً بالماء، فأشبهه البئر.

مسألة: ووجه القول الثانى أن المواجل ليست مما يتخذ غالباً للمواشى لما فيها من النفقات والمؤن، وغالب عملها للتمليك إلا من أعلن بالصدقة.

إذا قلنا إنه لا تباع بئر الماشية، ولا يباع مأؤها، ففى المجموعة عن ابن القاسم عن مالك: لا يورث، ولا يوهب، ولا يباع، وإن احتاج، ولا يريد بقوله: لا يورث، أنه لا يكون ورثة محتفراها أحق بمائها.

وقد قال ابن حبيب فى معنى قول مالك: إنها لا تباع، ولا تورث، وصاحبها الذى احتفراها أو ورثته أحق بحاجتهم من مائها. قال: وهو قول جميع أصحابنا، وروايتهم عن مالك.

قال عن ابن الماجشون: لا تقع فى بئر الماشية المواريث. بمعنى الملك، ولا حظ فيه لزوجها، ولا زوج من بطن على بطن، قال: ومن استغنى منهم عن حظه من الشرب، فليس له أن يعطى حظه أحدًا، وسائر أهل البئر أولى منه.

٣٩٤ كتاب الأفضية

ومن غاب وأوصى بثلث بئر ماشيته لإنسان، فقد قال أشهب عن مالك: إن البئر لا يباع، ولا يورث، يعنى أن الوصية لا تنفذ فيه؛ لأنه وجه من العطية كالهبة. قال أشهب فى المجموعة: لا يباع بئر الماشية لأنه إذا كان فضلها لغيره، فقد اشترى من مائها ما يرويه، وذلك مجهول.

فروع: فإذا قلنا بالمنع من بيع بئر الماشية، فظاهره فى المدونة أنه على الكراهية لأنه قال: إنه كره بيع مواجل الطريق، وإنما كان يعتمد فى ذلك على الكراهية، وهى كالآبار التى تخفى للماشية. وقال فى الجعل والإجارة: ولا أرى بيع ذلك حراماً، وبه قال الشافعى.

وظاهر ما فى المجموعة التحريم، لأنه قال: وقال مالك: لا يجوز بيع بئر الماشية، وهذا الذى حكاه القاضى أبو محمد. وقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع عن مالك: وأما بئر الماشية، فمنع فضل مائها لا يجوز، فإنه من بيع الكلاً المباح. وقال فى المدونة: وللناس ما فضل.

وعلى ذلك أشهب بأن ما يشتريه مجهول. وقال ابن القاسم: لا يباع لأن للناس فيه حوائج، ويدل عليه نهيه ﷺ عن منع فضل الماء ليمنع به الكلاً.

وظاهر النهى التحريم، وعلى ذلك منع من أن يورث والله أعلم وأحكم. ولو كان على ما قال أشهب لجاز أن تورث وتوهب؛ لأن الجهالة لا تمنع ذلك.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه إنما تنصرف الكراهية إلى أن يحفر أولاً بمعنى الانفراد به. وأما إذا حكم له بحكم الإباحة لفضيلة، فإنما يجب أن يحمل على التحريم من منعه، وهو ظاهر الحديث، ومقتضى منع الزوجة والزوج من المشاركة فيه ومنع هبته.

فروع: ولم يبدأ بالشرب، قال ابن الماجشون: إن كانت لهم سنة من تقديم ذى المال الكثير لو قدم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليه وإلا استهموا.

ووجه ذلك أن من استحق التقديم لسنة استمرت له، وإن لم يكن منهم من يستحق ذلك أسهم بينهم؛ لأنه السبيل إلى تقديم من لا يستحق التقديم بغير هذا السبب، ولا يستحق عليه.

مسألة: ولأهل البئر، قال فى المدونة: والمواجل حاجتهم من الماء لا يشركهم فيها

كتاب الأفضية ٣٩٥
غيرهم؛ لأن النبي ﷺ إنما نهى أن يمنع فضل الماء وأما قدر الحاجة منه، فلم يتعلق به منع، فكان لهم بحق اليد واجباً، وأما ما فضل منه، فالناس فيه سواء.

مسألة: وأما ابن السبيل، فقد روى ابن وهب عن مالك فى المجموعة: لا يمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية، وقد كان يكتب على من احتفر: أن أول ما يشرب بهذه الآبار المحدثه أبناء السبيل.

قال ابن القاسم: كل بئر كانت من آبار الصدقة كبئر الماشية وبئر السقيا أن ابن السبيل يشرب من ماء بئر الماشية، ولا يمنع من ذلك بعد أن يروى أهلها، فإن منعهم أهل الماء بعد ريهم، لم يكن عليهم دية قراهم؛ لأن النبي ﷺ قال: «لا يمنع نقع بئر» (*).
قال ابن القاسم: ولو منعوهم حتى مات المسافرون عطشاً، كانت لهم دياتهم على عاقلة أهل الماء، والكفارة على كل رجل منهم، كفارة عن كل نفس منهم مع الأدب الموجه من الإمام.

وقال أشهب فى المجموعة: لابن السبيل أن يشرب ويسقى دوابه من فضل ماء الآبار والمواجل إلا أن يكون فيه فضل، وقد اضطرت دوابهم إليه، والمسافة إلى ماء آخر بعيدة، فيكون ذلك نينهم أسوة إلا أن يكون لأهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر، فيكون السفر أولى به فى أنفسهم ودوابهم.

وقد كتب عمر بن عبدالعزيز فى الآبار التى بين مكة والمدينة: ابن السبيل أولى من شرب بها، وهو حسن لاضطراره إلى ذلك، ويتزود منه، وليس بأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم ومحارم بئرهم، وهم مقيمون والسفر راحلون.

مسألة: وأما الماء الذى لأهله بيعه كالبئر يحتفرها الرجل فى داره وأرضه لبيع ماءها؛ فله أن يمنع ابن السبيل من مائها إلا بالثمن إلا أن يكون ابن السبيل لا ثمن معه، وإن منع خيف عليه أن لا يبلغ الماء، فلا يمنع، فإن منع، جاهدهم عليه، وإن لم يخف عليه ضرر كان لهم منعه، والله أعلم.

فصل: وأما ما يحدث فى المياه من الخيطان، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فى البركة والغدر والبحيرة فيها الخيطان: لا يعجنى أن يبيعها أهلها، ولا ينبغى أن يمنعوا تصيدها. وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ابن القاسم سوى بين الناس فيما كان فى ملكهم أو فى غير ملكهم كالكلأ.

(* سيأتى تخريجه فى الحديث رقم ١٤١١).

٣٩٦ كتاب الأفضية

وقال أشهب فى المجموعة: من كانت له عين أو غدِير فيها سمك، فإن كان طرح فيها سمكا فتوالدت، فهو أولى به، وإن كان ذلك جاء مع الطين، فليس له أن يمنع من يصيد فيه إلا أن يضر به الصيادون. وقال فى المجموعة سحنون: له أن يمنع مراعى أرضه وحيثان غديره؛ لأن ذلك فى ملكه وحوزه، وذلك سواء.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: ما كان من ذلك ملكا له، وفى حوزه، فله منع الناس منه، وما كان فى الأنهار والخلج التى لا تملك، فليس لمن دنا إليه بسكناه، وحقه أن يمنع منه طارئاً.

فصل: وقوله ﷺ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً» قيل إنه يقتضى النهى عن الذرائع، ومعنى ذلك أن منع فضل الماء ليتسبب به إلى منع الكلاً المباح لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء والمانع فيما يحتاج إليه من الماء يقصد غالباً الانفراد بالكلاً، فمنع من ذلك، ووجب على هذا على أصل مالك وأصحابه فى الذرائع أن يمنع منه من قصد الكلاً ومن لم يقصده، والله أعلم.

مسألة: وأما الكلاً، فعلى ضربين، ضرب فى فيافى الأرض، وضرب فى العمارة، قال مطرف: فما كان فى فيافى الأرض، فلا يجوز لأحد أن يمنعه غيره، ولذلك نهى النبى ﷺ عن منع فضل الماء ليمنع بذلك الكلاً.

قال ابن القاسم فى المجموعة: إنما ذلك فى الفيافى والقفار فتقرر من ذلك أنه لا يحمى شىء من ذلك الكلاً، ولو جازت مباشرته بالمنع لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به إلى منع الكلاً.

وروجه آخر أن النهى إنما توجه إلى منع فضل الماء وأن يتوصل به إلى منع الكلاً، ولم يتوجه به إلى المنع من فضل الماء، وإنما تضمن ذلك المنع من الكلاً على الإطلاق.

وأما ما روى عن النبى ﷺ أنه حمى البقيع لخيئه، وأن أبا بكر حمى الربذة، وأن عمر حمى سرف والربذة، فإن ذلك إنما هو أن يحمى موضعاً لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة إلى ذلك لماشية الصدقة التى يحتاج إليها، والخييل التى يحمل عليها.

وقد روى عن عمر أنه قال: والذى نفسى بيده، لولا المال الذى أحمل عليها فى سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً، إنها لبلادهم قاتلوا عليها فى الجاهلية، وأسلموا عليها فى الإسلام.

كتاب الأفضية ٣٩٧

وقد روى ابن شهاب عن عبدالله بن عبدالله عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله» يريد والله أعلم، أنه لا يمنع الناس منها إلا لما كان لله تبارك وتعالى كإبل الصدقة، فلا يكون ذلك إلا فيما ذكرناه من فيافي الأرض التي هي لجماعة المسلمين أو من حقوق قوم من العرب، فلا يصح أن يمنعوا منها إلا بهذا الوجه.

وأما منعهم إياها من غيرهم، فليس لهم ذلك فيما بينهم ومن عرف منهم برعى لطول مقامه به أو استيلائه عليه وإسلامه عليه، فقد قال ابن عبدوس: ما أسلم عليه القوم من أرض الأعراب وفيافيهم إذا لم يكن فيها فضل عن رعى ماشيتهم، لم يكن لغيرهم من قبائل العرب والناس الدخول عليهم فيها، ولهم منعهم منها، وليس لهم بيع ذلك بمنزلة بئر ماشيتهم هم مبدؤون بمائها وبرعى كالأها ولهم منع فضلها، ويدل على هذا قول ابن الماجشون في بئر الماشية يموت صاحبها: أنها لورثته لا حق فيها لزوج ولا زوجة إذا لم تكن من ذلك البطن.

وقد روى ابن سمعان عن رجال من أهل العلم في إحياء أهل البادية ينزل بهم قوم يريدون المقام معهم: لهم ميل في ميل لمرعى غنمهم، ولقاحهم، ومرابط خيلهم، ومخرج نسائهم، وكان سحنون يعجبه حديث ابن سمعان هذا.

وروى عن عمر بن عبدالعزيز أنه قال: لهم مائتا ذراع بحيث لا تبين المرأة، ولا يسمع الصوت، وهذا يحتمل أن يكون لما تقدم من أنهم يملكون ذلك ملكاً غير تام أو يملكون الانتفاع به.

قال عبدالملك: إذا كانت معروفة لحي من العرب، فإنها حقهم فلهم منعها، وملكهم إياها كالعمري، وهو بخلاف حق من شرى أو أحيا أو ورث أو وهب له. وقال غيرهم: ليس ملكهم لها بالتام. ويحتمل أن يكون بمعنى الضرر اللاحق بالمجاورة.

قال سحنون عن ابن وهب: فهذه الأحمية إنما كانت في مثل هذه الأراضي بالبيع قدر ميل في ستة أميال ما بين ميل إلى ميلين، واستعمل أبو بكر على حماية الربذة قرطبة بن مالك، وكان ما حمى منها قريباً من خمسة أميال في مثلها، ولم يزد على ذلك عمر بن الخطاب، واستعمل عليه مولاه سلامة، وحمى بسرف نحواً مما حمى بالربذة، واستعمل عليه مولاه هنباً.

مسألة: وأما ما كان منه في القرى ومواضع العمارة، فلا يخلو أن يكون لغير معين كمسارح القرى أو لمعين كأرض رجل بعينه.

٣٩٨ كتاب الأفضية

فأما ما كان لغير معين، وهو من مسارح القرى، فمبنى على ما تقدم من جواز قسمتها أو منع ذلك، فمن جوز قسمتها، أجزاها مجرى الملك المعين، ومن منع اقتسامها، أجزاها مجرى مسارح الفيافي لاسيما على قول من قال: إن أهلها الذين أسلموا عليها أحق بها.

قال ابن القاسم فى المجموعة: وأما القرى والأرضون التى عرفها أهلها، فلهم منع كالأها، عند مالك، إن احتاجوا إليه.

مسألة: وأما ما كان فى أرض رجل معين، فلا يخلو أن يكون محظراً عليه، أو غير محظر عليه، أما ما كان محظراً عليه، فقد قال عيسى بن دينار فى المدنية: له منعه وبيعه وما لم يحظر عليه، فلا يجوز منعه إلا أن يحتاج إليه لماشيته ودابته.

وفى المجموعة عن ابن القاسم عن مالك فى الرجل له أرض فيها العشب أن له أن يمنعه إن كان له به حاجة، وإلا فليس له ذلك، ويخلى بين الناس وبينه، وله بيع مراعى أرضه سنة بعد أن يطيب، ويبلغ أن يرعى ولا يبيعه عامين.

قال عيسى بن دينار فى العتبية: سألت ابن القاسم عن قول مالك، وكذلك قال ابن حبيب: سألت مطرفاً عن قول مالك: وإن، كانت له أرض، فله منع كالأها إن احتاج إليه، وإلا فليخل بين الناس وبينه، ومن قوله: لا بأس ببيع خصب أرضه عامه ذلك إذا بلغ أن يرعى، فأى خصب يبيحه للناس، وأى خصب يبيعه، فقال: الخصب الذى يمنع الناس منه، وإن لم يحتج إليه فى ماء مرجه وحماه. وأما الذى ليس له منعه ولا له بيعه إلا أن يحتاج إليه، فما كان من خصب فدادينه وفحوص أرضه.

قال ابن حبيب: وسألت ابن الماجشون عن ذلك، فساوى بين الوجهين، وقال: هو أحق بخصب أرضه البيضاء كلها التى يزرعها إن لم يكن حمى ولا مرج إن شاء باع، وإن شاء منع أو رعى، وإنما لا يحل له بيعه ولا منعه إن لم يحتج إلى رعايته خصب القناء من منزله.

قال أصبغ: ورأيت أشهب ينكر رواية ابن القاسم عن مالك أن للرجل منع خصب أرضه، وكان لا يجيز بيع الكالأ بحال، وإن كان فى أرضه وحماه ومرجه وإنما الكالأ كالماء الذى يجره الله على وجه الأرض، فلا يملك ولا يباع، وهو لمن أنبتة الله فى أرضه له أن يحميه لمنافعه.

فإن استغنى عنه لم يكن له منعه ممن احتاج إليه، ولا يبيعه إلا أن يجتزئه، ويحتمله كما

يفعل الناس فى بيعه، ولو كان هذا لمن هو فى أرضه كان ذلك للإمام فى أرض العنوة.
وفرق عيسى بين ما حظر عليه وبين ما لم يحظر عليه من أرضه، والفرق بينهما أن ما حظر عليه يلحقه المضرة برعى عشبه والتوصل إليه بإفساد حظاره، ولذلك قال: من كانت له أرض فيها عشب له وحواليها أرض مزروعة له، يضر به الدخول إلى رعيها من مزارعه لم يكن لأحد ذلك، وهذا إنما يقتضى المنع من الرعى لا من الاحتشاش. وأما المنع من ذلك كله، فإنما هو لأنه يرى أنه يملكه بالحظر عليه كما يملكه بالاحتشاش لكونه فى ملكه ويده.

وفرق فى رواية ابن القاسم عن مالك بين مراعى أرضه وبين عشب مزارعه أن مراعى أرضه لذلك اتخذت، وأما عشب مزارعه، فلم تتخذ لذلك، وإنما اتخذت عنده للزرع، وأما العشب، فعلى حكم بئر المشية.

ووجه قول أشهب فى منع العشب جملة أن أصله الإباحة كالمياه التى هى فى أصل مباح، وفرق بين المياه فى الأرض المملوكة والكأ فى الأرض المملوكة، أن الكأ فى الأرض المملوكة ليس من منافعها المقصودة، فصارت كظلال الثمار التى ليس لأرباب الثمار منعها، والله أعلم وأحكم.

١٤١١ - مَالِكُ عَنْ أَبِي الرَّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أُمِّ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بَيْرٍ».

الشرح: قوله: «لا يمنع نقع بئر» قال مالك فى المجموعة: معناه لا يمنع رهو بئر.

قال القاضى، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى منع فضل الماء، وقد قال ذلك جماعة من العلماء فى الواضحة قال مالك: إن النبى ﷺ قال: «لا يمنع نقع بئر» وفى حديث غيره: «ولا رهوها» قال أبو الرجال: النقع والرهو، الماء الواقف الذى لا يسقى عليه أو يسقى عليه وفيه فضل.

قال ابن حبيب: قال مطرف عن مالك فى تفسير نقع بئر أو رهوها: البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوماً، وهذا يوماً، وأقل من ذلك وأكثر، فيسقى أحدهما، فيروى نخله وزرعه فى بعض يومه أو يستغنى يومه ذلك عن السقى، فيريد صاحبه أن يسقى بمائه فى ذلك اليوم: ليس له منعه مما لا ينفعه حبسه ولا يضره بذله.

٤٠٠ كتاب الأفضية

وقال مالك: وأما أن يكون البئر لأحد الرجلين فى حائطه، فىحتاج الذى لا شرك له فى البئر إلى أن يسقى حائطه بفضله مائها، فىلس له ذلك إلا لكون بئره تهورت، فىقضى له أن يسقى بفضله ماء جاره إلى أن يصلح بئره، وىدخل حىثئذ فى تفسىر الحدىث «لا فىمنع نفع بئر»، وىلس له أن يؤخر إصلاح بئره اتكالا على فضل ماء جاره.

قال ابن حبىب: وقاله ابن الماوشون، وقال لى ابن عبدالحكم وأصبغ: هو قول ابن وهب وابن القاسم، ورواىتهم عن مالك.

ومعنى ذلك عندى أن فىكون هذا وجه استحقاقهم للماء بأن فىكون من الماء الذى لا فىملك أصله ولا مجراه، فىسقى به الأعلى فالأعلى، فمن استغنى منهم عن السقى بما فىستحق من ذلك كان للآخر أن يسقى به أو فىكون لا منفعة فى ذلك الماء إلا لسقىها خاصة، فإذا استغنى أحدهما عن حصته كان الآخر أولى بالانتفاع بها من تضىيعها، وىلس لشرىكه أن فىقول: أنا أوثر ضىاعها على انتفاعك عندى.

وىمتمل عندى أن فىكون فىرید بذلك منع فضل بئر الماشىة على ما تقدم، وىتمل أن فىرید به ما فىفضل من ماء رجل عن زرعه أو حائطه، فىسقى جاره بذلك الفضل بشروط، أحدها أن فىكون زرع أو غرس على أصل ماء، فانهارت البئر أو غارت العىن.

فأما أن فىغرس أو فىزرع على غىر أصل ماء، فىلس له أن يسقى بفضله جاره إلى أن فىصلح بئره، رواه عن مطرف عن مالك، وبه قال ابن الماوشون. وقال ابن عبدالحكم وأصبغ: وبه قال ابن وهب وابن القاسم وأشهب، ورواىتهم عن مالك.

ووجه ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا فىمنع نفع بئر» وقد تقدم من قول أبى الرجال وغىره أنه فىفضل الماء. وقد روى: «لا فىمنع رهو ماء» والرهو الزائد.

ومن جهة المعنى أن المىاه مبنىة على المواساة، ولذلك كان فضل ماء بئر الماشىة مباحًا، ولذلك أمر الأعلى أن فىرسل إلى لأسفل ما فىفضل على قدر حاجته من الماء، ولا يؤمر بإرسال ما فىمكنه الاستئثار به من سائر التملكات.

فإذا ثبت ذلك كان من دعتة ضرورة إلى فضل ماء جاره أن فىكون أحق به من تضىيعه أو بذله لغىره، وإذا كانت الشفعة ثابتة فى الأملاك لرفع الضرر بسببها، وكان أصلها المشاحة، فبأن تثبت المواساة فى المىاه للضرورة الشائعة فىها مع كونها مبنىة على المواساة أولى.

كتاب الأفضية ٤٠١

وليس كذلك من غرس على غير ماء، فإنه لم يكن مضطراً. وقد قال الشافعي: لا يمنع الجار جاره أن يغرز خشبة فى جداره، إذا لم يكن عليه فى ذلك مضرة بينة، ويقضى بذلك عليه، فالقضاء عليه فى الماء أين. وقد ورد النهى فيها عاماً والله أعلم.

مسألة: والشرط الثانى أن يخاف على زرعه أو نخله من عدم الماء، فإن لم يخف على زرعه، لم يكن له فى فضل ماء جاره، قاله أشهب فى المجموعة عن مالك.

ووجه ذلك أنه إنما أبيع له ذلك للضرورة، فإذا لم يخف على زرعه، فليس بمضطرب كالذى يضطر إلى الطعام، ويجد مال غيره، فإن له أن يأكل منه ما يصرف عنه الضرورة، وليس له ذلك مع عدم الضرورة.

مسألة: والشرط الثالث أن يفضل ماء صاحب البئر عن حاجته، ويستغنى عنه، فإن لم يفضل عنه شيء، لم يكن له أن يأخذ منه ماءه، وهو يحتاج إليه، قاله فى المجموعة ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأشهب عن مالك.

ووجه ذلك أنهما إذا تساويا فى الحاجة، فصاحب الماء أحق به كحالة الغنى عنه.

مسألة: والشرط الرابع إذا تساويا فى الماء، فصاحب الماء أحق أن يشرع من انهارت بئر أو غارت عينه فى إصلاحها على حسب المعروف والإمكان، فإن ترك ذلك واعتمد على السقى من ماء جاره، فقد روى أشهب فى المجموعة عن مالك: ليس له أن يسقيها إن كانت روت حتى يبلغ، وإنما ينظر فى هذا الماء إلى قدر ما نزل به، وقال مطرف فى الواضحة: سقى بذلك إلى أن يصلح بئر، وقاله مالك.

ووجه ذلك أن هذا إنما أبيع له مع الضرورة التى ذكرناها، والذى يترك إصلاح بئر واسترجاع مائه غير مضطرب، وذلك مثل الذى يضطر إلى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشتريه، لا يباح له أن يقيم، ويأكل من ماء غيره، وإنما يباح له أن يأكل منه قدر ما يبلغ به إلى موضع الوجود مع شروعه فى ذلك.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهل يقضى على صاحب فضل الماء أن لا يمنعه؟ فى المزنية عن عيسى: لا يقضى عليه بذلك، ورواه ابن نافع، وإنما يؤمر به. وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك: يقضى عليه بذلك لجاره، ويجبر عليه.

وجه قول عيسى أن هذا ملكه، فكان له منعه من جاره ليصلح به حاله كدنانير ودراهمه.

٤٠٢ كتاب الأفضية

ووجه قول ابن القاسم الحديث المتقدم قوله ﷺ: «لا يمنع نفع بئر» ومعناه على ما تقدم فضل مائه.

فصل: فإذا قلنا إنه يحكم عليه بذلك، فهل يقضى له بثمنه؟ قال فى المدينة: روى عنه أصبغ، وذلك عندى إذا أتى بالثمن. وقال فى رواية غيره: بلا ثمن.

وجه الرواية الأولى فى إثبات الثمن أنه عقد تمليك وجب الحكم به لدفع ضرورة، فكان ذلك بالعوض كالشفعة.

ووجه الرواية الثانية فى نفيه أنه لما حكم عليه بتسليم الماء دون انتقال ملكه عنه، ولا انتقاله إليه كان ذلك بغير عوض كالأستحقاق، ولأنه فضل ما يقضى به، فلم يكن له ثمن كبئر المشية. وقال أشهب فى المجموعة: إن كان عنده ثمن، فله فضل ما يكون بالثمن، وإن لم يكن عنده ثمن، سقيت له بغير ثمن.

فرع: وإذا قلنا إنه لا يقضى عليه به، فقد قال فى المدينة: إن باعه، كان جاره الذى انقطع ماؤه أولى به بالثمن.

ووجه ذلك أن انتقال الملك مؤثر فى أن يكون من يدفع به الضرورة أولى به كالشفعة فى الشرك من الأرضين والرباع.

* * *

القضاء فى المرافق

١٤١٢ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(١).

١٤١٢ - أخرجه ابن ماجه برقم ٢٣٤٠، ٧٨٤/٢ كتاب الأحكام، عن عبادة بن الصامت. وأحمد ٣١٣/١، عن ابن عباس. والبيهقى فى الكبرى ٦/٦٩، عن أبى سعيد الخدرى. والحاكم فى المستدرک ٢/٥٨، عن أبى سعيد الخدرى. والطبرانى فى الكبير ٢/٨١، عن ثعلبة. والدارقطنى ٣/٧٧، عن أبى سعيد الخدرى. وذكره الهيثمى فى المجمع ٤/١١٠ وعزاه للطبرانى، عن عائشة.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٣٢٣: لم يختلف، عن مالك فى إسناده هذا الحديث وإرساله هكذا. وقد رواه الدراوردى، عن عمرو بن يحيى، عن أبىه، عن أبى سعيد الخدرى، عن النبى ﷺ. ورواه كثير بن عمرو بن عوف، عن أبىه، عن جده، عن النبى ﷺ. وإسناد كثير هذا، عن أبىه، عن جده غير صحيح.

كتاب الأفضية ٤٠٣

الشرح: قوله: «لا ضرر ولا ضرار» يحتتمل أن يريد به التأكيد، فيكون معنى الضرر والضرار واحداً، واختار ابن حبيب هذا القول، ويحتتمل أن يريد به: لا ضرر على أحد، بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ولا يجوز له إضراره بغيره. وقال الخشني: الضرر، هو ما لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة، والضرار، ما ليس لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أن الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه، وكان فيه ضرر على غيره، وأن الضرار ما قصد به الإضرار لغيره، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِداً ضُرَّاراً وَكُفْرًا وَتَفْرِيقاً بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [التوبة: ١٠٧].

ويحتتمل عندي أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره، والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه؛ لأن هذا البناء يستعمل كثيراً بمعنى المفاعلة كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام، وكذلك الضرار، فهى النبى ﷺ عن أن ينفرد أحدهما وغيره بالإضرار بجاره عن أن يقصدا ذلك جميعاً.

وليس استيفاء الحقوق فى القصاص من هذا الباب؛ لأن ذلك استيفاء الحقوق أو ردع عن استدامة ظلم، وإنما الضرار فيما ليس فيه إلا مجرد الإضرار بصاحبه. فأما الضرر على هذا التأويل، فمثل ما يحدثه الرجل فى عرضته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كبير لعمل الحديد أو رحي مما يضر بالجيران، فقد قال ابن القاسم عن مالك فى المجموعة: إن لهم منعه، وقاله فى الدخان. قال: وأرى التنور خفيفاً.

ووجه ذلك أن ضرر الفرن والحمام بالجيران بالدخان الذى يدخل فى دورهم ويضر بهم، وهو من الضرر الكثير المستدام، وما كان بهذه الصفة منع إحداثه على من يستضر به.

مسألة: فأما الرحا، فإن الذى ينال منها الجيران أمران، أحدهما: إفساد الجدران، فإن ثبت أن هذا يضر بالجدران يهدمها، فإنه من الضرر الذى يمنع، وأما صوتها، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الغسال والضراب يؤذى جاره وقع صوتهما: أنه لا يمنعها من ذلك، فيحتتمل رواية ابن القاسم الخلاف فى ذلك؛ لأنه لم يبين وجه الضرر الذى يمنع منه.

ووجه القول الأول عندي إنما ذلك فى الصوت الصغير الذى ليس له كبير مضرة، أو

٤٠٤ كتاب الأفضية

يكون فى بعض الأوقات، ولا يستدام. وأما ما كان صوتاً شديداً أو يستدام كحوانيت الكمادين تتخذ عند دار الرجل أو حوانيت الصفارين، أو الرحا التى لها الصوت الشديد، فإنه ضرر يمنع منه، والله أعلم.

ووجه القول الثانى أنه ضرر يصل إليه فى منزله، فتعلق المنع به كضرر الرائحة.

مسألة: وأما الدباغ يؤذى جيرانه بتنن دباغه، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: يمنع منه.

والفرق بينه وبين الصوت على أصلهما أن هذا ضرر دائم، فوجب أن يمنع منه كسائر ما يحدث من الضرر الممنوع.

مسألة: ومن ذلك الكنيف، يحدثه الرجل، فيضر بجدار جاره بما يدخل من الرطوبة والبلل فى ملك جاره.

ووجه ذلك أنه أحدث على جاره فساداً فى ماله، فمنع منه كالهدم.

مسألة: ومن كان له أندر إلى جانب جنان رجل يضر به تبته، قال مطرف وابن الماجشون: يمنع من ذلك. وقال سحنون فى العتبية: إذا كان الأندر قبل بنیان الجنة لم يغير.

وجه القول الأول أن البنيان، وإن كان محدثاً، فإن لصاحبه أن يمنع صاحب الأندر، وإن كان قديماً يمنع من وقوع تبته فى أرضه كما يمنع ماشية قديمة من الدخول إلى أرضه، وبالله التوفيق.

ووجه قول سحنون أنها منفعة استحقتها بالقدم، فلم يمنع منها.

مسألة: ومن رفع جداره، فمنع جاره من ضوء الشمس ومهب الريح، فقد روى ابن نافع عن مالك فى المجموعة: لا يمنع من ذلك، وقاله ابن القاسم. وهو فى كتاب البنيان من رواية ابن القاسم عن مالك.

وقال ابن كنانة: إلا أن يفعل ذلك ليضر بجاره دون منفعة له، فإنه يمنع منه.

ووجه ذلك أن ما فعله فى ملكه لم يوجب إدخال شيء مما لم يستثبت منه فى ملك جاره، ولا يمنع المنفعة المقصودة من داره، فلا يمنع من عمله فى أرضه.

ووجه آخر أنه لو جاز ذلك لبطل البنيان لأن ما من أحد بينى حائطاً فى آخر ملكه

كتاب الأفضية ٤٠٥

إلا ولا بد أن يمنع الشمس من ملك جاره ويمنع الريح، ولما أجمع المسلمون على حوار البنيان، وإن منع هذا، فكان في مسألتنا مثله.

مسألة: ومن كانت له أرض ملاصقة أندراً لغيره، فأراد أن يبنى فيها ما يمنع الريح عن الأندر، ويقطع منفعته، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يمنع من ذلك.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: أنه يمنع ما يضر بجاره في قطع مرافق الأندر التي تقادم. وقال ابن نافع: ليس لأحد أن يحدث بقرب الأندر ما يضر بصاحب الأندر، وإن احتاج إلى البنيان. وقد قال عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»، وقاله سحنون.

ووجه القول الأول ما احتج به سحنون في العتبية أن للبانى أن يبنى، فإن منع هبوب الريح، منع، كما منع هبوب الريح وضوء الشمس من دار جاره.

ووجه القول الثانى أن المقصود من الأندر هذه المنفعة، فليس لأحد أن يقصد منها ما يمنع منها كسكنى الدار.

مسألة: ومن اتخذ كوى وأبواباً، يشرف منها على دار جاره وعياله، فقد قال مالك وابن القاسم: يمنع من ذلك كله.

قال مالك: وذلك إذا كان ينال بالنظر. وقال ابن القاسم فى كتاب البنيان: إذا كانت من كوى لاحقة بالسقف أو مقاربة له، لا يطلع منها لم يمنع من ذلك، وأما ما يطلع منه، فإنه يمنع.

وقال ابن وهب عن مالك نحوه، وزاد: لا يكلف الأسفل أن يعلى بنيابه حتى لا يراه. ووجه ذلك أن هذه مضرة، أحدثها على جاره فى مسكنه، فلزمه إزالتها.

مسألة: ومن بنى مسجداً على ظهر حوائت له، وجعل له سطحاً يطلع منه على دار رجل، فإن بانى المسجد يجبر على أن يستر على سطح المسجد، ويمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر.

ووجه ذلك أن المسجد قد أحدثه البانى، ولا يمكن هدمه، ولا يمكن من الإضرار بالرجل، فعليه أن يستر عليه؛ لأنه أحدث الضرر عليه كما لو أحدثه فى داره.

مسألة: ومن بنى غرفة، وفتح فيها أبواباً وكوى، يطلع منها على قاعة لغيره، فأراد

٤٠٦ كتاب الأفضية

صاحب القاعة منعه من ذلك، وقال: هذا يضر بي إذا بنيت فقد قال ابن الماجشون: ليس له منعه. وقال مطرف: له منعه، قبل أن يبنى وبعد أن يبنى.

ووجه القول الأول أن هذا مما لا مضرة على صاحب القاعة فيه حين بنائه، وإنما يراعى الضرر حال حدوثه لا ما يؤول إليه بعد ذلك.

ووجه قول مطرف أن من منافع صاحب القاعة أن يبنى فيها داراً، فليس لمن بنى الغرفة أن يحدث عليه ما يمنعه من تلك المنفعة، ولا ما يضره فيها.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون: ليس له منعه عند إحداث الاطلاع أنه يطلع منه على موضع لا يستضر بالاطلاع عليه، وإن بنى فى القاعة داراً لم يكن له أيضاً أن يمنعه الاطلاع؛ لأنه قد استحق ذلك لقدم إطلاعه قبل بناء داره، قاله ابن الماجشون.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وأذكر أنى رأيت لابن القاسم أن له منعه إذا بنى. وجه قول ابن الماجشون ما تقدم. ووجه القول الثانى الذى أوردته لابن القاسم أنه لم يكن له منعه قبل البناء؛ لأنه بمنعه بذلك منفعة أرضه، ولا أدخل عليه ضرراً باطلاعه، فإذا بنى الثانى داراً يضر به الاطلاع كان له منعه بتقدم ملكه.

مسألة: ولا يخلو أن يكون الضرر فيما لا يتزايد أو فيما يتزايد، فإن كان مما لا يتزايد، فقد روى يوسف بن يحيى عن ابن مزين: ما كان من الضرر باق على حال واحدة، لا يتزايد كفتح الأبواب والكوى وشبهه، فإنه يستخفه من أحدثه بطول الزمان، وما يحدثه الرجل، فيمسك عنه جاره لما يقوم عليه بعد زمان، فما كان يتزايد ضرره كالكتيف يحدثه، فإن شكاه جاره الضرر بعد طول زمان، فله أن يغيره، وكذلك ما يفتحه كمستنقع الماء، وكذلك الدباغ، إن ضرر ذلك يتزايد، فعلى هذا الضرر الذى هو أقدم مما يضر به لا يغير قولاً واحداً.

وما أحدث بعد ما يضر به، فعلى قسمين، أحدهما: أن يترك القيام عليه، والمنع منه حتى يطول زمانه، ويستحق، فما كان منه لا يتزايد أو يتزايد، فعلى ما تقدم.

والقسم الثانى أن يقام بمنعه عند إحداثه، فهذا لا خلاف فى المنع منه وإزالة الضرر به، وبالله التوفيق.

مسألة: ومن فتح مطلعاً على دار غيره، فلهما تمام عليه سد ذلك، فطلب أن يسدها من خلف بابها، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: ليس له ذلك، وليقلع الباب ويسده؛

كتاب الأفضية ٤٠٧
لأن ترك الباب يوجب الحيازة بعد اليوم، يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين
كثيرة، فيصير حيازة.

مسألة: ومن باع داراً، وقد أحدث عليه جاره مطلقاً، أو مجرى ماء أو غيره من
وجوه الضرر، فيما له فيه القيام، فقد قال مطرف وابن الماجشون: إن كان المانع لم يقيم
فى ذلك حتى باعها، فلا قيام للمشتري، فلو كان قد قام فخاصم، فلم يتم له الحكم
حتى باع بعد القيام، فللمشتري أن يقوم ويحل محله، وقاله أصبغ.

وجه ذلك أن ترك من أحدث عليه الضرر القيام فى ذلك حتى باع يقتضى الإباحة،
وأنه باع على أن ذلك حق قد تخلى عنه لمحدثه، وإذا باع بعد القيام فيه، فقد أظهر أنه
لم يبيع له ذلك، ولا أقره عليه، وقد باع الدار بجميع منافعتها، وإزالة الضرر من جملة
ذلك.

مسألة: ومن كانت فى داره شجرة إذا صعد فيها ليجنيها اطلع على دار جاره، فقد
روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يمنع من ذلك كانت قديمة أو حديثة،
بخلاف الغرفة، ولكن يؤذن جاره.

وروى عبدالمملك بن الحسن فى العتبية عن ابن وهب نحوه، ومعنى ذلك أنه ليس هذا
الاطلاع مما يستدام، وإنما يفعل فى الندرة على وجه الاجتناء وتحصيل المنافع، لا على
وجه الاطلاع والنظر كما لو اطلع على سقفه لإصلاحه.

فصل: وهذا كله فى الضرورة، وأما العام فمثل تضيق الطرق وما جرى مجراه، فهذا
يمنع منه وأما إخراج العساكر والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين، فقد روى ابن
القاسم عن مالك: لا بأس بذلك. قال ابن القاسم: واشترى مالك داراً لها عسكر،
فقال: إلا أن يكون جناحاً بأسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق، فإنه يمنع منه. وقال
أبو حنيفة: يمنع منه على كل حال.

والدليل على ذلك أنه منفعة مباحة يحتازها لا مضرة فيها على غيره، ولا تضيق
لفنائها، فلم يمنع من ذلك كضوء السراج، وظل الحائط.

مسألة: ومن بنى ينياناً يطل منه على غيره، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجشون: من بنى على شرف، يطل منه على موردة القرية على قدر غلوة أو
غلوتين، فإن كان لإشراف مكانه فقط، لم يمنع، وإن وجد عنه مندوحة، وكذلك إن
أطل من ذلك الشرف على دور جيرانه، لم يمنع إذا كان ذلك حال ذلك الموضع

قبل البناء، وإن كان إطلاعه على الموردة يعليه فتح بابها إلى الموردة أو كوى منع ذلك. ووجه ذلك أن ما كان من خلق الباري وحال بقعة الأرض، لم يمنع؛ لأنه أمر قد تقادم واستحق، وإنما يغير المحدث.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالضرر على ضربين محدث وقديم، فأما المحدث فقد تقدم حكمه. وأما القديم، فقد قال سحنون في قناة قديمة في حائط رجل: لا يغير القديم، وإن أضر بجاره، وكذلك قال في الأفران، توعد للفخار بين دور قوم، ربما شكوا جيرانها دخانها: أن القديم منها لا يعرض له. وقال ابن القاسم في المجموعة: من كانت له كوة قديمة، يضر بجاره، لا أمنعه من القديم.

وهذا كله على نص غير ما ذكر عن مطرف وابن الماجشون في تبين الأندر، فإنهما منعاً منه، ويلزمهما مثل ذلك في القناة القديمة في الحائط، والله أعلم وأحكم.

١٤١٣ - مالك، عن ابن شهاب، عن الأعرج، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره خشبة يفرزها في جداره». ثم يقول أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم^(١).

١٤١٣ - أخرجه البخاري في المظالم والغصب ٢٤٦٣، الأشربة ٥٦٢٧. ومسلم في المساقاة ١٦٠٩. والترمذي في الأحكام ١٣٥٣. وأبو داود في الأفضية ٣٦٣٤. وابن ماجه في الأحكام ٢٣٣٥. وأحمد في باقي مسند المكثرين ٧١١٣، ٧٢٣٦، ٧٦٤٥، ٨١٣٥، ٨٩٠٠، ٩٤٧٧، ٩٦٤٥.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٢٧/٨: هكذا يقول ابن عينة في هذا الحديث: «إذا استأذن» وكذلك رواية ابن أبي حفصة وعقيل وسليمان بن كثير: «إذا سأل أحدكم جاره أن يضع خشبة في جداره فلا يمنعه».

هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة الموطأ، عن مالك بهذا الإسناد كما رواه يحيى، ورواه خالد بن مخلد، عن مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، وقد يحتمل أن يكون، عند مالك بالإسنادين جميعاً، ولكنه في الموطأ كما ذكرت لك.

وروى الليث بن سعد هذا الحديث عن مالك، فقال فيه: من سأله جاره. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن الحسن الرازي، حدثنا هارون بن كامل. وحدثنا خلف، حدثنا محمد بن أحمد بن المسور، حدثنا مطلب بن شعيب، قال: حدثنا عبدالله بن صالح، حدثنا الليث بن سعد، حدثني مالك، عن ابن شهاب، عن عبدالرحمن بن هرمز الأعرج، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «من سأله جاره أن يفرز خشبة في جداره فلا يمنعه».

كتاب الأفضية ٤٠٩

الشرح: نهيه ﷺ عن أن يمنع جاره يغرز خشبه في جداره. روى في المجموعة ابن نافع عن مالك أن ذلك على وجه المعروف والترغيب في الوصية بالجار، ولا يقضى به، وقد كان أبو المطلب يقضى به عندنا، وما أراه إلا دلالة على المعروف، وإننى منه فى شك.

وروى ابن وهب عن مالك: هو أمر رغب رسول الله ﷺ فيه. وقال ابن القاسم: لا ينبغى له أن يمنعه ولا يقضى به عليه، وهذا على ما قال، إلا أن ظاهر الأمر عند مالك وأكثر أصحابه، الوجوب، ولكنه يعدل عنه بالدليل، وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعى: هو على الوجوب إذا لم يكن فى ذلك مضرة بينة على صاحب الجدار، وبه قال أحمد بن حنبل.

والدليل على ما نقوله أن الجدار ملك موضوعه المشاحة، فجاز له أن يمنع منافعه بغير ضرورة كركوب دابته ولباس ثوبه.

وقد كان أبو هريرة يصل بهذا الحديث: «ما لى أراكم عنها معرضين، والله لأرمن بها بين أكتافهم»، فيحتمل قوله ذلك أنه كان يحمله على الوجوب، ويحتمل أنه كان

= قال الليث: هذا - إن شاء الله - ما لنا، عن مالك، وآخره: حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا عبدالله بن عمر بن إسحاق، حدثنا أحمد بن محمد بن حجاج، قال: حدثنى محمد بن ربح، ومحمد بن سفيان بن زياد العامرى، قالوا: حدثنا الليث بن سعد، عن مالك، عن ابن شهاب، عن عبدالرحمن الأعرج، عن أبى هريرة، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من سأله جاره أن يغرز خشبة فى جداره فلا يمنعه».

وحدثنا خلف، حدثنا عبدالله بن جعفر بن الورد، حدثنا يحيى بن أيوب بن بادي، حدثنا سعيد بن كثير بن عفير، حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن الأعرج، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: من سأله جاره أن يغرز خشبة فى جداره، فلا يمنعه.

قال سعيد بن عفير: سمعته من الليث، عن مالك، ومالك حتى ثم سمعته من مالك. قال أبو عمر: لذلك جاء به على لفظ الليث، لا على لفظ الموطأ. قال أبو جعفر الطحاوى: سمعت يونس بن عبدالأعلى، يقول: سألت ابن وهب، عن خشبة - أو خشبه - فى هذا الحديث فقال: سمعت من جماعة: «خشبة» يعنى على لفظ الواحدة.

قال أبو عمر: قد روى اللفظان جميعا فى الموطأ، عن مالك، وقد اختلف علينا فيهما الشيخ فى موطأ يحيى على الوجهين جميعا، والمعنى واحد لأن الواحد يقوم مقام الجمع فى هذا المعنى إذا أتى بلفظ النكرة عند أهل اللغة والعربية، وكذلك اختلفوا علينا فى أكتافكم وأكتافكم، والصواب فيه، إن شاء الله وهو الأكثر: التاء.

٤١٠ كتاب الأفضية

يحملة على الندب، لكنه كان يوبخ من كان يترك إباحة ذلك لجاره، ويشح بحقه، فكان يجرى إلى توبيخه على ترك الأخذ بما ندب النبي ﷺ، ورغب فيه.

وكذلك إعراض من كان يعرض عنه يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون جماعة من علماء الصحابة كانوا يحملونه على الندب، ويعرضون عن حمل أبي هريرة له على ظاهر اللفظ من الوجوب، وإن أخذوا به بخاصة أنفسهم، وأباحوا ذلك لمن جاورهم رغبة فيما رغب فيه النبي ﷺ، ومبادرة إلى ما ندب إليه.

ويحتمل أن يكون جماعة ممن التابعين علموا من أبي هريرة أنه كان يحملة على الندب والترغيب، ويعيب من يتركه، ولا يعمل به، فيعرضون عما يدعوهم إليه، ويؤثرون التمسك بما لهم التمسك به، ويريد هذا التأويل أنه لو كان أبو هريرة يرى إلزامهم ذلك لحكم به، ووبخ الحكام على ترك الحكم به، ولم يوبخ الناس على ترك الإباحة لما يلزمهم إباحته؛ لأن الحكام لهم إجبارهم.

ويحتمل عندى على رواية زياد بن عبدالرحمن فى القضاء بالمر فى أرض الرجل لجاره إذا لم يضر به، أن يكون فى مسألتنا مثله، فيحمل الحديث على ظاهره، والله أعلم وأحكم.

فرع: قال مطرف وابن الماجشون: وكل ما طلبه جاره من فتح باب وإرفاق بماء أو مختلف فى طريق أو فتح طريق فى غير موضعه وشبه ذلك، فهو مثل ذلك لا ينبغي فى الترغيب أن يمنعه مما لا يضر ولا ينفعه، ولا يحكم به عليه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن أباح لجاره أن يغرز خشبة فى جداره، فقد قال مالك: لا ينزعه إلا أن يحتاج إلى جداره لأمر لا يريد الضرر، وبه قال ابن القاسم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: ليس له أن ينزعها، طال الزمان أم قصر، احتاج إلى جداره أو استغنى عنه، مات أو عاش، باع أو ورث.

ووجه رواية ابن القاسم أن صاحب الجدار أملك بجداره، وقد أباح لجاره منفعة كلفه بها مؤنة ونفقة، فليس له أن يبطل عليه نفقته وما يمون بمجرد الإضرار به، فإذا كانت له حاجة، كان أحق بماله.

ووجه الرواية الثانية ما احتج به مطرف وابن الماجشون أنه قد جاء أن لا يمنعه. وقد قال مالك ذلك على الحض. وروى عن أبي هريرة ما روى، وإذا أذن له، فلا رجوع له.

والأظهر عندي أنها عطية يتكلف من أجلها مؤنة وعمل، كما لو وعده أن يعيره شيئاً أو يعطيه إياه من أجل أن يشتري له شيئاً.

فرع: وهل يلزم ذلك بمجرد الإذن؟ الظاهر من قول مطرف وابن الماجشون أنه إذا أذن له، فقد لزمه لما تقدم من قولهما أنه إذا أذن له، فلا رجوع له، وقالوا: إن ذلك يختلف فيما أذن مما يقع فيه العمل والاتفاق من غرز الخشب، وبناء أساس جدار، والإرفاق بماء العيون والآبار لمن ينشئ عليها غرساً، ويبتدئ عملاً مما قلعه، ورده كما كان فساداً أو ضرراً، صغرت المؤنة أو عظمت، فلا رجوع له عاش أو مات، باع أو ورث، احتاج أو استغنى، وهو كالعطية.

وما كان من ذلك لا يتكلف فيه كبير عمل ولا إنفاق، من فتح باب أو فتح طريق إلى مال الآذن أو أرضه أو إرفاق بالشفعة أو لسقى شجر قد سقيت قبل ذلك، ثم نصب ماؤها، فهذا له الرجوع إذا شاء، ويقطع ما أذن فيه، وهذا الذي قالاه في فتح الباب، وإن لم يكن إلا فتح يدخل منه، ويخرج فصحيح جار على أصلهما.

قال ابن حبيب: وقد قال أشهب وابن نافع مثل قولهما. وقال أصبغ: ذلك كله سواء عندي ما فيه عمل وإنفاق، وما ليس فيه شيء من ذلك، إذا أباحه، وأتى عليه من الزمان ما يعار مثله إلى مثل ذلك الزمان، فله منعه إلا في الغرس، فإنه لا يمنعه بعد ذلك.

فرع آخر: فإذا قلنا ليس له الرجوع فيما فيه إنفاق وعمل مع إطلاق الإذن، فإن شرط الرجوع في ذلك متى شاء، فقد قال مطرف وابن الماجشون: الشرط باطل؛ لأن هذا من شرط الضرر والتغيرير بالعامل والإذن نافذ بعد العمل، وهو قبل العمل على هذا الشرط غير نافذ.

ووجه ذلك أنه قد فات بالعمل، ولم يكن فيه عوض فيرد، وأما قبل العمل، فله أن يرجع عنه لما قرن به من الشرط الذي لا يجوز، والله أعلم وأحكم.

فرع: وما له أن يرجع عنه لعدم الإنفاق فيه مع إطلاق الإذن، فإذا قيده بأجل، فقد قال مطرف وابن الماجشون: ليس له الرجوع عنه قبل بلوغ الأجل.

ووجه ذلك أنه وهب له منفعة مقدرة بزمن، فليس له الرجوع في هبته.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك فأباح له وضع الخشب بإباحة مطلقة من غير تقييد بأجل، فقد قال مالك من رواية ابن القاسم وأشهب عنه فيمن أباح لرجل البناء في عرصته، ثم أراد منعه قبل أن يبني: فله ذلك.

٤١٢ كتاب الأفضية

وقد تقدم من قول مطرف وابن الماجشون ما ظاهره أنه ليس له إخراجته، وقد لزمه ذلك بمجرد الإذن.

وجه قول مالك أنه أذن فيما له منعه، فكان له الرجوع فيه قبل أن يتعلق حق المأذون له فيه بالعمل. أصل ذلك إذا أذن لعبده في التجارة.

وجه قول ابن الماجشون أنه إذا أذن في علم يلزمه به التمون والنفقة. أصل ذلك إذا قال: اشتر هذه الدابة، وأنا أسلفك ثمنها.

فرع: وأما إذا بنى ثم أراد إخراجته، أنه ليس له أن يخرجها إلا إن أعطاه قيمة ما أنفق. وروى الدمياطى عن ابن القاسم: ليس له أن يخرجها، وإن أعطاه ما أنفق. وقال أصبغ: ليس له أن يخرجها، وإن أعطاه قيمته قائماً. واختاره يحيى بن عمر. وقال أشهب في كتبه: له إخراجته، ويأمره بقلع بنيانه أو يعطيه قيمته منقوضاً.

وجه القول الأول أن العقد غير لازم؛ لأنه إذن في منفعة على ما تقدم، ولكنه لما تمون وأنفق، تعلق حقه بذلك، فليس له أن يخرجها إلا أن يجبر عليه ما كان إذنه سبباً لإتلافه.

وجه القول الثانى أنه عقد لازم لما اقترن بالوعد من النفقة والمؤنة.

وجه القول الثالث أنه عقد غير لازم، فللاذن أن يرجع فيه متى شاء والمعار مفرط، حيث لم يتوثق بضرب الأجل، وبهذا احتج أشهب.

فرع: وإذا قلنا له إخراجته إذا دفع إليه حقه، ففي نوادر أبى محمد، قال فى المدونة: يدفع إليه ما أنفق، قال: وقال فى موضع آخر: إذا دفع إليه قيمة ما أنفق، وهذا الذى ثبت فى كتابى فى المدونة. وقال سحنون عن المغيرة وابن كنانة: يدفع إليه قيمة بنيانه قائماً ونحوه.

قال مطرف وابن الماجشون عن مالك: وجه قوله يدفع إليه ما أنفق أن ذلك الذى يمونه لسبب إذنه، فكان عليه إذا أراد إخراجته عدم ذلك.

وجه القول الثانى أنه أتلف عليه قيمة نفقته. وأما ما زاد على ذلك تذييراً وخطأ، فلم يجده عليه إذنه.

وجه القول الثالث أن البنيان قد ملكه بتمامه بالنفقة، والتمون وهو الذى أتلفه عليه بإخراجته بعد الإذن، فعليه غرم قيمة ذلك.

كتاب الأفضية ٤١٣

فرع: فإذا قلنا ليس له إخراج به بقرب تمام بنيانه، فمتى يكون له ذلك، قال فى المدونة: إذا استكمل ما يرى الناس أنه بنى ليسكن مثل هذه المدة لطولها. وروى عنه الدمياطى: إذا مضى من المدة مقدار ما يعار إلى مثله، فالمعنيان متقاربان.

وروى مطرف وابن الماجشون عن مالك: أن كل بانٍ وغارسٍ فى أرض قوم بإذنهـم أو عليهم، فلم يمنعوه، فله قيمة ذلك قائماً كالبانى بشبهة.

وجه القول الأول أن العارية لا تقتضى تملك الرقبة، وإنما تقتضى الإرفاق بالمنافع مدة، فإن لم تكن المدة مقدرة بالأجل، رجع فى ذلك إلى العرف والعادة.

وقول مطرف وابن الماجشون مبنى على ما تقدم لهما من أنه ليس له إخراجهما بإبطال ما بناه، فعليه أن يعطيها قيمته قائماً كالبانى بشبهة.

مسألة: وأما إن ضرب لذلك أجلاً، ففي المدونة عن مالك: ليس له أن يخرجـه قبل الأجل، وقبل البناء ولا بعده. قال لأنك قد أوجبت ذلك له.

ووجه ذلك أنه عقد لزم لما تقرر بالعقد بمنزلة رجل يقول لرجل: أسلفك أو أرهـنك، ولم يقرر السلف ولا الهبة، فإنه لا يلزمه ذلك، ولو قدرها، للزمه ذلك إذا علق ذلك بعقد أو عمل فيه نفقة.

فصل: وقوله: «أن يغرز خشبه فى جداره» هكذا تقيـد فى كتابى فى رواية يحيى بن يحيى، وفى كتاب أبى الحسن الدارقطنى فى اختلاف الموطآت. وقال لى أبو عبد الله الصورى: سألت أبا محمد عبد الغنى عن ذلك، فقال لى: كل الناس يقولون خشبه على الجمع غير أبى جعفر الطحاوى، فإنه قال: خشبة على التوحيد، والمعنى متقارب، والله أعلم وأحكم.

١٤١٤ - مَالِك، عَنِ عَمْرٍو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّ الضَّحَّاكَ ابْنَ خَلِيفَةَ سَاقٍ خَلِيفًا لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تَمْنَعُنِي، وَهُوَ لَكَ مَنفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوْلًا وَآخِرًا، وَلَا يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ، عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَدَعَا عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، فَقَالَ عُمَرُ:

١٤١٤ - أخرجه الشافعى فى المسند ١٣٥/٢، والبيهقى فى معرفة السنن والآثار ١٢٢٦٤/٩، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٣٠.

لَمْ تَمْنَعْ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تَسْقَى بِهِ أَوْلَا وَآخِرًا، وَهُوَ لَا يَضُرُّكَ؟ فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا وَاللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ، وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ.

الشرح: قوله: «أن الضحاك ساق خليجاً له» وهو الماء يخرج من شق النهر، والعريض موضع أو نهر بقرب المدينة، وكان بين الخليج وأرض الضحاك أرض لمحمد ابن مسلمة، فأراد أن يمر فيه، فمنعه محمد بن مسلمة، فاحتج عليه الضحاك بأن قال له: «لم تمنعني ولك فيه منفعة تشرب منه أولاً وآخرًا ولا يضرُّك» يحتمل أن يريد الضحاك أن يمر في أرضه بهذا الشرط، وهو أن يكون له أن يشرب به متى شاء، ومثل هذا على وجه المعاوضة لا يجوز، لان مقدار شربه أولاً وآخرًا مجهول.

وقد روى ابن سحنون عن أبيه فيمن أعطى رجلاً أرض حائط له وترا به على أن يئنيه الرجل بطوبه ونفقتهن، فإذا تم الجدار حمل كل واحد منهما عليه ما شاء: أن ذلك لا يجوز، لأن الحمل ليس إلى أجل معلوم، ولا ما يحمل عليه كل واحد منهما معلوم.

ويحتمل أن يريد أن ذلك حكم ما يمر في أرضك من المياه إن كان مجرى الماء متصلاً بأرضه، فيصل في أرضه، وهو غير مملوك، وإنما كان له مجرى على غير أرض محمد، فأراد الضحاك أن يجعل مجراه على أرض محمد ليتوصل بذلك إلى سقى أرضه فيكون محمد أحق به لأنه الأعلى.

وقد قال مالك فيمن له ماء وراء أرض، وله أرض دون أرض، فأراد أن يجرى ماءه في أرض: أنه ليس له ذلك، ولم أخذ بما روى عن عمر في ذلك، ورواه عنه ابن القاسم في المجموعة. وقال عنه أشهب: كان يقال يحدث للناس أفضية بقدر ما يحدثون من الفجور.

قال مالك: وأخذ بها من يوثق به، فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك لأنك تشرب به أولاً وآخرًا، ولا يضرُّك، ولكن فسد الناس واستحقوا التهم، فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء، وقد يدعى جارك عليك به دعوى في أرضك. وقال ابن كنانة نحوه.

وروى زياد بن عبدالرحمن: أنه إن لم يضر به، فليقض عليه بمروره في أرضه، وإن أضر به، منع من ذلك.

كتاب الأفضية ٤١٥

وقال أشهب: إن كانت أرضك أحيت بعد إحياء عينه، وأرضه، كان له الممر فى أرضك، وأن يجرى ماءه فيها إلى أرضه بالقضاء، وإن كانت أرضك قبل عينه، وقيل أرضه، فليس فى أرضك ممر، إلى عينه، ولا لعينه ممر فى أرضك إلى أرضه.

فعلى هذا يحتمل فعل عمر وجهين، أحدهما: أنه على ظاهره، ولمالك فيه ثلاثة أقوال، أحدها: المخالفة له على الإطلاق، وهى رواية ابن القاسم، واختارها عيسى بن دينار، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على صحته ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يجلبن أحدكم ماشية أخيه إلا بإذنه»^(*) واللبن يتجدد ويخلفه غيره، والأرض التى يمر فيها بالساقية لا يعتاض منها.

والثانى: الموافقة له على وجه، وذلك على وجهين، أحدهما: أن مخالفة أهل زمن مالك لأهل زمن فى الحكم إنما كان لاختلاف أحوال الناس، وأن أهل زمنه قويت فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستحلّه أهل زمن عمر بن الخطاب، وأن حكم ابن الخطاب تمثل فى الأزمنة التى يعم أهلها ويغلب عليهم الصلاح والدين والتحرّج عما لا يجلب، وأن الزمن الذى يعم أهله أو يغلب عليهم استحلال أموال الناس بغير الحق لوجب أن يحكم فيهم بالمنع من ذلك، لأنه قد يطول الأمر، فيدعى صاحب الماء الممر فى أرض من قضى له بإمراره فى أرضه، فيدعى ملك رقبة الممر، ويدعى فيها حقوقاً، فيشهد له ما قضى له به، وهذا رواية أشهب، واختارها ابن كنانة.

ووجه آخر، وهو يحتمل أن تكون أرض محمد بن مسلمة إنما صارت إليه بأن أحيائها بعد أن أحيى الضحّاك بن خليفة أرضه، وملك ماءه.

والقول الثالث الأخذ بقول عمر وحمله على إطلاق لفظه، وهى رواية زياد بن عبدالرحمن الأندلسى، حكاه الشيخ أبو محمد نى نوادره.

وأصل ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار»^(*) والضرار إدخال الضرر على الجار دون منفعة لمن جوز ذلك الضرر. وأنكر الشافعى على مالك أنه روى حديث عمر بن الخطاب، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه، ولم يأخذ به، وليس كما أنكروا، فإن محمد بن مسلمة ممن خالفه فى ذلك، وخالف على منعه ذلك، ولو

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٤٣٥. مسلم حديث رقم ١٧٢٦. أبو دارد حديث رقم

٢٦٢٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٣٠٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٥٧.

(*) تقدم تفريجه فى الحديث رقم ١٤١٢.

٤١٦ كتاب الأفضية

اعتقد أنه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره.

على أننا ذكرنا وجوهاً من موافقة مالك لعمر بن الخطاب في هذا الحكم، ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسلمة، وإنما أقسم عليه لما أقسم تحكماً عليه في الرجوع إلى الأفضل، فقد يقسم الرجل على الرجل في ماله تحكماً عليه وثقة بأنه لا يحنثه فيبر يقسمه، وإن كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه إكراً له، وإيجاباً لاسيما إذا دعاه إلى أمر هو أفضل مما ذهب هو إليه في الدين والدنيا، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول عمر لابن مسلمة: «والله ليمرن به، ولو على بطنك» دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ في الأيمان؛ لأنه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد، وإن كان يمينه على معنى التحكم عليه، فإن محمد بن مسلمة لا يسمع بمثل هذا، ولا يتحكم عليه بمثله.

ويحتمل أن يريد به، ولو كنت ممن يخالف حكمي عليك بما أرى أنه الحق، وحرابت وأدت المحاربة إلى مالك، وإجرائه على بطنك لفعلت ذلك في نصرة الحكم بالحق، والأول أظهر، والله أعلم وأحكم.

١٤١٥ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ فِي حَائِطِ جَدِّهِ رَبِيعِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، فَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنْ يُحَوِّلَهُ إِلَى نَاحِيَةٍ مِنَ الْحَائِطِ هِيَ أَقْرَبُ إِلَى أَرْضِهِ، فَمَنَعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ، فَكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ ابْنَ عَوْفٍ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي ذَلِكَ، فَقَضَى لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بِتَحْوِيلِهِ.

الشرح: قوله: «كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف» قال يحيى: الربيع الساقية الظاهرة، وأراد عبد الرحمن أن يحوله عن مكانه، من الحائط إلى مكان هو أقرب إلى حائطه ليقرب تناوله، وتقل مسافته لما يحتاج من إصلاحه، فقضى عمر بذلك لعبد الرحمن لما منعه صاحب الحائط.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: ليس له ذلك، ولم يأخذ مالك بما روى في ذلك عن عمر.

١٤١٥ - أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٢٢٦٥/٩، وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٣١.

وروى عيسى في المدونة عن مالك: أنه لا يرى له تحويله، وإن لم يكن على صاحب الحائط في ذلك ضرر، إلا أن يرضى به، وبه قال أبو حنيفة. وروى زياد بن عبدالرحمن عن مالك: إن لم يضر ذلك به، فليقض عليه بذلك. قال ابن نافع: وهذا فيما يراد تحويله. وقال عيسى بن دينار: يقضى عليه بذلك، ورواه يحيى عن ابن نافع. ووجه القولين على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقد يريد صاحب الحائط تحويل ساقيته أو طريق غيره في أرضه إلى موضع هو أرفق به. وروى عن مالك في أرضين لرجل بينهما طريق، فأردت دفع الطريق إلى أرضي؛ إذ هو أرفق بي، وبأهل الطريق، فقال: ليس ذلك إلا أن يكون الشيء القريب كقدر عظم الذراع، ولا مضرة في ذلك.

وقال ابن حبيب: قال ابن القاسم: ليس لأحد أن يجري طريقاً، وإن كانت أسهل من الأولى، وإن أذن بذلك من جاوره من أهل القرى؛ لأنها طريق لعامة المسلمين فلا يأذن فيها بعضهم إلا أن تكون الطريق لقوم معينين، فيأذنون فيها. وقال ابن الماجشون: ينظر الإمام في ذلك، فإن رأى تحويلها منفعة للعامة في سهولتها وقربها، أو أقرب وأسهل، فله أن يأذن في ذلك، وإن رأى في ذلك ضرراً على أحد منع منه، وإن حولها بغير إذن الإمام، نظر فيه، فإن رأى ذلك صواباً، أمضاه وإلا رده.

* * *

القضاء في قسم الأموال

١٤١٦ - عَنْ مَالِكٍ، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدِّيَلِيِّ أَنَّهُ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أُدْرِكَهَا الْإِسْلَامُ، وَلَمْ تُقَسَمْ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْإِسْلَامِ».

الشرح: قوله: «أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية» يحتمل أن يريد به نفذت

١٤١٦ - أخرجه البيهقي بالكبرى ١٢٢/٩، عن ثور بن زيد الديلي عن ابن عباس بلفظه. قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٣٥/٨: هكذا هذا الحديث في الموطأ لم يتجاوز به ثور بن زيد أنه بلغه عند جماعة رواة الموطأ والله أعلم. ورواه إبراهيم بن طهمان، عن مالك، عن ابن ثور بن زيد، عن عكرمة، عن ابن عباس تفرد به، عن مالك بهذا الإسناد، وهو ثقة. وقد روى هذا الحديث مسنداً من حديث ابن عباس، عن النبي ﷺ رواه محمد بن مسلم الطائفي، عن عمرو بن دينار، عن أبي الشعثاء، عن ابن عباس. ورواه ابن عيينة، عن عمرو، عن النبي ﷺ مراسلاً.

٤١٨ كتاب الأفضية

قسمتها فى الجاهلية، وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من أصحابنا، ويحتمل أن يريد بها استحققت سهامها فى الجاهلية بأن مات ميت، فورثه ورثته قبل أن يسلموا، فصار استحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بها، يريد ﷺ ترك الرد لما سلف من عقودهم فى جاهليتهم، وإمضائها على ما وقعت عليه، ولذلك لا يرد شىء من بيوعهم ولا أنكحتهم، وإن كانت فاسدة بل يصحح الإسلام الملك الواقع بها.

فصل: وقوله: «وأما دار أو أرض أدركها الإسلام، ولم تقسم، فهى على قسم الإسلام» يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين، والظاهر منه، والله أعلم، أن ما كان من مال أهل الجاهلية مشتركاً، فدخل عليهم الإسلام، ولم تقسم، فهى على حكم الإسلام، دون ما كانوا يعتقرونه، ويقتسمون عليه فى جاهليتهم مثل أن يرثوا داراً فى الجاهلية، فلا يقتسمونها حتى يدخل على جميعهم الإسلام، فإنهم يقتسمونها على موارث الإسلام.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: أن ذلك فى المجوس والفرس والفرازية وكل من ليس له كتاب. فأما اليهود والنصارى، فإن أسلموا بعد أن ورثوا داراً، فإنهم يقتسمونها على مقتضى شرعهم يوم ورثوها.

وروى مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن نافع عن مالك: أن ذلك فى الكفار كلهم، أهل كتاب كانوا أو غير أهل كتاب، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه الرواية الأولى أن أهل الكتاب قد كانت شريعتهم أحكامها ثابتة مشروعة، وإن كنا لا ندرى ما غيروا منها وقد طرأ عليها النسخ، ولذلك كانت أحكام نسائهم فى جواز نكاح المسلمين لهم غير أحكام نساء من ليس من أهل الكتاب، ولذلك جاز لنا أكل ذبائحهم دون ذبائح غيرهم، والموارث إنما يراعى استحقاقها يوم التوارث لا يوم القسمة، ألا ترى أن النصرانى إذا أسلم ثم مات لم يرثه أحد من ورثته، وإن أسلموا بعد ذلك؛ لأنهم غير ورثته يوم وفاته، وهو يوم انتقال المال.

وتناول الحديث على أن لفظه عام، وقد خص بما ذكرناه، وأنه أريد به من ليس من أهل الكتاب، ولذلك ذكر الجاهلية، وإنما ينطلق ظاهرها على مشركى قريش، ونحمله أيضاً على ما قدمناه من أنه أدرك الإسلام قسمتها بالاستحقاق دون ضرب الحدود، وتمييز مواضع الحقوق.

ووجه الراوية الثانية التعلق بعموم الخبر، ولم يخص أهل كتاب من غيرهم.
 فرع: وهذا إذا أسلم جميعهم، فإن أسلم بعضهم، فقد اتفق مالك وجميع أصحابه
 على أنه إن أسلم جميعهم إلا واحد منهم، فإن القسمة تكون على أصل حظوظهم،
 ورواه ابن مزين عن ابن نافع.

وقال بعض شيوخنا: إن حكم الإسلام يغلب على حكم الكفر إلا في هذه المسألة،
 وفي هذا القول نظر لأنهما يوم القسمة كانا كافرين، ولولا أن الفقهاء اتفقوا على حمل
 الحديث على هذا الوجه لساغ أن يقول قائل: إنه لا يقسم إلا على مقتضى شرعهم،
 وإن أسلم جميعهم، ويحمل الحديث على أن معنى قوله: «على قسم الإسلام» على صفته
 من الصحة وسلامته مما يفسد البيوع عند من جعلها بيعاً وسلامته مما يفسد القسمة عند
 من جعلها تمييز حق، وأن تكون مقادير سهامهم واستحقاقهم لها على ما أوجبه شرعهم
 يوم التوارث، وإنما عدلنا عن هذا الوجه مع احتمال اللفظ له، بل مع كونه الأظهر من
 اللفظ لاتفاق علماء العصر على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

فصل: واختلف العلماء في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حق، ولأصحابنا
 مسائل تقتضى كلا القولين، ونحن ننبه عليها عند ذكرها إن شاء الله تعالى. وقد قال
 مالك في المدونة: إن القسمة بيع من البيوع.

ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما
 صار إليه؛ لأنه ملك حصّة صاحبه من الجزء الذي صار إليه بحصته من الجزء الذي أخذته
 صاحبه، وهذه معاوضة ومبايعة محضة.

ووجه قولنا إنها تمييز حق، أنه غير موقوف على اختيار المتقاسمين، بل قد يجوز فيه
 المخاطرة بالقرعة، وذلك ينافى البيع، فثبت أنها تمييز حق.

وقد روى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة: في ثلاثة إخوة ورثوا ثلاثة أعبد،
 فاقتسموهم، فأخذ كل واحد عبداً، فمات عبد أحدهم، واعترف عبد الآخر، فمن مات
 بيده العبد لا يرجع بشيء، ولا يرجع عليه بشيء، ويرجع الذي استحق في يده العبد
 على أخيه الذي بقي عنده العبد، فيكون له ثلثه، وللذي هو بيده ثلثاه.

قال أشهب في المجموعة: فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من يستحق من يديه العبد
 على أخيه الذي مات عنده العبد بثلث قيمته، ولكن ليس كالبيع، فقد قال سحنون:
 القسم ليس كالبيع.

٤٢٠ كتاب الأفضية

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال القاضي أبو محمد: إن القسمة فى الأصل على ثلاثة أوجه، قسمة مهياة، وهى أن يتهايا الشريكان، فيأخذ هذا داراً يسكنها، وهذا داراً يسكنها، وهذا أرضاً يزرعها، وهذا أرضاً يزرعها، فيحوز ذلك بالتراضى، وليست بواجبة يجبر عليها من أباه، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع، وقسمة الرقاب قسمة بيع، يأخذ أحد الشريكين داراً على أن يأخذ الآخر داراً أخرى، فهذه قسمة جائزة لأنها بيع، ومحصولها إن باع أحدهما حصته من إحدى الدارين بحصة شريكه من الدار الأخرى، وهو الوجه الثانى.

والوجه الثالث قسمة قيمة وتعديل، وذلك إذا كانت الداران مختلفتى البناء والبستان المختلف الغراس تختلف قيمة كل شىء منه من نخل وشجر، فإنها تعدل بالقيمة، ويضرب عليها بالسهم.

وهذا الذى قاله كله فيه نظر، وذلك أن الذى ذكره شيوخنا المغاربة أن القسمة على ثلاثة أضرب، قسمة قرعة بعد تعديل، وهى التى يجبر عليها من أبى القسمة فيما ينقسم، وقسمة مراضاة، ومهياة بعد تقويم وتعديل، وقسمة مراضاة من غير تقويم ولا تعديل، ولكل واحد من هذه الأضرب أحكام يختص بها.

فرع: فأما قسمة القرعة، فإنها تصح فى المتماثل أو المتجانس، وسيأتى ذكر ذلك وشرحه بعد هذا، ولا يصح أن يجمع فيها أيضاً الثمن لغير علة بل يقدر نصيب كل إنسان، قاله مالك فى المدونة.

وروجه ذلك أنها على نهاية المشاحة واستقصاء الحقوق واختيار أحدهما أن يكون سهمه إلى جانب سهم آخر معين ينافى استقصاء الحقوق.

مسألة: وصفة ذلك أن يقسم العرصة، وتحقق على أقل سهام الفريضة، فما كان متساوياً قسم بالذرع، وما اختلف أجزاءه قسم بالقيمة، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبع، وقال: هو قول جميع أصحابنا.

قال القاضي أبو محمد: فرمما كان الحد الواحد من أحد طرفى العرصة يعدل حد شق من ناحية أخرى.

وحكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر: يقوم القاسم كل شجرة إن كان ممن يعرف ذلك، وإلا سأل أهل المعرفة بالقيمة، ومن يجس حمل كل شجرة، فرب شجرة لها منظر ولا فائدة لها، وأخرى يكثر حملها، ولا منظر لها، وإذا قوم ذلك كله، جمع

كتاب الأفضية ٤٢١
القيمة، فقسمها على قدر السهام، ثم يكتب أسماء الشركاء فى رقاع، ويجعل فى طين
أو شمع، ثم يرمى كل بندقة فى حقة، فمن حصل اسمه فى جهة أخذ حقه متصلاً فى
تلك الجهة.

وقيل تكتب الجهات، ثم يخرج أول بندقة من الأسماء، وأول بندقة من الجهات،
فيعطى من خرج اسمه نصيبه فى تلك الجهة، فهذا الذى ذكره القاضى أبو محمد، وهو
قريب مما يقتضيه قول مالك، والأظهر من قول مالك أن تكتب الأسماء فى رقاع، وإن
اختلفت السهام مثل أن يكون أخوان وأخت.

قال ابن الماجشون: فهذه تقسم الأرض على خمسة أسهم، وتضرب بثلاثة أسهم،
يريد يكتب اسم كل واحد فى رقعة، وهم ثلاثة. قال: وقيل يضرب بخمسة أسهم، يريد
ويكتب اسم كل واحد منهما فى رقتين، واسم البنت فى رقعة. قال: والأول أصوب.
قال الشيخ أبو محمد: يريد لأن الضرب إنما يخرجك إلى ثلاثة أسهم، والضرب بها يكون
ضربين لا أكثر.

قال: ويستر، ثم يتفق على أن يبدأ بالأخذ منها بأى جهة من الجهات، فإن اختلفوا
أقرع على أى الجهات يبدأ بالأخذ منها، فأى جهة خرجت عمل على البداءة بها، ثم
يؤخر رقعة من تلك الرقاع، فمن وجد فيها اسمه أعطى أول نصيب من تلك الجهة
بقدر سهمه، فقد استوفى حقه، وإن كان أقل من حقه أضيف إليه حقه، ولا سبيل
لأحد أن يأخذ شيئاً متصلاً بالسهم الأول حتى يستوفى هذا حقه لئلا تدخل عليه مضرة
تفريق حصته.

فإذا استوفى حقه هذا تميز حقه، وبقي باقى الأرض بين باقى الأشرار، فيعمل لهم
فى باقى الأرض مثل ذلك حتى يتميز حق كل ذى حق منهم، وهذا معنى ما فى المدونة
من قول مالك، وابن القاسم.

وقال محمد بن عبدالحكم: وقد قيل إن صاحب السدس لا يكون إلا فى أحد
الطرفين، والأول أحب إلى.

قال الشيخ أبو محمد: إنما هذا إذا كانت القسمة بين ابن وزوجة، وهذا الذى أنكره
أبو محمد، وقد يكون مع الجماعة أيضاً إذا كانوا أهل سهم كالعصبة، فقد قال مالك فى
المجموعة فى قسم الأرض بين الزوجة والعصبة: يضرب لها فى أحد الطرفين.

قال ابن القاسم: كان العصبة واحداً أو جماعة. قال ابن حبيب: لأن العصبة كأهل

٤٢٢ كتاب الأفضية

سهم واحد. وقال المغيرة فى الزوجة مع العصابة: إنها تعطى حقها، حيث خرج فى طرف أو غيره.

قال ابن الماجشون: وبهذا أقول، فتبين بهذا أن الاختلاف الذى أنكره الشيخ أبو محمد هو اختلاف من قول أصحابنا، حيث يتصور الخلاف، فإن الموضع الذى فسره به لا يتصور فيه الخلاف.

وإنما ثبت الخلاف بما ذكرناه لاختلاف أصحابنا فى العصابة، هل هم أهل سهم أم ليسوا أهل سهم، وقد ذكرته فى الشفعة، فمن جعلهم أهل سهم، جمع سهامهم فى القرعة، وأفرد عنهم من ليس منهم، ومن لم يجعلهم أهل سهم لم يجعل سهامهم إلا بحسب ما تجمعه القرعة أو تفرقه، والله أعلم وأحكم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن هذه القسمة إن ثبت فيها بعد هذا غبن فى قيمة أو ذرع، كان لمن وجدت فى حصته المطالبة بها؛ لأنه دخل على قيمة مقدرة أو ذرع مقدر، فإن وجد فى ذلك نقصاً كان له الرجوع به.

فصل: وأما قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل، فهو أن يعدل الأرض بقدر السهام على اختلافها من كان له نصف، ميز له النصف، ومن كان له ثلث، ميز له الثلث، ومن له السدس، ميز له السدس، وإن كانت الأرض متساوية فبالذرع.

وإن كانت مختلفة، فبالتقويم أو بهما، ثم يتراضون على ما خرج لكل واحد منهم، ويرون أنهم قد تساوا، وسواء كان ذلك فى جنس واحد أو أجناس مختلفة متباينة، فإن ذلك كله جائز، وهذه القسمة أيضاً متى ظهر فيها على غبن فى ذرع أو قيمة كان للمغبون المطالبة بذلك لما قدمناه.

فصل: وأما قسمة المراضاة بغير تقويم، ولا تعديل، فهو أن يتراضى الشركاء على أن يأخذ كل واحد منهم ما عين له، ويتراضوا به من غير تقويم، ولا تعديل، فهذه القسمة أيضاً تجوز فى المختلف من الأجناس، ولا قيام فيها لمغبون؛ لأنه لم يأخذ ما صار إليه على أنه على قيمة مقدرة ولا ذرع مقدر ولا على أنه مماثل لجميع ما كان له، وإنما أخذه بعينه على أن يخرج بذلك عن جميع حقه، سواء كان أقل منه أو أكثر، فالضربان الأولان من القسمة أقرب إلى تميز الحق، وهذا الضرب أقرب إلى أنه بيع من البيوع، والله أعلم وأحكم.

مسألة: أجرة القسام على عدد الرءوس عند مالك. وقال أصبغ: على قدر الأنصباء، وبه قال الشافعى.

كتاب الأفضية ٤٢٣

وجه القول الأول أن اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم، بل بما أثر قليل الأنصباء زيادة في العمل، وذلك أنه لو كان لثلاثة أشراك أرض، لأحدهم نصفها، وللآخر ثلاثة أثمانها، وللثالث ثمنها، لأثر الثمن لصغره زيادة في العمل، ولاحتجاج بسببه أن يقسم الأرض كلها أثماناً، ولو انقسمت على النصف بأن تكون لاثنين، لكل واحد منهما نصفها، لكان العمل والقسمة فيها أقل.

فإذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل ما لا يؤثره كبيره، بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير، ولم يؤثر إلا عملاً يسيراً أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير، وقد أثر عملاً، فوجب إطراح ذلك والاعتبار بعدد الرؤوس.

ووجه القول الثاني أن العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر لأنه يقسم أثماناً أربعة، وصاحب الثمن لا يقسم له إلا جزء واحد، وكذلك الجزء الكبير يحتاج من العمل والذرع إلى أكثر مما يحتاج إليه الجزء الصغير، وبحسب ذلك يجب أن تكون الأجرة، لأنها عوض عن العمل.

وقول أصبغ أظهر لاسيما إذا كانت القسمة بالقرعة والسهام، وأما إذا كانت قسمة مرضاة دون تقويم ولا تعديل، فالعمل متقارب، فهي إلى أن يكون إلى عدد الرؤوس أقرب، والله أعلم وأحكم.

ولو طلب جميعهم القسمة إلا واحد منهم أبي ذلك، أجبر عليها، فقد قال مالك: على الآبي والطالب أجرة القسام على السواء.

مسألة: وإذا شهد القاسم في القسمة، فقد قال مالك: لا تجوز شهادة القاسم. قال ابن سحنون، عن أبيه: سواء قسم بأمر قاض أو بغير أمره؛ لأنه شهد على فعل نفسه.

وقال ابن الماجشون: إن كان القاضى أمره بالقسمة، وأنفذه فيها فشهادته وحده في ذلك جائزة، إذا ذكر القاضى اليوم أنه أمره بذلك، وكذلك العامل والمحلف والكتاب والناظر إلى العيب، وكل ما لا يباشره القاضى. قال ابن حبيب: وإن لم يكن هذا القاضى هو أمر القاسم، وإنما أمره من قد درج من الحكام أو قوم تراضوا به في القسمة، فلا تجوز في ذلك شهادة القاسم أصلاً، ولا بد من شهادة اثنين سواه، وكذلك من تقدم ذكره.

قال ابن الماجشون: لأن فعل المأمور في ذلك كفعل الأمر مرتزقاً أو غير مرتزق. وقال ابن حبيب: هو تفسير قول مالك.

٤٢٤ كتاب الأفضية

قال ابن حبيب: وليس بمعنى الشهادة، بل هو بمعنى المعونة، وهذا الذى قاله ابن حبيب فيه نظر؛ لأن القسمة تصح من غير القاضى، وإنما يستتبع القاضى فيما يختص به من الأحكام كالأعذار إلى من شهد عليه عنده ونحوه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وعاد الكلام إلى ما قاله القاضى أبو محمد، فأول قوله أن أحد أنواع القسمة المهايأة، وهو أن يسكن أحد الشريكين داراً، والآخر داراً أخرى أو يزرع أحدهما أرضاً، ويزرع الآخر أرضاً أخرى، وهذا غير داخل فيما ذكرناه من قسمة الرقاب، وإنما هو من قسمة المنافع، وقد ذكر قسمة الرقاب على ثلاثة أضرب، فأما قسمة المنافع، فإنها على ضربين، أحدهما: أن يتهايا بالأزمان. والثانى: أن يتهايا بالأعيان.

فأما التهايو بالأزمان، فعلى ضربين، أحدهما: أن يقولوا يستخدم أحدنا العبد يوماً، ويستخدمه الآخر يوماً، ويزرع أحدنا الأرض عاماً، ويزرعها الآخر عاماً، والضرب الثانى أن يقول: لك غلته يوم، ولى غلته يوم آخر، فأما التهايو على أن تكون غلته يوماً لأحدهما، ويوماً لأحدهما، ويوماً للآخر، ففى كتاب محمد: لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد، وإن كان ذلك يوماً واحداً.

قال محمد: وقد سهل مالك فى اليوم الواحد، وكرهه فى أكثر منه، وأجازته فى الخدمة، فوجه المنع ما فيه من المخاطرة لجواز أن تكون غلته فى يوم أحدهما أكثر منها فى يوم الآخر، مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل.

ووجه الإباحة أن الغرر فى ذلك قليل لقصر المدة، وتقاربها، وتساوى غلتها فى ذلك فى غالب الحال، ويحتمل أن تكون رواية المنع مبنية على أن القسمة بيع ورواية الإباحة على أنها تمييز حق.

مسألة: وأما فى الخدمة، وهو قوله: يخدمنى اليوم، ويخدمك غداً، فاتفقوا على تجويزه فى الأيام اليسيرة. فقال ابن المواز: إنما يجوز فى مثل خمسة أيام، فأقل. وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يجوز فى الشهر. قال ابن القاسم: وأكثر من الشهر قليلاً.

فرق: والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة لكل واحد منهما أن يستعمله فى مثل ما يستعمله فيه الآخر فى مدته، وذلك أنه أمر معلوم يمكن كل واحد منهما استيفاؤه.

وأما الغلة فمجهولة، وقد يتعذر على أحدهما استيفاء مثل ما استوفاه صاحبه، فإذا طالت المدة كثرت المخاطرة.

كتاب الأفضية ٤٢٥

مسألة: وأما الدور والأرضون، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: إن التهايؤ يجوز فيها السنين المعلومة، والأجل البعيد ككراثها.

ووجه ذلك أنها مأمونة إلا أنه إن كان التهايؤ فى أرض المزارعة، فلا يجوز عندى إلا أن تكون مأمونة.

فصل: فأما التهايؤ بالأعيان، فأن يستخدم هذا عبدا، ويستخدم هذا آحر، ويزرع هذا أرضاً، ويزرع صاحبه أخرى، ففى المجموعة عن ابن القاسم: يجوز هذا فى سكنى الدور وزراعة الأرضين، ولا يجوز فى الغلة والكراء. ووجه ذلك ما قدمناه.

فصل: وقوله: «لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع» أيضاً فيه نظر؛ لأنه ليس له أن يقول ذلك بغير دليل إلا ولغيره أن يعكس عليه القضية بغير دليل، وإذ قد أخرجته قسمته إلى أن جعل قسمة المراضاة قسمة بيع، وكانت قسمة المنافع مراضاة كان يلزمه مثل ذلك فيها، والله أعلم وأحكم.

فصل: وتضمن قوله إسقاط قسمة المراضاة بالتقويم والتعديل، وإنما ذكر التقويم فى قسمة القرعة وقسمة المراضاة على التقويم والتعديل قسمة جائزة، وأكثر ما يقسم به الناس، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «ولست قسمة المهياة فى المنافع واجبة، يجبر عليها من أباه» قول فيه نظر، فإن قسمة الرقاب بالمراضاة لا يجبر عليها أيضاً أحد، وإنما يجبر على قسمة القرعة خاصة إذا وجبت، وقد أشار مطرف وابن الماجشون فى الواضحة إلى أنها لا تثبت فى حق الصغار، فقالوا: إن كانت الأرض مستوية فى كرمها أو لؤمها، قسمت بالقيمة.

وإن تراضوا، وهم أكابر على قسمتها بالتحرى والمراضاة على السواء، أو التفاضل على غير قيس ولا قيمة، فذلك جائز، قاله أصبغ، فشرطوا فى جواز هذه القسمة كون المتقاسمين أكابر.

وقد صرح بعض المتأخرين من أهل بلدنا أنه لا يجوز على الأصاغر إلا قسمة القرعة، وهو الذى يقتضيه النظر إلا أن يكون فى قسمة المراضاة، وجه بين من المصلحة للأيتام، فذلك جائز كالبيع عليهم، والله أعلم وأحكم.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ هَلَكَ وَتَرَكَ أَمْوَالًا بِالْعَالِيَةِ وَالسَّافِلَةِ: إِنَّ

الْبُعْلَ لَا يُقْسَمُ مَعَ النَّضْحِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى أَهْلُهُ بِذَلِكَ، وَإِنَّ الْبُعْلَ يُقْسَمُ مَعَ الْعَيْنِ إِذَا كَانَ يُشْبِهُهَا، وَإِنَّ الْأَمْوَالَ إِذَا كَانَتْ بِأَرْضٍ وَاحِدَةٍ الَّتِي بَيْنَهُمَا مُتَقَارِبٌ فَإِنَّهُ يُقَامُ كُلُّ مَالٍ مِنْهَا، ثُمَّ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ، وَالْمَسَاكِينُ وَالِدُّورُ بِهِذِهِ الْمَنْزِلَةَ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من ترك أموالاً بالعالية والسافلة، وهما جهتان بالمدينة، وأشار بالأموال إلى الأرضين، وما فيها من الشجر، وإن كان اسم المال واقعاً على كل ما يتمول من حيوان وعروض وعين وغير ذلك، إلا أن عرف أهل المدينة كان في ذلك الزمان إطلاق اسم الأموال على الأرض، وما فيها من النخيل والأعنان.

وقال: إن البعل لا يقسم من النضح، وقد تقدم ذكر البعل والنضح في كتاب الزكاة، فجعل النضح والبعل جنسين لا يجتمعان في القسمة، يريد قسمة القرعة التي تكون بالجبر، ولا خلاف في ذلك، ولذلك قال مالك: إلا أن يرضى أهله بذلك، وهذا اللفظ يحتمل وجهين، أحدهما: إلا برضا أهلها بذلك، فيقسم بينهما بالقرعة، وإنما ينفي مالك في موطنه القسمة على هذا التأويل، إذا أبى ذلك أحدهما، وبثبت الجواز إذا اتفقا على المراضاة بذلك.

وفي المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في زيتونة ونخلة بين رجلين: لا يقسمانها بينهما إلا أن يتراضيا، ويعتدلا في القسم، يريد بالقيمة.

قال سحنون: ترك ابن القاسم قوله، وهو لا يجمع بين صنفين مختلفين، وإن تراضيا فقولهما إلا أن يعتدلا بالقيمة، دليل على أنه أراد القسمة بالقرعة؛ لأنه لا خلاف أن لهما أن يأخذ أحدهما النخلة، والآخر الزيتونة من غير قرعة، وهذا تصريح بتجويز جمع المختلفين في قسم القرعة إذا تراضى بذلك المتقاسمان، وإنما يمنع منه إذا أباه أحدهما. وذكر سحنون عن ابن القاسم، أن قوله المعروف أنه لا يجوز ذلك، وإن تراضيا.

وقال ابن عبدوس عن أشهب: إن الشركاء إذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين جاز،

(١) اختلف فقهاء الأمصار في قسمة الأرضين، والدور على ما أصف لك: فمذهب مالك ما ذكره ابن القاسم وغيره أنه قال: إذا كانت الدور متقاربة، والغرض فيها متقاربا قسمت قسما واحداً، وإن افرقت البقاع، واختلفت الأغراض قسمت كما دار على حدة، وكذلك الأرضون والقرى، وقال الشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابهما: تقسم كل دار، وكل ضيعة على حدة، ولا يقسم بعضها على بعض، وحجتهم أن كل بقعة ودار تعتبر بها على نفسها، لا تتعلق الشفعة دون غيرها. انتهى باختصار وانظر هذه المسألة في الاستذكار برقم ١٤٣٣.

كتاب الأفضية ٤٢٧

وخالف فيه أصحابنا فعلى قول أشهب، ومن وافقه يكون معنى قوله إلا أن يرضى أهله بذلك، يريد أنه إن رضى أهله بذلك جازت فيه قسمة القرعة، وعلى قول ابن القاسم المشهور يكون معناه إلا أن يرضى أهله بذلك، أنه لا تجوز هذه القسمة بالقرعة إلا أن يرضى أهله بذلك، فيقتسمونه مرضاة دون قرعة.

مسألة: ومنع فى قوله أن يجمع بين البعل والنضح وجوز أن يقسم البعل مع العين، يريد ما يسقى بالعين من غير نضح، وهو السيح، لأنهما مما يزكى بالعشر والنضح مخالف لهما فى ذلك، فإنه مما يزكى بنصف العشر.

وقد روى فى المجموعة ابن وهب عن مالك نحوه، وكذلك قال: إنه يجمع فى القسم الأموال التى بأرض واحدة يريد أن تكون متقاربة الأماكن دون ما تباعد منها.

قال: «والمساكن والدور بهذه المنزلة» يريد أنه يراعى فيها تقارب الأماكن، وتفسير ذلك أن كل ما يقسم على ضربين أصل ثابت كالأرضين والدور والحمامات والأرحى والأشجار على اختلاف أنواعها، وما ليس له أصل ثابت كالحيوان والثياب والعروض على اختلاف أنواعها.

فأما الأصول الثابتة، فإذا كانت كثيرة ذات أنواع، وكان كل نوع منها يمتثل القسمة، فأراد بعض الشركاء أن يجمع له حصته من جميعها فى موضع واحد، وأراد بعضهم أن يعطى حصته من كل موضع، فإن مذهب مالك أن يجمع نصيب كل واحد من الشركاء فى موضع منها بشروط تفسيرها بعد هذا، إن شاء الله.

وقال أبو حنيفة والشافعى: يقسم لكل إنسان نصيبه من كل دار أو من كل أرض.

والدليل على ما نقوله أن القسمة على العدد مع اتفاق المنافع، والأماكن أعود بالمنفعة وأبعد من المضرة، لأنه إذا قسم كل دار، وكل أرض قلت قيمتها، وفسد كثير من منافعها، ولذلك أثبتت الشفعة فى الأملاك، وذلك مما ينمى قيمتها، ومن الأمر البين من حصلت له دار بكمالها أفضل من أن يحصل له من أربع دور من كل دار ربعها، فكان ما قلناه أولى.

فصل: وهذا الذى ذكره القاضى أبو محمد وأكثر أصحابنا على الإطلاق. وقال ابن عبدوس، عن أشهب فى أمرجة بين قوم أراد بعضهم أن يعطى حقه من كل أرض، وقال بعضهم: يجمع لى نصيبى: إن كانت فى نمط واحد، وبعضها أكرم من بعض جمع لمن طلب الجمع حصته فى مكان، وإن زاد حظه على أرض واحدة أخذ من أخرى تمام

٤٢٨ كتاب الأقضية

حقه، فإذا استوفيت أنصباء الذين أرادوا الجمع، قسم للذين أرادوا التفريق على ما تراضوا به. قال ابن عبدوس: تجعل سهام الذين يريدون التفريق بينهما واحداً، وسهام الذين يريدون الجمع بينهما ثم يقرع.

فإن خرج سهم من يريد التفرقة جمع إليه باقى حقوقهم، وصار كحق رجل واحد، وحيثما خرج منهم أحد ممن يريد الجمع أخذه، ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة كل أرض على حدتها. وقال أشهب: وإن تباعدت الأرض ليست فى غمط قسم الذين أرادوا التفرقة أنصباءهم فى كل أرض، ثم يقسم الذين أرادوا الجمع على ما تراضوا عليه من الجمع. قال ابن عبدوس: يجعل سهم من أراد الجمع هاهنا بينهما شيئاً واحداً، يسهم لهم فى كل أرض ويجمع سهامهم فيها، وأعطى من أراد التفرقة نصيبه من كل أرض حيث وقع.

قال ابن عبدوس: وليس هذا أصل مالك وأصحابه لأنه لا يجمع عندهم حظ اثنين فى القسم، وهذا أيضاً على ما ذهب إليه أشهب أن الشركاء إذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين بالقرعة جاز ذلك، وخالف فيه أصحابه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمرعى فيما يلزم به الجمع شرطان، أحدهما: تقارب المنافع وتجانسها. والثانى تقارب المواضع، فإن انخرم من هذين الشرطين أحدهما، لم يلزم الجمع.

وفى العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فى الأرضين إذا تقاربت، وبعضها بعين وبعضها بنضح، لم تجمع، وإن تباعدت، وكانت كلها تسقى بعين أو بنضح لم تجمع، وإن تقارب سقيها كلها بنضح أو بعين، جمعت.

فرع: إذا ثبت مراعاة هذين الشرطين، فقد قال فى الأصل: إن البعل يقسم مع العين، وهو المشهور من المذهب.

وروى أشهب وابن وهب عن مالك فى المجموعة: لا يقسم مع السقى، وإن تقاربت الحوائط. وقال ابن حبيب: لا يضم ما يسقى بعين أو بنضح مع البعل فى القسم ولا النضح مع السقى لاختلاف المون.

مسألة: وأما الأرض الكريمة واللثيمة، فقد قال ابن الماجشون فى المجموعة: إذا تدانت الأرض فى كرمها، واشتبهت الحوائط جمعت فى القسم إن تقاربت مواضعها. وقال ابن القاسم فى المدونة: إن اختلفت العيون فى سقيها الأرض، واختلفت الأرض فى كرمها، قسمت كل أرض مع عيونها على حدة.

قال سحنون أيضاً فى المجموعة: وأما الأرضون فى غمط، فتجمع، وإن تقاربت فى الكرم. قال سحنون وابن القاسم: لا يجمعها. وقال عيسى: إن كانت الأرض الكريمة تحتل القسم والأرض اللثيمة تحتل القسم، قسمت الكريمة على حدة واللثيمة على حدة.

وجه رواية المنع أن اختلاف المنافع فى الجنس الواحد وتباينها، يقتضى اختلافها فى الجنس كرقيق الثياب وغلظها فى البيع إلى أجل.

وقول ابن القاسم فى الدور خلاف قوله فى الثياب، ولعله قد قال فى المسألة بقولين والله أعلم وأحكم.

وجه الجواز أن المراعى فى القسم جنس المنافع دون تفاضلها، ولذلك تجمع ثياب الحرير غلظها ورقيقها مع الفراء، وثياب الكتان غلظها ورقيقها، ويشبه أن تكون رواية المنع مطردة على قول أشهب فى الثياب، ورواية الإجازة على قول ابن القاسم.

مسألة: وأما الأشجار، فقد روى أشهب عن مالك فى الحائطين المتقاربين المشتبهين فى السقى، أحدهما عجوة، والآخر صيححاني، يجمعان فى القسم، ولم يراع فيه جودة الثمر، ولا رداءته، لأنه أمر غير موجود حين القسم، ولا ثابت، فإنما يلزمه أن يراعى جودة الشجر فى أنفسها، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

وقد قال مالك فى النخل تختلف ألوانه فى الحائط كالبرنى والصيححاني واللون والجعرور: إنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه فى موضع من الحائط، ولا يلتفت إلى ما صار لكل واحد منهم من أنواع الثمر، وهذا فى الجنس الواحد لتقارب منافعه.

وأما الأجناس المختلفة، ففى المجموعة عن ابن القاسم فى شجر تفاح ورمان وخوخ وأترنج وغيرها من الفواكه مختلطة فى جنان واحد: يجمع ذلك كله فى القسم بالقيمة والسهم.

قال سحنون: هو استحسان الرفق باجتماع السهم، وأنا أكره أن يقسم هذا قسمة واحدة. وزاد فى المدونة بأثر هذا، قال فى الفواكه: فإن كل شئ من ذلك على حدة يحتل قسم كل جنان على حدة قسم، فعلى هذا القول لابن القاسم، وما تقدم له قبل أن يقسم على ثلاثة أضرب، يجمع بينه فى القسم، وإن كان كل نوع منه يحتل القسم بانفراده كالنخل منها البرنى والصيححاني وسائر أنواع الثمر. وضرب يجمع بينه

٤٣٠ كتاب الأفضية

إذا لم يحتمل أنواعه فى القسمة، ولا يجمع بينه إذا حملته كالفواكه والجيد مع الردىء.
وهذا القسم الأول هو الذى قال فيه سحنون لما أورده مطلقاً من هذا التقييد أنه
استحسان، وهو مطرد على قول ابن القاسم فى جمعه غليظ الثياب ورقيقها والفراء مع
القمص. وضرب لا يجمع بينه بوجه كالحلى مع الثياب والبعل مع النضح.

وأما تفاضل الأشجار فى أنفسها، فقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر:
إن كان بعضها أقل من بعض والأرض بعضها أكرم من بعض، جمعت فى القسم إلا أن
يأتى من ذلك أمر يتباين. وقال ابن حبيب مثله.

مسألة: وأما الدور، فإنما تتفاضل بالبنيان أو برغبة الناس فى المواضع والزهد فيها.
فأما البنيان، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: إن كانت إحدى الدارين قاعة لم يجمعها
فى القسمة.

وإن كان بناء إحدى الدارين أجد من بناء الأخرى جمع فى القسم، إذا كانت فى
نمط واحد، وهو قول عبدالمملك بن الماحشون فى المجموعة: إذا اشتبهت الدور فى
بنائها، وتقاربت جمع فى القسم، فيجىء من مجموع قولهما مراعاة فصلين، أحدهما
إن كانت إحدى الدارين عارية من البنيان أو خربة فى حكم العارية لم تجمع مع المبنية.
والفصل الثانى: أن يكون بنياتها متبايناً.

فيقتضى قول ابن الماحشون على ما عهد من مقاصده أنهما لا يجمعان، وهو عندى
طرد قول أشهب فى أن ما كان من الثياب فى البيع جنسان مختلفان أنه لا يجمع فى
القسم، وما كان فى البيع جنساً واحداً، فإنه يجمع فى القسم.

وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر والأرض: تجمع فى القسم وبعضها
أفضل من بعض إلا أن تتباين، فيجب على قوله أن يجمع المتفاضل فى البنيان فى القسم
إلا أن يتباين فلا يجمع، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما الأماكن، فقد قال أشهب فى المجموعة: إذا كانت الدار فى نمط واحد،
جمعت فى القسم، وإن كان بعضها أعمر من بعض كالأرضين فى نمط واحد، وبعضها
أكرم من بعض. قال سحنون: وليست الدور كالأرضين، فقد تكون الدور فى نمط
ونفاقها مختلف، ومن دارى إلى الجامع نمط واحد، وهو متباين الاختلاف، فثبت
الاختلاف.

وذلك أن النمط يستعمل كثيراً بمعنى التقارب فى الصفة، فيقال هذه الثياب نمط واحد، وهؤلاء القوم من نمط. بمعنى التقارب فى الصفات والأحوال، إلا أنه لا يصلح أن يريد أنه فى هذا الموضوع للتقارب فى الصفة يمنع من ذلك سياق كلامهما، ويحتمل أن يريد بالنمط المحلة الواحدة والربض الواحد.

ويحتمل أن يريد به التقارب فى المكان، فقد جعل أشهب ذلك شرطاً فى صحة الجمع.

ومنع منه سحنون الإبان يضم إلى ذلك صفة أخرى وهى التقارب فى رغبة الناس، فقد يكون أحد طرفى المحلة أو الموضوع الذى يقرب بعضه من بعض أغبط عند الناس من الآخر لقربه من سرفق من المرافق جامع أو مسجد أو سوق أو غير ذلك، غير أن أشهب جوزا الجمع بين ما تقاربت مواضعه، وإن كان بعض أماكنها أفضل من بعض كما جوز جمع الأرض المتقاربة.

وإن كان بعضها أكرم من بعض، فكان يجب على قوله فى الثياب أن يمنع من ذلك إلا فى التفاضل اليسير الذى لا تختلف فيه المنافع اختلافاً بيناً.

وقال ابن حبيب: قد تكون بعض الدور قرب السوق والمرفق أو قرب المسجد والأخرى بعيدة من ذلك، فلا يجمع بينهما إلا بتراض بغير سهم، فبين بعض الوجوه المراضاة فى تفضيل الأماكن، ولم يذكر أن ذلك فى نمط واحد، وأنماط متباعدة.

وقال ابن القاسم فى المجموعة: ما كان حول المسجد من الدور، فهو الذى تشاح الناس فيه، ويضم بعضه إلى بعض.

وفى المجموعة لابن القاسم: إذا كانت إحدى الدارين فى ناحية من المدينة، والدار الأخرى فى ناحية أخرى بعيدة من الأولى، إلا أن رغبة الناس فى الموضعين سواء، فإنهما يجمعان فى القسم؛ لأن الدارين سواء فى الموضع والنفاق، فلا يلتفت إلى افتراقهما، فذهب إلى أن المراعى فى الأماكن تساويهما فى رغبة الناس، وإن تباعدت وفرق بين الدور والأرضين أن البلد الواحد لا تختلف أغراض الناس فيه مع تساوى الموضعين فى النفاق والمرافق، وتختلف فى البلدين.

فلخص من هذا أن أشهب يراعى فى الأماكن تقارب الدور فى النمط، ويراعى سحنون القرب والتساوى فى النفاق، ويراعى ابن القاسم التساوى فى النفاق خاصة، والله أعلم وأحكم.

٤٣٢ كتاب الأفضية

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب وسحنون في مراعاة القرب، فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة: إذا تباعد ما بين الدارين مثل منزلى هذا، ومنزل آخر بالثنية لم يجمع فى القسم بخلاف النخيل والحوائط.

فصل: وأما البعد فى الأرضين، قال ابن القاسم: إن كانت القرى متباعدة اليوم واليومين، قسمت كل قرية مفردة، وإن تساوت رغبة الناس فيها.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا كله عندى بقدر ما يرى من البعد والقرب ويؤدى إليه الاجتهاد، وإنما ذكرنا ما ذكرنا منه ليتقوى به المجتهد على ما يريده من النظر والاجتهاد. وقال ابن الماجشون فى المجموعة: ليس للقرب حد إلا بقدر ما يرى يوم يقع.

مسألة: وأما الأشجار، فإن ابن حبيب يجمع البعل كله إذا تجاوز فى الموضع كالميل والميلين. وقال فى العتبية والمجموعة عن مالك فى أملاك بين ورثة منها بوادى القرى وبخبير وبالفرع: إن من كان منها بوادى القرى وبخبير جمع فى القسم، ويجمع ما كان بالفرع إلى ما كان بناحيتها. قال عنه أشهب: بخلاف الدور.

وقد قال عن مالك فى المدونة فى الحوائط المتباعدة بينها اليوم واليومان: إن كل شىء من ذلك يقدر بالقسمة قال عنه أشهب: ولا يقسم حوائط المدينة مع حوائط بخير. وقال فى كتاب الصلاة: بينهما ثمانية وأربعون ميلاً.

فصل: وأما الماغل والحمام والبيت الصغير، فقد قال مالك: لا يقسم الحمام وغيره مما فى قسمته ضرر.

قال عبدالمالك فى المجموعة: لم أعلم أحداً من أصحابنا وافق مالكاً على قسمة الحمام، ولا سمعت من يستجيز ذلك.

قال ابن حبيب: وهو قول أبى حنيفة، وهو شاذ لم يقل به أحد من أصحاب مالك إلا ابن كنانة. قال ابن الماجشون وابن نافع وابن وهب: سواء ضاق القسم عن جميعهم أو عن بعضهم، وإن كان أصغرهم حظاً له انتفاع فى وجه من وجوه المنافع، وإن قل مما لا ضرر فيه، فالقسم قائم.

قال ابن حبيب: ورواه أصبغ عن ابن القاسم. قال مطرف: والذى أخذ به إن كان لبعضهم فى ذلك منفعة لسعة سهمه، وبعضهم لا ينتفع به لضيق سهمه، فيقسم بينهما

كتاب الأفضية ٤٣٣

كما قال مالك، وإن كان لا ينتفع به واحد منهم فيعه، وقسمة ثمنه أولى بالصواب.

واحتج مالك قوله بقوله تعالى: ﴿مَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧] وقال من خالفه في ذلك من أصحابنا: معنى الآية ثبوت حقه، ثم يقسم على السنة كالعبد الواجب فيه نصيب كل وارث، ويقسم ثمنه دون عينه.

واحتج ابن القاسم بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا أيضاً يحتاج إلى تأمل قد ذكرته في الاستيفاء.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن حبيب: لا يقسم الحمام، ولا الفرن، ولا الرحا، ولا البئر، ولا العين، ولا الساقية، ولا الدكان، ولا الجدار، ولا الطريق، ولا الشجرة وفي المجموعة: يقسم الجدار إن لم يكن فيه ضرر، وليس ذلك باختلاف، والخلاف في ذلك كله على ما تقدم.

ومعنى الضرر في ذلك على المشهور من مذهب ابن القاسم، أن لا يبقى فيه المنفعة الثابتة قبل القسمة مثل الدار التي تقسم، فيكون ما يصير لكل واحد منهم ما يسكن، وأما الحمام، فلا يتصور ذلك فيه لأنه لا يمكن أن يبقى نصيب كل واحد منهم حماماً في الأغلب، ولذلك لا يقسم عند ابن القاسم، ويراعى مع ذلك أن لا تذهب القسمة معظم منافعه، وإن بقي على حكم منفعتة. وأما ما يراعيه ابن الماجشون وسائر أصحابنا فقد تقدم ذكره.

فصل: وأما ما ليس من الأصول الثابتة كالحيوان والعروض، فإن منه ما يقسم دون ضرر منه ما لا يقسم إلا بضرر. فأما ما يقسم دون ضرر فجماعة العبيد والدواب والثياب. فأمام العبيد، فإنه يجمع في القسم ذكورهم وإناثهم، صغارهم وكبارهم، وأعجمهم وفصيحهم، وحسنهم وقبيحهم. زاد ابن القاسم: والهديم، وإن تقاربت أثمانهم إذا اعتدلت في القيمة، قاله ابن حبيب.

قال: روى ابن القاسم عن مالك في الرقيق المشترك لجماعة، فأراد بعضهم قسمه: إن استطيع أن يقسم، قسم، وإلا بيع، فإن كان من جماعة الرقيق ما لا ينقسم كالخمس بين العشرة، لم تقسم.

قال ابن حبيب: ولا يجمع في القسم الخيل مع البغال ولا البغال مع الحمير، ولا الإبل مع البقر، ولا البقر مع الغنم، وإن اعتدلت الغنم، ولكن يقسم كل نوع على حدته.

٤٣٤ كتاب الأفضية

قال ابن القاسم فى المدونة: والبراذين صنف على حدة، ويقسم بالتراضى. وقال يحيى ابن يحيى فى العتبية: بلغنى عن ابن الماحشون أنه لا يقسم شىء من الحيوان والعروض بالقيمة، ولكن يباع ذلك، ويقسم ثمنه. قال الشيخ أبو محمد: والذى روى عنه ابن حبيب خلاف هذا.

وجه القول الأول أنه مما تصح فيه القسمة والمساواة بالقسمة كالأرضين.

ووجه القول الثانى أن ما لا تنقسم أحاده، فلا تنقسم جماعته، والأول أظهر فى المذهب.

مسألة: وأما الثياب، فقد قال ابن حبيب: ذهب ابن القاسم إلى أن البز كله من الخنز والحرير. قال فى المدونة: والديباج. قال ابن حبيب عنه، فى القطن والصوف والكتان والمرعز والفراء: كلها جنس واحد فى القسمة. قال فى المدونة: إذا كان كل صنف لا يتحمل أن يفرد بالقسمة.

وأما البسط والوسائد، فلا تجتمع مع البز والثياب، وعندى أن ظاهر هذا أن الفراء من جملة البز، وأن هذا الاسم يقع على كل ما يلبس من مخيط أو غيره اللباس المرئى بمعنى التجمل على الجسد، وعلى هذا يجب أن يدخل فى البز الأكسية والملاحف؛ لأنها تلبس على هذا الوجه، وبذلك يتميز البز من غيره من الأجناس، وهى عنده علة الجمع فى القسم.

قال ابن حبيب: وخالفه مطرف وابن الماحشون: لا يقسم ثياب الخنز والحرير مع ثياب القطن والكتان، ولا مع الفراء، ولا يقسم الصوف والمرعزى مع ما ذكرناه.

قال ابن حبيب: وثياب القطن والكتان صنف واحد فى القسمة، وإن كان فىهما قمص وأردية وعمائم. زاد ابن القاسم فى المدونة: وسراويلات وثياب الخنز، والحرير من الوشى وغيره، صنف واحد، إلا ما كان من وشى، يريد فى المدونة، والله أعلم، وشى القطن والكتان، فلا يقسم مع وشى الخنز والحرير وليقسم وحده.

قال: وثياب الديباج صنف لا تقسم مع ثياب الخنز والحرير وثياب الصوف والمرعزى صنف، وإن كان منها جيب وتيجان وفراء الخنز، فإنه صنف لا يضم إلى فراء الفئليات.

وقال أشهب فى المجموعة: كل ما يجوز من هذا أن يباع واحد باثنين إلى أجل، فلا يضم له فى القسم؛ لأنهما صنفان، وكل ما لا يجوز ذلك فيه، فهو صنف واحد يجمع فى القسم.

كتاب الأفضية ٤٣٥

قال أشهب: ولو جمع ما يقع عليه اسم بز، لوجب أن يجمع ما يقع عليه اسم دابة، فيقسم الرقيق مع الدواب والخيل مع الحمير والإبل.

قال ابن عبدوس: ومذهب أشهب في هذا أصح عند سحنون، وعندى أنه لا يلزمه على هذا قسمة الزيتون والنخلة؛ لأنه لا يسلم فى شىء من ذلك رأساً، والله أعلم وأحكم. وقال أشهب فى المجموعة: لا يجمع فى القسم اللؤلؤ مع الياقوت ولا الزبرجد مع الياقوت.

مسألة: وأما ما كان من الطعام، فلا يخلو أن يكون مما يجرى فيه الربا أو مما لا يجرى فيه الربا، فإن كان مما لا يجرى فيه الربا، فلا يخلو أن يكون جزافاً أو مكياً أو موزوناً.

فإن كان جزافاً، وكان مما تدعو إلى قسمته فى رعوس شجره حاجة، فقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة وأشهب فى المجموعة والعتبية عن مالك إجازة ذلك بشروط، اتفق على بعضها فمما اتفقا أن تختلف حاجتهم إلى ذلك بأن يريد بعضهم بيعاً، وبعضهم أن يأكل رطباً وبعضهم أن يبيع.

وأما إن أراد أحدهما بيعه، والآخر أكله، فقد جوز ذلك ابن القاسم فى البلح الكبير، وأنكره سحنون، ولم يره اختلاف حاجة؛ لأن الذى يبيع يجد، وقد اجتمعا على الجداد؛ لأن تركه يبطل القسم.

وهذا الذى قاله سحنون فيه نظر؛ لأن مالكاً جوز قسمته من غير جد، فمن أراد يعجل الجدد، ومن أراد أن يؤخره، أخر، ولو كان على الجدد لما قسم إلا بالكيل، ولذلك قال ابن عبدوس: لا تجوز قسمته إذا أثمر.

وقال فى المدونة: ولو اقتسماه بعدما أزهى حين اختلفت حاجتهما، فتركاه حتى أثمر لم تنتقض القسمة. وقال فى موضع آخر منها: لأن قسمة ذلك بالخرص عند اختلاف الحاجة قبض، والخرص هو الكيل، وليس كل من أراد أن يبيع يجد، ويأشركه بيعه بل يبيع حصته من حائظه أو جميعه ممن يباشر ذلك ويحاوله، وكذلك من أراد أن يأكل لا يمكنه جده، إلا حسب حاجته إلى أكله، وذلك لا يتقدر إلا بحسب ما يبدو إليه عند الحاجة.

فرع: وروى أشهب عن مالك فى العتبية والمجموعة: إن ذلك إنما يكون إذا طاب وحل بيعه.

٤٣٦ كتاب الأفضية

قال ابن القاسم فى المدونة: فإن لم يطب النخل والعنب لم يقسم بينهم بالخرص.
قال: ولا يقسم النخل على حال إلا أن يجدها أو يترك حتى يطيب فيقتسمانه.

وقال ابن القاسم فى المدونة: قاله هو وأشهب فى المجموعة، ولهم قسم البلح الأرض الكبير على الخرص، وإن لم يجد أحدهما إلا بعد يوم أو يومين أو ثلاثة أو أكثر ما لم يترك البلح حتى يزهى فتنتقض القسمة؛ لأنه من بيع الثمر قبل بدو صلاحه، فتبين بهذا أن منعه قسمة البلح ليس على الإطلاق، وإنما هو لمن أراد أن يقيه حتى يزهى.

فرع: والشرط الثالث أن يكون مما يخرص وهو النخل والعنب، فلم يجوز ابن القاسم ذلك فى غيرهما. وقال: لا تقسم الفاكهة بالخرص، وإن احتاج إليها أهلها، وإنما ذلك فى النخل والعنب.

وقد ذكر لى بعض أصحابنا أن مالكا رخص فيه فسألته عنه، فقال: لا أرى ذلك. وروى أشهب عن مالك فى المجموعة: لا بأس به فى النخل والعنب والتين وغير ذلك. وجه القول الأول أنه معنى شرع فيه الخرص، فوجب أن يختص بالنخل والعنب كالزكاة.

وجه القول الثانى أن الحاجة فى الزكاة إلى الخرص إنما هى؛ لأنها مما جرت العادة بأكله رطباً، فحرص عليهم ليتقرر مقدار الزكاة فى الثمرة، وتطلق أيديهم عليها، وهذا معنى يختص بالنخل والعنب مما فيه الزكاة عند ابن القاسم، والمشهور من قول مالك. وأما القسمة، فالحاجة إليها فى سائر الثمار كالحاجة إليها فى النخل والعنب، فأباحة الخرص للقسمة فى جميعها إذ لا سبيل إليها بغيره.

فرع: والشرط الرابع، أن يكون ذلك فى الشيء اليسير، وقد كره مالك ذلك فى الثمار الكثيرة جداً؛ لأنه مما ينال بعجلة، ولا يختلف عند الحاجة إلا فى الشيء اليسير.

فرع: والشرط الخامس، أن لا يختلف فيأخذ أحدهما بسرّاً، والآخر رطباً، وإن كان بالخرص، ولكن لا يقتسمان الرطب، ويقتسمان البسر، قاله أشهب فى المجموعة.

وجه المنع من بيع الرطب بالتمر، والبسر بالرطب؛ لاختلاف صفتيهما وتعذر معرفة تساويهما حال الادخار، وذلك شرط فى صحة بيع بعضه ببعض.

فرع: والشرط السادس، أن يتحرى تساوى الكيل فى المكيل، وإن كان بعض الكيل أفضل من بعض كالبرنى والصيحانى والعجوة والعنب الأحمر والأسود، فإنه يجمع فى

كتاب الأقضية ٤٣٧

القسم على تساوى الكيل، فإن أبى ذلك أحدهم قسم كل نوع مفردًا، قاله مالك، قال: وإن أحبا المقاومة، جاز ذلك، ومن طلب منهما القسمة، فذلك له.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة، وهو ظاهر قول أصحابنا لأنها تمييز للحق. وأما للمراضاة، فإنه بيع محض، ولا يجوز أن ينعقد فى المطعم إلا بقبض ناجز.

مسألة: فإن اقتسمت الأصول، وفيها ثمر، فلا يخلو أن يكون مزهياً أو غير مزه، فإن كانت الثمرة بلحاً أو طلعاً، فقد قال أشهب: إنه يجوز أن يقسم ذلك مع النخل ما لم يبلغ أن يكون طلعاً أو يكون بلحاً حلواً، فلا يجوز لامتناع التفاضل فيه.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أن منعه قسمتها مع الطلع؛ لأنه لا يجوز قسمتها دون الطلع؛ لأنها ثمرة لم تؤبر، ولا يجوز قسمتها من الطلع؛ لأنه مأكول مما يجرى فيه الربا. وقال ابن القاسم: تقسم الرقاب، ويترك البلح والطلع. وأنكر سحنون ذكره للطلع وقال: إذا لم يؤبر، لم تجز قسمته.

مسألة: وأما ما ليس له أصل ثابت كالزراع والبقول، فإنه لا يقسم شىء من ذلك بالخرص حتى يجذ. قال ابن حبيب: كل ما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام، فلا يقسم بالتحرى لا زرعاً ولا حصيداً ولا مدروساً ولا مصبراً إلا كيلاً فيما يكال، أو وزناً فيما يوزن، أو عددًا فيما يعد، ما خلا الثمار إذا بدا صلاحها. وقاله مالك، ومن أصحابه مطرف وابن الماجشون.

وذلك يمتل أن يعلل بعلتين على أصل ابن القاسم؛ لأنه لا يجرى فيه الخرص، فلا يصح التساوى فيه. والثانى: أنه لا يقبض فى الوقت، وعدم التقابض فيه يفسد قسمته.

وحكى ابن عبدوس عن ابن القاسم أنه كره قسمة البقول بالخرص. قال ابن عبدوس: لأنه لا يقبض كل واحد منهما ما صار إليه، وقد أخطأ من قال عنه: إنه لا يجيز قسمته بالتحرى بعد الجذ، وهو يجيز التحرى فى الخبز واللحم، فكيف بما يجوز فيه التفاضل.

مسألة: وإن كانت الثمرة قد أزهدت أفردت الرقاب بالقسمة، ثم إن قسمت الثمرة بعد ذلك لاختلاف الحاجة، فيسقى كل واحد نخله، وإن كانت ثمرتها لغيره كبائع ثمرة نخله، وأنكر ذلك سحنون، وقال: القسم تمييز حق والسقى على من له الثمرة بخلاف البيع، ولو كان كالبيع لم يكن على صاحب الأصل، إلا أن يسقى نصف ما له

٤٣٨ كتاب الأفضية

فى أصله، ونصف ما فى نخل صاحبه؛ لأن الثمرة قد تختلف فى الخرص، فتعدل ثمرة نخلة ثمرة نخلات فىختلف السقى والخرص سواء، وفرق آخر أن الجائحة فى البيع دون القسمة.

مسألة: فإن قسمه صبراً، فلا يخلو أن يقسم بمقاديره أو يقسم بالتحرى، فإن قسم بمقاديره، فقد قال ابن الماجشون فى المجموعة فى قسم الرطب والتمر والعنب: إنه يقسم على الأكثر من شأنه فى البلد من الوزن أو الكيل، قال محمد بن عبدالحكم: لا بأس أن يقسم القاضى الزيت، كيلاً أو وزناً، أى ذلك شاء فعل.

وقد قال أشهب فى المدونة: بيع الزيت بالكيل، فأما بالوزن، فأى عرف ما فى ذلك من الكيل، فلا بأس به، وإن كان ذلك يختلف، فلا خير فيه فجعل الأصل فيه الكيل، وإن قسم على التحرى، فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز فيه التفاضل، أو مما يجوز فيه التفاضل.

فإن كان مما يجرى فيه الربا، فقد حكى ابن حبيب فى واضحته عن مالك وأصحابه: أن ما لا يجوز فيه التفاضل، لا تجوز قسمته مصبراً بالتحرى، إلا كيلاً فى المكيل، أو وزناً فى الموزون، أو عددًا فى المعدود.

وحكى ابن القاسم عن مالك أنه يجوز قسمة الخبز واللحم والحيتان بالتحرى.

وجه القول الأول أنه مما يجرى فيه الربا، ويلزم فيه التساوى، ولا يوصل إلى حقيقة ذلك بالتحرى؛ لأن التحرى ليس بمقدر فى نفسه، فيعرف به التساوى، وإنما يتحرى به الموزون أو المكيل، ولا يدرك حقيقة ذلك بالتحرى.

ووجه القول الثانى أن التحرى طريق إلى معرفة التساوى والتفاضل كالوزن والكيل، ولا شك أن التساوى فى أحد المقدارين لا يمنع التفاضل بالمقدار الثانى.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز بشرطين، أحدهما: ما ذكره فى كتاب ابن المواز أنه لا يجوز ذلك فى المكيل، وإنما يجوز فى الموزون كاللحم والخبز والحيتان. واحتج لذلك ابن حبيب بأن التحرى إنما يجوز عند عدم ما يقدر به، والكيل لا يعدم، ولو بالحفنة، وإنما يعدم الموازين.

وظاهر قول مالك فى المدونة: يجوز السلم فى الخبز بالتحرى، يدل على أنه يجوز ذلك مع وجود الموازين؛ لأنه فى الغالب إنما يسلم فى أمد يمكن تحصيل الموازين فيه،

كتاب الأفضية ٤٣٩

وكل موضع يكون فيه استيفاء ما يوزن غالباً يوجد فيه الموازين، فإن قال بهذا أحد من العلماء، فيجوز على قوله بالتحري.

فرع: والشرط الثاني، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: أن ذلك فى الشىء القليل.

ووجه ذلك أن الكثير لا يتحقق فيه التساوى بالتحري، وإنما يوصل إلى ما يقرب من ذلك فى اليسير بأن كان بينهما شىء مما لا يعتبر ولا يقصد. وأما الكثير، فربما كان بينهما من التفاضل ما يمنع الإباحة وينافيهما، والله أعلم.

مسألة: وأما ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك والزعفران والحديد والرصاص، فقد روى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون: أنه يجوز اقتسامه تحرياً على التعديل والفضل، ولا يجوز على الشك فى التعديل كالتبادل فيه.

قال محمد بن عبدالحكم: لا بأس أن يقسم الحناء والكتان والمسك والعنبر وغيره مما يجوز فيه التفاضل بالتحري. وقد قيل لا يجوز، وإجازته أحب إلينا.

وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن القاسم: أنه لا يجوز قسم الحناء والتين والنوى والكتان والمسك إلا كَيْلاً فى المكيل، أو وزناً فى الموزون، إلا أن يتبين التفاضل البين.

قال ابن عبدوس: وقول ابن القاسم أبعد فى الأصل وأحب إلى. وقال ابن عبدوس: وقول ابن القاسم أبعد فى الأصل وأحب إلى. وقال ابن عبدوس فى القول: قد أخطأ من قال فى القول عن ابن القاسم أنه لا يجوز قسمتها بعد الجلد على التحري، وهو غير التحري فى الخبز واللحم، فكيف بما يجوز فيه التفاضل، وهذا خلاف ما اختاره فى قسمة الحناء والكتان والمسك، والخلاف فى هذه المسألة ظاهر فى المذهب.

وجه رواية الجواز أنه يجوز فيه التفاضل، فإذا تحرى المساواة؛ فهو أجوز؛ لأن كل ما يجوز فيه التفاضل، يجوز فيه التساوى، وقد يجوز التساوى فيما لا يجوز فيه التفاضل.

ووجه رواية المنع أن التحري مع عدم التفاضل يبين أن القصد المخاطرة والمغابنة، وذلك يمنع الجواز كما لو شك فى التساوى، والقياس عندى جواز ذلك؛ لأن قصد كل واحد منهما غير الآخر لا يمنع الجواز كما لو كانت من جنسين مختلفين، مطعوم وغير مطعوم.

مسألة: وإذا ثبت ذلك فيما يكال يوزن، فقد قال سحنون: لا يكون فيه السهم،

٤٤٠ كتاب الأفضية

يريد لا يقسم بالقرعة، وكذلك عندي ما قسم بالتحري؛ لأن التحري بدل من الوزن، وذلك إذا تساوت السهام في الجودة والجنس والقدر، لم يحتج في ذلك إلى سهام كالدنانير والدرهم، بخلاف ما يحتاج إلى النقود، فإنه لا يبلغ حقيقة التماثل فيه.

فصل: وأما ما لا ينقسم إلا بضرر، فمنه ما لا يصح ذلك فيه كالعبد والدابة، ومنه ما يمكن ذلك فيه، ولكن يدخل فيه الضرر كالشقة من القطن أو الكنان أو الصوف أو الحرير أو الخبز أو الجمل أو الجذع من الخشب.

وقد قال أشهب في المجموعة: لا تقسم الخشبة، فإن قيل من الخشب ما يصلح بالقطع، وكذلك من الثياب ما يكون قطعه صلاحًا، ولا يكلف ذلك من أباه، وإنما القسمة في غير الرباع من الأرضين فيما لا يحال عن حال، ولا يحدث بالقسمة فيه ما لم يكن فيه من قطع، ولا زيادة دراهم. وقال ابن حبيب أيضًا: لا تقسم الخشبة ولا الثوب الواحد.

مسألة: وما كان في حكم العين الواحد كاللباس والخفين والجوربين وحكمه في منع القسمة إذا أبى ذلك أحدهما حكم العين الواحدة، قاله ابن القاسم وغيره من أصحابنا. واختلفوا في الغرارتين، فقال ابن القاسم في المدونة: إن لم يكن في ذلك فساد قسمتهما بين الشريكين، وإن كان فيهما فساد لم أقسمهما، وبالله التوفيق.

وقال ابن حبيب: لا تقسم وجعلهما كالخرج، وجوز أشهب قسمتهما في المجموعة.

وجه القول الأول أن الغالب من حالهما استعمالهما جميعًا في الحمل على الدابة، فلا يقسمان كالخرج.

وجه القول الثاني أنه قد تستعمل الواحدة منهما غالبًا على الدواب، وعلى ظهور الرجال، فثبت لهما حكم القسمة.

فرع: إذا ثبت أن ذلك لا يقسم، فإن اتفقوا على بقاء ذلك على حكم الشركة، جاز ذلك، وإن أرادوا أن يتهاونوا في ذلك، جاز، ولا يجبر أحد على ذلك، ومن دعا إلى البيع أجبر أشراكه على التسويق معه، فإن أراد البيع من دعا إليه، قيل لمن أباه من أشراكه إما أن تأخذ حصته بما أعطى فيها، وإما أن تبيع معه.

* * *

القضاء فى الضوارى والحريسة

قوله: «الضوارى» يريد ما ضريت، أكل زروع الناس من البهائم، والحريسة الماشية المحروسة، والضوارى هى التى تسمى العوادم، وقد قال مالك فى المدونة فى الإبل والبقر والرمك التى تعدو فى زرع الناس، قد ضريت: ذلك أرى أن تغرب، وتباع فى بلاد لا زرع فيها.

قال ابن القاسم: وأرى الغنم والدواب بحسبها تباع، إلا إن يحبسها أهلها عن الناس، يريد إن استطاع أهلها أن يحبسوها لكون الدواب مستخدمة غير مهملة والغنم يجب حفظ رعيها، فذلك لهم، وإن لم يستطيعوا ذلك، ووصل ضررها إلى الزرع، بيعت على الوجه المذكور. وقال ابن حبيب: قال مالك: يأمر الإمام ببيعها، وإن أكره ربيها.

ووجه ذلك أنه ليس له الإضرار بجيرانه برعى زروعهم، وإفساد حوائطهم، وإذا لم يستطع حفظ ماشيته لما عهد من عدوانها على الزرع،، وتعذرت القدرة على حفظها لم يمكن إزالة ضررها، إلا ببيعها ممن يكف أذاها بذبح أو تغريب إلى بلد لا زرع فيه، إلا أن يشاء صاحبها أن يفعل ذلك بها، فله ذلك.

مسألة: وأما ما كان من الحيوان مما لا يستطيع حراسته، ومنعه من الأذى، كالنحل يتخذها الرجل فى القرية يضر بشجر القوم أو يتخذ فيها برجا يأوى إليه العصافير والحمام، فيصيب من فرخها، فتضر بالزرع، قال مطرف: أرى أن يمنع من اتخاذها ما يضر بالناس فى زروعهم وشجرهم؛ لأن هذا طائر، ولا يمكن الاحتراس منه كما يستطيع ذلك فى الماشية.

وقد قال مالك فى الدابة التى ضريت بإفساد الزرع، ولا يحرس منها: تباع وتغرب، فالنحل والحمام أشد، وكذلك الدجاج الطائرة والأوز وشبهها مما لا يستطيع الاحتراس منه. وأما ما يستطيع الاحتراس منه، فلا يؤمر صاحبه بإخراجه، واختاره ابن حبيب.

ومعنى ذلك أن الماشية، وما يمكن الاحتراس منه بالحفظ المعهود، لا يؤمر أهله ببيعها، وإنما يؤمر بذلك فيما تعذر، ولا يمنع بالحفظ المعتاد لمثابته على ذلك، وهو بمنزلة النحل والطير الذى لا يمكن التحرز منه، فإنه يؤمر بإزالته ابتداء، وإن لم يخرج على عادة جنسه.

ووجه ذلك أنه لا يمكن التحفظ منها، ولا دفع أذاها. وقال أصبغ: النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية، لا يمنع صاحبها من اتخاذها، وإن ضريت، وعلى أهل القرية

٤٤٢ كتاب الأفضية

حفظ زروعهم وشجرهم، وكذلك قاله ابن القاسم. وقال ابن كنانة فى المجموعة وزاد: وما أحب أن يؤذى أحد.

ووجه هذا أن هذه معان لا تضرى إلا بالنهار، ولا يجد الناس بدءاً من اتخاذها؛ لأنها من منافعهم ومعظم فوائدهم، فلا يمنع من اتخاذها.

مسألة: وما أصابت الماشية التى ضريت بإفساد الزروع والحوائط، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: ما أصابته قبل التقدم إلى أربابها، فلا ضمان عليهم فيه، وما أصابته بعد ذلك، ضمنوه، ليلاً أصابته أو نهاراً، كالكلب العقور.

قال: وإذا أخذ الكلب العقور حيث لا يجوز اتخاذه، فهو ضامن، تقدم إليه أو لم يتقدم، وذلك يقتضى أن ما أفسدته المواشى حيث لا يجوز اتخاذها؛ لأنه ليس بموضع مسرح، ولا جرت العادة بإرسال المواشى فيه، فإن على أهلها ضمان ما أفسدته ليلاً أو نهاراً، قبل التقدم وبعده، والله أعلم وأحكم.

١٤١٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حَرَامِ بْنِ سَعْدِ بْنِ مُحَيِّصَةَ أَنَّ نَاقَةَ لِبْرَاءِ ابْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ، فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا^(١).

١٤١٧ - أخرجه أبو داود فى البيوع ٣٥٦٩، ٣٥٧٠. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣١٧٩.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٤٣/٨: هكذا رواه جميع رواة الموطأ فيما علمت مرسلًا. وكذلك رواه أصحاب ابن شهاب، عن ابن شهاب أيضاً، هكذا مرسلًا. إلا أن ابن عيينة رواه عن الزهرى، عن سعيد بن المسيب، وحرام بن سعد بن محيصة، أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فذكر مثله بمعناه، وجعل مع حرام بن سعد، سعيد بن المسيب، ورواه ابن أبى ذئب، عن ابن شهاب، أنه بلغه أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم مثل حديث مالك سواء. ولم يصنع ابن أبى ذئب شيئاً؛ لأنه أفسد إسناده.

ورواه عبدالرزاق، عن معمر، عن الزهرى، عن حرام بن محيصة، عن أبيه، عن النبى ﷺ ولم يتابع عبدالرزاق على ذلك، وأنكروا عليه قوله فيه، عن أبيه.

حدثنا عبدالله بن محمد بن عبدالمؤمن، قال: حدثنا محمد بن بكر بن عبدالرزاق التمار، قال: سمعت أبا داود يقول: لم يتابع أحد عبدالرزاق على قوله فى هذا الحديث، عن أبيه.

هكذا قال أبو داود لم يتابع عبدالرزاق، قال محمد بن يحيى الذهلى لم يتابع معمر على ذلك، فجعل محمد بن يحيى الخطأ فيه من معمر، وجعله أبو داود من عبدالرزاق، على أن محمد بن يحيى لم يرو حديث معمر هذا. ولا ذكره فى كتابه فى علل حديث الزهرى إلا عن عبدالرزاق لا غير.

الشرح: ما قضى به رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، يريد والله أعلم، أحد معينين، إما أن ذلك واجب عليهم بالشرع لما نهى عنه من إفساد الأموال وتضييعها، فلما وجب لذلك حفظ الزروع التى هى معظم الأوقات، وسبب المعاش كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزروع، ولا يلزمهم ذلك بالليل؛ لأنه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم، وليس بوقت رعى للماشية فى غالب الحال.

والوجه الثانى: أن أهل الزرع إن أرادوا حفظ زروعهم، ودفع الضرر عنها، فإن عليهم ذلك بالنهار لما جرت العادة به من رعى المواشى بالنهار، ولا بد مع ذلك من الأعمال، وليس كل أحد له من يرعى ناقته ودابته، فإن منعها الرعى أضربها.

وإن أراد الحفظ لها، لم يمكنه ذلك لعدم من يحفظ له والله أعلم، وفائدة الكلام على الوجهين أنه لا ضمان على أصحاب الماشية فيما أصابت بالنهار لما ذكرنا، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعى. وقال الليث: يضمن أرباب المواشى ما أفسدت بالليل والنهار.

والدليل عليه الحديث المتقدم والمعنى الذى ذكرناه، وقد رأيت بعض من احتج لما ذكرته بقوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمَ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ [الأنبياء: ٧٨] قالوا: والنفث لا يكون إلا بالليل، وقد ذكر مثل هذا عن شريح، وهذا ليس ببين؛ لأنه لو كان فى الآية التصريح بالحكم أنه ضمن أهل الماشية التى نفثت لم يكن فيه نفي الحكم بذلك فى الراعية بالنهار إلا من جهة دليل الخطاب، وليس عندى بدليل صحيح، فكيف والآية لم تتضمن تفسير الحكم ولا بيانه، وإنما فى ذلك قول أهل التفسير ولا حجة فيه، والله أعلم وأحكم.

= ثم قال محمد بن يحيى: اجتمع مالك، والأوزاعي، ومحمد بن إسحاق، وصالح بن كيسان، وابن عينة على رواية هذا الحديث، عن الزهرى، عن حرام، لم يقولوا: عن أبيه، إلا معمرا فإنه قال فيه، عن أبيه، فيما حدثنا عنه عبدالرزاق، إلا أن ابن عينة جمع إلى حرام سعيد بن المسيب، قال: وأما حديث كسب الحجام فمحمفوظ فيه، عن أبيه، وقال فيه محمد بن إسحاق، عن أبيه، عن جده، هذا كله كلام محمد بن يحيى.

قال أبو عمر: هذا الحديث وإن كان مرسلا فهو حديث مشهور، أرسله الأئمة، وحدث به الثقات. واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول، وجرى فى المدينة به العمل، وقد زعم الشافعى أنه تتبع مراسيل سعيد بن المسيب، فألفاها صحاحا. وأكثر الفقهاء يحتجون بها. وحسبك باستعمال أهل المدينة، وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث.

٤٤٤ كتاب الأفضية

فرع: إذا ثبت ذلك، فسواء كان محظراً أو غير محظر عليه، رواه أشهب وابن نافع في العتبية عن مالك، وزاد في المزينة عيسى عن ابن القاسم: وجميع الأشياء في ذلك سواء.

فصل: قوله: «وما أفسدت المواشى بالليل، ضامن على أهلها». بمعنى مضمون، وبهذا قال مالك والشافعي. روى ابن القاسم عن مالك: أرى أن يقضى فيما أفسدت المواشى بما جاء في الحديث والزرور مثل الحوائط فيما أفسدت البهائم بالليل والنهار. وقال أبو حنيفة: لا ضمان على أهل المواشى فيما أفسدت في ليل ولا نهار.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم، وهو «ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها». ومن جهة المعنى أن إهمالها بالليل من باب التعدى؛ لأنه ليس بوقت رعى معتاد، فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه كالقائد والسائق فيما أفسدت الدابة.

فرع: إذا ثبت أن على أهل المواشى ضمان ما أفسدته بالليل، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن عليهم قيمة ما أفسدت على الرجاء والخوف أن يتم أو لا يتم.

زاد أشهب وابن نافع عن مالك في المجموعة: وإن لم يبد صلاحه، وزاد عيسى عن ابن القاسم: قيمته لو حل بيعه.

قال في رواية مطرف: ولا يستأنى بالزرع أن ينبت أو لا ينبت كما يصنع بسن الصغير.

وجه قول مالك أن ذلك هو حقيقة ما أفسدت عليه؛ لأنه كان قائماً على أصله بين رجاء وخوف أن يعوقه عائق من كثرة ماء أو قلته، وغير ذلك، فعلى ذلك تعتبر قيمته، ولما كان قيمة هذا الزرع يعتبر فيه حاله، ولا يحكم لصغيره بحكم كبيره، لزم غرم قيمته على صفته.

ولم يعتبر بأن يخلف بعد ذلك أو لا يخلف بخلاف السن الذي إنما يراعى الجمال، والمنفعة بها، فإذا نبتت كانت الجناية عليها أخف، ولم يلزم ضمانها جملة، وإذا يتس من نباتها لزم فيها ديتها دون قيمتها، والديات مختصة بما يتلف، ولا يعود، فلذلك استؤنى ليعلم من نباتها أو عدمه ما يجب من قيمته أو ديته، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت أن على أهل المواشى قيمة ما أفسدت، فيلزمهم ذلك، وإن كان أكثر من قيمتها، رواه ابن القاسم عن مالك. وقال الليث: إنما عليه الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت.

كتاب الأفضية ٤٤٥

والدليل على ما قاله مالك ومن تابعه أن هذه الجنابة ليست من المواشى، وإنما هي من أربابها، فلا يجوز لهم تسليمها بجنابتها، ولا يقصر الأرش على قيمتها كما لو أصابته مع القائد أو السائق.

فرع: ولو نبت الزرع قبل الحكم فيه بالقيمة، فلا يخلو أن يكون الزرع الذى أفسدته مما كانت فيه منفعة حين الرعى أو غيره، أو لا تكون فيه منفعة حين رعيه، فإن كانت فيه منفعة، فعليه قيمته حين الرعى، لا يراعى فيه رجاء، ولا خوف مع الأدب، وإن لم يكن فيه منفعة، فلا شىء عليه فى ماله، وعليه الأدب بقدر سفهه وإفساده، رواه ابن حبيب عن مطرف. وقال أصبغ: وإن عاد لهيئته، فإنه يقوم على الرجاء والخوف، نبت أو لم ينبت، قبل الحكم وبعده.

وجه القول الأول أن الزرع له قيمتان، إحداهما: أن يكون فى نفسه ينتفع به ويرجى تزايد منفعته. والثانى: أن لا يكون فى عينه منفعة إلا ما يرجى من انتهائه إليه، فإن كانت فيه منفعة لنفسه، لزمه، إن حكم عليه قبل نباته قيمة المنفعتين؛ لأن عليه قيمة مثل ذلك الزرع على قوة الرجاء فيه.

وإن نبت قبل الحكم عليه، وصار على ما كان عليه، فقد عاد إلى ما كان عليه، فعلم أنه لم يتلفه عليه، ولزمته قيمة البقل الذى هو من نبات أصل زرعه. وأما إن كان حين رعيه لا منفعة فيه، ثم عاد إلى ما كان عليه قبل الحكم، فلم يتلف شيئاً له فيه، فلا شىء له عليه.

ووجه قول أصبغ أن ما أتلف عليه يلزمه فيه قيمة الرجاء والخوف، وما تلف وإنما هو فائدة الأصل الذى بقى فى الأرض، فهو لا يأخذ منه قيمة الأصل، وإنما يأخذ قيمة ما أبطل من الفرع، ولأنه لو أبطلت القيمة بنباته لوجب أن لا يحكم بقيمته حتى يعلم هل يعود بالنبات، فتبطل القيمة أو لا يعود، فيثبت وجوبها كسن الصبى.

مسألة: وهذا حكم ما أفسدت من الزرع والحوائط والحرث، وأما لو خرجت ليلاً فوطئت رجلاً قائماً فقطعت رجله، فإنه هدر، قال ذلك كله عيسى عن ابن القاسم.

ووجه ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «جرح العجماء جبار»^(*).

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧١٠. الترمذى حديث رقم ١٣٧٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٤٩٧. أبو داود حديث رقم ٤٥٩٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٦٧٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٧٦٩٠.

ومن جهة المعنى أن هذا الأمر لا يقصده المواشى غالباً، فلا تحرس منه.

فصل: وهذا نص ذكره أصحابنا فى هذه المسألة، وهو عندى فى الموضع الذى يكون فيه الزرع أو الحوائط مع المسارح، والمواضع عندى ثلاثة أضرب، موضع تتداخل فيه المسارح والمراعى، والثانى: أن تنفرد المراعى أو الحوائط، وليس بمكان مسرح، والثالث: أن يكون موضع مسرح، وليس بموضع زرع، فيحدث فيه إنسان زرعاً.

فإن كان موضع زرع ومسرح، فقد تقدم ذكر حكمه، وهو الذى ورد فيه الحكم عندى والألف واللام فى الحوائط والمواشى المذكورين فى الحديث للعهد لاجتماع الأمرين فيه، فلو لم يكن لأهل المواشى إرسالها بالنهار فيها؛ لخرج عن أن يكون لها مسرحاً، ولو لم يرد هذا بالحديث وأريد به الشاذة من المواشى لما قضى على أهل الحوائط بحفظها بالنهار؛ لأن ما يشذ ويندر، لا يحتاج إلى الحفظ، وكان حكم ما أصابت بالنهار حكم ما أصابت بالليل.

وإن كان موضع زرع دون سرح، فهذه عندى لا يجوز إرسال المواشى فيها، وما أفسدت ليلاً أو نهاراً، فعلى أصحاب المواشى ضمانه، وقد قال أصبغ فى المدنية: ليس لأهل المواشى أن يخرجوها إلى قرى الزرع بغير ذواد، ولكن عليهم أن يذودوها عن الزرع.

فإذا بلغوا المراعى والمسارح، سرحوها هنالك، فما شذ منها إلى الزروع والجنات، فعلى أصحاب الزرع والجنات دفعها.

وأما الموضع الثالث، وهو موضع سرح جرت عادة الناس بإرسال مواشيهم فيه ليلاً ونهاراً، فأحدث رجل فيه زرعاً من غير إذن فى الإحياء، فإنه ليس على أهل المواشى الامتناع من إرعاء مواشيهم ليلاً أو نهاراً، وما أفسدته من زرعه بالليل، فلا ضمان عليهم فيه؛ لأنه جر الجناية إلى نفسه حيث زرع بموضع المسرح، وأراد منع الناس من منافعهم التى قد ثبتت لهم، والله أعلم.

مسألة: وإذا كانت الدواب تعبر فى الزرع فتفسده، فحفر رب الزرع حول الزرع حفيراً لمكان الدواب، فوقع بعضها فى ذلك، فمات، فروى أصبغ عن ابن القاسم: لا شئ عليه، ولو لم يندرهم. قال أصبغ: وهو قول مالك إن شاء الله تعالى. وقد قال: فيمن يحفر للسارق زبية، فوقع فيها السارق أو غيره أنه يضمن.

١٤١٨ - مَالِكُ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ أَنَّ رَقِيقًا لِحَاطِبٍ سَرَقُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ فَانْتَحَرُوهَا، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَأَمَرَ عُمَرَ كَثِيرَ بْنَ الصَّلْتِ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: أَرَأَيْتَ تُجِيعُهُمْ؟ ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لِأَغْرَمَنَّكَ غُرْمًا يَشُقُّ عَلَيْكَ، ثُمَّ قَالَ لِلْمُزَنِيِّ: كَمْ تَمَنُّ نَاقَتِكَ؟ فَقَالَ الْمُزَنِيُّ: قَدْ كُنْتُ وَاللَّهِ أَمْنَعُهَا مِنْ أَرْبَعِمِائَةِ دِرْهَمٍ، فَقَالَ عُمَرُ: أَعْطِهِ ثَمَانِمِائَةَ دِرْهَمٍ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَلَيْسَ عَلَى هَذَا الْعَمَلِ عِنْدَنَا فِي تَضْعِيفِ الْقِيَمَةِ، وَلَكِنْ مَضَى أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْرُمُ الرَّجُلُ قِيَمَةَ الْبَعِيرِ أَوْ الدَّابَّةِ يَوْمَ يَأْخُذُهَا.

الشرح: قوله: «أن رقيقاً لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها» لا يخلو أن يكون ثبت ذلك عندهم بيينة أو بإقرار العبيد مع دعوى المزني أو بدعوى المزني في ذلك معرفة حاطب، وطلبه يمينه على ذلك، فنكل حاطب، وحلف المزني. فإن كان ذلك بيينة أو نكول حاطب وحلف المزني، فعلى ما تقدم في سائر الحقوق، وقال ابن عباس في عبد انتحر حماراً، وقال: خفت أن أموت جوعاً: لا يقطع، ويغرم سيده ثمن الحمار.

وقال محمد: وذلك إذا ثبت أن السيد كان يجيعه، فيغرم أو يسلمه، وإنما غرم عمر حاطباً، وترك قطع عبيده؛ لأنه كان يجيعه، فعلى هذا أيضاً لم يجمع بين القطع والقيمة. وقد قال في الحديث: إنه أمر كثير بن الصلت بقطع أيديهم، فعلى رأى ابن المواز انصرف عنه إلى التقويم لما ثبت عنده أنه كان يجيعه، وعلى رأى أصبغ أنه جمع بين الأمرين، ولعله كان للعبيد مال، فوقع الغرم منه.

وقال لحاطب: «لأغرمك غرماً يشق عليك» يريد أن يأخذ ذلك من مال عبيده الذي كان له أخذه، ويشق عليه أن يؤخذ جميعه أو الكثير منه، فبه كانوا يقدرون على السعي والتكسب، وإن كان ذلك بإقرار العبيد، فقد قال مالك: لا يقبل من إقرار العبيد إلا ما ينصرف إلى جسده.

١٤١٨ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٢٣٩/١٠، البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٧٢٤٢. وذكره ابن عبد البر في الاستدكار برقم ١٤٣٥.

فأما ما يلزم سيده به أمر، فلا، فهذا على الإطلاق، ويعرى فى القضية مما يقويها.

وأما إذا اقترن بالقضية ما يشهد لها من شاهد الحال، فإن إقراره مقبول فيما يتعلق بمال سيده، وقد قال مالك فى عبد أصاب صبيًا بموضحة، فأتى متعلقًا به، ولا بينة له، فأقر العبد بما كان قريبًا من فعله، ويأتى مكانه متعلقًا به، فليقبل منه، فأما ما بعد، وإنما يقول: كنت فعلته، فلا يقبل منه، وقاله ابن القاسم.

وقد قال مالك فى عبيد دخل عليهم، وعندهم شاتانا مذبوحتان، يعرفان لجارهم، فأقر اثنان منهم، وجحد الثالث: إن غرم ذلك على سادتهم، فعلى هذا أيضًا يحتمل أن يكون إنما أغرم حاطبًا لما وجدت الناقة بين أيدي العبيد، وعرف أنها كانت للمزنى الطالب لها، وثبت ذلك بالبينة.

فصل: وقوله: «فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم» قال عيسى فى المدونة: معنى ذلك عندنا أنهم سرقوها من حرزها، ولم يسرقوها من المرعى، وسيأتى معنى الحرز مفسرًا فى كتاب القطع فى السرقة.

فصل: وقوله: «أراك تبيعهم» يحتمل أن يكون العبيد قد شكوا ذلك إليه، واعتذروا به لسرقتهم، ويحتمل أن يكون ثبت ذلك عنده ببينة شهدت به، ويحتمل أن يكون رأى فيهم من الضعف ما استدل به عليه، فأنكر عليه إجماعهم؛ لأنه يلزم السيد أن لا يبيع رقيقه بل يشبعهم الوسط أو يبيعهم، لما روى أبو ذر أن رسول الله ﷺ قال: «إخوانكم حولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده، فليطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم»^(*).

فصل: وقوله: «والله لأغرمنك غرمًا يشق عليك» يريد به الغرم الكثير الذى يعلم أن حاطبًا يتوجع له مع كثرة ماله، ولعله أداه اجتهاده على أن ذلك يجوز له على وجه الأدب والتعزير لحاطب على إجماعه لرقيقه، وإحواجه لهم إلى السرقة التى كانت سبب قطع أيديهم، وسبب إتلاف ناقة المزنى، فرأى أن يغرمه إياها، ولعله قد كان كرر نهيها إياه عن ذلك، وحد له فى قوتهم حدًا لم يحتمله.

قال مالك فىمن اتخذ فى ماشيته كلبًا عقورًا، فتقدم إليه الإمام فى إزالته، فلم يزل، وقتل أحدًا: إن على صاحبه دية، ولاشك أنه لو كان عبدًا للزمته قيمته، وقد قال مالك

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٠، ٢٥٤٥. مسلم حديث رقم ١٦٦١. أحمد فى المسند

كتاب الأفضية ٤٤٩

فيمن غش لبناً أو زعفراناً أو مسكاً: لا يهراق، وليتصدق به، ولم يخص قليلاً ولا كثيراً.

وقال ابن القاسم وغيره: إنما ذلك في اليسير، فأنا الكثير، فنلأ يتصدق به، ويوجع أدباً، هذا الذي أشار إليه أصحابنا في تأويل هذا الحديث، ويحتمل عندي أن يكون أراد الغريم لما أوجب عليه من قيمة الناقة لما اعتقده من كثرة قيمتها، وأن حاطباً شق عليه غرم مثلها، والله أعلم.

وقد سأل ابن مزين أصبغ عن قول مالك: «ليس العمل عندنا على تضييف القيمة»، إن كان مالك يرى على السيد الغرم من غير تضييف. قال أصبغ: لا يلزم السيد من ذلك إلا قيمة واحدة، لا أقل ولا أكثر، لا في ماله ولا في رقاب العبيد القطع الذي وجب عليهم.

قال الداودي: غلط من ظن أن القطع نفذ، وإنما كان عمر أمر بقطعهم، ثم قال: «أراك تجيعهم»، ثم أمر بصرفهم، ولم يقطعهم، وعذرهم بالجوع، وهذا معلوم من سيرة عمر في عام الرمادة، فإنه لم يقطع سارقاً.

وقد روى ابن وهب في موطنه هذا مفسراً من حديث أبي الزناد عن أبيه عن عروة أن عبدالرحمن بن حاطب قال: توفي حاطب، وترك أعبداً منهم من يمنعه من ستة آلاف، يعملون في مال لحاطب بسوان، فأرسل عمر، فقال: هؤلاء عبيدك قد سرقوا، ووجب عليهم ما وجب على السارق، فانتحروا ناقة لرجل من مزينة، واعترفوا بها، ومعهم المزني، فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثم أرسل وراءه من يأتيه بهم، فجاء بهم، فقال لعبدالرحمن بن حاطب: أما لولا أني أظنكم تستعملونهم، وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعهم، ولكن والله إذا تركتهم لأغرمناك غرامة توجعك.

مسألة: وإن كان للعبيد أموال، فقد قال أصبغ: إنما كان يكون غرمها في أموال العبيد لو كانت لهم أموال، وإلا فلا شيء، وإنما يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها، فيخير السيد بين إسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها. وقال ابن المواز: لا يتبع في السرقة التي تقطع في رقبتة، ولا فيما في يده، ولو ثبت ذلك بالبينة إذا لم توجد بعينها، لأن ماله إنما صار له بعد العتق.

فصل: وقوله: «للمزني: كم ثمن ناقتك» يريد قيمتها يحتمل أن يكون ذلك لما انتفى حاطب من معرفة قيمتها؛ لأن القول قول الغارم، ويحتمل أن يكون بدأ المزني ليعرف منتهى ما يدعيه، ثم توقف حاطب عن الإقرار بذلك، والإنكار له، وهكذا وجه العمل؛

٤٥٠ كتاب الأفضية

لأنه لا يوقف مدعى عليه حتى يعلم منتهى دعوى المدعى فى دعواه تلك فى قدرها وجنسها، فيصح توقيف المدعى عليه على ذلك ليقر بعد ذلك أو ينكر.

فصل: وقول المزنى «كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم» على معنى الإخبار بقيمتها على التحرى بذلك، وإن ذكر أقل ما يمكن من قيمتها، وما كان يمتنع من بيعها به، ويحتمل أن يكون قسمه على معنى تحقيق دعواه، والإخبار عن تيقنه كما قال، وما ادعى من القيمة لا على معنى الاستحقاق للقيمة بيمينه.

ولم يحتج عمر أن يحلفه إما لأن حاطباً صدقه؛ لأن قوماً شهدوا له بذلك، أو لأنه بنى أن يأخذ له من حاطب أكثر من القيمة على معنى التأديب له لما جناه بإجاعة رقيقه، ولذلك لم يقتصر على ما ادعاه المزنى من قيمة ناقته حتى أضعف ذلك عليه، ورأى المزنى أحق الناس بذلك؛ لأنه هو الذى جنى عليه بتفويت ناقته لأنه وإن كان أخذ قيمتها أربعمائة درهم، فقد كان له غرض فى عينها، ففوته عينها بسرقتها ونحرها.

وهذا وإن كان وجهاً لاجتهاد عمر، فالقضاة اليوم لا يرون ذلك، ويرون على من جنى بتعد أو غيره قيمة واحدة هذا إذا حملنا قول عمر على أنه قصد تضييف القيمة عليه، ويحتمل أنه لم يقصد ذلك وقصد وجهاً من وجوه سنذكر بعضها بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «أعطه ثمانمائة درهم» ظاهره تضييف القيمة التى ادعاه المزنى، وقد قال مالك بأثر الحديث: «ليس العمل عندنا على تضييف القيمة، وإنما العمل عندنا أن يغرر الرجل قيمة البعير يوم يأخذه» ظاهره أيضاً أنه لم يكن ظاهر حديث عمر فى تضييف القيمة على الجانى.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتمل عندى أن يكون عمر إنما أضعف القيمة؛ لأن المزنى ادعى لنفسه قيمة ناقه فى بلد أو زمن غير البلد، والزمن التى سرقت به، والقيمة تتضاعف فيه، ولذلك قال: وإنما يلزم الرجل قيمة البعير يوم أخذه، يريد أن قيمته إن زادت بعد أن عرف صاحبها قيمته بتغيير الأسواق بانتقال زمن أو بنقله إلى مكان، فإن تلك الزيادة له، ولو نقصت لكان النقصان عليه.

وقد قال الشيخ أبو محمد: رأيت لابن كنانة أنه إنما سأله عن ثمن ناقته، فأضعفه، يحتمل أن يصادف تضييف القيمة قيمتها اليوم. قال غيره: ولو لم يقل بذلك أحد بعده لم يجب القول به.

ولو أجمعوا على ترك العمل بحديث النبي ﷺ لترك، وعلم أنهم لم يجمعوا إلا لأمر يجب المصير إليه، غير أن الأول أظهر، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول مالك: «وإنما يغرم الرجل قيمة البعير يوم أخذه» يريد أن ما لحقه من نقص فى ضمان من أخذه، فإن أدركه نقص، ثم هلك ضمنه الآخر سالمًا من ذلك النقص، وإن وجده ناقصًا، فعلى ما قدمناه قبل هذا من مراعاة النقص، إن كان من فعل الآخر أو من فعل غيره، وإن زاد عند المتعدى، فوجده صاحبه كان له أخذه بزيادته، وإن هلك بعد الزيادة لم يكن عليه إلا قيمته يوم الأخذ، وبالله التوفيق.

* * *

القضاء فيمن أصاب شيئاً من البهائم

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أَصَابَ شَيْئًا مِنَ الْبَهَائِمِ، إِنَّ عَلَى الَّذِي أَصَابَهَا قَدْرَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَمِهَا^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من أصاب شيئاً من البهائم، فنقصتها جنائته نقصاً، لم يمنع منفعتها المقصودة منها كان عليه قيمة ما نقص من قيمتها، وذلك أن تساوى سالمة عشرة دنائير وتساوى بالجنابة ثمانية، فإن عليه ما نقص منها، وذلك خمس قيمتها، وذلك ما لم تلتف منفعتها المقصودة منها.

فإن أتلفت منفعتها المقصودة منها من عمل بها أو غيره، فعليه قيمتها، وبه قال الليث. وقال الشافعى: ليس عليه إلا ما نقص منها، وبه قال أبو حنيفة فى عين الدابة والبقرة ربع ثمنها، وفى شاة القصاب ما نقصها.

قال الطحاوى: وهذا استحسان، وقد تقدم الكلام فى هذا فى باب القضاء فى استهلاك الحيوان بما يغنى عن إعادته، والله أعلم.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِى الْجَمَلِ يَصُولُ عَلَى الرَّجُلِ، فَيَخَافُهُ عَلَى نَفْسِهِ، فَيَقْتُلُهُ أَوْ يَغْرِهُ فَإِنَّهُ، إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَهُ وَصَالَ عَلَيْهِ، فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ تَقَمْ لَهُ بَيِّنَةٌ إِلَّا مَقَالَتُهُ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْجَمَلِ^(٢).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٦٣/٢٢.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٣٨.

٤٥٢ كتاب الأفضية

الشرح: وهذا على ما قال أن من صال عليه جمل أو دابة، فقتلها أو قامت له بينة بأنه قد خافها على نفسه، أن تقتله، فلا ضمان عليه، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة والثوري: هو ضامن.

والدليل على ما نقوله أن من قتل مخوفاً على نفسه دفعاً عنها، فإنه لا ضمان عليه فيه كالعبد يريد قتل الحر، فيقتله الحر؛ دفعاً عن نفسه، فإنه لا شيء عليه من قيمته.

مسألة: وهذا حكم الجمل إذا صال، فقتل أو عض، فلا يخلو أن يكون لم يشتهر بذلك عند صاحبه والناس، ولم يتكرر ذلك منه، أو يكون قد تكرر ذلك منه حتى شهر بذلك، وخيف من أجله، فإن كان لم يشتهر بذلك، فلا ضمان على صاحبه حتى يتقدم إليه السلطان فيه.

فإذا تقدم إليه فيه، فقد قال مالك: إذا تقدم إليه في البعير، أو الدابة ضمن ما أفسدت بعد ذلك ليلاً أو نهاراً. وقال أشهب في العتبية: لا يضمن رب الدابة على كل حال تقدم إليه السلطان في إزالته أو جيرانه، فهو حكم عليه بضمن ما يتلفه، فلزمه بذلك كالحائط المائل.

وجه قول أشهب قوله ﷺ: «جرح العجماء جبار» (*). ومن جهة المعنى أن اتخاذه مباح، ولو لم يكن اتخاذه مباحاً على الإطلاق لضمن جنايته، وإن لم يتقدم إليه.

فرع: إذا قلنا يضمن، فهل يكون ذلك في ماله أو على عاقلته.

قال مالك في الجمل البصول قد عرف بذلك، يدخله صاحبه المدينة: إنه يضمن ما أصاب، وهو على العاقلة.

وقال ابن المواز: ما بلغ ثلث الدية، فعلى العاقلة. وقد روى عيسى عن ابن القاسم: أن هذه الجناية تكون جناية مضاف نخطؤها إلى صاحب الدابة، فإذا بلغت الثلث، فهي على العاقلة كما لو باشرها.

وجه الرواية الثانية أنها جناية من مملوك، فلم تتجاوز مال صاحبه إلى العاقلة. أصل ذلك جناية العبد.

(* أخرجه مسلم حديث رقم ١٧١٠. الترمذى حديث رقم ١٣٧٧. النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٤٩٧. أبو داود حديث رقم ٤٥٩٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٦٧٥. أحمد في المسند حديث رقم ٢٧٦٩٠.

مسألة: وأما الكلب العقور، فإن المعانى المؤثرة فى ضمان صاحبه أن يتخذه، وهو يعلم أنه يعقر. والثانى أن يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه. والثالث: أن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه. والرابع: أن يتقدم إليه فيه.

فأما علمه بعقره، فإن كان تكرر ذلك منه، وشهر به، وخيف من أجله، فهو أشد من الحائط المائل، وقد قال أشهب فى المجموعة فى الحائط المائل المخوف الذى بلغ شدة الغرر، فلم يهدمه، وقد أمكنه هدمه: يضمن ما سقط عليه، أشهد عليه أو لم يشهد عليه؛ لأنه متعدد كمن أوقف دابته بحيث لا يجوز له، وإن لم يبلغ ذلك لم يضمن، أشهد عليه أو لم يشهد، ويضمن إذا تقدم إليه السلطان.

وأما إذا كان الكلب إنما جرى ذلك له مرة أو فى الندرة، ولم يشتهر، فهذا لا يضمن حتى يتقدم إليه السلطان فيهن وإنما المعنى الثانى، وهو أن يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه، مثل أن يتخذ كلباً لدفع السراق عن ماشيته، فإنه يضمن ما عقر، ولو اتخذه لدفع السباع عنها، لم يضمن.

وأما المعنى الثالث بأن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه، فقد روى ابن وهب عن مالك فيمن اتخذ كلباً فى داره لماشيته، أنه يضمن ما عقر. قال محمد: لأنه للناس اتخذه؛ لأن الماشية إنما يخاف عليها فى الدار من الناس، وإنما أبيض اتخاذا الكلب للزرع والحراث والماشية فى مواضع رعيها، وحيث يدفع الذئب عنها. قال محمد: وهو قول أشهب.

وروى أصبغ عن ابن القاسم فى المزينة: إن اتخذه حيث يجوز له اتخاذه، لم يضمن حتى يتقدم إليه فيه، وإن اتخذه حيث لا يجوز له، ضمن.

وقد قال مالك فى الجمل الصؤل، قد عرف بذلك، يدخله صاحبه المدينة: يضمن ما أصاب، فعلى هذا إن عرا من هذه المعانى كلها، لا يضمن، وإن وجدت فيه كلها ضمن، وإن لم يتقدم إليه، وإن وجد فيه بعضها، فعلى حسب ما تقدم.

فرع: وفى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فى الدابة تصول، تعدو على الصبى فتقتله، مربوطة أو تنفلت من رباطها، وقد أعذر إليه الجيران: لا ضمان عليه حتى يتقدم إليه السلطان، ويجب أن يكون قد ربطه فى موضع يجوز له ربطه فيه على وجه يؤمن غالباً حتى يكون ذلك مبيحاً لاتخاذه على ذلك الوجه.

وإنما الكلب العقور الذى شهر بذلك يتخذه الرجل حيث يجوز له اتخاذه لعقر السباع، فهذا أيضاً إذا عقر الناس وآذاهم، لا ضمان عليه حتى يتقدم إليه السلطان؛ لأنه موضع يجوز له اتخاذه.

٤٥٤ كتاب الأفضية

وقد قال أشهب في العتبية: لا يضمن رب الدابة على حال تقدم إليه السلطان أو جيرانه، فيحتمل أن يريد دابة خيف ذلك منها، ولم يتقدم لها عقر ولا شهرت به، فيكون وفاقاً لما تقدم، ويحتمل أن يريد الذي تقدم لها الصول والأذى، فيكون خلافاً لقول مالك.

ويفرق بينه وبين الكلب، بأن الكلب منهي عن اتخاذه، وإنما أبيع اتخاذه لدفع الضرر على وجه ما، والحمى مباح اتخاذه على الإطلاق، وإنما يؤمر صاحبه بكف ضرره، إذا ثبت ضرره.

مسألة: والتقدم إلى صاحب الكلب والجمل، إنما يكون إذا ثبت ضرره، ويحتمل عندي أن يتقدم إليه فيه إذا ثبت أنه على حال كان يتقى ضرره، ولا يؤمن عقره كالحائط المائل، وقد قال ابن مزين: لا يكون التقدم إلا عند السلطان، إذا كان بموضع فيه سلطان، فإن كان بموضع لا سلطان فيه أشهد عليه العدول بالتقدم إليه فقط.

ووجه ذلك أن هذا حكم، ولا يثبت حيث يكون حاكم إلا بحكمه، وأما موضع لا حاكم، فجماعة المسلمين تقوم مقام الحاكم في مثل هذا من الأمور التي يضطر الناس إليها، وهذا حكم من يكون التقدم منه. وأما من يكون التقدم إليه، فهو المالك، والناظر له، من أب أو وصى دون المحجور عليه، قاله محمد بن عبدالحكم في الحائط المائل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز له اتخاذ كلب الصيد في داره، روى معناه ابن المواز عن ابن القاسم، وليس له اتخاذه في داره لحراسة الناس، ولا ممن يسرق؛ لأنه ليس من الوجوه التي ورد الشرع بإباحة اتخاذه لها؛ لأنه لا يباح له عقر السارق، ولا قتله، وإنما أبيع له طرده، وعقر السباع المؤذية في الزرع والماشية مباح، وكذلك الصيد للمأكلة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإن لم تقم له بينة إلا قوله، ضمن» ولم يذكر إن كان يثبت بشاهد ويمين أم لا، ويحتمل أن يكون فيه الخلاف على ما يأتي بعد هذا، وأما إذا صال الجمل فقتل، فقد روى عيسى عن ابن القاسم في المزينة في الكلب العقور أو الجمل الصؤل والثور إن أصابوا رجلاً بعد التقدم إلى أربابها، ولم يشهد على ذلك إلا شاهد واحد: أن ورثته يحلفون يمينا واحدة، ويستحقون دية صاحبهم.

وقال أصبغ: لا يثبت من هذا إلا ما شهد به شاهدان، وأنكر رواية عيسى في ذلك إنكار شديداً، وقال: دية الحر المسلم بيمين وشاهد واحد.

وجه قول ابن القاسم أن هذه شهادة لا يستحق صاحبها غير المال توجه فثبتت بشهادة ويمين كالقرض والقراض.
ووجه رواية أصبغ أن هذه جناية في الجسد على حر، فلم تثبت إلا بشاهدين كما لو جناها إنسان.

* * *

القضاء فيما يعطى العمال

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى الْغَسَّالِ ثَوْبًا يَصْبِغُهُ، فَصَبَّغَهُ، فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: لَمْ أَمُرْكَ بِهَذَا الصَّبِغِ، وَقَالَ الْغَسَّالُ: بَلْ أَنْتَ أَمَرْتَنِي بِذَلِكَ: فَإِنَّ الْغَسَّالَ مُصَدِّقٌ فِي ذَلِكَ، وَالْحَيَّاطُ مِثْلُ ذَلِكَ، وَالصَّائِغُ مِثْلُ ذَلِكَ، وَيَحْلِفُونَ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَأْتُوا بِأَمْرٍ لَا يُسْتَعْمَلُونَ فِي مِثْلِهِ، فَلَا يَحُوزُ قَوْلُهُمْ فِي ذَلِكَ، وَلِيَحْلِفَ صَاحِبُ الثَّوْبِ فَإِنْ رَدَّهَا، وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ، حُلْفَ الصَّبَّاعِ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن الصانع إذا دفع إليه ثوب، فصبغه، وأنكر صاحب الثوب أن يكون أمره بذلك، فالقول قول الغسال أنه أمره بذلك، وهذا ظاهر لفظ الكتاب، إلا أن صاحب الثوب قد ينكر، وهو على وجهين، أحدهما: أن يقول: أمرتك أن تصبغه. والثاني: أن يقول لم أمرك بصبغه.

فإذا قال: أمرتك أن تصبغه، فإنه أيضًا على قسمين، أحدهما: أن يقول له: أمرتك بغير هذا الصبغ. والثاني: أن يقول له: أمرتك بهذا الصبغ، ويختلفان في القدر، فإن قال: أمرتك بغير هذا الصبغ، ولم يكن لواحد منهما بينة، فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده، فإن كان قبل العمل، فقد قال: يتحالفان، ويتفاسخان.

ووجه ذلك أنه لم يفت بالعمل، وقد تحالفا في صفة ما وقع التبائع عليه، فوجب أن يتحالفا ويتفاسخا كبيع الأعيان.

مسألة: فإن تحالفا بعد العمل، فالقول قول الصباغ، وكذلك سائر الصانع، فيما يحوزه الصانع بالفوت، ولما له فيه من العمل بوجه حق. وقال أبو حنيفة والشافعي: القول قول صاحب الثوب.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٣٩.

٤٥٦ كتاب الأفضية

وجه قول مالك أن الصانع حائز، فلا يستحق أخذه منه إلا بعد أداء ما له فيه، وصاحب الثوب مدع لأخذ ما فى يده من الثوب، والصبيغ على غير هذا الوجه الذى يقر به الصباغ، فكان القول قول الصباغ.

وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى الحائك، يقول: أمرتنى أن أنسج لك سبعاً فى ثلاث، وقال صاحبه: بل سبعاً فى أربع: أن الحائك مصدق مع يمينه، ولو قال البناء: أمرتنى أن أبني بيتاً خمساً فى خمس، وقال رب العرصة: بل عشرة فى عشرة تحالفاً، فإن حلفاً فسخ ذلك، ويقلع البناء نقضه إلا أن يشاء رب العرصة أن يدفع إليه قيمته مقلوعاً، وإن نكل البناء، وحلف صاحب العرصة، لزمه ما قال البناء.

والفرق بينهما أن الحائك حائز لما صار فى يديه، والبناء لم يجز العرصة، ولا ما بنى فيها، بل صاحب العرصة حائز لذلك كله؛ لأنه فى يده، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا إذا اختلفا فى العمل، فإن اختلفا فى الجرة، فيقول الصانع: عملته بأربعة دراهم، ويقول صاحبه: استأجرتك بدرهمين، فإن كان لم يفت بالعمل تحالفاً وتفاسخاً.

وإن فات بالعمل، فالقول قول الصانع بخلاف البناء، فالقول قول صاحب العرصة بعد البناء، ذكره ابن نافع فى النوادر عن مالك، وذلك أن الصانع له يد على ما صنع فيه، فالقول قوله فيما بيده، ولا يستحق أن يخرج عمله من يده بما يدعيه عليه صاحب الثوب، والبناء عليه يد صاحب العرصة، فالبناء يدعى عليه زيادة فى ثمن عمل، قد فات، وقبض منه، فالقول قول صاحب العرصة؛ لأنه غارم مدعى عليه فيما بيده، والله أعلم.

مسألة: ولو قال الصانع: لم تأمرنى بشيء، وقال صاحبه: أمرتك بكذا، ففى كتاب محمد فى الخياط يقطع الثوب قميصاً، فيقول صاحبه: أمرتك بقطعه فرملاً: أن الخياط مصدق، ولا يضمن، إذا حلف، إلا أن يقطعه قطعاً لا يلبسه الأمر.

وقال ابن ميسر: إذا أقر الصانع أنه لم يأمر بشيء، فهو متعد، وإنما يصح الجواب إذا قال له صاحب الثوب: اقطعه على ما ترى، وقد عرف ما يقطع للرجل.

فوجه القول الأول أن العامل لما كان مصدقاً مع يمينه فى العمل لمكان اليد، صدق فى إنكار الصفة، وكان سكوت رب الثوب عن الصانع بمعنى اصنع ما تراه، وإنما يجب أن يكون ذلك إذا افترقا عن أن يشرع فى العمل دون وصف، وأما إذا افترقا عن أن يعود إليه، فيصف له ما يريد، فهو على ما قاله ابن ميسر.

ولا يكاد أن يتحقق من القسمين قسم ثالث إلا بأن يفارقه صاحب الثوب على أن يعود إليه للوصف، ويعتقد الصانع أنه قد أذن له في العمل، فعلى هذا يجب أن يكون القول قول العامل؛ لأنه حكم ما يترك عنده غالباً، والله أعلم وأحكم.

وجه قول ابن ميسر أنه أقر الصانع أنه لم يؤمر بشيء، فهو متعد لإقدامه على العمل دون صفة، ودون ما يقوم مقامها من العرف.

مسألة: فإن اتفقا على أنه لم يصف له شيئاً، فيقول له صاحبه: أردت كذا، ويقول الصانع: رأيت هذا مما يصلح لك، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن دفع إلى صانع جلدًا، ليعمل له خفين: إذا عمل ما يشبه لباس الناس ولباس الرجل، لم يضمن؛ ولأنه فوض إليه. قال: وكذلك الخياط في الثوب وعامل القلانص في الظهارة.

وجه ذلك أنه إذا قال: اصبغ ثوبي هذا لونًا، فإن أمره يتناول كل لون، فأى لون صبغة الصباغ كان به ممثلاً لأمر الأمر، وهذا إذا كان اللفظ يقتضى التفويض لصنعه أو اقترن به ما يقتضى التفويض.

ولو اقترن به ما يقتضى لونا يكون إلى رب الثوب تعيينه لكنه أخطر ذلك لوجه رآه، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: وأما الصباغ يصبغ الثوب لونًا بغير إذن ربه، فهو ضامن كمن أمر رجلاً بشراء خادم أو جارية.

ومعنى ذلك أنه لم يوجد من صاحب الثوب ما يقتضى التفويض إليه؛ لأن ذلك إذن له يدل على ذلك ما تقدم في قوله في مسألة الخفين.

وإذا تقدم هذان القسمان، فإن قول رب الثوب أصبغ هذا الثوب لونًا يقتضى بإطلاقه التفويض إلى الصباغ، ولا سيما على قول من قال من أصحابنا: إن الأمر على الفور، وذلك أيضاً على قول من يقول أنه علس التراخي؛ لأنه لا خلاف أنه يجوز للمأمور امتثال الأمر المطلق على الفور، إلا أنه على القول الأول ألزم، إلا أن يقترن به ما يمنع التفويض، وهذا أيضاً معنى قوله: اشترى لى خادماً.

وفي المدونة من قول مالك في الرجل يأمر الرجل يشتري له خادمة، ولا يصفها له: أنه إن اشترى له من يكون مثلها من خدمه، لزم الأمر، وهذا التخصيص بالعرف ولولا العرف للزمه أى خادم اشترى له، إذا اقتضى اللفظ ذلك، وتعدى عما يصرفه عن مقتضاه.

مسألة: وأما إذا قال: أمرتك بهذا الصبغ، واختلفا في القدر، ففي المدونة من قول مالك في الصباغ يصبغ الثوب، فيقول: صبغته بعشرة دراهم، ويقول صاحب الثوب: أمرتك بخمسة دراهم: القول قول الصباغ إذا كان ما في الثوب من الصبغ يشبه ذلك، فإن أتى من ذلك بما يستدل به على كذبه ويشبهه قول صاحب الثوب، فالقول قول صاحب الثوب، وإن أتى بما لا يشبهه، رد إلى إجارة المثل.

ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط، أحدها ما تقدم، وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه ما قال. والشرط الثاني: أن يتفقا أو يقول الصباغ: لم يكن فيه صبغ، فإن اتفقا على أنه قد كان فيه صبغ، فالقول قول صاحب الثوب في المقدار الذي اتفقا عليه، إذا كان ما زاد من الصبغ يشبه ما قال: والشرط الثالث: أن يعمل الصباغ عنده، ويغيب عليه.

فأما إذا لم يدفع إليه الثوب، ولم يغب عليه، ففي المدونة في مسألة الثياب ما يقتضى أن القول قول صاحب الثوب؛ لأن اليد له، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا قال رب الثوب، عملته لي بغير أجر ولا عوض، وقال الصباغ: بل بأجر كذا وكذا درهماً، ففي المدونة من قول ابن القاسم: القول قول العامل، إذا أتى بما يشبه أجر مثله، وإلا رد أجر مثله.

قال غيره: لأن رب الثوب مقر أنه دفعه إليه ليصبغه له، ويدعى عليه هذه الأجرة، وهاهنا إن كان ادعى الصباغ أجر مثله، فلا يمين على رب الثوب؛ لأنه يدفع عن نفسه به شيئاً، وإن ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله حلف رب المتاع؛ ليسقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل.

ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط، أحدها ما تقدم، وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه ما قال. والشرط الثاني: أن يتفقا أو يقول الصباغ، لم يكن فيه صبغ، اتفقا على أنه قد كان فيه صبغ، فالقول قول صاحب الثوب في المقدار الذي اتفقا عليه، إذا كان ما زاد من الصبغ يشبه ما قال.

والشرط الثالث: أن يعمل الصباغ عنده، ويغيب عليه. فأما إذا لم يدفع إليه الثوب، ولم يغب عليه، ففي المدونة في مسألة الثياب ما يقتضى أن القول قول صاحب الثوب؛ لأن اليد له والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا قال رب الثوب: عملته لي بغير أجر ولا عوض، وقال الصباغ: بل بأجر

كذا وكذا درهمًا، ففي المدونة من قول ابن القاسم: القول قول العامل، إذا أتى بما يشبه أجر مثله، وإلا رد أجر مثله.

قال غيره: لأن رب الثوب مقر أنه دفعه إليه ليصبغه له، ويدعى عليه هذه الأجرة، وهاهنا إن كان إن كان ادعى الصباغ أجر مثله، فلا يمين على رب الثوب؛ لأنه يدفع عن نفسه به شيئًا، وإن ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله، حلف رب المتاع؛ ليسقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل.

فصل: وأما إذا قال: لم أمرك بصبغه، فلا يخلو أن يقول: دفعته إليك، ولم أمرك بصبغه أو يقول: لم أدفعه إليك، فإن قال: دفعته إليك وديعة، ولم أمرك فيه بعمل، وقال الصانع: بل أمرتني بالعمل، ففي المدونة قال ابن القاسم: القول قول العامل. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: القول قول العامل، إذا صبغه ما يشبهه. وقال غيره في المدونة: العامل مدع.

وجه القول الأول أن اليد للعامل، ومع ذلك فقد أقر صاحبه بتسليمه إليه، فوجب أن يكون القول قول العامل في صفة القبض، ولا يكون للدافع قبضه منه إلا ببيئة أو اتفاق. ووجه القول الثاني أن إقرار رب الثوب إنما هو في تسليمه إليه، وأما الإذن فيما فيه من العمل، فقد ادعاه العامل، وأنكر رب الثوب، فالقول قوله إن لم يكن للعامل بيئة. فرج: إذا ثبت ذلك، فالقول قول العامل فيما يشبهه من الأجرة وإلا رد إلى أجرة مثله، قاله ابن القاسم في المدونة. وقال غيره: له الأقل من أجرة المثل أو ما ادعاه. وقد قال أبو محمد عبدالحق: إن العامل إذا ادعى ما يشبه أجرته، فلا يمين على رب الثوب؛ لأنه لا يحط عن نفسه بها شيئًا، وإن ادعى أكثر من ذلك، فعليه اليمين ليحط عن نفسه ما زاد على أجرة المثل.

مسألة: وإذا قال رب الثوب: سرق مني، ولم أدفعه إليك، وقال: بل استعملتني، فقد قال ابن القاسم في المدونة: يتحالفان، ويقال لصاحب المتاع: خذه معمولاً، وادفع أجرة مثله، فإن أبي قيل للعامل: خذه، وادفع قيمته غير معمول، فإن أبي كانا شريكين، هذا بقيمة عمله، وهذا بقيمة متاعه غير معمول؛ لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: القول قول رب الثوب، ويكون له أن يدفع قيمة الصبغ أو يلزمه قيمة الثوب غير مصبوغ إلا أن يشاء الصباغ أن يسلم إليه الثوب مصبوغًا بغير شيء، فإن أبي كانا شريكين، صاحب الثوب بقيمة أبيض، والصباغ بما زادت قيمته بالصبغ، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

وقال الغير في المدونة: لا يكونان شريكين والعامل مدع.

وجه القول الأول أنه لما كان لكل واحد منهما شبهة، ولم يعلم بتعدى العامل أدتهما الإباية إلى الشركة، كالذى يبنى فى أرض غيره بشبهة.

ووجه قول الغير أن الصانع مدع، فلا يجوز له أن يدخل ضرر الشركة على صاحب الثوب، ويجبر على أن يدفع قيمة الثوب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فوجه العمل فى التحالف، قال الشيخ أبو محمد: إن اختار رب الثوب أن يأخذ ثوبه، ويعطيه قيمة الصبغ، وكانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع أو أكثر من ذلك، أدى ذلك رب الثوب، ولا يمين عليه، وإن كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع، حلف رب الثوب ما دفعه إليه، ويؤدى قيمة الصبغ.

فإن قال: أريد أن أضمنه، فإن طاع الصباغ أن يعطيه قيمة ثوبه أبيض، فلا يمين على واحد منهما، وإن أبى، تحالفا، وكانا شريكين فى الثوب، هذا مذهب ابن القاسم.

وأما على قول الغير أن الصانع مدع، فيحلف رب الثوب، أنه ما دفعه إليه، ثم يجبر الصانع على دفع قيمة الثوب، هذا قول الصقليين والقرويين من شيوخنا، وهو مخالف لظاهر لفظ الكتاب؛ لأن ظاهر لفظ الكتاب يقتضى التحالف قبل التخيير، وعلى ما تأولوه يثبت التخيير قبل التحالف.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن حمل اللفظ على ظاهره أولى، وهو أن يبدأ بأيمانها قبل التخيير؛ لأن التخيير إنما يستحق بعد الأيمان، فحلف أولا رب الثوب ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من الإذن فى الصبغ، ويحلف الصانع ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من التعدى، فإذا كمل ذلك بينهما بدئ بتخيير رب الثوب، لأن الأصل له، وقد بسطت القول فى هذه المسألة فى شرح المدونة، والله أعلم بالصواب.

قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الصَّبَاغِ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الثَّوْبُ، فَيُحْطِئُ بِهِ، فَيَدْفَعُهُ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ حَتَّى يَلْبَسَهُ الَّذِي أَعْطَاهُ إِيَّاهُ: إِنَّهُ لَا غُرْمَ عَلَى الَّذِي لَبَسَهُ، وَيَغْرُمُ الْغَسَّالُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ وَذَلِكَ إِذَا لَبَسَ الثَّوْبَ، الَّذِي دُفِعَ إِلَيْهِ عَلَى غَيْرِ مَعْرِفَةٍ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ، فَإِنْ لَبَسَهُ وَهُوَ يَعْرِفُ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبُهُ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٠، وقال: خالفه أكثر الفقهاء فى هذا منهم، الشافعى والكوفى، وقالوا: رب الثوب مخير، إن شاء ضمن لابسه قيمة ما لبسه إلا أن يكون =

قوله: «أن الصباغ يضمن ما أخطأ به من الثياب، التي بعضها للقباض لها» يقتضى ضمان الصناع مما ضاع عندهم مما قبضوه على ما نفسره بعد هذا، وضمنانهم فى الجملة مما أجمع عليه العلماء. وقال القاضى أبو محمد: إنه إجماع الصحابة، وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه: لا يصلح الناس إلا ذلك.

قال مالك فى المدونة والموازية وغيرها: وذلك لمصلحة الناس، وإذ لا غنى بالناس عنهم كما نهى عن تلقى السلع وبيع الحاضر للبادى للمصلحة، ويمثل ذلك ضمن الأكرياء الطعام خاصة للمصلحة، وما أدركت العلماء إلا وهم يضمنون الصناع.

قال القاضى أبو محمد: لأن ذلك تتعلق به مصلحة، ونظر للصناع، وأرباب السلع، وفى تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال، وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع؛ لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزها أو يصبغها، فلو قلنا القول قول الصناع فى ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك وللحق أرباب السلع ضرر؛ لأنهم بين أمرين إما أن يدفعوا إليهم المتاع، فلا يؤمن منهم ما ذكرناه، أو لا يدفعوه، فيضر بهم، فكان تضمينهم خلافاً للفريقين.

ودليلنا من جهة المعنى أنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للأخذ بعقد متقدم، فلم يقبل قوله فى تلفها كالرهن والعارية.

مسألة: ولو شرط الصناع أنه لا ضمان عليه، ففى العتبية والموازية عن أشهب عن مالك: لم ينفعه الشرط. وروى عن أشهب: أن ذلك ينفعه.

وجه القول الأول أنه محل للضمان متفق عليه، فلا يجوز نقله بالشرط كشرطه فى القرض والبيع.

وجه القول الثانى أنه شرط الضمان فيما يسقط عنه الضمان بالبيئة عن تلفه من غير

=أخلفة جدا فيضمن وإن شاء ذلك للغسال الذى أخطأ بالثوب؛ فدفعه إلى غير صاحبه، فإن غرم الغسال رجوع على لابس الثوب بقيمة ما نقصه اللباس أو بقيمته إن أحلقه، وإن غرم اللابس لم يرجع بشيء على أحد، لأنه إنما أغرم قيمة ما استهلك كما لو أخذ خبزاً، أو شيئاً من المأكول لغيره، فأعطاه لمن أكله أن صاحبه بخير، إن شأى ضمن الآكل وإن شاء ضمن الذى أخذ خبزه. إلا أنهم اختلفوا هاهنا؛ فقال بعضهم: إن ضمن الآكل، ورجع على المعطى، لأنه غره، وكأنه تطوع له بما أعطاه. هذا إذا لم يعلم الآكل أنه مال غيره، فإن علم ضمن، ولم يرجع على أحد. ومنهم من قال: يغرمة الذى أكله على كل حال؛ لأن الأموال تضمن بالخطأ، كما تضمن بالعمد، وبالله التوفيق.

٤٦٢ كتاب الأفضية

تعد، فوجب أن ينفعه ذلك، ويسقط عنه؛ لأن معنى ذلك تصديقه فى الضياع، ومن شرط التصديق نفعه كمن شرط ذلك فى الاقتضاء، والمشهور عن أشهب أنه ضامن مع البيئة، والله أعلم.

مسألة: ومن أعطى ثوبه لصانع يعمل فيه، فقال: يكون عندى حتى أتى، فأعاملك فيه، فيضيع، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: أنه ضامن؛ لأنه تركه عنده على العمل لا على الأمانة.

مسألة: وسواء كان الصانع خاصاً أو مشتركاً خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: يضمن المشترك، وللشافعى فى قبض المشترك قولان، هذا الذى حكاه القاضى أبو محمد.

وحكى ابن حبيب عن مالك: لا يضمن الصانع الخاص، وهو الذى يجمله إلى مكانه يصنع فيه، والذى يعمل فى حانوته هو المشترك، قال: وقاله كله أصبغ.

وإذا كان معنى الخاص الذى يعمل عندك، فالمشهور من المذهب أنه غير ضامن، وبه قال ابن القاسم وغيره من أصحابنا.

وإن كان معنى الخاص الذى لم ينصب نفسه للعمل، وإنما عمل بهذا خاصة، ففى العتبية، قال عيسى: من دفع ثوباً إلى رجل يقصره أو يخيظه أو يرقعه، فضاع عنده، لم يضمنه، إذا لم ينصب نفسه صانعاً، وهو كالأمين حتى ينصب نفسه لذلك يضمن.

فإذ قلنا إن الخاص وهو من عمل فى منزل صاحب المتاع، وأنه لا يضمن، فقد روى عيسى عن ابن القاسم وابن وهب فى العتبية: أنه لا يضمن ما أصاب الثوب من حرق أو فساد، إلا أن يغر من نفسه، فيضمن.

وجه القول الأول أنه صانع، فكان ما يأخذه على حكم ضمان الصانع كالمشترك.

وجه القول الثانى أنه غير قابض لما يصنع فيه، فلم يضمنه باليد كما لو تلف قبل أن يقبضه الصانع.

مسألة: وسواء عملوه بأجر، أو بغير أجر، فإنهم ضامنون، رواه ابن حبيب وغيره عن مالك، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: لا يضمن من عمل بغير أجر.

والدليل على ما نقوله أنه صانع، لم تقم له بيئة على هلاك ما قبضه للعمل، فكان ضامناً كما لو عمله بأجر.

كتاب الأفضية ٤٦٣

مسألة: ويضمن الصانع، وإن كان معه صاحب المتاع، وقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم: إن كمر الثوب بحضرة صاحبه، فقطعه من غير تفريط ولا تعد، فإنه يضمن.

ومعنى ذلك أن الصانع ضامن لما أصاب الثوب مما لم تقم به بيته، وإذا أصابه أمر من قبله، فهو أحق بالضمان؛ لأنه لا يعلم قصده.

فرع: ولو كان صاحب الثوب يعمل معه، فقد قال ابن حبيب وابن المواز: ما أصابه من عمل صاحبه، فلا ضمان على الصانع، وإن كان من عمل الصانع، فهو منه، وإن جهل ذلك، فهو منهما يلزم الصانع نصف ما نقصه.

ووجه ذلك أنه لو كان من فعلهما لكان منهما فإذا تردد بينهما، ولم يكن أحدهما أخص به من الآخر، فهو بمنزلة أن يكون من فعلهما.

مسألة: ويضمن الصانع ما أصلح فيه اليسير، وإن كان بغير أجر مثل فصل خاتم ورقعة ثوب أو زره أو سير في قلادة بقيمته، إذا أسلم ذلك إليه، رواه ابن حبيب عن مالك، ومثله في كتاب محمد.

ووجه ذلك أنهم لما ضمنوا ما أسلم للضرورة العامة، فهذا المعنى موجود في مسألتنا. وإذا أفسد الخياط أو القصار الثوب فساداً يسيراً، فقد قال مالك في الموازية والمختصر: عليه ما نقصه بعد أن يرفأه، يقال ما قيمته يوم دفعه إليه صحيحاً، وما قيمته ذلك اليوم مرفواً، فيغرم ما بين ذلك، وإن كثرا ضمن قيمته كله يوم دفعه إليه.

وروى ابن وهب عن مالك: إذا أفسده بخياطة، فله أن يضمه قيمته يومه صحيحاً، وقال مالك في الموازية: ولا يضمن من دفعت إليه لؤلؤة لثقبها إذا كسرت. قال أصبغ في العتبية: أو يخرم موضع الثقب، ولو تعدى الثقب لضمن.

قال مالك وابن القاسم وأشهب: وكذلك القوس تدفع لمن يعمرها، والرمح لمن يقومه، والفص لمن يثقشه، والدابة يسرجها البيطار، والسيوف يقومه الصقال، فينكسر ذلك كله أو المريض يسقى الدواء أو يكويه الطبيب فيموت من كيه، أن الختان يخنن الصبي، فيموت من ختانه أو الحجام يقلع الضرس فيموت صاحبها، أنه لا يضمن أحد منهم.

فرق: والفرق بين هذا وبين ما تقدم ما قاله ابن حبيب، أن الغالب في هذا كله

٤٦٤ كتاب الأفضية

الغرر، فصاحبه إذا أذن في العمل، وعمل على ما جرت به العادة من العمل، فقد عرضه لما حدث عليه، فلا ضمان على الصانع، وإنما يضمن بالتعدى أو بتلف بغير بينة، فإذا لم يوجد منه تعد، ولا تلف مجهول، فلا ضمان عليه.

وقد قال مالك في الموازية والمدونة في الفرن: لا يضمن ما أحرق من الخبز والغزل؛ لأن احتراقه ليس من سببه، وهو من غلبة النار، إلا أن يغر من نفسه أو يفرط، فيضمن، وذلك إذا غر من نفسه، فقد تعدى من تناول ما لا يحسن، وقد فسد بسببه وعمله، فكان عليه ضمانه، والفرن إذا غر من نفسه، وهو لا يحسن الخبز، وفرط، فقد وجد منه التعدى الموجب للضمان.

وأما الخياط تفسد الثوب خياطته، والطاحن يفسد القمح طحينه، فإن الفساد من سببه على وجه يمكنه الاحتراز منه غالباً، فكان عليه ضمانه، وكذلك في الخبز لو كان احتراقه بسببه على وجه يمكنه الاحتراز منه لضمن.

وقد قال ابن حبيب: إنه لو احترق بتضييع منه أو عبث في وقيد لضمن، وكذلك في اللؤلؤة إذا تناول ثقبها من موضعه، فلا ضمان عليه، وإن انخرمت؛ لأنه أمر غالب، وإن قال أهل البصر بذلك إنه تناوله من غير موضعه، فهو ضامن.

فرع: إذا كمل ذلك، فترجع إلى أصل المسألة، فعلى الصانع في ضمان الثوب قيمته يوم قبضه.

ووجه ذلك أنه حينئذ ضمنه كالعاصب والمشتري، ولو تلف بعد كمال الصنعة وقامت بينة بتمام الصنعة فيه، ثم تلف، فقد قال ابن المواز: عليه ضمان قيمته يوم قبضه، ونحوه قال ابن القاسم في المدونة.

ولو قامت بينة بضياعه، فقد قال ابن المواز: هو من صاحبه، وعليه الأجرة، وقال ابن القاسم في المدونة: لا أجرة عليه؛ لأنه لم يسلم العمل إلى صاحبه.

وجه قول ابن المواز أن العمل لما صار في الثوب كان ذلك قبضاً من صاحبه للعمل؛ لأنه قد صار فيما يملكه، فكان عوض ذلك العمل.

ووجه قول ابن القاسم أن حصول الصنعة في الثوب ليس بقبض لها، وإنما يحصل القبض لها برجع الثوب إلى يد صاحبه يدل على ذلك أنه لو تلف الثوب بغير بينة، وقد قامت بينة بتمام الصنعة لم يلزم صاحب الثوب العوض منها.

كتاب الأفضية ٤٦٥

مسألة: وإذا ادعى الفران احتراق الخبز بغلبة النار، فقد روى ابن حبيب: إنما يسقط الضمان عن الفران إذا بقي من الخبز أو الغزل ما يعلم به أنه خبز ذلك الرجل أو غزله. فأما لو ذهب أصلاً، ولم يعرف إلا بقوله أنه احترق لضمن.

ووجه ذلك أنه إذا ادعى ضياعاً وتلفاً غير معلوم، فهو عندي على وجه الضمان، ولا يصدق فيه، وأما إذا كان الخبز باقياً، فهو مصدق في قوله إنه غلبته النار، بغير بينة، وصاحبه مدع التعدي، قال ذلك أصبغ في العتبية في ثقب اللؤلؤة، ثم قال: وكذلك كل صاحب صنعة على هذا المعنى.

وكذلك ذكر ابن حبيب عن مالك في قرض الفأر ولحس السوس إذا ادعى صاحب الثوب تضييع القصار؛ لأنه مدع في ذلك والقصار مصدق؛ لأن التعدي لا يلزم بالدعوى.

فرع: ولو تلف الخبز عند الفران، فقد قال سحنون وغيره من أصحابنا: هو له ضامن، وقد أسلمه إليه صاحبه. وقد قال سحنون: لو تركه صاحبه، ولم يعلم به الفران، فلا ضمان عليه، إذا وجب عليه الضمان بتسليمها إليه، ففي سماع ابن وهب والمختصر الكبير: لا يعجبنى أن يعطيه غير خبزته ويعطيه مثلها، ولا بأس أن يأخذ أصغر من خبزته، ولا يأخذ أكبر منها. وقال محمد بن عبدالحكم: لا يأخذ غير خبزته في قول مالك. قال الشيخ أبو محمد: يريد أن الفران ضامن للرجلين.

مسألة: وأما الخاتن، فلا ضمان عليه في موت الصغير إلا أن يخطئ بقطع الحشفة أو بعضها، فعلى عاقلته من ذلك الثلث، فأكثر وما قصر عن الثلث، ففي ماله إن كان ممن يحسن وإن كان ممن لا يحسن، وغر من نفسه، فذلك كله في ماله، وكذلك الطبيب وقالع الضرس والبيطار، ويعاقبون مع ذلك، رواه ابن حبيب عن مالك.

مسألة: وإذا ادعى الصانع بعد ذهاب المتاع بيئته أنه سرق، لم يصدق في ذهاب المتاع، وكذلك لو احترق بيته، ورأى ثوب الرجل يحترق فيه، روى محمد عن مالك: هو ضامن، وكذلك الرهن، قال محمد: حتى يعلم أن النار من غير سببه أو سبيل يأتي أو ينهدم البيت، فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان، وهذا الذي رواه محمد عن مالك مخالف لما رواه محمد بن حبيب عن مالك في قرض الفأر، وادعى صاحب الثوب بتعدي الصانع وتضييعه، وقول مالك: الصانع مصدق والتعدي لا يلزم بدعوى صاحب المتاع، والله أعلم وأحكم.

٤٦٦ كتاب الأفضية

فعلى هذا ففيما أشكل وجه سببه روايتان، إحداهما: أن الصانع ضامن. والثانية: أنه مصدق.

ووجه الرواية الأولى أن التعدى سبب للضمان، فوجب أن يثبت حكمه بالتهمة فى حق الصانع. أصل ذلك المغيب عليه.

ووجه الرواية الثانية ما أشار إليه مالك أن التعدى لا يثبت بالدعوى. ومعنى ذلك أن التلف ظاهر، وهو تبرؤ من سبب الضمان الذى هو المغيب على المصنوع، وهذا فيما أشكل وجه سببه، وتيقن السبب كالحرق وقرض الفأر.

وأما إذا أشكل السبب نفسه، فلم يعلم هل هو قرض فأر أو غيره، ففى المدونة فى الفار يقرض الثوب عند القصار. قال مالك: ومن يعلم فى مسألتك أن الفار قرضه يضمن القصار حتى يقوم بينة أن الفأر قرضه. وقال فى الموازية: ويتبين ذلك للناظر إليه. قال فى المدونة: من غير تضييع، فلا يضمن.

وقال فى الموازية فى قرض الفأر ولحس السوس: وإن أشكل ذلك، فالصانع ضامن حتى تقوم بينة أنه قرض فأر أو لحس سوس، ولم يكن ضيع، ففى هذا الوجه قول مالك، وهو الضمان، والله أعلم.

مسألة: وإذا جعل الخياط وجه الثوب إلى داخل، فإنه يفتقه ويعيده، فإن كان الفتق ينقصه، خير ربه بين أن يضمه قيمته يوم قبضه أو يأمره بفتقه وإعادة خياطته.

قال سحنون فى كتاب ابنه: ووجه ذلك أن هذا عمل ينقصه ويمنع لباسه على الوجه المعتاد من مقصود الجمال، وهو مما يستطاع تغييره واستدراكه، فإن كان ذلك لا ينقص الثوب لزمه استدراكه وإزالة ما دخل من الفساد فيه، وإن كان ذلك ينقصه، فعلى ما تقدم من التخيير؛ لأن صاحب الثوب دفع النقص عن نفسه، والله أعلم.

مسألة: وإذا أخرج القصار الثوب أسود رديئاً، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: عليه أن يعيده حتى يجوده، فإن كان رده يفسده بأن يسترخى، وينكس وجهه، وخيف أن يحترق، فلا يرده، وينظر، فإن أفسده بذلك فساداً بيناً، ضمن قيمته أسمر، يريد عندى يوم قبضه خاماً، وإن كان الفساد يسيراً، أعطاه به قيمة العمل الرديء. قال الشيخ أبو محمد: ما لم يجاوز شرطه.

ووجه ذلك أن استدراك تبييضه إذا أمكن من غير إفساد الثوب لزمه عمله؛ لأن عمله

كتاب الأفضية ٤٦٧

الأول الذى استؤجر عليه لم يتمه بعد، فعليه إتمامه، وإن كان لا يتم ذلك إلا بإفساد الثوب، فهو مخير بين أن يضمه قيمته أو يأخذه على ما هو عليه. وقال فى الفساد الكثير: يضمه قيمته.

ومعنى ذلك عندى إن شاء، أن يضمه. وقال فى الفساد اليسير: إن له أن يدفع إليه قيمة العمل الردىء، ولم يجعل له خياراً فى تضمينه القيمة، وهو الصواب إن شاء الله تعالى.

مسألة: وإذا كيل القمح على الطحان وأسلم إليه، فقد قال ابن القاسم: هو ضامن له. قال مالك: أرجو أن يكون تضمينه خفيفاً.

وروجه ذلك أنه إن كان حكمه حكم الصناع، وهو الأظهر، فهو ضامن للطعام وغيره، وإن كان حكمه حكم الحمالين، فهو ضامن أيضاً؛ لأن الحمال المنفرد لحمل الطعام هو ضامن له.

فرع: إذا ثبت أنه ضامن، فقد قال ابن القاسم: يعطى قدر ما نقص دقيقاً على ما يعرف الناس، يريد أنه أخذه بالكيل، فيعطى من كيل الدقيق ما يعلم الناس أنه ينتهى إليه بالطحن ما نقص من القمح وللطحان الأجرة كاملة. وقال ابن المواز: عليه قمح مثله، وهو قول مالك فى العتبية من رواية ابن القاسم عنه.

وجه القول الأول أنه قد استؤجر على طحن القمح، ولا يتعين بالإجارة على هذا الأصل، فعليه أن يأتى بقمح مثله ويطحنه، وتكون له الأجرة، وعلى قول ابن المواز يضم قمحاً مثله، ولا يكون عليه طحنه، وسقط من الأجرة بقدره؛ لأن الإجارة اختصت بتلك العين لاختلاف القمح فى الطحن، أو لأن الضياع جاء من قبل الطحان، والله أعلم.

فرع: وإذا طحن الطحان القمح على النقش، فأفسده بالحجارة، ففى الموازية والعتبية من رواية أصبغ عن أشهب: عليه قمح مثله، وقال به أصبغ.

مسألة: وإذا أفسد الحائك الثوب، قال ابن حبيب: يضم الغزل. قال ابن القاسم: إن وجد مثل الغزل الحائك أتاه به، وعليه عمله، وإن تعذر مثله، فعليه قيمته يوم يقبضه، وتنفسخ الإجارة بينهما، هذا الذى حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم.

وفى المدونة عن ابن القاسم فى الذى يضم الحائك؛ لأنه نسجه على أقل من العرض والطول الذى شرطه: له قيمة غزله، وليس له مثله.

٤٦٨ كتاب الأفضية

ومن استهلك غزل رجل فعليه قيمته، لا مثله؛ لأن مالكاً قال فيمن استهلك ثوباً: عليه قيمته، فكذلك الغزل. وقال غيره: أصل الغزل الوزن، فعلى من تعدى فيه مثله، فيحتمل أن يريد بقوله: ليس له مثله؛ لأنه لا يوجد مثله غالباً. ويحتمل أن يريد ليس له مثله، وإن وجد؛ لأنه أصل الثوب الذى تلزم فيه القيمة، وهو الأظهر من قوله فى المدونة.

ووجه ذلك أن الغزل يتعذر فيه التماثل لاختلاف أصله، واختلاف الصنعة فيه على وجه يتقارب، فلذلك عدل فيه القسمة، وإن كان موزوناً كما عدل فى الثوب إلى القيمة وإن كان مذروعاً لكنه لما اختلف جنس أصله فى الجودة، وكانت صناعته مختلفة متفاوتة، ولم ينظر إلى تماثله من جهة الذرع، عدل إلى القيمة، والله أعلم وأحكم.

وجه القول بالمثل ما احتج به الغير من أن أصله الوزن.

فرع: إذا ثبت أن عليه القيمة على الوجه الذى ذكر، فقال ابن القاسم: تنفسخ الإجارة بينهما. وحكى ابن حبيب عن أصبغ: أن الإجارة قائمة بأخذ القيمة، ويأتى بغزل مثله، فينسجه له.

واختار ابن حبيب قول ابن القاسم، واحتج لذلك بأنه غزل معين، فإذا ذهبت العين وعدمت، بطل العمل المختص بها، وهذا فيه نظر، وإنما يجب أن يكون وجه ذلك ما بنى عليه ابن القاسم من عدم التماثل فيه، وتفاوته فى الرقة والغلط، والقسوة والضعف، وإذا اختلف ما يعمل فيه وتفاوتت وعدمت العين المختصة بالعقد، وجب نسجه كرضاع الصبى وتعليم الأعمال.

ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن المواز بأنه ليس الغرض نفس الغزل، ولو شرط ذلك لم تجز الإجارة.

فرع: ولو أعطاه الغزل لينسجه سبعمائة فى ثمان، فنسجه ستاً فى سبع، ففى المدونة عن ابن القاسم له أن يضمن الحائك قيمة غزله، أو يأخذه، وعليه جميع أجره، وقال غيره: له من الأجرة بحساب عمله.

فوجه قول ابن القاسم على ما قاله الفضل بن سلمة أن النقص إنما هو فى هذا الثوب عيب من العيوب فى العمل، فإذا رضى به كان عليه جميع العوض كالثمن فى البيع. ووجه قول الغير أنه من باب النقص من جملة ما استؤجر عليه، فوجب أن ينقص من عوضه كالطعام ينقص بعض ما اشترى من مكيهله.

كتاب الأفضية ٤٦٩

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن قلنا بقول الغير، فمعناه أن ينظر إلى أجر مثله فيما شرط، وأجر مثله فيما عمل، فيسقط ما بينهما من المسمى، قاله بعض القرويين.

فرع: فلو زاد على الأذرع المشروطة، فقد قال الفضل بن سلمة: لا أجرة له في الزيادة على قول ابن القاسم: إنه عيب، وله الأجر على قول الغير.

فصل: وهذا حكم ما يعمل فيه، فأما ضياع ما لا يعمل فيه عند الصانع، فهو على ضربين ظرف أو مثال.

فأما الظرف، فعلى قسمين، قسم يستغنى عنه ما عمله، وقسم لا يستغنى عنه ما عمله.

فأما ما يستغنى عنه، فالذى عليه جمهور أصحابنا: أنه لا يضمنه الصانع. وقد روى في العتبية أصبغ عن أشهب في الثوب يدفع إلى الصانع في مندبل: إن كان الثوب ربيعاً يحتاج إلى وقاية، ضمنه الصانع، وإن كان لا يحتاج إليها، لم يضمنه.

قال في الواضحة: إنه لا يضمن مندبل الثوب إذا ضاع، وقد ضاع ملفوقاً به، أو قد زايله، إذ لا ضرورة بالثوب إليه، ولا يضمن الفران ما ضاع من صحاف الخبز فارغة، ولو ضاعت بما فيها لضمنها مع الخبز؛ إذ لا غنى بالخبز عنها، وإنما يكون الخلاف بين أشهب وابن حبيب في صفة الحاجة، لا في مراعاة الحاجة، فعند أشهب أن ضمانه ما يحتاج إلى صيانة عن الحاجة المؤثرة في الضمان، وليس ذلك عند ابن حبيب بمؤثر، وإنما الحاجة المؤثرة أن لا يستغنى عنه.

مسألة: ومن أتى بخفين إلى خراز يصلح أحدهما، فضاء، ففي العتبية عن أصبغ: لا يضمن إلا الذى فيه العمل.

ووجه ذلك أنه لا تعلق لعمله به كالظرف الذى يستغنى عنه.

مسألة: وأما ما تدعو الحاجة إليه من الظروف، فقد قال أشهب وابن حبيب فيه ما تقدم ذكره.

وفى كتاب ابن المواز: إذا ضاع القمح بقفته عند الطحان، أو ضاع عند الفران لوح الخباز أو قصعته، أو ضاع عند الصقيل غمد السيف أو عند الخياط مندبل الثوب، لم يضمن شيئاً من ذلك، ويضمن المثال ليعمل عليه.

وروى ابن القاسم فى العتبية عن مالك، ضمان المثال. وقد روى سحنون: لا يضمن الوراق الأم التى يكتب منها، وهذا يقتضى أنه لا يضمن المثال.

٤٧٠ كتاب الأفضية

وجه قول ابن المواز فى نفى ضمان الطرف وإثباته فى المثال أن الظروف لا يتعلق عمله بها، فلم يضمونها، والمثال عمله متعلق به، قال مالك: لا غنى به عنه.

ووجه قول سحنون أنه لا يعمل فيه، وإنما يعمل فى غيره، فكان المثال كالظروف.

فصل: فهذا حكم الصناع، وأما الأجراء، فهم على ضربين، أجراء للصناع، وأجراء للحفظ والرعاية.

فأما أجراء الصناع، فالذى روى ابن المواز عن ابن القاسم: أن أجير القصار لا يضمن، والقصار ضامن لما أفسده أجيره.

قال ابن حبيب: ولا يضمن الأجير للقصار والصباغ شيئاً، وهذا فى الأجير المتصرف بين يدي القصار بحسب اختياره، وليس بجائر لما يعمل.

فأما إن كان يتصرف فى العمل باختيار نفسه، ويحوز ما يعمل فيه، فقد قال فى العتبية والموازية عن أصبغ عن أشهب: إن كثر على الغسال الثياب، فأجر أجراء فبعثهم إلى البحر بالثياب، فيدعون تلفها، أنهم ضامنون، وكذلك أجراء الخياط يتصرفون فى الثياب، فتتلف، فهم ضامنون.

وقال ابن ميسرة: وذلك إذا أجرهم على عمل أثواب مقاطعة، فهذا معنى ما قدمناه، لأنه إذا قوطع على عملها، فقد صار له حكم الصناع. وأما إذا كان يعمل مياومة أو مشاهرة، فحكمه حكم الأجراء.

مسألة: وأما الأجراء للحفظ، فعلى قسمين، قسم لهم تعلق بالعمل، وقسم لا تعلق لهم بالعمل.

فأما من له تعلق بالعمل، فكصاحب الحمام يوضع عنده ثياب الناس، فقد قال مالك فى العتبية من سماع ابن القاسم عنه: فقد أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس، فيضمنونها أو يأتون بمن يجرسها.

قال الشيخ أبو محمد فى نوارده بأثر هذه المسألة: وقد قال أيضاً فى كتاب آخر: لا يضمنون، وهذا الذى أشار إليه الشيخ أبو محمد قد أشار إليه غيره من شيوخنا، ولا أعلم أنهم يشيرون إلا إلى ما فى المدونة فى كتاب الجعل والإجارة من قول مالك: لا ضمان على من يجلس لحفظ ثياب من يدخل الحمام ما ضاع منها؛ لأنه بمنزلة الأجير.

وهذا الذى أشاروا إليه ليس عندى مما نحن فيه بسبيل؛ لأن أجراء الصناع لا

يضمنون، وإنما يضمن الصانع، أو من هو في حكم الصانع، وصاحب الحمام ليس بأجير محض الإجارة، بل المقصود منه العمل والصناعة من التنظيف والاعتسال، فيضمن ما لا يستغنى عنه من عمله فيه من ثيابه على قول من يرى على الصانع ضمان ما لا يستغنى عنه ما استعمل فيه، ولا يضمن على قول من لا يرى عليه ضماناً في ذلك، أو يكون أجيراً له تعلق بالعمل، فيكون كالحمال يستأجر على الحمل، فيضمن ما جرت العادة بتسرعه إليه كالطعام ونحوه؛ لأنه مما جرت عادة الحمالين بالخيانة فيه، والتسرع إليه.

وكذلك صاحب الحمام، وهو المالك لأمره، والمستعمل له بالعمل يجب أن يضمن ما جرت العادة بخيائته فيه والتسرع إليه، وهي ثياب الناس والله أعلم، ومغيبه عن ثيابه إلى داخل الحمام، مغيب يوجب الضمان على من يلزمه ذلك بمغيب صاحب الثياب.

وقد قال ابن حبيب في الواضحة، في الطحان يطحن القمح بمحضرة صاحبه: لا يضمن ظرفاً ولا قمحاً إلا أن يخرج الناس عن الرحى للزحمة، فيضمن القمح وظرفه، وكذلك الفران، فجعل الخروج عن الرحى والفرن مغيباً يوجب الضمان على الحافظ الذي له تعلق بالعمل.

مسألة: وأما الحافظ الذي لا تعلق له بالعمل، فالمشهور من المذهب أن لا ضمان عليه في النوم والغفلة، وإنما الضمان عليه في التعدي، وقد قال مالك في المستأجر يحرس بيتاً أو خيلاً أو غنماً فينام، فيسرق ما في البيت أو يذهب بالخيول أو الغنم: لا ضمان عليه، وله أجره كاملاً.

قال ابن القاسم: لا يضمن الأجير إلا ما ضيع أو فرط. وقال ابن المواز: لا يضمن جميع الحراس، إلا بالتعدي كان مما يغاب عليه أو غيره من طعام أو غيره.

ووجه ذلك أنه مؤتمن لا تعلق له بالعمل، فلم يكن عليه ضمان كالمودع. وقد روى ابن حبيب عن ابن المسيب: أن الراعي الخاص لا يضمن، والمشارك يضمن. قال ابن حبيب: ومن أخذ به، فهو حسن، فحمل هذا على ظاهره. وقال ابن وهب: معنى المشترك هاهنا أن يأخذ ما لا يقوى عليه.

مسألة: وأما الأجير على البيع أو الشراء، فالذي نص عليه أصحابنا أنه لا ضمان عليه. قال ابن المواز: لا ضمان عليه إن ضاع المبيع أو ضاع ثمنه.

ووجه ذلك ما تقدم من أنه مستحفظ لا تعلق له بالعمل، فلم يضمن ما ضاع من غير تعدد كالمودع.

٤٧٢ كتاب الأفضية

فرع: فإذا ضمن بالتضييع، فقد قال ابن القاسم: من التضييع أن يترك ما وكل به، ويذهب إلى غيره، فليس النوم والغفلة من التضييع.

ووجه ذلك أنه لا بد لكل أحد منه، ولا يمكن الاحتراز منه. فأما من ترك حفظ ما وكل يحفظه والاستعمال لغيره، فمما يمكن الاحتراز منه، ولا يمكن الحفظ معه.

فرع: وأما الحارس الذى لا تعلق لحراسته بعمله، فله الأجر كاملاً، وإن ضاع ما استحفظ. وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك فى الطريق بفعله، فلا أجر له حتى يبلغه، وكذلك ما يعطب فى السفر؛ لأنه من سبب السفينة يهلك. وأما المستأجر للبيع أو الشراء يتلف السلعة أو يتلف ثمنها، أنه لا أجر له، قاله ابن المواز؛ لأنه هذا من باب الجعل، فلا جعل له إلا بتمام العمل، وهو أن يوصل إليه ما ابتاع له أو ثمن ما باع له.

وفى العتبية لابن القاسم عن مالك فيمن بعث معه بخادم يبلغها بجعل، فنام فى الطريق، فذهبت: أن له من الأجر حساب ما بلغ، ولا ضمان عليه. قال الشيخ أبو محمد: يريد أنها إجارة ليست بجعل. وقد قال ابن القاسم عن مالك: إن ماتت الجارية فى الطريق، فله الأجرة كاملة، وعليه أن يتم له بقية سفره.

ووجه ذلك أن ما كان من هذا على وجه الجعل، فلا أجر له إلا بتمامه، وما كان على وجه الإجارة، فهاهنا اختلف قول مالك، فمرة فسخ الإجارة بفوات العين، وجعل له من الأجر بحساب ما عمل، ومرة أبقاها وجعل له الأجر كاملاً والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما من استؤجر ليخبر بعمله، فعلى ضربين، أحدهما: أن يكون له مع ذلك عمل، أو لا يكون له عمل. فأما الذى له مع عمله عمل، فكالوكيل يخطئ الطريق، فقد قال أشهب عن مالك: إن كان عالماً بذلك، فلا شيء عليه والكرء له، وأما الجاهل به، فلا شيء له، وقال أشهب: لا شيء لهما.

قال ابن حبيب: إذا بلغهم البصير بالدلالة، وقد أخطأ، فله الأجر كاملاً، وإن لم يبلغهم، فله من الأجر بقدر ما بلغهم إلى أن يستغنى عنه لما ظهر لهم من خطئه، وإن غرهم، وهو جاهل، فلا شيء له، وعليه الأدب.

مسألة: ومن قال لخياط: إن كسانى هذا الثوب اشتريته، فقال: يكسوك، فلم يكس، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: الشراء له لازم، ولا ضمان على الخياط، وله الأجر كاملاً، إن كان بصيراً. واختلف قول مالك فى تخمينه إذا غر بجهله، فقال: يضمن، وقال: لا يضمن، ولا أجر له.

وقال ابن دينار المدني فيمن استأجر من ينقد مالاً فوجد فيه ردئياً، إن كان بصيراً، وهذا الردىء، مما يختلف فيه، لم يضمن، وإن كان مما لا يختلف فيه لبيان فساده، فهو ضامن؛ لأنه قصر فيما كان يدركه لو اجتهد، فلو كان جاهلاً غر من نفسه، فإن كان الردىء بيناً، لا يختلف في مثله ضمن، وعوقب، وإن كان مما يختلف في مثله لم يضمن، وإن لكل واحد منهما أجرته.

فصل: وقوله: «لا غرم على اللابس، ويغرم الغسال» هو قول مالك في الموطأ، وهو المشهور عنه، وكذلك روى ابن المواز عن ابن القاسم عنه. وقال أشهب عنه في الموازية: وذلك إذا لبسه أياماً، إلا أن يكون أبلاه.

وقال أشهب في النوادر: وإن دفع الصباغ ثوب هذا إلى هذا، وثوب هذا إلى هذا، فإن لبسهما حتى خلقا، ضمن كل واحد قيمة الثوب الذي لبس، وإن لم يخلق، غرم كل واحد ما نقص الثوب الذي لبس، ولا شيء على الغسال. وقال أبو حنيفة والشافعي: صاحب الثوب مخير بين أن يغرم اللابس أو الغسال، فإن أغرم اللابس لم يرجع على الغسال بشيء، وإن أغرم الغسال رجع على اللابس.

ووجه قول مالك ما احتج به على الغسال من أن اللابس لا ضمان عليه؛ لأن من عليه ضمانه إن تلف، سلطه على لبسه؛ لأنه إنما صبغه ليلبسه، فإذا رده إليه على أنه ثوبه، فقد سلطه على لبسه، والثوب يتغير بالعمل، فلم يميزه صاحبه، فالضمان عليه، ولو لزمه ضمانه للحق الناس المشقة والامتناع من لبس ثيابهم.

ووجه قول أشهب أنه أكثر ما في حال اللابس أنه مخطئ بإتلاف مال غيره، فعليه الضمان، والإتلاف إنما وجد من اللابس، فوجب أن يبدأ بالضمان، فلو تعذر وجوده أو أفلس لكان لصاحب الثوب أن يرجع على الغسال؛ لأنه سبب إتلاف ثوبه بدفعه إلى من أتلفه، وتعذر الاستيقاء من جهته.

فروع: إذا قلنا لا يضمن اللابس ما أتلف، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: إن كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين، وقيمة الآخر ديناراً، نظر كم ينقص ثوبه عن الثاني، أن لو لبس في تلك المدة، فإن كان ينقص نصف دينار، وقد نقص من الملبوس دينار، كان على اللابس الذي لم يلبس ثوبه نصف دينار، ونصف آخر على الغسال، وإن كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار، فليس على اللابس إلا ذلك الأقل، ولا شيء على الغسال.

ولو كانت قيمة الملبوس ديناراً، وقيمة الذى لم يلبس دينارين، وكان ثوب اللابس لو لبسه ذلك نقص نصف دينار، وقد نقص الملبوس ربع دينار، غرم اللابس ربع دينار إلى ما فوق ذلك من القيمة ما لم يجاوز نصف دينار، فلا يغرم أكثر منه.

ولو لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه، وهو لا يعلم، فقد قال سحنون: يرجع من له فضل على الغسال.

وحكاه ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون، فرجع هذا التفسير إلى أن اللابس إنما عليه بقدر ما كان عليه يتلف لباسه من ثوبه؛ لأنه على ذلك لبس هذا الثوب، فيقال له: هبك أنك لبست ثوبك عليك عوض ما كان ينقصه لبسك؛ لأنه باق يسلم إليك، ولا يمكن تمييزه من ثوبك، فعليك ذلك المقدار، وما زاد على ذلك، فعلى الغسال؛ لأنه هو الذى أتلفه، فيكون معنى قول مالك فى الموطأ على هذا التفسير أنه لا ضمان عليه فيما أتلف من مال صاحب الثوب الذى لبس، وأما قدر ما كان يتلفه من ثوبه لو لبسه، فليس بمعنى الغرم الذى وقع التنازع فيه، وإنما هو بمعنى المعاوضة لما بقى من ثوبه لم يذهب بلبسه، والله أعلم وأحكم، ومعناه على رواية أشهب أنه فى اليسير دون الكثير، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا لبسه من دفع إليه، فأما لو قطعه، فإن لى أن آخذ ثوبى، وأضمنه القصار دون الذى قطعه، أو نقصه القطع، أو الخياطة، لم يكن لى أن آخذ ثوبى، وما نقصه القطع، قاله ابن القاسم فى المدونة.

وقال غيره: إذا نقصته الخياطة، فإن شاء أخذه، ولا غرم عليه للخياطة، وإن شاء تركه وضمن القصار.

ووجه ذلك أنه لو لم يأخذ الثوب ممن قطعه يجبر، وهو غير متعد، فلذلك لم يضمن ما نقصته الخياطة، والغاصب يرد ما قطع، وما ينقص القطع؛ لأنه متعد ومن وجد بثوب عيباً بعد أن قطعه رده وما نقصه القطع؛ لأنه لا يجبر على رده، بل له إمساكه وأخذ ما نقصه العيب.

فرع: وإن كان الذى أخذه قد قطعه وخاطه، فإن لصاحب الثوب أن يضمن القصار ثوبه غير مقصور أو يأخذه، ويغرم خياطته، ويعطى القصار أجره، ولا يرجع عليه بأجر الخياطة، قاله ابن القاسم فى الموازية.

وفى المدونة فى بعض الروايات عن ابن القاسم: إن أبى صاحب الثوب أن يدفع

كتاب الأفضية ٤٧٥

أجرة الخياطة، فللذى خاطه أن يعطيه قيمته صحيحاً أو يدفعه إليه مخيظاً، فإن دفعه إليه، فهو بالخيار بين أن يأخذه أو يضمن القصار قيمته.

وقال سحنون: إذا أبى صاحب الثوب من دفع أجرة الخياطة، فليس له إلا أن يضمن القصار، فإن ضمنه، قيل للقصار: ادفع أجرة الخياطة للذى خاطه وخذ، فإن أبى، قيل للآخر: ادفع إليه قيمة الثوب، فإن أبى، كانا شريكين، هذا بقيمة الثوب، وهذا بقيمة الخياطة.

فصل: وقوله: «فإن لبسه، وهو يعرف أنه ليس ثوبه، فهو ضامن» يريد أنه يضمن ما نقصه لبسه، قل ذلك أو كثر، قاله عيسى عن ابن القاسم. قال: ولا شيء على الغسال، إلا أن يعدم اللابس، فيغرم الغسال، ويتبعه به فى ذمته، ولو لبس كل واحد منهما الثوب الذى إليه عالمين، واختلفت قيمة اللبس، ورجع من له فضل على صاحبه، فإن استوت لم يرجع أحدهما على صاحبه.

مسألة: ومن اشترى من رجل شيئاً، وشرط عليه فيه عملاً، ففى العتبية لعيسى عن ابن القاسم، أن كل ما يعرف صفة خروجه بعد العمل، فلا بأس أن تعمل، والقمح على أن يطحن.

وقد فرض مالك القمح فى بعض قوله، وأجاز ابن القاسم، وأجاز النحاس على أن يعلمه توراً، وقيل لسحنون قد أجاز ابن القاسم وأشهب ما ذكرنا من شراء الثوب على أن يعمله قميصاً، والظاهرة على أن يعملها جبة، والحديد على أن يعمله قدرًا، أو عودًا ينحته سرجًا، وهو بيع وإجارة، وقد جرى فى مسائل مالك فى الغزل على أن ينسجه، والزيتون على أن يعصره، أنه كرهه.

قال: إنما خففه مالك فى الطحين وخياطة الثوب، لأن خروج ذلك معروف، وقد عمره أيضًا مالك فى الغزل على أن ينسجه، والزيتون على عصره إلا ما ذكرنا أنه خففه، وكل بيع مع إجارة فى الشيء المبيع، فإنه منع منه، وإن كانت فى غيره، فإجارة وكل بيع وشركة داخله فى المبيع فأجزها، وإن خرجت عنه، فلا تجزها، فتحصل من هذا أن ما يجهل صفة الخارج منه أنه لا يجوز قولاً واحداً، وفيما تعرف صفة الخارج منه القولان المنع والإجارة المعروفة.

وجه الإجارة بصفته كما لو كان العمل فى غيره. ووجه المنع أنه مبيع معين لا يقبض إلى مدة طويلة يخاف ضياعه فيها، فلم يجز ذلك فيه.

٤٧٦ كتاب الأفضية

فرع: إذا قلنا بالجواز، فتلّف الثوب بيد الخياط، فقد قال سحنون: لا يضمن الخياط، ويحط عن المشتري من الثمن بقدر خياطة الثوب وطحن القمح، إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصنعة، فيضمن كالصانع.

ووجه ذلك أنه إذا كان هو الصانع، فقد خرج عن ضمان البائع إلى ضمان الصانع، وإذا لم يكن هو الصانع، فكأنه اشتراه منه على أن يدفعه إلى صانع غيره، وكان يجب على هذا أن من يعمل الأعمال، والتزم إتمام الصناعات فيما دون أن يتولى عملها، وإنما يدفعها إلى الصانع، وقد علم ذلك منه؛ لأنه ليس من أهل العمل، ولا معروفًا بتناوله، فإنه لا ضمان عليه، وهذا الذي باع الثوب على أن يدفعه إلى الخياط قد التزم خياطته بأجرة، وهي من جملة الثمن الذي أخذه.

وقد قال ابن حبيب: من قال للخياط: إذا خطته، فادفعه إلى غسل، فزعم أنه ضاع قبل أن يتم خياطته، أو بعد تمامها قبل أن يدفعه إلى الغسال، فهو ضامن، وإذا قال: ضاع عند الغسال صدق كما يصدق في قوله رددته، على قول ابن الماجشون.

قال: ويضمنه الغسال إن أقر بقبضه، ويحییء على هذا التعليل أن لا يصدق على قول ابن القاسم؛ لأنه لا يصدق عنده في قوله: رددته إليك، كان يجب أيضًا على قول ابن الماجشون أن لا يصدق في قوله: رددته إليك، ولا يصدق في قوله: دفعته إلى الصانع إذا أكذبه الصانع.

وعلى أن مسألة ابن حبيب هذه إن كان التزم الخياط الغسل في ذمته بأجرة أخذها مع أجرة خياطته، فهي تشبه مسألة سحنون.

وإن كان إنما ناب في تسليمه إلى الغسال عن المشتري، إما بأن وكله على استئجار الغسال على ذلك، وإما بأن استأجر هو الغسال، وأذن للخياط في تسليمه إليه، فحكمه في الوجه الأول حكم الوكيل، وحكمه في الوجه الآخر حكم من يدفع إلى الوكيل، وكان الأظهر من مسألة سحنون أن يضمن؛ لأن كل من أخذ ثوبًا على أن يعمل فيه عملاً، لزمه ذلك في ذمته أو في عمله بيده، فهو من جملة الصانع، وهم يتساوون في وجوب الضمان، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء في الحمالة والحوال

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يُحِيلُ الرَّجُلَ عَلَى الرَّجُلِ

بَدَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ، أَنَّهُ إِنْ أَفْلَسَ الَّذِي أُحِيلَ عَلَيْهِ أَوْ مَاتَ، فَلَمْ يَدَعْ وَفَاءً، فَلَيْسَ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الَّذِي أَحَالَهُ شَيْءٌ، وَأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ الْأَوَّلِ^(١).

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن عقد الحوالة عقد لازم يقتضى إبراء ذمة المحيل من دين المحال، فما طرأ بعد ذلك على ذمة المحال عليه من تلف بموته أو تشعب بفلسه، فلا رجوع للمحال بذلك على المحيل؛ لأنه عيب طرأ على ما قد صار إليه حال سلامته ورضى به، فلا انتقال له عنه. بما يحدث فيه بعد العقد، ولو كان العدم موجوداً قبل الحوالة فإن لم يعلم به المحيل، فلا رجوع عليه، وإن كان قد علم به وكنمه وغر منه، فالرجوع عليه، وقد تقدم في البيوع بما يغنى عن إعادته، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الرَّجُلُ يَتَحَمَّلُ لَهُ الرَّجُلُ بَدَيْنَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ، ثُمَّ يَهْلِكُ الْمُتَحَمَّلُ أَوْ يُفْلِسُ، فَإِنَّ الَّذِي تَحَمَّلَ لَهُ يَرْجِعُ عَلَى غَرِيمِهِ الْأَوَّلِ^(٢).

الشرح: وهذا على ما قال أن من تحمل لرجل بمال له على رجل آخر، فإنه لا ينتقل حقه من ذمة المتحمل عنه إلى ذمة المتحمل، وإنما الحميل وثيقة من حقه على من هو عليه، فإن أفلس المحيل أو مات لم يبطل حقه، بل هو ثابت على حسب ما كان على غريمه، وإنما الجمالة معناها أن يلزم المتحمل إحضار ما تحمل به، وهى الكفالة والزعامة والضمان.

قال الضامى أبو محمد: كل ذلك بمعنى واحد. وقال فى المدونة: إذا قال: أنا لك ضامن، أو كفيل، أو حميل، أو زعيم، أو هو لك عندى، أو على، أو قبلى، فهو كله ضمان لازم فى الحق والوجه.

قال: والأصل فى جوازها قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بِعِيبٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٣] وهذا إن استدل به على ثبوت هذا الاسم لها من جهة اللغة، فبين، وأما إن استدل به على ثبوت حكمها على ما ذكره القاضى أبو محمد، فإنما هو على رأى من يقول: إن شرع من قبلنا شرع لنا إلا ما خصه الدليل، وهو المشهور من مذهب مالك، والله أعلم.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستدكار برقم ١٤٤١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستدكار ٢٧٣/٢٢.

٤٧٨ كتاب الأفضية

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الحمل على وجهين، حمالة بالوجه، وحمالة بالمال، فأما الحمل بالوجه، فهي جائزة بخلافًا للشافعي في منعه من ذلك.

والدليل على ما نقوله أن المقصود منها المال؛ لأنه حميل بوجه الغريم ليطالب بالمال، فنقول إنه يتوصل بها إلى المطالبة بالمال، فصح تعلقها بالوجه كالشهادة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالحمالة بالوجه على وجهين، أحدهما: الحمل بالوجه على الإطلاق، فإن جاء الكفيل بالمتكفل به برئ. ووجه ذلك أنه قد وفاه ما تحمل له من إحضار وجهه.

مسألة: وهذا إذا لم يعين لمجيئه به وقتًا، فمتى جاءه برئ، وإن ضرب لمجيئه به أجلاً، فجاءه به عند الأجل برئ، قاله مالك في المدونة، لأنه قد أتى به على ما شرط، فوجب أن يبرأ، ولو تحمل بوجهه على أن يحضره بعد شهر، فأحضره من الغد، فإنه لا يبرأ حتى يأتي به عند الأجل، رواه أبو زيد في العتبية عن ابن القاسم.

ووجه هذا ذلك أنه شرط إحضاره في وقت معين، فلا يبرأ بحضوره قبله. أصل ذلك حضوره يوم الحمالة.

مسألة: ومن شرط صحة الإحضار أن يحضره الحميل أو وكيله على ذلك، فإن أحضره أجنبي، وسلمه إلى الطالب لم يبرأ بذلك الحميل.

وكذلك لو أتى الغريم الطالب وأشهد أنه قد أسلم نفسه إليه عن الحميل، لم يبرأ الحميل بذلك، قاله في المدونة، زاد في كتاب ابن المواز: إلا أن يأمره الحميل بذلك، فيكون ذلك كدفع الحميل؛ لأنه قد وكله على النيابة عنه في ذلك، فإذا أشهد بذلك، لزم الطالب وإن أباه.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندي إذا لم ير الطالب قبوله إلا بتسليم الحميل؛ لأنه حق قد لزم الحميل، فللطالب أن لا يقبله من غيره، وله أن يقبله، فيبرأ الحميل كما لو كان عليه دين، فدفعه عنه أجنبي، فإن للطالب أن لا يقبله من غيره، وله أن يقبله الحميل كما لو كان عليه دين، فدفعه عنه أجنبي، فإن للطالب أن لا يقبله من الأجنبي إلا بتوكيل الغريم، وله أن يقبله، فيبرأ بذلك الغريم.

فرع: وهذا على إطلاق الحمالة، ولو شرط الحميل على الطالب إذا لقيت غريمك، فتلك براءتي، فقد روى حصين بن عاصم وابن القاسم في العتبية أنه إن لقيه بموضع

يقدر عليه، فقد برئ، وله شرطه، ولو لقيه بموضع لا يقدر عليه لم يبرأ الحميل.

مسألة: من شرط صحة الإحضار أن يحضره، ويسلمه إليه حيث تنفذ الأحكام عليه، وإن كان بغير بلده. وأما إن دفعه إليه بحيث لا يستطيع حبسه أو لا سلطان فيه ولا حاكم، أو حال فتنة أو مفازة، أو موضع يقدر الغريم على الامتناع منه، فإنه لا يبرأ بذلك، قاله كله في المدونة. قال في كتاب محمد: ولو أسلمه إليه، وهو محبوس في دم أو دين أو غيره، فقد برئ ويكفيه أن يقول: قد برئت إليك منه، وهو في السجن فشأنك به.

ووجه ذلك أنه إنما تكون البراءة بتسليم متمكن به من طلب حقه، وأما بتسليم لا يتمكن به من طلب حقه واستيفائه منه، فليس هو الذى شرط عليه، ولا يتوصل به إلى الغرض من الجمالة، فلا يبرأ به الحميل، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو مات الغريم لسقطت الجمالة عن الحميل؛ لأنه إنما حمل للطالب بإحضار نفسه، وذلك يقتضى أن تكون موجودة، ونفسه قد ذهبت لموته، وعدم بذلك شرط التمكن من إحضارها.

فرع: وهذا إن مات ببلده قبل أن يلزم الحميل إحضاره أو بعده، رواه عيسى عن ابن القاسم، وقال: لأنه وإن كان حان الأجل فلم يطلب به، فلا شيء عليه.

وإن مات بغير البلد، فقد قال أشهب: لا أبالي مات غائباً أو فى البلد. قال الشيخ أبو محمد: يريد لا يغرم الحميل. وقال ابن القاسم فى العتبية والموازية: يغرم فى موت الغائب إن كان الدين حالاً، قربت الغيبة أو بعدت، فإن كان الدين مؤجلاً فمات قبله بمدة طويلة لو خرج إليه لجا به قبل الأجل، فلا شيء عليه.

وإن كان على مسافة لا يمكنه أن يجيء به إلا بعد الأجل، فهو ضامن، وإنما يلزمه ضمان المال بمغيب الغريم؛ لأنه لا ضمان له يتسبب إلى استيفاء ماله، فلما لم يف بذلك لزمه المقصود الذى اتفق عليه بما تعذر من إحضاره، وهو المال.

مسألة: وإذا حان الأجل، فطلب الحميل بالغرم، وقد غاب فسأل أن يؤجل الثانى، ففى العتبية من رواية يحيى عن ابن القاسم: إن كان قريب الغيبة. قال فى المدونة: اليوم ونحوه مما لا مضرة فيه على الطالب، فله ذلك، وإن كان بعيد الغيبة، فليس له ذلك، وليغرم مكانه.

٤٨٠ كتاب الأفضية

وقال ابن وهب فى الموازية: إذا غاب الغريم، قضى على الحميل بالغرم، ولا يضرب له أجل ليطلبه، ويحتمل أن يريد ابن وهب منع التأجيل البعيد الغيبة، ولا يمنع التأجيل الخفيفى القريب الغيبة.

ووجه ذلك أن فى الغيبة البعيدة إن ضرب له أجل قريب، لم يتنفع به فى الظاهر، وإن ضرب له أجل بعيد دخلت مضرة على الطالب، وفى الغيبة القريبة يضرب له الأجل القريب؛ رجاء أن يحضره فى مدة لا مضرة فيها على الطالب، فيبرأ الحميل، ولا يستضر الطالب.

مسألة: ولو كان للغريم مال حاضر، فسأل الحميل أن يباع له، ففى سماع يحيى من العتبية، وهو فى الموازية عن غيره: وإن كان على مسيرة عشرة أيام بيع ماله عليه وأما علي يومين، فلا، وليكاتب حتى يبعث أو يئأس منه، فيباع عليه، ولا يؤخر حميل المال، وهو كالغريم نفسه.

وقال مالك فى المدونة: يباع له الرباع وغيرها، وذلك أن قول مالك اختلف فى الحكم على الغائب فى الرباع. وقد روى يحيى بن يحيى فى عشرته عن ابن القاسم: إنما اختلف قوله فى الحكم فيها. وأما بيعها فى الدين، فقوله: إنها تباع فى الدين ووفائه مخالفة فى العتبية للرواية يحيى فى عشرته ومتضمنه أن الخلاف فى بيعها فى الدين.

مسألة: ولو غاب الغريم، فتلوم على الحميل، ثم قضى عليه بالغرم ثم حضر الغريم، ففى المدونة عن ابن القاسم: قد مضى عليه الحكم ولزمه المال، ولو قامت البينة بعد الغرم، أن الغريم كان ميتا قبل الحكم عليه لارتجع ماله.

ووجه ذلك ما قدمناه أنه بموت الغريم يبرأ من الجمالة، فإذا ظهر بالبينة أنه كان ميتاً يوم الحكم عليه، فقد تبين أنه حكم عليه بما لا يلزمه، فلذلك وجب له الرجوع فيه. وفى الموازية فى الحميل بالمال، أن الطالب إذا حكم له على الحميل بحقه، وبما عجز عنه الغريم ثم أيسر الغريم رجوع على من شاء منهما.

فصل: وأما الضرب الثانى من جمالة الوجه، وهى الجمالة التى يشترط فيها أن لا شىء عليه من المال، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: أن شرط جمالة الوجه ليست من المال فى شىء. قال محمد: أو يقول: لا أضمن لك إلا الوجه، فهذا لا يضمن إلا الوجه غاب الغريم، أو حضر، أو مات، أو أفلس، ليس عليه إلا إحضاره، وفائدة هذه الجمالة يضمن الإحضار خاصة، وأن يكفيه مؤنة طلبه ويؤمنه من مغيبه.

فإذا قيد الحمالة بأنه لا تتعلق حمالته بالمال، لم يلزمه غير ما التزم من الإحضار، وجازت هذه الحمالة لتعلقها في الجملة بالمال المتعلق بالذمة، ولولا أن المقصود منها طلب الذمة لما جازت هذه الحمالة؛ لأن الأعيان لا يصح تعلق الضمان بها كمن ضمن لرجل دابة معينة يحضرها أو عبداً يحضره له أو ضمن من وجب عليه حد أو تعزير؛ لأن الضمان لا تعلق له بالذمة ولا مال، إن طلبها، ولذلك لم تصح، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن أحضر الحميل بالوجه على شرط الغرم برئ، وإن جاء الأجل، فلم يحضره، فلا شيء عليه إلا إحضاره لا يكلف غيره مال ولا غيره. وروى حسين بن عاصم في العتبية عن ابن القاسم: إن أجل في طلبه آجالاً كثيرة، فقد قال مالك: لا شيء عليه غير طلبه، وإن طال ذلك، فعلى ما شرط.

فرع: وإن قال له الطالب هو بموضع كذا، فاخرج إليه، فقد روى حسين بن عاصم عن ابن القاسم: إن كان مثله يقدر على المسير إليه، أمر بذلك، وإن ضعف عنه، لم يكلفه.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن جهل مكانه، فليس عليه طلبه، ولا الغرم عنه، وإن عرف مكانه، لزمه الخروج إليه فيما قرب أو بعد على مسيرة الأيام التي تكون من أسفار الناس، فيخرج أو يرسل إليه أو يغرم، إلا في البعيد المتفاحش.

وجه القول الأول مراعاة حال الحميل فيما يقدر عليه من الأسفار أو يضعف عنه؛ لأنه إنما دخل على ما يطيقه.

وجه القول الثاني مراعاة ما يتكلف من الأسفار غالباً؛ لأنه إن لم يقدر على مباشرة المسير إليه، استتاب غيره.

فرع: ولا يضمن المال إلا أن يلقاه، فتركه أو يغيبه في بيته، فإن ثبت ذلك بينة، ضمن. وروى حسين بن ابن القاسم. قال أشهب: إذا لقيه، فتركه، ضمن.

وجه ذلك أنه يضمن إحضاره دون إحضار المال، وإن غاب عنه وتعذر عليه إحضاره، فهو على شرطه، وإن ترك إحضاره مع القدرة عليه، فقد أتلّف على الرجل ماله حين تركه الحميل بما يضمن من إحضاره، ثم قصد إلى تركه أو يستتره في بيته، فكان عليه ضمان ما أتلّفه عليه.

فصل: وأما الحمالة بالمال، فمعناها التزام إيصال المال إلى من تحمل له به، ولا تبرأ

٤٨٢ كتاب الأفضية

بذلك ذمة المتحمل عنه خلافاً لابن أبي ليلى فى قوله: إن ذلك يبرى ذمة المتحمل عنه. قال القاضى أبو محمد: لأنها وثيقة، فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فى الجمالة بالمال ستة أبواب، الباب الأول: فيما تصح به الجمالة، وتمييزها مما لا تصح به الجمالة. والباب الثانى: فىمن تصح الجمالة منه، وتمييزه ممن لا تصح الجمالة منه. والباب الثالث: فىمن تصح الجمالة عنه، وتمييزه ممن لا تصح الجمالة عنه. والباب الرابع: فيما للطالب من مطالبة الحميل. والباب الخامس: فى رفق الطالب بالحميل أو الغريم. والباب السادس: فى قضاء الحميل عن الغريم.

الباب الأول: فيما تصح الجمالة به

الجمالة تصح فى المعلوم والمجهول خلافاً للشافعى فى منعها من المجهول. والدليل على ما نقوله أن هذه وثيقة بحق، فصحت فى المجهول كالشهادة بالوصية.

إذا ثبت ذلك، فقد قال مالك فى الموازية: من أوصى ولده أو غيرهم أن يضمنا عنه دينه، فذلك جائز، سعى الدين أو لم يسمه، والغرماء حضور أو غيب، فى الصحة أو فى المرض.

وفى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك فىمن مات، وعليه من الدين ما لا يدرى كم هو، وترك مالاً من عين وعرض، لم يحصر، ولا يدرى كم هو، فتحمل بعض ورثته بدينه إلى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله، فإن كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بينه، وبين الورثة على فرائض الله تعالى، وإن كان نقصان، فعليه وحده، أن ذلك جائز، كان الذى تحمل به نقداً أو مؤجلاً لأنه ضمنه على وجه المعروف، ولو كان على أن له الفضل، وعليه النقص، لم يجوز؛ لأنه بيع فاسد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن طراً غريم لم يعلم به الوارث، لزمه أن يقضيه، ولا ينفعه قوله: لم أعلم به، قال ذلك مالك وابن القاسم.

ووجه ذلك أنه قد التزم أداء ديونه على العموم، ولم يخص ما يعلمه دون ما لا يعلمه، والتزام ذلك عن الميت أو المفلس جائز لازم، والتزام المجهول لازم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن قال: أنا ضامن لما قضى به لفلان على فلان، وهما غائبان أو حاضران، أو أحدهما غائب، أن ذلك يلزمه. قال ابن القاسم فى المدونة: لأن مالكاً قال: من أوجب المعروف على نفسه، لزمه والكفالة معروف، فلزمت لزوم الدين.

كتاب الأفضية ٤٨٣

مسألة: ومن قال لرجل: بائع فلاناً وأنا ضامن لما بعته به، لزمه ذلك، إذا ثبت ما باعه به، قاله ابن القاسم في المدونة. وقال غيره: إنما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يعامل به المتحمل عنه، ولا يبعد أن يكون هذا مذهب ابن القاسم ويراعى فيه أيضاً حال المتحمل له.

قال القاضي أبو محمد: هذه المسألة مبنية على ثلاثة أصول، أحدها: أن ضمان المجهول جائز. والثاني: أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله: ألق مالك في البحر، وعلى ضمانه. والثالث: أن إطلاق مثل هذا محمول على العرف والعادة.

ووجه ذلك أن من قال لبائع فاكهة، يريد مبيعة رجل بالدرهم والدرهمين: أنا ضامن لما بايعت به فلاناً، فعامله بثياب قرقبية باعها منه أو يواقيت وجواهر، لها الثمن الكثير من آلاف الدينانير، لم يلزمه ذلك، لأنه يعلم أنه لم يرد هذه المعاملة، ولا ضمان هذا المقدار من الأثمان، وإنما أراد ما جرت به العادة في مثله من مبيعة مثله فيما يبتاعه على وجه التفكه الشيء بعد الشيء، والله أعلم وأحكم.

فرع: ولو رجع الحميل قبل أن يعامله المتحمل منه، ففي المدونة عن ابن القاسم: له ذلك بخلاف من قال لمن يخاصم أخاه: احلف على ما تدعيه قبل أخى، وأنا ضامن، ثم أراد الرجوع، فليس له ذلك.

والفرق بينهما أن الحميل لما لم يعامل به في المستقبل لم يتحمل شيئاً ماضياً ولا حقاً ثابتاً، وإنما وعد بالحمالة في المستقبل إذا وجد الدين، فله أن يرجع قبل أن يلزم الحمالة بوجود الدين، والذي قال له: احلف بما تدعيه، وأنا له ضامن يضمن أمراً قد تقدم وجوده، فكان للطالب أن يحقق وجوده في الماضي يمينه في المستقبل، فلذلك لم يكن له الرجوع، لأنه قد تضمن ديناً ماضياً على صفة، وهي وجود اليمين المثبتة له، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن اشترى جارية، فتكفلت له بما أدركه فيها من درك، لزمه ضمان ذلك.

ووجه ذلك ما قدمناه من صحة الكفالة بالمجهول.

مسألة: ومن أعتق عبده على ألف درهم، جاز له أن يأخذ منه بها حميلاً، ولا تجوز الحمالة بكتابة المكاتب، وإن لم يتعجل العتق.

والفرق بينهما أنه إن عجل عتقه من مال، لزمه ذلك المال في ذمته، فلذلك صححت

٤٨٤ كتاب الأفضية

الحمالة به، وما على المكاتب من غرم كتابته، فغير معلق بصفة ولا هو دين ثابت عليه؛ لأنه يسقط بالعجز عنه، فلذلك لا تصح الحمالة.

مسألة: ولا يجوز أن يأخذ حميلاً لمعين اشتريته، قاله ابن القاسم في المدونة، قال: لأن مالكاً قال: لا يجوز أن يأخذ حميلاً بسلعة غائبة اشتريتها، بعيدة كانت أو قريبة، يجوز فيها النقد.

ووجه ذلك أن عين المعين لا يقدر الحميل على إحضارها، ولا تتعلق بذمته، ومعنى الحمالة تعلق الحق المتحمل به بذمة الحميل، والأعيان لا تتعلق بالذمم، فلذلك لا يجوز التحمل بها.

مسألة: ولا تجوز الكفالة في الحدود ولا التعزير، قاله ابن القاسم في المدونة.

ووجه ذلك أنها متعلقة بمعينين، ولا تعلق لها بالذمم، فلا تصح الكفالة فيها، ومن استأجر أجيراً أو صانعاً معيناً، لم تصح فيه الكفالة؛ لأنه لا يصح أو يقوم غيره مقامه في العمل، وإنما يتعلق العمل بتلك العين دون غيرها من الأعيان والذمم، قاله ابن القاسم في المدونة، ولو كانت خدمة في الذمة مقدرة بزمن أو عمل لصحت الحمالة بها.

مسألة: والحمالة بالجعل حرام، قاله مالك في العتبية من رواية ابن القاسم عنه. ومعنى ذلك أن تعطى المتحمل جعلاً على حمالته، قال في العتبية: ويرد ما أخذ. قال في الموازية: فإن كان صاحب الحق عالماً بذلك سقطت الحمالة، ورد الجعل، فإن لم يعلم بذلك، فالحمالة لازمة والجعل مردود. ومعنى ذلك أنه عقد يختص بالمعروف، فلم يصح فيه العوض كالقرض.

وقد قال أصبغ في الموازية: كل حمالة وقع حرامها بعقد بين الحميل والمطلوب بغير علم الطالب، فالحمالة له ثابتة، وإنما يفسدها علم الطالب. قال محمد: ويكون ذلك من سببه ومعاملته، فإذا لم يكن من سببه، ولا علم به في الحمالة، فالحمالة ثابتة.

مسألة: وكل حمالة وقعت على حرام من المتبايعين في أول أمرهما أو بعده، ففي الموازية: لا يلزم الحميل علم المتبايعان حرام ذلك أو جهلاه، علمه الحميل أو جهله، وقد قاله أشهب في دافع دينار في دينارين إلى أجل وأخذ بهما حميلاً: الحمالة ساقطة، وكذلك كل حمالة بأمر فاسد.

قال محمد: ومن معنى قول ابن القاسم وأصحاب مالك عن اتباع منهم لمالك، وقد

كتاب الأفضية ٤٨٥
قال ابن القاسم فيمن دفع ديناراً في دينارين: أن الحماله فى ذلك ساقطة، وكذلك فى
فسخ الدين فى الدين.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: إن لم يعمل الحميل بذلك فالحمالة ساقطة،
وإن علم لزمته فى الدينارين، وبطل الربا.

فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم فى إبطال ذلك أن الحماله إنما تعلقت بأحد
عوضى عقد البيع، وذلك لا يكون إلا بعد صحة العقد، فإذا بطل العقد لفساده بطل
العوض منه، ووجب أن تبطل الحماله لما بطل ما تعلقت به.

ووجه رواية عيسى أن الحميل إذا علم بذلك، فإنما تضمنت حمالته رد ما صار إلى
المتحمل عنه إذا وجب عليه رده بالشرع، وإذا لم يعلم بذلك، فإنما التزم المتحمل العوض
فى عقد، وذلك يعدم فى هذه المسألة للاتفاق على إبطال عقد البيع.

مسألة: ومن باع طعاماً من مبيع قبل قبضه، وأخذ به جميلاً، فقد روى أصبغ عن ابن
القاسم وأشهب: أن الحماله ساقطة.

ووجه ذلك ما تقدم من أن ما تحمل به، لا ينفذ على حسب ما تحمل به، فبطلت
الحماله.

مسألة: ومن أسلف سلفاً، فلا بأس أن يأخذ به جميلاً، قال مالك فى الموازية، قال:
وما أعلم أحداً كرهه إلا الحسن.

ووجه ذلك أنه وثيقة تجوز فى البيع، فجازت فى القرض كالشهادة.

مسألة: والحماله بما على الميت جائزة، وإن لم يترك وقاء، وبه قال الشافعى. وقال
أبو حنيفة: لا يجوز ذلك إذا لم يترك وقاء.

والدليل على ما نقوله ما روى سلمة بن الأكوع أن النبى ﷺ أتى بجنابة، فقال:
«هل عليه من دين؟» قالوا: نعم، قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: صلوا على
صاحبكم، قال أبو قتادة: صل يا رسول الله، وعلى دينه، فصلى عليه^(*).

ومن جهة المعنى أن كل دين صحت الحماله به مع اليسار، فإنها تصح به مع
الإعسار كدين الحى.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٢٩١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٩٦١. أحمد فى

المسند حديث رقم ١٦٠٧٥، ١٦٠٩٢.

الباب الثاني: فى ذكر ما تصح الحمالة منه، وتمييزه ممن لا تصح حمالته

الذى تصح حمالته كل مالك لأمره لا حجر لأحد عليه، سواء كان يقدر على النطق أو كان أخرس، إذا فهم مراده. قال مالك فى المدونة: يجوز كفالته إذا فهم عنه. وأما من عليه حجر لحقه ولحق غيره، فإنه يعتبر أمره، فإن كان محجوراً عليه لحق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه، لم يلزمه الحمالة.

وأما البكر التى لم تعنس، فهى كالصغير فى ذلك، وأما التى عنست وأونس رشدها فى بيت والدها، فى المدونة، أنه يجوز حمالتها عند ابن القاسم، ووجدته فى كتاب عبدالرحمن عن مالك. وقال مالك: لا تجوز هبتها، وكذلك كفالته؛ بضعها بيد أبيها.

ووجه ذلك أنه لما لم يسقط التعنيس ولاية الأب فى البضع، لم يسقط فى المال.

وجه القول الأول أن الولاية فى البضع لا تزول بالرشد، والولاية فى المال تزول بالرشد؛ لأنها تراد لحفظ المال، فإذا حفظ المال بالرشد زالت ولاية المال، وبقيت ولاية البضع؛ لأنها تراد لحفظ البضع مما يغيب، فمعناها باقية ما بقيت المرأة فيه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما من كان محجوراً عليه لحق غيره كالعبد والمستغرق فى الدين والمريض والمرأة ذات الزوج، فإن العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد حمالتهم بغير إذن السيد باطلة، وإن كان العبد مأذوناً له فى التجارة. وقال ابن الماجشون: تجوز حمالة العبد. وحكى ابن المواز القولين فى العبد.

وجه القول الأول، وهو قول مالك وجمهور أصحابه معنى يدخل فى ذمته نقصاً وعيباً، فلم يكن له ذلك بغير إذن سيده كالمداينة، وأيضاً فإنه وجه من المعروف، فلم يكن له بغير إذن سيده، وإن أذن له فى التجارة كهبة ماله.

مسألة: وتجوز حمالة العبد بإذن السيد، وإن لم يكن مأذوناً له فى التجارة إلا أن يستغرقه الدين، فلا يجوز وإن أذن له السيد.

ووجه ذلك كله أن الحجر إنما تعلق به لحق سيده، فإذا أذن له فى ذلك جازت له حمالته، ولو كان عليه دين يفترق ماله لم يجز ذلك؛ لأنه محجور عليه لحق الغرماء، فلا تصح حمالته، أذن له السيد أم لم يأذن له.

وأما المكاتب، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن أذن السيد للمكاتب والمدبر وأم

كتاب الأفضية ٤٨٧

الولد في الحمالة، جازت حملتهم. قال غيره: لا يجوز معروف المكاتب؛ لأن ذلك داعية إلى رقه، وليس له ذلك ولا لسيدته.

ووجه قول ابن القاسم أنه محجور عليه بحكم الرق، فجاز ما يفعله من ذلك بإذن السيد. أصل ذلك العبد القن.

ووجه قول الغير ما احتج به من أنه ليس له أن يرق نفسه، فوجب أن يكون ممنوعاً من كل ما يكون سبباً له.

مسألة: وهل للسيد إكراه العبد على الحمالة، قال ابن القاسم في المدونة: ليس له ذلك. وقال ابن الماجشون في النوادر: له ذلك.

وجه قول ابن القاسم أن السيد ليس له إدخال نقص في ذمة عبده كما ليس له أن يثبت ذلك ديناً عليه.

ووجه قول ابن الماجشون أن له انتزاع ماله، وهو بمعنى ذمته، فكان له شغل ذمته على هذا الوجه.

مسألة: وأما المستغرق في الدين، ففي العتبية والموازية عن مالك: لا يجوز حمالة من أحاط به الدين كصدقته وتفسخ؛ لأنها من المعروف.

ووجه ذلك أن من كان للغرماء رد عتقه، كان لهم رد كفالاته وهبته كالمضروب على يديه.

مسألة: وأما المريض، ففي المدونة عن ابن القاسم يجوز كفالة المريض في ثلثه. وروى ابن المواز عن عبدالمالك: إن كان المحمول به مليئاً، لزمته، وإن كان عديماً بطلت، ولم يكن في الثلث إذا لم يرد بهذه الوصية.

ووجه قول ابن القاسم أنه معروف يفعله المريض، فكان في ثلثه كهفته. ووجه قول عبدالمالك ما احتج به.

مسألة: وأما كفالة ذات الزوج، ففي المدونة عن ابن القاسم: أن ذلك في ثلث ما لها، فإن زادت على الثلث في كفالتها، فللزوجة إبطال جميعها إلا أن يزيد على الثلث الدينار والشئ اليسير، فيمضى الثلث والزيادة. وقال المغيرة: إذا حازت المرأة الثلث، لم يبطل كالمريض يوصى بأكثر من ثله.

٤٨٨ كتاب الأفضية

مسألة: وإذا تكلفت المرأة بزوجه، ففي المدونة، قال مالك: عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليها، وكذلك كفالتها عنه.

ومعنى ذلك أن كفالتها عنه بإذنه ورضاه، فإن لم يرض بذلك، فعلى مذهب ابن القاسم: تبطل إلا أن تكون بثلك مالها فأدنى، والله أعلم وأحكم.

الباب الثالث: فيمن يصح الجمالة عنه وتمييزه ممن لا تصح عنه

وتحريم ذلك أنها تجوز عن كل مالك لأمره أو غير مالك لأمره فيما يلزم أدائه من ماله. وأما المولى عليه، فلا يخلو أن يكون تحمل عنه حميل بما تقدمت المعاملة فيه، أو بما تستقبل المعاملة فيه، فإن كان تحمل عنه بثمن ما قد ابتاعه، فقد قال ابن القاسم فى العتبية والموازية: إن كل ما تحمل به مما يلزم اليتيم، لزم الحميل، ويرجع به فى مال الصبى.

وقال عبدالمالك: لا يلزم المولى عليه شىء مما تحمل به، فإن كانت المعاملة قبل الجمالة: لم يلزم الحميل شىء، يريد أنه لم يتحمل عنه بدين عليه ولا عاملة المتحمل له بسببه، فلا يلزم الحميل شىء، وإن كانت المعاملة بعد ذلك، لزم الحميل الغرم، ولم يرجع هو ولا الطالب على اليتيم.

وإن كان مما يلزم اليتيم مثل أن يكون له الدار والحائط، فيسلفه فيها، فهذا يلزم الحميل، فعلى هذا فما يتحمل به عن اليتيم على ثلاثة أقسام، قسم يلزم الحميل، ويرجع به، وهو ما يلزم مال اليتيم، وقسم يلزم الحميل، ولا يكون له الرجوع به، وهو على ما عومل به بسبب الجمالة، ولا يلزم مال اليتيم.

وقد قال أصبغ فى العتبية فيمن اشترى من سفيه، وأخذ حميلاً بما يلزمه من قبله، فأبطل البيع، والتمن على السفيه، فإن الحميل يغرم الثمن، ولا يرجع به على أحد، وقسم لا يلزم الحميل، ولا يرجع به كالتحمل عنه عن معاملة قديمة لا يلزم ماله.

الباب الرابع: فيما للطالب من مطالبة الحميل

لا يخلو أن يكون الحميل واحداً أو جماعة، فإن كان واحداً، فهل للطالب أخذه بجميع الحق مع حضور الغريم وغناه، اختلف فيه قول مالك، فقال فى المدونة فى الحميل بالمال: للطالب طلبه فى مال الغريم وحضوره.

قال القاضى أبو محمد: وبه قال مالك والشافعى، ثم رجع مالك، فقال: لا يبيعه إلا فى عدمه أو غيبته. قال القاضى أبو محمد: وبه قال عبدالمالك.

كتاب الأفضية ٤٨٩

وجه القول الأول أن الحق متعلق بذمته فى حال عدم الغريم، فوجب أن يكون متعلقاً بذمته فى حال يساره كالغريم. ووجه القول الثانى عندى أنه وثيقة بالحق، فلم ينتقل إليه إلا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن.

مسألة: وليس للطالب أن يكلف الحميل ملازمة الغريم حتى يدفع ما عليه إذا كان موسراً، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه وثيقة بالحق من الغريم، وإنما له مطالبته بدفع الحق، يرجع إليه عند تعذر استيفائه، وليس بوكيل على المطالبة بالدين.

مسألة: وليس للحميل أخذ الحق إلى الطالب. ووجه ذلك أن الحميل ليس بوكيل على القبض ولا مأذون له فيه، وإنما له أن يطالب الغريم بما تبرأ ذمته به، وهو إيصال الدين إلى مستحقه.

مسألة: وإذا حل أجل الدين والغريم غائب، فلا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها، فإن كان بعيد الغيبة، ولم يكن للغريم مال حاضر أغرم الحميل. وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى البعيد الغيبة: والذى لا يدرى أين هو، فلا يضرب له أجل، فإن كان له مال حاضر، فلا يخلو أن يقرب تناوله كالناظر أو ما هو فى حكمه أو يبعد تناوله كالدار تباع، وما يطول أمده، ويكون فيه التربص.

فإن كان مما يقرب أمده قضى منه الطالب، وإن كان مما يبعد تناوله أخذ الدين من الحميل، ثم للحميل أن يباع له ذلك، وإن كان قريب الغيبة أجل الحميل أجلاً قريباً وكرر، فإن أبى، وإلا فعل به ما ذكرناه، قاله كله ابن حبيب عن ابن القاسم.

مسألة: وإذا حل الأجل والغريم معسر كان للطالب أخذ ماله من الحميل. وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: إن قال الطالب: إن الغريم عديم، وقال الحميل: هو ملئ، ولم يعرف له مال ظاهر، غرم الحميل.

ومعنى ذلك أن ذمة الحميل قد تعلق بها الحق، فلا يبرأ إلا بالأداء، وإنما يبرأ الغريم بالمطالبة، إذا كان له مال، فعلى الحميل الذى يدعى يسره إظهار ذلك المال، فبرأ وإلا لم يبرأ من الدين.

مسألة: وهذا فيما يثبت من دين الغريم بالبينة، فأما لا يثبت إلا بإقرار الغريم، فلا يلزم ذلك الحميل، رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

٤٩٠ كتاب الأفضية

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أن يكون الإقرار بالدين بعد الحمل. وأما إذا أقر به الغريم قبل الحمل، فشهد بذلك على أقراره شاهدا عدل، فإن الذى يريد مالك بقوله: إنه مما تقوم به البينة، ويلزم ذلك الحميل، والله أعلم وأحكم.

ومن قام على منكر بدين، فقال له الرجل: إن لم آتك به غدًا، فالمال على، وقد سماه، لم يلزمه المال، وإن لم يأت به حتى يبينه الطالب بيينة، ولو أقر المطلوب بعد الحمل، لم يلزم ذلك لحميل إلا بيينة.

وكذلك من ادعى على غائب ألف درهم، فتكفل به رجل، فقدم الغائب، فأنكر أو أقر، لم يلزم الحميل ذلك إلا بيينة على أصل الدين أو بيينة على إقرار الغريم قبل الحمل، قاله كله فى الموازية، ونحوه. فى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم.

مسألة: ولو أنكر الغريم الدين، وأقر به الحميل، ففى كتاب ابن سحنون عن أبيه: يغرّم الحميل ثم إن قامت له بيينة، رجع على الغريم بما أدى عنه، ورواه فى العتبية يحيى عن ابن القاسم، قال: وإن لم يكن للحميل بيينة، لم يرجع الغريم بما أداه.

فصل: وإن كان الحملاء جماعة تكلفوا له بمال، فلا يخلو أن يطلق لفظ الكفالة أو يقول وبعضهم كفلاء عن بعض أو له أخذ من شاء منهم بجميع حقه، فإن أطلق لفظ الكفالة، فأعسر الغريم عند الأجل، فقد قال مالك: ليس له أن يأخذ من وجد من الكفلاء بجميع المال، وإنما له أن يأخذ كل واحد منهم بمصته منه، فإن كانوا ثلاثة أخذ من كل واحد ثلث المال.

ووجه ذلك أنهم إذا تكلفوا بمائة، فإنما تكفل كل واحد منهم بثلث المائة، فلا يلزمه سواها.

مسألة: وإن شرط عليهم، وبعضهم كفلاء عن بعض، كان له أن يأخذ بعضهم بجميع حقه، وإن كانوا موسرين، فإن أعسر بعضهم كان له أن يأخذ جميع حقه من الموسر، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك أنه إذا كان بعضهم حملاء عن بعض كان لهم حكم الحمل، فليس لهم أن يأخذوا واحدًا منهم إلا بما يجوز له. أن يعدل به عن الغريم إلى الحميل من الإعسار أو الغيبة، والله أعلم وأحكم.

فرع: ولو غاب الحملاء إلا واحدًا منهم، فغرّم الحاضر المال، ثم قدم الحميلان

والغريم، فقد قال ابن القاسم في المدونة: للحاضر الذى غرم أن يرجع على صاحبيه بثلثى المال، وإن كان الغريم مليئاً وله أن يرجع به على الغريم بخلاف طالب الحق لا يأخذه من الحميل، إذا كان الغريم موسراً حاضراً.

ووجه الفرق بينهما أن الحميل إنما أخذ وثيقة من الدين الذى على الغريم، فلا يطلب مع تمكن الاقتضاء من الغريم، والحميل الذى غرم فى غيبة الحملاء والغريم، فكل واحد منهم حميل بجميع المال، فإنما غرم عن الحميل كما غرم عن الغريم، لأنه لو حضر صاحبه فى الجمالة لزمه الغرم معه، فلما كان أداءه عنه كان له الرجوع عليه دون اعتبار حال الغريم.

مسألة: فإن اشترط أن له أخذ من شاء منهم بجميع الحق، ففى المدونة عن ابن القاسم: له أن يأخذ من شاء منهم بحقه، وإن كان شركاؤه فى الجمالة حضوراً موسرين؛ لأنه قد شرط ذلك.

وإذا أخذ أحدهم بجميع المال، لم يكن له أن يرجع على أصحابه بشيء مما أداه؛ لأن الطالب قد شرط فى الجمالة أن له أن يعلق حقه بذمة من شاء منهم، فإذا عين حقه عند أحدهم، فإنما ذلك عن نفسه لا عن أصحابه، فلذلك لم يجوز له أن يرجع عليهم بشيء مما أداه.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن كنانة وأشهب: أن الشرط باطل، وليس له اتباع أحدهم بأكثر من نصيبه إلا فى عدم أصحابه أو غيبتهم.

فرع: فإن شرط مع شرطه أن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه أن بعضهم حملاء عن بعض، فأخذ حقه من أحدهم كان لمن أدى الحق أن يرجع على أصحابه بما أدى عنهم؛ لأنهم قد شرطوا أنه إن عين حقه عند أحدهم، فعلى وجه أن بعضهم حملاء عن بعض، فقد تعلق الحق بجمالة جميعهم على أن للطالب أن يختار مطالبة من شاء منهم.

وفى المسألة الأولى لم يتعلق الدين بجمالة جميعهم، وإن تعلق بجمالة واحد غير معين، فاللطالب أن يعينه بمن شاء منهم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن تحمل له بدينه رجل، ثم لقى الغريم، فأعطاه حميلاً آخر، فقد روى ابن الماجشون عن مالك: له أن يتبع أى الحميلين شاء.

ووجه ذلك أن كل واحد منهم تحمل بجميع المال على غير رتبة تقتضى تقدم أحدهما، فافتضى ذلك التخيير فى أن يطلبهما أو يطلب أيهما شاء.

٤٩٢ كتاب الأفضية

مسألة: ومن تحمل لرجل بمال على غريم، ثم تحمل له رجل آخر بالحميل، فإنما له أن يطلب الغريم، فإن غاب أو أعسر، انتقل إلى طلب الحميل الأول، فإن غاب أو أعسر انتقل إلى الحميل الثاني، قاله ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن حاله مع الحميل الأول والثاني كحالهما مع الحميل الأول والغريم، وقد تقدم ذكره، والله أعلم وأحكم.

الباب الخامس: فى رفق الطالب بالغريم أو الحميل

وجه ذلك أن الطالب قد يهب حقه الغريم أو الحميل أو يؤخر أحدهما، فأما الهبة، فإن وهب الغريم، فقد برئ الحميل؛ لأن الهبة كالاقتضاء، ولو اقتضى حقه لبرئ الحميل، فكذلك إذا وهبه، ولو وهب الحق الحميل لم ير الغريم عليه أن يؤدى إلى المتحمل له.

فرع: ومن أخذ حميلاً بثمن سلعة على أن له أن يأخذ أيهما شاء بحقه، فمات الغريم، فأحاله الطالب، ثم أراد أن يطالب الحميل، ففى العتبية والموازية لأشهب عن مالك: يحلف ما وضع إلا للميت، وهو على حقه، قال محمد: فيها شيء، وقال فى موضع آخر: فيها نظر.

وروى فى موضع آخر عن مالك: إن كان آخر بعض الحق من تركة الميت، كان ما أخذ بالخصص بين الحقين، ويحلف ما وضع إلا للميت، ويكون على الحميل حصته بما بقى.

مسألة: وأما إن أخذ الغريم، ففى العتبية والموازية لأشهب عن مالك: إن أخذ الغريم سنة، فالحمالة ثابتة إلا أن للحميل أن يمنع التأخر، ويقول: أخاف أن يفلس، فليس له التأخير. قال ابن القاسم فى المدونة: إلا أن يسقط الحمالة.

وقال غيره فى المدونة: إذا أخر الغريم، وهو موسر، تأخرًا بينًا، سقطت الحمالة عن الحميل، وإن كان الغريم معسرًا، فله أن يقوم على الكفيل، وأن يقف عنه.

وجه قول ابن القاسم أن تأخر الغريم لا ينافى حمالة الحميل، فليس فيه دليل على إبراء الحميل، ولا يكون تأثيره فى إسقاط الحق عن الحميل أكثر من تأثيره فى إسقاطه عن الغريم لتعلق الحق بذمتهما.

ووجه قول الغير أنه لما لم يلزم الحميل تأخير الغريم، كان الظاهر من تأخيره إبراء الحميل، والله أعلم.

كتاب الأفضية ٤٩٣

فرع: ولو علم الحميل بتأخيرها، فسكت، لزمته الجمالة، فإن لم يعلم بذلك حتى حل الأجل الطالب ما أخره ليبرئ الحميل، وتثبت له الجمالة، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك أن ترك الاعتراض من الحميل فى تأخيرها رضا به، فإن لم يعد بذلك، واحتمل تأخير الطالب للغريم الذى لا يلزم الحميل تجويزه أن يريد به إبراء الحميل، كان على الطالب اليمين أنه لم يرد به إبراءه، وإنما أراد به الرفق بالغريم مع بقاء الحق متعلقاً بجمالة الحميل.

مسألة: ولو أخر الطالب الحميل، فذلك تأخير للغريم، إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً، فإن نكل لزمه التأخير؛ لأنه لو وضع عن الحميل الجمالة لكان له أن يتبع الغريم، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ما لزمه من اليمين أن تأخيرها الحميل محتمل لتأخير الغريم له، فلزمته اليمين أنه ما أراد ذلك، ولا قصده.

الباب السادس فى قضاء الحق

فإن دفعه الغريم برئ، وبرئ الحميل، وإن دفعه الحميل برئ من مطالبة صاحب الحق، وكان له مطالبة الغريم، فإن كان أدى عنه مثل ما عليه رجع بمثله، وإن كان أدى عنه غير ما عليه مثل أن يكون الدين دنانير، فيدفع عنه الحميل دراهم، فإن ذلك لا يجوز قبل الأجل لما فيه من تأخير أحد عوضى الصرف.

وأما بعد الأجل، ففى كتاب ابن المواز: أن ذلك جائز، وفيه أنه غير جائز، وإليه رجع ابن القاسم. وهو قول أشهب وأصحابه.

وجه القول الأول أن ما بين الطالب والغريم، قد صح باتخاذ المصارفة، لأن ذلك متعلق بدمته كالذى كان له عليه الدين.

ووجه القول الثانى بالمنع ما احتج به محمد من أن الغريم يكون مخيراً بين أن يدفع ما كان عليه، أو ما دفع عنه، فيدخله الخيار فى الصرف، وفسخ دين فى دين، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا بالجواز، فقد قال ابن القاسم: لا يؤخذ من الغريم الدنانير، ولكن يخرج الغريم الدنانير، ثم يشتري بها دراهم، فإن نقصت لم يكن للحميل غيرها، وإن زادت، فليس له الفضل، وكان ابن القاسم يقول: الغريم مخير، إن شاء دفع الدنانير أو

الدرهم، ثم رجع، فقال: هذا حرام بين الحميل والغريم. وقاله أشهب.

وجه القول الأول أن عمل الكفيل مع صاحب الحق إذا حكمنا بصحته وجب أن يصح ما بين الحميل والغريم للدنانير؛ لأنه تأخير في الصرف، فوجب أن يصح بأن يخرج الغريم ما كان عليه، فلا يفسد من جهته شيء ثم يشتري للحميل من جنس ما أدى، فإن كان فيه نقص، فهو الذي أدخله على نفسه، وإن كان فيه فضل لم يكن له؛ لأن ما دفع عنه إنما هو سلف أسلفه إياه، فلا يأخذ أكثر منه.

ووجه القول بالتخيير أن هذا تخيير ثابت بالشرع، فلا يبطل الصرف كخيار من وجد في عوض الصرف زائفاً، فإنه مخير بين أن يرد المعيب أو يمسك، ولا يمنع صحة ذلك الصرف.

فرع: فإن قلنا برواية المنع، فلا يجوز أن يصلح الكفيل طالب الحق إذا كان الدين دنانير بدرهم، ولا شيء مما يكال أو يوزن من سائر الأشياء إلا بالجزاف منه، أو بما يرجع إلى القيمة من حيوان أو عرض أو غيره؛ لأنه فيما يكال أو يوزن يرجع إلى أن يكون الغريم مخيراً.

ومعنى ذلك أنه يدخله الخيار في فسخ الدين في دين، وذلك غير جائز. وأما ما يرجع إلى القيمة، فإنه يقوم بجنس الدين، فلا يدخله تخيير، ولا فسخ دين في دين.

مسألة: ومن تحمل بمال لرجل إلى أجل، فمات الحميل قبل الأجل، ففي المدونة: لرب الحق أن يتعجل حقه من ماله. قال في المدونة: وإن كان الغريم ملياً حاضراً، فليس لورثته أن يأخذوه من مال الغريم قبل الأجل. وقال ابن الماجشون: لا يحل الحق بموته، ولكن يوقف من ماله بقدر الدين.

وجه القول الأول أن الدين متعلق بذمته، فوجب أن يحل بموته، ويتعجل طلبه منه كالغريم.

ووجه القول الثاني أنه حميل، فلا تطلب تركته بالدين لموته إذا كان الغريم حاضراً ملياً. أصل ذلك إذا مات بعد الأجل.

فرع: ولو مات الحميل مفلساً، فإن لصاحب الحق أن يحاص الغرماء في ماله، قاله ابن القاسم في المدونة.

ووجه ذلك أنه يحل الدين بموته، فوجب أن يحاص الغرماء في ماله كالغريم.

كتاب الأفضية ٤٩٥

مسألة: ولو مات الحميل عند الأجل أو بعده، فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية: هاهنا يبدأ بالغريم، فإن كان غائبًا أو عديما أخذ من مال الحميل.

ووجه ذلك أنه قد كان له أن يطالب الغريم، فلم يكن له أن يطالب الحميل، وإنما له مطالبة الحميل إذا لم يكن له مطالبة الغريم.

مسألة: ولو مات الغريم قبل الأجل، فللطالب أن يتعجل حقه من ماله، وإن لم يكن له أن يطلب به الحميل حتى يحل الأجل.

قال ابن القاسم في المدونة: ووجه ذلك أن الدين يحل بموت من يتعلق بذمته، فإن طلب من الغريم روعيت حاله في أخذه منه بموته، وإن طلب من الحميل روعيت حاله، فلا يحل بموت غيره كما لو مات الحميل قبل الأجل، فإنه لا يكون ذلك سببًا لمطالبة الغريم، والله أعلم وأحكم.

فصل: إذا ثبت ذلك، فراجع إلى تقسيم لفظ مسألة الأصل، وهو قوله: فإن هلك الحميل أو أفلس، فإن الذى تحمل له يرجع على غريمه الأول، يريد أنه إن مات مفلسًا أو أفلس مع بقاء حياته؛ لأن حقه لم ينتقل عن ذمة الغريم بالحالة، وإنما أخذ الحميل وثيقة لحقه كالرهن، ففلس الحميل بمنزلة ضياع الرهن، والله أعلم.

وجه ذلك أن موت الحميل مع كونه عيبًا، لا يوجب رجوع الطالب على الغريم، بل له على قول ابن القاسم أن يتعجل من ماله دينًا، وعلى قول ابن الماجشون: يوقف من ماله بقدر الدين، فحكم الحالة باق على القولين، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «يرجع على غريمه الأول» لفظ الرجوع يقتضى ظاهره أنه قد كان تعلق بمطالبة الحميل أولاً وأنه كان له ذلك، وهو يكون على وجوه منها على قول مالك الأول: أن له أن يبدأ بمطالبة الحميل إن شاء.

فإن مات الكفيل أو أفلس قبل أن يستوفى منه كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم، ومنها إذا باع من الغريم سلعة أو أسلفه مالا كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم، ومنها أنه إذا باع من الغريم، وأخذ منه حميلًا، وشرط أن له أن يأخذ أيهما شاء، فظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم فى العتبية أن له ذلك، وهو الظاهر من رواية أشهب عن مالك فى العتبية والموازية، فعلى هذا أيضًا إن مات الحميل أو أفلس كان له الرجوع إلى مطالبة الغريم.

ويحتمل أيضا أن يريد به أن الغريم كان مفلسا، فأثر مطالبة الحميل، فلما تعذر الاستيفاء من جهته رجع إلى اتباع الغريم في ذمته بما بقى عليه، ويحتمل أن يريد بقوله: «يرجع على غريمه» معناه يبقى حقه ثابتا على غريمه، لا يبطل بموت الحميل، بخلاف الحوالة التي تبطل حقه بموت المحال عليه، ولا يكون له مطالبة المحيل، والله أعلم أي ذلك أراده.

* * *

القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: إِذَا ابْتَاعَ الرَّجُلُ ثَوْبًا، وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرَقٍ أَوْ غَيْرِهِ، قَدْ عَلِمَهُ الْبَائِعُ، فَشْهَدَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ أَوْ أَقْرَبَ بِهِ، فَأَحْدَثَ فِيهِ الَّذِي ابْتَاعَهُ حَدَثًا مِنْ تَقْطِيعٍ يُنْقِصُ ثَمَنَ الثَّوْبِ، ثُمَّ عَلِمَ الْمُبْتَاعُ بِالْعَيْبِ، فَهُوَ رَدُّ عَلَى الْبَائِعِ، وَلَيْسَ عَلَى الَّذِي ابْتَاعَهُ غُرْمٌ فِي تَقْطِيعِهِ إِيَّاهُ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنه إن أحدث المبتاع بالثوب حدثا من تقطيع أو غيره، ثم اطلع على عيب كان عند البائع، فلا يخلو أن يكون دلس البائع بالعيب على ما ذكره في المسألة أو لم يدلس به، فإن كان دلس به، فلا يخلو أن يكون ما أحدثه فيه المبتاع مما جرت العادة به، ومما يشتري غالبا له أو يحدث فيه ما لم تجر العادة بمثله.

فأما القسم الأول في تقطيع ما جرت به العادة في مثله من الثياب، فما أحدث المبتاع من هذا مما ينقص المبيع، فللمبتاع أن يرجع بجميع الثمن، ولا يرد ما نقص ذلك المبيع، ولو قطعه على غير ما جرت به عادة مثل ذلك الثوب مثل أن يكون ثوب وشيء رفيع، فيقطعه جوارب أو رقاعا، فهذا لا يرده على المدلس؛ لأنه قد فات بذلك من الفعل، ويرجع بما نقصه، قاله ابن القاسم في المدونة.

وذلك أن البائع قد علم أن المبتاع يتصرف في المبيع التصرف المعتاد، فإذا أسلمه إليه على وجه التملك مع ما دلس له به من العيب، فقد أذن له في ذلك، فلا يرجع عليه بما ينقص ذلك الفعل، ولم يأذن له في التصرف الذي ليس بمعتاد، فلذلك يلزم من فعله.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن أقر المبتاع بالتدليس أو قامت البينة بأنه كان عالما بالعيب عند المبيع، فللمبتاع رده، وأخذ جميع الثمن، وهل له إمساكه، والرجوع بقيمة العيب؟

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٤٢.

كتاب الأفضية ٤٩٧
قال ابن القاسم: له ذلك. وقال ابن المواز: ليس له ذلك إذا كان مما نقصه غير صناعة كالقطع، فإن كان صناعة كالصبغ والخياطة كان له ذلك؛ لأن له أن يمتنع من تسليم صناعته، وحكى ذلك عن أصبغ.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن العيب المفسد لما حدث أثبت له الخيار كالصنعة، وما تقدم من التدليس يسقط عنه قيمة العيب الحادث.

ووجه قول ابن المواز للمبتاع رد المبيع دون غرم، فلم يكن له إمساكه والرجوع بقيمة المبيع إذا لم يكن فيه غبن فوته. أصل ذلك إذا لم يحدث عنده عيباً.

مسألة: فإن ادعى المبتاع على البائع التدليس، وأنكره البائع، وادعى النسيان، ولم تقم بينة له بشيء من ذلك، فقد قال ابن القاسم: يحلف البائع على ما قال ويخير المبتاع بين أن يرد المبيع، وقيمة العيب الحادث، ويأخذ الثمن أو يمسك المبيع، ويرجع بقيمة العيب القديم.

وروى ابن المواز عن مالك: لا يحلف البائع حتى يخير المبتاع، فإن اختار الرجوع بقيمة العيب لم يحلف البائع؛ إذ لا فائدة في استحلافه؛ لأن حاله في الرجوع بقيمة العيب في التدليس وغيره حالة واحدة عند من يرى التخيير ثابتاً في التدليس.

وإن أراد الرد استحلف البائع، فإن حلف رد المبتاع مع المبيع قيمة العيب الحادث.

وجه قول ابن القاسم بتقديم اليمين أن التخيير لا يثبت الحكم به إلا بعد اليمين، وأما قبل اليمين، فحكم التدليس يمنع عند جماعة من أصحابنا التخيير، وقد تقدم ذكره، فإذا حلف بطل حكم التدليس، ولزم الحكم بالتخيير.

ووجه قول مالك أن التخيير ثابت بحدوث العيب الحادث، ولا معنى لليمين إلا إثبات قيمة العيب الحادث على المبتاع، وإنما ذلك في الرد، فإذا لم يختر الرد، فلا معنى لهذه اليمين؛ لأنها غير مؤثرة في الإمساك والرجوع بقيمة العيب القديم.

وهذا القول أجرى على قول ابن القاسم في إثبات التخيير مع التدليس، وقول ابن القاسم في هذه المسألة أجرى على قول ابن المواز وأصبغ في إسقاط حكم التخيير مع التدليس، وإنما ألزم المدعى النسيان اليمين؛ لأنه يمكن أن يكون عالماً بالعيب عند البيع، فإذا لم يكن بينة تثبت عليه ما ينكره، لزمته اليمين، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكُ: وَإِنْ ابْتِاعَ رَجُلٌ ثَوْبًا، وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرَقٍ أَوْ عَوَارٍ، فَرَعَمَ الَّذِي بَاعَهُ

أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ، وَقَدْ قَطَعَ الثَّوْبَ الَّذِي ابْتَاعَهُ أَوْ صَبَّغَهُ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْحَرَقُ أَوْ الْعَوَارُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ، وَيُمْسِكُ الثَّوْبَ، فَعَلَّ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَغْرَمَ مَا نَقَصَ التَّقْطِيعُ أَوْ الصَّبْغُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ وَيُرُدُّهُ، فَعَلَّ، وَهُوَ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ فَإِنْ كَانَ الْمُبْتَاعُ قَدْ صَبَّغَ الثَّوْبَ صَبْغًا يَزِيدُ فِي ثَمَنِهِ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَكُونَ شَرِيكًا لِلَّذِي بَاعَهُ الثَّوْبَ فَعَلَّ، وَيُنْظَرُ كَمْ ثَمَنُ الثَّوْبِ وَفِيهِ الْحَرَقُ أَوْ الْعَوَارُ، فَإِنْ كَانَ ثَمَنُهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ، وَثَمَنُ مَا زَادَ فِيهِ الصَّبْغُ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ، كَانَا شَرِيكَيْنِ فِي الثَّوْبِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، فَعَلَى حِسَابِ هَذَا يَكُونُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِي ثَمَنِ الثَّوْبِ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن المبتاع إذا وجد بالثوب عيباً دلس به البائع بعد أن أحدث فيه المبتاع صبغاً زاد في ثمنه، فإن المبتاع مخير بين أن يمسكه، ويرجع بقيمة العيب على ما تقدم في كتاب البيوع من حكم الرد بالعيب بعد تقويمه أو رده وتقويمه معيباً غير مصبوغ ثم يقومه تقويماً ثانياً مصبوغاً، فيكون المبتاع شريكاً بما زاد الصبغ في قيمته، وهذا معنى ما في المدونة عن ابن القاسم.

ورواه داود بن سعيد بن زبيد عن مالك في المدينة، وزاد فيها: أنه شريك بما زاد الصبغ، والبائع شريك بثمان ثوبه معيباً يريد قيمته. وحكى عن الشيخ أبي بكر أنه قال: يعتبر بقيمته يوم الحكم.

فرق: قال في هذه المسألة: يكون شريكاً بما زاد الصبغ في قيمة الثوب، وقال فيمن اشترى ثوباً، فصبغه، واستحق من يده، وأبى المستحق أن يعطيه قيمة صبغه، وأبى هو أن يعطى المستحق قيمة ثوبه أن يكون شريكاً بقيمة الصبغ. قال الشيخ أبو محمد عبدالحق: الفرق بينهما أن هذا بالخيار بين أن يمسك أو يرد، فيشارك والمستحق من يده الثوب مجبور على المشاركة، فلذلك اختلفا.

قال القاضي أبو الوليد، رحمة الله: وهذا عندي ليس بالبين؛ لأن من بيده الثوب لا يجبر على المشاركة إذا رضى بدفع ثمن الثوب كالذي يجد العيب إذا رضى بإمضاء البيع، لم يجبر على المشاركة، فلا فرق بينهما من هذا الوجه، والأظهر عندي في الفرق

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٢/٢٨٣.

بينهما أنه إنما ثبت له قيمة في الشركة ما كان لصاحبه أن يخرج عنه الآخر بدفع قيمته إليه، فثبتت له تلك القيمة في الشركة.

فلما كان في مسألة الاستحقاق لكل واحد منهما أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله ويخرجه، تشاركاً عند الإبانة بقيمة الصبغ وقيمة الثوب، ولما كان في مسألة الرد بالعيب ليس لصاحب الثوب أن يدفع إلى المشتري قيمة صبغه، ويخرجه عنه، لم تثبت للصبغ قيمة بانفراذه، وإنما تثبت له قيمته مع الثوب ويكون لصاحب الثوب قيمة ثوبه؛ لأن للمبتاع أن يدفع إليه عوضه ويخرجه عنه.

وذلك أن المشتري ليس له أن يرد الثوب بالعيب ناقصاً عما اشتراه، فلو شاركه بقيمة الصبغ، وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب لكان قد رد إليه ثوبه ناقصاً بالنقص الذي أحدث فيه بالصبغ، ولم يرد إليه النقص، فلذلك جبره بالصبغ، وشارك بما زاد الصبغ على قيمة الثوب، والله أعلم وأحكم.

* * *

ملا يجوز من النحل

١٤١٩ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُمَا حَدَّثَاهُ عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ أَبَاهُ بَشِيرًا أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلَامًا كَانَ لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَكُلْ وَلَدِكَ نَحَلْتُهُ مِثْلَ هَذَا؟» فَقَالَ: لَا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَارْتَجِعْهُ»^(١).

١٤١٩ - أخرجه البخارى فى الهبة ٢٥٨٦، ٢٥٨٧، الشهادات ٢٦٥٠. ومسلم فى الهبات ١٦٢٣. والترمذى فى الأحكام ١٣٦٧، الحدود ١٤٤٧. والنسائى فى الوصايا ٣٦٧٠، النحل ٣٦٧١، ٣٦٧٢، ٣٦٧٤، ٣٦٧٨، ٣٦٧٩، ٣٦٨٠، ٣٦٨٣، العمري ٣٧٣٢، ٣٧٣٣، ٣٧٣٤، ٣٧٣٥، ٣٧٣٦، ٣٧٣٨، ٣٧٣٩، ٣٧٤٠، ٣٧٤١، ٣٧٤٢، ٣٧٤٣، ٣٧٤٥، ٣٧٤٦، ٣٧٤٧. وأبو داود فى البيوع ٣٥٤٢، اللباس ٤٠٦٤، ٤٠٦٥، ٤٠٦٦. وابن ماجه فى الأحكام ٢٣٧٥، ٢٣٧٦، ٢٣٨٤، ٢٣٨٥. وأحمد فى مسند الكوفيين ١٧٨٩٠، ١٧٨٩٤، ١٧٨٩٩، ١٧٩٤٣، ١٧٩٥٢، ١٧٩٨٣، ١٨٨٦٤.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٤٩/٨: هكذا روى هذا الحديث جماعة من أصحاب ابن شهاب، بهذا الإسناد، وهذا المعنى كلهم يقول فيه أن النبى ﷺ قال له: «فارجعه» وربما قال =

٥٠٠ كتاب الأفضية

الشرح: قوله: «إن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نَحَلت ابني هذا غلاماً» النحل العطية، ومعنى نَحَلت، أعطيت، ويحتمل من جهة اللفظ أن يكون أتى به إلى رسول الله ﷺ ليستفتيه في جواز ذلك، ويحتمل أن يكون أتى به ليشهد رسول الله ﷺ على ذلك.

وقد ورد هذا من رواية حصين بن عامر عن الشعبي عن النعمان بن بشير «أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، وأتى رسول الله ﷺ فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله، قال: أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟ قال: لا، قال: اتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم، قال: فرجع، فرد عطيته».

فصل: وقوله: «فقال له رسول الله ﷺ: أكل ولدك نَحَلته؟»^(٢) مثل هذا استفهام عن

=بعضهم: «فاردده»، ولفظ حديث ابن شهاب هذا قوله: «فارجه»، قد تابعه عليه هشام بن عروة، عن أبيه، عن النعمان بن بشير، على اختلاف عن هشام في ذلك، وهذا حديث قد رواه جماعة، عن النعمان بن بشير، منهم الشعبي، وغيره بألفاظ مختلفة.

(٢) قال ابن عبد البر في التمهيد: ٣٥٠/٨: واختلف الفقهاء في هذا المعنى: هل هو على الإيجاب أو على الندب؟ فأما مالك، والليث، والثوري، والشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابه، فأجازوا أن يخص بعض ولده دون بعض بالنحلة، والعطية على كراهية من بعضهم، على ما يأتي من أقوالهم في هذا الباب والتسوية أحب إلى جميعهم. وكان مالك يقول: إنما معنى هذا الحديث الذي جاء فيه، فيمن نحل بعض ولده ماله كله قال: وقد نحل أبو بكر رضى الله عنه عائشة، دون سائر ولده. حكى ذلك عنه ابن القاسم، وأشهب. وقال الشافعي: ترك التفضيل في عطية الأبناء فيه حسن الأدب ويجوز له ذلك في الحكم قال: وله أن يرجع فيما وهب لابنه لقول النبي ﷺ: «فارجه» واستدل الشافعي، بأن هذا الحديث على الندب، بنحو ما استدل به مالك رحمه الله، من عطية أبي بكر عائشة. وبما رواه داود بن أبي هند، عن الشعبي، عن النعمان بن بشير، قال: «نحلتني أبي نَحَلًا. وانطلق بي إلى النبي ﷺ ليشهده على ذلك، فقال: أكل ولدك نَحَلته مثل هذا؟ فقال: لا، قال أيسرك أن يكونوا لك في البر كلهم سواء؟ قال: نعم قال: «فأشهد على هذا غيري». قال: وهذا يدل على صحة الهبة؛ لأنه لم يأمره بردها وإنما أمره بتأكيدها بإشهاد غيره عليها، وإنما لم يشهد ﷺ عليها لتقصيره عن أولى الأشياء به، وتركه الأفضل. وقال الثوري: لا بأس أن يخص الرجل بعض ولده بما شاء. وقال أبو يوسف: لا بأس بذلك إذا لم يرد الإضرار وينبغي أن يسوى بينهم: الذكر والأنثى سواء. وقد روى، عن الثوري: أنه كره أن يفضل الرجل بعض ولده على بعض في العطية. وكره عبدالله بن المبارك وأحمد بن حنبل: أن يفضل بعض ولده على بعض في العطايا. وكان إسحاق يقول مثل هذا، ثم رجع إلى مثل قول=

كتاب الأفضية ٥٠١
صفقة هذا النحل؛ إذ كان منه ما يمنعه الشرع ومنه ما يبيحه، فاستوصفه عن صفته
ليعلم أمن المباح هذا، أو من الممنوع ليبين له حكم القسمين أو ليأمره بارتجاع الممنوع،
أو إمضاء المباح.

فلما قال له بشير: لا، وبين أنه لم ينحل سائر بنيه على مثل ما نحل هذا، وذلك أن
يكون قد نحل سائر بنيه أقل مما نحل هذا أو لم ينحلهم شيئاً، أو نحل بعضهم دون بعض،
فقال له رسول الله ﷺ: «فارتجعه» يريد إبطال النحل وارتجاعه من ابنه المنحول إلى ملك
النحل.

ويحتمل أن يكون إنما جوز ذلك ﷺ لما علم أن الهبة كانت هبة يجوز للواهب
اعتصارها، فلما كانت مكروهة غير شرعية، وكانت على وجه يجوز ردها؛ لأنها لم
تفت بما تفوت به الهبات، ويمنع الاعتصار لها أمره باستدراك ذلك بردها، وكذلك كل
ما تمنعه الشريعة يرد ما لم يفت، وإلى هذا ذهب عيسى بن دينار من رواية ابن مزين
عنه.

ويحتمل أيضاً وجهاً آخر، وهو أن يكون ما تصدق به بشير على ابنه كان جميع ماله.
وقد اختلف قول مالك في ذلك، فروى ابن شهاب في العتبية والموازية عن مالك في
الحديث الذي جاء في الذي نحل ابنه عبداً له، فقال النبي ﷺ: «أكل ولدك نحلته مثل
هذا؟ قال: لا، قال: فارتجعه». قال مالك: إن ذلك فيما أرى لم يكن له مال غيره،
فقلت له: فإن لم يكن له مال غيره، أيرده؟ قال: إن ذلك ليقال، وقد قضى به في
المدنية.

=الشافعي. وكل هؤلاء يقول: إن فعل ذلك أحد نفذ ولم يرد. واختلف في ذلك، عن أحمد بن
حنبل، وأصح شيء عنه في ذلك ما ذكره الخرقى، في مختصره، عنه قال: وإذا فاضل بين ولده
في العطية أمر برده كما أمر رسول الله ﷺ فإن فات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له إذا كان
ذلك في صحته، وقال طاوس: لا يجوز لأحد أن يفضل بعض ولده على بعض، فإن فعل لم ينفذ
وفسخ. وبه قال أهل الظاهر، منهم داود وغيره. وروى عن أحمد بن حنبل مثله.
وحجتهم في ذلك حديث مالك، عن ابن شهاب المذكور في هذا الباب، قوله: «فارجعه» حملوه
على الوجوب، وأبطلوا عطية الأب لبعض ولده دون بعض لقوله ﷺ «فارجعه»، ولقوله: في
حديث جابر في هذه القصة: «هذا لا يصلح ولا أشهد إلا على حق». قالوا: وما لم يكن حقاً
فهو باطل، وقد قال بعضهم في هذا الحديث، عن النعمان «هذا جور ولا أشهد على جور» ونحو
هذا مما احتج به أهل الظاهر.

٥٠٢ كتاب الأفضية

وقال عنه ابن القاسم فى العتبية: من تصدق بماله كله على بعض ولده، لا أراه جائزاً. وقال سحنون فى العتبية: إذا تصدق بكل ماله، ولم يكن فيما أبقى منه ما يكفيه، ردت صدقته، وإن كان فى ماله بقى ما يكفيه، لم يرد.

وقال مالك فى العتبية والموازية: يجوز للرجل أن يتصدق بماله كله فى صحته، وقد فعله أبو بكر الصديق. وقال ابن القاسم: من تصدق بماله كله على بعض ولده، أكرهه، فإن فعل وحيزت عليه لم ترد بعد. وقال أصبغ وابن المواز: لا يرد.

وجه القول الأول ظاهر الحديث، وأنه نحل بعض ولده، فأمره برده، وقد حمل يحيى بن يحيى ذلك على الكراهية، فروى عنه ابن مزين أنه قال: إنما أمره رسول الله ﷺ باسترجاعه كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض، فقال: «ارتجعه» وأهل العلم يرون ذلك جائزاً فى القضاء؛ لأن رسول الله ﷺ لم يفسخه، وإنما نذبه إلى ذلك.

وإلى هذا ذهب القاضى أبو محمد أنه يكره للإنسان أن يعطى بعض ولده جميع ماله، واحتج بحديث النعمان بن بشير، وجوز أن يعطيه بعض ماله، واحتج بحديث أبى بكر إذ قال لابنته عائشة: إنى كنت نحللتك جاد عشرين وسقاً.

قال: والفرق بينهما أنه إذا وهب البعض لم يولد ذلك عداوة؛ لأنه قد بقى ما يعطى الياقين، وإذا أعطى الكل لم يبق ما يعطى الباقين، فثبتت الأثرة، وأدى ذلك إلى العداوة والبغضاء.

قال: فإن وقع ذلك، وهب أحدهما الكل نفذ، وإن كان مكروهاً خلافاً لأحمد بن حنبل، وقد تقدم الكلام فى ذلك.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه إذا أعطى البعض على سبيل الإيثار أنه مكروه، وإنما يجوز ذلك، ويعرى عن الكراهية إذا أعطى البعض لوجه ما من جهة يختص بها أحدهم أو غرامة تلزمه، أو خير يظهر منه، فيخص بذلك خيرهم على مثله، والله أعلم.

فإذا قلنا بالرد، فتأويل الحديث ظاهر، وهو من جهة المعنى. قال بعض البغداديين من أصحابنا: إن الإنسان ممنوع من ماله لحق نفسه كما هو ممنوع منه لحق غيره، فمنع من إتلافه لحق الوارث والزوج، فبأن يمنع منه لحق نفسه أولى.

وإن قلنا بإمضاء ذلك، فيحتمل أن يريد بالحديث رد عطيته إلى العدل بين ولده، بأن يعطيهم مثل ما أعطاه، ويحتمل أن يريد به أنه لم يكن انعقدت العطية بعد،

كتاب الأفضية ٥٠٣

وإنما أرادها، فلما علم بما فيها رجع عن إمضائها، ورد العطية إلى بقائها على ملكه. ويحتمل أن يكون كان أعطاها ابنه على حكم الوصية، فأمره بنقض ذلك؛ لأنه لا وصية لو ارث، ويحتمل أن يكون كان أعطاها إياه على وجه المعاوضة مما كان يلزمه من النفقة عليه لمدة ما، ولم يعط سائر ولده مثل ذلك لذلك الوجه، ولا لغيره إشاراً له عليهم.

فلما أمره النبي ﷺ أن يعدل بينهم، رد ذلك البيع، ورأى في رده السداد لابنه، والله أعلم، أى ذلك كان، ويحتمل أن تكون هذه الهبة لم تبق بيده ما ينفق على نفسه، ولا على ولده، ولعله بعد كانت عليه نفقات تعلقت بذمته فيمنع ذلك العدل بينهم.

١٤٢٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنهَا قَالَتْ: إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ نَحَلَهَا جَادًا عِشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، قَالَ: وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنِيِّ بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَادًا عِشْرِينَ وَسَقًا، فَلَوْ كُنْتُ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزَيْتِيهِ، كَانَ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ، وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكِ وَأَخْتَاكِ، فَاقْتَسِمُوهُ عَلَيَّ كِتَابَ اللَّهِ، قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ: يَا أُمَّتِ وَاللَّهِ لَوْ كَانَ كَذَا وَكَذَا لَتَرَكْتُهُ إِنَّمَا هِيَ أَسْمَاءُ، فَمَنْ الْأُخْرَى؟ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: ذُو بَطْنٍ بِنْتُ حَارِجَةَ أَرَاهَا جَارِيَةً.

الشرح: قولها: «أن أبا بكر كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة» الحديث يقتضى أنه خصها بالنحلة دون سائر إخوتها، ورأى ذلك جائزاً له، وإن كان النبي ﷺ قد قال لبشر فى ما وهبه لابنه النعمان: «أكل ولدك نخلته مثل هذا؟ قال: لا، قال: ارجعه» فيحتمل أن يكون أبو بكر تأول فى حديث النعمان بن بشير بعض الوجوه التى قدمناها فى تفسيره، وأن نخلته لعائشة رضى الله عنها لم تكن على شىء من ذلك، وإنما كان لفضل عائشة على سائر إخوتها، ولذلك قال لها: «ليس أحد أحب إلى غنى بعدى منك»، وفى العتبية عن مالك فى الرجل يكون له الولد، فييره، فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره: لا بأس بذلك.

فصل: وقوله: «من ماله بالغابة» الغابة موضع، وذلك يقتضى صحة الهبة، وإن لم

٥٠٤ كتاب الأفضية

يقترن بها قبض، وإنما تنعقد الهبة والصدقة بقول الواهب: قد وهبته لك، وفي الصدقة: قد تصدقت به عليك. وقول الموهوب له أو المتصدق عليه: قد قبلت، وأن يؤخر القبض، فيلزم، ويجبر الواهب والمتصدق على التسليم خلافاً لأبى حنيفة والشافعي في قولهما: لا تنعقد الهبة إلا بالقبض.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١] ومن جهة السنة ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»^(*).

ودليلنا من جهة المعنى أنه عقد من العقود، فلم يفتقر انعقاده إلى القبض كالبيع.

فصل: وقولها: «فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية، والله ما من الناس أحد أحب إليّ غنى بعدى منك» يريد أنه لما مرض مرضه الذي توفى منه، وأحس من أسباب الموت ما تيقن به الوفاة، قال لها القول المتقدم على سبيل التأنيس والإعلام لها بأنه لا يمنعه من إمضاء هبته لها عدم إشفاقه عليها، ومحبتة لها، وإنما يمنعه من ذلك ما يذكره بعد هذا.

وقوله: «أحب إليّ بعدى منك» يحتمل أن يريد بقوله: «بعدى» ممن يخلفه بعد الموت، ويحتمل أن يريد في حياته، ويكون معنى بعدى غيرى.

فصل: وقوله: «جاد عشرين وسقاً من تمر» قال عيسى بن دينار: معناه جداد عشرين وسقاً من تمر نخله إذا جد. وقال ثابت قوله: «جاد عشرين وسقاً» يعنى أن ذلك يجد منها ويصرم. قال الأصمعي: يقال هذه أرض جاد مائة وسق، يريد أن ذلك يجد منها، فعلى تفسير عيسى قوله: «جاد عشرين وسقاً» صفة للثمرة الموهوبة، فتقديره وهبها عشرين وسقاً محدوداً، وعلى تفسير ثابت قوله: «جاد عشرين وسقاً» صفة للنخل التي وهب ثمرتها، فمعناه وهبها ثمرة نخل يجد منها عشرون وسقاً، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فلو كنت جدديته واحتزتيه لكان لك» يقتضى أن الحيازة والقبض شرط في تمام الهبة، وأنها لما لم تحز ما وهبها في صحته لم تتم الهبة، فإن كانت هبة الثمرة على الكيل، فإن الحيازة لا تكون فيها إلا بالكيل بعد الجد، ولذلك قال لها: «لو

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥٨٩، ٢٦٢١، ٣٠٠٣، ٦٩٧٥. مسلم حديث رقم ١٦٢٢. الترمذى حديث رقم ١٢٩٨. النسائي فى الصغرى حديث رقم ٣٦٨٩، ٣٦٩١، ٣٦٩٦، ٣٦٩٧، ٣٦٩٨، ٣٦٩٩، ٣٧٠١، ٣٧٠٢. أبو داود حديث رقم ٣٥٣٨. ابن ماجه ٢٣٨٥، ٢٣٨٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٧٥.

كتاب الأفضية ٥٠٥
كنت جدديته واحزتيه» وإن كان وهبها ثمرة نخل معينة، فالحيازة فيها على ما يأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وقد اختلف قول مالك فيمن تصدق بشيء في صحته، ثم مرض، فقام المعطى يطلبه، قال ابن المواز: فيه اختلاف، فروى ابن القاسم عن مالك: أن قبضه الآن لا يجوز، وإن كان غير وارث، واحتج بأن أبا بكر لم يعط ذلك عائشة لما مرض. وقال أشهب: يقضى له الآن بثلاثها، وإن صح له بباقيها، ولا أرى قول من قال: تجوز كلها من الثلث، ولا قول من أبطل جميعها.

وجه قول ابن القاسم أن المرض يمنع الحيازة؛ لأنه من أسباب الموت منع الموت الحيازة؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حق الورثة، فيتصدق الرجل بماله، ويبقى بيده إذا توفى أخذ جميعه المتصدق عليه، فمنع ذلك ما أوجبه الله من الموارث، فوجب أن يبطل.

ولما كان المرض من أسباب الموت وجب أن يمنع الحيازة كما يمنعها الموت.

وفى ذلك بابان، أحدهما: ما يكون حيازة. والثاني: ما يمنع الحيازة.

فأما الحيازة، فلا تخلو أن تكون الهبة حاضرة مع الموهوب له أو غائبة عنه، فإن كانت حاضرة، فلا يخلو أن يكون مما لا ينقل، ولا يحول كالأرضين والأصول الثابتة، أو يكون مما ينقل كالعروض والحيوان.

فإن، كانت مما لا ينقل، ولا يحول كالأرضين، فإنها على ضربين، أحدهما: أن يكون من الأرض التي لا عمل فيها.

والثاني: أن تكون من أرض المزارعة والعمل.

فأما الضرب الأول، فقد قال أصبغ في كتاب ابن حبيب: الإشهاد فيما لا يعمل فيه حيازة، فكالدين والشئ الهمل. ووجه ذلك أنها عطية كمل فيها العقد اللازم، وليست في يد المعطى، ولا فيما ينوب عن يده، فلم تفتقر إلى مباشرة القبض كالدين.

مسألة: وأما إن كانت من أرض الزراعة، فلا يخلو أن تكون الهبة في غير إبان العمل أو في إبان العمل، فإن كانت في غير إبان العمل أجزأ منها أن تكون محدودة، وفي كتاب الهبة ويشهد بتسليمها إليه، وأتم من ذلك أن يقف بالبينة على حدودها، ويشهد مع ذلك على قبضها. قال ذلك مطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على امرأته بمزرعة في آخر أيام

٥٠٦ كتاب الأفضية
الحرث، وأشهد على الحيازة، ثم مات بعد ذلك بنحو شهر، ولم تحدث المرأة فيها حدثاً
ولا غيره: إن كان لها عذر بين مثل أن يفجأ موته قبل أن يمكنها عمل أو إجناء شجر أو
أحياء أو غرس أو إصلاح أو نحو ذلك، فالصدقة ماضية.

ووجه ذلك أنه لا يمكن فيها غير هذا من الحيازة، فأشبهت ما لا يعمر من الأرض.

فرع: وهذا إنما يكون حيازة في مثل هذه الأرض إذا فاتت حيازتها المختصة بها
موت الوارث أو مرضه مرض الموت، فأما إن بقى الواهب حتى يجيء وقت عملها، فلم
يعملها للموهوب، ولا تعرض لعملها حتى مات الواهب، فإن الهبة تبطل، رواه ابن
حبيب عن أصبغ.

ووجه ذلك أن ما لا ينقل ولا يحول، فإن الحيازة له بالعمل فيه، إذا أمكن بالحيازة
في أرض العمل فيها في إبانها، فإذا جاء إبان عملها، وترك الموهوب له العمل فيها، فقد
ترك حيازتها.

فرع: فإن تعرض الموهوب له للعمل، فمنعه الواهب، لم يبطل ذلك الحيازة، قاله
أصبغ؛ لأن الذي أمكنه من الحيازة التعرض للعمل، وقد وجد منه.

فإذا منع من العمل مانع بيد غالبية، فهو على وهبته إلا أنه يجب أن يكون من الطلب
والسعى في التمكن من العمل على حالة يعلم بها أنه غير تارك للعمل.

فرع: فإن منعه من العمل ضعف، فلا يخلو أن يكون ضعيفاً عن البقر والآلة مع
التمكن من أن يكرى أو يساقى أو يرفق غيره، أو يكون عجز عن وجوه العمل كلها،
فإن كان لضعف في الآلة مع التمكن من العمل بالكراء، والاكتراء أو المساقاة، أو
الإرفاق وإحياء الشجر، فالصدقة تبطل بالموت.

وأما إن عجز عن العمارة بكل وجه، وتعرض لها بوجه من الوجوه المذكورة، فلم
يصل إليها، فإن الصدقة ماضية والإشهاد يجزى في هذا الحوز، ولو أقامت أعواماً،
والموهوب له يعرضها على هذه الوجوه، فلا يجد مع الاجتهاد في ذلك فالحيازة
بالإشهاد تامة.

روى معنى ذلك يحيى ابن يحيى عن ابن القاسم، وقاله أصبغ، وزاد: ما لم ينتفع بها
المتصدق.

مسألة: ولو وهبه نخلاً هبة مطلقة، وفيها ثمر قد أبر، فالثمره للواهب كالباع، وحوز

كتاب الأفضية ٥٠٧
الموهوب له قبض النخل، والسقى فى مال الواهب، وكذلك لو استثنى ثمرتها عشر سنين ولو كانت بيد الواهب يسقيها العشر سنين، فقد وهبها بعد عشر سنين، فإن مات قبل ذلك أو لحقه دين بطلت الهبة من كتاب ابن المواز.

ووجه ذلك أن القبض شرط فى تمام الهبة، فإن مات قبل القبض بطلت الهبة، وإن أسلم إليه النخل يعمرها المعطى، وتكون الثمرة للمعطى صح القبض، والله أعلم.

مسألة: ومن وهب ما فى بطون غنمه أو أمته، فحاز المعطى الأمهات حتى تضع، فتلك حيازة تامة كالنخل يهبه الثمرة قبل بدو الصلاح، فيحوز الرقاب، قاله ابن القاسم، وكذلك صوف الغنم ولبنها.

قال أصبغ: وإن حازها المعطى، فذلك نافذ ولدت بعد موت المعطى أو قبل ذلك، وليس للوارث بيعها فى دين الميت، ولا إدخالها فى القسم حتى تضع، وقاله أشهب فى الصوف واللبن والثمره.

قال: وأما الأجنة، فلا تتم الحيازة فيها إلا بعد الولادة؛ لأن العتق فيه لا يجوز قبل الولادة، وقد تباع أمة قبل ذلك فى الدين المستحدث بخلاف الثمرة والزرع، فإن الثمر يرهن، ولا يرهن الجنين.

وجه قول ابن القاسم أنه نماء حاث فى العين ينفصل منه، فكملت العطية فيه يقبض الأصل كالصوف والثمره.

ووجه قول أشهب ما احتج به، ومعناه أن العتق أقوى من الهبة؛ لأنه مبنى على السراية، فإذا لم يتعجل العتق فى الجنين قبل الولادة، فبأن لا تتعجل فيه الهبة أولى وأحرى.

وفى المدونة عن ابن القاسم فى الذى يهب للرجل ما تلد جاريتة عشرين سنة: أن ذلك جائز، إذا قبض الجارية أو وضعت له على يد حائز له كالنخل يهب ثمرتها.

مسألة: وأما هبة ثمر النخل، فتجوز قبل الأبار وبعده. ومعنى ذلك أن هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها وقبله، وكذلك الحيازة إذا أسلم الرقبة.

وفى المدونة عن مالك فى الذى يهب ثمرة نخله عشرين سنة: أن ذلك جائز أن حاز الموهوب له النخل أو جعلت على يد من يحوزها له. وقد قال مالك فى المدونة:

يجوز أن يهب الرجل ثمر نخله عشرين سنة إذا حاز الموهوب له النخل أو حيزت له. ووجه ذلك أن قبض النخل أكثر ما يمكن من حيازتها، وليس للواهب أن يمتنع من تسليمها.

فرع: فإن كانت العطية على وجه العرية لا يحاول المعري عملها، ولا الانفراد بها، فقد روى ابن حبيب في العرية: لا يصح حيازتها إلا باجتماع أمرين أن يطلع فيها ثمره، ويقبضها المعري، فإن عدم أحد الأمرين قبل موت المعري بطل الإعراء. وقال أشهب: تجوز الحيازة بوجود أحد أمرين الأبار أو تسليم العطية.

ومعنى ذلك أن المعري إنما أعطى الثمر على هذا الوجه عطاء مؤجلاً لا يقتضى إخراج الأصل عن يده، ولا قبض الثمرة إلا بعد بدو الصلاح، ولذلك كان العمل على المعري، ولا يجبر على تسليم الرقاب لتصح الحيازة؛ لأن عطيته لم تكن على هذا الوجه. فإن سلمها على قول ابن حبيب إلى المعري صحت الحيازة بعد أن تظهر الثمرة؛ لأنها لم تتضمن عطية قبل وجودها.

فإذا وجدت وتبرع بالتسليم صحت الحيازة، وكملت العطية ويجوز على قول أشهب الأبار؛ لأنه به تظهر الثمرة ودخوله وخروجه عندى حيازة، فالخلاف بين أشهب وابن حبيب في فصلين، أحدهما أن عدم التأبير عند أشهب يمنع الحيازة، وعند ابن حبيب لا يمنع ذلك الحيازة مع ظهور الطلع، لأنه عند نفس الثمرة، وإنما هذه حالة من أحوالها. والوجه الثانى أن ابن حبيب يراعى مع كون الثمرة على صفة يصح حيازتها أن يوجد قبضها القبض الأصل، ولم يشترط ذلك أشهب غير أنه قد احتج لصحة ذلك بأن قال: إن دخول المعطى وخروجه حيازة، فرجع الأمر إلى أن هنالك نوعاً من القبض به تكون الحيازة.

وظاهر قول ابن حبيب أيضاً أنها تقتضى حيازة، فيحتمل أن يجتزئ فى ذلك بما ذكره أشهب من الحيازة، ويحتمل أن ينفذ ذلك للمعري إلا بقبض الثمرة مع الأصل فى حيازة المعري، والله أعلم.

مسألة: وإن كانت الهبة من الدور، فلا تخلو الدار أن يكون الواهب يسكنها أو لا يسكنها، فإن كانت مما يسكنها، فلا تصح فيها حيازة إلا بإخلاء الواهب لها، إذا لم يكن فيها فضل عن سكنه.

كتاب الأفضية ٥٠٩

قال مالك في العتبية: وإن كانت الدار ذات منازل يسكن في بعضها، حيزت كلها، قال: وذلك أن عبدالله بن عمرو زيداً صاحبى النبي ﷺ حبسا دارين لهما، فسكننا فيها حتى ماتا، ولم يكن ذلك جلهما، فحازا ما سكننا، وما لم يسكننا.

قال ابن القاسم: ولو كانت دوراً، فسكن واحدة منها ليست جلهما، وهى تبع، حاز منها ما سكن، وما لم يسكن، سواء كان المحبس عليه صغيراً فى حجره أو كبيراً حائزاً لنفسه.

مسألة: ولو بقى فيها باكتراء أو إرفاق أو إعمار أو أى وجه كان، فإن عيسى روى عن ابن القاسم فى العتبية: ذلك يمنع صحة الحيازة؛ لأنه لا يصح فيها قبض ولا حيازة مع سكنى الواهب لها، إلا أن تكون الواهب زوجة الموهوب له، فيتمادى على السكنى معها فيها.

روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: فإن ذلك لا يمنع صحة الحيازة، ولو كان الزوج الواهب للزوجة، فيتمادى على السكنى معها فيها لمنع ذلك صحة الحيازة؛ لأن سكنها على الزوج دون الزوجة، فسكنى الزوجة مع بقاء الزوج ليس بيد لها، وإنما اليد للزوج فى المسكن، فلذلك صح أن يحوزها الزوج مع بقاء الزوجة فيها، ولم يصح أن تحوزها الزوجة مع بقاء الزوج فيها، ومثل هذا أن يخاف الواهب، فيختفى عند الموهوب له فى تلك الدار أو يضيفه الموهوب له، فيمرض فيها، ويموت، فإن ذلك لا يبطل الحيازة، قاله ابن المواز.

زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وإن كان ذلك بعد حيازة المعطى بيوم؛ لأن هذا ليس بسكنى فى الحقيقة.

مسألة: فإن رجع إليها على وجه السكنى باكتراء أو إرفاق، فإن كان رجع إليها بعد المدة القريبة مما يرى أنه قصد إلى أن لا يخرجها منها، فاتفق أصحابنا على إبطال الصدقة. وأما بعد طول المدة، فالذى روى ابن المواز عن مالك وأصحابه: أنه إذا سكنها بعد أن حازها المعطى السنة فأكثر، فإن ذلك لا يبطل الهبة.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه إذا رجع إليها المعطى باكتراء أو إسكان بعد حيازة المعطى المدة الطويلة، ومات فيها، فإن الصدقة تبطل.

وجه القول الأول أن المعطى إذا كان مالك أمره، وحاز لنفسه حيازة بينة تبعد فيها التهمة، فقد صحت الهبة وكملت، فلا يضرها ما حدث بعد ذلك من سكنى المعطى.

٥١٠ كتاب الأفضية

ووجه قول ابن الماجشون أن رجوع الواهب فيما وهب مما كان عليه من السكنى، وموته فيها على ذلك، يطل الحيازة. أصل ذلك إذا كان الموهوب صغيراً، وما إن كان الابن صغيراً، فحاز عليه الأب أو غيره، ثم رجع الأب إليها قبل أن يكبروا ويجوزون لأنفسهم سنة، فهي باطلة.

قال ابن المواز: لا يختلف في ذلك قول مالك وأصحابه.

ووجه ذلك أن الكبير الحائز لنفسه يقدر على منع الأب الواهب من ذلك، فلا يعد رجوعه إليها رجوعاً في هبته، والصغير لا يقدر على ذلك، وليست حيازة الأب حيازة تامة؛ لأنه قد يطرأ الفساد، فلذلك تبطل الهبة ب رجوع الأب إليها.

مسألة: فأما إن كان لا يسكنها الواهب، فحكمها حكم الأرضين، غير أنها تختص بالغلق والقفل عليها، فإن فعل ذلك الحائز فيها، فهو تمام الحيازة لها.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بدار، فدفع مفتاحها إليه، وبرئ منها أن تلك حيازة، وإن لم يسكنها المعطى ولا أسكنها، وإن لم يفعل ذلك، فقد أجمع أصحابنا على أن حيازة الأب الواهب ابنه الصغير فيها بالإشهاد خاصة، وذلك عندى بما يتعلق بها من السكنى بالاكترأ أو الانتفاع الدائم بها، ولو كانت مهملة غير مغلقة، ولا ينتفع بها في كراء ولا غيره لرأيت أن حكمها حكم الأرض التي لم تزرع في إبان زراعتها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما الحيوان وكل ما ينقل ويحول، فإن الحيازة فيه بأن يقبضه المعطى، ويخرجه عن يد المعطى وانتفاعه به، فإن كان ثوباً منع المعطى من لبسه وانفرد المعطى بلبسه، وإمساكه، وإن كان من المتاع الذي يستعمل والرقيق الذي يستخدم، فقبضه أن يمنع المعطى من استعماله على وجه ينفرد به.

ولو وهب أحد الزوجين الآخر خادماً أو متاعاً من متاع البيت، فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية والموازية فيمن تصدق على امرأته بخادم، وهى معه فى البيت تخدمها بحال ما كانت، فذلك جائز. وقال ابن المواز عن ابن عبدالحكم وابن القاسم عن مالك: وكذلك متاع البيت، وبه أقول.

وقال أشهب فى الكتابين: إذا أشهد لها بهذه الخادم، فتكون عندها كما كانت فى خدمتها، فهذا إلى الضعف، وما هو بالبين، وكذلك لو وهبته هى خادماً و متاعاً فى البيت، فأقام ذلك على حاله بأيديهما، فهو ضعيف.

وجه رواية ابن القاسم أن المعطى يصح منه القبض للخادم والمتاع والحيازة، لما كان له حظ من اليد في ذلك المكان، وتصرفه فيما لا يلزم المعطى، بخلاف الدار إن سكنت الزوجة فيها على الوجه الذى يلزم الزوج إسكانها عليه.

وجه رواية أشهب أن الهبة على الصورة التى كانت عليها قبل العطية، فلا يصح فيها حيازة إلا بتغيرها عما كانت عليه بالنقل إلى ما ينفرد به المعطى وخروجها عن يد المعطى.

فرع: وهذا فيما يستعمل غالباً على الوجه من الاستخدام والاستعمال. وأما ما يستعمل منفرداً كالعبد يخارج، ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك فى امرأة نخلت ابناً لها صغيراً عبدها، وله مال، فلم يحزه الأب، ولا الولد حتى ماتت الأم: إن ذلك يختلف، فأما الغلام الذى هو للخارج، فإن ذلك ليس بحوز للصبي. وأما الغلام الذى إنما هو للخدمة، فيخدمه يختلف معه، ويقوم فى حوائجه، فإنه حوز، وكذلك لو غل أبوه الغلام، وهو مع أبيه لكان اختلافه معه، وخدمته له حوزاً.

قال مالك فى العتبية: وإن خدم الأب مع الغلام إلى أن مات الأب، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على أم ولده بخادم، وابنه مما يكون معها فى البيت، فالإشهاد فى كل ذلك حوز.

وأما العبد يخارج والدار تسكن والشجر، وما هو بائن عنهما، فلا بد أن يحوزه، فيأخذ الخراج من العبد ويخرج السيد من الدار، ويجنى الشجر، ونحو هذا.

وأما العروض، فالقبض واللباس والعارية ونحو هذا حوزها، وإلا فلا شىء لها. وقال أصبغ: الإشهاد حوز، وإن كان ذلك فى يدها، وإن لم تعرف اللباس ولا العارية.

فرع: وأما ما وهب لابنه الصغير، ففي العتبية عن أصبغ: إن تصدق عليه ببقر وغنم وعبيد، فاحتلب الغنم، واعتمل البقر، واستخدم العبيد أمراً خفيفاً، أو أمراً ممزوجاً، مرة للضيف ومرة للابن، ومرة لهما، فذلك جائز، ويكون حيازة وصدقة تامة.

فصل: وهذا إذا كانت الهبة حاضرة بيده، والمعطى حاضراً، فإن كان المعطى والمعطى غائبين، أو أحدهما غائباً، فلا يخلو أن تكون الهبة بيد المعطى أو فى يد غيره، فإن كانت فى يده وكان المعطى والمعطى غائبين عن الهبة، ففي العتبية من سماع ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الحاضر بدار ببلدة أخرى، فلم يقبضها حتى مات الابن إن كان صغيراً، فذلك جائز له، وإن كان كبيراً، فذلك باطل، وإن لم يفرط فى الخروج، وكذلك الأجنبي، رواه ابن المواز عن مالك.

٥١٢ كتاب الأفضية

وقال أشهب: إن أشهد، ولم يفرض في القبض، ولعله تهيأ للخروج أو وكل، فلم يخرج حتى مات الأب، فهي جائزة، وإن فرض فذلك باطل، ورواه أيضاً ابن القاسم عن مالك.

وجه القول الأول أن للمعطي قبل القبض أن يبطل الهبة كالحاضر.

وجه القول الثاني أن الهبة قد وجد طرفاها من الإيجاب والقبول، ولم يوجد تفريطهما في قبضها يبطل حكمها، فوجب أن تصح كما لو أنفذها المعطي إلى المعطي.

فرع: فإذا قلنا إنها تصح مع الاجتهاد، وتبطل بالتفريط، فجهل الأمر، فقد قال ابن الماجشون وابن كنانة: إنها على التفريط حتى يثبت الاجتهاد.

وجه ذلك أن عدم القبض يقتضى إبطال العطية، وصورة المسألة صورة ترك القبض، فلا يعدل به عن ذلك إلا أن يتبين الاجتهاد الذي يخرج عنه مقتضاه، وظاهره إلى ما يقوم مقام القبض.

مسألة: وإن كان المعطي غائباً، فقد روى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الكبير الغائب بعبد أو دار، فمات لأب قبل الحيازة، فذلك باطل، وكذلك لو كان قريب الغيبة، فمات الأب قبل القبض، ونحوه.

وروى عيسى عن ابن القاسم، وروى أشهب عن مالك في العتبية والموازية فيمن تصدق في سفره على امرأته أو ابنته، وليستا معه بعد، فمات السيد قبل أن يقدم، والعبد يخدمه: أنه إن أشهد على الإنفاذ من يعرف المرأة أو الابنة، فذلك نافذ، وإن أشهد هكذا من لا يعرفهما، فلا أدرى ما هذا.

وجه القول الأول ما قدمناه من أن موت الواهب قبل القبض يبطل الهبة. أصل ذلك الحاضر ويقوى ذلك عدم القبول.

وجه الرواية الثانية أن الإشهاد بإنفاذها أكثر ما يمكن أن يأتي به من حيازة الهبة.

فرع: ومثل ذلك ما يشتريه الرجل في الحج من الهدايا، ويحمله معه أو يبعث له من ضلة أو هدية إلى غائب، فيموت المعطي أو المعطي قبل وصول ذلك، فإنه إن أشهد بذلك، فهي للمعطي وإن لم يشهد بذلك، ففي المدونة من مات منهما رجعت إلى ورثة المعطي.

وفي كتاب ابن حبيب: من مات منهما رجعت إلى ورثة الميت، فمعنى ما في كتاب

كتاب الأفضية ٥١٣

ابن حبيب أنه إن مات المعطى بطلت الهدية، فرجعت إلى ورثته، وإن مات المعطى صحت الهدية، فكانت لورثته. وما في المدونة، فقد قال أشهب في كتاب ابن المواز مثله مفسراً: إن من مات منهما، فلا حق فيها للمعطى. ومعنى ذلك أن عدم القبول يفسد الهدية، وإن كان المهدي حياً.

فرع: إذا قلنا إن الإشهاد يقوم مقام الحيازة، فقد قال أشهب عن مالك: لا يكفي في ذلك أن يذكر ذلك للعدول حين الشراء أو غيرهم حتى يشهدهم، والذي يجزئ من الإشهاد، قال محمد: ذلك أنه إذا قال: اشهدوا علىّ، فهذا إشهاد تام. وقال ابن عبدالحكم عن ابن القاسم: إنه إن قال لرسولين: ادفعا ذلك إلى فلان، فإنني وهبته ذلك، فهي شهادة، وإن لم يذكر، فإنني وهبته، فليس بشيء.

وروى ابن القاسم وأشهب عن مالك: أن ذلك لا يتم، وإن شهدا بذلك حتى يكون قد أشهدهما على ذلك إشهاداً أو يصل ذلك إلى المعطى في حياة المعطى.

وجه القول الأول أنه إذا سمعنا منه ما يقتضى تبثيلها، فإن ذلك يقوم مقام الإشهاد بها في الإتيان بأكثر مما يمكن من تبثيلها، فقوله: إنني قد وهبته إياها، مع أمر الحاملين بإيصالها إلى المعطى يقوم مقام الإشهاد بها.

وجه القول الثاني أنه لا يجزئ إلا القصد إلى الإشهاد بها؛ لأن ذلك أكثر مما يمكن أن يفعل في أمرها فأما إذا أخبر بذلك العدول حين الشراء أو بعد ذلك، ولم يقصد الإشهاد، فإن وصلت إليه في حياة المعطى، فهي له، وأما بعد موته، فإنه لا يكون ذلك حيازة؛ لأنه لم يوجد القصد إلى ذلك من المعطى، ولا قبضت في حياته.

مسألة: وإن كانت الهبة بغير يد المعطى، فحيازة المعطى بالطلب لها أقوى. وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن تصدق بعبده الآبق على رجل، فطلبه المعطى واجتهد، فلم يجده إلا بعد موت المعطى، قال: هو نافذ له؛ لأنه لم يكن ذلك بيد المعطى، فالإشهاد فيه، وطلب المعطى له حوز كالدين.

مسألة: ومن كان له عند رجل وديعة، فقال: اشهدوا أني قد تصدقت بها على فلان، ولم يأمره بقبضها، ثم مات المتصدق قبل القبض، فإن علم الذي هو عنده، فتلك حيازة، وإن لم يعلم بطلت الصدقة؛ لأنه إذا علم صار حائزاً للمعطى، فلو دفعها بعد ذلك إلى المعطى ضمنها، رواه سحنون عن ابن القاسم في العتبية.

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بمائة دينار، وكتب إلى وكيله

٥١٤ كتاب الأفضية

يدفعها إليه، فأعطاه الوكيل خمسين، ومات المعطى قبل أن يقبض الخمسين الباقية: لا شيء له غير ما قبض؛ لأن وكيله بمنزلة، رواه ابن حبيب عن مطرف وأصبع.

والفرق بين الوكيل والمودع أن الوكيل مأمور بالدفع، فهو فيه نائب عن المعطى، والمودع ليس بمأمور بذلك، وإنما هو مأمور بحفظ الوديعة، فإذا علم أنها قد صارت للمعطى، صار حافظاً لها، وصارت يده يده.

قال ابن المواز في الوديعة إذا جمع بينهما، وأشهد، صحت. قال: وكذلك لو قال له المعطى: دعها لى بيدك. ومعنى ذلك كله أن تعود يد المودع للمعطى، فيكون قابضاً له، وحافظاً لما أعطى بأمره، فتصح بذلك الحيازة.

مسألة: ومن أعطى رجلاً غلة كرمه سنين، وأسكنه داره، ثم تصدق بالرقبة على ابنه الصغير، قال سحنون في العتبية: ذلك جائز، والصدقة للابن، وإن لم يشهد بأنه جعل للساكن الحيازة لابنه، ولو أشهد بذلك لكان حسناً. قال: وأحب إلى أن لو كان ذلك فى فور واحد؛ لأن أصحابنا اختلفوا فيها، وهو جائز، وإن لم يكن فى فور واحد، وبهذا قال ابن القاسم ومطرف وأصبع من رواية ابن حبيب عنهم.

وروى عن ابن الماجشون: أنه إن كان ذلك فى فور واحد، فهو حيازة لمن أعطى الرقبة، وإن كان أسكن ثم أعطى الرقبة، فإن رجعت الرقبة، والمعطى حى، فهى للمعطى، وإن مات المعطى أو أفلس أو مرض قبل أن يرجع الرقبة، فلا شيء للمعطى. قال: وكذلك من أخدم رجلاً عبداً، ثم بتل رقبة للآخر.

وجه القول الأول أن يد الساكن ليست بيد المعطى، فجاز أن يجوز للمعطى، كما لو كان الإسكان والعطية فى فور واحد.

وجه القول الثانى أن الساكن لما انفردت عطيته، وتقدمت وحاز لنفسه، لم يكن حائزاً لغيره كالمعطى.

مسألة: ومن وهب ما عند المعطى بعارية أو وديعة أو إجارة، فقول المعطى قبلت حيازة، وإن كانت الهبة بغير ذلك البلد. وأما إذا كان ذلك يبلى غير المعطى بأحد هذه الوجوه، فقد قال أشهب فى كتاب ابن المواز: ذلك نافذ إذا شهد. وقال ابن القاسم: إنما ذلك إذا كانت بيد رجل يحسن يريد حياته أو عارية، فيجوز للمعطى، وإن مات المعطى.

كتاب الأفضية ٥١٥

وأما فى الإجارة والرهن فلا يكون حوزاً إلا أن يشترط أن الإجارة له مع الرقبة، فيحوز ذلك. قال محمد: وقول ابن القاسم أصوب.

ووجه القول الأول أن المستأجر قابض لنفسه، فلا يمنع ذلك صحة الحيازة للمعطى كالمعار.

ووجه القول الثانى أن المعطى يأخذ عوض المنافع فى الإجارة، فصارت يد المستأجر يدهن، وذلك يمنع صحة الحيازة.

مسألة: ولو وهبه ما بيد غاصبه، لم تكن حيازة الغاصب له حيازة، رواه محمد عن ابن القاسم، ورواه ابن حبيب عن أصبغ.

وقال أشهب: ذلك قبض، وحيازة للمعطى. قال محمد: وهو أحسن؛ لأن الغاصب ضامن، فهو كدين عليه يجوز بالإشهاد.

وجه قول ابن القاسم أن يد الغاصب يد مانعة للمعطى، فلم تصح بها الحيازة كيد المعطى.

ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه أنها ليست بيد للمعطى، وإذا استوت يد المعطى، والمعطى صحت حيازة المعطى كالأرض المبورة والدين.

مسألة: ولو وهبته ديناً لك على غريم لك غائب، فدفعت إليه ذلك الحق، وإن لم يكن له ذكر حق، فأشهدت وقبل المعطى جاز؛ لأن الدين هكذا يقبض؛ لأنه ليس بشيء معين، قاله ابن القاسم، ورواه ابن وهب عن مالك.

وقال أشهب: لأن الغريم لو حضر لم يكن الحوز عليه بأكثر من هذا، ولو قال: لا أرضى، لم يكن له ذلك.

مسألة: ولو وهب المستودع ما عنده، فلم يقل قبلى حتى مات الواهب، قال ابن القاسم: القياس أن تبطل. وقال أشهب: بل هى حيازة جائزة، إلا أن يقول: لا أقبل. قال محمد: وهو أحب إلى، وذلك أن العطية بيد المعطى، فتأخر القبول لا يمنع صحتها. قال: وذلك بمنزلة من وهبته هبة، فلم يقل: قبلى، وقبضها لينظر رأيه، فمات المعطى، فهى ماضية إن رضيه، وله ردها بمنزلة من بعث بهبة إلى رجل، فأشهد فلم يصل إليه حتى مات المعطى، فله أن يقبلها، فتكون من رأس المال، فله ردها.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن الهبة يمنع صحتها عدم القبض، فبأن يمنع صحتها عدم القبول أولى وأحرى.

٥١٦ كتاب الأفضية

٧ فصل: ومعنى القبض، أن يقبض المعطى العطية، وتصير في يده، وإن كان ذلك بغير علم المعطى، ولا إذنه فمات المعطى قبل أن يعلم، ويرضى، فذلك حوز عند ابن المواز، قال: لأنه لو منعه قضى عليه بذلك.

ووجه ذلك أن القبض حوز للمعطى ليس للمعطى منعه منه، فصح بغير إذنه كما لو امتنع من ذلك، فقضى به عليه.

فرع: ولو مات المعطى، وعليه دين، فقام غريمه، فحازه، والمعطى غائب، فبقيت بيده حتى مات المعطى، فتلك تامة، حازها بسلطان أو غيره، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

مسألة: وهل تصح الحيازة بغير أمر المعطى، روى ابن حبيب عن مطرف فيمن تصدق على ابنته، وهى ذات زوج بمسكن، فحزن فيه الزوج طعاماً حتى مات الأب: إن ذلك حيازة لابنته مع أن الأب إنما سلم ذلك إليه ليحوز لابنته. قال أصبغ: لا يكون ذلك حيازة لها إلا أن توكله، ورواه ابن القاسم.

وجه القول الأول ما قدمناه أن الهبة لم تبق بيد الواهب، بل هى على حالة يتساوى فيها المعطى والمعطى فلم تمنع صحة الحيازة كالدين.

ووجه قول أصبغ أنها هبة لم يقبضها المعطى، ولا من ينوب عنه، فلم تتم حيازتها كما لو كانت بيد المعطى، وهذا الأصل قد أوجب الاختلاف بين أصحابنا فى عدة مسائل، والله أعلم.

مسألة: ومن تصدق بدار، ثم أنكر ذلك، فخاصمه المعطى، وأثبت بينة، فحكم له بها، فلم يقبضها حتى مات المعطى، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: ليس الحكم بحوز كما لو أخذ المعطى، ومات قبل أن يقبضها المعطى. وقال أصبغ ومطرف: هو حوز كما لو أقام البائع بطلب سلته فى التفليس، وتقوم بينة، فيموت المفلس قبل الحكم، أنه يقضى له بها.

وجه القول الأول ما احتج به بن حبيب من أن المفلس لا يقبل إقراره لخصمه، وأما بينة المعطى، فإنها بينت إقرار المعطى.

ووجه قول مطرف أن منع المعطى العطية مع طلب المعطى لها، ليس بأثبت من إنفاذه لها، فيموت قبل أن تصل إلى المعطى، وذلك لا يمنع الحيازة، فمنعه إياها عذر يصح معه

كتاب الأفضية ٥١٧

الحيازة، وقد وجد من المعطى القبول والطالب الذى يقوم مقام القبض، والذى بعث إليه بالهدية لم يوجد منه قبول ولا طلب، وقد مضى بمحايزته لعذر المسافة، ففى مسألتنا أولى.

وقد روى ابن المواز ابن القاسم: إذا وقف الإمام العطية حتى ينظر فى حجتها، فإنه يقضى له بها كما لو قام فى الفلس فى سلعته، فلم يقض له بها حتى مات المفلس، فقد قال مالك: البائع أحق بها.

وقال أشهب: أما إدخال القاضى بين الواهب وبينها حتى لا يجوز حكمه فيها، فيقضى بما ثبت عنده فيها كما كان يقضى فى حياته. وأما إن لم يكن الواهب منع منها المعطى، فلم يطلبها، فهى باطل.

مسألة: ولو باع المعطى الهبة، فلم يقبضها المشتري حتى مات المعطى، قال مطرف وابن الماجشون: البيع حيازة، رواه ابن وهب عن مالك. وقال أصبغ: ليس البيع بحيازة ولا غير ذلك، إلا العتق وحده.

وجه قول الجمهور أن البيع إخراج عن الملك، فأغنى عن الحيازة كالعتق.

ووجه قول أصبغ أن العتق مبنى على التغليب والسراية، ويؤثر فى غير ملكه، وذلك أعتق حصة من عبد، فإنه يعتق عليه سائره، وليس كذلك البيع، فإنه لا يسرى إلى غير ملكه، فلم يغن عن الحيازة.

مسألة: ولو وهبه المعطى، ثم مات المعطى، فقد روى ابن وهب عن مالك: أن الهبة حوز، وبه قال مطرف. وقال ابن القاسم وابن الماجشون: إن الهبة لا تكون حيازة؛ لأنها محتاجة إلى حيازة.

وجه القول الأول أن خروج العطية عن الملك حيازة كالبيع.

ووجه القول الثانى أنها لا تستغنى عن الحيازة فى نفسها، فلم يغن عنها غيرها من الهبات.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، فقد قال أشهب: إذا وهبه المعطى لآخر، فمات المعطى قبل أن يحوزه، فهو له إذا وجدته بعد موت السيد أو الواهب الأول، وإذا قلنا بقول ابن القاسم، لم يقبضه الآخر حتى مات الواهب الأول، فلا شىء له.

باب: فيما يمنع الحيازة ويبطل العطية

وهو أن يموت الواهب قبل أن يوجد ما ذكرناه من الحيازة، أو يفلس، أو يمرض

٥١٨ كتاب الأفضية

مرض موته، فإذا مرض توقف عن إنفاذ الهبة، فإن مات من مرضه، قضى له بإبطالها، وإن صح كان حكمه حكم من لم يمرض في صحة عطيته وإبطالها، ولذلك قال أبو بكر رضى الله عنه، وقد بلغ من مرضه مبلغًا تيقن الموت منه: فلو كنت جددت به واحتزته كان ذلك، وإنما هو اليوم مال وارث.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الهبة للواحد، يبطل جميعها أو يصح جميعها، فمن تصدق على ولده الصغير وولده الكبير أو أجنبي، فلم يقبض الأجنبي حتى مات الوهاب، فقد روى ابن القاسم عن مالك: تبطل حصة الصغار وحصة الكبار. قال ابن القاسم: لا يعرف الحبس للصغار إلا بمجازة الكبار.

وروى ابن نافع وعلى بن زياد عن مالك: نصيب الصغير جائز، ويبطل نصيب الكبير، بخلاف الحبس، فإنه يبطل الجميع.

وجه رواية ابن القاسم أن الخلاف في هذه المسألة مبني على الخلاف في هبة الجزء المشاع، ويحتمل أيضًا أن يكون معنى ذلك أن هذه عطية، فإذا بطل بعضها لعدم الحيابة، بطل جميعها كالحبس.

وجه الرواية الثانية في الفرق بين الصدقة والهبة والحبس أن الصدقة لجماعة مقتضاها القسمة، فجاز أن يبطل بعضها، ويصح بعضها، والحبس ينافى القسمة؛ لأن الرقبة باقية على ملك المحبس وإنما تقسم الغلة، فإذا بطل بعض الحبس لعدم الحيابة، بطل جميعه.

مسألة: وأما ذهاب العقل، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في امرأة تصدقت بعبد أو بدنانير في صحتها، فلم يجوز عنها حتى ذهب عقلها: أنها باطلة كالموت والتفليس، ولعله يريد بذلك أن تكون موقوفة، فإن برئت من ذلك، فهي على صدقتها، وإن اتصل ذلك بموتها، بطلت الصدقة بموتها، وقد يروى هذا اللفظ، وإنما يريدون به معنى الحيابة.

وكذلك روى عنه أصبغ في العتبية: أنه إذا مرض المتصدق قبل الحوز، فقد بطلت، وإنما يريد بذلك أن يتصل مرضه بالموت، ولو صح من مرضه، لكان على صدقته.

مسألة: وأما المفلس، فإذا حجر عليه قبل حيابة العطية، بطلت. قال أصبغ في العتبية: إن كانت قيمة العبد أكثر من الدين، إن بيع جميعه، وإن بيع منه بقدر الدين، قصر بعضه عن مبلغ الدين للتبويض، يباع جميعه، فيقضى منه الدين، ويعطى ما بقى للمتصدق، ولا

شئ فيه للمتصدق عليه؛ لأن الغرماء لما استحقوه من يده، فبيع لهم في دينهم، بطلت الصدقة كما لو استحقه مستحق.

مسألة: وهذا حكم عدم الحيابة، فأما إذا حاز العبد، وقد كان تداين ديناً يحيط بماله قبل العطية، فإن ذلك يمنع العطية، قبضت أو لم تقبض؛ لأنه ليس له أن يعطى مال غيره. وأما إن ادان بعد العطية، وقبل الحيابة، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة.

قال أصبغ: الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها، وإن لم يقبض وإنما يراعى فى ذلك يوم الصدقة لا يوم الحيابة، وإنما يراعى فى ذلك مطرف وابن الماجشون، يوم الحيابة لا يوم العطية.

فرع: فإذا قلنا بمراعاة الصدقة، فقد قال أصبغ: إذا تقدم له الدين، وقد كان له وفاء يوم الصدقة، أو لم يدر الدين قبل الصدقة أو بعدها، فالصدقة أولى، وإن كان الأب حازها لولده الصغار حتى يعرف بخلاف ذلك، بمنزلة ما لو استغل ما تصدق به عليهم، ولم يدر استغل لنفسه أو لهم، فإن الصدقة ماضية حتى يعلم أنه إنما كان يستغلها لنفسه دونهم.

وقال ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه، فى الصدقة المقبوضة عنه، لا يدرى الدين قبلها أو بعدها: الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل الصدقة، ولو كان الأب حاز لابنه الصغير، لكان الدين أولى حتى يعلم أن الصدقة قبله، ونحوه لابن القاسم فى المدونة.

مسألة: ومن تصدق بشئ أو وهبه، فلم يحز عنه حتى باعه، فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: أن البيع أولى وتبطل الصدقة، قال ابن المواز: اضطرب فيها قول ابن القاسم، فروى عنه أبو زيد: يرد البيع، ويأخذ المعطى صدقته، وكذلك الهبة.

وفى المدونة لابن القاسم عن مالك: إذا علم المتصدق عليه بالصدقة، فلم يقبضها حتى باعها المتصدق، نفذ البيع والتمن للمتصدق عليه، وإن لم يعلم المتصدق عليه بالصدقة، فالبيع مردود، ما دام المتصدق حياً، فإن مات المتصدق قبل أن يعلم، فلا شئ له، والبيع ماض.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن البيع أقوى؛ لأن عقده حيابة يضمن به المبيع، وإن لم يقبض.

٥٢٠ كتاب الأفضية

ووجه القول الثاني أن كلا العقدين يقتضى التمليك، فكان أسبقهما أولى كالبيعتين.
فرع: فإن قلنا إن البيع يبطل، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: إنما ذلك إذا كان
العطاء لمعين يقضى له به، فإن كان لغير معين، مثل أن يجعل داره فى سبيل الله، ثم
يبيعها لم أفسخ البيع؛ لأنه لا يقضى عليه بها.

وإن قلنا إن البيع ينفذ، فقد قال أشهب: تبطل الصدقة، ولا شيء للمعطى من الثمن.
وقال ابن عبدالحكم: الثمن للبائع لا شك فيه.

وروى ابن حبيب عن مطرف: إن كان المعطى حاضرًا، فلم يقد حين علم بالبيع، فلا
سبيل له إلى رده، وله الثمن على المعطى، فإن مات المعطى قبل أن يأخذ منه الثمن، فلا
شيء عليه.

فأما القول الأول، فمبنى على ما نص عليه أشهب من أن الصدقة تبطل، وأن البيع
الحادث قد منع من الحيابة.

وأما القول الثاني، فمبنى على أن الصدقة صحيحة، فإن قام المعطى على أثر ذلك،
ولم يقر بإبطال البيع لكون العطية ملكًا له، وإن ترك ذلك، كان كمن يبيع ملكه وهو
عالم، فلم ينكر، فله الثمن إلا أنه لما كان أصله الهبة والعطية، ولم يتقدم فيه حيازة، فإن
قبضه قبل فوات الحيابة بموت المعطى كملت العطية، وإلا بطلت، ولذلك قال مطرف:
أنه لو كان المعطى غائبًا، فقدم فى حياة المعطى كان مخيرًا بين رد البيع، أو أخذ الثمن.
وقد روى ابن حبيب والعتبي مثل ذلك عن ابن القاسم.

مسألة: ولو أعطاها الواهب لرجل آخر قبل أن يقبضها الأول، فإن حازها الثانى،
فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: الأول أولى، وتنزع من الثانى. قال ابن المواز: ليس
هذا بشيء، والحائز أولى، وهو قول المغيرة فى المدونة.

وجه القول الأول أن المالك الأول أحق به.

ووجه القول الثانى أن الهبة الثانية لما قويت بالحيابة، صارت كالبيع، فمتى قدم البيع
على الهبة، لزمه مثل ذلك فى الهبة الثانية، إذا قارنتها بالحيابة.

وإذا قلنا بقول ابن القاسم، فقد قال أصبغ فى العتبية: إن كان المتصدق عليه علم
بالصدقة، فلا شيء له، وإن كان لم يعلم أو علم ولم يفرط، وندم المتصدق، ففاجأه بأن
تصدق بها على غيره، فالأول أحق بها إن أدركها قائمة، وإن فاتت كان له قيمتها على
المتصدق بها، وإن فاتت.

كتاب الأفضية ٥٢١

مسألة: وإن كانت الهبة عبداً أو أمة، فأعتقه الواهب قبل القبض أو استولد الأمة، فقد قال ابن القاسم: ينفذ العتق والاستيلاد، ولا شيء للمتصدق عليه. وروى عبدالمملك ابن الحسن عن ابن وهب: يرد العتق، وإذا حملت منه الأمة، فعليه القيمة.

وجه القول الأول ما بنى عليه العتق من التغليب والسراية.

وجه قول ابن وهب أن الهبة تقتضى التمليك، فلا يصح فيها عتق المملك كالبيع، وعليه فى الأمة القيمة لشبهة عدم القبض.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، وكاتب الواهب العبد أو دبره أو أعتقه إلى أجل، فقد قال أصبغ: لا يرد شيء من ذلك، ولا شيء للمعطى فى خدمة المدبر، ولا كتابة المكاتب ولا رقبته، وإن عجز، قال أصبغ عن ابن القاسم: ولو قتلها رجل، فالقيمة للموهوب له.

ومعنى ذلك أن قتل القاتل له ليس بمعنى الرجوع فى الهبة. وأما العتق وما كان فى معناه، فإنه رجوع فى الهبة، ومبطل لها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن كان المعطى رهن العطية قبل القبض، فقد قال ابن القاسم فيمن حبس على ابنه، ثم رهنه، فمات: يبطل الرهن، ويثبت الحبس، ووجه ذلك ما تقدم.

فرع: وهذا كله فيما أحدثه الواهب فى الهبة قبل القبض، فأما ما أحدثه فى الهبة لابنه الصغير فى حجره، فبقيت فى يده، ثم باعها، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى رجل تصدق بثلاثي غنم معينة على ابنه الصغير، وثلثه صدقة فى سبيل الله، فبقيت فى يديه زماناً ثم عدا عليها، فباعها، ثم مات، والابن صغير: إن صدقة الابن ثابتة يأخذها من ماله، ولا شيء للسيد؛ لأن حفظه لم يخرج من يده حتى مات.

فصل: وقوله: «وإنما هو اليوم مال وارث» يريد أن حق الوراثة قد تعلق به، فيمنع ذلك الحيابة كما تمنع الحيابة تعلق حق الغرماء بمال المفلس، ويحتمل أن يكون أبو بكر قاله لما تيقن الوفاة، ويحتمل أن يكون قاله توقفاً لها، وذلك بمنع الحيابة أيضاً على وجه التوقيف فيها؛ لأنها مترتبة ممن حاز فى ذلك الوقت، فإن صح، صححت إفاقة الحيابة.

فصل: قال: «وإنما هو أخواك وأختاك» هكذا ورد هذا الحديث، أن ورثته من ذكر، وقد ورثه مع ذلك زوجه أسماء بنت عميس، وزوجه بنت خاريجة، وترك أباه أبا قحافة عثمان بن عامر، ومات بعده فى خلافة عمر بن الخطاب إلا أنه روى أنه رد سدسه على ولد أبى بكر، ولعله قد كان وعده بذلك قبل وفاته.

ويحتمل أن يريد: إنما يرثنى بالبنوة أنت وأخواك وأختاك، يريد أن الذين يشاركونك في هذه العطية إنما هم إخوتك على معنى التسلية لها، عما صار إلى غيرها من ذلك بأن من يصير إليهم ذلك ممن يسرك غناهم، فقالت: لو كان كذا لتركته، ويحتمل أن تريد لتركته إذا لم أستحقه، ويحتمل أن تريد لتركته، وإن كان لي ممن ذكرته ممن أحب له الغنى والخير ممن يشفق عليه.

فصل: وقولها: «إنما هي أسماء، فمن الأخرى» لما لم تعلم لنفسها أختاً غير أسماء، فقال لها: «ذو بطن بنت خارجة» يريد أن حمله يوجد، ويقال: إن اسمها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك الخزرجي، يعتقد فيها أنها جارية.

قال ابن مزين: قال بعض فقهاءنا: وذلك لرؤيا رآها أبو بكر تأول فيها ذلك، وهذا لا يمتنع، فولدت بنت خارجة بنتاً سميت أم كلثوم، والله أعلم.

١٤٢١ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ عَنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ابْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نَحْلًا ثُمَّ يُمَسِّكُونَهَا، فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ، قَالَ: مَا لِي بِيَدِي لَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا، وَإِنْ مَاتَ هُوَ، قَالَ هُوَ لَأَبْنِي قَدْ كُنْتُ أُعْطِيْتُهُ إِيَّاهُ مِنْ نَحْلٍ نَحْلَةً، فَلَمْ يَحْزَهَا الَّذِي نَحَلَهَا حَتَّى يَكُونَ إِنْ مَاتَ لِوَرَثَتِهِ، فَهِيَ بَاطِلٌ.

الشرح: قوله: «ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلًا، ثم يمسكونها» الحديث يقتضى أن إخراج العطية من يد الأب الناحل، هو الواجب أو الأفضل، فإن كان الابن بالغًا مالكا لأمر نفسه، فحكمه حكم الأجنبي على ما تقدم.

وإن كان صغيراً، فإن من العطايا ما لا يصح إلا بإخراج الأب العطية من يده إلى يد من يجوزها له، ومنها ما يصح حيازتها مع بقائها بيد الأب إلا أن إخراجها عن يد الأب إلى يد غيره أفضل وأبين في صحة الحيازة.

فإذا ثبت ذلك، فإن العطايا على ضربين، منها ما لا يتعين كالدينانير والدراهم، ومنها ما يتعين كالحيوان والعروض والثياب.

فأما الدينانير والدراهم، فإنها إن بقيت بيد الواهب غير مختوم عليها، يتصرف فيها

كتاب الأفضية ٥٢٣

لابنه الصغير، فقد روى عيسى عن ابن القاسم أنه إن مات الأب، وهى على ذلك، فالعطية باطلة، وكذلك لو تصدق عليه بعشرة دنانير معينة، ففى العتبية عن مالك: لا يجوز، وإن طبع عليها حتى يدفعها إلى غيره، ويخرجها عن ملكه، وذلك أنها غير معروفة العين، ولا متعينة بالإشارة إليها، ولا يصح أن يعرف أعيانها إذا أفردت من غيرها، ولم يختلف أصحابنا فى ذلك إذا وهبه عشرة دنانير من دنانيره.

فرع: وأما إذا ختم عليها، وأمسكها عنده، فقد روى عن مالك أنها تبطل. زاد ابن المواز: وإن ختم عليها الشهود والأب، وبه أخذ ابن القاسم والمصريون. وروى عنه أن العطية ماضية، وبه أخذ مطرف وابن الماجشون والمدنيون، قال مطرف: إذا ختم عليها بحضرة الشهود، وإن لم يختم عليها الشهود.

وجه القول الأول أنها مما يتعين بالعقد، فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد المعطى كالتى لم يختم عليها.

وجه القول الثانى أنها تتعين بالعقد، فإذا تميزت بالختم عليها صححت الحيازة فيها. فرع: فأما إذا وهبه دنانير، فوضعها على يد رجل يجوزها له، فحدث للرجل سفر، ومات فقبضها الأب، فمات، فقد روى عيسى عن ابن القاسم أنها ماضية؛ لأنها حيزت مدة، فلا يبالي قبضها الأب بعد ذلك، أو لم يقبضها كالدار يتصدق بها على ولده، فيحوزها عنه سنة.

وفى كتاب محمد عن مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير بمائة دينار، وجعلها له على يد غيره، ثم تسلفها، فمات، فذلك باطل بخلاف ما لو وهبه ديناً، ثم قبضه الأب، فظاهر هذه المسألة أن قول ابن القاسم فيها مخالف لقول مالك؛ لأنه علل إمضاء الهبة بأنها حيزت مدة وشبه ذلك بالدار تحاز سنة، ثم رجع الواهب إلى سكنها.

فالظاهر أن الواهب لو تسلفها بعد أن حيزت عنه نفذت الهبة، غير أنه إنما نص على القبض فى مسألة السفر، وأن ذلك إن كان لعذر السكنى جائز، ولم يذكر انتفاع الأب بها بعد القبض.

وذكر فى مسألة الدين قبض الأب للدين، ولم يذكر تسلفه له ولا انتفاعه به، إلا أنه لما شبه مسألة السفر بمن حيزت عنه الدار سنة، اقتضى ذلك أن انتفاعه بها بعد أن حيزت عنه، لا تبطل الحيازة، واقتضى ذلك على مذهب مالك أن قبض الأب لها بعد حيازة الأجنبى، لا يبطل الحيازة، وإنما يبطلها انتفاع الأب بها وسلفه إياها، والله أعلم وأحكم.

٥٢٤ كتاب الأفضية

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحيازة قد وجدت فيها، فلا يضره ما حدث بعد ذلك كما لو وهبه ديناً له على رجل، فقبضه الأب ومات، وهو بيده، وقد اتفقا على صحته.

ووجه القول الثاني أن حيازة الأب لابنه الصغير، فيها ضعف، وكذلك الغائب عنه، وإنما تختص حيازة النائب عنه بأن الهبة تتعين بقبضه، وإن كانت مما لا يتعين، فإذا استرجعها الأب من يده، وصرفها في منفعتة، بطلت الهبة، ولو تسلفها من الكبير بعد أن تتم حيازتها، لم تبطل الهبة.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، فيمن تصدق أو حبس على صغار ولده، فجعل من يجوز لهم، فحاز ذلك الأب، ثم مات الأب، فوجدت عنده: فإن ذلك يبطل. قال مطرف: إلا أن يشهد الأب أنه رد حيازتها إليه. قال ابن الماجشون: لا ينفعه ذلك إلا أن يكون حدث في من كان يجوزها سفه، فإنه يجوز ذلك إذا أشهد، وقاله أصبغ.

وقول مطرف هو موافق لقول ابن القاسم أنه يشترط الإشهاد في أن قبضها للحفظ للابن، وقول ابن الماجشون كذلك إلا أنه يشترط الإشهاد ضرورة الأخذ لها من الخائز بسفاهه، وتتفق أقوالهم على أن حيازة الأجنبي تأثيراً في صحة الحيازة، والله أعلم.

مسألة: وأما الخنطة والشعير وما يكال أو يوزن، فقد روى القاضي أبو محمد في معونته: من قبض لابنه الصغير ما في يده، وحاز له من نفسه، جاز إذا كان شيئاً معيناً، ولا يجوز فيما لا يعرف بعينه من الذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون إلا أن يضعه بيد غيره، ويشهد عليه، فإن أمسكها بيده لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح قبضه له، وإن كان مما لا يعرف بعينه.

ووجه ذلك أن الأب قد يتلف الذهب والورق أو يتلف بغير سببه، ولا يمكن أن يعرف عينه، فلا يعلم إن كان ما وجد هو الذي كان وهبه أو غيره.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال الشيخ أبو بكر: يجوز أن يجوزها الأب إذا وضعها في شيء، وختم عليها، وأشهد عليها، لأنها حينئذ تتميز، ويمكن الإشهاد عليها، ويكون كالعبد والثوب، وما يتميز عينه، وهذا على قول المدنيين في حيازة الدنانير والدراهم ظاهر.

كتاب الأفضية ٥٢٥

وأما على قول المصيرين، فيحتمل أن يقول مثل ذلك فى كل مكيل أو موزون أو معدود، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن الدنانير لا تتعين بالعقد، وهذا متفق على أنها تتعين بالعقد، والله وأعلم وأحكم.

ومن تصدق على ابنه الصغير بدار، فلم يخرج منها حتى باعها، ثم مات فيها قبل أن يقبضها المشتري، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: الصدقة جائزة، وألتمن للولد؛ لأنه إنما مات فى دار المشتري، وسواء باعها باسم الولد أو جهل ذلك حتى تشهد البينة أنه باعها لنفسه استرجاعاً له فيها.

فإن عثر على ذلك فى حياته رد البيع، ورجعت الدار للولد، وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب، بطلت الصدقة، ونفذ البيع، وسواء مات فيها أو قبضها المشتري.

وأما لو خرج منها بعد الصدقة، فسواء باعها لنفسه استرجاعاً أو على غير ذلك، فالبيع مردود للولد، مات الأب أو لم يموت، ويرجع المشتري بالتمن فى تركة الأب، ولا شىء على الابن، وإن لم يترك الأب شيئاً.

وذلك يقتضى أنه لو لم يكن ساكناً فيها، وأشهد على احتيازها لابنه، ثم باعها باسم الاسترجاع أنه بمنزلة الذى باع بعد أن أخلاها من سكنها، وقد قال ابن القاسم فى العتبية، فيمن تصدق على ابنه الصغير بحوانيت ومساكن لها غلات، فلم يعلم أنه كان يكرها للابن باسمه أو باسم نفسه، فذلك للابن، وكذلك لو أكرها، ولم يقل أكرت لابنى، وإن لم يخرج ذلك إلى أحد غيره يحوزه لابنه، وقاله مالك، وأنكر قول من يقول: لا يجوز ذلك، إذا ثبت الكراء باسم نفسه وعابه وكرهه كراهية شديدة، وقال: هذا خلاف سنة المسلمين.

مسألة: ومن تصدق على ابنه الصغير بمائة شاة من غنمه، ولم يعينها، فعن مالك فى ذلك روايتان، فى الموازية والعتبية عن مالك: إن لم يسم الغنم أو يصفها بما تعرف بأعيانها، وأهل البادية يسمون الإبل، والغنم كما يسمى أهل مصر الخيل، لم يجوز ذلك، وبه قال ابن القاسم ومطرف.

وفى كتاب ابن المواز وابن حبيب، قال أصبغ: وقد كان يقول إذا ذكر عدة من غنمه أو خيله، وترك ذلك شركة، فهو جائز، ثم رجع عنه. زاد فى العتبية هو وأصحابه، قال ابن حبيب: وبهذا أخذ ابن وهب وابن عبدالحكم وابن الماجشون والمغيرة وابن دينار، واستثنى ابن الماجشون العين والمسكن والملبوس، فإنه يبطل، يريد إذا لبسه أو سكنه.

٥٢٦ كتاب الأفضية

وجه القول الأول أنه إذا لم يعينها، فإنه لا يصح حيازتها لابنه؛ لأنه إنما يتصرف لنفسه فيها، فلا يصح قبضه لولده كالرهن المشاع لو بقى بيد الراهن لم تصح الحيازة فيه.

ووجه القول الثانى أن القبض والتسليم يصح، والفرق بين العطية والرهن أنه يجوز الأب لابنه الصغير العطية، ولا يجوز أن يجوز له ما وهب إياه.

مسألة: ومن تصدق على ابنه الصغير أو وهبه نصف غنمه، أو نصف عبيده، أو داره مشاعاً، قال الفاضل أبو محمد: فيها روايتان، إحداهما: الجواز. والأخرى: الإبطال.

ومعنى ذلك أن من تصدق بجزء من ذلك، وترك باقيها لنفسه، أو جعل الباقي للسبيل، فحاز ذلك الأب حتى مات، ففي كتاب محمد والعتبية: ما كان للابن، فهو نافذ، ويبطل ما كان للسبيل، رواه أصبغ عن ابن القاسم، ورواه أشهب فى الموازية عن مالك. وقال أصبغ: أرى أن يبطل كله فى المسألتين جميعاً، ولا شىء للابن، ولا للسبيل.

وجه القول الأول أن قبضه لابنه الجزء المشاع يصح كما يصح فى المعين المفرد المتميز، ويبطل ما لابن السبيل؛ لأنه لا يجوز لهم.

ووجه القول الثانى أن قبضه الجزء المشاع لابنه، باقيه له أو راجع إليه، لا يصح؛ لأنه لا يتميز ما يقبضه لابنه مما أبقاه على ملكه كما لو وهبه عدة من جملة دراهم، فإنه لا يكون إسهاده بالحيازة لابنه حيازة، وقد رأيت معناه للقاضى أبى محمد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولا يجوز أن يجوز للصغير والسفيه ما وهبه إلا الأب أو الوصى أو السلطان أو من يليه، فأما غير هؤلاء من أم أو أخ أو جد أو غيرهم، فلا يجوز له ما وهبه، يتيماً كان أو ذا أب، رواه أشهب عن مالك، وبه قال ابن القاسم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: حوز الأم على اليتيم الصغير حيازة فيما وهبه له، أو وهبه له أجنبى، وكذلك من ولى صبيّاً على وجه الحسبة من الأجنبى أو من قريب، فحيازته له جائزة فيما وهبه له، هو أو غيره، وإن كانوا إنما ابتدأوا ولايته من يوم الصدقة، فذلك باطل، وقاله ابن نافع وأصبغ.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب، فيمن تصدق على يتيم له أو صغير فى حجره، هل يجوز له، فقال: لا يجوز له، إلا الأب، أو وصى الأب أو الأم، وإن لم تكن وصية،

كتاب الأقضية ٥٢٧
والأجداد كالأب في عدمه، والجدات كالأم، إذا كان في حجر آخر من هؤلاء، وأما
غيرهم، فلا يجوز له، إلا أن يبرأ منهم إلى رجل يليه.

وجه قول ابن القاسم أن غير الأب لا يلي المال بنفسه، ولا قدمه من يليه بنفسه، فلم
تصح حيازته كابن العم.

وجه قول ابن الماجشون أن هذا قد تقدمت له ولاية ونظر، فصحت حيازته له،
وليس كل أحد يوصى على ولده، ولا كل أحد يستطيع أن يصل خبره إلى السلطان
فيليه، أو يولى عليه، فمن كان وليه غيره على وجه الحسبة أو القرابة في حكم الوصى.
وجه قول ابن وهب أن كل من له عليه ولادة يجوز أن يليه، ويجوز له كالأب إلا
أن بعضهم مقدم على بعض لقوة سببه.

فرع: إذا قلنا إن الوصى يجوز على يتيمه ما أعطاه، فقد قال أبو عبدالله بن العطار:
إنما ذلك إذا كان مفرد النظر، فإن شاركه غيره، لم يجز له ذلك، وليخرجها إلى شريكه
أو إلى غيره، قال: وقيل إن حيازته تامة.

باب: في الذين يحاز عليهم

والذى يحاز عليه هو الصغير والبكر البالغة والسفيه، واسم اليتيم ينطلق على جميعهم،
وقد نص عليه شيوخنا، وقاله أبو عبدالله بن العطار، وقد بسطت القول فيه في كتاب
السراج.

فأما الصغير، فإن حد الصغير يذكر في الجنائيات، إن شاء الله تعالى، ولم يختلف في
الصغير أنه إذا بلغ، لم يدفع إليه ماله حتى يؤنس رشده، قاله محمد خلافاً لأبي حنيفة
والشافعي في قولهما: يدفع إليه ماله بنقس البلوغ.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ
آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فجعل تعالى إيناس الرشد شرطاً
في دفع المال إليهم بعد البلوغ.

ومن جهة المعنى أن الصغير إنما يخاف عليه إفساد المال، وتأثير الرشد في حفظ المال
أكثر من تأثير البلوغ، فإذا روعى البلوغ، فبأن يراعى الرشد أولى وأحرى.

مسألة: وأما البكر البالغة، فحكمها حكم الصغير في الحجر ما لم تعنس، فإن
عنست، ففي كتاب ابن المواز عن مالك في البكر يجوز لها أبوها، وإن عنست، وقال
أيضاً: إلا أن تكون عنست ورضيت.

وجه القول الأول أنها بكر ذات أب، لزمها حجره كالتى لم تعنس.

ووجه الرواية الثانية أنها بالغة رشيدة خبيرة بمصالحها، فزال عنها الحجر كالثيب.

فروع: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن عبدالحكم فى الموازية: يحوز لها ما لم تبلغ التعنيس الكثير، فإذا بلغت الخمسين والستين، فهذه تحوز لنفسها، ولا شىء لها، إلا أن تحوز لنفسها، وهى كالتى تلى مالها، ولا يزوجه أبوها إلا برضاها، فإن زوجها بغير رضاها لم أفسخه.

وروى ابن القاسم عن مالك: تجوز حيازته عليها، وإن رضى حالها وجاوزت الثلاثين.

قال ابن القاسم: ما لم تنس جدًا، فتبلغ الستين ونحوها، فهذه إن لم تحز لنفسها، فلا شىء لها، ووقع الاتفاق على التعنيس الكثير، وهو بلوغ الخمسين والستين، وإنما وقع الاختلاف بينهم فى ظاهر الأمر فى التعنيس الأول بسن الثلاثين، وبما زاد عليها الزيادة القريبة؛ لأن هذه لم تبرز بعد البروز التام.

وقال فى المدونة ابن القاسم: إذا عنست فى بيت والدها، لم يكن له أن يرد هبتها، ولا عتقها، ولم يحد.

وقال عن مالك: لا يجوز فعله. وقال فى المدونة أشهب عن مالك: التى بلغت أربعين سنة وخمسين سنة، إذا رضى حالها، جاز فعلها. قال محمد: وذلك عندنا فى التى لا أب لها، ولا وصى، ولا ولى من السلطان، فلم يسلم من الاختلاف بالتحديد، إلا التى بلغت الستين؛ لأنها نهاية التعنيس وابتداء الشيخوخة، والله أعلم.

مسألة: وأما السفية، فهو الذى لا معرفة له بحفظ ماله، ووجه إصلاحه، وهل يراعى فى ذلك أن يكون معه فسق فى دينه أم لا، قال أشهب: لا ينظر إلى سفهه فى دينه، إذا كان لا يحد فى ماله، وبه قال ابن القاسم.

وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى المولى عليه لا يدفع إليه ماله حتى يحكم له بالرشد فى الحال والمآل، وهذا عندنا فى إزالة الحجر عنه. وأما فى رده إلى الحجر، فلا يراعى فيه فسقه، وهو قول المدنيين من أصحابنا، وقول الحسن البصرى.

وجه قول أشهب أن الإصلاح فى الدين معنى لا يراعى فى الحجر عليه، فلم يراع فى حفظه كحفظ القرآن.

ووجه قول ابن الماجشون أن الصلاح في الدين أولى بالاعتبار، وبه يعلم إصلاحه للمال.

مسألة: وأما أم الولد، ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، في أم الولد يتصدق عليها سيدها: حالها في الحيازة حال الحرة. قال أبو عبدالله بن العطار: ويجوز السيد لأم ولده ما حبسه عليها لما في كتاب الحبس والصدقة من المدونة: أن الرجل يجوز عطيته لمن يلي أمره، ويجوز عليه قضاؤه، يريد أن قضاء السيد يجوز على أم الولد في مالها، فكانت ممن يجوز عليها.

فصل: وقوله: «فإن مات ابن أحدهم، قال: مالي يعني، لم أعط أحداً» يريد أنه يمنع منه ورثة الابن، «وإن مات هو، قال: هو لابني، قد كنت أعطيته إياه» فوعظ عمر، ونهى عن مثل هذا، وأعلم أنه لا يحل لفاعله، وأنه إذا أعطى ابنه عطية، ثم مات، لم يحل له أن ينفرد بها، ويقول: هذا مالي، وربما حجر الإعطاء، وأخفى وثيقة العطية، ولا يحل أيضاً أن يعطيه عطاء لم يبتله له، ثم يدرك الموت الأب، فيعريه عن بعض ورثته، ويقول: قد كنت وهبته لابني، وهو لم يبتل الهبة.

ثم قال رضي الله عنه: «من نحل نحلة، فلم يحزها الذي نحلها حتى تكون لورثته، فهي باطل». وظاهر هذا اللفظ يقتضى أنه كان المنحول كبيراً يجوز لنفسه، وأما الصغير، فقد بينا أنه قد يجوز له غيره، وقد يجوز للكبير غيره على ما قدمناه ذكره، وإنما أراد بذلك عمر ابن الخطاب أن يجوز لنفسه، أو يجوز له من يقوم مقامه في ذلك بتوكيل، أو وجه سائغ في الشرع، والله أعلم.

* * *

التهى الجزء السابع ويليه ياذن الله الجزء الثامن

وأوله باب «ما لا يجوز من العطية»

* * *

المحتويات

٣	كتاب المساقاة.....
٣	ما جاء في المساقاة.....
٤٢	الشَّرْطُ فِي الرَّقِيقِ فِي الْمُسَاقَاةِ.....
٥٢	كتاب كراء الأرض.....
٥٢	ما جاء في كراء الأرض.....
٦٥	كتاب القراض.....
٦٥	ما جاء في القراض.....
٧١	ما يجوز في القراض.....
٧٧	ما لا يجوز في القراض.....
٨٥	ما يجوز من الشرط في القراض.....
٨٧	ما لا يجوز من الشرط في القراض.....
٩٣	زكاة القراض.....
٩٧	القراض في العروض.....
٩٩	الكراء في القراض.....
١٠٠	التعدى في القراض.....
١٠٨	ما يجوز من النفقة في القراض.....
١١٣	ما لا يجوز من النفقة في القراض.....
١١٤	الدين في القراض.....
١١٧	البضاعة في القراض.....
١١٨	السلف في القراض.....
١١٩	المحاسبة في القراض.....
١٢٣	جامع ما جاء في القراض.....
١٢٩	كتاب الأفضية.....
١٢٩	الترغيب في القضاء بالحق.....
١٣٠	الباب الأول في صفة القاضى.....

المحتويات	٥٣٢
الباب الثاني: فى مجلسه وأدبه:.....	١٣٤
ما جاء فى الشهادات	١٤١
الباب الأول: فى عدد المزمكين	١٥٣
الباب الثانى: فى صفة المزمكى	١٥٤
الباب الثالث: فى معنى العدالة وما يلزم المزمكى من معرفة ذلك	١٥٥
الباب الرابع: فى لفظ التركيبة وحكمها	١٥٦
الباب الخامس: فى تكرار التعديل وما يلزم منه	١٥٧
الباب الأول: فى تحمل الشهادة	١٥٩
الباب الثانى: فى حال أداء الشهادة	١٦١
الباب الأول: فى نقل الشهادة عن معينين	١٦٥
الباب الثانى: فى نقل الشهادة عن غير معينين	١٦٧
القضاء فى شهادة المحدود	١٧٥
القضاء باليمين مع الشاهد	١٧٩
القضاء فىمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد	٢٠٧
القضاء فى الدعوى	٢١٠
الباب الأول: فى تفسير ما تعتبر فيه الخلطة	٢١١
الباب الثانى: فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها	٢١٣
الباب الثالث فيما تثبت به الخلطة	٢١٤
الباب الأول: فى صفة من يجوز تحكيمه	٢١٨
الباب الثانى: فى تبين الأحكام التى يجوز التحكيم فيها	٢١٩
القضاء فى شهادة الصبيان	٢١٩
الباب الأول: فى ذكر من تجوز شهادته منهم	٢٢٠
الباب الثانى: فى تبين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم	٢٢٢
الباب الثالث: فى حكم من تجوز شهادتهم	٢٢٥
ما جاء فى الخنث على منبر النبى ﷺ	٢٢٥
جامع ما جاء فى اليمين على المنبر	٢٢٧
ما لا يجوز من غلق الرهن	٢٣٨
القضاء فى رهن الثمر والحيوان	٢٤٣
القضاء فى الرهن من الحيوان	٢٤٨
الباب الأول: فى وجوب الحيابة للرهن وكونها شرطاً فى صحته أو إتمامه	٢٥٧
الباب الثانى: فى صفة الحيابة وتمييزها مما ليس بحيابة	٢٥٨
الباب الثالث: فىمن يصح وضع الرهن على يده	٢٦٣
الباب الرابع: فىمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين	٢٦٥

المحتويات ٥٣٣

٢٦٦	الباب الخامس: فيمن يلى الرهن ويقوم به من الإنفاق عليه والاستغلال له
٢٧٢	القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين
٢٧٧	القضاء فى جامع الرهون
٢٨٦	القضاء فى كراء الدابة والتعدى بها
٢٩٣	القضاء فى المستكرهة من النساء
٣٠٠	القضاء فى استهلاك الحيوان والطعام وغيره
٣١٨	القضاء فىمن ارتد عن الإسلام
٣٢٤	القضاء فىمن وجد مع امرأته رجلاً
٣٢٨	القضاء فى المنبوذ
٣٣٢	القضاء بإلحاق الولد بأبيه
٣٥٦	القضاء فى ميراث الولد المستلحق
٣٦١	القضاء فى أمهات الأولاد
٣٦٦	الباب الأول: فيماذا تصير الأمة به أم ولد
٣٦٧	الباب الثانى: فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها
٣٧٠	الباب الثالث: فى حكم ما بقى له من التصرف والمنفعة فيها وفى ولدها
٣٧١	الباب الرابع: فى حكم مالها فى حياته
٣٧٢	الباب الخامس: فى حكمها وحكم مالها بعد موته
٣٧٥	القضاء فى عمارة الموات
٣٧٨	الباب الأول: فى صفة الأرض التى تملك بالإحياء
٣٨٢	الباب الثانى: فى صفة المحبى للأرض وحكمه
٣٨٣	الباب الثالث: فى صفة إحياء الأرض
٣٨٤	الباب الرابع: فى حكم ما أحيى من الأرضين ثم مات، وعاد إلى ما كان عليه
٣٨٥	الباب الخامس: فى حكم الأرض الموات والأبوار فى القسمة والبيع
٣٨٨	القضاء فى المياه
٤٠٢	القضاء فى المرافق
٤١٧	القضاء فى قسم الأموال
٤٤١	القضاء فى الضورى والحريسة
٤٥١	القضاء فىمن أصاب شيئاً من البهائم
٤٥٥	القضاء فيما يعطى العمال
٤٧٦	القضاء فى الحمالة والحول
٤٨٢	الباب الأول: فيما تصح الحمالة به
٤٨٦	الباب الثانى: فى ذكر ما تصح الحمالة منه، وتمييزه ممن لا تصح حملته
٤٨٨	الباب الثالث: فىمن يصح الحمالة عنه وتمييزه ممن لا تصح عنه

المحتويات	٥٣٤
٤٨٨.....	الباب الرابع: فيما للطالب من مطالبة اخمئل
٤٩٢.....	الباب الخامس: فى رفق الطالب بالقرىم أو الحمئل
٤٩٣.....	الباب السادس فى قضاء الحق.....
٤٩٦.....	القضاء فىمن ابتاع ثوبا وبه عىب.....
٤٩٩.....	ملا يجوز من النحل.....
٥١٧.....	باب: فىما بمنع الحيازة وىطل العطىة.....
٥٢٧.....	باب: فى الذين يحاز علىهم.....

المباني شرح موطأ مالك

تأليف
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء الثامن

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لحار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على لشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى
١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٢٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦-٢١١٢٢ (١ ٩١١) -
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohory st., Melkart bldg., 1st Floor.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



<http://www.al-ilmiyah.com.lb/>
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ما لا يجوز من العطية

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أُعْطِيَ أَحَدًا عَطِيَّةً لَا يُرِيدُ ثَوَابَهَا، فَأَشْهَدَ عَلَيْهَا، فَإِنَّهَا ثَابِتَةٌ لِلَّذِي أُعْطِيَهَا إِلَّا أَنْ يَمُوتَ الْمُعْطَى قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا الَّذِي أُعْطِيَهَا، قَالَ: وَإِنْ أَرَادَ الْمُعْطَى إِمْسَاكَهَا بَعْدَ أَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ إِذَا قَامَ عَلَيْهِ بِهَا صَاحِبُهَا أَخَذَهَا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من أعطى عطية، لا يريد بها الثواب ولا العوض، وإنما يتلها للمعطى دون عوض، وأشهد عليها، فإنها بالإشهاد تثبت للمعطى، فليس للمعطى الرجوع فيها؛ لأن الهبة تلزم بالقول، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن الصدقة والهبة عقد جائز، وإنما تلزم بالقبض.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. والدليل على ما نقوله من جهة السنة ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»^(٢).

ودليلنا من جهة القياس أن هذا عقد، فلم يفتقر لزومه إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه على ضربين، ضرب: لا يقضى به، وضرب: يقضى به.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٤٦.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥٨٩، ٢٦٢١، ٣٠٠٣، ٦٩٧٥. مسلم حديث رقم ١٦٢٢. الترمذى حديث رقم ١٢٩٨. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٨٩، ٣٦٩١، ٣٦٩٦، ٣٦٩٧، ٣٦٩٨، ٣٦٩٩، ٣٧٠١، ٣٧٠٢. أبو داود حديث رقم ٣٥٣٨. ابن ماجه ٢٣٨٥، ٢٣٨٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٧٥.

٤ كتاب الأفضية

فأما ما لا يقضى به، فما كان صدقة أو هبة أو حبس على وجه اليمين على معينين أو غير معينين، اتفق أصحابنا ابن القاسم وأشهب وغيرهما على أنه لا يقضى عليه بذلك، ولكنه يؤمر به.

وروجه ذلك أنه لم يقصد به البر، وإنما قصد اللجاج، وتحقيق ما نازع فيه، فيمر به، ولا يقضى به عليه، ومثله روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن قال لامرأته: كل جارية أتسررها عليك، فهي صدقة عليك، وإن وطقت جاريتي هذه، فهي صدقة عليك، فتسرر: أنه لا شيء عليه. قال محمد بن زيد: لا يقضى عليه بها.

وأما ما كان من ذلك بغير يمين، فإنه يجبر على إخراجها. وحكى محمد عن أشهب: لا يجبر على إخراجها إلا إذا كانت الصدقة على معين، بل خصومته لا للمساكين. وجه قول ابن القاسم أن هذه صدقة على وجه البر، فوجب أن يقضى عليه بإخراجها كالأحباس.

وروجه قول أشهب ما احتج به من أنه إذا كانوا غير معينين لم يستحق أحد المطالبة بها، فيقضى له.

قال مالك: وَمَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً، ثُمَّ نَكَلَ الَّذِي أَعْطَاهَا، فَجَاءَ الَّذِي أَعْطَاهَا بِشَاهِدٍ يَشْهَدُ لَهُ أَنَّهُ أَعْطَاهُ ذَلِكَ عَرْضًا كَانَ أَوْ ذَهَبًا أَوْ وَرَقًا أَوْ حَيَوَانًا، أُحْلِفَ الَّذِي أَعْطَى مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ، فَإِنْ أَبَى الَّذِي أَعْطَى أَنْ يَحْلِفَ، حُلِفَ الْمُعْطَى، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ أَيْضًا، أُدِّيَ إِلَى الْمُعْطَى مَا ادَّعَى عَلَيْهِ إِذَا كَانَ لَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَاهِدٌ، فَلَا شَيْءَ لَهُ^(١).

الشرح: قوله: «من أعطى عطية، ثم نكل المعطى» يريد أنكر ذلك، فشهد للمعطى شاهد واحد على ما ادعاه من أن المعطى أعطاه ما أشار إليه من عرض، أو حيوان، أو ذهب، أو ورق، مثل أن يكون الذهب والورق مما يتعين كالحلى والتبر، ويحتمل أن يكون دنائير أو دراهم على قول من يقول: لا يتعين بعقد، فكان ما أشار إليه من ذلك بيد المعطى، فحكمه حكم ما في ذمته، مثل أن يقول للرجل: اشهد أن لفلان في مالي مائة دينار صدقة، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن ذلك لازم له.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٠٥/٢٢.

كتاب الأفضية ٥

وأما الرجل يسأل الرجل السلف أو الهبة، فيقول: أنا أسلفك، وأنا أهيك، ففي العتبية والموازية عن مالك: أن ذلك غير لازم له. ووجه ذلك أنه موعد لغير سبب.

مسألة: وأما إذا كان السلف والعدة لغير سبب يتسبب به، ولا حاجة يذكرها، فإن كانت العدة من رجل بسبب يتسبب به، مثل أن يقول: أريد الحج، أو السفر، أو نكاحاً أو شراء سلعة، أو هدم دارى وبنائها، فيقول له الرجل: افعل ذلك، وأنا أسلفك، ففي العتبية لسحنون: أن هذه العدة لازمة لمن وعدا يقضى عليه بها؛ لأنها لازمة بالقول كالنظرة بالدين تلزم بالقول، سواء قال: أنظرك، أو أنظرتك، وكذلك في هذا سواء، قال: أسلفك أو أسلفتك، سواء ذكر أجلاً للسلف أو لم يذكره.

فإن ذكر الأجل، لزمه، وإن لم يذكره، لزمه من الأجل بقدر ما يرى أن مثله في غناه وقوته على السلف يسلف مثل التسلف في غناه وقوته على الأداء، يراعى الأمران في ذلك وعنه أنه يراعى مع ذلك قدر الدين.

مسألة: ولو كان ما استسلف أو استعار بسببه لا يقضى إلى التسبب بشيء، ولكنه أسلف لحاجة ذكرها، مثل أن يقول له: إن غرمتي يلزموني بدين، فأسلفني أفضهم، أو يقول: أعزني دابتك أركبها غداً إلى موضع كذا، ويذكر حاجته، فيعده على ذلك، ففي العتبية لأصبغ: يلزمه ذلك بالقول، تسبب حاجته أو لم يتسبب لها، إلا أن يترك حاجته تلك، فيسقط عن الواعد حكم عدته، وبالله التوفيق.

فصل: وقوله: «ويحلف المعطى مع شاهده» مبنى على ما تقدم من الحكم باليمين معلا الشاهد، فإن أبى المعطى أن يحلف، لقد أعطاه ما شهد به شاهده، حلف المعطى أنه ما أعطاه شيئاً من ذلك، فإن أبى أن يحلف حكم المعطى بها دون يمين لنكول المعطى بعد رد اليمين عليه، وكذلك كل من نكل عن يمين ردت عليه، فإنه يقضى عليه كمن ادعى قبل زيد مالاً، فلم يحلف زيد، ورد اليمين على المدعى فنكل، فنه يقضى عليه ببطلان دعواه.

فصل: وقوله: «فإن لم يكن له شاهد، فلا شيء له» ظاهره ليست له يمين ولا غيرها على من ادعى عليه الهبة، وذلك أن الهبة على قسمين، أحدهما: أن تكون الهبة معينة. والثاني: أن تكون في ذمة المدعى.

أما ما لم يكن في ذمة المدعى، فالظاهر من المذهب أنه لا يمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى.

ووجه ذلك ضعف سبب المدعى؛ لأن في دعوى الحقوق اللازمة باتفاق لا يجب اليمين إلا بسبب يقوى الدعوى، فكان يضاعف الهبة لاختلاف الناس في لزومها وحاجتها عند مالك إلى الحيازة. وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه: على المدعى عليه الهبة اليمين، فإن حلف برئ، وإن نكل المدعى عليه الهبة، أخذ منه ذلك.

مسألة: وأما ما كان في ذمة مدعى الصدقة، مثل أن يكون لعمرودين قبل زيد، فيطلبه منه فيقول زيد: قد وهبته، فالظاهر أنه لا يحكم لعمرودين على زيد بذلك الدين، إلا بعد أن يحلف أنه ما وهبه.

ووجه ذلك أن المعطى يريد إخراج ما عنده، فإن ادعى الغريم فيه ما يرى ذمته، لم يحكم له إلا بعد يمينه على إبطال تلك الدعوى كما لو ادعى القضاء، ويحتمل عندي قسمة أخرى إن كانت الهبة بغير يد الموهوب، فلا يمين على الواهب، وإن كانت بيد الموهوب له، لم يكن للواهب انتزاعها منه إلا بعد يمينه، أنه ما وهب سواء كانت الهبة عرضاً أو عيناً، يصحح هذا التقسيم أن من استحق عرضاً بيد رجل، وزعم أنه اشتراه أنه لا يأخذه منه حتى يحلف أنه ما باع، ولا وهب، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: مَنْ أَعْطَى عَطِيَّةً لَا يُرِيدُ ثَوَابَهَا، ثُمَّ مَاتَ الْمُعْطَى، فَوَرَّثَهُ بِمَنْزِلَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْطَى قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْمُعْطَى عَطِيَّتَهُ، فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً لَمْ يَقْبِضْهُ، فَإِنْ أَرَادَ الْمُعْطَى أَنْ يُمَسِّكَهَا، وَقَدْ أَشْهَدَ عَلَيْهَا حِينَ أُعْطَاهَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ إِذَا قَامَ صَاحِبُهَا أَخَذَهَا^(١).

الشرح: قوله: «من أعطى عطية لا يريد ثوابها، فمات المعطى، فورثته بمنزله» يريد أن هذا حكم هذه الهبة، وإن كانت لغير ثواب؛ لأن حكم هبة الثواب مخالف لحكم هذه الهبة، وهذا يدل على أن مالكا كان يقول بدليل الخطاب، فأخبر أن موت المعطى لا يبطل الهبة، وهو الصحيح؛ لأن القبض الذي يبطل الهبة عدمه لا يفوت بموت المعطى، فورثته يقومون مقامه لهم من القيام بطلبها وإمضاء ما كان له، وإنما يبطل بموت المعطى قبل القبض؛ لأن تمام العطية بالقبض قد فات، وقد تقدم الكلام في باقى الباب.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٢/٣٠٦.

القضاء في الهبة

١٤٢٢ - مَالِكُ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفِ الْمُرِّيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَّةٍ رَحِمٍ أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً، يَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ، فَهُوَ عَلَى هَيْبَتِهِ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يُرَضَ مِنْهَا.

الشرح: قوله: «من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة» يريد أن يقصد بها القرية، «فإنه لا يرجع فيها» يريد أنها لازمة له، ليس له الرجوع فيها، سواء قبضت منه أو لم تقبض، وقد تقدم ذكره.

«ومن وهب هبة رأى أنه أراد بها الثواب» وليست على وجه القرية، وإنما هي على وجه المعاوضة، فإذا لم يرض منها كان له ارتجاعها كالمسئلة يعرضها للبيع، فإذا لم يرض منها لم يلزم إخراجها.

وقوله: «يرى أنه أراد بها الثواب» يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون الواهب ممن ظاهر هيبته قصد الثواب بأن يهب للثواب ويعتقده، ولعله يعلم به غير الموهوب، فإن اشترط الثواب، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يجوز ذلك، وهو كبائع بقيمتها، ولكن إن وهب وسكت عن ذكر الثواب، ثم قام يطلب الثواب، فهو الذى جاء فيه قول عمر رضى الله عنه.

قال أصبغ: ذلك جائز فى الوجهين. قال الشيخ أبو محمد: وهو قول ابن القاسم فى المدونة، وهو أولى؛ لأنه وإن لم يشترط الثواب، فقد عرف أنه المقصود والمعروف كالشرط.

وفى هذا خمسة أبواب، الباب الأول: فيما يجوز هيبته للثواب، وما لا يجوز عوضاً فى هبة الثواب. الباب الثانى: فىمن يحمل هيبته على الثواب من غير شرط. الباب الثالث: فى مقتضى الهبة من اللزوم أو الجواز. الباب الرابع: فيما تفوت به الهبة للثواب. الباب الخامس: فى حكم وجود العيب بها.

* * *

١٤٢٢ - أخرجه الشافعى فى الأم ٤/٦١، وعبد الرزاق فى المصنف ٧/١٧٧، ٩/١٠٥، ١٠٦، ١٠٧، وابن حزم فى المحلى ٩/١١٩، ١٢٨، والمغنى ٥/٦٠٨، ٦٢١، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٧.

الباب الأول: فيما يجوز هبته للثواب، وما لا يجوز وما يكون عوضاً في هبة الثواب

اعلم أن ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته للثواب كالعبد الآبق، والجمل الشارد، والجنين في بطن أمه، وما لم يبد صلاحه من ثمر أو حب، رواه ابن المواز عن مالك.

وروجه ذلك أنه عقد معاوضة، فلا يجوز عقده بالعبد الآبق كالبيع.

مسألة: وأما الدنانير والدرهم، فروى ابن المواز عن ابن القاسم: لا يصلح أن يوهب للثواب، فإن شرط في ذلك ثواب فهي هبة مردودة، وهو المشهور عن مالك.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم: أنه إن اشترطه، فيكون ذلك عرضاً أو طعاماً، ومثله في المدونة. قال ابن المواز: ولا يعجبنا ذلك، وهي غير جائزة، وليرد المثل فيها، وكذلك الفضة والذهب غير المسكوك، وقاله أشهب.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن القيمة إنما تكون بالعين، فإذا كانت الهدية عيناً، فإنما تكون قيمتها من أصناف العروض، ثبتت في الذمة، غير موصوفة ولا مؤجلة، وذلك يمنع صحة البيع، وما كان في معناه، وأيضاً فإنه ليس في أعيانها غرض، ولا فيها مقصد غير التصرف فيها في البيع والشراء، وإنما هبة الثواب فيما يتاحف به الواهب مما يكون فيه غرض للموهوب له، فيثبت عليه بمثل قيمته أو أكثر. ووجه القول الثاني أن كل ما صح بيعه صح أن يوهب للثواب كالعروض.

فرع: فإذا قلنا إنه يجوز ذلك في الدنانير والدرهم، وهو الأظهر من المذهب، فلا يجوز ذلك في السبائك. وروى عيسى عن ابن القاسم: وكذلك السفاتج والنقار والحلى المكسور.

وروجه ذلك أنه ذهب أو فضة، لا غرض في هبته غير مبلغه، فلا يوهب للثواب، وإن وهب، فهو مردود كاللدينير والدرهم.

فرع: وأما هبة الحلى المصوغ للثواب، فأجازه مالك في المدونة والموازية. قال ابن المواز: لا يجوز هذا مجال.

وجه القول الأول أن هذا مما يجوز بيعه، وفي عينه غرض مقصود، فجاز أن يوهب للثواب كسائر العروض.

وروجه قول محمد أن هذه معاوضة ذهب بعضه لا يتناجز فيها قبض، أو شراء عرض غير معين ولا مؤجل، فلم يجز ذلك كالبيع.

الباب الثاني: فيمن تحمل هبته على الثواب من غير شرط

الراهب إذا وهب وشرط الثواب، فلا خلاف في أن هبته محمولة على الثواب، اقتضى ذلك الجواز أو المنع. وأما إن وهب من غير شرط، ثم ادعى أنه قصد الثواب وطلبه، فإن كانت هبته من جنس ما لا يوهب للثواب كالدينانير والدرهم، فدعواه غير صحيح، وقوله مردود، ولا شيء له من العوض، رواه ابن المواز عن مالك.

وروى ابن القاسم وأشهب: لا يقبل دعواه أنه وهب للثواب. وقد روى ابن المواز: من وهب قمحاً أو شعيراً، ففيه الثواب. وأما الذي لا ثواب فيه منه الفاكهة أو الرطب، يهدى للقادم، قاله مالك، وإن قام يطلب منه ثواباً لمعط، قاله أشهب وابن القاسم.

ووجه ذلك أن الدينانير لا غرض في أعيانها، وإنما يوهب للثواب ما يكون الغرض في عينه كالقمح والشعير والعروض والحيوان والعقار، وأما الفاكهة، فلم تجر العادة بطلب الثواب على ما يوهب منها للقادم ومثله، وإنما جرت العادة بأن توهب على سبيل التألف، فكانت محمولة على غالب المعتاد، إلا أن يشترط غير ذلك فيه.

وقال أبو عبدالله بن العطار: وكذلك ما يهبه للفقير القادم من سفره من التحف كالتمر وشبهه.

فرع: فإن كان قد فات، فلا شيء له من الهبة ولا العوض، وإن كان لم يفت، فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: لا عوض له، ولا له أخذه، وإن لم يفت. روى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر: أن بعض أصحابنا يرى له أخذه، إن لم يفت.

وجه القول الأول أن هبته محمولة على غير العوض، فليس له أخذ هبة قد قبضت منه.

ووجه القول الثاني أنها لم تفت واحتمل. وقوله: وتقوم بملكه ويده، حلف وردد إليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وما جرت عادة الناس ببلدنا من إهداء الناس بعضهم إلى بعض الكباش وغيرها عند النكاح، هذا وقال الشيخ أبو عبدالله بن العطار: إن ذلك على الثواب، وكذلك رأيت القضاء في بلدنا.

قال أبو عبدالله: لأن ضمان المهديين، والمهدى إليهم على ذلك، يريد أنه المعروف.

١٠ كتاب الأفضية

قال: وذلك كالشرط، ففضى للهدى بقيمة الكباش حين قبضها المهدي إليه، إن كانت بجهولة الوزن، فإن كانت معلومة الوزن، قضى بوزنها، وإن كان المهدي إليه بعث إلى المهدي قدرًا من لحم مطبوخ أو أكل عنده في العرس، حوسب به من قيمة هديته، ولو كان هذا في بلد لا يعرف هذا لم يقض فيه بثواب، وهذا الذي قاله عندي فيه نظر.

مسألة: ومن وهب له، ولم يذكر ثوابًا، ثم ادعاه، فإنه ينظر إلى ناحية المعطى والمعطى، فإن وهب غنى لفقير دابة أو كساه ثوبًا أو أعطاه ما يرى أنه أراد به صلته، فلا شيء له. وإن وهب فقير لغنى، فله الثواب، رواه ابن المواز.

وقال أشهب في فقير وهبه غنى أو فقير: الثواب على الغنى، وهبه غنى أو فقير.

ووجه ذلك أن الفقير لا يطلب منه استقرار العوض، والهيئة للثواب مقتضاها المكارمة، وأن تعوض المعطى أمثال ما صار إليه، وهذا المعنى معدوم في الفقير وموجود في الغنى.

قال الشيخ أبو القاسم: ومن وهب هبة مطلقة، فادعى أنه وهبها للثواب عمل على المعروف فيه، فإن كان مثل الواهب يطلب الثواب على هبته، فالقول قوله مع يمينه، وإن كان مثله لا يطلب الثواب على هبته، فالقول قول الموهوب له مع يمينه، فإن أشكل ذلك، واحتمل الأمرين، فالقول قول الواهب مع يمينه.

مسألة: ولا ثواب لذي سلطان فيما وهبه، رواه ابن المواز عن أشهب؛ لأنه ليس مما يعرف أن ذا السلطان يطلب استقرار ثواب، وإنما يطلبه غيره منه.

وأما ما يهبه أحد للسلطان، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: لا ثواب فيه. والظاهر عندي من المذهب أنه على الثواب.

وجه قول أبي إسحاق أنه من أهدى إليه، وإنما يقصد التقرب منه، فعلى ذلك تحمل هبته مع الإطلاق.

ووجه القول الثاني أن عطيته، وهباته مقصودة بعوض وبغير عوض، وهى من جملة ما يرغب التقرب إليه بسببها.

مسألة: قال الشيخ أبو إسحاق: وما أهدى إلى الفقير، فعلى غير الثواب، وما أهدى هو، فعلى الثواب والظاهر عندي أنه أراد الثواب. وأما الغنى، فيجب أن يكون حكمه في ذلك حكم سائر الأغنياء.

كتاب الأنصية ١١

مسألة: ولا ثواب على سيد فيما أهدها إليه مولاه. ووجه ذلك أن الظاهر أنه إنما يهدى إليه شكرًا لإنعامه عليه بالعتق.

مسألة: وأما هبة ذى الرحم، فليست على الثواب، قال ابن القاسم فى المدونة: إلا أن يرى الناس أنه وهبه للثواب مثل أن يطلب الموهوب له ما يستحسنه عند الواهب، فيهبه إياه استقرارًا للعرض، فهذا محمول على الثواب. ومعنى ذلك أن ما لم يبين وجه الثواب، فهو على غير الثواب.

ووجه ذلك أن هبته محمولة على صلة الرحم، وكل هبة لها وجه غير الثواب فى الأغلب، فهى محمولة عليه.

مسألة: وهبة أحد الزوجين الآخر، روى ابن المواز، أنها لغير الثواب. قال فى المدونة: إلا أن يرى أنه أراد الثواب، ومعناه ما تقدم، وذكر القاضى أبو محمد فى معونته: أن فى الهبة المطلقة روايتين، إحداهما أنها تقتضى الثواب. والثانية: لا تقتضى الثواب.

وجه الرواية الأولى أن الملكين متميزان وأن المعاوضة مطلوبة بينهما.

ووجه الرواية الثانية أن العرف جار بأن كل واحد منهما يتقرب إلى الآخر بالهدية، ويجب التقرب إليه.

وقد ذكر فى كتاب الدور والأرضين من المدونة فيمن تزوج امرأة تسكن فى بيت بكراء، فساكنها حتى انقضت المدة: أنه لا شىء على الزوج من الكراء، إلا أن تكون المرأة بينت له بذلك، وأعلمته بالكراء، وقالت: إن شئت فأده، وإن شئت فاخرج، وذلك بمنزلة أن يتزوجها وهى ساكنة فى دارها، ثم طلبت كراءها، فلا كراء لها. وقال غيره: عليه كراء مثلها، إلا أن يكون أكثر مما اكترت به.

واختلاف ابن القاسم والغير مبنى على الخلاف الذى ذكره القاضى أبو محمد فى هذا الأصل فى كتاب العدة من المدونة، فى المعتدة تعتد فى مسكن بكراء، فطلبت الكراء بعد تمام العدة: أن لها ذلك، إن كان موسرًا حين السكنى. وقال بعض شيوخنا الأندلسيين: إن المسألتين مختلفتان.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله تعالى: ومعنى ذلك عندى أن المعتدة سكنت فى وقت لا يظن به الصلة، وقد بسطت القول فى هاتين المسألتين فى شرح المدونة، والله أعلم وأحكم.

١٢ كتاب الأفضية

فرع: فإذا قلنا إنها تقتضى الثواب مع الإطلاق، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: أنها إن ادعت أنها شرطت عليه الثواب تحلف على ذلك وتبرأ.

ووجه ذلك أنها ادعت أنها شرطت ما لا يقتضيه الإطلاق فإن لم يكن لها بينة بذلك، فالقول قول الزوج في إنكار دعواها كادعائها سائر الشروط.

مسألة: وهذا حكم العطية بلفظ الهبة أو الهدية، فأما لفظ الصدقة، فلا ثواب فيه، قاله الشيخ أبو إسحاق، واحتج لذلك بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠]. ومعنى ذلك أن مقتضاها القرية، وذلك ينافي العوض، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الثالث: في مقتضى هبة الثواب من اللزوم أو الجواز

الذى عليه ظاهر المذهب أن الهبة باللفظ لازمة للواهب، فإن أخذ المعطى قيمتها، فلا سبيل له إليها، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فرع: فإن زاد على هذا القول كان له منعه من قبضها، فقد قال محمد: ليس له منعه من قبضها، ولا من بيعها. والظاهر من قول أشهب أنها وإن كانت تلزم بالقول، إلا أن الثواب الاستسلام وترك المشاحة، وذلك مخالف للمنع من القبض.

ووجه القول الثانى أن هذه معارضة، فكان للبائع إمساك ما باع حتى يقبض الثمن كالبيع المطلق، فإن قبضها المعطى بغير إذن المعطى، فقد قال أشهب: يرجعها حتى يثيبه، وليس للواهب أن يبدو له. وقال ابن القاسم: لا يرجعها ويتلوم، فإن أتاه وإلا ردها.

والقولان مبنيان على ما تقدم فى منع الواهب الموهوب من قبضها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن فاتت الهبة، فقد لزمت المعطى بالقيمة كتكاح التفويض يلزم بالدخول مهر المثل، فإن كانت القيمة التى تلزم فى الهبة والثواب عين، لزم قبضها والرضا بها، وإن كان الثواب ديناً مثل أن يهبه داراً، فيثيبه منها ديناً، ففي كتاب أبى محمد: يجوز، حل الدين أو لم يحل. قال محمد: يريد أنه حوالة، ويريد إذا كان مما تقوم به الهبة فى الاستهلاك من الدنانير أو الدراهم، ولا يجوز أن يعوضه منها سكنى دار، ولا خدمة

كتاب الأفضية ١٣
عبد سنين؛ لأنه فسح دين في دين عند ابن القاسم، وجوزه أشهب؛ لأن قبض الرقبة
لاستيفاء المنافع عنده قبض، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الرابع: فيما تفوت به هبة الثواب وتلزم به القيمة

وسياتى ذكره بعد هذا إن شاء الله.

* * *

الباب الخامس: فى حكم وجود العيب بها

فإنه إن طلع على العيب قبل أن يشيه، وقبل أن تفوت، فإن علم الواهب بالعيب،
فليس له إلا قيمتها معيبة؛ لأنهما عالمان بالعيب، قاله محمد.

ووجه ذلك أن الواهب وهبها على أنها معيبة، فله قيمتها على ذلك، وإن لم يكن
عالمًا بالعيب، فله صحيحة غير معيبة كانت فاتت بحوالة أسواق أو كانت جارية،
ففاتت بوطء، قاله أصبغ فى العتبية.

ووجه ذلك أن الرد بالعيب لا تقيته حوالة الأسواق والواهب وهب على الصحة.

فإما أن يرضى المعطى أن يشيه على ذلك أو يرده.

مسألة: فإن ظهر العيب بعد أن أثابه، وقبل الفوات، فله ردها، والرجوع فى الثواب
أو إمساكها، ولا يرجع بشيء مما أثابه، وذلك كالبيع، وقد قال محمد: إن لم يعلمه
بالعيب حتى فاتت بحوالة الأسواق لزمه قيمتها صحيحة، فإن شاء حبسها بذلك، وإلا
ردها، وذلك أنه أراد أن فوات الهبة الموجب لقيمتها بفوت سوق أو زيادة بدن أو
وطء لا يمنع الرد بالعيب.

مسألة: ولو كانت قد فاتت بما لا يقدر على ردها، فأثابه، ثم ظهر على العيب رجع
بقدر العيب مما أثابه به إن كان الثواب أقل من قيمة الهبة، أو أكثر ظهر على العيب
قبل أن يوفى القيمة أو قبل أن يثبت لكانت عليه قيمتها معيبة.

مسألة: فإن وجد العيب بالعرض قبل أن يفوت، فله رده. قال ابن القاسم: إلا أن
يكون فى العرض المعيب مثل قيمة الهبة، فلا يرد أو يكون أقل، فتتم له القيمة، فلا يرد
قال أشهب: له رده كما ترد الهبة؛ لأنه يرى أن لا يقبل من عوضه إلا العين، فأخذه
العرض، شراء له بالقيمة التى وجبت له، واختيار له.

١٤ كتاب الأفضية

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها»
تأول مطرف ذلك على ظاهره على أن له أن يرجع فى هبته، وإن أعطى قيمتها، إلا أن
يرضى منها، فجعل عقد الهبة للثواب غير لازم للواهب ونحوه فى العتبية من سماع ابن
القاسم عن مالك.

وقال مالك: ليس له أن يرجع، وإن لم تخرج من يده، وإذا أعطاه القيمة، فليس له
أن يقول أنا راض، وهذا قول ابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: وهو معنى قول عمر رضى الله عنه، «فهو على هبته ما لم
يرض منها» يريد يعطى قيمتها.

قال مالك: إما ثواب مثلها أو ردها، فمعنى قوله: ما لم يرض منها، على قول
مطرف، ما لم يأخذ ما يرضيه، وإن كان قد أعطى أكثر من القيمة، ومعناه على قول
مالك، ما لم يعط ما هو رضا منها عند الناس، وذلك القيمة والرضا منها يعتبر فى
وجهين القدر والجنس. فأما القدر فقد تقدم ذكره.

وأما الجنس، فروى ابن المواز عن أشهب: لا يلزم الواهب ما أعطى من غير العين،
إلا أن يراضيا على شىء يجوز. وفى المدونة لابن القاسم: ما أتاه من السلع مما يثاب
بمثلها، فذلك يلزم الواهب، إذا كانت قيمته قيمة الهبة، وكان مما يتعاطاه الناس فى
ثواب الهبات بينهم، ولا يلزم أن يثيبه حطباً ولا تبناً لأنه ليس مما يتعاطاه الناس بينهم
فى ذلك.

وجه قول أشهب ما احتج به من أن الذهب والفضة هى أصول الأثمان وقيم
المتلفات، فلا تكون القيمة إلا منهما عند المشاحة.

وجه قول ابن القاسم أن أعواض المبيعات على حسب العرف، ولذلك كانت فى
بعض البلاد ورقاً، وفى بعضها ذهباً، وكانت الدية على أهل الإبل إبلًا، ولو جرت
العادة بأن يثاب الواهب بغير العين كان ذلك حكم ثوابها مع ما يثيب عليه من
التوسعة، ولذلك صحت مع ترك قدر الثواب وذكر جنسه، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب، فيلزمه أن يختص الثواب بالعين التى تجرى فى بلد
الهبة، وتلك السكة لأن التقويم إنما يكون بها دون سائر أنواع العين والسكك، فإن
قلنا بقول ابن القاسم، فعلى ما قدمناه أنه أمر مصروف إلى اختيار الموهوب له مع
العرف.

فرع: وهذا مع التشاح، وأما مع التسامح، نظرت، فإن كانت الهبة لم تفتت، يجوز أن يعوضه منها كلما يجوز أن يسلم الهبة فيه. قال ابن القاسم في المدونة: إن وهبه أثواباً فسطاطية، لم يجوز له عند مالك أن يثيبه منها أثواباً فسطاطية أكثر منها، ولو وهبه حنطة، لم يجوز له أن يعوضه منها حنطة، ولا مما يؤكل ويشرب، إلا أن يعوضه مثل طعامه في صفته وجودته وكيله.

مسألة: فإن كانت الهبة حلياً، وقلنا يجوز هبته للثواب، ففي المدونة: يثيبه قيمة الحلى عروضاً، ولا يأخذ دراهم ولا دنانير، وإن كان الحلى من غير جنس الثواب، يريد بعد أن يفترقا، وقبل أن يغيب الحلى، جاز.

وفي الموازية: يكون الثواب على حلّى الذهب ورقاً، وعلى حلّى الورق ذهباً.

فما في المدونة مبنى على اعتبار التناجز بالقبض فى مجلس الهبة ومحضرتها؛ لأنه صرف.

وما فى غير المدونة مبنى على اعتبار القبض فى مجلس الهبة؛ لأنه بمعنى عدم القيمة بعد وفاة الهبة، ولذلك قال: يثيب عن حلّى الذهب ورقاً وعن حلّى الورق ذهباً والله أعلم وأحكم.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْهَبَةَ إِذَا تَغَيَّرَتْ عِنْدَ الْمُوْهُوبِ لَهُ لِلثَّوَابِ بِيَزَادَةٍ أَوْ نَقْصَانٍ، فَإِنَّ عَلَى الْمُوْهُوبِ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبَهَا قِيمَتَهَا يَوْمَ قَبْضِهَا^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن الهبة للثواب غير لازمة للموهوب له، وإن قبضها ما لم تتغير عنده بزيادة أو نقصان فى عينها، فإن حدث بها شىء من ذلك، فقد فات ردها إلى الواهب، ولزم الموهوب قيمتها، هذا المشهور عن مالك أن الزيادة والنقص فى البدن مما تفوت به الهبة للثواب، وتلزم المعطى قيمتها.

وفى العتبية عن ابن القاسم: أن الزيادة لا يلزم بها المعطى. قال: وقاله مالك: ثم قال ابن القاسم: النماء والنقص فوت، ويجبر الموهوب له على الثواب.

وروى ابن المواز عن أشهب: للموهوب ردها فى الزيادة، وإنما معنى قول مالك، ليس ذلك للموهوب فى النقص، ولا للواهب فى الزيادة، ورواه ابن وهب عن مالك وأخذ به ابن عبدالحكم، وقال: فإن ليس الرد إلا باجتماعهما، زادت أو نقصت.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٨.

١٦ كتاب الأفضية

وجه القول الأول أنه إنما لزمته الهبة بالقبض؛ لأنه ضامن لما ذهب منها، وكذلك تكون الزيادة له، فيمنعه من الرد كالبيع.

ووجه القول الثاني أن العقد لما كان لازماً في جنبه المعطى دون المعطى، وكانت الزيادة للمعطى كان له تركها ويرد العطية. وأما النقص، فهو إتلاف بعض العطية، فليس له أن يردها ناقصة، فلزمته بالنقصان دون الزيادة.

مسألة: وأما حوالة الأسواق عند ابن القاسم وأشهب، فليست بفوت. وقال أصبغ: اختلاف الأسواق، فيها فوت. وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: أن الفوت فيها كالقوت في البيع الفاسد في العروض والحيوان والرباع.

ووجه القول الثاني أن الهبة لثواب تقول إلى اللزوم بالقيمة، فكان تغير الأسواق مفيتاً لها كالبيع الفاسد.

ووجه القول الأول أن هذه هبة يجوز ردها، فلم يمنع ردها حوالة الأسواق كهبة الأب لابنه على وجه الاعتصار.

مسألة: والبيع فوت، فإن رجعت إلى المعطى قبل أن تحول الأسواق، فهو فوت، ولا رد له، رواه ابن المواز.

ووجهه على قول أشهب في البيع الفاسد بين واضح. وأما على قول ابن القاسم، فإن ما تقوت به هبة الثواب، فما يتم به العقد الصحيح، ويكمل بالقبول مع الإيجاب في البيع الصحيح.

وأما البيع الفاسد، فإنه لا يتم به البيع، وإنما يرده عما عقد عليه إلى وجه من الصحة لعدم الرد وتعذره، ولو أمكن ذلك لما وجب إمضاؤه، فعلى هذا متى وجد ما يفوت به هبة الثواب، وتجب به القيمة، فقد لزم العقد وتم، ولا يثبت بخيار الرد زوال ما فات به ولا عدمه، ولذلك لو التزم قيمتها قبل الفوات لزمته القيمة، ولو التزم في البيع الفاسد لم يلزمه، والله أعلم وأحكم.

ووجه ذلك أنه مما يفوت به البيع الفاسد، ففاتت به هبة الثواب كالزيادة والنقص.

مسألة: [.....] ^(١) الموهوب له لأهيتها، فالواهب أحق بالبيع إلا أن يشاء.

(١) ما بين المعرفتين بياض في الأصل.

كتاب الأفضية ١٧
الغرماء أن يعطوه قيمتها، ورأيت لبعض أصحابنا أن القيمة قيمتها يوم الهبة، قاله ابن القاسم.

مسألة: ومن وهب جارية للثواب، فوطئها الموهوب، فذلك فوت يوجب عليه القيمة. وقال ابن القاسم في العتبية: روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه إذا غاب عليها، فقد لزمه الثواب، وإن لم يطأها ولم تتغير.

فصل: وقوله: «فقد لزمته قيمتها يوم قبضها» يريد أنه ليس للموهوب ردها إن اختار ذلك، وليس ذلك للواهب. قال ابن القاسم: إلا أن يجتمعا على ردها. قال مطرف: وذلك أننا إذا قلنا إنها تلزم الواهب باللفظ، فإنها إذا فاتت لزمتهما جميعاً، وإن قلنا: لا تلزم الواهب باللفظ، فلا خلاف أنها بالفوات قد لزمتهما، وإن وجد الاختلاف فيما تفوت به، فإذا اتفقا بعد الفوات على الرد، فإن ذلك لمعنى الإقالة في البيع.

مسألة: فإن اتفقا على الرد، جاز ذلك، وكيف صفته؟ قال محمد: بعد معرفتهما بما لزم المعطى من القيمة، ثم رجع محمد، فقال: يجوز إذا رضيا بردها، وإن لم يعرف القيمة لأنها هبة [.....] (١) إلا أن يوجهها له على قيمتها، يريد أن يثيبها منه بالقيمة المجهولة.

وجه القول الأول ما احتج به محمد أن القيمة مجهولة، فلا تجوز المعاوضة بها.

وجه القول الثاني، وهو قول ابن القاسم، إن ردها فسخ العقد الأول، فلم يحتج إلى معرفة القيمة كالرد بالعيب بعد فوات السلعة بالقبض، فإن له إمساكها بما يلزمه من اليمين بعد طرح ما ينوب قيمة العبد من الثمن قبل العلم بما يلزمه من اليمين، بعد طرح ما ينوب قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه بعد التفويض، فبأن يجوز ذلك مما لا يحتاج إلى تقويم واحد أولى وأحرى.

فصل: وقوله: «فإن على الموهوب له أن يعطيه قيمتها يوم قبضها» قال محمد: يوم قبضها أصوب.

وجه الرواية الأولى أن العقود التي لا تلزم، ولا تؤول إلى التملك بزيادة أو نقصان، فإنما يراعى يوم القبض قيمة العقود عليه كالبيع الفاسد؛ لأن المعطى إنما ضمنها بالقبض. ووجه الرواية الثانية أن الهبة قد لزم الواهب بالقبول.

(١) ما بين المعقوفين بياض في الأصل.

فإذا فاتت ولزمت المعطى وجب أن يلزمه بقيمتها يوم لزمت المعطى؛ لأن المعطى له أن يأخذها بما فيها من الزيادة قبل القبض، فيجب أن يكون عليه نقصها قبل القبض كبيع الخيار إذا رضى مشروط الخيار المبيع، فله ما حدث فى مدة الخيار من الزيادة، وعليه النقص.

وليس له أن يقول أنا آخذه، ويحط عنى نقصه فى مدة الخيار، وإنما قال ابن المواز: يوم القبض أصوب؛ لأن للهبة للثواب بالقبض تأثيراً فى لزومها؛ لأنها لو بقيت فى يد الواهب لم تفت بزيادة ولا نقصان، وإنما تفوت بذلك إذا حدث عند المعطى فى بيع الخيار، وإنما يستند الخيار إلى العقد لا إلى القبض، ولأن المبيع بالخيار إنما ينفذ بيعه بالثمن المسمى والهبة للثواب بالقيمة، فوجب أن تراعى فيه يوم القبض كالمبيع الفاسد.

* * *

الاعتصار فى الصدقة

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ أَنْ كُلَّ مَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ بِصَدَقَةٍ قَبَضَهَا الْابْنُ أَوْ كَانَ فِي حَجَرِ أَبِيهِ، فَأَشْهَدَ لَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّدَقَةِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من تصدق بصدقة على ابنه الكبير المالك لأمر نفسه أو الصغير فى حجره، فليس للمتصدق اعتصارها، إذا قبضت وحيزت؛ لأن الصدقة لا اعتصار فيها؛ لأنها على وجه القرية، وما كان من العطية على وجه القرية، فلا اعتصار فيه؛ وقد تقدم من قولنا أن العطايا المنفرد بها، لازمة بالعقد، وإنما قال: «قبضها الابن، أو كان فى حجر أبيه، فأشهد له على صدقته»؛ ليدكر أقوى وجوها فى حيازة الابن الكبير لنفسه، ثم ذكر أصعب وجوها، وهو أن يتصدق على ابنه فى حجره، فيقضى على الإشهاد له بالصدقة، ولم يذكر الحيازة له، فلا اعتصار له فى أحد الوجهين لما احتج به من أنه لا يرجع فى شىء من الصدقة.

ومعنى ذلك ما يأتى بعد هذا من أنه لا يجوز أن يشتري صدقته، ويأخذها بعوض، فبأن لا يكون له أن يأخذها بغير عوض أولى.

مسألة: فإن أتى بلفظ محتمل للقرية وغيرها كالهبة والنحل والعطية، فإن قرن به ما

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٩.

كتاب الأفضية ١٩
يقتضى القربة كقوله: هبة لله، أو لوجه الله، أو لطلب الأجر، أو لصلة رحمه، فقد قال
ابن الماجشون: لا يعتصر هذا.

ووجه ذلك أن هذا مال يخرج عن وجه القربة، فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة.
مسألة: ومن وهب هبة يريد بها الصلة، فقد قال سحنون: لا يعتصرها كالصدقة،
وذلك أن يكون له ابن أو ابنة محتاجان، صغير في حجره، أو كبير بائن عنه، وقد يكون
الابن الصغير يصله لما يخاف عليه من الخصاصة، وإنما يقتضى هبته أو عطيته لابنه الذى
فى حجره أو البائن عنه إذا كان ذا مال كثير.
ووجه قول سحنون أن ظاهر هبته ومعناها القربة، وذلك يمنع الاعتصار كما لو
صرح بأنها لله تعالى.

ووجه القول الثانى أنها هبة، لم يقتصر بها ما يخلصها للقربة، فلم يمنع ذلك
اعتصارها كالهبة للغنى، وذلك أن الصلة لا تختص بالفقير، بل قد يوصل الغنى وغيره،
فلا يمنع ذلك الاعتصار.

مسألة: فإذا قيد الهبة أو العطية أو النحلة، فقال: إني قد سلطت عليها حكم
الاعتصار، فلا خلاف فى المذهب فى جواز الاعتصار للأبوين ومنع من ذلك أبو حنيفة.
والدليل على ما نقوله ما روى النعمان بن بشير «أن أباه أتى به إلى رسول الله ،
فقال: إني نحللت ابني هذا غلامًا، فقال: أكل ولدك نحللت مثله؟ قال: جائزًا لا، قال:
فارتجعه»^(*).

فوجه الدليل من ذلك أنه قد كان وهب لابنه الغلام، ثم أمره النبي بالارتجاع، ولو
لم يكن الارتجاع بهبته منه جائزًا لما أمره بذلك.
ومن جهة المعنى أن الابن قد أضيف إلى الأب مع ماله فى الشرع، فكان لذلك تأثير
فى انتزاع ما بيده كالعبد.

(*) أخرجه البخارى فى الهبة ٢٥٨٦، ٢٥٨٧، الشهادات ٢٦٥٠. ومسلم فى الهبات ١٦٢٣.
والترمذى فى الأحكام ١٣٦٧، الحدود ١٤٤٧. والنسائى فى الوصايا ٣٦٧٠، ٣٦٧١، النحل
٣٦٧٢، ٣٦٧٤، ٣٦٧٨، ٣٦٧٩، ٣٦٨٠، ٣٦٨٣، العمري ٣٧٣٢، ٣٧٣٣، ٣٧٣٤،
٣٧٣٥، ٣٧٣٦، ٣٧٣٨، ٣٧٣٩، ٣٧٤٠، ٣٧٤١، ٣٧٤٢، ٣٧٤٣، ٣٧٤٤، ٣٧٤٥، ٣٧٤٦،
٣٧٤٧. وأبو داود فى البيوع ٣٥٤٢، اللباس ٤٠٦٤، ٤٠٦٥، ٤٠٦٦. وابن ماجه فى
الأحكام ٢٣٧٥، ٢٣٧٦، ٢٣٨٤، ٢٣٨٥. وأحمد فى مسند الكوفيين ١٧٨٩٠، ١٧٨٩٤،
١٧٨٩٩، ١٧٩٤٣، ١٧٩٥٢، ١٧٩٨٣، ١٨٨٦٤.

٢٠ كتاب الأفضية

مسألة: ولا يجوز ذلك لغير الأبوين خلافاً لأبي حنيفة. والدليل على ما نقوله ما روى ابن عباس أن النبي قال: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيته»^(١).

ودليلنا من جهة المعنى أن من لا يلي ماله إلا بتوليه لم يرجع في هبته كالابن يهب أباه.

فرع: فإذا ثبت أن الاعتصار جائز فى الهبات والعطايا، فإن أطلق لفظ الهبة أو النحلة، فإن له أن يعتصر، قاله ابن الماجشون وأصبع فى العتبية.

ووجه ذلك أن هذه عطية لم يقترن بها ما يخلصها للقربة، فجاز فيها الاعتصار كالتى شرط فيها الاعتصار.

قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ نَحَلَ وَلَدَهُ نَحْلًا أَوْ أَعْطَاهُ عَطَاءً لَيْسَ بِصَدَقَةٍ، إِنَّ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذَلِكَ مَا لَمْ يَسْتَحْدِثِ الْوَالِدُ دَيْنًا يُدَايِنُهُ النَّاسُ بِهِ، وَيَأْمَنُونَهُ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ الْعَطَاءِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ، فَلَيْسَ لِأَبِيهِ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا بَعْدَ أَنْ تَكُونَ عَلَيْهِ الدِّيُونُ أَوْ يُعْطَى الرَّجُلُ ابْنَهُ أَوْ ابْنَتَهُ، فَتَنْكِحُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ، وَإِنَّمَا تَنْكِحُهُ لِغَنَاهُ، وَلِلْمَالِ الَّذِي أَعْطَاهُ أَبُوهُ، فَيُرِيدُ أَنْ يَعْتَصِرَ ذَلِكَ الْأَبُ أَوْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ قَدْ نَحَلَهَا أَبُوهَا النَّحْلَ، إِنَّمَا يَتَزَوَّجُهَا وَيَرْفَعُ فِي صِدَاقِهَا لِغَنَاهَا وَمَالِهَا، وَمَا أَعْطَاهَا أَبُوهَا، ثُمَّ يَقُولُ الْأَبُ: أَنَا أَعْتَصِرُ ذَلِكَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ مِنْ ابْنِهِ وَلَا مِنْ ابْنَتِهِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ إِذَا كَانَ عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ^(١).

الشرح: قوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا» يريد أهل المدينة، على ساكنها السلام، ثم قال: «فيمن نحل نحلاً، أو أعطاه عطاء، ليس بصدقة، أن له أن يعتصر ذلك، ما لم يستحدث الولد ديناً» خص الولد بذلك لأن الظاهر من مذهب مالك أنه لا يعتصر إلا الأبوين من الابن والابنة، صغاراً كانوا أو كباراً.

فأما الجدة والجد، فاختلف قول مالك فيهما، فروى عنه ابن وهب: لا يعتصر، ولا

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥٨٩، ٢٦٢١، ٣٠٠٣، ٦٩٧٥. مسلم حديث رقم ١٦٢٢. الترمذى حديث رقم ١٢٩٨. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٨٩، ٣٦٩١، ٣٦٩٦، ٣٦٩٧، ٣٦٩٨، ٣٦٩٩، ٣٧٠١، ٣٧٠٢. أبو داود حديث رقم ٣٥٣٨. ابن ماجه ٢٣٨٥، ٢٣٨٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٧٥.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣١٢/٢٢.

كتاب الأقضية ٢١
يلزمه النفقة ويرث معه الإخوة، ولا يكون بيده بضع بنات الابن. وروى عنه أشهب:
أن الجد والجدة يعتصران كالأبوين، وبه قال ابن عبدالحكم.
وجه القول الأول، وهو المشهور من المذهب أن الجد لا يلزمه النفقة، فلم يكن له
الاعتصار كالعَم.

ووجه القول الثاني أنه أدلى بالأبوة، ويقدم في الميراث على الإخوة كالأب.

مسألة: إذا ثبت أن الأم تعتصر، فإنها لا تعتصر من يتيم، قال ابن المواز: الهبة لليتيم
للإشفاق عليه، وخوف ضياعه، وهذا معناه الصلة والقربة، فلذلك كان حكمها حكم
الصدقة.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: للأب أن يعتصر، وإن لم يكن لولده أم، وليس
للأم أن تعتصر إذا لم يكن لولدها أب؛ لأن اليتيم من قبل الأب لا من قبل الأم، وهذا
قول جمهور أصحاب مالك.

وروى ابن المواز عن أشهب: أن اليتيم إذا كان غنياً، فإن للأم أن تعتصر منه كما
تعتصر من الكبير. قال مالك: للأم من الاعتصار ما للأب.

وجه ذلك أنها أحد الأبوين، فجاز أن تعتصر، وإن مات الآخر كالأب.

فرع: فإذا قلنا لا تعتصر الأم من اليتيم، فوهبت ابنها الصغير في حياة أبيه، ثم مات
الأب، لم يجوز لها أن تعتصر، وإن كبر، ولو كبر الابن قبل أن يموت أبوه، ثم مات
الأب كان لها أن تعتصر؛ لأن الصغير قد انقطع عنه الاعتصار.

مسألة: وتعتصر الأم ما وهبت لابنها الكبير لا أب له؛ لأنه خرج عن حد اليتيم.
ومعنى ذلك أنه لم يكن يتيمًا حين الهبة ولا بعدها إلى وقت الاعتصار، وذلك أن ما
ينافى الاعتصار وقت الهبة من اليتيم، وإن وجد قبل الاعتصار منع الاعتصار؛ لأنه ينافيه
في جميع أحوال الهبة، ويخرجها عن حكم الهبة إلى حكم الصدقة.

فصل: وقوله: «فله أن يعتصر، ما لم يحدث الولد ديناً، يداينه الناس به من أجل
ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه» لم يكن للأب أن يعتصر؛ لأن ذلك يذهب أموال
الناس، وقد صار ذلك الحال للموهوب من أجل ذمته التي تعلقت حقوق الناس بها،
وذلك يمنع الاعتصار.

فرع: ولو كان الابن مدياناً، فوهبه الأب، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون:

٢٢ كتاب الأفضية

أن الأب إذا وهب ابنته المزوجة أو ابنه المريض أو المديان، لم يعتصر كما لو تقدمت العطية على هذه الحوادث. قال أصبغ: إذا كانت الحال واحدة كالحال يوم الهبة، فله الاعتصار.

وجه القول الأول أن ما منع الاعتصار إذا حدث بعد الهبة يمنعها إذا كان موجوداً وقت الهبة كاليتيم.

ووجه القول الثاني أن دينه لم يتعلق به من أجل الهبة، فلا يمنع اعتصارها، وإنما يمنع الاعتصار دين بسبب الهبة.

فرع: وإذا وهب الرجل ابنه الكبير الغنى الهبة اليسيرة التي يرى أنه لا يداين بمثلها، فإدان أو تزوج، فقد قال ابن الماجشون: ذلك يرفع الاعتصار. وقال مطرف عن مالك: لا يمنع ذلك الاعتصار، وقاله ابن القاسم في العتبية.

وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من أن تلك الهبة قد قوته على ذلك.

ووجه القول الثاني أنه لم يتعلق بهذه الهبة آدمى، لأنه لم يداين، ولم يتزوج من أجلها.

فصل: وقوله: «أو يعطى الرجل ابنه أو ابنته المال فتكح المرأة الرجل إنما تنكحه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه، ويتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل إنما يتزوجها لمالها وما أعطاه، فليس للأب أن يعتصر» يريد أن النكاح قد يقصد فيه المال، ولذلك روى عن النبي ﷺ أنه قال: «تنكح المرأة لدينها، وكمالها، وجمالها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»^(*).

فإذا كان المال من أغراض النكاح، وكان أحد الزوجين قد تزوج الآخر من أجل عطية أبيه، فليس للأب أن يزيل تلك العطية، فتبطل زيادة من زاد في نكاحه من أجلها.

ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: لا يعود حكم الاعتصار، سواء دخل أو لم يدخل بها.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٠٩٠. مسلم حديث رقم ٣١٣، ٣١٤، ٧١٥، ١٤٤٥، ١٤٤٦. الترمذى حديث رقم ١٠٨٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٢٢٦، ٣٢٣٠. أبو داود حديث رقم ٢٠٤٧. ابن ماجه حديث رقم ١٨٥٨، ١٩٤٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٧١٢، ٤٣٥٨، ٩٢٣٧.

كتاب الأفضية ٢٣

ووجه ذلك أن الأب قد عرضه لذلك، فإذا تعلق به حقوق الناس، لم يكن له إبطالها، كما لو أذن لغيره في التجارة بمال لم يكن للسيد فيه ملك، ونص عليه في الموطأ أن حكمه في ذلك حكم الأثني.

وروى ابن حبيب عن ابن دينار، أن نكاح الولد الذكر بعد الهبة لا يمنع الاعتصار، وقال: لأن الولد الذكر دخل في ما المخرج منه بيده، ودخلت الابنة فيما المخرج منه بيد غيرها.

ووجه قول عبد الملك أن حق الزوجة قد تعلق بمال الزوج كما تعلق حق الزوج بمال الزوجة، بل تعلق حق الزوجة بمال الزوج أقوى، لما فيه من المدائنة، ولما يجب لها من النفقة والكسوة والسكنى في ماله، فإن كان نكاح الابنة يقطع الاعتصار، فبأن يقطعه نكاح الذكر أولى.

مسألة: ويمنع الاعتصار مرض المعطى، فإن مات المعطى، فروى عيسى عن ابن القاسم: أنه يمنع الاعتصار، ورواه ابن حبيب عن مالك: لا يعتصر مريض، ولا يعتصر منه.

فأما المريض، فإنه لا يعتصر؛ لأنه يعتصر لغيره من الورثة، وليسوا بأباء، ولا يعتصر إلا الأب.

وأما المريض، فلا يعتصر؛ لأن حقوق الورثة، قد تعلق بماله كما لو تعلقت حقوق الغرماء بماله لامتنع الاعتصار.

فروع: فإن زال المرض، فهل يعود الاعتصار؟ رواه عيسى عن ابن القاسم: يعود حكم الاعتصار بخلاف النكاح والدين. قال أصبغ: ما زال به الاعتصار من مرض أو غيره يوماً واحداً، فلا يعود بزواله.

وجه القول الأول ما احتج به مطرف من أن المرض لم يحدثه الولد والدين والنكاح بسببه، فمنع أن يعود به الاعتصار.

ووجه آخر، وهو أن المرض الذي يؤثر في الهبات، إنما هو المرض الذي يتصل بالموت. وأما المرض الذي يتصل به البرء، فلا تأثير له فيها.

ووجه القول الثاني أن الاعتصار إذا زال بسبب لم يعد بزواله كالنكاح والدين.

مسألة: وتغير الهبة على وجهين، في ذاتها وفي قيمتها، فإذا تغيرت في قيمتها بتغير الأسواق لم يمنع ذلك الاعتصار، قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

٢٤ كتاب الأفضية

ووجه ذلك أن الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا تعلق له بهنأ، ولا تأثير له في صفتها، فلم يمنع الاعتصار كنفها من موضع إلى آخر.

مسألة: وأما تغييرها في عينها ونقصها، فلا يمنع اعتصارها. وقال أصبغ: ذلك يمنع اعتصارها، وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم.

ووجه قول مطرف أن نقص الهبة وزيادتها، لا يمنع الاعتصار كنقص القيمة.

ووجه القول الثاني أن تغير حال ذمة المعطى يقطع الاعتصار، فبأن يمنعه تغير الهبة في نفسها أولى وأحرى.

فرع: وللأب أن يعتصر ما وهب ابنه وابنته من الدينار والدراهم، إلا أن يجعلها حلًا، فليس له اعتصارها، قاله مالك، ورواه سحنون عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أن هذا تغير في الهبة يمنع الاعتصار كالزيادة والنقصان فيها.

مسألة: فإن كانت جارية، فوطئها الابن فالذى قاله مالك وابن القاسم وأكثر أصحابنا: أن الوطء يفسخها، وإن كانت ثيبًا، ولم تحمل. وقال المغيرة: لا يمنع الوطء الاعتصار، وبه قال ابن الماجشون، وقال: ويوقف حتى تستبرأ، فإن حملت بطل الاعتصار.

وجه القول الأول أن الوطء غير ما أبيع من تمام ملكه، ويكمل كأحد الشريكين يأذن لشريكه في وطء الجارية.

ووجه القول الثاني أن وطء المعطى لا يوجب الانتزاع كوطء العبد إذا أعطاه إياه سيده.

مسألة: فإن خلا بها الابن، وادعى الوطء، فإنه يمنع ذلك اعتصارها، قاله يحيى بن عمر. وفي كتاب الاستبراء من المدونة: أن للأب أن يعتصرها من ابنه الكبير، ويستبرئ إذا غاب عليها، ولم يذكر أنه ادعى والظاهر أنه لم يدعه والله أعلم وأحكم.

ووجه ذلك أن ادعاء الوطء مع إمكانه بالخلوة مؤثر في الحكم، كالزوج يخلو بزوجه، وتدعى عليه الوطء. قال القاضي أبو محمد: أو يكاتب العبد، وعلى هذا عندى يجب أن يكون العتق والتدبير والاستيلاد، وفوات العين يبيع أو هبة.

وأما ما يكال أو يوزن أو يعد، فقد قال القاضي أبو محمد: إن خلطه الابن بمثله، فلا

كتاب الأفضية ٢٥
سبيل للأب إلى اعتصاره، قال: لأن ذلك جرى بجرى إتلافه، وذلك يمنع الرجوع فيه.

* * *

القضاء في العمرى

١٤٢٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمرى لَهُ وَلِعقبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا، لَا تَرْجِعُ إِلَيَّ الَّذِي أُعْطَاهَا أَبَدًا؛ لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ».

الشرح: معنى العمرى، هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه، فسميت عمرى لتعلقها بالعمر، وإنما يتناول الأعمار هبة المنافع لا هبة الرقبة. وقال النبي ﷺ: «من أعمار عمرى له ولعقبه، فإنها للذى يعطاها» يريد والله أعلم، أن ما أعطى من المنافع يكون له ولعقبه، ولا تبطل لعقبه بعد موته، ولا ترجع بذلك إلى الذى أعطياها؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث، فوجب أن ينفذ عطيته على ما أعطياها من وجوب التوارث فيها، وأن تنتقل المنافع إلى عقب المعطى بعد موته، وهذا كله راجع إلى المنافع، ومتعلق به دون رقبة الدار؛ لأن رقبته لم يعطاها عطاء وقعت فيه المواريث ولا غيره، ولا خرجت عن ملكه.

وفى معنى هذا الحديث ثمانية أبواب، أحدها: فى معنى العمرى وألفاظها، ومعنى الحبس والصدقة، وما يختلف لذلك من أحكامها. والباب الثانى: فىمن يصح منه التحبىس، ومن يصح عليه وما يصح تحبىسه. والباب الثالث: فى دخول العقب مع المعطى أو ترتيبه بعده. والباب الرابع: فى معنى العقب والذرية والبنين والمولى. والباب الخامس: فى قسمة منافع العمرى. والباب السادس: فى استحقاق القسم بالولادة

١٤٢٣ - أخرجه البخارى فى الهبة ٢٦٢٥. ومسلم فى الهبات ١٦٢٥. والترمذى فى الأحكام ١٣٥٠. والنسائى فى العمرى ٣٧٢٩، ٣٧٣٥، ٣٧٣٩، ٣٧٤٠، ٣٧٤٢، ٣٧٤٣، ٣٧٤٤، ٣٧٤٥، ٣٧٤٦، ٣٧٤٧، ٣٧٤٨، ٣٧٤٩. وأبو داود فى البيوع ٣٥٥٠، ٣٥٥١، ٣٥٥٢، ٣٥٥٣. وابن ماجه فى الأحكام ٢٣٨٠، ٢٣٨٣. وأحمد فى باقى مسند الكثرين ١٤٦٥٩، ١٤٨٦٦. والبيهقى فى الشرح الكبير ١٧٢/٦، عن جابر. وعبدالرزاق ١٦٨٨٨، ١٩٠/٩، عن هشام بن عروة، عن أبيه. والطحاوى فى معانى الآثار ٩٣/٤، عن جابر.

٢٦ كتاب الأفضية

وانتقاله بالموت. والباب السابع: فيما يجوز من بيع العمرى والحبس. والباب الثامن: فى من تعود إليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر، ومن حبس عليهم.

* * *

الباب الأول: فى معنى العمرى وألفاظها، ومعنى الحبس والصدقة، وما يختلف لذلك من أحكامها

إذا ثبت أن العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له، أو مدة عمره وعمر عقبه، فقد سُمى الملك عمرى لجواز أن تعلق العمرى بمنافعه. وقد روى ابن القاسم عن مالك: من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه، رجعت إلى صاحبها إن كان حياً أو إلى ورثته يوم مات، إن كان ميتاً. وقال أبو حنيفة والشافعى: يكون ملكاً للمعمر ولعقبه بعده، فإن مات ولا عقب له فليبت المال.

ودليلنا من جهة القياس أن تعليق الملك بوقت معين، يقتضى تملك المنافع دون الرقبة؛ لأن تعليق الملك لوقت ينتهى إليه يمنع ملك الرقبة لمالك رقبتة بمجىء زيد أو نزول المطر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن للعمرى ألفاظاً نحن نبينها، ونذكر ما يقرب منها مما يخالفها، وذلك إن كان معنى العمرى هبة المنافع دون الرقبة، فإن كان ما كان من الألفاظ يقتضى هذا المعنى، فإن حكمه فى ذلك حكم العمرى، وإن اختلفت فى بعض الأحكام، ومن ذلك أن يقول: أسكنتك هذه الدار عمرى، أو وهبتك سكنها عمرى.

وفى المدونة عن ابن القاسم فىمن قال: أسكنتك هذه الدار وعقبك، رجعت إلى صاحبها، وكذلك لو قال: هذه الدار لك ولعقبك سكنى.

وفى المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب: إذا قال: هى لك صدقة سكنى، فليس له إلا سكنها صدقة دون الرقبة، قال محمد: حياته.

مسألة: وأما إذا قال: هذه الدار حبس على فلان، ولم يزد على هذا، فقد قال عبد الملك فى المجموعة: إنها عمرى. وقال فى الموازية: هى حبس.

وروى ابن وهب عن مالك فى الحبس على المعنين لهما بمعنى العمرى. وقال فى الموازية: اختلف فيها قول ابن القاسم، وترجح فيها قول مالك.

فوجه قول مالك أنها عمرى مما قدمناه من أن التحبىس إنما يقتضى هبة المنافع، فإذا

كتاب الأفضية ٢٧
قال: على فلان، اقتضى ذلك اختصاص الهبة دون غيرها من وارث أو غيره، وذلك يقتضى أنه إنما وهبه المنافع دون مدة عمره، وذلك بمعنى العمرى.

ووجه القول الثانى أن لفظ التحبب ظاهره، يقتضى المنع من رجوع المنافع إليه؛ لأن معنى التحبب أن تكون المنافع محبوسة على وجه نص عليها أو آخر تعيينها، وإذا حبسها على فلان انصرفت إليه منافعها عمره، فإذا انقضى عمره لم يرجع إلى الحبس؛ لأنه معنى يمنع ذلك.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن كان المحبس حياً، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: يسأل عما أراد عمرى أو حبس، فيحمل على ذلك، ويقبل قوله فيه، فإن مات قبل أن يسأل، فقد اختار ابن المواز: أن يعود ميراثاً لورثته، ويجوز أن يجرى فى ذلك الخلاف المتقدم؛ لأنها مسألة الخلاف التى قدمناها، وإنما قبل قوله لما احتمل الوجهين جميعاً، فكان هو أعلم بما أراد من ذلك، فيحمل عليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن قال: دارى هذه حبس، لا تباع ولا توهب، ما عاش المحبس عليهم، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: أنه حبس مؤبد.

ووجه ذلك أن قوله: لا تباع ولا توهب، تصريح فى تأييد التحبب، وإن كان قد علقه بهذه؛ لأن العمرى فيها، [.....] ^(١) والبيع اقتضى ذلك التحبب المؤبد؛ لأنه الذى يختص [.....] ^(٢) وقد قال القاضى أبو محمد: اختلف أصحابنا فى مخرج قول مالك فى ذلك، فمنهم من قال: إنها على روايتين كقوله: حبساً فقط، ومنهم من قال على رواية واحدة: إنها حبس، والله أعلم وأحكم.

ولو قال: دارى حبس على فلان وولده، فإن كان ولده معينين، مثل قوله: دارى حبس على فلان، وبنيه زيد وعمرو وخالد، فهذه المسألة المتقدمة.

وإن قال مع ذلك: وعلى من يحدث له بعد من ولد، ففى المجموعة عن عبدالمالك: أنها حبس لتعلقها بمجموعين، وإن لم يسم الأولاد فى قوله: هى حبس على فلان وولده، أو على فلان وعقبهن أو على قوم غير معينين كبنى تميم أو قريش، أو قال: حبساً مؤبداً أو حبساً لا يباع.

قال ابن عبدوس عن سحنون: فهو كما قال: لا يباع ولا يوهب، أو حبساً صدقة

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

٢٨ كتاب الأفضية

على قوم معينين أو غير معينين، فإن هذا لم يختلف فيه قول مالك فى أنه ترجع منافعه إلى المحبس عليهم كما لو قال: جعلت دارى مسجداً.

ووجه ذلك أن هذه تقتضى التأييد، فحملت على مقتضاها. وأما قوله: حبساً صدقة، فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون: هى عمرى، إن لم يذكر عقباً، ولا يمنع البيع، وبه قال ابن كنانة. وقال القاضى أبو محمد: اختلف أصحابنا فى تخريج قول مالك فى ذلك، فمنهم من قال إنهما على روايتين كقوله: حبساً فقط، ومنهم من قال على رواية واحدة: أنها ترجع حبساً.

مسألة: ومن قال: حبست هذه الدار، ولم يزد على ذلك، ولم يذكر مطرف الحكم إلى معين ولا غيره، فإنه يصح الحبس، ويلزم، قاله ابن المواز عن مالك وأشهب خلافاً للشافعى فى أحد قوليه: لا يصح ذلك. وأما من قال: دارى هذه عمرى، فلا يلزمه شىء حتى يذكر العمرى.

والفرق بينهما أن لفظ التحبب أكثر ما يستعمل على وجه القرية، ولفظ العمرى لا يستعمل فى القرية، فأشبه الصدقة والهبة.

مسألة: وأما لفظ التوقيف، فقد قال القاضى أبو محمد: إن لفظ التوقيف صريح فى تأييد الحبس، فلا يرجع ملكاً أبداً لأن مفهوم هذه اللفظة فى العرف التبتل على وجه التأييد وتمليك المنافع على الدوام.

مسألة: وأما لفظ الصدقة، فإن أراد له تمليك الرقبة، فهو على ما أراد كالهبة، وإن أراد به معنى الحبس، فإن كان على معين، ولم يقترن به ما يقتضى التأييد، ففيه روايتان على ما تقدم فى الحبس، قال ذلك كله القاضى أبو محمد فى معونته.

قال: وذكر ابن عبدوس عن بعض أصحابنا فى الذى يقول ملكى هذا صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا، ولم يقل حبساً، أنه يكون ملكاً لآخر العقب من رجل أو امرأة يتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره. قال: وأكثر أصحابنا يرونه حبساً.

وجه القول الأول أن لفظ الصدقة وإن كان ظاهره تمليك الرقبة إلا أنه لما علق ذلك بمعين وعقبه علم أنه لا يصح أن يملكها الأول منهم؛ لأن ذلك يمنع عقبه من ملكها، فافتضى ذلك تمليك الرقبة لآخر العقب، وهذا الذى حكاه القاضى أبو محمد موجود فى المذهب، ففي الموازية عن ابن القاسم عن مالك عن الرجل يقول: دارى صدقة على فلان وولده ما عاشوا، أنها ترجع إذا انقرضوا مرجع الأحباس.

كتاب الأفضية ٢٩
وروى فى الموازية أشهب عن مالك، قال: إن لم يبق من العقب إلا بنت، أن لها
بيع الدار.

وقال ابن القاسم: وقد روى صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر «أن عمر
تصدق بمال له يقال له نعم، فقال: يا رسول الله، إنى استفدت مالاً، وهو عندي
نفيس، فأردت أن أتصدق به، فقال النبي ﷺ: تصدق بأصله، لا يباع، ولا يوهب، ولا
يورث، ولكن تنفق ثمره، فتصدق به عمر، فصدقته تلك فى سبيل الله وفى الرقاب
والمساكين والضيف وابن السبيل ولذى القربى لا جناح على من وليه أن يأكل منه
بالمعروف أو يؤكل صديقه»^(١). فاستعمل لفظ الصدقة فيما معناه التحبيس.

ووجه الرواية أن تعليق الصدقة بجماعة [.....]^(١) ينتقل إليه بعد انقراض بعض
بنيه، أن المراد بذلك الصدقة بالمنافع دون الرقبة؛ لأن الرقبة لا يصح فيها نقلها
بالصدقة عن قوم إلى قوم، وإنما يصح ذلك فى المنافع، وهذا معنى الحبس، والله أعلم
وأحكم.

مسألة: وهذا الذى قاله إذا عرا لفظ الصدقة عن لفظ التحبيس، فإن اقترن به ما
يقتضى تبديل الصدقة، فهو على ذلك، وإن اقترن به من صفة المتصدق عليهم أو صفة
الصدقة ما يقتضى التخيير، فهو على ذلك، وإذا عرا من ذلك، فقد قال القاضى أبو
محمد: إنها لا تكون بمعنى التحبيس؛ لأن الصدقة ظاهرها تملك الرقبة، وإنما يصرف إلى
المنافع [.....]^(٢).

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الحبس، وما فى معناه بأى لفظ كان تبقى الرقبة على
ملك المحبس، وللشافعى ثلاثة أقوال، أحدها مثل هذا. والثانى: ينتقل إلى الموقوف
عليهم. والثالث: ينتقل إلى البارى تعالى.

والدليل على ما نقوله [.....]^(٣).

ومن جهة المعنى أنه بدل المنافع، فلا تخرج بذلك الرقبة عن ملك البازل بالعارية.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٦٤. مسلم حديث رقم ١٦٣٣. الترمذى حديث رقم

١٣٧٥. أبو داود حديث رقم ٢٨٧٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٥١٥٧.

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٣) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

٣٠ كتاب الأفضية

ودليل ثان أن كل ما لا يصح عتقه، فلا يجوز الملك عن رقبتة، ويبقى الملك على مناعه كالحیوان والعروض.

* * *

الباب الثاني: فيمن يصح التحبیس منه ومن يصح التحبیس علیه وما يصح

تحبیسه

التحبیس فی الأصل جائز، يلزم فی الحياة والموت، ولا يفتقر إلى حكم حاكم، والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، ولا يلزم، وأصحابه المتأخرون يحكون عنه أنه جائز، ولكن لا يلزم إلا بأحد أمرين، إما بحكم حاكم أو يوصى في مرضه، أو يوقف بعد موته، فيصح ويكون من ثلثه كالوصية إلا أن يكون مسجداً أو سقاية، فإن ذلك يلزم، ولا يفتقر إلى حكم حاكم.

وهذه المسألة التي كلم فيها أبو يوسف مالكا في مجلس الرشيد، فظهر عليه مالك، وقال له: هذه أوقاف رسول الله ﷺ ينقلها أهل المدينة، خلفهم عن سلفهم، يشير إلى الخبر المتواتر، فرجع أبو يوسف في ذلك عن مذهب أبي حنيفة، وهذا فعل أهل الدين والعلم في الرجوع إلى الحق حين ظهر وتبين، ورأى أصحابه المتأخرون الاعتذار لقوله القديم لما قدمناه.

والدليل على ما نقوله مع ما قدمناه قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. ومن جهة السنة ما روى نافع عن ابن عمر «أن عمر بن الخطاب أصاب بخبير أرضاً، فأتى النبي ﷺ فقال: إني أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه، فكيف تأمرني به، قال: إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها، فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب ولا يورث، بل في الفقراء والأقربين والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول به»^(*).

ودليلنا من جهة المعنى أنه تحبیس عقار على وجه القربة، فلم يفتقر إلى وصية، ولا حكم حاكم كالمسجد والمقبرة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن له في تحبیس الرباع، وإعمارها قولاً واحداً، وهو

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٧٣٧، ٢٧٦٤. الترمذي حديث رقم ١٣٧٥. أبو داود

حديث رقم ٢٨٧٨.

كتاب الأفضية ٣٦

الجواز. وأما الحيوان والعروض، ففي الموازية عن مالك: أنه كره الحبس في الحيوان.

وقد قال ابن القاسم في المجموعة: من أعمار دابته، أو داره، أو عبيده في حياته، جاز، ويرجع بعد موته إلى ورثته.

قال ابن القاسم في العتبية: لم أسمع من مالك في تحبيس الثياب شيئاً، ولا بأس به. وقال أشهب: ذلك جائز.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن قلنا بالجواز وجب أن يكون ذلك لازماً لموافقة الشرع مع كونه من العقود اللازمة، وإن قلنا بکراهة ذلك، ففيه روايتان، إحداهما الجواز، والثانية اللزوم.

وقال القاضي أبو محمد: ومن أصحابنا من قال في الخيل قولاً واحداً، وإنما الخلاف في غيرها. وروى ابن المواز عن مالك: أنه كره الحبس في الحيوان، فإن وقع أمضاه، إن أراد تغييره إلى ما هو أفضل للمعين، وأحب إلى الله تعالى، فذلك له. وقال أشهب: الحبس في الحيوان لازم على ما شرط كالرباع.

وجه اللزوم، قول النبي ﷺ أن خالداً حبس أذراعه وأعبده في سبيل الله. ومن جهة المعنى أنه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار.

ووجه القول الثاني أن التحبيس يقتضى التأيد، وذلك مختص بالعقار دون ما ينقل ويحول.

مسألة: ولا يصح أن يوقف الرجل ملكه على نفسه خلافاً لأبي يوسف.

والدليل على ذلك أن من ملك شيئاً بجهة من الجهات، لم يصح أن ينقله إلى غير تلك الجهة من ملكه كما لو وهب نفسه ماله. وقال الشيخ أبو إسحاق: من حبس على نفسه وعلى جيرانه، صح حبسه، ودخل معهم، وإنما يرد ما حبس على نفسه خاصة.

مسألة: ومن قال: دارى هذه حبس أو موقوفة، ولم يذكر وجهها تصرف إليه، فإن ذلك يحمل على المقصود بأحباس تلك الجهة، ووجه الحاجة فيها. وقال ابن القاسم في العتبية: يكون للفقراء أو المساكين، قيل له: إنها بالإسكندرية، قال: يجتهد الإمام في ذلك.

٣٢ كتاب الأفضية

ووجهه أن معظم البلاد معظم حاجتها فى إعطاء المساكين؛ لأنها أحد وجوه البر وأعمها، وأما الثغور، فرمما كانت الحاجة إلى ما يصرف فى وجوه الجهاد أكد، فينظر فى ذلك الإمام، فيصرف الأحباس المطلقة إلى ما هو أكد حاجة وأعم وقت التحسيس، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو حبس ذمى داراً على مسجد، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك، ورواه معن بن عيسى عن امرأة نصرانية بعثت ديناراً إلى الكعبة؟ أيجعل فى الكعبة قال: يرد إليها.

ووجه ذلك أن هذه أموال هى أظهر الأموال وأطيبها، وأموال الكفار أبعد الأموال عن ذلك، فيجب أن تنزه عنها المساجد.

مسألة: ولو حبس مسلم على كنيسة، فالأظهر عندى أن يرد؛ لأنه قد صرف صدقته إلى وجه معصية كما لو صرفها إلى شرب الخمر، وإعطائه أهل الفسق.

مسألة: روى عمر بن زياد عن مالك أنه كره إخراج البنات من الحبس إذا زوجن. وفى رواية ابن القاسم عنه: ذلك من عمل الجاهلية.

ووجه ذلك ما تقدم من المنع من تفضيل بعض البنين بالعطاء لاسيما مع ما فيه من شبه فعل أهل الكفر، واحتجت عائشة رضى الله عنها لذلك بقوله تعالى: ﴿وقالوا ما فى بطون هذه الأنعام خالصة للذكورنا ومحرم على أزواجنا﴾ [الأنعام: ١٣٩].

فرع: فإن وقع ذلك، فقد روى ابن القاسم عن مالك: الشأن أن يبطل. قال الشيخ أبو إسحاق: ومن أخرجهن عنه، يبطل تحميسه، وكذلك من شرط أن من تزوجت منهن، يبطل حقها إلا أن يرد لها راد، وينقص ذلك حتى يرد لها إلى الفرائض. قال ابن القاسم: أرى إن فات ذلك، أن يضمن على ما شرط، وإن كان حياً لم يجز عنه أن يرد، ويدخل فيه البنات.

وروى عيسى عن ابن القاسم نحوه، وأنكر هذه الرواية لسحنون، والخلاف فى هذه المسألة مبنى على ما تقدم من الخلاف فيمن وهب بعض بنيه دون بعض. قال ابن المواز: وإن نقص إذا لم يأت المحبس عليهم، وهم كبار، فإن أبوا، لم يفسخ، وإن كان حياً.

* * *

الباب الثالث: فى دخول العقب مع المعطى

الأصل فى ذلك قول النبى ﷺ: «أبنا رجل أعمار عمرى له ولعقبه»^(١) وذلك أن إعطاء المنافع فى العمرى أو الحبس، لا يخلو أن يكون لغير معينين، أو لمعينين وغير معينين. فأما غير المعينين، فكمن قال: أعمرت هذه الدار ولد فلان أو عقبه، ففى الموازية والعقبية من حبس على ولده داراً، فولد له أولاد، فإنهم مع الآباء فى حياة الأب، وكذلك قال مالك فى المجموعة، وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: أنه بمنزلة قوله: ولدى وولد ولدى، يبدأ بالآباء فيورثون.

وإن فضل فضل كان لولد الولد، قال عبدالمالك: كان مالك يؤثر الأعلين، وكان المغيرة وغيره يسوون بينهم، وهو أحب إلى. وقال عبدالمالك عن أشهب: لا يكون الأب أولى مع استواء الحاجة.

وجه القول الأول ما احتج به عبدالمالك، قال: يقول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] فكان ولد الولد كالولد فى ذلك.

ومن جهة المعنى أن اللفظ يتناولهم تناولاً واحداً، فوجب أن يتساووا.

وجه القول الثانى ما احتج به ابن المواز، أن شأن الأقباس أن يؤثر أقربهم من الحبس [.....]^(١) وكان الأولى أن يحتج بالآية لمالك وابن القاسم أن الآباء يبدأون فى الميراث [.....]^(٢) قوله: ولدى، يتعدى إلى ولد الولد، وتتمام قوله هذا، أن يقول [.....]^(٣) القائلين فى بعض أحكامه، يقتضى أنه إذا قال ولدى، فإن ذلك يتناول من يكون من ولده ما تناسلوا، وكذلك إذا قال ولد ولدى، وهو مقتضى قوله ﷺ: «أبنا رجل أعمار عمرى له ولعقبه».

مسألة: وأما إذا قال [.....]^(٤) قلنا يؤثر الأقرب فى قوله ولدى، فبأن يؤثر هاهنا

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٦٢٥. الترمذى حديث رقم ١٣٥٠. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٧٤٣، ٣٧٤٥، ٣٧٤٨. أبو داود حديث رقم ٣٥٥٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٤٨٦٦.

(١) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

(٢) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

(٣) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

(٤) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

٣٤ كتاب الأفضية

الأقرب أولى، وإذا قلنا [.....]^(٥) قوله: ولدى، فقد تقدم. وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن حبس على ولده وأعقابهم [.....]^(٦) ثم بقى بنوه وبنو بنيه، فإنه يسوى بينهم مع استواء الحال.

فرع: [.....]^(٧) بين الأعلون، فإن ذلك تساوى حال فى الحاجة، يبدأ الأعلون ويعطى [.....]^(٨) ما فضل، فإن كانت الحاجة فى ولد أو ثروا، ويكون الأب معهم، قاله ابن القاسم وعبدالمملك.

قال ابن المواز: قول ابن القاسم استحسان، وقد قال مالك: لا يدخل ولد الولد إلا فى الفضل، وشأن الأحبس إيثار الأقرب، وكذلك مرجعها، وإنما قال ابن القاسم: يعطى الأب معهم، فلئلا ينقطع سبب الأب، وإن كان غنيا، ولو كانت الحاجة فى الأب، ولم يدخل معهم ولد الولد إلا بعد غنى الأب.

مسألة: وأما إذا قال: دارى هذه حبس على فلان، ثم على ولده، أو على فلان بعده، ففي المجموعة عن عبدالمملك فيمن تصدق على ولده الذين هم أحياء، ثم على أعقابهم، فهو على قوله: فإذا انقرضوا، فعلى أعقابهم، ولو قال: وأعقابهم، دخل العقب مع الأعلى.

ووجه ذلك أن «ثم» فى العطف للترتيب، فيقتضى ذلك أن يبدأ الأولون، ولا يكون لمن بعدهم شيء إلا بعد انقراضهم، وأما الواو، فهي للجمع، فاقتضت التشريك، والله أعلم.

* * *

الباب الرابع: فى معنى العقب والبنين والولد والورثة

قال مالك، رواية ابن القاسم عنه فى المجموعة: إن العقب الولد ذكراً كان أو أنثى، وليس ولد البنات عقباً ذكراً كان أو أنثى، وقاله عبدالمملك. قال ابن حبيب عن ابن الماجشون: ويجمع ذلك أن كل ذكر أو أنثى أدلت به أنثى، فليس بعقب، وقاله ابن شهاب.

(٥) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٦) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٧) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(٨) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

كتاب الأفضية ٣٥

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وأصل ذلك عندي أن عقب الرجل من انتسب إليه، وولد البنات لا ينسبون إليه، ولذلك لا يقال لعبدالله بن عباس الهاشمي عبدالله بن الحارث الهلالي، وإن كانت أمه لبابة بنت الحارث الهلالية، ومن كان أبوه من العرب وأمّه من الروم لا يقال له الرومي، ولا ينتسب إلى الروم.

مسألة: فأما الولد، فإنه اسم يتناول الولد وولد الولد الذكور، ذكورهم والإناث إناثهم. وقد قال مالك في المجموعة: من حبس على ولده وولد ولده، لم يدخل فيه ولد البنات؛ لأنه من قوم آخرين لم يدخلوا في المواريث.

قال عبدالمالك وابن كنانة: فلذلك لا يدخلون في صدقة الجد في أمهم بهذا الاسم. قال عبدالمالك: والصدقة على الولد والعقب سواء.

واحتج لذلك بقوله تعالى: ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فألمه الثلث﴾ [النساء: ١١] ولا خلاف أن ولد الولد كالولد في رد الأم إلى السدس، ولا تأثير في ذلك لولد البنات. قال أبو عبدالله بن العطار: هذا قول مالك، وكانت الفتوى عندنا، يريد بقرطبة، أن ولد البنات يدخلون في ذلك، وقضى به محمد بن إسحاق بن السليم، وبه يفتى أكثر من كان في زمانه. قال: وكذلك الأعقاب يدخل فيه ولد البنات إلا في قوله: بنى، وبنى بنى، ولدى، وولد ولدى أبن.

مسألة: وأما البنون، فإنه يتناول الولد وولد الولد ذكورهم وإناثهم. قال مالك: ومن تصدق على بنيه وبنى بنيه، فإن بناته وبنات بنيه يدخلون في ذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن حبس على بناته، فإن بناته وبنات بنيه يدخلون مع بنات صلبه.

والذى عليه جماعة أصحابنا أن ولد البنت لا يدخلون في البنين. وما روى عن النبي ﷺ أنه قال للحسن: «إن ابني هذا لسيد^(*) فعلى سبيل المجاز والثناء عليه والإخبار بحاسنه، لا على معنى النسبة، وإطلاق اللفظ.

فإذا حبس على نسل فلان؟ قال أبو عبدالله بن العطار: إنه كقوله: ولد ولده على ما تقدم من خروج ولد البنات من ذلك في قول مالك، ودخولهم على ظاهر لفظ المحبس.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٧٠٤، ٣٦٢٩، ٣٧٤٦، ٧١٠٩. الترمذي حديث رقم ٣٧٧٣. النسائي في الصغرى حديث رقم ١٤١٠. أبو داود حديث رقم ٤٦٦٢. أحمد في المسند حديث رقم ١٩٩٦٠.

٣٦ كتاب الأفضية

مسألة: وأما الذرية، فقد قال أبو عبدالله محمد بن العطار: لا خلاف في دخول ولد البنات في ذلك لقول الله عز وجل: ﴿ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف﴾ إلى قوله: ﴿وزكريا ويحيى وعيسى﴾ [الأنعام: ٨٤] فجعل عيسى من ذرية إبراهيم، وإن لم يكن ولد ابن، وإنما هو ولد بنت.

مسألة: وأما الآل، فهم الأهل. قال ابن القاسم: آله وأهله سواء، وهم العصابات والأخوات والعمات، ولا يدخل في ذلك الخالات.

ومعنى ذلك عندى العصابة أو من كان في قعدهن من النساء. وقد قال مالك في من حبس على رجل وعلى أهله أو سقاً مسماً من حائط، فهلك ولد من ولد ذلك الرجل، وولد له آخر، فإنه يدخل في ذلك الحبس. وما روى عن مالك بن أنس أنه قال في قول المسلم: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد، أن آل محمد كل تقى، واحتج بقوله تعالى: ﴿أدخلوا آل فرعون أشد العذاب﴾ [غافر: ٤٦] فإن ذلك يحمل اللفظ بأدلة اقترنت به صرفته عن ظاهره، وإطلاق اللفظ يقتضى ما قدمناه أولاً، وهذا المشهور من المذهب. وقال الشيخ أبو إسحاق: ويدخل في الأهل من كان من جهة أحد الأبوين، بعدوا أو قربوا.

ولو قال: على آباء، دخل الآباء والأمهات والأجداد والجدات، بعدوا أو قربوا، وكذلك العمومة، قال الله عز وجل: ﴿نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾ [البقرة: ١٣٣].

وقد اختلف في الأخوال والخالات والأختان أن يدخلوا، وهذه المعاني إنما وردت على سبيل المحاز، ومقتضى مذهب مالك حقائقها أو عرف استعمالها الغالب على حقائقها.

مسألة: وأما القرابة، ففي الموازية والمجموعة عن مالك: من أوصى بمال لأقاربه، أنه يقسم على الأقرب، فالأقرب بالاجتهاد.

قال مالك في العتبية: ولا يدخل في ذلك ولد البنات، وولد الخالات. وروى ابن عبدوس عن ابن كنانة: يدخل فيها الأعمام، والعمات، والأخوال، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

وروى على بن زياد عن مالك: يدخل فيه أقاربه من قبل أبيه وأمه. وقال أشهب في المجموعة: إن كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء، محرم أو غير محرم، فهو ذو قرابة، وقد ذكرت ذلك في الاستيفاء مستوعباً، وبالله التوفيق، والله أعلم وأحكم.

كتاب الأقضية ٣٧
مسألة: وأما الموالى، فقد قال مالك فيمن حبس على مواليه، فإن موالى مواليه يدخلون معهم، وكذلك موالى ابنه، وكذلك موالى أبيه. وروى عنه وهب: يدخل فيه أولاد مواليه.

وجه القول الأول أنهم لا ينتسبون إليه ولا هم فى قعد عصبته.

وجه القول الثانى أن العمات والخالات يناسبونه إلى أحد جديه، وذلك يقتضى القرابة، ويلزمه على قوله فى بنات الأخ أن يدخل فى ذلك بنو الخالة، إلا أن يكون لجنبة الأب قرابة يدخل بها ولد النساء دون جنبة الأم؛ لأن جنبة الأب فى القرابة لها وجه إلا أنه لم يفسر ذلك تفسيراً، يتميز به القرابة من غيرها.

مسألة: ولو حبس على قومه أو قوم فلان، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: ذلك على الرجال خاصة من العصبية دون النساء، واحتج على ذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَر قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءِ عَسَىٰ أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ﴾ [الحجرات: ١١] ففرق بين القوم والنساء. قال زهير:

وما أدرى وسوف إخال أدرى أقوم آل حصن أم نساء

مسألة: فإن قلنا إنه يدخل فى موالى أمه موالى بنيه وأبيه، ففى المجموعة فىمن حبس على مواليه، فإنه يدخل فيه موالى ولد الولد والأجداد الأم والجدلة والإخوة، ولا يدخل فيه موالى بنى الإخوة والعمومة، ولو أدخلت هؤلاء دخلت موالى القبيلة.

وجه هذا القول الأول أن من يعتق عليه بالتعصيب، فإن مواليه يدخلون فى إطلاق لفظ موالى المحبس، ومن لا يعتق عليه بذلك، فأحواله لا يدخلون فى إطلاق لفظ الموالى.

فرع: فإذا قلنا يدخل فيه موالى هؤلاء، ففى المجموعة أنه يبدأ بالأقرب، ويؤثر على الأبعد إذا استورا فى الحاجة، وإن كان الأقرب غنياً أوثر المحتاج الأبعد عليه، وقاله مالك فى العتبية فى موالى الأب والابن.

* * *

الباب الخامس: فى قسمة منافع العمرى والحبس

فأما العمرى والحبس الذى تقدم معناه، أنه إذا كان على معينين، فإنهم فيه بالسوية. وقد قال فى المجموعة: ما حبس على قوم بأعيانهم من دار أو زرع أو ثمر نخل، فذلك

٣٨ كتاب الأفضية

بينهم بالسواء، ولذا ذكر مثل ما للأثني، قال ابن القاسم في الموازية: من حبس على قوم معينين دون تعقب، فإن حق الغائب منهم ثابت في السكنى، وحاضرهم وغائبهم سواء. وقال ابن المواز: وفقيرهم وغنيهم سواء.

وأما العمري والحبس على غير معينين، ففي المجموعة عن مالك: من حبس على قوم وأعقابهم، فإنه يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال والزمانة بقدر ما يراه من ولي ذلك.

وروى ابن المواز عن عبدالمالك: لا يفضل ذو الحاجة على الغنى في الحبس إلا بشرط من الحبس.

ووجه القول الأول أن معنى الحبس القرية وإيثار ذوى الحاجة يقتضى القرية، إلا أن يصرف عن ظاهره بشرط. والفرق بين هذا وبين الحبس المختص بالمعنيين على هذا القول، أن من حبس على معينين، فقد قصد استيفاءهم، والمساواة بينهم، وإذا أفرد غير معينين، وأضافهم إلى معينين، فقد علم أنه لم يقصد الاستيعاب ولا المساواة؛ لأنه لا يمكن ذلك فيهم، فكان ذلك مقتضى حبسه، والله أعلم وأحكم.

وجه قول عبدالمالك ما احتج به من أن الحبس تصدق على ولده، وهو يعلم أن منهم الغنى والمحتاج.

فرع: إذا ثبت إيثار ذوى الحاجة، ففي الموازية لابن القاسم عن مالك فيمن حبس على الفقراء أو في سبيل الله وابن السبيل وذوى القربى، وفي قرابته غنى لا يعطى منه، ولكن ذوى الحاجة.

وفي المجموعة: من حبس على قوم وعلى أعقابهم؛ أن ذلك كالصدقة، لا يعطى منه لغنى شيئاً، ويعطى المتوسط بقدر حاله، فإن كان للأغنياء أولاد كبار فقراء، قد بلغوا، أعطوا بقدر حاجتهم.

ومعنى ذلك ما قدمناه من أن ظاهر الحبس ومقتضاه القرية وسد الخلة، وذلك مختص بنوى الحاجة. وأما المسدد، فهو الذى له كفاية، وربما ضاقت حاله بكثرة عياله.

وأما ولد الغنى لا مال له، فهو فقير، وإذا بلغ صحيحاً، فلم يلزم الأب الإنفاق عليه، فهو من الفقراء وذوى الحاجة.

فرع: وإذا تساوى أهل الحبس فى الفقر أو الغنى أوثر الأقرب، ويعطى الفضل من يليه، وإن كان الأبعد غنياً أوثر الفقير الأبعد، ذكره ابن عبدوس فى المجموعة.

كتاب الأفضية ٣٩

ووجه ذلك أنه لما قصد بالحبس قرابته، كان للقريب تأثير فى الإيثار، إلا أن تأثير ذوى الفقر والحاجة أكثر؛ لأنه مقصود الصدقات والأجاس، وهذا إذا كان عدد المحبس عليهم لا ينحصر، ولا يفضل عن فقرائهم شىء، فإنه يصرف إلى الأغنياء، وقد رواه عيسى عن ابن القاسم.

ووجهه أن الحبس لا يختص بالفقراء، ولذلك لا يجوز أن يحبس على رجل غنى، وإنما يؤثر الفقراء، فإن فضلت فضلة جاز صرفها إلى من شرك الفقراء فى معنى الحبس من الأغنياء.

فرع: والذكر والأثنى فى الحبس سواء، قال ابن حبيب: وهو قول مالك وأصحابه إلا أن يكون بشرط.

ووجه ذلك أن لفظ التشريك يقتضى التسمية، ولذلك قال الله تعالى فى الإخوة للأم: ﴿فهم شركاء فى الثلث﴾ [النساء: ١٢] وسوى بين ذكورهم وإناثهم فى ذلك الثلث.

مسألة: وإذا قسم الحبس بين أهله من غلة وسكنى، فليس على كثرة العدد، وليبدأ بأهل الحاجة، قال ابن كنانة فى المجموعة: ولو بدر إلى سكنى الحبس بعضهم، فليس ذلك بالبدار، ولكن المقدم أحوجهم، وأقربهم من المحبس.

وروى عيسى عن ابن القاسم: إن تساوا فى الغنى والحاجة، فمن سبق إلى سكنائها منهم، فهو أحق، ولا يخرج لمن بقى، وليس على عددهم، ولكن بقدر كثرة العيال، وليس الأعزب فى السكنى كالمتأهل المعقب، رواه عيسى عن ابن القاسم.

فأما إن كان بعضهم غالباً، والحاضر أولى منه بالسكنى؛ لأن الغائب لا يمكنه سكناه، فكان الحاضر أولى به؛ لأنه يمكنه الانتفاع به على الوجه الذى حبس عليه.

ومعنى ذلك أن المعانى المؤثرة فى التقديم، الحاجة والقرابة والبدار، والحاجة مقدمة، فإن تساوا فى الحاجة والقرابة، فمن بادر إلى السكنى كان أحق به. وفى معناه أن الحاضر أحق من الغائب؛ لأن الحاضر بادر إلى السكنى قبله، والاعتبار فى ذلك [....] ^(١) ابتداء السكنى، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت أن الحاضر أولى بالسكنى من الغائب، فمعناه أن يغيب قبل أن

(١) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

٤٠ كتاب الأفضية

يسكن، فإنه إذا قدم لم يخرج له من قد سكن، ولا يخرج أحد لأحد، إلا أن يخرج فى سفر انقطاع، ولو خرج مسافراً، فعرض له بعض ما يعرض للناس من الأسفار كان له أن يكرى مسكنه إلى أن يعود، ولو انتقل إليه أحد من أهل الحبس، رد إلى منزله، وأخرج من كان دخل فيه، قاله مالك.

وإذا سكن بعضهم لحاجته ولحضوره، فاستغنى وقدم الغائب، فروى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة: لم يخرج أحد منهم لقدم الغائب، ولا حاجة غيرهم من أهل الحبس، والغائب والمسافر كالحاضر فى ابتداء القسمة أو بعد ذلك.

مسألة: ومن كان سكن من أهل الحبس مع أبيه، فبلغ، فإن كان قوياً يمكنه الانفراد عن أبيه، فله مسكنه من الحبس، وإن لم يتزوج، إذا ضاق عليه مسكن أبيه.

فأما من ضعف عن الانفراد، فلا مسكن له، إلا أن يتزوج، فمن تزوج منهم، فله حقه فى المسكن، وهذا فى الذكور. وأما الإناث، فلا مسكن لهن، وإن بلغن؛ لأنهن فى كفالة الأب، قاله عبدالمالك فى المجموعة.

مسألة: وأما الكراء والغلات من الثمر وغيره فإن حق من انتجع أو غاب لا يسقط حقه من السكنى إذا لم يكن فيه فضل، قاله ابن المواز وابن القاسم.

* * *

الباب السادس: فى استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت

وذلك يكون على ضربين انتقال إلى من هو من جملة من حبس عليهم، وانتقال إلى غيرهم، فأما الانتقال إلى المحبس أو المعمر عليهم، فلا يخلو أن يكون ذلك بلفظ الإشاعة أو الإبهام، فإن كان بلفظ الإشاعة، فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس داراً أو حائطاً على قوم، فمات بعضهم، فإن ما كان للميت من ذلك راجع إلى بقية أصحابه حتى ينقضوا، وذلك فى الأحباس كلها من غلة أو سكنى أو خدمة أو دار محبسة، كان مرجع ذلك الحبس إلى صاحب الأصل أو غيره، أو إلى السبيل.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن ما لا ينقسم من دار أو عبد، فنصيب الميت، يرجع على أصحابه، ونحوه روى ابن وهب عن مالك.

قال سحنون: وكذلك روى عنه جميع الرواة، وقاله المغيرة فيما ينقسم وما لا

كتاب الأفضية ٤١
ينقسم، إلا ابن القاسم، فإنه أخذ برجوع مالك في هذا بعينه، فقال: يرجع على من
بقي منهم فيما ينقسم وما لا ينقسم.

وجه القول الأول أن جميعهم في لفظ العمرى والحبس والتشريك بينهم فيه يقتضى
أن يكون لمن يستحق الاسم، ويتناوله حتى ينقضوا.

وجه القول الثانى أن كونه مما ينقسم يقتضى اختصاص كل واحد منهم بحصته،
وذلك يمنع رجوع حصته إلى أشراكه، ويوجب انقطاع حكم العمرى منها لموته.

مسألة: إذا ثبت ذلك، وراعينا ما ينقسم، فإن مطرفاً، قال عن مالك، فى المسكن:
إن جزءاً المحبس الدار بينهم، فنصيب الميت راجع إلى رب الدار، وإن جزؤها هم بينهم،
فنصيب الميت راجع إلى أصحابه.

وقال سحنون: إن هذا فيما لا ينقسم؛ لأن سكناهم الدار سكنى واحد واختدامهم
العبد كذلك. قال: وقال عبد الملك: وما كان من غلة تنقسم أو دار تكثرى أو عبيد
مخارجين، فإن نصيب من مات منهم يرجع إلى من إليه المرجع.

وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فيمن حبس خادماً على أهل بيت لم
يدخل عليهم غيرهم أو على ناس مجتمعين حياتهم، فإن مات منهم أحد فنصيبه على
من بقى، ولو كان على رجلين متفرقين هذا على حدة، وهذا على حدة، فنصيب من
مات للمحبس.

وفى المجموعة والموازية قال محمد: وهذا على ما ذكرنا من التفسير الأول، ولو
جعل ذلك على أهل بيت واحد، أو المجتمعين ونصيب كل واحد معروف، فلا يرجع
نصيب الميت على أصحابه، ولو حبسه على المتفرقين، وجعل ذلك مشاعاً كان نصيب
من مات منهم لأصحابه.

قال سحنون فى العتية: إذا قال: غلامى يخدم فلاناً يوماً، وفلاناً يوماً، فهذه قسمة،
من مات منهما رجع نصيبه إلى أصحابه.

مسألة: إذا ثبت مراعاة القسمة، فإن ظاهر قول سحنون يقتضى مراعاة قسمة
المعطى ذلك بينهم فى نفس العطية، وهو ظاهر قول مالك. وقول ابن الماجشون يقتضى
أن المراعى فى ذلك أن تكون العطية مما ينقسم كالعبيد المخارجين، والغلة تنقسم والدار
تكرى، وهو قول العراقيين من أصحابنا، وروايتهم عن المذهب، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا باعتبار قيمة المعطى عند العطية، فهذا حكمه إذا بين.

فرع: فإذا أبهم، فقد روى ابن المواز عن مالك أنه على الإشاعة حتى يبين.

وروجه ذلك أن لفظ الإبهام يقتضى الاشتراك والإشاعة، فحمل عليه. وأما إذا كان على وجه التعيين، ومعناه أن يعين الخطوط، فيسمى لكل واحد يوماً معيناً أو نصيباً مسمى، أو سكنى معروفة، فإن نصيب من مات منهم يرجع إلى صاحب المرجع، ورواه عبدالحكم عن مالك.

وروجه ذلك أن تعيينه وتعيين نصيبه يقتضى منع الاشتراك، ويجعل حكم كل إنسان منهم يختص به، فإذا توفى استحق ما كان له صاحب المرجع.

مسألة: وهذا إذا كان التحبب أو التعمير على معينين، فإن كان على غير معينين مثل أن يقول على فلان وعقبه أو على بنى تميم، فهذا إن بقى منهم واحد، أخذ جميع الغلة إذ لا منازع له فى صفة التحبب. وقد قال ابن كنانة فيمن حبس على امرأتين وعقبهما، فهاتنا يرجع نصيب الميتة منهما على صاحب المرجع.

قال الشيخ أبو القاسم: من حبس حبساً على رجلين حياتهما، ثم لرجل بعدهما فى وجه آخر، فمات أحد الرجلين رجح نصيبهما على الآخر، وقد قيل يرجع نصيب الميت منهما فى الوجه الثانى، والله أعلم وأحكم.

فصل: وإذا كان الحبس حائطاً، فمات أحد من أهل الحبس، فلا يخلو أن يموت قبل الأبار أو بعده، وقبل بدو الصلاح أو بعد بدو الصلاح، وقبل القسمة أو بعد القسمة، فإن مات قبل الأبار، فقد قال مالك وأصحابه: لا شىء له من الثمر ولا لورثته، وإن مات بعد الأبار، فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم: لا شىء له، ولا لورثته من الثمرة وهى لمن ولد بعد الأبار، وقبل بدو الصلاح.

وقال أشهب: هى لورثته من مات بعد الأبار، ومن مات قبل الأبار، فلا شىء له منها، ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وفى المعمر يموت، وفى الحائط ثمرة قد أبرت أنها لورثته.

وجه القول الأول أنه يتعلق بالثمرة مع بقاء الرقبة على ملك صاحبها، فوجب أن يتعلق ببدا الصلاح كالزكاة، لأن من كان من الحبس ذلك الوقت جاز له الانتفاع بأكلها رطباً؛ لأنه انتفاع مقصود، فلولا استحقاقه للثمرة لمنع الانتفاع بها.

كتاب الأفضية ٤٣
ووجه قول أشهب أنها عطية، فوجبت بالأبار كالصدقة المبتلة، فقد قال مالك وابن القاسم: يستحق فيها بالأبار، فكذلك هذا.

مسألة: وأما بعد بدو الصلاح، وقبل القسمة، فالذى ذهب إليه مالك وابن القاسم، أن من مات منهم بعد بدو الصلاح، فنصيبه لورثته، ومن ولد بعد بدو الصلاح، فلا شئ له من تلك الثمرة.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن حبس على ولد فلان، فإن الغلة تقسم على من كان حياً أو مولوداً يوم تقسم الثمرة.

وفى المجموعة عن ابن كنانة فيمن حبس على قبيلة، أنه إن مات بعضهم بعد طيب الثمرة، وقبل القسمة، فلا حق له، ومن ولد قبل القسم قسم له. وأما إن حبس على قوم معينين مسمين بأسمائهم ممن أدرك طيب الثمرة، فحقه فيها ثابت.

وجه القول الأول ما قدمناه. ووجه قول ابن كنانة أن الانتفاع بالغلة إنما يكون بعد القسمة والأحباس موضوعة على أنها تستحق بإمكان الانتفاع كالسكنى.

فروق: والفرق بين الصدقة والحبس على قول مالك وابن القاسم، أن الصدقة أقوى؛ لأنها معينة ومتعلقة بمعينين وأما ما كان على وجه الحبس وتمييز من يستحق الثمرة، فإنما يكون بعد بدو الصلاح؛ لأنه وقت الانتفاع بها والانتجاع لها.

مسألة: ولو كانت أرضاً فحرثها، ثم مات فربها مخير إن شاء أعطى الورثة كراء الحرث أو سلمها إليهم بكرائها تلك السنة، ولو مات، وفيها زرع، فلورثة الزارع، ولا كراء عليهم.

* * *

الباب السابع: فى بيع العمرى والحبس

أصل ذلك أن عقد العمرى والحبس عقد لازم؛ لأنه هبة للمنافع بالعمرى، والحبس يكون على ضربين، أحدهما: على غير موجود عند التحبيس. والثانى: على موجود. فأما إن كان على موجود، مثل أن يعمر زيدا أو يعمره وعقبه، أو يحبس على زيد أو عليه وعلى عقبه، وواحد ممن أعمر أو حبس عليه موجود عند العمرى، فقد امتنع البيع بنفس العقد، فإن كان جميعهم غير موجودين، مثل أن يحبس على ولده، ثم هو فى سبيل الله، فله أن يبيع ما لم يلد، فإذا ولد له، فلا يجوز له البيع.

قال ابن القاسم: ليس له أن يرجع حتى يؤيس له من الولد، ولو أجزت له هذا لأجزت له أن يبيع إذا كان له ولد، ثم ماتوا، ولم ينتظر أن يولد له غيرهم. قال ابن الماجشون: بل هو حبس.

وجه قول مالك أن الحبس لم يتعلق به قبول أحد، فيلزم سببه وربما من ذكر فيه لا يخلو، فإذا ولد له، فقد تعلق حق المولود به، فلم يجوز له بيعه.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحبس متوجه إلى من يصح وجوده، ويتوقع لزوم حقه، وعلى ذلك عقد الحبس، فليس له نقضه ما لم يؤيس من وجود الحبس عليه؛ لأن ذلك يخرج الحبس عن حكمه في اللزوم، فإذا يمس منه علم أن الحبس لم يتخذ بصرفه إلى من قد ظهر أنه لا يوجد، ولا يثبت له حق.

ووجه قول عبد الملك أن عقد الحبس عقد يلزم، وإن لم يذكر من حبس عليه، فلو قال: حائطي حبس للزوم، وأكثر ما في قوله: حائطي حبس على ولدي، ولا يوجد له ولد أن يكون بمنزلة من لم يذكر المحبس عليه، وذلك لازم، ويوجب تصرفه إلى من قررت الشريعة ردها إليه.

فروع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون، فقد قال فيمن قال: صدقتى هذه على ولدي، ولا ولد له، فهي حبس تخرج عن يده إلى يد ثقة، وثمرتها بعد ذلك حبس، فإن مات قبل أن يولد له، رجعت هي وغلتها إلى أولى الناس بالحبس يوم حبسها.

ووجه ذلك أنه لما كان عقد الحبس لازماً، وقد تعلق بمن لا يجوز له، لزم إخراجه من يده ليصح الحوز فيه، فإن حدث له بعد ذلك ولد رد إليه؛ لأنه يصح حوزة له. وقال غير ابن الماجشون: ولا يضر ذلك من مرجعه إليه؛ لأن الحوز قد تم فيه.

مسألة: إذا كان الحبس على موجود يوم الحبس أو على غير موجود، ثم وجد، فقد لزم على قول مالك، وليس له بيعه، ولا الرجوع فيه، فإن باعه، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ فيمن حبس على ولده الصغار أو الكبار، ثم من بعدهم على الساكين، ثم تعدى، فباعه مقابضة، أو بعد طول زمان كان البيع منقوضاً، ويرد إلى الحبس، ولا ينظر إلى تواني هؤلاء في قبضه؛ لأنها بعدهم على الساكين، فإن أعدم بالثمن أتبع به.

ووجه ذلك أن عقد الحبس لازم، فلا يحيله عن مقتضاه تعدى المحبس فيه، ويجب نقض بيعه، ويتبع بالثمر في ذمته كما لو استحقه أجنبي؛ لأن ما باعه قد استحق عليه.

مسألة: ومن بنى مسجداً في قرية، ثم صلى فيه ثم باعه، أو تصدق به على من هدمه وبناه داراً، فليفسخ ذلك، ويرد إلى ما كان عليه من الحبس؛ لأن المسجد لله لا يباع ولا يغير، قاله مطرف.

ومعنى ذلك أن المسجد من جملة الأحباس اللازمة، بل هي أو كلها؛ لأنها خالصة لله تعالى ومضافة إليه لقوله تعالى: ﴿ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها﴾ [البقرة: ١١٤].

وأما قول مطرف: من بنى مسجداً، يريد على الصورة المختصة بالمساجد، قال: ثم هدمه المبتاع وبناه داراً، يريد أنه نقله إلى صورة الدور. وقوله: لم يرد بعد الفسخ، إلى ما كان عليه، يقتضى عندي أن للمسجد بنياناً مخصوصاً يمنع من يريد التملك من بنيانه، ويمنع من تملكه من استدامة تملكه على هذه الصورة، ويمنع من أراد بنيان المساجد من أن يعدل عنها لما فى ذلك من السيئة وللذريعة إلى تملك المساجد، وترك تعظيمها، والله أعلم وأحكم.

فرع: وقوله: «من بنى مسجداً في قرية ثم صلى فيه» يريد أباحه لمن صلى فيه، فإن ذلك مما يلزم به تحبسه، وإن كان لم يتلفظ بالتحبیس، ولو تلفظ به للزمه ذلك. وظاهر قول مطرف، وهو معنى ما فى المدونة أنه لا يلزم لمجرد البنيان، وفى هذا عندي نظير، وقد كان يجب أن يلزم لمجرد البنيان؛ لأنه لا تتم الحياة فيه إلا بإباحته، وإقام الصلاة فيه.

قال أصبغ أبو إسحاق: إذا أخلى بين الناس وبينه، فهو ماض، ولا يحتاج إلى أن يجعل بيد قيم، سواء كان باب المسجد داخل باب داره يغلّق عليه أو خارج الباب، ويحتمل أن يقال لا يلزم بمجرد اللسان لمن جوز أن يبني مثل هذا البنيان فى داره مسجداً لنفسه وأهله، فلا يكون بذلك حبساً، والله أعلم وأحكم.

فرع: وما كان فى المساجد من بيت الماء أو بيت لزيتته وحصره وآلته، فإن ذلك تبع له، وكذلك سلاسله وقناديله وبنيانه وجذوعه ما انكسر منها رد إليه.

مسألة: ومن حبس حبساً، وعليه دين قبل الحبس، واستحدث ديناً بعد الحبس، فقام أهل الدين. قال سحنون: قد قيل يباع منها للدين القديم، ويدخل معهم أهل الدين الثانى، ولا يباع منها غير ذلك، وقد قيل إذا دخل معهم الآخرون يبيع للأولين بقدر ما انتقصهم الآخرون، ثم يدخل عليهم الآخرون، وهكذا أبداً حتى يستوفوا أو يفرغ الحبس، وكذلك لأصحابنا قولان.

٤٦ كتاب الأفضية

مسألة: ولو كان رجلان حبس على كل واحد منهما حبس منفرد، لم يجز لهما أن يتناقلاه، وهو كالبيع، رواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة.
ووجه ذلك أنه عقد لازم، فلا يصح فيه المبايعة والمناقلة نوع من البيع، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو كانت أرضاً محبسة لدفن الموتى، فضاقت بأهلها، فأرادوا أن يوسعوا، ويدفنوا وبجانبها مسجد، فأرادوا أن يدفنوا فيه ميتاً، فلا بأس بذلك، وذلك حبس كله، قاله ابن الماجشون. وقال أصبغ عن ابن القاسم فى مقبرة عفت، فلا بأس أن يبنى فيها مسجد، وكل ما كان لله، فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض.

ووجه ذلك ما أشار إليه من أنه إذا كان الحبسان لله تعالى، لا يتعلق به حق لغيره، فلا بأس بصرف بعضها إلى بعض على الوجه الذى ذكره من نقل المقبرة إلى المسجد، ويدفن الميت فى المسجد على سبيل التوسع.

فأمام ما كان للمخلوقين من الحقوق، فلا يصح؛ لأنه من باب البيع؛ لأنه ينقل منفعة أحد الحبسين من مالك إلى مالك غيره، وفى مسألتنا، لا ينقل من مالك إلى مالك، وإنما ينقل من وجه منفعة إلى وجه آخر، وهو كله لله تعالى.

مسألة: وإذا كانت الدور المحبسة حول المسجد، واحتاج المسجد إلى سعة، فلا بأس أن يشتري دور الحبس ليوسع بها المسجد، والطريق؛ لأنه نفع عام أعم من نفع الدار المحبسة، قاله ابن حبيب عن مالك. قال ابن الماجشون: وذلك عندى فى مثل جوامع الأمصار دون مساجد القبائل، وقاله مطرف وابن عبدالحكم وأصبغ.

ووجه قول ابن الماجشون، ومن معه أن الاحباس إنما تغير إلى المنافع العامة دون الخاصة، وذلك فى مثل الجوامع، وأما مساجد القبائل، فإنها خاصة، ويصح أن يكون فى البلد الواحد منها كثير، فمتى ضاق مسجد بنى بالقرب منه مسجد يتسع فيه، ولا يصح ذلك فى الجوامع، وأما على تجويز مالك ذلك فى الطرق، فيصح ذلك فى مساجد القبائل وغيرها.

مسألة: وعقد الحبس لازم مؤبد، فلا يجوز بيع شىء من الأحباس خلافاً لابن حنبل فى تجويز ذلك، ورواه ابن وهب عن ربيعة.

والدليل على ما نقوله ما احتج به مالك، فإنه قال: وبقاء أحباس السلف دائمة دليل على منع ذلك.

كتاب الأفضية ٤٧

ودليل آخر، وهو أن ما لا يقل الحبس عن مقتضاه، إذا لم تحرب، فإنه لا ينقله عن مقتضاه، وإن حرب كالغصب.

مسألة: ومن كان له حائط، وفيه نخل، قد حبست بمائها، فغلبت عليها الرمال حتى أبطلت، وفي مائها فضل، فقد قال مالك في الموازية وغيرها: لا يباع فضل ذلك الماء وليدعه بحاله، وإن غلبت عليها الرمال.

وروى ابن القاسم عن مالك: لا تباع الدار المحبسة، وإن خرجت وصارت عرصه. وقد قال في الموازية: ما حرب من الحبس وانتقل إلى أهل تلك الناحية، وبطل الموضع وأراد أهله بيعه، والانتفاع بثمنه بما هو أفضل منه أنه لا يجوز في الرباع بمال. قال الشيخ أبو إسحاق: ولا يناقل الوقف وإن حرب ما حواليه، وقد تعود العمارة بعد الخراب.

فرع: قال الشيخ أبو إسحاق: لا يباع بعض الوقف، ومن أصحابنا من يرى بيعه ولست أقول به.

مسألة: وهذا في الرباع والأصول الثابتة التي لا تنقل ولا تحول. فأما ما ينقل كالحيوان والثياب، فقد قال مالك في المجموعة في الفرس المحبس يضعف، فلا يبقى فيه قوة للغز، ولا بأس ببيعه، ويجعل ثمنه في آخر.

قال ابن القاسم: وإن لم يبلغ شورك به، والثياب تباع إن لم يبق فيها منفعة، ويشتري بثمنها ما ينتفع به. وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يجوز ذلك، ولو كان غير هذا لبطلت الأحباس.

وجه القول الأول أن هذا فساد بين من صلاحه، ولا ترجى عودته إلى ما كان عليه، وليست كذلك الرباع، فإنها تعمر بعد الخراب، فلذلك لم يجوز بيعها.

ووجه قول ابن الماجشون أن هذا حبس، فلم يجوز بيعه لعدم الانتفاع به كالرباع.

مسألة: وإذا حبس الرجل جزءاً مشاعاً من دار أو حائط، وطلب بعض الشركاء القسمة أو البيع، فقال ابن الماجشون: إن كان ينقسم بقاسم، فما وقع للحبس كان حبساً.

ووجه ذلك أن المحبس إذا حبس جزءاً مما لا ينقسم قد كان حق شريكه، إن أراد البيع أن يبيع معه، فليس له أن يبطل هذا الحق عليه لتحبيسه.

فرع: وإذا بيع الحبس بما ذكرناه أو لأن السلطان اشترى ذلك، فأدخله فى موضع أو مسجد، فقد قال مالك وابن القاسم: يشتري به دور مكانها من غير أن يقضى به عليهم. وقال عبدالملك: يقضى، ولو استحق الحبس، فأخذ ثمنه، فليصنع به الحبس ما شاء.

وجه القول الأول أنه معنى أوجب إخراج ما حبس عن الحبس والرجوع بثمنه، فلم يوجب شراء مثله بذلك الثمن كالأستحقاق.

وجه قول ابن الماجشون أن الحبس إذا حبس ما يملك، فقد تعلق حق الحبس بتلك العين على اللزوم، فإذا وجب إخراج عن ذلك الوجه من الحبس والحبس جملة، لزم أن يجعل ثمنه فى بدله؛ لأن التحيين حق لازم، وكذلك الأستحقاق، فإن الأستحقاق قد بين أن الحبس لم يتعلق بتلك العين؛ لأن الحبس حبس ما لا يملك، فلم يتعلق به الحبس.

مسألة: وأما العمرى، فإنه يجوز للمعمر أن يشتري به مرجع الدار المعمرة. وفى العتبية من سماع ابن القاسم فيمن حبس داره على ولده وابن أخيه حياتهما: أنه يجوز للمحبس أن يشتري من ابن أخيه مرجعها؛ لأنها عمرى.

* * *

الباب الثامن: فيمن تعود إليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر والحبس عليهم

فأما العمرى والحبس مما حكمه حكم العمرى، فإنها تعود إلى صاحبها الأصيلى، إن كان حياً، فإن كان ميتاً، فإلى ورثته يوم مات؛ لأنه لم يخرج عن ملكه إخراجاً مؤبداً، وإنما أخرجه إخراجاً مؤقتاً كالإجارة.

وقد قال مالك فى العتبية من سماع ابن القاسم عنه فيمن أعمار داراً أو خادماً لفلان وعقبه ما عاشوا، ولم يقل مرجعها إليه ولا إلى وجه ذكره، فإنها ترجع إليه كما لو اشترطه.

وجه ذلك أنه منافعه لم يملكها مؤبداً، وإنما أخرج منها شيئاً مؤقتاً على غير لفظ القرية التى تقتضى التأييد، فبقي الباقي على ملكه.

مسألة: ومن ذلك صدقته على رجل حياته أو على قوم حياتهم، فقد قال عبدالملك:

كتاب الأفضية ٤٩
ترجع إلى ربها ملكاً، وإلى ورثته ميراثاً. قال ابن القاسم: وكذلك لو أسكن رجلاً حياته. وأما الحبس المؤبد الذى لم يجعل له مرجعاً، فقد قال مالك: يرجع إلى أولى الناس ممن حبسه حبساً عليهم.

ووجه ذلك أنه لما اقتضى التأييد لم يرجع عليه. قال ابن كنانة: لأنه رجوع فى الصدقة، ولم يكن له وجه معين يرجع إليه، فرجع إلى أحق الناس بالحبس، وذلك أول وجه ينصرف إليه لما يجتمع فيه من الصلة وسد خلة الفقراء.

وقد روى أشهب عن مالك فى الموازية فيمن تصدق بسهم من حائط على مواليه، وعلى أولادهم، فانقرضوا، فأحب إلى أن يكون صدقة على المساكين وأهل الحاجة لا يرجع ميراثاً. وقد قال مثله فيمن حبس غلاماً على رجل وعقبه لا يباع، ولا يوهب، فهلك الرجل، ولم يترك عقباً: يسلك به فى سبيل الخير موقوفاً.

فرع: إذا قلنا إنها ترجع إلى أولى الناس به يوم المرجع، قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم: فلما رجع ميراثاً روى فيه ورثته يوم مات. وأما ما يرجع حبساً، فلا ولا هم به يوم يرجع.

ووجه ذلك أن ما يرجع ملكاً إليه أو إلى ورثته ملكه عليه تام باق؛ لأنه إنما وهبه منفعته مدة مؤقتة، فإذا مات ورثه عنه ورثته.

وأما ما خرج عنه على وجه الحبس، فقد زال بملكه عن جميع منافعه على التأييد، فلا رجوع له إليه، وإنما يرجع على وجه الحبس إلى من يستحق ذلك يوم المرجع؛ لأنها منافع لا تورث عنه، وإنما تؤخذ عنه على وجه الحبس، فليأخذها من يستحقها بعد انقراض الحبس عليهم المسمين فى الحبس كما لو جعل لها مرجعاً بعد الحبس لم يستحقها من أهل المرجع إلا من كان باقياً يوم المرجع دون من انقرض أو من يأتى، والله أعلم.

فرع: ومن القرابة الذين يرجع إليهم الحبس؟ قال ابن القاسم عن مالك فى العتبية: إذا انقرض من حبس عليهم رجوع إلى عصابة المحبس فى السكنى والغلة. وقال عيسى عن ابن القاسم: يرجع إلى أولى الناس به من ولد وعصابة، وقاله مالك فى الموازية.

فرع: إذا ثبت أنه يرجع إلى العصابة من الرجال، فهل للنساء مدخل فى ذلك؟ قال مالك فى الموازية: يرجع إلى أولى الناس بالمحبس حبساً عليهم، رجلاً كانوا أو نساء.

٥٠ كتاب الأقضية

وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: يرجع إلى عصابة المحبس، قيل له: إنه ابنة واحدة، قال: ليس النساء عصابة، إنما يرجع إلى الرجال. وقال أصبغ: هى كالعصابة لأنها لو كانت رجلاً لكانت عصابة، وأرى ذلك كله لها.

وجه القول الأول أن الحبس إنما يصرف إليهم على وجه الصلة وسد خلة القرابة والبنات من أحق الناس بذلك.

ووجه القول الثانى أنها ليست بعصابة على الانفراد فلم تستحق شيئاً من ذلك بالقرابة كالحالة.

فرع: فإذا قلنا إن للنساء فى ذلك مدخلاً، فقد قال مالك فى الموازية: كل امرأة لو كانت رجلاً كان عصابة للمحبس، فهى ممن يرجع إليه الحبس، ولا يدخل فيه بنو الأخوات، ولا بنو البنات، ولا زوج ولا زوجة.

قال ابن القاسم: إنما يدخل من النساء مثل العمات والجدات والأخوات للأب أو للأب والأم وبنات الأخ، ولا يدخل الأخوات للأم، ذكراً أو أنثى، وتدخّل الأم. وروى أشهب عن مالك: لا تدخّل الأم.

وقال عبد الملك: لا يدخل فيه من النساء إلا من يرثه وهو من حرم نسبه كالبنات وبنات الأبناء والأخوات، وأما الأم فلا تدخّل فيه؛ لأنها ليست من حرم نفسه. وأما العمات وبنات العم وبنات الأخ، فلا مدخّل لهن، فيه.

وفى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم: أن الحبس إنما يرجع من النساء إلى من يرثه دون من لا يرثه من عمّة وخالة ونحوهما.

وجه قول مالك، أن مكانه، مكان التعصيب، وللنساء مدخّل فى مرجع الحبس، فلما كان الرجال يدخلون فيه بالتعصيب، وكان للنساء فيه مدخّل، ولا تعصيب لهن، اعتبر فيه تعدد التعصيب.

ووجه قول ابن الماجشون، أن من لا مدخّل له فى الميراث، فلا مدخّل له فى مرجع الحبس كالأجانب. وأما الأم، فإن ابن القاسم أدخلها فى مرجع الحبس على ما تقدم من أصله؛ لأن موضعها موضع الأب، ومنع من ذلك أشهب فى روايته عن مالك؛ لأنه لا يتصور فيها أن يكون رجلاً بخلاف بنات الأخ والعمات.

كتاب الأفضية ٥١
مسألة: وسواء كان أهل المرجع، ذكوراً أو إناثاً، قاله مالك فى الموازية، فإن كان
أخاً وأختاً، فهو بينهما بالسواء، كان كأن قد شرط فى حبسه للذكر مثل حظ
الأثنتين، قاله عبد الملك فى المجموعة.

وروجه ذلك أنه راجع إليهن بمعنى التشريك فى الحبس لا على معنى التوارث.

مسألة: فإن كان أهل المرجع بنات وعصبة، فهو بينهم إن كان به سعة وإلا فالبنات
أولى من العصبة، ويدخل مع البنات الأم والجدة للأب دون الزوجة والجدة للأم، قاله
ابن حبيب عن ابن القاسم.

قال: وإن رجعت إلى إخوة دخل معهم الأخوات، وإن رجعت إلى أعمام دخل
معهم العمات، وإن رجعت إلى بنى أخ دخل معهم بنات الأخ، وإن رجعت إلى بنى
عم دخل بنات العم، وإن رجعت إلى ولد المولى المنعم، دخل معهم بنات المولى المنعم،
وكذلك فى العصبة الأقرب فالأقرب، فإن كانوا مواليه، فهو عصبة، إن لم يكن ثم
عصبة أقرب منهم. وفى العتبية من سماع ابن القاسم: يدخل النساء مع العصبة فى
السكنى والغلة.

١٤٢٤ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ سَمِعَ
مَكْحُولًا الدَّمَشَقِيَّ يَسْأَلُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ، عَنِ الْعُمَرَى وَمَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا؟
فَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ: مَا أَدْرَكْتُ النَّاسَ إِلَّا وَهُمْ عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ وَفِيمَا
أَعْطُوا.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْعُمَرَى تَرْجِعُ إِلَى
الَّذِي أَعْمَرَهَا إِذَا لَمْ يَقُلْ هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ^(١).

الشرح: يحتمل أن يكون مكحول إنما سأل القاسم بن محمد عن العمرى لما بلغه فيها
من اختلاف الناس، ويحتمل أن يسأله عنها لما أشكل عليه حكمها، وإن لم يبلغه فيها
قول لمن يعتبر بقوله، فأراد أن يعلم ما عند القاسم من ذلك ليأخذ به أو لينظر فيه.

وقوله: «عن العمرى، وما يقول الناس فيها» يحتمل أن يسأله العمرى، ويعلمه بقول
الناس فيها، وسأله عما يختار الناس من ذلك، ويحتمل أن يريد أنه سأله عن العمرى

١٤٢٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥١.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥١.

وعما عنده من قول الناس الذين لقيهم القاسم أو بلغه قولهم فيها، ولذلك أجابه القاسم بما عنده من أقوال الناس، فقال: «ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم» معناه أن العمر لما شرط استيفاء الرقبة وإفراد المنافع بالهبة مدة مقدرة بعمر المعطى أو بعمره وعمر عقبه، كان شرطه تاماً، وكانت عطيته على ما شرط لا تتجاوز ذلك، وقد بين ذلك مالك بقوله: «إن الأمر عندنا على ذلك» يريد أن الحكم جار عندهم، يريد علماء المدينة، «بأن العمرى ترجع إلى الذى أعمرها» يريد بعد استيفاء منافعها الموهوبة منها؛ لأن العطية إنما تعلق بالمنافع خاصة لما تقدم من لفظ العمرى الذى يقتضى التوقيت.

فصل: وقوله: «إذا لم يقل هى لك ولعقبك» فإذا قال: هى لك ولعقبك، فإن جواب ابن القاسم وتفسير مالك غير متناول لهذا اللفظ، فيجب أن ينظر فى حكمه. وفى الموازية: من قال: دارى هذه لفلان ولعقبه، فليس له أن يستهلكها، ولا يقطع منفعتها عن عقبه، وله غلتها ومنافعها، دون ضمان عليه؛ فى شىء من ذلك. قال محمد: لأنها دار، ولو كانت مالاً أو شيئاً يغاب عليه لضمن.

وجه ذلك أن قوله: دارى هذه لفلان ولعقبه، يقتضى التملك؛ لأن ظاهر إضافته إليه يقتضى التملك. وقوله: لفلان أو لفلان وعقبه، يقتضى أيضاً تملك الرقبة لتضمنه التأيد، ولو اقترن به ما يدل على المنافع من قوله: عمرى أو سكنى، يحمل على المنافع أو وقت ذلك بزمن، فقال: هى لفلان حياته ولعقبه ما كان منه حتى يحمل على المنافع؛ لأن ملك الرقبة لا يتوقت.

مسألة: وأما التعقيب، فلا يمنع تملك الرقبة بمجرد؛ لأنه يقتضى التشريك فى المنافع بين أهل العطية ليصل ملك الرقبة إلى آخرهم، ولو ملك أولهم الرقبة لجاز أن يفوتها؛ لأن ذلك فائدة ملكه لها، فلا تصل إلى آخرهم، ولكنها كلما صارت بيد إنسان بقيت عنده مراعاة، فإن جاء من يستحقها بعده علم أنه ليس هو الذى ملك الرقبة، إن لم يأت من يستحقها بعده بأن تكون امرأة، فلا يكون ولدها من العقب أو يكون من الرجال قد بلغ إلى حد سن اليأس من أن يولد له كالمحبوب ونحوه، فبين بذلك أنه هو الذى قصد بالتملك، فيكون له التصرف فيه بالبيع وغيره.

١٤٢٥ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ وَرِثَ مِنْ حَفْصَةَ بِنْتِ عُمَرَ

دَارَهَا، قَالَ: وَكَانَتْ حَفْصَةُ قَدْ أَسْكَتَتْ بِنْتَ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ مَا عَاشَتْ، فَلَمَّا تُوُفِّيَتْ بِنْتُ زَيْدٍ، قَبِضَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ الْمَسْكَنَ، وَرَأَى أَنَّهُ لَهُ.

الشرح: قوله: «إن عبد الله بن عمر ورث من حفصة دارها» يريد أنه ورثها، وانتقلت إليه عنها بالميراث، «وكانت حفصة قد أسكتت بنت زيد بن الخطاب تلك الدار ما عاشت» وهذا معنى العمري «فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله الدار» يريد بمعنى الميراث الذي تقدم ذكره، لأنه هو كان وارث حفصة يوم توفيت، فرأى عبد الله بن عمر أنه قد انقطع بذلك حكم العمري، فإن ما تقدم فيها من العمري، لم يخرجها عن ملك موروثته، ولا منعه من تملكه بالميراث عن حفصة، وهذا مذهب مالك رحمه الله.

وقول جماعة من أصحابه: فإن سلمه من يخالف ذلك، قسنا عليه ما كان عمري للمعطي ولعقبه، وحملناه عليه؛ لأن لفظ العمري فيه وفي عقبه سواء، فإذا لم يملك بالعمري لمعين، فكذلك لا يملك بالعمري له ولعقبه، وإن لم يسلموا، فهو تفسير حديث النبي ﷺ ومبين لمعناه، ومقرر لحجة مالك فيه، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء في اللقطة

١٤٢٦ - مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ يَزِيدَ مَوْلَى الْمُتَّبِعِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنِ اللَّقْطَةِ، فَقَالَ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَشَانُكَ بِهَا». قَالَ: فَضَالَةٌ الْغَنَمِ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «هِيَ لَكَ أَوْ لِأَجْيِكَ أَوْ لِلذَّئِبِ». قَالَ: فَضَالَةٌ الْإِبِلِ؟ قَالَ: «مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَجِذَاؤُهَا، تَرِدُ الْمَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا».

الشرح: قوله: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة» يحتمل أن يكون سأله عن جواز أخذها، ويحتمل أن يكون سأله عن حكمها، وما يلزم فيها، وما يجوز لمن أخذها.

١٤٢٦ - أخرجه البخاري في المساقاة ٢٣٧٢. ومسلم في اللقطة ١٧٢٢. والترمذي في الأحكام ١٣٧٢، ١٣٧٣. وأبو داود في اللقطة ١٧٠٤، ١٧٠٦، ١٧٠٧. وابن ماجه في الأحكام ٢٥٠٤، ٢٥٠٧. وأحمد في مسند الشاميين ١٦٥٨٩.

فأما جواز أخذها، فقد روى نافع عن ابن عمر أنه كان يمر باللقطة، فلا يأخذها. وفي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك أنه قال: لا أحب أن يأخذها من جدها إلا أن يكون لها قدر. وقال في موضع آخر: أو لذى رحمه. وأما الشيء الذى له بال، فأرى له أخذه.

وروى عنه أشهب: أما الدنانير و شيء له بال، فأحب إلى أن يأخذه، وليس كالدرهم وما لا بال له، لا أحب له أن يأخذ الدرهم.

ومعنى ذلك أن الشيء الكثير الذى له بال يخاف عليه الضياع إن تركه، فأخذه على وجه التعريف به والحفظ له إلى أن يجده صاحبه من أعمال البر. وأما الشيء اليسير، فإنه فى الأغلب يؤمن عليه، فإن من يجده لا يسرع إليه، وبقاؤه مكانه أقرب إلى أن يعود صاحبه، فيجده، ولو أخذه الملتقط لتكلف من تعريفه ما عليه فيه مشقة، وربما ضيع ذلك لقلة اللقطة وتفاهتها، وأن العادة جارية بأن من سمع خبرها، لا يكاد أن يبلغه، ولا يتحدث بخبره بخلاف اللقطة التى لها بال، فإن العادة جارية بأن من سمع خبرها غفلة تحدث به حتى يصل خبرها إلى صاحبها.

وأما من التقط مثل المخلاة أو الدلو أو الحبل أو شبه ذلك، فقد قال مالك فى العتبية: إن كان فى طريق وضع ذلك فى أقرب الأماكن إليه يعرف به، وإن كان فى مدينة فليتنفع به، ويعرفه وأحب إلى لو تصدق به، فإن جاء صاحبه أداه إليه.

وفى سماع أشهب فيمن وجد العصا أو السقوط، قال: لا يأخذه، فإن أخذه عرفه، فإن لم يعرفه أرجو أن يكون خفيفاً، ولو وجد بقرية عرف بها، فإن عرفت وإلا تصدق بها، وضمن قيمتها لربها.

ومعنى ذلك أنه إذا كان بطريق وضع ذلك فى أقرب الأماكن إليه يعرف به؛ لأن ذلك هو الموضع الذى يمكن صاحبه أن يطلبه فيه بنفسه أو بوصيته، وعليه من يسمع التعريف ممن يمضى إلى موضع صاحب اللقطة فى الأغلب، فيكون أقرب إلى معرفة صاحبه به.

وأما إن كان بمدينة، فلا يخرج اللقطة عنها؛ لأن صاحبها بها يطلبها كان منها أو غيرها، وأباح له الانتفاع بها إن كان ذلك لا يتلفها، ولا ينقصها قبل الحول.

وأما بعد الحول، فعلى وجه الضمان لها، وقد روى سويد بن غفلة، قال: كنت مع سليمان بن ربيعة وزيد بن صوحان فى غزوة، فوجدت سوطاً، فقالا لى: ألقه، قلت:

كتاب الأفضية ٥٥

لا، ولكنى إن وجدت صاحبه، ولا استمتعت به، فلما رجعنا حججنا، فمررنا بالمدينة، فسألت أبا بن كعب، فقال: «وجدت صرة على عهد النبي ﷺ فيها مائة دينار، فأتيت بها النبي ﷺ، فقال: عرفها حولاً، فعرفتها حولاً، ثم أتيت إليه، فقال: عرفها حولاً، ثم عرفتها حولاً، ثم أتيتها، فقال: عرفها حولاً، ثم أتيتها الرابعة، فقال: اعرف عدتها، ووكاءها، فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها»^(*).

وقال بعد ذلك سويد بن غفلة: لا أدري ثلاثة أحوال أو حولاً واحداً.

مسألة: فإن أخذ اللقطة، فإن ذلك لا يخلو من أحد وجهين، أحدهما: أن يأخذها، ولا يريد التقاطها. والثاني: أن يأخذها ملتقطاً لها. فأما الأول، فإن يجد ثوباً، فيظنه لقوم بين يديه، فيأخذه، فيستلهم عنه، فلا يدعونه، فهذا الذى له رده حيث وجدته، ولا ضمان عليه فيه، قاله ابن القاسم، ورواه ابن وهب عن مالك؛ لأنه لم يصر فى يده، ولا تعدى عليه، وإنما أعلم به من ظن أنه له، ولم يلتزم فيه حكم اللقطة.

والوجه الثانى: أن يأخذها ملتقطاً لها، وبذا قد لزمه عند ابن القاسم حفظها وتعريفها، فإن ردها بعد أن أخذها؟ قال ابن القاسم: يضمنها. وقال أشهب: لا يضمنها إن ردها فى موضعها بقرب ذلك أو بعده، فلا إسهاد عليه فى ردها، وعليه اليمين لردها فى موضعها، فإن ردها فى غير موضعها، ضمن.

وجه القول الأول أن النبي ﷺ حكم عليه بالتعريف بها فإن جاء صاحبها أداها إليه، ولم يقل له اتركها فى موضعها كما قال فى ضالة الإبل: «ما لك لها» ولأنه لما قبضها ملتقطاً لها، وقد أزالها عن الغرر إلى حالة يؤمن عليها فيها، فإن ردها إلى موضعها، فقد أعادها إلى الغرر، فعليه ضمانها كمن أخرج صبيبا لغيره من بئر يخاف عليه فيها الهلاك، ثم رده فيها، فهلك فإنه يضمن، أو أخرج ثوباً من النار قبل أن يحترق، ثم رده فى النار فاحترق.

ووجه قول أشهب أنه لم يأخذها على وجه التعدى والضمنان، فإذا أعادها إلى موضعها، فتلفت فيه، فذلك بمنزلة أن يتركها فيه أو لا فتلفت فيه، فلا ضمان عليه كضالة الإبل.

مسألة: ولو دفع الملتقط اللقطة إلى غيره يعرفها، فضاعت فلا شىء على الملتقط، قاله ابن القاسم. قال ابن كنانة: وكذلك لو قال له: اعمل بها ما شئت.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٤٢٦، ٢٤٣٧. مسلم حديث رقم ١٧٢٣. الترمذى حديث رقم ١٣٧٤. أبو داود حديث رقم ١٧٠١. أحمد فى المستند حديث رقم ١٦٥٨٩، ٢٠٦٦٢.

ووجه ذلك أن يكون دفعها إلى مثله فى الثقة والأمانة.

وقد روى ذلك عن ابن القاسم: وإذا قال له: اصنع بها ما شئت، وذلك أن يكون دفعها إلى مثله، فهو قد أعلمه بأصلها، فلا يؤثر قوله له: اعمل بها ما شئت؛ لأنه ليس للثانى أن يعمل بها إلا ما للأول، وإنما جاز فى اللقطة أن يخرجها عن يده لغير ضرورة، ولم يجز ذلك فى الوديعة، لأن المودع دفع إليه الوديعة صاحبها، ولم يرض إلا بأمانته، فهو متعدد إن دفعها إلى غيره، وأما اللقطة، فلم يأخذها باختيار صاحبها، فكانت حاله وحال من هو مثله فى الأمانة سواء؛ لأن صاحبها لم يعينه لحفظها.

مسألة: ولو ادعى الملتقط ضياع اللقطة، فقد قال ابن القاسم: لا شىء عليه. قال أشهب وابن نافع: عليه اليمين. قال أشهب: وإن ادعى صاحبها أنه التقطها ليذهب بها، فهو مصدق فى قوله: التقطتها لأعرف بها، فلا يمين.

ووجه ذلك أن يده يد أمانة، فلا ضمان عليه فى الضياع، ولا طريق إلى معرفة ما فى نفسه من التعريف بها أو غيره، فلو ألزماه اليمين لارتفع أهل العدالة والخير عن حفظ لقطة ليدفع عن نفسه اليمين، إذ لا طريق إلى دفع ذلك عن نفسه والاطلاع على ضميره، فلم يجب عليه يمين.

فصل: وقوله عليه السلام: «اعرف عفاصها ووكاءها» قال ابن القاسم: العفاص الخرقه والخريطة، والوكاء الخيط الذى تربط به. وقال عمر بن عيسى الأعشى: وعن أشهب فى النوادر: العفاص والرباط والوكاء ما فيه اللقطة من خرقه أو غيرها، والذى قاله ابن القاسم أصح؛ لأن الوكاء فى كلام العرب ما يربط به، وكذلك روى فى حديث أبى المتقدم أن النبى عليه السلام، قال له: «اعرف عدتها، ووعاءها، ووكاءها» فجعل مكان العفاص الوعاء، وأثبت الوكاء الذى يوكئه به الوعاء، فصح أنه الخيط الذى يربط به.

فصل: وقوله: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة» معناه عندى والله أعلم، أن يحفظ صفة العفاص والوكاء، ويكتم ذلك لينفرد بحفظه.

وفى النوادر لابن نافع عن مالك: أنه قال: ينبغى للذى يعرف اللقطة أن لا يريها أحدًا، ولا يسميها بعينها، ولا يقول من يعرف دنانير أو دراهم وحليًا أو عرضًا لكن يعنى ذلك لئلا يأتى مستحل، فيصنفها بصفة المعروف، فيأخذها، ويبين ذلك بقوله عليه السلام: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها» ولم يقل ثم عرف بذلك، ولا أبرزها وأظهرها،

كتاب الأفضية ٥٧
ولو جاز له أن يذكر صفتها لما احتاج إلى حفظ العفاص، والوكاء ولأغنى عن ذلك إظهارها، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «ثم عرفها سنة» قدر في حديث زيد بن خالد مدة التعريف بالسنة، وفي حديث أبي أنه أمره بذلك ثلاث مرات، ثم شك في ثلاثة أو واحدة، فإن ثبتت الأعوام الثلاثة في حديث أبي دون شك، فلم يأمره كل مرة إلا بالتعريف سنة.

ومعنى ذلك أن يكون الأصل حديث زيد بن خالد الجهني؛ لأنه سالم من الشك وحديث أبي شك فيه الراوى. والثاني: أن يجمع بين الحديثين، فإن السائل في حديث زيد بن خالد هو أعرابي وكذلك رواه سفيان الثوري عن ربيعة، فأمره النبي ﷺ بالحق الواجب الذي لا يستبيح اللقطة دونه، وأبي بن كعب من فقهاء الصحابة وفضلائهم ومن أهل الورع والزهد، فنذبه النبي ﷺ إلى التوقيف عنها أعواماً، وإن كانت مباحة له بعد أول عام، لكن مثل أبي من أهل العلم والورع لا يسرع إلى أكل ما هو مباح، بل يتوقف عنه، ويستظهر فيه.

ومن جهة المعنى أن الحول قد جعل في الشريعة مدة للاختبار كاختبار العين، وما جرى مجرى ذلك، وهذا في الأغلب مما تتصل فيه الأنباء وترد فيه الأخبار، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وصفة التعريف؟ قال ابن نافع عن مالك: يعرفها كل يومين أو ثلاثة، وكلما يتفرغ، ولا يجب عليه أن يدع التصرف في حوائجه ويعرفها.

فصل: وقوله: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» يريد والله أعلم من تعلم أنه صاحبها أو يغلب على ظنك أنه صاحبها ببينة أو بإخباره عما أمرت بحفظه من صفاتها، فتدفعها إليه. وقال الشافعي: لا يدفع إلا إلى من يقيم بينة بها.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ في حديث أخرجه البخارى عن سفيان عن ربيعة «عرفها سنة، ثم اعرف عفاصها ووكاءها، فإن جاء أحد يخبرك بعفاصها، ووكائها، وإلا فاستنق بها»^(*) وهذا نص في موضع الخلاف، وهذه فائدة حفظ صفة العفاص، والوكاء أن يكون من أتى، فأخبر عنها بذلك أنه صاحبها ودفعت إليه أن الأغلب من حالها أنه لا يأتي بصفتها إلا صاحبها.

(*) أخرجه البخارى كتاب اللقطة حديث رقم ٢٤٣٨.

٥٨ كتاب الأفضية

ومن جهة المعنى أنه لا يقدر أحد أن يشهد على كل ما معه من ماله، وما يخرج به من نفقته، فلم ترد لقطه إلا على من يقيم بها بينة لذهب أكثر ذلك بل جميعه، فلا يكاد أن يقوم شيء منه بينة.

مسألة: والمراعي فيما يصف من ذلك صفة العفاص والوكاء والعدد، إن كانت دراهم أو دنانير، قاله ابن القاسم وأشهب. وعند أصبغ: العفاص والوكاء.

وأصل ذلك قول النبي ﷺ في حديث أبي بن كعب: «اعرف عدتها ووكاءها ووعاءها، فإن جاء صاحبها، وإلا فاستمتع بها»^(*) فأمر باعتبار هذه الثلاثة، فمن وصفها استحق اللقطة.

ومن جهة المعنى أن الغالب من أحوال الناس معرفة صاحبها صفة وعاء الدراهم، وصفة الوكاء، وكثير من الناس يعرف العدد، إن كانت معدودة، أو الوزن إن كانت موزونة.

وظاهر قول أصبغ مبنى على التعلق بحديث زيد بن خالد، وليس فيه ذكر العدد.

فرع: وهل يلزمه مع هذا يمين أم لا؟ المشهور من المذهب، وهو الظاهر من قول ابن القاسم: أن لا يمين عليه. وقال أشهب: إن وصف ذلك كله لم يأخذها إلا يمينه أنها له.

وجه قول ابن القاسم أنه ليس هناك من ينازعه فيها، ولا من ينازع عنه، فلا معنى لهذه اليمين، ولأنها لو كانت اليمين تجب لغائب، لم يصح إلا بأمر حاكم.

ووجه قول أشهب أن هذا نوع من الاستحقاق من يد مدع.

فرع: وهل من شرط دفعها إليه أن يأتي بهذه الصفات الثلاث، قال محمد بن عبدالحكم: لو أصاب تسعة أعشار الصفة، وأخطأ العشر لم يعطها، إلا في معنى واحد أن يصف عددًا، فيوجد أقل.

وقال أشهب: إن عرف منها وصفين، ولم يعرف الثالث دفعت إليه. وقال أصبغ: إن عرف العفاص وحده، فليستبرأ فإن جاء أحد، وإلا أعطيها.

وما ذكر في الحديث: «اعرف العفاص والوكاء» ليس على أن يستحقها إلا بمعرفتها

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٤٢٦، ٢٤٣٧. مسلم حديث رقم ١٧٢٣. الترمذي حديث

رقم ١٣٧٤. أبو داود حديث رقم ١٧٠١. أحمد في المسند حديث رقم ١٦٥٨٩، ٢٠٦٦٢.

كتاب الأفضية ٥٩
كما جاز فى شرط الخليطين أصناف تجرى، وإن انخرم بعضها، فالظاهر من قول
أشهب أنه لا يعطاها بأقل من وصفين أنه أقل ما يعتبر فى الحديث. قال الشيخ أبو
محمد: وقد رأيت لبعض أصحابنا: لا يأخذها إلا بمعرفة العفاص والوكاء.

وقول أصبغ ظاهر فى أنه يعطاها من أتى بالصفة الواحدة من الصفتين المتقدمتين،
ولا يبعد أن يكون مذهب ابن عبدالحكم موافقاً له؛ لأنه إنما امتنع من دفعها إليه أخطأ
فى الصفة بأن وصف شيئاً من ذلك بغير صفته.

وقد اختلف فى هذا قول أصبغ، فقال: إن قال فى خرقة حمراء، وخيط أصفر،
فوجدت الخرقة حمراء والخيط أسود، فقال: يستبرأ أيضاً أمرها، ثم رجع، ثم قال: هذا
كذب نفسه فى ادعائه المعرفة، فلا يصدق وإنما يصدق لو أصاب فى بعض، وادعى
الجهالة فى بعض، وهذا الذى قال أشهب: يدفع إليه؛ لأنه قد سمي بعض الصفات.
وقد قال أشهب: لو أخطأ فى صفتها لم يعطها، فإن وصفها مرة أخرى، فأصابها
لم يعطها.

ووجه ذلك أن هذا خارج إلى حد التخمين والحرز؛ لأنه إذا وصف صفة، فأخطأ،
فلا بد أن يصادف، فيأخذ ما ليس له، فذلك يؤخذ بأول قوله.
ووجه قول أصبغ أنها صفات ورد الشرع باعتبارها، فجاز أن يقتصر على بعضها
كصفات الخلطاء.

مسألة: ولو عرف رجل عفاصها ووكاءها وحده وعرف آخر عدد الدنانير ووزنها
كانت لمن عرف العفاص والوكاء أو الوكاء وحده، قاله فى العتبية أصبغ، وزاد ابن
حبيب عنه: أنه قال: ولكنى أستحسن أن يقسم بينهما كما لو اجتمعا على معرفة
العفاص والوكاء، ويتحالفان، فإن نكل واحد منهما دفعت إلى الخالف، وهذا جنوح
منه إلى إلحاق معرفة العدد بمعرفة العفاص والوكاء.

مسألة: وأما معرفة سكة الدنانير أو الدراهم، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: إذا
وصف سكة دنانير اللقطة طالبها، لم يستحقها بذلك حتى يذكر علامة فيها غير
السكة.

وقال يحيى بن عمر: ما يتبين لى قول سحنون وأرى إذا وصف السكة فى الدينار،
وذكر نقص الدنانير إن كان فيها نقص، فأجاب بذلك أنه يأخذها.

٦٠ كتاب الأفضية

وجه قول سحنون أن السكة إذا كانت واحدة بالبلد، فهو بمنزلة أن يقول هي دنانير، فهذا لا يستحق به شيئاً؛ لأن الغالب إذا كانت دنانير أن تكون من سكة البلد الذى لا يجرى فيه غيرها، وإنما يكون ذلك لو كانت سكة شاذة ليست بمعروفة فيها، ولذلك اشترط سحنون زيادة علامة فى دينار من الدنانير مما لا يكون معتاداً، ولعله هذا الذى أراد يحيى بن عمر، أو يكون ببلد فيه سكك مختلفة على أنه اشترط مع ذلك أن يعرف نقص بعض الدنانير، وهذه علامة زائدة على معرفة السكة كالتى شرط سحنون، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك» معناه والله أعلم، فإن جاء صاحبها، وهو الذى يصفها أخذها على حسب ما تقدم، وهذا إذا كان وصفها واحداً، فإن وصفها رجلان، وتساويا فى صفتها حلقاً وتقاسماها، ومن نكل منهما، فهى للآخر. فإن وصفها أحدهما، فأخذها ثم أتى آخر، فوصفها، قال ابن القاسم: لا يدفع الدافع إليه شيئاً، وقاله أشهب، وزاد: أنه إن كان الثانى وصفها، فلا شيء له، وإن أتى بيينة، والأول واصف، فصاحب البيينة أحق فيها.

ومعنى ذلك أن الأول قد صارت له يد، فإذا تساويا كان أحق لليد المتقدمة، وإن أقام الثانى بيينة بالملك، فبيينة الثلث أقوى من اليد، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فشأنك بها» أباحه التصرف فيها لما رآه من إنفاق أو صدقة أو التماذى على الحفظ.

وقد روى البخارى من طريق إسماعيل بن جعفر عن ربيعة أن النبى ﷺ قال: «عرفها سنة، ثم اعرف وكاءها وعفاصها، ثم استفق بها، وإن جاء ربها، فأدها إليه»^(*).

وروى سويد بن غفلة فى حديث أبى أنه أمره بتعريفها حولاً بعد حول، فلعل ذلك على جواز الاستفاق على معنى الاستسلاف لها، وأنه متى أتى صاحبها كان له أخذها.

ورأى مالك وابن القاسم، أن أفضل ذلك أن يتصدق بها، فإن جاء صاحبها أداها إليه، وإن لم يأت كان له أخذها، لأن ذلك أنزه، وأبرأ من التسرع إليها، وترك

(*) أخرجه البخارى كتاب اللقطة حديث رقم ٢٤٣٨.

كتاب الأفضية ٦١
الاجتهاد في تعريفها، ومن استنفقها بعد الاجتهاد في التعريف على ما أمر به النبي ﷺ، فلا إثم عليه، ومتى أتى صاحبها أداها إليه، قال ﷺ: «فإن جاء صاحبها فأدها إليه».

قال ابن وهب: فإن مات ولا شيء له فهو في سعة إن شاء الله؛ لأن النبي ﷺ أذن له في أكلها.

مسألة: وهذا في الشيء الذي له مقدار، فأما الشيء التافه الذي لا قدر له، ويعلم أن صاحبه لا يتبعه، فلا تعريف فيه، وقد قال أشهب في الذي يجد العصا والسوط: يعرفانه، فإن لم يعرف به، فأرجو أن يكون خفيفاً.

ومعنى ذلك أن لا ثمن له إلا بعض الدرهم. وقال أشهب في الدرهم وما أشبهه: لا بأس أن يتصدق به قبل السنة.

وأصل هذا ما روى طلحة بن مطرف عن أنس قال: مر النبي ﷺ بتمرة في الطريق، فقال: «لولا أنني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»^(*) فأخبر ﷺ أنه إنما امتنع من أكلها مخافة أن تكون من الصدقة، ولا تحل له الصدقة، ولم يذكر تعريفها.

مسألة: قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهذا عندي حكم لقطة كل بلد إلا مكة، فإن لقطتها لا تستباح بعد التعريف سنة، وعلى صاحبها أن يعرفها أبداً.

والدليل على ذلك ما روى أبو هريرة «أن النبي ﷺ لما فتح مكة قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: إنها لا تحل لأحد بعدى، لا ينفر صيدها، ولا يحتلها خلاها، ولا تحل لقطتها، إلا لمنشد»^(*) فنخص مكة بهذا الحكم، وحرّم ساقطتها على متفق بها، أو متصدق بها، وجعلها لمن ينشدها خاصة.

ومن جهة المعنى أن مكة يردها الناس من كل أفق بعيد، فهو في تعريفها أبداً يرجو أن يصل الخبر إلى البلاد النائية، ويتمكن لمن وصل إليه الخبر أن يرد الخبر لطلبها أو يستتبع في ذلك. فأما في سائر البلاد، فإنها إذا طال أمدها، ولم يأت من يعرفها،

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٤٣١. مسلم حديث رقم ١٠٧١. أبو داود حديث رقم ١٦٥١، ١٦٥٢. أحمد في المسند حديث رقم ١١٧٨٠.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ١١٢، ٢٤٣٤، ٤٣١٣. مسلم حديث رقم ١٣٥٥. النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٨٩٢. أبو داود حديث رقم ٢٠١٧. أحمد في المسند حديث رقم ٢٩١٦، ٣٢٤٣، ٧٢٠١. الدارمي حديث رقم ٢٦٠٠.

فإن الظاهر أن صاحبها قد انقطع خبره بموت أو بعد لا يرجى، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فضالة الغنم؟ قال عليه السلام: هي لك أو لأخيك أو للذئب» قال عيسى بن دينار: إن ذلك في القفار أو البعيد من القرى وحيث إن تركها أكلها السبع، وهي معنى قوله: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» يريد والله أعلم، أن صاحبها لا يرجى رجوعه إليها إن أخذتها أنت، وإلا أخذها أخوك من المسلمين، أو أكلها السبع. ومعنى ذلك والله أعلم، إباحة أخذها وأكلها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن اللقطة على ثلاثة أضرب، ضرب: يبقى في يد من يحفظه، ويخاف عليه الضياع مع الترك كالثياب والدنانير والدراهم والعروض وضرب: لا يبقى في يد من يحفظه، ويخاف عليه الضياع مع الترك كالشاة في الفلاة، فإن كانت في خربة أو موضع يجد من يحفظها في غنمه، فإن لها حكم اللقطة التي تبقى يعرفها سنة. وضرب ثالث: لا يخاف عليها الضياع كالإبل، فهذا سيأتي ذكره، إن شاء الله.

مسألة: ومن وجد شاة بفلاة، فنقلها إلى عمران، فإن كان نقلها حية، كان حكمها حكم اللقطة يلزمه التعريف، وإن ذبحها ونقلها، فقد قال أصبغ في العتبية: له أكلها غنياً كان عنها أو فقيراً، ويصير لحمها وجلدها مالاً من ماله، فإن جاء صاحبها بعد ذلك، فلا ضمان عليه، إلا أن يجد في يده ذلك فيكون أحق به.

وروجه ذلك أنه قد حازها بالذبح كما لو طبخها وصيرها طعاماً قبل أن ينقلها.

مسألة: ومما لا يبقى بيد من يحفظه الطعام الذي لا يبقى من الفواكه والأدم، فهذا إن كان فلاة أو في غير موضع عمارة، فحكمه حكم الشاة توجد بالفلاة، لأن الشاة وإن كانت تبقى، فلا يمكن من وجلدها أن يقيم عليها، ولا أن يحملها وهذا الطعام، وإن كان خفيفاً يمكن من حملها، فإنه لا يبقى بيد من حملة، وكذلك روى ابن حبيب عن مطرف قال: وأكله أفضل من طرحه، فيضيع.

وأما إن كان في الحضرة وحيث الناس، فيتصدق به أحب إلى من أكله، فإن تصدق به، لم يضمه، وإن أكله ضمنه. وقال أشهب: أما في غير الفيافي، فيبيعه، ويعرف به، فإن جاء صاحبه دفع إليه ثمنه، ليس له غير ذلك.

وروى ابن مزين عن عيسى فيمن وجد ما لا يبقى من الطعام في فلاة أو حضرة، فعرفه، ثم أكله أو تصدق به، ثم جاء صاحبه، فلا شيء له عليه.

ووجه ذلك ما قدمناه أنه إذا كان بفلاة، فلا صنع له فيه إلا أكله، وذلك خير من تضييع نعمة من نعم الله تعالى.

وأما إن كان بغير فلاة، فإنه على قول مطرف يتصدق به، ولا يلزمه بيعه؛ لأن البيع مما لا يلزم الملتقط، وإنما يلزمه الحفظ ما أمكنه. وعلى قول أشهب يبيعه؛ لأنه لما تعذر عليه حفظ عين اللقطة، عاد إلى حفظ ثمنها؛ لأنه بدل منها.

فصل: وقوله: للذي سأله عن ضالة الإبل: «ما لك ولها» يحتمل أن يكون معناه المنع من أخذها وضماتها، فإن اللقطة إنما تؤخذ على معنى الحفظ لصاحبها، وهى ما لا يسرع التلف إليها، ولذلك قال عليه السلام: «معها سقاؤها» قال عيسى: معناه أنها تصبر عن الماء ثلاثة أيام وأكثر حتى تجد سبيلاً إلى الورود، فجعل صبرها عن الماء بمعنى السقاء. «وحداؤها» قال عيسى: معناه أخفافها «ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها» نبيه على أنها تمتنع من عوادي السباع فى الأغلب، وأنها مع وردها الماء وأكلها من الشجر الذى لا يعدمها، ستبقى بامتناعها إلى أن يلقاها ربها، فيأخذها والتقاطها بمنع صاحبها من وجودها، ويضر به فى طلبها؛ لأنه قد طلبها فى الجبال ومواضع الماء والشجر، فإن منعت من تلك المواضع، لم يجدها ربها.

ويحتمل أن يكون معنى قوله: «ما لك ولها» المنع من التصرف فيها بعد تعريفها؛ لأن من التقط ثوباً أو دنائير، تكلف حفظها مدة سنة مع خوف الضياع عليها، إن لم يأخذها من وجدها، فلذلك كان له الانتفاع بها بعد تكلف تعريفها.

وأما من وجد ضالة الإبل، فتكلف حفظها، فقد تكلف ما يستغنى عنه فيه، بل ربما استضر به، وإن كانت فيه منفعة، فنادرة ويسيرة غير مخلصه من مضرة الإنفاق عليها، فلذلك لم يكن له الانتفاع بعد تعريفها، ويحتمل عندى أن يكون معنى قوله عليه السلام فى ضالة الغنم: «هى لك أو لأخيك أو للذئب» فنهى عن أخذها على هذا الوجه، وهو ممنوع باتفاق.

فرع: فإذا قلنا بالوجه الأول، فمعناه أنه إذا أبيع للناس أخذها تسرع إلى أكلها فى ذلك بالأمراض والخوف عليها، ومن أخذها احتاج إلى الإنفاق عليها، وهى إذا كانت فى مواضعها لم يخف عليها التسرع إلى أكلها ولا احتياج إلى الإنفاق عليها، والحفظ لها، وهذا كان حكم ضوال الإبل فى زمن النبى عليه السلام، وفى زمن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما لما كان يؤمن عليها، فلما كان فى زمن عثمان وعلى رضى الله عنهما، ولم

٦٤ كتاب الأفضية

يؤمن عليهما لما كثر في المسلمين ممن لم يصحب النبي ﷺ، وكثر تعديهم عليها أباحوا أخذها لمن التقطها، ورفعها إليهم، ولم يروا ردها إلى موضعها.

وقد كان عمر بن الخطاب أمر ثابت بن الضحاك بتعريفها، ثم أباح له ردها إلى موضعها، وإنما اختلفت الأحكام في ذلك لاختلاف الأحوال.

وقد قال مالك فيمن وجد بعيراً، فليأت به الإمام يبيعه، يجعل ثمنه في بيت المال. قال أشهب: إذا كان الإمام عدلاً.

ومعنى ذلك أنه أمن عليها من يتعدى فيها، فيتركها في موضعها أفضل؛ لأنه يؤمن عليها ضياعها من غير هذا الوجه، ويستغنى عن الإنفاق عليها، والتمون لها وقصد صاحبها إلى ذلك الموضع، وتتبع أثرها أيسر عليه من طلبها في الآفاق البعيدة، لأنه لا يدري من أواها قريب الدار أو بعيدها، فإن خاف عليها متعدياً يتلف عينها كان أخذها، ورفعها إلى الإمام ينظر فيها لصاحبها أفضل له وآمن عليه والله أعلم وأحكم. وهذا معنى ما روى عن عمر بن عبدالعزيز: يحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور.

مسألة: وأما الخيل والبغال والحمير، فقد سئل عنها ابن القاسم: لا تؤكل، فمن التقطها، فإن جاء ربها أخذها، وإن لم يجئ ربها، فأرى أن يتصدق بها.

وقال أشهب في كتبه: لا تؤخذ الخيل ولا البغال ولا الحمر، فإن أخذها عرفها سنة، ثم تصدق بها. فقال ابن كنانة: لا ينبغي لأحد أن يأخذ الدابة الضالة، ولا يتعرض لها، فالظاهر من قول ابن القاسم إباحة أخذها؛ لأنها لا تؤكل ولا تسرع الأيدي إلى أكلها إذا أمن حفظها كما يخاف ذلك في الإبل.

ووجه قول أشهب وابن كنانة أنه حيوان يمتنع بنفسه، ويبقى دون من يحفظه، فلا تلتقط كالإبل.

مسألة: وأما البقر، ففي المدونة، إن كانت بموضع يخاف عليها، فهي بمنزلة الغنم، وإن كانت بموضع لا يخاف عليها السباع، ولا الذئب، فهي بمنزلة الإبل ونحو ذلك.

قال أشهب: وقال ابن حبيب عن مطرف عن مالك في ضالة البقر والغنم: إذا وجدها بالفلاة، فله أكلها، ولا يضمناها لربها، وإن كانت بقرب العمران، ضمنها إليه وعرفها، فجعلها ابن القاسم بمنزلة الإبل إذا لم يخف عليها، وألحقها مالك بالغنم في

كتاب الأفضية ٦٥
ضعفها عن الامتناع عند انفرادها، وإنما يكون فيها بعض المنفعة عند اجتماعها، إلا أن يكون إيصالها إلى العمران أيسر من إيصال الغنم، ففي مثل هذا يخالف حكمها حكم الغنم.

١٤٢٧ - مَالِكُ عَنْ أَبِي بِنِ مَوْسَى، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَدْرِ الْجُهَنِيِّ أَنَّ أَبَاهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ نَزَلَ مَنْزِلَ قَوْمِ بَطْرِيقِ الشَّامِ، فَوَجَدَ صُرَّةً فِيهَا ثَمَانُونَ دِينَارًا، فَذَكَرَهَا لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: عَرَفْتَهَا عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ وَأَذْكَرَهَا لِكُلِّ مَنْ يَأْتِي مِنَ الشَّامِ سَنَةً، فَإِذَا مَضَتِ السَّنَةُ، فَشَأْنُكَ بِهَا.

الشرح: قوله: «أنه نزل منزل قوم بطريق الشام، فوجد صرة فيها ثمانون دينارًا» دليل على أنه فتحها ونظر إليها، وأخبر بذلك عمر، ولم ينكر عليه؛ لأنه بذلك يصل إلى معرفة ما فيها، ولذلك لا يضمن إذا وضعها عند غيره، ولا إذا رفعها في موضع يختاره، وإن كان ذلك كله بغير إذن صاحبها.

فصل: وقول عمر رضي الله عنه: «عرفها على أبواب المساجد» في سماع أشهب: ما أحب رفع الصوت في المسجد، وإنما أمر عمر بن الخطاب أن يعرف على أبواب المساجد، ولو مشى هذا الذي وجدها إلى الخلق، فأخبرهم، ولا يرفع صوته لم أر به بأسًا.

فكان الغالب على الظن أنها لهم أو لمن مر بطريقهم، فإذا ذكر لمن يأتي من الشام، كان أقرب إلى معرفة صاحبها بحالها، وكذلك ملتقط اللقطة يجب أن يتوخى تعريفها الموضع التي يغلب على ظنه أنه ينتشر منها خبرها، ويصل سببه إلى صاحبها، فيذكر ذلك على أبواب المساجد وبجامع الأسواق، فإن كان بطريق نخص بالسؤال أهل تلك الجهات، ومن يمر عليها، ولا يترك إعلام غيرهم بها.

وقوله: «فإذا مضت السنة فشأنك بها» على ما تقدم في حديث زيد بن خالد الجهني.

١٤٢٨ - مَالِكُ عَنْ نَافِعِ بْنِ أَبِي رَجُلًا وَجَدَ لُقْطَةً، فَجَاءَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ،

١٤٢٧ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٣٦/١٠، والبيهقي في سننه ١٩٣/٦، وابن حزم في المحلى ٢٥٩/٨، ٢٦٢.

١٤٢٨ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٣٧/١٠، الأثر ١٨٦٢٣، والبيهقي في سننه ١٨٨/٦، وابن حزم في المحلى ٢٦٦/٨.

٦٦ كتاب الأفضية

فَقَالَ لَهُ: إِنِّي وَجَدْتُ لُقْطَةً، فَمَاذَا تَرَى فِيهَا؟ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: عَرَفْتُهَا، قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، قَالَ: زِدْ، قَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: لَا أَمْرُكَ أَنْ تَأْكُلَهَا وَلَوْ شِئْتَ لَمْ تَأْخُذْهَا.

الشرح: سؤال نافع، ابن عمر عن اللقطة التي وجدها على حسب ما يفعل الطلبة ومن يريد التخلص من سؤال علمائهم، لاسيما اختصاصه بابن عمر، فقال له ابن عمر: «عرفها» ولم يجد له مدة سنة، إن كانت مما يعرف سنة لثلاث يتضمن التحديد إباحة التصرف فيها بعد انقضاء السنة، وكان ابن عمر يكره لأهل الورع ومن يختص به التصرف فيها بالأكل لها.

وقد قال مالك: لا أرى لصاحب اللقطة أن يأكلها، ولكن يتصدق بها أحب إلى، ويخبر صاحبها إذا جاء، فإن شاء أجازها، وإن شاء غرمها له، وإنما كره مالك أكلها لثلاث يتسرع الناس إليها، ولثلاث يظن به ذلك.

قال ابن عمر: «لا آمرُك بأكلها» ولم يأمره أن يتصدق بها؛ لأنه لعله لم يعلم له مالا يقضى منه صاحب اللقطة إذا جاء، ولم يميز الصدقة، ومن كان بهذه الصفة، فلا يستحب له أن يتصدق بها، فإن فعل، فلا إثم عليه.

فرع: فإن تصدق بها أو أكلها، وجاء صاحبها، فطلبها، فهو إسوة الغرماء، قاله ابن وهب. ووجه ذلك أنه دين ثابت في ذمته بوجه حق.

* * *

القضاء في استهلاك العبد اللقطة

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يَجِدُ اللَّقْطَةَ فَيَسْتَهْلِكُهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ الْأَجَلَ الَّذِي فِي اللَّقْطَةِ، وَذَلِكَ سَنَةً، أَنَهَا فِي رَقَبَتِهِ، إِمَّا أَنْ يُعْطِيَ سَيِّدَهُ ثَمَنَ مَا اسْتَهْلَكَ غَلَامُهُ، وَإِمَّا أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِمْ غَلَامَهُ، وَإِنْ أَمْسَكَهَا حَتَّى يَأْتِيَ الْأَجَلَ الَّذِي فِي اللَّقْطَةِ، ثُمَّ اسْتَهْلَكَهَا كَانَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ، يُتْبَعُ بِهِ، وَلَمْ تَكُنْ فِي رَقَبَتِهِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ فِيهَا شَيْءٌ^(١).

الشرح: ومعنى ذلك أن استهلاك اللقطة قبل تمام السنة ممنوع منه لحق صاحبها،

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٥٦.

كتاب الأفضية ٦٧
فإذا تعدى عليها العبد أو استهلك، ففي رقبتة. قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن
الماجشون: سواء أكلها، أو أكل ثمنها أو وهبها، أو تصدق بها.

ووجه ذلك أن ما أكلها جنابة على أى وجه كان، فهي فى رقبتة، فإنما أن يفتديه
بغرم ما استهلك وأما أن يسلمه.

مسألة: وأما إن كان مديراً، فقال أشهب والمغيرة: إما أن يسلم السيد خدمته
يستخدم بقدر ما جنى، ثم يعود إلى سيده، فإن مات سيده قبل استيفاء ما عليه عتق فى
ثالث سيده، وأتبع بما بقى.

وأما أم الولد، فعلى سيدها الأقل من قيمتها أو قيمة ما أتلفت. وأما المكاتب، ففي
رقبتة إما أن يؤدى قيمة ما استهلك، وإما عجز، ثم يخير سيده بين إسلامه بها عبداً
وبين أن يفتديه، ويبقى له عبداً.

فصل: وقوله: «وإن أمسكها حتى يأتى الأجل الذى أجل فى اللقطة ثم استهلكها،
كانت ديناً عليه، ولم يكن فى رقبتة ولا على سيده» يريد أن مجرد الإمساك مدة السنة
فى العبد يخرجها عن أن تكون جنابة تتعلق برقبتة، وإن قال: لم أعرفها؛ لأنه لو قال:
عرفتها لكان مصدقاً فى ذلك، فإذا أنكر التعريف لم يصدق على سيده، كما لو أقر
بجنابة خطأ.

وأما الحر، فإنه لا يبيح له الانتفاع بها بعد السنة إلا تعريفها فى مدة السنة، ولو
أقامت عنده أعواماً لا يعرفها، لا يستبيح بذلك إتفاقها، وكذلك العبد فيما بينه وبين
ربه، وذلك أن النبى ﷺ إنما أباح هذا بعد تعريف سنة، فقال: «عرفها سنة».

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذه السنة عندى، هى من يوم ابتداء بالتعريف،
ولا يحتاج فى ذلك إلى حكم حاكم؛ لأنه حكم قد تقرر من النبى ﷺ فى كل ملقط
فى مثل تلك اللقطة، والله أعلم وأحكم.

* * *

القضاء فى الضوال

١٤٢٩ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ ثَابِتَ بْنَ

١٤٢٩ - أخرجه ابن قدامة فى المغنى ٥/٦٤٩/٦٧٥، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم

الضَّحَّاكِ الْأَنْصَارِيِّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ وَجَدَ بَعِيرًا بِالْحَرَّةِ، فَعَقَلَهُ، ثُمَّ ذَكَرَهُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يُعَرِّفَهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، فَقَالَ لَهُ ثَابِتٌ: إِنَّهُ قَدْ شَغَلَنِي عَنْ ضَيْعَتِي، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ.

قوله: «أنه وجد بعيراً بالحرّة، فعقله» يريد أنه منعه من الذهاب بعقل شده به على حسب ما تعقل الإبل والدواب، إذا خيف عليها ذلك، وهذا حسن له، ولعله لم يبلغه حديث النبي ﷺ بذلك.

فصل: وقوله: «فذكره لعمر بن الخطاب رضى الله عنه» يحتمل وجهين، أحدهما: أنه استفناه فيما يلزمه فيه، وهذا جائز، والإمام فى ذلك إذا كان من أهل العلم كسائر العلماء، إن كانت مسألة اتفاق، وإن كانت مسألة اختلاف، فالحكم جار على رأيه.

والثانى: أن يكون رفع الأمر إليه لينظر فيه، وقد قال مالك: ومن وجد بعيراً، فليات به الإمام، فيبيعه، ويجعل ثمنه فى بيت المال حتى يأتى ربه، ولا يوكل بذلك من وجده ليكون الثمن عنده، ولكن عند الإمام ليكون أمكن لربه إذا أتى. وقال أشهب: إن كان الإمام عدلاً رفعها إليه، وإن كان غير عدل، فليخلها حيث وجدها.

فصل: وقوله: «فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات» يقتضى ظاهره أنه أمره بذلك مرة ففعل، ثم سأله، فأمره بتعريفه ثانية حتى أكمل ثلاث مرات، على حسب ما فعله النبى ﷺ بأبى بن كعب، فقد كان ثابت بن الضحاك من فضلاء الصحابة، وممن شهد بيعة الرضوان، ويحتمل أيضاً أن يكون كرر اللفظ بذلك ثلاث مرات فى وقت واحد، اقتداءً بالنبى ﷺ فيما روى عنه أنس أنه كان إذا تكلم كرر القول ثلاث مرات، ولم يؤقت مدة التعريف؛ لأن هذا التعريف لما لم يكن واجباً، ولم يتعقبه استباحة ما تعرف بوجه لم تكن مدته مؤقتة.

فصل: وقول ثابت: «أنه قد شغلنى عن ضيعتى» يريد أن حفظه قد شغله عما يتصرف فيه من النظر فى ضيعتة، فقال له عمر: «أرسله حيث وجدته» وفى العتبية، قال مالك: أرسل إلى الحسن بن زيد، فسألنى عن رجل أصاب ثلاثة أبعرة ضالة، فقال: إنها قد آذنتى، فأمره أن يرسلها حيث أصابها.

ووجه ذلك أن عقله للبعير، وأخذه له على وجه حفظه لصاحبه، لا يلزمه به حق الحفظ له كما يلزم ذلك فى اللقطة لحفظه، وذلك أن أخذه غير مأمور به، ولا فيه

كتاب الأفضية ٦٩
منفعة لصاحب البعير، فلا يتعلق به حق صاحب البعير، ولذلك جاز له أن يرسله
حيث وجدته.

وأيضًا فإن هذا التعريف لم يكن مؤقَّتًا، ولم يقل فيه عرفه سنة، كما قال لعبد الله
بن بدر حين وجد الثمانين دينارًا عرفها سنة، لم يتعقبه استباحة اللقطة، ولذلك قال
لثابت في البعير: رده حيث وجدته. وقال لعبد الله بن بدر بعد تعريف سنة: شأنك بها.
وقد روى ابن مزين عن عيسى أنه إنما أمره بتخليتها حيث وجدها؛ لأنه أخطأ أولاً
في أخذها؛ لأن الحديث قد جاء بالنهي عن ذلك، ويحتمل عندي ما تقدم أنه نهى عن
أخذها لمن أراد تملكها الآن كضالة الغنم، ولمن أراد التصرف فيها بعد التعريف كاللقطة.
ولذلك لم ينكر رضى الله عنه على ثابت أخذ البعير الذى وجدته بالحررة، وأمره
بتعريفه، ثم أمره برده إلى موضعه الذى وجدته فيه، وإنما منعه من تملكه أولاً من
التصرف فيه بعد التعريف، وهذا يقتضى أنه حمل حديث النبي ﷺ فى ضالة الإبل على
ذلك، والله أعلم وأحكم، وتضمن حديث عمر جواز رد الإبل إلى موضعها بعد أخذها
بخلاف اللقطة.

والفرق بينهما من جهة المعنى أن الإبل الضالة إذا ردت إلى مكانها لم يخف عليها
ضياع؛ لأنها ترد الماء وتأكل الشجر كما قال ﷺ، حتى يلقاها ربها، ولقطة الدنانير
والدراهم إذا ردت إلى مكانها لم يشك فى ضياعها، فكان الملتقط الذى عرفها أولى
بها.

فروع: وهل يرسلها بينة، قال مالك فى العتبية: ليس له أن يشهد على إرسالها. قال
ابن نافع: وأحب إلى أن يشهد على ذلك.

ووجه ذلك أنها على الأمانة والإبل مما لا يغاب عليها، وإنما حفظها لصاحبها،
فكان مصدقاً فى إرسالها مع أنه يشق الإشهاد على ذلك؛ لأنه إذا أرسلها حيث
وجدتها وأكثر ما توجد فى الفيافى والقفار البعيدة تعذر الإشهاد على ذلك.

١٤٣٥ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ
الْخَطَّابِ قَالَ وَهُوَ مُسْنِدٌ ظَهْرُهُ إِلَى الْكَعْبَةِ: مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً، فَهُوَ ضَالٌّ.

١٤٣٥ - أخرجه أبو دارود مرفوعاً فى اللقطة برقم ١٧٢٩، وابن ماجه فى اللقطة برقم ٢٥٠٣،
وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٥٨.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «من أخذ ضالة، فهو ضال» قال فى كتاب ابن مزين من رواية أشهب عن مالك ما معناه مخطئ، وهذا على ما قال؛ لأن النبى ﷺ قال لمن سأله عن أخذها: «ما لك، ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»^(*) فمن خالف ذلك فقد أخطأ وضل فى فعله ذلك، إلا أنه خطأ ليس فيه تعد على صاحبها إذا لم يبعدها عن موضعها، وإنما عقلها فى ذلك الموضع، وعرفها ثم أرسلها حيث وجدها، ولذلك لم يلزم ضمان الضالة إذا ردها إلى مكانها.

وأما إن تلفت بيده فى وقت حفظها؟ فالظاهر من قول مالك أنه لا يضمنها لأنه ليس فى أخذه لها على وجه الحفظ والتعريف إضرار بصاحبها. وقد قال مالك أنه إن أنفق عليها الآخذ المرف لها، ثم جاء صاحبها، لم يكن له أن يأخذها حتى يودى ما أنفق عليها الآخذ لها، أنفق بأمر سلطان أو بغير أمره.

والظاهر عندي أنه ليس بمتعد فى أخذها ليحفظها لصاحبها، ويرفع أمرها إلى الإمام على حسب ما فعله ثابت بن الضحاك، ولو كان متعدياً فى ذلك لضمنها، وإن تلفت بغير فعله، ولانكر عمر بن الخطاب على ثابت أخذها:

وقد قال مالك: من وجد بعيراً، فليأت به الإمام، فأمره بأخذه ونقله إلى الإمام، ويحتمل عندي أن يكون معنى قول عمر: «من أخذ ضالة، فهو ضال» فيمن أخذها متمكناً لها ومسرّعاً إلى أكلها على حسب ما يفعل بضالة الغنم أو فيمن أخذها ليعرفها مدة، فإن جاء صاحبها وإلا تصرف فيها بما شاء من الأكل وغيره، فهذا الذى يمكن أن يوصف بأنه ضال، وبأنه متعد ويضمن ما تلف فيها بما شاء من الأكل وغيره، فهذا الذى يمكن أن يوصف بأنه ضال، وبأنه متعد ويضمن ما تلف بيده، والله أعلم وأحكم.

١٤٣١ - مَالِكُ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: كَانَتْ ضَوَالُ الْإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ إِبِلًا مُؤَبَّلَةً تَنَاتُجُ لَا يَمْسُهَا أَحَدٌ حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا ثُمَّ تَبَاعَ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا، أُعْطِيَ تَمَنَّاها.

الشرح: قوله: «كانت ضوال الإبل فى زمان عمر إبلًا مؤبلة» يعنى أنها كانت لا

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٤٢٦، ٢٤٣٧. مسلم حديث رقم ١٧٢٣. الترمذى حديث

رقم ١٣٧٤. أبو داود حديث رقم ١٧٠١. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٥٨٩، ٢٠٦٦٢.

١٤٣١ - أخرجه الطحاوى فى معرفة السنن والآثار ١٢٤٤٣/٩، وذكره ابن عبد البر فى

الاستذكار برقم ١٤٥٩.

يأخذها أحد، وإن أخذ منها الواحدة مثل ما أخذ ثابت بن الضحاك ممن لم يبلغه النهى أو ممن بلغه النهى وتأوله على حسب ما قدمناه، فكان الأكثر لا يؤخذ، فتبقى مؤبلة تنتائج لا يمسه أحد.

«فلما كان زمان عثمان أمر بتعريفها، ثم تباع لصاحبها يعطى ثمنها إذا جاء»، وذلك والله أعلم لما كثر في الناس من لم يصحب النبي ﷺ من كان لا يعف عن أخذها إذا تكررت رؤيته لها حتى يعلم أنها ضالة، فرأى أن الاحتياط عليها أن ينظر فيها الإمام فيبيعها، ويبقى التعريف فيها، فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها.

وحمل حديث النبي ﷺ في المنع من أخذها على وقت إمساك الناس عن أخذها، ويحتمل أيضاً أنه كان يبيعها إذا يئس من مجيء صاحبها بأن تطول المدد على ذلك وتنتائج، ويخاف عليها الموت، فكان في بيعها على هذا الوجه حفظ لها على صاحبها؛ لأنه كان ينقلها إلى الأمان التي لا يخاف عليها.

وقد روى عن مالك أنه قال: كان علي بن أبي طالب قد بنى للضوال مربداً يعلفها فيه علفاً ولا يسمنها، ولا يهزلها من بيت المال، فمن أقام بينة على شيء منها أخذه، وإلا بقيت على حالها لا يبيعها.

واستحسن ذلك ابن المسيب، وهذا أيضاً يحتمل أن يكون فيما قرب عهده منها، ورجا قرب أوبة صاحبها.

ويحتمل أيضاً أن يكون على رضى الله عنه فعل ذلك في الفتنة حيث كان لا يأمن عليها أهل الفتنة، ولذلك كان يكلف من طلبها البينة لما كان يرى من استحلال بعضهم مال بعض، ولعل البينة التي كلف هي أن يصفها بصفتها أو كلفه البينة، إن أراد أن يأخذها من وقته دون تثبت ولا استيناء.

فصل: وقوله: «كان ينفق عليها من بيت المال» ولم يذكر أنه كان يرجع على من اعترفه بما أنفق عليه من بيت المال، فيحتمل أن يكون له أن يترك ذلك لهم؛ لأن بيت المال لمصالح المسلمين، وكان هذا أيضاً من مصالحهم لاسيما لما دعت الضرورة إلى أخذها وعلفها، ولم يكن له أن يتركها ترد وتأكل الشجر كما قال ﷺ.

ويحتمل أن يكون كان يرجع عليهم به، وقد قال مالك في الآبق، يتوقف به سنة: ينفق عليه الإمام من بيت المال، فإن جاء صاحبه، فهو فيما أنفق عليه بمنزلة الأجنبي، وإن لم يأت صاحبه بعد السنة باعه، وأخذ من ثمنه ما أنفق عليه، وجعل ما بقى في بيت المال.

ورجحه ذلك أنه لا بد له من نفقة؛ لأنه لا يستغنى بورق الشجر كما تفعله الإبل، فإن أنفق عليه أكثر من حول تلف ثمنه، فلزم التوقف به حولاً ثم يبيعه بعد ذلك.

وفي النوادر، قال ابن كنانة: لا ينبغي لأحد أن ينفق على الدلالة الضالة، ولا يأخذها ولا يعرض لها لأن النفقة عليها سبب إلى إخراجها من يد صاحبها، وربما جاوزت النفقة ثمنها، وهذا بخلاف العبد الآبق؛ لأن العبد الآبق يستخفى عن سيده، ويقصد التغيّب عنه بخلاف الإبل والدواب، فإنها لا تقصد ذلك.

وقد قال مالك في المدونة: في الآبق يباع السنة، وليس بمنزلة ضالة الإبل لأنه يأبق ثانية، والله أعلم وأحكم.

* * *

صَدَقَ الْحَيُّ عَنِ الْمَيِّتِ

١٤٣٢ - مَالِكٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ عَمْرٍو^(١) بْنِ شُرْحَبِيلَ بْنِ سَعِيدِ بْنِ سَعْدِ بْنِ عَبَادَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ سَعْدُ بْنُ عَبَادَةَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعْضِ مَغَازِيهِ، فَحَضَرَتْ أُمُّهُ الْوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ، فَقِيلَ لَهَا: أَوْصِي: فَقَالَتْ: فِيْمَ أَوْصِي، إِنَّمَا الْمَالُ مَالُ سَعْدٍ، فَتَرَفُّيْتُ قَبْلَ أَنْ يَقْدَمَ سَعْدٌ، فَلَمَّا قَدِمَ سَعْدُ بْنُ عَبَادَةَ، ذُكِرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلْ يَنْفَعُهَا أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ» فَقَالَ سَعْدٌ: حَائِطٌ كَذَا وَكَذَا صَدَقَةٌ عَنْهَا لِحَائِطِ سَمَاءُ.

الشرح: قول سعد: «هل ينفعها يا رسول الله أن أتصدق عنها؟» يقتضى والله أعلم منفعة الأجر في الآخرة من زيادة الحسنات، وتكفير السيئات، فقال ﷺ: «نعم» بمعنى أن ذلك ينفعها، وهذه الصدقة، وإن لم يقترن بها نية منها، فقد قضى ﷺ أن ذلك

١٤٣٢ - أخرجه النسائي في الرصايا ٣٦٤٨. وأحمد في باقى مسند الأنصار ٢١٩٥١، ٢٣٣٣٤.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٨٠/٨: هكذا قال يحيى: سعيد بن عمرو، وعلى ذلك أكثر الرواة منهم: ابن القاسم، وابن وهب، وابن كثير، وأبو المصعب، وقال فيه القعنبي: سعد بن عمرو. وكذلك قال ابن البرقي: سعد بن عمرو بن شرحبيل - كما قال القعنبي - والصواب فيه: سعيد بن عمرو، والله أعلم. وعلى ذلك أكثر الرواة. وهذا الحديث مسند؛ لأن سعيد بن سعد بن عبادة له صحبة، قد روى عنه أبو أمامة بن سهل بن حنيف وغيره، وشرحبيل ابنه غير نكير أن يلقى جده سعد بن عبادة على أن حديث سعد بن عبادة هذا فى قصة أمه قد روى مسنداً من وجوه، ومقطوعاً أيضاً بألفاظ مختلفة.

كتاب الأفضية ٧٣
ينفعها، وقد أجمع العلماء على أن صدقة الحى على الميت جائزة مشروعة، مندوب إليها، ولعل اتفاقهم كان من أجل هذا الحديث.

ويحتمل أن يكون انتفاع الميت بهذا على معنى أن المتصدق عنه يهب له أجر تلك الصدقة بعد أن وقعت الصدقة عن المتصدق، ويحتمل أن يكون أوقع الصدقة على الميت، وقد يكون من الأجر ما يثبت للإنسان بعد موته فى حياته من غير نية ولا معرفة كما يدخل عليه أجر من يغتابه، وأجر من يأخذ ماله، وإن لم يعلم هو بشيء من ذلك.

وقد روى مسروق عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إذا تصدقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها بما كسب وللخازن مثل ذلك لا ينقص بعض أجر بعض شيئاً»^(*).

١٤٣٣ - مَالِكُ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ أُمَّيْ افْتُلِتَتْ نَفْسُهَا، وَأَرَاهَا لَوْ تَكَلَّمْتُ تَصَدَّقْتُ، أَفَأَتَصَدَّقُ عَنْهَا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ».

الشرح: قوله: «إن أمتى افتلتت نفسها» معناه والله أعلم، ماتت فجأة وأنشدوا فى ذلك:

وكانت منيته افتلتتا

وتقول العرب: رأيت الهلال فلتة، إذا رأيت من قصد إليه، ومنه قول عمر بن الخطاب: كانت بيعة أبى بكر فلتة، وقى الله شرها، يريد أنها كانت بغتة من غير روية.

وقوله: «وأراها لو تكلمت» يريد أنه لو علم من نيتها وحسن معتقدها ومسارعتها إلى الخير ورغبتها فيه أنها لو أمهلت، وقدرت على الكلام مع الإشراف على الموت

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١٤٣٧. مسلم حديث رقم ١٠٢٤. الترمذى حديث رقم ٦٧٢. أبو داود حديث رقم ١٦٨٥. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٩٤. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٦٥١.

١٤٣٣ - أخرجه البخارى فى الوصايا ٢٧٦٠. ومسلم فى الوصية ١٠٠٤. والنسائى فى الوصايا ٣٦٤٧. وأبو داود فى الوصايا ٢٨٨١. وابن ماجه فى الوصايا ٢٧١٧. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٧٣٠.

٧٤ كتاب الأقضية

على ما يفعله أكثر الناس في مرضهم من كلامهم ووصيتهم مع تيقن الموت لشدة المرض لتصدق.

ويحتمل أنه قد كان علم بذلك من حالها بما أخذت معه فيه، وأظهرت إليه العزيمة عليه، فاستأذن النبي ﷺ في أن يتصدق عنها، فأذن له في ذلك، فثبت أن صدقته عنها مما يتقرب به.

ويحتمل أن يكون قد عرف أنه حضرها، ثم عجزت عن أدائه وعن قضائه بعد ذلك إلى أن توفيت، وقد كانت أرادت أن تطعم عن ذلك، فسأل النبي ﷺ إن كان ينفعها الإطعام عنها، فأذن له في ذلك، ويحتمل أن يكون ذلك زكاة كانت عليها، ولم توص بها.

وفي الموازية: من علم من أبويه تفریطاً في الفرائض، قال مالك: يطعم عنهما في الصوم مكان كل يوم مداً إن شاء، وليود الزكاة عنهما، وأما الصلاة، فلا شيء في ذلك.

١٤٣٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ تَصَدَّقَ عَلَى أَبِيهِ بِصَدَقَةٍ، فَهَلَكَا، فَوَرِثَ ابْنُهُمَا الْمَالَ، وَهُوَ نَخْلٌ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «قَدْ أُجِرَتْ فِي صَدَقَتِكَ، وَخَذَهَا بِمِيرَاثِكَ».

الشرح: قوله ﷺ: «قد أجرت في صدقتك، وخذها بميراثك» يقتضى أن أخذ صدقته لا يبطل برجوع ما تصدق به إليه بالميراث لأن رجوعها إلى المتصدق بالميراث غير موقوف على اختياره، بل بموت المتصدق عليه، وهى فى ملكه تدخل فى ملك المتصدق إذا كان يحيط بميراثه، وبهذا فارقت سواها، فإنها إنما تدخل فى ملكه باختياره أو اختيار من جعل ذلك إليه.

وعلى تجويز ذلك جميع الفقهاء وشذت فرقة من أهل الظاهر، فكرهت أخذها بالميراث، ورأوه من باب الرجوع فى الصدقة، وهذا سهو منهم، فإن ملكها بالميراث ليس موقوفاً على اختياره، فيقال له فيه يجوز أو لا يجوز، ويجبر على أخذها بما يلزمه فيها من الإنفاق عليها والكسوة لها والإسكان فيها، فهى بالشرع ثابتة فى ملكه، وإنما يلزم أن يوجبوا عليه إخراجها عن ملكه، وهذا باطل باتفاق الفقهاء، والله أعلم وأحكم.

* * *

الأمر بالوصية

١٤٣٥ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ».

الشرح: قوله ﷺ: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة» يحتمل أن يكون معناه أنه ليس حقه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة، وإنما من حقه تقديم وصيته والتحرز والاستظهار بتقديمها وتحصين ماله عليه بها.

فأما من لم يكن عليه دين، فإنه يستحب له ذلك بمعنى تبرئه عنها، والوصية بشيء من ماله في وجوه من ينتفع به فيما تقدم عليه. وأما من كانت عليه ديون، فقد قال كثير من مشايخنا: إن ذلك واجب عليه.

قال في النوادر: وأما من عليه تباعة أو ما فرط فيه من كفارة وغيرها من زكاة أو غير ذلك بما يوصى فيه، فواجب عليه أن يوصى بذلك، وإنما يرخص في ترك التطوع.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندى أن ذلك على قسمين، فأما الديون التي جرت العادة أن تتعقد بها العقود وليست مما يتكرر كالديون التي لها قدر الأمانات من الودائع والوصايا تكون بيده من مال أيتام أو غير ذلك، فإنه يجب عليه ذلك.

١٤٣٥ - أخرجه البخاري في الوصايا ٢٧٣٨. ومسلم في الوصية ١٦٢٧. والترمذي في الجنائز ٩٧٤، الوصايا ٢١١٨. والنسائي في الوصايا ٣٦١٣، ٣٦١٤، ٣٦١٥، ٣٦١٦. وأبو داود في الوصايا ٢٨٦٢. وابن ماجه في الوصايا ٢٦٩٩. وأحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٦٤، ٥٠٩٧، ٥١٧٥، ٥٤٨٧. والدارمي في الوصايا ٣١٧٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٨٤/٨: لا خلاف عن مالك في لفظ هذا الحديث، ولا في إسناده، وكذلك رواه أيوب وعبيد الله بن عمر، وهشام بن الغازي، وغيرهم، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ مثله سواء، لم يختلفوا في إسناده. وكذلك رواه الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، مثله، عن النبي ﷺ إلا أن في حديث الزهري: يبيت ثلاثاً إلا وصيته مكتوبة، عنده. قال ابن عمر: فما بت ليلة مذ سمعتها إلا ووصيتي، عندي، وقال فيه ابن عيينة، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ: «ما حق امرئ يؤمن بالوصية». وفسره فقال: يؤمن بأنها حق. وقال فيه سليمان بن موسى، عن نافع، إنه يحدثه عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: لا ينبغي لأحد عنده مال يوصى فيه أن يأتي عليه ليلتان إلا وعنده وصيته.

وأما ما يكون من يسير الديون التي تتكرر، وتؤدي في كل يوم، وتزيد وتنقص وتتجدد، فإن ذلك يشق فيها؛ لأنه كان يقتضى أن يجدد وصيته في كل يوم ومع الساعات، وإنما معنى ذلك عندى فى الأموال التي تبقى، وهذا عندى قوله ﷺ: «له شيء يوصى فيه» إن حملناه على الوجوب، فإن لفظ الحق أظهر فى الوجوب وإن كان يحتتمل التدب إذا قال: إنه حق عليه، وإذا أضاف الحق إليه، وجعله له، فهذا أظهر فى التدب.

فإن حملناه على الوجوب، فالمراد به ما قدمناه من الحقوق التي تكون عليه مما لا يشق تنفيذها والوصية بها، وقد يكون معناه له شيء يوصى فيه ما يؤدي منه تلك الحقوق.

وإذا حملناه على التدب، فيحتمل أن يريد به الوصية بشيء من ماله فى وجوه القرب، ويكون معنى قوله: له شيء يوصى فيه، المال الواسع الذى يحتتمل الوصية بالثلث أو أقل، قال الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، قال أهل التفسير: الخير المال. قال قتادة: الخير ألف دينار فما فوق. وقد روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه نحوه.

وروى عنه أنه قال لابن عمر حين قال له: أراد أن يوصى، وله ما بين السبعمائة إلى التسعمائة: لا توص، فإنك لم تترك خيراً فتوصى.

وفى الجملة أن الوصية لمن لا دين عليه، ولا حق لأحد عنده ليست بواجبة، وإن كانت مندوباً إليها مع اليسار، وعلى هذا جماعة الفقهاء، ولا خلاف أن الصدقة التي ينفذها فى حياته أفضل.

والأصل فى ذلك ما رواه أبو زرعة عن أبى هريرة قال: قال رجل للنبي ﷺ: «أى الصدقة أفضل؟ قال: أن تصدق، وأنت صحيح حريص، تأمل الغنى، ونخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان»^(*).

وأما غير الموسر، فقد حكى ابن حبيب أن علياً رضى الله عنه قال لعلي بن أبي طالب ذكر الوصية له: لا توص، إنما قال الله سبحانه وتعالى: ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا﴾، وأنت لا تترك إلا اليسير دع مالك لبنيك، وكان ماله من السبعمائة إلى التسعمائة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٤٨. مسلم حديث رقم ١٠٣٢. النسائى فى الصغرى

حديث رقم ٣٦١١. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٧١١٩.

وقيل لعائشة رضی الله عنها: أوصى من ترك أربعمئة، وله عدة من الولد بنون؟
فقلت: ما فى هذا فضل عن ولده.

والأصل فى ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال لسعد بن أبى وقاص: «إنك إن تذر
ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»^(*).

فصل: وقوله: «إلا ووصيته عنده مكتوبة» الوصية تتضمن موصياً، وموصى له،
وموصى به، ونحن نفرّد لكل نوع من ذلك باباً نبين فيه حكمه إن شاء الله تعالى.

الباب الأول: فى الموصى

فأما الموصى، فمن شرطه: أن يكون عاقلاً يريد والله أعلم، قد أثبت فيها بالكتاب
والإشهاد عليه ما يريد أن يوصى به من حق عليه أو وجه بر يوصى فيه بشىء. وفى
المجموعة والعنتية من رواية ابن القاسم عن مالك: كان من أدركت يكتبون التشهد
قبل ذكر الوصية، وما زال من شأن الناس بالمدينة، وإنه ليعجبني وأراه حسناً.

قال أشهب فى المجموعة: كل ذلك لا بأس به، تشهد أو لم يتشهد، وقد تشهد
ناس فقهاء صالحون، وترك ذلك بعض الناس، وهو قليل.

وفى المدونة لم يذكر مالك كيف التشهد.

وروى ابن عون فى وصية محمد بن سيرين، قال: هذا ما أوصى به محمد بن أبى
عمرة بنيه وأهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا
مؤمنين أو صاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب: «يا بنى إن الله اصطفى لكم
الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون» [البقرة: ١٣٢]، وأن لا ترغبوا أن تكونوا إخواناً
للأنصار ومواليهم، فإن العفة والصدق خير وأبقى وأكرم من الرياء والكذب.

ثم أوصى فيما ترك إن حدث به حادث الموت قبل أن يعين وصيته، ثم ذكر حاجته.
قال ابن عون: فذكر لنا نافع مولى ابن عمه، فقال: كانت أم المؤمنين توصى بهذا.

وحدث عن أنس بن مالك: كانوا يوصون أنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً
عبده ورسوله، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم إن كانوا

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذى حديث رقم
٢١١٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد فى
المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمى حديث رقم ٣١٩٦.

٧٨ كتاب الأفضية

مؤمنين، وأوصى بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب: ﴿يَا بَنِي إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْكُمْ مَوْلَانِ فَلَا تَتَّبِعُوهُ فَإِنَّهُمْ مَالِكُونَ﴾، وأوصى أنه إن مات من مرضه هذا.

قال أشهب عن مالك في المجموعة: قيل له إن رجلاً كتب في ذلك أو من بالقدر خيره وشره حلوه ومره، قال: ما أرى هذا إلا وكتب الظفرية والأباضية قد كتب من مضى وصاياهم، فلم يكتبوا مثل هذا.

مسألة: فمن كتب وصيته بخطه، فوجدت في تركته، وعرف أنه خطه بشهادة عدلين، فلا يثبت شيء منها حتى يشهد عليها، وقد يكتب ولا يعزم. ورواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة والعتبية.

قال ابن المواز عن أشهب: ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة، فليس بشيء حتى يقول: إنها وصيتي، وإن ما فيها حق، وإن لم يقرأها وكذلك لو قرأوها، وقالوا: نشهد أنها وصيتك، وأن ما فيها حق، وإن لم يقرأوها، وكذلك لو قرأوها، وقالوا: نشهد، فقال: نعم، أو قال برأسه نعم، ولم يتكلم، فذلك جائز. قال ابن المواز عن مالك: وإن لم يقرأها عليهم، فليشهدوا أنها وصيته أشهدنا على ما فيها.

ووجه ذلك أنه إذا كانت الوصية منشورة يرون أن جميعها مكتوبة ثم نظروا إلى تقييد الشهادة في أثرها فليشهدوا، وليس عليهم قراءة الوصية، فقد يريد التستر عنهم بما فيها، وقد يطول عقد الوصية، فيشق على كل شاهد أن يقرأه مع غناه عن ذلك لأنه إنما يشهد على الموصى بما أشهده.

فإن كان مما يجوز إنفاذه أنفذ، وإن كان مما لا يجوز إنفاذه رد، فلا شيء في ذلك على الشاهد، وكذلك سائر العقود والسجلات إلا أن يكون من الاستدعاءات التي تتقيد على علم الشهود، فهذا يلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويفهمه لأنه يخبر عن جميعه أنه في علمه، وعلى ذلك يكتب شهادته، فيلزمه أن يتصفح ليعلم أن جميعه في علمه، ومما يصح له أن يشهد به.

مسألة: ومن كتب وصيته وختم عليها، وقال للشهود: أشهدوا على ما فيها، فكتبوا شهادتهم ثم مات، ففي العتبية والموازية من رواية أشهب عن مالك: إن لم يشك الشاهد في الطابع، فليشهد، وإن شك فلا يشهد، إذا لم يكن الكتاب عنده حتى يتيقن أنه خاتمه بعينه، ولم يفض وأجودهم عندي شهادة الذي الوصية في يديه، والآخرين يشهدون بمبلغ علمهم، ويحملون ما تحملوا. وقال أيضاً: وأما الآخرون، فلا أدري كيف يشهدون، وكذلك روى ابن القاسم عن مالك.

وروجه ذلك أن من جاء بكتاب مختوم يقول إنه وصيته، ويدعو الشهود إلى أن يشهدوا عليه بما فيها، فإنهم إن يثبتوا عليها بخواتيمهم، فلم يجوز لهم أن يشهدوا بخافة أن يكون لم يكتب فيها شيئاً ثم يكتب ما شاء بعد إشهداهم، ويزيد إن شاء على ما كان فيها يوم الشهادة لهم فيه ودون الشهادة على ما لم يكن أشهدهم عليه يوم الإشهد، وإنما أحدثه بعد ذلك.

وأما إذا رأوا أنها مكتوبة، فإنها تجوز لهم الشهادة عليه بما فيه، لأنهم لا يسلمون مما قدمناه، ولو كانت الوصية على حالها عند أحد الشهود جاز له أن يشهد.

وأما غيره من الشهود، فقال مالك: لا أدرى كيف يشهدون، وأما إذا ختم كل واحد منهم عليها بخاتمه، وعرف ختمه عند أداء الشهادة، فإن ذلك جائز سواء كان فيها شيء مكتوب أو لم يكن وقيد فيها الموصى ما شاء من الأباطيل؛ لأنه لا مضرة على الشاهد في ذلك.

قال مالك: الأمرُ الْمُحْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُوصِيَّ إِذَا أَوْصَى فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ بِوَصِيَّةٍ فِيهَا عِتَاقَةٌ رَقِيقٍ مِنْ رَقِيقِهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يُغَيَّرُ مِنْ ذَلِكَ مَا بَدَأَ لَهُ وَيَصْنَعُ مِنْ ذَلِكَ مَا شَاءَ حَتَّى يَمُوتَ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَطْرَحَ تِلْكَ الْوَصِيَّةَ وَيُبَدِّلَهَا فَعَلَّ إِلَّا أَنْ يُدَبَّرَ مَمْلُوكًا، فَإِنْ دَبَّرَ، فَلَا سَبِيلَ إِلَى تَغْيِيرِ مَا دَبَّرَ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا حَقُّ أَمْرِي مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ بِيَّتْ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ»^(١).

قال مالك: فَلَوْ كَانَ الْمُوصِي لَا يَقْدِرُ عَلَى تَغْيِيرِ وَصِيَّتِهِ وَلَا مَا ذُكِرَ فِيهَا مِنْ الْعِتَاقَةِ كَانَ كُلُّ مُوصٍ قَدْ حَبَسَ مَالَهُ الَّذِي أَوْصَى فِيهِ مِنَ الْعِتَاقَةِ وَغَيْرِهَا وَقَدْ يُوصِي الرَّجُلُ فِي صِحَّتِهِ وَعِنْدَ سَفَرِهِ.

قال مالك: فَالْأَمْرُ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ أَنَّهُ يُغَيَّرُ مِنْ ذَلِكَ مَا شَاءَ غَيْرَ التَّدْبِيرِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الموصى في صحته أو مرضه يعتق بعض رقيقه أو يتصدق بصدقة أو غير ذلك من أعمال البر، فإنه غير لازم له؛ لأن عقد الوصية عقد

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٣/٣٣٢٩٢.

٨٠ كتاب الأفضية

جائز غير لازم، وله أن يغير من ذلك ما شاء، ويطل منه ما شاء، من غير عوض أو يعوض منه غيره في صحته أو مرض ما لم يمت.

فإذا مات، فقد لزم تلك الوصية، فليس لغيره أن يغير شيئاً من ذلك لا يطله ولا يبدله بغيره.

فأما التدبير، فإنه عقد لازم ليس لمن عقده الرجوع عنه بالقول ولا بالفعل، وسيأتي ذكره في كتاب التدبير إن شاء الله تعالى.

والفرق بين التدبير والوصية ما ذكرناه من أن عقد الوصية عقد جائز، وعقد التدبير عقد لازم يبين ذلك أنه لا خلاف في الرجوع عن الوصية بالقول والفعل، ولا خلاف بيننا وبين من أجاز الرجوع عن التدبير أنه ليس له ذلك بالقول، فكذلك ليس له ذلك بالفعل، وإذا فرق هو بين الوصية والتدبير في الرجوع عنهما بالقول، جاز أن يفرق بينهما في الرجوع بينهما بالفعل.

فصل: وقوله: «وذلك أن رسول الله ﷺ قال: ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة» فتأول في ذلك أن عقد الوصية واجب أو مندوب إليه، وأنه على الفور، ثم قال: «فلو كان الموصى لا يقدر على تغيير وصيته، كان كل موص حبس ماله» يعني أن الوصية كانت تكون مانعة له من تصرفه في ماله، فمتى أوصى بعته لم يجز له بعد ذلك استرقاقه ولا بيعه، وإذا أوصى بثلث ماله لم يكن له بعد ذلك الإنفاق منه لاسيما على وجه الاستيعاب له، وفي هذا إضرار بالناس ومنع من الوصية.

فصل: وقوله: «وقد يوصى الرجل في صحته وعند سفره» يريد أن من أراد السفر قد يوصى مع كونه صحيحاً، وقد أجمع أهل المدينة بل جماعة العلماء على جواز تغيير ذلك.

والوصية تكون على ضربين: مقيدة ومطلقة، فإن كانت مقيدة مثل أن يقول: إن مت في سفرى هذا أو مت في مرضى هذا فينفذ عنى وصية كذا وكذا، ويذكر ما شاء من عتق أو صدقة، فهذا عند مالك وصية، وله أن يغيرها، فإن لم يغيرها حتى مات في مرضه أو سفره، فهي في ثلثه، قاله في المدونة.

ووجه ذلك أنها وصية متضمنة قرابة شرط فيها شرطاً لا ينافي الشرع، فكانت على ما شرط كما لو شرط فيها التغيير.

كتاب الأفضية ٨١

مسألة: فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره، فإنه لا يخلو أن تكون وصيته كتبها أو لم يكتبها وأشهد بها، فإن كان كتبها، فلا يخلو أن يكون وضع الكتاب على يد رجل أو أقره عنده، فإن كانت الوصية على يد غيره، فهذه الوصية تنفذ في ثلثه، قاله مالك من رواية ابن القاسم وغيره، ولم أر في ذلك خلافاً بين أصحابنا.

ووجه ذلك أنه إذا أثبت ذلك في كتاب وخص ذلك بأن وضعه على يد غيره ثم أبقى الكتاب بعد البرء أو القدوم على حالته لم يأخذه ممن وضعه على يده حتى مات بعد ذلك، فإنه وجه من استدامة الوصية.

مسألة: وإن قدم من سفره أو برئ من مرضه، فأخذ الكتاب من عند من كان ثم مات، فوجد الكتاب عند الموصي، ففي الموازية والعنينة من رواية ابن القاسم عن مالك: أن الوصية باطل.

ووجه ذلك أن استرجاعه للكتاب من عند من وضعه على يده تغيير لحاله التي كان عليها على وجه الإجازة. ووجه ذلك أن من استدامته كتمزيقه.

مسألة: وإن كان إنما كتبه وأشهد عليه وأمسكه عند نفسه ثم قدم من سفره أو برأ من مرضه ثم مات بعد ذلك، فلا يخلو أن يموت في مرض أو سفر أو في غير مرض ولا سفر.

فإن مات في مرض آخر أو سفر آخر، فالمشهور من قول مالك من رواية ابن القاسم وأشهب: أن وصيته نافذة. وفي المجموعة عن سحنون: أن رواية ابن القاسم الأخرى عنه أحسن أنها إن كانت عنده فهي باطل، وإن كانت عند غيره جازت، وقاله ابن عبدالحكم. وسواء مات في مرض أو سفر أو في غير مرض ولا سفر.

وجه الرواية الأولى أنه أقر كتاب وصيته على ما كان عليه، فلم يبطل ببرئه من مرضه، ولا بقدومه من سفره. أصل ذلك إذا وضعها على يد غيره فأقرها.

ووجه الرواية الثانية أن كتاب وصيته وجد عنده بعد البرء والإياب، فوجب أن تبطل وصيته. أصل ذلك إذا وضعها بيد غيره وقبضها منه.

مسألة: فإن مات في غير مرض ولا سفر، ففي كتاب ابن المواز من رواية أشهب عن مالك: أن الوصية باطل، ولو مات في مرض آخر أو سفر آخر لصحت وصيته. وقال أشهب في المجموعة: إن الاستحسان غير القياس، إن مات في غير سفر ولا

٨٢ كتاب الأفضية

مرض أن تجوز وصيته إذا علم أنه ليس قصد الناس في ذكر المرض والسفر تخصيص ذلك، ألا ترى أنه لو كتب إن مت في سفرى أو من مرضى فبغته الموت قبل أن يسافر أن وصيته نافذة.

مسألة: وإن كانت وصيته هذه أشهد عليها، ولم يقيدتها في كتاب، ثم مات بعد أن قدم من سفره أو برأ من مرضه، ففي العتبية والموازية من رواية ابن القاسم عن مالك: أن الوصية تبطل.

ووجه ذلك أنه لم يبق لها أثر يكون في استدامته استدامة لها، والإشهاد إنما اختص بوقت معين، فلم ينفذه إلى غيره.

مسألة: ولو كانت وصيته مطلقة غير مقيدة بحال ولا وقت، فسواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، فإنها نافذة متى مات قبل أن يغيرها.

ووجه ذلك أنها غير مختصة بحال ولا وقت، فاقتضت التنفيذ على كل حال، وفي وقت؛ لأن من قال: إذا مت، فأعتقوا عبدى، اقتضى ذلك الأمر متى مات وعلى أى حال مات، والله أعلم.

فصل: وقوله: «أن له أن يغير من ذلك ما شاء» فيه بابان، الباب الأول: فى صفة الوصية التى يلحقها التغيير. والباب الثانى: فى صفة التغيير.

* * *

الباب الأول: فى الوصية التى يلحقها التغيير

قال مالك فى المجموعة: الأمر المجتمع عليه عندنا أن للرجل أن يغير وصيته، ويرجع عنها أوصى فى صحة أو مرض أو عند سفر بعثق أو غيره. قال فى كتاب ابن المواز: يرجع فى مرضه وبعد صحته إلا فيما بتل، يريد فيما بتل عتقه من عتق مؤجل أو معجل أو تدبير.

ووجه ذلك أن الوصية عقد جائز على ما قدمناه، والعتق عقد لازم معجلاً كان أو مؤجلاً، وكذلك التدبير. قال ابن القاسم فى المجموعة: إن قال: إن مت، فعبدى حر، أو قال: بعد موتى بشهر، إن مت فأعتقوه، فذلك سواء. قال الشيخ أبو محمد: يريد وهى وصية. قال ابن القاسم فى المجموعة: ولو أنه قال إنه مدبر إن لم يحدث فيه حدثاً، فهى وصية، ولو قال: عبدى مدبر، يريد بعد موتى، فهو كالوصية وتفكر فيها

كتاب الأفضية ٨٣
سحنون ولم يقل شيئاً. وروى ابن وهب عن المخزومي في الموازية: يحمل على تدبير الميت، قيل له إنه عالم فتوقف.

وجه القول الأول أنه أثبت التدبير بعد الموت ولو قال: حر بعد موتى لكان له الرجوع، فيأن يكون له الرجوع في التدبير أولى.

ووجه القول الثاني أن التدبير عقد لازم، وإنما يقتضى العتق بعد الموت، وإنما ظاهر لفظه أنه يعتق بعد موته بتدبيره الآن كأنه قال: إذا مت عتق المدبر، فلما قيل له إنه بمعانى الألفاظ، وبما يتعلق منها على الشرط وعلى الحكم توقف في ذلك.

مسألة: ومن قال: إن مت من مرضى، فعبدى مدبر، فلا يرجع فيه، قاله ابن القاسم في المجموعة. وقال أصبغ: يترك على التدبير.

ووجه ذلك أن تعليقه التدبير بموته لا يؤثر في التدبير؛ لأن عتق التدبير متعلق بالموت، ولكنه على وجه لازم لا رجوع للمدبر فيه، وبالله التوفيق.

مسألة: ومن قال فلان حر يوم أموت، فقد قال مالك في المجموعة: إن أراد التدبير فهو مدبر، وإلا فهي وصية. وروى عنه ابن وهب: أن كل عتق بعد الموت، فهو وصية حتى ينص على التدبير، فيقول عن دبر منى. وقال أشهب: إن قال ذلك في غير إحداث وصية، فهو تدبير.

مسألة: وإذا عتق المريض أو الحامل أو تصدق، ولم يقل إن مت، وقال الشهود: ظننا أنه أراد البتل. قال على عن مالك: ينظر في ذلك بما يستدل به على قصده. وقال عنه ابن وهب: بعض ذلك يدل على بعض ما قالا عنه، فإن رأى أنه أراد الوصية، فهي وصية يرجع فيها، وإلا فلا رجوع له وتنفذ. وقال عنه على في مريض قيل له: أوص، فقال: فلان حر ثم صح، فقال: أردت بعد موتى، فذلك له.

ووجه قول مالك أن لفظ إيقاع العتق والصدقة ظاهره البتل وتعليقه ذلك بشرط لا يثبت إلا بأمر يعرف به، فإن تبين ذلك من لفظ العقد وما قبله وبعده قلد من ذلك ما نقلوه لدلالة ما قلناه له، وإن عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ، ومقتضاه البتل.

وكذلك روى ابن وهب عن المخزومي فيمن قال فى وصيته: لفلان عشرة دنانير صدقة، وعبدى فلان حر، وفلان مدبر، ثم رجع بعد أن صح، وقال: لم أقل، فذلك له إلا فى التدبير؛ لأن العتق يمكن أن يكون بعد الموت، وإنما كان ذلك لأنه قصد إلى عقد

٨٤ كتاب الأفضية

وصيته، فكان لفظها محمولاً على معناها إلا ما يختص باللزوم من التدبير، والله أعلم وأحكم.

وإن عرا عن ذلك حمل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل. وأما إذا قيل أوص فقال: فلان حر، ثم قال: أردت الوصية، فإن قوله لما كان جواباً لما عرض عليه من الوصية فكان الظاهر حمله عليها، وهذا لمن حمل اللفظ على مقتضى سببه ظاهر.

* * *

الباب الثاني: في صفة تغيير الوصية

وذلك على ثلاثة أضرب، أحدها: الزيادة فيها: والثاني: النقص منها. والثالث: إبطالها جملة.

فأما الزيادة فيها، فإنها على قسمين، أحدهما: أن يزيد في وصيته لغير الموصى له أولاً. والثاني: أن يزيد في وصيته للموصى له أولاً.

فأما القسم الأول، فإنه لا تنافى بين الزيادة والمزيد عليها، سواء كانا من جنسين أو من جنس واحد، فتنفذ الوصية إلا أن يمنع من ذلك الزيادة على الثلث.

وقد روى ابن وهب وابن القاسم وعليّ عن مالك فيمن أوصى بوصية أشهد عليها، ثم أوصى بأخرى عند الموت، ولم يذكر الأولى، فإنهما جائزتان. ووجه ذلك ما قدمناه.

مسألة: وأما القسم الثاني، وهو أن تكون الزيادة للأول، فلا يخلو أن تكون من جنس الوصية الأولى أو من غير جنسها، فإن كانت من جنسها فلا يخلو أن تكون الثانية مثل الأولى أو أقل أو أكثر، ففي المجموعة وغيرها من رواية ابن القاسم وأشهب وعبد الملك وغيرهم عن مالك فيمن أوصى لرجل بدنانيير ثم أوصى له بدنانيير أقل عدداً. أو أكثر، فإن له أكثر الوصيتين.

وروى عليّ بن زياد عنه في المجموعة: إن أوصى له بعشرة، ثم أوصى له بخمسة، فله خمسة عشر، ولو أوصى له أولاً بخمسة ثم أوصى له بعشرة لم يكن له غير عشر، وقاله مطرف، وإن كانت الوصيتان في عقدين.

وجه القول الأول أن هاتين وصيتان من جنس واحد، فكان له أكثرهما كما لو كانت الأولى أقل.

ووجه القول الثانى أنه إذا بدأ بالأقل، ثم أوصى له بأكثر منها كان الظاهر أنه أراد الزيادة فى وصيته، وقد أعمل الوصيتين، وإذا بدأ بالأكثر ثم أوصى بأقل من ذلك، فالظاهر جمعه لأنه بمعنى الزيادة، وفيه إعمال الوصيتين، ولو أعطاه أولاهما لأنها أكثر لكننا قد ألغينا الأخيرة وهى أحق بالإثبات، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا له أكثر العددين، فقد قال ابن الماجشون: إن كانت الوصيتان فى كتابين، فليس له إلا أكثرهما، وإن كانت فى كتاب واحد، فإن سمي له أولاً عدداً ثم سمي له أكثر منه، فله الأكثر، وإن سمي له فى الثانى أقل من الأول، فله العددان. قال لأنه إذا بدأ فى كتاب واحد بخمسة، ثم تثنى بعشرة، جاز أن يقال عشرة منها الأولى، ولو قال: أولاً عشرة، لم يميز أن يقول بعدها خمسة منها العشرة الأولى.

وسوى ابن القاسم بين الكتاب والكتابين، وجعل له الأكثر، بدأ بالأقل أو الأكثر، وقد تقدم توجيهه. ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك.

مسألة: وعلى حسب ما تقدم تجرى الوصيتان فى الذهب والفضة والعروض التى تكال وتزون، أو لا تكال ولا توزن، والحيوان والدور والثياب وغير ذلك، ما لم يكن فى شىء معين، قاله أشهب فى المجموعة وابن القاسم عن مالك.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن ذلك فى المكييل والموزون، وأما العروض، فله الوصيتان تفاضل ذلك أو تساوى، كانا فى كتاب أو كتابين.

وجه القول الأول أنهما وصيتان متماثلتان كالمكييل والموزون.

ووجه القول الثانى أن التماثل فى العروض معدوم، ولذلك يقضى فيها بالقيمة، فكانت الوصية بهما كالمختلفين مما يكال أو يوزن.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلا خلاف أن الدراهم من سكة واحدة متماثلة، وكذلك الأفراس والإبل والعبيد، وأما الدينانير والدراهم، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك: أنهما متماثلان لأنهما صنف واحد.

وحكى عن ابن القاسم أنهما غير متماثلين، وقاله أصبغ. وقال محمد بن المواز: وكذلك القمح والشعير والدراهم والسباك من الفضة.

وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من أنهما صنف واحد، يريد فى الزكاة.

وروجه قول ابن القاسم أنهما غير متماثلين فى الصورة والقيمة، وهما جنسان، ولذلك جاز فيهما التفاضل، ولا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد منهما.

فرع: إذا قلنا إن الدنانير والدرهم متماثلان، فأوصى له بدنانير ثم أوصى له بدراهم، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك: أنه يعتبر الأقل والأكثر بالصرف.

مسألة: ولو أوصى بعددين متساويين فى الجنس والعدد مثل أن يوصى له بعشرة دنانير، ثم يوصى له بعشرة دنانير، فإن له العدين جميعاً، رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، وعلى هذا مذهب مالك وأصحابه.

وحكى القاضى أبو محمد فى معونته: أن الوصيتين إذا كانتا متماثلتين فى الجنس والقدر، فإن له إحداهما لجواز أن تكون الثانية تكراراً أو تأكيداً، وهو ينحو إلى قول أشهب فيمن أوصى لرجل بثلثه ثم أوصى له بثلثه.

مسألة: وإن كان ما أوصى به معيناً كعبد بعينه ثم أوصى له بعبد آخر بعينه، فله الوصيتان؛ لأن التعيين يمنع أن يريد بالوصية الثانية الأولى، فوجب أن يجمعها؛ لأن لكل وصية مقتضاها؛ فيلزم إنفاذها، لأنه لم يطرأ رجوع عنها، وكذلك لو أوصى له بشيئين مختلفين.

وإن لم تكن معينة كدنانير ودراهم على رأى ابن القاسم، فإن له الوصيتين جميعاً معيتين كانتا أو غير معيتين فى كتاب واحد أو فى كتابين، بدأ بالأقل أو الأكثر؛ لأن اختلاف الجنس والاسم يمنع أن يريد بالثانية الأولى، فلزم أن تحمل الوصيتان على أنه أراد أن يجمعهما له.

مسألة: ولو أوصى له بثلثي ماله ثم أوصى له بثلث يخاص بالأكثر؛ لأنهما متماثلان فى اللفظ والجنس، فكان له أكثرهما، قاله ابن القاسم وأشهب فى المجموعة، كما لو أوصى له بعشرة دنانير ثم أوصى له بخمسة، ولو أوصى له بثلث ثم أوصى بثلث آخر، فقد قال أشهب فى المجموعة: يخاص بثلث واحد، والأثلاث كالدنانير لا تعرف بعينها، وكان يجيء على مذهب ابن القاسم وأكثر أصحابنا أن يخاص بالثلثين، إلا أن يريد كونه ممنوعاً من الزيادة على الثلث يقتضى حمل الوصية الثانية على أنها هى الأولى، ولاتفاقهما فى اللفظ والمعنى مع كونه ممنوعاً من الزيادة على لفظ الأول، كثر ماله أو قل، وهو بخلاف من أوصى بعدد ثم أوصى بمثله، وإن كان الأول قد استغرق الثلث؛ لأنه قد يزيد المال، فيكون للعدد الباقي محل، والله أعلم وأحكم.

كتاب الأفضية ٨٧

مسألة: ولو أوصى له بالثلث، ثم أوصى له بعبد أو بعدة دنانير، فقد قال أشهب فى المجموعة: يحاص بالثلث وبعده الدنانير أو العبد يريد قيمته، وقاله ابن القاسم.

قال سحنون: معناه عندى أن ماله عين كله. وفى العتية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: يضرب له بأكثر الوصيتين من العدد والثلث، قال أصبغ: وفيها شىء ولها تفسير.

وجه القول الأول أن الوصية بالثلث وبعده دنانير مختلفان، فوجب أن يجمع للموصى له كالوصية بالدنانير والعبد.

وجه القول الثانى أن مآلهما إلى جنس واحد متمائل فى النوع. وقول سحنون فى الذى يحاص بالثلث وبعده الدنانير معناه أن يكون جميع التركة عيناً، ولذلك جعل الثلث من جنس عدد الدنانير، فعلى قول سحنون يحمل قوله على أنه يجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ولا يحمل قوله أنه يجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض، ويحمل قوله: يقضى له بأكثرهما، على أنه عين كله.

مسألة: وأما إن كان المال عرضاً كله، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: يعطى الوصيتين إذا أجاز الورثة، وإن لم يجيزوا معه وصايا ضرب بالثلث وبالعدد، وإن لم تكن الوصايا، فليس له الا الثلث.

وجه ذلك أن العددين من جنس الثلث لأن الثلث عرض، والعدد عين، فلذلك جمعا له فى المحاصة.

مسألة: فإن كان فى التركة ناض وعرض، فقد روى ابن المواز عن أشهب وأصبغ يضرب له بثلث العرض أو بالأكثر من العدد الموصى به ومن ثلث العين.

ووجهه أن ثلث العروض من غير جنس العين، فله ثلث العروض وثلث العين من جنس العدد، فكان له أكثرهما.

فصل: وهذا حكم تغيير الوصية بالزيادة فيها، وأما حكمها بالنقص منها، فلا يخلو أن يكون ذلك بالنص على النقص منها أو يوصى ببعضها لغيره. فأما النص على النقص منها، فمثل أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يقول: ردوها إلى ثمانية أو اجعلوها ثمانية أو نسخت ما تقدم من الوصية بالعشرة أو أنا أوصى له الآن بثمانية فهذا لا خلاف فى المذهب فى أنه ليس له ما أقره آخرًا.

وأما تغيير الوصية بالفعل، فهو يتعلق بالأعيان دون غيرها، وذلك بأن يفعل فى العين الموصى بها ما لا يفعله إلا فى ماله، وهذا على أصل ابن القاسم وأما أشهب، فإنه يراعى الأسماء، وسنبين ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: ومن أوصى لرجل بمخزيرة ثم لثها بعسل أو سمن، فليس يرجوع كما لو أوصى بعبد ثم علمه الكتاب، ورواه أصبغ عن ابن وهب فى العتبية.

ووجه ذلك أن هذه زيادة فيما كان أوصى له، والزيادة فيما أوصى به لا تأثير لها فى إبطال الوصية لاسيما مع بقاء الاسم الذى علفت عليه الوصية.

فرع: فإذا قلنا ليس يرجوع عن الوصية، فقد قال أصبغ: يكون الورثة شركاء بقدر اللتات، وكذلك صبغ الثوب وبناء الدار.

وقال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة: الثوب يصبغه للموصى له. قال أشهب: وكذلك لو غسله أو كانت دار فخصصها أو زاد فيها بناء وأوصى بسويق ثم لته.

وجه قول أصبغ أنه لم توجد منه وصية بالصبغ والسمن، فكان باقياً على ملك الموصى.

ووجه قول ابن القاسم وأشهب أنه لما كان الأصل موصى به ثم أضاف إليه ما لا يستقل بنفسه، بل هو محمول فيما أوصى به كان ظاهر ذلك أنه أضافه إليه فى الوصية.

مسألة: ولو أوصى له بعبد ثم أجره أو رهنه، فليس ذلك يرجوع ويفدى الرهن من رأس المال، قاله مالك وابن القاسم فى المجموعة.

ووجه ذلك أن الاسم باق وصورة الموصى به باقية مع بقائه على ملكه.

مسألة: ولو أوصى له بعبد ثم باعه، فإن مات قبل أن يشتريه بطلت الوصية فيه، وإن اشتراه قبل أن يموت فهو للموصى له. قال أشهب: وكذلك لو أوصى له بعبد فى غير سلكه، ثم صار له بابتياح أو هبة أو ميراث فالوصية فيه نافذة.

ووجه ذلك أن المرعى فى الموصى به حاله عند وجوب الوصية يموت الموصى، فإن كان فى ملكه ذلك الوقت صحت الوصية، وإلا بطلت، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أوصى له بغزل فنحاكه ثوباً، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: هو رجوع عن الوصية. قال أشهب: لأنه لا يقع عليه الاسم الذى أوصى فيه، فتبطل الوصية.

مسألة: ولو أوصى له ببرد فقطعه قميصاً، ففي الموازية لابن القاسم: أنه رجوع عن الوصية. وقال أشهب: وكذلك لو أوصى له بقميص، فقطعه قباء وأجبة فردها قميصاً أو ببطانة، ثم بطن بها ثوباً أو بظهارة، ثم ظهر بها ثوباً أو بقطن ثم حشا به أو غزله أو بفضة، ثم صاغها خاتماً أو بشاة، ثم ذبحها لبطلت الوصية بذلك كله؛ لأنه لا يقع الاسم الذى أوصى فيه.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: إذا قال: ثوبى لزيد ثم قطعه قميصاً أو لبسه فى مرضه، فليس يرجوع، وهو للموصى له، قال: ولو أوصى له بشقة ثم قطعها قميصاً أو سراويل كان رجوعاً لتغيير الاسم، فاتفق ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذى علق عليه الوصية.

فإذا عمل فيه عملاً أزال ذلك الاسم بطلت الوصية، وإذا لم يزل العمل الاسم، فالوصية باقية، والله أعلم. ولما كان اسم الثوب يقع على الشقة قبل القطع وبعده لم تبطل الوصية بقطعه؛ لأن القطع لا يزيل عنه اسم الثوب، ولما كانت الشقة لا تقع على الثوب إلا قبل القطع، بطلت الوصية بالقطع؛ لأنه يزيل عنه الاسم الذى علق عليه الوصية.

مسألة: وإذا أوصى له بعرضة ثم بناها داراً، فقد قال أشهب فى المجموعة: ذلك رجوع، ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرضة، فليس يرجوع؛ لأنه أوصى له بعرضة وبناء، فأزال البناء وأبقى العرضة، وهذا رجوع من أشهب فى تعلقه بالأسماء إلا أن يلتزم ذلك فى الزيادة دون النقص، فيكون اسنم الدار واقعاً على البناء والعرضة ونائباً عنها.

فإذا أزال البناء بقيت العرضة على ما كانت عليه من الصفة والاسم، وكان يلزمه على هذا القول إذا أوصى بعرضة فبناها أن لا تبطل الوصية بالعرضة؛ لأن اسم الدار يتناول العرضة والبناء.

وروى أبو زيد وأصيح عن ابن القاسم فى العتبية: إذا أوصى له بعرضة، فبناها كانا شريكين بقيمة البناء من العرضة.

وجه قول أشهب أنه قد زاد فى العين الموصى بها زيادة غيرت الاسم، فكان تغييراً للوصية كنسج الغزل.

وجه قول ابن القاسم أن الزيادة مع بقاء العين حالها لا تغير الوصية، وليس كذلك

٩٠ كتاب الأفضية

النسج، فإنه قد غير عين الغزل. وأما العرصة، فهي باقية على ما كانت عليه قبل، فأضيف إليها معنى آخر، وهو البناء كما أضيف اللتان إلى السويق والصبغ إلى الثوب.

فرع: فإذا قلنا ليس الهدم يرجوع على قول أشهب، فلمن يكون النقض؟ قال أشهب: لا وصية في النقض. وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم: النقض للموصى له.

ووجه قول أشهب أن اسم البناء لا يتناول اسم الدار بعد النقض، فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذي علق عليه الوصية.

ووجه قول ابن القاسم أن الهدم ليس بأكثر من تفريق الأجزاء، وذلك لا يمنع نفوذ الوصية كقطع الثوب قميصاً.

مسألة: ولو أوصى له بزرع ثم حصده أو بثمر ثم جذه أو بصوف ثم جزه، لم يكن رجوعاً في الوصية، قاله ابن القاسم في المجموعة، ولو درسه واكتاله، وأدخله بيته لكان رجوعاً في الوصية.

ووجه ذلك أن اسم الزرع باق عليه بعد الحصاد، وصورته ثابتة لم تغير، وإنما وجد منه تقطيعه وإزالته عن موضعه، فلم يكن رجوعاً كقطع الثوب.

فأما إذا اكتاله بعد درسه وأدخله بيته، فإن درسه وتبليغه حد الاكتيال قد غير صورته، ونقل اسمه إلى اسم القمح أو الشعير، فكان ذلك رجوعاً عن الوصية بالدرس والتصفية. وأما إدخاله البيت، فإنما تأكيد لمقصده، والله أعلم وأحكم.

* * *

جَوَازُ وَصِيَّةِ الصَّغِيرِ وَالضَّعِيفِ وَالْمُصَابِ وَالسَّفِيهِ

١٤٣٦ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَمْرُو بْنَ سُلَيْمٍ الزُّرَقِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ قِيلَ لِعَمْرٍو بْنِ الْخَطَّابِيِّ: إِنَّ هَاهُنَا غُلَامًا يَفَاعَا لَمْ يَحْتَلِمِ مِنْ غَسَّانٍ، وَوَارِثُهُ بِالشَّامِ، وَهُوَ ذُو مَالٍ، وَلَيْسَ لَهُ هَاهُنَا إِلَّا ابْنَةٌ عَمٌّ لَهُ، قَالَ عَمْرُو بْنُ الْخَطَّابِيِّ: فَلْيُوصَ لَهَا، قَالَ: فَأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ يُقَالُ لَهُ بَيْتٌ جُشَمٌ. قَالَ عَمْرُو بْنُ سُلَيْمٍ: فَبِيعَ

١٤٣٦ - أخرجه البيهقي في سننه ٢٨٢/٦، ٣١٧/١٠، وابن قدامة في المغني ١٠١/٦، وابن حزم في المحلى ٣٣٠/٩.

كتاب الأفضية ٩١
ذَلِكَ الْمَالُ بِثَلَاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَأَبْنَةُ عَمِّهِ الَّتِي أَوْصَى لَهَا هِيَ أُمُّ عَمْرٍو بْنِ سُلَيْمِ
الزُّرْقِيِّ.

١٤٣٧ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ أَنَّ غُلَامًا مِنْ
غَسَّانَ حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ بِالْمَدِينَةِ وَوَارِثُهُ بِالشَّامِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقِيلَ
لَهُ إِنَّ فَلَانًا يَمُوتُ، أَفِيُوصِي؟ قَالَ: فَلْيُوصِ، قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: قَالَ أَبُو بَكْرٍ:
وَكَانَ الْغُلَامُ ابْنُ عَشْرِ سِنِينَ أَوْ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً، قَالَ: فَأَوْصَى بِبَيْتِ جُشَمٍ، فَبَاعَهَا
أَهْلُهَا بِثَلَاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

الشرح: اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة، رواه عيسى عن ابن
القاسم عن مالك فى المدينة، وقد ذكر يحيى بن سعيد فى روايته عن أبى بكر أن الغلام
كان ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة، فتارة كان يصفه أبو بكر بأنه يفاع، وتارة
كان يصفه بأنه ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة، وذلك كله سواء.

وقوله: «لم يحتلم» على سبيل البيان لحاله وما قصد وصفه به من أنه لم يخرج بعد
من حد الصغر والاحتلام فى الرجال والنساء حد بين الصغر والكبر، ويختص فى النساء
بالحيض، فهو فيهن حد بين الصغر والكبر.

فصل: وقوله: «أخبره أنه قيل لعمر أنه بالمدينة ووارثه بالشام، وليس له بالمدينة إلا
بنت عم» يريد أنها انفردت بالقيام بأمره والرفق به، وإن كان وارثه الذى يمكن أن
ينفرد بذلك أو يشاركها فيه بالشام، ولعله قد قصد بذلك إلى بنت عمه هذه مع
انفرادها بالقيام بأمره والتعب معه والتمريض له لا يعود إليها شىء من ماله.

ولعل الغلام قد أشفق من أن يخرج جميع ماله مع رفقها به، وانفرادها بالعناء معه،
فندبه عمر رضى الله عنه إلى أن يوصى لها، وأعلمه أن ذلك مباح له وسائق فى
الشرع، وإن كان لم يبلغ الحلم، وبهذا قال مالك والليث، وأجمع عليه علماء المدينة
بأن وصية من يميز، ويفهم ما يوصى به من السفه والصغير جائزة. وقال أبو حنيفة
والشافعى: تجوز وصية السفه، ولا تجوز وصية من لم يحتلم.

والدليل على ما نقوله أن الصغر حجر، فلا يمنع صحة الوصية مع التمييز كالسفه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال مالك: تجوز وصية اليفاع. وقال ابن المواز: وأجاز مالك وأصحابه وصية الصغير الذى يعقل ما يوصى به ابن تسع سنين وشبهه.

وقال أصبغ: تجوز وصية الصبى والصبية، إذا عقلا ما يفعلان، وهذا فيما لا يلزمه من الوصية. وأما التدبير، فقد قال عبدالمالك: لا يجوز تدبير من لم يبلغ الحلم. وقال أشهب: لا يجوز تدبير المولى عليه، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى. والفرق بين الوصية والتدبير، أن التدبير عقد لازم.

فرع: إذا أوصى الصبى إلى غير وصيه، ففرق ثلاثة، فللوصى أن لا يلى غيره تفريق ثلثه، قاله أشهب.

ووجه ذلك أنه محجور عليه، وإنما أبيض إنفاذ ثلاثة فى وجوه وصيته، وليس له صرف تولى ذلك إلى غير وصيه الذى قد لزمه حجره.

مسألة: وأما الصغير الذى لا يميز، فلا خلاف بين العلماء فى أنه لا يجوز وصيته. ووجه ذلك أنه لا يصح قصده كالمغنى عليه.

فصل: وقوله: «فليوص لها»، وهى بنت عمه من قرابته وذلك دليل على جواز الوصية للقريب الذى لا يرث، ولا خلاف فى جواز ذلك، قال الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، فنسخت الوصية للوالدين والوارث، وربقت فى حق الوارث القريب الذى لا يرث.

ومن جهة المعنى أنه إنما جحر عليه فى حال حياته فى ماله لحقه لا لحق غيره، فلما مات بطل أن يحجر عليه لحقه؛ لأنه لم تبق له منفعة فى ماله غير ما يوصى به، فكان النظر له تجويز وصيته.

مسألة: وتجوز للأجنبى مع وجود القرابة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى والأوزاعى والثورى. وقال الحسن وطاوس: إن فعل ذلك ردت وصيته إلى قرابته. وقال ابن المسيب: من أوصى لغير قرابته بثلثه، رد إلى قرابته من ذلك ثلثا الثلث، وينفذ للموصى لهم، وبه قال ابن راهويه.

فصل: وقوله: «فأوصى لها بمال يقال له بئر چشم» يقتضى أن أسم المال يقع عندهم على الأرضين والأصول الثابتة.

وقوله: « فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم » على معنى الإخبار عن تجويز وصيته بكثير المال، وإن ذلك لا يختص بقليله، وإن وصيته تصح بالتملك المطلق للأعيان، ولا تختص بالتحبيس والتسبيل.

فصل: وقوله: « وأن ابنة عمه الموصى لها هي أم عمرو بن سليم » يقتضى الإشارة إلى تصحيح الرواية، ومراعاة الراوى الذى هو عمرو بن سليم لها لتعلقها به، ويحتمل أن يشير بذلك إلى أن وصية الصغير تجوز للغنى إن كانت معروفة بالغنى وغير داخلة فى جملة الفقراء.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الضَّعِيفَ فِي عَقْلِهِ وَالسَّفِيهَ وَالْمُصَابَ الَّذِي يُفِيقُ أَحْيَانًا، تَجُوزُ وَصَايَاهُمْ إِذَا كَانَ مَعَهُمْ مِنْ عُقُولِهِمْ مَا يَعْرِفُونَ مَا يُوصُونَ بِهِ، فَأَمَّا مَنْ لَيْسَ مَعَهُ مِنْ عَقْلِهِ مَا يَعْرِفُ بِذَلِكَ مَا يُوصَى بِهِ، وَكَانَ مَغْلُوبًا عَلَى عَقْلِهِ، فَلَا وَصِيَّةَ لَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه تجوز وصية الضعيف فى عقله، يريد الضعيف العقل، وهو الذى لا يستقل بنفسه، ويحتاج إلى من يلى أمره لعجزه عن مباشرة أحواله، وهو مع ذلك يميز ويفهم.

وقد روى ابن وهب وأشهب عن مالك: تجوز وصية الأحمق، يريد بذلك الذى وصفناه بضعف العقل. وأما السفیه، فإنه يريد به الذى يتلف ماله فى وجوه السفه أو يشتغل عن تمييزه وحفظه بالبطالة.

وأما المصاب، فهو الذى أصيب بعقله، إما بصرع أو بما شاء الله تعالى، فإذا كان يفيق أحياناً، وكانت وصيته حين إفاقته، فهي جائزة. قال عبدالمالك: تجوز وصية المجنون فى حال إفاقته كما تجوز شهادته فى حال إفاقته إن كان عدلاً.

مسألة: وإذا ادان المولى عليه، ثم مات، لم يلزمه ذلك كالحى إلا أن يوصى به، فيجوز ذلك فى ثلثه، راوه محمد عن أشهب عن مالك. قال ابن كنانة: وإن كان سعى ذلك النقص من رأس المال أو لم يجعله فى ثلثه، لم يجز ذلك على ورثته، فإذا أوصى به على وجه الوصية، فهو مبدأ على وصاياه.

مسألة: وأما تدبير السفیه، فقد قال عبدالمالك: إن دبر السفیه خادماً كثيرة الثمن، لم يجز تدبير عنده فى المرض، فإذا صح بطل ذلك. وقال ابن كنانة: تجوز وصية المولى عليه وتدبيره، وما لا يقع فيه إلا بعد موته، وإنما يمنع من ماله فى حياته وعدم رشده.

وجه قول أشهب أنه من العقود اللازمة، فلا يلزمه كالبيع والشراء.
 ووجه قول ابن القاسم أن له حكم الوصية، فإذا دبر في مرضه ورعى أمره، فإن مات من مرضه، فحكم التديير والوصية واحد، فينفذ ذلك، وإن أفاق بطل ذلك؛ لأنه عقد لازم.

* * *

الْوَصِيَّةُ فِي الثَّلَاثِ لَا تَتَعَدَّى

١٤٣٨ - مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُعَوِّدُنِي عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِنْ وَجَعِ اشْتَدَّ بِي، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ بَلَغَ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى، وَأَنَا ذُو مَالٍ، وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثِي مَالِي؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا» فَقُلْتُ: فَالْشُّطْرُ؟ قَالَ: «لَا» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الثَّلَاثُ وَالْثَّلَاثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ، وَإِنَّكَ لَنْ تُنْفِقَ نَفَقَةً تَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ إِلَّا أُجِرْتَ حَتَّى مَا تَجْعَلَ فِي فِي امْرَأَتِكَ» قَالَ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَأَخْلَفُ بَعْدَ أَصْحَابِي؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّكَ لَنْ تُخْلَفَ فَتَعْمَلَ عَمَلًا صَالِحًا إِلَّا ازْدَدْتَ بِهِ دَرَجَةً وَرَفْعَةً، وَلَعَلَّكَ أَنْ تُخْلَفَ حَتَّى يَنْتَفِعَ بِكَ أَقْرَامٌ، وَيُضَرَّ بِكَ آخَرُونَ، اللَّهُمَّ أَمْضِ لِأَصْحَابِي هِجْرَتَهُمْ، وَلَا تَرُدَّهُمْ عَلَيَّ أَعْقَابِهِمْ، لَكِنَّ الْبَائِسُ سَعْدُ بْنُ حَوْلَةَ يَرِثُنِي لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ مَاتَ بِمَكَّةَ».

١٤٣٨ - أخرجه البخارى ٤٨/٤ كتاب الجنائز باب رثاء النبي، عن سعد. ومسلم ج٣/١٢٥٠ كتاب الوصية باب ١ رقم ٥، عن عامر بن سعد. والترمذى برقم ٢١١٦، ٤٣٠/٤ كتاب الوصايا، عن سعد بن أبي وقاص. وأبو داود ١١٣/٣ كتاب الوصايا باب ٣، عن أبي هريرة. والنسائي ٢٤١/٦ كتاب الوصايا باب ٣، عن عامر بن سعد.
 قال ابن عبد البر فى التمهيد: ٣٩٧/٨: هذا حديث قد اتفق أهل العلم على صحة إسناده. وجعله جمهور الفقهاء أصلاً فى مقدار الوصية، وأنه لا يتجاوز بها الثلث، إلا أن فى بعض ألفاظه اختلافاً، عند نقلته. فمن ذلك أن ابن عيينة قال فيه: عن ابن شهاب، عن عامر بن سعد، عن أبيه: مرضت عام الفتح. انفرد بذلك، عن ابن شهاب فيما علمت، وقد روينا هذا الحديث من طريق معمر، ويونس بن يزيد، وعبد العزيز بن أبى سلمة، ويحيى بن سعيد الأنصارى، وابن أبى عتيق، وإبراهيم بن سعد فكلهم قال فيه، عن ابن شهاب عام حجة الوداع كما قال مالك.

الشرح: قول سعد: «جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع» سنة في عيادة المرضى، وهي من القرب يدل على ذلك ما روى معاوية بن سويد بن مقرن عن البراء ابن عازب أمرنا النبي ﷺ أن تتبع الجنائز، ونعود المرضى ونفشي السلام.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «قلت: يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ما ترى» دليل على جواز إخبار العليل بشدة حاله إذا تسبب بذلك إلى النظر في دينه، ويجوز ذلك إذا تسبب بذلك إلى معاناة ألمه، ويجوز أن يجبر بذلك من يرجو بركة دعائه، ويجبر بذلك من يعلم إشفاقه.

وقد روى الحارث بن سويد عن عبد الله: «دخلت على النبي ﷺ وهو يوعك، فقلت: يا رسول الله، إنك توعك وعكاً، قال: أجل إنى أوعك كما يوعك رجلان منكم»^(*).

وروى القاسم بن محمد أن عائشة قالت: وارأساه، فقال رسول الله ﷺ: «بل أنا وارأساه، لقد هممت أن أوصى إلى أبى بكر، والله، وأعهد»^(*).

وإنما يكره ما كان منه على وجه التشكى والتسخط، وذلك محبط للأجر أو مؤثر فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وأنا ذو مال، ولا يرثنى إلا ابنة لى» هذا اللفظ وإن كان يقع على يسير المال وكثيره، فإنه لا يستعمل إلا فى كثيره، واستكثر مثل ذلك المال للابنة لانفرادها على عادة العرب، وما كانت جبلت عليه من أنها لم تكن تعد المال للنساء، وإنما كانت تعده للرجال.

ويحتمل أن يكون ظن أنها تنفرد بجميع المال، ويحتمل أن يكون استكثر نصف ماله لها، ورأى أنه إذا تصدق بنصفه يكفيها نصف ما يبقى منه بعدما يتصدق به.

قال القاضى أبو الحسن: قوله: «ولا يرثنى إلا ابنة لى» يريد من النساء، ويحتمل أن يريد بقوله: «أفأتصدق بثلقى مالى» أن يبتله قبل موته، ويحتمل أن يريد به أن يوصى بذلك المقدار فى وجوه بر، فنهاه النبي ﷺ عن الثلثين، ثم عن الشطر، وأباح له الثلث، ووصفه بالكثرة.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٦٤٨، ٥٦٦٠. مسلم حديث رقم ٢٥٧١. أحمد فى المسند

حديث رقم ٣٦١١.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٦٦٦. مسلم حديث رقم ٢٣٨٧.

قال القاضي أبو الوليد ، رحمه الله: ومعنى ذلك عندي أنه كثير ما أباح للمريض التصرف فيه من ماله، وذلك يمنع الزيادة عليه، فإن حملناه على الوصية، فقد اتفق العلماء على أن له الوصية بالثلث.

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن ابن عباس أنه قال: لو غض الناس إلى الربع؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «الثلث، والثلث كثير أو كبير»^(*) فحمل قوله: «والثلث كثير» على استكثار الثلث في الوصية والتدب إلى التقصير عنه.

وروى عن عمر رضی الله عنه أنه أوصى بالربع، وأوصى أبو بكر الصديق بالخمس، وقال: رضيت في وصيتي بما رضی الله به لنيبه من الغنيمة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اتفق العلماء على أن من كان له وارث، فليس له أن يوصى بأكثر من ثلثه لقول النبي ﷺ: «والثلث كبير» لقوله: «إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة، يتكففون الناس» فثبت بذلك حق للورثة في مال المريض يمنع ما زاد على الثلث.

مسألة: فإن لم يكن له وارث، فهل له أن يوصى بماله كله، فمذهب مالك أنه لا يجوز، وبه قال الشافعي، وقول زيد بن ثابت، وجوز ذلك أبو حنيفة. وروى ذلك عن ابن مسعود وعلى بن أبي طالب.

والدليل على ما نقوله أن له من يعقل عنه فلم يكن له أن يوصى بأكثر من الثلث. أصل ذلك من يرثه بنوه.

مسألة: فإذا أوصى الميت بأكثر من الثلث، فأجازته الورثة، جاز، ويكون ذلك تنفيذاً منهم لفعل الموصى، ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافاً للشافعي في قوله: إنها ابتداء عطية.

قال القاضي أبو محمد: والدليل على ذلك أن المنع إنما هو لحق الورثة، فإذا أجازوا فقد تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ لفعل الميت بمنزلة أن يأذنوا له قبل أن يوصى، وبمنزلة حكم الثلث.

(*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذي حديث رقم ٢١١٦. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد في المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمي حديث رقم ٣١٩٦.

ووجه ذلك أن حقوقهم إنما تتعلق بما زاد على الثلث، فليس لهم أن يتعدوه إلى ما لم تتعلق به حقوقهم؛ لأن حقوقهم تتعلق بثلثي المال. بمرض الموصى، وإنما تتعلق حقوقهم بالثلث الباقي. بموت موروثهم دون وصية، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن مات ولا وارث له، فقد روى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم: يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالى يجريه فى وجهه مثل عمر بن عبدالعزيز، فليدفع إليه، وكذلك من أعتق نصرانيًا، فمات النصرانى، ولا وارث له، فليتصدق بماله، ولا يجعل فى بيت المال.

ووجه ذلك أن الوالى ليس له أن يستبد به ولا يصرفه فى غير وجوه البر، فإذا كان ممن لا يصرفه فى وجوه البر، ساغ لمن كان بيده أن يصرفه فى وجوه البر.

مسألة: ومن أوصى له من لا وراث له بجميع ماله، فقد قال مالك: يجزئه أن يتصدق بثلثه. قال ابن المواز: يتصدق بذلك عن المسلمين لا عن الميت.

ووجه ذلك أن ملك الموصى قد زال عن ثلثى ماله إلى وارث معين أو غير معين، فإن كان معينًا دفع إليه، وإن كان غير معين تصدق به عمن صار إليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أوصى نصرانى بجميع ماله للكنيسة، ففى العتبية من رواية أبى زيد عن ابن القاسم: يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله، وثلثاه للمسلمين.

ووجه ذلك أن الذمى إذا لم يكن له وارث، فإن ماله للمسلمين، فالحكم فى تركته بين المسلمين، وبين الناظر فى الكنيسة، فيجرى على حكم الإسلام، فلا يجوز له وصية فى أكثر من ثلثه.

مسألة: وهذا إذا أوصى بأكثر من الثلث دون إذن الورثة، فإن أذنوا له، نفذ.

فصل: فإن حملنا قوله: «أفأتصدق بثلثى مالى» على إبتال الصدقة فى المرض، فإن النبى ﷺ قد منع من ذلك، وإنما أطلق اللفظ فى الثلث على أنه كثير، وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن يتل من ماله إلا ثلثه بصدقة أو عتق أو هبة أو محابة فى بيع.

فإن زاد على ذلك، فالزيادة موقوفة اعاءة، فإن أفاق من مرضه ذلك، فحكمه حكم الوصية إن أجازته الورثة، وإلا رد إلى الثلث، ولا يعتبر فى ذلك قبض الهبة؛ لأن حكمه

٩٨ كتاب الأفضية

حكم الوصية. وشدد أهل الظاهر، فقالوا: بل يلزمه الجميع، إذا قبضت الهبة أو الصدقة. والدليل على ذلك قول سعد: «أفأتصدق بثلثي مالي؟ فقال له النبي ﷺ: لا، ثم قال: الثلث، والثلث كثير» وهذا بين في رد ما ادعوه.

ودليل ثان حديث عمران بن حصين في الذي أعتق في مرضه ستة أعبد، ولا مال له غيرهم، فأقرع رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق اثنين، ورد أربعة.

مسألة: إذا ثبت أن حكم الحجر يلحق المريض في ثلثي ماله لحق الورثة، فقد قال القاضي أبو محمد في معونته: إنه يتعلق به حكم الحجر، فيما زاد على قدر حاجته من الإنفاق في الأكل والكسوة والتداوي والعلاج وشراء ما يحتاج إليه من الأشربة والأدوية وأجرة الطبيب، ويمنع من السرف، وما خرج عن العادة لأن إخراج مال على غير عوض يستفيده أو ورثته، فكان في معنى إضاعته، وذلك ممتنع.

قال: وله أن يتصرف في ماله بالبيع والشراء، لأن حق الورثة لم يتعلق بعين المال، وإنما تعلق بمقداره.

وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة: ولا يمنع المريض من البيع والابتاع، إذا لم يكن في ذلك محاباة أو ضرر بالورثة. قال ابن القاسم وأشهب: وهبته للثواب كبيعته.

مسألة: وإذا باع عبداً ليس له غيره، فوضع فيه، فإن كانت المحاباة قدر ثلثه، جاز، وإن كانت أكثر من ثلثه، جاز منها قدر الثلث، رواه علي بن زياد عن مالك.

وفي الموازية عن ابن القاسم فيمن أسلم في سلعة، ثم أقال منها في مرضه فمات، ولم يدع غيرها، فإن لم يكن في ذلك محاباة فهو جائز، وإن كانت فيه محاباة خير الورثة بين الإجازة، وبين أن يقطعوا له بثلث ما عليه. ومثله روى ابن حبيب عن أصبغ.

وقال عيسى: يمضى له منه ما لا محاباة فيه، ثم يخير الورثة في باقيه، فإذا سلموه، وإما قطعه بثلث مال الميت في باقي العبد.

وهذه الألفاظ كلها تعود إلى معنى واحد، وهو أن محاباته في ثلثه، وإنما اختلفت عباراتهم؛ لأن بعضهم قصد إلى بيان منتهى الحكم، وبعضهم قصد إلى صفة تناول الأمر، الله أعلم وأحكم.

فرع: فإن قال المتباع: أنا أدفع بقية ثمن العبد وأخذه، فقد قال عيسى وأصبغ: ليس

كتاب الأفضية ٩٩
له ذلك قال عيسى: ولا للورثة أن يلزموه ذلك، يريد والله أعلم، أنها لا تملك أخذ بقية الثمن منه.

مسألة: وإنما ينظر إلى قيمة المبيع يوم البيع، لا يوم يموت البائع، قاله أصبغ، سواء كان البيع من وارث أو غيره.

ووجه ذلك أن المتاع يضمن المبيع من يوم البيع، فيجب أن ينظر في قيمته يوم البيع، فإن زادت بعد ذلك القيمة أو نقصت، فإنما طرأ ذلك على ملكه.

مسألة: وإن باع في مرضه ورقاً بذهب، فحايى في ذلك، أو أوصى أن يباع ذلك منه، وفيه محاباة أو لا محاباة فيه، فهو جائز، قاله أصبغ. قيل قد قال قائل إنه حرام للتأخير؟ قال: لا أرى ذلك إلا حلالاً لأنه لم يرد به التأخير.

ووجه ذلك أنه موقوف على الفسخ، فهو جائز حتى يرد كالرد بالعيب.

مسألة: ومن نحل ابنه في مرضه، فتزوج الابن لذلك، ودخل أو زوجته هو بذلك، فذلك مردود إلى الورثة، والنكاح ثابت، وتتبعه الزوجة بالمهر، من الموازية.

ووجه ذلك أنها هبة في المرض، فلا تفوت بالقبض، وإنما لها حكم الوصية إن مات من ذلك المرض.

فصل: وقوله: «إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس» يقتضى أن ذلك خير لسعد، وإلا فلا فائدة له فيما هو خير لغيره دونه، وذلك يكون من وجهين، أحدهما: أن بقاء ورثته في غنى عن الناس أطيب لنفسه من أن يدعهم عالة يتكفون الناس، وهذا الذى جبل عليه أكثر الناس، فما من أحد من الأغلب إلا يريد الخير، والخصب لذريته، وربما آثرهم في ذلك على نفسه.

والثانى: أن يحتمل أن يشير بذلك ﷺ إلى أنه أفضل له فى الآخرة، وأكثر لأجره، إما لأن حكم البنات يجب أن يكون فى ذلك حكم البنين، وإما لأن صلة من قرب منه أولى من صلة من بعد منه وأعظم لأجره لقوله تعالى: ﴿أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ يَتِيمًا ذَا مَقْرَبَةٍ أَوْ مَسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ﴾ [البلد: ١٦]،. وقوله: ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدِينَ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجَنْبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [النساء: ٣٦]، فقدم الوالدين، ثم ذى القربى ولما روى عنه ﷺ فى هذا الحديث.

وإما لأن حق الورثة قد تعلق بثلثي ماله تعلقاً منع القليل منه، فخير له الرضا بذلك والتسليم لحكم الله تعالى فيه من أن يتعدى إلى إتلافه، فتبقى الورثة بعده فقراء عالة، وإنما ورد الأمر بالوصية لمن ترك غنى دون من لا يتركه، قال الله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ [البقرة: ١٨٠]، وفي الجملة أن هذا يقتضى أن الغنى فيه خير، ولو كان الغنى شراً لكان خيراً له أن لا يدع ورثته أغنياء.

فصل: وقوله: «وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت بها حتى ما تجعل فى امرأتك» يقتضى أن النفقة إذا أريد بها وجه الله، والتعفف والتستر، وأداء الحق والإحسان إلى الأهل، وعونهم بذلك على الخير من أعمال البر التى يؤجر بها المتفق، وإن كان ما يطعمه امرأته، وإن كان غالب الحال أن إنفاق الإنسان على أهله لا يهمله، ولا يضيعه، ولا يسعى إلا له مع كون الكثير منه واجباً عليه، ولا ينفقه الإنسان على نفسه أيضاً يؤخر فيه إذا قصد بذلك التقوى على الطاعة والعبادة.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «قلت يا رسول الله، أخلف بعد أصحابي» يريد والله أن يخلف بمكة بعد انصراف أصحابه إلى المدينة مع النبى ﷺ إشفافاً من بقاءه فى الأرض التى هاجر منها ومنع المرض له عن الرحيل مع أصحابه إلى الأرض التى هاجر إليها. وقد ذكر قوم أن هذا يدل على أن حكم الهجرة لم ينقطع بعد الفتح. وقد روى عن النبى ﷺ: «لا هجرة بعد الفتح، ولكن جهاد ونية»^(١).

ويحتمل عندى أن يكون معنى ذلك أنه لا هجرة بعد الفتح لمن لم يهاجر قبل الفتح، يريد لا تفتح الهجرة بعد الفتح.

وأما من هاجر قبل الفتح، فإن حكم الهجرة ثابت فى حقه لازم له إلى أن يتوفى يدل على هذا التأويل حديث العلاء بن الحضرمى أنه إنما أذن للمهاجر أن يقيم بمكة ثلاثاً بعد الصدر، فعلى هذا من لزمه حكم الهجرة ثبت فى حقه، وقد منع من الرجوع عنه، ولزمه المقام مع النبى ﷺ حيث أقام، والنصرة له والحماية، ومن لم يهاجر قبل الفتح، لم يلزمه هذا الحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «إنك لن تخلف، فتعمل عملاً صالحاً إلا ازددت به درجة

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٨٣، ٢٨٢٥. مسلم حديث رقم ١٨٦٤. الترمذى حديث رقم ١٥٩٠. أحمد فى المسند حديث رقم ١٩٩٢، ٣٣٢٥، ١٠٧٨٢، ٢١١١٩. الدارمى حديث رقم ٢٥١٢.

كتاب الأفضية ١٠١
ورفعة» يريد والله أعلم إنك إن خلفت فعملت عملاً صالحاً ازدادت به درجة، ويحتمل أن يريد بقوله هاهنا: «إنك لن تخلف» وجهين، أحدهما: أن التخلف بمعنى أن ينسأ فسي أجلك فتعمل عملاً صالحاً.

والثاني: أن يخلف بمكة التخلف الذي أشفق هو منه، فيكون معناه أن بقاءه بالأرض التي هاجر منها لضرورة المرض لا يبطل شيئاً من هجرته، بل ما عمل فيها من الأعمال الصالحة مكتوبة له، يزيد في درجاته، ويرجح ميزانه في الدنيا والآخرة، وإنما يجبط من فضل الهجرة البقاء فيها على وجه الاختيار دون ضرورة إلى الموت فيها على قول قوم.

فعلى هذا التأويل فيه إخبار لسعد أنه لن يموت بمكة لقوله ﷺ: إنه يزداد بالأعمال الصالحة مع المقام بمكة درجة ورفعة، على ما كان عليه بعد الهجرة، وإلى أن من مرض بمكة، وهو على حكم الهجرة، ولو كان بمكة على هذا التأويل لكان عمله بمكة لا يبلغه درجة المهاجرين، فكيف أن يزداد به درجة ورفعة.

فصل: وقوله: «لعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام، ويضرب بك آخرون» التخلف هاهنا الإبقاء بعد من يموت من النبي ﷺ وأصحابه. وقد قيل في تأويل ذلك أن سعداً مرّ على العراق، فأتى بقوم ارتدوا عن الإسلام، وسجعوا سجع الكهان، فاستتابهم، فأتى بعضهم فقتلهم، فضر أولئك وتاب بعضهم فانتفعوا به.

ويحتمل عندى أن يكون إشارة إلى بقاءه بعده ﷺ إلى وقت ولى أمر الكوفة وغيره، وقاد الجيوش، فانتفع به من استحق النفع، واستضر به من استحق الضرر، وكان فى ذلك تنبيه له على أنه سيملك أن ينفع ويضر.

فصل: وقوله ﷺ: «اللهم امض لأصحابي هجرتهم، ولا تردهم على أعقابهم» يحتمل أن يريد به أن البقاء مع الاختيار بمكة مما يؤثر فى الهجرة، وهو من باب الرجوع على العقب ومخالفة ما ابتدأهم الله به الهجرة، وأن توفيقهم وعونهم على ملازمة المدينة دار الهجرة من إمضاء الهجرة لهم وتصحيحها فى جنبتهم.

وروى أن النبي ﷺ خلف رجلاً على سعد، وقال: «إن مات بمكة فلا تدفنه بها».

فصل: وقوله ﷺ: «لكن البائس سعد بن خولة» البائس عند أهل اللغة الذى يتبين عليه البؤس من شدة الفقر.

وقوله: «يرثى له رسول الله ﷺ أن مات بمكة» ذكر ابن مزين أن سعد بن خولة

كان قد أسلم فأقام بمكة، ولم يهاجر حتى مات، فكره له النبي ﷺ ذلك، ورثى له. وذكر البخارى أن سعد بن خولة شهد بدرًا، ثم انصرف إلى مكة ومات بها. وروى ابن بكير عن الليث أنه توفي بمكة فى عام حجة الوداع. وقال الطبرى: توفي بمكة سنة سبع، والقول الأول عندى أظهر.

وهذا ظاهر لفظ النبي ﷺ أنه رثى له أن مات بمكة، وهذا يقتضى أن لموت المهاجر بمكة تأثيرًا فى هجرته، وثلمًا لها، إما أن يكون ذلك لمن اختار المقام بمكة، وإما أن يكون لمن مات بها على أى وجه كان، وتعلق ذلك بالاختيار أظهر والله أعلم وأحكم، على أنه قل من مات بمكة من المهاجرين، ولعله قد أجيبت فيهم دعوة النبي ﷺ: «اللهم أمض لأصحابى هجرتهم، ولا تردهم على أعقابهم»^(١).

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يُوصِي بِثُلْثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ وَيَقُولُ: غُلَامِي يَخْدُمُ فَلَانًا مَا عَاشَ، ثُمَّ هُوَ حُرٌّ، فَيَنْظُرُ فِي ذَلِكَ، فَيُوجَدُ الْعَبْدُ ثُلْثَ مَالِ الْمَيِّتِ، قَالَ: فَإِنَّ خِدْمَةَ الْعَبْدِ تُقَوِّمُ، ثُمَّ يَتَحَاصَّنَانِ، يُحَاصُّ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ بِالثُّلْثِ بِثُلْثِيهِ، وَيُحَاصُّ الَّذِي أُوصِيَ لَهُ بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ بِمَا قَوْمٌ لَهُ مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ، فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ خِدْمَةِ الْعَبْدِ أَوْ مِنْ إِجَارَتِهِ إِنْ كَانَتْ لَهُ إِجَارَةٌ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، فَإِذَا مَاتَ الَّذِي جُعِلَتْ لَهُ خِدْمَةُ الْعَبْدِ مَا عَاشَ عَتَقَ الْعَبْدُ^(١).

الشرح: هذه المسألة مبنية على جواز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار، وبه قال أبو حنيفة والشافعى والثورى والليث. وقال ابن أبى ليلى: لا يصح ذلك. وقال الطحارى: وهو القياس.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا تملك منافع، فصح ذلك من غير بدل كالعريّة. فرع: إذا ثبت ذلك، فمن أوصى له بخدمة عبد أو سكنى دار، جاز له أن يكرى ذلك إلا أن يعلم أن الموصى أراد أن يسكنها بنفسه خلافاً لأبى حنيفة. والدليل على ما نقوله أن هذه منافع، فصح بدلها، فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر، قال ذلك كله القاضى أبو محمد.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ١٢٩٦، ٣٩٣٦، ٤٤٠٩، ٦٣٧٣. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذى حديث رقم ٢١١٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد فى المسند حديث رقم ١٥٢٧، ١٥٤٩.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٥/٢٣.

كتاب الأفضية ١٠٣
إذا ثبت ذلك، فمن أوصى بثلث ماله لرجل ويخدم غلامه فلانًا عاش، ثم هو حر،
ففيه أربعة أبواب، أحدها: أن الوصايا إذا ضاق عنها الثلث، وتساوت في التأكيد وقت
المحاصة فيها، سواء كانت في لفظ واحد ووقت واحد، أو أوقات مختلفة، وبجالس
شئى. والباب الثانى: فى أخذ الموصى له ما يوجب الوصية له عند ضيق الثلث فى عين
ما أوصى له به. والباب الثالث: فى المحاصة بالتعمير ومدة التعمير. والباب الرابع: فى
تبدئة بعض الوصايا على بعض، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الأول

فى التحاصص بالوصايا عند ضيق الثلث مع تساويها فى التقديم

أصل ذلك أن الوصايا مبنية على أن ينفذ منها ما أمكن الجمع بينه، ولا يبطل منها
إلا ما لا يصح أن يجمع مع ما يثبت. وقال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة فىمن
أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصفه: إن الثلث بينهما على خمسة أسهم، ولو أوصى
لآخر بجميعه لكان بينهما على أربعة أسهم، خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: هو بينهما
بنصفين.

والدليل على ما نقوله أن التفاضل فى القسمة كما لو اتسع الثلث لذلك، وهذا
حكم الفرائض فى العول، وقد ثبت أن الثلث سدسان والنصف ثلاثة أسداس، فىكون
لصاحب الثلث خمسًا الثلث، ولصاحب النصف ثلاثة أخماسه، وهذا حكم الجميع مع
الثلث؛ لأن فى الجميع ثلاثة أثلاث، والثلث المنفرد رابع، وهو ربع الجميع، فلصاحب
الجميع ثلاثة أرباع الثلث الذى يلزم الورثة إنفاذه، ولصاحب الثلث ربعه، والله أعلم
وأحكم.

مسألة: ومن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بعبد، وهو سلس المال، فإنما الثلث
بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب الثلث ثلثاه فى كل شئى، ولصاحب العبد ثلثه، قاله
أشهب فى الموازية.

ووجه ذلك أن الوصية بالثلث استوعبت ما كان له أن يوصى به ثم زاد بعد ذلك
الوصية بالعبد، وهو سلس والوصايا مبنية على الجواز بما أمكن ذلك، فوجب التحاصص.

مسألة: ومن أوصى بعبد ميمون لزيد، ثم أوصى به لعمر، ولم يذكر رجوعًا عن
الوصية الأولى، فإنه يكون بينهما بنصفين، رواه ابن عبدوس عن مالك وابن القاسم

١٠٤ كتاب الأفضية

وأشهب، وكذلك لو كانت دارًا لكانت بينهما أو ما حملة الثلث منها، وبه قال جمهور العلماء. وقال عطاء وطاوس: هو للآخر.

ودليلنا ما قدمناه أن الوصايا مبنية على المحاصة لأنها حقوق مقدرة فى المال تنتقل عن ميت إلى مالك دون عوض كالمواريث التى يدخلها العول.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد حكى ابن المواز أنه بينهما حتى يتبين أن القول الآخر رجوع عن الأول مثل أن يقول: عبدى الذى أوصيت به لزيد، هو لعمر، فهذا رجوع، فإن لم يقبله الثانى، فلا شىء فيه للأول.

وقال القاضى أبو محمد فى معونته: وذكر فى المجموعة والموازية إذا قال: عبدى لفلان، وهو لفلان، فهو بينهما، فإن رد الثانى فنصيبه للورثة.

فأما قوله: هو لفلان، وهو لفلان، فوجه التشريك فيه ظاهر. وأما قوله: عبدى الذى أوصيت به لزيد، هو لعمر، أنه رجوع، فوجه ذلك أن قوله: عبدى الذى أوصيت به لزيد، ابتداء كلام غير مستقل بنفسه حتى يقترن به الجواب، وجوابه هو لعمر، وذلك يقتضى أن هذا جميع الخير، وذلك يفيد نقل الوصية بجمع العبد كما لو قال: عبدى ميمون لعمر.

وإذا قال: عبدى ميمون وصية لزيد، ثم قال فى ذلك المجلس أو مجلس آخر: عبدى ميمون لعمر، فإن كان كل واحد من القولين قائمًا بنفسه مستقلاً بغيره، لا يفيد إلا ما يفيد الآخر، فوجب التشريك.

وفى المدونة: من قال: العبد الذى أوصيت به لفلان هو وصية لفلان، رجل آخر، فقد قال مالك: إن كان فى الوصية الأخيرة ما ينقص الأولى، فهى ناقصة لها، فلم يصرح بأن الثانية ناقصة لما كانت عنده محتملة أو غير بينة، وإنما الرجوع البين عن الوصية أن يقول: هو لزيد بل لعمر أو يقول: قد صرفته من زيد إلى عمر، وإنما الاعتبار بالتصريح بصرفه عن الموصى له به أولاً، ولا اعتبار بالنص على أن جميعه للموصى له به آخرًا، والله أعلم.

مسألة: ولو أوصى بعبد لوارث من ورثته ثم أوصى به لأجنبى، ففى الموازية عن ابن القاسم وأشهب: أنه بينهما، وإن لم يجر الورثة نصيب الوارث رجوع ميراثًا.

ووجه ذلك أنه أوصى به فى وجهين، فاقضى ذلك التشريك بينهما إلا أن نصيب

كتاب الأفضية ١٠٥
الوارث للورثة فيه الخيار بين الإجازة والرد، ولا خيار لهم في نصيب الأجنبي، ولا فى
شئ منه إذا حمل الثلث العبد.

ولو أوصى لأجنبي ولوارث لا وارث له غيره، ففى المدونة: أن الأجنبي مقدم فى
الثلث.

ووجه ذلك أن هذه الوصية للوارث لا تأثير لها لأنه إنما يصير له بها ما كان يصير له
دونها، فلذلك قدم الأجنبي عليه، وإذا أوصى لأجنبي ولوارث من جملة ورثته كان
لوصية الوارث تأثير؛ لأنه أعطاه بها ما لم يكن له دونها، فلم يقدم الأجنبي عليه.

مسألة: ومن أوصى بعق ثم أوصى به لرجل، فهو رجوع، وكذلك لو أوصى بالوصية
بعقه، قاله ابن القاسم. وقال أشهب فى الموازية: العتق يبدأ. وحكى القاضى أبو محمد:
أن مبدأ قدم أو آخر.

وجه قول ابن القاسم ما ذكر القاضى أبو محمد أن العتق لا يجوز الاشتراك فيه؛ لأنه
بمنزلة ابتدائه، فإذا امتنع ذلك لما فيه من المنع حمل على الرجوع.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أن الوصيتين إذا اجتمعا فى عين، قدم العتق،
وليس ذلك بمعنى الرجوع عن الوصية، وإن علفت بجميع العبد كما لو أوصى به لزيد
ثم أوصى به لعمرو.

والفرق بينهما على قول ابن القاسم أن الوصية بالعتق وصية بإزالة ملك والوصية
بتمليك العبد بتمليك.

والفرق بينهما أن حصص التمليك يجمع بينها فى المحاصة فى التفليس وغيره، ولا
يجمع بينها وبين العتق، وأيضاً فإن الوصايا يخاص بينها إذا اجتمعت فى التمليك، ولا
يخاص بينها إذا كان بعضها بعق وبعضها بتمليك، وذلك يدل على معنى الاشتراك،
والله أعلم.

مسألة: ومن أوصى لزيد بعبيد سماهم، ثم أمر رجلاً آخر ببيع كل عبد له، ففى
العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب: يسأل الأمر، فإن كان مات قبل ذلك
نفذت الوصية، ولم تغير إلا بأمر بين.

وقال ابن القاسم: أمره ببيع كل عبد رجوع عن الوصية، كما لو أمر أن يتصدق عنه
بكل ماله فى ذلك البلد على رجل لكان رجوعاً، والصدقة أثبت من الوصية، وكذلك
لو أعتق كل عبد له بذلك لكان العتق أولى.

ووجه قول ابن وهب أن اللفظ الخاص واللفظ العام إذا تعارضا كان اللفظ الخاص أولى فيما قابله من العام؛ لأن اللفظ الخاص يتناول ما يقع تحته على وجه لا يشمل غيره، واللفظ العام يتناوله على وجه محتمل.

وقول ابن القاسم مبنى على مذهب أبي حنيفة في أن اللفظ العام المتأخر يرفع حكم اللفظ الخاص المتقدم. وقول ابن وهب أجرى على أصول أصحابنا، وهذا قد ذكرته في أحكام الفصول بما يغنى الناظر فيه، ويجب أن لا يسمى ما ألزمه ابن القاسم من الصدقة بجميع ماله في ذلك البلد إذا كان الموصى بهم من جملة ماله في ذلك البلد، وكذلك العتق.

مسألة: ومن أوصى بعبده لزيد، ثم أوصى أن يباع، أو قال: يبعوه من عمرو، ففي المجموعة والموازية عن أشهب: أنه رجوع، قال: إلا أن يقول: عبدى لزيد ويبعوه من عمرو وليبع من عمرو بثلاثي ثمنه، ويعطى ذلك لزيد.

وجه ذلك ما مضى غير أنه فرق بين أن يوصى بالعبد لزيد، ثم يوصى به لزيد، ثم يقول: يبعوه من عمرو، وقد كان جمع بينهما إذا أوصى به للزيد، ثم قال: هو لعمرو، فجعل للوصية بالبيع تأثيراً في أحد الوجهين، وذلك أن البيع إنما تتناول الوصية به إزالة الملك، فأشبهت العتق من هذا الوجه، والبيع يتضمن التمليك، ولا يتضمنه العتق، بل ينافيه، والله أعلم.

مسألة: ومن أوصى بعبده لزيد، ثم قال بعد ذلك: خدمته لعمرو، قال أشهب في المجموعة: ليس هذا برجوع والغلة والخدمة سواء، فإن حمله الثلث استخداماً، واستغلاهما جميعاً بالسواء، وإن لم يحمله الثلث، فلورثته إن تحروا أن يسلموا إليهما ثلث الميت.

ووجه ذلك أن المقصود من العبد الخدمة، فلما أثار منه المسمى على الإطلاق، وبلغ الاستيعاب ساوى الذى أوصى له برقبته؛ لأن ذلك أيضاً يقتضى استيعاب الخدمة، فيتساويان في ذلك لما قدمناه أن حكم الوصيتين التشريك ما أمكن ذلك، ولم يناف أن تكون الخدمة بينهما حملت الوصيتان على ذلك.

وليس ذلك بمنزلة الذى يوصى برقبته لأحدهما، وللآخر أن تباع منه، فإنه محال أن تبقى رقبته لزيد مع بيعه من عمرو، فجعل عند الشريك على مقتضى وصيته على واحد منهما، وهو أن تباع من عمرو بصرف الثمن إلى زيد؛ لأنه بدل رقبته التى أوصى له

كتاب الأقضية ١٠٧
بها لأنه كأنه لما وصى ببيعه، ولم يرد بذلك رد ما تقدم من وصيته به لزيد، فقد أبقى له ثمنه.

مسألة: ومن أوصى لزيد بخدمة عبده سنتين، ثم هو حر ثم أوصى لعمرو بخدمته سنة أنهما يتحصان في خدمته سنتين يضرب صاحب السنتين بسهمين، وصاحب السنة بسهم، ولو قال: يخدم زيداً سنة، ثم هو حر، ثم قال: فلأنا سنتين لتحصان في خدمة السنة لزيد ثلثها، و لعمرو ثلثاها، فيكون حرًا، قاله كله ابن القاسم في المجموعة.

ووجه ذلك أنه استثنى في المسألة الأخيرة خدمة سنتين قبل العتق، واستثنى في المسألة الثانية سنة قبل العتق، ثم أوصى بخدمة سنتين، فسلمت السنة الأولى من معارضة العتق، وعارض العتق الخدمة في السنة الثانية، فقدم العتق.

وفرق ابن القاسم بين هذه المسألة، وبين الذى أوصى بعتق عبده ميمون، ثم أوصى به لعمرو فجعل ذلك رجوعاً؛ لأن العتق يبطل في تلك السنة وهو في مسألته باق ثابت الحكم، فلم تكن الوصية بخدمة السنة الثانية رجوعاً عنه.

مسألة: ومن أوصى بثلاثة أعبد له لزيد، ثم أوصى بواحد مسمى منهم لعمرو، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن حمل ذلك الثلث، فالعبدان لزيد، والعبد الثالث بينه وبين عمرو بنصفين.

ووجه ذلك أن فى العبد الواحد وقع التشريك، فكان بينهما والعبدان سلماً من ذلك، فسلماً لمن أفرد بهما.

مسألة: ومن أوصى لزيد وعمرو بالمائة التى على خالد، ثم أوصى بها لزيد، فليضرب فيها زيد بمائة وعمرو بخمسين، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

ووجه ذلك أنه لما كانت المائة معينة لمن هى عليه لم تعدها الوصية.

ولما أوصى بها لزيد وعمرو، كان كأنه أوصى بخمسين منها لكل واحد منهما، ثم لما أوصى لزيد بها مرة أخرى، فقد أوصى له بمائة بعد أن أوصى له بخمسين، فسقطت الخمسون، وكان له مائة يضرب بها ويضرب عمرو بخمسين، فيكون لزيد ثلثا المائة، و لعمرو ثلثها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا أوصى لرجل بجزء من ماله، وأوصى لآخر بدنانير مسماة، وضاق الثلث عن الوصيتين، فيها ثلاث روايات، إحداها: تبدة الجزء على التسمية. والثانية:

١٠٨ كتاب الأفضية

تبدئة التسمية على الجزء. والثالثة: المحاصة بينهما، ذكر ذلك القاضي أبو محمد، وبالرواية الثالثة قال ابن القاسم في المجموعة.

قال القاضي أبو محمد: وجه الرواية الأولى أن الجزء أكد في باب الوصايا من التسمية ألا ترى أنه لو أوصى له بألف، فتلقت التركة كلها إلا الألف لم يستحق الموصى له إلا ثلثها، فبطلت التسمية ورجعت إلى حكم الجزء.

ووجه الرواية الثانية أن التسمية أكد من الجزء للنص على قدرها بوجه غير محتمل، والجزء لا تتقدر به الوصية إلا بوجه محتمل.

ووجه الرواية الثالثة أنهما جهتان للاستحقاق بالوصية، فلم تكن إحداهما أولى من الأخرى، ورجع إلى المحاصة، واستدل سحنون على المحاصة أنه قد انتقص كل واحد بما أدخل عليه من صاحبه.

* * *

الباب الثاني: في أخذ الموصى له ما توجب

الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به

وذلك أن الوصية لا تخلو أن تكون عروضاً كلها أو عيناً كلها أو بعضها عين، وبعضها عرض، فإن كانت التركة عروضاً أو بعضها عرض وبعضها عين، فأوصى له بعرض معين يحمله الثلث، فقد روى علي بن زياد فيمن أوصى له بعبد ثمنه عشرون ديناراً، وله أموال عريضة، فقال: الورثة لا نجب أن نخلص له العبد، فليس ذلك لهم إلا فيما لا يسعه ثلثه، أو يشكل اتساعه له فيخبروا بين الإجازة والقطع بثلث جميع مال الميت.

ووجه ذلك أنه أوصى بالعبد، وهو دون الثلث وله التصرف في ثلث ماله، فليس للورثة من ذلك إلا لوجه مضره تلحقهم بتعيينه أو الزيادة على الثلث، فيرد عند ذلك إلى الثلث الذي هو نهاية ماله فيه من التصرف، وهذا على أحد قولي مالك، وذلك أن من أوصى لرجل بعبد، وهو أكثر من ثلثه، فلم يجز الورثة، فقد اختلف فيه قول مالك، فقال أولاً: يقطع فيه بثلث الميت، وبه قال عبدالمالك وابن كنانة، ورواه علي بن زياد عن مالك في هذه المسألة، ثم رجع، فقال: يقطع له بالثلث في تلك العين الموصى بها، واختاره ابن القاسم وأشهب. وروى القولين عنه ابن القاسم وأشهب.

كتاب الأفضية ١٠٩

وجه القول الأول أن هذه وصية عالت علي الثلث، فإذا لم يجز الورثة ردت إلى ثلث التركة كما لو كان معظم المال غائباً أو ديناً.

ووجه القول الثاني ما احتج به أشهب أن العبد لو مات قبل أن يخلع الثلث لبطلت الوصية.

ومعنى ذلك أنه لما كان من ضمان الموصى له دل ذلك على اختصاص وصيته بتلك العين، فلا ينقل عنها، وإنما يبطل ما زاد على الثلث.

مسألة: ولو أوصى بدنانير والتركة كلها عروض، فقال ابن القاسم: إذا كانت التركة عروضاً حاضرة، وأوصى بدنانير، فلا يناجز فيها، وتباع عروضه وتعطى الدنانير، ولا يخلع له الثلث إن لم يصبروا عليه حتى تباع العروض وتعطى. قال ابن المواز: وهذا كالعين الحاضرة لا تعيين فيه بخلاف الدين والمال الغائب، وليعجل وصية الميت، فإذا ترك مائة دينار وعروضاً وأوصى بمائة دينار، فلا ينتظر بيع ذلك، وتعجل وصية الميت من المائة العين.

ووجه ذلك أنه ليس هاهنا ما يوجب النقل عما أوصى به الميت، وإذا أخرج الثلث صاحب الوصية على وجهه، فلا تخيير بالقطع بالثلث لمن أباه من الورثة أو الموصى له.

مسألة: فإن كان في التركة دنانير وعروض، فأوصى له بدنانير، فقد قال أشهب في المجموعة فيمن أوصى بعشرة دنانير معينة لم يخلف عينا غيرها، وله عروض وسراري وريقق ودواب، قال الشيخ أبو محمد: يريد حاضرة تدفع إليه العشرة الدنانير، وإن كره ذلك الورثة، ولو لم يخلف من العين إلا خمسة دنانير لأخذها، ويبيع له بخمسة.

قال ابن القاسم في المجموعة: إن لم يكن فيما ترك من العين ما يخرج ذلك من ثلثه، خير الورثة بين الإجازة أو القطع بالثلث.

وقال عبد الملك: إذا ستأثر عليهم بالعين، وأبقى العروض والدين، فلهم الخيار في خلع الثلث، وليس ذلك بمنزلة العرض، وقد تقدم من قول أشهب أن وصيته بالعين تنفذ ما لم تزد على الثلث.

وجه قول ابن القاسم أن للعين مزية بحضور منفعة أو عمومها، فيه يصل إلى كل شيء من ساعته وسائر العروض منفعتها خاصة.

ومن أراد أن ينتقل من منفعتها إلى منفعة أخرى لم يتيسر ذلك عليه كتيسره بالعين،

١١٠ كتاب الأفضية

فلم يكن للموصى الاستبداد بالعين، وكان له الاستبداد بعرض من العروض، فلما كان للعين هذا الحكم المفرد، صار له حكم التركة المفردة، فروعى ثلثه.

وفيه معنى آخر أنه إذا أوى الورثة من الإجازة تنقل على قول ابن القاسم إلى ثلث التركة.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فيمن أوصى لرجل بدار، ولآخر بمائط، فكان ذلك أكثر من الثلث: أنه يعطى لكل واحد منهم ما يخرج له المحاصة فى العين التى سميت له، فلو أوصى مع ذلك لرجل آخر بمائة دينار لقطع لهم بالثلث فى جميع التركة، دون ما سمي لهم. قال: لأن الوصايا قد عالت، ولا بد من بيع ذلك أو بعضه لسبب العتق.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندى يقتضى أنها تركة لا عين فيها، فلما احتيج إلى بيع شىء منها من أجل الوصية بالعين، وقعت المحاصة بين صاحب العين وأصحاب الأعيان، ونقلت الوصية إلى ثلث التركة لما اجتمع فيها عين أو أعيان، وهى كلها عروض.

مسألة: وهذا إذا كانت التركة حاضرة، فإن كانت غائبة أو ديناً، ففى المجموعة لأشهب فيمن أوصى بهذا العبد بعينه لزيد، وبهذا الفرس بعينه لعمرو، وهما حاضران، فإن خرجا من ثلث ما حضر مضى ذلك، وإلا نفذ منهما ما يخرج من الحاضر.

فإن كان جميع الحاضر ثلاثمائة، الفرس مائة، والعبد مائة أعطى كل واحد منهما نصف ما أوصى له به، وخير الورثة بين أن يعطوهما النصف الثانى أو يعطوهما ثلث المال الغائب، وهذا قول أشهب.

قال ابن المواز: وقد قيل هذا، ونحن نستحسن إن لم يجز الورثة أن يعطى الموصى لهما فيما حضر، وغاب وكل شىء منه، فعلى قول أشهب: لا تنقل الوصية إلى الثلث مع احتمال الثلث لهما، وإن نقلت غيبة المال استيعاب الوصية فى العين الموصى بها، وإنما ينقل إلى استيعاب الوصية فيها أن يزيد على ثلث التركة كلها.

وعلى قول ابن المواز أن كل ما منع استيعاب الوصية فى العين الموصى بها نقل إلى الثلث كالزيادة على الثلث.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فيمن أوصى لرجل بعشرة دنائير،

ولم يترك إلا مالا غائبا أو ديونا فأراد الموصي له أن يعجلوها له، وقال الورثة: تتقاضى ونعطيك، فليخير الورثة، فإما عجلوا له العشرة أو يقطعوا له بالثلث، فيتقاضى لنفسه، وينتظر ما غاب، فجعل تغيب المال والدين ينقل إلى الثلث.

وروى ابن حبيب ومطرف عن ابن الماجشون فيمن أوصى لرجل بعشرين ومائة دينار، وليس في تركته حاضر إلا مائة دينار، وسائرته غائب خير الورثة، فإن شاعوا أعطوا المائة الحاضرة، وأتموا له من المال الغائب وصيته، وإلا أعطوا له ثلث التركة حاضرها وغائبها.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فقد قال ابن المواز عن ابن القاسم: وكذلك لو أوصى له بدنانير معينة لا تخرج من حاضر ماله، وله مال غائب، فقد قال أصبغ في الموازية والعتبية: سواء عند أصحابنا في قول مالك أوصى بدنانير معينة أو غير معينة، إذا لم يخرج مما حضر، وإنما اتبعهم فيه، ورأى في الاستحسان إن كانت الدنانير معينة، ولم يحملها الثلث، ولم يجز الورثة، فليعط الثلث من كل شيء.

قال الشيخ أبو محمد: يريد على أحد قولي مالك، وأخذ ابن القاسم بقول مالك آخر أنه يحمل محمل الثلث في الدار. قال أصبغ: وأما إن أوصى بدنانير غير معينة، فهي جارية في المال على ما شرط، ويأخذ من كل ما حضر، ونض ثلثه، ومن ثمن ما يبع حتى يتم له ما أوصى له به، ولا يكون له ثلث التركة.

قال ابن المواز: ولا يعجبنا قوله، والصواب قول مالك التعجيل أبرأ؛ لأن الميت أراد تعجيل المائة، فلم ينفذ له ذلك، فيلزمهم الخروج من الثلث.

فصل: وقال عبدالمالك في المجموعة: إذا أوصى بعشرة دنانير معينة، ولم يدع عينا غيرها، وله أموال كثيرة منها البعيد الغيبة، والأجل البطيء يبعه والدين المغيب، فللورثة أن يدفعوا العشرة أو يعطوا ثلث الجميع.

وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية فيمن لم يترك إلا ثلاث دور وأرضاً، وأوصى لرجل بخمسة دنانير: يلزم الورثة أن يعطوها إياه أو يقطعوا له ثلث الميت، ولا يبيع السلطان من دوره بخمسة دنانير، قال: وقاله مالك فيه وفي المال الغائب والمفترق، فعلى هذه المعاني الناقلة مع احتمال ثلث التركة الوصية أربعة: اثنان، متفق عليهما: كون المال غائبا أو ديناً.

ومعنى ثالث مختلف فيه على ما تقدم، وهو أن تكون الوصية عيناً، وباقي المال

عرضاً. ومعنى رابع، وهو أن تكون الوصية عيناً معيناً وباقي الوصية أصلاً ينتظر بيعه.

مسألة: ومن كان له زرع أخضر وثمره صغيرة، وأوصى بوصايا يضيق عنها الثلث، وترك رقيقاً، فإن كانت الوصايا بمال، فليبع الرقيق ولا يوقف، ويعطى لأهل الوصايا ثلث ما نض، فإذا حان بيع الزرع والثمر يبع، فأخذوا ثلث الثمن.

وأما إن كان في الوصايا عتق، فأوصى ببعض الرقيق لأحد، فلا يباع من فيه وصية، ويوقف، فإذا حل بيع الزرع يبع، ولا يقسم من المال شيء، ثلث ولا غيره حتى يباع الزرع إلا أن يجيز الورثة ذلك، فيقسمون بقية المال، ويبقى لهم الزرع.

ولو أوصى بعتق جميع الرقيق، لم يعتق أحد حتى يبع الزرع فيباع، ويعتق منهم محمل الثلث، رواه عيسى وأصيب عن ابن القاسم.

قال أصيب: إلا أن يطول أمد الزرع في أول ما يذره، ويتأخر عنه الأشهر الكثيرة، وفي ذلك عطب الحيوان والضرر على العبيد، فليعتق منهم ما حضر، ويرجأ الزرع.

وقد روى أشهب عن مالك في الموازية فيمن أوصى بعتق عبده، وله مال حاضر وغائب، ولا يخرج من ثلث الحاضر أنه يوقف العبد حتى يجتمع المال، فيعتق. وقاله ابن القاسم فيما يقرب من الأشهر اليسيرة.

وقال أشهب: بل يعجل من عتق العبد ما حملة ثلث الحاضر، ولو لم يحضر غيره، وكلما حضر بعد ذلك شيء زيد فيه عتق ثلث ذلك حتى يتم عتقه أو يؤنس من المال، ولا يوقف جميع العبد لاجتماع المال ونحوه.

قال ابن القاسم: في المدة البعيدة. قال سحنون: لو كان ما قاله أشهب لأخذ الميت أكثر من ثلثه؛ لأنه استوفى ثلث الحاضر، فصار باقي العبد موقوفاً على الورثة.

فروع: إذا ثبت ذلك، فمن أوصى له بدنانير والتركة عروض حاضرة، فقد قال ابن القاسم في الموازية: يصير حتى تباع العروض ويعطى، وكذلك إن أوصى له بعبد، لم يعجل حتى يعرف الورقة تجهيل المال بالقيمة. قال محمد: ليعرف خروجه من الثلث. وقال أشهب في المجموعة: تباع له من ساعته إلا أن يكون ضرر، فيؤخر اليومين والثلاثة، والله أعلم وأحكم.

الباب الثالث: فى الخاصة بالتعمير ومدته

قد قال مالك فى الذى يوصى بثلاث ماله لزيد، وبخدمة عبده لعمرو ما عاش، ثم هو حر، والعبد ثلث مال الميت، فإن خدمة العبد تقوم. قال أشهب فى المجموعة والموازية: تقوم خدمته أقل العمرين على غرهما غير مضمونة، إن مات أحدهما قبل ما جعل له من التعمير، فما صار له، حاص به الذى أوصى بالثلاث. تمتهى الثلث، فإخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو إجارته بقدر حصته، فإذا مات الموصى بالخدمة عتق العبد.

مسألة: ولو أوصى لرجل بخدمة عبده سنة، ثم هو حر، ولم يترك غيره، ولم يجز الورثة، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: يعتق ثلث العبد، وتبطل الخدمة. قال أشهب: كنت أقول يخدم بثلته، فلاتاً سنة، ثم هو حر كما يفعل ذلك، إذا كان العبد ثلث الميت، ثم رأيت أن يبدأ العتق على الخدمة لما حالت وصية الميت، فكان مالك يقول القول الأول، ثم رجع مالك إلى هذا القول، وقاله ابن كنانة.

وجه القول الأول أن العبد لو أعتق جميعه لزمته الخدمة، فإذا أعتق ثلثه أيضاً لم تخرجه الخدمة عما أوصى له به، ولا يزيده فى العتق إسقاط الخدمة، فلزمت ما أعتق منه.

وجه القول الثانى أن الثلث إذا ضاق عن الوصايا قدم العتق المعين، وذلك يقتضى إبطال الوصايا، وإذا لم يعتق من العبد إلا ثلثه، فلم يمنع ضيق الثلث نفوذ الوصية، وذلك يوجب إنفاذ عتق ما حمل الثلث منه، ولا يصح ذلك إلا بإبطال الخدمة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن قدم التعمير المذكور فى الوصية بالخدمة عمره أو بالنفقة عمره. روى أشهب عن مالك فى العتبية وغيرها: يعمر من سبعين سنة. وروى ابن كنانة عن مالك: ثمانين سنة.

وروى القاضى أبو محمد فى معونته عن ابن الماجشون: تسعين سنة. وروى على بن زياد عن مالك: يعمر أعمار أهل زمانه. وقال ابن المواز: التعمير فى المفقود من السبعين إلى المائة. وقال عبدالله بن عبدالله بن عبدالحكم: والمائة كثير.

وجه القول الأول أن السبعين هى نهاية العمر المعتاد غالباً، وإنما يزيد على ذلك النادر، ولا يحكم بذلك لأن من يعمر عليه حق فى ذلك، فيجب أن يراعى حق الجائنين.

ووجه القول بالثمانين أنه عمر قد يبلغ مع الصحة والتصرف وأما الزيادة عليه، وإن كانت وشدت، فإنما يكون في حكم المرض، فكان حكم التعمير أولى بالثمانين.

ووجه القول بالمائة أنه على حكم الحياة إن غاب، فلا يقضى عليه بالموت إلا باليقين، أو ما يقوم مقامه من الأمر الذي لا يبلغه أحد في زماننا، وهي المائة، وإن أدى بلوغه لأحد، فإنه لا يصح أو يشذ شذوذاً لا يرجح لأحد مثله، وقد تقدم في المفقود من ذكر التعمير إذا أضيف إلى هذا بلغ منه المقصود، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وحكم التعمير أن ينظر كم مضى من عمره إلى يوم يستحق الأخذ من الوصية، وينظر كم بقى له من ذلك الوقت من التعمير، فيحاص بما يجب له من النفقة والكسوة والسكنى أهل الوصايا.

وإنما قلنا ذلك لأنه لا يدري كم يعطيه، ولا كم يوقف له من الوصية إلا بهذا الوجه.

ولو أوقفنا له جميع التركة لأضررنا بالورثة، وأهل الوصايا، ولو دفعنا جميعها إلى الورثة، وأهل الوصايا لقطعنا حقه من الوصية، وأبطلنا مراد الموصي منها مع جوازها، فلم يكن يؤمن التعمير ليتوصل بذلك إلى استيفاء حقه من الوصية، وإيصال الورثة وأهل الوصايا إلى حقوقهم منه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا أوصى له بالنفقة أو الخدمة عمره، فعمر وحاص أهل الوصايا بذلك، فهل يدفع إليه ما أصابه في المحاصة من النفقة أو يوقف له؟ قال القاضي أبو محمد في معونته: يوقف له ولا يدفع إليه.

ووجه ذلك أنه إنما يستحق ذلك الذي له، لكونه في تلك المدة حياً، وقد تخترمه المنية ذلك، وقد أتلف ما خرج له التعمير، وذلك ممنوع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن زاد عمره على ما عمر أو قصر عن ذلك، ففي الموازية والمجموعة عن ابن القاسم: ما بقى بعد انقضاء عمره، إلى أهل الوصايا يتحصون فيه، ثم إن بقى منه شيء بعد تمام وصاياهم، رجع إلى الورثة، وإن فنى ما أصابه، وهو حتى لم يرجع على أهل الوصايا بشيء، ولم يؤتلف له تعمير، وهو كحكم مضى. والقياس أن يؤتلف التعمير، ويرجع على أهل الوصايا.

قال ابن المواز: ولا يعتدل قوله إنه يرد على أهل الوصايا ما فضل عنه، إن فنى، وهو

حتى لم يرجع عليهم، ولا أراه كله إلا من قول أصبغ، وما أصابه، فهو مال من ماله لا مرجع فيه لأحد، ولا شك أن ابن القاسم إلى هذا رجح.

والقول الآخر في ائتناف التعمير في فناء ما أعطى قبل موته أو موته قبل أن يفنى هو قول أشهب، ويقول ابن القاسم أقول.

* * *

الباب الرابع: في تبدئة بعض الوصايا على بعض

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة وغيرها: لا ينظر إلى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته، وإنما يبدأ بالأوكد، إلا أن يكون قال كذا وكذا، فيبدأ على ما هو أوكد منه، وفي هذا الذي قاله لا ينظر إلى ما قدمه الميت في الذكر، وفي إطلاقه نظراً، فقال ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن ذلك في ماله أن يرجع عنه. فأما ما لا يرجع عنه من عتق في مرضه، وعطية بتلت، وتديير فيه، فلا يبدأ بالأوكد، ولكن بالأول. وهذا الذي قاله ابن الماجشون يلزم عليه أن يقدم المدير في الصحة على صداق المريض، لأن مدير الصحة ليس له الرجوع عنه، ويلزم على الإطلاق قوله في العطية البتلة، أن لا يقدم المدير في الصحة على وصيته في الصحة بعتق عن قتل خطأ أو ظهار؛ لأن ذلك مما ليس له الرجوع عنه، ألا أن يريد بذلك ما يلزمه، فتعين المطالبة به، فيلزم على ذلك مدير الصحة كل وجه.

وقال ابن حبيب بأثر ذلك: ولو أوصى بهذه الكفارات وبالزكاة، وقال: زيدوا على ذلك عشرين ديناراً، أوصيت بها لفلان لندبت. قال: وقاله أصبغ، فذهب في اللزوم ومنع التبدئة إلى ما بتل من عتق أو عطية، وقد تقدم له أنه يمنع ذلك.

وإن شرط التبدئة في تديير المرض، فحصل من هذا أن المدير والموصى بعتقه سواء، ولا يكاد يتحصل له أصل إلا على ضعف، وهذه الزكاة التي أوصى بها في الصحة أو في المرض قبل عتق بتل أو معه في لفظ واحد.

فأما إن بتل عتق عبده، ثم أوصى بزكاة، فرط فيها، فليس له ذلك، قاله ابن المواز، ورواه ابن وهب وابن القاسم في المجموعة عن مالك على الإطلاق أن الزكاة مقدمة على عتق البتل، والتديير في المرض.

وفسره سحنون، فقال: هذا إن كانت الوصايا معاً، أو كانت الوصية بالزكاة قبل.

وقال ابن القاسم في المجموعة: إن برئ المريض فدبر عبداً، ثم بتل عتق آخر بدئ بالتدبير، ولو بدأ بالعتق لبدئ العتق؛ لأنه قد ثبت لهما من الثلث ما لا يرجع فيه، فهما متفقان في الموت. قال ابن المواز: ولم يختلف في هذا قول مالك وأصحابه، فجعل التقديم في المرض وجهاً من الترتيب على الإطلاق، ويلزم عليه ما قدمناه من المدبر في الصحة.

وقد قال أشهب في المجموعة: إذا كان التدبير مع الزكاة والكفارة في لفظ واحد، وإن كان التدبير بعد ذلك، فالزكاة والكفارات مقدمة عليه. قال هو والمغيرة: وإذا دبر عبده، ثم أوصى بزكاة وكفارات أيمن، قدم المدبر، فراعى التقديم في الوصية باللازم وإنما راعى التأكد في اللفظ الواحد، وما كان في حكم اللفظ الواحد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف فيما يبدأ به مما يكون في الثلث. فقال العتبي وابن المواز: يبدأ بصداق المريض. قال أشهب عن مالك في العتبية: وإن كان أكثر من صدق مثلها.

واختلف قول ابن القاسم فيه. وفي تدبير الصحة فقدم المدبر مرة. قال ابن المواز: وبه قال مالك وأصحابه. قال العتبي وابن المواز: وقدم الصداق أخرى، وبه قال عبدالمالك في المجموعة. وروى عن ابن القاسم رواية ثالثة: يسوى بينهما بالمحاصة.

فوجه القول بتقديم الصداق؛ لأنه مختلف في كونه من رأس المال. وقال ابن الماجشون في المجموعة: هو كالجناية. ووجه آخر أنه إن صح من هذا المرض صار كالدين يتعلق بالذمة ورأس المال والمدبر لا يتنقل من الثلث.

ووجه القول الآخر أنه أمر لزم في الصحة، فكان مقدماً على ما يلزم في المرض كما يقدم على العتق البتل في المرض.

مسألة: فإذا ثبت تقديم هذين الاثنين، فلا خلاف في تقديمهما على كل ما يكون في الثلث إلا ما قاله أشهب في المجموعة، وهو ما قدمنا ذكره أن الزكاة والكفارة مقدمان على التدبير.

وجه قول مالك وأصحابه أن التدبير أمر لازم حال الصحة مختص بالعتق وللعق تأثير في التقديم.

ووجه قول أشهب أن هذه حقوق لازمة متقدمة بالشرع، فكانت مقدمة على ما يلتزمه المرء من نفسه، ولذلك قدم على سائر الوصايا.

كتاب الأفضية ١١٧

فرع: إذا ثبت تقديم الصداق والمدبر، فقد قال ابن المواز: تليهما الوصية بما فرط فيه من الزكاة. وقاله ابن القاسم في الموازية والعتيبة.

وقال مالك: الزكاة مبدأة على كل كفارة وعتق وإبتال في المرض ووصيته، يريد بذلك إذا أوصى بها. وروى البرقي عن أشهب: أن العتق، يريد المعين، يقدم على الزكاة، والزكاة تقدم على الصدقة.

قال محمد: وقول ابن القاسم أحب إلينا. وقال ابن الماجشون في الواضحة: إذا أوصى بوصايا بزكاته لعامه أو لعام فارط وزكاة فطره، وكفارة ظهار، وقتل وجزاء صيد، وكفارة أيمان، وما بتل في مرضه من عطية أو صدقة أو حبس أو أصدق عمن ليس بولد، فذلك مبدأ على الزكاة يوصى بهما، مما قد فرط فيهما، وعلى غير ذلك من الوصايا.

وكذلك المدبر في المرض مقدم على الزكاة المفرط فيها إذا أوصى بها، فهذه الواجبات كلها لا يقدم بعضها على بعض، وتقدم هي على الوصايا.

وجه القول الأول أن الزكاة إقرار بأمر مقدم وجوبه بالشرع، فكان مقدما على ما ثبت من فعل، وعلى ما أوجبه هو على نفسه كالصلوات والصوم ما وجب منها بالشرع أكد مما أوجبه هو على نفسه.

وقد قال ابن حبيب: إن المبتل في المرض يقدم على الزكاة؛ لأنه لو شاء قال: لم تكن عليّ زكاة، وقاله كله مالك، فقد كنت أقول إنه أراد به أوصى بالزكاة حال مرضه بعد العتق لكنه علل بما قدم، وذلك يقتضى ضعفها عنده لما كانت مصروفة إلى أماتته، وهذه صفة تتساوى الوصية بها حال الصحة، وحال المرض، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا بتقديم الزكاة، ففي كتاب ابن المواز: زكاة المال والحب والماشية سواء، يحاص بينهما عند ضيق الثلث، ويبدأ ذلك على زكاة الفطر؛ لأنها سنة. وقال أشهب: تبدأ زكاة المال، ثم زكاة الفطر.

وقد تقدم من قول ابن الماجشون أن زكاة المال، وزكاة الفطر سواء.

وجه قولنا بتقديم زكاة المال أنها واجبة بنص القرآن، فكانت أقوى مما ثبتت بأخبار الآحاد.

وجه القول الثاني أنهما زكاتان واجبتان، فلم تقدم إحدهما على الأخرى كزكاة العين وزكاة الماشية.

١١٨ كتاب الأفضية

مسألة: فإذا قلنا بتقديم الزكاة بعد المدبر، على منذهب ابن القاسم، فقد قال فى كتاب ابن المواز: ثم بعدها عتق الظهر، وعتق القتل على وجه الخطأ. وجه تقديم الزكاة عليها ما قدمنا من وجوبها بالشرع، وأيضاً فإن لهذا العتق بدلا يجزئ عنه عند عدمه ولا بدل للزكاة فكانت أكد وهذا فى قتل الخطأ.

وأما قتل العمد، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: أن كفارة الظهر مقدمة، إذ ليست بواجبة فى العمد، وسيرد بيان نفي وجوبها فى الجنائيات إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا ثبت ذلك، وضاق الثلث عن العتق لهما، فإن كان فيه ما يعتق عن كفارة القتل، ويطعم عن كفارة الظهارة نفذ ذلك إذ لا إطعام فى القتل، ولو لم يكن فى الثلث غير رقبة واحدة أخرجها ورثته عن أيهما شاعوا.

وقال أصبغ: أحب إلى أن يخرج عن القتل لعله يظهر له مال، فيطعم عنه، فإن أيسر من ذلك، فعن أيهما شاعوا، وهذا قول آخر فى المساواة بينهما غير رواية القرعة، وغير رواية المحاصة، وهى رواية تحخير المنفذ لوصية فى أن يخرج الرقبة عن أيهما شاعوا.

وأما قوله: يطعم عن كفارة الظهر، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: إنها رواية مبنية على تقديم عتق القتل، فإن بقى بعد ذلك للظهار ما يطعم عنه، أطعم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أن يتنقل الفرض إليه لتعذر الصيام والعتق. وقد قال ابن كنانة: من أوصى بعتق عن ظهار، فلم يبلغ ثمنه أطعم عنه.

وفى كتاب ابن المواز: ثم الكفارات يبدأ منها ما فيه عتق على الطعام، ثم إطعام الظهر، فأشار إلى أنها إذا انتقلت إلى الطعام لنقص حصتها من الثلث عن العتق، نقصت ربتها عن رتبة ما لا يتنقل عن العتق فى الوصية.

فرع: قال ابن القاسم فى المجموعة: فإن لم يبلغ إطعام ما بلغ، وإن زاد على الستين أعين به فى رقبة.

ومعنى ذلك أنه لما لم يطعم فى كفارة أكثر من ستين، وقد صار له من الثلث أكثر من الستين كان استيعاب ذلك أولى، ولا يمكن ذلك إلا بالعون فى رقبة، وإنما قال ذلك لأن حكم الوصية أن لا تبطل بالتبويض، وقيل لابن القاسم: إن لم يوص إلا بكفارة قتل، فضايق الثلث عنها أيرجع إلى الورثة؟ قال: لا، قيل: يعان بها فى رقبة. قال عيسى: قال أصبغ: يعان بها.

فصل: وليس شيء مما ذكرناه على رواية المحاصة بينهما، وقد ذهب بعض القرويين إلى أن معنى التحاصص بينهما، أن ما وقع للظهار أطعم به، وما وقع للقتل أعين في رقبة، وهذا أشبه المحاصة، وعندى أنه يقسم ما أصاب الرقيتين بينهما نصفين والله أعلم.

وقد اختلف قول ابن الماجشون في ذلك، فقد ابتدأ بالقتل، وقال: يحاص بينهما. وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم: يقرع بينهما، وبه قال أبو العباس الإيباني.

مسألة: قال في كتاب ابن المواز: ثم إطعام الظهار، ثم كفارة الأيمان، وإنما قدمت عليهما كفارة القتل والظهار؛ لأن العتق فيها أثبت لا ينتقل عنه إلا مع القدرة عليه، وكفارة الأيمان على التخيير وللعنق تأثير في التقديم، فما كان حكم العتق فيه أثبت كان أولى بالتقديم.

فرع: وقد روى عن مالك أنه إنما يبدأ بكفارة الأيمان إن كانت عليه فيما علم، فأما إن أوصى بها تنحيًا أو تخرجًا، فلا تبدأ هذه، وهي كالوصايا بالصدقة.

مسألة: ثم كفارة الفطر في رمضان، وإنما قدمت عليها كفارة الأيمان، لأن كفارة اليمين ثابتة بنص القرآن وكفارة الفطر في رمضان ثابتة بخير آحاد.

مسألة: ثم كفارة التفريط في قضاء رمضان، وإنما قدمت عليها كفارة الفطر؛ لأنها ثابتة بالنص وكفارة التفريط ثابتة بالاجتهاد، على أن قولنا إن أخبار الآحاد مقدمة على القياس.

وأما على قول القاضي أبي بكر أنهما يتساويان فيجب أن يتحصا، وقد رأيت أبا محمد عبدالحق ذكر تأثير كفارة الفطر والنذر، ولم يذكر كفارة تفريط القضاء، ولعله ذهب إلى أن حكمها حكم كفارة الفطر، والله أعلم وأحكم.

واختلف قوله فيها، فقال: يتحصان. وقال: يبدأ بكفارة القتل، إذ للكفارة للظهار بدل.

قال ابن الماجشون في الواضحة بالقولين. وقال أبو محمد بن عبدالحق: وروى عن أبي العباس أنه يقرع بينهما. وقد قيل أنه معنى ما في المدونة: وهذا الذي ذكره لأبي العباس في المجموعة لابن القاسم.

مسألة: قال ابن القاسم في الموازية: بعد عتق القتل والظهار، ثم العتق البتل في المرض والتدبير في المرض.

١٢٠ كتاب الأفضية

وقال فى المجموعة: ثم الكفارات ويبدأ منها بما فيه عتق، ثم الإطعام، ثم كفارات الأيمان، وهو الأول الذى أورده عند الاستيعاب، وإنما قدمنا عليه ما يقدم؛ لأنها كلها أمور لازمة لأسباب موجبة، ووجدت الوصية بها قبل العتق فى المرض والتدبير والعتق وغيره.

وقال ابن القاسم فى الموازية: إن المدبر فى المرض والمبتل فيه يبدأ. وقاله فى غير الموازية. وقال مطرف: المبتل فى المرض يبدأ على المدبر فيه، والمدبر فيه والموصى بعتقه يتحصان. وقاله مالك فى المدبر والموصى بعتقه.

وجه التسوية بين المدبر والمبتل فى المرض أنهما لا يصح الرجوع عن أحدهما، وبذلك فارقا الموصى بعتقه.

وجه قول مالك ومطرف أن المدبر والموصى بعتقه لا يخرج من رأس المال بإفاقة الموصى والمبتل متعلق برأس المال بإفاقته. قال ابن حبيب: ويبدأ العطية فى المرض على الموصى بعتقه بعينه.

وجه ذلك ما قدمناه من أنه يتعلق برأس المال بالإفاقة.

وفى الموازية: اختلف قول مالك فى تبدئة العتق البتل والتدبير فى المرض على الموصى بعتقه، فقال: يبدأ البتل والمدبر على الموصى بعتقه، وبه قال ابن القاسم وابن وهب وأشهب.

وقال أشهب: يتحصون، ويلغنى أن هذا آخر قول مالك.

وروى ابن حبيب عن أصبغ عن أشهب أنه قال: الموصى بعتقه والمبتل فى المرض والمدبر يتحصون. واحتج مالك للقول الأول بما تقدم، واحتج أشهب للقول الآخر أنه كأنه قال: أتما حران إن مت، فإن عشت، فأنت يا فلان لأحدهما حر، فلم يفضله عليه فى موته.

قال ابن المواز: وبالقول الأول أقول لأنه قال له: إن مت، فأنت حر، وإن عشت، فأنت حر، فلو تعجل له العتق بتلا لكان كما قال أشهب، لأنه لو شاء باعه فى مرضه ويبقى قوله أن عشت، فأنت حر، فيلزمه إن عاش، ولو كان بتل عتقه فى مرضه ثم ادان ديناً، ثم صح لنفذ عتقه، وكان عندي لا يكون له الرجوع فى عتقه فى مرضه.

كتاب الأفضية ١٢١

فرع: ومن تصدق في مرضه على رجل بتلها له، وأوصى بوصايا، فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية: أن صدقة البتل مقدمة.

وقال ابن دينار: وتقدم أيضاً على الوصية بعثق معين؛ إذ له أن يرجع عنه، وقاله المغيرة في المجموعة وعبدالمالك قال سحنون: كانت العطية قبل وصية العتق أو بعده.

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون: إذا بتل في مرضه عطية أو صدقة أو حبساً أو ساق عمن ليس بوارث صدقاً، فذلك مبدأ على عتق الوصية.

قال الشيخ أبو محمد: يريد بعينه، وعلى غير ذلك من الوصايا إلا عتق البتل، فالعتق أولى وهما أولى من المدبر في المرض، والمدبر فيه مبدأ على الوصية بزكاة فرط فيها.

وروى ابن القاسم عن مالك أنه توقف في تبدئة الصدقة البتل على الوصايا، وكذلك في العتية، ويبدأ أحب إلى، وأما على العتق بعينه، فلا، ويبدأ العتق.

فرع: وهذا كله إذا كان في لفظ واحد، وما حكمه حكم اللفظ الواحد، فقد قال في الموازية والمجموعة والعتية: إذا كان أمرهما في كلام واحد في مرضه، فقال: هذا مدبر، وهذا أحرّ بتلاً تحاصاً بعد موته، قاله ابن القاسم.

ولو بدأ في مرضه فدبر هذا ثم بتل هذا أو بتل هذا، ثم دبر هذا، بدئ بالأول؛ لأنه ثبت له من الثلث ما لا يرجع فيه وهما على كل حال مبدأ على الموصى بعثقه.

فرع: قال أشهب في المجموعة: والكلام المتصل لا صمات بينه، وهو معنى قولنا في لفظ واحد.

وقال ابن القاسم في الواضحة: ما كان في كلمة واحدة، وفور واحدة فهما معاً، وأما ما كان في فور بعد فور، فالأول مبدأ.

مسألة: والعتق الموصى به يتساوى فيه العبيد، إن بدأ بذكر بعضهم قبل بعض، وأما إذا بتل في المرض، فبدأ بواحد قبل واحد، ودبر كذلك بدئ بالأول، ثم الذي يليه ما لم يكن كلاماً متصلاً، وذلك بأن يقول فلان حر بتلاً، ثم يسكت سكوتاً، يعلم أنه لم يرد غيره ثم يبدأ فيبتل غيره، فهذان يتحاصان، ولم يختلف فيه قول مالك وأصحابه.

مسألة: ولو بتل عتق عبد في مرضه، ثم بتل من آخر نصفه، ففي المجموعة لعبد الملك يبدأ الذي بتل عتقه على النصف الذي لم يتمه؛ لأن ذلك إنما يستتم من ثلثه بعد

موته، ولو صح ثم مات لم يستم عليه، والعطية البتل تقدم على استتمامه، واستتمامه مقدم على الموصى بعته؛ لأن له الرجوع عنه، وهذا شيء يلزمه.

مسألة: وأما عتق البتل وعطية البتل في المرض، فقد قال عبدالمالك في المجموعة: إن العتق يقدم على العطية. قال أشهب وعبدالمالك: إن كان عتقه وعطيته يعنى المحاباة في البيع، وقعا معاً فإما أن يبدأ بأحدهما، فهو المبدأ.

مسألة: ثم الموصى بعته معيناً، يقدم على سائر الوصايا، قاله مالك، قال أشهب: وإنما يقدم العتق بعينه؛ لأن من أعتق شخصاً من عبد استتم عليه، ولا يفعل ذلك في صدقة ولا غيرها. قال أشهب وغيره عن مالك: إنما يبدأ على الوصايا العتق بعينه كان في ملك أو غير ملك، وما لم يكن بعينه فلا تبدئة له. قال أشهب: لأنها بمال. وقال ابن أبي حازم: لا يبدأ إلا ما كان في ملكه.

وجه القول الأول أن الرقبة المسماة للشراء أو العتق قد اختص العتق بها كالتى في ملكه.

وجه القول الثانى أنها رقبة لا تختص بملكه كالتى لم تعين.

فرع: فإذا قلنا بتقدمها على الوصايا، فإن اجتماعاً، ففي الموازية عن مالك وأشهب وعبدالمالك: قدمت التى في ملكه. وقال ابن القاسم في المجموعة عن مالك: يتحصان.

واحتج أشهب للقول الأول أن العلماء أجمعوا إلا من شذ أن التى في ملكه تبدأ على الوصايا، وأكثرهم لا يبدؤون التى في غير ملكه على الوصايا، واحتج لذلك عبدالمالك أنه يبدأ التى في ملكه، فتم حرته، ولعل الآخر لا يتم شراؤه بامتناع أو غيره.

وجه رواية ابن القاسم أنهما معينان كما لو كانتا في ملكه.

فرع: والرقبة التى في ملكه والمسماة إن دخلها عول، عتق منهما مبلغ الثلث، والذي يغير عينها إن دخلها عول اشترى ما يقع لها رقبة، فإن لم يبلغ أعين بها فيما يصير حرّاً كله، قاله ابن وهب في المجموعة.

مسألة: وإن أوصى بعتق أحد أعبده ناجزاً، وبعث الآخر إلى أشهر، فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية: يتحصان فيما قرب من الأجل، ويقدم البتل فيما بعد منه، واختلف في تقدير القرب، فقال ابن القاسم: الشهر قريب. وقال أشهب: الشهر كثير إلا أن يكون اليوم واليومان.

كتاب الأفضية ١٢٣
مسألة: وإن أوصى أن يعتق أحد عبديه إلى أجل، وأن يكاتب الآخر، ففي المجموعة لابن القاسم: يتحصان.

وقال في كتاب ابن المواز: يتحصان إذا كان الأجل سنة. وقال عبدالمالك: يبدأ بالمؤجل. قال في الواضحة: وإن كان أجله بعيدًا كالسنة والستين.

وفي المجموعة: إن كان إلى أجل طويل، فإنهما يتحصان، فيعتق من كل واحد منهما بقدر ما أوصى به، وتسقط الخدمة والكتابة، وهما مبدآن على رقبة غير معينة، كان ذلك في كلمة واحدة أو فور بعد فور.

قال عبدالمالك في المجموعة: ولا يدخل المكاتب في شيء من خدمة المؤجل. قال ابن عبدوس: احتج بشيء، فظن أن معناه أننا لو أدخلناه فيها لكان تبدئة منا للمكاتب.

وجه قول ابن القاسم أن كل واحد منها انعقد فيه عقد يفضى إلى العتق، واقترن به أجل وللمكاتب مزية، فإنه قد سقطت نفقته عن السيد وامتنع انتزاع ماله، فأقل ما يقضى ذلك أن يقدم عليه العتق المؤجل، واحتج ابن المواز للقول الآخر أنه عتق بتل، ولا يخاف عليه عجزه.

مسألة: ومن أوصى بعتق مكاتبه، وبعث عبده، تحاصا؛ رواه في الموازية أشهب عن مالك.

وجه ذلك أن هاتين وصيتان بعتق في معين، قال ابن القاسم عن مالك: ولو أوصى بعتق مكاتبه، ولمكاتبه عبد آخر لقدم عتق المكاتب.

مسألة: ومن أوصى أن يباع عبده للعتق، فقد قال ابن القاسم وأشهب عن مالك: أنه يوضع من ثمنه ثلثه، ويقدم على الوصايا.

مسألة: قال أبو محمد عبدالحق: ثم النذر مثل قوله: لله على أن أطعم ستين مسكينًا، على ما يذكر عن أبي موسى بن مناس، وذهب هو، وبعض شيوخ بلده إلى قول أبي موسى فيمن نذر في مرضه، وقول الشيخ أبي محمد فيمن نذر في صحته، ثم قال: بعد النذر الوصية بعتق عبد معين وبمال وبالخرج.

مسألة: وإذا أوصى بالخرج، وبعث رقبة معينة، ففي الموازية: يبدأ بالعتق، وإن كان تطوعًا، والموصى ضرورة، وقاله أشهب، ورواه عن مالك، وقاله ابن كنانة، وابن

١٢٤ كتاب الأفضية

القاسم، وروياه عن مالك، وانفرد ابن وهب، فقال: يقدم الحج للضرورة على الرقبة المعينة.

مسألة: وإذا كانت الرقبة غير معينة، فقد قال ابن القاسم فى كتابه: يقدم على الضرورة، وإن كان العتق غير معين. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: كل شىء من الوصايا مبدأ على الضرورة. وقال أشهب: يقدم الحج للضرورة على غير المعين. وقاله ابن وهب فى الواضحة.

وقول ابن القاسم الذى وافق فيه أصحابه أن يحاصص بحج الضرورة أهل الوصايا والعتق الذى ليس بمعين.

ففى هذا ثلاثة أقوال، قول ابن القاسم فى كتابه: يقدم العتق. وقول أشهب، وابن وهب يقدم الحج. ورواية ابن المواز: يحاصص بينهما، وقاله ابن كنانة.

وجه القول الأول أن العتق مندوب إليه، وليس فى الوصية بالحج للضرورة وغيره غير الإنفاق، فإن الحج واقع على من يحج دون الموصى، ويحتمل أن يكون قول أشهب مبنياً على أن الحج تدخله النيابة، ويكون الحج للموصى، ولذلك شرط الضرورة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان الحج عن غير ضرورة، فعلى قولنا إن العتق يقدم على الضرورة فبأن يقدم على غير ضرورة أولى، فإن قلنا لا يقدم على الضرورة، فقد قال أشهب: إن لم يكن ضرورة بدئ بالعتق الذى ليس بمعين والوصايا كلها على الحج.

وقال ابن المواز عن مالك وأصحابه: يبدأ كل شىء على الحج غير الضرورة. وقاله ابن القاسم. وقال ابن حبيب: الرقبة التى ليست بمعينة، وحج غير الضرورة، والوصايا فى الثلث شرعاً سواء، وقاله أشهب.

وهذا الذى ذكره من تقديم الوصايا على الحج، إنما مقتضاه أن مالكاً كره الوصية بالحج ورأى الوصية بالصدقة أفضل منها. وفى الموازية: إذا أوصى بمثل صدقة وعطية ونحوهما مما بعضه أفضل من بعض، فلا تبدئة فيه، وإنما هى فى العتق.

قال مالك: ومن قال: ثلثى فى المساكين وفى سبيل الله وفى الرقاب، ولفلان مائة دينار، تحاصوا، سواء شيئاً من ذلك فى كتابه وبلغظه حتى يقول بدؤوا كذا على كذا، فيبدأ ما علم أنه لا تأثير للفضيلة فى التقديم، وإنما التأثير لكونه أوكد والأزم.

وقد روى في المجموعة ابن القاسم وأشهب عن مالك: أنه ليس ما ذكره الموصى في وصيته مبدأ وإنما يبدأ الأوكد فالأوكد، وإن تأخر ذكره إلا أن يقول بدؤوا كذا فيبدأ فعلى هذا إنما تبدأ الوصايا على الحج لكرهية الوصية لا لأن سائر الوصايا أفضل منه. وعلى قولنا بالمحاصة بينه وبين الوصايا فلأن بعضها أفضل من بعض وليست بأوكد، فلما تساوت في التأكيد وجبت المحاصة.

فرع: إذا قلنا بالمحاصة، فإنه يحج بما وقع للحج الضرورة من حيث بلغ، قاله ابن القاسم.

ووجهه أن ذلك تبعض طريقه ولا تتبعض مناسكه، فإن يمكن أن يحج بما أبرزت له المحاصة، ولو من مكة نفذت الوصية، وإن قصر عن ذلك.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: فِي الَّذِي يُوصَى فِي ثَلَاثَةٍ قِيْلُ: لِغُلَانٍ كَذَا وَكَذَا وَلِغُلَانٍ كَذَا وَكَذَا، يُسَمَّى مَا لَا مِنْ مَالِهِ، قِيْلُ وَرَثَتُهُ: قَدْ زَادَ عَلَيَّ ثَلَاثَةً، فَإِنَّ الْوَرِثَةَ يُخَيَّرُونَ بَيْنَ أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ، وَيَأْخُذُوا جَمِيعَ مَالِ الْمَيِّتِ، وَبَيْنَ أَنْ يُقْسِمُوا لِأَهْلِ الْوَصَايَا ثُلْثَ مَالِ الْمَيِّتِ، فَيَسَلَّمُوا إِلَيْهِمْ ثَلَاثَةً، فَتَكُونُ حُقُوقُهُمْ فِيهِ إِنْ أَرَادُوا، بِالْغَا مَا بَلَغَ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنه إذا كانت وصاياه كلها صدقة، فإن كان جميع من أوصى لهم معينين، وذكر لكل واحد منهم عددًا منصوبًا عليه لم يزد عليه، ولم ينقص منه إلا أن تنقصه المحاصة لضيق اللث، وإن كان في بعض اللفظ إشكال، ففي الموازية فيمن أوصى، فقال: لزيد عشرة، ولعمرو وخالد عشرة، أن للأول سبعة ونصفًا، وللثالث سبعة ونصفًا وللأوسط خمسة.

ووجه ذلك عندي أنه لو قال: لزيد عشرة، ولعمرو، وكانت العشرة بينهما لكل واحد منهما خمسة. ولو قال ابتداء: لعمرو وخالد عشرة، لكان بينهما فلما قال: لزيد عشرة ولعمرو وخالد عشرة، قال زيد لعمرو: إن كان أراد الموصى أن العشرة التي أضافها التي بيني وبينك، فالخمس لى، والخمس لك، وإن كان أراد أن العشرة التي أضاف إلى خالد، وبينك وبينه، فلا شىء لك من الخمسة التي أضاف إلى، والعشرة كلها لى، والخمس خالصة لى على الوجهين والمنازعة بيني وبينك فى الخمسة الثانية،

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٧/٢٣.

١٢٦ كتاب الأقضية

فصفها لك ونصفها لى مع الخمسة، فيكون لزيد سبعة ونصف، ولعمرو اثنان ونصف، ثم يقول له خالد مثل ذلك، فيصير له أيضًا منها اثنان ونصف وخالد سبعة ونصف، فعلى هذا يجرى فيها القول.

مسألة: ومن أوصى، فقال لفلان مائة، ولم يقل من أى شيء، ففي العتبية من وراية يحيى بن يحيى: أن مالكا رأى أن له مائة درهم. وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: إن كان فى بلدة الغالب عليها الدنانير، فله دنانير، وإن غلب فيها الدراهم، فله دراهم، فإن كان فيها الأمان، فله دراهم، وهى الأقل حتى يوقن أنه أراد الأكثر، أو يستدل على مراده مثل أن يقول لفلان مائة دينار، ولفلان عشرة دنانير، ولفلان مائة، فيكون له مائة دينار. وفى الواضحة عن أصبغ: لو قال: أعطوه طعاما، ولم يقل قمحا ولا شعيرا، فليعط من القمح؛ لأنه الغالب فى الناس.

ووجه ذلك الاعتبار بالعرف، وذلك يتقرر بالشرع وعرف المخاطبة، فإذا عدم العرف، فغيره من الأدلة، وذلك بأن يحمل السهم على أقرب مذكور، ومثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير، ولفلان مائة، والظاهر أنه أراد مائة مما عطفت عليه إن كان جنسا واحدا، فإن كانت أجناسا، فأحسن ذلك به ما هو أقرب عليه.

مسألة: ولو أوصى له بشاة من ماله، فإن لم تكن له غنم، فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم، وإن كان له غنم، فهو شريك بواحدة فى عددها، ضأنها ومغزها، ذكورها وإناثها، وصغارها وكبارها، قاله ابن المواز.

ووجه ذلك ما رواه القاضى أبو محمد أن ذلك عدل بين الورثة، والموصى له، وذلك أن الورثة يقولون: نعطى أدونها، والموصى له يطلب أرفعها، فإن كانت شياها عشرة، فله عشرها بالقيمة لأن الواحد من العشرة عشرها، وربما أصابه فى القسمة أقل من شاة أو أكثر من شاة.

فإن ماتت كلها إلا شاة واحدة، فهى له إن حملها الثلث، وإن ماتت خمسة منها، وبقيت خمسة، فله خمس الباقية، وإنما الاعتبار بما يبقى عند القسمة، وما تلف قبل ذلك، فكأن الميت لم يتركه، قاله فى الموازية.

مسألة: ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه، وله ابن واحد، أوصى له بجميع المال، ولو كان ابنان، فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب. وقال أبو حنيفة والشافعى: يجعل الموصى له كأنه ابن آخر، فله مع الابن الواحد النصف، ومع الابنين الثلث.

قال القاضي أبو محمد: ودليلنا على ما نقوله أنه إذا قال له: أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني، فقد أحاله على العدد الذي أوصى له به، ولا خلاف أن نصيب ابنه جميع المال، ونصيب أحد ابنيه النصف، فيجب أن يكون له ذلك مقدماً على الميراث.

فرع: ومن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه، ففي الواضحة من قول مالك: إن كانوا ثلاثة، فله الثلث، وإن كانوا أربعة، فله الربع، وإن كان مع البنين ورثة غيرهم، عزلت موارثهم، وقسمت ما يصيب البنين عليهم، ويكون له مثل نصيب أحدهم.

وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته، وهم عشرة أولاد، ذكور وإناث، أو ذكور كلهم، فله عشر ماله.

قال أصبغ في كتاب ابن المواز: إن أوصى لهم بمثل سهم أحد ولده أو بمثل جزئه، أو قال هو كبعض ولدى أو كأحدهم، فهم سواء كوصيته بمثل نصيب أحدهم.

قال مالك: إذا قال: بمثل نصيب أحد ورثتي، وهم رجال ونساء وزوجات وأم، فإنما ينظر إلى عدد من يرثه، فإن كانوا عشرة، فله العشر.

قال القاضي أبو محمد: لا ينظر إلى اختلاف فروضهم؛ لأن الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها، لم يكن الأكثر أولى من الأقل، فلم يبق إلا الاعتبار بالعدد.

فرع: وإن كان ولده بنات، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ونحوه في الموازية: يقسم ماله على الفرائض، فكان مثل سهم بنت من بناته، فإن كان بناته أربعاً، فله ربع الثلث، فإن كانوا ثلاثاً، فثلث الثلث ثم يخلط جميع ما بقى، فيقسم باقيه على الفرائض.

مسألة: وإذا أوصى له بجزء من ماله أو نصيب أو سهم، ولم يعينه، ثبت له جزء من ماله مقدر خلافاً للشافعي في قوله: يدفع إليه الورثة ما شاءوا.

والدليل على ما نقوله أن الجزء والنصيب والسهم عبارة عن مقدر وتقدير غير معين، فكانه أوصى له بمقدار، فيجب أن يطلب ما هو أولى به، وإذا رد ذلك إلى اختيار الورثة أعطوه الشيء اليسير الذي لا قدر له، وفي ذلك إبطال الوصية.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقال أصبغ وابن المواز: له سهم واحد مما انقسمت فريضته عليه من عدد السهام، كثر ذلك الجزء أو قل.

قال القاضي أبو محمد: ومن أصحابنا من قال: يعطى الثمن، وهذا رواه ابن المواز

عن ابن عبدالحكم أنه قال: اختلف فيه، فقال: له الثمن؛ لأنه أقل سهم ذكره الله في الفرائض، وقيل يعطى سهما مما تنقسم عليه الفريضة قلت السهام أو كثرت، وقيل يعطى سهماً من سهام الفريضة، إن كانت تنقسم من ستة فأقل ما لم تجاوز الثلث، فيرد إلى الثلث إذا لم يجز الورثة.

فإن انقسمت من أكثر من ستة، فلا ينقص من السلس؛ لأنه أصل ما تقوم منه الفرائض. قال ابن المواز: وأحب ذلك إلى، وعليه جماعة أصحاب مالك وابن عبدالحكم أن له سهماً تنقسم عليه فريضته، قلت السهام أو كثرت، ومنهم من قال: يعطى السلس. وقال أبو حنيفة: يدفع إليه مثل أقل سهام الورثة، إلا أن يزيد على السلس، فيعطى السلس.

فرع: فإذا قلنا يعطى مثل السهم الذى تنقسم عليه الفريضة، فكان أصل الفريضة من ستة، وهى تعول إلى عشرة. قال ابن القاسم فى العتبية: له سهم من عشرة.

ووجه ذلك أنه أقل سهام تلك الفريضة.

مسألة: ومن أوصى بوصايا، وقال مع ذلك: أوقدوا فى هذا المسجد مصباحه، ففى المدونة: يحاص المسجد بالثلث، وبالصايات، بما سمي لها، فما صار للمسجد وقف لمصباحه حتى يقنى. قال سحنون: وكذلك كل ما كان غير مؤجل مثل أن يقول: اسقوا الماء، وأعطوا المساكين درهماً كل يوم، فكأنه أوصى بثلثه لما لم يوقت.

فرع: وإذا أوصى بمجهولات، ففى المجموعة لابن الماجشون أنه يضرب فيها كلها بالثلث مع سائر الوصايا، وكأنها صنف واحد.

ووجه ذلك أنها وصية مجهولة، فسواء كانت فى شىء واحد أو فى أشياء كثيرة كما لو قال: اتفقوا على المسجد، ولم يعين وقيداً ولا كسوة، ولا بنياناً لضرب له بالثلث، وجاز صرفه فى هذه الوجوه كلها.

مسألة: وإذا أوصى بثلث ماله لفلان، وللفقراء والمساكين أعطى فلان على قدر الاجتهاد. قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة: على قدر حاجته وحاله، ولا يعطى النصف، وقال أشهب فى الموازية والمجموعة، فيمن قال ثلثى لفلان وبنى فلان ففلان كرجل من بنى فلان: يأخذ كأحداهم. وقال أبو حنيفة فى الذى أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء والمساكين: لفلان الثلث، وللفقراء الثلث، وللمساكين الثلث.

كتاب الأفضية ١٢٩
فرع: إذا ثبت ذلك، فلو مات فلان قبل القسمة، فلا شيء لورثته، والثالث
للمساكين، قاله محمد.

مسألة: وهذا إذا جعل في وصيته معيناً، وغير معين، وإن كان كلهم غير معين، فقد
قال ابن القاسم في الموازية: من قال: ثلثي لقرابتي، وللمساكين، يعطى قرابته نصفه، ولا
يعطى أغنياؤهم، وليكن بين فقراهم بالاجتهاد. قال ابن القاسم: وبلغنى عن مالك فيمن
أوصى بثلثه فى السبيل والفقراء واليتامى، يقسم بينهم بالاجتهاد أثلاثاً.

قال أشهب: ومن قال: ثلثي بين بنى إخواني، وبين بنى أختي، وبين بنى فلان، فلا
يكون بينهم أثلاثاً، ولكن على قدر الحاجة والعدد، وقاله ابن القاسم، وليس كالثالث
ثلثي لفلان وفلان، وأحدهما فقير، والآخر غنى، فالثالث بينهما نصفان.

فصل: وقوله: «فيقول ورثته: قد زاد على الثلث» أضاف القول إليهم؛ لأن القول
فى ذلك قولهم: إذا لم يثبت له من المال إلا ما أظهره. قال: فيخير الورثة بين أن يعطوا
أهل الوصايا على ما ذكرت، إن فسرت الوصايا أو أجملت، ويكون لهم بقية التركة
لقول الله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١١].

فإن أبوا ذلك قسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت، وسلموه إليهم فتعين حقوقهم
فيه، سواء كان ذلك الثلث، قليلاً أو كثيراً، وإنما كان الخيار للورثة؛ لأن الميت قد تجاوز
ما جعل له من الوصية بالثلث إلى الزيادة عليه، فكان للورثة أن يجيزوا ذلك، ويمنعوا
لتعلق حقهم به؛ لأن الموصى إنما منع من الزيادة على ذلك لحق الورثة، ولذلك قال عليه السلام:
«الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون
الناس»^(*) والله أعلم وأحكم.

فلما كان لهم من الزيادة على الثلث كان للموصى له أن يستوعب الثلث الذى
كان للميت أن يوصى به، وليس للورثة منعه منه، والله أعلم.

* * *

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذى حديث رقم
٢١١٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد فى
المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمى حديث رقم ٣١٩٦.

أَمْرُ الْحَامِلِ وَالْمَرِيضِ وَالَّذِي يَحْضُرُ الْقِتَالَ فِي أَمْوَالِهِمْ

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي وَصِيَّةِ الْحَامِلِ وَفِي قَضَايَاهَا فِي مَالِهَا، وَمَا يَجُوزُ لَهَا أَنْ الْحَامِلَ كَالْمَرِيضِ، فَإِذَا كَانَ الْمَرَضُ الْخَفِيفُ غَيْرَ الْمَخُوفِ عَلَى صَاحِبِهِ، فَإِنَّ صَاحِبَهُ يَصْنَعُ فِي مَالِهِ مَا يَشَاءُ، وَإِذَا كَانَ الْمَرَضُ الْمَخُوفُ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ لِصَاحِبِهِ شَيْءٌ إِلَّا فِي ثَلَاثِهِ. قَالَ: وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْحَامِلُ أَوَّلُ حَمْلِهَا بِشَرٍّ وَسُرُورٍ وَلَيْسَ بِمَرَضٍ وَلَا خَوْفٍ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿فَبَشِّرْنَاهَا بِإِسْحَاقَ وَمِنْ وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبَ﴾ [هود: ٧١] وَقَالَ: ﴿حَمَلْتَ حَمَلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلْتَ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾ [الأعراف: ١٨٩] فَالْمَرْأَةُ الْحَامِلُ إِذَا أَثْقَلَتْ لَمْ يَجُزْ لَهَا قَضَاءٌ إِلَّا فِي ثَلَاثِهَا، فَأَوَّلُ الْإِتْمَامِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي كِتَابِهِ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَقَالَ: ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] فَإِذَا مَضَتْ لِلْحَامِلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ حَمَلَتْ، لَمْ يَجُزْ لَهَا قَضَاءٌ فِي مَالِهَا إِلَّا فِي الثَّلَاثِ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قاله أن الحامل كالمريض، فإذا كان المرض الخفيف غير المخوف، فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية في الأجدم والمفلوج وأهل البلاء، أنهم كالصحيح إلا فيما يخاف عليهم منه.

وقال عثمان بن عيسى بن كنانة في الأمراض الطويلة كالفالج والجذام والبرص والجنون وحمى الربيع وشبهه: إن هذا كالصحيح في أفعاله من عتق وصدقة وبيع وطلاق ونكاح، وكذلك كل ما كان خفيفاً لا يضره حتى لا يخرج.

وقد شاور قاضي المدينة العلماء فيمن به ربح يدخل ويخرج، وهو مضرور معتل مصفر، يمشى أحياناً الأميال، فأجازوا فعله في النكاح والطلاق وغيره، ورأوه كالصحيح.

وروى ابن المواز عن مالك في الشيخ الكبير به البهر الشديد والبلغم لا يقوم إلا بين اثنين، وقد احتبس في المنزل: فعله جائز إلا أن يأتي من ذلك ما يخاف عليه، فيكون كالمريض، والله أعلم وأحكم.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٦٧.

فصل: وأما إن كان مما ذكرناه ما يكون بين العلة لا يخرج إلا خروجًا يريد به أن يعض فعله، فإن أفعال هذا في الثلث، قاله ابن كنانة، فكذلك أول حمل المرأة خفيف، وأمه لطيف، قال الله تعالى: ﴿حملت حملاً خفيفاً فمرت به﴾ [الأعراف: ١٨٩]، والغالب عليه البشارة والسرور، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فبشرناها بإسحاق ومن وراء إسحاق يعقوب﴾ [هود: ٧١]، فإذا مضت له ستة أشهر، فهو أول الأتقال، قال الله تعالى: ﴿حملت حملاً خفيفاً فمرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحاً لنكونن من الشاكرين﴾ [الأعراف: ١٨٩].

وذلك أنه وقت يصح فيه الوضع، قال الله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ [الأحقاف: ١٥]، والفصال الرضاع، وقال تعالى: ﴿يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فبين أن الحمل يكون أمده ستة أشهر، فهي ترتقب الوضع الذي يكثر فيه الخطر، ويشتد فيه الألم مع ثقل الحمل، وتتابع أمه، فهي بمنزلة المريض مرضاً مخوفاً، فأفعالها في الثلث خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قوليهما أن أفعالها جائزة، ما لم يضر بها الطلق.

والدليل على ما نقوله أن هذه حال تصح ولادتها كحال الطلق.

فرع: وبهذا تعرف أنها بلغت ستة أشهر روى في العتبية عيسى عن ابن القاسم: أن ذلك يعرف بقولها، وهي فيه مصدقة، ولا يسأل النساء عن ذلك.

قال: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يَحْضُرُ الْقِتَالَ: إِنَّهُ إِذَا زَحَفَ فِي الصِّفِّ لِلْقِتَالِ، لَمْ يَجْزَ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي مَالِهِ شَيْئًا إِلَّا فِي الثُّلْثِ، وَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَامِلِ وَالْمَرِيضِ الْمَخَوْفِ عَلَيْهِ مَا كَانَ يَتْلِكُ الْحَالِ.

الشرح: وأما الزاحف إلى القتال في الصف، فقد قال مالك: إنه كالمرضى في أفعاله. قال: وكذلك من حبس للقتل. قال القاضي أبو محمد: في قصاص أو حد، وهو خلاف لأبي حنيفة في إجازته لهم التصرف ما لم يقرب المحبوس للقتل، ويتقدم الزاحف إلى البراز.

والدليل على ما نقوله أن وجود سبب الموت من المقابلة بمنزلة وجود الموت، قال الله تعالى: ﴿ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون﴾ [عمران: ١٤٣]، وإنما رأوا القتال، وهو الذي كانوا يتمنون، تعلق بهذا القاضي أبو محمد.

١٣٢ كتاب الأفضية

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أسباب للموت مقربة منه كالمرض المحوف والبراز في القتال، والتقريب للقتل.

مسألة: وأما راكب البحر إذا أدركه الهول، وخاف الغرق، قال مالك: هو كالمرض، وبه قال أشهب، ورواه عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب، وكذلك من جمحت به دابته. وقال ابن القاسم: هو كالصحيح.

قال القاضي أبو محمد: والقول الأول أقيس؛ لأنه حال خوف على النفس كأثقال الحمل، والزحف للقتال في الصف.

فصل: وقوله: «إذا زحف للقتال في الصف» يقتضى أنه إنما يصير له هذا الحكم إذا صار في الصف، يريد والله أعلم في صف المقاتلين وجملتهم، وأما إذا حضر في النظارة أو كان متوجهاً للقتال قبل أن يصل إلى الصف، فليس له هذا الحكم؛ لأن يحصله في صف المقاتلة، ومباشرة القتال، ومحاولته يثبت الخوف.

وأما من كان في صف الردء، فلم أر فيه نصاً لأصحابنا، وعندى أنه لا يثبت له هذا الحكم إلا بالكون في صف المقاتلة، والله أعلم وأحكم.

* * *

الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَالْحِيَازَةِ

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ إِنَّهَا مَنْسُوخَةٌ قَوْلُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، نَسَخَهَا مَا نَزَلَ مِنْ قِسْمَةِ الْفَرَائِضِ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ^(١).

الشرح: قول مالك: «نسختها آية الفرائض قوله تعالى: ﴿الوصية للوالدين والأقربين﴾، يريد والله أعلم، أنه نسخ من ذلك الوصية للوالدين وللورثة من الأقربين دون من لا يرث، وذلك أن آية الفرائض قد استوعبت لكل وارث حقه من تركة الميت، فليس للموصى أن ينقص أحدهم من حقه، ولا أن يزيد فيه بوصية أو غيرها.

وقد روى في ذلك عن النبي ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»^(٢).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٦٨.

(٢) أخرجه الترمذى حديث رقم ٢١٢٠. أبو داود حديث رقم ٢٨٧٠، ٣٥٦٥. ابن ماجه =

كتاب الأقضية ١٣٣

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالأقربون الأقارب. روى على بن زياد فيمن أوصى لأقاربه أن ذلك لجميع قرابته، من قبل أبيه وأمه. وقال أشهب في المجموعة: يدخل فيه كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء، محرماً، فهو ذو قرابة.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه يدخل في ذلك جميع قرابته من قبل أبيه وأمه، ويدخل فيه الأعمام والعمات والأخوال والخالات والإخوة والأخوات.

وروى عيسى في العتبية عن ابن القاسم: لا يدخل فيه الخال والخالة ولا قرابته من الأم. قال عنه أصبغ في الواضحة: ولا بنو البنات. قال عنه عيسى وأصبغ: إلا أن لا تكون له قرابة من قبل أبيه، فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه ولولد البنات. قال عنه أصبغ: لأنه يرى أنه إياهم أراد، وكذلك إن كان له من قبل أبيه قرابة قليلة كالواحد والاثنين.

وروى ابن القاسم عن مالك في العتبية: لا يدخل فيه ولد البنات وولد الخالات. وقال ابن كنانة في المجموعة: يدخل في ذلك الأعمام والعمات والأخوال والخالات وبنات الأخ وبنات الأخوات.

وحكى الشيخ أبو محمد بن أبي بكر بن اللباد في الذى يوصى لقرابته: ينظر إلى المال، فإن كان قليلاً كان لأهل حرمة دون غيرهم، وإن كثر دخل فيه الخؤولة وغيرهم. وحكى القاضى أبو الحسن أن إطلاق لفظ الذرية لا يتناول ولد البنات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال أشهب: لا يدخل في ذلك قرابته الوارثون استحساناً، وليس بقياس وكأنه أراد غير الوارث كالموصى للفقراء بمال، ولرجل فقير بمال لا يدخل مع الفقراء في أموالهم، رواه ابن المواز عن مالك.

وما قاله أشهب أنه استحسان، وليس بقياس إنما يريد بالاستحسان التخصيص بعرف الاستعمال، والقياس عنده حمل اللفظ على عمومته، وإنما ذكرت ذلك ليعرف مقصده في الاستحسان والقياس.

مسألة: ولو كان بعض أقاربه مسلمين وبعضهم نصارى، فقد روى ابن المواز عن أشهب أنه يسوى بينهم في ذلك. وروى عيسى عن ابن القاسم: أن الرجال والنساء في ذلك سواء.

= حديث رقم ٣٧١٣. أحمد في المسند حديث رقم ١٧٦٢٠، ٢١٧٩١. الدارمى حديث رقم

١٣٤ كتاب الأفضية

ووجه ذلك أن اللفظ يتناولهم تناولاً واحداً، لا يختص به بعضهم دون بعض، ولعل هذا قول من يرى أن المؤنث يدخل في جمع المذكر، أو لأن ذلك عرف الاستعمال، وإذا أوصى لعقبه، فقد قال القاضي أبو الحسن: ليس ولد البنات بعقب، وكذلك إذا أوصى لولده.

قال: ومن أصحابنا القاضي أبو الحسن عمر بن أبي عمر وممن قال: يدخل البنات في الوصية للعقب والقرابة والولد عندهم، فيحمل على ذلك بعرف الاستعمال.

مسألة: إذا قال: الذي رحمي، ولم يقل: لذي قرابتي، فهو مثل أن يقول: لذي قرابتي، قاله أشهب في المجموعة. ومن أوصى لأهله، ففي العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: أن أهله عصبه، وإنى لأرى لأخواله.
قال في المجموعة: ومواليه حقاً، والعصبه أي.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إذا أوصى لقرابته، أو لذي رحمه أو لأهله، أو لأهل بيته، فإن قولنا وقول مالك وأصحابنا: إن ذلك لجميع قرابته ورحمه وأهله من قبل أبيه وأمه، من كل من يرثه، ومن ليس بوارث.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم أن من قال: آل فلان، فهو كقوله أهل فلان، وهم العصبات والبنات والأخوات والعمات، ولا يدخل في ذلك الخالات. قال أبو زيد عن ابن القاسم: وإن لم ينف منه إلا الخال والخالة، لم يدخل فيه، وهو العصبه دونه.

مسألة: وإذا أوصى لمواليه، ففي الموازية عن مالك: إن كان له موال من قبل أبيه، ومن قبل أبيه أو قرابة له يرثونه، لبدأ بمواليه الدنية، ويعطى الآخرون إلا أن يكون الأبعاد أحوج، وهذا يقتضى أن اسم مواليه يتناول جميعهم.

وروى سحنون وعيسى عن ابن القاسم في العتبية: إن بين من أعتق خاصة، وإلا فكلهم مواليه. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: أن قول مالك اختلف فيه، فقال مرة: يدخل فيه موالى ابنه. وقال مرة القول الذي ذكرناه.

وقال ابن الماجشون وابن حبيب عن ابن القاسم: إن كان مواليه ممن يحاط بهم، فهو لمن أعتق خاصة، وإن كانوا كثيراً مجهولين، ولم يقل عتاقة دخل فيه موالى الموالى وأبنائهم، وموالى أبيه وابنه وأخيه.

وروى ابن عبدوس عن علي عن مالك في الذي يوصى لمواليه: يدخل موالى الموالى.

كتاب الأفضية ١٣٥

مسألة: ومن أوصى لمواليه، وله أنصاف موال، ففي العتبية من رواية أصبغ عن ابن وهب: يعطى نصف ما يعطى المولى التام. ورواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك. ووجه ذلك أنهم إنما يستحقون باسم الولاء، فاختص العطاء بذلك.

مسألة: من أوصى لمواليه، دخل في ذلك من يعتق بعده من مدبر، رواه عيسى بن ابن القاسم.

وقال عبدالملك: ومن أوصى بعتقه بعد موته. وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة: يدخل في ذلك أم ولده، وهذا لأنهم يعتقون بموته، فهم حين وجوب الوصية من المولى. وقد بين ذلك عيسى، فقال في المدبر: إذا خرجوا من الثلث.

مسألة: وأما المعتق إلى أجل والمكاتب، ففي الموازية ابن القاسم إن عتقا قبل القسمة دخلا فيه، وإن سبقهم القسم، فلا شيء لهم. وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: يدخلان مع المولى بالسواء، فما صار للمكاتب والمعتق إلى أجل وقف لهما.

فإن أدى المكاتب وأعتق المؤجل، أخذه وإلا رد إلى بقية المولى. وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة: إن كان عتقهم قد حان أو عتقوا قبل ذلك دخلوا معهم، فإن لم يكن ذلك، فلا شيء لهم؛ لأنهم حينئذ عبيد.

مسألة: ومن أوصى لمواليه، ولهم موال أنعم عليهم، وموال أنعموا عليه، ففي المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب: أنه للذين أنعم هو عليهم. وقال عبدالملك: هو لأحقهما وبه وأشبههما بالعطية، فإن اشتبها، فهي بينهما نصفان.

فصل: والذي يقتضيه الفصل على تأويل مالك، أن الوصية للوارث ممنوعة؛ لما فيها من تفضيل بعض الورثة بغير ما يجب له بالآية التي تضمنت فريضة كل وارث.

مسألة: ومن أوصى لابن وارثه، أو لأحد من قرابته يظن أنه يرجع إلى الوارث، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: ذلك نافذ، وقاله مالك في المجموعة.

ووجه ذلك أنه وصية لغير وارث، وما يظن به من صرف ذلك إلى الوارث لا يمنع الوصية له؛ مقتضى ملكه لما أوصى له به أن يعطيه لمن شاء، فإن اقتضى ذلك الموصى، فهو الأتم، ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي، وهذا وجه من التعلق بالذرائع.

مسألة: ولا يمين على الموصى له أن الوصية ليست على وجه التوليع، قاله أصبغ.

وروجه ذلك أنها تهمة فيما لا يمكن الاحتراز منه، ولا المنع.

فرع: وإذا صرفه الموصى له به إلى الوارث، جاز ذلك، وكان للوارث أخذه أو تركه، قاله أضيف في الواضحة.

وجه ذلك أن صورة الهبة المبتدأة، فليس فيه ما يتحقق به التوليج الممنوع منه، وسواء كان الموصى له به من أهل الغنى ممن يرى أن الموصى لم يقصد أن يوصى له به، أو ممن تظن به الحاجة.

وروجه ذلك أن الوصية لا تنافي الغنى، ولا تختص بالفقر، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن أوصى لعبد وارثه، فإن كان بالشئ اليسير كالثوب ونحوه. زاد ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: والدينار ونحوه، فذلك جائز مما يرى أنه قصد به رفقته. وأما بالشئ الكثير، فذلك مردود، إن لم يجزه الورثة.

وروى ذلك كله أشهب وعليّ بن ياد عن مالك، ولم يجوز أبو حنيفة والشافعي قليل ذلك ولا كثير.

وروجه ذلك أن الكثير يرى أنه لم يقصد به العبد، وإنما قصد به سيده، وهو وارث لأن للسيد انتزاعه من العبد.

فرع: وكذلك الوصية لأم ولد وارثه، قاله ابن القاسم. وقال أشهب وابن القاسم في المجموعة: وكذلك المكاتب إلا أن يكون ملياً يقدر أن يؤدي، فذلك جائز له.

مسألة: ويجوز أن يوصى لعبد نفسه ولمدبره ومكاتبه ومعتقه إلى أجل، ومن ملك بعضه، ولأم ولده بالقليل والكثير؛ لأنه ليس منهم وارث. قال ابن القاسم: ولا ينزعه منه الورثة؛ لأنهم إذا انتزعه منه، فكان وصيته لم تنفذ، فاستحسن أن يقر بيده حتى ينتفع به، ويطول زمان ذلك، فإن أرادوا بيعه باعوه، وقاله مالك.

مسألة: ومن أوصى لحربي، فقد ذكر القاضي أبو محمد في إشرافه: تجوز الوصية للمشركين، أهل حرب كانوا أو أهل ذمة.

قال: والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةَ يَوْصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾ [النساء: ١٢]، ومن جهة المعنى أن كل من جاز تملكه لغير الوصية، جاز بالوصية كالذمة والمستامن.

كتاب الأقضية ١٣٧

وفى المجموعة فيمن أوصى لبعض أهل الحرب، وقال: فإن أجزيت ذلك، وإلا فهو فى السبيل، فلا يجاز هذا فى سبيل ولا غيره، ويورث، وهذا يقتضى أن الوصية للحربى ولا تجوز، وبه قال أبو حنيفة.

ووجه ذلك أنه عون لهم على الحرب، وإعلاء كلمة الكفر، فوجب أن يمنع من ذلك.

مسألة: ومن أوصى أن يحج عنه أو يصام عنه لرجل معين، وله كذا أو أن ينفذ باقى الثلث، ففى الموازية: ما كان للصوم فليرد، ولا يصم أحد عن أحد، وينفذ ما أوصى به ليحج عنه.

ووجه ذلك أن الصوم من عمل الأبدان لا تدخله كالصلاة والحج له تعلق بالمال، وعبادات المال تدخلها النيابة كالزكاة والكفارة.

مسألة: إذا ثبت أن الوصية للورثة لا تلزم، فإنها تجوز إذا أجازها الورثة، خلافاً لمن يمنع ذلك؛ لأن المنع إنما هو لحقوق الورثة فإذا أجازوا ذلك، فقد تركوا حقوقهم كإجازتهم الزيادة على الثلث، وتركهم سائر حقوقهم

قال: وسمعت مالكا يقول: السنة الثابتة عندنا التى لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لو ارث إلا أن يجيز له ذلك ورثة الميت، وأنه إن أجاز له بعضهم وأبى بعض، جاز له حق من أجاز منهم، ومن أبى أخذ حقه من ذلك^(١).

الشرح: يحتمل أن يريد بقوله: «السنة الثابتة» العمل المتصل من زمان الصحابة إلى زمانه، ولذلك قال: التى لا اختلاف فيها عندنا، وليس يخفى على مالك أنه ليس فى ذلك حديث ثابت عن النبى ﷺ.

وقال سحنون فى المجموعة: وما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا وصية لو ارث» يقول: إذا لم يجز بقية الورثة ذلك، فأما إن لم يكن معه وارث، فلا يكون بحال، ويحتمل أن يكون سحنون اعتقد أن الحديث لشهرته، واتفاق العلماء على العمل بمضمونه، وكثرة نقلهم له، قد بلغ عندهم حد التواتر.

والحديث المروى فى ذلك قد أجمع على العمل به الفقهاء، وهو: «أن الله أعطى كل ذى حق حقه، فلا وصية لو ارث».

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥٥/٢٣.

١٣٨ كتاب الأقضية

مسألة: وإنما يراعى فى ذلك أن يكون وارثاً يوم الموت، فلو أوصى لغير وارث، ثم كان وارثاً لبطلت الوصية، ولو أوصى لوارث، ثم كان غير وارث لصحت له الوصية.

وقد روى سحنون ومحمد بن خالد عن ابن القاسم فى امرأة أوصت لزوجها، ثم طلقها البتة، ثم ماتت: إن كانت علمت بطلاقه، فالوصية جائزة، وإن لم تعلم بذلك، فلا شىء له. قال ابن القاسم: وبلغنى ذلك عن مالك؛ لأنها كانت تظن أنه وارث.

وقال أيضاً ابن القاسم: له ذلك علمت أو لم تعلم.

ووجه القول الأول ما احتج به من أنها أوصت ، وهى ترى أنه وارث، فلم ترد الوصية.

ووجه القول الثانى أن الوصية للوارث على الجواز حتى ترد، وكذلك إذا أجازها الورثة، فهى عطية من الموصى دون الورثة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أوصى لابنه، وهو عبد أو نصرانى، فلم يمت حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية، وكذلك لو أوصى لامرأة، ثم تزوجها فى صحته، ثم مات، وهى زوجة، بطلت الوصية. ولو أوصى لها، وهى زوجة، ثم طلقها قبل أن يموت، نفذت الوصية لها.

مسألة: ولو وهب غير وارث فى صحته، فحاز الهبة فى صحته، ثم صار وارثاً، فذلك له جائز من رأس المال، قاله أشهب، ولو وهب أخاه فى مرضه هبة وقبضها المعطى، وهو غير وارث، ثم صار وارثاً، فالهبة باطل، قاله أشهب.

ولو وهب امرأة هبة فى مرضه، ثم تزوجها، فمات من ذلك المرض، فالوصية جائزة فى ثلثه؛ لأنها لا ترث، ولو أقر لابنه النصرانى بدين فى مرضه، ثم أسلم، فذلك كله جائز.

ووجه ذلك أن الإقرار بالدين حق فى ذمته، فروعى ثبوته حين الإقرار به، وهو لم يكن وارثاً ذلك الوقت، وليس كذلك الهبة فى المرض، فإنما ينظر فيها بعد الموت، فلذلك اعتبر بحاله حين الموت.

فصل: وقوله: «ولا وصية لوارث، إلا أن يجيز الورثة» يقتضى أنها مردودة إذا منع ذلك الورثة، فمن أوصى لوارث، ولم يوص بغير ذلك، وأراد الورثة رد الوصية، فهو بمنزلة من لم يوص، ويقتسم الورثة التركة على سنة الميراث.

كتاب الأفضية ١٣٩

وإن كان أوصى لوارث، وأوصى مع ذلك لأجنبي، فقد قال القاضي أبو محمد: إن الورثة يخاصون الأجنبي كوصية الوارث، فما حصل للأجنبي، وما حصل للوارث رجع ميراثاً. وقال الشافعي: يبطل حق الورثة.

والدليل على ما نقوله أن الميت اشترك مع الأجنبي في الثلث، فلم يكن له جميعه كما لو أشركه غير وارث، وهذا الذي قاله أبو محمد يحتاج إلى تفصيل، وذلك أنه لا يخلو أن يكون مع الوارث الموصى له وارث غيره، أو لا يكون له وارث غيره.

فإن كان له وارث سواه، ففي كتاب ابن المواز عن مالك وأصحابه: أنه يخاص الأجنبي في الثلث، فما صار للأجنبي، نفذ له، وما صار للوارث رجع ميراثاً.

فإن لم يكن معه وارث غيره، يعلم أنه أراد تفضيله عليه، فلا يخاص بذلك. وكذلك لو أوصى لجميع ورثته مع الأجنبي، وقد استورا في الصفة، وسهام الميراث، إلا أن يكون الورثة ذكوراً وإناثاً، وسأوى بينهم في الوصية، فقد خص الإناث، فيخاصن الأجنبي.

وبماذا يخاصن؟ روى أصبغ عن ابن القاسم في الموازية في ابن وبنيت أوصى لكل واحد منهما بمائة: وأجنبي بمائة، أن الابنة تخاص الأجنبي بخمسين، وهي التي زادها على مورثها، لما أعطى الذكر مائة، وكان يجب لها خمسون. وقال غيره من أهل العلم: تخاص بثلث المائة؛ لأن مورثها من مائتين ثلثا مائة، فتخاص بالزائد، وهو ثلث مائة.

وروى أشهب عن مالك في العتبية فيمن أوصى بثلاثة لقوم، وأوصى بطعام أن يجبس لعياله كلهم يأكلونه، قال: فلا شيء للموصى لهم بالثلث في الطعام، ولهم ثلث ما سواه، والكلام في الطعام للورثة؛ لأن بعضهم أوفر حظاً من بعض، وبعضهم أكثر أكلاً من بعض، فإن سلموا ذلك، وإلا قسموه على مورثهم.

قال الشيخ أبو محمد: انظر معنى هذا، وقد تقدم عن مالك أنه يخاص الورثة الأجنبي عند اختلاف أنصبتهم به، أراد القليل النصيب إلا أن يعنى أنه أوصى لعياله بقدر مورثهم.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ووجه ذلك عندي أنه لما أوصى بالطعام لأهله، فهو استثناء من ثلثه، فلا حظ له فيه للأجنبي الموصى له بالثلث، سواء فاضل بين ورثته في الطعام أو ساوى، وإنما تكون المحاصة في غير المعين، والله أعلم وأحكم.

١٤٠ كتاب الأفضية

مسألة: ومن أوصى لوارث، فأنفذت وصيته، ثم قام بعض الورثة، فقال: لم أعلم أن الوصية لا تجوز له، فقد قال مالك في المواز: يحلف أنه ما علم، ويكون له نصيبه منه. ووجه ذلك أن مما يجهله كثير من الناس، فإذا كان مثله يجهل هذا حلف على ما أنكره من ذلك، وقضى له به.

مسألة: ومن أوصى لوارث بعبد أو مال. وقال: إن لم يجره ورثتي، فذلك في السبيل أو هو حر، ففي المجموعة عن أشهب وابن نافع وعبدالمالك: ذلك باطل؛ لأنه مضار بالورثة إذ منعه ما لهم منعه، وبه قال مالك وربيعة. ولو قال: عبدي حر، وثلاث مالى فى السبيل، إلا أن يميز الورثة لابنى، فهذا يجوز على ما قال، وقاله مالك وابن وهب وابن القاسم وابن كنانة وابن نافع، وهو قول المدنيين.

قال أصبغ: وأنا أقوله استحساناً واتباعاً للعلماء، وأما القياس، فهو كالأول. وقال أشهب: لا يجوز، وهو من الضرر كالأول.

وجه قول ابن القاسم أنه إذا قال: عبدي حر إلا أن يجره الورثة لابنى، فإن وصيته إنما باشرت الحرية، وإنما يكون تصيره إلى الوارث من قبل الورثة، فجازت ذلك، لأنها ليست بوصية منه للوارث، وإذا قال: هو لوارثي، فإن منع ذلك الورثة، فهو حر، وإنما باشرت وصيته تصيره إلى الوارث، فلم يجر؛ لأنها وصية محضة لا للوارث.

مسألة: ومن قال: عبدي لفلان، وهو أكثر من الثلث، فإن لم يجر الورثة، فهو حر، فذلك جائز، وهو حر.

قال الشيخ أبو محمد: يريد ما حمل الثلث، وذلك أن ذلك المقدار يجوز فى الوجهين جميعاً، لكنه لما شرط أن منع الورثة من إنفاذ جميعه لفلان أن يعتق، ووجد المنع منهم، رد العتق على ما شرط، ولما لم يجر الورثة جميعه عتق منه مبلغ الثلث، كما لو قال ابتداء: أعتقوا جميع هذا العبد، فلم يجر الورثة، فإنه يرد إلى الثلث، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وإن أجاز له بعضهم، وأبى بعض، جاز له حق من أجاز منهم، دون من لم يجر» معناه أن يكون للرجل ثلاثة من الولد، فيوصى لأحدهم بوصية، فيحيز أحد إخوته، ويأتى الآخر، فإنه يجوز له حصة المنجز من تلك الوصية، وترد حصة الآبى.

قال: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: فِي الْمَرِيضِ الَّذِي يُوصَى، فَيَسْتَأْذِنُ وَرَثَتَهُ فِي وَصِيَّتِهِ، وَهُوَ مَرِيضٌ لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا ثَلَاثَةٌ، فَيَأْذِنُونَ لَهُ أَنْ يُوصَى لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ

بأكثر من ثلثه: إنه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك، ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث، ذلك فإذا هلك الموصي، أخذوا ذلك لأنفسهم، ومنعوه الوصية في ثلثه، وما أذن له به في ماله.

قال: فأما أن يستأذن ورثته في وصية يوصي بها لوارث في صحته، فيأذنون له، فإن ذلك لا يلزمهم ولورثته أن يردوا ذلك إن شاءوا، وذلك أن الرجل إذا كان صحيحًا كان أحق بجميع ماله، يصنع فيه ما شاء، إن شاء أن يخرج، من جميعه خرج فيتصدق به أو يعطيه من شاء، وإنما يكون استئذانه ورثته جائزًا على الورثة إذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله، ولا يجوز له شيء إلا في ثلثه، وحين هم أحق بثلثي ماله منه، فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به، فإن سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة، فيفعل، ثم لا يقضى فيه الهالك شيئًا، فإنه رد على من وهبه إلا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف، وقد أحببت أن تهب له ميراثك، فأعطاه إياه، فإن ذلك جائز إذا سماه الميت له.

قال: وإن وهب له ميراثه، ثم أنفذ الهالك بعضه، وبقي بعض، فهو رد على الذي وهب يرجع إليه ما بقي بعد وفاة الذي أعطيه^(١).

الشرح: وبيان ذلك والله أعلم، أن إجازة الورثة تكون في وقتين، أحدهما: بعد موت الموصي، وهي التي تقدم ذكرها، واتفق العلماء على جوازها، والوقت الآخر: قبل موت الموصي، وذلك في حالتين، إحداهما حال الصحة، والثانية: حال المرض.

فأما حال الصحة، فلا يخلو أن يكون لسبب أو لغير سبب، وإنما كان لسبب كالغزو والسفر، ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك فيمن أذن له ورثته عند خروجه لغزو أو سفر أن يوصي بأكثر من ثلثه، ففعل، ثم مات في سفره: إن ذلك يلزمهم كالمريض، وقاله ابن القاسم. قال أصبغ: قال لي ابن وهب: كنت أقول هذا، ثم رجعت إلى أن ذلك لا يلزمهم؛ لأنه صحيح. قال أصبغ: وهو الصحيح.

وجه القول الأول أنه سبب الوصية غالبًا كالمرض.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٥/٢٣.

ووجه القول الثانى أن هذه حال صحة، فلم يلزم الورثة الإجازة فيها، كما لو كانت لغير سبب. فأما إن كان لغير سبب وصيته، فلا خلاف فى المذهب أنه لا يلزم ذلك المحيز من الورثة، وله الرجوع فيه؛ لأنها حال لم تتعلق فيه حقوقهم بالتركة.

مسألة: وأما الإجازة حال المرض، فلا يخلو أن تتخلل بين وصيته ومرض وفاته صحة، أو لا تتخللها صحة، قد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى الموازية: الورثة يميزون للمريض الوصية بأكثر من الثلث، ثم يصح ثم يمرض، فيموت أن ذلك غير لازم لهم؛ لأنه قد تخلل الأذن والوفاة لا يصح فيها الأذن كما لو أذنوا فى الصحة. فرع: وهذا يلزمهم اليمين أنهم ما سكتوا رضاً بذلك. قال ابن كنانة: يلزمهم بذلك.

ووجهه أن صورة السكوت عن التعيين صورة استدامة الرضا، فتلزمهم اليمين أنهم لم يرضوا به فى المرض الثانى.

مسألة: فإن لم يتخلل بين الإذن والوفاة وقت صحة؛ لزم ذلك الورثة. قال القاضى أبو محمد: وذلك فى المرض المخوف.

وقال أبو حنيفة والشافعى: لا تلزمهم الإجازة إلا بعد موت الموصى.

وقد روى نحو ذلك فى المجموعة عن عبد الملك فى مريض باع عبداً بأقل من قيمته بأمرين، فإنه لا إجازة للورثة قبل الموت، إذ لا يعلم لعل غيرهم يرضه.

والدليل على ما نقوله أن هذه حال تعتبر فيها عطيته بالثلث، فلزمت الإجازة كبعد الموت، واحتج مالك لذلك بما ذكره فى الأصل أنه لو لم يلزم ذلك الورثة لكان سيئاً لمنع الموصى من الوصية بالإجازة لوصيته للوارث.

فإذا مات، وقد اقتصر على تلك الصية رجعوا إلى الإجازة، فمنعوا بذلك الوصية التى أباحها الشرع له، والاعتماد فى ذلك على إثبات أنه وقت إجازة، وبذلك يفارق حال المرض حالة الصحة، لأن حال الصحة ليس بحال إجازة لما ذكر من أنه لم يتعلق بعد حق الورثة بماله، ولا حجروا عليه فى ثلثه.

وأما حال المريض بحال تعلق حق الورثة بماله، وغروا عليه فى ثلثه، وإنما يكون أفعاله فى ثلثه كبعد الوفاة.

فرع: وفى المجموعة لابن القاسم عن مالك: إنما يلزم إذن الوارث للمريض إذا كان بائناً عنه، فأما بناته الأبكار وزوجاته ومن فى عياله، فله الرجوع بعد موته.

قال ابن القاسم: وليس للسفيه إذن، ولا للبكر.

قال ابن كنانة: إلا المنسة، فيلزمها وأما الزوجة، فقد تخاف من موجدته، وليس يسلمها ذلك كالتى تبتدئه. وقال أشهب فى الموازية: ليس كل زوجة لها أن ترجع فرب زوجة لا تهابه، ولا تخاف منه، فهذه لا ترجع، وكذلك الابن الكبير، وهو فى عيال أبيه، فلا رجوع له إذا كان ممن لا يخذع. وقال ابن القاسم: لمثل هؤلاء أن يرجعوا إذا كانوا فى عياله.

ووجهه أن من كان فى حضنته، يخاف أن يقصيه، ويقطع معرفه عنه، إن لم يجوز له، فيفعل ذلك تقصياً لمسرته، واستدامة لصلاح حاله معه، وهو لا يريد الإجازة، فكان له الرجوع فى ذلك، والله أعلم وأحكم.

وقال القاضى أبو محمد: لا يلزم الإذن من كان فى عياله، ولا من له عليه دين يخاف أن يلزمه به أو يكون سلطاناً يرهبه، ونحو ذلك.

فصل: وقوله: «وإن سأل بعض الورثة، أن يهبوا له ميراثه حين تحضره الوفاة، فيفعل، ثم لا يقضى فيه الهالك شيئاً، فإنه رد على من وهبه». وقد رواه عنه ابن القاسم وابن وهب فى المجموعة. قال عنه ابن وهب: إلا أن يكون سمي له من يهبه له من ورثته، فذلك له.

ومعنى ما ذكر فى الموطأ أن يقول له: إن فلاناً لبعض ورثته، ضعيف، وأحب أن تهب له ميراثك، فيفعل، فإن ذلك جائز.

ووجه ذلك أنه إذا استوجب ميراثه دون تسمية، فإنما يستأذنه فى أن يصرفه فى وجوه يريد بها الوارث أو غيره، لا ليبقى على ملكه بعد موته، فإن ذلك لا يصح فيه. فإذا مات الميت، لم يحدث فيه حدثاً، فقد مات قبل أن ينفذ ما استأذن فيه، فيرجع إلى مستحقه، إلا أن يسمى له الموهوب له، فقد بين الوجه الذى سألته إنفاذه فيه، وقد وجد الإنفاذ من الوارث الواهب.

ولو قال: أعطنيه أوصى به لفلان، فقد روى ابن عبدالحكم عن مالك فى الموازية: إذا أذن له أن يوصى به لوارث آخر، فإن أنفذه مضى، وإن لم ينفذه، فهو رد.

فصل: «ولو وهب له ميراثه، فأنفذ الهالك بعضه، وبقي له بعض، فهو رد على الواهب» يريد أن يوصى ببعض ما وهبه إياه من ميراثه، ويبقى بعضه، لا يوصى فيه

بشيء، فإن ما أبقاه دون وصية راجع إلى الوارث الواهب على حكم الميراث الذي كان عليه.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ: يَقُولُ فِيمَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ، فَذَكَرَ أَنَّهُ قَدْ كَانَ أُعْطِيَ بَعْضَ وَرَثَتِهِ شَيْئًا لَمْ يَقْبِضْهُ، فَأَبَى الْوَرِثَةَ أَنْ يُجِيزُوا ذَلِكَ: فَإِنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى الْوَرِثَةِ مِيرَاثًا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَمْ يُرِدْ أَنْ يَقَعَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ، وَلَا يُحَاصِرُ أَهْلُ الْوَصَايَا فِي ثُلُثِهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من أوصى بوصية، يريد في مرضه، فذكر في وصيته أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئاً لم يقبضه، فإن ذلك ليس لمن ذكر أنه كان أعطاه إياه، ولو أقر له بما قال الورثة لأنها عطية ذكر أنها كانت في الصحة، فتبطل بمرض الموصى قبل القبض، وإنما أقر به في حال حكم العطية فيها حكم الوصية، ولا تصح الوصية لو ارث، فبأى الحالتين اعتبرت إقراره، بطل.

مسألة: ومن أشهد في مرضه في جارية له أنى كنت اعتقتها في الصحة وتزوجتها، وأشهدكم أنها طالق ثلاثاً، فلا تعتق بذلك في ثلث ولا غيره، ولا صداق لها، ولا ميراث إلا بأمر يثبت في الصحة من العتق ثم النكاح، إلا أن يقول في مرضه: أمضوا عتقها.

* * *

مَا جَاءَ فِي الْمَوْتِ مِنَ الرِّجَالِ وَمَنْ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ

١٤٣٩ - مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ مُخْتَشًا كَانَ عِنْدَ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ وَرَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَسْمَعُ: يَا عَبْدَ اللَّهِ إِنَّ

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٥٧/٢٣.

١٤٣٩ - أخرجه البخارى في المغازى ٤٣٢٤. ومسلم فى السلام ٢١٨٠. وأبو داود فى الأدب ٤٩٢٩. وابن ماجه فى النكاح ١٩٠٢، الحدود ٢٦١٤. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٩١، ٢٦١٥٩.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤١٠/٨: هكذا روى هذا الحديث جمهور الرواة، عن مالك مرسلًا، ورواه سعيد بن أبى مريم، عن مالك، عن هشام، عن أبىه، عن أم سلمة، والصواب، عن مالك ما فى المرطأ ولم يسمعه عروة، من أم سلمة، وإنما رواه عن زينب ابنتها، عنها كذلك قال ابن عيينة، وأبو معاوية، عن هشام.

كتاب الأفضية ١٤٥
فَتَحَّ اللَّهُ عَلَيْكُمْ الطَّائِفَ عَدَا، فَأَنَا أُدْلِكُ عَلَى ابْنَةِ غَيْلَانَ، فَإِنَّهَا تُقْبَلُ بِأَرْبَعٍ وَتُدْبِرُ
بِثْمَانَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَدْخُلَنَّ هَؤُلَاءِ عَلَيْكُمْ».

الشرح: قوله: «إن مخنثًا كان عند أم سلمة زوج النبي ﷺ» قال ابن حبيب:
المخنث هو المؤنث من الرجال، وإن لم تعرف فيه الفاحشة، وهو مأخوذ من تنثى
الشيء وتكسره، والمخنث المذكور في الحديث اسمه هيت، وكان مولى لعبدالله بن
أبي أمية أخى أم سلمة، وكان يدخل على أزواج النبي ﷺ، ولا أرى ذلك لقول الله
عز وجل: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ بِعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]،
إلى ﴿أولى الإرية من الرجال﴾ [النور: ٣١].

قال عكرمة: هو المخنث الذى لا يقوم له، يريد العنين، وقيل هو الشيخ الهرم،
والخنثى والمعتوه، والطفل والعنين. قال ابن عباس: هو الأحق الذى لا حاجة له به فى
النساء. وقال مجاهد وقتادة: هو الذى يتبعك ليصيب من طعامك، ولا يريد النساء، ولا
يهمه إلا بطنه، فلا يخاف منه على النساء.

وروى عن عائشة أنها قالت: كان رجل يدخل على أزواج النبي ﷺ، وكانوا
يعدونه من غير أولى الإرية، فدخل النبي ﷺ يوماً، وهو عند بعض نسائه، وهو ينعت
امرأة، قال: إنها إذا أقبلت، أقبلت بأربع، وإذا أدبرت، أدبرت بثمان، فقال النبي ﷺ:
«ألا أرى هذا يعلم ما هاهنا، لا يدخلن عليكم فحجبه» (*).

وقال ابن الكلبي: إن هيتا قال لعبدالله بن أبي أمية: وهو عند النبي ﷺ فى بيت أم
سلمة: «إن افتتحتم الطائف، فعليك ببادنة بنت غيلان بن سلمة الثقفى، فإنها تقبل
بأربع، وتدبر بثمان، مع ثغر كالأقحوان، إن قعدت ثبتت، وإن تكلمت تغت بين
رجليها كالإناء المكفوف، ورسول الله ﷺ يسمع، فقال رسول الله ﷺ: «لقد غلغلت
النظر إليها يا عدو الله، ثم أجلاه عن المدينة إلى الحمى» (*).

فلما فتح الطائف تزوجها عبدالرحمن بن عوف، فولدت له بريهة، ولما قبض رسول
الله ﷺ وولى أبو بكر كلمة فيه أن برده فأبى أن يرده، فلما ولى عمر قيل إنه قد
ضعف وكبر، واحتاج، فأذن له أن يدخل كل جمعة، فيسأل الناس، ثم يرجع إلى مكانه.

فصل: وقوله: «فإنها تقبل بأربع، وتدبر بثمان» روى ابن حبيب عن مالك أن معنى

(* أخرجه أبو داود حديث رقم ٤١٠٧. أحمد حديث رقم ٢٤٦٥٩.

(* انظر: تخريج الحديث السابق.

ذلك أن أعكانها وهى تراكيب اللحم فى البطن حتى يعطف بعضه على بعض، فهى فى بطنها أربع طرائق، وتبلغ أطرافها إلى خاصرتيها فى كل جانب أربع، فهى على هذا ثمان، وأراد العكن واحدها عكنة، وهى مؤنثة، فلذلك أتى بلفظ العدد على التأنيث.

فصل: وقوله: «ولا يدخلن هؤلاء عليكم» معناه والله أعلم، المنع من دخول من يفتن لمحاسن النساء من المخنثين، ومن يحسن وصفهن، ويهتبل بذلك، وأن المراد بقوله تعالى: ﴿غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ﴾ من لا يتفتن لذلك، ويهتبل به، ولا فرق عنده بين الحسناء منهن والقبيحة، فهو الذى أبيض له الدخول على النساء. وقال سعيد بن جبير: هو الذى لا ينتشر ذكره.

مسألة: وأما أولو الإربة، فعلى ضربين، ذوو محارم وأجنبيون. فأما ذوو المحارم، فإنه يجوز لهم الدخول على ذات محرمهم، ويجوز لهم أن ينظروا منها إلى ما جرت العادة بكشفه كالوجه والشعر والمعصمين. وقد قال مالك فى الموازية: لا بأس أن يرى الرجل شعر امرأته وامرأة أبيه، ولا بأس أن يقبل خد ابنته إذا قدم من سفره.

ووجه ذلك كله ما قدمناه أن هذا مما جرت العادة بانكشافه منها. وأما أن يراها متجردة، فلا يجوز ذلك. وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: ليستأذن الرجل على أمه وأخته، ولا يجوز أن يرى أمه عريانة.

ووجه ذلك أن هذا مما تستره غالبًا كالعورة المخففة.

وقال القاضى أبو إسحاق فى تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا يَدِينُ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلِيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، الظاهر أنه يريد الوجه والكفين؛ لأن المرأة يجب عليها أن تستر منها فى الصلاة كل موضع لا يجوز أن يراه القرباء، وليس يجوز لها أن تظهر فى الصلاة إلا وجهها وكفيها.

وفى ذلك دليل على أنه لا يجوز للقريب أن يروا منها ذلك، والله أعلم بما أراد من ذلك، فاقضى قول القاضى أبى إسحاق أنه منع رؤية ذوى المحارم لشعر المرأة، وأباح له رؤية الوجه والكفين.

مسألة: وأما أم الزوجة، فجوز مالك النظر إلى شعرها، ومنع من ذلك سعيد بن

جبير.

والدليل على ما نقوله أنها محرمة على التأييد كالأم والأخت.

كتاب الأقضية ١٤٧

مسألة: وأما من ليس بذى محرم، فلا يخلو أن يكون الوطاء مباحاً أو غير مباح، فإن كان مباحاً له، وهو الزوج والسيد، فإنه يجوز له أن ينظر إلى العورة وغيرها، وتنظر هي منه إلى مثل ذلك.

وقد قال أصبغ في كتاب محمد: من لا يحل لك فرجها، فلا تطلع على عورتك في صحة ولا مرض، وحال ضرورة. وجه ذلك أنها محرمة الوطاء كالأجنبية.

مسألة: ومن لا يباح له الوطاء، فهو على ضربين، صغير وكبير، فأما الصغير، فيجوز نظره لها.

مسألة: وأما الكبير، فعلى ضربين، خصى وفحل، فأما الخصى، فلا يخلو أن يكون عبداً أو حراً، فإن كان عبداً لها، ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا بأس أن يدخل على المرأة خصيها؛ لأن في نظره إلى وجهها أنه اجتمع فيه كونه ملكاً لها، وكونه خصياً؛ لأن فيه من معنى التأنيث.

فأما رؤية شعرها، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: يرى شعر سيدته إن كان وغداً، وكره ذلك لدى المنظر.

وقال ابن القاسم: إن ما تملكه من الخصيان بخلاف من لا تملكه، ولا يرى شعرها وزيتها من لا تملكه، وإن كان لزوجها.

مسألة: وأما الخصى العبد لزوجها ولغير زوجها، ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: أنه كره أن يدخل عليها إذا بلغ الحلم. قال ابن القاسم: لا بأس أن يرى وجهها.

وروى عن مالك أيضاً: لا بأس أن يرى شعرها، إن لم يكن لها منظر.

مسألة: وأما الحر من الخصيان، فكره مالك أن يدخل على النساء، قال عنه ابن المواز: كان وغداً أو غير وغداً.

مسألة: وأما الفحل، فإنه على ضربين، عبد وحر، فأما العبد لها، فلا بأس أن يدخل على سيدته، ويرى شعرها إن كان لا منظر له.

قال ابن المواز عن مالك: وكذلك مكاتبها، ومنع من ذلك ابن المسيب، وقال: لا تفرنكم هذه الآية: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، إنما عني بها الإماء، ولم يعن بها العبيد. وقال طاوس ومجاهد: لا يرى شعرها، ومعنى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، ممن لم يبلغ الحلم.

١٤٨ كتاب الأقضية

وقال القاضى أبو إسحاق فى حديث رواه نبهان عن أم سلمة «أن رسول الله ﷺ عهد إلينا إذا كان عند مكاتب إحدائكن وفاء بما بقى من كتابته، فاضربن دونه الحجاب»^(*).

قال: ففى هذا الحديث بيان أن العبد يجوز أن يرى من سيدته ما يراه ذو المحارم كالأب والأخ لأنه لا يحل له أن يتزوجها، وليس من ذوى المحارم الذى يجوز لها أن تسافر معه؛ لأن حرمة منها لا تدوم، إذا يمكن أن تعتقه فى سفرها، فيحل له تزوجها.

والحديث الذى ذكره ليس بثابت عندى غير أنه يستفاد من ذلك مذهب القاضى أبى إسحاق فى المسألة، واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿لَيْسَتْ أَذْنُكُمْ لِلَّذِينَ آمَنُوا﴾ [النور: ٥٨]، فأجروا بحرى من لم يبلغ الحلم، وأمروا بالاستئذان فى العورات الثلاث خاصة؛ لأن الناس لا يسترون فيها كما يسترون فى سائر الأوقات.

مسألة: فأما عبد غيرها، فلا يدخل عليها، لأنه ليس بمحرم عليه نكاحها كالحر الأجنبى.

مسألة: ولا يدخل على المرأة، ولا ينظر إليها لغير ضرورة أجنبى. وأما الضرورة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى المرأة الكبيرة الغريبة تلجأ إلى الرجل يقوم بجوائجها ويناولها الحاجة: لا بأس به وليدخل معه غيره أحب إلى. ووجه ذلك أنها حال ضرورة كحالة الشهادة عليها.

مسألة: ولا بأس أن يدخل على المرأة يريد نكاحها ينظر إليها، قيل فيغتفلها من كوة ونحوها، فكره ذلك.

ووجه إباحة الدخول عليها، والنظر إليها للضرورة. ومن جهة المعنى أنه يحتاج إلى النظر إليها ليعلم هل توافقه صورتها ومحاسنها، وإنما كره اغتفالا ينظر منها إلى عورة، وإنما أبيع له النظر إلى وجهها؛ لأنه يجمع المحاسن، والله أعلم.

مسألة: وأما الرجل يريد شراء الأمة، فإنه يجوز له أن ينظر إلى وجهها ويديها، وهل له أن ينظر إلى بدنها، روى عن على: أنه لا بأس أن ينظر إلى ساقها وعجزها وبطنها. وقال: لا حرمة لها.

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٢٦١. أبو داود حديث رقم ٣٩٢٨. ابن ماجه حديث رقم

٢٥٢٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٥٩٣٤، ٢٦٠٨٩، ٢٦١١٦.

وروى عن ابن عمر أنه كان يضع يده بين ثديها. وروى عن الشعبي: ينظر إلى جميعها إلا الفرج. وفي المدونة عن مالك ما يدل على هذا القول.

١٤٤٠ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ: كَانَتْ عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ امْرَأَةٌ مِنَ الْأَنْصَارِ، فَوَلَدَتْ لَهُ عَاصِمَ بْنَ عُمَرَ، ثُمَّ إِنَّهُ فَارَقَهَا، فَجَاءَ عُمَرُ قُبَاءً، فَوَجَدَ ابْنَهُ عَاصِمًا يَلْعَبُ بِفِنَاءِ الْمَسْجِدِ، فَأَخَذَ بَعْضُوهُ، فَوَضَعَهُ بَيْنَ يَدَيْهِ عَلَى الدَّابَّةِ، فَأَدْرَكَتْهُ جَدَّةُ الْغُلَامِ، فَنَازَعَتْهُ إِيَّاهُ حَتَّى أَتَى أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ، فَقَالَ عُمَرُ: ابْنِي، وَقَالَتِ الْمَرْأَةُ: ابْنِي، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: حَلَّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ، قَالَ: فَمَا رَاجَعَهُ عُمَرُ الْكَلَامَ.

قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي أَخَذُ بِهِ فِي ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب تزوج امرأة من الأنصار» هي جميلة بنت ثابت بن أبي الأفلح، أخت عاصم، كان اسمها عاصية، فسمها رسول الله ﷺ جميلة، وقد قيل إنها بنت عاصم بن ثابت، والأول أكثر.

فصل: وقوله: «فولدت له عاصمًا بن عمر» قيل إنها ولدته قبل وفاة النبي ﷺ بستين، «ثم إن عمر فارقها» فانتضى ذلك أن يكون الصبي في حضانة أمه ما لم تزوج، فإن تزوجت، فالجدة أم الأم أحق بحضانته من أبيه، وتزوج جميلة بعد عمر، زيد ابن حارثة، فولدت له عبدالرحمن.

فصل: وقوله: «فجاء عمر قباء، فوجد ابنه عاصمًا يلعب بفناء المسجد» يقتضى أنه كان هناك عند أمه أو جدته، ولعله كان عند جدته زائرًا، أو لعل أمه كانت تزوجت، فانتقلت الحضانة إلى الجدة أم الأم.

وأصل هذا أن الفقهاء متفقون على أن الأم أحق بحضانة الولد من أبيه وغيره ممن له حق في الحضانة ما لم تزوج.

وقد روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن امرأة قالت: يا رسول الله إنه ابني كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: أنت أحق ما لم تنكحى».

١٥٠ كتاب الأقضية

ومن جهة المعنى أن الأم أرفق بالابن وأحسن تناولاً لغسله وتنظيفه، والقيام بشأنه مع ملازمتها ذلك، واشتغال الأب عنه في تصرفه، فكان ذلك أرفق بالابن.

مسألة: وهل ذلك من حقوق الأم أو الولد، فقد اختلف عن مالك في ذلك، فقال الشيخ أبو القاسم: هو من حقوق المرأة، فإن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته. وقال القاضي أبو محمد: فإذا قلنا إنه من حقوق الأم، فلقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى».

ومن جهة المعنى أنه يلحقها الضرر بالفرقة منها مع ما جبل عليه النساء من الإشفاق من ذلك، والتوجه له. قال: وإذا قلنا إنه حق للولد، فلأن الغرض حفظه ومصالحه، ولذلك يؤخذ منها إذا تزوجت، وإن لحقها الضرر بأخذه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أن فيه حقاً لكل منهما، والله أعلم وأحكم. وقد روى ابن حبيب عن سحنون: إن رضى الأب والأم والولد أن يكون الولد عند أبيه، ولم تتزوج أمه، فلا بأس بذلك، فاعتبر رضا الأم والولد.

مسألة: ونهاية هذه الخضاعة في قول مالك، البلوغ في الذكور، ورأيت في بعض الكتب لابن وهب عن مالك: أن حدها في الذكور الإثغار. وقال الشيخ أبو القاسم في تقريره: حد الخضاعة الاحتلام، وقيل حتى يثغر. وأما في الإناث، فلا نعلم أنه اختلف قوله بأن لها الخضاعة إلى أن تتزوج، ويدخل بها زوجها، إلا أن يكون موضع أبيها أصون لها وأمنع، إذا ثبت ذلك، فيختار لها الموضع الأصون.

وقال أبو حنيفة: إن كان الولد أثنى فحتى يبلغ، وإن كان ذكراً فحتى يستغنى عمن يحضنه ويقوم بنفسه. وقال الشافعي: إذا بلغ الولد سبع سنين أو ثمانياً خير بين أبيه، فمن أختار منهما كانت الخضاعة له.

وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «أنت أحق به ما لم تنكحى». وهذا الحديث ليس إسناده مما يحتج به، ولا في هذا الباب شيء يعتمد عليه.

وروجه ذلك أن ابن سبع سنين لا يقدر على الانفراد بنفسه، والأم أشفق عليه وأصبر على خدمته ومراعاة حاله، والأب لا يستطيع تعاهد ذلك، فكانت الأم أحق بذلك إلى أن يبلغ، وهو الخد الذي يقوى فيه، ويمكنه الاستغناء عن من يخدمه.

فرع: فإذا ثبت ذلك، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أن الابن إذا قارب

الاحتلام، وأنبت واسود نباته، فالأب يضمه إلى نفسه، وكان ابن القاسم يؤقت في ذلك الاحتلام. قال الشيخ أبو إسحاق: حده أن يحتلم الذكر صحيح العقل والبدن.

وجه القول الأول أن الإنبات هو الذى يظهر، ويمكن أن تثبت الشهادة عليه. وأما الاحتلام، فلا يعلم ذلك إلا بقول الصبي، ويمكن أن يكتمه ويدعيه، فكان الإنبات أولى.

ووجه القول الثانى أن كل أمر روعى فيه بناء الزوج فى حق الإناث، فإنه يراعى فيه الاحتلام فى حق الذكور كوجوب الفرائض.

وهذا إن كانت الأم مسلمة حرة، فإن كانت نصرانية، فقد روى ابن وهب: لا حق للنصرانية فى الحضانة؛ لأن المسلمة لو أثنى عليها ثناء سوء لنزع منها، فهذه أولى. قال ابن المواز: الحضانة لها واجبة، وكذلك الحرة النصرانية.

قال مالك فيمن لهن الحضانة: سواء كن كتابيات أو مسلمات أو مجوسيات.

ووجه ذلك أنها أم حرة خلو من زوج للابن فى حضانتها مرفق، فكانت لها الحضانة كالمسلمة.

مسألة: وإذا لم تكن فى حرز أو كانت غير مأمونة أو تضعف عنه أو سفيهة أو سقيمة أو ضعيفة أو مسنة، فلا حضانة لها حرة كانت أو غيرها، قاله مالك فى الموازية.

ووجه ذلك أن الحضانة إنما هى للرفق بالصغير، فإذا عجزت عن القيام به عدم الرفق، وكان فى مقامه عندها تضييع له، والله أعلم وأحكم.

فرع: وإذا كان الابن فى حضانة أمه، لم يمنع من الاختلاف إلى أبيه يعلمه، ويأوى إلى الأم، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن الابن محتاج إلى أن يعلمه أبوه ويؤديه، ويسلمه إلى من يعلمه القرآن والكتابة، والصنائع والتصرف، وتلك معان إنما تستفاد من الأب، فكان الأب أولى بالابن فى الأوقات التى يحتاج فيها إلى التعلم، وذلك لا يمنع الحضانة؛ لأن الحضانة تختص بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل الثياب وتهيئة المضجع، والملبس، والعون على ذلك كله، والمطالعة لمن يباشره، وتنظيف الجسم وغير ذلك من المعانى التى تختص بمباشرتها بالنساء، ولا يستغنى الصغير عن من يتولى ذلك له، فكان كل واحد من الأبوين أحق مما إليه منافع الصبي، والقيام بأمره.

فرع: فإن شك الأب ضياع نفقة ابنه، فأراد أن يطعمه، فقد كتب سحنون إلى

شجرة فى الخالة تجب لها الحضانة، فيقول الأب يكون ولدى عندى لأعلمه وأطعمه، فإن الخالة تأكل ما أرزقهم، وهى مكذبة أن للأب أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة للخالة، فجعل الحضانة أن يأوى إليها، وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليه من نفقته .

فرع: وإذا كانت الصبية عند جدتها لم يمنع رسول عمتها من زيارتها وعيادتها، ولا يمنع عمتها أن تأتيها.

قال مالك فى العتبية: ووجه ذلك أن للعممة حقاً فى مطالعة حالها، ومعرفة مجارى أمورها وصحتها وسقمها، وما تباشر من عملها للرحم التى بينهما، فلها من ذلك ما لا يدخل به مضرة من كثرة ملازمتها.

مسألة: وهذا ما لم تتزوج الأم قبل ذلك، فإن تزوجت، فالحضانة لها ما لم يدخل بها زوجها، فإذا دخل بها بطلت حضانتها.

ووجه ذلك أن الصبى يلحقه الضرر بتكره الزوج له وضجره به والأم تدعوها الضرورة إلى التقصير فى تعاهده طلباً لمرضاة الزوج واشتغالا به، وذلك كله مضر بالصبى فبطل حقها من الحضانة.

مسألة: ولو تزوجت الأم، فرضى الزوج أن يترك عندها الولد حولين ثم يأخذه، وأشهد بذلك، فطلقت قبل ذلك فحبسته، وقام الأب بالكتاب، فقد قال مالك فى العتبية والموازية: يبقى عندها إلى أن تتزوج ثانية. زاد فى العتبية: ثم رجع، فقال: له أخذ ولده.

فرع: فإن طلقها الزوج أو مات عنها، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن ينتزع منها الولد أو بعد أن ينتزع منها، فإن كان ذلك قبل أن ينتزع منها، ففى كتاب ابن المواز، عن ابن القاسم: إن تزوجت الأم أو الجدة، فلم يأخذ منها الولد حتى فارقتها الزوج، فلا ينزع منها، بخلاف أن يؤخذ منها.

ووجه ذلك أنه يحكم بانتزاعه منها حتى يزول السبب الموجب للانتزاع وعلته، كالعيب يوجد بالمبيع، فلا يحكم بالرد حتى يزول العيب.

مسألة: فإن انتزع منها الولد قبل الفرقة بموت أو طلاق، فقد قال مالك فى المدونة: لا يرد إليها، وهو الذى ذكره الشيخ أبو القاسم. وحكى القاضى أبو محمد فى معونته: لها أخذه لزوال المانع، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

كتاب الأقضية ١٥٣

وجه القول الأول أن الحضانة مبنية على أن أسبابها إذا زالت، زال حكمها لزوال سببها، ولم يعد كما لو تركته ابتداء ثم طلبته.

ووجه القول الثاني أن سبب انتقال الحضانة عن الأم دخول الزوج بها، وما يحذر من استضرار الولد وتبرمه به، وشغل الأم عنه، إذا زال الزوج، فقد أمن هذا، فعادت الحضانة.

مسألة: ولو كان الولد مع أبيه والأم متنجية عنه، فقد قال مالك فى الموازية: ليس لها أخذه إن مات الأب.

ووجه ذلك أنه بتركها قد أسقطت حقها من الحضانة، والصبى قد أنس بغيرها، وتسلى عنها وصلحت حاله دونها، لاسيما مع ما ظهر من تركها له، ورضاها بأن يلى غيرها أمره.

وقد قال مالك: إذا رده استقلاً له، ثم طلبته، لم يكن ذلك لها، إلا أن تآتى بعذر له وجه. قال أشهب: مثل أن تكون مرضت أو انقطع لبنها، وهذا مبنى على أن الحضانة حق للأم خاصة.

مسألة: وإذا كان للصبى وليان، وتزوجت الأم أحدهما، ففى العتبية والموازية: لا ينزع منها إذا كان ذلك أرفق به، قاله ابن القاسم. وقال أصبغ: إلا أن يخاف عليه عندها جفوة أو ضيعة أو تخلو دونه وتدعه، فيكون الولى الآخر أحق به.

وقد قال مالك فى الجدة المتزوجة: لا حضانة لها، إلا أن يكون زوجها جد الصبى. قال ابن وهب: لا حضانة لها، وإن كان زوجها جد الصبى.

وجه قول مالك أن الجد ولى يستحق الحضانة، فلا يمنع الحضانة.

وجه قول ابن وهب أن الزوج على كل حال يشغل عن الصبى، وهذا عندى غير مؤثر؛ لأن الأب يشغل الأم فى بعض الأحيان، ولا ينقل ذلك الحضانة عنها، والله أعلم وأحكم.

فصل: إذا ثبت أن حضانة الأم تبطل بدخول زوجها بها، فإنها تنتقل بعدها إلى أقرب النساء بالصبى، الأقرب فالأقرب، وينتقل ذلك بتزوج الأم، وعدم من هو أحق من الأب بالحضانة من النساء إلى الأب، ولا يخلو أن يكون الولد ذكراً أو أنثى.

فإن كان ذكراً، فإنه ينتقل إلى من له حق فى الحضانة من أنثى أو ذكر. قال ابن

المواز: الوصى ومولى النعمة أحق من الأم، وإذا تزوجت الأم، فالأولياء أحق بالصبيان والأولياء هم العصبية.

مسألة: فإن كن إنثاءً، فقد قال مالك فى الموازية: للعم والجدة أخذ الصبية إذا نكحت أمها، وأما الوصى إذا كان ذا محرم، فهو أحق من الجد والعم، فإن لم يكن ذا محرم، فقد قال مالك فى الموازية: كونها مع زوج أمها أولى؛ لأنه ذو محرم.

وقال أصبغ فى العتبية: إذا تزوجت الأم، فالوصى أحق بالصبيان، غلماناً كانوا أو جوارى، وإن حصن الأبكار، وهو أحق من الأخ والعم وابن العم، وإن كان رضى. قال مالك فى الموازية: إذا تزوجت الأم، فالجدة أحق بحضانة الولد.

وروجه ذلك أنها أقرب؛ لأنها تدلى بالأمومة.

فرع: إذا ثبت أن الجدة للأم أحق بالحضانة بعد الأم، فإن كان لها منزل تنفرد به، فلا خلاف فى ذلك، وإن كانت تسكن مع الأم المتزوجة، ففى الموازية عن مالك: ليس لها ذلك.

وقال سحنون فى كتاب ابنه: للجدة أن تسكن بهم مع أمهم المتزوجة فى حجرة واحدة، وإن أبى ذلك الأب.

وجه القول الأول أن كون الولد مع أمهم المتزوجة فى مكان واحد بمنزلة كونهم فى حضانتها، وهو مما اعتيد من الأزواج فيه الاستئقال والتكره والتبرم، وذلك مضر بالولد.

وروجه القول الثانى أن الحضانة مختصة بالجدة، وهى المنفردة بهم فى المبيت والأكل ولا يضر الولد كونهم مع أمهم فى مسكن، بل ربما نالهم رفقاً بهم مع استغنائهم بالجدة عنها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال فى الموازية: إن أم الأم كالأم.

مسألة: فإن لم تكن جدة، وزالت الحضانة عنها بنكاح، فالظاهر من مذهب مالك أنها تنتقل عنها إلى الخالة. قال محمد: وروى عن مالك أن الأب أولى من الخالة. قال أصبغ: وليس هذا بشىء، وهو قول مالك المعروف، أن الخالة أحق.

وجه القول الأول ما روى عن النبى ﷺ أنه قضى بالحضانة فى ابنة حمزة بن عبد المطلب لخالتها، وهى زوج جعفر بن أبى طالب، رضى الله عنهم، وقال: «الخالة أم».

ومن جهة المعنى أن الخالة مع لطف محلها، وقربها من الصبي، وما عهد من حنوها، أقدر على مباشرة حضنته، وتناول أمره من الأب لتعذر هذه المعانى على الرجال فى الغالب.

فرع: وخالة الأم كالخالة، قاله مالك فى الموازية. وقال فى المدونة: إن الخالة أحق من الجدة للأب.

ووجه ذلك أن جنبه الأم مغلبة فى الحضانة على جنبه الأب كما غلبت الأم على الأب، ومنها تستفاد الحضانة، فلا تنتقل إلى جنبه الأب حتى يعدم مستحقها من جهة الأم. فقد قال ابن حبيب: ليس لبنات الخالة من الحضانة شىء.

وقال أشهب فى كتاب ابن سحنون: وعماته أولى من بنات خالاته بالحضانة، فأوهم أن لبنات الخالة حقاً من الحضانة، وقدم العمات عليهن.

فعلى هذا التأويل إنما قدمت عليها العمة لكونها أقرب منها، وإنما تؤثر جنبه الأم مع التساوى فى القعد، والأول أظهر، وعليه اطرده قول ابن حبيب.

فرع: والجدة للأب أحق من الأب، قاله فى المدونة. وفيها: الأب أولى بالحضانة من الأخت والعمة، فقدم الأب على نساء جنبته، إلا الجدة خاصة.

مسألة: فإذا عدم الجدات، فقد قال أصبغ والحارث: تنقل الحضانة إلى الأب. وفى المدونة: الجدة والخالة أولى من الأب، والأب أولى من الأخت والعمة. وقال محمد: والنساء من قرابة الأب أولى أخت الصبي، ثم بنت الأخ.

قال: وهذا مطروح فى كتاب محمد. وقال ابن حبيب: الجدة للأب، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة أخى الصبي، ثم الأب.

وقال القاضى أبو محمد: واختلف إذا انتقلت الحضانة من جهة الأم، أيهما أولى، الأب أو قرابته، فإذا قلنا إن الأب أولى فلأن به يدلون، والأصل أولى، وإذا قلنا قرابته أولى، فلأنهن أرفق، والأب لا يمكنه تناول ذلك بنفسه.

ووجه ذلك عندى أن أصل الحضانة للنساء؛ لأنهن يباشرن ذلك، ولذلك قدمت الأم على الأب، فلا تنتقل عنهن إلا بعدم جميعهن، والله أعلم.

وقد قال مالك فى الموازية: وأم أبى الأب كأم الأب، وظاهر لفظ القاضى أبى محمد، يقتضى أن على أحد القولين يقدم الأب على جميع النساء المدلين به.

١٥٦ كتاب الأقضية

والقول الآخر، وهو قول ابن حبيب، عن أصبغ، يقدم جميعهن عليه، ولم يختلف المذهب في أن العمة وبنت الأخ، ومن كان مثلهما مقدم على من له حق في الحضانة غير الأب، ولذلك قدمت الأم على الأب، فلا ينقل عنهن إلا بعدم جميعهن.

فرع: فإذا قلنا يقدم الأب عليهن، فعدم الأب، فالحضانة بعده للأخت، ثم العمة. قال ابن حبيب، عن أصبغ: ثم ابنة أخي الصبي، وليس لبنت الخالة، ولا لبنت العمة، ولا لبنت الأخت من الحضانة شيء، وقد تقدم قول أشهب في ذلك.

مسألة: فإذا عدم النساء والأب، ففي كتاب محمد: والأخ ثم الجد، ثم ابن الأخ، ثم العم. قال محمد: والوصي، وولى النعمة أولى من الأم إذا تزوجت.

وقال مالك في المدونة: مولى النعمة من الأولياء ومولى العتاقة، وابن العم من الأولياء، وكذلك العصبية، وإنما يستحقون ذلك الأقرب فالأقرب.

ووجه ذلك أن من قدمنا ذكره قرابة وتعصيب.

فصل: وهذا إذا كانت الحضانة مع الأب في بلد واحد، أو فيما حكمه حكم البلد الواحد، وأما مع اختلاف المواضع، فالأب ومن له حق من العصبية أولى بملك.

وفي هذا بابان، الباب الأول: فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين. والباب الثاني: في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق.

* * *

الباب الأول: فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين

فإذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد غير بلد سكنى الأم، يريد السكنى، فله أن يرتحل بولده معه، تزوجت الأم أو لم تتزوج، وإن كان إنما هو مسافر، يجيء ويذهب، فليس له أن يخرجهم عن الأم، قاله مالك في المدونة.

وقال في الموازية: إن كان الولد يرضع، ذكراً كان أو أنثى، وكذلك لو كان الولد كبيراً، ما دام يقيم. قال: وكذلك لو تزوج، فولد له، ففارق الزوجة، ثم أراد أن ينتقل به إلى حيث شاء، ما لم يكن موضعها قريباً، بحيث لا ينقطع عنه خبرهم.

ووجه ذلك أن كونه مع أبيه أحوط له، وأثبت لنسبه.

مسألة: والوصي في ذلك بمنزلة الأب. قال أصبغ، عن ابن القاسم في العتبية: إذا

كتاب الأفضية ١٥٧
انتقل، فهو أحق بالصبيان غلماناً كانوا أو جوارى، وليس لإخوتهم، ولا لأعمامهم
وجلودهم منعه.

ووجه ذلك أنه الناظر لهم دونهم، ودون الحاضنة، وما لهم عنده، فكان كالأب.
مسألة: والأولياء بمنزلة الأب في انتقالهم معه عن مكان الأم، تزوجت الأم أو لم
تزوج، قاله مالك. ووجه ذلك أنهم عصبية كالأب.
مسألة: وإن أرادت الأم الانتقال عن الموضع الذى فيه أبوهم أو أولياؤهم، لم يكن
لها ذلك؛ لأن مفارقة الطفل عصبته فى الدار كاتتقال العصبية.

* * *

الباب الثانى: فى المسافة التى يحصل بها حكم التفريق

وكم قدر المسافة التى لا تأثير لها وتمييزها من المسافة المؤثرة

قال مالك فى المدونة: ليس للأم أن ترحل بهم إلا البريد ونحوه، حيث يبلغ الأب
والأولياء خبرهم. وقال ابن القاسم فى كتاب محمد: ليس لها أن ترحل بهم إلا مثل
المرحلة أو المرحلتين، وقاله مالك.

وقال ابن القاسم فى العتبية والموازية فيمن توفى عن بنت سنها ثمان سنين، وأرادت
أمرها أن ترحل بها إلى نحوولتها على مسيرة مرحلتين، وأبى ذلك أعمامها: أن ذلك لهم
دونها.

وقال محمد: أقرب ما للأب أن يرحل فيه بالولد ستة برد، ولم ير أشهب أن تنتقل به
الأم إلا إلى ثلاثة برد.

وجه القول الأول أن البريد ونحوه لا يشق على الأب مطالعة ابنه فيه غالباً، وما زاد
على ذلك، فإنه يشق تكرره لمطالعتة، فلم يكن للأم إحداث هذه المضرة.

ووجه قول ابن المواز أن ما دون ستة برد ليس له حكم السفر، وإنما له حكم الحضر
كالبريد.

مسألة: وهذا إذا كان الأب حرّاً، فإن كان عبداً لم يكن له أن يظعن به، سواء
كانت أمه حرة أو أمة، قاله مالك فى المدونة. وقال فى غير المدونة: إلا أن يكون للعبد
ولى فتظعن الأم بهم حيث شاءت.

وروجه ذلك أنه لا يمكن المقام عليه والاستيطان معه، وقد يخرج سيده إلى بلد بعيد، ويتكرر ذلك من جهته، فينفرد الولد ولا تحصل له مراعاته، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو كان الأب حرًا، والأم أمة، فعتق الولد، فإن الحضانة للأم، إلا أن يباع أو ينكح أو يظعن الأب، قاله مالك.

وروجه أنه يلزم السيد إباحة مراعاة ولدها؛ لأنه كان عبده، فإذا أعتقه لم يكن له أن يسقط عن نفسه وسائر حقوقه، ولا يفرق بينه وبينها لحق الرق، فإن كان لحق الزوجية بعد انقضاء أمد الرق، فإن النكاح يبطلها، وكذلك إذا بيعت، فإنه لا يلزم المشتري أن يؤويه معها، والله أعلم.

مسألة: وهذا حكم النكاح، فأما أم الولد الموطوءة بملك اليمين، فهل لها حضانة إذا أعتقت. روى ابن المواز، عن ابن وهب: لا حضانة لها، وإنما ذلك في الحررة، يطلقها الزوج. وروى ابن القاسم في العتبية، عن مالك والموازية: وأم الولد أحق بالحضانة كالحررة.

وقول ابن وهب عندي مبنى على أن الرق يمنع ولاية الحضانة، ولذلك ليس للعبد حضانة ابنه في الظعن، فإذا كان مع الرق يمنع ذلك، فعن الظعن أولى.

مسألة: فإن عتقت أم الولد على أن تركت حضانة ولدها، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: أنه يرد إليها، بخلاف الحررة تصالح الزوج على تسليم الولد إليه؛ لأنه يلزمه. وروى عنه أبو زيد: أن الشرط لازم كالحررة.

فصل: وقوله: «فأخذ بعضده، فوضعه بين يديه على الدابة»، يحتمل أن يكون أراد حمله على وجه الزيارة، وذلك لا يمنع منه لقرب الموضع على وجه المعروف، ويحتمل أن يعتقد أنه ضيع تضييعًا يخاف أن يضر به، ويرى أن ذلك يبيح له أخذه، ويجعله أحق بحضانتها.

ويحتمل أن تكون أمه قد كانت تزوجت، فصار الصبي إلى جدته، ولم يعلم عمر أن الجدة تبتغي حضانتها، أو لعله اعتقد أنه أحق بالحضانة من الجدة، «فأدر كنه جدة الغلام»، وهي السمراء بنت أبي عامر، «ونازعته إياه».

فقد روى سفيان، عن عاصم بن عبيدالله بن عاصم، عن أبيه، عن جده أن جدته خاصمت فيه جده، وهو ابن ثمان سنين، وفي هذا نظر؛ لأنه قد تقدم أنه ولد قبل وفاة رسول الله ﷺ بستين، فلا يتصور أن يكمل في خلافة أبي بكر ثمان سنين.

كتاب الأفضية ١٥٩

فصل: وقوله: «وأتيا أبا بكر»، يريد لأنه كان الإمام الذى يحكم بين الناس، «فقال عمر: ابنى، وقالت المرأة: ابنى»، فأظهر كل واحد منهما حجته، وسببه الذى يرى أنه يقتضى له أخذه.

«فقال أبو بكر الصديق: خل بينها وبينه»، يريد أنها لما استوعبت حجتها، ورأى أن المرأة أحق به، قضى على عمر أن يخلى بينها وبينه، وتذهب به، وتأخذ بحقتها من حضاتته، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فما راجعه عمر الكلام»، يريد أنه سلم حكمه، والتزم ما يلتزم من طاعته والرضا بما قضى به، وإن كان يرى هو غيره.

ولذلك قال مالك: وهذا الأمر الذى أخذ به فى ذلك، يريد ما أورده من حكم أبى بكر، رضى الله عنه، فى هذه القضية، والله أعلم.

* * *

العيب فى السلعة وضمانها

معنى هذه الترجمة، والله أعلم، أن العيب يحدث بالسلعة بعد ابتياع المتباع لها بيعاً فاسداً يجب رده، فإن ضمان ذلك العيب، وما يحدث فيها من نقص وهلاك من المشتري الذى قبضها، وكذلك ما يحدث فيها من زيادة ونماء، فإن ذلك كله للمشتري.

قال يحيى: سمعت مالكا يقول فى الرجل يبتاع السلعة من الحيوان أو الثياب أو العروض، فيوجد ذلك البيع غير جائز، فيرد، ويؤمر الذى قبض السلعة أن يرد إلى صاحبه سلعته.

قال مالك: فليس لصاحب السلعة إلا قيمتها يوم قبضت منه، وليس يوم يرد ذلك إليه، وذلك أنه ضمنها من يوم قبضها، فما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه، فبذلك كان نماؤها وزياتها له، وإن الرجل يقبض السلعة فى زمان هى فيه نافقة مرغوب فيها، ثم يردّها فى زمان هى فيه ساقطة لا يريدّها أحد، فيقبض الرجل السلعة من الرجل، فيبيعها بعشرة دنانير، ويمسكها وتمنّها ذلك، ثم يردّها، وإنما تمنّها دينار، فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير أو يقبضها منه الرجل فيبيعها بدينار أو يمسكها وإنما تمنّها دينار ثم يردّها وقيمتها يوم يردّها

عَشْرَةَ دَنَانِيرَ فَلَيْسَ عَلَى الَّذِي قَبَضَهَا أَنْ يَغْرَمَ لِصَاحِبِهَا مِنْ مَالِهِ تِسْعَةَ دَنَانِيرَ إِنَّمَا عَلَيْهِ قِيَمَةُ مَا قَبِضَ يَوْمَ قَبْضِهِ.

قَالَ: وَمِمَّا يَبِينُ ذَلِكَ أَنَّ السَّارِقَ إِذَا سَرَقَ السَّلْعَةَ، فَإِنَّمَا يُنظَرُ إِلَى ثَمَنِهَا يَوْمَ يَسْرِقُهَا، فَإِنْ كَانَ يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ كَانَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَإِنْ اسْتَأْخَرَ قَطْعَهُ، إِذَا فِي سِجْنٍ يُحْبَسُ فِيهِ حَتَّى يُنظَرَ فِي شَأْنِهِ، وَإِنَّمَا أَنْ يَهْرَبَ السَّارِقُ، ثُمَّ يُؤْخَذَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَلَيْسَ اسْتِخْرَارُ قَطْعِهِ بِالَّذِي يَضَعُ عَنْهُ حَدًّا قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ يَوْمَ سَرَقَ، وَإِنْ رَخِصَتْ تِلْكَ السَّلْعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَا بِالَّذِي يُوجِبُ عَلَيْهِ قَطْعًا، لَمْ يَكُنْ وَجِبَ عَلَيْهِ يَوْمَ أَخَذَهَا إِنْ غَلَتْ تِلْكَ السَّلْعَةُ بَعْدَ ذَلِكَ^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن من ابتاع شيئاً من الحيوان أو العروض ابتياعاً غير جائز، يريد فاسداً، فيرد لأجل فساده، فإن المبتاع يرد على البائع، وهذا يقتضى رد البيع الفاسد، ولا خلاف في ذلك.

والأصل فيه ما روى القاسم بن محمد، عن عائشة، قالت: قال النبي ﷺ: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه، فهو رد».

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المبيع كله على ضربين، ضرب له مثل كالمكيل والموزون والمعدود، وضرب لا مثل له كالحیوان والثياب والعروض. وأما ما له مثل، فإن هذا رده، بأن يرد المبتاع إلى البائع ما أخذ منه إن كان باقياً، فإن عدمت تلك العين فمثلها. ووجه ذلك أنه لا يفوت بفوات عينه؛ لأن وجود مثلها يقوم مقام وجودها، ولا يفوت بتغير أسواقها؛ لأن تغير عينها لا يفيت ردها، فبأن لا يفيتها تغير قيمتها مع سلامة العين من ذلك أولى وأحرى.

مسألة: وأما ما لا مثل له كالحیوان والثياب وصبر الطعام والأرضين والأشجار، فلا يخلو أن يكون مما ينقل، ويحول كالحیوان والثياب أو مما لا ينقل ولا يحول كالدور والأشجار والأرضين.

فأما ما ينقل ويحول، فإذا فات عند المبتاع كانت عليه قيمته يوم قبضه وفواته بالزيادة في عينه أو النقصان منها أو بتغير سوقه على وجه تصحيح البيع الفاسد، وبهذا قال مالك وأصحابه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٧١، ومعرفة السنن والآثار ١٢١/٨.

كتاب الأفضية ١٦١

وقال أبو حنيفة والشافعي: يرد ما كانت عينه موجودة، فإن فاتت رد قيمتها على معنى تصحيح البيع الفاسد.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد بيع يقتضى أن لا يرجع المتاع بما أنفق على المبيع ولا يرد الغلة، فوجب أن يكون له نماؤه، وعليه نقضه كالبيع الصحيح.

فصل: وقوله: «فليس لصاحب السلعة إلا قيمة سلعته يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك إليه»، يريد أنه لما قبضها على الضمان كان له نماؤها وعليه نقضها، وذلك يشتمل على تغيير البدن والقيمة.

وقال الشافعي: يلزمه قيمتها يوم التلف، واحتج مالك على ذلك بأنه ضمنها يوم قبضها، وذلك يصحح من قوله أنه لا خلاف أنها لو تلفت عينها لكان على المشتري ضمانها.

قال مالك: فلذلك كان على المتاع نماؤها وزيادتها؛ لأن من ضمن الجملة ضمن الأبعاض، ومن ضمن الجملة والأبعاض كان له النماء بالضمان.

فصل: وقوله: «فقد يقبض السلعة في زمان نفاقها وقيمتها عشرة، ثم يردها في زمان كسادها، وقيمتها دينار، فذهب من مال البائع تسعة دنائير أو يقبضها في زمان الكساد، وقيمتها دينار ويردها في زمان نفاق، وقيمتها عشرة، فليس على المتاع أن يذهب من مال البائع بتسعة دنائير»، يريد أن تغيير القيمة كتغيير البدن، فكما ليس له أن يأخذها سليمة قيمتها عشرة، ثم يردها معيبة، فكذلك ليس عليه أن يأخذها ناقصة في بدنها، وقيمتها دينار، ويردها بعد تمامها وقيمتها عشرة، وكذلك الزيادة والنقصان في القيمة.

فصل: وقوله: «إنما عليه قيمتها ما قبض يوم قبضه»، يريد أن من ذلك الوقت في ضمانه بعقد تراضيا به، فله ما زاد وعليه ما نقص، وأما يوم الرد، فلا يعتبر بقيمته في ضمان القيمة؛ لأنه لا تأثير لردها في الضمان، وإنما يؤثر فيه القبض وهو سببه، فكان الاعتبار به.

فصل: وقوله: «ومما يبين ذلك أن السارق يسرق السلعة، فإنما ينظر إلى قيمتها في وجوب القطع يوم قبضها بالسرقة دون يوم القطع»، يريد أن القبض بالبيع الفاسد يعتبر فيه القيمة، فكان الاعتبار في ذلك بقيمته يوم القبض دون يوم الحكم كقيمة ما سرق، وتأثيره في وجوب القطع؛ لأنه لو سرق ما قيمته أقل من النصاب، ثم زاد عنده على قيمة النصاب لم يجب به القطع.

١٦٢ كتاب الأفضية

ولو سرق ما قيمته النصاب، ثم نقص عن ذلك، لم يسقط عنه القطع، وكذلك إن أخذ بالبيع الفاسد ما قيمته عشرة دنانير، ثم نقصت قيمته عن ذلك، لم يسقط عنه غرم عشرة دنانير، ولو قبض ما قيمته دينار، ثم بلغت قيمته عشرة دنانير لم يجب عليه غرم ما زاد على الدينار لزيادة قيمة المقبوض بعد القبض.

مسألة: وهذا فيما ينقل ويحول، فأما ما لا ينقل ولا يحول كالدور والأرضين والأشجار، فعند ابن القاسم لا تفوت بحوالة الأسواق وتغير القيمة.

مسألة: ويفوت البيع الفاسد بالبيع الصحيح، فمن اشترى سلعة شراء فاسداً، ثم باعها بيعاً صحيحاً لم يرد بيعه، وصحح البيع الأول.

* * *

جامع القضاء وكراهيته

١٤٤١ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ كَتَبَ إِلَى سَلْمَانَ الْفَارِسِيِّ، أَنْ هَلُمَّ إِلَى الْأَرْضِ الْمُقَدَّسَةِ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ سَلْمَانُ: إِنَّ الْأَرْضَ لَا تُقَدَّسُ أَحَدًا، وَإِنَّمَا يُقَدَّسُ الْإِنْسَانُ عَمَلُهُ، وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّكَ جُعِلْتَ طَبِيبًا تَدَاوِي، فَإِنْ كُنْتَ تُبْرِئُ، فَنِعْمًا لَكَ، وَإِنْ كُنْتَ مُتَطَبِّبًا، فَاحْذَرُ أَنْ تَقْتُلَ إِنْسَانًا، فَتَدْخُلَ النَّارَ، فَكَانَ أَبُو الدَّرْدَاءِ إِذَا قَضَى بَيْنَ اثْنَيْنِ، ثُمَّ أَدْبَرَ عَنْهُ، نَظَرَ إِلَيْهِمَا، وَقَالَ: ارْجِعَا إِلَيَّ أَعِيدَا عَلَيَّ قِصَّتِكُمَا مُتَطَبِّبٌ وَاللَّهِ.

الشرح: قول أبي الدرداء: «هلم إلى الأرض المقدسة»، يريد المطهرة، والمقدس في كلام العرب المطهر، وإنما أراد موضعاً من الشام يسمى المقدس، ومن سمي مسجد إيلياء البيت المقدس، يريد المطهر، ومعناه أنه مطهر مما كان في غيره من المواضع من الكفر، وكان ذلك في وقت من الأوقات، فلزمه الاسم والوصف بذلك.

ويحتمل أن يكون معنى تقديسها تطهيرها، أن فيها يطهر من الذنوب والخطايا، فيكون معنى المقدس، المقدس أهلها، ويدل على صحة هذا التأويل قول سليمان: «إن الأرض لا تقُدس أحدًا»، ولا تطهره من ذنوبه، «وإنما يقُدسه عمله».

فيكون على هذا التأويل إنما وصف أهل بيت المقدس بذلك في وقت عملوا فيه

بطاعة الله تعالى، وكان كثير منهم أنبياء، وسائرهم أتباعاً للأنبياء، ولعله كان ذلك فى وقت أمروا بملازمته كما أمر المسلمون بالهجرة إلى المدينة، فكان سكنها فى ذلك الوقت تقلس أهلها، وتطهرهم من الذنوب.

فصل: وقوله: «وبلغنى أنك جعلت طيباً»، يريد أنه يستفتى فى الدين فيفتى، ويعمل بقوله كما يعمل بقول الطبيب فى أمر الأدوية، «فإن كنت تبرئ فنعم لك»، يريد بالإبراء هاهنا إصابة الحق، ودفع الباطل؛ لأن الباطل، وما يضاد به الشرع، هو الداء الذى يسأل عنه المستفتى لإزالته، والإبراء منه بالحق الذى أمر الله به.

فإن كان المفتى يبرئ قوله من ذلك، ويزيل الباطل، ويثبت الحق، فنعم له، أى أنه نعم العمل عمله ذلك، ونعم ما له فيه من الأجر الجزيل.

فصل: وقوله: «وإن كنت متطبباً»، يريد متخصراً فيما تفتيهم به، غير عالم بوجه صوابه، تخاف الخطأ ومخالفة الحق، «فاحذر أن تقتل إنساناً فتدخل النار»، يريد أن يحكم بغير الحق، فيزيد الباطل بك، ويزيد إلى حد لا يمكن استرجاعه، فيكون ذلك بمنزلة قتل الطبيب لمن رام برأه، فعاناه بما يضره حتى قتله، وفات تلافى أمره.

ويحتمل أن يريد به حقيقة بأن يفتى على إنسان بقتل، وهو لا يجب عليه، فيدخل النار بذلك، وهذا فيمن يتسور فى الفتوى بغير علم، فيخطئ فيما يفتى به، وأما من كان من أهل العلم فأخطأ، فأرجو أن لا يتم ذلك.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ، فله أجر، وإن أصاب، فله أجران».

وروى عنه أنه قال: «سبعة يظلهم الله فى ظله يوم لا ظل إلا ظله، إمام عادل»، الحديث.

إلا أن العالم قد يأثم فى الخطأ إذا لم يجتهد ويحذر واقعة النار بإغفال الاجتهاد، والتقصير فيه، لكن ظاهر الحديث إنما يقتضى الإخبار عن فتوى الجاهل، ولذلك أخبر بهذا عن المتطبيب، وهو المتسور المتخصص.

ولذلك كان أبو الدرداء إذا قضى بين اثنين استرجعهما، وأعاد النظر فى أمرهما مبالغة فى الاجتهاد، ثم يقول: «متطبب، والله»، يصف نفسه بذلك على معنى الإشفاق والخوف ممن لم يبلغ درجة الاجتهاد ما يرضيه، والله أعلم وأحكم.

قال: سَمِعْتُ مالِكًا يَقُولُ: مَنْ اسْتَعَانَ عَبْدًا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي شَيْءٍ لَهُ بَالٌ وَلَمِثْلِهِ إِجَارَةٌ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَ الْعَبْدَ إِنْ أَصِيبَ الْعَبْدُ بِشَيْءٍ، وَإِنْ سَلِمَ الْعَبْدُ، فَطَلَبَ سَيِّدُهُ إِجَارَتَهُ لِمَا عَمِلَ، فَذَلِكَ لِسَيِّدِهِ، وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من استعان عبداً بغير إذن سيده فيما لمثله إجارة في المعتاد، والأغلب من أحوال الناس، فهو ضامن لما أصاب العبد، من هلاك أو نقص في بدن، وهذا المشهور من مذهب مالك.

وقد روى ابن وهب: ليس في العبيد يستأجرون ضمان ما أصابهم، وإن قال سادتهم: لم تأمرهم بالإجارة، إلا أن يستعملوا في أمر مخوف كالبيتر الحمئة، والهدم تحت جدار، فيضمن، إن لم يكن بإذن السيد.

وجه قول ابن القاسم أن المستأجر له متعد أو في حكم المتعدى إن لم يثبت إذن السيد، فوجب أن يكون ضامناً، كما لو تعدى على دابته، فركبها بغير إذنه.

وجه قول مالك أن العبد يتصرف ويعقد، ولا يعرف حجر سيده عليه، وهل هو مملوك، فلا يضمن باستعماله في الأمور المعتادة، وإنما يضمن في الأمور الخطرة التي فيها الهلاك غالباً.

قال سحنون في كتاب ابن عبدوس: إلا أن يكون السيد قد حجر عليه أن يؤاجر نفسه، وأبان ذلك بالإشهاد، فظاهر قول أصحابنا المخالف لرواية ابن وهب يقتضى تضمين المستعمل لعدم الإذن، ويحتمل أن تكون رواية ابن وهب مبنية على ما قدمناه من أن الأصل جواز تصرفه حتى يعلم الحجر عليه.

ويحتمل أن يكون سقط الضمان في رواية ابن وهب؛ لأنه استأجره، ولم يستعنه بغير أجر؛ لأن الذي يقتضى حمله على الإذن من سيده في العمل، إنما هو في عمل بعوض.

وأما العمل بغير عوض، فلا يحمل عليه إلا بيينة، فمن استعمله بعوض لم يوجد منه تعد يضمن به، وإنما يكون التعدى ممن استعمله بغير أجر، والله أعلم.

مسألة: وإن أذن له السيد في عمل معين، فاستؤجر في غيره، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم، عن مالك في العبد الخياط والنجار، يستأجره رجل في غير عمله، يحمل له شيئاً أو ينقل له لبناً أو غير ذلك، فهلك العبد، فلا ضمان عليه.

كتاب الأفضية ١٦٥

وقد يرسل إليه سيده لينى، فيتعذر عليه البناء، فيؤاجر نفسه فى غير ذلك، فلا ضمان عليه إلا أن يدخله فى عمل له خطر. قال ابن القاسم: أو يرسله فى سفر.

مسألة: ولو استعمله بغير أجر فيما أذن له فيه من البناء والأسفار، فقد قال محمد: يضمن إن هلك، ولو استأجره لم يضمن.

ووجه ذلك أنه استعمله على وجه التعدى؛ لأنه إنما أذن له فى العمل بأجر فمن استعمله بغير أجر، فقد تعدى عليه كالغاضب.

مسألة: فإن أذن له السيد فى العمل على الإطلاق، فاستعمله المستأجر، فإن الأعمال على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يستعمله فى مخوف أو سفر، فإنه يضمن ما أصابه.

قال مالك فى المدونة: قال: لأنه لم يؤذن له فى الغرر، وإنما أذن له فى العمل المأمون، يريد المعتاد، ولو أذن له فيه بعينه، لم يضمن.

والضرب الثانى: أن يستعمله فى عمل معتاد، له إجارة، فهذا فى ضمان العبد فيه الخلاف المتقدم مع عدم الإذن.

والضرب الثالث: أن يستعمله فى عمل معتاد، لا أجر له، كما ناولته القدح والنعل، فلا ضمان فيه، قاله ربيعة. وحكى القاضى أبو محمد عن المذهب، ولا أجرة فيه مع السلامة، ولا ضمان فيه مع التلف.

فرع: وما وجب فيه الضمان، فإن السيد مخير بين أن يضمنه قيمة العبد أو قيمة عمله، قاله ابن القاسم.

ووجهه أنه قد تعدى على الرقبة، واستوفى العمل وضمانهما متناف، فكان له أن يطلب أيهما شاء.

مسألة: وأما الصبى الصغير، فقد قال ابن القاسم: لا يجوز استئجاره. وقال مطرف وابن الماجشون: لا بأس أن يستأجر الغلام لم يبلغ، والجارية لم تحض أنفسهما إذا عقلا.

ومعنى قول ابن القاسم عندى إذا لم يكونا معرضين لذلك. وأما إذا كانا معرضين لذلك، ومأمورين به، فقول مطرف وابن الماجشون حسن؛ لأن الأكثر من الأيتام، كان يمنع من لا ولى له أو له ولى، ويتصرف تصرفاً لا يمكن وليه أن يياشر استئجاره فيه لتكرره.

فرع: فإن كان الوجه الذى يجوز، فقد قال مطرف وابن الماجشون: يدفع إجارتهما إليهما، ويبرأ بذلك الدافع ما لم يكن شئ له بال، وكذلك لو عقد ذلك عليهما أخ أو عم، فهو بمنزلة عقدهما، ويبرئه الدفع إليهما، وله المسمى، إلا أن تكون فيه محاباة، فيتم إجارته.

وإذا كان على الوجه الذى لا يجوز، فعمل فله الأكثر من المسمى، وإجارة مثله، فإن هلك، قال ابن القاسم: عليه الأكثر مما سمي أو قيمة عمله، وعلى عاقلة ديته، ولذلك لم يكن فيه تخيير؛ لأن الدية على غير المستأجر.

قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَعْضُهُ حُرًّا وَبَعْضُهُ مُسْتَرْقًا: إِنَّهُ يُوقَفُ مَالُهُ بِيَدِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحْدِثَ فِيهِ شَيْئًا، وَلَكِنَّهُ يَأْكُلُ فِيهِ، وَيَكْتَسِبُ بِالْمَعْرُوفِ، فَإِذَا هَلَكَ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرَّقُّ.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن العبد قد يكون بعضه حرًا، وذلك يكون على وجوه، منها أن يعتق المعسر حظه منه، فلا يقوم عليه حظ شريكه لعسره، ومنها أن يوصى بعتقه، ولا يترك مالاً غيره، فيعتق ثلثه، وغير ذلك من الوجوه.

فإن هذا يوقف ماله بيده مما كان له قبل عتقه، وما اكتسبه بعده، ولا له أن يفوت شيئاً منه بغير عوض، إلا برضا السيد إلا فى كسوته ونفقته، من كتاب ابن المواز وابن سحنون، عن أبيه.

فصل: وقوله: «ليس له أن يحدث فيه شيئاً»، يريد ليس لمن له بعضه أن يزيله من يده، ولا للعبد أن يفوته، وله أن يتجر فيه وينمي فيه التجارة المأمونة فى أيامه التى له، رواه ابن نافع، عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك أن تصرفه فى تلك الأيام له، وله أن ينمى ماله لحقه فيه، وليس للسيد إزالته من يده، ويعمل فى يومه ما شاء، يطحن، ويحمل، قاله مالك.

مسألة: وليس للسيد أن يأخذ من ماله شيئاً، وإن احتاج إليه، رواه ابن القاسم، عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك أنه مال للجزء الحر الذى فيه حق، فليس لأحد أن يفوته عليه، ولأنه لما لزمته نفقة من أجل الحرية أثرت فى المال، والمنع منه بمنزلة مال المكاتب، وبمنزلة المال المشترك.

كتاب الأفضية ١٦٧

فصل: وقوله: «ولكنه يأكل منه، ويكتسى بالمعروف»، ظاهر اللفظ يقتضى أنه ينفق منه على جملة دون حصة الحرية، وذلك أن المال مشترك، ولذلك منع منه لحق سيده، فلم يكن له أن ينفق منه دون سيده.

وقد روى ابن القاسم، عن مالك فى العتبية: ليس للسيد أن يأخذ من ماله شيئاً، وإن احتاج إليه، وإن مرض العبد، فعلى السيد أن ينفق عليه بقدر ماله فيه، فظاهر هذا أنه ينفق على نفسه فى سائر الأيام مما يكتسب.

فإن احتاج إلى أن ينفق منه لمرض، فعلى السيد أن ينفق على حصته، وينفق العبد من ماله على حصته الحرة؛ لأن المال إنما يكتسبه وينميهِ فى زمن يعمل فيه بجزء الحرية، والله أعلم.

ولعله أراد أن العبد المريض الذى ينفق السيد على حصته منه لم يكن له مال، فلذلك لزم السيد أن ينفق على حصته منه.

مسألة: وهذا إذا كان مقيماً معه، فأما إن أراد السفر به إلى حاجته، فأجبر العبد على الخروج معه، فقد قال ابن حبيب وابن المواز، عن مالك: على السيد كراهة ونفقة. زاد ابن حبيب: وإجارته فى أيامه حتى يبلغ أو يستقر قراره، ويمكنه العمل والكسب وإلا فالنفقة على السيد حتى يقدم به.

ووجه ذلك أن سفر السيد أبطل عليه عمله فى أيامه، فكان عليه جبر ما أتلفه عليه بسفره، وكانت تلك الأيام كلها فى خدمة السيد، فكان عليه حق ما للعبد منها.

مسألة: وليس للعبد أن يسافر إلا بإذن السيد، قاله ابن المواز وابن سحنون، عن أبيه. ووجه ذلك أنه ليس له الذهاب لحق السيد فيه، وحكم الرق أغلب.

مسألة: ولو أراد السيد أن يسافر به، ففى الموازية: له ذلك فى الأمر القريب، وأما ما بعد، فقال مالك فيها، وفى العتبية من سماع ابن القاسم عنه: يكتب له القاضى كتاباً إن خاف أن يباع أو يظلم.

وقال فى كتاب ابن المواز: وهذا إذا كان السيد مأموناً، قال عنه أشهب: وكان العبد غير مستعرب. وروى ابن كنانة، عن مالك فى الواضحة: لا يكون له ذلك حتى يكون السيد مأموناً، والعبد مستعرباً. وروى عنه ابن القاسم: إذا كان العبد مستعرباً، فذلك له.

وإن كان السيد غير مأمون، كتب له القاضي كتاباً فيما بعد، وبه أخذ ابن القاسم. قال أشهب: قد يتبغى أنه ليس ذلك للمأمون ولا لغيره، قال عنه ابن حبيب: وإن كان العبد مستعرباً، وقال عنه ابن المواز وابن حبيب: لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك، فلا يسافر به إلا برضاه.

وجه قول مالك ما قاله في العتبية سحنون، عن ابن القاسم: إن الحرية تبع للرق في هذا، كما تبعه في الحدود والشهادة وغيرهما.

ووجه مراعاة أمان السيد، أنه المالك له والذي يخاف من جهته.

ووجه مراعاة استعراب العبد، أنه إذا كان مستعرباً، لم يتم عليه ذلك، إلا بما يتم على سائر الأحرار؛ لأنه يبين عن نفسه، ويقوم بحجته، فإذا كان أعجمياً وغداً، جرى من ذلك عليه ما لا يعرفه ولا يفهمه حتى يقع فيه، ثم لا يمكنه أن يعرب عن نفسه.

مسألة: وهذا في سفر التجول، فأما سفر التنقل من بلد إلى بلد، فإن كان ينتقل إلى حاضرة، قضى على العبد بذلك، وإن كره، وإن أراد الانتقال إلى قرية ليس للعبد فيها عمل ولا مكسب، فهو مثل السفر.

ولها عندي وجه على قول من لا يغلب الرق على الحرية، وذلك أن السيد له غاية يرجع منها، ويعتد مدة للسفر على السيد.

وأما الانتقال، فإن كان بموضع له فيه مكسب وتصرف، فلا مضرة عليه في ذلك، وإن كان بموضع لا مكسب للعبد فيه، فذلك يبطل لحظ الحرية، وأما على من يغلب الرق، فلا يراعى ذلك، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن للسيد من خدمة العبد بقدر ما له فيه، وللعبد بقدر ما فيه من الحرية، واقتسام ذلك بينهما على حسب ما يراه الناظر من الرق، وإزالة الضرر يوماً بيوم أو جمعة بجمعة أو شهراً بشهر، جائز. ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: والشهران كثير.

قال مالك في العتبية والموازية: وقد قيل له للمعتق ثلثه حظ في كل يوم أو جمعة، فقال: لا، ولكن من كل شهر ثلثه أو كل ثلاثة أشهر، شهر.

قال مطرف وابن الماجشون في اقتسام العبد الدنيء، أو الأمة للخدمة، أو الغزل يكون يوماً بيوم، وأما العبد النبيل التاجر أو ذو الصنعة، أو الأمة شأنها الرق، وشبهه

كتاب الأفضية ١٦٩
من العمل المرتفع، فلا تقسم الخدمة فيهما يوماً بيوم لما فيه من الضرر، ولكن شهراً
بشهر، وجمعة بجمعة.

وأما عبد الخراج، فلا خير في قسمة خراجه مشاهرة، ولا بأس أن يقتسماه يوماً
بيوم إذ لا خطر له، وقاله مالك. وقال ابن المواز: لا يجوز في يوم بيوم ولا غيره.
وجه القول الأول أن المقصود من عبد الخراج مبلغ الخراج، وذلك يختلف بطول
المدة ويقرب في قصيرها.

ووجه المنع من ذلك أنه يؤدي إلى التفاضل في العين، وسواء ما يؤدي من الخراج
مع ما يعلم من اختلاف قيمة كرائته في الأيام لنشاط وكسل، وضعف وقوة، ومرض
وصحة، ونفاق وكساد، والله أعلم.

مسألة: وإن اختلفا فيمن يبدأ بالخدمة، قال ابن المواز: يستهمان.

ووجه ذلك أن لكل واحد منهما حقاً، فإن اتفقا على أمر يتراضيان به، وإلا
استهما؛ لأن الاستهام طريق إلى تعيين حق أحد الشريكين عند تعذر ذلك، كالقسمة.

مسألة: فإن شغل العبد في خصومة أو مرض أو أبق، لم يحتسب بذلك عليه،
وليأتنا القسمة، قاله أشهب، عن مالك في العتبية.

مسألة: ومن بدأ منهما، ثم مرض في أيام الآخر، ففي العتبية والواضحة عن مالك
وأصحابه: لا يرجع أحدهما على الآخر. قال أشهب: كما لو استهما، قال: والإباق
كالمرض في ذلك.

فصل: وقوله: «فإن هلك، فماله للذي فيه الرق»، وبه قال أبو حنيفة والزهري.
وقال الشافعي في أحد قولي: ماله بين المعتق لنصفه وبين المستمسك برقه، إن لم يكن
له ولد، فإن كان له ولد، فميراثه للمتمسك بالرق ولولده، وبه قال عطاء وطاوس.

والدليل على ما نقوله أنه موروث بالرق، فلم يورث بالنسب ولا بالولاء، كالمسترق
جميعه.

قال: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْوَالِدَ يُحَاسِبُ وَلَدَهُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ
مِنْ يَوْمٍ يَكُونُ لِلْوَالِدِ مَالٌ نَاضِئًا كَانَ أَوْ عَرَضًا إِنْ أَرَادَ الْوَالِدُ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كان ينفق على ولده الصغير حتى صار له مال،

١٧٠ كتاب الأقضية

بميراث كان أو غيره، أو كان يأخذ له عطاء في كل عام، ثم ثمادى الأب في الإنفاق عليه، فإن له ذلك، سواء كان مال الابن عيناً أو عرضاً، قاله مالك هكذا على الإطلاق.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ومعناه عندي أن يقول الأب: إنما أنفقت عليه من مالي لأرجع عليه، فله الرجوع عليه بما أنفق عليه من يوم أفاد المال دون ما أنفق عليه قبل ذلك، فإن فضل للأب شيء عن مال الولد، لم يرجع عليه بشيء.

ووجه ذلك أنه قد ينفق عليه من ماله الذي يتصرف بين يديه لمشقة وصوله إلى مال ابته، وهو مختزن عنده، فيشق عليه تناوله في كل وقت، فيرى الإنفاق من ماله ليرجع به عليه العبد أيسر عليه وأرفق به.

فرع: وصفة الرجوع عليه أن يرجع عليه بما أنفق عليه في سائر السنين بقدر غلاء كل سنة ورخصها، قاله في العتبية من سماع ابن القاسم وغيره.

ووجه ذلك عندي أن ينفق عليه دراهم أو دنانير يشتري بها ما احتاج إليه من طعام مكيل أو موزون أو ثياب أو غير ذلك، ولو كان عنده طعام، فأنفق عليه منه رجع عليه بمثل كيّله، والله أعلم.

مسألة: فإن مات الولد عن أم أو جدة، فإن للأب أن يرجع بما أنفق عليه في مال الولد، وإن أبته الورثة معه. قال مالك في الموازية: وهل عليه يمين أم لا؟ قال مالك: إن كان مقللاً، فلا يمين عليه، وإن كان غنياً، فاليمين عليه أنه أنفق ليرجع به.

وروى سحنون، عن مالك: أنه لا يمين، ثم رجع فقال: يخلف.

وجه نفي اليمين أنها يمين تهمة، وظن دون دعوى ولا تحقيق. وقد اختلف مالك وأصحابه فيه مثل ما تقدم ذكره، وبالله التوفيق، وهذا إذا لم يكن الأب أشهد بذلك، وأما لو أشهد به لكان له الرجوع بما أنفق على كل حال، وبالله التوفيق.

مسألة: فإن مات الأب، فأراد الورثة أخذ النفقة من مال الابن، قال مالك في الموازية والعتبية: إن كان مال الابن عيناً، وهو عند الأب يمكنه الإنفاق منه، فلم ترجع الورثة فيه بشيء، وإن كان كتبه الأب عليه، إلا أن يوصى بذلك؛ لأن من عادة الآباء أن يرفقوا الأبناء بالإنفاق عليهم، وإن كان لهم مال.

وإن كان مال الولد عرضاً أو حيواناً، فللورثة محاسبة الابن بذلك، إذا كتبه، وقال

ابن القاسم فى العتبية: هذا أحسن ما سمعت. قال ابن المواز: ووجدت لمالك، يحاسبونه إذا كان المال عرضاً، ولم يقل كتبه أو لم يكتبه.

ومعنى ذلك أن يكتب ما أنفق عليه ليرجع به، فهذا لم يختلف قول مالك فى أنه يرجع به. وأما إذا أهمل ذلك، ولم يكتبه، فهذا الذى اختلف فيه قول مالك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو قال الأب فى مرضه: لا تحاسبوه، وماله عرض، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم، ذلك جائز نافذ، وليست بوصية لوارث؛ لأنه شىء فعله فى صحته.

وقال أشهب: أرى أن يحاسب فى العين، وإن أوصى الأب أن لا يحاسب، ولا يصدق فى قوله: كنت أنفق عليه من مالى. ومعنى ذلك أنه غير معين، والله أعلم.

١٤٤٢ - مَالِكُ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ دَلَّافِ الْمُرْنِيِّ، أَنَّ رَجُلًا مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَسْبِقُ الْحَاجَّ، فَيَشْتَرِي الرَّوَاحِلَ، فَيُعْلِي بِهَا، ثُمَّ يُسْرِعُ السَّيْرَ، فَيَسْبِقُ الْحَاجَّ، فَأَقْلَسَ، فَرَفِعَ أَمْرَهُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: أَمَا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ، فَإِنَّ الْأَسِيْفَ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ: سَبَقَ الْحَاجَّ أَلَا وَإِنَّهُ قَدْ دَانَ مُعْرَضًا، فَأَصْبَحَ قَدْ رِينَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ ذَيْنٌ، فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ، نَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ، وَإِيَّاكُمْ وَالذَّيْنَ، فَإِنَّ أَوْلَهُ هُمْ، وَآخِرُهُ حَرْبٌ.

الشرح: قوله: «أن رجلاً من جهينة، كان يسبق الحاج»، يريد أنه كان يقصد ذلك ويجهد نفسه فيه، ويشترى له الرواحل السابقة، فيزيد فى ثمنها إما لأن قيمتها أعلى من قيمة غيرها، أو لأنه كان يزيد على قيمتها؛ لأن من كانت عنده كان لا يسمح بها إلا بأكثر من قيمتها لضنائه بها، لاسيما ممن يشتريها بالدين.

ثم كان يسرع السير عليها ليسبق جميع الحاج، فكان يتعبها ويجهداها، حتى أنه ربما أعجفها، وأهلكها، فلف بذلك ماله، وقام عليه غرماؤه، وضاق ماله عن أداء ما عليه من الدين، وهو معنى فلسه، وقد تقدم الكلام فيه، والله أعلم.

فصل: وقول عمر، رضى الله عنه: «أيها الناس، ألا وإن الأسيفع أسيفع جهينة»، قيل: إن ذلك الرجل كان اسمه الأسيفع، وقال ابن مزين، عن ابن وهب وابن نافع: هو لقب لزمه.

١٧٢ كتاب الأفضية

وقال ابن مزين، عن ابن وهب: وهو تصغير أسفع، وهو الضارب إلى السواد. وقال: إنه وصفه بذلك للونه. قال العتبي: الأسفع الذى أصاب خده لون مخالف لسائر لونه من سواد.

وقوله: «رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج»، يريد، والله أعلم، أنه رضى بذلك عوضًا مما أتلفه من دينه وأمانته بإتلاف أموال الناس فيما لم تكن له ثمرة، إلا قول الناس أنه سبق الحاج.

فصل: وقوله: «ادان معرضًا»، يقال ادان الرجل، فهو مدان إذا اشترى بالدين، يقال تدانين وادان واستدان، وإذا أعطى بالدين، قيل أدان. وأما المعرض، فقال أبو زيد: هو الذى يعترض الناس، فيشتري ممن أمكنه، سمي المعرض هاهنا بمعنى المعرض، يعنى اعترض لكل من يقرضه.

قال: ومن جعله بمعنى المتمكن على ما فسره أبو زيد، فهو بعيد؛ لأن معرضًا منصوب على الحال، فإذا فسرتة بمن يمكنه، فالمعترض هو الذى يعرض؛ لأنه هو المتمكن.

وقال أبو عبيد: ويروى معرض بالرفع. وقال ابن شميل: فادان معرضًا، معناه يعرض، إذا قيل له لا تستدن.

وروى أبو حاتم، عن الأصبغى، أنه قال: معناه أنه أخذ الدين، ولم يبال أن لا يؤديه. وقال العتبي: لا يجوز ادان معرضًا، إلا أن يكون أراد استدان معرضًا عن الأداء، وهو قول أبي حاتم.

وقال ابن وهب: معنى ادان معرضًا، أى اغترق الدين ماله، فأعرض بأموال الناس مستهلكًا لها متهاونًا، رواه ابن مزين عنه وعن ابن نافع.

فصل: وقوله: «فأصبح قد رين به»، قال أبو عبيد الهروى: معناه قد أحاط الدين بماله، وقال شمر: رين به، ورين عليه، ورين عليه، واحد معناه مات. وقال أبو زيد: رين بالرجل، إذا أوقع فى أمر لا يستطيع الخروج منه.

قال ابن مزين: وقال ابن نافع وابن وهب: قد شهر به. قال يحيى وقال غيره: قد أحيط به. وقال فى قوله تعالى: ﴿بَلْ رَانَ عَلَى قُلُوبِهِمْ﴾ [المطففين: ١٤]، يقول طبع على قلوبهم، وأحاط بها سوء أعمالهم. وقال العتبي الأعرابي: رين به، انقطع به.

وقال السلمى: رين به، تحير. وقال سابق البربرى:

وترك الهوى للمرء فاعلم سعادة وطاعته رين على القلب رائن
وهذه المعانى متقاربة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فمن كان عليه دين، فليأتنا بالغداة، نقسم ماله بينهم»، يريد أنه قد ضاق ماله عن ديونه، فحجر عليه عمر التصرف فيه، وجمعه ليوزعه على غرمائه بقدر حصصهم مما لهم عنده، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وياكم والدين»، على معنى النهى عنه والتحذير من سوء عاقبته فى الدين والدنيا.

وقوله: «فإن أوله هم، وآخره حرب»، بتحريك الراء، الحرب السلب، ورجل محروب بمعنى مسلوب، يريد أن أول أمر من عليه دين الهم بأدائه مع ضيق يده عنه، والمخالفة لسوء عاقبته، وآخر أمره أن يسلب ماله، وما يضمن به من عقار وحيوان وغير ذلك، ويشفق من بعده، فيباع عليه، ويقضى منه غرامؤه.

* * *

ما جاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: السُّنَّةُ عِنْدَنَا فِي جِنَايَةِ الْعَبِيدِ أَنْ كُلَّ مَا أَصَابَ الْعَبْدُ مِنْ جُرْحٍ جَرَحَ بِهِ إِنْسَانًا أَوْ شَيْءٍ اخْتَلَسَهُ أَوْ حَرِيسَةً اخْتَرَسَهَا أَوْ ثَمَرَ مُعَلَّقٍ جَذَهُ أَوْ أَفْسَدَهُ أَوْ سَرَقَةَ سَرَقَهَا، لَا قَطْعَ عَلَيْهِ فِيهَا، إِنَّ ذَلِكَ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ لَا يَعْدُو ذَلِكَ الرَّقَبَةَ، قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ، فَإِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَنْ يُعْطِيَ قِيمَةَ مَا أَخَذَ غَلَامُهُ أَوْ أَفْسَدَ أَوْ عَقَلَ مَا جَرَحَ أَعْطَاهُ، وَأَمْسَكَ غَلَامَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُسَلِّمَهُ أَسْلَمَهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ غَيْرُ ذَلِكَ، فَسَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ (١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن ما أصاب العبد على هذه الوجوه التى ذكرناها. زاد ابن القاسم وابن وهب، عن مالك فى المجموعة: أو غضب امرأة، فوطئها، فلزمه ما نقص فى الأمة، وفى الحرة صداق مثلها.

فإن ذلك كله فى رقبته لا يعدوها، ومعنى تعلق ذلك برقبته، أن رقبته تسلم فى هذه

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٧٤.

الجنايات، إلا أن يشاء سيده أن يقتديه منها بأرش الجناية، قلت الجناية أو كثرت، وهذا كله؛ لأنه تعدى فيما لم يؤتمن عليه، ولم يسلم إليه.

وأما ما أوتمن عليه أو أسلم إليه، فقد روى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: كل عدوى كان من العبد، فيما أوتمن عليه من ودیعة أو بضاعة، أو استؤجر على عمل أو عارية، أو كراء أو ما صار بيده بإذن أهله، فيبيع ذلك، أو يأكله، إن كان طعاماً، فذلك في ذمته، إلا في وجه واحد، أن يتعمد فساد ذلك الشيء بقطع الثوب، وعقر البعير، فذلك في رقبته، وقاله أصبغ، وقال: ولم يكن ابن القاسم يميز بين ذلك.

فوجه قول ابن الماجشون أنه أتلفه لمنفعة نفسه، فلذلك تعلق بذمته. وأما عقر البعير وقطع الثوب، فإنه قصد إتلافه لغير منفعة له في ذلك، فتعلق ذلك برقبته.

ووجه قول ابن القاسم أنه قصد إتلاف ما أوتمن عليه، فتعلق بذمته دون رقبته، كما لو أكله.

مسألة: ومن استأجر عبداً ليوصل له بعيراً إلى منهل، فنحره، وقال: خفت عليه الموت، روى ابن القاسم، عن مالك أنه قال: ومن يعلم مثل هذا أراه في رقبته.

وقال: مثل ذلك إذا أجره على أن يعلف البعير، فيبيعه أو ينحره، فيأكل لحمه، وهو بمنزلة ما لو أجره على رعاية غنم، فنبحها، أو حراسة حائط فيجده، أو على أن يحمل له شيئاً إلى بيته، فيسرق من البيت ثوباً، ولم أره كالصانع يقول: ذهب المتاع.

مسألة: وإذا قال العبد لرجل: سيدي يسألك ألف دينار سلفاً، فدفعتها إليه بينة، فأتلفها، قال ابن القاسم في الموازية: في رقبته وإن لم يكن للعبد مال. قال أصبغ: لا فرق بين الخديعة والخيانة، وذلك في رقبته.

وروى سحنون، عن أشهب في العتبية: هذه خلافة، وذلك في رقبته إن ادعى أنه أتلفه، أو دفعه إلى سيده. قال ابن المواز في قول ابن القاسم: ليس هذا بشيء، وقوله الآخر: إنها في ذمته.

وجه القول الأول أن يده في قبضها يد سيده، ولم تسلم إلى العبد ليكون هو المؤمن عليها. ووجه القول الثاني أنها سلمت إليه باختيار مالكها، فلم تعلق جنايته عليها بذمته كما لو أودعها.

ما يجوز من النحل

١٤٤٣ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَالَ: مَنْ نَحَلَ لَهُ وَلَدًا لَهُ صَغِيرًا لَمْ يَلْغُ أَنْ يَحُوزَ نُحْلَهُ، فَأُغْلِنَ ذَلِكَ لَهُ وَأَشْهَدَ عَلَيْهَا فَهِيَ جَائِزَةٌ، وَإِنْ وَلِيَهَا أَبُوهُ.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ نَحَلَ ابْنًا صَغِيرًا لَهُ ذَهَبًا أَوْ وَرِقًا، ثُمَّ هَلَكَ وَهُوَ يَلِيهِ، إِنَّهُ لَا شَيْءَ لِلْأَبْنِ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ عَزَلَهَا بِعَيْنِهَا أَوْ دَفَعَهَا إِلَى رَجُلٍ وَضَعَهَا لَابْنِهِ عِنْدَ ذَلِكَ الرَّجُلِ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ، فَهُوَ جَائِزٌ لِلْأَبْنِ.

الشرح: قوله: «من نحل ابنه الصغير وأشهد على ذلك، وأعلن به حتى يعلم أن نظره فيه، إنما هو لابنه فالعطية جائزة وإن وليها الأب»؛ لأنه هو الحائز لابنه الصغير من نفسه ومن غيره، وذلك أن الموهوب على ضربين، عين وغير عين.

فأما غير العين، فما كان يحاز، ولا ينتفع الأب به حال الحيازة وبعدها كالجنة يستغلها، أو الربع يكرهه، أو السلعة يمسكها له، أو يبيعها، فإنه يصح حيازة الأب إياها لابنه، وما كان الأب ينتفع به كالدار يسكنها، أو الثوب يلبسه، فلا تصح حيازة الأب له مع استدامة ذلك؛ لأن انتفاعه به كسكنى الدار، ولبس الثوب ينافى حيازة الابن.

مسألة: وهذا فيمن وهب معينًا، فأما إذا وهب جزءًا مشاعًا، فاختلف قول مالك في جواز حيازة الأب لابنه، فروى عن مالك: أنه جائز. وقال ابن الماجشون: ثم رجع مالك وقال: لا يجوز ذلك إلا في العين، وبه قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ.

وجه القول الأول أن ما صحت هبته صحت حيازته كالعين. ووجه القول الثاني أن رهن المشاع لا يجوز؛ لأن الحيازة لا تصح فيها مع بقاء سائره بيد المرتهن، فكذلك في الهبة.

مسألة: وأما العين، فاختلف في صحة احتياز الأب إياه، وقد تقدم ذكر ذلك، وهذا حكم الأب في الاحتياز. وأما الأم، فاختلف أصحاب مالك فيها، فالذى قاله ابن القاسم ومالك أنها لا تحوز لابنها الصغير ما وهبته، إلا أن تكون وصية. وقال ابن وهب: تحوز الأم والأجداد والجددة إذا كان صغيرًا في حجرهم، وإن لم يكونوا أوصياء.

وجه القول الأول أن من لا يجوز له نكاح اليتيم ولا المبارة عنه والتصرف فى ماله، فإنه لا يجوز أن يجوز ما وهبه له، كالأخ.

وجه القول الثانى أن كل من له ولادة عليه وحضانة فإنه يجوز ما وهبه له، كالأب.

فصل: وقول عثمان، رضى الله عنه: «من نحل ابناً له صغيراً، وحازه له، وأشهد به أنه حائز للابن، ولم يذكر فى جميع ما ينحل»، يحتتمل أن يريد به كل نحل من عرض أو عين قد ختم عليه الأب وأشهد، فيجوز ذلك على رواية عن مالك.

ويحتتمل أن يريد به العرض خاصة، فيجوز على القولين، ويحتتمل من جهة اللفظ أن يريد العرض والعين، محتوماً أو غير محتوم، فلا يجوز فى غير المحتوم فى قول مالك.

فصل: وقول مالك: «إن من نحل ابنه الصغير ذهباً أو ورقاً، أنه لا شىء للابن من ذلك، إلا أن يكون عزلها بعينها، أو دفعها إلى رجل، فيجوز»، فأما وضعها عند غيره، فلا خلاف فى المذهب فى جواز ذلك.

وأما عزلها، فهو أن يجعلها فى شىء، ويختم عليها، ويشهد على ذلك، وقد تقدم ذكر ذلك والخلاف فيه بما يغنى عن إعادته هاهنا.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشفعة

ما تقع فيه الشفعة

أصل الشفعة أن الرجل كان إذا باع في الجاهلية منزلاً أو حائطاً، أتاه الجار أو الشريك، فيشفع إليه فيما باع فشفعه، وجعله أولى ممن بعد سببه، فسميت شفعة، وطلبها شفيعاً.

١٤٤٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقَسَمَ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُلُودُ بَيْنَهُمْ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ السُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا.

١٤٤٥ - قَالَ مَالِكٌ: إِنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنِ الشُّفْعَةِ هَلْ فِيهَا مِنْ سُنَّةٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ الشُّفْعَةُ فِي الدُّورِ وَالْأَرْضَيْنِ، وَلَا تَكُونُ إِلَّا بَيْنَ الشُّرَكَاءِ.

١٤٤٤ - أخرجه الترمذي في الأحكام ١٣٧٠. والنسائي في البيوع ٤٧٠٢، ٤٧٠٥. وأبو داود في البيوع ٣٥١٤، ٣٥١٥. وابن ماجه في الأحكام ٢٤٩٧، ٢٤٩٩. وأحمد في باقي مسند المكثرين ١٣٧٣٤، ١٤٥٨١، ١٤٨٥٥.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٣٤/٨: هكذا روى هذا الحديث عن مالك أكثر الرواة للموطأ وغيره مرسلًا، إلا عبد الملك بن عبد العزيز الماجشون وأبا عاصم النبيل ويحيى بن إبراهيم بن داود ابن أبي قبيلة المدني وأبا يوسف القاضي وسعيدًا الزيري فإنهم روه عن مالك بهذا الإسناد، متصلًا عن أبي هريرة مسندًا. واختلف فيه عن ابن وهب، عن مالك فروى عنه مرسلًا كما في الموطأ، وروى عنه مسندًا كرواية ابن الماجشون، ومن تابعه، وكذلك اختلف فيه عن مطرف، عن مالك سواء.

١٤٤٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٨٥.

١٤٤٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ مِثْلُ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم»، يقتضى تعلق الشفعة به قبل القسمة، والظاهر أنه من جنس ما يقسم. وأما ما لا يصح فيه القسمة، فإنه لا يقال فيه ما لم يقسم كما لا يقال فى الإنسان يثبت فيه حكم كذا، ما لم يقسم؛ لأن ذلك يقتضى أن له حالة يقسم فيها.

وما ينقسم على ضربين، ضرب يقسم بالحدود كالأرضين وما فيها من المباني والأشجار، وضرب ينقسم بغير حدود كالمكيل والموزون والمعدود، وبعض المذروع.

فقوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة»، يقتضى اختصاص تعلق هذا الحكم بما يضرب فيه الحدود دون غيره مما لا تضرب فيه الحدود، وينظر فيما ينقل ويحول مما لا ينقسم بضرب الحدود.

فإن وجدنا عليه ثبوت الشفعة فيه ألقناه بما فيه الشفعة، وإن وجدناه مختصاً بما تضرب فيه الحدود، قصرنا الشفعة عليه، ووجدنا ما تثبت الشفعة فى جنسه، يبطل حكم الشفعة فيه بالقسمة، فثبت أن لكون المبيع مما تصح فيه القسمة بالحدود، تأثيراً فى إثبات الشفعة؛ لأنه قد وصف بذلك ما ثبت فيه الشفعة.

والظاهر أن الحكم إذا علق على صفة، فإن تلك الصفة علة لذلك الحكم أو وصف من أوصاف علة ذلك الحكم، وثبت بقوله: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»، أن للقسمة تأثيراً فى إبطالها، وثبت أن الشفعة إنما تثبت لإزالة ضرر، ولا تصح أن تكون لإزالة ضرر القسمة على الإطلاق.

فإن ضرر الشركة أثبت فيما لا يقسم، كالعبد الواحد والثوب الواحد، ولا شفعة فيه، ولا يجوز أن يكون ضرر القسمة؛ لأن فى القسمة ما لا ضرر فيه كقسمة اليسير من الموزون والمكيل والمعدود.

فلم يبق ما يمكن أن يشار إليه إلا بالضرر اللاحق بنوع من القسمة، وهو ما يلحق بقسمة الأرضين من الأجر والمؤن التى تختص بقسمة الدور والأرضين، فإنه يقسمها غالباً قوم يختصون بعلم ذلك، ويتمون لهم فيها مؤنة وأجرة غالباً، وسائر الأشياء قسمتها لا تختص بقسام معين، ولا يتمون فيها مؤنة ولا أجرة، فثبت بذلك أن الشفعة مقصورة على ما يقسم بالحدود، وهى الأصول الثابتة.

كتاب الشفعة ١٧٩

قال مالك في الموازية وغيرها: إنما الشفعة في الأرضين، وما يتصل بها من ثمرة أو بناء. فأما الأرض، فالشفعة فيها عندنا ثابتة، وكذلك الشجر والبناء، إلا أنه على ضريين، أحدهما: أن يكون مقصود المنفعة. والثاني: أن يكون مرفقاً للمال الذي تصح قسمته دون تعيين.

فأما الضرب الأول، فإنه على قسمين، أحدهما: ينقسم مع بقاء اسمه وصفته كالحقل والدار الكبيرة التي يصيب بها كل واحد من المتقاسمين بالقسمة منها، ما يقع عليه اسم حقل ودار. والثاني: لا ينقسم إلا بأن يتغير اسمه وصفته كالحمام الذي إن قسم لم يكن حظ كل واحد من المتقاسمين حماماً.

فأما القسم الأول، فعلى نوعين، أحدهما: لا مضرة في قسمته. والثاني: تلحق المضرة في قسمته.

فأما ما لا تلحق المضرة في قسمته، فلا خلاف في المذهب في ثبوت الشفعة فيه، وهو أن يجتمع فيه هذه الصفات الثلاث، أن يكون مقصود المنفعة لنفسها، كالحقل الذي منفعته بالمزارة مقصودة، والدار التي منفعتها بالسكنى مقصودة، والشجر التي منفعتها بالثمرة مقصودة. والثانية: أن ينقسم دون تغيير. والثالثة: أن ينقسم دون مضرة.

مسألة: فأما ما كانت منفعته غير مقصودة لنفسها كالطريق التي إنما تتخذ للانتفاع بعمره أو ساحة الدار التي إنما تتخذ ليرتفق بها في سكنى البيوت، فسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما ما لا ينقسم مع بقاء منفعته كالحمام، فقد اختلف قول مالك فيه، فقال ابن المواز: لم يختلف مالك وأصحابه أن الشفعة في الحمام. وقال ابن الماجشون في غير الموازية: وأبى مالك الشفعة في الحمام من قبل أنه لا يقسم إلا بتحويله عن أن يكون حماماً، وبه قال ابن القاسم، فثبت أن هذا القسم مختلف فيه.

وجه القول أن هذا ملك من الأصول الثابتة مشترك بين ملاك كاملى الملك، فثبت فيه الشفعة. أصل ذلك ما لا يتغير بالقسمة.

ووجه القول الثاني ما احتج به له فوق هذا، ومعناه أن ما لا يثبت فيه حكم القسمة، فإنه لا يثبت فيه حكم الشفعة، كالعبد والداية. وأما ما لا ينقسم إلا بضرر، فسيأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٨٠ كتاب الشفعة

مسألة: وأما الرحا، ففي الموازية والعنينة، قال ابن القاسم: لا شفعة في رحا الماء، ورحا الدواب، وإن بيع مع البيت، فالشفعة في البيت دون الرحا، وهذا الحكم إنما يتعلق بالأحجار والآلات؛ لأنها ليست بقاعة ولا بناء، وإنما هي آلات موضوعة غير متصلة بالأرض اتصال البناء.

وقد اختلف أصحابنا فيما بنى منها في الدور، هل يتبع الدار بمجرد العقد، وعلى حسب ذلك تتخرج مذاهبهم في ثبوت الشفعة فيه.

وأما رحا الماء والدواب، فليست بميينة في الأرض، وإنما هي موضوعة، فلا شفعة فيها، على قول ابن القاسم.

وقال أشهب وعبد الملك في المجموعة والموازية: إن نصبوها في أرضهم، ففيها الشفعة، وإن نصبوها في غير أرضهم، فلا شفعة فيها، باع أحدهم حصة من الرحا أو حصته منها ومن البيت.

وقال أشهب في غير هذا الموضع: إنما الرحا التي لا شفعة فيها التي تجعل وسط الماء على غير أرض. وأما ما ردم لها موضع في الماء، فإن اتصل بالأرض، فله حكم الأرض، فإن لم يتصل بها، فلا شفعة، فأثبت فيها أشهب الشفعة، إذا كان موضعها تثبت فيه الشفعة على سبيل التبع للموضع، ومنع الشفعة كالبئر والعين.

فعلى هذا إنما الخلاف في ثبوت الشفعة في أحجار الرحا، دون موضعها. فأما مواضعها، فجرى فيها من اعتبار الصفات ما تقدم.

مسألة: وأما الأندر، فروى عبد الملك بن الحسن، عن ابن وهب: أن نفقة الأندر إن كانت بينهما، ففيها الشفعة كسائر البقاع وكعرصة الدار المهذومة، وقاله أشهب. وقال سحنون في العنينة: لا شفعة فيه، كالأفنية.

فنحا به سحنون إلى أنه ليست منفعته مقصودة في نفسها، وإنما هو ما يرتفق به للزرع الذي منفعته من غير الأندر كالأفنية، وإنما هو لحظ الموردة والتوسع فيها للسكنى، وذهب ابن وهب إلى أن منفعته مختصة به، ومفردة كالمساكن.

فصل: وأما الثمرة، فعن مالك فيها روايتان، روى عنه ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه، ثبوت الشفعة فيها. قال أشهب: وذلك أنها تقسم بالحدود كما تقسم الأرض، يريد، والله أعلم، إذا قسمت في النخل قبل الجذ؛ لاختلاف أغراض أهلها.

كتاب الشفعة ١٨١

قال أشهب، عن مالك في المجموعة: وذلك ما لم يزايل الأصل. وروى ابن المواز، عن ابن الماجشون: لا شفعة في الثمار، وحكاها القاضي أبو محمد، عن مالك.

وجه القول الأول أنها تبع للأرض بمجرد العقد، فثبت الشفعة، كالشجر.

ووجه القول الثاني أنها ممن ينقل ويحول، فإذا ظهرت لم تتبع الأصل بمجرد العقد، كالتياب.

فرع: وإذا قلنا بالشفعة فيها، فقد قال أشهب، عن مالك في المجموعة: الشفعة فيها ما لم تزايل الأصل. وقال ابن القاسم في المدونة: الشفعة فيها ما لم تيبس وتجبد.

وجه قول مالك أنها ما دامت في النخل متصلة بالأصل، فإن حكمها حكمه في الشفعة، كالرطب والجريد.

ووجه قول ابن القاسم أنها إذا يبست لم تتم بالأصل، فلم يثبت فيها حكم الشفعة كالمحدودة، وهذا إذا أفردت بالبيع الثمرة.

فإن بيعت مع الأصل، فقد حكى القاضي أبو محمد: أن الشفيع يأخذه مع الثمرة، قائمة كانت أو محدودة، وللمشترى ما سقى وأنفق، وهذه المسألة، وإن كان أبو محمد أوردها مجملة، فقد اختلف أصحابنا فيما أشار إليه منها، وذلك أن النخل إذا بيعت، فلا يخلو أن يكون فيها ثمر أو لا يكون فيها.

فإن لم يكن فيها ثمر، وجاء الشفيع قبل أن يكون فيها ثمر أو قبل أن تكون الثمرة مأبورة، فإن للشفيع الثمرة مع الأصل، ولا خلاف في ذلك، وإن جاء، وقد أبرت الثمرة أو أزهرت، فله أن يأخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم.

قال ابن المواز، عن أشهب: إن شراها مأبورة أو غير مأبورة، ثم أبرها المبتاع، فإن الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة؛ لأن الشفعة بيع، ومأبور الثمرة للبائع. وقال ابن القاسم في المدونة: إنه قول بعض المدنيين.

وجه قول ابن القاسم أن الثمرة لم تفارق الأصل حكماً باليبس، ولا فعلاً بالجد، فكانت تبعاً للأصل فيما يستحق بمعنى ماض كالاستحقاق، وأيضاً فإن الثمرة فيها الشفعة ما دامت في حال النماء، فثبت فيها حكم الشفعة تبعاً وأصلاً.

ووجه قول أشهب ما احتج به، والله أعلم وأحكم.

فروع: فإذا قلنا إنها تتبع للأصل في الشفعة، فقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازية: يأخذ الأصل والثمرة بالثمن، وعليه غرم ما أنفق المشتري، وسقى وعالج. وقال أشهب فيها: يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف، ولو قال قائل: له قيمة ما أنفق، لم أر به بأساً. وقال عبد الملك في الكتابين: وقال سحنون: ليس على الشفيح شيء إلا الثمن؛ لأن المتفق أنفق على مال نفسه، فلا يرجع إلا بما له عين قائمة. وجه قول ابن القاسم أنه لما كان للشفيح الغلة، كان له ما يختص بها من النفقة. ووجه قول أشهب أن الثمرة لما لم يتناولها الثمن، ولزم إمضاؤها للشفيح كان عوضها قيمتها؛ لأن النفقة عليها قد تكون أمثال قيمة الثمرة، وقد تقل، فكانت القيمة أعدل.

وجه قول عبد الملك ما احتج به، وبماذا يأخذ الشفيح. قال ابن القاسم: إذا فات بالجد أو اليبس، فإن الشفيح يأخذ الأصل بجميع الثمن، ولا يوضع عنه شيء للثمرة، ولا حصة للثمرة من الثمن يوم وقعت الصفقة.

مسألة: ولو كانت الثمرة مأبورة يوم الشراء، فقد قال ابن القاسم: إن الثمرة للشفيح ما لم تيبس، فإن تيبس أو جدت، فلا شفعة فيها، ويقسم الثمن على الأصل والثمرة، فما كان للأصل، فهو يأخذ به الشفيح الأصل، وما كان للثمرة، فهو على المشتري بالثمرة.

فصل: وإن اشتراها مزهية، فقد قال أشهب: للشفيح أخذ الأصول دون الثمرة، وهذا القول مبنى على أن الثمرة لا منفعة فيها.

وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا: فيها الشفعة؛ لأن الثمرة لو انفرد لثبتت فيها الشفعة، فكذلك إذا انضافت في البيع إلى ما لا يثبت فيه الشفعة، ويجيء قول أشهب على رواية نفى الشفعة في الثمرة، والله أعلم وأحكم.

فروع: وحتى متى يتبع الأصل، قال ابن المواز: قال ابن القاسم، عن مالك: الثمرة للشفيح، ما لم تيبس أو تجدد، فإن جدت، وهي صغيرة أو كبيرة، حط عن الشفيح حصتها من الثمن.

وقال مرة: يأخذها بالشفعة، فإن جدت أو تيبست، فله مثلها إن عرف كيلها، وإن لم يعرف كيلها، وكان جذها صغيرة لم تطب، فلا يأخذ فيها ثمنًا، والتمر عليها، وعلى الأصول إذا كانت يوم الشراء مزهية أو مأبورة واشترطها المبتاع.

كتاب الشفعة ١٨٣

ورواه أيضاً عن مالك، وبه قال أشهب، واختاره ابن المواز، وقد تقدم توجيه ذلك.
فرع: فإن قلنا إنها فاتت بالجد أو اليبس وهي للمشترى، فإن ابن القاسم، روى عن مالك: أنه يحط عن الشفيع حصتها من الثمن.

وقد قال ابن الماجشون في الثمرة المأبورة: إذا لم يقم الشفيع حتى زائلت الأرض، فلا تحسب، وكذلك يقول: إنها تباع من النخل بالطعام إلى أجل، إذ لا حصة لها من الثمن. وقال ابن عبدوس: بل لها حصة من الثمن، ولكنها تبع. وقد اختلف فيها قول سحنون.

مسألة: وهذا إذا كان الأصل بينهما، فإن لم يكن الأصل لهما، فقد قال أشهب في الموازية: الشفعة في الثمرة، وإن لم يكن الأصل لهما، وقاله مالك في المدونة في قوم بينهم ثمرة، كان الأصل لهم أو مساقاة في أيديهم أو حبساً عليهم، وبه قال ابن القاسم.

وفي الموازية أيضاً: إذا قسمت الأرض دون الثمرة، قال محمد: الشفعة فيها، إذا كان الأصل بينهما. وقال القاضي أبو محمد: إن الروايتين في ثبوتها ونفيها في الثمرة، إذا كان الأصل في أيديهم بملك أو حبس أو مساقاة أو مبتدأ الشراء.

وجه القول الأول أن الثمرة إنما يجب فيها الشفعة على وجه التبعية للأصل، فإذا زائلت الأصل، فلا شفعة فيها، فإذا زائلته في الملك أو كانت مقسومة، فبأن لا يجب فيها الشفعة أولى، ألا ترى أن العين والبئر لما وجبت فيها الشفعة على وجه التبعية للأرض إذا قسمت الأرض، أو زائلته في الملك، فلا شفعة فيه.

ووجه القول الثاني أن الشفعة تجب في الثمرة، وهي مما يقسم بالحدود ما دامت في الأصل، فوجب أن يكون الاعتبار بها دون الاعتبار بأصلها كالأرضين والأشجار، وبذلك خالفت العين، فإنها لا تنقسم.

مسألة: فإذا قلنا بثبوت الشفعة في ثمرة النخل، فقد روى ابن القاسم، عن مالك في الموازية: الشفعة في العنب. قال ابن القاسم: والمقائى عندي فيها الشفعة؛ لأنها ثمرة، ولا شفعة في البقول.

ووجه ذلك أن ما كان له أصل ثابت تجنى ثمرته مع بقاءه، ففيه الشفعة كالشجر، وما لم يكن على ذلك، وإنما هو نبت لا تجنى ثمرته مع بقاءه، فلا شفعة فيه؛ لأنه ليس بأصل ثابت. أصل ذلك ما ينقل ويحول.

وقد روى ابن القاسم، عن مالك في العتبية وغيرها: لا شفعة في الزرع؛ لأنه لا يجلب بيعه حتى يبيس.

فصل: ومن اشترى أرضاً فزرعها، فإن جاء الشفيح قبل أن ينبت الزرع فيها أخذها، فزرعها، وقد قال ابن القاسم في المدونة: لا شيء للشفيح من الزرع، ولا كراء له في الأرض، وإن كان في إبان الزراعة.

ولم يفرق بين أن يكون الزرع نبت أو لا، أخذ الأرض دون زرع، فإن أخذ الأرض بزرعها؛ لأنه لم ينبت، فله أخذها بالثمن، وبقيّة الزرع على الرجاء والخوف.

ولو قال قائل: يأخذها بالثمن بما أنفق، لم أعبه، بل هو أقيس واستحسن الأول. قال محمد: بل يأخذها بالثمن، وبقيّة ما أنفق من البذر والعلاج، والله أعلم وأحكم. وقال ابن القاسم: يأخذ الأرض والزرع بالثمن والنفقة كمن اشترى نخلاً لم يؤبر، فأخذه الشفيح بعد الأبار.

مسألة: ومن اشترى أرضاً، فزرعها، فجاء الشفيح قبل أن ينبت الزرع، فعلى مذهب ابن القاسم: لا شفعة في الزرع جملة، وعلى مذهب أشهب: الشفعة في الأرض والزرع.

فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فيحتمل وجهين، أحدهما: أنه يأخذ بالشفعة الأرض، وإن لم ينبت الزرع، وذلك إذا أجرى الأخذ بالشفعة مجرى الاستحقاق. والوجه الثاني: ليس له أن يأخذ الأرض بالشفعة حتى ينبت الزرع، وذلك إذا أجرى الأخذ بالشفعة مجرى ذلك البيع.

مسألة: فإذا جاء الشفيح، وقد نبت الزرع، فلا شفعة في الزرع عند ابن القاسم. وقال أشهب في الموازية: للشفيح إذا قام والزرع أخضر أن يأخذ بالشفعة الأرض والزرع، بل ليس له إلا ذلك. وقال أيضاً في موضع آخر: له الشفعة في الأرض دون الزرع.

وقال ابن عبدوس: أنكر سحنون قول أشهب في الزرع، وقال: يقول ابن القاسم: لا شفعة في الزرع.

وجه القول الأول أنها ثمرة متغذية بالأصل كالثمرة التي لم تبيس.

ووجه القول الثاني أنها ليس لها أصل ثابت، ولا هو من آلات الأصل، فلم تثبت الشفعة فيه كالثياب.

كتاب الشفعة ١٨٥

مسألة: وأما ما يكون للحائط من البئر أو العين، فإن الشفعة ثابتة فيه؛ لأن له أصلاً ثابتاً، ومنفعة مقصودة على الأرض، فكان لها حكمها في الشفعة إذا كان بيعاً.

مسألة: وأما ما يباع من الأرض من آلة الحائط، فذكر ابن عبدوس، عن سحنون أن فيه الشفعة؛ لأن فيه صلاح الحائط وعمارته كالبئر والعين.

مسألة: ولو بنى جماعة في أرض عارية، فباع أحدهم حصته من النقص، قال ابن المواز، عن ابن القاسم: رب الدار مبدأ، فإن شاء أخذ بالأقل من قيمة ذلك متقوضاً أو الثمن، فإن أبي فلشريكه أخذ ذلك بالثمن.

قال أشهب: لا شفعة في ذلك لإشراكه، إذ لا ملك لهم في العرصه، وهو بيع فاسد، باع جميعهم أو أحدهم؛ لأن رب الأرض له أن يأخذ ذلك، ويؤدى قيمته، أو يأمره بقلعه، فلا يدري المتبايع ما اشترى، ورواه عن مالك.

وقال محمد: هو الصواب. وقد قال سحنون في الحبس يبنى فيه جماعة، فمات أحدهم، فأراد ورثته بيع نصيبه من ذلك البناء: أستحسن أن يكون لإخوته الشفعة.

مسألة: وأما الشفعة في الكراء، قال ابن حبيب: اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء، فأخذ ابن الماجشون وابن عبدالحكم بقوله: لا شفعة فيه، وهو الذي رواه ابن القاسم في الموازية والمدونة.

قال ابن وهب والمغيرة: قال ابن حبيب: وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبغ بقوله: فيه الشفعة. ورواه ابن المواز، عن أشهب، قال ابن حبيب: وذلك في كراء الدور والمزارع سواء.

وجه القول الأول أن المنافع لا تصح فيها القسمة بالحدود، فلم تثبت فيها الشفعة كالثياب.

وجه القول الثاني أن المنافع لا تنفصل ولا تتم إلا بالأصل الذي يقسم بالحدود، فثبت فيها الشفعة كالثمرة النامية، ويمثل هذا احتج ابن المواز؛ لأنه يختار الشفعة فيها.

فصل: وقوله: «فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة»، نص في أنه لا شفعة في مال بعد قسمته، وبهذا قال مالك والشافعي، وهو المروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان. وقال أبو حنيفة وسائر الكوفيين بإثبات الشفعة للجار الملاصق دون المحاذي.

والدليل على ما ذهب إليه أهل المدينة قوله عليه السلام: «فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة»، والحدود واقعة بين المتجاورين.

ومن جهة المعنى أن هذا متميز الحق عن ملك المجاور، فلم تثبت له شفعة كالجار المحاذي، وهو معنى ما روى ابن المسيب أن الشفعة لا تكون إلا بين الشركاء.

قال مالك: في رجل اشترى شقصاً مع قوم في أرض بحيوان عبدي أو وليدة أو ما أشبه ذلك من العروض، فجاء الشريك يأخذ بشفعته بعد ذلك، فوجد العبد أو الوليدة قد هلكا، ولم يعلم أحد قدر قيمتهما، فيقول المشتري: قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار، ويقول صاحب الشفعة الشريك: بل قيمتها خمسون ديناراً.

قال مالك: يحلف المشتري أن قيمة ما اشترى به مائة دينار، ثم إن شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذاً أو يترك إلا أن يأتي الشفيع بينة أن قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشتري^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن من اشترى شقصاً بعرض، ثم جاء الشفيع، فإن له أن يأخذ بقيمة ذلك العرض إذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود، ومعنى ذلك أنه مما لا مثل له.

وفي كتاب ابن المواز: إن اشتراه على جزاف، فعلى الشريك قيمة ذلك الحلي، يقوم ذهبه بالفضة، ويقوم فضته بالذهب، وكذلك الجزاف من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصير.

وأما إن اشتراه المشتري بمكيل أو موزون أو معدود، فإنما عليه مثله، وليس هذا من بيع ما ليس عنده؛ لأنه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين؛ لأن المشتري مغلوب على التسليم، وإنما يراعى بيع ما ليس عنده في العقد الموقوف على اختيار المتعاقدين، على أن فيه اختلافاً بين ابن القاسم وأشهب في بيع المراجعة، وقد تقدم ذكره.

مسألة: وإن كان العرض الذي اشترى به المشتري موجلاً، ففي كتاب ابن المواز، عن أشهب أن للشفيع أن يأخذ بقيمة العرض إلى أجله على مثل ما هو عليه، ولا يجوز أن يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمة العرض.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستدكار برقم ٢٦٨/٢١.

كتاب الشفعة ١٨٧

وقال محمد: وهذا غلط، ولا يأخذه إلا بقيمة العرض إلى أجله. وقد رواه أيضاً عن أشهب. قال محمد: وإنما تؤخذ القيمة في البيع والشراء بعرض معجل.

والفرق بينهما أن العرض المعين يباع إذا استحق انتقضى البيع والمبيع الموصوف في الذمة إذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينقض البيع وكان عليه مثله.

ووجه قول أشهب أن العروض لا يجب تسليم مثلها؛ لأنها مما لا مثل لها، وإنما يجب فيها القيمة كالمعين منها.

مسألة: ولو اشترى الشقص بدين على البائع، فقد قال ابن الماجشون في الموازية وغيرها: يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضاً من العروض كالخنطة والزيب وما أشبه ذلك مما يتعجل ثمنه. وحكى ابن عبدوس، عن سحنون: أن الدين يقوم بعرض، ثم يقوم العرض بعين، ثم يأخذ الشفيع بذلك.

وروى ابن المواز وابن حبيب، عن مالك: أن الشفيع لا يأخذه إلا بمثل ذلك الدين أو يترك، ولو كان البائع غريباً دفع العرض بأكثر من قيمته، وقاله أشهب. وزاد ابن حبيب، عن مطرف: وإن كثرت القيمة فيه. وقال أصبغ: لا يأخذه بمثل الدين، إلا أن يهضم له هضيمة بينة، فيأخذه بقيمة الشقص لا بقيمة الدين.

ووجه قول ابن الماجشون أن الدين كالعرض، ولذلك لا تجب فيه زكاة إلا بمثل ما تجب بعروض التجارة، فوجب أن يقوم للشفيع، وإنما دفع فيه العرض؛ لأن تقويم العرض يؤدي إلى التفاضل في العين فيما يلزم فيه التساوي، وإنما قوم العرض مرة أخرى بالعين على قول سحنون: إن التقويم إنما شرع في العين؛ لأنه لا تختلف فيه الأسواق ولا البلاد.

ولذلك اتفق على أنه أصل الأثمان، وقيم المتلفات، وإنما دخل العرض فيه للتحايل ليسلم من التفاضل في الجنس الواحد من العين، وإنما لا يجوز مثل هذا في المبيع لمنع الذرائع، وذلك حكم يختص بالبيع دون ما يجب عليه من التقويم، والله أعلم.

ووجه قول مالك أن المشتري اشترى بالعين، فلا يأخذه الشفيع إلا بمثل ذلك الثمن كما لو اشتراه بثمن مؤجل على المشتري، والبيع يكون بمثل القيمة أو أقل أو أكثر، وليس للشفيع أن يأخذ إلا بمثل الثمن، وإن زاد المشتري على القيمة أو نقص.

وإنما راعى أصبغ الهضم الكثير؛ لأنه عنده بمنزلة الهبة من جملة الدين كما لو وهبه

بعض الثمن بعد انعقاد البيع، وإن الطرح الكثير لا تأثير له، واليسير له تأثير فى الثمن، فكذاك فى مسألتنا.

فرع: فإذا قلنا يأخذ بمثل الدين، فقد روى ابن حبيب، عن مالك: إن كان الدين يوم قيام الشفيع حالاً أخذه به حالاً، وإن كان بقى من الأجل شىء، فإلى مثل ما بقى من الأجل. وقال أصبغ: إنما يستشفع بمثل الدين حالاً.

وجه قول مالك أن حكم الشفعة مساواة الشفيع المشتري فيما يدفعه عوضاً إن المبيع، وليس من المساواة أن يعجل له ثمناً هو مؤجل عليه.

ووجه قول أصبغ أن الدين الذى كان على البائع تصور فيه أخذ عوضه منه، وليس للشفيع على المشتري دين مؤجل، فيأخذ به شفيعته، ولا يكاد يتفق أن يكون كل شفيع له على المشتري مثل الدين الذى كان للمشتري على البائع، وإلى مثل أجله، ولا يجوز أن يزيد فى الأجل، ولا ينقص منه؛ لأن ذلك يدخله بيع وسلف، فلذلك لم يصح مراعاة الأجل فى الشفعة، والله أعلم.

مسألة: ومن اكترى إبلاً إلى مكة بشقص أو استأجر به أجيراً، أو اكترى داراً سنة، فى المجموعة، عن مالك: للشفيع أن يأخذ بمثل كراء الإبل، وبقيمة الإجارة.

وقال أشهب: بمثل كراء الإبل إلى مكة من مثل صاحبها، إن كان مضموناً، فعلى الضمان، وإن كانت معينة، فعل التعيين، وقاله ابن الماجشون فى الإجارة، بمثل أجرة من استؤجر.

فرع: فإذا تعذرت الدواب المعينة فى بعض الطريق، أو مات الأجير، أو انهدم المسكن فى نصف السنة، فليرجع البائع بقيمة نصف شقصه على المتباع، ولا ينتقض على الشفيع بشىء، قاله ابن المواز.

وقال أشهب فى المجموعة: يرجع عليه المتكاري بنصف ما كان يأخذه منه من قيمة كراء إبله، إلا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص، فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء إبله، ويدع له من ذلك نصف قيمة الشقص، ونحوه لعبدالمالك.

فصل: وقوله: «فيقول المشتري: قيمة الوليدة مائة، ويقول الشفيع: قيمتها خمسون»، يريد أن مشتري الشقص بالوليدة والشفيع اختلفا فى قيمة الوليدة التى هى ثمن الشقص، فيقول المشتري: قيمة ذلك مائة ليأخذ من الشفيع مائة، ويقول الشفيع:

كتاب الشفعة ١٨٩
خمسون، ليأخذ الشقص بخمسين. وقد قال مالك: إن القول قول المشتري يحلف على
المائة.

وروجه ذلك أن الشقص فى يده، والقول قول صاحب اليد، فإذا حلف، فالشفيع
بالخيار بين أن يأخذ الشقص بمائة أو بتركة.

وفى كتاب ابن المواز والمجموعة فى اختلاف المشتري والشفيع فى الثمن إذا أتى
المشتري بما لا يشبه الثمن أو جهلوا الثمن، أخذ الشفيع بقيمته يوم ابتاعه المبتاع، ونحوه
قال ابن حبيب، عن أصبغ.

وروى عن مطرف أن القول قول المبتاع، وإن جاء بسرف، وقد روى أشهب فى
الموازية، عن مالك: إن أتى المشتري بما يشبهه، فهو مصدق بغير يمين، وفيما لا يشبهه
باليمين.

وروى ابن القاسم، عن مالك: يصدق المشتري فيما يشبهه، ولا يصدق فيما لا يشبهه
إلا أن يجاوره مالك، فيصدق فيما يتغابن به. قال محمد: لم يختلف مالك وأصحابه فى
أن الشفيع لا يأخذه إلا بما قال المشتري، إذا أتى المشتري بما يشبهه، واختلفوا إذا أتى بما
لا يشبهه على ما تقدم.

قال محمد: وهذا كله إذا لم يدع الشفيع معرفة الثمن، فإن ادعى معرفته، فلا بد من
يمين المبتاع، فإن نكل، حلف الشفيع وأدى ما قال، وقاله مالك فى موطنه يشير، والله
أعلم، إلى قوله فى هذه المسألة المذكورة فوق هذا من الأصل: ويحلف المبتاع.

فرع: ولو صدق البائع أحدهما، ففى العتبية من سماع أشهب: لا ينظر إلى قوله ولا
يقبل شهادته، ولا يأخذ أحدهما إلا بما قال المشتري، وذلك أنه شاهد لعقد عقده، فهو
يشهد على فعل نفسه.

ولا يصح ذلك، وإنما يصح أن يشهد الشاهد على فعل غيره أو قول غيره. وفى
كتاب ابن مزين: لا تجوز شهادته؛ لأنه دافع عن نفسه.

ومعنى ذلك أنه يخشى أن يستحق الأرض، فيأخذ منه الشفيع الثمن الذى أعطاه،
ويرجع هو على الشفيع بما أخذ منه.

مسألة: ولو اختلف البائع والمشتري فى الثمن، ففى المجموعة لأشهب: يتحالفان
ويتفاسخان، وتبطل الشفعة. وقال ابن القاسم: إن حلفا أو نكلا، فسخ البيع، وبطلت
الشفعة، فلم يكن للشفيع أن يأخذ ما ادعاه البائع.

ووجه ذلك أن الشفعة مرتقبة على نفوذ البيع، فإذا بطل البيع بينهما بطلت الشفعة.
فصل: وقوله: «يخلف المبتاع على قيمة ما اشترى به»، يريد، والله أعلم، قيمته يوم اشترى به؛ لأن زيادة قيمته قبل ذلك أو نقصانه لا اعتبار به؛ لأنه إنما زاد أو نقص عن ملك من صار إليه، واليمين في ذلك تكون على وجهين، أحدهما: مع عين السلعة. والثاني: مع وجودها.

فأما مع عدم عين السلعة، فإنهما إن اتفقا على صفتها دعا لها المقومون، وإن اختلفا في صفتها، فالقول قول المبتاع في صفتها على رواية الموطأ: يخلف على ذلك، ثم يقوم المقومون تلك الصفة.

وأما مع وجود السلعة، فإنه يكون على وجهين، أحدهما: أن يدعى أحدهما أنها كانت من الصفة على غير ما هي عليه الآن. والثاني: أن يتفقا على ذلك، ويختلفا في صفتها يوم التبايع. فأما أن يدعى أحدهما تغييراً بالزيادة، والآخر تغييراً بالنقصان، أو يدعى المشتري من التغيير أقل مما يقر له به الشفيع.

قال مالك: مَنْ وَهَبَ شِقْصًا فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَأَتَاهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ بِهَا نَقْدًا أَوْ عَرْضًا، فَإِنَّ الشُّرَكَاءَ يَأْخُذُونَهَا بِالشُّفْعَةِ إِنْ شَاءُوا، وَيَدْفَعُونَ إِلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ قِيمَةَ مَثْوِيهِ دَنَائِرٍ أَوْ دَرَاهِمٍ.

قال مالك: مَنْ وَهَبَ هِبَةً فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَلَمْ يُثَبِّ مِنْهَا، وَلَمْ يَطْلُبْهَا، فَأَرَادَ شَرِيكُهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِقِيمَتِهَا، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا، فَلِإِنْ أُثِيبَ، فَهُوَ لِلشُّفِيعِ بِقِيمَةِ الثَّوَابِ^(١).

الشرح: الهبة تكون على ضربين، لغير الثواب وللثواب. فأما الهبة لغير الثواب، فهي كالصدقة، والظاهر من قول مالك أنه لا شفعة فيها.

وقال ابن عبدالحكم في المختصر: اختلف قول مالك في الشفعة في شقص يوهب لغير الثواب، فقال القاضي أبو محمد: في الهبة لغير الثواب والصدقة روايتان، إحداهما: وجوب الشفعة. والثانية: إسقاطها.

وجه القول بنفيها أنه انتقال ملك بغير عوض عنه، فلم تثبت فيه الشفعة، كالتوارث.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٧١/٢١.

وروجه القول الثانى أنه انتقال ملك حال الحياة، فلم يمنع الشفعة، كالهبة للثواب.

فرع: فإذا قلنا تبقى الشفعة فيه، فانعقدت الهبة على غير الثواب، فأثيب فيه، ففى المدونة: لا شفعة فيه. وفى الموازية: ولا فى عوضه.

وروجه ذلك أن الثواب عنها هبة مبتدأة، فكان لها حكم الأولى.

مسألة: وأما الهبة للثواب، فالشفعة فيها ثابتة قولاً واحداً، سواء كان الثواب نقداً أو عرضاً، على ما ذكر فى الأصل، وهذا يقتضى الأخذ بالشفعة بعد الإثابة.

وفى الموازية: لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف، وهذا قبل فوات الهبة قولاً واحداً.

وأما بعد فواتها، ففى العروض بالزيادة والنقصان وحوالة الأسواق، وفى الدور عند ابن القاسم وعند أشهب وابن عبدالحكم: هو فوات أيضاً فى الرباع فى الهبة للثواب، والبيع الفاسد، فقد قال أشهب: إذا فاتت بذلك، فقد وجبت القينة، ولزمت الشفعة.

وقال ابن القاسم وابن الماجشون: لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف، ورواه ابن حبيب، عن مطرف: قال عبدالمالك: إذ لعله يقول: لم أرد ثواباً، فإن رأى الناس أنه أراد به الثواب.

قال ابن المواز: وإن ترك الثواب لموضع الشفعة، فلا شفعة إلا بعد دفع الثواب. ومعنى ذلك أن الثواب مجهول، وإنما يتخذ بإنفاذه أو بالقضاء به.

وروجه قول أشهب عندى أن يقضى له بالشفعة بالقيمة التى قد لزمته، وذلك جائز فى الشفعة؛ لأن الشفيع شهد أنه قد أخذ بالشفعة قبل أن يعلم الثمن، فيجوز له ذلك.

فليس من شرط الأخذ بالشفعة كون الثمن معلوماً، وإنما ذلك من شرط لزومها له، وهذا الظاهر من قول مالك. وفى الموطأ: ليس له أن يأخذ بالشفعة ما لم يثب منها. ومعنى ذلك إذا لم يثب، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا أتاب من الهبة بأكثر من قيمتها، ففى الموازية لأشهب: إن كان قبل فواتها، فإن الشفيع يأخذ بجميع العوض، وإن كان بعد فواتها أخذ بالأقل من الثواب أو قيمة الهبة. وقال ابن القاسم وعبدالمالك: لا يأخذ إلا بقيمة العوض ما بلغ.

وجه قول أشهب أن الثواب قبل الفوات ثواب لجميع الهبة؛ لأنه لم يلزمه بعد شىء

١٩٢ كتاب الشفعة

أقل من ذلك ولا أكثر، وبعد الفوات قد لزمته القيمة مبتدأة، فما زاد بعد، فهو هبة مبتدأة، فلم يلزم الشفيع.

وجه القول الثاني أن الثواب متناول لجميع الهبة، ومقابل لها، ولا فرق بين ما قبل الثواب وبعده؛ لأنه لو دفع القيمة قبل الفوات لم يكن للواهب غيرها، وكذلك بعد الفوات.

وما زاد على ذلك في الوجهين، فهو زيادة في الثواب، لا هبة متميزة، فلا فرق بين الموضوعين، وهذا معنى قول مالك، فإن أثيب منها، فهو للشفيع بقيمة الثواب، ومسألة الموطأ مبنية على المساواة بين الحالين.

مسألة: فإن أظهر الواهب هبة لغير ثواب، وعلى وجه الصدقة، وادعى الشفيع الثواب، فقد قال مالك: لا يمين على المتصدق عليه إن كان ممن لا يتهم، وإن كان ممن يتهم، احلف.

وقال ابن نافع، عن مالك في المجموعة: إن رأى أنه وهب للثواب؛ لأنه محتاج وهب عيناً، فاليمين على الموهوب له أو على ابنه إن كان صغيراً، وإن كان غنياً عن الثواب، وإنما وهب لصداقة وقربة، فلا يمين في ذلك، وإن لم يكن حاجة ولا قرابة ولا إحاء، فاليمين في ذلك.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن انتقال المملوك يكون بغير عوض، وقد تقدم ذكره، ويكون بعوض ومعظم أبوابه البيع، ويلحق به الهبة للثواب، وقد تقدم ذكرها، ومن ذلك الإجارة، مثل أن يشتري شقصاً من أرض بسكنى داره أو ركوب إبله، فالشفعة في ذلك كله، ويأخذه الشفيع بقيمة الإجارة؛ لأن السكنى والركوب كالعرض، فيأخذ الشفيع بقينة الشقص يؤخذ في دم الخطأ، فإنه يأخذه الشفيع بالدية؛ لأنه عوض عن مال، فلا يخلو أن يكون ذلك المال من العين، وقد تقدم ذكره، أو يكون من أهل الإبل، ففي المدونة عن ابن القاسم: أن الشفيع يأخذ بقيمة الإبل.

فأما على قول أشهب فيمن اشترى شقصاً بعروض مؤجلة غير معينة، أخذ الشفيع بالقيمة، فلا فرق بينهما، وعلى قول ابن المواز: إنما يأخذ بمثلها.

والفرق بينهما أن إبل الدية غير موصوفة، فلذلك عدل إلى القيمة، والله أعلم.

مسألة: ومن ادعى على رجل في شقص، فصالحه على الإنكار، فلا شفعة فيه، ولو

كتاب الشفعة ١٩٣
صالحه بشقص آخر، فلا شفعة في الثاني بقيمة ما ادعاه، قاله ابن المواز، وإن صالحه
على الإقرار، فالشفعة فيه؛ لأنها معاوضة.

مسألة: وأما ما كان عوضاً لغير مال، كدم العمد، فللشفيع الأخذ بالشفعة بقيمة
الشقص؛ لأنه ليس له عوض من المال، وإنما عوضه غير مال، فلما لم يكن لعوضه قيمة
أخذ بقيمة نفسه، وهذا إن صالحه بالشقص عن دم العمد.

وأما لو صالحه عن الدم بمال، ثم أخذ به الشقص، ففي الموازية: يأخذ الشفيع
الشقص بما كان اتفقا عليه من دية معجلة أو مؤجلة.

مسألة: وأما الشقص ينكح به أو يخالع، ففيه الشفعة، وبه قال الشافعي. وقال أبو
حنيفة: لا شفعة فيه.

والدليل على ما نقوله أنه شقص ملك بنوع معاوضة، فثبت فيه الشفعة كما لو
ملك بالبيع، ويأخذه الشفيع بقيمة الشقص بخلاف الشافعي في قوله: يأخذه بمهر المثل.

والدليل على ما نقوله أن البضع ليس بمال، فيتقدر به ثمن المبيع فيه، وليس كل مهر
المثل هو الثمن، فيلزم ذلك الشفيع، كأخذه من دم عمد.

قال مالك: فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصًا فِي أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ بِثَمَنِ إِلَى أَجَلٍ، فَأَرَادَ
الشَّرِيكَ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ^(١).

قال مالك: إِنْ كَانَ مَلِيًّا، فَلَهُ الشُّفْعَةُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، وَإِنْ كَانَ
مَخُوفًا أَنْ لَا يُؤَدِّيَ الثَّمْنَ إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، فَإِذَا جَاءَهُمْ بِحَمِيلٍ مَلِيٍّ ثِقَةٍ مِثْلِ الَّذِي
اشْتَرَى مِنْهُ الشَّقْصَ فِي الْأَرْضِ الْمُشْتَرَكَةِ، فَذَلِكَ لَهُ^(٢).

الشرح: وهذا كما قال أن من اشترى شقصاً بثمن مؤجل، فإن الشفيع إنما يأخذه
بمثل ذلك الدين إلى ذلك الأجل؛ لأن من حكم الشفعة إنفاذها بالثمن الأول في قدره
وصفته.

وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس له الأخذ بثمنه حالاً، أو الانتظار إلى أن يحل
الأجل، فيأخذه بالنقد. ووجهه ما قدمناه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٧٣/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٧٣/٢١.

فصل: وقوله: «وإن كان ملياً فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل»، لما قدمناه من المماثلة، وهذا إذا تساوى في الملاء والثقة، وإن كان المشتري أتم غنى من الشفيع وثقة.

قال أشهب في المجموعة والموازية: إن لم يكن في مثل ملاء المشتري، فليات بحميل في مثل ثقة المشتري وملائته، قال ابن المواز: والذي عندنا أنه ليس عليه حميل، إذا كان ملياً ثقة، وإن كان المبتاع أملاً منه.

وجه القول الأول ما يلزم من التساوى في الثمنين، فكذلك في الذمتين اللتين هما محلان لهما، لاسيما مع التأجيل، ويؤيد هذا التأويل قوله: يأتي بحميل ثقة مثل الذى اشترى منه الشقص. قال محمد: ولم يشترط هذا في رواية ابن القاسم وعبدالمالك، عن مالك.

وجه القول الثانى أن التساوى إنما يجب فيما يتعلق به الحكم، وهو الملاء أو العدم، فيعتبر بذلك دون التفاضل إذ الذمم لا تكاد تتساوى، ولا تأثير لها فى الأخذ بالشفعة.

ولذلك لو كان الشفيع أتم ملاءة وثقة، لم يؤثر ذلك فى أخذه بالشفعة نقصاً من الثمن، ولا الأجل، ولا إثباتاً لشفعة حيث لا تثبت لمن كان دونه، فإذا لم تؤثر زيادة حال الشفيع على حال المشتري، فكذلك نقصها، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وإن كان مخوفاً أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل، فجاء بحميل ثقة مثل المشتري»، فذلك له فيه مسألتان، إحداهما: أنه يريد أنه إن كان عديماً لم يسلم إليه الشفعة؛ لأن فى ذلك تغيراً بالشقص لئلا يتلفه قبل الأداء، فلا يوجد ما يؤخذ منه ثمنه، فلا يسلم إليه حتى يأتي بحميل ثقة أو رهن، وفى بذلك الثمن إلى ذلك الأجل؛ لأن فى ذلك أماناً مما يخاف منه مع العدم. والمسألة الأخرى تأتي بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا إذا كان المبتاع ملياً، فإن كان عديماً واتفق فى العدم، فللشفيع الأخذ بالشفعة دون حميل، ولا رهن، رواه ابن المواز. قال محمد: لا شفعة له أن يأتي بحميل ثقة كان المبتاع أو عديماً أو لم يكن.

وجه القول الأول ما ذكرناه من مراعاة التساوى، ووجه القول الثانى أن عهدة المشتري بالدين على الشفيع، وقد يثق البائع بالمشتري بما لا يثق به المشتري بالشفيع، كما لو أراد أن يهبه الثمن ويتركه له بعد البيع، لم يلزم المشتري للشفيع.

كتاب الشفعة ١٩٥

مسألة: ولو لم يتم الشفيع حتى حل الدين، وأدى الثمن، فله الأجل مستأنفاً، مثل ما كان للمشتري، قاله عبدالملك في الموازية والمجموعة.

ورواه ابن حبيب عنه، وعن مالك، وزاد: فإن لم يكن ملياً، ولم يأت بمحميل، فقد قطع السلطان شفيعته، فلا شفعة له، وإن وجد حميلاً بعد ذلك.

وروى ابن حبيب، عن أصبغ: لا يأخذه بعد الأجل إلا بالنقد.

ووجه القول الأول ما قدمناه من التماثل في العوضين، وللأجل في ذلك تأثير، فقد يشتري الأصل بالتأجيل. بمثل ما يشتري بالنقد.

ووجه قول أصبغ أن الأجل قد كان لهما جميعاً، للمشتري وللشفيع، فإذا انقضى في أحدهما انقضى، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: لا تقطع شفعة الغائب غيبته، وإن طال غيبته، وليس لذلك عندنا حد تقطع إليه الشفعة.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أن الأخذ بالشفعة للشفيع ثابت ما لم يترك، أو يظهر منه ما يدل على الترك، أو يأتي من طول المدة ما يعلم منه أنه تارك للشفعة، وعند أبي حنيفة والشافعي أنهما على الفور.

قال مالك في الموازية والمجموعة: لا تقطع شفعة الغائب غيبته، ولو طال، وإن لم يشهد في غيبته أنه على شفيعته.

ووجه ذلك أن المغيب عذر في تركه القيام في الشفعة، فلم يسقط بذلك حقه، كالإغماء والجنون.

مسألة: وهذا إذا كانت غيبته بعيدة، فإن كانت قريبة، قال أشهب في الكنايين: إن كانت غيبته قريبة، لا مؤنة عليه في الشخصوص، فهو كالحاضر. قال في المجموعة: وهذا إذا طال زمانه، وعلم بوجود الشفعة.

ووجه ذلك أنه لا مضرة عليه في طلب الشفعة، فكان طول إمساكه عن المطالبة بها بمعنى تركها كالحاضر.

مسألة: وأما الحاضر، فقد قال القاضي أبو محمد، عن مالك: في ذلك روايتان، إحداهما: أنه لا حد لذلك. والثاني: أن له حداً.

١٩٦ كتاب الشفعة

وجه الرواية الأولى قول النبي ﷺ: «إنما الشفعة فيما لم يقسم»، وهذا على عمومه في الأوقات والأحوال.

ومن جهة المعنى أن هذا حق متعلق بامال، وكان المشتري عالماً به، وقادراً على إزالته عن نفسه بتوقيفه، فإذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضى المدة، لم ينقطع حق الشفيع بمضى المدة.

ووجه الرواية الثانية إن في ترك الشفيع على شفيعته إضراراً بالمشتري، ومنعاً له من التصرف في ملكه بالعمارة، والإنفاق له، فكان له حد ينتهي إليه يأمن المبتاع عند انقضائه الشفعة، ولا يقطع حق المشتري تركه إيقاف الشفيع، كما لا يقطع الشفيع تركه الإشهاد بالأخذ بالشفعة.

فرع: فإذا قلنا بتحديد المدة، فقد روى ابن القاسم، عن مالك: السنة والستان قريب. وروى ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون، عن مالك: لا يقطع الشفعة بمضى السنة، إلا أن يوقف. وقال: لا أرى الخمس سنين طويلاً.

وروى عن أصبغ: هو على شفيعته الستين ونحو ذلك، فإذا قلنا بالسنة، وهو الأكثر من قول أصحابنا العراقيين، فإن وجه ذلك أن السنة قد جعلت قدرًا لقطع الأعدار في الغيبة وغيرها، فكذلك في المتمكن من القيام بالشفعة.

فرع: فإذا قلنا بالسنة، فهل يكون لما قرب من السنة حكمها، فقد قال أشهب: إذا غربت الشمس من آخر يوم أيام السنة، فلا شفعة له. وروى أشهب، عن مالك: السنة قريب، وذلك يقتضى نفي هذا التقدير. وقال ابن ميسر: ما قارب السنة دخل في حكمها.

ووجه القول الأول أن ما حد بالسنة كان حكمه مقصوراً عليها كالسنة المضروبة للعتة والجنون.

ووجه القول الثاني أن المدة المحدودة بالسنين، إذا لم تقض إلى فرقة كان حكم ما قارب السنة حكم السنة. أصل ذلك مدة الرضاع.

مسألة: وهذه المدة للشفيع الحاضر فيما لم يوقف قبل أن تنقطع شفيعته على حد ما نذكره بعد هذا، أو يكون له عذر، فلا تنقطع شفيعته بمضى هذه المدة. وقال في المجموعة: ليس المرأة في ذلك والضعيف ومن لا يستطيع النهوض مثل غيره.

وقال مطرف وابن الماجشون: وكذلك المريض والصغير والبكر والغائب، سواء كان المريض عالماً أو جاهلاً بها. وقال أصبغ: المريض كالصحيح في ذلك؛ لأنه يقدر على أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة أنه على شفيعته.

وهذا يقتضى أن الغائب، إنما يبقى حكم شفيعته إذا لم يعلم بذلك، وأما إذا علم، فإنه أيضاً يقدر على إشهاده بأخذ الشفعة، فإن لم يفعل، فحكمه حكم الحاضر.

مسألة: فإذا زالت هذه الأعذار من الغيبة والمريض والصغير، وما ذكر قبل هذا، فإن لمن زالت عنه من المدة بعد زوالها بمثل ما للشفيع من المدة بعد الشراء، رواه ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون.

ووجه ذلك أن مدة العذر غير معتبر بها، فإذا زال العذر اعتبر من وقت إمكان الأخذ بالشفعة بقدر ما يعتبر لمطلق الدواعى من وقت البيع؛ لأنه في حكمه، والله أعلم.

وهذا إذا كان الصغير لا ولى له من أب أو وصى أو مقدم من حاكم، فإن كان له ولى منهم، فإن له من المدة مثل ما لغير المحجور، إلا أن يسلمه الولى قبل ذلك، فإن ترك الولى الأخذ بالشفعة سنة، فلا شفعة له، قاله أشهب.

وقال مالك في المجموعة: إن علم الولى بالشفعة، وعلم منه فى ذلك تفريط وتضييع، فلا شفعة للصبي إذا بلغ خمس سنين. قال ابن القاسم وأشهب: لأن وليه بمنزلة. وقول مالك هذا على أن مدة الشفعة خمس سنين، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا كانت الغيبة متصلة من قبل وقت الابتياح، وأما إن كان حاضراً عند الابتياح، ثم غاب، فطالت غيبته حتى انقضت مدة الشفعة، ففي المدونة فى الشفيع يكون حاضراً عند البيع، ثم يغيب عشر سنين أو أكثر، إن كان خروجه فى مدة لوقام ثبتت له الشفعة، وكان سفره سقراً يعلم أنه لا يرجع حتى ينقضى أمد الشفعة، فقد بطلت شفيعته.

وإن كانت غيبته يرجع من مثلها قبل انقضاء أمد الغيبة، فمنعه مانع، فهو على شفيعته بعد أن يحلف أنه ما كان تاركاً للشفعة، وسواء أشهد عند خروجه أو لم يشهد.

ووجه ذلك أنه خرج فى مدة كان له الأخذ بالشفعة إلى سفر ينقضى قبل أمد الشفعة، فكان بمنزلة الحاضر يترك الشفعة إلى آخر أمدها، فإنه إذا قام فى بقية من أمد الشفعة كان له الأخذ بالشفعة.

١٩٨ كتاب الشفعة

فإن عاقه من ذلك عائق أبقى له حق الشفعة؛ لأنها إنما تنقطع بعدم العوائق، ولذلك لم يحتج أن يشهد عند سفره أنه باق على شفخته؛ لأن بقاء المدة يشهد له بذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو كان الشفيع حاضراً، والمشتري غائباً، ففى المجموعة لأشهب: سواء غاب بعد الشراء، أو اشتراها فى غيبته، أو اشتراها له وكيل، فالشفعة ثابتة.

وإن طالت غيبة المشتري، قال: ولو قام بشفخته لحكم له بها، فإن لم يقم لم يضره تأخيره لعذره لتجشم الخصومة، فإن كتابة عهده عليه أو بمحضته حسن.

مسألة: ولو كان الوكيل بينى ويهدم ويكرى بحضرة الشفيع، لم يقطع ذلك شفخته، ما لم يكن وكيلاً على دفع الشفعة عن المشتري. قاله أشهب.

وقال ابن ميسر: إذا كان الوكيل بينى، ويهدم بحضرة الشفيع، فلا بد أن يلى ذلك معه، يريد لشركته فى ذلك، قال: وهذا يقطع شفخته، قال: ولو لم يلى ذلك معه، وقامت بينة أنه علم بذلك، وهو حاضر، فلا شفعة له إذا مضى من المدة ما تنقطع إليه الشفعة.

فصل: فإذا قلنا إن السنة قريب، ولا تقطع الشفعة، فهل يجب عليه يمين، أنه لم يسكت هذه المدة؛ لأنه تارك للشفعة، روى ابن القاسم، عن مالك فى العتبية: يحلف إن قام بعد ستة أشهر.

وفى الموازية عن مالك: يحلف بعد سبعة أشهر أو خمسة، ولا يحلف بعد شهرين، فعلى هذا، المدة على أضرب، منها ما يقصر كالشهرين، وما كان له حكمهما، فهذا يأخذ بالشفعة دون يمين.

وما هو أطول منها كالسبعة أشهر، وما كان له حكمهما، فهذا يأخذ بالشفعة بعد أن يحلف، وطويل المدة ما زاد على السنة فى رواية أشهب، فهذا تنقطع فيه الشفعة.

مسألة: وهذا إن علم بالشراء، وثبت ذلك عليه بينة أو إقراره، وإن أنكر العلم به، وهو مقيم بالبلد، فقد قال ابن المواز، عن ابن عبدالحكم: إنه مصدق، ولو بعد أربعة أعوام. قال ابن المواز: وإن الأربعة لكثير، ولا يصدق فى أكثر منها.

قال مالك: فى الرَّجُلِ يورثُ الأرضَ نَفَرًا مِنْ وَلَدِهِ، ثُمَّ يُولَدُ لِأَحَدِ النَّفَرِ، ثُمَّ

يَهْلِكُ الْأَبُ، فَيَبِّعُ أَحَدُ وَلَدِ الْمَيِّتِ حَقَّهُ فِي تِلْكَ الْأَرْضِ، فَإِنَّ أَحَا الْبَائِعِ أَحَقُّ بِشَفْعَتِهِ مِنْ عُمُومَتِهِ شُرَكَاءِ أَبِيهِ.

قال مالك: وَهَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن الإخوة إذا ورثوا أرضاً، فيتوفى أحدهم عن ولد ورثوه، ثم باع أحد الولد نصيبه، فإن إخوة البائع أحق بشفעתه ما باع من أعمامه؛ لأن شركتهم أخص، فتخص بمضرة الشركة، وتبعيض السهام، وبسبب إزالة الضرر من القسمة، فكانت الشفعة بينهم أولى. وقد قال ابن المواز: المشتري والوارث في الشفعة سواء.

وقال مالك في المجموعة والعقبة: ليس المشتري كالورثة، ولا العصابة كأهل السهام المفروضة، فيحتمل القول الذي في كتاب محمد المخالفة لرواية العقبة.

ويحتمل أن يريد أن الوارث الواحد يشارك المشتري أنه بمنزلة في الشفعة. ورواية العقبة في جماعة ورثة يرثون أباهم أن بعضهم أحق بشفעתه فيما باعه إشراكهم من الورثة لما قدمناه.

مسألة: والورثة على ضربين، أهل سهم، وغير أهل سهم، فأما أهل السهم كالجدتين تشتركان في السلس، والأخوات الشقائق والأخوات للأب يشتركن في الثلثين، والإخوة للأم يشتركون في الثلث، والزوجات يشتركن في الربع أو الثمن.

فقد قال مالك في الموازية والمجموعة: أهل السهم أحق بشفعة ما باع أهل سهمه من سائر الورثة.

فإن تركوا الشفعة، فأهل الميراث أحق من الشركاء الذين لا يشاركون بذلك الميراث، فإن سلم أهل الميراث فسائر الشركاء أحق بالشفعة، قال: ولم يختلف فيه أصحاب مالك، المغيرة وغيره، إلا ابن دينار.

مسألة: فإن كان مع أهل السهم عصابة، فباع أحد العصابة، فقد قال ابن القاسم: الشفعة لأهل السهام والعصابة، قاله مالك وأصحابه، إلا أشهب، فإنه قال: الشفعة لسائر الورثة دون أهل السهام.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٧٧/٢١.

وجه القول الأول أن آحاد العصابة مشاركون لجملة أهل السهم، فلذلك كان أهل السهم بمنزلتهم في حقوقهم، وآحاد أهل السهم لا يشاركون العصابة، وإنما يشاركونهم بالجملة؛ لأن حقوقهم متقدمة، وقد تساووا في ذلك.

ووجه آخر، وهو أن معنى التعصيب في هذا الموضع، المورثة، لا مزيد عليه، ولذلك لا تقرر سهامهم، ولا تختص بسهم ما، وحق أهل السهم المتقدم على العصابة بذلك السهم.

ولذلك يضربون به عند العول، والعصابة يسقطون عند العول، فكل حق للعصابة شاركهم فيه أهل السهم بذلك، وحق أهل السهم مقصورة عليهم لا اختصاصهم بالسهم وحقوقه.

مسألة: ومن أوصى لهم بثلاث أو بسهم، فباع أحدهم، فإن شركاءه أحق بالشفعة من الورثة، قاله أشهب في الموازية، وقاله ابن عبدالحكم. وقال ابن القاسم: للورثة الدخول معهم، وهذا على ما تقدم من حكم الوصية مع أهل السهام.

قال مالك: الشُّفْعَةُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ، يَأْخُذُ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ، إِنْ كَانَ قَلِيلًا فَقَلِيلًا، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا فَبِقَدْرِهِ، وَذَلِكَ إِنْ تَشَاحُوا فِيهَا^(١).

قال مالك: فَأَمَّا أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ مِنْ شُرَكَائِهِ حَقَّهُ، فَيَقُولُ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ: أَنَا أَخَذْتُ مِنَ الشُّفْعَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِي، وَيَقُولُ الْمُشْتَرِي: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَأْخُذَ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا أَسْلَمْتُهَا إِلَيْكَ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَدَعَ فَدَعْ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا خَيْرُهُ فِي هَذَا وَأَسْلَمَهُ إِلَيْهِ، فَلَيْسَ لِلشُّفِيعِ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا أَوْ يُسَلِّمَهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ أَخَذَهَا، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال إن الشفعة بين الشركاء على قدر ما لهم من الأنصبة في المال المبيع بعضه، وليست الشفعة على عدد الشركاء.

قال ابن المواز: وقاله علي بن أبي طالب، قال أشهب: لأن الشفعة إنما وجبت

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٨٠/٢١.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٨١/٢١.

كتاب الشفعة ٢٠١

لشركتهم لا لعدددهم، فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة. قال محمد: كعتق رجلين نصيبهما في عبد، فالتقويم عليهما بقدر نصيب كل واحد منهما.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندي معنى قول مالك: «له من الشفعة بقدر نصيبه، إن كان قليلاً قليلاً، وإن كان كثيراً فبقدره، وذلك إذا تشاحوا فيه»، يقتضى أنهم إن لم يتشاحوا، جاز لهم أن يأخذوا الشفعة على غير هذا، وإن لم يعط القليل النصيب من ذلك مثل ما يعطى من كثير نصيبه أو أكثر.

وقد حكى القاضي أبو محمد: لا تجوز هبة الشفعة، ولا بيعها، والمشتري للشقص أحق بذلك ممن وهبه إياها الشفيح أو باعها منه.

فرق: والفرق بينه وبين هذه المسألة، أن الموهوب له لا حق له في الشفعة، والشفيح الذى أعطى أكثر من حقه منها له حق في الشفعة، وإنما صار له نصيبه بالمشاحة ممن يستحق ذلك استحقاقه، ولو ترك جميعهم الشفعة لكان له أن يأخذ جميعها، فلذلك جاز أن يهبه شريكه بعض الشفعة أو جميعها؛ لأنه فى معنى تركه الأخذ بها.

فصل: وقوله: «فأما أن يشتري رجل من رجل من شركائه، فيقول أحد الشركاء: أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي، ويقول المشتري: إما أن تأخذ الكل أو تدع الشفعة، فليس للشريك إلا ذلك»، يحتمل أن يريد بقوله: «فيشتري رجل من رجل من شركائه»، أن رجلاً أجنبياً اشترى من رجل من شركاء المالك، فنسبه إليه بمعنى المالك، كما يقول صاحبه ومالكه.

ويحتمل أن يريد به أن رجلاً من الشركاء اشترى من رجل من شركائه، فيكون الضمير من شركائه عائداً إلى المشتري، فإن كان المشتري من غير الشركاء، فأراد رجل من جملة الشركاء أن يأخذ بقدر حصته من الشفعة، فقال المشتري: إما أن تأخذ الجميع أو تدع الجميع، فلا يخلو أن يكون سائر الشركاء غائباً أو حضوراً.

فإن كانوا حضوراً، وأبوا الأخذ، لم يكن للشفيح إلا أن يأخذ الجميع أو يترك، فإن ترك فلا رجوع له فى الشفعة، فإن أخذ لم يكن لأحد من الشركاء بعد الترك الدخول معه.

ووجه ذلك أن الأخذ بالشفعة عقد لازم، والترك لها مسقط لخيار الشفعة على وجه اللزوم، فإذا انعقد ذلك على أحد الوجهين، فقد لزم فى الجهتين، فلا رجوع لأحدهما فيه.

٢٠٢ كتاب الشفعة

فرع: ولو أراد الشفيع أخذ الجميع، لم يكن للمشتري منعه من أخذ الجميع، قاله في المدونة.

ووجه ذلك أن الشفعة مبنية على المنع من التبعض، فكما ليس للشفيع أن يبعثها على المشتري، كذلك ليس للمشتري تبعضها على الشفيع.

وروى ابن حبيب، عن أصبغ: إن كان المسلم للشفعة سلمها على وجه الهبة للمبتاع، فليس للشفيع إلا قدر سهمه، وللمبتاع سهم المسلمين، وإن كان تسليمه على وجه كراهية الأخذ، فللشفيع أخذ الجميع.

فإن أبي، فلا شفعة له، وقد تقدم أنه لا يجوز هبة الشفعة، لكنه إنما يجوز هبتها لمن له حق في ملكها كالمشتري، وإذا تركها الشفيع ولم يهبها، فإن للشفيع الأخذ بالشفعة، فقدم عليه، والله أعلم.

مسألة: وإن كان أشراكه غيباً، لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا، وليأخذ الآن الكل أو يترك، فإن ترك، فلا دخول له مع أصحابه إذا قدموا، وأخذوا الشفعة، فإن قدم واحد ممن غاب قيل له: خذ الجميع أو اترك الجميع.

ولو أخذ الحاضر الجميع، فمن قدم دخل معه في الشفعة، إن أراد ذلك على قدر حصتهما، كما لو لم يكن شريك غيرهما، قاله ابن القاسم في المدونة، وقاله أشهب في غيرها.

مسألة: وأما إن كان المشتري أحد الشركاء، فأراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة وسلمها سائرهم، وقال الشفيع: إنك شفيع معي، فأنا أترك لك بقدر حصتك من الشفعة، فلم أر فيه نصاً، إلا ما تحتمل هذه المسألة من التأويل.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: والذي عندي أن للمشتري أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك، وليس للشفيع إلا ذلك؛ لأن المشتري أكثر ما فيه أنه شفيع تارك، فإن أراد الأخذ بالشفعة أخذ الكل، وإلا بطلت الشفعة، وهي عند المشتري بالشراء لا بالشفعة، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْأَرْضَ فَيَعْمُرُهَا بِالْأَصْلِ، يَضَعُ فِيهَا أَوْ الْبُئْرَ يَحْفَرُهَا، ثُمَّ يَأْتِي رَجُلٌ، فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقًّا، فَيُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ: إِنَّهُ لَا شُفْعَةَ

لَهُ فِيهَا إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ مَا عَمَرَ، فَإِنْ أَعْطَاهُ قِيمَةَ مَا عَمَرَ كَانَ أَحَقَّ بِالشُّفْعَةِ، وَإِلَّا فَلَا حَقَّ لَهُ فِيهَا^(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن المشتري إذا اشترى الأرض فعمرها، فإن عمارته لها تكون على وجهين، أحدهما: بالغرس والبناء، وما له أصل ثابت. والثاني: ما ليس له أصل ثابت من الزراعة والحراث والإصلاح.

فأما ما كانت عمارته بما له أصل ثابت، فإن الشفيع لا شفعة له، إلا أن يعطيه قيمة ما عمر، قاله مالك في الموازية والمجموعة وغيرها.

ووجه ذلك أنه عمر بوجه حق؛ لأنه عمر فى ملكه، فلم يكن للشفيع أن يأمره بالقطع، ولا يكون له أن يأخذ الأرض بالشفعة، ويشاركه المشتري بالعمارة؛ لأن ذلك ازدياد من ضرورة الشركة التي شرعت الشفعة لئفيها.

وتصور هذه المسألة بأن يكون المشتري اشترى الأرض كلها فعمر فيها، وهو يعتقد أنها له، فاستحق رجل منها حصة، وأراد أخذ الباقي بالشفعة.

وهذا معنى قول مالك أن المشتري اشترى الأرض، ثم أتى رجل بعد أن عمر، فأدرك فيها حقاً، يريد، والله أعلم، استحق منها جزءاً، أو أراد بقوله أن يأخذها بالشفعة أنه أراد أن يملك جميعها.

وأما من اشترى شقصاً من أرض، فبنى فيها، ثم قام الشفيع، فإن العمارة تقوم مطروحة نقضاً، فإن شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمته منقوضاً، وإلا أمره بقلعه، قاله مالك فى المجموعة. ووجه ذلك أنه متعد بالبنيان.

فروع: فإذا قلنا لا يأخذ بالشفعة حتى يعطيه قيمة ما غرس، فقد روى أشهب، عن مالك فى الموازية: إنما له قيمة ذلك يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه قد يهدم قبل ذلك، ويبنى ويغرس.

وقال بعض الناس: للغارس ما أنفق، وليس بصواب، وقد ينفق فى غراس، وحفر عيون الماء الكثير، ولا يثبت منه إلا اليسير، قال ابن المواز: ونحوه قال ابن القاسم وعبد الملك.

فصل: وقوله: «ثم يأتي رجل، فيدرك فيها حقاً»، يريد يستحق منها جزءاً، وهذا

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٨٥/٢١.

٢٠٤ كتاب الشفعة

الجزء الذى استحقه، وقد بنى فيه المشتري، فإنه ليس له أخذه حتى يدفع إلى المشتري قدر حصة ذلك الجزء من البناء لما قدمناه من أنه بنى بوجه حق، فليس له أن يأمره بقلعه؛ لأنه إتلاف لما بنى وغرس.

فإن أبى المستحق من أن يدفع إلى المشتري قيمة ما بنى، قيل للمشتري: ادفع إليه قيمة أرضه دون العمارة المذكورة من الغرس والبناء.

فإن أبى كانا شريكين المستحق بقيمة أرضه، والمشتري بقيمة بنائه أو غرسه، وهذا المشهور من المذهب، وقد تقلب ذكر الخلاف فى إحياء الموات.

ووجه ذلك ما قدمناه من تعلق حق كل واحد منهما بحق الآخر على وجه لا يمكن إزالته منه إلا بالضرر، وقدم مالك الأرض؛ لأن ملكه أقدم، ولأن الأرض أثبتت فى الأصول الثابتة من البناء والشجر.

فإذا أبى لم يجبر على شراء ما لا يريد. شراءه، وعرض على الآخر أن يدفع إليه قيمة أرضه، فإن أجاب إلى ذلك، وامتنع منه صاحب الأرض، أجبر على ذلك لضعف جنبته من الإباية عن تخليص الملك.

فإن أبى المشتري أيضًا شرك بينهما؛ لأن هذا الحكم مبنى على أن يجبر فيه على البيع إذا ادعا إليه الآخر، ولا يجبر على الشراء من أباه، فلم يبق إلا التشريك بينهما.

فرع: فإن دفع المشتري إلى المستحق قيمة أرضه، وأراد المستحق أخذ بقية الأرض بالشفعة، ففى المجموعة عن أشهب أنه اختلف قول مالك فيه. قال أشهب: ولست أراه.

وجه نفي الشفعة ما احتج به أشهب من أنه لم يأخذ بالشفعة حتى أخذ قيمة شقصه. ومعنى ذلك أن الشفعة إنما تثبت لنفى الضرر، وقد خرج عن الشقص الذى كان يستحق الشفعة قبل الأخذ بالشفعة، فلا شفعة له.

ووجه القول الثانى أن الشفعة قد تثبت له بشراء المشتري، وقد تقدم ملكه فبيعه بعد ذلك لا يسقط حقه من الشفعة، وإنما يعتبر فى الأخذ بالشفعة بوقت وجوبها، وهو وقت شراء المشتري.

ويجىء على القول الأول أن الاعتبار بوقت الأخذ دون وقت الوجوب، فإن يبيعه لحصته التى بها يستحق الشفعة ترك لشفعته؛ لأن الشفعة إنما تثبت لإزالة الضرر، فإذا

كتاب الشفعة ٢٠٥
باع حصته من الملك، لم يبق ما يأخذ بالشفعة لنفى الضرر عنه، فكان يبعه لخصته
يقتضى ترك الأخذ بالشفعة، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإن أبى المشتري من دفع قيمة الأرض ورجعا إلى الشركة، فإن كانت قيمة
الأرض مثل قيمة البناء، فهما شريكان بنصفين، وهل تثبت بينهما الشفعة، قال أشهب:
ففى المجموعة: لا شفعة فى النصف الآخر.

وقال فى كتاب الغصب لابن المواز: تكون له الشفعة بما أحدث فيه من البناء،
فيكون له نصفه أيضاً بربع ثمن الدار، وربع قيمة البناء بعد أن يحتسب على المشتري
بربع قيمة النقص الذى هدم منقوضاً.

قال مالك: مَنْ بَاعَ حِصَّتَهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَلَمَّا عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَ
الشُّفْعَةِ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ، اسْتَقَالَ الْمُشْتَرِيَّ، فَأَقَالَهُ، قَالَ: لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ
بِهَا بِالثَّمَنِ الَّذِي كَانَ بَاعَهَا بِهِ^(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال، ومعنى ذلك أن الإقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة؛
لأن حق الشفيع قد وجب فى الشقص المشتري، وأثبت له الخيار فى أخذه أو تركه، فلم
يكن للمشتري والبائع أن يسقطا حقه منه بالإقالة، ولا بغيرها، ولا خلاف أن للشفيع
أن يأخذ بالبيع الأول.

وهل له أن يأخذ بالإقالة، وتكون عهده على المشتري أم لا؟ مبنى على اختلاف
قولهم فى الإقالة هى بيع حادث أم نقض بيع، فإذا قلنا إنها نقض بيع، لم يكن له أن
يأخذه بالإقالة، وإنما له أن يأخذ بالبيع الأول، وتبطل الإقالة لما كانت مبطله لحق الشفيع
بعد وجوبه ولزومه، ولذلك قال مالك: لو سلم الشفعة صحت الإقالة، وهو الذى قاله
مالك فى الموازية والمجموعة.

قال أشهب: وهذا استحسان. وقال مطرف وابن الماجشون فى الواضحة: إن رأى
أن الإقالة كانت لقطع الشفعة، فهى باطل وللشفيع الشفعة ثابتة، وإن رأى أنها على
الصحة، صحت الإقالة، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء.

وإذا قلنا إنها بيع حادث، وهو الذى ذكره القاضى أبو محمد، فإن له أن يأخذ بالبيع
الأول أو بالإقالة، فتكون عهده إن شاء على البائع، وإن شاء على المشتري، مع
التساوى فى الثمن.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٢٨٧.

٢٠٦ كتاب الشفعة

ولو كانت الإقالة بأقل من الثمن الأول أو أكثر، فهو يبيع حادث ولا خلاف فيه،
فله أن يأخذ بالأول، أو الثاني أيهما شاء.

مسألة: وهذا إذا كانت الإقالة قبل تسليم الشفعة، فإن كانت بعد تسليم الشفعة،
ففى الموازية والواضحة لأشهب ومطرف وابن الماجشون: فإن للشفيع أن يأخذ بعهدة
الإقالة، وكذلك الشفعة فى الشركة والتولية.

وروجه ذلك أن الإقالة بعد تسليم الشفعة يبيع حادث، فكان له أن يأخذ بالشفعة،
وإن كان قد سلمها قبل الإقالة، كمن باع شريكه، فسلم الشفعة، ثم باع المشتري،
فإن له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثانى، والله أعلم.

قال مالك: مَنْ اشْتَرَى شِقْصًا فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ وَحَيَوَانًا وَعَرُوضًا فِي صَفْقَةٍ
وَاحِدَةٍ، فَطَلَبَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِي الدَّارِ أَوْ الْأَرْضِ، فَقَالَ الْمُشْتَرِي: خُذْ مَا اشْتَرَيْتُ
جَمِيعًا، فَإِنِّي إِنَّمَا اشْتَرَيْتُهُ جَمِيعًا.

قال مالك: بَلْ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِي الدَّارِ أَوْ الْأَرْضِ بِحِصَّتَيْهَا مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ
يُقَامُ كُلُّ شَيْءٍ اشْتَرَاهُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حِدَّتِهِ عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، ثُمَّ يَأْخُذُ
الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ بِالَّذِي يُصَيِّبُهَا مِنَ الْقِيَمَةِ مِنْ رَأْسِ الثَّمَنِ، وَلَا يَأْخُذُ مِنَ الْحَيَوَانِ
وَالْعُرُوضِ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ ذَلِكَ^(١).

الشرح: معنى ذلك، والله أعلم، أن من اشترى شقصًا من دار أو أرض مما فيه
الشفعة، ومعه فى الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من العروض، فلا يخلو أن
يكون ذلك من ذلك الحائط كعيده العاملين فيه ودوابه وآلته، أو يكون مما لا تعلق له
به.

فإن كان من آله، ففى المجموعة عن سحنون أن ما يبيع مع الحائط من آله ورقيقه
أن فيه الشفعة؛ لأن صلاح الحائط لا يتم إلا به، كالعين تباع مع الأرض.

وفى الموازية: والدواب والرقيق والآلة أنه كبعضه، يريد أن الشفعة فيه على وجه التبعية
للحائط. قال: إلا أن يكون إنما أضيف إليه يوم الصفقة، وقد كان أخرج منه قبل ذلك،
فلا شفعة فيه، فهذا على ما قال، وإنما يكون له حكم التبعية إذا كان قد أثر فى الحائط
عمله أو العمل به.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢١/٢٨٨.

كتاب الشفعة ٢٠٧

فأما ما لم يعمل به بعد في الحائط، ولم يكن فيه تأثير، فلا يكون صفة من صفات الحائط على ما تقدم في المساقاة، وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما إن كان غير متعلق بالمبيع ولا تبعاً له مثل أن يبيع شقصاً وثوباً بثمن ماء، أن الثمن يفيض على الشقص والثوب، وما أصاب الشقص، فهو ثمنه، وبه يأخذ الشفيع إن شاء، وما أصاب الثوب، فهو ثمنه، ويبقى للمشتري.

قال في كتاب ابن المواز: ولو استوجب الشقص قبل المعرفة بما يقع عليه من الثمن، لم يجز.

ومعنى ذلك أن يستوجه على أنه عليه بما يصيبه من القيمة دون خيار له عند معرفة القيمة، فذلك غير جائز.

وأما أن يستوجه على أنى قد أخذت بالشفعة، وإن لم يعلم الثمن، فلذلك تأثير عندى في طول أمد الشفعة، ولا يقال فيه أنه غير جائز؛ لأنه على حسب ما كان عليه من الخيار إذا عرف الثمن.

مسألة: ولو باع شقصاً وقمحاً بدنانير، فلا بد من تقويم الشقص والقمح، قاله في الموازية مالك وابن القاسم وأشهب.

وروجه ذلك أنه إذا اشتملت الصفقة عليهما، فلا سبيل إلى معرفة الشقص إلا بمعرفة قيمة الشقص وقيمة القمح، فيفيض الثمن عليهما، ولو باع منه شقصاً أو مائة درهم بدينار، فلا بد أيضاً من تقويم الدراهم والشقص. قال محمد: وهذا على قول أشهب بتجوز الصرف والبيع معاً.

فصل: وقوله: «ولو قال المشتري: خذ ما اشتريت جميعاً، فإني إنما اشتريته جميعاً، فإنه إنما يأخذ ما فيه الشفعة»، يريد أنه لا يلزم ذلك الشفيع، ولو اتفقا على ذلك لجاز، وكان بيعاً مستأنفاً، ولذلك قال مالك: ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئاً إلا أن يشاء ذلك.

قال مالك: وَمَنْ بَاعَ شِقْصًا مِنْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَسَلَّمَ بَعْضُ مَنْ لَهُ فِيهَا الشُّفْعَةُ لِلْبَائِعِ وَأَبَى بَعْضُهُمْ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ بِشُفْعَتِهِ، إِنْ مَنْ أَبِي أَنْ يُسَلَّمَ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ كُلِّهَا وَكَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ حَقِّهِ، وَيَتْرَكَ مَا بَقِيَ (١).

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٨٩/٢١.

٢٠٨ كتاب الشفعة

الشرح: معنى ذلك أن بعض الشفعاء إذا سلم الشفعة، وأراد بعضهم الأخذ بها، فإن أراد أن يأخذ جميعها لم يكن للمشتري أن يمنعه من ذلك؛ لأنه شفيع، فلا تتبعض عليه الشفعة للمشتري كما لو انفرد.

مسألة: فإن أراد أن يأخذ بقدر حصته، فلا يخلو أن يسوغه ذلك المشتري أو يمنعه منه، فإن سوغه ذلك جاز؛ لأن الحق في استيعاب الشفعة إنما هو حق لهما وغير خارج عنهما.

فإذا رضيا بترك ذلك جاز، كالبيع، وإن أبى المشتري من ذلك، فعلى ما قال في الأصل، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الجميع أو يترك الأخذ بالشفعة، لما على المشتري في أخذ الشفيع بعض ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعيض صفقته، وأخذ بعضها وإلزامه سائرهما.

قال مالك: في نفر شركاء في دار واحدة، فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم إلا رجلا، فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك، فقال: أنا أخذ بحصتي، وأترك حصص شركائي حتى يقدموا، فإن أخذوا فذلك، وإن تركوا أخذت جميع الشفعة.

قال مالك: ليس له إلا أن يأخذ ذلك كله أو يترك، فإن جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا إن شاعوا، فإذا عرض هذا عليه، فلم يقبله، فلا أرى له شفعة^(١).

الشرح: قوله: «في نفر شركاء في دار واحدة»، وصف البيع بأنه من دار واحدة على سبيل التمثيل والتقريب، ولا فرق بين الدار الواحدة في ذلك، والدور الكثيرة.

ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفيع إنما يأخذ ما اشتراه في الثلاث الدور، أو يترك الكل، وليس له أن يأخذ ما اشتراه من إحدى الدور، ويترك ما اشتراه من سائرهما، إذا كان شريكه في جميعها، وكان المشتري اشترى ذلك في صفقة واحدة.

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة: ووجه ذلك ما قدمناه من مضرة تبعيض الصفقة، ألا ترى أن من اشترى أرضاً، ثم استحق الكثير منها، فإن له سائرهما لضرر الشركة الطارئة بالاستحقاق.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢١/٢٨٩.

كتاب الشفعة ٢٠٩
مسألة: ومن اشترى من رجلين شقصاً من دارين وشفيعهما واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ حظ البائعين دون الآخر، قاله مالك في المدونة، وقاله في غيرها ابن القاسم وأشهب وغيره.

ووجهه أنه تبعض بصفقة المشتري، فلم يكن ذلك للشفيع كما لو اشترى من واحد.

مسألة: ولو اشترى ثلاثة رجال من ثلاثة رجال داراً أو أرضاً ونخلًا، وشفيع ذلك كله رجل واحد، ففي المدونة لابن القاسم: إنما له أن يأخذ ذلك كله، أو يترك، سواء اشترى ثلاثة من ثلاثة، أو ثلاثة من واحد، أو واحد من ثلاثة، إذا كان في صفقة، فأما شراء واحد من ثلاثة فظاهر.

وأما الشفعة فيما اشترى من ثلاثة، أو ثلاثة من واحد، فإن كان ذلك على الإشاعة بينهم، فينبى أيضاً، وقد أشار أشهب في الموازية والمجموعة إلى أن هذا معنى المسألة.

وقال: إن له أخذ حصة أحدهم دون الباقيين، وإن كان اشترى كل واحد منهم حظ رجل، انفرد به، فما أعلم وجه الصفقة لذلك، ولا يظهر عندي فيه وجه لثبوت الشفعة؛ لأنه ليس فيه تبعض لصفقة أحدهم، والله أعلم وأحكم.

وقد قال ابن القاسم في الموازية وغيرها في الرجلين يشتريان حصة رجل من أرض: ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لما ذكرناه من اشتراكهما في المبيع والصفقة، وقد قال أشهب: له أن يأخذ حصة أحدهما، قال محمد: وهو أحب إلينا، وقاله سحنون.

مسألة: ولو بعث حظاً من دارين من رجل واحد، ولكل حظ شفيع، فلكل واحد منهما أخذ ما هو شفيع فيه دون ما لا شفعة فيه، يفض الثمن بينهما، ثم يأخذ بالشفعة، ولو أخذ بالشفعة قبل معرفة ما يصيب ما يأخذه من الثمن، لكان أخذه باطلاً، قاله ابن القاسم وأشهب.

ووجه ذلك أنه إنفاذ البيع بثمن مجهول، وذلك غير جائز. ومعنى ذلك عندي عنى مذهب من يرى الشفعة بيعاً، أن ينفذ الأخذ بالشفعة، فيلزم الشفيع والمشتري.

وأما قول الشفيع قد أخذت بالشفعة، ولم يعرف الثمن، فإنه ليس بأخذ لازم له، وله الخيار إذا عرف الثمن، ولكن له تأثير في أخذ الشفعة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا تقع فيه الشفعة

١٤٤٧ - قَالَ مَالِكٌ: عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَارَةَ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ أَنَّ عُمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَالَ: إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فِي الْأَرْضِ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا، وَلَا شُفْعَةَ فِي بئرٍ وَلَا فِي فَحْلِ النَّخْلِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى هَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا شُفْعَةَ فِي طَرِيقٍ، صَلَحَ الْقَسْمُ فِيهَا أَوْ لَمْ يَصْلُحْ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِي عَرَصَةِ دَارٍ، صَلَحَ الْقَسْمُ فِيهَا أَوْ لَمْ يَصْلُحْ.

الشرح: قوله: «إذا وقعت الحدود في الأرض، فلا شفعة فيها»، على ما تقدم من أنه لا شفعة للجار؛ لأن الحدود إذا ميزت حق كل واحد منهم بالقسمة، فقد خرجوا عن حكم الشركة إلى حكم المجاورة.

والحديث الذي ورد أن الجار أحق بصبقه؛ لأنه محمول على الشريك، بدليل قوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة»، وهذا واضح في ذلك.

فصل: وقوله: «ولا شفعة في بئر»، يريد، والله أعلم، بئر لا أرض لها مشاعة، ولا يقسم ماؤها، وإنما هي من آبار الشفة أو آبار سقى الأرض، إلا أن الأرض قد بيعت دونها أو قسمت.

وفي المدونة عن مالك فيمن قاسم شريكه الأرض والنخل، ثم باعه نصيبه من العين، فلا شفعة فيه، ولو لم يقاسمه النخل والأرض حتى باع نصيبه من العين لكان له الشفعة فيها.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أن البئر والعين لما لم يكن فيهما شفعة بنفسهما، فإذا كانت تبعاً لما فيه الشفعة حتى تكون منفعتها مصروفة إليها، وتكون صفة من صفاتها ثبتت فيها الشفعة، وإذا لم تكن تبعاً لها، فلا شفعة فيها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وآبار النخل وعيونها على ضربين، منها ما يكون عددًا، يحتمل القسمة، ومنها الواحدة التي لا تحتمل القسمة.

فأما ما يحتمل القسمة، ففي المجموعة والموازية في الأرض بين الرجلين، لها بئران أو عينان، فاقسما البئرين أو العينين خاصة، فباع أحدهما عينه أو بعره، وحصه الأرض، فإن للشفيع الشفعة في الأرض دون البئر. مما يصيب الأرض من الثمن، تقوم الأرض بلا بئر، والبئر بلا أرض.

وقال في كتاب محمد: ولو باع البئر دون أرض فلا شفعة فيها.

وجه ذلك ما قدمناه أن المبيع مقسوم، فلا شفعة فيه، وأما إن كانت بئراً واحدة، فلا يصح فيها قسمة ولا شفعة فيها، إلا على قول من يرى الشفعة في النخلة الواحدة والشجرة الواحدة، ولم أر أحداً من أصحابنا صرح بذلك، وإن كان قياس ما قدمناه.

واتفقوا على أنه إن كانت الأرض باقية على الإشاعة، فالشفعة فيها، وإن أفردت بالبيع، وإن كانت أرضها مقسومة، ولا أرض لها، فلم يجعلوا الشفعة فيها لنفسها على هذا القول، وإنما جعلوا الشفعة فيها بسبب الأرض، وصرف جميع منافعها إليها.

وعلى هذا كان يجب أن لا تكون الشفعة في العدد الكثير، فيما إذا لم يكن لها أرض، وإن احتمال القسمة، وإذا ثبتت الشفعة في الكثير فيها؛ لأنها أصل ثابت وجبت الشفعة في كثيرها إذا انفردت عن الأرض.

وفي الواحدة منها وإن انفردت على قول من يرى الشفعة في الشجرة الواحدة، ولا يرى الشفعة فيها على قول ابن القاسم إلا إذا اتصل بها من الأرض ما تجب فيه الشفعة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقد تكون العين الواحدة لا تحتمل رقبتهما القسمة، ويكون ماؤها يقسم بالقلد، ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم: أن الشفعة في مائها، وإن لم يكن ملاكها شركاء في الأرض التي تسقى بتلك العين وأهل كل قلد يتشافعون دون أشراكهم. وقال أشهب في المجموعة: لا شفعة فيها إذا قسمت الأرض.

وجه القول الأول أن هذا أصل ثابت يخرج منه عين من المنفعة مقصودة يتبع أصله بمجرد العقد، فثبت فيه الشفعة كالثمرة.

ووجه قول أشهب يجوز أن يكون على قول من لا يرى الشفعة في الثمرة، ويحتمل

٢١٢ كتاب الشفعة

أن لا يجعل العيون والآبار مما تثبت فيه الشفعة؛ لأن أحاده لا تحمل القسمة كالأرض التي لا تحمل القسمة، وإنما تثبت فيها الشفعة على وجه التبعية إذا كانت من صفات الأرض على ما تقدم.

فصل: وقوله: «ولا شفعة في فحل النخل»، يريد، والله أعلم، أن تكون نخلة واحدة يحتاج إليها لتلقيح الخائط، فإن كان الخائط مشتركاً بين أرباب الفحل، فحكمه حكم العين أو البئر لها أرض مشتركة.

وإن لم يكن مع النخلة من الفحل خائط يلحق بها، فحكمه حكم النخلة الواحدة. وفي الموازية عن مالك: إذا قسم الخائط وبقي الفحل والفحلان، ولا يقدر أن يقسم، فليس ذلك شفعة.

قال ابن القاسم في المدونة: لا شفعة في النخلة الواحدة؛ لأنها لا تنقسم. ورواه ابن حبيب، عن مطرف في الشجرة. وقال ابن الماجشون: فيها الشفعة؛ لأنها من الأصول الثابتة، وبه قال أشهب وأصيب.

وذلك مبنى على إثبات الشفعة فيما لا ينقسم من الأصول الثابتة كالدار الصغيرة وما أشبه ذلك.

فصل: وقول مالك: «لا شفعة في طريق، صلح القسم فيها أو لم يصلح»، وقد قال في الموازية: لا شفعة في طريق ولا عرصة، وإن صلح فيها القسم.

ومعنى ذلك أن الطريق لا شفعة فيها؛ لأنها مبنية على الاشتراك في المنافع على صورتها، ولذلك لم يثبت فيها شفعة كمجرى الماء. وقال مالك في المدونة: لا أرى أن يقسم مجرى الماء.

وقال ابن القاسم: لا يقسم الطريق إذا أبقى ذلك أحدهم. وهذا يقتضى معنى الشفعة فيه على حسب ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما عرصة الدار، ففي الموازية والمجموعة من رواية ابن القاسم، عن مالك: إذا قسمت البيوت وبقيت العرصة، فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة، ولا شفعة لشريكه في العرصة.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن حكمها حكم الإشاعة، وقد خرجت عن أن تكون تبعاً للبيوت التي فيها الشفعة بقسمة البيوت.

قال مالك: في رجل اشترى شقصاً من أرضٍ مشتركةٍ على أنه فيها بالخيار، فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري: إن ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع، فإذا وجب له البيع، فلهم الشفعة^(١).

الشرح: معنى ذلك أن البيع إذا كان على وجه اللزوم تثبت فيه الشفعة؛ لأنه قد كمل وانتقل به البيع إلى ملك المبتاع، وإذا كان على وجه الخيار، فالمبيع باق على ملك البائع، فلا تثبت الشفعة مع بقاءه على ملك البائع.

قال مالك: وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري. قال ابن القاسم وأشهب: وكذلك لو كان الخيار لأجنبي.

مسألة: ولو باع أحد الشركاء في مدة الخيار، ففي الموازية من رواية أصبغ، عن ابن القاسم، أن من صار إليه الشقص بباع الخيار، له الشفعة في بيع البتل، سواء صار إلى البائع أو المشتري، ورواه ابن حبيب، عن مطرف.

قال ابن المواز: ذهب ابن القاسم إلى أن الشفعة للبائع بالخيار في بيع البتل، نفذ بيع الخيار أو رد، وقاله أصبغ. وقال أشهب: الشفعة لمبتاع البتل فيما يبيع بالخيار.

وجه قول ابن القاسم أن هذا مبني على أن البيع في مدة الخيار مراعى، فإن نفذ البيع علم أنه قد انتقل المبيع بعد البيع إلى المشتري، وإن رد علم أنه كان باقياً على ملك البائع، فبين بإنفاذ البيع أو رد مستحق الشفعة في بيع البتل يوم العقد.

ووجه قول أصبغ أنه مبني على أن المبيع باق في مدة الخيار على ملك البائع، فهو أحق بالشفعة، فإن نفذ البيع بعد ذلك، فإنما هو يبيع حاضر بعد وقوع البتل، فالشفعة في بيع البتل للبائع كما لو تقدم فيه الخيار، وباع حصته بعد البيع.

وأما قول أشهب، فمبني على أن عقد الخيار قد منع البائع الشفعة لعقده في حصته عقد بيع البتل، فلا شفعة له، فإذا نفذ البيع بعد انقضاء مدة الخيار، كان لمشتري البتل الشفعة فيما أنفذ بعد ذلك من بيع الخيار.

مسألة: ولو سلم الشفيع شفيعته في مدة الخيار، لم تبطل شفيعته، وكان له الأخذ بها إذا تم البيع، من كتاب ابن المواز.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٠٠/٢١.

وروى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: إذا ترك البائع بالخيار الأخذ بالشفعة، فالشفعة لمشتري البتل فيما يبيع بالخيار؛ لأن بيع الخيار إنما يثبت يوم يختار، وقاله أشهب. فتحمل رواية ابن المواز على أن الشفيع في بيع الخيار، ليس له الأخذ ولا التسليم قبل لزوم العقد.

ومعنى قول ابن الماجشون أن البائع بالخيار ترك الأخذ بالشفعة التي وجبت له بالبيع البتل مع بقاء ما باعه بالخيار على ملكه، فإذا سلمه قبل لزوم بيع الخيار أو بعده، فعقد المتاع بالبتل قبل لزوم بيع الخيار، فله أن يأخذ بالشفعة ما لزم، ونفذ فيه البيع بعده، والله أعلم.

وقد اختلف مالك في أصل بنى عليه هذه المسألة، وهو فيمن وجبت له شفعة، فباع نصيبه من ذلك الملك، ففي كتاب ابن حبيب، عن أشهب: أنه اختلف في ذلك قول مالك، قال: وأحب إلى أن لا شفعة له بعد بيعه.

وقال أحمد بن ميسر: لا شفعة له بعد أن باع، إلا أن يبقى له بقية أخرى؛ لأن أصل الشفعة لما يدخل من الضرر من تضييق الواسع وخراب العامر، وهذا ليس له شيء يلحقه ذلك فيه، وما أظهره من علة الشفعة ليس بشيء؛ لأن مثل هذا يلحق بالشركة فيما ينقل ويحول، ولا شفعة فيه.

وروى عيسى، عن ابن القاسم في العتبية: إذا باع، ولم يعلم بشفעתه، فله الشفعة، وتكون عهده على المتاع. وقال ابن المواز: سواء باع من شريكه أو غيره بيت، إن وجبت له الشفعة، فشفعته قائمة.

مسألة: ومن ابتاع شقصاً فوجد به عيباً، وأراد رده، وأراد الشفيع أخذه، وقال: أنا أرضى بعيبه، فللمبتاع رده، ولا شفعة للشفيع، قاله أشهب في المجموعة.

وروى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم في العتبية فيمن ابتاع داراً، فردها بعيب دلس فيه به، ثم استحق نصفها بعد أن ردها، فالشفعة له إن شاء من حساب جميع الثمن. فوجه قول أشهب أن المتاع يقول: لا أرضى بأن يثبت على عهدة معيب، وقد ثبت لي خيار الرد، فلا تثبت الشفعة له كالبيع بالخيار.

ووجه قول ابن القاسم أنه يبيع نقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، فثبت فيه الشفعة كما لو لم يجد به العيب.

مسألة: وهذا إن أراد أن يأخذ بالبيع دون الرد بالعيب، فتكون عهده على المشتري، ولو أراد أن يأخذ بالرد بالعيب، فتكون عهده على البائع.

فأما من قال من أصحابنا: إن الرد بالعيب نقض للبيع من أصل البيع، أو نقض له من وقت الرد بالعيب، فلا شفعة فيه، والله أعلم.

فرع: قال ابن المواز: أجمع مالك وأصحابه: أن عهدة الشفيع على المشتري. قال القاضي أبو محمد: سواء أخذ بالشفعة قبل قبض المشتري الشقص أو بعده.

وقال ابن أبي ليلى: العهدة على البائع على كل وجه. وقال أبو حنيفة: هي على من يؤخذ الشقص منه من بائع أو مشتر.

ووجه ذلك أن المبيع يحصل في ملك المشتري بنفس العقد اللازم ومنه ضمانه قبل القبض وبعده، فيجب أن تكون عهدة الشفيع عليه؛ لأن الملك إنما ينتقل عنه إليه.

مسألة: وإذا أفلس مبتاع الشقص، فقال ابن القاسم: الشفيع أحق به، ويدفع الثمن إلى البائع.

ووجه ذلك أن البائع لا يكون أحق بعين ماله إلا مع عدم الثمن الذي له، وقد تعلق حق الشفيع به بنفس ابتياع المفلس له، فكان الشفيع أحق به، وإذا رجع الشقص إلى بائعه، فللشفيع الشفعة؛ لأنه يبيع جديد، قاله سحنون.

ووجه ذلك أن ارتجاع البائع لما باع عند فلس المفلس، ينقل المبيع من ملك المشتري، ويرده إلى ملك البائع، فكان ذلك تبعاً له حكم المبيع، وتثبت فيه الشفعة، والله أعلم وأحكم.

ولو سلم الشقص وأراد محاصة الغرماء بالثمن، فباعه الإمام للغرماء، ففي العتبية عن أشهب: فيه الشفعة، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: في الرجل يشتري أرضاً، فتمكث في يديه حيناً، ثم يأتي رجل، فيدرك فيها حقاً بميراث: إن له الشفعة إن ثبت حقه وإن ما أغلست الأرض من غلة، فهي للمشتري الأول إلى يوم يثبت حق الآخر؛ لأنه قد كان ضمنها لو هلك ما كان فيها من غراس أو ذهب به سيل. قال: فإن طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حيان، فنسي أصل البيع والاشتراء لطول الزمان،

فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَنْقَطِعُ، وَيَأْخُذُ حَقَّهُ الَّذِي ثَبَتَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ أَمْرُهُ عَلَى غَيْرِ هَذَا الرَّجْحِ فِي حَدَاثَةِ الْعَهْدِ وَقُرْبِهِ وَأَنَّهُ يَرَى أَنَّ الْبَائِعَ غَيْبَ الثَّمَنِ وَأَخْفَاهُ؛ لِيَقْطَعَ بِذَلِكَ حَقَّ صَاحِبِ الشُّفْعَةِ، قُوِّمَتِ الْأَرْضُ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى أَنَّهُ ثَمْنُهَا فَيَصِيرُ ثَمْنًا إِلَى ذَلِكَ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى مَا زَادَ فِي الْأَرْضِ مِنْ بِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ أَوْ عِمَارَةٍ، فَيَكُونُ عَلَى مَا يَكُونُ عَلَيْهِ مِنَ ابْتِاعِ الْأَرْضِ بِثَمَنِ مَعْلُومٍ، ثُمَّ بَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ، ثُمَّ أَخَذَهَا صَاحِبُ الشُّفْعَةِ بَعْدَ ذَلِكَ^(١).

الشرح: ومعنى هذا أن من اشترى أرضاً، ثم استحق رجل بعضها بميراث أو غيره من ابتياع، أقدم من ابتياع المستحق من يده أو غير ذلك من وجوه الاستحقاق المتقدمة، فإن المستحق يقضى له بما استحق من الدار، قال: ويكون له أن يأخذ باقيها بالشفعة.

قال يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم في العتبية: ولو كان المبتاع قد رد ما بقى بيده من الدار إلى البائع لما استحق منه نصفها، لكان للشفيع الأخذ بالشفعة، لا يقطع شفيعته رد المبتاع إلى ما بقى بيده إلى البائع.

ووجه ذلك أن ملك المستحق أقدم من أمد البيع، وقد نقل البيع ما بقى فيها إلى ملك المبتاع، فثبت بذلك حق الشفعة للشفيع، فلا يبطلهما ردها إلى البائع، كما لو أقاله من جميع الشقص المبيع.

فصل: وقوله: «إن أغلت الأرض من غلة، فهي للمشتري»، ووجه ذلك أن ذلك كان في ملكه ومن ضمانه، ولو تلف جميعها أو هلك ما فيها من غرس أو ذهب به سيل، فوجب أن تكون الغلة له، يريد ما كان له حكم الغلة مثل الثمرة، وما لم يكن من جنس الأصل.

وأما ما كان من جنس الأصل مثل الودي، فإنه مثل ولد الحيوان، فله حكمه في الرد بالعيب والاستحقاق، وقد تقدم حكم الثمرة لما أخذ بالشفعة.

وأما ما أخذ بالاستحقاق، فإن اشتراها المشتري، ولا ثمر فيها، لم يؤبر، ثم استحقها وفيها ثمرة، أبرت أو أزهرت، فهي له وعليه ما أنفق، وسقى المشتري ما لم تقم بجداد أو ييس، فلا شيء له فيها، وهي للمبتاع.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٠٢/٢١.

كتاب الشفعة ٢١٧

ولو كانت الثمرة يوم اشتراها المشتري مزهية أو مأبورة، فقد قال ابن المواز: هي للمشتري كيف كانت، ولو يبست أو جدها المشتري أو باعها أو أكلها لغرم المكيلة إن عرفها أو قيمتها.

مسألة: وأما ضمان ما تلف من النخل، فإن معنى ذلك أنه لا يرجع بثمنه على البائع منه، ولكن لو أراد المستحق أن يغرمه ثمن ذلك أو قيمته، لم يكن له ذلك، وسواء تلف ذلك بفعل المشتري أو بغير فعله.

ولو قلع النخل أو قطعها أو كانت داراً فهدمها، لم يكن للمستحق إلا أن يأخذها كما هي، ولا يتبع المشتري بشيء مما هدم إلا أن يكون النقص حاضراً، فيأخذه أو يرجع على البائع بثمن ما استحق.

ووجه ذلك أنه تصرف في ملكه بما يجوز له، فلم يكن عليه ضمان لسلامته من التعدي.

مسألة: ولو أن المشتري وهب بعض الدار أو النخل بعد أن قلعها، لم يكن للمستحق أن يرجع بها عليه، وإنما يرجع بها إن شاء على الموهوب له، فيأخذ منه النقص إن وجدته عنده أو حصته من الثمن من البائع، قاله أشهب وابن القاسم.

ووجه ذلك ما قدمناه، ولو تعدى أجنبي فهدمها عند المبتاع، ثم استحقت لكان للمستحق أن لا يتبع المتعدى؛ لأنه أتلّف ماله على وجه التعدي، فكان له أن يضمه، سواء علم أنه له أو لم يعلم بذلك.

فصل: وقوله: «ولو طال الزمان أو هلك الشهود، أو مات البائع، أو المشتري، أو هما حيان، فنسى أصل البيع لطول الزمان لبطلت الشفعة، ولم ييطل الاستحقاق»، يريد أن لطول الزمان تأثيراً في إبطال الشفعة.

فإذا أتى من طول الزمان ما تبين فيه الشهود وبادوا، لم يجز ذلك بالإشهاد على شهادتهم حتى لم يكن إثبات ثمن المشتري، فإن الشفعة تبطل بثلاثة أوجه، أحدها: لطول الزمان، فإن له تأثيراً في إبطال الشفعة، ولذلك قلنا إنه إذا مضى قدر سنة مع حضور الشفيع، بطلت الشفعة.

والثاني: أن الظاهر تركه الطلب بها على وجه ما يطلب بذلك، ولم يصرف النظر إلى ذلك حتى طال الزمان، ومضت المدد التي لا يكاد يغير فيها ذو الحق عن النظر في

٢١٨ كتاب الشفعة

الطلب لحقه، فإن الظاهر تركه للشفعة، ولهذا أيضاً تأثير فى إبطال الشفعة، ولهذا ثبتت فيما قرب من المدد دون ما بعد منها.

والثالث: أنه إن لم يثبت الثمن وجهل، فإن له تأثيراً فى إبطال الشفعة.

وقد روى عيسى، عن ابن القاسم فيمن تصدق على أخت له بحصة من قرية، وقال: كنت أصبت من مورثها ما لا أعلم قدره أنه لا شفعة فى ذلك؛ لأن الثمن لا يعرف.

قال سحنون: لأنه ليس ببيع، ولا يعرفه المقر له ولا يطلبه، ولو كان عن شيء يدعيه ويطلبه، فصولح به لكان كالبيع تثبت فيه الشفعة بالقيمة، وإن لم يسم الثمن.

فإذا اجتمعت هذه الوجوه كان لها تأثير فى إبطال الشفعة، فعلى هذا لطول المدة أحوال منها أن تطول جداً حتى يأتى من المدة ما يبىد فيها الشهود، وينسى الثمن، فهذا يبطل شفعة الغائب والحاضر، وما هو أقصر من ذلك من المدة تبطل فيها شفعة الحاضر دون الغائب.

وهى على ما تقدم وما دون ذلك من المدة تجب اليمين فيها على الحاضر أنه ما ترك فيها القيام تركاً لشفعته، ويكون له الأخذ بالشفعة، وهو أقرب من ذلك فيه الأخذ بالشفعة دون يمين.

فصل: وقوله: «وإن كان أمده على غير ذلك، ورأى أن البائع غيب الثمن ليقطع الشفعة، فالشفعة ثابتة»، يريد أن إخفاء قدر الثمن وجنسه بمجرده، لا يقطع الشفعة، وإنما يقطع ذلك إخفاء قدر الثمن وجنسه لطول المدة.

ولو كان الجهل بالثمن يبطل الشفعة، لاتفق المتبايعان على كتمانها، وبطلت الشفعة، وثبت الضرر، وهذا باطل باتفاق.

فصل: وقوله: «قومت على قدر ما يرى أنه ثمنها، فيصير ذلك ثمنها»، يريد أنه إذا أخفى المتبايعان الثمن، فالشفعة ثابتة بقيمة الشقص؛ لأنه إذا لم يعرف العوض أو كان مما لا قيمة له، فالشفعة تجب بقيمة الشقص.

وهذا حكم الشقص ينكح به، أو يخالغ به، أو ما جرى بجرى ذلك، فإنه إنما يأخذه الشفيع بقيمة ما كان عوضه لا قيمة له، فكذلك إذا جهل ثمنه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي مَالِ الْمَيِّتِ كَمَا هِيَ فِي مَالِ الْحَيِّ، فَإِنْ خَشِيَ أَهْلُ الْمَيِّتِ أَنْ يُنْكَسِرَ مَالُ الْمَيِّتِ قَسَمُوهُ، ثُمَّ بَاعُوهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ فِيهِ شُفْعَةٌ.

الشرح: وهذا على ما قال، ويحتمل قوله: «والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي»، أن يكون الميت قد خلف ورثة، فباع بعضهم أو جميعهم، فلسائر الورثة إن باع بعضهم، أو لمن شركهم إن باع جميعهم، الشفعة.

فعلى هذا يكون معنى قوله: «الشفعة ثابتة في مال الميت»، أى في المال الذى كان للميت، وانتقل عنه بوراثته، ويحتمل أن يريد أنه بقى على حكم الميت، إما للدين لزمه، يباع فيه ماله أو لوصية تعلقت به.

وقد قال فى المجموعة فى ميت لحقه دين، فباع عليه الإمام أرضه مزايده، فقال أحد الورثة بعد البيع: أنا أؤدى من الدين بقدر ما على، وأخذ بقية نصيب شركائى بالشفعة، فإن كان فى بقية ما يباع من الأرض تمام ذلك، فله ذلك، وإلا فلا شفعة له.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أنه إن أوفى ثمن الأرض بالدين، فإن للورثة أن يقضوا دينه من أموالهم، ويتمسكوا بالأرض، فإن سلمها بعضهم، فمن تمسك بحظه منها له الشفعة فيما سلم سائر الورثة؛ لأنهم فى الحقيقة بائعون، وهو شريك لهم متمسك بحظه، فله الشفعة فيما يبيع من سهام سائر الورثة.

وإن قصر ثمن الأرض عن الدين، فليس للورثة أن يخرجوا قدر الثمن من أموالهم، ويتمسكوا بالأرض، فإنهم فى ذلك كسائر الناس، فإن زادوا على ما أعطى غيرهم بالأرض اشتروا الأرض، وإن كان بعضهم زاد، وامتنع بعضهم من ذلك.

فمن زاد منهم مشتر لا وارث، فلا شفعة له مع من شركه من الشركاء من أجنبي أو وارث، وإن لم يزيدوا على ما أعطى غيرهم، فمن أعطى أولاً ذلك الثمن، فهو أحق به، والورثة والأجنيون فى ذلك سواء.

وقال أشهب فى الموازية والمجموعة، فى المتوفى يحيط الدين بماله: للغرماء أخذ شفته، وللورثة أخذها، فإن أخذوها بمال الميت، فللغرماء الثمن والفضل حتى يستوفوا حقوقهم، فما بقى للورثة، فإن أخذوها بما لهم، فإن كانت تساوى أكثر من الثمن يبعث، وقضى بالفضل دينه، وإن لم تبلغ إلا الثمن أو أقل، لم تبع عليهم.

وقال ابن عبدوس، عن سحنون: لمالك فيها تفسير لم يقع عليه أشهب، وكان

٢٢٠ كتاب الشفعة

يعجب به سحنون ويراها أصلاً، وقاله المغيرة. قال سحنون: قال مالك: يبدأ بالورثة، فيقال لهم: إن قضيتم الدين، فلكم الشفعة؛ لأن الميراث بعد الدين.

فإن أبوا وبيع ميراث الميت لدين، فلا شفعة لهم؛ لأن الشقص الذى يشفع به قد بيع، ولم يملكوه فى مال، ولا حلوا محل الميت لتبريهم من تركته.

قال المغيرة: وإذا أبى الورثة أن يقضوا الدين، وأحبوا أن يباع المال، فإن كان فيه فضل ورثوه، فلا شفعة لهم ولا للغرماء؛ لأن الغرماء لا يملكون الشقص الذى ثبتت به الشفعة، وهذه المسألة وإن كان فيها معنى التفسير الذى قدمناه، ففى المسألة كلها نظراً؛ لأن الشفيع ليس له أن يأخذ بالشفعة لبييعها.

وفى هذه المسألة أخذ الشقص بالشفعة لبياع، وقد قال أشهب فى الموازية والمجموعة: لو قال قائل: ليس لمن أحاط به الدين شفعة؛ لأنه إنما يأخذ لبياع فى دينه ما عقبه.

وقال سحنون: إنما ذلك لأن المفلس محجور عليه، يريد والله أعلم، أنه يباع عليه بالحكم، ويؤخذ له من الشفعة ما فيه الأصلح له فى أداء دينه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا الباب مبنى على أن حق الشفعة موروث، وبه قال الشافعى، ومنع منه أبو حنيفة.

والدليل على ذلك قول النبى ﷺ: «إنما الشفعة فيما لم يقسم»، وهذا عام.

ومن جهة المعنى أن هذا خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فوجب أن ينتقل إلى الورثة كخيار الرد بالعيب.

مسألة: ولو أوصى الميت بالثلث، فباع السلطان ثلث داره، فلا شفعة للورثة إذا كان الميت باع، قاله سحنون فى العتبية.

والأظهر عندى فى هذه المسألة ثبوت الشفعة؛ لأن الموصى لهم وإن كانوا غير معينين، فهم أشراك بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار، وقد بلغنى ذلك عن ابن المواز، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإن خشى أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه، ثم باعوه، ولا شفعة فيه»، يريد أن يبيع الجزء من المتاع قد ينقص من ثمنه عن ثمنه لو ميز بالقسمة لضرر الشركة، ولما يخاف من الشفعة، فقد يمتنع الراغب فى الملك من شرائه، إذا عرف

كتاب الشفعة ٢٢١
أنه له شفيحاً يأخذ الشفعة؛ لأنه ليس في التعريض لشرائه إلا ثبوت العهدة عليه للشفيع،
والعناء في النقد والاتقاد، وعقد عهدين إحداهما له، والأخرى عليه.

وقد يشتري من فقير، فلا يجد على من يرجع بالثمن، إن استحق الشقص يوماً،
فيزيد في ثمن المقسوم المعين؛ لأنه لا يؤخذ منه بشفعة، بل يسلم له ما اشتري ويسلم
من ضرر الشركة، والله أعلم.

قال مالك: وَلَا شُفْعَةَ عِنْدَنَا فِي عَبْدٍ وَلَا وَلِيدَةٍ وَلَا بَعِيرٍ وَلَا بَقْرَةٍ وَلَا شَاةٍ، وَلَا
فِي شَيْءٍ مِنَ الْحَيَّوَانِ، وَلَا فِي ثَوْبٍ، وَلَا فِي بَثْرِ لَيْسَ لَهَا بَيَاضٌ، إِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا
يَصْلُحُ أَنَّهُ يَنْقَسِمُ، وَتَقَعُ فِيهِ الْحُلُودُ مِنَ الْأَرْضِ، فَأَمَّا مَا لَا يَصْلُحُ فِيهِ الْقَسْمُ، فَلَا
شُفْعَةَ فِيهِ.

الشرح: معنى ذلك، والله أعلم، أن ما ينقل ويحول من الحيوان والعروض لا شفعة
فيه لما قدمناه من أن غلبة ثبوت الشفعة معدومة فيه، وهذا في بيعها مفردة.

وأما إذا كانت تبعاً لغيرها كالرقيق والدواب لتعمير الأرض والحائط، ففي العتبية من
رواية عيسى فيمن اشتري شقصاً من حائط، وفيه رقيق ودواب، فليأخذ الشفيع مع
رقيقه ودوابه إذا لم يكن للحائط منهم بد.

زاد في كتاب محمد: ولو اقتسم الحائط أو باع أحدهم نصيبه من الرقيق والآلة، فلا
شفعة لأحد فيه.

ووجه ذلك أنهم بعض صفات الحائط؛ لأنه لا يكون على تلك الصفة إلا به، فهم
منه على وجه التبع له.

فرع: فإذا قلنا لهم أخذ ذلك بالشفعة، فلو أن المشتري وهبهم أو باعهم، فإن
للشفيع أخذ الحائط وما بقى بحصته من الثمن، ولو ماتوا فله أن يأخذ الشقص بجميع
الثمن أو يترك.

ووجه ذلك أن الرقيق لما كانوا بعض صفات الأصل، فإن أتلف المشتري أعيانهم،
لزم تقسيط الثمن، وإن ماتوا لم يكن له أن يأخذ الباقي إلا بجميع الثمن كما لو قطع
النخل وباع جذوعها أو وهبها للزومه تقسيط الثمن، وأخذ ما بقى بحصته منه، ولو
بيست الأصول أو احترقت، لم يكن له أن يأخذ الباقي إلا بجميع الثمن، والله أعلم.

٢٢٢ كتاب الشفعة

مسألة: والنخل والنقض إنما تثبت فيه الشفعة إذا كان على حكم التبقية؛ لأنه من الأصول الثابتة، فإذا بيع شيء من ذلك على القلع، فلا شفعة فيه.

قاله ابن القاسم في الموازية والمجموعة، فيمن ابتاع نخلة على القلع، ثم اشترى الأرض بعد ذلك، فأقرها فاستحق رجل نصف ذلك كله، فإن له أن يأخذ نصف ذلك بالشفعة بنصف الثمن.

قال أصبغ: وإلى هذا رجع ابن القاسم. وقال سحنون وابن القاسم، فيمن اشترى نقض دار على القلع، ثم اشترى العرصة، أو اشترى العرصة، ثم اشترى النقض، واستحق الرجل نصف الدار: أنه يأخذ نصف القاعة بالشفعة بنصف الثمن، ونصف النقض بقيمته قائماً.

وأنكر هذا سحنون وطرحه، وقال: قد أبطل الشفعة هاهنا في النقض. وقال أشهب: الشفعة في الأرض دون النخل والبناء. قال أصبغ: قول ابن القاسم أصوب، وعليه أصحابنا.

فصل: وقوله: «إنما الشفعة فيما يقسم، وتقع فيه الحدود من الأرض»، يريد ما يقسم بالحدود، وذلك مما يختص بالأرض. وأما ما لا تصلح فيه القسمة على الوجه المذكور، فلا شفعة فيه.

وهذا على ضربين، أحدهما: ما ليس من جنس ما تثبت فيه الشفعة كالذى ذكره من الحيوان والعروض الذى تنقل وتحول، ولا خلاف بين الفقهاء اليوم فى منع الشفعة فيه، وإنما روى إثبات الشفعة فيه عن ابن أبى ليلى.

والثانى: أن يكون من جنس ما تثبت فيه الشفعة، إلا أنه لا ينقسم بالحدود إلا بضرر كالحمام والدار الصغيرة والأندر، والبقعة الصغيرة من الأرض التى إن قسمت لم يصب أحد الشركاء أو بعضهم إلا ما لا يتنفع به.

قال مالك: من اشترى أرضاً فيها شفعة لئناس حضور، فليرفعهم إلى السلطان، فإنما أن يستحقوا، وإنما أن يسلم له السلطان، فإن تركهم، فلم يرفع أمرهم إلى السلطان، وقد علموا باشتراؤهم، فتركوا ذلك حتى طال زمانه، ثم جاعوا يطلبون شفعتهم، فلا رأى لهم ذلك^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٣١٢/٢١.

الشرح: ومعنى ذلك أن من اشترى أرضاً لها شفيع حاضر، فإنه إن أراد قطع خيار الشفيع رفعه إلى السلطان فوقفه، فإما أن يستحق، ومعناه يأخذ بشفعته، وإما أن يسلم له السلطان، معناه يحكم عليه بإبطال شفعته، إن لم يأخذ بالشفعة أو أراد من تأخير الثمن ما ليس له.

قال الشيخ أبو بكر: إنما يرفعه إلى الحاكم ليأخذ أو يترك؛ لأن المشتري يحتاج إلى التصرف فيما اشتراه بالبناء والهدم والإصلاح، فمتى طال عليه بقاء الشفيع عدم حكم الخيار، وجوز أن يأخذ، وإن يترك أضر ذلك به.

ولا ينقطع خيار الشفيع معجلاً إلا بما ذكره من رفعه إلى السلطان، ويعجل الحكم له أو عليه.

مسألة: فإذا رفعه المشتري إلى السلطان ليقطع خياره، لم يخل أن يكون المالك حاضراً أو غائباً، فإن كان حاضراً، وسأل أن يؤخر اليومين أو الثلاثة حتى يرى رأيه، فليس ذلك له، وليعجل الأخذ أو الترك في مقامه، أو يسلم الحكم إلى المشتري، هذا الذى ذكره فى كتاب ابن المواز، وهو لأشهب فى المجموعة.

وقال غيره: إذا طلب الشفيع عند الإمام الشفعة كلف الإمام المبتاع إثبات شرائه، فإذا ثبت أحلفه، لقد نقد ما سمي من الثمن، وما أعلن شيئاً غيره، ثم قيل للشفيع: خذ أو سلم، ولا يبرح من المجلس حتى يأخذ أو يسلم.

وقال مالك فى مختصر ابن عبدالحكم: يؤخره السلطان اليوم واليومين والثلاثة لينظر ويستجيز.

ووجه ذلك أنه خيار يضر بالمبتاع، فليس للشفيع استدامته.

مسألة: ولو كان المالك غائباً، فقال الشفيع: أخرجني أنظر إليه، فإن كانت غيبة المالك بعيدة، فقد قال مالك فى العتبية من رواية أشهب، عن مالك: ليس له ذلك.

قال ابن المواز: شراء المشتري يعنى الشفيع عن النظر؛ لأن المشتري إنما اشترى على صفة أو عيان، ولو كانت غيبة المالك قريبة كالساعة من النهار، أخرج لينظر إليه؛ لأنه ليس فى ذلك ضرر على المبتاع لقرب المبيع.

مسألة: فإذا وقف الشفيع، فترك الشفعة، بطلت شفعته، ولم يكن له القيام بها بعد هذا، وإن أخذ بالشفعة، وطلب أن يؤجل بالثمن ضرب له الإمام فى ذلك أجلاً يومين أو ثلاثة، وإن لم يضرب له أجلاً، فلا بأس به.

٢٢٤ كتاب الشفعة

وقال مالك: رأيت القضاة يؤخرونه هكذا. وقد رأيت عن ابن الماجشون أنه يؤخر عشرة أيام ونحوها، وعن أصبغ: يؤخر بقدر قلة المال وكثرته، وبقدر عسره ويسره، وأقصى ذلك شهر، ثم لا أدري ما وراء ذلك.

مسألة: ولو أخذ الشفيع بالشفعة لما وقف له، ثم بدا له، وأبى المشتري أن يقبله، فقد روى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم فى العتبية: إن ذلك لازم له، إلا أن يرضى المتباع أن يقبله.

وروجه ذلك أن الأخذ بالشفعة عقد لازم كالبيع المجدد.

مسألة: وهذا كله إنما هو إذا أوقفه الحاكم، وأما لو أوقفه غير الحاكم والسلطان، فإنه على شفيعته حتى يوقفه السلطان أو يترك هو، قاله ابن المواز.

وروجه ذلك أن التوقيف يفضى إلى الحكم عليه بإبطال شفيعته، وذلك لا يكون إلا بعد حكم من له ولاية، فإن أوقفه من لا ولاية له فى الحكم، لم يلزمه حكمه فى هذا كما لا يلزمه فى غير ذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو ساوم الشفيع المتباع فى الشقص أو اكتراه منه أو ساقاه إياه. قال ابن القاسم فى الموازية: إن ذلك تسليم للشفعة.

وقال أشهب: لا يضره ذلك، وهو على شفيعته كما لو فعل ذلك بمحضره مع غيره لم تبطل بذلك شفيعته، واتفقا على أنه لو قاسمه لبطلت بذلك شفيعته، والله أعلم وأحكم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الفرائض

ميراث الصلب

مَالِكُ أَنَّهُ قَالَ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا فِي فَرَائِضِ الْمَوَارِيثِ أَنَّ مِيرَاثَ الْوَالِدِ مِنَ وَالِدِهِمْ أَوْ وَالِدَتِهِمْ أَنَّهُ إِذَا تُوُفِيَ الْأَبُ أَوْ الْأُمُّ وَتَرَكَهَا وَلَدًا رَجُلًا وَنِسَاءً، فَلِلذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: ١١] فَإِنْ شَرِكَهُمْ أَحَدٌ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ، وَكَانَ فِيهِمْ ذَكَرٌ، بُدِيَ بِفَرِيضَةٍ مِنْ شَرِكِهِمْ، وَكَانَ مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن ميراث الولد من الأبوين على ضربين، أحدهما: أن يرثوا بالتعصيب، وهو أن يكون الولد رجلاً ونساء. والثاني: أن يرثوا بالفرض، وهو أن يكن نساء.

فإن ورثوا بالتعصيب، وكانوا رجالاً، فالميراث بينهم بالسواء لتساويهم في سبب استحقاقهم، ووصفتهم في أنفسهم، وإن كانوا رجالاً ونساء، فللذكر مثل حظ الأنثيين. والأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

وأما إن ورث البنات بالفرض لانفرادهن، فلا يخلو أن يكن واحدة أو أكثر من ذلك، فإن كانت واحدة، فلها النصف.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: ١١]. وإن كن اثنتين، فالذي عليه جماعة الصحابة ومن بعدهم أن فرض البنتين، فما زاد الثلثان.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٣٨٩/١٥.

وروى ابن عباس أنه قال: فرضهما النصف، ولم يثبت ذلك عنه.

والدليل على ضعف هذا القول الإجماع على خلافه. ودليلنا من جهة المعنى أن كل نوع من النساء فرض واحدهن النصف، فإن فرض البنتين منهن الثلثان. أصل ذلك الأخوات.

مسألة: فإن كان مع البنت أو البنات ذو فرض أو عصبية يستحق باقى المال دفع إليه، وإن لم يكن ذلك دفع باقى التركة إلى بيت مال المسلمين، ولم يرد على البنات، ولا على ذى فرض من هذا على قول زيد بن ثابت وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار ومالك والشافعى.

وقد روى عن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، والمشهور عنه أنه كان يرد ما فضل عن ذوى الفروض على ذوى السهام من ذوى الأرحام.

وبه قال على بن أبى طالب، وهو قول أبى حنيفة والثورى وأحمد، إلا ابن مسعود لم يرد على أربع مع أربع، لم يرد على ابنة الابن مع ابن البنت، ولا على الأخت للأب مع الأخت للأب والأم، ولا على ولد الأم مع الأم، ولا على الجدة مع ذوى الأرحام، فإن انفرد عن الأربعة رد عليهن، وأجمعوا على أنه لا يرد على زوج ولا زوجة.

والدليل على صحة القول الأول قول الله عز وجل: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾ [النساء: ١١]، وقوله تعالى: ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد﴾ [النساء: ١٢٦].

فوجه الدليل من الآية أن الله تعالى جعل للأخت النصف، وأبو حنيفة يجعل لها الكل. ووجه آخر أن البارى جل وعز فرق بين الأخ والأخت، وأبو حنيفة جعل حكمها واحداً.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ذو سهم لا تعصيب له، فلم يرد عليه كالزوج والزوجة.

فصل: وقوله: «فإن شركهم أحد بفريضة مسمأة، وكان فيهم ذكر»، يريد فى الولد «بدئ بفريضة من شركهم»، يريد أن البنات إذا كان معهن ابن ذكر، فإنهم يرثون بالتعصيب.

فإذا شركهم من له فرض كأحد الأبوين أو الزوجين بدئ بفريضة من شركهم؛ لأن الابن قد نقلهن من الفرض إلى حكم التعصيب، فوجب تقديم الفروض.

كتاب الفرائض ٢٢٧
والأصل في ذلك ما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ألحقوا الفرائض
بأهلها، فما بقى فهو لأولى رجل ذكر».

ولو انفرد البنات لكن من أصحاب الفرائض يبدأن كما يبدأ غيرهن، فإن وسع
الفرائض المال وإلا دخل الفريضة العول في قول جميع الصحابة، إلا ما روى عن ابن
عباس.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فيتعلق بهذا الفصل مسألتان، إحداهما: في بيان من يرث من
الرجال والنساء. والثانية: في بيان الفريضة المسماة.

فأما المسألة الأولى، فإن من يرث من الرجال عشرة، وهم الابن وابن الابن، وإن
سفل، والأب والجد، وإن علا، ولأخ وابن الأخ، والعم وابن العم، الزوج ومولى
النعمة، ومن النساء سبع، وهن البنت، وبنت الابن، وإن سفلت، والأم والجدة
والأخت والزوجة ومولاة النعمة.

وأما الفرائض المقدرة المذكورة في كتاب الله عز وجل، فستة النصف، ونصف
النصف، وهو الربع، ونصف الربع، وهو الثمن، والثلاثان، ونصف الثلثين، وهو الثلث،
ونصف الثلث، وهو السلس.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالنصف فرض خمسة الابنة، وبنت الابن، إذا لم تكن بنت،
والأخت للأب والأم، والأخت للأب، إذا لم تكن أخت لأب، وأم، والزوج، إذا لم
يكن ولد، ولا ولد ابن.

مسألة: والربع فرض اثنين، الزوج إذا كان له ولد أو ولد ابن، والزوجة إذا لم يكن
للمتوفى ولد، ولا ولد ابن.

مسألة: والثلاثان فرض كل اثنين، فصاعدًا من فرضه النصف، وهو كل اثنين فصاعدًا
من البنات، والأخوات للأب والأم، والأخوات للأب.

مسألة: والثلث فرض الأم إذا لم يكن ولد، ولا ولد ابن، ولا اثنان من الإخوة أو
الأخوات، ويفرض في الغراوين، وهما زوج وأبوان، أو زوجة وأبوان، ثلث ما
بقى بعد فرض الزوج أو الزوجة، والثلث فرض كل اثنين فصاعدًا من الإخوة
والأخوات للأم.

مسألة: والسلس فرض سبعة لكل واحد من الأبوين مع الولد، وفرض الأم مع

٢٢٨ كتاب الفرائض

الاثنين، فصاعدًا من الإخوة والأخوات، وفرض الجدات، وفرض بنات الابن مع الابنة للصلب تكملة الثلثين، وفرض الأخوات للأب مع الأخت للأب، والأم تكملة الثلثين، وفرض الأخ أو الأخت للأم، وفرض الجد مع الولد، وله فروض مختلفة تذكر في بابه إن شاء الله.

قال مالك: وَمَنْزِلَةُ وَلَدِ الْأَبْنَاءِ الذُّكُورِ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ كَمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ سِوَاءِ ذُكُورِهِمْ كَذُكُورِهِمْ، وَأَنْشَاهُمْ كَأَنْشَاهُمْ، يَرِثُونَ كَمَا يَرِثُونَ وَيَحْجُبُونَ كَمَا يَحْجُبُونَ.

الشرح: وهذا كما قال أن ولد الابن عند عدم الولد بمنزلة الولد لأنشاهم النصف، وللأثنين منهما فما زاد الثلثان، وللذكور فما زاد جميع المال، وذكرهم يعصب أخته، فيكون لهما جميعًا المال، للذكر مثل حظ الأنثيين، فهذا في الميراث.

فأما في الحجب، فهم أيضًا بمنزلة الولد الصلب في الحجب، وذلك أن حجب الولد ولد الولد على ضربين، حجب هو منع من الميراث جملة، وحجب هو رد من فرض إلى فرض.

فأما منع الميراث جملة، فإن الابن يمنع الميراث ولد الابن والإخوة للأب، والأم والأخوات للأب والإخوة للأم، ومنع الميراث كل عصب لا فرض له من الأعمال، وبنى الغم وبنى الأخ، وذلك أن كل من ورث بسبب، فإنه يسقط من كان أبعد منه ممن يرث بذلك السبب، ويسقط من كان أضعف حالاً منه في ذلك السبب، وإن كان القرب سواء.

فأما الأول، فإن الأخ يسقط ولد الأخ، وهما يدلبيان بالأخوة، والأخ أقرب من ابن الأخ، والأب يسقط الجد؛ لأنهما يرثان بالأبوة، والأب أقربهما، وسيأتي ذكر الجد بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإذا استكمل البنات الثلثين سقط ميراث بنات الابن، إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن ابن ابن يعصهن، وإذا استكمل الأخوات للأب والأم الثلثين، سقط الأخوات للأب، إلا أن يكون معهن أخ لهن فيعصبن، وقد ذكرنا حجب العصباء بعد هذا.

فصل: وأما الحجب عن بعض الفرض، وهو الرد من فرض إلى فرض، فإن الولد وولد الولد يرد الزوج إلى الربع، والزوجة إلى الثمن، والأم إلى السلس، والابن أو ابن

الابن يرد الأب والجد إلى السلس، والبنت ترد بنات الابن من الثلثين إلى السلس، وترد بنت الابن من النصف إلى السلس.

والأخت للأب والأم ترد الأخوات للأب من الثلثين إلى السلس، والأخوات، فما زاد ذكوراً كانوا أو إناثاً، يردان الأم من الثلث إلى السلس، وترد الأخت للأب والأم، الأخت للأب من النصف إلى السلس.

قال مالك: فَإِنْ اجْتَمَعَ الْوَالِدُ لِلصُّلْبِ وَوَلَدُ الْإِبْنِ فَكَانَ فِي وَلَدِ الْوَالِدِ لِلصُّلْبِ ذَكَرٌ، فَإِنَّهُ لَا مِيرَاثَ مَعَهُ لِأَحَدٍ مِنْ وَلَدِ الْإِبْنِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْوَالِدِ لِلصُّلْبِ ذَكَرٌ، وَكَانَتَا ابْنَتَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنَ الْبَنَاتِ لِلصُّلْبِ، فَإِنَّهُ لَا مِيرَاثَ لِبَنَاتِ الْإِبْنِ مَعَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ بَنَاتِ الْإِبْنِ ذَكَرٌ هُوَ مِنَ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَتِهِنَّ أَوْ هُوَ أَطْرَفٌ مِنْهُنَّ، فَإِنَّهُ يَرُدُّ عَلَى مَنْ هُوَ بِمَنْزِلَتِهِ وَمَنْ هُوَ فَوْقَهُ مِنْ بَنَاتِ الْأَبْنَاءِ فَضْلاً إِنْ فَضَلَ، فَيَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ، فَلَا شَيْءَ لَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْوَالِدُ لِلصُّلْبِ إِلَّا ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ، فَلَهَا النِّصْفُ وَالْابْنَةُ ابْنُهُ وَاحِدَةٌ كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنَ بَنَاتِ الْأَبْنَاءِ يَمَنْ هُوَ مِنَ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ السُّلُسُ، فَإِنْ كَانَ مَعَ بَنَاتِ الْإِبْنِ ذَكَرٌ هُوَ مِنَ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَتِهِنَّ، فَلَا فَرِيضَةَ وَلَا سُلُسَ لَهُنَّ، وَلَكِنْ إِنْ فَضَلَ بَعْدَ فَرَائِضِ أَهْلِ الْفَرَائِضِ فَضْلاً، كَانَ ذَلِكَ الْفَضْلُ لِلذَّكَرِ، وَلَمْ يَكُنْ هُوَ بِمَنْزِلَتِهِ، وَمَنْ فَوْقَهُ مِنَ بَنَاتِ الْأَبْنَاءِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ، وَلَيْسَ لِمَنْ هُوَ أَطْرَفٌ مِنْهُنَّ شَيْءٌ، فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ، فَلَا شَيْءَ لَهُمْ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء ١١].

قال مالك: الْأَطْرَفُ هُوَ الْأَبْعَدُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا ميراث لابن الابن مع الابن؛ لأنه أقرب سبباً منه إلى الميت، وهما يدلان بالبنوة، ولأن ابن الابن يدل بالابن، ومن يدل بعاصب، فإنه لا يرث معه، وإن عدم الابن، وكانت ابنة واحدة، فإن ابنة الابن ترث معها السلس تكملة الثلثين؛ لأنه فرض يرثه البنتان فما زاد، وبنات الابن يقمن مقام البنات عند عدمهن.

٢٣٠ كتاب الفرائض

فلما عدم من يستحق منهم السلس كان ذلك لبنت الابن، فهى أولى بالسلس من الأخت الشقيقة، وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين، إلا ما يروى عن أبى موسى وسليمان بن ربيعة: أن النصف للبنت والنصف الثانى للأخت، ولا حق فى ذلك لبنت الابن.

وقد روى عن أبى موسى ما يقتضى الرجوع عن هذا القول، وذلك ما رواه هذيل ابن شرحبيل: سئل أبو موسى عن بنت وابنة ابن وأخت، فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف، وأتت ابن مسعود، فسيتابعنى.

فسئل ابن مسعود وأخبره بقول أبى موسى، فقال: لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين، أفضى فيها بما قضى رسول الله ﷺ للابنة النصف، ولابنة الابن السلس تكملة الثلثين، وما بقى للأخت، فأتينا أبا موسى، فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: لا تسألونى عن شىء ما دام هذا الخبر فيكم.

والدليل على صحة ذلك من جهة المعنى أن بنت الابن فى هذه المسألة ترث بالفرض، والأخت ترث بالتعصيب، ولا ميراث للعصبة حتى يستكمل ذوو الفروض فروضهم.

مسألة: وسواء كانت بنت الابن واحدة أو أكثر، ليس لهن إلا السلس يشتركن فيه على السواء، فإن كان معهن ابن ابن فى درجتهم أو أسفل منهن عصبهن، فكان النصف بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالغاً ما بلغ.

وقال ابن مسعود: ينظر، فإن كان لبنات الابن فى المقاسمة السلس أو أقل من ذلك، قسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كانت حصص البنات بالمقاسمة أكثر من السلس فرض لهن السلس، ويجعل الباقي لبني الابن، وكذلك يقول فى الأخت لأب وأم وأخوات وإخوة لأب، وبه قال أبو ثور.

مسألة: فإن كن بنات الصلب اثنتين فصاعدًا، حجبن بنات الابن أن يرثن بالفرض؛ لأنه لا مدخل لبنات الابن أن يرثن بالفرض فى غير الثلثين.

فإن كان مع بنات الابن ابن ابن هو بمنزلتهن من الميت أو أبعد منهن عصبهن، فورثن معه بالتعصيب ما فضل عن ذوى الفروض للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن لم يفضل شىء، فلا شىء لهن، إلا أن هذا حكم العصبة، هذا قول جمهور الصحابة والتابعين.

كتاب الفرائض ٢٣١
وروى عن ابن مسعود أنه لا يعصبهن ذكر في درجتهم ولا أسفل منهن، وينفرد بالميراث دونهن.

والدليل على ما نقوله أن كل جنس يعصب ذكورهم إناثهم في جميع المال، فإنه يعصبهن فيما فضل منه كولد الصلب.

مسألة: وإن كان الابن أقرب إلى الميت حجبه عن الميراث؛ لأنه أقرب منهن، يرث مثل سببهن من التعصيب كالأخ مع ابن الأخ.

فصل: وقوله: «وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى﴾ [النساء: ١١]»، على سبيل الاحتجاج على صحة ما قاله، وبيان موضع ما ذكر من أحكام الموارث في كتاب الله عز وجل.

* * *

ميراث الرجل من امرأته والمرأة من زوجها

قال مالك: وميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولداً ولا ولد ابن منه أو من غيره النصف، فإن تركت ولداً أو ولد ابن ذكراً كان أو أنثى، فلزوجها الربع من بعد وصية توصي بها أو دين، وميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك ولداً ولا ولد ابن الربع، فإن ترك ولداً أو ولد ابن ذكراً كان أو أنثى، فلامرأته الثمن من بعد وصية توصي بها أو دين، وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿وَلَكُمْ مِمَّا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن فرض الزوج النصف ويحجبه الولد وولد الابن إلى الربع، وأكمل فروض الزوجة الربع، ويردها الولد وولد الابن إلى الثمن. والأصل في ذلك الآية المتقدمة.

فإن كانت الزوجة واحدة، فهذا حكمها، وإن كن اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً، فحكمهن في ذلك حكم الزوجة الواحدة، لهن الربع دون الولد وولد الابن، ولهن الثمن مع الولد وولد الابن، يقتسمن ذلك على السواء.

٢٣٢ كتاب الفرائض

ولا تنقص الزوجة أو الزوجات من الثمن، إلا أن ينقصهن العول مثل أن يترك المتوفى زوجة وأبوين وابتنتين، فإن أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين، وتعول إلى سبع وعشرين، وتسمى المنبرية.

وذلك أن على بن أبي طالب، رضى الله عنه، سئل عن ميراث الزوجة من هذه المسألة، وهو يخطب على المنبر، فقال: عاد ثمنها تسعاً، ومضى فى خطبته.

* * *

ميراث الأب والأم من ولدهما

قال مالك: الأمرُ المُجتمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ، وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ يَلِدُنَا أَنَّ مِيرَاثَ الْأَبِ مِنْ ابْنِهِ أَوْ ابْنَتِهِ، أَنَّهُ إِنْ تَرَكَ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا أَوْ وَلَدًا ابْنُ ذَكَرًا، فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلْأَبِ السُّلْسُ فَرِيضَةً، فَإِنْ لَمْ يَتْرِكِ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا وَلَا وَلَدًا ابْنُ ذَكَرًا، فَإِنَّهُ يُبَدَأُ بِمَنْ شَرَكَ الْأَبَ مِنْ أَهْلِ الْفَرَايِضِ، فَيُعْطُونَ فَرَايِضَهُمْ، فَإِنْ فَضَّلَ مِنَ الْمَالِ السُّلْسُ فَمَا فَوْقَهُ كَانَ لِلْأَبِ، وَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ عَنْهُمْ السُّلْسُ فَمَا فَوْقَهُ فُرِضَ لِلْأَبِ السُّلْسُ فَرِيضَةً^(١).

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن ميراث الأب من ابنه أو ابنته يكون على وجهين، أحدهما: أن ينفرد بالفرض. والثانى: أن يجمع الفرض والتعصيب. وقد قال أبو إسحاق الإسفراينى، وبعض أصحاب الشافعى: إنه ينفرد بالتعصيب.

فأما موضع انفراده بالفرض، فتارة يكون مع من هو أقوى تعصياً منه كالابن وابن الابن، فإن هذا يحجب بعصبته، ويرد إلى مجرد فرضه، وهو السلس، والثانى أن يعطى فرضه، وهو السلس، ثم يستغرق أهل الفروض بقية المال، فلا يبقى منه ما يورث بتعصيب، فإنه لا يرث إلا ما وجب له بالفرض أولاً وهو السلس.

وذلك أن يرث المتوفى ابنتان فأكثر وأبوان، فيكون للابنتين الثلثان، وللأبوين لكل واحد منهما السلس، فلا يبقى من المال بعد ذلك شيء.

وأما موضع يجمع فيه الميراث بالفرض والتعصيب، فهو أن ينفرد بالميراث، فيرث سدسه بالفرض، وباقيه بالتعصيب أو يبقى منه بعد ميراثه بالفرض، وميراث ذوى

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٠٤/١٥.

كتاب الفرائض ٢٣٣
الفروض بقية، فإنه يرثها بالتعصيب، مثل أن يرث المتوفى أب وزوجة، فإن للزوجة
الرابع، وللأب السدس بالفرض، ويبقى نصف، ونصف السدس، فيكون له بالتعصيب.

وَمِيرَاثُ الْأُمِّ مِنْ وَلَدِهَا إِذَا تُوَفِّيَ ابْنُهَا أَوْ ابْنَتُهَا، فَتَرَكَ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا أَوْ وَلَدَ ابْنٍ
ذَكَرًا كَانَ أَوْ أَنْثَى أَوْ تَرَكَ مِنَ الْإِخْوَةِ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، ذُكُورًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا، مِنْ أَبِي
وَأُمِّ أَوْ مِنْ أَبِي أَوْ مِنْ أُمِّ، فَالسُّدْسُ لَهَا، وَإِنْ لَمْ يَتْرِكِ الْمُتَوَفَّى وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ وَلَا
ابْنَتَيْنِ مِنَ الْإِخْوَةِ فَصَاعِدًا، فَإِنَّ لِلْأُمِّ الثُّلُثَ كَامِلًا إِلَّا فِي فَرِيضَتَيْنِ فَقَطُّ وَإِخْدَى
الْفَرِيضَتَيْنِ أَنْ يُتَوَفَّى رَجُلٌ وَيَتْرِكُ امْرَأَتَهُ وَأَبُوَيْهِ، فَلَامْرَأَتِهِ الرَّبْعُ، وَالْأُمُّو الثُّلُثُ مِمَّا
بَقِيَ، وَهُوَ الرَّبْعُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَالْأُخْرَى أَنْ تُتَوَفَّى امْرَأَةٌ، وَتَتْرِكُ زَوْجَهَا وَأَبُوَيْهَا،
فَيَكُونُ لِزَوْجِهَا النِّصْفُ، وَالْأُمُّو الثُّلُثُ مِمَّا بَقِيَ، وَهُوَ السُّدْسُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ،
وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدْسُ
مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ
إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدْسُ﴾ [النساء: ١١] فَمَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ الْإِخْوَةَ اثْنَانِ فَصَاعِدًا.

الشرح: وهذا كما قال أن ميراث الأم من ابنها يتنوع بنوعين على مذهب مالك
وجمهور الفقهاء، أحدهما: بالفرض، وهو على ضربين، الثلث مع عدم الولد وولد الابن
والاثنتين من الإخوة فصاعدًا فأما مع وجود أحد من ذكرنا، ففرضها السدس.
وروى عن ابن عباس أنه لا يحجب الأم من الثلث إلى السدس إلا الثلاثة من الإخوة
فصاعدًا.

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدْسُ﴾
[النساء: ١١]، ولفظ الإخوة واقع على الاثنتين فزائدًا على قولنا أن أقل الجمع اثنان.
مسألة: وسواء كان الولد أو ولد الابن ذكرًا أو أنثى، أو كان الأخوان لأب وأم، أو
لأب أو لأم، أو مفترقين أحدهما للأب والآخر للأم، فإن كل ذلك يرد الأم من الثلث
إلى السدس.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدْسُ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ
فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدْسُ﴾ [النساء:
١١].

مسألة: ولو أن مجوسيًا تزوج ابنته، فولد له منها ولدان، فأسلمت الأم والولدان، ثم

٢٣٤ كتاب الفرائض

مات أحد الولدين، ففي العتبية: للأم السلس؛ لأن الميت ترك أمه، وهى أخته، وترك أخاه، فتحجب الأم نفسها بنفسها من الثلث إلى السلس، فكأنه ترك أمًا وأخًا وأختًا، فتحجب الأم عن الثلث.

فصل: وقوله: «إلا فى فريضتين فقط»، يريد أن حكم الأم فى الفرض السلس أو الثلث على ما تقدم من ذكرنا، لا يرث بغير هذين الفرضين، ولا ينقص من واحدة منهما بغير عول، إلا فى مسألتين، وهما زوج وأبوان وزوجة وأبوان، وهما الغراوان.

فإن مالكا وجماعة الفقهاء والتابعين جعلوا للأم فى المسألتين ثلث ما بقى، وانفرد ابن عباس بأن جعل للأم ثلث جميع المال، وهذه من المسائل الخمس التى صح انفرد ابن عباس بها. والثالثة منع العول. والرابعة أن الأم لا تحجب من الثلث إلى السلس من الإخوة إلا بثلاثة. والخامسة أنه لا يجعل الأخوات عصبية مع البنات.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فألمه الثلث﴾ وهذا عام.

ومن جهة المعنى أن هذين أبوان دخل بينهما ذو سهم، فوجب أن يكون للأم ثلث ما بقى بعد السهم. أصله إذا كان مع الأبوين بنت.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الغراوين تكون على ثلاثة أوجه، أحدها: رجل توفى وترك زوجة وأبوين، فإن الفريضة من أربعة للزوج الربع، وللأم الربع ثلث ما بقى، وللأب النصف.

والوجه الثانى: رجل توفى وترك زوجة وأبوين وأختًا، فإن الفريضة من أربعة على ما تقدم.

والوجه الثالث: امرأة توفيت وتركت زوجًا وأبوين، فإن الفريضة من ستة للزوج النصف بثلاثة وللأم ثلث ما بقى بسهم، وهو السلس، وللأب الثلث سهمان، وهو ثلث ما بقى، وسواء فى هذه المسألة كان مع الأبوين أخ أو أخوان أو أكثر، أو لم يكن أخ.

وفى المسألة الأولى إذا كان مع الأبوين أخوان فأكثر، ولم يكن أخ، فإن الفريضة تكون من ستة، للأم السلس، ولا يكون لها ثلث ما بقى؛ لأن الأخوين قد حجباها من الثلث إلى السلس، والله أعلم وأحكم.

كتاب الفرائض ٢٣٥
مسألة: ولا يجزى الجد في ذلك بجزى الأب، فلو توفى رجل، وترك أمًا وجدًا وزوجة، لكانت الفريضة أيضًا من اثني عشر للزوجة الربع ثلاثة، وللأم الثلث أربعة وما بقي للجد.

ولو ترك أبا وجدة وزوجة لكانت الفريضة من اثني عشر، للزوجة الربع ثلاثة، وللجدة السدس سهمان والباقي للأب، ولو توفيت امرأة وتركت زوجًا وأمًا وجدًا، لكانت الفريضة من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم، وللأم والثلث سهمان، وللجد سهم.

ولو توفيت امرأة وتركت زوجًا وأبًا وجدة، لكانت الفريضة من اثني عشر، للزوج النصف ثلاثة أسهم، وللجدة السدس، وللأب ما بقي، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فقضت السنة أن الإخوة ابنان فصاعدًا»، يريد أن الإخوة في قول الله عز وجل: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]، يتناول لفظ الإخوة، الأخوين فصاعدًا، فأما على ما ذكر القاضي أبو بكر من منهب مالك أن أقل الجمع اثنان، فإن لفظ الإخوة يتناول الاثنتين فما زاد لغة وشرعًا.

فإذا قلنا إن أقل الجمع ثلاثة، فإن هذا الحكم يثبت في الاثنتين بالقياس إذ كل حكم يتغير بالإخوة، فإنه يتغير بالاثنتين منهم كتغير فرض الإخوة للأم من الثلث إلى السدس.

وقد روى عن ابن عباس أنه قال لعثمان: أليس الأخوان بإخوة في لسان قومك، فقال عثمان: لا أستطيع أن أغير أمرًا قد مضى، وهذا يقتضى أنه في بعض اللغات دون بعض، إلا أن من مضى أخذ في ذلك باللغة التي يتناول فيها لفظ الإخوة للأخوين، والله أعلم وأحكم.

* * *

ميراث الإخوة للأم

قال مالك: الأمر المجمع عليه عندنا أن الإخوة للأم لا يرثون مع الوالد ولا مع ولد الأبناء، ذكرًا كانوا أو إناثًا، شيئًا ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد أب الأب شيئًا، وأنهم يرثون فيما سوى ذلك، يفرض للواحد منهم السدس، ذكرًا كان أو أنثى، فإن كانا اثنتين، فلكل واحد منهما السدس، فإن كانوا أكثر من ذلك، فهم

٢٣٦ كتاب الفرائض

شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ، يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ بِالسَّوَاءِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] فَكَانَ الذَّكَرُ وَالْأُنثَى فِي هَذَا بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن الإخوة للأُم لا يرثون مع وارث من الولد ذكورهم وإناثهم، وولد الابن لا يرثون مع وارث من الأب والأجداد، ويرثون مع غيرهم من الأم والجدات وسائر الورثة بالفرض دون التعصيب؛ لأنهم يستفيدون ذلك من الأم، وليست من أهل التعصيب، وفرض الواحد منهم السدس لا ينقص من ذلك إلا بالعول وفرض الاثنتين فما زاد الثلث، ذكورهم وإناثهم في ذلك كله سواء.

والأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً﴾، ومعناه عندنا أن يورث بغير أبوين ولا مولودين، ثم قال عز من قائل: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾، فساوى في ذلك بين الأخ والأخت، ثم قال تبارك اسمه: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾.

فوجب أن يرجع الضمير إلى الذكور والإناث، وذلك يقتضى تساويهم في الثلث؛ لأن ذلك لفظ ظاهر الاشتراك في الثلث، وأيضا فإنه لما استوى ذكورهم وإناثهم عند الانفراد بالسواء، استوى عند الاشتراك في الثلث، والله أعلم.

فرع: وفي كتاب ابن عجلان يحيى بن يحيى بن محمد القرضى في صبي يموت، وله أم متزوجة، فإنه لا ينبغي لزوجها أن يطأها حتى يتبين أن بها حملاً لمكان الميراث؛ لأنها إن كانت حاملاً ورث ذلك الحمل أخاه لأمه الميت.

وقال أشهب: لا يعزل عنها، وله وطؤها، فإن وضعت بعد موته لأقل من ستة أشهر ورث أخاه، وإن وضعت لتمام ستة أشهر لم يرثه؛ لأنه عزل عنها، فلا يؤمن أن يطرقها، ويتسور عليها، وهذا إذا لم يكن حملها ظاهراً يوم مات الميت.

ولو كان حملها ظاهراً لورث أخاه، وإن وضعت لأكثر من ستة أشهر أو تسعة أو أكثر من ذلك، وكذلك إن كان زوجها غائباً غيبة بعيدة لا يتهيأ له الوصول إليها، فإنه يرث أخاه، وإن ولد لأكثر من تسعة أشهر، والله أعلم.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤١٣/١٥.

ميراث الإخوة للأب والأم

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الإِخْوَةَ لِلأَبِ وَالأُمِّ لَا يَرِثُونَ مَعَ الوَالِدِ الذَّكَرِ شَيْئًا، وَلَا مَعَ وُلْدِ الابْنِ الذَّكَرِ شَيْئًا، وَلَا مَعَ الأبِ دِينِيًا شَيْئًا، وَهُمْ يَرِثُونَ مَعَ البَنَاتِ وَبَنَاتِ الأَبْنَاءِ مَا لَمْ يَتْرُكِ المْتَوَفَى جَدًّا أبا أبٍ مَا فَضَلَ مِنَ المَالِ، يَكُونُونَ فِيهِ عَصَبَةً يُبْدَأُ بِمَنْ كَانَ لَهُ أَصْلُ فَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ، فَيُعْطُونَ فَرَائِضَهُمْ، فَإِنْ فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ كَانَ لِلِإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ، يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى كِتَابِ اللّهِ، ذُكْرَانًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِطِّ الأُنثِيَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن الإخوة للأب والأم لا يرثون مع الابن ولا مع ابن الابن ولا مع الأب شيئاً، وذلك أنهم يرثون بالتعصيب ويدلون بالأب، فلا يرثون معه بالتعصيب، وتعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة، بدليل أن تعصيب الابن يبطل ميراث الأب بالتعصيب.

فإذا كان الأخ لا يرث مع الأب، فبأن لا يرث مع الابن الذي هو أقوى تعصياً منه أولى، وإنات الأخوات، وإن كن يرثن بالفرض، إلا أنهن لا يدلين إلا بما يدلن به ذكورهم، فإذا كان ذكورهم يحجبون بالأب والابن وابن الابن، فبأن يحجب به إناتهم أولى وأحرى.

فصل: وقوله: «وهم يرثون مع البنات وبنات الابن، ما لم يترك المتوفى أباً أب، ما فضل من المال، يكونون عصبية»، يريد إذا لم يكن في الورثة أحد ممن ذكرنا أنه يحجبهم، ولم يكن فيهم جد يقاسمهم، كانوا عصبية يرثون ما فضل من المال عن البنات الواحدة أو بنت الابن، وهو نصف المال أو ما فضل عن الاثنين فزائداً أو على بنتي ابن أو عن بنت وبنت ابن وهو الثلث.

وإن كان الإخوة ذكراً، فهذا الفضل بينهم على السواء، وإن كانوا ذكراً وإناً، فهو بينهم للرجل مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿فإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١٧٦]، ولأنهم رجال ونساء في قعد يرثون بالتعصيب، فكان للذكر مثل حظ الأنثيين كالبنين.

مسألة: فإن كن إنثاءً وكانت ابنة أو ابنتان، فإن الأخوات عصبية لمن يرثن معهن ما

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤١٥/١٥.

فضل عن سهام ذوى الفروض، هذا قول الجمهور. وقال ابن عباس: لا يعصب الأخوات البنات.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور حديث ابن مسعود المتقدم: أن النبى ﷺ قضى للابنة بالنصف ولابنة الابن بالسلس تكملة الثلثين، وما بقى فلأخت.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا ميراث، فلم يتفرد به ابن عم دون الأخت. أصل ذلك إذا انفرد.

وَإِنْ لَمْ يَتْرِكِ الْمُتَوَفَّى أَبَا وَلَا جَدًّا أَبَا أَبِي وَلَا وَلَدًا وَلَا وَلَدًا ابْنَ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلْأَخْتِ الْوَاحِدَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النَّصْفُ، فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَمَا فَوْقَ ذَلِكَ مِنَ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ، فُرِضَ لَهُمَا الثَّلَاثَانِ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا أَخٌ ذَكَرٌ، فَلَا فَرِيضَةَ لِأَحَدٍ مِنَ الْأَخَوَاتِ، وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَيُؤَدُّ بِمَنْ شَرِكَهُمْ بِفَرِيضَةِ مُسَمَّاءَ، فَيُعْطَوْنَ فَرَايِضَهُمْ، فَمَا فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ شَيْءٍ كَانَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَى إِلَّا فِي فَرِيضَةِ وَاحِدَةٍ فَقَطْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهَا شَيْءٌ فَاشْتَرَكُوا فِيهَا مَعَ بَنِي الْأُمِّ فِي ثُلُثِهِمْ، وَتِلْكَ الْفَرِيضَةُ امْرَأَةٌ تُؤْتِيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجَهَا وَأُمَّهَا وَإِخْوَتَهَا لِأُمَّهَا وَإِخْوَتَهَا لِأَبِهَا، فَكَانَ لِزَوْجِهَا النَّصْفُ، وَلِأُمَّهَا السُّدُسُ، وَإِخْوَتَهَا لِأُمَّهَا الثُّلُثُ، فَلَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ بَعْدَ ذَلِكَ، فَيَشْتَرِكُ بَنُو الْأَبِ وَالْأُمِّ فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ مَعَ بَنِي الْأُمِّ فِي ثُلُثِهِمْ، فَيَكُونُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَى مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمْ كُلُّهُمْ إِخْوَةُ الْمُتَوَفَّى لِأُمِّهِ، وَإِنَّمَا وَرِثُوا بِالْأُمِّ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] فَلِذَلِكَ شَرِكُوا فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ؛ لِأَنَّهُمْ كُلُّهُمْ إِخْوَةُ الْمُتَوَفَّى لِأُمِّهِ^(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا كان مع الأخوات أخ، فإنهن يرثن بالتعصيب ما فضل عن الفروض، ولا يرثن بالفرض؛ لأن حكم التعصيب قد غلب عليهن، فصار ذلك حكمهن.

ولا خلاف في ذلك إلا في المسألة التي ذكرها، وهي المسألة التي تسمى المشتركة

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٢٢/١٥.

كتاب الفرائض ٢٣٩
لتشريك الإخوة للأب والأم مع الإخوة للأم في الثلث، وتسمى الحمارية؛ لأن الإخوة
للأب والأم، قالوا: هب أن أبانا كان حماراً، على وجه الإخبار عن تساوى الإخوة
للأب والأم والإخوة للأم في الأولى بالأب، وهذا مذهب مالك والشافعي.

وأما أبو حنيفة فيجعل الثلث للإخوة للأم دون الإخوة للأب والأم، حين لم تبق
لهم الفرائض شيئاً، واختلف في ذلك عمر وزيد بن ثابت وابن عباس.

وقال عمر، حين قضى في العام الأول، فلم يشرك، وقضى في العام الثاني، فشارك:
تلك على ما قضيناها، وهذه على ما قضينا.

وقال وكيع: اختلف فيها عن جميع الصحابة إلا عن علي، فإنه لم يختلف عنه أنه لم
يشرك بينهما، واستدل من قال بالتشريك بما استدل به مالك من قول الله تبارك
وتعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً﴾ الآية.

قال مالك: فلذلك شوركوا في هذه الفريضة؛ لأنهم كلهم إخوة للمتوفى لأمه،
وهو سبب ميراث جميع الإخوة لا يخرج الإخوة للأب والأم مناسبتهم المتوفى بالأب
عن أن يكونوا إخوته لأمه، فتحمل الآية على عمومها في كل أخ لأم، سواء كان أخاً
لأب أو لم يكن، والأب لا يزيد ما بينهما ضعفاً، بل يزيده قوة وتأكيذاً.

ومن جهة القياس أن هذه فريضة فيها إخوة لأم وإخوة لأب وأم، لو انفرد أحدهما
لورث، فإذا ورث الأخ من الأب، وجب أن يترك الأخ من الأب والأم.

أصل ذلك إذا لم يكن في الفريضة أم، وعندى أن نفى التشريك أقيس وأظهر، والله
أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الشركة لا تصح إلا بأربعة شروط، أن يكون فيها زوج،
وابنان من ولد الأم، وأخ لأب وأم، وتكون معهم أم أو جدة، فإن حرم شرط من هذه
الأربعة لم تكن مشتركة، والله أعلم.

* * *

ميراث الإخوة للأب

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مِيرَاثَ الْإِخْوَةِ لِلأبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ
أَحَدٌ مِنْ بَنِي الأَبِ وَالْأُمِّ كَمَنْزِلَةِ الْإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالْأُمِّ سَوَاءً، ذَكَرَهُمْ كَذَكَرِهِمْ،

وَأَنْتَاهُمْ كَأَنْتَاهُمْ، إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يُشْرِكُونَ مَعَ بَنِي الْأُمِّ فِي الْفَرِيضَةِ الَّتِي شَرَكَهُمْ فِيهَا
بَنُو الْأَبِ وَالْأُمِّ؛ لِأَنَّهُمْ خَرَجُوا مِنْ وِلَادَةِ الْأُمِّ الَّتِي جَمَعَتْ أَوْلَادَهَا (١).

الشرح: كما قال أن الإخوة للأب عند عدم الإخوة للأب والأم بمنزلتهم في الميراث
والحجب، يحيط ذكرهم بجميع المال، ويكون له ما فضل بعد الفرض، وأنشأهم لها
النصف، وللأختين فما زاد الثلثان، إلا أنهم لا يكون حكمهم في المسألة المشتركة
حكم الإخوة للأب والأم؛ لأنهم لا يشركون الإخوة للأم؛ لأنهم لا يدلون بمثل سببهم.

قال مالك: فَإِنِ اجْتَمَعَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ، فَكَانَ فِي بَنِي الْأَبِ
وَالْأُمِّ ذَكَرٌ، فَلَا مِيرَاثَ لِأَحَدٍ مِنْ بَنِي الْأَبِ، وَإِن لَمْ يَكُنْ بَنُو الْأَبِ وَالْأُمِّ إِلَّا امْرَأَةً
وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنَ الْإِنَاثِ لَا ذَكَرَ مَعَهُنَّ، فَإِنَّهُ يُفْرَضُ لِلْأَخْتِ الْوَاحِدَةِ
لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ، وَيُفْرَضُ لِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ السُّلْسُ تِمَّةَ الثَّلَاثِينَ، فَإِن كَانَ مَعَ
الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ ذَكَرٌ، فَلَا فَرِيضَةَ لَهُنَّ، وَيَبْدَأُ بِأَهْلِ الْفَرَايِضِ الْمُسَمَّاءِ، فَيُعْطُونَ
فَرَايِضَهُمْ، فَإِن فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ، كَانَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ
الْأُنثَيَيْنِ، وَإِن لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ، فَإِن كَانَ الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ امْرَأَتَيْنِ
أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنَ الْإِنَاثِ فُرِضَ لَهُنَّ الثَّلَاثَانِ، وَلَا مِيرَاثَ مَعَهُنَّ لِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ
إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ لِأَبٍ، فَإِن كَانَ مَعَهُنَّ أَخٌ لِأَبٍ بَدِيءٌ بِمَنْ شَرَكَهُمْ بِفَرِيضَةِ
مُسَمَّاءٍ، فَأُعْطُوا فَرَايِضَهُمْ، فَإِن فَضَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَضْلٌ كَانَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ لِلذَّكَرِ
مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ، وَإِن لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ، فَلَا شَيْءَ لَهُمْ (١).

الشرح: وهذا كما قال أن الأخ للأب والأم يحجب الإخوة للأب جملة، وأما
الأخت للأم والأب، فإنها تحجبهم عن النصف، فإن كان معها أخت أو أخوات لأب،
كان لهم السدس تكملة الثلثين؛ لأنه فرض الأخوات للأب والأم والأخوات للأب.

فإذا حجبتهم الأخت للأب والأم عن النصف بقي لهن السدس تكملة الثلثين،
والواحدة والجماعة فيها سواء.

فإذا كان الأخوات للأب والأم اثنتين فزائداً، فحجبن ميراث الأخوات للأب من

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٢٦/١٥.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٢٦/١٥.

كتاب الفرائض ٢٤١
الفرض جملة؛ لأنهن قد استكملن الثلثين الذي فرضهن إذا انفردن، فلم يبق من فرضهن ما يرثن.

فإن كان مع الأخت للأب والأم أو الأخوات أخ لأب، ورث الباقي بالتعصيب، واحدًا كان أو جماعة، فإن كان معه أخت عصبها، فورثت معه الباقي عن فرض الأخت أو الأخوات بالتعصيب، وليس في الرجال من يعصب أخته غير الأخ للأب والأم والأخ للأب والابن وابن الابن، وليس فيهم من يعصب عمته غير ابن الابن.

قال مالك: وَلَيِّنِي الْأُمَّ مَعَ يَنِيِّ الْأَبِ وَالْأُمَّ مَعَ يَنِيِّ الْأَبِ لِلْوَاحِدِ السُّلُسُ
وَلِلْأَثْنَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى، هُمْ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ وَاحِدَةٍ سَوَاءً.

الشرح: وهذا كما قال أن الإخوة للأم يرثون مع الإخوة للأب والإخوة للأب؛ لأنهم من أهل الفروض، فوجب تقديمهم في الميراث على العصبية الذين لا يدلون بهم، وإنما يدلون بمثل قريبهم.

ولا يلزم على هذا الجسد مع الأب؛ لأن الجسد يدل به، ولا يلزم عليه الأخت مع الأب؛ لأنها تدل به، ولا يلزم عليه الأخ للأب مع الأب؛ لأنه لا يدل بمثل قرابته؛ لأن الأب يدل بالأبوة والأخ يدل بالإخوة، ولا يلزم عليه الأخت للأب مع الأخ للأب؛ لأن الأخ يعصبها، ثم يكون أولى منها لقرابته بالأم، وأما الأخ للأم، فإنه لا يرث إلا بالفرض.

* * *

ميراث الجد

١٤٤٨ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُوَيْبَانَ كَتَبَ إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ يَسْأَلُهُ عَنِ الْجَدِّ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: إِنَّكَ كَتَبْتَ إِلَيَّ تَسْأَلُنِي عَنِ الْجَدِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَذَلِكَ مِمَّا لَمْ يَكُنْ يَقْضَى فِيهِ إِلَّا الْأَمْرَاءُ، يَعْنِي الْخُلَفَاءَ، وَقَدْ حَضَرْتُ الْخَلِيفَتَيْنِ قَبْلَكَ يُعْطِيَانِهِ النِّصْفَ مَعَ الْأَخِ الْوَاحِدِ وَالثُّلُثَ مَعَ الْأَثْنَيْنِ، فَإِنْ كَثُرَتِ الْإِخْوَةُ، لَمْ يُنْقَصُوهُ مِنَ الثُّلُثِ.

الشرح: قوله: «أن معاوية كتب إلى زيد يسأله عن الجد»، كلام محتمل؛ لأن في

٢٤٢ كتاب الفرائض

الجد مسائل كثيرة فى الموارىث وغيرها، إلا أنه استجاز حذف السؤال لما فى الجواب من الدلالة عليه.

وقول زيد: «إنك كتبت إلى تسألنى عن الجد، والله أعلم»، رد العلم إلى الله تبارك وتعالى، واعتراف بأن طريق إثبات حكمه الاجتهاد، وغلبة الظن دون القطع، وذلك أنه لم يسمع من النبى ﷺ نصاً يقع له به علم، ولا بلغه عنه فيه خبر متواتر.

وقوله: «وذلك ما لم يقض فيه إلا الأمراء»، يعنى بخبر صحيح من خبر الآحاد يتضمن حكمه، وأنه لم يتقدمهم فيه حكم عن النبى ﷺ يكون حكمهم فيه اتباعاً له، ثم أخبره بما عنده فى ذلك العلم الذى يرجع إلى مثله من قضاء أبى بكر وعمر، رضى الله عنهما، وذلك بعد المشاورة فيه والمراجعة، واستحسان ما نقل عنهما من حكمه وتغليبه على حكم من خالفه.

على أن الصحابة قد اختلفت فى ذلك اختلافاً عظيماً، فروى عن أبى بكر وعمر وجماعة من الصحابة أنهم أقاموه مقام الأب وحججوا به الإخوة، وبه قال أبو حنيفة.

وروى عن عمر الرجوع فى ذلك، قال الشعبي: أول جد ورث فى الإسلام عمر بن الخطاب، مات ابن لعاصم بن عمر، وترك أخوين، فأراد عمر أن يستأثر بماله، فاستشار علياً وزيداً فى ذلك، فمثلاً له مثلاً، فقال: لولا أن رأيكما اجتمع ما رأيت أن يكون ابنى، ولا أكون أباه.

وكان زيد وابن مسعود يقاسمان الجد بالإخوة إلا أن تنقصه المقاسمة من الثلث، فيفرضانه له، فإن كان معهم زوج أو زوجة أو أم أو جدة أعطيا الجد الأوفر من المقاسمة، أو ثلث ما بقى بعد فرض ذوى السهام أو سدس جميع المال، وبه قال الأوزاعى ومالك والشافعى والثورى.

والدليل على صحة هذا القول قول الله تبارك وتعالى: ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون﴾ [النساء: ٧]، ولم يفرق بين أن يكون فيهم جد، ولا يكون فيهم جد.

فإن قيل إنما يعنى بذلك أهل الفروض بدليل قوله تعالى: ﴿مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾ [النساء: ٧]، فالجواب أنه ليس معنى قوله: ﴿مفروضاً﴾ مقدرًا، وإنما معناه واجب ثابت والإخوة مع الجد لهم سهم ثابت.

كتاب الفرائض ٢٤٣
ودليلنا من جهة القياس أن هذا ذكر يعصب أخته، فلم يحجبه الجدة عن جميع الميراث كالابن.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الجدة يسقط بنى الإخوة من الميراث، هذا قول الجمهور، إلا ما روى عن الشعبي، عن علي، رضى الله عنه، أنه أجرى بنى الإخوة مع الجدة فى المقاسمة بحرى الإخوة، ولا نعلم أحداً من الصحابة قال به غيره.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا ذكر لا يعصب أخته، فلم يقاسم الجدة كالعم وابن العم.

١٤٤٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ قَبِيصَةَ بِنِ ذُرَيْبٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَرَضَ لِلْجَدِّ الَّذِي يَفْرِضُ النَّاسُ لَهُ الْيَوْمَ.

الشرح: يحتاج فى معرفته إلى أن يعلم ما كان يفرض الناس له من يوم قاله قبيصة بن ذؤيب.

ومعنى ذلك، والله أعلم، ما تقدم من قول زيد فيه؛ لأن قبيصة مدنى، وقال ذلك بالمدينة، وبقول زيد كان حكم أهل المدينة فى ذلك، والله أعلم، وسيأتى بعد هذا إن شاء الله عز وجل ذكر الجدة وميراثه، وذكر اختلاف الناس فيه.

١٤٥٠ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: فَرَضَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ وَزَيْدُ بْنُ نَابِتٍ لِلْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ الثَّلَاثِ.

الشرح: قوله: «أنهم فرضوا للجدة مع الإخوة الثلاث»، يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد أنهم قدروا له تقديراً لا ينقص منه، وإن جاز أن يزداد عليه، فيكون يرث بالفرض مع الإخوة الثلاث، وإن حصل أكثر من ذلك، فبالتعصيب مع الفرض، أو بالانتقال من الفرض إلى التعصيب.

والوجه الثانى: أن يريد بذلك أنهم أوجبوا له الثلاث، وذلك أن الجدة يقاسم الإخوة للأب والأم أو للأب ما لم تنقصه المقاسمة من الثلاث، فإن نقصته أوجبوا له الثلاث.

١٤٤٩ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٦٦/١٠، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٤٧.

١٤٥٠ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٦٦/١٠، المحلى ٢٨٤/٩، وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٤٨.

فإذا كان مع الأخوين، فالفرض والمقاسمة سواء، وإذا كان مع ثلاثة من الإخوة، فالفرض أفضل له من المقاسمة، فيعطى الثلث، وإن كان مع أخ واحد، فالمقاسمة أفضل؛ لأن النصف يحصل له، فيعطى النصف، هذا مذهب زيد فيه، قاله مالك والأوزاعي والشافعي.

وروى عن ابن مسعود مثل ذلك، وروى عنه أنه قاسم الإخوة بالجد إلى سبعة وإلى ثمانية. وروى عن عمران بن حصين وأبي موسى أنهما قاسما إلى اثني عشر.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه أن الإخوة للأم يستحقون مع الإخوة للأب والأم، ومع الإخوة للأب الثلث، والجد يحجب الإخوة للأم عن ذلك الثلث، فكان أولى به من الإخوة للأب والأم، والإخوة للأب، وهو يشاركهم فيما زاد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الجد يرث الثلث مع الإخوة بالفرض، وما زاد على ذلك يرثه بالتعصيب، فلذلك لا ينقص من الثلث، وثبت له بذلك حالة من حالات الأب، يرث بالفرض السلس، وسائر المال بالتعصيب.

فإن قيل كيف يكون فرضه الثلث، وهو إنما يستفيد ذلك من الأب، والأب فرضه السلس. فالجواب أن الأب فرضه السلس مع الابن وابن الابن ومع ذى الفروض، وهذه حال الجد.

وأما الإخوة، فإن الأب يسقطهم جملة، فلا يرثون معه، ويفرض للجد معهم الثلث، فكانت حاله أضعف من حال الأب الذى يسقطهم رأساً، ولا يمتنع أن يكون له فرضين يرث بهما الثلث مع الإخوة، والسلس مع ذوى الفروض كالأم.

قال مالك: وَالْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِيَلَدِنَا أَنَّ الْجَدَّ أَبَا الْأَبِ لَا يَرِثُ مَعَ الْأَبِ دُنْيَا شَيْئاً، وَهُوَ يُفْرَضُ لَهُ مَعَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ وَمَعَ ابْنِ الْإِبْنِ الذَّكَرِ السُّلُسُ فَرِيضَةً، وَهُوَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ مَا لَمْ يَتْرِكِ الْمُتَوَفَّى أَخاً أَوْ أُخْتاً لِأَبِيهِ يُبَدَأُ بِالْجِدَانِ شَرَكُهُ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ، فَيُعْطُونَ فَرَائِضَهُمْ فَإِنْ فَضَلَ مِنَ الْمَالِ السُّلُسُ فَمَا فَوْقَهُ كَانَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ مِنَ الْمَالِ السُّلُسُ فَمَا فَوْقَهُ فُرِضَ لِلْجَدِّ السُّلُسُ فَرِيضَةً^(١).

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٤٣٢/١٥.

الشرح: وهذا كما قال أن الجسد يحجبه الأب، ويرده الابن وابن الابن إلى أقل فرضه، وهو السلس، وكذلك مع ذوى الفروض المستغرقة للمال، أو المستغرقة لخمسة أسداسه، فإن فضل منه بعد الفروض أكثر من السلس، فهو له بالتعصيب، وإن لم يكن له إخوة يقاسمونه، فعلى ما ذكرناه بعد هذا.

قال مالك: وَالْجَدُّ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ إِذَا شَرَكَهُمْ أَحَدٌ بِفَرِيضَةٍ مُسَمَّاةٍ يُبْدَأُ بِمَنْ شَرَكَهُمْ مِنْ أَهْلِ الْفَرَايِضِ، فَيُعْطَوْنَ فَرَايِضَهُمْ، فَمَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ مِنْ شَيْءٍ، فَإِنَّهُ يُنْظَرُ أَيُّ ذَلِكَ أَفْضَلُ لِحِظِّ الْجَدِّ أُعْطِيَهُ الثُّلُثُ مِمَّا بَقِيَ لَهُ وَالْإِخْوَةُ أَوْ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ مِنَ الْإِخْوَةِ فِيمَا يَحْصُلُ لَهُ وَلَهُمْ يُقَاسِمُهُمْ بِمِثْلِ حِصَّةِ أَحَدِهِمْ أَوْ السُّنُسُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ كُلِّهِ، أَيُّ ذَلِكَ كَانَ أَفْضَلَ لِحِظِّ الْجَدِّ، أُعْطِيَهُ الْجَدُّ، وَكَانَ مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثَيَيْنِ إِلَّا فِي فَرِيضَةٍ وَاحِدَةٍ تَكُونُ قِسْمَتُهُمْ فِيهَا عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ، وَتِلْكَ الْفَرِيضَةُ امْرَأَةٌ تَوَفَّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجَهَا وَأُمَّهَا وَأُخْتَهَا لِأُمَّهَا وَأَبِيهَا وَجَدَّهَا، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ، وَلِلْجَدِّ السُّنُسُ، وَلِلْأَخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ، ثُمَّ يُجْمَعُ سُنُسُ الْجَدِّ وَنِصْفُ الْأَخْتِ، فَيُقَسَّمُ أَثْلَانَا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثَيَيْنِ، فَيَكُونُ لِلْجَدِّ ثُلُثَا، وَلِلْأَخْتِ ثُلُثُهُ^(١).

الشرح: وقوله: «في الإخوة والجدة إذا شاركهم أحد من أهل الفروض، أنه يبدأ بأهل الفروض»، إنما يريد فيما يقاسم فيه الجدة الإخوة بالتعصيب.

وأما في فرضه الذي هو السلس، فإنه يبدأ به أيضاً، وإن لم يبق شيء، فإنه للجدة لا ينقص من السلس، ولا يقدم عليه في ذلك السلس أحد من أهل الفروض، وهم البنت، وما زاد على ذلك من البنات، والزوجة والأم والجدة.

فإن بقي شيء بعد ذلك، نظرنا للجدة أفضل ثلاثة أحوال، أحدها: السلس من جميع التركة، الذي هو فرضه أهل الفروض، وهو أقل فرضه.

والثاني: ثلث ما بقي له وللإخوة؛ لأن ذلك فرضه مع الإخوة، فإذا أضيف سدسه إلى ما فضل عن سهام ذوى الفروض، وكان ثلث ذلك أكثر من سلس جميع التركة

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٣٣/١.

أعطيه؛ لأن نصيبه من التركة وما فضل عن سهام ذوى الفروض لا يشاركه فيهما أحد غير الإخوة، فصار ذلك بمنزلة تركة انفرد مهم فيها، فكان له ثلثها.

والثالث: مقاسمة الإخوة، فإن كان ما أعطيه بالمقاسمة زائداً على الفرضين المتقدمين أخذه بالتعصيب، وإن لم يفضل شيء رجع إلى الفرض، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «وما كان بعد ذلك للإخوة للأب والأم، للذكر مثل حظ الأنثيين، إلا في فريضة واحدة»، وذكرها إلى آخر الفصل، يريد أن المقاسمة إذا كانت أضر على الجسد أعطى الثلث أو السدس، فإن ما فضل بعد ذلك يكون بين الإخوة والأخوات، للذكر مثل حظ الأنثيين.

والمسألة التي استثناهما هي امرأة توفيت وتركت أمًا وزوجًا وجدًا وأختًا لأب وأم، فإن المشهور عن زيد أنه قال: أصلها من ستة، وتعول إلى تسعة، يفرض للأخت النصف بثلاثة، وللزوج النصف بثلاثة، وللأم الثلث بسهمين، وللجد السدس بسهم، وبهذا قال مالك.

وروى عن الشعبي أنه قال: سألت قبيصة بن ذؤيب عن قضاء زيد في ذلك، فقال: والله ما فعل زيد ذلك، وهو من أعلمهم بقضاء زيد، يعني أن أصحاب زيد قاسوا على قوله.

وقال أبو الحسن بن اللبان الفرضي: إن لم تصح هذه الرواية عن زيد، فقياس قوله أن يكون للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وتسقط الأخت كما سقط الأخ، ولو كان بدل الأخت؛ لأن الأخ والأخت سيئلهما واحد في قول زيد؛ لأنهما عنده مع الجسد عصبية.

ووجه المشهور عن زيد أن حال الجسد مع الإخوة يتنوع على حالين، أحدهما: يرث بالفرض. والثاني: بالتعصيب، فيجب أن يكون ذلك حال الأخوات معه، فيكون تارة يعصبن، وتارة لا يعصبن.

ويجب أن يكون موضع لا يعصبن فيه حيث لا يبقى من الميراث ما يكون لهن، فلا يتعدى تعصبيه إليهن، وإذا كن أختين، وبقي من الميراث ما يكون لهن، ووقعت المقاسمة بينهما وبين الجسد، تعدى تعصبيه إليهن، فلم تعدل فريضتهن، وهذه المسألة يسميها أصحابنا الغراء، وقد رأيت جماعة من أهل الفرائض يسمونها العداء.

كتاب الفرائض ٢٤٧

وقال أبو غالب خباب بن عباد: لا ترث الأخت مع جد إلا في هذه المسألة، فسميت الغراء، وهي الأكدرية أيضاً، وكذلك يسميها جمهور أهل الفرائض الأكدرية، وقيل إنها سميت بذلك؛ لأن عبدالمملك بن مروان سأل عنها رجلاً يقال له الأكدري، فأخطأ، فنسبت إليه، وقال: سميت بذلك لتكدر الأقوال فيها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد اختلف على زيد في هذه الفريضة، فقال على: لكل واحد منهم ما أوجبت له الفريضة. وقال زيد: يجمع ثلاثة سهام الأخت وسهم الجدة، فيقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، وبهذا قال مالك.

ووجه ذلك أن الأخت إنما انتقلت إلى الفرض حين لم يكن الجدة يعصبها، فلما عيل لها، وصار لها سهم رجع إلى تفضيلها.

فرع: ولا تعال فريضة الأخت مع جد إلا في هذه المسألة خاصة، ولو كان فيها أختان لبطل العول، وذلك بأن يترك المتوفى زوجاً وأماً وجدّاً وأختين لأب أو لأب، فإن للزوج النصف ثلاثة أسهم، وللأم السلس سهم، وللجد السلس سهم؛ لأنه أفضل له من ثلث ما بقي، وهو مثل المقاسمة، وللأختين السلس؛ لأن الجدة يعصبهم، فيصيرون معه كالأختين مع الأخ.

والفرق بين هذه المسألة وبين الأكدرية ما قدمناه من الأخوات لما ورثن في هذه المسألة من نفس المال تعدى تعصيب الجدة إليهن بنفس الفرض، وليس كذلك في المسألة الأكدرية، فإنه لم تبق الفرائض للأخت شيئاً، فلم يتعد تعصيب الجدة إليها، فوجب ردها إلى الفرض حين لم يعصبها الجدة.

مسألة: فإن أحاط بالميراث أم وأخت وجد، فعلى مذهب زيد للأم الثلث، والباقي بين الجدة والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذه المسألة تسمى الخرقاء.

وروى عن عمر وابن مسعود للأخت النصف، وللأم ثلث ما بقي، وما بقي للجدة.

وروى عن عبدالله أنه قال: للأخت النصف، وللأم والجدة الباقي بنصفين، وهذه من مربعات عبدالله.

وروى عن عثمان أنه قال: للأم الثلث، وللأخت الثلث، وللجد الثلث، وهي تسمى مثلثة عثمان.

وقال على: للأم الثلث، وللأخت النصف، والباقي للجدة.

وجه قول زيد أن للأُم الثلث؛ لأنه فرضها مع الأخ الواحد والباقي بين الجد والأخت، للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه إذا ورثت معه عصبها، فصار كالأخ معها، والله أعلم.

مسألة: فإن كان مع الجد والإخوة بنت أو بنات، فإن علياً يجعل للجد السلس بالفرض، ويجعل التعصيب للإخوة والأخوات، وزيد وعبدالله يقاسمان الجد بالإخوة، إلا أن تنقصه المقاسمة من الثلث، فإنهما يفرضانه له، وذلك في بنت وأخت وجد، ففي قول عليّ للبنت النصف وللجد السلس، والباقي للأخت، إلا أن زيداً يجمع حظ الأخت والجد، فيقسمانه، للذكر مثل حظ الأنثيين.

ووجه ذلك أنهما يرثان بالتعصيب؛ لأن الإخوة إنما ترث مع البنات بالتعصيب، فوجب أن يقتسما، للذكر مثل حظ الأنثيين، كالأخوة والأخوات.

قال مالك: وميراث الإخوة للأب مع الجد إذا لم يكن معهم إخوة لأب وأم كميّرات الإخوة للأب والأم سواء، ذكرهم كذكرهم وأنثاهم كأنثاهم، فإذا اجتمع الإخوة للأب والأم والإخوة للأب، فإن الإخوة للأب والأم يُعادون الجد بإخوتهم لأبيهم، فيمنعونه بهم كثرة الميراث بعددهم ولا يُعادونه بالإخوة للأُم؛ لأنه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيئاً، وكان المال كله للجد، فما حصل للإخوة من بعد حظ الجد، فإنه يكون للإخوة مع من الأب والأم دون الإخوة للأب ولا يكون للإخوة للأب معهم شيء إلا أن يكون الإخوة للأب والأم امرأةً واحدةً، فإن كانت امرأةً واحدةً، فإنها تُعاد الجد بإخوتها لأبيها ما كانوا فما حصل لهم ولها من شيء كان لها دونهم ما بينها وبين أن تستكمل فريضتها وقريضتها النصف من رأس المال كله، فإن كان فيما يحاز لها وإخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لإخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن لم يفضل شيء، فلا شيء لهم^(١).

الشرح: وهذا كما قال أن حال الإخوة للأب مع الجد عند عدم الأب والأم كحال الإخوة للأب والأم، ذكر الإخوة للأب كذكر الإخوة للأب والأم، وأنثاهم كأنثاهم.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٤٣٣/١٥.

كتاب الفرائض ٢٤٩
وروجه ذلك أن حالهم فى انفراد الذكور، أو انفراد الإناث، أو اجتماع الذكور
والإناث كحالهم، فوجب أن يكون حالهم كحالهم، إلا أن يكون هناك من يحجبهم.

فصل: وقوله: «إذا اجتمع الإخوة للأب والأم والإخوة للأب، فإن الإخوة للأب
والأم يعادون الجد بإخواتهم لأبيهم، فيمنعونه كثرة الميراث، فما أصاب الإخوة للأب
والأم والإخوة للأب لمقاسمة الجد، فإن جميعه للإخوة للأب والأم دون الإخوة للأب»،
هذا مذهب زيد، وبه قال مالك، وقال علىّ وابن مسعود: يقسمان المال بين الجد
والإخوة للأب والأم دون أن يعاد بالإخوة للأب.

وذلك فى جد وأخ لأب وأم وأخ لأب، ففى قول علىّ وعبدالله: للجد النصف،
ولالأخ للأب والأم النصف، وفى قول زيد: المال بين الجد والأخ للأب والأم والأخ
لأب أثنان، ثم يرد الأخ للأب على الأخ للأب، والأم سهمه، فيصير للجد الثلث
ولالأخ للأب والأم الثلثان.

وروجه هذا القول أن الأخ للأب لا يحجبه الجد، وإنما يحجبه من يقاسم الجد، فوجب
أن يحتسب به عليه، وينقص الجد به من موروثه كالإخوة مع الأب والأم لما لم تحجبهم
الأم، ويحجبهم الأب، فإنه يحتسب بهم على الأم، ويردها بهم من الثلث إلى السلس.
فصل: وقوله: «ولا يعادونه بالإخوة للأم؛ لأنه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا
معه شيئاً، وكان المال للجد كله»، يريد أن الإخوة للأب والأم لا يحتسبون على الجد
بالإخوة للأم.

وروجه ذلك ما احتجوا به من أن الجد يحجبهم عن الميراث، فلذلك لم يعاد بهم، ولم
يدخلوا عليه نقصاً، وليس الإخوة للأب، فإن الجد لا يحجبهم، فجاز أن يدخلوا نقصاً
عليه.

وروجه آخر، وهو أن الإخوة للأم لا يرثون إلا بالفرض والمقاسمة تقتضى التعصيب،
فلا يجوز أن يستجر به الفروض.

فصل: وقوله: «إلا أن يكون الإخوة للأب وللأم امرأة واحدة، فإنها تعاد الجد
بإخوتها لأبيها، ثم يكون أحق بذلك حتى تستكمل فريضةها، وهو نصف جميع المال،
فإن فضل شيء كان لإخوتها لأبيها»، هذا مذهب زيد، وإليه ذهب مالك، وكان علىّ
يفرض للأخت للأب والأم النصف، ويجعل الباقي بين الجد والإخوة للأب، ما لم تنقص
المقاسمة الجد من السلس، فإن نقص فرض له السلس.

وكان ابن مسعود يسقط الأخوة للأب مع الجدة والأخت للأب والأم، وذلك فى أخت لأب وأم وأخ لأب وجد، فى قول على: للأخت النصف، والباقى بين الجدة والأخ للأب بنصفين، تصح المسألة من أربعة.

وفى قول ابن مسعود: للأخت النصف، وللجد النصف، تصح المسألة من اثنين. وفى قول زيد: للأخت والأخ ثلاثة سهام من خمسة، وللجد سهمان، ثم يرد الأخ على الأخت تمام النصف، فيصح من عشرة للجد أربعة، وللأخت خمسة وللأخ سهم. وجه ما قاله زيد أن هذه حالة تعصيب، فوجب أن يعاد فيها الجدة بالإخوة للأب كحالة انفردهم معه.

ووجه آخر، أن الأخت لما كانت تعاد الجدة بالإخوة، وجب أن تعاد بهم على وجه التعصيب؛ لأنهما لا يرثان إلا على وجه التعصيب.

فإذا انفردت معه فى القسمة رجعت إلى الفرض؛ لأن هذا حكم مقاسمتها له، وحكم مقاسمتها له مخالف لحكم مقاسمتها به، وهذا كما يقول فى الأب والأم والإخوة أن حكم حجب الأب للإخوة مخالف لحكم حجبهم الأم من الثلث إلى السلس.

مسألة: فإن كان مع الأخت للأب والأم أخوات لأب، فإن علياً وعبدالله يجعلان النصف للأخت للأب والأم، والسلس للأخت للأب، والباقى للجدور.

وزيد يجعل للجد الأفضل من المقاسمة أو الثلث، ثم يجعل للأخت للأب والأم النصف، فإن فضل شيء كان للأخوات للأب، وإن لم يفضل شيء، فلا شيء لهن.

مسألة: فإن كان جد وأخت لأب وأم وأخ وأخت لأب، فى قول زيد: الثلث للجد، والثلثان بين الأخت للأب والأم والأخ والأخت للأب، ثم تأخذ الأخت للأب والأم من ذلك النصف، فيبقى السلس للأخ والأخت للأب للذكر مثل حظ الأنثيين.

* * *

ميراث الجدة

١٤٥١ - مالك، عن ابن شهاب، عن عثمان بن إسحاق بن خرشة، عن

١٤٥١ - أخرجه الترمذى فى الفرائض ٢١٠٠، ٢١٠١. وأبو داود فى الفرائض ٢٨٩٤. وابن

ماجه فى الفرائض ٢٧٢٤. والدارمى فى الفرائض ٢٩٣٨.

قَبِيصَةَ بْنِ دُرَيْبٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَتِ الْجَدَّةُ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا، فَقَالَ لَهَا أَبُو بَكْرٍ: مَا لَكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ وَمَا عَلِمْتُ لَكَ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَيْئًا، فَارْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ فَسَأَلَ النَّاسَ، فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ: حَضَرْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ؟ فَقَامَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ الْأَنْصَارِيُّ، فَقَالَ: مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ، فَأَنْقَذَهُ لَهَا أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، ثُمَّ جَاءَتِ الْجَدَّةُ الْأُخْرَى إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا، فَقَالَ لَهَا: مَا لَكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ وَمَا كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قُضِيَ بِهِ إِلَّا لِغَيْرِكَ، وَمَا أَنَا بِزَائِلٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا، وَلَكِنَّهُ ذَلِكَ السُّدُسُ، فَإِنِ اجْتَمَعْتُمَا، فَهُوَ بَيْنَكُمَا، وَأَيْتُكُمَا خَلَّتْ بِهِ، فَهُوَ لَهَا.

الشرح: وقوله: «جاءت الجددة إلى أبي بكر الصديق، رضى الله عنه، تسأله ميراثها»، يحتتمل أن يريد تسأله الحكم لها، ويحتتمل أن يريد تسأله، بمعنى تستفتيه فى مسألتها.

وقوله: «ما لك فى كتاب الله شىء»، وما علمت لك فى سنة رسول الله ﷺ شىئا»، إخبار منه بعدم النص من الكتاب والسنة فى حكمها؛ لأنهما المقدمان فى طلب الأحكام.

وقوله: «فارجعى حتى أسأل الناس»، يحتتمل أن يكون سألهم عن النص لتجويزه فى أن يكون عندهم فى ذلك عن النبى ﷺ ما لم يحضره، وهذا من تحفظه وتوقيه أن لا يعمل نظره واجتهاده وقياسه، وإن عدم النص حتى يطلبه حيث يرجو علمه من الناس، وذلك لازم لكل مفت أو حاكم جوز وجود نص أن يسأل عنه، ويبحث فى طلبه، وهذه سنة فى مشاوره العالم العلماء طلبا للنص.

ويحتتمل أن يكون سألهم على سبيل المشاورة لهم والتعاون بأرائهم ونظرهم؛ لينظر فيما يظهر لهم من ذلك على حسب ما يفعله العالم إذا أراد الفتيا بحضرة العلماء، أن الحاكم إذا أراد إنفاذ الحكومة، فمن الحزم له والتناهى فى الاجتهاد أن يسأل من يحضره من أهل العلم، فرمما ظهر له من آرائهم أفضل مما ظهر إليه ما يقوى فى ظنه صحة ما ظهر إليه، إذا وقف على جميع ما ظهر إليهم ورأى ما عنده أفضل، ورأى اعتراضهم على ما عنده غير صحيح، أو تسليمهم لقوله وإقرارهم بصحته، والله أعلم وأحكم.

٢٥٢ كتاب الفرائض

فصل: وقوله: «فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاهما السدس»، قول مجمل، إلا أن يكون معناه فرض للوارثة من الجدات إذا لم تحجب السدس فرضاً لا زيادة عليه، ولا ينقص منه إلا بالعول، فيكون ذلك عامّاً في الجدات إلا ما خصه الدليل، وذلك بأن سأل أبو بكر عن الجدة، فأجابه بذلك المغيرة.

ويكون معنى أعطاهما السدس، أى فرض لها السدس، ويحتمل أن يكون أبو بكر إنما سأل عن الجدة التي عادت تسأله من عرف حالها، وأى الجدات هي، فقال المغيرة: أعطاهما رسول الله ﷺ السدس، يعنى تلك الجدة دون غيرها من الجدات.

وقول عمر بعد هذا: «وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك»، يحتمل أن يريد أن الجدة التي كانت بسبب سؤال أبى بكر الناس، أو بسبب قضاء رسول الله ﷺ للجدات بالسدس غير المرأة التي أتت عمر بعد ذلك، ويحتمل أن يريد به غير هذا النوع من الجدات.

وقد روى ابن وهب من طريق ليس بالقوى أن الجدة التي أعطاهما رسول الله ﷺ السدس هي أم الأم، قال: فلذلك إذا كانت هي أقرب حازته، وإن كانت هي أبعد شاركت فيه.

وأما التي ورث أبو بكر، فلما كان عمر جاءته هي الجدة أم الأب، فقال لها: ما أجد لك فى كتاب الله عز وجل شيئاً، وسأل الناس، قال: فلم أجد أحداً يخبرنى بشيء، فقال غلام من بنى حارثة: لم لا تورثها يا أمير المؤمنين، وهي لو تركت الدنيا وما فيها ورثها، وهذه لو تركت الدنيا وما فيها لم يرثها ابن ابنتها، فورثها عمر، وقال: إن الله تعالى ليجعل فى الجدات خيراً كثيراً، ثم ورث زيد بن ثابت بعد الثالثة.

فصل: وقول أبى بكر للمغيرة، لما أخبره بقضاء رسول الله ﷺ فى ذلك: «هل معك غيرك؟»، على معنى التثبيت، وطلب تقوية غلبة الظن، لا على معنى رد حديثه؛ لأن المغيرة من فضلاء الصحابة وفقهائهم، فلا يرد حديث مثله.

ولو لم يوجد معه غيره لأمضاه أبو بكر، ولكنه طلب رواية غيره فى ذلك ليعلم الاتفاق عليها؛ لأن ذلك أبعد من السهو والغلط، وربما وجد ما يعدل به عن ظاهره بالتأويل.

ومن هذا قلنا إنه يرجح فى الروايات بكثرة العدد، فلما قال محمد بن مسلمة مثل ما قال المغيرة، اتضح الأمر عنده، وتناهى فيه الاجتهاد لإخبار فاضلين من الصحابة عن

كتاب الفرائض ٢٥٣
النبي ﷺ بذلك في ملأ من الصحابة، استدعاهم في هذه القضية، فلم يأت أحد منهم بخلافها، فأنفذه لها أبو بكر، رضى الله عنه.

فصل: وقوله: «ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، تسأله ميراثها»، يقتضى أنهما جدتان وارثتان، ولو كانت الوارثات من الجدات أكثر من ذلك لقال، ثم جاءت الجدة الثانية أو لقال ثم جاءت جدة ثانية. فأما هذا اللفظ بالتعريف، فإن ظاهره أن لا يستعمل إلا في الاثنين.

ووجه ذلك أن الألف واللام تقتضى التعريف، فلو كان معها من الجدات من يقع عليها هذا الاسم لم يصح أن يكون ذلك معرفة، وإلى هذا ذهب مالك أنه لا يرث من الجدات إلا اثنتان، أم الأم وأم الأب وأمهما، وإن علون، وبه قال أبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث.

وروى عن الشافعى أنه يرث من الجدات ثلاث، الجدتان المتقدمتان، وأم أبى الأب، وهو قول ابن مسعود، وبه قال أبو حنيفة والأوزاعى. وروى عن ابن عباس توريث أربع جدات المتقدمات، وأم أبى الأم، وبه قال ابن سيرين وعطاء.

والدليل على منع توريث أم أبى الأب وأم أبى الأم، ما روى عن عمر فى هذا الحديث للجدة الأخرى، «وما أنا بزائد فى الفرائض ولكنه ذلك السدس، فإن اجتماعهما، فهو بينكما وأيتكما خلت به، فهو لها»، فجعله لهما عند اجتماعهما.

وإن لم يوجد فى الفريضة إلا إحداهما، فهو لها دون غيرها من الجدات، وأبو حنيفة يجعله لها ولأم أبى الأب، وإذا انفردت به إحداهما لم يكن لها، ولأن أم أبى الأب تشاركهما فيه، وهذا قول عمر بحضرة الصحابة، ولم ينكره عليه أحد.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه جدة تدل بالجد، فلم ترث كالجدة أم أبى الأب، واستدلال فى المسألة، وهو أن جنبه الأم فى الجدات أقوى من جنبه الأب، بدليل أن الأم تسقط الجدات أجمع والأب لا يسقط الجدة أم الأم، ثم ثبت وتقرر أنه لا يرث من جنبه الأم غير جدة واحدة، فبأن لا ترث من جنبه الأب غير جدة واحدة أولى.

فصل: وقوله: «وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك»، يريد به القضاء الذى قضى به أبو بكر للجدة أم الأم.

وقوله: «وما أنا بزائد فى الفرائض شيئاً»، يريد به القضاء الذى قضى به أبو بكر للجدة أم الأم.

٢٥٤ كتاب الفرائض

وقوله: «وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً»، يريد أنه لا يفرض للجدات سدساً غير السلس الذي فرضه رسول الله ﷺ.

وقوله: «ولكنه السدس»، يريد، والله أعلم، أن فرض الجدات إنما هو السلس فقط واحدة كانت أو أكثر من ذلك؛ لأنه فرض يتفرد به النساء، فصح الانفراد به، والاشترار فيه كريع الزوجات أو ثمنهن.

فصل: وقوله: «فإن اجتمعما، فهو بينكما»، يقتضى أن الوارثات من الجدات هما اثنتان، ولذلك ذكرهما بلفظ التثنية، وإن كانت المخاطبة واحدة، ولو ورث منهن جماعة لقال: فإن اجتمعن فيه، فهو بينكن وأيتكن خلت به، فهو لها.

١٤٥٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَتَتْ الْجَدَّتَانِ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ السُّلْسَ لِلَّتِي مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ: أَمَا إِنَّكَ تَتْرُكُ الَّتِي لَوْ مَاتَتْ، وَهِيَ حَيٌّ كَانَ إِيَّاهَا يَرِثُ، فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ السُّلْسَ بَيْنَهُمَا.

الشرح: قوله: «أتت الجدتان إلى أبي بكر»، يريد أم الأم وأم الأب، ويحتمل أن يكونا أتيا في موروث واحد، وفي موروثين، فأراد أبو بكر أن يجعل المورث لأم الأم، ولعله حمل حديث المغيرة وابن مسلمة، أو فهم أنها المراد به من قولها، فعارضه رجل من الأنصار لما كان أبو بكر يستشير جماعة الناس، ومن يوجد عنده العلم فى الأحكام بأن الجدة أم الأب لها فى ذلك حق، وأكد لسيبها.

ووجه الموارثة بينها وبين المتوفى بأنه يرثها، وبيان ذلك أن قرابة الجدة قرابة يثبت بها التوارث، فإذا كانت هذه القرابة ترث من لا يرثها المتوفى، فبأن ترث بها من يرثها المتوفى أولى وأحرى، ولا يلزم هذه العمة والخالة؛ لأن تلك قرابة لا يورث بمثلها.

فصل: وقوله: «فجعل لها أبو بكر السدس بينهما»، يريد أنه سوى بينهما فيه، فجعله لهما على السواء، ولم ير الجدة أم الأب أولى به من الجدة أم الأم لما ذكره الأنصارى.

وأما رأى أبى بكر أن سبب أم الأم أقوى من وجه آخر؛ وهو أنها تدلى بالأمومة، وجنبتها فى ميراث الجد أقوى من جنبة الأب؛ لأنها تدلى بمثل سببها كالجدة للأب جنبته أقوى فى الميراث من جنبة الأم؛ لأن الجد للأب يدلى بمثل سبب الأب.

١٤٥٣ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنَ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ كَانَ لَا يَفْرِضُ إِلَّا لِلْجَدَّتَيْنِ.

الشرح: قوله: «كان لا يفرض إلا للجدتين»، يريد أم الأم وأم الأب، وأمهاهما واحدة، وأنه لا يفرض لجدة غيرهما. وقد روى عن عليّ وزيد وابن عباس أنهم ورثوا الجدات، وإن كثرن، إذا كن في درجة واحدة، وقد تقدم من الكلام في ذلك ما يغنى عن إعادته، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَالَّذِي أُذِرْكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِيَلَدِنَا أَنَّ الْجَدَّةَ أُمَّ الْأُمِّ لَا تَرِثُ مَعَ الْأُمِّ دُنْيَا شَيْئًا، وَهِيَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ يُفْرَضُ لَهَا السُّلُسُ فَرِيضَةٌ، وَأَنَّ الْجَدَّةَ أُمَّ الْأَبِّ لَا تَرِثُ مَعَ الْأَبِّ وَلَا مَعَ الْأَبِّ شَيْئًا، وَهِيَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ يُفْرَضُ لَهَا السُّلُسُ فَرِيضَةٌ، فَإِذَا اجْتَمَعَتِ الْجَدَّتَانِ أُمَّ الْأَبِّ وَأُمَّ الْأُمِّ، وَلَيْسَ لِلْمُتَوَفَّى دُونَهُمَا أَبٌّ وَلَا أُمَّ.

قَالَ مَالِكُ: فَإِنِّي سَمِعْتُ أَنَّ أُمَّ الْأُمِّ إِنْ كَانَتْ أَقْعَدَهُمَا كَانَ لَهَا السُّلُسُ دُونَ أُمَّ الْأَبِّ، وَإِنْ كَانَتْ أُمَّ الْأَبِّ أَقْعَدَهُمَا أَوْ كَانَتْ فِي الْقُعْدِ مِنَ الْمُتَوَفَّى بِمَنْزِلَةِ سِوَاءٍ، فَإِنَّ السُّلُسَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ.

الشرح: قوله: «أن الجدة أم الأم لا ترث مع الأم شيئاً»، قول متفق عليه لا اختلاف فيه؛ لأنها تدلى بالأم، وترث بمثل سببها، فكانت محجوبة بها، وأما الجدة أم الأب، فهي أيضاً محجوبة بالأم لما ذكرناه من أنها تدلى بمثل سببها، والأم أقرب قرابة منها، فوجب أن تحجبها، والأب يحجب الجدة للأب، خلافاً لما روى عن ابن مسعود.

ووجه ذلك أنها مما كانت تدلى به على وجه الولادة من غير أن يحجبها كما يحجب الجد، أو أنها وارثة تدلى بعاصب، فوجب أن يحجبها العاصب كالعم والجد، ولا يحجب الجدة للأم؛ لأنها لا تدلى به، ولا ترث بمثل سببه؛ لأنها ترث بالأمومة، وهو يرث بالأبوة، فلم يحجبها كما تحجب الأم.

فصل: فإذا اجتمعت الجدتان أم الأم وأم الأب، ولم يكن من الأبوين من يحجبهما أو إحداهما، فإن كانتا في قعد واحد، فالسلس بينهما على السواء على حسب ما

٢٥٦ كتاب الفرائض

تقدم، وإن كانت إحداهما أقرب، فإن كانت القربى من جهة الأم بدرجة أو درجات حجبت البعدى، وبهذا قال زيد وعليّ وجهور التابعين.

وروى النخعى والشعبي، عن ابن مسعود أنه قال: السلس للقربى والبعدى، إذا كانتا من جهتين مختلفتين، فإن كانتا من جهة واحدة، فالسلس لأقربهن.

والدليل على ما قدمناه من أن الأم تحجب أم الأب، فكذلك أم الأب تحجب أم أم الأب.

مسألة: فإن كانت القربى من جهة الأب بدرجة أو درجات، فالسلس بينهما، وهذه رواية بخارجة بن زيد وابن المسيب، عن زيد، وبه قال مالك، وهى إحدى الروايتين عن الشافعى.

وروى عن عليّ أنه يجعل السلس للقربى، وهى رواية النخعى والشعبي، عن زيد، وبه قال أبو حنيفة، وهى الرواية الثانية عن الشافعى.

والدليل على صحة القول الأول أن الأم لا تحجب أم الأم، فكذلك أم الأب لا تحجب أم الأم، وأن من يرث بالأم من جهة البنوة لا يسقط بمن يدلى بالأب من تلك الجهة، وكذلك من يدلى بالأم من جهة الأمومة، لا يسقط من يدلى بالأب من تلك الجهة.

فصل: وقوله: «يفرض لها فيما سوى ذلك السلس»، يعنى أنه فرضها إذا انفردت، وعلى هذا جمهور الفقهاء. وروى ابن سيرين أن الجندات ليس لهن سهم، وإنما هى طعمة أطعمتها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أن الميراث لا يكون إلا بفرض أو تعصيب، وقد ثبت أن الجدة ليست من أهل التعصيب، فلم يبق إلا أن ترث بالفرض.

قال مالك: ولا ميراث لأحدٍ من الجدّاتِ إلا للجدّتين؛ لأنّه بلغنّى أنّ رسولَ الله ﷺ ورثَ الجدّة، ثمّ سألَ أبو بكرٍ عن ذلك حتّى أتاه الثبوتُ عن رسولِ الله ﷺ أنّه ورثَ الجدّة، فأنفذهُ لها ثمّ أتتِ الجدّةُ الأخرى إلى عمرَ بن الخطّابِ فقالَ لها: ما أنا بزائدٍ فى الفرائضِ شيئاً، فإنِ اجتمعتُما، فهو بينكما، وأيتكما خلّت به، فهو لها.

قال مالك: ثمّ لم نعلم أحداً ورثَ غيرَ جدّتينِ منذُ كانَ الإسلامُ إلى اليوم.

كتاب الفرائض ٢٥٧

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يرث من الجدات غير جدتين أم الأم وأم الأب وأمهاتهما، وقد تقدم ذكر ذلك.

وقوله: «وقد بلغني أن رسول الله ﷺ ورث الجدة»، يريد بذلك أنه لا يثبت ميراث الجدة إلا بأحد هذين الأمرين، وهو ما بلغ أبا بكر أن النبي ﷺ ورث الجدة، وهي عنده أم الأم.

والثانية التي جاءت إلى عمر، فقال لها: إنما هو السدس، فأيتكما خلعت به فهو لها، فإن اجتمعتما فيه، فهو بينكما، وهي أم الأم، وسائر الجدات لم يثبت لهن حق، ولا ذكرهن عمر في قضائه للجدة بالميراث، وإنما ذكر جدتين بالثنية، فدل ذلك على اختصاص الحكم بهما.

وقول مالك: «ولم نعلم أحداً ورث غير جدتين»، مع ما قدمناه من الاختلاف في ذلك، يحتمل أن يريد به إنفاذه الحكم وإن جاز أن يراه ابن مسعود وغيره، ولكنه لم يبلغه أنه أنفذ حكماً به؛ لأن القائل به كان يخالفه الجهم الغفير، فكان ينفذ الحكم بقول الجماعة دون قول الواحد.

ولذلك لم ينسب توريث أم أب الأب إلى عبدالله وحده، وتوريث أم أب الأم إلى ابن عباس من طرق ليست بالقوية، ولعل مالكاً قد أراد أن ذلك لم يثبت عنده عن أحد من الأئمة، وأن ما روى من ذلك عن ابن مسعود وابن عباس لم يثبت عنهما، والله أعلم وأحكم.

* * *

ميراث الكلالة

١٤٥٤ - مالك، عن زيد بن أسلم، أن عمر بن الخطاب سأل رسول الله ﷺ عن الكلالة، فقال له رسول الله ﷺ: «يكفيك من ذلك الآية التي أنزلت في الصيف آخر سورة النساء».

١٤٥٤ - أخرجه مسلم في الفرائض ١٦١٧. وابن ماجه في الفرائض ٢٧٢٦. وأحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة ٩٠، ١٨٠، ٢٦٤، ٣٣٤، ٢٦٤.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٢١/٧: هكذا رواه يحيى مرسلاً، وتابعه أكثر الرواة على إرساله ووصله الثعنبي وابن القاسم على اختلاف عنه، فقالا فيه: عن مالك، عن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن عمر بن الخطاب، ورواه ابن وهب ومطرف وابن بكير وأبو مصعب، ومصعب، ومعن وابن

الشرح: قوله: «أن عمر سأل رسول الله ﷺ عن الكلالة»، يحتمل أن يسأل عن حكمهم في الميراث، ويحتمل أن يسأل عن يستحق هذا الاسم من الورثة أو المورثين. وقد روى عن أبي بكر وعمر وابن عباس: الكلالة من لا ولد له ولا والد، وهذا يقتضى أن الكلالة الموروث عن هذه الصفة.

وقوله ﷺ: «يكفيك من ذلك آية الصيف»، يقتضى أن السؤال كان عن أحكام الوارثين. وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ﴾ [النساء: ١٢]، ظاهره أنه يورث على هذا الحال، والله أعلم. وقد قيل إن الكلالة اسم للورثة.

فصل: وقوله ﷺ: «يكفيك من ذلك الآية التي نزلت في الصيف في آخر سورة النساء»، يريد قول الله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] الآية إلى آخر السورة.

وهذه الآية نزلت في شأن جابر بن عبد الله بن عمرو السلمى فيما رواه ابن المنكدر، عن جابر، قال: مرضت، فأتاني النبي ﷺ يعودني هو وأبو بكر ماشيين، وقد أغمى عليّ، فلم أكلمه، فتوضأ، فصب عليّ، فأفقت، فقلت: يا رسول الله، كيف أصنع في مالى ولى أخوات، فنزلت آية الميراث ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ﴾.

وروى أبو إسحاق، عن البراء أن هذه آخر آية نزلت خاتمة سورة النساء ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾.

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ يَلِدُنَا أَنَّ الْكَلَالََةَ عَلَى وَجْهَيْنِ، فَأَمَّا الْآيَةُ الَّتِي أَنْزَلْتُ فِي أَوَّلِ سُورَةِ النَّسَاءِ الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِيهَا: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾ [النساء: ١٢] فَهَذِهِ الْكَلَالَةُ الَّتِي لَا تَرِثُ يَرِثُ فِيهَا الْإِخْوَةُ لِلْأُمَّ حَتَّى لَا يَكُونَ وَلَدٌ وَلَا وَالِدٌ، وَأَمَّا الْآيَةُ الَّتِي فِي آخِرِ سُورَةِ النَّسَاءِ الَّتِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِيهَا: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ

عفير، كما رواه يحيى لم يقولوا عن أبيه.

فَلَهُمَا الثَّلَاثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿النساء: ١٧٦﴾.

قال مالك: فَهَذِهِ الْكَلَالَةُ الَّتِي تَكُونُ فِيهَا الْإِخْوَةُ عَصَبَةٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، فَيَرِثُونَ مَعَ الْجَدِّ فِي الْكَلَالَةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن الكلاله على ضربين عند كثير من العلماء، أحدهما: من لا يرث مع الولد، وإن علا، والمولودون وإن سفلوا، كالإخوة للأم، وذلك ما تضمن حكمه الآية التي في أول سورة النساء، وقد ذكر الله تعالى فيها الكلاله، فقال: ﴿وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس﴾ [النساء: ١٢]، فهؤلاء الإخوة من الأم خاصة، فمتى انفرد ذكرهم وأنشاهم، فله السدس، ومتى كانوا أكثر من ذلك، فهم شركاء في الثلث.

والوجه الثاني من الكلاله من لا يرث مع الابن وابن الابن، ولا مع الأب، ويرث مع الجد والبنت وبنت الابن، وذلك ما تضمن حكمه الآية التي في آخر سورة النساء، وقد ذكر الله فيها الكلاله أيضاً، فقال: ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلاله﴾ [النساء: ١٧٦].

فهؤلاء من الكلاله التي ذكرهم مخالف أنشاهم عند الانفراد؛ لأن اللأثني منهم النصف، وللذكر الجميع.

فلذلك اختلفوا عند الاشتراك والاجتماع، فكان للأثني منهم نصف حظ الذكر، إلا أن هؤلاء يرثون بالتعصيب والفرض، والأولين لا يرثون إلا بالفرض، فالجد يرث مع الإخوة؛ لأنه أولى بالميراث منهم، وذلك أنه يرث مع ذكور ولد المتوفى.

وقوله: «يرثون مع الجد في الكلاله»، يريد الإخوة للأب أو الأم أو الأب.

فَالْجَدُّ يَرِثُ مَعَ الْإِخْوَةِ، لِأَنَّهُ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْهُمْ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَرِثُ مَعَ ذُكُورِ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى السُّدُسَ، وَالْإِخْوَةُ لَا يَرِثُونَ مَعَ ذُكُورِ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى شَيْئًا، وَكَيْفَ لَا يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ، وَهُوَ يَأْخُذُ السُّدُسَ مَعَ وَلَدِ الْمُتَوَفَّى، فَكَيْفَ لَا يَأْخُذُ الثُّلُثَ مَعَ الْإِخْوَةِ وَبُنُو الْأُمِّ يَأْخُذُونَ مَعَهُمُ الثُّلُثَ، فَالْجَدُّ هُوَ الَّذِي حَجَبَ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ، وَمَنْعَهُمْ مَكَانَهُ الْمِيرَاثِ، فَهُوَ أَوْلَى بِالَّذِي كَانَ لَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ سَقَطُوا مِنْ أَجْلِهِ، وَلَوْ

أَنَّ الْجَدَّ لَمْ يَأْخُذْ ذَلِكَ التَّلْثَ أَخَذَهُ بِنِسْبَةِ الْأُمِّ، فَإِنَّمَا أَخَذَ مَا لَمْ يَكُنْ يَرْجِعُ إِلَى
الإِخْوَةِ لِلأَبِّ، وَكَانَ الإِخْوَةُ لِلأُمِّ هُمْ أَوْلَى بِذَلِكَ التَّلْثِ مِنَ الإِخْوَةِ لِلأَبِّ، وَكَانَ
الْجَدُّ هُوَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنَ الإِخْوَةِ لِلأُمِّ.

الشرح: وهذا كما قال أن الجدة لا يحجب الإخوة عن الميراث، وذلك أنه يرث مع
من لا يرثون معه، وهو الابن وابن الابن للجد معهم السلس؛ لأنه ذو فرض، ولا يرث
الإخوة معهم؛ لأنهم يرثون معه بالتعصيب والأخوات، وإن كن يرثن بالفرض عند
الانفراد، إلا أنهن يرثن بمثل سبب الإخوة من التعصيب، فوجب أن يحجبهن عن
الفرض من يحجب الإخوة عن التعصيب.

ألا ترى أن الأم ترث بالفرض الثلث، والأب يرث بالتعصيب ما زاد على السلس،
ثم يحجب الأم عن الثلث إلى السلس الابن، كما يحجب الأب عن التعصيب، ويرد إلى
السلس الذي هو الفرض لما ورث الأبوان بسبب واحد، وهو الولادة المباشرة.

فلما كان هذا حال الجدة كان أحق من الإخوة بهذا السلس، وكان أيضاً أحق منها
بالثلث، إذا لم يكن معهم في الثلث غيرهم من يحجبهم عن الثلث لمعنى آخر وهو أن
الإخوة للأم أحق بالثلث من الإخوة للأب والأم والأخت للأب.

والفرق بينه وبين الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم من الثلث إلى السلس، والأب
أحق به منهم، أن الإخوة يحجبون الأم، والأب يحجبهم، فلا يرثون معه والإخوة للأم
يرثون الثلث مع الإخوة للأب والأم، ويحجبونهم عنه، والأب يحجبهم، فلا يرثون معه.

فلذلك كان أولى به؛ لأن الجدة يحجب الإخوة للأم الذين يحجبون الإخوة للأب
والأم عن ذلك الثلث، فكان بمنزلة الأب مع الإخوة الذين يحجبون الأم عن الثلث إلى
السلس والأب يحجبهم، فكان أحق به منهم.

مسألة: فلو كانت فريضة فيها أم وزوج وجد وإخوة لأم وإخوة لأب، فمذهب
مالك: أن للزوج النصف، وللأم السلس، ولا شيء للإخوة للأب؛ لأن الإخوة للأب
أحق به منهم، لو لم يكن الجدة، والجدة يحجب الإخوة للأم عنه، فكان أحق به منهم.

ما جاء في العمة

١٤٥٥ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَنْظَلَةَ الزُّرْقِيِّ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ عَنْ مَوْلَى لِقْرِيَشٍ كَانَ قَدِيمًا يُقَالُ لَهُ ابْنُ مِرْسَى أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ جَالِسًا عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَلَمَّا صَلَّى الظُّهْرَ، قَالَ: يَا يَرْفَا، هَلُمَّ ذَلِكَ الْكِتَابَ، لِكِتَابِ كَتَبُهُ فِي شَأْنِ الْعَمَّةِ، فَسَأَلَ عَنْهَا، وَنَسْتَجِيرَ عَنْهَا، فَأَتَاهُ بِهِ يَرْفَا، فَدَعَا بَتُورَ أَوْ قَدَحٍ فِيهِ مَاءٌ، فَمَحَا ذَلِكَ الْكِتَابَ فِيهِ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ رَضِيكَ اللَّهُ وَارثَةً أَقْرَكَ، لَوْ رَضِيكَ اللَّهُ أَقْرَكَ.

١٤٥٦ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَاهُ كَثِيرًا يَقُولُ: كَانَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَقُولُ: عَجَبًا لِلْعَمَّةِ تَوَرَّثُ وَلَا تَرَّثُ.

الشرح: قوله ليرقا بأثر الصلاة: «هلم ذلك الكتاب»، ليسأل عنها ويستخير يحتمل أنه خص ذلك الوقت بهذا المعنى لحضور فقهاء الصحابة الصلاة، ولعله أن يكون قد تبين حينئذ إليه من حكمها ما خفى عليه قبل ذلك، فأراد أن يشاورهم فيما ظهر إليه من ذلك، ونحو ذلك في القدح أو التور.

وقوله: «لو رضيك الله أقرك» يحتمل أن يريد به إسقاط العمة من أهل الموارث، وأن الله تعالى لو رضى الوراثة لأقرها بعد الاستخارة، والمشاورة، بأن يقوى فى نفس عمر وسائر الصحابة وجوب الميراث لها، ويربهم وجه الصواب فى ذلك، فلما لم يرههم ذلك مع ما أمرهم به من إجهاد الرأى، بطل أن يكون جعل لها فى الميراث حقاً. ويحتمل أيضاً أن يكون أراد بذلك الرقعة التى محأها، سواء كان فيها إثبات الميراث للعمة أو نفيه عنها، وأن الله لم يرض تلك البطاقة لما لم يقرهم عليها، ولم يرههم صوابها، إلا أن المعروف من مذهب عمر منع العمة الميراث، وسيأتى فى ميراث ذوى الأرحام من المسائل التى اختلف فيها الصحابة، فالمشهور عن عمر منع ذلك، وبه قال زيد بن ثابت، وإليه ذهب مالك والشافعى.

وروى عن ابن مسعود توريتهم، وبه قال أبو حنيفة، وذوو المحارم هم بنو البنت، وبنو الأخت، وبنات الأخ من الأب والأم، وبنات الأخ من الأب، وبنو الإخوة من الأم، والعمة، والخالة، وبنات العم والخال، والعم أخو الأب للأم وأولاده، والجدة أم

١٤٥٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٥٣.

١٤٥٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٥٤.

والدليل على ما نقوله أن بنت البنت شخص لا ترث مع الأخ المساوى لها فى القرابة، فوجب أن لا ترث إذا انفردت. أصل ذلك بنت العمّة، ولا يلزمها على هذا الأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم، فإنه غير مساو له فى القرابة.

* * *

باب ميراث ولاية العصبية

قال مالك: الأمرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا فِي وِلَايَةِ الْعَصْبَةِ: أَنَّ الْأَخَ لِلْأَبِ وَالْأُمَّ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنَ الْأَخِ لِلْأَبِ، وَالْأَخُ لِلْأَبِ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنَ بِنْتِ الْأَخِ لِلْأَبِ، وَالْأُمَّ أَوْلَى مِنْ بِنْتِ الْأَخِ لِلْأَبِ، وَبَنُو الْأَخِ لِلْأَبِ، وَالْأُمَّ أَوْلَى مِنْ بِنْتِ الْأَخِ لِلْأَبِ، وَبَنُو ابْنِ الْأَخِ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنَ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ لِلْأَبِ، وَالْأُمَّ وَالْعَمُّ أَخُو الْأَبِ لِلْأَبِ، وَالْأُمَّ أَوْلَى مِنَ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ لِلْأَبِ، وَالْعَمُّ أَخُو الْأَبِ أَوْلَى مِنْ بِنْتِ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ لِلْأَبِ، وَالْأُمَّ وَابْنُ الْعَمِّ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنَ عَمِّ الْأَبِ أَخِي أَبِي الْأَبِ لِلْأَبِ وَالْأُمَّ.

قال مالك: وَكُلُّ شَيْءٍ سُئِلْتَ عَنْهُ مِنْ مِيرَاثِ الْعَصْبَةِ، فَإِنَّهُ عَلَى نَحْوِ هَذَا أَنْسَبِ الْمُتَوَفَّى وَمَنْ يُنَارِعُ فِي وِلَايَتِهِ مِنْ عَصْبَتِهِ، فَإِنْ وَجَدْتَ أَحَدًا مِنْهُمْ يَلْقَى الْمُتَوَفَّى إِلَى أَبِي لَا يَلْقَاهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ إِلَى أَبِي دُونَهُ، فَاجْعَلْ مِيرَاثَهُ لِلَّذِي يَلْقَاهُ إِلَى الْأَبِ الْأَدْنَى دُونَ مَنْ يَلْقَاهُ إِلَى فَوْقِ ذَلِكَ، فَإِنْ وَجَدْتَهُمْ كُلَّهُمْ يَلْقَوْنَهُ إِلَى أَبِي وَاحِدٍ يَجْمَعُهُمْ جَمِيعًا، فَاَنْظُرْ أَقْعَدَهُمْ فِي النَّسَبِ، فَإِنْ كَانَ ابْنُ أَبِي فَقَطْ، فَاجْعَلِ الْمِيرَاثَ لَهُ دُونَ الْأَطْرَافِ، وَإِنْ كَانَ ابْنُ أَبِي وَأُمُّ، وَإِنْ وَجَدْتَهُمْ مُسْتَوِينَ يَنْتَسِبُونَ مِنْ عَدَدِ الْآبَاءِ إِلَى عَدَدِ وَاحِدٍ حَتَّى يَلْقُوا نَسَبَ الْمُتَوَفَّى جَمِيعًا، وَكَانُوا كُلُّهُمْ جَمِيعًا بِنْتِ أَبِي أَوْ بِنْتِ أَبِي وَأُمُّ، فَاجْعَلِ الْمِيرَاثَ بَيْنَهُمْ سَوَاءً، وَإِنْ كَانَ وَالِدُ بَعْضِهِمْ أَخًا وَالِدِ الْمُتَوَفَّى لِلْأَبِ وَالْأُمَّ، وَكَانَ مَنْ سِوَاهُ مِنْهُمْ إِنَّمَا هُوَ أَخُو أَبِي الْمُتَوَفَّى لِأَبِيهِ فَقَطْ، فَإِنَّ الْمِيرَاثَ لِبِنْتِ أَخِي الْمُتَوَفَّى لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ دُونَ بِنْتِ الْأَخِ

كتاب الفرائض ٢٦٣
لِلأَبِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [الأنفال: ٧٥].

الشرح: وهذا على ما قال أن الأخ للأب والأم أولى من الأخ للأب؛ لأن الأم يدلى بها إلى الميراث، إذا انفردت كما يدلى بالأب إذا انفرد، فإذا اجتمعا كان أقوى من انفرد أحدهما، وكذلك الميراث في العمومة، وإن كان العم للأُم لا مدخل له في الميراث إلا أنه لما كانت الأم سبباً في الميراث بالجملة، قويت جنبه من وجدت في جهته كما أن الأم بانفراها لا تكون سبباً إلى ميراث جميع المال، وقد يقوى جنبه الأخ للأب والأم، فيستحق جميع المال، وهذا مع التساوى في الدرجة من الميت مثل أن يكون جميعهم إخوة أو أعماماً في درجة أو بنى عم في درجة واحدة.

فإن اختلف درجاتهم، فذلك على وجهين، أحدهما: اختلافها مع اختلاف الأسباب. الثاني: اختلافهم مع اتفاق الأسباب.

فأما اختلاف الدرجات مع اختلاف الأسباب، فكالإخوة مع الأعمام وبنى الأعمام، فالإخوة أقرب؛ لأنهم يدلون بالأب والأعمام يدلون بالجد، وكذلك بنو الأعمام يدلون بالجد، فكان الإخوة أولى إخوة كانوا لأب وأم أو لأب؛ لأنهم يدلون بالأب، وهو أقرب من الجد، وإن كانوا أعماماً كلهم أو بنى عم كلهم، واختلفت درجاتهم، فكالأعمام إخوة الأب مع الأعمام إخوة الجد؛ فإن الأعمام إخوة الأب أولى بالميراث، وهو معنى قول مالك أن من يلقي الميت إلى أب لا يلقاه غيره إلى أقرب منه، فله الميراث.

ومعنى ذلك أن الأعمام يدلون بالجد أبى الأب والأعمام إخوة الجد يدلون بالجد أبى الأب، وكل من أدلى بالأقرب، فله الميراث دون من أدلى بأب أبعد.

مسألة: ومن ترك خالاً هو ابن عم لأب، وأخاً لأم، وهو ابن عم لأب، فلا أخ للأم السلس، وما بقى بينه وبين الخال بالسوية؛ لأنهما ابنا عم في درجة واحدة.

ووجه ذلك أن الخال لا حظ له في الميراث والأخ للأم يرث بالفرض السلس، وإذا اجتمع لأحد الوراثين سببان، وانفرد الآخر بسبب واحد، فإن كان السببان من جنس واحد كابنى العم، أحدهما ابن عم لأب وأم، والآخر ابن عم لأب، فإن تأثيره أن يحجب ذو السببين ذا السبب الواحد، وإن كان السببان من جنسين مثل أن يكون أخو الأم هو ابن عم مع ابن عم ليس بأخ لأم، فإن تأثير السببين أن يرث بكل واحد منهما،

٢٦٤ كتاب الفرائض

فيرث بسبب الفرض أولاً ثم يساويه في بقية الميراث لتساويهما فيه، والله أعلم.

مسألة: ولو ترك الميت أخوين لأم أحدهما ابن عم لورثنا بالأخوة للأم الثلث بينهما، ثم يرث الأخ الذي هو ابن عم بالتعصيب بقية المال، وذلك على ما قدمناه.

مسألة: وهذا إذا تحقق الوارث بالذكورة أو الأنوثة، فإن كان خنثى، فإنه ينظر إلى مباله، فإن بال من ذكره، فحكمه حكم الذكور في ميراثه وصلاته والصلاة عليه وغير ذلك من أحكامه.

وإن بال من فرجه، فحكمه في ذلك حكم المرأة، وإن بال منهما، فهو الخنثى المشكل، فقد قال ابن عجلان الفرضي: ينظر أيهما يبدأ البول أولاً. وروى ذلك عن ابن أبي طالب.

وإن بال منهما جميعاً سواء، فهذا الخنثى المشكل، وافترق أهل الفرائض على أن له نصف ميراث رجل، ونصف ميراث امرأة، فإن انفرد وحده، فله ثلاثة أرباع الميراث. قال ابن غالب: لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك.

وقد اختلفوا في الحساب، فقال بعضهم: من توفي، وترك ابناً خنثياً وبنياً صحيحاً، فإن فريضة من سبعة للصحيح أربعة، وللخنثى ثلاثة، ومنهم من قال: فريضة من خمسة للخنثى سهمان، وللصحيح ثلاثة، ومنهم من قال: فريضة من ثمانية، للصحيح خمسة، وللخنثى ثلاثة.

وذلك كله غلط في الحساب، والصواب في ذلك أن تعمل فريضة من سبعة للصحيح، وفريضة من سبعة للخنثى، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح أربعة، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح خمسة، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح ستة، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح سبعة، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح ثمانية، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح تسعة، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح عشرة، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح أحد عشر، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح اثنا عشر، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح ثلاثة عشر، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح أربعة عشر، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح خمسة عشر، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح ستة عشر، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح سبعة عشر، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، وفريضة من سبعة للصحيح ثمانية عشر، وللخنثى ثلاثة، فليكون لكل واحد منهما النصف، والله أعلم.

قال مالك: وَالْجَدُّ أَبُو الْأَبِّ أَوْلَى مِنْ بِنْتِي الْأَخِ لِلْأَبِّ وَالْأُمِّ، وَأَوْلَى مِنَ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِّ لِلْأَبِّ وَالْأُمِّ بِالْمِيرَاثِ، وَابْنُ الْأَخِ لِلْأَبِّ وَالْأُمِّ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ بِوَلَاءِ الْمَوَالِي.

الشرح: وهذا على ما قال أن الجد أبا الأب يحجب به الأخ للأب والأم، وذلك أن الجد أولى بالميراث من الأخ للأب والأم إذا ضاق عنهما؛ لأنه من أهل الفروض، ولذلك يرث مع الابن السلس، ولا يرث الأخ من الابن شيئاً، لكنه إذا فضل المال عن فرض الجد ورث معه الأخ بالتعصيب؛ لأن لكل واحد منهما تعصياً، والأخ يعصب أخته، والجد يرث مع الابن، فلذلك لم يحجب أحدهما الآخر عن التعصيب.

وأما ابن الأخ، فلا يعصب أخته، ولذلك حجبه لقوة أسنابه التي يرث بها، وهذا حكم الجد أبي الأب، فأما أبو أبي الأب، فإنه أيضاً أولى من بنى الأخ والأعمام وبنى الأعمام؛ لأنه جد كالأدنى.

وأما الجد الأب، فإنه يحجب أباه كما يحجب الأب الجد، فكل أب يحجب من فوقه كما أن كل ابن يحجب من تحته، لأن الميراث إنما يستحق بالقرب، والله أعلم.

فصل: والجد أولى من العم أخى الأب للأب والأم. ووجه ذلك أن العم إنما يدلى بالجد، فكان كالأخ مع الأب لما أدلى به لم يرث معه، وإنما يرث مع عدمه وأيضاً، فإن تعصيب العم ليس بالقوى؛ لأنه لا يعصب أخته، فكان كابن الأخ لا يرث مع الجد لضعف تعصبيه؛ لأنه لا يعصب أخته، وإنما يرث مع الجد بالتعصيب من قوى تعصبيه حتى يعصب أخته كالأخ والابن وابن والابن.

فصلي: وقوله: «وابن الأخ للأب والأم أولى من الجد بولاء الموالى» ووجه ذلك أن الولاء لا يورث إلا بمحض التعصيب، وليس فيه فروض، والأخ وابن الأخ أمحض تعصياً من الجد؛ لأنهم لا يرثون إلا بالتعصيب، فكان سببهم أقوى فى الولاء، ولا يقوى تعصيب الجد بالفرض فى الولاء؛ لأنه لا مدخل للفروض فيه.

وأما الأب، فإنه أحق بالولاء من الأخوة، وإن كان يرث تارة بالفرض وتارة بالتعصيب وتارة بهما؛ لأن الإخوة يدلون به، فكان أحق بذلك منهم، وليس كذلك الجد، فإنهم لا يدلون به، وحكم الإخوة مع الأب كحكم الأعمام من الجد، والله أعلم.

٢٦٦ كتاب الفرائض

مسألة: قد تقدم الكلام في ذكر من يرث في هذا الكتاب، فليذكر العمل في موراثتهم ليتم به بيان أحكامهم.

ومعنى ذلك على الإيجاز أن الفروض ستة، وقد تقدم ذكرها، ويخرج حسابها من سبعة أصول الاثني والثلاثة وأربعة والستة والثمانية والاثني عشر والأربعة وعشرين، وذلك أن الاثني ابتداء أصول المسائل ثم تضاعف إلى أربعة ثم تضاعف إلى ثمانية.

فإذا كانت المسألة نصفاً وما بقي، أو نصفاً ونصفاً، فهي من اثني، وإن كانت ربعاً وما بقي، أو ربعاً ونصفاً، وما بقي من أربعة، وإن كانت ثمناً، وما بقي، أو كانت ثمناً ونصفاً، فأصلها من ثمانية، وهذه الأصول الثلاثة لا يدخلها عول لاختصاص سهماتها بأحد الأصليين.

والأصل الثاني أوله من ثلاثة، ثم يضاعف إلى ستة، ثم يضاعف إلى اثني عشر، ثم يضاعف إلى أربعة وعشرين، فإن كان في المسألة ثلث وما بقي، أو ثلث وثلثان، فأصل المسألة من ثلاثة، وهذه المسألة أيضاً لا تعول لاختصاصها بأحد الأصليين.

وإن كان فيها ربع مع ثلث أو سلس، فهي من اثني عشر، وإن كان فيها ثمن مع ثلث أو سلس، فهي من أربعة وعشرين، وهذه المسائل الثلاث تعول لاجتماع الأصليين فيها.

فأما المسألة التي أصلها من ستة، فهي تعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة، فإذا عالت إلى عشرة سميت ذات الفروخ، وهي أكثر المسائل عولاً؛ لأنها عالت بقسميها، وإذا عالت إلى تسعة، فبعضهم يسميها الغراء، وهي الأكدرية.

وإذا كان أصل المسألة من اثني عشر عالت إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر، وإذا كان أصل المسألة من أربعة وعشرين، عالت إلى سبعة وعشرين، وهي المنبرية.

مسألة: فإذا تركت المرأة زوجاً وأختين لأب، فأصلها من ستة، وتعول إلى سبعة، وإذا تركت زوجاً، وأما وأختين لأم، فأصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية.

وإذا تركت زوجاً وجداً وأماً وأختاً، فأصلها من ستة، وتعول إلى تسعة، وإذا تركت المرأة زوجاً وأماً وست أخوات مفترقات، فأصلها من ستة وتعول إلى عشرة، للزوج النصف، وهو ثلاثة، وللأم السلس، وللأختين للأم الثلث، وللأختين للأم والأب

الثلاثان، وتعول إلى عشرة، وقد تقدم ذكرها.

مسألة: وإذا توفى رجل وترك زوجة وثلاث أخوات متفرقات، أصلها من اثني عشر، للزوجة الربع بثلاثة وللأخت للأم السدس باثنتين وللأخت للأب والأم النصف بستة أسهم وللأخت للأب السدس بسهمين تعول إلى ثلاثة عشر.

ولو خلفت المرأة زوجًا وأبوين وابنة ابن، أصلها من اثني عشر للزوج الربع بثلاثة أسهم، وللأبوين السدسان أربعة أسهم، وللابنة النصف بستة أسهم، ولابن الابن السدس باثنتين، تعول إلى خمسة عشر.

ولو خلف زوجة وأختين لأم وأختين لأب، فأصلها من اثني عشر للمرأة الربع بثلاثة أسهم، وللحجة السدس بسهمين وللأختين للأم الثلث بأربعة أسهم، وللأختين للأب الثلاثان بثمانية أسهم تعول إلى سبعة عشر.

مسألة: ولو توفى رجل، وترك زوجة وأبوين وابتنتين، فأصلها من أربعة وعشرين للمرأة الثمن بثلاثة أسهم وللأبوين السدسان بثمانية أسهم، وللابتنتين الثلاثان ستة عشر سهما تعول إلى سبعة وعشرين.

* * *

فصل في تصحيح المسائل

وتصحيحها أن تضرب عدد من لا تنقسم عليهم سهامهم في أصل المسألة وعولها، فما خرج، فمنه تصح المسألة، وذلك مثل زوج وأخوين، أصلها من اثني عشر للزوج النصف وللأخوين النصف، لا ينقسم عليهما، فتضرب عددهما، وهما اثنان في أصل المسألة، وهو اثنان يكون أربعة منه، تصح المسألة، فيكون للزوج النصف بسهمين وللأخوين النصف بسهمين لكل واحد منهما سهم.

ولو تركت زوجًا وأخًا وأختًا، فأصلها للزوج النصف سهم وللأخ والأخت النصف، لا ينقسم عليهما، فيعد الأخ باثنتين؛ لأن له مثل ما لأخته، فتضرب أصل المسألة في ثلاثة تكون ستة منها تصح المسألة للزوج النصف ثلاثة، وتبقى ثلاثة بين الأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، والله أعلم.

مسألة: فإن كان عدد الورثة موافقًا لسهامهم مثل أن يكون لعددتهم نصف، ولسهامهم نصف أو ثلث أو ربع وربع، أو ما كان من الأجزاء، فيرد عددهم إلى

ذلك، ثم تضرب الراجع في أصل المسألة وعولها، فما اجتمع صحت منه المسألة.
وذلك مثل امرأة تركت زوجاً، هو ابن عمها، وأربعة عشر ابنة، أصل مسألتهن من ثلاثة، فلزوج بالفرض والتعصيب الثلث، ويبقى الثلثان، وهما سهمان للبنات لا ينقسم عليهن لكن توافقهن بالنصف، فتضرب عددن، وهو سبعة في أصل المسألة، وهو ثلاثة يكون أحداً وعشرين منها تصح المسألة للزوج سبعة، وللبنات أربعة عشر سهماً.
مسألة: فإن كان في المسألة أعداد مختلفة لا تنقسم سهامها، فاضرب الأعداد ببعضها في بعض، فما اجتمع فاضربه في أصل المسألة وعولها.

وذلك مثل رجل توفي وخلف أربع نسوة وأربعة وثلاثين أختاً لأم، وسبعة وثلاثين أختاً لأب، المسألة من اثني عشر للزوجات الربع بثلاثة لا تصح عليهن، ولا توافق، وللإخوة الثلث بأربعة سهام، ولا تنقسم عليهن، ولا توافق، وللأخوات لأب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن، ولا توافق، فتضرب أربعة في أربعة وثلاثين، فما اجتمع ضربته في سبعة وثلاثين، فما اجتمع ضربته في المسألة، فما اجتمع، فمنه تصح المسألة.

مسألة: فإن كان من لا تنقسم عليهم سهامهم يوافق عددهم بجزء من الأجزاء نصف أو ثلث أو ربع أو أقل من ذلك أو أكثر، أخذت وفق عددهم لسهامهم، ثم ضربت بعض ذلك في بعض، فما اجتمع ضربته في أصل المسألة وعولها، وإن كانت عولاً، فما اجتمع صحت منه المسألة.

مثال ذلك ثلاث نسوة وأربعة عشر أختاً لأم، واثنتان وثلاثون أختاً لأب، المسألة من اثني عشر، للزوجات الربع ثلاثة سهام ينقسم عليهن، وللأخوة للأم الثلث بأربعة سهام، وللإخوة لأب الثلثان ثمانية أسهم، لا ينقسم عليهن ويوافقهم بالنصف، فيرجعون إلى تسعة، وللأخوات الثلثان ثمانية أسهم، لا تنقسم عليهن وتوافقهن بالأثمان، فيرجعن إلى ثمنهن، وذلك أربعة، فتضرب ثلاثة أربعة في سبعة، فذلك أربعة وثمانون، ثم في أصل المسألة وعولها، وذلك خمسة عشر، فلذلك ألف ومائتان وسبعون، ومنها تصح المسألة من له سهم ضرب له في أربعة وثمانين.

مسألة: فإن كانت الأعداد بموافقتها إياها لسهامها يوافق بعضها بعضاً، فأوقف وفق أحد الأعداد وأردد الأعداد الأخر إلى موافقتها للعدد الموقوف، فمراجع ضربت بعضه في بعض، ثم ما اجتمع في جميع العدد الموقوف وما اجتمع في الأصل وعولها.

مثال ذلك أربع نسوة وستة وثلاثون أختاً لأم وثمانية وأربعون أختاً لأب، المسألة من اثني عشر للزوجات الربع بثلاثة، لا ينقسم عليهن ولا يوافقهن، وللإخوة للأم الثلث

كتاب الفرائض ٢٦٩

بأربعة أسهم، لا تنقسم عليهم وتوافقهم بالربع، فيردون إلى ربعمهم، وذلك تسعة للأخوات للأب الثلثان ثمانية، لا تنقسم عليهن وتوافقهن بالثمن، فيردون إلى ثمنهن، وذلك ستة، فتبقى معنا أربعة وستة وتسعة، فتوقف الستة، وتجحد الأربعة توافق الستة بالنصف، والتسعة توافقها بالثلث، فتضرب نصف الأربعة في نصف الستة تكن ستة، ثم تضربها في الستة الموقوفة، تكن ستة وثلاثين، ثم تضربها فيما عالت إليه المسألة.

وذلك خمسة عشر تكن خمسمائة وأربعين منها تصح المسألة من كان له شيء في أصل المسألة، ضرب له في ستة وثلاثين للنسوة ثلاثة في ستة وثلاثين، وتكون مائة وثمانية لكل واحد سبعة وعشرون وللإخوة مائة وأربعة وأربعون وللأخوات مائتان وثمانية وثمانون لكل واحد ستة.

مسألة: وإن كان من الأعداد بعد ردك إياها بموافقتها لسهامها متساوية أجزاء أحدها عن سائرهما، وإن كان أحد عدد الأجزاء متنسباً إلى جزء من العدد الآخر مثل أن يكون نصفه أو ثلثه أو ربه أو غير ذلك من الأجزاء، فإن الأكثر يجزئ عن الأقل، ويعتبر ذلك بأن ينقسم الأكثر على الأقل قسمة صحيحة أو ينقص الأقل والأكثر، فيفتيه أو يزيد على الأقل مثله حتى يساوى الآخر، فإن لم يكن كذلك لم يكن جزءاً منه، ولا داخلاً فيه.

مثال ذلك أن يكون أحد العددين خمسة، والآخر عشرين، فالخمس داخلة في العشرين، لأنك إن نسبتها منها، فهي ربعها، وإن زدت على الخمسة ثلاثة أمثالها ساوتها، وإن نقصت الخمسة من العشرين أفتتها، ولو كانت ستة مع عشرين لم تدخل فيها، لأنك إن نقص من العشرين ستة ثلاث مرات، لم توافق بل يبقى منها اثنان، ولا تنسب منها ربع ولا خمس، وإنما هي ثلاثة أعشار.

مثال ذلك أربع نسوة وستة عشر أخاً لأم وأربعة وستون أختاً لأب، للزوجات ثلاثة سهام، لا تنقسم عليهن ولا توافقهن، وللإخوة لأم الثلث أربعة سهام، لا تنقسم عليهن ولا توافقهن بالأثمان، فيرجعن إلى ثمنهن، وذلك ثمانية، فصار عدد الزوجات، وما بقى من عدد الإخوة أربعة، فينوب أحدهما عن الآخر، ثم تجحد الأربعة تدخل في الثمانية، فتجزي عنها، فتضرب الثمانية في أصل المسألة وعولها، فذلك مائة وعشرون منها تصح المسألة من له شيء ضرب له في ثمانية، فلزوجات ثلاثة أسهم مضروبة في ثمانية وللإخوة للأم أربعة سهام مضروبة في ثمانية.

٢٧٠ كتاب الفرائض

فصل: ولا يخلو التصحيح من سبع علل ثلاثة فى السهام وأربعة فى الأعداد، فالتى فى السهام أن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم، فلا يحتاج إلى ضرب أو لا تنقسم عليهم، ولا توافقهم، فتضرب عددهم فى المسألة وعولها، إن كانت عائلة.

والثانية أن لا تنقسم وتوافقهم، فتضرب وفق عددهم فى المسألة وعولها. وأما فى الأعداد، فإن تكون الأعداد متساوية، فيجزئ أحدها عن باقيها، أو يكون أحد العددين داخلًا فى الآخر وجزءًا منه، فيجزئ الأكثر عن الأقل.

أو تكون الأعداد مختلفة لا يوافق بعضها بعضًا، فتضرب بعضها فى بعض، ثم ما اجتمع فى أصل المسألة أو تكون الأعداد مختلفة ويوافق بعضها بعضًا، فإنك توقف أحد الأعداد الآخر إلى الجزء الموافق لها، ثم تضرب الراجع بالموافقة بعضه فى بعض، ثم ما اجتمع فى جميع العدد الموقوف.

فما اجتمع ضربته فى أصل المسألة وعولها، فما اجتمع صحت منه المسألة، وهذه طريقة البصريين فى التصحيح وللكوفيين طريقة أخرى سنذكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى لعلها أن تكون أقرب تناولًا عند بعض من ينظر فى ذلك، وبالله التوفيق.

فصل: فى معرفة الموافقة بالأجزاء، وذلك أنك تنقص أقل العددين من أكثرهما، فإن فنى به، فإنه يوافق بباقي أقل العددين من الآحاد، فإن بقي من العدد الكثير أقل من العدد القليل ما نقص ذلك من العدد القليل، فإن فنى توافقًا بأخذ العدد الذى يفنى به، وهكذا أبدًا لا تزال تنقص ما بقي من كل عدد مما يبقى من الآخر حتى يفنى أحدهما بالآخر، فإن فنى بواحد، فليست بينهما موافقة، فإن فنى باثنين، فالموافقة بينهما بالنصف، وإن فنى بثلاثة، فالموافقة بينهما بالثلث، فإن فنى بأربعة، فالموافقة بينهما بربع، فإن فنى بأحد عشر، فالموافقة بينهما بأجزاء أحد عشر، وكذلك سائر الأعداد.

ومثال ذلك إذا قيل بما توافق ثمانية اثنين وثلاثين، فتنقص من اثنين وثلاثين أربع مرات، فإنها تفنى فيعلم أنها توافقها بالأثمان، وإذا قيل لك بما يوافق واحد وعشرون تسعة وأربعين، فانقص أحدًا وعشرين مرتين من التسعة والأربعين، يبقى سبعة، فانقص السبعة من الأحد والعشرين تفنيها، فاعلم أنهما يتفقان بالأسباع.

فإن قيل بما توافق مائة وعشرون، مائة وخمسة وستين، فانقص مائة وعشرين من مائة وخمسة وستين، يبقى خمسة وأربعون، انقصها من المائة وعشرين مرتين، تبقى ثلاثون، ثم انقص الثلاثين من الخمسة والأربعين مرة تبقى خمسة عشرًا، انقصها من

كتاب الفرائض ٢٧١
الثلاثين مرتين تفنيها، فتعلم أنهما متفقان بأجزاء خمسة عشر، والله أعلم وأحكم.

* * *

فصل فى الوصايا

إذا أوصى الميت بثلثه، فأردت قسمة تركته، فإنك تنظر إلى التى تنقسم عليه مثل نصفه، وإن أوصى بالربع زدت عليه مثل ثلثه، وإن أوصى بالخمس زدت عليه مثل رבעه، وإن أوصى بالسدس زدت عليه مثل خمسه، وإن أوصى بالسبع زدت عليه مثل سدسه، وإن أوصى بالثمن زدت عليه مثل سبعة، وإن أوصى بالتسع زدت عليه مثل ثمنه، وإن أوصى بالعشر زدت عليه مثل تسعه.

وذلك مثل امرأة توفيت وتركت زوجاً وأماً وأختين لأب، المسألة من ستة للزوج النصف ثلاثة، وللأم السدس بسهم، وللأختين للأب الثلثان بأربعة أسهم، تعول إلى ثمانية.

فإن أوصيت بالثلث، زدت على الثمانية نصفها، وذلك أربعة، فتكون اثني عشر، ومنها تصح المسألة فى الوصية، فإن لم يكن ما ذكرت ضربت الفريضة فى عدد يخرج منه جزء الوصية، وإن كانت بالثلث ضربتها فى ثلاث، وإن كانت بالربع ضربتها فى أربعة.

مسألة: ولو أوصى بوصيتين، ولم يكن أصل الفريضة له يزداد عليه أجزاء الوصايا، فاضرب أجزاء الوصايا بعضها فى بعض، فما اجتمع ضربته فى أصل الفريضة، فلو أوصى بثلث وربع.

فمثال ذلك امرأة توفيت وخلفت زوجاً لأب، أصلها من ستة تعول إلى سبعة للزوج النصف بثلاثة وللأختين الثلثان بأربعة، فإن أوصيت بالثلث، لم يمكنك أن تزيد على السبعة مثل نصفها بجزء صحيح، فتضرب الفريضة بعولها فى ثلاثة، فتكون إحدى وعشرين، فمنه تصح المسألة، ولو كان أوصى بثلث وربع لضربت ثلاثة فى أربعة ثم تضرب ما اجتمع فى الفريضة، فما اجتمع فمنه تصح الفريضة مع الوصيتين.

فصل: فى المناسحات، ومعنى ذلك أن يموت ميت، فلا ينقسم ماله حتى يموت بعض ورثته، فوجه العمل فى ذلك أن تصحح مسألة الميت الأول، ثم تصحح مسألة الثانى، ثم تقسم سهام الميت الثانى التى ورثها من الميت الأول على سهام مسأله؟، فإن انقسمت، فقد صحت المسألتان مما صحت منه الأولى.

مثال ذلك أن تخلف المرأة زوجها وأختين، فالمسألة من ستة تصح من سبعة، فإن ماتت إحدى الأختين فخلفت بنتها وأختها، فالمسألة من اثنين، ولها من الأولى سهمان، تنقسم على مسألتها، فقد صحت المسألتان من سبعة للزوج ثلاثة أسهم وللأخت سهمان من المسألة الأولى، وسهم من الثانية ولبنت الميتة سهم.

مسألة: فإن لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على سهام المسألة، ولم توافقها، فاضرب مسأله في المسألة الأولى، فما اجتمع صحت منه المسألتان.

مثال ذلك أن تخلف ابنين وابنتين، المسألة من ستة ثم ماتت إحدى الابنتين، وخلفت زوجها وابناً مسألتها من أربعة، وقد ماتت عن سهم لا ينقسم، ولا يوافقها، فاضرب في المسألة الأولى، تكون أربعة وعشرين منها تصح المسألتان من له شيء من المسألة الأولى مضروب له في أربعة، ومن له شيء من المسألة الثانية مضروب له في السهم الذي ماتت عنه الثانية.

مسألة: فإن لم تنقسم السهام التي ورثها الميت الثاني على مسأله ووافقها، فاضرب وفق المسألتين في المسألة الأولى، فما اجتمع صحت منه المسألتان.

مثال ذلك أن تخلف ابنين وابنتين، المسألة من ستة، ثم مات الابنين، وخلف أحد امرأة وبتاً وثلاثة بنى ابن مسألتهم من ثمانية أسهم، وقد مات عن سهمين توافق مسأله بالنصف، فاضرب نصف مسأله في المسألة الأولى تكن أربعة وعشرين منها تصح المسألة.

فصل: في قسم التركات إذا أراد قسمة التركات وكانت دنانير أو دراهم، أو ما يكال ويوزن، ويجمع في القسم فصحح الفريضة على الورثة، ثم اضرب سهام كل وارث في عدد التركة فما اجتمع قسمته على سهام الفريضة، فما خرج فهو نصيبه، وإن شئت قسمت التركة على المسألة، فما خرج ضربته في سهام كل وارث، فما خرج فهو نصيبه، فإن وافق عدد التركة سهام المسألة، فخذ وفقها جميعاً ثم اعمل في وفقها ما كنت عاملاً فيها، إما أن تضرب سهام كل وارث في وفق التركة، فما اجتمع قسمته على وفق المسألة، فما خرج فهو نصيبه أو تقسم وفق التركة على وفق المسألة، فما خرج بالقسمة ضربته.

من لا ميراث له

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ، وَالَّذِي أُذْرِكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِيَلَدِنَا، أَنَّ ابْنَ الْأَخِ لِلْأُمِّ وَالْحَدَّ أَبَا الْأُمِّ وَالْعَمَّ أَخَا الْأَبِ لِلْأُمِّ وَالْخَالَ وَالْحَدَّةَ أُمَّ أَبِي الْأُمِّ وَأَبْنَةَ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمَّ وَالْعَمَّةَ وَالْخَالَ لَا يَرِثُونَ بِأَرْحَامِهِمْ شَيْئًا. قَالَ: وَإِنَّهُ لَا تَرِثُ امْرَأَةٌ هِيَ أَبْعَدُ نَسَبًا مِنَ الْمُتَوَفَّى مِمَّنْ سُمِّيَ فِي هَذَا الْكِتَابِ بِرَحِمَتِهَا شَيْئًا، وَإِنَّهُ لَا يَرِثُ أَحَدٌ مِنَ النِّسَاءِ شَيْئًا إِلَّا حَيْثُ سُمِّنَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي كِتَابِهِ مِيرَاثَ الْأُمِّ مِنَ وَلَدِهَا، وَمِيرَاثَ الْبَنَاتِ مِنْ أَبِيهِنَّ، وَمِيرَاثَ الزَّوْجَةِ مِنْ زَوْجِهَا، وَمِيرَاثَ الْأَخْوَاتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ، وَمِيرَاثَ الْأَخْوَاتِ لِلْأَبِ، وَمِيرَاثَ الْأَخْوَاتِ لِلْأُمِّ، وَوَرِثَتِ الْحَدَّةُ بِالَّذِي جَاءَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِيهَا، وَالْمَرْأَةُ تَرِثُ مَنْ أَعْتَقَتْ هِيَ نَفْسُهَا؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

الشرح: وعلى ما ذكر أن زيد بن ثابت وأهل المدينة لا يرثون ذوى الأحرام من الرجال، وهو ابن الأخ للأم، والجد أبو الأم، والعم للأُم، والخال، فإنهم لا يرثون لأنهم ليسوا أهل فرض، فيحجبون العصبية، ولا أهل تعصيب، ومن النساء الجدة أم أبي الأم وابنة الأخ للأب والأم والعممة والخالة. والأصل في ذلك ما قدمناه.

قال مالك: «لا يرث من النساء إلا من سمي الله عز وجل في كتابه»، وثبتت السنة بميراثه، وهي سبعة تقدم ذكرهن، وقد نص الله تعالى على ميراث جميعهن والجدة ثبت تورثها بالسنة، وهذا ميراث. وأما ميراث الولاء، فترث المرأة من أعتقت أو أعتقه من أعتقت.

قال مالك: «لأن الله عز وجل يقول في كتابه: ﴿فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾»، والاستدلال من هذا إنما يكون بأن يثبت الميراث بالولاء، وأن يكون ولفظ الجمع المذكور يقع تحته المؤنث بمجرد اللفظ، فحيثما تناول الآية ميراث المرأة لمن كان مولى لها، والله أعلم وأحكم.

ميراث أهل الملل

١٤٥٧ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، عَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ».

الشرح: معنى قوله: «لا يرث المسلم الكافر» يعنى ميراث المسلم مالا يخلفه كافر ممن كان يرثه لو كان مسلماً من أب أو ابن أو أخ أو غيرهم، وإلى هذا ذهب جماعة العلماء تعلقاً بحديث النبي ﷺ، فانتهى إلى قوله، فكذلك لا يرث الكافر المسلم على هذا الوجه؛ لكونهما أهل ملتين مختلفتين وإذا كان لا يرث المسلم الكافر، فبأن لا يرث الكافر المسلم أولى.

وروى عن معاذ ومعوية ومحمد ابن الحنفية: يرث الكافر المسلم، وقد انعقد الإجماع على ما ذهب إليه الجمهور من أهل عصرهم.

مسألة: وأما المرتد، فلا ورثته المسلمون وماله في بيت المال.

ووجه ذلك ما تقدم وذلك فيمن صرح بالكفر وأعلن به، فلو ارتد رجل، فوقف للقتل، وله ابنان وأب، فمات أحد ابنيه، ورثه أخوه وحده بنصفين، ولا ميراث لأبيه المرتد، وإن راجع الإسلام المرتد بعد موت ابنه، فلا شيء له من الميراث؛ لأن الاعتبار بحال الموت دون غيرها من الأحوال، وهذا في حال موت ابنه، لم يكن وارثاً له.

مسألة: وأما الزنديق، وهو الذى يظهر منه على كفر يسره، وهو مع ذلك يدعى الإسلام، فاختلف فيه العلماء، فقال مالك: يقتل ولا يقبل منه الإيمان إذا أسرته المنية قبل أن يتوب، ويراجع الإيمان.

وقال الشافعى: تقبل توبته، ولا يقتل، ولأبى حنيفة فى ذلك قولان أحدهما مثل قول

١٤٥٧ - أخرجه البخارى فى الحج ١٥٨٨. ومسلم فى الفرائض ١٦١٤. والترمذى فى الفرائض ٢١٠٧. وأبو داود فى الفرائض ٢٩٠٩. وابن ماجه فى الفرائض ٢٧٢٩، ٢٧٣٠. وأحمد فى مسند الأنصار ٢١٢٤٠، ٢١٢٤٥، ٢١٣٠١. والدارمى فى الفرائض ٢٩٩٧، ٢٩٩٩. والبيهقى فى الكبرى ٢١٧/٦، عن أسامة بن زيد. والحاكم فى المستدرک ٣٤٥/٤، عن عبدالله ابن عمرو. وعبدالرزاق فى المصنف يرقم ٩٨٥٢، ١٥/٦، عن أسامة بن زيد.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٢/٧: هكذا قال مالك: عمر بن عثمان، وسائر أصحاب ابن شهاب يقولون: عمرو بن عثمان، وقد رواه ابن بكير عن مالك - على الشك - فقال فيه: عن عمر بن عثمان أو عمرو بن عثمان، والثابت عن مالك: عمر بن عثمان كما روى يحيى، وتابعه القعنبي وأكثر الرواة.

مالك، والثاني مثل قول الشافعي.

وقد تعلق أصحابنا في لك بقول الله تعالى: ﴿فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا سنة الله﴾ [غافر: ٨٤]، وقالوا عن جماعة من أهل التفسير: إن البأس في الآية، السيف.

فإذا قلنا بذلك، فهل يرثه ورثته، اختلف قول مالك في ذلك، فروى عنه ابن القاسم: يرثه ورثته، وروى عنه ابن نافع وابن الماجشون: لا يرثه ورثته، فمقتضى رواية ابن القاسم أنه يقتل حداً، ومقتضى رواية غيره يقتل بالكفر، والله أعلم وأحكم.

١٤٥٨ - مالك، عن ابن شهاب، عن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب أنه أخبره إنما ورث أبا طالب، عقيل وطالب، ولم يرثه علي، قال: فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب.

الشرح: قوله: «إنما ورث أبا طالب، عقيل وطالب» يريد أنهما انفردا بميراثه دون علي وجعفر، وذلك أن علياً وجعفرًا تقدم إسلامهما قبل موت أبي طالب، وبقي طالب وعقيل علي ملتتهما، فانفردا بميراثه، وإنما أسلما بعد موته عام الفتح، فلذلك لم يكن لعلي ولا لجعفر ولا لأحد من عقبهما حظ في الشعب الذي كان لأبي طالب.

مسألة: وإنما المراعى في التوارث اتفاق الدينين حال الوفاة، ولو أن نصرانيًا أسلم عند موته، وهو مريض، ورثه ورثته من المسلمين دون غيرهم، وجرى حاله في غسله والصلاة عليه ودفنه بجرى المسلمين، ولو أن كافرًا توفى وترك حملاً، فولد له لكان علي دين أبيه وورثه، قاله القاضي أبو الحسين، والله أعلم وأحكم.

١٤٥٩ - مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سليمان بن يسار أن محمد بن الأشعث أخبره أن عمه له يهودية أو نصرانية توفيت، وأن محمد بن الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب، وقال له: من يرثها فقال له عمر بن الخطاب: يرثها أهل دينها، ثم أتى عثمان بن عفان، فسأله عن ذلك، فقال له عثمان: أتراني نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب: يرثها أهل دينها.

الشرح: قوله لابن الأشعث، وقد سأله عن عمته اليهودية: من يرثها، فقال له:

١٤٥٨ - أخرجه البخاري في الحج ١٥٨٨.

١٤٥٩ - انفرد به مالك. وأخرجه من طرق أخرى عبدالرزاق في المصنف برقم ٩٨٥٨، ١٧/٣، عن عمر بن الخطاب.

٢٧٦ كتاب الفرائض

«يرثها أهل دينها» وذلك يقتضى التوارث بالدين الواحد دون الدينين، وهذا إذا كان أحدهما مسلماً، والآخر غير مسلم دون خلاف فيه من الفقهاء، فإن كان أحدهما يهودياً، والآخر نصرانياً، فقد سئل مالك عن نصراني تحت يهودية، فتوفى، فقال مالك: ليس ذلك إلينا، فإن تحاكموا عندنا، فإنهم لا يتوارثون لأننا نحكم بينهم بحكم الإسلام.

مسألة: وأما المجوسى يتزوج أمه أو ابنته أو أخته، ثم أسلموا، فإنهم إنما يتوارثون بالميراث الأصلي الذى لا يغيره الإسلام، ولو تزوج مجوسى أمة، فولد له منها، وثم أسلموا، فمات المجوسى، فإن الزوجية قد بطلت بالإسلام، وثبتت الأمومة، وابنه هو ابنه وأخوه للأم، فإن الأم ترث السلس على أنها أم، وترث الابن على أنه ابن، وسقط حكم الأخوة للأم، ولو تزوج ابنته، وولد له منها ولدان، فأسلمت ثم توفى الرجل، فإن لابنته الخمس، وتسقط الزوجية، والباقى لابنه، فإن توفى أحدهما، فلأمه الثلث وتسقط الأخوة ولأخيه الباقي.

وقد قال بعض أهل الفرائض: لها السلس؛ لأنها أخت، فتحجب نفسها مع الأخ إلى السلس.

مسألة: وهذا إذا علمت الأديان، فإن جهلت، مثل رجل توفى، وترك ثلاثة بنين، أحدهما صغير، وأحد الكبيرين مسلم، والثانى نصراني، فأجعى المسلم أن أباه مات مسلماً، وأن أخاه الصغير مسلم، وادعى النصراني أن أباه مات نصرانياً، وأن أخاه الصغير نصراني.

فقد قال ابن القاسم فى المدونة فى رجل توفى، وترك ابنين، أحدهما نصراني، والثانى مسلم، ادعى كل واحد منهما أن أباه مات على دينه: أن كل شىء لا يعرف لمن هو يدعيه رحلان، فإنه يقسم بينهما، فكذلك هذا.

وقال أبو غالب الفرضى: يتحالفان، ويقسم المال الآن نصفين، ثم يقال لهما إنكما استحققتما المال بأيمانكما وكل واحد منكما يزعم أن الصغير أخوه وشريكه، فليعط كل واحد منكما الصغير شطر ما بيده، فيصير للصغير نصف مال المتوفى، والنصف الثانى بين الكبيرين.

ووجه ذلك أن كل واحد منهما يقر بأن نصف المال للصغير، ويدعى كل واحد منهما النصف الثانى لنفسه، فيقسم بينهما بعد أيمانهما، وهو تفسير قول ابن القاسم.

مسألة: ولو ترك ابنين كبيرين، وابنة صغيرة، لكان على كل واحد منهما أن يدفع

كتاب الفرائض ٢٧٧
إليها ثلث ما بيده؛ لأنهما قد اتفقا على الإقرار لها به، وتنازعا في الثلثين، فيقسم بينهما.

وقوله: وهذا يقتضى أنه يحكم فى مواريتهم بحكم الإسلام؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى كتابى: يموت على كفره، ثم يسلم أحد ورثته، فإنهم يتقاسمون على مواريتهم، وإن كانوا من غير أهل الكتاب، فإنهم يتوارثون على مواريت الإسلام. وقال ابن نافع: أهل الكتاب وغيرهم سواء يتوارثون على مواريت الإسلام، وقاله سحنون.

مسألة: وهذا إذا لم يكن لواحد منهما بينة. قال ابن القاسم: وذلك إذا لم يكن معروف الحال فى الأصل، فإن كان يعرف بنصرانية، ولم تكن لهما بينة، فقال ابن القاسم فى المدونة: هو على ذلك حتى يثبت إسلامه بينة.

مسألة: فإن شهد لكل واحد منهما بينة، وتكافأت البينتان، فإنهما يقتسمان أيضاً، وليست الصلاة عليه بشهادة تامة فى كونه مسلماً. وقال سحنون: المال للمسلم مع عينه، وبينه الإسلام أولى؛ لأنهم زادوا فى شهادتهم على الأخرى، وهذا أيضاً إذا لم يكن معروف الحال.

قال القاضى أبو الحسن: فإن كان معلوم النصرانية، ثم ادعى المسلم أنه أسلم وأقام بذلك بينة، فهو أولى وكذلك لو تقدم العلم بإسلامه، وأقاما البينة، لكانت بينة المسلم أولى.

مسألة: وإن كان الموروث كافراً، وجميع ورثته كفاراً، فاحتكموا إلينا، فإن رضوا أجمعون بحكم الإسلام ورثوا على ذلك، وإن أباه أحدهم، ردوا إلى حكم بينهم، والله أعلم.

١٤٦٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَكِيمٍ أَنَّ نَصْرَانِيًّا
أَعْتَقَهُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ هَلَكًا، قَالَ إِسْمَاعِيلُ: فَأَمَرَنِي عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَنْ أَجْعَلَ
مَالَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ.

الشرح: قوله: «فأمره أن يجعل ماله فى بيت المال» يريد أن من أعتق عبداً نصرانياً،

فإنه لا يرثه بالولاء؛ لأن الولاء مشبه بالنسب، فإذا منع الكفر التوارث بالنسب منع التوارث بالولاء، وكذلك الصهر.

فأما العبد يموت، وله مال، فإن المال لسيدته، وليس على وجه الميراث، ولكن على وجه المال؛ لأن الرق يمنع الميراث، ولذلك لا يورث بسبب، وهو أقوى أسباب التوارث، فكل من فيه بقية رق من معتق إلى أجل أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد، فإنه لا يورث، وإنما يكون ماله لسيدته بالملك إلا المكاتب يترك وفاء، فإنه إن ترك ورثة أحراراً، أو ترك زوجة وأولاداً معه في الكتابة، أو أولاداً ولدوا ليسوا معه في الكتابة، فإن الزوجة والأولاد الذين كانوا معه في الكتابة، والذين ولدوا في الكتابة، يعتقدون بأداء ما بقى عليه من الكتابة، فما بقى من المال لم ترث منه زوجته ولا أولاده الأحرار، وورثه أولاده الذين كانوا معه في الكتابة، والذين ولدوا فيها، قاله مالك، وسيأتي ذكره بعد هذا في المكاتب إن شاء الله تعالى.

١٤٦١ - مَالِك، عَنِ الثَّقَةِ عِنْدَهُ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: أَبِي عُمَرُ ابْنُ الْخَطَّابِ أَنْ يُورَّثَ أَحَدًا مِنَ الْأَعَاجِمِ إِلَّا أَحَدًا وُلِدَ فِي الْعَرَبِ.

قَالَ مَالِك: وَإِنْ جَاءَتْ امْرَأَةٌ حَامِلٌ مِنْ أَرْضِ الْعَدُوِّ، فَوَضَعَتْهُ فِي أَرْضِ الْعَرَبِ، فَهِيَ وَلَدَهَا يَرِثُهَا إِنْ مَاتَتْ، وَتَرِثُهُ إِنْ مَاتَ، مِيرَاثُهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ.

الشرح: قوله: «أبي عمر أن يورث أحداً من الأعاجم، إلا أن يولد في العرب» وأما من ولد في أرض الحرب، فلا يخلو أن تكون أسباب التوارث بينهما ما ثبتت بينة أو لا تثبت إلا بمجرد الدعوى والإقرار.

فأما أن يسمى رجلان يذكر أنهما أخوان، فإنهما لا يمنعان من الانتساب بالأخوة، ولكن لا توارث بينهما، وكذلك لو سببت امرأة، وهي حامله طفلاً تزعم أنه ابنها، فإنه يقبل ذلك منها في أنه لا يفرق بينهما، ولكنهما لا يتوارثان بذلك.

فرع: فلو جاءت امرأة حاملاً فولدت ببلد الإسلام توارثا، ولو ولدت توأمين توارثا بالأخوة لأب وأم.

فصل: فإن شهدت بذلك بينة، فلا يخلو أن تكون من المسلمين أو منهم، فإن كانت البينة من المسلمين مثل الأسرى يكونون عندهم، فيعلمون ذلك ويشهدون به، فإنهم

كتاب الفرائض ٢٧٩
يتوارثون بذلك.

وأما إن شهد به بعضهم ممن أسلم، وعرفت عدالته، فإنهم لا يتوارثون بذلك لما يتعلق بذلك من التهمة أن يشهد بعضهم لبعض بمثل هذا، فيتوصلون بذلك إلى قصر أموالهم عليهم.

مسألة: وأما إن أسلم أهل البلد بجملتهم، فبقوا في مكانهم، أو تحملوا بجماعتهم، فيشهدون بذلك، فإنها تقبل شهادتهم؛ لأن خبرهم يقع به العلم ويعد عن العدد الكبير التواطؤ على مثل هذا، فزالت التهمة.

قال مالك: الأمرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا وَالسُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا وَالَّذِي أَدْرَكْتُ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ بِلَدِّنَا، أَنَّهُ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ بِقَرَابَةٍ وَلَا وِلَاءٍ وَلَا رَحِمٍ وَلَا يَحْجُبُ أَحَدًا عَنْ مِيرَاثِهِ.

قال مالك: وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ لَا يَرِثُ إِذَا لَمْ يَكُنْ دُونَهُ وَارِثٌ، فَإِنَّهُ لَا يَحْجُبُ أَحَدًا عَنْ مِيرَاثِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يرث المسلم الكافر بقربة ولا ولاء ولا رحم ولا مصاهرة، ولا يحجب من وجوده وعدمه سواء في الحجب، فلو أن رجلاً مسلماً، توفى وترك أباً كافراً وأخاً مسلماً، ورثه أخوه دون أبيه، ولو ترك أبوين مسلمين، وأخوين كافرين لورثت الأم الثلث، ولم يحجبها الأخوان الكافران عن الثلث إلى السلس؛ لأن من لا يرث لا يحجب. ومعنى ذلك أنه ليس من أهل الميراث.

فأما من كان من أهل الميراث، فإنه قد يحجب، وإن لم يرث، فإن منعه غيره عن الميراث كالأبوين والأخوين من المسلمين، فإن الأخوين لا يرثان؛ لأن الأب يحجبهما، وهما يردان الأم إلى السلس.

وكذلك الإخوة من الأم والإخوة للأب مع الزوج والجد، فإنه لا يبقى بعد ميراث الزوج والجد إلا الثلث والإخوة للأم يحجبون للأب عنه؛ لأنهم أهل فرض والإخوة للأب عصبية ولا حق للعصبة مع ذوى الفروض، ثم الجدة يحجب الإخوة للأم عنه؛ لأنه لا يرث الإخوة للأم مع وجود وارث ذكر من عمود النسب، والله أعلم وأحكم.

* * *

من جهل أمره بالقتل أو غير ذلك

١٤٦٢ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَعَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُلَمَائِهِمْ، أَنَّهُ لَمْ يَتَوَارَثْ مَنْ قُتِلَ يَوْمَ الْحَمَلِ وَيَوْمَ صَفِينَ وَيَوْمَ الْحَرَّةِ، ثُمَّ كَانَ يَوْمَ قُدَيْدٍ، فَلَمْ يُورَثْ أَحَدٌ مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا إِلَّا مَنْ عُلِمَ أَنَّهُ قُتِلَ قَبْلَ صَاحِبِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ وَلَا شَكَّ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَبْلَدِنَا.

الشرح: قوله «أنه لم يتوارث من قتل يوم الجمل، ويوم صفين، ويوم الحرة، ويوم قديده» وذلك أن هذه الأيام كانت فيها حروب شداد، قتل في كل واحدة منها عدد عظيم من الناس، حتى تناول ذلك كثيراً ممن كان يتوارث، فجعل المقتول منهم أولاً، فلم يكن بينهم توارث لذلك.

ومثال ذلك أن يكون أخوان لأبوين، فيقتلان في مثل ذلك اليوم، فلا يعلم أيها قتل أولاً، فهذان لا يرث أحدهما من الآخر، وإن كان لا يحجب عن ماله، ويرث كل واحد منهما من بقي من ورثته إن كان بقي له وارث خاص، فإن لم يبق له وارث خاص فبئ المال.

قال مالك: وَكَذَلِكَ الْعَمَلُ فِي كُلِّ مُتَوَارِثِينَ هَلَكَا بَغَرَقٍ أَوْ قَتْلٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَوْتِ إِذَا لَمْ يُعْلَمَ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلَ صَاحِبِهِ، لَمْ يَرِثْ أَحَدٌ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا، وَكَانَ مِيرَاثُهُمَا لِمَنْ بَقِيَ مِنْ وَرَثَتِهِمَا يَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَرَثَتَهُ مِنَ الْأَحْيَاءِ.

قال يحيى: وسمعت مالكا يقول: لا ينبغي أن يرث أحدًا أحدًا بالشك، ولا يرث أحدًا أحدًا إلا باليقين من العلم والشهداء، وذلك أن الرجل يهلك هو ومولاه الذي اعتقه أبوه، فيقول بنو الرجل العربي: قد ورثه أبونا، فليس ذلك لهم أن يرثوه بغير علم ولا شهادة إنه مات قبله، وإنما يرثه أولى الناس به من الأحياء.

الشرح: وهذا على ما قال أن كل متوارثين جهل أولهما موتاً، فإنهما لا يتوارثان، وكذلك القوم يكونون في البيت، فيهدم عليهم فيموتون، فلا يعلم أيهم أسبق موتاً، فهؤلاء لا يتوارثون، ولا يرث قرابة أحدهم من الآخر بأى وجه كانت قرابته بأبوة، أو بنوة، أو أخوة، أو عصبية، أو بولاء، أو مصاهرة، ما لم يعلم أيهم مات أولاً، وكذلك

القوم يكونون في السفينة، فيغرقون، فلا يعلم أيهم مات أولاً.

ولو رأى أحدهم رافعاً رأسه، ثم غرق لم يرث، ولم يرث؛ لأنه لا يعرف هل مات من كان يتوارث معه قبله أو بعده.

أصل ذلك إجماع الصحابة، وقد توفيت أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب رضی الله عنهما من فاطمة رضی الله عنها، وهي زوج عمر بن الخطاب رضی الله عنه وابنها منه زيد في وقت واحد، فلم يدر أيهما مات أولاً، فلم يرث أحدهما من الآخر، وكذلك إجماع الصحابة ومن بعدهم من التابعين على هذا الحكم في الأيام المذكورة قبل هذا، والله أعلم وأحكم.

فصل: قوله: «ولا يرث أحد أحدًا بالشك، ولا يرثه إلا بيقين من العلم والشهداء» يريد أن يعلم ذلك الشهداء ويتيقنونه، ثم يشهدون، وإذا لم يثبت ذلك بشهادة أهل العدل، لم يرث بعضهم من بعض.

فصل: ويعلمون حياة الوارث حين وفاة الموروث وحياة الموروث قبل وفاته. فأما من لم تعلم حياته، فلا يرث، ولا يرث، فإذا ولد مولود، فعلمت حياته بصراخه، ورث وورث، وإن لم يصرخ، لم يرث ولم يرث.

وروى أبو غالب الفرضي، سئل مالك عن المولود، يولد فيتحرك أو يرضع، ويعطس أو يمكث يوماً وليلة، وهو حي يتنفس، ويرضع أو أكثر من يوم وليلة، ولم يستهل صارخاً أنه لا يرث، ولا يرث، ولا يصلى عليه، والاستهلال الصراخ، وهو البكاء والصياخ خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن حركته دليل على حياته.

والدليل على ما نقوله أن هذه حركة عريت عن الصراخ، فلم تدل على الحياة - كالاحتلاج.

فرع: فأما طول الرضاع، فقد تقدم أنه لا يدل على الحياة. وقد قال القاضي أبو محمد: إن أقام أياماً، فإنها تثبت بذلك حياته.

وجه القول الأول أنها حركة عريت عن الصراخ كالمدة القليلة.

وجه القول الثاني أن من الحركات ما يشبه الاحتلاج، فلا يدل على الحياة، ومنها ما يدل على الحياة، وهذا موجود ومشاهد في الكثير، وإنما الجواب عندي في هذه المسألة أنه لا يوجد ذلك بوجه مع عدم الصراخ، وذلك معلوم بالعادة، وذكر القاضي

أبو محمد أنه اختلف في العطاس.

مسألة: فإن ماتت أمه أو موروثه قبل أن يستهل صارخاً، ثم استهل صارخاً بعد ذلك، فقد روى أبو غالب: أن الاستهلال ثابت له بصراخه. ووجه ذلك أنه يعلم وجود حياته في وقت موت موروثه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا الْأَخْوَانُ لِلْأَبِ وَالْأُمَّ يَمُوتَانِ، وَلَا أَحَدَهُمَا وَلَدٌ وَالْآخَرُ لَا وَلَدَ لَهُ، وَلَهُمَا أَخٌ لِأَبِيهِمَا، فَلَا يُعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلَ صَاحِبِهِ، فَمِيرَاثُ الَّذِي لَا وَلَدَ لَهُ لِأَخِيهِ لِأَبِيهِ، وَلَيْسَ لِنِسَى أَخِيهِ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ شَيْءٌ.

قال مالك: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا أَنْ تَهْلِكَ الْعَمَّةُ وَأَبْنُ أَخِيهَا أَوْ ابْنَةُ الْأَخِ وَعَمُّهَا، فَلَا يُعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلُ، فَإِنْ لَمْ يُعْلَمَ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلُ، لَمْ يَرِثِ الْعَمُّ مِنْ ابْنَةِ أَخِيهِ شَيْئًا، وَلَا يَرِثُ ابْنُ الْأَخِ مِنْ عَمَّتِهِ شَيْئًا.

الشرح: وهذا على ما قال أن الأخوين للأبوين إذا ماتا؛ ولأحدهما ولد، والآخر لا ولد له، ولهما أخ الأب، فلا يعلم أى الشقيقين مات أولاً، فميراث الذى لا ولد له لأخيه لأبيه، وميراث الأخ لأبيه، ولا يورث أحد الشقيقين من الآخر؛ لأنه قد جهل أولهما موتاً، وعلى ذلك سائر الموارث، والله أعلم.

* * *

ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا

١٤٦٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بِنَ الرَّبِيعِ كَانَ يَقُولُ فِي وَوَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ وَوَلَدِ الزَّانَا: إِنَّهُ إِذَا مَاتَ وَرِثَتْهُ أُمُّهُ حَقَّهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَإِخْوَتُهُ لِأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ، وَيَرِثُ الْبَقِيَّةَ مَوَالِي أُمِّهِ، إِنْ كَانَتْ مَوْلَاةً، وَإِنْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً، وَرِثَتْ حَقَّهَا وَوَرِثَ إِخْوَتُهُ لِأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ، وَكَانَ مَا بَقِيَ لِلْمُسْلِمِينَ.

١٤٦٤ - قَالَ مَالِكٌ: وَبَلَغَنِي عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ مِثْلُ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ أُدْرِكْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ بِلَدِنَا.

١٤٦٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٠٦١.

١٤٦٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٥١٠/١٥.

كتاب الفرائض ٢٨٣

الشرح: قوله: «أن ولد الملائنة تروثه أمه وإخوته لأمه» ومعنى ذلك أنهم يتوارثونه على سنة الله تعالى لأمه الثلث، وإن لم يكن له أخوان فأكثر، فإن كان له أخوان فأكثر، فلأمه السلس ولأخيه السلس، فإن كانوا أكثر من ذلك، فهم شركاء في الثلث.

وأما زوج أمه الذى انتفى منه باللعان، فلا توارث بينهما، ولو أكذب نفسه واستلحقه، وذلك فى حياة الابن، فإن الأب يجلد حد الفرية، ويلحق به الولد فيتوارثان.

وإن استلحقه وأكذب نفسه بعد موت الابن، فلا يخلو أن يكون للابن ولدًا، ولا يكون له، فإن لم يكن له ولد جلد الحد، ولم يرثه، وإن كان له ولد ذكراً أو أنثى جلد الحد، وورثه مع ولده.

ووجه ذلك أنه إنما يستلحق الحى، فإذا مات، ولم يحلف ولدًا يلحق نسبه بالاستلحاق، ولم يكن للاستلحاق تأثير، ولا معنى، وإذا ترك ولدًا صح استلحاقه، وثبت نسبه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو نفى الزوج حمل امرأته بلعان، فولدت توأمين فإنهما يتوارثان إخوة لأب وأم، فإن مات أحدهما وترك أمه وأخاه التوأم معه، ورثت أمه الثلث، وورث أخوه الباقي، ولو كان لأمه ولد من الزوج الذى نفى هذا الحمل ولدته قبل هذا الحمل، فمات أحد التوأمين فإن الولد الذى ولدته حال الزوجية أخو المتوفى لأمه، فيرث منه السلس، وترث أمه السلس، ويرث الباقي التوأم معه.

وأما ولد الزنا، لو أن مغتصبة أو زانية ولدت توأمين فى بطن، فإنهما يتوارثان بالأمومة خاصة.

والفرق بينهما أن ولد الملائنة عن وطء شبيهة درأت الخد عنها، فلذلك ترث ولدها على ما قدمناه. وأما ولد المغتصبة وولد الزانية، فليس فى الوطاء الذى هما عنه ضبة، وإنما هو محض الزنا، فليس بينهما نسب إلا بالأمومة.

وأما ولد المسبية تخرج من دار الحرب، فإن التوأمين عند المغيرة أخوان. وذكر ابن سحنون فى كتاب السر: هما أخوان لأم وأب، وبه قال القاضى أبو الحسن، قال: والفرق بين توأمى الزنا والمغتصبة أنهما، وإن كانا لا يعرف لهما أب، فإنه يجوز أن يعرف بعد هذا، بخلاف توأمى الزنا، فإنه لا يثبت لهما أب بوجه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ورث البقية موالى أمه، إن كانت مولاة» يريد أنهم الذين أعتقوا

٢٨٤ كتاب الفرائض

أمه، فهم من مواليتهم، فهم يرثونه بالولاء لما عدم النسب من قبل أبيه.

وقوله: «وإن كانت عربية ورثت حقها، وورث إخوته لأمه حقوقهم، وكان ما بقى للمسلمين» يريد أن تكون عربية باقية على أصل الحرية، ولو كانت عربية قد أسرت لكان حكمها ما تقدم.

وأما الحررة، فإن عشيرتها ليسوا بعصبة ولدها، وإنما هم أخواله، فلا حق لهم فى الميراث. وأما الولاء، فإن الرجل يرث من تعتقه أخته وابنته؛ لأن له الحكم التعصيب، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما توارث المتلاعنين فإن مات أحدهما قبل تمام اللعان، فإن كان الزوج أكمل لعانه، ثم ماتت الزوجة بعد أن شرعت وأكملت الأربع أيمان ولم يبق عليها إلا أن تحمس بالغضب، فإنه يرثها، ولو مات الزوج بعدما تعن، وتم لعانه بالخمس، فإنه يقال للمرأة التعنى وادرتى عن نفسك العذاب.

فإن التعنت تم بذلك اللعان بينهما، ووجبت الفرقة، ولم ترثه، وإن نكلت عن اللعان، فلها الميراث من زوجها، وعليها الجلد إن كانت بكرًا والرجم إن كانت محصنة.

ووجه ذلك أن تمام اللعان بينهما تقع الفرقة، ويبطل الميراث، والله أعلم وأحكم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العنقة والولاء

من أعتق شركا له فى مملوك

١٤٦٥ - مالك، [عَنْ نَافِعٍ] (١)، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قَوْمَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شِرْكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ».

الشرح: قوله: «من أعتق شركا له فى عبد» لفظ عام فى كل معتق، فإن كان العبد مسلماً لمسلمين، فأعتق أحدهما حصته، قوم عليه الباقي على ما يأتى بعد هذا، وإن كان العبد نصرانيا لمسلمين، فأعتق أحدهما حصته، ففى الموازية وغيرها: يقوم على المعتق منهما، وكذلك إذا كان العبد مسلماً لنصرانيين، يريد أن العبد المسلم يعتق

١٤٦٥ - أخرجه البخارى فى العتق ٢٥٢٢. والترمذى فى الأحكام ١٣٤٦، ١٣٤٧. والنسائى فى البيوع ٤٦٩٦، ٤٦٩٧. وأبو داود فى العتق ٣٩٤٠، ٣٩٤٣، ٣٩٤٦، ٣٩٤٧. وابن ماجه فى الأحكام ٢٥٢٨. وأحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٩، مُسْنَدُ الْمَكْتَبِ مِنَ الصَّحَابَةِ ٤٤٣٧، ٤٦٢١، ٤٨٨٣، ٥١٢٨، ٥٧٢٧٤، ٥٨٨٤، ٦٠٠٢، ٦٢٤٣، ٦٤١٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤١٥/٨: هكذا قال يحيى فى هذا الحديث: من أعتق شركا له فى عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد؛ وتابعه ابن القاسم، وابن وهب، وابن بكير فى بعض الروايات عنه. وقال القعنبي: من أعتق شركا له فى مملوك، أقيم عليه قيمة عدل ولم يقل: فكان له مال يبلغ ثمن العبد، وقد تابعه بعضهم أيضاً، عن مالك؛ ومن ذكر هذه الكلمة فقد حفظ وجود، ومن لم يذكرها سقطت له ولم يبق الحديث؛ ولا خلاف بين أهل العلم أن هذه اللفظة مستعملة صحيحة وأن التقويم لا يكون إلا على الموسر الذى له مال يبلغ ثمن العبد - كما قال هؤلاء فى الحديث: يحيى ومن تابعه، وهذا الصحيح الذى لا شك فيه؛ وقد جود مالك رحمه الله حديثه هذا، عن نافع وأتقنه، وبان فيه فضل حفظه وفهمه، وتابعه على كثير من معانيه عبيدالله ابن عمر.

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وهو مذكور فى موطأ مالك رواية يحيى بن يحيى، والتمهيد لابن عبد البر.

٢٨٦ كتاب العتق والولاء

أحدهما حصته يقوم على المعتق حصى شريكه، وبه قال الشيخ أبو القاسم، حكاه عنه القاضي أبو محمد، وحكى عن المذهب نفى التقويم.

قال: وجه ذلك أن تكميل العتق من حقوق الله تعالى، والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى.

قال: ووجه إيجاب التقويم أن فى تكميل العتق ثلاثة حقوق، أحدها لله تعالى. والثاني: للشريك. والثالث: للعبد، فيجب على هذا أن يكمل على النصراني المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم؛ لأنه حكم بين النصراني ومسلم، وإذا كان العبد نصرانيًا لمسلم، ونصراني، فأعتق حصته المسلم، قومت عليه حصة النصراني.

وإن أعتق النصراني حصته، قال ابن القاسم: لا يقوم عليه حصة المسلم؛ لأن العبد النصراني لو كان جميعه للنصراني، فأعتق بعضه أو جميعه، لم يحكم عليه بعتقه سحنون. وقال غيره: يقوم عليه.

ووجه ذلك أنه حكم بين مسلم والنصراني، فطلب فيه حكم الإسلام كما لو كان العبد المسلم لنصراني ومسلم.

وأما إن كان العبد النصراني لمسلم ونصراني، فابتدأ المسلم العتق، فإنه تقوم عليه حصة النصراني، وإن أعتق النصراني، فلا يقوم عليه عند ابن القاسم وأشهب. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: تقوم على من أعتق منهما.

وجه القول الأول أن العبد المعتق والمبتدئ لعتقه هما نصرانيان، فليس لحاكم الإسلام أن يحكم بينهما.

ووجه القول الثاني أن الحق فى ذلك للشريك، وهو مسلم، لزم أن يحكم فيه بحكم الإسلام.

مسألة: ولو كان العبد لعبد وحر، فأعتق العبد حصته، ففى الموازية: لا عتق له إلا بإذن السيد، فإن أذن السيد فى ذلك قوم فى مال السيد، كان للعبد مال أو لم يكن، وكذلك لو كان بغير إذنه ثم أجاز. قال سحنون فى كتاب ابنه: ويستوعب فى ذلك مال السيد.

وإن احتيج إلى بيع رقبة العبد، قال سحنون، وهو فى العتبية لأصبح عن ابن القاسم: لو قال السيد قوموه على العبد فيما يبدو، لم يقوم عليه.

وروجه ذلك أن الجناية في هذا إنما هي من قبل السيد؛ لأنه لولا إذنه لم ينفذ عتق العبد، فوجب أن يكون في ماله، ثم إن شاء هو أن يتنزع مال العبد كان له ذلك.

فصل: وقوله: «إن من أعتق شركاً له في عبد» يريد نصيباً له في عبد، وذلك يقتضى نفاذ عتقه في حصته وقد قال مالك: سواء أعتق بإذن شريكه أو بغير إذنه، لا بد أن يقوم أو يعتق.

وروجه ذلك أنه حق لله تعالى، فلا يجوز إذن السيد فيه.

فصل: وقوله: «فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه» يقتضى والله أعلم أنه إن كان موسراً بثمن العبد ثبت عليه حكم التقويم على ما نذكره بعد هذا، فلو كان معسراً، فهل لشريكه التقويم عليه أم لا، قال مالك فى كتاب ابن المواز: لشريكه أن يقوم عليه حصته، ويتبعه فى ذمته. وقال ابن القاسم فى المدونة: ليس له ذلك.

وروجه قول مالك ما احتج به من ضرر التأخير على الذى لم يعتق ولا ضرر فى ذلك على المعتق، وهو جان، فللمجنى عليه أن يتبع منه بجنائته، وهى ما أدخل فى حصته من ضرر شريكه المعتق.

وروجه قول ابن القاسم أن هذا متعلق بماله دون ذمته، فليس لشريكه أن يعلق ذلك بدمته، والله أعلم.

مسألة: ولو كان معسراً يوم العتق، فرفع إلى الحاكم، فحكم بسقوط التقويم ثم أيسر، فلا يقوم عليه، ولو لم يرفع حتى أيسر، ففيه روايتان، أحدهما: إثبات التقويم عليه. والأخرى: نفيه.

قال القاضى أبو محمد: وجه إثبات التقويم عموم الخبر قوله ﷺ: «فكان له مال» وذلك عام فى جميع الأوقات. ومن جهة المعنى أن هذا موسر حين التقويم عليه لم يحكم بعسره قبل ذلك، فلزمه التقويم كالذى أيسر يوم العتق.

وروجه الرواية الثانية أن هذه جناية، فكان الاعتبار بيسر الجنانى يوم الفعل دون يوم الجناية كسائر الجنائيات، وفى هذا الدليل نظر؛ لأن سائر الجنائيات متى أيسر بعد ذلك لزمه أرش الجناية.

مسألة: ومما يعلم به عسره أن لا يكون له مال ظاهر ويسأل عنه جيرانه، ومن يعرفه، فإن لم يعلموا ماله، أحلف، ولم يسجن، قاله عبدالمالك فى كتاب ابن سحنون. قال سحنون: وقاله أصحابنا جميعاً إلا اليسير، فلا يستحلف عندهم.

٢٨٨ كتاب العتق والولاء

وجه القول الأول أن ظاهر عدمه يكفى منه ما تقدم، فيلزمه أن يحلف ليبراً باطنه كالمفلس بالدين.

ووجه القول الثانى أن هذه يمين إن نكل عنها لم يسجن، ولا قضى عليه المال، فلا تأثير لها، فوجب أن يبطل.

مسألة: قال مالك فى الموازية: وتباع فى ذلك داره وشوار بيته وكسوته من فضول الثياب، ويترك له كسوة ظهره وعيشه الأيام. قال أشهب: إنما يترك له ما يواريه لصلاته. قال عبدالمالك: إنما يترك له ما لا يباع على المفلس.

ووجه ذلك أن حكمه حكم المفلس بل أشد لتعلق حق العتق به، ومن تعلق حق العتق بماله، لم يترك له إلا ما يواريه للصلاة كالرقبة تلزمه لظهاره.

مسألة: وإن كان له مدبرون أو معتقون إلى أجل، فلا حكم للقيمة فى مثل هذه لبعده وأما ديونه، فإن كانت على أملاء حضور وأملها قريب، قومت فى ذلك، وتتبع ذمته وإن كانت منسية أو أهلها غيب، فليس عليه أن يخرج منها عبده، قاله ابن الماجشون. وفى كتاب ابن المواز: ينتظر دينه ويمنع شريكه من البيع، وينتظر تلوما له لا ضرر فيه.

مسألة: ومتى يراعى حاله، قال ابن نافع: إنما ينظر إلى حاله يوم التقويم، فإن كان له قوم عليه، وإن كان يوم العتق معسراً. وقال مطرف عن مالك: إن كان أعتق وهو معسر، فإن كان عدمه بيناً عند الناس كلهم ثم أيسر، فلا تقويم عليه، إلا أن يكون العبد غائباً. وروى ذلك كله ابن حبيب.

ووجه القول الأول أن حال العبد، إنما يعتبر حال التقويم، فكذلك حال العتق.

فصل: وقوله: «من أعتق شركاً له فى عبده» يحتتمل أن يكون هذا العتق بلفظ العتق، ويحتتمل أن يكون بغيره إذا تضمن معنى العتق. وقال مالك فى العتبية والموازية فى عبد بين رجلين، قال أحدهما للعبد: قد وهبتك نصيبى منك، فإنه يعتق، ويقوم عليه حصة شريكه كما لو قال كعبد يملك جميعه: وهبتك نفسك لكان عتقاً، وقاله سحنون.

ومعنى ذلك أن ما عتق به الكل عتق به البعض كلفظ العتق.

مسألة: ولا يخلو أن يكون عتق الجزء من العبد معجلاً أو مؤجلاً، فإن كان معجلاً، ففى كتاب ابن المواز وابن سحنون فيمن أعتق حصته من عبد إلى سنة عن مالك والمغيرة وابن القاسم: يقوم عليه الآن ليعتق إلى الأجل.

قال سحنون: وقال آخرون: إن شاء التمسك قوم عليه الساعة، وكان جميعه حرًا إلى السنة، وإن شاء تماسك، وليس له بيعه قبل السنة إلا من شريكه.

فإذا تمت السنة قوم على مبتدئ العتق بقيمة يوم التقويم، وقاله عبدالملك بن الماجشون، وهذا إن تماسك الثاني، ولو عجل الثاني العتق، فروى عيسى عن ابن القاسم: يقوم خدمته إلى السنة، فيؤخذ من معجل العتق، ويدفع إلى صاحبه. قال: ثم رجع، وقال: يقتضى عليه بعتق نصفه الآن، ونصفه إلى سنة، ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته وولائه لغيره.

مسألة: ولو بتل الأول، وأجل الثاني، ففي المدونة لابن القاسم: يفسخ ما صنع، ويضمن شريكه حصته، وكذلك لو دبر حصته. قال ابن سحنون: ورواه عن مالك أشهب وابن نافع وحكى الشيخ أبو القاسم: إن أعتق الثاني حصته إلى أجل أو كاتب، أو دبر، وشريكه موسر، لم يكن ذلك له، ولو كان معسرًا، جاز ذلك.

قال القاضى أبو محمد: إذا أعتق الثاني إلى أجل، فهو كمن لم يعتق، ودفعت إليه القسمة، ونجز العتق. وقال عبدالملك: يقع العتق منحزًا منهما، رواه ابن سحنون عن المغيرة، قال: لأن الثاني ترك التقويم، واستثنى من الرق ما ليس له.

مسألة: ولو أعتق أحد الشركاء حصته بعد إعتاق المعسر لم يقوم عليه حصص شركائه. قال القاضى أبو محمد: ووجه ذلك أن الجناية لتبعض العتق وقعت من غير جهته وسابقة لإعتاقه والتقويم إنما يلزم بالجنائية.

فصل: وقوله: «فإن كان له مال يبلغ ثمن العبد» يريد حصة الاشتراك منه «قوم قيمة عدل». ومعنى ذلك أن يكون له مال يبلغ قيمة ما بقى من العبد، قال: فإن كان له مال يبلغ بعض ذلك، فقد روى القاضى أبو محمد: يقوم من نصيب شريكه بقدر ماله، فيعتق عليه، ويبقى ما زاد على ذلك لشريكه على حكم الرق. قال سحنون: إن وجد عنده بعض القيمة عتق منه بقدر ذلك ما لم يكن تافهًا، لا ينزع مثله لقرمائه من الثوب له، والفضل فى قوته والشىء الخفيف.

قال القاضى أبو محمد رضى الله عنه: وذلك أنه يقتضى أن ما يعتق عليه باقيه بتقويم السلطان لا قبل ذلك. ومعنى ذلك أن لشريكه أن يعتق حصته إن شاء، وقد رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية.

وروى أشهب عن مالك فى الموازية: ولو أقام شهرًا أو خمسة أشهر ساكتًا كان له

٢٩٠ كتاب العتق والولاء

أن يعتق. ومعنى ذلك إنما يعتق عليه بالحكم لا بالسراية، قال القاضي أبو محمد: وهو أظهر الروايتين.

ومعنى أنه إذا أعتق عليه بالتقويم وقف الشريك أولاً، فإن أراد أن يعتق، فذلك له دون المبتدئ بالعتق، وإن لم يرد المبتدئ بالعتق إتمام عتق العبد، وقد قيل فى المبتدئ: يعتق نصيبه: يعتق عليه بالسراية، قاله الشيخ أبو القاسم، وأنه ضامن لنصيب شريكه. قال القاضي أبو محمد: وهو قول الشافعى.

والدليل على ما نقوله ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاؤه حصصهم، وعتق العبد»، فشرط فى عتقه التقويم.

ومن جهة المعنى أن تصرف الإنسان فى ملكه لا يسرى إلى ملك غيره كالبيع، ولأن التقويم لإزالة الضرر عن الشريك إنما يكون بالحكم كالشفعة. وقد قال القاضي أبو محمد فى معونته: لا يعتق بالسراية فى أظهر الروايتين، وهذا يقتضى رواية أخرى أن العتق يكون بالسراية.

ووجه هذا القول أنه أعتق بعض عبد، فيكمل عليه باقيه، فوجب أن يكمل بالسراية كما لو كان جميعه له.

فرع: فإذا قلنا لا يكمل إلا بحكم، فقد قال القاضي أبو محمد وغيره: ليس للشريك أن يقول: أنا أرضى ببقاء حصتى على حكم الرق، ولا أريد التقويم على مبتدئ العتق. وروى البصريون عن مالك: لا ينظر إلى قول العبد لا أريد تكميل عتقى.

ووجه ذلك أنه حق لله تعالى متعلق به، فليس للسيد ولا للعبد إسقاطه كما ليس لواحد منهما رد عتقه.

فصل: وقوله عليه السلام: «قوم عليه قيمة عدل» يريد قيمة لا زيادة فيها، ولا نقص، وفى الموازية: يعتق عليه بما أفاد بعد عتق الجزء منه من مال أو ولد من أمته، ولو كانت أمة قومت بما لها وولدها، وكذلك لو دخله عيب، فإنما عليه قيمته يوم الحكم، قاله مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب.

قال مالك فى العتبية فى العبد الزارع ينقص ثمنه بالفسطاط: يقوم بموضعه، ولا ينقل إلى الفسطاط. وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى جارية بين رجل وزوجته أراد شراءها، فأبى عليه زوجته، فتزايد فيها حتى بلغت ستمائة دينار، فشاور

كتاب العتق والولاء ٢٩١
المخرومي واستغلاها، فقال له: أعتق حصتك منها، ولا يلزمك إلا القيمة، ففعل فرفع
إلى ابن عمر فأمر بإعادة النداء عليها، فإن زيد على ستمائة، وإلا ألزمها بالستمائة،
فاستحسن ذلك، وكان ابن أبي حازم يقول: دمر المسكين دمر.

وقد قال مالك فيمن أعطى برأس له ثمنًا، فم قتلته رجل بمحدثان: ذلك يلزمه الأكثر
من الثمن أو القيمة. قال أبو بكر بن محمد: قال سحنون: لا يلزمه إلا القيمة.

مسألة: ولو ادعى مبتدئ العتق فيه عيبًا كالإباق والسرقة، وأنكر ذلك المتمسك،
فقد اختلف فيه قول ابن القاسم من رواية ابن حبيب عن أصبغ عنه فقال: لا يحلف
بدعواه، ويقوم سليمًا، ثم رجع، فقال: يحلف. قال أصبغ: وبه آخذ.

وجه القول الأول أن هذا مجرد دعوى، فلا يتعلق بها يمين في عيب كالمشترى يدعى
عيبًا فيما اشتراه.

وجه القول الثاني أن المعتق يدعى على المتمسك بالرق ما يوجب نقص القيمة،
ويضيف ذلك إلى علمه، فلا يستحق جميعها إلا بعد يمينه.

فرع: فإذا قلنا إنه لا يحلف بمجرد الدعوى، فأقام شاهدين، فإنه يقوم معيبًا، وإن
أقام شاهدًا واحدًا، أحلف، فإن نكل حلف المتمسك ما علم بما ذكر من العيب، قاله
مالك في العتبية والواضحة. وقال ابن المواز: لا يوجب الشاهد على العدل يمينًا.

وقال أشهب وابن عبدالحكم: يحلف للمتمسك إذا شهد بالعيب غير العدل، والله
أعلم وأحكم.

فصل: وقوله عليه السلام: «يقوم عليه» لفظ يقتضى أن المبتدئ بالعتق واحد، ولو كانا اثنين
ابتداء بالعتق معًا، فإنه يقوم عليهما، فلو كان لأحد الشركاء نصفه، وللآخر ثلثه،
وللثالث سدسه، فأعتق صاحب الثلث والسدس معًا، فلمالك في الموازية: يقوم على
كل واحد منهما بقدر ما له فيه كالشفعة في اختلاف الأنصباء.

قال سحنون: وهو قول ابن القاسم وأشهب. قال ابن المواز: وقال المغيرة: يقوم
بينهما بنصفين، وكان يقول بالأول، ثم رجع عنه. قال سحنون: وبالقول الثاني، قال
عبدالمالك ورواه ابن نافع عن مالك.

وجه القول الأول أنه حق يتعلق بمال لإزالة الضرر عن الشركاء، فكان على قدر
الأنصباء كالشفعة.

٢٩٢ كتاب العتق والولاء

ووجه القول الثانى أن الموجب للتقويم عليهما الجناية بالعتق، وذلك لا يختلف بقلة السهم وكثرته، فوجب أن يستويا فى ذلك.

فرع: فإن كان أحدهما معسراً والآخر موسراً، ففى الموازية: أن مالكا وأصحابه أجمعوا على أنه يتم عتقه على الموسر. وروى ابن حبيب عن مالك: أنه لا يقوم عليه إلا ما كان يقوم عليه لو كان صاحبه موسراً. قال ابن حبيب: وهو قول جميع المصرين.

قال: ورواه سحنون عن مالك عن عبدالملك، وقوم من أصحابنا لم يسمهم.

وجه القول الأول أن الموسر، لو انفرد بعتق نصيبه للزمه باقى العبد والمعسر لو انفرد بذلك لم يلزمه شيء، فلم يكن لجناية المعسر تأثير كما لو انفرد واحد منهما.

ووجه القول الثانى أن الجناية موجودة منهما، وهى توجب التقويم، فلم يقوم على أحدهما إلا على حسب ما يقتضيه الاشتراك كما لو كانا مليون.

مسألة: ولو أعتق أحدهما أولاً وهو معسر، ثم أعتق الثانى بعده، وهو موسر، ففى كتاب ابن حبيب، قال مالك وجميع أصحابه: لا يقوم على الثانى. وقال ابن نافع: يقوم على الثانى إن كان ملياً.

وعاب ذلك ابن حبيب. قال سحنون: واحتج ابن نافع لذلك، فقال: رأيت إن أراد التمسك أن لا يقوم، ويرضى بالضرر، وأبى العبد، أليس ذلك للعبد، يريد أن ذلك فيه حق للعبد. والثانى قد أدخل فيه من تبعض العتق ما أدخله الأول، فإذا لم يكن للعبد أن يقوم على الأول لعسره، قوم على الثانى.

ووجه قول مالك أن التقويم إنما يختص بمن ابتداء العتق، ولذلك لا يلزم الشريك التمسك بالرق، وهذا معدوم فى الثانى؛ لأنه لم يبتدئ العتق، فلا يلزمه التقويم.

فرع: ومن ورث جزءاً من أبيه لم يتم عليه عتقه، ثم إن ابتاع مما رق منه شيئاً أو وهب له، أعتق ذلك الجزء فقط، ولم يتم عليه باقى مالك فى الموازية. وروى سحنون عن ابن نافع: يقوم عليه الباقي.

ووجه ذلك أن الجزء الذى أعتق عليه بالميراث هو ابتداء الضرر فى الملك، ولم يكن من فعله، فلا يقوم عليه، ثم ما ابتاع بعد ذلك لم يقوم عليه باقية؛ لأن ابتداء الضرر قد وقع بجزء الميراث، ولا صنع له فيه، ولذلك قال الشيخ أبو محمد: وذلك إذا اشترى وقبل الهبة بعد ما ورث منه.

وروجه ذلك أن الميراث معنى يعتق به عليه ما ملك منه، فلم يمنع من أن يعتق عليه ما ابتاع منه بعده كما لو ابتاع جزءاً فأعتقه، ثم ابتاع جزءاً آخر.

فرع: ولو وهب له جزء ممن يعتق عليه، فقبله تمم عليه عتقه، وإن لم يقبله عتق الجزء وحده، رواه ابن المواز عن مالك. وقال ابن الماجشون: إن قبله أو لم يقبله لا تقويم عليه، ويعتق ذلك الشقص. وقال ابن حبيب عن أصبغ في الهبة: إن لم يقبله لم يعتق منه شيء.

وروجه القول الأول أنه إذا قبله، فقد وجد القبول إدخال الضرر في العتق كما لو ابتاعه، وإذا لم يوجد منه القبول، لم يوجد من جهته ضرر، فلا يقوم عليه كما لو ورثه. ووجه قول ابن الماجشون أن قبوله لا تأثير له في رد الهبة، ومنع ما وهب من العتق، فلم يوجب ذلك التقويم عليه كما لو قبل ما ورث.

وروجه قول أصبغ أن الهبة لا تتم إلا بالقبول، فإذا لم يوجد القبول لم يصح الهبة، وإذا لم تصح، لم يعتق منه شيء.

فصل: وقوله ﷺ: «وأعطى شركاء حصصهم» يريد والله أعلم، أعطى كل واحد منهم بقدر ما له في العبد من القيمة التي لزم المعتق بالتقويم، «وأعتق عليه العبد»، يريد أن العتق يكون له.

ومعنى ذلك أن ولاء العبد يكون له لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما الولاء لمن يعطى الورق».

ومن جهة أخرى: «وإنما الولاء لمن أعتق»، وقد وجد منه الأمران العتق وإعطاء الورق، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «وإلا فقد عتق منه ما عتق» ظاهره أنه من قول النبي ﷺ لاتصاله بمحدثه، وليس فيه ما ينفي ذلك، وكذلك رواه مالك وعبيدالله بن عمر.

وقال أيوب عن نافع: «من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً في عبد، فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل، فهو عتق». قال نافع: وإلا فقد أعتق منه ما أعتق. قال أيوب: لا أدري أشتىء، قاله نافع أو شيء في الحديث.

وقول مالك وعبيدالله أولي؛ لأنهما قد حققا الرواية، ولم يشكأ، ومالك وعبيدالله أثبت من نافع ومن أيوب، وإن كان أيوب ثباً مقدماً فيه، وذلك يقتضى أنه يقتضى

٢٩٤ كتاب العتق والولاء

بالعتق عند عمر مبتدئ العتق على من أعتق منه، وهذا يمنع الاستسعاء. وقال أبو حنيفة: يستسعى العبد في قيمته.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم: «ولا فقد عتق منه ما عتق».

ومن جهة المعنى أنه استسعاء، فلم يكن لازماً كالكتابة والعبد لم يجز ولاء سيده المتمسك بنصيبه، فكما لا يلزمهما الاستسعاء قبل أن يبدأ العتق، فكذلك بعده.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان عنده من المال ما يقوم منه بعض ما بقى من العبد على حكم الرق، عتق منه بقدر ذلك، واسترق الباقي المتمسك بالرق، ويجرى الحكم وبين سيده في عمله وغلته ونفقته على ما تقدم في كتاب الوصايا من حكم العتق بعضه، والله أعلم.

مسألة: وهذا الحكم في عبد مشترك، فأما إن أعتق شقصاً من عبده، فإنه يعتق باقيه.

ووجه ذلك أنه يكمل عليه عتقه إذا كان الباقي لغيره ويزال عنه ملك الغير ويجبر على شرائه، فبأن يكمل عليه عتقه، وهو ملك له أولى وأحرى، ولأنه لما كان باقى العبد له كان موسراً بعتقه، والله أعلم.

فرع: وهل يعتق عليه بالحكم أو بالسراية، قال القاضى أبو محمد: اختلف فى ذلك عن مالك، فعنه فيه روايتان، إحداهما بالحكم، والثانية بالسراية.

وجه قولنا: يعتق يعتق عليه بالحكم أنه عتق يتم مبتدئه، فثبت بالحكم كالذى يعتق حصته من عبد مشترك. ووجه القول بالسراية أنه العتق بينى على التغليب والسراية، فإذا بعضه فى حق نفسه سرى إلى جميعه كما لو قال: يدك حر أو رجلك.

قال مالك: والأمر المجتمع عليه عندنا فى العبد يعتق سيده منه شقصاً ثلثه أو رُبْعَهُ أو نصفه أو سَهْمًا مِنَ الْأَسْهُمِ بَعْدَ مَوْتِهِ، أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا أَعْتَقَ سَيِّدُهُ وَسَمَّى مِنْ ذَلِكَ الشَّقْصَ، وَذَلِكَ أَنَّ عِتَاقَةَ ذَلِكَ الشَّقْصِ إِنَّمَا وَجَبَتْ وَكَانَتْ بَعْدَ وَفَاةِ الْمَيِّتِ، وَأَنَّ سَيِّدَهُ كَانَ مُخَيَّرًا فِي ذَلِكَ مَا عَاشَ، فَلَمَّا وَقَعَ الْعِتْقُ لِلْعَبْدِ عَلَى سَيِّدِهِ الْمُوصِي لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي إِلَّا مَا أَخَذَ مِنْ مَالِهِ، وَلَمْ يَعْتَقْ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ مَالَهُ قَدْ صَارَ لِغَيْرِهِ، فَكَيْفَ يَعْتَقُ مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ عَلَى قَوْمٍ آخَرِينَ لَيْسُوا هُمْ ابْتَدَعُوا الْعِتَاقَةَ وَلَا أَنْبَتُوهَا، وَلَا لَهُمُ الْوَلَاءُ، وَلَا يَثْبُتُ لَهُمْ، وَإِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ الْمَيِّتُ

هُوَ الَّذِي أَعْتَقَ وَأُثْبِتَ لَهُ الْوَلَاءُ، فَلَا يُحْمَلُ ذَلِكَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يُوصَى بِأَنْ يَعْتَقَ مَا بَقِيَ مِنْهُ فِي مَالِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَازِمٌ لِشُرْكَائِهِ وَوَرَثَتِهِ، وَلَيْسَ لِشُرْكَائِهِ أَنْ يَأْبُوا ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَهُوَ فِي ثُلْثِ مَالِ الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ وَرَثَتُهُ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ.

الشرح: قوله: «أن العبد يعتق سيده منه حصة بعد موته، فإنه لا يعتق عليه باقيه إن كان له مال» قال سحنون: ولا يعتق عليه نصيب شريكه، قال: وهو قول جميع أصحابنا. وقول مالك في موطنه.

ووجه ذلك ما احتج به من أن المال ينتقل عنه إلى الورثة بموته، وليس له منه إلا ما تمسك به من ثلثه، ولم يتمسك إلا بما أوصى بعتقه وقد قال مالك لورثته باقى العتق، فلا يعتق عليهم، وهم لا يجوبوا العتق، فكان ذلك بمنزلة من أعتق شقصاً له من عبد، وليس له مال غير ذلك الشقص، فإن باقيه يرق، والله أعلم.

فصل: ولو أوصى أن يتمم عليه في ثلثه، فقد قال مالك: يقوم في ثلثه. ووجه ذلك أنه قد تمسك بهذا القدر من ماله، فلزم أن يعتق عليه فيه كالحى الغنى.

فصل: «وليس لشركائه أن يأبوا ذلك، ويلزمهم ويلزم ورثته» يريد أنه إذا أوصى بذلك لم يكن لورثته الامتناع منه، إذ الثلث يحمله، ولا يكون لشريكه الامتناع منه؛ لأنه قد لزمه أن ينفذ عتقه أو يقوم على الموصى. قال سحنون: للمتمسك أن يعتق نصيبه ولا يقوم، وقاله ابن حبيب عن ابن الماجشون.

قال: وقال مطرف عن مالك: ليس لشريكه أن يعتق، ويلزمه التقويم كما لو أعتق الشريك جميعه. فأما قول ابن الماجشون، فلأن هذا مبتدئ عتق عبد مشترك، فكان لشريكه إنفاذ عتق حصته كما لو أنفذ عتق ذلك الشقص، وهو صحيح، والذي رواه مطرف عن مالك يحتمل أن يكون على قول من قال يعتق بالسراية. قال سحنون: ورأيت رواية لابن وهب عن مالك، وهى وهم لا أعرفها إذا أبى شريكه فإنه يعتق منه ما ملك فقط، وباقى الثلث للورثة.

فصل: وقوله: «وذلك أن عتاقه ذلك الشقص إنما وجبت بعد وفاة الموصى، وكان مخيراً في ذلك ما عاش» يريد أن من أوصى بعتق شقص من عبده أو بعتق شقص له من عبد سائر لغيره، فإنه لا يقوم عليه الآن، ولا يعتق سائرته؛ لأن عتقه بعد لم يلزم، وإنما يلزم بموته من ذلك؛ لأن له الرجوع عنه في حياته.

مسألة: ومن أعتق بعض عبده في مرضه كمل عليه باقيه في ثلثه، ولو أوصى بعتق جزء منه بعد موته، ففى تكميله روايتان، إحداهما وجوبه، والأخرى نفيه.

وجه الرواية الأولى أنه مختار لتبعض العتق، فلزم التقويم فى ماله كما لو أنفذ عتقه.

وجه الرواية الثانية أنها وصية بعتق بعض عبد، فالعتق إنما يقع بعد موته، وحيثما يوجد التبعض منه بوقوع العتق، وذلك وقت لا مال له لاسيما، ولم يستثن منه شيئاً، فأشبهه المعسر يعتق بعض عبد، فإنه لا يتم عليه.

قال مالك: وَلَوْ أَعْتَقَ رَجُلٌ ثُلُثَ عَبْدِهِ، وَهُوَ مَرِيضٌ، فَبِتَّ عِتْقُهُ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ فِي ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ يُعْتَقُ ثُلُثَ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّ الَّذِي يُعْتَقُ ثُلُثَ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ لَوْ عَاشَ رَجَعَ فِيهِ، وَلَمْ يَنْفُذْ عِتْقَهُ، وَأَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي يَبِتُّ سَيِّدُهُ عِتَقَ ثُلُثِهِ فِي مَرَضِهِ، يُعْتَقُ عَلَيْهِ كُلُّهُ إِنْ عَاشَ، وَإِنْ مَاتَ عَتَقَ عَلَيْهِ فِي ثُلُثِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ أَمْرَ الْمَرِيضِ جَائِزٌ فِي ثُلُثِهِ كَمَا أَنَّ أَمْرَ الصَّحِيحِ جَائِزٌ فِي مَالِهِ كُلِّهِ.

الشرح: وهذا على نحو ما قال أن المريض إذا أعتق جزءاً من عبده، فإنه يعتق جميعه فى ثلثه، وذلك إن مات فى مرضه ذلك. وفرق مالك بين هذا وبين الذى يوصى بعتق ثلث عبده لأن هذا قد لزمه العتق، وإن عاش تمم عليه، والذى أوصى بعتق ثلث عبده، لو عاش كان له الرجوع عنه.

فرع: ومتى يقوم باقى العبد الذى أعتق المريض شقصاً منه، روى ابن حبيب عن مطرف فى الذى يعتق شقصاً له من عبد يقوم عليه فى ثلثه، سواء عثر عليه قبل أن يموت أو بعده.

وقال ابن الماجشون: لا يقوم عليه حتى يصح، فيقوم عليه فى ماله أو يموت، فيعتق فى ثلثه ما أعتق، ولا يقوم عليه نصيب صاحبه، وإن حمله الثلث؛ لأن التقويم لا يلزم إلا فى عتق يتعجل أو يتأجل إلى أجل قريب لا يرده دين، وهذا قد يرده إلا أن تكون له أموال مأمونة، فيقوم عليه، ويعجل له العتق قبل أن يموت.

وروى سحنون عن أبيه عن ابن القاسم: يوقف فإن مات قوم عليه فى ثلثه، أو ما حمل منه، وإن كانت له أموال مأمونة قوم فيها.

وجه القول الأول أن ابتداء العتق جنابة، فلم يمنع مرضه من مطالبته بها، ولا يفوت بموته إلا أنه لما كان من باب البر لم يكن له أن يتجاوز بذلك ثلثه.

ووجه القول الثاني ما تقدم من قول ابن الماجشون، والله أعلم.

مسألة: ومن أعتق في مرضه عبداً له، فلم يحمله الثلث، فأجاز الورثة حصته، فلا يقوم عليه والولاء للميت، رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك.

ووجه ذلك أن الوارث إنما أجاز فعل الميت، فلم يدخل ضرراً في الملك. وقد روى مطرف عن مالك: إن أعتق الوارث سهمه مما رق منه، لم يقوم عليه، وله ولاء تلك الحصّة، وإن لم يقوم عليه؛ لأنه لم يتدبّر بإدخال الضرر، وقد تقدمه بذلك الميت كالثلاثة أشراك ابتداءً أحدهم بعق حصته، وهو معسر، ثم أعتق الثاني، وهو موسر، فلا يقوم عليه، ويأتي على قول ابن نافع أنه يقوم عليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن أعتق بعض عبده، فقد روى في الموازية أشهب عن مالك: أنه إن لم يتم عليه حين مات أنه لا يتم عليه باقيه. قال سحنون في كتاب ابنه: هذا قول أصحابنا، ولو مات مكانه، أو أفلس.

وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم عن مالك: من أعتق بعض عبده أو سهماً من عبد باقيه لغيره، فلم يتم عليه حتى أفلس، فلا يتم ما بقي كما لو مات. ووجه ذلك أن حق الغير قد تعلق بالمال، فكان بمنزلة حال المعسر، بل هو أشد حالاً منه؛ لأن الميت متيقن العدم، والمفلس مطلوب بمحقوق متقدمة، ولم يدفعه للحنانية؛ لأن الشريك باق بيده إنما أدخل عليه فيه ضرر، والله أعلم.

وروى أشهب عن مالك في العتبية والموازية: من أعتق شقصاً له في عبد في صحته، لم يقوم عليه حتى مات بجدثان ذلك، فإنه يقوم عليه، قال في العتبية: يعتق عليه جميعه من رأس ماله.

قال سحنون في كتاب ابنه: لا يقوم عليه. قال أشهب في الموازية: لأن هذا حق قد ثبت لشريكه، ولم يفرط، ولو طال ذلك لم يقوم في رأس مال الميت، ولا ثلثه.

وروى ابن حبيب عن مطرف مثل رواية أشهب. وقال: هو كالممتنع يموت، ولم يهد، فإن لم يفرط، أهدى عنه من رأس ماله، وبه قال ابن الماجشون وابن عبدالحكم، وهو بخلاف معتق بعض عبده، فإنه لا يتم عليه باقيه، وإن مات بجدثانه.

وجه تسوية ابن القاسم بين من أعتق حصّة من عبده، وبين من أعتق حصّة من عبد لغيره باقيه، أن العتق عمل يد، فإذا جاز أن يتم عليه لغيره، فيأن لا يتم عليه من غيره.
 أن المعسر يتم عليه عبده، ولا يقوم عليه حصّة غيره.

٢٩٨ كتاب العتق والولاء

ووجه قول الجماعة أن حق الغير متعلق بماله بجنايته عليه، فيلزم أداؤه من رأس ماله في مرضه وبعد موته إلا أن يوجد من صاحب الحق من التفريط ما يقتضى التسليم والترك، فلا يبقى إلا حق البارى تعالى فى تتم العتق، فيكون حيثئذ بمنزلة من أعتق حصة من عبده، والله أعلم.

قال سحنون: وقد أجمعوا على أنه من مات قبل أن يتم عليه عتق عبده، أنه لا يتم عليه بعد موته، وإن عثر على ذلك فى مرضه، فقد قال مالك من رواية عيسى عن ابن القاسم عنه فيمن أعتق عبده أو نصيباً من عبد لغيره باقية أعتقه فى صحته، فعلم بذلك فى مرضه، فإنه يقوم عليه باقيه فى ثلثه.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فيمن أعتق بعض عبده فى صحته وقيم عليه، وهو مريض، فإنه إن صح عتق عليه كله، وإن مات، فالباقي فى ثلثه. وخالفه ابن الماجشون، فقال: إن قيم عليه فى مرضه، فلا يقوم عليه إن مات.

وجه القول الأول أنه وجد منه فى حال صحته ما يلزمه العتق فى المستقبل، فكان ذلك فى حياته من رأس ماله، وبعد موته من ثلثه. ووجه القول الثانى، وهو المشهور، ما تقدم.

فرع: فإذا قلنا إنه يتم على المريض العتق، فقد روى ابن المواز عن أصبغ: إذا أعتق شقصاً من عبد لغيره باقيه، فلم يقوم عليه حتى مرض، يحكمم بالتقويم، إلا أن يوقف المال حتى يعتق ما حمل الثلث من تلك القيمة التى كانت فى المرض إن مات مبدأ على جميع الوصايا، وما أعتق أولاً فمن رأس ماله، وإن صح لزومه القيمة.

ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك، وقال ابن عبدالحكم: لا يقوم فى مرضه، وليوقف أبداً حتى يموت، فيعتق ما بقى فى ثلثه، أو يصح، فيكون من رأس ماله، إلا أن يعتق الشريك.

وجه القول الأول أن القيمة إنما تلزمه يوم الحكم فيه، لكنه حكم متوقف لتجويز الصحة والموت، فإن صح لزومه تلك القيمة من جميع ماله، وإن مات لزمت فى ثلث ماله.

ووجه القول الثانى أنه إذا لم ينفذ العتق الآن، فلا معنى لتعجيل التقويم، والله أعلم وأحكم.

* * *

الشرط في العتق

قال مالك: مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ، فَبِتَّ عِتْقُهُ حَتَّى تَجُوزَ شَهَادَتُهُ، وَتَيَّمَّ حُرِّيَّتُهُ، وَيَثْبُتَ مِيرَاثُهُ فَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ مِثْلَ مَا يَشْتَرِطُ عَلَى عَبْدِهِ مِنْ مَالٍ أَوْ خِدْمَةٍ وَلَا يَحْمِلَ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنَ الرِّقِّ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءُ لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ».

قال مالك: فَهُوَ إِذَا كَانَ لَهُ الْعَبْدُ خَالِصًا أَحَقُّ بِاسْتِكْمَالِ عِتْقَتِهِ وَلَا يَخْلُطُهَا بِشَيْءٍ مِنَ الرِّقِّ.

الشرح: معنى ذلك أن من بتل عتق عبده معجلاً، ولم يعلق ذلك بأجل ولا عمل يقع العتق بعده، فلا يجوز له في هذا العتق أن يشترط عليه عملاً؛ لأن ذلك بمنزلة أن يبقى عليه شيئاً من الرق، وذلك مخالف للمال المشترط عليه.

وقد قال ابن المواز عن مالك فيمن قال لعبده: أنت حر، وعليك ألف دينار، فلم يرض العبد، فذلك عليه، وإن كره، وبه قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم، وهو قول أشهب. وقال ابن المسيب: هو حر، ولا شيء عليه. وروى عن ابن القاسم أنه قال: وذلك أحب إلي.

وروى في العتبية يحيى عن ابن القاسم فيمن قال لعبده: أنت حر، على أن عليك خمسين ديناراً، أن العبد مخير إن شاء أن يتبع بها ويعجل عتقه، وإن كره أن يكون غريباً، فلا عتاق له. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز أنه ألزمه ذلك قبل العتق، وذلك جائز له كما له أن يلزمه ذلك لغير حرية، فلم يزد ذلك الحرية إلا صحة، واحتج لذلك أصبغ بأن له أن يكرهه على النكاح والبيع وانتزاع المال، فكانه باعه من نفسه.

وجه قول ابن القاسم في متابعة سعيد أن العتق قد أوقعه، فيلزمه؛ لأنه لم يستثن فيه خياراً، ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال، كما لا يلزمه ما ألزمه بعد العتق من العمل.

وجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من أنه ليس للسيد أن يشغل ذمته إلا برضاه، ألا ترى أنه لو كاتبه على ما ليس عنده لم يلزمه إلا برضاه.

٣٠٠ كتاب العتق والولاء

مسألة: وأما إن شرط عليه عملاً، فإن كان قبل العتق مثل أن يقول: أنت حر، على أن تخدمني سنة، فذلك عليه، قاله ابن القاسم. وأما إن كان العمل بعد العتق، فقد قال ابن القاسم: إن قال لعبده: أنت حر، واخدمني سنة، فهو حر، ولا شيء عليه. وكذلك لو قال له: أنت حر، على أن لا تفارقني. قال محمد: هو حر، وشرطه باطل.

ووجه ذلك على ما قال مالك من تعجيل العتق مع إبقاء شيء من الرق، وذلك متناف ينفذ العتق، ويبطل ما أبقى من الاسترقاق؛ لأن العتق مبني على التغليب والسراية، وليس كذلك الدين في ذمته؛ لأنه ليس من أحكام الرق؛ لأن الدين يثبت على الأحرار، ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بذم العبد، فلا ينافي الحرية، بل إذا تعلق بذمة العبد على وجه ما يتعلق بذمة الحر أكد الحرية، والله أعلم وأحكم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن لفظ: أنت حر عليك كذا، هو المتفق عليه من قول من يرى لزوم ذلك العبد. وأما قوله: أنت حر على أن عليك كذا، فقد قال ابن الماجشون: اللفظان سواء، ويثبت فيهما الخيار. وروى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما، ولا خيار للعبد.

وفرق بين هذين اللفظين وبين قوله: أنت حر على أن تؤدي إلى كذا، فقال: هذا لا يعتق حتى يؤدي ويقبل ذلك العبد.

ووجه ذلك أن الذي قال له: على أن عليك، علق العتق بشيء يتعجل، وهو ثبوت الدين في ذمة العبد، والذي قال على أن تؤدي إلى أو على أن تعطيني، علق العتق بشيء لا يوجد بنفس العتق، ولا يوجد إلا بمعنى مستأنف، وربما تعجل الأمد العبد، وربما تعذر، فكان العتق يتأجل بتأجله.

مسألة: ومن قال لأمته: أنت حرة على أن تسلمي، فقد قال ابن حبيب عن أصبغ: إن أبت لا حرية لها كقوله: إن شئت، وليس كقوله: أنت حرة على أن تنكحي فلاناً، ثم تأتي أن العتق ماضى في هذه.

والفرق بينهما أنها إن رضيت بذلك، فبنفس العتق تكون مسلمة، كقوله: على أن عليك عشرة دناتير، على قوله: على أن تنكحي فلاناً، فإنما شرط عليها عملاً عمله بعد تمام العقد يصح أن يتأخر الزمن الطويل، وهو إباحة بعضها، وقبول الزوج، فكان بمنزلة أن يشترط عليها عملاً أو خدمة أو بمنزلة قوله: أنت حرة على أن لا تفارقيني، فإنها تكون حرة، ولا يلزمها الشرط.

* * *

من أعتق رقيقاً لا يملك ما لا غيرهم

١٤٦٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، وَعَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ، عَنِ الْحَسَنِ بْنِ أَبِي الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ، أَنَّ رَجُلًا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَعْتَقَ عَبِيدًا لَهُ سِتَّةَ عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَسْهَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ ثَلَاثَ تِلْكَ الْعَبِيدِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَبَلَّغَنِي أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِذَلِكَ الرَّجُلِ مَالٌ غَيْرُهُمْ.

١٤٦٧ - مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عُبَيْدٍ الرَّحْمَنِ أَنَّ رَجُلًا فِي إِمَارَةِ أَبِي بَنِي عُثْمَانَ أَعْتَقَ رَقِيقًا لَهُ كُلَّهُمْ جَمِيعًا، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ، فَأَمَرَ أَبُو بَنِي عُثْمَانَ بِتِلْكَ الرَّقِيقِ، فَفَسِمَتْ أَثْلَاثًا، ثُمَّ أَسْهَمَ عَلَى أَيِّهِمْ يَخْرُجُ سَهْمُ الْمَيْتِ، فَيَعْتِقُونَ، فَوَقَعَ السَّهْمُ عَلَى أَحَدِ الْأَثْلَاثِ، فَعَتَقَ الثَّلَاثُ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ السَّهْمُ.

الشرح: هذا الحديث مرسل، وقد أسند من حديث عمران بن حصين، أخرجه مسلم من رواية إسماعيل بن علي، عن أيوب، عن أبي قلابة، عن أبي المهلب، عن عمران بن حصين «أن رجلاً أعتق ستة عبيد له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وورق أربعة، وقال له قولاً شديداً».

وأخرجه من حديث الثقفى عن أيوب «أن رجلاً من الأنصار أوصى عند موته، فأعتق ستة مملوكين والأول أكثر» رواه ابن علي وحماد عن أيوب.

ورواه هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين، قال ابن سحنون عن أبيه: وروى عمران بن حصين أن النبي ﷺ أسهم بين الستة الأعبد الذين أعتقهم رجل عند موته لا يملك غيرهم، وحكم بذلك عندهم بالمدينة مالك، وذلك أحسن ما سمعت هذا مذهب مالك رحمه الله، وبه قال الشافعي.

١٤٦٦ - أخرجه مسلم في الإيمان ١٦٦٨. وأبو داود في العتق ٣٩٦١. وأحمد في مسند البصريين

١٩٣٤٤، ١٩٤٣٠، ١٩٤٤٩، ١٤٩٩.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٤٢٧/٨: هكذا روى يحيى هذا الحديث، عن مالك، عن يحيى بن سعيد وغير واحد، وتابعه طائفة من رواة الموطأ، وروته أيضاً جماعة، عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن غير واحد، عن الحسن، وابن سيرين مثله مرسلًا.

١٤٦٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٧٩.

٣٠٢ كتاب العتق والولاء

وقال أبو حنيفة: لا تدخل القرعة في العتق، ويعتق من كل واحد ثلثه، ويستسعى في بقية قيمته، فإذا أذاها إلى الورثة، عتق.

والدليل عليه الحديث المتقدم، ويقتضى العتق بالقرعة، وفي ذلك أدلة أحدها: حكم بالقرعة، وأبو حنيفة ينفىها. والثاني: أنه قال: فأعتق اثنين، ورق أربعة، وعند أبي حنيفة لا يكمل عتق أحدهم، ولا يرق جميع أحدهم، وإنما يعتق ثلث كل واحد منهم، ثم يستسعى.

ومن جهة المعنى أن المريض ليس له أن يعتق عبيده إذا كانوا جميع ماله، فإذا فعل ذلك لم يعتق إلا ثلثهم، واحتيج إلى القرعة لتمييز الثلث، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «أعتق ستة أعبد له عند موته» قال سحنون: قيل بتلهم، وقيل أوصى بهم، فنحن نستعمل القرعة فيما جاء فيه الخبر من العتق في المرض أو الوصية في جملة بعثتهم يضيق ثلثه عنهم، وكذلك في المجهولين من جملة رقيق، إذا كان في مرضه أو وصيته، ولا يسهم بين المدبرين في الصحة لأننا لا نعدوا ما جاء فيه الخبر، ويحتمل أن يريد بقوله: «أعتق عبيداً له عند موته» أن يعتقهم لتقع جحريتهم بموته.

فيحتمل قول سحنون، فقيل بتلهم، وقيل أوصى بعثتهم بينهم، يريد بذلك أنه قد بلغت الروايتان من وجه يجوز له التعلق بها، فحملها على قصتين أو على قصة، ثبت فيها حكمان لا يتناقضان، فيحمل عليهما.

مسألة: فأما الوصية بعثتهم، فلا خلاف يعلم في المذهب في أنه يقرع بينهم بالسهم. وأما إن بتلهم في المرض، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: أنه يقرع بينهم.

ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وقال أبو زيد وأصبنغ والحارث: يعتق من كل واحد منهم بغير سهم، وإنما السهم في الوصية، وإنما وجب الاختلاف في هذا لاختلاف لفظ الحديث، ففي حديث عبد الوهاب أن ما حكم فيه النبي ﷺ بالقرعة إنما كانوا في وصية الأنصاري يعتق ستة أعبد له.

وروى إسماعيل بن عليّة وحماد بن زيد أنه أعتقهم عند موته، وذلك يحتمل إيقاع بالقرب من وقت موته، وظاهره حال المرض، ويحتمل أن يريد به عند موته، والله أعلم.

وجه القول الأول أن العتق في المرض خارج من الثلث، فأشبه الوصية.

وجه القول الثاني أنه عتق لا رجوع له فيه كالعتق في الصحة.

كتاب العتق والولاء ٣٠٣

فرع: فإذا قلنا إن القرعة تستعمل في العتق، فقد روى عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى عن ابن نافع: أنه لا يسهم في الرقيق في العتق إذا كان للمالك شيء من المال. وأما السهمان إذا لم يكن للمالك إلا ذلك الرقيق فقط.

وقال ابن نافع: وإنما أسهم رسول الله ﷺ في الرقيق الستة الذين أعتقهم ربهم عند موته؛ لأنه لم يترك مالاً غيرهم.

قال ابن مزين: وسمعت مطرفاً يقول مثل ذلك، فقلت له: هو قول مالك؟ فقال: هو الذي لا يعرف غيره، وهو الذي روى ابن المواز عن ابن القاسم، أن القرعة لا تكون إلا لمن قال في وصيته: رقيقى أحرار، ولم يدع مالاً غيرهم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن بتلهم في مرضه أو بتل بعضهم، أو أوصى بعتق بعضهم، فلم يحملهم الثلث، فليقرع بينهم كان له مال سواهم أو لم يكن، وقد تقدم قول سحنوا، ورواية غيره عن مالك: أنه يسهم بينهم إذا ضاق الثلث عنهم، وذلك يقتضى أن له مالاً غيرهم.

وجه قول ابن نافع تعلقه بلفظ حديث إسماعيل بن علية وحماد بن زيد أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، ولا مال غيرهم.

ومن جهة المعنى أنه إذا لم يكن له مال غيرهم، وأعتق جميعهم، لم يدخل التبعض في عتقه؛ لأنه قصد الإجمال، فإنما يحتاج إلى القرعة لتمييز من يجوز عتقه ممن لا يجوز عتقه لحق الورثة، نوإن كان له مال، فقد قصد التبعض؛ لأنه لم يخرج بالعتق من جميع ماله، فإذا أعتق ثلث كل واحد منهم، لم يخالف صورة ما فعله بعتقه من التبعض.

ووجه القول الثانى التعلق بلفظ حديث مالك، وليس فيه أنه لا مال له غيرهم، فحمل أنه أعتقهم عند موته، وظاهره حال المرض أو الوصية، فإنما يعتبر في ذلك الثلث، والله أعلم وأحكم.

فرع: ولو قال ثلث رقيقى أحرار ثبت في ذلك حكم القرعة، ولو قال: ثلث كل واحد من رقيقى حر، لم يقرع بينهم؛ لأنه قد ميز نصيب العتق من نصيب الرق وبين أنه قصد التبعض، قاله القاضى أبو محمد.

ولو قال في وصيته: أعتقوا عبدى فى ثلثى، أو ما حمل ثلثى منهما، فقد قال ابن كنانة: لا قرعة فيهما، ويعتق منهما بالحصص حمل الثلث. وقال عيسى عن ابن القاسم: ذلك سواء، وفيه القرعة.

٣٠٤ كتاب العتق والولاء

ووجه قول ابن كنانة أن إضافة ذلك إلى الثلث مخالف لإطلاق اللفظ، لأنه إذا أطلق اللفظ لم يقصد التبعض، وإذا أضاف ذلك إلى الثلث قصد التبعض، فلم يحتاج إلى القرعة.

ووجه قول ابن القاسم أن العتق تناول جملتهم دون تبعض العتق فيهم، ولا يتميز ما يعتق من كل واحد، فلزمت القرعة لتميز ذلك.

فرع: وقال سحنون: يفترق عندنا على حكم التسمية من غيرها، فإذا قال: ميمون ومرزوق حران، تحاصا في ضيق الثلث. وإن قال: عبدای حران، أو غلمانى أحرار، أقرع بينهم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: سواء سماهم بأسمائهم، أو قال: رقيقى كلهم أحرار، أو ثلثهم، فإنه بينهم كما جاء الخبر، قال: وكذلك قال لى أصبغ عن ابن القاسم.

وجه قول سحنون أن التسمية تقتضى أن لا يعدى أحد ممن سمي من العتق لا اختلاف أسمائهم التي نص عليها، فلا يخلو اسم من تلك الأسماء من تناول العتق وإذا لم يسمهم وعلق العتق على العبيد، فإن عتق بعضهم لا يخل بعتق من علقه عليه؛ لأنه أوصى بعتق عبيده، وإذا أعتق بعضهم بالسهم، فقد تناول العتق من يقع عليه هذا الاسم.

ووجه القول الثانى أن لفظ العبيد إذا أضيف إليه تناول كل عبد له، فكان ذلك بمنزلة أن يسميهم، فإذا كان السهم يجرى فى عتقه عبيده، فكذلك إذا سماهم، والله أعلم أحكم.

فرع: ولو قال: أعتقوا ثلاثة من رقيقى أو عشرة، وهم خمسون أو عشرون، فقد قال ابن المواز: يجعل ذلك العبد جزءاً من الجملة.

ووجه ذلك أن العدد من الجملة إذا لم يتعين، فهو كالجزء منها، فوجب أن يكون حكمه حكمها.

فرع: وإذا سمي عددًا، فهلك بعضهم، فقد قال ابن المواز: يكون ذلك العدد جزءاً من الباقي. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه سواء سمي جزءاً أو عددًا، فإنه يعتق ممن بقى مثل ما كان يعتق من الجميع لو بقوا مثل أن يوصى بخمسة، وجميعهم ثلاثون، فيموتون إلا خمسة، فإنه يعتق سدسهم.

كتاب العتق والولاء ٣٠٥
وروجه قول ابن المواز أنه إن أمر أن يعتق خمسة من رقيقه، وهم ثلاثون فماتوا، إلا عشرة أعتق نصفهم، إن الخمسة نصف ما بقى، وكذلك حتى لا يبقى إلا خمسة أو أقل، فيعتق جميعهم. وأما الاعتبار على هذا القول، فبقدر التسمية من الجملة حين الحكم، وعلى قول ابن الماجشون الاعتبار بالتسمية، وقدرها من العدد يوم الوصية.

مسألة: ومن أعتق في صحته، فقد قال مالك وابن القاسم وغيره: لا يسهم في عتق الصحة. ومعنى أن يعتق جميع رقيقه في صحته؛ لأن ذلك ينفذ، ولا يرد عتق أحد منهم. وقال سحنون: وقد قال بعض أصحابنا عن مالك، فيمن أعتق في صحته رأسا من رقيقه، لم يعينه حتى كان، وهم أربعة: أنه يعتق ربعهم بالسهم، وقيل يكون الخيار لورثته في عتق أحدهم.

مسألة: وإذا أردت القرعة بين الرقيق، فإن انقسموا على ثلاثة أقسام معتدلة قسمتهم على ذلك، ويأخذ ثلاث بطائق، فيكتب في كل بطاقة أسماء من في الجزء من العبيد، وتلف كل بطاقة في طين بمحضرة العدول، وتعطى لمن يدخلها في كفه من صغير أو كبير، ثم يخرج واحدة، فتفض فيعتق من فيها، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وإن لم يعتدل الرقيق في القسمة على أجزاء الثلث، فإنه يكتب اسم كل عبد في بطاقة.

قال ابن المواز بعد أن تعرف قيمة كل واحد منهم، وتكتب قيمته مع اسمه، فمن خرج سهمه عتق إلى حملة الثلث، إلا فما حمل منه ورق باقيه، وإن كان أقل من الثلث أعيد السهم حتى يستوفى الثلث. وروى مثل ذلك كله في المدينة عيسى عن ابن القاسم.

* * *

القضاء في مال العبد إذا عتق

١٤٦٨ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: مَضَّتِ السُّنَّةُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أُعْتِقَ تَبِعَهُ مَالُهُ، أَنَّ الْمُكَاتِبَ إِذَا كُوتِبَ

تَبِعَهُ مَالُهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ الْمُكَاتِبُ، وَذَلِكَ أَنْ عَقَدَ الْكِتَابَةَ هُوَ عَقْدُ الْوَلَاءِ إِذَا تَمَّ ذَلِكَ، وَلَيْسَ مَالُ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتِبِ بِمَنْزِلَةِ مَا كَانَ لَهُمَا مِنْ وَلَدٍ إِنَّمَا أَوْلَادُهُمَا بِمَنْزِلَةِ رِقَابِهِمَا لَيْسُوا بِمَنْزِلَةِ أَمْوَالِهِمَا؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا عَتَقَ تَبِعَهُ مَالُهُ، وَلَمْ يَتَّبِعْهُ وَكَلْدُهُ، وَأَنَّ الْمُكَاتِبَ إِذَا كُتِبَ، تَبِعَهُ، مَالُهُ وَلَمْ يَتَّبِعْهُ وَكَلْدُهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْعَبْدَ وَالْمُكَاتِبَ إِذَا أَفْلَسَا أُخِذَتْ أَمْوَالُهُمَا وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِمَا، وَلَمْ تُؤْخَذْ أَوْلَادُهُمَا؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِأَمْوَالٍ لَهُمَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا بَاعَ وَاشْتَرَطَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مَالَهُ لَمْ يَدْخُلْ وَكَلْدُهُ فِي مَالِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَرَحَ، أُخِذَ هُوَ وَمَالُهُ، وَلَمْ يُؤْخَذْ وَكَلْدُهُ.

الشرح: قوله: «مضت السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله» يريد أن ماله يبقى على ملكه، ولا يكون لسيدته انتزاعه منه إذا أعتق، ولم يستثن ماله ولا شيئاً منه؛ لأن لفظ العتق لم يتناول ماله، وإنما قوى ملكه له بخلاف البيع، فإنه وإن كان لا يتناول أيضاً إلا العبد دون ماله، فإنه يخرج إلى مالك له من انتزاع ماله ما للأول، فكان الأول أحق به؛ لأن بيعة دون ماله بمنزلة انتزاعه، وذلك جائز له.

مسألة: وهذا حكم المباشرة البتل والوصية؛ لأن الوصية بالعتق عتق، فيلزم أن يتبع المال المعتق. وقال أشهب: ليس للورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل إنفاذ عتقه، وإن كان العتق معجلاً.

وإن كان مؤجلاً بعد الموت، فقد قال أشهب: للورثة انتزاعه، ما لم يقرب الأجل، وبه قال ابن المواز. وقال ابن عبدالحكم: ليس للورثة ذلك.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن حكم الورثة حكم الموروث، فمن أعتق عبده إلى أجل، كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل، فكذلك ورثة المعتق إلى أجل.

مسألة: وأما الموصى به إلى أجل لرجل، ففي العتية من سماع ابن القاسم: أن مال العبد للموصى به برقية العبد، بخلاف الهبة والصدقة. وفي الموازية من رواية ابن وهب

كتاب العتق والولاء ٣٠٧
عن مالك: لا يتبعه ماله فى وصية، ولا هبة، ولا صدقة، ولا بيع، ولا رهن، إلا فى
عتق جميعه أو بعضه أو الكتابة أو الجناية، قاله ابن القاسم، ورجع ابن القاسم فى
الوصية.

وجه رواية ابن القاسم فى الوصية أنها وصية بالعبد كالوصية بعقه.

ووجه رواية ابن وهب، وهى رواية أشهب عن مالك فى العتية أنه أخرج العبد إلى
مالك، فلم يتبعه ماله كما لو وهبه.

فرق: والفرق بين الهبة والوصية على مذهب ابن القاسم أن الهبة إنما ينتزع المال
الواهب، ويقول: لم أرد اتباع العبد ماله. وأما فى الوصية، فإنما يريد انتزع مال العبد
الورثة لا الموصى.

مسألة: وأما الهبة، وفى العتية من رواية أشهب عن مالك فيمن وهب عبداً للثواب
أو لغير الثواب أو تصدق به، فإن ماله لا يتبعه. وقال القاضى أبو محمد: لم يختلف قول
مالك فى العتق أنه يتبع العبد ماله، وفى البيع أنه لا يتبعه.

واختلف عنه فى الوصية به وهبته لغير عوض، والتصدق به، وإسلامه فى الجناية،
فعنه فيه روايتان إحداهما: أن ماله يتبعه. والثانية: لا يتبعه.

وإنما اختلف قوله فى ذلك لاختلاف تعليل الأصلين البيع والعتق، فمن قال: إن فى
البيع إخراجاً عن مالك بعوض، فلذلك لم يتبعه ماله، وفى العتق أخرجته إلى غير مالك،
فلذلك يتبعه ماله.

ومن قال: إنه يتبعه ماله فى الوصية والهبة والصدقة؛ لأنه أخرجته عن ملكه بغير
عوض كالعتق، وقال فى الجناية: لا يتبعه ماله؛ لأنه أخرجته عن ملكه بعوض، ومن علل
فى البيع أنه أخرجته عن ملكه إلى مالك، فلذلك لم يتبعه ماله، وفى العتق أخرجته إلى
غير مالك، فلذلك يتبعه ماله، وفى الصدقة، والهبة، والجناية، والوصية؛ لأنه أخرجته من
ملكه إلى مالك كالبيع.

فصل: وقوله: «وما يبين أن العبد إذا أعتق تبعه ماله، أن المكاتب يتبعه ماله؛ لأن
عقد الكتابة، هو عقد الولاء» يريد أنه عقد يقتضى ثبوت الولاء كالعتق، وهو بمعنى
قولنا إنه خرج العبد عن ملكه إلى غير مالك، فهذا حكم العتق والكتابة، وإن اختلفا فى
أن الكتابة عتق بعوض، وكذلك القطاعة والعتق المطلق عتق بغير عوض.

٣٠٨ كتاب العتق والولاء

وهذا يدل على ان التعليل الصحيح من ذلك أنه خارج إلى غير مالك، ولو علل بأنه خارج بغير عوض لبطل بالكتابة والله أعلم وأحكم. وأما الكتابة، فحق تعلق بعين العبد بنقله إلى مالك من غير عقد فتبعه ماله كالوراثة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولد؛ لأن الولد بمنزلة الرقبة، لا بمنزلة المال» يريد أن رقبته ملك لغيره، وكذلك رقبة ولده، وماله ملك له، ولذلك إذا أعتق بقى ماله على ملكه، وبقى ماله على ملك سيده على حسب ما كما، عليه قبل العتق والكتابة.

وهذا في العتق البتل، وكذلك المعتقة إلى أجل فيما ولدته قبل العتق. فأما ما ولدته بعد العتق فحكمه حكمها؛ لأنه حكم ثبت في الأم، فوجب أن يثبت في كل من تلده في المستقبل كالرق والحرية.

مسألة: وأما ولد المدبرة، فبمنزله ما ولدته قبل موت السيد أو بعده وكذلك المدبرة من أمته.

ووجه ذلك أنه ولدته بعد عقد لازم بحريتها، فكان حكم الولد حكمها كالمعتق إلى أجل وأم الولد.

مسألة: وأما الموصى بعقها أو لفلان، فما ولدته قبل موت الموصى، فرقيق لورثته لا تتعلق به الوصية وما تلده بعد موته فحكمه حكم أمه، رواه ابن عبدوس عن مالك. ووجه ذلك ما أشار إليه من أن عقد عتقها قبل موت السيد غير لازم، وهو عبد الموت لازم.

مسألة: ومن حلف بحرية أمته ليفعلن كذا، فولدت بعد اليمين، وقبل الخنث، فهو بمنزلتها، قاله مالك، وأما ما ولدته قبل اليمين، فلا تتعلق به اليمين.

ومعنى ذلك أن العتق قد تعلق بها تعلقاً لازماً لا يخرج عنه إلا بعمل وتكلف، فكان ولدها بمنزلتها، والله أعلم وأحكم.

فصل: قال مالك: «ومما يبين أن الولد مخالف لمال العبد، أن العبد والمكاتب إذا أفلسا أخذت أموالها، وأمهات أولادهما، ولم يؤخذ أولادهما» يريد أنه لا تعلق لذمته بولده، وذلك يدل على أنه ليس بماله، ولو كان من ماله لقتضى منه دينه.

قال: «وكذلك لو شرط المبتاع ماله، لم يكن له ولده» يريد أن الولد لا يتناول اسم المال ولا حكمه.

كتاب العتق والولاء ٣٠٩
فصل: وقوله: «وكذلك العبد إذا خرج أخذ هو وماله، ولم يؤخذ ولده» على ما
قدمناه من أن المال يتبع العبد في الجناية، وقد تقدم من قول القاضي أبي محمد أنه لا
يتبعه على إحدى الروايتين، وقد تقدم بيانه، والله أعلم وأحكم.

* * *

عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة

١٤٦٩ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: أَيُّمَا
وَلِيدَةٍ وُلِدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا، فَإِنَّهُ لَا يَبِيعُهَا، وَلَا يَهْبُئُهَا، وَلَا يُورَثُهَا، وَهُوَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا،
فَإِذَا مَاتَ، فَهِيَ حُرَّةٌ.

الشرح: قوله: «أيما وليدة ولدت من سيدها، فإنه لا يبيعها، ولا يهبها، ولا يورثها»
وكذلك لا يجوز له أن يسلمها في جناية، ولا سبيل لغرمائه عليها في فلس، يريد أنه لا
يصح إخراجها عن ملكه؛ لأن ما ذكر من ذلك هو معظم الوجوه التي يخرج بها الرقيق
عن ملك السيد، فإذا لم يصح إخراجها عن ملكه ببيع ولا غيره، لم يكن له إلا إبقاؤها
على ملكه أو تعجيل عتقها، وعلى هذا فقهاء الأمصار، وقد تقدم الكلام في ذلك في
النكاح بما يغني عن إعادته.

مسألة: وإذا أسلمت أم ولد الذمي عرض عليه أن يسلم، فإن أسلم، فهي أم ولد
على ما كانت، وإن لم يسلم، ففي الموازية: يعتق عليه بالحكم، وهو قول مالك
وأصحابه ابن القاسم وغيره. وفي كتاب ابن سحنون عن مالك: في ذلك، روايتان،
قال: تعتق، ثم قال: توقف، إلا أن يموت أو يسلم، ثم رجع إلى العتق.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن أتفق عليها وقفت حتى يموت أو يسلم،
فتكون أن ولد. وقال ابن عبدالحكم: توقف حتى تحيض حيضة، فإن أسلم فيها وإلا
عتقت.

وجه القول الأول بتعجيل عتقها أنه إنما له فيها الاستمتاع، فإذا حرم عجل عتقها
إلى أن يرى أن المعتق إلى أجل إذا وهبه سيده خدمته، عجل عتقه لما لم يبق له فيه
تصرف.

١٤٦٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٨١، والمستدرک ١٩/٢، ومعرفة السنن والآثار
٢٠٧٩٢/١٤.

٣١٠ كتاب العتق والولاء

ووجه القول الثانى أنه لم يحرم عليه الاستمتاع بها على التأيد، وإنما حرم لسبب يمكن زواله كما لو زوجها، والله أعلم.

مسألة: وأما المرتد، فقد قال أشهب: قد عتقت أم ولده بالردة، فلا ترجع كفراقه زوجته. وقال ابن القاسم: تحرم عليه بالردة، فإن تاب رجعت أم ولد له، وإن قتل عتقت، رواه ابن المواز عنه.

ووجه قول أشهب ما احتج به من قياسه الطلاق.

ووجه قول ابن القاسم أنها ملك له، فلا يزول ملكه عنها برده، وإنما يبقى مراعاة لسائر رقيقه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «ويستمتع بها» يريد أن له جماعها وما يتبعه من أنواع الاستمتاع بها؛ لأن اسم الاستمتاع يشتمل على ذلك كله، وجعل له الاستمتاع منها مدة حياته، ولم يذكر أن له استخدامها.

وقال القاضى أبو محمد فى معونته: له استخدامها فيما يقرب، ولا يشق. وقال فى الإشراف: ليس له إجارتها، خلافاً لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله أنه نوع من العوض كان يملكه عليها قبل الاستيلاء، فلم يملكه بعده كبيع رقبته.

فصل: وقوله: «إذا مات فهي حرة» يريد أنها تعتق بموته من رأس مال لا يردها دين ولا غيره؛ لأنه لم يكن بقى له فيها إلا بمعنى يختص به، وهو الاستمتاع، وذلك محرم فيها على غيره بملك اليمين، فإذا مات لم يبق لغيره فيها تصرف، فوجب أن تعتق، والله أعلم.

مسألة: وإذا اشترى السفية المحجور عليه أمة، فأولدها رد عليه ما أعطى من ثمنها، وهل تكون له بذلك أم ولد أم لا؟.

١٤٧٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أُمَّتُهُ وَلَيْدَةٌ قَدْ ضَرَبَهَا سَيِّدُهَا بِنَارٍ أَوْ أَصَابَهَا بِهَا، فَأَعْتَقَهَا.

الشرح: الإصابة بالنار على ضربين، أحدهما: العمد. والثانى: الخطأ. فأما العمد،

كتاب العتق والولاء ٣٩١
فمؤثر في إنجاز العتق. وأما الخطأ، فليس بمؤثر فيه. وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن
القاسم في شرب بسوط، في أمر عتب عليه فيه، ففقاً عينه، قال: لا يعتق عليه.

قال ابن القاسم: وإنما كان يعتق ما كان على وجه العمدة؛ لا على وجه الخطأ، يريد
أن يقصد فقء عينه. وأما إن قصد ضربه، فأخطأ فأصاب عينه، ففقأها، فلا يعتق عليه.
قال سحنون: ومن ضرب رأس عبده، فنزل الماء في عينيه، فليس بمثلة تعتق بها.
ووجه لك ما قدمناه من أنه لم يقصد إلى ذلك، وإنما قصد الضرب، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وأما العمدة، وهو القصد إلى إتلاف عضو أو إحداث ما يتولد عنه
الشرين» فهو على ضربين، ضرب: يبلغ بالعمدة شيئاً فاحشاً، فهذا يعتق به العبد على
فاعله المالك له، إن لم يبلغ ذلك لم يعتق به، وإنما يعتق عله باجتماع أمرين: العمدة،
وبلوغ الشين الفاحش. قال عيسى بن دينار: ورواه ابن المواز عن أشهب. وقال أبو
حنيفة والشافعي: لا يعتق عليه عبده في شيء من ذلك.

وتعلق أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي: «من مثل بعبده، عتق عليه» ولم أره من
وجه صحيح، والله أعلم.

وروى سلامة بن روح بن زباع عن أبيه عن جده أنه قدم على رسول الله ﷺ
وقد خصى غلاماً له، فأعتقه النبي ﷺ بالمثلة.

ومن جهة المعنى، قال القاضي أبو محمد: يعتق عليه زجراً عن معاودة مثله، كالمقاتل
عمداً بمنع الميراث.

فرع: ومن أبق عبده، فوسم في وجهه أو جبهته، كتب فيه أبق، يريد بنار، فقد قال
أشهب وابن وهب وأصبغ: يعتق عليه. قال أصبغ. فأما لو فعل ذلك في ذراعيه أو
باطن جسده، فإنه لا يعتق عليه.

ومعنى ذلك لما الوجه من التشويه البين. وأما في الذراع أو باطن الجسد، فهو حرق
قليل، وليس فيه فاحش، فافتقر لذلك.

وأما لو وسمه في وجهه بمداد أو إبرة على ما فعله الناس، فقد قال عبدالمالك بن
الحسن في العتبية عن ابن وهب: يعتق عليه. قال أشهب: لا يعتق عليه.

وجه قول ابن وهب ما فيه من المثلة والتشويه، وتغيير الحلقة الظاهرة.

٣١٢ كتاب العتق والولاء
ووجه قول أشهب أنه إنما يفعله الناس على وجد الجمال مع ما فيه من قلة الألم،
وقلة الشين.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبغ: من وسم وجه
عبدته عمدًا عليه، ولم يفرق بين نار وغيرها.

مسألة: ومن قطع من عبده عضوًا اليد أو الرجل، فقد روى أشهب عن مالك: من
عمد لقطع أئمة، أو طرف أذن، أو أرنبة، أو قطع بعض الجسد، فإنه يعتق عليه،
ويعاقب. قال أشهب: ويسجن.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ: من قطع طرف
أئمة عبده، أو قطع ظفره، أو شرف أذنه، أعتق عليه.

ووجه هذا كله أنه أتى على وجه العمد ما فيه نقص من الخلقه وشين، فيعتق عليه.

فرع: وهذا فيما يبين من الأعضاء كاليد والرجل والصبغ، قال ابن سحنون عن
أبيه: وأما ما يعود من الجراح، فليس بمثلة، وهذا القول، والله أعلم، فيما عاد على غير
شين، وأما ما عاد على شين فاحش، فقد تقدم فيه القول في حرق النار. وأما قطع
العضو، فهو شين في نفسه، فلا يحتاج من الشين إلى أكثر من ذلك، والله أعلم.

مسألة: وأما قطع الأسنان فقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك: أنه مثله،
توجب العتق، وكذلك قال ابن القاسم في جل الأسنان.

وأما الضرس الواحدة، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن قلع
ضرسه أو سنه، عتق عليه. وقال أصبغ: لا أرى ذلك إلا في جل الأسنان أو الأضراس،
وأما السن الواحدة أو الضرس الواحدة، فلا.

وجه قول ابن الماجشون، أن السن الواحدة بعض عضو كالأئمة.

ووجه قول أصبغ أن السن الواحدة، ليس فيها شين ظاهر، ولا نقص عضو، وإنما
هو عضو عار.

فرع: ومن سحل أسنان عبده، فقد روى عن مالك أنه يعتق عليه لما في ذلك من
نقص الأعضاء؛ لأن سحل الأسنان هو أن يبردها حتى يذهبها. وأما إن سحل له سنًا
واحدة، ففي الموازية عن عيسى بن دينار: أنه يعتق عليه. وقال أصبغ: لا يعتق في السن
الواحدة، وشأنها خفيف، وعلى قول عيسى هذا من قلعه سنًا واحدة، يعتق عليه.

كتاب العتق والولاء ٣١٣

مسألة: وأما حلق الرأس واللحية، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك في حلق الرأس واللحية: ليس ذلك بمثلة في عبد ولا أمة. قال ابن المواز عن ابن وهب: يؤدب من فعل ذلك بعبد، أو حلق رأس جاريتته على وجه الغضب.

قال مالك من رواية ابن الماجشون: إلا أن يكون العبد التاجر النبيل الوجيه اللاحق بالأحرار في هيئة يخلق سيده لحيته، والأمة الفارهة الرفيعة يخلق سيدها رأسها، فإنها مثله.

ووجه ذلك أن هذا شعر وليس في إزالته ألم، وإنما هو جمال، فإذا كان العبد الوغد والأمة التي لا خطر لها، فليس ذلك بمثله في حقها لضعفها.

وأما العبد النبيل الذي قد عظم قدره أو الجارية التي لها قدر رفيع لا تصلح للامتهان، فإن ذلك مثله في حقها، فمن بلغه منهما، عتقا عليه.

مسألة: ومن عض جسد جاريتته، فقد قال مالك في امرأة عضت لحم جاريتها، وأثرت بذلك أثراً شديداً: اتباع عليها. قال أشهب: ولو عضها، لم تعتق ما لم يقطع بذلك شيئاً من جسدها، أو يبين منه.

ووجه ذلك أن هذا ليس فيه شين، ولا قطع عضو، فلا يعتق بذلك، ولما كان فيه من الألم الشديد والتعذيب بيعت عليه؛ لإزالة الضرر عنها. قال أشهب: وذلك لمن تابع منه، فإن من كانت هذه منه فلتة، فإنها لا تباع عليه.

مسألة: وأما الجلد السرف، فقد قال أصبغ: ليس فيه مثله. وفي العتبية من سماع أبي زيد عن ابن القاسم فيمن ضرب عبده، فانهكه: فإنه لا يعتق عليه، إلا أن يبلغ منه ما يكون مثله شديدة مثل ذهاب لحمه، وربما تأكل لحمه لذلك، وبقي جلده على عظم، فيعتق عليه.

وروى ابن المواز عن أصبغ: ومثل أن يحد ويؤدب من ضربه، وتبلغ الزمانة الظاهرة والباطنة. قال ابن القاسم: ويعاقب عتق عليه أو لم يعتق.

مسألة: ومن حلف ليضربن عبده مائة سوط، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: قد أساء ويترك وإياه، فإن ضربه برّ، ولو كانت أمة حاملاً، فقد قال ابن الماجشون: يمنعه السلطان من ضربها، وهي حامل، فإن ضربها برّ في يمينه، وأثم عند ربه وإن حلف على أكثر من مائة مما فيه عطب عجل عتقه. وقال أصبغ: أرى المائة مما فيه العطب، فليعجل عتقه.

٣١٤ كتاب العتق والولاء

ووجه القول الأول أن هذا حد، ولو كان يخاف منه الهلاك لما حد به من يراد استبقاء حياته، فلذلك مكن من ضربه، وإنما يمنع من الضرب الذى يخاف عليه منه.
ووجه القول الثانى ما احتج به أصبغ أنه قدر يخاف عليه منه العطب، فلا يمكن من ضربه، وليعجل عتقه.

فصل: ومن أعتق على سيده بالمثلثة، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: لا يعتق إلا بالحكم. وقال أشهب: بالمثلثة يصير حراً، وإن مات السيد قبل أن يعلم به، فهو من رأس ماله.

وقال ابن عبدالحكم: أما المثلثة المشهورة لا شك فيها، فهو حر بنفس المثلثة. وأما ما يشك يعتق إلا بحكم كالأبلاء البين، فأجله من وقت اليمين. وأما ما يدخل عليه بسبب، فمن يوم الحكم.

قال القاضى أبو محمد: وجه الرواية الأولى أنه فعل يستحق به العتق إلى حكم كتبعيض العتق.

ووجه الرواية الثانية أنه معنى يوجب عتق عبد معين، فوجب أن يقع العتق بوجوده.
أصل ذلك شراء من يعتق عليه، فيحتمل أن تكون الوليدة التى أعتقها عمر بن الخطاب تعمد سيدها ضربها بنار، أثرت فى جسدها شيئاً فاحشاً، فحكم بحريتها، ويحتمل أن يكون أخبر بوقوع العتق عليها حين الضرب وحكم بإخراجها عن يده، وتمليكها أمرها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن مثل بعبده أو امرأته، فادعى الخطأ، وادعى العبد والمرأة العمد، قال سحنون فى العتبية: القول العبد والمرأة. قال: ثم رجع، فقال: القول الزوج والسيد، حتى يظهر العداء.

وجه القول الأول ضربه عمداً، وإنما يراعى أنه لم يقصد المثلثة، ولم يأذن له العبد ولا المرأة فى ذلك الضرب، فكان ما تولد منه محمولاً على العمد.

ووجه القول الثانى أنه ابتداء عمل مباح، فلم يضمن جنايته إلا أن يثبت تعمده كالطيب.

مسألة: وأما إن مثل الذمى بعبده النصرانى، ففى كتاب ابن سحنون، قال اشهب: يعتق عليه بالمثلثة، ولو كان معاهداً حريباً، لم يعتق عليه.

وقال ابن القاسم: لا يعتق على الذمى، إلا أن يمثل به بعد أن أسلم العبد، وقاله سحنون فى العتبية.

ووجه قول أشهب أنه تلزمه أحكام الإسلام فى التظالم كالمسلم. ووجه ابن القاسم أنه حكم يختلف باختلاف الشرائع، فوجب أن يحملوا فيه على شريعتهم، وإن كان العبد مسلماً، غلب حكم الإسلام.

مسألة: وإذا مثل السفية بعبد، فقد روى ابن المواز عن أصبغ، قال ابن القاسم: يعتق عليه، وبه قال ابن وهب وأشهب، ثم رجع ابن القاسم، فقال: لا يعتق عليه. وكذلك روى عنه يحيى بن يحيى فى العتبية وابن حبيب فى الواضحة.

وجه القول الأول أنه فعل يثبت به الحكم، فكان حكم السفية فيه حكم المالك لأمره كالاستيلاد.

ووجه القول الثانى ما احتج به ابن القاسم أن كل من لا يجوز عتقه، فلا يعتق عليه بالمثل كالصغير، ومن يجوز عتقه، فهذا الذى يعتق عليه بالمثل.

مسألة: وإذا مثلت ذات الزوج بعدها، فقد قال ابن وهب فى العتبية: يعتق رضى الزوج أو كره. وقال سحنون: لا يعتق إذا كان أكثر من الثلث، رواه عن ابن القاسم.

وكذلك اختلفوا فى المديان والعبد، فقال أشهب: يعتق على العبد والحر يحيط الدين بماله بالمثل، ورجع ابن القاسم إلى أنه لا يعتق بالمثل على العبد، ولا على المديان، ولا على السفية. وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى المريض يمثل بعبد: أنه يعتق عليه فى ثلثه، فإن صح، ففى رأس ماله. وأصله ما تقدم.

فرع: إذا قلنا إن السفية إن مثل بعبد يعتق عليه، فقد روى العتبي عن ابن وهب: يعتق عليه بالمثل، ولا يتبعه ماله. وروى ابن المواز عنه: يتبعه ماله.

وجه القول الأول أنه إنما أعتق عليه بالمثل، وذلك لا يتعدى إلى ماله. ووجه القول الثانى أنه عتق لم يستثن فيه المال، فتبع العبد كالعتق المبتدأ يقع ممن يبتدئ حرته.

مسألة: ومن مثل بعبد، من له حق فى ماله، ففى الموازية لمالك: من مثل بعبد لعبد، أو لأم ولده، أعتق عليه، ومن مثل بعبد ابنه الصغير، أعتق عليه، وغرم القيمة، ومن مثل بعبد لزوجته غرم ما نقصه، إلا أن تكون مثله مفسدة، فإنه يعتق ويوفى القيمة كعبد الأجنبى.

قال مالك: الأمرُ الْمُحْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا تَجُوزُ عَتَاقَةُ رَجُلٍ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ، وَأَنَّهُ لَا تَجُوزُ عَتَاقَةُ الْغُلَامِ حَتَّى يَحْتَلِمَ أَوْ يَبْلُغَ مَبْلَغَ الْمُحْتَلِمِ، وَأَنَّهُ لَا تَجُوزُ عَتَاقَةُ الْمُؤَلَّى عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، وَإِنْ بَلَغَ الْحُلْمَ حَتَّى يَلِيَّ مَالَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن من أحاط الدين بماله، فإنه لا يتدئ عتق عبده، فإن فعل ذلك وأعتق عبده، فإن للغرماء رد ذلك بحكم حاكم، وليس لهم رده دون الإمام، فإن ردوه وباعوه، ففي الموازية: يرد الإمام بيعهم، ويعتقهم.

ومعنى ذلك أنه يردهم إلى الحالة التي كانوا عليها، ثم ينظر في أمرهم، فإن كان متصل العدم، رد عتقهم.

ووجه ذلك أنه حكم بين الغرماء والعبد، فليس له إمضاؤه، والنظر فيه، وإنما يمضيه دونهم.

مسألة: وإن أمسك الغرماء عن القيام في ذلك بعد العتق، قال ابن عبدالحكم: إن قام الغرماء بعد ثلاث سنين أو أربع، وهو في البلد، وقالوا: لم نعلم، فذلك لهم كانوا رجالاً أو نساء حتى تقوم بيعة أنهم علموا. وأما في أكثر من أربع سنين، فلا يقبل منهم.

وقال مالك في الموازية: استحسنته إنه إذا طال الزمان حتى يوارث الأحرار، وجازت شهادته ونحوه. قال ابن القاسم: يريد أن يشتهر بالحرية، ويثبت له أحكامها بالموارثة، وقبول الشهادة، ولم يمنع من ذلك الغرماء، فإن ذلك محمول على الرضا بعتقه.

وقال أصبغ: إن ذلك إنما هو في التطاول الذي لعله أثبت على السيد فيه أوقات يسر، ولو تيقن بشهادة قاطعة أنه لم يزل عديماً متصل العدم مع غيبة الغرماء، ومن غير علمهم، فإنه يرد عتقه، ولو ولد له سبعون ولداً.

فروع: ولو قال الغريم في ثلاث سنين وأربع: علمت بعتقه، ولم أنكره لما اعتقدت أن الدين لا يحيط بماله، فقد قال ابن عبدالحكم: لا ينفعه ذلك، وينفذ عتقه. وقال أصبغ عن ابن وهب: لا يرد لدين هذا الغريم، فإن كان معه غريم غيره، رد ذلك الغريم، ودخل معه هذا قال أصبغ: بل يرد لهذا الغريم، وإن كان وحده.

مسألة: وإن أيسر المعتق، ثم قام عليه الغرماء، وقد أعسر، فقد قال مالك: لا يرد عتقه، ولو رد الإمام عتقه، ثم أيسر قبل بيعه لعتق، رواه ابن القاسم وأشهب عن مالك في كتاب ابن سحنون؛ قال: وليس رد السلطان برد، حتى يباع ما لم يقسم بين

كتاب العتق والولاء ٣١٧
الغرماء، أو لم يفت ذلك، وقال ابن نافع: لا أعرف هذه الرواية، والذي أعرف أن رد
السلطان رد للعتق، إن لم يبيع في الدين، فلا يعتق بعد ذلك، وإن أفاد مالا.

وجه الرواية الأولى أن رد السلطان ليس بحكم، وإنما هو توقيف ونظر، ولو ماتوا
لكانوا من السيد، فإذا طرأ له مال بعد ذلك لم يبطل نظره، وتوقيفه العتق.

وجه قول ابن نافع أن حكم السلطان في ذلك حكم برد العتق، وإثبات الملك،
ويلزم على هذا أن يكونوا من ضمان الغرماء؛ لأن العتق لهم رد.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فرد السلطان عتق الرقيق، فليس للسيد الوطاء،
وله استخدامهم، فإن أفاده مثل دينه، عتقوا، وإن أفاد أقل من ذلك، فإن كان العتق في
كلمة يبيع منهم بما بقي بالخصص، وإن أعتقهم واحداً بعد واحد يبيع الآخر، وأعتق من
بقي كمن أعتق، وله وفاء ببعض دينه، قاله ابن القاسم.

مسألة: ولو قال: عبدى يخدم فلاناً سنة، ثم هو لفلان، فقد روى عيسى عن ابن
القاسم: ليس للغرماء رده حتى تنقضى السنة، ويخلص للثاني بتلا، فحينئذ يكون
للغرماء رده وإجازته، وهذا يقتضى أن منافعه لا اعتراض للغرماء فيها، ولا تتعلق
حقوقهم بها، وإنما تتعلق برقبته.

فصل: وقوله: «ولا يجوز عتاقه الغلام حتى يحتلم، أو يبلغ مبلغ المحتلم» يريد أن
الصغير الذى يبلغ سن الاحتلام لا ينفذ عتقه لعبده، ولو أجازة الولي. ووجه ذلك أنه
غير مكلف كالمجنون.

فصل: وقوله: «يحتلم، أو يبلغ مبلغ المحتلم» يجوز أن يكون على وجه الشك من
الراوى، ويحتمل أن يريد أن يكون به علامات الاحتلام موجودة، وهى الإنبات أو
السن، وذلك أن الحكم إذا كان بين الصبى وغيره من الآدميين، ووجدت به علامات
البلوغ حكم به بحكم الرجال البالغين، وذلك أن يوجد قد أنبت.

فصل: قوله: «ولا تجوز عتاقه المولى عليه فى ماله، وإن بلغ الحلم» يريد أن السفية لا
يجوز عتقه لاسيما إذا كان مولى عليه ممنوعاً من التصرف فى ماله؛ لأن ذلك حكم برد
أفعاله.

وأما إن كان غير مولى، ففى العتبية والموازية عن مالك فى السفية يلى ماله: أنه
يجوز عتقه.

٣١٨ كتاب العتق والولاء

وورى زياد عن مالك أن البين سفهه أفعاله جائزة، حتى يحجر عليه، وهذا قول أصحاب مالك إلا ابن القاسم، فإنه فى الذى سفهه بين يحجر على مثله: لا يجوز أمره. وجه قول مالك بأنه غير محجور عليه، فجازت أفعاله كالرشيد، وذلك أن عدم الحجر حكم بإطلاقه.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به أن حاله حال من يحجر عليه، وإنما أخطأ الحاكم فى ترك الحجر عليه، وذلك لا يبيح ماله.

مسألة: فإذا قلنا إن عتق المولى غير جائز، فقد قال مالك فى الموازية: إنه لا يجوز عتقه، وإن أجازته وليه.

ووجه ذلك أنه ليس لوليه إتلاف ماله، فإذا رشد، فقد روى فى العتبية عيسى عن ابن القاسم: له رده إذا رشد كالصبي.

وقال ابن القاسم: إذا لم يرد عتقه حتى رشد والعبد فى يده، لم يلزمه عتقه، وإن كان زال عن يده، وولى نفسه، فتركه وأمضى عتقه، فذلك يلزمه إذا أمضاه بعد رشده.

مسألة: وأما عتق السفية أم ولده، فقد روى ابن المواز: أجمع مالك وأصحابه أن عتق السفية لأم ولده، لازماً جائز. وروى ابن سحنون عن أبيه عن المغيرة وابن نافع: أن عتقه أم ولده لا يجوز بخلاف طلاقه.

ووجه القول الأول أنه ليس له فيها إلا الاستمتاع، فجازت إزالته كالطلاق.

ووجه القول الثانى أنه عتق، فلم يصح منه كالمعتق عبده.

فرع: فإذا قلنا يلزمه العتق فيها، فهل يتبعها مالها، قال ابن القاسم: ولا يتبعها مالها إلا التافه. قال سحنون: كان تافهاً أو غير تافه. وفى العتبية والموازية لأشهب عن مالك: يتبعها مالها، إن لم يستثنه.

وجه القول الأول أنه سفية، فلا سبيل له إلى إزالة ملكه بالقول بغير عوض.

ووجه القول الثانى أن المال تبع إزالة ملكه من الرقبة، فإذا صح إزالة ملكه عن العين تبعها المال كما لو طلق، ويبقى المهر للزوجة، ولأن المال إنما كان لأم الولد، ولم ينتزعه بالعتق.

* * *

ما يجوز من عتق فى الرقاب الواجبة

١٤٧١ - مَالِك، عَنْ هِلَالِ بْنِ أَسَامَةَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عُمَرَ ابْنِ الْحَكَمِ^(١)، أَنَّهُ قَالَ: أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ جَارِيَةً لِي كَانَتْ تَرَعَى غَنَمًا لِي، فَجِئْتُهَا، وَقَدْ فُقِدَتْ شَاةٌ مِنَ الْغَنَمِ، فَسَأَلْتُهَا عَنْهَا، فَقَالَتْ: أَكَلَهَا الذَّنْبُ، فَأَسِفْتُ عَلَيْهَا، وَكُنْتُ مِنْ بَنَى آدَمَ، فَلَطَمْتُ وَجْهَهَا، وَعَلَى رَقَبَةٍ، أَفَأُعْتِقُهَا؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَيْنَ اللَّهُ؟» فَقَالَتْ: فِي السَّمَاءِ. فَقَالَ: «مَنْ أَنَا؟» فَقَالَتْ: أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أُعْتِقُهَا».

١٤٧٢ - مَالِك عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِجَارِيَةٍ لَهُ سَوْدَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ عَلَى رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً، فَإِنْ كُنْتَ تَرَاهَا مُؤْمِنَةً، أُعْتِقُهَا، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتَشْهَدِينَ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: «أَتَشْهَدِينَ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ؟» قَالَتْ: نَعَمْ. قَالَ: «أَتُوقِنِينَ بِالْبَعْثِ بَعْدَ الْمَوْتِ؟» قَالَتْ: نَعَمْ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أُعْتِقُهَا».

الشرح: قال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعمشى: «فأسفت عليها» يريد غضبت عليها. قال عيسى فى قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا آسَفُونَا انتقمنا منهم﴾ [الزخرف: ٥٥]، ومعناه أغضبونا.

١٤٧١ - أخرجه مسلم فى السلام ٥٣٧. والنسائى فى السهو ١٢١٨. وأبو داود فى الصلاة ٩٣٠، الأيمان والنذور ٣٢٨٢. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٧٧١٨. وابن أبى شيبة ٢٠/١١، عن معاوية بن الحكم. وعبدالرزاق فى المصنف برقم ١٦٨٥١ عن عمرو بن أوس. والبغوى فى شرح السنة ٢٣٩/٣، عن معاوية بن الحكم.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٣٦/٨: هكذا قال مالك فى هذا الحديث، عن هلال، عن عطاء، عن عمر بن الحكم، لم يختلف الرواة عنه فى ذلك، وهو وهم عند جميع أهل العلم بالحديث؛ وليس فى الصحابة رجل يقال له عمر بن الحكم، وإنما هو معاوية بن الحكم، كذلك قال فى كل من روى هذا الحديث عن هلال وغيره.

١٤٧٢ - أخرجه أحمد فى باقى مسند الكثيرين ٧٨٤٦، مسند المكيين ١٥٣١٦. وعبدالرزاق برقم ١٦٨١٤، ١٧٥/٩، عن الزهرى، عن عبيد الله. وابن أبى شيبة ٢٠/١١، عن ابن عباس، عن الحكم رفعه. والطبرانى فى الكبير ٢٧/١٢، عن ابن عباس «أن رجلاً...».

وقوله: «وكنيت من بنى آدم» يعني أنه يدركه من الغضب ما يدركهم.
 وقوله: «فلطمت وجهها وعلى رقبة» يحتمل أن يريد أن عليه رقبة بلطمه إياها، وإن كان قد شج وجهها، ويحتمل أن يريد أن عليه رقبة من معنى آخر كفارة أو غيرها، فأراد أن يخصها بالعتق في ذلك لما قدمناه لها من إذلالها.

وسؤال النبي ﷺ لها عن معاني الإيمان، يقتضى أن الرقبة كانت واجبة عليه من كفارة يشترط فيها الإيمان؛ لأن العتق للتمثيل لا يعتبر فيه الإيمان.

فصل: وقوله للجارية: «أين الله؟ فقالت: فى السماء» لعلها تريد وصفه بالعلو، وبذلك يوصف كل من شأنه العلو، فيقال مكان فلان فى السماء، بمعنى علو حاله ورفعته وشرفه.

فصل: وقوله ﷺ لها: «من أنا؟ فقالت: رسول الله» يقتضى أن الإيمان لا يتبعض، ولا يصح الإيمان بالله مع الكفر بمحمد ﷺ.

وقوله ﷺ: «أعتقها» يقتضى أن الإيمان يحصل بالإقرار بذلك والاعتقاد، وإن لم يقتضرن بذلك نظر ولا استدلال.

قال القاضى أبو جعفر: وفى الحديث الثانى أن السائل قال: إن على رقبة مؤمنة فإن كنت تراها مؤمنة أعتقها، فسألها النبى ﷺ: «أتشهدين أن لا إله إلا الله؟ قالت: نعم، قال: أفتشهدين أن محمداً رسول الله؟ أفتوقنين بالبعث بعد الموت؟ فلما قالت: نعم، قال: أعتقها».

وذلك يقتضى أنه حكم بكونها مؤمنة دون أن يسألها عن نظر واستدلال، وكذلك كل من أتى ليؤمن أخذنا عليه الشهادتين، فإذا أقر بهما حكمنا بإيمانه، ولم نسأله عن نظره واستدلاله، وإن كنا نأمره بذلك، ونحضه عليه بعد إيمانه.

وترجم مالك على هذين الحديثين بما يجوز من العتق فى الرقاب الواجبة، فإقتضى ذلك تأويله فى العتق المذكور فى الحديث أنه عتق واجب، وأنه غير معين، وقد تقدم وصفنا لما يجزئ من ذلك مما لا يجزئ فى كتاب الأيمان والنذور، والله الموفق للصواب.

١٤٧٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنِ الْمُقْبِرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ أَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ عَلَيْهِ رَقَبَةٌ هَلْ يُعْتَقُ فِيهَا ابْنُ زَنَا؟ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: نَعَمْ ذَلِكَ يُجْزِئُ عَنْهُ.

١٤٧٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ عُبَيْدِ الْأَنْصَارِيِّ، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ عَلَيْهِ رَقَبَةٌ، هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعْتِقَ وَلَدَ زِنَا؟ قَالَ: نَعَمْ ذَلِكَ يُجْزِي عَنْهُ.

الشرح: قوله: «ولد الزنا يجزئ عتقه عن الرقاب الواجبة» يريد أن من وجب عليه عتق رقبه لكفارة، أو نذر أو غير ذلك، فإنه يجزئه أن يعتق في ذلك ولد زنا؛ لأن ذلك النقص لا يختص به، وإنما يختص بنسبه، وذلك غير مؤثر في العتق كما لو كان أبواه مجوسين.

وقال زيد بن أسلم: هو خير الثلاثة، لم يعمل سوءاً، قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تَرِزْ وَازِرَةً وَّزَرَ أُخْرَى﴾ [الإسراء: ١٥]، وقال ربيعة: إني أجد في الإسلام شأنه تاماً. وقد روى في العتبية أشهب عن مالك: أحب إلى أن لا يعتق ولد الزنا في الرقاب الواجبة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا يجوز من العتق في الرقاب الواجبة

١٤٧٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ سُئِلَ عَنِ الرَّقَبَةِ الْوَاجِبَةِ، هَلْ تُشْتَرَى بِشَرْطٍ؟ فَقَالَ: لَا.

قَالَ مَالِكُ: وَذَلِكَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الرَّقَابِ الْوَاجِبَةِ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِيهَا الَّذِي يُعْتِقُهَا فِيمَا وَجِبَ عَلَيْهِ بِشَرْطٍ عَلَى أَنْ يُعْتِقَهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ، فَلَيْسَتْ بِرَقَبَةٍ تَامَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا لِلَّذِي يَشْتَرِي مِنْ عِتْقِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كانت عليه رقبة واجبة عن كفارة أو نذر؛ لأنه لا يجزئه أن يشتريها بشرط العتق لما احتج به؛ لأنه يحط عنه من ثمنها لما شرط من عتقها، فلم يعتق رقبة تامة.

ووجه آخر، أن العتق لا يوقعه وحده، بل يوقعه معه من شرط عليه، وروى عن عيسى في المدنية سألت ابن القاسم عن اشتري رقبة بشرط العتق عن واجب، أرايت

١٤٧٤ - ذكره ابي عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٨٦.

١٤٧٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٨٧.

٣٢٢ كتاب العتق والولاء

إن أعتقها؟ فقال: إن كان المبتاع عالماً بأن ذلك لا ينبغي، فعليه عتق رقبة أخرى، وإن كان جاهلاً لا علم له، نظر، فإن كان اشتراها بقيمتها دون نقص، فلا شيء عليه، وإن كان وضع له من الثمن شيء لم يجزه، وعليه رقبة أخرى؛ لأنه لم يعتق رقبة تامة.

قال عيسى: وبلغني عن ابن كنانة أنه قال: إن كان جاهلاً لم يؤمر بالإعادة. وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع: لا يجزئه.

وجه قول ابن القاسم مراعاة الخلاف، وأنه من اعتقد في ذلك ما يعتقده من أنه لا تجزئ، ففعل ذلك، فقد دخل على أنها لا تجزئه، ومن كان يعتقد أجزاء ذلك، فهو قول قوم من أهل العلم، لم ينكر عليه ما اعتقده.

ووجه قول ابن نافع أن الحكم في الأمور الدينية العامة إنما تجرى على قول المفتى والحاكم، فيلزم ذلك سائر الناس بالفتوى إن استفتوه، وبالحكم بذلك إذا كان مما يفتقر إلى حكم حاكم.

وقد روى ابن المواز عن مالك أنه اختلف قوله فيمن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أو غير واجب، فقال مرة: يعتق عليه، وإن كره. قال أبو محمد: يريد، ولا تجزئه عن الواجب إذا اشتراه بشرط العتق.

قال محمد: ثم رجع مالك فقال: لا يعتق عليه، إلا أن يشتريه على إيجاب العتق، وقاله ابن القاسم: قال محمد: والإيجاب على أنه حر لا على أن يعتقه.

فوجه القول الأول أنه عقد بيع قد انعقد على شرط جائز على وجه اللزوم، فوجب أن يلزمه كما لو شرط زيادة في الثمن أو عملاً، ولأن المشتري ملك العبد بهذا الشرط، وعلى هذا الوجه، فليس له الانتقال إلى غيره.

ووجه القول الثاني أن الشراء قد وقع على وجه تقرر الملك وثبوته، ثم يستأنف بعد ذلك العتق ووجوب العتق ينافي تقرر الملك، فلذلك كان له الإمساك عن العتق، ولأن البائع علق العتق بفعل المشتري، ولم يشترط وقوعه بنفس الملك، فاقترض ذلك أن يكون موقوفاً على اختيار المشتري، ومختصاً بإيقاعه دون إيقاع غيره.

فرع: إذا قلنا إن للمشتري الامتناع من عتقه، فلا يخلو أن يقوم عليه البائع أو يمسك عنه، فإن قام عليه، فإن له أن يطلبه بالعتق أو الرد، قاله ابن عبدالحكم عن مالك.

ووجه ذلك أنه لما شرط شرطاً جائزاً كان له أن يطلب به فإما أن يوفيه إياه، وإما أن يترادا البيع.

كتاب العتق والولاء ٣٢٣
فرع: وهذا إذا كان العبد بعينه، وقام الغرماء بقرب البيع، فإن أدركه عيب، وذلك بقرب البيع بأيام يسيرة، فقد روى ابن عبدالحكم عن مالك: للبائع أن يأخذه بعيبه، أو يترك شرطه. وقال ابن القاسم: إن مات بقرب البيع، فإن أدركه عيب أو دخله عيب مفسد، فلا شيء على المبتاع.

وأما إن مضى للبيع شهر، فقد روى ابن عبدالحكم عن مالك: على المبتاع قيمته يوم البيع بلا شرط، إن لم يكن للبائع علم بترك المبتاع العتق، ومثله قال ابن القاسم في وجوب القيمة لمضى الشهر.

ووجه ذلك أنه لما كان للمشتري أن ينفذ العتق أو يمسك عنه، وكان للبائع المطالبة بالعتق أو تسويغ الترك، فكان البيع، وقع على الخيار من هذا الوجه، فما أصابه في مدة الخيار، فهو من البائع إن اختار ارتجاع العبد، والبائع على خياره في إمضاء البيع أو رده. فإن مضت مدة لا يصح فيها الخيار في الرقيق، فإن علم البائع بترك المبتاع العتق، ولم يعترض منه المدة، فقد لزمه البيع، وبطل شرطه من العتق، ولا شيء له من زيادة القيمة، ولا يلزم المبتاع عتقه.

قال ابن القاسم: فإن لم يعلم فهو على شرطه، ولما فات ارتجاع العبد بما دخله من العيب، فعلى المبتاع قيمته دون شرط لما تعدى به من منع العتق، وهذا ما كانت القيمة أكثر من الثمن.

فإن كانت من الثمن فلا رجوع على البائع؛ لأن المشتري قد رضى بذلك الثمن بالشرط، فلا يحط عنه وقد سقط الشرط.

فرع: وإذا فات العبد عند المشتري، ولزمته قيمته لعيب حدث بعد شهر أو طول زمان، فأعتقه حيثئذ المشتري عن ظهار أو عتق واجب، أجزأه إن كان العيب الذي حدث به لا يمنع الإجزاء، والطول المعتبر في ذلك السنة، والسنة ونصف، والستتان آيين، فإذا أعتقه بعد ذلك المشتري، لزمته قيمته دون شرط العتق وأجزأه.

ووجه ذلك أن التغيير الظاهر في الشهر أو طول المقام دون عيب يقتضى فوات العبد عند المشتري، فإذا كان البائع يعلم بترك العتق، لزم المشتري قيمته دون شرط، وتقرر ملكه عليه سالماً من الشرط، فإذا أعتقه حيثئذ عن ظهار أو أمر واجب أجزأه.

٣٢٤ كتاب العتق والولاء

مسألة: ومن أوصى بشراء عبد بعينه ليعتق، فليشتر على بيع البراءة، ولا يشتر بعهدة الثلاث، رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية.

ووجه ذلك أن العهدة إنما هي ليعلم سلامته من عيب لا يمنع وجوده صحة عتقه عن ظهار ولا غيره، فلم يحتج إليها فيما يشترى للعتق.

وقد قال مالك فيمن أوصى بعتق عبد معين، فمرض العبد مرضاً شديداً: إنه يعتق إذا اجتمع المال، ولا يؤخر لمرضه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّقَبَةَ فِي التَّطَوُّعِ، وَيَشْتَرِطَ أَنْ يُعْتِقَهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أنه من اشترى رقبة تطوع بشرط العتق أجزاءه ذلك؛ لأن الرقبة لم تلزمه بعد، وإنما هو متبرع بعتق ما ملك منها، سواء كان ذلك جميعها أو بعضها، ومن أمر غيره أن يشترى له رقبة يعتقها لتطوع، وقدر له ثمناً، فزاد المأمور في ثمنها [.....] (١).

مسألة: والموصى إذا اشترى رقبة التطوع واشترط العتق، لم يضمن إذا كان الثمن مبلغ وصيته، قاله مالك.

قال مالك: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي الرَّقَابِ الْوَاجِبَةِ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ فِيهَا نَصْرَانِيٌّ وَلَا يَهُودِيٌّ، وَلَا يُعْتَقَ فِيهَا مُكَاتَبٌ، وَلَا مُدَبِّرٌ، وَلَا أُمٌّ وَوَلَدٌ، وَلَا مُعْتَقٌ إِلَى سَيْنِينَ، وَلَا أَعْمَى، وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْتَقَ النَّصْرَانِيُّ وَالْيَهُودِيُّ وَالْمَجُوسِيُّ تَطَوُّعًا لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿فَإِمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤] فَالْمَنْ الْعَتَاقَةُ.

قال مالك: فَأَمَّا الرَّقَابُ الْوَاجِبَةُ الَّتِي ذَكَرَ اللَّهُ فِي الْكِتَابِ، فَإِنَّهُ لَا يُعْتَقُ فِيهَا إِلَّا رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ.

قال مالك: وَكَذَلِكَ فِي إِطْعَامِ الْمَسَاكِينِ فِي الْكَفَّارَاتِ لَا يُنْبَغِي أَنْ يُطْعَمَ فِيهَا إِلَّا الْمُسْلِمُونَ، وَلَا يُطْعَمُ فِيهَا أَحَدٌ عَلَى غَيْرِ دِينِ الْإِسْلَامِ.

الشرح: وهذا على ما ذكر أنه لا يعتق في الرقاب الواجبة يهودى ولا نصرانى، ولا يعتق إلا مؤمن؛ لأن الله تعالى قال في كتابه: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ

(١) ما بين المعرفتين بياض في الأصل.

كتاب العتق والولاء ٣٢٥
مؤمنة ﴿النساء: ٩٢﴾، فقيدتها بالإيمان، ثم قاس أهل العلم سائر الكفارات على كفارة
القتل، غير ما روى عن أبي حنيفة أنه أجاز في كفارة الظهار وكفارة الأيمان، عتق رقبة
غير مؤمنة، وقد تقدم ذكره.

مسألة: وأما من يجبر على الإسلام من أهل الكفر، فقد روى ابن المواز عن ابن
القاسم: إن أعتق عن ظهاره من يجبر على الإسلام قبل أن يسلم، أجزأه. وقال أشهب:
لا يجزئه حتى يجيب إليه أو ينحو نحوه، ومن عرف القبلة أحب إلينا.
ومعنى قوله: أن لا يقر على الإسلام، يريد أهل الأوثان، فإنه لا يقر في الاسترقاق
عنده على دينه.

وجه قول ابن القاسم أنه لما كان لا يقر على دينه، ويحمل على الإسلام، وكان
الغالب من جميعهم الدخول في الإسلام كان له حكم المسلم؛ لأنه لا يقر على سواه.
ووجه قول أشهب أنه لم يظهر الرضا بالإسلام والميل إليه، فليس له حكم الإسلام
لجواز أن يرضى بما يلقى المتمسك بدينه، فإذا أظهر الإسلام، يريد أظهر الإجابة إليه،
فإنه مسلم، وإن لم يتلفظ بذلك؛ لأن الإيمان إنما هو التصديق بالقلب.

قال محمد: هذا أحسن، وهو معنى قول مالك في الأعجمي من قصر النفقة، يعنى
من أسلم أحب إلينا ممن صلى، وعرف القبلة أو عرف الله سبحانه. وأما قبل أن يسلم،
فلا يجوز؛ لأن النبي ﷺ لم يأمر رب السوءاء أن يعتقها حتى أقرت بالإيمان وعرفته.
وقول محمد: وعرفته، ليس في ظاهر الحديث ما يدل عليه إقرارها به.

مسألة: ويجوز عند ابن القاسم عتق الصغير، وأبواه كافران، إذا كان يريد إدخاله في
الإسلام، رواه عنه ابن المواز، والذي يقتضى مذهبه في المدونة أنه لا يجزيه؛ لأنه قال: لا
يصلى عليه حتى يفهم، ويجيب إلى الإسلام، وإذا حكمنا له بحكم الإسلام لاعتقاد سيده
إدخاله في الإسلام، فيجب أن يصلى عليه، ويدفن مع المسلمين، وهذا إنما يعرف من
مذهب ابن الماجشون.

فصل: وقوله: «ولا يعتق فيها مكاتب» عتق المكاتب على ضربين، أحدهما: أن
يكاتبه، ثم يعتقه عن ظهاره. والثاني: أن يشتري مكاتبًا، ثم يعتقه عن ظهاره. فأما الذي
يعتقه بعد مكاتبته، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يجزى في
الرقاب الواجبة مكاتب، ولا مدبر، ولا أم ولد، ولا معتق إلى أجل، ولا معتق بعضه،
ولا ممثل به، ولا من يعتق بالقرابة.

٣٢٦ كتاب العتق والولاء

ووجه ذلك أن كل واحد منهم، قد تعلق به عتق ليس للسيد رده، فليس له صرفه إلى وجه آخر وجب عليه.

مسألة: وهذا فيمن كاتبه هو أو دبره، فإن كاتبه غيره، فاشتراه هو ثم أعتقه أعتقه عن ظهاره، فقد روى ابن المواز عن أصبغ: لا يجزئه في قول مالك الأول الذي قال: يرد عتقه، وينقض البيع، وبه قال أشهب.

وفى قوله الآخر: يجزئه؛ لأنه جعل عتقه، فوتاً، ولم يرده، قال ابن المواز: وهذا أحب إلى. قال ابن القاسم: وأما عتقه لمكاتبه، فلا يجزئه.

مسألة: ومن ابتاع مديراً كتبه البائع تدييره، فأعتقه عن واجب، أجزأه، قاله ابن القاسم، واختاره ابن المواز، وقال أشهب: لا يجزئه.

مسألة: ولا يجوز في الرقاب الواجبة، عتق عبد مرتين يمين، قاله أصبغ في الموازية.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنه لزمه عتق لا يقدر على إزالته عنه لغير هذا الوجه، فلم يكن له صرفه إلى غيره. وقد قال محمد بن عبدالحكم فيمن قال: لله عليّ عتق عبدى ميمون، ثم أعتقه عن ظهاره، فإنه لا يجزئه عن ظهاره، ولا شيء عليه ومعنى ذلك أنه لم يفت لنذره، وقد فات بالعتق عن ظهاره، والله أعلم.

مسألة: ومن اشترى زوجته، فأعتقها عن واجب، فإن لم تكن حاملاً منه، أجزأته، وإن كانت حاملاً منه، لم تجزه، لأنها صارت بالشراء أم ولد، قاله ابن القاسم في العتبية: قال محمد: وهو قول مالك وأصحابه.

وقال أشهب: لا تكون به أم ولد، وتجزئه إن كانت بينة الحمل، فإن شك فيها انتظر، فإذا وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء أجزأته، وإن وضعته لأكثر لم تجزئه؛ لأنها بعد الشراء حملت به، وقد تقدم توجيه ذلك، والله الموفق للصواب برحمته.

فصل: وقوله: «ولا بأس أن يعتق اليهودى والنصرانى والمجوسى تطوعاً» يريد ابتداء عتق أو لزمه بالنذر عتق لم يشترط فيه الإيمان؛ «لأن الله تعالى: ﴿فَإِذَا مَنَّا بَعْدَ وَأَمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، والمن العتاقة.

وهذا كلام فيه تجوز؛ لأنه وإن كانت العتاقة نوعاً من المن، إلا أن اسم العتق بما تقدم الملك عليه، واسم لمن أخص بما من عليه قبل تقرر الملك، وذلك أن أصحابنا،

كتاب العتق والولاء ٣٢٧
قالوا: إن الإمام في الأسرى مخير بين خمسة أشياء القتل: والفداء أو المن أو الاسترقاق
أو عقد الذمة.

* * *

عتق الحى عن الميت

١٤٧٦ - مَالِكُ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَمْرَةَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ أُمَّهُ أَرَادَتْ أَنْ
تُوصِيَهُ، ثُمَّ أَحْرَتْ ذَلِكَ إِلَيْهِ أَنْ تُصَيِّحَ، فَهَلَكَتْ، وَقَدْ كَانَتْ هَمَّتْ بِأَنْ تُعْتِقَ، فَقَالَ
عَبْدُ الرَّحْمَنِ: فَقُلْتُ لِلْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ: أَيَنْفَعُهَا أَنْ أُعْتِقَ عَنْهَا؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ: إِنَّ
سَعْدَ بْنَ عَبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنَّ أُمَّيْ هَلَكَتْ، فَهَلْ يَنْفَعُهَا أَنْ أُعْتِقَ عَنْهَا؟
فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ»^(١).

١٤٧٧ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: تُوْفِيَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ
فِي نَوْمٍ نَامَهُ، فَأَعْتَقَتْ عَنْهُ عَائِشَةُ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ رِقَابًا كَثِيرَةً.
قَالَ مَالِكُ: وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ.

الشرح: ومعنى ذلك أن العتق على الميت لا خلاف في جوازه. فأما عن الحى، فقد
قال مالك وابن القاسم: من أعتق عن رجل فيما لزمه من واجب بأمره أو بغير أمره
أجزأه، وكذلك إن أطعم عنه أو كسا، وذلك كتكفيره عن الميت.
وقال أشهب: لا يجوزته بأمره ولا بغير أمره؛ لأن الأمر ممكن كما لو أعطاه على
ذلك عوضاً، ويصح أن يفرق بينهما بأن الميت لو اشترى المعتق عنه من يعتق عليه
أجزأه، ما لم يوص بعتقه عنه بعينه، فلا يجوزته، ولا يجوزى فى الحى أن يشتري، ويعتق
عنه عن ظهاره من يعتق عليه بالملك.

١٤٧٦ - أخرجه النسائى فى الرصاىا ٣٦٤٨.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٤٤/٨: طائفة تقول فى هذا الحديث عن مالك: نعم أعتق
عنها، منهم: ابن أبى أريس، ورواية يحيى قائمة المعنى صحيحة. وهذا حديث منقطع؛ لأن
القاسم لم يلق سعد بن عبادة، ولكن قصة سعد بن عبادة، وحديثه فى ذلك قد روى من وجوه
كثيرة متصلة ومنقطعة صحاح كلها، وهو حديث مشهور، عند أهل العلم من حديث سعد بن
عبادة وغيره، إلا أن الرواية فى ذلك مختلفة المعانى.

١٤٧٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٨٩.

٣٢٨ كتاب العتق والولاء

مسألة: ولو أعطاه عوضًا على أن يعتق عنه لم يجزه، قاله مالك وابن القاسم. ومعنى ذلك أنه من باب الشراء بشرط العتق، وقد قال مالك: إن اشترى الوصى الرقبة الواجبة بشرط العتق، ضمن ولم يجزه.

مسألة: وأما في التطوع، فيشترى له من يعتق عليه في حياته، والعتق عنه على ضريين: أحدهما، ابتداء فمن أعتق عنه من مؤمن أو كافرًا، أو ناقص الخلقة أو كاملها، فذلك جائز.

وأما إن أوصى بذلك، فقد قال أشهب: إن اشترى الوصى في التطوع نصرانيًا ضمن، علم بذلك أو لم يعلم. ومعنى ذلك أن كفرها عيب فيها، فليس له، وقد أوصى على الإطلاق الذي يقتضى السلامة أن لا يشتري له معيياً.

فرع: ومن أعتقه رجل عن غيره في كفارة لزمته، فولاؤه له.

* * *

فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا

١٤٧٨ - مَالِكُ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنِ الرَّقَابِ أَيُّهَا أَفْضَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَغْلَاهَا نَمْنًا، وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا».

١٤٧٨ - أخرجه البخارى ٢٨٧/٣ كتاب العتق باب أى الرقاب أفضل، عن أبى ذر. ومسلم ٨٩/١ كتاب الأيمان باب ٣٤ رقم ١٣٦، عن أبى ذر. وأحمد ١٧١/٥، عن أبى ذر. والبيهقى فى الكبرى ٢٧٣/٦، عن أبى ذر. والطبرانى فى الكبير ٢٥٩/٨، عن أبى ذر. وأبو نعيم فى الحلية ٦٢/١، عن أبى ذر. وابن حزيمة برقم ٢٩١٠، عن أبى ذر.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٤٨/٨: هكذا روى يحيى هذا الحديث فى الموطأ، عن مالك، عن هشام، عن أبيه، عن عائشة؛ وكذلك رواه أبو المصعب، ومطرف، وابن أبى أويس، وروح بن عبادة؛ وحدث به إسماعيل بن إسحاق، عن أبى مصعب، عن مالك، عن هشام، عن أبيه - مرسلًا - أن رسول الله ﷺ سئل عن الرقاب، وهو عندنا فى موطأ أبى المصعب، عن عائشة. ورواه قوم، عن مالك، عن هشام، عن أبيه - مرسلًا - لم يذكروا عائشة. ورواه أصحاب هشام ابن عروة - غير مالك - عن هشام، عن أبيه، عن أبى مرواح، عن أبى ذر؛ وزعم قوم أن هذا الحديث كان أصله عند مالك: عن هشام، عن أبيه، عن عائشة؛ فلما بلغه أن غيره من أصحاب هشام يخالفونه فى الإستناد جعله، عن هشام، عن أبيه - مرسلًا - هكذا قالت طائفة من أهل العلم بالحديث، قاله أعلم.

١٤٧٩ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ أَعْتَقَ وَكَدَّ زَنَا وَأُمَّهُ.

الشرح: قوله عليه السلام: «أغلاها ثمنًا» يقتضى الاعتبار بزيادة الثمن، وقد يكون ذلك على وجهين، أحدهما: أن يزيد فى الثمن على القيمة. والثانى: أن يزيد الثمن لزيادة القيمة.

فأما زيادة الثمن على القيمة، فعندى أنه لا اعتبار به إلا أن يأبى أهلها من بيعها إلا بزيادة على قيمتها، ويرغب فى عتقها؛ لأن الميت أوصى بذلك أو لمعنى يخصها.

مسألة: وأما زيادة الثمن لزيادة قيمتها، فيعتبر به على كل حال؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد نص على أن أفضل الرقاب أغلاها ثمنًا.

وقد قال ابن القاسم فىمن أوصى أن يعتق خيار رقيقه بدئ بأغلاهم ثمنًا، وهذا إذا كانت الرقبتان متساويتين فى الإسلام والصلاح.

فإن كانت إحداهما مسلمة، والثانية نصرانية، وهى أكثرهما ثمنًا، فقد روى ابن حبيب عن زياد عن مالك: إن عتق الكثيرة الثمن أفضل، وإن كانت نصرانية. وقال أصبغ: عتق المسلمة أفضل.

ولو كانتا مسلمتين، وإحداهما أصلح دينًا، وهى أقل ثمنًا، فالكثيرة الثمن أولى.

وجه قول مالك ما روى عليه السلام من اعتبار غلاء الثمن؛ لأنه هو الذى يخرج المعتق. وأما الدين، فإنما هو شىء يختص بالرقبة، ولذلك قدمنا الكثيرة الثمن على الأصلح دينًا.

وجه قول أصبغ حملة الحديث فى غلاء الثمن على التساوى فى الإسلام، ولا اعتبار بزيادة الصلاح؛ لأنه لا تأثير له فى المنع من أجزاء الرقبة الواجبة.

وللكفر تأثير فى ذلك، وقد روى عن ابن القاسم: أن الرقبتين إذا تقاربتا فى الأثمان بدأ بالأصلح. وروى أصبغ عن ابن عباس أنه سئل عن رقتين إحداهما لغية، أيهما أفضل؟ فقال: أغلاهما ثمنًا بدينار.

* * *

مصير الولاء لمن أعتق

١٤٨٠ - مَالِكُ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: جَاءَتْ بَرِيرَةَ، فَقَالَتْ: إِنِّي كَاتِبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ فِي كُلِّ عَامٍ أَوْقِيَةً، فَأَعِينَنِي، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: إِنَّ أَحَبَّ أَهْلِكَ أَنْ أُعْذَهَا لَهُمْ عَنْكَ عَدُّتُهَا، وَيَكُونُ لِي وَلَاؤُكَ، فَعَلْتُ، فَذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إِلَيَّ أَهْلِهَا، فَقَالَتْ لَهُمْ ذَلِكَ فَأَبَوْا عَلَيْهَا، فَجَاءَتْ مِنِّي عِنْدَ أَهْلِهَا، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَالِسٌ، فَقَالَتْ لِعَائِشَةَ: إِنِّي قَدْ عَرَضْتُ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ فَأَبَوْا عَلَيَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ، فَسَمِعَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهَا، فَأَخْبَرَتْهُ عَائِشَةُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خُذِيهَا وَاشْتَرِي لِهَؤُلَاءِ الْوَلَاءِ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» فَفَعَلَتْ عَائِشَةُ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ، فَحَمِدَ اللَّهُ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: «أَمَّا بَعْدُ، فَمَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

١٤٨١ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَرَادَتْ

١٤٨٠ - أخرجه البخارى فى الصلاة ٤٥٦، الزكاة ١٤٩٣، البيوع ٢١٦٨، ٢١٦٩، النكاح ٥٠٩٧. ومسلم فى العتق ١٥٠٤. والترمذى فى البيوع ١٢٥٦، الوصايا ٢١٢٤، الولاء والهبة ٢١٢٥. والنسائى فى الزكاة ٢٦١٢، الطلاق ٣٤٤٥، ٣٤٤٦، ٣٤٤٧، ٣٤٤٨، ٣٤٤٩، ٣٤٥١، البيوع ٤٦٤٠، ٤٦٤١، ٤٦٤٢، ٤٦٥٤. وأبو داود فى الفرائض ٢٩١٥، ٢٩١٦، العتق ٣٩٢٩. وابن ماجه فى الطلاق ٢٠٧٦، الأحكام ٢٥٢١. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٥٧٢٧، ٥٨٩٣، ٦٣٧٩، باقى مسند الأنصار ٢٣٥٣٣، ٢٣٦٦٧، ٢٤٠٠١، ٢٤٢٠١، ٢٤٣١٨، ٢٤٥١٠، ٢٤٧٥٦، ٢٤٨٦٥، ٢٤٨٩٨، ٢٤٩٢٤، ٢٤٩٤٠، ٢٥٠٠٦، ٢٥٠٣٦، ٢٥١٨٩، ٢٥٢٥٨، ٢٥٨٠٣. والدارمى فى الصلاة ١٢٤٣.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٥٠/٨: الكلام فى حديث بريرة قد سبق كثير من الناس إليه وأكثروا فيه من الاستنباط فمنهم من جود، ومنهم من خلط وأتى بما ليس له معنى، كقول بعضهم: فيه إباحة البكاء فى المحبة لبكاء زوج بريرة، وفيه قبول الهدية بعد الغضب، وفيه إباحة أكل المرأة ما تحب دون بعلها. وفيه إباحة سؤال الرجل عما يراه فى بيته من طعام؛ إلى كثير من مثل هذا القول الذى لا معنى له فى الفقه والعلم عند أحد من العلماء.

١٤٨١ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٦٩. والنسائى فى البيوع ٤٦٤٤. وأحمد فى مسند=

أَنْ تَشْتَرِيَ جَارِيَةً تُعْتِقُهَا، فَقَالَ أَهْلُهَا: نَبِيْعُكِيهَا عَلَيَّ أَنْ وَلَاعَهَا لَنَا، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «لَا يَمْنَعُكَ ذَلِكَ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

١٤٨٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكَ أَنْ أَصَبَّ لَهُمْ ثَمَنُكَ صَبَّةً وَاحِدَةً، وَأُعْتِقَكَ، فَعَلْتُ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ بَرِيرَةَ لِأَهْلِهَا، فَقَالُوا: لَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَنَا وَلَاؤُكَ. قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: فَزَعَمْتُ عَمْرَةَ أَنَّ عَائِشَةَ ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اشْتَرِيهَا وَأُعْتِقِهَا، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

الشرح: قول بريرة: «كاتبتي أهلي على تسع أواق، في كل عام» يقتضى أن الكتابة على النجوم جائزة، وتكون الكتابة شيئاً مقدراً، وما يدفع منه في كل عام مقدراً. وقولها: «فاعينيني» دليل على جواز السعي، وأخذ صدقات التطوع لتؤدى بها عن نفسها.

وأما الصدقات الواجبة من الزكوات، فإن مالكا قال: إن أعطى منها ما يتم بهعتق المكاتب، فجائز وغيره أحب إلى.

وأما أن يعطى منه ما يستعين به على كتابته مع بقاء رقه، فلا، وليس فى قول

=المكثرين من الصحابة ٤٨٠٢، ٥٧٢٧، ٥٨٩٣، ٦٣٧٩، ٦٤١٦.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٧١/٨: هكذا هذا الحديث فى الموطأ، عند أكثر الرواة، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن عائشة. ورواه يحيى بن يحيى النيسابورى، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن عائشة: حدثنا عبدالرحمن بن يحيى، قال: حدثنا الحسن بن الخضر، قال: حدثنا أحمد بن شعيب، قال: حدثنا عبيدالله بن فضالة، قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك، فذكره.

١٤٨٢ - أخرجه البخارى فى الصلاة ٤٥٦، الزكاة ١٤٩٣، البيوع ٢١٦٨، ٢١٦٩، العتق ٢٥٦٤، النكاح ٥٠٩٧. ومسلم فى العتق ١٥٠٤. والنسائى فى الزكاة ٢٦١٢، الطلاق ٣٤٤٥، ٣٤٤٦، ٣٤٤٧، ٣٤٤٨، ٣٤٤٩، ٣٤٥١، ٣٤٥٢، البيوع ٤٦٤٠، ٤٦٤١، ٤٦٤٢، ٤٦٥٣، ٤٦٥٤. وأبو داود فى الفرائض ٢٩١٥، ٢٩١٦، العتق ٣٩٢٩. وابن ماجه فى الأحكام ٢٥٢١. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٥٧٢٧، ٥٨٩٣، ٦٣٧٩، باقى مسند الأنصار ٢٣٥٣٣، ٢٣٦٦٧، ٢٤٠٠١، ٢٤٢٠١، ٢٤٣١٨، ٢٤٣٧٥، ٢٤٥١٠، ٢٤٧٥٦، ٢٤٨٦٥، ٢٤٩٢٤، ٢٤٩٤٠، ٢٥٠٠٦، ٢٥٠٣٦، ٢٥٢٥٨، ٢٥٨٠٣.

٣٣٢ كتاب العتق والولاء

بريرة: «فأعينيني» ما يدل على زكاة، ولا على غيرها، وإنما طلبت العون على الأداء.

فصل: وقوله عائشة: «إن أحب أهلك أن أعدها لهم عددها، ويكون لي ولاؤك، فعلت» يحتمل أن يكون على معنى شراء المكاتب مع تمكنه من الأداء، ويحتمل أن يكون بمعنى شرائها لعجزها عن الأداء أو رجوعها إلى الرق.

قال ابن مزين لعيسى: كيف جاز لعائشة أن تشتري بريرة، وهي مكاتب، فقال: نحمله على أنها عمزت، وقاله يحيى بن يحيى عن ابن نافع. فأما شراء المكاتب، فاختلف فيه قول مالك، فقال مرة: إن فات بالعتق لم يرد، وقال مرة: يرد وينقض البيع.

وجه القول الأول أن العتق البتل أقوى من الكتابة.

وجه القول الثاني أن العتق إنما يترتب على صحة البيع، والبيع لا يجوز؛ لأن فيه نقصاً للكتابة وعقد الكتابة عقد لازم، ولا ينتقض إلا بالعجز عن الأداء. وأما حمل اللفظ على العجز عن الأداء، فيحتمل أن يعجز عنه، فتلوم أهلها عليها لاستبراء حالها، فخرجت تسعى في أداء نجمها، فاختارت عائشة أن تترك السؤال، وترضى بالعجز لتشتريها، فينفذ عتقها، فيكون ذلك أرفق وأتم لعتقها؛ لأنها ربما عجزت عما بقي من نجومها بالمكاتب، فيكون ذلك.

وإن أرادت النجم الذي حل بإعطاء من عائشة أو غيرها، ثم ربما إن كانت بقيت النجوم على ما يقتضيه اللفظ مع الأداء بتعجيل عتقها تسع سنين ويكون إذا اشترتها عائشة يكون الولاء لها على ما يقتضيه الشرع، أو على ما ظنت أنها لا يثبت لها إلا بالشرط.

فصل: وما ذكرت أن أهلها أبوا إلا أن يكون لهم الولاء، يحتمل من جهة اللفظ أنهم أرادوا بيع الكتابة لا بيع الرقبة، وذلك أن بيع الكتابة يقتضى بقاء الرقبة، والكتابة تقتضى أن يكون الولاء لمن كاتبه.

ويحتمل أنهم قد أراد بيع الرقبة، إما مع بقاء الكتابة، وإما بعد فسخ الكتابة، إلا أنهم اعتقدوا أن اشتراط الولاء لهم جائز مع ذلك، وهذا هو الأظهر من الحديث لما قضى بالولاء لعائشة رضى الله عنها.

فصل: وقوله ﷺ: «خديها واشترطى لهم الولاء» ظاهره اشتراطه للبائع. وقال أبو جعفر بن النحاس: معنى ذلك، اشترطى عليهم الولاء لنفسك، وأن «لهم»، بمعنى

كتاب العتق والولاء ٣٣٣
عليهم، وهذا غير صحيح، فإن في رواية ابن عمر في هذا الحديث أنهم أبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فقال رسول الله ﷺ: «لا يمنعك ذلك، فإن الولاء لمن أعتق» ثم بين ذلك بقوله: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في الكتاب الله عز وجل من اشترط ليس في كتاب عز وجل، فهو باطل».

وذلك يقتضى أنهم، وإن اشترطوا الولاء لأنفسهم في البيع، فإن اشترط ذلك لا ينفع، ولو اشترطوه مائة مرة، فإن شرط الله، يعنى الولاء، ما أمر به وشرعه أحق وأوثق، وإنما الولاء بالعتق لا بالشرط.

وقد روى في المزنية عيسى عن ابن القاسم في مكاتب باعه أهله من رجل على أن يعتقه، ويكون الولاء لمن باعه، فقال: الولاء لمن أعتقه، والشرط باطل.

وقد قال سحنون في كتاب ابنه: إنما أمر النبي ﷺ عائشة بشراء بريرة، ويشترط الولاء للبائع على معنى الخديعة، يريدون ولكن بعد الإعلام لهم بوجه الحكم في ذلك مع الشرط.

قال سحنون: إذ لا يحل القول من القلوب محل الحكم كما روى عنه ﷺ أنه قال: «إني لأنسى أو أنسى لأسن» يريد أن الفعل أثبت في النفوس من التعليم بالقول، وأنكر قول من قال: اشترطى لهم، بمعنى عليهم، وقال: ما علمت من قاله.

فصل: وقوله: «فإنما الولاء لمن أعتق» قال سحنون: معناه من أعتق عن نفسه؛ لأنهم أجمعوا أن الوصية بعتق عن الميت، فإن الولاء للميت. وروى ابن سحنون عن أبيه: من أعتق عبده عن غيره، فولأؤه للغير، وإن كره.

قال القاضي أبو محمد: سواء أعتق عنه بإذنه أو بغير إذنه. وقال أبو حنيفة والشافعي: الولاء للمعتق، إذا أعتق عنه بغير إذنه.

ودليلنا على ما قدمناه أن الولاء معنى يورث له على وجه التعصيب، فلا يفتقر حصوله لمن حصل له إلى إذنه كالنسب.

ودليل آخر، أن الولاء تعصيب ثبت بالإذن، فوجب أن يثبت بغير إذن. أصل ذلك الرجل يعتق عبده، فيثبت ولاؤه لعصيته، وإن كرهوا ذلك.

مسألة: ومن هذا الباب عندي من يعتق في الزكاة أن الولاء لجماعة المسلمين دون المعتق؛ لأنه لم يعتق عن نفسه، وإنما أعتق عن غيره، فقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» محمول على عمومته إلا أنه خص منه المعتق عن غيره.

٣٣٤ كتاب العتق والولاء

وقد روى عنه: «أن الولاء لمن أعطى الورق»، وقد يكون في الأغلب معطى الورق من يعتق عنه دون مباشرة العتق. وأما العتق في الكفارة فولأؤه للمعتق؛ لأنه أعتق عن نفسه.

مسألة: ومن أعتق مدبره عن فلان، فالولاء للمعتق، قاله ابن القاسم في العتبية والموازية، قال عنه عيسى: ولا أحب ابتداء ذلك. ومعنى ذلك ما فيه من إتمام نقل الولاء عن المدبر.

قال عيسى: قيل لابن القاسم: فالمكاتب مثله، قال: ما أشبهه به، يريد أن من أعتقه عن غيره فالولاء للمعتق قد ثبت له بعقد الكتابة، ولا يقدر أن يفسخ بمال، وكذلك لو باعه ممن يعتقه لكان الولاء للسيد، وهذا في البيع بشرط العتق؛ لأنه لم يسوغه نقص عقد الكتابة.

وقد قال عنه أصبغ في المدبر يبيعه من غير شرط، فيعتقه المبتاع: إن الولاء للمبتاع؛ لأنه قد سوغه بإطلاق البيع للملك الذي يبطل الولاء، فإذا فات، رد البيع بالعتق، والولاء للمبتاع المعتق.

مسألة: ومن أعتق أم ولده عن أجنبي، فولأؤه للمعتق، وكذلك لو باعها ممن يعتقها قال أصبغ: الولاء للبايع والعتق ماضى كما لو أعطاه مالا على العتق. وروى عن سحنون: العتق باطل، وترد إلى سيدها أم ولد.

وجه القول الأول ما أشار إليه من أن يبيعها ممن يعتقها، وإن كان لفظه لفظ البيع، فإن معناه أن يعطيه المبتاع مالا على أن يعجل عتقها، وذلك جائز، فيجمل أمرها على الجائز من المعنى دون المنتزع من اللفظ.

وجه القول الثاني أن العقد إنما يباشر البيع بشرط أن يعتقها المبتاع، فإذا بطل البيع بالشرع في أم الولد، لم يصح العتق؛ لأنه مترتب على ملك المبتاع لما ابتاع.

فرع: فإذا قلنا ينفذ العتق، فإن المال سائغ للبايع. وروى ابن الماجشون: الولاء للبايع، والعتق ماض، ويرد الثمن.

وجه القول الأول ما تقدم من أنه بمنزلة إعطاء المال على تعجيل العتق، وذلك جائز.

وجه القول الثاني أن العتق لما وقع بإذن سيدها، نفذ بمنزلة من أذن لرجل في أن يعتق أمته، ولما بطل البيع، رد ما تعلق من الثمن؛ لأنه إنما أخذه على وجه الثمن.

١٤٨٣ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَعَنْ هَيْبَتِهِ.

الشرح: نهية عن بيع الولاء وعن هيبته. أصل ذلك أن ينفرد بالبيع دون الرقبة إذا ثبت بعتق أو بعقد لازم، يقتضى العتق، فإنه لا يجوز نقله عن محله ببيع ولا هبة؛ لأن النبي ﷺ، قال: «إنما الولاء لمن أعتق» يريد أن الولاء إنما ثبت لمن أوقع العتق عن نفسه.

وقال العلماء: إن معناه إذا أوقع عنه العتق غيره، ومن ابتاع الولاء بعد ثبوته أو هيبته، فليس بعتق عنه. وأما انتقال الولاء بالمواريث والجد، فمن باب ميراث الحقوق بسبب العتق الموروث لا على أن الولاء ينتقل، وإنما هو باق كالنسب.

مسألة: إذا ثبت ذلك فمن باع ولاء معتقه، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: يطل بيبعه، ويرد الثمن على المبتاع، ولو وهبه لم تمض هيبته، وكان الولاء له لا للموهوب له. قال: لأن الولاء لا ينتقل كما لا ينتقل النسب. قال: وقد روى عن بعض الصحابة إجازته هبة الولاء. والدليل عليه ما تقدم من حديث النبي ﷺ.

قَالَ مَالِكُ فِي الْعَبْدِ يَتَّاعُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ عَلَى أَنَّهُ يُوَالِي مَنْ شَاءَ: إِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَذِنَ لِمَوْلَاهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ مَا جَازَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ

١٤٨٣ - أخرجه البخارى فى العتق ٢٥٣٥، الفرائض ٦٧٥٦. ومسلم فى العتق ١٥٠٦. والترمذى فى البيوع ١٢٣٦، الولاء والهبة ٢١٢٦، الفتن ٢٢٠٠. والنسائى فى البيوع ٤٦٥٥، ٤٦٥٦، ٤٦٥٧، القسامة ٤٧٣٨، ٤٧٣٩، ٤٧٤٠. وأبو داود فى الفرائض ٢٩١٩، البيوع ٣٣٦٣. وابن ماجه فى الفرائض ٢٧٤٧، ٢٧٤٨، الجهاد ٢٧٥٧، ٢٧٥٨. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٤٦، ٥٤٧٢، ٥٨١٦. والدارمى فى البيوع ٢٥٧٢، الاستئذان ٢٦٨٨، الفرائض ٣١٥٥، ٣١٥٦. والبيهقى فى الكبرى ٢٩٢/١٠ كتاب الولاء، عن ابن عمر. وابن أبى شيبه ٤١٨/١١، عن ابن عمر.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٧٤/٨: هكذا روى هذا الحديث، عن مالك، جماعة الرواة فيما علمت، وكذلك هو فى الموطأ، إلا أن محمد بن سليمان رواه عن مالك، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، عن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: «الولاء لا يباع ولا يوهب» ولم يتابعه أحد على ذلك.

٣٣٦ كتاب العتق والولاء

الْوَلَاءِ وَعَنْ هَبَيْتِهِ، فَإِذَا جَازَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِيَ ذَلِكَ لَهُ، وَأَنْ يَأْذَنَ لَهُ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ، فَبِتِلْكَ الْهَبَةِ.

الشرح: قوله: «ليس للعبد أن يتباع نفسه من سيده على أن يوالى من شاء» صحيح؛ لأنه بمنزلة أن يعتقه على أن يكون ولاؤه لزيد أو لعمر أو لمن يختار العبد. وقال عليه السلام: «إنما الولاء لمن أعتق».

وقد قال العلماء: معناه أو أعتق عنه، وهذا الذى يختار العبد موالاته فى المستقبل لم يعتق، ولا أعتق عنه، ونهى أيضاً عليه السلام عن بيع الولاء وهبته، وما يختار العبد من صرف ولائه إلى من شاء، إذا يكن العتق، فلا يخلو أن ينتقل عن المعتق عنه إلى من يختاره العبد ببيع أو هبة؛ لأنه لم يثبت له ابتداء، وكلا الوجهين ممنوع لئيه عليه السلام عنهما.

وفى الزنية، سألت عيسى عما كره مالك من أن يتباع العبد نفسه من سيده على أن يوالى من شاء، أرأيت إن وقع ذلك أ يكون له أن يوالى من شاء؟ قال: الولاء للسيد، والشرط باطل.

* * *

جر العبد الولاء إذا أعتق

١٤٨٤ - مَالِكُ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ، وَلِذَلِكَ الْعَبْدُ بَنُونَ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ، فَلَمَّا أَعْتَقَهُ الزُّبَيْرُ، قَالَ: هُمْ مَوَالِيٌّ وَقَالَ مَوَالِيٌّ، أُمَّهُمْ: بَلْ هُمْ مَوَالِينَا، فَاحْتَصَمُوا إِلَيَّ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ، فَقَضَى عُثْمَانُ لِلزُّبَيْرِ بَوْلَانِيَّتِهِمْ.

الشرح: قوله: «أن الزبير اشترى عبداً له بنون من امرأة حرة، فأعتقه فقضى له عثمان بولانيتهم» قال ابن سحنون عن أبيه: قامت السنة عن الصحابة والتابعين وغيرهم، أن ولد المرأة المعتقة ولاؤه لموالى أمه، ما كان أبوه عبداً، فإذا عتق جره إلى مواليه، وإن كانت عربية، فولأؤه للمسلمين حتى يعتق أبوه، فعلى هذا فى مسألة الزبير كانت زوجة العبد مولاة، فكان ولايتهم لموالى أمهم، فلما أعتق الزبير أباهم رأى أنه قد جر ولأهم، وصاروا موالى له.

كتاب العتق والولاء ٣٣٧

قال ابن المواز عن مالك: ولو كان عتق العبد قبل موته بساعة، يريد أنه بنفس العتق ينجر الولاء، ولا يفتقر إلى حكم ولا رضا أحد. وقال مالك فى العتبية من رواية أشهب: ولو كان العبد مريضاً شديداً، فأعتق غدوة، ومات عشية، إذا ناله العتق حياً.

ورجحه ذلك أن الولاء يثبت بنفس سببه بعد ثبوته لغير من يجره إليه كابن الملاعنة يثبت ولاؤه لموالى أمة، إن كانت مولاة، فإن أقر به بعد ذلك أبوه انتقل الولاء إليه فورته.

مسألة: ولو أن ابن العبد من الحرة اشترى أباه، فعتق عليه كان ولاء أبيه له يجره إلى موالى أمه، رواه فى العتبية أشهب عن مالك. قال سحنون. وهو قول جميع أصحابنا إلا ابن دينار، فإنه قال: هو كالسائبة، وولاؤه للمسلمين.

وجه قول مالك أن الأب لما أعتقه ابنه ولاؤه له، ولم يثبت له ولاء الابن.

وجه قول محمد أن الابن لا يجير ولاء، فيثبت ولاء الأب لجماعة المسلمين.

١٤٨٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيْبِ سُئِلَ عَنْ عَبْدٍ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ لِمَنْ وَلَاؤُهُمْ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: إِنَّ مَاتَ أَبُوهُمْ، وَهُوَ عَبْدٌ، لَمْ يُعْتَقْ، فَوَلَاؤُهُمْ لِمَوَالِي أُمَّهُمْ.

قَالَ مَالِكُ: وَمَثَلُ ذَلِكَ وَلَدُ الْمَلَاعِنَةِ مِنَ الْمَوَالِي يُنْسَبُ إِلَى مَوَالِي أُمَّهِ، فَيَكُونُونَ هُمْ مَوَالِيَهُ، إِنْ مَاتَ وَرَثُوهُ، وَإِنْ جَرَّ جَرِيرَةً، عَقَلُوا عَنْهُ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ أَبُوهُ، أَلْحَقَ بِهِ وَصَارَ وَلَاؤُهُ إِلَى مَوَالِي أَبِيهِ، وَكَانَ مِيرَاثُهُ لَهُمْ، وَعَقْلُهُ عَلَيْهِمْ، وَيُجْلَدُ أَبُوهُ الْحَدَّ.

قَالَ مَالِكُ: وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ الْمَلَاعِنَةُ مِنَ الْعَرَبِ إِذَا اعْتَرَفَ زَوْجُهَا الَّذِي لَاعْنَهَا بِوَلَدِهَا، صَارَ بِمِثْلِ هَذِهِ الْمَنْزِلَةِ إِلَّا أَنَّ بَقِيَّةَ مِيرَاثِهِ بَعْدَ مِيرَاثِ أُمَّهِ وَإِخْوَتِهِ لِأُمَّهِ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ مَا لَمْ يُلْحَقْ بِأَبِيهِ، وَإِنَّمَا وَرَثَ وَلَدُ الْمَلَاعِنَةِ الْمَوَالِيَ مَوَالِي أُمَّهِ قَبْلَ أَنْ يُعْتَرَفَ بِهِ أَبُوهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَسَبٌ وَلَا عَصَبَةٌ، فَلَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ صَارَ إِلَى عَصَبَتِهِ.

الشرح: قول ابن المسيب: «فى عبد له ولده من امرأة حرة، إن مات أبوهم عبداً، فولاؤهم لموالى أمهم» ظاهره أنهم ولدوا بعد عتق الأم، لأنه شرط فى ذلك أن يموت

٣٣٨ كتاب العتق والولاء

أبوهم عبداً؛ لأن هؤلاء لو أعتق أبوهم لجر الولاء، ولو ولد هؤلاء في حال رق أمهم، فنالهم الرق، ثم عتقوا مع أمهم وأفردوا بالعتق حال الحمل أو بعد الولادة. فإن ولاء هم يكون لمن أعتقهم، سواء بقى أبوهم على حال الرق، أو انتقل بالعتق إلى حرية، ولا يجر ولاءهم؛ لأن الولاء الثابت بالعتق، لا يجره عتق أب ولا شىء، وإنما يجر ولاء ثبت بالولادة العتق، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله مالك: «ومثل ذلك ولد الملائنة ينسب إلى موالى أمه، فإن اعترف به أبوه لحق به، وصار ولاؤه لموالى أمه» يريد أنه إذا كانت أمه مولاة لقوم، وبطل نسبه من أبيه، وهو مولى بالللعان صار ولاؤه لموالى أمه.

فإن اعترف به أبوه رد ولاؤه إلى مواليه، فجعل اللعان كحال كون الأب عبداً، وحال الاعتراف بعد ذلك كحال ما يطرأ على الأب من العتق، فيجر به ولاء أبيه إلى مواليه.

فصل: وقوله: «وكذلك إذا كانت أمة من العرب، فيعترف زوجها، فالولد مثل ذلك» يريد أن نسب الابن يرجع بالاعتراف إلى نسب الأب إلا أن ابن العربية إذا ورث ذوى الفروض حقوقهم، وفضلت فضلة كانت لجماعة المسلمين، وولد الملائنة يرث موالى أمه الباقي، وذلك أن الولاء كالتعصيب يستوفى به الميراث، فبقاء موالى الأب فى ذلك المولى بمنزلة بقاه عصبه الأب فى العربى، والله أعلم.

وقال ابن مزين سألت عيسى عن تفسير قول مالك فى ولد الملائنة العربية، وولد الملائنة المولاة: يرث أمه وإخواته لأمه حقوقهم، ويرث بقية ميراثه موالى أمه، ولا يرث عصبه المرأة العربية بقية الميراث.

فقال: عصبه المرأة العربية أخوال ولدها، وكذلك لو كان للمرأة إخوة، لكانوا أخوالاً لا يرثون، ويكون بقية ميراث ولدها لمواليها، فإن لم يكن لها موالى، فلجماعة المسلمين وأما موالى الأم، فإنهم إنما يرثون بالولاء.

قال مالك: الأمر المجمع عليه عندنا فى ولد العبد من امرأة حرة وأبو العبد حر، أن الجد أبا العبد يجر ولاء ولد ابنه الأحرار من امرأة حرة، يرثهم ما دام أبوهم عبداً، فإن عتق أبوهم، رجعت الولاء إلى مواليه، وإن مات، وهو عبد، كان الميراث والولاء للجد، وإن كان العبد له ابنان حران، فمات أحدهما، وأبوه عبد، جر الجد أبو الأب الولاء والميراث.

كتاب العتق والولاء ٣٣٩

الشرح: ومعنى ذلك أن الجلد يجر إلى مواليه ولاء ابن ابنه ما كان الأب عبداً. قال ابن المواز: مات أو عاش.

ووجه ذلك أن جر الولاء معنى يختص بالأبوة، ولا يشارك في ذلك الأب غير الجلد.

قال سحنون عن ابن الماجشون: وكذلك أبو الجلد إذا كان حراً وكان الجلد وابنه عبدين، فإنه يجر إلى مواليه ولاء ابن ابنه حتى يعتق الجلد، فينتقل الولاء إلى موالى الجلد أو حتى يعتق الأب، فينتقل الولاء إلى مواليه، وإن مات الأب عبداً، ثبت الولاء لمن جره إليه الجلد. قال في كتاب ابن المواز: ولا ينقل أحد من القرابات الولاء إلا الأب.

فصل: وقوله: «وان كان للعبد ابنان حران وأب، فمات أحد الابنين جر الجلد الولاء والميراث» يريد أن الأب ما دام عبداً لا يرث، ولا يجر ولاء، ولا يحجب فمات من ولده، فالجد أبو الأب يجر ولاء الميت؛ لأن الأب عبد والعبودية تمنع الميراث وجر الولاء، والأخ لا يجر ولاء.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْأَمَةِ تَعْتَقُ، وَهِيَ حَامِلٌ، وَزَوْجُهَا مَمْلُوكٌ، ثُمَّ يَعْتَقُ زَوْجَهَا قَبْلَ أَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا أَوْ بَعْدَمَا تَضَعُ: إِنَّ وِلَاءَ مَا كَانَ فِي بَطْنِهَا لِلَّذِي أَعْتَقَ أُمَّهُ لِأَنَّ ذَلِكَ الْوَلَدَ قَدْ كَانَ أَصَابَهُ الرِّقُّ قَبْلَ أَنْ تُعْتَقَ أُمُّهُ وَلَيْسَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي تَحْمِلُ بِهِ أُمُّهُ بَعْدَ الْعِتَاقَةِ؛ لِأَنَّ الَّذِي تَحْمِلُ بِهِ أُمُّهُ بَعْدَ الْعِتَاقَةِ إِذَا عْتَقَ أَبُوهُ جَرَّ وِلَاءَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من أعتق أمته، وهى حامل، وزوجها حين أعتقها مملوك، ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعدما تضع أن ولاء الولد يثبت لموالى أمه لا يجره أبوه إذا عتق.

قال سحنون عن ابن الماجشون: وذلك إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت الأم، فإن ولدته لستة أشهر فأكثر، قال الشيخ أبو محمد: يريد وليست بظاهرة الحمل، والزوج مرسل عليها، فإن الأب يجر ولاءه إلى معتقه.

ووجه ذلك أن الولد إذا مسه الرق فعتق، فإن ولاءه قد ثبت لمعتقه لقوله صلى الله عليه وسلم: «وإنما الولاء لمن أعتق» ولا ينتقل عنه بجر أب ولا غيره، والذي يعلم به أنه قد مسه الرق أن تضعه الأم لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت، أو تكون يوم عتقت ظاهرة الحمل، أو يكون زوجها ممنوعاً منها لا يصل إليها فهنا ثبت ولاء ما وضعت له لسيدتها؛ لأنه يعلم

٣٤٠ كتاب العتق والولاء

أنها حملت به قبل أن تعتق، فقد مسه رقه، وعتق بعته، فثبت ولاؤه له ثبوتاً لا ينتقل عنه.

وإنما ينتقل من الولاء ما لم يثبت بالعتق، وإنما يثبت بجر الأم مثل أن تحمل به بعد أن تعتق، فيجر ولاءه إلى مواليتها؛ لأن الأب عبد لا مدخل له فى الولاء، فإذا عتق الأب بعد ذلك جر ولاء ابنه؛ لأن الولاء ثابت فى الجنبتين بالجر وجنبة الأب أقوى فى جر الولاء من جنبة الأم.

مسألة: ولو ادعى معتق الأب أنها حملت به بعد العتق، وقال سيد الأمة: إنها كانت حاملاً يوم العتق، فمعتق الأب مصدق. قال أشهب: لأن الظاهر أنها ولدته، وهى حرة، وإنما شك فى وقت الحمل. وذكر فى كتاب محمد: إلا أن تكون ظاهرة الحمل يوم العتق، أو تضعه لأقل من ستة أشهر على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن تزوج مدبرة، فمات السيد، وقد ولدت أولاداً، وهى حامل يوم موته، فولأؤهم لمن يعتق فى ثلثه، وإن كان زوجها عبداً، ثم أعتق لم يجر ولاءهم، إلا أن تحمل بهم بعد موت سيدها، قاله أصبغ فى الموازية. ووجهه ما قدمناه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يَسْتَأْذِنُ سَيِّدَهُ أَنْ يُعْتِقَ عَبْدًا لَهُ، فَيَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ: إِنَّ وِلَاءَ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ، لَا يَرْجِعُ وِلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي أَعْتَقَهُ، وَإِنْ عَتَّقَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن العبد إذا أعتق عبده لم يخل أن يعتقه بإذن سيده أو بغير إذنه، فإذا أعتقه بإذنه ثبت ولاؤه للسيد؛ لأنه هو المعتق، ثم إن أعتق العبد بعد ذلك لم يرجع إليه الولاء؛ لأنه قد ثبت لسيد العتق، فلا ينتقل عنه بجرية العبد المعتق، وإذا أعتقه بغير سيده، ثم علم به السيد، فلم يجر، ولم يرد حتى عتق العبد، ففى الموازية: أن ولاء للعبد.

ووجه ذلك أنه لم يوجد فيه من إذن السيد ما يستحق به ولاءه كما لو لم يعلم بالعتق حتى يعتق العبد.

مسألة: وأما عتق المدبر وأم الولد، فإن أعتق أحدهم بإذن السيد فى وقت للسيد انتزاع ماله، فولاء ما أعتق للسيد، ثم لا يرجع الولاء لمن أعتق المدبر وأم الولد؛ لأنه أذن فى العتق فى وقت كان له انتزاع المال كإذنه للعبد.

وإن كان العتق بإذن السيد فى وقت لا يجوز للسيد أن ينتزع مالهما من مرض للسيد، فإن ولاء ما أعتقه بإذن السيد يرجع إليهم إذا عتقوا، وكذلك المعتق إلى أجل فى قرب الأجل يمنع انتزاع ماله وبعده الذى لا يمنع منه، قاله مطرف وابن الماجشون وابن القاسم.

وقال عبدالله بن عبدالحكم: اختلف فى ولاء ما أعتق المدبر وأم الولد، وأحب إلى أن يكون للسيد، وإن مات من مرضه لا يرجع إليهما، وإن عتقا؛ لأنه كان له أخذ مالهما بسبب صحته إن صح، يريد لأنه لا يقطع بمنعه من مالهما لما يجوز عليه من الصحة، وذلك يجعل الولاء له.

مسألة: وأما من أعتق منهم بغير إذن السيد، فلم يعلم به حتى عتقوا، فإن ولاء ما أعتقه يكون لهم دون السيد، إن لم يكن السيد استثنى مالهم، وإن استثنى ما لهم، بطل العتق ورقوا للسيد، قاله كله فى الواضحة مطرف وابن الماجشون، ورواه أصبغ عن ابن القاسم.

فرع: فإذا قلنا إن ولاء من أعتق المدبر وأم الولد فى مرض السيد لهما دون السيد، فإن صح السيد من مرضه ذلك؟ قال أصبغ: الولاء لهما، ولا يرجع إلى السيد. وقال محمد: حكم ذلك حكم مالهما إن انتزعه فى مرضه، فمات، رد عليهما، وإن صح، فهو له، فكذلك ولاء ما اعتقا بإذنه مراعى على ما تقدم.

مسألة: وما أعتقه المكاتب، ثم عجز، فولأه للسيد، ثم إن أعتق المكاتب بكتابة أخرى أو بأى وجه كان لم يرجع إليهما الولاء، وذلك فى الموازية.

روجه ذلك أنه أعتق بإذن سيده، ثم أظهر أنه ممن يجوز انتزاع ماله، فلا يرجع الولاء إليه، وإن عتق كالعبد القن، وهذا على قول مطرف وابن الماجشون وابن القاسم فى المدبر وأم الولد يعتقان فى مرض سيدهما، ثم يعتق السيد، والله أعلم.

* * *

مدرات الولاء

١٤٨٦ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ

أَنَّ الْقَاضِي ابْنَ هِشَامٍ هَلَكَ، وَتَرَكَ بَيْنَ لَهُ ثَلَاثَةَ ابْنَانِ لَأُمٍّ وَرَجُلٍ لِعَلَّةٍ، فَهَلَكَ أَحَدُ اللَّذَيْنِ لَأُمٍّ، وَتَرَكَ مَالًا وَمَوَالِيًا، فَوَرِثَهُ أَخُوهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ، مَالَهُ وَوَلَاءَهُ مَوَالِيَهُ، ثُمَّ هَلَكَ الَّذِي وَرِثَ الْمَالَ وَوَلَاءَ الْمَوَالِي، وَتَرَكَ ابْنَهُ وَأَخَاهُ لِأَبِيهِ، فَقَالَ ابْنُهُ: قَدْ أَحْرَزْتُ، مَا كَانَ أَبِي أَحْرَزَ مِنَ الْمَالِ وَوَلَاءِ الْمَوَالِي، وَقَالَ أَخُوهُ: لَيْسَ كَذَلِكَ إِنَّمَا أَحْرَزْتَ الْمَالَ، وَأَمَّا وِلَاءُ الْمَوَالِي، فَلَا، أَرَأَيْتَ لَوْ هَلَكَ أَخِي الْيَوْمَ، أَلَسْتُ أَرِثُهُ أَنَا فَاحْتَصَمًا إِلَى عَثْمَانَ بْنِ عَفَانَ، فَقَضَى لِأَخِيهِ بِوِلَاءِ الْمَوَالِي.

الشرح: قوله: «أن عثمان رضى الله عنه قضى بالولاء لمن هو أحق به يوم الاستحقاق» ولا يجزى فى ذلك مجزى المال؛ لأن المال يتعجل أمره بموت من يورث عنه، وأمر الولاء باق بعد ذلك يعتبر بحال الاستحقاق.

ولذلك إذا مات أحد الأخوين الشقيقين، ورثه أخوه شقيقه، دون الأخ للأب، وتعجل أخذ المال، ثم مات الثانى من الشقيقين، ورث بنوه ما انتقل إليه من المال، ولم يرثوا الولاء؛ لأنه أمر باق بعد، فمن مات من موالى أول الشقيقين موتاً، ورثه أخوه لأبيه دون ولد الشقيقين؛ لأنه إنما يعتبر فى الأحقق به من كان أحق بمعتقهم يوم موت الموالى، ولا خلاف أن الأخ للأب أحق بأخيه من ولد أخيه الشقيق يوم مات المولى، والله أعلم وأحكم.

وقد قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: الأخ الشقيق أولى بالولاء من أخ للأب، والأخ للأب أولى من ابن أخ شقيق وابن أخ شقيق أولى من ابن أخ لأب، وعلى هذا قال ابن المواز: الابن أحق الناس بولاء موالى أبيه، ثم الأخ الشقيق أو للأب، ثم ابن الأخ الشقيق أو للأب، هما أولى من الجد. وأما الأخ للأب وابنه، فلا حظ له فى الولاء، والجد أولى من العم.

وجه تقديم الإخوة وبنى الإخوة على الجد فى الولاء بخلاف الميراث، أن الميراث إنما يورث بالتعصيب المحض دون الفروض، والإخوة وبنى الإخوة أثبت منهم فى التعصيب من الجد؛ لأنهم لا يرثون بفرض، والجد يورث بالفرض مع أنهم أقرب إلى الميت من الجد؛ لأنهم يدلون بالبنوة والجد يدل بالأبوة، والبنوة أثبت فى التعصيب من الأبوة.

مسألة: وإذا توفى رجل له عاصبان متساويان فى القعد، أحدهما أخ لأم، ففى كتاب ابن المواز عن مالك وابن القاسم: هما سواء فى استحقاق ولاء مواليه. وقال

كتاب العتق والولاء ٣٤٣
أشهب: الأخ للأُم أحق من سائرهم كالأخوين أحدهما شقيق والآخر للأب، فالشقيق أولى لزيادة القرابة بالأُم، وكذلك العم الشقيق مع العم للأب.

١٤٨٧ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَبُوهُ أَنَّهُ كَانَ جَالِسًا عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عُمَانَ، فَاخْتَصَمَ إِلَيْهِ نَفَرٌ مِنْ جُهَيْنَةَ وَنَفَرٌ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ، وَكَانَتْ امْرَأَةٌ مِنْ جُهَيْنَةَ عِنْدَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ الْخَزْرَجِ، يُقَالُ لَهُ إِبرَاهِيمُ بْنُ كَلْبِيبٍ، فَمَاتَتِ الْمَرْأَةُ، وَتَرَكَتْ مَالًا وَمَوَالِيًا، فَوَرِثَهَا ابْنُهَا وَزَوْجُهَا، ثُمَّ مَاتَ ابْنُهَا، فَقَالَ وَرِثْتُهُ: لَنَا وَلِأَوْلَادِ الْمَوَالِي، قَدْ كَانَ ابْنُهَا أَحْرَزَهُ، فَقَالَ الْجُهَيْنِيُّونَ: لَيْسَ كَذَلِكَ، إِنَّمَا هُمْ مَوَالِي صَاحِبَتِنَا، فَإِذَا مَاتَ وَلَدُهَا، فَلَنَا وَلَاؤُهُمْ، وَنَحْنُ نَرِثُهُمْ، فَقَضَى أَبُو بَكْرٍ بْنُ عُمَانَ لِلْجُهَيْنِيِّينَ بِوَلَاءِ الْمَوَالِي.

١٤٨٨ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيْبِ قَالَ فِي رَجُلٍ هَلَكَ وَتَرَكَ بَيْنَيْنِ لَهُ ثَلَاثَةً وَتَرَكَ مَوَالِيًا أَعْتَقَهُمْ هُوَ عَتَاقَةً، ثُمَّ إِنَّ الرَّجُلَيْنِ مِنْ بَيْنِهِ هَلَكَا وَتَرَكَ أَوْلَادًا، فَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ: يَرِثُ الْمَوَالِي الْبَاقِي مِنَ الثَّلَاثَةِ، فَإِذَا هَلَكَ هُوَ، فَوَلَدُهُ وَوَلَدُ إِخْوَتِهِ فِي وِلَاةِ الْمَوَالِي شَرَعٌ سَوَاءً.

الشرح: قوله: «في المرأة الجهينية التي توفيت عن مال وموال، فورثها ابنها وزوجها، ثم مات ابنها، فقال ورثته: لنا ولاء الموال، قد كان ابنها أحرزه، وقال الجهينيون: هم موالى صاحبتنا، فإذا مات ولدها، فلنا الولاء، فقضى أبان بن عثمان بولائهم للجهينيين» يريد ما قدمناه من أن الاعتبار في الولاء لمن كان أحق به يوم موت الموالى، وذلك أن الولاء بمنزلة النسب.

فما تقدم من ثبوت الولاء إنما هو بمنزلة ثبوت النسب قد يكون اليوم الرجل أحق بالرجل من جهة النسب، ثم ينقل الأمر، فيكون غيره أحق به منه عند الميراث، وقد يبعد عنه اليوم، ويكون غيره أحق به، ثم يكون عند الميراث، وكذلك الولاء يعتق الرجل المولى، ثم يموت عن أخ وولد، فالولد أقرب إلى الموالى؛ لأنه أقرب إلى المعتق.

فإن مات الابن عاد القرب والحق للأخ، فمن مات من الموالى بعد موت الولد ورثته

١٤٨٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٠٠.

١٤٨٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٩٩.

٣٤٤ كتاب العتق والولاء

الأخ دون ورثته؛ لأنه إنما ينظر إلى استحقاق المال يوم مات الموروث، لا يوم استحقاق سببه، سواء كان ذلك بنسب أو ولاء.

وفي الموازية في امرأة ماتت عن ولد ذكر من غير قومها، وتركت موالى، ثم مات الابن وترك عمه وخاله، فالولاء لخاله دون عمه؛ لأن الخال عصبة أمه، يريد أنه أخوها، ولما ماتت الأم كان الابن أقرب إليها من أخيها، وأحق بميراث موالىها.

روى عيسى عن ابن القاسم: ميراث المرأة لولدها الذكور، وعقلهم على قومها، وإليهم ينسبون، ولم يثبت له الولاء بموت من أعتق، وإنما يثبت له منه أنه أحق به الآن من أخيها، ولو ملكه، ملكه أولاً من أعتق لا ينقل عنه إلى غيره، فلما مات الابن صار أخوها لذلك أحق من غيره وأما عم الابن، فلا مدخل له فيه؛ لأنه لا نسب بينه وبين أم ابن أخيه، فينجر إليه ولاء من أعتقت.

وقد قال أشهب في هذه المسألة: وما ورث ابنها الولاء إلا زحفاً، يريد أنه ليس من قومها، ولكنه لما كان الولد أقوى تعصياً، والولاء يختص بالتعصيب، قدم على قومها، فلما مات قدم أقرب قومها إليها.

مسألة: ولو أن عبداً له ابن وابنة اشترياه، فعتق عليهما، ثم أعتق الأب عبداً، فمات الأب، ثم مات مولاه، فميراث الأب بينهما بالنسب، وميراث المولى للابن وحده، وكذلك لو أعتقت الابنة وحدها الأب، قاله مالك وابن الماجشون، وهو في الموازية وكتاب ابن سحنون، قالوا: لأنه لا يورث بالولاء إلا مع عدم النسب، فولد الرجل يرث مواليه دون من أعتق أباه.

ومعنى ذلك أن من أعتق عبداً له ولد حر، ثم أعتق الأب عبداً، ومات الولد يرث المولى دون من أعتق أباه؛ لأن وراثته الابن موالى أبيه وراثته بالنسب ما ثبت بالولاء، ووراثته معتق الأب لموالى الأب وراثته بالولاء ما يثبت بالولاء.

وفي الكتابين أن مما يبين هذا أنه لو كان موضع الابنة أجنبي موالى الأب الابن دون الأجنبي لما قدمناه أن الابن يرثهم بالنسب والأجنبي يرثهم بالولاء.

* * *

ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودى أو النصرانى

١٤٨٩ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ السَّائِبَةِ فَقَالَ: يُوَالِي مَنْ شَاءَ، فَإِنْ مَاتَ، وَلَمْ يُوَالِيَ أَحَدًا، فَمِيرَاثُهُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَعَقْلُهُ عَلَيْهِمْ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي السَّائِبَةِ، أَنَّهُ لَا يُوَالِي أَحَدًا وَأَنَّ مِيرَاثَهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَعَقْلُهُ عَلَيْهِمْ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه قد يعتق الرجل عبده سائبة. وروى فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم: أكره عتق السائبة؛ لأنه كهبة الولاء. قال عيسى: أكرهه وأنهى عنه. قال أصبغ وسحنون: لا تعجبنا كراهته لذلك، وهو جائر كما يعتق عن غيره، يريد عن معتق.

مسألة: ومن قال لعبده: أنت سائبة، يريد العتق، قال فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم: هو حر، وإن لم يذكر الحرية، ومن أعتق عبده سائبة فمعناه أنه أعتقه عن جماعة المسلمين، فثبت ولاؤه لهم، وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس، وبه قال ابن القاسم ومطرف. قال ابن حبيب عن ابن نافع ابن الماجشون: وولاؤه لمعتقه، وبه قال عمر بن عبد العزيز.

وروى فى العتبية يحيى بن يحيى عن ابن نافع أنه قال: لا سائبة عندنا اليوم فى الإسلام، ومن أعتق سائبة، فولأؤه له.

وجه القول الأول أن الولاء لمن أعتق عنه كما لو أعتقه عن رجل معين.

وجه قول ابن نافع ما روى عنه رضي الله عنه أنه قال: «وإنما الولاء لمن أعتق» وهذا معتق ولأنه لم يعتق عن معين، فكان الولاء له كما لو أطلق العتق.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ يُسَلِّمُ عَبْدُ أَحَدِهِمَا، فَيُعْتَقُهُ قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ عَلَيْهِ: إِنَّ وِلَاءَ الْعَبْدِ الْمُعْتَقِ لِلْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ أَسْلَمَ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ الْوَلَاءُ أَبَدًا. قَالَ: وَلَكِنْ إِذَا أَعْتَقَ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ عَبْدًا عَلَى دِينِهِمَا، ثُمَّ أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ الَّذِي أَعْتَقَهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، رَجَعَ إِلَيْهِ الْوَلَاءُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ ثَبَتَ لَهُ الْوَلَاءُ يَوْمَ أَعْتَقَهُ.

قال مالك: وَإِنْ كَانَ لِلْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ وَلَدٌ مُسْلِمٌ، وَرَثَ مَوْلَى أَبِيهِ الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَ الْمَوْلَى الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ حِينَ أُعْتِقَ مُسْلِمًا، لَمْ يَكُنْ لَوْلَدِ النَّصْرَانِيِّ أَوْ الْيَهُودِيِّ الْمُسْلِمِينَ مِنْ وِلَاةِ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَلَا لِلنَّصْرَانِيِّ وِلَاةٌ، فَوِلَاةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِحِمَاةِ الْمُسْلِمِينَ.

الشرح: قوله: «في اليهودى والنصرانى، يسلم عبد أحدهما، فيعتقه قبل أن يباع عليه» يقتضى أنه يباع عليه، إن لم يخرجه عن ملكه.

ووجه ذلك أنه لا يجوز استرقاق كافر مسلمًا، لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يظلمه» وليس حين أثلمه له أعظم من أن يسلمه إلى استرقاق الكافر.

فصل: وقوله: «وأن ولاء العبد للمسلمين» سماه عبدًا على وجه التجوز، ومعناه أنه كان عبدًا، وإنما هو الآن بعد العتق حر، ولو كان عبدًا لم يثبت له ولاء لورثة مولاه الكافر بحكم الرق. وفي الموازية: يرث المسلم عبد عبده النصرانى أو المجوسى بالرق، ولو أسلم عبد المجوسى، ثم مات قبل أن يباع عليه ورثه الكافر بالرق، قال: وكذلك مدبره وأم ولده.

ووجه ذلك أنه ليس على معنى الميراث؛ لأنه لو كان على وجه الميراث لكان أحق بميراثه من يرثه بالنسب والرق ينافى التوارث، ولكنه يستحق ماله بسبب ملكه له.

فصل: وقوله: «وإن أسلم اليهود أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع إليه الولاء أبدًا» وذلك أن العتق وقع فى وقت يمنع ثبوت الولاء افتراق الدينين؛ لأنه لا يثبت ولاء مسلم للكافر، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [المائدة: ٥١].

فإذا أعتق الكافر المسلم، ولم يصح ثبوت الولاء للكافر، ولا بد من الولاء، لم يكن له موضع يرجع إليه إلا إلى جماعة المسلمين، فيثبت ولاؤه لهم لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١].

فصل: وقوله: «وإن أعتق اليهودى أو النصرانى عبدًا على دينه، ثم أسلم المعتق، ثم أسلم من أعتقه، رجع عليه ولاؤه؛ لأنه قد ثبت له الولاء يوم أعتقه» يريد أن النصرانى

كتاب العتق والولاء ٣٤٧
إن أعتق عبده النصراني، فقد ثبت له ولاؤه لاتفاق الدينين، فإن أسلم أحدهما، ثم مات المعتق لم يرثه المعتق؛ لاختلاف الدينين.

وذلك معنى يمنع التوارث مع النسب، وكذلك مع الولاء، ولو جمعهما الإسلام بعد العتق، ثم مات لورثه المعتق لاجتماعهما فى الدين، ولا يمنع من ذلك افتراقهما فى الدين بعد ثبوت الولاء كما لا يمنع من ذلك افتراقهما فى الدين بعد ثبوت النسب، إذا كانوا مسلمين يوم التوارث.

فالمرعى فى ثبوت الولاء يوم العتق أن يكونا على دين واحد، ولا يبالي أى دين كان من إيمان أو كفر، والمرعى فى استحقاق الميراث ليوم الموت أن يكونا على دين الإسلام، وذلك أن الكفر لا يمنع ثبوت الولاء، وإنما يمنعه اختلاف الدينين.

فصل: وقوله: «وإن كان لليهودى أو النصرانى ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودى أو النصرانى، إذا أسلم المعتق قبل أن يسلم الذى أعتقه» يريد أن الكافر إذا أعتق عبده الكافر، ثبت له ولاؤه على ما تقدم.

فإذا أسلم المعتق بعد ذلك، ثم مات ولمعتقه ولد مسلم، ورثه الولد المسلم؛ لأنه قد وجد حال العتق ما يوجب ثبوت الولاء من اتفاق دين المعتق بدليل أنه لو أسلم المعتق، ثم أسلم المعتق وروث، ثم وجد يوم التوارث اتفاق دين الوارث، وهو ولد المعتق ودين الموروث، وكان المعتق لكفره لا يرث المعتق المسلم، ولا يحجب أحداً عن ميراثه كما لو مات، فإن ولده يرث من ثبت له ولاؤه.

مسألة: ولو أن اليهودى أو النصرانى اتخذ أم ولد على دينه، ثم أسلمت، ثم أعتقها بعد الإسلام، ثم ماتت، ففي كتاب ابن المواز: يرثها ولده المسلم؛ لأنه كان يرجع إليه ولاؤها، إن أسلم، قال: وكذلك مدبره ومكاتبه لعقده ذلك فى نصرانيتها، والله أعلم وأحكم.

فصل: «ولو كان المعتق حين أعتق مسلماً لم يرثه المسلم من ولد النصرانى واليهودى؛ لأنه ليس لليهودى والنصرانى ولاء، فولأؤه للمسلمين» يريد أنه إن أعتق عبده المسلم، ثم مات المعتق له، لم يرثه المسلم من ولد النصرانى المعتق؛ لأن الولاء لم يثبت للنصرانى على المسلم لاختلاف دينهما حين العتق، فلما لم يثبت الولاء للنصرانى ثبت لجماعة المسلمين، فإذا مات العبد المعتق ورثه المسلمون؛ لأن ولاءه لم يثبت.

مسألة: وإذا أعتق المسلم نصرانياً، فقد قال القاضى أبو محمد: الولاء مراعى، فإن

٣٤٨ كتاب العتق والولاء
أسلم ثبت ولاؤه له وورثته، وإن مات النصراني قبل أن يسلم، فلا ولاء للمسلم عليه
ولا يرثه. وقال الشافعي: ولاؤه ثابت ويرثه.

والدليل على ما نقوله أن الولاء معنى يتوارث به، فوجب أن يعتبر فيه اتفاق الدين
كالنسب والصهر؛ لأن من لا يرث بالنسب لا يرث بالولاء. أصل ذلك القاتل عمداً،
والله أعلم وأحكم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المكاتب

القضاء فى المكاتب

١٤٩٠ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ.

١٤٩١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسَلِيمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَا يَقُولَانِ: الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ رَأْيِي.

الشرح: وقد روى مثل هذا عن جابر بن عبدالله وزيد بن ثابت وعائشة وأم سلمة وعثمان بن عفان، وقاله ابن المسيب. وروى عن النبي ﷺ من طريق غير ثابت.

وما روى من ذلك يحتمل أن يريد به وجهين، أحدهما: أن حكم المكاتب ما بقى عليه من كتابة شيء حكم العبد فى جراحه وحدوده وشهادته وقذفه وطلاقه، ونفى القصاص عن الحر يقتله، وغير ذلك من أحكام العبيد.

والوجه الثانى: أن جميعه رقيق لا يعتق منه شيء، وبهذين الوجهين قال مالك والزهرى وأبو حنيفة والشافعى.

وروى عن على بن أبى طالب، رضى الله عنه، أنه قال: المكاتب يورث بقدر ما أدى، ويجلد الحد بقدر ما أدى، ويعتق منه بقدر ما أدى، وتكون ديتة بقدر ما أدى يعتق منه بالحساب. ونحوه قال ابن عباس.

وروى عن عمر: أنه إذا أدى المكاتب الشطر فلا رق عليه.

١٤٩٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٠٢.

١٤٩١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٠٣.

٣٥٠ كتاب المكاتب

وروى عن ابن مسعود وشريح: إذا أدى الثلث، فهو غريم بمعنى أنه حر، وإنما يطالب بما عليه في ذمته.

والدليل على ما نقوله ما احتج به زيد بن ثابت عن علي، رضي الله عنهما، فإنه قال له: أكنت ترجمه لو زنى بعد إحصان؟ قال: لا، قال: أفتجيز شهادته؟ قال: لا، قال: فهو عبد ما بقي عليه درهم.

وتجوز ذلك أنه حكم من أحكام الرق، فلم يزل مع بقاء شيء من الكتابة. أصل ذلك قبول الشهادة.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ هَلَكَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَا لَا أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَلَهُ وَلَدٌ وَلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ أَوْ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، وَرِثُوا مَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ بَعْدَ قَضَاءِ كِتَابَتِهِ.

١٤٩٢ - مَالِكٌ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ الْمَكِّيِّ أَنَّ مُكَاتَبًا كَانَ لِابْنِ الْمُتَوَكِّلِ هَلَكَ بِمَكَّةَ، وَتَرَكَ عَلَيْهِ بَقِيَّةً مِنْ كِتَابَتِهِ، وَدِيُونًا لِلنَّاسِ، وَتَرَكَ ابْنَتَهُ، فَأَشْكَلَ عَلَى عَامِلِ مَكَّةَ الْقَضَاءُ فِيهِ، فَكَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عَبْدُ الْمَلِكِ: أَنْ ابْدَأُ بِدِيُونِ النَّاسِ، ثُمَّ اقْضِ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ اقْسِمْ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ بَيْنَ ابْنَتِهِ وَمَوْلَاهُ.

الشرح: قوله: «في المكاتب يترك المال يزيد على كتابته ويترك ولدا لهم حكم المكاتب»، إما لأنه كاتب عليهم أو ولدوا معه في الكتابة، فإنه يؤدي عنه ما بقي عليه من الكتابة حالاً لا يؤخر. قال الشيخ أبو القاسم: وكذلك لو لم يترك إلا وفاء.

قال القاضي أبو محمد: لأن الديون المؤجلة تحل بموت من تكون عليه. وهذا الفصل يقتضى أوله أن الكتابة لا تبطل بالموت إذا بقي من يقوم بها، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: تبطل بالموت.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد يقتضى عوضاً يلزم أحد المتعاقدين، فلا يبطل بموت من عقده، إذا كان معه في العقد من يقوم به كالبيع والإجارة بموت المستأجر، وإن لم يكن فيما ترك من المال وفاء لم يرجع إلى السيد وأخذه من شركه في المكاتب يسعون به، وإن كانوا من أهل السعي؛ لأن حقهم متعلق بذلك المال.

كتاب المكاتب ٣٥١

فصل: وقوله: «وورث الولد ما بقي من المال بعد أداء الكتابة»، يريد أنهم يسعون بأداء الكتابة؛ لأن ذلك مقتضى عقد الكتابة، كما لو مات عن غير مال، فأدوا من أموالهم لعتقوا بالأداء، وإذا عتقوا بما أدوا عن أنفسهم من مال أبيهم، ورثوا باقيه، هذا قول مالك.

وقال أبو حنيفة: يرثه ورثته الأحرار، وهو قول علي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود ومعاوية بن أبي سفيان وطاوس والنخعي والشعبي والحسن وابن سيرين. وقال ابن عمر: جميع ما ترك للسيد، ونحوه روى عن عمر وزيد بن ثابت.

ووجه القول الذي ذهب إليه مالك أنه إذا لم يكن للمكاتب أن يعجز نفسه مع القوة على الأداء ووجود المال، وكان ما تركه المكاتب بيده موجوداً، ولم يكن للسيد الامتناع من أخذه إن عجله العبد كان حال العبد مراعى.

فإن وصل المال إلى السيد علمنا أنه كان قد استحق الحرية من يوم وجود المال وظهوره عنده لاسيما ومن شركه في الكتابة قد تعلق حقه به، فإذا مات بأداء المال إلى السيد، قضى بأنه كان له حكم الحرية قبل موته، وهذا كان حكم كل من معه في الكتابة، فوجب أن يرثوا ما فضل من ماله بعد أداء كتابته.

ووجه ثان، وهو أن حق سائر من معه في المكاتب قد تعلق بهذا المال، وكذلك لو أراد أن يهب منه، وأذن له في ذلك السيد لكان لمن معه في الكتابة منعه من ذلك، فإذا تعلق به حق من شركه في الكتابة، وجب أن يتأدى منه الكتابة؛ لأن ذلك وجه تعلق حقوقهم به.

ومن قال: إنهم يعتقون منه، قال: إنهم يرثونه. والناس بين قائلين، قائل. يقول: هو للسيد لا يعتق من الولد، ولا يرثون فضله، وقائل يقول: يعتق منه الولد، ويرثون فضله، ومن قال: إنهم يعتقون منه ولا يرثونه، فقد أحدث قولاً ثالثاً خالف به الإجماع.

ووجه القول الثاني أن حكمه حكم العبد، بدليل أنه لو تلف المال قبل أن يصل إلى السيد لرق، هو ومن معه في الكتابة، فإذا ثبت أن له حكم الرق كان ماله للسيد دون الولد وغيرهم من الورثة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الولد عند مالك، فأما غير الولد، فقد ذكر الشيخ أبو القاسم في ذلك روايتين، إحداهما: إنه لا يرثه إلا ولده المكاتبون معه. والثانية: يرثه ولده وسائر ذرياته، ونحوه ذكر القاضي أبو محمد في معونته.

٣٥٢ كتاب المكاتب

وفى الموازية، اختلف فيمن يرث المكاتب، فقيل: يرثه من يعتق على الحر بالملك، فأما عم وابن أخ، فلا، والسيد أحق منهم، قاله عبدالملك، وقاله ابن القاسم مرة، ثم قال هو وابن عبدالحكم وأشهب وأصبغ: يرثه من يرث الحر من عم وغيره من نساء ورجال.

فعلى هذا ينقسم إلى ثلاث روايات، إحداها: أنه لا يرثه إلا الولد. والثانية: لا يرثه إلا من يعتق على الحر، وهم الأب والإخوة، والثالثة: يوارثه كل من يوارث الأحرار.

وجه القول الأول ما احتج به أبو محمد أن الولد ينفردون بالدخول معه فى الكتابة إذا حدثوا بعد عقدها، فاختصوا لذلك بميراثه، وكانوا بمنزلة الأب العاقد للكتابة، وبذلك فرق بينهم وبين سائر الورثة؛ لأنهم لا يدخلون فى الكتابة بعد انعقادها.

ووجه الرواية الثانية أن من يعتق على الحر يدخل فى ميراث المكاتب كالولد.

ووجه الرواية الثالثة ما احتج به القاضى أبو محمد أن من ورثه ولده، ورثه سائر ورثته كالحر، وهذا التعليل من القاضى أبى محمد يقتضى دخول الزوجة فى هذه الورثة، وهو ظاهر قول ابن عبدالحكم وأشهب. وقال ابن المواز: آخر قول مالك أنها لا ترثه، وتعتق مما ترك.

وكذلك روى ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون: أنها لا ترثه، ولا يرثها، ولا يرجع أحدهما على الآخر بما أدى عنه فى الكتابة.

ووجه القول الأول أنه من ورثه سائر ورثته بالفروض والتعصيب، فإن زوجته ترثه كالحر. ووجه الرواية الثانية فى المنع أنها لا تناسبه، فلم ترثه كالأجنبية.

مسألة: وهذا فيمن كان معه فى الكتابة ممن ذكرنا من عقدت عليه الكتابة أو ولد له فى الكتابة، وإن لم يعقد عليه، فأما من لم يكن معه فى الكتابة، فإنه لا يرث من هذا المال شيئاً، سواء كان حراً أو عبداً، ولذاً كان أو غيره.

قال مالك وأصحابه: وقد روى عن الزهرى أن ولده الذين فى الكتابة وولده الأحرار جميعاً يرثون المال على فرائضهم. وقد تقدم قول أبى حنيفة: يرثه ورثته الأحرار.

وجه قول مالك أن انتقال هذا المال إلى من كان معه فى الكتابة ليس على وجه الورثة المحضة، وإنما هو لأن من شاركه فى عقد الكتابة، قد تعلق حقه بماله الذى بيده، والذى يكسبه فى المستقبل؛ لأنه يعتق منه، وإن كره ذلك المكاتب الذى له المال.

كتاب المكاتب ٣٥٣

ويتعلق أيضًا بذلك المالك حق السيد على وجه؛ لأنه ليس له أن يدخل معه فيه من يعتق به؛ لأن ذلك مانع من تصيير المال إلى السيد، ومانع من عتق الذي له المال إذا احتاج إلى الإنفاق على من يدخل معه في الكتابة، وربما عجز عن نفسه لمرض أو غيره.

فإذا كان للمكاتب الذي له المال أن يدخل مع نفسه في الكتابة من يسقط منه حق السيد ثبت أن ذلك أحق بالمال من السيد، فلذلك كان أحق منه بما فضل من المال بعد أداء الكتابة.

فأما من ليس معه في الكتابة، فلا حق له في ذلك؛ لأنه لم يتعلق في حياته، فيورث بعد موته. وسنذكر بعد ذلك من يدخل معه في الكتابة من ولد وغيره بأذن السيد وغيره، وأيضًا فإن موت المكاتب لا يسقط عنهم شيئًا من الكتابة.

فلو لم يترك مالا لسعوا في جميع الكتابة، ولم يعتقوا إلا بأداء جميعها، فكما يلزمهم أن يؤدوا عنه ولا يرجعوا، ويؤدى عنهم ولا يرجع عليهم، فكذلك يكونون أحق بما فضل من ماله؛ لأن للكتابة تأثيرًا في اختصاص بعضهم بمال بعض للكتابة والقراءة أو للكتابة والولاء، والله أعلم وأحكم.

فهذا على طريقة مالك، رحمه الله، والذي يظهر أن قول ابن عمر في ذلك أقيس وأظهر، إذ المال كله للسيد؛ لأنه عبد ما بقى عليه درهم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإذا قلنا إن من كان معه من ولده في الكتابة يرثون فضل ماله، فهل يكونون أحق بولاء من يعتق من مكاتبيه أو غيرهم؟ روى عبد الملك في الموازية: إذا توفي المكاتب عن مكاتب والأعلى ولد في الكتابة وولد أحرار، فسعى الذين في الكتابة، وأدوا، أن ولاء المكاتب الأسفل لهم دون الأحرار، وجعله مالك كاللحال، وقاله أشهب.

وقال ابن الماجشون: إذا لم يعتق قبل موته، لم يكن لولده الذين في كتابته، ولا الأحرار منهم، ولا مكاتبيه عتق مكاتبه في حياته أو بعد موته؛ لأنه لم يثبت لسيدة ولاؤه، وليس ذلك كماله.

وقال محمد: لا يعجبني قول عبد الملك، ولو لم يكن ولاء مكاتبه لمن في الكتابة من ولده، لم يكن ولاء أم ولده لمن معه في الكتابة من ولده منها ولا من غيرها. وقد قال مالك وأصحابه: إن ولاءها لهم.

فصل: واحتجاج مالك في ذلك بحديث حميد بن قيس في قصة ابن المتوكل تعلق بالآثار، ولعمري إن الآثار في ذلك كثيرة عن الصحابة والتابعين. وقد أوردنا الكثير وخلاف من خالف في ذلك أيضًا ظاهره كل مجتهد، والمسألة محتملة.

وقد روى هذا الحديث عبدالرزاق عن ابن جريج، سمعت ابن أبي مليكة عبدالله يذكر أن عبادًا مولى المتوكل مات مكاتبًا، قد قضى النصف من كتابته، وترك مالا كثيرا، وابنة له حرة كانت أمها حرة، فكتب عبدالمملك أن يقضى ما بقى من كتابته، وما بقى من ماله بين ابنته ومواليه. قال لى عمر: وما أراه إلا لابنته.

قال مالك: الأمر عندنا أنه ليس على سيّد العبد أن يكاتبه إذا سأله ذلك، ولم أسمع أن أحدا من الأئمة أكره رجلا على أن يكاتب عبده، وقد سمعت بعض أهل العلم إذا سئل عن ذلك، فقيل له إن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] يتلو هاتين الآيتين: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠].^(١)

قال مالك: وإنما ذلك أمرٌ أذن الله عزّ وجلّ فيه للناس، وليس بواجب عليهم. الشرح: قوله: «ليس على سيد العبد أن يكاتبه»، يريد والله أعلم، أن لا يجبر على ذلك، ولا يقضى به عليه، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وجههور الفقهاء. وقد روى عن عطاء: أن ذلك واجب عليه، قال: ولا آثره عن أحد.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يفضى إلى العتق غالبًا، فلم يجبر عليه السيد كالاستيلاء والتدبير والعتق إلى أجل؛ ولأن كل عقد لا يجبر السيد على إخراج العبد عن ملكه به بدون القيمة مع السلامة، فإنه لا يجبر على ذلك بالقيمة ولا بأكثر منها كالبيع.

فصل: وقوله: «ولم أسمع أن أحدا من الأئمة أكره رجلا على أن يكاتب عبدا»، يريد أنه لم يكن ذلك في السلف. وما روى عن عمر أنه أمر أنس أن يعتق سيرين، فأبى، فضربه عمر بالدرة، وقال: كاتبه، فقال أنس: لا أكاتبه، فلا عمر: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، فكاتبه أنس، فليس فيه دليل على اللزوم والجبر.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٣/٢٤٦.

ولو كان لعمر أن يجبر على ذلك أنسًا لحكم بذلك عليه، واستغنى عن أن يضربه بالدرّة، ويتلو عليه القرآن بالأمر بذلك، وإنما ضربه بالدرّة لما ندبه إلى الخير وإلى ما رآه صلاحًا له في دينه ودنياه، فامتنع من ذلك، فأدبه لامتناعه وتلا عليه القرآن بالأمر بذلك والتدب إليه.

وقد أمر محمد بن مسلمة أن يبيع لجاره إمرار النهر على أرضه، وقال: والله ليمرن به ولو على بطنك، على وجه التحكم عليه فيما هو صلاح له في دينه ودنياه، وعلم أن محمد بن مسلمة لا يراجعه إذا عزم عليه في ذلك، وليس هذا الذي أراد مالك أنه لم يبلغه فيه إكراه أحد.

فمالك أعلم الناس بأحكام عمر وغيره من أئمة أهل المدينة، وحسبك أن عطاء الذي انفرد بهذا القول قال مثل قول مالك أنه لم يبلغه ذلك عن أحد. وقد روى عن عطاء أيضًا في نفي وجوب ذلك، ولو سلمنا أن عمر فعل ذلك على وجه الحكم والجبر لأنس لم يلزم لمخالفة الناس له.

فصل: وقول مالك عن بعض أهل العلم: «إذا قيل له إن الله عز وجل يقول في كتابه: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا﴾ يتلو هاتين الآيتين: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ و ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله﴾» أراد أن هذا اللفظ يحتمل غير الوجوب، وأنه ليس كل ما ورد بهذه الصيغة واجبًا، فقد يكون منه المندوب إليه والمباح وغير ذلك مما تحتمله هذه الصيغة من المعاني، ويحتمل أن يريد به هذه الصيغة إذا وردت بعد الخض، وأنها محمولة بمطلقها على الإباحة.

وقد قال بذلك القاضى أبو محمد وكثير من أصحابنا، وأشار إليه أبو إسحاق فى أحكامه، وتعلق فى ذلك بأن جنس هذا العقد محذور لتعلقه بمجهول، وهو ما كاتب عليه أو رقة العبد إن عجز عن الأداء، ثم وردت الإباحة بالكتابة بعد ذلك، فكان ظاهرها الإباحة، وهذا مقصود قوله، وما يتحصل منه، وإن كنت قد جريت إلى تبينه.

وليس عندى هذا بالقوى؛ لأن الذى وقع فيه الخلاف بين أصحابنا إنما هو أن يثبت حظر ثم بين انقضاء مدته بالإباحة نحو قوله تعالى: ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دتم حرمًا﴾ [المائدة: ٩٦]، ثم بين انقضاء مدة التحريم لقوله: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة: ٢]، وقال تعالى فى السعى إلى الجمعة: ﴿إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾ [الجمعة: ٩]، فحرم البيع بعد النداء لصلاة الجمعة،

٣٥٦ كتاب المكاتب

ثم بين انقضاء وقت التحريم بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠].

والصحيح عندي أن لفظة «افعل» إذا وردت بعد الحظر أنها على بابها في الوجوب، إلا أن يدل الدليل على صرفها عن ذلك، وقد قال تعالى: ﴿فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحَرَامُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، فبين انقضاء مدة تحريم قتال المشركين بإيجاب قتلهم.

وقد رأيت ذلك في أحكام الفصول، فإذا قلنا إن لفظة «افعل» بعد الحظر على بابها من الوجوب إلا أن يعدل عن ذلك بدليل يحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، النذب، ويحتمل أن يراد به الإباحة.

وقد قال الشيخ أبو إسحاق بن شعبان: على الحظ والنذب. وقال القاضي أبو إسحاق والقاضي أبو محمد: إنه على الإباحة. وروى الشيخ أبو إسحاق في تفريعه: أن كاتبوهم على الإباحة والإيتاء مندوب إليه.

فإذا قلنا بقول من تقدم من شيوخنا إن لفظة «افعل» بعد الحظر تقتضي الإباحة، فإن قوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ على ما تأوله القاضيان على الإباحة.

وقد تقدم عند ابتدائي بالقول فيه أن هذا ليس بحظر يتبين انقضاؤه بلفظة «افعل»، وإنما هذا على ما أشار إليه حكم ثبت عندهم عامًا بنهيته ﷺ عن بيع الغرر أو عن الغرر، ثم خص منه قدرًا ما بقي، وإنما هي لفظة «افعل» واردة للتخصيص، فيجب أن لا تقتضي الإباحة عند من ذهب هذا المذهب.

لكنهما قد صرحا بحمله على الإباحة، غير أن القاضي أبا إسحاق لا يكاد يتمادى على تحرير القول فيه، فيقول مرة ما تقدم، ويقول مرة أخرى: هو إذن وترغيب، والأذن غير الترغيب؛ لأن الإذن إنما يقتضي الإباحة خاصة، وتعليق الفعل بسببه المأذون له، والترغيب بمعنى الحظ، والنذب يقتضي استدعاء الفعل منه على وجه الاستعلاء.

وقد يقول مع قوله: إنه إذن وإباحة، هو أمر، فهو يحتمل أن يريد بذلك الترغيب الذي قدمت ذكره عنه، ويحتمل أن يسمى الإباحة أمرًا، فإن القاضي أبا الفرج يقول: إن المباح مأمور به، والذي عليه جمهور أصحابنا الأصوليين: إن المباح ليس بمأمور به، وقد بينته في أحكام الفصول.

واستدل القاضى أبو إسحاق على أن الكتابة لا تجب على السيد، ولا يجبر عليها بقوله تعالى: ﴿إِن عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، فأما رد ذلك إلى علم السيد، وهو أمر مغيب لا يعرفه من المخلوقين غيره، ثبت أنه لا يجب عليه؛ لأنه لم يجعل للحكام فيه مدخلاً. ولو كان مما يجب عليه لقال فكاتبوهم إن ثبت أن فيهم خيراً.

وقد اختلف الناس فى الخير، فقال مجاهد وابن عباس وكثير من العلماء: هو المال والقوة على الأداء، وبه قال القاضى الشيخ أبو إسحاق، واستدل على ذلك بأن الخير إذا ذكر فى أمور الدنيا، فإنما هو المال، قال الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، فالمراد به المال.

وروى ابن المواز عن مالك: الخير القوة على الأداء. وروى عن عبيدة السلماني: ﴿إِن عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، إن أقاموا الصلاة. وروى عن الحسن: ﴿إِن عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ ديناً وأمانة. وقال إبراهيم النخعي: ﴿إِن عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ صدقاً ووفاء.

مسألة: إذا ثبت أن الكتابة على النذب والإباحة على ما تقدم من قول شيوخنا المالكين، فإنه قد شرط فيه الخير، وهو القوة على الأداء. وأما من ضعف عن الأداء كالصغير الذى لا مال له، فقال ابن القاسم: لا بأس أن يكاتب.

وقال أشهب: إن كاتب تفسخ، إلا أن يفوت بالأداء أو يكون له مال يؤدى منه، فيؤدى منه ويعتق، وكذلك الأمة التى لا صنعة لها، رواه ابن المواز عنه.

وجه قول ابن القاسم أن من جاز انتزاع ماله مع تمام رقه جازت مكاتبته كالكبير. ووجه قول أشهب أن صفة العاجز عن أداء الكتابة.

فرع: إذا ثبت أن حكم الصغير المنع من الكتابة، فقد روى الدمياطى عن أشهب: أن ابن عشر سنين لا تجوز كتابته.

ووجه ذلك أن العشر سنين حد بين كثير من أحكام الصغير والكبير، ولذلك كانت حداً فى الضرب على الصلاة لقوته على العمل، والتفريق فى المضاجع لقوته على الانفراد، وغير ذلك من المعانى، فمن زاد على العشر سنين زيادة بينة، يمتثل أن يجيز أشهب كتابته لقوته على السعاية التى هى أكثر عملاً من الصلاة، وما جرى مجراها.

مسألة: وأما من لا حرفة له من العبيد، فقد أجاز مالك كتابته، قال ابن القاسم:

٣٥٨ كتاب المكاتب

ولو كان يسأل الناس جازت كتابته. وروى منع ذلك عن عمر، وابن عمر. قال فى النوادر: وبه قال بعض البغداديين من أصحابنا. وروى عن على إباحته، وبه قال الحسن البصرى.

والدليل على جواز ذلك أنه يجوز انتزاع ماله مع تمام الملك عليه كالذى له حرفة.

مسألة: وهل يجوز للسيد إجبار عبده على الكتابة؟ روى بعض البغداديين عن مالك: أن للسيد إكراه عبده على الكتابة، كما له أن يعتقه على أن يتبعه بمال، وكما له أن ينكحه، ويؤاجره ويعتقه ولا ضرر عليه فى ذلك، وإنما يؤدى ما فضل عن نفقته، وبه قال ابن المواز.

وقال ابن القاسم من رواية ابن حبيب عنه: لا يلزم الكتابة إلا برضى العبد. ورواه ابن المواز عن أشهب، قال: وإن كان بغير رضاه لم يلزمه، وكذلك قال عبد الملك.

ووجه قول مالك ما احتج به، وقد قال ابن القاسم: إنه إن ألزم عبديه الكتابة، فرضى أحدهما، ولم يرض الآخر لزمه ذلك، ويرجع عليه بما أدى عنه، وكذلك إن كان أحدهما غائباً.

ووجه القول الآخر قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ والمكاتبه إنما هى على وزن مفاعلة، وذلك فعل اثنين، فلو لم يعتبر رضى السيد والعبد لأضيف الفعل إلى السيد خاصة كالعتق والتدبير.

واحتج الشيخ أبو إسحاق لهذا القول بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، فخص بالكتابة من دعا إليها ورغب فيها.

ومن جهة المعنى أنها معاوضة لم يتم أحد العوضين إلا بتمام الآخر، فاعتبر فيها رضى المتعاضين كالبيع والإجارة، وبهذا تفارق تعجيل العتق على ما قال فإن ذلك يلزم العبد؛ لأن أحد العوضين، وهو العتق يتعجل، والله أعلم وأحكم.

مَالِك: وَسَمِعْتُ بَعْضَ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾: [النور: ٣٣]: إِنَّ ذَلِكَ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّجُلُ غَلَامَهُ ثُمَّ يَضَعُ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ شَيْئًا مُسَمًّى.

قال مالك: فَهَذَا الَّذِي سَمِعْتُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَأَدْرَكْتُ عَمَلَ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَنَا.

قال مالك: وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَاتَبَ غُلَامًا لَهُ عَلَى خَمْسَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ثُمَّ وَضَعَ عَنْهُ مِنْ آخِرِ كِتَابَتِهِ خَمْسَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ^(١).

الشرح: قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ قال: سمعت بعض أهل العلم يقول: هو أن يضع الرجل عن مكاتبه من آخر كتابته شيئاً، قال ابن الجهم: أكثر الصحابة يأمرون بذلك من غير قضاء ولا جبر، ولو كانت واجبة لكانت محدودة. وروى الشيخ أبو القاسم عن مالك أن الإيتاء مندوب إليه، وليس بفرض.

وروى ذلك عن عثمان بن عفان، رضى الله عنه. وروى نحوه عن علي، رضى الله عنه.

قال عيسى بن دينار: لا ينبغي لأحد أن يدع الوضع، وقد رغب الله تعالى فيه، وحض عليه، فمن أبى أن يضع شيئاً، فذلك له، وقد ترك الفضل.

وروى عن بريدة بن حصين الأسلمي أنه قال فى ذلك: حض الله الناس أجمعين على أن يعينوه.

وروى عن عمر وغيره أن معنى ذلك أن يعطيه سيده من الزكاة عند عقد الكتابة. وروى عن زيد بن أسلم أن معنى ذلك أن يعطيه الأمير من الزكاة، ولا يعطيه السيد شيئاً.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى والذي ذهب إليه مالك أن المخاطبة للسيد؛ لأنه الذى خوطب بالكتابة، والمال الذى آتانا الله إنما يندب إلى أن يعطى منه خيراً لا عطاء، وذلك هو ما تعلق بالكتابة، ويكون فى آخر الكتابة؛ لأنه هو وقت تمامها، وهو عند مالك على الندب على ما تقدم. وقال الشافعى: هو على الوجوب.

والدليل على ما نقوله أنه عقد على رقبة العبد، فلم يجب على السيد فيه إيتاء كيبعه أو عتقه.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٣/٢٥٤.

٣٦٠ كتاب المكاتب

قال مالك: الأمر عندنا أن المكاتب إذا كاتبه سيده تبعه ماله، ولم يتبعه ولده إلا أن يشترطهم في كتابته.

الشرح: قوله: «تبعه ماله»، يحتمل وجهين، أحدهما: عند عقد الكتابة، وهو ظاهر لفظ الموطأ، قال الشيخ أبو القاسم: من كاتب عبداً، وله مال تبعه. وقال عطاء وعمرو ابن دينار وغيرهما: ولا أعلم فيه خلافاً إلا ما روى عبدالرزاق عن النخعي: من كاتب عبداً أو باعه، فماله للسيد.

والدليل لما عليه الجماعة أن ما كان له من مال علمه السيد أو لم يعلمه، فإنه لا يكون للسيد بعد عقد الكتابة انتزاعه، وإنما انعقدت الكتابة على أن يستعين المكاتب بما معه من المال على أداء كتابته.

وذلك أن ما يكتسبه حال كتابته لا حق لسيده فيه ولا له منعه، فلا يجوز للسيد انتزاع ما ثبت في يده من ماله، وما أرى الرواية عن النخعي إلا وهماً.

وبهذا يفارق المكاتب المدبر والمعتق إلى أجل. وأم الولد، فإن السيد أحق بما يكسبون بعد العتق المؤجل والتدبير والاستيلاد، فلذلك كان له انتزاع أموالهم.

ووجه آخر أن المدبر والمعتق إلى أجل وأم الولد يلزم السيد الإنفاق عليهم، ولا يلزمه الإنفاق على المكاتب، ولا على ولده الذين معه في الكتابة، قاله الشيخ أبو إسحاق.

والوجه الثاني أن المكاتب يتبعه ماله إذا نفذ عتقه، وقد قال القاضي أبو محمد: إذا أعتق المكاتب بالأداء يتبعه ماله، قال: لأن الكتابة عقد معاوضة على النفس والمال.

فصل: وقوله: «ولم يتبعه ولده إلا أن يشترطهم»، يريد بذلك من قد وجد من ولده من ولد له من أمته قبل عقد الكتابة، وعلى هذا مالك والفقهاء، وذلك أن الولد إن كان للعبد من أمته، فهو رقيق لسيده وليس برقيق له ماله، فيتبعه كما يتبعه ناله، وإنما حكمه حكم مال السيد، فلا ينبغي أن يتبع العبد في عقد كتابته ولا غيرها إلا أن يشترطه أبوه، فيكون حكمه مع أبيه حكم عبيدين للسيد جمعاً عقد الكتابة، بأن يشترطه أبوه، فيكون حكمه مع أبيه حكم عبيدين للسيد.

وأما إن كان الابن للعبد من زوجة، فإنه إن كانت أمه حرة، فهو حر؛ لأن الولد تبع للأُم في الحرية والرق، وإن كانت أمه أمة، فهو عبد لسيده، وإنما الذي ذكره مالك في هذه المسألة ولد المكاتب من أمته.

قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الْمَكَاتِبِ يُكَاتِبُ سَيِّدَهُ، وَلَهُ جَارِيَةٌ بِهَا حَمَلٌ مِنْهُ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ هُوَ وَلَا سَيِّدُهُ يَوْمَ كِتَابَتِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَتَّبِعُهُ ذَلِكَ الْوَلَدُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، وَهُوَ لِسَيِّدِهِ، فَأَمَّا الْجَارِيَةُ، فَإِنَّهَا لِلْمَكَاتِبِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ مَالِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب يعقد كتابته، وله أمة حامل منه، لم يعلم به هو ولا مولاه، وفائدة ذلك أنه لم يذكر في عقد الكتابة ولم يتعلق به شرط، فإنه عبد ولا مدخل له في الكتابة.

قال الشيخ أبو القاسم: وينتظر وضعها، فإذا وضعت، فالولد للسيد والأمة للمكاتب على ما كانت عليه قبل الكتابة.

وأما ما حملت به أمته منه بعد الكتابة، فإنه تبع له وحكمه حكم أبيه في الكتابة يعتق بعتقه ويرق برقه، قاله الشيخ أبو القاسم وغيره.

ووجه ذلك أنه لم ينله ملك السيد قط، وإنما الفضل من الأب، وهو قد ثبت له حكم الكتابة، ولم يتعلق به استحقاق لغيره، فهو كاجزاء منه، فحكمه في الرق والحرية بالكتابة حكمه.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ وَرَثَ مَكَاتِبًا مِنْ امْرَأَتِهِ هُوَ وَأَبْنَاهَا: إِنَّ الْمَكَاتِبَ إِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ كِتَابَتَهُ أَقْتَسَمَا مِيرَاثَهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ، وَإِنْ أَدَّى كِتَابَتَهُ ثُمَّ مَاتَ، فَمِيرَاثُهُ لِابْنِ الْمَرْأَةِ، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْءٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الولاء لا يورث بالصهر ولا للزوجة به تعلق، فإذا ماتت المرأة عن زوج وابن وترك مكاتبًا، فقد تعلق حق الزوج والأب بالمكاتب؛ لأن أحكام الرق متعلقة به بمنزلة ما لو كان عبدًا لورثه الزوج والابن، فإذا كان مكاتبًا أوجب أن يرثاه إن كان مالا، ووجب أن يختص به الابن إن كان ولاء؛ لأن الولاء قد ثبت بعقد الكتابة لأمه.

فإذا مات المكاتب قبل أن يعتق بالأداء فهو عبد، فقد عاد إلى المال، فوجب أن يكون للزوج ربعه وللابن باقيه كسائر ما خلفته مورثتهما من المال. وإن أعتق بأداء الكتابة، فقد تحقق بالولاء، وما كان فيه من المال وهو العوض بالكتابة، فقد صار إلى كل واحد منهما حصته منه، ولم يبق إلا مجرد الولاء، فثبت للابن خاصة.

فإن مات المكاتب بعد العتق، فلا شيء فيه للزوج؛ لأن الزوجة لا تأثير لها في الولاء ووجب تفرد الابن؛ لأن البتة لها تأثير مقدم في الولاء، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَكَاتِبِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ، قَالَ: يُنْظَرُ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا أَرَادَ الْمُحَابَاةَ لِعَبْدِهِ، وَعُرِفَ ذَلِكَ مِنْهُ بِالتَّخْفِيفِ عَنْهُ، فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ إِنَّمَا كَاتَبَهُ عَلَى وَجْهِ الرَّغْبَةِ، وَطَلَبِ الْمَالِ، وَابْتِغَاءِ الْفَضْلِ وَالْعَوْنِ عَلَى كِتَابَتِهِ، فَذَلِكَ حَازِئٌ لَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب إذا كاتب عبداً لم يحل أن يقصد به الرقيق بالمكاتب، فذلك لا يجوز له إلا بإذن السيد؛ لأن حق السيد متعلق بماله، فلا يجوز له تفويته في وجه ولا غيره كما لا يجوز له أن يتصدق بماله، ولا أن يعتق عبده.

وأما الكتابة، فلما كانت عقد معاوضة؛ فإن لم يرد ذلك بها وأراد بها اكتساب المال والجمع له والازدياد من الربح جازت كتابته، وإن لم يرد ذلك سيده؛ لأنه ليس للسيد منعه من التصرف الذي يرجو فيه الربح ويقصد به النماء والازدياد، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ وَطِئَ مَكَاتِبَةً لَهُ: إِنَّهَا إِنْ حَمَلَتْ، فَهِيَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَتْ كَانَتْ أُمًّا وَلَدٍ، وَإِنْ شَاءَتْ، قَرَّتْ عَلَى كِتَابَتِهَا، فَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ، فَهِيَ عَلَى كِتَابَتِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال، ولعل ذلك أنه ليس للسيد أن يطأ مكاتبته، وبه قال الشافعي؛ لأن عتقها متعلق بأجل كتابتها، فكانت كالمعتقة إلى أجل، قاله القاضي أبو محمد.

ووجه آخر أن الوطاء لا يحل إلا بزوجية أو ملك يمين تستحق به عليه النفقة، وهذان معدومان في مسألتنا، فلم يكن له وطؤها.

ووجه آخر أنها منفعة، فامتنعت على السيد من الأمة بالكتابة كالخدمة، فإن فعل ذلك منع منه وزجر عنه، وهي على كتابتها ما لم تحمل.

وجه ذلك أن مجرد الوطاء لا يغير حكم الكتابة، ولا يوجب فيها عتقاً ولا حد عليه، سواء علم بالتحريم أو لم يعلم به، وبه قال أبو حنيفة والشافعي خلافاً لما روى عن الحسن والزهرى: أن عليهما الحد.

كتاب المكاتب ٣٦٣

والدليل على ما نقوله أنه وطء صادف شبهة ملك، فلم يجب به الحد كما لو وطئ جارية بينه وبين شريكه.

مسألة: وإن حملت، فإنها مخيرة بين أن تعجز نفسها، فتصير أم ولد بذلك الحمل، وبه قال الشافعي. قال سحنون في العتبية: تعجز نفسها إذا لم يكن معها في كتابتها أحد، وإن كان لها المال الكثير.

ووجه ذلك أن هذا، وإن كانوا يعبرون عنه بالتعجيز، فإن معناه اختيار كونها أم ولد وترك ما كانت عليه؛ لأن حق أم الولد في الحرية أثبت من حق المكاتب؛ لأن عتق أم الولد أمر متحقق، وعتق المكاتب غير متحقق، فلذلك كان اختيار كونها أم ولد لاسيما أن ذلك مما أدخله عليها السيد.

فروع: وإنما يكون لها أن تختار كونها أم ولده ما لم يكن معها في كتابتها غيرها، فإن كان معها غيرها، ففي الموازية عن ابن القاسم: ليس لها ذلك إلا برضا من معها، فإن رضوا بذلك، فقد قال محمد: يحط عنه حصتها، وتصير أم ولد يطؤها.

ووجه ذلك ما أشار إليه من تعلق حق من شركه في الكتابة بذلك؛ لأنه إنما رضى بالكتابة والتزمها لما رجا من عون هذه الحامل، فلا يجوز أن يزال عنه ذلك العون بأمر لعل السيد والأمة قد اتفقا عليه، والله أعلم وأحكم.

فصل: قوله: «وإن اختارت قرت على كتابتها»، يريد أن لها الخيار بين نقض الكتابة وإثبات حكم أم الولد وبين البقاء على حكم الكتابة في العتق. قال سحنون في العتبية: فإن بقيت على الكتابة، فنفقة حملها على السيد كالمبتوتة الحامل، ورواه عن أصحاب مالك، وقاله ابن حبيب. وروى عن أصبغ: لا نفقة لها عليه.

وجه القول الأول أنه حمل لاحق لواطئ حر، لا ملك لأحد عليه، فكانت عليه نفقته كحمل الزوجة وأم الولد.

ووجه قول أصبغ أنها قد رضيت بالبقاء على حكم الكتابة، وذلك ينفي الإنفاق عليها؛ لأن المكاتب لا نفقة لها، وتركت ما يوجب الإنفاق لها باختيارها، وهو كونها أم ولد، فقد أسقطت حقها من ذلك، فلم يكن لها الجمع بين الأمرين بين البقاء على حكم الكتابة والتعلق بالنفقة الذي هو حكم غير الكتابة.

قال مالك: الأمر المصتمع عليه عندنا في العبد يكون بين الرجلين، إن أحدهما

لا يُكَاتِبُ نَصِيْبَهُ مِنْهُ، أذِنَ لَهُ بِذَلِكَ صَاحِبُهُ أَوْ لَمْ يَأْذِنْ، إِلَّا أَنْ يُكَاتِبَهُ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَعْقِدُ لَهُ عِتْقًا، وَيَصِيرُ إِذَا أَدَّى الْعَبْدُ مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ إِلَيْهِ أَنْ يَعْتَقَ نِصْفَهُ، وَلَا يَكُونُ عَلَى الَّذِي كَاتَبَ بَعْضَهُ أَنْ يَسْتَيْمَّ عِتْقَهُ، فَذَلِكَ خِلَافُ مَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شَرِيكًا لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمٍ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ».

قال مالك: فَإِنْ جَهِلَ ذَلِكَ حَتَّى يُؤَدَّى الْمَكَاتِبُ أَوْ قَبْلَ أَنْ يُؤَدَّى رَدَّ إِلَيْهِ الَّذِي كَاتَبَهُ مَا قَبِضَ مِنَ الْمَكَاتِبِ، فَاقْتَسَمَهُ هُوَ وَشَرِيكُهُ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا، وَبَطَلَتْ كِتَابَتُهُ، وَكَانَ عَبْدًا لَهُمَا عَلَى حَالَتِهِ الْأُولَى.

الشرح: وهذا على ما قال أن العبد بين شريكين لا يجوز لأحدهما أن يكاتبه دون صاحبه، أذن له صاحبه في ذلك أو لم يأذن، وهو أحد قولي الشافعي. وروى عن الحكم بن عيينة وابن أبي ليلى: تصح الكتابة بغير إذن شريكه.

وقال الشافعي في أحد قوليهِ: تصح الكتابة إذا أذن في ذلك شريكه، وبه قال أبو حنيفة، ونسبه أبو حامد الإسفرائني إلى مالك والصحيح ما قدمناه.

والدليل على ذلك أن عقد الكتابة لا يتبعض، ولذلك لا يجوز لأحد أن يكاتب بعض عبده ويبقى باقيه على حكم الرق، فإذا لم يجز ذلك في بعض عبده له جميعه، وإن وقع فسخ، فكذلك في بعض عبده لغيره سائرهِ.

واحتج مالك في ذلك بأن الكتابة عقد عتق ويؤدي ذلك إلى تبعيض العتق على الشريك دون تقويم؛ لأنه إذا أعتق نصيبه الذي كاتب عليه، ولم يقم عليه نصيب شريكه؛ لأن التقويم يختص فيما باشره عتق عرى من عوض، وهذا لم يباشره عتق، واقترن به العوض، فمنع ذلك التقويم، فوجب أن يكون هو ممنوعًا في نفسه.

ووجه آخر أن الكتابة تقتضى أن يملك المكاتب التصرف بالبيع وغيره، وما بقى منه على الملك يمنع من ذلك، فلما تنافى الأمران، لم يصح أن تنعقد معاوضة تقتضى أمرين متنافيين، ولذلك لا يجوز له أن يكاتب بعض عبده، ويجوز له أن يكاتب ما يملك من عبد بعضه حر، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإن جهل ذلك حتى يؤدي أو قبل الأداء بطلت الكتابة، ويرد السيد ما قبض من العبد فيقاسمه شريكه في العبد»، يريد أن فسخ الكتابة ثابت قبل

الأداء وبعده لا يفوت بالأداء، وأن ما قبض منه لما كان مال العبد المشترك كان لشريكه بقدر ملكه من العبد، ولم يرد إلى العبد إلا أن يتفقا على ذلك؛ لأن العبد قد أخرج على هذا الوجه، وقد وجد من الشريكين الاتفاق على انتزاعه، فوجد من المكاتب أخذه، ووجد من الآخر إرادة المقاسمة فيه.

مسألة: ولو قاطعه الذي كاتبه بإذن المتمسك بالرق، وعتق نصيبه، ففى العتبية من سماع ابن القاسم فى عبيدين بين ثلاثة إخوة، كاتبه اثنان بإذن الثالث، ثم قاطعه اللذان كاتباه بإذن أخيها، فعتق نصيبهما، ثم مات المتمسك، وله ورثة يخدمهم فى نصيب وليهم سنين، ثم قام العبد يطلب أن يقوم على اللذين قاطعاه، قال مالك: العبد رقيق كله، وليرد اللذان كاتباه ما أخذ منه، فيكون بينهما وبين ورثة الميت.

ووجه ذلك أن فسخ هذه الكتابة وما كان بعدها من القطاعة؛ لأنه لم يوجد من اللذين كاتباه عتق مباشرة، وإنما وجد منهما عقد يفضى إلى العتق على عوض قبضاه، وذلك العقد فى نفسه فاسد لا يجوز إمضاؤه فرد لذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي مَكَاتِبِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَنْظَرَهُ أَحَدُهُمَا بِحَقِّهِ الَّذِي عَلَيْهِ، وَأَبَى الْآخَرَ أَنْ يُنْظِرَهُ، فَاقْتَضَى الَّذِي أَبَى أَنْ يُنْظِرَهُ بَعْضَ حَقِّهِ، ثُمَّ مَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَتَرَكَ مَالًا لَيْسَ فِيهِ وَفَاءٌ مِنْ كِتَابَتِهِ.

قال مالك: يتحصان ما ترك بقدر ما بقى لهما عليه فيأخذ كل واحد منهما بقدر حصته، فإن ترك المكاتب فضلا عن كتابته، أخذ كل واحد منهما ما بقى من الكتابة، وكان ما بقى بينهما بالسواء، فإن عجز المكاتب، وقد اقتضى الذى لم ينظره أكثر مما اقتضى صاحبه كان العبد بينهما نصفين، ولا يرد على صاحبه فضل ما اقتضى؛ لأنه إنما اقتضى الذى بإذن صاحبه، وإن وضع عنه أحدهما الذى له، ثم اقتضى صاحبه بعض الذى له عليه، ثم عجز، فهو بينهما ولا يرد الذى اقتضى على صاحبه شيئا؛ لأنه إنما اقتضى الذى له عليه، وذلك بمنزلة الدين للرجلين بكتاب واحد على رجل واحد، فينظره أحدهما، ويشيح الآخر، فيقتضى بعض حقه، ثم يفلس الغريم، فليس على الذى اقتضى أن يرد شيئا مما أخذ.

الشرح: وهذا على ما قال وذلك أن الرجلين إذا كتبا عبدهما كتابة واحدة جاز

٣٦٦ كتاب المكاتب

ذلك إذا كاتبه على الإطلاق، فيكون لكل واحد منهما إذا كان بينهما بنصفين أن يقبض من الكتابة ما يقتضيه الآخر لا زيادة ولا نقصان، ولا يقضى أحدهما دون الآخر، وكذلك إن اشترط ذلك في العقد لأنهما اشترطتا مقتضاه.

وإن كاتبه على أن يبدأ أحدهما بالنجم الأول أبداً، ففي الموازية: لا يجوز ذلك، ولا أن يبدأ ببعضها وتفسخ الكتابة؛ لأن من اشترط ذلك لم يرض بالكتابة إلا يجعل، يريد لا يدري ما يتم منه.

وقال أشهب: يفسخ إلا أن يرضى الذي اشترط التبدئة بترك ما اشترط. وقال ابن القاسم: تمضى الكتابة، وتبطل التبدئة. وقال ابن المواز: إن لم يكن قبض منها شيئاً، فكما قال أشهب، وإن اقتضى منها صدرًا نفذت الكتابة وبطل الشرط.

ووجه القول الأول ما احتج به من أن أحدهما ازداد زيادة في الكتابة، مع تساويهما في ملكه كما لو عقدا الكتابة على أن لأحدهما الثلثين وللآخر الثلث، ويحتمل أن يكون ذلك على قول من قال من أصحابنا: إن البيع والسلف ينقض على كل حال.

ووجه قول أشهب أنهما عقدا الكتابة على أن يسلف أحدهما الآخر، فإن أسقط مشترط السلف ما شرطه قبل أن يفوت ذلك صح العقد.

ووجه قول ابن القاسم أن الكتابة عقد يجوز فيه الغرر، فإن اقترن به شرط لا يجوز مع سلامة العوضين، بطل الشرط وثبت العقد. ووجه قول ابن المواز راجع إلى ذلك، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإن أنظره أحدهما وأبى الآخر أن ينظره فاقضى الذى أبى أن ينظره بعض حقه ثم مات المكاتب وترك مالا ليس فيه وفاء بالكتابة، يتحصان بقدر ما بقى لهما عليه»، يريد أن الذى أنظره إنما أنظر المكاتب بما وجب له اقتضاؤه، فإذا مات المكاتب، فعلى ما قال: إذا ترك ما يقصر على الأداء، تحاصا فى ذلك كل ما بقى له، وذلك أنه لو اقتضى أحدهما حصته وبقى له نصفها، ولم يقتض الآخر شيئاً تحاصا، فأخذ المقتضى ثلث ما بقى، وأخذ الذى ترك ثلثيه؛ لأن ذلك حساب ما بقى لهما عنده.

مسألة: ولو مات المكاتب أو عجز ولم يترك شيئاً لم يرجع الذى أنظره على الذى اقتضى بشيء، رواه ابن المواز عن مالك.

وذلك أنه قد رضى بذمة المكاتب وأسلفه حصته مما قبض شريكه، ولم يسلف شريكه شيئاً فيرجع عليه به. وقد قال مالك في الموازية: إن سأل المكاتب أن يدفع إلى شريكه ما جاء به، فهو إنظار للمكاتب؛ لأنه سلف للشريك، وكذلك لو رغب إليه الشريك في ذلك على أن ينظر هو المكاتب، فرضى بهذا الشرط، فهذا إنظار أيضاً للمكاتب.

فرع: وإنظار المكاتب يكون على ضربين، أحدهما: أن ينظره بجميع حصته من الكتابة أو من نجم إلى وقت يوفيه، فهذا سلف للمكاتب لا رجعة له فيه. والضرب الثاني: أن يحضر المكاتب نصف نجم، فيأخذه أحد الشريكين بإذن الآخر، فذلك أيضاً إنظار للمكاتب.

وأما إن أتى بأكثر من نصف النجم أو بجميعه، فيأخذه أحد الشريكين بإذن الآخر ليأخذه من شريكه من النجم الثاني، فهذا إن اشترط فيه إنظار المكاتب، لم يلزمه ذلك بالزيادة على النصف؛ لأن الزيادة على النصف حق للذي أنظره، فلا يجوز أن يحيل القابض بها شريكه على دين لم يحل، يريد ولم يجب له.

فإن لم يرجع ذلك المكاتب رجوع الذي أنظره على شريكه، قال: لأن بإحضاره وجب لهما، فاعتبروا في ذلك أمرين، أحدهما: أن لا يكون السلف للشريك أو للمكاتب واعتبروا في جواز السلف للمكاتب أن لا يكون شيء من حق الذي أنظره حاضرًا، فيتعين بذلك، فلا تكون الحوالة من حق الذي أنظره على المكاتب لازمة؛ لأنه يدفعه عوضاً عن حق لم يجب للمحيل، والله أعلم.

وهذا أكثره مما رواه ابن المواز عن ابن الماجشون، وقد ثبت ذلك بزيادة ألفاظ.

مسألة: وإذا حل النجم، فسأل أحدهما الآخر أن يقتضى دونه، فأذن له في ذلك، فهذا سلف للشريك، ويرجع السلف على شريكه عند العجز أو الموت عن غير مال، رواه ابن المواز عن مالك.

وأما إذا جاء بالنجم، فقد قال ابن الماجشون: إذا جاء بالنجم كله وأخذه أحدهما، فهو سلف للشريك، فإن لم يأت إلا بالنصف، فهو إنظار للمكاتب.

وقال ابن المواز: يريد إذا رضى بذلك الشريك، إذا جاء المكاتب بنصف النجم، فأنظره أحدهما، فهو إنظار للمكاتب، فإن حضر أكثر من النصف، فأخذه أحدهما بإذن الآخر، واشترط فيه إنظار المكاتب، لم يلزمه ذلك في الزيادة؛ لأن الزيادة مما

٣٦٨ كتاب المكاتب

يصيب الذى لم يقبض، فقد أحال بها القابض شريكه فيما لم يحل، فإن لم يدفع ذلك المكاتب، رجع الشريك على شريكه؛ لأن الإنظار إنما يجوز بما حل لا فيما لم يحل.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إذا حل النجم، فأخذه أحدهما بإذن الآخر ليأخذ الآخر النجم الثانى، فهو سلف من الشريك يرجع به عليه فى العجز والموت، يريد أن السلف كان من الشريك لشريكه، ولعله هو الذى سأله.

وقال محمد: إلا أن يعجز المكاتب أو يموت قبل محل النجم الثانى، فليس له أخذه به حتى يحل النجم الثانى، ومعنى ذلك أن الشريك لما أذن لشريكه فى أن يأخذ هذا النجم الأول فأخذه، ويأخذ شريكه النجم الثانى، فقد أسلفه سلفاً مؤجلاً إلى أجل النجم الثانى، فإذا عجز المكاتب قبل ذلك أو مات لم يكن له طلب السلف قبل أجله.

فرع: ولو حل النجم الثانى قبل عجزه، فتعذر على المكاتب قبل أن يقبضه لكان على القابض أن يقبضه سلفه، ثم يتبعان المكاتب جميعاً، قاله ابن المواز.

وروجه ذلك أنه سلف من أحد الشريكين الآخر، فإن لم يقبضه عنه المكاتب، لزم المتسلف أن يقبضه، ثم يتبعان المكاتب بما لهما، وظاهر هذا اللفظ يقتضى أن العبد لم يعجز بعد، والذى قاله ابن القاسم فى العتبية، أن المكاتب لم يعجز، فليس للذى أنظره مطالبة الشريك إلا أن يعجز المكاتب.

فصل: وقوله: «فإن ترك المكاتب فضلاً عن كتابته، أخذ كل واحد منهما ما بقى من الكتابة، وكان ما بقى بينهما بالسواء»، يريد إن كان أحدهما قد اقتضى نصف حقه، ولم يقبض الآخر شيئاً، فإن كل واحد منهما يقتضى ما بقى له من الكتابة على حسب ما بقى له من القلة والكثرة؛ لأنهما على حسب ذلك استحقا عليه الكتابة التى هى مقدمة فى ماله.

فإذا استوفيا ذلك، فما فضل بعد ذلك، فهو بينهما على السواء على حسب ما كانا متساويين فى ملك رقبته قبل عقد الكتابة وملك كتابته بعد العقد.

فصل: فإن عجز المكاتب، وقد اقتضى الذى لم ينظره أكثر مما اقتضاه الذى أنظره، كان العبد بينهما بنصفين، ولا يرد على صاحبه فضل ما اقتضى، يريد أن العبد بعجزه يرجع إلى ملكهما على حسب ما كان قبل الكتابة؛ لأن ذلك مقتضى عجزه.

ولا يؤثر فى ذلك ما اقتضى أحدهما أكثر من صاحبه كما لا يؤثر فى الملك أن

يقتضى السيد معظم الكتابة، ثم يعجز العبد عن أفلها، فإنه يرجع إلى رقه على حسب ما كان قبل الأداء.

وإنما لم يرجع الذى أنظره على الذى اقتضى بمقتضاه زائداً عليه؛ لأنه لم يسلفه إياه، وإنما أسلفه للمكاتب، ولو أسلف شريكه لرجع عليه بما أسلفه، وقد تقدم ذكره من رواية يحيى عن ابن القاسم، ولا يتبع الذى أنظره العبد بشيء مما أنظره؛ لأن العجز يسقط عنه دين الكتابة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «ولو وضع له ثم اقتضى صاحبه بعض الذى عليه، ثم عجز، فالعبد بينهما»، يريد أن ما وضع عنه أحدهما لا تأثير له فى ملك العبد مع العجز كما لو قبض منه بإذن صاحبه جميع ما له عليه، ثم عجز عن أداء ما للثانى عنده، فاسترق، فإنه يرجع ملكاً لهما.

وقال مالك فى أصل المسألة: «ولا يرد الذى اقتضى على صاحبه شيئاً»، يريد أن ما قبض يكون له دون الذى وضع عنه؛ لأنه لم يقبض شيئاً على وجه السلف، وإنما قبض ما كان له؛ لأن شريكه قد وضع عنه جميع ما كان له، فلم يقتض الذى تمسك بحقه من حق صاحبه كما لو كان لهما دين على رجل واحد بذكر حق واحد، فأنظره أحدهما ثم قبض الآخر بعض حقه ثم أفلس، فإن الذى أنظره لا يرجع على صاحبه بشيء، وكذلك لو أسقط أحدهما حقه من الدين لم يرجع على من قبض حقه منه، والله أعلم.

* * *

الحمالة فى الكتابة

قال مالك: الأمر المجمع عليه عندنا أن العبيد إذا كوثبوا جميعاً كتابةً واحدةً، فإن بعضهم حملاً عن بعض، وإنه لا يوضع عنهم لموت أحدهم شيء، وإن قال أحدهم: قد عجزت، وألقى يديه، فإن لأصحابه أن يستعملوه فيما يطيق من العمل ويتعاونون بذلك فى كتابتهم حتى يعق بعقبتهم إن عتقوا، ويرق برقهم إن رقوا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كان له جماعة عبيد، فإنه لا بأس أن يكتبهم كتابة واحدة تشملهم بعقد واحد، خلافاً للشافعى فى أحد قوليهِ؛ لأنه عقد مقصوده إزالة الملك عن الرقبة، فجاز أن يخص ويعم كالتدبير والعتق. وقال الشيخ أبو القاسم: وسواء كانوا أجنب أو أقارب.

٣٧٠ كتاب المكاتب

مسألة: ومن كاتب عبديه، لم يجز له بيع أحدهما ولا نصفهما. قال محمد: وقال: يريد بقوله: ولا نصفهما، قال: على قول أشهب: ولا يبيع أحدهما؛ لأن ذلك النصف يصير محتملاً عما لا يملكه سيده، وله بيعهما من رجل واحد، لا من رجلين.

قال محمد: أما بيعهما من رجلين أو من رجل نصف كتابتهما جميعاً، فحائز ولو ورثهما ورثة، جاز لكل واحد بيع حصته منهما وهبته. وقد أجاز ابن القاسم وأشهب بيع بعض المكاتب أو نجماً غير معين.

فصل: وقوله: «فإن بعضهم حملاء عن بعض»، يريد أن ذلك حكم إطلاق الكتابة لجماعة عبيد؛ لأن ذلك معنى اشتغال العقد عليهم، فإنه لا يعتق بعضهم إلا بعنق بعض، خلافاً للشافعي في قوله: إن من أدى منهم بقدر ما عليه عنق، ولو عقدوا العقد على أن بعضهم حملاء عن بعض بطل. وقال أبو حنيفة: يجوز استحساناً لا قياساً.

والدليل على ما نقوله أن عقد الكتابة مبني على منافاة التبعية، ولذلك من كاتب عبده لم يعتق منه شيء إلا بأداء جميع ما عليه، فكذلك من كاتب أعبداً لم يعتق منهم أحد إلا بأداء ما عليهم.

دليل آخر، وهو أن هذا عقد يفرض إلى حرية، فإذا اشتمل على جميعه لم يتبع عبده.

أصل ذلك قوله إذا أديتم إلى ألف دينار، فأنتم أحرار. وهذا إذا كان سيدهم واحداً، فأما إن كان السادات جماعة كالسيدين يكتبان عبدين لهما، فإن أشهب لا يجيز الكتابة إلا أن يسقط حمالة بعضهما عن بعض.

مسألة: وعقد الكتابة على جمع عبيد لسيد واحد أو لسادات، يفتقر إلى تقدير جملة الكتابة دون تقدير ما يخص كل واحد منهما؛ لأنه لا يجوز في عوضها لما كان مقصودها العتق، وليست بدين ثابت ما يجوز في سائر الأعواض في العقود التي مقصودها المعاوضة، ويكون العوض فيها ديناً ثابتاً، وهذا على قول ابن القاسم أنه لا يجوز لرجلين جمع ثوبهما في البيع. وأما على قوله بتجوز ذلك، فلا يحتاج إلى فرق.

مسألة: وليس للسيد أخذ أحد المكاتبين بجميع ما على جملتهم مع قدرتهم على الأداء، قاله ابن المواز.

ووجه ذلك أن الحق متعلق بجمعهم مع الحياة والقدرة، وإنما يلزم كل واحد منهم

كتاب المكاتب ٣٧١

جميعاً لحق الضمان، فما كان المضمون حاضراً قادراً على الأداء، فليس للسيد طلب أحدهم بحق الضمان، وإنما له طلب كل واحد منهم بما يخصه بحق الكتابة، فإن تعذر القبض من بعضهم بأن عجز، قال في كتاب ابن المواز: أو تغيب، فله الأخذ من غيره.

فصل: وقوله: «ولا يوضع عنهم بموت أحدهم شيء»، يريد أن أصحابه قد ضمنوا ما عليه، وقد التزموا الكتابة جملة والكتابة تنافي التبويض، فلا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة، فإن استحق أحدهم بملك أو حرية من أصله، وقد علم السيد بذلك أو لم يعلم، ففي الموازية: يوضع عنهم حصته في ذلك.

والفرق بينه وبين الموت أن العقد في الذي مات تناوله على وجه الصحة، فلزمهم ما يخصه كما لو عجز، وهذا لم يتناوله، فلذلك وضع عنهم بقدر ما يخصه؛ لأنه لم يلزمهم. قال ابن الماجشون في الموازية: يحط عنهم على عددهم إن كانوا أربعة حط عنهم ربع العدد باستحقاق أحدهم.

فصل: وقوله: «وإن قال أحدهم عجزت»، يريد أنه لم يعلم عجزه إلا بدعواه، فإنه لا يسقط عنه بذلك ما لزمه بالكتابة ولأصحابه أن يستعملوه ما يطبق من العمل؛ لأنه دخل على القوة على السعي، فليس له أن يخرج نفسه منه إلى رق، ولأن عقد الكتابة لازم، فالذي يدعى العجز لا يخلو أن يكون له مال ظاهر أو لا يكون له مال ظاهر، فإن كان له مال ظاهر لم يكن له أن يعجز نفسه.

قال مالك في الموازية وفي العتبية من رواية موسى بن معاوية عن ابن القاسم، وروى ابن وهب عن ابن كنانة وابن نافع: إنه إذا كره الكتابة فعجز نفسه، وأشهد بذلك، عاد مملوكاً، وإن كان له مال. قال ابن حبيب: وقول مالك أحب إلى وقول الشافعي على قول ابن كنانة وابن نافع.

وجه قول مالك في لزوم العقد أن الكتابة عقد معاوضة ينفذ عوضها، فلزمت في الجنبتين، ولا يلزم على هذا الجعل، فإن العمل غير متقرر به، فلذلك لم يلزم في جنبة العامل.

ووجه القول الثاني أن مال الكتابة مال غير مستقر على العبد، فلذلك لا يجوز أن يتحمل به عنه، فلما لم يكن مستقراً عليه، لم يلزمه أدائه.

وهذا الذي ذكره أصحابنا عن الشافعي، والذي ذكره أصحابه عنه أن معنى قوله: أن الكتابة عقد جائز، لا يريد أن للمكاتب فسخه إذا شاء، وإنما يريد به إذا كان بيده

٣٧٢ كتاب المكاتب

مال لم يجبر على أدائه، وإذا لم يجبر على أدائه، خير السيد بين الصبر وبين فسخ كتابته، والله أعلم.

مسألة: فإذا لم يكن للمكاتب مال ظاهر، فقد قال مالك فى العتبية: إذا كان ماله صامتاً لا يعرف، فله أن يعجز نفسه، وهو معنى قول مالك أنه إذ أعجز نفسه، ثم أظهر أموالاً بعد ذلك لم يرد إلى الكتابة، وكان رقيقاً.

ووجه ذلك أنه إذ أعجز نفسه لعدم مال ظاهر يؤدي منه، فقد بطل عقد الكتابة وتقرر ملك السيد عليه، فلا يزول ملكه عنه بظهور ماله بعد ذلك، كما لو لم تتقدم فيه كتابة.

فرع: وأين يعجز نفسه، قال ابن القاسم فى العتبية: يعجز نفسه دون السلطان. قال سحنون: لا يجوز التعجيز إلا عند السلطان.

وجه قول ابن القاسم أن هذا عقد عقده السيد والمكاتب على إزالة ملك السيد بعوض، فجاز لهما فسخه ونقضه، كالبيع.

وجه قول سحنون أنه قد تعلق به حق لله تعالى، فليس لهما نقضه إلا بحكم حاكم ينظر فى ذلك لحق الله تعالى، فإن رجا الأداء أو نفوذ العتق أبقاء، وإن تبين منه العجز أنفذ فسخه.

مسألة: وإن لم يكن له مال ظاهر، وكان صانعاً، فله أن يعجز نفسه. وقال الشيخ أبو القاسم: للمكاتب أن يعجز نفسه. وقيل: له ذلك إذا لم يكن له مال ظاهر، فالذى اقتضى ذلك أن ليس له مال ظاهر، فيه روايتان.

وجه المنع من ذلك أنه قادر على الأداء، فلم يكن له تعجيز نفسه واسترقاقها بعد عقد العتق كالذى له مال ظاهر.

ووجه الرواية الثانية أنه ليس له مال يؤدي منه، فلا يجبر على الكسب.

مسألة: وهذا إذا كان مفرداً بالكتابة، فأما إذا شاركه غيره فيها، ففي كتاب محمد: يعجز نفسه قبل نجومه، إلا أن يكون معه ولد، فلا تعجيز له، ويؤخذ بالسعى عليهم صاغراً، وإن ظهر منه لدد رأيت أن يعاقب، وإن كان له مال ظاهر، فلا تعجيز له، ويؤخذ ماله فيعطى السيد، يريد بعد محله ويعتق هو وولده، وكذلك لو شاركه فى الكتابة أجنبي.

ووجه ذلك أن حق من شاركه في الكتابة من ولد أو أجنبي قد تعلق به سعيه وماله؛ لأن الكتابة مبنية على سعي بعضهم مع بعض وأداء بعضهم عن بعض، والكتابة عقد لازم، فلم يكن للسيد وأحد المكاتبين، فسخ ذلك في حقه دون إذن سائر من معه في عقد الكتابة.

فرع: ولو كاتب عبيدين بعقد واحد، فنحن في أحدهما يمين لزمته قبل الكتابة، ففي الموازية: لا يعجل عتقه، وهو كابتداء عتقه، فإن عجز عتق بالحنث في يمينه. ووجهه ما تقدم.

فمن أعتقه سيده، فأبى ذلك أشراكه في الكتابة، فأدى معهم حتى عتقوا، فإنه لا يرجع على سيده بما أدى عن نفسه، رواه ابن حبيب عن أصبغ.

ووجه ذلك أن ما وجهه إليه السيد من العتق لم يتم لما تعلق به من حق أصحابه؛ لأن ذلك لم يكن حقاً للسيد، فكان بمنزلة من أعتق عبداً لغيره أو أعتقه، وهو محجور عليه في عتقه.

فصل: وقوله: «يتعاونون به حتى يعتق بعقدهم ويرق برقهم»، يريد من فيه سعاية وعمل، فإن قصر عن قدر ما يلزمه، فإن أصحابه في الكتابة يتعاونون به، فإن عجزوا عن أداء جميع ما عليهم رقوا ورق معهم، وإن أدوا عتقوا وعتق معهم.

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ، لَمْ يَنْبَغِ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَتَحَمَّلَ لَهُ بِكِتَابَةِ عَبْدِهِ أَحَدٌ إِنْ مَاتَ الْعَبْدُ أَوْ عَجَزَ، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنْ تَحَمَّلَ رَجُلٌ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ بِمَا عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، ثُمَّ اتَّبَعَ ذَلِكَ سَيِّدَ الْمُكَاتَبِ قَبْلَ الَّذِي تَحَمَّلَ لَهُ أَخَذَ مَالَهُ بَاطِلًا، لَا هُوَ ابْتِغَاءَ الْمُكَاتَبِ، فَيَكُونُ مَا أُخِذَ مِنْهُ مِنْ ثَمَنِ شَيْءٍ هُوَ لَهُ، وَلَا الْمُكَاتَبُ عَتَقَ، فَيَكُونُ فِي ثَمَنِ حُرْمَةٍ ثَبَّتَ لَهُ، فَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ رَجَعَ إِلَى سَيِّدِهِ، وَكَانَ عَبْدًا مَمْلُوكًا لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِدَيْنٍ ثَابِتٍ يُتَحَمَّلُ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ بِهَا، إِنَّمَا هِيَ شَيْءٌ إِنْ آدَاهُ الْمُكَاتَبُ عَتَقَ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، لَمْ يُحَاصَّ الْغُرْمَاءُ سَيِّدُهُ بِكِتَابَتِهِ، وَكَانَ الْغُرْمَاءُ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْ سَيِّدِهِ، وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ، رُدَّ عَبْدًا مَمْلُوكًا لِسَيِّدِهِ، وَكَانَتْ دُيُونُ النَّاسِ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ، لَا يَدْخُلُونَ مَعَ سَيِّدِهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ثَمَنِ رَقَبَتِهِ.

٣٧٤ كتاب المكاتب

الشرح: وهذا على ما قال أن الكتابة لا تجوز بالحمالة، فإذا دخلتها الحمالة، فلا يخلو أن يكون ذلك في أصل العقد أو يكون بعد العقد، فإن كانت الكتابة انعقدت بشرط الحمالة، ففي الموازية: لا تجوز الكتابة على الحمالة؛ إذ ليس من سنتها أن تكون في الذمم. قال محمد: يريد إنما هي في الوجه.

ومعنى ذلك والله أعلم، أنه لم تتعلق الكتابة بذمة تعلقًا لازمًا إنما تعلقت بالتصرف والكسب. وروى ابن مزين عن عيسى وأصبغ: تمضى الكتابة وتبطل الحمالة. وقال الشيخ أبو القاسم: لا تجوز الحمالة بالكتابة، ومن تحمل بذلك لم تلزمه حمالته.

مسألة: وأما الرهن، فإن كان الرهن للمكاتب فإنه يجوز أن يكاتبه عليه، ويأخذه منه بعد عقد الكتابة إن رضا بذلك، وإن كان الرهن لغير المكاتب لم تجز الكتابة كالحمالة من كتاب ابن المواز، قال: ويخير السيد بين أن يمضيها بلا رهن أو يفسخها. قال محمد: إلا أن تحمل الكتابة، فلا تفسخ ويفسخ الرهن.

فصل: وقوله: «وإن مات المكاتب وعليه دين لم يحاص سيده الغرماء»، وهو قول مالك والشافعي.

ووجه ذلك أن المكاتب لا يحاص سيده الغرماء في ماله إذا أفلس؛ لأن الرقبة ترجع إليه، فكذلك في الموت مع الفلاس، فدل ذلك على أن دين الكتابة ليس بدين ثابت، فلذلك لا يجوز فيه رهن ولا حمالة.

ألا ترى أن المكاتب إذا مات وعليه دين، فإن دين الغرماء أحق بماله من سيده حتى يستوفى الغرماء حقوقهم، ولو عجز المكاتب لكانت ديون الناس في ذمته ولم يتعلق بها شيء من الكتابة؛ لأن الرقبة التي خرجت عن يده بالكتابة عادت بالعجز لا يشاركه في شيء من ذلك غريم.

قال مالك: إِذَا كَاتَبَ الْقَوْمَ جَمِيعًا كِتَابَةً وَاحِدَةً، وَلَا رَجِمَ بَيْنَهُمْ يَتَوَارَثُونَ بِهَا، فَإِنَّ بَعْضَهُمْ حُمَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ، لَا يَعْتَقُ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ حَتَّى يُؤَدُّوا الْكِتَابَةَ كُلَّهَا، فَإِنْ مَاتَ أَحَدٌ مِنْهُمْ، وَتَرَكَ مَالًا هُوَ أَكْثَرُ مِنْ جَمِيعِ مَا عَلَيْهِمْ، أُدِّيَ عَنْهُمْ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِمْ، وَكَانَ فَضْلُ الْمَالِ لِسَيِّدِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِمَنْ كَاتَبَ مَعَهُ مِنْ فَضْلِ الْمَالِ شَيْءٌ وَيَتَّبِعُهُمُ السَّيِّدُ بِحِصَصِهِمُ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَيْهِمْ مِنَ الْكِتَابَةِ الَّتِي قَضِيَتْ مِنْ مَالِ الْهَالِكِ؛ لِأَنَّ الْهَالِكَ إِنَّمَا كَانَ تَحَمَّلَ عَنْهُمْ، فَعَلَيْهِمْ أَنْ يُؤَدُّوا مَا عَتَقُوا بِهِ مِنْ مَالِهِ،

وَإِنْ كَانَ لِلْمُكَاتَبِ الْهَالِكِ وَلَدٌ حُرٌّ لَمْ يُؤَلَّفْ فِي الْكِتَابَةِ، وَلَمْ يُكَاتَبْ عَلَيْهِ، لَمْ يَرِثْهُ؛
لَأَنَّ الْمُكَاتَبَ لَمْ يُعْتَقْ حَتَّى مَاتَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتبين إذا لم يكن بينهم رحم، فإنهم حملاء بعضهم عن بعض، ولا تأثير في ذلك لكونهم لا رحم بينهم، فإن هذا حكم ذوى الأرحام وأشد، وإنما يؤثر ذلك في التراجع.

وأما اجتماعهم في الكتابة، فعلى حد واحد، لا بد أن يكون بعضهم حملاء عن بعض، ولا نقول: يجوز ذلك بينهم فقط، بل نقول: إن حكم الكتابة لا بد منه، خلافا للشافعي.

وقد تقدم ذكره، وإنما جاز ذلك بين أهل الكتابة لسيدهم؛ لأن ملكه ضمن ملكه مع كون العقد يلزمهم لزوماً واحداً. وقال في الموازية: ولو كاتب كل واحد على حدة، جاز أن يضم أحدهما إلى الآخر، ولكن لا يعتق أحدهما إلا بإذن الآخر. ووجه ذلك أنه إن انفرد عقد كل واحد منهما ثم ضمن كل واحد منهما صاحبه، فقد عاد إلى حكم العقد الواحد. وقد قال في الموازية: لا بأس أن يتحمل عبده بما على مكاتبه، ووجهه ما قدمناه.

مسألة: ولو كان عبدان لرجلين، أو ثلاثة أعبد لثلاثة رجال، ففي الموازية أنه قد اختلف في جمعهم في كتابة، فلم يجزه أشهب، قال: لأن كل عبد يتحمل لغير سيده بخصه لغير سيده في عبد، فهي كتابة متبعضة إلا أن يسقطوا حمالة بعضهم عن بعض، فيجوز، وعلى كل واحد بقدر ما يلزمه من الكتابة يوم عقدت.

قال أحمد بن ميسر: ليس كما احتج؛ لأن لكل واحد ثلث كل عبد، وإنما يقبض كل واحد عن ثلثه، ثلث الكتابة، فلا يقبض أحدهم عن غير ملكه شيئاً.

فصل: وقوله: «وإن مات أحدهم، وترك أكثر مما عليهم من الكتابة أدى عنهم جميع ما عليهم».

ووجه ذلك ما قدمناه من ضمان بعضهم عن بعض، فإذا مات أحدهم حلت النجوم كلها في حصته، فإذا وجد له مال أدى ذلك كله منه، وكان فضل المال للسيد، ولم يكن لمن معه في الكتابة شيء منه؛ لأنهم ليسوا بذوى أرحام له، وإنما اختلف في تراجع ذوى الأرحام.

القطاعة في الكتابة

١٤٩٣ - قال مالك: أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلْمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تُقَاطِعُ مَكَاتِبَهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ.

الشرح: قوله: «أن أم سلمة كانت تقاطع مكاتبيها بالذهب والورق»، والمقاطعة هو أن يجعل عتق المكاتب على شيء يقاطع عليه، معجل أو مؤجل، ويحتمل أن يكون فعل أم سلمة أصل الكتابة بالذهب، فيقاطعه بالذهب أو بالورق، فهذا اتفق العلماء على جوازه، إلا أنه قد روى عن ابن عمر: لا يقاطع المكاتب إلا بعوض. قال ابن القاسم: ولم يأخذ به الناس. قال الزهري: لا أعلم أحداً قاله غير ابن عمر.

وقال الشيخ أبو إسحاق: تأول بعض المتأولين في قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، أن ذلك قطاعة المكاتب على بعض ما عليه، وترك البعض له تعجيل العتق.

وأما إن كان بالذهب، فيقاطعه بذهب، فقد قال القاضي أبو محمد: إذا بيعت كتابة المكاتب والعبد، فيجوز أن يبيعه سيده كيف شاء، فينقله من ذهب إلى ورق، ومن ورق إلى ذهب، ومن عروض إلى عروض من جنسها ومن غير جنسها؛ لأن تقدير بيعها من العبد إنما هو ترك ما كتب عليه والعدول عنه إلى مال يعجل، وليس في قوله: «أن أم سلمة كانت تقاطع مكاتبيها بالذهب والورق»، ما يدل على أصل الكتابة.

وفي الموازية: لا بأس أن يقاطع المكاتب ويعجل عتقه بشيء، يعجله أو يؤخره، إلى أبعد من أجل الكتابة أو أقرب، كان طعاماً أو غيره.

وروجه ذلك ما قدمناه، ومن اشترى كتابة المكاتب، جاز أن يقاطعه بما يقاطعه به سيده، رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية.

قال مالك: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْمَكَاتِبِ يَكُونُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُقَاطِعَهُ عَلَى حِصَّتِهِ إِلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْعَبْدَ وَمَالَهُ بَيْنَهُمَا، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ شَيْئاً مِنْ مَالِهِ إِلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، وَلَوْ قَاطَعَهُ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ، ثُمَّ حَازَ ذَلِكَ، ثُمَّ مَاتَ الْمَكَاتِبُ، وَلَهُ مَالٌ أَوْ عَجْزٌ، لَمْ يَكُنْ

كتاب المكاتب ٣٧٧

لِمَنْ قَاطَعَهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا قَاطَعَهُ عَلَيْهِ، وَيَرْجِعَ حَقَّهُ فِي رَقَبَتِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من حكم الشريكين في المكاتب أن يتساويا في ماله على حسب ما كان اشتراكهما فيه، ولا يجوز لأحدهما أن يقاطعه على شيء ينفرد بتعجيله دون شريكه، إلا أن يأذن له فيه، فإن فعل وكملت مقاطعته له، صار ذلك رضا بما أخذه عن حصته في المكاتب.

فإن مات المكاتب على ما كان المتمسك أحق بجميعه، وكذلك إن عجز المكاتب، فإنه يكون أحق برقبته؛ لأن الذي قاطعه لم يبق له فيه شيء، وعتق المكاتب لا يتبعض، فكان المتمسك أحق بماله بعد موته وبرقبته بعد عجزه، والله أعلم. هذا معنى ما في الموطأ.

وفي الموازية: إن قبض المتمسك، مثل ما قبض الذي قاطعه، فلا حاجة للمتمسك في موته، إن لم يدع شيئاً ولا في عجزه؛ لأنهما في العجز يتساويان في رقبته.

وكذلك إن ترك الميت ما يأخذ منه المتمسك، مثل ما أخذ المقاطع، قال ابن المواز: لا اختلاف في هذا عن ابن القاسم وأشهب.

واختلف إذا عجز، ولم يقبض المتمسك إلا أقل من الآخر لاختلاف قول مالك فيه، فقال ابن القاسم: الخيار للمتمسك، إن شاء رجع بنصف الفضل على الآخر، أو تماسك بالبعد كله.

وقال أشهب، ورواه عن مالك، وعليه الرواية: له الرجوع بنصف الفضل، فإن اختار المتمسك بالبعد رجع الخيار للمقاطع، قاله محمد، وبصير كأنه قاطع بإذنه أو حكم به، فرضى.

وروى ابن مزين، عن عيسى، عن ابن القاسم: إن قاطعه أحدهما بغير إذن شريكه، فعجز، فرقته عند مالك، للذي تمسك بالرق خالصاً، إلا أن يشاء أن يأخذ بنصف ما يفضل به الذي قاطعه، وإن شاء ترك، وكان العبد خالصاً، وإن مات العبد، فميراثه للمتمسك إلا أن يكون الذي قاطع قد أخذ أكثر مما ترك العبد، فيرجع عليه، فيأخذ منه نصف ما يفضل به.

قال ابن مزين: غلط ابن القاسم في هذه الرواية عن مالك، وهي واضحة في رواية مطرف عن مالك. وقال يحيى بن يحيى: سألت ابن نافع وأخبرته بقول مالك، ورواية

٣٧٨ كتاب المكاتب

ابن القاسم، فقال: لست أعرف ما يقول عن قول مالك، وأرى أن يفسخ ويرجع إلى نصيبه من الرقبة إن عجز، أو من الميراث إن مات، على ما أحب شريكه أو كره.

قال ابن نافع: وليست حاله كحال من قاطع بإذن شريكه. قال يحيى بن إبراهيم: وهذا أصوب ما قيل فيه، وهو واضح في رواية مطرف عن مالك، فما كان خلاف هذه الرواية فوهم، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَلَكِنْ مَنْ قَاطَعَ مَكَاتِبًا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتِبُ، فَإِنْ أَحَبَّ الَّذِي قَاطَعَهُ أَنْ يَرُدَّ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ مِنَ الْقِطَاعَةِ، وَيَكُونَ عَلَى نَصِيْبِهِ مِنْ رَقَبَةِ الْمُكَاتِبِ، كَانَ ذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ، وَتَرَكَ مَالًا اسْتَوْفَى الَّذِي بَقِيََتْ لَهُ الْكِتَابَةُ حَقَّهُ الَّذِي بَقِيََ لَهُ عَلَى الْمُكَاتِبِ مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ كَانَ مَا بَقِيََ مِنْ مَالِ الْمُكَاتِبِ بَيْنَ الَّذِي قَاطَعَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا فِي الْمُكَاتِبِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَاطَعَهُ، وَتَمَسَكَ صَاحِبُهُ بِالْكِتَابَةِ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتِبُ قِيلَ لِلَّذِي قَاطَعَهُ: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَرُدَّ عَلَى صَاحِبِكَ نِصْفَ الَّذِي أَخَذْتَ، وَيَكُونَ الْعَبْدُ بَيْنَكُمَا شَطْرَيْنِ، وَإِنْ أَيْتَ، فَجَمِيعُ الْعَبْدِ لِلَّذِي تَمَسَكَ بِالرُّقِّ خَالِصًا.

الشرح: قوله: «ولكن من قاطع مكاتبًا بإذن شريكه، ثم عجز المكاتب، فإن للذي قاطعه أن يرد ما أخذ من القطاعة، ويكون على نصيبه من رقبة المكاتب» قال ابن القاسم: وله أن يسلم العبد كله إلى التمسك، وذلك أن شريكه لما أذن له في ذلك لم يكن له رجوع عليه فيما قبض بإذنه، ولكن الذي قاطعه إنما أخذ ذلك ليؤدي المكاتب ويعتق.

فإذا عجز، كان له أن يرجع في حصته منه وشاركه التمسك فيما أخذ، أو يتمسك بما أخذ، وسلم جميع العبد إلى شريكه، ولو لزمه ذلك للزمه العتق، وهذا إنما قبض الذي تمسك أقل مما قبض شريكه.

وأما إذا قبض مثل ذلك أو أكثر، ففي الموازية: العبد بينهما بنصفين، ومعنى ذلك أن شريكه قد أخذ مثل الذي أخذ هو، فلا حجة له عليه في التمسك، ولو أخذ صاحبه أكثر منه لم يرجع عليه الذي قاطع؛ لأنه قد رضی ببيع نصيبه بأقل مما كان عقد عليه الكتابة.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَكَاتِبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَقَاطِعُهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، ثُمَّ يَقْتَضِي الَّذِي تَمَسَّكَ بِالرَّقِّ مِثْلَ مَا قَاطَعَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، ثُمَّ يَعْجِزُ الْمَكَاتِبُ.

قال مالك: فهو بينهما؛ لأنه إنما اقتضى الذي له عليه، وإن اقتضى أقل مما أخذ الذي قاطعه ثم عجز المكاتب، فأحب الذي قاطعه أن يرد على صاحبه نصف ما يفضله به، ويكون العبد بينهما نصفين، فذلك له، وإن أوى، فجميع العبد للذي لم يقاطعه، وإن مات المكاتب، وترك مالا، فأحب الذي قاطعه أن يرد على صاحبه نصف ما يفضله به، ويكون الميراث بينهما، فذلك له، وإن كان الذي تمسك بالكتابة قد أخذ مثل ما قاطع عليه شريكه أو أفضل، فالميراث بينهما بقدر ملكيهما؛ لأنه إنما أخذ حقه.

الشرح: وهذا على ما تقدم أنه إن عجز قبض الذي تمسك مثل ما قبض صاحبه أو أكثر، فالعبد بينهما رقيقاً لهما، أو يسلم جميع العبد إلى المتمسك. وأما إذا مات المكاتب وقبض المتمسك مثل ما قبض شريكه أو أكثر، فالميراث بينهما، وإن قبض أقل، فللذي قاطع أن يرد على الآخر نصف ما فضله، ويكون الميراث بينهما، فذلك له.

ومعنى هذا أن يأخذ المتمسك من تركة العبد مثل ما فضل بصاحبه، ويكون الثاني بينهما بنصفين، ولا فرق بين هذا وبين ما فى الكتاب إلا فى الأعيان من الثياب والدواب والعبيد وغير ذلك، فإن لفظ الموطأ يقتضى أنه إن أحب الذى قاطع دفع نصف ما يقضى به ويكون له الأعيان.

وكذلك روى عيسى، عن ابن القاسم فى الموازية: أن المتمسك يستوفى بقية كتابته من مال المكاتب الذى توفى، ثم يقسمان الباقي، وكذلك فرق بين العجز والموت، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإن مات المكاتب وترك مالا استوفى منه المتمسك ما بقى له من الكتابة»، يريد أنه وإن استوفى منه فى الموت مثل الذى استوفى الذى قاطع وأكثر، فإنه يأخذ منه بقية ماله عليه من الكتابة، ثم يكون ما بقى بينهما بنصفين.

وأما فى العجز، فهو بخلاف الكتابة إذا استوفى منه مثل ما يستوفى الذى قاطع أو

أكثر، فليس للذي تمسك أكثر من ذلك، والعبد بينهما بنصفين، وذلك أن في العجز بقية رقبة المكاتب، وفي الموت قد ذهبت، فلذلك افترقا.

ولو ترك المكاتب أقل مما بقي عليه للمتمسك لم يكن له غيره، ولم يرجع على الذي قاطع بشيء مما أخذ له في النواذر. وهذا إذا قاطعه بعين فإن قاطعه بعرض أو حيوان، نظر إلى قيمته نقدًا يوم قبضه، وكان الأمر على ما تقدم، وإن كان ما قبض مكيلاً أو موزوناً رد مثله، ويرد صاحبه ما قبض، فكان بينهما.

مسألة: فلو مات المكاتب، وقد بقي للذي قاطع بعض حقه، كان له أن يأخذ مما بقي من القطاعة، وللآخر أن يأخذ ما بقي له من الكتابة، وإن عجز ماله عن ذلك تحاصبا فيه، لكل واحد منهما بما بقي من النواذر.

فصل: وقوله: «ولو عجز المكاتب، فللذي قاطعه أن يرد نصف ما أخذ، ويكون العبد بينهما نصفين أو يتماسك بما قبض ويكون العبد كله للمتمسك». ومعنى ذلك أن المتمسك لم يقبض منه شيئاً، فيكون للذي قاطع أن يرد نصف ما زاد أخذه على أخذ المتمسك، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتِبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَقَاطِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى نِصْفِ حَقِّهِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، ثُمَّ يَقْبِضُ الَّذِي تَمَسَّكَ بِالرُّقِّ أَقْلَ مِمَّا قَاطَعَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ، ثُمَّ يَعْجِزُ الْمُكَاتِبُ.

قال مالك: إن أحب الذي قاطع العبد أن يرد على صاحبه نصف ما يفضل به كان العبد بينهما شطرين، وإن أبي أن يرد، فللذي تمسك بالرق حصّة صاحبه الذي كان قاطع عليه المكاتب.

قال مالك: وتفسير ذلك أن العبد يكون بينهما شطرين، فيكاتبانه جميعاً، ثم يقاطع أحدهما المكاتب على نصف حقه بإذن صاحبه، وذلك الربع من جميع العبد، ثم يعجز المكاتب، فيقال للذي قاطعه: إن شئت فاردد على صاحبك نصف ما فضلت به ويكون العبد بينكما شطرين، وإن أبي كان للذي تمسك بالكتابة ربع صاحبه الذي قاطع المكاتب عليه خالصاً، وكان له نصف العبد، فذلك ثلاثة أرباع العبد، وكان للذي قاطع ربع العبد؛ لأنه أبي أن يرد ثمن ربعه الذي قاطع عليه.

الشرح: ومعنى ذلك أن أحد الشريكين قاطع المكاتب على نصف نصيبه، وهو ربع جميعه، وأبقى النصف الآخر من نصيبه على حكم الكتابة. قال مالك فى الموازية: فيبقى ثلاثة أرباع العبد على حكم الكتابة، وربعه على القطاعة، فهذا إن عجز، فللذى قاطعه أن يرد على صاحبه نصف ما فضله به، ويكون العبد بينهما بنصفين.

قال مالك فى الموازية: شاء المتمسك بالرق أو أبى؛ لأن هذا حكم الكتابة بعد العجز، إن رجعا ما كانا عليه قبل الكتابة، فإن أبى من ذلك، نفذ له ربع العبد. بما قاطع عليه إذا كان قاطع بإذن شريكه، وصار كأنه باع ذلك الربع من شريكه، فصار ثلاثة أرباع العبد لشريكه بالعجز، ولم يبق للذى قاطعه من حصته إلا ما بقى على حكم الكتابة، وهو الربع من العبد.

مسألة: ولو كان قبض المتمسك مثل ما قبض المقاطع، وذلك بأن يقاطعه الأول بمائة وأخذ المتمسك مائة، كان المقاطع بالخيار بين أن يسلم إلى المتمسك ما أخذه، ويكون له نصف العبد، وبين أن يأخذ المقاطع من المتمسك ثلث المائة التى قبض، ويسلم له ربع العبد، فيكون للمتمسك ثلاثة أرباعه، والذى قاطع ربعه، وكذلك إن قبض المتمسك مائتين، فللمقاطع أخذ ثلثها، وإن كره ذلك المتمسك، ويكون للذى قاطع ربع العبد.

وإن شاء أخذ منه خمسين، وكان العبد بينهما نصفين. قال محمد: معناه أن المقاطع لم يأخذ غير ما قاطع عليه، فكان حقه أن يأخذ الثلث من كل ما يقتضى؛ لأن له ربع المكاتب وللآخر نصفه، فإن شاء أخذ ذلك ثم له أن يختار التماسك بما قبض، ولا يكون له غير ربع العبد، وإن شاء أن يكون له نصف العبد رد فضل ما أخذ، إن كان عنده فضل، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمَكَاتِبِ يُقَاطِعُهُ سَيِّدُهُ، فَيَعْتِقُ، وَيَكْتُبُ عَلَيْهِ مَا بَقِيَ مِنْ قَطَاعَتِهِ دَيْنًا عَلَيْهِ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمَكَاتِبُ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ.

قال مالك: فإن سَيِّدَهُ لا يُحَاصُّ غُرْمَاءَهُ بِالَّذِي عَلَيْهِ مِنْ قَطَاعَتِهِ، وَلِغُرْمَائِهِ أَنْ يُدْعُوا عَلَيْهِ.

قال مالك: لَيْسَ لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يُقَاطِعَ سَيِّدَهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ ديونٌ لِلنَّاسِ فَيَعْتِقُ وَيَصِيرُ لا شَيْءَ لَهُ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الدَّيْنِ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ سَيِّدِهِ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِجَائِزٍ لَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال لأن السيد لا يحاص الغرماء، إنما قاطع عبده به؛ لأن

٣٨٢ كتاب المكاتب

ذلك بمعنى الكتابة، والكتابة لا يحاص بها الغرماء، فكذلك لا يحاص بالقطاعة؛ لأن أصل هذا الدين.

وإن كان تعلق بالذمة، فإنما تعلق بحكم الكتابة، وكذلك القطاعة حكم الهبة؛ لأنه ليس للعبد المكاتب أن يقاطع سيده، وعليه ديون تحيط بما في يده، كما لا يجوز له العتق والهبة في تلك الحال، وإن كان يجوز له المعاوضة المحضنة.

قال ابن المواز: لا يحاص به السيد في فلس ولا موت، وبه قال زيد بن ثابت وعطاء وابن المسيب والزهرى، وهو قول أبى حنيفة والشافعى. وقال شريح: يحاص سيده الغرماء، وبه قال النخعى والشعبى.

والدليل على ما نقوله ما قدمناه، والله أعلم.

قال مالك: الأمر عندنا فى الرجل يكاتب عبده، ثم يقاطعه بالذهب، فيضع عنه مما عليه من الكتابة على أن يعجل له ما قاطعه عليه، أنه ليس بذلك بأس، وإنما كره ذلك من كرهه؛ لأنه أنزله بمنزلة الدين يكون للرجل على الرجل، إلى أجل فيضع عنه وينقله، وليس هذا مثل الدين إنما كانت قطاعة المكاتب سيده على أن يعطيه مالا فى أن يتعجل العتق، فيجب له الميراث والشهادة والحدود، وتثبت له حرمة العتاق ولم يشتري دراهم بدراهم ولا ذهباً بذهب، وإنما مثل ذلك مثل رجل قال لغلामه: اتبني بكذا وكذا ديناراً، وأنت حر، فوضع عنه من ذلك، فقال: إن جئتني بأقل من ذلك، فأنت حر، فليس هذا ديناً ثابتاً، ولو كان ديناً ثابتاً لخاص به السيد غرماء المكاتب إذا مات أو أفلس فدخل معهم فى مال مكاتبه.

الشرح: وهذا على ما قال أن القطاعة تجوز بأقل مما كاتب عليه وأكثر على التعجيل من المؤجل، وتأجيل المعجل فى الطعام وغيره، خلافاً للشافعى فى قوله: لا يجوز ذلك فى أن يضع ويتعجل.

والدليل على ما قاله مالك من أنه ليست الكتابة بدين ثابت، وإنما هى معنى متعلق بالرقبة؛ لأنه إذا تعذر أداء الكتابة استرقت الرقبة، وتتقل بالقطاعة على تعجيل الكتابة إلى دين متعلق بالذمة على حسب ما قدمناه.

قال الشيخ أبو إسحاق: ويجوز بالنقد، واختلف فى النسيئة، والنقد أحب إلى.

وتعلق مالك، رحمه الله، فى ذلك بفصل آخر، وهو ما تقتضيه القطاعة من العتق المتضمن لأداء الشهادة والموارثة، وتعجيل تمام الحرية، ولذلك تأثير فى التصحيح.

* * *

جراح المكاتب

قال مالك: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي الْمَكَاتِبِ يَجْرَحُ الرَّجُلَ جَرْحًا يَقَعُ فِيهِ الْعَقْلُ عَلَيْهِ أَنَّ الْمَكَاتِبَ إِنْ قَوَى عَلَى أَنْ يُؤَدَّى عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرَحِ مَعَ كِتَابَتِهِ آدَاءً، وَكَانَ عَلَى كِتَابَتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَقْوَى عَلَى ذَلِكَ، فَقَدْ عَجَزَ عَنِ كِتَابَتِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يُبْغَى أَنْ يُؤَدَّى عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرَحِ قَبْلَ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ هُوَ عَجَزَ عَنِ آدَاءِ عَقْلِ ذَلِكَ الْجَرَحِ، خَيْرَ سَيِّدُهُ، فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُؤَدَّى عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرَحِ فَعَلَ، وَأَسْكَ غَلَامَهُ، وَصَارَ عَبْدًا مَمْلُوكًا، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُسَلَّمَ الْعَبْدَ إِلَى الْمَجْرُوحِ أَسْلَمَهُ، وَلَيْسَ عَلَى السَّيِّدِ أَكْثَرُ مِنْ أَنْ يُسَلَّمَ عَبْدَهُ.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْقَوْمِ يُكَاتِبُونَ جَمِيعًا فَيَجْرَحُ أَحَدُهُمْ جَرْحًا فِيهِ عَقْلٌ.

قال مالك: مَنْ جَرَحَ مِنْهُمْ جَرْحًا فِيهِ عَقْلٌ، قِيلَ لَهُ وَلِلَّذِينَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ آدُوا جَمِيعًا عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرَحِ، فَإِنْ آدُوا ثَبَتُوا عَلَى كِتَابَتِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدُّوا، فَقَدْ عَجَزُوا وَيُخَيَّرُ سَيِّدُهُمْ، فَإِنْ شَاءَ آدَى عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرَحِ، وَرَجَعُوا عِبِيدًا لَهُ جَمِيعًا، وَإِنْ شَاءَ أَسْلَمَ الْجَارِحَ وَحْدَهُ، وَرَجَعَ الْآخَرُونَ عِبِيدًا لَهُ جَمِيعًا بَعَجَزِهِمْ عَنِ آدَاءِ عَقْلِ ذَلِكَ الْجَرَحِ الَّذِي جَرَحَ صَاحِبُهُمْ.

الشرح: وهذا على ما قال مالك، وذلك أن عقل الجرح مقدم على ملك العبد؛ لأن العبد قبل الكتابة لو جنى لسلم السيد أن يؤدي أورش الجناية أو يسلمه، فكذلك بعد الكتابة، وملك السيد لعبد قبل الكتابة أثبت من حكم الكتابة الذى لم يتقرر بعد، ولا يتقرر إلا بالأداء أو العتق، فإن اقتدى العبد نفسه، فهو على كتابته.

وإن عجز، رق؛ لأنه قد عجز عن أداء الكتابة لعجزه عما هو مقدم على الكتابة، وذلك يقتضى رجوعه إلى حكم الرق المحض، ثم يكون لسيدته أن يفتديه بأورش الجناية أو يسلمه على ما تقدم.

٣٨٤ كتاب المكاتب

مسألة: ولو كوتب عبدان كتابة واحدة، فجنى أحدهما وعجز عن أرش الجناية، فأدى صاحبه حين خاف العجز، ثم عتقا بسعائتهما، فإنه يتبعه بأرش الجناية التي أدى عنه إن كان مما لا يعتق عليه بالملك.

قال عيسى: وإن كان ممن يعتق عليه، ففي العتبية من رواية أشهب [.....] (١).

ووجه ذلك أنه مال يعتقان فيه ويسترقان بالعجز عنه، فحائز أن يرجع به على الأجنبي كالكتابة.

مسألة: وإن جرح أحدهما صاحبه خطأ، وهما أجنبيان قيل للجراح: اعقل ما جنيت وتبقيان على كتابتكما، ويحتسب بذلك مما عليكما من آخر نجومكما، ويتبع المحروح الجراح بنصف عقل الجرح إن كانا متساويين في الكتابة، وإن اختلفت أحوالهما في الكتابة رجع إليه بقدر ما ينوب الجراح من ذلك؛ لأن أرش الجرح تأدى عنهما وعتقا به.

فرع: فإن عجز الجراح عن أداء الأرش، وخاف المحروح أن يعجز بعجزه، فأدى الأرش كله، أو أدى منه بقدر ما ينوبه من الكتابة اتبعه إذا عتقا بجميع أرش الجناية؛ لأنهما إذا اعتدلا في الغرم، فكأنهما إنما أديا الكتابة، وبقي أرش الجناية على الجاني، وهذا إذا أدى عنه بعض الجناية.

وأما إن أدى جميعها، فإنه يرجع عليه بأرش الجناية، ويوفى ما يصيبه منها بعد ذلك؛ لأنه لو أسلف الجاني أجنبي أرش الجناية لرجع عليه بذلك القدر، ورجع عليه المجنى بقدر ما ينوبه في الكتابة منها؛ لأنه أدى عنه ذلك القدر من الكتابة من حق يختص به، فكان له الرجوع به عليه، والله أعلم.

ولو كان الجاني أبا المجنى عليه أو بعض من يعتق عليه لم يرجع عليه بشيء، رواه كله عيسى، عن ابن القاسم في المدنية.

فرق: ولو جنى أحد الأخوين على أجنبي، فأدى الثاني أرش الجناية حين خاف أن يعجز بعجز أخيه عن أرش الجناية، فإنه يرجع على أخيه بما أدى عنه.

قال ابن القاسم: والفرق بينهما أن هذا المال تأدى إلى أجنبي، ولم يتأد في شيء مما يعتقان به، وإذا جنى أحدهما على صاحبه، ثم أدى المجنى عليه لم يرجع على أخيه؛ لأنهما يعتقان.

(١) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل.

وروى ابن مزين عن أصبغ أن ابن القاسم رجع عن ذلك، وقال: لا يرجع عليه بشيء مما أدى عنه من أرش الجناية على الأجنبي؛ لأنه افتكه به من الملك كما لو اشتراه، وهو مكاتب، فعتق عليه ولم يتبعه بشيء.

وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: أنه إذا عجز الجاني عن أداء أرش الجناية، فأداه عنه صاحبه، فإنه يرجع عليه صاحبه، وإن كان ممن يعتق عليه بخلاف الكتابة.

قال مالك: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن المكاتب إذا أصيب بحرح يكون له فيه عقل، أو أصيب أحد من ولد المكاتب الذين معه في كتابته، فإن عقلهم عقل العبيد في قيمتهم، وأن ما أخذ لهم من عقليهم، يذفع إلى سيدهم الذي له الكتابة، ويحسب ذلك للمكاتب في آخر كتابته، فيوضع عنه ما أخذ سيده من دية جرحه.

قال مالك: وتفسير ذلك أنه كأنه كاتبه على ثلاثة آلاف درهم، وكان دية جرحه الذي أخذ سيده ألف درهم، فإن أدى المكاتب إلى سيده ألفي درهم، فهو حر، وإن كان الذي بقي عليه من كتابته ألف درهم، وكان الذي أخذ من دية جرحه ألف درهم، فقد عتق، وإن كان عقل جرحه أكثر مما بقي على المكاتب، أخذ سيده المكاتب ما بقي من كتابته، وعتق، وكان ما فضل بعد أداء كتابته للمكاتب، ولا ينبغي أن يذفع إلى المكاتب شيء من دية جرحه، فيأكله ويستهلكه، فإن عجز رجع إلى سيده أعور أو مقطوع اليد أو معضوب الجسد، وإنما كاتبه سيده على ماله وكسبه، ولم يكتبه على أن يأخذ ثمن ولديه، ولا ما أصيب من عقل جسده، فيأكله ويستهلكه، ولكن عقل جراحات المكاتب وولديه الذين ولدوا في كتابته أو كاتب عليهم يذفع إلى سيده، ويحسب ذلك له في آخر كتابته.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب إذا جنى عليه أو على من معه في الكتابة، أن عقل جرحه عقل جرح عبد.

٣٨٦ كتاب المكاتب

وروجه ذلك أنه عبد ما بقى عليه درهم، قال: ويدفع ذلك العقل إلى سيده؛ لأنه عوض عن بعض المكاتب لثلاث يفوت الذى تلف بالجنابة، ويحال بينه وبين العوض منه؛ لأن ذلك يؤدى إلى رجوع العبد إليه بالعجز ناقصاً، وقد فات العوض، فوجب أن يدفع إليه.

فصل: وقوله: «ويحتسب له به فى آخر كتابته»، يريد فيما يتم عتقه به؛ لأنه لو احتسب له فى أول نجم، وفيما لا يتم عتقه به من عبده لأدى ذلك إلى ما قدمناه؛ لأن دفع ذلك إليه فى أول نجم دفع عما ليس بعوض عنه؛ لأن الكتابة لما كانت لا تتبع بعض لا يكون عوضاً من جميعها إلى الدفعة التى يتم العتق بها.

وأما ما يؤدى له المكاتب قبل ذلك، فنوع من الغلة؛ لأنه إن عجز عن آخر نجم ورجع رقيقاً، بطل ذلك كله، وكان ذلك بمنزلة من عجز ولم يعط شيئاً، فإذا أداه عن أول نجم رجع إليه المكاتب لعجزه ناقصاً ببعض الجنابة، وحكماً لما قبض من نجومه بحكم الغلة، فقد أخذ غلة عبده عوضاً عن جزء قد ذهب منه، وذلك غير جائز كما لو لم يكاتبه.

فصل: وقوله: «وإن كان عقل الجرح أكثر مما بقى عليه من الكتابة أخذ السيد من ذلك بقية كتابته وعتق العبد، ودفع إليه الفضل».

وروجه ذلك أن عقل الجرح إذا كان فيه أداء الكتابة عجل للسيد أدائه، وإن كانت النجوم لم تحمل؛ لأنه لو لم يكن فيه أداء احتسب له فى آخر نجم، فإذا كان فيه وفاء عجل له الأداء لأنه يتعجل به العتق؛ ولأنه لما كان عوضاً من عين العبد، ولم يجز تسليمه إلى العبد لثلاث يفوت لم يرجع إلى السيد ناقصاً.

وكان تعجيل دفعه إلى السيد تعجيل عتق المكاتب لزم ذلك؛ لأنه لا حق للعبد فى تأخيرها، بخلاف مال المكاتب؛ فإنه لا يعجل للسيد قبل حلول النجوم؛ لأن ذلك ليس بعوض عن عين المكاتب، ولأن للمكاتب حقاً فى تصريفه والانتفاع به إلى أن تحمل نجوم كتابته، فافتراقاً من هذا الوجه، والله أعلم وأحكم.

* * *

بيع المكاتب

قال مالك: **إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي مُكَاتِبَ الرَّجُلِ، أَنَّهُ لَا يَبِيعُهُ إِذَا**

كَانَ كَاتِبُهُ بَدَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ إِلَّا بَعَرَضٍ مِّنَ الْعُرُوضِ يُعَجِّلُهُ وَلَا يُؤَخِّرُهُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أُخِرَ كَانَ دَيْنًا بَدَيْنٍ، وَقَدْ نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ. قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ بَعَرَضٍ مِّنَ الْعُرُوضِ مِنَ الْإِبِلِ أَوْ الْبَقَرِ أَوْ الْغَنَمِ أَوْ الرَّقِيقِ، فَإِنَّهُ يَصْلُحُ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ عَرَضٍ مُخَالَفٍ لِلْعُرُوضِ الَّتِي كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ عَلَيْهَا، يُعَجِّلُ ذَلِكَ وَلَا يُؤَخِّرُهُ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أنه يجوز بيع كتابة المكاتب، خلافاً لربيعه وعبدالعزیز بن أبی سلمة وأبی حنیفة والشافعی فی منعهم ذلك.

والدلیل علی ما نقوله أن هذا عقد معاوضة، فلم يمنع صحتها ما فيه من العتق كما لو اشترى عبداً للعتق، وهذا إذا باع السيد جميع الكتابة.

وأما إذا باع جزءاً منها، ففي جواز ذلك روايتان عن مالك، إحداهما: المنع، والأخرى: الجواز، قاله القاضي أبو محمد وغيره.

وجه رواية الجواز، وهي في العتبية عن ابن القاسم وأشهب، أن هذا مبيع مقصود في نفسه يجوز بيع جميعه، فجاز بيع جزء منه كسائر المبيعات.

وجه رواية المنع، أن ذلك يؤدي إلى أن يؤدي المكاتب كتابته أدايين مختلفين، أحدهما: إلى سيده بعقد كتابته، والثاني: إلى امتناع الجزء لحق ابتياعه، وذلك غير جائز، ولذلك لا يجوز أن يكاتب الرجل نصف عبده لحق الكتابة، ويؤدي النصف الآخر من الخراج بحق الملك.

مسألة: وإن كان المكاتب لشريكين، لم يكن لأحدهما بيع حصته دون شريكه، قاله مالك في العتبية والموازية. قال في العتبية: وإن أذن في ذلك شريكه إلا أن يبيعه جميعاً.

قال ابن القاسم: وكذلك المكاتب لا يشتري نصيب أحد الشريكين فيه إلا أن يشتري جميعه. قال عبدالمالك في الموازية: أما من المكاتب، فلا يجوز إلا برضا شريكه، وأما من غيره فيجوز، وإن كره شريكه.

وجه رواية الجواز أنها معاوضة مقصودة تجوز في جميع العبد، فجازت في بعضه كالبيع والإجارة.

ووجه الرواية الثانية ما قدمناه أيضًا. وأما من العبد نفسه، فقد قال محمد: إنها كالقناعة.

فصل: وقوله: «إذا كاتبه بدنانير ودراهم، فلا يبيعها إلا بعرض معجل لا يتأخر»، لأنه يدخله الكالئ بالكالئ، وإن كانت الكتابة بعرض من إبل ورقيق، جاز أن يبيعه بذهب أو فضة أو عرض مخالف له يعجل ذلك، ولا يؤخره لما قدمناه، ولا يجوز بيعها، وهي ذهب بورق؛ لأنه يدخله ذهب بورق إلى أجل ولا يبيعها، وهي عرض بعرض من جنسه أكثر منه إلى أجل؛ لأنه يدخله الزيادة مع النساء في الجنس، وذلك ممنوع.

قال القاضي أبو محمد: وهذا إذا باع الكتابة من غير العبد، فأما إذا باعها من العبد نفسه، فذلك جائز من كل وجه، فينقله من ذهب إلى ورق ومن عرض إلى جنسه أكثر منه وأقل؛ لأنه لم ينقل شيئاً من ذمة إلى ذمة، وإنما ترك ما عامله عليه وعدل عنه، والله أعلم.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن أدى المكاتب عتق، وولاؤه للذئ عقد الكتابة ثم باعه، وبهذا قال مالك. وقال الشافعي: وولاؤه للمشتري، وبه قال عطاء والنخعي وابن حنبل.

والدليل على ما نقوله، قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»، والذي أعتق هو الذي عقد الكتابة، وذلك لا ينقض إلا بالعجز والبيع لم يتعلق إلا بما عليه دون الولاء.

وما روى أن عائشة اشترت بريرة، وجاءت تستعينها في كتابتها، ثم ثبت الولاء لها، فذلك محمول على أنها عجزت فاشترتها بعد العجز، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الكتابة، وأما بيع الكتابة، فلا يجوز، وبه قال الشافعي في أحد قوليه، وبه قال أبو حنيفة، وقال الزهري وربيعة: إن كان بإذن المكاتب جاز، ولا يجوز مع عدم إذنه.

وقال عيسى عن ابن القاسم: من باع مكاتبه رد إلا أن يعتقه المبتاع، فيمضى، وكذلك إن مات عنده ضمنه، ولا يرجع على البائع بشيء، ولا على البائع أن يجعل شيئاً مما أخذ في رقبته بخلاف المدبر يبيعه ثم يفوت بموت.

والدليل على ما نقوله أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته، قال: فإن بقى على الكتابة وانتقل الولاء إلى المشتري بالبيع، فهو بيع الولاء، وإن رق لم يجز استرقاق دون عجز عن الإداء، وذلك لا يجوز بإذن المكاتب ولا بإذن غيره.

قال مالك: أحسن ما سمعتُ في المُكاتبِ أنه إذا بيعَ كانَ أحقَّ بِاشْتِراءِ كِتابَتِهِ مِمَّنِ اشْتَرَاهَا إِذَا قَوِيَ أَنْ يُودَى إِلَى سَيِّدِهِ الثَّمَنَ الَّذِي بَاعَهُ بِهِ نَقْدًا، وَذَلِكَ أَنَّ اشْتِراءَهُ نَفْسَهُ عِتَاقَةٌ وَأَنَّ العِتَاقَةَ تُبَدَأُ عَلَيَّ مَا كَانَ مَعَهَا مِنَ الوَصَايَا، وَإِنْ بَاعَ بَعْضُ مَنْ كَاتَبَ المُكاتبَ نَصِيْبَهُ مِنْهُ، فَبَاعَ نِصْفَ المُكاتبِ أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبْعَهُ أَوْ سَهْمًا مِنْ أَسْهُمِ المُكاتبِ، فَلَيْسَ لِلْمُكاتبِ فِيما يَبِيعُ مِنْهُ شُفْعَةٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ القِطَاعَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُقَاطِعَ بَعْضَ مَنْ كَاتَبَهُ إِلا بِإِذْنِ شُرَكَائِهِ، وَأَنَّ ما يَبِيعُ مِنْهُ لَيْسَتْ لَهُ بِهِ حُرْمَةٌ تَامَّةٌ، وَأَنَّ مالَهُ مُحْجُورٌ عَنْهُ، وَأَنَّ اشْتِراءَهُ بَعْضُهُ يُخَافُ عَلَيْهِ مِنْهُ العَجْزُ لِمَا يَذْهَبُ مِنْ مالِهِ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ اشْتِراءِ المُكاتبِ نَفْسَهُ كَامِلًا إِلا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مَنْ بَقِيَ لَهُ فِيهِ كِتابَةٌ، فَإِنْ أَذِنُوا لَهُ، كَانَ أَحقَّ بِما يَبِيعُ مِنْهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب أحق بشراء كتابته إذا اشتراه غيره بمثل ذلك الثمن، وليس ذلك من باب الشفعة، ولكنه من باب ما تعلق به مالك، رحمه الله، من أن العتق مقدم على الملك والمكاتب إذا اشترى كتابته عتق بنفس الشراء، فكان ذلك أولى من اشتراء غيره له، فإن ذلك الشراء ربما أدى إلى تملك واسترقاق.

فأما إن بيعت بعض كتابته، فلا يكون أحق بها؛ لأن شراء بعض كتابته لا يؤدي إلى عتقه. ووجه آخر وهو أن العتق مبنى على التغليب والسراية، فإذا اجتمع التملك عند ابتدائها كان العتق أولى.

فرع: وهذا يجري عندي مجرى التملك، فإن قام بذلك المكاتب عند بيع كتابته كان له ذلك إلى أن يوقف، فيتترك ذلك أو يشرع في أداء النجوم، ولم أر فيه نصًّا، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: لا يَجِلُّ بَيْعُ نَجْمٍ مِنْ نُجُومِ المُكاتبِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ عَرَرٌ، إِنْ عَجَزَ المُكاتبُ، بَطَلَ ما عَلَيْهِ، وَإِنْ ماتَ أَوْ أَفْلَسَ، وَعَلَيْهِ دِيُونُ لِلنَّاسِ، لَمْ يَأْخُذِ الَّذِي اشْتَرَى نَجْمَهُ بِحِصَّتِهِ مَعَ غُرْمائِهِ شَيْئًا، وَإِنما الَّذِي يَشْتَرِي نَجْمًا مِنْ نُجُومِ المُكاتبِ، بِمَنْزِلَةِ سَيِّدِ المُكاتبِ فَسَيِّدُ المُكاتبِ لا يُحاصُّ بِكِتابَةِ غُلامِهِ غُرْماءَ المُكاتبِ، وَكَذَلِكَ الجِراحُ أَيْضًا يَجْتَمِعُ لَهُ عَلَى غُلامِهِ، فَلا يُحاصُّ بِما اجْتَمَعَ لَهُ مِنَ الجِراحِ غُرْماءَ غُلامِهِ.

قال مالك: لا بأس بأن يشتري المكاتب كتابته بعرض أو بعين أو عرض مخالفاً لما كُتِبَ به من العين أو العرض أو غير مخالفاً مُعَجَّلٍ أو مُؤَخَّرٍ.

الشرح: قوله: «لا يحل بيع نجم من نجوم المكاتب»، يريد نجماً معيناً لما فيه من الغرر؛ لأنه إن كان النجم الذي باعه أول نجم فقبضه ثم عجز المكاتب، رق جميعه، وبطل حكم ذلك النجم، وإن اشترى الثاني ربما عجز العبد قبله، فلا يدرى ما يصير إليه.

وأما إن اشترى نجماً غير معين، فإنه يجوز، قاله مالك وابن القاسم وأشهب في العتبية، قالوا: لأن بيعه نجماً غير معين يرجع إلى بيع جزء من الكتابة، وذلك جائز على رواية الإجازة، وهي الأظهر من قول أصحابنا. وأما على رواية المنع من بيع الجزء، فيجب أن لا يجوز بيع نجم غير معين، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتِبِ يَهْلِكُ، وَيَتْرُكُ أُمًَّ وَوَلَدًا لَهُ صِغَارًا مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا، فَلَا يَقْرُونَ عَلَى السَّعْيِ، وَيُخَافُ عَلَيْهِمُ الْعَجْزُ عَنْ كِتَابَتِهِمْ، قَالَ: تَبَاعُ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ إِذَا كَانَ فِي ثَمَنِهَا مَا يُؤَدِّي بِهِ عَنْهُمْ جَمِيعُ كِتَابَتِهِمْ، أُمَّهُمْ كَانَتْ أَوْ غَيْرَ أُمَّهُمْ، يُؤَدِّي عَنْهُمْ، وَيَعْتَقُونَ؛ لِأَنَّ آبَاءَهُمْ كَانَ لَا يَمْنَعُ بَيْعَهَا إِذَا خَافَ الْعَجْزَ عَنْ كِتَابَتِهِ، فَهَوْلَاءُ إِذَا خِيفَ عَلَيْهِمُ الْعَجْزُ بَيْعَتْ أُمُّ وَلَدِ أَبِيهِمْ، فَيُؤَدِّي عَنْهُمْ ثَمَنُهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ثَمَنِهَا مَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ، وَلَمْ تَقْوِ هِيَ وَلَا هُمْ عَلَى السَّعْيِ رَجَعُوا جَمِيعًا رَقِيقًا لِسَيِّدِهِمْ.

الشرح: قوله: «في المكاتب يهلك ويترك أم ولد، وولداً له صغاراً له منها، أو من غيرها، فلا يقدر على السعي، تباع أم الولد إذا كان يتها من ثمنها جميع الكتابة»، على ما قاله. والمكاتب إذا ترك أم ولد، لا يخلو أن يكون لها ولداً أو لا يكون لها ولد، فإن لم يكن لها ولد، لم تستسع ولم تعتق، وإن ترك أضعاف الكتابة؛ لأنها لم تعتقد عليها كتابة، فإنما هي بمنزلة مال المكاتب يصير إلى السيد بموته.

مسألة: فإن كان معها ولد صغير منها أو من غيرها، يخاف عليهم العجز لضعفهم عن السعي يبعث أم الولد.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنها بمنزلة مال أبيهم، فلذلك لم يثبت لها حكم الكتابة، فتعتق بالأداء، وإنما أثبت لها حكم المال، ولذلك يجوز للمكاتب أن يبيعه إذا خاف

كتاب المكاتب ٣٩١
العجز، وذلك يقتضى أن يؤدى منها الكتابة، فيعتق بذلك من ثبت له حكم الكتابة به،
وشارك فيها من عقدها، والله أعلم.

مسألة: ولو ترك المكاتب مالا تؤدى منه الكتابة، عتق جميعهم. وروى سحنون عن
ابن القاسم فى العتبية: لا يرجع عليها ولد المكاتب بشىء، وإن لم تكن أمهم.
ووجه ذلك أن أم الولد لا تباع لغير ضرورة، وإنما تباع للضرورة، وخوف العجز،
وإذا انتفى ذلك بإمكان الأداء، فلا بد أن يعتق.

وإنما تعتق على المكاتب، فلا يرجع عليها بشىء مما عتقت به؛ لأن المكاتب إذا
عتقت عليه أم ولده لم يرجع عليها بشىء، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن مات المكاتب عن أم ولد وأب وأخ فى الكتابة، فقد قال ابن القاسم فى
الموازية: هى رقيق للأب، وإن ترك وفاء بالكتابة. وقال أشهب: إن ترك وفاء عتقت مع
الأب والأخ، وإن لم يترك وفاء رقت ولا تعتق فى سعيها بعد ذلك ولا تسعى هى إلا
مع الولد.

فصل: وقوله: «فإذا لم يكن فى ثمنها ما يؤدى عنهم ولم تقو هى ولا هم على
السعى، رجعوا رقيقاً لسيدهم»، يريد أن ولد المكاتب يرقون إذا لم يمكنهم الأداء بما
يخلفه أبوهم ولا بسعيهم، يريد أنه ليس فى ثمنها ما يؤدى عنهم حتى يبلغ السعى.

وأما إن كان فى ثمنهم ما يؤدى عنهم حتى يبلغوا السعى، ففى الموازية عن عيسى:
تباع ويؤدى عنهم من ثمنها نجومهم حتى يبلغوا السعى، فإن أدوا عتقوا، وإن عجزوا
رقوا.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع: لا تباع لهم إلا أن يكون فى ثمنها إن بيعت ما
يعتقون به.

وجه القول الأول أنها مال للمكاتب، فجاز أن تباع فى الأداء عن بنه كما لو كان
فى ثمنها ما يعتقون به؛ ولأن كل ما يباع فى أداء جميع ما عليهم بيعت فى أداء بعض
ما عليهم كسائر أمواله ورقيقه.

ووجه القول الثانى أن هذه يلحقها العتق وتعتق مع الولد، فلا تباع مع السلامة
كسائر من انعقد له الكتابة.

قال مالك: الأمر عندنا فى الذى يتناع كِتَابَةَ الْمُكَاتِبِ، ثُمَّ يَهْلِكُ الْمُكَاتِبُ قَبْلَ

٣٩٢ كتاب المكاتب

أَنْ يُؤَدَّى كِتَابَتُهُ أَنَّهُ يَرْتُهُ الَّذِي اشْتَرَى كِتَابَتَهُ، وَإِنْ عَجَزَ، فَلَهُ رَقَبَتُهُ، وَإِنْ أَدَّى
الْمُكَاتَبُ كِتَابَتَهُ إِلَى الَّذِي اشْتَرَاهَا، وَعَتَقَ، فَوَلَاؤُهُ لِلَّذِي عَقَدَ كِتَابَتَهُ، لَيْسَ لِلَّذِي
اشْتَرَى كِتَابَتَهُ مِنْ وَلَايِهِ شَيْءٌ.

الشرح: قوله: «فيمن اشترى كتابة المكاتب ثم مات أنه يرث»، يريد أنه أحق بماله
ليس على وجه الميراث؛ لأن الرق ينافي التوارث، ولكن بمعنى استحقاق السيد مال
عبده، ولو عجز المكاتب لكانت رقبته لمن اشتراه؛ لأنه لا خلاف أنه يسترق بالعجز،
ولا يجوز أن يسترقه بائع الكتابة؛ لأنه لا يجتمع له الثمن ورقبة العبد.

فصل: وقوله: «وإن أدى المكاتب كتابة إلى الذي اشتراه وعتق فولأؤه للذي عقد
الكتابة»، خلافاً للشافعي في قوله: الولاء للمشتري، وبه قال ابن حنبل والنخعي.

ومعنى ذلك أن المكاتب إنما عتق بالعتق الذي تضمنه عقد الكتابة، وقد ثبت الولاء
لمن أعتقه لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «وإنما الولاء لمن أعتق».

وأما ما روى عن النبي ﷺ: «وإنما الولاء لمن أعطى الورق» وأن ذلك في قصة
بعينها كان فيها المعتق هو الذي أعطى الورق، ويحتمل أن يخرج على الغالب، فإن
غالب الحال أن المعتق هو معطى الورق.

وأما من يشتري الكتابة وتتأدى إليه، فقليل نادر، فكان ذلك على سبيل التفريق، لا
على سبيل التعليق، وكان قوله: «إنما الولاء لمن أعتق» على وجه التعليق فيه بتعليق
الحكم، فعلى هذا أن المشتري للكتابة إنما يشتري ما على المكاتب من الكتابة، وإنما
يسترق العبد لعجزه عن أداء ما اشترى.

فلو ابتداء أعتقه بعد عجزه واسترقاقه لبطل حكم ما تقدم من الكتابة، وكان ولاؤه
بالتق الثاني للمشتري، والله أعلم وأحكم.

* * *

سعى المكاتب

١٤٩٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَّارٍ سُبَيْلًا عَنْ رَجُلٍ
كَاتَبَ عَلَى نَفْسِهِ، وَعَلَى بَيْنِهِ، ثُمَّ مَاتَ، هَلْ يَسْعَى بَنُو الْمُكَاتَبِ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِمْ أَمْ

هُم عَيْدٌ؟ فَقَالَا: بَلْ يَسْعَوْنَ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِمْ، وَلَا يُوضَعُ عَنْهُمْ لِمَوْتِ أَبِيهِمْ شَيْءٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا لَا يُطِيقُونَ السَّعْيَ، لَمْ يُتَنظَرْ بِهِمْ أَنْ يَكْبُرُوا، وَكَانُوا رَقِيقًا لِسَيِّدِ أَبِيهِمْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُكَاتَبُ تَرَكَ مَا يُؤَدِّي بِهِ عَنْهُمْ نُجُومَهُمْ إِلَى أَنْ يَتَكَلَّفُوا السَّعْيَ، فَإِنْ كَانَ فِيمَا تَرَكَ مَا يُؤَدِّي عَنْهُمْ أُدِيَ ذَلِكَ عَنْهُمْ، وَتُرِكَوا عَلَى حَالِهِمْ حَتَّى يَبْلُغُوا السَّعْيَ، فَإِنْ أَدَوْا عَتَقُوا، وَإِنْ عَجَزُوا رَقُّوا.

الشرح: قوله: «في المكاتب يموت وله بنون أنه لا يحط عنهم شيء من الكتابة التي لزمتم أباهم ويسعون في أداء ذلك كله»، يقتضى أن الكتابة على حكم الجمالة، يحملها المكاتبون بعضهم عن بعض، فمن ثبت له حكم الكتابة، ثبت له وعليه حكم الجمالة، فلا يعتق أحد من شركائه في الكتابة إلا بعثقه، ويؤدى عنمن عجز من أهل الكتابة ما عجز عنه لموت أو عجز عن سعاية.

فمن مات من أهل الكتابة أدى عنهم ما كان ينويه من الكتابة من شركه فيها، ولو استحق أحد المكاتبين بحرية سقط عن الباقي بقدر ما ينويه من الكتابة.

والفرق بينه وبين من يموت، أن من مات قد لزمته الكتابة وتعلقت به تعلق حقيقة، وأما المستحق بحرية، فلم يكن شيء من ذلك لازماً له، ولا متعلقاً به، فلم يضمن سائر من كان معه في الكتابة ما ينويه منها؛ لأنه لم يلزمه شيء منه بعقد الكتابة.

فصل: وقوله: «وإن كانوا صغاراً لا يطيقون السعى لم ينتظر بهم أن يكبروا»، يريد إذا لم يترك أبوهم ما يؤدى به الكتابة أو يؤدى به نجومها إلى أن يبلغوا السعى، فإن ترك ما يؤدى عنهم إلى أن يبلغوا السعى أدى عنهم، وانتظر بهم ذلك، فإن أدوا بسعيهم عتقوا، وإن عجزوا رققوا.

ووجه ذلك أن المكاتب المتوفى كان أيضاً ضامناً له ما على بنيه وغيرهم من الكتابة بحق مشاركته لهم فيها، فإذا ترك ما يؤدى عنهم وعجزوا هم، كان ذلك فى ماله الذى تركه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَمُوتُ، وَيَتْرُكُ مَا لَا لَيْسَ فِيهِ وَقَاءُ الْكِتَابَةِ، وَيَتْرُكُ وَكَلْدًا مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ وَأُمُّ وَكَلْدٍ، فَأَرَادَتْ أُمُّ وَكَلْدٍ أَنْ تَسْعَى عَلَيْهِمْ: إِنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهَا الْمَالُ إِذَا كَانَتْ مَأْمُونَةً عَلَى ذَلِكَ قَوِيَّةً عَلَى السَّعْيِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَوِيَّةً عَلَى السَّعْيِ، وَلَا

٣٩٤ كتاب المكاتب
مَأْمُونَةٌ عَلَى الْمَالِ، لَمْ تُعْطَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، وَرَجَعَتْ هِيَ وَوَلَدُ الْمُكَاتِبِ رَقِيقًا
لِسَيِّدِ الْمُكَاتِبِ.

الشرح: ومعنى ذلك أن أم ولد المكاتب إذا مات عنها وعن ولد منها أو من غيرها، فأرادت السعى عليهم، فذلك لهم ويسعون بسعيها؛ لأن ولده بمنزلته، قد باشرته الكتابة كما باشرته، وأم الولد لها حكم المال، فإن أمكن الأداء عنهم بسعيها، فهي بمنزلة غلة مال المكاتب، يتأدى منها نجومهم.

وإذا لم يخلف المكاتب ولدًا، فلا سبيل لها إلى السعى، ولا إلى العتق، ولو ترك المكاتب مالاً كثيراً أو لم يترك من يقوم بالكتابة ممن هو من أهلها، فجميع المال لسيدته، وأم الولد من ماله فتعود إلى رق سيده مع سائر ماله، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وإن لم تكن قوية على السعى ولا مأمونة على المال، لم تعط شيئاً من ذلك، ورجعت هي وولدها المكاتب رقيقاً»، يريد أنها إذا لم يكن فى سعيها ما يتأدى منه النجوم أو كانت قوية على السعى ولم تكن مأمونة عليه، ولم يكن فى المال ما تتأدى منه الكتابة أو يتأدى من نجومها ما يبلغون به السعى دفع المال كله إلى السيد ورق وأم الولد.

ولو كان فيه وفاء نجومهم إلى أن يبلغوا السعى مع عجزهم وعجز أم الولد عن ذلك دفع المال إلى السيد فحسب فى أول نجومهم، ثم إذا بلغوا السعى أدوا بسعيهم أو رقوا لعجزهم.

مسألة: ولو مات المكاتب عن أم ولده، وقد كوتب معه غيره ممن ليس بولد له، فأدوا الكتابة، ففي الموازية من رواية يحيى بن يحيى عن مالك: لا تعتق أم ولد المكاتب فى كتابته بعد موته إلا مع ولده أو ولد ولده.

قال عيسى: كان منها أو من غيرها، ممن معه فى الكتابة، وأما بيع غيرهم من ولد وأخ، فلا تعتق بعنتهم. وقاله عيسى.

ومعنى ذلك أن الولد بعض المكاتب، فكان لأم ولد أبيهم معهم حكمها مع أبيهم، ولما كانت تعتق بعنت المكاتب، وإن كانت مالاً له، فكذلك مع ولده، وأما من ليس بولد، فإنه لا يعتق عليه على الكتابة، والله أعلم وأحكم.

قال عيسى: ولكن هى من مال الميت، فبإع واستعينون بثمنها إن أرادوا ذلك،

كتاب المكاتب ٣٩٥

ويتبعهم السيد بثمنها إن عتقوا، وإن استغنوا عنها وعتقوا، رقت للسيد؛ لأن مال المكاتب عائد إليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا كاتب المكاتب على نفسه وعلى أم ولده لم يجز له أن يطأها؛ لأنه حين كاتب عليها كأنها قد خرجت عن ملكه، وصارت لسيدة، فإن مات المكاتب كان لها أن تسعى، وإن لم يمت وأديا، فعتقا، لم يكن له عليها سبيل إلا بنكاح جديد، وإن رضيت به، وولاؤها لسيدة المكاتب. قال عيسى: قاله لي ابن القاسم، وبلغني عن ابن كنانة.

قال مالك: إذا كاتب القوم جميعاً كتاباً واحدةً، ولا رجم بينهم، فعجز بعضهم وسعى بعضهم حتى عتقوا جميعاً، فإن الذين سعوا يرجعون على الذين عجزوا بحصة ما أدوا عنهم؛ لأن بعضهم حملاء عن بعض.

الشرح: يريد أنهم مع إطلاق العقد يكون بعضهم حملاء عن بعض؛ لأن ذلك مقتضى جمعهم في كتابة واحدة، فإن أدى بعضهم الكتابة دون بعض، فلا يخلو أن يكونوا أقارب أو أجناب، فإن كانوا أجناب رجع بعضهم إلى بعض بما أدوا عنهم. وقد اختلف أصحابنا في صفة التراجع، قال مالك في الموازية: يرجع على من أدى عنه بقدر ما يقع عليه على حسب قوته وسعيه. وقال ابن القاسم: وجدته. وقال أشهب: على قدر قوته على الكتابة، وهو على نحو قول مالك وابن القاسم. وقال ابن الماجشون: التراجع على العدد. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: على قدر قيمتهم.

وجه قول مالك أن الذي يتفجع به في الكتابة القوة على الأداء، فوجب أن يكون ما يؤدونه يتقسط بحسب ذلك. وقال عيسى في المزنية: وربما كانت الجارية ثمن مائة دينار، ولا قوة لها على الأداء، ويكون العبد الحقير ثمن عشرين ديناراً، وهو في الكسب له بال.

وجه رواية ابن المواز عن ابن الماجشون أن الاعتبار بالعدد، ولو اعتبر بالقوة على الأداء لما صححت كتابة الصغير والشيخ الفاني معهم؛ لأنهم لا أداء فيهم، فكان ما يؤدي عنهم زيادة أو سلف.

وجه رواية ابن حبيب عن ابن الماجشون أن السيد إنما يذل رقابهم، فيجب أن يكون العوض يتقسط على قدر قيمتهما.

٣٩٦ كتاب المكاتب

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن الاعتبار فى ذلك عند مالك وابن القاسم بيوم العقد، فينظر إلى حالهم يوم العقد. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: الاعتبار بقيمتهم يوم عتقوا، ليس يوم كوتبوا.

وقال أصبغ: يعتبر حالهم يوم عتقوا، أن لو كانت حالهم يوم كوتبوا، يريد أن الاعتبار بالسوق وغلاء الأثمان يوم العقد، والاعتبار بصفاتهم يوم العتق.

ووجه قول مالك أن العقد إنما اعتبر فيه حال يوم العقد، فيجب أن يكون ذلك المعتبر بهم من حالهم فى التقسيط.

فأما ما حدث بعد ذلك، فلم يتعقد العقد عليه. وقد قال أصبغ فى الموازية: إن كان فيهم يوم عقد الكتابة من لا سعاية له من صغيراً أو شيخ، فلا شىء عليه.

ووجه ذلك ما قدمناه من اعتبارهم يوم العقد. ووجه قول مطرف وابن الماجشون أن عقد الكتابة لا يتم إلا بنفس العقد، فإن العجز ينقصه، وإنما يتم بالأداء، وبه يصح العتق، فيجب أن يكون الاعتبار بذلك اليوم دون يوم عقد الكتابة، يدل على ذلك أنهم لو عجزوا لرجعوا إليه على حالهم ذلك اليوم للسيد الزيادة والنقص دون تراجع.

ووجه قول أصبغ أن صفاتهم تعتبر بحال يوم الأداء؛ لأنه وقت نفوذ العقد على السواء يوم العقد؛ لأن ذلك كان المعتبر فى زيادة الكتابة ونقصها، والله أعلم.

مسألة: وإن كان فيهم صغير، فبلغ السعى قبل الأداء، وفى الموازية عن أشهب: عليه بقدر ما يطبق يوم وقعت الكتابة على حاله. قال محمد: يريد بحاله يوم الحكم، أن لو كان هكذا يوم الكتابة بالغاً.

وقال أصبغ: عليه بقدر طاقته يوم بلغ السعى، أن لو كان بهذه الحال يوم الكتابة، وقال فى باب آخر: لا شىء على الصغير والشيخ الفانى يوم العقد.

فصل: وقوله: «فإن الذين سعوا فى الكتابة، يرجعون على الذين عجزوا بحصة ما أدوا عنهم»، لم يختلف بأن الأجانب يرجع بعضهم على بعض، فأما الأقارب، فلم يختلف فى الأولاد والإخوة أنه لا يرجع بعضهم على بعض. روى ذلك عن مالك فى الموازية.

قال ابن القاسم: والذى يصح عندى أنه لا يرجع على من يعتق عليه إذا ملكه. وقاله عبد الملك وابن عبد الحكم. وروى عن مالك: إذا كانت بينهم قرابة يتوارثون بها، فلا

كتاب المكاتب ٣٩٧

تراجع بينهم. وقال أشهب: لا يرجع على ذى رحم، وإن كان لا يعتق عليه ولا يرثه. ووجه قول ابن القاسم، أن الأداء عنه بمنزلة اشتراء الكتابة، فلا يرجع عليه؛ لأنه بذلك يعتق عليه. ووجه قول مالك، اعتبار التوارث.

مسألة: فأما الزوجة، فروى ابن القاسم عن مالك: لا يرجع عليها. قال ابن القاسم: هذا استحسان، وليس بالقوى.

ووجه قول مالك أنها توارثه كالابن. ووجه قول ابن القاسم أنها لا تناسبه كالأجنبي، ولأن توارثهما ليس سببه ثابتاً؛ لأنه يطل بالطلاق بخلاف الأقارب، والله أعلم. وقال ابن مزين: والزوج كذلك إن أعتق بسعاية المرأة ومالها لم ترجع عليه بشيء، فإن مات لم ترثه، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يؤدي عنهم نجماً لا يتم به عتقهم أو ما يتم به عتقهم، فإن أدى عنهم ما لا يتم به عتقهم، ففي الموازية وغيرها: لا يرجع عليهم الآن؛ لأنه إنما أدى عنهم ليعينهم على السعاية في المستقبل، فليس له أن يشغلهم بطلب ما أدى عنهم حتى يتم الأداء.

وأما من أدى ما يتم به عتقهم، ففي الموازية: يرجع عليهم معجلاً، قال محمد: يريد يؤدي عنهم على النجوم ولم يعجلها. وأما إذا عجل أحدهم الأداء قبل أن تحل النجوم، فإنما يرجع عليهم على النجوم.

ووجه ذلك أنه تبرع بالتعجيل، فليس له أن يلزمهم ذلك، ويخاص الذى أدى عن أصحابه الغرماء بما أدى عنهم. قال فى الموازية: لأن ذلك لما أدى عنهم وعتقوا به صار ديناً ثابتاً عليهم، والله أعلم وأحكم.

* * *

عتق المكاتب إذا أدى ما عليه قبل محله

١٤٩٥ - مالك أنه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن وغيره يذكرون أن مكاتباً كان للفرافصة بن عمير الحنفى، وأنه عرض عليه أن يدفع إليه جميع ما عليه من كتائبه، فأبى الفرافصة، فأتى المكاتب مروان بن الحكم، وهو أمير المدينة، فذكر

ذَلِكَ لَهُ، فَذَعَا مَرَوَانَ الْفَرَاغَةَ، فَقَالَ لَهُ ذَلِكَ فَأَبَى، فَأَمَرَ مَرَوَانُ بِذَلِكَ الْمَالِ أَنْ يُقْبَضَ مِنَ الْمُكَاتِبِ، فُيُوضَعَ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَقَالَ لِلْمُكَاتِبِ: اذْهَبْ: فَقَدْ عَتَقْتُ، فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ الْفَرَاغَةَ قَبَضَ الْمَالَ.

قَالَ مَالِكُ: فَلَا مَرُ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُكَاتِبَ إِذَا أَدَّى جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ مِنْ نُجُومِهِ قَبْلَ مَجْلَئِهَا جَازَ ذَلِكَ لَهُ، وَلَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَضَعُ عَنِ الْمُكَاتِبِ بِذَلِكَ كُلِّ شَرْطٍ أَوْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ؛ لِأَنَّهُ لَا تَتِمُّ عِتَاقَةُ رَجُلٍ، وَعَلَيْهِ بَقِيَّةٌ مِنْ رِقٍّ، وَلَا تَتِمُّ حُرْمَتُهُ، وَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَلَا يَجِبُ مِيرَاثُهُ، وَلَا أَشْبَاهُ هَذَا مِنْ أَمْرِهِ، وَلَا يَنْبَغِي لِسَيِّدِهِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ خِدْمَةً بَعْدَ عِتَاقَتِهِ.

الشرح: امتناع الفرافصة من قبض كتابة مكاتبه قبل محل نجومها، يحتمل أن يكون كاتبه على عروض مؤجلة، فلذلك امتنع من أخذها لما جوز أنها أكثر قيمة عند محل نجومها.

وقد قال القاضي أبو محمد وغيره: إذا عجل المكاتب كتابته، لم يكن للسيد الامتناع من أخذها؛ لأن الأجل حق للمكاتب ورفق به، فإذا رضى إسقاطه كان ذلك له. قال الشيخ أبو القاسم: ليس للسيد الامتناع من قبضها.

وقد قال مالك في الموازية: إذا عجل المكاتب ما عليه من الضحايا عتق، إن كره السيد، وعليه قيمتها على أنها قد حلت لا قيمتها إلى محلها.

فصل: ولما امتنع الفرافصة من قبض ذلك كان لمروان جبره على قبضه إلا أنه رأى تعجيل عتق المكاتب، ووضع الكتابة في بيت المال؛ لأنه يؤمن عدم الأداء فيه، ومثل هذا يجوز فعله إذا رآه الإمام؛ لأنه يقوم مقام الجزء المقصود بتعجيل الأداء، وهو إنفاذ العتق، ولذلك جاز للمكاتب تعجيل ما عليه من الكتابة، وإن كانت عروضاً لما في ذلك من تعجيل العتق؛ ولأنه ليس بدين ثابت.

فصل: وقوله: «وذلك أنه يضع عن المكاتب بالأداء كل شرط أو خدمة أو سفر»، ووجه ذلك ما احتج به من أنه لا تتم عتاقته إن بقى عليه شيء من أسباب الرق، وما شرط عليه من سفر أو خدمة، فذلك كله من أسباب الرق، يمنع قبول شهادته، وتام حرمة، وموارثة الأحرار.

قال القاضي أبو محمد: وفي ذلك روايتان، إحداهما: التي تقدمت، وهى رواية ابن المواز عن مالك، وهى فى العتبية رواية أشهب عن مالك.

ووجه ذلك أن ما شرط من ذلك تابع للكتابة، فإذا عجلت سقط ما يتبعها. ووجه الرواية الثانية، وهى ثبوت ذلك عليه أنه بعض العوض فى عتق الرقبة، فلم تسقط كالكتابة نفسها.

قال: فإذا قلنا لا تسقط، فيتخرج ما يلزمه على روايتين، إحداهما: أنه يؤديه بعينه. قال الشيخ أبو القاسم: ولا يعتق إلا بأدائه، والأخرى يؤدى قيمة ذلك. قال الشيخ أبو القاسم: مع كتابته معجلاً ولا يؤخره، وهذه رواية أشهب عن مالك.

وقال محمد: ليس هذا بشيء، وقد رجع عنه مالك وجميع أصحابه على أنه لا يحل به عوضاً. وقال أحمد بن ميسر: القياس رواية أشهب.

مسألة: وأما ما كان من كسوة وضحايا، فإنه يغرّم قيمة ذلك معجلاً، هذا الذى روى عن مالك، ولو قال قائل إن عليه تعجيل اليمين على ما ثبت لها من الصفة بموصوف أو إطلاق لما بعد، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي مَكَاتِبِ مَرِيضٍ مَرَضًا شَدِيدًا، فَأَرَادَ أَنْ يَدْفَعَ نَجُومَهُ كُلَّهَا إِلَى سَيِّدِهِ لِأَنَّ يَرْتَهُ وَرْتَهُ لَهُ أَحْرَارٌ، وَلَيْسَ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ وَوَلَدَهُ.

قال مالك: ذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ؛ لِأَنَّهُ تَسَمُّ بِذَلِكَ حُرْمَتُهُ، وَتَحْجُوزُ شَهَادَتُهُ، وَيَحْجُوزُ اعْتِرَافُهُ بِمَا عَلَيْهِ مِنْ دِيُونِ النَّاسِ، وَتَحْجُوزُ وَصِيَّتُهُ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَأْبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ بِأَنْ يَقُولَ فَرَّ مِنِّي بِمَالِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن حال المرض فى ذلك كحال الصحة إذا أراد أن يدفع كتابته ويعجلها حال مرضه، جاز له ذلك ولزم السيد قبضها منه، ويتم عتقه بأدائها حال مرضه كما يتم عتقه بأدائها حال صحته، فتحوز بذلك شهادته ويوارث الأحرار، وذلك إذا عقد كتابته فى الصحة، وثبت دفعه بيينة تشهد بذلك.

وأما إن لم يثبت ذلك إلا بإقرار السيد فى مرضه، فقبضها منه، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: إن حملة الثلث جاز وعتق، اتهم أو لم يتهم.

ووجه ذلك أن عقد الكتابة وقع فى الصحة، فثبت له حكم الصحة. وأما الإقرار

٤٠٠ كتاب المكاتب

يقبض المال، فكان في المرض، فيحمل الوصية إن حملة الثلث جاز إقراره، وإن اتهم بالميل إليه.

وأما إن لم يحمل الثلث، وكان للسيد ولد لم يتهم، وجاز قوله، وإن لم يكن له ولد لم يصدق إلا ببينة، قاله ابن القاسم في الموازية. وقال أشهب: إن لم يتهم السيد بانقطاع المكاتب إليه جاز قوله.

ووجه قول ابن القاسم أنه إذا لم يحمله الثلث لم يتهم على أن يجايبه، ويعدل بالمال عن ابنه؛ لأن ذلك خلاف ما استقرت عليه العادة، وإن لم يكن له ولد، اتهم أن يكون أراد الوصية بأكثر من الثلث.

ووجه قول أشهب أنه إذا لم يكن له إليه ميل بعدت التهمة؛ لأنه أجنبي في الحقيقة.

مسألة: ومن كاتب عبده في مرضه، وقبض الكتابة، فذلك نافذ، إن حملة الثلث وهو بيع، قاله ابن القاسم. وقال أشهب: ليس كالبيع؛ إذ لا يجوز حتى يحمله الثلث.

ومعنى اختلافهم في كونه بيعاً أنه إذا كان بيعاً نفذ، إلا أن يحمله الثلث، وإن قلنا إنه عتق لم ينفذ إلا أن يكون للسيد أموال مأمونة كالمعتق في المرض وإلا لم يعتق، حتى يموت السيد ويحملة الثلث، وإن لم يحمله خير الورثة في عتقه أو يردوا إليه ما قبضه السيد، ويعتق منه ما حمل الثلث بتلا.

* * *

ميراث المكاتب إذا عتق

١٤٩٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنِ مَكَاتِبِ كَانَتْ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ، فَمَاتَ الْمَكَاتِبُ، وَتَرَكَ مَالًا كَثِيرًا، فَقَالَ: يُؤَدَّى إِلَى الَّذِي تَمَسَكَ بِكِتَابَتِهِ الَّذِي بَقِيَ لَهُ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بِالسَّوِيَّةِ.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَاتَبَ الْمَكَاتِبُ فَعَتَقَ، فَإِنَّمَا يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِمَنْ كَاتَبَهُ مِنَ الرَّجَالِ يَوْمَ تُوفِّيَ الْمَكَاتِبُ مِنْ وَلَدٍ أَوْ عَصْبَةٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا أَيْضًا فِي كُلِّ مَنْ أُعْتِقَ، فَإِنَّمَا مِيرَاثُهُ لِأَقْرَبِ النَّاسِ مِمَّنْ أُعْتَقَهُ

كتاب المكاتب ٤٠١
مِنْ وَلَدٍ أَوْ عَصَبَةٍ مِنَ الرِّجَالِ يَوْمَ يَمُوتُ الْمُعْتَقُ بَعْدَ أَنْ يَعْتِقَ وَيَصِيرَ مَوْزُونًا
بِالْوَلَاءِ.

الشرح: قوله: «فى مكاتب بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه فمات المكاتب، فإن
الذى تملك نصيبه يأخذ من مال المكاتب ما بقى له ثم يقتسمان ما بقى»، يقتضى
أن المكاتب إذا عجل أحد سيديه عتقه لم يقوم عليه، خلافاً للشافعى فى قوله: يقوم
عليه.

والدليل على ما نقوله أنهما قد عقدا عقد العتق فى حال، وهو وقت الكتابة، فما
أتى به بعد هذا، أحدهما من عتق نصيبه، فليس بعتق، وإنما هو إسقاط لما كان له عليه
من الكتابة، قاله فى الموازية ابن القاسم كما لو عتقا جميعاً إلى أجل، ثم عجل أحدهما
عتق نصيبه؛ ولأنه لا يجوز نقل ما انعقد لشريكه ما ثبت له من الولاء بالتقويم، قاله ابن
حبيب.

مسألة: ولو أعتق بعض مكاتبه، فقد روى سحنون عن مالك أنه وضعية إلا أن يريد
العتق، فهو حر كله. وأما إن أوصى أن يعتق شقصاً من مكاتب له أو بينه وبين آخر أو
أعتقه عند موته، أو وضع له من مكاتبته، فى الموازية أنه عتق، قال: لأنه ينفذ من ثلثه،
يريد أن ذلك نافذ من الثلث على كل حال، وإن عجز العبد بعد ذلك. وأما إذا وضع
عنه بعض كتابته ثم عجز عن الباقي، فإنه يسترى جميعه.

فصل: وقوله: «فى مكاتب المكاتب يعتق، فإنه يرث أولى الناس بمن كاتبه من
الرجال يوم يموت»، يريد أن مكاتب المكاتب يعتق، فإنه أولى الناس يعتق بالأداء، فإذا
بقى سيده، وهو المكاتب الأعلى على حكم الرق؛ لأنه لم يؤد بعد لم يرثه؛ لأن الرق
يمنع الميراث، وإنما يرثه أقرب الناس إلى المكاتب.

قال مالك: الإخوة فى الكتابة بمنزلة الولد إذا كوثبوا جميعاً كتابةً واحدةً إذا لم
يكن لأحد منهم ولد كاتب عليهم أو ولدوا فى كتابته أو كاتب عليهم، ثم هلك
أحدهم، وترك مالا، أدى عنهم جميع ما عليهم من كتابتهم، وعتقوا، وكان فضل
المال بعد ذلك لولديه دون إخوته.

الشرح: قوله: «إن الإخوة فى الكتابة بمنزلة الولد»، يريد إذا كوثبوا جميعاً كتابة
واحدة، فمات أحد الإخوة عن مال وولد معه فى كتابته، فإن جميعهم يستوى فى ذلك

٤٠٢ كتاب المكاتب

المال الإخوة والولد وما فضل منه، فهو لولده دون إخوته. قال عيسى: لا يرجع على الإخوة بشيء مما عتقوا به، في قول مالك.

ووجه ذلك أن المال لأخيهم، وهم ممن يعتق عليه، ولا يرجع عليه بما أدى عنهم، وإنما يرجع بما فضل من المال إلى الولد. قال مالك في المدينة: وكذلك لو لم يكن له ولد لأدى إخوته ماله عن أنفسهم، فيعتقوا به، ولم يتبعهم السيد بشيء منه، فجعل مالك المال للهالك.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع: المال للولد ويرجعون على أعمامهم بما أدوا عنهم، فيعتقوا به، ولو لم يكن معهم ولد لعتقوا به، ورجع عليهم السيد بما عتقوا به. قال في المدينة أصبغ: إذا كانت التأدية من مال الميت لم يرجع على إخوته بشيء، وإن كانت التأدية من مال الولد رجعوا على أعمامهم؛ لأنهم لا يعتقون عليهم.

* * *

الشرط في المكاتب

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ بِذَهَبٍ أَوْ وَرَقٍ، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ سَفَرًا أَوْ خِدْمَةً أَوْ أَضْحِيَّةً إِنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ سَمِيَ بِاسْمِهِ، ثُمَّ قَوَى الْمُكَاتَبُ عَلَى آدَاءِ نُجُومِهِ كُلِّهَا قَبْلَ مَجْلَلِهَا، قَالَ: إِذَا أَدَّى نُجُومَهُ كُلِّهَا، وَعَلَيْهِ هَذَا الشَّرْطُ عَتَقَ، فَتَمَّتْ حُرْمَتُهُ، وَنُظِرَ إِلَى مَا شَرَطَ عَلَيْهِ مِنْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يُعَالِجُهُ هُوَ بِنَفْسِهِ، فَذَلِكَ مَوْضُوعٌ عَنْهُ، لَيْسَ لِسَيِّدِهِ فِيهِ شَيْءٌ وَمَا كَانَ مِنْ ضَحِيَّةٍ أَوْ كِسْوَةٍ أَوْ شَيْءٍ يُؤَدِّيهِ، فَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّنَانِيرِ وَالذَّرَاهِمِ يُقَوَّمُ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فَيُدْفَعُ مَعَ نُجُومِهِ وَلَا يَعْتَقُ حَتَّى يَدْفَعَ ذَلِكَ مَعَ نُجُومِهِ.

الشرح: هذا على ما ذكر، وقد تقدم ذكره من أن العمل المشترط في الكتابة يثبت منه ما كان من قبل أداء الكتابة، وأما ما تعجلت الكتابة قبله، فإنه يفوت على أحد القولين بالحرية، سواء عظم قدره أو صغر.

وذلك أنه على هذا القول ليس بمال ولا مقصود في الكتابة، وهذا يقتضى أنه ليس بعق معلق بصفة، وإنما يجري مجرى البيع للرقبة بشرط العتق، وهو مقتضى قول ابن القاسم، فقد سئل عن رجل، قال لغلامه: كاتبتك على أن أعطيك عشر بقرات، فإن بلغت خمسين، فأنت حر، هذه كتابتك.

قال ابن القاسم: ليست هذه عندى كتابة، وليس للسيد فسخ ذلك، ولا بيع البقر إلا أن يرهقه دين، ويختص بأن المنافع يملك المكاتب إسقاطها عن نفسه بدفع الكتابة، ولذلك جاز له أن يعجل ما عليه من العروض المؤجلة.

وإن كان للسيد منفعة فى تأخيرها إلى الأجل مضمونة عليه، فالأعمال المشترطة عليه بمنزلة الضمان للعروض إلى أجل، فكما جاز له أن يسقط عن نفسه الضمان بتعجيل الأداء للعروض، وإن لم يجز ذلك فى البيع المحض، فكذلك يجوز له أن يسقط عن نفسه العمل بتأجيل الأداء.

وإذا قلنا إنه من العتق المعلق بشرط لم ينفذ عتقه إلا بالإتيان بكل ما شرط عليه من العمل، وعلى هذا ينتظم القول الثانى أن عليه أن يأتى بما شرط عليه من العمل كما عليه أن يأتى بما شرط عليه من المال.

ولم يختلف قول مالك وأصحابه أن ما شرط عليه من مال هو كالضحايا والكسوة، فإن عليه الإتيان به، وهو بمنزلة أن يكتبه بعين و عوض، فعليه أن يأتى بهما وبذلك تتم عتاقته، وبالله التوفيق.

قال مالك: الأمر المجمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه أن المكاتب بمنزلة عبد أعتقه سيده بعد خدمة عشر سنين، فإذا هلك سيده الذى أعتقه قبل عشر سنين، فإن ما بقى من خدمته لورثته، وكان ولاؤه للذى عقد عتقه ولو لده من الرجال أو العصبية.

الشرح وهذا على ما قال أن العبد إذا كاتبه سيده ثم مات، ورثه ورثته، فإنه يودى إليهم ما كاتبه عليه سيده، وبذلك يعتق، وولاؤه لمن عقد كتابته، وذلك مثل ما تقدم من امرأة تركت مكاتباً وزوجاً وأباً، فإن المكاتب يودى للزوج والابن على قدر مواريتهم.

فإن عتق لم يجز الولاء إلا الابن خاصة، وإن عجز رجس رقيقاً للابن والزوج على حسب مواريتهم بمنزلة من أعتق بشرط خدمة عشر سنين، ثم يموت السيد، فإن الخدمة لجميع ورثته من زوج أو بنت وابن وغيرهم، وولاؤه لمن يجز إليه الولاء عن معتق الذى أعتقه.

فقد أشار فى هذه المسألة إلى أنه بمنزلة عتق معلق بصفة، وذلك يقتضى لزوم الخدمة له كما يلزمه فى العتق المعلق بصفة، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِطُ عَلَيَّ مَكَاتِبَهُ أَنْتَ لَا تُسَافِرُ وَلَا تَنْكِحُ وَلَا تَخْرُجُ مِنْ أَرْضِي إِلَّا بِإِذْنِي، فَإِنْ فَعَلْتَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِي، فَمَحُو كِتَابَتِكَ بِيَدِي.

قال مالك: ليس محو كتابته بيده إن فعل المكاتب شيئاً من ذلك ولم يرفع سيده ذلك إلى السلطان وليس للمكاتب أن ينكح ولا يسافر ولا يخرج من أرض سيده إلا بإذنه اشترط ذلك أو لم يشترطه، وذلك أن الرجل يكتب عبده بمائة دينار، وله ألف دينار أو أكثر من ذلك، فينطلق، فينكح المرأة، فيصدقها الصداق الذي يُحجف بماله، ويكون فيه عجزه، فيرجع إلى سيده عبداً لا مال له أو يسافر، فتجلب نجومه، وهو غائب، فليس ذلك له، ولا على ذلك كاتبه، وذلك بيد سيده إن شاء إذن له في ذلك، وإن شاء منعه.

الشرح: وهذا على ما قال من شرط على مكاتبه إن فعل فعلاً، فللسيد محو كتابته، فإن هذا الشرط غير لازم، وليس للسيد محو كتابته، ولا تأثير لهذا الشرط في الكتابة؛ لأنه يبطل وتصح الكتابة؛ لأنه ضد مقتضى الكتابة.

وذلك أن مقتضاها اللزوم، فإذا شرط فيها ضد ذلك من الخيار للسيد أو لغيره، لم يصح الشرط وتثبت الكتابة على مقتضاها، لما تضمنته من العتق المبني على التغليب والسراية، وهذا كما يقول أن من عقد كتابة مكاتب وشرط الولاء لغيره، ثبتت الكتابة ويبطل الشرط، لما كان ضد مقتضى الكتابة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وليرفع ذلك إلى السلطان»، يريد أن العبد إذا خالفه فيما شرط عليه لم يكن له فسخ كتابته، وإنما يرفع إلى السلطان، فينظر في ذلك، فإن كان مما له المنع منه منعه، وإن كان مما ليس له منعه أباحه له، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وليس للمكاتب أن ينكح ولا يسافر إلا بإذنه»، يريد أن مقتضى عقد الكتابة وحكمها أنه ليس للمكاتب أن يتزوج ولا يسافر، وإن لم يشترط ذلك عليه؛ لأن هذا يلزمه بنفس عقد الكتابة، وبه قال ابن المسيب في السفر خلافاً لأحد قولي الشافعي: إن ذلك جائز له.

والدليل على منع ذلك أنه ممنوع من إتلاف ماله، والتقرب به لحق سيده، فكان ممنوعاً من السفر كالعبد. ودليل ثان، وهو أن كل سفر كان له أن يمنع منه عبده، فإنه يمنع منه مكاتبه كالسفر المخوف.

مسألة: ولا ينكح المكاتب إلا بإذن سيده، قاله مالك، وبه قال الشافعي.

ووجهه أنه ممنوع من التصرف التام بحق سيده، فلم يكن له النكاح إلا بإذنه كالعبد.
 فرع: فإن تزوج بغير إذن سيده، فأجازه السيد جاز، وإن رده فسخ، وللزوجة إن دخل بها بقدر ما يستحل به، وذلك ثلاثة دراهم.

مسألة: وأما إن أذن له سيده، وكان معه غيره في الكتابة، فقد قال أشهب: ليس للسيد إجازة ذلك إلا بإجازة من معه في الكتابة، إلا أن يكونوا صغاراً، فينفسخ بكل حال.

* * *

ولاء المكاتب إذا عتق

قال مالك: إنَّ الْمُكَاتِبَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ، إِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ لَهُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، فَإِنْ أَجَازَ ذَلِكَ سَيِّدُهُ لَهُ، ثُمَّ عَتَقَ الْمُكَاتِبُ كَانَ وَلَاؤُهُ لِلْمُكَاتِبِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ كَانَ وَلَاؤُ الْمُعْتَقِ لِسَيِّدِ الْمُكَاتِبِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ الْمُكَاتِبُ وَرِثَهُ سَيِّدُ الْمُكَاتِبِ.

قال مالك: وَكَذَلِكَ أَيْضًا لَوْ كَاتَبَ الْمُكَاتِبُ عَبْدًا، فَعَتَقَ الْمُكَاتِبُ الْآخَرَ قَبْلَ سَيِّدِهِ الَّذِي كَاتَبَهُ، فَإِنَّ وَلَاءَهُ لِسَيِّدِ الْمُكَاتِبِ مَا لَمْ يَعْتِقِ الْمُكَاتِبُ الْأَوَّلَ الَّذِي كَاتَبَهُ، فَإِنْ عَتَقَ الَّذِي كَاتَبَهُ رَجَعَ إِلَيْهِ وَلَاؤُ مُكَاتِبِهِ الَّذِي كَانَ عَتَقَ قَبْلَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ الْأَوَّلُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدَّى أَوْ عَجَزَ عَنِ كِتَابَتِهِ، وَكَهْ وَلَدًا أَحْرَارًا لَمْ يَرِثُوا وَلَاؤَ مُكَاتِبِ أَبِيهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لِأَبِيهِمُ الْوَلَاءُ، وَلَا يَكُونُ لَهُ الْوَلَاءُ حَتَّى يَعْتِقَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب إذا عتق عبده لم يخل أن يكون ذلك بإذن سيده أو بغير إذنه، فإن كان ذلك بإذنه، فمات المكاتب قبل أن يعتق، فإن ولاء العبد المعتق لسيد المكاتب، وإن أعتق المكاتب يوماً، فإن ولاء ذلك العبد المعتق له دون سيده.

ووجه ذلك أنه عقد مستقر ثابت، فوجب أن يثبت ولاؤه لمعتقه إلا أن يمنع من ذلك مانع رق أو غيره، فإن منع منه، فولأؤه لأحق الناس به، وهو سيده، فإن زال المانع بالعتق رجع الولاؤه إليه.

٤٠٦ كتاب المكاتب

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَتْرُكُ أَحَدُهُمَا لِلْمُكَاتَبِ الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ، وَيَشِيخُ الْآخَرَ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ وَيَتْرُكُ مَالًا.

قال مالك: يَقْضِي الَّذِي لَمْ يَتْرُكْ لَهُ شَيْئًا مَا بَقِيَ لَهُ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الْمَالَ كَهَيْئَتِهِ لَوْ مَاتَ عَبْدًا؛ لِأَنَّ الَّذِي صَنَعَ لَيْسَ بِعَتَاقَةٍ، وَإِنَّمَا تَرَكَ مَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ.

قال مالك: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا مَاتَ، وَتَرَكَ مُكَاتَبًا، وَتَرَكَ بَيْنَ رَجُلًا وَنِسَاءً، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدَ الْبَيْنِ نَصِيْبَهُ مِنَ الْمُكَاتَبِ، إِنَّ ذَلِكَ لَا يُثْبِتُ لَهُ مِنَ الْوَلَاءِ شَيْئًا وَلَوْ كَانَتْ عَتَاقَةٌ لَثَبَتِ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ مِنْهُمْ مِنْ رِجَالِهِمْ وَنِسَائِهِمْ.

قال مالك: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّهُمْ إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمْ نَصِيْبَهُ، ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ لَمْ يَقُومْ عَلَى الَّذِي أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُكَاتَبِ، وَلَوْ كَانَتْ عَتَاقَةٌ قَوْمٌ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتَقَ فِي مَالِهِ كَمَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ».

قال: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي مُكَاتَبٍ، لَمْ يُعْتَقْ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، وَلَوْ عَتَقَ عَلَيْهِ كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ دُونَ شُرَكَائِهِ، وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ عَقَدَ الْكِتَابَةَ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِمَنْ وَرِثَ سَيِّدَ الْمُكَاتَبِ مِنَ النِّسَاءِ مِنْ وِلَاءِ الْمُكَاتَبِ، وَإِنْ أَعْتَقْنَ نَصِيْبَهُنَّ شَيْءٌ إِنَّمَا وَلَاؤُهُ لِرَبِّهِنَّ سَيِّدِ الْمُكَاتَبِ الذُّكُورِ أَوْ عَصَبَتِهِ مِنَ الرِّجَالِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المكاتب إذا ترك له أحد سيديه ما عليه، فإن ذلك بمعنى الهبة وإسقاط الدين، لا بمعنى العتق، ولذلك إذا مات المكاتب، فإنه يقضى الذى لم يترك حقه ما بقى له عليه من الكتابة، فإن حقه باق له، ثم يقتسمان ما فضل من مال المكاتب، هذا قول مالك، رحمه الله.

وقال الشافعى: يكون نصف نصيبه للمتمسك بحقه، وهو ما يقابل النصيب الحر بالأداء أو الترك، فعلى قوله القديم: يأخذ سيده المتمسك أيضًا بحق الرق، وعلى قوله فى الجديد: يكون لورثته، إن كان له ورثة، فإن لم يكن له ورثة، فالمعتق يأخذه إرثًا.

وقال أبو سعيد الاصطخرى: ينقل إلى بيت المال على حسب ما كانا يقتسمانه، لو

كتاب المكاتب ٤٠٧

مات عبداً، يريد لو مات، ولم يقض شيئاً، ولا ترك له أحدهما شيئاً من حقه، فعبر عن هذا بقوله: بمنزلة ما لو مات عبداً، وهو يعتقد أنه مات عبداً.

لكنه قال ذلك لأحد معنيين، إما أنه أراد بمنزلة أن يموت قبل أن ينفذ له عقد الكتابة، فحيثئذ ينطلق عليه اسم عبد، على الحقيقة والإطلاق، وإذا كوتب، فاسم الكتابة أخص به، وأظهر فيه. والمعنى الثانى أن يريد ما قدمناه.

وجه قول مالك أن العتق لا تنتقض أحكامه، فلا يصح أن يكون لبعضهم حكم الرق، ويثبت لشيء منه حكم من أحكام الحرية، فلا يورث بوجه، وإذا لم يورث، وإنما يقسم ماله، فيجب أن يقتسماه بحق الملك على ملك رقبته، فإن ذلك الحكم باق له حتى يتم عتقه.

فصل: وقوله: «ثم يقتسمان ما فضل من مال الكتابة لو مات عبداً»، عند من يقول إنه إذا ترك له أحدهما حقه، فقد عتق نصيبه، وهو قول الشافعى.

فصل: وقد استدل مالك، رحمه الله، على نفي العتق، أن الرجل يتوفى ويترك بنين ذكوراً ونساءً ومكاتباً، فأعتق أحد البنين نصيبه من المكاتب، فإنه لا يثبت له من الولاء شيء، وإنما الولاء لمن انجر إليه عن السيد من ذكور الولد دون النساء.

ولو كان ترك الكتابة بمعنى العتق، وتركت إحدى البنات حصتها من الكتابة أو عتقت حصتها لثبت الولاء لها، وهذا بين مع التسليم.

فصل: قال: ويبين ذلك أيضاً من أعتق منهم حصته، ثم عجز، فإنه لا يقدم على العتق حصص شركائه، ولو كان بمنزلة العتق لقدم عليه على حسب ما يقوله الشافعى، وهذا ليس بصحيح؛ لأن عقد الكتابة باق لا يبطله إلا العجز، وهو أحد قولى الشافعى: أنه لا يقوم عليه إلا عند العجز.

وهذا لا يصح أيضاً؛ لأن بالعجز يرجع ملكاً لهما؛ لأن العجز يمنع عتق شيء منه بأداء أو إسقاط بعض ما عليه كما لو كان سيده واحداً، فأسقط بعض ما عليه، ثم عجز عن باقيه لرجع جميعه رقيقاً له.

والقول الثانى للشافعى أنه يقوم عليه حين العتق أو الترك، ويكون الولاء للذى عقد الكتابة، وهذا أيضاً ليس بصحيح؛ لأن عقد الكتابة ثابت مثبت للولاء، فليس لأحد تغيير شيء من عقد الكتابة إلا بالعجز، ولا لأحد نقل الولاء عن المعتق مع كونه محلاً له.

فصل: وقد استدل مالك على ذلك أيضاً فقال: ومما يبين ذلك أن الولاء لمن عقد الكتابة، وأنه ليس لمن ورث السيد من النساء، وإن أعتقن نصيبهن بشيء، وإنما ينجر الولاء عن السيد إلى ذكور ولده، إن كان له بنون ذكوراً.

وإن لم يكن له أحد من ذكور البنين، فإلى عصبته، وقد تقدم من الكلام ما يقوم مقام تفسيره، ويبين منه مقصوده، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا يجوز من عتق المكاتب

قال مالك: إذا كان القوم جميعاً في كتابة واحدة، لم يعتق سيدهم أحداً منهم دون مؤامرة أصحابه الذين معه في الكتابة ورضاً منهم، وإن كانوا صغاراً، فليس مؤامرتهم بشيء، ولا يجوز ذلك عليهم. قال: وذلك أن الرجل ربماً كان يسعى على جميع القوم، ويؤدى عنهم كتابتهم؛ ليتيم به عتاقتهم، فيعمد السيد إلى الذي يؤدى عنهم، وبه نجاتهم من الرق، فيعتقه، فيكون ذلك عجزاً لمن بقي منهم، وإنما أراد بذلك الفضل والزيادة لنفسه، فلا يجوز ذلك على من بقي منهم، وقد قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا أشد الضرر.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كاتب جماعة عبيد له كتابة واحدة، فإنه إن كان في جميعهم سعاية، لم يكن للسيد أن يعتق بعضهم دون إذن الباقين لما ذكره من الضرر الذي يلحق باقيهم.

فإن كان جميع المكاتبين كباراً ممن يلزمه رضاه، فقد قال الشيخ أبو القاسم: فيها روايتان، إحداهما: الجواز، وقد رواه ابن المواز عن مالك، وشرط أن يكون في الباقين قوة على الأداء، والرواية الثانية: المنع من ذلك.

ووجه رواية الجواز أنه عقد لزم السيد والمكاتبين، فلا يتعلق به إلا حقوقهم، فإذا اتفقوا على إخراج واحد منهم من ذلك بالعتق جاز، كما لو انفرد بالكتابة.

ووجه الرواية الثانية أنه يتعلق به حق لله تعالى لجواز أن يكون هذا سبباً إلى استرقاق سائرهم، ولا يجوز لهم أن يستبقوا ما يسترقون به كما لو كان منهم صغير.

فرع: فإذا قلنا بجواز ذلك سقط عن الباقين بقدر ما يصيبه من الكتابة على قدر سعيهم دون مراعاة قلتهم، قاله الشيخ أبو القاسم.

فصل: «وإن كانوا صغاراً، فليس مؤامرتهم بشيء، ولا يجوز ذلك عليهم»، يريد أن الصغار لا يصح إذنتهم، ولا ينفذ عتق من كان معهم في الكتابة ممن ينتفع به، ويرجى التجارة به.

واحتج مالك، رحمه الله، في ذلك بأن الواحد من الجماعة ربما كان هو الذى بسعيه يعتقون لقوته على الكتابة، وقيمته أقل من قيمة سائرهم، فيعتقه السيد ليتوصل بذلك إلى استرقاق سائرهم، فمنع من ذلك لما فيه من الضرر. من شاركه في الكتابة، لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار»، وليس فى الضرر أشد من التسبب إلى استرقاقهم، وإبطال ما انعقد لهم من عقد الكتابة المتضمن عتقهم، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبِيدِ يُكَاتَبُونَ جَمِيعًا: إِنَّ لِسَيِّدِهِمْ أَنْ يُعْتَقَ مِنْهُمْ الْكَبِيرَ الْفَائِيَّ وَالصَّغِيرَ الَّذِي لَا يُؤَدِّي وَاحِدٌ مِنْهُمَا شَيْئًا، وَلَيْسَ عِنْدَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَوْنٌ وَلَا قُوَّةٌ فِي كِتَابَتِهِمْ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا ضرر على الباقي في تعجيل عتقه. قال مالك وابن القاسم في الموازية: ولا يسقط عن بقى من الكتابة شيء، ولو أعتق أحدهما بالأداء رجع عليه.

ووجه ذلك أنه لا يؤدي عنهم شيئاً ببقائه معهم ولا انعقدت الكتابة على رجاء ذلك، فلا يسقط عنهم بعتقه شيء.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى فى الصغير الذى يرى أنه لا يبلغ السعى حتى تتأدى الكتابة به، وأما من يرى أنه لا يبلغ قبل أن تحل نجوم الكتابة، فإن لمن شاركه فى الكتابة المنع من تعجيل عتقه؛ لما يرجو من الاستعانة فى آخر كتابته، والله أعلم وأحكم.

* * *

جامع ما جاء فى عتق المكاتب وأم ولد

قال مالك: فى الرَّجُلِ يُكَاتَبُ عَبْدُهُ، ثُمَّ يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ، وَيَتْرُكُ أُمَّ وَوَلَدَهُ، وَقَدْ بَقِيَتْ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ بَقِيَّةٌ، وَيَتْرُكُ وَفَاءً بِمَا عَلَيْهِ: إِنْ أُمَّ وَوَلَدِهِ أُمَّةً مَمْلُوكَةً حِينَ لَمْ يُعْتَقِ الْمُكَاتَبُ حَتَّى مَاتَ، وَلَمْ يَتْرُكْ وَوَلَدًا، فَيُعْتَقُونَ بِأَدَاءِ مَا بَقِيَ، فَتُعْتَقُ أُمَّ وَوَلَدُ أَبِيهِمْ بِعَتَقِهِمْ.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يُعْتَقُ عَبْدًا لَهُ أَوْ يَتَصَدَّقُ بِبَعْضِ مَالِهِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ سَيِّدُهُ حَتَّى عَتَقَ الْمُكَاتَبُ.

قال مالك: يَنْفُذُ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، فَإِنْ عَلِمَ سَيِّدُ الْمُكَاتَبِ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ الْمُكَاتَبُ، فَرَدَّ ذَلِكَ، وَلَمْ يُجْزِهِ، فَإِنَّهُ إِنْ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ، وَذَلِكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يُعْتَقَ ذَلِكَ الْعَبْدُ، وَلَا أَنْ يُخْرِجَ تِلْكَ الصَّدَقَةَ إِلَّا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ طَائِعًا مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أنه ليس للمكاتب أن يعتق أحداً من عبيده ولا يتصدق بشيء من ماله؛ لأن ذلك لإضرار به في أدائه، ومبطل لما كان يجر إليه من عتقه.

وروجه آخر أنه لم يكمل ملكه بماله، ولا كمل تصرفه فيه، وإنما يجوز العتق والصدقة من كامل الملك كامل التصرف، فلو أجزنا عتقه بغير إذن سيده، لجوزنا عليه العجز والرجوع إلى السيد، وقد أتلف ما كان بيده مما كان لسيده انتزاعه منه، وأما إذا أذن له السيد فيه، فسيأتي ذكره بعد هذا في الأصل إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا ما لم يكن معه في الكتابة غيره، فيجب أن لا يجوز ذلك على القولين؛ لأنه قد تعلق حق من شركه في الكتابة بما في يده من ماله، فليس له تفويته بغير عوض، وإبطال ما يرجى من عتقهم به.

فرع: فلو رد السيد عتق المكاتب وصدقته، ثم عتق، لم يلزمه وإن بقى ذلك بيده، قاله ابن القاسم في الموازية.

وروجه ذلك أنه محجور عليه بحق نفسه وبحق غيره، فلم يطالب بما رد من أفعاله كالصغير.

فصل: وإن لم يعلم بذلك السيد حتى يعتق المكاتب، لزمه العتق، ولم يكن للسيد أن يرجع فيه على ما قال؛ لأن حق السيد قد استوفاه، ولم يبق له حق يتعلق برد عتق العبد كالغرماء يعتق غريمهم عبده، فلا يعلمون بذلك حتى يطرأ له مال فيقضيه، فإنه ليس لهم رد عتقه لما قدمناه، والله أعلم وأحكم.

الوصية في المكاتب

قال مالك: إن أحسن ما سمعت في المكاتب يُعْتَقُهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ يُقَامُ عَلَى هَيْئَتِهِ تِلْكَ الَّتِي لَوْ بَاعَ كَانَ ذَلِكَ الثَّمَنَ الَّذِي يَبْلُغُ، فَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقَلَّ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، وَضِعَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِ الْمَيْتِ، وَلَمْ يُنْظَرْ إِلَى عَدَدِ الدَّرَاهِمِ الَّتِي بَقِيَتْ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ قُتِلَ لَمْ يَغْرَمَ قَاتِلُهُ إِلَّا قِيَمَتَهُ يَوْمَ قَتْلِهِ، وَلَوْ جُرِحَ لَمْ يَغْرَمَ جَارِحُهُ إِلَّا دِيَةَ جَرْحِهِ يَوْمَ جَرْحِهِ وَلَا يُنْظَرُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِلَى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ مِنَ الدَّنَائِيرِ وَالْدَّرَاهِمِ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ أَقَلَّ مِنْ قِيَمَتِهِ لَمْ يُحْسَبْ فِي ثُلُثِ الْمَيْتِ إِلَّا مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَ الْمَيْتُ لَهُ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ، فَصَارَتْ وَصِيَّةً أَوْصَى بِهَا.

قال مالك: وتفسير ذلك أنه لو كانت قيمة المكاتب ألف درهم، ولم يبق من كتابته إلا مائة درهم، فأوصى سيده له بالمائة درهم التي بقيت عليه حُسيبت له في ثُلث سيده، فصار حُرًّا بِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من أوصى بعتق مكاتبه، فإنه لا يحسب عنه في الثلث إلا بالأقل من قيمته أو ما بقي من كتابته؛ لأنه إن كان الذي بقي عليه من الكتابة أكثر من قيمته، فإن السيد إنما أوقف قيمته؛ لأنه لا يكون في جنايته على الورثة أسوأ حالاً من القاتل.

وإن كانت قيمته أكثر مما بقي عليه من الكتابة، فإن الوصية لعقبه، ولا يكون أسوأ حالاً من تركه على حاله، ولو تركه على حاله لعتق بما تبقى عليه، فكذلك إذا أوصى بعتقه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك في رجل كاتب عبده عند موته: إنه يُقَوِّمُ عَبْدًا، فَإِنْ كَانَ فِي ثُلُثِهِ سَعَةٌ لِثَمَنِ الْعَبْدِ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ.

قال مالك: وتفسير ذلك أن تكون قيمة العبد ألف دينار، فيكاتبه سيده على مائتي دينار عند موته، فيكون ثلث مال سيده ألف دينار، فذلك جائز له، وإنما

هِيَ وَصِيَّةٌ أَوْصَى لَهَا بِهَا فِي ثُلُثِهِ، فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أَوْصَى لِقَوْمٍ بَوَصَايَا، وَلَيْسَ فِي الثُّلُثِ فَضْلٌ عَنْ قِيَمَةِ الْمُكَاتَبِ، بَدِئًا بِالْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عِتَاقَةٌ، وَالْعِتَاقَةُ تَبْدَأُ عَلَى الْوَصَايَا، ثُمَّ تُجْعَلُ تِلْكَ الْوَصَايَا فِي كِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ يَتَّبِعُونَهُ بِهَا، وَيُخَيَّرُ وَرَثَةُ الْمُوصِي، فَإِنْ أَحْبَبُوا أَنْ يُعْطُوا أَهْلَ الْوَصَايَا وَصَايَاهُمْ كَامِلَةً، وَتَكُونَ كِتَابَةُ الْمُكَاتَبِ لَهُمْ، فَذَلِكَ لَهُمْ، وَإِنْ أَبَوْا وَأَسْلَمُوا الْمُكَاتَبَ، وَمَا عَلَيْهِ إِلَى أَهْلِ الْوَصَايَا، فَذَلِكَ لَهُمْ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ صَارَ فِي الْمُكَاتَبِ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا أَحَدًا، فَقَالَ الْوَرَثَةُ: الَّذِي أَوْصَى بِهِ صَاحِبِنَا أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِهِ، وَقَدْ أَخَذَ مَا لَيْسَ لَهُ، قَالَ: فَإِنَّ وَرَثَتَهُ يُخَيَّرُونَ، فَيَقَالُ لَهُمْ قَدْ أَوْصَى صَاحِبِكُمْ بِمَا قَدْ عَلِمْتُمْ، فَإِنْ أَحْبَبْتُمْ أَنْ تُنْفِذُوا ذَلِكَ لِأَهْلِهِ عَلَى مَا أَوْصَى بِهِ الْمَيِّتُ، وَإِلَّا فَاسْلِمُوا لِأَهْلِ الْوَصَايَا ثُلُثَ مَالِ الْمَيِّتِ كُلِّهِ.

قَالَ: فَإِنْ أَسْلَمَ الْوَرَثَةُ الْمُكَاتَبَ إِلَى أَهْلِ الْوَصَايَا، كَانَ لِأَهْلِ الْوَصَايَا مَا عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ مِنَ الْكِتَابَةِ، أَخَذُوا ذَلِكَ فِي وَصَايَاهُمْ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ، وَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ كَانَ عَبْدًا لِأَهْلِ الْوَصَايَا لَا يَرْجِعُ إِلَى أَهْلِ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُمْ تَرَكَوهُ حِينَ خَيْرُوا، وَلِأَنَّ أَهْلَ الْوَصَايَا حِينَ أُسْلِمَ إِلَيْهِمْ ضَمِنُوهُ، فَلَوْ مَاتَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَلَى الْوَرَثَةِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ كِتَابَتَهُ، وَتَرَكَ مَالًا هُوَ أَكْثَرُ مِمَّا عَلَيْهِ، فَمَالُهُ لِأَهْلِ الْوَصَايَا، وَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ مَا عَلَيْهِ عَتَقَ، وَرَجَعَ وَلَاؤُهُ إِلَى عَصَبَةِ الَّذِي عَقَدَ كِتَابَتَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من كاتب عبده عند موته كان ذلك في ثلثه، وهذا له حكم العتق لا حكم المعاوضة؛ لأنه يفضى إلى عتق وانتزاع ما بيد المعتق، وإنما يعتبر في ثلثه قيمته؛ لأنها هي التي فوت بالكتابة ومنع الورثة من التصرف في العبد بالبيع وغيره، وأما الكتابة أو قيمتها فلم تكن ثابتة، فنفاها، بل بالكتابة أحدثها.

فصل: وقوله: «وتفسير ذلك أن تكون قيمة العبد ألف دينار، فيكاتبه بمائتي دينار، فإن حمل ثلث السيد قيمته التي هي ألف دينار جازت كتابته» لأنها وصية أوصى بها في ثلثه، ولو كاتبه بألف وقيمة العبد مائتا دينار، وكان الثلث مائتي دينار، جاز ذلك أيضًا، ولم يعتبر بنقص الثلث عن الكتابة لما قدمناه.

فصل: وقوله: «ولو أوصى مع ذلك بوصايا ففاق الثلث بدئ بالمكاتب؛ لأن الكتابة

كتاب المكاتب ٤١٣

عताقة، يريد أوصى بذلك مع ذلك بوصايا لقوم من دنائير وثياب ورباع وغير ذلك، فإن الكتابة المضمنة للعتق تقدم على ملك الوصايا، فتنفذ الكتابة لما تجر إليه من العتق، ثم تكون تلك الوصايا فى الكتابة، فيخير الورثة بين أن يؤدوا إلى أهل الوصايا وصاياهم كاملة وتكون كتابة المكاتب لهم، وبين أن يسلموا إلى أهل الوصايا، فإن أدوا تحاصوا فيما يؤديه من الكتابة، وإن عجزوا رق لهم دون الورثة.

ووجه ذلك أن الكتابة لما قدمت على الوصايا اقتضى ذلك ثبوت عقدها لما كان ما يؤديه المكاتب متعلقًا بالثلث الذى يخص بالوصايا، وكان الورثة أحق بأعيان أموال الميت من الموصى لهم بغير معين خيروا، فإن اختاروا أداء الوصايا، استخلصوا الكتابة، ويكونون مع المكاتب بمنزلة من كاتبه، إن أدى عتق، وإن عجز رق لهم.

وإن أسلموه كان مع أهل الوصايا على مثل ذلك، إن أدى إليهم عتق وإن عجز رق لهم؛ لأن إسلام الورثة الكتابة عينت حقوق أهل الوصايا فيه، فلو مات لم يكن له شىء، وإن أدى لم يكن لهم غير ما يؤدى، وإن عجز لم يكن لهم غير استرقاقه.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ لِسَيِّدِهِ عَلَيْهِ عَشْرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، فَيَضَعُ عَنْهُ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

قال مالك: يُقَوِّمُ الْمُكَاتَبُ، فَيُنْظَرُ كَمْ قِيَمَتُهُ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَالَّذِي وُضِعَ عَنْهُ عَشْرُ الْكِتَابَةِ، وَذَلِكَ فِي الْقِيَمَةِ مِائَةَ دِرْهَمٍ، وَهُوَ عَشْرُ الْقِيَمَةِ، فَيُوضَعُ عَنْهُ عَشْرُ الْكِتَابَةِ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ إِلَى عَشْرِ الْقِيَمَةِ نَقْدًا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ كَهَيْئَتِهِ لَوْ وُضِعَ عَنْهُ جَمِيعُ مَا عَلَيْهِ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يُحْتَسَبْ فِي ثُلْثِ مَالِ الْمَيِّتِ إِلَّا قِيَمَةُ الْمُكَاتَبِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي وُضِعَ عَنْهُ نِصْفُ الْكِتَابَةِ حُسِبَ فِي ثُلْثِ مَالِ الْمَيِّتِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن السيد إذا وضع عن مكاتبه عددًا مطلقًا غير مختص بنجم معين أو بنجوم معينة، فإنه إنما وضع عنه جزءًا من كتابته على حسب ما سماه بالهبة من المسمى فى الكتابة.

فإن أسقط ألف درهم، والكتابة عشرة آلاف درهم، فقد وضع عنه عشرها؛ لأنه لا يحتسب فى الثلث إلا بعشر قيمته ألف درهم، واحتسب فى الثلث بعشر قيمته، وذلك

كمائة درهم؛ لأنه لو وضع عنه جميع الكتابة، وهي عشرة آلاف، وقيمته ألف درهم لم يحتسب في الثلث إلا بقيمته دون المسمى في الكتابة؛ لأن القيمة هي التي أسقط بالجزء، وأما المسمى بالكتابة، فغير ثابت ولا متيقن.

قال مالك: إِذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَن مَّكَاتِبِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِّنْ عَشْرَةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ، وَلَمْ يُسَمِّ أَنْهَا مِنْ أَوَّلِ كِتَابَتِهِ أَوْ مِنْ آخِرِهَا وَضِعَ عَنْهُ مِنْ كُلِّ نَجْمٍ عَشْرَةٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من وضع عن مكاتبه ألف درهم، والكتابة عشرة آلاف درهم، وأطلق ذلك، ولم يسم لها محلاً من أول الكتابة، ولا من وسطها، ولا آخرها، ولا نجماً من نجومها، فإنه يوضع عنه من كل نجم عشرة.

ووجه ذلك أنه ليس ذلك أولى بما وضع عنه من بعض فوجب أن يفض ذلك على جميع النجوم، والله أعلم.

قال مالك: إِذَا وَضَعَ الرَّجُلُ عَن مَّكَاتِبِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِّنْ أَوَّلِ كِتَابَتِهِ أَوْ مِنْ آخِرِهَا، وَكَانَ أَصْلُ الْكِتَابَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ، قَوْمَ الْمُكَاتَبِ قِيَمَةُ النِّقْدِ، ثُمَّ قُسِمَتْ تِلْكَ الْقِيَمَةُ، فَجُعِلَ لِتِلْكَ الْأَلْفِ الَّتِي مِنْ أَوَّلِ الْكِتَابَةِ حِصَّتُهَا مِنْ تِلْكَ الْقِيَمَةِ بِقَدْرِ قُرْبِهَا مِنَ الْأَجْلِ، وَفَضْلِهَا، ثُمَّ الْأَلْفُ الَّتِي تَلِي الْأَلْفَ الْأُولَى بِقَدْرِ فَضْلِهَا أَيْضًا ثُمَّ الْأَلْفُ الَّتِي تَلِيهَا بِقَدْرِ فَضْلِهَا أَيْضًا حَتَّى يُؤْتَى عَلَى آخِرِهَا بِفَضْلِ كُلِّ أَلْفٍ بِقَدْرِ مَوْضِعِهَا فِي تَعْجِيلِ الْأَجْلِ وَتَأْخِيرِهِ؛ لِأَنَّ مَا اسْتَأْخَرَ مِنْ ذَلِكَ كَانَ أَقْلَ فِي الْقِيَمَةِ ثُمَّ يُوضَعُ فِي ثُلْثِ الْمَيْتِ قَدْرُ مَا أَصَابَ تِلْكَ الْأَلْفَ مِنَ الْقِيَمَةِ عَلَى تَفَاضُلِ ذَلِكَ إِنْ قَلَّ أَوْ كَثُرَ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ.

الشرح: ومعنى ذلك فيما رواه عيسى عن ابن القاسم في المزنية أن يكون على الميت ثلاثة آلاف دينار في ثلاثة أنجم، فإن كان الذي وضع عنه المائة الأولى نظر كم قيمتها أن لو كانت تباع نقداً في قرب محلها أو تأخرها؛ لأن آخر النجوم أقل قيمتها من أولها.

فإن كانت قيمة النجم الأول خمسمائة، وقيمة النجم الثاني ثلاثمائة، وقيمة النجم الثالث مائتين، كان الذي أوصى له به نصف رقبته، فينظر أيهما أقل قيمة رقبته أو النجم الأول، فذلك يحتسب في ثلث الميت، فإن خرج من الثلث عتق نصفه، وليس

للورثة أن يقولوا قد تعجل أول نجم، يريد لأن قيمة النجم إنما كانت على الحلول.

قال: وعلى حسب هذا يكون لو أوصى له بالنجم الثاني أو الثالث، وإن كان النجم الأول نصفه، ولم يترك الميت مالا غيره خير الورثة بين أن يضعوا ذلك النجم بعينه ويعتق الذي كان نصيبه من قيمة رقبته النصف، ويسقط عنه ذلك النجم، ويكون لهما النجمان الباقيان.

فإن استوفوا فذلك، وإن رق منه نصفه، وبين أن لا يميزوا فيعتق ثلثه، ويوضع عنه من كل نجم ثلثه، فإن عجزوا كان ثلثه حراً، وثلثاه رقيقاً.

قال ابن القاسم: هذا وجه ما سمعت من مالك، وتفسير من أتق به. قال يحيى بن مزين: وليست في شيء من الكتب والسماعات بآتم ولا أصح مما في هذا الكتاب، ومعنى هذا رواه أبو زيد عن، ابن القاسم في العتبية، وذكره ابن حبيب، عن أصبغ، عن ابن القاسم في العتبية بمثل ذلك.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِرُبْعِ مَكَاتِبٍ أَوْ أَعْتَقَ رُبْعَهُ، فَهَلَكَ الرَّجُلُ، ثُمَّ هَلَكَ الْمَكَاتِبُ وَتَرَكَ مَالًا كَثِيرًا أَكْثَرَ مِمَّا بَقِيَ عَلَيْهِ.

قال مالك: يُعْطَى وَرَثَةُ السَّيِّدِ وَالَّذِي أَوْصَى لَهُ بِرُبْعِ الْمَكَاتِبِ مَا بَقِيَ لَهُمْ عَلَى الْمَكَاتِبِ، ثُمَّ يَقْتَسِمُونَ مَا فَضَلَ، فَيَكُونُ لِلْمَوْصَى لَهُ بِرُبْعِ الْمَكَاتِبِ ثُلُثُ مَا فَضَلَ بَعْدَ آدَاءِ الْكِتَابَةِ وَلِوَرَثَةِ سَيِّدِهِ الثَّلَاثَانَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمَكَاتِبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ فَإِنَّمَا يُورَثُ بِالرُّقِّ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من أوصى لرجل بربع مكاتبه ثم بعته ربعه، فقد بقي ثلاثة أرباعه على حكم الكتابة للموصى نصفه، وللوصية ربعه، فكان الباقي منه على الملك بينهما على الثلثين منهما للموصى والثلث بحكم الوصية.

فإذا مات الموصى انتقل ذلك الثلث إلى الموصى به والثلثان إلى ورثة الموصى، فإن مات المكاتب عن مال أعطى ورثة السيد ما بقي له، وللموصى له ما بقي له، ثم يقتسمون البقية للورثة ثلثاه، وللموصى له ثلثه.

ووجه ذلك أن المال إنما ينقل عنه إليهم على حكم الملك، والذي يملك منه ثلاثة أرباعه للورثة ربعاه، وللموصى له ربع، وذلك ينقسم على ثلاث وثلاثين حسبما

٤١٦ كتاب المكاتب

ذكروا ذلك أن المكاتب عبد ما بقي عليه شيء، فلا يورث وإنما ينتقل ماله إلى مستحقه بحق الملك والرق، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي مَكَاتِبِ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ، قَالَ: إِنْ لَمْ يَحْمِلْهُ ثُلُثُ الْمَيْتِ، عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ، وَيُوضَعُ عَنْهُ مِنَ الْكِتَابَةِ قَدْرُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ عَلَى الْمَكَاتِبِ خَمْسَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَكَانَتْ قِيمَتُهُ أَلْفِي دِرْهَمٍ نَقْدًا، وَيَكُونُ ثُلُثُ الْمَيْتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَتَقَ نِصْفَهُ، وَيُوضَعُ عَنْهُ شَطْرُ الْكِتَابَةِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن معنى الوصية بعق المكاتب، وهو إسقاط ما عليه، فإن حمل الثلث ما عليه، يريد من الكتابة عتق، وإن لم يحمله عتق منه قدر ما حمل الثلث.

ومعنى ذلك يوضع عنه من الكتابة قدر ما حمل الثلث من قيمته، تعتبر عند احتمال الثلث له جميع الكتابة، وعند ضيق الثلث عنها الأقل من قيمة العبد أو الكتابة، وهو معنى قوله: ويوضع عنه قدر ذلك، فإن حمل الثلث نصفه، وضع عنه نصف ما عليه من الكتابة.

وذلك بأن يوضع عنه من كل نجم نصفه، فإن كانت الكتابة خمسة آلاف درهم، وقيمة المكاتب ألف درهم وثلث الميت ألف درهم عتق نصفه، ووضع عنه من الكتابة نصفها؛ لأنها مقابلة نصف قيمة العبد.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ قَالَ فِي وَصِيَّتِهِ: غُلَامِي فَلَانٌ حُرٌّ، وَكَاتِبُوا فَلَانًا: تَبَدُّوا الْعَتَاةَ عَلَى الْكِتَابَةِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الكتابة ليست بعق متحقق بل يجوز أن تبطل بالعجز مع ما فيه من التأجيل. وأما العتق المبطل، ففيه مع تحقق العتق التأجيل، فكان أولى؛ لأن الوصية مبنية على تقديم العتق المعين على غيره من الوصايا، فوجب أن يقدم ما تحقق منه ويعجل على ما يخالفه، والله أعلم وأحكم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المدبر

القضاء في المدبر

مَالِكٌ أَنَّهُ قَالَ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ دَبَّرَ جَارِيَةً لَهُ، فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا بَعْدَ تَدْبِيرِهِ إِيَّاهَا، ثُمَّ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ قَبْلَ الَّذِي دَبَّرَهَا إِنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا قَدْ ثَبَتَ لَهُمْ مِنَ الشَّرْطِ مِثْلُ الَّذِي ثَبَتَ لَهَا، وَلَا يَضُرُّهُمْ هَلَاكُ أُمَّهَمُ، فَإِذَا مَاتَ الَّذِي كَانَ دَبَّرَهَا، فَقَدْ عَتَقُوا إِنْ وَسِعَهُمُ الثَّلَاثُ.

وقال مالك: كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا إِنْ كَانَتْ حُرَّةً، فَوَلَدَتْ بَعْدَ عَتَقِهَا، فَوَلَدَهَا أَحْرَارًا، وَإِنْ كَانَتْ مُدَبَّرَةً أَوْ مُكَاتَبَةً أَوْ مُعْتَقَةً إِلَى سِنِينَ أَوْ مُخْدَمَةً أَوْ بَعْضَهَا حُرًّا أَوْ مَرْهُونَةً أَوْ أُمَّمٌ وَوَلَدَ، فَوَلَدُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عَلَى مِثْلِ حَالِ أُمَّه، يَعْتَقُونَ بِعَتَقِهَا، وَيَرْقُونَ بِرِقِّهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبرة ما ولدت بعد التدبير، فإن له حكم المدبر؛ لأن الولد تبع لأمه في أحكام الرق والحرية بعد التدبير. وأما الموصى بعنتها، فما ولدته قبل موت سيدها، فلا يدخل في وصيتها؛ لأن الوصية لا تثبت إلا بموت الموصى.

وأما قبل موته، فلا تثبت؛ لأن للموصى الرجوع عنها، فإذا ثبت حكم التدبير لولد المدبرة لم يخرجهم عن هذا الحكم بعد ثبوته موت الأم، وكذلك المكاتب والمعتقة إلى أجل والمخدمة أو بعضها حر أو مرهونة أو أم ولد، فإن ولد كل واحدة منهن بمنزلتها له حكمها يعتق بعنتها، ويرق برقها، ويعتق منه ما عتق منها ويرق منها ما يرق منه.

قال: لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها، يريد ما لم ينشأ في ملك سيد حر أو انعقد له عقد حرية. فأما إذا خلق في ملك سيد حر أو انعقد له عقد حرية من كتابة أو تدبير أو عتق مؤجل، فإن الولد يتبع أباه، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

٤١٨ كتاب المدبر

فصل: وقوله: «فإذا مات الذى دبرها، فقد عتق بعثتها، إن وسعهم الثلث»، يريد عموت السيد تحصل الحرية للمدبرة وولدها، إن وسعهم الثلث؛ لأن المدبر إنما يعتق من الثلث، فإن حملة الثلث، فقد عتق، وإن لم يحمله عتق منه ما حملة الثلث.

مسألة: وهذا حكم الإطلاق، وأما الشرط، ففى كتاب ابن المواز: من دبر أمتة على أن ما تلد رقيق مضى التدبير وولدها بمنزلتها.

ووجه ذلك أن هذا عقد يتضمن العتق، وهو مبنى على التغليب والسراية، فإذا اشترط فيه شرطاً فاسداً مترقياً بطل الشرط، ونفذ العقد كما لو قال له أنت حر على أن ما تكسب فى المستقبل لى يصح العتق، ونفذ وبطل الشرط.

قَالَ مَالِكٌ فِي مُدَبِّرَةٍ دُبِّرَتْ، وَهِيَ حَامِلٌ، وَلَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهَا بِحَمْلِهَا: إِنَّ وَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ أَعْتَقَ جَارِيَةً لَهُ، وَهِيَ حَامِلٌ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِحَمْلِهَا.

قال مالك: فالسنة فيها أن ولدها يتبعها ويعتق بعثتها.

قال مالك: وكذلك لو أن رجلاً ابتاع جارية، وهى حامل، فالوليدة وما فى بطنها لمن ابتاعها، اشترط ذلك المبتاع أو لم يشترطه.

قال مالك: ولا يحل للبائع أن يستثنى ما فى بطنها؛ لأن ذلك غرر يضع من ثمنها، ولا يدرى أبصل ذلك إليه أم لا؟ وإنما ذلك بمنزلة ما لو باع جنيماً فى بطن أمه، وذلك لا يحل له؛ لأنه غرر.

الشرح: وهذا على ما قال أن من دبر أمة، وهى حامل، فالتدبير يتناول ما فى بطنها، فيكون حكمه فى التدبير حكمها، وهكذا قال على وعثمان وابن عمر وجابر وابن المسيب وعمر بن عبدالعزيز وغيرهم. وروى عنه مثل ما تقدم.

واستدل مالك على ذلك بأن قال: وكذلك لو أعتقها لكان ذلك عتقاً لما فى بطنها، وإن لم يعلم بحملها؛ لأن العتق مبنى على التغليب والسراية، والولد بمنزلة عضو من أعضائها يتبعها فى البيع والهبة بمجرد العقد، وإن لم يكونا من عقود التغليب والسراية، فكذلك التدبير والعتق، وهما بذلك أولى لما قدمناه.

قَالَ مَالِكٌ فِي مُدَبِّرٍ أَوْ مُكَاتَبٍ ابْتَاعَ أَحَدُهُمَا جَارِيَةً، فَوَطَّئَهَا، فَحَمَلَتْ مِنْهُ

وَوَلَدَتْ، قَالَ: وَلَدْتُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ جَارِيَتِهِ بِمَنْزِلَتِهِ، يَعْتَقُونَ بِعَتَقِهِ، وَيَرِقُونَ بِرِقِّهِ.

قال مالك: فَإِذَا أُعْتِقَ هُوَ، فَإِنَّمَا أُمُّ وَوَلَدِهِ مَالٌ مِنْ مَالِهِ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ إِذَا أُعْتِقَ.

الشرح: وهو على ما قال أن المدبر والمكاتب من ابتاع منهما جارية، فولدت منه، فإن الولد بمنزلته يعتق بعتقه ويرق برقه.

ووجه ذلك أن كل ولد حدث عن ملك يمين يتبع أباه في الحرية، والرق. أصل ذلك الحر يستولد أمته.

مسألة: وهذا إذا وضعته أمه لسته أشهر فأكثر من وقت التدبير، وما وضعته قبل ذلك فهو رقيق، رواه ابن سحنون عن أبيه. قال: وما ولدته المدبرة بعد التدبير، فهو مدبر كأمه، طال ذلك أو قصر.

والفرق بينهما أن ما في بطن المدبرة عضو من أعضائها، ولذلك لا يجوز أن ينفرد بالبيع دونها، ولا تنفرد بالبيع دونه، وما في بطن أمة المدبر ليس كذلك؛ لأنه لا يجوز أن تنفرد بالبيع دونه، ويفرد المدبر بالبيع دون الحمل، فلذلك لم يتبعه إلا إذا حدث بعد عقد لتدبير، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإذا عتق هو، فإنها أم ولده مال من ماله، تسلم إليه إذا عتق»^(١).

* * *

جامع ما جاء في التدبير

المدبر من العبيد مأخوذ من الدبر؛ لأن السيد أعتقه بعد مماته، والممات دبر الحياة، والفقهاء يقولون للمعتق عن دبر، أى بعد الموت، وهذا اللفظ لم يستعمل إلا فى العبيد والإماء دون سائر ما يملك كما لم يستعمل العتق إلا فيهم.

قَالَ مَالِكُ فِي مُدَبَّرٍ قَالَ لِسَيِّدِهِ: عَجَّلْ لِي الْعِتْقَ، وَأَعْطِيكَ خَمْسِينَ مِنْهَا مُنْجَمَةً عَلَيَّ، فَقَالَ سَيِّدُهُ: نَعَمْ، أَنْتَ حُرٌّ، وَعَلَيْكَ خَمْسُونَ دِينَارًا تُؤَدِّي إِلَيَّ كُلَّ عَامٍ عَشْرَةَ دَنَانِيرًا، فَرَضِي بِذَلِكَ الْعَبْدُ، ثُمَّ هَلَكَ السَّيِّدُ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ.

(١) هكذا فى الأصل، لم يرد فيه شرح من المصنف.

قال مالك: يُثْبِتُ لَهُ الْعِتْقُ، وَصَارَتْ الْخَمْسُونَ دِينَارًا دَيْنًا عَلَيْهِ، وَجَازَتْ شَهَادَتُهُ، وَبَتَّتْ حُرْمَتُهُ، وَمِيرَانُهُ وَحُدُودُهُ، وَلَا يَضَعُ عَنْهُ مَوْتُ سَيِّدِهِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أن للسيد أن يقاطع مدبره على مال يأخذه منه، ويعجل له العتق، فإن مات السيد قبل أخذ المال لم يسقط عنه الدين؛ لأنه دين متعلق بذمته، ويعتق العبد بالعتق المنجز، ولا يعتبر في ذلك ثلث المال؛ لأن الحرية قد سبقت له قبل موت السيد، ونجزت بالعوض.

قَالَ مَالِكُ فِي رَجُلٍ دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ، فَمَاتَ السَّيِّدُ، وَأَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ، وَمَالٌ غَائِبٌ، فَلَمْ يَكُنْ فِي مَالِهِ الْحَاضِرِ مَا يَخْرُجُ فِيهِ الْمُدَبِّرُ.

قَالَ: يُوقَفُ الْمُدَبِّرُ بِمَالِهِ، وَيُجْمَعُ خَرَاجُهُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ مِنَ الْمَالِ الْغَائِبِ، فَإِنْ كَانَ فِيمَا تَرَكَ سَيِّدُهُ مِمَّا يَحْمِلُهُ الثُّلْثُ عَتَقَ بِمَالِهِ، وَإِمَّا جُمِعَ مِنْ خَرَاجِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيمَا تَرَكَ سَيِّدُهُ مَا يَحْمِلُهُ، عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ الثُّلْثِ، وَتَرَكَ مَالَهُ فِي يَدَيْهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبر إذا لم يخرج من المال الحاضر وقف، وانتظر المال الغائب.

ووجه ذلك أنه لا يعجل استرقاق بعضه مع ما يرجى من استكمال حرية بالمال الغائب؛ لأن حرية المدبر متعلقة بالمالين، فلا تسقط من أحدهما لتغيبه.

مسألة: ولو كان دين مؤجل إلى عشر سنين ونحوها، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يباع الدين بما يجوز بيعه به، حتى يعجل عتق المدبر من ثلثه أو ما حمل الثلث منه.

ووجه ذلك أن بهذا يتوصل إلى تعجيل العتق بخلاف المال الغائب، فإنه لا يستطيع ذلك فيه، وفيه أيضاً المدبر إلى أن يحل الدين المؤجل إلى عشر سنين، استدامة استرقاقه المدة الطويلة التي ربما أدت إلى تقويت عتقه بموته قبل ذلك.

مسألة: ولو يئس من الدين لعدم الغريم أو بعد غيبته، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يعتق منه ما حمله المال الحاضر؛ لأن انتظار ذلك لا فائدة فيه مع ما يخاف من موته، وفوت عتقه.

فصل: وقوله: «يوقف المدبر بماله وجميع خراجه»، يريد أن ذلك كله تابع له يتبعه في عتقه، فلذلك قوم معه؛ لأنه يزيد في قيمته، وكذلك إذا عجل عتقه لعدم من عليه الدين لسيدته أو بعد غيبته، فإنه يعتق منه ما حمله المال الحاضر، ويعمل في مال المدبر على ما يأتي بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

مسألة: فإن أعتق بعضه، ثم قدم المال الغائب أو أثرى المعدم، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن كان المدبر في أيدي الورثة، عتق في ثلث ما أخذ من الدين، وإن خرج عن أيديهم ببيع أو هبة أو غيرها، فلا شيء فيما قبض للمدبر، وذلك للورثة. وقال عيسى: يعتق في الثلث حيث كان، وإن بقي منه شيء للمشتري رده، والذي قاله عيسى قول مالك وأصحابه.

ووجه ذلك أن العيب قد ظهر على استحقاق المدبر العتق مما كان للسيد من المال، فكان ذلك بمنزلة أن يستحق بحرية.

* * *

الوصية في التدبير

قال مالك: الأمرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنْ كُلَّ عَتَاقَةٍ أَعْتَقَهَا رَجُلٌ فِي وَصِيَّةٍ أَوْصَى بِهَا فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ، أَنَّهُ يَرُدُّهَا مَتَى شَاءَ، وَيُغَيِّرُهَا مَتَى شَاءَ، مَا لَمْ يَكُنْ تَدْبِيرًا، فَإِذَا دَبَّرَ، فَلَا سَبِيلَ لَهُ إِلَى رَدِّ مَا دَبَّرَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الوصية بالعتق يردها الموصى متى شاء من صحة أو مرض؛ لأن عقد الوصية عقد غير لازم، وإنما يلزم بموت الموصى.

وقوله: «فإذا دبر، فلا سبيل له إلى ما دبر»، يريد أن ما كان من العتق بمعنى التدبير، فلا سبيل للمعتق إلى رده؛ لأنه عقد لازم، وهذا يقتضى أن حكم الوصية غير حكم التدبير خلافاً للشافعي في أحد قوليه: إن حكم التدبير الوصية.

والدليل على ما نقوله أن اختلاف الألفاظ ظاهره اختلاف المعاني، وإذا كان التدبير مخالفاً للوصية، فلكل واحد منهما لفظ يختص به.

فأما لفظ الوصية، فهو أن يقول: إذا مت فأعتقوا عبدي فلاناً، فهذا محمول على الوصية، وللموصى الرجوع عنه متى شاء؛ لأنه عقد غير لازم.

مسألة: وأما إذا قال في صحته لعبده: أنت حر بعد موتى، ففي الموازية عن ابن

٤٢٢ كتاب المدبر

القاسم: إن لم يرد به الوصية، فهو تدبير. وقال ابن وهب عن مالك: كل ما أعتق الرجل بعد موته فى صحة أو مرض، فهو وصية، ما لم يدبر.

فوجه القول الأول، وهو نحو قول أبى حنيفة أن اللفظ يقتضى إيقاع العتق بعد الموت على الإطلاق، وذلك يقيد اللزوم، وهذا معنى التدبير.

ووجه القول الثانى أن لفظه يحتمل اللزوم على معنى التدبير، ويحتمل الجواز على معنى الوصية، وهو فى الجواز أظهر، فوجب أن يحمل عليه، ولو تساوى المعنيان فيه، لكان الجواز أولى؛ لأنه لا يلزم ما لم يلزم ما لم يقطع التزامه إياه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن أدرك المعتق حيًا سئل، فإن قال: أردت الوصية، ففى الموازية من رواية ابن القاسم عن مالك فى صحيح قال لعبدته: أنت حر يوم أموت، يسأل، فإن قال: أردت الوصية، صدق.

وقال أصبغ: يصدق مع يمينهم. قال الشيخ أبو محمد: وثم قول آخر لأشهب فى المدونة: وإن مات قبل أن يسأل، فقد قال أصبغ: مدبر، ويجىء على رواية ابن وهب عن مالك: أن له حكم الوصية، والله أعلم.

مسألة: وأما لفظ المدبر، فقد قال أبو محمد: هو أن يقول لعبدته: أنت حر عن دبر منى، أو أنت مدبر، أو إذا مت فأنت حر، بالتدبير، وما أشبه ذلك مما يعلم أنه قصد به إيجاب عتقه بموته لا على وجه الوصية.

وزاد فى كتاب ابن المواز: أن يقول فى صحة أو مرض: أنت حر متى مت، أو إن مت، ولا مرجع لى فيك. قال أشهب: وشبه هذا، أفرذ ذلك بكتاب أو جعله فى ذكر وصاياه.

ومعنى هذا على مقتضى قول أصحابنا أن التدبير على ضربين، مطلق، وهو ما تقدم، ومقيد مثل أن يقول: إن مت من مرضى هذا أو فى سفرى هذا، فأنت مدبر.

فأما المطلق فهو عقد لازم عند مالك، ولا خلاف فى ذلك فى المذهب، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما المقيد، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم وابن كنانة: هو تدبير لازم، لا رجوع فيه، ونحوه فى الموازية أيضًا عن ابن القاسم: وقيل ليس هذا بتدبير، مات فى مرضه ذلك أو عاش.

وروى في كتاب ابن سحنون عن ابن القاسم. وقال أصبغ وابن القاسم: هي وصية إلا أن يريد التدبير أو يقصده عند الوصية، ويأتي بلفظ الوصية، وهو يظن أنه تدبير وتقطع البينة أنه أراد ذلك أو يقر أنه أراد التدبير.

وجه القول الأول أن حكم التدبير مبنى على اللزوم، فلما قيلها بشرط خرج عن مقتضى اللزوم، فحمل على الوصية. وقد روى ابن نافع عن مالك فيمن قال لجاريته: إنها مدبرة، تعتق بعد موته، إن لم يحدث فيها حدث، وكتب لها بذلك كتاباً أنها وصيته، لقوله: إن لم يحدث فيها حدثاً.

وجه القول الثاني أن لفظ التدبير يقتضى اللزوم كالمطلق.

قال مالك: وَكُلُّ وَاوَلَدٍ وَوَلَدَتُهُ أُمَّةٌ أَوْصَى بِعِتْقِهَا، وَلَمْ تُدَبِّرْ، فَإِنَّ وَاوَلَدَهَا لَا يَعْتَقُونَ مَعَهَا إِذَا عَتَقَتْ، وَذَلِكَ أَنَّ سَيِّدَهَا يُغَيِّرُ وَصِيَّتَهُ إِنْ شَاءَ، وَيَرُدُّهَا مَتَى شَاءَ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهَا عِتَاقَةٌ، وَإِنَّمَا هِيَ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ قَالَ لِجَارِيَتِهِ: إِنْ بَقِيَتْ عِنْدِي فَلَانَةٌ حَتَّى أَمُوتَ، فَهِيَ حُرَّةٌ.

قال مالك: فَإِنْ أَدْرَكَتْ ذَلِكَ كَانَ لَهَا ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ قَبْلَ ذَلِكَ بَاعَهَا وَوَلَدَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُدْخِلْ وَوَلَدَهَا فِي شَيْءٍ مِمَّا جَعَلَ لَهَا. قَالَ: وَالْوَصِيَّةُ فِي الْعِتَاقَةِ مُخَالَفَةٌ لِلتَّدْبِيرِ، فَفَرَّقَ بَيْنَ ذَلِكَ مَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ. قَالَ: وَلَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِمَنْزِلَةِ التَّدْبِيرِ كَانَ كُلُّ مُوصٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَغْيِيرِ وَصِيَّتِهِ، وَمَا ذُكِرَ فِيهَا مِنَ الْعِتَاقَةِ، وَكَانَ قَدْ حَبَسَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ مَا لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الأمة الموصى بعقها إذا ولدت قبل موت سيدها، فإن ولدها غير داخل في وصيتها؛ لأن عقد الوصية غير لازم وعقد التدبير والكتابة لازم، فلذلك دخل فيها من يولد بعده، ولو أن الموصى بعقها تلد بعد وفاة سيدها قد لازم عقد الوصية.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَبَّرَ رَقِيقًا لَهُ جَمِيعًا فِي صِحَّتِهِ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ إِنْ كَانَ دَبَّرَ بَعْضَهُمْ قَبْلَ بَعْضٍ بَدِئًا بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ حَتَّى يَبْلُغَ الثَّلَاثَ، وَإِنْ كَانَ دَبَّرَهُمْ جَمِيعًا فِي مَرَضِهِ، فَقَالَ: فُلَانٌ حُرٌّ، وَفُلَانٌ حُرٌّ، وَفُلَانٌ حُرٌّ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ، إِنْ حَدَّثَ بِي فِي مَرَضِي هَذَا حَدَّثَ مَوْتٍ أَوْ دَبَّرَهُمْ جَمِيعًا فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، تَحَاصُّوا

٤٢٤ كتاب المدبر

فِي الثُّلُثِ، وَلَمْ يُبَدَأْ أَحَدٌ مِنْهُمْ قَبْلَ صَاحِبِهِ، وَإِنَّمَا هِيَ وَصِيَّةٌ، وَإِنَّمَا لَهُمُ الثُّلُثُ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ ثُمَّ يَعْتَقُ مِنْهُمْ الثُّلُثُ بِالْغَا مَا بَلَغَ.
قَالَ: وَلَا يُبَدَأُ أَحَدٌ مِنْهُمْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ فِي مَرَضِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من دبر عبداً، واحداً بعد واحد، زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: في صحة أو مرض، فإنه إذا ضاق الثلث عن جميعهم، بدئ بالأول فالأول؛ لأن السيد إذا دبر عبداً، فقد تعلق حقه بثلاث ماله على وجه الوجوب، فليس له أن يسقط ذلك بتدبير غيره.

فعلى هذا يعتق الأول فالأول؛ لأنه على حسب ذلك تعلق حقهم بالثلث، وإن أعتقهم جميعاً تحاصروا في الثلث؛ لأن حريتهم تعلقت بالثلث تعلقاً واحداً، فليس بعضهم أحق بذلك من بعض.

فإن أعتق جماعة في كلمة، ثم أعتق بعدهم جماعة أخرى، فعلى حسب ذلك أيضاً يبدأ بالجماعة الأولى، فإن حملهم الثلث وضاق عن الجماعة الثانية بدئ بعق الأولى وتحاصت الجماعة الثانية في بقية الثلث.

وإن ضاق عن الجماعة الأولى، بدئ بها، فتحصت في الثلث، ولم يكن للجماعة الثانية في ذلك حق، ومعنى المحاصة أن حمل الثلث بعضهم أن يعتق منهم بقدر ذلك، والله أعلم.

فرع: وكم مقدار ما يكون من الفضل بين الأول والثاني، ففي كتاب ابن سحنون، عن أبيه، عن ابن القاسم فيمن كتب وصية، فبدأ بأحد عبيده، ثم قام لشغل ثم عاد فكتب الآخر، قال: يبدأ الأول فالأول.

وروى ابن المواز، عن ابن وهب، عن المخزومي فيمن دبر فأغنى عليه، ثم أفاق، فدبر آخر، قال: هذان يتحصان.

مسألة: ومن قال في مرضه: قد كنت دبرت فلاناً في صحتي، ثم دبر آخر في مرضه، فإن ذلك ماض يعتق في ثلثه الأول فالأول، قاله سحنون عن ابن القاسم في كتاب ابنه، قال: ولا يبطل إقراره في مرضه بالتدبير؛ لأنه قد صرفه إلى الثلث بخلاف إقراره بالعتق؛ لأنه صرفه إلى رأس المال.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَبَّرَ غُلَامًا لَهُ، فَهَلَكَ السَّيِّدُ، وَلَا مَالَ لَهُ إِلَّا الْعَبْدُ الْمُدَبِّرُ، وَاللَّعْبَدُ مَالٌ، قَالَ: يُعْتَقُ ثُلُثُ الْمُدَبِّرِ، وَيُوقَفُ مَالُهُ بِيَدَيْهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبر إذا هلك سيده، ولم يترك غيره، فإنه يعتق ثلث المدبر، فإن كان للمدبر مال، فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه: يعتق من العبد ما حملة ثلث مال الميت، وبقي ماله في يده.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: يقوم بماله في الثلث كعضو من أعضائه ويتبعه إن خرج وإن خرج بعضه أقر بيده جميعاً. قال سحنون عن ابن القاسم: إن كانت قيمة المدبر مائة دينار، وماله مائة، فإنه يعتق نصفه، ويبقى ماله بيده؛ لأن قيمته بماله مائتان، ولا ينزع منه شيء، وهذا قول مالك.

وروى في العتبية عيسى، عن ابن وهب، عن ربيعة ويحيى بن سعيد: يجمع مال الميت إلى المدبر وماله، فإن خرج المدبر وماله في ثلث ذلك عتق، وكان ماله بيده، وإن كان الثلث يحمل رقبته وبعض ماله عتق، وكان له من ماله ما حمل الثلث من ماله ورقبته.

وإن لم يدع غير المدبر وماله وقيمة رقبته مائة دينار وماله ثمانمائة عتق المدبر، وكان له من ماله مائتا دينار، وهكذا يحسب وكذلك من أوصى بعنقه عبده، وللعبد مال هكذا يصنع، وهذا رأى ابن وهب، وبه أخذ. قال ابن حبيب: تفرد بذلك ابن وهب عن مالك وأصحابه.

مسألة: ومن دبر عبده، واستثنى ماله، ففي العتبية من رواية أصبغ، عن ابن القاسم: ذلك جائز، وقاله مالك. وفي المدونة من رواية عيسى عن مالك وابن القاسم مثله. وروى عن ابن كنانة: ليس ذلك له، ويتبعه ماله.

واحتج ابن القاسم للرواية الأولى بأنه لو قال في مرضه: غلامي مدبر، وخذوا ماله، جاز ذلك، فكذلك إذا قاله في الصحة؛ لأنه بهذا الشرط دبره، وليس هذا بمنزلة أن يدبره في الصحة، ولا يستثنى ماله، يريد أن ينتزع ماله في مرضه؛ لأن ذلك تدبير، يقتضى بقاء ماله بيده، فليس له انتزاعه عند ظهور عتقه.

ووجه قول ابن كنانة أنه ليس بمنزلة من أراد أن ينتزع مال مدبره عند موته أو ينتزعه الورثة بعد موته، فذلك غير جائز وبقي المال للمدبر. وقال أصبغ: معنى ذلك أن يستثنى بعد موت نفسه إذا عتق.

٤٢٦ كتاب المدبر

ومعنى ذلك على ما قال فى العتبية: أن معنى: استثناء ماله، أن يستثنى عند عقد التدبير أخذه عند نفوذ العتق. وأما عند التدبير وبعده، فإن له انتزاعه، اشترطه أو لم يشترطه.

فرع: فإذا استثناه فى التدبير، قوم بغير مال وحسب ما بيده من مال السيد، فقوم المدبر دونهما، قاله ابن القاسم وأصبغ فى العتبية والرازية.

قَالَ مَالِكٌ فِي مُدْبِرٍ كَاتَبَهُ سَيِّدُهُ، فَمَاتَ السَّيِّدُ، وَلَمْ يَتْرُكْ مَالًا غَيْرَهُ.

قال مالك: يُعْتَقُ مِنْهُ ثُلُثُهُ، وَيُوضَعُ عَنْهُ ثُلُثُ كِتَابَتِهِ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ ثُلَاثًا.

الشرح: وهذا على ما قال، ومعنى ذلك أن عقد التدبير لا يمنع عقد الكتابة؛ لأن الكتابة لا تمنع التدبير ولا تبطله بل تؤكد وتعمله، وأسوأ أحوالها أن يبقى المدبر على حاله. وذلك أن للسيد انتزاع مال المدبر.

فإذا أخذه منه على تعجيل عتقه، فذلك غير مخالف لما عقد عليه تدبيره، فإن أدى المكاتب كتابته فى حياة السيد عجل عتقه، فإن مات السيد قبل أداء الكتابة عتق منه ثلثه، وسقط عنه لذلك ثلث الكتابة، وبقي باقى العبد على حكم الكتابة، وذلك أفضل له من أن يبقى على حكم الرق لو لم يتقدم عقد الكتابة.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ لَهُ، وَهُوَ مَرِيضٌ، فَبِتَّ عِتْقُ نِصْفِهِ أَوْ بَتَّ عِتْقُهُ كُلُّهُ، وَقَدْ كَانَ دَبْرَ عَبْدًا لَهُ آخَرَ قَبْلَ ذَلِكَ.

قال: يُبْدَأُ بِالْمُدْبِرِ قَبْلَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، وَهُوَ مَرِيضٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَرُدَّ مَا دَبَّرَ، وَلَا أَنْ يَتَعَقَّبَهُ بِأَمْرٍ يَرُدُّهُ بِهِ، فَإِذَا عَتَقَ الْمُدْبِرُ، فَلْيَكُنْ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ فِي الَّذِي أَعْتَقَ شَطْرَهُ حَتَّى يَسْتَتِمَّ عِتْقُهُ كُلُّهُ فِي ثُلْثِ مَالِ الْمَيِّتِ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ فَضْلَ الثُّلُثِ عَتَقَ مِنْهُ مَا بَلَغَ فَضْلَ الثُّلُثِ بَعْدَ عِتْقِ الْمُدْبِرِ الْأَوَّلِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المريض إذا ابتدأ فدبر عبداً له ثم أعتق عبداً له آخر أو أعتق منه نصفه، ثم توفى، وضاق الثلث عنهما، فإنه يبدأ بعتق المدبر؛ لأنه قد ثبت له حكم التدبير، وهذا الأمر لازم، فليس للسيد أن ينقضه بعتق غيره.

مسألة: ولو أن المريض دبر أحدهما وتبل عتق الآخر فى لفظة واحدة أو كلام متصل تحاصفا فى الثلث، رواه ابن سحنون عن ابن القاسم.

كتاب المدير ٤٢٧

وروجه ذلك أنهما متساويان في الخدمة، ولم يتقدم أحدهما الآخر في الرقبة، فلزم
تخاصهما كالمديرين.

فصل: وقوله: «وإذا أعتق المدير فليكن ما بقى من الثلث في الذى أعتق شطره
حتى يستتم له عتقه كله في ثلث الميت»، يريد أنه لما بدأ بعثق تم عليه سائره في الثلث.

* * *

مس الرجل وليدته إذا دبرها

١٤٩٧ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ دَبَّرَ جَارِيَتَيْنِ لَهُ، فَكَانَ يَطْوُهُمَا،
وَهُمَا مُدَبَّرَتَانِ.

١٤٩٨ - قَالَ مَالِكٌ: عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَانَ يَقُولُ: إِذَا
دَبَّرَ الرَّجُلُ جَارِيَتَهُ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا، وَلَا يَهَبَهَا، وَوَلَدُهَا
بِمَنْزِلَتِهَا.

الشرح: قوله فى الذى دبر أمته: «له أن يطأها»، هو قول مالك وأبى حنيفة
والشافعى.

وروجه ذلك أن عتقها إنما يكون بعد الموت ومن الثلث كالموصى بعثقها، ولأنها تعتق
بالموت وانتزاع مالها كأم الولد.

وروجه آخر، وهو أن وطأها يؤكد عتقها؛ لأنها إن حملت منه، عتقت من رأس المال.
وإن بقيت على حالها، فإنما تعتق بالثلث، ويحتمل أن يقال إن المدبرة إذا حملت، بطل
تدبيرها، وانتقلت إلى ما هو أقوى من التدبير كما يبطل التدبير بالعتق.

فصل: وقوله: «ولا يجوز له بيعه ولا هبته»، يريد أن حكم التدبير قد لزمه فيه، فليس
له إبطاله بقول ولا فعل. وقال أبو حنيفة: ما كان منه مطلقاً، فليس له نقضه بقول ولا
فعل على ما قلناه، وما كان مقيداً، فله إبطاله.

وعندنا لا يجوز له إبطال المقيد كما لا يجوز له إبطال المطلق، وإنما قال بعض
أصحابنا: إنه لا يجوز له أن يفسر المقيد، فيقول: لم أرد به التدبير، فيكون له حيثنذ
حكم الوصية.

١٤٩٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٢٠.

١٤٩٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٢١.

٤٢٨ كتاب المدير

والدليل على ما نقوله على تسليم إحدى الروايتين أن هذا تدبير، فوجب أن يكون لازماً كالمطلق.

مسألة: فإذا قلنا يقدر في المقيد قول واحد، أنه إذا أريد به التدبير أنه يلزم، فكذلك المطلق أولى؛ لأنه عندنا صريح في التدبير لا يقبل منه أنه أراد به غير التدبير، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي في أحد قوليه: له الرجوع عن التدبير المطلق والمقيد بالفعل دون القول. والقول الثاني: له الرجوع بالقول والفعل.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. ومن جهة المعنى أنه عقد عتق استفاد به اسماً يعرف به، فلم يكن له إبطاله. أصله الكتابة. ودليل آخر أن هذا عقد عتق ليس له إبطاله بالفعل. أصله ما ثبت من ذلك لأم الولد.

وأما ما تعلقوا به مما روى عن جابر بن عبد الله أن رجلاً دبر عبداً له، ليس له مال غيره، فقال رسول الله ﷺ: «من يشتريه مني؟»، فاشتراه منه نعيم بن النحام بثمانمائة درهم، قالوا: وهذا هو أبو مذكور العربي دبر عبداً له يقال له يعفور، فباعه النبي ﷺ، فليس فيما ادعوه حجة؛ لأنه يجتمل أن يكون عليه دين قبل التدبير، فباعه لأداء ذلك الدين، وهذا عندنا جائز.

وبين وجه التأويل أنه قال في الحديث: ليس له مال غيره، وعلى أصلهم لا تأثير لقوله: ليس له مال غيره في الحكم؛ لأنه لا فرق عندهم بين أن يكون له مال غيره أو لا يكون له مال غيره.

وعلى ما نقوله فهو مدير؛ لأنه إن كان له مال غيره لم يبع في دين متقدم، وإن لم يكن له مال غيره يتأدى منه الدين يبع حيثنذ لأداء الدين.

ويبين هذا أن النبي ﷺ هو باشر البيع، وأمر به على وجه الحكم عليه، ولو لم يكن ثم دين يباع من أجله، لم يكن ذلك للنبي ﷺ وإنما يبعه هو عندهم باختياره. وقد قال نحو هذا ابن سحنون.

وقد روى هذا الحديث بهذه الزيادة الشيخ أبو إسحاق، عن أبي عبد الرحمن النسوي: أعتق رجل من الأنصار غلاماً له عن دبر وكان محتاجاً، وكان عليه دين، فباعه رسول الله ﷺ، وهذا يقوى ما قدمناه من التأويل، والله أعلم.

قال الشيخ أبو إسحاق: وقد قال بعض أصحابنا: إن ذلك بعد الموت. وقد رأيته لابن سحنون. وقال قوم: إن باع خدمته، فذلك محتمل، ولعله أراد به أن يعطيه مالا على تعجيل عتقه، وذلك جائز كما يجوز في أم الولد، وليس ذلك بيع في رقبتها.

* * *

بيع المدبر

قال مالك: الأمر المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْمُدْبِرِ أَنَّ صَاحِبَهُ لَا يَبِيعُهُ، وَلَا يُحَوَّلُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ، وَأَنَّهُ إِنْ رَهَقَ سَيِّدَهُ دَيْنًا، فَإِنَّ غُرْمَاءَهُ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى بَيْعِهِ مَا عَاشَ سَيِّدُهُ، فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ، وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ، فَهُوَ فِي ثُلْثِهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَتْنَى عَلَيْهِ عَمَلَهُ مَا عَاشَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْدُمَهُ حَيَاتِهِ، ثُمَّ يُعْتَقَهُ عَلَى وَرَثَتِهِ إِذَا مَاتَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدْبِرِ، وَلَا مَالٌ لَهُ غَيْرُهُ، عَتَقَ ثُلْثَهُ، وَكَانَ ثُلْثَاهُ لِوَرَثَتِهِ، فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدْبِرِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُحِيطٌ بِالْمُدْبِرِ بَيْعَ فِي دَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَعْتَقُ فِي الثُّلْثِ.

قَالَ: فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ لَا يُحِيطُ إِلَّا بِنِصْفِ الْعَبْدِ، بَيْعَ نِصْفَهُ لِلدَّيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ ثُلْثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الدَّيْنِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبر ليس لسيده أن يبيعه ولا له أن يحوله عن موضعه، يريد إزالة ما ثبت له من التدبير، فإن فعل ذلك وباعه، قال في الموازية مالك: جاهلاً أو عامداً أو ناسياً، رد بيعه، ورجع مدبراً كما كان.

وهذا ما لم يعتقه الذي اشتراه، فإن أعتقه قبل الفسخ، فقد قال الشيخ أبو القاسم: فيه روايتان، إحداهما: أن العتق نافذ غير مردود، والثانية: أن عقده باطل مردود.

وفي الموازية، قال ابن القاسم: كان مالك يقول في المدبر، يبيعه سيده فيعتق: يرد عتقه ويعود مدبراً، ثم قال: يمضى، وإن كتبه ذلك، ولا يرد إذا فات بالعتق أو بالموت. ونحوه في كتاب ابن حبيب، عن مطرف، عن مالك.

وجه القول الأول أن عقد التدبير عقد لازم، فلا ينقل بإزالة الملك عن وجه العتق كما لا ينقل بالهبة والبيع. ووجه آخر أن العتق هاهنا مرتب على البيع، فإذا لم يجوز إبطال التدبير بالبيع لم يصح العتق.

وجه القول الثاني أن العتق أقوى من التدبير، فوجب أن يبطل به كالمدبرة يطؤها

٤٣٠ كتاب المدبر

سيدها، فتحمل منه، أن التدبير يبطل بالاستيلاء الذي هو أقوى في باب العتق منه.

فرع: فإذا قلنا إنه يفوت بالعتق، فقد قال مالك: لا شيء على البائع، والثمن سائق له حلال، ورواه في المزنية عيسى عن ابن القاسم.

وروى عبدالرحمن بن دينار، عن ابن كنانة: يؤمر، ولو اشترى رجل المدبر، فأعتقه عن رقبة واجبة من ظهار أو غيره، ففى الموازية اختلف فيه، فقال ابن القاسم: يجزئه ولا يرجع بشيء.

وقال أشهب: لا يجزئه وينفذ عتقه، ولا شيء له على البائع، ولو اشتراه بشرط العتق لم يفت بالشراء. قال ابن المواز: ما لم يعتق، فإن عتق نفذ عتقه، والولاء للبائع بشرط العتق.

مسألة: ومن باع مدبرة، فحملت من المشتري، فهو فوت كالعتق، من الموازية.

ووجه ذلك أنه أثبت لها حكم العتق الواجب، فكان ذلك أقوى مما يرد إليه من التدبير كالعتق المؤجل.

مسألة: ولو مات المدبر عند المبتاع، ففى الموازية، قال سحنون: من باع مدبراً على أنه عبد، فمات بيد المبتاع، فلينظر إلى ما بين قيمته عبداً وقيمه مدبراً، فمحلله فى رقبته، ولا يقضى بذلك عليه.

قال مالك فى الموازية: فجعله فى عبد دبره، فإن لم يبلغ أمان به فى عتق. وروى عن سحنون فى موضع آخر: يرد ما بين القيمتين إلى المشتري.

وجه القول الأول أن ما صار إليه، قد كان استحق عليه بالتدبير المتضمن للعتق، فما ازداد على ذلك وجب أن يوجهه إلى مثل ما فات؛ لأنه إنما أخذه عما كان أعتق.

ووجه القول الثانى أن ما ازداده حق من حقوق المشتري، فيجب أن يرد إليه.

وفى المزنية عن محمد بن دينار والمغيرة: أن العبد إذا مات عند المشتري، فإنه لا يرجع على البائع بشيء، وهو بمنزلة عبد غير مدبر، وليس هذا من الفوت الذى يرجع عليه بما بين القيمتين، قال: لأن البائع يقول: ما لك ترجع علىّ إن كنت ظالماً، وإنما ظلمت نفسى.

يقول: إن المدبر إنما يدركه العتق إن عاش إلى أن يموت سيده، فإن مات قبل سيده،

كتاب المدبر ٤٣١

فلم يدركه العتق، وأن السيد ممنوع من بيعه، وقد ظلم نفسه حين تعدى وباعه، وذلك لا يتعلق بالمشتري، والله أعلم.

مسألة: ولو باع السيد مدبره، فلم يرفع أمره حتى مات السيد، فقد روى عبدالرحمن ابن دينار، عن ابن كنانة في المدنية: إن كان للسيد الذى باعه مال فسخ بيعه ورد إليه، وأخذ من ماله ثمنه، فدفع إلى المتباع، وعتق منه ما بلغ ثلث مال الميت، ورق باقيه للورثة، وإن لم يكن فيه وفاء بدين المشتري مضى بيعه. قال عيسى: وقال ابن القاسم مثله.

فصل: فإن رهقه دين، فإن غرماءه لا يقدرّون على بيعه ما دام سيده حيًا، يريد إن استحدث دينًا بعد التدبير، فإن ذلك لا ينقص التدبير في حياة السيد لتعلق الدين بذمة باقيه، وأما إن كان الدين قبل التدبير، فإن للغرماء ما نقص التدبير؛ لأن العبد من أموالهم.

فصل: «فإن مات سيده ولا دين عليه، فهو في ثلثه»، يريد أنه يعتق منه بقدر ثلث ماله، فإن حمله عتق جميعه، وإن لم يحمل إلا بعضه، لم يعتق منه إلا بذلك القدر، وإن لم يكن مال عبيده عتق ثلثه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وفتحاه الأمصار، خلافاً لمسروق والشعبي في قولهما: إنه يعتق من رأس المال.

والدليل على صحة قول الجمهور أنه ليس له أن يعقد عقدًا يصرف فيه جميع ماله عن الورثة، ولا يلزم على هذا أم الولد، فإن ذلك لا يثبت لها بالعقد، وإنما يثبت بالاستيلاء، وهو أقوى من العقد، ولذلك لا تباع أم الولد للدين المتقدم في حياة السيد ويباع المدبر، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإذا مات المدبر، وعليه دين يحيط بالمدبر يبيع في دينه»، يريد وإن كان دينًا استحدثه بعد التدبير؛ لأنه ليس للدين محل غير المدبر؛ لأن الذمة قد بطلت، وهذا كما يقول إن حقوق الغرماء تتعلق بالسلعة التي باعها صاحبها، ولم يقبض ثمنها بعد موت الغريم لعدم ذمته، ولا تتعلق بها في حياته لبقاء ذمته، والله أعلم.

قال مالك: لا يجوز بيع المدبر، ولا يجوز لأحد أن يشتريه إلا أن يشتري المدبر نفسه من سيده، فيكون ذلك جائزًا له أو يعطى أحد سيّد المدبر مالا، ويعتقه سيده الذي دبره، فذلك يجوز له أيضًا.

قال مالك: وَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ الَّذِي دَبَّرَهُ.

قال مالك: لَا يَجُوزُ بَيْعُ خِدْمَةِ الْمُدَبِّرِ؛ لِأَنَّهُ غَرَّرَ إِذْ لَا يُدْرَى كَمْ يَعِيشُ سَيِّدُهُ فَذَلِكَ غَرَرٌ لَا يَصْلُحُ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز لأحد أن يشتري المدبر نفسه، يريد أن يفتدى نفسه ويعطى عوضاً عن خدمته، وإن كانت مجهولة لما في ذلك من تخلص رقبته وتعجل عتقه، ولا ينقض ذلك عقد التدبير ولا يبطل بل هو باق على حكمه، وإنما يسقط بما يدفعه العبد إلى سيده.

فإن كان للسيد عليه من الخدمة والرق، فإن قاطعه على تعجيل العتق بمال معجل قبضه سيده عتق مكانه ولا تباعة لأحد عليه، وإن قاطعه على تعجيل العتق بمال مؤجل أو حال، فمات العبد قبل قبضه فترك مالاً، فإنه حر ويتبع بالقطاعة. رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية، وذلك أنه قد تعجل العتق وأزال عن نفسه الرق بمال يثبت في ذمته.

فصل: وقوله: «أو يعطى أحد سيد المدبر مالاً ويعتقه سيده الذي دبره»، يريد أن أجنبيًا أعطاه مالاً على تعجيل عتقه، ولو أعطاه مالاً على أن يستخدمه الأجنبي بقية مدة الخدمة لم يجوز؛ لأن ذلك عمل مجهول.

وهو الذي قال مالك: لا يجوز بيع خدمة المدبر؛ لأنه غرر لا يدري كم يعيش سيده. وأما لو كان الاستئجار لمدة معلومة مأمونة، لجاز ذلك مثل أن يستأجره ليخدمه شهراً أو سنة، فذلك جائز.

مسألة: وإن أجره مدة سنة، فقبض الإجارة ثم مات ولا مال له قبل أن يستخدمه المستأجر، ففي الموازية عن ابن القاسم: إن كان ما أخذ من إجارته يحيط برقبته، لم يتبع منه شيء، واستخدمه المستأجر سنة، ثم عتق ثلثه، ويرق ثلثاه. وإن كانت الإجارة لا تحيط برقبته بيع منه ثلثه، فرفع إلى المستأجر، ويستخدم المستأخر ثلثيه، فإن فضل من الثلث عن ثلث الأجرة شيء عتق.

قال محمد: أحب إلينا أن لا يباع منه شيء، ولو كانت الإجارة ديناراً واحداً، وثمانه واسعاً حتى تم السنة، فعتق ثلثه. قال: لأنه لا يباع منه شيء لدين الإجارة إلا إن كان في باقيه حجة لدين الإجارة.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ يَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيُدْبِرُ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ: إِنَّهُمَا يَتَقَاوَمَانِهِ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ الَّذِي دَبَّرَهُ كَانَ مُدْبِرًا كُلَّهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِهِ، انْتَقَضَ تَدْبِيرُهُ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الَّذِي بَقِيَ لَهُ فِيهِ الرَّقُّ أَنْ يُعْطِيَهُ شَرِيكَهُ الَّذِي دَبَّرَهُ بِقِيمَتِهِ، فَإِنْ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ بِقِيمَتِهِ لَزِمَهُ ذَلِكَ، وَكَانَ مُدْبِرًا كُلَّهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن العبد إذا كان بين شريكين، فدبر أحدهما حصته، ولا يقال بإذن شريكه ولا بغير إذنه، ففي الموازية عن مالك: يتقاومانه، فيكون رقيقاً كله أو مديراً كله، وهذه رواية الموطأ.

قال ابن المراز: وقال أيضاً مالك: إن شاء الآخر قوم عليه، وإن شاء قاوماه. وقال أيضاً: إن شاء ترك نصفه مديراً، يريد ويتماسك هو بحصته على الرق، وكذلك لو دبر بإذن شريكه بقي نصفه مديراً، ولا حجة للعبد في التقويم فانتضى هذا أن التدبير هذا أن التدبير المذكور في أصل المسألة كان بإذن الشريك، والله أعلم.

وجه القول بالمقاومة أنه قد أدخل فيه بعض الملك بما عقد فيه من العقد اللازم الذي يؤدي غالباً إلى العتق، ولم يلزم أن يقوم عليه؛ لأنه عتق لم يكمل، ولم يلزم لزوماً ثابتاً، فإنه بما رق بعد الموت بالدين.

وجه القول الثاني بالتخيير بين المقاومة والتقويم، أن النقص الذي أدخل عليه لما لم يكن محض العتق كان للشريك الخيار بين التقويم؛ لأنه دخل من جهة العتق وبين المقاومة؛ لأنه عتق لم يلزم بعد.

وجه القول الثالث أن النقص لما لم يتقرر فيه العتق، وإنما هو بمنزلة العيب من غير عتق كان للشريك الرضا به أو التقويم.

وقد روى القاضي أبو محمد رواية رابعة: أنه لا يجوز إلا تقويم حصة الشريك على الذي دبر إذا كان موسراً اعتباراً بالعتق، إلا أن يشاء الشريك أن يدبر، فيكمل التدبير على حسب ما يكون في العتق.

روى أشهب عن مالك في الموازية: إن دبر بإذن شريكه أو بغير إذنه، ليس للمتمسك الرضا بذلك، ولا بد من المقاومة. ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، قالوا: لأنه حق للعبد.

مسألة: ولو دبر أحدهما حصته وأعتق الآخر نصيبه، قوم على المعتق وسقط ولاء

٤٣٤ كتاب المدبر

التدبير لضعفه، رواه ابن سحنون وغيره وكبراء أصحابنا، ولو كان العتق مؤجلاً، قوم عليه وعتق إلى ذلك الأجل، قاله عبد الملك وأشهب.

مسألة: ومن دبر بعض عبده يحمل عليه تدبير جميعه، قاله القاضى أبو محمد وغيره من أصحابنا؛ لأنه بعض عتق ما يملكه كالعتق البتل.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ نَصْرَانِيٍّ دَبَّرَ عَبْدًا لَهُ نَصْرَانِيًّا، فَاسْلَمَ الْعَبْدُ.

قال مالك: يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَبْدِ، وَيُخَارَجُ عَلَى سَيِّدِهِ النَّصْرَانِيِّ، وَلَا يُبَاعُ عَلَيْهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ، فَإِنْ هَلَكَ النَّصْرَانِيُّ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، قُضِيَ دَيْنُهُ مِنْ ثَمَنِ الْمُدَبِّرِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي مَالِهِ مَا يَحْمِلُ الدَّيْنَ، فَيَعْتِقُ الْمُدَبِّرُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن النصراني إذا دبر عبده النصراني، ثم أسلم العبد، فإنه انتهى إلى حكم بين مسلم ونصراني ينظر فيه على حكم الإسلام، ولا يجوز بيع المدبر، فيلزم ثماؤه على حكم التدبير، لكنه تزال يد السيد عنه ويخرج له؛ لأن الذي بقى له فيه منافعه، فيمنع من مباشرة استيفائها، ويبيع من غيره من المسلمين فيستوفى فيها ويدفع إليه ثمنها.

فإن مات النصراني عن دين يستغرق ماله ببيع المدبر وقضى منه دينه، وإن لم يكن عليه دين أعتق في ثلثه أو ما حمل منه ثلثه على حسب ما يفعل لو كان السيد مسلماً لا فرق بينهما، إلا في إزالة يده عنه ومنعه من استخدامه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أسلم عبد لنصراني، فدبره النصراني، ففي المزنية من رواية عبدالرحمن ابن دينار، عن أبي حازم: يباع عليه ولا ينفعه تدبيره؛ لأنه لا يجوز له ملكه حين أسلم.

وروى عيسى عن ابن القاسم: لا يباع عليه ويحال بينه وبينه، ويخرج عليه، وإخراجه من يده يقوم مقام بيعه عليه وإبقاؤه على حكم العتق أفضل من بيعه؛ لأن ذلك رد له إلى الرق.

فإن مات النصراني وخرج من ثلثه عتق عليه، وإن ترك ديناً يغترقه، بيع وقضى منه ثمنه، وكان يبيعه الآن كبيعه يوم دبره، والله أعلم وأحكم.

* * *

جراح المدبر

١٤٩٩ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَضَى فِي الْمُدَبِّرِ إِذَا جَرَحَ أَنَّ لِسَيِّدِهِ أَنْ يُسَلَّمَ مَا يَمْلِكُ مِنْهُ إِلَى الْمَجْرُوحِ، فَيَخْتَلِمُهُ الْمَجْرُوحُ، وَيَقَاصُهُ بِجِرَاحِهِ مِنْ دِيَةِ جَرَحِهِ، فَإِنْ أَدَّى قَبْلَ أَنْ يَهْلِكَ سَيِّدُهُ، رَجَعَ إِلَى سَيِّدِهِ.

الشرح: قوله: «أن المدبر إذا جرح، فإن على سيده أن يسلم ما يملك منه»، وهو خدمته وأما رقبته فقد تعلق بها حكم عتق لا يمكن إزالته في حياة السيد، فإن افتكه في الجناية، فهو على التدبير، وإن أسلمه خدم في الجناية، فإن أدى أرشها بخدمته قبل وفاة السيد رجع إلى سيده على ما كان عليه من التدبير.

مسألة: ولو أن مدبرة حاملاً جرحت رجلاً، فقد روى في العتبية عيسى عن ابن القاسم: يخيّر سيدها إذا وضعت، فإن فداها، فهي على حكم التدبير، وإن أسلمها بغير ولد فخدمت في الجرح، فإن أدت قبل موت سيدها رجعت إليه.

وإن لم تؤد حتى مات سيدها، وخرجت هي وولدها عن الثلث اتبعت ببقية الأرض، وإن ضاق الثلث عتق منها، ومن ولدها بالحصص وتبع ما عتق منها بخصته من ذلك، ويخيّر الورثة في إسلام ما رق منها أو افتدائها بما عليها.

مسألة: وإن مات السيد عن دين، بيع منها ومن ولدها بقدر الدين وبيع منها خاصة بقدر دية الجرح.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمُدَبِّرِ إِذَا جَرَحَ، ثُمَّ هَلَكَ سَيِّدُهُ، وَكَانَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ، أَنَّهُ يُعْتَقُ ثُلُثُهُ، ثُمَّ يُقَسَّمُ عَقْلُ الْجَرَّاحِ أَثْلَاثًا، فَيَكُونُ ثُلُثُ الْعَقْلِ عَلَى الثَّلَاثِ الَّذِي عَتَقَ مِنْهُ، وَيَكُونُ ثُلُثَاهُ عَلَى الثَّلَاثِينَ الَّذِينَ بِأَيْدِي الْوَرَثَةِ إِنْ شَاءُوا أَسْلَمُوا الَّذِي لَهُمْ فِيهِ إِلَى صَاحِبِ الْجَرَّاحِ، وَإِنْ شَاءُوا أَعْطَوْهُ ثُلْثِي الْعَقْلِ، وَأَمْسَكُوا نَصِيْبَهُمْ مِنَ الْعَبْدِ، وَذَلِكَ أَنَّ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرَّاحِ إِنَّمَا كَانَتْ جِنَايَتُهُ مِنَ الْعَبْدِ، وَلَمْ يَكُنْ دَيْنًا عَلَى السَّيِّدِ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ الَّذِي أَحْدَثَ الْعَبْدُ بِالَّذِي يُطِيلُ مَا صَنَعَ السَّيِّدُ مِنْ عِتْقِهِ وَتَدْبِيرِهِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ مَعَ جِنَايَةِ الْعَبْدِ يَبِيعُ مِنَ الْمُدَبِّرِ بِقَدْرِ عَقْلِ الْجَرَّاحِ وَقَدْرِ الدَّيْنِ، ثُمَّ يُدْفَعُ بِالْعَقْلِ الَّذِي كَانَ فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ،

فَيَقْضَى مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يُقْضَى دَيْنُ سَيِّدِهِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ الْعَبْدِ، فَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ، وَيَبْقَى ثُلَاثُهُ لِلْوَرَثَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ جَنَايَةَ الْعَبْدِ هِيَ أَوْلَى مِنْ دَيْنِ سَيِّدِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا هَلَكَ وَتَرَكَ عَبْدًا مُدَبِّرًا قِيمَتُهُ خَمْسُونَ وَمِائَةٌ دِينَارًا، وَكَانَ الْعَبْدُ قَدْ شَجَّ رَجُلًا حُرًّا مُوضِحَةً عَقْلَهَا خَمْسُونَ دِينَارًا، وَكَانَ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُونَ دِينَارًا.

قال مالك: فَإِنَّهُ يُدْأَى بِالْخَمْسِينَ دِينَارًا الَّتِي فِي عَقْلِ الشَّحَّةِ، فَتَقْضَى مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يُقْضَى دَيْنُ سَيِّدِهِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى مَا بَقِيَ مِنَ الْعَبْدِ، فَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ، وَيَبْقَى ثُلَاثُهُ لِلْوَرَثَةِ، فَالْعَقْلُ أَوْجِبُ فِي رَقَبَتِهِ مِنْ دَيْنِ سَيِّدِهِ، وَدَيْنُ سَيِّدِهِ أَوْجِبُ مِنَ التَّدْبِيرِ الَّذِي إِنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ فِي ثُلْثِ مَالِ الْمَيِّتِ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ شَيْءٌ مِنَ التَّدْبِيرِ، وَعَلَى سَيِّدِ الْمُدَبِّرِ دَيْنٌ لَمْ يُقْضَ، وَإِنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

قال مالك: فَإِنْ كَانَ فِي ثُلْثِ الْمَيِّتِ مَا يَعْتَقُ فِيهِ الْمُدَبِّرُ كُلَّهُ عَتَقَ، وَكَانَ عَقْلُ جَنَايَتِهِ دَيْنًا عَلَيْهِ يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ عَتَقِهِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَقْلُ الدِّيَّةَ كَامِلَةً، وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ دَيْنٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المدبر إذا جرح ثم هلك سيده، وليس له مال غيره، يزيد ولا دين عليه، فإنه يعتق عليه، فيكون على المعتق منه ثلث العقل، ويخير الورثة فيما رق منه، وهو ثلثاه، بين أن يفتكوا ثلثي العقل أو يسلموه.

وذلك أن الجناية لم تتعلق بذمة السيد، وإنما تعلقت بالعبد، والعبد لا يملك منه في حياة سيده إلا خدمته، فتعلقت بذلك الجناية، وبعد سيده، هو من الثلث.

فإن عتق ثلثه، فثلث الدية عليه؛ لأنها دية تعلقت بجزء، فتعلقت بذمته، وإذا استرق ثلثاه تعلقت الجناية بالثلثين تعلقها بالعبد، فصار الثلث له في الجناية حكم الأحرار، وللثلثين حكم العبد.

فصل: وقوله: «فإن كان على السيد دين بيع منه للجناية والدين»، إلى آخر الفصل، يريد أن ما تقدم من عتق الثلث وتخيير الورثة في تسليم الثلثين، حكمه حكم من لا دين على سيده.

كتاب المدير ٤٣٧

وأما إن كان على سيده دين لم يترك مالا غير المدير، فإنه يباع منه للدين، وإذا بيع للدين والجنانية مقدمة عليه، وجب أن يباع لها، وإنما جاز أن يباع المدير في الدين؛ لأن له حكم الوصية.

وقد قال الله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ [النساء: ١١]، ولا خلاف بين المسلمين أن الدين من جميع المال، والمدير له حكم ثابت بالوصية، فاختص بالثلث، فكان الدين مقدما عليه، وإنما كان تأثير الدين في بيع المدير أقوى من تأثير الجنانية، لما اختص الدين ببيع المدير دون الجنانية؛ لأن الدين ليس له محل غير جهة السيد، ولم يبق منها غير العبد.

وأما الجنانية فتتعلق برقبة المدير تارة وتارة بذمته وتارة بخدمته، فكان للدين من التأثير في وجوب البيع ما لم يكن للجنانية ولا غيرها.

فإذا ثبت ذلك، وبيع للجنانية والدين غرم الدين؛ لأنه مختص بتلك العين، فإذا اقتضيا جميعا وفضلت من العبد فضلة، عتق ثلث تلك الفضلة، ورق للورثة ثلثها.

فصل: فإن كان ثلث الميت ما يعتق فيه المدير، وذلك لا يكون إلا بعد أداء ما على سيده من الدين عتق من ثلث السيد، واتبع بأرض الجنانية في ذمته، وذلك أنه قد تبين أن تعلق الجنانية به تعلقها بالأحرار، فاختصت بذمته، وإن كانت دية كاملة.

مسألة: إذا قتل المدير سيده، فلا يخلو أن يقتله عمداً أو خطأ، فإن قتله عمداً، ففي كتاب ابن المواز: لا يعتق في ثلث مال ولا دية، ويباع ولا يتبع بشيء.

وروجه ذلك ما تقدم في الموارث أن القاتل لا يرث؛ لأنه أراد أن يستعجل الميراث بقتل موروثه فمنعه، وهذا أراد أن يستعجل تدبيره بقتل سيده، فمنعه فإذا لم يعتق من مال ولا دية استرق، وإذا استرق لم يتبع بشيء؛ لأن العبد لا يتبع بما جنى على سيده، ولا يتبع سيده بما جنى عليه.

مسألة: وإن قتله خطأ عتق في المال دون الدية من الموازية؛ لأنه قد تعجل بقتل الخطأ فمنع الانتفاع بالدية لوجوبها عليه.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَبَّرِ إِذَا جَرَحَ رَجُلًا، فَأَسْلَمَهُ سَيِّدُهُ إِلَى الْمَجْرُوحِ، ثُمَّ هَلَكَ سَيِّدُهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، وَلَمْ يَتْرِكْ مَالًا غَيْرَهُ، فَقَالَ الْوَرِثَةُ: نَحْنُ نُسَلِّمُهُ إِلَى صَاحِبِ الْجُرْحِ، وَقَالَ صَاحِبُ الدَّيْنِ: أَنَا أَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ: إِنَّهُ إِذَا زَادَ الْغَرِيمُ شَيْئًا، فَهُوَ أَوْلَى

به، وَيُحِطُّ عَنِ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ قَدْرُ مَا زَادَ الْغَرِيمُ عَلَى دِيَةِ الْجَرْحِ، فَإِنْ لَمْ يَزِدْ شَيْئًا لَمْ يَأْخُذِ الْعَبْدَ.

الشرح: وهذا على ما قال، فإن المدبر إذا جرح وأسلمه سيده، ومات وعليه دين، فينزاع في المدبر المجنى عليه والغرماء، فالمجنى عليه أولى به؛ لأنه لا محل لجنايته غير العبد والغرماء محل ديونهم ذمة السيد.

فقدم المجنى عليه لاختصاصه بالعبد، إلا أن يزيد الغرماء على أرش الجناية شيئاً يحط عن المتوفى به بعض دينه، ويكون الغرماء أحق بدين العبد بأرش الجرح.

وبالزيادة فيدفع إلى المجنى عليه أرش جرحه ويحط عن الميت من دين الغرماء ما عليه بقدر تلك الزيادة؛ لأن قيمة العبد قد زادت بالزيادة على أرش الجناية.

فلا مضرة في ذلك على المجنى عليه؛ لأنه يأخذ أرش جرحه وينحط بالزيادة عن المتوفى بعض دينه؛ لأن المتوفى لو سلم أرش الجرح لكان له التمسك بالعبد.

فإذا كان في فعل الغرماء ذلك منفعة له في تخفيف دينه كان ذلك لغرمائه، والله أعلم وأحكم.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَبِّرِ: إِذَا جَرَحَ، وَلَهُ مَالٌ، فَأَبَى سَيِّدُهُ أَنْ يَفْتَدِيَهُ، فَإِنَّ الْمَجْرُوحَ يَأْخُذُ مَالَ الْمُدَبِّرِ فِي دِيَةِ جُرْحِهِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ وَقَاءٌ اسْتَوْفَى الْمَجْرُوحُ دِيَةَ جُرْحِهِ، وَرَدَّ الْمُدَبِّرَ إِلَى سَيِّدِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَقَاءٌ أَقْبَضَهُ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ وَاسْتَعْمَلَ الْمُدَبِّرَ بِمَا بَقِيَ لَهُ مِنْ دِيَةِ جُرْحِهِ.

الشرح: وهذا كما قال أن المدبر إذا جرح، وله مال ولم يفتده سيده، فإنه يقتضى أرش الجرح من مال المدبر ويرد إلى سيده، وإنما كان ذلك؛ لأن عقد التدبير لازم لا ينقص، ولا يخرج عنه المدبر، إلا بأمر لا بد منه، ولما كان للمدبر مال يؤدي منه أرش جنايته لم ينقض عقد تدبيره، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في جراح أم الولد

قَالَ مَالِكٌ فِي أُمِّ الْوَلَدِ تَجْرُحُ: إِنَّ عَقْلَ ذَلِكَ الْجَرْحِ ضَامِنٌ عَلَى سَيِّدِهَا فِي مَالِهِ لَا أَنْ يَكُونَ عَقْلُ ذَلِكَ الْجَرْحِ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ أُمِّ الْوَلَدِ، فَلَيْسَ عَلَى سَيِّدِهَا أَنْ يُخْرِجَ

أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهَا، وَذَلِكَ أَنَّ رَبَّ الْعَبْدِ أَوْ الْوَالِدَةَ إِذَا أَسْلَمَ غَلَامَهُ أَوْ وَلِيدَتَهُ بِجُرْحٍ أَصَابَهُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ كَثُرَ الْعَقْلُ، فَإِذَا لَمْ يَسْتَطِيعْ سَيِّدُ أُمِّ الْوَالِدِ أَنْ يُسَلِّمَهَا لِمَا مَضَى فِي ذَلِكَ مِنَ السُّنَّةِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَخْرَجَ قِيَمَتَهَا، فَكَأَنَّهُ أَسْلَمَهَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ جَنَائِزِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن أم الولد إذا جنت، فإن على سيدها أن يؤدي من ماله أرش جنائزها إلا أن يكون أرش الجناية أكثر من قيمتها، فليس عليه إلا قيمتها لأنها لو كانت أمة لكان له تسليمها، فلما لم يكن له ذلك لعقد العتق الذي لا يصح نقضه إلى رق، ولا استخدام، ناب عن ذلك إخراج قيمتها؛ لأنه بدل من رقبتها.

والفرق بينها وبين المدبرة أن للسيد استخدام أم الولد، على المشهور من قول مالك؛ فلذلك جاز أن يسلم خدمة المدبرة، ولا يسلم خدمة أم الولد.

ووجه آخر أن أم الولد لا تسترق بوجه، والمدبرة قد تسترق لدين أو يسترق بعضها لضيق الثلث، فلذلك جاز أن يسلم خدمة المدبرة، لأن ذلك قد يؤدي إلى اقتضاء أرش الجناية من ثمنها، إن مات سيدها عن دين، ولم يكن له أن يسلم أم الولد؛ لأنه لا يصح استرقا بدين ولا غيره، فلا يتأدى أرش الجناية من جهتها بوجه، والله أعلم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القسامة

تبدئة أهل الدم فى القسامة

١٥٠٠ - مَالِك، عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ^(١) بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ رَجَالَ مِنْ كِبَرَاءِ قَوْمِهِ ^(٢) أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةَ خَرَجَا إِلَى خَيْبَرَ مِنْ جَهْدِ أَصَابِهِمْ، فَأَتَتِي مُحَيِّصَةُ، فَأَخْبَرَتْ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ سَهْلٍ قَدْ قُتِلَ وَطُرِحَ فِي فَقِيرٍ بِئْرٍ أَوْ عَيْنٍ، فَأَتَى يَهُودَ، فَقَالَ: أَنْتُمْ وَاللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ، فَقَالُوا: وَاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ، فَأَقْبَلَ حَتَّى قَدِمَ عَلَى قَوْمِهِ، فَذَكَرَ لَهُمْ ذَلِكَ، ثُمَّ أَقْبَلَ هُوَ

١٥٠٠ - أخرجه البخارى فى الأحكام ٧١٩٢، مسلم فى القسامة والمحاريرين والقصاص والديات ١٦٦٩، الترمذى فى الديات ١٤٢٢، النسائى فى القسامة ٤٧٠٩، ٤٧١٠، ٤٧١١، ٤٧١٢، ٤٧١٣، ٤٧١٤، ٤٧١٥، ٤٧١٧، أبو داود فى الديات ٤٥٢٠، ٤٥٢٣، ابن ماجه فى الديات ٢٦٧٧، أحمد فى مسند المدنين ٢٧٧٥١، الدارمى فى الديات ٢٣٥٣.

(١) قال ابن عبد البر: اختلف فى اسم أبى ليلى هذا فقبيل اسمه عبدالله بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل بن أبى حثمة. وقيل: عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل، وقيل: داود بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل. وقال فيه ابن إسحاق: أبو ليلى عبدالله بن سهل بن عبدالرحمن بن سهل بن أبى حثمة. انظر التمهيد ١٨٦/٩.

(٢) قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى، عن مالك فى هذا الحديث: عن أبى ليلى بن عبدالله بن عبدالرحمن بن سهل، عن سهل أنه أخبره رجال من كبراء قومه؛ وتابعه على ذلك ابن وهب، وابن بكير وليس فى روايتهم ما يدل على سماع أبى ليلى من سهل بن أبى حثمة. وقال ابن القاسم، وابن نافع، والشافعى، وأبو المصعب، ومطرف، عن مالك فيه أنه أخبره هو ورجال من كبراء قومه. وقال القعنبي، وبشر بن عمر الزهراني فيه عن مالك، عن أبى ليلى أنه أخبره عن رجال من كبراء قومه، وذلك كله - وإن اختلف لفظه - يدل على سماع أبى ليلى من سهل ابن أبى حثمة. ورواية التنيسى لهذا الحديث نحو رواية ابن القاسم، والشافعى. انظر التمهيد ١٨٦/٩.

وَأَخُوهُ حُوَيْصَةُ، وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ، فَذَهَبَ مُحَيِّصَةٌ لِيَتَكَلَّمَ، وَهُوَ الَّذِي كَانَ بِخَيْبَرَ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَبْرُ كَبْرٍ يُرِيدُ السَّنَّ، فَتَكَلَّمْ حُوَيْصَةُ، ثُمَّ تَكَلَّمْ مُحَيِّصَةٌ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِمَّا أَنْ يَدُوا صَاحِبِكُمْ، وَإِمَّا أَنْ تُأْذِنُوا بِحَرْبٍ» فَكَتَبَ إِلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي ذَلِكَ، فَكَتَبُوا: إِنَّا وَاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِحُوَيْصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ: «أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟» فَقَالُوا: لَا، قَالَ: «أَفَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ؟» قَالُوا: لَيْسُوا بِمُسْلِمِينَ، فَوَدَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ عِنْدِهِ، فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ بِمِائَةِ نَاقَةٍ حَتَّى أُدْخِلَتْ عَلَيْهِمُ الدَّارَ. قَالَ سَهْلٌ: لَقَدْ رَكَّضْتَنِي مِنْهَا نَاقَةٌ حَمْرَاءُ.

قَالَ مَالِكٌ: الْفَقِيرُ هُوَ الْبِئْرُ.

١٥٠١ - قَالَ يَحْيَى: مَالِكٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ الْأَنْصَارِيَّ وَمُحَيِّصَةَ بْنَ مَسْعُودٍ خَرَجَا إِلَى خَيْبَرَ، فَتَفَرَّقَا فِي حَوَائِجِهِمَا، فَقَتَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ، فَقَدِمَ مُحَيِّصَةُ، فَأَتَى هُوَ وَأَخُوهُ حُوَيْصَةُ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَذَهَبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ لِيَتَكَلَّمَ لِمَكَانِهِ مِنْ أَجْبِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَبْرُ كَبْرٍ» فَتَكَلَّمَ حُوَيْصَةُ وَمُحَيِّصَةُ، فَذَكَرَا شَأْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ؟» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ نَشْهَدْ، وَلَمْ نَحْضُرْ لَهُمْ. فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَتَبِّرُكُمْ يَهُودٌ بِخَمْسِينَ يَمِينًا؟» فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ نَقْبَلُ

١٥٠١ - أخرجه البخاري في الصلح ٢٧٠٢، مسلم في القسامة والمحارير والقصاص والديات ١٦٦٩، الترمذي في الديات ١٤٢٢، النسائي في القسامة ٤٧١٠، ٤٧١٤، ٤٧١٥، ٤٧١٦، ٤٧١٧، أبو داود في الديات ٤٥٢٠، ٤٥٢٢، أحمد في مسند المدنيين ٢٧٧٥١، الدارمي في الديات ٢٣٥٣. البيهقي في الكبرى ١١٨/٨، عن سهل بن أبي حنمة. البغوي في شرح السنة ٢١٥/١٠، عن سهل بن أبي حنمة.

قال ابن عبد البر: لم يختلف الرواة عن مالك في إرسال هذا الحديث، وقد رواه حماد بن زيد، وسفيان بن عيينة، والليث بن سعد، وعبد الوهاب الثقفي، عن يحيى بن سعيد، عن بشير بن يسار، عن سهل بن أبي حنمة؛ وبعضهم يجعل مع سهل بن أبي حنمة رافع بن خديج جميعا عن النبي ﷺ وكلهم يجعله عن سهل بن أبي حنمة مشندا. انظر: التمهيد ١٨٩/٩.

أَيْمَانَ قَوْمٍ كُفَّارٍ. قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: فَرَعَمَ بُشَيْرُ بْنُ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَدَأَهُ مِنْ عِنْدِهِ.

الشرح: قوله: «أن محيصة أتى فأخبر أن عبدالله بن سهل قد قتل» يحتمل أن يكون أخبره من عاين قتله من أهل العدل، ومن غير أهل العدل، أو يكون أخبره بذلك من وجده مقتولاً، ولم يعاين من قتله، ويحتمل أن يكون بقى عبدالله بن سهل قائماً يتكلم فيه، ويقول: قتلنى يهود، ووصف بأنه قتيل بمعنى أنه قد أنفذت مقاتله.

وقد روى أبو قلابة أن نفرا من الأنصار تحدثوا، فخرج رجل منهم بين أيديهم فقيل، فخرجوا بعده، فإذا بصاحبهم يتشحط فى الدم، وذكر حديث القسامة، وفيه تبدئة المدعى عليهم بالإيمان.

وقد قال مالك: إن القسامة لا تكون إلا بأحد أمرين، إما أن يقول المقتول دمي عند فلان، فإنه يوجب القسامة عند مالك خلافاً لأبى حنيفة والشافعى، تعلق مالك ومن نصر مذهبه فى ذلك بخبر الحارثيين، وأن النبى ﷺ قضى فى ذلك بالقسامة، وما ليس فيه أمر قاطع على أن المقتول، قال: دمي عند فلان ولا على أنه شهد بقتله شاهد. والحديث محتمل.

وقد روى بشير بن يسار عن سهل بن أبى حثمة «أن رسول الله ﷺ قال لهم: «تأتون بالبينة على من قتله، قالوا: ما لنا، فقال: أتخلفون؟» فيحتمل أنهم أرادوا ما لنا بينة نستحق بها القصاص، وإن كان لهم لوث تستحق به القسامة.

وقد أشار قوم من أصحابنا إلى التعلق بالعداوة، وأن لها تأثيراً فى إيجاب القسامة، ففى النوادر: وقد قال بعض أصحابنا: ولم يدع النبى ﷺ الحارثيين إلى الإيمان حتى ادعوا على اليهود القتل، وكان بينهم وبين اليهود عداوة ظاهرة، وأمر قوى دعواهم.

قال ابن المواز: فإن قيل قد يدعى المقتول على بعض من يعاديه، ولم يكن قتله قبل العداوة يزيد فى الظنة واللطخ، ويقوى قوله مع الإيمان، يريد أنه لا يقصد إلى قتله إلا عدو، وأنه لا عدو أعدى إليه من قاتله فجعل أيضاً للعداوة تأثيراً فى حكم القسامة.

وحكى ابن المواز عن ابن عبد الحكم، قال: ويوجبها ما يدل على أن القتل بأمرين، مثل أن يرى متلطخاً بدم جاء من مكان كان فيه القتل ليس فيه معه غيره، فعلى هذا يمكن هذا يكون عبدالله بن سهل وجد مقتولاً، وبالقرب منه جماعة من اليهود، وليس

بذلك المكان غيرهم، وبه من أثر سرعة القتل ما يقتضى أن القاتل له لم يبعد منه.

وقد ذهب أبو حنيفة والثوري وجماعة من أهل الكوفة أن الموجب للقسامة فى قصة عبدالله بن سهل أنه وجد مقتولاً بخيبر، ومن وجد القتل بمحلة قوم، وبه أثر جرح، فهو لوث.

وقال مالك: لا يوجب ذلك قوداً ولا دية ولا قسامة، ولو كان ذلك لم يشأ قوم أذية قوم إلا ألقوا قتيلاً بمحلتهم، يريد أنه يمكن أن يقتله غيرهم، وإذا أمكن ذلك بل هو الأظهر كان من يقتله لا يتركه بحيث يتهم هو به ما أمكنه ذلك، فيجب أن لا يكون ذلك شبهة، توجب عليهم حكماً.

فصل: وقوله: «وإنه طرح فى فقير بئر أو عين» الفقير الحفير يتخذ فى السرب الذى يصنع للماء تحت الأرض يحمل فيه الماء من موضع إلى غيره، فيعمل عليه أفواه كأفواه الآبار منافس على السرب بتلك الآبار، هى الفقر واحدها فقير، وقد يكون ذلك الماء محمولاً فى السرب من بئر أو عين.

فصل: وقوله: «فأما يهود، فقال: أنتم والله قتلتموه» يقتضى بذلك أحد أمرين، أحدهما: أنه قد يتقن ذلك بخبر مخبر أو مخبرين، وبما اقترن بذلك من شواهد الحال، والثانى أنه أضاف ذلك إلى ظنه ومعتقده، وما يقتضيه الحال، فأراد أنتم والله قتلتموه، فيما أعتقده، فقالت يهود: «والله ما قتلناه»، مقابلة لإتيانه بالنفى، ويعنيه يمينين، تضادهما لا على يمين مختصة توجب عليهم حكماً؛ ولأن يمينهم ينفى عنهم حكماً لأنها يمين لم يقبض ولا استوفاهما طالب ولا مطالب، ولا بد فى الأيمان التى توجب الحقوق أن ينفيها من أن يقتضها مستحقها، وإلا لم يثبت عليهم حكماً.

فصل: وقوله: «فأقبل حتى قدم على قومه» يريد بالمدينة، وقومه بنو حارثة من الأنصار، «فذكر لهم ذلك» يريد شأن عبدالله بن سهل وما جرى عليه وما عنده فى ذلك «فأقبل هو وأخوه حويصة» وهما من بنى حارثة وعبه الله وعبد الرحمن بن سهل من بنى حارثة أيضاً، قال: «وهو أكبر منه» يريد أن حويصة أكثر من حويصة «فلذهب حويصة يتكلم لأنه كان هو الذى شهد بخيبر» إذ جرى من أمر عبدالله بن سهل ما جرى، وعنه يؤثر ما يتكلم به أمره، فلذلك أراد أن يياشر الكلام فى ذلك.

فقال له رسول الله ﷺ: «كبر كبر» يريد والله أعلم يتولى الكلام معه ﷺ أسنهم، وإما لفضيلة بالسن مع تساويهم فى غير ذلك، أو لفضيلة عليهم غير ذلك مع السن إلا

أن الفضائل غير السن أمر غير مقطوع به ولا ظاهر، ويمكن بالتداعي فيه، وفضله لا ينكر.

فصل: وقوله: «فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة» يحتمل أن يريد أنه تكلم حويصة بجملة الأمر ثم تكلم محيصة بتفاصيله لما شهد، ويحتمل أن يكون حويصة تكلم بمعظمه، وأن محيصة أكمل ما نسي منه، أو لم يكن أخبر به ثم ذكره محيصة فاستوفاه.

فصل: وقوله: «فقال رسول الله ﷺ: إما أن تودوا صاحبكم وأما أن تأذنوا بحرب» يحتمل أن يريد بقوله: «أن تودوا صاحبكم» إعطاء الدية لأنه جرى في كلام الحارثيين أنهم طلبوا الدية دون القصاص، ويحتمل أنهم لم يكونوا ادعوا حيث ذكروه عمداً، ويحتمل أنهم لما لم يعينوا القتل، وإنما قالوا: إن بعض يهود قتل، ولا يعرف من هم، لم يلزم في ذلك قصاص، وإنما يلزم فيه الدية كالقتيل بين الصنفين، لا يعرف من قتل، ولا يقول: دمي عند فلان، ولا يشهد بمن قتل، فإن ديته على الفرقة المنازعة له دون قسامة.

لذلك لم يذكر أن النبي ﷺ حكم بالقسامة في هذا المقام، ولعل هذا كان يكون الحكم إن لم يقطع يهود بأنها لم تقتل، ولم تنف ذلك عن أنفسها، وتقول: لا علم لنا، وإنما أظهر في المقام ما يجب من الحق إن لم يقع النفي للقتل الموجب للقسامة أن عليهم أن يودوا الدية، فإن امتنعوا من الواجب عليهم في ذلك، فلا بد من محاربتهم في ذلك حتى يودوا الحق، ويلتزموا من ذلك حكم الإسلام.

فصل: وقوله: «فكتب إليهم رسول الله ﷺ في ذلك» يعنى، والله أعلم، في إعلامهم بما فعله محيصة في شأن عبدالله بن سهل، وبحكمه في ذلك، «فكتبوا: إنا والله ما قتلناه»، وذلك يقتضى نفيهم القتل عن جميعهم، وقطعهم على ذلك، ولم يكن يدعى القتل على أن القاتل من جملتهم إلا أنه غير معين منهم.

فصل: وقوله: «فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبدالرحمن أتخلفون» بمعنى أنهم عصيته القائمون بدمه، فأما عبدالرحمن فأخوه، وهو أخق بأمره إلا أن ولى الدم إذا كان واحداً، نظر من يحلف معه من عصيته لأنه لا يحلف في دم العمد أقل من اثنين.

قال القاضى أبو محمد: والدليل على ذلك قوله ﷺ لجماعة: «تخلفون» ولا خلاف أن أخاه عبدالرحمن هو ولى الدم.

ومن جهة المعنى أن إيمان الأولياء أقيمت مع اللوث مقام البيعة، فكما لم يكف من البيعة في الدماء أقل من اثنين، فكذلك لا يكفى من الخالفين أقل من اثنين.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وأظهر من ذلك عندي من جهة المعنى أن القسامة لما كانت تتناول الدم في الجهتين، احتاج أن يحتاط للدماء في الجهتين، فاحتيط من جهة القتل، أن قبل في ذلك ما لا يقبل في الأموال من اللوث، عند مالك قول المقتول: دمي عند فلان، وعند ابن عبدالحكم أن يوجد القتال بقرب المقتول، وليس هناك من يمكن أن يتوجه ذلك إليه غيره، فاحتيط لدم المدعى عليه القتل بأن يحلف من أولياء القتل أكثر من واحد، وأن يحلفوا خمسين يمينا، احتياطاً للمدعى عليه القتل لئلا يسرع إلى قتل من بينه وبين الأولياء عداوة، ففي الأغلب أن الاثنین لا يتفقان على ذلك في الظلم.

وقد جعل الله ذلك حداً لمن يخاف منه الزلل، فقال تعالى: ﴿فإن يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وجعل الأيمان تكرر على سبيل التخليط، فيما يراد التحرز له من الجانبين فجعلت الأيمان في اللعان أربعة، واللفظ الخامس على معنى التحقيق والتخليط، وهذه الأيمان هي أيمان القسامة.

وقد اتفق العلماء على صحة الحكم بها في الدماء، إلا ما يروى عن قوم من المتقدمين ممن وقع الاتفاق والإجماع على مخالفته في ذلك. والأصل في صحة القسامة هذا الحديث المتقدم، وأمر النبي ﷺ للحارثيين بالأيمان، فقال لهم: «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم».

فصل: وقوله: «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم» يحتل إن أثبت ما يوجب ذلك، فلما قالوا: «لا تحلف»، كان نكولاً، ولما قالوا: «لم نشهد ولم نحضر» كان إظهاراً لعدم ما يوجب القسامة.

وقوله: «وتستحقون دم صاحبكم» يحتل أن يريد مما يجب لهم في دم صاحبكم المقتول، ويحتل أن يريد دم صاحبكم الذي تدعون عليه القتل، أو الذي يجب عليه القتل بأيمانكم.

وفي حديث سليمان بن يسار: «وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم» فأظهر احتمال الوجهين، يحتل أن يريد بالصاحب القتل، فيكون ذلك على الشك في اللفظ، فإذا قلنا المراد به دم القتال، وإنما ادعوا على جماعة يهود بقول محيصة: أئتم والله قتلتموه، يحتل أن يكون أولاً لم يتعين له قتله، وإنما تعلق قتله عنده بواحد أو جماعة

٤٤٦ كتاب القسامة

من اليهود ثم يعين له القاتل بعد ذلك، ويحتمل أن يكون لم يتعين له قاتل غير أنه حكم النبي ﷺ أنه يستحق بالقسامة دم رجل واحد.

ولا خلاف في المذهب أنه يستحق بالقسامة مثل القاتل، خلافاً للشافعي في قوله: لا يستحق بالقسامة القصاص، وإنما تستحق به الدية.

والدليل على ما نقول، قوله ﷺ: «وتستحقون دم صاحبكم» فنص على أن المستحق هو الدم، ولا خلاف أنه أظهر في القصاص. ومن جهة المعنى أنها حجة يثبت بها الدم كالشهود.

مسألة: ولا خلاف أنه لا يستحق بالقسامة إلا قتل رجل واحد، خلافاً للشافعي في أحد قولييه. والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم».

ومن جهة المعنى أن القسامة أضعف من الإقرار والبينة وفي قتل الواحد ردع، قاله القاضي أبو محمد.

فرع: وإذا قلنا: لا يقتل إلا واحد، فهل يقسم على واحد أو على جماعة، ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يقسم إلا على واحد، سواء ثبتت القسامة بدعوى الميت أو بلوث أو بينة على القاتل أو بينة على الضرب ثم عاش أياماً. وقال أشهب: إن شاعوا أقسموا على واحد أو على اثنين أو على أكثر أو على جميعهم، ثم لا يقتلون إلا واحداً ممن أدخلوه في قسامتهم.

وجه القول الأول أن القسامة فائدتها القصاص من المدعى عليه القاتل، فلا معنى للقسامة على من لا يقتل، ولا تؤثر القسامة فيه حكماً.

وجه القول الثاني أن القسامة إنما هي قدر الدعوى محققة لها، ولا يجوز أن يكون في بعضه، فإذا وجب لهم القصاص بالقسامة المطابقة لدعواهم كان لهم حيثئذ تعيين من يقتص منه، لأن القسامة قد تناولته.

فرع: إذا قلنا إنه إنما يقسم على الواحد، فإنهم يقولون في القسامة لمات من ضربه، ولا يقولون من ضربهم، رواه ابن عبدوس وابن المواز وابن حبيب عن ابن القاسم عن مالك فيقبل ذلك، ويحلف الباكون خمسين يمينا، ويحبسون عاماً.

فصل: وقولهم: «لا» بمعنى لا نحلف، يحتمل أن يكون تنزها عن الأيمان مع تيقنهم قتله، ويحتمل أن يكون امتناعاً من الأيمان لما لم يعلموا، ولا تيقنوا مقتضاها.

وفي رواية سليمان بن يسار «أن النبي ﷺ لما قال لهم: أتخلفون، قالوا: لم نشهد ولم نحضر» وهذا ظاهر الامتناع من أن يقسموا على أمر لم يقع لهم العلم به، فأقرهم النبي ﷺ على ذلك، فثبت بذلك صحة امتناعهم، وذلك أن الأيمان في القسامة عند مالك على القطع والبت دون العلم.

ورواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وأشهب، قال سحنون في المجموعة: لأن العلم قد ينال بالمعينة والسماع كما أن الصغير إذا أخبره شاهدان بتركه أبيه، جاز له تصديقهما، ثم يدعى ذلك، وأما القسامة فقد قامت السنة أن النبي ﷺ عرض الأيمان على من لم يحضر بما ثبت من لطمحهم.

فصل: وقوله ﷺ: «أتخلف لكم يهود؟» يحتمل أن يكون على وجه رد الأيمان على المدعى عليهم حين نكول المدعين، وهي السنة عند مالك والشافعي أن يبدأ المدعون بالأيمان، فإن نكلوا ردت على المدعى عليهم.

وقال أبو حنيفة: يبدأ المدعى عليهم بالأيمان، فإن أقسموا برئوا، وإن نكلوا ردت على المدعى.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم «أن النبي ﷺ قال للحارثيين: أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم، قالوا: لا، قال: فتخلف لكم يهود».

قال القاضي أبو محمد: فلنا من هذا الحديث دليلان، أحدهما: أنه بدأ المدعين بالأيمان، والثاني: أنه نقلها عند نكولهم إلى المدعى عليهم.

وقد روى أبو قلابة أن النبي ﷺ بدأ المدعى عليهم بالأيمان، وهو حديث مقطوع، وما رواه مسند من رواية أهل المدينة.

ومن جهة المعنى أن اليمين إنما يثبت في إحدى الجنبتين، واللوث، وهو الشاهد العدل قد قوى جهة المدعين، فثبت الأيمان في جنبهم.

فصل: وقولهم: «يا رسول الله ليسوا بمسلمين» على معنى إظهار عداوتهم واستباحتهم قتلهم ورضاهم بالأيمان الخائنة لا على معنى أن لهم غير هذا من الحقوق، وأن أيمان الكفار لا تبرئهم بما ادعى عليهم، أو ردت الأيمان فيه عليهم. ولو كان ذلك لقضى على اليهود، ولكنه عدل ﷺ إلى أن تفضل على الحارثيين، وأعطاهم من بيت المال دية قتلهم حين لم يثبت في الحكم شيء.

فصل: وقول سهل: «لقد ركضتني منها ناقة حمراء» على معنى إظهار تبيينه للحديث، ومشاهدته للكثير منه، وذلك لما جرى فيه من الأحوال التي يذكر بها أمر الدية، وإن لم يتعلق بها الحكم، والله أعلم.

فصل: وقوله في حديث بشير بن يسار: «أخلفون همسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم» تحديد للأيمان وحصرها بعد، يقتضى اختصاص القسامة به.

قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا، والذي سمعت ممن أرضى في القسامة، والذي اجتمعت عليه الأئمة في القديم والحديث أن يبدأ بالأيمان المدعون في القسامة، فيخلفون، وأن القسامة لا تجب إلا بأحد أمرين إما أن يقول المقتول: دمي عند فلان، أو يأتي ولاة الدم ببلوث من بينة، وإن لم تكن قاطعة على الذي يدعى عليه الدم، فهذا يوجب القسامة للمدعى الدم على من ادعوه عليه، ولا تجب القسامة عندنا إلا بأحد هذين الوجهين.

قال مالك: وتلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا، والذي لم يزل عليه عمل الناس أن المبدئين بالقسامة أهل الدم، والذين يدعونه في العمد والخطايا.

قال مالك: وقد بدأ رسول الله ﷺ الحارثيين في صاحبهم الذي قتل بخيبر.

الشرح: قوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا والذي سمعت ممن أرضى في القسامة أن يبدأ بالأيمان المدعون ويستحقوا ما يوجب إيمانهم» يريد أن ولاة الدم إذا أتوا ببلوث يوجب القسامة كان لهم أن يخلفوا، ويستحقوا ما يوجب إيمانهم من القصاص والدية، وليس للمدعى عليهم القتل أن يخلفوا، ويروا إلا أن ينكل ولاة الدم عن الأيمان، فحينئذ تزد الأيمان على المدعى عليهم.

فصل: وقوله: «والقسامة لا تجب إلا بأحد أمرين إما أن يقول المقتول دمي عند فلان أو يأتي ولاة الدم ببلوث من بينة» وقد قال الشيخ أبو إسحاق: تجب القسامة بوجوه أربعة، الوجه الأول المذكور، والثاني: أن يشهد الضرب والجرح شاهدان مرضيان، ثم يقيم المضرروب أو المحروح بعد ذلك أياما ثم يموت، والثالث: أن يشهد شاهد مرضى أن فلانا قتل فلانا، والرابع: أن يشهد اللوث أو أهل البدو على قتيل، فيتقسم مع قولهم.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن من اللوث الذى يكون به القسامة اللقيف من السواد والنساء والصبيان يحضرون ذلك ومثل الرجلين أو نفر غير العدول، هذا القول ليس بمخالف لقول مالك الأول لأن القسامة فى الثلاثة داخله تحت القسم الذى قال فيه مالك: أو يأتى بلوث بيته.

وقد زاد ابن عبدالحكم قسمًا خامسًا، وهو أن ينظر إلى القاتل يوجد المقتول بقربه، ولم يروه قتله، ورواه ابن وهب عن مالك فى النوادر. وذكر القاضى أبو محمد فى معونته قسمًا سادسًا فى فتنين اقتتلتا، فوجد بينهما قتيل فيها، روايتان إحداهما: أن وجوده بينهما لوث يقسم معه الأولياء على من يدعون عليه قتله فيقتلونه. والأخرى: لا قسامة فيه.

قال: وجه الرواية الأولى أنه يغلب على الظن لحصوله مقتولاً بينهما أن قتله لم يخرج عنهما، فكان ذلك لوثًا يوجب القسامة لأوليائه.

وجه الرواية الثانية أن القسامة لا تكون إلا مع لوث فى مشار إليه معين، وهذا أصل هذه المسألة، فإن اللوث إذا تعلق بمعين أثر فى القسامة، وإذا لم يتعلق بمعين، وإنما تعلق بجماعة على أن القاتل منهم، واحد لا يتيقن أو آحاد غير معينين، فهل يؤثر فى القسامة أم لا، على الروايتين اللتين ذكرناهما.

مسألة: فأما قول المقتول: دمي عند فلان، فهو عند مالك فى الجملة لوث يوجب القسامة، خلافاً لأبى حنيفة والشافعى.

وقد استدل أصحابنا فى ذكره بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقْرَةً﴾ [البقرة: ٦٧] الآية، فى المجموعة والموازية: قال مالك: وما ذكره الله سبحانه وتعالى من شأن البقرة التى ضرب القليل بلحمها، فحى فأخبره عمن قتله، دليل على أنه سمع من قول الميت، فإن قيل إن ذلك آية، قيل إنما الآية فى إحيائه، فإذا صار حيًا لم يكن كلامه آية.

وقد قيل قوله فيه، وهذا مبنى على أن شريعة من قبلنا شريعة لنا إلا ما ثبت نسخة.

واستدل أصحابنا على ذلك أيضًا بما روى هشام بن زيد عن أنس أن يهوديًا قتل جارية على أوضاع لها فقتلها بحجر، فحىء بها إلى النبى ﷺ، وبها رمق، فقال: «أقتلك فلان، فأشارت برأسها أن لا، ثم قال الثانية، فأشارت برأسها أن نعم»، وهذا

الحديث رواه قتادة عن أنس، فزاد فيه: فأتى به النبي ﷺ فلم يزل به حتى أقر، فرض رأسه بالحجارة.

واستدلوا من جهة المعنى بأن الغالب من أحوال الناس عند الموت أن لا يتزودون من الدنيا قتل النفس التي حرم الله، بل يسعى إلى التوبة والاستغفار والندم على التفريط ورد المظالم، ولا أحد أبغض إلى المقتول من القاتل، فمحال أن يتزود من الدنيا سفك دم حرام يعدل إليه ويحقن دم قاتله. وهذا عمدة ما يتعلق به أصحابنا في هذا المسألة وهي مسألة فيها نظر، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا قلنا إن قول المقتول: إن دمي عند فلان، قتلني عمداً، وله تأثير في القسامة، فإنه إن ادعى رجل على رجل أنه شجه أو ضربه ضرباً، زعم أنه يخاف منه على نفسه، وقد عرفت بينهما عداوة، فقد قال مطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا يجبس بقوله، إلا أن يأتي بلطخ بين وشبهة قوية، أو يكون المدعى بحال يخاف منها الموت، وقد يحرص على معرفة عدوه بالسجن بأن يجرح نفسه.

فرع: فإذا مات، وقد قال: فلان قتلني أو جرحني أو ضربني، ففي كتاب ابن المواز: فيه القسامة. قال أشهب: وكذلك لو قال: دمي عند فلان أو فلان أصابني، وهذا إذا ثبت قول الميت بشهادة شاهدين، فإذا لم يكن إلا شاهد واحد، قال ابن المواز: فقد اختلف فيه قول مالك، وقال عبدالمالك، يقسم مع شهادته، وقال ابن عبدالحكم: لا يقسم إلا مع شهادة شاهدين، وبه قال ابن المواز، واحتج لذلك بأن القسامة إنما تكون حيث يكون اليمين مع الشاهد. وقال ابن القاسم في العتبية: إن الميت كشاهد، فلا يثبت قوله إلا شاهدين، فيقسم حينئذ.

وجه القول الأخر أن قول المقتول: دمي عند فلان، معنى يؤثر في القسامة، فثبت حكمه بالشاهد الواحد لقتل القاتل.

فرع: ويكتفى في ذلك بقوله: فلان قتلني، وإن لم يكن به أثر جرح ولا ضرب ولا وصف ضرب ولا غيره، ويجب بذلك القسامة، وراه ابن حبيب عن مالك وجميع أصحابه في العمد والخطأ.

وكذلك لو قال: سقاني سمًا، والسم أشد وأوجأ قتلاً، وهو أعلم بمبلغ ذلك، وأثبت من معرفته بمبلغ الجرح منه، فيكون فيه القسامة، ولا يبالي تقياً منه أولم يتقياً.

قال: وقد قتل النبي ﷺ اليهودية التي سمّت له الشاة، فمات منها ابن معرور. قال

مالك: ويقتل من سقى السم. وقال أصبغ فيمن قربت إليه امرأته طعاماً فلما أكله تقياً مكانه إمعاءه، فلما أيقن بالموت قال: اشهدوا أنها امرأته وخالتها، ومات مكانه، فأقرت امرأته أن ذلك الطعام جاءته به خالتها، وإذا ثبت قوله بشهادة شاهدين، فليقسم ولاته على إحدى المرأتين، ولا ينتفع الزوجة قولها: أتنتى به خالتي وتضرب الأخرى مائة وتحبس سنة.

مسألة: وسواء كان القاتل دمي عند فلان عمداً فاسقاً أو غير فاسق، فإن القسامة تثبت بقوله في العمد والخطأ. رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة، واحتج لذلك ابن المواز بأنه لم يقبل قوله حتى يكون عدلاً لم يقسم مع قول المرأة.

وقد قال ابن القاسم: يقسم مع قول المرأة دمي عند فلان. وروى ابن القاسم وأشهب في المجموعة والموازية: لا يقسم مع قول الصبي دمي عند فلان. وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك مثل ذلك، وزاد: إلا أن يكون قد راهق وأبصر وعرف فيقسم مع قوله.

وقال ابن الماجشون وأصبغ: ولا يقسم مع قوله الذمي ولا غيره، ولا قول عبد على عبد، قاله ابن المواز، وقال: لأنهم لا يحلفون على القسامة. قال القاضي أبو محمد: وإنما جوزنا ذلك للفاسق؛ لأنه الأيمان لا تراعى فيها العدالة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي فيه نظر لأنه ينتقض بالكافر والعبد، فإن الأيمان تصح منهم ولا يؤثر قولهم في القسامة اللهم إلا أن يريد بقوله إن أيمان القسامة لا تراعى فيها العدالة، فيسلم حيثنذ. قال: وإنما قلنا يعتبر فيه الإسلام لأن غير الإسلام لا قسامة فيه كالمستأمن.

وقد روى ابن حبيب كابن القاسم، وقد قال في النصراني، يقول دمي عند فلان المسلم: ولاته يحلفون ويستحقون الدية، وذكره عن مالك، وأنكر ذلك مطرف وابن الماجشون، ولم يعرفاه لمالك، ولا لأحد من علمائهم، وإنما قال مالك: إن قام شاهد على قتله حلف ولاته يميناً واحدة، وأخذوا الدية من مال القاتل في العمد، ومن عاقلته في الخطأ، وقاله ابن عبدالحكم وأصبغ.

وقال ابن نافع: ولا تحمل العاقلة دية النصراني لأنها تستحق بشاهد ويمين ولا تحمل العاقلة ما تستحق يمين واحدة، وإنما شرطنا أن يكون حرّاً لأن العبد مال، فلا قسامة فيه كسائر الحيوان.

مسألة: وأما اللوث، فهو عند مالك الشاهد العدل على معاينة القتل.

وروجه ذلك أنه يقوى جنبه المدعين وله تأثير فى نقل اليمين إلى جنبه المدعين فى الحقوق ما روى عن النبي ﷺ أنه قضى باليمين مع الشاهد، وبهذا قال مالك، وأخذ به ابن القاسم وابن وهب وابن عبدالحكم.

وذكر ابن المواز عن ابن القاسم: أن شهادة المرأتين لوث يوجب القسامة، ولا يوجب ذلك الشهادة امرأة واحدة.

وروى ابن المواز عن أشهب عن مالك: يقسم مع الشاهد غير العدل ومع امرأة. وقال ابن المواز: ولم يختلف قول مالك وأصحابه: إن العبد والصبي والذمي ليس بلوث. فوجه القول الأول أن الشاهد معنى يقوى جنبه المدعين، فتثبت لها اليمين، فاعتبرت فيه العدالة كالشاهد بالدين.

وروجه رواية أشهب، وهو اختياره. أنه لوث فلم تعتبر فيه العدالة، كالذى يقول دمي عند فلان لأن كل من ثبت له القسامة بقوله دمي عند فلان، فإنها تثبت بشهادته كالعدل.

مسألة: وأما العبيد والصبيك، فالمشهور من المذهب أن الشاهد منهم لا يكون لوثاً. قال ابن المواز: لم يختلف فى ذلك قول مالك وأصحابه، وذكر القاضى أبو محمد معونته أن من أصحابنا من يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثاً، وبه قال ربيعة ويحيى بن سعيد الأنصارى، وزاد شهادة اليهودى والنصرانى والمحوسى.

وجه القول الأول أن العبد والصبي لا مدخل لهما فى إيمان القسامة، فلا تأثير لشهادة شاهدهم فيها كالمحتون.

وروجه القول الثانى أنهما من المسلمين العقلاء، فكان لشهادتهم تأثير فى القسامة كالعدل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن المواز: إنما يقسم مع شهادة الواحد فى معاينة القتل إذا ثبت معاينة القتل، فيشهد على موته ويجهلا قاتله كما عرف موت عبدالله بن سهل.

قال ابن الماجشون: لأن الموت يفوت والجسد لا يفوت. وقال أصبغ: ينبغي أن لا يعجل السلطان فيه بالقسامة حتى يكشف، فلعل شيئاً أثبت من هذا، فإذا بلغ القضاء

الاستيلاء، قضى بالقسامة مع الشاهد وعموته، وتعتد زوجته وأم ولده، وتنكح، وقد قيل يقتل قاتله بالقسامة، ولا يحكم بالتوريث في زوجته ورفيقه، وهذا ضعيف، واختار ابن حبيب قول أصبغ.

مسألة: وهذا في القتل على وجه غير الغيلة، فأما ما قتل غيلة، فقد قال ابن المواز: إن شهد عدل أنه قتل غيلة لم يقسم مع شهادته، ولا يقبل في هذا إلا شاهدان. قال الشيخ أبو محمد: ورأيت ليحيى بن عمر أنه يقسم معه.

قال مالك: فَإِنْ حَلَفَ الْمُدْعُونَ اسْتَحَقُّوا دَمَ صَاحِبِهِمْ، وَقَتَلُوا مَنْ حَلَفُوا عَلَيْهِ، وَلَا يُقْتَلُ فِي الْقَسَامَةِ إِلَّا وَاحِدٌ لَا يُقْتَلُ فِيهَا إِنْسَانٌ يَحْلِفُ مِنْ وِلَاةِ الدَّمِ حَمْسُونَ رَجُلًا حَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ قَلَّ عَدَدُهُمْ أَوْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ، رُدَّتِ الْإِيمَانُ عَلَيْهِمْ إِلَّا أَنْ يَنْكُلَ أَحَدٌ مِنْ وِلَاةِ الْمَقْتُولِ وِلَاةِ الدَّمِ الَّذِينَ يَحُورُ لَهُمُ الْعَفْوُ عَنْهُ، فَإِنْ نَكَلَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيكَ، فَلَا سَبِيلَ إِلَى الدَّمِ إِذَا نَكَلَ أَحَدٌ مِنْهُمْ.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا تُرَدُّ الْإِيمَانُ عَلَى مَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ إِذَا نَكَلَ أَحَدٌ مِمَّنْ لَا يَحُورُ لَهُمُ الْعَفْوُ عَنِ الدَّمِ وَإِنْ كَانَ وَاحِدًا، فَإِنَّ الْإِيمَانَ لَا تُرَدُّ عَلَى مَنْ بَقِيَ مِنْ وِلَاةِ الدَّمِ إِذَا نَكَلَ أَحَدٌ مِنْهُمْ عَنِ الْإِيمَانِ، وَلَكِنَّ الْإِيمَانَ إِذَا كَانَ ذَلِكَ تُرَدُّ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِمْ، فَيَحْلِفُ مِنْهُمْ حَمْسُونَ رَجُلًا حَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ لَمْ يَتَلَفُوا حَمْسِينَ رَجُلًا، رُدَّتِ الْإِيمَانُ عَلَى مَنْ حَلَفَ مِنْهُمْ، فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ أَحَدًا يَحْلِفُ إِلَّا الَّذِي ادَّعَى عَلَيْهِ، حَلَفَ هُوَ حَمْسِينَ يَمِينًا وَبَرِيءٌ.

الشرح: قوله: «يحلّف من ولاة الدم خمسون رجلاً خمسين يميناً» يحتمل أن يريد أنه إن كان الولاية أكثر من خمسين، حلّف منهم خمسون، فتكون «من» للتبويض، ويحتمل أن يريد به يحلّف من هذا الجنس خمسون، فتكون من للجنس إذا كان ولاة الدم خمسين، فلا خلاف أن جميعهم يحلّف وإن كان أكثر من خمسين، فقد حكى القاضي أبو محمد في ذلك روايتين، إحداهما: يحلّف منهم خمسون، خمسين يميناً. والرواية الثانية: يحلّف جميعهم.

والذى ذكر ابن عبدوس وابن المواز من رواية ابن القاسم وابن وهب عن مالك يحلّف خمسون. وقال المغيرة وأشهب وعبد الملك: فإن كانوا أكثر من خمسين، وهم فى

العقد سواء، ففي الموازية كالأخوة وغيرهم، فليس عليهم أن يحلف منهم إلا خمسون، وهذا المشهور من المذهب في كتب المغاربة من المالكيين، وإنما اختلفوا إذا كان الأولياء خمسين، فأرادوا أن يحلف منهم رجالان خمسين يمينا، ففي المجموعة عن عبد الملك: لا يجزئهم ذلك، وهو كالتكول. وقال ابن المواز: ذهب ابن القاسم إلى أن يمينا رجلين منهم خمسين يمينا يجزئ وينوب عن يميني.

قال محمد: وقول ابن القاسم صواب؛ لأن أهل القسامة تجزئ أيمان بعضهم عن بعض، ولو لم يجز ذلك لم يقل أشهب إن كانوا ثلاثين يحلفون يمينا يمينا، ثم يحلف عشرون منهم عشرين يمينا، ولو كانوا مائة متساوين أجزأ يمين خمسين. قال: إذا تشاح الأولياء، ولم يرضوا أن يحمل بعضهم عن بعض، فلا بد من قول أشهب، وبه قال ابن القاسم.

فرع: وهذا إذا كان إمساك من أمسك عن اليمين يحمل ذلك عنه. وأما إن امتنع عن اليمين، فتسقط الدية، قاله ابن القاسم.

مسألة: ولا يحلف في القسامة على قتل العمد أقل من اثنين، قاله مالك في المجموعة والموازية. قال ابن القاسم: كأنه من ناحية الشهادة إذ لا يقتل بأقل من شاهدين. قال أشهب: وقد جعل الله لكل شهادة رجل في الزنا يمينا من الزوج في التعانه.

قال عبد الملك: ألا ترى أنه لا يحلف النساء في العمد لأنهن لا يشهدون فيه، وإنما عرضها النبي ﷺ على جماعة، والجماعة اثنان فصاعداً، قال الله تعالى: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ [النساء: ١١].

وأصل هذا ما روى عن النبي ﷺ أنه قال للحارثيين: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم» وإنما كان ولي الدم رجلاً واحداً، وهو عبد الرحمن بن سهل أخو المقتول عبد الله بن سهل، وإنما كان حويصة ومحبيصة ابني عم، فلما علق النبي ﷺ الأيمان بجماعتهم، ولم يقصرها على ولي الدم، كان الظاهر أنها لا تثبت إلا في حكم الجماعة، وأقل الجماعة اثنان.

وقد نص عليه ابن الماجشون واحتج عليه بأية الميراث: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ ولا خلاف أن الأخوين يحجبان الأم عن الثلث إلى السدس كما يفعل الثلاثة من الإخوة ولا يحجبها الأخ الواحد لأن اسم الإخوة لا يتناول.

فرق: والفرق بين ولاة القتل لا يقسم منهم أقل من اثنين، ويقسم من جنبه القاتل واحد، وهو القاتل أن جنبه القتل إذا عدم منهم اثنان، وبطلت القسامة في جنبته، فرجعت في جنبه القتل، فإن لم يكن معه من يحلف معه من جهتهم كان للطالب بالدم ما يرجع إليه، وهو أيمان القاتل وأوليائه، ولو لم يقبل من القاتل، وقد يعدم أولياء يحلفون معه، لم يكن له ما يرجع إليه في تبرئة نفسه.

مسألة: فإذا كان ولاة الدم اثنين، حلف كل رجل منهم خمساً وعشرين يمينا، وليس لأحدهما أن يتحمل عن صاحبه شيئا من الأيمان، قاله ابن المواز عن ابن القاسم.

وروجه ذلك أنه لا يجوز أن يحلف أحد في العمد أكثر من خمسين وعشرين يمينا.

وقال ابن الماجشون: ولهما أن يستعينا بمن أمكنهما من العصابة، ويبدأ بيمين الأقرب، فالأقرب، يحلفون بقدر عددهم مع المعينين، فإن حلف الأولياء أكثر مما ينوبهم في العدد مع المعينين، جاز ذلك، وإن حلف المعينون أكثر لم يجز ذلك.

وروجه ذلك عند أنه نوع من النكول، وأما إذا تساوا على حسب العدد أو كانت أيمان الولاة أكثر، فإنها على وجه العون للولاة ولو حلف أحد الوليين، خمساً وعشرين ثم استعان الآخر بأربعة وعشرين من العصابة لم يجزه أن يحلف إلا ثلاثة عشر يمينا لأن المعينين تتوجه معونتهم إليه، وإلى صاحبه كما لو حلفوا قبل أن يحلف الولي الأول.

مسألة: فإن كان الدم واحداً، جاز له أن يستعين من العصابة بواحد وأكثر من ذلك ما بينه وبين خمسين رجلاً. والأصل في ذلك ما روى أبو قلابة أن رسول الله ﷺ قال للحارثيين اللذين ادعيا على اليهود: «أتحلفون وتستحقون الدية بأيمان خمسين منكم» فكان الظاهر أن هذا العدد لا يزداد عليه؛ لأن عدد الأنصار كان أكثر من ذلك، وتكون بينهم على ما تقدم من التفسير.

فصل: وقوله: «فإن قل عددهم أو نكل بعضهم ردت الأيمان عليهم» يريد إن قل عدد المعينين من العصابة أو نكل بعضهم، فإن كانوا من اثنين، فنكل بعضهم عن معونة الولي، فإن من بقى مع الولي ترد عليهم الأيمان حتى يستوفوا خمسين يمينا، فلا تبطل القسامة بنكول بعض المعينين من العصابة مع بقاء الولي أو الأولياء عن القيام بالدم والمطالبة به.

ولو نكل الولي لم يكن للمعينين القسامة ولا المطالبة بالدم، وكذلك لو كان الأولياء جماعة، فنكل واحد منهم لم يكن لغيرهم قسامة في المشهور من المذهب، لأنه لا قسامة لغيرهم وترد الأيمان على المدعى عليهم.

٤٥٦ كتاب القسامة

وجه القول الأول أنهم لما تساورا في الحق لم يكن نكول بعضهم مؤثراً في سقوط حق الباقيين. أصله قتل الخطأ.

ووجه الرواية الثانية أن الحق لجماعتهم وليس بعضهم بأولى من بعض بإثباته، وهو لا يتبعض.

فرع: قال القاضي أبو محمد في العصبية، وأما البنون والإخوة، فرواية واحدة أن من نكل منهم ردت الأيمان على المدعى عليهم.

ووجه ذلك أن البنين والإخوة يردون الأم من الثلث إلى السلس، فكان لقرابتهم مزية، والله أعلم، وترد الأيمان على المدعى عليهم.

وفي العتبية وغيرها لابن القاسم ورواية عن مالك: إذا نكل ولاية الدم عن القسامة، ثم أرادوا أن يقسموا لم يكن ذلك لهم إن كان نكولاً بينا، ومن نكل عن اليمين، فقد أبطل حقه.

ووجه ذلك أن نكول من يجب عليه اليمين توجب رد اليمين على المدعى عليه كالمدعى حقاً يشهد له شاهد، فينكل عن اليمين مع شاهده، قال: اليمين ترد على المدعى عليه.

مسألة: وإذا حلف الأولياء مع المعينين لهم من العصبية بدئ بالولى، ولا يبدأ بأيمان المعينين لهم، قاله في المجموعة والموازية ابن القاسم، قال: وإنما يعين الولي من قرابته منه معروفة يلتقى معه إلى جد يوارثه، فأما من هو من عشيرته من غير نسب معروف، فلا يقسم كان للمقتول أو لم يكن.

فصل: وقوله: «ولكن ترد الأيمان على المدعى عليهم فيحلف منهم خمسون رجلاً» يريد أنه يحلف الجماعة في النكول كما يحلف الجماعة في الدعوى لأن أيمان القسامة لما لم يحلف فيها إلا اثنان، فما زاد من المدعى عليهم.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أنه لا يحلف إلا المدعى عليه وحده بخلاف المدعى. وقال مطرف: لأن الحالف المدعى عليه إنما يرى نفسه.

ووجه رواية ابن القاسم ما روى أبو قلابة عن النبي ﷺ أنه قال للمدعين: «أترضون خمسين يمينا من اليهود ما قتلوه»، فاقترض ذلك أن القسامة مختصة بهذا العدد، ولا يزداد عليه لأن اليهود كانوا أكثر من خمسين.

ومن جهة المعنى أنه لما جاز أن يحلف مع ولي الدم المدعى له غيره، جاز أن يحلف مع المدعى عليه المنكر له غيره.

ووجه آخر أن الدماء مبنية على هذا، وهو أن يتحملها غير الجاني مع الجاني كالدية في قتل الخطأ، فإن الأيمان لما كانت خمسين، وكانت اليمين الواحدة لا تتبعض لم يجوز أن يكون الخالفون أكثر من خمسين.

مسألة: فإذا قلنا يحلف غيره من عصبته، فقد قال ابن القاسم، ورواه هو وابن وهب عن مالك: يحلف خمسون من أولياء المقتول خمسين يمينا، وإن لم يكن منهم من يحلف إلا اثنان حلفا خمسين يمينا، وبرئ المدعى عليه، ولا يحلف هو معهم، فيحلف هو بعضها وهم بعضها.

فإن لم يوجد من يحلف من عصبته إلا واحد لم يحلف معه، وحلف المدعى عليه وحده خمسين يمينا، وقال عبدالملك: يحلف هو ومن يستعان به من عصبته على السواء، وله أن يحلف هو أكثر منهم، فإن لم يوجد من يعينه حلف هو وحده خمسين يمينا. قال محمد: قول ابن القاسم أشبه بقول مالك في موطنه، وإنما أراد محمد قول مالك: يحلف منهم خمسون رجلاً خمسين يمينا.

فصل: وقوله: «خمسين يمينا» وجه ذلك ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «فتبرئكم يهود بخمسين يمينا». ومن جهة المعنى أن الأيمان المردودة يعتبر بعدتها فيما انتقلت عنه كأيمان الحقوق، فكذلك الأيمان الثانية في الخمسين، فإن عددها فيهما سواء كأيمان اللعان.

فصل: وقوله: «فإن لم يبلغوا خمسين رجلاً ردت عليهم الأيمان» يحتمل أن يريد به إن لم يكن من يجوز أن يحلف من أولياء القاتل من يبلغ خمسين رجلاً، يريد وكان من وجد منهم اثنان فزائد، ردت الأيمان على من وجد منهم حتى يستوفوا الخمسين يمينا.

قال ابن الماجشون في الواضحة: لهم أن يستعينوا بولاتهم وعصبتهم وعشيرتهم كما كان ذلك لولاية المقتول، وقاله المغيرة وأصبع.

وقال مطرف عن مالك: لا يجوز للمدعى عليهم، واحداً كانوا أو جماعة، أن يستعينوا بمن يحلف معهم كما يفعل ولاية المقتول لأنهم إنما يبرؤون أنفسهم، وقد تقدم ذكره.

ويحتمل أن يريد به، فإن لم يبلغ الذين يحلفون بالأيمان معه خمسين رجلاً لأن غيره ممن كان يصح أن يحلف معه أبوا من ذلك، فإن الخمسين يمينا ترد على من تطوع بذلك.

فصل: وقوله: «فإن لم يجد المدعى من يحلف، حلف وحده خمسين يمينا وبرئ» والفرق بين الأيمان والخالفين أن الأيمان لا ضرورة تدعو إلى التبعض فيها عن العدد المشروع، وقد يعد في الأغلب عدد الخالفين.

وقوله: «وبرئ» يريد برئ من الدم وعليه جلد مائة وسجن عام، قاله مالك وابن القاسم، وإن أبي أن يحلف، سجن حتى يحلف.

وفي النوادر: وقد ذكر ابن القاسم فيه عن مالك قولاً لم يصح عند غيره أن المدعى عليهم إذا ردت عليهم الأيمان فنكلوا، فالعقل عليهم في مال الجراح خاصة ويقتنص منه في الجرح، يريد فيمن ثبت جرحه، واحتيج إلى القسامة أنه من ذلك الجرح مات.

وقال القاضي أبو محمد في المدعى عليه القتل وأتى المدعون بما يوجب القسامة، ونكلوا عن اليمين: حلف المدعى عليه القتل، وتسقط عنه الدعوى، فإن نكل، ففيها روايتان، إحداهما: يجبس إلى أن يحلف، والثانية، تلزمه الدية في ماله، وأراه أشار لرواية ابن القاسم.

فرع: فإذا قلنا إنه يجبس إلى أن يحلف، فإن حبس وطال حبسه، فقد روى القاضي أبو محمد: يخلى سبيله. وفي العتبية والموازية: يجبس حتى يحلف، قال ابن المواز: فقد اتفقوا على أن هذا إن نكل سجن أبداً حتى يحلف.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ: وَإِنَّمَا فُرِقَ بَيْنَ الْقَسَامَةِ فِي الدَّمِ وَالْأَيْمَانِ فِي الْحُقُوقِ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا دَايَنَ الرَّجُلَ، اسْتَنْبَتَ عَلَيْهِ فِي حَقِّهِ، وَأَنَّ الرَّجُلَ إِذَا أَرَادَ قَتْلَ الرَّجُلِ لَمْ يَقْتُلْهُ فِي جَمَاعَةٍ مِنَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا يَلْتَمِسُ الْخَلْوَةَ.

قَالَ: فَلَوْ لَمْ تَكُنِ الْقَسَامَةُ إِلَّا فِيمَا تَثْبُتُ فِيهِ الْبَيِّنَةُ وَلَوْ عَمِلَ فِيهَا كَمَا يُعْمَلُ فِي الْحُقُوقِ، هَلَكَتِ الدِّمَاءُ، وَاجْتَرَأَ النَّاسُ عَلَيْهَا إِذَا عَرَفُوا الْقَضَاءَ فِيهَا، وَلَكِنْ إِنَّمَا جُعِلَتِ الْقَسَامَةُ إِلَى وِلَاةِ الْمَقْتُولِ يُدْعُونَ بِهَا فِيهَا لِيَكْفَ النَّاسُ عَنِ الْقَتْلِ الدَّمِ، وَلِيَحْذَرَ الْقَاتِلُ أَنْ يُؤْخَذَ فِي مِثْلِ ذَلِكَ بِقَوْلِ الْمَقْتُولِ.

قَالَ يَحْيَى: وَقَدْ قَالَ مَالِكُ فِي الْقَوْمِ يَكُونُ لَهُمُ الْعَدَدُ يُتَّهَمُونَ بِالدَّمِ، فَيَرُدُّ وِلَاةَ

الْمَقْتُولِ الْإِيمَانَ عَلَيْهِمْ، وَهُمْ نَفَرٌ لَهُمْ عَدَدٌ أَنَّهُ يَحْلِفُ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ عَنْ نَفْسِهِ
خَمْسِينَ يَمِينًا، وَلَا تَقْطَعُ الْإِيمَانُ عَلَيْهِمْ بِقَدْرِ عَدَدِهِمْ، وَلَا يَبْرَعُونَ دُونَ أَنْ يَحْلِفَ
كُلُّ إِنْسَانٍ عَنْ نَفْسِهِ خَمْسِينَ يَمِينًا.

قال مالك: وَهَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي ذَلِكَ.

قال: وَالْقَسَامَةُ تَصِيرُ إِلَى عَصَبَةِ الْمَقْتُولِ، وَهُمْ وُلاةُ الدَّمِ الَّذِينَ يَقْسِمُونَ عَلَيْهِ
وَالَّذِينَ يُقْتَلُ بِقَسَامَتِهِمْ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الفرق بين القسامة وإيمان الحقوق أن الرجل إذا دابن
استظهر لحقه بالوثائق والبينة أهل العدل.

فإذا ترك ذلك، فمن تضييعه له، والمقتول إنما يلتمس قاتله موضع خلوته، وحيث
يعدم من يراه، فكيف يستظهر بأهل العدل، ولا علم عند أهل المقتول بذلك، فلا يمكنه
الاستظهار بالبينة، ولا استحضار من يشهد له، ولو لم يتصرف إلا ببينة لقل تصرفه،
وامتنع من منافعه ومكاسبه، وسجن نفسه، وتعذر عليه عيشه، فلذلك جعل قوله، عند
مالك: دمی عند فلان، مؤثراً في القسامة، وجعل الإيمان إلى ولاته، وهذا الفرق إنما
يعود إلى قبول المدعى: دمی عند فلان، وبين قوله: لي عنده عشر دنائير.

ويحتمل عندي وجهاً آخر من الفرق، وهو أن قول المدعى: دمی عند فلان، إنما
يشهد غيره لأنه إنما يستحق ذلك بعد موته، وإنما يشهد لولاته، وقول القائل: لي عند
فلان درهم أو دينار، شهادته لنفسه لأنه يستحق، هو المطالبة به في حياته، فلذلك لم
يقبل قوله.

فصل: وقوله: «في القوم يتهمون بالقتل، ترد عليهم الأيمان فإن كل إنسان منهم
يخلف خمسين يميناً» قال مالك في الموازية: لأن كل واحد منهم يخلف عن نفسه؛ إذ
لعله الذي كان يقسم عليه. قال عبد الظاهر في المجموعة والموازية والواضحة: ولكل
واحد منهم أن يستعين في إيمانه بمن شاء من عصبته إلى أن يكون على كل واحد
خمسون يميناً.

قال ابن المواز: وقاله عبد الملك، وإن كانوا مفترقين، فلا يستعين أحد بغير عصبته،
وإن كانوا من فخذ واحد، جاز أن يستعين أحدهم بقوم يستعين بهم الثاني، ثم يستعين
بهم الثالث إن كان المدعى عليهم ثلاثة، ولا يجوز أن يجمع أحدهم في يمين واحدة

تبرئة الثلاثة فيقول ما فعله فلان وفلان ولكن تفرد اليمين عن كل واحد منهم.

* * *

ما جاء فيمن تجوز قسامته في العمد من ولاة الدم

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ فِي الْقَسَامَةِ فِي الْعَمْدِ أَحَدٌ مِنَ النِّسَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وُلاةٌ إِلَّا النِّسَاءُ، فَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ قَسَامَةٌ وَلَا عَفْوٌ.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكُ فِي الرَّجُلِ يُقْتَلُ عَمْدًا: أَنَّهُ إِذَا قَامَ عَصَبَةُ الْمَقْتُولِ أَوْ مَوَالِيهِ، فَقَالُوا: نَحْنُ نَحْلِفُ وَنَسْتَحِقُّ دَمَ صَاحِبِنَا، فَذَلِكَ لَهُمْ.

قال مالك: فَإِنْ أَرَادَ النِّسَاءُ أَنْ يَعْفُونَ عَنْهُ، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُنَّ الْعَصَبَةُ وَالْمَوَالِي أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْهُنَّ؛ لِأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ اسْتَحَقُّوا الدَّمَ وَحَلَفُوا عَلَيْهِ.

قال مالك: وَإِنْ عَفَتِ الْعَصَبَةُ أَوْ الْمَوَالِي بَعْدَ أَنْ يَسْتَحِقُّوا الدَّمَ، وَأَبَى النِّسَاءُ، وَقُلْنَ لَا نَدْعُ دَمَ صَاحِبِنَا، فَهِنَّ أَحَقُّ وَأَوْلَى بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَنْ أَخَذَ الْقَوْدَ أَحَقُّ مِمَّنْ تَرَكَهُ مِنَ النِّسَاءِ وَالْعَصَبَةِ إِذَا ثَبَتَ الدَّمُ وَوَجِبَ الْقَتْلُ.

الشرح: قوله: «لا يحلف في قسامة العمد أحد من النساء» يريد أنه لا يقسم إلا الأولياء من الرجال ومن له تعصيب. وأما من لا تعصيب له من الخوالة وغيرهم، فلا قسامة لهم، وإذا كان للقتيل أم، فإن كانت معتقة أو أعتق أبوها أو جدها، أقسم موالها في العمد، قاله ابن القاسم في الموازية، والمجموعة.

وإن كانت أمه من العرب، فلا قسامة في عمدته. قال محمد: لأن العرب خوولته ولا ولاية للخوالة، ومن شهد شاهد عدل بقتله عمدًا. وقال: دمي عند فلان، ولم يكن له عصبه، وكان له من الأقارب نساء أو خوالة، فإنه لا قسامة فيه، ويحلف المدعى عليهم القتل.

فصل: وقوله: «ليس للنساء قسامة» على ما تقدم وقوله: «لا عفو» يريد قبل القسامة، وأما بعد القسامة إذا أقسم العصبه، فقد قال مالك: إن عفا النساء، وقام بالدم العصبه أو عفا العصبه، وقام بالدم النساء، فمن أراد القود أولى ممن تركه لأن الدم إذا ثبت فقد أوجب القتل.

قال مالك: لا يُقسِمُ في قتلِ العَمَدِ مِنَ المُدْعِينَ إِلَّا اثْنَانِ فَصَاعِدًا، فَتُرَدُّ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمَا حَتَّى يَحْلِفَا خَمْسِينَ يَمِينًا، ثُمَّ قَدْ اسْتَحَقَّ الدَّمَّ، وَذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «لا يقسم في قتل العمدة من المدعين إلا اثنان فصاعدا» يريد أنه إن لم يوجد من يستحق أن يحلف من الأولياء إلا واحد، فإن الأيمان لا تثبت في جنبتي القتيل، ولكن ترد على القاتل، فيحلف وحده، بأن لم يوجد من يحلف معه. والفرق بينه وبينه أن جنبه القتل لا يحلف لإثبات الدم إلا اثنان.

وفي جنبه القاتل يحلف لنفى الدم واحد أن جنبه القتل إذا تعذرت القسامة فيها لم يبطل الحق لأن رد الأيمان على جنبه القاتل فيه استيفاء حقهم، وجنبه القاتل لو لم تقبل أيمانه وحده مع كثرة وجود ذلك لم يكن لما فاتته من الحق بدل يرجع إليه لأن الأيمان ترد إلى جنبه القتيل بانتقالها إلى جنبه القاتل، والله أعلم.

قال مالك: وَإِذَا ضَرَبَ النَّفْرُ الرَّجُلَ حَتَّى يَمُوتَ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ، قُتِلُوا بِهِ جَمِيعًا، فَإِنْ هُوَ مَاتَ بَعْدَ ضَرْبِهِمْ كَانَتْ الْقَسَامَةُ، وَإِذَا كَانَتْ الْقَسَامَةُ لَمْ تَكُنْ إِلَّا عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَلَمْ يُقْتَلْ غَيْرُهُ، وَلَمْ نَعْلَمْ قَسَامَةً كَانَتْ قَطُّ إِلَّا عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ.

الشرح: وهذا على ما قال أن النفر إذا ضربوا رجلاً حتى مات تيقن أن موته من ضربهم قتلوا به. وفي العتبية من سماع ابن القاسم، فيمن ضرب رأس رجل فأقام مغموراً لا يفيق وقامت بينة بضره، فقال: إذا لم يفق، فلا قسامة، وإنما القسامة فيمن أفاق أو أطعم أو فتح عينه أو تكلم وما أشبه ذلك ونحوه، قال مالك في الموازية، وقال ابن حبيب: خلا به أهله أو لم يخل لا قسامة فيه إذا لم يفق.

وقال أشهب: إذا مات تحت الضرب أو بقى مغموراً لم يأكل ولم يشرب ولم يتكلم ولم يفق حتى مات، فلا قسامة فيه، فإن تكلم أو شرب أو فتح عينه وشبه ذلك، فلا بد من القسامة في العمدة والخطأ.

قال: وكذلك إن قطع فخذه، فعاش يومه، وأكل وشرب، ومات آخر النهار، وأما إن شقت حشويه وأكل وشرب وعاش أياماً، فإنه يقتل قاتله بغير قسامة إذا أنفذت مقاتله، وكذلك لو انقع نخاع رقبته، وقاله ابن القاسم.

فصل: وقوله: «قتلوا به جميعاً» يريد أن الجماعة يقتلون بالواحد.

٤٦٢ كتاب القسامة

فصل: وقوله: «فإن مات بغير ضربهم كانت قسامة» يريد أن يشهد على الضرب شاهدان، فعاش المضروب ثم مات، ففيه القسامة لمات من ضربه، قاله ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم. ووجه ذلك ما قدمناه.

فصل: وقوله: «وإذا كانت القسامة لم تكن إلا على رجل واحد» هذا قول مالك وأكثر أصحابه. وقال أشهب: إن شاعوا أقسموا على واحد أو على اثنين أو على جميعهم، ثم لا يقتلون إلا واحداً ممن أدخلوه في القسامة، وكان ذلك لقول الميت: دمي عند فلان، أو فلان، لا شهادة شاهد على القتل أو شاهدين على الضرب ثم عاش أياما. ووجه قول مالك أنه لا يقتل في القسامة إلا واحد، فلا معنى للقسامة على غيره. ووجه قول أشهب أن القتل إذا ادعى قتل جماعة له، فيجب أن تكون القسامة على قدر ذلك لأن الأيمان لا تكون إلا موافقة للدعوى.

* * *

القسامة في قتل الخطأ

قال مالك: الْقَسَامَةُ فِي قَتْلِ الْخَطَأِ يُقْسِمُ الَّذِينَ يَدْعُونَ الدَّمَ وَيَسْتَحِقُّونَهُ بِقَسَامَتِهِمْ، يَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا، تَكُونُ عَلَى قَسَمِ مَوَارِيثِهِمْ مِنَ الدِّيَةِ، فَإِنْ كَانَ فِي الْأَيْمَانِ كُسُورٌ إِذَا قُسِمَتْ بَيْنَهُمْ، نُظِرَ إِلَى الَّذِي يَكُونُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ تِلْكَ الْأَيْمَانِ إِذَا قُسِمَتْ، فَتَجْبَرُ عَلَيْهِ تِلْكَ الْيَمِينُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن ولاة الدم الذين يدعون الدم يقسمون في قتل الخطأ مع الشاهد على القتل. قال أشهب: وكذلك إن قال دمي عند فلان قتلتني خطأ. وقال عبدالمالك: ويؤخذ في ذلك بشهادة النساء، فيمن علم الناس بموته، وقال ابن المواز: اختلف قول مالك في القسامة على قول القتل في الخطأ. وقال عيسى بن دينار: أخبرني من أتق به أن قول مالك في الغريم لا يقسم في الخطأ بقول الميت ثم رجع، فقال: يقسم مع قوله، قال القاضي أبو محمد.

وجه القول الأول أنه يتهم أن يريد غنى ولده الدم أعظم. ووجه القول الذي رجع إليه أنه معنى يوجب القسامة في العمد، فأوجبها كالشاهد العدل.

فرع: فإذا قلنا إنه يقسم مع قول القتل، فإنه يقسم مع قول المسخوط والرجال والنساء، ما لم يكن صغيراً أو عبداً أو ذمياً.

فصل: وقوله: «يحلِفون خمسين يميناً» علق ذلك بالعدد؛ لأنها قسامة في دم،

فاختصت بالخمسين كالعمد، ولهذا المعنى يبدأ فيها المدعون، وتكون الأيمان على الورثة إن كانوا يحيطون بالميراث على قدر موارثهم، فإن فى الأيمان كسر، فالقسامة على أكثرهم خطأ منها، قاله مالك فى المجموعة.

قال عبدالمالك: لا ينظر إلى كثرة ما عليه من الأيمان، وإنما ينظر إلى أكثر تلك اليمين، قال ابن القاسم: فإن كان على أحدهم نصفها، وعلى الآخر ثلثها، وعلى الآخر سدسها، جبرت على صاحب النصف، وإن كان الوارث لا يحيط بالميراث، فإنه لا يأخذ حصة من الدية حتى يحلف خمسين يمينا.

مسألة: ولا يحمل بعض الورثة عن بعض شيئا من الأيمان فى الخطأ كما يتحملها بعض العصابة عن بعض فى العمد، إلا فى جبر بعض اليمين، فإنها تجبره على أكثرهم منها على ما تقدم، قاله ابن القاسم. قال ابن المواز: لأنه مال ولا يتحمل أحد فيه اليمين عن غيره كالديون.

قال مالك: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وَرَثَةٌ إِلَّا النِّسَاءُ، فَإِنَّهُنَّ يَحْلِفْنَ، وَيَأْخُذْنَ الدِّيَةَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ إِلَّا رَجُلٌ وَاحِدٌ، حَلَفَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَأَخَذَ الدِّيَةَ، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي قَتْلِ الْخَطَا وَلَا يَكُونُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن حكم القسامة فى قتل الخطأ غير حكمها فى قتل العمد؛ لأنها لما اختصت القسامة فى الخطأ بالمال كان ذلك للورثة رجالاً كانوا أو نساء قل عددهم أو كثر، ولا يحلف فى ذلك إلا وارث، وأما قتل العمد، فإن مقتضاه القصاص وإنما يقوم به العصابة من الرجال، فلذلك تعلق الأيمان بهم دون النساء.

* * *

الميراث فى القسامة

قال مالك: إِذَا قَبِلَ وُلَاةُ الدِّمِ الدِّيَةَ، فَهِيَ مَوْرُوثَةٌ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى يَرِثُهَا بَنَاتُ الْمَيِّتِ وَأَخْوَاتُهُ وَمَنْ يَرِثُهُ مِنَ النِّسَاءِ، فَإِنْ لَمْ يُحْرَزِ النِّسَاءُ مِيرَاثَهُ كَانَ مَا بَقِيَ مِنْ دِيَّتِهِ لِأَوْلَى النَّاسِ بِمِيرَاثِهِ مَعَ النِّسَاءِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الولاة إذا قبلوا الدية، وتقدرت، فهى موروثه على كتاب الله عز وجل، وهذا إذا رضى بها الأولياء والقاتل، فإن رضى الأولياء دون القاتل: إنما لكم دمي ولا سبيل لكم إلى مالي.

فصل: وقوله: «فهي مورثة على كتاب الله عز وجل يرثها بنات الميت وأخواته وسائر من يرثه من النساء» الأم والزوجة والإخوة للأم والجدة.

والأصل في ذلك ما روى عن الضحاك بن أشيم الكلابي أنه قال: كتب إلى رسول الله ﷺ أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها.

قال مالك: إذا قام بعض ورثة المقتول الذي يقتل خطأ، يريد أن يأخذ من الدية بقدر حقه منها، وأصحابه غيب، لم يأخذ ذلك، ولم يستحق من الدية شيئاً قل ولا كثر دون أن يستكمل القسامة، يحلف خمسين يميناً فإذا حلف خمسين يميناً، استحق حصته من الدية، وذلك أن الدم لا يثبت إلا بخمسين يميناً، ولا تثبت الدية حتى يثبت الدم، فإن جاء بعد ذلك من الورثة أحد حلف من الخمسين يميناً بقدر ميراثه منها، وأخذ حقه حتى يستكمل الورثة حقوقهم إن جاء أخ لأم، فله السدس، وعليه من الخمسين يميناً السدس، فمن حلف استحق من الدية، ومن نكل بطل حقه، وإن كان بعض الورثة غائباً أو صبياً لم يبلغ حلف الذين حضروا خمسين يميناً، فإن جاء الغائب بعد ذلك حلف أو يبلغ الصبي الحلم، حلف كل منهما يحلفون على قدر حقوقهم من الدية وعلى قدر موارثهم منها.

قال يحيى: قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت.

الشرح: وهذا على ما قال أن بعض ورثة القتل إذا قام وسائرهم غيب، فإنه لا يأخذ شيئاً من الدية حتى يحلف خمسين يميناً لأنه لا يستحق شيئاً منها إلا باستكمال الأيمان، فإن جاء بعد ذلك بعض من غاب حلف من الأيمان بقدر ما كان يجب عليه منها لو حضر جميعهم أول الأمر، وأخذ حصته من الدية وكذلك لو نكل بعضهم لم يستحق من لم ينكل شيئاً من الدية حتى يستكمل خمسين يميناً، ويأخذ من الدية بقدر حصته منها لو حلف جميعهم ويطلب حق من نكل ومن غاب من الورثة أو كان صغيراً فهو على حقه حتى يكبر الصغير، ويحضر الغائب، فيحلف بقدر حقه ويأخذه.

مسألة: فإذا أقسم الورثة ثبتت الدية على عاقلته، إن كانت له عاقلة، وإن لم تكن له عاقلة، ففي بيت المال موجلة لأن قتل الخطأ مبنى على المواسة والتحمل عن القاتل، وإنما يقسم على القاتل إن كان واحداً، وعلى جميعهم إن كانوا جماعة، وليس لأولياء

القتيل أن يقسموا على بعضهم لأن الدية تبعض وتقسط عليهم بخلاف القصاص، فيجب تساوى عاقلة كل رجل منهم فيها بحسب ما يصيبه منها.

مسألة: وعين الورثة عندي في قسامة الخطأ على البت.

فصل: وقوله: «فإن نكل بعض الورثة بطل حقه» معناه بطل حقه من القسامة في التوارث، والظاهر من قول محمد: يرجع نصيب من نكل إلى العاقلة بعد إيمانكم على العلم، فإن نكلوا دفعوا ذلك من نكل دون يمين.

ووجه ذلك عندي اعتبار الحقوق والمسأل، وإنما ترد اليمين لأنهم الغارمون، ولأن المدعى عليه القتل لو أقر لم يقبل إقراره، فلذلك تعلقت اليمين بالعاقلة دونه.

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة: إذا شهد شاهد على إقرار القتيل خطأ لم يجب به عليه وعلى عاقلته شيء إذا أنكر الشهادة لأنه كالشاهد على العاقلة، فإن ثبت على شهادته، ففي ذلك القسامة وعلى العاقلة الدية.

مسألة: ولو نكل جميع الورثة، قال في المجموعة: إن نكل جميع ولاة القتل حلف المدعى عليه خمسين يمينا، يريد والله أعلم، فإن نكلوا غرموا.

ووجه ذلك أن الدعوى تزول إلى مال، فاعتبرت في النكول والاستحقاق به، الله أعلم وأحكم.

* * *

القسامة في العبيد

قال مالك: الأمر عندنا في العبيد أنه إذا أصيب العبد عمداً أو خطأً ثم جاء سيده بشاهد، حلف مع شاهديه يمينا واحدة، ثم كان له قيمة عبده، وليس في العبد العبيد قسامة في عمد ولا خطأ ولم أسمع أحداً من أهل العلم قال ذلك.

قال مالك: فإن قُتل العبد عبداً عمداً أو خطأً، لم يكن على سيده العبد المقتول قسامة ولا يمين ولا يستحق سيده ذلك إلا ببينة عادلة أو بشاهد، فيحلف مع شاهديه.

قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت.

الشرح: وهذا على ما قال أن العبد إذا قتل عمدًا أو خطأ، فجاء سيده بشاهد واحد على ما يدعيه من قتله، فقد قال ابن المواز: لو قام شاهد على حر أنه قتل عبدًا لحلف سيده يمينًا واحدة، وأخذ قيمته من المدعى عليه، ثم يختلف في هذا ابن القاسم وأشهب قال: ويجلد مائة ويحبس سنة.

فصل: وقوله: «وليس في العبيد قسامة في عمد ولا خطأ» هذا هو المشهور عن مالك؛ لأن العبد مال، وقد روى ابن المواز أن العبد إذا قال: دمي عند فلان، فإنه يحلف المدعى عليه خمسين يمينًا ويبرأ، قال أشهب: ويضرب مائة ويسجن سنة، فإن نكل حلف السيد يمينًا واحدة، واستحق قيمة عبده مع الضرب والسجن.

قال ابن القاسم: يحلف المدعى عليه يمينًا واحدة، ولا قيمة عليه، ولا ضرب، ولا سجن، فإن نكل غرم القيمة وضرب وسجن. وقال ابن الماجشون: إنما السجن استبراء، وكشف عن أمره، ويضرب أدبًا، ولا يضرب مائة وسجن سنة إلا من يملك سفك دمه بقسامة أو غيرها.

ووجه قول أشهب يحلف خمسين يمينًا لأنه مستحلف في دم مسلم محرم عليه سفكه، ولا يبرأ من ذلك إلا بخمسين يمينًا كقتل الحر خطأ.

ووجه قول ابن القاسم أنه مال، فلم يجب عليه إلا يمين واحدة تبرىء من الدعوى كالديون وإنما يضرب مائة ويسجن عامًا ردعًا عن الدماء، والله أعلم.

* * *

انتهى الجزء الثامن ويليه بإذن الله الجزء التاسع

وأوله «كتاب العقول»

* * *

المحتويات

٣	ما لا يجوز من العطية
٧	القضاء فى الهبة
٨	الباب الأول: فيما يجوز هبته للثواب، وما لا يجوز وما يكون عوضا فى هبة الثواب
٩	الباب الثانى: فىمن تحمل هبته على الثواب من غير شرط
١٢	الباب الثالث: فى مقتضى هبة الثواب من اللزوم أو الجواز
١٣	الباب الرابع: فيما تفوت به هبة الثواب وتلزم به القيمة
١٣	الباب الخامس: فى حكم وجود العيب بها
١٨	الاعتصار فى الصدقة
٢٥	القضاء فى العمرى
٢٦	الباب الأول: فى معنى العمرى وألفاظها، ومعنى الحبس والصدقة
٣٠	الباب الثانى: فىمن يصح التحبىس منه ومن يصح التحبىس عليه وما يصح تحبىسه
٣٣	الباب الثالث: فى دخول العقب مع المعطى
٣٤	الباب الرابع: فى معنى العقب والبنين والولد والورثة
٣٧	الباب الخامس: فى قسمة منافع العمرى والحبس
٤٠	الباب السادس: فى استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت
٤٣	الباب السابع: فى بيع العمرى والحبس
٤٨	الباب الثامن: فىمن تعود إليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر والمحبس عليهم
٥٣	القضاء فى اللقطة
٦٦	القضاء فى استهلاك العبد اللقطة
٦٧	القضاء فى الضوال
٧٢	صدقة الحى عن الميت
٧٥	الأمر بالوصية
٧٧	الباب الأول: فى الموصى
٨٢	الباب الأول: فى الوصية التى يلحقها التغيير
٨٤	الباب الثانى: فى صفة تغيير الوصية

.....	٤٦٨
.....	٩٠
.....	٩٤
.....	١٠٣
.....	١٠٨
.....	١٠٨
.....	١١٣
.....	١١٥
.....	١٣٠
.....	١٣٢
.....	١٤٤
.....	١٥٦
.....	١٥٦
.....	١٥٧
.....	١٥٧
.....	١٥٩
.....	١٦٢
.....	١٧٣
.....	١٧٥
.....	١٧٧
.....	١٧٧
.....	٢١٠
.....	٢٢٥
.....	٢٢٥
.....	٢٣١
.....	٢٣٢
.....	٢٣٥
.....	٢٣٧
.....	٢٣٩
.....	٢٤١
.....	٢٥٠
.....	٢٥٧
.....	٢٦٠
.....	٢٦٢

٤٦٩	المحتويات
٢٦٧	فصل في تصحيح المسائل
٢٧١	فصل في الوصايا
٢٧٢	من لا ميراث له
٢٧٣	ميراث أهل الملل
٢٧٩	من جهل أمره بالقتل أو غير ذلك
٢٨٢	ميراث ولد الملاحنة وولد الزنا
٢٨٥	كتاب العتاقة والولاء
٢٨٥	من أعتق شركا له في مملوك
٢٩٩	الشرط في العتق
٣٠١	من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم
٣٠٥	القضاء في مال العبد إذا عتق
٣٠٩	عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة
٣١٩	ما يجوز من عتق في الرقاب الواجبة
٣٢١	ما لا يجوز من العتق في الرقاب الواجبة
٣٢٧	عتق الحى عن الميت
٣٢٨	فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا
٣٣٠	مصير الولاء لمن أعتق
٣٣٦	جر العبد الولاء إذا أعتق
٣٤١	ميراث الولاء
٣٤٥	ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودى أو النصرانى
٣٤٩	كتاب المكاتب
٣٤٩	القضاء في المكاتب
٣٦٩	الحمالة في الكتابة
٣٧٦	القطاعة في الكتابة
٣٨٣	جراح المكاتب
٣٨٦	بيع المكاتب
٣٩٢	سعى المكاتب
٣٩٧	عتق المكاتب إذا أدى ما عليه قبل محله
٤٠٠	ميراث المكاتب إذا عتق
٤٠٢	الشرط في المكاتب
٤٠٥	ولاء المكاتب إذا عتق
٤٠٨	ما لا يجوز من عتق المكاتب
٤٠٩	جامع ما جاء في عتق المكاتب وأم ولده

٤٧٠	المحويات
٤١١	الوصية فى المكاتب
٤١٧	كتاب المدبر
٤١٧	القضاء فى المدبر
٤١٩	جامع ما جاء فى التدبير
٤٢١	الوصية فى التدبير
٤٢٧	مس الرجل وليدته إذا دبرها
٤٢٩	بيع المدبر
٤٣٥	جراح المدبر
٤٣٨	ما جاء فى جراح أم الولد
٤٤٠	كتاب القسامة
٤٤٠	تبدئة أهل الدم فى القسامة
٤٦٠	ما جاء فىمن تجوز قسامته فى العمد من ولاة الدم
٤٦٢	القسامة فى قتل الخطأ
٤٦٣	الميراث فى القسامة
٤٦٥	القسامة فى العبيد

ملئقي ما شرح موطأ مالك

تأليف
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي
المتوفى سنة ٥٩٤هـ

تحقيق
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء التاسع

مستورات
مخرج أبي بصير
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لحار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة لتضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر، أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) -
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohory st., Melkart bldg, 1st Floor.

Tel. & Fax : 00(961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



9 782745 127426

<http://www.al-ilmiyah.com.lb/>

e-mail : sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العقول

١٥٠٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ فِي الْكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِعَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ فِي الْعُقُولِ أَنَّ فِي النَّفْسِ مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ وَفِي الْأَنْفِ إِذَا أَوْعِبَ جَدْعًا مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ وَفِي الْمَأْمُومَةِ ثَلَاثُ الدِّيَةِ، وَفِي الْحَائِفَةِ مِثْلَهَا أَوْ فِي الْعَيْنِ خَمْسُونَ وَفِي الْيَدِ خَمْسُونَ وَفِي الرَّجْلِ خَمْسُونَ وَفِي كُلِّ أُصْبَعٍ مِثْلُ هُنَالِكَ عَشْرًا مِنَ الْإِبِلِ وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ وَفِي الْمَوْضِحَةِ خَمْسٌ.

الشرح: روى ابن القاسم وابن وهب عن مالك: الأمر عندنا في الجراح على ما في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ حين بعثه إلى نجران.

وقوله: «في النفس مائة من الإبل» معناه أنه يجب على قاتل النفس من الدية مائة من الإبل، يريد والله أعلم، على أهل الإبل، وذلك أن الدية على ثلاثة أنواع: إبل وذهب

١٥٠٢ - أخرجه النسائي في القسامة ٤٨٥١، ٤٨٥٢، ٤٨٥٤، ٤٨٥٥، الدارمي في الدييات ٢٣٦٥، ٢٣٦٦، ٢٣٧١، ٢٣٧٣، ٢٣٧٥. وذكره ابن عساكر في تهذيب تاريخ دمشق ٢٧٥/٦ وعزاه لأبي داود والنسائي عن عمرو بن حزم عن أبيه، عن جده.

قال ابن عبد البر: لا خلاف عن مالك في إرسال هذا الحديث بهذا الإسناد. وقد روى مستندا من وجه صالح، وهو كتاب مشهور عند أهل السير، معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة تستغنى بشهرتها عن الإسناد؛ لأنه أشبه التواتر في بحبه، لتلقى الناس له بالقبول والمعرفة؛ وقد روى معمر هذا الحديث عن عبدالله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده. وذكر ما ذكره مالك سواء في الدييات، وزاد في إسناده: عن جده. وروى هذا الحديث أيضا عن الزهري، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده - بكماله. وكتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء، وما فيه فمتفق عليه إلا قليلا، وبالله التوفيق. انظر التمهيد ١٣٠/٩.

٤ كتاب العقول

وروق، فهي على أهل الإبل مائة من الإبل، وهي تجب بثلاثة أسباب قتل الخطأ، ولا خلاف في وجوب الدية، وقتل العمدة، وقتل شبه العمدة، وسيأتي ذكر الخلاف فيهما إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «في الأنف أوعب جدعاً مائة من الإبل» يريد إذا استوعب قطعه، وقد ذكر الشيخ أبو إسحاق قطع الأنف. قال: وفي الأنف ما جاء في الخبر إذا أوعب جدعاً وكذلك إذا قطع مارنه، فجعل استيعاب الجدع قطع جميع الأنف، وجعل في قطع مارن الأنف مثل ذلك.

ويحتمل أن يكون معنى قوله: «وفي الأنف إذا أوعب جدعاً» أي إذا استوعب منه بالقطع ما يسمى جدعاً، ومن ذلك: وعبت الكلام، إذا استوفيت معناه.

قال القاضي أبو محمد: إذا قطع مارنه، ففيه الدية لما روى في الحديث: «وفي الأنف إذا أوعب جدعاً الدية»، فجعل قطع الأنف استيعاباً للجدع، وإنما أراد بذلك أن قطع المارن، وهو ما فوق العظم الذي هو أصل الأنف. قال أشهب: هو المارن، وهو الأرنبة، وهو الروبة تبلغه إلى أن يكون جدعاً كاملاً، وما قطع منه بعد ذلك بأن يستأصل العظم أو بعضه، فزاد على الجدع الكامل.

ولأشهب في المجموعة «روى ابن شهاب أن النبي ﷺ قضى في الأنف بقطع مارنه فيه الدية كاملة» ولعله ذهب إلى تأويل حديث عمرو بن حزم، والله أعلم. وفي الموازية روى ابن القاسم وأشهب عن مالك أنه قال: للذي فيه من الأنف أن يقطع المارن دون العظم، ولو استؤصل من العظم، فإن فيه دية.

وفي النوادر من رواية ابن نافع عن مالك: لا دية في الأنف، وإن ذهب شمه حتى يستأصل من أصله، قال الشيخ أبو محمد: لا تستكمل فيه الدية إلا بهذا، وهذا شاذ. وفي كتاب الأبهري: إن أذهب شمه، والأنف قائم، ففيه الدية.

وجه الرواية الأولى، وهي المشهورة، أن المارن عظم فيه منفعة كاملة، وجمال ظاهر، فوجبت الدية لجدعه. أصل ذلك البصر.

وجه الرواية الثانية التعلق بقوله ﷺ: «وفي الأنف إذا أوعب جدعاً الدية» وقد بينا تأويله على الرواية الأولى، والله أعلم.

مسألة: ولو ضربه، فأطار أنفه، ثم بلغت الضربة إلى دماغه، ففيه الدية للأنف،

كتاب العقول ٥
وثالث الدية للمأمومة، وكذلك لو وصل الثقب إلى عظم الوجه الذى تحت الأنف،
فبلغه فيه دية منقلة، ولو أوضحه لكنت فيه موضحة، قاله أشهب فى الموازية.

قال ابن القاسم: إنما معنى قول مالك فى الأنف الدية، وإن استوصل العظم ما كان
من جرح فى الأنف نفسه، لم يصل إلى ما تحته.

مسألة: وهذا إذا بقى الشم، فأما إذا ذهب الشم مع الجذع، فقد قال ابن القاسم:
فيه دية واحدة. قال الشيخ أبو القاسم: والقياس عندى أن يكون فيه الدية.

ووجه ذلك أن الجذع تجب به الدية لما فيه من إذهاب الأنف الذى فيه الجمال
الظاهر والشم تجب به الدية لأنه من الحواس، وليس مما يجب بقطعه الدية من الأنف،
فتداخل الديتان كما لو أذهب بصره بقطع يديه لوجب فيهما الديتان، فإذا قطع بعض
الأنف، ففيه من الدية بحسابه. قال مالك فى المجموعة والموازية: إنما يقاس من المازن
كالخشفة.

فصل: وقوله ﷺ: «فى المأمومة ثلث الدية» قال الشيخ أبو القاسم: المأمومة جرح
يخرق إلى الدماغ. قال مالك: يصل إلى الدماغ، ولو بمدخل إبرة. قال: والجائفة جرح
يصل إلى الجوف. قال الفاضل أبو محمد: ولا خلاف فى أن فى كل واحدة منهما ثلث
الدية.

ومعنى ذلك أنهما جرحان يجب فيهما ثلث الدية على كل حال، وإن كانت خطأ
وبرئت على غير شين، وكذلك الموضحة والمنقلة لأنها متالف مخوفة، والسلامة فى
الجائفة والمأمومة نادرة، ولذلك لم يكن فيها قصاص، وإن كانت عمدًا، فلما كانت
هذه حالها ثبتت ديتها على كل حال، وإن كانت خطأ وبرئت على غير شين لحقن
الدماء.

فرع: وهذا إذا كانت الجائفة غير نافذة، فإن كانت نافذة، ففى الموازية من رواية
ابن القاسم وأشهب وغيرهما عن مالك: فيهما ثلث الدية دية جائفتين.

قال ابن القاسم فى المجموعة: وهو أحب قولى مالك إلى. قال أشهب عن
مالك: وذلك فى العمد والخطأ أحب قول مالك إلى، قال: وإن كان قد روى عنه غير
هذا.

فصل: وقوله ﷺ: «وفى العين خمسون، وفى الرجل خمسون، وفى اليد خمسون»

٦ كتاب العقول

معناه والله أعلم، في العين من العينين، وأما العين المفردة، فقد اختلف فيها العلماء، وسيأتي ذكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله **﴿١٠﴾**: «خمسون» يريد نصف الدية لأن الدية مائة، وتجب في العينين واليدين والرجلين إذا بقي جميع الدية، ففي إحداهما نصف الدية، ولا نعلم في ذلك خلافاً، والله أعلم.

مسألة: وسواء قطعت الأصابع من اليد دون الكف أو قطعت من الكف أو المعصم أو المرفق أو المنكب، فديتها سواء خمسمائة دينار، قاله مالك في الموازية. قال أشهب: وكذلك إذا شلت.

وروى ابن وهب وابن القاسم عن مالك في الموازية في الرجل يقطعها من السورك أو يقطع الأصابع من أصلها يجعلها سواء، قال عنه أشهب: كما يستكمل دية الذكر لقطع الحشفة، فتكون دية كدية من قطعه من أصله.

مسألة: وإن قطع كفه، وليس فيها إلا إصبع واحدة، فله دية الإصبع، قاله ابن القاسم وأشهب وسحنون، وإن كان فيها إصبعان، فله دية الإصبعين، وهل يجب له شيء للكف؟ قال ابن القاسم: مع الإصبع الواحدة إلى أن تكون له بقية الكف حكومة.

وقال أشهب وسحنون: لا شيء له في بقية الكف في المسألتين، وقاله ابن القاسم في الإصبعين. وقال المغيرة: إن كان الإصبعان، أخذ لهما عقلاً وقوداً، قله عقل ثلاثة أصابع دون حكومة.

وقال عبد الملك: الحكومة مع العقل إلا أن يكون فيها أربع أصابع، فلا حكومة؛ لأنه يقاد له من كف لها أربعة أصابع، ولا يقاد له من كف لها ثلاثة أصابع. وقد روى عن ابن شهاب أنه قال في الكف الناقصة إصبعا وإصبعين: فيها دية كاملة.

والدليل على ما نقوله أن المقصود من الكف الأصابع، وبها العمل وتمام الجمال، فكان الاعتبار بها.

فروع: فإذا قطع يد لها أربعة أصابع، فقد روى أشهب عن مالك: لها دية أربعة أصابع. وأما لو نقصت أتملة، فإن كان أخذ لها عقلاً، فقد قال ابن القاسم: يحاسب بها، وإن لم يأخذ لها عقلاً، وإنما تلفت بمرض وشبهه، فلا يحاسب بها، قال ابن المواز:

كتاب العقول ٧
أتملة الإبهام في هذا كثيرها يحاسب بها. قال أشهب: وأما الأتملتان من سائر الأصابع،
فيحاسب بهما في الخطأ.

* * *

العمل في الدية

١٥٠٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَوْمَ الدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى،
فَجَعَلَهَا عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ.
قَالَ مَالِكُ: فَأَهْلُ الذَّهَبِ أَهْلُ الشَّامِ وَأَهْلُ مِصْرَ، وَأَهْلُ الْوَرِقِ أَهْلُ الْعِرَاقِ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب قوم الدية على أهل القرى فجعلها على أهل
الذهب ألف دينار» الحديث ظاهر اللفظ أنه قوم الدية، وليس ثم شيء يشار إليه
بالتقويم من الدية إلا دية الإبل، ففي المدينة عن ابن كنانة وابن القاسم، وقاله مالك في
الموازية: أن عمر بن الخطاب قومها، فكانت قيمتها من الذهب ألف دينار، ومن الورق
اثني عشر ألف درهم، فاستقرت على ذلك الدية لا تغير بتغير أسواق الإبل، وبهذا قال
أبو حنيفة في استقرار القيمة، وخالفنا في القدر. وقال الشافعي: إن الإبل تقوم على
أهل الذهب والورق، فتكون قيمتها الدية.

والدليل على ما نقوله أن الذهب والورق أصل في الدية في الدية كالإبل، أن عمر
ابن الخطاب قوم ذلك بحضرة المهاجرين الأنصار، ولا يصح أن يريد به دية واحدة؛ لأنه
كان يقول قوم دية رجل على أهل الذهب، فكانت ألف دينار وقوم دية على أهل
الورق، فكانت اثني عشر ألف درهم.

ووجه آخر أنه قال: قوم الدية، فأتى بلفظ يستغرق جنس القرى، وذلك لا يتأتى أن
يكون تأثير الحكم بذلك في جميع القرى، فثبت أنه إنما أراد الحكم بذلك على القرى
في الجملة لما يقع في جميعها في المستقبل، وقد ذلك لنص علمه فيه عن النبي ﷺ.

وقد روى ذلك، وإن كان من طريق لا يثبت عندنا أو لنظر أداه إلى ذلك، وواقفه
عليه جماعة الصحابة فثبت أنه إجماع.

ودليلنا من جهة المعنى أنه معنى للإبل وللعين فيه مدخل، فوجب أن يكون كل
شيء من ذلك أصلاً بنفسه كالزكاة.

٨ كتاب العقول

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن على أهل الورق اثني عشر ألف درهم خلافاً لأبي حنيفة في قوله: عشرة آلاف درهم.

والدليل على ما نقوله حديث عمر بن الخطاب وعليه يعتمد في أن الذهب والورق أصول في الدية، وقد قرر أن ذلك من الورق اثنا عشر ألف درهم. كما قرر أن قدر ذلك من الذهب ألف دينار، وإذا ثبت أحدهما ثبت الآخر.

ودليلنا من جهة المعنى أن الذهب مقدر في القطع في السرقة ربع دينار بثلاثة دراهم، فإن نازعنا في ذلك المخالف دللنا عليه بالآثار التي نوردها في القطع في السرقة، وإن سلمها قسنا عليه أنه حكم طريقه الجنائية، فوجب أن يكون الألف دينار فيه مقدرًا باثني عشر ألف درهم كالقطع في السرقة.

فصل: وقوله: «وقوم الدية على أهل القرى» خص بذلك أهل القرى؛ لأن أهل العمود هم أهل الإبل. قال مالك: أهل البادية والعمود هم أهل الإبل، وهذا مما لا خلاف فيه. فأما أهل مكة، فقد قال أشهب في الموازية: أهل الحجاز أهل إبل، وأهل مكة منهم وأهل المدينة أهل ذهب. وروى عنه أصبغ في العتبية: أهل مكة أهل ذهب.

مسألة: وأما أهل الذهب، ففي الموازية عن مالك: أهل الشام وأهل مصر أهل الذهب. وقال ابن حبيب: وكذلك مكة والمدينة. وقال أصبغ في العتبية: هم اليوم أهل ذهب. وقال الشيخ أبو القاسم: وأهل المغرب أهل ذهب. قال ابن حبيب: أهل الأندلس أهل الورق.

فيحتمل أن يجمع بينه وبين قول ابن القاسم، فيكون أهل المغرب أهل ذهب إلا الأندلس، ويحتمل أن يكون ذلك خلافاً من قوليهما.

مسألة: وأما أهل الورق، فقد قال مالك: أهل العراق، قال الشيخ أبو القاسم: وأهل فارس وخراسان.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه يجب أن ينظر إلى غالب أموال الناس في البلاد، فأى بلد غلب على أموال أهلها الذهب، فهم أهل ذهب، وأى بلد غلب على أموالهم الورق فهم أهل الورق، وربما انتقلت الأموال، فيجب أن تنتقل الأحكام، وقد أشار إلى ذلك في قوله، في مكة والمدينة اليوم: أهل ذهب.

مسألة: ولا يدخل فيها غير هذه الأصناف الثلاثة. قال مالك في الموازية: لا يؤخذ

كتاب العقول ٩

فيها بقر ولا غنم ولا حلل ولا تكون إلا من ثلاثة أشياء: إبل أو ذهب أو ورق، وذلك خلاف لأبي يوسف ومحمد بن الحسن في قوليهما: يؤخذ من أهل البقر مائتا بقرة، ومن أهل الغنم ألف شاة، ومن أهل الحلل مائتا حلة يمانية.

والدليل على ما نقوله أن عمر قوم الإبل على أهل القرى بالذهب والورق، ووافق على ذلك من عاصره من الصحابة، وذلك يقتضى قصر الدية على أثر ذلك لوجهين، أحدهما: أن التقويم إنما يكون بالذهب والورق، والثاني أن الحكم بذلك كان عامًا في جميع القرى، فلم يبق من القرى موضع يحكم على أهله بالحلل.

ومن جهة المعنى أن الحلل نوع من العروض، فأشبهه العقار.

ووجه آخر أن الذهب والورق يخف حله وتتساوى قيمته، والإبل لا مشقة في نقلها، وسائر المواشى تختلف قيمتها ويشق نقلها، وإنما ألزم أهل كل بلد أفضل أموالهم.

مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَّ الدِّيَةَ تُقَطَّعُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أَرْبَعِ سِنِينَ.

قال مالك: وَالثَّلَاثُ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «أنه سمع أن الدية تقطع» يقتضى أمرين، أحدهما: التأجيل، والثاني: التنجيم على آجال بعضها بعد بعض، فأخبر أنه سمع أن ذلك في ثلاث سنين أو أربع سنين، ويحتمل ذلك معاني، أحدها التخيير، والثاني: الشك، والثالث: أن يكون سمع القولين كل قول من قائل من أهل العلم يراه، ويفتى به، دون القول الآخر. واختار مالك، رحمه الله، ثلاث سنين.

والأصل في ذلك ما روى أن عمر بن الخطاب وعليًا رضی الله عنهما قضيا بالدية في ثلاث سنين، ولم يخالفهما أحد.

ومن جهة المعنى أن العاقلة تحملها على وجه المواساة، فيجب أن يخفف عنها. وكانت في الأصل من الإبل، وقد تكون وقت الوجوب حوامل، فلا يجوز أن يكلفوا إذا حوامل.

وفي الثانية: لو ابن، فوجب أن يؤجلوا ثلاث سنين، فيجتمع لهم ما تشتري به السن الواجبة، قاله القاضي أبو محمد في معونه.

١٠ كتاب العقول

مسألة: وهذا حكم الدية الكاملة، وأما أبعاضها، فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك، روايتان، إحداهما: الحلول، والثانية التأجيل.

فوجه رواية الحلول أنه بعض دية، فكان على الحلول. أصل ذلك ما دون الثلث. ووجه رواية التأجيل أنها دية تحملها العاقلة كالدية الكاملة.

فروع: فإذا قلنا بالتأجيل، فإن ثلثها في سنة وثليتها في سنتين، فأما نصفها، فقال الشيخ أبو القاسم: في النصف والثلاثة أرباع روايتان، إحداهما أنها في سنتين، قال ابن المواز: وقاله عمر بن الخطاب. والثانية: أنها ترد إلى الاجتهاد.

وقال القاضي أبو محمد: إحدى الروايتين أن النصف في سنتين. وكذلك الثلثان والثلث في سنة. والرواية الثانية أن ذلك يصرف إلى الاجتهاد. وقال ابن المواز. وبالرواية الأولى أخذ أصحاب مالك إلا أشهب، فقال: في النصف يؤخذ الثلث إذا مضت السنة والسلس الباقي إذا مضت السنة الثانية.

فوجه الرواية الأولى أن الدية مبينة في تنجيمها على أعوام كاملة، ولذلك لم ينجم على المشهور، ولأن المعاني التي نجمت من أجلها من تلاحق الأسنان أو تكامل النماء يحصل بالأعوام، فلذلك بلغ النصف إلى السنتين ليكمل المقصود في العام الثاني من السلس الزائد على الثلث، والله أعلم وأحكم.

وعلى هذا يجب أن يكون ثلاثة أرباع الدية في ثلاثة أعوام. وقد قاله ابن المواز، وقاله ابن القاسم في المدونة، إلا أنه قال: في خمسة أسداسها يجتهد الإمام في السلس الباقي. وقال ابن المواز: إذا جاوزت الثلثين بأمر بين، فهي كالكاملة، فإن جاوزته بالشيء اليسير، فذلك كلا شيء.

فروع: وإذا قلنا ما زاد على الثلثين يقطع في ثلاثة أعوام، فكيف يكون ذلك، قال أشهب في المجموعة: إذا زادت على الثلثين بما له بال لقطع في ثلاث سنين في كل سنة ثلثه، وإن لم يكن له بال قطع في سنتين، واستحسن أن تكون الزيادة في آخر السنتين، قال: إن كانت ثلثا وزيادة يسيرة، فهي في سنة وإن كانت الزيادة على الثلث لها بال، ففي السنة الثانية، قال ذلك كله ابن سحنون عن أبيه.

وإذا ألزمت الدية عواقل عشرة، قال: لزم كل قبيل عشورها في ثلاث سنين، وكذلك لو كان المقتول كتابياً أو مجوسياً، تحملت قبيلة كل رجل منهم عشر الدية في ثلاث. وقال أشهب: سواء كانت الدية إبلا أو غيرها.

مسألة: وإذا تحملت الدية في ثلاث سنين، فلا يتعجل منهم شيء، فإذا تمت سنة أخذ ثلثها، قاله في الموازية، ورواه ابن حبيب عن أصبغ.

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فِي الدِّيَةِ الْإِبِلُ، وَلَا مِنْ أَهْلِ الْعَمُودِ الذَّهَبُ وَلَا الْوَرِقُ، وَلَا مِنْ أَهْلِ الذَّهَبِ الْوَرِقُ، وَلَا مِنْ أَهْلِ الْوَرِقِ الذَّهَبُ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه إنما يؤخذ من أهل كل بلد في الدية ما ثبت في حقهم واختص بهم من أفضل الأموال، وما يكون تعاملهم به ويكثر وجودهم له، فلا يؤخذ من أهل القرى الإبل لأنها ليست معظم أموالهم، ولا ما يتصرفون به بينهم، وهذا يدل على أن أهل مكة عنده ليسوا من أهل الإبل، ولذلك قال: «ولا من أهل العمود الذهب والورق»، فقصر الإبل عليهم كما قصر الذهب والورق على أهل القرى، ومنع أن يكون شيء من ذلك على التخيير لجان أو مجنى عليه، وإنما هو أمر لازم على هذا الوجه إلا أن يقع الاتفاق من الفريقين على شيء، فيكون تعاوضاً مستقبلاً.

فصل: وقوله: «ولا يؤخذ الذهب من أهل الورق ولا الورق من أهل الذهب» يريد أن لزوم التعيين في الذهب والورق، وإن كان جنساً واحداً في الزكاة، وفي الدين أو غير ذلك من الأحكام إلا أنه قد تعين كل نوع من ذلك على حسب ما تعينت الإبل لأهل العمود، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في دية العمد إذا قبلت وجناية المجنون

١٥٠٤ - مَالِكٌ أَنَّ ابْنَ شِهَابٍ كَانَ يَقُولُ فِي دِيَةِ الْعَمْدِ إِذَا قَبِلَتْ: خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتِ لَبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً.

الشرح: قوله: «في دية العمد إذا قبلت خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة» يريد أنها أرباع فتعلق التغليظ للعمد بالزيادة في السن دون العدد، قال محمد بن عيسى الأعشى في

١٢ كتاب العقول

المزنية: بنت مخاض، وهي التي تتبع أمها، وقد حملت أمها، وبنت اللبون، وهي التي تتبع أمها أيضاً، وهي ترضع، والحقة هي التي تستحق الحمل، ألا ترى أنه يقال حقة طروقة الحمل التي بلغت أن تضرب. وأما الجذعة من الإبل، فهي ما كان من فوق أربعة وعشرين شهراً.

مسألة: المشهور من قول مالك أن دية العمد أرباع على ما تقدم من قول ابن شهاب. وقال الشافعي: دية العمد أثلاثاً كدية التغليظ.

والدليل على ما نقوله أن كل نوع من القتل معتبر بنفسه، فلم يجب في دية الحوامل كالخطأ. إذا ثبت ذلك فما قلناه هو المشهور عن مالك.

وقال ابن نافع في المجموعة: إنما ذلك إذا قبلت في العمد دية مبهمه، وأما إن اصطلحوا على شيء بعينه، فهو ماض. ومن الموازية: إن اصطلحوا على شيء، فهو ذلك، وإن وقع الصلح على دية مبهمه أو عفا بعض الأولياء فرجع الأمر إلى الدية، فهي مثل دية الخطأ.

وجه قول ابن نافع أن العمد يقتضى التغليظ بمجرده، فإذا أبهت الدية حملت على ذلك.

وجه رواية ابن المواز أن الدية على الإطلاق إنما هي دية الخطأ، فإذا أطلق لفظ الدية اقتضاها.

مسألة: إذا ثبت ذلك فإن دية العمد لا تحملها العاقلة، وهي في مال الجاني، وهل تكون حالة أو منجمة، ففي المجموعة والموازية عن مالك: هي حالة غير منجمة، وفي الموازية: أنها منجمة في ثلاث سنين.

وجه القول الأول أنها دية لا تحملها العاقلة، فكانت حالة. أصل ذلك ما دون الثلث من أرش الجراحات.

ووجه الرواية الثانية أنها دية كاملة، فكانت منجمة على ثلاثة أعوام كالتى تحملها العاقلة.

١٥٠٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَتَبَ إِلَى مُعَاوِيَةَ ابْنِ أَبِي سُفْيَانَ أَنَّهُ أُتِيَ بِمَجْنُونٍ قَتَلَ رَجُلًا، فَكَتَبَ إِلَيْهِ مُعَاوِيَةَ أَنْ اعْقِلْهُ، وَلَا تُقِدْ مِنْهُ، فَإِنَّهُ لَيْسَ عَلَى مَحْتَوِكٍ قَوْدٌ.

كتاب العقول ١٣

الشرح: قوله: «أن مروان كتب إلى معاوية» يسأله على ما يلزم الأمراء والحكام من الرجوع فيما أشكل عليهم إلى قول الأئمة، لاسيما من كان منهم صحب النبي ﷺ وصحب الخلفاء الراشدين بعده، وعلم أحكامهم، وشهد له مثل عبدالله بن عباس أنه فقيه وإنما كتب إليه مروان يسأله عن مجنون قتل، فأجابه عن كتابه بأن حكم المجنون القاتل أن يعقل ولا يقاد منه.

ووجه ذلك أن فعله من غير قصد، فأشبهه قتل الخطأ، وقتل الخطأ يختص بالعقل دون القصاص، وهكذا ما بلغ ثلث الدية فيمن عقل جراحة، فأما ما قصر عن ثلث الدية أو تلف من مال، ففي ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال اتبع به في ذمته، قاله أشهب، وهذا في المجنون الذي لا يعقل ولا يفيق.

وقد قال ابن القاسم: إذا رجي من أدب المعتوه أن يكف لثلا يتخذه عادة، فليؤدب، ويجب أن يكون هذا في مجنون يعقل. فأما مجنون لا يعقل، فقد قال ابن القاسم، في المجنون والمعتوه: لو وقف على إنسان فحرق ثيابه أو كسر له سناً، فلا غرم عليه، يريد والله أعلم، إذا كان لا قصد له.

مسألة: وأما الكبير المولى عليه، فيقاد منه في العمد في النفس والجراح، وخطؤه على العاقلة؛ لأن قصده يصح، وإنما سعيه يتميز في ماله وحفظه.

مسألة: وأما السكران، فيقاد منه، وأن قصده يصح، وهو مكلف، ولو بلغ إلى أن يكون مغمى عليه لا يصح منه قصد ولا يسمع ولا يرى.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: فعندى لا يلزمه شيء، وهو كالعجماء. وأما النائم، فما أصاب في نومه من جرح يبلغ الثلث، فعلى عاقلته، قاله ابن القاسم وأشهب. زاد أشهب: وما كان دون الثلث، ففي ماله كالمجنون والصبي.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْكَبِيرِ وَالصَّغِيرِ إِذَا قَتَلَ رَجُلًا جَمِيعًا عَمْدًا: أَنَّ عَلَى الْكَبِيرِ أَنْ يُقْتَلَ، وَعَلَى الصَّغِيرِ نِصْفُ الدِّيَةِ.

قال مالك: وَكَذَلِكَ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ يُقْتَلَانِ الْعَبْدُ يُقْتَلُ الْعَبْدُ، وَيَكُونُ عَلَى الْحُرِّ نِصْفُ قِيمَتِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أن الكبير والصغير إذا قتل رجلاً جميعاً، فلا يخلو أن يقتلاه خطأ أو عمداً أو يقتله أحدهما خطأ والآخر عمداً، فإن قتلاه خطأ، فلا

١٤ كتاب العقول

خلاف أن على عاقلة كل واحد منهما الدية، وإن قتلاه عمدًا، فقد قال مالك: «يقتل الكبير، وعلى الصغير نصف الدية». وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يقتل الكبير.

والدليل على ما نقوله أن القتل كله عمدًا، وإنما يسقط القتل عن الصغير لصغره وعدم تكليفه كما لو قتله أبوه وأجنبي عمدًا حرما، فإنه يعقل الأجنبي، وعلى الأب نصف الدية لأن القتل كله عمد، لكن القصاص صرف عن الأب لمعنى فيه لا لصفة القتل.

مسألة: فإن كان قتل أحدهما خطأ، وقتل الآخر عمدًا، فإن كان الخطأ من الكبير، فعلى كل واحد منهما نصف الدية، وإن كان الخطأ من الصغير والعمد من الكبير، فقد قال ابن القاسم: عليهما الدية، ولا يقتل الكبير، قال في الموازية: فلا يدرى من أيهما مات.

وقال أشهب: يقتل الكبير، واختاره ابن المواز، قال: لأن عمد الصبي كالخطأ. وحنة ابن القاسم أنه لا يدرى من أيهما مات غير صحيح لأنه إذا تعمد الصبي لا يدرى أيضًا من أيهما مات، وهو يرى عمدته كالخطأ. وما قاله ابن المواز لا يلزم ابن القاسم لا يدرى من أيهما مات، لا يدرى هل مات من ضرب عمد، أو ضرب خطأ، فهذا الذي يمنع القصاص من المتعمد كما لو كانا كبيرين.

أما إن كان الكبير والصغير عامدين، فقد علم أنه مات من ضرب عمدًا، وإنما يسقط القصاص عن الصغير لمعنى فيه لا لمعنى في الضرب، كما لو كانا كبيرين قتلاه عمدًا، فعفى عن أحدهما لما سقط بذلك القصاص عن الآخر أو قتل حر وعبد، عبدًا عمدًا، فإن سقط القصاص عن الحر لا يسقطه عن العبد؛ لأن ما أسقطه عن صاحبه لم يكن لمعنى في الفعل، وإنما كان لمعنى في الفاعل، ولو قتله أحدهما عمدًا، والآخر خطأ، لسقط القصاص عنهما؛ لأنه إنما سقط القصاص عن أحدهما لمعنى في الفعل، ولا يدرى هل مات من ذلك الفعل الذي يمنع القصاص من أحدهما، أو من فعل الآخر الذي لا يمنع القصاص.

مسألة: ولو قتل رجلًا رجلان، أحدهما خطأ، والآخر عمدًا، فقد قال ابن الماجشون في الواضحة والمجموعة: على العائد القتل، وعلى المخطئ نصف الدية.

قال ابن حبيب: اضطرب فيها قول ابن القاسم، فقال مرة: يجبر الأولياء أن يقسموا على من شاءوا منها مات القتل قصصًا أو صدمًا، واستسحن هذا أصبغ، ثم قال مرة:

كتاب العقول ١٥

يقسمون أن من ضربهما مات، ثم يكون نصف الدية فى مال العامد، ونصفها على عاقلة المخطئ، وإن كان مات القتل قصعاً، وثبتت فى ذلك بينة.

قال: ولا يقتل المتعمد إذا شاركه المخطئ، والذي حكاه القاضى أبو محمد أنه متى اشترك فى القتل من يجب عليه القود، ومن لا قود عليه كالعالم والمخطئ، والبالغ والصغير، والعامل والمجنون، قتل من يلزمه القود، وكان على الآخر بقسطه من الدية، فسوى بين مشاركة المخطئ ومشاركة الصغير فى القصاص ممن شاركه. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا قود على من يشرك أحدا منهم.

والدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ﴾ البقرة: [١٧٨]، وما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «فمن قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إن شاءوا قتلوا».

ودليلنا من جهة المعنى أن الاشتراك فى القتل لا يغير جنسه كاشتراك الحر والعبد فى قتل العمد.

فصل: وقوله: «وعلى الصغير نصف الدية» يحتل أن يريد أنه ماله، ويحتل أن يريد به على عاقلته. وقد اختلف فى ذلك قول مالك، فقال فى الموازية والمجموعة: نصف الدية على عاقلة الصبى لأن عمده كالخطأ، وقاله ابن الماجشون.

وهو مشهور من مذهب أصحابنا، وقول ابن المواز عن مالك؛ إن ما وقع من الدية على الحر أقل من ثلث دية فإنه فى ماله بل يكون على ما وقع على الصغير فى ماله، وإن لم يقتله معه إلا كبير واحد، وإنما يكون ما يقع عليه، وإن كان أحد عشر على عاقلته إذا كان القتل كله خطأ، وبهذا قال الشافعى.

وجه قول مالك أنه على العاقلة لأنه قتل لا يثبت به القصاص مع ثبوته بالبينة، فكانت الدية على العاقلة كالخطأ.

وجه قول ابن المواز أنه عمد، فلم تجب به دية على العاقلة كعمد الكبير.

فرع: فإذا قلنا إن الدية على العاقلة فى مسألتنا، فإن كان القاتلون عشرة وأكثر من ذلك، فإن عشر الدية على عاقلة الصغير، قاله ابن الماجشون وغيره من أصحابنا لأن الاعتبار بأصل الدية، وهى دية كاملة، وذلك الجزء، وإن قل، مؤجل فى ثلاثة أعوام، رواه ابن المواز.

١٦ كتاب العقول

ووجه ذلك ما قدمناه من الاعتبار بأصل الدية، وهي دية كاملة، فوجب أن ينجم في ثلاثة أعوام لأن على كل عاقلة جزءاً من الدية كاملة كما ينجم ما يلزم كل إنسان من العاقلة على ثلاثة أعوام، وإن كان ذلك أقل من الدية، وربما كان الذي يصيبه من ذلك أقل مما يصيب عاقلة أخرى من ثلث دية، ولكن سنة الديات ما تقدم من الاعتبار بأصولها، وعلى حسب ذلك يكون تنجيمها، وتحمل العاقلة لها.

فصل: وقوله: «وكذلك الحر والعبد يقتلان العبد عمداً فإنه يقتل العبد وعلى الحر نصف قيمة العبد المقتول» وهذا على ما قاله، وذلك أن من مذهب مالك، رحمه الله، أن الحر لا يقتل بالعبد ويقتل العبد بالحر، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقتل بعبد غيره

والدليل على ما نقوله أن هذا أحد نوعي القصاص فلم يجز بين الحر والعبد كالقصاص في الأطراف.

مسألة: فإذا ثبت أن الحر لا يقتل بالعبد، وقتل عبداً حر وعبد، فإنه لا يقتل الحر، ويقتل العبد؛ لأن القتل كله قتل عمد، فما سقط من القصاص عن الحر لنقص المقتول بالرق عن مساواة الحر لا يسقط ذلك عن العبد القاتل؛ لأنه مساو له في الحرمة، لأن المسقط في القصاص، إنما هو لمعنى في القاتل لا لمعنى في القاتيل، قال الله عز وجل: ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد﴾ [البقرة: ١٧٨].

مسألة: ولو قتل حرًا عبد وحر، فإنهما يقتلان به، لأن الحر مساو للمقتول والعبد أدون رتبة من الحر، فيقتل بالحر، ولا يقتل الحر به على ما تقدم.

* * *

ما جاء في دية الخطأ في القتل

١٥٠٦ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عِرَّالِ بْنِ مَالِكٍ وَسَلِيمَانَ بْنِ يَسَّارٍ أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي سَعْدِ بْنِ لَيْثٍ أَجْرَى فَرَسًا عَلَى إِصْبَعِ رَجُلٍ مِنْ جُهَيْنَةَ فَنَزَا مِنْهَا، فَمَاتَ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ لِلَّذِي ادَّعَى عَلَيْهِمْ: أَتَحْلِفُونَ بِاللَّهِ خَمْسِينَ يَمِينًا مَا مَاتَ مِنْهَا، فَأَبَوْا وَتَحَرَّجُوا. وَقَالَ لِلْآخَرِينَ: أَتَحْلِفُونَ أَنْتُمْ، فَأَبَوْا، فَقَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِشَطْرِ الدِّيَةِ عَلَى السَّعْدِيِّينَ.

١٥٠٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٨٤.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَيْسَ الْعَمَلُ عَلَى هَذَا.

الشرح: قوله: «أن رجلاً سعدياً وطى بفرسه على إصبع رجل من جهينة فنزا منها» يريد نزا منها الدم، وتزايدت، فمات الجهني، فأمر عمر بن الخطاب رضى الله عنه السعديين أن يخلقوا ما مات منها على ما تقدم من القسامة، إلا أن عمر رأى أن يبدأ المدعى عليهم بالإيمان.

ومذهب مالك وغيره من العلماء أن يبدأ المدعون على ما تقدم فى كتاب القسامة؛ لأن ذلك متقضى الحديث المرفوع، وظاهره، ولذلك قال مالك: «ليس العمل على هذا»، يريد أن الذى يرى هو ويفتى به أن يبدأ المدعون، لأن جنتهم أظهر على ما تقدم.

فصل: «ولما أبى المدعى عليهم والمدعون من الإيمان وتخرجوا قضى عمر بن الخطاب رضى الله عنه بشطر الدية على السعديين» يريد أصلح بينهم على هذا، فسماه قضاء بما يوجد من جهته، وإلا فالقضاء يجب أن يكون من ردت عليه اليمين، فنكل قضى عليه.

وفى مسألتنا أنه إذا ردت الإيمان على المدعى عليهم، فنكلوا، فعن مالك روايتان، إحداهما: أنهم يجبسون حتى يخلقوا، فإن طال حبسهم، خلوا.

والرواية الثانية: أن الدية تلزمهم بالنكول. وأبو حنيفة الذى يقول: يبدأ المدعى عليهم باليمين، ولا يرى رد اليمين. ويحتمل أن يكون قول مالك، رحمه الله: «وليس العمل على هذا»، يريد ما تقدم من تبدئة المدعى عليهم، والقضاء بينهم بنصف الدية، إن حمل قوله: «فقضى عمر على السعديين بنصف الدية»، على أن ذلك حكم قضى به بينهم من غير أن يعتبر فى ذلك برضاهم، والله أعلم وأحكم.

١٥٠٧ - مَالِكٌ أَنَّ ابْنَ شِهَابٍ وَسَلِيمَانَ بْنَ يَسَارٍ وَرَبِيعَةَ بْنَ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ كَانُوا يَقُولُونَ: دِيَةُ الْخَطَا عِشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتِ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنِ لَبُونٍ ذَكَرًا، وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً.

الشرح: قوله: «أن ابن شهاب وسليمان بن يسار وربيعة كانوا يقولون دية الخطأ، عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة» وهو

١٨ كتاب العقول

مذهب مالك والشافعي، وبه قال الليث وعبد العزيز بن أبي سلمة، وذهب أبو حنيفة إلى أن دية الخطأ عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن لبون، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة.

والدليل على ما نقوله أنه سن لا مدخل له في الزكاة، فلم يكن له مدخل في دية الخطأ كالفصلان.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن دية الجراح خطأ على هذا خمسة أيضاً، قاله مالك في المجموعة، فإن كان جرحاً عقله أقل من خمس من الإبل كالأتملة كان له شرك في هذه الأسنان الخمسة، ففي الأتملة ثلاثة أبعرة، وثلاث خمسة، ثلث بعير من كل سن يكون فيه شريكاً، قاله ابن الماجشون في المجموعة والموازية.

قال مالك: الأمر المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا قَوَدَ بَيْنَ الصَّبِيَّانِ، وَإِنَّ عَمَدَهُمْ خَطَأً، مَا لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِمُ الْحُدُودُ، وَيَلْفُغُوا الْحُلْمَ، وَإِنَّ قَتْلَ الصَّبِيِّ لَا يَكُونُ إِلَّا خَطَأً، وَذَلِكَ لَوْ أَنَّ صَبِيًّا وَكَبِيرًا قَتَلَا رَجُلًا حُرًّا خَطَأً، كَانَ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ.

الشرح: قوله رحمه الله: «لا قود بين الصبيان» القود هو القصاص، يريد أن عمد الصبي لا قصاص عليه فيه.

وقولهم: «عمدهم خطأ» يريد أن له في ذلك حكم الخطأ.

وقوله: «ما لم يجب عليهم الحدود» يريد الحدود التي تجب على من فعل أسبابها من حد قذف وشرب خمر وزنا.

وقوله: «وإن لم يلفغوا الحلم» يريد الاحتلام. وقد يحتمل أن يكون ذلك معنى واحداً.

وفي الموازية: ما جنى غلام لم يحتلم وصبية لم تحض من عمد، فهو كالخطأ، وما كان بعد الحيض والاحتلام أقيد منها، وإن كان في ولاية، فعلى هذا يكون معنى: لم تجب عليهم الحدود، ولم يلفغوا الحلم سواء، ويحتمل أن تجب عليهم الحدود بالإنبات لأنه أمر ظاهر، وأما الاحتلام، فهو مما يتفرد بمعرفته المحتلم، فيحتمل أن ينكره إذا جنى، أو أتى بما يجب عليه فيه حد.

ولذلك روى عن النبي ﷺ أنه كان يراعى فيمن يقتله من الرجال يوم قريظة

كتاب العقول ١٩
وغيرهم الإنبات لأنه أمر ظاهر، والاحتلام أمر غائب يمكن أن يدعيه، وينكره من وجوه.

مسألة: وهذا حكم الصغير يعقل ويعرف ما يعمل، وله قصد، وأما الرضيع فلا شيء فيما أفسد وكسر، قاله ابن القاسم في الموازية، قيل فلو فقأ عين رجل فوقف، وقال: قد تكلم الناس في هذا، والكسر عندي آيين. وقال ابن القاسم في الموازية: إن كان الصبي ابن سنة، وقال عنه عيسى في العتبية: ابن سنة ونصف، ونحو ذلك، لا يزدجر، وإن زجر، فلا شيء عليه.

مسألة: وإذا سرق الصبي الشيء فاستهلكه، فقد قال أشهب عن مالك: أشد ذلك أن يتبع به، وما هو بالبين، ومن الأمور ما لا يتبين أبداً، وكذلك ما كان دون ثلث الدية من جراحاته، وهذا إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال، فقد قال ابن نافع: هو دين عليه. وقال ابن القاسم عن مالك: هو في ذمته.

مسألة: وإذا جنى الصبي أدب، إن كان يعقل ما يصنع، قاله ابن القاسم.
ووجه ذلك أنه يفهم الزجر، والعقوبة والتعزير إنما وضعا للردع والزجر والتعليم كما يودب على تعليم القرآن وغير ذلك مما ينتفع به، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «ولو قتل صغير وكبير حراً خطأ كان على عاقلة كل واحد منها نصف الدية» يريد أن العقل كله لما كان خطأً كان مما تجب به الدية، فلزم كل واحد منهما نصف الدية لأن الاعتبار في ذلك بعدد القتلتين، وعلى حسب ذلك تكون الدية مقسومة، على عواقلهم، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَمَنْ قُتِلَ خَطَاً، فَإِنَّمَا عَقْلُهُ مَالٌ لَا قَوَدَ فِيهِ، وَإِنَّمَا هُوَ كَغَيْرِهِ مِنْ مَالِهِ يُقْضَى بِهِ دَيْنُهُ، وَتَجُوزُ فِيهِ وَصِيَّتُهُ، فَإِن كَانَ لَهُ مَالٌ تَكُونُ الدِّيَةُ قَدْرَ ثُلُثِهِ، ثُمَّ عَفَا عَنْ دَيْنِهِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ، وَإِن لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُ دَيْنِهِ، جَازَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ الثُّلُثُ إِذَا عَفَا عَنْهُ وَأَوْصَى بِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن العوض من قتل الخطأ إنما هو الدية خاصة، وهو العقل دون القصاص، فإنما ذلك مال حكمه حكم مال المقتول، يقضى به دينه ويدخل فيه وصاياه، وإن كانت على الإطلاق، قاله أشهب في الموازية.

وإذا عفا المقتول عن القتال، فإنما ذلك بمنزلة أن يوصى له بذلك القدر من مال بعد

٢٠ كتاب العقول

موته، فإن كان ثلث ماله ودينه يحمل دينه، جاز عفوه عنها، وإن لم يكن له مال غير الدية سقط عن عاقلة القاتل ثلثها.

وقال فى الموازية: يخاص بها أهل الوصايا. وقال أشهب، فى الموازية: فما أصاب أهل الوصايا أخذوه فى ثلاث سنين من العاقلة، وأخذ الورثة ثلثها كذلك.

مسألة: وإذا عفا المقتول عمدًا، فلا يخلو أن يكون قتل غيلة أو غير غيلة، فإن قتل غيلة، ففى المجموعة من رواية ابن نافع عن مالك: ليس له ذلك.

وروجه ذلك أن حكمه لازم، وحد ثابت لا يجوز العفو عنه كالذى يقتله المحارب.

مسألة: فإن كان على غير وجه الغيلة وعفا عن قاتله، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم وابن وهب وغيرهما عن مالك: أن ذلك له دون أوليائه وولده. قال فى الموازية: ولا قول لغرمائه.

ومعنى ذلك أنه أحق بالعفو منهم؛ لأنه أملك لديته من ولده وأوليائه. ولو قال: دمی عند فلان فاقتلوه ولا تقبلوا منه دية، لم يكن للورثة أخذ الدية منه، ولو عفا بعض أوليائه، لم يجز عفوه، قاله أشهب فى المجموعة. وقال أصبغ فى الواضحة: إن ثبت الدم بيينة، فلا عفو لهم، وإن استحق بالقسامة، فالعفو للورثة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون عفوه قبل القتل أو بعده، فإن كان قبل القتل، ففى العتبية من رواية أبى زيد عن ابن القاسم فيمن قال: ليتنى أجد من يقتلنى، فقال رجل: أشهد أنك وهبت لى دمك، وعفوت عنى، وأنا أقتلك، فأشهد له فقتله، فقال: اختلف فيها أصحابنا، وأحسن ما رأيت أن يقاد به لأنه عفا عن شىء قبل أن يجب، وإنما وجب لأوليائه بخلاف عفوه بعد علمه أنه قتله، لو أذن فى قطع يده، ففعل لم يكن عليه شىء.

قال مالك فى المجموعة: يعاقب القاطع يده، ولا غرم عليه فى قطع يده، ولأنه قطعه بإذنه.

مسألة: وأما عفوه عن قاتله عمدًا بعد القتل، فلا يخلو أن يكون جرحًا لا يتيقن منه الموت أو جرحًا يتيقن منه الموت، وتنفذ مقاتله، فإن كان جرحًا لا يخاف منه الموت غالبًا، ثم عفا عنه ثم نز فى جرحه، فمات، ففى الموازية: أن لولائه أن يقسموا ويقتلوه لأنه لم يعف عن النفس، قاله أشهب إلا أن يقول: عفوت عن الجرح، وما تولد منه، فيكون عفواً عن النفس.

ووجه ذلك أنه عفا عن جرح، ولم يعلم أنه يؤول إلى نفس، وأما إن عفا بعد أن أنفذ مقاتله، فذلك الذي يجوز عفوهُ على ما قدمناه وبالله التوفيق.

مسألة: فإن كان القتل عمداً، فإن أوصى أن تقبل منه الدية، وأوصى بوصايا، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: ذلك جائز، ووصاياهُ فى دينه وماله، ولو أوصى بالعضو عن الدية انتقل الدم إلى الدية، فصار مالا له حكم ماله.

وقال أشهب: إن عفا المقتول عن الدية دخلت فيها الوصايا، ولو عفا الورثة عن الدية لم تدخل فيها الوصايا، وإن عاش بعد الضرب من الموازية.

* * *

ما جاء فى عقل الجراح فى الخطأ

مالك: أن الأمر المجتمع عليه عندهم فى الخطأ أنه لا يُعقل حتى يبرأ المجرؤ ويصح، وأنه إن كسبر عظم من الإنسان يد أو رجل أو غير ذلك من الجسد خطأ، فبرأ وصح، وعاد لهيئته، فليس فيه عقل، فإن نقص أو كان فيه عقل فبِهِ مِنْ عَقْلِهِ بِحِسَابِ مَا نَقَصَ مِنْهُ.

قال مالك: فإن كان ذلك العظم مما جاء فيه عن النبي ﷺ عقلٌ مُسمًى، فبحسَابِ مَا فَرَضَ فِيهِ النَّبِيُّ ﷺ، وَمَا كَانَ مِمَّا لَمْ يَأْتِ فِيهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ عَقْلٌ مُسمًى، وَلَمْ تَمْضِ فِيهِ سُنَّةٌ، وَلَا عَقْلٌ مُسمًى، فَإِنَّهُ يُجْتَهَدُ فِيهِ.

قال مالك: وليس فى الجراح فى الجسد إذا كانت خطأ عقل إذا برأ الجرح وعاد لهيئته، فإن كان فى شىء من ذلك عقل أو شين، فإنه يُجْتَهَدُ فِيهِ إِلَّا الْجَائِفَةَ، فَإِنَّ فِيهَا ثُلثَ الدِّيةِ.

قال مالك: وليس فى مُنْقَلَةِ الجسد عقل، وهى مثل موضحة الجسد.

الشرح: وهذا على ما قال أن المجرؤ خطأ لا يعقل جرحه حتى يبرأ، وذلك أنه إن أخذ دية جرحه قبل البرء، ربما ترمى إلى ما هو أكثر منه، فيحتاج إلى تكرار الحكم والاجتهاد.

وربما انتقل أرض الجنابة عن الجاني إلى العاقلة بأن يكون أرض الجنابة الأولى أقل من

٢٢ كتاب العقول

الثالث، فيكون في مال الجاني ثم تترامى إلى أن يبلغ الثلث، ويزيد عليه، فيجب على العاقلة، وربما بلغ ذهاب النفس، فيحتاج إلى القسامة ولا يستحق شيء من دية النفس إلا بها فيطلب حكماً موقوفاً على اختياره له أن يبطل بإبطاله إن شاء، وذلك بخلاف ما ثبتت عليه الأحكام من اللزوم.

مسألة: فإن طال أمر المجروح، ولم يبرأ، فقد روى عن مالك: أنه لا يحكم بديته حتى يبرأ، وإن مضت لذلك سنة، واختاره ابن القاسم، وبه قال المغيرة، وروى عنه أنه إذا انقضت سنة حكم بالدية، وإن لم يبرأ، واختاره أشهب وذلك كله في الموازية.

وجه القول الأول ما قدمناه من أن الحكم بذلك حكم غيره مستقر؛ ولأن الاعتبار بالبرء دليل على أنه إن برئ قبل السنة، لزم تعجيل عقله، وإن لم يبرأ، لم يلزم تعجيل عقله، وكذلك بعد السنة.

وقد قال ابن المواز، ما يقتضى أن القولين قول واحد، فقال: وإنما معنى قول مالك يستأنى به سنة، أنه عنده لا تأتي عليه سنة، إلا وقد انتهى؛ لأنه قال مع ذكر السنة: فإن انتهى إلى ما يعرف عقل. وقال محمد: لا يعقل جرح، ولا يقتص منه إلا بعد البرء.

وروى ذلك عن الصديق، وإلى هذا ذهب ابن وهب وابن عبد الحكم.

وجه القول الثاني أن السنة مدة يتقرر فيها أمر الجرح، فإذا برئ أو تقرر على حالة ثابتة، فيجب أن يعقل؛ لأنه قد مضت عليه فصول السنة، ولا يجوز أن يتزايد إلا أن ذلك يغلب النفس، وفي الغالب تقرر، وفي تركه أكثر من ذلك إبطال الأرش وإضرار بالمجنى عليه.

فرع: فإذا عقل بانقضاء السنة، فانقضت السنة، فإنه يعقل مكانه، ثم إن برئ، فله ما أخذ، وإن زاد أمر الجرح أخذ الزيادة إن شاء، والظالم أحق من حمل عليه، قاله أشهب.

فرع: وبماذا يعلم البرء؟ قال المغيرة: إذا قال أهل المعرفة: قد برئ، فليعقل في الخطأ. وقال ابن القاسم وأشهب في العين تذهب فيسيل دمعها، فتمت السنة، وهي كذلك، ولم ينقص من بصر العين شيء: ففيها حكومة.

قال ابن المواز: أما مثل العين تدمع والجراح التي تكون مثل هذا قد ثبتت على ذلك، فتلك عند السنة، وأما غير ذلك، فلا تعقل إلا بعد ذلك، يريد أن من البرء ما ينتهي إلى حال تستقر عليه، والله أعلم وأحكم.

كتاب العقول ٢٣

فصل: قوله: «وإن كسر عظم من الإنسان يد أو رجل أو غيرهما خطأ فبرئ وعاد لهيئته فليس فيه عقل وإن نقص أو كان فيه عثل، ففيه من العقل بحساب ما نقص». ووجه ذلك أن جنابة الخطأ لا جرم وجد من فاعلها ما يقتضى القصاص، وإنما عليه غرم ما نقص، فإن عاد لهيئته، فلم يتلف شيئاً، فلا أُرش عليه.

قال فى المزنية: العثل أن تنقص اليد أو الرجل، فلا تعود لحالتها الأولى، فينظر إلى حالها اليوم كم نقص من حالها الأولى، فإن كان، فله ثلث ثلثا الدية، وإن كان أقل أو أكثر فبحساب ذلك.

فصل: وقوله: «وإن كان العظم مما فيه عن النبي ﷺ عقل مسمى فبحساب ما فرض فيه وما لم يأت فيه عن النبي ﷺ عقل مسمى، فإنه يجتهد فيه» يريد إن كان اليد أو الرجل الذى فيه نصف الدية كان فيه بقدر ما نقصه العثل، على ما قال، وإن لم يكن فيه عقل مسمى، اجتهد الحاكم فى ذلك، يريد مثل أعضاء الجسد مثل ضلع أو ترقوة، فهذه ليس فيها عقل مسمى، فإن عادت لهيئتها، فلا شيء فى ذلك، وإن برئت على نقص، اجتهد الحاكم فى ذلك.

فصل: وقوله: «إلا الجائفة، فإن فيها ثلث النفس» يريد ثلث دية الإنسان مقدره، وذلك لغررها وخطورها وصغرها، وأنها إن برئت، فأنها تيراً غالباً على غير شين ففعل فيها ثلث الدية تحرزاً للدماء ورددعاً عنها، والله أعلم.

فصل: وقول مالك: «وليس فى منقلة الجسد عقل وهى مثل موضحته» يريد أنها إذا برئت على سلامة فلا شيء فيها لقلة خطورها، وأما منقلة الرأس، ففيها العقل لغررها، وكذلك الموضحة، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: الأمرُ المُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الطَّيِّبَ إِذَا حَتَّنَ، فَقَطَعَ الْحَشْفَةَ، إِنَّ عَلَيْهِ الْعَقْلَ، وَأَنَّ ذَلِكَ مِنَ الْخَطَأِ الَّذِى تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ، وَأَنَّ كُلَّ مَا أَخْطَأَ بِهِ الطَّيِّبُ أَوْ تَعَدَّى إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدْ ذَلِكَ، فَفِيهِ الْعَقْلُ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أن الطيب والحجام والخاتن والبيطار إن مات من فعلهم أحد، فلا يخلو أن يفعلوا الفعل المعهود فى ذلك أو يتجاوز، فإن فعلوا المعهود، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: لا ضمان على أحد منهم، إن لم يخالف، وكذلك معلم الكتاب والصنعة إن ضرب الصبى للتأديب الضرب المعتاد، فلا ضمان عليه.

ووجه ذلك أنه مأمور بمثل هذا، ومأذون له فيه، فلم يكن عليه ضمان.

مسألة: وإن جاوز المعتاد مثل أن يقطع الخاتن الحشفة أو يضرب المعلم لغير أدب تعدياً أو يتجاوز في الأدب، قال مالك في المجموعة: والحجام يقطع حشفة صغير أو كبير، أو يؤمر بقطع يد في قصاص، فيقطع غيرها أو زاد في القصاص على الواجب، فإنه من الخطأ ما كان دون الثلث، ففي ماله وما بلغ الثلث، فعلى عاقلته، سواء عمل ذلك بأجر أو بغير أجر.

قال عيسى بن دينار في المزنية، في الطبيب يخن، فيقطع الحشفة، سواء غر من نفسه أو لم يغر. ووجه ذلك أنه متعمد في فعل مأذون فيه لم يعلم تعمده، فكان له حكم الخطأ.

مسألة: ومن وطئ امرأته فافتضها، فجرح، وحكومته في ماله إن قصر عن الثلث، فإن بلغ الثلث فعلى عاقلته، رواه ابن المواز عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه من باب التعدي في فعل مأذون فيه لكنه بلغ منه فوق المباح، فحرم أثره عليها، فكان له حكم الخطأ.

ولو فعل هذا بأجنبية كان في ماله، وإن جاوز الثلث مع صداق المثل والحد. ووجه ذلك أنه لما كان زني، كان فعلاً غير مأذون فيه، فكان أرش ذلك في ماله لأنه من باب العمد.

قال ابن القاسم: ولو أذهب عذرة امرأة بإصبعه، ثم طلقها، فعليه قدر ما شأنها عند الأزواج في حالها وجمالها مع نصف الصداق.

ووجه ذلك أن تناول ذلك بإصبعه غير مأذون فيه، فكان كالجرح، فعليه ما شأنها به، ولم يجب عليه قيمة الصداق، لأنه ليس بوطء، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما ما يسقيه الطبيب من الدواء، فيموت من شربه، فإن كان ممن له علم بذلك، فلا شيء عليه وإن كان لا علم له، وقد غر من نفسه، فقد قال عيسى: لا غرم عليه، والدية على عاقلته.

وقد روى أصبغ عن ابن القاسم في مسلم أو نصراني يسقى مسلماً دواء: فلا شيء عليه، إلا أن يقر أنه سقاه شيئاً ليقتله به.

وروى أشهب عن مالك فيمن سقاه طبيب دواء، وقد سقى أمة قبله، فماتت: لا يضمن. ولو تقدم إليهم الإمام، وضمنوا كان حسناً.

وقال ابن القاسم فى المجموعة: يتقدم إليهم الإمام فى قطع العرق وشبهه من الأشياء المخوفة أن لا تقدموا على شىء من ذلك إلا بإذنه، وأما من كان معروفاً بالعلاج، فلا شىء. فذهب عيسى إلى أن من غر من نفسه، ولا علم له فالدية على عاقلته.

وزاد مالك وابن القاسم: أن الأمر فىمن هذه حالة التقدم إليهم والإعذار إليهم أن لا يقدموا على شىء من ذلك، وأنه إن جرى منهم شىء ضمنوه، وصفة التقدم إليهم، فيما رواه أشهب عن مالك أن يقال لهم: أيما طبيب سقى أحداً أو طبه، فمات ضمنه.

وروى ابن نافع فى روايته عن مالك أن يكون موته بالفور من علاجه، فقال: وذلك مثل أن يسقى صحيحاً، فيموت مكانه، فهذا سم أو يقطع عرقاً، فلا يزال يسيل دمه حتى يموت.

وأما من يعالج المرضى، فمنهم من يعيش، ومنهم من يموت، فليس من ذلك، ولو سقى رجل جارية بها بهر شيئاً فماتت من ساعتها، فهل هذا الاسم، ولا يضمنوا قبل التقدم إليهم، فاعتبر ابن مزين، أمرين، ولعله أراد أن هذا هو الوجه الذى يعلم به أنه مات من فعله، وأما إذا تراخى ذلك، واختلف حاله بزيادة أو نقصان، فهذا لا يعلم أنه من فعله، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى عقل المرأة

١٥٠٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ:
تُعَاوِلُ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ إِلَى ثُلْثِ الدِّيَةِ، إِصْبَعُهَا كِإِصْبَعِهِ، وَسِنَّهَا كَسِنَّهِ، وَمُوضِحَتُهَا
كَمُوضِحَتِهِ، وَمُنْقَلَتُهَا كَمُنْقَلَتِهِ.

١٥٠٩ - مَالِك عَنْ ابْنِ شِهَابٍ وَبَلَّغَهُ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُمَا كَانَا يَقُولَانِ
مِثْلَ قَوْلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ فِي الْمَرْأَةِ، أَنَّهَا تُعَاوِلُ الرَّجُلَ إِلَى ثُلْثِ دِيَةِ الرَّجُلِ، فَإِذَا
بَلَغَتْ ثُلْثَ دِيَةِ الرَّجُلِ كَانَتْ إِلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ.

١٥٠٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٨٧.

١٥٠٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٨٨.

٢٦ كتاب العقول

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهَا تُعَاقِلُهُ فِي الْمَوْضِحَةِ وَالْمُنْقَلَةِ وَمَا دُونَ الْمَأْمُومَةِ وَالْجَائِفَةِ وَأَشْبَاهِهِمَا مِمَّا يَكُونُ فِيهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ فَصَاعِدًا، فَإِذَا بَلَغَتْ ذَلِكَ كَانَ عَقْلُهَا فِي ذَلِكَ النِّصْفِ مِنْ عَقْلِ الرَّجُلِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية إصبعها كإصبعه» يريد أن ما دون ثلث الدية عقلها فيه كعقل الرجل، وهو معنى معاقلتها له حتى إذا بلغت في عقل ما جنى عليها ثلث الدية كان عقلها نصف عقل الرجل، وبهذا قال من ذكره مالك من التابعين. وهو قول زيد بن ثابت وابن عباس. وما روى عن ابن مسعود تساويهما في الموضحة.

واختلف عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما، فروى عنهما بإسناد ضعيف أنها على دية الرجل فى القليل والكثير، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. وروى عنهما مثل قولنا.

والدليل على ما نقوله أن هذا إتلاف موجه أقل من ثلث الدية، فساوت فيه المرأة الرجل. أصل ذلك عقل الجنين، وإنما فى ذلك الثلث لأنه حد فى الشرع بين القليل والكثير، ولذلك قال النبى ﷺ: «الثلث، والثلث كثير» هذا من كلام ابن المواز وأبى بكر بن الجهم والقاضى أبى محمد.

فصل: وقوله: «إصبعها كإصبعه، وسنها كسنه، وموضحتها كوضحتها، ومنقلتها كمنقلته» يريد أن عقل هذه كلها دون الثلث، فلذلك ساوت فيه الرجل، ولذلك قال مالك: «وتفسير ذلك أنها تعاقله فى الموضحة والمنقلة، وما دون المأمومة والجائفة، وما أشبههما مما يكون فيه ثلث الدية فأكثر، فإذا بلغت ذلك كان عقلها نصف الرجل» يريد أن لها فى الجائفة والمأمومة ثلث دية الرجل.

مسألة: فلو قطع لها ثلاثة أصابع من كف، ففيها ثلاثون من الإبل، لأن فى كل إصبع عشرًا كالرجل، قاله مالك. ولو قطع لها ثلاثة أصابع ونصف أتملة لكان فيها أحد وثلاثون بعيرًا وثلث بعير كالرجل، ولو قطع لها ثلاثة أصابع وأتملة عادت إلى ديتها، فكان لها ستة عشر بعيرًا وثلث بعير ثلث ديتها، ولو قطع لها أربع أصابع لكان لها عشرون بعيرًا.

وفى هذا قال ربيعة لسعيد بن المسيب: أكلما عظمت مصيبتها نقصت منفعتها،

كتاب العقول ٢٧

فقال: أعراقى أنت، إنها السنة، يحتمل أن يريد بذلك أنه مدنى، وهذا مما أجمع عليه أهل المدينة، ولعله أراد بقوله: إنها السنة، يريد سنة أهل المدينة، ويحتمل أنه إن كان يريد بذلك أنه إن كان عنده في ذلك أثر اعتمد عليه ونسب السنة إليه.

مسألة: وإذا قطع لها من يد واحدة أربع أصابع، فلا يخلو أن يكون ذلك في ضربة واحدة، أو ما هو في حكمها من التتابع والتقارب، أو يكون ذلك من فعل بعد فعل، فإن كان في ضربة واحدة، أو ما هو في حكمها، ففيها عشرون من الإبل، وإن كان قطع ثلاثة أصابع في ضربة أو ضربات، ففيها ثلاثون، فإن قطع بعد ذلك إصبعاً من تلك الكف أضيفت إلى ما تقدم، وكان فيها خمس لأن الكف الواحدة يضاف بعضها إلى بعض.

وقال عبد العزيز بن أبى سلمة: فيها عشرون من الإبل إذا أفردت بالقطع، ولا يضاف إلى ما تقدم كالأسنان.

ووجه ما قاله مالك أن محل الجنابة محل واحد، ومعنى ذلك أن اليد فيها خمس أصابع ويقطعها يكمل أرش اليد، وإذا قطع منها واحد لم يعد، وكانت اليد ناقصة بنقصانها، فلذلك يضاف بعض أصابع اليد إلى بعض.

وأما المنقلة، فإن جنى عليها فأخذت أرشها فبرأت ثم جنى عليها منقلة في ذلك الموضع، فلها مثل ما للرجل؛ لأن المنقلة الأولى غير مؤثرة في الثانية، وكذلك الأسنان إذا زالت لم ينقص بذلك محلها بخلاف اليد.

مسألة: وإن قطع ثلاثة أصابع من كف، ثم قطع إصبعاً أو إصبعين أو ثلاثة من الكف الثانية، ففيها أيضاً ثلاثون في كل إصبع عشرة لأنها اختلفت في الضرب والمحل، ولو قطع له في فور واحد ثلاثة أصابع من اليد الواحدة، وإصبعان من اليد الأخرى، فكان ذلك في ضربة واحدة، أو ضربات في حكم الضربة الواحدة من ضارب واحد، أو جماعة ففي الأربعة أصابع عشرون من الإبل.

مسألة: ولو قطع لها من كف أربعة أصابع، فأخذت فيها عشرين من الإبل، ثم قطع لها من تلك الكف إصبع خاصة، فذهب مالك أن في الخامسة خمسة من الإبل. وقال ابن الماجشون في الموازية: فيها عشرة. قال ابن المواز: هذا خلاف مالك وأصحابه.

وجه قول مالك ما ذكرناه من اعتبار محل الجنابة. ووجه قول عبدالمالك اعتباره بانفراد هذه الجنابة.

٢٨ كتاب العقول

١٥١٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يَقُولُ: مَضَتْ السَّنَةُ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا أَصَابَ امْرَأَتَهُ بِجُرْحٍ أَنَّ عَلَيْهِ عَقْلَ ذَلِكَ الْجُرْحِ، وَلَا يُقَادُ مِنْهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الْخَطَأِ أَنْ يَضْرِبَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ، فَيُصِيبُهَا مِنْ ضَرْبِهِ مَا لَمْ يَتَعَمَّدْ كَمَا يَضْرِبُهَا بِسَوْطٍ، فَيَفْقَأُ عَيْنَهَا، وَنَحْوَ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «مضت السنة لى الرجل يصيب امرأته بجرح أن عليه عقلها ولا يقاد منه» يريد والله أعلم، أن يقصد إلى أذنها بسوط، أو حبل، فيصيبها من ذلك ذهاب عين أو غيرها، ففيها العقل دون القود.

وأما لو تعمدتها بفقء عين أو قطع يد أو غيرها لأقيد منه، رواه ابن وهب وابن القاسم عن مالك فى المجموعة، وبه قال سفيان الثورى.

ووجه ذلك أن الزوج له تأديب الزوجة لقول الله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]، وهو مصدق فى جنائته عليها ومخالفتها له على المعروف، فكان أدبه لها مباحاً فما تولد منه، فلا قصاص فيه وإن عمد إلى الضرب المتلف للأعضاء، فعليه القصاص لقول النبى ﷺ: «كلها قصاص».

وفى كتاب الله عز وجل قوله: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِىهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ [المائدة: ٤٥].

قَالَ مَالِكٌ فِى الْمَرْأَةِ يَكُونُ لَهَا زَوْجٌ وَوَلَدٌ مِنْ غَيْرِ عَصَبَتِهَا وَلَا قَوْمِهَا: فَلَيْسَ عَلَى زَوْجِهَا إِذَا كَانَ مِنْ قَبِيلَةٍ أُخْرَى مِنْ عَقْلِ جَنَائِثِهَا شَيْءٌ وَلَا عَلَى وَلَدِهَا إِذَا كَانُوا مِنْ غَيْرِ قَوْمِهَا وَلَا عَلَى إِخْوَتِهَا مِنْ أُمَّهَا مِنْ غَيْرِ عَصَبَتِهَا وَلَا قَوْمِهَا، فَهَؤُلَاءِ أَحَقُّ بِمِيرَاثِهَا، وَالْعَصْبَةُ عَلَيْهِمُ الْعَقْلُ مِنْذُ زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَوْمِ وَكَذَلِكَ مَوَالِى الْمَرْأَةِ مِيرَاثُهُمْ لِوَلَدِ الْمَرْأَةِ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِ قَبِيلَتِهَا، وَعَقْلُ جَنَائِثِ الْمَوَالِى عَلَى قَبِيلَتِهَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن حكم الولاية وحكم الوراثة قد يختلفان، فترث المرأة زوجها وابنها وإخوتها لأمها، ولا يعقلون عنها إذا لم يكونوا من قومها ويعقل عنها عصبته، وهؤلاء أحق بميراثها منهم؛ لأن التوارث قد يكون بغير التعصيب، فترث

الزوجة والإخوة للأم، ولا تعصِب لهم، وتحمل الدية إنما هو بالتعصِب، فكان على ما أحكمته السنة في ذلك، والله أعلم وأحكم.

* * *

عقل الجنين

١٥١١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ امْرَأَتَيْنِ مِنْ هُذَيْلٍ رَمَتَا إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى، فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا، فَقَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِغُرَّةِ عَبْدِ أَوْ وَليدَةٍ.

١٥١٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فِي الْجَنِينِ يُقْتَلُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ بِغُرَّةِ عَبْدِ أَوْ وَليدَةٍ، فَقَالَ الَّذِي قُضِيَ عَلَيْهِ: كَيْفَ أَغْرَمَ مَا لَا شَرِبَ وَلَا أَكَلُ وَلَا نَطَقَ وَلَا اسْتَهَلَّ وَمِثْلُ ذَلِكَ بَطَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ».

الشرح: قوله: «أن امرأة من هذيل رميت الأخرى» قال في الموازية: سواء كان الرمي أو الضرب عمداً أو خطأ.

١٥١١ - أخرجه البخارى فى الطب ٥٧٦٠، مسلم فى القسامة والمحارِبين والقصاص والديات ١٦٨١، الترمذى فى الديات ١٤١٠، الفرائض ٢١١١، النسائى فى القسامة ٤٨١٥، ٤٨١٦، ٤٨١٧، أبو داود فى الديات ٤٥٧٦، ٤٥٧٩، ابن ماجة فى الديات ٢٦٣٩، فى باقى مسند المكثرين ٧١٧٦، ١٠٠٨٩، ١٠٥٣٣، ١٠٥٧٠، الدارمى فى الديات ٢٣٨٢.

قال ابن عبد البر: لم يختلف على مالك فى إسناد هذا الحديث ومنتنه، ولم يذكر فى موطنه قصة قتل المرأة التى طرحت جنينها، لما فيه من الاختلاف والاضطراب بين أهل النقل، وأهل الفقه من أصحابنا، والتابعين، ومن بعدهم من الخالفين، وإنما ذكر قصة الجنين الذى لم تختلف فيه الأخبار، عن النبى ﷺ. انظر التمهيد ١٥٤/٩.

١٥١٢ - أخرجه البخارى ج ٢٤٨/٧ كتاب الطب باب الكهانة، عن سعيد بن المسيب. ومسلم ج ١٣٠٩/٣ كتاب القسامة باب ١١ رقم ٣٦، عن أبى هريرة. والنسائى ٤٨/٨ كتاب القسامة باب دية جنين المرأة، عن أبى هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث جماعة الرواة، عن مالك فى موطنه مرسلًا، ولا أعلم أحدا وصله بهذا الإسناد، إلا ما رواه أبو سبرة المدني، عن مطرف، عن مالك، عن الزهرى، عن سعيد وأبى سلمة، عن أبى هريرة. انظر التمهيد ١٦١/٩.

٣٠ كتاب العقول

وقوله: «فطرحت جنينها ففضى فيه رسول الله ﷺ بغرة عبد أو وليدة» الجنين المذكور ما ألقته المرأة مما يعرف أنه ولد، قال ابن المواز: وإن لم يكن مخلقاً، قال داود ابن جعفر عن مالك: إذا سقط منها ولد، مضغة كان أو عظماً، كان فيه الروح إذا علم أنه ولد، قال عيسى: قال ابن القاسم، مثله عن مالك.

وقال مالك في المجموعة: ولم يتبين من خلقه عين ولا إصبع ولا غير ذلك، فإذا علم النساء أنه ولد، ففيه الغرة، وتنقضى به العدة، وتكون به الأمة أم ولد.

مسألة: وسواء كان الجنين ذكراً أو أنثى، قاله مالك في المجموعة، وقاله الشيخ أبو إسحاق.

ووجه ذلك أنه ما لم يستهل صارخاً، فإنه كأنه عضو من أمه، فإنما فيه عشر ديتها. فإن كانوا توأ مين، فأكثر؟ ففي العتبية من سماع أشهب: فيها غرتان. وقاله الشيخ أبو القاسم في تفريعه، ورواه ابن نافع عن مالك في المجموعة.

ووجه ذلك أن كل واحد منهما جنين لو انفرد لوجبت فيه الغرة، فكذلك إذا كان معه غيره.

فصل: وقوله: «فضى فيه رسول الله ﷺ بغرة» الغرة اسم واقع على الإنسان، ذكراً كان أو أنثى، وقال مالك في المجموعة: الغرة عبد أو وليدة، وهو ظاهر لفظ الحديث أن النبي ﷺ فضى فيه بغرة، وبين أن تلك الغرة يجرى فيها عبد أو وليدة، ولا يختص بأحدهما.

وكان يحتتم لفظ الحديث الشك من الراوى بأن يكون قد حفظ أن النبي ﷺ فضى فيه بغرة، وأنه يشك في تلك الغرة، هل هو عبد أو وليدة، والتأويل الأول أظهر، وبه فسره مالك، وذلك أن كل آدمى يجب بقتل آدمى، فإنه لا يختص بالذكر ولا بالأنثى كالرقة.

مسألة: قال مالك في المجموعة: الغرة من الحميران أحب إلى من السودان، إلا أن يغلوا، فمن أوسط السودان.

ووجه ذلك أن الحميران أفضل أنواع الرقيق، والدية واجبة في مال الجاني، فلم يكن له أن يأتي بأدونه إلا أن يعدم، فيكون عليه أن يأتي بالوسط من السودان، وذلك ما تنقص قيمته عن المقدار الذي يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى:

كتاب العقول ٣١

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالغرة موروثة على كتاب الله عز وجل، وبه قال ابن شهاب. قال ابن حبيب: وبهذا أخذ أصحاب مالك، ابن القاسم وابن وهب وأشهب وابن الماجشون ومطرف وابن عبدالحكم وأصينغ، وهى رواية ابن القاسم ومطرف عن مالك، وبه قال ابن أبي حازم.

وقال ربيعة: هى للأُم خاصة. وقال ابن هرمر: هى للأبوين، فإن لم يكن إلا أحدهما، فهى له. وقال مالك بذلك مرة، ثم رجع إلى قول ابن شهاب، ويقول ابن هرمر قال المغيرة.

ووجه القول الأول أنها دية، فكانت موروثة على كتاب الله تعالى كسائر الديات.

فصل: وقوله: «قضى فى الجنين يقتل فى بطن أمه» يريد أنها لم تلقه إلا ميتاً، فإنه قضى فيه بالغرة، «فقال الذى قضى عليه: كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل، ومثل ذلك بطل؟»، ويروى باطل، فاعترض على نص النبى ﷺ بالحكم عليه، ولعله ظن أن ما أورده عاماً يجوز تخصيصه بما أظهر من حال الجنين، واعتقد أن حكم النبى ﷺ إنما خرج على أنه ظن أن الجنين خرج حياً، فأنكر النبى ﷺ بأن قال: «إنما هذا من أخوان الكهان» يريد والله أعلم، أنه لا علم عنده إلا ما أورده من الأسجاع التى يستعملها الكهان على وجه الإلباس على الناس أو التمويه عليهم.

وقال عيسى بن دينار: لا علم لى بذلك. وقال محمد بن عيسى: شبهه بالكاهن فى سجعه، وغير مالك يرويه أنه ليس بقول شاعر، وأقر الحكم عليه على ما حكم به النبى ﷺ، وهو الحق، فإنه ما ينطق عن الهوى.

١٥١٣ - مَالِكُ عَنْ رَيْبَعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: الْغُرَّةُ تُقَوَّمُ بِخَمْسِينَ دِينَارًا أَوْ سِتِّمِائَةَ دِرْهَمٍ، وَدِيَةُ الْمَرْأَةِ الْخُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ خَمْسُمِائَةَ دِينَارٍ أَوْ سِتَّةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ.

قَالَ مَالِكٌ: يَرِيدُ فِدْيَةَ جَنِينِ الْخُرَّةِ عَشْرُ دِيَّتِهَا، وَالْعَشْرُ خَمْسُونَ دِينَارًا أَوْ سِتِّمِائَةَ دِرْهَمٍ.

الشرح: وقوله: «أن الغرة تقوم خمسين ديناراً» يريد على أهل الذهب «أو ستمائة درهم» يريد على أهل الورق، ولم يذكر الإبل فى حكم أهل الإبل. قال ابن المواز:

١٥١٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٩٢.

٣٢ كتاب العقول

وعلى أهل الإبل خمس فرائض، بنت مخاض، وبنت لبون، وابن لبون ذكر، وحقنة، وجذعة. وقاله ربيعة، ولم يبلغنا عن مالك فى ذلك شىء.

ووقف عنه ابن القاسم، وقال: لا مدخل للإبل فيها، وإن كان من أهل الإبل. وقال أصبغ: ولا أحسبه إلا وقد قاله ابن القاسم أيضاً. وروى عنه أبو زيد أنه قاله. وقال أشهب: لا يؤخذ من أهل البادية فيها إلا الإبل.

وجه قول ابن القاسم بنفى الاعتبار بالإبل أن الدنانير والدراهم هى قيم المتلفات، فلذلك قومت بها الغرة، والإبل ليست بقيم المتلفات، فلذلك لم تعتبر بها الغرة، ولذلك كان أصل الدية الإبل، لكنها ردت إلا العين، وما كان أصله العين لا يرد إلى الإبل.

ولما ورد الشرع فى دية الجنين بالغرة، واحتيج إلى تقديرها قدرت بما يقع به التقويم وهو العين دون ما لا يقع به التقويم.

ووجه قول أشهب أن الإبل أصل فى الدية، فاعتبر به فى دية الجنين كالورق والذهب.

مسألة: قال مالك: فى الغرة نسمة، وليست كالسنة المجتمع عليها، وإذا بذل غرة قيمتها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم، قبلت منه، وإن كان أقل لم تؤخذ إلا أن يشاء أهله، يريد أن هذا التقويم إنما هو بضرب من الاجتهاد، وإلا فلفظ الغرة لفظ مطلق، وهو حق لازم، وحقوق الآدميين مقدرة، فأعلم أن هذا التقدير فيها هو الذى يجزئ من هى عليه ذلك إلا أن يريد، وفيها حق من بذلت له إلا أن يتجاوز والله أعلم وأحكم.

وقال عيسى: القاتل مخير بين أن يعطى غرة عبد أو وليدة، قيمتها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم، وبين أن يعطيه الدنانير أو الدراهم.

قال مالك: وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا يُخَالِفُ فِي أَنَّ الْجَنِينَ لَا تَكُونُ فِيهِ الْغُرَّةُ حَتَّى يُزَايِلَ بَطْنَ أُمِّهِ، وَيَسْقُطُ مِنْ بَطْنِهَا مَيْتًا.

الشرح: وهذا على ما قال أن الجنين لا تثبت فيه الغرة حتى يزاييل بطن أمه وهى حية، فإن ماتت ثم خرج الجنين، فالذى عليه مالك وجهور أصحابه: أنه لا شىء فيه، وإنما يجب فى أمه الدية خاصة، وحكى الشيخ أبو إسحاق، قال ابن شهاب: تجب فيه الغرة، وبه قال أشهب والشافعى.

كتاب العقول ٣٣

والدليل على ما نقوله أن هذا حكم يتبع فيه أمه، فلا حكم له بالزكاة، وأيضاً فإن تلفه قبل الانفصال بمنزلة عضو منها، ولو تلف عضو من أعضائها قبل موتها كانت فيه الدية، ولو تلف بعد موتها، فلا دية فيه.

ووجه قول أشهب أن هذا جنين فارق أمه ميتاً، فلزمت فيه الغرة كما لو فارقها قبل أن يموت.

فروع: فإذا قلنا إنه لا يجب به شيء إذا خرج بعد موتها، فإذا خرج بعضه ثم ماتت، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: لا شيء فيه. وقال بعض أصحابنا: فيه الغرة.

وجه القول الأول أنه لم يفارقها إلا بعد موتها، فلم يكن فيه شيء.

ووجه القول الثاني يحتمل أن يكون مبنياً على قول أشهب، ويحتمل أن يكون مبنياً على قول مالك، إلا أنه راعى ابتداء خروجه دون تمامه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَسَمِعْتُ أَنَّهُ إِذَا خَرَجَ الْجَنِينُ مِنْ بَطْنِ أُمِّهِ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ أَنَّ فِيهِ الدِّيَةَ كَامِلَةً.

الشرح: وقوله: «أنه إذا خرج الجنين حياً ففيه الدية كاملة» يريد أن بخروجه حياً حكم نفسه، فيجب به من الدية ما يجب بالحي الكبير، وحيثئذ يفرق بين ذكره وأثناه، ففي الذكر مائة من الإبل، أو ألف دينار، أو اثنا عشر ألف درهم، ودية الأنثى نصف ذلك، إلا إن كان الضرب خطأ، ففيه الدية على العاقلة بعد القسامة، قاله مالك وابن القاسم.

قال ابن القاسم: كمن ضرب ثم عاش. وقال أشهب: إن كان استهل حين مات مكانه، فلا قسامة فيه، وإن كان حياً ثم مات، ففيه القسامة.

مسألة: إن كان الضرب عمداً، فالمشهور من قول مالك: أنه لا قود فيه. قال أشهب: عمدته كالخطأ لأن موته بضرب غيره. وقال ابن القاسم في المجموعة وغيرها: إذا تعمد الجنين بضرب البطن أو الظهر أو موضع يرى أنه يصيب به، ففيه القود بقسامة فأما إذا ضرب رأسها أو يدها أو رجلها، ففيه الدية بقسامة.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه غير قاصد إلى قتله كمن رمى يريد قتل إنسان، فأصاب غيره ممن لم يردده، فإن فيه الدية.

٣٤ كتاب العقول

ووجه قول ابن القاسم أنه قاصد إلى قتله حين قصد بالضرب موضعاً يصل فيه الضرب إليه، ولا يصدق أنه لم يرده، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا إنه تجب به الدية، فقد قال أشهب: الدية على عاقلته. وقال ابن القاسم: دية هذا الجنين الذي ضرب رأس أمه عمدًا في مال الضارب، قاله مالك.

وجه القول الأول أنه قتل حر لا يجب به القصاص بوجه، فكانت الدية على العاقلة كالخطأ.

ووجه القول الثاني أنه قتل عمدًا، فكانت الدية في ماله كما لو قصد ضربه.

قال مالك: وَلَا حَيَاةَ لِلْجَنِينِ إِلَّا بِالِاسْتِهْلَالِ، فَإِذَا خَرَجَ مِنْ بَطْنِ أُمِّهِ، فَاسْتَهْلَ ثُمَّ مَاتَ، فَقِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا حياة لجنين إلا باستهلال، وهو الصياح، والاستهلال هو رفع الصوت، قاله أشهب عن مالك في العتبية. وفي الموازية: الاستهلال الذي ذكر في الجنين، هو البكاء والصراخ، ومعنى ذلك متقارب، فإذا صاح وجب له حكم الحياة، ولم يكن تبعًا لغيره، فصلى عليه، وورث وورث.

وأما العطاس، فقال مالك: لا يكون استهلالاً. وقال ابن وهب: هو استهلال، قاله عنه الشيخ أبو إسحاق. وكذلك الرضاع والتحريك، ولو بال أو أحدث لم يكن له حياة لأن هذا من استرخاء المرسل، وليس بحياة، وقد قال بعض أصحابنا: هو حياة.

ووجه قول مالك ما روى عن النبي ﷺ.

قال مالك: وَنَرَى أَنَّ فِي جَنِينِ الْأُمَّةِ عَشْرَ ثَمَنٍ أُمَّةٍ.

الشرح: وهذا كما قال إذا كان ابنها من غير سيدها، فإذا كان ابنها من سيدها فحكمه حكم ولد الحر، قاله ابن القاسم وابن نافع عن مالك في المجموعة. قال أشهب: لأنه حر، ولو أعتق رجل ما في بطن أمته من غيره، فالقت جنيناً ميتاً لكان فيه عشر قيمة أمه؛ لأنه لا يتعلق به العتق إلا بعد أن يولد حياً، ولو ألقته حياً ثم مات، لكانت فيه دية الحر لأن الحرية قد ثبتت فيه.

وقوله في الأصل: «عشر ثمن أمه» يريد قيمتها.

قال عنه ابن نافع في المجموعة: زادت على الغرة أو قصرت عنها. قال مالك: كان

كتاب العقول ٣٥

أبوه حرًا أو عبدًا، والله أعلم. وبه قال ابن المواز وأبو الزناد ويحيى بن سعيد وربيعة. وفي الموازية من رواية أصبغ عن ابن وهب في جنين الأمة، ما نقصها جنين.

وجه قول مالك أنه حر، فوجب أن يودى بعشر ما تودى أمه به كجنين الحرة.

وجه قول ابن وهب أنه تبع للأُم ما لم يفارقها وكعضو من أعضائها، فوجب أن يلزم الجاني ما نقصها لأنها أمة، ومن جنى عليها، فعليه ما نقصها، وهذا إن مات قبل أن يستهل صارخًا، فإن مات بعد أن استهل صارخًا، فحكمه معتبر بنفسه إن كان حرًا فدية حر، وإن كان عبدًا فدية عبد، فقد قال مالك: فيه قيمته. قال ابن القاسم في العتبية على قدر الرجاء والخوف.

قال مالك: وَإِذَا قَتَلَتِ الْمَرْأَةَ رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً عَمْدًا، وَالَّتِي قَتَلَتْ حَامِلٌ، لَمْ يُقَدِّ مِنْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، وَإِنْ قُتِلَتِ الْمَرْأَةُ، وَهِيَ حَامِلٌ عَمْدًا أَوْ حَطًّا، فَلَيْسَ عَلَى مَنْ قَتَلَهَا فِي جَنِينِهَا شَيْءٌ فَإِنْ قُتِلَتْ عَمْدًا، قُتِلَ الَّذِي قَتَلَهَا، وَلَيْسَ فِي جَنِينِهَا دِيَةٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الحامل إذا قتلت عمدًا لم يقتص منها حتى تضع لأن حملها له حق وحرمة، وإن عجل قتلها مات بموتها، ولا يلزمه شيء لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤].

فصل: وقوله: «ومن قتل امرأة فليس في جنينها شيء» يريد إن بقي في بطنها، ولم يخرج حيًا ولا ميتًا، قبل موتها لأنها إذا ماتت ومات قبل أن يفارقها، فإنما هو عضو من أعضائها، فليس فيه شيء إلا وقد وجب من ديتها، وبالله التوفيق.

وسئِلَ مَالِكٌ عَنْ جَنِينِ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ يُطْرَحُ فَقَالَ: أَرَى أَنَّ فِيهِ عَشْرَ دِيَّةٍ أُمَّةٍ.

الشرح: وهذا على ما قال أن هذا حكم دية اليهودية والنصرانية الحرة إذا كان ابنها من يهودي أو نصراني. قال في المجموعة: وكذلك في المجوسية، وذلك إذا كان حملها من زوج، سواء كان عبدًا أو حرًا كافرًا.

وأما كان من سيدها، فإنما فيه ما في جنين الحرة المسلمة، لأنه حر لكون أمه حرة، ومسلمًا لكونه لأبيه، وهو مسلم لأنه تبع في الدين لأبيه.

٣٦ كتاب العقول
وكذلك إن كانت الكناية حرة تحت مسلم، فإن فيه الغرة لأنه حر لكون أمه حرة،
ومسلم لكون أبيه مسلماً، قاله في المجموعة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما فيه الدية كاملة

١٥١٤ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: فِي
الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ، فَإِذَا قُطِعَتِ السُّفْلَى، فَفِيهَا ثُلَاثُ الدِّيَةِ.

الشرح: قوله: «في الشفتين الدية كاملة» وهذا مما لم يختلف فيه، وإنما الخلاف فيما
قال بعد ذلك إن في الشفة السفلى ثلثي الدية، فهذا الذي قاله ابن المسيب. قال ابن
المواز: في كل واحدة نصفها، وبه قال مالك وجميع أصحابه فيما علمنا، ولم يأخذ
مالك بقول ابن المسيب: إن في السفلى ثلث الدية.

قال في المجموعة: ولم يبلغني أن أحداً فرّق بينهما غيره، وأراه وهماً عليه، ولو
ثبت عليه ما كان فيه حجة لكثرة من خالفه، والحجة أتم عليه أنه قال: إن السفلى
أحمل للطعام واللعب، فإن في العليا من الجمال أكثر من ذلك، وقد تختلف يسرى
اليدين ويمناهما في المنافع وتساويان في الدية، وبهذا قضى عمر بن عبد العزيز، وقاله
كثير من التابعين.

قال ابن حبيب: وقيل إن في العليا من الشفتين ثلثي الدية، وهو قول شاذ، والله
أعلم وأحكم. قال الشيخ أبو إسحاق: والشفة التي يجب بنهاها نصف الدية كل ما
زایل جلد الذقن والخذين من أعلى وأسفل مستديراً بالفم، وهو كل ما ارتفع عن
الأسنان واللثات، والله أعلم، يريد أن كل ما يغطي الأسنان واللثات من أعلى وأسفل،
فهو من الشفتين، وأما في الجانب، فإنهما متصلان بالشقين، وليس ذلك عندي من
الشفتين، والله أعلم وأحكم.

١٥١٥ - مَالِكُ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ الرَّجُلِ الْأَعْوَرِ يَفْقَأُ عَيْنَ الصَّحِيحِ،
فَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ: إِنْ أَحَبَّ الصَّحِيحُ أَنْ يَسْتَقِيدَ مِنْهُ، فَلَهُ الْقَوْدُ، وَإِنْ أَحَبَّ، فَلَهُ
الدِّيَةُ أَلْفُ دِينَارٍ أَوْ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

١٥١٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٩٤.

١٥١٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٩٥.

كتاب العقول ٣٧

الشرح: قوله: «أن الأعور يفتق عين الصحيح» يريد عمداً، وأما إن كان خطأ، فسواء كانت عين الجاني هي مثل العين التي أتلّفها من الصحيح أو خلافتها، فإنه ليس للمجنى عليه إلا دية عينه خمسمائة دينار، قاله عبدالمملك في الموازية والمجموعة.

فصل: قوله: «فإن للصحيح الخيار» يريد إذا كانت العين الباقية للأعور مثل العين التي فتقها الصحيح في كونها يمنى أو يسرى، فأما إن كانت عينه الباقية يمنى وفقاً يسرى عينى الصحيح، فقد قال ابن المواز: أجمع أصحابنا أنه لا قصاص له، وإنما له ديتها نصف دية العينين، وأما إذا فتق مثلها، فهو الذى قال ابن شهاب: إن الصحيح بالخيار.

وقال ابن المواز: اختلف الناس فى ذلك، فقال ابن القاسم وعبدالمملك وأكثر أصحابنا: المجنى عليه بالخيار بين القود وأخذ نصف الدية. قال: وإلى هذا رجع مالك، وهو قول ابن سعيد، وما بلغنى عن عمر وعثمان رضى الله عنهما.

وكان لمالك قول: ليس إلا القصاص، وبه نأخذ، وإليه رجع ابن القاسم فى رواية عيسى عنه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه رجع مالك إلى هذا.

فروع: فإذا قلنا إن الصحيح أخذ الدية، فقد قال ابن القاسم: الدية ألف دينار، وإليه رجع مالك، وكان يقول: إنما له دية عينه خمسمائة دينار.

وجه القول الأول أن الدية عوض مما للمجنى عليه أخذها، وهى عين الأعور، وديتها ألف، وكان للمجنى عليه أن يتركها أو يأخذ عوضها.

ووجه القول الثانى أن التى أصاب الجاني عين الصحيح وديتها خمسمائة، فإنما دية ما أتلّف عليه دون دية ما فى الجاني من الأعضاء كما لو قطع رجل يد امرأة، فإنما لها دية يدها.

مسألة: ولو فتق الأعور عينى رجل صحيح، فقد قال أشهب فى الموازية: تفتق عينه الباقية، وتؤخذ دية عينه الثانية، وبه قال عطاء وربيعة. وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبدالله: ليس له إلا أن تفتق عينه بعينه، رواه عنهما ابن المواز. وروى ابن سحنون عنهما: التخيير بين ذلك وبين أخذ الدية.

مسألة: فأما إن فتق الصحيح عين الأعور، فإن العور بالخيار بين القود، وأخذ دية عينه، قاله ابن المسيب وغيره من فقهاء المدينة. وقال ابن المواز: وهو قول مالك وجميع أصحابه، لم يختلفوا فيه.

٣٨ كتاب العقول

وذكر أبو بكر الأبهري رواية شاذة: أن مالكا اختلف قوله فيه، فقال: ليس له إلا القود، قال ابن القاسم وأشهب: إن كان الجاني صحيح العينين أو صحيح العين التي مثلها للأصور.

١٥١٦- مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ فِي كُلِّ زَوْجٍ مِنَ الْإِنْسَانِ الدِّيَةَ كَامِلَةً، وَأَنَّ فِي اللِّسَانِ الدِّيَةَ كَامِلَةً، وَأَنَّ فِي الْأَذْنَيْنِ إِذَا ذَهَبَ سَمْعُهُمَا الدِّيَةَ كَامِلَةً، اصْطُلِمَتَا، أَوْ لَمْ تُصْطَلِمَا وَفِي ذَكَرِ الرَّجُلِ الدِّيَةَ كَامِلَةً، وَفِي الْأُنْثَيْنِ الدِّيَةَ كَامِلَةً.

الشرح: قوله: «أنه بلغه أن في كل زوج من الإنسان الدية كاملة» يريد عينيه وشفتيه وأذنيه ويديه ورجليه وأنتبيه، قال الشيخ أبو إسحاق: قطعنا أو شلتنا أو رضنا حتى زالتا.

وقال مالك من رواية ابن القاسم عنه في المجموعة والموازية: في الأنثيين الدية كاملة، قطعنا مع الذكر في مرة واحدة، أو تقارب قطعهما، سواء قطع الذكر قبل الأنثيين أو بعدها.

قال عبد الملك: روى مطرف وابن الماجشون عن مالك: إن قطع الذكر أولا وآخرا، ففي الآخر حكومة. وقال ابن حبيب: إن قطعنا بعد الذكر، فلا دية فيها، وفي الذكر الدية قطع قبلها أو بعدها، وإن قطعنا معا ففيهما ديتان، كان القطع من فوق أو أسفل، هذا الذي ذكره ابن حبيب.

وروى أبو الفرج عن عبد الملك أنه خالف في ذلك مالكا، فقال: أيهما قطع قبل صاحبه، ففي الثانية حكومة. وقال أبو بكر الأبهري: إن قول مالك اختلف فيه، فقال مرة: هذا إن كان في مرة واحدة أو مرتين.

والدليل على ما تقدم من قول مالك أن كل واحد منهما فيه دية كاملة، فإذا كان قطعها في حال واحدة، أو ما يكون ذلك حكمه ففيهما الديتان؛ لأنه لم يثبت نقص في واحد منهما، وإن تأخر ذلك حتى يثبت النقص في الآخر فحينئذ يكون له حكم ما صار إليه.

مسألة: وفي ذكر الذي لا يأتي النساء دية كاملة، وكذلك ذكر الشيخ الكبير الذي ضعف عن النساء. رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك.

كتاب العقول ٣٩

قال مالك فى الموازية: ليس استرخاء ذكر الكبير بمنزلة الجنابة عليه أو أمر ينزل به من السماء، وفى الموازية والمجموعة: قال أصحاب مالك عنه: إن الأمر المجتمع عليه أنه ليس فى ذكر الخصى. قال فى المجموعة وهو عسيب قطعت حشفته إلا الاجتهاد. وأما لو قطع أنثياه، وبقي ذكره ففيه الدية كاملة.

مسألة: وأما شفرا المرأة، فروى ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون: إذا سلنا حتى يبدو العظم: أن فيهما الدية وهو أعظم مصيبة عليها من ذهاب يديها أو عينها. روى ابن وهب عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى فى ذلك بالدية.

فصل: وقوله: «وفى اللسان الدية كاملة» قال ابن المواز عن مالك: إذا قطع منه ما منع الكلام، وإن قطع منه ما لا يمنع الكلام، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة: فيه الاجتهاد. وقال الشيخ أبو إسحاق: إن قطع منه ما منع الكلام أو بح أو غن، ففيه الدية. وقال مالك: إن قطع منه ما منع بعض الكلام، ففيه بقدر ما منع من كلامه.

ووجه ذلك أن المنفعة المقصودة من اللسان الكلام، وفى جميعه الدية وفى بعضه بعض الدية كالبصر والسمع. وقال ابن المواز: وإنما الدية فيه بقدر الكلام لا بقدر ما نقص من اللسان.

مسألة: وكيف الاعتبار فى ذلك لا ينظر إلى عدد الحروف؛ لأن بعضها أثقل من بعض، ولكن بالاجتهاد. وقال أشهب: بقدر ما يرسخ فى القلب أنه نقص من ذلك. قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: كالعقل ينهب بعضه، فإن الدية تقسط على ذلك بحسب الاجتهاد؛ لأنه منفعة بخلاف الجوارح، فإن الدية تقسط على عددها دون منافعها.

وقال أصبغ: إنه على عدد حروف المعجم تجزأ ثمانية وعشرين جزءاً، فما نقص من الحروف نقص من الدية بقدره، وهو قول مجاهد.

ووجه القول أن الدية إنما تختلف باختلاف أجزاء ما جنى عليه كالأسنان والأصابع.

فصل: وقوله: «وفى الأذنين إذا ذهب سمعهما الدية اصطلمتا أو لم تصطلما» وأما إذا لم ينهب سمعهما، فقد قال فى المختصر: ليس فى أشراف الأذنين إلا حكومة وكذلك فى شحمهما. وروى البغداديون عن مالك فى ذلك روايتين إحداهما التى تقدمت، والثانية: فيهما الدية.

٤٠ كتاب العقول

وجه الرواية الأولى أنه قضى به أبو بكر الصديق رضى الله عنه ولا نعلم مخالفاً له من الصحابة، لأنه ليس فيهما منفعة مقصودة؛ لأن السمع يحصل مع عدمهما، ولا جمال ظاهر؛ لأن العمامة تسترهما.

وجه الرواية الثانية ما احتج به ابن المواز لأن فى الحديث فى الكتاب الذى كتب لابن حزم: وفى الأذن خمسون.

ومن جهة المعنى أن فيهما جمالاً ظاهراً كالأنف، وهو قول عمر بن عبد العزيز وأبى الزناد وغير واحد من العلماء. وروى الشيخ أبو إسحاق فيهما قولين، أحدهما: حكومة، والآخر: خمس عشرة فريضة، دية المنقلة. قال: وبالقول الأول أقول.

مسألة: لو ذهب السمع والأذن بضربة واحدة، فقد قال ابن القاسم: فى ذلك دية واحدة، قال الشيخ أبو القاسم: وعندى يجب فيهما دية وحكومة أو ديتان، على اختلاف الروايتين.

وجه ذلك أن السمع يبطئ مع ذهابهما، فهو منفعة فى غيرهما، فلم يجب أن يتداخل أرشهما.

١٥١٧- مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ فِي ثَدْيِي الْمَرْأَةِ الدِّيَةَ كَامِلَةً.

قَالَ مَالِكٌ: وَأَخْفُ ذَلِكَ عِنْدِي الْحَاجِبَانَ وَثَدْيَا الرَّجُلِ.

الشرح: قوله رحمه الله: وأنه بلغه أن فى ثديى المرأة الدية كاملة، معناه أن لهما منفعة مقصودة ورضاع الولد، قال ابن القاسم: إذا قطع الحلمتين وأبطل مجرى اللبن، ففيهما الدية. وروى ابن حبيب عن الماجشون: أن حد ما يوجب الدية فيهما ذهاب الحلمتين.

قال أشهب فى المجموعة: إن كان أذهب منهما ما هو سداد لصدرها ومناولتها لولدها، ففيهما الدية، وإن كان على غير ذلك، ففيهما بقدر شينهما، وأما ثديا الرجل، فقال عيسى فى المدنية: معنى قول مالك أن أخف ذلك عندى الحاجبان وثديا الرجل، معناه أن الدية لا تتم فى ذلك، وإنما فيهما الاجتهاد. رواه يحيى عن ابن نافع.

مسألة: وأما أليتا المرأة، فقد قال ابن القاسم وابن وهب: فيهما حكومة. وقال أشهب: الدية كاملة.

قال مالك: الأمرُ عندنا أنَّ الرَّجُلَ إِذَا أُصِيبَ مِنْ أَطْرَافِهِ أَكْثَرُ مِنْ دِيَّتِهِ، فَذَلِكَ لَهُ، إِذَا أُصِيبَتْ يَدَاهُ وَرِجْلَاهُ وَعَيْنَاهُ، فَلَهُ ثَلَاثُ دِيَّاتٍ.

الشرح: هذا على ما قال أن من أصيب من أطرافه ما فيه ديات كثيرة، وبقيت نفسه، فإنه يأخذ دية كل شيء، وإن بلغت عدتها ديات نفوس كثيرة، فإنها لا تتداخل مع بقاء النفس، وإنما تدخل كلها في دية النفس إذا تلفت النفس، فيكون في ذلك كله دية واحدة.

ومن ذلك أن في العينين دية، وفي الشفتين دية، وفي اللسان دية، وفي اليدين دية، وفي الصلب إذا كسر دية، وفي العقل دية، وفي الذكر دية، وفي الأثيين دية، وفي الرجلين دية، ففي الرجل تسع ديات غير مختلف فيها.

قَالَ مَالِكٌ فِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ الصَّحِيحَةِ إِذَا فُقِّمَتْ حَطًّا: إِنَّ فِيهَا الدِّيَةَ كَامِلَةً.

الشرح: وهذا على ما قال أن في عين الأعور الدية كاملة. قال ابن سحنون وابن المواز: أجمع أصحابنا على ذلك، وقاله أشهب في المجموعة والموازية. وقال العراقيون: فيهما نصف الدية كإحدى اليدين، وهذا غير مشبه لليدين، لأنه يبصر بالعين الواحدة ما يبصر بالعينين، ولا يعمل بيد واحدة ما يعمل بيدين، ولا يسعى برجل واحدة سعيه برجلين، قال: وأما السمع فيسأل عنه، فإن كان يسمع بالأذن الواحدة كما يسمع بالأذنين فهو كالبصر، وإلا فهو كاليد والرجل.

مسألة: ولو ضرب ضربة أذهبت نصف بصر إحدى عينيه، ثم ضرب ضربة أخرى أذهبت الصحيحة، فقد قال أشهب: له ثلثا الدية، لأن الذي أتلّف عليه ثلثا ما بقي من بصره.

قال ابن المواز عن ابن القاسم وعبدالمالك: إذا بقي من الأولى، فليس له في الصحيحة إلا نصف الدية، فإذا لم يبق من إحدهما نظر فما أتلّف من الأخرى فبحساب ألف دينار، سواء كانت الأولى أو الثانية، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في عقل العين إذا ذهب بصرها

١٥١٨ - مَالِكٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ

كَانَ يَقُولُ فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ إِذَا طَفِئَتْ: مِائَةٌ دِينَارٍ.

وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ شَتْرِ الْعَيْنِ وَحِجَاجِ الْعَيْنِ، فَقَالَ: لَيْسَ فِي ذَلِكَ إِلَّا الاجْتِهَادُ إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ بَصَرُ الْعَيْنِ، فَيَكُونُ لَهُ بِقَدْرِ مَا نَقَصَ مِنْ بَصَرِ الْعَيْنِ.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ الْعَوْرَاءِ إِذَا طَفِئَتْ، وَفِي الْيَدِ الشَّلَاءِ إِذَا قُطِعَتْ، إِنَّهُ لَيْسَ فِي ذَلِكَ إِلَّا الاجْتِهَادُ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ عَقْلٌ مُسَمًّى.

الشرح: قوله: «في العين القائمة إذا طفت مائة دينار» العين القائمة هي التي قد بقيت صورتها وهيتها وذهب بصرها فيحتمل أن يكون ذلك على معنى تقدير عقلها في الجملة ، ويحتمل أن يكون قال ذلك في عين معينة أداه اجتهاده إلى غرم هذا المقدار فيها، وهذا هو الصواب فيها.

وفي الموازية والمجموعة عن مالك: أن المجتمع عليه أنه سمع أن ليس في العين القائمة التي ذهب بصرها فبقيت إلا الاجتهاد وكذلك اليد الشلاء تقطع والأصابع.

ومعنى ذلك أن منافعها قد ذهبت وإنما بقي منها شيء من الجمال فلذلك كان فيها الاجتهاد ولم يقدر عقلها لأن ذلك إنما يكون في عضو باقى المنافع أو بعضها والله أعلم وأحكم.

وروى ابن المواز عن مالك: وكذلك الرجل العرجاء لم يبق فيهما منفعة. وقال في الكتابين، ابن وهب عن مالك: وكذلك الذراع يقطع بعد ذهاب الكف. قال ابن القاسم: وكذلك الكف يقطع بعد ذهاب الأصابع.

قال: كتاب ابن المواز: وليس في استرخاء اللسان أو الذكر من الكبير وضعف العين من كبر أو رمد أو الرجل من الكبر بمنزلة الجنابة عليها، ولا بمنزلة ما ينزل بها من الله تعالى، فما كان من الكبر، ثم أصيب العضو، ففيه الدية كاملة.

وروى ابن المواز عن مالك في عين الكبير قد ضعفت أو يصيبها الشيء فينقص بصرها، ولم يأخذ لها عقلاً: فعلى من أصابها الدية كاملة، فساوى بين ما ينقص من الجارحة بمرض وكبر.

وقال أشهب في الموازية: من أصابه في رجله أمر من عرق يضرب أو يرمد بعينه، فيتنقص بصرها، ثم يصاب، فإنما له بحساب ما بقي منهما كما لو أصابهما بمثل ذلك

كتاب العقول ٤٣

أحد، ومن ساوى بين ما يصيبها من أمر الله تعالى، وما يصيبها من الكبر فقد غلط لأن كل جارحة لابد أن تضعف من الكبر. وأما المرض فقد يسلم منه كثير من الناس.

فصل: وقوله: «وأما شتر العين وحجاج العين» فهو العظم المستدير حول العين ويقابل هو الأعلى الذى تحت الحاجب والجمع أحجة. وقد قال ابن المواز: إن شح حاجبه، فبرئ على عثم، ففيه حكومة إن سلمت العين.

وأما إن نقص بذلك من بصره شيء، فليس له إلا قدر دية ما نقص من بصره، يريد أن الحاجب، وإن كان عضواً غير العين، فإنه من آتاه وتوابعه، فإذا أصابه بضربة واحدة، ولم يؤثر فى غير الحاجب اعتبر تأثيرها فى الحاجب.

وإذا أثرت فى البصر الذى هو مقصود العين سقط تأثيرها فى الحاجب، إذا كان فيه الاجتهاد، ولم يكن فيه أرش مقدر، فإذا لم يبلغ الموضحة، وإنما فيه الاجتهاد، وإن كان قد أثر الضرب شيئاً.

فإن لم يؤثر فى البصر، ثبت حكم ذلك الشين، وإن أثر فى البصر بطل، وكان تبعاً لما نقص من البصر، ولو كانت الشجة يجب بها أرش مقدر كالموضحة فى الحاجب لكان أرشها مع دية ما نقص من البصر؛ لأن أرش الموضحة أمر ثابت بنفسه غنى عن الاجتهاد، فلم يكن تبعاً لغيره مما لا يكون فى ذلك العضو، وذلك أن الحاجب عضو غير العين التى فيها البصر.

مسألة: وإذا كانت العين قائمة أو فيها بياض، وقال: ذهب بصرها أو أقل ذلك فى عينه، فقد قال أشهب: يقبل قوله، ويشار إلى عينه أو إلى العين التى يدعى ذلك فيها، وإن لم يستدل على كذبه، حلف، وأخذ ما ادعاه. وقال أشهب فى الموازية: إذا اختلف قوله بأمر بين لم يكن له شيء.

ووجه هذا أنه لا طريق إلى معرفة صدقه إلا بمثل هذا أو ما جرى من الضرب الذى مثله يحدث هذا يشهد له، فإذا تبين كذبه باختلاف قوله بطلت دعواه، والله أعلم وأحكم.

وقال ابن حبيب وأصبخ: ولو ضرب فادعى أن جماع النساء ذهب منه، فإن أمكن أن يختبر اختبر، وإلا حلف وأخذ الدية، فإن رجع إليه جماعه بقرب ذلك أو ببعدة رد ما أخذ، وكذلك كل ما لا يقدر أن يعرف بالبينة مثل أن يدعى ذهاب كلامه أو سمعه مع بقاء الجارحة، فليختبر ثم يحلف ويأخذ الدية ثم إن رجع ذلك إليه رداً ما أخذ، وإن بعد، قاله ابن القاسم.

* * *

ما جاء في عقل الشجاج

١٥١٩ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ يَذْكُرُ أَنَّ الْمَوْضِحَةَ فِي الْوَجْهِ مِثْلُ الْمَوْضِحَةِ فِي الرَّأْسِ، إِلَّا أَنَّ تَعْيِبَ الْوَجْهِ، فَيَزَادُ فِي عَقْلِهَا مَا بَيْنَهَا وَيَبْنِ عَقْلَ نِصْفِ الْمَوْضِحَةِ فِي الرَّأْسِ، فَيَكُونُ فِيهَا خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ دِينَارًا.

الشرح: قول سليمان: «أن الموضحة في الوجه مثل الموضحة في الرأس» يدل أن لها مثل حكمها يجب بكل واحدة منهما نصف عشر الدية، وذلك أن معنى الموضحة من جهة اللغة ما أوضح عن العظم وأظهره بوصول الشجة إليه، وقطع ما دونه من لحم وجلد وغير ذلك مما يستره.

وهذا موجود من جهة اللغة في كل عضو من أعضاء الجسد إلا أن أرش الموضحة الذي قدره الشرع بنصف عشر الدية، سواء عظمت الموضحة أو صغرت، وإنما يختص بموضحة الرأس والوجه؛ لأن العظم واحد وهو جمجمة الرأس. قال ابن القاسم في الموازية: وكل ناحية من الرأس في الموضحة، وحد ذلك منتهى الجمجمة، فإن أصاب أسفل منها، فهو من العنق لا موضحة فيه.

وقال أشهب: كل ما لو نفذ منه وصل إلى الدماغ، فهو من الرأس.

ووجه ذلك أن الخطر يعظم بوصول الجرح إلى ذلك العظم دون سائر عظام الجسد، فلذلك اختصت موضحته بهذا الحكم، فإذا أطلق في الشرع الموضحة، فإنما تنطلق على الموضحة التي يثبت لها هذا الحكم، ولا تكون إلا في الوجه والرأس لما قدمناه.

وروى ابن وهب عن مالك في الموازية: الموضحة في الرأس والوجه من اللحي الأعلى وما فوقه، وليس في الأنف ولا في اللحي الأسفل موضحة، وفيها الاجتهاد. وقال ابن القاسم: في الخد الموضحة.

مسألة: وهذا إذا برئت على شين، لأنه عقل يختص بها لوصول الشجة إلى ذلك العظم، فأما إذا برئت على شين، وهو قبح الأثر، فإنه يزداد في موضحة الوجه والرأس بقدر ما شأنه بالاجتهاد، شأنه قليلاً أو كثيراً، وهذا قول مالك في الموازية وبه أخذ ابن القاسم.

قال ابن القاسم: ولم يأخذ مالك بقول سليمان بن يسار: يزداد فى موضحة الوجه ما بينهما وبين نصف عقلها. وقال مالك: وما سمعت أن غيره قاله.

وقال ابن نافع عن مالك: لا يزداد فيها شىء إلا أن يكون شيئاً منكراً، فيزداد فى ذلك. وقال أشهب: لا يزداد لشينها شىء؛ لأن فيها دية موضحة.

وجه قول مالك أن الوجه يختص بقبح المنظر دون الرأس؛ لأنه ظاهر، ولهذا المعنى تأثير فى العمل كالذى فى سائر الجسد، وإنما يختص عقل الموضحة بالشجة، ووصولها إلى عظم الدماغ، فأما الشين، فإما هو معنى أزيد بعد ذلك، فيجب أن يكون فيه الاجتهاد.

وجه قول أشهب ما احتج به من أن دية الموضحة مقدره لا تختلف بصغرها ولا كبرها، فلا تختلف بقبح أثرها كموضحة الرأس.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ فِي الْمُنْقَلَةِ خَمْسَ عَشْرَةَ فَرِيضَةً.

قَالَ: وَالْمُنْقَلَةُ الَّتِي يَطِيرُ فِرَاشُهَا مِنَ الْعُظْمِ وَلَا تَحْرِقُ إِلَى الدِّمَاغِ، وَهِيَ تَكُونُ فِي الرَّأْسِ وَفِي الْوَجْهِ.

الشرح: قوله: «أن فى المنقلة خمس عشرة فريضة» يريد خمس عشرة من الإبل، فالفريضة معناها الواحد مما يجب به العقل من الإبل، ولا نعلم خلافاً فى ذلك. وأما المنقلة، فهى من الشجاج ما خرج منها عظم بكسر الشجة له، وبقي سائر العظم المشجوج، وأقله أن يظهر فراش العظم، وهو أعلاه.

فصل: وقوله: «وهى تكون فى الرأس والوجه» يريد أنها تختص بذلك العظم دون غيرها كالموضحة، وإن كانت المنقلة من جهة وضع اللغة موجودة فى غيرها من الأعضاء.

وأما الهاشمة، فهى التى تهشم العظم، ولا يخرج شىء منه، فإن خرج شىء من العظم صارت منقلة.

قال مالك: الْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمَأْمُومَةَ وَالْحَائِفَةَ لَيْسَ فِيهِمَا قَوْدٌ.

قال مالك: وَالْمَأْمُومَةُ مَا حَرَّقَ الْعُظْمَ إِلَى الدِّمَاغِ، وَلَا تَكُونُ الْمَأْمُومَةُ إِلَّا فِي الرَّأْسِ.

وَقَدْ قَالَ ابْنُ شَيْهَابٍ: لَيْسَ فِي الْمَأْمُومَةِ قَوْدٌ.

قال مالك: وَمَا يَصِيلُ إِلَى الدِّمَاغِ إِذَا خَرَقَ العَظْمَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المأمومة، وهي التي تصل منها إلى الدماغ قدر مغرز إبرة فأكثر، والجائفة، وهي التي يصل منها إلى الجوف مثل ذلك، وليس في شيء منها قود، وبهذا قال أكثر الفقهاء، وهو المروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

قال ابن المواز: أجمع الفقهاء على ذلك إلا ربيعة.

والدليل على ما نقوله أن معنى القصاص أن يحدث عليه مثل ما جنى، ولما كان الغالب من هذه الحناية أنها لا تقف على ما انتهت إليه في المحنى عليه، بل تؤدي إلى النفس، لم يجز القصاص فيها؛ لأن قصد القصاص قصد إلا إتلاف النفس.

مسألة: وقال المغيرة في المجموعة القصاص في كل جرح إلا فيما أجمع العلماء على أنه لا قصاص فيه كالمأمومة والجائفة وكسر الفخذ، ولا قود في كسر الصلب.

قال ابن المواز: وأجمعنا على أنه لا قصاص في عظام العنق والفخذ والصلب وشبه ذلك من المتالف. وقال ابن القاسم عن مالك في المجموعة: القود في اللسان، إن كان يستطاع القود منه، ولا يخاف، وإن كان متلفاً، فلا قود فيه. وقال أشهب: أجمع العلماء أن لا قود في المخوف واللسان عندى مخوف، فلا قود فيه، وقاله مالك.

قال القاضي أبو محمد: وذلك كله مبنى على إمكان المماثلة، فإن تأتت فيه، ولم يعظم الخوف على النفس، وجب القصاص، وإن عظم الخوف لم يجب القصاص، وهذا على ضربين، أحدهما: ما لا يمكن فيه القصاص، لما قدمناه أن الغالب منه الهلاك، فلا يجب فيه القصاص من جرح كما لا يجب القتل.

والضرب الثاني: ما لا يمكن فيه القصاص؛ لتعذر استيفاء المثل والعلم به، والقدرة على الموصل إليه. وذلك مثل جرح اللسان المذهب لبعض الكلام، فقد روى أشهب عن مالك في العتبية فيمن عض لسان رجل، فقطع منه ما منعه الكلام شهرين ثم تكلم، وقد نقص كلامه، قال: أحب إلى أن لا قود فيه؛ لأنى أخاف أن يذهب من كلامه أكثر من ذلك وجميع الكلام.

ومن ضرب عين رجل فايضت، فقد قال ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: لا قود في البياض. قال ابن المواز: إن كان أصابه بعضاً أو غير ذلك، فشحه موضحة، فإنه

كتاب العقول ٤٧

يستقاد له منه، وإن ابيضت عينه، وإلا ففيها العقل، وإن كان أصابه بما لا قود فيه كاللظمة أو الضربة بعضا من غير أن تدمى، فإن انخسفت عينه أقيد له من عينه فقط، وإن لم تنخسف، فليس له عقلها.

وقال عبدالملك فى المجموعة: لا قود فى العين إلا أن تصاب كلها، فإن أصيب بعضها، قل أو كثر، فلا قود فيه؛ لأنه لا يوقف له على حد، والسمع لا قود فى جميعه ولا فى بعضه؛ إذ لا يقدر عليه، وإنما فيه العقل بحساب ما ذهب منه.

مسألة: ومن ضرب رجلاً فأشلت يده، ففى الموازية والمجموعة، قال ابن القاسم عن مالك: فيها القود، يضربه كما ضربه، فإن شلت يده، وإلا فعقلها فى مال الضارب.

مسألة: وأما كسر العظم، ففى المجموعة والموازية، قال مالك: الأمر المجتمع عليه فى كسر اليد والرجل القصاص. قال أشهب: وما علمت من منع منه إلا أهل العراق، وقالوا: إذ لا يستوى الكسران، وهذا يفسد؛ لأنه إنما اختلف القود فى الجراح لتجاوزه.

ومعنى قوله هذا أن الأغلب التمكن من المماثلة، وأن المخالفة فيه تقل وتندر كالقود فى الموضحة وكقطع العضو من المفصل لا يستطيع فى شىء من ذلك المماثلة بخلاف الجائفة والمأمومة وكسر عظم الصلب، فإن الجائفة يتقى منها أن تنتهى إلى الموت، وكان ذلك الغالب من حالها.

وقد أقاد عمر بن عبدالعزيز من كسر العظام مما ليس بمتلف، وبه قال ابن شهاب وربيعة. وقد روى أشهب عن مالك: فى إحدى قصبتى اليد القصاص، إن استطع ذلك، فعلق هذا بالتمكن من المماثلة.

وقد حكى القاضى أبو محمد: أن لا قود فى كسر الفخذ؛ لأنه متلف، فأما غير الفخذ، ففيه روايتان، قال: وذلك مبنى على إمكان المماثلة، فإن تأتت ولم يعظم الخوف على النفس، وجب القصاص، وإن اشتد الخوف، لم يجب.

مسألة: وأما عظام الصدر، فقد قال أشهب: لا قصاص فيه؛ لأنه متلف، رواه ابن المواز. وقال ابن القاسم: يستل عنه أهل المعرفة، فإن كان غير مخوف اقتصر منه. وفى المجموعة والموازية: فى الأثنين لو قطعهما أو أخرجهما، ففيها القود، ولا قود فى رضىهما؛ لأنه متلف، وإن قطعتهما فعلت به غير ما فعل.

قال مالك: الأمر عندنا أنه ليس فيما دون الموضحة من الشجاج عقل حتى تبلغ

المُوضِحَة، وَإِنَّمَا الْعَقْلُ فِي الْمَوْضِحَةِ فَمَا فَوْقَهَا، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْتَهَى إِلَى الْمَوْضِحَةِ فِي كِتَابِهِ لِعَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ، فَجَعَلَ فِيهَا خَمْسًا مِنَ الْإِبِلِ، وَلَمْ يَقْضِ الْأِيْمَةُ فِي الْقَدِيمِ وَلَا فِي الْحَدِيثِ فِيمَا دُونَ الْمَوْضِحَةِ بِعَقْلِ.

الشرح: قوله: «ليس فيما دون الموضحة عقل» يريد شيئاً كعقل الموضحة، وأول الجراح الدامية، وهي التي يدمى الجلد منها وقتها، ثم الخارصة، وهي التي تشق الجلد، ثم السمحاق، وهي التي تكشفه، ثم الباضعة، وهي التي تبضع اللحم، ثم المتلاحمة، وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع، ثم الملطاة، وهي التي يبقى بينها وبين انكشاف العظم ساتر رقيق، ثم الموضحة.

وقال ابن المواز: الملطاة وهي السمحاق، وهي التي لا تقطع الجلد، وتهشم العظم، وتنتف الشعر، وتدمى ولا تقطع من الجلد شيئاً، والدامية هي التي تدمى، ولا تقطع شيئاً من الجلد، ولا تهشم عظماً، والباضعة هي التي تبضع في الرأس، ولا تبلغ العظم.

وقال ابن حبيب: أسماء الجراح في الوجه والرأس عشر، أولها الدامية، وهي التي تدمى الجلد بخدش، ثم الخارصة، وهي التي تخرص الجلد أى تشقه، وهي السمحاق، وهي تسلخ الجلد كأنها تكشفه عن العظم، ثم الباضعة، تقطع اللحم بعد الجلد ثم المتلاحمة، وهي التي أخذت في اللحم في غير موضع، ثم الملطاة، بينها وبين العظم صفاق رقيق، ثم الموضحة، وهي توضح عن العظم، ثم الهاشمة، وهي التي تهشم العظم، ثم المنقلة، وهي التي تطير فراش العظم مع الدواء أو هشمته، وإن لم يطر وصرعته، وبينها وبين الدماغ صفاق صحيح، ثم الدامغة، وهي ما أفضى إلى الدماغ، فكل ما ذكرناه قبل الموضحة.

فإن كان عمداً، ففيه القود، قال الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]، وإن كان خطأ ففيه الاجتهاد، وليس فيه عقل مسمى، فأما الموضحة، وهي التي كشفت اللحم عن العظم، فإن كانت في الرأس والوجه، ففيها نصف عشر الدية، وإن كانت في سائر الجسد، ففيها حكومة، وفيها القود، إن كانت عمداً، ثم الهاشمة، وهي التي هشمت العظم، وفيها ما فى الموضحة من الدية. وأما القصاص فسنذكر حكمها بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٥٢٠ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: كُلُّ نَافِذَةٍ فِي عَضْوٍ مِنَ الْأَعْضَاءِ، فَفِيهَا ثَلَاثُ عَقْلِ ذَلِكَ الْعَضْوِ.

مَالِكُ: كَانَ ابْنُ شِهَابٍ لَا يَرَى ذَلِكَ. وَأَنَا لَا أَرَى فِي نَافِذَةٍ فِي عَضْوٍ مِنَ الْأَعْضَاءِ فِي الْجَسَدِ أَمْرًا مُجْتَمِعًا عَلَيْهِ، وَلَكِنِّي أَرَى فِيهَا الاجْتِهَادَ، يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ أَمْرٌ مُجْتَمِعٌ عَلَيْهِ عِنْدَنَا.

الشرح: قول ابن المسيب: «أن في كل نافذة في عضو ثلاث عقله» وأنكره ابن شهاب وغيره من العلماء.

وقال مالك: «إنما يكون فيه الاجتهاد» يريد والله أعلم أن جرح الخطأ لا يعقل حتى يبرأ، فإن برئ على غير شين، فلا شيء فيه، وإن برئ على شين، ففيه الحكومة، وهو ما يؤدي إليه اجتهاد المجتهد، فلما نقص ذلك الجرح الذي جنى عليه من مناوله ذلك العضو، وليس فيه عقل مقدر، فيوقف عنده.

قال أشهب: وقد وقف قوم فيما دون الموضحة قدرًا من الدية.

قال مالك: والأصل لذلك التوقف، وأول من كتب به معاوية، ثم طرحه عمر بن عبد العزيز حين ولي، وقد أنكر مالك ما ورى عنه أنه حدث به عن عمر وعثمان في الملقاة. قال القاضي أبو محمد: إنما قلنا إن فيما دون الموضحة الاجتهاد، وهو الحكومة.

وكذلك جراح الجسد، لأن مقادير العقل لا تؤخذ بالقياس، وليس في ذلك شرع مقدر، وهو أن يقول المجنى عليه لو كان عبدًا كم كان يساوي سليمًا، فيقال مائة دينار ثم يقوم وبه الجرح، فيساوي ثمانين، فيعلم أن الجنائية، قد نقصته قيمته، فيلزم الجنائي خمس دية، وإنما أوردت هذا الفصل هنا، وقد تقدم لغيره؛ لأنه قال فيه: بأن المقادير لا تثبت بالقياس، وقد ذكرته في أحكام الفصول.

مسألة: وأما الجائفة، إذا كانت نافذة، ففي الموازية عن مالك مرواية ابن القاسم وأشهب وغيرهما: فيها دية جائفتين، ثلثا الدية. قال ابن القاسم في المجموعة: وهو أحب قول مالك إلى. قال أشهب: وقد قضى بذلك أبو بكر الصديق. وقال مالك: في العمد والخطأ. قال مالك: ولو انخرق ما بينهما لكانت واحدة.

٥٠ كتاب العقول

قال مالك: الأمر عندنا أن المأمومة والمنقلة والموضحة لا تكون إلا في الوجه والرأس، فما كان في الحسد من ذلك، فليس فيه إلا الاجتهاد.

قال مالك: فلا أرى اللحي الأسفل والأنف من الرأس في جراحهما؛ لأنهما عظامان منفردان، والرأس بعدهما عظم واحد.

الشرح: قوله: «أن المأمومة والمنقلة والموضحة لا تكون إلا في الوجه والرأس» على ما تقدم أن ذلك مختص بعظم واحد، وهو الجمجمة، ولذلك قال مالك: «والرأس بعد اللحي الأسفل والأنف، عظم واحد» لما في جرح الجمجمة من الخطر، فجعل لجرحها أرشاً مقدرًا، ولا يعتبر بما تبرأ عليه، فقد تبرأ على غير شين، فيسقط أرشه، فجعل فيه أرشاً مقدرًا زجرًا وباعثًا على نهاية التحرز والتوقى لا سيما مع اختصاص أرش الموضحة والمنقلة بمال اجناني. فأما الموضحة والمنقلة، فتكون في الوجه والرأس جميعًا.

وأما المأمومة، فقد روى ابن القاسم وغيره عن مالك في الموازية والمجموعة: لا تكون المأمومة إلا في الرأس، وما يصل إلى الدماغ، ولو بعد بمدخل إبرة.

وقال أشهب: لو ضربه، فأضار أنفه، ثم نفذت الضربة إلى دماغه، ففى ذلك دية وثلاث، يريد إن وصل إلى الدماغ حيث كان، فهو مأمومة، سواء وصل من الوجه أو من الرأس. وقال أشهب: كل ما نفذت منه وصل إلى الدماغ، فهو من الرأس، وهو لما تقدم من قول مالك.

فصل: «ولا أرى اللحي الأسفل والأنف من الرأس» هذا من ذهب مالك وجميع أصحابه، وقال الشافعي: الأنف من الوجه، واللحي الأسفل من الرأس.

١٥٢١ - عَنْ مَالِكٍ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ أَقَادَ مِنَ الْمُنْقَلَةِ.

الشرح: قوله: «أن عبد الله بن الزبير أقاد من المنقلة» مما اختلف فيه من العلماء، فقال أبو بكر الصديق: لا قود فيه، وقاله المغيرة في المجموعة. ورواه ابن القاسم وغيره عن مالك في المجموعة والموازية، قال عنه ابن نافع: لا أرى ما صنع ابن الزبير، ولم

كتاب العقول ٥١
يمض عليه الأمر. وقال القاضي أبو محمد: فيهما روايتان، إحداهما: وجوب القود،
والأخرى: نفيه.

وجه الوجوب أن أمرها أخف من المأمومة؛ لأن أكثر ما فيها رض العظم مع بقاء
الصفاق، وذلك لا يكون منه التلف غالباً؛ لأن أكثر ما فيه القود.

ووجه نفي القود أنه جرح كسر عظم الرأس، فلم يكن فيه قود كالمأمومة.

مسألة: وأما الهاشمة، ففي الموازية والمجموعة: لا قود في هاشمة الرأس؛ لأنها لا يبد
أن تعود منقلة. وقال أشهب: فيها القصاص إلا أن تتقل، فتصير منقلة، فلا قود فيها.

وقال ابن المواز: يريد يستقاد منها موضحة، إن لم تستقل بالشجة الأولى، وتزيد
على الهشم، فإن هشمت مثل الأولى، فهو حقه، وإن برئت موضحة، ولم تبلغ الهشم
لم يكن له شيء؛ لأنه ليس عنده فضل عقل بين الموضحة والهاشمة، وما قاله أشهب
صواب: إن كان برئ الجرح موضحة، ثم تهشمت. فأما لو كانت الضربة هاشمة، لم
يكن فيها قود، على قول مالك، وهذا في شجاج الرأس.

وروى ابن القاسم عن مالك: في هاشمة الجسد، القود إلا ما هو مخوف كالفخذ.
وروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: يقاد من موضحة الجسد ومنقلته، وقد تقدم
من رواية القاضي أبي محمد في المنع من القود في كسر عظام الجسد، والله أعلم.

فرع: وإذا اقتص من الجرح فحدث من ذلك على وجه السراية زيادة على ما أقيد
له من الجرح لم يضمن، خلافاً لأبي حنيفة.

والدليل على ما نقوله أنه قطع استحق عليه بسبب كل منه، فلم يضمن كالقطع في
السرقعة، والله أعلم.

* * *

ما جاء في عقل الإصابع

١٥٢٢ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ
سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ كَمْ فِي إِصْبَعِ الْمَرْأَةِ؟ فَقَالَ: عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ، فَقُلْتُ: كَمْ فِي
إِصْبَعَيْنِ؟ قَالَ: عِشْرُونَ مِنَ الْإِبِلِ، فَقُلْتُ: كَمْ فِي ثَلَاثِ؟ فَقَالَ: ثَلَاثُونَ مِنَ الْإِبِلِ،

٥٢ كتاب العقول
فَقُلْتُ: كَمْ فِي أَرْبَعٍ؟ قَالَ: عِشْرُونَ مِنَ الْإِبْلِ، فَقُلْتُ: حِينَ عَظَمَ جُرْحُهَا وَاشْتَدَّتْ مُصِيبَتُهَا، نَقَصَ عَقْلُهَا؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: أَعْرَاقِي أَنْتَ؟ فَقُلْتُ: بَلْ عَالِمٌ مُتَّبِتٌ أَوْ جَاهِلٌ مُتَعَلِّمٌ، فَقَالَ سَعِيدٌ: هِيَ السُّنَّةُ يَا ابْنَ أَخِي.

الشرح: قوله: «أن في ثلاثة أصابع من يد المرأة ثلاثين من الإبل وفي أربعة أصابع عشرون» على أن المرأة تساوي الرجل في أرش الجنائيات حتى تبلغ ثلث الدية، فتكون على النصف من دية الرجل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن المرأة نصف دية الرجل، فيما قل وكثر من الجنائيات.

والدليل على ما نقوله أنه إجماع الصحابة؛ لأنه مروى عن عمر وعلى وابن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنه، ولا تجب عند أحد من الصحابة خلافهم.

وما روى في ذلك عن عمر وعلى مما يخالف ما قلناه، فطرقة ضعيفة لا تثبت، قال ذلك أبو بكر بن الجهم، وإنما تثبت عن زيد وابن عباس مساواتها الرجل في الموضحة، فأخى الفقهاء ما دون الثلث بذلك لأن الثلث حد في الشريعة بين القليل والكثير.

قال أبو بكر بن الجهم: وهو قول الفقهاء السبعة بالمدينة. قال ابن هرمز: وهو من كبار التابعين، وإنما أخذنا ذلك عن الفقهاء.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا أرش نقص عن الدية، فوجب أن يتساوى فيه الذكر والأنثى كالجنين فيه غرة، ذكرًا كان أو أنثى.

مسألة: وهذا فيما دون الثلث، فإذا بلغ الثلث، فقد قال الشيخ أبو بكر بن الجهم: إن الإجماع قد وقع في الثلث أنها ترجع إلى حساب ديتها بنصف ما في جرح الرجل، والله أعلم وأحكم.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن كان الجرح التي تبلغ الثلث من ضربة واحدة، فحكمها حكم الجرح الواحد وإن كانت في ضربات، فإن كانت في فور واحد فهي كضربة واحدة، قاله مالك في الموازية خلافاً لعبد الملك بن الماجشون.

واحتج أشهب لقول مالك بالسارق ينقل المتاع من البيت، قليلاً قليلاً، يدخل ويخرج، فإن حكمه حكم ما يخرج في مرة واحدة، فإن أخذ شيئاً ثم بداله فأخذ غيره، فلكل واحد حكمه وكذلك لو جرحها جرحاً يبلغ ثلث الدية، ثم بداله، فجرحها جرحاً، آخر لكان لكل جرح حكمه كما لو باعد ما بينهما.

فصل: وقول ربيعة: «حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها» اعتراض على فتوى ابن المسيب إلا أن يتقصى بأرش الموضحة أوضح في جانب رأسه موضحة صغيرة، وفي الجانب الآخر مثلها له عشر من الإبل، وإذا أوضح مثل تينك الموضحتين، ووصل منهما بما هو أعظم منهما له خمس من الإبل، فكلما عظمت مصيبتها نقص ما يأخذ. ولا خلاف في صحة هذا، ولذلك قال له ابن المسيب: «أعراقى أنت؟» بمعنى التنبيه على ضعف حجته.

قال: أهل العراق كانوا عند أهل المدينة موصوفين بالتقصير عن درجتهم، والبحث عن المسائل، والتنقير عنها، والاعتراض عليها بالخجج الضعيفة حين لم يكن عندهم من الأصول ما كان عند أهل المدينة، فكان تفريرهم واعتراضهم متعلقاً برأى لا يستند إلى أصول، وإنما معنى ذلك تقصيرهم فيه عن درجة أهل المدينة، لا تعريهم منه، وخلوهم من نيل درجة الإمامة فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول ربيعة: «بل عالم مثبت أو جاهل متعلم» يريد أنه لا يعترض في هذا الاعتراض الذي ضنه به، وإنما يعترض اعتراض رجل من أهل العلم قد علم المسألة إلا أنه يعترضه فيها شبهة، فأراد أن يثبت ما علم بإزاله تلك الشبهة، أو سؤال جاهل، يريد التعلم فسأل عنها، فلما علم ما لم يعلم اعترضته الشبهة التي أوردتها فأراد إزالة ما في نفسه.

وقول ابن المسيب: «إنها السنة» يحتمل أن يريد إنها سنة النبي ﷺ، فقد روى ذلك القاضي أبو محمد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، ويحتمل أن يريد أن السنة قد قررت في الشرع أن تعظم المصيبة ويقل الأرش، فلا تنكره، ولعله ذكره له أو أمثاله، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: الأمرُ عندنا في أصابع الكف إذا قطعت، فقد تمَّ عقلها، وذلك أن خمسة الأصابع إذا قطعت كان عقلها عقل الكف خمسين من الإبل، في كل إصبع عشرة من الإبل.

قال مالك: وحساب الأصابع ثلاثة وثلاثون ديناراً وثلاث دنانير في كل أنملة وهي من الإبل ثلاث فرائض وثلاث فريضة.

الشرح: قوله: «في الأصابع إذا قطعت فقد تم عقلها» يريد أن في كل إصبع عشرًا

٥٤ كتاب العقول

من الإبل، فإذا قطعت الأصابع كلها، ففيها خمسون، وذلك عقل اليد، سواء مالك: إذا قطعت أصابع الكف تم عقلها خمسمائة كما لو قطعت من الكف أو المنكب. قال ابن عنه ابن وهب: وكذلك رجله من الورك، فيها مثل ما في قطع الأصابع. قال ابن القاسم وأشهب: ولو قطع فأشل ساعده، فإنما عليه دية الكف، وهو من الذهب خمسمائة دينار لكل أصبع مائة دينار، ومن الورق ستة آلاف درهم لكل إصبع ألف درهم ومائتا درهم.

فصل: وقوله: «وحساب الأصابع ثلاثة وثلاثون ديناراً» وفي الإصبع ثلاث أنامل في كل أنملة ثلث المائة، وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث. قال ابن المواز عن مالك: الإبهامان فيهما أنملتان، فإذا قطعنا، ففيهما عشر من الإبل، في كل واحد منهما خمس؛ لأنها إذا ذهب، فقد ذهبت المنفعة، وإبهام الرجل مثلها. قال: وما سمعت فيه شيئاً، وهو رأى.

قال ابن سحنون: وروى ابن كنانة عن مالك: في الإبهام ثلاثة أنامل في كل أنملة دية الأصابع. قال: وإليه رجع مالك وأخذ أصحابه بقوله الأول.

وجه القول الأول ما احتج به أشهب، قال: لو لزم في بقية الإبهام الذي في الكف دية للزم في سائر الأصابع أن يكون لها في مثل ذلك دية أنملة رابعة، وهذا خلاف الأمة.

وجه القول الثاني أن هذا إصبع، فكانت أناملها ثلاثاً. أصل ذلك سائر الأصابع.

* * *

جامع عقل الأسنان

١٥٢٣ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ مُسْلِمِ بْنِ جُنْدُبٍ، عَنْ أَسْلَمَ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَضَى فِي الضَّرْسِ بِحَمَلٍ، وَفِي التَّرْقُوتِ بِحَمَلٍ، وَفِي الصَّلَعِ بِحَمَلٍ.

١٥٢٤ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ

١٥٢٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٠٤، وعبد الرزاق في مصنفه ٣٦٧/٩، والسنن

للبيهقي ٩٩/٨، ومعرفة السنن برقم ١٦٢٠٦، والملحى ٤٥٢/١٠، والمغنى ٥٣/٨.

١٥٢٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٠٥.

يَقُولُ: قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي الْأَضْرَاسِ بِيَعِيرٍ بِيَعِيرٍ، وَقَضَى مُعَاوِيَةَ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ فِي الْأَضْرَاسِ بِخَمْسَةِ أَبْعَرَةٍ، خَمْسَةَ أَبْعَرَةٍ.

قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ: فَالِدِيَّةُ تَنْقُصُ فِي قَضَاءِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَتَزِيدُ فِي قَضَاءِ مُعَاوِيَةَ، فَلَوْ كُنْتُ أَنَا لَجَعَلْتُ فِي الْأَضْرَاسِ بِيَعِيرَيْنِ بِيَعِيرَيْنِ، فَتِلْكَ الدِّيَّةُ سَوَاءٌ.

الشرح: قوله: «قضى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى الأضراس بيعير بيعير وقضى معاوية بخمسة أبعرة ورأى سعيد بن المسيب بيعيرين بيعيرين فى كل ضرس» واستحسن عمر بن عبد العزيز قول ابن المسيب لما فيه من موافقة عقل جميعها الدية الكاملة؛ لأنها تزيد على قضاء معاوية، وتنقص فى قضاء عمر.

قال ابن مزين: وسألته عن ذلك، فقال: تفسير ذلك أن عمر بن الخطاب كان يجعل فى الأضراس بعيراً بعيراً، والأضراس عشرون، كان يجعل فى الأسنان خمسة والأسنان اثنا عشر، أربع ثنايا وأربع رباعيات، وأربع أنياب، فدية جميع ذلك ثمانون بعيراً، فنقصت عن دية النفس عشرون بعيراً.

قال: وكان معاوية بن أبي سفيان يجعل فى الأضراس خمسة خمسة، فجميع ذلك ستون ومائة، فقد زاد على دية النفس ستين. وقال سعيد: «لو كنت أنا لجعلت فى الأضراس بيعيرين بيعيرين»، فذلك أربعون بعيراً، وفى الأسنان خمسة خمسة، فذلك ستون تمام المائة دية كاملة.

والذى قاله معاوية هو المروى عن النبي ﷺ وسيأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى من الأصل. وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعى لما روى عنه ﷺ أنه قال: «فى السن خمس من الإبل».

وعند ابن مزين يقول: الأضراس ستة عشر، ويزيد الأسنان أربع ضواحك، وهى التى تلى الأنياب، وتتصل بالأضراس.

١٥٢٥ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: إِذَا أَصَبَتْ السِّنُّ، فَاسْوَدَّتْ، فَفِيهَا عَقْلُهَا تَامًا، فَإِنْ طُرِحَتْ بَعْدَ أَنْ اسْوَدَّتْ، فَفِيهَا عَقْلُهَا أَيْضًا تَامًا.

٥٦ كتاب العقول

الشرح: قوله: «إن اسودت السن ففيها العقل تامًا، ثم طرحته، ففيها العقل أيضًا تامًا» يريد اسودادها يوجب فيها العقل التام. قال القاضي أبو محمد، خلافًا للشافعي في قوله: إذا ضربت فاسودت، ففيها حكومة، قال: والدليل على ما نقوله أنه إذا اسودت، فقد ذهبت منفعتها، فوجب بذلك الدية، قال: ثم إذا طرحته بعد ذلك وجبت دية أخرى لذهاب الجمال بها كالأنف يضرب، فيذهب الشم، ففيه الدية، ثم إذا قطع بعد ذلك، ففيه دية أخرى.

وفي الموازية عن أشهب عن عمر وعلى وابن المسيب وعدد من التابعين: أنها إذا اسودت وجب عقلها، ولم يبلغني عن أحد من العلماء خلافه.

وأما إذا طرحته بعد اسودادها، ففيها بعض الخلاف، قال ابن شهاب وأبو الزناد: ففيها حكومة كالعين القائمة.

قال ابن المواز: العين القائمة لم تبق فيها منفعة؛ لأن السن السوداء بقيت فيها قوتها، وأكثر منافعها، فظاهر قوله إن الأمر بالعكس، فما قاله القاضي أبو محمد من أن السن إذا اسودت، فقد ذهب جمالها، وبقيت منفعتها، فإنما وجبت الدية الأولى باسودادها لذهاب جمالها، ووجبت الدية الثانية لذهاب منفعتها، وهو الأظهر عندي، والله أعلم.

ويدل على ذلك أن السن إذا اضطربت اضطرابًا شديدًا، وجبت فيها الدية لذهاب منفعتها، ثم إن طرحته، فقد وجبت فيها حكومة لذهاب ما فيها من جمال ومنفعة كاليد الشلاء، والعين القائمة، فلو كانت السن السوداء ذهبت منفعتها لم يجب على من طرحها إلا حكومة، وقد حكى ابن مزين عن عيسى بن دينار ما يؤدي ذلك، قال: وسألته عن قول سعيد بن المسيب: السن إذا أصيبت فاسودت، فالعقل فيه تام، أتأخذ به؟ قال: نعم به آخذ، قلت: لم؟ قال: لأن منفعتها سوداء وبيضاء واحدة. قال ابن مزين: وأخبرني يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله.

مسألة: فإن تغير لونها إلى حمرة أو خضرة أو اصفرار، قال أشهب في الموازية: الخضرة أقرب إلى السواد من الحمرة ثم الصفرة، فله من قدر ما ذهب من بياضها إلى ما بقي منه إلى الاسوداد، ونحوه قال ابن القاسم في العتبية، وذلك أنه ذهب بعض ما تجب به الدية، فوجب من الدية بقدره.

مسألة: ولو ضربت فتحركت، فإن كان تحركًا شديدًا، قال أشهب: ينتظر بها سنة،

كتاب العقول ٥٧

فإن اشتد اضطرابها بعد السنة، فهي كالمعلقة تم عقلها، وإن كان اضطراباً خفيفاً عقل لها بقدره.

فرع: إذا طرحت السن من شحها، ففيها الدية كاملة، وكذلك إن كسرت من أصل شحة استمرت فيها لا محط لما بقي من السن من موضع شحها شيء كهيئة الذكر بعد الخشفة، قاله أشهب في الموازية.

* * *

العمل في عقل الأسنان

١٥٢٦ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفٍ الْمُرِّيِّ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ بَعَثَهُ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ يَسْأَلُهُ مَاذَا فِي الضَّرْسِ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ: فِيهِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، قَالَ: فَرَدَدْنِي مَرْوَانُ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، فَقَالَ: أَتَجْعَلُ مُقَدَّمَ الْفَمِ مِثْلَ الْأَضْرَاسِ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ: لَوْ لَمْ تَعْتَبِرْ ذَلِكَ إِلَّا بِالْأَصَابِعِ عَقَلَهَا سَوَاءً.

١٥٢٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يُسَوِّي بَيْنَ الْأَسْنَانِ فِي الْعَقْلِ، وَلَا يُفْضِلُ بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ.

قَالَ مَالِك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ مُقَدَّمَ الْفَمِ وَالْأَنْيَابِ وَالْأَضْرَاسِ عَقَلَهَا سَوَاءً، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «فِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَالضَّرْسُ سِنٌَّ مِنَ الْأَسْنَانِ لَا يُفْضَلُ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ».

الشرح: قول ابن عباس لرسول مروان: «في الضروس خمس من الإبل» على ما تقدم مما يقتضيه حديث النبي ﷺ «في السن خمس من الإبل» وذلك عام؛ لأن اسم السن واقع على الأضراس وغيرها، وإنما خص بعضها باسم يخصها، فمقدم الفم يقال له الثنايا.

فصل: وقول ابن مروان: «أتجعل مقدم الفم مثل الأضراس؟» بين أن الأضراس عنده ما داخل الفم، وأنه اعتقد المخالفة بينهما لاختلاف منافعهما، وارتاب في ذلك، فحقق

١٥٢٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٠٧.

١٥٢٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٠٨.

٥٨ كتاب العقول
ابن عباس قوله، وتبين وجه الصواب في صحته، وقال: «لو لم يعتبر ذلك إلا بالأصابع عقلها سواء».

وقد روى من غير هذا الوجه أنه قال: عقلها واحد، وإن اختلفت منافعها. وابن عباس من أهل اللسان والتقدم في الفصاحة، ولا خلاف بين الأمة أن الاحتجاج بقوله فيما يعود إلى اللغة لازم، فثبت بذلك أن معنى الاعتبار القياس، والله أعلم.

* * *

ما جاء في دية جراح العبد

١٥٨٢ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيْبِ وَسَلِيمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَا يَقُولَانِ:
فِي مُوضِحَةِ الْعَبْدِ نِصْفُ عَشْرِ نَمِيهِ.

الشرح: قولهما: «في موضحة العبد نصف عشر نمنه» يريد أن نصف عشر قيمته، وجعلت هذه الشجاج التي هي الموضحة والمنقلة والجائفة والمأمومة مقدرة من قيمة العبد بحسب قدرها من دية الحر.

قال ابن مزين: سألت عيسى عن ذلك، لم يجعل في يده ورجله، وهو نصف قيمته، وفي غير ذلك من جراحات جسده مثل السن، وما أشبهها مما جاء فيه للحر عقل مسمى كما جاء في الأربعة الأشياء التي أجروها من العبد في قيمته بجراها من الحر في ديته، فقال: إن الموضحة والمنقلة والجائفة، قد تبرأ وتعود إلى حالها بغير نقص من الجسد، وما سواها من الجراح تذهب من جسده وتنقص من أعضائه، وربما كان مما يصاب به من ذلك إبطاله، فلذلك لم يروا فيه إلا ما نقص من ثمنه، فيقام صحيحاً ومعياً، فيغرم ما نقص من قيمته صحيحاً. قال: وأخبرني يحيى بن يحيى عن نافع مثله.

١٥٢٩ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ كَانَ يَقْضِي فِي الْعَبْدِ يُصَابُ
بِالْجِرَاحِ: أَنَّ عَلَى مَنْ جَرَحَهُ قَدْرَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ.

الشرح: قوله: «أن مروان كان يقضى في جرحه بقدر ما نقصه» يحتمل أن يريد به غير هذه الشجاج الأربع المتقدم ذكرها، فهي التي لا تكاد تبرأ في الغالب إلا على نقص من القيمة، وربما كان ما ينقص من القيمة بها أكثر من قدر أرشها.

١٥٢٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٠٩.

١٥٢٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦١٠.

وأما الشجاج الأربع، فإنها تبرأ غالباً دون شين، مع أنها متالف مخوفة، فلو لم يلزم الجاني فيها إلا ما نقص لسلم غالباً من أرش الجناية، فكان ذلك نوعاً من الإغراء بالجناية والتسلط فيها على العبد، وفي إلزام الجاني مقدار أرشها من قيمة العبد زجر عنها، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ فِي مُوضِحَةِ الْعَبْدِ نِصْفَ عَشْرٍ تَمَنِيهِ وَفِي مُنْقَلَبِهِ الْعَشْرُ وَنِصْفَ الْعَشْرِ مِنْ تَمَنِيهِ وَفِي مَأْمُومِيهِ وَجَائِفِيهِ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ثُلُثُ تَمَنِيهِ، وَفِيمَا سِوَى هَذِهِ الْخِصَالِ الْأَرْبَعِ بِمَا يُصَابُ بِهِ الْعَبْدُ مَا نَقَصَ مِنْ تَمَنِيهِ، يُنظَرُ فِي ذَلِكَ بَعْدَ مَا يَصِيحُّ الْعَبْدُ وَيَبْرَأُ، كَمْ بَيْنَ قِيَمَةِ الْعَبْدِ بَعْدَ أَنْ أَصَابَهُ الْجُرْحُ وَقِيَمَتِهِ صَحِيحًا قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهُ هَذَا، ثُمَّ يَغْرَمُ الَّذِي أَصَابَهُ مَا بَيْنَ الْقِيَمَتَيْنِ.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ إِذَا كُسِرَتْ يَدُهُ أَوْ رِجْلُهُ ثُمَّ صَحَّ كَسْرُهُ: فَلَيْسَ عَلَى مَنْ أَصَابَهُ شَيْءٌ، فَإِنْ أَصَابَ كَسْرَهُ ذَلِكَ نَقَصٌ أَوْ عَثَلٌ، كَانَ عَلَى مَنْ أَصَابَهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ مِنْ تَمَنِي الْعَبْدِ.

الشرح: قوله: «في الشجاج الأربع» على ما تقدم وفيه «أسوؤها من الشجاج ما نقص» على ما تقدم ثم بين وجه ذلك، وكيف العمل فيه، فقال: «ينظر إلى قيمته يوم الحكم، وإلى قيمته بالشين الذي أحدثته فيه الجناية، فيغرم الجاني ما بينهما لسيد العبد؛ لأن ذلك المقدار هو الذي أتلف عليه من عبده، والله أعلم.

فصل: فإن كسر يده أو رجله ثم صح يريد دون شين ولا نقص، فليس على من أصابه شيء، وأما في الخطأ فقدرة ظاهر، وأما العمد فعليه فيه الأدب الذي يكون فيه الردع والزجر عن مثل هذا، وليس عليه غرم، لأن برأه على غير شين، وعودته إلى ما كان عليه نادر شاذ.

وروى ابن مزين عن عيسى بن دينار: ليس على الجاني غرم ما أنفق عليه سيده في جبره والقيام عليه إلا الأدب الموجه، إن كان جرحه عمداً، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فإن أصاب كسره ذلك نقص» يريد من قوته «أو عثل» يريد شين في قبح منظر، «فعليه قدر ما نقص» يريد ما تقدم من أن عليه غرم ما نقص من قيمته، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: الأمرُ عندنا في القصاصِ بينَ المماليكِ كهَيئَةِ قِصاصِ الأحرارِ، نفسُ الأمةِ بنفسِ العبدِ، وجرْحُها بجرْحِهِ، فإذا قتلَ العبدُ عبداً عمداً، خَيْرَ سَيِّدِ العبدِ المقتولِ، فإنْ شاءَ قتلَ، وإنْ شاءَ أخذَ العقلَ، فإنْ أخذَ العقلَ، أخذَ قيمةَ عبدهِ، وإنْ شاءَ ربُّ العبدِ القاتِلِ أنْ يُعطىَ ثَمَنَ العبدِ المقتولِ، فَعَلَ، وإنْ شاءَ أسلمَ عبدهُ، فإذا أسلمَهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُ ذَلِكَ، وَلَيْسَ لِرَبِّ العبدِ المقتولِ إذا أخذَ العبدُ القاتِلَ فرَضَى بِهِ أنْ يَقْتُلَهُ، وَذَلِكَ فِي القِصاصِ كُلِّهِ بَيْنَ العَبِيدِ فِي قَطْعِ اليَدِ وَالرَّجْلِ وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ بِمَنْزِلَتِهِ فِي القَتْلِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن القصاص بين المماليك كهيئة قصاص الأحرار، يقتل الذكر بالأنثى لقوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥]، وهذا ما لا يعلم فيه خلاف.

وأما قوله: «جرحها بجرحها» فهو منذهب مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا قصاص بينهما في الأطراف.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف﴾، وهذا عام في كل ذكر وأنثى وإن كانت هذه واردة في التوراة، فإن شرع من قبلنا لازم لنا إذا ورد في القرآن أو حديث صحيح عن النبي ﷺ حتى نسخه.

وقد احتج مالك في أن الأب يستأمر ابنته في إنكاحها بقوله تعالى في سورة القصص: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين﴾ [القصص: ٢٧]، ولم يذكر استئمارا.

ودليلنا من جهة القياس أن كل شخصين جرى بينهما القصاص في الأنفس، فإنه يجري بينهما في الأطراف كالأخرين.

فصل: وقوله: «وإذا قتل العبد عبداً عمداً خير سيد العبد، فإن شاء قتل» يريد العبد القاتل، «وإن شاء أخذ العقل» يرد أنه إن شاء عفا عن القتل، فيكون سيد القاتل بالخيار بين أن يدفع إليه قيمة عبده المقتول؛ لأنه الذي أتلف عليه أو يسلم إليه العبد الجاني؛ لأنه ليس عليه أكثر من ذلك.

وقال الشافعي: سيد اجناني مخير بين أن يفتدى بأرش الجناية أو يسلمه بالبيع، فإن كان ثمنه قدر أرش الجناية كأن الباقي لسيد اجناني.

والدليل على ما نقوله أنه لا يخلو أن تكون الجناية متعلقة بمال السيد أو رقبة العبد، ولا يجوز أن تتعلق بمال السيد؛ لأن ذلك يوجب أخذها من جميع ماله، فلم يبق إلا أن تتعلق برقبة العبد، وذلك يوجب استحقاق رقبته؛ لأن ذلك معنى تعلقها برقبة العبد وانتقالها إليه.

وقول الشافعي يخرج على ما ذكر بعد هذا مالك في جنابة العبد على اليهودى أو النصرانى ولها رواية.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ يَجْرَحُ الْيَهُودِيَّ أَوْ النَّصْرَانِيَّ: إِنَّ سَيِّدَ الْعَبْدِ إِنْ شَاءَ أَنْ يَعْقِلَ عَنْهُ مَا قَدْ أَصَابَ فَعَلَّ، أَوْ أَسْلَمَهُ، فَيَبَاعُ فَيُعْطَى الْيَهُودِيَّ أَوْ النَّصْرَانِيَّ مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ دِيَّةَ جُرْحِهِ أَوْ ثَمَنَهُ كُلَّهُ إِنْ أَحَاطَ بِثَمَنِهِ، وَلَا يُعْطَى الْيَهُودِيَّ وَلَا النَّصْرَانِيَّ عَبْدًا مُسْلِمًا.

الشرح: وهذا على ما قال أن العبد إذا جرح الكتابي فتعذر القصاص؛ لأنه لا يعقل مسلم، وإن كان عبداً بكافر، وإن كان حرّاً، رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم.

ولو قتله الذمي، فقد اختلف فيه، قاله ابن المواز عن ابن القاسم، قال: وأحب إلى أن يقتل به، ورواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية، وقاله أشهب. وقال ابن المواز: وقد قال ابن القاسم أيضاً: يضرب ولا يقتل، وقاله أصبغ. وقال سحنون: إنما عليه قيمته كسلعة.

وروى ابن المواز عن مالك: ليس بين العبد المسلم والذمي قود في نفس ولا جرح لأن في هذا حرية، وفي هذا إسلاماً.

فصل: وقوله: «فإن لسيدته أن يعقل» يريد أن يؤدي عقل الجرح، إن شاء، فإن أبى من ذلك وأسلمه، فقد قال هاهنا: «إنه يباع فيعطى من الثمن عقل الجرح، فإن قصر عن العمل، فليس لليهودى والنصرانى غير ثمنه»، وإن زاد على العقل أعطى منه قدر العقل.

قال ابن مزين: سألته، يريد عيسى بن دينار، عن قول في هذه المسألة، أخطأ هو في كتاب أم ما معناه؟ قال ابن القاسم: هو خطأ في الكتاب، وقد كان يقرأ مالك، فلا

٦٢ كتاب العقول

يغيره، وإنما الأمر فيه إذا أسلمه سيده بيع، فأعطى الكتابي أو غيره ممن على غير الإسلام عن جميع العبد، كائنا ما كان، وإن كان أكثر من الدية. وهو قول مالك.

وهذا الذى أنكره ابن القاسم يحتمل أن يكون رواية عن مالك قديمة، ثم رجع منها إلى ما سمعه منه ابن القاسم واستصوبه، ولذلك لم يكن تغير فى كتابه لما كان قد طار عنه، وشاع مع احتماله.

وقد أخذ الشافعى بهذه الرواية الثانية التى فى الموطأ، والله أعلم وأحكم؛ لأن التعليل فى آخر المسألة يمنع هذا القول، وهو قوله: «ولا يعطى اليهودى والنصرانى عبداً مسلماً»؛ لأنه إذا منع الإسلام من أن يدفع إليه، وجب أن يباع عليه ويدفع إليه جميع ثمنه لو ابتاعه أو ورثه أو أسلم عنده.

وأما إذا لم يدفع إليه منه إلا قدر أورش جنايته، فهذا يقتضى أنه لم يبع عليه، وإنما يبع ليوفى أورش جناية استحق. وأما الاستحقاق، فلم يتعلق بعينه ولا حكمه، فيجب أن يكون هذا حكمه، لو كان نصرانياً جرح نصرانياً، أو كان مسلماً جرح مسلماً، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى دية أهل الذمة

١٥٣٠ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَضَى أَنَّ دِيَةَ الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ إِذَا قُتِلَ أَحَدُهُمَا، مِثْلُ نِصْفِ دِيَةِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «أن دية اليهودى أو النصرانى على النصف من دية المسلم» وبهذا قال مالك. وقال أبو حنيفة: مثل دية المسلم. وقد روى عن عمرو بن العاص عن النبى ﷺ أنه قال: «دية الكافر نصف دية المؤمن» ولم يرد من طريق صحيح غير أنه قد ورد من مثل هذا الطريق، وأضعف منه دية الكافر مثل دية المسلم، وتأول أصحابنا ذلك عنه لتسامح فى تأويل ما لم يصح إسناده؛ إذ معنى المثل هذا فى العين والجنس.

وقد قال مالك فى الموازية: ما أعرف فى نصف الدية فيهم إلا قضاء عمر بن عبد العزيز، وكان إمام هدى، وأنا أتبعه.

كتاب العقول ٦٣

ودليلنا من جهة المعنى أن الكفر نقص يؤثر في القصاص، فوجب أن يؤثر في نقصان الدية بينه وبين من تكمل ديته كالرق.

ووجه آخر أن نقص الكفر أعظم من نقص الأثوثة بدليل أن الأثوثة لا تمنع القصاص، والكفر يمنعه، فإذا كانت الأثوثة تؤثر في نقص الدية، فبأن يؤثر فيه الكفر أولى وأخرى.

مسألة: فإذا ثبت أن دية الكتابي أقل من دية المسلم، فهي نصف دية المسلم. وقال الشافعي: ثلث دية المسلم.

والدليل على ما نقوله أن هذا نقص يمنع مساواة الرجل المسلم في الدية فلم يقصرها على الثلث كنقص الأثوثة.

قال مالك: الأمر عندنا أن لا يقتل مسلم بكافر، إلا أن يقتله مسلم غيلة، فيقتل به.

الشرح: وهذا على ما قال: لا يقتل مسلم بكافر، يريد أن يقتله، وهو مسلم، فإنه لا يقتل به، ولو قتله وهو كافر ثم أسلم لقتل به، فإنه يمنع وجوب القصاص، ولا يمنع استيفاءه، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقتل المسلم بالذمي.

والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقتل مؤمن بكافر». ودليلنا من جهة المعنى أنه ناقص بالكفر، فلم يجب القود على المؤمن كالمستأمن.

مسألة: ويقتل الكافر بالمسلم، ولا خلاف فيه. وأما القصاص في الأضراف، فقد قال مالك في الموازية والمجموعة: لا قصاص بينهما في الأضراف. وروى عن مالك أنه توقف في ذلك. وقال ابن نافع في الموازية: يجبر المسلم، فإن شاء استقاد، وإن شاء أخذ العقل. قال القاضي أبو محمد: والصواب أنه عليه القصاص.

والدليل على صحة هذا القول أن كل من يقاد به في النفس، فإنه يقاد في الجرح كالذكر والأنثى.

فرع: فإذا قلنا لا يقتل المسلم بالكافر، فإنه يجلد مائة ويسجن سنة وتجيب به الدية. وعلى من الدية؟ ففي المدونة، قال أشهب: الدية على عاقلة القتال. قال ابن القاسم وعبد الملك وابن عبد الحكم وأصبغ: في مال القتال.

٦٤ كتاب العقول

وجه قول أشهب ما احتج به من أنه عمد لا قود فيه، فكانت ديته على العاقلة كدية الجائفة.

وجه القول الثاني أنه عمد منع القصاص فيه بعض الحرمة كقتل العبد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن القصاص يجري بين اليهودي والنصراني. قال القاضي أبو محمد: والكفر في ذلك ملة واحدة، تكافأ دماؤهم. وقال علي بن زياد عن مالك في المجموعة: يقتل اليهودي بالمجوسي، وهذا على ما قال؛ لأن نقص ديته عن دية اليهودي لا يمنع إلا أن يقتل به اليهودي كما يقتل الحر بالمرأة، وإن كانت ديتها نصف ديته.

مسألة: وإذا تحاكم إلينا نصرانيان في قتل، فقال القاتل: ليس في ديننا قصاص، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يقتل به، وقيل إن شهد عليه ذوا عدل يسلم إلى ولي المقتول يقتله إن شاء، فإن عفا عنه ضربه الإمام مائة، وسجنه سنة.

وجه القول الأول أن أحكامهم بينهم موقوفة على مقتضى شريعهم. ووجه القول الثاني أن هذا من التظالم، فيحكم فيه بينهم بحكم الإسلام.

١٥٣١ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ كَانَ يَقُولُ: دِيَّةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةَ دِرْهَمٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهُوَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَجِرَاحُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ فِي دِيَاتِهِمْ عَلَى حِسَابِ جِرَاحِ الْمُسْلِمِينَ فِي دِيَاتِهِمْ، الْمَوْضِيحَةُ نِصْفُ عَشْرِ دِيَّتِهِ، وَالْمَأْمُومَةُ ثُلُثُ دِيَّتِهِ، وَالْجَائِفَةُ ثُلُثُ دِيَّتِهِ، فَعَلَى حِسَابِ ذَلِكَ جِرَاحَاتُهُمْ كُلُّهَا.

الشرح: قوله: «دية المجوسي ثمانمائة درهم»، وهو قول مالك. وقال أبو حنيفة: مثل دية المسلم، وقد تقدم الدليل عليه. وقد استدلل القاضي أبو محمد في ذلك بأنه إجماع الصحابة، حكم له عمر بن الخطاب بمحضر من الصحابة، فلم ينكره أحد، وكان يكتب بذلك إلى عماله.

وقال: دليلنا من جهة المعنى أن كل جنس لا توكل ذبائحتهم، فإنه لا يساوى المسلم

كتاب العقول ٦٥

فى الدية كالأثني والمرتد، ودية المرأة منهم نصف دية الرجل، وكذلك سائر المال، وإذا ارتد المسلم، فقتل فى حال ارتداده لم يقتل قاتله، ويجب به الدية.

واختلف أصحابنا فى ديته، ففى كتاب ابن سحنون عن ابن القاسم وأصبغ وأشهب ديته دية المحوسى فى العمد والخطأ فى نفسه وجراحه، رجوع إلى الإسلام أو قتل على دينه. وروى سحنون عن أشهب: دينه الذى ارتد إليه.

وجه القول الأول أنه لا يقر على كفره، فصار له حكم أقل الأديان، وهو دين من لا كتاب له.

ووجه القول الثانى أنه من أهل الكتاب؛ لأنه إنما انتقل إلى دينهم، فكان له حكمهم كما لو كان عليه مولوداً.

* * *

ما يوجب العقل على الرجل فى خاصة ماله

١٥٣٢ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لَيْسَ عَلَى الْعَاقِلَةِ عَقْلٌ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ، إِنَّمَا عَلَيْهِمْ عَقْلُ قَتْلِ الْخَطِئِ.

١٥٣٣ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: مَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَحْمِلُ شَيْئًا مِنْ دِيَةِ الْعَمْدِ إِلَّا أَنْ يَشَاءُوا ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ ابْنَ شِهَابٍ قَالَ: مَضَتْ السُّنَّةُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ حِينَ يَغْفُو أَوْلِيَاءُ الْمُقْتُولِ أَنَّ الدِّيَةَ تَكُونُ عَلَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ خَاصَّةً إِلَّا أَنْ تُعِينَهُ الْعَاقِلَةُ عَنْ طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهَا.

الشرح: قوله: «على عاقلته من دية العمد شيء» وذلك أن جنایات العمد على ضريين، منها ما يكون فيه القصاص كالقتل وقطع اليد وفوق العين، فهذا لا خلاف فى أن العاقلة لا تحمل عمده. والضرب الثانى: لا قصاص فيه، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

وفى هذا أربعة أبواب الباب الأول: فى معرفة العاقلة وصفة تحملها للدية والباب

١٥٣٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦١٣.

١٥٣٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦١٤.

٦٦ كتاب العقول
الثاني: فى صفة العمد وتميزه من الخطأ. والباب الثالث: فيما يجب بجنابة العمد. والباب
الرابع: فى معرفة ما تحمله العاقلة من الجنابة.

* * *

الباب الأول: فى معرفة العاقلة وصفة تحملها للدية

فأما العاقلة، فيعتبر فيها ثلاثة أشياء، القبائل: فلا تعقل قبيلة مع قبيلة، ما دام فى
قبيلة الجاني من يحمل الجنابة والديوان، فإن أهل الديوان يعقل بعضهم عن بعض، وإن
كان فى غير الديوان من غير العشيرة والآفاق، فلا يعقل شامى مع مصرى، ولا شامى
مع عراقى، وإن كان أقرب إلى الجاني ممن يعقل معه من أهل أفقه. قال سحنون: ويضم
أهل إفريقية بعضهم إلى بعض من طرابلس إلى طنجة.

مسألة: واختلف فى البدوى والحضرى، فقال مالك فى المدونة: لا يعقل أهل البدو
مع أهل الحضر؛ لأنه لا يستقيم أن يكون فى دية واحدة إبل وعين، وبهذا قال ابن
القاسم، وجوز ذلك أشهب وعبدالمالك. ورواه ابن وهب عن مالك فى كتاب ابن
سحنون.

وجه القول الأول أن الدية مبنية على جنس واحد، ولذلك جعل على أهل الذهب
الذهب، وعلى أهل الورق الورق، وعلى أهل الإبل الإبل، ولو جاز تبويضها لكان على
كل إنسان ما عنده، ولرجع فى ذلك إلى القيمة.

وجه الرواية الثانية أن العاقلة مبنية على المشاركة والمعاونة والمواصلة، وقد يضاف
إلى القبيل من ليس منه مع تباعدهم، فبأن يضاف إلى أهل الحاضرة من أهل البادية من
هو من عصابة الجاني وإخوته، أولى وأحرى، ولا مضرة على المجنى عليه فى تبويض
أصناف الدية، والله أعلم وأحكم.

وهذا كما لو قتل رجلاً رجلاً، أحدهما من أهل الإبل، والآخر من أهل الورق؛
لكان على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية على حسب ما هو عليه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن عاقلة الرجل عشيرته وقومه. قال فى النوادر: وقال فى
المجموعة: إن ذلك على فخذ الجاني، إن استطاعوا ذلك، وإلا ضم إليهم أقرب القبائل
إليهم أبداً، حتى يحملوا ذلك، وهى على الرجال الأحرار البالغين مع اليسار.

فأما المعدم، فقال ابن الماجشون: لا شىء على المعدم. قال ابن القاسم: ولا على
مديان؛ لأنها إنما هى على سبيل التحمل والعون على ما لزم من الغرم، فيجب أن يختص

كتاب العقول ٦٧

ذلك بأهل اليسار والإمكان، فأما المديان والمعدم، فيحتاج أن يعطى كالزكاة تؤخذ من الأغنياء وتعطى الفقراء لما كان طريقها المواساة.

مسألة: ويعقل السفية مع العاقلة، رواه أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية وقاله ابن نافع. وقد قال ابن نافع: توضع عنه الجزية.

وجه ذلك أن العاقلة حكمها حكم المعاونة، فيعقل ويعقل عنه. وأما الجزية، فحكم يختص بمن أخذ منه لا يؤدى عن غيره، فيؤدى منه.

مسألة: والولى المعتق يعقل عن المعتق؛ لأنه عصبه، وأما الولى من أسفل، فهو يعقل عن معتقه وعن قومه. وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: يعقل مولى القاتل من أسفل، وبه قال الشافعى. وقال سحنون: لا يعقل فى كتاب ابنه، وبه قال أبو حنيفة.

وجه قول ابن القاسم أنه مولى يعقل جنابة مواليه كالمنعم بالعتق. ووجه الرواية الثانية أنه ليس له تعصيب يورث يجنسه، فلم يكن له مدخل فى العاقلة كالعبد.

مسألة: ويؤدى الجانى مع العاقلة، قاله مالك فى المجموعة وغيرها، وبه قال أبو حنيفة.

ومن أصحابنا من قال: هذا استحسان وليس بقياس.

وجه القول الأول أن العاقلة إنما تؤدى على سبيل المواساة والعون له، فيجب أن يكون عليه بعض ذلك.

وجه القول الثانى ما احتج به القائل بذلك أنه لو قتل نفسه وعاقلته المسلمون لم يجب عليهم أن يؤدوا إليه دينه.

مسألة: وأما النساء والصبيان، فلا مدخل لهم فى العاقلة، قاله مالك فى المجموعة وغيرها. قال أصبغ: وكذلك المحنون.

وجه ذلك أن النساء لسن من أهل التعصيب والنصرة، وأما الصبى والمجنون، فغير مكلف، فلا مدخل لواحد منهما فى شىء كالبلىد والسن والصغر والكبر، فيجب أن يبين وقت الاعتبار بهذه الصفات.

فأما الصفات، فتعتبر فى حق الجانى وحق العاقلة. وقال عبدالمالك: من كان من العاقلة يوم تقسم الدية على الملىء بقدره وعلى المعسر بقدره، ولا يعتبر بذلك يوم الجرح، ولا يوم الموت، ولا يوم يحكم بالدية.

٦٨ كتاب العقول

وروجه ذلك أنه يوم يلزم ذمة كل واحد منهم، وإنما يلزم ما ألزمه من الدية، وأما من كان غائباً، فقدم قبل ذلك أو صغيراً فيبلغ أو كافرًا فأسلم، فإنه عليه؛ لأن الدية تعلقت بغيره، فلا تنتقل إليه.

مسألة: فمن مات من العاقلة بعد توزيع الدية عليهم، قال أصبغ: ترجع على سائر العاقلة، ورواه يحيى عن ابن القاسم، وأنكر ذلك سحنون، وقال: إذا قسمت صارت كدين ثابت، وقاله ابن الماجشون، وقال: هو دين ثابت في ذمته في الموت والفلس.

مسألة: وتجبر العاقلة على أداء الدية، قاله مالك من رواية أشهب.

وروجه ذلك أنه حق لازم بالتزام، وهذا على قولنا إنه يلزمهم ابتداء ظاهر. وأما على قول من قال: إنه إنما يلزم الجاني، ثم تتحمله عنه العاقلة، فإنه أيضاً حق ينتقل بالشرع، فلم يقف على اختيار من يجب عليه كالشفعة وغيرها.

مسألة: وقال مالك: لا حد لعدد من تقسم عليهم الدية من العاقلة، ولا لعدد ما يؤخذ من كل واحد منهم، وإنما ذلك بحسب الاجتهاد، وليس المكثّر كالمثل، ومنهم من لا يؤخذ منه شيء لإقلاله، يريد أن منهم من بلغ حال العدم، فلا شيء عليه من ذلك، ومن يؤخذ منهم أيضاً لا تستوى أحوالهم، فمنهم من له المال الواسع، فيؤخذ منه بقدر ذلك، ومنهم من ماله ليس بالكثير، فيؤخذ منه ما لا يحجف به، وإنما يذهب في ذلك إلى التخفيف.

قال ابن القاسم عن مالك: كان يؤخذ ممن كان منهم في ديوان من كل مائة درهم من عطائه درهم ونصف، والله أعلم.

* * *

الباب الثاني في صفة العمد وتعيينه من الخطأ

قال ابن وهب عن مالك في المجموعة: العمد أن يعمد للقتل فيما يرى الناس. وقال في الكتابين: والمجتمع عليه عندنا أن من عمد إلى ضرب رجل بعصا أو رماه بحجر أو غيره، فمات من ذلك، فهو عمد ويجب عليه القصاص. قال عنه ابن القاسم: فكذلك لو طرحه في نهر، ولا يحسن العوم على وجه العداوة.

قال مالك: والعمد في كل ما يعمد به الرجل من ضربة أو وكزة أو لطمة أو رمية بندقة أو حجر أو ضرب بقضيب أو عصا أو غير ذلك، ولو قال: لم أرد الضرب لم يصدق، وكل ما عمد به إلى اللعب من رمية أو وكزة أو ضربة بسوط أو اضطر غافلاً، فلا قود فيه، ولا يتهم بما يتهم به المتغاضب لظهور منهما، فلا قود فيه.

كتاب العقول ٦٩

قال ابن حبيب عن ابن الماجشون: ولو تناقلوا في الماء في نهر أو بحر، فمات أحدهم، فهو من الخطأ إلا أن يعتمد الناقل قتل المنقول بأن يغطسه حتى يموت، ففيه القود.

مسألة: ومن أشار على رجل بالسيف، فمات، فقد قال ابن المواز: إن تمادى الإشارة، وهو يفر منه، فطلبه حتى مات، فعلية القصاص.

وقال ابن القاسم: إن طلبه بالسيف حتى سقط، فليقسم ولاته أنه مات خوفاً منه، ويقتلونه.

والفرق بينه وبين مسألة ابن المواز يحتمل أن يكون مات من السقطة وهي من فعل نفسه، فلذلك كانت فيه القسامة.

وفي المسألة الأولى لم يوجد شيء من فعله يحمل عليه موته، فلم تجب فيه قسامة. وقد قال ابن حبيب في هذه المسألة: على الطالب القصاص، ولم يذكر قسامة. قال: وبه قال ابن الماجشون والمغيرة وابن القاسم وأصبغ. فإن كانت إشارة فقط، فمات، فإنما فيه الدية عند ابن المواز على العاقلة ونحوه.

وقال ابن القاسم: ووجه ذلك أن هذا فعل لا يقع به الموت غالباً، ولم يصل منه إلى القتل ما يرى أنه يعتمد قتله.

مسألة: ومن قتل رجلاً عمداً، فظنه غيره ممن لو قتله لم يكن فيه قصاص، قال ابن المواز: لا قصاص فيه، وقد مضى ذلك في مسلم قتله المسلمون بعهد النبي ﷺ يظنونونه من المشركين، فوداه ﷺ ولم يقدر به.

مسألة: وأما شبه العمد، فاختلف قول مالك فيه، فمرة أثبتته، ومرة نفاه، فروى ابن القاسم وغيره عنه في المجموعة وغيرها: أن شبه العمد باطل، إنما هو العمد أو خطأ. وقال ابن وهب بإثبات شبه، رواه ابن حبيب عنه وعن ابن شهاب وربيعة وأبى الزناد، وحكاها أصحابنا العراقيون عن مالك، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

قال القاضي أبو محمد: وجه نفيه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً﴾ [النساء: 92]، ثم قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا﴾ [النساء: 93]، فذكر الخطأ والعمد، ولم يذكر غيرهما.

ومن جهة المعنى أن الخطأ معقول، وهو ما يكون من غير قصد، والعمد معقول،

٧٠ كتاب العقول
وهو ما كان يقصد الفاعل، ولا يصح أن يكون بينهما قسم ثالث، ولا يصح وجود
القصد وعدمه لكونهما ضدّين.

ووجه إثباته، ما ورى عن النبي ﷺ أنه قال: «ألا إن قتيل العمد والخطأ قتيل السوط
والعصى، فيه مائة من الإبل، أربعون منها خلفه» فأثبت شبه العمد، وهذا الحديث غير
ثابت. رواه على بن زياد بن جدعان، وهو ضعيف عن القاسم وابن ربيعة عن ابن
عمر، ولم يلق القاسم ابن عمر.

ومن جهة المعنى أن شبه العمد ما أخذ شبها من العمد وشبهها من الخطأ، فلم يكن
له غير حكم أحدهما على التحديد.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن شبه العمد الذى ذكرناه. قال القاضى أبو محمد: إن شبه
العمد أن يقصد إلى الضرب، وشبه الخطأ أن يضربه بما لا يقتل غالباً، فكان الظاهر أنه
لم يقصد القتل، فوجب أن يكون له حكم بين الحكّمين.

والذى قاله ابن وهب أنه ما كان بعضاً أو وكزة أو لطمّة، فإن كان على وجه
الغضب، ففيه القود وأرجو أن لا يكون عليه إثم قاتل النفس، وإن كان على وجه
اللعب، ففيه الدية مغلظة، وهو شبه العمد، لا قصاص فيه.

قال ابن حبيب: وأما مالك وباقي أصحابه وعبد العزيز بن أبى سلمة، فلا يرون
تغليظ الدية إلا فى مثل ما صنع المدلجى، ويرون فى ذلك كله، القود.

قال الشيخ أبو محمد، يعنى ابن حبيب: ما كان على نائرة هذا المعروف من قول
مالك. قال ابن حبيب: قال العراقيون: لا قود فيه كان لنائرة أو غيرها، فهذا الذى
أورده ابن حبيب عن ابن وهب على أنه شبه العمد غير ما حكم به شيوخنا العراقيون
أنه شبه العمد، لأن ما حكم به العراقيون من المالكين بأنه شبه العمد، ويرونه عن
مالك، إنما هو فيما قصد فيه الضرب على وجه الغضب، وإنما دخل فيه شبه الخطأ من
جهة الآلة التى ضرب بها أنه لا يقتل بمثلها، وشبه العمد؛ لأنه قصد الضرب على وجه
الغضب.

وأما على قول ابن وهب، فإنه شبه العمد، لقصد الضرب، وشبه الخطأ من
وجهين، أحدهما: أنه لا يقتل بمثله غالباً، والثانى: أنه قصد اللعب دون غضب ولا
حقوق، يقتضى قصد القتل، والله أعلم وأحكم.

قال الشيخ أبو إسحاق: إن شبه العمدة ما أوجب الدية المغلظة، يريد والله أعلم، المثلة، وهو نحو قوله في المجموعة والموازية: إن الدية المغلظة هي شبه العمدة التي لا تكون إلا في مثل فعل المدلجى، ثلاثة أسنان، وقاله ابن وهب.

فإذا قلنا إن قتل الأب لابنه حدًا، هو شبه العمدة، فلا خلاف في إثباته في العمدة، وإن قلنا إنه شبه العمدة، حكاه القاضى أبو محمد وغيره من شيوخنا العراقيين عن مالك، وقاله ابن وهب في أن شبه العمدة، روايتين على ما قدمناه، وإنما تكون الروايتان في التسمية والتغليظ دون غير ذلك.

ويلحق بذلك وجهًا آخر، وهو أن يكون الضرب على الأب، ففي المجموعة من رواية ابن القاسم وابن وهب عن مالك في الزوج يضرب زوجته بحبل أو سوط، فيصيبها منه ذهاب عين أو غيره، ففيه العقل دون القود، وكذلك ما جرى على الأدب مثل المعلم أو الصانع أو القرابة، يؤدبون، ما لم يتعمد بسلاح وشبهه.

ورواه ابن القاسم عن مالك بأثر تغليظ الدية على الأب، فقال: ليس الأخ والعم وسائر القرابة كالأبوين والأجداد إلا أن يجرى ذلك على وجه الأدب كالمعلم وذى الصنائع من غير سلاح وشبهه، فظاهر هذا يقتضى أنه إذا كان على وجه الأدب فيما يؤدب به أن فيه الدية مغلظة، فيكون هذا على أربعة أوجه، ما قصد به الضرب بألة لا يقتل بمثلها على وجه اللعب بمثل تلك الآلة، وإنما فيه روايتان، إحداهما: التغليظ، والأخرى: نفي التغليظ، ولا قود فيه جملة.

والوجه الثانى: أن يقصد الضرب بما لا يقتل بمثله غالبًا على وجه الخنق والغضب من ليس له أدب، فهذا في كونه شبه العمدة روايتان، ويرجع الخلاف في ذلك إلى وجوب القود أو نفيه وتغليظ الدية.

والوجه الثالث: أن يقصد الضرب بما لا يقتل بمثله غالبًا من له الأدب من القرابة ممن ليس له عليه ولادة، فهذا يتعلق الخلاف في كونه من شبه العمدة بتغليظ الدية خاصة، ولا خلاف أنه لا قود فيه.

والوجه الرابع: أن يوجد القتل من الأب بما يقتل بمثله غالبًا على وجه فيه الحذف والرمى أو الضرب الذى لا يتيقن به قصده القتل، فهذا لا خلاف في تغليظ الدية.

فرع: وتغليظ الدية يكون على وجهين، أحدهما: في العمدة المحض، وهو على وجهين، أحدهما: أن يتفقا على العفو عن الدية على الإطلاق، والثانى: أن يعفو أحد

٧٢ كتاب العقول

الورثة ويطلب باقيهم حصتهم من الدية، فهذا تغلظ فيه الدية، فتكون أرباعاً على ما تقدم.

والوجه الثانى: تغليظ شبه العمدة، فإن الدية تكون أثلاثاً على ما نذكره بعد إن شاء الله تعالى، وهذا فى الإبل والتغليظ فى العين على وجهين، أحدهما: أن يزداد على الدية ما بين قيمة الدية المثلثة وبين قيمة الدية الخمسة.

والثانى: أن تكون الدية قيمة الإبل مثلثة ما لم تنقص عن دية العين، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ الدِّيَةَ لَا تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ حَتَّى تَبْلُغَ الثُّلُثَ فَصَاعِدًا، فَمَا بَلَغَ الثُّلُثَ، فَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَمَا كَانَ دُونَ الثُّلُثِ، فَهُوَ فِي مَالِ الْجَارِحِ خَاصَّةً.

قال مالك: الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ قُبِلَتْ مِنْهُ الدِّيَةُ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ أَوْ فِي شَيْءٍ مِنَ الْجَرَاحِ الَّتِي فِيهَا الْقِصَاصُ أَنَّ عَقْلَ ذَلِكَ لَا يَكُونُ عَلَى الْعَاقِلَةِ إِلَّا أَنْ يَشَاءُوا، وَإِنَّمَا عَقْلُ ذَلِكَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ أَوْ الْجَارِحِ خَاصَّةً إِنْ وُجِدَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ مَالٌ كَانَ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنْهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءُوا.

الشرح: ظاهر قوله: «أن الدية لا تجب على العاقلة حتى تبلغ الثلث» يقتضى أن من الدية ما يجب على العاقلة ابتداء. قال بعض العلماء: إنها لا تجب ابتداء على العاقلة، وإنما تجب على الجاني ثم تنتقل إلى العاقلة ما تبلغ منها الثلث، فما زاد عليه، وهو الأظهر من قول شيوخنا: إنها إنما تلزم العاقلة بالقسمة.

وأما من مات من العاقلة بعد القتل أو قبل قسمتهم الدية أو غاب، فلا شىء عليه منها ومن كان صغيراً بعد القتل، فكبر قبل القسمة أو غائباً، فقدم قبل القسمة، فإن الدية تلزمه، وظاهر هذا يقتضى التحمل يوم القسمة.

فصل: وقوله: «حتى تبلغ الثلث فصاعداً» يريد أن ما قصر عن ثلث الدية لا تحمله العاقلة، لأنه فى حيز القليل الذى لا يحتاج إلى العاقلة فى معونة الجاني فى غرمه. وأما ما بلغ الثلث، فما زاد فإنه فى حيز الكثير الذى يحتاج الجاني إلى مواساة العاقلة فى غرمه، وما كان على هذا النحو على المواساة يفرق بين قليله وكثيره كالزكاة إلا أنه لما

كان الجاني يتعلق به التفريط، ويراد بما يعوقه العقوبة كان حاله أشد من حال مخرج الزكاة الذى لا يتعلق به ذلك، فأفرد من ذلك بمقدار لا تتميز به أموال الزكاة.

وقال أبو حنيفة: تحمل العاقلة من الدية ما بلغ نصف العشر، فزائداً. وقال الشافعى فى الجديد: تحمل العاقلة قليل الدية وكثيرها، وله فى القديم، قولان، أحدهما مثل قولنا، والثانى: أنها لا تحمل إلا جميع الدية. وقال ابن شهاب: تحمل ما زاد على الثلث، ولا تحمل الثلث فما دونه.

ودليلنا على أبى حنيفة الشافعى أن هذا مال قصر عن الثلث، فلم يجب على العاقلة كالعمد، وبقولنا قال عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار وعروة ابن الزبير رضى الله عنهم.

فروع: وحرمة من يعتبر الثلث المتحمل دية الجاني والمجنى عليه. روى أشهب عن مالك فى المجموعة والعتبية: إنما ينظر إلى دية المجنى عليه أو الجاني، فإن بلغت دية الجناية ثلث دية أحدهما، حملته العاقلة، وقاله ابن القاسم.

وروى أشهب أن ابن كنانة قال لمالك: الذى كان يعرف من قول مالك أن الاعتبار فى ذلك بدية المجروح، وأنكر ذلك مالك، وبه قال ابن الماجشون.

ورواه فى العتبية يحيى عن ابن القاسم. وروى ابن المواز عن ابن الماجشون: أن العاقلة لا تحمل إلا ثلث دية رجل يكون الجاني، فإن لم يكن له مال اتبعه ديناً، يريد أيا كان المجنى عليه من كان.

فصل: وقوله: «فيكون ذلك فى مال الجاني، فإن لم يكن له مال اتبعه ديناً» يريد أن هذا القدر من الدية يختص بالجاني، فيلزمه فى خاصته ولا تواسيه العاقلة فى تحمل شىء منه إلا أن يشاءوا ذلك، فإن لم يشأوا، ففى خاصة ماله، فإن لم يكن له مال تعلق بذمته يتبع به إن أيسر، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ أَحَدًا أَصَابَ نَفْسَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً بِشَيْءٍ، وَعَلَى ذَلِكَ رَأَى أَهْلَ الْفِقْهِ عِنْدَنَا، وَلَمْ أَسْمَعْ أَنَّ أَحَدًا ضَمَّنَ الْعَاقِلَةَ مِنْ دِيَةِ الْعَمْدِ شَيْئًا، وَمِمَّا يُعْرَفُ بِهِ ذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿فَمَنْ عُقِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءِ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ فَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نَرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنَّهُ مَنْ أُعْطِيَ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ مِنَ الْعَقْلِ، فَلْيَتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَلْيُوَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ.

٧٤ كتاب العقول

الشرح: قوله: «لا تعقل العاقلة أحدًا أصاب نفسه عمدًا أو خطأ» يريد أن من أصاب نفسه على وجه العمد أو الخطأ، فجنائته هدر. وقال الأوزاعي وابن حنبل: إن جنى على نفسه خطأ فدية ذلك على عاقلته تدفعها إليه، إن عاش وإلى ورثته إن مات. والدليل على ما نقوله أنه هو الجانى على نفسه، فلو تعلقت جنائته بأحد لتعلقت به، وذلك غير لازم؛ لأنه لا يجب لأحد على نفسه دين يتعلق بذمته، وإذا لم تجب عليه الدية، لم تتحملها العاقلة.

فصل: وقوله: «ومما يعرف به أن العاقلة لا تتحمل جناية عمد، قوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة: ١٧٨]، قال مالك: ففسير ذلك فيما نرى» وذلك يقتضى تفسيره الآية برأيه واجتهاده «أن من أعطى من أخيه شيء من العاقلة، فليتبعه بالمعروف» يريد أن الدية على هذا التأويل لا تجب على قاتل العمد فتتحمّلها عنه عاقلته، وإنما تكون الدية ببذله الدية ليحقن بها دمه.

وقد اختلف العلماء فى تأويل هذه الآية، فقيل معنى: ﴿عفى له من أخيه شيء﴾ أى بذل له أخيه القاتل الدية، فيكون معنى ﴿عفى له﴾ بذل له، والضمير فى «له» راجع إلى ولى المقتول، والأخ هو القاتل، فندب ولى المقتول إلى الرضا بذلك، والمطالبة بما بذل له من الدية بمعروف، ويؤدى القاتل إليه بإحسان، وهذا على إحدى الروايتين عن مالك.

وروى عنه ابن القاسم وأشهب فى المجموعة: ليس عليه الدية إلا أن يشاء ذلك وإنما عليه القصاص، وبه قال الشافعى.

ودليل ذلك من جهة المعنى أنه معنى يجب به القتل، فلا يستحق به التخيير بين القتل والدية كالزنا. وروى مالك أيضًا: أن ولى القاتل مخير بين القتل والدية يجبر عليها القاتل، وهو اختيار أشهب، وبه قال أبو حنيفة.

وتفسير الآية على هذا المذهب فيمن ترك له، يريد القاتل، أخوه، يريد ولى المقتول، يريد ترك قتله، فله طلبه بالدية بالمعروف، وعلى القاتل أن يؤدى إليه بإحسان.

ودليل هذا القول من جهة القياس أن هذا قتل، فلم يجب به غير بدل واحد كقتل الخطأ، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الصَّبِيِّ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ وَالْمَرْأَةِ الَّتِي لَا مَالَ لَهَا إِذَا جَنَى أَحَدُهُمَا

جِنَايَةٌ دُونَ الثَّلَاثِ: إِنَّهُ ضَامِرٌ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ فِي مَالِهِمَا خَاصَّةٌ إِنْ كَانَ لِهَمَا مَالٌ أُخِذَ مِنْهُ، وَإِلَّا فَجِنَايَةٌ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَيْنٌ عَلَيْهِ، لَيْسَ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنْهُ شَيْءٌ، وَلَا يُؤْخَذُ أَبُو الصَّبِيِّ بِعَقْلِ جِنَايَةِ الصَّبِيِّ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهِ.

قال مالك: الأمرُ عندنا الذي لا اختلافَ فيه أنَّ العبدَ إذا قُتِلَ كانتَ فيه القيمةُ يومَ يُقتلُ، ولا تحمِلُ عاقلةُ قاتلِهِ منَ قيمةِ العبدِ شيئاً قَلَّ أو كَثُرَ، وإنَّما ذلكَ على الذي أصابَهُ في ماله خاصَّةً بالغا ما بلغ، وإنَّ كانتَ قيمةُ العبدِ الديةَ أو أكثرَ، فذلكَ عليه في ماله، وذلكَ لأنَّ العبدَ سلعةٌ من السلع.

الشرح: وهذا على ما قال أن الصبي والمرأة إذا كانت جنائيهما دون الثلث، اختصت دية ذلك بأموالهما، فإن لم يكن لهما مال ثبت ذلك ديناً عليهما، ولا يتعلق شيء من ذلك بالعاقلة، وهذا إذا كان الصبي يعقل وأما الرضيع، فما أتلّف وجنى، فهدر. وأما ما زاد على ثلث الدية من جناية الصبي الذي لا يعقل والمرأة، فعلى العاقلة.

فصل: وقوله: «ولا يؤخذ أبو الصبي بعقل جناية الصبي» يريد أنها إذا كانت دون الثلث، ففي ماله وذمته وإن كانت الثلث فزائداً، فعلى العاقلة، والأب أحدهم، وإنما أراد ما دون الثلث، ليس على الأب منه شيء، وإنما على الصبي جميعه، وما بلغ الثلث، فليس على الأب جميعه، وإنما هو رجل من عاقلته.

فصل: وقوله: «في العبد يقتل فيه القيمة يوم يقتل» يريد سواء زادت القيمة على الدية أضعافاً مضاعفة أو قصرت عن ذلك، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كانت قيمته أقل من دية الحر بعشرة دراهم، ففيه القيمة، وإن زادت على ذلك لم تزد على هذا القدر.

والدليل على ما نقوله أن ما تضمن جميعه بالقيمة، فإنه يضمن بجميع القيمة كالبهيمة.

فصل: وقوله: «ولا على العاقلة شيء من قيمته، وإنما ذلك على الذي أصابه» وقاله أبو حنيفة والشافعي.

والدليل على ما نقوله أن كل ما يضمن بالقيمة، فإن العاقلة لا مدخل لها في تحمل قيمته كالثياب والعروض.

ما جاء في ميراث العقل والتخليط فيه

١٥٣٤ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ نَشَدَ النَّاسَ بِعِنِّي مَنْ كَانَ عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنَ الدِّيَةِ أَنْ يُخْبِرَنِي، فَقَامَ الضَّحَّاكُ بْنُ سُفْيَانَ الْكِلَابِيُّ، فَقَالَ: كَتَبَ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أُورِثَ امْرَأَةَ أَشِيمِ الضَّبَّائِيِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: ادْخُلِ الْخِيَاءَ حَتَّى آتَيْكَ، فَلَمَّا نَزَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَخْبَرَهُ الضَّحَّاكُ، فَقَضَى بِذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ.

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: وَكَانَ قَتْلُ أَشِيمٍ حَطًّا.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب نشد الناس بمنى من كان عنده علم من الدية أن يخبره» على حسب ما يليق بفضله من التوقف في الأحكام التي عنده فيها نص، ومشاورة أهل العلم في ذلك، واستدعاء علمه من كل من يرجو ذلك عنده، والإعلام بأنه ليس عنده في ذلك من العلم ما يعتمد عليه.

وإنما ذلك ما كان يرجو وجود النص، فإن وجد عمل به، وإن عدمه اجتهد رأيه حيثئذ، ولعله قد بان له من جهة الاجتهاد حكم الفضيلة، ولكنه طلب النص ليكون آيين وأوضح وأطيب في النفس، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول الضحاك: «كتب إلى رسول الله ﷺ أن أورث امرأة أشيم الضبائي من دية زوجها» دليل على صحة العمل بما كتب العالم إلى من يستفتيه، وذلك نوع من الإجازة؛ لأن النبي ﷺ كتب إليه بذلك ليتمثله، ويعمل به، وهذا حجة واضحة في

١٥٣٤ - أخرجه الترمذى في الدييات ١٤١٥، الفرائض ٢١١٠. أبو داود في الفرائض ٢٩٢٧. ابن ماجه في الدييات ٢٦٤٢، في مسند المكين ١٥٣١٨. الطبراني بالكبير ٣٥٩/٨، عن سعيد بن المسيب.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث جماعة أصحاب مالك، فيما علمت، في الموطأ، وغيره، ورواه أصحاب ابن شهاب عنه، عن سعيد بن المسيب، وهو صحيح عن سعيد بن المسيب، ورواية سعيد بن المسيب، عن عمر، تجرى مجرى المتصل، وحائز الاحتجاج بها عندهم؛ لأنه قد رآه، وقد صحح بعض العلماء سماعه منه، وولد سعيد بن المسيب لستين مضتاً من خلافة عمر. وقال سعيد: ما قضى رسول الله ﷺ بقضية ولا أبو بكر، ولا عمر، إلا وأنا أحفظها، وهذا الحديث عند جماعة أهل العلم صحيح، معمول به، غير مختلف فيه، سنة مسنونة عندهم؛ فأغنى ذلك عن الإكثار والبيان، والله المستعان. انظر التمهيد ١٦٩/٩.

ذلك، ونقله الضحاك إلى عمر ليعمل به، وتلقاه عمر على ذلك، وإنما يجب أن يكون ذلك إنما كتب به العالم إلى من هو من أهل العلم والفهم باللسان.

فإن كان المستخبر إنما يستخبر ليعمل بما كتب إليه به، ومجاز له، فيجب أن يكون من أهل العلم بذلك، وإلا لم يجز له الأخذ بذلك، فربما كان في مسألة فصل أو وجه لم يعلم به المجيز، ولو علمه لم يكن جوابه ما أجاب به، وإن كان المستدعي للإجازة استدعاءً للرواية خاصة، فيجب أن يكون من أهل المعرفة للنقل والوقوف على ألفاظ ما أجزه له ليسلم من التصحيف.

وإنما يريد بالإجازة علو الدرجة وثقة المجيز له وعلمه، فعلى هذا الوجه تصح الرواية بالإجازة. وقد قال عبد الله بن المبارك: لو صححت الإجازة، بطلت الرحلة، يريد أنه لا تقوم بمقام السماع والمشافهة بالنقل، فإن ذلك أبعد من التصحيف والتحريف.

فمن لم يكن عالماً بشيء من ذلك، وإنما يريد أن يقف على حقيقة الألفاظ ومعرفتها من جهة ما أجزه له، ففي نقله بالإجازة، ضعف، لا سيما إذا أراد أن يقرأ على من ينقل عنه أو يقرأ ذلك عليه.

فصل: وقوله: «فقضى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه» يريد قضى بأن تورث الزوجة من دية زوجها. قال ابن شهاب: «وكان قتل أشيم خطأ» فاقضى ذلك تعلق هذا الحكم بقتل الخطأ إلا أن دية العمد محمولة عند جميع فقهاء الأمصار على ذلك، ولم يفرق أحد منهم علمناه في ذلك بين دية العمد والخطأ، أنها كسائر مال الميت، يرث منها الزوج والزوجة والإخوة للأم وغيرهم، وهذا المروي عن عمر وعلى وشريح والشعبي والنخعي والزهري، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي.

وروى عن علي أنه قال: لا يرث الزوج والزوجة والإخوة للأم من الدية شيئاً. وروى عن النبي ﷺ. قال أبو الحسن بن اللبان: يشبه أن يكون هذا قولاً كان قوله، فربما رجع عنه.

١٥٣٥ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، أَنَّ رَجُلًا مِنْ يَنَسِي

١٥٣٥ - أخرجه ابن ماجه فى الديات ٢٦٤٦، أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٤٨. البيهقى فى الكبرى ٢١٩/٦، عن عمر بن الخطاب.

قال ابن عبد البر: لم يختلف على مالك فى هذا الحديث وإرساله، وقد رواه حماد بن سلمة، عن يحيى بن سعيد، عن عمرو بن شعيب أن عمر بن الخطاب، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: =

مُدْلِجٍ، يُقَالُ لَهُ قَتَادَةٌ حَذَفَ ابْنَهُ بِالسَّيْفِ، فَأَصَابَ سَاقَهُ، فَفَزَا فِي جُرْحِهِ، فَمَاتَ فَقَدِمَ سُرَاقَةُ بْنُ جُعْشُمٍ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: اعْدُدْ عَلَى مَاءٍ قُدَيْدٍ عِشْرِينَ وَمِائَةَ بَعِيرٍ حَتَّى أَقْدَمَ عَلَيْكَ، فَلَمَّا قَدِمَ إِلَيْهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَخَذَ مِنْ تِلْكَ الْإِبِلِ ثَلَاثِينَ حِقَّةً وَثَلَاثِينَ جَذَعَةً وَأَرْبَعِينَ خَلْفَةً، ثُمَّ قَالَ: أَيْنَ أَخُو الْمَقْتُولِ؟ قَالَ: هَآنَذَا، قَالَ: خُذْهَا، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ لِقَاتِلٍ شَيْءٌ».

الشرح: قوله: «أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة، حذف ابنه بسيف، فأصاب ساقه، ففزا في جرحه، فمات» يريد أنه رماه بالسيف، فأصاب ساقه، فكان ذلك سبب موته، فلم ير عمر رضى الله عنه على الأب القصاص.

وذلك لأن قتل الأب ابنه يكون على ضريين، أحدهما: أن يفعل به فعلاً يتبين أنه قصد إلى قتله مثل أن يضجعه فيذبحه، أو يضجعه فيشق بطنه، وهو الذى يسميه الفقهاء قتل غيلة.

والثانى أن يرميه بحجر أو سيف أو رمح، مما يحتمل أن يريد به غير القتل من المبالغة فى الأدب أو الترهيب فيقتله.

فأما قتل الغيلة فذهب، مالك إلى أنه يقتل به. وقال أشهب: لا يقتل به، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

ووجه القول الأول قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] الآية، وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ﴾ وهذا عام فيحمل على عمومه إلا ما خصه الدليل.

ومن جهة المعنى أنهما شخصان متكافئان فى الدين والحرمة فكان القصاص جارياً

= «وليس لقاتل شىء»، مختصراً، وهذا منقطع كرواية مالك سواء. وقد روى مسنداً من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عن النبي ﷺ وكذلك روى قوله ﷺ: «ولا يقاد والد بولده»، من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ومن حديث عمرو بن الخطاب أيضاً، ومن حديث ابن عباس، وهو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكاد أن يكون الإسناد فى مثله لشهرته تكلفاً. انظر: التمهيد ١٧٢/٩.

كتاب العقول ٧٩

بينهما كالأجنيين. ووجه القول الثاني أنه شخص لو قتله حذفاً بالسيف، لم يقتل به، فإذا ذبحه لم يقتل به كالسيد يقتل عبده.

فرع: إذا قلنا بقول مالك، فإن ألفت الأم ابناً في بئر أو مرحاض، قال مالك في المجموعة: إن ألفت في بئر أو بجر كثير الماء. قال ابن القاسم في الموازية: أو في مرحاض لا ينحى من مثله. وقال في الموازية: أو يكون البئر مهواة، لا يدرك ولا ينزل، وإن كانت يساً فلتقتل.

قال مالك في المجموعة: فهي أهل أن تقتل، وأما إن كان مثل بئر المشية الذي يرى أنه يؤخذ منه وشبه ذلك، فلا قتل. وروى أشهب عن مالك في العتبية: أن هذه متعمدة للقتل كالذبح.

فرع: وإذا قلنا بقول مالك في قتل الغيلة، فإن جرحه على هذا الوجه، ففي المجموعة: أن الجراح تجرى في ذلك مجرى القتل، وذلك إن أخذ سكيناً، فقطع به يده أو أذنه أو أضغجه، فأدخل إصبعه في عينيه، ففقاها، فإن هذا يقاد به، قاله ابن القاسم وأشهب في الموازية.

مسألة: وأما إذا قتله على الوجه الآخر من الاحتمال، وهو على نحو ما فعله المدلجى، فإنه إذا حذفه بالسيف فقتله، فإنه لا يقتل به في قول مالك، وكذلك إذا ألقاه في بئر قليلة الماء مثل بئر المشية، فإن هذا كله فعل يحتمل غير القتل.

قال المغيرة في المجموعة بعد ذلك: من الأب كأدب جاوز به حده، فهو كالمخطئ، يريد لما علم من حنو الأب وشفقته، مع ما له من التبسط والأدب ما ليس لغيره، فحمل منه على غير العمد، ولو وجد من أحد عمداً، لم يعتبر منه ذلك الإشفاق، ولا كان له ذلك التبسط عليه في الأدب.

فصل: وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لسراقة: «اعدد لى على ماء قديد عشرين ومائة بعير» يحتمل أنه خص سراقة بذلك، وليس هو بقاتل، وإنما هو سيد القوم، لأنه أوجب الدية على العاقلة، ويحتمل أنه خاطبه بذلك؛ لأنه هو الذى سأله عن المسألة، واقتضى جوابه فيها، فلعله خاطبه بذلك ليكون هو الذى يأخذ بإحضارها.

واختلف قول مالك وأصحابه في ذلك، فقال أشهب وابن عبد الحكم وعبد الملك: هي على العاقلة. وابن القاسم يراها: على الأب، قاله ابن المواز. وروى ابن حبيب عن مطرف: وهي على الأب إلا أن يكون له مال، فيكون على العاقلة لتلا تبطل الدية.

فرع: فإذا قلنا إن الدية المغلظة فى قتل الأب ابنه على الأب فى ماله، فقال ابن حبيب عن مطرف: هى عليه حالة. قال ابن المواز عن أصبغ: وآخر قول ابن القاسم أنها فى مال الأب حالة، وكان يقول: هى على العاقلة منجمة، وبه قال أصبغ: وقال سحنون فى كتاب ابنه: أجمع أصحابنا أنها حالة، واختلفوا فى أخذها من العاقلة أو الأب. وروى ابن حبيب عن مطرف: إن كان الأب عبدًا، فهى على العاقلة حالة.

وجه الرواية الأولى ما احتج به عبد الملك من أن عمر بن الخطاب، قال لسراقة: «اعدد لى على ماء قديد عشرين ومائة بعير» وليس بالأب القاتل، وإنما هو سيد القوم، فتأول ذلك على أنه سيد العاقلة.

واحتج من جهة المعنى بأنه قتل لا يعتبر عمدًا لما كان من جهة الأدب، فكانت دية على العاقلة كقتل الخطأ.

ووجه القول الثانى أنه بالعمد أشبه، فلم تحمله العاقلة؛ لأنه قد وجد فيه القصد، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ومائة وعشرون بعيرًا» يحتمل أن يريد أن يختار منها المائة التى هى الدية، ويحتمل أن يكون أراد أن يغلظها بالعدد، فيأخذ العشرين والمائة ثم ظهر إليه أن التغليظ بالعدد فى الإبل أو فى الدنانير غير سائغ، فأعطى منها مائة فى الدية وترك الباقي، ويحتمل أن يكون خص قديدًا بذلك؛ لأنه يحتمل بقاء الإبل مع كونه أقرب المواضع التى هى طريق عمر رضى الله عنه من المدينة إلى مكة إلى موضع بنى مدلج؛ لأن إيواء الإبل الحواضر يشق لقله سارحها، وتأذى أهلها ببقاء الإبل عندهم وإنما مواضع الإبل السائمة المسارح والقيافى.

فصل: وقوله: «فأخذ منها عمر ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة» قد تقدم فى كتاب الزكاة ذكر الحقة والجذعة، وأما الخلفة، فهى الحامل من الإبل، والخلفات الحوامل. قال مالك: التى فى بطونها أولادها.

وروى ابن المواز عن مالك: وهى ما بين ثنية إلى بازل عامها. وقال ابن المواز: لا تبال بالخلفات إذا كانت حوامل من أى الأسنان كانت، وأحب إلينا الثنيات إلى بازل عامها، ورواه عن أشهب.

مسألة: وإنما نقلت الدية إلى هذه الأسنان للتغليظ. قال أشهب: الدية المغلظة فى شبه العمدة الذى لا يكون إلا فى مثل فعل المدلجى ثلاثة أسنان على ما ذكر فى

الحديث، والقاتل في الحديث إنما كان الأب. وقد قال في المجموعة مالك: الجذ كالأب. وقال ابن القاسم وأشهب: الأم كالأب.

قال عبد الملك: الأجداد والجدات كالأبوين. وقال ابن القاسم عن مالك: وليس الأخ والعم وسائر القرابات مثل ذلك. وقال ابن القاسم في الموازية، بالتغليظ في الأب وأبي الأب والأم وأم الأم، ووقف عن أب الأم وأم الأب. وقال أشهب: أما أم الأب، فكالأب، وأما أم الأم فكالأجنبي.

وجه قول عبد الملك أن من له عليه ولادة، فإنه بمنزلة الأبوين. وروى ابن سحنون عن أبيه أن قول ابن القاسم بخلاف ما روى عنه ابن المواز من أنه توقف في ذلك، ولعله توقف في ذلك ثم رآه.

مسألة: وأما الجراح، فعلى ضربين، جراح لا يقتص منها بوجه، وجراح يقتص منها، فأما ما لا يقتص منها بوجه كالجائفة والمأمومة والنقلة، فقد قال سحنون في المجموعة والعتبية: لا تغليظ فيها لأنه لا قود في عمدها، ورواه القاضي أبو محمد عن عبد الملك.

قال: ووجه ذلك أن التغليظ عوض من سقوط القود وهذه الجراح لا يتعلق بها القود، فلم تغلظ فيها الدية.

وفي المدونة عن مالك أنها تغلظ. ووجه ذلك أنها دية تحملها العاقلة، فتعلق بها التغليظ كالدية الكاملة.

وأما الجراح التي يثبت فيها القصاص بين الأجناب، فإذا وقعت من الأب على وجه لا قود فيه، ففي المجموعة عن مالك: تغلظ فيها الدية.

ووجه ذلك أنها جناية فيها القود على الأجنبي، فإذا درئ القود على الأب عن الأب وجب أن تغلظ الدية. أصل ذلك القتل.

فرع: فإذا قلنا إنها تغلظ، فقد قال ابن القاسم وأشهب وغيرهما: تغلظ الدية فيما صغر من الجراح وكبر. وقد قال ابن القاسم: إن ذلك فيما بلغ ثلث الدية فأكثر.

مسألة: إذا قلنا إنها تغلظ على أهل الإبل، فهل تغلظ على أهل الورق والذهب؟ قال القاضي أبو محمد: فيها روايتان، إحداهما: إثبات التغليظ، والثانية: نفيه.

وأما الرواية الأولى، فهو قول ابن القاسم وأكثر أصحابنا. وأما الرواية الثانية في نفس التغليظ، فرواها ابن سحنون عن مالك، ورواها عبد الحكم عن مالك.

وجه القول الأول أن هذه دية، فجاز أن يلحقها التغليف بزيادة العدد كدية الإبل، وإذا لم يغلف الذهب والورق بزيادة العدد لم يلحقه تغليظ؛ لأنه لا يتصور التغليف في صفتها لأنه لا يؤخذ فيها إلا الجيد الخالص، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا إنها تغلف، فكيف صفة التغليف؟ قال ابن المواز وابن عبدوس عن مالك: ينظر إلى قيمة الدية المحمسة من الإبل وإلى دية المغلظة منها، فينظر إلى ما تزيد الدية المغلظة من الإبل على دية الخطأ، فيزداد تلك القدر على دية الذهب والورق. وقال البغداديون: وينظر كم قيمة الدية المغلظة من الإبل، فتكون تلك الدية. قال الشيخ أبو محمد: وينبغي أن يزداد في هذا القول ما لم ينقص عن ألف دينار، فلا ينقص.

وجه القول الأول أن أصل الدية معتبر الصفة، وذلك متعذر في الذهب والورق، فاعتبر بتغير صفات الإبل، فيزيد في عدد الذهب والورق قدر ما بين قيمتي الصفتين؛ لأنه إن لم يفعل ذلك لم يلزمها حكم التغليف؛ لأنه قد تكون فيه أسنان للتغليف أقل من دية الذهب، فلا يلحقها تغليظ، وربما قصرت عن ذلك، فبطل الاعتبار بها، وأدى ذلك إلى نقص الدية بالتغليف عن كانت عليه قبل التغليف.

مسألة: وأما دية العمد، فقد تقدم من قول مالك أنها أرباع إناث كلها، خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وقد روى ابن المواز: أنها في أسنانها كدية الخطأ.

ووجه القول الأول أنه قتل سقط إلى دية فوجب أن تكون مغلظة كدية قتل الأب ابنه.

وجه الرواية الثانية أن الواجب بالقتل العمد إنما هو القصاص، فإن اتفقا على إسقاطه بشيء ما، لزمهما ذلك، وإن لم يتفقا على شيء وأبهما لفظ الدية، وجب أن تلزم في ذلك الدية المعروفة، وهي دية الخطأ.

فإذا قلنا إنها تغلف على أهل الإبل، فهل تغلف أيضاً على أهل الورق والذهب؟ فقد قال ابن المواز: ما يعلم من يغلفها على أهل الذهب والورق غير أشهب، والكلام فيه على حسب ما تقدم.

فصل: وقول عمر رضي الله عنه لأخي المقتول: «خذها»، فإن رسول الله ﷺ قال: ليس للقاتل شيء» يريد أنه سلم جميع الدية إلى أخي المقتول، وأنه كان المحيط بميراثه دون أبيه لكون أبيه قاتلاً للموروث، واحتج على ذلك بأن رسول الله ﷺ قال: «ليس للقاتل شيء» وهذا ينفي أن يكون له شيء من دية أو ميراث.

وقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازية: لا يرث من مال الابن ولاديته. ووجه ذلك ما قاله أشهب أنه كالعمد، وإنما درى عنه الحد للشبهة.

١٥٣٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيْبِ وَسَلِيمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلَا أَتَغْلَظُ الدِّيَةَ فِي الشَّهْرِ الْحَرَامِ؟ فَقَالَا: لَا، وَلَكِنْ يُزَادُ فِيهَا لِلْحُرْمَةِ، فَقِيلَ لِسَعِيدٍ: هَلْ يُزَادُ فِي الْجِرَاحِ كَمَا يُزَادُ فِي النَّفْسِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ.

قَالَ مَالِكٌ: أَرَاهُمَا أَرَادَا مِثْلَ الَّذِي صَنَعَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي عَقْلِ الْمُدْلِجِيِّ حِينَ أَصَابَ ابْنَهُ.

الشرح: قول سعيد وسليمان رضى الله عنهما: «لا تغلظ الدية للشهر الحرام» هو قول مالك، ولا تغلظ للحرم، ولا لذوى الحرم، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: تغلظ لكل واحدة منهما.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٩٢] وإطلاق لفظ الدية، يقتضى الدية المقسرة دون غيرها، ويجب حمل الآية على عمومها إلا ما خصه من دليل.

ومن جهة القياس أن الدية معنى تجب بالقتل، فلم تغلظ بالحرم، ولا بالشهر الحرام كالكفارة، ومثل ذلك أن الكفارة حق الله تعالى والدية حق للآدميين، فإذا لم تغلظ حق الله تعالى بالحرم والشهر الحرام، فبأن لا تغلظ به الدية، وهو حق للآدميين، أولى وأحرى.

فصل: وقولهما: «ولكن يزداد فيها للحرمة» على ما فسره مالك أنها تغلظ لما سقط من القتل لحرمة القاتل كالأب يقتل ابنه حذفاً أو رمياً، فيدراً عنه القود لحرمة، فتغلظ الدية عليه، وكذلك في جراحه، وقد تقدم.

١٥٣٧ - مَالِكٌ عَنِ يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ، يُقَالُ لَهُ أَحْيَحَةُ بْنُ الْجُلَاحِ كَانَ لَهُ عَمٌّ صَغِيرٌ، هُوَ أَصْغَرُ مِنْ أَحْيَحَةَ، وَكَانَ عِنْدَ أَحْوَالِهِ، فَأَخَذَهُ أَحْيَحَةُ، فَقَتَلَهُ، فَقَالَ أَحْوَالُهُ: كُنَّا أَهْلَ نَمٍّ وَرَمٍّ حَتَّىٰ إِذَا

١٥٣٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦١٨.

١٥٣٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦١٩.

اسْتَوَى عَلَى عُمَمِهِ غَلَبْنَا حَقُّ امْرِئٍ فِي عَمِّهِ، قَالَ عُرْوَةُ: فَلِذَلِكَ لَا يَرِثُ قَاتِلُ مَنْ قَتَلَ.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ قَاتِلَ الْعَمْدِ لَا يَرِثُ مِنْ ذِيَّةٍ مَنْ قَتَلَ شَيْئًا، وَلَا مِنْ مَالِهِ، وَلَا يَحْجُبُ أَحَدًا وَقَعَ لَهُ مِيرَاثٌ، وَأَنَّ الَّذِي يَقْتُلُ خَطَأً لَا يَرِثُ مِنَ الذِّيَّةِ شَيْئًا؛ وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي أَنَّ يَرِثُ مِنْ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَّهَمُ عَلَى أَنَّهُ قَتَلَهُ لِيَرِثَهُ وَيَأْخُذَ مَالَهُ، فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنَّ يَرِثَ مِنْ مَالِهِ، وَلَا يَرِثَ مِنْ ذِيَّتِهِ.

الشرح: قوله: «أن أحيحة أخذه عمه صغيراً من أخواله» على معنى الحضانة له لأنه أحق بذلك؛ لأنه من عصبته.

وقوله: «فقتله» يريد أنه جرى منه في مقامه عندنا ما كان به قاتلاً، ومعنى ذلك لما لم يكن لهم القيام بدمه؛ لأنهم لم يكونوا عصبته له، وإنما كان عصبته أولياء القتال، فكانوا أحق بذلك من الأخوال، فقال الأخوال للحاكم عليهم بذلك: «لحن كنا أهل ثمة ورمه» يريد أهل خيره وشره؛ لأن الثم هو الخير، والرم هو الشر.

ويريد بقوله: «استوى على عممه وبلغ غلبنا عليه حق عصبته» وهم أولياء القتال فأخذوه، ما قال ذلك ابن مزين عن عيسى بن دينار ويحيى بن يحيى عن ابن نافع: والذي غلبهم فيه والله أعلم، أن أولياء ابن أخيه القتال كانوا أحق بدية القتيل، ولم يأخذ أخواله من ذلك شيئاً بحق الابن، ولا أخذ القتال من الدية شيئاً؛ لأنه قاتل.

وروى ابن مزين عن عيسى عن ابن القاسم عن مالك: أن هذا كان في الجاهلية، وهذا على ما قال؛ لأن أحيحة بن الجلاح [.....] ^(١) وهذا كله يقتضى أن أحكام الدية والعصبية كانت في الجاهلية ثابتة بما تقدم من الشرائع، فأقر الإسلام منها ما شاء الله تعالى، فكان هذا مما أقره، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فلذلك لا يرث قاتل من قتل» يريد أن هذا الحكمة والله أعلم وأحكم مما أقره الإسلام أن لا يرث قاتل من قتل، ويقتضى أن أحيحة لم يرث من الدية شيئاً.

وقد اختلف العلماء في ميراث القتال، فقال مالك: إن قاتل الخطأ لا يرث من

(١) ما بين المعقوفين بياض في الأصل. وقال في السير: توفي صفر، سنة ثمان وتسعين ومائتين، وعاش أربعاً وثمانين سنة.

كتاب العقول ٨٥

الدية، ويرث من المال، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهرى ومالك والأوزاعي. وقال عروة والنخعي وأبو حنيفة والثوري والشافعي: لا يرث من مال ولا دية.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى لا يمنع التساوى بالحرمة والدين ولا يوجب القود، ولا يزيل جهة التوارث، فلم يمنع الميراث. أصله الشتم والضرب، ولا يلزمنا الطلاق فى الصحة، فإنه قد آن إلى جهة التوارث.

مسألة: وقالت طائفة من البصريين: يرث من المال والدية جميعاً. والدليل على ما نقوله أنه أخذ بدل النفس، فلم يرث منه القاتل كالقصاص.

مسألة: وأما قاتل العمد، فلا يرث من المال ولا من الدية، وهو قول عمر وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما.

والدليل على صحة ذلك إجماع الصحابة بلا خلاف فيه. ومن جهة المعنى أنه ردع لمن أراد استعجال الميراث بقتل الموروث، فمنع من ذلك ردعاً لهذا، والله أعلم وأحكم. قال القاضى أبو الحسن: ولو كان إمام عدل قتل موروثه فى قصاص أو زنى أو حد ثابت بإقرار أو بينة، فإن أصحابنا لم يفصلوا هذا التفصيل، وأرى أن من لا تلحقه التهمة، فإنه يرث من المال كقتل الخطأ.

* * *

جامع العقل

١٥٣٨ - يَحْتَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَأَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «جَرَحَ الْعَجَمَاءِ جُبَارٌ، [وَالْبَيْتُ جُبَارٌ، وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ]»^(١)، وَفِي الرَّكَازِ الْخُمْسُ.

١٥٣٨ - أخرجه البخارى فى الزكاة ١٤٩٩، أخرجه مسلم فى الحدود ١٧١٠، الترمذى فى الزكاة ٦٤٢، الأحكام ١٣٧٧، أخرجه النسائى فى الزكاة ٢٤٩٣، ٢٤٩٤، ٢٤٩٥، أبو داود فى الخراج والإمارة والفتىء ٣٠٨٥، الدييات ٤٥٩٣، ابن ماجه فى الدييات ٢٦٧٣، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٤٠٧، ٧٦٤٧، ٢٧٤٧٢، ٨٧٧٩، ٩٠١٣، ٩٥٧٢، ٢٧٢٦٣، ١٠٠٤٤، ١٠١٠٦، ١٠١٣٧، ١٠٢٠٩، الدارمى فى الزكاة ١٦٦٨، الدييات ٢٣٧٧، ٢٣٧٨.

(١) ما بين المعقوفين لم يرد فى التمهيد، وهو هكذا فى الموطأ وفى الأصل.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ الْجُبَارِ أَنَّهُ لَا دِيَةَ فِيهِ^(٢).

الشرح: قوله ﷺ: «جرح العجماء جبار» العجماء من الحيوان ما لا نطق له، وهو كل ما لا يعقل وأراد بذلك الجرح الذي لا صنع فيه لأحد، ولا كان بسبب أحد، وهو الذي تصح إضافته إليه على الحقيقة، فقال فيه: جرح العجماء.

وأما ما كان بسبب غيره من سائق أو قائد أو سافر، فلا يختص به؛ لأن لغیره فيه سبباً وقد فسر مالك: الجبار، بأنه هدر، فمعنى ذلك أن ما اختص بالعجماء من الجراح والجنایات بطل، ولا يقضى منه بدية، ولا شيء.

فصل: وقوله: «والمعدن جبار» المعدن حيث يعمل الناس لإخراج بعض ما فى الأرض من ذهب أو فضة أو حديد أو حجارة أو كحل أو غير ذلك، فيكون فيها الغيران العظيمة التى من سقط فيها أو سقطت عليه غلب عليه الهلاك، فأخبر ﷺ بأن من أصيب بذلك دون فعل أحد، فإن ما حدث عليه بسبب ذلك من جنابة، فإنه جبار، يعنى إنه مطلول.

وأما قوله: «وفى الركاز الخمس» فقد تقدم ذكره فى كتاب الزكاة، والله أعلم.

وقال مالك: الْقَائِدُ وَالسَّائِقُ وَالرَّأَكِبُ كُلُّهُمْ ضَامِنُونَ لِمَا أَصَابَتِ الدَّابَّةُ إِلَّا أَنْ تَرْمَحَ الدَّابَّةُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُفْعَلَ بِهَا شَيْءٌ تَرْمَحُ لَهُ، وَقَدْ قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي الَّذِي أَجْرَى فَرَسَهُ بِالْعَقْلِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَالْقَائِدُ وَالرَّأَكِبُ وَالسَّائِقُ آخَرَى أَنْ يَغْرُمُوا مِنَ الَّذِي أَجْرَى فَرَسَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن القائد، وهو الذى يمشى أمام الدابة يقودها بلحام أو غيره، والسائق وهو الذى يمشى خلف الدابة، فيسوقها، والراكب كلهم ضامنون لما أصابت الدابة، يريد إذا كان ذلك من فعلهم، ولا يخلو أن يكونوا مجتمعين أو متفرقين،

(٢) قال ابن عبد البر: لا يختلفون أن الجبار: الهدر الذى لا أورش فيه، ولا دية على ما قال مالك

- رحمه الله - قال الشاعر:

كم ملك نزع الملك عنه وجبار بهادمه جبار

انظر: التمهيد ٩/١٧٩.

قلت: جبار الأولى: بتشديد الباء: أى المتمرد، والثانية بتخفيفها: جبار، ومعناها: هدر. انظر

لسان العرب لابن منظور ٤/١١٧:١١٣ مادة (جبر).

كتاب العقول ٨٧

فإن كانوا مجتمعين، فلاشهب في الموازية: على كل واحد منهم ثلث دية ما جتته. قال ابن المواز: إذا كان الراكب شركهم.

ومعنى ذلك أن ما جتته الدابة بوطء تطؤه، فإن ذلك من فعل القائد الذى يقودها والسائق الذى يسوقها لأنه مقتضى السوق والقود ولا صنع للراكب فى ذلك إذا كان مسكًا، فإن شاركهما بركض أو زجر أو ضرب أو إشارة، كان شريكهما ما فى جنائيهما تلك.

مسألة: ولا ضمان عليه، قاله ابن القاسم وأشهب فى المجموعة، وإنما ذلك على السائق والقائد، يريد أن لا اختصاصهما بسبب الجناية.

فإن كانت جنائيهما بكدم أو نفع من غير تهيج أحد، فقد قال أشهب فى الموازية والمجموعة: أحقهم بالضمان السائق، إن كان سوقه يذعرها بزجر أو ضرب أو نخس، وكذلك الراكب لو ضربها برجله، فكدمت ضمن، وكذلك القائد لو أنهرها، فإنه يضمن.

فعلى هذا إنما يبقى أن يكون السائق أحقهم بالضمان، إذا لم تكن جنائيهما يقترن بها تجديد شيء من قبل أحدهم إلا أن للسائق حكم ذلك بأن يحفره لها بقرنه منها، وحركة مشيه خلفها وهذا معنى قول أشهب.

وهذا نوع من الجناية يخالف جنائيتها بالوطء على شيء تبلغه؛ لأن جنائيتها على ما تطأ عليه، هو مقتضى السوق والقود، وسبب الراكب، فلا يحتاج فى ذلك إلى تجديد سبب؛ لأن سببه موجود.

وأما أن تكدم أو تنفح، فليس ذلك بمقتضى الأسباب الموجودة منهم، وإنما هو مقتضى ما يتجدد من ضرب أو زجر أو نخس، فإذا عرى من ذلك، فقد قال أشهب فى الكتابين: لا يضمن أحدهما شيئاً من ذلك، قاله ربيعة.

مسألة: لو انفرد كل واحد منهم، فهو ضامن لما جنت بالتسيير. وأما الكدم والنفح والضرب باليد، فقد قال مالك فى الكتابين: لا يضمن أحد منهم شيئاً من ذلك إلا أن يكبحها أو يحركها بخلاف ما وطئت، وقاله كله أشهب على حسب ما تقدم، وإذا ركب اثنان على دابة، فما أصابت الدابة بوطء أو صدم، فقد قال مالك: هو من المقدم، وذلك أنه هو المسير إليها والممسك.

قال مالك: إلا أن يكون المؤخر حركها أو ضربها، فيكون ذلك عليه.

ومعنى ذلك أن يخرج عما كانت عليه من المشى بضرب المؤخر أو زجره بأن تنفر أو تسرع في المشى وأما ما كان من جنائتها بكدم أو نفح، فهذا ليس من التسيير، فإن كان من سبب أحدهما، فهو المنفرد بالضمان، وإن كان من سببهما، اشتركا في الضمان، وإن كان من غير فعلهما، فهو هدر، على ما تقدم، قاله مالك وأشهب في الموازية. قال أشهب وابن القاسم: وإن كان اللجام بيد المقدم، فقد تكدم، وهو الفاعل.

مسألة: وأما القائد يقود القطار، فإنه يضمن ما وطئ عليه بعير من القطار، في أوله كان أو في وسطه أو آخره، قاله ابن القاسم وأشهب. قال أشهب: لأنه أوطأه بقوده، ولو قاد دابة عليها سرج أو متاع، فوقع شيء من ذلك على إنسان، فقتله ضمن، وذلك إن كان قائدها حمل المتاع عليها، فإن كان غيره حملة، فذلك على حامله إلا أن يكون ذلك من شدة قوده.

ومعنى ذلك أن يكون الذى حمل المتاع قصر فيه بضعف جبل أو وجه غير معتاد مأمون.

مسألة: ولو اصطدم فارسان، فقد روى ابن نافع عن مالك في فارسين اصطدما، فأصاب فرس أحدهما صبيًا: إن على عاقلتهما الدية. وذلك أن الجناية بسببهما.

ولو اصطدم فارسان فماتا، ومات فرسهما، فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقيمة فرسه في ماله، قاله ابن القاسم وأشهب، ولو كان أحدهما عبدًا والآخر حرًا، فقيمة العبد في مال الحر، ودية الحر في ربة العبد، يتقاصان، فإن زاد على دية الحر، فلسيده الزيادة في مال الحر، وإن كانت دية الحر أكثر، فلا شيء على سيد العبد.

وقال ابن المواز: إلا أن يكون للعبد مال، فالزيادة في ماله. وقال أصبغ في العتبية: قيمة العبد في مال الحر، يأخذها السيد، ويقال له افتد العبد بالدية، فإن أسلم القيمة، فليست لولاة الحر، وإن فداه، فداه بجميع الدية.

فرق: ولو اصطدمت سفيتان، ففرقت إحداهما بما فيها، ففي المجموعة والموازية لابن القاسم عن مالك: لا شيء في ذلك على أحد؛ لأن الريح تغلبهم.

والفرق بين السفيتين والفارسين أن السفينة لا تجرى إلا بالريح ولا عمل في ذلك

للسفيتين. وأما الفرسان فحريهما من فعلهما، والفرسان أرسلاهما على ذلك وحر كاهما إليه.

قال مالك: إلا أن يعلم أن النواتية قادرون على صرفهما على وجه يؤدي إلى هلاكهم، فلا يفعلوا، فهم ضامنون. قال ابن القاسم: وكذلك لو قدروا على صرفهما على وجه يؤدي إلى هلاكهم، فلم يفعلوا، فهم ضامنون، ويضمن عواقبهم الذيات، ويضمنون الأموال في أموالهم.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَحْفِرُ الْبُئْرَ عَلَى الطَّرِيقِ أَوْ يَرِبُطُ الدَّابَّةَ أَوْ يَصْنَعُ أَشْبَاهَ هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ أَنَّ مَا صَنَعَ مِنْ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَصْنَعَهُ عَلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصِيبَ فِي ذَلِكَ مِنْ جَرَحٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَمَا كَانَ مِنْ ذَلِكَ عَقْلُهُ دُونَ تِلْكَ الدَّيْبَةِ، فَهُوَ فِي مَالِهِ خَاصَّةً، وَمَا بَلَغَ الثُّلُثَ فَصَاعِدًا، فَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَمَا صَنَعَ مِنْ ذَلِكَ مِمَّا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَصْنَعَهُ عَلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهِ، وَلَا غُرْمَ، وَمِنْ ذَلِكَ الْبُئْرُ يَحْفِرُهَا الرَّجُلُ لِلْمَطْرِ، وَالدَّابَّةُ يَنْزِلُ عَنْهَا الرَّجُلُ لِلْحَاجَةِ، فَيَقِفُهَا عَلَى الطَّرِيقِ، فَلَيْسَ عَلَى أَحَدٍ فِي هَذَا غُرْمٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن كل ما صنعه الإنسان مما هذا سبيله ينقسم على قسمين، أحدهما: ما هو ممنوع منه، مثل أن يحفر بئراً على الطريق لغير غرض مباح، فإنه يضمن ما أصيب به أو يحفر بئراً في دار غيره بغير إذنه، فقد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة: يضمن. قال أشهب: لأنه حفر بغير إذن رب الدار أو يحفر في ملكه أو ملك غيره ليتلف به سارقاً، فقد روى ابن وهب عن مالك: يضمن السارق وغيره.

قال: وكذلك لو حدد قصباً أو عيداناً، يجعلها في بابه ليدخل في رجل الداخل في حائطه من سارق أو غيره، فإنه يضمن، وكذلك من جعل على حائطه شوكة يستتر بها من يدخل أو رش فناءه، يريد بذلك أن يزلق من يمر به من إنسان أو غيره، فهذا يضمن.

وكذلك من جعل في الطريق مربطاً لدابته، فهو ضامن لما أصابت فيه لأنه متعد في هذا كله، وكذلك من اتخذ كلباً لداره ليعقر من دخلها أو في غنمه ليعدو على من أرادها فإنه يضمن.

وأما من عمل ذلك ما يجوز له، قال ابن القاسم عن مالك فى المجموعة: من بثر حفرها للمطر. قال ابن القاسم: أو مرحاض يحفره إلى جانب حائطه. قال أشهب: ما لم تضر البثر والمرحاض بالطريق أو يحفر بثرًا فى داره لغير ضرر أحد أو فى دار غيره بإذنه أو يرش فناءه تبردًا وتنظيفًا، فيزلق به أحد، فيهلك أو ارتبط كلبًا فى داره للصيد أو فى غنمه للسباع، فعقرت، فلا ضمان عليه، أو أخرج رعوسا من داره أو عسكريًا أو نصب حبالا للسباع أو وقف على دابة فى الطريق أو نزل عنها لحاجة، فأوقفها فى الطريق، أو نزل عنها لحاجة، فأوقفها فى الطريق بباب مسجد أو حمام أو باب أمير أو سوق أو ما أشبه ذلك، فلا يضمن.

وأصل ذلك أن ما كان على الوجه المباح، فلا ضمان فيه، وما كان غير مباح فهو يضمن ما تلف به.

مسألة: ومن حفر بثر بقرب بثر ماشيته بغير إذنه، فعطب بها إنسان، فقد قال أشهب: لا يضمن لأنه يجوز له أن يحفر كما جاز للأول، وإن قرب منها لأنه لا يدرى أضرار بها أم لا، فإن علم أنه يضر بها أمر بردمها، فإن أصيب أحد بعد أن أمر بذلك، ضمن.

ومعنى ذلك أن الأرض مباحة، فلا يمنع أحد من الحفر فيها لحاجته إلا بعد أن يثبت ما يوجب منع ذلك من أضرار بثر من تقدمه أو ما أشبه ذلك، فيحكم به عليه، فإذا حكم عليه بالمنع كان متعديًا فى إبقائه، فيضمن ما أصيب به بعد الحكم بالمنع، والأمر له برده إلى ما كان عليه.

مسألة: ومن وضع سيفًا بطريق أو غيره يريد قتل رجل، فعطب به ذلك الرجل، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: يقتل به، وإن عطب به غيره، فالدية على عاقلة الجاعل.

ومعنى ذلك أنه لما قصد قتل رجل بعينه، فوضعه للسيف فى ذلك الموضع كان قد قصد إلى قتله برميهِ بالسيف أو ضربه، فعليه القود، فإن أصاب به غيره كان بمنزلة من رمى إلى رجل يريد قتله فيصيب غيره، فإن حكمه حكم الخطأ، فالدية على عاقلته.

فروع: وكل ما ذكرنا أنه يضمنه المتعدى من ذلك، فإنه فى ماله دون الثلث وما بلغ الثلث أو زاد عليه من ديات الأحرار، فعلى عاقلته، قاله مالك فى الموازية. قال ابن المواز: وأما ما ضمن من عبد أو دابة أو غير ذلك، ففي ماله، يريد أن العاقلة إنما لها مدخل فى تحمل ديات الأحرار دون قيم الأموال، والله أعلم وأحكم.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَنْزِلُ فِي الْبَيْتِ، فَيُدْرِكُهُ رَجُلٌ آخَرُ فِي أُتْرِهِ، فَيَجْبِذُ الْأَسْفَلَ الْأَعْلَى، فَيَجِرُّهُ فِي الْبَيْتِ، فَيَهْلِكُ كُلُّهُمَا جَمِيعًا: إِنَّ عَلِيَّ عَاقِلَةٌ الَّذِي جَبَذَهُ الدِّيَّةَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن علي عاقلة الجاهذ دية الأعلى؛ لأنه مات بسبب جبهه. وأما دية الجاهذ، فروى ابن المواز عن عيسى: أن ديته هدر لأنه قتل غيره، وقتل نفسه.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله. ومعنى ذلك أنه متعد في جبهه له ووقوع الأعلى عليه إنما كان بسبب جبهه له، ولو لم يكن للأعلى في ذلك صنع، فلما كان موته بسببه أبطل ديته. وقال أشهب: لا تعقل العاقلة قاتل نفسه.

مسألة: ولو قاد بصير أعمى، فوقع البصير في بئر وقع عليه الأعمى فمات البصير، روى ابن وهب عن مالك: ديته علي عاقلة الأعمى. وروى ذلك عن عمر بن الخطاب.

ومعنى ذلك أن البصير لم يكن يجذب الأعلى ويحمّله، وإنما كان الأعمى يتبعه وكان سقوطه عليه لا صنع فيه للبصير، وإنما هو من فعل الأعمى خاصة واتباعه له، فلما انفرد بالجناية كانت الدية علي عاقلة.

مسألة: ولو حفر رجلان في بئر، فانهدمت عليهما، فمات أحدهما، ففي المجموعة عن أشهب: علي عاقلة الباقي نصف دية الهالك؛ لأن البئر سقط من حفرهما، فلذلك كان علي عاقلة الباقي نصف الدية؛ لأن نصف الثاني هدر، ولو ضمن لضمته عاقلة؛ لأنه قاتل نفسه وقاتل نفسه لا عقل له، ولو ماتا جميعاً لضمنت عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ لأن كل واحد منهما شارك في قتل نفسه، فهدر من ديته بقدر ذلك.

مسألة: ومن سقط من دابة علي رجل، فمات الرجل، فدّيته علي عاقلة الساقط، قاله أشهب في المجموعة والموازية، قال: وهو من الخطأ، ولو انكسرت سن الساقط وانكسرت سن الآخر، فقد قال ابن المواز: منهدب أصحابنا أن علي الساقط دية سن الذي سقط عليه، وليس علي الآخر دية، وبه قال شريح. وقال ربيعة: علي كل واحد منهما دية ما أصيب به الآخر.

والدليل علي ما نقوله أن الجناية بسبب الساقط دون سبب الآخر، فلم يعقل ما أصابه لأنه من جنايته.

مسألة: ولو دفع رجل رجلاً فوق علي آخر فقتله، فعلى الدافع العقل دون المدفوع،

٩٢ كتاب العقول

ومن مر بجزار يقطع لحمًا، فدفعه آخر فسقط، فوقعت يده تحت فاس الجزائر، فقطع أصابعه، ففى الموازية: عقل ذلك على طارحه أو قال على عاقلة الجزائر، ويرجع به على عاقلة الدافع.

مسألة: ومن سقط ابنه من يده فمات، لم يلزمه شيء، ولو سقط شيء من يده على ابنه وابن غيره، فمات، فقد قال أشهب: الدية على عاقلته، وإن كان الأرش أقل من الثلث، ففى ماله.

ووجه ذلك أن سقوطه من يده ليس عليه فيه شيء، لأنه لم يمت من فعله؛ لأن الساقط إنما هلك بحركته، وهى الحركة التى سقط بها وأما إذا سقط شيء من يده على إنسان فقتله، فإن الهالك إنما هلك بحركة الساقط عليه، وذلك من سبب الذى كان بيده.

مسألة: ومن طلب غريقًا، فلما أخذه خشى الموت على نفسه فتركه فمات، فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم فى الموازية والعنينة: لا شيء عليه. قال ابن المواز: قال مالك: وليس هذا كمن ابتداء نزول بئر أو بحر بسبب مسكه.

قَالَ مَالِكٌ فِي الصَّبِيِّ يَأْمُرُهُ الرَّجُلُ يَنْزِلُ فِي الْبَيْتِ أَوْ يَرْقَى فِي النَّخْلَةِ، فَيَهْلِكُ فِي ذَلِكَ: أَنَّ الَّذِي أَمَرَهُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَهُ مِنْ هَلَاكِ أَوْ غَيْرِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أنه إذا استعان صغيرًا أو عبدًا فى شيء له بال، فهو ضامن من لما أصابه، وذلك أنه أمر بغير إذن من له الأذن، وأما العبد فيعتبر فيه إذن سيده.

وأما الصبي فيعتبر فيه إذن أبيه إذا كان له أب، فقد قال ابن القاسم فيمن كان له ولد يجرى الخيل، فأمره رجل أن يجرى له فرسه، وأذن فى ذلك أبوه فوقع عنه، فمات: لا شيء على الأمر إلا عتق رقبة، ورأى إذن الأب كالعفو عن الدية.

فأما غير الأب، فلا يجزى إذنه كيتيم الرجل وابن أخيه، فذلك على عاقلته، رواه أبو زيد عن ابن القاسم فى العنينة، فهذا وجه الإذن.

وأما العمل، فهو على ثلاثة أضرب، الأول: لا قيمة له، ولا يعمل غالبًا كمناولته النعل، وما أشبه فهذا لا يضمن فيه عبد ولا صبي، ولا فيه أجر وضرب ليس فيه خطر، فلا يخلو أن يكون قد أذن للعبد فى مثله بالإجارة أو لم يؤذن له فيه، فإن كان قد أذن له فيه بإجارة، فاستعمله بإجارة، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يخالف ما أذن له فيه.

وإن استعمله أو استعمل صبيًا مآذونًا له في العمل بغير إجارة، فقد قال في الموازية عمر بن عبد العزيز: هو ضامن. قال أشهب: لأن ذلك تعد إذا لم يؤذن لهما في العمل بغير أجرة.

مسألة: وإن كان لم يؤذن له في العمل جملة، فقد روى عن مالك فيمن استعان عبدًا إذن ربه، فيما له بال، وله أجره، فهو ضامن لما أصابه، وإن أسلم، فللسيد إجارته. ووجه ذلك أن المستعمل لم يتعد على عبد غيره في استعماله، فيما له بال فضمنه بالتعدى. وقال مالك في المجموعة: من أعطى دابته عبدًا ليسقيها فعطب ضمن، صغيرًا كان العبد أو كبيرًا.

فرع: وهذا إذا علم المستعمل أنه غير مآذون له، وإن لم يعلم، ففي الموازية والمجموعة في الأبق يستأجره رجل يعمل له عملاً فيعطب، ولم يعلم مستأجره بإبائه ابن القاسم: يضمنه. وقال أشهب: لا يضمن من استعمل عبدًا أو مولى عليه إلا في العمل المخوف، فإنه يضمن، وإن لم يعلم بالرق أو بالولاء.

وجه قول ابن القاسم أن ما كان طريقه ضمان الأموال، فإنه يضمن مع العلم والجهل.

ووجه قول أشهب أن ظاهره الحرية وليس كل من استأجر أجيرًا أو استعمل عاملاً يمكنه معرفة حرته ورقه ونسبه، ولم يوجد من غرر العمل ما يلزمه حكم الخادع.

وروى ابن وهب وعلى بن زياد عن مالك في العبد يستأجره، فلا يضمن من استأجره، ولم يعلم أنه أمره سيده أن يؤاجر نفسه إلا أن يستأجر في عمل مخوف كالبئر ذات الحمأة والعمل تحت الجدران، فهذا يضمن أن يستأجر بغير إذن سيده في ذلك العمل بعينه. قال سحنون: وهذا أحسن من رواية ابن القاسم إلا أن يكون سيده، قد حجر عليه أن يؤاجر نفسه، وأبان ذلك وأشهد عليه.

فإن استعانها أو استعملها في أمر مخوف، ففي المدونة: سألت عيسى عن قول مالك في الصبي يأمره الرجل يرقى في النخلة أو ينزل في البئر، فيعطب في ذلك: أنه ضامن.

ووجه ذلك ما في هذا العمل من الخطر الغالب المستفاد، فالمستعمل له متعد على السيد، متلف لماله.

مسألة: ولو أذن له سيده فى العمل على الإطلاق، فاستأجره هذا فيما هو غير مخوف من الأعمال، فلا ضمان عليه، وإن استأجره فى مخوف من الأعمال، فقد روى ابن وهب عن مالك فى الموازية: من استعمل عبداً عملاً شديداً، فيه غرر، بغير إذن أهله، فأصيب فيه ضمنه، وإن كان قد أذن له فى الإجارة؛ لأن هذا ما أذن له.

ومعنى ذلك أن الإذن المطلق إنما يتناول المعتاد من الأعمال دون الغرر، قال مالك: وكذلك لو خرج فى سفر بغير إذن سيده.

مسألة: والصبى الذى يضمن من استعمله بغير إذن سيده، قال مالك: فيمن أعطى صبياً ابن اثنى عشر سنة أو ثلاث عشرة سنة دابة يسقيها، فيعطب، أن ديتة على عاقلته وإن كان كبيراً، فلا شيء عليه. وقد قال أشهب: إن المولى عليه يضمن فى العمل المخوف، فيحتمل أن يريد بالمولى من لم يبلغ الحلم، ويحتمل أن يريد مالك بالكبير، غير المولى عليه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا، أنه ليس على النساء والصبى عَقْلٌ يَجِبُ عَلَيْهِمْ أَنْ يَعْقِلُوهُ مَعَ الْعَاقِلَةِ فِيمَا تَعْقِلُهُ الْعَاقِلَةُ مِنَ الدِّيَاتِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الْعَقْلُ عَلَى مَنْ بَلَغَ الْحُلْمَ مِنَ الرِّجَالِ.

الشرح: وهذا على ما قال أنه ليس للنساء والصبى مدخل فى العاقلة، وإنما ذلك على الرجال الأحرار الذين قد بلغوا الحلم، وأما المرأة فليست من ذوى النصرة وتحمل الديات من باب النصرة، والله أعلم. قال ابن حبيب: ليست على الصبى والمجنون والمرأة وهى على السفه المولى بقدر ملاته.

وقال مالك فى عقل الموالى تلزمه العاقلة: إن شاءوا وإن أبوا كانوا أهل ديوان أو مقطعين، وقد تعاقل الناس فى زمن رسول الله ﷺ وفى زمان أبى بكر الصديق قبل أن يكون ديوان، وإنما كان الديوان فى زمان عمر بن الخطاب، فليس لأحد أن يعقل عنه غير قومه ومواليه؛ لأن الولاء لا ينتقل، ولأن النبى ﷺ قال: «الولاء لمن أعتق».

قال مالك: والولاء نسب ثابت.

الشرح: قوله: «عقل المولى تلزمه العاقلة» يريد يؤخذ به عاقلة مواليه كما لو جنى

رجل من أنفسهم، وسواء كان المولى من العرب أو غيرهم، فإن مواليه يعقلون عنه دون القتل الذى هو منهم. وقد روى ابن الماجشون ومطرف وابن كنانة وابن القاسم وأصبغ: أن من أسلم من البربر ولم يسترق، فإنهم يتعاونون كالعرب.

وأما من سبى وأعتق، فعقله على مواليه. وروى ابن المواز عن مالك: من أسلم ولا قوم له، فالمسلمون يعقلون عنه.

فصل: وقوله: «إن شاءوا وإن أبوا» يعنى أنهم يجبرون على ذلك، ولا يكون ذلك مصروفًا إلى اختيارهم. ووجه ذلك أنه أمر قد لزمهم بالشرع غرمه كالجاني.

فصل: وقوله: «كانوا أهل ديوان أو متقطعين» يريد أن مواليه يعقلون معه إن كان المولى ومعتقوه أهل ديوان يشملهم، أو كانوا غير أهل ديوان، فإن كان المولى من أهل ديوان ومعتقوه أهل ديوان آخر، أو لم يك ونوا أهل ديوان، ففى الموازية: إن أهل ديوانه يعقلون معه.

وإن لم يكونوا من قبيلة، قال أشهب: وإن كان منهم من ليس من أهل الديوان لم يدخلوا مع من فى الديوان، وليضم إليهم أقرب القبائل إليهم من أهل ديوانه، قاله أصبغ. قال أشهب: وهذا كانوا أهل ديوان، وأما إذا انقطع، فإنما ذلك على قومه كانوا أهل ديوان أو متقطعين، ولعله الذى أراد مالك بقوله: «كانوا أهل ديوان أو متقطعين» يريد أن قومه يعقلون عنه إذا كان الجاني وعائلته عليه، «وفى زمن أبى بكر قبل أن يكون ديوان»، يريد أنه ليس من شرط التعاقل الديوان؛ لأن التعاقل يكون بالأنساب، وإنما يعتبر الديوان إذا وجد وثبت حكمه بالعطاء مذ حدث رسم الديوان من زمن عمر بن الخطاب؛ لأنه أخص من النسب لجمعه أهل الديوان فى موضع واحد على عطاء واحد، ولمحامة واحدة، فإذا عدم الديوان رجع الاعتبار إلى الأنساب والولاء؛ لأنها لا تنقل ولا تغير، ولذلك قال مالك: الولاء نسب ثابت.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَا أُصِيبَ مِنَ الْبَهَائِمِ أَنَّ عَلَى مَنْ أَصَابَ مِنْهَا شَيْئًا قَدَرَ مَا نَقَصَ مِنْ تَمَنِّيْهَا.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ الْقَتْلُ، فَيُصِيبُ حَدًّا مِنَ الْحُدُودِ: أَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْقَتْلَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَّا الْفَرِيَّةَ، فَإِنَّهَا تَثْبُتُ عَلَى مَنْ قِيلَتْ لَهُ يُقَالُ لَهُ مَا لَكَ لَمْ تَجْلِدْ مَنْ افْتَرَى عَلَيْكَ، فَأَرَى أَنْ يُجَلَّدَ الْمَقْتُولُ الْحَدَّ مِنْ قَبْلِ،

٩٦ كتاب العقول
أَنْ يُقْتَلَ، ثُمَّ يُقْتَلَ وَلَا أَرَى أَنْ يُقَادَ مِنْهُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْجِرَاحِ إِلَّا الْقَتْلُ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ
يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الحدود تدخل في القتل، فمن وجب عليه حد لله تعالى من زنى أو شرب خمر، ووجب عليه القتل في قصاص، فإن القتل يأتي على ذلك كله، ولا يؤخذ بالحد؛ لأنه من حقوق الله تعالى.

وأما حد الفرية فيؤخذ به؛ لأنه من حقوق الآدميين، فلا تسقط باستيفاء حقوق الله تعالى، ولما يلحق المقدوف من العار والتعير بتحقيق ما قيل له حين لم يجد فاذفه.

وأما القصاص في الأطراف فسقط أيضاً مع القتل؛ لأن القتل يأتي على إتلاف ذلك العضو الذي استحق المجنى عليه إتلافه، وإنما يسقط عنه التعذيب بقطع العضو قبل قتله؛ لأنه لم يقصد هذا التمثيل، ولو قصد التمثيل والتعذيب لأخذ بمثله، والله أعلم وأحكم.

وقال مالك: الأمر عندنا أن القَتِيلَ إِذَا وَجِدَ بَيْنَ ظَهْرَانِي قَوْمٍ فِي قَرْيَةٍ أَوْ غَيْرِهَا لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ دَارًا وَلَا مَكَانًا، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ يُقْتَلُ الْقَتِيلُ، ثُمَّ يَلْقَى عَلَى بَابِ قَوْمٍ يُلَطِّخُوا بِهِ، فَلَيْسَ يُؤْخَذُ أَحَدٌ بِمِثْلِ ذَلِكَ.

الشرح: وهذا على ما قال أن وجود القتل في محلة قوم أو عند دارهم لا يوجب لطخاً، ولا يعلق بهم تهمة. قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة: فلا يوجب ذلك قوداً ولا دية. قال مالك: ودمه هدر.

ووجه ذلك ما احتج به مالك من أن القتال قد يبعده من محلته، ويلقيه في محله غيره، وعند دار من يريد إذابته وربما ألقاه القاتل عند دار أولياء المقتول، وفي محلتهم فتجتمع الجنابة عليهم وأخذ القود أو الدية منهم.

مسألة: ولو وجد في محلة أعدائه، فيدعى ولاته أنهم قتلوه، قال المغيرة في المجموعة: لا شيء على من وجد في محله إلا أن يستبرأ قدر ما تكون الظنة، يريد والله أعلم، البحث عما يوجب عليهم ظنه أو يقوى تهمة.

وروى ابن القاسم عن مالك، في رجل نزل عند امرأة، فوجد عندها ميتاً، فاتهمها وليه، فقال: لا يقدر أن يثبت وجه التهمة، إلا أن يكشف أمرها، فإن كانت غير متهمة لم تحبس ويغلى سبيلها.

ومن مات من زحام أو غيره أو وجد ميتاً حين يفيض الناس من عمرة أو مات في

منى زحام الناس، ففى الموازية عن مالك: لا شىء فيه من دية ولا غيرها ولا قسامة، وذلك أنه لا تتعلق التهمة بمعين ولا معينين، وكذلك قال ابن القاسم فى المجموعة، عن قتيل وجد فى أرض المسلمين، لا يدرون من قتله، فبطل دمه لما ذكرناه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي جَمَاعَةٍ مِنَ النَّاسِ اقْتَتَلُوا، فَاذْكَرُوا، وَبَيْنَهُمْ قَتِيلٌ أَوْ جَرِيحٌ لَا يُدْرَى مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ يَوْمَ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سَمِعَ فِي ذَلِكَ أَنَّ عَلَيْهِ الْعَقْلَ، وَأَنَّ عَقْلَهُ عَلَى الْقَوْمِ الَّذِينَ نَازَعُوهُ، وَإِنْ كَانَ الْجَرِيحُ أَوْ الْقَتِيلُ مِنْ غَيْرِ الْفَرِيقَيْنِ، فَعَقْلُهُ عَلَى الْفَرِيقَيْنِ جَمِيعًا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من قتل بين الفتيين فى النائرة تكون بينهم، فإن كل فرقة تضمن من أصيب من الفرقة الأخرى، وذلك أنه إذا لم يعلم من قتله.

ووجه ذلك أن الظاهر أن قتيل كل فرقة إنما قتله الفرقة الأخرى ولا قصاص فيه لتعذر معرفة قاتله، وعدم اتفاق الطائفة الأخرى على قتله، فلم يبق إلا الدية، ولا يحتاج فى ذلك إلى قسامة لأن القاتل لا يتعين.

مسألة: ولو أقر رجل من غير طائفته، فقال: أنا قتلت، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: أن ولاة القتل مخبرون بين أن يقتلوه أو يتركوه أو يلزموه الدية.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن شاعوا قتلوه، وإن شاعوا تركوه، والزموه الدية؛ لأنه يتهم بإقراره بطرح الدية التى وجبت عليه وعلى طائفته، قال الشيخ أبو محمد: قوله: إن شاعوا ألزموه الدية، غلط لقوله فى احتجاجه الدية التى وجبت عليه وعلى طائفته، قال: وأراه من غلط الناقل.

مسألة: ولو علم من أصابه وشهدت بذلك بينة، ففیه القود، وإن لم تكن بينة كاملة، وإنما كان شاهداً، وقول المقتول: دمي عند فلان أو عند جماعة سماهم، فقد روى سحنون عن ابن القاسم فى العتبية: لا قسامة فيه، قال: إلا أن يشهد لجرحه رجلان، ثم مات من ذلك بعد أيام، ففیه القسامة.

وقال أشهب ومطرف وابن الماجشون: فيه القسامة؛ لأن كونه بين الصفيين لم يرد دعواه الآخرة. قال ابن المواز: وقد رجع ابن القاسم بعد أن قال: لا قسامة فيمن قتل بين الصفيين بدعوى الميت ولا بشاهد، وقوله هذا خطأ.

٩٨ كتاب العقول

فصل: «وإن كان القتل من غير الطائفتين»، فعقله عليهما علي ما قاله ابن القاسم، وكذلك إذا لم يعرف من أى الفريقين هو. وجه ذلك أنه لم يثبت له حكم الفريقين فكان كالأجنبي.

فصل: وقوله: «فإن عقله على القوم الذين نازعوه».

وقوله: «فى عقل الأجنبي على الفريقين» يريد فى أموالهم، قاله ابن المواز عن مالك، فجعل لذلك حكم العمد لما كان عملهم ومضاربتهم بقصد، ولم يجعل فيه القود لما لم يتعين القاتل.

مسألة: ولو أن إحدى الطائفتين مشت إلى الأخرى بالسلاح إلى منازلهم فقاتلوهم، فقتل بينهم قتل، فإن كل فرقة تضمن ما أصابت من الأخرى، قاله مالك فى الموازية والمجموعة، قال: ولا يطل دم الزاحفة؛ لأن المزحوف إليهم لو شاءوا لم يقتلوه واستأذنوا السلطان.

قال غيره فى غير المجموعة: وذلك إذا أمكن السلطان أن يحجز بينهم، فإن عاجلوهم ناشدوهم الله، فإن أبوا فالسيف، ونحوه فى المدونة، ومعنى ذلك أنه لا دية عليهم.

مسألة: وما أصيب به بعضهم من الجراح فعقله على الطائفة المنازعة لها، قاله مالك، ولو كان الجرح من غيرها لكان عقل الجرح عليه.

مسألة: وهذا إذا كانت جراحهم لناثرة وتعصب، فإن كانت لتأويل، فقد قال ابن حبيب: ليس بين أهل الفتن قود فى بعضهم من بعض على التأويل ولا تباعة فى مال، إلا فيما كان قائماً بعينه لم يفت. وقال ابن القاسم فى العتبية: ليس على القاتل قتل ولا دية، وإن عرف بخلاف غيرهم.

مسألة: ويعرف أن حربهم لناثرة؛ بيينة تشهد بذلك أو بإقرار الطائفتين. روى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية فى الفتن تأتي كل طائفة تدعى على الأخرى جراحات، وتنكر دعوى الأخرى، وأقرتا بأصل الناثرة أن كل طائفة ضامنة لجراح الأخرى.

فإن لم يتقاررا بالناثرة، وقامت بيينة عليهما حلقت كل طائفة على ما ادعت عليه، واستقادت منه، وإن لم تعرف كل واحدة من الجراح، تحالفوا على أن الجراحات كانت من الفئة الأخرى، ويضمن بعضهم جراحات بعض، فإن لم تأت بيينة بأصل الناثرة، ولا تقاررا لم يقد بعضهم على بعض بالدعوى.

* * *

ما جاء فى الغيلة والسحر

١٥٣٩ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَتَلَ نَفْرًا حَمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ وَاحِدٍ قَتَلُوهُ قَتْلَ غَيْلَةٍ، وَقَالَ عُمَرُ: لَوْ تَمَالَا عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتَهُمْ جَمِيعًا.

الشرح: قوله: «أن عمر قتل جماعة برجل قتلوه قتل غيلة» فيه بابان، أحدهما: فى قتل الجماعة بالواحد. والثانى: فى معنى الغيلة.

* * *

الباب الأول فى قتل الجماعة بالواحد

فأما قتل الجماعة بالواحد يجتمعون فى قتله، فإنهم يقتلون به، وعليه جماعة العلماء، وبه قال عمر وعلى وابن عباس وغيرهم وعليه فقهاء الأمصار، إلا ما يروى عن أهل الظاهر.

والدليل على ما نقوله خبر عمر هذا وصارت قضيته بذلك، ولم يعلم له مخالف، فثبت أنه إجماع. ودليلنا من جهة القياس أن هذا حد وجب للواحد على الواحد، فوجب للواحد على الجماعة كحد القذف.

مسألة: قال مالك فى الموازية والمجموعة: يقتل الرجلان وأكثر بالرجل الحر والنساء بالمرأة، والإماء والعييد كذلك. قال ابن القاسم وأشهب: وإن اجتمع نفر على قتل امرأة أو صبي، قتلوا به.

فرع: وهذا إذا اجتمع نفر على ضربه، يضره حتى يموت تحت أيديهم، فقد قال مالك: يقتلون به. وقال ابن القاسم وابن الماجشون فى النفر يجتمعون على ضرب رجل ثم ينكشفون عنه، وقد مات: فإنهم يقتلون به.

وروى ابن القاسم وعلى بن زياد عن مالك: إن ضربه هذا بسلاح وهذا بعصا، وتمادوا عليه حتى مات قتلوا به، إلا أن يعلم أن ضرب بعضهم قتله.

مسألة: وإذا اشترك فى قتل عبدهم حر وعبد، ففى الموازية والمجموعة عن مالك: يقتل العبد، وعلى الحر نصف قيمته، وإذا قتله صغير وكبير قتل الكبير، وعلى عاقلة الصغير نصف الدية.

١٥٣٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦٢١، وعبد الرزاق فى مصنفه برقم ٤٧٥/٩، والسنن الكبرى ٤١/٨، والسنن الصغير ٢١٤/٣، وفتح البارى ٢٣٧/١٢.

وروى ابن حبيب أن ابن القاسم اختلف فيها قوله فمرة قال هذا، ومرة قال: إن كانت ضربة الصغير عمداً قتل الكبير، وإن كانت خطأ لم يقتل وعليهما الدية.

قال أشهب في الموازية: يقتل الكبير. قال ابن المواز: وهو أحب إلي، قاله أشهب. ومن فرق بين عمد الصبي وخطئه فقد أخطأ، وحجته أنه لا يدري من أيهما مات، وكذلك في عمد الصبي لا يدري من أيهما مات، وهو يرى عمده كالخطأ.

فرع: فإذا قلنا بذلك وجب على الصغير حصته من الدية، فقد قال ابن المواز: ما يقع من الدية على الصغير في ماله، وإنما يكون عليه ما يقع من الدية على الصغير في ماله، وإنما يكون عليه ما يقع على العاقلة إذا كان القتل كله خطأ، وهذا ظاهر قول ابن القاسم.

وقال أشهب: ذلك على العاقلة، وإن قل ذلك، وأما إذا اشترك العاقد والمخطئ، فقد قال ابن القاسم: لا يقتل العاقد إذا شاركه المخطئ. وقال أشهب في المجموعة: لو أن قوماً في قتال العدو ضربوا مسلماً، فقتلوه منهم من ظنه من العدو، ومنهم من تعمد له لعداوة، قتل به المتعمد، وعلى الآخرين ما يصيبهم من الدية.

* * *

الباب الثاني في قتل الغيلة

أصحابنا يوردوه على وجهين، أحدهما: القتل على وجه التحيل والخديعة. والثاني: على وجه القصد الذي لا يجوز عليه الخطأ. فأما الأول، ففي العتبية والموازية: قتل الغيلة من المحاربة إلا أن يقتال رجلاً أو صبياً، فيخدعه حتى يدخله موضعاً، فيأخذ ما معه، فهو كالمحاربة، فهذا بين في أحد الوجهين.

١٥٤٠ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَعْدِ بْنِ زُرَّارَةَ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ حَفْصَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ قَتَلَتْ جَارِيَةً لَهَا سَحَرْتَهَا، وَقَدْ كَانَتْ دَبَّرْتَهَا، فَأَمَرَتْ بِهَا، فَقَتَلَتْ.

قَالَ مَالِك: السَّاحِرُ الَّذِي يَعْمَلُ السُّحْرَ، وَلَمْ يَعْمَلْ ذَلِكَ لَهُ غَيْرُهُ هُوَ مَثَلُ الَّذِي قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي كِتَابِهِ: ﴿وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ﴾ [البقرة: ١٠٢] فَأَرَى أَنَّ يُقْتَلُ ذَلِكَ إِذَا عَمِلَ ذَلِكَ هُوَ نَفْسُهُ.

الشرح: قوله: «أن حفصة زوج النبي ﷺ قتلت جارية لها سحرتها» ظاهره من جهة اللفظ أنها اختصت بقتلها، إما بأن تكون باشرت ذلك أو أمرت به من أطاعها.

وقد روى عن مالك أنه قال: «وقد أمرت حفصة في جارية لها سحرتها أن تقتل»، ويحتمل أن يريد بذلك أنها رفعت أمرها إلى من له النظر في ذلك من أمير أو غيره، وأثبتت عنده ما أوجب ذلك، فنسب القتل إليها لما كانت سببه، ويحتمل أن يكون من ثبت عنده من الأمراء بعد أن حكم بالقتل ومباشرته إليها فباشرته أو أمرت به من ناب عنها، هذا ما يحتمله اللفظ. على أنه قد روى أنها أفردت بذلك دون أمير ولا حكم حاكم به.

وقد روى نافع عن ابن عمر: أن جارية لحفصة سحرت حفصة، فوجدوا سحرها، فاعترفت على نفسها، فأمرت حفصة، عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب، فقتلها فبلغ ذلك عثمان رضى الله عنه، فأنكره، فأتاه ابن عمر، فقال: إنها سحرتها ووجدوا معها سحرها، فاعترفت على نفسها، فكأن عثمان أنكر عليها ما فعلت دون السلطان، فالساحر وإن كان يجب قتله، فإنه لا يلي ذلك إلا السلطان.

وفي الموازية عن العبد أو المكاتب يسحر سيده: يقتل، ويلى ذلك السلطان. قال أصبغ: وليس لسيده ولا لغيره قتله.

ووجه ذلك أنه قتل بحق الله تعالى، يجب على من يظهر الإسلام، فلا يلي ذلك إلا الإمام أو حكمه كقتل الزنديق.

مسألة: ولا يقتل حتى يثبت أن ما يفعله من السحر الذى وصفه الله بأنه كفر. قال أصبغ: يكشف ذلك من يعرف حقيقته، يريد ويثبت ذلك عند الإمام؛ لأنه معنى به القتل، فلا يحكم به إلا بعد ثبوته وتحقيقه كسائر ما يجب له القتل.

وفي الموازية فى الذى يقطع أذن الرجل أو يدخل السكاكين فى جوف نفسه: إن كان هذا سحرًا، قتل وإن لم يكن من السحر، فلا يقتل.

مسألة: ومن قتل الساحر، فقد قال ابن المواز من قول مالك وأصحابه: إن الساحر كافر بالله تعالى، فإذا سحر هو فى نفسه، يريد أنه باشر ذلك، قال: فإنه يقتل، قال: والسحر كفر، قال الله تعالى: ﴿وما يعلمان من أحد حتى يقولوا إنما نحن فتنة فى تكفر﴾ [البقرة: ١٠٢]، وبه قالت حفصة وابن عمر وعمر بن عبد العزيز وابن شهاب وسالم بن عبد الله.

ووجهه ما تعلق به مالك رحمه الله تعالى من أنه كفر بنص القرآن، وهو من الكفر الذى لا يقر أحد عليه، ولا سيما إذا تقدمه إسلام، فالكافر به مرتد، ويحتمل أن يوصف الساحر بأنه كافر بمعنى أن فعله هذا دليل على الكفر الذى هو الجحد للبارئ تعالى، كما لو أخبرنا نبي صادق أن لا يدخل دار كذا إلا كافر، ثم رأينا رجلاً دخلها لحكمنا بكفره، وإن لم يكن دخوله الدار كفرة، ولكننا نستدل به على كفره، وإن أخبر هو عن نفسه بأنه مؤمن علمنا كذبه، لأن الصادق أخبرنا عنه بأنه كافر.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن عمل السحر قتل، فإن كان مسلماً ففى الموازية من رواية ابن وهب عن مالك: يقتل، سحر مسلماً أو ذمياً.

قال مالك: يقتل، ولا يستتاب. وقال ابن عبد الحكم وأصبغ: هو كالزنديق، ومن كان للسحر أو للزندقة مظهرًا استتيب، فإن لم يتب قتل، قال ابن المواز: السحر كفر، فمن أسره وظهر عليه قتل، وإن أظهره، فكمن أظهر كفره، وحكى القاضى أبو محمد أنه لا يستتاب وإن تاب لم تقبل توبته، خلافاً للشافعى، وحمل ذلك على قول مالك.

واستدل على ذلك بأن علمه كفر لقوله تعالى: ﴿ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر وما أنزل على الملكين﴾ إلى قوله: ﴿فلا تكفروا﴾ أى بتعلم السحر، فتقرر من ذلك أن ما حكياه عن ابن عبد الحكم وأصبغ وابن المواز مخالف لقول مالك أو تأولا عليه غير ما تأوله القاضى أبو محمد.

فروع: قال ابن عبد الحكم وأصبغ: إن كان لسحره مظهرًا، فقتل حين لم يتب، فماله فى بيت المال، ولا يصلى عليه، وإن استتر بسحره، فماله بعد القتل لورثته من المسلمين، ولا أمرهم بالصلاة عليه، فإن فعلوا، فهم أعلم.

مسألة: وإن كان الساحر ذمياً، فقد قال مالك: لا يقتل إلا أن يدخل سحره ضرراً على المسلمين، فيكون ناقضاً للعهد، فيقتل نقضاً للعهد، ولا تقبل منه توبة غير الإسلام. وأما إن سحر أهل ملته، فليؤدب إلا أن يقتل أحدًا، فيقتل به.

وقال سحنون فى العتبية فى الساحر من أهل الذمة: يقتل إلا أن يسلم، فيترك كمن سب النبى ﷺ، فظاهر قول سحنون: إنه يقتل على كل حال، إلا أن يسلم، بخلاف قول مالك: لا يقتل إلا أن يؤذى مسلماً أو يقتل ذمياً.

وجه قول مالك ما احتج به ابن شهاب من أن لبيد بن الأعصم اليهودى سحر النبى ﷺ فلم يقتله، ولأن اليهودى كافر، فإن كان السحر دليلاً على الكفر، فإنما يدل من كفر اليهودى على ما هو معلوم.

كتاب العقول ١٠٣

ووجه قول سحنون أنه ناقض للعهد ومتقل إلى كفر لا يقر عليه. وقد قال أشهب في اليهودى يتبأ: أنه إن كان معلناً به استتيب إلى الإسلام، فإن تاب وإلا قتل.
مسألة: وأما من ليس يياشر عمل السحر، ولكنه ذهب إلى من يعمل له، ففى الموازية: يؤدب أدباً شديداً.

ووجه ذلك أنه لم يكفر؛ لأنه لم يوجد منه العمل، فلذلك لا يقتل، ولكنه يستحق العقوبة الشديدة؛ لأنه أثر الكفر ورجب إلى من يأتيه، ويفعل ما يقتضيه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال القاضى أبو بكر: إن للسحر حقيقة، وقاله القاضى أبو محمد فى معونته، واستدل على ذلك بقول الله تعالى: ﴿ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر﴾ فجعلهم كفاراً بتعليمه، فثبت أن له حقيقة.

والدليل على ذلك من جهة السنة ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: «سحر رسول الله ﷺ حتى كان يخيل إليه أنه يفعل الشيء وما يفعله، وأن لبيد بن الأعصم سحره فى مشط ومشاقة فى جف طلعة نخلة ذكر وجعله تحت راعوفة فى بئر ذروان وأن رسول الله ﷺ استخرجه وعافاه الله».

* * *

ما يجب فى العمد

١٥٤١ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ حُسَيْنٍ مَوْلَى عَائِشَةَ بِنْتِ قَدَامَةَ أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ أَقَادَ وَلِيَّ رَجُلٍ مِنْ رَجُلٍ قَتَلَهُ بَعْضًا، فَقَتَلَهُ وَوَلِيَّهُ بَعْضًا.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمْرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا ضَرَبَ الرَّجُلَ بَعْضًا أَوْ رَمَاهُ بِحَجَرٍ أَوْ ضَرَبَهُ عَمْدًا، فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنَّ ذَلِكَ هُوَ الْعَمْدُ، وَفِيهِ الْقِصَاصُ.

قَالَ مَالِكٌ: فَقَتَلَ الْعَمْدِ عِنْدَنَا أَنْ يَعْمِدَ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ، فَيَضْرِبُهُ حَتَّى تَفِيضَ نَفْسُهُ، وَمِنْ الْعَمْدِ أَيْضًا أَنْ يَضْرِبَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي النَّائِرَةِ تَكُونُ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ يَنْصَرِفُ عَنْهُ، وَهُوَ حَيٌّ فَيَنْزِي فِي ضَرْبِهِ، فَيَمُوتُ فَتَكُونُ فِي ذَلِكَ الْقَسَامَةُ.

١٠٤ كتاب العقول

الشرح: قوله: «أن عبد الملك أقاد في القاتل بعضاً أن يقتل بعضاً». وقال مالك: «إن الأمر الذي لا اختلاف فيه عندهم أن من ضرب رجلاً بعضاً أو رماه بحجر، فمات من ذلك أن فيه القصاص».

وفي هذا مسألتان، إحداهما: أنه من قتل بعضاً أو حجر، فإنه يقتص منه. والثاني: أنه يقتص منه بمثلها.

فأما المسألة الأولى، فإن مذهب مالك، رحمه الله، أن من قتل حراً بآلة يقتل بمثلها، أو قصد القتل وجب عليه القود، سواء شدخه بحجر أو عصاً أو غرقه في الماء أو أحرقه بالنار أو خنقه أو دفعه أو طين عليه بيناء، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة: لا قود عليه: إذا قتل بهذه الأشياء إلا بالنار والمحدود من الحديد أو غيره مثل الليطة أو الخشبة المحدد.

وعنه في مثل الحديد، روايتان، وبه قال الشافعي والنخعي والحسن البصري.

ودليلنا ما روى أن يهودياً رضخ رأس جارية من الأنصار بسبب أوضاع لها، فأتى بها إلى النبي ﷺ فقال لها: «من فعل بك أفلان؟ فأشارت أن لا، فقال: أفلان يعنى اليهودي؟ فأشارت برأسها أن نعم، فأتى به النبي ﷺ فأقر، فأمر به، فرضخ رأسه بين حجرين».

ودليلنا من جهة القياس أن هذا قتل ظلماً من يكافئه بما الغالب أن حتفه فيه، فوجب عليه القصاص. أصله إذا قتله بمحدد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كل ما تعمد به الرجل من ضربة أو وكزة أو لطمة أو رمية ببندقية أو بحجر أو قضيب أو بعضاً أو بغير ذلك، فقد قال مالك: إن هذا كله عمد. وقال أشهب: ولم يختلف أهل الحجاز في ذلك، فقد يقصد إلى القتل بغير الحديد، ويكون أوحى منه، فإن قال: لم أرد الضرب لم يقبل قوله، ولو علمنا أنه كان يجب أن لا يموت ما أزلنا عنه القود لتعمد الضرب. وقد احتج على ذلك ابن المواز بأنه لو رماه يريد جسده، ففقاً عينه لأقيد منه.

مسألة: ومن طرح رجلاً، لا يحسن العوم في نهر على وجه العداوة والقتل، فقد روى ابن القاسم عن مالك في الموازية: يقتل به. وقال ابن المواز، فيمن أشار على رجل بالسيف، فكرر ذلك عليه، وهو يفر منه، فطلبه حتى مات: عليه القصاص.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن طلب رجلاً بسيف، فعثر المطلوب قبل أن يدركه، فمات: عليه القصاص، وقاله المغيرة وابن القاسم وأصبح.

فصل: وأما المسألة الثانية في أن القصاص يكون بمثل ما قتل به، ومن ألقى رجلاً في النار، فمات، ألقى هو في النار، وبأى شيء قتل، قتل بمثله. هذا المشهور من المذهب. وقال أبو حنيفة: لا يجوز القود إلا بالسيف خاصة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦].

ودليلنا من جهة السنة الحديث المتقدم «أن يهودياً رضح رأس جارية من الأنصار بحجر، فاعترف، فأتى به النبي ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين».

ودليلنا من جهة القياس أن هذا أحد نوعي القصاص، فجاز أن يستوفى بالسكين كالقصاص في الطرف.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن لأصحابنا في فروع هذه المسألة اختلافاً وأصل المذهب ما قدمناه، فقد روى ابن المواز عن ابن الماجشون أنه قال: من قتل بالنار، لم يقتل بها. والمشهور من قول مالك وأصحابه: يقتل بها على ما تقدم.

ووجه قول مالك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ﴾. ومن جهة القياس أن هذه آلة يقتل بها غالباً، فجاز أن يقتص بها كالسيف.

ووجه قول ابن القاسم ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يعذب بالنار إلا رب النار».

واحتج من جهة المعنى بأن قال: النار تعذيب. ووجهه من جهة القياس أنه تفويت روح مباح، فلم يجز تفويته بالنار كالذكاة.

فرع: وإن غرقه في الماء، قال ابن القاسم: يفرق به. رواه عنه عبد الملك بن الحسن في العتبية، وقاله في المجموعة أشهب وعبد الملك. قال ابن القاسم: إن كتفه وطرحه في نهر، فغرق، صنع به مثل ذلك. قال أشهب: فإن كان ممن إذا كتف لم يفرق، وحمله الماء أثقل بشيء ينزله إلى القعر حتى يموت.

فرع: وقال عبد الملك بن الماجشون: من قتل بالرمي بالحجارة لم يقتل بذلك؛ لأنه لا يأتي على ترتيب القتل وحقيقته، فهو من التعذيب. والمشهور من المذهب ما قدمناه. ووجهه وهو أن هذه آلة يقاتل بها الكفارة، فجاز أن يقتص بها كالسيف.

١٠٦ كتاب العقول

مسألة: ومن قتل بعضا، فقد قال مالك في المجموعة: يقاد بها. وروى عنه أشهب، ففي العتبية: إن كان ضربة واحدة يجهز عليه فيها، فأما أن تكون ضربات، قال عنه أشهب: ينظر من ألوى، فإن خيف أن لا يموت من مثل ما ضرب به، فليقتل بالسيف.

قال: فإن جاز ذلك، فضرب بالعصا مرتين كما ضرب، فلم يمست، فإن رأى أنه إن زيد عليه مثل الضربة والاثنين، مات، زيد عليه حتى يموت. وقال ابن القاسم: يضرب بالعصا حتى يموت.

وقال عيسى بن دينار في المدنية: ما كان من قود بعضا أو خنق أو حجر أو ما أشبه ذلك، فإن الولي يضرب أبدأ بمثل ما قتل به وليه، حتى تفيض نفس القاتل، ولكنه يؤمر بالاجتهاد في قتله، ولا يترك والتطويل عليه لتعذيبه.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله. ورواه ابن وهب عن مالك في المجموعة. وقال مالك: يقتل بالعصا، ولم يذكر عدداً، فقول مالك هذا يحتمل أن يتأول على القولين، ورواية ابن وهب بينة في خلاف قول أشهب، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أن القاتل قطع يدي رجل ورجليه ثم قتله، فقد قال عيسى في المدنية: يقاد منه كذلك. قال القاضي أبو عمدة: وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. قال: وأما مالك، فيرى أن القتل يجيء على جميع ذلك، وكان ينكر أن تقطع يده ثم يقتل، والذي قلت هو رأيي حملاً على التظالم.

قال أصبغ: إن كان القاتل لم يرد قطع يده للبعث أو للألم، فإنه يقتل فقط، وإن كان أراد ذلك، فعل به مثله. وقال ابن مزين: تفسيره أن القاتل أخذ المقتول، فقطع يديه ثم رجليه على وجه التعذيب والتطويل عليه، فهذا الذي ينبغي أن يفعل به مثله.

فأما إن أصابه بذلك على وجه المقاتلة في النائرة، فيضربه يريد قتله فيصيب يده، فما يرى أنه إنما أراد بالضرب الأول والثاني القتل دون التعذيب والتطويل، فليس في هذا إلا القتل.

مسألة: ولو فقأ رجل أعيناً عمداً أو قطع أيدياً وقتل، فإن القتل يأتي على ذلك كله، قاله عيسى في المدونة. وقال أبو حنيفة: يقاد منه في ذلك كله.

والدليل على ما نقوله أن القصاص بذل للنفس كالدية، قال: فإن عفا ولي القتل على دية أو غيرها، فأهل الجراح على حقوقهم من القود في جراحهم، وهو عندي

كتاب العقول ١٠٧

بمنزلة ما لو قتل رجلين، فعفا ولى أحدهما لكان لولى الآخر القتل، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو قتل رجلاً عمداً، ثم أصاب آخر خطأ بقتل أو جراح، فقد روى ابن وهب عن مالك في المجموعة: سواء كان العمد قبل الخطأ أو الخطأ قبل العمد أن الخطأ واجب على عاقلته، ويقتل بالعمد. قال ابن القاسم وأشهب: ولو قطع يد رجل خطأ، ثم قتله عمداً لقتل به ودية اليد على العاقلة.

ووجه ذلك أن الخطأ غير متعلق برقبته، وإنما هو مال متعلق بدمم العاقلة، والعمد متعلق بنفسه، فلذلك لم يتداخل، لما كانا من جنسين مختلفين، وكان محل أحدهما غير محل الآخر.

قال مالك: الأمر عندنا أنه يُقتلُ في العمد، الرجال الأحرار بالرجل الحرّ الواحد، والنساء بالمرأة كذلك، والعبيد بالعبيد كذلك.

الشرح: قوله: «الأمر عندنا أنه يقتل في العمد الرجال الأحرار بالرجل الحر الواحد» على ما تقدم من قتل الجماعة بالواحد إذا تكافؤوا في الحرمة، وكذلك النساء بالمرأة، ولم يرد أنه لا يقتل النساء بالرجل، ولا الرجال بالمرأة، بل حكم ذلك على ما تقدم، فإن من قتل واحدهم بواحد قتل جمعهم به.

ولما كانت المرأة تقتل بالرجل، قتل النساء بالرجل، ولما كان الرجل يقتل بالمرأة، فكذلك تقتل جماعة الرجال بالمرأة، وحكم العبيد كذلك، يقتل العبيد بالعبيد، ويقتل العبد بالحر، ولا يقتل الأحرار بالعبيد؛ لأنه لا يقتل الحر بالعبد، والله أعلم وأحكم.

* * *

القصاص في القتل

١٥٤٢ - مالك أنه بلغه أن مروان بن الحكم كتب إلى معاوية بن أبي سفيان يذكر أنه أتى بسكران قد قتل رجلاً، فكتب إليه معاوية: أن اقتله به.

الشرح: ووجه ذلك أن السكران إذا قصد إلى القتل قتل؛ لأنه يبقى معه من الميز ما يثبت به عليه القصاص وسائر الحقوق، ولو بلغ حد الإغماء الذي لا يصح معه قصد ولا فعل؛ لكانت جنايته كجناية المغمى عليه والنائم.

وفى العتبية عن ابن القاسم: يقاد من السكران بخلاف المجنون، يريد الجنون المطبق، والصبي الذي لا يعقل ابن سنة ونصف ونحوها، فهذان ما أفسدا من أموال الناس هدر، ولا يتبع به أحد مثل أن يشعل المجنون ناراً فى بيت أو يهدم بيتاً أو يكسر آنية أو يكسر الصبي لؤلؤة أو يلقي جوهراً فى النار، فذلك هدر، والله أعلم وأحكم.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ فِي تَأْوِيلِ هَذِهِ الْآيَةِ قَوْلَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ فَهَؤُلَاءِ الذُّكُورُ ﴿وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى﴾ [البقرة: ١٧٨] أَنَّ الْقِصَاصَ يَكُونُ بَيْنَ الْإِنَاثِ كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الذُّكُورِ، وَالْمَرْأَةُ الْحُرَّةُ تُقْتَلُ بِالْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ كَمَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْحُرِّ، وَالْأَمَةُ تُقْتَلُ بِالْأَمَةِ كَمَا يُقْتَلُ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ، وَالْقِصَاصُ يَكُونُ بَيْنَ النِّسَاءِ كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الرِّجَالِ، وَالْقِصَاصُ أَيْضًا يَكُونُ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ [المائدة: ٤٥] فَذَكَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ فَنَفْسُ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ بِنَفْسِ الرَّجُلِ الْحُرِّ، وَجُرْحُهَا بِجُرْحِهِ.

الشرح: وهذا على ما قاله فى تأويل الآية قوله تعالى: ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد﴾، أن ذلك فى الذكور والله أعلم. فإن الآية تقتضى القصاص بين الإناث كما تقتضى القصاص بين الذكور، وأن ذلك لا يمنع القصاص بين الذكور والإناث، وإن منع القصاص للعبيد من الأحرار، فإنما ثبت ذلك بغير هذه الآية، فإن الآية إنما تقتضى إثبات الأحكام المنصوص عليها من القصاص بين الأحرار وبين العبيد وبين الإناث، ولا يمنع القصاص بين الأحرار والعبيد ولا القصاص بين الإناث والذكور، ولا يثبت به، وإنما يثبت ذلك دون سائر أدلة الشرع، والذي عليه جمهور الفقهاء أن الحر لا يقتل بعبد ولا بعبد غيره.

وروى عن إبراهيم النخعي: أنه يقتل الحر بعبد، وتعلق فى إثبات ذلك من الآية بوجهين، أحدهما: من جهة الحصر لمن فعل الألف واللام من حروف الحصر. والثانى: من جهة دليل الخطاب، وقد ذكرنا ذلك كله فى أحكام الفصول.

دلينا على نفي القصاص فى ذلك أن القتل أحد بدلى النفس، فلم يثبت للعبد على سيده كالدية.

كتاب العقول ١٠٩

مسألة: ولا يقتل الحر بعبد غيره، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقتل بعبد غيره. والدليل على ما نقوله أن هذا إجماع الصحابة، لأنه مروى عن أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس وابن الزبير وزيد بن ثابت، ولا يخالف لهم، وما روى الحاكم بن عيينة عن ابن مسعود أنه قال بخلاف ذلك، فمرسل؛ لأنه لم يلق ابن مسعود. ودليلنا من جهة القياس أن كل من لا يكافئه في حد القذف، فإنه لا يكافئه في القصاص كالعبد وسيده.

فصل: وقوله: «والقصاص يكون بين الرجال والنساء» يريد أن الرجل يقتل بالمرأة، والمرأة بالرجل، وعليه جمهور الفقهاء. وروى عن الحسن البصري: لا يقتل الرجل بالمرأة.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ نَفْسٌ بِنَفْسٍ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ﴾، ثم قال تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ ثم قال في آخر الآيات: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾، والظاهر أنه راجع إلى جميع ما تقدم مما ذكر أن الله تعالى أنزله.

ودليلنا من جهة القياس أنهما شخصان متكافئان في حد القذف، فوجب أن يتكافئا في القصاص كالرجلين والمرأتين.

فصل: وقوله: «نفس المرأة الحرة بنفس الرجل الحر وجرحها بجرحه» يريد أن القصاص يجري بينهما في الأطراف، وهو قول مالك وجمهور الفقهاء لقوله تعالى: ﴿وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنُ بِالْأُذُنِ وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ﴾ ولم يفرق.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُمَسِّكُ الرَّجُلَ لِلرَّجُلِ، فَيَضْرِبُهُ، فَيَمُوتُ مَكَانَهُ: أَنَّهُ إِنْ أَمْسَكَهُ، وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ يُرِيدُ قَتْلَهُ، قُتِلَ بِهِ جَمِيعًا: وَإِنْ أَمْسَكَهُ، وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُرِيدُ الضَّرْبَ مِمَّا يَضْرِبُ بِهِ النَّاسُ، لَا يَرَى أَنَّهُ عَمَدَ لِقَتْلِهِ، فَإِنَّهُ يُقْتَلُ الْقَاتِلُ، وَيُعَاقَبُ الْمُمَسِّكُ أَشَدَّ الْعُقُوبَةِ، وَيُسَجَّنُ سَنَةً؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَهُ، وَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ الْقَتْلُ.

الشرح: وهذا على ما قال مالك: «إن أمسك الرجل لمن قتله وهو يرى أنه يريد قتله أن على القاتل والممسك القتل». وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يقتل الممسك.

والدليل على ما نقوله أنه أمسكه ظلمًا لما يعلم أنه قاتله، فأشبهه إذا أمسكه لسبع

حتى أكله أو في نار حتى أحرقتة.

فصل: وقوله: «ولو حبسه، وهو يرى أنه إنما يريد الضرب بما يضرب الناس» يريد والله أعلم، الضرب المعتاد على وجه الأدب الذي لا يخاف منه الموت، فقد قال مالك: «يعاقب المسك أشد العقوبة ويسجن سنة»، فلم ينص الكتاب على معنى العقوبة.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن نافع: يحبس ويجلد بقدر ما يرى السلطان من ذنبه، وما يستريب من أمره، وناحية صاحبه الذي حبسه.

قال عيسى بن دينار: يجلد مائة فقط. قال ابن مزين: القول ما قال ابن نافع.

وجه قول ابن نافع أنه ضرب من لم يتهم بمعنى لو ثبت لوجب قتله، وإنما عقوبة لإمساكه ظالماً، فلم يتقدر بقدر لا يزداد عليه ولا ينقص منه، وإنما هو بحسب ما اعتقده في إمساكه وانتهى إليه ظلمه فيه.

ووجه قول عيسى أنه ضرب شبه القتل، فكان السجن فيه مقدرًا، فوجب أن يكون الضرب فيه مقدرًا كضرب القاتل يعفى عنه.

فروع: إذا ثبت ذلك، ففي المزنية أنه يستدل على أنه حبسه للقتل بأن يرى القاتل يطلبه ويده سيف أو رمح، فقتله فهذان يقتلان جميعًا. قال: وإن كان حبسه ولم ير معه سيفًا، ولا رمحًا مشهورًا، فأتاه فقتله، فلا قتل على الحابس، وإن كان من سبيه أو ناحيته؛ لأنه يقول: ظننت أنه يريد به غير القتل.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقْتُلُ الرَّجُلَ عَمْدًا أَوْ يَقْفَأُ عَيْنَهُ عَمْدًا، فَيَقْتُلُ الْقَاتِلُ أَوْ تَقْفَأُ عَيْنُ الْقَائِلِ قَبْلَ أَنْ يُقْتَصَّ مِنْهُ: أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ دِيَّةٌ وَلَا قِصَاصٌ، وَإِنَّمَا كَانَ حَقُّ الَّذِي قُتِلَ أَوْ قَفِعَتْ عَيْنُهُ فِي الشَّيْءِ بِالَّذِي ذَهَبَ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ يَقْتُلُ الرَّجُلَ عَمْدًا، ثُمَّ يَمُوتُ الْقَاتِلُ، فَلَا يَكُونُ لِصَاحِبِ الدَّمِ إِذَا مَاتَ الْقَاتِلُ شَيْءٌ، دِيَّةٌ وَلَا غَيْرُهَا وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨].

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنَّمَا يَكُونُ لَهُ الْقِصَاصُ عَلَى صَاحِبِهِ الَّذِي قَتَلَهُ، وَإِذَا هَلَكَ قَاتِلُهُ الَّذِي قَتَلَهُ، فَلَيْسَ لَهُ قِصَاصٌ وَلَا دِيَّةٌ.

الشرح: وهذا على ما قال؛ لأن حق المقتول متعلق بنفس القاتل، فإذا تلف بأمر السماء أو بقتل غيره له في قصاص أو غيره بطل حقه؛ لأن ما تعلق به حقه قد عدم،

كتاب العقول ١١١

فلا سبيل إلى القصاص لعدم محله ولا إلى الدية؛ لأن الدية إنما هي عند من يرى التخجير بين القصاص والدية لاستيفاء النفس، فإذا لم تكن هناك نفس تستبقى ببذل الدية لم يكن سبيل إلى الدية.

وكذلك لو فقأ عين رجل أو أعين جماعة أو قطع أنامل جماعة، ثم قام رجل منهم، فاقصص منه بقطع يمينه، ثم قام غيره بيمينه أو بإقراره، فلا شيء عليه؛ لأن محل حقه قد ذهب.

وكذلك لو ذهبت عينه أو يمينه بأمر من السماء، قاله مالك من رواية ابن القاسم وغيره.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن ما تعلق به حقهم قد تلف، فبطل حقهم لعدمه. مسألة: ولو فقأ عين رجل اليمنى، وليس للجاني عين يمنى حين الجناية أو قطع يمنى يديه، وليس له يمنى: فللمجنى عليه دية عينيه أو يده، قاله مالك. ووجه ذلك أن الجناية حدثت، وليس للجاني مثل ذلك العضو يتعلق به، فتعلقت بماله.

قال مالك: لَيْسَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ قَوْدٌ فِي شَيْءٍ مِنَ الْجِرَاحِ، وَالْعَبْدُ يُقْتَلُ بِالْحُرِّ إِذَا قَتَلَهُ عَمْدًا، وَلَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ، وَإِنْ قَتَلَهُ عَمْدًا، وَهُوَ أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ.

الشرح: وهذا على ما قال وذلك على وجهين، أحدهما: أن يجنى الحر على العبد، فإنه لا يقتصص له منه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

ووجهه أنه نقص دية العبد عن دية الحر، يمنع أن يقتصص له منه، وإنما عليه قيمته إن قتله أو قيمة ما جنى عليه، وإن جنى العبد على الحر ففقأ عينه أو قطع يده، فالمشهور من مذهب مالك أنه لا قصاص بينهما.

وقال القاضي أبو محمد: إذا جرح الكافر المسلم أو قطع طرفه لم يقتصص منه، وكانت له الدية عليه. وقال: يجتهد السلطان في ذلك. وتحتل هذه الرواية القود وإذا جرح الحر عبدًا أو قطع طرفه، لم يقتصص منه، ويحتمل على ما قدمناه، وهو الصحيح أن يقاد منه.

وجه القول الأول نقص يد العبد عن يد الحر، فلم يقدر منها كاليد الشلاء، لا تقطع بالصحيحة.

١١٢ كتاب العقول

وروجه القول الثانى أن كل شخصين جرى بينهما القصاص فى الأنفس، فإنه يجرى بينهما القصاص فى الأطراف كالحرين.

فصل: وقوله: «والعبد يقتل بالحر ولا يقتل الحر بالعبد» على ما قاله لأن الأدون يقتل بالأعلى، ولا يقتل بعبد.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا شخص لا يكافئه فى قصاص الأطراف، فلم يكافئه فى قصاص النفس كعبد.

* * *

العفو فى قتل العمد

يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ أَدْرَكَ مَنْ يَرْضَى مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ فِي الرَّجُلِ إِذَا أَوْصَى أَنْ يُعْفَى عَنْ قَاتِلِهِ إِذَا قَتَلَ عَمْدًا: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَهُ، وَأَنَّهُ أَوْلَى بِدَمِهِ مِنْ غَيْرِهِ مِنْ أَوْلِيَاءِهِ مِنْ بَعْدِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المقتول عمداً يجوز له أن يعفو عن قتله، وذلك مثل أن يجرحه جرحاً أنفذ به مقاتله، وتبقى حياته، فيعفو عنه، عفوه جائز.

قال ابن نافع عن مالك: إلا فى قتل الغيلة. قال فى الموازية: ولا قول فى ذلك لولده ولا لغرمائه، وإن أحاط الدين بماله.

مسألة: ولو أوصى أن تقبل الدية من قاتله، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن قتل عمداً، فأوصى أن تقبل الدية، وأوصى بوصايا: أن ذلك جائز، ووصاياها فى ديته وماله.

وروجه ذلك أن القتل قد وجد من قبل القاتل، فكان حقاً من حقوق القتيل، فلما جاز عفوه فيه على الدية صار مالاً، فتعلقت به وصاياها، ولو أوصى بديته لإنسان ولا مال غيرها، فليس للموصى له إلا ثلثها.

مسألة: ومن أشهد لرجل أنه قتله، فقد وهب دمه، فقتله، فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: اختلف فيها أصحابنا، وأحسن ما رأيت أن يقتل به، لأنه عفا عن شىء قبل أن يجب، وإنما وجب لأوليائه بخلاف عفوه عنه بعد علمه أنه قتله، ولو أذن له فى قطع يده، ففعل لم يكن عليه شىء.

كتاب العقول ١١٣

مسألة: ومن أمر رجلاً بقتل عبده، ففعل، فإنه يغرم قيمته لحرمة القتل كما يلزمه دية الحر إذا قتله بإذن وليه، ففقاً عينه، ويلزم الأمر والمأمور ضرب مائة وحبس سنة، ورواه ابن حبيب.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَعْفُو عَنْ قَتْلِ الْعَمَدِ بَعْدَ أَنْ يَسْتَحِقَّهُ، وَيَجِبَ لَهُ: إِنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْقَاتِلِ عَقْلٌ يُلْزَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الَّذِي عَفَا عَنْهُ اشْتَرَطَ ذَلِكَ عِنْدَ الْعَفْوِ عَنْهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الولي إذا أطلق العفو عن دم العمدة، ثم قال: إنما عفوت عن الدية، فقد روى مطرف عن مالك: إن كان محضرة ما عفا، فذلك له، وإن كان قد طال ذلك، فلا شيء له، وقال ابن الماجشون وأصبغ. وقوله: فذلك له، يريد أن شرطه في ذلك ثابت ويكون بمنزلة من شرطه في عفوه.

مسألة: وإن طال ذلك أو قال: لم أرده حين العفو، ولو شرط الدية عند العفو، لم تكن له مطالبة بالدية، وقد لزمه ما أطلق من العفو، ولو شرط الدية عند العفو لم يلزمه العفو، إلا على الوجه الذي شرط، فإن رضى بذلك القاتل ثبت الحكم بينهما وتقرر ثبوت الدية في مال القاتل.

وإن أبى ذلك القاتل، فهل يجبر على أداء الدية أو لا؟ عن مالك في ذلك روايتان، إحداهما: أن الواجب بقتل العمدة القود، وهو اختيار ابن القاسم، وبه أبو حنيفة وأبو الزناد. والثانية: يخير الولي بين القود والدية، وهو اختيار أشهب، وبه قال ابن المسيب ويحيى بن سعيد وربيعه، واختاره ابن وهب، وبه قال الشافعي.

وجه الرواية الأولى أن هذا معنى يوجب القتل، فلم تجب به الدية. أصل ذلك الزنا والردة.

وجه الرواية الثانية أن هذا ولي ثبت له القود، فجاز له أخذ الدية من غير رضى القاتل. أصل ذلك إذا عفا بعض الورثة.

مسألة: وأما الجراح، فإن أراد المجنى عليه أن يعفو عن الدية، لم يكن له ذلك إلا باختيار الجاني. قال ابن المواز: لم يختلف مالك وأصحابه، والفرق بينهما أن الجراح يريد استيفاء المال لنفسه، والقاتل لا يريد استيفاء لنفسه؛ لأنه إذا قتل قصاصاً ترك المال لغيره. قال أشهب: فهو مضار بامتناعه من الدية، فلم يكن له ذلك.

مسألة: وإذا عفا بعض الأولياء عن الدم لم يكن القصاص، ولزم القاتل من الدية حصة من لم يعف، ولم يكن له الامتناع من ذلك، ولا خلاف فيه.

وقال ابن وهب: لم أسمع في الجراح أن المجنى عليه مخير إلا في الصحيح يفتقأ عين الأعور، أو الأعور يفتقأ عين الصحيح، أو العبيد يجرح بعضهم بعضاً، أو الكبير يجرح الصغير، فإن أولياء الصغير بالخيار في القصاص أو العقل.

مسألة: وإن كان ولي القصاص واحداً، فعفا عن بعض الدم، فلم أر فيه نصاً، وإذا عفا المجرع عن نصف الجروح، ففى المجموعة والعتبية عن سحنون: إن أمكن أن يقتص من نصفه اقتص، وإن تعذر ذلك، فالجرح مخير في أن يجبر ذلك، ويؤدى نصف عقل الجراح، وإن لم يمنع من ذلك، فيقال للمجرع: إما أن تقتص، وإما أن تعفو. وقال أشهب: يجبر على أن يعقل له نصفه.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْقَاتِلِ عَمْدًا إِذَا عُفِيَ عَنْهُ: أَنَّهُ يُجْلَدُ مِائَةَ جَلْدَةٍ، وَيُسَجَّنُ سَنَةً.

الشرح: وهذا على ما قال أن القاتل عمداً يجلد مائة ويسجن سنة. وقال ابن الماجشون: روى ذلك عن أبي بكر، وعن علي رضي الله عنهما. قال القاضي أبو محمد: وقد كان يلزمه العقل، فلما لم يقتل وجب تأديبه، وألحق بالزاني يقتل مع الإحصان، فإذا لم يقتل لعدم الإحصان ضرب مائة وحبس سنة.

وقد قال ابن الماجشون في الموازية والمجموعة: إنه لما عفا عنه من له العفو، وبقيت لله عقوبة جعلناها كعقوبة الزنا البكر جلد مائة وحبس سنة والله أعلم.

قال مالك في المجموعة والموازية: سواء وجب الدم بيينة أو بقسامة على واحد فعفا عنه، وكذلك إن تعلقت القسامة بجماعة، فقتل واحد منهم بالقسامة، فإن سائرهم يضرب كل واحد منهم مائة ويسجن سنة.

وقال عبد الملك: لأن الأولياء قد ملكوا قتل كل واحد منهم بالقسامة، فإذا تركوا قتله بالقسامة إلى قتل غيره، كان كالعفو عنه، ولو كان العفو قبل القسامة وقبل أن يحقق الولي الدم بيينة، كشف عن ذلك الحاكم، فما كان يحق عليه الدم بالقسامة أو بالبيينة، ففيه جلد مائة وسجن عام، وما كان لا يوجب دماً لقسامة ولا غيرها، فليس فيه ضرب ولا سجن.

وروجه ذلك أنه حق من حقوق الله تعالى، فلا يملك أولياء الدم إسقاطه.

مسألة: ولو نكل ولاية الدم عن القسامة، وقد وجبت لهم، زاد أبو زيد عن ابن القاسم: يحلف المدعى عليهم وبرئوا، وقد قال ابن المواز: فعلى المدعى عليه الجلد

كتاب العقول ١١٥

والسجن، قال: لم يختلف أصحاب مالك إلا ابن عبد الحكم، فإنه قال: إذا نكلوا، فلا جلد ولا سجن، وليحلف كل من ادعى عليه القتل خمسين يمينا، ويسلم من الضرب والسجن، ومن لم يحلف حبس أبداً حتى يحلف.

وجه القول الأول أن العقوبة قد ثبتت بما أوجب القسامة، فالضرب والسجن حق لله تعالى، قاله عبد الملك بن الماجشون، والقتل حق للأولياء، فإن أسقط الأولياء حقهم بالنكول من القصاص، لم يملكوا إسقاط حق الله تعالى كما لو عفوا أو عفا السلطان عن الجلد. قال عبد الملك: إنه لا يملك ذلك.

وجه القول الثاني أن القتل لم يثبت قبله فيجب عليه عقوبته، ونكول الأولياء يبطل ما ادعوه من القتل، فلا يجب فيه عقوبة سجن ولا ضرب.

مسألة: وقال أشهب: وأرى في اللطخ ضرب مائة وحبس سنة. وقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: إذا وقعت التهمة على أحد، ولم يتحقق ما يجب به قسامة ولا قتل، فإن ذلك لا يجب به جلد ولا سجن، ولكن يطال سجنه السنين الكثيرة.

قال ابن القاسم وأشهب: ومن اعترف بالقتل، فغفى عنه، فعليه الجلد والحبس. قال أشهب: كسائر الحدود التي لله تعالى، ومن تاب منها لم تزل توبته ما عليه من حد.

وجه ذلك أنه مقدور عليه بخلاف المحارب، فإنه مقدور عليه، فسقط عنه الحد بالتوبة كالقدرة عليه كما سقط عن الحربي عقوبة الحربي الكافر بالتوبة قبل القدرة عليه.

فروع: وهذا إذا كان المقتول مسلماً حراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى، فإن كان غير مسلم، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ: أنه سواء كان المقتول مسلماً أو كافراً، أو كتابياً أو مجوسياً، زاد ابن القاسم وأشهب في العتبية: أو مجوسية.

قال مالك في العتبية: أو عبداً له أو لغيره أو لمسلم أو لدمي، فإنه يجلد ويسجن. وقال عبد الملك من رواية ابن حبيب: إنما في المسلم، عبداً كان أو حراً، وأما غير المسلم، فإنما يجب به الأدب المولم واختاره ابن حبيب.

وجه القول الأول أنه سفك دم محرم يوجب به الجلد والسجن. أصل ذلك قتل المسلم.

وجه القول الثاني أن هذا ليس بمحقون الدم لإسلامه. وقال ابن القاسم وأشهب

١١٦ كتاب العقول

وأصبغ: لو قتل السيد عبده، لزمه الجلد والحبس. قال محمد: وإذا قتلت أم الولد سيدها، فعليها الجلد والحبس، ولو قتلت غير سيدها جلدت ولم تحبس.

مسألة: وأما العبد إذا قتل حرًا أو حرة، فلم يقتل، فليجلد ويسجن، قاله أشهب في العتبية والموازية. قال أصبغ في الموازية: ليس على عبد ولا على أمة حبس وعليهما جلد مائة سواء أسلموا أو فدوا، وقاله المغيرة.

وجه القول الأول أنه تعمد سفك دم محقون بحق، فلزمه الجلد والحبس كالحر، ولأن حق سيده في خدمته لا يبطل حق الله تعالى من جلد وسجن، وجب لأجل المخلوقين كعقوبة الخرابة.

وجه القول الثاني أن السجن إذا اقترن بالجلد سقط في حق العبيد كالتغريب في الزنا.

مسألة: وعلى المرأة إذا قتلت حرًا أو عبدًا أو ذميًا أو غيرهم، الجلد والحبس، قاله ابن القاسم وأشهب ومالك وأصبغ في الذمي والذمية إذا قتلا. ووجه ذلك ما قدمناه.

فرع: فبأيهما يبدأ؟ قال أشهب في الموازية: ذلك واسع، يبدأ بالجلد أو الحبس. وظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية: أنه يبدأ بالجلد؛ لأنه قال: يؤتلف به حبس سنة من يوم جلد ولا يحتسب بما مضى.

وجه قول أشهب أنهما عقوبتان ليس بينهما ترتيب، فكانت على التخيير.

وروجه قول ابن القاسم في تأخير الجلد تعريض لإبطال الحد لجواز أن يموت في أثناءه السنة.

مسألة: إذا قلنا يجبس سنة، فمتى يكون أول العام؟ روى عيسى عن ابن القاسم يكون من يوم الجلد. قال عبد الملك: يقيد ما دام اللطخ الذي سجن فيه، فإذا لزمه جلد مائة، وتوجه عليه الحكم أزيل عنه الحد به وسجن سنة، فافتضى ذلك أن السنة إنما تكون بعد تحقق الحكم عليه.

فأما السجن الذي كان قبل ذلك لاستبراء أمره والنظر فيه، فليس من هذا الجنس في شيء بل حكمه مخالف لحكمه لما يختص به من التعبير وغيره.

قال مالك: وَإِذَا قَتَلَ الرَّجُلُ عَمْدًا، وَقَامَتْ عَلَى ذَلِكَ الْبَيِّنَةُ، وَلِلْمَقْتُولِ بَنُونَ

كتاب العقول ١١٧

وَبَنَاتٍ، فَعَفَا الْبَنُونَ، وَأَبَى الْبَنَاتُ أَنْ يَعْفُونَ، فَعَفُوا الْبَنِينَ جَائِزٌ عَلَى الْبَنَاتِ، وَلَا أَمْرٌ
لِلْبَنَاتِ مَعَ الْبَنِينَ فِي الْقِيَامِ بِالذَّمِّ، وَالْعَفْوِ عَنْهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن البنين إذا اجتمعوا في ولاية دم العمد، أن البنين أحق
بالعفو والقصاص من البنات، وما اتفق عليه البنون من ذلك إن كانوا جماعة أو قضى به
الابن إن كان واحداً، فهو لازم للبنات ليس لهن مخالفته.

وقد حكى القاضى أبو محمد أن مالكا اختلف فى النساء، هل لهن مدخل فى الدم
أم لا؟ فقال عنه فى ذلك روايتان، إحداهما: أن لهن مدخلا فيه. والثانية: لا مدخل
لهن فيه.

وجه الرواية الأولى ما روى عنه عليه السلام: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا
قتلوا، وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية» فعم، ولأن القصاص مستحق على استحقاق
الموارث، فوجب لجميع الورثة كسائر الحقوق.

وجه الرواية الثانية أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة، وليس النساء من أهل النصرة،
فلم يكن لهن مدخل فى الولاية المستحقة بها.

فروع: فإذا قلنا لهن مدخل فى ذلك، ففى أى شىء لهن مدخل؟ روايتان، إحداهما:
لهن مدخل فى القود، دون العفو. والثانية: لهن مدخل فى العفو، دون القود.

وجه الرواية الأولى أن العفو إسقاط للحق، وليس لهن ذلك، وإنما لهن المطالبة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان للمقتول بنون ذكورا، فهم أولياء الدم لهم القود،
دون العفو، وإن عفا أحدهم لم يكن لغيرهم قود، وإنما يكون لهم حصتهم من الدية
وإن أبى القاتل.

وكذلك إذا لم يكن للمقتيل ولى غير إخوة ذكور، قال ابن المواز: وهذا مما لم يختلف
فيه مالك وأصحابه، وأما من عدا البنين والإخوة من سائر العصباء كالأعمام والموالى
وغيرهم، فقد اختلف فيه قول مالك وأصحابه، فروى أشهب عن مالك: إن كان الدم
بقسامة، فنكل بعض العصبية أقيم مكانه رجل من العشيرة وإلا ردت الأيمان على من
بقى، ولا يكون لأحدهم أن يعفو غير الولد والإخوة، وكذلك لو عفا أحدهم بعد
القسامة وبنو الإخوة كالعصبية.

وروى ابن وهب وابن القاسم عن مالك: إن عفا بعض بنى عمه بعد القسامة، جاز

١١٨ كتاب العقول

ذلك على من بقى منهم إذا استورا في القعد، ولمن لم يعف نصيبه من الدية، وإن كره القاتل. زاد ابن القاسم: وكذلك الموالي، وكذلك نكول بعضهم عن القسامة، وبهذا قال عبد الملك وأصبخ.

وجه رواية أشهب أن للبنين والإخوة من الاختصاص بالدم والعفو عنه ما ليس لغيرهم، ولذلك جاز عفوهم على جميع النساء.

وجه الرواية الثانية أنهم عصبه لهم القيام بالدم كالبنين والإخوة.

مسألة: وإذا اجتمع أب وبنون، ففي الموازية أجمع مالك وأصحابه على أنه لا قول للأب معهم في عفو ولا قود، والأب أولى من الإخوة. وقال ابن المواز: الأب بعد الولد الذكر أولى من جميع من ترك الميت من إخوة وغيرهم، لا اختلاف فيه.

قال ابن المواز: وعفو الجد مع الإخوة جائز، لأنه كأخ منهم عند ابن القاسم. وقال أشهب: لا قول للجد مع الإخوة، وهم أولى منه بالعفو والقود؛ لأنهم أقعد وهم معهم كأم لأب، قال: وكذلك ابن الأخ وابن ابن الأخ.

وجه قول ابن القاسم أن الجد أقوى سبباً في الميراث، فكان أقوى سبباً في العفو والقود كالابن، ولذلك جعل ابن القاسم الجد أولى بذلك من ابن الأخ.

وجه رواية أشهب أن الأخ وبنيه أقرب تعصياً، ولذلك كانوا أحق بالولاء والقيام بالدم، طريقه قوة التعصيب، فكان الإخوة أحق به.

ويجوز قول أشهب هذا على الرواية المتقدمة في أن لا مدخل للنساء في الدم، ويجوز قول ابن القاسم على أن لهن مدخلا فيه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: والإخوة الأشقاء أولى من الإخوة للأب، قاله أشهب في المجموعة. قال ابن القاسم: وليس للإخوة للأم في العفو عن الدم نصيب ولا للزوج، وإنما ذلك للعصبة، ويحتمل أن يكون قول أشهب في هذه المسألة مبنياً على أن لا مدخل للنساء في ولاية الدم.

مسألة: وأما البنات مع الأب، ففي كتاب ابن سحنون: لا عفو للأب إذا قام البنات بالدم. وقال ابن المواز: اختلف فيه، فأشهب يراه أولى بالعفو في القتل، ولم يجز ابن القاسم عفوهم دونهن ولا عفوهم دونهن، ويحتمل أن يكون قول أشهب في هذه المسألة مبنياً على أن لا مدخل للنساء في ولاية الدم.

كتاب العقول ١١٩

مسألة: وأما البنات مع العصبه، قال ابن حبيب: إن البنات مع الجسد لا يجوز عفوه دونهن ولا عفوهن دونه، وكذلك روى ابن وهب عن مالك في البنات مع العصبه أو مع الموالى ثبت الدم بقسامه أو بغير قسامه.

وقد روى عن مالك وأشهب وأصبغ أن ذلك للبنات وللأخوات دون العصبه، ثبت الدم بقسامه أو بغير قسامه، وقال ابن وهب: العفو والقود للبنات والإخوة دون العصبه.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن البنات مع العصبه أو الأخوات مع العصبه أو البنات والإخوة مع العصبه إن ثبت الدم ببينه، والبنات والأخوات أحق بالعفو والقود، وإن ثبت بقسامه، فمن طلب القود أحق ممن عفا.

وجه رواية ابن وهب أن البنات أقرب إلى الميت والعصبه أبعد بطلب الدم، فلما أدلى كل واحد من الفريقين بسبب، لا يدلى به الآخر، لم يكن أحدهما أحق، فلم يكن لهما حكم إلا بالاتفاق، فإن وجد الاختلاف على ما تقدم رجح إلى ما ثبت من القصاص.

ووجه الرواية الثانية أن البنات أقرب، ولهن مدخل في القيام بالدم، فاعتبر بأقوالهم دون أقوال العصبه كالابن مع العصبه.

ووجه قول مطرف وابن الماجشون، وقد قال به غيرهما: أن الدم إذا ثبت بالبينه، اعتبر فيه القرب والقعد، وإذا ثبت بالقسامه كان لمن يثبت بقسامته فيه حق لا يكون لمن يثبت بقسامته إسقاطه، وإن كان له فيه حق.

مسألة: ولو اجتمع بنات وعصبه، فعفت بنت واحد دون العصبه، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: أن ذلك يجوز على من بقى. وفي الموازية عن أشهب: لا يجوز العفو إلا بإجماع من البنات والعصبه، ولو عفا الجميع إلا واحد من العصبه أو واحدة من البنات لكان القائم بالدم أولى. قال ابن المواز: العفو عنده لا يجوز مع الاختلاف إلا في البنين والإخوة فقط.

مسألة: وإذا ترك القتل أباً وأماً، ففي الموازية: لا حق للأب مع الأب في عفو ولا قود، وكذلك الأخوات مع الأب.

مسألة: وأما الأم، فهل لها مدخل في ذلك أم لا؟ روى عيسى عن ابن القاسم: أن

١٢٠ كتاب العقول

لها مدخلاً في ولاية الدم، وهو قول مالك من رواية مطرف وغيره. وروى عن ابن حبيب وابن الماجشون: ليس للأم ولاية في دم العمدة إلا أن يصير مالاً فترث فيه؛ لأنها ليست من ولاته ولا من قومه.

وجه القول الأول أنها أحد الأبوين كالأب، ولأنه لما كان للشقيق بها تقدم على الأخ للأب، صح أن لها مدخلاً فيه.

ووجه قول ابن الماجشون أنها ليست من العصة، فلا حق لها في الولاية كالزوجة.

فرع: فإذا قلنا لها مدخل في الدم، فقد روى مطرف عن مالك: أنها أولى من العصة. وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة، في أم وأخ وعصة: لا عفو للأم دونهما. وقال أشهب في الموازية: لا أمر للأم مع العصة.

وجه القول الأول أنها أحد الأبوين فكانت أولى من العصة كالأب.

ووجه القول الثاني أنهما أقوى سبباً منها لأنها معنى تستحق بالتعصيب، وهي لا تترث بالتعصيب، ولا مدخل لها فيه، وإنما يختص بذلك البنات والأخوات على ما تقدم. مسألة: وأما الأم مع البنات، فالبنات أحق منها بالدم مع الأخوات، قاله في الموازية، وقال أيضاً أشهب في ولد الملاعنة: لا عفو للبنات ولا للموالى دون الأم، ولا عفو إلا باجتماعهم.

وأما الأم والأخوات، فقد قال في الموازية: البنات أقرب من الأم، والأم أقرب من الأخوات، ولا تجرى الجدة للأب ولا للأم بحرى الأم في عفو ولا قود.

مسألة: وإذا قال المقتول: دمي إلى فلان، فهو له، إن شاء قتل وإن شاء عفا، على غير دية، وإن شاء عفا على دية، فيكون لورثة المقتول، وإن كان الدم بقسامة لعصبته، والقتل والعفو إلى هذا، رواه ابن المواز عن أشهب.

ووجه ذلك أن المقتول أحق بدمه من غيره، بدليل أنه لو عفا عنه لم يكن لغيره قود، وليس لغيره عفو حال حياته، فإذا جعله إلى غيره، فقد جعل ما كان له فيه إليه، فكان أحق به ممن تقدم ينوب عنه، وينوب فيه دون أن يجعله إليه.

فصل: وإذا كان أولياء المقتول أولاداً ذكوراً، فعفا بعضهم، فإذا لم يف حفظه من الدية وإلا يسقط حظ العاقبة، وإن كان الأولياء أولاداً ذكوراً وإناثاً، أو إخوة ذكوراً وإناثاً، فعفا بعض الذكور، كان لمن بقي من الورثة من الورثة حصته من الدية.

كتاب العقول ١٢١

وإن عفا الذكور كلهم، قال ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: أنه يسقط حق البنات، إذا عفا البنون، وسقط حق الأخوات إذا عفا جميع الإخوة.

وذكر أشهب عن مالك مرة أخرى: إن عفا الذكور، فحق إخوتهم من الدية باق، فبالقول الأول قال من أدركنا من أصحاب مالك، وهو أصله في موطئه، وهذان القولان مبنيان عندى على ما ذكره القاضى أبو محمد من اختلاف أصحابنا فى النساء هل لهن مدخل فى العفو أو فى المطالبة.

وجه القول الأول أن النساء تبع للرجال فى دم العمد.

وجه القول الثانى أن حقهن ثابت لا سيما إذا انتقل إلى الدية واستحال مالا لا يملك إخوتهن إسقاط حقهن من ذلك كما لا يملكون إسقاط حقهن من دية الخطأ.

فرع: فإذا قلنا إنه يسقط حق النساء بعفو الرجال، فإنما ذلك إذا عفا الرجال فى فور واحد، فأما إذا عفا أحدهم ثم بلغ الآخر فعفا، فلا يضر ذلك من معهما من أخت وزوج أو زوجة؛ لأنه مال ثبت بعفو الأول، قال ابن المواز.

روجه ذلك أنه إن عفا أحدهما، فقد ثبت لسائر الورثة حقهم من الدية، فإذا عفا بعض من بقى، فإنه يسقط حقه من الدية، فلا يتعد ذلك إلى حق غيره.

مسألة: وإذا وجد العفو من بعض الورثة مطلقاً، ثم أراد أخذ الدية، فقد قال ابن القاسم فى مجالسه: ليس عفوه عن الدم عفواً عن الدية، إلا أن يرى لذلك وجه مع العفو، وإلا فله عليه الدية.

وقال مالك: إذا قال: ما عفوت إلا على أخذ الدية، يحلف ما أراد ترك الدية، ويأخذ حقه منها، ثم رجع مالك، فقال: لا شيء له إلا أن يعلم لما قال وجه، وبهذا قال ابن القاسم.

وجه القول الأول أن العفو عن الدم لا ينافى المطالبة بالدية، ولذلك يجوز أن يقرنه به، فيقول: عفوت عن أخذ الدية، وإذا ثبت ذلك كان لمن أطلق العفو أن يقول: لم أعف إلا على الدية، ولما احتمل ذلك واحتمل العفو عن الدية، لزمه أن يحلف، ويكون على حقه.

وجه القول الثانى أن العفو معناه الترك، وإذا أطلقه اقتضى أن لا مطالبة له بدية ولا غيرها.

١٢٢ كتاب العقول

مسألة: فإن كان مع البنين بنات ومع الإخوة أخوات، ففي الموازية: لا مدخل للبنات مع البنين ولا للأخوات مع الإخوة في شيء من ذلك. وقد قال القاضي أبو محمد: إنما يدخل النساء مع الرجال في الدم، إذا لم يكن الرجال في درجاتهن، فيجىء أنه لا مدخل للبنات مع البنين في ولاية الدم على الروائتين، وكذلك لا مدخل للأخوات مع الإخوة.

وأما البنات مع الإخوة، فقد قال ابن المواز: هذا مختلف فيه. قال أشهب: عفو أحد الإخوة يجوز على البنات وعلى باقي الإخوة. وقال ابن القاسم: لا يجوز عفو الإخوة إلا مع عفو البنات، ولا عفو البنات إلا مع عفو الإخوة.

* * *

القصاص في الجراح

قال مالك: الأمرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ كَسَرَ يَدًا أَوْ رِجْلًا عَمْدًا أَنَّهُ يُقَادُ مِنْهُ، وَلَا يَعْقَلُ.

الشرح: قوله: «أن من كسر يداً أو رجلاً، فإنه يقاد منه ولا يعقل» يريد أن القود لازم ليس للجاني أن يمتنع منه، ولا للمجنى عليه غيره، ولا يخيّر بينه وبين الأرض على ما روى عن مالك في القتل على رواية التخيير.

مسألة: وذلك أن الجناية على ضريين، ضرب: لا قود فيه، وضرب: فيه القود. فأما ما لا قود فيه، فعلى قسمين، قسم: لا قود فيه؛ لأنه لا يعرف فيه المماثلة، وقسم: يمتنع القود فيه لما الغالب منه التلف، فأما ما لا يستفاد منه لعدم العلم بالمماثلة فكاللطمة.

قال مالك في الموازية والمجموعة: لا قود فيها، وفيها العقوبة. وقال أشهب: لا قود فيها، ولا في الضربة بالسوط أو بالعصا أو شيء من الأشياء إذا لم يكن جرحاً؛ لأنه لا يعرف حد تلك الضرب، وهو من الناس مختلف بالقوة والضعف.

وقال ابن نافع عن مالك: ليس ذو الفضل والمروءة والشرف كالدنيء والوضيع والصبي ولا القوى كالضعيف. وقد روى عن النخعي: يقاد من الضربة بالسوط.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ يتعلق به من أصحابنا من يقول بدليل الخطاب.

ودليلنا من جهة المعنى ما احتج به من اختلاف حل الضارب والمضروب في القوة، وقد عرضت دون أثر، فتعذر فيها المماثلة.

كتاب العقول ١٢٣

مسألة: ومن نتف لحية رجل أو رأسه أو شاربه، فقد قال المغيرة فى المجموعة: لا قود فيه، وفيه العقوبة والسجن. وقال ابن القاسم: فيه الأدب. وقال أشهب: فيه القصاص، وفى الشارب وأشفار العينين.

وجه القول الأول أنها جناية ليس لها أثر جرح، فلم يكن فيها القصاص كاللطفة. ووجه الرواية الثانية أنها جناية أتلفت شيئاً من الجسد فيه جمال، فكان فيها القصاص كقطع الأنف.

فرع: إذا قلنا فيها القصاص كقطع الأنف، فقد قال الشيخ أبو محمد: أعرف لأصبع فيها أحسب أن القصاص فيها الوزن وعاب ذلك غيره. وقال المغيرة: لا يجوز ذلك لاختلاف اللحي بالعظم، ولو أقاد جميع اللحية بجميع اللحية، لكان ذلك صواباً. فأما نتف البعض، فليس فيه إلا ما يرى الإمام من العقوبة.

فصل: وأما القسم الثانى، مما لا قصاص فيه؛ لأن الغالب منه التلّف كالجائفة والمأمومة والمنقلة وكسر الفخذ والصلب والحلقوم، قاله ابن القاسم عن مالك فى الموازية والمجموعة.

فرع: فإذا قلنا: لا قصاص فيه، ففيه الدية؛ لأنها أحد البدلين، فإذا تعذر أحدهما رجعنا إلى الآخر، وعلى من تجب الدية عن مالك فى ذلك ثلاث روايات، إحداها: أنها على الجاني، إلا أن يكون له مال، فتكون على العاقلة. والثانية: أنها على العاقلة، قال أشهب: وإليها رجع مالك. والثالثة [.....] ^(١).
وجه القول الأول [.....] ^(٢).

ووجه القول الثانى ما احتج به ابن الماجشون أن الدية لو لزمته لم تنقل عينه، وما كان من العمد الذى لا قصاص فيه مع وجود محله، فإن العاقلة تحمله كعمد الصبى.

فصل: وأما الضرب الثانى، وهو الذى فيه القصاص، فكل جرح لا يخاف منه التلّف غالباً، وقد تقدم ذكره ومن الذى يياشر القود؟ قال مالك فى الموازية والمجموعة: من جرح أنف رجل أو فقاً عينه أو كسر يديه، فلا يستقيد لنفسه، وليدع له من له بصر بالقصاص، فيقتص له بقدر ما نقص من ذلك. قال ابن القاسم: ويدعى له أرفق من يقدر عليه من أهل البصر، فيقتص له بأرفق ما يقدر عليه.

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل.

١٢٤ كتاب العقول

قال مالك في الموازية: وليس كل أحد يحسن القصاص وقد يتعدى، وهو بخلاف القتل، فإن القاتل يدفع إلى الأولياء.

والفرق بينهما أن القاتل قد استحق الأولياء عليه إتلاف جملته، وأما الجراح، فإنه إنما يستحق عليه غالبًا أن يتلف منه بقدر ما أتلّف هو من المجنى عليه، فإن زاد على ذلك أتلّف ما لا يستحق إتلافه.

وقال أشهب في الكتابين: لا يمكن ولي المقتول أن يقتل بيده مخافة أن يتعدى، فيقطع أعضائه، وإنما معنى يدفع إليهم القاتل: أن لهم قتله.

مسألة: فإن كان الجرح موضحة، ففي الكتابين عن أشهب: يشترط في رأس الجاني مثلها، وبه قال ابن القاسم، غير أنهما اختلفا في معنى المماثلة، فقال أشهب: إن أخذت الموضحة من المجنى عليه ما بين قرنيه، وهي لا تبلغ من الجراح إلا نصف رأسه، فإنما ينظر إلى قدر ما أخذت من رأسه، فإن أخذت ما بين قرني المجنى، شق ما بين قرني الجاني، لا ينظر إلى عظم الرأس ولا صغره.

وقد قال ابن المواز: واختلف في هذا قول ابن القاسم، فقال: قديما يشق في رأس الجاني بطول ما شق في رأس المجنى عليه، فإن استوعب رأس المجنى، ولم يستوعب طول الشق، فليس عليه أكثر من ذلك.

قال: وكذلك الجبهة والذراع يؤخذ منه بطول ذلك ما لم يضق عنه العضو، فلا يزداد عليه. قال ابن المواز عن أصبغ: قول ابن القاسم هذا ليس بشيء. قال ابن المواز: ولا أعلم إلا أن ابن القاسم رجع عنه وبقول أشهب يقول.

وجه قول أشهب أن القصاص في الجراح مبنى على أن المماثلة إنما تقع بالأسماء، ولذلك تقطع يد كبيرة بصغيرة وصغيرة بكبيرة، ولا ينظر إلى عظم الجرح ولا إلى صغره.

وجه قول ابن القاسم أن الاعتبار في الجراح بالصفات، ولذلك يقاد من الموضحة بموضحة، ومن الصفات المعتبرة الطول والصغر كما يعتبر فيها الوصول إلى العظم.

فروع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم في اعتبار طول الشق، فقصر رأس الجاني عن مقدار ما يلزمه من الشق، فليس عليه غير ذلك لا يتعدى الرأس إلى الجبهة، ولا الذراع إلى العضو، ولا قود في الباقي ولا دية.

وقال عبد الملك: يؤخذ من الباقي فيما جاوزه في الذراع من أى ذراعيه شاء من نحو العضد أو نحو الكتف؛ لأن ذلك قد وضع فيه الحديد لا من الآخر.

مسألة: ومن قطع بعض إصبع غيره عمداً، قطع من إصبعه بقدر ذلك، لا ينظر إلى طولها ولا قصرها، فمن قطع من أملة المجروح ثلثها، رواه أشهب وابن نافع عن مالك في العتبية وغيرها، والخلاف مع ابن القاسم في ذلك على ما تقدم في الموضحة.

مسألة: وإن أخطأ الطبيب فزاد أو نقص، فأما الزيادة، فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم: إن بلغ الثلث، فعلى العاقلة، وإن قصر عن ذلك، ففي ماله لأنه جناية خطأ.

وأما ما نقص، ففي المجموعة من رواية أبي زيد عن ابن القاسم: لا يرجع فيقتص له من بقية حقه، لأنه قد اجتهد له. وكذلك الإصبع يخطئ فيه بأتملة، ولا يقاد مرتين. وروى أصبغ عن ابن القاسم في الموازية والعتبية: إن علم بمحضرة ذلك قبل أن يدمل ونبت اللحم، أتم ذلك عليه، وإن فات ذلك، فلا شيء له، في تمام ذلك ولا دية.

قال أصبغ في الكنايين: ليس هكذا، ولكن إذا قصر يسيراً، فلا يعاد وإن كان في موضعه. قال في العتبية: قبل البرء وبعده. قال الكنايين: وإن كان كبيراً، فإن كان بفوره اقتص له تمام حقه، وإن كان برد وأخذه الدواء، فلا يرجع إليه برئ أو لم يبرأ، أو يكون في الباقي عقل كان هو ولي القصاص أو من جعله إليه السلطان.

فصل: وأجرة القصاص على الذى يقتص له، قاله في الموازية والمجموعة ابن القاسم عن مالك، وقال ابن القاسم في العتبية: لأنه يوكل من يطلب ديته ويقتضيه، فيكون جعله على الطالب.

قال مالك: وَلَا يُقَادُ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى تَبْرَأَ جِرَاحُ صَاحِبِهِ، فَيُقَادُ مِنْهُ، فَإِنْ جَاءَ جُرْحُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ مِثْلَ جُرْحِ الْأَوَّلِ حِينَ يَصِيحُ، فَهُوَ الْقَوْدُ، وَإِنْ زَادَ جُرْحُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ أَوْ مَاتَ، فَلَيْسَ عَلَى الْمَجْرُوحِ الْأَوَّلِ الْمُسْتَقِيدِ شَيْءٌ، وَإِنْ بَرَأَ جُرْحُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ، وَشَلَّ الْمَجْرُوحُ الْأَوَّلُ أَوْ بَرَأَتْ جِرَاحُهُ، وَبِهَا عَيْبٌ أَوْ نَقْصٌ أَوْ عَثَلٌ، فَإِنَّ الْمُسْتَقَادَ مِنْهُ لَا يَكْسِرُ الثَّانِيَةَ وَلَا يُقَادُ بِجُرْحِهِ.

قَالَ: وَلَكِنَّهُ يُعْقَلُ لَهُ بِقَدْرِ مَا نَقَصَ مِنْ يَدِ الْأَوَّلِ أَوْ فَسَدَ مِنْهَا، وَالْجِرَاحُ فِي الْحَسَدِ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ.

١٢٦ كتاب العقول

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يستقاد منه من جرح حتى يبرأ، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يستقاد منه قبل البرء.

والدليل على ما نقوله أنه قد يؤول جرح الجنابة إلى النفس، فيعاد القود ثانية، وذلك خروج عن الماثلة. قال أشهب: ولا يؤخذ بقصاص جرح ونفس.

فصل: وقوله: «حتى يبرأ جرح صاحبه» يريد المجنى عليه، «فيقاد منه»، هذا لفظ الموطأ أنه ينتظر به البرء على كل حال. قال ابن المواز: وروى ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

وفى كتاب ابن المواز: قلت: أينتظر بالجرح قبل أن يحكم فيه بدية أو قصاص إلى السنة أو إلى البرء، فإن جاوز السنة فقال: قد ذكرنا الوجهين عن مالك، قال عنه ابن القاسم وابن وهب في السن تصفر، والعين تدمع، والشجة والكسر كله، والظفر ونحوه: يؤخر ذلك سنة.

وقال أشهب: إن مضت السنة والجرح بحاله عقل مكانه. وقال المغيرة: لم أسمع في ذلك توقيتاً إلا أن يقول أهل المعرفة أنه قد برئ، فيقتص في العمد ويعقل في الخطأ.

قال ابن المواز: أما مثل العين تدمع، وما أشبه ذلك من الجراح قد سدت على ذلك وبرئت، فتلك تعقل عند السنة.

وأما غير ذلك من جميع الجراح، فلا عقل ولا قصاص إلا بعد البرء، وإنما معنى قول مالك يستأنى به سنة أنه عنده لا تأتي عليه سنة إلا وقد انتهى؛ لأنه قال مع ذكر السنة: فإن انتهى إلى ما يعرف، عقل.

وجه اعتبار السنة أنها حد في معناه ما ورد الشرع بمعاناته كمعانة المعترض عن زوجته؛ لأن السنة تستوعب أنواع فصول المعانة.

ووجه اعتبار البرء ما قدمناه من خوف اجتماع القصاص في الأطراف والنفس.

ووجه تفريق ابن المواز بين العين تدمع وبين ما خالفها من الجراح أن تلك حال البرء للعين، إلا أنه برأ على فساد، ولا يرجى لها غير ذلك كما لو برئ الجرح على غلظ وفساد.

فرع: فإذا قلنا بانتظار البرء وانقضاء السنة، فمات المجنى عليه، ففيه القصاص بالقسامة.

فصل: وقوله: «فإن جاء جرح المستفاد منه مثل جرح الأول حين يصح فهو القود، فإن زاد أو مات، فليس على المستفاد شيء» وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: السراية من القصاص مضمونة.

والدليل على ما نقوله أن كل قطع كان مضموناً في الابتداء كان ما يسرى إليه مضموناً كقطع اليد الأولى، وكل قطع كان غير مضمون في الابتداء، فلا يضمن ما يسرى إليه كالقطع في السرقة، ولذلك قال مالك: «إن برئ المستفاد منه وقتل بالمجروح أو برئت جراحاته، وبها عيب أو نقص أو عطل، فإن المستفاد منه لا يكسر ثانية، ولكن يعقل بقدر ما نقص».

قال في المجموعة ابن القاسم وابن وهب عن مالك: من أصاب أتملة عمداً، فأذهب إصبعاً أو إصبعين أو شلت يده ثم برئ أنه يستفاد بالأتملة ويتربص بها، فإن بلغ ذلك من الجاني ما بلغ من الأول برئ الجاني، وإن نقص عن ذلك عقل له ما بقي، وأنه لأمر مختلف فيه، وهذا أحب ما فيه إلى.

قال ابن المواز: والفرق بين سراية الجرح إلى النفس فيقتل به ولا يقتص، وما سرى إلى غير النفس، فإنه يقتص من الأول وله عقل السراية أنه إذا بلغ إلى النفس اقتص من النفس وسقط حكم الجرح، وإذا سرى إلى عضو آخر لم يقد نفساً.

مسألة: وإذا شجه موضحة عمداً، فأذهب سمعه وعقله، فاقصص له من الموضحة، فإن أذهب من الجاني مثل ذلك، فلا شيء له، وإلا فدية السمع والعقل في مال الجاني، قاله ابن القاسم وأشهب في المجموعة. وفي الموازية عن أشهب: دية السمع والعقل على العاقلة، وكذلك لو سرت إلى إذهاب يد أو رجل.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز أنها جنابة جرحها العمد، فلم تلزم العاقلة، لأنها إنما بقي بها عضو مثله من جسده لا يخاف منه التلف غالباً.

وجه قول أشهب أنها جنابة لا يثبت القصاص مع وجود محله كالتلف.

قال مالك: وَإِذَا عَمَدَ الرَّجُلُ إِلَى امْرَأَتِهِ، فَفَقَأَ عَيْنَهَا أَوْ كَسَرَ يَدَهَا أَوْ قَطَعَ إِصْبَعَهَا أَوْ شَبَّهَ ذَلِكَ مُتَعَمِّدًا لِذَلِكَ، فَإِنَّهَا تُقَادُ مِنْهُ، وَأَمَّا الرَّجُلُ يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ بِالْحَبْلِ أَوْ بِالسُّوطِ، فَيَصِيبُهَا مِنْ ضَرْبِهِ مَا لَمْ يُرِدْ، وَلَمْ يَتَعَمَّدْ، فَإِنَّهُ يَعْقِلُ مَا أَصَابَ مِنْهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، وَلَا يُقَادُ مِنْهُ.

١٢٨ كتاب العقول

١٥٤٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ بْنَ مُحَمَّدٍ بْنَ عَمْرٍو بْنَ حَزْمٍ أَقَادَ مِنْ كَسْرِ الْفَخْدِ.

الشرح: قوله: «أن أبا بكر بن محمد أقاد من كسر الفخذ» هو أمر مختلف فيه، وقد تقدم من رواية أشهب أنه لا يقاد به، لأنه متلف والغالب منه الهلاك، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى دية السائب وجنابته

١٥٤٤ - مَالِكُ، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ سَائِبَةَ أَعْتَقَتْهُ بَعْضُ الْحُجَّاجِ، فَقَتَلَ ابْنَ رَجُلٍ مِنْ بَنِي عَائِدٍ، فَجَاءَ الْعَائِدِيُّ أَبُو الْمُقْتُولِ إِلَى عُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ يَطْلُبُ دِيَةَ أَبِيهِ، فَقَالَ عُمَرُ: لَا دِيَةَ لَهُ، فَقَالَ الْعَائِدِيُّ: أَرَأَيْتَ لَوْ قَتَلَهُ ابْنِي؟ فَقَالَ عُمَرُ: إِذَا تُخْرِجُونَ دِيَّتَهُ، فَقَالَ: هُوَ إِذَا كَالَأَرْقَمِ، إِنْ يُتْرَكَ يَلْقَمُ، وَإِنْ يُقْتَلُ يَنْقَمُ.

الشرح: قوله: «أن سائبة أعطقه بعض الحجاج» عتق السائبة هو أن يقول للمعتق: اذهب، فأنت حر سائبة، قال ابن القاسم فى العتبية والموازية أو يقول: أنت سائبة، فيريد العتق. قال أصبغ: لا يعجبني قوله، يريد العتق، ولفظ التسيب لفظ الحرية، وإن لم يردها إلا أن يكون لقوله سبب غير الحرية.

وقد قال ابن القاسم فى العتبية: أكره عتق السائبة لأنه كهية الولاء. قال أصبغ وسحنون: لا يعجبنا كراهيته لذلك، وهو جائز كما يعتق عن غيره، ولا كراهية فيه.

وفى الموازية: قال مالك: وقد ترك الناس عتق السوائب، فإن فعله أحد، فالولاء للمسلمين. ورأى عمر بن عبد العزيز أن ولاءه لمعتقه. قال سحنون فى كتاب ابنه: وقاله ابن نافع، وقد تقدم ذكر ذلك بأوعب من هذا.

١٥٤٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ٢٥/٢٨٩.

١٥٤٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦٢٨، وعبد الرزاق فى مصنفه ٨٧/١٠، والمحلى ٦٣/١١.

كتاب العقول ١٢٩

ويروى عن عمر بن الخطاب أنه قال: السائبة ليومها، يريد يوم القيامة. وقال سحنون في كتاب ابنه في التفسير: وذلك مثل الرجل يعتق عبد سائبة ثم يموت المعتق، ولا وارث له، فليس للمعتق أن يأخذ من ميراثه شيئاً.

فصل: وقوله: «فقتل ابن رجل من بنى عائد، فطلب أبو المقتول دية ابنه» يقتضى أن قتله كان خطأ، ولذلك لم يجب فيه غير الدية، ويحتمل أن يكون عمداً، واختار الدية على رواية التخيير.

فصل: وقول عمر: «لا دية له» معناه والله أعلم أنه لا عاقلة له تلزمها الدية؛ لأن أداء الدية يلزم العاقلة، وهذا لا عاقلة له. ومذهب مالك رحمه الله أن من لا قوم له يعقل عنه المسلمون، ويرثون عقله، رواه ابن المواز وغيره عنه.

وهذا إذا قلنا إن ولاء للمسلمين، وإذا قلنا بقول ابن نافع، ولاؤه لمعتقه، فقد قال ابن الماجشون: عقل من أعتق من البربر على مواليه، وهو قول ابن القاسم وغيره.

ويحتمل أن يكون هذا المعتق سائبة غير مسلم، وقد التزم المقام بأرض المسلمين على أداء الجزية، ولم يوجد من يعقل معه، ولم يكن له مال. وقد قال المغيرة: إن أهل الجزية، إن وجدت لهم معاقل يتعاقلون عليها حلوا عليها، وإلا فذلك فى مال الجاني، ويكون معنى قول عمر: «لا دية له»، يريد ليس له الآن دية لعدم عاقلة الجاني وفقره. وقال أشهب وسحنون: يعقل معه أهل جزيته، فلا يصح على هذا ما تقدم من التأويل.

ويحتمل أن يكون المعتق سائبة، إن كان غير مسلم أن يدخل بأرض الحرب، ثم يدخل مستأماً، فيقتل مسلماً خطأ، فقد قال أشهب فى العتبية: يجبس، ويرسل إلى أهل موضعه وكورته التى هو منها، فيحيزون ما صنع وما يلزمهم فى حكمناء، فإن أدوا عنه، وإلا لم يلزمه إلا ما كان يؤدى معهم.

وروى عنه سحنون: أن الدية فى مال الجاني دون غيره، فعلى هذا يحتمل أن يقول عمر: لا دية له، إن لم يكن للجاني مال. وروى أبو زيد عن ابن القاسم: الدية على أهل دينه الخريين.

فصل: وقول العائذى: «أرأيت لو قتله ابني» على معنى استعمال حكمه، ولعله جوز لأنه لا دية له كما لا دية عليه، فأعلمه رضى الله عنه أن على عاقلته خطأ الدية إذا كان ممن له عاقلة، فقال العائذى: «إن هذا كالأرقم» يريد كالحية «إن يترك يلقم» يريد

١٣٠ كتاب العقول

يعض وينهش «وان يقتل ينقم» يريد ينتقم من قاتله ضربه مثلاً لقاتل ابنه أنه يتصف
من جنى عليه، ولا يتصف من جنابة يجنيها.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحدود

ما جاء في الرجم

١٥٤٥ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ [عَبْدِ اللَّهِ] ^(١) بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَتِ الْيَهُودُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنْهُمْ وَامْرَأَةً زَنِيًّا، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَةِ فِي شَأْنِ الرَّجْمِ؟» فَقَالُوا: نَفَضَحُهُمْ وَيُجْلِدُونَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: كَذَبْتُمْ إِنَّ فِيهَا الرَّجْمَ، فَأَتَوْا بِالتَّوْرَةِ فَنَشَرُوهَا، فَوَضَعَ أَحَدُهُمْ يَدَهُ عَلَى آيَةِ الرَّجْمِ، ثُمَّ قَرَأَ مَا قَبْلَهَا وَمَا بَعْدَهَا، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَلَامٍ: ارْفَعْ يَدَكَ فَرَفَعَ يَدَهُ، فَإِذَا فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَقَالُوا: صَدَقَ يَا مُحَمَّدُ فِيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرُجِمَا، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: فَرَأَيْتُ الرَّجُلَ يَحْنِي ^(٢) عَلَى الْمَرْأَةِ يَقِيهَا الْحِجَارَةَ.

قَالَ مَالِكٌ: يَعْنِي يَحْنِي يُكَبُّ عَلَيْهَا حَتَّى تَقَعَ الْحِجَارَةُ عَلَيْهِ.

١٥٤٥ - أخرجه البخاري في المناقب ٣٦٣٥، مسلم في الحدود ١٦٩٩، الترمذي في الحدود

١٤٣٦، أبو داود في الحدود ٤٤٤٦، ٤٤٤٩، ابن ماجه في الحدود ٢٥٥٦، أحمد في مسند

المكثرين من الصحابة ٤٤٨٤، ٤٦٥٢، الدارمي في الحدود ٢٣٢١.

(١) ما بين المعقوفتين ورد في التمهيد عبید الله، وهو في الموطأ والباقي عبد الله وهو الصحيح.

إن شاء الله.

(٢) قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى عند أكثر شيوخنا يحيى على المرأة، وكذلك قال القعنبي،

وابن بكير، بالخاء؛ وقد قيل عن كل واحد منهما يحيى، بالجيم، وقال أيوب، عن نافع: يجافى

عنها بيده. وقال معمر، عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر. يجافى بيده، والصواب فيه عند

أهل اللغة يجنأ، عن المرأة بالهمزة أى يميل عليها، يقال منه: جنأ يجنأ جنياً وحنوئاً إذا مال،

والأحنأ: المنحنى، ويجنأ، ويتحنى بمعنى واحد. انظر: التمهيد ٣/٩.

الشرح: قوله: «جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا» يحتمل أن يريد به أحبار اليهود ورهبانهم. وقد روى عيسى عن ابن القاسم فى المزنية أنه أتى أساقفة اليهود والنصارى إلى حاكم المسلمين بمن زنى من أهل ملتهم ليحكم بينهم: ليس له ذلك حتى يرضى الزانيان بذلك، فإن رضيا بذلك، فالحاكم مخير إن شاء حكم بينهما وإن شاء لم يحكم بينهما، وأحب إلى أن لا ينظر الحاكم بينهما، فعلى هذا يحتمل أن يكون الزانيان قد رضيا بذلك مع رضا الأساقفة.

وإنما اختار للحاكم أن لا ينظر بينهما، وقد نظر بينهما النبي ﷺ لأنه يحتمل أن يكون ﷺ إنما أنفذ عليهما حكم دينهما، ولم يكن نزل بعد حد الزانى عليه. وفى النوادر ونحوه فى كتاب محمد: إنما حكم رسول الله ﷺ بين اليهود فيما أظهر عليهم فى التوراة وهذا قبل نزول الحدود، والحاكم منا اليوم لا يحكم عليه بحكم التوراة، وإنما يحكم على من يحكم بحكم الإسلام.

وقال أشهب فى الموازية: وإذا طلب أهل الذمة إقامة الرجم بينهم على من زنى منهم، فإن كان ذلك فيما بينهم، فذلك لهم كانوا أهل صلح أو عنوة إلا من كان منهم رقيقاً لمسلم من عبد أو أمة، فليس لهم فيه رجم ولا جلد ولا قتل. ووجه ذلك أن حق السيد المسلم يتعلق بهم.

فصل: وقوله ﷺ: «ما تجدون فى التوراة فى شأن الرجم» يحتمل أن يكون قد علم بالوحى أن حكم الرجم فيها ثابت على ما شرع لم يلحقه تغيير ولا تبديل، وإن كان قد لحق كثيراً من أحكامها تغيير أحبارهم وتبديلهم لها، وتحريفهم إياهم، ويحتمل أن يكون علم بذلك بخير عبد الله بن سلام ومن أسلم من علماء اليهود على وجه حصل له به العلم بصحة ما نقلوه، ويحتمل أن يسألهم عن ذلك ليعلم ما عندهم فيه، ثم يستعلم صحة ذلك من قبل الله تعالى.

وهذا يقتضى أنه قصد الحكم بينهما بما فى التوراة لأحد وجهين، إما لأنهم حكموه ليحكم بينهم بالتوراة، وأظهروا إليه أنهم قصدوا بذلك إنفاذه الحكم بينهم إذا كان الحكم مصروفاً إليه ومقصوراً عليه.

وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: لم يكونوا أهل ذمة، ولكنهم حكموا بالنبي ﷺ فحكم بينهم، وقد تقدم من رواية ابن المواز أنه إنما حكم بينهم النبي ﷺ بما أظهر عليهم فى التوراة.

والوجه الثانى على قول مالك أن شريعة من قبلنا يلزمنا إنفاذ ما ثبت عندنا منها بقرآن أو حديث عن نبينا ﷺ صحيح حتى يثبت عندنا نسخها، وأما شريعتنا وشريعة من قبلنا، ممن بيننا وبينه من الرسل، وعلى هذا الوجه يجب أن يكون علم أنه لم ينسخ هذا الحكم من التوراة بشرع موسى ولا شرع لغيره من الرسل بعده عليهم الصلاة والسلام.

فصل: وقولهم: «أنهم يجدون فى التوراة نفضحهم ويجلدون» ظاهره أنهم قصدوا التبديل والتحريف والكذب على التوراة، إما رجاء أن يحكم بغير ما أنزل الله، وإما لأنهم قصدوا بتحكيمة ﷺ التخفيف على الزانيين، ورأوا أن ذلك يخرجهم عما أوجب عليهم من إقامة الرجم عليهما.

ولعلمهم قصدوا بذلك اختبار أمره إذا اعتقدوا أن النبى ﷺ لا يقر على الحكم بباطل، فعصمه الله تعالى وأظهر أمرهما، وأبطل كيدهم، وهداه إلى الحق والحكم بما أنزل الله، وجعل سبب ذلك بأن أكذبهم عبد الله بن سلام، وقال لهم: «إن فى التوراة الرجم»، وأتوا بالتوراة وتناهوا فى المكر بأن جعل قارئهم يده على آية الرجل، وقرأ ما قبلها وما بعدها، ولم يقرأها ليرى أن التوراه لا تتضمن الرجم حتى أمر برفع يده عنها، فإذا فيها آية الرجم.

وهذا يقتضى أن فصول التوراة تسمى آيات لما تضمنته من الهدى والحق الذى نزل على سبيل الهدى والحق ما لم ينسخ، فإذا نسخ حكمها وتلاوتها، امتنع ذلك فيها.

فصل: وقوله: «فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما» يحتمل أن يكون حكم الرجم قد لزمهما، ولزم النبى ﷺ إنفاذ ذلك فيهما، بتحكيمة له، وقبوله ذلك، ولم يكن لهم الرجوع عن تحكيمة، ولذلك لم يذهبوا إليه مع تعليقهم فى إسقاط الرجم فيما تقدم من ادعاء عدمه، وأمر رسول الله ﷺ برجمهما.

وهذا يقتضى أن الإمام لا يباشر ذلك بنفسه، فقال مالك فى المزنية: وقد أقامت الأئمة الحدود، فلم نعلم أحداً منهم تولى ذلك بنفسه، وإلا لزم ذلك البينة، وبه قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: إن ثبت الزنا بالاعتراف كان على الإمام أن يبدأ بالرجم، ثم يتبعه سائر الناس، وإن كان ثبت بيينة بدأ الشهود، ثم الإمام، ثم سائر الناس.

والدليل على ما نقوله أن هذا حد من الحدود، فلم يلزم الإمام مباشرته، كالجلد والقطع فى السرقة.

فصل: وقول ابن عمر: «فرايت الرجل يحنى على المرأة» قال مالك: معناه يكب عليها. قال مالك: ولا يحفر للمرجوم، ولا سمعت أحداً ممن مضى يحسب ذلك، وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يحفر للمرأة. قال مالك: ودل قوله: «فرايت الرجل يحنى على المرأة» أنه لا يحفر له، ولو حفر له ما استطاع أن يحنى عليها. قال أشهب: وإن حفر له، فأحب إلى أن يخلى له يده، ويحسن عندي أن لا يحفر له ولا يربط.

قال القاضي أبو محمد: والدليل على أنه لا يحفر للمرأة أن هذا شخص مرجوم في الزنى كالرجل، قال: ولأنه إذا كان على وجه الأرض أتت الحجارة على جميع أعضائه، فكان أسرع لأمره. قال عيسى بن دينار: الإمام يفعل من ذلك ما أحب. قال ابن مزين عن أصبغ: يحفر للمرجوم، ويرسل له يده يستتر بها، ويدراً بها عن وجهه إن أحب.

فصل: وقوله: «يقبها بالحجارة» يقتضى أنه يرمى بالحجارة المعتاد رميها. قال مالك: يرمى بالحجارة التي يرمى بمثلها، فأما الصخور العظام، فلا استطاع الرمي بها، ولا يرفع حتى يموت، وكذلك المرأة.

١٥٤٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَسْلَمَ جَاءَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، فَقَالَ لَهُ: إِنَّ الْآخِرَ زَنَى، فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ: هَلْ ذَكَرْتَ هَذَا لِأَحَدٍ غَيْرِي؟ فَقَالَ: لَا، فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ: فَتُبِّ إِلَى اللَّهِ، وَاسْتَتِرَ بِسِتْرِ اللَّهِ، فَإِنَّ اللَّهَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ، فَلَمْ تُقَرَّرْهُ نَفْسُهُ حَتَّى آتَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَقَالَ لَهُ: مِثْلَ مَا قَالَ لِأَبِي بَكْرٍ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: مِثْلَ مَا قَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ، فَلَمْ تُقَرَّرْهُ نَفْسُهُ حَتَّى جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لَهُ: إِنَّ الْآخِرَ زَنَى، فَقَالَ سَعِيدٌ: فَأَعْرَضَ

١٥٤٦ - أخرجه البخاري موصولا كتاب الحدود باب ٢٢ لا يرحم المجنون والمجنونة ٢٩٥/٨، عن أبي هريرة. مسلم موصولا كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى برقم ١٦، ١٣١٨/٣، عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر: هذا الحديث مرسل عند جماعة الرواة، عن مالك، وقد تابعه على إرساله طائفة من أصحاب يحيى بن سعيد؛ وروى هذا الحديث الزهري فاختلف عليه، فرواه يونس، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر أن رجلا من أسلم أتى النبي ﷺ الحديث. ورواه شعيب بن أبي حمزة، وعقيل بن خالد، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة، وسعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، قال شعيب: أتى رجل من أسلم النبي ﷺ. وقال عقيل: أتى رجل من المسلمين رسول الله ﷺ بمعنى واحد، وألفاظ مختلفة، ولم تختلف ألفاظهم في أنه ماعز الأسلمي، وأنه رده رسول الله ﷺ أربع مرات. انظر: التمهيد ١٥/٩.

عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ كُلُّ ذَلِكَ يُعْرَضُ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى إِذَا أَكْثَرَ عَلَيْهِ بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى أَهْلِهِ، فَقَالَ: أَيَشْتَكِي أُمُّ بِي جَنَّةً؟ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَاللَّهِ إِنَّهُ لَصَّحِيحٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَبْكَرُ أُمَّ تَيْبٍ؟» فَقَالُوا: بَلْ تَيْبٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرُجِمَ.

١٥٤٧ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ مِنْ أَسْلَمَ، يُقَالُ لَهُ: هَزَالٌ: «يَا هَزَالُ لَوْ سَتَرْتَهُ بِرِدَائِكَ لَكَانَ خَيْرًا لَكَ».

قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: فَحَدَّثْتُ بِهِذَا الْحَدِيثُ فِي مَجْلِسٍ فِيهِ يَزِيدُ بْنُ نَعِيمٍ بْنُ هَزَالٍ الْأَسْلَمِيُّ فَقَالَ يَزِيدُ: هَزَالٌ جَدِّي، وَهَذَا الْحَدِيثُ حَقٌّ.

الشرح: قوله: «أن رجلاً من أسلم» قال عيسى بن دينار: كان اسمه ماعزاً، وكان يتيماً عند هزال، وهذا هو ماعز بن مالك الأسلمي، فأتى أبا بكر، فأخبر أن الآخر زنى. قال ابن مزين: تفسير الآخر اليتيم، والمشهور في كلام العرب أن الآخر كناية يكتنى بها الإنسان عن نفسه أو عن المخاطب إذا أخبر عن مخاطب أو مخاطب بما يستقبح.

وقول أبي بكر: «هل ذكرت هذا لأحد غيري» احتراز من أن يكون قد أخبر بذلك من يقيم عليه الشهادة ممن لا يجرى إلى التستر عليه، ولعله يفعل ذلك من يعتقد أن إظهار هذا عليه قرينة، وكان أبا بكر أعتقد أن تستره أفضل ما لم يبلغ إلى الإمام، ويجب الحد، ورأى عمر في ذلك رأى أبي بكر وقال كقوله.

فصل: وقوله: «فلم تقرره نفسه» يريد أنه لم يقنع بقولهما مخافة أن لا ينحيه مما اقترفه إلا إقامة الحد عليه والتطهير له، «فأتى النبي ﷺ فقال له مثل ذلك، فأعرض عنه النبي ﷺ ثلاث مرات حتى أكثر عليه» يَحْتَمَلُ أَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ يُعْرَضُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ ظَنَّ فِيهِ

١٥٤٧ - أخرجه البخاري في الطلاق ٥٢٧٢، مسلم في الحدود ١٦٩١، الترمذي في الحدود ١٤٢٨، ١٤٢٩، النسائي في الجنائز ١٩٥٥، أبو داود في الحدود ٤٤٣٠، أحمد في باقي مسند المكثرين ١٤٠٨، الدارمي في الحدود ٢٣١٥.
قال ابن عبد البر: وهذا الحديث لا خلاف في إسناده في الموطأ على الإرسال كما ترى، وهو يستند من طرق صحاح. انظر: التمهيد ١٨/٩.

١٣٦ كتاب الحدود

تغييراً في عقله وضعفاً في ميزه، وأنه ممن لا يلزمه إقراره بين هذا أنه بعث إلى أهله، فقال: «أيشتكى أبه جنة» وبين ذلك إعراضه عنه، ومن يقول لا يلزمه الحد بإقراره مرة واحدة، ولا يعتبر الإعراض، وإنما يعتبر المجالس، وهذا مجلس واحد.

والذى ذهب إليه مالك والشافعي وجمهور العلماء: أن الحد يلزمه بإقراره مرة واحدة.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه ذلك حتى يقر أربع مرات في أربعة مجالس.

والدليل على ما نقوله ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «من يبدى لنا صفحته، نقم عليه كتاب الله». والمقر مرة قد أبدى صفحته.

ودليلنا من جهة القياس أن كل حد يثبت بالإقرار، لم يفتقر إلى التكرار كحد السرقة والقتل؛ ولأن كل ما أكد إنكاره أكد إقراره كسائر الحقوق.

وفي الموازية قال مالك: ما أعرف هذا أن الإمام يعرض عن المعترف حتى يعترف أربع مرات.

فصل: وقوله: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى أهله، فقال: أيشتكى أبه جنة» يريد بذلك إن كان تلزمه الحدود أو لا تلزمه، فلما أعلموه أنه صحيح العقل ممن تلزمه الحدود. قال: «أبكر أم ثيب» يحتتمل أن يكون قال ذلك لما عز لما أخبر بصحة عقله، ولزوم إقراره له.

وقد قال مالك: يسأل الإمام الزاني، هل هو بكر أم ثيب، ويقبل قوله أنه بكر إلا أن تقوم بينة أنه ثيب، وقيل لا يسأله حتى يكشف عنه، فإن وجد من ذلك علماً، وإلا سأله وقبل دون يمين.

قال ابن المواز: وهذا أحب إلينا فعلى هذا يحتتمل أن يكون سأل غيره عن كونه بكرًا أو ثيبًا ليعلم أى الحدين يتعلق به، حد الثيب يريد المحصن أو حد البكر، يريد السدى لم يحصن الزاني.

فصل: وقوله صلى الله عليه وسلم لهزال: «يا هزال، لو سترته بردائك لكان خيرًا لك» هزال هذا هو هزال بن رثاب بن زيد بن كليب الأسلمي، ويريد بقوله: «لو سترته بردائك لكان خيرًا لك» يريد مما أظهرته من إظهار أمره وإخبار النبي صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر به، فكان ستره بأن يأمره بالتوبة وكنمان خطيئته، وإنما ذكر فيه الرداء على وجه المبالغة بمعنى أنه

لو لم تجد السبيل إلى ستره إلا بأن تستره بردائك ممن يشهد عليه لكان أفضل مما أتاه،
وتسبب إلى إقامة الحد عليه، والله أعلم وأحكم.

١٥٤٨ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ رَجُلًا اعْتَرَفَ عَلَيَّ نَفْسِي بِالزَّنا
عَلَيَّ عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَشَهِدَ عَلَيَّ نَفْسِي أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ
فَرُجِمَ.

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِاعْتِرَافِهِ عَلَيَّ نَفْسِي.

الشرح: قوله: «أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنى، وشهد على نفسه أربع مرات»
على سبيل الإخبار بما جرى له من الإقرار على نفسه، لا على أن عدد إقراره شرط في
لزوم الحد له، وقد يحتمل أن يكون النبي ﷺ أمر به فرجم قبل أن يستوعب العدد
المذكور، ثم استوعبه بعد أمره.

ويحتمل أن يكون استوعب العدد من غير قصد وعد غير رجل واحد، بل شهد على
نفسه عند قوم، ثم شهد على نفسه عند آخرين، حتى أكمل أربع مرات.

ويحتمل أن يكون ذلك في مجلس، وفي مجالس، وكل ذلك ليس بشرط في لزوم
الحد، والله أعلم. ولذلك قال ابن شهاب: فمن أجل ذلك يؤخذ الرجل باعترافه على
نفسه، فعلق ما يؤخذ به بالاعتراف المطلق دون العدد، والله أعلم.

١٥٤٩ - مَالِكُ عَنِ يَعْقُوبَ بْنِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ^(١)، عَنِ أَبِيهِ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ، عَنِ

١٥٤٨ - أخرجه البخارى كتاب الحدود باب لا يرحم المجنون والمجنونة ٢٩٥/٨، عن جابر وأبى
هريرة. ومسلم كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا رقم ١٦ ١٣١٨/٣ عن أبى
هريرة.

١٥٤٩ - أخرجه البخارى فى الأيمان والنذور ٦٦٣٣، مسلم فى الحدود ١٦٩٨، الترمذى فى
الحدود ١٤٣٣، النسائى فى آداب القضاة ٥٤٠٨، ٥٤٠٩، أبو داود فى الحدود ٤٤٤٥، ابن
ماجة فى الحدود ٢٥٤٩، أحمد فى مسند الشاميين ١٦٥٩، الدارمى فى الحدود ٢٣١٧.

(١) قال ابن عبد البر: وهو يعقوب بن زيد بن طلحة بن عبدالله بن أبى مليكة، وابن أبى مليكة
هو: عبدالله بن عبدالله بن أبى مليكة بن عبدالله بن جدعان القرشى التيمى، واسم أبى مليكة
زهير، وكان يعقوب بن زيد قاضياً ثقة مأموناً؛ روى عن أبىه زيد بن طلحة، وروى هو وأبوه
عن سعيد المقبرى، روى عن يعقوب بن زيد مالك بن أنس، وهشام بن سعد، وابن عيينة،
وموسى بن عبيدة، ومحمد بن جعفر بن أبى كثير، وسمع أبوه زيد بن طلحة من ابن عباس. =

عَبْدُ اللَّهِ بْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ^(٢) أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا زَنَتْ، وَهِيَ حَامِلٌ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: اذْهَبِي حَتَّى تَضْعِي، فَلَمَّا وَضَعَتْ جَاءَتْهُ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: اذْهَبِي حَتَّى تُرْضِعِيهِ، فَلَمَّا أَرْضَعْتَهُ، جَاءَتْهُ فَقَالَ: اذْهَبِي، فَاسْتَوْدِعِيهِ، قَالَ: فَاسْتَوْدَعْتُهُ ثُمَّ جَاءَتْ، فَأَمَرَ بِهَا، فَرُجِمَتْ.

الشرح: قوله: «أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فأخبرته أنها زنت وهي حامل» يحتمل أن يريد أنها أخبرت عن نفسها بأنها زنت حين حملها من غيره، ولعلها بينت أن ذلك من غير زوج، ولذلك لم يسأل عن إحصان ولا غيره، ويحتمل أنها زنت وأنها الآن حامل من ذلك عدم تكرار إقرارها، فكان يقول اذهبي حتى يتكرر إقرارك، لكنه منع من إقامة الحد عليها الحمل؛ لأن ما في بطنها لا يجب عليه قتل، سواء كان من زنى أو غيره، وقبل قولها فيما ادعته من الحمل، إن كان ظاهراً لظهوره، وإن كان غير ظاهر فليتبين أمرها.

وفي الموازية في المشهود عليه بزنى أو شرب خمر أو قذف أو قصاص تقول: إنها حامل، لا يعجل عليها الإمام حتى يتبين أمرها، فإن كانت حاملاً، تركت حتى تضع.

فصل: وقوله: «فلما وضعت جأته، قال لها: اذهبي حتى ترضعيه» يحتمل أنه لم يكن له مال يسترضع منه، ولو كان له مال، ولم يقبل رضاع غيرها، فعلى هذا لا ترجم حتى تتم رضاعه. وقال ابن مزين: لأن هذا قتل للولد.

وأما لو قبل رضاع غيرها، وكان له مال يسترضع له منه، ففي الموازية عن عيسى:

=فروى عنه الثوري، وعبدالرحمن بن إسحاق، وابنه يعقوب، وأبو علقمة الفروي، ولم يرو عنه مالك. قال ابن معين: زيد بن طلحة ثقة، وقال ابن المديني: هو شيخ معروف، وقال أبو زرعة: ليس به بأس - وليس بحجة وأبوه مثله. انظر: التمهيد ٢٨/٩.

(٢) قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى فيما رأينا من رواية شيوخنا في هذا الحديث، عن مالك، عن يعقوب بن زيد بن طلحة، عن أبيه زيد بن طلحة، عن عبدالله بن أبي مليكة، فجعل الحديث لعبدالله بن أبي مليكة مرسلًا، عنه. وقال القعني، وابن القاسم، وابن بكير، عن مالك، عن يعقوب بن زيد بن طلحة، عن أبيه زيد بن طلحة بن عبدالله بن أبي مليكة. وقال أبو مصعب كما قال يحيى: زيد بن طلحة، عن عبدالله بن أبي مليكة، فجعلوا الحديث لزيد بن طلحة - مرسلًا عنه؛ وهذا هو الصواب - إن شاء الله، وقد جوده ابن وهب، فرفع الإشكال فيه؛ لأنه لم

هذا العمل على حديث المرأة التي أقرت بالزنى، وهي حامل فأمر أن تذهب حتى تضع حملها، أرى أن يصنع في ذلك كما صنع النبي ﷺ لكنه سنة قد سنها.

وقال ابن القاسم وأشهب في الموازية: إن وجد لابنها ما تسترضع له به أقيم عليه الحد، ولا تؤخر حتى تستقل من نفاسها. قال محمد: وهذا في القتل والرجم. وحكى ابن مزين عن أصبغ عن ابن القاسم، وكذلك كل حد يكون فيه القتل، فإنه يستعجل بالمرضى، ولا ينتظر به إفاقة. وقال أبو حنيفة: إنها ترجم، ولا تنتظر بعد الولادة. ودليلنا الحديث المنصوص.

فصل: وقوله: «فلما أرضعته جاءته، فقال: اذهبي فاستودعيه» يحتمل أن يريد به وضعها إياه عند من يحضنه ويكفله؛ لأن طرحه سبب إلى هلاكه، ولعله كان له من أهله من قبل أبويه إن كان لرشدة أو من قبل أمه إن كان لغية من يقوم بذلك، فلما أتت على ذلك كله أمر بها رسول الله ﷺ فرجمت.

١٥٥٠ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُمَا أَخْبَرَاهُ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ اقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ، وَقَالَ الْآخَرُ، وَهُوَ أَفْقَهُهُمَا: أَجَلْ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَاقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ، وَأَذِنَ لِي فِي أَنْ أَتَكَلَّمَ، قَالَ: تَكَلَّمْ، فَقَالَ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَيَّ هَذَا، فَزَنَى بِامْرَأَتِي، فَأَخْبَرَنِي أَنَّ عَلَيَّ ابْنِي الرَّجْمَ، فَاقْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَبِجَارِيَةٍ لِي، ثُمَّ إِنِّي سَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ

١٥٥٠ - أخرجه البخاري كتاب الإيمان والنذور باب كيف كانت يمينا النبي. ومسلم كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه رقم ٢٥، عن أبي هريرة. وأبو داود كتاب الحدود باب ٢٥، ١٥١/٤، عن أبي هريرة. البيهقي في الكبرى ٢١٢/٨، عن أبي هريرة. والبخاري في السنة ٢٧٥/١٠، عن أبي هريرة. وذكره في نصب الراية ٣/٣٢٩، عن أبي هريرة. وذكره الطحاوي في المشكل ٢٢/١، عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر: لا خلاف عن مالك في إسناد هذا الحديث، إلا أن أبا عاصم النبيل رواه عن مالك، عن ابن شهاب، عن عبيدالله، عن زيد بن خالد، لم يذكر أبا هريرة، والصحيح فيه عن مالك، ذكره أبي هريرة مع زيد بن خالد، كذلك، عنه عند جماعة رواة الموطأ، منهم: القعنبى، وابن وهب، وابن القاسم، وعبدالله بن يوسف، وابن بكير، وأبو مصعب، وابن عفير. انظر: التمهيد ٣٥/٩.

١٤٠ كتاب الحدود

فَأَخْبَرُونِي، أَنَّ مَا عَلَى ابْنِي جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَأَخْبَرُونِي أَنَّ مَا الرَّجْمُ عَلَيَّ
امْرَأَتِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمَّا وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِينَ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ،
أَمَّا غَنَمُكَ وَجَارِيَتُكَ فَرَدُّ عَلَيْكَ» وَجَلَدَ ابْنَهُ مِائَةً وَغَرَبَهُ عَامًا، وَأَمَرَ أَنْ يُسَأَلَ الْأَسْلَمِيَّ
أَنْ يَأْتِيَ امْرَأَةَ الْأَخْرِي، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ رَجَمَهَا، فَاعْتَرَفَتْ فَرَجَمَهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْعَسِيفُ الْأَجِيرُ.

الشرح: قول أحد الرجلين المتخاصمين لرسول الله ﷺ: «اقض بيننا بكتاب الله عز
وجل» قيل معناه، اقض بيننا بما كتب الله، أى فرض، ولم يرد القرآن، ويحتمل أن يريد
به أن يقضى بينهما باحق الذى أوجبه كتاب الله المنزل عليك، ويحتمل أن يريد بما
تضمنه كتاب الله من الحكم دون غيره، ولذلك قال: إن الآخر كان أفقههما.

ويحتمل أن يكون وصفه بأنه أفقههما لما حكم بما أورده، ويحتمل أن يكون وصف
بذلك كان عليه، فوصف ذلك من عرف حالهما، ويحتمل أن يكون وصف بذلك لما
وصف القضية على ما جرت، وأورد منها ما تتعلق به الأحكام، وأما الأول فلم يرد
شيئا من ذلك.

فصل: وقوله: «إن ابني كان عسيفا على هذا» قال عيسى بن دينار: العسيف
الأجير.

وقوله: «فزنى بامرأته» إخبار عن ابنه وعن زوجة خصمه بالزنى، وحكم هذا أنهما
إن صدقاه حدا، ولم يكن قاذفاً.

وإن كذبا، فإن قاما يطلبانه يجد القذف، ففى كتاب ابن المواز: من أقام بينة على
قاذفه عند الإمام ثم أكذب بينته، وأكذب نفسه لم يقبل منه، ويحد القاذف؛ لأنه
كالعفور.

وروى ابن حبيب عن أصبغ: وإذا هم الإمام بضرب القاذف، فأقر المقذوف على
نفسه بالزنى وصدقه، فإن ثبت إقراره حد المقذوف بالزنى، ولم يحد القاذف.

وقال ابن الماجشون: إذا رجع عن إقراره بتوريك، درئ عن القاذف الحد بإقراره.
قال ابن حبيب: هذا أحب إلى ما لم يبين أنه أراد بإقراره إسقاط الحد عن القاذف
فيبطل إقراره، وأما إذا لم يبطل ذلك المقذوف، ولم تقم له بينة، فهو قاذف لهما.

ولعل هذا قد علم من حالهما أنهما قد أقرأ بذلك بحضرة بينة تشهد له بذلك، أو أن له بينة بزناهما يثبت ذلك به عليهما إن احتاج إلى ذلك بتكذيبهما أو تكذيب أحدهما له، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فأخبروني أن علي ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة وجارية لي» نص في أنه أعطاه الغنم والجارية ليسقط عن ابنه المطالبة بذلك، فيحتمل أنه أعطاه ذلك لما اعتقد أنه حق له يصح إسقاطه، ويحتمل أن يكون إعطاؤه إياه ليستر عليه، ويترك قيامه به، ولا يجوز أن يأخذ عوضاً على ذلك بوجه؛ لأن الرجم حق لله تعالى، فليس لأحد تركه بعوض.

ويطل الصلح في ذلك من وجه آخر أن ما اعتقد أنه يلزم ابنه من الرجم غير لازم له، وكذلك أخبر أهل العلم والد الزاني البكر أن ليس علي ابنه إلا جلد مائة وتغريب عام، وإنما الرجم على امرأته، فأخذ عوضاً على إسقاط ما لم يجب.

فصل: وقوله ﷺ: «والذي نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله» يحتمل أن يريد به أنه يقضى بينهما بالحق الذي ورد كتاب الله بالحكم به، ويحتمل بأن يريد أنه يحكم بينهما بما تضمنه كتاب الله من حكم مسأته، فيذهب في رد الجارية والغنم إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وفي الجلد إلى قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢]، وفي الرجم إلى ما يروى عن عمر أنه نزل من القرآن من حكم الرجم على الثيب من الرجال والنساء.

فصل: وقوله: «أله ﷺ جلد ابنه مائة وغريمه عاماً» نص في تغريب الزاني، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تغريب على الزاني.

ودليلنا من جهة المعنى أن كل معصية يتعلق بها قتل أو ما هو دونه من جلد أو قطع، فإن مع الأدون أخبس كالقتل والحراة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن التغريب على الحر الذكر دون المرأة ودون العبد خلأفاً للشافعي، لما روى أن النبي ﷺ قال: «إذا زنت الأمة، فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم يبعوها ولو بضعفير». وهذا موضع تعليم، فافتضى أنه استوعب ما عليها.

ومن جهة المعنى أن المرأة عورة، وفي تغريبها تعريض لها لزوال الستر عنها، والأمة حق السيد متعلق بمنافعها، وإنما يغرب الرجل عقوبة لينقطع عن منافعه، وأيضاً فإن العقوبة إذا لم تتبع لم تلزم العبد بالزنى كالرجم.

١٤٢ كتاب الحدود

مسألة: إذا ثبت أن التغريب يتعلق بالحر الذكر، فإنه يبعد. قال مالك فى الموازية: ينفى من مصر إلى الحجاز، وإلى مثل شعب وما والاها، ومن المدينة إلى مثل فندك وخيبر.

ذكر مالك أنه ينفى عندهم، كذلك نفى عمر بن عبد العزيز من مصر إلى شعب. وقال ابن القاسم: وينفى من مصر إلى أسوان وإلى أدون منها. وذلك بحيث يثبت له حكم الاغتراب، ولا يبعد كل البعد بما ضاع وبعد عن أن يدركه منفعة ماله وأهله. مسألة: وكراؤه فى سيره عليه فى ماله فى الزنى والمحارب، قاله أصبغ، وإن لم يكن له مال، ففى المسلمين.

مسألة: ويكتب إلى البلد الذى يغرب إليه أن يقبضه ويسجنه سنة عنده. قال ابن القاسم فى الموازية: قال ابن حبيب عن مطرف: يؤرخ يوم سجنه، ومعنى ذلك أن يتوصل به إلى معرفة استيعابه العام.

فصل: وقوله: «وأمر أنيسا الأسلمى» قيل أنه أنيس بن الضحاك الأسلمى «أن يأتى امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها»، ولم يذكر جلدًا ولا جلد على الثيب، وهو منذهب جمهور العلماء. وروى عن داود: يجلد الثيب ويرجم.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» وهو وقت تعليم واستيفاء الحكم، ولم يذكر جلدًا، فثبت أنه ليس من حكم الثيب الزانى.

ومن جهة المعنى أنه معنى يوجب القتل بحق الله تعالى، فلم يجب فيه الجلد مع القتل كالردة.

وفى كتاب ابن المواز: من جلد فى الزنى مائة جلدة، ثم ثبت أنه محصن، فإنه يرحم، ولا يجزته الجلد. وروى أن النبى ﷺ فعل ذلك، يريد أنه إن صح عن النبى ﷺ فى ذلك شىء، فإنه محمول على هذا، والله أعلم وأحكم.

١٥٥١ - مَالِكُ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَنِّي وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِي رَجُلًا أُمَّهَلُهُ حَتَّى آتَيْتُ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ».

١٥٥١ - أخرجه مسلم فى اللعان ١٤٩٨، أبو داود فى الديات ٤٥٣٢، ٤٥٣٣، أحمد فى باقى

مسند المكثرين ٢٧٢٥١.

كتاب الحدود ١٤٣

١٥٥٢ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُثْمَانَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ يَقُولُ: الرَّجْمُ فِي كِتَابِ اللَّهِ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، إِذَا أَحْصَيْنَ، إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَوْ كَانَ الْحَبْلُ أَوْ الْاِعْتِرَافُ.

الشرح: قول سعد فيمن وجد مع امرأته رجلاً: «يمهله حتى يأتي بأربعة شهداء» إعظماً لهذا، وإظهاراً لما في نفسه من الغيرة وما جبل عليه من الإسراع إلى قتله أو غير ذلك مما يقتضى أن يقابل به قبل هذا عنده، فأعلمه النبي ﷺ بأنه ليس التسرع إليه بشيء من ذلك إلا بيينة ثبتت، وحكم إمام يستوفى الحقوق ويقيم الحدود، وإما أن يسرع إليه، فلا.

فصل: وقوله عمر بن الخطاب: «الرجم في كتاب الله عز وجل حق على من زنى إذا أحصن» يريد به ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: إنه مما أنزل في القرآن من آية الرجم، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وقوله: «إذا قامت البينة» يريد بالزنى «أو كان الحمل والاعتراف» يريد أن يظهر بالمرأة حمل لا يلحق بأحد ولا ينفي بلعان. وأما ما لحق بزواج أو سيد أو نفي بلعان، فلا يوجب حداً، وهذا يقتضى أن من وطئ في غير الفرج، ودخل من مائه في قبلها، أنه لا يكون منه ولد، ولو كان منه ولد لم يجب على من ظهر بها حمل حد لجواز أن يكون المباشر لها وطئ في غير الفرج، وذلك لا يوجب الحد، وأما الاعتراف فسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٥٥٣ - مَالِكُ عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ أَبِي وَقْدٍ اللَّيْثِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَتَاهُ رَجُلٌ، وَهُوَ بِالشَّامِ، فَذَكَرَ لَهُ أَنَّهُ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا، فَبَعَثَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَبَا وَقْدٍ اللَّيْثِيَّ إِلَى امْرَأَتِهِ يَسْأَلُهَا عَنْ ذَلِكَ، فَأَتَاهَا

١٥٥٢ - أخرجه البخارى فى الحدود ٦٨٣٠، مسلم فى الحدود ١٦٩١، الترمذى فى الحدود

١٤٣٢، أبو داود ٤٤١٨، ابن ماجه فى الحدود ٢٥٥٣، أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة

١٥٥، ١٨٧، ٢٣٥، ٢٧٨، ٣٠١، ٣٢٤، ٣٤٣، ٣٩٣، الدارمى فى الحدود ٢٣٢٢.

١٥٥٣ - أخرجه الشافعى فى الأم ١٣٤/٦. وعبد الرزاق فى المصنف ٣٤٠/٧. البيهقى فى السنن

الكبرى ٢١٥/٨. السنن الصغرى ٢٩٢/٣. معرفة السنن والآثار ١١/١٦٦٧٩. وذكره ابن عبد

البر فى الاستدكار برقم ١٥٣٣.

١٤٤ كتاب الحدود

وَعِنْدَهَا نِسْوَةٌ حَوْلَهَا، فَذَكَرَ لَهَا الَّذِي قَالَ زَوْجُهَا لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَأَخْبَرَهَا أَنَّهَا لَا تُوْخَذُ بِقَوْلِهِ، وَجَعَلَ يُلْقِنُهَا أَشْبَاهَ ذَلِكَ لِتَنْزِعَ، فَأَبَتْ أَنْ تَنْزِعَ، وَتَمَّتْ عَلَى الْإِعْتِرَافِ، فَأَمَرَ بِهَا عُمَرُ، فَرُجِمَتْ.

الشرح: قوله: «أن عمر رضى الله عنه أتاه رجل وهو بالشام» يقتضى أن الإمام حيث حل من عمله ينظر فى الأحكام، ولما ذكر له الرجل «أنه وجد مع امرأته رجلاً أرسل أبا واقد الليثى يسألها عن ذلك» لما يتعلق من الأحكام المختلفة بإقرارها وإنكارها، وأرسل أبا واقد الليثى نائباً عنه فى توقيفها على ما ذكر عنها زوجها، وثبت عنده إقرارها وإنكارها، وحكمها فى ذلك حكم الحاكم، ولذلك يجرى فيه الحد.

فصل: وقوله: «فأخبرها أبو واقد الليثى بما قال زوجها، وأخبرها أنها لا تؤخذ بقوله وأشباه ذلك لتنزِع» على معنى التلقين لها لئلا يدركها من الأمر ما ييهتها، ويمنعها من النظر لنفسها، والقيام بمجتها والمدافعة عنها، «فلما تبادت على الاعتراف، أمر بها فرجمت» يريد أنه لما رجع ذلك إليه أبو واقد أمر بها فرجمت، وهذا يقتضى أن النائب عن الحاكم بأمره يثبت عنده ما يثبت عند النائب بقوله، ويحتمل أن يكون رفع ذلك إليه شاهدان أشهدهما أبو واقد على ثبوت عنده أو رفع ذلك إلى عمر غير الشهود عليها بالتمادى على الاعتراف، والله أعلم وأحكم.

١٥٥٤ - مَالِكٌ عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ:
لَمَّا صَدَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مِنْ مِثْنَى أَنَاخٍ بِالْأَبْطَحِ، ثُمَّ كَوْمَ كَوْمَةً بِطِحَاءَ، ثُمَّ طَرَحَ

١٥٥٤ - أخرجه الترمذى فى الحدود ١٤٣١، أبو داود فى الحدود ٤٤١٨، ابن ماجه فى الحدود ٢٥٥٣، أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٥٥، ١٨٧، ٢٣٥، ٢٧٨، ٣٠١، ٣٢٤، ٣٤٣، ٣٩٣.

قال ابن عبد البر: هذا حديث مسند صحيح، والذي يستند منه قوله: فقد رجم رسول الله ﷺ، وأما سماع سعيد بن المسيب من عمر بن الخطاب فمختلف فيه: قالت طائفة من أهل العلم: لم يسمع من عمر شيئاً ولا أدركه إدراك من يحفظ عنه، وذكروا ما رواه ابن لهيعة، عن بكير بن الأشج، قال: قيل لسعيد بن المسيب: أدركت عمر بن الخطاب؟ قال: لا. وقال آخرون: قد سمع سعيد بن المسيب من عمر أحاديث حفظها عنه، منها هذا الحديث، ومنها قوله حين رأى البيت. وزعموا أن سعيد بن المسيب شهد هذه الحجة مع عمر، وحفظ عنه فيها أشياء وأداها عنه؛ وهى آخر حجة حجها عمر، وكانت خلافته عشر سنين وستة أشهر وأربعة أيام، وقتل بعد انصرافه من حجته تلك لأربع بقين من ذى الحجة سنة أربع وعشرين. انظر: التمهيد ٤٨/٩.

عَلَيْهَا رِدَاءَهُ وَاسْتَلْقَى، ثُمَّ مَدَّ يَدَيْهِ إِلَى السَّمَاءِ، فَقَالَ: اللَّهُمَّ كَبِّرْتَ سِنِّي وَضَعَفْتَ قُوَّتِي، وَأَنْتَشَرْتَ رِعْيِي، فَأَقْبِضْنِي إِلَيْكَ غَيْرَ مُضَيِّعٍ وَلَا مُفْرَطٍ، ثُمَّ قَدِمَ الْمَدِينَةَ، فَخَطَبَ النَّاسَ، فَقَالَ: أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ سُنْتُ لَكُمْ السُّنْنَ، وَفُرِضَتْ لَكُمْ الْفَرَائِضُ، وَتُرِكْتُمْ عَلَى الْوَاضِحَةِ إِلَّا أَنْ تَضِلُّوا بِالنَّاسِ يَمِينًا وَشِمَالًا، وَضَرَبَ بِإِحْدَى يَدَيْهِ عَلَى الْأَخْرَى ثُمَّ قَالَ: إِيَّاكُمْ أَنْ تَهْلِكُوا عَنْ آيَةِ الرَّجْمِ أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ: لَا نَجِدُ حَدَّيْنِ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَقَدْ رَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَرَجَمْنَا، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلَا أَنْ يَقُولَ النَّاسُ زَادَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى لَكُنْتُمْهَا: الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ فَارْجُمُوهُمَا الْبَتَّةَ، فَإِنَّا قَدْ قَرَأْنَاهَا.

قَالَ مَالِكٌ: قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ: فَمَا أُنْسَلَخَ ذُو الْحِجَّةِ حَتَّى قُتِلَ عُمَرُ رَجِمَهُ اللَّهُ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: قَوْلُهُ: الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ، يَعْنِي الثُّيَبَ وَالثُّيَبَةَ، فَارْجُمُوهُمَا الْبَتَّةَ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما صدر من منى» يريد فى آخر حجته الذى قتل بعد انصرافه منها، فلما رجع من منى إلى مكة يوم الصدر «أناخ بالأبطح» وهو بأعلى مكة إما لأنه رأى التحصيب مشروعاً، أو لأنه نزل به حتى يقضى ما عليه، ويطوف للوداع، ثم يقفل منه إلى المدينة «فكوم كومة بطحاء» يريد جمع كوماً، وهو الكدية من التراب، «ثم طرح على الكوم رداءه» ليقبه التراب «ثم استلقى» لعله يريد على ظهره، «ثم مد يده إلى السماء» يريد رفعهما راغباً إلى الله، فقال: «اللهم كبرت سنى وضعفت قوتى» يريد أنه ضعف عما كان عليه من الاجتهاد فى العبادة والنظر للمسلمين مع انتشار رعيته بعد الأقطار، «فأقبضنى إليك غير مضيع ولا مفرط».

ويحتمل أن يريد بذلك أن يهبه من العون على ما كلفه ما يعصمه من التضييع والتفريط إلى أن يموت، ويحتمل أن يدعو بتعجيل ميتة لما خشى أن يقع منه تضييع أو تفريط لضعف قوته وانتشار رعيته، وليس هذا مما نهى عنه ﷺ من أن يدعو أحد بالموت لضر نزل به، وإنما دعاء عمر بالموت خوف التفريط.

١٤٦ كتاب الحدود

وقد تقدم في الموطأ من دعاء النبي ﷺ: «وإذا أردت بقوم فتنة، فاقبضني إليك غير مفتون» وهذا أشبه بما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال: «فما السلخ ذو الحجمة حتى قتل عمر، رحمه الله».

فصل: وقوله: «ثم قدم المدينة فخطب الناس» لعله قد استشعر إجابة دعوته، فخطب الناس معلماً لهم بما خاف إشكاله من الأحكام ومذكراً لهم وواعظاً ومودعاً.

قال: «أيها الناس قد سنت لكم السنن وفرضت لكم الفرائض» يحتمل أن يريد بالسنن طرق الشريعة، وأحكامها والفرائض المقدرات.

قال: «وتركتم علي الواضحة» يريد علي الطريقة الواضحة البينة التي لا يخاف على سالكيها ضلالاً «إلا أن تضلوا بالناس» ظاهره أنه خاطب بذلك الصحابة رضي الله عنهم، وأهل العلم محذراً لهم عن أن يضلوا بالناس، فيحملهم علي غير الطريقة الواضحة علي حسب ما يفعل الضال عن الطريق يأخذ عن يمينها أو عن شمالها.

فصل: وقوله: «ضرب بإحدى يديه علي الأخرى» يحتمل أنه ضرب بإحدهما علي الأخرى، علي معنى القطع لكلامه، والإشارة إلى أن ما قاله أمر قد فرغ منه لا اعتراض فيه، ويحتمل أن يضرب بإحدهما علي الأخرى أو يزيلها إلى جانب علي سبيل أن يضل العلماء بالناس يميناً وشمالاً.

فصل: وقوله: «وإياكم أن تهلكوا عن آية الرجم» يريد والله أعلم أن تهلكوا بالإنكار لها، والاعتراض عنها، ويحتمل أن يريد بالإنكار لنزولها فيما أنزل الله من القرآن، ويحتمل أن يريد الإنكار لبقاء حكمها.

وذلك بأن يقول قائل: «لا نجد حدين في كتاب الله تعالى»، ويحتمل ذلك وجهين، أحدهما: أن يعيب قول من قال لم تنزل آية الرجم بقرآن، وإنما ثبتت بسنة النبي ﷺ وفعله. والثاني: أن يعيب قول من ينكر الرجم جملة، إن كان أنكره أحد، وزعم أن حد الزنى الجلد للمحصن وغير المحصن، وأنه هو الموجود في كتاب الله عز وجل دون الرجم.

ثم قال عمر رضي الله عنه: «فقد رجم رسول الله ﷺ ورجمنا» فظاهر هذا يقتضي إثبات الرجم خاصة، والرد علي منكره من التمثيل لما عابه، ويحتمل أن يريد به فقد رجم رسول الله ﷺ امتثالاً لآية الرجم، ورجمنا علي ذلك الوجه.

فصل: وقوله: «والذى نفسى بيده لولا أن يقول الناس: زاد عمر بن الخطاب فى كتاب الله لكتبها ييدى» يريد آية الرجم، ويحتمل قوله: «أن يقول الناس زاد ابن الخطاب فى كتاب الله» أن قومًا خالفوه فى أن آية الرجم نزلت فيما نزل من القرآن، ولا يصح إثبات قرآن إلا بإجماع وخبر متواتر، فيقول من يخالفه فى أنها من القرآن، بقول: زاد فى القرآن ما ليس منه، ومن يوافقه على أنها نزلت فى القرآن أن يقول زاد فى القرآن ما لا يجوز أن يثبت فيه لكون مختلفًا فى إثباته.

ويحتمل وجهاً آخر، وهو أن يكون جميع الناس وافقه على أنها نزلت فى القرآن، ولكن نسخت تلاوتها، وبقي حكمها، فلا يجوز إثباتها فى المصحف؛ لأنه لا يثبت فيه إلا ما ثبتت تلاوته دون ما نسخت تلاوته.

وإن بقي حكمه، فيكون عمر رضى الله عنه إنما توقف عن إثباتها بيده فى المصحف مخافة أن يقول الناس: زاد عمر فى كتاب الله عز وجل، بأن كتب فيه ما لا يكتب فيه، لأنه قد نسخ إثباته فى المصحف كما نسخت تلاوته، ثم ذكر الآية التى أشار إليها «وهى الشيخ والشيخة فارجوهما البتة» ولم يخالفه أحد فيما ذكره من أحكام هذه القضية.

ويقتضى ذلك اهتبال الناس من أهل عصره بأمر القرآن، والمنع من أن يزداد فيه ما لم يثيب فى المصحف أو ينقص شىء منه، لأنه إذا منعت الزيادة، فبأن يمنع النقص أولى؛ لأن الزيادة إنما تمنع لئلا يضاف إلى القرآن ما ليس منه، ونقص بعض القرآن وإطراحه أشد.

ولعل ما أضيف إلى أبى وغيره من إثبات القنوت أو غيره فى المصحف إنما كان فى أول زمن عمر رضى الله عنه، ثم وقع الاجتماع بعد ذلك على المنع منه، وإنما بقى إلى زمن عثمان رضى الله عنه ما أثبت على أنه قرآن مما قرأ به بعض الصحابة، إما لأنه كان من القرآن ثم نسخ أو لأنه وهم فيه، ولم يقد الإجماع عليه، فنظر عثمان رضى الله عنه فى ذلك، وإن زال عنه بعض تلك الألفاظ التى زعم بعض الناس أنها تثبت فى مصحف ابن مسعود أو غيره.

وجميع الناس على المتواتر المتفق عليه، فاستوعب المصحف الذى أثبتته جميع القرآن، ونفى عنه ما ليس من القرآن، والحمد لله رب العالمين.

فصل: وقول ابن المسيب: «فما انسلخ ذو الحجة حتى قتل عمر رحمه الله» بين أن خطبته تلك كانت فى آخر عمره، وبين يدي منيته.

وقول مالك: «سمعت أن معنى قوله: الشيخ والشيخة، يعنى الثيب والشيبة» يريد بذلك المحصن والمحصنة، لأن الثيوبية فى الغالب يكون بها الإحصان، ويحتمل أن يخاطب بذلك الأحرار والحرائر، والله أعلم.

١٥٥٥- مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أُتِيَ بِامْرَأَةٍ قَدْ وُلِدَتْ فِي سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَمَرَ بِهَا أَنْ تُرْجَمَ، فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ: لَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهَا، إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وَقَالَ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فَالْحَمْلُ يَكُونُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، فَلَا رَجْمَ عَلَيْهَا، فَبَعَثَ عَثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ فِي آثَرِهَا، فَوَجَدَهَا قَدْ رُجِمَتْ.

الشرح: قوله: «أن عثمان بن عفان رضى الله عنه أتى بامرأة قد ولدت فى ستة أشهر» يريد بعد أن نكحت، «فأمر بها فرجمت» وهذا يقتضى أنه اعتقد أنه لا يكون حمل إلا عن وطء يلتقى فيه الختانان، واعتقد أن الحمل لا يكون من ستة أشهر، إما لأنه اعتقد أنه لا يكون إلا على الوجه المعتاد من تسعة أشهر أو نحوها، فلذلك أمر برجمها؛ إذ يقتضى اعتقاد الأمرين أنه حمل من جماع متقدم على نكاحها، ولم يكن ثم فراش يضاف إليه من نكاح متقدم عليه يلحق فيها الولد، وإنما أتت به بعد النكاح الأول لمدة، قد لا يلحق بالأول لانقضاء أكثر أمد الحمل، وقد تقدم ذكره فحكم بأنه من زنى، وكانت ثيبًا لأنه قد تقدم بناء الزوج الأول بها.

ولو لم يكن ثم زوج أول لاقتضى ذلك أنها زنت فى وقت بكاره، فلم يكن حكمها إلا الجلد، وإن أقيم عليها الحد بعد الإحصان؛ لأن الاعتبار بحالها حين وقوع الجماع دون وقت إقامة الحد، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول على بن أبى طالب رضى الله عنه: «ليس ذلك عليها» يحتمل أنه لم يحضر المجلس الذى أمر فيه برجمها، وأنه أعلم بالأمر فبادر بإنكاره وإظهار ما عنده فى ذلك كما يلزم الرجوع إليه، واستدل على ذلك بقول تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، وهذا نص على أمدى الحمل والرضاع، ثم قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ

١٥٥٥ - أخرجه المغنى ٢١١/٨. عبد الرزاق فى المصنف ٣٥٠/٧. البيهقى فى السنن ٤٤٢/٦.

وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٣٥.

أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة^(١)، فبين أن مدة الرضاعة عامان، وذلك يقتضى أن مدة الحمل ستة أشهر، ولا يجوز أن يكون ذلك أكثر أمد الحمل، فإننا نعين مشاهدة أن مدة الحمل قد تكون أكثر من هذا، فلم يبق إلا أن تكون الستة أشهر أقل أمد الحمل، وعلى هذا جماعة الفقهاء، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «فبعث عثمان في أثرها فوجدها، قد رجمت» يعنى أنه أراد الرجوع عما أمر به من رجمها لما ظهر إليه من الحق، فوجدها قد نفذ فيها ما كان أمر به من رجمها، وهذا يقتضى أن للحاكم أن يرجع عن حكم، حكم به إلى ما هو عنده أصوب، وبه قال ابن القاسم وقد تقدم هذا إن كان رأى أن للحكم الأول وجهًا سائغًا من الاجتهاد، ويحتمل أيضًا أن يكون عثمان رأى أنه كان خطأ، فعاد إلى الصواب، ولعله قد أدى ديتها، والله أعلم وأحكم.

١٥٥٦ - مَالِكُ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنِ الَّذِي يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ، فَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ: عَلَيْهِ الرَّجْمُ أَحْصَنَ أَوْ لَمْ يُحْصَيْنِ.

الشرح: قول ابن شهاب في الذى يعمل عمل قوم لوط: «يرجم، أحسن أو لم يحسن» وهو قول مالك، وهذا هو المشهور من المذهب. وقال ابن حبيب: وكتب أبو بكر الصديق: أن يحرقوه بالنار ففعل، وفعل ذلك ابن الزبير في زمانه، وهشام بن عبد الملك في زمانه، والسدى بالعراق، ومن أخذ بهذا لم يخطئ. وقال الشافعى: حكمه حكم الزانى يرحم المحسن، ويجلد غير المحسن مائة. وقال أبو حنيفة: ليس فيه حد، وإنما فيه التعزير.

والدليل على ما نقوله ما ذكره ابن المواز قال مالك: قال النبى ﷺ: «اقتلوا الفاعل والمفعول به». قال مالك: ولم نزل نسمع من العلماء أنهما يرحمان أحصنا أو لم يحصنا. قال مالك وربيعة: الرجم هى العقوبة التى أنزل الله تعالى بقوم لوط؛ ولأن هذا فرج لآدمى، فتعلق الرجم بالإيلاج فيه كالقبيل، ولأن هذا لا يستباح بوجه، فلذلك تعلق به من التغليظ أشق ما تعلق بالقبيل، ولأنه إيلاج لا يسمى زنى، فلم يعتبر فيه الإحصان كالإيلاج فى البهيمة.

فرع: فإن كانا عبيدين، فقد قيل يرحمان. وقال أشهب: يحد العبدان خمسين، خمسين، ويؤدب الكافران.

١٥٠ كتاب الحدود

مسألة: وأما المتساحقان من النساء، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: ليس في عقوبتهما حد وذلك إلى اجتهاد الحاكم. وقال ابن شهاب: سمعت رجلا من أهل العلم يقولون: يجلدان مائة.

والدليل على صحة قول ابن القاسم أنه بمعنى المباشرة؛ لأنه لا يجب الحد إلا بالتقاء الختانين وذلك غير متصور في المرأتين، فلزم به التعزير. قال أصبغ: يجلدان خمسين، خمسين، ونحوها، وهذا التعزير عندي على ما رواه في ذلك الوقت، والصواب أنه موقوف على اجتهاد الإمام، على ما قاله ابن القاسم.

مسألة: ومن وطئ امرأة في دبر، فحكم ذلك حكم الزانى يرحم المحصن منهما، ويجلد ومن لم يحصن جلد، قاله ابن المواز. ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

ووجهه أنه أحد فرجى المرأة كالقبل. وقال القاضي أبو الحسن: حكم ذلك حكم اللواط، يرحمان أحصنا أو لم يحصنا؛ لأنه وطئ محرم في دبر كالرجلين.

مسألة: والشهادة على اللواط كالشهادة على الزنا أربعة شهداء، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يثبت بشاهدين.

والدليل على ما نقوله أنه معنى يجب به الرجم من غير قصاص، فلم يثبت إلا بأربعة شهداء كالزنا.

* * *

ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا

١٥٥٧ - مالك، عن زيد بن أسلم: أن رجلا اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله ﷺ فدعا له رسول الله ﷺ بسوط، فأتى بسوط مَكْسُور، فقال: فوق هذا، فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته، فقال: دون هذا، فأتى بسوط قد ركب به ولان، فأمر به رسول الله ﷺ فجلد، ثم قال: أيها الناس، قد أن لكم أن

١٥٥٧ - ذكره في نصب الراية ٣/٣٢٣، عن زيد بن أسلم. والقرطبي ١٩/١٠٤. أبو نعيم في

الحلية ١/٣٧٠. وذكره في الكنز رقم ١٦٧٧٧ وعزاه للسيوطي.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث مرسلًا جماعة الرواة للموطأ، ولا أعلمه يستند بهذا

اللفظ من وجه من الوجوه؛ وقد روى معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن النبي ﷺ مثله سواء.

انظر: التمهيد ٩/٥٣.

تَنَّهُوَا عَنْ حُدُودِ اللَّهِ، مَنْ أَصَابَ مِنْ هَذِهِ الْقَادُورَاتِ شَيْئًا، فَلَيْسَتْ بِرِيسَتِ اللَّهِ، فَإِنَّهُ مَنْ يُدْرِي لَنَا صَفْحَتَهُ، نُقِمُ عَلَيْهِ كِتَابَ اللَّهِ.

الشرح: قوله: «أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله ﷺ» لم يذكر فيه أنه أعرض عنه ولا تكرر إقراره، ولعله أن يكون ذلك لما ظهر من صحة إقراره، وحكم رسول الله ﷺ بجلده، لما علم أنه غير محصن، فدعا بسوط ليجلده به، فأتى بسوط مكسور، فقال: «فوق هذا» يريد أجد منه وأصلب، فأتى بسوط جديد، لم تقطع ثمرته.

قال عيسى بن دينار في المزينة: الثمرة، الطرف، يريد أن طرفه محدد لم تنكسر حدته، ولم يخلق بعد، فقال رسول الله ﷺ: «دون هذا، فأتى بسوط قدر ركب ولان» يريد قد انكسرت حدته، ولم يخلق ولا بلغ من اللين مبلغاً لا يألم من ضرب به، فاقتضى ذلك أنه إنما يجلد بسوطين، والضرب في الحدود كلها سواء، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: الضرب في الزنا أشد منه في القذف وشرب الخمر وأشدّها في التعزير.

والدليل على صحة ما نقوله أنه إن جلد في القذف جلد في حد، فأشبهه جلد الزنا كضرب الخمر.

مسألة: ويضرب الرجل قاعدًا، ولا يقام خلافاً لمن قال: إنه يقام. والدليل على ما نقوله أنه شخص وجب حده، فلم يستحق عليه القيام كالمرأة.

مسألة: ويجرد الرجل في الحدود كلها، ويترك على المرأة ما يسترها ولا يقيها الضرب. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجرد في حد القذف.

والدليل على ما نقوله قول تعالى: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤]، وهذا يقتضى مباشرتهم بالضرب، قاله القاضي أبو محمد.

ومن جهة المعنى أنه حد فوجب إعراء الرجل فيه كحد الزنا.

مسألة: والجلد إنما يكون في الظهر، وما قاربه خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: يضرب سائر الأعضاء ويتقى الوجه والفرج. وزاد أبو حنيفة: الرأس.

والدليل على ما نقوله أنه ليس الغرض إتلاف الأعضاء، ومنها ما يخاف إفساده بالضرب فيه، والظهر أصل لذلك فكان محلاً له.

١٥٥٨ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدٍ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ أَمَى بِرَجُلٍ قَدْ وَقَعَ عَلَى جَارِيَةٍ بِكَرٍ، فَأَحْبَلَهَا، ثُمَّ اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزَّانَا، وَلَمْ يَكُنْ أَحْصَنَ، فَأَمَرَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ، فَجُلِدَ الْحَدَّ، ثُمَّ نَفَى إِلَى فِدْكَ.

الشرح: أمر أبو بكر رضى الله عنه بمن اعترف على نفسه بالزنا، ولم يحصن أن يجلد ثم نفاه إلى فذك على ما تقدم من أنه يجرى أن ينفى الزانى إلى فذك ونحوها.

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَعْتَرِفُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزَّانَا، ثُمَّ يَرْجِعُ عَنْ ذَلِكَ، وَيَقُولُ: لَمْ أَفْعَلْ، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ مِنِّي عَلَى وَجْهِ كَذَا وَكَذَا لِشَيْءٍ يَذْكُرُهُ: إِنَّ ذَلِكَ يُقْبَلُ مِنْهُ، وَلَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَذَلِكَ أَنَّ الْحَدَّ الَّذِي هُوَ لِلَّهِ لَا يُؤْخَذُ إِلَّا بِأَحَدٍ وَجْهَيْنِ، إِمَّا بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ تُثَبِّتُ عَلَى صَاحِبِهَا، وَإِمَّا بِاعْتِرَافٍ يُقِيمُ عَلَيْهِ حَتَّى يُقَامَ عَلَيْهِ الْحَدُّ، فَإِنِ أَقَامَ عَلَى اعْتِرَافِهِ، أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ.

قال مالك: الَّذِي أَدْرَكَتْ عَلَيْهِ أَهْلَ الْعِلْمِ أَنَّهُ لَا نَفَى عَلَى الْعَبِيدِ إِذَا زَنَوْا.

الشرح: قوله: «فى الذى يعترف بالزنا ثم يرجع، ويقول: إنما قلته لوجه كذا؛ المعنى يذكره أن ذلك يقبل منه ويقال»، وذلك أن الذى يعرف بالزنا لا ينتظر به شىء، ولكن يقام عليه الحد، فإن تمادى على الاعتراف أنفذ عليه ذلك، وإن رجع عن الإقرار والإعتراف إلى الإنكار، فلا يخلو أن ينزع إلى وجه أو إلى غير وجه.

فإن رجع إلى وجه، قال محمد: مثل أن يقول: أصبت امرأتى حائضاً أو جاريتى، وهى التى من الرضاة، فظننت أن ذلك زنا، فإنه يقبل رجوعه، ويسقط عنه الحد.

قال ابن المواز: لم يختلف فى هذا أصحاب مالك.

وأما إذا رجع إلى غير شبهة، فقد قال القاضى أبو محمد: فيه روايتان، والذى رواه ابن المواز عن مالك من رواية ابن وهب ومطرف: أنه يقال، وبه قال ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم.

وروى عن مالك: لا يقبل منه إلا بأمر يعذر به، وبه قال أشهب وعبد الملك، وهو قول أبى حنيفة والشافعى.

كتاب الحدود ١٥٣

وجه القول الأول أنه مروى عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وأبي هريرة. قال القاضي أبو محمد: ولا يخالف لهم، ولأنه قتل هو حق لله تعالى لزمه بقول، فوجب أن يسقط إذا رجع عنه كالقتل بالردة.

ووجه قوله: لا يقبل، ما روى النبي ﷺ أنه قال: «لإنه من يبد لنا صفحة وجهه، نقم عليه كتاب الله تعالى» وما روى عنه ﷺ أنه قال لأنيس: «فإن اعترفت فارجمها». ومن جهة المعنى أن الإقرار معنى يجب عليه بثبوت حد الزنا، فلم يسقط بإكذابه كالشهادة.

مسألة: وهذا إذا رجع قبل ابتداء إقامة الحد عليه، فإن شرع في إقامة الحد عليه، تم رجع، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: إن نزع بعد أن جلد أكثر الحد أقيّل، وإن لم يرجع يعزر. وقال أشهب وعبد الملك: لا يقال إلا أن يورك، فيقال ما لم يضرب أكثر الحد، فيتم عليه، وإن ورك.

وجه القول الأول ما روى في حديث ماعز «أنه لما أزلقتة الحجارة حمر فرماه بصلب حمل فقتله، فقال رسول الله ﷺ: هلا تركته لعله يتوب، فيتوب الله عليه». وبهذا احتج ابن عبد الحكم، يحتمل أن يريد به الرجوع عن الإقرار مع التوبة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا إذا كان الحد إنما يثبت بإقراره، وأما إذا ثبت بالبينة لم يقبل إنكاره لذلك أولاً ولا آخرًا.

فصل: وقوله: «وذلك أن الحد الذي هو لله تعالى لا يثبت إلا بأحد وجهين، إما ببينة عادلة تثبت على صاحبها». وفي الموازية: لا يجب حد الزنا إلا بأحد هذه الوجوه، إما بإقرار لا رجوع فيه حتى يحد، أو بأربعة شهداء عدول على الرؤية، أو حمل يظهر بامرأة غير طارئة لا يعرف لها نكاح ولا ملك، هذا قول مالك وأصحابه.

قال مالك: حتى يقولوا كالمروء في المكحلة في البكر والثيب. قال محمد: وذلك إذا لم يكن في شهادتهم أنه زنى، وإنما شهدوا على ما وصفوا.

مسألة: إذا كمل عدد الشهود في الزنا أقيم الحد على من شهد عليه، وإن لم يكمل عددهم، حد الشهود حد القذف. وبه قال أبو حنيفة، وهذا أحد قولى الشافعي، وله قول آخر: لا حد عليهم.

قال القاضي أبو محمد: والدليل على ما نقوله أن ذلك إجماع الصحابة؛ لأن عمر جلد أبا بكره وصاحبه لما توقف زياد. وروى مثل ذلك عن عليّ. ودليلنا من جهة المعنى أنهم أدخلوا المضرة عليه بإضافة الزنى إليه بسبب لم يوجب الحد عليه، فكانوا قذفة كمن قذفه ابتداء.

مسألة: ومن حكمهم أن يشهدوا في مجلس واحد، فإن شهد واحد، ثم جاء الباقيون، فشهدوا بعد ذلك المجلس، فهم قذفة، حكاه القاضي أبو محمد عن مالك في العتبية والموازية عن ابن القاسم: لا تتم الشهادة حتى يشهد أربعة شهداء، في موضع واحد، في ساعة واحدة، على صفة واحدة. وقال القاضي أبو محمد عن عبد الملك والشافعي: يحكم بشهادتهم مجتمعين ومفترقين.

وفي النوادر عن ابن القاسم: لا ينبغي للإمام أن ينتظر القاذف، ومن شهد معه إذا لم يتم شهادتهم بأن جهل، فجاء القاذف اليوم بشاهد أو بشاهدين، وأتى بباقيهم بعد ذلك أنه زنى حتى تتم أربعة مفترقين، فإنه تقبل شهادتهم ويحد الزاني.

قال محمد: إن أتى رجل الإمام، فقال: أشهد على فلان أنه زنى فليجلد إلا أن يأتي بأربعة سواه، فإن ذكر أربعة حضوراً أو قريباً غيبتهم توثق منه، وكلف أن يبعث فيهم، وإن ادعى بيينة بعيدة حد ثم إن جاء بهم حبطت عنه جرحه القذف.

قال القاضي أبو محمد: والدليل على ما قاله مالك أن كمال العدد لو لم يضم إلى شهادة الشهود كان قذفاً فوجب أن يقترب بها. أصل ذلك لفظ الشهادة.

وأما ما ذكره عن ابن الماجشون، فإن ابن حبيب روى عن مطرف وابن الماجشون: إذا شهد بالزنى أربعة جازت شهادتهم، جاعوا مجتمعين أو مفترقين، إذا كان افتراقهم قريباً بعضهم من بعض.

وليس بين قولهما وبين ما تقدم من قول ابن القاسم الذي ذكرناه آخرًا، فرق إلا أن يريد عبد الملك أن الإمام يبيح للشاهد أن يأتي بمن نعم شهادته غير ذلك المجلس، وأن هذا أمر يلزمه، وابن القاسم يقول: إنه ليس له ذلك.

مسألة: يصح أن يكون الشهود هم القائمين بالشهادة، في رواية ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون. وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية: إذا تعلقوا به وأتوا به السلطان لم تجز شهادتهم، وهم قذفة. وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم خلاف هذا، يريد مثل رواية ابن حبيب.

مسألة: إذا شهد أربعة على رجل بالزنى أنه زنى فى بيت، إلا أن كل واحد منهم ذكر أنه رآه يزنى فى غير الزاوية التى ذكر غيرهم الشهود، فإنه لا يحسد المشهود عليه، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: يحسد.

والدليل على ما نقوله أن الشهادة لم تكمل على فعل واحد، أن الزنى فى الزاوية الواحدة غير الزنى فى الزاوية الأخرى، فلم تكمل بذلك شهادة، ولا يجب به حد كما لو اختلفوا فى الوقت.

وروى ابن حبيب: إن اختلفت البيعة، فقال بعضهم: زنى بها فى غرفة. وقال بعضهم: فى سفل. أو قال بعضهم: منكبة. وقال سائرهم: مستلقية أو قال بعضهم: ليلا. وقال سائرهم: نهاراً. أو قال بعضهم: يوم كذا. وقال سائرهم، يوماً آخر، واختلفوا فى الساعات بطلت الشهادة، وحلوا فى القذف.

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن اختلفوا فى الأيام والمواطن لم تبطل الشهادة، قال: وانظر إن اختلفوا فيما ليس على الإمام أن يسألهم عنه، ولهم الشهادة مع السكوت عنه، لم يضرهم اختلافهم فيه مع ذكرهم.

* * *

جامع ما جاء فى حد الزنا

١٥٥٩ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُثْمَانَ بْنِ

١٥٥٩ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٥٤، مسلم فى الحدود ١٧٠٣، ١٧٠٤، الترمذى فى الحدود ١٤٤٠، أبو داود فى الحدود ٤٤٦٩، ٤٤٧٠، ابن ماجه فى الحدود ٢٥٦٥، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٣٤٧، ٨٦٦٩، ٩١٧٤، ١٠٠٣٣، مسند الشاميين ١٦٥٩٥، الدارمى فى الحدود ٢٣٢٦.

قال ابن عبد البر: هكذا روى مالك هذا الحديث، عن ابن شهاب بهذا الإسناد وتابعه على إسناده، عن ابن شهاب يونس بن يزيد، ويحيى بن سعيد، ورواه عقيل، والزبيدى، وابن أخى الزهرى، عن الزهرى، عن عبيدالله بن عبدالله أن شبلا - أو شبل - بن خالد المزنى أحسبه عن عبدالله بن مالك الأوسى، أحسبه أن رسول الله ﷺ سئل عن الأمة. وذكروا الحديث، إلا أن عقيلاً وحده قال: مالك بن عبدالله الأوسى، وقال الزبيدى، وابن أخى الزهرى: عبدالله بن مالك، وكذلك قال يونس بن يزيد، عن ابن شهاب، عن شبل، عن حامد المزنى، عن عبدالله بن مالك الأوسى، فجمع يونس بن يزيد الإسنادين جميعاً فى هذا الحديث وانفرد مالك فيه بإسناد واحد، عن ابن شهاب، عن عبيدالله، عن أبى هريرة وزيد، وعند عقيل، والزبيدى، -

مَسْعُودٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجُهَنِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنِ الْأُمَّةِ إِذَا زَنَتْ، وَلَمْ تُحْصَن، فَقَالَ: «إِنْ زَنَتْ، فَاجْلِدُوهَا، ثُمَّ إِنْ زَنَتْ، فَاجْلِدُوهَا، ثُمَّ إِنْ زَنَتْ، فَاجْلِدُوهَا، ثُمَّ بِيَعُوهَا وَلَوْ بِضَفِيرٍ».

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: لَا أُدْرِي أَبَعَدَ الثَّلَاثَةِ أَوْ الرَّابِعَةِ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَالضَّفِيرُ الْحَبْلُ.

الشرح: قوله: «في الأمة إذا زنت ولم تحصن» يحتمل أن يريد به، ولم تعتق لأن الإحصان يكون بمعنى الحرية، ويحتمل أن يريد أن تحصن الإحصان الذي يوجب الرجم، وذلك يتضمن الحرية أيضاً، مع معانٍ أخر فقال رسول الله ﷺ: «إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا» وسواء كان العبد أو الأمة متزوجين أو غير متزوجين.

وحكى عن ابن عباس أنهما إن لم يكونا تزوجا، فلا حد عليهما.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ في الأمة: «إذا زنت ولم تحصن فاجلدوها».

مسألة: ويجلد من فيه رق أو بقية منه نصف جلد الحر في الزنى خمسين جلدة خلافاً لمن روى عنه خلاف ذلك، والذكر والأنثى في ذلك سواء. والأصل في ذلك قوله: ﴿فَعَلِيهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ والمحصنات الحرائر.

فصل: وقوله ﷺ: «إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا» يحتمل أن يكون خطاباً للأئمة، ويحتمل أن يكون خطاباً للسادات، وذلك أن للسيد أن يقيم حد الزنى على عبده أو على أمته، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس ذلك له.

والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها». وقال أبو حنيفة: لا يقيم الحد إلا الإمام. ودليلنا من جهة القياس أن كل من يملك تزويج شخص بغير قرابة ولا ولاية، جاز له أن يقيم الحد عليه كالإمام.

وابن أخي الزهري فيه أيضاً إسناد واحد، عن ابن شهاب، عن عبيدالله بن شبل، عن عبدالله بن مالك. وجمع يونس الحديثين جميعاً. ورواه ابن عيينة، عن ابن شهاب، عن عبيدالله، عن أبي هريرة وزيد بن خالد، وشبل أن النبي ﷺ سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن، فقال: إذا زنت فاجلدوها - وذكر الحديث. هكذا قال ابن عيينة في هذا الحديث، فجعل شبلا مع أبي هريرة، وزيد بن خالد فأخطأ. وأدخل إسناد حديث في آخر ولم يقم حديث شبل. انظر: التمهيد

فرع: وهذا إذا ثبت زنى العبد ببينة أو قرار. وأما إذا لم يكن ذلك إلا بعلم السيد، فهل يقيم عليه الحد؟ قال الشيخ أبو القاسم: فيه روايتان، إحداهما: جواز ذلك، والأخرى: منعه.

فصل: وقوله في الثالثة: «فإن زنت فأجلدوها، ثم بيعوها، ولو بضعير» الضفير الحبل. وسئل عيسى بن دينار: هل تباع ببلدها ذلك أو تغرب؟ فقال: يبيعهما بذلك البلد أو حيث شاء، قال: وكان يستحب بيعها بعد ثلاث، ولا يوجبه. قال ابن مزين: ذلك تحضيض من النبي ﷺ ولا يقضى به على أحد.

مسألة: ومن زنى بذمية، فعليه حد الزنى من رجم وجلد، وترد هى إلى أهل ذمتها ودينها، ومن دخل دار الحرب بأمان، فزنى بجزية أو غيرها، فأقر بذلك أو شهد عليه أربعة عدول، قال ابن القاسم: عليه الحد. وقال أشهب: لا يحد.

وذكر القاضى أبو محمد وغيره من شيوخنا العراقيين: إذا دخل مسلم دار الحرب، فزنى بجزية أو غيرها، فعليه الحد. قال أبو حنيفة: لا حد عليه إلا أن يكون على الجيش أمير مصر من الأمصار.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿الزانية والزانية فأجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾. ومن جهة المعنى أنه مسلم زنى فوجب عليه الحد. أصله إذا زنى فى دار الإسلام.

١٥٦٠ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدًا كَانَ يَقُومُ عَلَى رَقِيقِ الْخُمْسِ، وَأَنَّهُ اسْتَكْرَهَ جَارِيَةً مِنْ ذَلِكَ الرَّقِيقِ، فَوَقَعَ بِهَا، فَجَلَدَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَنَفَاهُ، وَلَمْ يَجْلِدِ الْوَالِدَةَ، لِأَنَّهُ اسْتَكْرَهَهَا.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جلد العبد الذى استكرهه جارية من الرقيق ونفاه»، يحتمل أنه رأى فى ذلك رأى من يرى النفى على العبيد بالزنى، وهو أحد قولى الشافعى، ويحتمل أن يكون نفاه لما اقترف من الزنى ومن الاستكراه، ولا تغريب على عبد عند مالك فى شىء من ذلك، ويحتمل أن يريد بنفاه أن يباع بغير أرضها.

وقد روى ابن المواز عن ربيعة فى العبد يستكره الحرة: يحد، ويباع بغير أرضها لتبعد عنها معرفته.

١٥٦٠ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٣٩٨/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم

والدليل على ما نقوله أنه حد من حدود الزنى لم يستقص في حق العبد، فلم يلزمه جميعه كالرجم.

فصل: وقوله: «ولم يجلد الوليدة لأنه استكرهها» يحتمل أن تقوم البينة بالاستكراه لها أو تأتي متعلقة به تدمى، وأما لو ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد يقر بوطنها، فقالت: استكرهت، فإنه لا يقبل قولها ويجلد.

مسألة: وأما نقص الأمة، ففي رقبة العبد الذى استكرهها، ويقبل إقرار العبد فيه إن كان بفور ما فعل، وجاءت متعلقة به تدمى، وأما فيما بعد فلا يقبل قوله فيما يتعلق برقبته، وما كان فى جسده من حد يقام عليه، فإنه يقبل فيه قوله.

١٥٦١ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عِيَّاشِ بْنِ أَبِي رَبِيعَةَ الْمَخْزُومِيَّ قَالَ: أَمَرَنِي عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي فِتْيَةٍ مِنْ قُرَيْشٍ فَجَلَدْنَا وَلَائِدًا مِنْ وَلَائِدِ الْإِمَارَةِ خَمْسِينَ خَمْسِينَ فِي الزَّانَا.

الشرح: قول عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة: «أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أمرنى فى فتية من قريش يجلدون ولائد الإمارة خمسين خمسين فى الزنا» وفى المدينة سألت عن أمره للجماعة: أليكونوا طائفة أم ليلوا ضربهم؟ فقال: بل هم الذين جلدوهم وكانوا أيضاً مع ذلك طائفة. وقد حكى القاضى أبو محمد: يستحب للإمام إحضار طائفة من المؤمنين لإقامة الحد.

والأصل فى ذلك قوله: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] والطائفة المستحبة فى ذلك أربعة فصاعداً وحكى عن عطاء أو غيره: ثلاثة وقيل اثنان.

والدليل على ما نقوله أن للأربعة من الجماعة اختصاصاً بالزنى، فكان ذلك أولى ما سن فيه. وقال الشيخ أبو القاسم: وينبغى للإمام أن يحضر أربعة فصاعداً من الأحرار العدول، وكذلك فى عبده وأمه.

مسألة: ويحتمل أن يكون عبد الله بن عياش قد شاهد إقرار الولائد بالزنى، أو قيام البينة عليهم بذلك، ويحتمل أن يكون عمر رضى الله عنه أمرهم بذلك دون أن يعرفوا وجه الحد عليهن.

وفى المدينة: سألته فيمن أمره إمام بقتل رجل فى حد أو يجلده، فقال: إن كان

الإمام عدلاً مأموناً لا يخاف عليه جور ولا جهل، فليفعل ما أمره به، وإن كان يخاف عليه جهلاً أو جوراً، فلا يمثل أمره إلا أن يعرف أن الذي أمره به الإمام قد وجب عليه فليمثل أمره.

فصل: وقوله: «فجلدناهم خمسين خمسين» يحتمل أن يكون ذلك فى أوقات مختلفة، ويحتمل أن يكون فى وقت اتفق فيه اجتماع إقرارهن أو سبب بإقرار واحدة منهن إقرار سائرهن، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى المفتصة

قال مالك: الأمر عندنا فى المرأة أن تجرد حاملاً، ولا زوج لها فتقول قد: استكرهت أو تقول تزوجت، إن ذلك لا يقبل منها، وإنما يقام عليها الحد إلا أن يكون لها على ما ادعت من النكاح بينة أو على أنها استكرهت أو جاءت تدمى إن كانت بكرًا أو استغاثت حتى أثبتت، وهى على ذلك الحال أو ما أشبه هذا من الأمر الذى تبلغ به فضيحة نفسها، قال: فإن لم تأت بشيء من هذا، أقيم عليها الحد، ولم يقبل منها ما ادعت من ذلك^(١).

الشرح: قد تقدم الكلام فى هذا كله.

قال مالك: والمفتصة لا تنكح حتى تستبرئ نفسها بثلاث حيض. قال: فإن ارتابت من حيضتها، فلا تنكح حتى تستبرئ نفسها من تلك الرية.

الشرح: قوله: «والمفتصة لا تنكح حتى تستبرئ نفسها بثلاث حيض» يريد الحرة، وكذلك المرأة بأسرها العدر، فأما الأمة فإن حيضة واحدة تبرئها إلا أن ترتاب، وقد تقدم ذكرها فى رزمة النكاح وبالله التوفيق.

* * *

ما جاء فى القذف والنفى والتعريض

١٥٦٢ - مالك عن أبي الزناد أنه قال: جلد عمر بن عبد العزيز عبداً فى فرية

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٤١.

١٥٦٢ - أخرجه عبد السزاق فى المصنف ٤٣٨/٩. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم

١٦٠ كتاب الحدود

ثَمَانِينَ، قَالَ أَبُو الزُّنَادِ: فَسَأَلْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرِو بْنِ رَبِيعَةَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: أَدْرَكْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ وَالْخُلَفَاءَ هَلُمَّ جَرًّا فَمَا رَأَيْتُ أَحَدًا جَلَدَ عَبْدًا فِي فِرْيَةٍ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِينَ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن عبد العزيز جلد عبدًا في فرية ثمانين» الفرية هي الرمي وحد الحد فيه ثمانون جلدة، قال الله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] فرأى عمر بن عبد العزيز أن حد العبد في ذلك كحد الحر.

وروى عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان والخلفاء إلى زمنه كانوا يجلدون العبد في القذف أربعين، نصف الحر، قاله مالك في العبد، ومن فيه بقية رق من مدبر أو أم ولد أو غيرهما.

والدليل على ذلك أنه حد يتبعض، فكان حد العبد فيه نصف حد الحر كحد الزنى.

١٥٦٣ - مَالِكُ عَنْ زُرَيْقِ بْنِ حَكِيمٍ الْأَيْلِيِّ أَنَّ رَجُلًا يُقَالُ لَهُ مِصْبَاحٌ اسْتَعَانَ ابْنًا لَهُ، فَكَانَتْهُ اسْتِبْطَاءُهُ، فَلَمَّا جَاءَهُ، قَالَ لَهُ: يَا زَانَ قَالَ زُرَيْقٌ: فَاسْتَعْدَانِي عَلَيْهِ، فَلَمَّا أَرَدْتُ أَنْ أَجْلِدَهُ، قَالَ ابْنُهُ: وَاللَّهِ لَئِنْ جَلَدْتَهُ لِأَبْوَعْنَّ عَلَيَّ نَفْسِي بِالزُّنَا، فَلَمَّا قَالَ ذَلِكَ أَشْكَلَ عَلَيَّ أَمْرُهُ، فَكَتَبْتُ فِيهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَهُوَ الْوَالِي يَوْمَئِذٍ أَذْكَرُ، لَهُ ذَلِكَ فَكَتَبَ إِلَيَّ أَنْ أُجْزَ عَفْوُهُ.

قَالَ زُرَيْقٌ: وَكَتَبْتُ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَيْضًا أَرَأَيْتَ رَجُلًا افْتَرَى عَلَيْهِ أَوْ عَلَى أَبِيهِ، وَقَدْ هَلَكَ أَوْ أَحَدُهُمَا، قَالَ: فَكَتَبَ إِلَيَّ عُمَرُ: إِنَّ عَفَا، فَأَجْزَ عَفْوَهُ فِي نَفْسِهِ، وَإِنْ افْتَرَى عَلَى أَبِيهِ، وَقَدْ هَلَكَ أَوْ أَحَدُهُمَا، فَخُذْ لَهُ بِكِتَابِ اللَّهِ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ سِتْرًا.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ الْمُفْتَرَى عَلَيْهِ يَخَافُ أَنْ تُكْشِفَ ذَلِكَ مِنْهُ أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَإِذَا كَانَ عَلَى مَا وَصَفْتُ، فَعَفَا، جَازَ عَفْوَهُ.

الشرح: قول مصباح لابنه على وجه السب: «يا زالى» قذف له، وكذلك من قال لغيره: يا زانى، فإنه قاذف له، يجب عليه من الحد ما يجب على القاذف، فإن قال: أردت إنه زان فى الجبل بمعنى أنه صاعد إليه، يقال زنأت فى الجبل، إذا صعدت إليه، قال أصبغ: عليه الحد، ولا يقبل قوله إلا أن يكونا كانا فى تلك الحال، وبين أنه الذى أراد، ولم يقله مشامة. قال ابن حبيب: يريد أصبغ، ويحلف.

فصل: وقوله: «فاستعدانى عليه، فلما أردت أن أجلده» يقتضى أنه كان يرى أن الأب يجلد لقذف ابنه بما يخصه من القذف، وبه قال مالك وأصحابه إلا ما رواه ابن حبيب عن أصبغ: أنه لا يحد الأب له أصلاً، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه قول مالك أن من يقتل به إذا أقر بأنه أراد قتله، فإنه يحد لقذفه إذا كان محصناً. أصل ذلك الأجنبى.

ووجه قول أصبغ يحتمل أن يكون مبنياً على قول أشهب: لا يقتل الأب بابنه.

فرع: فإذا قلنا يحد الأب لابنه، فإن ذلك يسقط عدالة الابن، رواه المواز، قال: لأن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه: ﴿فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما﴾ [الإسراء: ٢٣] وهذا يضره.

مسألة: وإذا قال الأب لابنه فى منازعة: أشهدكم أنه ليس بولدى، وطلبت الأم أو ولدها من غيره الحد، وقد كان فارقتها فعفا ولده، فقال مالك: يحلف ما أراد قذفاً، وما قاله إلا بمعنى أنه لو كان ولدى لم يصنع ما صنع، ثم لا شىء عليه، وهذا يقتضى أن الحد عليه ثابت إن لم يحلف، وأنه لا يسقط بعفو بعض الولد إذا قام به بعضهم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فأما الجلد والعم والخال، ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: يحدون له فى القرية إن طلب ذلك.

ووجه ذلك أن الأب أعظم حقاً منهم، وهو يحد للابن، فبأن يحد هؤلاء أولى على قول أصبغ: إن هؤلاء كلهم يقتل به فكذلك يحدون له.

وأما أن يشتموه، ففى العتبية: لا شىء عليهم إذا كان على وجه الأدب، وكأنه لم ير الأخ مثلهم إذا شتمه.

ووجه ذلك أن لهم عليه رتبة بالإدلاء بالأبوين، فكان لهم تأديبه بالقول وتعليمه.

فصل: وقول الابن: «لئن جلده لأبوان على نفسي» يريد العفو عن أبيه وإسقاط حد القذف عنه، وأنه إن لم يقبل ذلك منه متولى الحكم أقر بالزنى، فأسقط عن أبيه بذلك حد القذف، وهذا يقتضى أن زريق بن حكيم كان يرى أن عفو المقذوف عن القاذف عند الإمام غير جائز، وهي إحدى الروايتين عن مالك، إلا أن مالكاً قال فى الولد: له العفو عن أبيه، ولم يرد سترًا به كتب عمر بن عبد العزيز إلى زريق إذ سأله عن ذلك.

فرع: وأما عفوه عن جده، فقال ابن القاسم وأشهب: يجوز عفوه عن جده لأبيه، وإن بلغ الإمام، ولا يجوز ذلك فى جده لأمه.

ووجه ذلك أن الجدل للأب مدلل بالأب، ويوصف بالأبوة، وأما الجد للأم، فلا يوصف بذلك، فلم يكن له حكم الأب، وقد قال ابن الماجشون: عفو الأب عن ابنه جائز، وإن لم يرد سترًا.

ومعنى ذلك والله أعلم، أن الإشفاق قد يحمله عند رؤية إيقاع الحد به على أن يقر على نفسه بما قذفه به، فيقع فيما هو أشد من القذف.

فصل: وقد قال عمر بن عبد العزيز فيمن افتري عليه: «إن عفا فأجز عفوه فى نفسه» يريد أن العفو بعد بلوغ الإمام جائز. وقد اختلف قول مالك فى غير الأب، فى المدونة عن ابن القاسم: كان مالك يجيز العفو بعد أن يبلغ الإمام كما روى عن عمر بن عبد العزيز. وقال فى كتاب ابن المواز: وإن لم يرد سترًا، قال: ثم رجع مالك، فلم يجزه عند الإمام إلا أن يريد سترًا.

وجه القول الأول أنه حق من حقوق المقذوف يجوز له العفو عنه قبل بلوغ الإمام، فكان له العفو عنه بعد بلوغ الإمام كالديون والقصاص.

ووجه القول الثانى أن لله فيه حقًا، وما تعلق به حق تعالى لم يجز العفو عنه بعد بلوغ الإمام كالقطع فى السرقة.

مسألة: وأما العفو قبل بلوغ الإمام، فجائز عند مالك. رواه عنه ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم. وروى عنه أشهب، أن ذلك ليس بلازم، وله القيام به متى شاء إلا أن يريد به سترًا، وقاله ابن شهاب.

ووجه القول الأول أنه حق لمخلوق لم يبلغ الإمام، فلزم العفو عنه؛ لأنه لم يتعلق به حق لله تعالى، وإنما يتعلق به بالقيام عند الإمام.

وروجه القول الثاني أنه حق لله يجوز القيام به، ولا يلزم العفو فيه بعد بلوغ الإمام، فلم يكن قبل بلوغه كحد الزنى.

فصل: وقوله: «وإن افتري على أبويه وقد هلكا أو أحدهما، فخذ له بكتاب الله عز وجل» يريد لا يجوز عفوّه إذا وصل إلى الإمام؛ لأنّ المقدّوف غيره. وقد قال ابن المواز عن مالك: إنّما يجوز العفو، يريد على قول مالك إذا قذفه في نفسه، فإذا قذف أبويه أو أحدهما، وقد مات المقدّوف لم يجوز العفو عنه بعد بلوغ الإمام.

ومعنى ذلك أنه قد لزم الإمام القيام بالحد وإلا حداً لمقدّوف به؛ لأنّ حد القذف مبنى على أنه لا يجوز عفو بعض القائم به بخلاف ولادة الدم؛ لأنّ هذا ليس بدلاً من المال، والدم بدل من المال فينتقل بعض من قام بالدم إليه إذا عفا بعضهم.

فصل: وقوله: «إلا أن يريد ستراً» قال مالك: قد ضرب الحد، فخاف أن يظهر عليه ذلك الآن، فأما إن عمل شيئاً لم يفعله أحد غيره، فلا يجوز عفوّه عند الإمام في قذف ولا غيره إلا في الدم.

وروى ابن حبيب عن أصبغ معنى قوله في عفو المقدّوف في نفسه أو أبويه عند الإمام إن قال: أردت ستراً، لم يقبل منه ويكشف عن ذلك الإمام، فإنّ خاف أن يثبت ذلك عليه أجاز عفوّه، وإلا لم يجزه. ورواه ابن القاسم عن مالك.

وقال الماجشون عن مالك: معنى قوله: إلا أن يريد ستراً، إن كان مثله يفعل ذلك، جاز عفوّه، ولا يكلف إلا أن يقول: أردت ستراً، وأما العفيف الفاضل، فلا يجوز عفوّه.

مسألة: وأما القاذف يعطى المقدّوف ديناراً على أن يعفو عنه، ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك: لا يجوز ذلك ويجلد الحد.

وروجه ذلك أنه حق يتعلق به حق لله تعالى، فلا يسقط بمال كالقطع في السرقة.

مسألة: وللمقدّوف أن يكتب به كتاباً أنه متى شاء قام به، قاله مالك في الموازية. قال مالك: وإنى لأكرهه، ومعنى ذلك عندي: قبل أن يبلغ الإمام، وأما إن بلغ الإمام، فإنّ الإمام يقيم الحد ولا يؤخره، وقد رأيت لمالك نحو هذا، وقال: هذا يشبه العفو.

مسألة: ومن أقام بينة على قاذفه عند الإمام ثم أكذبهم، وأكذب نفسه، ففي الموازية: لا يقبل قوله، ويحد القاذف؛ لأنه إسقاط للحد كالعفو، وإذا صدق القاذف، فأقر على نفسه بالزنى، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: إن ثبت على إقراره، حد، ولم

١٦٤ كتاب الحدود

يحد القاذف. وقال ابن الماجشون: إن رجوع عن إقراره، فقد درأ عنه الحد ودرئ عن القاذف الحد بإقراره. قال ابن حبيب: وهذا أحب إلى ما لم يثبت أنه أراد بإقراره إسقاط الحد عن القاذف، فيبطل إقراره.

١٥٦٤ - مَالِكُ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ قَذَفَ قَوْمًا جَمَاعَةً: أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ تَفَرَّقُوا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ.

الشرح: قوله في قاذف الجماعة: «ليس عليه إلا حد واحد» قاله مالك وأصحابه في غير ما كتاب سواء قذفهم مجتمعين أو مفترقين، فحد لهم أو لواحد منهم، فذلك لكل قذف قام طالبوه أو لم يقوموا.

ووجه ذلك أنه حد من الحدود، فتداخل كحد الزنى والقطع في السرقة، وبهذا فارق حقوق الآدميين، فإنها لا تتداخل. وقد روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية فيمن قذف قوماً وشرب خمراً، فإنه يجزئه لذلك حد واحد. قال عيسى: يريد أنه من حد القذف مستخرج.

ووجه ذلك عندي أن الحدين إذا تساويا في القدر والصفة تداخلتا كالحدين سببهما واحد.

مسألة: ومن قذف فحد القذف، فلم يكمل جلده حتى قذف رجلاً آخر، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن كان مضى مثل السوط، والأسواط اليسيرة، قال أشهب: والعشرة الأسواط يسيرة. قال ابن الماجشون: فإنه يتمادى ويجزئه لهما.

قال ابن القاسم في الموازية: إذا جلد من الحد الأول شيئاً، ثم قذف ثانياً، فإنه يأتنف من حين الثانية، وبه قال ربيعة، وإن بقي مثل سوط أو أسواط، أتم ثم ابتداءً حلاً ثانياً. قال ابن المواز: إذا لم يبق إلا أيسر الحد مثل العشرة، والخمسة عشر، فليتم الحد ثم يؤتنف.

قال أشهب: وإن ضرب نصف الحد أو أكثر أو أقل قليلاً، فليؤتنف حيثنذ. قال ابن الماجشون: إن مضى مثل الثلاثين والأربعين، ونحوهما ابتداءً لهما.

فيجىء على قول أشهب أنه على ثلاثة أقسام، قسم إذا ذهب اليسير ثمادى وأجزأ الحد لهما، وقسم ثان، إذا مضى نصف الحد أو ما يقرب منه استؤنف لهما، فكان من حد الأول ثم يتم للمقذوف الثاني بقية حده من حين قذف، وقسم ثالث أن لا يبقى إلا اليسير من الحد الأول، فإنه يتم الحد الأول ثم يستأنف للثاني.

وعلى مذهب ابن القاسم على قسمين، أحدهما: أنه متى مضى شيء من الحد الأول، أنه لا يستأنف من حين القذف الثاني لهما، ولا يحسب بما مضى من الحد الأول، والقسم الثاني: أن يبقى اليسير فيتم حد الأول، ثم يستأنف الحد للثاني، فلا يتداخل الحدان، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن قذف مجهولاً، فلا حد عليه، قاله ابن المواز. وروى في رجل قال لجماعة: أحدكم زان وابن زانية، فلا يجد إذ لا يعرف من أراد، وإن أقام به جميعهم، فقد قيل: لا حد عليه، وإن قام به أحدهم، فادعى أنه أراد لم يقبل منه إلا بالبيان، أنه أراد ولو عرف من أراد لم يكن للإمام أن يحده إلا بعد أن يقوم عليه.

ومعنى ذلك أن حد المقذوف من شرط وجوبه أن يقوم به وليه، فإذا لم يتعين المقذوف لم يصح قيام أحد به، ولا يتعلق به حق لله تعالى إلا بعد أن يقوم به عنده من هو ولى فيه، وكذلك لو سمع الإمام رجلاً يقذف رجلاً لم يكن عليه أن يعرفه، فإذا قام به، وثبت عنده تعلق به حق لله تعالى، فلم يكن لوليه القائم به العفو عنه.

مسألة: ومن قال لرجل: يا زوج الزانية وتحت امرأتان فعفت إحداهما، وقامت الأخرى تطلبه، ففي العتبية والواضحة عن ابن القاسم: يحلف ما أراد إلا التي عفت ويبرأ، فإن نكل، حد.

ومعنى ذلك أن عفو المقذوف قبل القيام لازم له، وجائز عليه، فلما عفت إحداهما عنه سقط حقها من ذلك، ولو قامت الثانية، وكان اللفظ محتملاً أنه أرادها حلف أنه ما أرادها، فإن لم يحلف حد للتي قامت، وإن حلف ثبت قذفه للتي عفت فسقط عنه الحد.

فرع: وقوله في هذه المسألة: أن إحداهما إن قامت وقد عفت الأخرى حلف لها وإلا حد. قال ابن المواز في القائل لجماعة: أحدكم زان، إن قام به أحدهم، فادعى أنه أراد لم يقبل منه إلا بالبيان، يريد أنه أراد.

وإن قام جميعهم، فقد قيل: لا يحدهم، يحتمل أن الجماعة في مسألة ابن المواز

خرجوا بكثرتهم عن حد التعيين، وأن الاثنين في مسألة العتبية وما قرب من ذلك في حيز المعين، ويحتمل أن يكون اختلافاً من القولين، والله أعلم وأحكم.

١٥٦٥ - مَالِكُ عَنْ أَبِي الرَّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَارِثَةَ بْنِ النُّعْمَانَ الْأَنْصَارِيِّ ثُمَّ مِنْ بَنِي النَّجَّارِ عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ رَجُلَيْنِ اسْتَبَا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: وَاللَّهِ مَا أَبِي بَرَّانٍ وَلَا أُمِّي بَزَائِيَّةٍ، فَاسْتَشَارَ فِي ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، فَقَالَ قَائِلٌ: مَدَحَ أَبَاهُ وَأُمَّهُ، وَقَالَ آخَرُونَ: قَدْ كَانَ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ مَدْحٌ غَيْرُ هَذَا نَزَى أَنْ تَجْلِدَهُ الْحَدَّ، فَجَلَدَهُ عُمَرُ الْحَدَّ ثَمَانِينَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا حَدَّ عِنْدَنَا إِلَّا فِي نَفْيٍ أَوْ قَذْفٍ أَوْ تَعْرِضٍ يُرَى أَنَّ قَائِلَهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِذَلِكَ نَفْيًا أَوْ قَذْفًا، فَعَلَى مَنْ قَالَ ذَلِكَ الْحَدُّ تَامًا.

الشرح: قوله: «وأن أحد الرجلين اللذين استبا في زمن عمر بن الخطاب قال للآخر: والله ما أمي بزائية» يقتضى أنه قال له ذلك على وجه المشائمة، والمفهوم فى لسان العرب من هذا إضافة مثل هذا إلى أم المسبوب، وفخره عليه بسلامة أمه بذلك مع شاهد الحال من المشائمة، يقتضى أن أم المسبوب معيبة بذلك، ولو استويا فى السلامة لم يكن هذا وقت ذكرها، لأنه لا يتضمن ذلك مزية للسبب على المسبوب.

ولما كان اللفظ فيه بعض احتمال، ويحتاج فى كونه قذفاً إلى نوع من الاستدلال أو التأويل أو العدول عن ظاهر هذا اللفظ، استشار فيه عمر بن الخطاب علماء الصحابة، فتعلق بعضهم بظاهر اللفظ، وقال: مدح أباه.

وتعلق بعضهم بالمفهوم منه مع شاهد الحال، وقد كان لأمه مدح غير هذا، يريد ليس هذا مما يقصد به الإنسان مدح أمه، وإنما بمدحه بالصفات المحمودة فى الغالب، وإنما يقصد إلى وصفها بهذا البر فى فضلها على من يوجد فيها هذه المعايير لا سيما مع ما يشهد لذلك من حال المشائمة، وقصد كل واحد منهما إلى ذم الآخر وذم أبويه، وذلك يقتضى ذكر أبيه من الفضائل بما يوجد فى أب من شائمه ضد ذلك من المثالب.

ولذلك أخذ عمر بن الخطاب بقول من أوجب فيه حد القذف، وبه قال مالك، قال: من السنة أن لا يجلد أحد حد قذف إلا في قذف مصرح أو تعريض أو حمل يظهر بامرأة غير طارئة، وقد جلد عمر بن الخطاب في التعريض وقال: حق الله لا ترعى جوانبه، وبه قال عمر بن عبدالعزيز.

وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس في التعريض حد.

والدليل على صحة ما نقوله ما استدل به القاضي أبو محمد، أنه لفظ يفهم منه القذف، فوجب أن يكون قذفًا. أصله التصريح، قال: فإن منعوا أن يكون قذفًا، فقد أحالوا المسألة لأن الخلاف بيننا وبينهم إنما هو فيما يفهم بالتصريح، فإذا لم يفهم ذلك، فلا خلاف في أنه لا حد فيه.

وجواب ثان، وهو أن عرف التخاطب ينفي ما قالوا لأن أهل اللغة يسمون التعريض بما فهم منه معنى التصريح، ولذلك أخبر الله عن قوم شعيب عليه السلام أنهم قالوا: ﴿أصلاذك تأمرك أن نترك ما يعبد آباؤنا أو أن نفعل في أموالنا ما نشاء إنك لأنت الخليم الرشيد﴾ [هود: ٨٧] وإنما أرادوا ضد ذلك.

ودليلنا من جهة المعنى أيضًا أن العلم بمقاصد المخاطب يعلم بالمشاهدة ضرورة كما يعلم ضرورة العلم بما يقع منه من خجل أو غضب أو جزع أو مرض أو استعمال.

مسألة: إذا قال رجل لرجل في مشائمة: إنى لعفيف الفرج، وما أنا بزنان، ففي الموازية: عليه الحد. وقال ابن الماجشون: من قال لامرأة في مشائمة: إنى لعفيف عليه الحد، ولو قاله لرجل عليه الحد، إلا أن يدعى أنه أراد به عفيف في المكسب والمطعم فيحلف، ولا حد عليه، وينكل لأن المرأة لا يعرض لها بذكر العفاف في المكسب، والرجل يعرض له بذلك.

قال عبد الملك: ومن قال في مشائمة: إنك لعفيف الفرج حد، قال ابن القاسم: ومن قال فعلت بفلاتة في أعكانها أو بين فخذيها، حد. وقال أشهب: لا يحد.

ووجه قول ابن القاسم أن ما قال هو من التعريض، بل هو أشد من التعريض.

ووجه قول أشهب أنه لا يفهم منه الجماع، فلا يجب به الحد، وإنما يجب الحد على من قذفها بما يوجب الحد.

مسألة: ومن قال لرجل: يا ابن العفيفة، فقد قال ابن وهب بلغنى عن مالك: يحلف ما أراد القذف ويعاقب. وقال أصبغ: إن قاله على وجه المشائمة، حد.

١٦٨ كتاب الحدود

فصل: ومن قال لآخر: ما لك أصل ولا فصل، ففي العتبية عن مالك: لا حد عليه.
وقال أصبغ: عليه الحد. وقيل إلا أن يكون من العرب، ففيه الحد.

ووجه قول مالك أنه إنما نفى صفة أصله، ويحتمل أن ينفى بذلك الشرف. وأما أصله، فمحل نفيه؛ لأنه ما من أحد إلا له أصل.

ووجه قول أصبغ أن اللفظ يقتضى نفى النسب، وهو الأصل وذلك يوجب الحد.

ووجه قول من فرق بين العرب والعجم أن العرب هى التى تتماسك بالأنساب، وتحافظ عليها دون العجم.

مسألة: ومن قال: يا ابن منزلة الركبان، ففي الواضحة: أنه يحمد. وكذلك من قال: يا ابن ذات الرابية، وذلك أنه كان فى الجاهلية المرأة البغى تنزل الركبان، وتجعل على بابها رابية. وفى الموازية: من قال لرجل: أنا أفترى عليك، وأنا أقذفك، فلا حد عليه، ويحلف أنه ما أراد الفاحشة.

مسألة: وهذا فى الأجانب. وأما الأب، فقد قال مالك: لا يحمد فى التعريض بابنه، ويحتمل أن يكون ذلك أن ما علم وجبل عليه الأب من محبة الولد، والإشفاق عليه، والحرص على الثناء عليه، ودفع الذم عنه يمنع من أن يتناول فى لفظ يحتمل أنه أراد به القذف، وإضافة العيب إليه. قال ابن حبيب، عن ابن الماجشون، عن مالك: وهذا كما قلنا إنه لا يقتل به على وجه لو قتل به الأجنبى لقتل، ويحتمل أن يدرأ عنه على قول أصبغ.

فإذا قلنا بالوجه الأول، فلا يجب أن يحمد الابن بالتعريض للأب؛ لأن حرص الولد على إطراء الوالد ودفع المعاييب عنه أمر جبل عليه الأبناء كالأب فى حق الابن وأكثر، وإذا قلنا بقول أصبغ، فيحتمل الوجهين، والله أعلم.

قال مالك: الأُمُّ عِنْدَنَا أَنَّهُ إِذَا نَفَى رَجُلٌ رَجُلًا مِنْ أَبِيهِ، فَإِنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ الَّذِي نَفَى مَمْلُوكَةً، فَإِنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ.

الشرح: قوله: «فى الرجل ينفى الرجل من أبيه أن عليه الحد» وذلك أنه إذا نفاه عن أبيه، فقد رمى أمه بالزنا وقطع نسبه، وكلا الأمرين يوجب حد القذف، وذلك يكون بأن ينفى عن أبيه، أو ينسبه إلى غير أبيه، فأما نفيه عن أبيه، فبأن يقول له: لست ابن فلان، ويسمى أباه المعروف، فإنه يحمد.

كتاب الحدود ١٦٩

وكذلك لو قال: لست لأبيك. وقال ابن القاسم وأشهب في القائل للمسلم: ليس أبوك فلاناً، يعنى جده ثم قال: إنما أردت ليس ابنه لصلبه، ولم أرد نفيه، حد، ولم يصدق. قال أشهب: إلا أن يكون له وجه مثل أن يسمعه يقول أنا فلان بن فلان، فيذكر جده، فيقول: ليس بأبيك.

فرع: وهذا إذا كان غير مجهول، فإن كان مجهولاً لم يحّد، قال محمد: وذلك أن المجهولين لا يثبت بينهم ما ادعوه من الأنساب.

فرع: ومن نفى رجلاً من جده، فقال: لست ابن فلان، يريد جده، وإن كان الجد مشركاً، حد مثل نفيه عن أبيه العبد أو المشرك، رواه محمد عن أصبغ. قال مالك: ومن نفى نصرانياً عن أبيه، وللنصراني ولد مسلم، لم يحّد حتى يقول للمسلم: ليس أبوك فلان، يعنى الجد، ما لم يكن أبوه وجده مجهولاً.

ووجه ذلك أنه إذا نفى للنصراني عن أبيه، فإنما يتناول نفيه قطع النصراني، وذلك لا يوجب الحد كما لا يوجبه قذفه، وإن نفى المسلم عن نفسه نسبه المعلوم، وجب عليه الحد لأنه حق للمسلم، وقد قطع نسبه.

مسألة: وإذا قال الرجل للرجل: لا أب لك، ففي الموازية: لا شيء عليه إلا أن يريد به النفي، وهذا مما يقوله الناس على الرضا، وأما من قال على المشائمة والغضب، فذلك شديد، وليحلف ما أراد نفيه.

ومعنى ذلك أن هذا اللفظ جرت عادة العرب باستعماله على وجه غير النفي، فإذا اقترن بذلك من شاهد الخال ما يدل على أن المتراد به غير النفي، فهو محمول على المعتاد، وإذا اقترن من المشائمة والمضاجرة ما يقوى شبهة القذف، أحلف أنه ما أراد القذف لما احتمل الأمرين، فإن حلف برئ.

مسألة: ومن قال لرجل: ليس لك أصل، ولا فصل، ففي الموازية: لا حد عليه. وقال أصبغ: فيه الحد، وقيل إلا أن يكون من العرب، ففيه الحد.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون، أنه إن قاله في مشائمة، فإن لم يكن من العرب، ففيه الأدب الخفيف مع السجن، وإن قاله لعربي حد لأنه قطع نسبه، إلا أن يعذر بجهد، فيحلف ما أراد قطع نسبه، وعليه ما على من قاله لتغير العربي، وإن لم يكن يحلف حد.

١٧٠ كتاب الحدود

ووجه القول الأول أن هذا اللفظ قد يستعمل على غير وجه القذف وقطع النسب، وإنما يراد به أن ينسب إلى الضعة والحمول ونفى الشرف، فلا يجب بذلك الحد، وإنما يجب به العقوبة.

ووجه قول أصبغ أن مقتضى اللفظ في موضوع اللغة نفى النسب ولا يكاد يستعمل إلا في مشائمة، فحمل على ذلك.

ووجه الفرق بين العرب والعجم أن العرب هي التي تتعلق بالأنساب ويتواصل بها، وتتفاخر باتصالها، وتذم بانقطاعها؛ فاختص هذا الحكم بها.

مسألة: ومن نسب رجلاً إلى غير أبيه، فقال: أنت ابن فلان، نسبه إلى غير أبيه أو غير جده، فقد قال ابن القاسم: عليه الحد، وإن لم يقله على سبب ولا غضب إلا أن يقوله على وجه الإخبار. وقال أشهب: لا يحد إلا أن يقوله على وجه السبب لأنه قد يقوله وهو يرى أنه كذلك.

فروع: ولو نسبه إلى جده في مشائمة لم يحد، قاله ابن القاسم، وقال أشهب: يحد. قال محمد: قول ابن القاسم أحب إلى إلا أن يعرف أنه أراد القذف مثل أن يتهم الجذ بأمه ونحوه، وإلا لم يحد، فقد نسب إليه لشبهه في خلق أو طبع.

فروع: ومن نسب رجلاً إلى عم أو خال أو زوج أمه، فعليه الحد عند ابن القاسم. قال أشهب: لا حد عليه إلا أن يقوله في مشائمة، وقاله أصبغ ومحمد. قال أصبغ: وقد سمى الله عز وجل في كتابه العم أباً، فقال: ﴿إِلَهُكَ وَإِلَهُ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾.

مسألة: ومن قال لرجل: يا ابن البربري، أو يا ابن النبطي، فإن كان قال ذلك لعربي حد، وإن كان قاله لمولى، فقد قال ابن الماجشون: إن قال له: يا ابن البربري، وأبوه فارسي، فلا حد عليه في البياض كله، وإن كان أبوه أسود، فلا شيء عليه في السواد كله، إذا نسبه إلى غير جنسه من السواد، إلا أن يكون أبيض، فيكون ذلك نفياً، ويحد مثل أن يقول لأسود: يا ابن الفارسي، فإنه يحد.

وفي الموازية من قال لمولى: يا ابن الأسود حد، ومن قال له: يا ابن الحبشي لم يحد؛ لأن من دعا مولى إلى غير جنسه لم يحد، وإن دعاه إلى غير لونه وصفته، حد.

وكذلك من خرج به إلى لون ليس في آبائه ذلك اللون حد، مثل يا ابن الأزرق أو

الأصهب أو الأبيض أو الأحمر أو الأعور أو الأقطع، ففيه الحد، وإن قال لمولى إلا أن يكون في آبائه من هو كذلك حد، يريد في قوله: يا ابن كذا، قال مالك: ومن قال لنوبي: يا ابن الأسود، فهذا قريب، فاقترض ذلك أنه إن كان من جنس الأبيض ينسبه إلى غير جنسه أو وصفه بصفة ذلك الجنس، فلا شيء عليه، وإن وصفه بصفة غير ذلك الجنس مثل أن يكون من السودان، فيصفه بالبياض أو يصفه بصفة لا تختص بجنس لكنها معدومة في آبائه، فهذا يتعلق به الحد.

مسألة: ومن قال لرجل مسلم: يا ابن اليهودي، أو يا ابن النصراني أو يا ابن عابد وثن، فقد قال ابن القاسم: إلا أن يكون في آبائه من هو على ذلك، فينكل، قال أشهب: لا يحد إذا حلف إنه لم يرد نفيًا، ولو قال له: يا ابن الخياط، أو الحداد، أو يا ابن الحائك، أو يا ابن الحجام، فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك: إن كان عربيًا حد، إلا أن يكون في آبائه من هو كذلك، وقال: هما سواء، ولا حد عليه، ويحلف ما أراد نفيًا، وإن لم تكن له بينة، وكأنه قال له: أبوك الذي ولدك حجام أو حائك، فلا حد فيه، وإن كان عربيًا.

فصل: وقوله: «وإن كانت أم الذي نفى مملوكة فإن عليه الحد» يريد أن الحد واجب عليه لقطع بسبه، وفي الموازية فيمن قال لرجل: يا ولد الزنا أو أنت لزنا أو ولد زنية أو فرخ زنا، فالحد في ذلك كله، وإن كانت أمه مملوكة أو مشرقة وأبوه، ووجه كذلك لأن القذف توجه إلى المسلم المقذوف، وذلك بخلاف قوله: يا ابن الزانية، وأمّه مملوكة أو ذمية، يريد فإنه لا حد عليه.

ووجه ذلك أن القذف اختص بالأم، وقد تكون زانية ويثبت ابنها من أبيه، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما لا حد فيه

قال مالك: **إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي الْأَمَّةِ يَقَعُ بِهَا الرَّجُلُ، وَكَهْ فِيهَا شِرْكُ، أَنَّهُ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَأَنَّهُ يُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ، وَتَقْوَمُ عَلَيْهِ الْجَارِيَةُ حِينَ حَمَلَتْ، فَيُعْطَى شُرَكَاءُوهُ حِصَصَهُمْ مِنَ الثَّمَنِ، وَتَكُونُ الْجَارِيَةُ لَهُ، وَعَلَى هَذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا^(١).**

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٤٦.

الشرح: وهذا على ما قال أن من وطئ أمة فيها شرك، يريد حصة من رقبته، سواء كانت تلك الحصة قليلة أو كثيرة، أو كان الباقي منها لواحد أو لجماعة، فإنه لا حدّ عليه، وذلك أن حصته التي يملك منها شبهة تسقط الحدّ عنه.

مسألة: ولو كان بعضها له، وبعضها حر، فوطئها، ففي الموازية في رجل وطئ أمة نصفها له، ونصفها حر، لم يجد.

وروجه ذلك أن له فيها شركا يوجب لها أحكام الرق كالتى نصفها رقيق لغيره.
مسألة: ومن تزوج بأمة، فوطئها قبل البناء بزوجته، فقد قال ابن القاسم: لا حدّ عليه قال أصبغ: وكذلك لو أصدقها دراهم، فتجهزت بخادم فزنى بالخادم قبل البناء، فهو سواء. قال عبدالمملك وأشهب: عليه الحدّ.

والقول الأول مبنى على أن الزوجة إنما تملك بالعقد نصف الأمة، وإنما تملك النصف الآخر بالبناء، ولذلك قال ابن القاسم: إن وطئها بعد أن بنى، فهو زان يرحم. والقول الثانى مبنى على أن الزوجة تملك جميعها بنفس العقد، ولذلك قال أشهب: لو أراد أن يتزوج أمته التي أصدق قبل أن يبنى بامرأته كان له ذلك.

وقد اختلف قول مالك في هذا الأصل وتقدم ذكره فى النكاح، وأما قول أصبغ فى الجارية التى تجهزت بها إليه واشترتها بالصدّاق، فمبنى أيضاً على الأصل الذى اختاره ابن القاسم، وعلى أصل آخر، وهو أن ما اشترته الزوجة، فما أصدقت من الدراهم من أمة أو شورة مما يتجهز به النساء للأزواج لازم للزوج، وكذلك إن طلقها قبل البناء كان له نصفه، ولم يكن له أن يرجع عليها بالدراهم، ولم يكن له أن يمنعه من ذلك. وقال أصبغ: إن الزوج لها كالشريك قبل أن يبنى؛ لأنه لو طلق، وقد ماتت الأمة بينهما، ولهما نماؤها والحدّ يدرأ بدون هذه الشبهة.

فرع: إذا قلنا إنه لا يجد فى وطء جارية فيها شرك، فقد قال مالك فى الموازية: يعاقب إن لم يعذر بجهل. وروى مالك عن ابن عمر: يعاقب ولا يجد. قال أبو الزناد: يعاقب بمائة جلدة، والذى يقتضيه مذهب مالك أنه يعاقب بقدر ما يرى الإمام، وإنما يعاقب لما ارتكب من المحظور.

فصل: وقوله: «ويلحق به الولد» يريد أنها إن حملت، فإن الولد لاحق به، يريد أن يلحقه فى النسب ويعتق عليه، أما على قولنا يلزمه بالوطء، فلائته مخلوق فى ملكه، وأما على قولنا يوم الحكم، فلأن حصته منه تعتق عليه، فيعتق الباقي بالسرية، والاستيلاد، ولذلك قال مالك فى الموازية: ويتبع الواطئ بنصف قيمة الولد، والله أعلم وأحكم.

فصل: «وتقام عليه الجارية حين حملت» على ما قال، ولا تخلو الجارية إذا وطئها من أن لا تحمل أو تحمل، فإن لم تحمل، ففي الموازية: أن الشريك مخير في قول مالك وأصحابه، يريد بين تقويم حصته على الواطئ وبين استمساكه بها، ويقائها على حكم الشركة، قال مالك: إن لم تحمل بقيت بينهما.

وجه القول الأول أنه [.....] (١).

ووجه القول الثاني أن تصرف أحد الشركين في الأمة المشتركة تصرف لا ينقص قيمتها، فلا يوجب تقويمها عليه كما لو استخدمها.

فرع: فإن لم يشأ الشريك أن يقومها، فقد قال محمد عن ابن القاسم: لا شيء عليه في نقصها. قال محمد: وإن قبضها لأن للشريك أن يأخذ قيمتها، فإذا ترك ذلك لم يكن له ما نقصها، هذا أصل مالك وأصحابه، كان الواطئ ملئاً أو معدماً لأنه تقوم عليه حصته في عدمه ثم تباع عليه تلك الحصة في القيمة، فإن وفت بالقيمة وإلا اتبعه بما بقي في ذمته وهو أحق بها من الغرماء، إن كان عليه دين.

مسألة: وأما إن حملت وهي مسألة الكتاب بدليل أنه قال: وتقام عليه الجارية حين حملت، فإنه لا بد من التقويم، قال محمد: شاء الشريك أو أبي في ملامته.

ووجه ذلك أنه تعلق العتق بحصته لتعديده، فلزم أن تقوم عليه حصة شريكه كما لو أعتق حصته من أمة مشتركة.

مسألة: وأما إن كان المتعدى معدماً، ففي الموازية عن مالك تكون حصة الواطئ منها بحكم أم الولد، والباقي رقيق لشريكه وقد كان مالك يقول: تقوم عليه في عدمه ويتبع بالقيمة، وإليه رجع ابن القاسم.

ووجه القول الأول أنه معنى يقتضى العتق، فوجب التقويم مع الملاء، فلم يلزم شريكه أن يقوم عليه في الإعسار كالعتق.

ووجه القول الثاني أن الاستيلاء قد سرى في جميعها، فكان أقوى من العتق الذى اختص بحصته منها.

فرع: فإذا قلنا بالقول الأول، فقد قال مالك: يلحق الولد بأبيه وعلى أبيه نصف قيمته. قال محمد: مما نقصها الوطاء، وأباه ابن القاسم قال: لأنه لو شاء لقومها عليه.

(١) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل.

١٧٤ كتاب الحدود

وجه القول الأول أنه لم يقومها عليه للإعسار، وكان حصته حصة من الولد، ولحق بأبيه لشبهة حصته، ودرى الحدّ عنه، وعليه كان له بقدر حصته من قيمة الولد.

ووجه القول الثاني أن الجناية إنما هي في فعله، فعليه ما نقصت جنائته من قيمة الخادم وأما الولد، فليس من جنائته، وإنما الجناية في الوطاء أو الحمل.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن المجنى عليه إذا كان له أن يطلب القيمة، فاختار التمسك لم يكن له قيمة الجناية، وإنما له قيمة الجناية، إذا لم يكن له تقويم العين المجنى عليها.

فروع: فإذا قلنا تقوم عليه في الملاء، وذكر في الموطأ القيمة حين الحمل، وقال في الموازية: وقد قيل يوم الحكم، وقيل يوم الوطاء. قال محمد: والصواب عندنا إن كان وطئ مراراً، فالشريك بالخيار بين قيمتها يوم وطئت أو يوم حملت.

وجه القول الأول أن الحمل هو يوم تعلق بها ما يتضمن العتق، ويوجب التقويم. ووجه القول الثاني أن يوم الحكم هو يوم تعلق القيمة بذمته، فوجب أن يكون ذلك، وقت اعتبار القيمة، وهذان القولان مبنيان على أن التقويم لا يتعلق بالوطء.

ووجه القول الثالث أنه معنى وجب به التقويم، فوجب أن تعتبر القيمة بوقته كعتق الحصة. وهو مبنى على أن الوطاء يتعلق به التقويم، ولذلك اختار ابن المواز تخيير الشريك بين القيمة يوم الوطاء، والقيمة يوم الحمل؛ لأن له أن يقوم بكل واحد منهما، ولذلك قال: فإن لم يبين بها حمل، فرضى بإمسакها ثم ظهر بها حمل لم تقوم إلا يوم الحمل.

وقال مالك في الموطأ، يريد قوله: وتقام عليه الجارية حين حملت، وليس فيه أنه رضى إمساكها قبل ظهور الحمل، فتأول محمد قول مالك حين حملت على ذلك حين اختار هو التخيير بين القيمة يوم الوطاء والقيمة يوم الحمل.

فصل: وقوله: «ويعطى شركاؤه حصصهم» يريد يعطون من القيمة بقدر حصصهم من الجارية، وتكون الجارية للواطئ أم ولد، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُجِلُّ لِلرَّجُلِ جَارِيَتَهُ: إِنَّهُ إِنْ أَصَابَهَا الَّذِي أُحِلَّتْ لَهُ، قُومَتْ عَلَيْهِ يَوْمَ أَصَابَهَا، حَمَلَتْ أَوْ لَمْ تَحْمِلْ، وَدَرِيٌّ عَنْهُ الْحَدُّ بِذَلِكَ، فَإِنْ حَمَلَتْ أَلْحِقَ بِهِ الْوَلَدُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الرجل إذا أحل للرجل وطء جاريته، يريد أطلق له ذلك وأذن له فيه مع تمسكه برقبته، فإن هذا يكون بعقد يقتضى الإباحة كعقد النكاح، وقد يكون بغير عقد.

فأما إذا كان بعقد النكاح مثل أن يزوج الرجل أمته على أنها أمة ويسلمها إليه على ذلك، ويطؤها الزوج، وتحمل منه الأمة، فإنه مباح وما ولدت من هذا، فهو رقيق لسيد الأمة ومن زوج أمته من رجل، وقال له: هي ابنتي، فولدت من الزوج، فلا حد على الزوج، والولد حر، وعليه قيمة الوليد يوم الحكم من الموازية وكتاب سحنون.

ووجهه أنه وطء بشبهة ودخل على حرية ولده، فلا يسترقون، ولما كانت أمهم أمة كانت على الأب قيمتهم فى النكاح كالتى غرت من نفسها، وللزوج أن يتمسك بنكاحها، وعليه جميع المهر وما ولدته بعد معرفته، فهو رقيق، ولا يكون عليه من المهر إلا ربع دينار.

مسألة: ولو زوجه ابنته، فأدخل عليه أمته على أنها ابنته، فإنها تكون إن حملت أم ولد وتكون عليه قيمتها يوم الوطء، حملت أم لم تحمل، ولا قيمة عليه فى الوليد بمنزلة من أحل أمة لرجل وابنته زوجة له، ولو علم الواطئ أن التى وطئ غير زوجته، فلا حد عليه.

مسألة: وأما إذا أباح له وطأها بغير عقد إلا بمجرد الإباحة مثل أن يقول: أعيركها تطؤها ورقبتها لى، فإن هذا ليس بإحلال على الحقيقة لأن العقد غير حلال، ولكنه إذن فى الوطء وفى كتاب ابن سحنون: أن الواطئ يلزمها بقيمتها يوم الوطء، ولا ترجع إلى ربها، كان للواطئ مال أو لم يكن، ويتبعه فى عدمه، فإن حملت به، فهى له أم ولد.

زاد ابن المواز: ولو بيعت فى القيمة إذا لم تحمل لم يجز للمبيح أن يأخذها بقيمتها.

ووجه ذلك أن ما دخل عليه من إعارة الفرج غير مباح إلا أنه إذا فات صحح بتمليك الواطئ الرقبة لأنها لا تحل له من غير عقد نكاح إلا بذلك.

مسألة: ومن أخدم جارية فوطئها، فقد روى ابن سحنون عن أبيه: ما درأت به الحد عن المخدم، فإنه تكون له به أم ولد إذا حملت، وكان موسراً، وإن كان معسراً، فهى لربها ويلحق الولد بأبيه، ولا تكون به أم ولد، وكذلك لو اشتراها بعد أن أيسر، وذلك فيما كثر من التعمير كالسنين الكثيرة. وأما فى المدة اليسيرة كالشهر ونصف الشهر فيحد، ولا تكون به أم ولد، ولا يلحق به الولد.

١٧٦ كتاب الحدود

ووجه ذلك أن طول المدة شبهة لأنه قد ملك منها ما منع سيدها من بيعها والتصرف فيها.

وأما المدة اليسيرة، فإنها ليست شبهة لأنها لا تمنع السيد من التصرف فيها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن أمر بشراء جارية، فاشتراها للآمر ببينة أو بغير بينة، ثم وطئها فحملت، فهو زان، ويأخذ الأمر الآمة وولدها رقيقاً له، قاله ابن المواز.

ووجه ذلك أن الأمر قد ملكها بالشراء، فلا تزول عن ملكه إلا برضاه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَقَعُ عَلَى جَارِيَةٍ ابْنِهِ أَوْ ابْنَتِهِ: أَنَّهُ يُدْرَأُ عَنْهُ الْحَدُّ، وَتَقَامُ عَلَيْهِ الْجَارِيَةُ حَمَلَتْ أَوْ لَمْ تَحْمِلْ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الأب إذا وطئ جارية ابنه لم يحد لأن الأب له في مال ابنه حق، فكان كالشريك يوطأ جارية له فيها شرك، فيدرا عنه الحد، بما له فيها من الحق، وتقوم على الأب، وإن لم تحمل ولا يلزم تقويمها على الشريك إلا أن تحمل، وذلك إن وطئ الأب محرماً على الابن، ولا يحرم وطئ الشريك الأمة على شريكه، وبالله التوفيق.

١٥٦٦ - مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بِنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لِرَجُلٍ خَرَجَ بِجَارِيَةٍ لَامْرَأَتِهِ مَعَهُ فِي سَفَرٍ، فَأَصَابَهَا، فَغَارَتْ امْرَأَتُهُ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: وَهَبْتَهَا لِي، فَقَالَ عُمَرُ: لَتَأْتِيَنِي بِالْبَيِّنَةِ أَوْ لَأَرْمِيَنَّكَ بِالْحِجَارَةِ، قَالَ: فَاعْتَرَفَتْ امْرَأَتُهُ أَنَّهَا وَهَبَتْهَا لَهُ.

الشرح: قوله: «أن الخارج بجارية امرأته في السفر أصابها فرفعت ذلك امرأته لعمر بن الخطاب» يحتمل أنها رفعت ذلك إليه بعد أن أشهدت على إقراره بالوطء، أهل العدل، وإلا كانت قاذفة له، وإن أنكر الوطاء، والشراء، ويحتمل إن قامت بينة بوطئه إياها.

وقول الرجل: «وهبتها لي» ادعاء لإباحة وطئه إياها مع إقراره بذلك، فإن كان ذلك

كتاب الحدود ١٧٧

إنما ثبت بإقراره، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن قال: اشتريت أمة فلان، فوطئتها، لا يكلف بينة بالشراء، ولا يحد لأنه لم يوجد مع امرأة يطؤها، فيقول: أمتى، فهذا الذى يكلف البينة، إن لم يكن طارئاً، وقاله مطرف وأصبغ.

وقال مالك، فيمن أقر بوطء امرأة وادعى النكاح: حد، وإن كان محصناً رجم.

ووجه ذلك أنه ثبت عليه معنى يوجب الحد كما لو ثبت الوطء.

ووجه القول الأول أن الإقرار بالزنى لصاحبه الرجوع عنه لوجه على إحدى الروايتين، ولغير وجه على الرواية الثانية، فلذلك أثر فيه ادعاء الإباحة، وإذا قامت بينة بالجمع لم يكن للزنى الرجوع عن ذلك إلى وجه ولا إلى غير وجه، فلذلك لم يقبل ما ادعاه من الإباحة.

وقال ابن القاسم فى العتبية من رواية عيسى: فيمن بيده جارية أقر بوطئها، وقال: اشتريتها فى سوق المسلمين، أو قال: اشتريتها منك، ولا بينة له بالشراء، فقام رجل يدعيها، ويقيم بينة بذلك يدرأ عنه الحد.

وقال ابن القاسم فى الواضحة: إذا كان المدعى شراء الجارية حائزاً لها لم يحد، وإن لم يقيم شاهداً، يحلف السيد ما باع، ويأخذها بقيمة ولدها، وقاله أشهب، وزاد: وقد جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب فقالت: وطئ زوجى جاريتى، فسأله فاعترف، وقال: باعتها منى، فقال عمر: أقم البينة وإلا رجمتك، فاعترفت زوجته بالبيع، فتركه، فهذا يدل على فيمن وطئ جارية، وادعى شراءها، وأقر سيدها أنه لا حد عليه، وإن تمادى على إنكاره، وحلف حد الواطئ، فعلى قول ابن الماجشون: لا حد عليه أقرت زوجته أو تمادت على الإنكار.

وعلى قول ابن القاسم: لا حد عليه، وإن تمادت الزوجة على الإنكار لأنه جائز، وعلى قول أشهب: لا حد عليه لأن الزوجة قد رجعت إلى الإقرار، ولو تمادت على الإنكار لحد، وهو أشبه بقول عمر.

وقد روى ابن مزين عن عيسى بن دينار فى الرجل الذى خرج فى سفره بجارية امرأته، فردها قد حملت، فأراد عمر رجمه، حين رفعت ذلك إليه امرأته، فلما أقرت المرأة أنها وهبتها له، أسقط عنه الحد: أنه يؤخذ بذلك اليوم.

مسألة: ولو شهدت بينة أنهم رأوا فرجه فى فرج امرأة غابت عنا، لا ندرى من

١٧٨ كتاب الحدود

هى، فقال هو: كانت أمتى، وقد باعها، وهو معروف أنه غير ذى أمة، فقد قال ابن الماجشون: يصدق، ولا يكلف البينة، ولو أخذته معها كلفته البينة، إن لم يكن طارئاً، والله أعلم.

وقد روى ابن مزين عن عيسى فى رجل وطئ أمة رجل، فلما أخذ معها، ورفعها إلى الإمام، قال: قد كانت وهبتها لى وصدقها صاحبها، ولا يعلم ذلك إلا بقولهما: أنه يدرأ عنه الحد. وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله.

فصل: وقوله: «فأقرت أنها وهبتها له» قال ابن وهب فى غير حديث مالك: لما اعترفت حدها، انظر ما معنى ذلك، وكيف تكون قاذفة، وهو مقر بالوطء، وكان مالك يقول: لا حد عليها لأنها غير قاذفة.

وقد روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن امرأة ادّعت عنه ذلك على زوجها، فقال: إن صدقت رجمناه، وإن كذبت جلدناك، فقالت: ردونى إلى أهلى غيرى غيرى. وقال على: من أتى جارية امرأته رجمته.

وقد روى ابن مزين عن عيسى: لا حد على المرأة. ويحتمل أن يكون هبتها له الجارية أن تكون وهبته رقبته وظنت أنه لا يطؤها، فلما وطئها غارت وأرادت إنكار الهبة ثم ذهبت إلى الإقرار، إما تخرجاً من سفك دمه، أو إشفاقاً من رحمه. ويحتمل أن تكون هبتها إباحة الوطء، فلما حملت أرادت القيام فى حقها، فلما سئلت عن الهبة أقرت بها، والأول أظهر، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما يجب فيه القطع

١٥٦٧ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَطَعَ فِي مِجَنٍّ^(١) ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ قطع فى مجن ثلاثة دراهم» يريد قطع من

١٥٦٧ - أخرجه البخارى فى الحدود ٦٧٩٥، مسلم فى الحدود ١٦٨٦، الترمذى فى الحدود ١٤٤٦، النسائى فى قطع ٤٩٠٤، ٤٩٠٦، ٤٩٠٧، ٤٩٠٨، أبو داود فى الحدود ٤٣٨٥، ٤٣٨٦، ابن ماجه فى الحدود ٢٥٨٤، أخرجه أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٨٩، ٥١٣٥، ٥٢٨٨، ٥٤٩٣، ٥٥١٨، ٦٢٨١، الدارمى فى الحدود ٢٣٠١.

(١) المجن: الترس، والدرقة.

سرق كجنا ثمنه ثلاثة دراهم. والأصل في القطع في السرقة، قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ﴾ [المائدة: ٣٨].

فصل: وقوله: «في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» يتضمن القطع في العروض، وبه قال جماعة العلماء، وإن اختلفوا في بعض أنواعها، فقال مالك: يقطع في جميع المنقولات التي يجوز بيعها، وأخذ العوض عليها، كان أصلها مباحاً كالماء والصيد والتراب والحشيش أو محظوراً كالثياب والعقار، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: ما كان أصله مباحاً، فلا قطع على من سرقه.

والدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ﴾. ودليلنا من جهة المعنى أنه نوع مال يتمول معتاداً كالثياب والعبيد ويقطع من سرق المصحف خلافاً لأبي حنيفة أيضاً، ووجهه ما تقدم.

مسألة: ومن سرق زيتاً وقع فيه فأرة فماتت، ففي الموازية عن أشهب: يقطع إذا كان يساوي لو بيع على هذا ثلاثة دراهم، ومن سرق جلد ميتة غير مدبوغ لم يقطع. وأما المدبوغ فقد قال أشهب: يقطع، وقيل إذا كان قيمة ما فيه من الصنعة ثلاثة دراهم قطع، وإلا لم يقطع. وقال مالك: لا قطع في الميتة، وقد نهى النبي ﷺ عن الاتفاح بعظمها.

مسألة: ومن سرق صليياً من خشبة أو تمثالاً من كنيسة أو غيرها، فإن كانت قيمته على أنه غير صليب ثلاثة دراهم، قطع، سرقه مسلم من ذمي أو ذمي من مسلم.

مسألة: ومن سرق كلباً، نهى عن اتخاذه، لم يقطع. واختلف فيه إذا كان كلب صيد أو ماشية، فقد قال أشهب: يقطع، وإن كنت أنهى عن بيعه. وقال ابن القاسم: لا قطع في كلب لصيد ولا لغيره.

مسألة: ومن سرق لحم أضحية أو جلدها، فقد قال أشهب: يقطع إذا كانت قيمته ثلاثة دراهم. وروى ابن حبيب عن أصبغ: إن سرقها قبل الذبح قطع، وإن سرقها بعد الذبح لم يقطع؛ لأنها لا تباع في فلس، ولا تورث مالاً، إنما تورث لتوكل، وإن سرقها ممن تصدق بها عليه قطع؛ لأن المعطي قد ملكها.

ووجه قول أشهب أن ما لا يجوز بيعه، فلا قطع على من سرقه.

مسألة: ومن سرق مزماراً أو عوداً أو دفاً أو كبراً أو غير ذلك من الملاهى، ففي

١٨٠ كتاب الحدود

العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن كانت قيمته بعد الكسر ربع دينار، وكان فيها فضة زنة ثلاثة دراهم. قال ابن حبيب: علم بها السارق أو لم يعلم، قطع سرقه من مسلم أو ذمي؛ لأن علي الإمام كسرها عليهم إذا أظهروها. وأما الدف والكبير، فإنه يراعى قيمتهما صحيحين لأنه أرخص في اللعب بهما.

مسألة: وقال في الموازية: ويقطع في كل شيء حتى الماء إذا أحرز لوضوء أو شرب أو غيره، وكذلك الحطب والعلف والتبن والورد والياسمين والرمان والرماد، إذا كان قيمته ثلاثة دراهم، وسرق من حرزه.

فصل: وقوله: «ثمنه ثلاثة دراهم» يحتمل أن ذلك قيمته، ويحتمل أنه يبيع بثلاثة دراهم، وأن ذلك العدد قيمته، ونسبته لقيمه دليل على أن القطع متعلق بقدر معلوم، وإلا فلا فائدة لذكره.

وقد اختلف العلماء في ذلك، فذهب مالك إلى أن النصاب من الورق ثلاثة دراهم، ومن الذهب ربع دينار، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا قطع في أقل من عشرة دراهم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك الحديث المنصوص «أن النبي ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» وما روى عن عائشة رضی الله عنها قالت: «ما طال عليٌّ وما نسيت القطع في ربع دينار فصاعداً».

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن للورق مدخلاً في نصاب القطع خلافاً للشافعي في قوله: لا تعلق للنصاب بالورق.

والدليل على ما نقوله له الحديث المتقدم «أن رسول الله ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» وهذا يفيد الاعتبار بالورق.

ودليلنا من جهة القياس أنه أصل مال من جنس أصول الأثمان وقيم المتلفات فاعتبر بها في نصاب القطع كالذهب.

فرع: وإذا ثبت ذلك، فإن العروض تقوم بالدراهم دون الذهب، فإن كانت قيمة ما سرق منها ثلاثة دراهم قطع سارقه، وإن لم تبلغ قيمته من الذهب ربع دينار، وإذا قصر عن ثلاثة دراهم لم يقطع، وإن بلغ ربع دينار، قال في الموازية: سواء كان ذلك حيث يجرى الذهب أو لم يكن، هذا المشهور من المذهب.

كتاب الحدود ١٨١

وكان الشيخ أبو بكر يقول: هذا إذا كان الغالب على نقد البلد الورق، وإذا كان تعاملهم بالذهب، فإنها تقوم بالذهب.

وجه القول الأول أن الدراهم هي التي جرى العرف بالتعامل بها في هذا القدر، فكان الاعتبار بها في قيمته. وأما الزكاة، فإن نصابها مما جرت العادة أن يتعامل بها الدنانير في بلد الذهب.

وجه القول الثاني أن الاعتبار في قيمة العروض بما تباع به غالباً في بلد التقويم كقيم المتلفات.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ما اعتبر به النصاب من ذهب أو ورق، فقد قال ابن المواز: إنما ينظر إلى وزنه ما كان ذلك دنيماً أو جيّداً، نقرة كان أو تيراً. قال عيسى عن ابن القاسم في العتبية: وإن لم يرج بروج العين، قال عيسى بن دينار: أو حلياً، ولا ينظر إلى قيمته يريد إلى ما تزيد صناعة؛ لأن أحكام الشرع إذا تعلقت بالعين تتعلق بوزنه دون قيمته ودون صناعته، وإنما تتعلق بصناعته دون حقوق الآدميين.

مسألة: وإذا كانت الدراهم تجرى عددًا، فكانت قائمة الوزن تعلق القطع منها بثلاثة دراهم، فإن نقص كل درهم خروبة أو ثلاث حبات، وهي تجوز، فلا قطع فيها حتى تكون قائمة الوزن. قال محمد عن أصبغ: فأما مثل حبتين من كل درهم، فإنه يقطع.

وجه ذلك أن ما جرت بحرى الموازنة من غير نقص في العوض فيها يتعلق القطع وما جرت بين الناس، ولكنه ينقص عوضها لنقصها فحكمها حكم الإنصاف والأربع قال أشهب: إذا كانت الدراهم مقطوعة لم يقطع في ثلاثة دراهم منها. وقال محمد: يريد إذا لم يكن معها نقصها.

وأما الذهب، ففي الموازية: إن بلغ الذهب في وزنها ستة قراريط، وذلك ربع دينار حساب أربعة وعشرين قيراطاً في الدينار قطع سارقها، وإن سرق قيراطين أو ما دون ستة قراريط من الذهب لم يقطع.

مسألة: ولو سرق ما لا قطع فيه، فلم يعلم به حتى سرق ما يكون فيه مع الأول القطع، ففي الموازية عن أشهب: لا قطع عليه حتى يسرق في مرة واحدة ما فيه القطع، قال: ولو سرق قمحاً من بيت، فكان ينقل قليلاً قليلاً حتى اجتمع ما فيه القطع، فعليه القطع.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في السارق يدخل البيت عشر مرار من ليلة يخرج في كل مرة منه بقيمة درهم أو درهمين، فإنه لا يقطع حتى يخرج في مرة ما فيه ثلاثة دراهم. قال سحنون في موضع آخر: وإذا كان في فور واحد قطع، وهذا كله وجه التحليل، والله أعلم.

وجه القول الأول قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ وهذا عام من جهة المعنى إذ القطع شرع للردع عن أموال الناس، ولو عزا هذا عن القطع لتسبب إلى أخذ أموال الناس بهذا الوجه، والله أعلم وأحكم.

وجه القول الثاني أن القطع إنما يتعلق بإخراج ربع دينار من الحرز، وهذا لم يوجد منه ذلك، والله أعلم.

مسألة: ومن سرق عصا وشبهها مما لا يفيض والفضة فيها ظاهرة، وهو لا يرى الفضة، فإن رأى أنه لم يبصر الفضة، فوجد فيها من الفضة ثلاثة دراهم، فلا قطع عليه لأنه لم ير الفضة، وإنما أراد العصا إلا أن يكون ثمن العصا دون الفضة ثلاثة دراهم، فيقطع كما لو كانت الفضة داخلها، فسرق العصا ليلاً أو نهاراً، فلا قطع عليه، رواه ابن حبيب عن أصبغ.

فصل: وقوله: «في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» قال مالك: إن كان الصرف حين قطع النبي ﷺ في المجن اثني عشر درهماً بدينار، فلا ينظر إلى ما زاد بعد ذلك أو نقص، يريد أنه يقرر الأمر على ذلك، فصار نصاباً للورق للمقومات في القطع.

ومعنى ذلك أن ما كان من باب الجنائيات فديناره باثني عشر درهماً كالدية، والقطع في السرقة، وما كان من باب الزكاة فدينار بعشرة دراهم، وذلك أن نصاب الورق مائتا درهم، ونصاب الذهب عشرون ديناراً، فكان كل دينار بعشرة دراهم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: والاعتبار بقيمة السرقة حين إخراجها من الحرز خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن الاعتبار يوم القطع.

والدليل على ما نقوله أن هذا نقص حادث بعد الإخراج من الحرز خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن الاعتبار يوم القطع.

والدليل على ما نقوله أن هذا نقص حادث بعد الإخراج من الحرز، فلا يؤثر في إسقاط القطع كنقص العين.

١٥٦٨ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي حُسَيْنِ الْمَكِّيِّ^(١) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ، وَلَا فِي حَرِيسَةِ جَبَلٍ، فَإِذَا آوَاهُ الْمُرَاخُ أَوْ الْحَرِينُ، فَالْقَطْعُ فِيمَا يَبْلُغُ ثَمَنَ الْمُحَنِّ».

الشرح: قوله ﷺ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ» يريد والله أعلم، الثمر في أشجارها إذا كان في الحوائط وشبهها. وأما من سرق من ثمر نخله في دار رجل قبل أن تجدد، ففي الموازية: يقطع إذا بلغت قيمته على الرجاء والخرف ربع دينار. قال: ولو كان ذلك في الحوائط والبساتين لم يقطع في ثمر معلق.

ووجه ذلك أن البستان ليس بمسكن ولا حرزاً للنخل، ولا ما كان متصلاً بها اتصال خلقه. وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك في الزرع القائم: لا قطع فيه، وإذا كانت النخلة في الدار، مسكن وحرز لما كان فيها من شجرة أو ثمرها المتصل بها.

مسألة: وأما إذا جد التمر ووضع في وصل النخلة، ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك: يقطع، وإن لم يكن عند حارس، وكذلك الزرع يحصد فيجمع في موضع من الحائط ليحمل إلى الجرين، ففيه القطع، وبه قال أشهب وابن نافع.

وروى عن مالك في زرع مصر: ويترك في موضعه أياماً يبس، ليس هذا جريناً، وما هو عندي بالبين أن يقطع فيه. قال ابن المواز: وهذا أحب إلينا. وقال ابن القاسم: لا يقطع.

ووجه القول الثاني أن ما كان له موضع يجرز فيه، فإن وضعه ليحمل إليه بجرز له

١٥٦٨ - أخرجه النسائي ٨٥/٨ بنحوه كتاب قطع السارق باب الثمر المعلق يسرق، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. البيهقي في الكبرى ٢٦٣/٨، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. البغوي في شرح السنة ٣١٩/١٠، عن عبدالرحمن بن أبي حسين المكي مرفوعاً. قال ابن عبد البر: لم يختلف الرواة فيما علمت في إرسال هذا الحديث في الموطأ، وهو حديث يتصل معناه من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص وغيره. انظر: التمهيد ٧٦/٩.

(١) هو عبدالله بن عبدالرحمن بن أبي حسين بن الحارث بن عامر بن نوفل بن عبد مناف القرشي النوفلي، من أهل مكة، كبير ثقة، فقيه عالم بالمناسك. روى عنه مالك، والثوري، وابن عيينة، وشعيب بن أبي حمزة؛ وروى عنه من الكبار: أبو إسحاق السبيعي الكوفي حديث: «تصل من قطعك، وتعطى من حرمك، وتعفو عمن ظلمك». وهو ثقة عند الجميع، كان أحمد بن حنبل يثنى عليه. وقال البخاري: سمع نوفل بن مساحق، ونافع بن جبير. قال سعيير بن الخمس: سمعت عبدالله بن حسن، يقول: ما أحد أعلم بالمناسك من ابن أبي حسين.

كالماشية فى المرعى المرعى حرزاً لها لأنها تنقل منه إلى حرزها، وهو المراح والمبيت.

مسألة: وفى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: لا قطع على من سرق من المقتاة حتى يجمع فى الجرين، وهو الموضع الذى يجمع فيه ليحمل إلى البيع؛ لأنه قبل ذلك موضوع للنقل إلى الحرز.

وفى الموازية: ويقطع فى البقل إذا لم يكن قائماً إذا حصد وحرز؛ لأنه لا ينقل إلى موضع يجمع فيه، ولو نقل إلى الموضع يجمع فيه للبيع لكان حكمه حكم المقتاة.

فصل: وقوله عليه السلام: «ولا فى حريسة جبل» يريد والله أعلم، الماشية التى تحرس فى الجبل راعية. قال ابن القاسم فى العتبية: حريسة الجبل كل شىء يسرح للمرعى، من بعير أو بقرة أو شاة أو غير ذلك من الدواب، لا قطع على من سرق منها، وإن كان أصحابها عندها.

ووجه ذلك قوله عليه السلام: «ولا فى حريسة جبل». ومن جهة المعنى أن ذلك ليس بحررز لها، وإنما هو موضع مشيها ورعيها والموضع مشترك، والله أعلم.

مسألة: وأما إذا أوى الماشية المراح، ففيها القطع، إن كان فى غير دور ولا تحظير ولا غلق وأهلها فى مدنهم، قاله مالك وابن القاسم. وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى الراعى يبعد بغنمه، فيدركه الليل فى موضع لم يكن لها مراحاً، فيجمعها ثم يبيت، فيسرق منها، قال: يقطع السارق، وهو كمراحها.

ووجه ذلك أنه جعل الموضع حرزاً لها ومستقراً فى مبيتها.

مسألة: وإذا جمع الراعى غنمه، فساقها إلى المراح، فسرق منها فى طريقها، عليه القطع.

وروى ابن حبيب عن أصبغ فى الذى يسوق غنمه من مراحها إلى سرحها، فسرق منها أحد قبل أن تخرج من بيوت القرية عليه القطع، وكذلك إذا ردها من مسرحها إلى مراحها، فسرق منها بعد أن دخلت القرية، ففيها القطع، وإن لم تدخل المراح.

ووجه ذلك أنه إذا لم تخرج من القرية، فهى بعد مجتمعة غير سارحة وإذا خرجت من بيوت القرية أخذت فى السرح، فكان لها حكم السارحة فى الجبل، ويحتمل أن يريد ابن القاسم بقوله: فجمعها وساقها للمراح، أنه أدخلها بيوت القرية لأنه حيثئذ يجمعها غالباً، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فإذا أوى إلى المراح والجرين فالقطع» يريد إذا أوى إلى المراح المشية والجرين التمر، فعلق بها القطع لأن ذلك حرز ومستقر لكل واحد منهما.

الشرح: وقوله: «بلغ ثمن المجن» يحتمل أن يكون من قول الراوى، والله أعلم.

١٥٦٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ سَارِقًا سَرَقَ فِي زَمَانِ عُثْمَانَ أْتْرُجَةً، فَأَمَرَ بِهَا عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ أَنْ تُقَوَّمْ، فَقَوِّمَتْ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمٍ مِنْ صَرْفِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا بِدِينَارٍ، فَقَطَعَ عُثْمَانُ يَدَهُ.

١٥٧٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: مَا طَالَ عَلِيٌّ وَمَا نَسِيتُ، الْقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا.

الشرح: قوله: «أن سارقاً سرق في زمن عثمان بن عفان أترجة» في المزينة من رواية ابن القاسم عن مالك: كانت أترجة تؤكل. وروى ابن وهب عن ابن سمعان: أنها كانت من ذهب كالحمصه قال مالك: والدليل على ذلك أنها قومت، ولو كانت

١٥٦٩ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٦٠/٨. معرفة السنن والآثار ١٧٠٨/١٢. مسند أحمد ٣٩٧/٤. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٥٠.

١٥٧٠ - أخرجه البخارى في الحدود ٦٧٨٩، مسلم في الحدود ١٦٨٤، الترمذى في الحدود ١٤٤٥، النسائى فى قطع السارق ٤٩١٢، ٤٩١٣، ٤٩١٤، ٤٩١٥، ٤٩١٦، ٤٩١٧، ٤٩١٨، ٤٩١٩، ٤٩٣٩، ٤٩٢٠، ٤٩٢١، ٤٩٢٢، ٤٩٢٣، ٤٩٢٤، ٤٩٢٥، ٤٩٢٦، ٤٩٢٧، ٤٩٢٨، ٤٩٣٠، ٤٩٣١، ٤٩٣٣، ٤٩٣٧، ٤٩٣٧، ٤٩٣٨، ٤٩٣٩، أبو داود فى الحدود ٤٣٨٣، ٤٣٨٤، ابن ماجه فى الحدود ٢٥٨٥، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٥٥٨، ٢٣٩٩٤، ٢٤٢٠٤، ٢٤٧٧٦، ٢٥٥٨٥، الدارمى فى الحدود ٢٣٠٠.

قال ابن عبد البر: هذا حديث مسند بالدليل الصحيح لقول عائشة: «ما طال على وما نسيت»، فكيف وقد رواه الزهرى وغيره مسندا؛ وقد رواه الحينى، عن مالك، عن الزهرى، عن عروة، عن عمرة، عن عائشة، عن النبى ﷺ مسندا. وكذلك رواه الأوزاعى، عن الزهرى، عن عروة، عن عمرة، عن عائشة، عن النبى ﷺ. وهذان الإسنادان، عن مالك، والأوزاعى ليسا بصحيحين؛ لأن دونهما من لا يحتج به؛ والحديث للزهرى: عن عروة، وعن عمرة جميعا، عن عائشة رواه ابن عيينة، وإبراهيم بن سعد، وابن مسافر، ومعمر، عن الزهرى، عن عمرة، وإبراهيم بن سعد، وابن مسافر ومعمر، عن الزهرى، عن عمرة، عن عائشة، وعن النبى ﷺ أنه كان يقطع اليد فى ربع دينار فصاعدا. انظر: التمهيد ٧٨/٩.

١٨٦ كتاب الحدود

من ذهب لم تقوم لأن شأن الذهب والورق إذا سرقا أن لا يقوم، وإن كانا مصوغين.
ووجه آخر، وهو أن لفظ الأترجة إنما يطلق على الثمرة التي تؤكل كما يطلق لفظ
التمر والعنب وسائر المطعومات على المأكول دون التمثيل، وهذا يقتضى القطع فى
الفواكه، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «فأمر بها عثمان بن عفان أن تقوم فقومت» قال فى العتبية من رواية
عيسى عن ابن القاسم: لا يقوم السرقة رجل، ولكن رجلان عدلان، وكذلك كل ما
يحتاج الإمام إلى تقويمه من عتق شقص وغيره.

ووجه ذلك أنها شهادة تؤدى عند الحاكم بما يعلمه كثير من الناس غالبًا كسائر
الشهادات.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن اجتمع عدلان على قيمة نفذ الحكم، قاله مالك فى العتبية،
قال: ولا ينظر إلى من خالفهما. وقال أيضًا: إذا اجتمع عند الحاكم أربعة، فشهد
رجلان على قيمة، وشهد رجلان على قيمة، نظر القاضى إلى أقرب القيمتين إلى
السداد.

يحتمل أن يريد بالرواية الأولى أن يكون القاضى أمر بذلك رجلين فقوماها بما
يوجب القطع أنفذ الحكم، ولم ينظر إلى خلاف من خالفهما.

والسألة الثانية سأل عنها أربعة، فاختلفوا شهد اثنان بما وجب القطع، وآخران بما
ينفيه، ويحتمل أن يريد بقوله: نظر القاضى إلى أقرب القيمتين إلى السداد، يريد أعداد
النظر فى ذلك والسؤال عنه.

وقد روى ابن المواز عن مالك: إن اختلفوا أخذ بقول من قال: ثمنها ثلاثة دراهم،
إن كانا عدلين.

مسألة: وينظر إلى قيمتها يوم السرقة لا يوم القطع، رواه ابن المواز عن مالك.

فصل: وقول عائشة رضى الله عنها: «ما طال على ولا نسيت» تريد والله أعلم، ما
رأت من حكم النبى ﷺ فى ذلك، ولو لم ترد ذلك، وإنما أرادت قول غيره لم تصف
ذلك بأنه ما نسي لأن نظرها اليوم مثل ذلك.

وقولها: «القطع فى ربيع دينار» يريد فى الذهب، ولذلك لم يكن تقويمًا، وقد تقدم
ذكر ذلك، والله أعلم.

١٥٧١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا قَالَتْ: خَرَجْتُ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى مَكَّةَ، وَمَعَهَا مَوْلَاتَانِ لَهَا، وَمَعَهَا غُلَامٌ لِبَنِي عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ، فَبِعْتُ مَعَ الْمَوْلَاتَيْنِ بِيرِدٍ مُرَجَلٍ قَدْ خِيَطَ عَلَيْهِ عِرْقَةٌ خَضْرَاءُ، قَالَتْ: فَأَخَذَ الْغُلَامُ الْبُرْدَ، فَفَتَقَ عَنْهُ، فَاسْتَخْرَجَهُ، وَجَعَلَ مَكَانَهُ لِبَدًا أَوْ فُرُوعًا، وَخَاطَ عَلَيْهِ، فَلَمَّا قَدِمَتِ الْمَوْلَاتَانِ الْمَدِينَةَ دَفَعْنَا ذَلِكَ إِلَيْ أَهْلِهِ، فَلَمَّا فَتَقُوا عَنْهُ، وَجَدُوا فِيهِ اللَّبَدَ، وَلَمْ يَجِدُوا الْبُرْدَ، فَكَلَّمُوا الْمَرَاتَيْنِ، فَكَلَّمْنَا عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ أَوْ كَتَبْنَا إِلَيْهَا، وَاتَّهَمْنَا الْعَبْدَ، فَسُئِلَ الْعَبْدُ عَنْ ذَلِكَ، فَاعْتَرَفَ، فَأَمَرَتْ بِهِ عَائِشَةُ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ فَقَطَعَتْ يَدَهُ، وَقَالَتْ عَائِشَةُ: الْقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا.

وَقَالَ مَالِكٌ: أَحَبُّ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ إِلَيَّ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ، وَإِنْ ارْتَفَعَ الصَّرْفُ أَوْ اتَّضَعُ، وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَطَعَ فِي مِجَنٍّ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ، وَأَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانٍ قَطَعَ فِي أُتْرُجَةٍ قُومَتْ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمٍ، وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذَلِكَ.

الشرح: قول عمرة: «أنها خرجت عائشة ومعها مولاتان لها» تريد معتقان، ولا يسمى من فيه بقية رق مولى حتى يعتق.

وقولها: «فبعثت مع المولتين بيرد مرآجل، ففتق الغلام الخلاقه التي كانت على البرد، فاستخرج البرد، وجعل مكانه لبدا أو فروع، وخاط عليه، فأمرت عائشة بقطعه»، يحتمل أنه كان لا يدخل على عائشة، ولا ينزل معها، ولا تأذن له في الدخول إلى موضعها، وأن المولتين كانتا معها في منزل واحد، فأخذ الغلام البرد من منزل عائشة، ولم تأذن له في الدخول إليه، وما كان بهذه الصفة، فهو مأخوذ من حرز.

ويحتمل أن يكون الغلام كان يؤذن له في الدخول على عائشة أو على المولتين، إن كانتا قد نزلتا في موضع عائشة لكنه كان المنزل منزلاً تسكن فيه عائشة وغيرها مشتركاً، ولعائشة رضى الله عنهما أو للمولتين موضع منفرد، لم ينزل فيه الغلام، ولم يؤذن له بالدخول فيه، فسرق منه، فلذلك لزمه القطع.

وقد قال مالك في الموازية في الزوجين يسرق أحدهما من متاع صاحبه، من بيت

١٨٨ كتاب الحدود

قد حجره عليه: إنه لا قطع عليه فيه، إذا كانت الدار غير مشتركة، فإن كان فيها ساكن غيرهما، فعليه القطع، وكذلك مما ليكهما إذا أذن لهما فى دخول الدار، وهى مشتركة، فلا يقطع فيما سرق مما حجر عليه من بيوتها.

وقال مالك: ومن أضاف رجلاً فى داره، وهى غير مشتركة، فيسرق الضيف من بعض بيوتها مما حجر عنه، فلا قطع عليه، وكذلك لو دق خزانة فى البيت الذى كان فيه أو تابوتاً كبيراً، فسرق منه، فلا قطع عليه.

وروى أشهب عن مالك فى العتبية من أدخل رجلاً منزله، فسرق ما فى كفه، فلا قطع عليه كما لو سرق ذلك أجيده ولا زوجته.

وفى النوادر عن سحنون فى الضيف يسرق من متاع البيت الذى قد أغلق عنه أو خزانة فى البيت مغلقة أو تابوت كبير، فإنه يقطع إذا أخرج ذلك مما حجر عليه، وإن وجد فى الدار، وكذلك لو سرق أحد الزوجين من صاحبه من بيت قد أغلقه عنه.

وجه القول الأول أنه محجور عليه، قد أذن له فى الدخول فيه، ففتحها لما فيه كأخذه من موضع مستور، أو وعاء مغطى، أو خريطة مختومة، أو احتمال للصندوق، وذلك ينفى القطع عنه؛ لأنه أخذه من موضع مأذون له فيه، وذلك من باب الخيانة لا من باب السرقة.

ووجه القول الثانى أنه أخذ السرقة وأخرجها من موضع منع منه، ولم يؤذن له فيه كما لو كانت الدار مشتركة.

مسألة: ولو دخل قوم إلى صنيع، فيسرق بعضهم من بيت هم فيه، أو يطر بعضهم من كم بعض أو يحل من كمه أو يسرق رداءه أو نعله، ففى الموازية عن أشهب وابن وهب عن مالك: يعاقب، ولا قطع عليه؛ لأن الكم ليس بحريز، يريد أن البيت قد أذن لهم فى دخوله، والكم ليس بحريز، فلا يجب القطع بالإخراج منه.

مسألة: ومن أدخل رجلاً داره لعمل يعمل له فيه من خياطة أو غيرها، فيذهب ويدعه فيسرق من ذلك البيت، أو من خزانة فيه مغلقة أو تابوت فيه كبير، فقد قال مالك: يعاقب، ولا قطع عليه، وهى خيانة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه لا يوجب القطع عليه أن يكون فى الدار معه ساكن غيره، وإنما يجب عليه القطع إذا كان فى الدار ساكن معه،

إذا سرق من بيت في الدار مغلق عليه؛ لأنه حيثئذ إنما يختص الأذن بالبيت الذي صار فيه، وإذا لم يكن معه ساكن، فالإذن متعلق بالدار كلها على ما تقدم.

مسألة: ومن دخل حانوت رجل يسوم فيه بزأ، فسرق منه، فقد روى أشهب عن مالك في العتبية ما معناه أنه إن كان إنما دخل الموضع بإذن، فإنه قد ائتمنه، فلا يقطع. وأما لو كان الموضع يدخله الناس من غير إذن، فليس هذا على الائتمان فليقطع.

وروجه ذلك أن الموضع الذي يدخله جميع الناس بغير إذن ليس بحرز لما فيه، وإنما حرز ما فيه موضعه، فعلى من أخذه، وأزاله عن موضعه القطع. وأما إذا كان لا يدخل فيه إلا بإذن، فأذن للدخل، فقد ائتمنه، وصار الموضع المأذون فيه هو الحرز، فلا يقطع المؤمن ولا غيره حتى يخرج عن جميع ذلك الموضع.

وروى عيسى عن ابن القاسم في الخوانيت التي في السوق تدخل بغير إذن: ليس على من سرق منها القطع.

فصل: وقولها: «فستل العبد عن ذلك فاعترف» يحتمل أنه لما اعترف وجب عليه القطع، وقامت البينة بأن البرد لصاحبه، أو أقر به سيد الغلام وأما إذا لم تقم بينة بالبرد، ولم يقر به سيد الغلام، وإنما أقر به العبد، فإنه يقطع العبد، ولا يقضى بالبرد لمن يدعيه، ويقر له به العبد، ويبقى للسيد بعد أن يحلف أنه ما يعرف لهذا الوجه فيه حقاً، ولو قال: هو بيد عبدي، ولا أدري لمن هو لعبدي أو لغيره، فهو للعبد أبداً، ولا يقبل إقراره به، قاله في الموازية.

قال مالك: ولا يقبل من إقرار العبد إلا ما ينصرف إلى جسده.

فصل: وقوله: «فأموت به عائشة فقطع» يحتمل أن يريد أنه حمل إلى الأمير، فثبت اعترافه عنده فقطعه.

وقول عائشة: «القطع في ربع دينار فصاعداً» تريد أن البرد مما يجب فيه القطع لأنه لا تقصر قيمته عن ذلك.

وقال مالك: «أحب ما يجب إلى فيه القطع ثلاثة دراهم، ارتفع الصرف أو اتضع، يريد فيما يحتاج إلى تقويم، مما ليس بذهب ولا بورق.

يحتمل أن تكون عائشة إنما أوردت ذلك على ما حفظت في نصاب الذهب، لا أنها قصدت إلى تقويم ذلك، ولكنها لما علمت أن البرد يساوي فوق ربع دينار، وأن الدينار

صرفه اثنا عشر درهماً، كان ذكرها للنصاب من الذهب كذكرها من الورق، وآثرت ذكر ما رأت من السنة.

ويكون معنى قول مالك: أنه أحب إليّ، لما احتمل قول عائشة أن النصاب مقدر بربع دينار، فيما يعود إلى القيمة، والله أعلم. واحتج مالك على قوله بأن النبي ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم، والمجن مما يقوم، فلما تعلق به القطع تعلق بقيمته بثلاثة دراهم من الورق دون قيمته من الذهب، وتبعه على ذلك عثمان، فقومت الأترجة في زمنه بثلاثة دراهم، وهذا كله على قول مالك وأما على قول أبي بكر الأبهري، فإنه حمل ذلك على عرف التعامل في كل وقت، وبالله التوفيق.

* * *

ما جاء في قطع الأبق والسارق

١٥٧٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدًا لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ سَرَقَ، وَهُوَ آبِقٌ، فَأُرْسِلَ بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ إِلَى سَعِيدِ بْنِ الْعَاصِ، وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ، لِيَقْطَعَ يَدَهُ، فَأَبَى سَعِيدٌ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ، وَقَالَ: لَا تَقْطَعُ يَدَ الْآبِقِ السَّارِقِ إِذَا سَرَقَ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: فِرْ أَيْ كِتَابِ اللَّهِ وَجَدْتَ هَذَا؟ ثُمَّ أَمَرَ بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، فَقَطَّعَتْ يَدَهُ.

١٥٧٣ - مَالِك، عَنْ زُرَيْقِ بْنِ حَكِيمٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ أَخَذَ عَبْدًا آبِقًا قَدْ سَرَقَ، قَالَ: فَأَشْكَلَ عَلَيَّ أَمْرُهُ، قَالَ: فَكَتَبْتُ فِيهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَسْأَلُهُ عَنِ ذَلِكَ، وَهُوَ الْوَالِي يَوْمَئِذٍ، قَالَ: فَأَخْبَرْتُهُ أَنِّي كُنْتُ أَسْمَعُ أَنَّ الْعَبْدَ الْآبِقَ إِذَا سَرَقَ، وَهُوَ آبِقٌ لَمْ تَقْطَعْ يَدَهُ، قَالَ: فَكَتَبْتُ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ نَقِيضَ كِتَابِي يَقُولُ: كَتَبْتُ إِلَيْكَ أَنَّكَ كُنْتَ تَسْمَعُ أَنَّ الْعَبْدَ الْآبِقَ إِذَا سَرَقَ لَمْ تَقْطَعْ يَدَهُ، وَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨] فَإِنْ بَلَغَتْ سَرِقَتُهُ رُبْعَ دِينَارٍ فَصَاعِدًا، فَاقْطَعْ يَدَهُ.

١٥٧٢ - أخرجه الشافعي في الأم ١٥٠/٦. البيهقي في السنن الكبرى ٢٦٨/٨. معرفة السنن والآثار ١٧١٧٦/١٢. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٥٣.

١٥٧٣ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٦٨/٨. معرفة السنن والآثار ١٧١٧٧/١٢. عبد الرزاق في المصنف ٢٤١/١٠. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٥٤.

١٥٧٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ وَسَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ وَعُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانُوا يَقُولُونَ: إِذَا سَرَقَ الْعَبْدُ الْآبِقُ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ قُطِعَ.
قَالَ مَالِكُ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبْدَ الْآبِقَ إِذَا سَرَقَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ قُطِعَ^(١).

* * *

ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان

١٥٧٥ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ صَفْوَانَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ صَفْوَانَ أَنَّ صَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ قِيلَ لَهُ إِنَّهُ مَنْ لَمْ يُهَاجِرْ، هَلَكَ، فَقَدِمَ صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ الْمَدِينَةَ، فَنَامَ فِي الْمَسْجِدِ، وَتَوَسَّدَ رِذَاءَهُ، فَجَاءَ سَارِقٌ، فَأَخَذَ رِذَاءَهُ، فَأَخَذَ صَفْوَانُ السَّارِقَ، فَجَاءَ بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ تُقَطَعَ يَدُهُ، فَقَالَ لَهُ صَفْوَانُ: إِنِّي لَمْ أُرِدْ هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، هُوَ عَلَيَّ صَدَقَةٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَهَلَا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ».

١٥٧٦ - مَالِكُ، عَنِ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ لَقِيَ رَجُلًا قَدْ أَخَذَ سَارِقًا، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ، فَشَفَعَ لَهُ الزُّبَيْرُ يُرْسِلَهُ، فَقَالَ:

١٥٧٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٥٥.

(١) هذا الباب لم نعثر على شرح له في نسخ الشارح التي بأيدينا. المحقق.

١٥٧٥ - أخرجه النسائي في قطع السارق ٤٨٧٦، ٤٨٧٧، ٤٨٧٩، ٤٨٨٠، ٤٨٨١، ٤٨٨٢،

٤٩٦٤، ٤٩٦٥، ٤٩٦٧، ٤٩٦٨، ٤٩٦٩، ٤٩٧٠. وأبو داود في الأدب ٥٠٥٣، وابن ماجه

في الحدود ٢٥٩٥، ٢٦٠٥. وذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٦٩، عن صفوان بن أمية.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث جمهور أصحاب مالك، مرسلًا ورواه أبو عاصم النبيل، عن مالك، عن الزهري، عن صفوان بن عبدالله بن صفوان، عن جده، قال: قيل لصفوان: من لم يهاجر هلك. وساق الحديث على ما في الموطأ. ولم يقل أحد فيما علمت في هذا الحديث، عن صفوان بن عبدالله بن صفوان، عن جده غير أبي عاصم. ورواه شبابة بن سوار، عن مالك، عن الزهري، عن عبدالله بن صفوان، عن أبيه أن صفوان... إلخ. انظر: التمهيد ٨١/٩.

١٥٧٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٥٥٧.

لَا حَتَّىٰ أُبَلِّغَ بِهِ السُّلْطَانَ، فَقَالَ الزُّبَيْرُ: إِذَا بَلَغْتَ بِهِ السُّلْطَانَ، فَلَعَنَ اللَّهُ الشَّافِعَ وَالْمُشَفِّعَ.

الشرح: قوله: «أن صفوان بن أمية قيل له إنه إن لم يهاجر هلك» يحتتمل أن يكون قال له ذلك من علم وجوب الهجرة قبل الفتح، فاعتقد بقاء حكمها لمن أسلم بعد الفتح، والهجرة من مكة إنما كانت قبل الفتح لأنها كانت دار كفر، فكان المهاجر يهاجر من دار الكفر إلى دار الإسلام، وكان يهاجر ليقوم بنصرة النبي ﷺ وذلك لا يكون إلا بالمقام معه، فلما افتتحت مكة، وأسلم أهلها، وكثر الإسلام صارت مكة دار إسلام، فلم تلزم المهاجرة منها، واستغنى النبي ﷺ عن معه من المسلمين.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا هجرة بعد الفتح، ولكن جهاد ونية وإذا استنفرتم فانفروا».

فصل: وقوله: «فلقم صفوان بن أمية» يريد المدينة مؤدياً لما اعتقد وجوبه عليه من فرض الهجرة، «فنام في المسجد فتوسد رداءه فأخذه سارق» وذلك يقتضى مع ما روى من أمر النبي ﷺ بقطعه أنه أخذه من حرزه، فيحتمل أن يكون وجب فيه القطع؛ لأن صاحبه كان معه وحارساً له، فكان ذلك بمعنى الحرز له.

وقد قال ابن القاسم في العتبية فيمن سرق من بسط المسجد التي تطرح فيه في رمضان، فإن كان عنده صاحبه قطع، وإلا فلا. وكذلك قال مالك في محارس الإسكندرية يعلق الناس فيها السيوف والمتاع، فتسرق، إن كان صاحبه معه قطع سارقه. قال مالك: لأن صفوان لم يقيم عن رداءه ولا تركه. ويحتمل أن يكون السارق دخل ليلاً من غير الباب فسرقه.

وقد قال مالك في محارس الإسكندرية، يعلق الناس فيها السيوف والمتاع، فينقب سارق، ولا يدخل من مدخل الناس، فيسرق من ذلك: إنه يقطع، وإن لم يكن عنده حارس.

ويحتمل أيضاً أن يكون في المسجد بيت نزل فيه صفوان بن أمية؛ فقد قال مالك في المسجد يكون فيه بيت لحصره، أو بيت زكاة الفطر، أو فيه غير ذلك، فمن دخل فيه بإذن لم يقطع إن سرق منه، ومن دخله بغير إذن فسرق منه مستتراً قطع، إذا خرج به من البيت إلى المسجد.

مسألة: ومن سرق حصر المسجد؟ قال عيسى، عن ابن القاسم: يقطع، وإن لم يكن للمسجد باب، ومن سرق الأبواب قطع. قال أصبغ: ويقطع سارق حصر المسجد وقناديله وبلاطه. وقال محمد: كما لو سرق بابه مستتراً أو خشبة من سقفه أو جوائزه. وقال أشهب: لا قطع في شيء من حصر المسجد وقناديله وبلاطه.

وجه القول الأول أن ذلك مستقره، فكان حرزاً له.

وجه قول أشهب أنه ثابت فيه وموضع الانتفاع به مع إباحة الوصول إليه، فكان ذلك مأخوذاً من غير حرز.

فرع: فإذا قلنا إنه يقطع، فقد روى عن ابن القاسم: يقطع على الإطلاق. وروى عنه: إن سرق الحصر نهاراً لم يقطع، وإن سرقها ليلاً قطع. وقال سحنون: إن سرق الحصر، وقد خيط بعضها إلى بعض قطع، وإلا لم يقطع.

وقال ابن الماجشون: يقطع من سرق حصر المسجد أو قناديله أو بلاطه، ليلاً أو نهاراً، وإن أخذ في المسجد وحرزها موضعها، وكذلك الطنفسة ييسطها الرجل في المسجد بجلوسه، إذا كانت تترك فيه ليلاً ونهاراً، وقاله مالك وأما طنائف تحمل وترد فرما نسيها صاحبها فتركها، فلا يقطع في هذه، وإن كان على المسجد غلق لأن الغلق لم يكن من أصلها.

مسألة: ومن سرق من الحمام إذا دخل من بابه لم يقطع إلا أن يكون عند الباب حارس يحرسه. قال ابن حبيب، عن أصبغ، عن مالك، وفي الموازية عن مالك: إذا سرق من دخل الحمام من ثياب الناس، فإن كان معها حارس أو كانت في بيت تحرز فيه بغلق، ففيها القطع.

وأما ما وضع في بعض مجالس الحمام بغير حارس للحمام، ولا غلق عليه، فلا قطع فيه، إلا أن يسرقه من لم يدخل من مدخل الناس، وإنما نقب واحتال، فإنه يقطع، قال ابن وهب: وقاله الأوزاعي.

قال مالك: وليس ما في الحمام من متاع الناس لا حارس له قطع، وليس هو مثل ما يوضع بالأسواق من متاع، ويذهب عنه ربه، ففي هذا القطع.

فرق: والفرق بينهما، قال ابن القاسم، عن مالك: إن سارق الحمام لا يقطع؛ لأنه ربما أخطأ الرجل، وربما غفل. قال سحنون: يريد أنه قال: ظنته توبى.

١٩٤ كتاب الحدود

وقال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن الفرق بينهما أن المتاع يقصد وضعه فى ذلك الموضع، وإحرازه فيه لنفسه، فلذلك قصر القطع على من سرقه، وإن لم يكن معه أحد.

فصل: وقوله: «فتوسد رداءه فسرق» وفى الموازية فيمن سرق رداءه فى المسجد، ولم يكن تحت رأسه وكان قريباً منه: يقطع، إن كان متبهاً، وكالتعلين بين يديه، وحيث يكونان منه، فقيل له: قطع فى رداء صفوان، وهو نائم، فقال: ذلك كان تحت رأسه.

وقال عبدالمملك فى التعلين وفى ثوب النائم يسرق، يريد من تحت رأسه: يقطع، ففرق بين النائم وغيره، فيما لا يكون تحت رأسه، وإنما هو بين يديه، وعلى حسب ما يكون ممن يحرسه. ويقال إنه بين يديه ومعه.

وأما ما كان تحت رأسه، فيقطع فى النائم واليقظان، والفرق بينهما أن ما كان تحت رأسه يحرسه غالباً النائم واليقظان لأنه إذا أخذ من تحت رأسه يستيقظ به. وأما ما كان بين يديه، فلا يحرسه إلا اليقظان، وللحارس تأثير فى القطع، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فأخذ صفوان السارق» يحتمل أن يكون أخذه فى المسجد. وروى ابن المواز عن ابن القاسم فى زكاة الفطر التى توضع فى المسجد: من سرق منها لا يقطع، إلا أن يكون معها حارس، فيقطع، وإن لم يخرج من المسجد كما قطع سارق رداء صفوان، وقد أخذ فى المسجد، ولو كانت الفطرة فى بيت المسجد لقطع إذا أخرجه من المسجد.

وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم فى العتبية، فيمن جعل ثوبه قريباً منه، ثم قام يصلى، فسرقه سارق: إنه يقطع إذا أخذ، وقد قبضه قبل أن يتوجه به. قال: ولو قلت: لا يقطع حتى يتوجه به، لقلت: لا يقطع حتى يخرج من المسجد. وقد قال أصبغ فى غير رواية ابن حبيب: يقطع، كان معه حارس أو لم يكن، كقناديل المسجد وحصره. وقال ابن حبيب: ليس ذلك كقناديله وحصره؛ لأن ذلك موضعها، ومن مصلحة المسجد. وأما الفطرة، فليس ذلك موضعها ولا جعلت فيه للمسجد.

فصل: وقول صفوان، لما أمر رسول الله ﷺ بقطعه: «لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة» يريد أنه لم يرد أن يبلغ به القطع، وأنه قد وهبه الثوب ليعين بذلك، أنه لم يرد به القطع، ويحتمل أن يكون وهبه ذلك لما اعتقد أن ذلك يسقط عنه القطع،

ويحتمل أن يكون اعتقد أن الحق من حقوقه، فتصدق به عليه، بمعنى أنه أسقطه عنه، وذلك كله لا يسقط القطع عن السارق بعد وجوبه عليه، سواء وهبه إياه قبل الترافع أو بعده.

وقال أبو حنيفة: يسقط ذلك القطع، وفرق قوم بين قبل الترافع وبعده.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ وحديث صفوان المتقدم. ومن جهة القياس أنه انتقال ملك بعد السرقة، فلم يؤثر فى إسقاط القطع كما لو وهبه لأجنبى.

مسألة: ولو سرق متاعاً، وقامت بذلك بينة، فقال: كنت أودعته عند صاحب المنزل، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: أنه يقطع، وإن صدقه صاحب المتاع. وقال عيسى: أحب إلى إن صدقه أن لا يقطع.

وجه القول الأول أن القطع قد وجب بسرقة ثبتت، فلا يسقط بتملك السارق لما سرق. أصل ذلك لو تصدق به عليه.

ووجه قول عيسى أن إقرار صاحب المتاع، معنى يثبت به تقدم ملكه، فمنع ذلك وجوب القطع. أصل ذلك لو قامت بينة بكون المتاع له.

قال أشهب، فى قيام البينة: وكذلك لو مات صاحب المتاع وورثه السارق، فلا يسقط عنه القطع، قاله أشهب، ورواه ابن مزين عن ابن القاسم. قال أشهب: وكذلك لو ادعى عليه ودیعة أو غيرها، فجحده فأخذها من بيته على وجه السرقة، فإنه يقطع، إلا أن يقيم بينة أنه أودعه ذلك، وإن لم يشهدوا بملكه لها.

وقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن مالك، فى السارق يؤخذ فى الليل قد أخذ متاعاً من دار رجل، فزعم أنه أرسله، فصدقه الرجل، قال: إن كان يشبه ما قال وله إليه القطع، لم يقطع.

قال أصبغ: فمعنى قوله: يشبه ما قال، أن يدخله من مدخله غير مستستر به، وفى وقت يجوز أن يرسله فيه، فأمام إن أخذه مستتراً أو دخل من غير مدخل أو فى حين لا يعرف، فليقطع.

فصل: وقوله **﴿فَهَلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِنِي بِهِ﴾** يقتضى تجويز ذلك قبل أن يرفع إلى الإمام وامتناعه بعد الإتيان به إليه، وأن لو صوله إلى الإمام تأثيراً فى المنع من الترك لإقامة الحد.

قال ابن مزين: معناه، فهلا تركته قبل يقول: تاركوا الحدود فيما بينكم، فإذا بلغت إلى، فقد وجب الحد. وفي الموازية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك: لا أحب أن يشفع لأحد وقع في حد من حدود الله تعالى بعد أن يصل إلى الإمام أو الحرس، وهم الشرط، وأما قبل أن يصل في أيدي هؤلاء، فالشفاعة حيثئذ للرجل إذا كانت منه فلتة، ولم يشهد وأخذه عند الحرس، فأما من عرف شره وأذاه للناس، قال مالك: فأحب إلى أن لا يشفع له.

فصل: وقوله: «أن الزبير رضى الله عنه لقي رجلاً أخذ سارقاً وهو يريد أن يذهب به إلى السلطان فشفع له» على ما تقدم من جواز الشفاعة لمن وجب عليه الحد قبل أن يبلغ الإمام الذى يقيم الحد؛ لأن ظهور الحدود إلى الإمام يوجب عليه إقامتها، فلا تجوز الشفاعة حيثئذ، ويحتمل أن يكون السارق إنما كان مع رجل أخذه دون حرس ولا شرط، لأن الحرس والشرط نائبان عن الإمام، فلا تصح الشفاعة في حد ظهر إليهم.

وقول الزبير رضى الله عنه: «إذا بلغ السلطان فلعن الله الشافع والمشفع» يقتضى أن ذلك محذور عنده يأتى من فعله من شافع أو مشفع له، والله أعلم وأحكم.

* * *

جامع القطع

١٥٧٧ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ أَقْطَعَ الْيَدَ وَالرَّجْلَ قَدِيمًا، فَنَزَلَ عَلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، فَشَكَكَ إِلَيْهِ أَنَّ عَامِلَ الْيَمَنِ قَدْ ظَلَمَهُ، فَكَانَ يُصَلُّ مِنَ اللَّيْلِ، فَيَقُولُ أَبُو بَكْرٍ: وَأَيُّكَ مَا لَيْلُكَ بَلِيلِ سَارِقٍ، ثُمَّ إِنَّهُمْ فَقَدُوا عِقْدًا لِأَسْمَاءَ بِنْتِ عُمَيْسٍ امْرَأَةِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، فَجَعَلَ الرَّجُلُ يَطُوفُ مَعَهُمْ، وَيَقُولُ: اللَّهُمَّ عَلَيْنِكَ بِمَنْ بَيْتَ أَهْلَ هَذَا الْبَيْتِ الصَّالِحِ، فَوَجَدُوا الْحُلِيَّ عِنْدَ صَائِغٍ، زَعَمَ أَنَّ الْأَقْطَعَ جَاءَهُ بِهِ، فَاعْتَرَفَ بِهِ الْأَقْطَعَ أَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ بِهِ، فَأَمَرَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، فَقَطَّعَتْ يَدُهُ الْيُسْرَى، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَاللَّهِ لَدَعَاؤُهُ عَلَى نَفْسِهِ أَشَدُّ عِنْدِي عَلَيْهِ مِنْ سَرَقَتِهِ.

الشرح: قوله: «أن الأقطع الذى ورد من اليمن نزل على أبى بكر الصديق رضى الله عنه» يحتمل أن يريد به أنه أنزله فى موضع يسكنه، ويكون فيه بأمره، ويحتمل أن

يكون أنزله في دار يسكنها أبو بكر في بيت فيها، إما أن يكون البيت الذي يسكنه أبو بكر أو بيت آخر.

ويحتمل أن يكون أنزله تلك الدار لا يسكنها غير أبي بكر. ويحتمل أن يكون يسكنها معه غيره، «وشكا الأقطع إلى أبي بكر أن عامل اليمن قد ظلمه» يحتمل أن يريد في قطعه يده، «فكان الأقطع يصلي من الليل فيقول أبو بكر لما يرى من صلته بالليل: وأبيك ما ليلك بليل سارق» يريد أن ليل السارق إنما هو للنوم المتصل أو للمشى والتسبب إلى سرقة أموال الناس، وأما الصلاة بالليل فليست من أفعال السارق، ويحتمل أن يكون أبو بكر يقول: وأبيك، على عادة العرب في مخاطبتها وتراجعها دون أن يقصد به القسم، لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم».

فصل: وقوله: «أنهم فقدوا عقداً لأسماء زوج أبي بكر الصديق فأخذوا يطلبونه ويبحثون عنه وهو يمشى معهم في ذلك ويدعو على من سرقه فيقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح» يريد سرقهم ليلاً أو صيرهم في ليلهم إلى مثل ذلك الحال من التعب والمشقة، «ثم إن الحلبي وجد عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به»، لا يوجب على الصائغ قطعاً لو أنكر الأقطع؛ لأنه من وجد عنده متاع، وزعم أنه له أو أنه اشتراه أو وهب له، فاستحقه منه مستحق زعم أنه سرق له، فإنه لا يخلو أن يكون غير متهم أو متهماً، فإن كان غير متهم، فقد قال ابن القاسم، فيمن توجد معه السرقة فيقول: ابتعتها من السوق، ولا يعرف بائعها، وهي ذات بال، أو لا بال لها، أو ادعى المستحق أنها أكثر مما وجد معه، أنها ترد إلى من استحقها بالبينة بعد أن يحلف أنه ما خرج عن ملكه، فإن كان من وجدت يده من أهل الصحة، خلى سبيله ولا يمين عليه.

وروى ابن حبيب عن أصبغ: أنه إن كان من أهل الصلاح والبراعة أدب المدعى. وقال مالك: لا يودب إذا كان ذلك منه طلباً لحقه، وإن قاله على وجه المشائمة نكل له. وفي الموازية عن أشهب: لا أدب على المدعى إلا أنه يتهم أنه يريد عيبه وسبه.

وجه قول ابن القاسم أنه قد أضاف إليه السرقة، وهو منزه عنها، فوجب عليه الأدب كما لو قصد شتمه .

وجه القول الثاني أنه محتاج إلى أن يقوم بدعواه، فكان له مخرج يصرف عنه الأدب كالقاذف لزوجته.

مسألة: وأما إن كان مجهول الحال، فظاهر ما في المدونة يقتضى أنه لا أدب على

المدعى عليه، وعليه هو اليمين. وفي المواضحة ما يقتضى أنه يخلى سبيله دون يمين وذلك أنه قال: إن كان متهمًا موصوفًا بذلك هدد وسجن، وأحلف، وإن لم يكن كذلك لم يعرض له، وإن كان من أهل الصلاح، أدب له المدعى. والقولان مبنيان على ثبوت يمين التهمة أو نفيها.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف من سرق له متاع، فاتهم من جيرانه رجلاً غير معروف، أو اتهم رجلاً غريباً أنه يسجن حتى يكشف عن حاله، ولا يطال حبسه، لأن النبي ﷺ حبس رجلاً اتهمه المسروق منه بسرقة لغيره، وقد صحبه في السفر. قال ابن حبيب: وقد قاله ابن الماجشون وابن عبدالحكم.

مسألة: وإذا كان متهمًا، ففي الموازية عن أشهب: يمتحن بالسجن والأدب ويجلد بالسوط مجردًا، قال أصبغ: لا يعذب، وظاهره نفي الضرب، وأما الحبس فيحبس بقدر رأى الإمام.

قال مالك: ولا يسجن حتى يموت. وكتب عمر بن عبدالعزيز: أن يسجن حتى يموت، وبه قال الليث. وقال مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ، فيمن سرق له متاع، فاتهم رجلاً معروفًا بذلك.

وجه القول الأول أن السجن تعزير، فيجب أن يكون مصروفًا إلى اجتهاد الإمام. ووجه القول الثاني أن السجن إنما هو لقبض أذاه عن الناس إذا كان معروفًا بذلك لتكرره منه مع إصراره على الإنكار وإتلاف أموال الناس، فيجب أن يقبض عنهم بالسجن، وليس بعض الأوقات بأولى بذلك من بعض مع تساوى حاله فيها.

فروع: وهل عليه يمين مع ما تقدم ذكره من الأدب والسجن؟ روى ابن حبيب وابن المواز عن أصبغ: أنه يهدد، ويسجن، ويحلف. وروى ابن المواز عن أشهب: لا يمين عليه.

وجه إثبات اليمين عليه أن اليمين تلزمه لما ادعى عليه من حق المال.

وجه نفي اليمين أن الدعوى إنما تعلق بالسرقه، وقد ثبت بسببها من العقوبة ما ينافى اليمين كما ينافيها القطع فى السرقه.

فصل: وقوله: «فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى» يحتتمل أن يكون قطع يده اليسرى لما كانت يده اليمنى قد عدت بقطع عامل اليمن لها فى سرقه أو غيرها؛ لأن

كتاب الحدود ١٩٩

الشرع قرر أنه إنما تقطع في السرقة اليمنى لمن كانت يدها سالمين، فمن كانت يمناه ناقصة الأصابع أو إصبعين لم تقطع، قاله في الموازية ابن القاسم وأشهب.

قال القاضي أبو محمد: لأن بقاء أكثر الأصابع يبقى معه أكثر المنافع وبقاء الأكثر كبقاء الجميع، وذهاب أكثرها يذهب معه أكثر المنافع، فكان كذهاب الجميع.

مسألة: وإن كانت يده اليمنى شلاء، ففي الموازية: إن كان الشال يمنياً لا يقتصر منها، ولو أخطأ الذي قطعه، فقطع يده اليسرى أولاً، فقد قال مالك: يجوز ذلك عنه، فإن سرق ثانية، فقد قال ابن القاسم في المزنية: تقطع رجله اليمنى.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع: تقطع رجله اليسرى، واحتج عيسى بقول ابن القاسم: أنه لما أجزأه قطع اليسرى أول مرة، كان ذلك بمنزلة أن يكون القطع تعلق بها أولاً، وشرعت المخالفة في المرة الثانية، فلزم أن تقطع رجله اليمنى، واحتج ابن نافع بقوله: بأن قطع اليسرى أولاً إنما كان على وجه الخطأ، فلا ينبغي أن يعتمد موافقة الخطأ في القطع الثاني، والله أعلم.

مسألة: وإذا عدت اليد اليمنى، فإن عدت بقطعها في سرقة، فإن القطع ينتقل في سرقة ثانية لرجله اليسرى، ثم في سرقة ثالثة بيده اليسرى، ثم في رابعة برجله اليمنى، فإن سرق بعد ذلك عوقب، ولا يقتل، هذا المشهور عن مالك وأصحابه إلا أبو مصعب، قال: فإنه يقتل.

وروجه قول مالك قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾ فجعل العقوبة على السرقة مختصة بقطع اليد، فلا ينتقل عنه إلا بدليل.

وروجه قول بن مصعب أن هذه سرقة، فتعلق بها قطع عضو كالأولى.

قال القاضي أبو محمد: ولا خلاف أنه أول ما يقطع يمنى يديه ثم يسرى رجليه، وإنما الخلاف في الثالثة، فعندنا وعند الشافعي: أن الحكم في الثالثة والرابعة على ما تقدم، وعند أبي حنيفة: لا يقطع بعد الثانية، ولكن يجبس ويعاقب.

والدليل على ما نقوله أنها يد تقطع في القصاص، فجاز أن تقطع في السرقة كاليمنى.

مسألة: وإن عدت يده اليسرى بشلل، أو كان خلقه بغير يمنى، فقد روى ابن

٢٥٥ كتاب الحدود

وهب عن مالك: ينقل القطع إلى رجله اليسرى، وبه قال ابن القاسم، ثم قال مالك: اعها، ثم قال: تقطع يده اليسرى، وبه قال ابن القاسم وأشهب وأصبغ.

وجه القول الأول أن هذا سرق، ولا يمينى له، فوجب أن تقطع رجله اليسرى، كما لو قطعت يده اليمينى فى سرقة.

ووجه القول الثانى أن هذا قطع تعلق بالسارق أول مرة، فوجب أن يتعلق بيده كما لو كانت له يمين.

فروع: ولما قطعت يمينه فى قصاص، فقد قال ابن القاسم: إن كانت شلاء، قطعت يده اليسرى، وإن قطعت فى قصاص قطعت فى السرقة رجله اليسرى. وقال أصبغ: تقطع يده اليسرى فى الوجهين، فيحتمل أن يكون أبو بكر رضى الله عنه إنما قطع يده اليسرى لما لم يثبت عنده أنه قطعت يده اليمينى فى سرقة فرأى فى ذلك رأى من قال من أصحابنا أنها إذا قطعت فى غير سرقة تعلق قطع السرقة بيسراه.

مسألة: لو اتبع صاحب السرقة السارق، فضرب يده بسيف، فقطعها، ففى الموازية: ليس عليه إن أخذ غير ذلك، يريد أنه ليس من شرط القطع أن يأمر بذلك السلطان، وإن كان ذلك حكمه، ومن تعدى عليه قبل ذلك بقطع يده أجزاءه عن القطع، وعوقب القاطع.

مسألة: ولو قطع السارق يمين رجل قبل أن يسرق أو بعد ذلك، فإن يمينه تقطع للسرقة، ولا قصاص للمجنى عليه ولا دية، قاله ابن المواز.

ومعنى ذلك أنه محل لحقين لا محل لهما مع كونه على هذه الصورة غيره، فلم يتعلق أحد منهما بغيره، ولو قطعت يده للسرقة، ثم قطعت يمين رجل لكانت عليه الدية لأنه يوم قطع يمين الرجل لم تكن له يمين بخلاف المسألة الأولى.

مسألة: ولا يقطع السارق فى شدة البرد مما يكون القطع فيه حثفاً، ويقطع فى شدة الحر، وليس بمتلف، وإن كان فيه بعض الخوف، رواه فى الموازية أشهب عن مالك وقال ابن القاسم: أرى أن يؤخر فى الحر، إذا خيف فيه ما يخاف فى شدة البرد. وأما المرض المخوف، فلا يقطع فيه، ولا يجلد لحد ولا لنكال.

مسألة: وحد القطع فى اليد الكوع، وفى الرجل من مفصل الكعبين، ذكره ابن عبدالحكم فى مختصره عن مالك.

ووجه ذلك قول الله تعالى: ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا لئلا من الله﴾ ومفصل الكوع أول مفصل يقع على ما قطع منه اسم اليد، وكذلك مفصل الكعيبين، هو أول مفصل يستوعب بقطعه ما يقع عليه اسم الرجل والقدم، ولما تعلق بالقدم كما تعلق باليد تعلق بأول ما يقع عليه الاسم كاليد.

مسألة: وتقطع يد السارق ثم يحسم موضع القطع بالنار، قاله ابن عبدالحكم فى مختصره عن مالك. ومعنى ذلك أن يحرق بالنار ليقطع جرى الدم لئلا يتمادى جريه حتى ينزف فيموت، فإذا أحرقت أفواه العروق رقاً، ومنع ذلك جرى الدم.

ووجه ذلك أنه لا يجب عليه بالسرقة القتل، وإنما يجب عليه القطع، فيجب أن يدفع عنه ما يفضى إلى الزيادة على القطع من الموت أو ذهاب سائر أعضائه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فاعترف به الأقطع أو شهد عليه» أما اعترافه، فيحتمل أن يكون ابتداءً، ويحتمل أن يكون بعد تهديد وتشدد عليه، فأما من اعترف بها، فقد قال مالك فى الموازية: من أقر على نفسه بالسرقة على وجه التوبة، وهو حر أو عبد، فإنه يقطع، قاله مالك فى الموازية. وهذا مبنى على أن التوبة لا تسقط الحدود.

فرع: وهل له الرجوع بعد الإقرار؟ روى الشيخ أبو القاسم: إن رجوع إلى شبهة سقط عنه القطع، ولزمه الغرم. قال مالك فى الموازية: ما لم يأت من ذلك ما يشبه البينة من ظهور بعض المتاع، وهو من أهل التهم، فلا يقبل رجوعه. روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية: من اعترف بسرقة من غير محنة ولا ترويع لم يقبل.

فرع: فإذا قلنا إنه يقبل رجوعه إلى شبهة، فقد قال الشيخ أبو القاسم: إن رجوع إلى شبهة، وكذب على نفسه، ففيه روايتان، إحداهما: يسقط القطع، والأخرى: يلزم القطع.

وقد تقدم القول بمثل هذا فى حد الزنا، وإنما يجب عليه الغرم إذا سقط عنه القطع لأن الإقرار بالمال لازم، ليس للمقر الرجوع عنه.

مسألة: وأما إن اعترف بمحنة، فقد روى محمد بن خالد عن ابن القاسم فى العتبية: إذا أقر بها على الضرب وعينها، فلا يقطع إذا نزع، قال عنه عيسى: إذا اعترف بعد ضرب عشرة أسواط أو حبس ليلة لم يلزمه إقراره، كان الوالى عدلاً أو غير عدل، وربما أخطأ العدل.

روى ابن وهب عن مالك في الموازية: إذا أقر في محنته وأخرج المتاع قطع، إلا أن يقول دفعه إلى فلان، وإنما أقررت للضرب، فلا يقطع، يريد فيما عين. قال: وأما إذا لم يعين، فلا يقطع بحال.

وقال أشهب في الموازية: إذا أخرج السرقة، فيعترف أنها المسروقة، فهذا يقطع، وإن أقر بعد سجن وقيد ووعيد، وإن نزع لم يقبل قوله.

وقد روى عن ابن عمر أنه قال في المقر عن حاله: إنه لا يقطع حتى تبرز السرقة. وقاله يحيى بن سعيد وربيعة بن أبي عبد الرحمن.

قال مالك: الأمر عندنا في الذي يسرق مراراً، ثم يستعدى عليه إنه ليس عليه إلا أن تقطع يده لجميع من سرق منه إذا لم يكن أقيم عليه الحد، فإن كان قد أقيم عليه الحد قبل ذلك، ثم سرق ما يجب فيه القلع، قطع أيضاً.

الشرح: قوله: «في الذي يسرق مراراً ليس عليه إلا قطع يده لجميع من سرق منه» معناه أنه لا يقطع له إلا يد واحدة، وإن سرق مائة مرة لواحد أو لجماعة قبل أن يقطع، فإن قطع يده يجزئ عن ذلك كله دون زيادة عليه.

وإن قطعت يده لسرقة شيء واحد أو أشياء كثيرة، ثم سرق بعد ذلك، فإنه يقطع أيضاً كشارب الخمر يشرب مائة مرة، فلا يجلد عليه إلا جلد واحد، كما لو شرب مرة واحدة، ثم إن جلد لشرب مرة أو مراراً، فإنه يستأنف حده، فيجلد كما جلد أول مرة، والله وأعلم وأحكم.

ولو سرق لجماعة، فقام عليه واحد منهم، فقطع، ولا يعلم بغيرهم، فقد روى ابن المواز عن مالك: ذلك لكل سرقة متقدمة قيم فيها أو لم يقيم.

١٥٧٨ - مالك أن أبا الزناد أخبره أن عاملاً لعمر بن عبد العزيز أخذ ناساً في حرابة، ولم يقتلوا أحداً، فأراد أن يقطع أيديهم أو يقتل، فكتب إلى عمر ابن عبد العزيز في ذلك فكتب إليه عمر بن عبد العزيز: لو أخذت بأيسر ذلك.

الشرح: قوله: «أن عاملاً لعمر بن عبد العزيز أخذ ناساً في حرابة» المحارب، قال القاضي أبو محمد: القاطع للطريق المخيف للسييل الشاهر للسلاح لطلب المال، فإن

كتاب الحدود ٢٠٣

أعطى، وإلا قاتل عليه، كان في المصر أو خارجاً عن المصر، قال ابن القاسم وأشهب: وقد يكون محارباً وإن خرج بغير سلاح، وفعل فعل المحاربين من التلصص وأخذ المال مكابرة، وقد يكون الواحد محارباً بغير سلاح.

وفي العتبية والموازية: إن من خرج لقطع السبيل لغير مال، فهو محارب مثل أن يقول: لا أدع هؤلاء يخرجون إلى الشام، أو إلى مصر، أو إلى مكة، فهذا محارب. وكذلك كل من حمل السلاح على الناس وأخافهم لغير عداوة ولا نائرة، فهو محارب، قاله ابن القاسم.

وروجه ذلك أنه قاطع للسبيل مفسد في الأرض، قال الله عز وجل: ﴿إِنَّمَا جِزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا﴾ [المائدة: ٣٣] قال ابن القاسم: وقتل الغيلة أيضاً من المحاربة، أن يقتل رجلاً أو صبيّاً، فيخذه حتى يدخله موضعاً، فيأخذ ما معه، فهو كالحراية وكل من قتل أحداً على ما معه، قل أو كثر، فهو محارب، فعل ذلك بجر أو عبد.

ومن ضرب رجلاً بعضاً ليأخذ ما معه فمات، فإنه يقتل، وإن لم يرد قتله؛ لأنه من الحراية، ولو لم يكن ليأخذ ما معه لكن لعداوة بينهم وشر، ففيه القصاص، أو العفو، وقاله كله مالك.

ومن العتبية من سماع أشهب عن مالك فيمن لقي رجلاً فأطعمهم السويق، فمات بعضهم وأبسط بالباقيين، فلم يفيقوا إلى مثلها، فقال: ما أردت قتلهم، وإنما أردت أخذ ما معهم، وإنما أعطاني السويق رجل، وقال: يسكر، فقال مالك: يقتل.

قال في كتاب محمد: ولو قال: لم أرد قتلهم ولا أخذ أموالهم، وإنما هو سويق لا شيء فيه إلا أنهم لما ماتوا أخذت أموالهم، قال: لا شيء عليه غير رد المال.

قال مالك في الموازية: والمعلن والمستخفي من المحاربين سواء، إذا أخذ الأموال والرجال والنساء والأحرار والعبيد والمسلمون وأهل الذمة في ذلك سواء.

مسألة: وإذا أخذ السارق المتاع ليلاً، فطلب رب المال المتاع منه، فكابره عليه بالسلاح أو بالسكين أو بالعصا، حتى خرج به، أو لم يخرج حتى كثر عليه الناس، ففي كتاب ابن سحنون عن أبيه: هو محارب، وذلك يقتضى أنه لا يراعى في الحراية إخراج المتاع من الحرز، ولو أدركه رب المتاع، فجاء به إياه حتى أخذه، فهو محارب، وإن حاربه كما يفعل المختلس، فليس بمحارب.

٢٠٤ كتاب الحدود

مسألة: ولو لقي رجل رجلاً معه طعام، فسأله طعاماً، فأبى عليه، فكفنه ونزع منه الطعام، ونزع ثوبه، فقال: هذا يشبه المحارب، يريد أنه مغالب على أخذ المال مكابرة، وصفته صفة المحارب.

مسألة: والمحارب في المصر وغير المصر سواء، قاله ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن سحنون. قال القاضي أبو محمد: هو سواء في الحكم. وقال أبو حنيفة: لا يكون محارباً إلا بقطعه في الصحراء والبرية النائية عن البلد.

وقال عبد الملك بن الماجشون: لا يكونون محاربين في القرية إلا أن يريدوا بذلك القرية كلها، فأما المختفى في القرية لا يؤذى إلا الواحد، والمستضعف فليس في القرية محاربة.

والدليل على أنه محارب في القرية قوله تعالى: ﴿إِذْ أَخَذَ مِنَ الَّذِينَ يَجَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يَقْتُلُوا أَوْ يَصْلُبُوا أَوْ تَقَطِّعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ وهذا عام في الحضرة وغيره.

والدليل على ذلك من جهة المعنى أنه قد يوجد منه إخافة السبيل، وقطع الطريق، وقتله لأخذ المال، فاستحق اسم المحارب، وحكمة كما لو كان في الصحراء؛ ولأن كل فعل يوجب حداً في الصحراء، فإنه يوجب مثله في الحضرة كالسرقة وشرب الخمر والزنى.

مسألة: ويستحق المحارب بأخذ المال اليسير ما يستحقه بأخذ الكثير.

مسألة: قال ابن المواز: لم يختلف مالك وأصحابه في إجازة قتل المحاربين، وأن من قتل في ذلك خبير قتيل. قال مالك: ويناشده الله ثلاثاً، فإن عاجله قاتله. وقال عبد الملك: لا يدعوه وليبادر إلى قتله.

ووجه قول مالك أنه يوعظ ويذكر، فعسى أن يتوب وينصرف عما هو عليه، فيكون ذلك أولى من معالجته بالمقاتلة التي ربما أدت إلى قتل أحدهما، وربما غلب المحارب، فاستأصل النفس والمال.

وجه قول عبد الملك أنه قد استحق حكم الخرابة بخروجه، فالصواب إذا وثق بالظهور عليه أن يعاجل مدافعتة والقتل لله، ما لم يظفر به. قال محمد: فإن ظفر به، فلا يل قتله وليدفعه إلى الإمام إلا أن يخاف أن لا يقيم عليه الحكم، فليل هو من ذلك ما كان يليه الإمام.

كتاب الحدود ٢٠٥

مسألة: فإن طلب اللص الشيء اليسير من المال كالإطعام والثوب وما خف، قال مالك: يعطاه ولا يقاتل. وقال سحنون في العتبية وغيرها: لا يعطى شيئاً، وإن قل، وليقاتل لأنه أقطع لطمعهم.

وقال عبدالمالك: لا يعطى اللصوص شيئاً طلبوه، وإن قل وهذا فى العدد المناصف لهم والراجح لقتلهم وأما من تيقن أنه لا قوة له بهم ولا عدة ولا مناصفة، فهو كالأسير وعسى أن يعذر فيما يعطيهم، إن شاء الله تعالى.

مسألة: ويقاتل اللصوص إذا أبوا إلا القتال أو يطلبوا ما لا يجب أن يعطوه. قال مالك، وابن القاسم وأشهب: جهادهم جهاد. وقال عنه أشهب: من أفضل الجهاد وأعظمه أجراً.

قال مالك فى أعراب قطعوا الطريق: جهادهم أحب إلى من جهاد الروم، وقد قال النبى ﷺ: «من قتل دون ماله فهو شهيد» وإذا قتل دون ماله ومال المسلمين، فهو أعظم لأجره.

مسألة: ولا يجوز أن يؤمن المحارب إذا طلب الأمن بخلاف المشرك إذا أمنتته على حاله ويده أموال الناس، ولا يجوز للإمام أن يؤمن المحارب وينزله على ذلك ولا أمان له على ذلك لأنه فى سلطانتك وعلى دينك، وإنما امتنع لعزة لا لدين ولا ملة. رواه ابن سحنون عن عبدالمالك.

مسألة: وإذا امتنع المحارب بنفسه حتى أعطى الأمان، فأخذ على ذلك، قال ابن المواز: قد اختلف فيه، فقيل: يتم له ذلك، وقيل: له ليس ذلك، ويؤخذ بحق الله تعالى، وقاله أصبغ، سواء امتنع فى حصن أو مركب أو فرس، سواء أمنه السلطان أو غيره. قال: لأنه حق لله تعالى لا يزال إلا بالتوبة قبل أن يقدر عليه.

ووجه القول الأول بتجويز الأمان له أنه فاسق ممتنع، فإذا عوهد لزم الأمان كالكافر، والفرق بينهما على قول أصبغ ما تقدم من قول عبدالمالك.

مسألة: ولو ارتد المحارب، ولحق بدار الحرب، فقاتلنا معهم فأسر، استتابه الإمام، فإن تاب سقط عنه القتل بالردة، وأخذ بأحكام الخرابة قبل الردة، فى حق الله وحقوق المسلمين، ولا يزيل عنه ذلك رده، وإن لم يتب قتل على الردة والخرابة، قاله سحنون عن عبدالمالك ورواه عن ابن شهاب وربيعة وأبى الزناد.

٢٠٦ كتاب الحدود

ووجه ذلك أن الردة لا تسقط حقوق المسلمين الثابتة عليه قبل رده كما لو دابن أو غصب أموال الناس، ثم ارتد لما سقط عنه برده شيء من ذلك، فأما حقوق الله تعالى، فإذا تعلقت بحقوق الآدميين لم تسقط بالردة، وإنما يسقط منها ما لا تعلق له بالآدميين كالصوم والصلاة والحج، والله أعلم.

مسألة: ولو فر المحارب، فدخل حصناً من حصون الروم، فحاصرهم المسلمون، فنزل أهلهم بعهد، ونزل المحارب بأمان أمنه أمير السرية؟ قال سحنون: لا أمان له، ولا يزيل حكم الخرابه عنه جهل من أمنه، وقد ظفر قبل التوبة.

ووجه ذلك أن حقوق الناس قد تعلقت به من قصاص وإتلاف أموال الناس، فلا يجوز أن يعاهد على إسقاطها، ولو عهد على ذلك لم يصح إسقاط الإمام لها عنه. أصل ذلك الغاصب والقاتل بغير المحارب، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا فر اللصوص، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم: إن كان قتل أحدًا، فليتبّع، وإن لم يكن قتل أحدًا، فما أحب أن يتبع ولا يقتل. وقال سحنون: يتبعون، ولو بلغوا برك الغما.

وروى عنه أن يتبع منهزمهم ويقتلون مقبلين ومدبرين ومنهزمين، وليس هروبيهم توبة.

وأما التدفيف على جريحهم، فإن لم يستحق هزيمتهم وخيف كرتهم، ذفف على جريحهم، وإن استحققت الهزيمة فجرّجهم أسير، والحكم فيه إلى الإمام؛ وفي الموازية قال ابن القاسم: لا يجهز على جريحهم، ولم يره سحنون.

مسألة: وإذا أخذ اللصوص قبل التوبة لزمهم الحدّ، وهو القتل والصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف والنفى والحبس. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾.

قال ابن المواز وابن سحنون عن مالك: إن ذاك على التخيير. وقال أبو حنيفة والشافعي: حدهم على الترتيب، فلا يقتل من لم يقتل ولا يصلب ولا يقطع.

فإن قتل ولم يأخذ مالا، قتل فقط، ولم يصلب ولم يقطع، وإن أخذ المال ولم يقتل قطع، وإن قتل وأخذ المال، قال أبو حنيفة: الإمام مخير إن شاء جمع القتل والقطع، وإن

كتاب الحدود ٢٠٧

شاء جمع القتل والصلب، ثم قتل بعد الصلب. وقال الشافعي: يقتلهم حتفاً ثم يصلبهم.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ ولفظة «أو» ظاهرها التخيير، ولم يشترط أن يكونوا قتلوا.

مسألة: إذا ثبت أنه على التخيير، فإنه تخيير متعلق باجتهاد الإمام، ومصروف إلى نظره ومشورة الفقهاء بما يراه أتم للمصلحة وأذب عن الفساد، قاله مالك في الموازية. وليس ذلك على هوى الإمام، ولكن على الاجتهاد، يريد بقدر ما خبره.

فإذا ثبت أنه على الاجتهاد، فإن للإمام أن يقتل المحارب، وإن لم يقتل ولا أخذ مالا، ولا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون طال أمره، وأخاف السبيل، أو أخذ بحضرة خروجه، فإن كان طال أمره: أخاف السبيل ولم يقتل ولا أخذ مالا، فقد قال محمد: هو مخير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف أو ضربه ونفيه، وذلك بقدر ذنبه.

وروى ابن القاسم عن مالك: هو مخير في ذلك إذا أخذ بحضرة ذلك أو بعد طول زمان، قال أشهب، في الذي أخذ بحضرة ذلك ولم يقتل، ولم يأخذ المال: فهذا الذي قال فيه مالك لو أخذ بأيسر ذلك، عنه ابن القاسم: أحب إلى أن يجلد وينفى ويجبس حيث نفي إليه.

قال أشهب: فإن رأى الإمام أن يقتله أو يقطعه من خلاف، فذلك له على الاجتهاد فيه، فيقتضى هذا أنه على التخيير بشرط الاجتهاد. ومعنى ذلك أن يكون مصروفا إلى نظر الإمام، فما آذاه إليه اجتهاده، كان له إنفاذه.

وما قاله مالك من اختياره لكل جنابة نوعاً من العقوبة على ما ذكرناه، ويذكر بعد هذا، فإنما هو على وجه، يبين وجه الاجتهاد والإرشاد إلى الصواب فيه، والله أعلم وأحكم والذي طال أمره وأخاف السبيل وشهر ذكره إلا أنه لم يقتل، ولم يأخذ أموالاً، فقد تقدم فيه قول مالك ومحمد.

مسألة: وأما إن طال أمره وأخذ المال، ولم يقتل، فقد قال مالك وابن القاسم في الموازية: يقتل، ولا يختار الإمام فيه غير القتل. قال أشهب: هو مخير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف.

وروى ابن حبيب عن مالك: إذا أخاف السبيل وأعظم الفساد وأخذ الأموال، ولم

يقتل أحدًا، فليقتله الإمام إذا ظهر عليه، قال: وهو مخير بين القتل والصلب أو قطع الخلاف أو النفي.

فصل: وقوله: «أن عاملاً لعمر بن عبدالعزيز أخذ ناساً في حرابة، فأراد أن يقطع أيديهم أو يقتل فكتب إليه عمر بن العزيز لو أخذت بأيسر ذلك» وهذا يقتضى أن العامل رأى قتلهم أو قطع أيديهم، ولا يعلم ما بلغت حرابتهم، وكتب إليه عمر بن عبدالعزيز: «لو أخذت بأيسر ذلك»، على سبيل الحض والندب لا على سبيل الإنكار، ويحتمل أن يكون عمر بن عبدالعزيز، قال: لو أخذت بأيسر ذلك، وقد علم أنهم أخذوا بأثر خروجهم قبل أن يخيفوا سبيلاً أو يقتلوا أحدًا أو يأخذوا مالا.

وقد روى ابن المواز عن مالك أنه قال فيمن هذه صفته: لو أخذ فيهم بالأيسر، قال ابن القاسم: وهو الجلد والنفي، وقد تقدم من قول أشهب أنه قال: الإمام مخير، ويقتضى من قول عمر أن للحاكم أن يحكم باجتهاده، وإن رأى خلاف رأى الإمام إذا كان مما يسرع فيه الاجتهاد، وقال به العلماء.

ولو كان ممن لا يجوز له ذلك ولزم العامل أن لا ينفذ إلا رأى الإمام لقدم عليه فى ذلك إذا رآه الأفضل، ويحتمل أن يكون العامل شاوره فى ذلك بعد أن ظهر فيه اعتقاد صحته من قتل أو قطع، وأعلم عمر بما ظهر إليه ليعلم بذلك موافقته له، أو ليظهر إليه عمر بن عبدالعزيز فى الحكم الذى يختاره، دليلاً يرى الرجوع إليه والعمل بمقتضاه.

وبه قال أصحابنا فى مسألة الحكمين أن لهما أن يحكما بما أداهما اجتهادهما إليه، وإن كان ذلك مخالفاً لرأى من أرسلهما.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالقتل الذى ذكره الله فى الآية، واختاره مالك فىمن طالت إخافته السبيل، وأخذ المال، ولم يقتل، ولم يأخذ مالا أن يقتل فقط، ولا يزداد على ذلك. قال محمد: ولا يجلد بالسياط قبل القتل. قال أشهب فى كتاب ابن سحنون: ولا تقطع يده ولا رجله مع القتل.

مسألة: وأما الصلب، فهو الربط على الجنوع، قال الله تعالى: ﴿وَأَصْلِبْنَكُمْ فِى جُدُوعِ النَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] قال محمد: قول الله تعالى: ﴿أَوْ يَصْلَبُوا﴾ أى يصلبه ثم يقتله بطعته، قاله ابن القاسم. ورواه ابن حبيب عن مالك. وقال أشهب: إنه يقتله ثم يصلبه، وله إن يصلبه ثم يقتله مصلوباً.

وجه قول ابن القاسم، وهو الظاهر من قول مالك، وهو الذى يرويه العراقيون من

كتاب الحدود ٢٠٩

أصحابنا خلافاً للشافعي في قوله: يقتل بالأرض ثم يصلب، أن التعليظ بالقتل لا تأثير له في نفس المحارب ولا غيره، وإنما التعليظ بما يفعل به حين الموت من الصلب والتشنيع. ووجه قول أشهب أن القتل في الحدود يمنع ما قبله من حقوق الله تعالى. ولذلك لا يقطع ولا يضرب قبل القتل ثم يقتل، فلما امتنع التعليظ بالضرب قبل القتل، وورد به النص وجب أن يكون بعد القتل.

فرع: ولو حبسه الإمام ليصلبه، فمات في السجن، فإنه لا يصلب، ولو قتله أحد في السجن أو قتله الإمام فليصلبه.

ووجه ذلك أنه إذا مات حتف أنفه، فقد فاتت العقوبة فيه، فلا معنى لصلبه؛ لأنه إنما هو صفة من صفات القتل أو تشنيع للقتل بعد وقوعه، فإذا فات القتل بالموت سقطت صفته وتوابعه، وإنما يصلب ليظهر قتله وليبقى، فينظر، إليه فيزدجر به، وإذا مات، فلا معنى لصلبه ليبقى على هذه الحال لأنها حال كل نفس، وأما إذا قتل في السجن، فقد وجب القتل، فثبت توابعه.

فرع: واختلف أصحابنا في بقاءه على الجذع، فقال أصبغ: لا بأس أن يخلى لمن أراد من أهله أو غيرهم إنزاله، فيصلى عليه ويدفن. وروى ابن سحنون عن أبيه: إذا صلب وقتل نزل تلك الساعة، يدفع إلى وليه يدفنه، ويصلى عليه. وقال ابن الماجشون، من رواية ابن حبيب عنه: لا يمكن منه أهله ولا غيرهم حتى تفنى الخشبة، وتأكله الكلاب. ووجه القول الأول أنه ميت على الإسلام قتل في عقوبة، فثبت له حكم الصلاة عليه والدفن كسائر من قتل في حد.

ووجه قول ابن الماجشون أنه إنما صلب لتشنيع أمره، ويبقى معنى الازدجار به، وذلك يناه في إنزاله.

فرع: فإذا قلنا ينزل، فقد قال سحنون: ينزل فيغسله أهله، ويكفن ويصلى عليه، ثم إن رأى إعادته إلى الخشبة فعل. وروى ابن سحنون أنه قال ذلك لمن سأله من الأندلس، قال: وأما الذي قال لي أنا، فلا يعاد إلى الخشبة، ولا يترك عليها بعد القتل، ولكن ينزل ويدفع إلى أهله.

فمعنى القول الأول أنه يبقى على الخشبة ليبقى وجه الازدحام به. وعلى القول الثاني أنه يقتل بعد الصلب لتشنيع صفة قتله خاصة، وليس الصلب لبقاء حاله.

مسألة: وإذا رأى الإمام قطعه، فإنه يقطع يده ورجله من خلاف. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ وذلك أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، ولو كان أقطع اليمنى أو كانت يده اليمنى شلاء، فقد قال أشهب: تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى. وقال ابن القاسم: تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى.

وروجه قول أشهب أن القطع أول مرة متعلق بيده اليمنى والرجل اليسرى، فإذا منع من قطع اليد اليمنى مانع انتقل القطع إلى اليد اليسرى، وبقي القطع فى الرجل اليسرى على ما كان، فإنه لم يمنع منه مانع.

وروجه ابن القاسم أن الخلاف مشروع فى قطع اليد والرجل بنص القرآن قال الله تعالى: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ﴾ فإذا تعذر ذلك يقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى، وانتقل إلى اليسرى وجب أن ينتقل قطع الرجل إلى اليمنى، وبذلك يوجد الخلاف. قال محمد: ولا يجلد مع القطع من خلاف، والله أعلم وأحكم.

فروع: والقطع فى اليدين من الكوع، رواه أشهب عن مالك فى العتبية، ولذلك يقول الله تعالى: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ﴾ وقال فى السرقة: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ﴾ فكان القطع فى الخرابة كالقطع فى السرقة، إلا أن المحارب يقطع فى يسير ما يأخذه وكثيره، ولا يعتبر فيه نصاب السرقة يعتبر فيها النصاب لأن آياتها مخصوصة بالسنة، والله أعلم. وقال أشهب: لا يقطع فيما دون النصاب.

ودليلنا من جهة المعنى أن ما لا يعتبر فيه الحرز لا يعتبر فيه النصاب كإسقاط العدالة.

مسألة: وأما النفى، فقد قال ابن القاسم فى قول مالك: يؤخذ بأيسر ذلك، وهو الجلد والنفى. قال القاضى أبو محمد: المراد به فى آية المحارِبين، هو إخراجهم من البلد الذى كانوا فيه إلى غيره، وحبسهم فيه.. وقال أشهب: وإن جلدته مع النفى لضعيف، وإنما استحسنته لما خفف عنه من غيره، ولو قاله قاتل لم أعبه.

قال ابن القاسم عن مالك: ينفى ويحبس حيث ينفى إليه، حتى تظهر توبته. قال أصبغ: يكتب إلى عامل البلد الذى نفى إليه بذلك. قال ابن القاسم عن مالك: وليس لجلده حد إلا اجتهاد الإمام فيه.

وقال مطرف عن مالك: إذا استحق عنده النفي فليضربه به ويسجنه ببلده حتى تظهر توبته، فلذلك عندنا نفي وتغريب، وبه قال أبو حنيفة.

وقال ابن الماجشون: ليس عندنا النفي الذي ذكره الله عز وجل أن ينفي من قرية إلى قرية، يسجن بها، وإنما يقول الله تعالى: ﴿أَوْ يَنْفُوا مِنَ الْأَرْضِ﴾ معناه أن يطلبوا فيختفون، وأنتم تطلبونهم لتقام عليهم العقوبة، فإذا ظفر بهم، فلا بد من إحدى ثلاث عقوبات القتل والصلب أو القطع، هو في ذلك مخير، قال: وهكذا قال مالك والمغيرة وابن دينار. قال ابن حبيب: وقاله أشهب وبه أقول. قال القاضي أبو محمد: وبه قال الشافعي.

وجه القول الأول أنه نفي وجلد أقيم مقام القتل، فكان نفيًا وتغريبًا إلى بلد آخر كتغريب الزاني.

فروع: إذا ثبت حكم النفي على قول ابن القاسم وغيره من العلماء، وإنما ذلك يختص بالأحرار، وأما العبيد، قال ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن سحنون: لا نفي على العبيد.

وجه ذلك اعتبارا بالزنى، وقال ربيعة: لا ينفي المسلم المحارب من بلد إلى أرض العدو، ولكن يسجن في أرض القرية.

فصل: إذا أخذ المحارب قبل أن يتوب، فقد قال مالك: أن لا عفو فيه لإمام، ولا ولي قتيل، ولا لرب متاع، وهو حد لله تعالى لا شفاعاة فيه.

مسألة: وإذا رأى القاضي في محارب أن يسلمه إلى أولياء من قتل، ففعلوا عنه، فأما ابن القاسم، فقال: هو حكم قد نفذ لا ينقض للاختلاف فيه، وبه قال سحنون. وقال أشهب ينقض ويقتل، ولا خلاف أنه لا عفو فيه، وبه قال ابن الماجشون.

قال الشيخ أبو محمد في النوادر، يريد أشهب أن الشاذ لا يعد خلاقًا، وإذا قتل واحد من اللصوص قتيلاً. قال ابن القاسم: قد استوجب جميعهم القتل، ولو كانوا مائة ألف وذكر القاضي أبو محمد هذه المسألة، فقال: إذا قتل أحدهم، وكان سائرهم رداً وأعواناً لم يباشروا القتل، فإن جميعهم يقتلون، خلافاً للشافعي في قوله: لا يقتل إلا القاتل.

والدليل على ما نقوله أن من حضر الواقعة يشارك في الغنيمة، وإن لم يباشر القتل، فكذلك هذا.

مسألة: لا يراعى فى القتل بالحرابة تكافؤ الدماء، فيقتل المسلم بالذمى، والحر بالعبد، وقال الشافعى فى أحد قوليه: ولا يقتل إلا من يكافئه.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ نَقْتُلَ بِالنَّفْسِ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] ومن جهة المعنى أن هذا قتل لا يسقط بالعفو، فلم يسقط بعدم التكافؤ، أصل ذلك القتل بالردة.

قال القاضى أبو محمد: ولأنه ليس بقتل قصاص، وإنما هو حق لله تعالى، وهذا يحتاج إلى تأمل لأن قتل الحرابة للإمام تركه، إذا رأى غيره أفضل، ولا يجوز له ترك القتل إذا كان قد قتل، وإنما معناه أنه حق للآدميين تغلظ بحق الله تعالى؛ لأنه قتل على وجه الحرابة، فلم يجوز لأحد العفو عنه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وإذا تاب المحارب قبل أن يقدر عليه؟ قال ابن الماجشون: الذى يستحبه مالك فى توبة المحارب، ما رواه ابن وهب وابن عبدالحكم أن يأتى للسلطان، وإن أظهر توبته عند جيرانه، وأخلد إلى المساجد حتى يعرف ذلك منه، فجائز أيضاً.

قال أصبغ: وكذلك إن قعد فى بيته، وعرف أن ذلك منه ترك معروف بين ييوسح به وبالتوبة، جاز له ذلك. وقال عبدالمملك بن الماجشون: إن لم تكن توبته إلا إتيانه السلطان، وقوله: جئتك تائباً لم ينفعه ذلك، حتى يظهر توبته قبل مجيئه لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤] يريد أن هذا قدر عليه قبل أن تظهر توبته.

ووجه قول مالك أن إتيانه السلطان على وجه التوبة والاستسلام والانقياد للحق هو نفس التوبة لأن المراد من قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ﴾ إظهار التوبة واعتقادها بالقلب، فلا طريق لنا إلى معرفتها، وإذا أتى المحارب السلطان على هذا الوجه، فقد أظهر التوبة قبل أن يقدر عليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن توبة المحارب قبل أن يقدر عليه تسقط عنه ما كان لله عز وجل من حد الحرابة، ويتبع حقوق الآدميين بحسب ما لو فعلها بغير حرابة، فإن قتل فى حرابته قتل به، قتل قصاص، فاعتبرت المكافأة، فلا يقتل الحر المسلم بعبد ولا بدمى وعليه دية النصرانى وقيمة العبد فى ماله، ويقتل بالحر المسلم إن شاء ذلك أولياء المقتول، ويجوز عفوهم، وإذا سقط عنه القتل لعدم مكافأة أو لعفو، ضرب مائة سوط ويسجن سنة. حكاه ابن المواز.

كتاب الحدود ٢١٣

ووجه ذلك ما قدمناه من أن حقوق الباري قد سقطت عنه بالتوبة، وبقيت حقوق
الآدميين، فاعتبر فيها ما يعتبر في حقوقهم إذا تجردت.

وقد روى في العتبية عبد الملك بن الحسن عن أشهب: إذا تاب المحارب، وقد كان
زنى أو سرق في حرابته لم يوضع ذلك عنه؛ لأنه إذن سقط عنه حد الحرابة خاصة
دون سائر الحدود، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا قتل أحد المتحاربين، ففي الموازية عن مالك وابن القاسم وأشهب: إذا
ولى أحد المحاربين قتل رجل ممن قطعوا عليه، ولم يعاونه أحد من أصحابه، قتلوا
أجمعين، ولا عفو فيهم لإمام ولا لولى.

قال ابن القاسم: ولو تابوا كلهم، فإن للولى قتلهم أجمعين، ولهم قتل من شاعوا
والعفو عن شاعوا على دية أو دون دية. وقال أشهب: إن تابوا قبل القدرة عليهم
سقط عنهم حد الحرابة، ولم يقتل منهم إلا من ولى القتل، أو أعان عليه، أو أمسكه لمن
يعلم أنه يريد قتله ولا يقتل الآخرون ويضرب كل واحد منهم مائة ويسجن عامًا.

مسألة: وإذا أخذ المحاربون مالاً، فقد عليهم قبل التوبة، فقد قال مالك وابن القاسم
وأشهب في الموازية: إن أخذ المال أحدهم، فقد عليه قبل التوبة، وقبل القدرة على
غيره، فإنه يلزم غرم جميع ذلك المال، أخذ من ذلك حصة أو لم يأخذ، ولو تاب
أحدهم، وقد اقتسموا المال، فإن هذا التائب يغرم جميع المال؛ لأن الذى أخذ المال إنما
قوى بهم.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا ترى على كل واحد منهم إلا ما أخذ، فعلى هذا سلم
أشهب في المال، وفرق بينه وبين القتل، وسوى بينهما ابن القاسم فى أن كل واحد
منهم يؤخذ بما جنى أصحابه.

مسألة: وإذا أقيم على المحارب حد الحرابة، فقتل أو قطع أو نفى لم يتبع بشيء مما
جناه فى عدمه، وإن أيسر بعد ذلك، وإذا تاب قبل أن يقدر عليه اتبع فى عدمه بأموال
الناس كالسارق، ويقطع فى السرقة، قاله مالك وابن القاسم وأشهب، والله أعلم
وأحكم.

فصل: وتقبل شهادة الذين قطع عليهم الطريق على اللصوص أنهم قطعوا عليهم
الطريق، قاله فى الموازية مالك وابن القاسم وأشهب، قالوا: لأنه حد من حدود الله
تعالى، وتقبل شهادة بعضهم على بعض بما أخذ لهم، ولا تقبل شهادته لنفسه ولا لابنه.

٢١٤ كتاب الحدود

وتقبل شهادته أن هذا قتل ابنه؛ لأنه يقتل بالحرابة لا بالقصاص؛ إذ لا عفو فيه، ولو شهد عليه بذلك بعد أن تاب لم تقبل شهادته؛ لأن الحق له فى العفو والقصاص. قال سحنون: لأن المحارِبين إنما يقطعون بالمفاوز حيث لا بينة إلا من قطعوا عليه، ويقضى على المحارِبين برد ما أخذوا، وإن كانوا أملياء.

قال: وذلك إذا كانوا عدولاً فإن كانوا عبيداً أو نصارى أو غير عدول لم يقبلوا، ولكن إذا استفاض ذلك من الذكر وكثرة القول أدبهم الإمام ويفهم.

مسألة: قال سحنون فى كتاب ابنه: إذا بلغ من شهرة المحارب باسمه ما تأكد تواتره فأتى من يشهد أن هذا فلان، وقالوا: لم نشهد قطعه للطريق، أو قطعه على الناس، وأخذ أموالهم إلا أنا نعرفه بعينه، وقد استفاض عندنا، واشتهر قطعه للطريق، أو قطعه للناس، أو أخذ أموالهم، وما شهر به من القتل، وأخذ أموال الناس والفساد، قال: فإن الإمام يقتله بهذه الشهرة، وهذا أكثر من شاهدين على العيان أرايت دبوطاً، أيجتاج إلى من يشهد له أنه عاينه يقطع ويقتل.

مسألة: وما وجد بأيدي اللصوص، فادّعوا أنه مال لهم، فقد قال أشهب: هو لهم، وإن كثر حتى يقيم مدعوه البينة. وأما إذا أقروا أنه مما أخذوه بالحرابة، فيقبل فى ذلك شهادة الرفقة أهل بعضهم لبعض، ولا يجوز لنفسه، ومن ادعى شيئاً، ولم تكن له بينة، فقد قال مالك فى الموازية وكتاب ابن سحنون: يدفع إليه بعد الاستيناء، وبعد أن يفشو ذلك، ولا يطول جدّاً بعد أن يحلف مدعوه، ويضمنوا ذلك، ولا يطلب منهم حملاء.

مسألة: ولو ادعاه جلان، ولا بينة لهما حلفاء، وكان بينهما، ومن نكل منهما فهو لصاحبه، إن حلف، فإن نكلا لم يكن لواحد منهما، قاله أشهب فى الموازية. قال محمد: وذلك أن اليمين هاهنا لا بد منها للسلطان، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى الذى يسرق أمتعة الناس

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يَسْرِقُ أَمْتِعَةَ النَّاسِ الَّتِي تَكُونُ مَوْضُوعَةً بِالْأَسْوَاقِ مُحْرَزَةً، قَدْ أَحْرَزَهَا أَهْلُهَا فِي أَوْعِيَتِهِمْ، وَضَمُّوا بَعْضَهَا إِلَى بَعْضٍ إِنَّهُ مَنْ سَرَقَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا مِنْ حِرْزِهِ، فَلَبَّغَ قِيَمَتَهُ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ،

فَإِنَّ عَلَيْهِ الْقَطْعَ، سَوَاءٌ كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ عِنْدَ مَتَاعِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، لَيْلًا ذَلِكَ أَوْ نَهَارًا.

الشرح: قوله: «فى الذى يسرق أمتعة الناس الموضوعة بالأسواق محرزة» أنها وضعت فى السوق على وجه الإحراز لها على ما يفعله من يقصد السوق، فينزل فيه من غير حانوت، فيضع متاعه فى موضع يتخذه لنفسه موضعًا وحرزًا لمتاعه، ويضعه فيه للبيع.

وقد قال مالك فى الموازية: ما وضع فى السوق للبيع من متاع، وإن كان على قارة الطريق من غير حانوت ولا تحصين، فإنه يقطع من سرق منه. ووجه ذلك أن هذا موضع أحرز فيه متاعه كالحانوت.

مسألة: وكذلك الشاة توقف بالسوق للبيع، فإنه يقطع من سرقها، وإن لم تكن مربوطة، قاله مالك فى الموازية. قال ابن القاسم وأشهب: وكذلك البعير يعقله صاحبه فى السوق؛ ليحمل عليه. قال مالك: وكذلك الإبل المناخة بموضع يرتاد فيه الكراء قد عرف لذلك.

ووجه ذلك أن موقف الشاة للتسويق حرز لها، ولذلك وقفت به وكذلك مناخ البعير حرز له، فمن أخرجته عنه على وجه السرقة، له حكم السارق.

مسألة: والغسال يغسل الثياب فينشرها على الشجر، فيسرق منها أو يسرق ما على جبال الصباغين من الثياب المنشورة فى الطريق، روى فى الموازية ابن القاسم وابن عبدالحكم عن مالك: لا قطع فى شيء من ذلك.

وروى عن مالك: القطع فيها. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ فيمن سرق جبال الغسال أو سرق للغسال ثيابًا: يقطع.

وجه القول الأول ما احتج به من ذلك أنه موضع لا توضع فيه على وجه الحفظ لها، وإنما توضع فيه على وجه الإصلاح مع كونه مباحًا فى الأصل، فكان بمنزلة الماشية فى المرعى لا قطع على من سرقها، ويقطع من سرقها من حرزها.

ووجه القول الثانى أنها موضوعة فى على وجه الحفظ، وليس ما قصد من تجفيفها بمناخ من أن يكون ذلك حرزًا لها كالثياب التى توضع فى السوق للبيع، فليس ذلك بمناخ من أن يكون ذلك الموضع حرزًا لها، والله أعلم.

فصل: وقوله: «كان صاحب المتاع عنده أو لم يكن» يقتضى أن ذلك حرز له بانفراده، ومن الموضع ما لا يكون حرزاً إلا بشهادة صاحب المتاع أو قربه منه، وقد تقدم بعض ذكر ذلك.

ومعنى ذلك أن ما اتخذ صاحبه مستقراً، فإنه يكون حرزاً، وإن غاب صاحبه عنه، وما لم يتخذ منزلاً ولا قراراً، وإنما وضع فيه ما ثقل عليه من أسبابه لذهابه إلى موضع أو محاولة أمر حتى تفرغ فيأخذه أو وضعه من يده إلى أن يقوم فيحمله، فإن هذا لا يكون حرزاً إلا مع كونه معه وحفظه له، هو أو غيره، فإن عدم ذلك لم يكن حرزاً.

وقد قال مالك فى العتبية والموازية فى مطامير بالفلاة يحرز فيها الطعام، وتعمى حتى لا تعرف: فهذا لا يقطع من سرقة، ولو كان المطمر بيتاً معروفاً بمحضرة أهله قطع من سرق منه.

ووجه ذلك أن الذى أخفى مكانه لم يجعله حرزاً، ولا اعتمد على ذلك، وإنما اعتمد على إخفائه وستره والذى ترك ظاهراً، وكان بقرب منزله، وإنما اعتمد فى حفظه طعامه على موضعه مع قربه من مراعاته، فثبت له حكم الحرز.

مسألة: ومن طرح ثوباً بالصحراء، وذهب لحاجته فسرق، فإن كان منزلاً ينزله، قطع سارقه، وإلا لم يقطع. رواه ابن المواز عن ابن القاسم. وقال أشهب: إن طرحه بموضع ضيعة، فلا تقطع فيه، وإن طرحه بقرب منه أو من خبائه أو من خباء أصحابه لقطع من سرقة من غير أهل الخباء.

ومعنى ذلك أنه إنما طرحه بالفلاة، ولم يجعل ذلك منزلاً له لم يعتمد على الموضع فى حفظه، ولا ثبت للموضع حكم الحرز، وإن نزل بموضع اتخذ محلاً ثبت له حكم الحرز؛ لأنه قد اعتمد فيه على حفظ أسبابه، وكذلك إن وضعه بقربه أو بقرب خبائه أو بقرب خباء لغيره، وقد اعتمد فى حفظه على موضعه وجعله حرزاً له ليتمكن من مراعاته أو مراعاة أهل الخباء به، فمن سرقة ممن لا يشاركه فى موضعه، ثبت فى حقه القطع.

مسألة: ولو كان صبي على دابة عند باب المسجد، فسرق رجل ركابى سرجها، فقد روى أشهب عن مالك فى العتبية والموازية: إن لم يكن الصبي نائماً، وكان مستيقظاً، فعلى سارقها القطع، وإن كان نائماً، فيشبه أن لا قطع عليه.

وقال أشهب: إن كان نائماً، فلا قطع على السارق، ومعنى ذلك أن الموضع لم

ينزله صاحب الدابة، فليس يجرز بنفسه، وإنما يكون حرزاً يحفظ الصبى ما دام يقظاناً، فإذا نام مع كونه صبياً، زال عن الموضع حكم الحرز. وقال ابن حبيب عن أصبغ، فيمن نزل عن دابته وتركها ترعى، فسرق رجل سرجها من عليها: فلا قطع عليه كمن سرق شيئاً كان مع صبى لا يدفع عن نفسه.

وروى ابن المواز عن أصبغ عن ابن القاسم فيمن سرق قرطاً من أذن صبى أو سوراً عليه ومعه، فأما الصغير الذى لا يعقل ولا يجرز ما عليه، فإن كان معه أحد يحفظه قطع السارق، وإن لم يكن معه أحد يخدمه أو يصحبه، فلا قطع على السارق إلا أن يكون الصبى فى حرز، فيقطع سارق ما عليه.

وإن كان الصبى يعقل ويجرز ما عليه قطع من سرق منه شيئاً، وإن لم يكن فى حرز، ولا معه حافظ، وإن أخذه منه على خديعة بمعرفة من الصبى لم يقطع.

ووجه ذلك أن الصبى إذا لم يكن يعقل، فلا يثبت بموضعه ولا له حكم الحرز، فإن كان معه من يحفظه كان له حكم الحرز. وكذلك إذا كان هو يعقل؛ لأنه لم يتخذ ذلك الموضع الذى حل فيه منزلاً، ولو اتخذ من كان معه منزلاً ثبت للموضع حكم الحرز، وقطع سارق ما على الصبى، وإن لم يعقل ولم يكن معه حافظ.

قال ابن وهب عن مالك: إنما يراعى فى ذلك أن يكون مثله ممن يجرز ما عليه، فإنه يقطع من سرق ما عليه.

وحكى الشيخ أبو القاسم فى تقريره فيمن سرق خلخال صبى أو قرطه أو شيئاً من حليه: فقيه روايتان، إحداهما: عليه القطع إذا كان فى دار أهله أو فنائهم، والأخرى: لا قطع عليه.

فأورد الروايتين على الإطلاق، ولم يذكر فى شيء من ذلك تفصيلاً غير أنه يقتضى قوله: إذا كان فى دار أهله أو فى فنائهم، أنه صغير لا يمتنع بنفسه.

مسألة: ولو أن مسافرين، ضربوا أقيبتهم أو أناخوا إبلهم، فقد روى ابن القاسم عن مالك: القطع على من سرق بعض متاعهم من الخباء أو خارجه أو سرق من تلك الإبل، معقلة كانت أو غير معقلة، إن كانت قرب صاحبها، معناه أن تناخ فى منزلها الذى تأوى إليه بقرب خبائه، وأما إن أناخها على أن ينقلها إلى موضعه، فليس ذلك يجرز لها بانفراده. قال مالك: وكذلك ما كان من إبلهم فى المرعى.

مسألة: ومن سرق مركباً، فقد قال محمد: عليه القطع. قال ابن القاسم وأشهب: إن كانت فى المرسى على وتدها أو بين السفن أو موضع هو لها حرز، وكذلك إن كان معها أحد، وأما إذا لم يكن معها أحد أو كانت مخلاة أو افتلتت ولا أحد معها، فلا قطع على من سرقها، وإن كان بها مسافرون فأرسوا بها فى مرسى وربطوها، ونزلوا كلهم وتركوها فيه. قال ابن القاسم: يقطع من سرقها. وقال أشهب: إن ربطوها فى غير مرتبط لم يقطع كالدابة. وقال محمد: إن كان بموضع يصلح أن يرسى بها فيه قطع، وإن كان فى غير ذلك لم يقطع، فالأقوال كلها متفقة أنها إن كانت بموضع ينزل لها فهى حرزها، وإن كانت فى غير منزل لها، فليس بحرز بانفراده حتى ينضاف إلى ذلك من بحرزها، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَسْرِقُ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِيهِ الْقَطْعُ، ثُمَّ يُوجَدُ مَعَهُ مَا سَرَقَ، فَيُرَدُّ إِلَى صَاحِبِهِ: إِنَّهُ تَقَطَّعَ يَدُهُ.

قال مالك: فإن قال قائل: كيف تقطع يده، وقد أخذ المتاع منه، ودفع إلى صاحبه، فإنما هو بمنزلة الشارب يوجد منه ريح الشراب المسكر، وليس به سكر، فيجلد الحد، قال: وإنما يجلد الحد فى المسكر إذا شربه، وإن لم يسكره، وذلك أنه إنما شربه ليسكره، فكذلك تقطع يد السارق فى السرقة التى أخذت منه، ولو لم يتنفع بها ورجعت إلى صاحبه، وإنما سرقها حين سرقها؛ لينهب بها.

الشرح: وهذا على ما قال أن الذى يسرق ما يجب فيه القطع فيؤخذ منه، ويرد إلى صاحبه، أنه يقطع يريد أنه وجد معه المتاع خارج الحرز. قال أشهب: فقد وجب عليه القطع بإخراجه من الحرز، فلا يسقط عنه برده إلى صاحبه وكذلك لو رده إلى الحرز بعد إخراجه منه لم يسقط عنه ما قد وجب عليه من القطع برد المتاع إلى الحرز.

فرع: وإنما القطع بإخراج السرقة من الحرز على وجه الاستسرار والسرقة، فأما من دخل ليسرق، فاتزر بإزار ثم شعر به فأخذ فانقلت، والإزار عليه، فقد روى عيسى بن دينار ومحمد بن خالد عن ابن القاسم فى العتبية: لا قطع عليه، علم أهل البيت أن الإزار عليه أو لم يعلموا.

ووجه ذلك أنه لم يخرج من الحرز على وجه السرقة، وإنما أخرجه منه على وجه الاختلاس.

مسألة: ولو رأى صاحب المتاع السارق يسرق متاعه فتركه، وأتى بشاهدين فرأياه ورب المتاع يخرج بالسرقة، ففي العتبية والموازية لأصبيغ عن ابن القاسم، زاد فسى كتاب محمد: ولو أراد أن يمنعه منعه، فلا قطع عليه، ونحن نقول: إنه قول مالك. قال أصبيغ: عليه القطع.

وجه القول الأول أنه خرج بالمتاع بعلم صاحبه، فلم يكن سارقاً؛ لأن تسويغه ذلك كالأذن له.

وجه قول أصبيغ أنه خرج به مستسراً، فكان سارقاً؛ لأن اعتبار كونه سارقاً إنما هو راجع إلى صفة فعله دون صفة فعل غيره.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْقَوْمِ يَأْتُونَ إِلَى الْبَيْتِ، فَيَسْرِقُونَ مِنْهُ جَمِيعًا، فَيَخْرُجُونَ بِالْعِدْلِ يَحْمِلُونَهُ جَمِيعًا أَوْ الصُّنْدُوقِ أَوْ الْحَشْبَةِ أَوْ بِالْمِكْتَلِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَحْمِلُهُ الْقَوْمُ جَمِيعًا: إِنَّهُمْ إِذَا أَخْرَجُوا ذَلِكَ مِنْ حِرْزِهِ، وَهُمْ يَحْمِلُونَهُ جَمِيعًا، فَلَبَّغَ نَمْنُ مَا خَرَجُوا بِهِ مِنْ ذَلِكَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا، فَعَلَيْهِمُ الْقَطْعُ جَمِيعًا.

قَالَ: وَإِنْ خَرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَتَاعٍ عَلَى حِدَّتِهِ، فَمَنْ خَرَجَ مِنْهُمْ بِمَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا، فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَمَنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنْهُمْ بِمَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الجماعة إذا اشتركوا في إخراج السرقة من الحرز، ومبلغها ثلاثة دراهم، فعليهم القطع، وذلك على قسمين، أحدهما: أن لا يستطيعوا إخراجها إلا بالتعاون عليه، قاله ابن القاسم وابن الماجشون، قال مالك في الموازية: إنما مثل الجماعة تسرق ما قيمته ثلاثة دراهم، فيقطعون كالجماعة يقطعون يد الرجل خطأ، فإنه يلزم ذلك عواقلهم، وإن لم يصب كل عاقلة إلا عشر الدية.

وأما إذا كان اشتراكهم في إخراجها على غير وجه التعاون، وهم مما يمكن أحدهم الانفراد بإخراجها من غير تكلف مشقة كالثوب أو الصرة، فقد قال ابن القاسم في الموازية: إنما يقطع من أخرج منهم نصائباً.

وقال ابن حبيب عن عبدالمالك: كانت السرقة إذا قسطت عليهم أصاب كل واحد

٢٢٠ كتاب الحدود

منهم نصاب، فعليهم القطع، كانت خفيفة أو ثقيلة، وإن كانت قيمتها ثلاثة دراهم، قال القاضي أبو محمد: إذا كان مما يحتاج إلى تعاون قطعوا إذا بلغت قيمته ربع دينار، وإن كان مما لا يحتاج إلى التعاون، ففيه خلاف بين أصحابنا.

وقال الشيخ أبو القاسم في تفريره: لا قطع على أحد منهم إلا إن كان يصيب كل واحد منهم ربع دينار، قال: وقال بعض أصحابنا: عليهم القطع، سواء كانت سرقتهم يمكن الانفراد بها، أو لا يمكن ذلك فيها. قال القاضي أبو محمد: وقال أبو حنيفة والشافعي: لا قطع على واحد منهم.

قال: والدليل على ما نقوله قوله: عز وجل: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ﴾ وهذا عام إلا ما خصه الدليل. والدليل على ما نقوله أنهم اشتركوا فيما لو انفرد به أحدهم لوجب عليه الحد، فإذا اشتركوا فيه، وجب على جميعهم الحد كالقتل والزنى وشرب الخمر.

قال القاضي أبو محمد: ولأنهم سرقوا متاعاً، فحملوه على دابة إلى خارج الحرز، فإن القطع على جميعهم، والفرق بين المسألتين على رأى من رأى الفرق بينهما من أصحابنا أن ما نقل من المتاع لا يستطيع أحدهم أن يخرج به بانفراده، وإنما يخرجونه باجتماعهم، فكان كل واحد منهم مخرجاً له، لأنه لولاه لم يخرج به الآخر، فلم ينفرد واحد منهم بإخراج شيء منه؛ لأنه لو لم يكن يقدر على إخراج جملته، ولا جزء منه، مع كونه على تلك الحال، فكان إخراجهم متعلقاً بجمعهم؛ لأنه لا يخرجهم إلا جميعهم، وإذا كان الثوب الخفيف الذى يخرجهم أحدهم دون تكلف، فأخراج جماعتهم له إنما هو بمنزلة القبض له، والانفراد به، فقد انفرد كل واحد منهم بإخراج أقل من النصاب.

مسألة: وأما إن خرج أحدهم بالسرقة، ولم يخرج غيرهم شيئاً فالقطع على من أخرج النصاب دون غيره، وكذلك إن أخرج كل واحد منهم شيئاً اعتبر بما أخرج دون ما أخرج غيره، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: الأمر عندنا أنه إذا كانت دار رجل مغلقة عليه، ليس معه فيها غيره، فإنه لا يجب على من سرق منها شيئاً القطع حتى يخرج به من الدار كلها، وذلك أن الدار كلها هي حيزه، فإن كان معه في الدار ساكن غيره، وكان كل إنسان منهم يعلق عليه بابه، وكانت حيزاً لهم جميعاً، فمن سرق من بيوت تلك الدار

شَيْئًا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَخَرَجَ بِهِ إِلَى الدَّارِ، فَقَدْ أَخْرَجَهُ مِنْ حِرْزِهِ إِلَى غَيْرِ حِرْزِهِ،
وَوَجِبَ عَلَيْهِ فِيهِ الْقَطْعُ.

الشرح: معنى هذه المسألة تحقيق معنى الحرز، وذلك أن الحرز إذا كان داراً، فإنه
حرز لساكنه دون مالكة، فمن استعار بيتاً، فأحرز فيه متاعه، وأغلق عليه بابه، فنقب
عليه مالك البيت، وسرق المتاع، فإنه يقطع خلافاً للشافعي.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾. ومن
جهة المعنى أنه مكلف سرق نصاباً لا شبهة فيه من حرز مثله، فلزمه القطع كالأجنبي؛
لأن كون الحرز ملكاً له لا ينفي عنه القطع كما لو كانت داره فأكراها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن أحرز متاعه في بيت من داره، فلا يخلو أن تكون الدار
غير مباحة أو مباحة، فإن كانت الدار غير مباحة فساكن الدار واحد أو ساكنها جماعة
سكنى مشاعاً، فإن جميع الدار حرز واحد لا يقطع إلا من أخرج السرقة عن جميعها.

وإن كان ساكن الدار جماعة كل واحد منهم ينفرد بسكناه وبغلقه عن الآخر، فإن
كل مسكن منها حرز قائم بنفسه، فمن سرق من مسكن منها، فإنه يقطع إذا أخرج
السرقة منه، وإن وجد في الدار. وهذا معنى قول مالك في الموازية وغيرها، وإن كانت
الدار تدخل بغير إذن، فلا يخلو أن ينفرد ساكنها أو يسكنها جماعة.

فإن ساكنها واحد منفرد، قد حجر على نفسه في بعضها، ففي العتبية من رواية ابن
القاسم عن مالك في الدار التي هذه صفتها ولا باب لها، أنه من سرق من بعض بيوتها
فيوجد قد خرج به إلى الموضع الذي يدخل منه بغير إذن أنه لا يقطع حتى يخرج من
الدار.

قال ابن القاسم في كتاب محمد: وإن كان معه ساكن آخر فليقطع، وإن لم يخرج
من الدار. وقال أبو محمد: وأما الدار المباحة التي هي طرق للمارة المشتركة النافذة،
فهى عندي كالمقياس بالفسطاط، ليس الحرز فيها إلا من أحرز متاعه على جده، فمن
نزل منها موضعاً ووضع متاعه وتابوته، فلا ينقلب به ليلاً ونهاراً، وليست أبوابها حرزاً
لما فيها، وهى كالدور تغلق بالليل وتباح بالنهار، فعلى من سرق من ذلك الحرز فيها
القطع، وإن أخذ في الدار.

فإذا جمعنا بين القولين، فإن الإذن العام في الدار لا يخرجها عن أن تكون داراً حتى

٢٢٢ كتاب الحدود

تكون طريقاً للمارة نافذاً، فلا يتعلق به حيثُذ حكم الحرز، وإنما يكون كالربض لا يكون الحرز فيه إلا باتخاذ مستقراً، فهذا حكم الدار التي ينفرد بسكناها الساكن أو حكم مساكن الدار المشتركة.

وأما ساحتها، فقد قال ابن القاسم في العتبية: ولو نشر في الدار بعض الساكنين ثوباً، فسرقه أجنبي قطع، ولا يقطع إن سرقه بعض أهل الدار.

فرع: وهذا حكم ما يتعلق بالموضع، وقد يختلف حكم الحرز باختلاف ما يكون فيه، وقد تقدم ما ذكر لأصحابنا في أمتعة البيوت.

فأما الدابة تكون في الدار المشتركة فيها البيوت يسكن كل واحد منهم بيته، ويغلق عليهم، ويربط بعضهم في الدار دابته، ففي كتاب محمد: من خلع بابها أو نقبها، فأخذ من قاعتها دابة، فيؤخذ قبل أن يخرج بها من الدار، فالقياس أن يقطع إذا حلها، وبأن بها عن مذودها بالأمر البين، وإن لم يخرجها من الباب، وكذلك رزمة الثياب يكون ذلك موضعها مثل الأعكام والأعدال، والشئ الثقيل قد جعل في موضعه، فهو كالدابة على مذودها إذا أبرزه عن موضعه، قطع.

وأما إذا لم يكن فيها إلا ساكن واحد أو لا ساكن فيها، فلا يقطع حتى يخرج منها، وذلك بمنزلة الخشب الملقاة والعمود، وأما ما لا يشبه أن يكون ذلك موضعه، وإنما وضع ليحمل إلى مخزنه كالثوب والعيبة ونحوه، فلا يقطع فيه، وإن أخرجه من باب الدار إذا كانت مشتركة، وإن لم تكن مشتركة، وإنما يقطع إذا أخرجه من باب الدار يبين ذلك أن ما كان موضعه حرزاً لها، فإنه يقطع بنقله عنه في الدار المشتركة؛ لأن موضعه حرز له، وإن كانت الدار غير مشتركة فجميعها حرز له.

وأما ما وضع في غير حرزه المختص به لينقل إلى حرزه، فإن كانت الدار مشتركة، فلا يقطع فيه، لأنه ليس في حرزه، وإن كانت غير مشتركة فجميعها حرز له؛ لأنه لا ينقل عنها، وإنما ينقل فيها من موضع إلى موضع، فيتعلق القطع بإخراجه من جميعه دون نقله من موضعه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ يَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهِ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَيْسَ مِنْ خَدَمِهِ، وَلَا يَمِينُ يَأْمَنُ عَلَى بَيْتِهِ، ثُمَّ دَخَلَ سِرّاً، فَسَرَقَ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ الْأَمَةُ إِذَا سَرَقَتْ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدِهَا لَا قَطْعَ عَلَيْهَا.

وَقَالَ فِي الْعَبْدِ لَا يَكُونُ مِنْ خَدَمِهِ، وَلَا مِمَّنْ يَأْمَنُ عَلَى بَيْتِهِ، فَدَخَلَ سِرًّا، فَسَرَقَ مِنْ مَتَاعِ امْرَأَةٍ سَيِّدِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ: إِنَّهُ تُقَطَّعُ يَدُهُ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ أُمَةُ الْمَرْأَةِ إِذَا كَانَتْ لَيْسَتْ بِخَادِمٍ لَهَا وَلَا لِزَوْجِهَا، وَلَا مِمَّنْ تَأْمَنُ عَلَى بَيْتِهَا، فَدَخَلَتْ سِرًّا، فَسَرَقَتْ مِنْ مَتَاعِ سَيِّدَتِهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَلَا قَطْعَ عَلَيْهَا.

قال مالك: وَكَذَلِكَ أُمَةُ الْمَرْأَةِ الَّتِي لَا تَكُونُ مِنْ خَدَمِهَا، وَلَا مِمَّنْ تَأْمَنُ عَلَى بَيْتِهَا، فَدَخَلَتْ سِرًّا، فَسَرَقَتْ مِنْ مَتَاعِ زَوْجِ سَيِّدَتِهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، أَنَّهَا تُقَطَّعُ يَدُهَا.

قال مالك: وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ يَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ امْرَأَتِهِ، أَوْ الْمَرْأَةُ تَسْرِقُ مِنْ مَتَاعِ زَوْجِهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، إِنْ كَانَ الَّذِي سَرَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ مَتَاعِ صَاحِبِهِ فِي بَيْتِ سِوَى الْبَيْتِ الَّذِي يُعْلِقَانِ عَلَيْهِمَا، وَكَانَ فِي حِرْزِ سِوَى الْبَيْتِ الَّذِي هُمَا فِيهِ، فَإِنَّ مَنْ سَرَقَ مِنْهُمَا مِنْ مَتَاعِ صَاحِبِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ فِيهِ.

الشرح: وهذا على ما قال وأصل ذلك أن العبيد والإماء يقطعون في السرقة، مسلمين كانوا أو كافرين، ملكهم مسلم أو كافر، إذا سرقوا من مال أجنبي ومن سرق منهم من متاع سيده، فلا قطع عليه، وإن لم يكن من خدمه، ولا ممن يأمنه على بيته، وإن سرق عبدك وديعة عندك لأجنبي، ففي الموازية: لا قطع عليه.

ووجه ذلك أنه سرق من غير حرز عنه، وقال ربيعة: إذا سرق عبدك من مال لك فيه شرك، من موضع محجور عليه، قطع. وروى ابن وهب عن مالك: إن سرق أكثر من نصيب سيده، يريد بثلاثة دراهم، قطع. قال محمد: وهذا إذا كان شريك سيده أحرزه عن سيده، فإن لم يكن أحرزه عن سيده، فلا قطع عليه كما لو سرق وديعة عند سيده، قد أحرزت عن العبد.

وإطلاق رواية ابن وهب عن مالك يقتضى قطع العبد في سرقة وديعة عند سيده أحرزت عنه وهو الظاهر من قول ربيعة، وهو عندى قول محتمل؛ لأنه قد اجتمع فيه أنه مال لغير سيده، وقد أحرز عنه، ولم يؤذن له في الدخول إليه.

وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية فيمن جمع شيئاً من الزكاة ليقسمه بين المسلمين، فأدخله بيته، وأغلق عليه، فسرق منه عبده، فإنه يقطع، قال: وبلغنى ذلك عن مالك في البيت ما لم يأتمنه مولاه على دخوله، ولو كان يأتمنه على دخوله، وفتح له لم يقطع.

فرع: إذا ثبت أن العبد يقطع في مال مشترك بين سيده وأجنبي، فقد قال محمد: اختلف قول مالك في هذا الأصل، فروى ابن وهب عن مالك: أن من سرق أكثر من نصيب سيده، يريد بثلاثة دراهم، قطع. قال محمد: واختلف قول مالك في هذا الأصل، وأحب إلى إن سرق ما قيمته ستة دراهم.

وجه القول الأول أن ما سرق من المال المشترك، فإنه يسقط عنه فيه القطع، ما بينه وبين حصة سيده؛ لأنه بذلك سارق لمال سيده، فإذا سرق أكثر من ذلك بثلاثة دراهم، فقد سرق نصيباً لأجنبي.

وجه القول الثاني أن المال مشترك وحق سيده منه غير متعين، فيحمل على قدر اشتراكهما في المال، فإذا سرق ما في حصة الأجنبي منه أقل من ثلاثة دراهم، فلا قطع عليه؛ لأنه لم يسرق من مال الأجنبي، وإذا كان ما في حصة الأجنبي منه ثلاثة دراهم قطع؛ لأنه سرق من مال الأجنبي نصيباً، ولا يحمل ما سرقه على أن جميعه حصة السيد؛ لأنه ليس يتميز، وكونه مشاعاً يقتضى أنه سرق مالا لسيدة وللأجنبي، فيعتبر من ذلك بحصة الأجنبي منه.

مسألة: وإذا سرق عبد الخمس وعبد الفيء من الفيء، فإنهم يقطعون.

قَالَ مَالِكٌ فِي الصَّبِيِّ الصَّغِيرِ وَالْأَعْمَى الَّذِي لَا يُفْصَحُ: أَنَّهُمَا إِذَا سُرِقَا مِنْ حِرْزِهِمَا أَوْ غَلَقَهُمَا، فَعَلَى مَنْ سَرَقَهُمَا الْقَطْعُ، وَإِنْ خَرَجَا مِنْ حِرْزِهِمَا، وَغَلَقَهُمَا، فَلَيْسَ عَلَى مَنْ سَرَقَهُمَا قَطْعٌ. قَالَ: وَإِنَّمَا هُمَا بِمَنْزِلَةِ حَرِيسَةِ الْجَبَلِ وَالثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ.

الشرح: وهذا على ما قال، وأطلق في الصبي أنه من سرقه من الحرز، وجب عليه القطع، وبه قال ابن شهاب وربيعة والليث خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: لا يقطع. وحكى القاضي أبو محمد عن عبد الملك: ودليلنا أنه سرق نفساً مضمونة، فتعلق به القطع كالبهيمة، وقال أشهب: وذلك أن الصبي الحر لم يبلغ أن يعقل عن نفسه. قال ابن القاسم وأشهب: وإنما ذلك في الصبي الذي لا يعقل، فلا قطع فيه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندي أن يكون يميز مثل هذا، ويفهمه، ويمنع منه. قال أشهب: ومن دعا الصبي، فخرج إليه من حرزه، فمضى به قطع بخلاف الأعجمي يراطنه، فيخرج إليه، فيذهب به، فلا قطع عليه.

والفرق بينها أن خروج الأعجمي بقصد واختيار، وأما الصبي الصغير، فلا قصد له، فقد قال مالك فيمن أشار إلى شاة بلف خرجت إليه: لم يقطع كما لو جعل من أخرجها له. قال أشهب في الموازية: وكذلك لو أشار بلحم على باز أو إلى صبي أو أعجمي حتى خرج لم يقطع.

وقال عبدالمالك: يقطع في ذلك كله. قال محمد: ولا يعجبنا، فتقرر من هذا أنه على روايتين في ذلك. والفرق بين الصبي والأعجمي عائد إلى ذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومعنى الحرز أن يكون في دار أهله، رواه ابن وهب عن مالك. قال محمد: وكذلك إذا أن معه من يخدمه أو يحفظه، فإن ذلك حرز له، فمن سرقه من هذين الموضعين قطع.

مسألة: وأما الأعجمي الذي لا يفصح يقطع من سرقه، فالخلاف فيه كالخلاف في الصبي. قال ابن القاسم: هو مثل الأسود والصلقى الذي يؤتى به، ولا يعرف شيئاً. وأما الأعجمي المستعرب، يريد الذي قد عرف وميز، فلا يقطع من سرقه.

وروى في المدنية يحيى بن يحيى عن ابن نافع أنه كان يفصح ولا يفقه ما يقال له، فمن سرقه من حرزه وجب عليه القطع، ولو راطنه بلسانه، فخرج إليه، فذهب لم يقطع.

قال مالك: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الَّذِي يُنْبِشُ الْقُبُورَ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ مَا أُخْرِجَ مِنَ الْقَبْرِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ، فَعَلَيْهِ فِيهِ الْقَطْعُ.

وقال مالك: وَذَلِكَ أَنَّ الْقَبْرَ حِرْزٌ لِمَا فِيهِ كَمَا أَنَّ الْبَيْتَ حِرْزٌ لِمَا فِيهَا. قَالَ: وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ مِنَ الْقَبْرِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن النباش يقطع إذا أخرج من القبر ما يجب فيه القطع، وبه قال ابن المسيب وعمر بن عبدالعزيز وعطاء وربيعة، وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يقطع.

٢٢٦ كتاب الحدود

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ﴾ وهذا سارق، ولذلك روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: سارق موتانا كسارق أحيائنا، فسمته سارقاً فى اللغة، وإذا وقع عليه اسم سارق فى لغة العرب تناوله عموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ حتى يدل دليل على إخراجهم من ذلك من جهة المعنى.

فصل: وقوله: «وذلك لأن القبر حرز لما فيه كما أن البيوت حرز لما فيها» يريد أن من شرط القطع فى السرقة الإخراج من الحرز، والقبر حرز لما وضع فيه كما أن البيت حرز لما وضع فيه كما أن البيت حرز لما وضع فيه، ومعنى الحرز ما يوضع فيه الشيء على وجه الحفظ له، والمنع منه وذلك موجود فيما وضع من الكفر فى القبر.

فصل: وقوله: «ولا يجب عليه قطع حتى يخرج به من القبر» يريد أن القطع إنما يتعلق بإخراج السرقة من الحرز، فإذا وجدوا السرقة بعد فى القبر لم يخرجها، فلا قطع؛ لأنه لم يخرج سرقة من حرز، فلم تتم السرقة فيها، ولا استحق بعد اسم سارق.

وروى ابن المواز عن مالك: إلا أن يكون رمى بالمتاع خارجاً من القبر، فإنه يقطع. ومعنى ذلك أنه قد وجد منه إخراج السرقة من حرزها كما لو خرج وأخرجها؛ لأنه لا فرق بين أن يرمى بها ثم يخرج فيأخذها، وبين أن يخرجها فى معنى السرقة، والله أعلم وأحكم.

* * *

مألا قطع فيه

١٥٧٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَانَ أَنَّ عَبْدًا

١٥٧٩ - أخرجه الترمذى فى الحدود ١٤٤٩، والنسائى فى قطع السارق ٤٩٥٨، ٤٩٥٩، ٤٩٦٠، ٤٩٦١، ٤٩٦٢، ٤٩٦٣، ٤٩٦٤، ٤٩٦٥، ٤٩٦٦، ٤٩٦٧، ٤٩٦٨، وأبو داود فى الحدود ٤٣٨٨، وابن ماجه فى الحدود ٢٥٩٣، وأحمد فى مسند المكين ١٥٣٧٧، ومسند الشاميين ١٦٨٠٩، ١٦٨٣، والدارمى فى الحدود ٢٣٠٤، ٢٣٠٥، ٢٣٠٨، ٢٣٠٩.

قال ابن عبد البر: هذا حديث منقطع؛ لأن محمد بن يحيى لم يسمعه من رافع بن خديج، وقد رواه ابن عيينة، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمه وأسد بن حبان، عن رافع بن خديج؛ فإن صح هذا، فهو متصل مسند صحيح، ولكن قد حولف ابن عيينة فى ذلك؛ ولم يتابع عليه إلا ما رواه حماد بن دليل المدائنى عن شعبة، فإنه رواه، عن شعبة، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمه، عن رافع بن خديج. وأما غير حماد بن دليل، =

سَرَقَ وَدِيًّا مِنْ حَائِطِ رَجُلٍ، فَعَرَسَهُ فِي حَائِطِ سَيِّدِهِ، فَخَرَجَ صَاحِبُ الْوَدِيِّ يَلْتَمِسُ وَدِيَّهُ، فَوَجَدَهُ، فَاسْتَعْدَى عَلَى الْعَبْدِ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ فَسَجَنَ مَرْوَانَ الْعَبْدَ، وَأَرَادَ قَطْعَ يَدِهِ، فَاذْهَبَ سَيِّدُ الْعَبْدِ إِلَى رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ، فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثْرَةٍ، وَالْكَثْرُ الْجُمَارُ، فَقَالَ الرَّجُلُ: فَإِنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ أَخَذَ غُلَامًا لِي، وَهُوَ يُرِيدُ قَطْعَهُ، وَأَنَا أَحِبُّ أَنْ تَمْشِيَ مَعِيَ إِلَيْهِ، فَتُخْبِرَهُ بِالَّذِي سَمِعْتَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَمَشَى مَعَهُ رَافِعٌ إِلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، فَقَالَ: أَخَذْتَ غُلَامًا لِهَذَا؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ: فَمَا أَنْتَ صَانِعٌ بِهِ؟ قَالَ: أَرَدْتُ قَطْعَ يَدِهِ، فَقَالَ لَهُ رَافِعٌ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثْرَةٍ، فَأَمَرَ مَرْوَانَ بِالْعَبْدِ فَأَرْسَلَ».

الشرح: قوله: «أن عبدا سرق وديا من حائط رجل، فعرسه في حائط سيده، فأراد مروان قطع يده» والودي هو الغسيل، وهو صغار النخل. وقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية: لا يقطع من سرق نخلة أو كبيرة. قال القاضي أبو محمد: ولا يقطع في الجمار.

والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ: «لا يقطع في ثمر ولا كثر» والكثرة الجمار. قال القاضي أبو محمد، في الثمر المعلق: لا يقطع فيه؛ لأنه لم يضعه عندك من يقصد إحرازه.

ومعنى ذلك أن الثمر في الشجر ليس موضوع على وجه الإحراز، وكذلك النخلة والودي لو وضعا في منبتهما للإحراز، وإنما وضعت للنماء، فلم يكن حرزا يؤثر في إثبات القطع.

فإنما رواه عن شعبة، عن يحيى، عن محمد، عن رافع كما رواه مالك؛ وكذلك رواه الثوري، وحماد بن زيد، وحماد بن سلمة، وأبو عوانة، ويزيد بن هارون، وأبو خالد الأحمر، وعبد الوارث ابن سعيد، وأبو معاوية كلهم عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن رافع بن خديج. ورواه ابن جريج، وأبو أسامة، والليث بن سعد، على اختلاف عنه، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن رجل من قومه، عن رافع بن خديج. ورواه بشر بن المفضل، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن رجل من قومه، عن عمه، عن رافع بن خديج. ورواه الليث، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمه له أن غلاما سرق وديا، وساق الحديث. انظر: التمهيد ٨٧/٩.

٢٢٨ كتاب الحدود

مسألة: ولو اقتلع النخلة من موضعها، وهى مقطوعة الرأس، وخرج بها لم يقطع، ولو كانت خشبة ملقاة تركت فى الحائط لكان فيها القطع. قال ابن القاسم عن مالك: إذا قطعها ربهما ووضعها فى الجنان قطع سارقها، وكذلك جميع الشجر. قال محمد: وأظنه لا حرز لها إلا حيث ألقيت فيه، ولو وضعت فيه لتحمل إلى حرز لها لم يقطع حتى تضم إليه، وهذا أحب إلى وأحسب فيه اختلافاً.

مسألة: ولا قطع فى الثمر المعلق، رواه القاضى أبو محمد. وروى ابن المواز أن ذلك ما كان فى الحوائط والبساتين، فأما من سرق من ثمرة نخلة فى دار رجل ومنزله، فهذا يقطع إذا بلغت قيمتها على الرجاء والخوف ربع دينار، فجعل للدار تأثيراً فى حرز مثل هذا، ويكون صاحب الدار ساكناً معها، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا جد الثمر أو وضع فى أصل النخلة، ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك: فيه القطع، وإن لم يكن عنده حارس كما لا يراعى فى الحرز حارس، ويقتضى منه ابن القاسم فى مسألة الزرع أنه لا يقطع. واحتج أشهب بأن بقاءه يطول هناك.

وجه قول ابن القاسم أن ذلك ليس بحرز؛ لأنه لا يبقى فيه، وإنما هو موضع ينتقل منه إلى الجرين، وإذا آواه الجرين قطع سارقه، رطباً كان أو يابساً، وبهذا قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يقطع فى الأشياء الرطبة وما يسرع إليه الفساد.

والدليل على ما نقوله أنه سرق نصاباً من مال لا شبهة له فيه من حرز مثله، فوجب عليه القطع كما لو سرق يابساً.

مسألة: وأما الزرع يحصد ويربط يابساً، ويضم بعضه إلى بعض ليحمل إلى الجرين، فيسرق من ذلك المكان، ففى العتبية والموازية: يقطع سارقه، وإن لم يكن معه حارس، وليس كالزرع القائم، قال فى العتبية: وموضعه له حرز، وربما طال مقامه فيه، وبه قال أشهب وابن نافع.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم: لا يقطع إلا أن يكون له حائط فيقطع من سرق منه، وبه قال أصبغ، ووجهه ما تقدم.

مسألة: ومن سرق من ثمر المقتاة، فلا قطع عليه حتى يجمع فى الجرين، وهو فى الموضع الذى يجمع فيه ليحمل إلى البيع، قاله ابن القاسم فى العتبية والموازية، ووجه ذلك ما قدمناه.

فصل: وقوله: «فخرج صاحب الودى يلتمس وديه» يريد أنه وجدته مغروسًا في حائط سيد العبد، فيحتمل أن يكون وجدته به قبل أن يعلق أو بعد ما علق، ويمكن إذا اقتلع أن يعلق أو بعد أن يفوت ذلك فيه وعلى الحالين الأولين صاحب الودى مخير بين [.....] (١).

مسألة: ونقل الودى إلى الموضع القريب الذى لا مشقة فى رده، ولا قيمة لحمله لا يفيت استرجاعه، فإن نقله إلى بلد بعيد تلحق المشقة برده، ولحملة قيمة كثيرة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية فىمن سرق طعامًا، فنقله إلى بلد آخر فلقبه ربه، فليس لربه أخذه، وإنما له أخذه بمثله فى بلد سرقه به إلا أن يتراضيا على ما يجوز فى السلف، وفى الموازية عن مالك: إنما له مثله ببلد سرقته لا قيمته، ولا أخذه حيث وجدته، وقال أشهب: هو مخير.

ووجه القول الأول أنه لما أزمه مثله فى بلد سرقته لم يكن له أخذه حيث وجدته، إلا أنه بمنزلة أن أسلفه أياه حيث وجدته.

ووجه قول أشهب أنه متعد بنقله، وذلك لا يمنع المستحق من أخذ عين ماله كما لو أحدث فيه عملاً بغير عينه، وهذا أبين لأنه لا تتغير عينه بالنقل.

مسألة: وأما تغيير السارق للمتاع، فلا يخلو أن يكون ذلك فى الحرز أو خارجًا من الحرز، فإن وجدته داخل الحرز كالشاة يذبحها أو الطيب يتطيب به أو الثوب يقطعه، فإن بلغ قيمته ما خرج به منه النصاب لزمه القطع، وإن لم يبلغ ذلك، فلا قطع عليه؛ لأنه لم يخرج من الحرز نصابًا، فلم يجب عليه القطع، وما أتلفه فى الحرز، فليس له حكم السرقة وإنما له حكم الإتلاف.

مسألة: ولو أكل طعامًا فى الحرز يبلغ النصاب، لم يجب به القطع، ولو ابتلع دنانير ثم خرج لزمه القطع؛ لأن الدنانير لم تلتف بابتلاعه، والطعام قد تلف بذلك، والله أعلم وأحكم. ولو غير ذلك بعد إخراجه من الحرز لم يسقط عنه القطع؛ لأن القطع وجب عليه بإخراجه من الحرز.

فروع: إذا ثبت ذلك، فإن قطع السارق ووجد صاحب المتاع متاعه بعينه، فله أخذه، وإن أتلف السارق الشيء المسروق، فلا يخلو أن يكون موسرًا أو معسرًا، فإن كان موسرًا اتبع بقيمته. وقال أبو حنيفة: لا تجمع عليه الغرم والقطع، وكان صاحب المتاع مخيرًا، إن شاء أغرمه ولم يقطع، وإن شاء أقطعه ولم يغرمه.

(١) ما بين المعرفتين بياض فى الأصل.

٢٣٠ كتاب الحدود

والدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] قال القاضى أبو محمد: ولأن الغرم والقطع لا يتنافيان؛ لاختلاف سببهما؛ لأن الموجب للغرم إتلاف المال والموجب للقطع حق الله تعالى فى هتك الحرز، وإذا لم يتنافيا جاز أن يجتمعا كالعبد المملوك فيه الحد والقيمة؛ لأنه غير معلق عليها حق الله تعالى فى هتك الحرز، وإذا لم يتنافيا، جاز أن يجتمعا كما لو غصب أمة فوطئها وهلكت عنده للزمه الغرم والحد.

فرع: وإذا كان معسراً قطع ولم يتبع بشيء خلافاً للشافعى. قال القاضى أبو محمد: ولأن إتلاف المال لا تجب فيه عقوبتان، والاتباع بالغرم عقوبة، فلما تعاقب بالقطع لم يجعل عليه عقوبة اخرى. ومعنى ذلك عندى أن إحدى المطالبتين متعلقة به. والثانية منفصلة عنه متعلقة بماله، فلذلك اجتمعنا.

فرع: وإذا ثبت ذلك، فإنه إنما يسقط عنه بالقطع ما أتلفه خارج الحرز، وإذا ما أتلفه داخل الحرز، فلا يسقط عنه بالقطع فى يسره وعسره؛ لأن القطع إنما يجب بما أخرجه من الحرز، وأما ما أتلفه داخل الحرز، فلم يجب به قطع، فلزمه قيمته على كل حال.

فصل: وقوله: «فاستعدى على العبد» يحتل أن يكون صاحب الودى، إنما استعدى على العبد فى أن يرد إليه وديه، ويحتل أن يكون استعداه بمعنى أنه طلبه بأن يقطع يده فيكون معناه أعلمه منه بما يوجب القطع عليه، وكان سبباً لثبوت ذلك عنده، إما لأنه أقام عنده بذلك بينة أو لأنه كان سبباً لإقرار العبد على نفسه، ولو بلغ ذلك مروان من غير جهة صاحب الودى لكان قطعه؛ لأن القطع فى السرقة لا يفتقر إلى مطالبة المسروق منه، فيقطع، غاب أو حضر. وقال أصحاب الشافعى: يجبس إلى أن يحضر.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء﴾. ودليلنا من جهة المعنى أنه حد لله تعالى، فلم يفتقر إلى حضور من له حق متعلق به. أصل ذلك الزانى.

فصل: وقوله: «وأن مروان سجن العبد وأراد قطع يده» يحتل أن يكون سجنه لأن الشهادة لم تتم عليه، إذا كان منكرًا يسجنه لتتم عليه الشهادة، ويكون معنى أراد قطعه أنه اعتقد ذلك إن تمت الشهادة عليه، ويحتل أن يكون قد ثبت ذلك عليه واعتقد هو وجوب القطع ولكنه سجنه إلى أن يشارور فى ذلك أهل العلم، فيعلم موافقتهم له على

ذلك ومخالفتهم فيه، ولعله اعتقد ذلك من جهة عموم الآية، أو من جهة نظر فيوقف طلباً أو نظراً، أو لطلب نص أو ظاهر مخالفة نظره.

فصل: وقوله: «فذهب سيد العبد إلى رافع بن خديج فسأله عن ذلك» ليعلم ما يجب في ذلك، فإن وجب القطع استسلم لأمر الله تعالى، ولما لم يجب القطع رفعه عن عبده بإظهاره إلى مروان أو لعله رجا أن يجد فيه خلافاً بين العلماء، فيكون ذلك سبباً للعدول عن القطع، فأخبره رافع بأنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لا قطع في ثمر ولا كثير» والكثير الجمار.

وهذا خاص يختص بموضع الخلاف، ولما علم ذلك سيد العبد سأله أن يبلغ معه إلى مروان، ويعلمه بما عنده في ذلك عن النبي ﷺ، وأعلمه بما يريد من قطع يده بما اعتقده من خلاف ما عند رافع في ذلك، فذهب معه رافع إلى مروان قياماً بالحق، وإظهاراً له لا سيما في موضع يخاف أن ينفذ غيره بخلافه، فلما علم مروان بما عنده في ذلك عن رسول الله ﷺ رجع عن رأيه، وما اعتقده من قطع يد العبد، وأمر به فأرسل، يريد إلى صاحبه، والله أعلم وأحكم.

١٥٨٠ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ السَّائِبِ بْنِ زَيْدٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو ابْنَ الْحَضْرَمِيِّ جَاءَ بِغُلَامٍ لَهُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ لَهُ: أَقْطَعُ يَدَ غُلَامِي هَذَا، فَإِنَّهُ سَرَقَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: مَاذَا سَرَقَ؟ فَقَالَ: سَرَقَ مِرْآةً لَامُرَأَتِي تَمَنُّهَا سِتُونَ دِرْهَمًا، فَقَالَ عُمَرُ: أَرْسِلْهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ.

الشرح: قول عبدالله بن عمرو: «اقطع يد غلامي» يقتضى أنه اعتقد أنه لا يجوز له قطع يده، وإنما ذلك إلى الإمام والحاكم بخلاف الجلد فى الزنى والخمر، فإن للسيد إقامته على عبده.

وأما ما فيه قطع عضو أو قتل، فإن ذلك ليس لأحد إقامته إلا الإمام، فأخبر عبدالله بن عمرو سبب ما دعاه إليه من قطع يده هو أنه سرق، ولم يبين معنى السرقة لما لم يختلف ذلك عنده.

ولما اختلف ذلك عند عمر سأله عما سرق، ويحتمل أن يكون سأله لتقدير النصاب،

١٥٨٠ - أخرجه البيهقي فى السنن الكبرى ٢٨٢/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم

٢٣٢ كتاب الحدود

ويحتمل أن يكون سألته ليتوصل بذلك إلى ما توصل إليه من معرفة المالك لما سرق من معرفة صفة الحرز الذي منه سرق، فأجابه عن النصاب بأن قيمته ستون درهماً، وهى أمثال النصاب، وأعلمه أن ما سرق هو امرأة، والمرأة مما يقطع سارقها، وكذلك كل مثمون، كان أصله مباحاً، أو غير مباح.

قال فى كتاب ابن المواز: حتى الماء إذا أحرز لوضوء أو شرب أو غيره إذا سرق منه ما قيمته ثلاثة دراهم، فإنه يقطع سارقه، وأعلمه أن المرأة كانت لامرأته، فرأى عمر أن لا قطع عليه فى ذلك، وقال: «خادمكم سرق متاعكم»، وذلك أنه فهم منه، والله أعلم أن هذا الغلام كان يخدمهم، ويدخل إلى الموضع الذى فيه متاع امرأته، ويكون فيه مثل هذا مما يحتاج أن تستعمله له فى كثير من أوقاتها.

وقد روى ابن المواز عن مالك: أن العبد إذا سرق من متاع زوجة سيده من بيت أذن له فى دخوله، فلا قطع عليه، وإن سرقه من بيت لم يؤذن له فى دخوله، فإنه يقطع. وكذلك عبد الزوجة يسرق من مال الزوجة.

مسألة: ويقطع كل واحد من الزوجين بسرقة مال الآخر إذا سرقه من موضع لم يؤذن له فيه خلافاً لأبى حنيفة، وأحد قولى الشافعى فى قولهما: لا قطع فى ذلك.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾. ودليلنا من جهة المعنى أنه مكلف سرق ما لا شبهة له فيه من حرز مثله كالأجنبى.

مسألة: ولا يقطع الأب بسرقة مال ابنه، واختلف فى الجدد، ففى الموازية عن ابن القاسم: لا يقطع. وقال أشهب: يقطع، ويقطع من سواهم من القرابات.

ووجه قول ابن القاسم أنه مدلل بأبيه كالأب. ووجه قول أشهب أنه لا يقضى له بالنفقة عليه، فقطع لسرقة ماله كالأجنبى.

ويقطع الابن بسرقة مال أبيه، خلافاً للشافعى لما ذكرناه لأن الابن لا شبهة له فى مال الأب بدليل أنه لو زنى بأخته حر فهو كالأخ والأجنبى، وإذا سرق العبد من مال ابن سيده قطع، قاله ابن القاسم فى العتبية، يريد، والله أعلم؛ لأنه سرق ما لا شبهة فيه، ولا نفقة له منه، وليس بمال لسيده، فوجب عليه القطع كما لو سرق مال الأجنبى.

فصل: وقول عمر: «خادمكم سرق متاعكم» يقتضى أن الخادم، لو سرق مال من هو خادم له، فلا يقطع عليه، وهذا إذا كان جميعه ملكاً له، فإن كان العبد مشتركاً

فسرق مال بعض من له فيه حصّة، ففى الموازية: لا قطع عليه، ولو سرق عبدك أو مكاتبك أو مدبرك من مال سيدك أو مكاتبك أو مدبرك مما حجر عنه لم يقطع.

١٥٨١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ مَرْوَانَ بْنَ الْحَكَمِ أْتَى بِإِنْسَانٍ قَدِ اخْتَلَسَ مَتَاعًا، فَأَرَادَ قَطْعَ يَدِهِ، فَأَرْسَلَ إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ زَيْدُ ابْنُ ثَابِتٍ: لَيْسَ فِي الْخُلْسَةِ قَطْعٌ.

الشرح: قوله: «أن مروان أتى بسارق قد اختلس متاعًا فأراد قطع يده» يحتمل أن يكون سماه سارقًا لسرقة تقدمت له قبل هذا من حكم السرقة، ولذلك أراد أن يقطع يده.

ومعنى ذلك أنه ظهر إليه من حكمه لكنه أراد الاستظهار على ما ظهر إليه من ذلك أو تحقيقه، إن كان لم يتحققه بسؤال أهل العلم زيد بن ثابت وغيره، فقال زيد بن ثابت وغيره: «ليس فى الخلسة قطع»، والخلسة أن يأخذ الشيء مسارعًا ويبادر بأخذه منه على غير وجه الاستسرار، والسرقة إنما هى أخذه على وجه الاستسرار من غير اختلاس ولا مبادرة وقال عطاء: تقطع اليد المختفية ولا تقطع المختلسة.

١٥٨٢ - مَالِك، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَخْبَرَنِي أَبُو بَكْرِ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ أَخَذَ نَبْطِيًّا قَدْ سَرَقَ خَوَاتِمَ مِنْ حَدِيدٍ، فَحَبَسَهُ لِيَقْطَعَ يَدَهُ، فَأَرْسَلْتُ إِلَيْهِ عَمْرَةَ بِنْتُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ مَوْلَاةٌ لَهَا يُقَالُ لَهَا أُمِّيَّةٌ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: فَجَاءَتْنِي، وَأَنَا بَيْنَ ظَهْرَانِي، النَّاسِ، فَقَالَتْ: تَقُولُ لَكَ عَخَالَتِكَ عَمْرَةَ: يَا ابْنَ أُخْتِي، أَخَذْتَ نَبْطِيًّا فِي شَيْءٍ يَسِيرٍ ذُكِرَ لِي، فَأَرَدْتَ قَطْعَ يَدِهِ؟ قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَتْ: فَإِنَّ عَمْرَةَ تَقُولُ لَكَ: لَا قَطْعَ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا قَالَ أَبُو بَكْرٍ: فَأَرْسَلْتُ النَّبْطِيَّ.

الشرح: قوله: «أنه أتى بنبطى قد سرق خواتم حديد» النبطى يحتمل أن يكون من أهل الذمة، ويحتمل أن يكون قد أسلم، وعلى كلا الحالتين يقطع فى السرقة، وكذلك المعاهد المستعلن وللشافعى قولان، وحليله قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا﴾ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٢٨٠/٨. معرفة السنن والآثار ١٢/١٧٢٤٧. وذكره

ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٦٢.

١٥٨٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٦٣.

٢٣٤ كتاب الحدود

أيديهما» وهذا عام. ودليلنا من جهة القياس أنه حق لله تعالى يتعلق به حق لآدمي، فوجب أن يقام على أهل الذمة، والعهد كحد القذف.

فصل: وقوله: «يجسه ليقطع يده» يحتمل ما قلناه من أنه اعتقد وجوب القطع، فأراد أن يستظهر بفتوى العلماء، فسجنه إلى أن يتفرغ لذلك، ويحتمل أن يكون سجنه ليأتي من يستوفى ذلك منه، ويحتمل أن يكون سجنه لشدة وقت خاف منه عليه فسجنه إلى أن يزول المانع من شدة برد أو مرض أو غير ذلك، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «أخذ بطيا في شيء يسير» يقتضى اعتبار النصاب، وأن قيمة الخواتم تقصر عن ذلك، ولا يثبت النصاب بقولها: «وذلك ربع دينار» وقد تقدم ذكره.

فرع: وإرساله النبطى عندما انتهى إليه من قولها دليل على صحة فتوى النساء وصحة الأخذ بأقوالهن إذا كنَّ من أهل العلم، وأن الواحدة تجزئ في ذلك على ظاهر الأمر؛ لأنه من باب الخبر، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَالْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي اعْتِرَافِ الْعَبِيدِ أَنَّهُ مَنِ اعْتَرَفَ مِنْهُمْ عَلَى نَفْسِهِ بِشَيْءٍ يَفْعُ الْحَدَّ فِيهِ أَوْ الْعُقُوبَةَ فِيهِ فِي جَسَدِهِ، فَإِنَّ اعْتِرَافَهُ جَائِزٌ عَلَيْهِ، وَلَا يُتَّهَمُ أَنْ يُوقَعَ عَلَى نَفْسِهِ هَذَا.

قال مالك: وَأَمَّا مَنْ اعْتَرَفَ مِنْهُمْ بِأَمْرٍ يَكُونُ غُرْمًا عَلَى سَيِّدِهِ، فَإِنَّ اعْتِرَافَهُ غَيْرُ جَائِزٍ عَلَى سَيِّدِهِ.

الشرح: وهذا على ما قال أن من اعترف من العبيد بشيء يوجب عقوبة في جسمه كالقتل والقطع في السرقة، وغير ذلك من الحدود، فإن إقراره نافذ عليه، وأما ما كان يوجب إقراره نقل رقبته إلى غير سيده مثل أن يقر بجناية خطأ أو يقر بما يوجب غرما على سيده أو دينا في ذمته أو متعلقا برقبته، فإنه لا يقتل ذلك بقوله إلا أن يصدقه سيده، قاله الشيخ أبو القاسم، فإنه يتهم في ذلك، ولا ينفذ شيء من ذلك على سيده، وقد تقدم ذكر هذا، وبالله التوفيق.

قال الشيخ أبو القاسم: إذا أقر العبد بالسرقة، وأنكر سيده قطعت يد العبد، والمال للسيد دون المقر له.

قال مالك: لَيْسَ عَلَى الْأَجِيرِ، وَلَا عَلَى الرَّجُلِ، يَكُونَانِ مَعَ الْقَوْمِ يَحْدُمَانِهِمْ إِنْ

سَرَقَاهُمْ قَطَعُ؛ لِأَنَّ حَالَهُمَا لَيْسَتْ بِحَالِ السَّارِقِ، وَإِنَّمَا حَالُهُمَا حَالُ الْخَائِنِ،
وَلَيْسَ عَلَى الْخَائِنِ قَطْعٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن الأجير والخادم المؤمن على الدخول والخروج لا قطع عليهم؛ لأن أخذ هؤلاء ليس على وجه السرقة، وإنما هو على وجه الخيانة والخائن لا قطع عليه لأن صاحب المتاع قد ائتمنهم على الوصول إلى ما سرقوه، فأشبهه المودع بجحد ويخون؛ لأن القطع في السرقة من شروطها الحرز، ومن أبيع له الوصول إلى موضع، ليس ذلك في حقه حرزاً.

قَالَ مَالِكٌ فِي الَّذِي يَسْتَعِيرُ الْعَارِيَةَ، فَيَجْحَدُهَا: إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ، فَجَحَدَهُ ذَلِكَ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ فِيمَا جَحَدَهُ قَطْعٌ.

الشرح: وهذا على ما قال أن المستعير لا قطع عليه في جحد العارية خلافاً لأحمد ابن حنبل في قوله: عليه القطع. والدليل على ما نقوله أن هذا مؤمن فلم يجب عليه القطع بجحد ما ائتمن عليه كالمودع.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي السَّارِقِ يُوجَدُ فِي الْبَيْتِ قَدْ جَمَعَ الْمَتَاعَ، وَلَمْ يَخْرُجْ بِهِ، إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ كَمَثَلِ رَجُلٍ وَضَعَ يَدَيْهِ خَمْرًا لِيَشْرَبَهَا، فَلَمْ يَفْعَلْ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ حَدٌّ، وَمَثَلُ ذَلِكَ رَجُلٌ جَلَسَ مِنْ امْرَأَةٍ مَجْلِسًا، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُصِيبَهَا حَرَامًا، فَلَمْ يَفْعَلْ، وَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ مِنْهَا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَيْضًا فِي ذَلِكَ حَدٌّ.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْخُلْسَةِ قَطْعٌ، بَلْغَ ثَمَنُهَا مَا يُقَطَعُ فِيهِ أَوْ لَمْ يَبْلُغْ.

الشرح: وهذا على ما قال أن السارق إذا دخل الحرز، فوجد المتاع، فأخذ قبل أن يخرج به، فلا قطع عليه؛ لأن سرقة لم تتم بعد بإخراج المتاع من الحرز، ونقله عنه، ولو قرب المتاع إلى باب الحرز فناوله آخر خارجاً من الحرز قطع الذي دخل بها، وعوقب للمتاع، رواه ابن وهب عن مالك، وقاله ابن القاسم.

٢٣٦ كتاب الحدود

وروى القاضى أبو محمد فى الذى يقرب المتاع إلى النقيب يتركه، فيدخل صاحبه من خارج الحرز يده، فيأخذه، أن القطع على الذى أخذه. وحكى عن الشيخ أبى القاسم أنه قال: يقطع. ويحتمل أن يقال: لا يقطع. وقال أبو حنيفة: لا يقطع واحد منهما.

وقال القاضى أبو محمد: ودليلنا أن القطع يجب بهتك حرمة الحرز وإخراج السرقة منه، وقد وجد ذلك من الخارج، فوجب أن يلزمه القطع.

وقال أشهب: إذا أدخل يده الخارج إلى الحرز، فنأوله الداخل قطعاً جميعاً، وإن أخذ الداخل فى الحرز قبل خروجه.

وقال ابن القاسم: لو اجتمعت أيديهما فى البيت فى المناولة قطعاً جميعاً، فيحتمل قول ابن القاسم الوفاق. لقول أشهب، وأنه إذا قرب به إلى النقب ولم يناوله، فلا قطع عليه، فإن تناوله فعليه القطع. وقد قال ابن القاسم فى الداخل يربط المتاع ليخرجه الخارج: فالحق أنهما يقطعان جميعاً. وحكاها القاضى أبو محمد من المذهب بخلافاً للشافعى فى قوله: القطع على المخرج وحده.

ودليلنا على وجب القطع عليهما أن كل واحد منهم سارق قد هتك الحرز بإخراج المتاع منه، فالذى ربطه بمنزلة ما لو جعله على ظهر دابة، فخرجت به، فإنه يلزمه القطع.

مسألة: ولو رمى أحدهما بالمتاع من الحرز إلى خارجه، ثم يؤخذ قبل أن يخرج من الحرز، فإنه يقطع، قاله ابن القاسم، ورواه عن مالك أشهب وابن عبدالحكم. وروى ابن القاسم عنه: يقطع؛ لأن القطع فى خروج المتاع لا فى خروج السارق.

مسألة: ولو كان أحد السارقين على ظهر البيت والآخر أسفله، فقد قال ابن القاسم: إن أدلى له حبلاً فربط به الأسفل المتاع، ورمى به إليه، وقال فى موضع آخر: ورفع الأعلى، فإنهما يقطعان.

قال محمد: وهذا أحب إلى لتعاونهما على إخراج مع حاجتهما إلى التعاون، وكذلك يحمل على الآخر ما يخرج به، وبهذا أخذ أشهب، ورواه ابن القاسم وأشهب عن مالك، ولو ناول الذى أسفل البيت والذى على ظهر البيت دون الذى فى الطريق، وقاله ربيعة وعبدالمك.

كتاب الحدود ٢٣٧

وقال الشيخ أبو القاسم: القطع على من أخرج من الحرز إلى الطريق أو أخرج من الحرز على ظهر البيت بمنزلة الذى أسفله دون الذى يناوله من أسفل الدار، وقال: وأحسب أن فى الأسفل روايتين عن مالك.

ووجهه أن الذى على ظهر البيت بمنزلة الذى أسفله، وإنما الإخراج من الحرز بطرحة فى الطريق، وما دام على ظهر البيت، فلم يخرج بعد عن الحرز.

ووجه رواية ابن القاسم بنفى القطع عن المناول من أسفل الدار أنه لم يخرج شيئاً من الحرز، وإنما ناوله لمن كان معه فى الحرز، فالقطع على من أخرج من الحرز. وقال ابن وهب عن مالك: لو أخرج الذى داخل الحرز يده بالسرقة، فيتناولها منه أحد بخارج الحرز، فالقطع على الداخل، لأنه هو المخرج لها من الحرز، والله أعلم وأحكم.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجامع

الدعاء للمدينة وأهلها

١٥٨٣ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُمْ فِي مَكِّيَالِهِمْ، وَبَارِكْ لَهُمْ فِي صَاعِيهِمْ وَمُدِّهِمْ»، يَعْنِي أَهْلَ الْمَدِينَةِ.

الشرح: دعاؤه ﷺ أن يبارك لأهل المدينة في مكيالهم وصاعهم ومدهم، يقتضى تفضيله لها وحرصاً على الرفق بمن يسكنها لما افترض على الناس في زمن الهجرة من سكنها، ثم زال حكم الفرض وبقي الندب، ويحتمل أن يريد بالمكيال الصاع والمد، فذكرهما أولاً باللفظ العام، ثم أكد باللفظ الخاص، ويحتمل أن يريد به غير ذلك من المكيال ما هو أعظم من الأوسق وغيرها، وما هو أصغر منها كنصف المد وغيره.

ويحتمل أن يريد بالبركة أن يبارك بركة دنيا وآخره، ففي الدنيا أن يكون الطعام الذى يكال بهذا الكيل لا اختصاصه بأهل المدينة تكثر بركته، بأن يجزئ منه العدد ما لا يجزئ ما كيل بغيره أو يبارك في التصرف به على وجه التجارة بمعنى الإرباح، أو يريد به المكيل، فيكون ذلك دعاء في كثرة ثمارهم وغلاتهم وتجاراتهم.

وأما البركة الدينية، فإنها بهذا الكيل يتعلق كثير من العبادات من أداء زكاة الحبوب وزكاة الفطر والكفارات.

١٥٨٣ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٣٠، مسلم فى الحج ١٣٦٨، الجهاد والسير ١٣٦٥، أحمد

فى باقى مسند المكثرين ١٢٢٠٥، ١٣١٣٣، الدارمى فى البيوع ٢٥٧٥.

قال ابن عبد البر: هذا من فصيح كلام رسول الله ﷺ، وبلاغته، وفيه استعارة بينة؛ لأن الدعاء إنما هو للبركة فى الطعام المكيل بالصاع والمد، لا فى الظروف، والله أعلم. وقد يحتمل على ظاهر العموم، أن يكون فى الطعام والظروف.

١٥٨٤ - مَالِك، عَنِ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنِ أَبِيهِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ النَّاسُ إِذَا رَأَوْا أَوَّلَ الثَّمَرِ جَاءُوا بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَإِذَا أَخَذَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «اللَّهُمَّ بَارِكْ لَنَا فِي ثَمَرِنَا، وَبَارِكْ لَنَا فِي مَدِينَتِنَا، وَبَارِكْ لَنَا فِي صَاعِنَا، وَبَارِكْ لَنَا فِي مُدْنَا، اللَّهُمَّ إِنَّ إِبْرَاهِيمَ عَبْدُكَ وَخَلِيلُكَ وَنَبِيُّكَ، وَإِنِّي عَبْدُكَ وَنَبِيُّكَ، وَإِنَّهُ دَعَاكَ لِمَكَّةَ، وَإِنِّي أَدْعُوكَ لِلْمَدِينَةِ بِمِثْلِ مَا دَعَاكَ بِهِ لِمَكَّةَ وَمِثْلَهُ مَعَهُ، ثُمَّ يَدْعُو أَصْغَرَ وَكَبِيرَهُ يَرَاهُ فَيُعْطِيهِ ذَلِكَ الثَّمَرَ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «كان الناس إذا رأوا أول الثمر» يريد أول ثمر النخل؛ لأنه هو مقصود ثمارهم «أتوا به للنبي ﷺ تبركاً بدعائه، وإعلاماً له بيدو صلاح الثمار، إما لما كان يتعلق به من إرسال الخراس إلى ثمارهم ليستحلوا أكلها وبيعها والتصرف فيها، وإما ليعلموه جواز بيع ثمارهم لنبيه ﷺ عن بيعها قبل بدو صلاحها.

فصل: وقوله: «فإذا أخذه رسول الله ﷺ قال: اللهم بارك لنا في ثمرنا» يريد أخذه لينظر إليه، ويدعو لهم فيه، ثم دعا لهم مع ذلك في مدينتهم، يريد والله أعلم، في غير ذلك من مرافقها ومنافعها.

فصل: وقوله ﷺ: «اللهم إن إبراهيم عبدك و خليلك و نبيك، و انى عبدك و نبيك» يريد إظهار وسيلته إلى الله تعالى، وذكر نعمته عليه كما أنعم على إبراهيم، ثم قال: «وان إبراهيم دعا لمكة» يريد ﷺ قوله عز وجل: ﴿رَب اجعل هذا بلدا آمنا وارزق أهله من الثمرات﴾ [البقرة: ١٢٦].

وقوله ﷺ: «وانى أدعوك للمدينة بمثل ما دعاك به لمكة ومثله معه». قال القاضى أبو محمد: فى هذا دليل على فضل المدينة على مكة، قال: لأن تضعيف الدعاء لها، إنما هو لفضلها على ما قصر عنها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أن وجه الدليل من ذلك أن إبراهيم عليه السلام دعا لأهل مكة بما يختص بديارهم، فقال: ﴿وارزق أهله من

١٥٨٤ - أخرجه مسلم فى الحج ١٣٧٣، الترمذى فى الدعوات ٣٤٥٤، ابن ماجه فى المناسك ٣١١٣، الأئمة ٣٣٢٩، أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٥٩٦، باقى مسند الكثرين ٨١٧٣. وذكره فى الكنز برقم ٣٤٨٨٢ وعزاه السيوطى إلى مسلم والترمذى، عن أبى هريرة.

٢٤٠ كتاب الجامع

الشمرات ﴿وقال: ﴿فأجعل أفدة من الناس تهوى إليهم وارزقهم من الثمرات﴾ [إبراهيم: ٣٧] وأن النبي ﷺ دعا لأهل المدينة بمثل ذلك ومثله معه، فيحتمل أن يريد به وبدعاء آخر معه، وهو لأمر آخرتهم، فتكون الحسنات تضاعف للمدينة بمثل ما تضاعف بمكة.

وإنما معنى فضيلة إحدى البقعتين على الأخرى فى تضعيف الحسنات وغفران السيئات، يحتمل أن يريد أن إبراهيم أيضاً دعا لأهل مكة بأمر آخرتهم، وعلم هو ﷺ بمثل ذلك، وبمثله معه، فيعود إلى مثل ما قدمناه ذكره.

ويحتمل أن يريد أن إبراهيم ﷺ دعا لأهل مكة فى ثمراتهم ببركة قد أجاب الله دعاءه فيه، وأنه ﷺ دعا لأهل المدينة فى ثمراتهم أيضاً بمثل ذلك، ومثله معه، فلا يكون هذا دليلاً على فضل المدينة على مكة فى أمر الآخرة، وإنما يدل ذلك على أن البركة فى ثمارهم مثل البركة فى ثمار مكة، إما لقرب تناولها أو لكثرتها أو لفضلها، أو للبركة فى الاقتيات بها، أو ليوصل من يقتات بها من المدينة إلى مثلى ما يتوصل به من يقتات فى مكة بثمارها، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ثم يدعو أصغر وليد يراه فيعطيه ذلك الثمر» يحتمل أن يريد بذلك عظم الأجر فى إدخال المسرة على من لا ذنب له لصغره، فإن سرور ذلك به أعظم من سرور الكبير، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء فى سكنى المدينة والخروج منها

١٥٨٥ - مالك، عن قطن بن وهب بن غمير بن الأجدع، أن يحنس مولى الزبير بن العوام، أخبره أنه كان جالساً عند عبد الله بن عمر فى الفتن، فأتته مولاة

١٥٨٥ - أخرجه مسلم فى الحج ١٣٧٧، الترمذى فى المناقب ٣٩١٨، أحمد فى مسند الكثيرين من الصحابة ٥٨٩٩، ٥٩٦٥، ٦١٣٩.

قال ابن عبد البر: هكذا روى يحيى بن يحيى هذا الحديث عن مالك، فقال فيه: عن قطن بن وهب بن عويمر بن الأجدع، وكذلك رواه ابن بكير وأكثر الرواة. ورواه ابن القاسم، عن مالك، عن قطن بن وهب، عن عويمر بن الأجدع أن يحنس، والصحيح ما رواه يحيى ومن تابعه، وكذلك نسبه ابن البرقي، وقال فيه القعنبي: عن قطن بن وهب أن يحنس مولى الزبير. ورواية القعنبي تشهد لصحة ما روى يحيى ومن تابعه، والله أعلم. انظر: التمهيد ٢١١/٩.

كتاب الجامع ٢٤١
لَهُ تُسَلِّمُ عَلَيْهِ، فَقَالَتْ: إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ اشْتَدَّ عَلَيْنَا الزَّمَانُ،
فَقَالَ لَهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: اقْعُدِي لِكَعْبُ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا
يَصْبِرُ عَلَى لَأْوَائِهَا وَشِدَّتِهَا أَحَدٌ إِلَّا كُنْتُ لَهُ شَفِيعًا أَوْ شَهِيدًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ».

الشرح: قول المرأة لعبد الله بن عمر رضى الله عنه: «إني أردت الخروج» تريد من المدينة.

وقولها: «اشتد علينا الزمان» تريد، والله أعلم، لقلة الأوقات ولضيق التصرف بها من أجل الفتنة، ولعله قد اقترن بذلك من منع جلب الأوقات إليها ما أغلى الأوقات بها.
فصل: وقول ابن عمر: «اقعدى لكعب» على وجه الإنكار عليها، والتبسط بالسب على وجه النصح لها والإشفاق عليها لخطئها فيما تريد من الانتقال عن المدينة مع ما فى ملازمتها، والصبر على شدتها من الأجر الجزيل.

فصل: وقول النبي ﷺ: «لا يصبر على لأوائها وشدتها أحد» اللأواء، قال عيسى بن دينار: هو الجوع، وتعذر التكسب، والشدة، يحتمل أن يريد بها اللأواء، ويحتمل أن يريد بها كل ما يشتد به سكانها، وتعظم مضرتة.

وقوله ﷺ: «إلا كنت له شفيعاً أو شهيداً يوم القيامة» يحتمل أن يكون شكاً من ابن عمر، ويحتمل أن يكون شكاً من الراوى عنه قال عيسى بن دينار: هو شك من المحدث، وقاله محمد بن عيسى الأعشى.

والشفاعة على قسمين عند كثير من أهل السنة، وهى شفاعة فى زيادة الدرجات لمن دخل الجنة، وشفاعة فى الخروج من النار خاصة وقد تظاهرت الأخبار عن النبي ﷺ بشفاعته لمذنبى أمته وخروجهم من النار بشفاعته ولم يختلف فى هذه الشفاعة أهل السنة.

فإن كان لفظ الحديث: كنت له شفيعاً، فإنه يحتمل أن يريد به الشفاعة لمذنبهم فى الخروج من النار، والشفاعة لمحسنهم فى زيادة الدرجات، فيكون معناه: إلا كنت له شفيعاً من النار، إن امتحن بها أو شفيعاً فى زيادة درجاته فى الجنة إن سلم منها.

ويحتمل أن يريد: إلا كنت له شفيعاً فى الخروج من النار، إن احتاج ذلك، فتختص شفاعته على هذا التأويل بالمذنبين، والأول أعم، والله أعلم، بما أراد.

وقوله: «أو شهيدا» يحتمل أن يريد أنه شهيد له بالمقام الذى فيه الأجر، ويقتضى ذلك أن لشهادته فضلا فى الأجر وإحباطا للوزر، فإنه لا شك أن سكانه فى المدينة يثبت، ويوجد ثابتا فى جملة حسناته، إلا أن لشهادة النبى ﷺ زيادة أجر ومزية، ولذلك قال ﷺ فى قتلى أحد: «هؤلاء أنا شهيد عليهم» والله أعلم. وهذا الحديث يقتضى أن فضيلة استيطان المدينة والبقاء بها باقية بعد النبى ﷺ.

١٥٨٦ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُكَدَّرِ^(١)، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ أَعْرَابِيًّا بَايَعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْإِسْلَامِ فَأَصَابَ الْأَعْرَابِيَّ وَعَكْتُ بِالْمَدِينَةِ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَقْلِنِي بَيْعَتِي، فَأَبَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ جَاءَهُ، فَقَالَ: أَقْلِنِي بَيْعَتِي، فَأَبَى، ثُمَّ جَاءَهُ، فَقَالَ: أَقْلِنِي بَيْعَتِي، فَأَبَى، فَخَرَجَ الْأَعْرَابِيُّ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّمَا الْمَدِينَةُ كَالْكَبِيرِ تَنْفَى حَبْثَهَا وَيَنْصَعُ طَيْبُهَا».

الشرح: قوله رضى الله عنه: «أن أعرابيا بايع النبى ﷺ على الإسلام ثم طلب أن يقله بيعته لما وعك» يحتمل أنه كان من حكم الإسلام حينئذ الهجرة إلى المدينة على المقام بها مع النبى ﷺ، وأن ذلك تضمنته بيعته للنبى ﷺ، ولذلك كان سألته أن يقله بيعته، يؤيد هذا التأويل أنه نقض ذلك بالخروج، وهو الذى نقل إلينا من حاله.

١٥٨٦ - أخرجه البخارى فى الحج ١٨٨٣، الأحكام ٧٢٠٩، مسلم فى الحج ١٣٨٣، الترمذى فى المناقب ٣٩٢٠، النسائى فى البيعة ٤١٨٣، أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٣٨٧٢، ١٤٥٢٠، ١٤٧٩٥.

قال ابن عبد البر: هكذا رواه جماعة الرواة عن مالك - فيما علمت - بهذا اللفظ إلا عبدالله بن إدريس، فإنه قال فيه عن مالك بإسناده: «إنها طيبة تنفى الخبث». وقوله فى الحديث: «طيبة غريب لم يقله فيه غيره»، والله أعلم. انظر: التمهيد ٢١٤/٩.

(١) هو: محمد بن المنكدر بن عبدالله بن الهدير بن عبد العزى، ويقال: الهدير بن محرز بن عبد العزى بن عامر بن الحارث بن حارثة بن سعد بن تيم بن مرة القرشى التيمى، يكنى أبا عبدالله. وقيل: يكنى أبا بكر، وأمّه أم ولد، وكان من فضلاء هذه الأمة، وعبادها وفقهائها، وخيارها. كان أهل المدينة يقولون: إنه كان مجاب الدعوة وكان مقلا، وكان مع ذلك حوادا. توفى بالمدينة سنة ثلاثين ومائة، أو إحدى وثلاثين ومائة، وذكر الأريسي، عن مالك، قال: كان محمد ابن المنكدر سيد القراء، وكان كثير البكاء عند الحديث، وكنت إذا وجدت من نفسى قسوة أتية فأنظر إليه فأتعظ به، وأنتفع بنفسى أياما، وكان كثير الصلاة بالليل. قال أبو جعفر الطبرى: كان محمد بن المنكدر ثقة، كثير الحديث، أمينا على ما روى ونقل من أثر فى الدين.

ويحتمل أنه كان بعد انقضاء أمد فرض الهجرة وإنما بايعه ﷺ على الإسلام ثم جاء يسأله أن يقيله في ذلك لما استعجاز الكفر، ولم يستعز نقض العهد، واعتقد أنه تسوخ إقالته فيه، فلم يقله النبي ﷺ؛ لأن إقالته تتضمن إباحة الكفر، والله عز وجل يعصم نبيه من ذلك.

ولعله سبب له ذلك أنه استوخم المدينة لما وعك بها، كما فعل العريون الذين اجتروا المدينة، فأذن لهم النبي ﷺ أن يكونوا مع نعمه، فيشربوا من ألبانها وأبوالها، فقتلوا راعي النبي ﷺ واستاقوا النعم، مرتدين عن الإسلام، فبعث النبي ﷺ في طلبهم، فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم.

فصل: وقوله ﷺ، لما خرج الأعرابي: «إنما المدينة كالكبير تنفى خبثها وينصع طيبها» يقتضى أنه خرج ناقضاً للعهد، والمدينة لا يبقى على شدتها إلا من أخلص إيمانه، وأما من خبث سريره فإنها تنفيه كما ينفى الكبر خبث الحديد، وهو ما يخلص به الحداد حديده، فالمدينة تنفى من لم يخلص إيمانه، ويبقى من خلس إيمانه. ومعنى ينصع طيبها: يخلص.

وفي كتاب أبي القاسم الجوهري: ينصع طيبها، أى يبقى ويظهر. ويحتمل أن يريد أنه يخلص للبقاء بالمدينة أهل الإيمان وأهل الفضل.

وقد روى عن النبي ﷺ أبو هريرة أنه قال: «تنفى الناس كما ينفى الكبر خبث الحديد» يريد والله أعلم، تنفى أهل الخبث من الناس، والخبث الردىء من كل شىء، وما يفسده.

وكذلك روى عن عمر بن عبدالعزيز رضى الله عنه أنه خرج من المدينة، فالتفت إلى مزاحم مولاها، فقال: يا مزاحم أنخشى أن نكون ممن نفته المدينة.

١٥٨٧ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا الْحُبَابِ سَعِيدَ بْنَ

١٥٨٧ - أخرجه البخارى فى الحج ١٨٧١، مسلم فى الحج ١٣٨٢، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧١٩١، ٧٣٢٣، ٨٧٥٨، ٩٣٧٨، الطحاوى فى المشكل ٣٣٢/٢، عن أبى هريرة، البغوى فى

شرح السنة ٣٢٠/٧، عن أبى هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جماعة الرواة، ورواه إسحاق بن عيسى الطبايع، عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة وهو خطأ، والصواب فيه: مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن يسار أبى الحباب - كما فى الموطأ - والله أعلم. انظر: التمهيد ٢١٩/٩.

٢٤٤ كتاب الجامع

يَسَارُ يَقُولُ: سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «أَمِرْتُ بِقَرْيَةٍ تَأْكُلُ الْقُرَى يَقُولُونَ يَثْرِبُ، وَهِيَ الْمَدِينَةُ، تَتَفِي النَّاسَ كَمَا يَنْفِي الْكَبِيرُ حَبَثَ الْحَدِيدِ».

الشرح: قوله ﷺ: «أمرت بقرية تأكل كل القرى» قال عيسى بن دينار: معناه أمرت بالخروج إليها. وروى ابن القاسم عن مالك في العتبية: معناه في رأبي تفتح القرى. قال: وأنزل الله تعالى بالمدينة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ وَلِيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾ [التوبة: ١٢٣] قال: الذين يلون المدينة.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ومعنى أكلها القرى على هذا الوجه أنه منها يغلب على سائر القرى، ويفتح جميعها، ويأخذ أهل المدينة أكثر أموالها، وينتقل حكمهم إلى أمير ساكن المدينة، وتعود طاعة له.

فصل: وقوله ﷺ: «يقولون يثرب، وهي المدينة» قال ابن مزين: معناه أن الناس يسمونها يثرب، وأنا أسميها المدينة. قال عيسى بن دينار: ويقال إن من سماها يثرب كتبت عليه خطيئة، وإنما سماها الله تعالى في القرآن يثرب، فقال: إنما القرآن على ما يعرف الناس.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندى أنه يشير إلى قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ يَا أَهْلَ يَثْرِبَ لَا مَقَامَ لَكُمْ فَارْجِعُوا﴾ [الأحزاب: ١٣] وهذا والله أعلم إخبار عن المنافقين، لأن قبل هذه الآية: ﴿وَإِذْ يَقُولُ الْمُنَافِقُونَ وَالَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ مَا وَعَدَنَا اللَّهُ وَرَسُولُهُ إِلَّا غُرُورًا﴾ [الأحزاب: ١٢] ثم قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا قَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ يَا أَهْلَ يَثْرِبَ لَا مَقَامَ لَكُمْ فَارْجِعُوا﴾ وهذا والله أعلم قول المنافقين يدل على ذلك أنه قال بعد ذلك ﴿فَارْجِعُوا﴾، فإنما هو قول من كان يريد رد أصحاب النبي ﷺ عن نصرته والمقام معه، فهؤلاء إنما كانوا يسمونها يثرب على حسب ما كانت تسمى عليه قبل الإسلام، فأما بعد الإسلام، فإن اسمها طيبة وطابة.

١٥٨٨ - مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا

١٥٨٨ - أخرجه البخارى فى الحج ١٨٧٥، مسلم فى الحج ١٣٨٨، أحمد فى مسند الأنصار ٢١٠٤٨، عبدالرزاق فى المصنف برقم ١٧١٦٠، ٢٦٥/٩، عن عروة بن الزبير. وذكره الزيلعي فى الكنز برقم ٣٤٩١٠ وعزاه السيوطى لعبدالرزاق، عن عروة مرسلًا.
قال ابن عبد البر: وهذا الحديث قد وصله معن بن عيسى، وأسنده عن مالك، عن هشام، عن-

يَخْرُجُ أَحَدٌ مِنَ الْمَدِينَةِ رَغْبَةً عَنْهَا إِلَّا أَبَدَلَهَا اللَّهُ خَيْرًا مِنْهُ.

الشرح: قوله ﷺ: «لا يخرج أحد من المدينة رغبة عنها» يحتمل أن يريد ﷺ رغبة عن ثواب الساكن فيها، وأما من خرج لضرورة شدة زمان أو فتنة، فليس ممن يخرج رغبة عنها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والظاهر عندي أنه إنما أراد به الخروج عن استيطانها إلى استيطان غيرها، وأما من كان مستوطنًا غيرها، فقدم عليها طالبًا للقربة بإتيانها أو مسافرًا، فخرج عنها راجعًا إلى وطنه أو غيره من أسفاره، فليس بخارج منها رغبة عنها.

وقوله ﷺ: «إلا أبدلها الله خيرًا منه» يحتمل أن يريد، به أبدلها الله مستوطنًا بها خيرًا منه، إما منتقل ينتقل إليها من غيرها أو مولود يولد فيها.

١٥٨٩ - مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ سَفْيَانَ بْنِ أَبِي زُهَيْرٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: [تُفْتَحُ] (١) الْيَمَنُ، فَيَأْتِي قَوْمٌ يُسُونُ، فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ، وَمَنْ أَطَاعَهُمْ، وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ [وَتُفْتَحُ] الشَّامُ، فَيَأْتِي قَوْمٌ يُسُونُ، فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ، وَمَنْ أَطَاعَهُمْ، وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ [وَتُفْتَحُ] الْعِرَاقُ، فَيَأْتِي قَوْمٌ يُسُونُ، فَيَتَحَمَّلُونَ بِأَهْلِيهِمْ، وَمَنْ أَطَاعَهُمْ، وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ.

=أبيه، عن عائشة، في الموطأ، ولم يسنده غيره في الموطأ، والله أعلم. وقد روى من حديث أبي هريرة أيضا، وحديث جابر. انظر: التمهيد ٢٢٠/٩.

١٥٨٩ - أخرجه البخاري ٥١/٣ كتاب فضائل المدينة باب من رغب عن المدينة، عن سفيان بن أبي زهير، ومسلم ١٠٠٩/٢ كتاب الحج باب ٩٠ رقم ٤٩٧، عن سفيان بن أبي زهير بنحوه، والطبراني في الكبير ٨٢/٧، عن سفيان بن أبي زهير، البغوي في شرح السنة ٣٢٢/٧، عن سفيان بن أبي زهير، البيهقي في دلائل النبوة ٣٢٠/٦، عن سفيان بن أبي زهير، عبدالرزاق في المصنف برقم ١٧١٥٩، ٢٦٤/٩، عن سفيان.

قال ابن عبد البر: في هذا الحديث علم من أعلام نبوته ﷺ؛ لأنه غيب كان بعده قد أخبر به، وهو لا يعلم من الغيب إلا ما أظهره الله عليه وأوحى به إليه، فقد افتتحت بعده الشام، والعراق، واليمن بعضها، وقد خرج الناس من المدينة إلى الشام، وإلى اليمن، وإلى العراق وكان ما قاله ﷺ، وكذلك لو صبروا بالمدينة لكان خيرا لهم. انظر: التمهيد ٢٢١/٩.

(١) جاءت في الأصل: يفتح، وما أوردناه هو الصحيح كما في الموطأ والتمهيد.

٢٤٦ كتاب الجامع

الشرح: قوله ﷺ «[تفتح] اليمن فيأتى قوم ييسون فيتحملون بأهلهم ومن أطاعهم» معنى ييسون، يقال فى زجر الدابة إذا سبقت: بس بس، وهو من كلام العرب يقال بسست وأبسست، قال ذلك أبو عبيدة. ويحتمل أن يكون معنى ييسون: يسوقون.

وقد قيل فى قول الله عز وجل: ﴿وبست الجبال بساً﴾ [الواقعة: ٥] أى سبقت. وقال محمد بن عيسى الأعشى: ييسون، يسرون عنها سيراً أفواجاً، وقرأ قول الله عز وجل: ﴿وبست الجبال بساً﴾ قال: سيرت الجبال سيراً. قال عيسى بن دينار: وقوله: «ييسون» معناه يولفون أهل المدينة إلى غيرها، ويزينون لهم الخروج منها، وقاله ابن وهب.

وروى ابن القاسم عن مالك: ييسون، يدعون.

فصل: قوله ﷺ: «فيتحملون بأهلهم ومن أطاعهم» يريد من يختص بهم من الأهل الذين يرحلون برحيله، ومن أطاعه ممن لا يرحل برحيله.

وقوله ﷺ: «والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون» يريد والله أعلم أن ما يفوتهم من الأجر بالانتقال عنها أعظم وأفضل مما ينالونه من الخصب وسعة العيش حيث يتقلون إليه من اليمن والشام والعراق والله أعلم.

١٥٩٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ حِمَّاسٍ^(١)، عَنِ عَمِّهِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ

١٥٩٠ - أخرجه البخارى بلفظه ٥١/٣ كتاب فضائل المدينة باب من رغب، عن المدينة، عن أبى هريرة. مسلم بنحوه ١٠١٠/٢ كتاب الحج باب ٩١ رقم ٤٩٩، عن أبى هريرة. الحاكم فى المستدرک بنحوه ٤٢٦/٤ كتاب الفتن والملاحم باب قول النبى لترك المدينة على غير ما كانت، عن أبى هريرة. وذكره السيوطى فى الدر المنثور ٦٠/٦ وعزاه للحاكم وصححه، عن أبى هريرة.

(١) قال ابن عبد البر: اختلف فى اسمه، فقيل: يونس بن يوسف بن حماس، وقيل: يوسف بن يونس، واضطرب فى اسمه رواة الموطأ اضطراباً كثيراً، وأظن ذلك من مالك. وكان ابن حماس هذا رجلاً صالحاً فاضلاً مجاب الدعوة.

وقال: هكذا قال يحيى فى هذا الحديث عن مالك، عن ابن حماس، عن عمه، عن أبى هريرة لم يسم ابن حماس بشيء. وقال أبو المصعب: مالك عن يونس بن يوسف بن حماس، عن عمه، عن أبى هريرة وكذلك قال معن بن عيسى، وعبدالله بن يوسف التميمى: يونس بن يوسف. وقال ابن القاسم: حدثنى مالك عن يوسف بن يونس بن حماس، عن عمه، عن أبى هريرة وكذلك =

﴿قَالَ: «لَتَتْرَكَنَّ الْمَدِينَةَ عَلَى أَحْسَنِ مَا كَانَتْ حَتَّى يَدْخُلَ الْكَلْبُ أَوْ الذَّنْبُ، فَيَغْذِي عَلَى بَعْضِ سَوَارِي الْمَسْجِدِ أَوْ عَلَى الْمُنْبَرِ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ فَيَلْمَنُ تَكُونَ الثَّمَارُ ذَلِكَ الزَّمَانُ؟ قَالَ: لِلْعَوَافِي الطَّيْرِ وَالسَّبَاعِ»﴾.

الشرح: قوله ﴿قَالَ: «لَتَتْرَكَنَّ الْمَدِينَةَ عَلَى أَحْسَنِ مَا كَانَتْ»﴾ يحتمل أن يريد به في وقت تكون فيه أحسن ما كانت عليه في أمر دين أو دنيا أو فيهما.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندي أن يريد حسن ثمارها ونماءها، ولذلك قالوا له: «فلمن تكون الثمار يومئذ» ويحتمل أن يريد به على ما تقدم من حسناتها في وقت صلاحها وعمارة المسلمين لها، فيكون أحسن بمعنى الحسن، كما قالوا في قول الله عز وجل: ﴿وَهُوَ أَهْوَنُ عَلَيْهِ﴾ [الروم: ٢٧] معناه، وهو هين عليه، والله أعلم.

فصل: وقوله ﴿قَالَ: «لَتَتْرَكَنَّ الْمَدِينَةَ»﴾ ظاهره ترك سكانها، فيحتمل أن يكون ذلك مانع يمنع سكانها من فتنة أو شدة حال، ويحتمل أن يكون ذلك لإيثارهم غيرها عليها الخصب أو معنى من المعاني، والله أعلم.

وقوله ﴿قَالَ: «حَتَّى يَدْخُلَ الْكَلْبُ أَوْ الذَّنْبُ فَيَعْدِي عَلَى بَعْضِ سَوَارِي الْمَسْجِدِ»﴾ يقتضى إخلاءها جملة، حتى لا يكون بها من سكانها من لا يمنع هذا، والله أعلم، ومعنى يعدى على سوارى المسجد، قال ابن بكير: معناه يبول، وعندى أن حقيقة هذه اللفظة أنه يقطع بوله دفعة دفعة، يقال: عدا ببوله إذا دفعه دفعة. وقال أبو عبيد: ومنه عدا العرق، وغيره يعدى، ومنه قيل البعير يعدو ببوله إذا رمى به متقطعاً.

فصل: وقولهم: «فلمن تكون الثمار في ذلك الزمان؟» سؤال يحتمل أن يريدوا به الاستفهام عن انقطاع الناس عنها جملة، وهل يكونون منها على حال من شأنها في وقت الثمار، فقال ﴿قَالَ: «تَكُونُ لِلْعَوَافِي الطَّيْرِ وَالسَّبَاعِ»﴾.

وقال أبو عبيد الهروي: العوافى من الوحش والسباع والطيير مأخوذ من قولك: عفوت فلاناً أعفوه، إذا أتيت تطلب معروفه، ويقال فلان كثير الغاشية والعافية، أى

قال ابن بكير، وسعيد بن أبى مريم ومطرف وابن نافع وعبدالله بن وهب، وسعيد بن عفير ومحمد بن المبارك، وسليمان بن برد ومصعب الزبيرى كلهم قال: يوسف بن يونس. وقال فيه زيد بن الحباب عن مالك، عن يوسف بن حماس، عن عمه، عن أبى هريرة. وقد قيل عن عبدالله ابن يوسف مثل ذلك أيضاً. انظر: التمهيد ٢٢٣/٩.

٢٤٨ كتاب الجامع

يغشاه السؤال والطالبون، فاقتضى ذلك انقطاع أهلها عنها، وترك ثمارها حتى لا تكون إلا للطير والسباع والله أعلم، وإضافتها إليها، يحتمل أن يريد به أنها تعيش منها، ويحتمل أن يريد به أنها تنفرد بها دون أربابها، والله أعلم وأحكم.

١٥٩١ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ حِينَ خَرَجَ مِنَ الْمَدِينَةِ التَفَتَ إِلَيْهَا، فَبَكَى، ثُمَّ قَالَ: يَا مُزَاهِمُ اتَّخَشَى أَنْ نَكُونَ مِمَّنْ نَفَتِ الْمَدِينَةَ.

الشرح: يريد عمر بن عبدالعزيز والله أعلم، ما روى عن النبي ﷺ أنها تنفى خبثها، فخاف أن يكون ممن نفته المدينة لكونه من الخبث لمخالفة سنة أو ضلال عن هدى، ومثله من أهل الفضل والدين يخاف على نفسه.

وقال ابن أبي مليكة: أدركت ثلاثين من أصحاب النبي ﷺ كلهم يخاف النفاق على نفسه.

وقال الحسن: ما خافه إلا مؤمن، ولا آمنه إلا منافق. وقال إبراهيم التيمي: ما عرضت قولي على عملي إلا خشيت أن أكون مكذِّبًا، فعلى هذا أهل الدين والعلم والفضل من الخوف على أنفسهم والاتهام لها، والله أعلم.

* * *

ما جاء في تحريم المدينة

١٥٩٢ - مَالِكُ، عَنْ عَمْرِو مَوْلَى الْمُطَّلِبِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ طَلَعَ لَهُ أَحَدٌ فَقَالَ: «هَذَا جَبَلٌ يُجَبُّنَا وَنُجِبُهُ، اللَّهُمَّ إِنَّ إِبْرَاهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ، وَأَنَا أَحَرَّمُ مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا».

الشرح: قول أنس رضى الله عنه: «أن رسول الله ﷺ طلع له أحد» قال عيسى بن

١٥٩١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٤٣.

١٥٩٢ - أخرجه البخارى في أحاديث الأنبياء ٣٣٦٧، مسلم في الجهاد والسير ١٣٦٥، الترمذى في المناقب ٣٩٢٢، ابن ماجه في المناسك ٣١١٥، أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٢٠١٣، ١٢٢٠٥، ١٣٠٩٤.

قال ابن عبد البر: لم يختلف عن مالك فى إسناد هذا الحديث ولا فى لفظه فيما علمت، ورواه سفيان بن بشر عن مالك، عن الزهرى، عن حميد بن عبدالرحمن، عن أبى هريرة فأخطأ فيه. والصواب ما فى الموطأ مالك عن عمرو، عن أنس. انظر: التمهيد ٢٢٧/٩.

كتاب الجامع ٢٤٩

دينار: معناه بدا له. فقال فقال ﷺ: «هذا جبل يحبنا ونحبه» قال: معناه يحبنا أهله ونحبهم.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندي أن يكون معناه انتفاعنا به، انتفاعنا بمن يحبنا فى الحماية، وغير ذلك من وجوه المنافع، ويحتمل أن يريد به أن محبتنا له، محبتنا لمن يعتقد فيه أنه يحبنا، فهو أكد للمحبة، والله أعلم.

فصل: وقوله: ﷺ: «اللهم إن إبراهيم حرم مكة». وروى يحيى بن مزين عن مطرف عن مسلم بن خالد الزنجي: حرم مكة مما يلى المدينة نحو من أربعة أميال أو دنا شيئاً نحو التنعيم، ومما يلى طريق العراق على ثمانية أميال، ومما يلى طريق نجد سبعة أميال، ومما يلى طريق اليمن سبعة أميال بموضع يقال له أضاه، ومما يلى جدة عشرة أميال بالحديبية.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا الذى ذكره فيه نظر، والذى عندي أن بين مكة وعرفة نحو ثمانية عشر ميلاً، وهو نحو ما بين مكة والحديبية وبين مكة والجرمارة وبين مكة وحنين، هذه مسافات متقاربة، ولو كان بين مكة والحديبية، تسعة أميال لم يكن بين مكة وجدة ما تقصر فيه الصلاة.

وقد قال مالك: إن بينهما ثمانية وأربعين ميلاً، وتقصر فيها الصلاة، وإنما يقع الروم مع اختلاف الناس فى الحرز فى قدر الميل. والذى حكى ابن حبيب: ألف باع كل باع من ذراعين وأهل الحساب وكثير من الناس معتمدون على أن كل باع أربعة أذرع، فتفاوت الأمر، والله أعلم وأحكم.

وأما التنعيم، فإننى أقمت بمكة مدة، وسمعت أكثر الناس يذكرون، أنها خمسة أميال، ولم أسمع فى ذلك خلافاً مقامى بها، ولو كان بين مكة، والتنعيم أربعة أميال أو دون لوجب أن يكون بين مكة والحديبية على هذا التقرير قريب من خمسة عشر ميلاً، فإنها أزيد من ثلاثة أمثالها.

فصل: وقوله ﷺ: «إبراهيم حرم مكة» وقد روى ابن شريح العدوى أن رسول الله ﷺ قال: «إن مكة حرمها الله لم يحرمها الناس» ووجه ذلك عندي أن قوله: «إن إبراهيم حرم مكة» يحتمل أن يكون معناه أنه دعا فى تحريمها، وأن البارئ تعالى أجاب دعاءه وحرمها، ويحتمل أن يريد به أن إبراهيم كلف أن يحكم باجتهاده، وأنه أداه اجتهاده إلى تحريمها، فأضيف ذلك إلى تحريم الله عز وجل لأنه بأمره حرمت، ويضاف تحريمها إلى إبراهيم عليه السلام؛ لأنه الذى حكم بذلك.

٢٥٠ كتاب الجامع

ويكون المعنى أن مكة حرمها الله، ولم يحرمها الناس أنه لم يحرمها أحد من الناس ممن لا يلزم تحريمه، ولا يثبت حكمه؛ لأنه لو لم يؤمر بذلك بالاجتهاد فى ذلك، ولم يسوغ له التحريم، فلا يلزم الناس امتثال أمره واجتناب ما نهى عنه وحرمه.

فصل: وقوله ﷺ: «وإني أحرم ما بين لابتيها» يريد حرمتها، اللابة الحرة، قاله ابن نافع قال: والحرتان، إحداهما التى ينزل بها الحاج، والأخرى تقابلها من ناحية شرقى المدينة، وهو أيضا فى أقصى العمران، خارجة عنه. قال: وحرتان أخريان أيضًا من ناحية القبلة، والجوف من المدينة، وهما أيضًا فى طرف العمران من جانبي المدينة جميعًا على مثل الآخرين.

قال ابن نافع: فما بين هذه الحرات فى الدور كله محرم أن يصاد فيه صيد، ومن عصى، فاستحل فقد استحل ما قد نهى عنه، وليس عليه فيه جزاء، وحرمة قطع الشجر منها على بريد من كل شق حولها كلها.

قال القاضى أبو محمد: إن مقتضى تفضيل مالك المدينة على مكة أن عليه الجزاء فيما أصاب من الصيد فى حرم المدينة، وهو مذهب ابن أبى ذئب، والله أعلم.

١٥٩٣ - مالك، عن ابن شهاب، عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لَوْ رَأَيْتُ الطُّبَاءَ بِالْمَدِينَةِ تَرْتَعُ مَا ذَعَرْتُهَا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا حَرَامٌ».

الشرح: قول أبى هريرة رضى الله عنه: «لو رأيت الطبّا ترتع بالمدينة ما ذعرتها» يريد ما نفرنها. وقد روى عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «إن الله حرم مكة لا يختلى خلها، ولا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها». قال عكرمة: معنى ينفر صيدها أن ينحيه من الظل، فيقبل مكانه، فهذا معنى الذعر الذى ذكر أبو هريرة.

وقول أبى هريرة: «قال رسول الله ﷺ: ما بين لابتيها حرام» يقتضى أن ذعر الصيد مما يتناوله تحريم النبي ﷺ قال ابن وهب: يعنى ما بين لابتيها: ما بين حرمتها، وهو قول مالك. وقال الأصمعي: الحرة هى الأرض التى تعلوها حجارة سوداء.

١٥٩٣ - أخرجه البيهارى ٥١/٣ كتاب فضائل المدينة باب لابتى المدينة، عن أبى هريرة. مسلم ١٠٠٠/٢ كتاب الحج باب ٨٥ رقم ٤٧١، عن أبى هريرة.

١٥٩٤ - مَالِكُ عَنْ يُونُسَ بْنِ يُوسُفَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ أَبِي أَيُّوبَ
الأنصاري أنه وجد غلماناً قد ألقوا ثعلباً إلى زاوية، فطردهم عنه.

قَالَ مَالِكُ: لَا أَعْلَمُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: أَيْ حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُصْنَعُ هَذَا.

مَالِكُ، عَنْ رَجُلٍ قَالَ: دَخَلَ عَلَيَّ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، وَأَنَا بِالْأَسْوَاقِ قَدِ اصْطَدْتُ
نَهْسًا، فَأَخَذَهُ مِنْ يَدِي فَأَرْسَلَهُ.

الشرح: قول أبي أيوب الأنصاري، رضى الله عنه للذين ألقوا ثعلباً إلى زاوية:
«أفي حرم رسول الله ﷺ يصنع هذا؟» يقتضى أن هذا استباحة لحرمه ﷺ، وينكر
على من فعله، ولذلك طردهم عنه.

والنهرس الذى اصطاد الرجل، قال عيسى بن دينار: هو طائر يقال له النهس، ويجب
أن تكون الأسواق على هذا موضعاً ببعض أطراف المدينة بين الحرتين، والله أعلم.

* * *

ما جاء فى وباء المدينة

١٥٩٥ - مَالِكُ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا
قَالَتْ: لَمَّا قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ وَعِكَ أَبُو بَكْرٍ وَبِلَالٌ قَالَتْ: فَدَخَلْتُ
عَلَيْهِمَا، فَقُلْتُ: يَا أَبَتِ كَيْفَ تَجِدُكَ، وَيَا بِلَالُ كَيْفَ تَجِدُكَ؟ قَالَتْ: فَكَانَ أَبُو بَكْرٍ
إِذَا أَحَذَتْهُ الْحُمَى يَقُولُ:

كُلُّ امْرِئٍ مُصَبِّحٍ فِي أَهْلِهِ وَالْمَوْتُ أَدْنَى مِنْ شِرَاكِ نَعْلِهِ
وَكَانَ بِلَالٌ إِذَا أَقْلِعَ عَنْهُ يَرْفَعُ عَقِيرَتَهُ فَيَقُولُ:

أَلَا لَيْتَ شِعْرِي هَلْ أُبَيِّنُ لَيْلَةً بِوَادٍ وَحَوْلِي إِذْخِرُّ وَجَلِيلُ

١٥٩٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦٤٦.

١٥٩٥ - ذكره فى الكنز بنحوه برقم ٣٨١٦٤ وعزاه السيوطى لابن جرير، عن ابن المسيب.
أخرجه البخارى ١٤٣/٨ كتاب الدعوات باب الدعاء برفع الوجع والوجع، عن عائشة. مسلم
١٠٠٣/٢ كتاب الحج رقم ٤٨٠ باب ٨٦، عن عائشة. أحمد ٥٦/٦، عن عائشة. البيهقى فى
الكبرى ٣٨٢/٣ كتاب الجنائز باب قول العائد للمريض كيف تجدك، عن عائشة. البغوى فى
شرح السنة ٣١٧/٧، عن عائشة. البيهقى فى الدلائل ٥٦٦/٢، عن عائشة.

وَهَلْ أَرَدْنَ يَوْمًا مِيَاهَ مَجْنَبٍ وَهَلْ يَبْدُونَ لِي شَامَةً وَطَفِيلٌ
قَالَتْ عَائِشَةُ: فَجِئْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرْتُهُ، فَقَالَ: «اللَّهُمَّ حَبِّبْ إِلَيْنَا الْمَدِينَةَ
كَحُبِّنَا مَكَّةَ أَوْ أَشَدَّ وَصَحِّحْهَا وَبَارِكْ لَنَا فِي صَاعِهَا وَمُدَّهَا وَأَنْقِلْ حُمَاهَا فَاجْعَلْهَا
بِالْجُحْفَةِ».

قَالَ مَالِكٌ: وَحَدَّثَنِي يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَتْ: وَكَانَ
عَامِرُ بْنُ فُهَيْرَةَ يَقُولُ:

قَدْ رَأَيْتُ الْمَوْتَ قَبْلَ ذَوْقِهِ إِنَّ الْجَبَانَ حَتْفُهُ مِنْ فَوْقِهِ
١٥٩٦ - مَالِكٌ، عَنْ نَعِيمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْمُجْمِرِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «عَلَى أَنْقَابِ الْمَدِينَةِ مَلَائِكَةٌ لَا يَدْخُلُهَا الطَّاعُونَ وَلَا الدَّجَالُ».

الشرح: قولها رضى الله عنها: «لما قدم رسول الله ﷺ المدينة وعك أبو بكر»
الوعك ازعاج الحمى المريض وتحريكها إياه، يقال: وعكته وعكاً ودخول عائشة رضى
الله عنها على أبيها وبلال على وجه العيادة لهما، وهى من القرب.

وقد روى البراء بن عازب: أمرنا النبي ﷺ أن نتبع الجنائز، ونعود المرضى، ونفشى
السلام، ولأن ذلك كان قبل أن ينزل الحجاب.

وقولها: «وكان بلال إذا أقلق عنه» قال عيسى بن دينار: تذهب عنه الحمى، فأفاق.

١٥٩٦ - أخرجه البخارى فى الحج ١٨٨٠، مسلم فى الحج ١٣٧٩، ١٨٨٠، أحمد فى مسند
العشرة المبشرين بالجنة ١٥٩٦، باقى مسند المكثرين ٧١٩٣، ٨٦٥٩، ٢٧٤٢٢، ٩٨٩٥،
البيغوى فى شرح السنة ٣٢٥/٧، عن أبى هريرة، وذكره فى الكنز برقم ٣٤٨١٧ وعزاه
السيوطى لأحمد والبيهقى، عن أبى هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث عن مالك جماعة رواة الموطأ وغيرهم، وقد روى فطر
ابن حماد بن واقد الصفار قال: دخلت أنا وأبى على مالك بن أنس، فقال له أبى: يا أبا عبد الله،
أيهما أحب إليك: المقام هاهنا أو مكة؟ فقال: هاهنا، وذلك أن الله اختارها لنبيه ﷺ من جميع
بقاع الأرض. ثم قال: حدثنا نعيم بن عبد الله المجرى، عن أبى هريرة، أن رسول الله ﷺ قال:
من خرج منها رغبة عنها، أبدلها الله من هو خير منه، وإنها لتنفى عبت الرجال، كما ينفى
الكبير عبت الحديد. وهذا الحديث خطأ بهذا الإسناد، والصواب فيه ما فى الموطأ. انظر:
التمهيد ٢٤٧/٩.

وقولها رضى الله عنها: «يرفع عقيرته» قال ابن نافع وعيسى بن دينار: تريد صوته. قال محمد بن عيسى الأعشى: والأذخر والجليل، شجرتان طيبتان تكونان بأودية مكة، وأراه يريد العناب، فإن الأذخر والجليل إنما هما نبت وليسا بشجر قال محمد بن عيسى: وشامة وطفيل جبلان من جبال مكة.

فصل: ومعنى إنشاد بلال البيتين المذكورين على معنى التمنى لمكة ونواحيها، والتأسف لما فاتته مما ألف منها، والتوجع بالمقام بالمدينة التي لم يعهد حالها، ولا ألف هواها.

وقد روى أنس بن مالك: أن أناسا من عكل أو عرينة، قدموا على رسول الله ﷺ، وقالوا: يا نبي الله، إنا كنا أهل ضرع، ولم نكن أهل ريف، واستوحموا المدينة، فأمرهم رسول الله ﷺ بذود وبراع وأمرهم أن يخرجوا فيه، فيشربوا من ألبانها وأبوالها.

فصل: وقول عائشة رضى الله عنها «فجئت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك» تريد بقول أبي بكر وبلال، فقال: «اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد» دعاء من النبي ﷺ أن يذهب من أنفسهم الإشفاق عن مفارقة مكة وسكنى المدينة، والدعاء فى أن يحبب الله إليهم المدينة كحبهم مكة، فيكرهون الانتقال عنها كما كرهوا الانتقال من مكة.

فصل: ولم ينكر النبي ﷺ إنشاد الشعر على أبي بكر وبلال، وذلك دليل على جوازه، وقد أنشده حسان وكعب بن زهير ومدحه الأعشى وكعب بن مالك وجماعة من شعراء الجاهلية والإسلام، وإنما الشعر كلام فحسنه كحسن الكلام، وقبيحه كقبيح الكلام.

وما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لأن يمتلى جوف أحدكم قبيحا حتى يريه خير له من أن يمتلى شعرا» فقد قال قوم: معناه من الشعر الذى هجى به النبي ﷺ، وهذا ليس بشيء؛ لأن ذلك لا يحل أن يحفظ بيت واحد منه، ولا إنشاده ولا إصغاء إليه إلا لمن يريد الرد على قائله والانتصار منه، والأظهر أن معناه من غلب عليه ومنعه من التحفظ على الشريعة، وغير ذلك مما يحتاج إليه.

وفى العتبية: إن مالكا سئل عن إنشاد الشعر، فقال: ما يخف منه، ولا يكثر، ومن عيبه أن الله عز وجل يقول: ﴿وما علمناه الشعر وما ينبغي له﴾ [يس: ٦٩]. قال مالك: وبلغنى أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبى موسى الأشعري أن أجمع

٢٥٤ كتاب الجامع

الشعراء وسألهم عن الشعر، وهل بقيت معهم معرفته، وأحضر ليبدأ ذلك، قال: فجمعهم وسألهم، فقالوا: أنا لنعرفه ونقوله. وقال لييد: ما قلت بيت شعر منذ سمعت رسول الله ﷺ يقرأ قول ما أنزل الله: ﴿ألم ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين﴾ [البقرة: ١، ٢].

فصل: وقوله ﷺ: «وصححها وانقل حماها إلى الجحفة» يريد أن يذهب عنها الوحامة التي أضرت بهم، والحمى التي وعكوا بها، وينقل ذلك إلى الجحفة، وقال بعض أهل العلم: أن الجحفة، وهي مهيبة كانوا فى ذلك الوقت على غير الإسلام، فدعا عليهم بذلك، والله أعلم، ومن دعوة النبي ﷺ صارت الجحفة وبعة، قل من يشرب من عينها، ويقال له حم الأحم.

فصل: وقوله ﷺ: «على أنقاب المدينة ملائكة» قال ابن نافع ومحمد بن عيسى: هي الفجاج التي حولها خارجا منها.

وقوله ﷺ: «لا يدخلها الطاعون ولا الدجال» يقتضى منع الملائكة الدجال من دخولها، ويحتمل أن يكونوا أيضاً قد وكلوا بمنع الطاعون من دخولها.

وقد روى أبو سعيد عن النبي ﷺ فيما حدثنا به عن الدجال، قال: يأتى الدجال، وهو محرم عليه أن يدخل أنقاب المدينة، بعض السباخ التي تلى المدينة، فيخرج إليه يومئذ رجل هو خير الناس أو من خيار الناس، فيقول: أشهد أنك الدجال الذى حدثنا رسول الله ﷺ، حديثه.

* * *

ما جاء فى إجلاد اليهود من المدينة

١٥٩٧ - مالك، عن إسماعيل بن أبي حكيم أنه سمع عمر بن عبد العزيز

١٥٩٧ - أخرجه البخارى ١٩٠/١ كتاب الصلاة باب ٥٥، عن أبي هريرة. مسلم ٣٧٦/١ كتاب المساجد باب ٣ رقم ٢٠، عن أبي هريرة. أبو داود برقم ٣٢٢٧، ٢١٤/٣ كتاب الجنائز باب فى البناء على القبر، عن أبي هريرة. الترمذى برقم ٣٢٠ بنحوه، عن عائشة ١٣٦/٢ كتاب الصلاة باب كراهية أن يتخذ على القبر مسجد. أحمد ٣٩٦/٢، عن أبي هريرة. البيهقى فى الكبرى ٨٠/٤ كتاب الجنائز باب النهى، عن أن يبنى... إلخ، عن أبي هريرة. وذكره فى الكنز برقم ١٩١٨٨ وعزاه السيوطى للبيهقى وأبو داود، عن أبي هريرة. قال ابن عبد البر: هكذا جاء هذا الحديث عن مالك فى الموطات كلها، مقطوعاً وهو متصل =

يَقُولُ: كَانَ مِنْ آخِرِ مَا تَكَلَّمَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ قَالَ: «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى اتَّخَذُوا قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ مَسَاجِدَ، لَا يَتَّقِينَ دِينَانِ بِأَرْضِ الْعَرَبِ».

١٥٩٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَجْتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ».

قَالَ مَالِك: قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَفَحَصَ عَنْ ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ حَتَّى آتَاهُ الثَّلْجُ وَالْيَقِينُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَجْتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ، فَأَجَلَى يَهُودَ حَيْبَرَ».

قَالَ مَالِك: وَقَدْ أَجَلَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَهُودَ نَجْرَانَ وَفَدَكَ، فَأَمَّا يَهُودُ حَيْبَرَ، فَخَرَجُوا مِنْهَا لَيْسَ لَهُمْ مِنَ الثَّمَرِ، وَلَا مِنَ الْأَرْضِ شَيْءٌ، وَأَمَّا يَهُودُ فَدَكَ، فَكَانَ لَهُمْ نِصْفُ الثَّمَرِ، وَنِصْفُ الْأَرْضِ، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ صَالِحَهُمْ عَلَى نِصْفِ الثَّمَرِ وَنِصْفِ الْأَرْضِ، فَأَقَامَ لَهُمْ عُمَرُ نِصْفَ الثَّمَرِ، وَنِصْفَ الْأَرْضِ قِيمَةً مِنْ ذَهَبٍ وَوَرِقٍ وَإِبِلٍ وَجِبَالٍ وَأَقْتَابٍ، ثُمَّ أَعْطَاهُمْ الْقِيمَةَ وَأَجْلَاهُمْ مِنْهَا.

الشرح: قوله: ﷺ «قاتل الله اليهود والنصارى» والله أعلم لعنهم الله.

فصل: وقوله ﷺ «اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد»، إظهاراً لقبح ما صنعوه، وعظم ما ابتدعوه مما اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد.

فصل: وقوله ﷺ: «لا يجمع دينان بأرض العرب» يريد والله أعلم بالأرض التي كانت مختصة بسكنى العرب، وتقلبهم عليها في الجاهلية. وقال في حديث ابن شهاب: «لا يجمع دينان في جزيرة العرب» قال عيسى بن دينار: وروى عن مالك، جزيرة العرب مكة والمدينة واليمن. وروى ابن حبيب: جزيرة العرب من أقصى عدن أبين وما والاها من أرض اليمن كلها إلى ريف العراق في الطول. وأما العرض، فمن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطوار الشام ومصر في الغرب وفي الشرق ما بين يثرب إلى منقطع السماوة. وقال مالك: جزيرة العرب منبت العرب قيل لها جزيرة العرب لإحاطة البحر والأنهار بها.

من وحوه حسان، عن النبي ﷺ من حديث أبي هريرة، وعائشة، ومن حديث علي بن أبي

طالب، وأسامة. انظر: التمهيد ٢٤٨/٩.

١٥٩٨ - ذكره الهيثمي في المجمع ٣٢٥/٥ وعزاه إلى أحمد، عن أبي عبيدة بن الجراح.

٢٥٦ كتاب الجامع

فصل: وقوله: **«لا ييقن دينان بأرض العرب»** يريد والله أعلم لا يبقى فيها غير دين الإسلام، وأن يخرج منها كل من يتدين بغير دين الإسلام. قال مالك: يخرج من هذه البلدان كل يهودى أو نصرانى أو ذمى كان على غير ملة الإسلام، ولا منع ذلك من دخولهم إياها مسافرين، فقد كان فى زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه يجلب النصرارى من الشام إلى المدينة الحنطة والزيت والأمتعة فيأخذ منه عمر بن الخطاب العشر أو نصف العشر.

قال مالك فى اليهود والنصارى والمجوس إذا قدموا المدينة، يضرب لهم أجل، قال: نعم يضرب لهم أجل ثلاث ليال يستقون، وينظرون فى حوائجهم. وقد ضرب لهم ذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

فصل: وقول ابن شهاب: **«ففحص عمر بن الخطاب عن ذلك»** قال مالك: معناه كشف عن هذا القول هل يصح عن النبى **ﷺ** حين جاءه الثلج، قال: معناه اليقين الذى لا شك فيه، يريد أن النبى **ﷺ** قال ذلك، فأجلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه يهود خيبر.

مسألة: وهذا الاجلاء إنما هو من جزيرة العرب، سواء وجد منهم غدر أو لم يوجد. وأما إن وجد منهم غدر بغير جزيرة العرب، ففى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك، سئل عن أهل فارس وظهرت لهم عهود كثيرة من معاوية وعبدالمك وسليمان، أترى أن يجلبوا منها، إن عرف منهم غدر؟ قال: نعم، إذا تبين ذلك، فعلى هذا لا يكون الإجماع فى غير جزيرة العرب إلا للغدر.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنهم يجلبون إذا خيف منهم الميل إلى أهل ملتهم لمجاورتهم أهل الحرب، فينقلون إلى حيث يؤمن ذلك منهم، والله أعلم.

فصل: وقوله: **«فأجلى عمر بن الخطاب يهود نجران وفدك»** قال أشهب، عن مالك فى العتبية: فأما يهود نجران، فخرجوا منها ليس لهم من الثمر، ولا من الأرض شىء. وأما يهود فدك، فكان لهم نصف الأرض ونصف الثمر؛ لأن رسول الله **ﷺ** كان صالحهم على نصف النخل، ونصف الأرض فأقام لهم عمر نصف ذلك بالذهب والورق والإبل والخيال والأقتاب فأعطاهم ذلك، وأجلاهم منها.

* * *

جامع ما جاء في أمر المدينة

١٥٩٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ طَلَعَ لَهُ أَحَدًا، فَقَالَ: «هَذَا جَبَلٌ يُجِبُّنَا وَنُحِبُّهُ».

١٦٠٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ أَسْلَمَ مَوْلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ زَارَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عِيَّاشِ الْمَخْزُومِيَّ، فَرَأَى عِنْدَهُ نَبِيذًا، وَهُوَ بِطَرِيقِ مَكَّةَ، فَقَالَ لَهُ أَسْلَمُ: إِنَّ هَذَا الشَّرَابَ يُجِبُّهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، فَحَمَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عِيَّاشٍ قَدْحًا عَظِيمًا، فَجَاءَ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَوَضَعَهُ فِي يَدَيْهِ، فَقَرَّبَهُ عُمَرُ إِلَى فِيهِ، ثُمَّ رَفَعَ رَأْسَهُ، فَقَالَ عُمَرُ: إِنَّ هَذَا لَشَّرَابٌ طَيِّبٌ، فَشَرِبَ مِنْهُ، ثُمَّ نَاولَهُ رَجُلًا عَنْ يَمِينِهِ، فَلَمَّا أَدْبَرَ عَبْدُ اللَّهِ، نَادَاهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: أَأَنْتَ الْقَائِلُ لِمَكَّةَ خَيْرٌ مِنَ الْمَدِينَةِ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: فَقُلْتُ: هِيَ حَرَمُ اللَّهِ وَأَمْنُهُ، وَفِيهَا بَيْتُهُ، فَقَالَ عُمَرُ: لَا أَقُولُ فِي بَيْتِ اللَّهِ وَلَا فِي حَرَمِهِ شَيْئًا، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: أَأَنْتَ الْقَائِلُ لِمَكَّةَ خَيْرٌ مِنَ الْمَدِينَةِ؟ قَالَ: فَقُلْتُ: هِيَ حَرَمُ اللَّهِ وَأَمْنُهُ، وَفِيهَا بَيْتُهُ، فَقَالَ عُمَرُ: لَا أَقُولُ فِي حَرَمِ اللَّهِ وَلَا فِي بَيْتِهِ شَيْئًا، ثُمَّ انصرفت.

الشرح: قول أسلم في النبيذ: «إن هذا لشراب يحبه عمر» حث لعبدالله بن عياش على أن يحمل إليه منه، وتبنيه على ذلك لما كان بينهما من القرابة، فإن عبدالله بن عياش من أحوال عمر بن الخطاب رضى الله عنه، فكان ممن يقبل هديته قبل الولاية وبعدها.

١٥٩٩ - أخرجه البخارى ١٥٥/٢، ٢٢٩/٥ كتاب المغازى باب أحد يجبننا ونحبه، عن أنس. مسلم كتاب الحج برقم ٤٦٢، ٩٩٣/٢ باب ٨٥، عن أنس. الترمذى برقم ٣٩٢٢، ٧٢١/٥ كتاب المناقب باب فضل المدينة. أحمد ١٤٩/٣، عن أنس. البيهقى ١٩٧/٥ كتاب الحج باب ما جاء فى حرم المدينة، عن أنس. ابن أبى شيبة ٣٩٨/١٤، عن هشام، عن أبيه. عبدالرزاق فى المصنف برقم ١٧١٦٩، عن هشام بن عروة، عن أبيه. الطبرانى فى الكبير ١٥٢/٦، عن سهل بن سعد. البغوى ٢٥/١١، عن أنس.

قال ابن عبد البر: وهذا مرسل فى الموطأ عند جماعة الرواة، وهو مسند عن مالك من حديثه، عن عمرو بن أبى عمرو، عن أنس بن مالك، عن النبى ﷺ وهو محفوظ من حديث أنس ومن حديث سويد بن النعمان الأنصارى. انظر: التمهيد ٢٥٦/٩.

١٦٠٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦٥٥.

ويحتمل أن يكون استحجاز ذلك؛ لأن النبي ﷺ قال له: «ما أتاك من هذا المال من غير مسألة فخذ» مع أن عمر بن الخطاب ما كان يهدى إليه، وإنما كان كشيء يهدى إلى جماعة المسلمين، لأنه كان يتناول منه اليسير ويتناول الباقي جلساءه.

ولذلك قال: «إن عبدالله وضعه في يد عمر وقربه إلى فيه» لعله يريد على وجه الاختيار له، ومعرفة حاله برأئحته، ثم رفع رأسه، وقال: «إن هذا لشراب طيب» يحتمل أن يريد به حلالاً، ويحتمل أن يريد لذيقاً مع كونه حلالاً «فشربه» يريد شرب منه ثم ناوله رجلاً عن يمينه، وهو المشروع بأن يتناول الإمام بعده من عن يمينه، وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «فلما أدبر عبدالله بن عياض ناداه عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال: أنت القائل لمكة خير من المدينة» قال عيسى بن دينار: كأنه كره تفضيله مكة على المدينة دار الهجرة. قال محمد بن عيسى: ولو أقره بذلك لضربه، يريد لأدبه على تفضيله مكة، وهذا من عمر رضى الله عنه يحتمل أن يريد به إنكار تفضيل مكة على المدينة لاعتقاده تفضيل المدينة على مكة أو هو يرى ترك الأخذ في تفضيل إحداهما على الأخرى.

إلا أن الوجه الأول أظهر لما شهر من أخذ الصحابة في ذلك دون نكير، ومعنى أفضل أن لسكانها العامل فيها بالطاعة من الثواب أكثر مما للساكن والعامل بذلك في الأخرى، ولا خلاف أنه كان السكنى بمكة وغيرها ممنوعاً، والانتقال إلى المدينة مفترضاً قبل الفتح.

وقد اختلف العلماء في ذلك بعد الفتح، في حق من تقدمت هجرته قبل الفتح فقال الجمهور: إن ذلك بقى في حقهم. وقال جماعة: إن لمن هاجر قبل الفتح، أن يرجع إلى مكة بعد الفتح إلا أنه لا خلاف أن المقام بالمدينة كان أفضل، ولذلك أقام بها النبي ﷺ والمهاجرون، وقد انتقل جماعة من المدينة إلى العراق والشام، ولم يرجع منهم مشهور بالفضل إلى سكنى مكة، وإنما رجع إليها من صغر سنه عن أن يكون له حكم الهجرة كعبد الله بن الزبير وعبدالله بن عباس.

والجمهور على خلاف ذلك، فلا خلاف أن المدينة أفضل له في حق هؤلاء. وأما من لم تكن له هجرة، فلا خلاف في أنه يجوز له سكنى مكة وسكنى المدينة. وذهب مالك أن سكنى المدينة أفضل.

وقال أبو حنيفة والشافعي: سكنى مكة أفضل له. واستدل القاضي أبو محمد على ذلك بما روى عن النبي ﷺ: «أن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تآرز الحية إلى جحرها» قال: يخص بذلك المدينة.

وبما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «أمرت بقرية تأكل القرى» قال: فلا معنى لقوله: تأكل القرى، إلا على ترجيح فضلها على غيرها، وزيادتها عليها، وقوله ﷺ: «اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد» ولا يدعو ﷺ في أن يحب إلينا سكنى المدينة وسكنى غيرها أفضل.

ووجهه من جهة المعنى أن النبي ﷺ اختار سكنائها بعد الفتح، فإن كان ذلك قد افترض عليه فلا يفترض عليه السكنى إلا في أفضل البقاع، وإن لم يكن ذلك مفترضاً عليه، واختاره، فلا يختار لاستيطانه واستيطان الإمامة وفضلاء الصحابة إلا أفضل البقاع. وفي العتبية سئل مالك عن مكة وبكة، فقال: بكة موضع البيت ومكة غير ذلك، يريد القرية.

فصل: وقول عبدالله بن عياش: «هي حرم الله وأمنه وفيها بيته» فلم يزد على إظهار ما عنده من فضيلة مكة. قال محمد بن عيسى: ولو أقر له بذلك لضربه، يريد أنه لم يصرح له بتفضيل مكة، وإنما أقر له بفضل مكة، وهذا لا خلاف في صحته على الوجه الذي ذكره.

ولذلك قال له عمر رضى الله عنه: «لا أقول في بيت الله ولا في حرمه شيئاً» معناه والله أعلم، أنى لا أنكر فضيلته، ولكن أنت القائل لمكة خير من المدينة، ما معناه أنى لا أنكر ذلك عليك، وإنما أنكر عليك ما بلغنى عنك من تفضيلها على المدينة، فهل كان ذلك منك، فعاد عبدالله بن عياش إلى قوله الأول لم يزد عليه، ولا أظهر إليه ما سأله عنه ثم انصرف، ومعنى ذلك، والله أعلم، أنه رأى عمر إقراره على هذا القول إذا أمسك عما سواه غير ممنوع.

* * *

ما جاء في الطامون

١٦٠١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدٍ

١٦٠١ - أخرجه البخارى كتاب الأنبياء باب ٥٤، ٦/٥، عن أسامة بن زيد. مسلم كتاب السلام

برقم ٩٨، ٤/١٧٤١ باب ٣٢، عن عبدالرحمن بن عوف. أبو داود برقم ٣١٠٣، ٣/١٨٣ =

ابن الخطاب، عن عبد الله بن عبد الله بن الحارث بن نوفل، عن عبد الله بن عباس أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام حتى إذا كان بسرخ، لقيه أمراء الأجناد، أبو عبيدة بن الجراح وأصحابه، فأخبروه أن الوبا قد وقع بأرض الشام. قال ابن عباس: فقال عمر بن الخطاب: ادع لي المهاجرين الأولين، فدعاهم، فاستشارهم، وأخبرهم أن الوبا قد وقع بالشام، فاختلّفوا فقال بعضهم: قد خرجت لأمر، ولا نرى أن ترجع عنه، وقال بعضهم: معك بقية الناس وأصحاب رسول الله ﷺ ولا نرى أن تقدّمهم على هذا الوبا فقال عمر: ارتفعوا عني، ثم قال: ادع لي الأنصار، فدعوتهم، فاستشارهم، فسلكوا سبيل المهاجرين، واختلّفوا كما ختلافهم، فقال: ارتفعوا عني، ثم قال: ادع لي من كان هاهنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح، فدعوتهم، فلم يختلف عليه منهم رجلان، فقالوا: نرى أن ترجع بالناس، ولا تقدّمهم على هذا الوبا فنأدى عمر في الناس: إني أصبح على ظهر، فأصبحوا عليه، فقال أبو عبيدة: أفراراً من قدر الله؟ فقال عمر: لو غيرك قالها يا أبا عبيدة، نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله، أرايت لو كان لك إبل، فهبطت وأديا له عدوتان، إحداهما خصبة والأخرى جدبة، أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله، وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله، فجاء عبد الرحمن بن عوف، وكان غائباً في بعض حاجته، فقال: إن عندي من هذا علماً سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا سمعتم به بأرض فلا تقدّموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه»، قال: فحمد الله عمر ثم أنصرف.

الشرح: قوله: «وأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خرج إلى الشام» يحتمل أن يقصدها ليطالع أحوالها، فإنها كانت ثغر المسلمين، وعلى الإمام إذا بعد عهده بالثغور

- كتاب الجنائز باب الخروج من الطاعون، عن عبدالرحمن بن عوف. عبدالرزاق فى المصنف برقم ٢٠١٥٩، عن عبدالرحمن بن عوف ١٤٧/١١. الطبرانى فى الكبير ٩٤/١، عن عبدالرحمن ابن عوف.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند أكثر الرواة. ورواه إبراهيم بن عمر بن أبى الوزير، عن مالك، عن ابن شهاب، عن عبدالحميد بن عبدالرحمن، عن عبدالله بن عبدالله بن الحارث بن نوفل، عن أبيه، عن ابن عباس، وليس فى الموطأ عن أبيه. انظر: التمهيد ٢٥٩/٩.

أن يتطلعها بالمشاهدة، إن علم أنه يحتاج إلى ذلك.

وقوله: «حتى إذا كان بسرخ» قال ابن حبيب: سرخ قرية بوادي تبوك في طريق الشام، وقيل سرخ من أدنى الشام إلى الحجاز «لقية أمراء الأجناد» يريد جند الشام إما لأنهم كانوا مقبلين إلى جهة، فلقوه هناك أو لأنهم خرجوا من الوباء، واعتقدوا أن ذلك يجوز لهم أو لأنهم خرجوا يتلوقنه من قرب منهم من طريقه بموضعه ذلك.

فصل: وقوله: «فأخبروه أن الوباء قد وقع بالشام» الوباء هو الطاعون، وهو مرض يعم الكثير من الناس في جهة من الجهات دون غيرها، بخلاف المعتاد من أحوال الناس وأمراضهم ويكون مرضهم غالباً مرضاً واحداً بخلاف سائر الأوقات، فإن أمراض الناس مختلفة.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «ادع لى المهاجرين الأولين» وروى عن سعيد بن المسيب: أن المهاجرين الأولين من صلى إلى القبليتين، ومن لم يسلم إلا بعد تحويل القبلة إلى الكعبة، فليس من المهاجرين الأولين، فدعاهم فاستشارهم عمر فى ذلك، فاختلّفوا عليه، فقال بعضهم: «قد خرجت لأمر» يريدون لمطالعة الثغور، والنظر فيها، «لا نرى أن ترجع عنه» يريدون توكلاً على الله عز وجل وتيقناً أنه لا يصيبهم إلا ما كتب الله لهم وقال بعضهم: «معلك بقية الناس» يريدون فضلاء الناس «وأصحاب رسول الله ﷺ» يرون بذلك إظهار فضلهم ليحضوه بذلك على الإشفاق عليهم، ويعظم حال التفرير بهم، وإقدامهم على الوباء الذى يخاف استتصاله لهم، فلما اختلفوا عليه أمرهم بأن يرتفعوا عنه.

ثم دعا الأنصار، فاستشارهم، كما استشار المهاجرين، فاختلّفوا كاختلافهم، فأمرهم أيضاً أن يرتفعوا، ثم قال: «ادعوا لى من كان هاهنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح» يريد من هاجر بقرب الفتح، فثبت له حكم الهجرة أو هاجر بعد الفتح، فثبت له اسم الهجرة دون حكمها، فشاورهم فلم يّختلفوا، وقالوا «نرى أن ترجع بالناس» فرأى عمر رأيهم وقال: «إلى مصبح على ظهر» يريد السفر وصفه بذلك؛ لأن المسافر ومتاعه، يصير على ظهر الخيل والإبل والدواب.

ويحتمل أن يريد به على ظهر طريق، ولا بد أن يكون قرن بذلك ما يقتضى الرجوع عن الشام أو يكون ذلك موضع إقامته بالشام، والأول أظهر، لأنه لم يكن بلغ بعد موضع الوباء، فلو كان موضعه، يريد أن يقيم به ولا وباء به لما احتاج إلى الرجوع، والله أعلم.

٢٦٢ كتاب الجامع

فصل: وقول أبي عبيدة رضى الله عنه: «أفرارا من قدر الله» على معنى الإنكار لانصرافه، يريد أنه ينجو بذلك، وينجى الصحابة من الوباء الذى لا يصيب إلا من قدر الله عز وجل أن يصيبه، وأنه لا ينجو منه من قدر له أن لا يصيبه.

فقال عمر: «لو غيرك قالها يا أبا عبيدة» قال محمد بن عيسى: وكان عمر يحب موافقته فى جميع أموره، ويكره مخالفته، ويحتمل أن يكون ذلك تحقق من فضله وأمانته، فقد سماه النبي ﷺ أمين هذه الأمة.

فصل: وقوله: «لو غيرك قالها يا أبا عبيدة» قال محمد بن عيسى الأعمش: يريد عمر رضى الله عنه بذلك لنكته. «نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله» يريد أنه لا يعتقد أنه بالفرار ينجو مما قدر عليه، وإنما يعتقد أنه يرجع عما يخاف أن يكون قد قدر عليه من الوباء إن وصل إلى ما يرجو أن يكون قد قدر له من السلامة إن رجع.

ولذلك يجوز للإنسان أن يتخذ الدرع والمجن ويفر من العدو الذى يجوز الفرار منه لكثرتهم ويجتنب الفرر والمخاوف، ولا يكون ذلك فراراً من قدر الله، ولا يجوز أن ينجو به مما قدر الله تعالى، بل أكثره مأمور به.

وقد مثل ذلك عمر بن الخطاب تمثيلاً صحيحاً بما سلمه أبو عبيدة، وهو أن من كانت له إبل يريد حفظها، وحسن القيام عليها، فهبط بها وادياً له عدوتان، إحداهما خصبة، والأخرى جدبة، أليس إن رعى الخصبة رعاها بقدر الله عز وجل، وإن رعى الجدبة رعاها بقدر الله، يريد أنه مثل أمره إن انصرف بهم إلى موضع يأمن به الوباء انصرف بقدر الله عز وجل، وإن أقدمهم على ما يخافه عليهم من الوباء أقدمهم عليه بقدر الله، فكما يلزم صاحب الإبل أن ينزل بها الجانب الخصب، ولا يعد بذلك أنه فار من قدر الله، بل مصيباً محبتنا ممتثلاً لما أمر الله سبحانه، ومسلماً لقدره وراجياً خيره، فكذلك الإمام بالمسلمين إذا انصرف بهم عن بلاد الوباء إلى بلاد الصحة والسلامة، وبالله التوفيق.

فصل: وقوله: «فجاء عبدالرحمن بن عوف فقال: إن عندي من هذا علماً» يقتضى أن ما عنده من العلم فى ذلك مقدم على ما كان عند غيره من الرأى، فإن كان موافقاً صححه، وإن كان مخالفاً له وجب تقديمه عليه، إلا أنه قد وقع الإجماع من جميعهم على صحة القول بالرأى والقياس؛ لأن كل واحد منهم قال فى ذلك برأيه، ولم يكن عند أحد منهم أثر، ولم ينكر عليهم ذلك عبدالرحمن بن عوف رضى الله عنه، ولا غيره مع أن القضية شاعت وانتشرت فى جميع بلاد الإسلام.

وقول النبي ﷺ: «إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه» يريد لما فيه من التغيرير. وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه استسلاماً للأقدار، فحمد الله عمر إذ وافق رأيه الذي اختاره ما صح عنده من أمر النبي ﷺ والله أعلم.

١٦٠٢ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ وَعَنْ سَالِمِ بْنِ أَبِي النَّضْرِ مَوْلَى عُمَرَ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَسْأَلُ أَسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ مَا سَمِعْتَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الطَّاعُونَ؟ فَقَالَ أَسَامَةُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الطَّاعُونَ رَجَزٌ أُرْسِلَ عَلَيَّ طَائِفَةٌ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَوْ عَلَيَّ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ، فَإِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَدْخُلُوا عَلَيْهِنَّ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا، فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ».

١٦٠٣ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَرَجَ إِلَى الشَّامِ، فَلَمَّا جَاءَ سَرَّغَ^(١) بَلَّغَهُ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ، فَأَخْبَرَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ، فَلَا تَقْدُمُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا، فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ» فَرَجَعَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مِنْ سَرَّغَ.

١٦٠٢ - أخرجه البخاري في أحاديث الأنبياء ٣٤٧٣، مسلم في السلام ٢٢١٨، الترمذي في الجنايز ١٠٦٥، أحمد في مسند الأنصار ٢١٢٤٤، ٢١٢٩٩، ٢١٣١١.

قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى في هذا الحديث: عامر بن سعد، عن أبيه، أنه سمعه يسأل أسامة، وتابعه على ذلك من رواية الموطأ جماعة، منهم: مطرف، وأبو مصعب، ويحيى بن يحيى النيسابوري ولا وجه لذكر أبيه في ذلك؛ لأن الحديث إنما هو لعامر بن سعد، عن أسامة بن زيد سمعه منه، وكذلك رواه معن بن عيسى، وابن بكير، ومحمد بن الحسن، وجماعة سواهم، عن مالك - ولم يقولوا عن أبيه - وقد حوذه القعني، فروى عن مالك، عن محمد بن المنكدر، عن عامر بن سعد بن أبي وقاص، أنه أخبره: أن أسامة بن زيد أخبره، أن رسول الله ﷺ قال: «الطَّاعُونَ رَجَزٌ». وذكر الحديث لعامر، عن أسامة لم يقل فيه عن أبيه، ولا ذكر أبا النضر مع محمد بن المنكدر وسائر رواية الموطأ يجمعون فيه عن مالك أبا النضر، ومحمد بن المنكدر جميعاً كما روى يحيى، وقد روى قوم هذا الحديث عن عامر بن سعد، عن أبيه، عن النبي ﷺ وهو، عندهم وهم لا يصح والله أعلم، فمن رواه كذلك. انظر: التمهيد ٢٦٤/٩.

١٦٠٣ - أخرجه البخاري في الطب ٥٧٣٠، مسلم في السلام ٢٢١٩، أبو داود في الجنايز ٣١٠٣.

(١) سرغ: موضع بطريق الشام، قيل إنه وادي تبوك، وقيل: بقرب تبوك.

مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ إِذَا رَجَعَ
بِالنَّاسِ مِنْ سَرَّعٍ عَنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ.

الشرح: قوله ﷺ: «رجز أرسل على طائفة من بنى إسرائيل أو على من كان
قبلكم» يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد أنه أول ما نزل إلى الأرض، وحدث بالناس،
حدث بهم على هذا الوجه.

والوجه الثاني: أن يكون نزل في بلد على أنه غريب، وأنه تكرر بعد ذلك في ذلك
البلد. وقد روى أنه كان عذاباً لأولئك ورحمة للمؤمنين لمن ظهر ببلده، أو قام صابراً
محتسباً، فأصيب به.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «الطاعون شهادة لكل مسلم». وروت عائشة
رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «الطاعون شهادة لكل مسلم». وروت عائشة
رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «كان عذاباً يبعثه الله على من يشاء، فجعله
رحمة للمؤمنين، فليس من عبد يمنع الطاعون، فيمكث في بلده صابراً يعلم أنه لن يصيبه
إلا ما كتب الله له إلا كان له مثل أجر الشهيد».

فصل: وقوله: «فلا تخرجوا فرارا منه» خص بالمنع الخروج على هذا الوجه، فجوز
لمن أراد الخروج منه لغير ذلك الوجه من حاجة تنزل به إلى السفر منه أو الانتقال عنه،
ويجوز لمن استوحم أرضاً أن يخرج منها إلى بلد يوافق جسمه، لما روى عن أنس بن
مالك: أن ناساً من عكل أو عرينة قدموا على رسول الله ﷺ، وتكلموا بالإسلام،
فقالوا: يا نبي الله، إنا كنا أهل ضرع، ولم نكن أهل ريف واستوحموا المدينة، فأمر لهم
رسول الله ﷺ بذود براع، وأمرهم أن يخرجوا فيه.

فصل: وقول سالم: «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه إنما رجع بالناس عن
حديث عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه» يحتمل أن يكون لم يبلغه ما نادى به عمر
في الناس أنه مصبح على ظهر، وما راجعه به أبو عبيدة من إنكار الرجوع عليه قبل أن
يأتي عبدالرحمن بن عوف.

ويحتمل أن يكون بلغه ذلك تأول في قوله: إنى مصبح على ظهر، أى على سفر
أبهمه، ولم يعينه، وإنما أبقى الاستخارة فيه، ومعاودة المشاورة إلى الغد وأن معنى قول
أبي عبيدة له: «أفرارا من قدر الله» معناه أنه أنكر عليه الارتياء في مثل هذا، والتوقف
عن الإقدام عليه، والله أعلم.

مَالِكٌ أَنَّهُ قَالَ: بَلَّغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، قَالَ: لَبَّيْتُ بِرُكْبَةٍ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ بِالشَّامِ.

قال مالك: يُرِيدُ لِطُولِ الْأَعْمَارِ وَالْبُقَاءِ وَلَشِدَّةِ الْوَبَاءِ بِالشَّامِ.

الشرح: قوله: «لبيست بركبة أحب إلي من عشرة أيام بالشام» قال محمد بن عيسى: ركبة هي أرض بني عامر، وهي ما بين مكة والعراق. وقال ابن قعنب: ركبة من أرض الطائف في أرض مصححة. وقال محمد بن عيسى: وهي أرض صحراوية، فأراد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن ساكنها أطول أعماراً، وأصح أبداناً من الوباء والمرض ممن سكن الشام وغيرها من البلدان. قال عيسى: ولم يرد بهذا أن سكنى الأرض يزيد في أعمارهم، ولكن لما قدر الله عز وجل أعمارهم طويلة أسكنهم تلك البلدة. قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم عن مالك: يريد صحة ركبة، ووباء الشام.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ومعنى ذلك عندي أن الله عز وجل قد أجرى العادة بصحة من سكن ركبة، وطول أعمارهم، وأمراض من سكن الموضع الذي الذي أراد من الشام، وقصر أعمارهم، ولعله أراد ركبة وما قاربها كما جرت العادة بأن من تناول نوعاً من الطعام والشراب صح جسمه، ومن تناول نوعاً آخر كثرت أمراضه، وإن كانت الأمراض معلقة بالقدر تعلق الموت، والله أعلم وأحكم.

* * *

النهى عن القول بالقدر

١٦٠٤ - مَالِكٌ، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «تَحَاجَّ آدَمُ وَمُوسَى، فَحَجَّ آدَمُ مُوسَى، قَالَ لَهُ مُوسَى: أَنْتَ آدَمُ الَّذِي أُغْوِيَتِ النَّاسَ، وَأَخْرَجْتَهُمْ مِنَ الْجَنَّةِ، فَقَالَ لَهُ آدَمُ: أَنْتَ مُوسَى الَّذِي أُعْطِيَهُ اللَّهُ عِلْمَ كُلِّ شَيْءٍ، وَاصْطَفَاهُ عَلَى النَّاسِ بِرِسَالَتِهِ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: أَفَتَلَوْنِي عَلَى أَمْرٍ قَدْ قُدِّرَ عَلَيَّ قَبْلَ أَنْ أُخْلَقَ»^(١).

١٦٠٤ - أخرجه مسلم كتاب القدر برقم ١٤، ٢٠٤٣/٤، عن أبي هريرة. عبدالرزاق في المصنف ٢٠٠٦٨، عن أبي هريرة. البغوي في شرح السنة ١٢٥/١، عن أبي هريرة. وأبو نعيم في الحلية ٣٥٦/٣، عن أبي هريرة. أحمد ٣١٤/٢، عن أبي هريرة.
(١) قال ابن عبد البر: إلى هاهنا انتهى حديث مالك عند جميع رواته لهذا الحديث، وزاد فيه -

٢٦٦ كتاب الجامع

الشرح: قوله ﷺ: «تحتاج آدم موسى» يقتضى صحة جواز المحاجة لاسيما على قول مالك: إن شريعة من قبلنا شريعة لنا.

وقول موسى عليه السلام لآدم: «أنت الذى أغويت الناس وأخرجتهم من الجنة» معنى أغويت، والله أعلم، يحتتمل أن يريد عرضتهم للإغواء لما كنت سبب خروجهم من الجنة، وتعريضهم للتكليف.

ويحتتمل أن يريد به جعلتهم غاوين لكونهم من ذريتك حين غويت من قوله سبحانه وتعالى: ﴿وعصى آدم ربه فغوى﴾.

وقول آدم عليه السلام له: «أنت موسى الذى أعطاه الله علم كل شىء» يريد أعلمه به، ويحتتمل أن يريد به مما أعلم به البشر.

وقوله: «واصطفاه على الناس» يريد والله أعلم أثره بالرسالة على من لم يرسله، وهذا كله على وجه التقرير له على فضله الذى لا يقتضى الإصابة فى محاجته، وأن لا يلوم على ما يعى واسع علمه وفضله، ولومه عليه، فلما قال موسى: «نعم» لزمه ذلك بحكم المناظرة والمحاجة، لا على وجه الفخر والمباهاة.

وقال له آدم: «أتلومنى على أمر قد قدر على قبل أن أخلق» بمعنى أن لومك لى على ذلك غير سائغ، ولذلك روى عن النبى ﷺ أنه قال: «فحج آدم موسى» معناه ظهر عليه فى الحجة، واحتجاج آدم بالقدر على نفى اللوم عنه يجب أن يبين، فإن العاصى إذا عصى يستحق اللوم، وإن كنا نعلم أنه قد قدرت عليه المعصية قبل أن يخلق، ولا حجة له على من لومه على معصيته بأن يقول: إن ذلك قدر على قبل أن أخلق، ولو كان هذا بمجرد حجة لما وجب أن يلام أحد على معصية، ولا ينكر عليه، ولا يتوعد عليها بعذاب فى دنيا ولا آخرة.

ولكن آدم عليه السلام إنما أنكر على موسى أن لومه، فقال: «أتلومنى على أمر قد قدر على»، وآدم عليه السلام قد كان تاب من معصيته، قال الله عز وجل: ﴿وعصى آدم ربه فغوى ثم اجتبه ربه فتاب عليه وهدى﴾ [طه: ١٢١] التائب من المعصية إذا تاب وحسنت توبته، فلا يحسن أن يلام عليها.

ووجه آخر، وهو أن آدم أب لموسى، ولم يسغ للابن لوم أبيه فى معصيته، قال الله

= ابن عيينة عن أبى الزناد بإسناده: «قبل أن أخلق بأربعين سنة». وكذلك قال طوارس، عن أبى

هريرة، انظر: التمهيد ٢٧٨/٩.

تعالى: ﴿وإن جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾ [العنكبوت: ٨]. وقال إبراهيم عليه السلام لأبيه لما امتنع من الإيمان: ﴿سلام عليك سأستغفر لك ربى إنه كان بي حفيًا﴾ [مريم: ٤٧] فهذا بين حجة آدم عليه السلام، والله أعلم.

١٦٥٥ - مالك، عن زيد بن أبي أنيسة، عن عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب أنه أخبره عن مسلم بن يسار الجهني أن عمر بن الخطاب سئل عن هذه الآية ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى شَهِدْنَا أَنْ تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ﴾ [الأعراف: ١٧٢] فقال عمر بن الخطاب: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عنها، فقال رسول الله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى خَلَقَ آدَمَ، ثُمَّ مَسَحَ ظَهْرَهُ بِيَمِينِهِ، فَاسْتَخْرَجَ مِنْهُ ذُرِّيَّةً، فَقَالَ: خَلَقْتُ هَؤُلَاءِ لِلْجَنَّةِ، وَبِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ يَعْمَلُونَ، ثُمَّ مَسَحَ ظَهْرَهُ، فَاسْتَخْرَجَ مِنْهُ ذُرِّيَّةً، فَقَالَ: خَلَقْتُ هَؤُلَاءِ لِلنَّارِ، وَبِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ يَعْمَلُونَ» فقال رجل: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ففيم العمل؟ قال: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا خَلَقَ الْعَبْدَ لِلْجَنَّةِ اسْتَعْمَلَهُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ حَتَّى يَمُوتَ عَلَى عَمَلٍ مِنْ أَعْمَالِ أَهْلِ الْجَنَّةِ، فَيُدْخِلُهُ رَبُّهُ الْجَنَّةَ، وَإِذَا خَلَقَ الْعَبْدَ لِلنَّارِ اسْتَعْمَلَهُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ حَتَّى يَمُوتَ عَلَى عَمَلٍ مِنْ أَعْمَالِ أَهْلِ النَّارِ، فَيُدْخِلُهُ رَبُّهُ النَّارَ».

الشرح: قول مسلم بن يسار الجهني: «سئل عمر بن الخطاب عن هذه الآية: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ الآية دليل على أن الصحابة كانت تتكلم في هذه المعاني من الاعتقادات، وتبحث عن حقائقها، وتعتنى بذلك حتى تظهر، وتستل عنه الأئمة والخلفاء لتقف على الصواب منه، وتنقل عن النبي ﷺ من ذلك ما حفظته عنه.

١٦٥٥ - أخرجه الترمذي في تفسير القرآن ٣٠٧٥، أبو داود في السنة ٤٧٠٣، أحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣١٣.

قال ابن عبد البر: هذا الحديث منقطع بهذا الإسناد؛ لأن مسلم بن يسار هذا لم يلق عمر بن الخطاب، وبينهما في هذا الحديث نعيم بن ربيعة؛ وهو أيضًا مع هذا الإسناد لا تقوم به حجة، ومسلم بن يسار هذا مجهول، وقيل: إنه مدني، وليس بمسلم بن يسار البصري.

٢٦٨ كتاب الجامع

وأن قول من قال من علماء التابعين: كانوا يكرهون الكلام فيما ليس تحتة عمل، إنما ينصرف إلى أحد أمرين، إما أن يتوجه المنع في ذلك إلى من ليس من أهل العلم ممن يخاف أن تزل قدمه، ويتعلق قلبه بشبهة لا يقدر على التخلص منها.

قال مالك، رحمه الله: كان يقال لا تمكن زائع القلب من أذنك، فإنك لا تدري ما يقلقك من ذلك، ولقد سمع رجل من الأنصار من أهل المدينة شيئاً من بعض أهل القدر، فعلق قلبه، فكان يأتي إخوانه الذين يستصحبهم، فإذا نهره، قال: فكيف بما علق قلبي لو علمت أن لله رضا أن ألقى نفسي من فوق هذه النار فعلت.

والوجه الثاني أن يتوجه المنع في ذلك إلى أن يتكلم في ذلك بمذاهب أهل البدع ومخالفى السنة.

فصل: وقول النبي ﷺ: «إن الله تعالى خلق آدم ثم مسح ظهره بيمينه» يقتضى أن البارئ تعالى موصوف بأن له يميناً، قال الله تبارك وتعالى: ﴿والسماوات مطويات بيمينه﴾ [الزمر: ٦٧]. وروى أبو الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «يد الله ملأى لا تغيضها نفقة».

ورواه معمر عن هشام عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «يمين الله ملأى لا يغيضها شيء سحاء الليل والنهار، رأيتم ما أنفق منذ خلق السموات والأرض، فإنه لم ينقص مما فى يده وعرشه على الماء ويده الأخرى القبض أو الفيض يرفع ويخفض».

وروى مالك عن صعصعة عن أبيه عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال فى الذى يقرأ ﴿قل هو الله أحد﴾: «والذى نفسى بيده إنها لتعدل ثلث القرآن». وقال الله عز وجل: ﴿بيل يدها مهسوطتان ينفق كيف يشاء﴾ [المائدة: ٦٤].

وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «أول شيء خلقه الله عز وجل القلم، خلقه فأخذه بيمينه، وكتبا يديه يمين»، وأجمع أهل السنة على أن يديه صفة، وليست بجوارح كجوارح المخلوقين لأنه سبحانه ليس كمثله شيء، وهو السميع البصير.

وروى عبدالله بن مسعود رضى الله عنه «جاء جبريل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا محمد، إن الله يضع السموات على إصبع، والأرضين على إصبع والجبال على إصبع والشجر على إصبع، والأنهار على إصبع، وسائر الخلق على إصبع، ثم يقول بيده أنا الملك، أين ملوك الأرض، فضحك رسول الله ﷺ تعجباً منه وتصديقاً له، ثم قال ﷺ: ﴿وما قدروا الله حق قدره والأرض جميعاً قبضته يوم القيامة والسموات مطويات بيمينه﴾ [الزمر: ٦٧]. وقال جماعة من أهل العلم: الإصبع: النعمة.

فصل: وقوله ﷺ: «فاستخرج منه ذرية فقال: هؤلاء للجنة ويعمل أهل الجنة يعملون، ثم مسح ظهره، فاستخرج منه ذرية، فقال: هؤلاء للنار ويعمل أهل النار يعملون» يقتضى والله أعلم، أنه خلق هؤلاء ليدخلهم الجنة، وخلق هؤلاء ليدخلهم النار، وخلق هؤلاء ليعملوا بعمل أهل الجنة وخلق هؤلاء الصادق المصدوق «أن خلق أحدكم يجمع فى بطن أمه أربعين يوماً أو أربعين ليلة، ثم يكون علقة مثله، ثم يكون مضغة مثله، ثم يبعث الله إليه الملك، فيؤذن بأربع كلمات، فيكتب رزقه وأجله وعمله وشقى أو سعيد ثم ينفخ فيه الروح، فإن أحدكم ليعمل بعمل أهل الجنة حتى لا يكون بينه وبينها إلا ذراع، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل عمل أهل النار، فيدخل النار، وإن أحدكم ليعمل بعمل أهل النار حتى لا يكون بينه وبين النار إلا ذراع، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل عمل أهل الجنة فيدخلها».

وهذا يقتضى أنه سبق الكتاب بما يعمل، وبما يصير إليه، وأنه سبق الكتاب بأن يعمل فى أول عمره عملاً صالحاً ثم فى آخره عملاً سيئاً يموت عليه، وينقلب إليه، وقد سبق الكتاب بأن يعمل فى أول عمره عملاً سيئاً وفى آخره عملاً صالحاً يموت عليه، فيصير إليه.

فصل: وقوله: «فقال رجل: يا رسول الله، فقيم العمل؟» معناه، فإذا كان قد يسبق الكتاب بمكان أحدنا من الجنة أو النار، وأنه لا محيد عنه، ولا بد منه، فلم تتكلف العمل، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله تعالى إذا خلق العبد للجنة استعمله بعمل أهل الجنة، وإذا خلقه للنار استعمله بعمل أهل النار» يريد ﷺ والله أعلم، أنه قد سبق الكتاب بما عمل من خير أو شر، كما قد سبق الكتاب بما يصير إليه من الجنة أو النار.

وقد روى أبو عبدالرحمن السلمى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه: كنا فى جنازة فقال رسول الله ﷺ: «ما من نفس منقوسة إلا كتب مكانها من الجنة والنار، وإلا قد كتبت شقية أو سعيدة، فقال رجال: يا رسول الله، أفلا نتكل على كتابنا، وندع العمل؟ قال: أما أهل السعادة، فييسرون لعمل السعادة، وأما أهل الشقاوة، فييسرون لعمل الشقاوة ثم قرأ: ﴿فأما من أعطى واتقى وصدق بالحسنى﴾ [الليل: ٥].

فصل: وقول ﷺ: «حتى يموت على عمل من أعمال أهل الجنة فيدخله ربه الجنة وفى أهل النار حتى يموت على عمل من أعمال أهل النار فيدخله ربه النار» يقتضى أن آخر الإنسان أحق به وعليه يجازى، وقد تقدم ذلك فى حديث ابن مسعود.

٢٧٠ كتاب الجامع

ووجهه أنه إذا كان أول عمله سيئاً وآخره حسناً فقد تاب من السيئ، وحكمه حكم التائبين، ومن انتقل من العمل الصالح إلى السيئ، فحكمه حكم المرتد والمنتقل إلى الفسوق على ذلك يكون جزاؤه، والله أعلم.

١٦٠٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «تَرَكْتُ فِيكُمْ أَمْرَيْنِ لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا، كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّهِ».

الشرح: وقوله ﷺ: «ترك فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما» على سبيل الحض على تعلمها أو التمسك بهما، والاقتداء بما فيهما، وبين ﷺ الأمرين، فقال: «كتاب الله وسنة رسوله ﷺ» يريد والله أعلم، ما سنه وشرعه وأنبأنا عن تحليله وتحريره، وغير ذلك من سنته، وهذا فيما كان فيه كتاب أو سنة، وما لم يكن فيه كتاب ولا سنة، فمردود إليهما ومعتبر بهما.

وقد روى بن وهب عن مالك في المجموعة الحكم على وجهين، فالذي يحكم بالقرآن والسنة، فذلك الصواب، والذي يجهد العالم نفسه فيه فيما لم يأت فيه شيء، فلعله يوفق، وثالث متكلف بما لا يعلم، فما أشبه أن لا يوفق مقتضى هذا، والله أعلم، أن الحكم بالكتاب والسنة مقدم فيما فيه كتاب أو سنة، وما عدم ذلك فيه اجتهد العالم فيه بالرأى والقياس، والرد إلى ما ثبت بالكتاب والسنة، وأما الجاهل فلا يتعرض لذلك، فإنه متكلف بما لا يعلم، وما لم يكلفه، ويوشك أن لا يوفق.

١٦٠٧ - مَالِكُ، عَنْ زِيَادِ بْنِ سَعْدٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ مُسْلِمٍ، عَنْ طَاوُسِ الْيَمَانِيِّ

١٦٠٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٦٣.

١٦٠٧ - أخرجه مسلم كتاب القدر برقم ١٨، ٢٠٤٥/٤، عن طاوس، عن عبدالله بن عمر. أحمد

١١٠/٢، عن طاوس، عن عبدالله بن عمر. البغوي في شرح السنة ١/١٣٤، عن طاوس بن

اليماني، عن ابن عمر. وذكره في الكنز برقم ١٥٤٩ وعزاه لسفيان، عن عمر مراسلاً.

قال ابن عبد البر: هكذا رواه يحيى على الشك في تقديم إحدى اللفظتين، وتابعه ابن بكير وأبو المصعب. ورواه القعني وابن وهب موقوفاً لم يزيدوا على قوله عن طاوس: أدركت ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون: كل شيء بقدر. وأكثر الرواة ذكروا الزيادة عن ابن عمر عن النبي ﷺ كما روى يحيى، إلا أن منهم من لم يشك ورواه على القطع، وهو حديث ثابت لا يحيى إلا من هذا الوجه؛ فإن صح أن الشك من ابن عمر، أو ممن هو دونه، ففيه دليل على مراعاة الإتيان بألفاظ النبي ﷺ على رتبها، وأظن هذا من ورع ابن عمر رحمه الله. انظر:

التمهيد ٢٨٨/٩.

أَنَّهُ قَالَ: أَدْرَكْتُ نَاسًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَقُولُونَ كُلُّ شَيْءٍ بِقَدْرِ، قَالَ طَاوُسٌ: وَسَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كُلُّ شَيْءٍ بِقَدْرِ حَتَّى الْعَجْزِ وَالْكَيْسِ أَوْ الْكَيْسِ وَالْعَجْزِ».

الشرح: قول طاوس: «أدركت ناسًا من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون» على وجه التصحيح لما حكاه لفضل القائلين له، وعلمهم ودينهم، وأنهم الذين صحبوا رسول الله ﷺ وعلموا ما جاء به، وتكرر أخذهم وسماعهم لما قاله، وفهمهم المراد، وسؤالهم النبي ﷺ عما أشكل عليهم، واتفاقهم على صحة النقل عنه، فسمعهم يقولون: كل شيء بقدر. وقد قال الله عز وجل: ﴿إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ﴾ [القمر: ٤٩].

ويحتمل من جهة مقتضى لسان العرب معاني، أحدهما: أن يكون معناه خلقنا منه شيئاً مقدرًا لا يزداد عليه، ولا ينقص منه الثاني أن يكون معناه خلقناه على قدر ما لا يزداد فيه، ولا ينقص منه، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾ [الطلاق: ٣]. والثالث: أن يكون معناه، نقدر عليه، قال جل ذكره: ﴿بَلِي قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نَسُوبَ بَنَانَهُ﴾. الرابع: أن يريد به، بقدر أن نخلقه في وقته، فقدر له عز وجل وقتاً يخلقه فيه.

وقال الحسن الحلواني: أملى عليّ علي بن المديني، سألت عبدالرحمن بن مهدي عن القدر، فقال: كل شيء بالقدر والطاعة والمعصية بقدر، وقد أعظم الفرية من قال: إن المعاصي ليست بقدر، وقال: والعلم والقدر والكتاب سواء.

وعرضت كلام عبدالرحمن علي يحيى بن سعيد، فقال: لم يبق بعد هذا قليل ولا كثير، وهذا الذي قاله عبدالرحمن بن مهدي في الجملة هو مذهب أهل السنة.

وهو موافق لمعنى الحديث غير أن العلم والقدر والكتاب كل واحد منها راجع إلى معنى مختص به، غير أنها معان متقاربة، وقد تستعمل من طريق تقاربها بمعنى واحد.

قال مالك: وقد بلغني أن عمر بن عبدالعزيز، قال: إن في كتاب الله تبارك وتعالى لعلمًا بينًا، علمه من علمه، وجهله من جهله، يقول الله عز وجل: ﴿فَإِن كُمْ وَمَا تَعْبُدُونَ مَا أَنْتُمْ عَلَيْهِ بِفَاتِنِينَ إِلَّا مَنْ هُوَ صَالِ الْجَحِيمِ﴾ [الصفوات: ١٦١] وقال نوح: ﴿رَبِّ لَا تَلِدْ عَلَى الْأَرْضِ مِنَ الْكَافِرِينَ دِيَارًا إِنَّكَ إِنْ تَلِدْهُمْ يَضِلُّوا عِبَادَكَ وَلَا يَلِدُوا إِلَّا فِاجِرًا

٢٧٢ كتاب الجامع

كفاراً» [نوح: ٢٧] وأخبر نوح عن لم يكن بأنه فاجر كفار بما سبق لهم من الله تبارك وتعالى، وقدرته عليهم.

قال مالك: وما رأيت أهله من الناس إلا أهل سخافة عقول وخفة وطيش. وقد اعتمدت في هذا الباب على إيراد أقوال الفقهاء والحديث لما في أقوال غيرهم من الغموض، وما في احتجاجهم مع المخالف من التطويل.

وقد بلغ القاضي أبو بكر بن الطيب المالكي في كتبه من هذا الباب ما لا مزيد عليه، ولا حاجة بالطالب إلا اليسير منه، وكان الشيخ أبو ذر محمد بن أحمد الهروي مالكيًا، وكان على مذهبه، ومن أخذ عنه، وكان الشيخ أبو عمران موسى بن حاج الفاسي قد رحل إليه وأخذ عنه وتبعه.

وكان الشيخ أبو محمد بن أبي زيد والشيخ أبو الحسن علي بن محمد القابسي يتبعان مذهبه، وقرأ عليه القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر وهو ممن أخذ عنه واتبعه، وعلى ذلك أدركت علماء شيوختنا بالمشرق، وأهل هذه المقالة هم الذين يشار إليهم بأنهم أهل السنة.

فصل: وقوله: «سمعت عبدالله بن عمر يقول: قال رسول الله ﷺ: كل شيء بقدر حتى العجز والكيس» أو الكيس والعجز على وجه الشك من الراوى، ومعناه والله أعلم، أن كل شيء بقدر، وأن العاجز قد قدر عجزه والكيس، قد قدر كيسه، ولعله أراد بذلك العجز عن الطاعة والكيس فيها، ويحتمل أن يريد فى أمر الدين والدنيا، والله أعلم.

١٦٠٨ - مَالِكُ عَنْ زِيَادِ بْنِ سَعْدٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ: إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْهَادِي وَالْقَاتِنُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه فى خطبته: «إن الله هو الهادى والقاتن» يريد الراوى أن ذلك كان فاشيًا عند الصدر الأول متفقًا عليه، متداولًا النطق والحض على الأخذ فيه، والاعتقاد له، والإشاعة للفظه، ومعناه ولذلك كان عبدالله بن الزبير يعلن فى خطبته وفى المحافل ويجتمع الناس، والله أعلم، قال الله جل ذكره إخبارًا عن كلمه موسى عليه السلام فى مناجاته له: «إن هى إلا فتتك تفضل بها من تشاء» [الأعراف:

كتاب الجامع ٢٧٣

[١٥٥] والهدية تكون على معنيين، أحدهما: بمعنى الإيضاح والإرشاد، يقال أهديت فلاناً الطريق، أى أرشدته إليه والآخر بمعنى التوفيق، قال الله عز وجل: ﴿إِنَّكَ لَا تَهْدِي مَنْ أَحْبَبْتَ وَلَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ﴾ [القصص: ٥٦] معناه والله أعلم، لا توفق من أحببت، ولكن الله يوفق من يشاء.

ولا يجوز أن يريد به هاهنا الإرشاد والأيضاح؛ لأنه لا خلاف بين المسلمين أن النبي ﷺ قد أرشد وبين وأوضح وبلغ من يحب ومن لا يجب.

وأما الفتنة، فمعناها فى كلام العرب الاختبار إلا أنها مستعملة فى عرف التخاطب بمعنى الخذلان، يقال فتن فلان، إذا خذل وضل، وفلان مفتون، ويدل على صحة هذا التأويل أنه قال: الهادى، بمعنى الموفق، فمعناه والله أعلم، أنه الموفق بفضلته والخاذل لمن شاء بعدله لا إله إلا الله هو الفعال لما يريد.

١٦٠٩ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ أَسِيرُ مَعَ عَمْرِو ابْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، فَقَالَ: مَا رَأَيْكَ فِي هَؤُلَاءِ الْقَدْرِيَّةِ؟ فَقُلْتُ: رَأَيْتُ أَنْ تَسْتَيْبَهُمْ، فَإِنْ تَابُوا وَإِلَّا عَرَضْتَهُمْ عَلَى السَّيْفِ، فَقَالَ عَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ: وَذَلِكَ رَأْيِي.
قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ رَأْيِي.

الشرح: قول عمر بن عبدالعزيز رضى الله عنه: « ما رأيك فى هؤلاء القدرية؟ » اختلف أهل العلم فيما سموا به قدرية، فقال قوم من أهل العلم: سموا بذلك، لأنهم نفوا القدر كما سمي داود بن على الأصبهاني القياسى؛ لأنه نفسى القياس. وقال قوم: سموا بذلك لأنهم ادعوا أن لهم قدرة على خلق أفعالهم، ونفوا قدرة البارى سبحانه عليها.

قال عبدالملك بن الماجشون: ويدعى القدرى أن الأمر إليه، وإنه ما شاء فعل، وأنه يريد أن يعصى، يريد أن يطيع، فيكون ما أراد هو، ولا يكون ما أراد الله عز وجل.

وأما المعتزلة، فهم طائفة من القدرية، واختلف العلماء فى تسميتهم بذلك، فقالت طائفة: سميت بذلك لأن عمرو بن عبيد كان يلزم مجلس الحسن البصرى ثم إنه قال بالقدر ومعان خالف فيها الحسن، ثم اعتزل هو ومن مجلس الحسن، فسموا بذلك معتزلة.

٢٧٤ كتاب الجامع

وقيل إن الصحابة رضی الله عنه كان جميعهم على مذهب أهل السنة، يقولون إن المذنبين من المؤمنين في المشيئة ثم حدث الخوارج، فكفروا بالذنوب ثم حدثت المعتزلة فاعتزلوا الطائفتين بأن قالوا إن المرتكب للكبائر ليس بمؤمن ولا كافر، وإنما هو فائق، لكنه مخلد في النار.

وأما المرجئة، قال ابن حبيب: هم الذين يدعون أن الإيمان قول بلا عمل، يريدون أن بنفس الإيمان، وهو التصديق يستحق النجاة من النار، ودخول الجنة، وإنما مذهب أهل السنة أن الإيمان قول وعمل، يريدون أن الإيمان الذي يستحق به النجاة من النار، ودخول الجنة، فسموا الأعمال إيماناً، وهي في الحقيقة شرائع الإيمان التي تنجى من النار بامتثال ما أمر الله تعالى به منها.

والإيمان في الحقيقة هو التصديق لكنه من وجد منه الإيمان دون شرائعه، فلا يقطع بأنه ينجو من النار، وإنما يقطع بأنه يدخل الجنة، إما بأن يغفر الله له ابتداءً فيدخله الجنة أو يعاقبه على ترك العمل ثم يدخله بفضل رحمته، قال الله عز وجل: ﴿إِن اللّٰه لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء﴾ [النساء: ٤٨] فهذا معنى قول أهل السنة: إن الإيمان وقول وعمل.

فصل: وقوله: «وأرى أن تستيهم، فإن تابوا، وإلا قتلوا» قال ابن المراز: قال مالك وأصحابه في القدرية: أرى أن يستتابوا، فإن تابوا وإلا قتلوا، وهو قول عمر بن عبدالعزيز. قال ابن القاسم عن مالك في الأباضية والحرورية وأهل الأهواء: كلهم يستتابون، فإن تابوا، وإلا قتلوا، إذا كان الإمام عدلاً. وذهب ابن حبيب إلى أنهم من الخوارج.

وقال ابن حبيب: يستتاب سائر الخوارج والأباضية والصفيرية والقدرية والمعتزلة ويستتاب المرجئة الذين يقولون: إن الإيمان قول بلا عمل.

وأما الشيعة منهم، فمن أحب منهم علياً، ولم يغل، فهذا ديننا، ومن غلا إلى بغض عثمان والبراءة منه أدباً شديداً، ومن زاد غلوه إلى بعض أبي بكر وعمر مع عثمان وشتهم، فالعقوبة عليه أشد ويكرر ضربه، ويطول سجنه حتى يموت، ولا يبلغ به القتل إلا في سب النبي ﷺ أو غيره من الأنبياء.

وأما من تجاوز منهم إلى الإلحاد، فزعم أن علياً رفع ولم يمت وسينزل إلى الأرض، وأنه دابة الأرض، ومنهم من قال: كان الوحى يأتيه، وبعده ذريته مفترضة طاعتهم، ونحوه من الإلحاد، فهذا كفر يستتاب قائله، ويقتل إن لم يثبت.

كتاب الجامع ٢٧٥

وذكر أن قومًا بالغرب اتخذوا نبيًا سموه صالحًا أظهر لهم بلسان البربر. قال محمد:
نبي العرب، فأكلوا رمضان، وصاموا رجب، واستحلوا تزويج تسع نسوة وشبهه،
فهؤلاء مرتدون يقتلون، وإن لم يتولوا ويجاهدوا، ولا تسمى ذراريهم كالمتردين
وميراثهم للمسلمين.

وروى ابن المواز عن ابن الماجشون في الحروري إذا لم يخرج على الإمام العدل،
فيدعو إلى بدعته أو يقتل أحدًا لم يقتله.

فأما إن قتل أحدًا على دينه ذلك أو خرج على الإمام العدل، فليستب، فإن تاب
منه، وإلا قتل. وكذلك الجماعة منهم.

وقال سحنون في كتاب ابنه: أما من كان بين أظهرنا وفي جماعتنا، فلا يقتل
وليضرب مرة بعد مرة، ويحبس، وينهى عن مجالسته، والسلام عليه تأديبًا له، وقيد
ضرب عمر رضى الله عنه ضبيعا، ونهى عن كلامه حتى حسنت توبته.

فأما من بان منهم عن الجماعة، ودعوا إلى بدعتهم ومنعوا فريضة من الفرائض،
فليدعهم الإمام العدل إلى السنة، والرجوع إلى الجماعة، فإن أبوا قاتلهم، كما فعل أبو
بكر الصديق رضى الله عنه بمن منع الزكاة، وكما فعل على بن أبى طالب رضى الله
عنه بالحرورية، فقارقه، وشهدوا عليه بالكفر، فلم يهجم حتى خرجوا، ونزلوا
بالنهروان، فأقاموا شهرًا، فلم يهجم حتى سفكوا الدماء، وقطعوا الطريق فقاتلهم.
وقال عمر بن عبدالعزيز: يستابون، فإن لم يتوبوا على وجه النهى، فمعنى قول عمر
رضى الله عنه هذا.

ومعنى قول مالك، رحمه الله، إنما هو من خرج وبان بداره، وخرج عن سلطان
الإمام، فأما من هو فى سلطانه من المعتزلة ممن يتبرأ من على وعثمان أو من أحدهما
رضى الله عنهما أو يظهر بدعة القدر، أن الأمر إليه، وأنه يريد أن يعصى الله، والله
يريد أن يطيعه، فيكون ما أراد هو دون ما أراد الله، فاستتب، فإن تاب فأوجعه ضربًا
فيما مضى، وكذلك من كفر عليًا أو عثمان أو أحدًا من الصحابة رضى الله عنهم،
فأوجعه ضربًا.

وروى عن سحنون: من كفر الخلفاء الأربعة يقتل، ويؤدب فى غيرهم. قال أبو
القاسم الجوهري: روى معن بن عيسى، سمعت مالك بن أنس، يقول: ليس لمن سب
أصحاب رسول الله ﷺ فى هذا الفىء حق، قد قسم الله عز وجل الفىء، فقال:

٢٧٦ كتاب الجامع

﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم﴾ [الحشر: ٨] الآية وقال عز وجل: ﴿والذين تبوءوا الدار والإيمان من قبلهم﴾ [الحشر: ٩] والآية وقال تعالى: ﴿والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان﴾ [الحشر: ١٠] وإنما الفىء لهؤلاء الثلاثة الأصناف.

وقال هشام بن عمار: سمعت مالك بن أنس يقول: من سب أبا بكر وعمر جلد، ومن سب عائشة قتل، قيل، له: ولم يقتل فى عائشة؟ قال: لأن الله عز وجل يقول: ﴿يعظكم الله أن تعودوا لمثله أبداً إن كنتم مؤمنين﴾ [النور: ١٧] فمن رماها، فقد خالف القرآن، ومن خالف القرآن قتل.

مسألة: وروى ابن المواز فى الخوارج أنهم ليسوا بكفار، ومن لم يتب منهم، فقتل يغسل، ويكفن ويصلى عليه غير الإمام، ويرثه ورثته، وتنفذ وصيته. وكذلك قال سحنون فى كتاب ابنه فى جميع أهل الأهواء: لا يخرجون من الإيمان بيدعتهم.

وقال مالك، رحمه الله، فى أهل القدر: من قتل منهم فميراثه لورثته، أسر ذلك أو أعلنه، ولا يصلى على القدرية، ولا الإباضية، فإن قتلوا بذلك أحرى.

قال سحنون: يعنى أدباً لهم، فإن ضاعوا، فليصل عليهم. وفى العتبية: قال ابن داود عن ابن كنانة، قال: أهل الأهواء بدع وضلالة، وليس ذلك بالذى يخرجهم عندنا من الإسلام، وتأويل سحنون صحيح؛ لأنهم لم يكونوا عند مالك مؤمنين لم يرثهم.

قال ابن القاسم: ولا تعاد الصابئة خلف أهل البدع فى وقت ولا غيره، وهو قول جميع أصحاب مالك وأشهرت والمغيرة وابن كناية وغيرهم وليس بكافر، وليس يخرج ذنبه من الإيمان، ومن كفرهم ركب قول الحرور فى التكفير بالذنوب.

وذهب ابن حبيب إلى أن الخوارج الذين كفروا الناس بالذنوب كفار، وأنه يستتاب من ظهر عليه منهم أياماً، ويسجن، خرجوا لذلك أو لم يخرجوا، إذا أظهروا ذلك، فمن لم يشب قتل، ومن تاب ترك، ومن رد هذا من كتاب الله معاند كافر، ولا يحمل سبى ذراريهم، وكذلك سائر الخوارج من الإباضية والصفيرية، وكذلك القدرية والمعتزلة، وكذلك تستتاب المرجئة الذين يزعمون أن الإيمان قول بلا عمل.

وأما الشيعة، فلا يبلغ بهم القتل إلا أن يرقى إلى سب نبي. وأما من قرن بذلك شيئاً من الإلحاد، فقد كفر.

كتاب الجامع ٢٧٧

وقد روى أبو مسهر، قال: قلت لمالك بن أنس: خطب إلى رجل من القدرية، فأزوجه، فقال: لا، قال الله عز وجل: ﴿وَلِعِبَادٍ مِّنْ خَيْرٍ مِّنْ مُّشْرِكٍ﴾ [البقرة: ٢٢١].

وقال إبراهيم بن المنذر عن محمد بن الضحاك، قال: قال مالك: لا أرى أن يصلى وراء القدرى، ومن صلى وراءه، رأيت أن يعيد.

مسألة: قال مالك فى العتبية: لا يسلم على أهل القدر. قال ابن القاسم: وكانى رأيت يرى ذلك فى أهل الأهواء كلهم.

قال ابن القاسم: وهو رأى، لا يسلم عليهم. وروى أشهب عن مالك: لا تجالس القدرى، ولا تكلمه إلا أن تجلس إليه بلفظ عليه يقول الله عز وجل: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المجادلة: ٢٢] فلا توادوهم.

فرع: وتوبة القدرى فيما قال مالك: تركه ما هو عليه، ومن لم يتب قتل، وإن كانوا جماعة، فقد قال مالك: إن خرجوا على الإمام العدل، يقتل منهزمهم، ويجهز على جريحهم، ومن أسر منهم، فلإمام قتله ما لم ينقطع الحرب، فإن كان الإمام قد ظهر عليهم بنفس، فلا يقتل ويستتاب، فإن تاب قبل منه، وإن لم يتب، ولم يرجع، قال عبدالمالك: لا يقتل، وليؤدب إن لم يتب.

* * *

جامع ما جاء فى أهل القدر

١٦١٠ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَسْأَلِ الْمَرْأَةَ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَسْتَفْرِغَ صَحْفَتَهَا، وَلِتُنَكِّحَ، فَإِنَّمَا لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا».

١٦١١ - مَالِك، عَنِ يَزِيدَ بْنِ زِيَادٍ، عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ كَعْبٍ الْقُرَظِيِّ قَالَ: قَالَ

١٦١٠ - أخرجه البخارى فى القدر ٦٦٠١، مسلم فى النكاح ١٤١٣، البيهق ١٥١٥، النسائى فى النكاح ٣٢٣٧، البيهق ٤٤٨٩، ٤٥٠٠، ٤٥٠٥، أبو داود فى الطلاق ٢١٧٦، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٦٤٣، ٨٠٣٩، ٩٩٧٣، ١٠٢٧١.

١٦١١ - أخرجه البخارى فى العلم ٧١، مسلم فى الزكاة ١٠٣٧، ابن ماجه فى المقدمة ٢٢١،-

٢٧٨ كتاب الجامع

مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ، وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ: أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّهُ لَا مَانِعَ لِمَا أَعْطَى اللَّهُ، وَلَا مُعْطِيَ لِمَا مَنَعَ اللَّهُ، وَلَا يَنْفَعُ ذَا الْجَدِّ مِنْهُ الْجَدُّ، مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ، ثُمَّ قَالَ مُعَاوِيَةَ: سَمِعْتُ هَؤُلَاءِ الْكَلِمَاتِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى هَذِهِ الْأَعْوَادِ.

مَا لِكَ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ كَانَ يُقَالُ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي خَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ كَمَا يُنْبِغِي الَّذِي لَا يَعْجَلُ شَيْءًا أَنَاهُ وَقَدَّرَهُ، حَسْبِيَ اللَّهُ، وَكَفَى، سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ دَعَا لَيْسَ وَرَاءَ اللَّهِ مَرْمَى.

مَا لِكَ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ كَانَ يُقَالُ: إِنَّ أَحَدًا لَنْ يَمُوتَ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ رِزْقَهُ، فَأَجْمِلُوا فِي الطَّلَبِ.

الشرح: قوله ﷺ: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها» نهى رسول الله ﷺ عن ذلك لما فيه من البغى والأذى، والظلم للتي تشتت طلاقها، ويحتمل أن يريد به ﷺ ما يشترط النساء عند عقد النكاح من أن كل امرأة معه طالق، وأن لا يتزوج عليها، ولا يتسرى معها ولا تتخذ أم ولد، ويبين هذا التأويل، قوله بعد ذلك: «وللتكح» يريد والله أعلم، وللتكح ولا تسأل طلاق غيرها، ويحتمل أن يريد بذلك النهى عن أن تفعله المرأة ابتداء، إذا علمت إثارة الزوج لها أن تسأل طلاق صاحبته، أو قال: أختها، وإنما أراد أختها في الدين، ووصفها بذلك ليذكر ما بينهما من الحرمة التي توجب إشفاقها عليها، وترك مضارتهما بأن تسأل طلاقها.

وقوله ﷺ: «لتستفرغ إناؤها» يحتمل والله أعلم، أن يريد بذلك أن تنفرد بنفقة الزوج وماله، ولا تشركها بذلك.

=أحمد في مسند الشاميين ١٦٣٩٢، ١٦٤١٨، ١٦٤٣٢، ١٦٤٥١، ١٦٤٧٦، الدارمي في المقدمة ٢٢٤.

قال ابن عبد البر: وهذا حديث مسند صحيح وإن كان ظاهره في هذا الإسناد الانقطاع، وقد سمع ذلك محمد بن كعب من معاوية. ذكر ذلك بعض رواة مالك عن مالك، وهو محفوظ أيضا من غير طريق مالك. انظر: التمهيد ٢٩٤/٩.

١٦١٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٦٩.

١٦١٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٧٠.

فصل: وقوله ﷺ: «ولتنكح فإنما لها ما قدر لها» يريد أنه ما قدر لها أن تناله من خير الزوج ونفقتة لا بد أن تصل إليه، ولا سبيل إلى الزيادة على ذلك بفراقه الزوجة، ولا النقص منه بامساكه لها، ويقتضى ذلك أن الرزق مقدر، والإجمال في الطلب مشروع.

فصل: وقوله ﷺ: «لا مانع لما أعطى الله ولا معطى لما منع الله» يريد والله أعلم أنما أعطى الله من خير دين أو دنيا فلا مانع له، وما منع من ذلك، فلا معطى له، وهو قوله عز وجل: ﴿وإن يمسسك الله بضر فلا كاشف له إلا هو وإن يردك بخير فلا راد لفضله يصيب به من يشاء من عباده﴾ [يونس: ١٠٧].

فصل: وقوله ﷺ: «ولا ينفع ذا الجلد منه الجلد» قال أبو عبيد: معناه لا ينفع ذا الغنى منه غناه، إنما تنفعه طاعتك، والعمل بما يقربه منك، يقال جد الرجل يجده، إذا صار له جد، وقد قال بعض الناس: لا ينفع ذا الجلد منك الجلد، بكسر الجيم، وهو خطأ لأن الجلد الانكماش، يريد الاجتهاد، ومحال أن لا ينفع الناس الاجتهاد في طاعة الله.

وهذا الذى قاله أبو عبيد فيه نظر، ويحتمل أن يقال، ولا ينفع ذا الجلد منك الجلد، بمعنى أنه لا ينفع ذلك الاجتهاد منك اجتهاده في اجتلاب منفعة أو دفع مضرة، فإنه لا بد أن يصل إليه ما قدر له اجتهاد أو لم يجتهد.

فصل: وقوله ﷺ: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» يريد والله أعلم، أن الفقه في الدين يقتضى إرادة الله سبحانه وتعالى الخير لعبيده، وأن من أراد الله الخير فقهه في دينه والخير، والله أعلم، دخول الجنة والسلامة من النار، قال الله عز وجل: ﴿فمن زحزح عن النار وأدخل الجنة فقد فاز﴾ [آل عمران: ١٨٥].

فصل: وقوله: «سمعت هؤلاء الكلمات من رسول الله ﷺ على هذه الأعواد» يريد بذلك بيان صحة هذه الكلمات، وخص أمة محمد ﷺ على المنبر لأنها مما قاله نبيهم عليه السلام على المنبر، وبلغه إلى الأمة تليغاً شائعاً.

فصل: وقول مالك، رحمه الله: «كان يقال» يقتضى أنه من قول أئمة الشرع لأن مالكا أدخله في كتابه ليعتقد صحته، ويحمد الله به.

وقوله: «الحمد لله الذى خلق كل شيء كما ينبغي» يريد أنه أحسنه وأتى به على أفضل ما يكون عليه، فيكون معناه.

٢٨٠ كتاب الجامع

وقوله: ﴿الذى أحسن كل شيء خلقه﴾ على تأويل من قال: خلقه حسناً. ويحتمل أن يريد به خلقه على ما ينبغى من قدرته عليه، وإرادته له وعلمه به وبما فيه من المصالح خلقه.

فصل: وقوله: «الذى لا يعجل شيء أنه وقدره» ومعناه لا يسبق وقته الذى وقت له، قال الأحفش: أنا الشيء، وقت بلوغه، وقال غيره: الأنا التأخير، والانتظار. قال الشاعر:

وأنيست العشاء إلى سهيل أو الشعرى فطال بي الأناء
يريد والله أعلم، لا يسبق وقته الذى قدر له، قال الله عز وجل: ﴿فإذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون﴾ [الأعراف: ٣٤].

فصل: وقوله: «حسبى الله وكفى».

وقوله: «سمع الله لمن دعاه» معناه استجاب الله لمن دعا، يحتمل أن يريد به الخير، ويحتمل أن يريد به الدعاء.

وقوله: «ليس وراء الله مرمى» يريد ليس وراء الله غاية يرمى إليها، أى يقصد بدعاء أو أمل أو رجاء، يقال هذه الغاية التى يرمى إليها، أى يقصد شبهت بغاية السهام التى ترمى ويقصد بها.

* * *

ما جاء فى حسن الخلق

مَالِكٌ أَنَّ مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ قَالَ آخِرُ: مَا أَوْصَانِي بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حِينَ وَضَعْتُ رِجْلِي فِي الْغَرَزِ أَنْ قَالَ: «أَحْسِنُ خُلُقَكَ لِلنَّاسِ يَا مُعَاذُ بْنَ جَبَلٍ».

الشرح: قول معاذ رضى الله عنه: «آخر ما أوصانى به رسول الله ﷺ» تنبيه على تأكيد ما أوصاه به، واهتباله ﷺ بولائه، ولا يهتبل فى ذلك من الوصية من يودع المسافر إلا بأوكد ما يوصيه به.

وقوله: «حين وضعت رجلي فى الغرز» الغرز للراحلة بمنزلة الركاب للدابة. وأشار بذلك إلى تأخير الحال التى أوصاه عليها، وأنها حين مفارقتها له، وبعد توديعه إياه، وذلك كله دليل على تأكيد ما أوصاه به ومبالغته فى وصيته.

فصل: وقوله ﷺ: «أحسن خلقك للناس معاذ بن جبل» تحسين خلقه أن يظهر منه لمن يجالسه أو ورد عليه البشر والحلم والإشفاق والصبر على التعليم والتودد إلى الصغير والكبير، وقد قال مالك: والغلظة مكروهة لقول الله عز وجل: ﴿وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظًا لَافْتَضُوا مِنْ حَوْلِكَ﴾ [آل عمران: ١٥٩].

فصل: وقوله ﷺ: «للناس» وإن كان لفظه عامًا إلا أنه يريد ذلك من يستحق تحسين الخلق له، فأما أهل الكفر، والإصرار على الكبائر، والتمادى على ظلم الناس، فلا يؤمر بتحسين خلقه لهم، بل يؤمر بأن يغلظ عليهم، قال الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفْرَانَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاعْلِظْ عَلَيْهِمْ﴾ [التوبة: ٧٣] وقال سبحانه وتعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢].

وفى العتبية من سماع أشهب عن مالك سئلت عائشة رضی الله عنها عن خلق النبي ﷺ فقالت: «كان خلقه وأمره القرآن واتباعه».

١٦١٤ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنِ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنهَا قَالَتْ: مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ ﷻ فِي أَمْرَيْنِ قَطُّ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا، فَإِنْ كَانَ إِثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ، وَمَا اتَّقَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷻ لِنَفْسِهِ إِلَّا أَنْ تَتَهَكَ حُرْمَةُ اللَّهِ، فَيَنْتَقِمُ لِلَّهِ بِهَا.

الشرح: قول عائشة رضی الله عنها: «ما خير رسول الله ﷻ بين أمرين إلا اختار أيسرهما» يحتمل أن يريد بذلك ما خيره الله عز وجل بين أمرين من الأعمال مما يكلفه أمته إلا اختار أيسرهما، وأرفقهما بأمته، ويحتمل أن يريد ما خيره الله تعالى بين عقوبتين ينزلهما بمن عصاه وخالفه إلا اختار أيسرهما، ويحتمل أن يريد بذلك ما خيره أحد من أمته ممن لم يدخل في طاعته ولا آمن به بين أمرين، كان في أحدهما موادة ومسالمة، وفي الآخر محاربة أو مشاققة، إلا اختار ما فيه الموادة، وذلك قبل أن يؤمر بالمجاهدة، ومنع الموادة.

١٦١٤ - أخرجه البخارى فى المناقب ٣٥٦٠، مسلم فى الفضائل ٢٣٢٧، ٢٣٢٨، أبو داود فى الأدب ٤٧٨٥، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٤٢٩٩.

٢٨٢ كتاب الجامع

ويحتمل أن يريد به جميع أوقاته، وذلك بأن يخيره بين الحرب وأداء الجزية، فإنه كان يأخذ بالأيسر، فقبل منهم الجزية، ويحتمل أن يريد به أن أمته المؤمنين لم يخيره بين التزام الشدة في العبادة، وبين الأخذ بما يجب عليهم من ذلك إلا اختار لهم أيسرهما رفقا بهم، ونظرا لهم وخوفا أن يكتب عليهم أشقهما فيعجزوا عنها.

فصل: وقوله: «ما لم يكن إثما» إن كان المخير هو الله تعالى، فإنه استثناء من منقطع؛ لأن البارئ تعالى لا يخير بين الإثم والطاعة، وإن كان المخير له الكفار والمنافقون ممن بعث إليهم، فيكون استثناء متصلاً، ويكون معناه إلا أن يكون أيسر الأمرين اللذين خير فيهما إثماً، فإنه يكون أبعد الناس منه، ولا يختاره وإنما يختار الأيسر إذا خير بين جائزين مشروعين، وإن كان المخير له المؤمنون من أمته، فالظاهر أنه استثناء منقطع؛ أنهم أيضاً لا يخبرونه بين التزام، فعل طاعة، والتزام فعل معصية.

ويجوز على بعد أن يكون استثناء متصلاً بمعنى أن يخبروه بين التزام ما يجوز، والتزام ما لا يجوز، وهم يعتقدونه مما يجوز، فيكون أبعد الناس من أن يبيح لهم ما لا يجوز، بل يبين لهم المنع منه، ويحذرهم من إتيانه، ويعدل بهم إلى الجائز، وإن شق ذلك عليهم.

فصل: وقولها رضى الله عنها: «وما انتقم رسول الله ﷺ لنفسه» يريد والله أعلم، أنه لا يصل إليه أذى من مخالفة إرادة ربه فيما يخصه، فينتقم بذلك لنفسه. قال مالك: بلغنى أن يوسف عليه السلام، قال: «ما انتقمت لنفسى من شىء، فذلك اليوم زادى من الدنيا، وإن عملى قد لحق بعمل آيائى فالحقوا قبرى بقبورهم». وروى ابن حبيب، قال مالك: كان رسول الله ﷺ يعفو عمن شتمه.

فصل: وقولها رضى الله عنها: «إلا أن تنتهك حرمة لله فينتقم لله بها» يريد والله أعلم، أن يؤذى أذى فيه غضاضة على الدين، فإن ذلك انتهاكاً لحرمة الله عز وجل، فينتقم لله بذلك إعظاماً لحق الله تعالى.

وقد قال بعض العلماء: لا يجوز أن يؤذى النبى ﷺ بفعل مباح ولا غيره. وأما غيره من الناس، فيجوز أن يؤذى بمباح، وليس له المنع منه، ولا يَأْتَمُّ فاعل المباح، وإن وصل بذلك أذى إلى غيره.

قال: ولذلك قال النبى ﷺ إذا أراد على بن أبى طالب رضى الله عنه أن يتزوج ابنة أبى جهل: «إنما فاطمة بضعة منى وإنى والله لا أحرم ما أحل الله، ولكن والله لا تجتمع ابنة رسول الله وابنة عدو الله عند رجل أبداه فجعل حكمها فى ذلك حكمه أنه لا

يجوز أن يؤذى بمباح، واحتج على ذلك بقوله عز وجل: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأَعَدَّ لَهُمْ عَذَابًا مُهِينًا وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغْيًا مَا اكْتَسَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بِهَتَّانَا وَإِنَّمَا مِيقَاتُ﴾ [الأحزاب: ٥٧، ٥٨] فشرط في المؤمنين أن يؤذوا بغير ما اكتسبوا، وأطلق الأذى في خاصة النبي ﷺ من غير شرط، فحمل على إطلاقه.

مسألة: ومن سب النبي ﷺ، فلا يخلو أن يسبه كافر أو مسلم، فإن سبه مسلم، قتل، ولم يستتب، قاله عيسى بن دينار عن ابن القاسم عن مالك في العتبية.

وقال ابن القاسم: وكذلك إن عابه أو تنقصه، فإنه يقتل كالزنديق لا يؤمن توبته، وقد افترض الله تعزيره وتوقيره، قال الله عز وجل: ﴿فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ﴾ [الأعراف: ١٥٧] فمن شتمه، فهو بمنزلة من أدركه، فلم يعزره ولم ينصره.

مسألة: ومن لم ينصره، ولم يؤمن به، ومن سب نبياً من الأنبياء قتل. قال سحنون وأصبيغ: إن انتقصه قتل، ولم يستتب كمن شتم نبياً ﷺ، قال الله عز وجل: ﴿لَا نَفْرَقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ﴾ [آل عمران: ٨٤] قال الشيخ أبو محمد في نوادره: وكذلك من سب ملكاً من الملائكة.

فرع: ومن شتم نبياً ﷺ من أهل الكتاب، فلا يخلو أن يكون حريباً أو ذمياً، فإن كان حريباً، فحكمه إذا ظفر به حكم سائر الكفار، والإمام يلزمه أن يقتل المسرف في ذلك الذي قد شهر به، كما فعل النبي ﷺ في ابن خطل، وفي مقيس بن صباية وفي القيتين اللتين كانتا تغنيان بسبه ﷺ، فإن سبق، ونادى بالإسلام لم يقتل كما فعل النبي ﷺ.

فرع: وإن كان ذمياً، وذلك إذا اشتم اليهودي أو النصراني بغير الوجه الذي كفر به، قال سحنون: وفرقنا بين سب النبي ﷺ من المسلمين، وبين من سبه من أهل الكتاب؛ لأن المسلم لم ينتقل من ديننا إلى غيره، فمن فعل شيئاً فحده عندنا القتل، ولا عفو فيه لأحد كالزنديق الذي لا تقبل توبته إذا لم ينتقل من ظاهر إلى ظاهر، والكتاب الذي كان على الكفر لما انتقل إلى الإسلام بعد أن سب النبي ﷺ غفر له ما قد سلف فلم يقتل، قال الله عز وجل: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] كسائر الحدود التي لله عز وجل إذا ثبت في حق المسلم لم يسقط عنه، وإذا ثبت في حق الذمى سقط عنه بالإسلام.

٢٨٤ كتاب الجامع

قال سحنون: فإن قيل: فلم قتلت الذمى بذلك ومن دينه سب النبي ﷺ وتكذيبه، قيل: لأننا لم نعطيهم العهد على ذلك، ولا على قتلنا، وأخذ أموالنا، فلو قتل واحداً منا لقتلناه، وإن كان من دينه استحلال دماننا، فكذلك سب النبي ﷺ إذا أظهره.

قال: وكذلك لو بذل أهل الحرب الجزية على أن نقرهم على إظهار سب النبي ﷺ لم يجوز لنا ذلك، فثبت أن العهد ينتقض بيننا وبينه بسبه النبي ﷺ ويحل لنا دمه.

فإن قيل لو سب النبي ﷺ ثم أسلم لسقط عنه القتل، ولو قتل مسلماً، ثم أسلم، ثبت عليه القتل؟ قيل القصاص من حقوق الأدميين، فلا يسقط بالإسلام، وهذا من حقوق الله تعالى، فيسقط بالتوبة من دينه إلى ديننا، فظاهر لفظ سحنون يقتضى أنه غير كافر وأنه يقتل حداً، وظاهر ما فى العتبية يقتضى أنه يقتل كفراً ولا يستتاب منه.

فروع: فإذا قال المجوسى: إن محمداً النبي لم يرسل إلينا، وإنما أرسل إليكم، وإنما نبينا موسى أو عيسى أو نحوهما، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: لا شىء عليهم؛ لأن الله سبحانه وتعالى أقرهم على مثل ذلك على أخذنا الجزية.

وأما إن سبه، فقال: ليس بنبي ولم يرسل أو لم ينزل عليه قرآن، وإنما هو نبي بقوله ونحوه فهذا يقتل.

وروجه ذلك أنه إذا قال: إنه نبي وإنما أرسل إلى قومه فلم يكذبه، وإنما يكذب الناقل عنه للرسالة العامة؛ لأنه قد أقر له بالنبوة، فقد كذبه، وذلك وجه شديد من السب.

فروع: ولو قال نصرانى لمسلم: ديننا خير من دينكم، وإنما دينكم الخمر، ونحو ذلك من القول، أو يقول للمؤذن إذا قال: أشهد أن محمداً رسول الله ﷺ كذبت، لعنكم الله، فقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم: هذا فيه الأدب الوجيع والسجن الطويل.

فروع: ومن تقاصى دينه من رجل فأغضبه، فقال له: صل على النبي، فقال له الآخر: لا صلى الله على من صلى عليه، قال سحنون فى العتبية: إذا كان على ما ذكرت من وجه الغضب والضيق، فليس هو كمن شتم النبي ﷺ.

وقال أبو إسحاق: البرقى وأصبغ: لا يقتل، لأنه شتم الناس، يريد أنه شتم ذلك الرجل الذى صلى عليه خاصة؛ لأنه هو الذى أغضبه. وذهب الحارث وغيره فى مثل هذا إلى القتل.

ووجه ذلك أنه حمّله على أن لعنه توجّه إلى كل من ﷺ والملائكة من جملتهم.

فرع: ولو قال نبطي: مسكين محمد يجبركم أنكم في الجنة، فهو الآن في الجنة، فما له لم يغن عن نفسه حيث كانت الكلاب تأكل ساقيه، روى ابن القاسم في الموازية وغيرهما: أرى أن يضرب عنقه.

فرع: ومن تعجب من شيء، فقال: صلى الله على النبي، قال سحنون: ذلك مكروه، ولا ينبغي أن يصلى على النبي ﷺ إلا على وجه الاحتساب ورجاء الثواب.

مسألة: ومن شتم أحدًا من الصحابة، فقال عيسى بن دينار: من شتم أحدًا منهم أبا بكر أو عمر أو عثمان أو معاوية أو عمرو بن العاصي، فإن قال: إنهم كانوا على ضلال وكفر، فإنه يقتل ولو شتمهم بغير ذلك من مشاتم الناس، فلينكل نكالاً شديداً.

وقال سحنون في كتاب ابنه: من كفر علياً أو عثمان أو غيرهما من الصحابة، فأوجعه جلدًا. قال الشيخ أبو محمد: رأيت في مسائل رويت عن سحنون من كتاب موسى: إن قال في أبي بكر وعمر وعثمان وعلى أنهم كانوا على ضلالة كفر، فإنه يقتل ومن شتم غير هؤلاء من الصحابة بمثل هذا، فعليه النكال الشديد.

١٦١٥ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ ابْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مِنْ حُسْنِ إِسْلَامِ الْمَرْءِ تَرْكُهُ مَا لَا يَعْنِيهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه» الإسلام هو الاستسلام من قولهم: أسلم فلان لله، إذا انقاد له، والإيمان هو التصديق، قال الله تعالى: ﴿قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تَوَدُّوا وَلَكِنْ قَوْلُوا أَسْلَمْنَا لَمَّا يَدْخُلُ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾ [الحجرات: ١٤] فكل إيمان إسلام، وليس كل إسلام إيماناً؛ لأن المؤمن قد استسلم لله، وانقاد له بإيمانه، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَسْلَمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى﴾ [لقمان: ٢٢] فالإسلام يؤتى به على أحسن وجوه مما يتقرب به إلى الطاعات واجتناب المنكرات.

وقد يكون على ذلك إذا عرا من الاجتناب بالطاعات ومن حسنه أن يترك الإنسان

١٦١٥ - أخرجه الترمذی فی الزهد ٢٣١٨. ابن عدی فی الكامل ٣/٣٧، عن أبي هريرة. أحمد فی المسند ١/٢٠١، عن الحسين بن علي. وذكره فی كنز العمال ٣/٨٢٩١ وعزاه السيوطی إلى الترمذی وابن ماجه، عن أبي هريرة.

٢٨٦ كتاب الجامع
ما لا يعنيه، فيشتغل به، وربما شغله عما يعنيه أو أداه إلى ما يلزمه اجتنابه، والله أعلم
وأحكم.

وقد قال حمزة الكتاني: هذا الحديث ثلث الإسلام، وثلث الآخر: «إنما الأعمال
بالنيات»، وثلث الثالث: «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات، فمن ترك
ما تشابه كان أبرأ لدينه وعرضه».

وفي العتبية. من سماع ابن القاسم عن مالك في رجل دخل على عبدالله بن عمر،
وهو يخصف نعليه، فقال: يا أبا عبد الرحمن، ولو ألقىيت هذا النعل، وأخذت آخر
جديداً، فقال له: نعلى جاءت بك هاهنا، أقبل على حاجتك.

١٦١٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: اسْتَأْذَنَ رَجُلٌ
عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَتْ عَائِشَةُ: وَأَنَا مَعَهُ فِي الْبَيْتِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «بِئْسَ
ابْنُ الْعَشِيرَةِ» ثُمَّ أَذِنَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَالَتْ عَائِشَةُ: فَلَمْ أَنْشَبْ أَنْ سَمِعْتُ ضَحِكَ
رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَعَهُ، فَلَمَّا خَرَجَ الرَّجُلُ، قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قُلْتَ فِيهِ مَا قُلْتَ، ثُمَّ
لَمْ تَنْشَبْ أَنْ ضَحِكْتَ مَعَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ مِنْ شَرِّ النَّاسِ مَنْ اتَّقَاهُ
النَّاسُ لِشَرِّهِ».

الشرح: قول رسول الله ﷺ للمستأذن: «بئس ابن العشيرة» قال ابن مزين: قال
ابن حبيب: إن هذا الرجل هو عيينة بن حصن الغزاري، وكان يقال له الأحقق، المطاع،
فقال ﷺ فيه: «بئس ابن العشيرة» يريد عشيرته، وتصف العرب الرجل بأنه ابن
العشيرة، بمعنى أنه ابن منها أو وصفه النبي ﷺ بذلك ليعلم بحاله، وليس ذلك من باب
الغيبة؛ لأنه مأمور بأن يعلم بحاله ليحذر أمره، والله أعلم وأحكم.

فصل: وما روى عن عائشة أنه لما دخل ضحك معه النبي ﷺ على سبيل
الاستتلاف له ودفع مضرتة.

١٦١٧ - مَالِكُ، عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ كَعْبِ الْأَحْبَارِ
أَنَّهُ قَالَ: إِذَا أَحْبَبْتُمْ أَنْ تَعْلَمُوا مَا لِلْعَبْدِ عِنْدَ رَبِّهِ، فَانظُرُوا مَاذَا يَتَّبَعُهُ مِنْ حُسْنِ الثَّنَاءِ.

١٦١٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٧٤.

١٦١٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٦٧٥.

١٦١٨ - مَالِكُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ الْمَرْءَ لِيُذْرِكَ بِحُسْنِ خَلْقِهِ دَرَجَةَ الْقَائِمِ بِاللَّيْلِ الظَّامِي بِالْهَوَاجِرِ.

الشرح: قوله: «إذا أردتم أن تعلموا ما للعبد عند ربه» أراد به من الغفران أو العقاب أو الرضى عنه أو السخط عليه، «فانظروا ما يتبعه من حسن الثناء» قال ابن مزين: يريد في الحياة وفيما بعد الموت، وقاله محمد بن عيسى الأعشى، يريد ما يجرى على ألسنة الناس من ذكره، فإن ألقى الله تعالى له على ألسنة الناس الثناء الجميل، فذلك دليل على صلاح ما يصير إليه، وإن ألقى الله تعالى على ألسنة الناس الذكر القبيح، فذلك دليل على شديد ما يصير إليه.

وهذا إنما يريد به الذكر الشائع عنه من جمهور الناس وأهل الدين والخير، وأما ما ينفرد به الواحد وأهل الضلال والفسق، فلا اعتبار به، لأنه قد يكون للإنسان العدو فيتبعه بالذكر القبيح، وأما أهل الضلال، فلا يذكرون أهل الدين والصلاح إلا بالشر، وإنما الأمر على ما قدمته، والله أعلم.

فصل: وقوله: «إن الرجل ليدرك بحسن خلقه درجة القائم بالليل الظامى بالهواجر» يريد والله أعلم، أنه يدرك بحسن خلقه درجة المتفعل بالصوم والصلاة لصبره على الأذى وكفه عن أذى غيره والمعارضة عليه مع سلامة صدره من الغل.

مسألة: ومن حسن الخلق بحاملة الزوجة والأهل ومعاشرتهم والتوسعة عليهم. قال مالك: ينبغي للرجل أن يحسن إلى أهل داره حتى يكون أحب الناس إليهم.

قال فى المختصر: وهو فى سعة من أن يأكل من طعام لا يأكل منه عياله، ويلبس ثياباً لا يكسوهم مثلها، ولكن يكسوهم ويطعمهم. قال: وأكره أن يستل الرجل عما أدخل داره من الطعام ولا ينبغي أن يفاحش المرأة، ولا يكثر مراجعتها، ولا ترداها.

والأصل فى ذلك ما روى مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «المرأة كالضلع إن أقمتها كسرتها، وإن استمتعت بها استمتعت بها وبها عوج».

وروى أبو حازم عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «استوصوا بالنساء خيراً، فإنهن مخلقن من ضلع، وإن أعوج شىء فى الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيراً».

١٦١٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرٍ مِنْ كَثِيرٍ مِنَ الصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ؟ قَالُوا: بَلَى، قَالَ: إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ، وَإِيَّاكُمْ وَالْبَغْضَةَ، فَإِنَّهَا هِيَ الْحَالِقَةُ.

الشرح: قول سعيد: «إصلاح ذات البين» يريد والله أعلم، صلاح الحال الذي بين الناس، فذكر أنها خير من كثير من الصلاة والصدقة، يحتمل أن يريد به النوافل، فيكون معناه أنها خير من كثير من جنس الصلاة والصدقة، ويحتمل أن يريد بها أنها خير من إكثار الصلاة والصدقة، وهو أيضاً راجع إلى النافلة.

ويحتمل أن يريد أنها خير وأكثر ثواباً مما يسديه بعضهم إلى بعض مع ما فى إصلاح ذات البين من حسن المعاشرة والمناصحة والتعاون، ويحتمل أن يريد أن كثرة الثواب تكون باحتساب الأذى

فصل: وقوله «وإياكم والبغضة فإنها هي الحالقة». قال الأخصش: أصل الحالقة من حلق الشعر، وإذا وقع الفساد بين قوم من حرب أو تباغض حلقهم عن البلاد، أى أجلتهم وفرقتهم حتى يخلوها، ويحتمل عندى أن يريد أنها لا تبقى شيئاً من الحسنات حتى يذهب بها كما يذهب الحلق بالشعر من الرأس حتى يتركه عارياً.

١٦٢٠ - مَالِك أَنَّهُ قَدْ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «بُعِثْتُ لِأَتَمَّ حُسْنِ الْأَخْلَاقِ».

الشرح: يحتمل أن يريد به بعثت بالإسلام لأتم شرائعه، وحسن هديه وزيه وسمته حسن الأخلاق؛ لأن العرب وإن كانت أحسن الناس أخلاقاً بما بقى عندهم مما تقدم من الشرائع قبلهم، فقد كانوا أضلوا بالكفر عن كثير منها، ومنها ما خص به نبينا ﷺ فتتم

١٦١٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦٧٧.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفاً على سعيد فى الموطأ، لم يختلف على مالك فيه الرواة إلا إسحاق بن بشر الكاهلى، وهو ضعيف متروك الحديث، فإنه رواه عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبى الدرداء، عن النبى ﷺ. انظر: التمهيد ٣١٦/٩.

١٦٢٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦٧٨.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفاً على سعيد فى الموطأ، لم يختلف على مالك فيه الرواة إلا إسحاق بن بشر الكاهلى، وهو ضعيف متروك الحديث، فإنه رواه عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبى الدرداء، عن النبى ﷺ. انظر: التمهيد ٣١٦/٩.

كتاب الجامع ٢٨٩

بالأميرين محاسن الأخلاق، وقال تعالى: ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خَلْقٍ عَظِيمٍ﴾ [القلم: ٤٥] وقالت عائشة: «كان خلقه القرآن».

ومن تخلق بأوامر القرآن أو نواهيه كان أحسن الناس خلقاً، وقد قال تعالى: ﴿خُلِدَ الْعَفْوُ وَأَمْرٌ بِالْعُرْفِ وَأَعْرَضَ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: ١٩٩] فتضمنت هذه الآية من حسن الأخلاق ما لا يستطيع امتثاله إلا من وفقه الله عز وجل فكيف سائر ما تضمنه القرآن وسنة النبي عليه السلام.

* * *

ما جاء في الحياء

١٦٢١ - مَالِك، عَنْ سَلْمَةَ بْنِ صَفْوَانَ بْنِ سَلْمَةَ الزُّرْقِيِّ، عَنْ زَيْدِ بْنِ طَلْحَةَ ابْنِ رُكَّانَةَ يَرْفَعُهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لِكُلِّ دِينٍ خُلُقٌ وَخُلُقُ، الْإِسْلَامِ الْحَيَاءُ».

١٦٢٢ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَرَّ عَلَى رَجُلٍ، وَهُوَ يَعْظُ أَخَاهُ فِي الْحَيَاءِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «دَعُهُ، فَإِنَّ الْحَيَاءَ مِنَ الْإِيمَانِ».

١٦٢١ - أخرجه البخاري في الإيمان ٢٤، الترمذي في الإيمان ٢٦١٥، النسائي في الإيمان وشرائعه ٥٠٣١، أبو داود في الأدب ٤٧٩٥، ابن ماجه في المقدمة ٥٨، أحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٥١٦١، ٦٣٠٥، أبو نعيم في الحلية ٣٤٦/٦، عن أبي هريرة، الخطيب في تاريخه ٤/٨، عن أنس بن مالك، ابن عساکر في التهذيب ٢٨٧/٤، عن أنس موقوفاً. قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث في الموطأ عند جمهور الرواة عن مالك، ورواه وكيع، عن مالك، عن سلمة بن صفوان، عن يزيد بن طلحة بن ركانة، عن أبيه ولا أعلم أحداً قال فيه عن أبيه، عن مالك إلا وكيع، فإن صححت رواية وكيع، فالحديث مسند من هذا الطريق. وأما معناه، فمتصل مستند من وجوه عن النبي ﷺ. وقال يحيى بن يحيى في هذا الحديث: زيد بن طلحة. وقال القعنبي، وابن بكير، وابن القاسم، وغيرهم: يزيد بن طلحة بن ركانة وهو الصواب. انظر: التمهيد ٣١٩/٩.

١٦٢٢ - أخرجه مسلم كتاب الإيمان برقم ٥٩، ٦٣/١، عن ابن عمر. الترمذي برقم ٢٠٠٩، ٣٦٥/٤ كتاب البر والصلة باب ٦٥، عن أبي هريرة. ابن ماجه برقم ٤١٨٤، ١٤٠٠/٢ كتاب الزهد باب ١٧، عن أبي بكر. أحمد ٩/٢، عن ابن عمر. الحاكم في المستدرک ٥٢/١، عن أبي بكر. ابن حبان ٣/٢ - ٤، عن أبي هريرة. الطبرانی في الكبير ١٧٨/١٨، عن عمران بن حصين. الطحاوی في مشكل الآثار ٢٣٨/٤، عن أبي بكر.

٢٩٠ كتاب الجامع

الشرح: قوله ﷺ: «لكل دين خلق» يريد سجية شرعت فيه، وخص أهل ذلك الدين بها، وكانت من جملة أعمالهم التي يثابون عليها، ويحتمل أن يريد سجية تشمل أهل ذلك الدين أو أكثرهم أو تشمل أهل الصلاح منهم، وتزيد بزيادة الصلاح وتقل بقلته، وأن خلق الإسلام الحياء، والحياء يختص بأهل الإسلام على أحد وجهين أو عليهما، والمراد والله أعلم، الحياء فيما شرع الحياء فيه.

فأما حياء يؤدي إلى ترك تعلم العلم، فليس بمشروع، قالت عائشة رضى الله عنها: نعم النساء نساء الأنصار لم يمنعهن الحياء أن يتفقهن فى الدين.

وقالت أم سليم: يا رسول الله، إن الله لا يستحي من الحق، هل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ قال: نعم، إذا رأت الماء.

وقال الحسن بن أبى الحسن البصرى: لا يتعلم مستحي ولا متكبر، وكذلك لم يرد شرع بالحياء المانع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والحكم بالحق والقيام به وأداء الشهادات على وجهها والجهاز فى سبيل الله عز وجل.

فصل: وقوله «أن رسول الله ﷺ مر على رجل وهو يعظ أخاه فى الحياء» يريد لأمه على كثرة الحياء يقول له: إنك لتستحي حتى قد أضر ذلك بك ومنعك من بلوغ حاجتك.

وقوله ﷺ: «دعه» يريد الإمساك عن وعظه فى ذلك، «فإن الحياء من الإيمان» يريد والله أعلم من شرائع الإيمان.

ولذلك روى أن النبى ﷺ كان أشد حياء من العذراء فى خدرها، ويحتمل أن يريد أنه مرافق للإيمان كما روى عن النبى ﷺ كما قال لعلى بن أبى طالب رضى الله عنه: «أنت منى».

* * *

ما جاء فى الغضب

١٦٢٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّ

١٦٢٣ - أخرجه البخارى ٥٣/٨ كتاب الأدب باب الخلد من الغضب، عن أبى هريرة. أحمد ١٧٥/٢، عن ابن عمرو. البيهقى ١٠٥/١٠، عن أبى هريرة. الحاكم ٦١٥/٣، عن جارية بن قدامة. ابن أبى شيبه ٣٤٥/٨، عن جارية بن قدامة. ابن حبان ٤٧٩/٧، عن جارية بن قدامة. =

رَجُلًا أَتَى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، عَلَّمَنِي كَلِمَاتٍ أَعِيشُ بِهِنَّ، وَلَا تُكْثِرُ عَلَيَّ فَأَنْسَى، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تَغْضَبْ».

١٦٢٤ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرْعَةِ، إِنَّمَا الشَّدِيدُ الَّذِي يَمْلِكُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ».

الشرح: قول السائل لرسول الله ﷺ: «علمني كلمات أعيش بهن» يحتمل أن يريد به أتفع بها مدة عيشي، ويحتمل أن يريد به والله أعلم، أستعين بها على عيشي

=الطبراني في الكبير ٢/٢٩٣، عن حارية بن قدامة. البخاري بتاريخه بنحوه ٥/٢٦٧، عن ابن عمرو. أبو نعيم في الحلية ٨/٣٦٨، عن أنس بن مالك. والخطيب في تاريخه ٣/١٠٨، عن حارية بن قدامة. تاريخ أصبهان ١/٣٤٠، عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا رواه جماعة الرواة عن مالك في الموطأ مرسلًا، وهو الصحيح فيه عن مالك. وقد رواه ابن سيرة المدني عن مطرف، عن مالك، عن الزهري، عن حميد بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة. ورواه إسحاق بن بشير الكاهلي عن مالك، عن حميد بن عبدالرحمن، عن أبيه وكلاهما خطأ. والصواب فيه عن مالك مرسل، كما في الموطأ، ورواه ابن عينة عن ابن شهاب، عن حميد، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ مثله فوصله. وقد روى هذا الحديث من غير طريق مالك ومن غير طريق ابن شهاب مستندًا من وجوه ثابتة عن أبي هريرة من حديث أبي صالح عن أبي هريرة. انظر: التمهيد ٩/٣٣٨.

١٦٢٤ - أخرجه البخاري ٨/٥٢ كتاب الأدب باب الخبز من الغضب إلخ، عن أبي هريرة. مسلم كتاب البر والصلوة برقم ١٠٧ باب ٣٠، ٤/٢٠١٤، عن أبي هريرة. أحمد ٢/٢٣٦، عن أبي هريرة. البيهقي في الكبرى ١٠/٢٣٥ كتاب الشهادات باب شهادة أهل العصية، عن أبي هريرة. الطحاوي في المشكل ٢/٢٥٤، عن أبي هريرة. عبدالرزاق برقم ٢٠٢٨٧، عن أبي هريرة. البخاري في الأدب المفرد ١٣١٧ باب الغضب ٦٤٠، عن أبي هريرة. البغوي في شرح السنة ١٣/١٥٩، عن أبي هريرة. والسهمي في تاريخ جرحان، عن عمران بن حصين ٤٥١، عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا هو في الموطأ عند جماعة رواه - فيما علمت - ورواه شيخ يسمى حاتم بن منصور، عن مطرف، عن مالك، عن مالك، عن الزهري، عن حميد بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة. فأخطأ فيه علي مالك، وإنما رواية مالك فيه عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة. وكذلك رواه أبو أريس، وعبدالرحمن بن إسحاق، عن الزهري، عن سعيد، عن أبي هريرة، وخالفهم يونس، وعقيل، ومعمر، وشعيب بن أبي حمزة، والزيدى، فرووه عن الزهري، عن حميد بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة. انظر: التمهيد ٩/٣٤١.

٢٩٢ كتاب الجامع

«ولا تكثر على فأنسى» ولعله عرف من نفسه قلة الحفظ، فأراد الاختصار الذى يحفظه، ولا ينساه، فجمع له النبي ﷺ الخبير فى لفظ واحد، فقال له: «لا تغضب» ومعنى ذلك والله أعلم، أن الغضب يفسد كثيراً من الدين؛ لأنه يؤدى إلى أن يؤذى ويؤذى، وأن يأتى فى وقت غضبه من القول والفعل ما يأتى به ويؤثم غيره، ويؤدى الغضب إلى البغضة التى قلنا إنها الخالقة، والغضب أيضاً يمنعه كثيراً من منافع دينه.

ومعنى قوله ﷺ: «لا تغضب» يريد والله أعلم، لا تمض ما يعثك عليه غضبك، وامتنع منه وكف عنه.

وأما نفس الغضب، فلا يملك الإنسان دفعه، وإنما يدفع ما يدعوه إليه. وقد روى عن الأحنف بن قيس أنه قال: لست بحليم، ولكنى أتحالم.

فرع: وإنما أراد النبي ﷺ امتناعه من الغضب فى معانى دينه ومعاملته، وأما فيما يعاد إلى القيام بالحق، فالغضب فيه، قد يكون واجباً، وهو الغضب على الكفار والمبالغة فيهم بالجهاد، وكذلك الغضب على أهل الباطل، وإنكاره عليهم بما يجوز، وقد يكون مندوباً إليه، وهو الغضب على المخطئ إذا علمت إن فى إبداء غضبك عليه ردعاً له وباعثاً على الحق.

وقد روى زيد بن خالد الجهنى أن رسول الله ﷺ لما سأله رجل عن ضالة الإبل غضب حتى احمرت وجنتاه أو احمر وجهه.

وقال مالك: [ولها]^(١)، وغضب رسول الله ﷺ لما شكأ إليه رجل معاذ بن جبل أنه يطول بهم فى الصلاة، ويحتمل أن يكون هذا الذى قال النبي ﷺ: «لا تغضب»، قد علم النبي ﷺ أنه كان كثير الغضب، قليل الملك لنفسه عنده، وأن كان ما كان يدخل عليه نقص فى دينه وحاله من جهة الغضب فخصه بالنهى عن ذلك، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «ليس الشديد بالصرعة» الصرعة الذى يصرع الناس ويكثر منه ذلك كما يقال للذى يكثر منه الضحك: ضحكة، والذى يكثر منه النوم: نومة، فقال النبي ﷺ: «ليس الشديد بالصرعة» لم يرد نفى الشدة عن الصرعة، فإنه يعلم بالضرورة شدته، وإنما أراد ﷺ والله أعلم، أحد أمرين، يحتمل أنه أراد أنه ليس بالنهاية فى الشدة، وأشد منه الذى يملك نفسه عند الغضب، ويحتمل أن يريد أنها شدة ليس لها كثير منفعة، وإنما الشدة التى ينتفع بها الشدة التى يملك بها نفسه عند الغضب،

(١) هكذا هى فى النسخ التى بين أيدينا. المحقق.

كتاب الجامع ٢٩٣
ولهذا يقال: لا كريم إلا يوسف، ولم يرد به نفى الكرم عن غيره، وإنما يريد به إثبات
مزية له في الكرم.

وكذلك قولهم: لا سيف إلا ذو الفقار، ولا شجاع إلا علي، وما جرى مجرى
ذلك، والله أعلم، فندب بهذا إلى ملك الرجل نفسه عند الغضب عن إمضاء ما يقتضيه
الغضب من أذى من يملك أذاه أو منازعة من ينازعه، وقد قال الله عز وجل: ﴿والذين
يجتنبون كبائر الإثم والفواحش وإذا ما غضبوا هم يفترون﴾ [الشورى: ٣٧] وقال
تعالى: ﴿والكاظمين الغيظ والعافين عن الناس والله يحب المحسنين﴾ [آل عمران:
١٣٤].

* * *

ما جاء في المهاجرة

١٦٢٥ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عَطَاءِ بْنِ يَزِيدَ اللَّيْثِيِّ، عَنِ أَبِي أَيُّوبَ
الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَجِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يُهَاجَرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ
يَلْتَقِيَانِ، فَيُعْرِضُ هَذَا وَيُعْرِضُ هَذَا، وَخَيْرُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ بِالسَّلَامِ».

الشرح: قوله ﷺ: «لا يجل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال» نص في المنع مما
زاد على ثلاث ليال. وأما الثلاث ليال، فمن قال بدليل الخطاب، اقتضى ذلك عنده
إباحة الهجرة فيها، ومن منع دليل الخطاب احتمال ذلك الإباحة من غير دليل الخطاب،
وهو أنه قصد إلى تقدير المنع.

وأما ما قصر عنه في حكم المباح إذ لا يخلو الناس من يسير المهاجرة وقت الغضب،
ويحتمل أن يريد به والله أعلم، أن ما زاد على الثلاث نص على منعه، ونفى الباقي
يطلب دليل حكمه في الشرع.

١٦٢٥ - أخرجه البخاري ٩٥/٨ كتاب الاستئذان باب السلام للمعرفة إلخ، عن أبي أيوب. مسلم
١٩٨٤/٤ كتاب البر والصلة باب ٨ رقم ٢٥، عن ابن أيوب الأنصاري. أبو داود برقم
٤٩١١، ٢٨٠/٤ كتاب الأدب باب فيمن يهجر أخاه المسلم، عن أبي أيوب. الترمذي برقم
١٩٣٢، ٣٢٧/٤ كتاب البر والصلة باب ما جاء في كراهية الهجر للمسلم، عن أبي أيوب
الأنصاري. ابن ماجه برقم ٤٦، ١٨/١ في المقدمة باب ٧، عن ابن مسعود. عبدالرزاق في
المصنف برقم ٢٠٢٢٣، عن أبي أيوب الأنصاري. أحمد ١٧٦/١ بنحوه، عن سعد بن أبي
وقاص. البيهقي في الكبرى ٣٠٣/٧ بنحوه، عن أنس كتاب القسم باب لا يجاوز بها في هجرة
الكلام ثلاث. الطبراني في الكبير ١٧٣/٤، عن أبي أيوب.

٢٩٤ كتاب الجامع

فصل: وقوله ﷺ: «يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا» يريد والله أعلم، أن كل واحد منهما يعرض عن صاحبه مهاجرة له، فلا يسلم عليه ولا يكلمه، فهذا المقدار الذي نهى عنه من المهاجرة وأما الأذى، فلا يحل قليله ولا كثيره.

مسألة: وأما إذا سلم، فقد روى ابن وهب عن مالك: إذا سلم عليه ولا يكلمه بهذا المقدار الذي نهى عنه من المهاجرة، فقد قطع الهجرة. وقد قال ابن القاسم في الزينة في الذي يسلم على أخيه ولا يكلمه بغير ذلك بل يجتنب كلامه: إن كان غير مؤذ له، فقد برئ من الشحناء، وإن كان مؤذياً له، فلا يتبرأ منه، وهذا قول أحمد بن حنبل.

وجه القول الأول الحديث، وفيه «خيرهما الذي يبدأ بالسلام» فلولا أن السلام يقطع الهجرة لما كان أفضلهما الذي يبدأ بالسلام.

وجه القول الثاني أنه إن كان لا يؤذيه، فقد برئ من الهجرة؛ لأنه قد أتى من المواصله بما لا أذى فيه، وإن كان يؤذيه فلم يبرأ من المهاجرة؛ لأن الأذى أشد من المهاجرة.

وقد روى ابن مزين عن محمد بن عيسى عن ابن كنانة عن مالك: الهجرة من الغل. قال ابن القاسم: وإذا اعتزل كلامه لم تقبل شهادته عليه، وإن كان غير مؤذ له.

فصل: وقوله ﷺ: «وخيرهما الذي يبدأ بالسلام» يريد الله أعلم أكثر ثواباً لأنه الذي يبدأ بالمواصله المأمور بها وترك المهاجرة المنهى عنها مع أن الابتداء بها أشد من المساعدة عليها.

١٦٢٦ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَبَاغَضُوا وَلَا تَحَاسَدُوا، وَلَا تَدَابَرُوا، وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَانًا، وَلَا يَجِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهَاجِرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ».

١٦٢٦ - أخرجه البخاري في الآداب ٦٠٧٦، مسلم في البر والصلة والآداب ٢٥٥٩، الترمذي في البر والصلة ١٩٣٥، أبو داود في الأدب ٤٩١٠، أحمد في باقي مسند المكثرين ١١٦٦٣، ١٢٧٦٧، ١٢٩٤١.

قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى: يهاجر، وسائر الرواة للموطأ يقول: يهجر. انظر: التمهيد ٣٥٠/٩.

كتاب الجامع ٢٩٥

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَحْسِبُ التَّدَابُرَ إِلَّا الْإِعْرَاضَ عَنِ أَحْيِكَ الْمُسْلِمِ، فَتُدْبِرَ عَنْهُ
بِوَجْهِكَ.

١٦٢٧ - مَالِكٌ، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ قَالَ: «إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ، فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ، وَلَا تَحَسُّسُوا وَلَا تَحَسُّسُوا،
وَلَا تَنَافَسُوا، وَلَا تَحَاسَدُوا، وَلَا تَبَاغَضُوا، وَلَا تَدَابَرُوا، وَكُونُوا عِبَادَ اللَّهِ إِخْوَانًا».

الشرح: قوله: «لا تباغضوا» على ما تقدم من نهيه ﷺ عن البغضة، وهو أن يبغض
بعض المسلمين بعضًا لغير معنى موجب لذلك من جهة الشرع. وفي المزية لعيسى بن
دينار: معنى لا تباغضوا، لا يبغض بعضكم بعضًا، ولا يبغض بعضكم بعضًا إلى بعض.

فصل: وقوله ﷺ: «ولا تحاسدوا» يريد الله أعلم، لا يحسد أحدكم أخاه على نعمة
حواله الله إياها، وأمرنا الله عز وجل أن نقول: نعوذ بالله من شر الحاسد، فقال عز
اسمه: ﴿وَمَنْ شَرَّ حَاسِدٍ إِذَا حَسَدَ﴾ [الفلق: ٥] وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا
فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٣٢] وذلك من وجه التحاسد.

وهذا يكون على وجهين، أحدهما أن تمنى لنفسك مثل ما عند أخيك من أمر دين
أو عمل صالح، ولا تريد أن يزول ما عنده من ذلك، فهذا غير مذموم، وفاعله غير
مذموم.

والوجه الثاني أن تمنى زوال نعمة عند أخيك المسلم، سواء أردت انتقالها إليك أو
لم ترد، فهذا الحسد المذموم. وفي العتبية عن مالك: بلغني أن أول معصية كانت
الحسد والكبر والشح حسد إبليس، وتكبر على آدم، وشح آدم، فقيل له: كل من
شجر الجنة كلها إلا التي نهى عنها، فشح، فأكل منها.

وفي المزية معنى قوله ﷺ: «ولا تحاسدوا» أن تنافس أخاك في الشيء حتى تحسده
عليه، فيجر ذلك إلى الطعن والعداوة، فذلك الحسد.

فصل: وقوله ﷺ: «ولا تدابروا». قال في المزية: يقول: لا تعرض بوجهك عن

١٦٢٧ - أخرجه البخاري في الأدب ٦٠٦٦، مسلم في البر والصلة والآداب ٢٥٦٣، الترمذي في
البر والصلة ١٩٨٨، أبو داود في الأدب ٤٩١٧، أحمد في مسند باقي المسند المكثرين ٧٢٩٢،
٧٦٧٠، ٧٧٩٨، ٨٠٣٩، ٨٢٩٩، ٨٥٠٥، ٢٧٤٨٨، ٨٨٦٥، ٩٤٧١، ٩٦٧٥، ٢٧٢٦٧،
٩٨٢٦، ٩٨٨٩، ١٠١٣٨، ١٠١٧٥، ١٠٢٧١، ١٠٣١١، ١٠٥٦٦.

٢٩٦ كتاب الجامع

أخيك، توله دبرك؛ استثقلاً له وبغضاً، بل أقبل عليه وابتسط له وجهك ما استطعت،
قاله عيسى بن دينار، ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع.

فصل: وقوله ﷺ: «إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث». قال عيسى بن دينار
في المزنية: يريد ظن السوء ومعناه أن تعادى أهلك وصديقك على ظن تظنه به دون
تحقيق أو تحدث بأمر على ما تظنه، على أنك قد علمته.

ويحتمل أن يريد به، والله أعلم، أن يحكم في دين الله بمجرد الظن دون إعمال نظر،
ولا استدلال بدليل، وقد قال عز وجل: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ
وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٦] وقد قال تعالى: ﴿إِنْ
بَعْضُ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾ [الحجرات: ١٢] وهذا يقتضى أن منه ما ليس بإثم، وهو ما يوصل
إلى الحكم فيه بالنظر والاجتهاد من كان من أهل النظر والاجتهاد، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «ولا تجسسوا» روى عيسى بن دينار عن ابن وهب «ولا
تجسسوا» لا يل أحدكم استماع ما يقول فيه أخوه، أو يقال في أخيه «ولا تجسسوا»
أى لا ترسل من يسأل لك عما يقال في أخيك من الشر، وما يقال فيك، وقال في
المزنية محمد بن عيسى مثله.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع أنه قال: هى كلمة متصرفة، يريد بها أن لا
يتجسس الإنسان على أمور أخيه التى يخاف أن يعييه ويسبهه، ولا يكسر السؤال عما
يكره أخوه أن يطلع عليه من حاله.

فصل: وقوله ﷺ: «وكونوا عباد الله إخواناً» يحتمل أن يريد وكونوا عبيد الله
إخواناً يريد والله أعلم، متواخين متواددين.

١٦٢٨ - مَالِك، عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي مُسْلِمٍ عَبْدِ اللَّهِ الْخُرَّاسَانِيِّ قَالَ: قَالَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تَصَافَحُوا يَذْهَبِ الْغُلُّ، وَتَهَادَرُوا، تَحَابُّوا وَتَنَهَبِ الشُّحْنَاءُ».

الشرح: ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «تصافحوا يذهب الغل» يحتمل أن يريد
والله أعلم، المصافحة بالأيدى، وقد قال علقمة والأسود: من تمام التحية المصافحة
ودخل عليه سفيان بن عيينة، فصافحه مالك، وقال: لولا أنها بدعة لعانتك، فقال
سفيان: عاتق من هو خير منى ومنك النبي ﷺ لجعفر حين قدم من أرض الحبشة، قال

كتاب الجامع ٢٩٧

مالك: ذلك خاص، قال سفيان: بل هو عام، ما يخص جعفرًا يخصنا، وما يعمه يعمنا، إذا كنا صالحين.

وروى ابن وهب عن مالك أنه كره المصافحة والمعانقة، فعلى هذه الرواية يحتمل أن يريد والله أعلم، في الحديث بالمصافحة أن يصفح بعضهم عن بعض من الصفح، وهو التجاوز والغفران، وهو أشبه؛ لأن ذلك يذهب الغل في الأغلب واحتج مالك لمنع المصافحة باليد لقوله عز وجل: ﴿إِذْ دَخَلُوا عَلَيْهِ فَقَالُوا سَلَامًا قَالَ سَلَامًا قَوْمٌ مُنْكَرُونَ﴾ [الذاريات: ٢٥] ولم يذكر مصافحة.

وقوله ﷺ: «يذهب الغل» يريد والله أعلم العداوة.

ومعنى ذلك أنه إذا صفح عن أخيه وصفح عنه أخوه، ذهب ما فى أنفسهما من الغل، وكذلك أيضًا إذا تصافحا بالأيدي؛ لأنها نهاية ما يتودد به المسلم والمواصل على قول من حمله على ذلك، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «تهادوا تحابوا» يريد والله أعلم أنها من أسباب التواصل التي تؤكد المودة، وقد قبل النبي ﷺ الهدية، وقال: «لو أهدى إلى كراع لقبلت» وهذا من النبي ﷺ لأحد وجهين، أحدهما: أنه كان يثيب على الهدية. والثاني: أن فضله وعصمته ثبتت بالبراهين البينة التي وقع بها العلم وأما غيره ممن إليه النظر فى أمور الناس من أمير أو حاكم، فلا.

١٦٢٩ - مَالِك، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «تُفْتَحُ أَبْوَابُ الْجَنَّةِ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ وَيَوْمَ الْخَمِيسِ، فَيُغْفَرُ لِكُلِّ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لَا يُشْرِكُ بِاللَّهِ شَيْئًا إِلَّا رَجُلًا كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ شَحْنَاءٌ، فَيُقَالُ أَنْظِرُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَصْطَلِحَا، أَنْظِرُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَصْطَلِحَا».

١٦٣٠ - مَالِك، عَنْ مُسْلِمِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي

١٦٢٩ - أخرجه مسلم فى البر والصلة والآداب ٢٥٦٥، الترمذى فى البر والصلة ٢٠٢٣، أبو داود

فى الأدب ٤٩١٦، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٥٨٣، ٢٧٤٠، ٨٩٤٦، ٢٧٢٥٠.

١٦٣٠ - أخرجه مسلم فى البر والصلة والآداب ٢٥٦٥، الترمذى فى البر والصلة ٢٠٢٣، أبو داود

فى الأدب ٤٩١٦، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٥٨٣، ٢٧٤٩٠، ٨٩٤٦، ٢٧٢٥٠.

قال ابن عبد البر: هكذا روى يحيى بن يحيى هذا الحديث موقوفًا على أبى هريرة وتابعه عامة-

٢٩٨ كتاب الجامع

هَرِيرَةٌ أَنَّهُ قَالَ: «تُعْرَضُ أَعْمَالُ النَّاسِ كُلِّ جُمُعَةٍ مَرَّتَيْنِ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ وَيَوْمَ الْخَمِيسِ، فَيُغْفَرُ لِكُلِّ عَبْدٍ مُؤْمِنٍ إِلَّا عَبْدًا كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ شَحْنَاءٌ، فَيَقَالُ أَتْرَكُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَفِيثَا أَتْرَكُوا هَذَيْنِ حَتَّى يَفِيثَا».

الشرح: قوله ﷺ: «تفتح أبواب الجنة يوم الاثنين ويوم الخميس» يريد والله أعلم أنه يصفح في هذين اليومين عن الذنوب العظيمة، ويثبت فيها لكثير من الناس الدرجة الرفيعة، فتكون بمنزلة فتح أبوابها.

وقد يعبر بفتح الأبواب عن الإقبال على الأمر والإنعام، فيقال فتح فلان باب طعامه وباب عطائه، فلا يغلقه عن أحد، ويقال في مشاهدة حرب العدو: قد فتحت أبواب الجنة، معناه والله أعلم، وجدت أسباب دخولها، وغفران الذنوب المانعة منها.

وفى الحديث الآخر «تعرض أعمال العباد في هذين اليومين فيغفر لكل عبد مؤمن إلا عبد كانت بينه وبين أخيه شحناء» فاقضى ذلك أن عرض أعمال المؤمن بما أراده الله من الغفران، فهو يعبر عنه بأن أبواب الجنة قد فتحت، ويحتمل أن يكون فتح أبواب الجنة علامة على الغفران والإحسان في ذلك اليوم.

وبين هذا التأويل قوله ﷺ: «فيغفر لكل عبد مسلم لا يشرك بالله شيئاً» يريد والله أعلم، أن هذا الغفران الذى يكون بمعنى فتح أبواب الجنة، ويكون فتح أبواب الجنة علامة عليه تعم كل مسلم إلا من كانت بينه وبين أخيه شحناء، تحذيراً من بقاء الشحناء، وهى العداوة بين المسلمين وحضاً على الإقلاع عن ذلك والرجوع عنه إلى التردد والمؤاخاة، قال الله عز وجل: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَعْيُنِكُمْ﴾ [الحجرات: ١٠] وقال تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾ [الأنفال: ١].

فصل: وقوله ﷺ: «فقال أنظروا هذين حتى يصطلحا» يعنى والله أعلم، أخروا الغفران لهما حتى يصطلحا. وقال فى الحديث الآخر «اتركوا هذين حتى يفيثا» أى

=رواة الموطأ وجمهورهم على ذلك. ورواه ابن وهب عن مالك مرفوعاً إلى النبى ﷺ، بإسناده، هذا. وذكرناه فى كتابنا على شرطنا أن نذكر فيه كل ما يمكن إضافته إلى النبى ﷺ من قوله. ومعلوم أن هذا ومثله لا يجوز أن يكون رأياً من أبى هريرة، وإنما هو توقيف لا يشك فى ذلك أحد له أقل فهم وأدنى منزلة من العلم؛ لأن مثل هذا لا يدرك بالرأى، فكيف وقد رواه ابن وهب، وهو من أجل أصحاب مالك عن مالك مرفوعاً. وروى عن النبى ﷺ، مرفوعاً من وجوه. انظر: التمهيد ٣٧٨/٩.

يرجعاً إلى الصلح أو اتركوا هذين، يحتمل أن يكون تبييناً من الراوى، ومعنى «اتركوا»
أخروا يقال: تركت الشيء أخرته وتركت في الأمر أخرت، قاله صاحب الأفعال.

* * *

ما جاء في لبس الثياب للجمال بها

١٦٣١ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ قَالَ:
خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي غَزْوَةِ بَيْسَى أَنْصَارَ قَالَ جَابِرٌ: فَبَيْنَا أَنَا نَازِلٌ تَحْتَ
شَجَرَةٍ إِذَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَقْبَلَ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلُمَّ إِلَى الظِّلِّ، قَالَ: فَنَزَلَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقُمْتُ إِلَى غِرَارَةٍ لَنَا، فَالْتَمَسْتُ فِيهَا شَيْئًا، فَوَجَدْتُ فِيهَا جِرْوًا قِثَاءً،
فَكَسَرْتُهُ، ثُمَّ قَرَّبْتُهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «مِنْ أَيْنَ لَكُمْ هَذَا؟» قَالَ: فَقُلْتُ:
خَرَجْنَا بِهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ مِنَ الْمَدِينَةِ، قَالَ جَابِرٌ: وَعِنْدَنَا صَاحِبٌ لَنَا نُجَهِّزُهُ يَنْهَبُ
يُرْعَى ظَهْرَنَا، قَالَ: فَجَهَّزْتُهُ ثُمَّ أَدْبَرَ يَنْهَبُ فِي الظُّهْرِ، وَعَلَيْهِ بُرْدَانٌ لَهُ قَدْ خَلَقَا،
قَالَ: فَنَظَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَيْهِ، فَقَالَ: «أَمَا لَهُ ثَوْبَانِ غَيْرُ هَذَيْنِ؟» فَقُلْتُ: بَلَى يَا
رَسُولَ اللَّهِ، لَهُ ثَوْبَانِ فِي الْعِيَةِ كَسَوْتُهُ إِيَّاهُمَا، قَالَ: «فَادْعُهُ، فَمَرَّةً فَلْيَلْبَسْهُمَا» قَالَ:
فَدَعَوْتُهُ فَلْيَسْهُمَا، ثُمَّ وُلَّى يَذْهَبُ، قَالَ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا لَهُ ضَرَبَ اللَّهُ
عُنُقَهُ، أَلَيْسَ هَذَا خَيْرًا لَهُ؟» قَالَ: فَسَمِعَهُ الرَّجُلُ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، فِي سَبِيلِ اللَّهِ،
فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فِي سَبِيلِ اللَّهِ» قَالَ: فَقَتِلَ الرَّجُلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ.

الشرح: قول جابر رضى الله عنه: «فقمت إلى غرارة لنا، فالتمست فيها شيئاً، فوجدت فيها جرو قثاء» والجرو القثاءة الصحيحة، وقيل المستطيلة وقيل الصغيرة،
حكاه أبو القاسم الجوهري. وقال أبو عبيد: الجرو صغير القثاء، والرمان، وجمعه أجراء،
وجمع الجمع أجر.

وقوله: «فكسرتة ثم قربته إلى رسول الله ﷺ» معنى كسره له أن يسهل تناوله

١٦٣١ - أخرجه البيهقي في الدلائل ٢٤٤/٦ عن جابر بن عبد الله. وذكره في الجمع ١٣٤/٥

وعزاه للبرار عن جابر. الزيلعي في نصب الراية ٣/٣ وعزاه لمالك في الموطأ عن جابر.
قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث في الموطأ، لم يختلف فيه الرواة. وقد حدث أبو نعيم الحلي
عبيد بن هشام، عن ابن المبارك، عن مالك بحديث هو عندهم خطأ إن أراد حديث زيد بن أسلم
هذا. انظر: التمهيد ٣٨١/٩.

٣٠٠ كتاب الجامع

ويكثر عدده، وهو في الأغلب مما يفعله الأكل بالكبير منها، فلعل جابر أسماه باسم الصغير تحقيراً لما قدمه، فكفاه مؤنة العمل، ثم قربه إليه ليأكله، فقال لجابر: «من أين لكم هذا؟» لما علم من عدمه بذلك الموضوع، وتعدّر وجوده فيه، فقال جابر: «خرجنا به من المدينة يا رسول الله».

وقول جابر: «وعندنا صاحب لنا لنجهزه» يريد والله أعلم، نهى من أمره ما يحتاج إليه في توجهه، لحفظ الظهر، يريد الإبل التي يركبون ظهورها، ويحملون عليها.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «ثم أدبر وعليه بردان له قد خلقا» يريد والله أعلم أنهما قد بلغا من ذلك مبلغاً تمجج العين، ويخرج عن عادة لباس الناس مع ما قد علم النبي ﷺ من سعة أحوال الناس في ذلك الوقت، وأنه لا يتعدّر على من كان في مثل حالة الناس ما جرت به عادة مثله.

ويحتمل أنه كره ذلك لما يخاف أن يعتقد ذلك شرعاً أو مباحاً مع القدرة على اللباس المعتاد، وكره النبي ﷺ لباس غير المعتاد، وما يشتهر به لابس من دون اللبس كما كره ما يشهر به صاحبه في رفعته.

ويحتمل أنه لما كان في غزو، ولعله كان بقرب المشركين ولم يأمن أن يكون لهم على أصحابهم عيون، فيرون عليهم مثل هذا اللبس، فيعتقدون فيهم من ضعف الحال ما يقوى نفوسهم، ويؤكد طمعهم في الظهور عليهم، فيكره ذلك رسول الله ﷺ، وأراد إظهار القوة وصلاح الحال لتضعف نفوسهم، ويقل طمعهم، وروى عن سلمة ابن الأكوع.

فصل: وقوله ﷺ: «أما له ثوبان غير هذين؟» يحتمل أن يريد والله أعلم، بذلك يعرف حاله ليعلم هل فعل ذلك لضرورة عدم، فيعذره أو يعينه أو يعلم أنه فعل ذلك مع القدرة على اللبس الصالح، فينكر عليه، ويأمر بما هو أفضل له، فأعلم جابر أن له ثوبين في العيبة، وذلك يدل على حضورهما، ولعل سؤاله إنما توجه إلى ما يحضره من الثياب، فأمره ﷺ فلبسهما امتثالاً لأمره، وأخذ بهديه.

فلما ولى قال رسول الله ﷺ: «ما له ضرب الله عنقه أليس هذا خيراً له؟» وهذه كلمة تقولها العرب عند إنكار أمر، ولا يريدون بذلك الدعاء على من يقال له ذلك، فلما سمع ذلك الرجل وعلم أن دعاء النبي ﷺ غالباً يستجاب، واعتقد أن يستجاب له، أو خاف أن يكون من موجدته عليه لما أتاه قد أخرجت هذه اللفظة من على وجه

الدعاء، إذا علم من حاله أن ما يقوله يكون على حسب ما يقوله، فقال الرجل: « يا رسول الله في سبيل الله، فقال، قول من تيقن وقوع ما قاله ﷺ.

وهذا لا يكون إلا مما علم من تكرر ذلك منه حتى لا يقع منه خلافه، وهذا من عظيم الآيات مع قوله عز وجل: ﴿قل لا أملك لنفسي نفعاً ولا ضراً إلا ما شاء الله ولو كنت أعلم الغيب لاستكثرت من الخير وما مسنى السوء﴾ [الأعراف: ١٨٨] وقوله تعالى: ﴿قل ما كنت بدعاً من الرسل وما أدري ما يفعل بي ولا بكم إن اتبع إلا ما يوحى إلي﴾ [الأحقاف: ٩] فأراد الرجل أنه إذا اعتقد أنه سيقتل أن يكون قتله في سبيل الله.

فقال النبي ﷺ على معنى توجيه قوله أو دعائه إلى ما اختاره الرجل من الشهادة، لما أراد النبي ﷺ من الخير له، وكان ﷺ بالمؤمنين رحيمًا.

فصل: وهذا على سبيل المبالغة في الحض على التجميل في الملبس، والزجر عن تركه، وذلك يكون على وجهين، أحدهما: في لون الملبوس وحسنه، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى. والثاني: في الملبوس نفسه، وذلك أن أفضل زى ما يلبس في الرأس العمائم، وهي تيجان العرب.

قال مالك: العمة والاحتباء والانتعال من عمل العرب، وكانت العمة في أول الإسلام، ثم لم تزل حتى كان هؤلاء القوم يريد ولاية بنى هاشم، فتركناها خوفاً من خلافهم؛ لأنهم لم يلبسوها، ولم أدرك أحداً من أهل الفضل إلا وهم يتعممون، كنت أرى في حلقة ربيعة أحداً وثلاثين رجلاً متعممين، وأنا منهم، وكان ربيعة لا يدعها حتى تطلع الثريا. قال ربيعة: وإنى لأجدها تزيد في العقل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الاقتعاط منهي عنه، وهو أن يتعمم ولا يجعل تحت ذقنه منها شيئاً، وقد كرهه مالك، رحمه الله، وقد ذكر أبو عبيد في غريب الحديث: أن النبي ﷺ نهى الاقتعاط وفسره بما ذكرناه. قال مالك: إلا أن يفعل ذلك الرجل في بيته وعند اغتساله وفي مرضه، لا بأس به.

مسألة: وهل يرخى بين كتفيه الذؤابة أو يرسلها بين يديه؟ قال مالك: لم أدرك أحداً إلا يرسل بين كتفيه، إلا ما كان من عامر بن عبدالله بن الزبير، فإنه كان يرخى بين يديه، وكان ربيعة وابن هرمز يسدلانها بين أيديهما، ولست أكره إرخاءها من خلفه؛ لأنه حرام، ولكن هذا أجمل.

٣٠٢ كتاب الجامع

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي يدل على جواز الأمرين، وإن كان العمل بأحدهما أكثر، فيجب أن يكون العمل به أظهر، فإن موافقة الجمهور أولى وأصوب.

مسألة: وفي العتبية سئل مالك عن القلائس، هل كانت قديمة، فقال: كانت فى زمن رسول الله ﷺ وقبل ذلك فيما أرى، وكانت لخالد بن الوليد قلتسوة.

١٦٣٢ - مَالِك، عَنْ أَيُّوبَ بْنِ أَبِي تَمِيمَةَ، عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِذَا أَوْسَعَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ، فَأَوْسِعُوا عَلَيَّ أَنْفُسِكُمْ، جَمَعَ رَجُلٌ عَلَيْهِ ثِيَابُهُ.

١٦٣٣ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: إِنِّي لِأَحِبُّ أَنْ أَنْظُرَ إِلَى الْقَارِيءِ أَيْبَضَ الثِّيَابِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «إلى لأحب أن أنظر إلى القارئ أبيض الثياب» يحتمل أن يريد قارئ القرآن المعروف بذلك، والمشهور به، وهم كانوا أهل العلم والدين فى زمنه، فكان رضى الله عنه يرغب أن تكون هذه صفتهم، ويكون هذا رأيهم، وذلك على وجهين، أحدهما: أن يكون يستحب لهم لبس البياض دون لبس المصبغات من المعصفر المشيع وغيره. وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «خير ثيابكم البياض».

والوجه الثانى أن يريد نقاء ثيابه وسلامتها من الوضر، وأن لا تـدنس ألوان الثياب ويغير بياضها لأن نقاء الثوب من حسن الزى، ودليل على توفى لابسـه والمحافظة على طهارته، ويحتمل أن يريد والله أعلم، بالقارئ العابد، ومنه قولهم من لم يحسن يتقن لم يحسن يقرأ، يريد ولم يتعبد.

وهذا يقتضى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لم يستحسن للعباد الخروج عن حسن الزى إلى الملابس المستخشن؛ لأن ذلك خروج عن العادة ومدخل فيما يشوه. وقد قال إبراهيم بن أدهم لرجل تنسك، فلبس الصوف: رأيتـه نسكاً أعجمياً، فعاب ذلك عليه لخروجه عن عادة مثله.

١٦٣٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦٩١.

١٦٣٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦٩٠.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفاً على سعيد فى الموطأ، لم يختلف على مالك فيه الرواة إلا إسحاق بن بشر الكاهلى، وهو ضعيف متروك الحديث، فإنه رواه عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبى الدرداء، عن النبي ﷺ. انظر: التمهيد ٣١٦/٩.

كتاب الجامع ٣٠٣

وسئل مالك عن لباس الصوف الغليظ، فقال: لا خير في الشهرة، ولو كان يلبسه تارة ويتركة تارة لرجوت، ولا أحب المواظبة عليه حتى يشتهر، ومن غليظ القطن ما هو بمثل ثمنه.

واحتج على ذلك، قال: وقد قال النبي ﷺ لذلك الرجل: «فلير عليك مالك» وكان عمر يكسو الخلل.

وقال عمر: «أحب أن أرى القارئ أبيض الثياب» قال مالك: وهذا لمن وجد غيره، فأما من لم يجد غيره، فلا أكرهه له، واستحسن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لأهل العلم والصلاح حسن الزي والتجمل بالثياب المباحة، لأن ذلك مشروع.

وقد روى عن عبدالله بن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله جميل يحب الجمال».

وسئل مالك عن قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَسْ نَصِيكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسَنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [القصص: ٧٧] فقال: أن يعيش ويأكل غير مضيق عليه فى رأى.

وقد شرع فى الصلاة التجمل وحسن الزي والهيئة، ومنع الاحتزام وتشمير الكمين، وما جرى مجرى ذلك مما ينافى زى الوقار، وكذلك شرع فى أيام الجمع التجميل بالملبس والتطيب لاجتماع الناس، فالعالم ممن يجتمع إليه الناس ويردون عليه، فشرع له التجمل بالملبس دون أن يخرج عن عادة مثله، والله أعلم.

فصل: وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «إذا أوسع الله عليكم فأوسعوا» يريد الله أعلم، إذا وسع الله على الرجل فى ماله، فليوسع على نفسه فى ملبسه، فيحمل نفسه على عادة مثله، ولا يخل حتى يكره النظر إليه وإلى زيه، ويشع بذلك ذكره.

وقوله: «جمع رجل عليه ثيابه» يريد والله أعلم، فى الصلاة، وهذا اللفظ، وإن كان بلفظ الخبر، فمعناه الأمر، ومعنى: جمع رجل عليه ثيابه، صلى فى توبين، ولم يقتصر على توب واحد.

وقد فسر ذلك أيوب فى روايته عن محمد عن أبى هبيرة عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال: جمع رجل عليه ثيابه، صلى فى إزار ورداء أو فى إزار وقميص فى إزار وقباء فى سراويل ورداء فى سراويل وقميص فى سراويل وقباء فى تبان وقميص،

٣٠٤ كتاب الجامع

وأحسبه قال: في تيان ورداء، فأثر لباس الثوبين في الصلاة على الثوب الواحد؛ لأنه أحمل في اللباس وأشبه بزى الوقار، والله أعلم.

* * *

ما جاء في لبس الثياب المصبغة والذهب

١٦٣٤ - مَالِك، عَنِ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَلْبَسُ الثَّوْبَ الْمَصْبُوغَ بِالْمِشْقِ وَالْمَصْبُوغَ بِالزَّعْفَرَانِ.

الشرح: قوله: «أن عبد الله بن عمر كان يلبس المصبوغ بالمشق» وهو المغزى «والمصبوغ بالزعفران» يقتضى استباحة ذلك. فأما المصبوغ بالمشق، فمتفق عليه. وأما المصبوغ بالزعفران، فذهب عبد الله بن عمر رضى الله عنه إلى اباحة ذلك، وبه قال مالك وأكثر فقهاء المدينة، وكره ذلك قوم من التابعين.

والدليل على ما نقوله حديث عبد الله بن عمر المتقدم فى كتاب الصلاة: فأما الصفرة فإنى رأيت رسول الله ﷺ يصبغ بالصفرة. وهذا عام فى الزعفران وغيره إلا ما خصه الدليل.

ومن جهة القياس أن الزعفران إن طيب لا يحرم على النساء، فلم يحرم على الرجال كالمسك. وما روى عن النبى ﷺ أنه نهى أن يزعفر الرجل، يحتمل أن يريد به المحرم.

ولما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ أن يلبس المحرم ثوباً مصبوغاً بورس أو زعفران ويحتمل أن يريد بالزعفر استعماله فى جسده مما فيه من التشبه بالنساء، وإنما يستعمل هذا اللفظ غالباً فيما يعود إلى ذات الإنسان كالتعاطم والتعاطر والتزين، فيحمل على ظاهر إطلاقه، والله أعلم وأحكم.

وقد قال مالك فى العتبية: إن رسول الله ﷺ رأى رجلاً فيه أثر صفرة، فطعنه بقدح كان معه، وقد قال مالك: وبلغنى أن عطاء بن يسار كان يلبس الثوبين، الرداء والإزاء بالزعفران، وإنى لألبسه وأستحسنه، وأراه حسناً وللأشياء وجوه، وأما السرف، فلا أحبه.

قال مالك: ورأيت ابن المنكدر يلبس الملبس بالزعفران، ورأيت ابن هرمرز يلبس الثوبين بالزعفران.

كتاب الجامع ٣٠٥

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَأَنَا أَكْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الْغُلَمَانُ شَيْئًا مِنَ الذَّهَبِ؛ لِأَنَّهُ بَلَّغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ تَخْتُمِ الذَّهَبِ، فَأَنَا أَكْرَهُهُ لِلرِّجَالِ الْكَبِيرِ مِنْهُمْ وَالصَّغِيرِ.

الشرح: قول مالك رحمه الله: «أنه يكره أن يلبس الغلمان شيئاً من الذهب» يريد حائماً أو غيره، وعلق المنع فى ذلك بالكراهة دون التحريم، وذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكره ذلك لمن يلبسهم إياه أو يترك منعهم منه ممن له ذلك، لأنه من جنس من يحرم عليه ذلك، ولم يبلغ به حد التحريم، لأنهم ليسوا بمكلفين.

والوجه الثانى أن يكره ذلك لهم؛ لأنهم مأمورون على وجه الندب، ومنهيون على وجه الكراهية، ولذلك يعاقبون على كثير من الأفعال، وبذلك قال: «وأنا أكره ذلك للكبير منهم والصغير»، فأشار إلى أن الكراهة تتعلق بهم دون أوليائهم.

واستدل مالك، رحمه الله، على ذلك بما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عن تختم الذهب.

ويحتمل أن يريد، والله أعلم، نهيه يتوجه على العموم على قول من قال به فى المضمرة والمقدر، فكأنه قال: نهى الناس عن تختم الذهب، فتوجه إلى المكلفين على وجه التحريم، وتوجه إلى غير المكلفين على وجه الكراهة، ثم خص من أبيض له ذلك من النساء، فبقى الباقي على أصله.

ويحتمل أن يريد به أن نهيه توجه إلى المكلفين من الرجال خاصة، فكره ذلك للصبيان لما كانوا من جنسهم لئلا يعتادوا ذلك عند التكليف كما يؤخذون بالصوم والصلاة ويضربون على ترك الصلاة لئلا يعتادوا تركها عند التكليف، والله أعلم.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الْمَلَاخِفِ الْمُعْصِفَةِ فِي الْبُيُوتِ لِلرِّجَالِ وَفِي الْأَفْنِيَّةِ، قَالَ: لَا أَعْلَمُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا حَرَامًا، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ اللَّبَاسِ أَحَبُّ إِلَيَّ.

الشرح: قوله: «فى الملاحف المعصفرة فى البيوت والأقبية للرجال لا أعلم من ذلك شيئاً حراماً» قال ابن القاسم فى العتبية: سمعت مالكا يقول: دخل عباد البصرى على ابن هرمز فى بيته، فرأى فيها أسرة ثلاثة، عليها ثلاثة فرش ومساند ومجالس معصفرة،

٣٠٦ كتاب الجامع

فقال له: يا أبا بكر، ما هذا؟ فقال له ابن هرمز: ليس بهذا بأس، وليس الذى يقول
شئ أدركت الناس على هذا.

* * *

ما جاء فى لبس الخنز

١٦٣٥ - مَالِكُ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا
كَسَتْ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ مِطْرَفَ خَزٍّ كَانَتْ عَائِشَةُ تَلْبَسُهُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «أن عائشة رضى الله عنها كست عبدالله بن الزبير
مطرف خز» يقتضى أنها أعطته ليلسه، ولو لم ترد أن يلبسه، لقال أعطته أو وهبته، فأما
لفظ كست، فإنما يقتضى وجه اللباس.

وذلك يقتضى أنها تعتقد أن ذلك مباح له، والخنزير يتخذ منه الثياب. قال ابن
حبيب: لم يختلفوا فى إجازة ليلسه، وقد بلغنى عن خمسة عشر من الصحابة منهم عثمان
ابن عفان وسعيد بن زيد وعبدالله بن عباس وخمسة عشر تابعياً، وكان عبدالله ابن عمر
يكسو بنيه الخنز.

وأما كل ثوب سداه حرير ولحمته وبر أو قطن أو كتان أو صوف، فيكره ولا يحرم.
وقد ذهب إلى إباحتها للرجال عبدالله بن عباس. وروى عبدالله بن عمر كراهيته، وبه
قال مالك. قال ابن القاسم: إنما كرهه لسدى الحرير فيه. وقد اتفقوا على الامتناع من
تحريمه.

وذلك لوجهين، أحدهما: أن الحرير أقل أجزاءه. والوجه الثانى: أنه مستهلك على
وجه لا يمكن تخليصه للارتفاع، وممازجة الحرير لغيره من الكتان أو الصوف أو القطن
على وجهين، أحدهما: ما ذكرناه. والثانى: العلم ونحوه أن يخاط الثوب بالحرير، فقد
روى ابن حبيب عن مالك: لا بأس به.

وقال ابن حبيب: لا بأس بالعلم من الحرير فى الثوب، وإن عظم، لم يختلف فى
الرخصة فيه، والصلاة به. وروى فيه عن النبى ﷺ «من إصبع إلى أربع».

وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: كره مالك لباس الملاحف فيها إصبع أو
إصبعان أو ثلاثة من حرير، قال ابن القاسم فى المجموعة: ولم يجز مالك من علم الحرير
فى الثوب إلا الخيط الرقيق.

كتاب الجامع ٣٠٧

وجه قول ابن حبيب، ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن النبى ﷺ نهى عن لبس الحرير إلا هكذا، وأشار بإصبعيه اللتين يليان الإبهام. قال أبو عثمان النهدي: وذلك فيما علمنا أنه يعنى بها الأعلام. وروى سويد بن غفلة عن عمر إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة.

وجه قول مالك، قول النبى ﷺ: «إنما يلبس الحرير فى الدنيا من لا خلاق له». وروى أبو بكر عن أبى مصعب عن مالك: لا بأس أن يحرم الرجل فى ثوب فيه، قدر إصبع من حرير، يحتمل أن يريد إباحة الإصبع، فما دونه، والمنع مما زاد عليه.

ويحتمل أن يكون رواية عنه فى إباحة العلم على ما ورد به حديث عمر رضى الله عنه، ويحتمل أن يكون المنع منه على الكراهية، وإباحته على معنى نفى التحريم والله أعلم وأحكم.

وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: رأيت ربيعة يلبس القلنسوة، وظهارتها وبطانتها خبز، وكان إماماً، يريد والله أعلم، أنها كانت من الخبز المحض أو سداه قطن أو كتان أو أن ربيعة كان ممن يراه مباحاً، وأنه إماماً يقتدى به.

مسألة: وأما ما كان محضاً من الحرير، فلا يجوز منه قليل ولا كثير. قال ابن حبيب: ولا يجعل من الحرير جيب لا فى فرو ولا ثوب. قال أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: ولا يصلى بقلنسوة حرير. قال مالك: قوم يكرهون لباس الخبز، ويلبسون قلائس الخبز، تعجباً من اختلاف رأيهم.

وأما ما أخرجه مسلم من رواية عبدالله مولى أسماء: أخرجت إلى أسماء جبة طيالية كسروانية، رأيت لها لبنة ديباج وفرجها مكفوفين بالديباج، فقالت: هذه كانت عند عائشة رضى الله عنها حتى قبضت، وكان النبى ﷺ يلبسها، فنحن نغسلها للمرضى تستشفى بها.

فإن الحديث إسناده ليس بذلك؛ لأن عبدالله مولى أسماء غير معروف، ومثله لا يحتتمل الانفراد بمثل هذا الحديث، وهو مما يخالف أحاديث الأئمة، ولو ثبت الحديث، فإنما يحتتمل أن يكون ذلك صنع به بعد لبس النبى ﷺ وبعد وفاته، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت أن الحرير قليله وكثيره حرام، فلا يجوز للرجال لبسه، لما روى حذيفة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلبسوا الحرير والديباج، فإنه لهم فى الدنيا، وهو لكم فى الآخرة».

٣٠٨ كتاب الجامع

وروى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إنما يلبس الحرير في الدنيا لا خلاق له في الآخرة». فالمعاني تقتضى منع اللبس للحرير، فلا يلبس ثوب مخيط منه.

وقال ابن حبيب: ولا يلتحف به ولا يفترش ولا يصلى عليه، ولا يتكأ عليه، ولا يتنقب به، وكذلك ما بطن بحرير أو حشى به مثل الصوف أو رقم به، يريد والله أعلم، أن يكون الحرير فيه كثيراً.

مسألة: قال عبدالمالك بن الماجشون في العتبية: أما ما بسط من الحرير، فلا بأس به قد فعله الناس. وأما ما يلبس، فنهى عنه واللحاف من اللباس. والظاهر من مذهب مالك المنع مما يبسط.

وقد روى حذيفة بن اليمان رضى الله عنه «نهانا النبي ﷺ عن أن نلبس الحرير والدياج، وأن نجلس عليه».

مسألة: ولا بأس بلبس الحرير، لما روى البراء بن عازب «أهدى النبي ﷺ ثوب حرير، فجعلنا نلمسه، ونعجب منه، فقال النبي ﷺ: أتعجبون من هذا؟ قلنا: نعم، قال: لمناديل سعد بن معاذ في الجنة خير من هذا».

ووجه ذلك من جهة المعنى أن هذا من الانتفاع المعتاد، ولذلك جاز لبس الذهب والفضة، وإن لم يجز لبسهما، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما ستر الحرير، فلا بأس به أن يعلق، قاله ابن حبيب.

والأصل في ذلك ما روى جابر بن عبدالله قال: لما تزوجت، قال لى رسول الله ﷺ: «اتخذت أنماطاً؟ قلت: وأنى لنا أنماط؟ فقال: أما إنها ستكون».

قال جابر: وعند امرأتى نمط، فأنا أقول: نحه عني، وتقول: قد قال رسول الله ﷺ: «ستكون»، فيحتمل أن يريد جابر والله أعلم؛ أنماطاً تعلق، بمعنى الستور.

وأما اللحاف يرتدى فيه، قال في العتبية: ولم ير ابن القاسم بأساً أن يتخذ منه راية في أرض العدو. ووجه ذلك أن هذا ليس بلباس معتاد.

فصل: إذا ثبت ذلك، فهذا في حال السلم، فأما لباسه في الجهاد والصلاة به، فقد روى عن ابن حبيب عن ابن الماجشون: أنه استحب ذلك، وقال: لما فيه من الإرهاب على العدو والمباهاة.

كتاب الجامع ٣٠٩

وقد روى ذلك عن عائشة أم المؤمنين وأنس بن مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين رضى الله عنهم.

وقال الشيخ أبو محمد: ليس هذا مذهب مالك. وما قاله الشيخ أبو محمد صحيح، وأن مذهب مالك المنع منه.

والدليل على ذلك عموم قوله ﷺ: «إنما يلبس هذا من لا خلاق له» فيحمل على عمومه إلا ما خصه الدليل.

فصل: وأما لبسه للحكة والجرب، فقد قال ابن حبيب: وأرخص النبي ﷺ لعبد الرحمن بن عوف وللزبير رضى الله عنهما فى الحرير لحكة كانت بهما.

وهذا أخرجه البخارى من حديث شعبة عن قتادة عن أنس، رخص النبي ﷺ لعبد الرحمن بن عوف والزبير فى لبس الحرير لحكة بهما.

ورواه همام عن قتادة أنهما شكوا إلى النبي ﷺ القمل، فرخص لهما فى قمص الحرير فى غزاة لهما.

ورواه سعيد بن أبى عروبة عن قتادة، أرخص لهما فى قمص الحرير فى السفر من حكة كانت بهما أو وجع كان بهما.

فاختلفوا فى علة الإباحة، وزاد همام ما يقتضى أن الرخصة تعلمت بتلك الغزاة. والذى روى عن مالك رحمه الله فى مختصر أبى محمد: لا يلبس الحرير فى غزو ولا غيره، ولا علمت أن أحداً يقتدى به فى لبسه فى الغزو.

ويحتمل ذلك أنه لم يبلغه حديث قتادة عن أنس، ويحتمل أن يكون بلغه، لكنه أخذ بحديث حذيفة عن النبي ﷺ: «لا تلبسوا الحرير والديباج، فإنه لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة» لأن هذا الحديث لم يختلف رواته فيه، وحديث قتادة عن أنس قد اختلف الرواة فيه عن قتادة على ما قدمناه.

ويحتمل أن يأخذ به على قول من يقول: إن الألف واللام للحصر لاسيما مع ما فى ذلك من تخصيص كل طائفة بمدة، وذلك ينفى مشاركتهما لغيرها فى مدتهما.

ويحتمل أن يقول بالحديثين، فيحمل حديث حذيفة على المنع منه فى مدة الدنيا، ويحمل حديث أنس على الرخصة فى تلك الغزوة خاصة، وأنه لم يبلغه عن أحد ممن يقتدى به أنه لبسه لبساً مستمراً فى غزو وغيره، ولعله قد كان لبسه عبد الرحمن بن

٣١٠ كتاب الجامع

عوف والزيبر على سبيل التداوى على قول من رأى التداوى بالمحرم، ويحتمل أن يكون لبسها فى تلك الغزوة لعدم غيره مما يوازيه، فأرخص لهما فى لبسه لذلك، وهذا مباح بإجماع، وحكى القاضى أبو محمد: إن دعت ضرورة إلى لبس الحرير، جاز.

* * *

ما يكره للنساء لبسه من الثياب

١٦٣٦ - مَالِك، عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ أَبِي عَلْقَمَةَ، عَنْ أُمِّهَا قَالَتْ: دَخَلْتُ حَفْصَةَ بِنْتُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَلَى عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ وَعَلَى حَفْصَةَ خِمْارًا رَقِيقًا، فَشَقَّتْهُ عَائِشَةُ، وَكَسَتْهَا خِمْارًا كَثِيفًا.

١٦٣٧ - مَالِك، عَنْ مُسْلِمِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: «نِسَاءُ كَاسِيَاتٍ عَارِيَّاتٍ مَائِلَاتٌ مُمِيلَاتٌ لَا يَدْخُلْنَ الْجَنَّةَ، وَلَا يَجِدْنَ رِجْهًا، وَرِجْهًا يُوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ خَمْسِمِائَةِ عَامٍ».

١٦٣٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَامَ مِنَ اللَّيْلِ، فَنَظَرَ فِي أَفْقِ السَّمَاءِ، فَقَالَ: «مَاذَا فَتِحَ اللَّيْلَةُ مِنَ الْخَزَائِنِ، وَمَاذَا وَقَعَ مِنَ الْفِتَنِ، كَمْ مِنْ كَاسِيَةٍ فِي الدُّنْيَا عَارِيَّةٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، أَيْقُظُوا صَوَاحِبَ الْحُجْرِ».

الشرح: قولها: «دخلت حفصة على عائشة وعلى حفصة خمار رقيق» يحتمل والله أعلم وأحكم، أن يكون مع رفته من الخفة ما يصف ما تحته من الشعر، ويحتمل أنه كان رقيقاً لا يستر الأعضاء، وإن كان صفيًا لشدة رفته ولصوقه بالأعضاء، والأول أظهر فى

١٦٣٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٦٩٤.

١٦٣٧ - أخرجه مسلم فى اللباس والزينة ٢١٢٨، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٩٣٨٨. وذكره المنذرى فى الترغيب والترهيب ٩٥/٣ وعزاه المنذرى إلى مسلم عن أبى هريرة. قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث يحيى موقوفاً، من قول أبى هريرة، وكذلك هو فى الموطأ عند جميع رواة، إلا ابن نافع، فإنه رواه عن مالك بإسناده هذا، مرفوعاً إلى النبى ﷺ. انظر: التمهيد ٣٨٦/٩.

١٦٣٨ - أخرجه البخارى فى العلم ١١٥، الترمذى فى الفتن ٢١٩٦، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٦٠٠٥، البغوى فى شرح السنة ٣٣/٤ عن أم سلمة، الكنز برقم ٢١٤١٠ وعزاه السيوطى إلى أحمد والبخارى والترمذى عن أم سلمة.

كتاب الجامع ٣١١

الخمار، فكرهت لها عائشة رضى الله عنها ذلك وشقته لتمنعها الاختمار به فى المستقبل، وأعطتها ما تحتمر به حماراً كثيفاً تتخذ فى المستقبل مثله وتريها الجنس الذى شرع لها الاختمار به.

ويحتمل أن تريد والله أعلم بذلك تعويضها مما شقته من حمارها تطيباً لنفسها ورفقاً بها.

فصل: وما ذكر عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال: «لساء كاسيات عاريات» الحديث. وقد أسنده جرير بن حازم عن سهل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة عن النبى ﷺ، قال عيسى بن دينار تفسير قوله: «كاسيات عاريات» قال: يلبس ثياباً رقائقاً؛ فهن كالكاسيات يلبسهن تلك الثياب، وهن عاريات لأن تلك الثياب لا توارى منهن ما ينبغى لهن أن يسترنه من أجسادهن.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله، وقاله محمد بن عيسى الأعشى. وفى العتبية عن ابن القاسم: عاريات تلبس الرقيق، ويحتمل عندى، والله أعلم، أن يكون ذلك لمعنيين، أحدهما الخفة، فيشف عما تحته، فيدرك البصر ما تحته من المحاسن، ويحتمل أن يريد به الثوب الرقيق الصفيق الذى لا يستر الأعضاء بل يبدو حجمها.

فرع: قال مالك، رحمه الله: بلغنى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه نهى النساء أن يلبسن القباطى، قال: وإن كانت لا تشف، فإنها تصف. قال مالك: معنى تصف أى تلتصق بالجلد.

وستل مالك عن الوصائف يلبسن الأقبية، فقال: ما يعجبنى ذلك، وإذا شدتها عليها ظهر عجزها، ومعنى ذلك أنه لضيقه يصف أعضاءها، عجزها وغيرها مما شرع ستره، والله أعلم وأحكم.

فرع: وهذا فى النساء، وأما الرجال، ففى العتبية عن ابن القاسم: الساتر كله يصير إلى الإزار، فإن كان الإزار رقيقاً، والقميص رقيقاً، فلا خير فيه، وإن كان أحدهما كثيفاً، فلا بأس به ما لم يكن سرقاً.

فصل: وقوله: «مائلات مميلات». قال فى المزنية عيسى بن دينار عن ابن القاسم: معناه مائلات عن الحق، مميلات عنه، وقاله مالك فى العتبية. ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع، زاد فى العتبية ابن القاسم: لمن أطاعهن من الأزواج. وقال ابن حبيب: معناه يتمايلن فى مشيهن ويتبخرن، حتى يفتن من يمرن به.

وقول ابن القاسم وابن نافع أظهر؛ أن التمايل في المشى إنما يقال فيه متمايلات.

وقوله: «لا يدخلن الجنة» يريد والله أعلم، لا يدخلن الجنة بأعمالهن وتركهن ما نهين عنه، وإن دخلنها بفضل الله عز وجل وعفوه والله أعلم، ويحتمل أن يريد به، لا يدخلن الجنة ابتداء وقت دخول من نجا النار، وإن دخلن الجنة بما وافين من الإيمان بعد الخروج من النار إن عاقبهن الله عز وجل بما اكتسبن من ذلك.

فصل: وقوله: «ولا يجدن ريحها» يريد والله أعلم، أنهن بمنع الراحة بوجود ريح الجنة لأن ذلك فيه راحة وتنعم وهن ممنوعات من ذلك، «وإن كان ريح الجنة يوجد من مسيرة خمسمائة سنة»، يقتضى أن ريح الجنة ينتفع به قبل دخول الجنة من تفضل الله جل ذكره عليه بذلك، وأنه يبعد عنه من حرمه من أهل الكفر والمعاصي، إما ببعد المسافة، فلا يصل أحد منهم إلى الموضع الذى يوجد منه ريحها.

ويحتمل أن يريد أنه يمنع إدراكه، فلا يجده بأن كان فى الموضع الذى ينال فيه من كان من أهل السعادة، والأول أظهر من جهة اللفظ، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «إن رسول الله ﷺ قام من الليل» يحتمل والله أعلم، أن يريد فى حين قيامه للتهجد، ويحتمل أن يريد قام، بمعنى رآه أو أرحى إليه، فنظر فى أفق السماء اعتباراً إنما يراه لعله امتثل قول الله عز وجل: ﴿إِن فِى خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ آيَاتٍ لِأُولَى الْأَلْبَابِ﴾ [آل عمران: ١٩٠] وقوله تعالى: ﴿أَفَلَا يَنْظُرُونَ إِلَى الْإِبْلِ كَيْفَ خَلَقْتَ وَإِلَى السَّمَاءِ كَيْفَ رَفَعْتَ﴾ [الغاشية: ١٧، ١٨].

فصل: وقوله ﷺ: «ماذا فتح الليلة من الخزائن» يحتمل أن يريد به والله أعلم، أنه فتح من خزائنها من تلك الليلة ما قدر الله أن لا ينزل إلى الأرض شيئاً منها إلا بعد فتح تلك الخزائن، ويحتمل أن يريد به أنه فتح من خزائن الفتن، فوقع بعض ما كان فيها بمعنى أنه قد وجد أو وصل إلى موضع لم يصل إليه قبل ذلك، والله أعلم.

والفتن فى هذا، يحتمل أن يريد ما يفتن به من هذه الدنيا، ويحتمل أن يريد الفتن التى حدثت من سفك الدماء وانتهاك الحرم والأموال وإفساد أحوال المسلمين، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «رب كاسية فى الدنيا عارية فى الآخرة» يحتمل أن يريد به والله أعلم، كم من كانت فى الدنيا مكسية ذات حال صالحة ودنيا واسعة، وهى فى الآخرة

كتاب الجامع ٣١٣

عارية من ذلك كله، إذا كسى غيرها من أهل الصلاح، ويحتمل أن يريد به أنها كاسية في الدنيا بلباس ما قد نهيت عنه، فهي تعرى من أجله في الآخرة، إذا كسى غيرها من أهل الصلاح.

فصل: وقوله ﷺ: «أيقظوا صلح الحجر». قال في المزية عن عيسى بن دينار: أمر بإيقاظ نسائه للصلاة. وقال سحنون في العتبية: معناه أيقظوا نسائي يسمعن، يريد ما ظهر إليه من وقوع الفتن ويحذرهن من ذلك، فيفزعن إلى الصلاة والدعاء وغير ذلك من أعمال البر مما يرجى أنه يدفع الله به عنهن الفتن، وهذه سنة في أن يفزع الإنسان إلى الصلاة والدعاء عندما يطرأ من الآيات والأمور المخوفة، قال الله عز وجل: ﴿وَمَا نُرْسِل بِالآيَاتِ إِلَّا تَخْوِيفًا﴾ [الإسراء: ٥٩]. وقال النبي ﷺ في الكسوف: «فإذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى الصلاة».

* * *

ما جاء في إرسال الرجل ثوبه

١٦٣٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الَّذِي يَحْرُ ثَوْبَهُ حَيْلَاءَ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ».

١٦٤٠ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَنْظُرُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَى مَنْ يَحْرُ إِزَارَهُ بَطْرًا».

١٦٤١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ وَزَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ كُلُّهُمْ يُخْبِرُهُ عَنْ

١٦٣٩ - أخرجه البخارى فى اللباس ٥٧٨٣، مسلم فى اللباس والزينة ٢٠٨٥، الترمذى فى اللباس ١٧٣٠، ١٧٣١، النسائى فى الزينة ٥٣٢٥، ٥٥٣٢٦، ٥٣٣٣، أبو دآرد فى اللباس ٤٠٨٥، ٤٠٩٤، ابن ماجه فى اللباس ٣٥٦٩، أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٧٥، ٤٤٥٣، ٤٩٩٤، ٥٠١٨، ٥٠٣٠، ٥١٥١، ٥٢٢٦، ٥٣٠٥، ٥٣١٨، ٥٣٥٤، ٥٤١٦، ٥٥١٠، ٦١٦٨، ٦٣٠٤، أبو نعيم فى الحلية ١٩١/٧ عن ابن عمر.

١٦٤٠ - أخرجه البخارى فى اللباس ٥٧٨٨، مسلم فى اللباس ٢٠٨٧، ابن ماجه فى اللباس ٣٥٧١، فى باقى مسند المكثرين ٨٧٧٨، ٨٩١٠، ٩٠٥٠، ٩٢٧٠، ٩٥٤٥، ٩٨٥١. البغوى فى شرح السنة ٩/١٢ عن ابن عمر.

١٦٤١ - أخرجه البخارى فى اللباس ٥٧٨٣، مسلم فى اللباس والزينة ٢٠٨٥، الترمذى فى اللباس ١٧٣٠، ١٧٣١، النسائى فى الزينة ٥٣٢٦، ٥٣٣٣٠، ٥٣٣٤، أبو دآرد فى اللباس ٤٠٨٥ =

٣١٤ كتاب الجامع

عَبْدُ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَنْظُرُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَى مَنْ يَجْرُ ثَوْبُهُ خِيَلًا».

الشرح: قوله ﷺ: «الذي يجر ثوبه خيلاء» يريد كبراً. وقال عيسى بن دينار عن ابن القاسم: الخيلاء الذي يتبختر في مشيه ويختال فيه، ويطيل ثيابه بطراً من غير حاجة إلى أن يطيلها، ولو اقتصد في ثيابه ومشيه لكان أفضل له، قال الله عز وجل: ﴿وَاللَّهُ لَا يَجِبُ كُلَّ مَحْتَالٍ فَخُورٌ﴾ [الحديد: ٢٣].

وقد روى عن النبي ﷺ أنه أرخص في الخيلاء في الحرب، وقال: «إنها لمشية ييغضها الله إلا في هذا الموضع». ومعنى ذلك والله أعلم، لما فيه من التعاطف على أهل الكفر والاستحقار لهم والتصغير لشأنهم.

فصل: وقوله ﷺ: «الذي يجر ثوبه خيلاء» يقتضى تعلق هذا الحكم بمن جره خيلاء، أما من جره لطول ثوب لا يجد غيره أو عذر من الأعذار، فإنه لا يتناوله الوعيد. وقد روى أن أبا بكر الصديق رضی الله عنه لما سمع هذا الحديث قال: يا رسول الله، إن أحد شقي إزارى يسترخى إلا أن أتعاهد ذلك منه، فقال النبي ﷺ: «لست ممن يصنعه خيلاء».

وروى الحسن بن أبي الحسن البصرى عن أبي بكر «خسفت الشمس ونحن عند النبي ﷺ فقام يجر ثوبه مستعجلاً حتى أتى المسجد».

فصل: وقوله: «لا ينظر الله تعالى يوم القيامة إليه» معنى ذلك لا يرحمه، قال الله عز وجل: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يَكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [آل عمران: ٧٧].

١٦٤٢ - مَالِك، عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا سَعِيدٍ

- ٤٠٩٤، ابن ماجه فى اللباس ٣٥٦٩، أحمد فى مسند الكثيرين من الصحابة ٤٤٧٥، ٤٥٥٣، ٥٠١٨، ٥٠٣٠، ٥١٥١، ٥٢٢٦، ٥٣٠٥، ٥٣١٨، ٥٣٥٤، ٥٤١٦، ٥٥١٠، ٦١٦٨، ٦٣٠٤.

١٦٤٢ - أخرجه ابن ماجه فى اللباس ٣٥٧٠، ٣٥٧٣، أحمد فى باقى مسند الكثيرين ١٠٦٢٧، ١٠٦٤٥، ١١٠٠٤، ١١٠٩٥، ١١٥١٥، أبو دارد برقم ٤٠٩٣، ٥٨/٤ كتاب اللباس باب فى قدر موضع الإزار عن أبى سعيد الخدرى، البيهقى فى الكبرى ٢/٢٤٤ عن أبى سعيد الخدرى، البغوى فى السنة ١٢/١٢ عن أبى سعيد الخدرى.

الْحُدْرِيُّ عَنِ الْإِزَارِ، فَقَالَ: أَنَا أُخْبِرُكَ بِعِلْمٍ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «إِزْرَةُ الْمُؤْمِنِ إِلَى أَنْصَافِ سَاقَيْهِ، لَا جُنَاحَ عَلَيْهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكَعْبَيْنِ، مَا أَسْفَلَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي النَّارِ، مَا أَسْفَلَ مِنْ ذَلِكَ فَفِي النَّارِ، لَا يَنْظُرُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَى مَنْ جَرَّ إِزَارَهُ بَطْرًا».

الشرح: قوله: «إزره المؤمن إلى أنصاف ساقيه» يحتمل أن يريد به والله أعلم، أن هذا لباسه الإزار؛ لأنه يلبس لبس المتواضع المقتصد المقتصر على بعض المباح، ويحتمل أن يريد أن هذا القدر المشروع له.

ويبين هذا التأويل قوله ﷺ: «لا جناح عليه فيما بينه وبين الكعبين» يريد والله أعلم، أن هذا لو لم يقتصر على المستحب مباح لا إثم عليه، وإن كان قد ترك الأفضل.

فصل: وقوله ﷺ: «ما أسفل من ذلك ففي النار» يريد والله أعلم أنه لباس يوصل إلى النار. وروى أصبغ أن نافعا مولى عبدالله بن عمر سئل عن قوله ﷺ: «ما أسفل من ذلك ففي النار» أذلك من الإزار؟ فقال: بل من الرجلين. قال أصبغ: قال بعضهم: ما ذنب الإزار. وقال عيسى بن دينار: معناه ما غطى تحت الكعبين من ساقيه بالإزار، يخشى عليه أن تصيبه النار؛ لأنه من الخيلاء.

وقال يحيى ومحمد بن عيسى الأعمشى وأصبغ مثله، فاقترضى ذلك أن لهذا اللباس ثلاثة أحوال، والمستحب أن يكون إلى نصف الساق، والمباح أن يكون إلى الكعبين، والمحظور ما زاد على الكعبين، والله أعلم.

مسألة: وفي الجملة أنه يكره فصر الثوب على المعتاد من الطول والسعة مما لا منفعة فيه. قال مالك: أكره للرجل سعة الثوب في نفسه، وأكره طوله عليه، يريد والله أعلم، الزائد على الطول المباح، والزائد على السعة التي يحتاج إليها الثوب وحفظه؛ لأن الصغير يسرع تحرقه، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في إسبال المرأة ثوبها

١٦٤٣ - مالك، عن أبي بكر بن نافع، عن أبيه نافع مولى ابن عمر، عن

١٦٤٣ - أخرجه الترمذى فى اللباس ١٧٢٣، النسائى فى الزينة ٥٣٣٥، ٥٣٣٦، ٥٣٣٧، أبو داود فى اللباس ٤١١٧، ابن ماجه فى اللباس ٣٥٨٠، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٩٧٢ -

٣١٦ كتاب الجامع

صَفِيَّةُ بِنْتُ أَبِي عُبَيْدٍ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: حِينَ ذُكِرَ
الإِزَارُ، فَالْمَرْأَةُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «تُرْخِيهِ شِبْرًا» قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ: إِذَا يَنْكَشِفُ
عَنْهَا، قَالَ: «فَذِرَاعًا لَا تَزِيدُ عَلَيْهِ».

الشرح: قول أم سلمة رضی الله عنها حين ذكر الإزار يعنى ما أسفل من ذلك،
ففى النار «والمراة يا رسول الله» يعنى أن المرأة تحتاج إلى أن ترخى إزارها أسفل من
الكعبين لتستر بذلك قدميها وأسفل ساقيها؛ لأن ذلك عورة منها، فقال: «ترخيه شبرًا»
يريد ترخيه على الأرض شبرًا ليستر قدميها، وما فوق ذلك من ساقيها، وهذا يقتضى
أن نساء العرب لم يكن من زيهن خف ولا جورب كن يلبسن النعال ويمشين بغير
شيء، ويقتصرن من ستر أرجلهن على إرخاء الذيل، والله أعلم.

فصل: وقولها رضی الله عنها فى إرخاء الذيل شبرًا: «إِذَا يَنْكَشِفُ عَنْهَا» يريد أنه
لا يكفيها فيما تستر به لأن تحريك رجلها له فى سرعة مشها وقصر الذيل يكشفه
عنها، فلما تبين ذلك للنبي ﷺ قالت: «فَذِرَاعًا لَا تَزِيدُ عَلَيْهِ» وهذا يقتضى أن النبي
ﷺ إنما أباح منه ما أباح للضرورة إليه، وهذا لفظ «افعل» وأراد بعد الحظر.

ومع ذلك فإنه يقتضى الوجوب، لأنه نهى عن إرخاء الذيل، ثم أمر المرأة بإرسال ما
يسترها منه، وذلك على الوجوب، ولا يحل للمرأة أن تترك ما تستر به، والله أعلم
وأحكم.

* * *

ما جاء فى الانتعال

١٦٤٤ - مَالِكٌ، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ قَالَ: «لَا يَمْشِيَنَّ أَحَدُكُمْ فِي نَعْلٍ وَاحِدَةٍ يُنْعِلُهُمَا جَمِيعًا أَوْ يُخْفِيهِمَا جَمِيعًا».

٢٥٩٩٢-، ٢٦٠٩٦، ٢٦١٤١، الدارمى فى الاستئذان ٢٦٤٤.

قال ابن عبد البر: هكذا رواه مالك عن أبي بكر بن نافع، عن أبيه، عن صفية، عن أم سلمة؛

وغيره يرويه عن نافع، عن سليمان بن يسار، عن أم سلمة. انظر: التمهيد ٣٩٩/٩.

١٦٤٤ - أخرجه البخارى فى اللباس ٥٨٥٥، مسلم فى اللباس والزينة ٢٠٩٧، الترمذى فى اللباس

١٧٧٤، النسائى فى الزينة ٥٣٦٧، ٣٥٦٨، أبو داود فى اللباس ٤١٣٦، ابن ماجه فى اللباس

٣٦١٧، أخرجه أحمد فى باقى مسند الكثرين ٧٣٠٢، ٩٤٢٢، ٩٨٦٤، ١٠٤٥٧.

كتاب الجامع ٣١٧

الشرح: قوله ﷺ: «لا يمشين أحدكم في نعل واحد» نص في المنع من ذلك، وبه قال مالك وعليه جماعة الفقهاء لما في ذلك من المثلة والمفارقة للوقار، ومشابهة زى الشيطان كالأكل بالشمال، وهذا مع الاختيار، فأما مع الضرورة فذلك مباح.

ومن انقطع شمع إحدى نعليه، فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية: لا يمش في النعل الواحدة حتى يصلحها ليحفظها جميعاً أو ليوقف.

وبين ذلك قول النبي ﷺ: «ليعلمها جميعاً أو ليحفظها جميعاً» ولم يثبت عن النبي ﷺ فيما نعلمه أنه مشى في نعل واحدة حتى أصلح الأخرى، ولا يثبت عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تمشي في خف واحدة، ولو ثبت ذلك عن النبي ﷺ عنها لحمل على ضرورة دعوتها إلى ذلك.

وقد قال القاضي أبو محمد: إنه يجوز أن يمشي في النعل الواحدة المشى الخفيف، إذا كان هناك عذر، وهو أن يمشي في إحداهما متشاغلاً بالإصلاح للأخرى، وإن كان الاختيار أن يقف إلى الفراغ منها؛ لأنه لا ينسب حيثئذ إلى شيء مما ينكر، وإنما يتناول له العجلة والإسراع إلى ما يؤمن من فوته، فيكون عذراً له.

وفي العتبية لأصبع عن ابن القاسم: الحديث إنما جاء في النهي عن المشى، فلا بأس أن يقف حتى يصلح الأخرى. وقال أصبغ: ذلك إذا لم يطل، فإن طال كان بمنزلة المشى عندي، والله أعلم.

١٦٤٥ - مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا انتعل أحدكم فليبدأ باليمين، وإذا نزع فليبدأ بالشمال، وتكن اليمنى أولهما تنعل، وآخرهما تنزع».

الشرح: قوله ﷺ: «إذا انتعل أحدكم، فليبدأ باليمين، وإذا انتزع، فليبدأ بالشمال» معناه أن التيامن مشروع في ابتداء الأعمال واللباس، وأن التياسر مشروع في خلع الملابس، وترك العمل، وكان ﷺ يحب التيامن ما استطاع في ظهوره وتعله وترجله، وشأنه كله.

١٦٤٥ - أخرجه البخاري في اللباس ٥٨٥٦، مسلم في اللباس والزينة ٢٠٩٧، الترمذي في اللباس ١٧٧٩، أبو داود في اللباس ٤١٣٩، ابن ماجه في اللباس ٣٦١٦، أحمد في باقي مسند المكثرين ٧٣٠٢، ٩٦٧٧، البيهقي في الكبرى ٤٣٢/٢ عن أبي هريرة، عبدالرزاق في المصنف برقم ٢٠٢١٥، ١٦٦/١١ عن أبي هريرة.

٣١٨ كتاب الجامع

وقوله ﷺ: «ولتكن اليمنى أولهما تنعل وآخروهما تنزع» على معنى إشار اليمنى باللبس، فتكون أولهما تنعل.

١٦٤٦ - مَالِك، عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ كَعْبِ الْأَحْبَارِ أَنَّ رَجُلًا نَزَعَ نَعْلَيْهِ، فَقَالَ: لِمَ خَلَعْتَ نَعْلَيْكَ لَعَلَّكَ تَأْوَلْتَ هَذِهِ الْآيَةَ ﴿فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى﴾ [طه: ١٢] قَالَ: ثُمَّ قَالَ كَعْبٌ لِلرَّجُلِ: أَتَدْرِي مَا كَانَتْ نَعْلَا مُوسَى.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَدْرِي مَا أَجَابَهُ الرَّجُلُ، فَقَالَ كَعْبٌ: كَاتَا مِنْ جِلْدِ حِمَارٍ مَيْتٍ.

الشرح: قوله: «أن رجلاً نزع نعليه، فقال له كعب الأحبار: لم خلعت نعليك؟» على معنى الإنكار لفعله أو توقع أن يفعله على وجه ممنوع، ويحتمل أن يكون إنما أنكر عليه خلع نعليه لصلاة أو ما أشبهها من دخول مسجد أو دخول حرم ولذلك قال له: «لعلك تأولت هذه الآية ﴿اخلع نعليك إنك بالوادي المقدس طوى﴾» ويحتمل أنه أنكر عليه خلع نعليه حال الجلوس إشار للبسهما على كل الأحوال إلا أن يمنع من ذلك مانع، فأما دخول الحرم والمسجد الحرام بالنعلين، فمباح لأنه لا وطء عليهما، وإنما فيهما تراب أو حصباء، وكذلك مسجد المدينة وسئل مالك رحمه الله عنه الطواف في النعلين.

فصل: وقوله عز وجل: ﴿اخلع نعليك إنك بالوادي المقدس طوى﴾ يقول: طأ الأرض بقدميك حافياً، قاله مجاهد، فذهب كعب الأحبار إلى أنه أمر بخلع نعليه لما كاتتا من جلد حمار ميت، فأمر أن لا يطأ الأرض المقدسة بهما لنجاستهما، وبذلك قال قتادة وعكرمة.

قال الحسن بن أبي الحسن البصرى ومجاهد: لم تكونا من جلد حمار ميت، وإنما أراد الله تبارك وتعالى منه أن يباشر بقدميه بركة الأرض المقدسة، وهى الطاهرة، وقيل المباركة. وقال الحسن: كاتتا من جلود البقر.

وقد روى عن كعب الأحبار أيضاً: أمر موسى ﷺ أن يخلع نعليه لأنهما كاتتا من جلد حمار ميت وليباشر القدس بقدميه، فجمع بين المعنيين، والله أعلم.

* * *

ما جاء في لبس الثياب

١٦٤٧ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ لِبْسَتَيْنِ، وَعَنْ يَبْعَتَيْنِ، عَنِ الْمَلَامَسَةِ وَعَنِ الْمُنَابَذَةِ، وَعَنْ أَنْ يَخْتَبِيَ الرَّجُلُ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، لَيْسَ عَلَى فَرْجِهِ مِنْهُ شَيْءٌ وَعَنْ أَنْ يَشْتَمِلَ الرَّجُلُ بِالثَّوْبِ الْوَاحِدِ عَلَى أَحَدِ شِقَيْهِ».

الشرح: نهيه ﷺ عن لبستين، وأن يختبئ الرجل في ثوب واحد، ليس على فرجه منه شيء، الاحتباء هو أن يحرم بالثوب على حقويه وركبتيه وفرجه باده، وهو من عادة العرب ترفق في جلوسها، والاحتباء بالرداء لمن كان عليه إزار، وإنما منع منه لمن احتبى بثوب، ولم يكن فرجه شيء لما في ذلك من إبداء عورته، وهو مأمور بسترها.

وأما الاشتمال، فاشتمال الصماء، ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: هو أن يشتمل الرجل بالثوب على منكبيه، ويخرج يده اليسرى من تحته، وليس عليه مئزر.

واشمال الصماء عند العرب ما ذكره أولاً فأما إخراج اليد من الثوب، فهو الذي يتقى منه فيه من اشتمال لما فيه من كشف العورة، ويحتمل أن يريد به اللفظ، فقد سماه في الحديث اشتمالاً.

وقال أبو عبيد: اشتمال الصماء أن يشتمل الرجل بثوب، فيجلل به جسده كله، ولا يرفع منه جانباً يخرج منه يده، قال: وربما اضطجع فيه على هذه الحال، كأنه يذهب إلى أنه لا يدرى هل يصيبه شيء، يريد الاحتراس منه، والاتقاء بيديه، فلا يقدر؛ لأنهما تحت ثوبه، فهذا كلام العرب.

والذي عندي أن هذا التأويل يقتضى أن المنع لا يختص بحال الصلاة، بل يتناول جميع الأحوال، والاضطباع أن يدخل الثوب تحت يده اليمنى، فيلقيه على منكبه الأيسر. قال ابن القاسم: وهو من ناحية الصماء.

١٦٤٧ - أخرجه البخارى فى الصلاة ٣٦٨، مواقيت الصلاة ٥٨٤، البيوع ٢١٤٥، اللباس ٥٨١٩، ٥٨٢١، الترمذى فى البيوع ١٣١٠، اللباس ١٧٥٨، النسائى فى البيوع ٤٥٠٧، ٤٥١١، ٤٥١٥، ابن ماجه فى التجارات ٢١٦٩، اللباس ٣٥٦٠، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٨٧١٣، ٢٧٦١٩، ٩٣٠١، ٢٧٢٤٥، ٩٧٩٥، ٩٨١٣، ٩٨٦٨، ١٠٠٦٤، ١٠١٥٧، ١٠٢٤٥، ١٠٣٧١، ١٠٤٤٦٥، الدارمى فى الصلاة ١٣٧٢، عبدالرزاق فى المصنف برقم ٧٨٨٢ عن عطاء بن يزيد الليثى، البغوى فى شرح السنة ١٣٤/٨ عن أبى سعيد الخدرى.

ومعنى ذلك أنه إذا أخرج يده اليسرى بدت عورته.
وفى العتبية: وهذا لمن لم يكن عليه معتر، فأما من كان عليه معتر، فأجازته مالك ثم كرهه. قال ابن القاسم: تركه أحب إلي، وليس يضيق. ووجه ذلك أنه يمنع التصرف على ما تقدم ذكره.

١٦٤٨ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَأَى حُلَّةَ سَيِّرَاءٍ تَبَاغُ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَوْ اشْتَرَيْتَ هَذِهِ الْحُلَّةَ، فَلَبِستَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ، وَلِلْوَفْدِ إِذَا قَدِمُوا عَلَيْكَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّمَا يَلْبَسُ هَذِهِ مَنْ لَا خَلْقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ» ثُمَّ جَاءَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مِنْهَا حُلٌّ، فَأَعْطَى عُمَرَ ابْنَ الْخَطَّابِ مِنْهَا حُلَّةً، فَقَالَ عُمَرُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَكَسَوْتِنِيهَا، وَقَدْ قُلْتَ فِي حُلَّةِ عَطَارِدٍ مَا قُلْتَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَمْ أَكْسُكَهَا لِتَلْبَسَهَا» فَكَسَاهَا عُمَرُ أَخَاهُ مُشْرِكًا بِمَكَّةَ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «أن عمر بن الخطاب رأى حلة سيرة عند باب المسجد» الحلة ثوبان، وإزار، والسيرة، قال أبو على: هو ثوب مسير فيه خطوط تعمل من القز. وقال الخليل: السيرة المضلع بالحرير.

ومعنى ذلك كثرة الحرير فيه لأنه إذا كان جميع سداه حريراً وبعض لحمته حريراً، كان ذلك أكثر من وزن ثلثه، فهذا الذى يقتضى تحريمه، على أن الصحيح أن السيرة معنى يعود على اختلاف ألوانه وهيئتها، وأن الحلة كانت من حرير.

١٦٤٨ - أخرجه البخارى فى الجمعة ٨٨٦، ٩٤٨، البيوع ٢١٠٤، الهبة ٢٦١٢، ٢٦١٩، الجهاد والسير ٣٠٥٤، اللباس ٥٨٤١، الأدب ٥٩٨١، ٦٠٨١، مسلم فى اللباس والزينة ٢٠٦٨، النسائى فى الجمعة ١٣٨١، ١٣٩٩، صلاة العيدين ١٥٥٩، ١٥٧٨، الزينة ٥٢٩٧، ٥٢٩٨، ٥٣٠٤، آداب القضاة ٥٣٩٠، ٥٣٩٤، ٥٤٠٢، أبو داود فى الصلاة ١٠٧٦، ١٢٦٧، اللباس ٤٠٤٠، السنة ٤٦٥٩، ابن ماجه فى اللباس ٣٥٩١، ٣٦٠١، أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٦٩٩، ٤٧٥٣، ٤٩٥٨، ٥٠٧٦، ٥٣٤١، ٥٥٢٠، ٥٧٦٣، ٥٩١٥، ٦٠٧٠، ٦٣٠٣.

قال ابن عبد البر: لم يختلف عن مالك فى إسناد هذا الحديث، ولا يختلف مالك وغيره من أصحاب نافع عن نافع فيه أيضاً؛ وبعض أصحاب عبيد الله يقولون فيه عن ابن عمر، عن عمر؛ فيجعلونه من مسند عمر، وهو عند أهل العلم بالحديث، وأهل الفقه، سواء فى وجوب الاحتجاج به والعمل؛ إلا أن أيوب قال فيه: عطارد أو لبيد على الشك. انظر: التمهيد ٤٠٦/٩.

كتاب الجامع ٣٢١

ولذلك روى سالم بن عبدالله عن أبيه عبدالله بن عمر فى هذا الحديث «حلة استبرق» وهو غليظ الحرير. وروى «حلة حرير». وروى عن مالك أنه قال: هو وشى من حرير. وقد تقدم ذكر تحريم الحرير على الرجال، وبالله التوفيق.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «فلبستها يوم الجمعة» يقتضى أن يوم الجمعة شرع فيه التحمل.

وقوله: «وللوفد إذا قدموا عليك» يقتضى أيضًا أنه قد شرع التحمل للواردين والوافدين فى المحافل التى تكون لغير آية مخوفة كالزلازل والكسوف، وعند الحاجة إلى التضرع، والرغبة كالاستسقاء.

ويدل على هذا التأويل أن النبى ﷺ أقره على ما دعا إليه من التحمل فى هذين الوطنين، وإنما أنكر عليه لبس هذا النوع فثبت أن التحمل إنما شرع بالجميل من المباح، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «إنما يلبس هذه من لا خلاق له فى الآخرة» واضح فى تحريمه والوعيد الشديد على لباسه.

وقول عمر رضى الله عنه لما أرسل إليه حلة منها «كسوتيتها، وقد قلت فى حلة عطار ما قلت» إشفاقًا أن يكون لحقه الوعيد باللبس والوصف بأن لا خلاق له فى الآخرة.

ومثل عمر على فضله ودينه يشفق، ولعله رجا أن يكون التحريم قد نسخ، وهذا اللفظ يقتضى أنه اعتقد أنه أهدى إليه بها ليلبسهما، فأخبره النبى ﷺ أنه لم يكسه إياها ليلبسها، وهذا يقتضى أن معنى كساه إذا أعطاه كسوة، وإن كان مما يعلم أنه لا يلبسها، وذلك أنه لما كانت ثياب الحرير مما يجوز للنساء لبسها جاز اتخاذها اللبس النساء، وجاز بيعها وشراؤها والتجارة فيها، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فكساها عمر أخا له مشركًا بمكة» قيل إنه كان أخاه لأمه، وأنه كان مشركًا، وقد أباح النبى ﷺ لأسماء أن تصل أمها، وقد قدمت عليها مشركة راغبة، فقال لها: «صلى أمك». قال ابن عيينة: وأنزل الله عز وجل: ﴿لَا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين﴾ [المتحنة: ٨] الآية.

٣٢٢ كتاب الجامع

١٦٤٩ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ: رَأَيْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، وَهُوَ يَوْمِيذٍ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ، وَقَدْ رَقَعَ بَيْنَ كَتْفَيْهِ بَرِيقٌ ثَلَاثٌ، لَبَّدَ بَعْضُهَا فَوْقَ بَعْضٍ.

الشرح: قوله: «وهو يؤمنه أمير المدينة» يريد الحالة التي تحسن فيها ملابس الناس، ويخرج عن العادة في جمال اللبس، فرأى في تلك الحال على عمر بن الخطاب رضى الله عنه ثوباً يرقعه في أظهر مواضعه، وهو بين كتفيه برقاع كثيرة قد لبد بعضها فوق بعض، وذلك يقتضى أنه رقع الثوب ثم تحرق ذلك الترقع، فأعاد عليه آخر، وهو معنى تلييد الرقاع بعضها على بعض.

ويحتمل أن يكون عمر رضى الله عنه يفعل مثل هذا بيته، ويلبس ما هو أفضل منه بين الناس لقوله: إذا وسع الله عليكم فأوسعوا على أنفسكم، ويحتمل أن يكون ذلك كان فاشياً في أهل ذلك الزمان، فلا يشتهر به من لبسه، ويحتمل أن يفعل ذلك لأنه كان لا يتسع ماله أكثر من هذا، وكان يجب أن يقلل ما يأخذ من بيت المال.

ويؤيد هذا أوصى إلى ابنه عبدالله أن عليه ديناً كثيراً لا يفى به ماله، وليستعين على أداءه بينى عدى، وهم رهطه، فإن تآدى بذلك، وإلا فبقريش ولا يعدوهم إلى غيره، ويحتمل أن يأخذ فى نفسه بهذا، لأن حاله قد شهرت بالخلافة والتقدم فى الدين وإخبار النبى ﷺ بأنه من أهل الجنة، فترتفع عن مثله السمعة، وإنما يكره مثل هذا لمن لم يعلم حاله مخافة الشهرة عليه.

* * *

ما جاء فى صفة النبى ﷺ

١٦٥٠ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ

١٦٤٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٠٧.

١٦٥٠ - أخرجه البخارى فى المناقب ٣٥٤٧، ٣٥٤٨، اللباس ٥٨٩٤، ٥٨٩٥، ٥٩٠٠، ٥٩٠٥،

٥٩٠٦، مسلم فى الفضائل ٢٣٣٨، ٢٣٤١، ٢٣٤٧، ٢٣٤٨، الترمذى فى اللباس ١٧٥٤،

المناقب ٣٦٢٣، النسائى فى الزينة ٥٠٥١، ٥٠٨٤، ٥٠٨٥، ابن ماجه فى اللباس ٣٦٢٩،

٣٦٣٤، أحمد فى باقى مسند المكثرين ١١٥٥٤، ١١٦٤٣، ١١٩١٧، ١١٩٧٤، ١٢٠٦٥،

١٢٠٩٢، ١٢٢٢٤، ١٢٢٧٩، ١٢٤١٧، ١٢٥٠٩، ١٢٥٤٤، ١٢٦٣٩، ١٢٦٦٥،

١٢٧٣٠، ١٢٩١٦، ١٢٩٥٩، ١٣١٠٧، ١٣٢١٨، ١٣٣٤٦، ١٣٣٩٧، البيهقى فى-

كتاب الجامع ٣٢٣

يَقُولُ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيْسَ بِالطَّوِيلِ الْبَائِنِ، وَلَا بِالْقَصِيرِ، وَلَيْسَ بِالْأَبْيَضِ الْأَمْهَقِ، وَلَا بِالْأَدَمِ، وَلَا بِالْجَعْدِ الْقَطَطِ، وَلَا بِالسَّبِطِ، بَعَثَهُ اللَّهُ عَلَى رَأْسِ أَرْبَعِينَ سَنَةً، فَأَقَامَ بِمَكَّةَ عَشْرَ سِنِينَ، وَبِالْمَدِينَةِ عَشْرَ سِنِينَ، وَتَوَفَّاهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى رَأْسِ سِتِّينَ سَنَةً، وَلَيْسَ فِي رَأْسِهِ وَلِحْيَتِهِ عِشْرُونَ شَعْرَةً بَيْضَاءَ ﷺ وَعَلَيْهِ السَّلَامُ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ.

الشرح: قوله: «ليس بالطويل البائن» الطويل البائن، هو الذي يضطرب من طوله، وهو عيب في الرجال والنساء، هذا الذي قاله الأخفش.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ويحتمل عندي أن يراد به وصفه بغير الطول، فقال: إنه لم يكن ممن يبين بالطول حتى يوصف به، ولكنه كان له من طول القامة ما لا يبين به، ولم يكن أيضاً ممن يوصف بالقصر، والأمهق، الشديد البياض الذي لا يخالطه حمرة، وكان رسول الله ﷺ مشوباً بحمرة.

وقال عيسى بن دينار: الأمهق الأبيض بياضاً ليس مشرباً بحمرة، يخاله الناظر إليه برصاً، والأدم فوق الأسمر، يعلو سواد قليل، فوصف النبي ﷺ بأنه بين الأمرين.

وقوله: «ليس بالجعد القطط» وهو الذي صار لشدة الجعودة كالمحترق كشعور السودان يقال رجل جعد، وامرأة جعدة.

وقوله: «ليس بالسبب» وهو المسترسل الشعر الذي ليس فيه تكسر، ينفى عنه في الأحوال كلها أن يكون في أحد الوصفين، فاقترض ذلك أن يكون ما بين الأمرين، وهي الصفة الحسنة.

وروى قتادة عن أنس بن مالك: أنه كان رجل الشعر ليس بالجعد، ولا بالسبب، والرجل الذي كأنه رجل بالمشط يدل على ذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كنت أرجل رأس رسول الله ﷺ وأنا حائض، يعني تمشطه.

مسألة: وروى البراء بن عازب: ما رأيت أحسن من رسول الله ﷺ في حلة حمراء، قال: إن جمته لتضرب قريباً من منكبيه، قال شعبة: تبلغ شحمة أذنيه. وروى قتادة عن أنس بن مالك: كان شعره يضرب منكبيه.

-الدلائل ٣٢٦/٧ عن أنس، عبدالرزاق في المصنف برقم ٦٧٨٦ عن أنس، البداية والنهاية ١٦/٦ عن علي.

٣٢٤ كتاب الجامع

وروى جرير بن حازم عن قتادة عن أنس بن مالك كان النبي ﷺ ضخم القدمين، ضخم الرأس واليدين، حسن الوجه لم أر قبله ولا بعده مثله، وكان سبط الكفين. وروى، هل كان وجهه ﷺ مثل السيف؟ فقال: مثل القمر.

فصل: وقوله: «بعثه الله على رأس أربعين سنة» وأوقفه على ذلك عبدالله بن عباس وأبو هريرة وعروة بن الزبير وجماعة. وروى ابن عباس: «بعث على رأس ثلاث وأربعين سنة».

قال سعيد بن المسيب: واختلف في مقامه بمكة، فقال أنس بن مالك في هذا الحديث: أقام بمكة عشر سنين. وروى عن عائشة وابن عباس وهو قول عروة بن الزبير وابن شهاب.

وروى عن ابن عباس، أنه أقام بمكة ثلاث عشرة سنة. وهو قول سعيد بن المسيب. ولم يختلف أهل السير أنه ولد عام الفيل. وروى الزبير بن عدي عن أنس بن مالك، توفي رسول الله ﷺ وهو ابن ثلاث وستين سنة، وتوفى أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة، وتوفى عمر بن الخطاب وهو ابن ثلاث وستين سنة.

قال البخاري: وهذا أصح من رواية ربيعة عن أنس بن مالك أنه توفي ابن ستين سنة. وروى قتادة عن أنس أنه توفي ابن خمس وستين سنة.

فصل: وقوله: «وتوفى ﷺ وليس في رأسه ولحيته عشرون شعرة بيضاء» يريد بذلك تقليل شيبه. وقال ابن سيرين: سئل أنس بن مالك عن خضاب النبي ﷺ، فقال: إنه لم يبلغ ما يخصب، لو شئت أن أعد شمطاته في لحيته.

وروى عن عبدالله بن عباس، كان النبي ﷺ يحب موافقة أهل الكتاب، فيما لم يؤمر فيه بشيء، وكان أهل الكتاب يسدلون أشعارهم، وكان المشركون يفرقون رؤوسهم، فسدل رسول الله ﷺ ناصيته، ثم سدل بعد ذلك.

* * *

ما جاء في صفة عيسى بن مريم عليه السلام والدجال

١٦٥١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ:

١٦٥١ - أخرجه البخاري كتاب اللباس عن ابن عمر باب الجعد ٢٩٦/٧، مسلم كتاب الإيمان برقم ٢٧٤، ١٥٥/١ عن ابن عمر.

«أرأيتي الليلة عند الكعبة، فرأيت رجلاً آدم كآحسن ما أنت راء من آدم الرجال، له لمة كآحسن ما أنت راء من اللمم، قد رجلها، فهي تقطر ماءً، متكباً على رجلين أو على عواتق رجلين، يطوف بالكعبة، فسألت من هذا؟ قيل: هذا المسيح ابن مريم، ثم إذا أنا برجل جعد قطط أعور العين اليمنى كأنها عنب طافية، فسألت من هذا، فقيل لي: هذا المسيح الدجال».

الشرح: قوله ﷺ: «أرأيتي الليلة عند الكعبة» يريد في منامه، والله أعلم، «فرأيت رجلاً آدم» يريد إلى السمرة «كآحسن ما أنت راء من الرجال» يريد كآحسن ما أنت ترى ممن هذه صفته «له لمة» وهي الشعرة تلم بالمتكبين «كآحسن ما أنت راء من اللمم» قد رجلها» يريد والله أعلم، أنه رجلها بالماء، فلذلك كانت تقطر الماء، ولعله قد نبه بذلك على أنه مشروع لطواف القدوم، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «فسألت من هذا، فقيل هذا المسيح ابن مريم» قال عيسى بن دينار: سمى عيسى ابن مريم مسيحاً لسياحته في الأرض، لم يكن له قرار، كان يمشى بكل موضع، وقيل إنه مسح بالبركة، وقيل لحسن وجهه ومن قولهم على وجه فلان مسحة جمال، وسمى الدجال مسيحاً؛ لأنه مسموح العين.

وقال أبو القاسم الجوهري: سمى ابن مريم مسيحاً؛ لأنه مسح بالبركة حين ولد، وسمى الدجال مسيحاً بالتخفيف من سياحته وبالتثقل لأنه مسموح العين. وفي العتبية عن مالك، قال: بينما الناس تلك إذ يسمعون الإقامة يريد الصلاة؛ فتغشاهم غمامة، فإذا عيسى ابن مريم قد نزل.

فصل: وقوله ﷺ: «ثم إذا برجل جعد قطط أعور العين اليمنى» هذا هو الصحيح. وقد روى الحسن بن أبي الحسن البصرى عن سمرة بن جندب عن النبي ﷺ «أن الدجال أعور العين اليسرى». وقد اختلف في سماع الحسن عن سمرة وأحاديثه عنه في بعضها نظر، وإن كان راويها قتادة.

فصل: وقوله ﷺ: «كأنها عنب طافية» قال عيسى بن دينار: شبهها بجبة عنب، قد فضخت، فذهب ماؤها فصارت طافية، وقال أبو القاسم الجوهري: طافية، أى ممتلئة تكاد تنفقا، وكذلك عينه طافية، قد ظهرت كما يظهر الشيء فوق الماء، وهو عندى أشبه، والله أعلم وأحكم.

٣٢٦ كتاب الجامع

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل أن يكون معنى الطافية أنها بارزة مثل العنبة التي قد طفت على الماء، واسم العنبة تقع على الممتلئة، فيكون معنى الطافية أنها علت على ما يجاورها من الجسم، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في السنة في الفطرة

١٦٥٢ - مَالِك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: «خَمْسٌ مِنَ الْفِطْرَةِ، تَقْلِيمُ الْأُظْفَارِ، وَقَصُّ الشَّارِبِ، وَتَنْفُ الْإِبْطِ، وَحَلْقُ الْعَانَةِ، وَالِاخْتِنَانُ».

الشرح: قوله: «خمس من الفطرة» يريد والله أعلم، من سنة الدين الذي يوصف بأنه الفطرة، قال الله عز وجل: ﴿فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقِيمُ﴾ [الروم: ٣٠] يريد والله أعلم، الدين الذي ولدوا عليه وخلقوا عليه، ومنه ما روى عن النبي ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه».

فصل: وقوله: «وقص الشارب» قال مالك: يؤخذ منه حتى يبدو طرف الشفة، وقاله ابن القاسم عنه.

وقوله: «وتنف الإبط» يريد الشعر الذي تحت الإبط «وحلق العانة» يريد شعر السرة، وهو الاستمداد وليس لقص الأظفار، وأخذ الشارب، وحلق العانة حد، إذا انتهى إليه أعاده، ولكن إذا طال ذلك وكذلك شعر الرأس، ولا أعلم فيه حداً.

فصل: وقوله: «والاختنان» الاختنان هو عند مالك وأبى حنيفة من السنن كقص الأظفار وحلق العانة. وقال الشافعي: وهو واجب، وهو مقتضى قول سحنون،

١٦٥٢ - أخرجه البخاري في اللباس ٥٨٨٩، مسلم في الطهارة ٢٥٧، الترمذي في الأدب ٢٧٥٦، النسائي في الطهارة ١١٤١٠، الزينة ٥٢٢٣، أبو داود في الترحل ٤١٩٨، ابن ماجه في الطهارة وسننها ٢٩٢، أحمد في باقى مسند المكثرين ٧٠٩٢، ٧٧٥٤، ٩٠٦٦، ٩٩٦٥.
قال ابن عبد البر: هذا الحديث فى الموطأ موقف عند جماعة الرواة، إلا أن بشر بن عمر رواه عن مالك، عن سعيد بن أبى سعيد، عن أبىه، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ فرفعه وأسنده، وهو حديث محفوظ عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ مستنداً صحيحاً، رواه ابن شهاب عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ ولصحته مرفوعاً ذكرناه - والحمد لله. انظر: التمهيد ٢٣/١٠.

كتاب الجامع ٣٢٧

واستدل القاضي أبو محمد على نفي وجوبه بأنه قرنه النبي ﷺ بقص الشارب وتنف الإبط، ولا خلاف أن هذه ليست بواجبة، وهذا استدلال بالقرائن وأكثر أصحابنا على المنع منه.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا قطع جزء من الجسد ابتداء، فلم يكن واجباً بالشرع كقص الأظفار، والحديث في الموطأ موقوف، وأسنده إبراهيم بن سعد عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ وقد خولف فيه إبراهيم بن سعد.

فروع: واختلف في الشيخ الكبير يسلم، فيخاف على نفسه من الاختتان، فقال محمد ابن الحكم: له تركه، وبه قال الحسن بن أبي الحسن البصرى.

وقال سحنون: لا يتركه، وإن خاف على نفسه كالذى يجب عليه القطع فى السرقة، أنه لا يترك قطعه من أجل أنه يخاف على نفسه. وهذا من سحنون يقتضى كونه واجباً متأكد الوجوب، والله أعلم.

وروى ابن حبيب عن مالك: من تركه من غير عذر ولا علة لم تجز إمامته ولا شهادته.

ووجه ذلك عندى أن ترك المروءة مؤثر فى رد الشهادة ومن ترك الاختتان من غير عذر، فقد ترك المروءة، فلم تقبل شهادته.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن وقت الاختتان الصبا على ما اختاره مالك، وقت الإثغار. وقيل عن مالك: من سبع سنين إلى العشرة. قال: ولا بأس أن يعجل قبل الإثغار أو يؤخره، وكل ما عجل بعد الإثغار، فهو أحب إلى وكره أن يختن الصبى ابن سبعة أيام. وقال: هذا من فعل اليهود، وكان لا يرى بأساً أن يفعل لعله يخاف على الصبى.

والأصل فى ذلك ما روى ابن عباس. ومن جهة المعنى أن هذا وقت يفهم، ويمكن منه امتثال الأمر والنهى، وهو أول ما يؤخذ بالشرائع، ولذلك يؤمر بالصلاة.

مسألة: وأما الخفاض، فقد قال مالك: أحب للنساء قص الأظفار وحلق العانة، والاختتان مثل ما هو على الرجال. قال: ومن ابتاع أمة، فليخفها إن أراد حبسها، وإن كانت للبيع، فليس ذلك عليه.

٣٢٨ كتاب الجامع

قال مالك: والنساء يخفضن الجوارى، قال غيره: وينبغي أن لا يبالغ فى قطع المرأة. وروى أن النبي ﷺ قال لأم عطية وكانت تخفض «اخفضى ولا تنهكى، فإنه أسرى للوجه، وأحظى عند الزوج».

قال الشيخ أبو محمد فى مختصره: أكثر لماء الوجه ودمه وأحسن فى جماعها، والله أعلم وأحكم.

١٦٥٣ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ إِبْرَاهِيمُ ﷺ أَوَّلَ النَّاسِ ضَيْفَ الضَّيْفِ، وَأَوَّلَ النَّاسِ اخْتَتَنَ، وَأَوَّلَ النَّاسِ قَصَّ الشَّارِبِ، وَأَوَّلَ النَّاسِ رَأَى الشَّيْبَ، فَقَالَ: يَا رَبِّ مَا هَذَا؟ فَقَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: وَقَارًا يَا إِبْرَاهِيمُ، فَقَالَ: يَا رَبِّ زِدْنِي وَقَارًا.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: يُؤْخَذُ مِنَ الشَّارِبِ حَتَّى يَبْدُوَ طَرَفُ الشَّفَةِ، وَهُوَ الْإِطَارُ، وَلَا يَحْزُهُ، فَيَمْتَلُ بِنَفْسِهِ.

الشرح: رضى الله عنه: «كان إبراهيم أول من ضيف الضيف، وأول من اختتن، وأول الناس قص شاربه» وقد روى أن إبراهيم عليه السلام اختتن بالقدم، وهو موضع ويخفف، فيقال القدم.

قال ابن المواز: القدم بالتحفيف، وهى القدم المعروفة، وقيل إن اختتانه من الكلمات التى ابتلاه الله عز وجل بها وقيل غير ذلك، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وأول الناس رأى الشيب، فقال: يا رب ما هذا؟» يحتمل أن يريد والله أعلم أنه لم يكن قبله شيب حتى رآه إبراهيم عليه السلام أول من رآه، ويحتمل أن يكون الشيب معتاداً على حسب ما هو اليوم، ولكن كان إبراهيم أول من قال القول عند رؤيته، والأول أظهر؛ لأنه لو كان الشيب معتاداً قد رآه إبراهيم لجميع الناس قبله ما أنكره، وقال: «يا رب ما هذا» ولو سأل عن وقوعه به مع معرفته بمعناه كما رآه لغيره لم يفسره له بأنه وقار، ولقيل له: هو الشيب الذى لمن بلغ بسنك، وكان هو قد علم أن معناه الوقار، ولم يحتج أن يدعو الله تبارك وتعالى أن يزيده من الوقار حين علم معناه.

وأما قول الله عز وجل: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً﴾ [الروم: ٥٤] فيحتمل والله أعلم أن يخاطب به هذه الأمة أو من شاب من زمن إبراهيم عليه السلام إلى يوم القيامة، ويحتمل أنه خوطب به جميع الخلق من شاب، ومن لم يشب إلا أنه جمع مع الضعف الأخير الشيب؛ لأن من الخلق من لم يشب، ولم يرد أن جميعهم يشيب كما أنه لم يرد أن جميعهم يضعف بل منهم من يموت في الضعف الأول، ومنهم من يموت حال القوة قبل الضعف الثاني، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «قال الله عز وجل: وقار يا إبراهيم» أجبر أن ما رآه منه معناه الوقار، فسأله عليه السلام الزيادة منه إذا قد علم أن الوقار محمود، مأمور به من هدى الصالحين، ولعله أراد أن يزيد من الشيب الذى هو الوقار، والله أعلم.

* * *

النهى عن الأكل بالشمال

١٦٥٤ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ السَّلْمِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يَأْكُلَ الرَّجُلُ بِشِمَالِهِ، أَوْ يَمْشِيَ فِي نَعْلٍ وَاحِدَةٍ، وَأَنْ يَشْتَمِلَ الصَّمَاءَ، وَأَنْ يَحْتَبِيَ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ كَاشِفًا عَنْ فَرْجِهِ.

١٦٥٥ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ^(١)، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا أَكَلَ أَحَدُكُمْ، فَلْيَأْكُلْ

١٦٥٤ - أخرجه مسلم فى الأشربة ٢٠١٩، اللباس والزينة ٢٠٩٩، الترمذى فى الأدب ٢٧٦٧، النسائى فى الزينة ٥٣٤٠، أبو داود فى اللباس ٤٠٨١، ٤١٣٧، ابن ماجه فى الأطعمة ٣٢٦٨، أحمد فى ابقى مسند المكثرين ١٣٧٠٤، ١٣٧٦٦، ١٤٠٤٣، ١٤٠٨٠، ١٤٠٩٥، ١٤١٣٦، ١٤١٧٧، ١٤٢٩٥، ١٤٣٥٦، ١٤٤٤٢، ١٤٤٨١، ١٤٥٣٤، ١٤٧٣٣.

١٦٥٥ - أخرجه مسلم فى الأشربة ٢٠٢٠، الترمذى فى الأطعمة ١٧٩٩، ١٨٠٠، أبو داود فى الأطعمة ٣٧٧٦، أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٢٣، ٤٨٧١، ٥٨١٣، ٦٢٩٦.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى: عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبى بكر بن عبد الله بن عبد الله بن عمر، وهو وهم وغلط لا شك عند أحد من أهل العلم والآثار والأنساب، والصحيح أنه أبو بكر بن عبيد الله على حسب ما قدمنا ذكره، لا يختلفون فى ذلك. انظر: التمهيد .٤٠/١٠.

٣٣٠ كتاب الجامع

بِيمِينِهِ، وَلَيْشْرَبُ بِيَمِينِهِ، فَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَأْكُلُ بِشِمَالِهِ، وَيَشْرَبُ بِشِمَالِهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه» ونهيه أن يأكل الرجل بشماله على ما تقدم أنه كان يجب التيامن في شأنه كله.
وقوله ﷺ: «إن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله» يحتمل أن يريد والله أعلم، الأكل على الحقيقة، فإن الشيطان والجن يأكلون، من ذلك نهيه ﷺ عن الاستنجاء بالروث والرمة، وقال: «إن ذلك زاد إخوانكم من الجن» وقد قيل إن أكلهم تشم، فعلى هذا يكون قوله: «إن الشيطان يأكل بشماله» على المجاز معناه، والله أعلم، أنه يأمر ابن آدم أن يأكل بشماله، ويدعوه إليه، فأضيف الأكل إليه.
فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال الشيخ أبو القاسم: من أكل وشرب فليأكل وليشرب بيمينه، ولا يأكل بشماله، إلا أن يكون له عذر.

* * *

ما جاء فى المساكين

١٦٥٦ - مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «ليس المسكين بهذا الطواف الذى يطوف على الناس فترده اللقمة واللقمتان والتمرّة والتمرتان، قالوا: فما المسكين^(١) يا رسول الله؟ قال: الذى لا يجد غنى يغنيه، ولا يفطن الناس له، فيتصدق عليه، ولا يقوم، فيسأل الناس».

الشرح: قوله ﷺ: «ليس المسكين بالطواف الذى ترده اللقمة واللقمتان» لم يرد نفي هذا عنه، وإنما أراد أن غيره أشد حالاً منه، والذى لا يجد غنى يغنيه، ولا يفطن له، فيتصدق عليه، ولا يسأل الناس، فترده اللقمة واللقمتان، فيقيم بهذا رفقته، والذى لا يسأل الناس مع ما تقدم من حاله، لا حياة له.

١٦٥٦ - أخرجه البخارى فى الزكاة ١٤٧٦، ١٤٧٩، مسلم فى ١٠٣٩، النسائى فى الزكاة ٢٥٦٩، ٢٥٧، ٢٥٧١، أبو داود فى الزكاة ١٦٣١، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٤٨٦، ٨٨٦٧، ٢٧٢٣٢، ٢٧٢٦٨.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى فى هذا الحديث: فما المسكين؟ ولم يقل: فمن المسكين؟ وكان وجه الكلام أن يقول: فمن المسكين؟ لأن «منه» وضعت لمن يعقل، وقد تابع يحيى على قوله: فما المسكين - جماعة، ويحتمل وجهين، أحدهما أن يكون أراد بها الحال التى يكون بها السائل مسكيناً، والوجه الآخر أن تكون ما هاهنا من، كما قال عز وجل: ﴿والسماء وما بناها﴾، أراد ومن بناها.

وقال يحيى بن يحيى: فما المسكين، وتابعه عليه جماعة. وقال غيرهم: فما المسكين، وهو أظهر في لغة العرب.

١٦٥٧ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنِ ابْنِ بُحَيْدٍ الْأَنْصَارِيِّ ثُمَّ الْحَارِثِيِّ، عَنْ حَدَّثِهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «رُدُّوا الْمَسْكِينِ، وَلَوْ بِظِلْفِ مُحْرَقٍ».

الشرح: قوله ﷺ: «ردوا المساكين ولو بظلف محرق» الظلف بالكسر، هو ظفر كل ما اجتر، فحضر بذلك ﷺ على أن يعطى المسكين شيئاً، ولا يرد خائباً، وإن كان ما يعطاه ظلفاً محرقاً، وهو أقل ما يمكن أن يعطى، ولا يكاد أن يقبله المسكين ولا يتنفع به إلا في وقت المجاعة والشدة، والله أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في معنى الكافر

١٦٥٨ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يَأْكُلُ الْمُسْلِمُ فِي مَعَى وَاحِدٍ، وَالْكَافِرُ يَأْكُلُ فِي سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ».

١٦٥٩ - مَالِك، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ضَافَهُ ضَيْفٌ كَافِرٌ، فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِشَاةٍ، فَحَلَيْتَ، فَشَرِبَ حِلَابَهَا، ثُمَّ أُخْرِي، فَشَرِبْتُ ثُمَّ أُخْرِي، فَشَرِبْتُ حَتَّى شَرِبَ حِلَابَ سَبْعِ شِيَاهٍ، ثُمَّ إِنَّهُ أَصْبَحَ، فَأَسْلَمَ، فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِشَاةٍ، فَحَلَيْتَ، فَشَرِبَ حِلَابَهَا، ثُمَّ أَمَرَ لَهُ بِأُخْرِي،

١٦٥٧ - أخرجه الترمذى في الزكاة ٦٦٥. أبو داود في الزكاة ١٦٦٧. النسائي ٨١/٥ كتاب الزكاة، باب رد السائل، عن ابن ماجه الأنصارى عن جدته. أحمد ٧٠/٤ عن ابن ماجه عن جدته. البيهقى في الكبرى ١٧٧/٤ عن حواء. وذكره في الإتحاف ٣٠٣/٩ وعزاه إلى أبي داود والترمذى والنسائي عن أم بجيد. فى الكنز برقم ١٥٩٩٣ وعزاه السيوطى إلى مالك وأحمد والبخارى فى تاريخه والنسائى عن حواء بنت السكن.

١٦٥٨ - أخرجه البخارى فى الأطعمة ٥٣٩٦، مسلم فى الأشربة ٢٠٦٣، الترمذى فى الأطعمة ١٨١٩، ابن ماجه فى الأطعمة ٣٢٥٦، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٤٤٥، ٢٧٨٧٦، ٨٦٦٢، ٩١١٣، ٩٥٦٤، الدارمى فى الأطعمة ٢٠٤٣.

١٦٥٩ - أخرجه البخارى فى الأطعمة ٥٣٩٦، مسلم فى الأشربة ٢٠٦٣، الترمذى فى الأطعمة ١٨١٩، ابن ماجه فى الأطعمة ٣٢٥٦، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٤٤٥، ٢٧٨٧٦، ٨٦٦٢، ٩١١٣، ٩٥٦٤، الدارمى فى الأطعمة ٢٠٤٣.

٣٣٢ كتاب الجامع

فَلَمْ يَسْتَمِّمْهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْمُؤْمِنُ يَشْرَبُ فِي مَعَى وَاحِدٍ، وَالْكَافِرُ يَشْرَبُ فِي سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ».

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ ضافه ضيف كافر» روى ابن إسحاق أنه كان ثمامة بن أثال الحنفي، وقال غيره: كان حجاج الغفاري، وهذا يقتضى جواز تضييف الكافر.

وهل يؤاكل أم لا؟ قال مالك فى العتبية: ترك مؤاكلة النصرانى فى إناء واحد أحب إلى، ولا أراه حراماً ولا نصادق نصرانياً، فهى عن مؤاكلته لما فى ذلك من معنى المصادقة، وأما تضييفه، فيحتمل أن يكون ذلك لمعنى الاستتلاف له، ورجاء إسلامه، ويحتمل أن يكون لما يخاف عليه من الضياع إذا كان ممن له حق عهد أو غيره.

فصل: وقوله: «شرب لبن سبع شياه ثم إنه أصبح فأسلم، فشرب حلاب شاة واحدة، ثم أمر له بأخرى، فلم يستم حلابها، فقال النبى ﷺ، عند ذلك المؤمن: يشرب فى معى واحد والكافر يشرب فى سبعة أمعاء» قيل إن المؤمن يقتصر على البلغة من القوت، ويقنع باليسير منه ويؤثر ببعض قوته، والكافر على خلاف ذلك لأنه يأكل أكل النهم الحريص على الاستكثار من الأكل.

فعلى هذا يكون الرجل الواحد يوصف بذلك فى الحالين، فإن كان كثير الأكل كان أكله حال الكفر أكثر من أكله حين إيمانه، وإن كان قليل الأكل، فعلى ذلك، وقد ذم الله عز وجل الكفار بأكلهم، فقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا يَتَمَتَّعُونَ وَيَأْكُلُونَ كَمَا تَأْكُلُ الْأَنْعَامُ وَالنَّارُ مَثْوًى لَهُمْ﴾ [محمد: ١٢] يريد والله أعلم، أنهم لا يمسكون عن الأكل مع القدرة عليه.

ويحتمل أن يكون المتضييف للنبى ﷺ أكل حال كفره على هذا الوجه من النهم، والحرص على الاستكثار، فبلغ سبع شياه، ثم لما أسلم وتأدب بأدب الإسلام. وما رأى من فعل النبى ﷺ اقتصر على ما يقيم أوده، فلم يستم إلا حلاب شاة واحدة، ولم يستم لذلك الثانية.

وقد يحتمل أيضاً أن المؤمن يأكل فى معى واحد؛ لأنه يذكر اسم الله عز وجل على أول طعامه ويحمده على آخره، فلا يصل الشيطان إلى أكل طعامه، ولا إلى شرب شرابه، فإنما يصير طعامه إلى أمعائه خاصة، والكافر لا يذكر اسم الله عز وجل على أول طعامه، فيأكل معه الشيطان، فلا يبارك الله فى طعامه ويصير طعامه إلى أمعاء جمعة، ولهذا تكون سبعة أمعاء، بمعنى لم نعلمه.

كتاب الجامع ٣٣٣

وروى عن أبي عبيد بعض هذا، ولعل ذلك قد وصل طعامه إلى سبعة أمعاء في ذلك الوقت، وأعلم النبي ﷺ بذلك بما شاء الله تعالى.

وقد روى أن عبدالله بن عمر حمله على كثرة الأكل، وأنه من أخلاق الكفار، ومما يجب أن يجتنب فأعله، فروى ابن عمر عن نافع كان عبدالله بن عمر لا يأكل وحده حتى يؤتى إليه بمسكين يأكل معه، فأدخلت رجلاً يأكل معه، فأكل كثيراً، فقال: يا نافع، لا تدخل عليّ هذا، سمعت النبي ﷺ يقول: «المؤمن يأكل في معي واحد، والكافر يأكل في سبعة أمعاء». فاقضى هذا الحديث أنه امتنع من استدامة مؤاكلته لكثرة أكله لما كانت عنده من صفات الكافر.

وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يأكل الصاع من التمر حتى يأكل حشفه، فيحتمل أن يكون هذا مقدار أكله غير أنه كان لا يبلغه اقتداء بالنبي ﷺ في ترك الشبع، ويحتمل أنه كان يبلغه غير أنه، وإن كان فيه، فقد كان فيه من الأحوال التي يعلم بها إيمانه ما سمي الفاروق، وإنما كان يحذر عبدالله بن عمر من علم هذا من حاله، ولم يعلم منه شيئاً من الأحوال الحسنة التي تشهد له بالفضل، ولعل هذا الرجل قد ترك التسمية في أول أكله، وترك الحمد في آخره، وترك كثيراً من سنة الإسلام في الأكل وغيره.

وقد روى سفيان بن عيينة بن عمرو بن دينار، قال: كان أبو نهيك رجلاً أكولاً، فقال له عبدالله بن عمر: إن رسول الله ﷺ قال: «إن الكافر يأكل في سبعة أمعاء» قال: فأنا أومن بالله ورسوله، فممنع أبو نهيك أن تكون كثرة الأكل تنافي الإيمان، إن كان خلقاً من أخلاق أهل الكفر كالبخل والجبن والضجر، واعتقد أن هذا إنما قاله رسول الله ﷺ لرجل بعينه.

وقد روى أبو حازم عن أبي هريرة أن رجلاً كان يأكل أكلاً كثيراً، فأسلم، فكان يأكل أكلاً قليلاً، فذكر بذلك النبي ﷺ «أن المؤمن يأكل في معي واحد والكافر يأكل في سبعة أمعاء».

وذكر أبو هريرة أن الأمر تكرر من هذا الرجل في الحالين، ولا يكاد أن يوجد هذا في غيره، ولذلك أنكر الصحابة مثلها هذا لما كان المعتاد عندهم خلافه حين ذكروا ذلك للنبي ﷺ سؤالا عن سببه.

ولا يمنع أن يكون الله تبارك وتعالى قد جعل هذا شائعاً في كل كافر آمن، وأظهره في واحد منهم، أو في بعضهم دون بعض اللصاعلم.

٣٣٤ كتاب الجامع

وقد قال الشيخ أبو محمد: إن هذا تمثيل لكثرة الأكل وقتله، قال: وقيل إنه فى رجل واحد مخصوص، وقيل: بل الكافر القليل الأكل، ولو أسلم لكان أكله أقل لبركة التسمية، وقد تقدم ما يحتمل عندى من التأويل.

* * *

النهى عن الشرب فى آنية الفضة والنفخ فى الشراب

١٦٦٠ - مالك، عن نافع، عن زيد بن عبد الله بن عمر بن الخطاب، عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، عن أم سلمة زوج النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «الذى يشرب فى آنية الفضة إنما يجرجر فى بطنه نار جهنم».

الشرح: قوله: «إنما يجرجر» الجرجرة صوت وقوع الماء فى الجوف، ومعنى ذلك والله أعلم، أنه يعاقب عليه فى جهنم، وربما كان ذلك بأن يشرب منها ما يسمى مهلاً، وجاز شرابها الذى يوصف بأنه نار.

والعرب تسمى الشىء باسم ما يؤول إليه، فيسمى العصير حمراً إذا أريد به الخمر وتسمى الشدة موتاً لما كان تؤول إليه، وهذا يقتضى تحريم استعمال آنية الفضة فى الشرب. وقد روى هذا الحديث على بن مسهر عن عبيد الله بن عمر عن نافع، فقال فيه: «الذى يأكل أو يشرب فى آنية الفضة والذهب» ولم يذكر الأكل فى هذا الحديث غير ابن مسهر.

ووجه تحريمه من جهة المعنى ما فيه من السرف والتشبه بالأعاجم، وأما مجرد الشرب، فلا يحرم كالبلور الذى له الثمن الكثير.

١٦٦٠ - أخرجه البخارى فى الشربة ٥٦٣٤، مسلم فى اللباس والزينة ٢٠٦٥، ابن ماجه فى الأشربة ٣٤١٣، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٦٠٢٨، ٢٦٠٤٢، ٢٦٠٧١، الدارمى فى الشربة ٢١٢٩.

قال ابن عبد البر: هكذا روى مالك هذا الحديث بهذا الإسناد، بلا شك فى شىء منه، إلا ابن وهب، رواه عن مالك، عن نافع، عن زيد بن عبد الله بن عمر، عن عبد الله بن عبد الله بن أبي بكر الصديق، فلم يصنع ابن وهب شيئاً، والصواب عن مالك فى إسناد هذا الحديث ما رواه يحيى، وجهور رواة الموضأ عن مالك، عن نافع، عن زيد بن عبد الله بن عمر، عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر، عن أم سلمة، عن النبي ﷺ وكذلك رواه عبيد الله بن عمر، كما رواه مالك سواء. انظر: التمهيد ٥٥/١٠.

وروى ابن أبي ليلي «أخرجنا مع حذيفة وذكر النبي ﷺ قال: «لا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافهما، فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة» وهذا يقتضى تحريم اتخاذها، وكذلك استعمال آنيتهما أو آنية أحدهما فى أكل أو شرب أو غير ذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما استعمال آنية، فيها تضييب بذهب أو فضة، فإنه أيضاً ممنوع. قال مالك فى العتبية: لا يعجنى أن يشرب فيه إذا كانت فيه حلقة فضة أو تضييب شعبته بها، وكذلك المرأة تكون فيها الحلقة من الفضة: لا يعجنى أن ينظر فيها الوجه.

وقد روى عن أبى سعيد الخدرى عن النبي ﷺ «فى آنية الذهب والفضة أو آنية فيها شيء منهما» وليس بثابت. وروى عاصم الأحول: رأيت قدح النبي ﷺ عند أنس بن مالك، وكان قد انصدع، فسلسله بفضة، قال أنس: لقد سقيت فيه النبي ﷺ أكثر من كذا وكذا.

وقال ابن سيرين: كان فيه حلقة من حديد، فأراد أنس أن يجعل مكانها حلقة من ذهب أو فضة، فقال له أبو طلحة: لا تغير شيئاً صنعه رسول الله ﷺ فتركه، فلا حجة فيه، لأنه يمتثل أن يكون أنس سلسله بفضة بعد زمان رسول الله ﷺ وبعد وفاة أبى طلحة الذى منعه من ذلك، والله أعلم.

١٦٦١ - مَالِك، عَنْ أَيُّوبَ بْنِ حَبِيبٍ مَوْلَى سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ، عَنْ أَبِي الْمُثَنَّى الْجُهَنِيِّ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، فَدَخَلَ عَلَيْهِ أَبُو سَعِيدِ الْخُدْرِيُّ، فَقَالَ لَهُ مَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ: أَسَمِعْتَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنِ النَّفْخِ فِي الشَّرَابِ، فَقَالَ لَهُ أَبُو سَعِيدٍ: نَعَمْ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي لَا أَرُوى مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَأَبِنِ الْقَدْحَ عَنْ فَاكٍ، ثُمَّ تَنَفَّسْ» قَالَ: فَإِنِّي أَرَى الْقَدَاةَ فِيهِ؟ قَالَ: «فَأَهْرِقْهَا».

الشرح: نهى ﷺ عن النفخ فى الشراب حملاً لأمته على مكارم الأخلاق؛ لأن

١٦٦١ - أخرجه الترمذى فى الأشربة ١٨٨٧، أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٠٨١٩، ١٠٨٨٦، ١١١٤٧، ١١٢٥٧، ١١٣٥١، الدارمى فى الصلاة ١٥٢٢، الأشربة ٢١٢١، ٢١٣٣، البغوى فى شرح السنة ٣٧٢/١١ عن أبى المثنى الجهنى. الهيثمى فى المجمع بنحوه ٧٨/٥ وعزاه الطبرانى فى الأوسط عن أنس.

٣٣٦ كتاب الجامع

النافخ فى آنية الماء يجوز أن يقع من ريقه فيها شىء مع النفخ، فيتقدره الناظر، ويفسده عليه.

وقول الرجل: «يا رسول الله إني لا أروى من نفس واحد» يقتضى أن التنفس فى الإناء من معنى النفخ. وقد قال الشيخ أبو القاسم: لا ينفخ فى طعامه ولا شرابه، ولا يتنفس أحد فى إناء بشرب فيه.

فصل: وقول الرجل: «لا أروى من نفس واحد» يريد أنه لا يكفيه ما يشرب من الماء إلا بعد أن يعيد التنفس، فسمى ما بين التنفسين نفسًا، فقال له رسول الله ﷺ: «فأين القدح من فيك ثم تنفس» ولم ينكر عليه الشرب من نفس واحد، بل أقره عليه، فافتضى ذلك إباحته له.

وأما ما أمره به ﷺ من أن يبين القدح من فيه، ثم يتنفس قليلاً، فرمما يرجع إلى القدح مع تنفسه شىء من ريقه، أو من بقية ما فى فيه من الماء أو غيره، فيقدره من يشرب بعده والله أعلم.

وقد جوز مالك، رحمه الله، الشرب فى نفس واحد، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء بن أبى رباح وعمر بن عبدالعزيز رضى الله عنهم.

وقد روى عن عبدالله بن عباس وعكرمة كراهية ذلك، وقالوا: هو شرب الشيطان، وما اختاره مالك أظهر للحديث المتقدم، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فإني أرى القلادة فيه» يريد فى الإناء على وجه السؤال عن المعانى التى تدعوه إلى النفخ فى الشراب؛ لأنه من رأى فى شرابه قلادة يدفعه عن موضع شرابه بالنفخ فيه، فأعلمه النبى ﷺ بما يصل به إلى إزالته، ودفع ضرره مع ترك النفخ فيه، وهو إراقة بعض ما فيه من الماء لكثرة وجوده وقلة الحاجة إلى ذلك القدر الذى يريق منه، قال مالك فى قوله: «فأهرقها»: يعنى أخرج الإناء عن شفتيك ثم أهرقها. وقال غيره: القلادة عود أو شىء يقع فيه يتأذى به الشارب.

مسألة: وأما إذا كان فى الإناء لبن أو شراب، فإنه يتوصل إلى إزالته بما أمكنه. قال مالك فى العتبية: ويكره النفخ فى الطعام كما يكره النفخ فى الشراب. ومعنى ذلك عندى أنه يتوقع أن يسرع إليه من ريق النافخ من غير اختياره ما يتقدر به ذلك الطعام كما يتقدر الشراب.

* * *

ما جاء في شرب الرجل وهو قائم

١٦٦٢ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ وَعَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ وَعُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ كَانُوا يَشْرَبُونَ قِيَامًا.

١٦٦٣ - مَالِكُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ وَسَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَاصٍ كَانَا لَا يَرِيَانِ بِشُرْبِ الْإِنْسَانِ وَهُوَ قَائِمٌ بَأْسًا.

١٦٦٤ - مَالِكُ، عَنِ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنِ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَشْرَبُ قَائِمًا.

الشرح: وعلى هذا جماعة الفقهاء في جواز الشرب قائمًا، وقد كرهه قوم لأحاديث، وردت فيه فيها نظر، وإن كان مسلم قد أخرجها في صحيحه، ولم يخرجها البخاري منها حديث، رواه ابن أبي عروبة عن قتادة عن أنس عن النبي ﷺ أنه نهى أن يشرب الرجل قائمًا. قال قتادة: فقلنا، فالأكل؟ قال: ذلك أشر وأعجب، وتابعه هشام الدستوائي عن قتادة، وليس فيه ذكر الأكل. وخالفهما شعبة، فرواه عن قتادة عن أبي عباس الأسواري عن أبي سعيد الخدري. وتابعه همام عن قتادة.

وهذا الحديث فيه من الاضطراب على قتادة ما لا تحمله هذه المسألة لمخالفة أئمة الصحابة، والأحاديث المتفق على صحتها معارضة لها، وليس في حديث قتادة عن أنس حديثنا. وكان شعبة يتقى من حديثه مما لا يصرح فيه بحديثنا، وأبو عباس الأسواري غير مشهور.

وأخرجه مسلم أيضًا من حديث عمر بن حمزة عن أبي غطفان المري عن أبي هريرة

١٦٦٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٧٢٠.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفًا على سعيد في الموطأ، لم يختلف على مالك فيه الرواة إلا إسحاق بن بشر الكاهلي، وهو ضعيف متروك الحديث، فإنه رواه عن مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبي الدرداء، عن النبي ﷺ. انظر: التمهيد ٣١٦/٩.

١٦٦٣ - أخرجه الترمذي في الأشربة ١٨٨٠.

١٦٦٤ - أخرجه البخاري في المساقاة ٢٣٥٢، الهبة ٢٥٧١، الأشربة ٥٦١٢، ٥٦١٩، مسلم في الأشربة ٢٠٢٩، الترمذي في الأشربة ١٨٩٣، أبو داود في الأشربة ٣٧٢٦، ابن ماجه في الأشربة ٣٤٥٢، أحمد في باقي مسند المكثرين ١١٦٦٧، ١١٧١١، ١٢٦٢٦، ١٣٠٠٩، الدارمي في الأشربة ٢١١٦.

٣٣٨ كتاب الجامع

عن النبي ﷺ: «لا يشرب أحد منكم قائماً فمن نسي فليستقي» وهذا الحديث أيضاً رواه عمر بن حمزة، ولا يحتمل مثل هذا.

وحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه أصح إسناداً، وكذلك حديث عبدالله بن عباس رواه أبو عوانة عن عاصم الأحول عن الشعبي عن ابن عباس «سقيت رسول الله ﷺ من زمزم فشرب وهو قائم» وعاصم حافظ متقن. رواه عنه ابن سفيان وهشيم وشعبة، وتابعه عليه المغيرة مع عمل الأئمة.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والذي يظهر لي أن الصحيح من حديث أبي هريرة إنما هو موقوف عليه، ولا خلاف فيه أنه لا يجب الاستقاء على من شرب قائماً ناسياً، ولو صح الحديث لجاز أن يحمل على أنه نهى عن إناء شراب له ولأصحابه أن يبدأ بشربه قائماً قبل أن يجلس، ولو أسهم فيه، ويكون آخرهم شرباً إن كان ساقيةهم.

وروى النزال بن سبرة أن علياً شرب قائماً. وقال أنس: يكرهون هذا، وإنى رأيت رسول الله ﷺ شرب قائماً. وحديث النزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه صحيح أخرجه البخاري.

ومن جهة المعنى أنه تناول غذاء كالأكل، ولا خلاف في جواز أكل القائم. وروى جواز ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر، وهو قول العلماء. قال مالك: ولا بأس بالشرب قائماً. وقال النخعي: إنما كره الشرب قائماً لداء يأخذ البطن، والله أعلم.

* * *

السنة في الشرب ومناولته عن اليمين

١٦٦٥ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَيْهَابٍ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَتَى

١٦٦٥ - أخرجه البخاري ٢٠١/٧ كتاب الأشربة، باب الأيمن فالأيمن .. إلخ، عن أنس. مسلم ١٦٠٣/٣ كتاب الأشربة رقم ١٢٤ عن أنس بن مالك. أبو داود برقم ٣٧٢٦، ٣٦/٣ كتاب الأشربة، باب في الساقى منها يشرب عن أنس. الترمذي برقم ١٨٩٣، ٣٠٦/٤ كتاب الأشربة، باب ١٩ عن أنس. ابن ماجه برقم ٣٤٢٥، ١١٣٣/٢ كتاب الأشربة، عن أنس. أحمد ١١٠/٣ عن أنس. عبدالرزاق في المصنف برقم ١٩٥٨ عن أنس. قال ابن عبد البر: لم يختلف الرواة عن مالك في إسناد هذا الحديث، ولا في ألفاظه - فيما =

بَلْبِنٍ قَدْ شِيبَ بِمَاءٍ مِنَ الْبَيْتِ، وَعَنْ يَمِينِهِ أَعْرَابِيٌّ وَعَنْ يَسَارِهِ أَبُو بَكْرٍ الصَّدِيقُ، فَشَرِبَ، ثُمَّ أُعْطِيَ الْأَعْرَابِيُّ وَقَالَ: «الْأَيْمَنُ فَالْأَيْمَنُ».

١٦٦٦ - مَالِك، عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَتَى بِشَرَابٍ، فَشَرِبَ مِنْهُ، وَعَنْ يَمِينِهِ غُلَامٌ، وَعَنْ يَسَارِهِ الْأَشْيَاخُ، فَقَالَ لِلْغُلَامِ: «أَتَأْذَنُ لِي أَنْ أُعْطِيَ هَؤُلَاءِ؟» فَقَالَ الْغُلَامُ: لَا، وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَا أُؤْثِرُ بِنَصِيْبِي مِنْكَ أَحَدًا، قَالَ: فَتَلَّه رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي يَدَيْهِ.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ أتى بلبن قد شيب بماء» يقتضى جواز ذلك للشرب، ولا يجوز أن يشاب للبيع لما فيه من الغش والجهل بحال المبيع، وقد ما فيه من الماء.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «وعن يمينه أعرابي، وعن يساره أبو بكر الصديق رضى الله عنه» لا يدري أيهما كان نزل قبل صاحبه، فقد ينزل الأعرابي قبل أبي بكر ثم يأتي أبو بكر رضى الله عنه، فلم يقمه النبي ﷺ لأبي بكر الصديق رضى الله عنه. وقد روى عن النبي ﷺ «لا يقم أحدكم أخاه من مجلس ثم يجلس فيه».

فصل: قوله: «فشرب ثم أعطى الأعرابي وقال: الأيمن، فالأيمن» وهذا يقتضى أن التيامن مشروع فى تناول الشراب والطعام وما جرى مجراهما. قال الشيخ أبو القاسم: من أتى بشراب ومعه غيره، فليعطه إن شرب الأيمن، فالأيمن، وقال فى حديث سهل ابن سعد: «إله كان عن يمينه غلام» يعنى عبدالله بن عباس وعن يساره الأشياخ، قيل إنه كان عن يساره خالد بن الوليد.

وقد روى عن عمر بن حرملة عن ابن عباس مفسراً، فقال: «أتأذن لى أن أعطى الأشياخ» وهذا يقتضى أنه من حقوق ابن عباس، ولو لم يكن من حقوقه أن يعطيه إياه ما استأذنه فيه، وهذا يقتضى أن حكم التيامن فى المناولة أكد من حكم السن؛ لأن عبدالله بن عباس رضى الله عنه لم يبلغ حيثئذ الحلم، واستحق ذلك التيامن من دون

=علمت. وقد رواه ابن عيينة، عن ابن شهاب، فأحسن سياقته، وذكر فيه ألفاظاً لم يذكرها مالك.

١٦٦٦ - أخرجه البخارى فى المظالم والفصب ٢٤٥١، مسلم فى الأشربة ٢٠٣٠، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٢٣١٧، ٢٢٣٦٠، البيهقى فى الكبرى ٢٨٦/٧ عن سهل بن سعد الساعدى.

كتاب الجامع ٣٤١
لَهُمْ، فَأَكَلُوا حَتَّى شَبِعُوا، ثُمَّ خَرَجُوا، ثُمَّ قَالَ: «أَتَذَن لِعَشْرَةٍ» حَتَّى أَكَلَ الْقَوْمُ كُلُّهُمْ
وَشَبِعُوا، وَالْقَوْمُ سَبْعُونَ رَجُلًا أَوْ ثَمَانُونَ رَجُلًا.

الشرح: قول أبي طلحة رضى الله عنه لزوجته أم سليم رضى الله عنها: «لقد سمعت صوت رسول الله ﷺ ضعيفاً أعرف فيه الجوع» يقتضى أن الأنبياء عليهم السلام قد تبلى بالجوع والآلام ليعظم ثوابهم، وترفع درجاتهم بما زوى عنهم من الدنيا، ولحقهم فيها من الجوع والشدة، فإن الله عز وجل: ﴿وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ﴾ [البقرة: ١٥٥].

واستدلال أبي طلحة على ما بالنبي ﷺ من الجوع بضعف صوته يدل على صبره، وأنه لم يخبر بما يجده من ذلك أحدًا، وإن كان قد بلغ منه الجهد ما ضعف به صوته.

وقد روى عن سعيد المقبرى أن أبا هريرة مر بقوم بين أيديهم شاة مصلية فدعوه، فأبى أن يأكل منها، وقال: خرج رسول الله ﷺ من الدنيا ولم يشبع من خبز الشعير.

وهذا يقتضى أنه لم يكن يشبع من أقل الأقوات وهو الشعير، ويحتمل أن يريد أنه لم يوجد منه شبع فى يوم من الأيام، وأنه كان فى وقت الغنى واليسار لا يشبع، بل يقتصر على ما دون الشبع ويؤثر بما كان يبلغه الشبع لو تناوله، ويحتمل أن يريد أنه لم يكن يشبع منه فى الجملة، وإن كان قد وجد منه الشبع فى بعض الأيام، ولذلك يقال فلان جائع، إذا وصف بذلك فى غالب أمره.

فصل: وقول أبي طلحة: «فهل عندك من شيء؟» على وجه التماس ما يهديه إلى النبي ﷺ ليمسك به ريقه ويقلل من ضعفه. وهذا يدل على قلة ما عند أبي طلحة من ذلك، ولو كان عنده كثير من القوت لا يحتاج أن يسألها هل عندما شيء أم لا، هذا على أنه كان أكثر الأنصار مالاً ونحلاً، ويقتضى ذلك أنها كانت سنة شدة شاملة.

فقال له أم سليم: «لعم، وأخرجت أقراصاً من شعير» وذلك أفضل ما كان عندها، يستدل على ذلك بأنها كانت لا ترسل إلى النبي ﷺ إلا أفضل ما عندها؛ وأن العرب كانت تتفاخر بحسن القرى وسعته، وأرسلت بهذا إلى المسجد حيث كان النبي ﷺ وبحضرة الناس، فلم يكن يرسل إلا بما يمدح به دون ما يذم به.

وقد تناولت ذلك بأفضل ما أمكنها بأن لفت أقراص الشعير بخمارها، وردت أنساً

٣٤٢ كتاب الجامع

ببعضه، لأن كل مهد يجب أن يحمل هديته ويحسنها ويلبسها أفضل ما يقدر عليه، وإن كان ذلك يرد إليه. وقد قال عيسى بن دينار في المزنية: أراه كان من صوف أو كتان، ولم يكن من حرير، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فوجدت رسول الله ﷺ جالساً في المسجد، ومعه الناس» يقتضى أنها خصته بهذه الهدية دون أن ترسلها إلى دار من دور نساته، ويحتمل أن يكون ذلك لما علمت من شمول الجماعة لجميع أزواجه، فوصل ذلك إليه ليصرف ما فضل عنه من ذلك حيث شاء من المواساة أو إثارة من رأى إثارة.

فلما رأى رسول الله ﷺ قيام أنس عليهم على تلك الحال توهم ما أتى به، فسأل عنه تحقراً له، فلما أخبره به قال لمن معه من الناس: «قوموا» وإن كان قد علم أن ما يحمله أنس تحت يده من الخبز لا يكفي العدد اليسير منهم مع المجاعة وشدة الحال، فكيف بأن يفضل عن جميعهم، ولا يمكن أن ينتقل عن المعلوم المعتاد في ذلك إلا بوحى يعلم به أنه سيكفي ذلك اليسير جميعهم، ولو جرى فيه على المعهود، وقسمه بينهم لما أصاب كل واحد منهم إلا قدر يسير لا يكاد ينتفع به إلا المنفعة اليسيرة التى لا تذهب جوعاً، ولا تجميع قوة.

وقد روى هذا الحديث عمرو بن يحيى عن أبيه عن أنس، فقال فيه: «فقام أبو طلحة على الباب حتى أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إنما كان شىء يسير؟ قال: نعلمه، فإن الله سيجعل فيه البركة».

مسألة: وإنما ساغ لرسول الله ﷺ أن يحمل القوم إلى طعام أبي طلحة، وإن كان لم يأذن له في ذلك، وقد دعاه أبو شعيب خامس خمسة لطعام، فتبعهم رجل، فقال النبى ﷺ: «إن هذا تبعنا، فإن شئت أذنت، وإن شئت تركته». فقال أبو شعيب: قد أذنت له.

وقد قال بعض الناس: إن النبى ﷺ فعل ذلك فى قصة أبى طلحة لما علم من أبى طلحة أنه يسره ذلك، وهذا وإن كان محتملاً، فغيره أظهر منه؛ لأنه إن كان قد علم أن أبا طلحة يسره أن يحمل إليه سبعين أو ثمانين رجلاً، فقد كان أبو شعيب من أهل الدين والفضل، وكان يعلم منه أنه يسره زيادة واحد كما فعل لكنه جرى فى ذلك على ما سنه لأتمته بعده، لما كانت حاله تشاركهم فيها.

وأما قصة أبى طلحة، فتحتمل وجهين، أحدهما: أن البركة فى الطعام التى بها

كتاب الجامع ٣٤٣

كفى العدد الكثير، لم تكن من قبل أبي طلحة، وإنما كانت من عند الله عز وجل، وإنما أجرى الله تعالى على يد رسول الله ﷺ البركة، فكان أحق الناس بها، وما كان لأبي طلحة فيها إلا أن يختص بذلك بمنزله لما كان سببها، وهذه بركة خص بها يعلم أن كل مؤمن يرغب فيها، ويحرص عليها إذا تفضل الله بها.

وقد دعا أهل الخندق وهم ألف في رواية سعيد بن جبير عن جابر إلى صاع شعير وبهمة صنعها جابر بن عبدالله رضى الله عنه، وقال له: تعال أنت ونفر معك وأعلمه بقدر ما صنع، ولم يستأذن في ذلك جابر؛ لما كان الذى يكفى أهل الخندق ليس من عند جابر، وإنما هى بركة تفضل الله بها على رسول الله ﷺ وأكرمه الله بها، وخص بها منزل جابر لما كان سببها من عنده.

ويحتمل أن تكون قصة أبي طلحة أن الأقراص الت دعا إليها رسول الله ﷺ المؤمنين قد كانت أهديت له، وملكها بالقبول، وإنما دعا ﷺ أصحابه إلى طعام قد ملكه لا يحتاج فيه إلى إذن طلحة ولا غيره.

على أنه قد روى سفيان بن أبي ربيعة عن أنس بن مالك «أن أم سليم جشت مدين من شعير، وجعلت منه قطيفة، وعصرت عليه عكة، ثم بعثنى إلى النبي ﷺ فدعوته، قال: «ومن معي» فجشت، فقلت: إنه يقول: ومن معي، فخرج أبو طلحة، قال: يا رسول الله: إنما هو شئ صنعته أم سليم.

وقد ذكر عبدالرحمن بن أبي ليلى فى روايته هذا الحديث عن أنس بن مالك «فأكلوا حتى فضل ذلك الثمانين رجلاً، ثم أكل النبي ﷺ بعد ذلك وأهل البيت، وتركوا سوراً».

وفى رواية سعد بن سعيد عن أنس: حتى إذا لم يبق منهم أحد إلا دخل، فأكل حتى شبع ثم هياها، فإذا هى مثلها حين أكلوا منها.

فصل: وقول أبي طلحة: «يا أم سليم قد جاء رسول الله ﷺ بالناس، وليس عندنا من الطعام ما نطعمهم»، يقتضى إشفاقه من قلة طعامه مع كثرة من أتى مع النبي ﷺ وكان مما يشق عليهم أن يقل طعامهم عن أكله، فقالت أم سليم: «الله ورسوله أعلم» معناه أنه قد رأى قدر الطعام ورأى قدر من يأتى معه من الناس، وليس ذلك إلا لمعنى يرجوه من عند الله تبارك وتعالى، وتلقى أبي طلحة النبي ﷺ من حسن الأخلاق والبر بالضيف القادم.

فصل: وقوله ﷺ: «يا أم سليم هلمى ما عندك» يحتمل أن يريد به الأقراص التي دعا بها أنس، ويحتمل أن يريد ما عندها من أدام تأدمه إلا أن قول أنس: «فأنت بذلك الحيز» ظاهره أن السؤال كان عنه، «فأمر به رسول الله ﷺ ففت»، يحتمل أن يقصد بذلك بركة الثريد، وأنه أبرك من غيره «وعصرت عليه أم سليم عكة لها فأدمته، ثم قال رسول الله ﷺ ما شاء الله أن يقول» يريد والله أعلم، من الدعاء فيه بالبركة، والذكر لله عز وجل مما انفرد بعلمه الذى يعلم السر وأخفى، وذلك يقتضى أن النبى ﷺ لم يجهر به.

فصل: وقوله ﷺ: «اأذن لعشرة» لما كان عددهم من الكثرة بحيث لا يكاد أن يحملهم موضع على حالة الأكل لاسيما من صحفة واحدة، ودعا من القوم بعدد، يحتمل ذلك ثم بعد ذلك بعشرة حتى أكل القوم كلهم وشبعوا، وهذا دليل على جواز الشبع، قال: «وهم سبعون أو ثمانون رجلاً» وهذا من المعجزات العظيمة التي فتح الله بها على رسول الله ﷺ وجعلها رحمة لهذه الأمة من حضر ومن لم يحضر، والله أعلم.

١٦٦٨ - مَالِك، عَنِ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «طَعَامُ الْاِثْنَيْنِ كَافِي الثَّلَاثَةِ، وَطَعَامُ الثَّلَاثَةِ كَافِي الْاَرْبَعَةِ».

الشرح: قوله ﷺ: «طعام الاثنین كافی الثلاثة» يريد والله أعلم، أن ما اتخذ الاثنان لقوتهم المعتاد يكفى الثلاثة، لأن الاقتصار عليه على وجه المواساة. ومعنى هذا الحديث والله أعلم، الحض على المواساة وتخفيف أمرها، وأنه ليس فيها إتلاف مال ولا كبير مشقة.

قال عيسى بن دينار فى المزنية: معنى هذا الحديث أنه إذا اجتمعت الأيدي، وكانت المواساة، وأكل الناس عظمت البركة. وقد هم عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى سنة جماعته أن يجعل مع أهل كل بيت مثلهم، وقال: إن الرجل لن يهلك على نصف قوته.

وقد روى أبو يوسف عن جابر بن عبد الله عن النبى ﷺ: «طعام الواحد يكفى

١٦٦٨ - أخرجه البخارى فى الأطعمة ٥٣٩٢، مسلم فى الأشربة ٢٠٥٨، الترمذى فى الأطعمة ١٨٢٠، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٢٧٨، ٩٠٢٤، البغوى فى شرح السنة ٣٢٠/١١ عن أبى هريرة. الحميدى برقم ١٠٦٨ عن أبى هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا جاء هذا الحديث فى الموطأ وغيره من حديث أبى الزناد بهذا الإسناد، وقد روى أبو الزبير عن جابر ما هو أعم من هذا. انظر: التمهيد ٧٥/١٠.

الاثنين، وطعام الأربعة يكفى ثمانية» لعلة أراد ﷺ عند المواساة فى الشدة، والله أعلم.
١٦٦٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ الْمَكِّيِّ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَغْلِقُوا الْبَابَ، وَأَوْكُوا السَّقَاءَ، وَأَكْفُوا الْإِنَاءَ أَوْ خَمَّرُوا الْإِنَاءَ، وَأَطْفُوا الْمِصْبَاحَ، فَإِنَّ الشَّيْطَانَ لَا يَفْتَحُ غَلْقًا، وَلَا يَحُلُّ وَكَاءً، وَلَا يَكْشِفُ إِنَاءً، وَإِنَّ الْفَوَيْسِقَةَ تُضْرِمُ عَلَى النَّاسِ بَيْتَهُمْ».

الشرح: قوله ﷺ: «أغلقوا الباب» يحتمل أن يريد والله أعلم، بالليل إذا نمت.

وقد روى فى حديث جابر بن عبدالله قال النبى ﷺ: «أطفئوا المصاييح بالليل إذا رقدتم، وأغلقوا الأبواب، وأوكسوا الأسقية وأخمروا الطعام والشراب» فأمر بإطفاء المصاييح عند الرقاد ليل وعطف على ذلك غلق الأبواب وغيرها.

فالظاهر منه ما قدمناه والله أعلم وأحكم. ويحتمل أن يريد سائر الأوقات، على ما يريد الناس حفظه من الأموال والطعام وغير ذلك، فإنه أحرز لما يراد حفظه.

وقوله ﷺ: «وأوكسوا السقاء» اربطوه.

وقوله ﷺ: «وأكفوا الإناء» معناه قلبوه.

وقوله ﷺ: «وأخمروا الإناء» يحتمل أن يكون شكاً من الراوى، والأظهر أنه لفظ النبى ﷺ وأن معناها أكفوه، إن كان فارغاً أو خمروه، إن كان فيه شىء، فإن ذلك يمنع الشيطان أن يتناول شيئاً مما فى المملوء أو يتبع شيئاً مما فى الفارغ من بقية أو رائحة.
وقد روى عن جابر عن عبد الله جاء، يقال له أبو حميد، بقدر لبن من البقيع، فقال له رسول الله ﷺ: «ألا خمرته، ولو أن تعرض عليه عوداً».

١٦٦٩ - أخرجه البخارى فى بدء الخلق ٥٣٢٨٠، ٣٣٠٤، ٣٣١٦، المغازى ٤٠٦٢، الأشربة ٥٦٢٣، ٥٦٢٤، الاستئذان ٦٢٩٥، ٦٢٩٦، مسلم فى الأشربة ٢٠١٢، ٢٠١٤، الترمذى فى الأطعمة ١٨١٢، أبو داود فى الصيد ٢٨٥٧، الأشربة ٣٧٣١، ٣٧٣٣، ابن ماجه فى الأشربة ٣٤١٠، أحمد فى بائى مسند الكثرين ١٣٨١٦، ١٤٤١٥، ١٤٥٩٧، ١٤٧١٧، ١٤٧٢٥، ١٤٨٣٢.

قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى فى هذا الحديث: تضرم على الناس بيوتهم وتابعه ابن القاسم، وابن وهب، وقال ابن بكير: بيوتهم، وقال القعنبي: بيوتهم أو بيوتهم على الشك. والفويسقة الفارة سماها رسول الله ﷺ فاسقة فى هذا الحديث وغيره. انظر: التمهيد ٧٦/١٠.

٣٤٦ كتاب الجامع

وروى القعقاع بن حكيم عن جابر هذا الحديث عن النبي ﷺ «غطوا الإناء، فإن في السنة ليلة ينزل فيها وباء لا يمر بإناء ليس عليه غطاء أو سقاء ليس عليه وكاء، إلا نزل به من ذلك الوباء». قال الليث: والأعاجم يتقون ذلك في كانون الأول.

فصل: وقوله: «وأطفئوا المصباح، فإن الشيطان لا يفتح غلماً، ولا يحل وكاء، ولا يكشف إناء» يريد أن للشيطان مضرة ومشاركة فيما يخترن، ويكون في الوعاء، وأن الاحتراز منه يكون بما قدمناه مما أخبر به النبي ﷺ.

وقوله ﷺ: «وإن الفويسقة» قال عيسى بن دينار في المزنية: يريد الفأرة تضرم على الناس بيتهم.

وقال في حديث جابر: «وإن الفويسقة ربما جرت القتيلة، فأحرقت أهل البيت». وروى عن ابن عباس: جاءت فأرة فجرت القتيلة، فألقته بين يدي النبي ﷺ على الخمرة التي كان قاعداً عليها، فأحرقت منها مثل موضع الدرهم، فقال ﷺ: «إذا نمت فأطفئوا سرجكم، فإن الشيطان يدل هذه ومثلها على هذا، فتحرقكم».

وروى هذا الحديث عطاء عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ: «أطفئ مصباحك، واذكر اسم الله عز وجل، وحمّر إناءك، ولو يعود تعرضه عليه، واذكر اسم الله عز وجل، وأركب سقاءك، واذكر اسم الله عليه». فزاد فيه التسمية وعرض العود على الإناء. والله أعلم وأحكم.

وقد روى أبو موسى الأشعري: احترق بيت بالمدينة على أهله من الليل، فحدث بشأنهم النبي ﷺ، فقال: «إن هذه النار إنما هي عدو لكم، فإذا نمت فأطفئوها عنكم».

١٦٧٠ - مالك، عن سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِي شُرَيْحٍ الْكَعْبِيِّ أَنَّ

١٦٧٠ - أخرجه البخاري ١٩/٨ كتاب الأدب - باب من كان يؤمن بالله... إلخ، عن أبي شريح. مسلم كتاب الإيمان برقم ٧٤ بنحوه ٦٨/١، عن أبي هريرة. الترمذي رقم ١٩٦٧، ٣٤٥/٤ كتاب البر والصلة باب ٣٤، عن أبي شريح. البيهقي في الكبرى ١٦٤/٨ عن أبي هريرة. ابن ماجه ٣٩٧١، ١٣١٣/٢ كتاب الفتن، باب ١٢، عن أبي هريرة. أبو عوانة ٣٤/١ عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر: لم يختلف الرواة للموطأ في هذا الحديث عن مالك، وهو حديث صحيح، وقد رواه عن سعيد بن أبي سعيد - جماعة، أحلهم يحيى بن أبي كثير، لأنه في درجة واحدة مع سعيد بن أبي سعيد في أبي سلمة وغيره؛ وقد سمع أبو سعيد من أبي شريح الكعبي هذا الحديث. انظر: التمهيد ٨٣/١٠.

كتاب الجامع ٣٤٧

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيَقُلْ خَيْرًا أَوْ لِيَصْمُتْ، وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ جَارَهُ، وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ، جَائِزَتُهُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ، وَضَيْفَاتُهُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، فَمَا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهَرَّ صَدَقَةً، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَثْوَى عِنْدَهُ حَتَّى يُخْرِجَهُ».

الشرح: قوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت» يريد والله أعلم، أن هذا حكم من كان يؤمن بالله تعالى وعلم أنه يجازى في الآخرة، ومما يلزمه أن يقول خيرا يؤخر عليه، أو يصمت عن شر يعاتب عليه.

وأما الصمت عن الخير، وذكر الله عز وجل والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فليس بمأمور به، بل هو منهى عنه نهى تحريم أو نهى كرامة.

وإنما معناه أن يقول خيرا أو يسكت عن شر ويحتمل أن يكون «أو» هاهنا بمعنى الواو، فيكون المعنى يقول: خيرا أو يصمت عن شر، وقد قيل ذلك في قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَاهُ إِلَى مِائَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ﴾ [الصافات: ١٤٧] والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم جاره» هكذا في رواية ابن شريح الكعبي، وفي رواية أبي هريرة: «فلا يؤذ جاره» والمعنيان غير متنافيين، حض النبي ﷺ إلى إكرام الجار وحسن مجاورته، وأعلم أن ذلك من شرائع الإيمان، وأن كل مؤمن بالله وبالثواب والعقاب في الآخرة يتعين عليه أن يلتزم هذا، ويعمل به، فإن الله عز وجل قال: ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تَشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدِينَ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ﴾ [النساء: ٣٦].

وروت عائشة رضي الله عنها وابن عمر عن النبي ﷺ قال: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه».

وروي طلحة عن عائشة رضي الله عنها، قلت: «يا رسول الله، إن لي جارين، فإلى أيهما أهدى؟ قال: إلى أقربهما منك بأب».

فصل: وقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه» على ما تقدم من أن هذا من آداب الإسلام وشرائعه وأحكامه والضيافة من سنن المرسلين، وأول من ضيف الضيف إبراهيم عليه السلام، قال الله تبارك وتعالى: ﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ ضَيْفِ

٣٤٨ كتاب الجامع

إبراهيم المكرمين ﴿الذاريات: ٢٤﴾ فوصفهم بأنهم أكرموا، وهى واجبة عند الليث بن سعد يوماً وليلة، وخالفه فى ذلك جميع الفقهاء على الإطلاق.

ويدل على ذلك أن النبى ﷺ وصف ذلك بالكرامة، فقال: «فليكرم ضيفه»، ولم يقل: فليقضه حقه، والإكرام ليس بواجب، وقد يتعين وجوبها فى مواضع للمحتاز الذى ليس عنده ما يبلغه، ويخاف الهلاك إن لم يضيف، وتكون واجبة على أهل الذمة العامرين لأرض العنوة، إن شرط ذلك عليهم.

وقد روى عقبه بن عامر، قلنا: يا رسول الله، إنك تبعثنا، فنمر بقوم لا يقروننا، فماذا ترى؟ فقال رسول الله ﷺ: «إن أمروا لكم بما ينبغى للضيف فاقبلوا، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذى ينبغى» يحتمل والله أعلم أن يكون هذا فى أول الإسلام لمن كان يجتاز غازياً على أهل عهد، ممن لم يكن يقدر على استصحاب الزاد إلى رأس مغزاته، ولا يصل إلى الغزو والجهاد الذى تعين فرضه ووجوبه إلا بالقرى فى الطريق، ويحتمل أن يكون ذلك بعد أن افتتحت حبيير وغيرها من بلاد العنوة، إن كان شرط ذلك على أهلها.

وأما أهل الحضر فقوله: قال مالك، رحمه الله: ليس على أهل الحضر ضيافته. وقال سحنون: الضيافة على أهل القرى. وأما أهل الحضر، فإن المسافر إذا قدم الحضر وجد منزلاً، وهو الفندق، وإنما أراد بذلك أنه يتأكد الندب إليه.

ولا يتعين على أهل القرى لمعان، أحدها: أن ذلك يتكرر على أهل الحضر، فلو التزم أهل الحضر الضيافة لما خلوا منها، وأهل القرى يندر ذلك عندهم ويقل، فلا تلحقهم بذلك مشقة.

والوجه الآخر، أن المسافر يجد فى الحضر من المسكن والطعام وغير ذلك ما يحتاج إليه، فلا تلحقه المشقة لعدم الضيافة، وأما فى القرى الصغار، فلا يجد ما يحتاج إليه، فهو كالمضطر إلى من يضيفه وحكم القرى الكبار التى توجد فيها الفنادق والمطاعم للشراء ويكثر ترداد الناس عليها حكم الحضر، والله أعلم وأحكم.

وهذا فيمن لا يعرفه الإنسان. وأما من يعرفه معرفة مودة أو بينه وبينه قرابة أو بينه وبينه معنى يقتضى المواصلة والمكارمة فحكمه فى الحضر وغيره سواء، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «جائزته يوم وليلة» يحتمل أن يريد والله أعلم منحه وعطيته؛

كتاب الجامع ٣٤٩

لأن الجائزة العطية، ويحتمل عندي أن يريد به ما يجوز ويمضى به عنه إلى غيره يوم وليلة، وهو قوته في مبيته عنده وغذاؤه في غده. قال عيسى بن دينار في المزنية: معنى «جائزته يوماً وليلة» يتحفه ويكرمه ويفعل به أفضل ما يستطيع، ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع.

فإذا كان هذا معناه، فمعنى قوله ﷺ بعد ذلك: «والضيافة ثلاثة أيام» يريد يطعمه فيها ما يستطيع عليه، وعلى التأويل الأول، فإنه خص الضيافة لمن أراد المقام بثلاثة أيام، ومن أراد الجواز فيوم وليلة.

فصل: وقوله ﷺ: «فما كان بعد ذلك، فهو صدقة» يريد والله أعلم، أنه ليس له حكم الجائزة المتأكد حكمها للمجتاز لا حكم الضيافة المشروعة للضيف، وإنما هي صدقة مختصة بالمعترض والمقيم عليها طالب صدقة، إلا أنها صدقة نفل، وصدقة النفل تحل للغنى والفقير، وإنما الذى يحرم من الصدقة على الغنى صدقة وجبت للفقراء.

وقد كان عبدالله بن عمر يقبل الضيافة ثلاثة أيام، ثم يقول لنافع: أنفق، فإننا لا نأكل الصدقة، ويقول: احبسوا عنا صدقتكم.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعناه عندي أنه لا يقبل ذلك، ولا يرضاه لنفسه، ولا يلزم أحداً أن يقبل صدقة يتصدق بها عليه مع السلامة، ولو قبلها حلت له، ويحتمل والله أعلم أن يريد لا تقبل صدقة هؤلاء القوم الذين نزلنا عندهم، ولو نزل على غيرهم لقبول ضيافتهم شهراً؛ لأنه لا خلاف أنه لو نزل على أبيه عمر بن الخطاب رضى الله عنه أو على ابنه سالم أو على أخيه عاصم لم يرد طعامهم بعد ثلاثة أيام.

فصل: وقوله ﷺ: «ولا يحل له أن يثوى عنده حتى يخرجه» يريد لا يحل أن يقيم عنده حتى يخرجه. قال عيسى بن دينار: يريد يضيق عليه، ويثقله من الحرج، وهو الضيق، ويحتمل أن يريد حتى يؤثمه، وهو أن يضر به مقامه عنده حتى يقول قولاً أو يفعل فعلاً يآثم به، مع أن ما يعطيه بعد أن يبرم بطول مقامه عنده لا تطيب به نفسه، ومثل هذا لا يحل للمقيم عنده على هذه الحالة، والله أعلم وأحكم.

١٦٧١ - مَالِك، عَنْ سُمَيٍّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «بَيْنَمَا رَجُلٌ يَمْشِي بِطَرِيقٍ إِذِ اشْتَدَّ عَلَيْهِ الْعَطَشُ،

١٦٧١ - أخرجه البخارى فى المساقاة ٢٣٦٣، مسلم فى السلام ٢٢٤٤، أبو داود فى الجهاد

٢٥٥٠، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٨٦٥٧، ١٠٣٢١، ١٠٣٧٣.

فَوَجَدَ بُرًّا، فَنَزَلَ فِيهَا، فَشَرِبَ وَخَرَجَ، فَإِذَا كَلْبٌ يَلْهَثُ، يَأْكُلُ الثَّرَى مِنَ الْعَطَشِ، فَقَالَ الرَّجُلُ: لَقَدْ بَلَغَ هَذَا الْكَلْبَ مِنَ الْعَطَشِ مِثْلُ الَّذِي بَلَغَ مِنِّي، فَنَزَلَ الْبُيْرَ، فَمَلَأَ خَفَّهُ، ثُمَّ أَمْسَكَهُ بِيَدِهِ حَتَّى رَقِيَ، فَسَقَى الْكَلْبَ، فَشَكَرَ اللَّهُ لَهُ، فَغَفَرَ لَهُ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَإِنَّ لَنَا فِي الْبَهَائِمِ لِأَجْرًا؟ فَقَالَ: فِي كُلِّ ذِي كَبِدٍ رَطْبَةٌ أَجْرٌ.

الشرح: قوله ﷺ: «إِذَا كَلْبٌ يَلْهَثُ» يقال في الماضي: لهث يفتح الهاء وكسرهما، وفي المستقبل يلهث بالفتح، قال الله عز وجل: ﴿كَمِثْلِ الْكَلْبِ إِنْ تَحْمَلْ عَلَيْهِ يَلْهَثُ أَوْ تَتْرَكْهُ يَلْهَثُ﴾ [الأعراف: ١٧٦] واللهث شدة تواتر النفس من التعب أو غيره، ويحتمل والله أعلم، أن يكون هذا الكلب المذكور في الحديث هو الكلب المختص بهذا الاسم، وهو الأظهر؛ لأنه أكثر الحيوانات لهثًا، ولذلك يلهث من غير سبب، وسائر الحيوان لا تلهث إلا لسبب.

وقول الرجل: «لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذي بلغ مني». بمعنى الذكر للسبب الموجب لإشفاقه عليه ورحمته له.

فصل: وقوله ﷺ: «فَنَزَلَ الْبُيْرَ فَمَلَأَ خَفَّهُ ثُمَّ أَمْسَكَهُ بِيَدِهِ حَتَّى رَقِيَ فَسَقَاهُ». بمعنى الإعلام لسببه إلى سقى الكلب به وما نال فيه من التعب، واستعمال خفه بما يفسده غالبًا.

وقوله ﷺ: «فَشَكَرَ اللَّهُ لَهُ» يحتمل أن يريد بذلك الثناء عليه بفعله، ويحتمل والله أعلم أن يريد به الجزاء له بالغفران والثواب، وقد تسمى العرب الجزاء شكرًا.

ولذلك روى عبدالله بن عمر في الذي أقرض قرصًا شق الصحيفة، فإن أعطاك مثل الذي لك قبلته، وإن أعطاك أفضل منه طيبة به نفسه، فذلك شكر شكره لك، وقد وصف الله عز وجل نفسه بالشكر، فقال تعالى: ﴿وَاللَّهُ شَكُورٌ حَلِيمٌ﴾ [التغابن: ١٧].

فصل: وقوله ﷺ: «فِي كُلِّ ذِي كَبِدٍ رَطْبَةٌ أَجْرٌ عَامٌ فِي جَمِيعِ الْخِيَوَانِ مَا يَمْلِكُ مِنْهُ، وَمَا لَا يَمْلِكُ، فَإِنْ فِي الْإِحْسَانِ إِلَيْهَا أَجْرٌ».

١٦٧٢ - مَالِك، عَنْ وَهْبِ بْنِ كَيْسَانَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ: بَعَثَ

١٦٧٢ - أخرجه البخاري في الشركة ٢٤٨٣، الجهاد والسير ٢٩٨٣، المغازي ٤٣٦٠، ٤٣٦١،

٤٣٦٢، الذبائح والصيد ٥٤٩٣، ٥٤٩٤، مسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان

١٩٣٥، الترمذي في صفة القيامة والرقائق والورع ٢٤٧٥، النسائي في الصيد والذبائح-

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَعَثًا قَبْلَ السَّاحِلِ، فَأَمَرَ عَلَيْهِمْ أَبَا عُبَيْدَةَ بْنَ الْجَرَّاحِ، وَهُمْ ثَلَاثُمِائَةٍ، قَالَ: وَأَنَا فِيهِمْ، قَالَ: فَخَرَجْنَا حَتَّى إِذَا كُنَّا بِيَعْضِ الطَّرِيقِ فَنَبَى الزَّادُ، فَأَمَرَ أَبُو عُبَيْدَةَ بِأَزْوَادِ ذَلِكَ الْجَيْشِ، فَجُمِعَ ذَلِكَ كُلُّهُ، فَكَانَ مِزْوَدِي تَمْرًا، قَالَ: فَكَانَ يُقَوِّئُهُ كُلَّ يَوْمٍ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى فَنَيْتَ وَلَمْ تُصِيبْنَا إِلَّا تَمْرَةٌ تَمْرَةٌ، فَقُلْتُ: وَمَا تُغْنِي تَمْرَةٌ؟ فَقَالَ: لَقَدْ وَجَدْنَا فَقْدَهَا حَيْثُ فَنَيْتَ، قَالَ: ثُمَّ انْتَهَيْنَا إِلَى الْبَحْرِ، فَإِذَا حُوتٌ مِثْلُ الظَّرْبِ، فَأَكَلْنَا مِنْهُ ذَلِكَ الْجَيْشُ ثَمَانِي عَشْرَةَ لَيْلَةً، ثُمَّ أَمَرَ أَبُو عُبَيْدَةَ بِضِلْعَيْنِ مِنْ أَضْلَاعِهِ، فَضَبَّيْنَا ثُمَّ أَمَرَ بِرِاحِلَةٍ، فَرُحِلَتْ ثُمَّ مَرَّتْ تَحْتَهُمَا، وَلَمْ تُصِيبَهُمَا.

قَالَ مَالِكٌ: الظَّرْبُ الْجُبَيْلُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «بعث رسول الله ﷺ بعثًا قبل الساحل» يريد جيشًا غازين ومرتصدين لعابر السبيل من المحاربين، وكانوا ثلاثمائة، «وأمر عليهم أبا عبيدة ابن الجراح رضى الله عنه؛ ليعود أمرهم وتصرفهم إلى حكمه؛ لأن رأى الجماعة إذا لم يعد إلى واحد كثر فيه الاختلاف المؤدى إلى الفساد، ولما فنى زادهم ببعض الطريق، وأمر أبو عبيدة بأزواد الجيش فجمعت»، فيحتمل والله أعلم، أن يفعل ذلك أبو عبيدة لرأى رآه وموافقة أهل الجيش أجمع له على ذلك ورضاهم به، وإن كان يجوز أن يكون بعضهم أكثر من بعض، ويكون فيهم من فنى زاده جملة إلا أنهم أرادوا التواسى.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الأشعريين إذا أرملوا جمعوا أزداهم، فتواسوا فيه، فهم منى وأنا منهم» ويحتمل أن يكون أبو عبيدة حكم بذلك بينهم حين رأى منهم من قد فنى زاده، وخاف عليه سرعة الهلاك، ومنهم من له زاد يكفيه، وليس بموضع ابتياح ولا تسبب، فألزمهم أبو عبيدة التساوى فيما عندهم من الزاد.

ولم يذكر فى الحديث ثمنًا، وظاهر هذا أنه كان على وجه التراضى، والله أعلم، «فكان أبو عبيدة بن الجراح رضى الله عنه يقوئهم منه كل يوم يسيرًا يسيرًا» استدامة للزاد وتسوية بين الناس حتى ما يصيبهم إلا ثمرة ثمرة وفنيت بعد ذلك، ففقدوا الانتفاع بها، ولعلمهم كانوا يضيفون إلى ذلك ما أمكن من حشيش وورق شجر حتى انتهوا إلى

—٤٣٤٩، ٤٣٥٠، ٤٣٥١، ٤٣٥٢، ابن ماجه فى الزهد ٤١٥٩، أحمد فى باقى مسند المكثرين

١٣٨٧٤، ١٣٩٠٣، ١٣٩٢٦، الدارمى فى الصيد ٢٠١٢.

٣٥٢ كتاب الجامع

البحر، وهذا يدل على اليسير، «فإذا حوت بمثل الظرب»، قال عيسى بن دينار: الظرب الجبيل. وقال صاحب العين: الظرب ما تتأ من الحجارة، والجمع ظراب. وحكى أبو عبيد الهروي: الظرب صغير الجبل، «فأكل الجيش منه» ويحتمل أن يكون هذا الحوت لفظه البحر حياً، فمات أو لفظه ميتاً بعد أن مات بجر أو برد أو قتل أو غيره من الحيطان له.

ويحتمل أن يلفظه ميتاً، وقد مات بغير سبب، وإنما اختلف العلماء فى جواز أكل ما مات بغير سبب، وأما ما مات بسبب من الأسباب التى ذكرناها أو غيرها، فلم يختلف فى جواز أكله، وقد تقدم الكلام فيه.

مسألة: وأما جواز أكل الصيد إذا تنن، فعليه جماعة العلماء، وإنما منع منه من لم يتابع عليه، وقد انقطع الخلاف فيه، وما روى عن أبى ثعلبة الخشنى أن النبى ﷺ قال: «كلوا الصيد، وإن وجدتموه بعد ثلاث، ما لم يتنن» فإن معناه ما لم يتغير تغيراً يمنع أكله، فاستثنى ذلك على سبيل الكراهة والمنع مما لم يستضر به.

فصل: وقوله: «فأكل الجيش منه ثمان عشرة ليلة» يقتضى عظمه «وأمر أبو عبيدة بضلعين من أضلاعه، فنصبهما ثم أمر براحلة، فرحلت ثم مرت تحتهم ما ولم تصبهما» يريد أعلاهما، ويحتمل أن يكون أبو عبيدة فعل ذلك اعتباراً بعظم ما خلق الله تبارك وتعالى إذ لم ير من حيوان البحر مثله قبل ذلك، ولتتمكن من الإخبار عنه من لم يحضره، فيعتبر به، وعلى هذا يجوز للإنسان أن ينظر فيما عظم خلقه من المخلوقات ما لم يره قبل ذلك، وسعى إلى ذلك ليعتبر به، ويعجب غيره منه فيعتبر، والله أعلم.

١٦٧٣ - مالك، عَنِ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنِ عَمْرِو بْنِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ، عَنِ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ لَا تَحْقِرْنَ إِحْدَاكُنَّ لِجَارَتِهَا، وَلَوْ كُرَاعَ شَاةٍ مُحْرَقًا».

الشرح: قوله ﷺ: «يا نساء المؤمنات» هكذا قرأناه، وقد رأيت من يرويه «يا نساء المؤمنات» يرفع النساء، ورفع المؤمنات على النعت، وقال: معناه، يا أيها النساء

١٦٧٣ - أخرجه البخارى ١٩/٨ كتاب الأدب، باب لا تحقرن جارة لجاتها عن أبى هريرة. مسلم ٧١٤/٢ كتاب الزكاة رقم ٩٠ عن أبى هريرة. الترمذى برقم ٢١٣٠، ٤٤١/٤ كتاب الولاء والهيئة، باب ٦ عن أبى هريرة. أحمد ٢٦٤/٢ عن أبى هريرة، البيهقى فى الكبرى ١٧٧/٤ عن أبى هريرة.

المؤمنات، ومنع يا نساء المؤمنات بنصب النساء على النداء المضاف، وخفض المؤمنات بالإضافة؛ لأن النساء أعم من المؤمنات والمؤمنات بعض النساء، ولا يضاف الشيء إلى بعضه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وقد يجوز هذا عندي على وجهين، أحدهما: أن يوصفن بأنهن نساء على معنى المدح والثناء، فتقول لمن تمدحه من النساء، بمعنى أنهن على المحمود من أحوال النساء فى الخير والشر والعفاف، وكما يقول لمن مدحه من الرجال هو رجل، وللجماعة هم رجال، بمعنى أنهم على حكم الرجال فى النجدة والقوة والكرم والفصاحة والحلم، فكأنه قال: يا فاضلات المؤمنات من النساء.

فصل: وقوله ﷺ: «لا تحقرون إحداكن لجارتها ولو كراخ شاة محرقاء» أمر بحسن الأدب وكرام الأخلق، ويحتمل وجهين، أحدهما: أن من عندها فضل، فلا تحقر أن تهديه لجارتها، وإن كان يسيراً، ويحتمل أن يريد أن من أهدى إليها مثل ذلك، فلا تحقره ولا تصغره من معروف جارتها، والأول أظهر، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «ولو كراخ شاة محرقاء والكراخ مؤنثة عند سيبويه، وكان حكمه على هذا أن تكون محرقة إلا أن الرواية هكذا وردت فى الموطآت وغيرها. وقال ابن الأنبارى: بعض العرب يذكرها، فيحتمل أن يكون هذا على تلك اللغة، والله أعلم وأحكم.

١٦٧٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ، نَهْرًا عَنْ أَكْلِ الشَّحْمِ، فَبَاعُوهُ، فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ».

الشرح: قوله ﷺ: «قاتل الله اليهود» قيل معناه لعنهم الله، قال الله عز وجل: ﴿قَاتِلِ الْخَوَاصِمَ﴾ [الذاريات: ١٠] معناه والله أعلم، لعنوا.

وقوله ﷺ: «قاتل الله اليهود» يحتمل أن يريد الدعاء عليهم بذلك، ويحتمل أن

١٦٧٤ - أخرجه البخارى ١٧٣/٣ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، عن جابر. ومسلم

ج-٣/١٢٠٨ كتاب المساقاة رقم ٧٤،٧٣ عن أبى هريرة. والبيهقى بالكبرى ٢٨٦/٨ عن عمر

ابن الخطاب. والبخارى بشرح السنة ٣٠/٨ عن عمر بن الخطاب.

قال ابن عبد البر: وهذا الحديث قد روى عن النبى ﷺ مستنداً متصلاً من وجوه شتى كلها ثابتة

عن النبى ﷺ من حديث عمر. وأبى هريرة وابن عباس، وجابر، وغيرهم. انظر: التمهيد

٣٥٤ كتاب الجامع

يريد به الخبر عما حكم الله تعالى به عليهم من ذلك، ولفظة «قاتل» وإن كان أصلها أن يكون الفعل من اثنين، ولذلك يقال: تلاعن الزوجان، إذا وجدت الملائنة من كل واحد منهما، وقد تجيء في كلام العرب المفاعلة من الواحد، يقال: قاتله الله، بمعنى فعل الله به ذلك، ومنه سافر الرجل وعالجت المريض.

فصل: ثم ذكر ﷺ فعلهم الذي عوقبوا عليه بذلك، فقال: «نهوا عن أكل الشحم فباعوه فأكلوا ثمنه» والنهي عن أكل الشحم لا يتناول النهي عن أكل ثمنه إلا من جهة القياس والرأى، وأن ما لا يجوز أكله مما معظم منفعته الأكل، لا يجوز أكل ثمنه، ولا يجوز أكل ثمن الخمر ولا ثمن الخنزير ولا الميتة، وما جرى مجرى ذلك.

وأما ما له منفعة، فإنه يجوز أكل ثمنه، وإن لم يجز أكله كالعبيد والإماء، والله أعلم وأحكم.

١٦٧٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَيْسَى ابْنَ مَرْيَمَ كَانَ يَقُولُ: يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَيْكُمْ بِالْمَاءِ الْقَرَّاحِ وَالْبَقْلِ الْبُرِّيِّ وَخُبْزِ الشَّعِيرِ، وَإِيَّاكُمْ وَخُبْزَ الْبُرِّ، فَإِنَّكُمْ لَنْ تَقُومُوا بِشُكْرِهِ.

الشرح: قول عيسى ابن مريم عليه السلام: «يا بني إسرائيل عليكم بالماء القراح» وهو الخالص الذي لم يمزجه شيء «والبقل البري» يريد الذي لم يتقدم عليه ملك لأحد، فهو مباح كماء الإنهار.

وقوله: «وخبز الشعير» يريد فتقوتوا به واقتصروا عليه، فهو أقل ما يمسك الرمق، وتبقى به الحياة؛ لأن الشعير أقل الأقوات «وإياكم وخبز البر، فإنكم لن تقوموا بشكركه» فنهاهم عن البر خاصة حضا على القليل من الدنيا والزهد فيما زاد على يسير الأقوات منها، وإن كان قد علم أنهم ولا سواهم لا يقوم بشكر الماء والبقل، ولكنه حضهم على أقل ما يمكن منه.

ويحتمل والله أعلم أن ينصرف الضمير في قوله عليه الصلاة والسلام: «فإنكم لن تقوموا بشكركه» إلى البر، ويحتمل أن ينصرف إلى الماء والبقل والشعير، فيكون معناه ما

١٦٧٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٧٣٤.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفا على سعيد في الموطأ، لم يختلف على مالك فيه الرواة إلا إسحاق بن بشر الكاهلي، وهو ضعيف متروك الحديث، فإنه رواه عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبي الدرداء، عن النبي ﷺ. انظر: التمهيد ٣١٦/٩.

تقدم والله أعلم، وليس هذا مخالفاً لشريعتنا، فإن من الناس من يصلحه هذا فيندب إليه، ومنهم من يصلحه غير هذا فيأخذ به، والله أعلم وأحكم.

١٦٧٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ الْمَسْجِدَ، فَوَجَدَ فِيهِ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ وَعُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَسَأَلَهُمَا، فَقَالَا: أَخْرَجْنَا الْجُوعُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَأَنَا أَخْرَجْتَنِي الْجُوعُ» فَذَهَبُوا إِلَى أَبِي الْهَيْثَمِ بْنِ التَّيْهَانَ الْأَنْصَارِيِّ، فَأَمَرَ لَهُمْ بِشَعِيرٍ عِنْدَهُ يُعْمَلُ، وَقَامَ يَذْبَحُ لَهُمْ شَاةً، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَكَبَ عَنْ ذَاتِ الدَّرِّ» فَذَبَحَ لَهُمْ شَاةً، وَاسْتَعَذَبَ لَهُمْ مَاءً فَعَلَّقَ فِي نَخْلَةٍ، ثُمَّ أَتَوْا بِذَلِكَ الطَّعَامِ، فَأَكَلُوا مِنْهُ وَشَرِبُوا مِنْ ذَلِكَ الْمَاءِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لِنَسْأَلَنَّ عَنْ نَعِيمِ هَذَا الْيَوْمِ».

الشرح: سؤاله ﷺ لأبي بكر الصديق رضي الله عنه وعمر رضي الله عنه معناه، والله أعلم، ما أخرجكما، ويقضى أن يكون ذلك خروجاً أنكره؛ لأنه لم يكن في وقت خروج معتاد، أو كان في وقت تخوف عليهم فيه ما أخيرا به عن أنفسهما من أن الذي أخرجهما الجوع، وأخبرهما هو عن نفسه بذلك.

وهذا يقتضى جواز الإخبار عما يلحق الإنسان من شدة ألم الجوع أو المرض لاسيما إذا أخبره بذلك من يعلم إشفاقه عليه أو يرجو منفعة من عنده من دعاء أو غيره أو من يريد إعلامه بحاله ليأخذ لذلك أهيته.

وقد قالت عائشة رضي الله عنها: «وارأساه، فقال النبي ﷺ: بل أنا وارأساه» وقال لعبدالله بن مسعود: «إنى أوعك كما يوعك رجلان منكم، فقال عبدالله بن مسعود: ذلك بأن لك الأجر مرتين».

وإنما يكره من ذلك ما كان على وجه التشكى والجزع وقلة الرضى عن الله عز وجل فيما قضى به، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فذهبوا إلى أبي الهيثم بن التيهان الأنصاري» وأبو الهيثم هو مالك،

١٦٧٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٧٣٥.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفاً على سعيد في الموطأ، لم يختلف على مالك فيه الرواة إلا إسحاق بن بشر الكاهلي، وهو ضعيف متروك الحديث، فإنه رواه عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبي الدرداء، عن النبي ﷺ. انظر: التمهيد ٣١٦/٩.

٣٥٦ كتاب الجامع

ويقتضى أنهم ذهبوا إليه ليطعمهم ما به يسد جوعتهم، فدل ذلك على جواز قصد المؤمن إلى صديقه الذي يعلم سروره به ومبادرته إلى مشاركته عند الحاجة إلى ذلك، وليس فيه أنهم ذكروا له جوعهم، فكان ذلك من التعريض لمعروف يجريه الله على يده. وقد قال أبو هريرة: إنه كان يستقري أبا بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما الآية يحفظها ليطعمه أحدهما عند شدة جوعه، وكان يمسك عن سؤالهم، وإنما هذا بمنزلة أن يقصد الرجل صديقه؛ ليضيفه فيكرمه ويطعمه.

فصل: وقوله: «فأمر لهم بشعير يعمل وقام فديح شاة» يريد أنه هب ذلك ليطعمهم، وجعله قرى لهم «فاستعذب لهم ماء» يريد اجتلبه عذبا، وعلق في نخلة ليبرد، وهذا كله يدل على جواز إصلاح الطعام والشراب والمبالغة في تطيبه بإتحاف الضيف والصديق بأفضل ما يجده منه، وقد أخبره الله تعالى عن نبيه إبراهيم عليه السلام، وأنه راغ إلى أهله، فحاء بعجل سمين.

فصل: وقوله ﷺ: «نكب عن ذات الدر» يريد ذات اللبن، وهذا على سبيل النصح له والتوفير له مع أن غيرها مما لا منفعة فيها تقوم مقامها فى صلاح تطيب طعامهم، وتبقى منفعة هذه لقوته وصدقته، والله أعلم وأحكمكم.

فصل: وقوله ﷺ: «لما أكلوا من ذلك الطعام، وشربوا من ذلك الماء: «لستلن عن نعيم هذا اليوم» قيل والله أعلم، أنه سؤال امتنان لا سؤال حساب، ويحتمل أن يريد به سؤال حساب دون مناقشة، وهو أن يسألهم وهو أعلم بماذا توصلوا إليه بوجه مباح أو بمأمور به أو محظور أو على أى وجه تناولوه، وعن قدر ما تناولوه منه ثم يثيبهم الله عز وجل على ما أتوا فى ذلك من حسن العمل والنية، والله أعلم.

مسألة: وصفة تناولوه أن يسمى الله عز وجل فى أوله، ويحمده فى آخره على ما يأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى. وكره مالك غسل يده قبل الطعام ورآه من فعل العجم، ويغسل يده بعد الطعام ويمضمض مما له دسم لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه عن النبي ﷺ أنه شرب لبنا ثم تمضمض، وقال: «إن له دسما» ولأن ذلك نوع من النظافة مشروعة كالسواك.

مسألة: إذا ثبت أنه يغسل يديه بعد الطعام، فقد سئل مالك، رحمه الله، أيغسل يديه بالدقيق؟ فقال: غيره أعجب إلى منه، ولو فعله لم أر به بأسا. وروى ابن وهب فى الجلبان والقول وشبه ذلك: لا بأس أن يتوضأ به، ويتدللك به فى الحمام، وقد يدهن جسده بالثين والزيت من الشقاق.

وروى أشهب أنه سئل عن الوضوء بالدقيق والنخالة والبول، قال: لا علم لي به، ومن لم يتوضأ به إن أعياه شيء، فليتوضأ بالتراب، فقد قال عمر: إياكم والتنعم، وأمر الأعاجم.

مسألة: ويأكل جالساً، ولا يأكل متكئاً لما روى عن النبي ﷺ: «أما أنا فلا أكل متكئاً». ومن جهة المعنى ما فيه من الكبر والتعظيم والتشبه بالأعاجم. قيل لمالك، رحمه الله: أفيأكل ويده يضعها في الأرض؟ فقال: أنا أتقيه، وما سمعت فيه بشيء.

١٦٧٧ - مالك، عن يحيى بن سعيد أن عمر بن الخطاب كان يأكل خبزاً بسمن، فذعاً رجلاً من أهل البادية، فجعل يأكل، ويتبع باللقمة وضر الصحيفة، فقال عمر: كأنك مقفر؟ فقال: والله ما أكلت سمناً، ولا لكت أكلاً به منذ كذا وكذا، فقال عمر: لا أكل السمن حتى يحيا الناس من أول ما يحيون.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يأكل خبزاً بسمن» وذلك يقتضى استباحة طيب الأدم فدعا رجلاً من أهل البادية تواضعاً بمؤاكلته أهل البادية، ولعله قصد تعليمه آداب الأكل كما علم النبي ﷺ عمر بن أبى سلمة عند مؤاكلته، فقال له: «سم الله وكل مما يليك» ولعله قصد أيضاً أن يتعرف حاله بما يظهر إليه من أكله، «فجعل الرجل يأكل ويتبع باللقمة وضر الصحيفة»، وهو ما تعلق بالصفحة من دسم الطعام والودك، قاله عيسى بن دينار.

وهذا يدل على قلة السمن الذى كان يأكلته فتوسم عمر رضى الله عنه فيه بذلك الحاجة، وقال له: «كأنك مقفر»، أى أن هذا الفعل من فعل من هو مقفر، وهو الذى لا أدام عنده، قاله عيسى بن دينار. وسمعت العرب تقول: أكلت خبزاً قفراً، يريدون غير مأدوم، ويقال: ما أقفر بيت فيه خل، أى لا يعدمون أداما.

فصل: وقول الرجل: «ما أكلت سمناً ولا لكت أكلاً منذ كذا وكذا» يريد أنه لم يأكله، وأن عدم ذلك عام شامل للناس، ولذلك لم ير أكلاً به المدة التى ذكرها. وقال عمر: «لا أكل السمن حتى يحيا الناس من أول ما يحيون» يريد مساواة المساكين فى ضيق عيشهم ليذكر بذلك أحوالهم، ولا يغفل النظر لهم.

وقد روى أن يوسف عليه السلام قيل له: أتجوع وييدك خزائن الأرض؟ فقال: أخاف أن أشبع، فأنسى الجوع.

٣٥٨ كتاب الجامع

وروى عن أنس بن مالك أن عمر بن الخطاب لما أكل الزيت ولم يكن ألفه بطنه، فكان يقرقر على المنبر، فيقول: لتمرن على أكل الزيت، ما دام السمن يباع بالأواقى.

وكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه إلى أبى موسى الأشعري: أما بعد، فإن أسعد الرعاة من سعدت به رعيته، وإن أشقى الرعاة من شقيت به رعيته، فإياك أن تزيغ ويزيغ عمالك، ويكون مثلك مثل البهيمة، نظرت إلى خضرة من الأرض، فرعت فيها تبتغى بذلك السمن، وإنما سمنها فى حتفها، والسلام.

وإنما فعل هذا كله عمر رضى الله عنه لقول النبى ﷺ: «من استرعاه الله رعية، فلم يحطها بالنصيحة وحسن الرعاية لم يرح رائحة الجنة».

فصل: وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «حتى يحيا الناس من أول ما يحيون» يريد والله أعلم، بمطرون والحياء المطر، فقال: حياى الناس يحيون، وإنما كان ذلك فى عام الرمادة. قال مالك: كان الرمادة ستة أعوام.

١٦٧٨ - مَالِك، عَنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، وَهُوَ يَوْمَئِذٍ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ، يُطْرَحُ لَهُ صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ، فَيَأْكُلُهُ حَتَّى يَأْكُلَ حَشْفَهُ.

الشرح: قوله: «رأيت عمر بن الخطاب وهو يومئذ أمير المدينة» يريد إذا استخلفه أبو بكر، ولم يكن أميراً على المؤمنين قبلها «يطرح له صاع التمر فيأكله حتى يأكل حشفه» يقتضى تكرر هذا الفعل منه، ولو كان مرة واحدة لقال: رأيت طرحة له صاع تمر فأكله، وليس فى كثرة أكله ما ينقص من حاله.

فقد أكل مع النبى ﷺ مراراً فما أنكر أكله، وما كان ليخالف أمراً، قد أنكره عليه النبى ﷺ ولا يظهر عليه بعده، وكان ذلك عارية قوته الذى لا يقوم جسمه إلا به، ولا خلاف فى إباحة ذلك عند العلماء، وقد تقدم فى ذلك من تفسير عبدالله بن عمر ما يغنى عن إعادته والحسن فى الطعام إنما هو فى جنسه.

ومن اقتصر على التمر فى طعامه لم يأل فى الاقتصاد لا سيما فى المدينة على ساكنها السلام، مع أنه كان يأكل ذلك فى وقت ويأكل الشعير فى وقت، ويأكل البر

كتاب الجامع ٣٥٩

واللحم فى وقت، وإن لم يبلغ من التأنق فيه مبلغ المتعممين، ولكنه قد كان يبلغ من قدره إلى المبلغ الذى يرجو أن يبقى قوته للمسلمين به.

وأيضاً فإنه ليس كل الزاهدين زهده فى قلة الأكل، بل قد يكون فى قلة المكسب، وفى طيبه، وفى الاستكثار منه والتوسط مع الإقبال على العادة، ويكون فى الإنفاق وقلة الاحتكار.

وفى العتبية عن مالك: بلغنى أن رجلاً دخل على رجل كان له قدر، وهو يأكل، فلم يعرض عليه أن يأكل معه، فعاب ذلك عليه، فقال: إن الفتى يستطاب فى أمور كثيرة، وقد يكون فى العالم أمر يعاب به.

١٦٧٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ عَنِ الْجَرَادِ، فَقَالَ: وَدِدْتُ أَنْ عِنْدِي قَفْعَةٌ نَأْكُلُ مِنْهُ.

الشرح: قوله: «سئل عمر بن الخطاب عن الجراد» يريد أن السائل سأله أحلال أكله، والفقهاء على إباحة أكله، وإنما اختلفوا فى ذكاته هل هى شرط فى جواز أكله، وقد تقدم ذكره.

وقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «وددت أن عندنا منه قفعة نأكل منه» يقتضى أنه مباح عنده؛ لأنه لا يتمنى أكل ما ليس بمباح. والقفعة، قال عيسى بن دينار: شىء شبيه بالمكمل تمنى بها عمر مملوءة جراداً. وقال محمد بن عيسى الأعشى: هى قفة أكبر من المكمل، قال: وأهل العراق يسمونها جلة. قال ابن مزين: وأهل مصر يسمونها زنبلاً.

١٦٨٠ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ حَلْحَلَةَ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ مَالِكِ بْنِ خَثِيمٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ جَالِسًا مَعَ أَبِي هُرَيْرَةَ بِأَرْضِهِ بِالْعَقِيقِ، فَأَتَاهُ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ عَلَى دَوَابٍّ، فَتَزَلُّوا عِنْدَهُ، قَالَ حُمَيْدٌ: فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: اذْهَبْ إِلَى أُمِّي فَقُلْ: إِنَّ ابْنَكَ يُقْرئُكَ السَّلَامَ، وَيَقُولُ: أَطْعِمِينَا شَيْئًا، قَالَ: فَوَضَعَتْ ثَلَاثَةَ أَقْرَاصٍ فِي صَحْفَةٍ، وَشَيْئًا مِنْ زَيْتٍ وَمِلْحٍ، ثُمَّ وَضَعَتْهَا عَلَى رَأْسِي، وَحَمَلْتَهَا إِلَيْهِمْ، فَلَمَّا

١٦٧٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٣٨.

١٦٨٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٣٩.

٣٦٠ كتاب الجامع

وَضَعْتُهَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ، كَبَّرَ أَبُو هُرَيْرَةَ، وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَشْبَعَنَا مِنَ الْخُبْزِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ طَعَامُنَا إِلَّا الْأَسْوَدَيْنِ الْمَاءَ، وَالتَّمْرَ فَلَمْ يُصِيبِ الْقَوْمَ مِنَ الطَّعَامِ شَيْئًا، فَلَمَّا انصَرَفُوا، قَالَ: يَا ابْنَ أَخِي، أَحْسِنْ إِلَيَّ غَنَمِكَ، وَامسحِ الرُّعَامَ عَنْهَا، وَأَطِيبْ مُرَاحَهَا، وَصَلِّ فِي نَاحِيَّتِهَا، فَإِنَّهَا مِنْ دَوَابِّ الْجَنَّةِ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَيُوشِكُ أَنْ يَأْتِيَ عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ تَكُونُ الثَّلَّةُ مِنَ الْغَنَمِ أَحَبَّ إِلَيَّ صَاحِبِهَا مِنْ دَارِ مَرْوَانَ.

الشرح: قوله: «كنت جالسًا مع أبي هريرة بالعقيق، فأتاه قوم من أهل المدينة على دواب، فتلوا عنده» ظاهره الزيارة، ويحتمل أنهم قصدوه لتعلم منه، والأخذ عنه وما أحضرهم أبو هريرة رضى الله عنه من الطعام على معنى إكرام الزائر والضيف، وتقديم ما حضر إليه.

ولذلك قدم إليهم ثلاثة أقراص وزيتًا وملحًا، وكبر أبو هريرة على معنى الذكر لله عز وجل وتعظيم نعمه والشكر له، على ما نقلهم الله عز وجل من حال القلة والمجاعة إلى الخصب والكثرة حتى يوجد عنده شيء من الخبز والأدام دون استعداد ولا تأهب، فيقطعهم من يزوره دون أن يصرفه في قوت بعد أن كان طعامه الأسودين التمر والماء وصفهما بذلك؛ لأن الماء يوصف بالخضرة، وهى من ألوان السواد والتمر كثير، الكثير منه مائل إلى السواد.

ويحتمل أن يوصف بذلك اتباعًا، كما قالوا: القمران والعمران، ولم يصب القوم من الطعام شيئًا، ويحتمل أن يكونوا صيامًا مع أنهم بالخيار، وإن كان الأولى لحسن الأدب الإصابة منه، فذلك أطيب لنفس الزور، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول أبي هريرة لما انصرفوا: «يا ابن أخي، أحسن إلي غنمك وامسح الرغام عنها» وهو ما يجرى من أنوفها. قال عيسى بن دينار فى المزنية: هو المخاط الذى يجتمع فى مناخرها.

وقوله: «وأطب مراحتها» يعنى تنظيف المكان الذى تروح إليه؛ لأن ذلك مما يصلحها وينظفها، وهذا يقتضى أن لها حقًا فى مراعاة منافعها، ويجرى ذلك فيما ذكره وما كان مثله، وقد قال ﷺ: «فى كل ذى كبد رطبة أجر».

وفى العتبية، سئل مالك عن وسم الغنم فى الآذان، فقال: إنه ليكره أن يوسم فى الوجه.

كتاب الجامع ٣٦١

قال ابن القاسم: وقد قال لنا قبل ذلك: لا بأس به فى الآذان، فنحا إلى أن قول مالك الآخر، يقتضى المنع من ذلك.

مسألة: وأما وسم الإبل والبغال والحمير، ففي العتبية: لا بأس به فى غير الوجه. فأما فى الوجه فإننا نكرهه.

وقوله: «وصل فى ناحيتها» يدل على طهارة بعرها وبولها، وكذلك كل ما يؤكل لحمه إلا أن يأكل أو يشرب نجسًا. وقد تقدم ذكر ذلك.

وقوله: «فإنها من دواب الجنة» يحتمل أن يريد من دواب أهل الجنة لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «السكينة والوقار فى أهل الغنم».

فصل: وقوله: «يوشك أن يأتى على الناس زمان تكون الثلة فيه من الغنم» وهى القليلة من الغنم، قاله عيسى بن دينار. وقال محمد بن عيسى الأعشى: المائة ونحوها.

وقوله: «خير من دار مروان بن الحكم» للفتنة الواقعة بالمدينة، وتفرق الناس عنها إلى التبرى بالماشية والغنم اعتزالا لأهل الفتنة، والله أعلم وأحكم.

١٦٨١ - مَالِك، عَنْ أَبِي نَعِيمٍ وَهَبِ بْنِ كَيْسَانَ قَالَ: أَتَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِطَعَامٍ، وَمَعَهُ رَبِيبُهُ عُمَرُ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «سَمَّ اللَّهُ وَكُلْ مِمَّا يَلِيكَ».

الشرح: قوله ﷺ: «سم الله عز وجل» يقتضى أن التسمية مشروعة عند ابتداء الطعام.

قال الشيخ أبو القاسم: يستحب للمرء أن يسمى الله على طعامه وشرابه، يريد عند ابتدائه ويحمد الله عند تمامه.

١٦٨١ - أخرجه البخارى فى الأطعمة ٥٣٧٦، مسلم فى الأشربة ٢٠٢٢، أبو دارد فى الأطعمة ٣٧٧٧، ابن ماجه فى الأطعمة ٣٢٦٧، أحمد فى مسند المدنين ١٥٨٩٥، الدارمى فى الأطعمة ٢٠١٩، ٢٠٤٥.

قال ابن عبد البر: هذا الحديث عند مالك ظاهره الانقطاع فى الموطأ، وقد رواه خالد بن مخلد، عن مالك، عن أبى نعيم وهب بن كيسان، عن عمر بن أبى سلمة - أن رسول الله ﷺ قال له: «سم الله وكل مما يليك». وهو حديث مسند متصل، لأن أبى نعيم سمعه من عمر بن أبى سلمة، وقد لقي من الصحابة من هو أكبر من عمر بن أبى سلمة. انظر: التمهيد ١٠/١٠٥.

٣٦٢ كتاب الجامع

فصل: وقوله: «وكل مما يليك» يريد من الطعام على سبيل التعليم له، والإرشاد إلى حسن الأدب. قال الشيخ أبو القاسم: ينبغي للأكل، يريد مع غيره، أن يأكل مما يليه، إن كان طعاماً متساوياً، فإن كان مختلفاً فلا بأس أن يديه فيه. وقد تقدم ذكره في آخر النكاح.

وقال مالك، وسئل عن الرجل يأكل في بيته مع أهله وولده، فيأكل مما يليهم، ويتناول مما بين أيديهم، قال: لا بأس بذلك.

وقد روى عن أنس بن مالك أنه أكل مع رسول الله ﷺ عند خياط، قدم قديداً أو دباء، فرأيت النبي ﷺ يتبع الدباء حول القصعة.

مسألة: وروى عن مالك في العتبية، وقد سئل عن القوم يأكلون، فيتناول بعضهم من يد بعض، وبعضهم متوسع لبعض، قال: لا خير في ذلك، وليس هذا من أخلاق الناس التي تعرف عندنا.

مسألة: ومن سنة الأكل أن يكون جالساً على الأرض على هيئة يطمئن عليها، ولا يأكل مضطجماً على بطنه، ولا متكئاً على جنبه، لما في ذلك من البعد عن التواضع والمبالغة في التشبه بالأعاجم ووقت الأكل وقت تواضع وشكر الله تعالى على نعمه. وقد روى جابر عن النبي ﷺ أنه قال: «أما أنا فلا أكل متكئاً».

فرع: وسئل مالك عن الرجل يأكل، وهو واضع يده اليسرى على الأرض، فقال: إنى لأتقيه وأكرهه، وما سمعت فيه شيئاً.

ووجه ذلك أنه كرهه لما فيه من معنى الاتكاء، وإن كان لم يسمع في ذلك بنهى يخصه، وإن كان قد سمع في الاتكاء ما تقدم، والله أعلم.

١٦٨٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ فَقَالَ لَهُ: إِنَّ لِي يَتِيمًا، وَكَهْ إِبِلٌ، أَفَأَشْرَبُ مِنْ لَبَنِ إِبِلِهِ؟ فَقَالَ لَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِنْ كُنْتَ تَبْغِي ضَالَةَ إِبِلِهِ؟ وَتَهْنَأُ جَرَبَاهَا، وَتَلْطُ حَوْضَهَا، وَتَسْقِيهَا يَوْمَ وَرْدِهَا، فَاشْرَبْ غَيْرَ مُضِرٍّ بِنَسْلِ، وَلَا نَاهِكٍ فِي الْحَلْبِ.

الشرح: قول عبدالله بن عباس رضى الله عنه: «إن كنت تبغى ضالة إبله» أى

كتاب الجامع ٣٦٣

تطلب ما ضل منها، وتفتى أثره وتنشده، يريد على حسب ما تفعل بضالة إبلك؛ لأنه هو الابتغاء المعتاد.

وقوله: «وتهنا جرباها» يريد تطلّى الجربة منها بالهناء، وهو القطران.

وقوله: «وتليط حوضها» يريد ترم حوضها الذى تشرب منه وتسكنه. «وتسقيها يوم وردها» يريد يوم شربها، قاله عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى وابن نافع، وقال صاحب العين: لطت الحوض لوطاً، طيبته.

فصل: وقوله: «فاشرب غير مضر ينسل» على معنى الإباحة له ليشرب من لبنها على هذين الشرطين، أحدهما: أن لا يضر بأولادها.

وقوله: «ولا ناهك فى الحلب» يريد مستأصل اللبن، قاله عيسى بن دينار وابن نافع ومحمد بن عيسى الأعشى. والحلب بفتح اللام، اللبن، ويتسكين اللام، الفعل.

وقال ابن القاسم عن مالك: لا أعلم أنه يجوز لولى اليتيم أن يصيب من مال اليتيم شيئاً إلا من اللبن، إن كان بموضع لا ثمن له، وقد قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَتَأْكُلُوها إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦].

واختلف الناس فى تأويل هذه الآية، فذهب عمر إلى أنه إن كان فقيراً أكل بالمعروف، ثم قضى، رواه حارثة بن مصرف. قال: سمعت عمر بن الخطاب، يقول: أنزلت مال الله منى بمنزلة والى اليتيم إن استغثت استعفت، وإن افتقرت أطلت ثم قضيت، ورواه عكرمة عن ابن عباس، وقاله مجاهد وسعيد بن جبيرة، وروى مقسم عن ابن عباس، معناه فليقت على نفسه من ماله، ولا يصب من مال اليتيم شيئاً.

وقال الحسن بن أبى الحسن البصرى: معناه يأكل من الصامت وغيره، ولا يقضى. وقال عطاء: يأكل معهم بقدر خدمته، ولا قضاء عليه. ونحوه روى عروة بن الزبير. وقال الشعبي: إنما ذلك فى الرسل والثمرة دون صلب المال.

وفى العتبية من رواية أشهب عن مالك: أما أكل الفاكهة وشرب اللبن، فنخفيف ولا ينتفع بظهر إبلك. وقال يحيى بن سعيد الأنصارى وربيع بن أبى عبد الرحمن: معناه فى اليتيم إذا كان فقيراً أنفق عليه بقدر فقره، وإن كان غنياً أنفق عليه بقدر غناه.

وقال القاضى أبو إسحاق: وليس قول من قال: يقضى ما أكل، بالبين، واحتجوا

٣٦٤ كتاب الجامع

فى ذلك بقول الله عز وجل: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] ولا حجة فيه.

وإنما المعنى أن يشهد عليهم بما يدفع إليهم مما يبقى، والأظهر عندى قول عبد الله بن عباس، أن يأكل الناظر منه اليسير الذى لا مضرة على اليتيم فيه، فلا قضاء عليه، ولو استعف لكان خيراً له لكن إن احتاج الناظر له إلى أن يأكل من ماله قدر حاجته، فإنما يكون ذلك على وجه الاقتراض، فيكون عليه القضاء، ولا يفعل ذلك إلا لضرورة وحاجة لا لترفه ولا تكسب، وليس له أن يأخذ منه بقدر عمله ونظيره؛ لأنه لم يلتزم النظر له على ذلك، وإنما التزمه على وجه التطوع دون عوض، فليس له أن يأخذ على ذلك عوضاً، وبالله التوفيق.

مسألة: وفى العتبية: سئل مالك عن اليتيم يكون عند الرجل، فيأخذ نفقته، فيريد أن يخلطها بنفقته ويكون طعامهم واحداً، فقال مالك إن كان يعلم أنه على وجه التفضل على اليتيم، فلا بأس به، وإن كان لا ينال اليتيم من ذلك أكثر من حقه، فلا يعجبني.

وهذا من مالك رحمه الله على وجه التناهي فى التحرز لكثرة ما حدث فى هذا الباب من التحامل، وعندى أنه إذا أكل اليتيم بقدر حقه أنه لا بأس بذلك، وفى إفراده بقوته مشقة عليه، وعلى الناظر له فى الغالب، وبالله التوفيق.

١٦٨٣ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ لَا يُؤْتَى أَبَدًا بِطَعَامٍ وَلَا شَرَابٍ حَتَّى الدَّوَاءُ فَيَطْعَمُهُ أَوْ يَشْرَبُهُ حَتَّى يَقُولَ إِلَّا قَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا، وَأَطْعَمَنَا وَسَقَانَا، وَنَعَّمَنَا، اللَّهُ أَكْبَرُ، اللَّهُمَّ أَلْفَتْنَا نِعْمَتَكَ بِكُلِّ شَرٍّ، فَأَصْبَحْنَا مِنْهَا وَأَمْسَيْنَا بِكُلِّ خَيْرٍ، فَسَأَلْنَا تَمَامَهَا وَشَكَرْهَا، لَا خَيْرَ إِلَّا خَيْرُكَ، وَلَا إِلَهَ غَيْرُكَ، إِلَهَ الصَّالِحِينَ، وَرَبَّ الْعَالَمِينَ، الْحَمْدُ لِلَّهِ وَلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ مَا شَاءَ اللَّهُ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ، اللَّهُمَّ بَارِكْ لَنَا فِيمَا رَزَقْتَنَا، وَقْنَا عَذَابَ النَّارِ.

الشرح: قوله: «أن عروة بن الزبير كان لا يؤتى بطعام ولا شراب حتى الدواء فيطعمه أو يشربه» يقتضى أن ما ينال من دواء، فإنه يقع عليه اسم الطعام أو الشراب، فأراد ما كان من طعام أو شراب معتاد أو غير معتاد، فكان عروة بن الزبير رضى الله

كتاب الجامع ٣٦٥

عنه يقول عند تناوله: «الحمد لله الذى هدانا لهذا، وأطعمنا وسقانا، ونعمنا»، إلى آخر الذكر، ظاهره أنه كان يقول ذلك قبل تناوله.

ويحتمل والله أعلم أن يريد به كان يقوله بعد تناوله، فيكون معنى اللفظ فيطعمه أو يشربه، إلا قال، كذا يقال: لا تبع من فلان حتى تريح معناه، إلا أن تريح؛ لأن الربح لا يكون ولا يثبت إلا بعد تمام البيع، والأول أظهر من جهة اللفظ، والثاني أظهر من جهة المعنى لأن الحمد مشروع فى آخر الطعام والتسمية مشروعة فى أول الطعام، وقال النبى ﷺ لعمر بن أبى سلمة: «سم الله عز وجل وكل مما يليك» ويجزئ من التسمية بسم الله الرحمن الرحيم، ويجزئ من الحمد الحمد لله رب العالمين، ومن زاد على ذلك فحسن، فإنه ذكر الله عز وجل.

وروى أن إبراهيم عليه السلام لما قرب العجل للملائكة، وهو يعتقدهم أضيافاً، من الإنس، قال: ألا تأكلون؟ قالوا: لا نأكل طعاماً إلا بثمن، قال لهم: فإن لهذا الطعام ثمناً، قالوا: وما ثمنه؟ قال: تسمون الله فى أوله، وتحمدونه فى آخره، فنظر بعضهم إلى بعض، وقالوا: حق لهذا أن يتخذ الله خليلاً.

قَالَ يَحْيَى: سُئِلَ مَالِكٌ، هَلْ تَأْكُلُ الْمَرْأَةُ مَعَ غَيْرِ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا أَوْ مَعَ غُلَامِيهَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ بِذَلِكَ بَأْسٌ إِذَا كَانَ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ مَا يُعْرَفُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْكُلَ مَعَهُ مِنَ الرِّجَالِ، قَالَ: وَقَدْ تَأْكُلُ الْمَرْأَةُ مَعَ زَوْجِهَا وَمَعَ غَيْرِهِ مِمَّنْ يُؤَاكِلُهُ أَوْ مَعَ أَحِبِّهَا عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ، وَيُكْرَهُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَخْلُوَ مَعَ الرَّجُلِ لَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا حُرْمَةٌ.

الشرح: قول مالك رحمه الله: «لا بأس أن تأكل المرأة مع ذى محرم» يريد من تأبى تحريمها عليه كالأب والابن والأخ والعم والخال؛ لأنه ليس فى مؤاكلتها له أكثر من النظر إلى وجهها وكفيها، ويجوز لذى محرم أن ينظر منها إلى ما ليس بعورة، قال الله عز وجل: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]. قال إبراهيم النخعي: معناه ما فوق النحر.

٣٦٦ كتاب الجامع

فصل: وقوله: «ومع غلامها» يريد عبدها، وذلك لما قلناه من أن الأكل ليس فيه إلا النظر إلى الوجه والكفين، وذلك مباح للعبد.

وأما نظره إلى شعرها، فاختلف فيه العلماء، فقال الشعبي: لا بأس أن تضع المرأة ثوبها عند مملوكها، وكان يكره أن يرى شعرها، وبه قال مجاهد وعطاء. وقال عبدالله بن عباس: لا بأس أن ينظر المملوك إلى شعر مولاته. وقال القاضي أبو إسحاق: يجوز أن يرى العبد من سيدته ما يراه ذو المحارم كالأم والأخ.

وجه القول الأول أن تحريمه ليس بمؤبد كالأجنبي له أربع زوجات أو كالأجنبي يكون زوج أختها.

وجه القول الثاني قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا يَدِينُ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبَعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الآية. وقال سعيد بن المسيب: لا تغرنكم هذه الآية: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانَهُنَّ﴾ إنما عنى بها الإماء، ولم يعن بها العبيد.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وليس ما قاله بظاهر؛ لأن قوله جل وعز: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانَهُنَّ﴾ [النور: ٣١] عام، والإماء قد دخلن فى قوله تعالى: ﴿أَوْ نَسَائِهِنَّ﴾ [النور: ٣١].

واستدل القاضي أبو إسحاق فى ذلك من جهة المعنى بأن هذا لا يحل له أن يتزوجها، فجاز له النظر إلى شعرها كذوى المحارم. والمشهور عن مالك أنه لا ينظر إلى شعرها من عبيدها إلا الوغد، وهو الذى لا منظر له، وأما العبد الحسن المنظر فلا يرى شعرها.

وجه ذلك عندى إذا لم يكن منظرًا كان ممن لا أرب له فيها، وهو ممن لا يجوز له أن يتزوجها. وأما الذى له منظر، فهو ممن لها فيه أرب، وله فى النساء أرب، وتحريمه غير متأبد.

وقد قال القاضي أبو محمد: ليس عبدها من ذوى محارمها الذى يجوز لها أن تسافر معه؛ لأن حرمة منها لا تدوم لأنه يمكن أن تعتقه فى سفرها، فيحل له تزويجها، وقد قال الله تبارك وتعالى: ﴿لَيْسَتْ أَذْنُكُمْ لِلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانَكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَلْبِسُوا الْحَلْمَ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٥٨] فأجراهم مجرى من لم يبلغ الحلم من الأجانب.

فصل: وقوله: «وقد تأكل المرأة مع زوجها وغيره ممن تآكله أو مع أخيها

كتاب الجامع ٣٦٧

على مثل ذلك» يقتضى أن نظر الرجل إلى وجه المرأة وكفيها مباح لأن ذلك يبدو منها عند مؤاكلتها. وقد اختلف الناس فى ذلك. والأصل فيه قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾.

قال عبدالله بن مسعود: الزينة زيتان، زينة ظاهرة، وهى الثياب، وزينة باطنة لا يراها إلا الزوج، وهى الحكل والسوار والخاتم. وقال النخعى: ما ظهر منها، ما فوق الدرع. وقال أبو إسحاق ألا ترى أنه تعالى قال: ﴿خَلِدُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف: ٣١] يعنى الثياب.

وروى سعيد بن جبیر عن عبدالله بن عباس ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾: الوجه والكفان، وبه قال عطاء. وذكر ابن بكير أنه قول مالك وغيره. قال القاضى أبو إسحاق: والظاهر والله أعلم يدل على أنه الوجه والكفان؛ لأن المرأة يجب عليها أن تستر فى الصلاة كل موضع منها إلا وجهها وكفيها، وفى ذلك دليل على أن الوجه والكفين يجوز للقرى أن يروه من المرأة، والله أعلم وأحكم.

قال الشيخ أبو بكر الأبهري: إنما قال مالك، رحمه الله: أن تأكل المرأة مع من تأمن الفتنة فى الأكل معها، قال الله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] وعندى أن ذلك يقتضى أن يغض عن بعض المراتب وهى التى لا يحل له أن ينظر إليها.

فصل: وقوله: «يكره للمرأة أن تخلو مع الرجل ممن ليس بينها وبينه حرمة» والأصل فى ذلك ما روى أبو الخير عن عقبه بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «إياكم والدخول على النساء، فقال رجل من الأنصار: يا رسول الله، أفرأيت الحمى؟ قال: الحمى الموت». قال الليث بن سعد: الحمى أخو الزوج وما أشبهه من أقارب الزوج ابن العم ونحوه.

* * *

مَا جَاءَ فِي أَكْلِ اللَّحْمِ

١٦٨٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: إِيَّاكُمْ وَاللَّحْمَ، فَإِنَّ لَهُ ضَرَاوَةً كَضَرَاوَةِ الْخَمْرِ.

كتاب الجامع ٣٦٩

تعالى: ﴿أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا واستمتعتم بها﴾ [الأحقاف: ٢٠] فعابهم الله عز وجل، ويخجهم على ذلك.

ومعنى الآية، والله أعلم، أنكم استوفيتم طيباتكم واستوعبتموها، ولم تتركوا شيئاً منها لله تعالى، بل استمتعتم بها أعماركم دون أن تقطعوها بطاعة الله عز وجل، وأشغلتكم بها أنفسهم عن العمل لله عز وجل، فكره عمر بن الخطاب من جابر بن عبد الله، وإن كان إنما اشترى اللحم بعد أن قرم هو وأهله إليه اتباع شهوته، وإيثارها على مواسة الجار وابن العم.

وروى عن عمر أنه قال: لو شئت لكنت من أليكنم طعاماً وأرقمك عيشاً، وإنى والله ما أجهل كذا وكذا، وأسمنه وصلاً وصلًا ويود منابا ما ولكنى سمعت الله عز وجل غير قوماً بأمر فعلوه، فقال: أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا واستمتعتم بها.

* * *

مَا جَاءَ فِي لُبْسِ الْخَاتِمِ

١٦٨٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَلْبَسُ خَاتِمًا مِنْ ذَهَبٍ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَنَبَذَهُ، وَقَالَ: لَا أَلْبَسُهُ أَبَدًا؟ قَالَ: فَنَبَذَ النَّاسُ بِخَوَاتِيمِهِمْ.

١٦٨٧ - مَالِك، عَنْ صَدَقَةَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنْ لُبْسِ الْخَاتِمِ، فَقَالَ: أَلْبَسُهُ، وَأَعْبِرِ النَّاسَ أَنِّي أَفْتَيْتُكَ بِذَلِكَ.

الشرح: وقوله: «أن رسول الله ﷺ كان يلبس خاتماً من ذهب» يقتضى إباحة ذلك حين لبسه له، ثم ورد نسخ إباحته بتحريمه فنَبَذَهُ، وقال: «لا ألبسه أبداً فنَبَذَ الناس

١٦٨٦ - أخرجه البخارى فى اللباس ٥٨٦٧، مسلم فى اللباس والزينة ٢٠٩١، الترمذى فى اللباس ١٧٤١، النسائى فى الزينة ٥١٦٢، ٥٢١٢، ٥٢١٣، ٥٢١٤، ٥٢١٥، ٥٢١٦، ٥٢٧٣، ٥٢٨٦، ٥٢٨٨، ٥٢٩٠، ٥٢٩١، أحمد فى مسند المكشرين من الصحابة ٤٦٦٣، ٥٢٢٧، ٥٣٤٣، ٥٦٧٣، ٥٨١٧، ٥٩٣٥، ٥٩٧١، ٦٠٧٢، ٦٢٩٥، ٦٣٧٦.

١٦٨٧ - أخرجه البخارى فى الجهاد والسير ٣٠٠٥، مسلم فى ٢١١٥، أبو داود فى الجهاد ٢٥٥٢، أحمد فى مسند الأنصار ٢١٣٨٠.

٣٧٠ كتاب الجامع

خواتيمهم الذهب التي كانوا اتخذوها حال الإباحة، وأما التختم بالفضة، فهو الذى قال فيه سعيد بن المسيب لصدقة بن يسار: ألبسه، وأخبر الناس أنى أفتيتك بذلك.

وهو لما روى عن بعض أهل الشام أنه منع من ذلك لغير السلطان لحديث روى عن أبى ریحانة أنه سمع النبى ﷺ نهى عن عشر خصال، عن الوشم والوسم، والتختم لغير ذى السلطان، وهو حديث ضعيف. وقد أجمع الناس بعد هذا القائل على جواز التختم.

وروى ابن شهاب عن أنس بن مالك أن النبى ﷺ اتخذ خاتماً من ورق ثم نبذه، ونبذ الناس، وهذا وهم، والله أعلم. والذى رواه أصحاب أنس ثابت وقتادة وعبد العزيز بن صهيب عن أنس أنه ﷺ اتخذ خاتم الذهب ثم نبذه واتخذ خاتماً من ورق ونقش فيه «محمد رسول الله فكان فى يد أبى بكر ثم فى يد عمر، ثم سقط من يد عثمان فى بئر أريس. وقد روى زياد بن سعد عن الزهرى عن أنس أن النبى ﷺ اتخذ خاتماً من ذهب ثم نبذه.

مسألة: قال عيسى بن دينار فى المزنية: ولا يجعل لخاتم الفضة فص من ذهب، ولا يذهب، وكره مالك فى العتبية أن يجعل الرجل فى فص خاتمه من الذهب، قدرًا للحلا تصدأ الفضة.

مسألة: وأجمع أهل السنة على التختم فى الشمال، وهو قول مالك، وأكره التختم فى اليمين، وقال: إنما يأكل ويشرب ويعمل يمينه، فكيف يبدأ أن يأخذ الخاتم بيساره، ثم يجعله فى يمينه، قال: ولا بأس أن يجعل الخاتم فى يمينه للحاجة يتذكرها أو يربط خيطاً فى إصبعه.

فصل: ولا بأس أن ينقش فى الخاتم اسم الله، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك، وكرهه ابن سيرين.

والدليل على ما ذهب إليه الجمهور من ذلك ما روى قتادة عن أنس بن مالك: اتخذ رسول الله ﷺ خاتماً من ورق نقشه: محمد رسول الله.

ومن جهة المعنى أن كتب العلم والأدب وسائر العلوم، لا بد فيها من اسم الله تعالى وذكره ومع ذلك، فلا يمنع من ذلك فيها، ولا بد من استعماله، وحملها على كل حال. وقال الشيخ أبو محمد: ويقال كان نقش خاتم مالك، رحمه الله، حسبى الله ونعم الوكيل.

كتاب الجامع ٣٧١

فروع: ومن لبسه في يساره، فقال سعيد بن المسيب: له أن يستنجى به. قال مالك:
لا بأس بذلك، وأرجو أن يكون خفيفا.

وقال ابن القاسم: وقد روى أبو علي الحنفى عن ابن جريج عن الزهري عن أنس
بن مالك: أن النبي ﷺ كان إذا أرد الخلاء وضع خاتمه، قال أبو داود: وهذا حديث
منكر، والمعروف عن ابن جريج عن زياد بن سعد عن الزهري الحديث المتقدم، والله
أعلم وأحكم.

* * *

ما جاء في نزع المعاليق والجرس من العين

١٦٨٨ - مالك، عن عبد الله بن أبي بكر، عن عباد بن تميم أن أبا بشير
الأنصاري أخبره أنه كان مع رسول الله ﷺ في بعض أسفاره، قال: فأرسل رسول
الله ﷺ رسولا^(١) فقال عبد الله بن أبي بكر: حسبت أنه قال: والناس في مقيلهم:
لا تبغين في رقبة بعير قلادة من وتر أو قلادة إلا قطعت.
قال يحيى: سمعت مالكا يقول: أرى ذلك من العين.

الشرح: قوله ﷺ: «لا يقين في رقبة بعير قلادة من وتر أو قلادة» على الشك من
الراوي أن يكون خص أو عم «إلا قطعت»، والذي ذهب إليه مالك أن المنوع منها
الأوتار. وقال في العتبية. ما سمعت بكراهية إلا في الوتر. قال ابن القاسم: لا بأس به
من غير الوتر، ولعله كان يضع كثيرا على وجه محظور، فتعلق المنع بها، والله أعلم.
قال أبو القاسم الجوهري: وقد قيل أن أهل الجاهلية كانوا يقلدونه للعين فنهوا عن ذلك
وأما للجمل فلا بأس به.

فصل: وقول مالك: «أرى ذلك من العين» على وجه التأويل للحديث والعدول به

١٦٨٨ - أخرجه البخارى ج٤/١٤٢ كتاب الجهاد والسير باب ما قيل فى الجرس إلخ عن أبى
بشير الأنصارى. ومسلم ج٣/١٦٧٣ كتاب اللباس رقم ١٠٥ باب ١٢ عن أبى بشير
الأنصارى.

(١) قال ابن عبد البر: وهذا الحديث هكذا هو فى الموطأ عند رواه، ورواه روح بن عباد، عن
مالك، فسمى الرسول فقال فيه: أرسل زيدا مولاه، وهو - عندي - زيد بن حارثة، والله أعلم.
انظر: التمهيد ١٠/١٢٠.

٣٧٢ كتاب الجامع

عن عموه بنظرة واجتهاده؛ لأنه لا خلاف أنه لا يجوز أن يجعل في عنقه الخطام وغيره مما يشد به الرجل، ويزين ذلك بما شاء.

ومعنى قول مالك، رحمه الله، أنه نهى عن ذلك؛ لأن صاحبها يظن أن تلك القلائد تمنع أن تصيب الإبل العين أو ترد القدر.

وقد ذهب قوم إلى أنه لا يجوز أن يعلق على الصحيح من بنى آدم والبهائم شيء من العلائق خوفاً من نزول العين، وإن جوزوا تعليق ذلك على السقيم ورجاء لبراء الصحيح من قول العلماء جواز ذلك في الوجهين وهو قول مالك والفقهاء.

وقد يجوز للإنسان أن يفصد ويحتجم خوفاً من التأذى بالدم كما يجوز له أن يفعل ذلك بعد التأذى به لإزالة ضرره وكما يجوز له ذلك قبل العين وبعدها إذا كان فيها حرزاً ودعاءً.

وقد قال عيسى بن دينار في المزنبة: لا بأس أن يعلق الرجل على فرسه للجمال القلادة الملونة فيها خرز، وإنما كره الوتر، وما اتخذ للعين، وقاله محمد بن عيسى. وقال مالك: ما سمعت بكراهية في القلادة أو في الوتر. وروى عن النبي ﷺ: «قلدوا الخيل ولا تقلدوها الأوتار» ولا أعرفه من وجه صحيح.

وقال غيره: معناه ولا تركبها في الفتن، فمن ركب فرساً لم ينتشب أن يعلق به وتر يطلب به. وروى ابن القاسم عن مالك: ما كره من القلائد في أعناق الإبل هو مثل الجرس، فقال الجرس: أشد. قال: وإنما كره الجرس فيما يقع بقلبي لصوته.

مسألة: ولا بأس أن يعلق العوذة فيها القرآن، وذكر الله عز وجل على الإنسان إذا خرز عليها جلد، ولا خير في أن يعقد في الخيط الذي يربط به ولا في أن يكتب في ذلك خاتم سليمان، قاله كله مالك.

قال: لا بأس أن يعلق الخرز من الحمرة، ولا بأس بالنشرة والإسحار والادهان.

وبلغني أن عائشة رضي الله عنها سحرت، فقبل لها في منامها: خذى ماء من ثلاثة آبار تجري بعضها إلى بعض، فاغتسلي به، ففعلت، فذهب عنها ما كانت تجده. وفي العتبية: سئل مالك عما يعلق من الكتب، فقال ما كان من ذلك فيه كلام الله، فلا بأس به.

فصل: ذكر في الترجمة: نزع المعاليق والجرس من العين، ولا ذكر لها في الحديث

كتاب الجامع ٣٧٣

إلا بمعنى أنها لم تعلق فى عنق البعير إلا بقلادة، فاقضى الأمر بنزع القلائد أن لا ينزعها إلا أن هذا إنما يكون إذا حمل الأمر بنزع القلائد على عمومه.

وفى العتبية عن مالك فى كراهية القلائد فى أعناق الإبل: الجرس أشده. وما أراه كره الجرس إلا لصوته. قال ابن القاسم: سألت مالكاً عن الأكرياء، يجعلو الأجراس فى الحمير والإبل التى تحمل القرط وغيره.

قال: ما جاء فيه إلا الحديث الواحد وتركه أحب إلى من غير تحريم له. قال مالك: إن سألت مر على غير لأهل الشام، وفيها جرس، فقال لهم سالم: إن هذا ينهى عنه، قالوا له: نحن أعلم بهذا منك، إنما يكره الجللج الكبير، فأما مثل هذا الصغير، فلا بأس به، فسكت سالم.

وفى العتبية عن مالك، عن نافع مولى ابن عمر، عن سالم بن عبد الله، عن أبى الجراح مولى أم حبيبة زوج النبى ﷺ عن أم حبيبة أن النبى قال: «البعير التى فيها جرس لا تصحبها الملائكة».

* * *

الْوُضُوءُ مِنَ الْعَيْنِ

١٦٨٩ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي [أَمَامَةَ] (١) بْنِ سَهْلٍ بْنِ حُنَيْفٍ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَاهُ يَقُولُ: اغْتَسَلَ أَبِي سَهْلٌ بِنِ حُنَيْفٍ بِالْخَرَّارِ، فَنَزَعَ جَبَّةً كَانَتْ عَلَيْهِ، وَعَايِرُ بْنُ رَبِيعَةَ يَنْظُرُ، قَالَ: وَكَانَ سَهْلٌ رَجُلًا أَبْيَضَ حَسَنَ الْجِلْدِ، قَالَ: فَقَالَ لَهُ عَايِرُ بْنُ رَبِيعَةَ: مَا رَأَيْتُ كَالْيَوْمِ، وَلَا جِلْدَ عَذْرَاءَ، قَالَ: فَوَعِكَ سَهْلٌ مَكَانَهُ، وَاشْتَدَّ وَعْكَهُ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرَ أَنَّ سَهْلًا وَعِكَ، وَأَنَّهُ غَيْرُ رَائِحٍ مَعَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ،

١٦٨٩ - أخرجه مسلم ج٤/١٧١٩ كتاب السلام باب ١٦ رقم ٤١ عن أبى هريرة. وابن ماجه برقم ٣٥٠٩ ج٢/١١٦٠ كتاب الطب باب العين عن أبى أمامة سهل بن حنيف. أحمد ٤٨٦/٣ عن سهل بن حنيف. والبعوى بشرح السنة ١٦٤/١٢ عن سهل بن حنيف. وذكره بالكنز برقم ١٧٦٦٧ وعزاه السيوطى.

(١) فى الأصل مطموسة وتقرأ: أسامة، وما أوردناه من الموطأ والتمهيد.

وهو: محمد بن أبى أمامة بن سهل بن حنيف بن وهب الأنصارى، ولد أبوه أمامة على عهد رسول الله ﷺ سماه رسول الله ﷺ أسعد باسم جده أبى أمه أبى أمامة أسعد بن زرارة الأنصارى وكان أحد النقباء، وأبوه سهل بن حنيف جد محمد هذا من كبار الصحابة أيضاً.

فَأَتَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرَهُ سَهْلٌ بِالَّذِي كَانَ مِنْ أَمْرِ عَامِرٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «عَلَامَ يَقْتُلُ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ، أَلَا بَرَكْتَ إِنَّ الْعَيْنَ حَقٌّ تَوَضُّأَ لَهُ» فَتَوَضَّأَ لَهُ عَامِرٌ، فَرَأَى سَهْلٌ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ.

١٦٩٠ - مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ بْنِ سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ أَنَّهُ قَالَ: رَأَى عَامِرُ بْنُ رَبِيعَةَ سَهْلَ بْنَ حُنَيْفٍ يَغْتَسِلُ، فَقَالَ: مَا رَأَيْتُ كَالْيَوْمِ، وَلَا جِلْدَ مُخْبَأَةٍ، فَلَبِطَ سَهْلٌ، فَأَتَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلْ لَكَ فِي سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ، وَاللَّهِ مَا يَرْفَعُ رَأْسَهُ، فَقَالَ: هَلْ تَتَّهَمُونَ لَهُ أَحَدًا؟ قَالُوا: تَتَّهَمُ عَامِرَ بْنَ رَبِيعَةَ قَالَ: فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَامِرًا، فَغَيِظَ عَلَيْهِ، وَقَالَ: «عَلَامَ يَقْتُلُ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ، أَلَا بَرَكْتَ اغْتَسِلَ لَهُ» فَغَسَلَ عَامِرٌ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ وَمِرْقَيْهِ وَرُكْبَتَيْهِ، وَأَطْرَافَ رِجْلَيْهِ، وَدَاخِلَةَ إِزَارِهِ فِي قَدْحٍ، ثُمَّ صَبَّ عَلَيْهِ، فَرَأَى سَهْلٌ مَعَ النَّاسِ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ.

الشرح: قوله: «اغتسل سهل بن حنيف بالحرار» قال عيسى بن دينار: هو ماء بالمدينة، وقيل موضع بالمدينة، وقيل واد من أوديتها، فقال عامر بن ربيعة: ما رأيت كالיום ولا جلد مخبأة. قال عيسى بن دينار: معناه المغيبة المخدرة التي لا تظهر.

قال: «فلبط سهل بن حنيف». قال حبيب عن مالك: معناه وعك. وقال عيسى بن دينار، وابن نافع معناه: حم، فوق صريعاً كالمريض المثبت الثقيل.

وهو معنى قوله: «وعك سهل» يريد حم، غير أن لفظ لبط عند العرب بمعنى صرع، وسقط بالأرض من خبل أو سكر أو إعياء أو غير ذلك على معنى المبالغة في حماه أنها بلغت به هذا.

فصل: وقوله ﷺ: «هل تتهمون له أحدًا» يريد أن يكون أحد أصابه بالعين، ولعله كان بلغه ذلك، فأراد أن يتحققه، ولما أخبر بما كان من عامر بن ربيعة، وتغيظ عليه، وأقر المتهم له بذلك على تصحيحه، وتعينه إياه، وذلك بأن قال: العين حق.

وقد ذكر الناس في أمر العين وجوهاً أصحابها أن يكون الله قد أجرى العادة عند تعجب ذلك من أمر الله، ونطقه به دون أن يبرك أن يمرض المتعجب منه أو يتلف أو

يفسد أو يتغير أو يكون ذلك عند وجود معنى فى نفس العائن لا يوجد فى نفس غيره من حسد مخصوص أو معنى من المعانى إلا أن العائن إذا برك، وهو أن يقول: بارك الله فيه، بطل المعنى الذى يخاف من العين، ولم يكن له تأثير.

فإن لم يبرك وقع ما أجرى الله تعالى به العادة عند ذلك، وقد بيناه فى ذلك بعد وقوعه بما أمر به النبى ﷺ من الوضوء على ما قال فى حديث محمد بن أبى أمامة. وفى حديث الزهري: اغتسل له، إلا أنه فسر الغسل بفعل الوضوء، والوضوء غسل الأعضاء المخصوصة به.

وروى عن يحيى بن يحيى عن ابن نافع فى معنى الوضوء الذى أمر به رسول الله ﷺ، فقال: يغسل الذى يتهم للرجل وجهه ويديه ومرفقيه وركبتيه ورجليه وداخله إزاره.

قال عيسى بن دينار: إنما يغسل يديه ومرفقيه، ولا يغسل ما بين اليد والمرفق. وروى عن الزهري أنه قال: الغسل الذى أدر كنا علماءنا يصفونه: أن يؤتى العائن بقدرح فيه ماء، فيمسك مرتفعاً من الأرض، فيدخل فيه كفه فيمضمض، ثم يمحه فى القدرح، ثم يغسل وجهه فى القدرح صبة واحدة، ثم يدخل يده اليسرى فيصب بها على كفه اليمنى، ثم يدخل يده اليمنى، فيصب بها على ظهر كفه اليسرى صبة واحدة ثم يدخل يده اليسرى، فيصب بها على مرفقه الأيمن، ثم يدخل يده اليمنى، فيصب على مرفقه الأيسر، ثم يدخل يده اليسرى، فيصب بها على قدميه اليمنى، ثم يدخل يده اليمنى، فيصب بها على قدمه الأيسر ثم يدخل يده اليسرى، فيصب بها على ركبته اليمنى، ثم يدخل يده اليمنى، فيصب بها على ركبته اليسرى كل ذلك فى قدرح، ثم داخله إزاره فى القدرح، ولا يوضع القدرح فى الأرض، فيصب على رأس المعين من خلفه صبة واحدة. وقيل يغتفل ويصب عليه ثم يكفأ القدرح على ظهر الأرض وراءه.

وأما داخله إزاره، فهو الطرف المتدلى الذى يفضى من مئزره إلى جلده كأنه إنما يمر بالطرف الأيمن على الأيسر حتى يشده بذلك الطرف المتدلى الذى يكون من داخل. قال يحيى بن يحيى عن ابن نافع: لا يغسل موضع الحجزة من داخل الإزار، وإنما يغسل الطرف المتدلى.

فصل: وقوله: «فراح سهل مع الناس كأنه لم يكن به بأس» يريد أنه برئ مما أصابته عين عامر بن ربيعة حين امتثل فى أمره ما أمره به رسول الله ﷺ من اغتسال عامر له، وابتسالى سهل بن حنيف بذلك الماء والله أعلم.

٣٧٦ كتاب الجامع

وليس في هذا الحديث ما يدل على أن سهلاً دخل ماء للغسل، ولعله إنما كان يغتسل بما يفترفه يديه، ويصبه عليه، ولا فيه ما يدل على أنه اغتسل بغير إزار، لأن حسن جلده يظهر بكشف معظم جسده مع بقاء إزاره عليه، والله أعلم.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ودخول الماء بغير مئزر، حيث لا يكون أحد ينظر إليه مباح عند العلماء إلا ما روى عن عبدالرحمن بن أبي ليلى أنه منع من ذلك قال: لأن للماء سكاناً.

واحتج النسائي في جواز ذلك في حديث موسى عليه السلام حين اغتسل بغير مئزر، فجرى الحجر بثيابه، واتبعه موسى عليه السلام حتى رآته بنو إسرائيل، فقالوا: ما موسى من بأس. وهذا قول من قال: شريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يطرأ نسخ، والله أعلم وأحكم.

* * *

الرُّقِيَّةُ مِنَ الْعَيْنِ

١٦٩١ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسِ الْمَكِّيِّ أَنَّهُ قَالَ: دُخِلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِابْنِي جَعْفَرِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ، فَقَالَ لِحَاضِنَيْهِمَا: «مَا لِي أَرَاهُمَا ضَارِعَيْنِ؟» فَقَالَتْ حَاضِنَتُهُمَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ تَسْرَعُ إِلَيْهِمَا الْعَيْنُ، وَلَمْ يَمْنَعْنَا أَنْ نَسْتَرْقِي لَهُمَا إِلَّا أَنَا لَا نَدْرِي؟ مَا يُؤَافِقُكَ مِنْ ذَلِكَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اسْتَرْقُوا لَهُمَا، فَإِنَّهُ لَوْ سَبَقَ شَيْءٌ الْقَدَرَ لَسَبَقْتُهُ الْعَيْنُ».

١٦٩٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ

١٦٩١ - أخرجه الترمذى ٣٩٥/٤ كتاب الطب باب ما جاء فى الرقية من العين. ابن ماجه

١١٦٠/٢ كتاب الطب باب من استرقى من العين... عن عبيد بن رفاعه الزرقى.

قال ابن عبد البر: هكذا جاء هذا الحديث فى الموطأ عند جميع الرواة فيما علمت. وذكره ابن وهب فى جامعه فقال: حدثنى مالك بن أنس عن حميد بن قيس، عن عكرمة بن خالد قال: دخل على رسول الله ﷺ فذكر مثله سواء. وهو مع هذا كله منقطع، ولكنه محفوظ لأسماء بنت عميس الخثعمية عن النبى ﷺ من وجوه ثابتة متصلة صحاح، وهى أهمها. وقد يجوز والله أعلم أن تكون مع ذلك حاضنتهما المذكورة فى حديث مالك هذا. انظر: التمهيد ١٠/١٣٢.

١٦٩٢ - أخرجه البخارى بنحوه ٢٤١/٧ كتاب الطب، باب رقية العين، عن عائشة. ومسلم

بنحوه ١٧٢٥/٤ كتاب السلام رقم ٥٩ عن أم سلمة. وذكره بالكنز رقم ٢٨٣٩١ وعزاه-

حَدَّثَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ بَيْتَ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِي الْبَيْتِ صَبِيٌّ يَبْكِي، فَذَكَرُوا لَهُ أَنَّ بِيَهُ الْعَيْنَ، قَالَ عُرْوَةُ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَلَا تَسْتَرْقُونَ لَهُ مِنْ الْعَيْنِ».

الشرح: قوله ﷺ: «في ابني جعفر: ما لي أراهما ضارعين» قال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعمشى معناه ناحلين نخلت أجسامهما، فقالت: حاضتهما، ولعله يريد أمهما، وهى أسماء بنت عميس كانت تحت جعفر بن أبى طالب رضى الله عنه، فولدت له عبدالله ومحمداً وعوناً ثم خلف عليها أبو بكر الصديق رضى الله عنه، فولدت له محمداً، ثم خلف عليها على بن أبى طالب رضى الله عنه، فولدت له يحيى.

فصل: وقول الخاضنة: «يا رسول الله تسرع إليهما العين» على ما قدمناه مما يحدثه الله عز وجل عند معاينة العائن للمعين. وقوله ما يقول من الاستحسان له أو التعجب منه دون أن يبرك كما يحدث الله عز وجل المرض عند تناول الإنسان من الأغذية.

وقد أجرى الله تبارك وتعالى العادة بأن يبرأ من ذلك بالاسترقاء كما أجرى العادة بأن يبرأ من الأدوية المخصوصة بأدوية مخصوصة.

وقال ﷺ فى هذا الحديث: «استرقوا لهما». ولم يأمر بالاغتسال؛ لأن الاغتسال إنما يكون إذا كان العائن معروفاً.

وأما إذا كان مجهولاً، فلا سبيل إلى أن يخص أحد بالاغتسال، وإنما يذهب أذاه بالرقية، والله أعلم.

مسألة: ولا خلاف فى جواز ذلك بأسماء الله تعالى وكتابه وذكره، ويبدل على صحة ذلك هذا الحديث، وقد روى «أن النبى ﷺ نهى عن الرقى حين قدم المدينة، فلدغ رجل من أصحابه، فقالوا: يا رسول الله، قد كان آل حزم يرقون من الحمرة، فلما نهيت عن الرقى تركوها، فقال رسول الله ﷺ: ادعوا لى عمارة، فقال: اعرض على رقيتك، فعرضها عليه، فلم يربها بأساً، وأذن لهم فيها».

=السيوطى للطبرانى الكبير عن أم سلمة. وذكره الهيثمى بالمجمع ١١٢/٥ وعزاه للطبرانى فى الأوسط عن أم سلمة.

قال ابن عبد البر: هذا حديث مرسل عند جميع الرواة عن مالك فى الموطأ، وهو حديث صحيح، يستند معناه من طرق ثابتة، وقد تقدم ذكر بعضها فى باب حميد بن قيس من كتابنا هذا فى قصة ابني جعفر، وفيه رواية النظير عن النظير. انظر: التمهيد ١٠/١٣٧.

٣٧٨ كتاب الجامع

فيحتمل أن تكون ممنوعة، ثم نسخ المنع بالإباحة، ويحتمل أن يكون إنما منع منها ما كان فيه شيء من أقوال أهل الكفر، والله أعلم وأحكم. وقد روى عن علي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود رضى الله عنهما: أن الرقى والتائم والتولة شرك، فيحتمل قولهما أنه على ما تقدم من النهي ولم يعرفا النسخ، ويحتمل أنهما أراد بذلك الرقى بقول يتضمن الكفر.

وقد روى عوف بن مالك الأشجعي كنا نرقى في الجاهلية، فقلنا: «يا رسول الله، كيف في ذلك، فقال: اعرضوا عليّ رقاكم» فلا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك. وسأل مالك عن الرجل يرقى وينشر، فقال: لا بأس بذلك بالكلام الطيب.

مسألة: وأما رقية أهل الكتاب، فكرهها مالك، رحمه الله، وقال ابن وهب: لا أكره رقية أهل الكتاب، وأخذ بمحدث أبي بكر الصديق رضى الله عنه، إذ قال لليهودية: ارقها بكتاب الله عز وجل. ولم يأخذ بكراهية مالك في ذلك، وكره مالك أن يرقى الراقي ويده الحديد، أو الملح، والعقد في الخيط أعظم كراهية عنده. وروى عنه أنه كره الحديد، والملح والعقد في الخيط أشد كراهية.

ووجه ذلك عندي أنه لم يعرف وجه منفعته، فإنه يكره استعماله لما يضاف إليه، والله أعلم.

قال مالك في العتبية: وأما الشيء ينجم، فيجعل عليه حديدة، أرجو أن يكون خفيفاً، وأنه ليقع في قلبه أن التنجيم لطول الليل.

فصل: وقوله ﷺ: «لو سبق القدر شيء لسبقته العين» يقتضى أنه لا يسبق القدر شيء وأنه مما قدره الله عز وجل، إلا أن يكون على ما قدره الله تبارك وتعالى لكن لما كان تأثير العين تأثيراً متوالياً بيناً، قال فيه ﷺ هذا القول على معنى المبالغة فيه، والله أعلم.

* * *

مَا جَاءَ فِي أَجْرِ الْمَرِيضِ

١٦٩٣ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٦٩٣ - أخرجه البخارى فى المرضى ٥٦٤٠، مسلم فى البر والصلاة والآداب ٢٥٧٢، الترمذى فى الجنائز ٩٦٥، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٦٨٠، ٢٤٠٥٢، ٢٤٣٠٧، ٢٤٨١٠، ٢٥٧١٤.

قَالَ: «إِذَا مَرَضَ الْعَبْدُ بَعَثَ اللَّهُ تَعَالَى إِلَيْهِ مَلَكَيْنِ، فَقَالَ: انظُرَا مَاذَا يَقُولُ لِعُودَادِهِ؟ فَإِنْ هُوَ إِذَا جَاءَهُ حَمْدَ اللَّهِ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، رَفَعَا ذَلِكَ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَهُوَ أَعْلَمُ، فَيَقُولُ: لِعَبْدِي عَلِيٌّ إِنْ تَوَفَّيْتُهُ أَنْ أُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ، وَإِنْ أَنَا شَفَّيْتُهُ أَنْ أُبَدِّلَ لَهُ لَحْمًا خَيْرًا مِنْ لَحْمِهِ، وَدَمًا خَيْرًا مِنْ دَمِهِ، وَأَنْ أَكْفَرَ عَنْهُ سَيِّئَاتِهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «إذا مرض العبد» معناه عندى، والله أعلم، العبد المؤمن لقول الله عز وجل: ﴿عَيْنًا يَشْرَبُ بِهَا عِبَادَ اللَّهِ يُفَجِّرُونَهَا تَفْجِيرًا﴾ [الإنسان: ٦] يريد والله أعلم، المؤمنين ثم قال: «بعث الله تبارك وتعالى إليه ملكين»، ظاهر هذا، أنهما ملكان لا يكونان معه فى غير حين المرض؛ لأنهما مخصوصان بحفظ ما يقول للعوداد؛ لأن الملائكة الحفظة الملازمين له فى الصحة يكتبون كل شىء، «فإن حمد الله تعالى المريض وأثنى عليه بما هو أهله، رفعا ذلك إلى الله عز وجل» على حسب ما يستعمله الناس رفع فلان إلى الرئيس كذا وكذا، بمعنى أنهى إليه.

فصل: وقوله ﷺ: «فيقول الله تعالى: لعبدى على إن توفيتيه» يريد والله أعلم من ذلك المرض «أن أدخله الجنة، وإن شفيتيه أن أعيدته إلى صحة أفضل من صحته بأن أبدله لحمًا خيرًا من لحمه ودمًا خيرًا من دمه» ويحتمل والله أعلم أن يريد به خيرا فى صحته وقوته وسلامته من الأسقام، ويحتمل أن يريد به أنه خير لما يريد الله تعالى من استعماله بالطاعة وإثابته من عوضه إياه.

وقوله: «وأن أكفر عنه سيئاته» إتمام نعمته عليه بما عوضه من صحته والله أعلم.

١٦٩٤ - مَالِكُ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ حُصَيْفَةَ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ

=قال ابن عبد البر: هكذا رواه جماعة الرواة عن مالك مرسلا، وقد أسنده عباد بن كثير، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدرى. انظر: التمهيد ١٠/١٤١.

١٦٩٤ - أخرجه مسلم ٤/١٩٩٢ كتاب البر والصلة باب ١٤ رقم ٥٠ عن عائشة.

قال ابن عبد البر: لم يختلف الرواة عن مالك فى هذا الحديث فى الموطأ، وتفرد فيه ابن وهب فيه بإسناد آخر عن مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة وسائر أصحاب مالك يروونه عنه عن يزيد بن خصيفة كما فى الموطأ، ورواه هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة موقوفا، هكذا حدث به عن هشام حماد بن سلمة والدراوردى، ورواه يزيد بن الهادى عن أبي بكر بن حزم، عن عمرة، عن عائشة، عن النبى ﷺ مرفوعا، وهو مرفوع صحيح، وقد روى من حديث ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة مرفوعا. انظر: التمهيد ١٠/١٤٣.

٣٨٠ كتاب الجامع

عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ تَقُولُ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يُصِيبُ الْمُؤْمِنَ مِنْ مُصِيبَةٍ حَتَّى الشُّوْكَةِ إِلَّا قُصَّ بِهَا أَوْ كُفِّرَ بِهَا مِنْ خَطَايَاهُ» لَا يَدْرِي يَزِيدُ أَيُّهُمَا قَالَ عُرْوَةُ.

١٦٩٥ - مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي صَعَصَعَةَ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا الْحُبَابِ سَعِيدَ بْنَ يَسَارٍ يَقُولُ: سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُصِيبْ مِنْهُ».

الشرح: قول رسول الله ﷺ: «لَا يُصِيبُ الْمُؤْمِنَ مِنْ مُصِيبَةٍ حَتَّى الشُّوْكَةِ» يريد والله أعلم، وإن صغرت «إلا قص به أو كفر بها من خطاياها» والقص والتكفير راجعان إلى معنى واحد إنما راعى الراوى اللفظ، فأعلم النبي ﷺ أن ذلك كله يكفر به من خطاياها، ومعنى ذلك والله أعلم، إذا صبر واحتسب.

فصل: وقوله ﷺ: «من يرد الله به خيراً يصيب منه» يريد والله أعلم يصيب منه بالمرض المؤثر في صحته، وأخذ المال المؤثر في غناه، والحزن المؤثر في سروره، والشدة المؤثرة في صلاح حاله، فإذا صبر واحتسب كان ذلك سبباً، لما أَرَادَهُ اللهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِهِ مِنَ الْخَيْرِ.

وروى عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «ما يصيب المؤمن من نصب ولا وصب ولا هم ولا حزن ولا أذى ولا غنم حتى الشوكة يشاكها إلا كفر الله بها من خطاياها».

١٦٩٦ - مَالِكٌ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا جَاءَهُ الْمَوْتُ فِي زَمَانِ رَسُولِ

١٦٩٥ - أخرجه البخارى ٤٦/١ كتاب العلم، باب من يرد الله به خيراً. إلخ عن معاوية. وأحمد ٢٣٧/٢ عن أبي هريرة. والبيهقي بشرح السنة ٢٣٢/٥ عن أبي هريرة. وذكره بالكنز برقم ٥١٨ وعزاه السيوطى إلى أحمد والبخارى عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر: هذا حديث صحيح ومعناه والحمد لله واضح وذلك أن من أراد الله به خيراً وخير الله فى هذا الموضع رحمته ابتلاه بمرض فى جسمه وموت ولد يجزئه أو بنهاب مال يشق عليه، فأجره على ذلك كله، ويكتب له إذا صبر واحتسب بكل شىء منه حسنات يجدها فى ميزانه لم يعملها أو يجدها كفارة لذنوب قد عملها، فذلك الخير المراد به فى هذا الحديث، والله أعلم. انظر: التمهيد ١٠/١٤٣.

١٦٩٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٥٦، وذكره المنذرى فى الترغيب والترهيب ٤/٢٩٨، وعزاه إلى مالك عن يحيى ابن سعيد.

قال ابن عبد البر: لا أعلم هذا الخبر بهذا اللفظ يستند عن النبي ﷺ من وجه محفوظ، =

اللَّهُ ﷺ فَقَالَ رَجُلٌ: هَنَيْبًا لَهُ مَاتَ، وَلَمْ يُتَلَّ بِمَرَضٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَيَحْكُ وَمَا يُدْرِيكَ، لَوْ أَنَّ اللَّهَ ابْتَلَاهُ بِمَرَضٍ، يُكْفَرُ بِهِ عَنْهُ مِنْ سَيِّئَاتِهِ».

الشرح: قول الرجل في الذي مات: «هنيبًا له مات ولم يتل بمرض» يغطيه بحاله في سلامته من المرض، وإنما ذلك غبطة في الدنيا خاصة، فقال له رسول الله ﷺ: «ويحك» على معنى الإنكار عليه والإغلاظ له «وما يدريك» يريد وما علمك «لو أن الله عز وجل ابتلاه بمرض يكفر به من سيئاته» يريد والله أعلم ما يدريك أن هذا أفضل، وأن ما يكفر عنه من سيئاته أفضل من سلامته من الأمراض مع بقاء سيئاته.

* * *

التَّعَوُّدُ وَالرَّقِيَّةُ مِنَ الْمَرَضِ

١٦٩٧ - مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ حَصِيْفَةَ، أَنَّ عَمْرَو بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبِ السَّلْمِيِّ أَخْبَرَهُ أَنَّ نَافِعَ بْنَ حَبِيْرٍ أَخْبَرَهُ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِي أَنَّهُ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ عُثْمَانُ: وَبِي وَجَعٌ، قَدْ كَادَ يَهْلِكُنِي، قَالَ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «امْسَحْهُ بِيَمِينِكَ سَبْعَ مَرَّاتٍ، وَقُلْ أَعُوذُ بِعِزَّةِ اللَّهِ وَقُدْرَتِهِ مِنْ شَرِّ مَا أَحَدُهُ» قَالَ: فَقُلْتُ: ذَلِكَ فَأَذْهَبَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى مَا كَانَ بِي، فَلَمْ أَزَلْ أَمُرُ بِهَا أَهْلِي وَغَيْرَهُمْ.

الشرح: قول عثمان بن أبي العاصي: «وبى وجع قد كاد يهلكنى» دليل على أن للعليل أن يصف ما به من الألم لاستدعاء الدواء أو الرقية أو الشفاء بأى وجه أمكن. وقد قال النبي ﷺ وقال له عبدالله بن مسعود: إنك لتوعك وعكًا شديدًا، قال: «أجل كما يوعك رجلان منكم» وهذا مما لم يرد به التشكى وقلة الصبر.

كما روى عبدالله بن عباس أن رسول الله ﷺ دخل على رجل يعود، فقال له

«الأحاديث المسندة في تكفير المرض للذنوب والخطايا والسيئات كثيرة جدًا. انظر: التمهيد ١٤٤/١٠».

١٦٩٧ - أخرجه مسلم في السلام ٢٢٠٢. الترمذى في الطب ٢٠٨٠. أبو داود في الطب ٣٨٩١. ابن ماجه في الطب ٣٥٢٢. أحمد في مسند المدنيين ١٥٨٣٤، مسند الشاميين ١٧٤٤٩.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث جماعة الرواة وجمهورهم عن مالك، وروته طائفة عن مالك، عن يزيد بن خصيفة، عن رجل، أخبره أن نافع بن حبير بن مطعم أخبره أن عثمان بن أبي العاصي أتى رسول الله ﷺ الحديث. انظر: التمهيد ١٤٦/١٠.

٣٨٢ كتاب الجامع

رسول الله ﷺ: «لا بأس طهور إن شاء الله تعالى» قال: كلا بل هي حمى تفور، على شيخ كبير، تزيه القبور، فقال النبي ﷺ: «فنعلم إذا».

وقوله: «فقال رسول الله ﷺ: امسحه يمينك» يريد والله أعلم، على معنى التبرك بالتيامن سبع مرات. وقد خص النبي ﷺ هذا العدد في غير ما موضع، فقال في مرضه بعد ما دخل بيت عائشة رضی الله عنها، واشتد مرضه: «هريقوا عليّ من سبع قرب لم تحلل أو كيتهن لعلّي أعهد إلى الناس».

وقد روى ابن شهاب هذا الحديث عن نافع بن جبير بن مطعم عن عثمان بن أبي العاصي الثقفي، فقال فيه: «ضع يدك على الذي يألم من جسدك، وقل: بسم الله ثلاثاً، وقل سبع مرات: أعوذ بالله وقدرته، من شر ما أجد وأحاذر».

فصل: وقوله ﷺ: «وقل أعوذ بعزة الله وقدرته من شر ما أجد» نص على التعود فيما نزل به من شدة المرض بعزة الله وقدرته، وهذا يدل على جواز الاسترقاء والدعاء لإذهاب المرض، وفي معناه التداوى بذلك.

ويحتمل والله أعلم، أن يريد به أنه يقول ذلك مع كل مسحة، وهو الأظهر عندي.

وقول عثمان بن أبي العاص؛ «فأذهب الله عني ما كان بي» يريد والله أعلم لما فعل ذلك، ولذلك كان يأمر به أهله وغيرهم لما جربه من منفعتها وإذهاب الأدوية بها، والله أعلم.

١٦٩٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنِ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا اشْتَكَى، يَقْرَأُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْمُعَوِّذَاتِ وَيَنْفِثُ، قَالَتْ: فَلَمَّا اشْتَدَّ وَجَعُهُ، كُنْتُ أَنَا أَقْرَأُ عَلَيْهِ، وَأَمْسَحُ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ رَجَاءَ بَرَكَتِهَا.

الشرح: قولها رضی الله عنها: «أن رسول الله ﷺ كان إذا اشتكى ألمًا» يريد إذا

١٦٩٨ - أخرجه البخارى فى المغازى ٤٤٣٩، فضائل القرآن ٥٠١٦، ٥٠١٨، الطب ٥٧٣٥، ٥٧٤٨، ٥٧٥١، أخرجه مسلم فى السلام ٢١٩٢، النسائي فى الأيمان والنذور ٣٨٧٣، أبو داود فى الطب ٣٩٠٢، ابن ماجه فى الطب ٣٥٢٨، ٣٥٢٩، أحمد فى باقى مسند النصارى ٢٤٢٠٧، ٢٤٣١٠، ٢٤٤٠٦، ٢٤٨٠٧، ٢٤٩٥٥، ٢٥٦٥٧، ٢٥٧٣١.

قال ابن عبد البر: هكذا فى روايتنا ليحيى: «وأمسح عليه»، وتابعه قتيبة وغيرهما يقول فيه: «وأمسح عنه» وفيه إثبات الرقى، والرد على من أنكروه من أهل الإسلام. انظر: التمهيد ١٤٧/١٠.

كتاب الجامع ٣٨٣
مرض، يقال: اشتكى فلان، إذا أصابه شكوى مرض، «فكان النبي ﷺ يقرأ على نفسه بالمعوذات».

وقراءة المريض على نفسه تكون على وجوه، أن يقرأ ويشير بقراءته إلى جسده، وربما كانت إشارته بإمراره يده على موضع الألم أو إلى أعضائه، إن كان جميع جسده ألمًا، ويكون بأن يجمع يديه، فيقرأ فيهما ثم يمسح بهما على موضع الألم.

فصل: وقولها: «وينفث» سنة في نفث الراقي، قال عيسى بن دينار: النفث شبه البزاق، ولا يلقى شيئًا. وروى محمد بن عيسى الأعشى عن أبي عيينة عن زفر عن عائشة أم المؤمنين أنها سألت عن نفث النبي ﷺ فقالت: كان ينفث كما ينفث آكل الزبيب.

وهذا يقتضى أنه كان يلقى اليسير من الريق، فأما التفل، فإنه يكون معه إلقاء الريق.

روى أبو سعيد الخدرى: أن ناسًا من أصحاب النبي ﷺ مروا بماء لدغ سيد أهله، فرقاه رجل من الصحابة، فكان يقرأ بأمر القرآن، ويجمع بزاقه ويتفل، فبرأ.

مسألة: وصفة النفث ما تقدم ذكره، قال محمد بن عيسى الأعشى: أخبرني بعض أصحاب مالك عن مالك، رحمه الله، أنه رآه ينفث الرقية على بعض يديه أو أصابعه.

وقال معمر: سألت الزهري: كيف ينفث؟ فقال: كان النبي ﷺ ينفث على يديه، ثم يمسح بهما وجهه. وقد رواه يونس مسندًا: كان النبي ﷺ إذا أوى إلى فراشه نفث في كفيه **بقرآن** [الإخلاص: ١] وبالمعوذتين جميعًا، ثم مسح بهما وجهه، وما بلغت يداه من جسده.

فصل: وقولها رضى الله عنها: «فلما اشتد وجعه» تريد ضعف عن القراءة أو عن القراءة في يديه، قالت عائشة: «فكنت أنا أقرأ عليه».

وروى معمر عن ابن شهاب، فلما أثقل كنت أنفث عليه بهن. وفى رواية يونس، فلما اشتكى أمرني أن أفعل ذلك به، قالت: «وكنت أمسح بيمينه رجاء بركتها» إشارة إلى أنها كانت تتناول ذلك منه لضعفه عن الانفراد بذلك، والله أعلم وأحكم.

١٦٩٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ

٣٨٤ كتاب الجامع

الصَّدِيقُ دَخَلَ عَلَى عَائِشَةَ، وَهِيَ تَشْتَكِي وَيَهُودِيَّةٌ تَرْقِيهَا، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: ارْقِيهَا بِكِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى.

الشرح: قول أبي بكر الصديق رضى الله عنه لليهودية: «ارقيها بكتاب الله عز وجل» ظاهره أنه أراد التوراة لأن اليهودية فى الغالب لا تقرأ القرآن، ويحتمل والله أعلم، أن يريد بذكر الله عز اسمه أو رقية، موافقة لما فى كتاب الله تعالى، ويعلم صحة ذلك بأن تظهر رقيتها.

فإن كانت موافقة لكتاب الله عز وجل أمرها بها، وما لم يكن على هذا الوجه، ففي المستخرجة عن مالك: لا أحب رقى أهل الكتاب وكرهه، وذلك والله أعلم، إذا لم تكن رقيتهم موافقة لما فى كتاب الله تعالى، وإنما كانت من جنس السحر، وما فيه كفر مناف للشرع.

وروى ابن وهب عنه عن المرأة التى ترقى بالحديدة والملح، وعن ذلك يكتب الحرز، ويعقد فيما يعلقه به عقداً والذى يكتب حرز سليمان: أنه كره ذلك كله، وكان العقده عنده فى ذلك أشد كراهية، لما فى ذلك من مشابهة السحر، ولعله تأول قول الله تعالى: ﴿وَمِن شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ﴾ [الفلق: ٤] والله أعلم.

فصل: وكانت عائشة رضى الله عنها كثيرة الاسترقاء. قال مالك فى العتبية: بلغنى أنها كانت ترى البثرة الصغيرة فى يدها، فتلح عليها بالتعويذ، فيقال لها: إنها صغيرة، فتقول: إن الله عز وجل يعظم ما يشاء من صغير، ويصغر ما يشاء الله من عظيم.

* * *

تَعَالَى الْمَرِيضُ

١٧٠٠ - مَالِكُ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَجُلًا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَصَابَهُ

١٧٠٠ - أخرجه البخارى بنحوه ٢٢٢/٧ كتاب الطب باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء عن
أبى هريرة. ومسلم بنحوه ١٧٢٩/٤ كتاب السلام رقم ٦٩ عن جابر. ابن ماجه بنحوه برقم
١١٣٨/١، ٣٤٣٨ كتاب الطب، باب ٢ عن أبى هريرة. أحمد ٣٧٧/١ عن عبدالله بن مسعود
ابن أبى شيبة ٣٥٩/٧.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث فى الموطأ منقطاً عن زيد بن أسلم، عند جماعة رواه فيما
علمت. وقد روى عاصم بن عمر، عن سهيل بن أبى صالح، عن أبيه، عن أبى هريرة، عن النبى
ﷺ قوله: «أيكما أطب». وأما «أنزل الدواء الذى أنزل الدواء» فقد روى عن النبى ﷺ فى هذا
المعنى بغير هذا اللفظ، آثار مسندة صحاح. انظر: التمهيد ١٠/١٥٠.

جُرْحٌ، فَاحْتَقَنَ الْجُرْحُ الدَّمَ، وَأَنَّ الرَّجُلَ دَعَا رَجُلَيْنِ مِنْ بَنِي أَنْمَارٍ، فَنظَرَا إِلَيْهِ، فَزَعَمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لَهُمَا: «أَيُّكُمَا أَطَبُّ؟» فَقَالَا: «أَوْ فِي الطَّبِّ خَيْرٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَزَعَمَ زَيْدٌ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَنْزَلَ الدَّوَاءَ الَّذِي أَنْزَلَ الْأَدْوَاءَ».

الشرح: قوله: «أن رجلاً أصابه جرح فاحتقن الجرح الدم» يريد والله أعلم، فأضر ذلك به، وخيف عليه منه، وأن المجروح دعا رجلين من بنى أنمار لمعالجته، فرويا أن النبي ﷺ قال لهما: «أيكما أطب» يحتمل أن يريد ﷺ البحث عن حالهما، ومعرفةهما بالطب، لأنه لا يصلح أن يعالج إلا بعلاج من له علم بالطب.

قال مالك: أرى للإمام أن ينهى عن حالهما ومعرفةهما بالطب؛ لأنه لا يصلح أن يعالج من هؤلاء الأطباء عن الدماء إلا طبيب معروف. وقد قال لي ربيعة: ولا تشرب من دوائهم إلا شيئاً تعرفه. قال: وإنى بذلك لمستوص.

وفى هذا دليل على أن الطب معنى صحيح، ولذلك سألهما النبي ﷺ عن أفضلهما فيه، فقال الرجلان: «أو في الطب خير يا رسول الله؟» يحتمل والله أعلم أن يكونا طبيبين في حال كفرهما، فلما أسلما أمسكا عن ذلك شكاً في أمره، ويحتمل أن يريد تحقيق ما اعتقدا صحته.

فصل: وقوله ﷺ: «أنزل الدواء الذي أنزل الأدواء» تفويض لله تبارك وتعالى في ذلك كله، وأنه الخالق له، وإنما أنزله إلى الناس بمعنى أعلمهم إياه، وأذن لهم فيه كما أعلمهم التغذية بالطعام والشراب وأباحه لهم، وهذا ظاهر في جواز التداوي لما في ذلك من المنافع.

وروى عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء».

مسألة: ومن المعالجة الجائزة حمية المريض. قال الشيخ أبو محمد: حمى عمر بن الخطاب مريضاً، فقال: حماني حتى كنت أمص التوى من الجوع، والله أعلم وأحكم.

١٧٠١ - مَالِكُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ سَعْدَ بْنَ زُرَّارَةَ اِكْتَوَى فِي

١٧٠١ - أخرجه ابن ماجه بنحوه برقم ٣٤٩٤ ج١/١٥٦ كتاب الطب باب ٢٤ من اکتوى عن جابر بن عبدالله. عبدالرزاق في المصنف ٤٠٧/١٠ عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف. وذكره الهيثمي في المجمع ٩٨/٥ وعزاه إلى الطبراني عن سهل بن حنيف.

زَمَانَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنَ الذُّبْحَةِ، فَمَاتَ.

١٧٠٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو أَكْتَوَى مِنَ اللَّقْوَةِ، وَرُقِيَ مِنَ

الْعُقْرَبِ.

الشرح: قوله: «أن سعد بن زرارة اكتوى في زمان رسول الله ﷺ من الذبحة» وهو لمكانه وحاله لا يشك أن النبي ﷺ قد علم به، فلم ينكره. وقد روى أبو قلابة عن أنس بن مالك: كويت من ذات الجنب ورسول الله ﷺ حتى وشهدني أبو طلحة وأنس بن النضر وزيد بن ثابت وأبو طلحة كوانى، يريد بذلك شهرة الأمر، وأنه لم يخف على النبي ﷺ ولم ينكره، وذلك يدل على إباحته.

وما روى عن سعيد بن جبير عن عبدالله عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «الشفاء في ثلاثة في شرطة محجم، أو شربة عسل، أو كية بنار، وأنا أنهى أمتي عن الكي». وإنما هذا نهى كراهية، وحض على الأخذ بما هو أفضل منه من التوكل على الله تبارك وتعالى لما روى عبدالله بن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «يدخل الجنة سبعون ألفاً بغير حساب، ثم قال: هم الذين لا يتطيرون، ولا يسترقون، ولا يكتوون، وعلى ربهم يتوكلون» فنهى على هذا الوجه عن الاسترقاء، وقد أمر به في غير ما حديث وقد رقى نفسه بـ﴿قل هو الله أحد﴾ [الإخلاص: ١] والمعونات.

ولم يكن استرقاء النبي ﷺ ولا مداواته بماء سبع قرب لم تحلل أو كيتهن تركاً للتوكل، وإنما كان يأخذ في نفسه بأفضل الأحوال، ولكنه يحتمل أن يؤمر بذلك ويعلم أنه سيقوى بذلك على ما أمر به من عبادة أو طاعة، وإنما كان التوكل أفضل من التعانى بأمر لا يتيقن به البرء، ويكون ذلك الذي رجا لا لعبادة أمر بها.

وقد روى أبو سعيد الخدري «جاء إلى النبي ﷺ، فقال: إن أخى استطلق بطنه، فقال: اسقه عسلاً فسقاه، فقال: إني سقيته، فلم يزد إلا استطلاقاً، فقال ﷺ: صدق الله وكذب بطن أخيك».

قال ابن عبد البر: وهذا قد روى مسنداً من حديث ابن شهاب، عن أنس، إلا أنه لم يروه بهذا الإسناد عن ابن شهاب إلا معمر وحده وهو عند أهل الحديث خطأ، يقولون: إنه مما أخطأ فيه معمر بالبصرة، ويقولون: إن الصواب في ذلك حديث ابن شهاب عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف أن النبي ﷺ كوى أسعد بن زرارة. انظر: التمهيد ١٠/١٦٤.

١٧٠٢ - أخرجه عبدالرزاق في المصنف برقم ١٩٥١٦ ج ١٠/٤٠٧ عن الزهري.

ومعنى ذلك أنه أعلم أنه قد جعل شفاؤه فى شرب العسل، فكان عليه أن يكرر ذلك حتى يبرأ، فإنه لم يعين له برأه فى أول شربة، فيحتمل أن يكون معناه، وصدق الله فيما أمرنى به من أن يسقى عسلاً فيبرأ، وكذب بطن أخيك. بمعنى أن هذا الذى يذكره عنه ليس بصحيح، ولا صدق إذا كان بمعنى الخبر، فروى أنه سقاه فبرأ، والله أعلم.

مسألة: ويغسل القرحة بالبول والخمر إذا اغسل بعد ذلك بالماء. وفى رواية ابن القاسم أنه كره التعالج بالخمر، وإن غسله بالماء. قال مالك: إنى لأكره الخمر فى الدواء وغيره، وبلغنى أنه إنما يدخل هذه الأشياء من يريد الطعن فى الدين، والبول عندى أخف.

قال مالك: ولا يشرب بول الإنسان ليتداوى به، ولا بأس بشرب أبوال الأنعام الثمانية التى ذكرها الله سبحانه، قيل: أكل ما يؤكل لحمه؟ قال: لم أقل إلا أبوال الأنعام الثمانية، بل ولا خير فى أبوال آدمى.

فصل: وما روى «أن عبدالله بن عمر اكتوى من اللقوة» يقتضى إباحة ذلك عنده، وكذلك استرقاؤه من العقرب، ولعله آثر ذلك بمعنى رجاء من عمل صالح كان عنده أفضل من ترك الاسترقاء، فيكون النهى عن الاكتواء عنده متوجهاً إلى من يفعل ذلك لإيثار الصحة خاصة، وصلاح الحياة، لا ليتوصل بذلك إلى عبادة وعمل صالح. وقد قال مالك فى العتبية: لا بأس بالاكتواء من اللقوة، والله أعلم وأحكم.

* * *

الغسل بالماء من الحمى

١٧٠٣ - مالك، عن هشام بن عروة، عن فاطمة بنت المنذر أن أسماء بنت أبي بكر كانت إذا أتيت بالمرأة، وقد حمت، تدعو لها، أخذت الماء، فصبتة بينها وبين جيبها، وقالت: إن رسول الله ﷺ كان يأمرنا أن نبردّها بالماء.

١٧٠٤ - مالك، عن هشام بن عروة، عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «إن

١٧٠٣ - أخرجه البخارى فى الطب ٥٧٢٤، مسلم فى السلام ٢٢١١، الترمذى فى الطب

٢٠٧٤، ابن ماجه فى الطب ٣٤٧٤، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٦٣٨٦.

١٧٠٤ - أخرجه البخارى فى بدء الخلق ٣٢٦٣، مسلم فى السلام ٢٢١٠.

٣٨٨ كتاب الجامع

الْحُمَّى مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ، فَأَبْرُدُوهَا بِالْمَاءِ».

الشرح: قوله: «أن أسماء كانت إذا أتيت بالمرأة، وقد حمت تدعو لها» دليل أن ذلك كان يتكرر منها تبركاً من الناس بها، ورغبة في دعائها فكانت تضيف إلى ذلك أن تصب الماء بين المرأة المحمومة وجيبتها تبريداً لها.

وقال عيسى بن دينار: تأخذ الماء، فتصبه فيما بين طوقها وجسدها، حتى يصل الماء إلى جسدها، ترجو بذلك بركة قول النبي ﷺ: «فأبردوها بالماء».

ويحتمل والله أعلم، أن يكون ذلك من حمى كانت متكررة بالمدينة، ذلك الوقت شديدة الحر، فكان النبي ﷺ يأمر أن يستشفى منها بالإبراد، ولذلك قال: «إن الحمى من فيح جهنم» والفيح سطوح الحر، «فأبردوها بالماء» الذي أجرى الله العادة أن يشفى برده من آذاه الحر، مرة بالتبريد به، ومرة بشربه، وهذا كله يجري العادة، وكذلك سائر الأدوية إنما هي أدوية، بمعنى أن الله أجرى العادة بأن يشفى هو تبارك وتعالى من تناولها على وجه مخصوص، وكذلك الأعذية، والله أعلم وأحكم.

* * *

عِيَادَةُ الْمَرِيضِ وَالطَّيْرَةِ

١٧٠٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا عَادَ الرَّجُلُ الْمَرِيضَ خَاضَ الرَّحْمَةَ حَتَّى إِذَا فَعَدَّ عِنْدَهُ قَرَّتْ فِيهِ أَوْ نَحْوَ هَذَا».

الشرح: قوله ﷺ: «إذا عاد الرجل المريض خاض الرحمة» يريد والله أعلم، عظيم أجر العيادة للمريض، وقد أمر النبي ﷺ بعيادة المريض، واتباع الجنائز.

قال ابن عبد البر: وهكذا الحديث في الموطأ مرسلًا إلا عند معن بن عيسى، فإنه رواه مسندًا في الموطأ عن مالك، عن هشام، عن أبيه، عن عائشة، وزعم الجوهري أنه لم يسنده في الموطأ غير معن. وقد أسنده عن مالك، عبدالله بن وهب في الموطأ. وقد رواه جماعة من أصحاب هشام عن هشام، عن أبيه، عن عائشة مسندًا - كما رواه ابن وهب عن مالك. انظر: التمهيد ١٧٠/١٠.

١٧٠٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٧٦٦.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفًا على سعيد في الموطأ، لم يختلف على مالك فيه الرواة إلا إسحاق بن بشر الكاهلي، وهو ضعيف متروك الحديث، فإنه رواه عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبي الدرداء، عن النبي ﷺ. انظر: التمهيد ٣١٦/٩.

وقوله ﷺ: «حتى إذا قعد عنده» يريد عند المريض، «قرت فيه» فمعنى ذلك والله أعلم، أنه إذا ثبت له رحمة الله عز وجل، وهى ثوابه الجزيل وتجاوزه عن الذنوب، ويتعلق به منها ما ثبت للخائض فى الماء، فإذا قعد عنده تعلق به منها ما يتعلق بالمستقر الثابت، وذلك أكثر مما يتعلق بالخائض فى الماء.

وقوله ﷺ: «قرت فيه أو نحو هذا» إن كان هذا اللفظ، فإنه يحتمل أن يريد به، قرت له كما يقول: فيه رفق بكذا، وفيه طلاقة، أى له طلاقة، وله رفق، ويحتمل أن يكون من المقلوب، فيكون معناه قر فيها، أى ثبت فيما غمره منها، والله أعلم وأحكم.

١٧٠٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَّغَهُ، عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشَجِّ، عَنِ ابْنِ عَطِيَّةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا عَدْوَى، وَلَا هَامَ، وَلَا صَفَرَ، وَلَا يَحُلُّ الْمُمْرِضُ عَلَى الْمُصِحِّ، وَيَحُلُّ الْمُصِحُّ حَيْثُ شَاءَ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا ذَاكَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّهُ أَدَى».

الشرح: قوله ﷺ: «لا عدوى» قال عيسى بن دينار: معناه لا يعدى شىء شىء، أى لا يتحول شىء من المرض إلى غير الذى هو به، قال: وسمعت من ابن وهب. ومعنى ذلك عندى أن العرب كانت تعتقد أن الصحيح إذا جاور المريض أعده مرضه، أى تعلق به أو اتقل إليه، قال الشاعر:

تعدى الصحاح مبارك الجرب

فكذب ذلك النبى ﷺ وبين أن ذلك كله من عند الله تبارك وتعالى.

وقد روى الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة أن أعرابياً قال: «يا رسول الله، فما بال الإبل تكون فى الرمل لكأنها الظباء، فيخالطها البعير الأجرى فيجر بها، فقال رسول الله ﷺ: فمن أعدى الأول».

وهذا من أين طرق الحجاج والإرشاد إلى الصواب وإيضاح وجه الحق لأن الأعرابى دخلت عليه الشبهة بأن الإبل تكون فى الرمل، وهو موضع صالح ليس فيه ما يمرضها،

١٧٠٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٦٧.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفاً على سعيد فى الموطأ، لم يختلف على مالك فيه الرواة إلا إسحاق بن بشر الكاهلى، وهو ضعيف متروك الحديث، فإنه رواه عن مالك، عن يحيى ابن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن أبى الدرداء، عن النبى ﷺ. انظر: التمهيد ٣١٦/٩.

٣٩٠ كتاب الجامع

فتكون فيه كالظباء حسناً وسلاماً من الجرب وغيره، فيأتى بعير أجرب، فيدخل بينها، فيشملها الجرب، فاعتقد الأعرابي أن ذلك البعير قد أعداها جربه، فقال لها النبي ﷺ: لو كان الجرب بالعدوى لامتنع أن يكون الأول جرباً إذ لا بد أن يكون الأول جرب هذه الإبل بغير جرب، ابتداء من غير أن يعديه غيره، إما أن ذلك دخل البعير الذى دخل بينهما أو غيره قبله.

وإذا جاز أن يكون هذا الداء لحق الأول من غير عدوى، وإنما هو من فعل الله، فإنه لا يمتنع أن يكون ما شمل الإبل أيضاً من الجرب من فعل الله، فلا معنى لاعتقاد العدوى، فالواجب أن يعتدى أن ذلك كله من عند الله تبارك وتعالى لا خالق سواه، وإن جاز أن يفعله فى بعض الأشخاص ابتداء، وفى بعضها عند مجاورة الجرب، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «ولا هام» قال عيسى بن دينار: معناه لا يتطير بالهام، قاله مالك رحمه الله. وقال محمد بن عيسى الأعمشى: كان أهل الجاهلية، يقولون: إذا وقعت هامة على بيت خرج منه ميت، فعلى هذا معنى قوله ﷺ: «ولا هام» النهى أن يتطير بذلك أحد.

وقيل إن معنى ذلك أن العرب كانت فى الجاهلية، تقول: إذا قتل قتيل خرج من رأسه طائر، فلا يزال يقول: اسقونى، اسقونى، حتى يقتل قاتله، قال الشاعر فى مثل هذا:

يا عمرو إلا تدع شتمى ومنقصتى أضربك حتى تقول الهامة اسقونى
فعلى هذا قوله ﷺ: «لا هام» تكذيب لإخبارهم بذلك، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «ولا صفر». قال مالك وغيره: معناه أن العرب كانت فى الجاهلية تحرم صفر عاماً، وتؤخر إليه المحرم، وكانت تحمله عاماً آخر، وتقدم المحرم إلى وقته، فنهى النبي ﷺ عن ذلك.

وقال ابن وهب: كان أهل الجاهلية يقولون: إن الصفر التى فى الجوف تقتل صاحب وهى التى عدت عليه إذا مات، فرد ذلك رسول الله ﷺ وأكذبهم فيه، وقال: لا يموت أحد إلا بأجله، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «ولا يحمل الممرض على المصح» الممرض ذو الماشية المريضة، والمصح ذو الماشية صحيحة، فيؤذى بذلك، قال: ولكنه عندى منسوخ بقوله ﷺ: «لا عدوى».

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهذا الذي قاله عيسى بن دينار فيه نظر؛ لأن قوله ﷺ «لا عدوى» إن كان بمعنى الخبر والتكذيب بقول من يعتقد العدوى، فلا يكون ناسخاً، وإن كان بمعنى النهي، يريد لا تكرهوا دخول البعير الجرب بين إبلكم غير الجربة، ولا تمنعوا ذلك، ولا تمتنعوا منه فإننا لا تعلم أيهما قال أولاً، وإن تعلقنا بالظاهر، فقوله ﷺ: «لا عدوى» ورد في أول الحديث فمحال أن يكون ناسخاً لما ورد بعده أو لما ورد بعده أو لما لا يدري ورد قبله أو بعده؛ لأن الناسخ إنما يكون ناسخاً لحكم قد ثبت قبله.

وقال يحيى في المزنية: سمعت أن تفسيره في الرجل يكون به الجذام، فلا ينبغي أن يحل محله الصحيح معه، ولا ينزل عليه يؤذيه؛ لأنه وإن كان لا يعدى، فالنفس تنفر منه، وقد قال رسول الله ﷺ: «إله أذى» فهذا تنبيه أنه إنما نهى النبي ﷺ عن ذلك للأذى لا للعدوى وأما الصحيح، فليتنزل محلة المريض إن صبر على ذلك واحتملته نفسه.

قيل له: ولم يرد بهذا أن يأتي الرجل بإبله أو غنمه الجربة، فيحل بها الموردة على الصحيح المشية، قال: لعله قد قيل ذلك، وما سمعته وإنى لأكره له أن يؤذيه، إن كان يجد غنى عن ذلك المورد.

وكذلك الرجل يكون به المرض لا ينبغي أن يحل موردة الأصحاء إلا أن يكون لا يجد غنى عنها، فيردها.

وقد روى يونس عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا عدوى» ويحدث أن رسول الله ﷺ قال: «لا يورد ممرض على مصح». قال أبو سلمة: ثم صمت أبو هريرة بعد ذلك عن قوله: «لا عدوى» وأقام على أن لا يورد ممرض على مصح، فقال الحارث بن أبي رثاب، وهو ابن عم أبي هريرة: قد كنت أسمعك تحدثنا مع هذا الحديث حديثاً آخر، تقول: «لا عدوى» فأبى أبو هريرة أن يعرف في ذلك، مما رواه الحارث في ذلك حتى غضب أبو هريرة، فرطن له بالحبشية، فقال للحارث: أتدري ماذا قلت؟ قال أبو هريرة: قلت أتيت، قال أبو سلمة: ولعمري لقد كان أبو هريرة يحدثنا أن رسول الله ﷺ قال: لا عدوى، فلا أدري أنسى أبو هريرة أو نسخ أحد القولين الآخر.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهذا الذي قاله أبو سلمة يقتضى أن قوله ﷺ: «لا يورد ممرض مصح» ناسخ لقوله ﷺ: «لا عدوى» وهذا على قول من قال: إن

٣٩٢ كتاب الجامع

قوله ﷺ على وجه النهي، ويصح على هذا التأويل أن يكون أبو هريرة قد عرف الأول منهما.

قال القاضي أبو الوليد: والذي عندي في معنى ذلك أن قوله ﷺ: «لا عدوى» إنما نفى به أن يكون لمجاورة المريض تأثير في مرض الصحيح، وإن ذلك من فعل الله عز وجل ابتداء كما فعله في الأول ابتداء، وأن قوله ﷺ: «لا يورد ممرض على مصح» ليس من هذا المعنى، والله أعلم.

لكنه يحتمل معنيين، أحدهما: المنع من ذلك لما فيه من الأذى على ظاهر الحديث. وهذا الذي يذهب إليه يحيى بن يحيى. والثاني: أن يكون البارئ تبارك وتعالى قد أجرى العادة بذلك، وإن كان البارئ عز وجل، هو الخالق للمرض والصحة، فنفي بقوله ﷺ: «لا عدوى» اعتقاد من يعتقد أن ذلك جارياً على عادة، فقد يجاور المريض الصحيح، فلا يمرض.

وقد روى عن النبي ﷺ: «وفر من المجذوم فرارك من الأسد» وظاهر هذا يقتضي أنه يستضر به استضراراً غير التكره لمجاورته؛ لأنه إذا قدر على الصبر على مجاورته، فلا معنى لنهيه ﷺ إلا أن يريد بذلك النبي ﷺ إنك إذا استضررت رائحته، وكرهت مجاورته، فإنه مباح لك أن تفر منه فرارك من الأسد، والله أعلم.

وقد قال يحيى بن يحيى في القوم يكونون في قريتهم شركاء في أرضها ومائها وجميع أمرها، فيجذم بعضهم، فيردون المستقى بأنيتهم، فيتأذى بهم أهل القرية، ويريدون منعهم من ذلك: إن كانوا يجدون عن ذلك الماء غنى، من غير ضرر بهم أو يقوون على استنباط بئر أو إجراء من غير ضرر بهم ولا فدمح بهم، فأرى أن يؤمروا بذلك، ولا يضاروا.

وإن كانوا لا يجدون عن ذلك غنى إلا بما يضرهم أو يفدحهم، قيل لمن يتأذى بهم ويشتكى ذلك منهم استنبط لهم بئراً أو أجر لهم عيناً أو أقم من يستقى لهم من البئر، إن كانوا لا يقوون على استنباط بئر أو إجراء عين، ويكفون عن الورود عليكم، وإلا فكل امرئ أحق بماله، والضرر ممن أراد أن يمنع امرأ من ماله، ولا يقيم له عوضاً منه.

مسألة: وإذا جذم الرجل، فرق بينه وبين امرأته إن شاءت ذلك. وقال ابن القاسم: يحال بينه وبين وطء رقيقه، إن كان في ذلك ضرر. وقال سحنون: لا يحال بينه وبين وطء إمامه، ولم يختلفوا في الزوجة.

كتاب الجامع ٣٩٣

وجه قول ابن القاسم أنها امرأة يلحقها الضرر بوطء المجذوم، فوجب أن يحال بينه وبينها كالزوجة، وقد قال ابن القاسم: إنما يحال بينه وبين الزوجة إذا حدث ذلك به لأجل الضرر.

ووجه قول سحنون أن الجذام في الحر لما منع الزوجية، ونقضها منع الوطء المستحق بها، ولما لم يمكنه ملك اليمين لم يمنع الوطء المستحق به.

ووجه ثان أن هذا عقد يستباح به الوطء، فوجب أن يكون تأثير الجذام في وطفه كتأثيره في عقده كعقد النكاح، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهل يخرج المرضى من القرى والخواضر؟ قال مطرف وابن الماجشون في الواضحة: لا يخرجون، إن كانوا يسيراً، وإن كثروا، رأينا أن يتخذوا لأنفسهم موضعاً كما صنع مرضى مكة عند التنعيم منزلهم، وبه جماعتهم، ولا أرى أن يمنعوا من الأسواق لتجارتهم والتطرق للمسألة، إذا لم يكن إمام عدل يجري عليهم الرزق.

وقال أصبغ: ليس على مرضى الخواضر أن يخرجوا منها إلى ناحية بقضاء يحكم به عليهم، ولكن إن أجرى عليهم الإمام من الرزق ما يكفيهم، منعوا من مخالطة الناس بلزوم بيوتهم أو بالسجن إن شاء.

وقال ابن حبيب وابن عبدالحكم: يحكم عليهم بالسجن إذا كثروا أحب إلى، وهذا الذي عليه الناس.

مسألة: ويمنع المجذوم من المسجد، ولا يمنع من الجمعة، ولا يمنع من غيرها، قاله مطرف وابن الماجشون.

* * *

السُّنَّةُ فِي الشَّعْرِ

١٧٠٧ - مَالِكٌ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ نَافِعٍ، عَنْ أَبِيهِ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ

١٧٠٧ - أخرجه مسلم في الطهارة ٢٥٩، الترمذی فی الأدب ٢٧٦٣، ٢٧٦٤، النسائي في الطهارة ١٥، الزينة ٥٠٤٣، ٥٠٤٤، ٥٢٢٤، أبو داود في الترحل ٤١٩٩، أحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٦٤٠.

قال ابن عبد البر: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك، عن أبي بكر بن نافع، عن أبيه، عن ابن عمر. وكذلك رواه جماعة الرواة عنه، إلا أن بعض رواة ابن بكير رواه عن ابن بكير، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر. وكذلك بعض رواة ابن وهب أيضاً رواه عن ابن وهب، عن-

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ بِإِحْفَاءِ الشُّوَارِبِ، وَإِعْفَاءِ اللَّحَى.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ أمر بإحفاء الشوارب» يقال: أحفى الرجل شاربته، إذا قصه. وروى ابن القاسم عن مالك: أن تفسير حديث النبي ﷺ في إحفاء الشوارب، إنما هو أن يبدو الإطار، وهو ما أحمر من طرف الشفة، والإطار جوانب الفم المحدقة به.

وحكى الشيخ أبو محمد في المختصر عن مالك: إنما الإحفاء المذكور في الحديث قص الإطار، وهو مطرف الشعر، وأشار إلى الإطار من الشعر، والأول أظهر، والله أعلم وأحكم.

فصل: وإحفاء الشوارب قصها، على ما تقدم ذكره. وروى ابن عبدالحكم عن مالك: ليس إحفاء الشارب حلقه، وأرى يؤدب من حلق شاربته. وروى أشهب عن مالك حلقه من البدع.

وقال أبو حنيفة والشافعي: حلق الشارب واستصاله أفضل من قصة وتقصيره.

والدليل على ما نقوله قول النبي ﷺ: «أحفوا الشوارب». قال صاحب الأفعال: معناه قصوها. قال مالك، رحمه الله: وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان إذا أحزنه أمر قتل شاربته، ولو كان مخلوقاً، ما كان فيه ما يقتل.

والدليل على ذلك أيضاً ما روى سعيد المقبري، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «خمس من الفطرة، تقليم الأظفار، وقص الشارب».

واحتجوا بما روى نافع عن عبدالله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «أنهكوا الشوارب» ولا حجة فيه لأن إنهاءك الشيء لا يقتضى إزالة جميعه، وإنما يقتضى إزالة بعضه.

قال صاحب الأفعال: نهكته الحمى نهكاً، أثرت فيه، وكذلك العبادة.

فصل: وقوله ﷺ: «اعفوا اللحى». قال أبو عبيد: معناه وفروا اللحى لتكثر، يقال منه: عفا بن وفلان، إذا كثروا.

=مالك، عن نافع، عن ابن عمر، وهذا لا يصح عند أهل العلم بحديث مالك، وإنما هذا الحديث لمالك، عن أبي بكر بن نافع، عن أبيه، عن ابن عمر؛ هذا هو الصحيح، عن مالك في إسناد هذا الحديث، كما رواه يحيى وسائر الرواة عن مالك. انظر: التمهيد ١٠/١٨٥.

كتاب الجامع ٣٩٥

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ويحتمل عندي أن يريد أن تعفى اللحى من الإحفاء؛ لأن كثرتها أيضاً ليس بمأمور بتركه.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: لا بأس أن يؤخذ ما تطاير من اللحية، وشذ. قيل لمالك: فإذا طالت جداً، قال: أرى أن يؤخذ منها، وتقص.

وروى عن عبدالله بن عمر وأبي هريرة أنهما كانا يأخذان من اللحية ما فضل عن القبضة، والله أعلم وأحكم.

١٧٠٨ - مالك، عن ابن شهاب، عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف أنه سمع معاوية بن أبي سفيان عام حج، وهو على المنبر، وتناول قصة من شعر كانت يد حرسى يقول: يا أهل المدينة، أين علمائكم؟ سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذه، ويقول: «إنما هلكت بنو إسرائيل حين اتخذت هذه نساءهم».

الشرح: قوله: «أن معاوية بن أبي سفيان، قال عام حج» يقتضى أنه كان مستوضاً غير المدينة، فراه وتناول قصة من شعر، والقصة هي الجملة من الشعر، تجعله المرأة على شعرها، ترى أنها من شعرها، فكرهه رسول الله ﷺ من أجل ما فيه تغيير الخلق والتدليس، وقد لعن رسول الله ﷺ الواصلة والمستوصلة، وهو فى معنى اتخاذ قصة الشعر. وقال فيه: «المغيرات خلق الله».

فصل: وقوله: «يا أهل المدينة، أين علمائكم» على معنى الاستعانة بهم على موافقتهم لقوله، إن كانوا لم يعرفوا من اتخذ ذلك أو الإنكار عليهم إن كانوا لم ينكروا ذلك، فيقول: كيف فعل هذا عندكم مع بقاء علمائكم.

قال مالك: ولا ينبغي أن تصل المرأة شعرها ولا غيره. وقال الليث بن سعد: يجوز أن تصله بالصوف، وإنما كره الشعر.

والدليل على ما نقوله ما روى عن عطاء بن يسار عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لعن الله الواصلة والمستوصلة» وهذا عام.

١٧٠٨ - أخرجه البخارى فى أحاديث الأنبياء ٣٤٦٨، مسلم فى اللباس والزينة ٢١٢٧، الترمذى فى الأدب ٢٧٨١، النسائى فى الزينة ٥٠٩٠، ٥٠٩١، ٥٢٤٣، ٥٢٤٤، أبو داود فى التجرى ٤١٦٧، أحمد فى مسند المكثرين ١٦٣٨٨، ١٦٤٠١، ١٦٤٠٩، ٢٧٥٧٨، ١٦٤٨٢، الدارمى فى الصلاة ١٥٧٨.

٣٩٦ كتاب الجامع

ومن جهة المعنى أنه صلة للشعر مغيرة للخلق كالصلة بالشعر. قال مالك: ولا خير في أن تضع الجملة على رأسها. قال مالك: ولا بأس بالخرق وتجعلها المرأة في قفاها، وتربط للوقاية، وما من علاجهن أخف منه، والله أعلم.

مسألة: ونهى عن القزع، وهو أن يخلق بعض الرأس ويبقى مواضع. والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن القزع.

ومن ذلك القصة والقفا، وهو أن يخلق رأس الصبي، فيترك مقدمه وشعر القفا. قال مالك: لا يعجبني ذلك في الجوارى ولا الغلمان. ووجه ذلك أنه من ناحية القزع.

وقال مالك: وليحلقوا جميعه أو يتركوا جميعه. وسئل عن القصة وحدها، فقال: ما يعجبني ذلك. ووجهه ما تقدم.

ومن هذا الباب الوشم وهو ممنوع، والوشم النقش في اليد والذراع أو الصدر. والدليل على ذلك ما روى عن عطاء بن يسار عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة».

وقال ابن نافع: الوشم في اللثة، ومعنى ذلك أن هذا معنى باق كالحلقة، ومن ذلك التفلج.

وروى علقمة عن عبدالله بن مسعود أنه قال: «لعن الله الواشحات والمستوشحات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله» ما لي لا ألعن من لعن النبي ﷺ.

مسألة: وهذا فيما يكون باقياً، وأما ما كان لا يبقى، وإنما هو موضع للحمال يسرع إليه التغيير كالكحل، فقد قال مالك، رحمه الله: لا بأس بالكحل للمرأة، الإثمد وغيره لما ذكرناه من قبل.

وأما الرجل، فقد قال مالك، رحمه الله: أكره الكحل بالليل والنهار للرجل، إلا لمن به علة، وما أدركت من يتكحل نهاراً إلا من ضرورة. وفي رواية ابن نافع: ليس الكحل بالإثمد من عمل الناس، ولا سمعت فيه ينهى، يريد ما قدمناه من استحسان زى من مضى من علماء أهل المدينة، والأخذ بهديهم وأدبهم؛ لأنه النذى اختاره النبي ﷺ.

مسألة: وأما الحناء، فقد قال مالك: لا بأس أنت تزين المرأة يديها بالحناء أو تطرفهما بغير حضاب، وأنكر ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه: إما أن تخضب يدها كلها أو تدع.

كتاب الجامع ٣٩٧

١٧٠٩ - مَالِك، عَنْ زِيَادِ بْنِ سَعْدٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: سَدَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نَاصِيَتَهُ، مَا شَاءَ اللَّهُ، ثُمَّ فَرَّقَ بَعْدَ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «سدل رسول الله ﷺ ناصيته ثم فرق بعد ذلك» قال عيسى بن دينار: إسدال القصة، يريد أن يتخذ منه قصة في مقدم الرأس فعل ذلك، والله أعلم لتابعة أهل الكتاب؛ لأنهم كانوا يسدلون شعورهم، وكان يحب متابعتهم فيما لم يؤمر فيه بمخالفة، وذلك يحتمل والله أعلم، أنه كان يعلم أن ذلك مما لم يغيروه من شريعة أنبيائهم، إما بوحى أو بخبر متواتر.

وقد أمر النبي ﷺ بأن يقتدى بهم، فكان يتبع أهل الكتاب في ذلك، فإذا طرأ النسخ دان بمخالفتهم، وعدل إلى ما أمر به، فلذلك فرق النبي ﷺ بعد أن سدل.

قال ابن عباس: كان أهل الكتاب يسدلون شعورهم، وكان المشركون يفرقون، وكان رسول الله ﷺ يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم يؤمر فيه بمخالفة، فسدل ناصيته، ثم فرق بعد ذلك. قال مالك: ورأيت عامر بن عبدالله وربيعة وهشام بن عروة يفرقون شعورهم. قال ابن القاسم: قال مالك: فرق الرأس للرجال أحب إلى.

مسألة: وأما الذؤابة للصبى، فقد روى ابن القاسم عن مالك أنه كره الذؤابة للصبى. قال عيسى بن دينار: وأنا لا أرى بها بأساً.

وجه قول مالك ما فيه من مشابهة القزع، وهو أن يخلق مواضع من الرأس، ويدع مواضع، وقد نهى رسول الله ﷺ عن القزع.

وجه قول عيسى بن دينار أنه ليس من معنى القزع؛ لأن الشعر غير متفرق في الرأس، وإنما هو في موضع واحد كالشعر يكون في جميع الرأس والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكُ: لَيْسَ عَلَى الرَّجُلِ، يَنْظُرُ إِلَى شَعْرِ امْرَأَةٍ أَوْ شَعْرِ أُمَّ امْرَأَتِهِ، بِأَسٍّ.

١٧٠٩ - أخرجه البخارى فى المناقب ٣٥٥٨، مسلم فى الفضائل ٢٣٣٦، النسائى فى الزينة

٥٢٣٦، أبو داود فى الترجل ٤١٨٨، ابن ماجه فى ٣٦٣٢، أحمد فى مسند بنى هاشم ٢٦٠٠.

قال ابن عبد البر: هكذا رواه الرواة كلهم عن مالك مرسلًا، إلا حماد بن خالد الخياط، فإنه

وصله وأسنده، وجعله عن مالك، عن زياد بن سعد، عن الزهرى، عن أنس، فأخطأ فيه؛

والصواب فيه من رواية مالك الإرسال، كما فى الموطأ؛ لا من حديث أنس؛ وهو الذى يصححه

أهل الحديث. انظر: التمهيد ١٠/١٩٢.

٣٩٨ كتاب الجامع

الشرح: قول مالك، رحمه الله: «ليس على الرجل ينظر إلى شعر امرأة ابنه، أو شعر أم امرأته، بأس»، والله أعلم، على الوجه المباح من نظره إلى ذوات محارمه كأمه وأخته وابنته، ولا خلاف في ذلك، كما أنه لا خلاف في منعه على وجه الالتذاذ والاستمتاع به، والله أعلم.

١٧١٠ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ الْإِخْصَاءَ، وَيَقُولُ: فِيهِ تَمَامُ الْخَلْقِ.

الشرح: يريد والله أعلم، ما لم يكن في إخصائه منفعة، وقد كره مالك، رحمه الله، إخصاء الخيل، وقال: لا بأس بإخصائها إذا أكلت، وإخصاء بنى آدم محرم كقطع أعضائهم، وقد كره مالك شراء الخصى من الصقالبة، وقال: لو لم يشتروا منهم لم يخصوه.

وروى عن عبدالله بن عباس في قوله تعالى: ﴿فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾ [النساء: ١١٩] قال: هو الإخصاء، وقاله أنس بن مالك. وقال عبدالله بن مسعود: هو الوشم. وقال مجاهد والنخعي: ﴿فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾ [النساء: ١١٩]: دين الله.

مسألة: وأما خصاء الغنم وما ينتفع بإخصائه لطيب لحمه، فلا بأس بذلك، والله أعلم.

١٧١١ - مَالِك، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ لَهُ أَوْ لِغَيْرِهِ فِي الْحَنَّةِ كَهَاتَيْنِ إِذَا اتَّقَى، وَأَشَارَ بِإِصْبَعَيْهِ الْوُسْطَى وَالَّتِي تَلِي الْإِبْهَامَ».

الشرح: كافل اليتيم هو الذي يكفله، ويقوم بأمره وينظر له.

١٧١٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٧٧١.

١٧١١ - أخرجه البخارى بنحوه ٩٤/٧ كتاب الطلاق باب اللعان عن سهل بن سعد. أبو داود برقم بنحوه ٥١٥٠، ٣٤٠/٤ كتاب الأدب باب فى من ضم اليتيم عن سهل. البيهقى فى الكبرى بلفظه ٢٨٣/٦ عن صفوان بن سليم. أبو نعيم فى الحلية بنحوه ٣٥٠/٦ عن أبى أمامة. الطبرانى فى الكبير ٢١٣/٦ عن سهل بن سعد. البغوى فى شرح السنة ٤٣/١٣ عن سهل. قال ابن عبد البر: هذا الحديث قد رواه جماعة عن النبى ﷺ من وجوه صحاح، وحديث صفوان هذا يتصل من وجوه، ويستند من غير رواية مالك من حديث الثقات سفيان بن عيينة وغيره. انظر: التمهيد ١٩٨/١٠.

كتاب الجامع ٣٩٩

وقوله ﷺ: «له أو لغيره» يحتمل والله أعلم، أن يكون الكافل امرأة، فتكفل اليتيم، وهو ابنها. ويحتمل أن يريد الرجل يكفل يتيمًا من أقاربه؛ لأن اليتيم في بني آدم يموت الأب دون موت الأم.

وقوله ﷺ: «أو لغيره» يريد أن لا يكون من عشيرته، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «كهاين وأشار بإصبعيه الوسطى والتي تلى الإبهام» يريد السبابة. قال عيسى بن دينار: يقول: لا أفضله في الجنة إلا بقدر فضل الوسطى على التي تلى الإبهام.

* * *

إصلاح الشعر

١٧١٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ أَبَا قَتَادَةَ الْأَنْصَارِيَّ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «إِن لِي جُمَّةً، أَفَارَجُلُهَا؟» فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ وَأَكْرَمُهَا» فَكَانَ أَبُو قَتَادَةَ رَبَّمَا دَهَنَهَا فِي الْيَوْمِ مَرَّتَيْنِ لِمَا قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ وَأَكْرَمُهَا».

١٧١٣ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ عَطَاءَ بْنَ يَسَّارَ أَخْبَرَهُ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْمَسْجِدِ، فَدَخَلَ رَجُلٌ نَائِرَ الرَّأْسِ وَاللَّحْيَةِ، فَأَشَارَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهِ أَنْ أُخْرِجَ، كَأَنَّهُ يَعْنِي إِصْلَاحَ شَعْرِ رَأْسِهِ وَلِحْيَتِهِ، فَفَعَلَ الرَّجُلُ ثُمَّ رَجَعَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَلَيْسَ هَذَا خَيْرًا مِنْ أَنْ يَأْتِيَ أَحَدَكُمْ نَائِرَ الرَّأْسِ كَأَنَّهُ شَيْطَانٌ».

الشرح: قول أبي قتادة لرسول الله ﷺ: «إِن لِي جُمَّةً، أَفَارَجُلُهَا» يريد أمشطها.

١٧١٢ - ذكره في مشكاة المصابيح برقم ٤٤٨٣، ١٢٧١/٢ وعزاه لملك للموطأ وذكره من فيض القدير ٩٠/٢ برقم ١٤١٨ وعزاه للنسائي والديلمي عن أبي قتادة.

قال ابن عبد البر: لا أعلم بين رواة الموطأ اختلافًا في إسناد هذا الحديث، وهو عند جميعهم هكذا مرسل منقطع، وقد روى عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن المنكدر، عن أبي قتادة، وهذا يدفع أن يكون مسندًا، ولا ينكر سماع ابن المنكدر من أبي قتادة - والله أعلم. انظر: التمهيد ١٩٩/١٠.

١٧١٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٧٧٤، وأخرجه ابن حبان بنحوه ٤١٠/٧ عن جابر بن عبد الله. ابن عساكر كذا بالتهذيب ٤٤٢/٥. المشكاة ٤٤٨٦، ١٢٧١/٢ وعزاه التبريزي إلى مالك عن عطاء بن يسار.

٤٠٠ كتاب الجامع

فقال له رسول الله ﷺ: «نعم وأكرمها» يريد والله أعلم، إصلاحها وتجميلها بالدهن، وما جرى مجراه مما يحسن به الشعر، فيكون ذلك كرامته وصيافته من الشعث والتراب والوسخ، ولذلك كان أبو قتادة يوالى دهنها وإصلاحها حتى ربما فعل ذلك فى اليوم مرتين. وقال ابن القاسم: ما أحب نتفه، وأكره أن يقرض من أصله، وهو عندى شبه التتف.

فصل: وقوله: «فدخل رجل المسجد، وهو ثائر الرأس واللحية» يريد والله أعلم، قائم الشعر ثائره، فأمره.

وقوله: «فأشار إليه رسول الله ﷺ أن أخرج يعنى إصلاح الشعر»، وذلك يقتضى أن الخروج من المسجد لإصلاح الشعر مأمور به؛ لأن إصلاحه فى المسجد منهى عنه لما فيه من تشعيث المسجد بما يقع فيه من الشعر، وربما كان مع ذلك ما يؤذى أهل المسجد من القمل لمن لا يتعاهد رأسه من الترحيل والتنظيف وحكم اللحية فى ذلك حكم الشعر بل أكد؛ لأن الرأس قد يغطى واللحية بادية.

فصل: وقوله ﷺ: «أليس هذا خيراً من أن يأتى أحدكم ثائر الرأس كأنه شيطان» شبه ذلك بالشيطان لقبح منظره، وقبح منظر الثائر الرأس والترحيل والتنظيف وحسن الزى والتطيب والتدهن من شرائع الإسلام.

وقد روى عن الحسن البصرى عن عبدالله بن مغفل نهى رسول الله ﷺ عن الترحيل إلا غباً، وهذا الحديث، وإن كان رواه ثقات إلا أنه لا يثبت وأحاديث الحسن عن عبدالله بن مغفل فيها نظر.

ولو ثبت لاحتمال أن يكون معناه لمن يتأذى بادمان ذلك لمرض، أو شدة برد فنهاه أن يتكلف من ذلك ما يضر به، ويحتمل أن يريد به نهى من يعتقد، أن ما كان يفعله أبو قتادة من دهنه فى اليوم مرتين أمراً لازماً، فنهى عن ذلك وأعلمه أن السنة اللازمة من ذلك الإغباب به، لا سيما لمن منعه ذلك من تصرفه وشغله وعمله، وأن ما زاد على ذلك ليس بلازم، وإنما يجب أن يعتقد فيه أنه مباح مطلق من شاء فعله، ومن شاء تركه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وفى الجملة أن التجميل والتنظيف مشروع كقص الشارب والسواك، وما لم يكن فيه تغيير للخلق من غسل أو غيره، فإنه مشروع، ولذلك استحب الغسل فى الجمعة فى العيدين.

كتاب الجامع ٤٠١

وقال ابن القاسم في الحمام: إن كنت تدخله خالياً أو مع قوم يستترون، فلا بأس وإن كانوا لا يتحفظون لم أر أن تدخله، وإن كنت أنت تتحفظ.

وكان ابن وهب يدخله مع العامة، ثم ترك، فكان يدخله خالياً، وهذا حكم الرجل. وأما المرأة فأكره لها دخول الحمام، وإن كانت مريضة إلا أن تكون مفردة.

فرع: قال في المختصر: وليس للمتزر الذي يدخل به الحمام حد.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أن قدره مع ستر العورة التي يلزم سترها أن يسترها في حال المشى والقيام والجلوس، فكل ما سترها في هذه الأحوال، أجزاء، والله أعلم.

* * *

مَا جَاءَ فِي صَبْغِ الشَّعْرِ

١٧١٤ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي مُحَمَّدُ بْنُ إِبرَاهِيمَ التَّمِيمِيُّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الْأَسْوَدِ بْنَ عَبْدِ يَعُوثَ قَالَ: وَكَانَ جَلِيسًا لَهُمْ، وَكَانَ أبيضَ اللَّحْيَةِ وَالرَّأْسِ، قَالَ: فَغَدَا عَلَيْهِمْ ذَاتَ يَوْمٍ وَقَدْ حَمَّرَهُمَا، قَالَ: فَقَالَ لَهُ الْقَوْمُ: هَذَا أَحْسَنُ، فَقَالَ: إِنَّ أُمَّي عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ أَرْسَلَتْ إِلَيَّ الْبَارِحَةَ جَارِيَتَهَا نُخَيْلَةَ، فَأَقْسَمَتْ عَلَيَّ لِأَصْبِغَنَّ، وَأَخْبَرْتَنِي أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ كَانَ يَصْبِغُ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي صَبْغِ الشَّعْرِ بِالسَّوَادِ: لَمْ أَسْمَعْ فِي ذَلِكَ شَيْئًا مَعْلُومًا، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الصَّبْغِ أَحَبُّ إِلَيَّ. قَالَ: وَتَرَكَ الصَّبْغَ كُلَّهُ وَاسْبِغْ إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَيْسَ عَلَى النَّاسِ فِي ذَلِكَ ضَيْقٌ.

قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ بَيَانُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَصْبِغْ، وَلَوْ صَبَّغَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَأَرْسَلَتْ بِذَلِكَ عَائِشَةُ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْأَسْوَدِ.

الشرح: قوله: «أن عبد الرحمن بن الأسود كان أبيض الرأس واللحية» يريد من الشيب.

٤٠٢ كتاب الجامع

وقوله: «فعدا عليهم وقد حمهما» يريد خضبهما بالحمرة، فاستحسن القوم ذلك فيه، وفضلوه على البياض، فأعلمهم عبد الرحمن أن عائشة زوج النبي ﷺ أقسمت عليه ليصبغن، وأخبرته أن أبا بكر الصديق كان يصبغ.

وذلك أنه روى عن أبي بكر أنه خضب بالحناء والكتم. وكذلك روى عن عثمان ابن عفان وأنس بن مالك وجماعة، وهذا يدل على أن النبي ﷺ لم يخضب، ولو خضب كان تعلقها بفعله آيين وأوضح من تعلقها بفعل أبيها رضى الله عنها، وإنما ذكرت له عائشة في ذلك أفضل ما علمته وندبته إلى اتباعه.

وقد قال مالك، رحمه الله، في غير الموطأ: لم يصبغ رسول الله ﷺ ولا عمر بن الخطاب، ولا علي بن أبي طالب، ولا أبي بن كعب، ولا السائب بن يزيد، ولا سعيد ابن المسيب، ولا ابن شهاب.

وقال عثمان بن موهب: رأيت شعر النبي ﷺ أخرجه إلى أم سلمة مخضوبًا بالحناء والكتم.

وقيل لمحمد بن علي: أكان علي يخضب؟ قال: قد خضب من هو خبير منه رسول الله ﷺ، فيحتمل والله أعلم، أن يزيد بهذه الآثار أنه كان يجعل من ذلك في شعره بما يحسنه ويلينه دون أن يكون شعره يحتاج إلى ذلك لبياض.

ومعنى الآثار التي نفت الخضاب إنه لم يكن شعره أبيض يغيره الخضاب، فلم يكن يجعل من ذلك ما يجعله على وجه الخضاب الذي يغير البياض.

وقد قال عبدالله بن همام: قلت لأبي الدرداء: أكان رسول الله ﷺ يخضب؟ فقال: يا ابن أخي، ما بلغ منه الشيب بالخضب، ولكنه كان منه شاهنا شعرات بيض، وكان يغسلها بالحناء والسدر.

فصل: وقول مالك رحمه الله في صبغ الشعر بالسواد: «لم أسمع فيه شيئًا معلومًا» وروى عنه أشهب في العتبية: ما علمت أن فيه النهى، وغير ذلك من الصبغ أحب إلي، يريد أنه صبغ لم يستعمله النبي ﷺ في شعره.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال في أبي قحافة: «غيره وجنبوه السواد» والحديث ليس بثابت. ورواه ليث بن أبي سليم، وقد خضب بالسواد من الصحابة عقبة بن عامر والحسن والحسين وخضب به محمد بن علي بن أبي طالب وجماعة من التابعين، والأول أكثر والله أعلم.

كتاب الجامع ٤٠٣

فصل: وقول مالك: «وتترك الصبغ كله واسع» يريد أن الصبغ ليس بأمر لازم، وقد ترك الصبغ جماعة من الصحابة منهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعلى بن أبى طالب.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: وذلك عندى ينصرف إلى وجهين، أحدهما: أن يكون أمرًا معتادًا يولد الإنسان فيسوغ له ذلك، فإن الخروج عن الأمر المعتاد ويستقبح، والثانى: أن من الناس من يجمل شبيهه فيكون ذلك أليق به من الصبغ، ومن الناس من لا يجمل شبيهه، ويستشنع منظره، فكان الصبغ أجمل به، والله أعلم.

وسئل مالك عن نتف الشيب، فقال: ما علمته حرامًا، وتركه أحب إلى. وقال ابن القاسم: ما أحب نتفه، وأكره أن يقرض من أصله، وهو يشبه عندى النتف.

* * *

مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنَ التَّعَوُّدِ

١٧١٥ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ قَالَ: بَلَّغَنِي أَنَّ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: إِنِّي أُرَوِّعُ فِي مَنَامِي؟ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قُلْ أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّةِ مِنْ غَضَبِهِ، وَعِقَابِهِ، وَشَرِّ عِبَادِهِ، وَمِنْ هَمَزَاتِ الشَّيَاطِينِ، وَأَنْ يَحْضُرُونِ».

١٧١٦ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: «أُسْرِيَ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَرَأَى عَفْرِيَّتًا مِنَ الْجَنِّ يَطْلُبُهُ بِشُعْلَةٍ مِنْ نَارٍ، كَلَّمَا التَّفَتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَأَاهُ، فَقَالَ لَهُ جِبْرِيلُ: أَفَلَا أَعَلَمْتَ كَلِمَاتِ تَقُولُهُنَّ، إِذَا قُلْتَهُنَّ طَفِئَتْ شُعْلَتُهُ، وَخَرَّ لِقَبِيهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: بَلَى، فَقَالَ جِبْرِيلُ: فَقُلْ: أَعُوذُ بِوَجْهِ اللَّهِ الْكَرِيمِ وَبِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّةِ اللَّاتِي لَا يُجَاوِزُهُنَّ بَرٌّ وَلَا فَاجِرٌ، مِنْ شَرِّ مَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ، وَشَرِّ مَا يَعْرُجُ فِيهَا، وَشَرِّ مَا ذَرَأَ فِي الْأَرْضِ، وَشَرِّ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، وَمِنْ فِتَنِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، وَمِنْ طَوَارِقِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ إِلَّا طَارِقًا يَطْرُقُ بِخَيْرٍ يَا رَحْمَنُ».

١٧١٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٧٦، وأخرجه الطبرانى ٥٠٧/١ برقم ٩٣٥ عن أبى أمامة عن خالد بن الوليد. ذكره فى الكنز برقم ٢٨٣٩٥ وعزاه للبيهقى وابن عساكر عن أبى العالية أن خالدًا. وذكره فى الترغيب ٤٥٦/٢ وعزاه للطبرانى فى الأوسط.

١٧١٦ - أخرجه أحمد ٤١٩/٣ عن عبدالله بن حنبل. ابن أبى حاتم فى العلل بنحوه برقم ٢٠٨٦، ١٩٩/٢ عن خالد بن الوليد. البيهقى فى الدلائل ٦٠/١.

٤٠٤ كتاب الجامع

الشرح: قوله ﷺ: «قل أعوذ بكلمات الله التامة» وصفها بالتمام على الإطلاق،
يحتمل والله أعلم، أن يريد به أنه لا يدخلها نقص، وإن كان كلمات غيره يدخلها
النقص، يحتمل أن يريد بذلك الفاضلة، يقال فلان تام وكامل، أى فاضل، ويحتمل أن
يريد به الثابت حكمها، قال الله عز وجل: ﴿وَوَقَّمتَ كَلِمَةَ رَبِّكَ الْحَسَنَى عَلَى بَنِي
إِسْرَائِيلَ بِمَا صَبَرُوا﴾ [الأعراف: ١٣٧].

فصل: وقوله ﷺ: «من غضبه». قال القاضى أبو بكر: غضب البارى تعالى، إرادته
عقوبة من غضب عليه.

وقوله ﷺ: «وعقابه» راجع إلى معنى واحد.

وقوله ﷺ: «وشر عبادته» يحتمل أن يريد به أن شر عذابه ما كان فى الآخرة على
وجه الانتقام والغضب، وما كان فى الدنيا من الأمراض والآلام على سبيل التكفير لا
يوصف بذلك، ويحتمل أن يريد به أن عذابه كله مما يوصف بالشر، وإن ما كان فى
الدنيا من الأمراض والآلام مما يكفر به الخطايا لا يوصف بأنه عذاب.

فصل: قوله ﷺ: «ومن همزات الشياطين وأن يحضرون» قال قوم معناه: أن تصيبنى
بشر.

وقوله ﷺ: «وأن يحضرون» من قولهم: موضع محتضر يصاب الناس فيه، ويحتمل أن
يريد، وأن يحضرون، أن يكونوا مع دعائى فى إبعادهم عنه، ويحتمل أن يكون معناه،
ممنوع، أى به من يمنعه ويضر بمن يكون فيه.

وسئل مالك عن له لم، فقبل له: إن شئت أن تقتل صاحبك، فقال: لا علم لى
بهذا، وهذا من الطب، قال: وكان معدن لا يزال يصاب فيه إنسان من قبل الجن،
فشكوا ذلك إلى زيد بن أسلم، فأمرهم بالأذان، يؤذى كل إنسان ويرفعون أصواتهم،
فقلعوا، فانقطع ذلك عنهم.

فصل: وقوله للنبي ﷺ: «قل أعوذ بوجه الله الكريم» قال القاضى أبو بكر: معنى
ذلك صفة من صفات البارى تعالى أمر رسول الله ﷺ أن يتعوذ بها. وقال أبو الحسن
المحاربى: أعوذ بوجه الله، أعوذ بالله.

وقوله: «الكريم» يحتمل والله أعلم، أن يكون صفة للوجه، ويحتمل أن يكون صفة
لله تعالى من جهة اللفظ. وأما من جهة المعنى، فعلى ما تقدم ذكره، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ الَّتِي لَا يَجَاوِزُهَا بَرٌّ وَلَا فَاجِرٌ» يحتمل أن يريد والله أعلم، لا يجاوزها في التمام، أى لا يزيد عليها، ويحتمل أن يريد به أنه لا ينتهى علم أحد إلى ما يزيد عليها، والبر من كان ذا بر من الإنس وغيرهم، والفاجر من كان ذا فجور، والله أعلم.

فصل: وقوله: «من شر ما ينزل من السماء وشر ما يعرج فيها» يحتمل والله أعلم، من كل شيء ينزل من السماء، فيصيب أهل الأرض أو يعرج به إليها، يريد يعرج بسببه، فيعاقب أهل الأرض أو بعضهم من أجله بالشر.

وقوله: «وشر ما ذرأ من الأرض» يريد والله أعلم، ما خلقه على ظهر الأرض، وشر ما يخرج منها مما خلفه في باطنها، ثم يخرج منها ليصيب به من يشاء من عباده.

وقوله: «ومن فتن الليل والنهار» يحتمل أن يريد التى تصيب فى الليل والنهار، أو تخلق فى الليل والنهار، ويحتمل أن يريد به الفتن التى سببها الليل والنهار مما يستعين أهل الفتن عليها بالليل، فيستترون بها، ويتوصلون فيه إليها، وكذلك النهار.

وقوله: «ومن طوارق الليل والنهار» الطارق ما جاء ليلاً، ووصف ما يأتى طارقاً على سبيل الاتباع ولما كان الطارق يأتى بالشر، ويأتى بالخير استثنى الطارق الذى يأتى بالخير، فإنه رغب فى إتيانه، ولم يستعد منه.

مسألة: وفى العتبية عن مالك وسئل عن هذا الحديث فى التعود، أيقال ذلك ثلاثاً، فقال: ما سمعت إلا كذا وثلاث أفضل.

١٧١٧ - مَالِكُ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَسْلَمَ قَالَ: مَا نِمْتُ هَذِهِ اللَّيْلَةَ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مِنْ أَيِّ شَيْءٍ فَقَالَ: لَدَغْتَنِي عَقْرَبٌ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمَا إِنَّكَ لَوْ قُلْتَ حِينَ أُمْسَيْتَ: أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ لَمْ تَضُرَّكَ».

١٧١٧ - أخرجه مسلم فى الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار ٢٧٠٩، أخرجه أحمد فى باقى مسند المكثريين ٧٨٣٨، ٨٦٦٣.

قال ابن عبد البر: وروى ابن وهب هذا الحديث عن مالك بإسناده - مثله، إلا أنه قال فى آخر: لم يضره شيء. قال ابن وهب: وحدثني سعيد بن عبد الرحمن الجمحي، عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن رسول الله ﷺ بنحو ذلك. قال: وقال سهيل: فوالله لربما قلتها فضربتني، فما يعنى ذلك من حضور العشاء. قال سعيد: وبلغنى أنه من قال حين يمسي: سلام على نوح فى العالمين لم تلدغه عقرب. انظر: التمهيد ٢٠٧/١٠.

١٧١٨ - مَالِك، عَنْ سُمَيِّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ، عَنِ الْقَعْقَاعِ بْنِ حَكِيمٍ أَنَّ كَعْبَ الْأَحْبَارِ، قَالَ: لَوْلَا كَلِمَاتٌ أَقُولُهُنَّ لَجَعَلْتَنِي يَهُودًا حِمَارًا فَقِيلَ لَهُ: وَمَا هُنَّ؟ فَقَالَ: أَعُوذُ بِوَجْهِ اللَّهِ الْعَظِيمِ الَّذِي لَيْسَ شَيْءٌ أَعْظَمَ مِنْهُ، وَبِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ الَّتِي لَا يُجَاوِزُهُنَّ بَرٌّ وَلَا فَاجِرٌ، وَبِأَسْمَاءِ اللَّهِ الْحُسْنَى كُلِّهَا، مَا عَلِمْتُ مِنْهَا وَمَا لَمْ أَعْلَمْ، مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ وَذَرَأَ وَبَرَأَ.

الشرح: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «لو قلت: أعوذ بكلمات الله التامات من شر ما خلق لم يضرك» يحتمل والله أعلم، أنه اختصر اللفظ وجمع المعنى، لما اعتقد أنه ربما لم يضبط ذلك إذا بسطه، وبسط جبريل عليه السلام للنبي ﷺ القول حين علمه ذلك الدعاء أوعب ألفاظه، لما كان عليه من الحفظ، واستعمال أكثر الذكر وأفضله، فإن ما زاد فيه إنما هو ذكر الله تعالى، وتكرير للدعاء، وكل ذلك حسن مرغّب فيه.

فصل: وقول كعب الأحبار: «لولا كلمات أقولهن لجعلتني يهود حماراً» يحتمل أن يريد به والله أعلم، لبلدتي وأضلنتني عن رشدي حتى أكون كالحمار الذي لا يفقه شيئاً ولا يفهمه، وبه يضرب المثل في البلادة، وقلة المعرفة.

وقوله: «وبأسماء الله الحسنى» يحتمل أن يشير إلى قوله تبارك وتعالى: ﴿وَاللَّهُ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى فَادْعُوهُ بِهَا﴾ [الأعراف: ١٨٠].

وقوله: «ما علمت منها وما لم أعلم» هذا إنما ورد في قول كعب الأحبار، فيحتمل أن يعتقد أن من أسماء الله عز وجل ما لا يعرفه هو، وإن عرفه غيره من الناس، ويحتمل أن يريد به إن فيها ما لا يعرفه أحد.

وقد روى عن النبي ﷺ: «إن لله تسعة وتسعين اسماً إلا واحداً، من أحصاها دخل الجنة» وهذا يقتضى أنها مما يكمن أن يحصى، ويعلم وهو الأظهر، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِي الْمُتَحَابِّينَ فِي اللَّهِ تَعَالَى

١٧١٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَعْمَرٍ، عَنْ أَبِي الْحَبَابِ

١٧١٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٧٧٩.

١٧١٩ - أخرجه مسلم في البر والصلة والآداب ٢٥٦٦، أحمد في باقى مسند المكثرين ٧١٩٠،

٨٢٥٠، ٨٦١٤، ١٠٥٢٧، الدارمى فى الرقاق ٢٧٥٧.

سَعِيدُ بْنُ يَسَارٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: أَيْنَ الْمُتَحَابُّونَ لِجَلَالِي، الْيَوْمَ أَظْلَهُمْ فِي ظِلِّي يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلِّي».

١٧٢٠ - مَالِكٌ، عَنْ حَبِيبِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ حَفْصِ بْنِ عَاصِمٍ، عَنْ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ - أَوْ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ، إِمَامٌ عَادِلٌ^(١)، وَشَابٌّ نَشَأَ فِي عِبَادَةِ اللَّهِ، وَرَجُلٌ قَلْبُهُ مُعَلَّقٌ بِالْمَسْجِدِ إِذَا خَرَجَ مِنْهُ حَتَّى يَعُودَ إِلَيْهِ، وَرَجُلَانِ تَحَابَّا فِي اللَّهِ اجْتَمَعَا عَلَى ذَلِكَ وَتَفَرَّقَا، وَرَجُلٌ ذَكَرَ اللَّهَ خَالِيًا، فَفَاضَتْ عَيْنَاهُ، وَرَجُلٌ دَعَتْهُ ذَاتُ حَسَبٍ وَجَمَالٍ، فَقَالَ: إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ، وَرَجُلٌ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ، فَأَخْفَاهَا حَتَّى لَا تَعْلَمَ شِمَالُهُ مَا تُنْفِقُ يَمِينُهُ».

الشرح: قوله ﷺ: «يقول الله تبارك وتعالى: أين المتحابين لجلالي» يريد والله أعلم لعظمته وعلو شأنه وتحابهم بذلك إنما هو أن يجب كل واحد منهم الآخر لطاعة الله عز وجل، وإيمانه به وامتناله أوامره وانتهائه عما نهاه عنه، فهذان هما المتحابان سى الله تبارك وتعالى.

فصل: وقوله عز وجل اليوم: «أظلمهم في ظلي يوم لا ظل إلا ظلي» يحتمل أن يريد

١٧٢٠ - أخرجه البخارى فى الأذان ٦٦٠، مسلم فى الزكاة ١٠٣١، الترمذى فى الزهد ٢٣٩١، النسائى فى الزينة ٥٣٧٨، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٩٣٧٣. ذكره بالكنتز برقم ٤٣٥٦٢ وعزاه لابن عساکر عن أبى هريرة، البغوى فى شرح السنة ٣٥٤/٢ عن أبى هريرة، ابن خزيمة برقم ٣٥٨، ١٨٦/١ عن أبى هريرة.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا فى رواية يحيى، وأكثر رواة الموطأ فى هذا الحديث: «إمام عادل»، وقد رواه بعضهم: «عدل» وهو المختار عند أهل اللغة، يقال: رجل عدل، ورجال عدل، وامرأة عدل، وكذلك رضا سواء، قال زهير: فهم رضا وهم عدل، ويجوز عادل على اسم الفاعل، يقال: عدل فهو عادل، كما يقال: ضرب فهو ضارب، إلا أن للعادل فى اللغة معانى مختلفة، منها العدول عن الحق، ومنها الإشراك بالله عز وجل، وليس هذان المعنيان من هذا الحديث فى شىء، ومن الشاهد على أنه يقال لفاعل العدل: عادل قول الشاعر:

ومن كان فى إخوانه غير عادل
فما أحد فى العدل منه بطامع

انظر: التمهيد ٢١٥/١٠.

٤٠٨ كتاب الجامع

والله أعلم، أن الناس يضجون يوم القيامة، وتدنو الشمس منهم فيشتد عليهم الحر، ولا ظل ذلك اليوم إلا ظله عز وجل، فمن أظله ذلك اليوم، فقد رحمه الله وفاز. وقال عيسى بن دينار: يقول أكنه المكاره كلها وأكنفه في كنفى وأكرمه، ولم يرد بهذا شيئاً من الظل ولا الشمس، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول النبي ﷺ سبعة: «يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله» على ما تقدم «إمام عادل» وظاهره أنه أراد به إمام المسلمين، ومن جرى مجراه من أئمة العدل والحاكمين بالعدل.

وقوله ﷺ: «وشاب نشأ في عبادة الله تعالى» يحتمل والله أعلم، أن يريد به أنه أقل ذنوباً وأكثر حسنات ممن نشأ في غير عبادة الله عز وجل، ثم عبده في آخر عمره وعند شيخه.

وقوله ﷺ: «ورجل قلبه معلق بالمسجد إذا خرج منه حتى يعود إليه» معناه والله أعلم، ينوى الرجوع إليه، ويرتقب وقت توجهه نحوه، فهذا مما يستديم الحسنات لأن من نوى حسنة، فلم يعملها كتبت له حسنة، وإن عملها كتبت له عشرًا.

وقوله ﷺ: «ورجلان تحابا في الله اجتمعا على ذلك وتفرقا على ما تقدم. قال مالك: الحب في الله، والبغض في الله من الفرائض.

واجتماعهما على معنى أنهما يجتمعان بسبب تحابهما في الله، ويفترقان على ذلك، يحتمل والله أعلم، أن يريد به ثبوت محبتهما حين الاجتماع والافتراق، ويحتمل أن يريد به أنهما يفترقان من أجل ذلك؛ لينفرد كل واحد منهما بعمل صالح يكون الانفراد به أفضل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «ورجل ذكر الله خالياً ففاضت عيناه» خص النبي ﷺ الخالي بذلك، فإنه أبعد من الرياء والسمعة وطلب الذكر، فما كان في حال الخلوة من ذكر الله عز وجل، واستشعار خشيته حتى تفيض عيناه، فإنه خالص لله تعالى لا يشوبه غيره.

فصل: وقوله ﷺ: «ورجل دعته ذات حسب وجمال» يريد والله أعلم دعته إلى نفسها، ويحتمل أن يريد على وجه النكاح، ويعرف أنه لا يقوم بما يجب لها، ويحتمل أن تدعوه إلى غير ذلك مما لا يحل، فيمتنع منه، وخص ﷺ ذات الشرف والجمال؛ لأن الناس فيمن اجتمعت لها هاتان الصفتان أرغب وعليها أحرص.

فإذا قال: «إني أخاف الله» كان امتناعه لمخافة الله عز وجل وإشاراً لما عند الله تعالى، ويحتمل أن يريد بقوله ﷺ: «قال إني أخاف الله» أنه قال لها ذلك ورجعها به، وأظهر لها وجه امتناعه عليها، ويحتمل أن يريد به أنه قال ذلك في نفسه، فمنع نفسه بذلك عما دعت إليه، والله أعلم.

١٧٢١ - مَالِك، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا أَحَبَّ اللَّهُ الْعَبْدَ، قَالَ لِجِبْرِيلَ: قَدْ أَحْبَبْتُ فَلَانًا، فَأَحْبِبْهُ، فَيَحْبِبُهُ جِبْرِيلُ، ثُمَّ يُنَادِي فِي أَهْلِ السَّمَاءِ: إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَحَبَّ فَلَانًا فَأَحْبِبُوهُ، فَيَحْبِبُهُ أَهْلُ السَّمَاءِ، ثُمَّ يُوضَعُ لَهُ الْقَبُولُ فِي الْأَرْضِ، وَإِذَا أَبْغَضَ اللَّهُ الْعَبْدَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَحْسِبُهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: فِي الْبُغْضِ مِثْلَ ذَلِكَ.

الشرح: قوله ﷺ: «إذا أحب الله العبد» قال القاضي أبو بكر: محبة الله تعالى للعبد، معناها أن يريد إثابته.

وقوله لجبريل عليه السلام: «قد أحببت فلاناً فأحبه» يحتمل والله أعلم، أن يكون ذلك على معنى أن يكونان متحابين في الله، فإن جبريل يحبه الله، وذلك الرجل يحب الملائكة، وأهل الطاعة أجمعين وأهل الكفر يعادون جبريل عليه السلام قال الله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ فَإِنَّ اللَّهَ عَدُوٌّ لِلْكَافِرِينَ﴾ [البقرة: ٩٨].

فصل: وقوله ﷺ: «ثم ينادى في أهل السماء» يحتمل أن يريد أن جبريل ينادى في أهل السماء، ويحتمل أن الله تبارك وتعالى يقول ذلك لأهل السماء كما يقوله لجبريل، أو يأمر من ينادى فيهم بذلك، فيحبه أهل السماء لذلك، كما يحبه جبريل، فيصير بذلك العبد مع أهل السماء من المتحابين لله عز وجل.

١٧٢١ - أخرجه أحمد ٢٦٣/٥ عن أبي أمامة. عبدالرزاق في المصنف ١٩٦٧٣، ٤٥٠/١٠ عن أبي هريرة. ذكره في الكنز ٢٩١٢ وعزاه السيوطي للترمذي عن أبي هريرة. قال ابن عبد البر: ولم يختلف الرواة - فيما علمت - عن مالك في هذا الحديث، وقد رواه عن سهيل جماعة، فبعضهم لم يشكوا وقطعوا في البغض بمثل ذلك؛ ومن رواه كذلك عن سهيل - بإسناده هذا وذكر البغض من غير شك - معمر، وعبدالعزیز بن المختار، وحماد بن سلمة؛ قالوا في آخره: وإذا أبغض بمثل ذلك - ولم يشكوا. ورواه ابن أبي سلمة عن سهيل، فلم يذكر البغض أصلاً. انظر: التمهيد ٢١٩/١٠.

٤١٠ كتاب الجامع

فصل: وقوله ﷺ: «ثم يوضع له القبول في الأرض» يريد المحبة في الناس يقال فلان منح من فلان قبولاً، أى رزق منه محبة. وقد قيل فى قول الله عز وجل: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَيَجْعَلُ لَهُمُ الرَّحْمَنُ وُدًّا﴾ [مريم: ٩٦].

وروى عن عبدالله بن عباس أن قال: يحبهم ويحبهم للناس. ويحقق ذلك أن الود المحبة، لكن ابن عباس فسر تلك المحبة بمحبة الله عز وجل ومحبة العباد لأنها المحبة التي يتتبع بها، ويمكن أن يمتن البارى تعالى على عباده الذين آمنوا وعملوا الصالحات بها.

فصل: وقوله: «وإذا أبغض الله العبد» قال مالك: «لا أحسبه إلا أنه قال فى البغض مثل ذلك». قال القاضى أبو بكر: معنى بغض الله تعالى للعبد أنه أراد عقوبته، وظن مالك أنه قال فى البغض على حسب ما تقدم، من أنه يقول تعالى لجبريل عليه السلام: إني أبغضت فلاناً فأبغضه، فيبغضه جبريل، ثم ينادى فى أهل السماء إن الله يبغض فلاناً فأبغضوه، ثم يوضع له فى الأرض الكراهية والاجتناب فى نفوس الناس.

ولم يتحققه مالك، رحمه الله، تحققه لما تقدم، فلذلك أخبر بما علم، وتوقف فيما سواه، فاقضى الحديث أن اتفاق أهل الأرض على محبة الرجل دليل على فضل ما له عند الله تعالى وبغضهم له على حسب ذلك والله أعلم، وإنما يراد بأهل الأرض من عرفه منهم دون من لم يعرفه، ولم يسمع به.

١٧٢٢ - مَالِك، عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ أَبِي إِدْرِيسَ الْخَوْلَانِيِّ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلْتُ مَسْجِدَ دِمَشْقَ، فَإِذَا فَتَى شَابٌّ بَرَّاقٌ الثَّنَائِيَا، وَإِذَا النَّاسُ مَعَهُ إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَسْتَدُوا إِلَيْهِ، وَصَدَرُوا عَنْ قَوْلِهِ، فَسَأَلْتُ عَنْهُ، فَقِيلَ، هَذَا مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ، فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ، هَجَرْتُ، فَوَجَدْتُهُ قَدْ سَبَقَنِي بِالتَّهْجِيرِ، وَوَجَدْتُهُ يُصَلِّي، قَالَ: فَانْتَظَرْتُهُ حَتَّى قَضَى صَلَاتَهُ، ثُمَّ جِئْتُهُ مِنْ قِبَلِ وَجْهِهِ، فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ، ثُمَّ قُلْتُ: وَاللَّهِ إِنِّي لِأَجِبُكَ لِلَّهِ، فَقَالَ: أَللَّهِ؟ فَقُلْتُ: أَللَّهِ، فَقَالَ: أَللَّهِ؟ فَقُلْتُ: أَللَّهِ، فَقَالَ: أَللَّهِ؟

١٧٢٢ - أخرجه أحمد فى مسند الأنصار ٢١٥٢٥، ٢١٦٢٦.

قال ابن عبد البر: وفى هذا الحديث لقاء أبى إدريس الخولانى لمعاذ بن جبل وسماعه منه، وهو إسناد صحيح؛ ولكن لقاء أبى إدريس هذا لمعاذ بن جبل مختلف فيه، فطائفة تنفيه، وطائفة لا تنكره من أجل هذا الحديث وغيره. انظر: التمهيد ٢٢٢/١٠.

فَقُلْتُ: أَللَّهُ، قَالَ: فَأَخَذَ بِحُبُوبَةِ رِدَائِي، فَجَبَّنِي إِلَيْهِ، وَقَالَ: أَبْشِيرْ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: وَجَبْتُ مَحَبَّتِي لِلْمُتَحَابِّينَ فِيَّ، وَالْمُتَحَابِّينَ فِيَّ، وَالْمُتَزَاوِرِينَ فِيَّ، وَالْمُتَبَاذِلِينَ فِيَّ».

الشرح: قول أبي إدريس الخولاني: «لِإِذَا لَمِنِي شَابُ بَرَاقِ الشَّيَا» قال عيسى بن دينار: يريد أبيض الثغر حسنه، وقيل معناه كثير التبسم طلق الوجه، والأول أظهر.

وقوله: «وَإِذَا النَّاسُ مَعَهُ إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَسْنَدُوا إِلَيْهِ» يريد والله أعلم، ردوا إليه النظر فيه، والتحكيم له في تصحيحه ما رآه من أقوالهم، ورد ما يرى رده، فيصدرون عن قوله، يريد يصدرون عن ذلك الاختلاف إلى الاتفاق على اتباع قوله.

فصل: وقوله: «فَسَأَلْتُ عَنْهُ فَقِيلَ هَذَا مَعَاذُ بَنِ جَبَلٍ» قال أحمد بن خالد: وهم أبو حازم في هذا القول، وإنما هو عبادة بن الصامت، رواه شعبة عن يعلى بن عطاء، سمعت الوليد بن عبد الرحمن يحدث عن أبي إدريس الخولاني، لقيت عبادة بن الصامت، وذكر الحديث الذي ذكره أبو حازم عن أبي إدريس عن معاذ بن جبل.

ويدل على صحة هذا ما رواه ابن عيينة عن الزهري عن أبي إدريس الخولاني، أدركت عبادة بن الصامت وأبا الدرداء وشداد بن أوس وفاتني معاذ بن جبل.

وقد قال الوليد بن مسلم: أدرك أبو إدريس معاذ بن جبل، وهو ابن عشر سنين. وقال جماعة من أهل هذا الشأن: ولد أبو إدريس عام حنين، وتوفي معاذ بن جبل في طاعون عمواس، وكان سنة ثمان عشرة، فعلى هذا يحتمل أن يكون سمع هذا الحديث خاصة.

ومعنى قوله في رواية الزهري: فاتني معاذ بن جبل، فاتته صحبته، وأن يأخذ عنه الكثير كما صحب وأخذ الكثير عن عبادة بن الصامت وأبي الدرداء وشداد بن أوس، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فَهَجَرْتُ إِلَى الْمَسْجِدِ، فَوَجَدْتَهُ قَدْ سَبَقَنِي بِالْتَهْجِيرِ، وَوَجَدْتَهُ يَصَلِي» يقتضى أن ذلك الوقت كان مما يصلون فيه النوافل ويقصدونه بذلك. وقد قال مالك: ومعنى ذلك أنه وقت يعد عن صلاة فرض قبله، ووقت نوم الناس غالباً كالمسجد، وأيضاً، فإنه وقت ليس بين الصلاة التي قبله والصلاة التي بعده اشتراك في الوقت، فاستحب فيه التنفل.

٤١٢ كتاب الجامع

فصل: وقوله: «فقلت: والله إنى لأحبك لله قال: آله؟ فقلت: آله» دليل على أن الإيمان كانت تجرى على ألسنتهم على معنى تحقيق الخبر، ويؤكد بتكرارها واستدعاء تأكيدها والله أعلم.

وقوله: «فأخذ بحجوة ردائي» يريد بما يحتبى به من الرداء، وهو طرفاه، «وجيدنى إلى نفسه»، على معنى التقريب له والتأنيس وإظهار القبول لما أخبر وتبشيره بما قاله النبي ﷺ لمن فعل ذلك، فقال له: «أبشر» يريد بما أنت عليه، «فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: قال الله عز وجل» على معنى إضافة ما يبشره به إلى خبر النبي ﷺ، وتثق نفسه به، فتأكد بصيرته ومذهبه فى ذلك.

فصل: وقوله عز وجل: «وجبت محبتي» يريد ثبتت إرادتى لهم الثواب الجزيل للمتحابين والمتجالسين فى» يريد أن يكون جلوسهم فى ذات الله عز وجل من التعاون على ذكر الله تعالى، وإقامة حدوده والوفاء بعهده، والقيام بأمره وبمحافظة شرائعه، واتباع أوامره واجتناب محارمه.

وقوله تبارك وتعالى «المستزاورين فى» يريد والله أعلم، أن يكون زيارة بعضهم لبعض من أجله، وفى ذاته، وابتغاء مرضاته من محبة لوجهه أو تعاون على طاعته.

وقوله تبارك وتعالى: «والمجاهدين فى» يريد يبذلون أنفسهم فى مرضاته من الاتفاق على جهاد عدوه، وغير ذلك مما أمروا به ويعطيه ماله إن احتاج إليه، والله أعلم وأحكم.

١٧٢٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: الْقَصْدُ وَالتُّؤَدَةُ وَحُسْنُ السَّمْتِ جُزْءٌ مِنْ خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنَ النُّبُوَّةِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «القصده» يريد الاقتصاد فى الأمر وترك الغلو والسرف فيه. وقال عيسى بن دينار: يريد القصد فى النفقة والكسوة، وجميع شأنه. وفى العتبية، قال ابن القاسم: سمعت مالكا يذكر القصد وفضله، قال: وإياك من القصد ما يجب أن يرتفع به، قيل له: لم قال: تعجب وتعجب الناس.

وقوله: «والتؤدة» يريد الرفق والتأني. وقال عيسى بن دينار: حتى يحكم أمره، ثم يدخل فيها بطاعة الله عز وجل.

وقوله: «وحسن السميت» يريد الطريقة والدين، وأصل السميت الطريق.

وقوله: «جزء من خمسة وعشرين جزءًا من النبوة» يريد أن هذه من أخلاق الأنبياء وصفاتهم التي طبعوا عليها وأمروا بها وجبلوا على التزامها ويعتقد أن هذه التجزئة على ما قاله عبدالله بن عباس، ولا يدري وجه ذلك والله أعلم.

وقال عيسى بن دينار: من كان على هذا، وقل كلامه إلا بما يعينه، كان فيه جزء من خمسة وعشرين جزءًا من النبوة.

* * *

مَا جَاءَ فِي الرَّؤْيَا

١٧٢٤ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الرُّؤْيَا الْحَسَنَةُ مِنَ الرَّجُلِ الصَّالِحِ جُزْءٌ مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنَ النَّبُوَّةِ».

١٧٢٥ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِمِثْلِ ذَلِكَ.

١٧٢٤ - أخرجه البخاري في التفسير ٦٩٨٣. مسلم في الرؤيا ٢٢٦٤. الترمذي في الرؤيا ٢٢٧٠، ٢٢٧١، ٢٢٧٢. أبو داود في الأدب ٥٠٨١. ابن ماجه في تفسیر الرؤيا ٣٨٩٣، ٣٨٩٤، ٣٩١٧. أحمد في باقي مسند المكثرين ٧١٢٨، ٧٥٨٦، ٨٣٠١، ٨٦٠١، ٢٧٢١٣، ١٠٢١٢، ١١٨٦٣، ١٢٠٩٩، ١٣٤٣٧. الدارمي في الرؤيا ٢١٣٧.

قال ابن عبد البر: هذا حديث لا يختلف في صحته وروى أيضًا من وجوه كثيرة، عن جماعة من الصحابة، عن النبي ﷺ بألفاظ مختلفة. فمن ذلك حديث أنس عن النبي عليه السلام كما رواه شعبة، عن ثابت عن أنس، عن النبي ﷺ، كما رواه مالك. وقد روى عن أنس، عن عبادة بن الصامت، أن رسول الله ﷺ قال: «رؤيا المؤمن جزء من ستة وأربعين جزءًا من النبوة». انظر: التمهيد ٢٣٠/١٠.

١٧٢٥ - انظر: التحريج السابق.

قال ابن عبد البر: هذا حديث لا يختلف في صحته وروى أيضًا من وجوه كثيرة، عن جماعة من الصحابة، عن النبي ﷺ بألفاظ مختلفة. فمن ذلك حديث أنس عن النبي عليه السلام كما رواه شعبة، عن ثابت عن أنس، عن النبي ﷺ، كما رواه مالك. وقد روى عن أنس، عن عبادة بن الصامت، أن رسول الله ﷺ قال: «رؤيا المؤمن جزء من ستة وأربعين جزءًا من النبوة». انظر: التمهيد ٢٣٠/١٠.

٤١٤ كتاب الجامع

الشرح: قوله ﷺ: «الرؤيا الحسنة» يحتمل والله أعلم، أن يريد به الصادقة، ويحتمل أن يريد المبشرة.

وقوله ﷺ: «من الرجل الصالح جزء من ستة وأربعين جزءاً من النبوة» وصفها بأنها جزء من النبوة لما كان فيها من الإنباء بما يكون فى المستقبل على وجه يصح، ويكون من عند الله عز وجل.

وقد قال جماعة من أهل العلم: إن للرؤيا ملكاً وكل بها يرى الرائي من ذلك ما فيه تنبيه على ما يكون.

وقوله ﷺ: «من ستة وأربعين جزءاً من النبوة» قيل معنى هذه التجزئة أن مدة نبينا ﷺ كانت ثلاثة وعشرين سنة منها ستة أشهر كانت نبوته بالرؤيا.

ولذلك روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: أول ما بدئ به رسول الله ﷺ الرؤيا الصادقة، فكان لا يرى رؤيا إلا جاءت مثل فلق الصبح، وستة أشهر من ثلاث وعشرين سنة، جزء من ستة وأربعين جزءاً من النبوة، وقيل إنها جزء من النبوة على وجه لم يطلع عليه.

وقد روى عن أبى سعيد الخدرى «الرؤيا الصالحة جزء من خمسة وأربعين جزءاً من النبوة».

وروى عبيدالله بن عمر عن نافع عن عبدالله بن عمر أن النبى ﷺ قال: «الرؤيا الصالحة جزء من سبعين جزءاً من النبوة». ومثله روى عكرمة عن عبدالله بن عباس.

فيحتمل أن يكون ذلك اختلافاً من الرواة، وحديث أنس وأبى هريرة أثبت من سائر الأحاديث.

ويحتمل أن يجمع بينهما، فيحمل قوله ﷺ: «جزء من ستة وأربعين جزءاً على الرؤيا الجلية». ويحتمل قوله ﷺ: «جزء من سبعين جزءاً على الرؤيا الخفية».

وقال محمد بن جرير الطبرى: قوله ﷺ: «جزء من ستة وأربعين جزءاً من النبوة» يحتمل أن يريد به ﷺ رؤيا المؤمن.

وقوله ﷺ: «جزء من سبعين جزءاً من النبوة» يحتمل أن يريد به رؤيا الفاسق، ويشهد لهذا التأويل قوله فى حديث أنس وحديث أبى هريرة قوله ﷺ: «الرؤيا الحسنة من الرجل الصالح جزء من ستة وأربعين جزءاً من النبوة» فخص بذلك رؤيا الرجل

الصالح والله أعلم، ويحتمل والله أعلم أن يريد أن الجزء من الستة والأربعين جزءاً من النبوة، هي الرؤيا المبشرة على ما روى في حديث عطاء بعد هذا؛ لكثرة تكرار هذا الصنف من الرؤيا الصادقة.

وأما ما كان من ذلك على سبيل الإنذار والزجر أو غير ذلك من الأنواع، يكون جزءاً من سبعين جزءاً من النبوة لقلّة تكرره، ولما يكون من جنسه من قبل الشيطان تحزيناً وتخويفاً، والله أعلم وأحكم.

١٧٢٦ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنْ زُفَرِ بْنِ صَعْصَعَةَ، عَنْ أَبِيهِ^(١)، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا أَنْصَرَفَ مِنْ صَلَاةِ الْغَدَاةِ يَقُولُ: «هَلْ رَأَى أَحَدٌ مِنْكُمْ اللَّيْلَةَ رُؤْيَا؟ وَيَقُولُ: لَيْسَ يَبْقَى بَعْدِي مِنَ النَّبُوَّةِ إِلَّا الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ».

الشرح: قوله ﷺ: «إذا انصرف من صلاة الغداة يقول هل رأى أحد منكم الليلة رؤيا» يحتمل والله أعلم، أن يرجو بذلك رؤيا مبشرة له ﷺ وللمسلمين، ويستدعى ذلك من عندهم فيما ربما توقف عنه الوحي فيه، ويحتمل أن يريد بذلك تعليمهم العبادة، وتنبههم على فضلها.

ولذلك كان يقول: «ليس يبقى بعدى من النبوة إلا الرؤيا الصالحة» حضاً لهم على تعليمها والاهتبال بها؛ ليبقى لهم بعده جزء من النبوة يدخل عليهم بها مسرة، ويحضهم على مصلحة، ويزجرهم عن معصيته.

مسألة: ولا يعبر الرؤيا إلا من يحسنها وأما من لا يعلم ذلك ولا يحسنها فليترك.

وسئل مالك عن رجل يعبر الرؤيا لكل أحد، قال: أباالنبوة يلعب، قيل له: أفيغيرها على الخير، وهي عنده على الشر، لقول من قال: إن الرؤيا على ما أولت، فقال: لا إن الرؤيا جزء من أجزاء النبوة، أفتلعب بأمر من أمور النبوة.

١٧٢٦ - أخرجه البخارى فى التغيير ٦٩٩٠، الترمذى فى الويا ٢٢٧٠، أبو داود فى الأدب

٥٠١٧، ابن ماجه تعبير الرؤيا ٣٨٩٤ ن ٣٩٢٧، أحمد فى باقى مسند الكثرين ٨١١٤.

(١) قال ابن عبد البر: لا نعلم لزفر بن صعصعة، ولا لأبيه غير هذا الحديث، وهما مدينيان، وهكذا قال يحيى: عن أبيه، وتابعه أكثر الرواة، وهو الصواب، ومنهم من يقول فيه: عن زفر بن صعصعة، عن أبي هريرة، لا يقول: عن أبيه. انظر: التمهيد ٢٣٩/١٠.

٤١٦ كتاب الجامع

وقد قال أبو بكر الصديق رضى الله عنه فى رؤيا عائشة، لما مات رسول الله ﷺ: هذا واحد من أقمارك، وهو خيرهم، وكره أن يتكلم أولا، وإنما ينبغى للعابر إن رأى خيرا أن يذكره، وإن رأى مكروها، قال خيرا أو صمت. وقال جماعة من أهل العلم: معنى قوله: خيرا، أن يقول خيرا لنا وشرا لعدونا.

١٧٢٧ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَنْ يَبْقَى بَعْدِي مِنَ النَّبُوَّةِ إِلَّا الْمُبَشِّرَاتُ، فَقَالُوا: وَمَا الْمُبَشِّرَاتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ، يَرَاهَا الرَّجُلُ الصَّالِحُ، أَوْ تَرَى لَهُ، جُزْءًا مِنْ سِتَّةٍ وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا مِنَ النَّبُوَّةِ».

الشرح: قوله ﷺ: «لَنْ يَبْقَى بَعْدِي مِنَ النَّبُوَّةِ» يريد والله أعلم، أن النبوة الكاملة قد ختمت به، فإذا قبض قبض جميعها، وإن بقى منها جزء من ستة وأربعين جزءا، وهى المبشرات، وذلك الرؤيا الصالحة، ويحتمل أن يريد بها أنها ما يبشر به الرجل الصالح بما يراه هو لنفسه، أو يراه غيره له من صلاح بال، وتخلص من شدة، فيحتمل أن تكون هذه جزءا من ستة وأربعين جزءا من النبوة، وإن كان غيرها من الرؤيا الصادقة تتجزأ على غير هذا التجزى، والله أعلم.

١٧٢٨ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا قَتَادَةَ بْنَ رِبْعِيٍّ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «الرُّؤْيَا الصَّالِحَةُ مِنَ اللَّهِ، وَالْحُلْمُ مِنَ الشَّيْطَانِ، فَإِذَا رَأَى أَحَدُكُمْ الشَّيْءَ يَكْرَهُهُ، فَلْيَنْفُثْ عَنْ يَسَارِهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ إِذَا اسْتَيْقَظَ، وَلْيَتَعَوَّذْ بِاللَّهِ مِنْ شَرِّهَا، فَإِنَّهَا لَنْ تَضُرَّهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ».

١٧٢٧ - أخرجه الترمذى فى الرؤيا ٢٢٧٣، تفسير القرآن ٣١٠٦. أحمد ١٢٩/٦، عن عائشة.

الخطيب فى تاريخه ١١/١٤٠، عن عائشة. وذكره فى الدر المنثور ٣/٣١٢، عن عائشة. وذكره

فى الكنز ٤١٤٢٣ وعزاه السيوطى لأحمد والخطيب، عن عائشة.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث جميع الرواة، عن مالك فيما علمت مراسلا. انظر:

التمهيد ١٠/٢٤٠.

١٧٢٨ - أخرجه البخارى فى بدء الخلق ٣٢٩٢، مسلم فى الرؤيا ٢٢٦١، الترمذى فى الرؤيا

٢٢٧٧، أبو داود فى الأدب ٥٠٢١، ابن ماجه فى تغيير الرؤيا ٣٩٠٩، أحمد فى باقى مسند

الأنصار ٢٢٠١٩، ٢٢٠٥٨، ٢٢٠٨٧، ٢٢١٢٩، الدارمى فى الرؤيا ٢١٤١، ٢١٤٢.

كتاب الجامع ٤١٧

قَالَ أَبُو سَلَمَةَ: إِنَّ كُنْتُ لَأَرَى الرَّؤْيَا هِيَ أَنْتَقَلَ عَلَيَّ مِنَ الْجَبَلِ، فَلَمَّا سَمِعْتُ هَذَا الْحَدِيثَ، فَمَا كُنْتُ أَبَالِيهَا.

الشرح: قوله عليه السلام: «الرؤيا الصالحة» يحتمل والله أعلم، أن يريد به المبشرة، ويحتمل أن يريد به الصادقة من الله تعالى، «والحلم» يحتمل أن يريد به ما يحزن، ويحتمل أن يريد به الكاذبة من الشيطان، معناه أنه يخيل بها لغيره أو ليحزن، فالرؤيا من الله تعالى، والحلم من الشيطان. قال عيسى بن دينار: الرؤيا هي رؤية ما يتأول على الخير، والأمر الذي يسر به، والحلم هو الأمر الفظيع المجهول يريه الشيطان للمؤمن ليحزنه وليكدر عيشه.

فصل: وقوله عليه السلام: «فإذا رأى أحدكم الشيء يكرهه» يحتمل أن يريد به يخيفه ويحزنه، «فلينفث عن يساره»، وليتعوذ بالله من شرها، فإنها لن تضره إن شاء الله تعالى، جعل هذا ما يدفع به مضرة الشيطان وحزنه، وذلك يكون لأن المؤمن الواثق بفضل الله عز وجل إذا فعل هذا زال عنه شغل البال بها، ورجع إلى التوكل على الله عز وجل.

ويحتمل أن يريد بذلك أن الله جل ذكره قد قدر أنه إذا فعل هذا، وتعوذ بالله أنه لا يصيبه شيء مما رآه في منامه، وأنه إن ترك ذلك ولها عنه، أصابه ما رآه في منامه كما قدر أن الداعي إذا دعا صرف عنه البلاء، وأنه لو لم يدع لتزل به ذلك البلاء.

قال عيسى بن دينار في العتبية عن ابن وهب: إن من رأى ذلك نفث عن يساره ثلاثاً، ثم يقول: أعوذ بمن استعاذت به ملائكته ورسله من شر ما رأيت في منامي هذا، أن يصيبني منه شيء أكرهه، ثم يتحول إلى جانبه الآخر.

١٧٢٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ: ﴿لَهُمُ الْبَشَرَى فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ﴾ [يونس: ٦٤] قَالَ: هِيَ الرَّؤْيَا الصَّالِحَةُ يَرَاهَا الرَّجُلُ الصَّالِحُ أَوْ تُرَى لَهُ.

الشرح: قوله: «في معنى هذه الآية: ﴿لَهُمُ الْبَشَرَى فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ [يونس: ٦٤]، أنه ما يراه الرجل الصالح أو يرى له من المقام الصالح، يريد المبشر له، فهذا عنده معنى البشري في الحياة الدنيا لمن عدم النبوة أو من مقتضى البشري، وأما في

٤١٨ كتاب الجامع
الآخرة، فما تلقاه الملائكة عند شدائد القيامة من التأنيس لهم والبشارة، قال الله عز وجل: ﴿وَتِلْقَاهُمُ الْمَلَائِكَةُ هَذَا يَوْمُكُمْ الَّذِي كُنْتُمْ تُوعَدُونَ﴾ [الأنبياء: ١٠٣].

* * *

مَا جَاءَ فِي النَّرْدِ

١٧٣٠ - مَالِك، عَنْ مُوسَى بْنِ مَيْسَرَةَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي هِنْدٍ، عَنْ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ».

الشرح: قوله ﷺ: «من لعب بالنرد» النرد نوع من اللعب مثله شاغل.

وقوله ﷺ: «فقد عصى الله» أخبر أن من لعب بها عاص لله عز وجل، وذلك يقتضى النهى عن اللعب، وهذا عام فى اللعب بها على أى وجه كان، من قمار أو غيره، ولا يجوز عند مالك اللعب بالنرد ولا بالشطرنج، حكاه أبو محمد.

زاد الشيخ أبو محمد: كره مالك كل ما يلعب به من النرد، والأربعة عشر، وكره الشطرنج، وقال: هى إلهاء وشر؛ لأن ذلك مما يلهى عن ذكر الله تعالى غالباً، ولأنه نوع من الميسر، يقصد به المبالغة فيما لا منفعة فيها من عمل دين ولا دنيا.

وقد علق البارى تعالى تحريم الخمر على هذا المعنى، فقال عز وجل: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١].

وما روى عن عبدالله بن مغفل والشعبي وعكرمة أنهم كانوا يلعبون بالنرد، وأن الشعبي كان يعلب بالشطرنج غير ثابت، ولو ثبت لحمل على أنهم لم يعلموا النهى، وأغفلوا النظر، وأخطئوا فيه.

١٧٣٠ - أخرجه أبو داود فى الأدب ٤٩٣٨، ابن ماجه فى الأدب ٣٧٦٢، أحمد فى مسند الكوفيين ١٩٠٠٧، ١٩٠٥٧، ١٩٠٨٣.

قال ابن عبد البر: لم يختلف الرواة للموطأ فى إسناد هذا الحديث عن مالك. ورواه إسحاق بن سليمان الرازى، عن مالك، بإسناده، فقال: من لعب بالنردشير. ذكره الدارقطنى. وقد روى فيه حديث منكر عن مالك، عن نافع، عن أبى عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «من لعب بالشطرنج فقد عصى الله ورسوله»، وهذا إسناد عن مالك مظلم، وهو حديث موضوع باطل، وأما حديث الموطأ: حديث أبى موسى هذا فحديث صحيح، وليس يأتى إلا من طريق سعيد بن أبى هند، عن أبى موسى الأشعري. انظر: التمهيد ٢٤٤/١٠.

وروى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب إجازة اللعب بالنرد، وذلك كله ثابت عن تقدم ذكره، وإنما هي أخبار يتعلق بها أهل البطالة حرصاً على تخفيف ما هم عليه من الباطل، والله المستعان.

١٧٣١ - مَالِك، عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ أَبِي عَلْقَمَةَ، عَنْ أُمِّهِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ بَلَغَهَا أَنَّ أَهْلَ بَيْتِ فِي دَارِهَا كَانُوا سُكَّانًا فِيهَا وَعِنْدَهُمْ نَرْدٌ فَأَرْسَلَتْ إِلَيْهِمْ إِنْ لَمْ تُخْرِجُوهَا لِأَخْرِجَنَّكُمْ مِنْ دَارِي، وَأَنْكَرْتَ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ.

١٧٣٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ إِذَا وَجَدَ أَحَدًا مِنْ أَهْلِهِ يَلْعَبُ بِالنَّرْدِ، ضَرَبَهُ، وَكَسَرَهَا.

الشرح: قولها: «أن عائشة زوج النبي ﷺ قالت لسكان دارها لئن لم تخرجوا النرد لأخرجنكم من داري» على معنى المباحة للاعب بها وتطهير دارها عن باطلها، وحكى القاضى أبو بكر أنه كره أن يجلس مع اللاعب بها وينظر إليها، قال: لأن الجلوس إليهم والنظر يدعو إلى المشاركة فيها.

وفى العتبية: سئل أيسلم على اللاعب بها؟ فقال: نعم. قال القاضى أبو محمد: لأن ذلك ليس من الذنب الذى يمنع السلام. قال مالك: هم أهل السلام، وإذا بولغ فى هذا ذهب كل مذهب.

فصل: وقوله: «كان عبدالله بن عمر يكرهها، ويضرب من وجد من أهله يلعب بها» وأما كسرها فعلى وجه المنع من اتخاذها؛ لأنه لا منفعة فيها وإبقاؤها داع إلى معاودتها.

وأما من ضرب من كان يلعب بها من أهله، فعلى سبيل التأديب، والزجر لهم عنها، ويخص أهله بذلك؛ لأنهم الذين عليهم التبسط من التأديب كما يودب الرجل ولده، ويمنعه لذلك من مساوى الأخلاق والأعمال السيئة، وإن لم تبلغ مبلغاً يجب فيها حد ولا تعزير يستوفيه حاكم.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: لَا حَيْرَ فِي الشُّطْرُنَجِ، وَكَرِهَهَا، وَسَمِعْتُهُ

١٧٣١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٩٢.

١٧٣٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٩٣.

٤٢٠ كتاب الجامع
يَكْرَهُ اللَّعِبَ بِهَا وَيَبْغِيهَا مِنَ الْبَاطِلِ، وَيَتْلُو هَذِهِ الْآيَةَ: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ﴾ [يونس ٣٢].

الشرح: وأما كراهية اللعب بها جملة، فلا خلاف عند مالك في ذلك، قليلاً كان أو كثيراً، لقمار كان أو لغير قمار، قال القاضي أبو محمد: لأن اللعب بها يؤدي إلى القمار أو الحلف كاذباً، وترك الصلاة، ولا يعتبر بقول من قال: إن الإكثار منها يؤدي إلى ذلك؛ لأن قليلها يؤدي غالباً إلى كثيرها، فيجب حسم الباب.

فرع: فإن لعب بها قماراً مرة واحدة، لم تقبل شهادته، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كانت محاسنه أكثر من مساويه، ولم تظهر منه كبيرة، قبلت شهادته. والدليل على ما نقوله أن هذا قمار محرم، وعمل باطل، فوجب أن يسقط الشهادة كالميسر.

فرع: فإن لعب بها على غير القمار، سقطت شهادته عند مالك، إن أدمن فيها لأنه إدمان للباطل، وما لا يخلو المدمن عليه من الأيمان الحاتثة، والاشتغال عن ذكر الله تعالى، وعن الصلاة بلهو كاتخاذ الأغاني والقيان.

فأما من لعب به في النادر، فبئس ما صنع ويستحب له ترك ذلك، ولا تسقط عدالته، وقد تقدم من هذه المسألة في الشهادات ما هو أوعب من هذا، وبالله التوفيق.

* * *

الْعَمَلُ فِي السَّلَامِ

١٧٣٣ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: يُسَلِّمُ الرَّاَكِبُ عَلَى الْمَاشِي وَإِذَا سَلَّمَ مِنْ الْقَوْمِ أَحَدٌ وَاحِدًا أَجْزَأَ عَنْهُمْ.

الشرح: قوله ﷺ: «يسلم الراكب على الماشي» معناه يبدؤه بالسلم ثم يجيبه الآخر، فيرد عليه السلام. قال القاضي أبو محمد: ابتداء السلام سنة، ورده واجب.

فأما ابتداءه، فما روى معاوية بن سويد بن مقرن عن البراء بن عازب «أمرنا النبي

١٧٣٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٧٩٤، وذكره في سلسلة الصحيحة ١١٤٨ وعزه للملك في المجموع للهيتمي، عن زيد بن أسلم.

كتاب الجامع ٤٢١

بِسْمِ اللَّهِ بِسَبْحٍ، بَعِيَادَةِ الْمَرِيضِ، وَاتِّبَاعِ الْجَنَائِزِ، وَتَشْمِيتِ الْعَاطِسِ، وَنَصْرِ الضَّعِيفِ، وَعَوْنِ الْمَظْلُومِ، وَإِفْشَاءِ السَّلَامِ، وَإِبْرَارِ الْقَسَمِ».

مسألة: وأما الرد، فلقول الله عز وجل: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦].

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: قيل إن ذلك فى السلام. ومن جهة المعنى أنه قد تعين حق المسلم على المسلم بما بدأ به من السلام.

مسألة: وصفة السلام، أن يقول المسلم: السلام عليكم، ويقول الراد: وعليكم السلام، أو يقول: السلام عليكم، كما قيل له. قال القاضي أبو محمد: وكره مالك أن يقول الراد: سلام الله عليك.

والأصل فى ذلك ما روى معمر عن هشام عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال: «خلق الله آدم على صورته، طوله ستون ذراعاً، فلما خلقه، قال: اذهب فسلم على أولئك، لنفر من الملائكة جلوس، فاسمع ما يحيونك به، فإنها تحيتك وتحية ذريتك، فقال: السلام عليكم، فقالوا: السلام عليك ورحمة الله».

وهذا الذى ورد به الشرع قال الله عز وجل: ﴿وَإِذَا جَاءَكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ٥٤].

فصل: وقوله ﷺ: «يسلم الراكب على الماشى» يريد أنه شرع فى حقه أن يبدأ بالسلام، وذلك يكون من وجهين، أحدهما: أن الرجلين إذا تساويا فى المرور سلم الراكب على الماشى؛ لأنه أرفع حالاً منه فى أمر الدنيا، فتركه السلام على من فضل عليه فى الدنيا من باب الكبير.

وإذا كان أحدهما جالساً، والآخر ماراً، سلم المار على الجالس، وإذا استويا فى المرور والالتقاء، بدأ بالسلام من كان حقه أقل على من كان حقه أفضل؛ لأنه حق من باب الدين والفضل.

روى ثابت مولى عبدالرحمن بن زيد عن أبى هريرة عن رسول الله ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «يسلم الصغير على الكبير، ويسلم الراكب على الماشى، والماشى على القاعد، والقليل على الكثير».

فصل: وقوله ﷺ: «وإذا سلم من القوم واحد أجزاء عنهم». قال القاضي أبو محمد:

٤٢٢ كتاب الجامع

لا خلاف أن ابتداء السلام سنة أو فرض على الكفاية، إذا قام به بعضهم سقط عن بعض، وأن رد السلام فرض على الكفاية، فإن سلم واحد من الجماعة أجزأ عنهم، وإن رد واحد من الجماعة أجزأ عنهم. وحكى عن أبي يوسف أنه يلزم جميعهم الرد.

والدليل على ما نقوله الحديث: «وإذا سلم واحد من الجماعة أجزأ عنهم». ومن جهة المعنى أن هذا سلام، هو شعار الشرع، فتاب فيه الواحد عن الجماعة كسلام المبتدئ به^(١).

١٧٣٤ - مَالِك، عَنْ وَهْبِ بْنِ كَيْسَانَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ عَطَاءٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ جَالِسًا عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، فَدَخَلَ عَلَيَّ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ، فَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، ثُمَّ زَادَ شَيْئًا مَعَ ذَلِكَ أَيْضًا، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ، وَهُوَ يَوْمِيذٍ قَدْ ذَهَبَ بَصْرُهُ، مَنْ هَذَا؟ قَالُوا: هَذَا الْيَمَانِيُّ الَّذِي يَغْشَاكَ، فَعَرَّفُوهُ إِيَّاهُ، قَالَ: فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِنَّ السَّلَامَ انْتَهَى إِلَى الْبُرْكََةِ.

الشرح: قول عبدالله بن عباس رضى الله عنه: «إن السلام انتهى إلى البركة» يريد أنه لا يزيد على ذلك فيه، وإنما هي ثلاثة ألفاظ: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، فمن اقتصر على بعضها أجزأه، ومن استوعبها فقد بلغ الغاية منه، فليس له أن يزيد عليها.

وقد قال القاضى أبو محمد: أكثر ما ينتهى السلام إلى البركة، يريد أن لا يزداد على ذلك، ويقتضى ذلك أن لا يغير اللفظ وهذا فيما يتعلق بابتداء السلام أو رده. وأما الدعاء، فلا غاية له إلا المعتاد الذى بكل يليق بكل طائفة من الناس وباللله التوفيق.

مسألة: وأما المصافحة باليد، فقد حكى الشيخ أبو محمد: أن المصافحة حسنة. وقال فى المختصر: سأل مالك عن ذلك، فقال: إن الناس ليفعلون ذلك. وأما أنا فما أفعله،

(١) قال ابن عبد البر: قال مالك والشافعى وأصحابهما، وهو قول أهل المدينة: إذا سلم رجل على جماعة من الرجال، فرد عليه واحد منهم، أجزأ عنهم، وشبهه الشافعى، رحمه الله، بصلاة الجماعة، والتفقه فى دين الله، وغسل الموتى، ودفنهم، والصلاة عليهم، وبالسفر إلى أرض العدو لقتالهم، قال: هذه كلها فروض على الكفاية، إذا قام بشيء منها بعض القوم، أجزأ عن غيرهم. انظر: التمهيد ٢٥١/١٠.

١٧٣٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٩٥.

كتاب الجامع ٤٢٣
ويحتمل أن يتعلق في المنع بما روى أن السلام انتهى إلى البركة، فالزيادة من قول أو فعل ممنوعة كالمعانقة.

وأجازها أنس بن مالك. وقد روى قتادة، قلت لأنس: أكانت المصافحة في أصحاب النبي ﷺ؟ قال: نعم. وقد تقدم ذكره من كر المعانقة، ومن أجازها من قبل بما يغني عن تكراره ها هنا، وبالله التوفيق.

قَالَ يَحْيَى: سُئِلَ مَالِكٌ هَلْ يُسَلَّمُ عَلَى الْمَرْأَةِ؟ فَقَالَ: أَمَّا الْمُتَحَالَّةُ، فَلَا أُكْرَهُ ذَلِكَ، وَأَمَّا الشَّابَّةُ، فَلَا أُجِبُ ذَلِكَ.

الشرح: معنى ذلك والله أعلم، أن المتحالة الهرمة لا فتنة في كلامها، ولا يتسبب به إلى محذور بخلاف الشابة، فإن في مكالمتها فتنة، ويتسبب به إلى المحذور، والسلام يقتضى ردها، وذلك من باب المكالمة.

وأصل هذا أن السلام شعار الإسلام، شرع إفشاؤه عند لقاء كل مسلم ممن عرفت وممن لم تعرف، إلا أن يمنع منه ما يخاف من الفتنة، والتعريض للفسوق، كما منع من الرؤية بمثل ذلك، وأمر بالحجاب.

وقد روى أبو الخير عن عبالله بن عمر «أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ أى الإسلام خير؟ قال: تطعم الطعام، وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف».

مسألة: ولا بأس أن تجلس المتحالة عند الصانع لبعض حوائجها، ولا ينبغى ذلك للشابة، قال مالك: ويمنعن من ذلك، ويضربهن عليه.

* * *

مَا جَاءَ فِي السَّلَامِ عَلَى الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ

١٧٣٥ - مَالِكٌ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ

١٧٣٥ - أخرجه البخارى فى الاستئذان ٦٢٥٧، مسلم فى السلام ٢١٦٤، الترمذى فى السير ١٦٠٣، أبو داود فى الأدب ٥٢٠٦، أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٤٩، ٤٦٨٤، ٥١٩٩، ٥٩٠٢، الدارمى فى الاستئذان ٢٦٣٥. البيهقى فى الكبرى ٢٠٣/٩، عن ابن عمر، عبد الرزاق فى المصنف برقم ٩٨٤٠ ج ١١/٦، عن ابن عمر.

قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى، عن مالك فى هذا الحديث: عليك على لفظ الواحد، وتابعه قوم؛ وقال التعنى وغيره فيه عن مالك: عليكم على لفظ الجماعة، ولم يدخل واحد منهم فيه =

٤٢٤ كتاب الجامع
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ الْيَهُودَ إِذَا سَلَّمَ عَلَيْكُمْ أَحَدُهُمْ، فَإِنَّمَا يَقُولُ: السَّامُ عَلَيْكُمْ، فَقُلْ عَلَيْهِ».

الشرح: قوله: «إن اليهود إذا سلم عليكم أحدهم» الحديث يقتضى أنه إنما يرد عليهم إذا سلموا، ولا يبدأوا بالسلم، قاله الشيخ أبو القاسم والقاضى أبو محمد وغيرهما، وهو مقتضى الحديث؛ لأنه بين حكم من سلم عليه أهل الكتاب فى الرد، ولم يذكر حكم ابتدائهم بالسلم، فدل ذلك على أنه غير مشروع.

وقد روى سهيل بن أبى صالح عن أبىه عن أبى هريرة «أن رسول الله ﷺ قال: لا تبدأوا اليهود والنصارى بالسلم».

فصل: وقوله ﷺ: «فإنما يقول السام عليكم» يريد أنهم يحرفون الكلم عن مواضعه كما وصفهم الله سبحانه، فيقولون مكان السلم عليكم: السام. وقد قال النبى ﷺ: «والسام الموت» فأمر النبى ﷺ أن يقول لهم الراد عليهم: عليكم، فيرد ما دعوا به من الشر عليهم. قال عيسى بن دينار: وعليه العمل.

وروى ابن وهب عن مالك أنه قال: لا يرد على اليهودى والنصارى، فإن رددت، فقل: عليك. وهذا قول عيسى بن دينار؛ لأنه منع أن يرد عليهم بغير هذا اللفظ، وإنما ينبغى الرد عليهم فى رواية ابن وهب وأشهب عن مالك أن يرد عليهم السلم، وذلك غير مشروع، بل هو ممنوع، والمشروع من ذلك أن يرد عليه قوله.

وقد قال الشيخ أبو القاسم: من سلم عليه ذمى، فلا يرد عليه، وليقل: عليك، فافتضى هذا أن الرد السلم، وأن قوله: وعليك، ليس يرد للسلم، يريد وإنما هو رد لقوله.

وقد اختلف الناس فى تأويل قول الله عز وجل: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦] فقال عطاء: الآية فى أهل الإسلام خاصة، وهذا مقتضى قول مالك، فإنه منع أن يرد على اليهود بأحسن مما حيوا به. وهو معنى حديث النبى ﷺ.

-الواو عن مالك. وكذلك رواه الدراوردي، عن عبدالله بن دينار، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «إن اليهود إذا سلم عليكم أحدهم فإنما يقول: السام عليكم، فقولوا عليكم». بلا واو أيضًا كما قال مالك. انظر: التمهيد ٢٥٥/١٠.

كتاب الجامع ٤٢٥

وقال عبدالله بن عباس: هي عامة، فإذا سلم عليك، فقال: سلام عليك، قلت: عليك السلام رحمة الله، فهذا أحسن مما قال، وإن أردت أن تردّها قلت: عليك.

وروى عن الشعبي أنه قال لليهودي: عليك السلام ورحمة الله، فقيل له: تقول لليهودي: ورحمة الله، فقال: أليس في رحمة الله يعيش.

وقد قال بعض الناس: يقول الراد: عليك السلام، بكسر السين، وهي الحجارة. قال القاضي أبو محمد: والسنة وردت بما تقدم، وهو أولى.

والأصل في ذلك ما روى أنس عن النبي ﷺ قال: «إذا سلم عليكم أهل الكتاب، فقولوا: وعليكم».

قَالَ يَحْيَى: وَسُئِلَ مَالِكُ عَمَّنْ سَلَّمَ عَلَى الْيَهُودِيِّ أَوْ النَّصْرَانِيِّ، هَلْ يَسْتَقْبِلُهُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: لَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن من سلم على من ليس بأهل السلام، فلا يستقبله؛ لأنه لا فائدة في هذه الإقالة، ولا معنى لها لأن السلام عليه، إن كان حسنة، فلا يجب الرجوع عنها، وإن كان سيئة، فليس بيد اليهودي تكفيرها؛ لأنها ليست من حقوقه، وإنما هي من حقوق الله عز وجل.

وما روى عن عبدالله بن عمر أنه استقاله، فإنه يحتمل أن يعلمه أنه أخطأ، ولم يعرفه حين سلم عليه على وجه الصغار له، ولئلا يعتقد ذلك هو أو غيره أن عبدالله يعتقد قصده بابتداء السلام، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ويمنع الكفر ابتداء السلام على ما قاله القاضي أبو محمد، وتمنع البدعة من السلام. وقال سحنون: يمنع من مجالسة أهل الأهواء والسلام عليهم تأديباً لهم.

* * *

جَامِعُ السَّلَامِ

١٧٣٦ - مَالِكُ، عَنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنْ أَبِي مُرَّةَ (١) مَوْلَى

١٧٣٦ - أخرجه البخاري في العلم ٦٦، الصلاة ٤٧٤، أخرجه مسلم في السلام ٢١٧٦، أخرجه الترمذي في الاستعذان والآداب ٢٧٢٤، الأدب ٢٨٠٠، أخرجه أحمد في مسند الأنصار ٢١٤٠٠.

(١) قال ابن عبد البر: أبو مرّة، قيل: اسمه يزيد، وقيل: عبد الرحمن بن مرّة، فالله أعلم، وهو من تابعي أهل المدينة، ثقة. انظر: التمهيد ٢٥٩/١٠.

عَقِيلُ بْنُ أَبِي طَالِبٍ، عَنْ أَبِي وَقْدٍ اللَّيْثِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَيْنَمَا هُوَ جَالِسٌ فِي الْمَسْجِدِ، وَالنَّاسُ مَعَهُ؛ إِذْ أَقْبَلَ نَفَرٌ ثَلَاثَةٌ، فَأَقْبَلَ اثْنَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَذَهَبَ وَاحِدٌ فَلَمَّا وَقَفَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سَلَمَا، فَأَمَّا أَحَدُهُمَا، فَرَأَى فُرْجَةَ فِي الْحَلْقَةِ، فَجَلَسَ فِيهَا، وَأَمَّا الْآخَرُ فَجَلَسَ خَلْفَهُمْ، وَأَمَّا الثَّلَاثُ، فَأَذْبَرَ ذَاهِبًا، فَلَمَّا فَرَغَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ عَنِ النَّفَرِ الثَّلَاثَةِ، أَمَّا أَحَدُهُمْ، فَأَوَى إِلَى اللَّهِ، فَأَوَاهُ اللَّهُ، وَأَمَّا الْآخَرُ، فَاسْتَحْيَا، فَاسْتَحْيَا اللَّهُ مِنْهُ، وَأَمَّا الْآخَرُ، فَأَعْرَضَ، فَأَعْرَضَ اللَّهُ عَنْهُ».

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ بينما هو جالس في المسجد إذ أقبل نفر ثلاثة» يحتمل والله أعلم، أن يكونوا أقبلوا من ناحية من نواحي المسجد غير الناحية التي كان رسول الله ﷺ يجلس فيها، ويحتمل أن يكون ذلك قبل أن تشرع الركعتان لمن دخل المسجد، ويحتمل أن يكون ذلك بعد أن شرع ذلك وركعوا، وترك الراوي ذكر ذلك، ويحتمل أنهم لم يركعوا، وشرع لهم ذلك النبي ﷺ لتجويز أن يكونوا على غير طهارة أوليين أن ذلك ليس بواجب، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فأقبل اثنان إلى رسول الله ﷺ فسلما» يقتضى أن الوارد على القوم يبدوهم كما يسلم الماشى على القاعد.

وقوله: «فأما أحدهما فرأى فرجة في الحلقة، فجلس فيها» يحتمل أن يراها في موضع يتخطى إليه، ويحتمل أن يراها في موضع لا يتخطى إليه، فجلس أحد الرجلين فيها حرصاً على القرب من النبي ﷺ في الأخذ عنه، وجلس الآخر خلف القوم حياءً، وأدبر الثالث ذاهباً زاهداً في الخير.

فصل: وقوله ﷺ: «ألا أخبركم عن النفر الثلاثة» يريد والله أعلم أن يخبرهم عن مقاصدهم التي خفيت عليهم، فأما ظاهر فعلهم فقد رآه من حضر، ويحتمل أن يقصدوا الإخبار عما لهم عند الله تعالى جزاء على فعلهم.

فصل: وقوله ﷺ: «أما أحدهم فأوى إلى الله تعالى فأواه الله تعالى» يقال أوى فلان إلى فلان، لجأ إليه.

وقوله ﷺ: «فأواه الله» بالمعنى معناه قبله وأجابه إلى ذلك، قال الله عز وجل: ﴿إِذْ أَوَى الْفِتْيَةَ إِلَى الْكَهْفِ﴾ [الكهف: ١٠] يريد لجئوا إليه، وقال سبحانه: ﴿أَلَمْ يَجِدْكَ يَتِيمًا فَآوَى﴾ [الضحى: ٦] أى ضمك إلى كنفه وفضله.

كتاب الجامع ٤٢٧

وقوله ﷺ: «وأما الآخر فاستحيا» أى ترك المزاحمة حياءً «فاستحيا الله منه» أى ترك عقوبته على ذنوبه، وزاده مما سأل من الخير والثواب.

قال عيسى بن دينار فى المزنية: الذى أوى إلى رسول الله ﷺ فجلس عنده، فقد أوى إلى الله تبارك وتعالى، فقبله الله تعالى وآواه، وأما الذى استحيا من رسول الله ﷺ فجلس دون المجلس، فذلك الذى استحيا الله تعالى منه وغفر له.

والذى ذهب إعراضاً عن رسول الله ﷺ وهو الذى أعرض الله سبحانه، وسخط عليه حين أعرض عن رسول الله ﷺ رغبة. وقال محمد بن عيسى الأعمشى مثله.

١٧٣٧ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ سَمِعَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، وَسَلَّمَ عَلَيْهِ رَجُلٌ، فَرَدَّ عَلَيْهِ السَّلَامَ، ثُمَّ سَأَلَ عُمَرُ الرَّجُلَ: كَيْفَ أَنْتَ؟ فَقَالَ: أَحْمَدُ إِلَيْكَ اللَّهُ، فَقَالَ عُمَرُ: ذَلِكَ الَّذِي أَرَدْتُ مِنْكَ.

الشرح: سؤال عمر بن الخطاب رضى الله عنه الرجل عن حاله على سبيل التأنيس وحسن العشرة لمن عرفه الإنسان أن يسأل عن حاله، فقال الرجل: «أحمد الله إليك» على ما يجب أن يفعله كل مسئول عن حاله، فإن المنعم بصلاح الأحوال، وتوالى النعم هو الله تعالى، ولا أحد وإن اشتد بلاؤه إلا والله عليه نعم لا يحصيها، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها﴾ [إبراهيم: ٣٤] ولا أبين من نفسه المتردد، فإنه من نعم الله عز وجل، ولا يقدر أحد عليه غيره تعالى.

وقد روى عن بعض الزهاد أنه عدد أنفاسه فى يوم، فوجدها أربعة عشر ألف نفس، وهذه نعم لا تحصى، وأين تردد أنفاسه مع سائر النعم عليه مع المرض والفقر، فكيف مع الصحة والغنى، ومن صح يقينه لزمه أن يحمد الله عز وجل على السراء والضراء، فإنه لا يحمد على المكروه غيره جل وعز، فإنه قد صرف أكثر منه وهو يثيب عليه ويكفر الذنوب به.

١٧٣٨ - مَالِك، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّ الطُّفَيْلَ بْنَ أَبِي بِنٍ كَعْبٍ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ كَانَ يَأْتِي عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، فَيَغْدُو مَعَهُ إِلَى السُّوقِ، قَالَ: فَإِذَا غَدَوْنَا إِلَى السُّوقِ لَمْ يَمُرَّ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ عَلَيَّ سَقَاطٍ، وَلَا صَاحِبٍ بِيَعَةٍ، وَلَا

١٧٣٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٩٨.

١٧٣٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٧٩٩.

مِسْكِينٍ، وَلَا عَبْدٍ إِلَّا سَلَّمَ عَلَيْهِ، قَالَ الطُّفَيْلُ: فَجِئْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ يَوْمًا فَاسْتَبَعْنِي إِلَى السُّوقِ، فَقُلْتُ لَهُ: وَمَا تَصْنَعُ فِي السُّوقِ، وَأَنْتَ لَا تَقِفُ عَلَى الْبَيْعِ، وَلَا تَسْأَلُ عَنِ السَّلْعِ، وَلَا تَسُومُ بِهَا، وَلَا تَجْلِسُ فِي مَجَالِسِ السُّوقِ؟ قَالَ: وَأَقُولُ اجْلِسْ بِنَا هَاهُنَا نَتَحَدَّثُ، قَالَ: فَقَالَ لِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: يَا أَبَا بَطْنٍ، وَكَانَ الطُّفَيْلُ ذَا بَطْنٍ، إِنَّمَا نَغْدُو مِنْ أَجْلِ السَّلَامِ، نُسَلِّمُ عَلَى مَنْ لَقِينَا.

الشرح: قوله: «أن عبد الله بن عمر رضى الله عنه كان يغدو معه إلى السوق» على ما يحسن بالعالم أن يفعله بالمتعلم ليتعلم منه ما يجرى له، ويقتدى به فى مشبهه، وسلامه، وسائر تصرفه.

وما روى أن عبد الله بن عمر كان لا يمر على سقاط ولا يباع ولا مسكين إلا سلم عليه، دليل على أنه كان يعتقد فى ذلك قرابة، ولعله قد بلغه عن النبى ﷺ قوله خبر «أن تطعم الطعام وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف».

وكان عبد الله بن عمر رضى الله عنه يتوخى فى السوق كثرة الناس ليكثر سلامه، وهذا فى زمن الحق، والتمكن من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وأما فى زمن يتعذر ذلك فيه، فملازمة البيوت فيه أفضل.

وقد روى عن الزبير بن العوام رضى الله عنه أنه قال: لا يقبل الرجل حتى يلزم بيته. ولعله قال ذلك فى وقت فتنة، تعذر عليه فيها بعض ما أراده من ذلك، ويحتمل أن يكون عبد الله بن عمر قد تهيأ له من ذلك ما لم يتهيأ للزبير بن العوام، فليس كل الناس يمكنه ذلك، وإنما أبواب الخير أرزاق، فرب إنسان يرزق منها بأباً، ويمنع بأباً، قد رزقه غيره.

فصل: وقوله: «يا أبا بطن إنما نغدو من أجل السلام» على معنى الزجر والإنتهار له حين لم يفهم مقصده فى خروجه إلى السوق، وقد يجوز للعالم أن يفعل هذا مع تلميذه، ويحتمل أن يكون الطفيل لا يشق عليه مثل هذا بل قد عرف بهذا، ودعى به كما قيل لخرباق ذا اليدين، والله أعلم وأحكم.

١٧٣٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا سَلَّمَ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكَ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، وَالْغَادِيَاتُ وَالرَّائِحَاتُ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ

ابْنُ عُمَرَ: وَعَلَيْكَ أَلْفٌ، ثُمَّ كَانَهُ كَرَهُ ذَلِكَ.

الشرح: قوله: «والغاديات والرائحات» قال عيسى بن دينار: معناه الطير التي تغدو تروح.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندي أن يريد الملاحكة الحفظة، الغادية الرائحة، لتكذب أعمال بنى آدم.

وقول عبدالله بن عمر رضى الله عنه: «وعليك ألف» قال عيسى بن دينار: معناه ألف كسلامك، على معنى الكراهية لتعمقه والزيادة على البركة فى السلام، ثم كره قوله لما كان فى معنى ما أنكره رأى الإنكار لغير هذا كان أولى، والله أعلم وأحكم.

١٧٤٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ إِذَا دُخِلَ الْبَيْتُ غَيْرَ الْمَسْكُونِ، يُقَالُ: السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ.

الشرح: معناه والله أعلم، أنه إذا لم يكن فيه من يسلم عليه، فليسلم على نفسه، وعلى عباد الله الصالحين كما يفعل فى التشهد، قال الله عز وجل: ﴿وَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ [النور: ٦١]. قال عبدالله بن عباس: معناه إذا دخلتم بيوتاً ليس فيها أحد، فقولوا: السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين.

وقال جابر بن عبدالله الأنصارى: معناه إذا دخلت على أهلك، فسلم عليهم، قال الشيخ أبو القاسم: ينبغى للمرء إذا دخل منزله أن يسلم على أهله.

* * *

بَابُ الْإِسْتِئْذَانِ

١٧٤١ - مَالِكٌ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٧٤٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨٠١.

١٧٤١ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢٠٦٢، مسلم فى الآداب ٢١٥٤، الترمذى فى ٢٦٩٠، أبود

داود فى الأدب ٥١٨٠، ٥١٨١، ابن ماجه فى الأدب ٣٧٠٦، أحمد فى باقى مسند المكثرين

١٠٦٤٦، ١٠٧٦١، مسند الكوفيين ١٩٠١٦، ١٩٠٦٢، ١٩٠٨٤، ١٩١١٤، ١٩١٧٨،

١٩٢٥١، الدارمى فى الاستئذان ٢٦٢٩. ذكره فى المشكاة برقم ٤٦٧٤ وعزاه التبريزى للمالك،

عن عطاء بن يسار. البيهقى فى الكبرى ٩٧/٧ عن عطاء بن يسار.

قال ابن عبد البر: زوى هذا الحديث ابن جريح، عن زياد بن سعد، عن صفوان بن سليم، عن=

٤٣٠ كتاب الجامع

سَأَلَهُ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَسْتَأْذِنُ عَلَى أُمِّي؟ فَقَالَ: «نَعَمْ» قَالَ الرَّجُلُ: إِنِّي مَعَهَا فِي الْبَيْتِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اسْتَأْذِنْ عَلَيْهَا» فَقَالَ الرَّجُلُ: إِنِّي خَادِمُهَا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اسْتَأْذِنْ عَلَيْهَا أُتَجِبُ أَنْ تَرَاهَا عُرْيَانَةً؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَاسْتَأْذِنْ عَلَيْهَا».

الشرح: قول الرجل لرسول الله ﷺ: «أستأذن على أمي؟ فقال له النبي ﷺ: نعم» على معنى الدعاء إلى ذلك الأمر به. قال القاضي أبو محمد: الاستئذان واجب، لا تدخل بيتاً فيه أحد حتى تستأذن ثلاثاً، فإن أذن لك وإلا رجعت.

والأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾ [النور: ٢٧] إلى قوله: ﴿فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكى لَكُمْ﴾ [النور: ٢٨].

قال مالك، رحمه الله، في الاستئذان ثلاث: هو معنى قوله عز وجل: ﴿حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا﴾ فيما روى، والله أعلم وأحكم.

وروى أبو موسى وأبو سعيد قال رسول الله ﷺ: «إذا استأذن أحدكم ثلاثاً، فلم يؤذن له، فليرجع».

قال الشيخ أبو القاسم: ولا يزيد على الثلاث إلا أن يعلم أن استئذانه لم يسمع، فلا بأس أن يزيد.

مسألة: ويستأذن الرجل على أمه، وذوات محارمه، وكل من لا يحل له النظر إلى عورته، ولذلك قال النبي ﷺ للذي سأله عن الاستئذان على أمه: «أتحب أن تراها عريانة؟ قال: فاستأذن عليها». ومعناه والله أعلم، أنه إذا لم يستأذن عليها، فقد يفجؤها، فيراها عريانة، فأما الزوجة أو الأمة التي يحل له النظر إلى عورتها، فله الدخول عليها دون استئذان.

فصل: وقوله: «إني معها في البيت» أي خادمتها لم ير النبي ﷺ شيئاً من ذلك يؤثر

عطاء بن يسار - مثل حديث مالك سواء. وهذا الحديث لا أعلمه يستند من وجه صحيح بهذا اللفظ، وهو مرسل صحيح مجتمع على صحة معناه؛ ولا يجوز عند أهل العلم أن يرى الرجل أمه ولا ابنته ولا أخته ولا ذات محرم منه عريانة، لأن المرأة عورة فيما عدا وجهها وكفيها، ولا يحل النظر إلى عورة أحد عند الجميع، لا يختلفون في ذلك. انظر: التمهيد ١٠/٢٦٢.

في ترك الاستئذان لأنه لا يؤمر معه أن يفجأها، فيرى منها ما لا يحل له النظر إليه.

١٧٤٢ - مَالِك، عَنِ الثَّقَفِ عِنْدَهُ، عَنِ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشَجِّ، عَنِ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ، عَنِ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ فَإِنْ أُذِنَ لَكَ فَادْخُلْ وَإِلَّا فَارْجِعْ».

١٧٤٣ - مَالِك عَنِ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنِ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُلَمَائِهِمْ أَنَّ أَبَا مُوسَى الْأَشْعَرِيَّ جَاءَ يَسْتَأْذِنُ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَاسْتَأْذَنَ ثَلَاثًا، ثُمَّ رَجَعَ، فَأَرْسَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي أَثَرِهِ، فَقَالَ: مَا لَكَ لَمْ تَدْخُلْ؟ فَقَالَ أَبُو مُوسَى: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «الاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ، فَإِنْ أُذِنَ لَكَ، فَادْخُلْ، وَإِلَّا فَارْجِعْ» فَقَالَ عُمَرُ: وَمَنْ يَعْلَمُ هَذَا؟ لَيْنَ لَمْ تَأْتِنِي بِمَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ؛ لِأَفْعَلَنَّ بِكَ كَذَا وَكَذَا، فَخَرَجَ أَبُو مُوسَى حَتَّى جَاءَ مَجْلِسًا فِي الْمَسْجِدِ، يُقَالُ لَهُ مَجْلِسُ الْأَنْصَارِ، فَقَالَ: إِنِّي أَخْبَرْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «الاسْتِئْذَانُ ثَلَاثٌ فَإِنْ أُذِنَ لَكَ فَادْخُلْ وَإِلَّا فَارْجِعْ» فَقَالَ: لَيْنَ لَمْ تَأْتِنِي بِمَنْ يَعْلَمُ هَذَا لِأَفْعَلَنَّ بِكَ كَذَا وَكَذَا، فَإِنْ كَانَ سَمِعَ ذَلِكَ أَحَدًا مِنْكُمْ، فَلْيَقُمْ مَعِي، فَقَالُوا لِأَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ: قُمْ مَعَهُ، وَكَانَ أَبُو سَعِيدٍ أَصْغَرَهُمْ، فَقَامَ مَعَهُ، فَأَخْبَرَ بِذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ لِأَبِي مُوسَى: أَمَا إِنِّي لَمْ أَتِهْمَكَ، وَلَكِنْ خَشِيتُ أَنْ يَقُولَ النَّاسُ عَلَيَّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

الشرح: قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لأبي موسى: «ما لك لم تدخل» معناه والله أعلم، ما يمنعك أن توالى الاستئذان حتى يؤذن لك، فتدخل، فإنه روى أن عمر بن الخطاب سمع استئذان أبي موسى الأشعري، فشغل عن أن يأذن له، ثم يذكر أمره، فأرسل في أثره، وقال له: «ما لك لم تدخل» فمعناه ما قدمنا ذكره، ولذلك لم يجبه

١٧٤٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٠٣.

١٧٤٣ - أخرجه البخارى ٩٨/٨ كتاب الاستئذان، باب التسليم ثلاثاً، عن أبي موسى وأبي سعيد.

مسلم ١٦٩٦/٣ كتاب الآداب رقم ٧٣ باب الاستئذان، عن أبي موسى.

قال ابن عبد البر: روى هذا الحديث متصلاً، مسنداً، عن النبي ﷺ من وجوه، من حديث أبي

موسى، وحديث أبي بن كعب، وحديث أبي سعيد الخدرى، وقال بعضهم فى هذا الحديث:

كلنا سمعناه. انظر: التمهيد ٢٦٩/١٠.

٤٣٢ كتاب الجامع

أبو موسى بأنه لم يؤذن لي، وإنما أجابه «بأنه سمع رسول الله ﷺ يقول: الاستئذان ثلاث، فإن أذن لك فادخل، وإلا فارجع» وهذا يمنع الزيادة على الثلاث، وهذا إذا علم أنه سمع.

قال عيسى بن دينار في المزية: فإن لم يجبه أحد، وظن أنهم لم يسمعه، فلا بأس أن يزيد على الثلاث. وقال يحيى بن يحيى عن ابن نافع: لا أحب أن يسلم أكثر من ثلاث، وإن ظن أنهم لم يسمعه اتباعاً للحديث، وأخذاً به. قال: ولا بأس إن عرفت أحداً أن تدعوه ليخرج إليك أن تنادي ما بدا لك.

مسألة: وصفة الاستئذان أن يقول: سلام عليكم، أَدْخِلْ، أو السلام عليكم لا يزيد عليه. رواه يحيى بن نافع. وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم: أن الاستئذان ثلاثاً، فإن أذن ذلك، وإلا فانصرف، فإن أذن لك عند باب الدار، فلا تستأذن عند باب البيت، وقد أذن لك مرة، وإذا استأذن الرجل بالسلام، فقيل له: من هذا، فليسم نفسه باسمه أو بما يعرف به، ولا يقول: أنا، كما روى ابن المنكدر عن جابر بن عبد الله «استأذنت على رسول الله ﷺ، فقال: من هذا؟ فقلت: أنا، فقال النبي ﷺ: أتى أنا» على معنى الإنكار لذلك، وإن سمي نفسه أولاً في الاستئذان فحسن.

وقد روى طلحة بن عمر عن أبي بردة عن أبي موسى، قال: جاء أبو موسى إلى عمر بن الخطاب، فقال: السلام عليكم هذا عبد الله بن قيس، فلم يأذن له، فقال: السلام عليكم هذا الأشعري، ثم انصرف، فقال: ردوه علي، فردوه، فقال له: ما ردك كنا في شغل.

فصل: وقوله: «ومن يعرف هذا لئن لم تأتني بمن يعرف هذا لأفعلن بك كذا وكذا» على معنى الزجر والوعيد عن التسامح في حديث النبي ﷺ، وقد كان يقول: أقلوا الحديث عن النبي ﷺ وأنا شريككم، قيل معناه، وأنا شريككم في الأجر، قال مالك: معناه، وأنا شريككم في التقليل.

وقوله رضى الله عنه بعد ذلك: «أما إني لم أتهمك ولكني خشيت أن يقول الناس على رسول الله ﷺ: يحتمل أن يكون الوعيد والزجر لغيره إذا كان هو عنده غير متهم، ويحتمل أن يكون الوعيد له حين أظهر إلى الإمام أمراً يتهم فيه غيره ويمنع منه، ولا يمكن أن يفصل فيه بين المتهم وغيره، فكان الحكم فيه منع الجميع كالمنع من الذرائع.

وقد روى عمرو بن الخارث عن بكير بن الأشج أن عمر بن الخطاب قال له:
لأوجعن ظهرك وبطنك أو لتأتيني بمن يشهد لك على هذا.

فصل: وقوله: «فقام معه أبو سعيد الخدري فأخبر عمر بن الخطاب بمثل ذلك»
وروى طلحة بن عمر بن أبي بردة عن أبي موسى أن أبي كعب شهد له بذلك، وقال:
يا ابن الخطاب لا تكونن عذاباً على أصحاب رسول الله ﷺ، فقال عمر رضى الله
عنه: سبحان الله، إنما سمعت شيئاً، فأحببت أن أثبت.

ويحتمل أن يكون أبي أرسل معه أبا سعيد، ثم لقيه بعد وقت فأخبره أيضاً بذلك،
وليس فى هذا ما يدل على أنه لا يقبل خبر الواحد العدل؛ لأنه لو اعتقد ذلك لم يتوعد
أبا موسى الأشعري، إذا لم يجد من يشهد له بل كان يرد قوله خاصة كالشاهد
الواحد؛ لأن عمر بن الخطاب لم يعلل ذلك بأنه مفرد، وإنما علله بأنه يخاف التقول
على رسول الله ﷺ، وهذا يقتضى قبول خبر الواحد وإلا فلم يكن يخاف ذلك من
خبر الواحد؛ لأنه قول مردود.

* * *

التَّشْمِيتُ فِي الْعَطَاسِ

١٧٤٤ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنْ
عَطَسَ فَشَمَّمْتُهُ، ثُمَّ إِنْ عَطَسَ فَشَمَّمْتُهُ، ثُمَّ إِنْ عَطَسَ فَشَمَّمْتُهُ، ثُمَّ إِنْ عَطَسَ، فَقُلْ إِنَّكَ
مَضْنُوكٌ».

قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ: لَا أُذْرِي أَبْعَدَ الثَّلَاثَةِ أَوْ الرَّابِعَةِ.

الشرح: هكذا الرواية، وقال الخليل: شتمته وسمته، وقال ثعلب: التشميت إبعاد
الشماتة عنه، والتشميت إثبات السمات الحسن له.

وقوله ﷺ: «إِنْ عَطَسَ فَشَمَّمْتُهُ» يريد والله أعلم أن هذا الحق إنما يثبت لمن حمد الله.

قال مالك فى العتبية فى العطاس: إذا لم يحمد الله أو لم يسمعه، فلا يشمته حتى

١٧٤٤ - أخرجه أبو داود فى الأدب ٥٠٣٤. وذكره فى الكنز برقم ٢٥٧٩٩ وعزاه السيوطى

للبيهقى فى الشعب، عن عمرو بن حزم.

قال ابن عبد البر: لا خلاف عن مالك فى إرسال هذا الحديث وهو حديث يتصل عن النبى ﷺ

من وجوه منها: حديث سلمة بن الأكوع، وحديث أبى هريرة. انظر: التمهيد ٢٧٧/١٠.

٤٣٤ كتاب الجامع

يسمعه، إلا أن يكون في حلقة كبيرة، فإذا رأيت الذين يلونه يشمتونه، فشمته. وروى سليمان التميمي عن أنس بن مالك، قال: عطس رجلان عند النبي ﷺ فشمت أحدهما، ولم يشمت الآخر، فقيل له، قال: «هذا حمد الله، وهذا لم يحمد».

قال الشيخ أبو القاسم: ينبغي له أن يسمع من يليه ذلك. قال مالك: لا يشمت العاطس حتى يسمعه يحمد الله تعالى، وإن بعد منك وسمعت من يليه يشمته فشمته، يريد لأنه يعتقد أن من قرب منه لا يشتمه إلا بعد أن حمد الله تعالى.

مسألة: ومن عطس في الصلاة، فلا يحمد الله إلا في نفسه. قال سحنون: ولا في نفسه، وهذا يقتضى عندي أنه لا يشمت لأنه بصلاته مشغول عن الذكر والتشميت.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية: سأل مالك عمن عطس أو رأى شيئاً يعجبه، فحمد الله أوصلى على النبي ﷺ؟ قال: لا أنهاه أن يصلى على النبي ﷺ إذن أقول له: لا تذكر الله تعالى.

مسألة: وإذا عطس رجل وحمد الله بحضرة جماعة، فقد قال القاضي أبو محمد: يجزئ في ذلك الواحد كرد السلام. وقال ابن مزين في المختصر: إنه بخلاف رد السلام، يريد أنه يلزم كل واحد من الجماعة التشميت.

وجه القول الأول ما احتج به القاضي أبو محمد من أنه كرد السلام.

وجه ما قاله ابن مزين ما رواه سعيد المقبري، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: «إذا عطس فحمد الله، فحق على كل مسلم سماعه أن يشتمه».

ومن جهة المعنى أن السلام إظهار شعيرة الإسلام، فإذا أظهره أحدكم، وأقره الباقون على ذلك، فهو إظهار من جميعهم له، وتأنيس لمن سلم عليه، والتشميت إنما هو دعاء للتشميت، وقضاء لحق وجب له على الجماعة، فعلى كل واحد منهم أن يقضيه إياه.

مسألة: واختلف العلماء في التشميت هل هو واجب أو مندوب إليه، وظاهر مذهب مالك أنه واجب على الكفاية كرد السلام. وقال القاضي أبو محمد: هو مندوب إليه كابتداء السلام.

وجه القول الأول قوله ﷺ: «إن عطس فشمته» وهذا أمر، وظاهره الوجوب. وروى يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن شهاب عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ:

كتاب الجامع ٤٣٥

«خمس تجب للمسلم على أخيه، رد السلام، وتشميت العاطس، وإجابة الدعوة، وعبادة المريض، واتباع الجنازة».

فصل: وقوله ﷺ: «ثم إن عطس، فقل: إنك مذنوب». قال عيسى بن دينار: المذنوب هو المزكوم. وقد ورد تفسيره في الحديث بذلك، وقول عبدالله بن أبي بكر: لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة.

قال عيسى بن دينار: الذي يأخذ به مالك أن يبلغ بالشميت ثلاثاً، فإن زاد على ذلك، فلا يشمته، وذلك أنه لما ورد الحديث بالشك ذهب إلى الاحتياط، وقال الشيخ أبو القاسم: وإذا عطس مراراً متوالية سقط عن سماعه تشميته.

١٧٤٥ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا عَطَسَ، فَقِيلَ لَهُ: يَرْحَمُكَ اللَّهُ، قَالَ: يَرْحَمُنَا اللَّهُ، وَإِيَّاكُمْ، وَيَغْفِرُ لَنَا وَلَكُمْ.

الشرح: قوله: «إن عبدالله بن عمر كان إذا عطس» يريد فحمد الله، واستغنى عن ذكر الله لعلم السامع به، فقيل له: «يرحمك الله، قال: يرحمنا الله وإياكم ويغفر لنا ولكم».

وقد روى عبدالله بن صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «فإذا قيل له يرحمك الله، فليقل: يهديكم الله ويصلح بالكم» والأمران جائزان. وروى عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ قال: «إذا عطس أحدكم فليحمد الله، وليقل له من عنده: يرحمك الله، وليرد عليه بيغفر الله لنا ولكم».

قال مالك: لا بأس أن يقول العاطس لمن يشمته: يهديكم الله ويصلح بالكم، وإن شاء قال: يغفر الله لنا ولكم. وهو مذهب الشافعي، ومنع أبو حنيفة أن يقول له: يهديكم الله ويصلح بالكم. وقال النخعي: إن الخوارج كانت تقول، ولا يستغفرون للناس.

وروى عن أصحاب أبي حنيفة منع ذلك؛ لأن النبي ﷺ إنما كان يقوله لليهود. قال القاضي أبو محمد: إنما استحسناه على قولنا: يغفر الله لنا ولكم، لأن الهداية أفضل من المغفرة.

* * *

مَا جَاءَ فِي الصُّورِ وَالتَّمَائِيلِ

١٧٤٦ - مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّ رَافِعَ بْنَ إِسْحَاقَ مَوْلَى الشُّفَاءِ أَخْبَرَهُ قَالَ: دَخَلْتُ أَنَا وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي طَلْحَةَ عَلَى أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ نَعُوذُهُ، فَقَالَ لَنَا أَبُو سَعِيدٍ: أَخْبَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الْمَلَائِكَةَ لَا تَدْخُلُ بَيْتًا فِيهِ تَمَائِيلٌ أَوْ تَصَاوِيرٌ، شَكَ إِسْحَاقُ لَا يَدْرِي أَيُّهُمَا قَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ.

الشرح: قوله ﷺ: «أن الملائكة لا تدخل بيتا فيه تماثيل أو تصاوير» يحتمل أن يكون ذلك على الشك من الراوى؛ لأن التماثيل هى التصاوير، فيشك فى اللفظ، ويحتمل أيضا أن تكون التماثيل ما قام بنفسه من الصور والصور واقع على ما قام بنفسه، وعلى ما كان رقما وتزويقا فى غيره، ويحتمل أن تكون «أو» بمعنى الواو، فيتعلق النهى بهما، والله أعلم.

١٧٤٧ - مَالِكٌ عَنْ أَبِي النَّضْرِ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَبِي طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيِّ يَعُوذُهُ قَالَ: فَوَجَدَ عِنْدَهُ سَهْلَ بْنَ حُنَيْفٍ، فَدَعَا أَبُو طَلْحَةَ إِنْسَانًا، فَزَعَّ نَمَطًا مِنْ تَحْتِهِ، فَقَالَ لَهُ سَهْلُ بْنُ حُنَيْفٍ: لِمَ تَنْزِعُهُ؟ قَالَ: لِأَنَّ فِيهِ تَصَاوِيرًا، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِيهَا مَا قَدْ عَلِمْتُمْ، فَقَالَ سَهْلٌ: أَلَمْ يَقُلْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِلَّا مَا كَانَ رَقْمًا فِي ثَوْبٍ»؟ قَالَ: بَلَى، وَلَكِنَّهُ أَطِيبُ لِنَفْسِي.

الشرح: أمر أبى طلحة رضى الله عنه بإزالة النمط لأجل التصاوير، دليل على كراهية له.

وقوله: «وقد قال رسول الله ﷺ فيها ما قد علمت» يحتمل أنه قاله فى جملة التصاوير على وجه الكراهية، ويحتمل أنه قاله على وجه التحريم، واستثنى منه الرقم فى الثوب.

١٧٤٦ - أخرجه الترمذى فى الأدب ٢٨٠٥، أحمد فى باقى مسند المكثرين ١١٤٤٨. ذكره بالكنز برقم ٤١٥٦٣ وعزاه السيوطى إلى مسلم، عن أبى هريرة.
١٧٤٧ - أخرجه البخارى فى بدء الخلق ٣٢٢٥، الترمذى فى الأدب ٢٨٠٤، النسائى فى الصيد والذبائح ٤٢٨٠، الزينة ٥٣٤٥، ٥٣٤٦، ٥٣٤٧، ٥٣٤٨، ابن ماجه فى اللباس ٣٦٤٩، أخرجه أحمد فى مسند المدنيين ١٥٩١٠.

١٧٤٨ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنِ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنهَا اشْتَرَتْ نُمْرُقَةَ فِيهَا تَصَارِيرُ، فَلَمَّا رَأَاهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَامَ عَلَى الْبَابِ، فَلَمْ يَدْخُلْ فَعَرَفَتْ فِي وَجْهِهِ الْكَرَاهِيَةَ، وَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَتُوبُ إِلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ، فَمَاذَا أَذْنَبْتُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَمَا بَالُ هَذِهِ النُّمْرُقَةِ؟» قَالَتْ: اشْتَرَيْتُهَا لَكَ تَقَعُدُّ عَلَيْهَا وَتَوَسَّدُهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ أَصْحَابَ هَذِهِ الصُّورِ يُعَذِّبُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يُقَالُ لَهُمْ أَحْيُوا مَا خَلَقْتُمْ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّ الْبَيْتَ الَّذِي فِيهِ الصُّورُ لَا تَدْخُلُهُ الْمَلَائِكَةُ».

* * *

مَا جَاءَ فِي أَكْلِ الضَّبِّ

١٧٤٩ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي صَعْمَةَ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْتَ مَيْمُونَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ، فَإِذَا ضَبَابٌ فِيهَا بَيْضٌ، وَمَعَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَخَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ، فَقَالَ: «مِنْ أَيْنَ لَكُمْ هَذَا؟» فَقَالَتْ: أَهَدْتُهُ لِي أُخْتِي هُزَيْلَةَ بِنْتُ الْحَارِثِ، فَقَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ وَخَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ: «كَلَا» فَقَالَا: أَوْلَا تَأْكُلُ أَنْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ: «إِنِّي تَحْضُرُنِي مِنَ اللَّهِ حَاضِرَةٌ، قَالَتْ مَيْمُونَةُ: أَنْسَقِيكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ مِنْ لَبَنٍ عِنْدَنَا؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَلَمَّا شَرِبَ، قَالَ: «مِنْ أَيْنَ لَكُمْ هَذَا؟» فَقَالَتْ: أَهَدْتُهُ لِي أُخْتِي هُزَيْلَةَ،

١٧٤٨ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٠٥، مسلم فى اللباس والزينة ٢١٠٧، النسائى فى الزينة ٥٣٥٥، ٥٣٦٠، ٥٣٦١، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٥٥٩.

١٧٤٩ - أخرجه أبو داود بنحوه برقم ٣٧٩٤، ٣٥٢/٣ كتاب الأطعمة، باب من أكل الضب، عن خالد بن الوليد.

قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى: «وإذا ضباب فيها بيض»، وقال ابن القاسم: «وإذا بضباب فيها بيض»، وقال القعنبي وابن نافع، وابن بكير، ومطرف: «فأتى بضباب»، وقال القعنبي: «فيهن بيض»، وقال غيره: «فيها بيض»، وقال يحيى: «وأرأيت»، وقال يحيى: «وصلى بها رحمك»، وقال غيره: «وصلىها بها ترعى عليها». والمعانى فى ذلك كله متقاربة؛ وكذلك ألفاظ الرواة فى الموطأ فى متون الأحاديث، متقاربة المعانى غير متدافعة؛ ولم يختلف الرواة للموطأ فى إسناد هذا الحديث وإرساله على حسب ما ذكرناه عن يحيى، وقد رواه بكير بن الأشج، عن سليمان بن يسار، عن ميمونة. انظر: التمهيد ٢٩٨/١٠.

فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرَأَيْتَكَ جَارِيَتَكَ الَّتِي كُنْتَ اسْتَأْمَرْتَنِي فِي عِتْقِهَا أُعْطِيهَا أُخْتِكَ وَصَلِي بِهَا رَحِمَكَ، تَرَعَى عَلَيْهَا، فَإِنَّهُ خَيْرٌ لَكَ».

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ دخل بيت ميمونة بنت الحارث» ومعه عبدالله ابن عباس وخالد بن الوليد؛ لأنها خالتهما، «فإذا ضباب فيها ييض» وهي مما يستطيعه العرب منها فسأل رسول الله ﷺ: «من أين لكم هذا؟» يعلم هل هذا من جهة الهدية أو من جهة الصدقة، أو مما قد صار له ملكاً أو لمن يكون من جهته، أو هو معرض بعد للبيع أو لغير ذلك، فقالت ميمونة رضى الله عنه: «أهدته لى أختى هزيلة بنت الحارث» وهي أم حميد، فقال رسول الله ﷺ: «أرأيتك جاريته التى كنت استأمرتني فى عتقها» يحتمل أن تكون ميمونة لم تعلم أذلك أفضل لها أم غير ذلك، ويحتمل أن تكون استأمرته لما كانت جميع مالها حين الاستعمار أو أكثر من ثلث مالها، واعتقدت أنه لا يجوز لها أن تبذل أكثر من ثلث مالها إلا بإذنه لكونه زوجها ﷺ.

فصل: وقوله ﷺ: «أعطيها أختك وصلّى بها رحمتك ترعى عليها، فإنه خير لك» ويحتمل من أهله زائراً حتى قدم بتحفة أن يكافئه على مواصلته بما يكون أفضل من ذلك.

ويحتمل أن يكون اختار ذلك ابتداء، وراه أفضل من عتقها لأن الصلة أعظم أجراً من العتاقة، ولأنه كان فى وقت شدة بالمدينة، وكان العتق ضراراً بالمعتق، فجعل ذلك خيراً لها بمعنى أنه أعظم أجراً وأوصل للرحم، والله أعلم وأحكم.

١٧٥٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ أَبِي أَمَامَةَ بْنِ سَهْلٍ بْنِ حُنَيْفٍ، عَنْ عَبْدِ

١٧٥٠ - أخرجه البخارى فى الأطعمة ٥٣٩١، ٥٤٠٠، الذبائح والصيد ٥٥٣٧، أخرجه مسلم فى الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان ١٩٤٦، النسائى فى الصيد والذبائح ٤٣١٤، ٤٣١٥، أبو داود فى الأطعمة ٣٧٩٤، ابن ماجه فى الصيد ٣٢٤١، أحمد فى مسند الشاميين ١٦٣٧١، باقى مسند الأنصار ٢٦٢٧٤، الدارمى فى الصيد ٢٠١٧.

قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى بن يحيى: عن ابن عباس، عن خالد بن الوليد، وتابعه القعنبى، وابن القاسم، وجماعة من أصحاب مالك. وقال ابن بكير، عن ابن عباس، وخالد بن الوليد: أنهما دخلا مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة. وتابعه قوم. وكذلك رواه معمر، عن الزهري أن ابن عباس وخالد شهدا هذه القصة، بنحو رواية ابن بكير. ولم تختلف نسخ الموطأ فى إسناد هذا الحديث عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبى أمامة، عن ابن عباس. ورواه عثمان بن عمر فأخطأ فى إسناده، جعله عن مالك، عن ابن شهاب، عن عبيد الله، عن ابن عباس. انظر: التمهيد ٣٠١/١٠.

اللَّهُ بْنُ عَبَّاسٍ، عَنْ خَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ بْنِ الْمُغِيرَةِ أَنَّهُ دَخَلَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَيْتَ مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ فَأَتَى بِضَبٍّ مَحْنُودٍ، فَأَهْوَى إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهِ، فَقَالَ بَعْضُ النِّسْوَةِ اللَّاتِي فِي بَيْتِ مَيْمُونَةَ: أَخْبَرُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِمَا يُرِيدُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ فَقِيلَ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَرَفَعَ يَدَهُ، فَقُلْتُ: أَحْرَامٌ هُوَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ: «لَا وَلَكِنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِأَرْضِ قَوْمِي فَأَجِدُنِي أَعَافُهُ». قَالَ خَالِدٌ: فَاجْتَرَرْتُهُ فَأَكَلْتُهُ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَنْظُرُ.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ أتى بضب محنود» معناه مشوى، «فأهوى إليه رسول الله ﷺ بيده» يريد مد يده إليه ليتناوله، ورأى بعض النسوة اللاتي في البيت أنه لم ينظر منه نظراً يعلم به ما يأكل، ولعله كان عند أهل المدينة، ذلك ممنوع، مما يعافونه، فلما قيل له: «هو ضب رفع يده» فسأله خالد بن الوليد عن امتناعه منه التحريم، فقال: «لا» نفيًا لتحريمه، ولكن يعافه لأنه «لم يكن بأرض قومه» يريد والله أعلم بمكة والحجاز، «فأكله خالد بن الوليد ورسول الله ﷺ ينظر إليه» فدل ذلك على إباحته، وعلى إباحة أكثر العلماء، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: هو مكروه، وهذا الحديث هو حجة عليه؛ لأنه لو كان مكروهاً لنهاه عنه، ومنعه من ذلك.

١٧٥١ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلًا نَادَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا تَرَى فِي الضَّبِّ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَسْتُ بِأَكِلِهِ وَلَا بِمُحَرِّمِهِ».

١٧٥١ - أخرجه البخاري في الذبائح والصيد ٥٥٣٦، أخبار الأحاد ٧٢٦٧، مسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان ١٩٤٣، الترمذي في الأطعمة ١٧٩٠، النسائي في الصيد والذبائح ٤٣١٢، ٤٣١٣، أخرجه ابن ماجه في الصيد ٣٤٢٤، أخرجه أحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٤٨، ٥٠٣٨، ٥٢٣٣، ٥٢٥٨، ٥٤١٧، ٥٥٠٥، ٥٥٤٠، ٦١٧٨، ٦٤٢٩، أخرجه الدارمي في الصيد ٢٠١٥.

قال ابن عبد البر: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك، عن عبدالله بن دينار، عن ابن عمر، وكذلك رواه أكثر الرواة للموطأ عن مالك، ورواه ابن بكير، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، وهو صحيح للمالك عنهما جميعاً، وهو محفوظ من حديث نافع، كما هو محفوظ من حديث ابن دينار. وقد رواه قوم، منهم: بشر بن عمر، عن مالك، عن نافع، وعبدالله بن دينار، جميعاً، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ ورواه عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر. انظر: التمهيد ٣٠٤/١٠.

٤٤٠ كتاب الجامع

الشرح: قوله ﷺ: «لست يأكله ولا بمحرمه» على ما تقدم من أنه كان يعافه؛ لأنه لم يتعد أكله، وليس كل ما يعافه الإنسان يحرم، فقد كان رسول الله ﷺ يكره الخضر التي لها روائح، وقد يعاف كثير من الناس الألبان والسمن وغير ذلك من الأطعمة، ثم بين ﷺ أن امتناعه منه ليس لتحريمه، والله أعلم.

مسألة: وحشرات الأرض كلها مكروهة عند القاضي أبي محمد. وقال أبو حنيفة والشافعي: هي محرمة.

والدليل على ما نقوله أن هذا حيوان لم ينص على تحريمه، فلم يكن حراماً كالضبع.

* * *

مَا جَاءَ فِي أَمْرِ الْكِلَابِ

١٧٥٢ - مَالِكٌ عَنْ يَزِيدَ بْنِ حُصَيْفَةَ أَنَّ السَّائِبَ بْنَ يَزِيدَ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ سَمِعَ سُفْيَانَ بْنَ أَبِي زُهَيْرٍ، وَهُوَ رَجُلٌ مِنْ أَزْدِ شَنْوَةَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ يُحَدِّثُ نَأْسًا مَعَهُ عِنْدَ بَابِ الْمَسْجِدِ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «مَنْ اقْتَنَى كَلْبًا لَا يُغْنِي عَنْهُ زَرْعًا وَلَا ضَرْعًا، نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ» قَالَ: أَنْتَ سَمِعْتَ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ فَقَالَ: إِي وَرَبِّ هَذَا الْمَسْجِدِ.

١٧٥٣ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ

١٧٥٢ - أخرجه البخاري في المزارعة ٢٣٢٣، مسلم في المساقاة ١٥٧٦، النسائي في الصيد والذبائح ٤٢٨٣، ابن ماجة في الصيد ٣٢٠٦، أحمد في مسند الأنصار ٢١٤٠٦، الدارمي في الصيد ٢٠٠٥. وذكره الطبراني في الكبير ٨٥/٧، عن سفيان بن أبي زهير. وذكره في الكنز برقم ٣٤٦٩٠ وعزاه السيوطي لأحمد والبيهقي والنسائي وابن ماجة، عن سفيان بن أبي زهير.

١٧٥٣ - أخرجه البخاري في الذبائح والصيد ٥٤٨٢، مسلم في المساقاة ١٥٧٤، الترمذي في الصيد ١٤٨٧، النسائي في الصيد والذبائح ٤٢٨٢، ٤٢٨٥، ٤٢٨٩، أحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٦٥، ٤٥٣٥، ٤٧٩٨، ٤٩٢٥، ٥٠٥٣، ٥١٤٩، ٥٢٣١، ٥٧٤١، ٥٨٨٩، ٦٢٩٩، ٦٤٠٧، الدارمي في الصيد ٢٠٠٤.

قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى: «من اقتنى إلا كلبا، وغيره يقول: من اقتنى كلبا إلا كلبا ضاريا، أو كلب ماشية». وقال القعنبي فيه: «من اقتنى كلبا إلا كلب ماشية، أو ضاريا - والمعنى واحد كله. وروى هذا الحديث يحيى عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، وتابعه جماعة. ويرويه قوم أيضا عن مالك، عن عبدالله بن دينار، عن ابن عمر. والحديث عند مالك عنهما جميعا عن=

اقتنى كلبًا إلا كلبًا ضارياً أو كلباً ماشيةً، نقص من عمله كل يوم قيراطان.

الشرح: وقوله ﷺ: «من اقتنى كلباً معناه اتخذهُ. قال مالك: إنما ذلك بغير شراء. قال ابن كنانة وغيره: لا بأس أن يشتري لما يجب اتخاذه له.

فصل: وقوله ﷺ: «لا يفنى عنه زرغاً ولا ضرغاً» يريد بحفظه له. قال مالك، رحمه الله لا بأس باتخاذ الكلاب المواشى كلها، قيل له: فالنخاسون الذين يرتعون دوابهم فيتخذون الكلاب، قال: هي من المواشى.

فصل: قال مالك: وأرى الحديث لزرع أو ضرب لما يكون من المواشى فى الصحارى، وأما ما جعل فى الدور، فلا يعجبني، ولا يعجبني أن يتخذ خوف اللصوص الذين يفتحون الأبواب ويخرجون الدواب إلا أن يكون يسرح معها فى المرعى. قال مالك: ولا يعجبني أن يتخذ المسافر كلباً يحرسه.

فصل: وقوله ﷺ: «نقص من عمله كل يوم قيراط» والقيراط قدر ما لا يعلمه إلا الله عز وجل، ومعناه عندى نقص من عمله، وإن كان عمله على ما كان عليه، ويحتمل والله أعلم، أن يريد أن عمله بالبر ينقص، فلا يبلغ منه ما كان يبلغه عقوبة له على عصيانه باتخاذ كلب لا يفنى عنه ما ذكره، ويحتمل أن يكون ذلك لما فيها من أذى الناس وترويعهم، والضرع، معناه الماشية لأنها ذات ضرع ويجرى إباحة اتخاذها للصيد مجرى ما تقدم من اتخاذها للزرع والضرع، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ فى حديث عبدالله بن عمر: «إلا كلباً ضارياً» يحتمل أن يريد بالكلب المعلم للصيد. وقد روى سالم بن عبدالله بن عمر هذا الحديث عن أبيه، فقال فيه: «إلا كلب ضار للصيد» وقال فيه: «نقص من عمله قيراطان» فيحتمل أن يكون القيراط فى موضع ما كالموضع الذى يقل الاستضرار به، والقيراطان فى مثل المدينة والأمصار لكثرة الاستضرار بها، ويحتمل أن يكون القيراط فى كلب بعينه وصنف من الكلاب يقل الاستضرار بها، والقيراطان فى صنف من الكلاب يكثر الاستضرار بها، والله أعلم وأحكم.

٤٤٢ كتاب الجامع

١٧٥٤ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ بِقَتْلِ الْكِلَابِ.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ أمر بقتل الكلاب» قال عيسى بن دينار: يريد كل كلب اتخذ لغير صيد أو ماشية. قال مالك: تقتل الكلاب ما يؤذى منها، وما يكون في موضع لا ينبغي أن يكون فيها كالفسطاط، وليس ذلك مما يمنع الإحسان إليها حال حياتها، وأن يحسن قتلها، ولا تتخذ غرضًا ولا تقتل جوعًا ولا عطشًا.

* * *

مَا جَاءَ فِي أَمْرِ الْغَنَمِ

١٧٥٥ - مَالِكُ عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «رَأْسُ الْكُفْرِ نَحْوَ الْمَشْرِقِ، وَالْفَخْرُ وَالْخَيْلُ فِي أَهْلِ الْخَيْلِ وَالْإِبِلِ وَالْفَدَّادِينَ أَهْلُ الْوَبْرِ، وَالسَّكِينَةُ فِي أَهْلِ الْغَنَمِ».

الشرح: قوله ﷺ: «رأس الكفر» يريد والله أعلم، معظمه وشدته^(١).

فصل: وقوله ﷺ: «نحو المشرق» يحتل أن يريد والله أعلم، فارس على ما تقدم، ويحتل أن يريد به أهل نجد، فقد روى عنه ﷺ ويؤيد هذا التأويل قوله ﷺ: «والفخر والخيل في أهل الخيل والإبل والفدادين أهل الوبر» وهؤلاء كانوا أهل نجد.

وأما الفدادون، فروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم عن مالك أنه قال: هم أهل

١٧٥٤ - أخرجه البخاري في بدء الخلق ٣٣٢٣، مسلم في المساقاة ١٥٧٠، ١٥٧١، الترمذي في الصيد ١٤٨٨، النسائي في الصيد والذبائح ٤٢٧٥، ٤٢٧٦، ٤٢٧٧، ابن ماجه في الصيد ٣٢٠٢، ٣٢٠٣، أحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٧٣٠، ٥٧٤١، ٦٢٧٩، الدارمي في الصيد ٢٠٠٧، البيهقي في الكبرى ٢٤٢/١، عن ميمونة.

١٧٥٥ - أخرجه البخاري في بدء الخلق ٣٣٠١، مسلم في الإيمان ٥٢، الترمذي في الفتن ٢٢٤٣، أحمد في باقي مسند المكثرين ٧٣٨٤، ٢٧٤٦٢، ٨٦٢٩، ٨٧١٩، ٩٠٣٣، ٢٧٦١٠، ٩٥٨١، ٩٩١٣، ١٠٢٠١.

(١) قال ابن عبد البر: قوله رأس الكفر نحو المشرق، فهو أن أكثر الكفر وأكبره كان هناك، لأنهم كانوا قومًا لا كتاب لهم، وهم فارس ومن وراعيهم، ومن لا كتاب له، فهو أشد كفرًا من أهل الكتاب، لأنهم لا يعبدون شيئًا، ولا يتبعون رسولا فهذا، والله أعلم، معنى قوله رأس الكفر نحو المشرق. انظر: التمهيد ٣٢٠/١٠.

كتاب الجامع ٤٤٣

الجفاء. قال مالك: وقد سألت عن ذلك، فقيل لي هم أهل الجفاء، وقال أبو عبد الله: الفداد ذو المال الكثير، ووصف أهل الخيل والإبل باسم أهل الفخر والخيلاء، يحتمل أن يكون ذلك مما يعرف به أهل الخيلاء، والفخر.

ويحتمل، والله أعلم، أن يكون ذلك سبب فخرهم وخيلائهم للغنى المطغى، وقوة أموالهم وكونها عوناً لهم على من ناوهم وحاربهم، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «والسكينة في أهل الغنم» يحتمل والله أعلم، أن يكون ذلك على وجه التعريف بهم، ويحتمل أن يكون ذلك سبب سكينتهم لضعفها وقلة استعانة أهلها بها في محاربة عدو ومناواته، فرغبوا في المسألة، وتخلقوا بالسكينة والوقار، والكف عن الأذى.

١٧٥٦ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي صَعَصَعَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يُوشِكُ أَنْ يَكُونَ خَيْرَ مَالِ الْمُسْلِمِ غَنَمًا يَتَّبِعُ بِهَا شَعْفٌ^(١) الْجِبَالِ وَمَوَاقِعَ الْقَطْرِ، يَفِرُّ بِدِينِهِ مِنَ الْفِتَنِ».

الشرح: قوله ﷺ: «يوشك أن يكون خير مال المسلم غنماً يتبع بها شعف الجبال ومواقع القطر يفر بدينه من الفتن» يريد والله أعلم أن يقرب ذلك، ووصفه بالإسلام لما كان المسلمون محتضين بخير الآخرة.

وقوله ﷺ: «يتبع بها شعف الجبال» يريد أعاليها «ومواقع القطر» يريد حيث الكأ والماء لما شيبته، قاله عيسى بن دينار.

وقوله ﷺ: «يفر بدينه من الفتن» يريد التي يدخل فيها غيره وخص الغنم بذلك؛ لأنه أعلم أن هذا إنما يكون في صاحب غنم.

١٧٥٦ - أخرجه البخارى فى الإيمان ١٩، النسائى فى الإيمان وشرائعه ٥٠٣٤، أبو داود فى الفتن والملاحم ٤٢٦٧، ابن ماجه فى الفتن ٣٩٨٠، أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٠٦٤٩، ١٠٨٦١، ١٠٩٩٨، ١١١٤٨.

(١) شعف الجبال عند أهل اللغة: رعوسها، وشعفة كل شيء: أعلاه. قال الأخصش: الشعف: أطراف الجبال وظهورها وأعلاها، الواحدة شعفة. قال الشاعر:

كنا كزوج من حمام ترتقى شعف الجبال ترعى النهار ولا تراعى بذى حابل أو نصال
انظر: التمهيد ٣٢٣/١٠.

٤٤٤ كتاب الجامع

وأما صاحب الإبل أو الخيل أو غيرها من أنواع الأموال، فلا يتأتى ذلك فيها، ويحتمل أن يكون خصهم بذلك لأن الكاف عن الفتنة والمعتزل لأهلها مقتصر على هذا النوع من المال؛ لأنه لا مدخل له في الفتنة، ولا عون منه عليها، وما يكاد أن يقتصر عليها إلا متقل من الدنيا فار عن الفتنة، مقتصر على ما يعده عنها أو يضعفه عن التشوف إليها.

وهذا الحديث يقتضى جواز الاعتزال عند الفتنة لأن من كان مع ماشيته يراعها، ويتبع بها مواقع القطر لم يمكنه غير الاعتزال، والبعد عن الحواضر والقرى.

قال بكير بن الأشج: أما إن رجالاً من أهل بدر، لزموا بيوتهم بعد قتل عثمان بن عفان، فلم يخرجوا إلا إلى قبورهم. وقال الزبير بن العوام: لا ينبل الرجل حتى يلتزم بيته. وقال أبو الدرداء: نعم صومعة الرجل بيته، يكف بصره ونفسه، وإياكم وبجالس الأسواق، فإنها تلهى وتغلى. وقال سفيان الثوري: والذي لا إله إلا هو لقد حلت العزلة.

١٧٥٧ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَحْتَلِبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ أَحَدٍ بغيرِ إِذْنِهِ، أَيُجِبُ أَحَدُكُمْ أَنْ تُؤْتَى مَشْرُوبُهُ، فَتُكْسَرَ خِزَانَتُهُ، فَيُنْتَقَلَ طَعَامُهُ، وَإِنَّمَا تَحْزُنُ لَهُمْ ضُرُوعُ مَوَاشِيهِمْ أَطْعِمَاتِهِمْ، فَلَا يَحْتَلِبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «لا يحتلبن أحد ماشية أحد» يريد غيره «بغير إذنه» على وجه المنع من مال غيره إلا بإذنه وطيب نفسه.

وقد روى ابن وهب عن مالك في الرجل يدخل الحائط، فيجد الثمر ساقطاً، قال: لا يأكل منه إلا أن يعلم أن صاحب طيب النفس به، أو يكون محتاجاً إلى ذلك، فأرجو أن لا يكون به بأس، يريد أن يعلم من حاله أن ذلك لا يشق عليه لقلته، بل ربما كان ذلك مما يسره، ويسوؤه ألا يفعله لما فيه من إظهار طيب نفسه عليه وثقته بمروءته.

١٧٥٧ - أخرجه البخارى فى اللقطة ٢٤٣٥، مسلم فى اللقطة ١٧٢٦، أبو داود فى الجهاد ٢٦٢٣، ابن ماجه فى التجارات ٢٣٠٢، أحمد فى مسند المكشرين من الصحابة ٤٤٥٧، ٤٤٩١، البيهقى فى الكبرى ٣٥٨/٩، عن ابن عمر، البغوى فى شرح السنة ٣٢٣/٨، عن ابن عمر، الطحاوى فى شرح المعانى ٢٤١/٤، عن ابن عمر

وقال أشهب: خرجنا إلى الإسكندرية مرابطين، فمررنا بجنان الليث بن سعد، فدخلناه فأكلنا من التمر، فلما رجعت دعنتى نفسى إلى أن استحلته، فقال لى: يا ابن أخي، لقد نسكت نسكاً عجمياً أما سمعت الله عز وجل يقول: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا﴾ [النور: ٦١] فلا بأس أن يأكل الرجل من مال أخيه الشيء التافه يسره بذلك.

مسألة: وهذا يكون على وجهين، أحدهما: ما قدمناه مما يعتقد من طيب نفس الصديق. والثاني: لضرورة معه.

حكى الشيخ أبو القاسم: من وجد ميتة ومالاً لغيره، أكل من مال غيره وضمنه، وقيل لا ضمان عليه، ولا يأكل الميتة إلا أن يخاف القطع، فيجوز له أكلها، وهذا لا يكون إلا فى ألبان المواشى السارحة، فكان ذلك أولى من أكل الميتة.

مسألة: وأما ما كان من أموال أهل الذمة، فقد روى عن أنس بن مالك وأبى بردة وعبدالرحمن بن سمرة أنهم كانوا فى سفر، فكانوا يصيبون من الثمار. قال الحسن بن أبى الحسن البصرى: يأكل ولا يفسد، ولا يحمل.

ومعنى ذلك عندى إن لم يكن بمعنى أكل الصديق أو أكل المضطر، فإن معناه أن الحائظ لذمى لما فى ماله من حق الضيافة.

وقد قال مالك فى المسافر ينزل بالذمى: لا يأخذ من ماله شيئاً إلا بإذنه، قيل لمالك: أفرايت الضيافة التى جعلت عليهم ثلاثة أيام، فقال: كان يومئذ خفف عنهم ذلك. وروى عن عمر بن الخطاب: لا بأس بأكل المسافر مما يمر به من الثمار من أموال أهل الذمة وغيرهم.

فصل: وقوله **﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَنُدْخِلَنَّهُمْ فِي الصَّالِحِينَ﴾**: «أوجب أحدكم أن تؤتى مشربته» قال عيسى بن دينار: المشربة الغرفة التى يخن فيها الرجل طعامه وقوته. قال يحيى بن يحيى: المشربة، هو العسكر، وما اشتهر من جميع ما يطل من الحيطان مثل الخشبة، فىأتى أحد إلى تلك المشربة، فيتعلق بها فيصلد عليها، ثم يأتى خزائنه من ناحية الغرفة فىكسرها، ويذهب بما فيها.

فصل: وقوله **﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَنُدْخِلَنَّهُمْ فِي الصَّالِحِينَ﴾**: «فىكسر خزائنه فىنتقل طعامه» محض القياس، وتمثيل ما فى ضرع الماشية من اللبن بما فى الخزانة من الطعام، فنبه على أن قياس الفرع على الأصل، إنما يكون لعله جامعة بينهما، وهو الاختزان.

٤٤٦ كتاب الجامع

١٧٥٨ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَا مِنْ نَبِيٍّ إِلَّا قَدْ رَعَى غَنَمًا. قِيلَ: وَأَنْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: وَأَنَا».

الشرح: قوله ﷺ: «ما من نبي إلا وقد رعى غنمًا، قيل له: وأنت يا رسول الله، قال: وأنا» جاء هذا الاستفهام، وإن كان اللفظ عامًا لما يحتمل من التخصيص، وإن كان ظاهره العموم، فبين هو ﷺ قصد العموم، ومقتضى اللفظ.

وقد قال بعض الناس: إن رعاية الأنبياء الغنم، إنما كان على سبيل التعليم والتدريب في رعاية أمهم، والله أعلم. ويحتمل أن يكون ذلك ليأخذوا بحظ من التواضع، والله أعلم، ولعل هذا من الوجوه التي جعلت لأهل الغنم السكينة، ولذلك خص الأنبياء برعيها دون عى سائر المواشى، والله أعلم.

* * *

مَا جَاءَ فِي الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ وَالْبَدْنِ بِالْأَكْلِ قَبْلَ الصَّلَاةِ

١٧٥٩ - مَالِكُ عَنْ نَافِعٍ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ يُقَرَّبُ إِلَيْهِ عَشَاءُهُ، فَيَسْمَعُ قِرَاءَةَ الْإِمَامِ، وَهُوَ فِي بَيْتِهِ، فَلَا يَعْجَلُ عَنْ طَعَامِهِ حَتَّى يَقْضِيَ حَاجَتَهُ مِنْهُ.

الشرح: قوله: «أن عبدالله بن عمر رضى الله عنه كان لا يعجل عن عشاءه مع سماعه قراءة الإمام» لما روى عن النبي ﷺ: «إذا حضر العشاء وأقيمت الصلاة، فابدأوا بالعشاء» وذلك لوجهين، أحدهما: أن يخلو باله لصلاته، فلا يعجله عنها، ولا يشغله فيها حاجته إلى الطعام.

والوجه الثانى: أن يكون له أصحاب قد وضعوا عشاءهم، فيشتغل عنهم بصلاته، فيضر ذلك بهم، وربما كان من الطعام الذى يذهب طيبه ويتغير إذا برد كالثرید ونحوه.

وقد قال مالك: وروى عن النبي ﷺ: «كان يحتر من كثف شاة، فدعى إلى الصلاة فألقاها ثم صلى، ولم يتوضأ» فيحتمل أن يكون هذا أنه كان أكلاً وحده، وأمن أن يشغله ذلك فى صلاته، وهذا يدل على سعة وقت صلاة المغرب على ما قدمناه من قبل، والله أعلم وأحكم.

١٧٥٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨١٩.

١٧٥٩ - أخرجه البخارى فى الوضوء ٢٣٥، الترمذى فى الأطلعة ١٧٩٨.

١٧٦٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، عَنْ مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنِ الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ، فَقَالَ: «انزِعُوهَا وَمَا حَوْلَهَا فَاطْرَحُوهُ».

الشرح: قوله ﷺ: «انزعوها وما حولها، فاطرحوه» يقتضى أنه سأل عن سمن جامد، ولو كان ذائباً لم يتميز ما حولها من غيره، ولكنه لما كان جامداً نجس ما جاورها بنجاستها، وبقي الباقي على ما كان عليه من الطهارة.
قال ابن حبيب: ويكون سائر ذلك حلالاً طيباً، وأما إن كان ذائباً كالزيت، فإنه لا يحل أكله، وإن أمن أن يكون سال منها فيه شيء؛ لأن موتها فيه ينجسها.
وقال مالك فى الموازية: إذا أخرجت الفأرة من الزيت حين ماتت فيه لم أعلم أنه لم يخرج منها شيء فيه، ولكنى أخاف، فلا أحب أن أكله.
وهذا الذى قاله ابن حبيب، وهو مذهب ابن الماجشون، يرى أن لموت الحيوان فى الزيت وسائر المائعات مزية فى تنجيسه. وما رواه ابن المواز عن مالك أنه حكم بنجاسته لما أخاف أن يخرج منه فى الزيت.

١٧٦٠ - أخرجه البخارى ج٧/١٧٧ كتاب الذبائح والصيد، باب إذا وقعت الفأرة فى السمن .. إلخ، عن ميمونة.

قال ابن عبد البر: هكذا روى يحيى هذا الحديث فحجود إسناده وأتقنه - عن مالك عن ابن شهاب، عن عبيد الله، عن ابن عباس، عن ميمونة وتابعه جماعة من الحفاظ منهم عبدالرحمن بن مهدي، وعبدالله بن نافع والشافعى، وإسماعيل بن أبى أويس، وسعيد بن أبى مريم وزيد بن يحيى بن عبيد الدمشقى وأشهب بن عبدالعزيز. وإبراهيم بن طهمان، وزيد بن يونس، ومطرف ابن عبدالله، وسعيد بن داود الزبيرى، وإسحاق بن عيسى الطباع، وعبيد بن حيان، كل هؤلاء يروونه عن مالك، عن ابن شهاب، عن عبيدالله بن عبدالله، عن ابن عباس عن ميمونة، عن النبي ﷺ. ورواه ابن وهب، عن مالك عن ابن شهاب، عن عبيد الله، عن ميمونة - لم يذكر ابن عباس. هكذا رواه عن ابن وهب يونس بن عبد الأعلى. وأبو الطاهر والحارث بن مسكين. ورواه القعنبي والتنيسى وعثمان بن عمر، ومعن بن عيسى، وإسحاق بن سليمان الرازى، ومحمد بن مخلد، ومحمد بن الحسن، وأبو قرّة موسى بن طارق، وإسحاق بن محمد الفسوى كل هؤلاء روه عن مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله، عن ابن عباس عن النبي ﷺ لم يذكروا ميمونة. ورواه يحيى القطان وجويرية عن مالك عن الزهرى عن عبيد الله بن عبدالله عن ابن عباس أن ميمونة استفتت النبي ﷺ. ورواه ابن بكير وأبو مصعب، عن مالك عن ابن شهاب، عن عبيد الله عن النبي ﷺ مقطوعاً وهذا اضطراب شديد عن مالك فى إسناد هذا الحديث، والله أعلم. والصواب فيه ما قاله يحيى ومن تابعه، والله أعلم. انظر: التمهيد ٣٣٣/١٠.

٤٤٨ كتاب الجامع

والقولان فيهما نظر، وذلك أن الموت عرض لا يؤثر في طهارة ولا نجاسة، ولا يوصف بها، وكذلك أيضاً ما يخرج من الحيوان عند موته أو بعد ذلك لا يكون أشد نجاسة من الميتة، وقد يحسن الزيت بمجاورته، وهذا المشهور من مذهب مالك وأصحابه.

وقد روى هذا الحديث معمر عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وزاد فيه: «وإن كان مائعاً، فلا تقربوه». وقال فيه عبد الواحد بن زياد عن معمر بهذا الإسناد: «وإن كان مائعاً فاتفَعوا به واستصبحوا».

فإن ثبتت هذه الزيادة، فلا يخلو أن يكون هذا الدهن، كثيراً أو قليلاً، فإن كان كثيراً، ففي كتاب السير لابن سحنون، رواية عن ابن نافع في الجباب التي بالشام للزيت تموت فيه الفأرة: إن ذلك لا يضر الزيت، وليس الزيت كالماء في هذا، وكذلك سمعت.

وقال أبو زيد الأندلسي في ثمانيته عن عبد الملك: إذا وقعت الفأرة أو الدجاجة في البئر، وهي ميتة، فإنما ينظر إلى الماء، وإلى ما سقط فيه، زيتاً كان أو سمناً أو شراً، فإذا كان كثيراً، ولم يتغير لونه ولا طعمه ولا ريحه، أزيل عنه ما في الميتة، ثم كان سائره حلالاً طيباً، هذا إن وقعت فيه ميتة، ولو ماتت فيه لكان نجساً، وإن كثر.

وسأل مالك عن جباب الزيت تقع فيه الفأرة، فكره ذلك الزيت، وإن كان كثيراً وهو المشهور من قول مالك وأصحابه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في المائعات كلها غير الماء.

ولو كانت المائعات تحمل النجاسات ولا تنجس إلا بالتغير؛ لوجب أن تطهر بها النجاسة كالماء احتمل النجاسة، ولم تنجس إلا بالتغير طهرت النجاسة من الجسد أو الثوب.

فرع: فإذا قلنا بنجاسته لقلته أو مع كثرته على قول مالك، فهل يطهر بال غسل، وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك في العتبية والواضحة: فإن طبخ ثم ظهرت فيه فأرة قد تفسخت، وهي من ماء البئر، طبخ بمائها، فأمر مالك أن يغلى ويتم طبخه بماء طاهر مرتين أو ثلاثة، ثم أجاز بيعه والادهان به، واستحسنه أصبغ في الكثير، ورأى أن في اليسير لا ضرر فيه أن يطرح ويوقد به.

وقال يحيى بن عمر: إنما خففه مالك لاختلاف الناس في ماء البئر تموت فيه الفأرة،

كتاب الجامع ٤٤٩

ولا تغيره. وعند عبدالملك: لا يجوز مثل هذا في زيت تموت فيه الفأرة؛ لأن الفأرة لم تمت في البئر إنما ماتت في ماء البئر.

وقال أصبغ عن ابن القاسم فيمن فرغ عشر جرار سمن في زقاق، ثم وجد في جرة منها فأرة يابسة، ولا يدري من أى الزقاق فرغها؛ أنه يحرم أكل جميع الزقاق ويبيعها، فالظاهر أن هذا قول آخر يمنع غسله.

فأما اعتبار ابن الماجشون موتها في الماء دون ألبان، ففيه نظر؛ لأنه يجب أن ينحس الماء لموت الفأرة فيه على تسليم هذا له ثم تنحس الألبان بمخالطته إياه، فإذا جاز غسله بعد ذلك وتطهيره بالطبيخ بالماء، فكذلك الزيت الذى ماتت فيه الفأرة.

وجه قول مالك بغسله أنه يتميز من الماء، فجاز غسله كالثوب.

ووجه المنع من ذلك أنه مائع، فلا يصح غسله من النجاسة كالعسل والخل.

فرع: فإذا قلت يطهر بالغسل، فقد قال مالك: يجوز بيعه والادهان به، وهذا يقتضى أنه يجوز أكله.

وإن قلنا إنه لا يطهر بالغسل أو كان غير مغسول، فقد قال ابن حبيب فى حجاب الزيت، إذا وقعت به ميتة: لم يختلف العلماء فى تحريم أكله، وإنما اختلفوا فى الانتفاع به، ولعله أراد على قول من لا يرى غسله.

وقد قال مالك فى الزيت النجس: يجوز الاستصباح به فى غير المساجد للمتخلف من نجاسته، ويعمل منه الصابون، وبه قال الشافعى، وهو قول على بن أبى طالب رضى الله عنه.

وروى عن عبدالله بن عمر. وقال عبدالملك بن الماجشون: لا ينتفع به فى شىء، ولو طرحه فى الكرباس، يريد الانتفاع به لكراهيته له، وبه قال ابن حبيب وأحمد بن صالح. وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه.

وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب من أن النبى ﷺ قال فى جلد الميتة: «هلا انتفعتم به». وقال: «إنما حرم أكلها». فأباح الانتفاع، ومنع من الأكل مع النجاسة.

ووجه قول ابن الماجشون ما روى عن النبى ﷺ أنه قال فى الفأرة فى السمن: «انزعوها وما حولها، فاطرحوه» فأمر بطرح ما نجس من السمن، وكذلك يمنع الانتفاع

به.

وقال في رواية معمر: «وإن كان مائعا، فلا تقربوه».

وقال ابن المواز: خفف مالك أن يدهن به النعال. قال ابن القاسم: وتغسل بعد ذلك وعندى أن هذا على رواية من يرى أن غسل الزيت يطهره؛ لأنه إنما يدهن النعال بالزيت لتبقى فيها رطوبة، وإذا كان الزيت نجسا لم تطهر النعال ما دام بقى فيها بقية من الزيت النجس، إلا أن تكون تلك البقية، قد طهرت بالغسل.

وقال أبو بكر: روى ابن رشد عن ابن نافع عن مالك في الزيت إذا أصابته النجاسة، تغسل. وكان أبو بكر يعتنى بذلك، ويحتج بقول مالك في الألبان.

وقد قال سحنون في فارة وجدت يابسة في زيت: إن ذلك خفيف، ويسسها يدل على أنهم صبوا عليها الزيت، وهي يابسة لم تمت فيه.

فرع: ولا يجوز بيعه عند مالك حال نجاسته من مسلم ولا نصراني. قال ابن حبيب: وعلى ذلك أصحاب مالك إلا ابن وهب، فإنه أجاز بيعه إذا بين، ورواه عن ابن القاسم وسالم، وبه قال أبو حنيفة.

وروجه قول مالك في منع بيع ما ينجس من ذلك ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال في الخمر: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها».

ومن جهة المعنى أن ما كان من جنس المطعوم حرم شربه، فإنه يحرم بيعه كالخمر، فإذا قلنا لا يجوز بيعه، فإنه إذا وقع رد، ولو فات الزيت لزم رد الثمن على كل حال.

* * *

مَا يُتَّقَى مِنَ الشُّؤْمِ

١٧٦١ - مَالِكٌ عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدِ السَّاعِدِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنْ كَانَ، فَفِي الْفَرَسِ وَالْمَرْأَةِ وَالْمَسْكَنِ، يَعْنِي الشُّؤْمَ».

١٧٦٢ - مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حَمَزَةَ وَسَالِمِ ابْنَيْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ

١٧٦١ - أخرجه البخارى ١٤/٧ كتاب النكاح، باب ما يتقى من شوم.. إلخ عن سهل بن سعد. ومسلم ج٤/١٧٤٨ كتاب السلام، باب ٣٤ الطيرة والقأل إلخ رقم ١١٩ عن سهل بن سعد. وأحمد ٥/٣٣٥ عن سهل بن سعد الساعدي. والطبراني الكبير ١٧١/٦ عن سهل بن سعد.
١٧٦٢ - أخرجه البخارى فى النكاح ٥٠٩٣، مسلم فى السلام ٢٢٢٥، الترمذى فى ٢٨٢٤، النسائى فى الخيل ٣٥٦٦، ٣٥٦٧، أبو داود فى الطب ٣٩٢٢، ابن ماجه فى النكاح =

عَبْدُ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الشُّؤْمُ فِي الدَّارِ وَالْمَرْأَةِ وَالْفَرَسِ».

١٧٦٣ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، دَارٌ سَكَنَّاهَا وَالْعَدَدُ كَثِيرٌ، وَالْمَالُ وَافِرٌ، فَقَلَّ الْعَدَدُ، وَذَهَبَ الْمَالُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «دَعُوهَا ذَمِيمَةً».

الشرح: قوله ﷺ: «إن كان ففي الفرس والمرأة والمسكن».

وقوله ﷺ: «يعنى الشؤم». ذكر بعض العلماء معنى ذلك، إن كان الناس يعتقدون الشؤم، فإنه يعتقدونه في الفرس والمرأة والمسكن.

وقوله ﷺ: «في الدار والمرأة والفرس» يريد أن ما يعتقدونه من ذلك، فإنما يعتقدونه في هذه الثلاثة.

وقيل إن معناه إن كان للشؤم حكم ثابت، فإنما هو في هذه الثلاثة، فورد هذا الحديث على التحويز، وورد الحديث الثاني على القطع به والإثبات له في الدار والمرأة والفرس.

ولا يمتنع أن يكون الباري عز وجل يجري العادة في دار أن من سكنها مات وقل ماله، وتوالت عليه الرزيات والمصائب، وأجرى العادة أيضاً في دار أخرى بخلاف ذلك دون أن يكون للدار في ذلك صنع أو تأثير.

وكذلك المرأة ولا يمنع أن يجري الله تعالى العادة بأن من تزوجها تقرب وفاته، ويقل ماله، وتكثر حوائجه، وأجرى الله العادة أيضاً في امرأة أخرى بخلاف ذلك، وكذلك الفرس، فذكر مثل هذا، وتوالت لكنه يحتتمل أمرين، إما أن يكون ذلك على وجه اعتقاد الناس لذلك.

وروى عن عائشة أنها قالت: «إنما كان رسول الله ﷺ يحدث عن أقوال الجاهلية» أو على أن الباري تعالى جعله عادة جارئة كما أجرى العادة بأن من شرب السم مات،

=١٩٩٥، أحمد في مسند المكتبرين من الصحابة ٦٣٦٩، البغوي في شرح السنة ١٣/٩ عن ابن عمر. ذكره الهيثمي في المجمع ١٠٤/٥ وعزاه إلى البزار، والطبراني في الأوسط عن أبي هريرة. ١٧٦٣ - أخرجه أبو داود بنحوه بكتاب الطب، باب الطيرة برقم ٣٩٢٤ حـ ١٩/٣ عن أنس بن مالك. والبيهقي ١٤٠/٨ بنحوه عن أنس بن مالك. وذكره بالكنز برقم ٢٨٦٤٠ وعزاه لأبي داود والبيهقي وابن جرير عن أنس.

٤٥٢ كتاب الجامع

ومن قطع رأسه مات، ولو لم يكن ذلك لم يدر ما يكون من حاله، والله أعلم وأحكم.
وقد سأل عن ذلك مالك، فقال: تفسيره فيما أرى، والله أعلم، كم من دار قد
سكنها ناس، فهلكوا ثم سكنها آخرون، فهلكوا ثم سكنها آخرون فهلكوا.

فصل: وقول المرأة: «دار سكنها، والعدد كثير والمال وافر، فقل العدد وذهب
المال» على سبيل التوجع من أمر الدار، وما ثبت في نفوسهم منها واعتقدوه من
حالتها، والسؤال عما يجوز من اجتنابها، إذ هو أمر جرت العادة به في مثلها، ويحتمل
أن يكون قل مالهم بها لجذبها، وقلة خصبها أو وخامتها، وقلة ثماء ماشيتهم بها، وقل
عدددهم لقلة مالهم أو لوخامة البلد.

وقوله ﷺ: «دعوها ذميمة»^(١) معناه والله أعلم، ارحلوا عنها واتركوها مذمومة،
ويحتمل أيضًا أن يريد بذلك مذمومة لما وصفوها به من التشاؤم.

فاقتضى ذلك إباحة رحيلهم عنها، لأجل ما جرى لهم فيها ودمهم لها بذلك، مع
اعتقادهم أن الأمر كله لله تبارك وتعالى، وأن ما قدره نافذ لعله قد قدر بانتقالهم عنها
تأخير آجالهم وبقاء أموالهم، كما يجوز للفار من الأسد أن يفر عنه، وإن كان لا منجى
من القدر، ولكن لعل الله عز وجل قد قدر السلامة في الفرار منه.

وقد روى عبدالرحمن بن عوف رضى الله عنه عن النبي ﷺ في الطاعون: «إذا
سمعتهم به بأرض فلا تقدموا عليه». وإن كان لا ينجو أحد من القدر، ولا يجاوز
الأجل، ولكنه يعتقد أن الله عز وجل قد قدر السلامة في التوقف عنه، ومنع المقيم ببلد
الطاعون أن يفر عنه.

وقد روى الزهري عن عبيدالله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود عن أبى هريرة قال:
قال رسول الله ﷺ: «لا طيرة وخيرها الفأل، قال: وما الفأل يا رسول الله؟ قال:
الكلمة الصالحة، يسمعها أحدكم».

وقال النبي ﷺ لمعاوية بن الحكم حين قال له: كنا نتطير، قال: «إنما ذلك شيء يجده
أحدكم في نفسه، فلا يصدنكم».

فمنع من التطير بما يراه الإنسان من طائر أو سانح أو بارح.

(١) قال ابن عبد البر: قوله: «ذميمة» أى مذمومة، يقول: دعوها وأنتم له ذامون كارهون لما وقع
بنفوسكم من شومها، والذميم: القبيح الوجه. انظر: التمهيد ٣٤٩/١٠.

وقد روى عكرمة: كنت عند عبدالله بن عباس، فمر طائر يصيح، فقال رجل من القوم: خير، خير، فقال ابن عباس: ما عند هذا خير ولا شر.

وقد كان كثير من أهل الجاهلية يتنزهون عن التطير ويعيبونه، قال المرقش:

ولقد غدوت وكنيت لا أغدو على واق وحائم

فإذا الأشائم كالأيسا من والأيسامن كالأشائم

فعلى هذا ما يجرى من هذا المعنى على ثلاثة أضرب، ضرب منها أمر ثابت فى عين من الأعيان، فإذا كثر الضرر فيه مثل ما ييلو من الشوم فى الدار والمرأة والفرس، فلا تسان تركه والبعد عنه، إما ليزيل ما يقع فى نفسه من الضرر بالبقاء عليه، أو لأن الله سبحانه قد أجرى العادة بالاستمرار فيه، فيبعد عن ذلك.

والضرب الثانى: ما يطرأ من الضرر الخارق للعادة فى وقت من الأوقات غير متصل مثل الطاعون يقع ببلد، فهذا ليس لأحد أن يفر عنه؛ لأنه لم يصل به ضرر إليه، وإنما يخاف ضرراً مستقبلاً، ولا يقدم الخارج عنه عليه لظهور الضرر به.

والضرب الثالث: ما يتطير به، من الطير والغطاس والسانح والبارح وأقوال الكهان، فهذا لا يجب أن يعرج عليه، ولا يمنع من شىء، ولا يبعث على آخر؛ لأنه لم يكن لتلك العين تأثير معتاد ولا نادر، ولا أمر مطرد ثابت، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك فالإيام لا تأثير لها فى شوم ولا سعادة. وفى العتبية: سأل مالك عن الحمامة والإطلاء يوم السبت ويوم الأربعاء، فقال: لا بأس بذلك وليس يوم إلا وقد احتجمت فيه ولا أكره شيئاً من هذا حمامة ولا إطلاء ولا نكاحاً ولا سفراً فى شىء من الأيام من الخروج والسفر.

* * *

مَا يُكْرَهُ مِنَ الْأَسْمَاءِ

١٧٦٤ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِلْفَحْحَةِ تُحَلَبُ: «مَنْ يَحَلَبُ هَذِهِ؟ فَقَامَ رَجُلٌ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَا اسْمُكَ؟ فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: مُرَّةٌ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: اجْلِسْ، ثُمَّ قَالَ: مَنْ يَحَلَبُ هَذِهِ؟ فَقَامَ رَجُلٌ، فَقَالَ لَهُ

١٧٦٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨٢٥، وذكره فى المجموع ٨/٤٧ وعزاه للطبرانى عن يعيش الغفارى.

٤٥٤ كتاب الجامع

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَا اسْمُكَ؟ فَقَالَ: حَرْبٌ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: اجْلِسْ، ثُمَّ قَالَ: مَنْ يَحْلُبُ هَذِهِ، فَقَامَ رَجُلٌ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَا اسْمُكَ؟ فَقَالَ: يَعِيشُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: احْلُبْ.

الشرح: قوله ﷺ للذي أراد حلب الناقة: «ما اسمك؟» يحتمل والله أعلم، أنه قصد أن يعرف اسمه ليدعوه به، إذا أراد أن يأمره أو ينهاه، ويحتمل أنه قصد بذلك التفاؤل، فلما قال له: «حرب» كره رسول الله ﷺ هذا الاسم، وكان يكره من الأسماء ما قبح منها.

وقد روى عبدالله بن عمر أن النبي ﷺ غير اسم ابنة لعمر بن الخطاب كان اسمها عاصية، فسمّاها جميلة.

وروى الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبيه أن أباه جاء إلى النبي ﷺ فقال له: «ما اسمك؟ قال: حزن، قال له: أنت سهل، قال: لا أغير اسماً سمانيه أبى». قال سعيد ابن المسيب رضى الله عنه: فما زالت الحزونة فينا بعد.

والفرق بين هذا وبين الطيرة الممنوعة أن الطيرة ليس فى لفظها، ولا فى منظرها شىء مكروه، ولا مستبشع وإنما يعتقد أن عند لقائها على وجه مخصوص يكون الشؤم، ويحتمل المراد.

وليس كذلك هذه الأسماء، فإنها أسماء مكروهة قبيحة يستبشع ذكرها وسماعها، ويذكر بما يحذر من معانيها، فاسم حرب، يذكر بما يحذر من الحرب، وكذلك مرة فتكره النفوس لذلك، وكان النبي ﷺ يحب الفأل الحسن.

وقد روى عنه أنه قال: «أحب الفأل، قيل له: وما الفأل؟ قال: الكلمة الحسنة». وهى التى تذكر بما يرجوه من الخير فتسر به النفس، وربما كان بمعنى البشارة بما قدره الله عز وجل من الخير، ولذلك قال النبي ﷺ يوم الحديبية، وقد طلع سهيل بن عمرو: «قد سهل لكم من أمركم» فكان كما قال ﷺ.

مسألة: والمنع يتعلق بالأسماء على ثلاثة أوجه، أحدها: ما تقدم من قبيح الأسماء وحزن ومرة. والثانى: ما فيه تزكية من باب الدين.

والأصل فى ذلك ما رواه ابن نافع عن أبى هريرة أن زينب كان اسمها برة، فقيل تزكى نفسها، فسمّاها رسول الله ﷺ زينب، وقالت زينب بنت أبى سلمة: إن رسول

الله ﷺ نهانى عن هذا الاسم، وسميت برة، فقال رسول الله ﷺ: «لا تركوا أنفسكم، والله أعلم بأهل البر منكم».

قال مالك: ولا ينبغي أن يتسمى الرجل يياسين ولا بمهدى ولا بجبريل، قيل له: فالهادى، قال هذا أقرب لأن الهادى الطريق.

وروى عن كريب عن ابن عباس قال: كانت جويرية اسمها برة، فحول رسول الله ﷺ اسمها جويرية، وكان يكره أن يقال: خرج من عند برة، فتعلق المنع لوجهين، أحدهما: لما فيه من تزكيتها نفسها بما تسمت به. والوجه الثانى: لهجئة اللفظ فى قولهم عنه: خرج من عند برة.

وقد روى عن سمرة بن جندب نهانا رسول الله ﷺ أن نسمى رقيقنا بأربعة أسماء: أفلح ورباح ويسار ونافع، وروى عنه ولا يجيئاً مكان نافع. وقال: فإنك تقول: أتم هو، فلا يكون ثم، فيقول: لا، فأشار إلى معنى التفاؤل بأن يقول ليس هنا يسار أو ليس هنا أفلح، أو ليس هنا رباح.

وقد روى جابر عبد الله أراد النبي ﷺ أن ينهى أن يسمى بمقبل وببركة وأفلح ويسار ونافع وبنحو ذلك، ثم رأيت سكت بعد عنها، فلم يقل شيئاً، ثم قبض ولم ينه عن ذلك، ثم أراد عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن ينهى عن ذلك ثم تركه، وقد روى سمرة بن جندب النهى، وإنما هو نهى على الكراهية للفظ.

ويحتمل والله أعلم، أن يكون حديث سمرة فى كراهية التسمية بذلك فى المستقبل وحديث جابر بن عبد الله فى أنه أراد النهى على التحريم والتغيير لاسم من كان سمي به بعد ذلك، فمات النبي ﷺ ولم يغير شيئاً من ذلك.

وإنما غير من الأسماء من أراد الأخذ فيه بالأفضل دون من أراد حمله على الجائز، ولذلك أقر حزنا على ما أراد من الاستمسك باسمه ورضيه وكره تغييره، ولو كان ذلك محرماً لم يقره على ذلك، ولذلك أقر حرباً ومرة على أسمائهما، ولم يأمرهما بتغييرهما مع كراهيته، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقد تمنع التسمية مع تحريم لما فيها من التعاضم وما ينبغي أن يوصف به غير الله سبحانه وتعالى.

والأصل فيه ما رواه أبو الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة عن النبي ﷺ أنه قال:

٤٥٦ كتاب الجامع

«أشنع الأسماء عند الله رجل تسمى ملك الأملاك، لا ملك إلا الله عز وجل». قال سفيان: تفسيره شاهان شاه.

مسألة: وقد منع في حياة النبي ﷺ أن يكتنى أحد بكنيته. وروى سالم بن أبي الجعد عن جابر بن عبدالله قال: قال رسول الله ﷺ: «سموا باسمي ولا تكونوا بكنيتي، فإنما أنا قاسم أقسم بينكم».

وروى جابر بن عبدالله قال: قال رسول الله ﷺ: «تسموا باسمي ولا تكونوا بكنيتي» فنهى عن أن يدعو أحد أحدًا بأبي القاسم، ونهى أن يكتنى أحد بها.

والأصل في ذلك ما روى حميد عن أنس قال: «نادى رجل رجلاً بالقبح يا أبا القاسم، فالتفت إليه رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، إني لم أعنك، إنما دعوت فلاناً، فقال رسول الله ﷺ: سموا باسمي ولا تكونوا بكنيتي».

وهذا المعنى قد عدم بعد النبي ﷺ، ولذلك يكتنى الناس بعد النبي ﷺ بهذه الكنية، فمحمد بن أبي بكر الصديق ومحمد بن علي بن أبي طالب ومحمد بن طلحة بن عبدالله ومحمد بن الأشعث بن قيس كل واحد منهم يكتنى أبا القاسم، وكذلك جماعة معهم.

قال مالك، رحمه الله: وما علمت بأساً أن يسمى محمد، ويكتنى بأبي القاسم، قال: وأهل مكة يتحدثون ما من بيت فيه اسم محمد إلا رأوا خيراً ورزقوا.

فصل: وقوله: «فقام رجل فقال له رسول الله ﷺ: ما اسمك، فقال: يعيش، فقال له رسول الله ﷺ: احلب» فهذا على معنى التفاضل بحسن الاسم.

وقد روى عنه ﷺ أنه قال يوم الحديبية لما ورد عليه سهيل بن عمرو، قال: «قد سهل لكم من أمركم» ولا يجرى هذا مجرى الطيرة؛ لأن الفأل إنما هو لاستحسان اسم يتضمن نجاحاً أو مسرة أو تسهلاً، فتطيب النفس لذلك ويقوى العزم على ما قد عزم عليه، وإنما ذلك فيما يفجأ من الكلام دون ما يترقب سماعه ويقدم من أجله على ما فعل أو يرجع من أجله عن أمر، لأن ذلك من الاستقسام بالأزلام، وذلك ممنوع لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ إلى قوله: ﴿وأن تستقسموا بالأزلام﴾ [المائد: ٣].

والأزلام قداح كانت العرب في الجاهلية تتخذها في أحدها: افعل، وفي الثاني: لاتفعل، فإذا أرادت فعل شيء استقسمت بها، وذلك بأن تجملها ثم تلقيها، فإن خرج السهم الذي فيه: افعل، أقدمت على الفعل، وإن خرج السهم الذي فيه لا تفعل،

امتنعت منه، على حسب ما روى عن سراقه بن مالك أنه قال إذ أدرك النبي ﷺ وأبا بكر في سفر هجرتهما إلى المدينة قال: فرفعتها، يعني فرسه حتى دنوت منهم وعثرت بي فرسى، فحررت عنها، فقامت فأهويت بيدي إلى كنانتي، فاستخرجت منه الأزلام، فاستقسمت بها أضرهم أم لا؟ فخرج الذي أكره، فركبت فرسى وعصيت الأزلام حتى إذا سمعت قراءة رسول الله ﷺ ساخت يدا فرسى في الأرض، حتى بلغت الركبتين، فحررت عنها، ثم زجرتها، واستقسمت بالأزلام فخرج الذي أكره، فركبت فرسى وعصيت الأزلام حتى إذا سمعت قراءة رسول الله ﷺ ساخت يدا فرسى في الأرض، حتى بلغت الركبتين، فحررت عنها، ثم زجرتها، واستقسمت بالأزلام فخرج الذي أكره، فناديتهم بالأمان.

فروع ومن هذا الباب رقاغ يكتب فيها مثل ذلك، وتطوى ثم يؤخذ منها واحدة، ويقرأ ما فيها، وقد كان يجب بحال، فإذا وقع على صفة ما اقتضى الأمر بالفعل، وإذا وقع على صفة أخرى اقتضى النهي عن الفعل، وقد يكون بالخط، وقد يكون بكف يؤخذ من شاة فينظر فيه، وقد يكون بقرعة وأنواعها كثيرة، وقد يكون بالنظر في النجوم، وقد تقدم ذكره، وقد يكون بزجر الطير، وقد يكون بالعطاس غير أن زجر الطير والعطاس قد يقع العمل به من غير ترقب، لكن العزم على العمل به يقوم مقام الترقب له.

وهذا كله ممنوع بالشرع، وإنما أباح الشرع عبارة الرؤيا على ما يأتي بعد هذا، وأما الخط، فروى عن ابن عباس أنه قال في قوله تعالى: ﴿أَوْ آثَارَ مِنْ عِلْمٍ﴾ [الأحقاف: ٤] قال: هو الخط.

وروى أنه بعث نبي بالخط، وهذه كلها أمور ضعاف لا يصح منها شيء، ولا يصح فيها أثر عن ابن عباس ولا غيره، وابن عباس أعلم بكتاب الله، وبكلام العرب من أن يقول مثل هذا.

وأما ما روى عن النبي ﷺ أنه صرف من اسمه مرة وحرب عن حلب الشاة، وأمضى حلبها لمن اسمه يعيش، فليس من هذا الباب، وإنما هو بمعنى كراهية اسم، واستحسان اسم، ولم يتشبه بذلك إلى علم ما يكون في المستقبل، ولا إلى قوة العزم عليه، ولا للإضرار عنه.

وإنما اختار حسن اسم كما يختار جمال المرأة على امرأة قبيحة، ويختار نظيف الثياب

على قبيحها، ويختار حسن الزى وطيب الرائحة في الجمعة والأعياد، فأعلم بذلك أن الإسلام لا ينافي التجميل، والتجمل مشروع فيه، ومندوب إليه في الأسماء وغيرها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن أفضل الأسماء ما فيه العبودية لله عز وجل. وروى عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إن أحب أسمائكم إلى الله عبد الله وعبد الرحمن».

وقد سمي النبي ﷺ بغيرها فسمى حسناً وحسيناً، وقال: إنه سماهما بأسماء ابني هارون النبي ﷺ شبر وشبير. وفي العتبية عن مالك: سمعت أهل مكة، يقولون: ما من أهل بيت فيه اسم محمد إلا رزقوا رزق خير.

١٧٦٥ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ لِرَجُلٍ: مَا اسْمُكَ؟ فَقَالَ: حَمْرَةٌ، فَقَالَ: ابْنُ مَنْ؟ فَقَالَ: ابْنُ شِهَابٍ، قَالَ: مِمَّنْ؟ قَالَ: مِنَ الْحُرْقَةِ، قَالَ: أَيْنَ مَسْكُنُكَ؟ قَالَ: بِحِرَّةِ النَّارِ، قَالَ: بَأَيِّهَا؟ قَالَ: بِذَاتِ لُظْيٍ، قَالَ عُمَرُ: أَذْرِكُ أَهْلَكَ فَقَدِ احْتَرَقُوا، قَالَ: فَكَانَ كَمَا قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ.

الشرح: قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لحمزة بن شهاب لما قال له إنه من الحرقه وأن مسكنه بحرة النار وذات لظي منها: «أدرك أهلك، فقد احترقوا فكان كما قال».

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: على معنى التفاضل لسماعه، وقد كانت هذه حال هذا الرجل قبل ذلك مما احترق أهله، ولكنه يلقيه الله عز وجل في قلب المتفاضل عند سماع الفأل من السرور بالشيء، وقوة رجائه فيه أو التوجع من الشيء، وشدة حذره منه يظن ذلك، ويلقيه الله سبحانه على لسانه، وقد وافق ما قدر الله تعالى، ويكون بعض الناس في ذلك أكثر موافقه من بعض.

وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «يكون محدثون من غير أن يوحى إليهم، فإن يكن في أمي منهم فعمرو».

* * *

مَا جَاءَ فِي الْحِجَامَةِ وَأَجْرَةِ الْحَجَّامِ

١٧٦٦ - مَالِكٌ عَنْ حُمَيْدِ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ: اخْتَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَجَمَهُ أَبُو طَيْبَةَ، فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ، وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّقُوا عَنْهُ مِنْ خَرَّاجِهِ.

الشرح: قوله: «احتجم رسول الله ﷺ» دليل على جواز الاحتجام^(١).
 وقوله: «حجمه أبو طيبة» واسمه نافع وقيل دينار، وقيل ميسرة مولى محبصة.
 وقوله: «فأمر له رسول الله ﷺ بصاع من تمر» على معنى الإجارة. وقال عبدالله ابن عباس «احتجم رسول الله ﷺ فأعطى الحجَّام أجره» ولو كان حراماً لم يعطه إياه.
 مسألة: فهل يخلق موضع المحاجم من القفا ووسط الرأس، فقال: إني لأكرهه، وما أراه حراماً، وما يمنعه أن يجعل الخطمى، ويحتجم وفي كتاب الحج.
 قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن هذه الكراهية إنما تنصرف، إلى حلق القفا، وكان مالك رحمه الله، يكرهه لأنه لم يكن من زى الناس.
 وكان مالك يعتمد فى الزى والهيئة على ما أدرك علماء أهل المدينة؛ لأنهم أخذوا ذلك عن سلفهم من الصحابة الذين كانوا يقتدون بالنبي ﷺ وفى البلد الذى كان فيه، وفيه توفى النبي ﷺ فلم يدخل عليهم داخله فى الزى واللباس، فهم الذين كانوا فى البلاد الذين افتتحوها، فرما تعلقوا ببعض زيهم، وربما أخرج إلى ذلك اختلاف هواء فى البلاد، والله أعلم وأحكم.
 ١٧٦٧ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنْ كَانَ دَوَاءٌ يُلْغُ الدَّاءَ، فَلِإِنَّ الْحِجَامَةَ تَبْلُغُهُ».

١٧٦٦ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٠٢، مسلم فى المساقاة ١٥٧٧، السلام ١٥٧٧، الترمذى فى البيوع ١٢٧٨، أبو داود فى البيوع ٣٤٢٤، أحمد فى باقى مسند المكثرين ١١٥٥٥، ١١٦٣٤، ١١٧٩٦، ١٢٣٧٤، ١٢٤٠٥، ١٢٤٧٢، ١٢٨٣٠، ١٣٣٤٠، ١٣٥٩١، أخرجه الدارمى فى البيوع ٢٦٢٢.

(١) قال ابن عبد البر: هذا الحديث يدل على أن كسب الحجَّام طيب لأن رسول الله ﷺ كان لا يأكل إلا ما يحل أكله، ولا يجعل تمناً ولا عوضاً ولا جعلاً بشيء من الباطل. واختلف العلماء فى هذا المعنى، فقال قوم: حديث أنس هذا وما جاء فى معناه من إعطاء رسول الله ﷺ الحجَّام أجره ناسخ لما حرمه من ثمن الدم وناسخ لما كرهه من أكل إجارة الحجَّام. انظر: التمهيد ٣٥٣/١٠.

١٧٦٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨٢٨.

٤٦٠ كتاب الجامع

الشرح: قوله ﷺ: «إن كان دواء يبلغ الداء، فإن الحجامة تبلغه» على معنى التحقيق للتداوى بها، وذلك في داء مخصوص يكون سببه كثرة الدم. وقد روى عكرمة عن عبدالله بن عباس «أن رسول الله ﷺ احتجم، وهو محرم في رأسه من شقيقة كانت به».

وقد روى جابر بن عبدالله سمعت النبي ﷺ يقول: «إن كان في شيء من أدويتكم خير ففي شربة عسل، أو شرطة محجم، أو لذعة من نار، وما أحب أن أكتوى».

١٧٦٨ - مَالِكِ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ ابْنِ مُحَيِّصَةَ الْأَنْصَارِيِّ أَحَدِ بَنِي حَارِثَةَ أَنَّهُ اسْتَأْذَنَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِي إِجَارَةِ الْحَجَّامِ، فَهَاهُ عَنْهَا، فَلَمْ يَزَلْ، يَسْأَلُهُ وَيَسْتَأْذِنُهُ حَتَّى قَالَ: اعْلِفْهُ نَضَّاحَكَ يَعْنِي رَقِيقَكَ.

الشرح: ما روى أنه استأذن ابن محيصة رسول الله ﷺ في إجارة الحجام فنهاه عنها، يحتمل والله أعلم، أن يكون منسوخاً للإجماع على إباحته. وفي المبسوط من رواية ابن وهب عن عبدالرحمن بن أبي الزناد عن أبيه: أخبرني الثقة أن قريشاً كانت تنكروا في الجاهلية عن كسب الحجام، فيحتمل أن النبي ﷺ أمضى تلك الكراهية، ثم نسخ بعد سؤال محيصة أو غير ذلك.

ويحتمل أن يكون منع منه لمعنى كان فيه، وكان ذلك المنع متعلقاً بشيء مخصوص، وإن كان طعاماً لعله لم يكن متيقن الطهارة؛ لأن معظم ما كانوا يعطون ذلك الوقت في الأجرة طعاماً.

وربما نالته نجاسة أو شك في نجاسته بما يحاوله من الدم، فنهى النبي ﷺ عنه من أجل ذلك، وارتاب السيد في سلامته من ذلك، فنهاه النبي ﷺ من أجل ذلك.

وأما أجرة الحجام فمباح أكلها. قال الليث بن سعد: سألت ربيعة عن كسب الحجام، فقال: لا بأس به، وكان للحجامين سوق بالمدينة على عهد عمر رضي الله عنه، ولولا أن يأنف رجال لأخبرتكم بأبائهم كانوا حجامين. قال الليث: وسألت يحيى بن سعيد، فقال: رأيت الناس فيما مضى يأكلونه بكل أرض، ولو كان حراماً نهته الأئمة.

قال ابن المواز: لم يكرهه مالك وأصحابه، وإنما يعافه من تنزهه على وجه التكرم، وكانت قريش تنزهه عنه، ويحتمل أن يكون محيصة إنما كرر عنه السؤال عنه اتقاء هذا المعنى مع حاجته إليه أن يلحقه بذلك وصمة أو معنى تثلم مروءته.

وقد قال مالك: ليس العمل على كراهية أجر الحجام، ولا أرى به بأساً. واحتج على ذلك بأن ما يحل للعبد أكله، فإنه يحل للأحرار كأجرة سائر الأعمال.

ويحتمل أيضاً أن يكون جميع كسبه أو بعضه ثمن الدم وبأن يبيع دم ما يفصده من الإبل والبقر وسائر الحيوان كالعبد يبيعه إن كان كافراً، يستحل ذلك وسيده مسلم، فنهى عن كسبه إذا لم يتيقن سلامة ما يأخذه منه من ذلك.

ولذلك روى في بعض الروايات: نهى عن ثمن الدم، وأجرة الحجام ليست بثمن للدم على الحقيقة، وقد قال بعض الناس: إن ذلك مكروه؛ لأنه لا يشترط أجرة معلومة قبل العمل، وإنما يعمل غالباً بأجر مجهول، وهذا أيضاً لا تعلق فيه إلا بما روى عن ابن حبيب أنه قال: لا ينبغي أن يستعمل الصانع إلا بأجر معلوم مسمى.

ولعله أراد به ما في الموازية وغيرها، أنه سأل عن العمل بالقيمة، فقال: لا أحبه ولا يصلح في جعل ولا إجارة بغير تسمية، يريد أن يعقد بينهما بذلك عقد إجارة أو جعل.

فأما إذا وقع ذلك بغير عقد، فلا بأس به. وفي العتبية من سماع ابن القاسم في الخياط المخالط لي، لا يكاد يخالفني أستحيطه الثوب، فإذا فرغ راضيته على أجرة: لا بأس به. وقد قال مالك: لا بأس بمشارطة على الحجام، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فلم يزل يسأله ويستأذنه» يريد أن محيصة كرر سؤاله واستأذنه له بمعنى أنه لا يأخذ ما يأخذ منه إلا ما كانت هذه صفتها؛ لأنه لا يأخذ ثم لا يتيقن توقيه، فهو لا يعلم سلامته، فأذن النبي ﷺ أن يعلفه ناضحه.

وقال الخليل: الناضح، الجمل الذي يسقى الماء. وقال ابن القاسم: الناضح الرقيق، ويكون في الإبل. وحمله مالك على الرقيق، ولذلك قال: ما جاز للعبيد أكله، جاز للأحرار أكله، وبالله التوفيق.

مَا جَاءَ فِي الْمَشْرِقِ

١٧٦٩ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُشِيرُ إِلَى الْمَشْرِقِ، وَيَقُولُ: «هَا إِنَّ الْفِتْنَةَ هَاهُنَا، إِنَّ الْفِتْنَةَ هَاهُنَا مِنْ حَيْثُ يَطْلُعُ قَرْنُ الشَّيْطَانِ».

الشرح: قوله ﷺ «وهو يشير إلى المشرق: ها إن الفتنة هاهنا» يريد والله أعلم أن هناك يكون معظمها وابتداؤها أو يشير إلى فتنة مخصوصة يحذر منها في المستقبل.

فصل: وقوله ﷺ: «من حيث يطلع قرن الشيطان» يحتمل والله أعلم، أن يريد حزبه وأهل وقته وزمنه، والقرن من الناس أهل الزمان، ويحتمل أن يريد به قوته وسلاحه وعونه على الفتنة، والله أعلم وأحكم.

١٧٧٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَرَادَ الْخُرُوجَ إِلَى الْعِرَاقِ، فَقَالَ لَهُ كَعْبُ الْأَحْبَارِ: لَا تَخْرُجْ إِلَيْهَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَإِنَّ بِهَا تِسْعَةَ أَعْشَارِ السَّحْرِ، وَبِهَا فَسَقَةُ الْجِنِّ، وَبِهَا الدَّاءُ الْعُضَالُ.

الشرح: قوله: «إن في العراق تسعة أعشار السحر» يحتمل والله أعلم، أن يريد به أن السحر كان معظمه ببابل، وهي من أرض العراق، فأخبر أن معظمه هناك. وقوله: «وبها فسقة الجن» يحتمل أنه وجد ذلك في بعض الكتب التي قرأها، فإن مثل هذا لا يعلم إلا بتوقيف.

وقوله: «وبها الداء العضال» يريد الذي يعيب الأطباء أمره، وهذا أصله، ثم استعمل في كل أمر يتعذر محاولته من أمر دين أو دنيا. وروى ابن القاسم ومطرف وغيرهما عن مالك: الداء العضال، الهلاك في الدين. وقال محمد بن عيسى الأعمشى وغيره من أهل العلم، يقول: هي البدع في الإسلام.

ومعنى هذا إن صح في وقت دون وقت، وقد سكن الكوفة أفاضل الصحابة، ومن العشرة كعلي بن أبي طالب وسعد بن أبي وقاص وعبدالله بن مسعود وجماعة من البدرين وغيرهم رضی الله عنهم أجمعين.

١٧٦٩ - أخرجه البخاري في بدء الخلق ٣٢٧٩، مسلم في الفتن وأشراف الساعة ٢٩٠٥، الترمذي في الفتن ٢٢٦٨، المناقب ٣٩٥٣، أحمد في مسند المكشرين من الصحابة ٤٦٦٥، ٤٧٣٧، ٥٠٨٨، ٥٣٨٧، ٥٩٥١، ٥٩٩٥، ٦٠٥٥، ٦٢١٣، ٦٢٦٦.

١٧٧٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٣١.

كتاب الجامع ٤٦٣

ولو كان هذا على ظاهره ومنع كعب لعمر بن الخطاب من التوجه إلى العراق لأخلاقها عمر من المسلمين، ولأشفق على تغير أديانهم، ولكن عمر رضى الله عنه إن كان صح قول كعب له، فقد تأوله على وجه أو رد عليه قوله.

وقد روى عبد الملك بن حبيب أخبرني مطرف أنهم سألوا مالكاً عن تفسير الداء العضال في هذا الحديث، فقال: أبو حنيفة وأصحابه، وذلك أنه ضلل الناس بوجهين، بالإرجاء وينقض السنن بالرأى.

قال أبو جعفر الداودي: هذا الذى ذكره ابن حبيب إن كان سلم من الغلط وثبت، فقد يكون ذلك من مالك فى وقت حرج، اضطره لشيء ذكر له عنه، مما أنكره فضاق به صدره، فقال ذلك، والعالم قد يحضره ضيق وعندى أن هذه الرواية غير صحيحة عن مالك؛ لأن مالكاً رضى الله عنه على ما يعرف من عقله وعلمه وفضله ودينه وإمساكه عن القول فى الناس إلا بما يصح عنده وثبت لم يكن ليطلق على أحد من المسلمين ما لم يتحققه، ومن أصحاب أبى حنيفة عبد الله بن المبارك، وقد شهر إكرام مالك له وتفضيله إياه.

وقد علم أن مالكاً ذكر أبا حنيفة بالعلم بالمسائل، وأخذ أبو حنيفة عنه أحاديث، وأخذ عنه محمد بن الحسن الموطأ، وهو مما أرويه عن أبى ذر عبد بن أحمد رضى الله عنه، وقد شهر تنهى أبى حنيفة فى العبادة وزهده فى الدنيا، وقد امتحن وضرب بالسوط على أن يلى القضاء فامتنع، وما كان مالك ليتكلم فى مثله إلا بما يليق بفضله، ولا نعلم أن مالكاً تكلم فى أحد من أهل الرأى، وإنما تكلم فى قوم من أصحاب الحديث من جهة النقل.

وقد روى عنه أنه قال: أدركت بالمدينة قوماً لم تكن لهم عيوب، فبحثوا عن عيوب الناس، فذكر الناس لهم عيوباً، وأدركت بها قوماً كانت لهم عيوب سكتوا عن عيوب الناس، فسكت الناس عن عيوبهم، فمالك، رحمه الله، يزهّد الناس عن العيوب، ومن أين يبحث عن عيوب الناس، وكيف يذكر الأئمة بما لا يليق بفضله، وقد ذكرت فى كتاب فرق الفقهاء ما نقل عنه من ذلك وبينت وجوهه، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِي قَتْلِ الْحَيَّاتِ وَمَا يُقَالُ فِي ذَلِكَ

١٧٧١ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ أَبِي لُبَابَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ قَتْلِ الْحَيَّاتِ الَّتِي فِي الْبُيُوتِ».

١٧٧٢ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ سَائِبَةَ مَوْلَاةِ لِعَائِشَةَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ قَتْلِ الْحَيَّاتِ الَّتِي فِي الْبُيُوتِ إِلَّا ذَا الطَّقْمَيْنِ وَالْأَبْتَرَ فَإِنَّهُمَا يَخْطِفَانِ الْبَصَرَ وَيَطْرَحَانِ مَا فِي بَطُونِ النِّسَاءِ».

الشرح: نهى ﷺ عن قتل الحيات في البيوت، حكم يخص بحيات البيوت دون غيرها. قال مالك: لا تنذر في الصحارى، ولا تنذر إلا في البيوت. قال عيسى بن دينار: وحكم حيات الجدر، حكم حيات البيوت.

قال مالك: وأحب إلى أن يؤخذ بذلك في بيوت المدينة وغيرها، وذلك أن لفظة البيوت من الناس من حملها على استغراق الجنس، فيكون عاماً في جميع البيوت بالمدينة وغيرها، ومن الناس من حملة على العهد، ولا خلاف إن كانت الألف واللام للعهد، أن المراد بها بيوت المدينة. لكن مالكاً، رحمه الله، حملة على جميع البيوت لأن اللفظ عنده لاستغراق الجنس.

وقوله: «وذلك في بيوت المدينة» أوجب الاتفاق عليه. وقال ابن نافع: لا تنذر الحيات إلا بالمدينة خاصة، على ظاهر الحديث، فاقترض ذلك من قوله، أنها عنده للعهد حتى يدل الدليل على استغراق الجنس.

وعلى القولين، فاللفظ عام في الحيات لإضافتها إلى البيوت، فهو عام في الحيات تلك البيوت على الخصوص والعموم، إلا ما خصه الدليل.

١٧٧١ - أخرجه البخارى فى المغازى ٤٠١٧، مسلم فى السلام ٢٢٣٣، أبو داود فى الأدب ٥٢٥٢، أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥٤٣، مسند المكين ١٥١١٨، ١٥٣٢١.

١٧٧٢ - أخرجه البخارى فى بدء الخلق ٣٣٠٨، مسلم فى السلام ٢٢٣٢، أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٦٩٩، ٢٣٧٣٤، ٢٤٠١٤، ٢٤٥٠٤، ٢٤٦١٨، ٢٥٤٠٧.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث يحيى عن مالك، عن نافع، عن سائبة مرسلًا لم يذكر عائشة؛ وليس هذا الحديث عند القعنبي، ولا عند ابن بكير، ولا عند ابن وهب، ولا عند ابن القاسم - لا مرسلًا ولا غير مرسل - وهو معروف من حديث مالك - مرسلًا - ومن حديث نافع أيضًا؛ وأكثر أصحاب نافع وحفاظهم يروونه عن نافع، عن سائبة، عن عائشة مسندًا متصلًا. انظر: التمهيد ٣٧٢/١٠.

كتاب الجامع ٤٦٥

وقوله عليه السلام في حديث عائشة: «إلا ذا الطفيتين والأبتر» وذو الطفيتين هو ما كان على ظهره خطان مثل الطفيتين، رواه عيسى بن دينار وابن وهب.

وأما الأبتر، فقال ابن وهب: الأفعى. وقال النضر بن شميل: الأبتر من الحيات، صنّف أزرق مقطوع الذنب لا تنظر إليه حامل إلا ألقته ما فى بطنها، فيحتمل أن يكون معنى حديث أبى لبابة وحديث عائشة أنه نهى عن قتل حيات البيوت دون الإنذر إلا ذا الطفيتين والأبتر، فإنهما يقتلان فى البيوت دون إنذار كما يقتل حيات الصحارى دون إنذار.

ويحتمل أن يكون خص بذلك ذا الطفيتين والأبتر، لأن من كان من مؤمنى الجن لا يتصور فى صورهن لأذهن بنفس الرؤية لهن، وإنما يتصور مؤمنو الجن فى صورة من لا تضر رؤيته.

فصل: وقوله فى حديث عائشة: «نهى عن قتل جنان البيوت» فإنها تتمثل فى صورة حية. قال عيسى: يريد عمار البيوت. وقال نبطويه: الجنان، الحيات. وروى عن عبدالله بن عباس أنه قال: الجنات، مسخ الجن كما مسخت بنو إسرائيل قرده.

مسألة: وأما قتل النمل، فقد قال مالك فى الدود والنمل: لا يعجبني ذلك للحلال. وسأل عن النمل يؤذى فى السقف، فقال: إن قدرتم أن تمسكوا عنها، فافعلوا، وإن أضرت بكم ولم تقدر واعلى تركها، فأرجو أن يكون من قتلها فى سعة.

مسألة: وأما قتل الضفادع، فقد مضى الكلام فيها.

مسألة: وأما قتل الوزع، فكذلك.

مسألة: وأما قتل القمل والبراغيث بالنار، فقد قال مالك: أكره ذلك، قال: وهذا مثله. والأصل فى ذلك ما روى أن رسول الله ﷺ قال: «لا يعذب بالنار إلا رب النار».

١٧٧٣ - مَالِكٌ عَنْ صَيْفِيٍّ مَوْلَى ابْنِ أَفْلَحَ، عَنْ أَبِي السَّائِبِ مَوْلَى هِشَامِ بْنِ

١٧٧٣ - أخرجه مسلم فى السلام ٢٢٣٦، أخرجه الترمذى فى الصيد ١٤٨٤، أخرجه أبو داود فى

الأدب ٥٢٥٦، ٥٢٥٧، أخرجه فى باقى مسند المكثرين ١٠٩٧٦.

قال ابن عبد البر: هكذا قال مالك فى هذا الحديث: عن صيفى مولى ابن أفلح. وذكره الحميدى: عن ابن عيينة، عن ابن عجلان، عن صيفى مولى أبى السائب، عن رجل قال: أتيت-

زُهْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: دَخَلْتُ عَلَى أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ فَوَجَدْتُهُ يُصَلِّي فَجَلَسْتُ أَنْتَظِرُهُ حَتَّى قَضَى صَلَاتَهُ فَسَمِعْتُ تَحْرِيكَاً تَحْتَ سَرِيرٍ فِي بَيْتِهِ، فَإِذَا حَيَّةٌ، فَقُمْتُ لِأَقْتُلَهَا، فَأَشَارَ أَبُو سَعِيدٍ أَنْ اجْلِسْ، فَلَمَّا انْصَرَفَ أَشَارَ إِلَيَّ إِلَى بَيْتِ فِي الدَّارِ، فَقَالَ: أَرَى هَذَا الْبَيْتَ؟ فَقُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: «إِنَّهُ قَدْ كَانَ فِيهِ فَتَى حَدِيثُ عَهْدٍ بَعْرُسٍ، فَخَرَجَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْخَنْدَقِ، فَبَيْنَا هُوَ بِه إِذْ آتَاهُ الْفَتَى يَسْتَأْذِنُهُ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ائْذَنْ لِي أَحَدِثُ بِأَهْلِي عَهْدًا، فَأَذِنَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: خُذْ عَلَيْكَ سِلَاحَكَ فَإِنِّي أَحَشَى عَلَيْكَ بَنِي قُرَيْظَةَ، فَاَنْطَلَقَ الْفَتَى إِلَى أَهْلِهِ، فَوَجَدَ امْرَأَتَهُ قَائِمَةً بَيْنَ الْبَابَيْنِ، فَأَهْوَى إِلَيْهَا بِالرُّمْحِ لِيَطْعُنَهَا، وَأَدْرَكَتْهُ غَيْرَةً، فَقَالَتْ: لَا تَعْجَلْ حَتَّى تَدْخُلَ، وَتَنْظُرَ مَا فِي بَيْتِكَ، فَدَخَلَ، فَإِذَا هُوَ بِحَيَّةٍ مُنْطَوِيَةٍ عَلَى فِرَاشِهِ، فَرَكَزَ فِيهَا رُمْحَهُ، ثُمَّ خَرَجَ بِهَا فَنَصَبَهُ فِي الدَّارِ، فَاضْطَرَبَتْ الْحَيَّةُ فِي رَأْسِ الرُّمْحِ، وَخَرَّ الْفَتَى مَيِّتًا، فَمَا يُدْرَى أَيُّهُمَا كَانَ أَسْرَعَ مَوْتًا الْفَتَى أَمْ الْحَيَّةُ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنَّ بِالْمَدِينَةِ جُنًّا قَدْ أَسْلَمُوا، فَإِذَا رَأَيْتُمْ مِنْهُمْ شَيْئًا، فَأَذْنُوهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ بَدَأَ لَكُمْ بَعْدَ ذَلِكَ، فَاقْتُلُوهُ فَإِنَّمَا هُوَ شَيْطَانٌ».

الشرح: قول الفتى: «يا رسول الله، ائذن لي أحدث بأهلي عهدًا» يحتمل والله أعلم أن يكون امتثالاً لقول الله عز وجل: ﴿وَإِذَا كَانُوا مَعَهُ عَلَى أَمْرٍ جَامِعٍ لَمْ يَذْهَبُوا حَتَّى يَسْتَأْذِنُوهُ﴾ [النور: ٦٢] وأراد الفتى أن يحدث بأهله عهدًا ليطالع أمره مما يحتاج إليه من نظر في معيشة وفي إصلاح ضيعة وغير ذلك، فأذن له النبي ﷺ وحذره من يهود قريظة، وأمره بأن يأخذ على نفسه سلاحه لئلا يفتالوه في طريقه.

فصل: وقوله: «فوجد امرأته بين البابين وأهوى إليها بالرمح ليطعنها وأدركته غيرة» يحتمل والله أعلم، أن يكون ذلك بعد الحجاب، ويحتمل أن يكون قبل الحجاب، ولكنه وجدها من ذلك على حال لم تجر به عادته، والعادة جارية بأن أشد ما يكون الإنسان

=أبا سعيد الخدري أهوده، فسمعت تحريكاً تحت سريره، فنظرت فإذا حية، فأردت أن أقتلها - وذكر الحديث نحو حديث مالك، إلا أنه قد غلط في قوله فيه: مولى أبى السائب - ولم يقم بإسناده، وقال فيه عن رجل، وإنما هو صيفى عن أبى السائب. ورواه يحيى القطان، عن ابن عجلان، عن صيفى، عن ابن السائب، عن أبى سعيد الخدري - مختصراً. انظر: التمهيد ٣٧٣/١٠.

كتاب الجامع ٤٦٧

غيرة حال شبابه بأثر عرسه. وقد روى عن عبدالله بن عمر أنه قال: إذا كبر الرجل ذهب حسامه.

فصل: وقوله المرأة: «لا تعجل حتى تدخل وتنظر ما فى بيتك» على معنى إظهارها فيما أتته، فدخل الفتى، فوجد الحية، «فركز فيها رجمه، ثم نصبه فى الدار، فاضطربت الحية وخر الفتى ميتاً» فجوزنا أن يكون مقتولاً من أجل الحية، وقوى هذا التجويز عن رسول الله ﷺ بقوله: «إن بالمدينة جنا قد أسلموا».

فظاهر هذا تجويزه أن تكون تلك الحية منهم وخص أهل المدينة بذلك على قول مالك، لأن المخاطبين من أهل المدينة، هم الذين كانوا أسلموا من بنى آدم، فأعلمهم بحكمهم مع جن قد أسلموا، وأنه إذا أسلم بنو آدم من سائر المواضع، فسيكون حكمه مع مسلمى الجن مثل ذلك.

ووجه ثان أنه لعله لم يكن أسلم ذلك الوقت من الجن غير جن أهل المدينة، وأما إذا أسلم جن سائر البلاد، فسيكون حكم المسلمين معهم هذا الحكم.

وأما على قول ابن نافع، فإنما خص المدينة بذلك لأن هذا الحكم مقصور عليها.

فصل: وقوله ﷺ: «إذا رأيتهم منهم شيئاً فأذنوه ثلاثة أيام» يقتضى أنهم يرون فى صور الحيات، فيلزم أن يوذنوا ثلاثة أيام. قال عيسى بن دينار: أرى أن يذنوا ثلاثة أيام كما قال النبى ﷺ ولا ينظر إلى ظهورها، وإن ظهرت فى اليوم مراراً، يريد أن يذنوا فى ثلاثة أيام ولا يتحرى بإذنارهم ثلاث مرار فى يوم حتى يكون ذلك فى ثلاثة أيام. قال مالك: يجزى من الإنذار أن يقول أخرج عليك بالله واليوم الآخر أن تبدوا لنا أو لذريتنا.

فصل: وقوله ﷺ: «إن بالمدينة جنا قد أسلموا» يقتضى أن هذا حكم المدينة فى البيوت وغيرها، غير أنه يحتمل أن يخص بمحدث أبى لبابة على قول القاضى أبى بكر فى المطلق والمقيد.

وقد روى ابن عجلان عن أبيه عن أبى هريرة عن النبى ﷺ أنه قال فى الحيات: «ما لمسناهن منذ عاديناهن، ومن يتركهن خوف شرهن فليس منا».

وقال أحمد بن صالح: معنى ذلك العداوة حين أخرج آدم من الجنة، قال الله عز وجل: «اهبطوا منها جميعاً بعضكم لبعض عدو» [البقرة: ٣٦] ويحتمل أن يريد بذلك

٤٦٨ كتاب الجامع

الحيات التي ليست بمتصورة من الجن، ويحتمل أن يريد المتصورة من الجنة مما لم يؤمن أو من هو من الشياطين، فقد قال بعض الناس: إن الشياطين جنس من الجن. وقد قال النبي ﷺ: «فإن بدا لكم بعد ذلك فاقتلوه، فإنما هو الشيطان» يحتمل والله أعلم أن يريد أنه ممن لا حرج عليكم في قتله، ولم يجعل الله له سبيلاً إلا الانتصار منكم.

* * *

مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنَ الْكَلَامِ فِي السَّفَرِ

١٧٧٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا وَضَعَ رِجْلَهُ فِي الْغَرَزِ، وَهُوَ يُرِيدُ السَّفَرَ يَقُولُ: «بِاسْمِ اللَّهِ، اللَّهُمَّ أَنْتَ الصَّاحِبُ فِي السَّفَرِ وَالْخَلِيفَةُ فِي الْأَهْلِ، اللَّهُمَّ ازْوِ لَنَا الْأَرْضَ، وَهَوِّنْ عَلَيْنَا السَّفَرَ، اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ وَعْثَاءِ السَّفَرِ، وَمِنْ كَأَبَةِ الْمُتَقَلِّبِ، وَمِنْ سُوءِ الْمَنْظَرِ فِي الْمَالِ وَالْأَهْلِ».

١٧٧٥ - مَالِكٌ عَنِ الثَّقَفِ عِنْدَهُ، عَنِ يَعْقُوبَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْأَشَجِّ، عَنِ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، عَنِ حَوْلَةَ بِنْتِ حَكِيمٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ نَزَلَ مَنْزِلًا، فَلْيَقُلْ أَعُوذُ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ التَّامَّاتِ مِنْ شَرِّ مَا خَلَقَ، فَإِنَّهُ لَنْ يَضُرَّهُ شَيْءٌ حَتَّى يَرْتَجِلَ».

الشرح: قد تقدم أن الغرز من الرحل بمنزلة الركاب من السرج.

وقوله ﷺ: «بِسْمِ اللَّهِ» ابتداء في دعائه بذكر الله عز وجل، ويستفتح ذلك بالتسمية، ولعله أراد بذلك استفتاح السفر، فقد يستفتح الأعمال بالتسمية كالأكل والشرب.

وقوله ﷺ: «أَنْتَ الصَّاحِبُ فِي السَّفَرِ وَالْخَلِيفَةُ فِي الْأَهْلِ» بمعنى أنه لا يخلو مكان من أمره وحكمه، فيصحب المسافر في سفره بأن يسلمه ويرزقه ويعينه ويوفقه، ويخلفه في أهله بأن يرزقهم سعة، فلا حكم لأحد في الأرض ولا في السماء غيره عز وجل، قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنْتُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [الحديد: ٤] فقد قدم النبي ﷺ بين يدي دعائه أن هذا مما يعتقدُه ويدعوه لجميعه، وبأن تزوي له الأرض،

١٧٧٤ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٣٥.

١٧٧٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٣٦.

كتاب الجامع ٤٦٩

يريد والله أعلم، يقبضها ويجمعها، فتقرب عليه مسافة ما يريد قطعه منها، وذلك بعونه عليها.

وقوله ﷺ: «وقرب لنا البعد» من هذا المعنى «وسهل علينا الوعد». معنى أن يعينه عليه حتى يسهل عليه قطعه.

فصل: وقوله ﷺ: «إنا نعوذ بك من وعشاء السفر» قال عيسى بن دينار ويحيى بن يحيى: هو النصب.

وقوله: «ومن كآبة المنقلب» يريد أن ينقلب إلى ما يقتضى كآبة من فوات ما يريد أو وقوع ما يحذر والكآبة ظهور الحزن.

وقوله ﷺ: «وسوء المنظر في الأهل والمال» يحتمل والله أعلم، أن يريد الاستعاذة من أن يكون في أهله وماله ما يسوؤه النظر إليه، يقال حسن ومنظر قبيح.

فصل: وقوله ﷺ: «من نزل منزلاً فليقل أعوذ بكلمات الله التامات من شر ما خلق» على ما تقدم من التفسير غير أنه ﷺ أمر بذلك عند نزول المنزل، نعوذ من شر ما خلق فيه، وشر ما فيه.

والتعوذ مشروع عند استفتاح المعاني من نزول في موضع من ليل أو نهار، وفي أول الليل وأول النهار، قال ﷺ: «فإنه لن يضره شيء حتى يرتحل» يريد والله أعلم، أن تعوذه إنما يتناول مدة مقامه فيه، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِي الْوَحْدَةِ فِي السَّفَرِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ

١٧٧٦ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَزْمَلَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الرَّأَكِبُ شَيْطَانٌ، وَالرَّأَكِبَانِ شَيْطَانَانِ، وَالثَّلَاثَةُ رَكْبٌ».

١٧٧٦ - أخرجه أبو داود برقم ٢٦٠٧، ٣٦/٣ كتاب الجهاد باب في الرجل يسافر وحده عن عمرو بن العاص. الترمذى برقم ١٦٧٤، ٤/١٩٣ كتاب الجهاد باب ٤ ما جاء في كراهية أن يسافر الرجل وحده عن عمرو بن العاص. أحمد ١٨٦/٢ عن عمرو بن العاص. البيهقي في الكبرى ٢٥٧/٥ عن عمرو بن العاص. الحاكم في المستدرک ١٠٢/٢ عن عمرو بن العاص. البغوي في شرح السنة ٢١/١١ عن عمرو بن العاص. ذكره في الكنتز برقم ١٧٥١٥ وعزاه السيوطى إلى أحمد وأبي داود والترمذى والحاكم بالمستدرک عن ابن عمرو.

٤٧٠ كتاب الجامع

١٧٧٧ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَزْمَلَةَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الشَّيْطَانُ يَهُمُّ بِالْوَاحِدِ وَالْاِثْنَيْنِ فَإِذَا كَانُوا ثَلَاثَةً لَمْ يَهُمَّ بِهِمْ».

الشرح: قوله ﷺ: «الراكب شيطان» يريد والله أعلم، حكمه حكم الشيطان، وفعله فعل الشيطان في انفراده عن الإنس، وتركه الأُنس بهم وبعده عن الارتفاق بمجاورتهم ومرافقتهم وتركه الجماعة المأمور بها، وكذلك الاثنان حكمهما ذلك، وأما الثلاثة فركب، وجمع قد خرجوا عن حكم الشياطين إلى حكم الاجتماع بالإنس والارتفاق بمرافقتهم.

ويحتمل أن يريد به أن الواحد والاثنين يفرون من الناس، ويستترون منهم، ويخافون لقتلهم، وأن الثلاثة ركب يأمنون، ويأمنون بالناس، ويؤنس بهم، وهذا عام. وقد أنفذ النبي ﷺ يوم الحديبية عتبة الخزاعي وحده، وأرسل الزبير بن العوام وحده، فيجب أن يكون ذلك في شيء مخصوص أو على وجه مخصوص.

وقد روى ابن القاسم عن مالك في المزينة: أن ذلك في سفر القصر فأما ما قصر عن ذلك، فلا بأس أن ينفرد الواحد فيه، والله أعلم وأحكم. وهذا إذا حملنا قوله ﷺ: الراكب والراكبان، على الجنس، وإن حملنا ذلك على العهد جاز أن يريد به أنه أشار إلى واحد وإلى اثنين وصفهما بصفة الشياطين، وأشار إلى جماعة نفى عنهم هذه الصفة ووصفهم بصفة الإنس.

فصل: وقوله ﷺ: «الشيطان يهم بالواحد والاثنين» يحتمل والله أعلم، أن يريد به أنه يهم باغتيالهما والتسلط عليهما، ويحتمل أن يريد به أنه يهم بالظهور إليهما والترويع لهما، ويحتمل أن يريد أنه يهم بفتنتهم وصرْفهم عن الحق وإغوائهم بالباطل، ويحتمل أن يريد بالواحد والاثنين المنفرد.

قال الشيخ أبو محمد: يريد في السفر. ويحتمل أن يريد به المنفرد بالرأى والمذهب، وأن الجماعة أبعد من الخطأ من الواحد والاثنين، والله أعلم وأحكم.

١٧٧٧ - أخرجه البخارى فى الجمعة ١٠٨٨، مسلم فى الحج ١٣٣٩، الترمذى فى الرضاع ١١٧٠، البيوع ١٢٤٩، أبو داود فى المناسك ١٧٢٣، ٢٠١٥، ابن ماجه فى المناسك ٢٨٩٩، ٢٩٠٨، أحمد فى باقى مسند الكثرين ٧١٨١، ٧٣٦٦، ٨٢٨٤، ٨٣٥٩، ٩١٨٥، ٩٣٤٧، ٩٤٤٨، ١٠٠٢٩، ١٠١٩٧. ذكره فى المجمع ٣/٢١٥. وعزاه الهيمى للبخارى عن أبى هريرة. وذكره فى الكنز برقم ١٧٥١٦ وعزاه السيوطى إلى البخارى عن أبى هريرة.

كتاب الجامع ٤٧١

١٧٧٨ - مَالِكُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُوْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ تُسَافِرُ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا».

الشرح: قوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر» بمعنى التغليظ يريد أن مخالفة هذا ليست من أفعال من يؤمن بالله ويخاف عقوبته في الآخرة.

وقوله ﷺ: «أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم» يريد والله أعلم؛ لأن المرأة فتنة وانفرادها سبب للمحذور؛ لأن الشيطان يجد السبيل بانفرادها، فيغري بها ويدعو إليها.

ويحتمل قوله ﷺ: «إلا مع ذي محرم» معنيين أحدهما: أن لا تسافر هذه المسافة مع إنسان واحد، إلا أن يكون ذا محرم منها؛ لأنه مأمون عليها. والمعنى الثاني: أن لا تنفرد في مثل هذا السفر دون ذي محرم منها، لأنه يحفظها ويجري إلى صيانتها لما ركب في طباع أكثر الناس من الغيرة على ذوى محارمهم والحماية لهم.

وقد أرحص مالك لها أن تسافر في الرفقة العظيمة يكون فيها النساء والرجال إلى الحج. قال مالك في المرأة المتجالة تخرج إلى مكة مع غير ولي: إن كانت في جماعة وناس مأمونين، لا تخافهم على نفسها. قال الشيخ أبو محمد: يريد إنما المنهى عنه سفرها في غير الفريضة مع غير ذي محرم.

فصل: وقوله ﷺ: «مسيرة يوم وليلة» وقد روى عبدالله بن مسيرة: ثلاثة أيام. وروى: مسيرة يومين. وقد تعلق بهذا وجعل حداً في سفر القصر، ولا يمنع أن يمنع من ذلك في ثلاثة أيام، ثم في يومين ثم في يوم وليلة.

١٧٧٨ - أخرجه البخاري ١٠٤/٢ كتاب تقصير الصلاة، باب تقصير الصلاة عن أبي هريرة. مسلم ٩٧٧/٢ كتاب الحج، باب ٧٤ سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره رقم ٤٢٠ عن أبي هريرة. البيهقي في شرح السنة ٢٠/٧ عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا رواه جماعة الرواة للموطأ عن مالك، عن سعيد بن أبي سعيد المقبري، عن أبي هريرة. ورواه بشر بن عمر، عن مالك، عن سعيد بن أبي سعيد، عن أبيه، عن أبي هريرة؛ وكان سعيد بن أبي سعيد - فيما يقولون - قد سمع من أبي هريرة، وسمع من أبيه عن أبي هريرة. كذا قال ابن معين وغيره، فجعلها كلها أحياناً عن أبي هريرة. انظر: التمهيد ٣٩١/١٠.

٤٧٢ كتاب الجامع

وليس بين الأحاديث على هذا اختلاف، ولو بدأ، فمنع من ذلك في يوم وليلة؛ لاقتضى ذلك منعه في يومين، وفي ثلاثة، فإذا ورد بعد ذلك منعه في يومين وفي ثلاثة، فليس بخلاف لما تقدم بل هي تأكيد له، وبالله التوفيق.

* * *

مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنَ الْعَمَلِ فِي السَّفَرِ

١٧٧٩ - مَالِكٌ عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ مَوْلَى سُلَيْمَانَ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ، عَنْ خَالِدِ بْنِ مَعْدَانَ يَرْفَعُهُ: «إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى رَفِيقٌ يُحِبُّ الرَّفْقَ، وَيَرْضَى بِهِ، وَيُعِينُ عَلَيْهِ مَا لَا يُعِينُ عَلَى الْعُنْفِ، فَإِذَا رَكِبْتُمْ هَذِهِ الدَّوَابَّ الْعُجْمَ، فَأَنْزِلُوهَا مَنْازِلَهَا، فَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ جَدْبَةً، فَانْحُوا عَلَيْهَا بِنَفْسِكُمْ، وَعَلَيْكُمْ بِسَيْرِ اللَّيْلِ، فَإِنَّ الْأَرْضَ تُطْوَى بِاللَّيْلِ مَا لَا تُطْوَى بِالنَّهَارِ، وَإِيَّاكُمْ وَالتَّعْرِيسَ عَلَى الطَّرِيقِ، فَإِنَّهَا طُرُقُ الدَّوَابِّ، وَمَأْوَى الْحَيَاتِ».

الشرح: قوله: «إن الله سبحانه رفيق يحب الرفق» يريد والله أعلم، فيما يحاوله الإنسان من أمر دينه ودنياه، فإن الرفق عون على المراد، ولا يبلغ حد العجز، فإنه أيضاً مانع من المراد وخير الأشياء أوسطها، وهو معنى قوله: «ويعين عليه ما لا يعين على العنف» وهو الإفراط. وقد روى «شر السير الحقيقية، إن المنبت لا أرضاً قطع ولا ظهراً أبقى».

قال مالك: ولا بأس بسرعة السير في الحج على الدابة، وأكره المهاميز، ولا يصلح الفساد، وإذا أكثر ذلك خرقها، وقد قال: لا بأس أن ينحسها حتى يدميها.

١٧٧٩ - أخرجه البخاري بنحوه ١٠٣/٨ كتاب الاستئذان، باب كيف يرد على إلخ.. عن عائشة. مسلم بنحوه مختصراً ٢٠٠٤/٤ كتاب البر والصلة، باب ٢٣ فضل الرفق رقم ٧٧ عن عائشة. أحمد ١١٢/١ عن علي بن أبي طالب. البيهقي في الكبرى ١٩٣/١٠ عن عائشة. عبد الرزاق في المصنف بلفظه برقم ٩٢٥١، ١٦٣/٥ عن معدان. وذكره في الكنز بنحوه مختصراً برقم ٥٣٧٣ وعزاه السيوطي إلى الطبراني عن أبي أمامة.

قال ابن عبد البر: هذا الحديث يستند من وجوه كثيرة، وهي أحاديث شتى محفوظة. وأما الرفق، فمحمود في كل شيء ما كان في شيء قط إلا زانه، كذلك جاء عن الحكماء. وروى مالك، عن الأوزاعي، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ قال: «إن الله عز وجل يحب الرفق في الأمر كله». انظر: التمهيد ٣٩٧/١٠.

كتاب الجامع ٤٧٣

وقوله: «فإذا ركبتم هذه الدواب العجم». قال مالك: يعنى بالدواب التى تتركب مثل الإبل والخيل والبغال والحمير ألا ترى إلى قوله ﷺ: «جرح العجماء جبار». قال أبو عبيد الهروى: العجماء البهيمة، سميت بذلك؛ لأنها لا تتكلم، وكل ما لا يقدر على الكلام، فهو أعجم مستعجم.

فصل: وقوله: «فإذا ركبتم هذه الدواب العجم، فأنزلوها منازلها» يريد أجروها على ما فيه صلاحها من غير عنف عليها، ولا تقصر عن حاجتكم، يقال: أنزلت فلانا منزله أى عاملته بما يجب فى أمره ويليق بحاله غير مقصر به، ولا مبلغ له ما لا يستأهله.

وقوله: «فإن كانت الأرض جذبة» يريد لا خصب فيها، «فانجوا عليها بنقيها». قال أبو عبيد: فانجوا عليها بنقيها أى اسرعوا السير، ويقال: نجوت أنجو نجاء، إذا أسرعت، ويحتمل عندى أن يكون معنى «فانجوا عليها» أى اسلموا عليها ما دامت بنقيها.

قال مالك: هو شحمها وقوتها، يقال: نجا فلان ينجو، إذا سلم، فيكون معناه والله أعلم، انجوا عليها من أرض الجذب، فإنكم إن أبطأتم بها فى أرض الجذب، ضعفت وهزلت، فلم تنجوا عن أرض الجذب، فجعل ذلك معنى يبيح الإسراع، ويجرى ذلك بجرى المخافة، وإنما شرع الرفق مع الخصب والأمان وعدم الأسباب الموجبة للتعجيل والإسراع، والله أعلم وأحكم.

١٧٨٠ - مَالِكُ عَنْ سُمَيِّ مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «السَّفَرُ قِطْعَةٌ مِنَ الْعَذَابِ، يَمْنَعُ أَحَدَكُمْ نَوْمَهُ وَطَعَامَهُ وَشَرَابَهُ، فَإِذَا قَضَى أَحَدُكُمْ نَهْمَتَهُ مِنْ وَجْهِهِ، فَلْيَعَجِّلْ إِلَى أَهْلِهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «السفر قطعة من العذاب» يريد والله أعلم، تعب ومشقته والتألم فيه لشدة الحر والبرد والمطر، قال الله عز وجل: ﴿إِنْ كَانَ بِكُمْ أذى مِنْ مَطَرٍ﴾ [النساء: ١٠٢] ومنع ما يمنع من النوم والطعام والشراب على الوجه المعتاد، وهذا يقتضى أن استجادته وإصلاحه ليس بمحظور؛ لأن ذلك هو الذى يمنع منه السفر، وأما وجوده، فلا يمنع السفر؛ لأنه لا يبد منه، والله أعلم.

١٧٨٠ - أخرجه البخارى فى الحج ١٨٠٤، مسلم فى الإمامة ١٩٢٧، ابن ماجه فى المناسك ٢٨٨٢، ٢٨٩١، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧١٨٤، ٩٤٤٧، ١٠٠٦٨، الدارمى فى الاستئذان ٢٦٧٠، الرقاق ٢٧٨٩.

قال ابن عبد البر: هذا حديث انفرد به مالك عن سمي لا يصح لغيره عنه، وانفرد به سمي أيضاً، يحفظ عن غيره. انظر: التمهيد ٣٩٩/١٠.

فصل: وقوله ﷺ: «فإن قضى أحدكم نهمته من وجهته» يريد بلغ منها مراده وما يكفيه وما كان محتاجاً إليه «فليعجل إلى أهله» فيجتمل أن يريد به التعجيل عند السير من ترك التلوم، وذلك نص، ويحتمل أن يريد به التعجيل في السير إلى الأهل لحاجتهم إلى تقويته وقيامه بأمرهم، وجعل ذلك مما يبيح التعجيل في السير، والله أعلم وأحكم.

* * *

الأمر بالرفق بالمملوك

١٧٨١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَلَا يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ إِلَّا مَا يُطِيقُ».

١٧٨٢ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَذْهَبُ إِلَى الْعَوَالِي كُلِّ يَوْمٍ سَبْتًا، فَإِذَا وَجَدَ عَبْدًا فِي عَمَلٍ لَا يُطِيقُهُ، وَضَعَ عَنْهُ مِنْهُ.

الشرح: قوله ﷺ: «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف» يريد والله أعلم على مالكة.

وقوله ﷺ: «بالمعروف» يريد بما يليق بمثله في حاله وتصرفه ونفاذه في التجارة والعمل.

وقد روى أبو ذر عن النبي ﷺ قال: «فمن كان أخوه، فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس». ويحتمل أن يريد به من ماله الذي منه يأكل ومنه يلبس، وهو يعطى منه عبده كسوته وطعامه بالمعروف من الوجوه المعتاد لمثله، ويحتمل أن يريد به من جنس ما يلبس، فيكون ذلك على الندب نصاً.

وقد روى عن النبي ﷺ: «إذا جاء خادم أحد من بطعاه فليقعه معه لياكل، لأنه ولي حره وعلاجه، وإن لم يقعه فليطعمه لقمة أو لقتين» وهذا يتناوله قوله ﷺ: «وأطعموهم مما تأكلون» لأن «من» قد تكون للجنس، وتكون للتبعض.

وسئل مالك: هل يأكل السيد من طعام لا يأكل منه العبد ويلبس ثياباً لا يلبسها العبد؟ قال: هو من ذلك في سعة.

١٧٨١ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٤٢.

١٧٨٢ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٤٣.

قيل له فحديث أبي ذر، قال: لم يكن لهم يومئذ هذا القوت.

فصل: وقوله ﷺ: «لا يكلف من العمل إلا ما يطيق» يريد والله أعلم ما يشق عليهم، فلا يطيقون الدوام عليه، ولذلك كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يذهب إلى العوالى يريد عوانى المدينة، وحيث يعمل الرقيق النخيل كل سبت، ولعله كان يقصد بذلك مراعاة الرقيق أن يأتي قباء يوم السبت، فإنه روى ذلك عن النبي ﷺ، «فإذا وجد عبداً فى عمل لا يطيقه» يريد يشق عليه ويضعف عنه «خفف عنه» يريد وأبقى عليه منه ما لا يفدحه، ولا يكون فيه تقصير عن حق سيده.

قال مالك: وكان يزيد فى رزق من قل رزقه.

قال مالك: وأكره ما أحدثوا من إجهاد العبيد فى عمل الزرائق. قال: ومن له عبيد يحصدون نهاراً لا يستطحنون ليلاً، وأما العمل الذى لا يتعبه، فلا بأس به إذا كان بالنهار فى غعمل متعب.

مسألة: وليس على السيد بيع عبده إذا اشتكى العزبة، وقال: قد وجدت موضعاً أرضاه. قال مالك: وليس على السيد بيع عبده إلا أن يضر به، وإن أراد شراء عبد فسأله بالله أن لا يشتريه. قال مالك: أحب إلى أن يتركه، وأما أن يحكم عليه، فلا.

مسألة: ولا بأس أن يقول العبد لسيده: يا سيدى. قال مالك: قال الله تعالى: ﴿وَأَلْفَا سِيدَهَا لَدَى الْبَابِ﴾ [يوسف: ٢٥] وقال الله عز وجل: ﴿وَسِيدًا وَحَصُورًا﴾ [آل عمران: ٣٩] وقيل له: يقولون السيد هو الله تعالى، قال مالك: أين هذا فى كتاب الله إنما فى القرآن ربنا، ربنا.

١٦٨٣ - مَالِكٌ عَنْ عَمِّهِ أَبِي سُهَيْلِ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ سَمِعَ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، وَهُوَ يَخْطُبُ، وَهُوَ يَقُولُ: لَا تُكَلَّفُوا الْأُمَّةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنْعَةِ الْكَسْبِ، فَإِنَّكُمْ مَتَى كَلَّفْتُمُوهَا ذَلِكَ كَسَبْتُمْ بِفَرْجِهَا، وَلَا تُكَلَّفُوا الصَّغِيرَ الْكَسْبِ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَجِدْ، سَرَقَ، وَعَفُوا إِذْ أَعْفَكُمُ اللَّهُ، وَعَلَيْكُمْ مِنَ الْمَطَاعِمِ بِمَا طَابَ مِنْهَا.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «لا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب، فتكسب بفرجها» يريد أنها إن ألزمت خراجاً، وهى ليست بذات صنعة تصنعها بخراج، اضطرها

٤٧٦ كتاب الجامع

ذلك إلى الكسب من أى وجه أمكنها، وكان ذلك سبباً إلى أن تكسب بفرجها، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْرَهُوا فِتْيَانَكُمْ عَلَىٰ الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّبَتِّغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ [النور: ٣٣] وكذلك الصبى الصغير إذا كلف الكسب، وأن يسأى بالخراج، وهو لا يطيق ذلك، فإنه ربما اضطره إلى أن يتخلص مما لزمه من الخراج بأن يسرق.

وقوله: «عفوا» يريد والله أعلم، عفوا عن الكسب الخبيث، أى اتركوه واصبروا عنه، «إذا عفكم الله» أى إذا أوجدكم الله تعالى السبيل إلى التعفف بالغنى.

فصل: «وعليكم من المطاعم بما طاب منها» أى بما حل وسلم من التحريم والكرهية، قال الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الرِّسَالُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا﴾ [المؤمنون: ٥١] وكان عثمان رضى الله عنه يقول ذلك فى خطبته لتعم موعظته، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِي الْمَمْلُوكِ [وَهَيْتِهِ] (١)

١٧٨٤ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْعَبْدُ إِذَا نَصَحَ لِسَيِّدِهِ وَأَحْسَنَ عِبَادَةَ اللَّهِ، فَلَهُ أَجْرُهُ مَرَّتَيْنِ».

الشرح: قوله ﷺ: «إن العبد إذا نصح لسيده وأحسن عبادة الله فله أجره مرتين» يريد حفظه وأمانه، وامثل أمره فى الطاعة والمباح، ولم يخنه وأحسن مع ذلك عبادة ربه عز وجل، «له أجره مرتين» يريد والله أعلم أنه له أجر عاملين؛ لأنه عامل بطاعة الله، وعامل بطاعة سيده، وهو مأمور بذلك.

وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «والعبد راع فى مال سيده ومستول عن رعيته».

وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «ثلاثة لهم أجرهم مرتين، رجل من أهل الكتاب

(١) ما بين المعقوفين هكذا فى الأصل، وفى الموطأ «وهيته».

١٧٨٤ - أخرجه مسلم ١/١٢٨٤ كتاب الأيمان، باب ١١ ثواب العبد وأجره إذا نصح سيده.. إلخ رقم ٤٣ عن ابن عمر. وأبو داود برقم ٥١٦٩ ج٤/٣٤٥ كتاب الأدب، باب ما جاء فى المملوك إذا نصح عن ابن عمر. والبيهقى بشرح السنة ٩/٣٤٤ عن ابن عمر. والبيهقى بالكبرى ١٢/٨ عن ابن عمر. وذكره بالمشكاة برقم ٣٣٤٨ وعزاه التبريزى إلى البخارى ومسلم عن ابن عمر.

آمن بنيه ثم آمن بي، والعبد المؤمن نصح لسيدته، وأدى حق مواليه، ورجل له جارية أذهبها فأحسن تأديبها، وعلمها فأحسن تعليمها، ثم أعتقها وتزوجها.

١٧٨٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّةً كَانَتْ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَأَاهَا عُمَرُ ابْنُ الْخَطَّابِ، وَقَدْ تَهَيَّأَتْ بِهَيْئَةِ الْحَرَائِرِ، فَدَخَلَ عَلَى ابْنَتِهِ حَفْصَةَ، فَقَالَ: أَلَمْ أَرْ جَارِيَةَ أَخِيكَ تَحُوسُ النَّاسَ، وَقَدْ تَهَيَّأَتْ بِهَيْئَةِ الْحَرَائِرِ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ عُمَرُ.

الشرح: قوله رضى الله: «تجوس الناس» معناه والله أعلم، تتخطى الناس وتختلف عليهم، مختمرة بشكل الحرائر، فكره ذلك عمر بن الخطاب، ولم يكره أن ترى، وكان عمر يضرب الإمام إذا رأى عليهن الجلابيب، قاله عيسى بن دينار.

وقيل: إنه كان يفعل ذلك؛ لأنهن ليس فيهن خفر الحرائر ولا سترهن، ولا يلزمهن ذلك، فإذا لبسن ثياب الحرائر اعتقد فيهن من لا يعرفهن أنهن من متبرجات الحرائر فممنع لهذا، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِي الْبَيْعَةِ

١٧٨٦ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَالَ: كُنَّا إِذَا بَايَعْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ، يَقُولُ: لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فِيَمَا اسْتَطَعْتُمْ».

الشرح: قوله رضى الله عنه: «كنا إذا بايعنا رسول الله ﷺ» المبايعة تختص بمعاودة الإمام قال الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يَبَايَعْنَكَ عَلَى أَنْ لَا يَشْرُكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿فَبَايَعْنَهُنَّ﴾ [المتحنة: ١٢] ومبايعة الإمام إنما هي على السمع والطاعة. ومعنى ذلك امتثال الأمر

١٧٨٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨٤٦.

١٧٨٦ - أخرجه البخارى فى الأحكام ٧٢٠٢، مسلم فى الإمارة ١٨٦٧، الترمذى فى السير ١٥٩٣، النسائى فى البيعة ٤١٨٥، ٤١٨٦، أبو داود فى الخراج والإمارة والفتوى ٢٩٤٠، أحمد فى مسند المكفرين من الصحابة ٤٥٥١، ٥٢٦٠، ٥٥٠٦، ٥٧٣٧، ٦٢٠٧.

قال ابن عبد البر: وروى مالك أيضًا عن عبدالله بن دينار، عن عبدالله بن عمر، أنه كتب إلى عبدالله بن مروان يبايعه، فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم، أما بعد لعبدالله عبدالمملك أمير المؤمنين، من عبدالله بن عمر، سلام عليك، فإنى أحمد اليك الله الذى لا إله إلا هو، وأقر لك بالسمع والطاعة على سنة الله، وسنة رسوله فيما استطعت. انظر: التمهيد ٤١٠/١.

والنهي، كان النبي ﷺ يقول لهم: «فيما استطعتم» يريد من السمع والطاعة، وذلك والله أعلم، لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ واسمعوا وأطيعوا﴾ [التغابن: ١٦] وأنه قد يقع من المكلف ما لا يقدر على التحرز منه من الخطأ والنسيان، قال الله عز وجل: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

١٧٨٧ - مَالِكُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُكَدِّرِ، عَنْ أُمِّمَةَ بِنْتِ رُقَيْقَةَ أَنَّهَا قَالَتْ: أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِي نِسْوَةٍ بَايَعَنَّهُ عَلَى الْإِسْلَامِ، فَقُلْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، نُبَايِعُكَ عَلَى أَنْ لَا نُشْرِكَ بِاللَّهِ شَيْئًا، وَلَا نَسْرِقَ، وَلَا نَزْنِي، وَلَا نَقْتُلَ أَوْلَادَنَا، وَلَا نَأْتِيَ بِبُهْتَانٍ نَفْتَرِيهِ بَيْنَ أَيْدِينَا وَأَرْجُلِنَا، وَلَا نَعْصِيكَ فِي مَعْرُوفٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فِيمَا اسْتَطَعْتُمْ وَأَطَقْتُمْ» قَالَتْ: فَقُلْنَا: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَرْحَمُ بِنَا مِنْ أَنْفُسِنَا، هَلُمَّ نُبَايِعُكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنِّي لَا أَصَافِحُ النِّسَاءَ، إِنَّمَا قَوْلِي لِمِائَةِ امْرَأَةٍ كَقَوْلِي لَامْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مِثْلِ قَوْلِي لَامْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ».

الشرح: هذه البيعة التي ذكرتها أميمة كانت بالمدينة بعد الحديبية والله أعلم؛ لأنها مذكورة في المتحنة، وهي مدينة، قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يَابِيَعْنَكَ عَلَى أَنْ لَا يَشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايَعْنَهُنَّ﴾ الآية.

وما كان قبل الهجرة بمكة من مبايعة، فلم يكن فيها ذكر شيء من ذلك، ولما كان النبي يقول لهن: «فيما استطعتم وأطقتم».

وقوله: «فإن الله ورسوله أرحم بنا» معناه والله أعلم، أنه يرفقنا ويرضى منا بما بذلنا من أنفسنا إكراماً منه.

١٧٨٧ - أخرجه الترمذي في السير ١٥٩٧، الجهاد ١٦٧٤، النسائي في البيعة ٤١٧٩، الفرع والعتبر ٤٢٥٤، ابن ماجه في الجهاد ٢٨٧٤، المناسك ٢٨٨٣، أحمد في باقى مسند الأنصار ٢٦٤٦٦.

قال ابن عبد البر: لا خلاف عن مالك في إسناد هذا الحديث ومثله عند أحد من رواه عنه فيما علمت. وهكذا رواه الثوري عن محمد بن المنكدر، سمع أميمة بنت رقيقة، مثل حديث مالك هذا سواء إلى آخره؛ إلا أنه قال بعد قوله: «والله أرحم بنا من أنفسنا»، قالت: فقلنا: يا رسول الله ألا تصافحنا؟ فقال: إني لا أصافح النساء، ثم ذكره سواء. انظر: التمهيد ٤١٥/١٠.

فصل: وقوله: ﴿وَلَا يَأْتِينَ بِيَهْمَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلِهِمْ﴾ قال أبو عبيد الهروى: معناه بولد تنسبه إلى الزوج، يقال: كانت المرأة تلتقط الوليد، فتبناه.

فصل: وقوله ﷺ: «إني لا أصافح النساء» يريد لا أباشر أيديهن بيدي يريد والله أعلم، الاجتناب. وذلك أن من حكم مبايعة الرجال المصافحة، فمنع من ذلك في مبايعة النساء لما فيه من مباشرتهن، وليس ذلك بشرط في صحة المبايعة؛ لأنها عقد، فإنما ينعقد بالقول كسائر العقود، ولذلك صحت مبايعة عبدالله بن عمر لعبدالمملك بن مروان بالمكاتبة دون المصافحة.

وقوله ﷺ: «إنما قولى لمائة امرأة كقولى لامرأة واحدة» يريد والله أعلم فى المعاقدة، والزام ذلك والتزامه، والله أعلم وأحكم.

١٧٨٨ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ يُبَايِعُهُ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، أَمَا بَعْدُ لِعَبْدِ اللَّهِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، سَلَامٌ عَلَيْكَ، فَإِنِّي أَحْمَدُ إِلَيْكَ اللَّهُ، الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ، وَأُقِرُّ لَكَ بِالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ عَلَى سُنَّةِ اللَّهِ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ فِيمَا اسْتَطَعْتُ.

الشرح: قوله: «فكتب إليه بسم الله الرحمن الرحيم» دليل على أن العادة جارية فى ذلك الزمان على استفتاح الكتب بالتسمية، وقال الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ أَلَا تَعْلَمُونَ عَلَىٰ وَأَتُونِي مَسْلُمِينَ﴾ [النمل: ٣٠، ٣١].

وكتب النبي ﷺ إلى هرقل: «بسم الله الرحمن الرحيم، السلام على من اتبع الهدى، أما بعد، فاسلم تسلم» الحديث.

فصل: وقوله: «أما بعد» أيضًا كان مما يستفتح به الخطاب. وقال بعض المفسرين: إنها فصل الخطاب فى قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَلَّ الْخُطَابَ﴾ [ص: ٢٠].

وقوله: «فإني أحمد إليك الله الذى لا إله إلا هو» على معنى الإعلام بحاله، وأنها حال حمد لله عز وجل وشكر نعمه.

وقوله: «وأقر لك بالسمع والطاعة» يريد والله أعلم، ألتزم السمع والطاعة لك على سنة الله وسنة رسوله ﷺ بشرعة على حسب ما كان النبي ﷺ أخذ عليهم من قوله

٤٨٠ كتاب الجامع

ﷺ: «فيما استطعتم» وأنه إذا التزم ذلك للنبي ﷺ بشرط الاستطاعة، فبأن يشترط ذلك لغيره أولى وأحرى.

مسألة: وهذا لمن بايع طائعاً، وأما من بايع مكرهاً، ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: أن ذلك لا يلزمه.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي فيما يلزم مبايعته، فتلزم المبايع، طائعاً كان أو مكرهاً. قال أصبغ: سمعت ابن القاسم، يقول: بايع على بن أبى طالب أبا بكر رضى الله عنهما، وهو كاره، ولعله يريد أنه كره وجه المبايع، ولم يكره المبايع.

* * *

مَا يُكْرَهُ مِنَ الْكَلَامِ

١٧٨٩ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ قَالَ لِأَخِيهِ: كَافِرٌ، فَقَدْ بَاءَ بِهَا أَحَدَهُمَا».

الشرح: قوله ﷺ: «فقد باء بها أحدهما» قال عيسى بن دينار ويحيى بن يحيى فى الزنية: معناه إن كان المقول له كافراً، فهو كما قال، وإن لم يكن المقول له كذلك خيف على القائل أن يصير كذلك لقوله لأخيه «كافر» يريد أنه يخاف عليه أن يكفره بحق مشروع يكفر جاحده، فيصير بذلك كافراً، وهذا معنى حبيب عن مطرف عن مالك.

وقد قيل إن معنى قوله: «فقد باء بها أحدهما» يريد بوزر هذا القول عليه، وإن لم يكن كافراً فوزر هذا القول على قائله أن أحدهما يكون كافراً بهذا القول، والله أعلم وأحكم.

١٧٨٩ - أخرجه البخارى فى الأدب ٦١٠٤، مسلم فى الإيمان ٦٠، الترمذى فى الإيمان ٢٦٣٧، أبو داود فى السنة ٤٦٨٧، أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٦٧٣، ٥٠١٥، ٥٢٣٧، ٥٨٩٧، ٥٧٩٠.

قال ابن عبد البر: وهذا الحديث رواه جماعة، عن مالك، عن عبدالله بن دينار، عن عبدالله بن عمر، كما رواه يحيى. انظر: التمهيد ٤٢٣/١٠.

كتاب الجامع ٤٨١

١٧٩٠ - مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا سَمِعْتَ الرَّجُلَ يَقُولُ: هَلَكَ النَّاسُ، فَهُوَ أَهْلَكُهُمْ».

الشرح: قال مالك: معناه أن يقول ذلك احتقاراً للناس وازدراء عليهم، فقد هلك هو بقوله هذا، وإن قاله توجعاً على الناس، وعلى من هلك من أهل الدين والعلم، فلا شيء عليه، ونحن نرجو أن يؤخر على ذلك.

ومعنى «فهو أهلكتهم» قال ابن القاسم عن مالك: معناه هو أفسلهم وأرذلهم، أن يقول ذلك بمعنى هو خير منهم.

١٧٩١ - مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَقُلْ أَحَدُكُمْ يَا خِيَةَ الدَّهْرِ، فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ الدَّهْرُ».

الشرح: قوله ﷺ: «لَا يَقُلْ أَحَدُكُمْ يَا خِيَةَ الدَّهْرِ» يريد والله أعلم، خييتى من حاجتى التى طلبتها، فنسب الخيبة إلى الدهر، وتظلم منه فنهوا عن ذلك؛ لأن المانع هو الله سبحانه، يريد والله أعلم؛ لأن الذى يمنع من ذلك هو الله تعالى، فإذا تظلمتم من المانع، فإنا يقع تظلمكم من الله عز وجل؛ لأنه هو المانع.

وذلك أن العرب كانت تضيف إلى الدهر ما يصيبه، قال تبارك وتعالى: ﴿مَا هِيَ إِلَّا حَيَاتُنَا الدُّنْيَا نَمُوتُ وَنَحْيَا وَمَا يَهْلِكُنَا إِلَّا الدَّهْرُ﴾ [الجاثية: ٢٤] فأكذبهم الله عز وجل بقوله: ﴿وَمَا لَهُمْ بِدَلِكِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ هُمْ إِلَّا يَظُنُّونَ﴾ [الجاثية: ٢٤].

وقد روى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال:

١٧٩٠ - أخرجه مسلم فى البر والصلة والآداب ٢٦٢٣، أبو داود فى الأدب ٤٩٨٣، أحمد فى

باقى مسند المكثرين ٧٦٢٨، ٨٣٠٩، ٩٦٧٨، ١٠٣١٩.

١٧٩١ - أخرجه البخارى فى تفسير القرآن ٤٨٢٦، مسلم فى الألفاظ من الأدب وغيرها ٢٢٤٦،

٢٢٤٧، أبو داود الأدب ٥٢٧٤، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٤٦٦، ٧٦٢٥، ٧٦٥٩،

٢٧٤٥١، ٨٨٩٢، ٩٩٩٤، ١٠٠٦١، ١٠١٠١، ١٩٢٠٠، أخرجه الدارمى فى الزكاة

١٦٧٢. الحاكم فى المستدرک بنحوه ٤٥٣/٢ عن أبى هريرة. البغوى فى شرح السنة بلفظه

٣٥٧/١٢ عن أبى هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث فى الموطأ بهذا الإسناد عند جماعة الرواة فيما علمت،

ورواه إبراهيم بن خالد بن عثمة عن مالك، عن سمى، عن أبى صالح، عن أبى هريرة والصواب

فيه إسناد الموطأ. انظر: التمهيد ٤٣٤/١٠.

«يسب ابن آدم الدهر، وأنا الدهر، بيدى الأمر، أقلب الليل والنهار». فقوله تعالى: «وأنا الدهر» لم يرد بذلك أنه هو الدهر، ولا أن الدهر اسم من أسمائه، ولكن العرب تستعمل ذلك، وكذلك أنها إذا تظلمت لزيد جاز لعمره أن يقول: أنا زيد الذى تظلمت منه، بمعنى أنه بى يصل إلى ذلك، وأن الفعل وقع منى لا من زيد، فيصف نفسه يزيد على هذا المعنى، والله أعلم وأحكم.

١٧٩٢ - مَالِكُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ عَيْسَى ابْنَ مَرْيَمَ لَقِيَ خِنْزِيرًا بِالطَّرِيقِ، فَقَالَ لَهُ: انْفُذْ بِسَلَامٍ، فَقِيلَ لَهُ: تَقُولُ هَذَا لِخِنْزِيرٍ، فَقَالَ عَيْسَى ابْنُ مَرْيَمَ: إِنِّي أَخَافُ أَنْ أَعُودَ لِلسَّانِي الْمُنْطِقِ بِالسُّوءِ.

الشرح: قول عيسى بن مريم عليه السلام للخنزير: «انفذ بسلام» يحتمل والله أعلم، أن يريد به بسلامة لك منا كما قال محمد النبي ﷺ بمعنى فى الحية: «وقيت شركم كما وقيتم شرها».

ويحتمل أن يريد به بسلام بتحية منا عليك، وعلى أنفسنا إذ لم يكن ممن يرد التحية، وهذا أشبه بقولهم: «تقول هذا لخنزير» لهجته فى أنفسهم أو لتحريمه، قال: «أخاف أن أعود لسانى المنطق السوء» يريد والله أعلم، أن للعوايد تأثيراً وجرت إلى ما جرت عليه من خير أو شر بعمد أو سهو، فأراد أن يطهر لسانه من منطق سوء، بما سبق إليه مع السهو والغفلة أو أراد أن يعظ بذلك من حضره، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقد استحب مالك استعمال حسن الألفاظ واجتناب ذكر ما يكره سماعه، وأن يكفى عنه بغير ذلك، وسأل عن مس الرفع والشرح والعانة، أفى ذلك وضوء؟ فقال: ما سمعت فيه بوضوء، وأكره أن يحس تقذراً.

وقد كان بعض الملوك إذا أصاب الناس طاعون، فطعنت امرأة من نساءه، فقيل: طعنت تحت إبطها، فدخل عليه عمر بن عبدالعزيز، فسأله أين طعنت؟ فقال: تحت يدها؛ كراهية أن يذكر إبطها. قال: وقد كانت تجتنب سئ الكلام وتتبع أحسنه، فكأنه رأى التكيب عن ذكر العانة والشرح من هذه الناحية.

* * *

مَا يُؤْمَرُ بِهِ مِنَ التَّحْفِظِ فِي الْكَلَامِ

١٧٩٣ - مَالِكٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ عَلْقَمَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ الْمُزْنِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مِنْ رِضْوَانِ اللَّهِ مَا كَانَ يَظُنُّ أَنْ تَبْلُغَ مَا بَلَغَتْ، يَكْتُبُ اللَّهُ لَهُ بِهَا رِضْوَانَهُ إِلَى يَوْمِ يَلْقَاهُ، وَإِنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مِنْ سَخَطِ اللَّهِ، مَا كَانَ يَظُنُّ أَنْ تَبْلُغَ مَا بَلَغَتْ، يَكْتُبُ اللَّهُ لَهُ بِهَا سَخَطَهُ إِلَى يَوْمِ يَلْقَاهُ».

١٧٩٤ - مَالِكٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ أَبِي صَالِحِ السَّمَّانِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ: «إِنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مَا يُلْقِي لَهَا بَالًا يَهْوِي بِهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ،

١٧٩٣ - أخرجه الترمذى فى الزهد ٢٣١٩، أخرجه ابن ماجه فى الفتن ٣٩٦٩، أحمد فى مسند المكيين ١٥٤٢٥، الحاكم فى المستدرک ٤٦/١ عن بلال بن الحارث المزني، الطبراني فى الكبير ٣٥٤/١ عن بلال بن الحارث المزني.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث جماعة الرواة للموطأ، وغير مالك يقول فى هذا الحديث: عن محمد بن عمرو، عن أبيه عن جده عن بلال بن الحارث فهو فى رواية مالك غير متصل، وفى رواية من قال عن أبيه عن جده متصل مسند . وقد تابع مالكاً على مثل روايته: عن محمد بن عمرو عن أبيه، والليث بن سعد، وابن لهيعة روياه عن ابن عجلان، عن محمد بن عمرو، عن أبيه عن بلال بن الحارث، لم يقولوا: عن جده.

ورواه الدراوردي، وسفيان بن عيينة، ومعاذ بن معاذ وأبو معاوية الضريير، وسعيد بن عامر، وي زيد بن هارون، ومحمد بن بشر، وعبدالرحمن المحاربي، ومحمد ويعلى ابنا عبيد، عن محمد بن عمرو، عن أبيه، عن جده، عن بلال بن الحارث، وتابعهم حيوية ابن شريح، عن ابن عجلان، عن محمد بن عمرو، عن أبيه، عن جده وتابعهم أيضاً شيخ يكتنأ أبا سفيان: عبدالرحمن بن عبد ربه اليشكري، عن مالك، عن محمد بن عمرو، عن أبيه، عن جده.

ورواه الثوري، وموسى بن عقبة، عن محمد بن عمرو، عن جده، علقمة بن وقاص، لم يقولوا عن أبيه، وقال حماد بن سلمة: عن محمد بن عمرو، عن محمد بن إبراهيم، عن علقمة بن وقاص، والقول عندى فيه - والله أعلم - قول من قال: عن أبيه، عن جده، وإليه مال الدارقطنى رحمه الله. انظر: التمهيد ٤٤١/١٠.

١٧٩٤ - أخرجه البخارى فى الرقاق ٦٤٧٨، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧١٧٤، ٨٤٤٤، ٨٩٦٧، ١٠٥١٤.

قال ابن عبد البر: هكذا هذا الحديث موقوفاً فى الموطأ على أبي هريرة، وقد أسنده عن مالك من لا يوثق به. انظر: التمهيد ٤٤٥/١٠.

وَإِنَّ الرَّجُلَ لَيَتَكَلَّمُ بِالْكَلِمَةِ مَا يُلْقَى لَهَا بَالًا، يَرْفَعُهُ اللَّهُ بِهَا فِي الْجَنَّةِ».

الشرح: قوله ﷺ: «إن الرجل ليتكلم بالكلمة من رضوان الله» يريد والله أعلم بما يرضاه الله عز وجل: «ما كان يظن أن تبلغ حيث بلغت» يريد لا يستطيعها.

وقوله ﷺ: «يكتب الله له بها رضوانه إلى يوم يلقاه». قال ابن عيينة في تفسير هذا الحديث: هي الكلمة عند السلطان الظالم ليرده بها عن ظلمه في إراقة دم، أو أخذنا مال أو ليصرفه عن معصية الله عز وجل، أو يعين ضعيفاً لا يستطيع بلوغ حاجته إليه.

وروى عبد المتعال بن صالح، قال: قيل لمالك: يدخل على السلطان، وهم يظلمون ويحورون، قال: يرحمك الله، فأين التكلم بالحق.

فصل: وقوله ﷺ: «وإن الرجل ليتكلم بالكلمة من سخط الله تعالى» بمعنى والله أعلم في عونه على الجور والإثم، وتزيينه له بما يسخط الله تعالى. قال ابن مزين: بلغني أن بعض أهل العلم كان يقول في تفسيره: هي كلمة يتكلم بها الرجل عند ذى سلطان يرضيه بها، فيما يسخط الله عز وجل.

وقال عيسى بن دينار: معنى قوله ﷺ، هو فيما يرى الرفث والخناء، وما أشبهه من الكلام، ولم يرد به من جحد ولا كفر في دين الله تعالى.

فصل: وقوله: «ما كان يظن أن تبلغ ما بلغت» يريد لا يعباؤها ويستخفها، فلا يعاجل الندم عليها والتوبة منها.

وقد روى عن ابن مسعود «إن المؤمن من يرى ذنوبه كأنه تحت جبل يخاف أن يهال عليه، وإن الفاجر يرى ذنوبه كذباب مر على أنفه». قال مالك بن الحارث. لقد منعني هذا الحديث من كلام كثير.

* * *

مَا يُكْرَهُ مِنَ الْكَلَامِ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى

١٧٩٥ - مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، أَنَّهُ قَالَ: قَدِيمَ رَجُلَانِ مِنَ الْمَشْرِقِ، فَخَطَبَا،

١٧٩٥ - أخرجه البخارى فى الطب ٥٧٦٧، الترمذى فى البر والصلة ٢٠٢٨، أبو داود فى الأدب ٥٠٠٧، أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٦٣٧، ٥٢١٠، ٥٢٦٩، ٥٦٥٤، البغوى فى شرح السنة عن ابن عمر ٣٦٣/١٢. الطبرانى فى الكبير ٢٣٣/١ عن أنس، البيهقى فى الدلائل ٢٦١/٢ عن ذابيل بن طفيل بن عمرو الدوسى.

كتاب الجامع ٤٨٥
فَعَجِبَ النَّاسُ لِبَيَانِهِمَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ مِنَ الْبَيَانِ لَسِحْرًا أَوْ قَالَ: إِنَّ
بَعْضَ الْبَيَانِ لَسِحْرٌ».

الشرح: قوله: «قدم رجلان من المشرق» هما عمرو بن الأصم والزهرقان بن بدر.

وقوله ﷺ: «إن من البيان لسحراً» قال بعض العلماء: هذا ذم للبيان، واستدلوا على أن ذلك مذهب مالك بإدخاله الحديث في باب ما يكره من الكلام بغير ذكر الله تعالى، واستدلوا على ذمه بأن جعله جزءاً من السحر أو من جنس السحر، والسحر مذموم.

قال عيسى بن دينار ويحيى بن يحيى: إن الطلق اللسان، لا يزال صاحبه يكلمه حتى يأخذ بسمعه وقلبه وبصره كما يأخذ الساحر، ألا ترى إلى ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «ما أعطى العبد شراً من طلاقة اللسان».

وقال قوم: خرج مخرج المدح للبيان؛ لأن الله عز وجل قد عدد البيان في النعم التي تفضل بها على عباده، فقال تعالى: ﴿خَلَقَ الْإِنْسَانَ عِلْمَهُ الْبَيَانِ﴾ [الرحمن: ٣، ٤] وكان النبي ﷺ من أبلغ الناس وأفضلهم بياناً، وبذلك وصفه الله تبارك وتعالى في كتابه الكريم فقال: ﴿لِيُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي يُخْتَلَفُونَ فِيهِ﴾ [النحل: ٣٩] والعرب تمدح بذلك ولا تذم به.

على أن الذي ذهب إليه مالك، رحمه الله، له وجه، إن كان البيان بمعنى الإلباس والتمويه عن حق إلى باطل، فليس يكون البيان حيثشذ في المعاني، وإنما يكون في الألفاظ والمبالغة في التمويه والتلبيس، فيسمى بياناً بمعنى أنه أتى في ذلك أبلغ ما يكون من بابه، فيكون في مثل هذا قد سحره وفتنه، فيكون ذلك ذمًا.

وأما البيان في المعاني وإظهار الحقائق، فممدوح على كل حال، وإن وصف بالسحر، فإنما يوصف بذلك على معنى تعلقه بالنفس وتلبسه بها وميلها إليه، ولا يشك

قال ابن عبد البر: هكذا رواه يحيى عن مالك، عن زيد بن أسلم مرسلًا، وما أظن أرسله عن مالك غيره؛ وقد وصله جماعة عن مالك، منهم القعنبي، وابن وهب، وابن القاسم، وابن بكير، وابن نافع، ومطرف، والثنيسي؛ روه كلهم عن مالك، عن زيد بن أسلم، عن عبدالله بن عمر، عن النبي ﷺ وهو الصواب، وسماع زيد بن أسلم من ابن عمر صحيح. انظر: التمهيد .٤٤٧/١٠

٤٨٦ كتاب الجامع

أن ما أتى به موسى بن عمران عليه السلام أين مما جاءت به السحرة، وأوضح عن الحقيقة والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «إن من البيان لسحراً» قال أبو عبيد: معناه أن يمدح الإنسان، فيصدق به حتى يصرف القلوب إلى قوله، ثم يذمه فيصدق حتى يصرف القلوب إلى قوله الآخر، فكأنه سحر السامعين.

وروى أن سبب هذا الحديث أنه ورد على النبي ﷺ وفد فيهم قيس بن الأصم والزبرقان بن بدر وعمرو بن الأهتم، ففخر الزبرقان، فقال: يا رسول الله أنا سيد تميم، والمطاع فيهم، والمجرب فيهم، أخذ لهم بمقوقهم، وأمنعهم من الظلم، وهذا يعلم ذلك، يعنى عمرو بن الأهتم، فقال عمرو: إنه لشديد العارضة، مانع لجانبه، مطاع فى أدانيه، فقال الزبرقان: والله يا رسول الله، لقد كذب وما منعه أن يتكلم إلا الحسد، فقال عمرو: أنا أحسدك، فوالله إنك للقيم الخال، حديث المال، أحق الوالد، مبغض فى العشيرة، والله يا رسول الله لقد صدقت أولاً، وما كذبت آخرًا، ولكنى رجل رضيت، فقلت أحسن ما علمت، وغضبت فقلت أقبح ما وجدت، فقال النبي ﷺ: «إن من البيان لسحراً».

١٧٩٦ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ كَانَ يَقُولُ: لَا تُكْثِرُوا الْكَلَامَ بِغَيْرِ ذِكْرِ اللَّهِ، فَتَقْسُوا قُلُوبَكُمْ، فَإِنَّ الْقَلْبَ الْقَاسِيَّ بَعِيدٌ مِنَ اللَّهِ، وَلَكِنْ لَا تَعْلَمُونَ، وَلَا تَنْظُرُوا فِي ذُنُوبِ النَّاسِ كَأَنَّكُمْ أَرْبَابٌ، وَأَنْظُرُوا فِي ذُنُوبِكُمْ كَأَنَّكُمْ عَبِيدٌ، فَإِنَّمَا النَّاسُ مُبْتَلَى وَمُعَافَى: فَارْحَمُوا أَهْلَ الْبَلَاءِ وَاحْمَدُوا اللَّهَ عَلَى الْعَافِيَةِ.

١٧٩٧ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ تُرْسِلُ إِلَى بَعْضِ أَهْلِهَا بَعْدَ الْعَتَمَةِ فَتَقُولُ: أَلَا تُرِيحُونَ الْكُتَّابَ.

الشرح: قول عيسى بن مريم عليه السلام: «لا تكثروا الكلام بغير ذكر الله تعالى فتقسو قلوبكم» يريد والله أعلم، أن كثرة الكلام بغير ذكر الله عز وجل تكون لغواً، وإن كان منه المباح، فقد يكون منه المحذور، فالغالب عليه ما تقسو به القلوب.

وقوله: «فإن القلب القاسى بعيد من الله» يريد من رحمة الله.

١٧٩٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨٥٧.

١٧٩٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨٥٨.

كتاب الجامع ٤٨٧

وقوله: «لا تنظروا في عيوب الناس كأنكم أرباب» يريد أن العبد لا ينظر في ذنوب غيره؛ لأنه لا يثيب على حسنها، ولا يعاقب على سيئها، وإنما ينظر فيها ربه الذي أمره ونهاه، فيثيبه على حسنها، ويعاقبه على سيئها، وأما العبد، فإنه ينظر في عيوب نفسه ليصلح منها ما فسد، ويتوب منها عما فرط.

فصل: وقوله: «لأنما الناس مبتلى» يريد والله أعلم، بالذنوب.

وقوله: «ومعافى» يريد من الذنوب.

وقوله: «فارجعوا أهل البلاء» يريد من امتحن بالذنوب.

وقوله: «واحمدوا الله على العافية» يريد من الذنوب، فإنكم بفضل الله عصمتكم منها، ويحتمل أن يريد به غير ذلك من أنواع البلاء من الأمراض والحاجة وغيرها والمعافاة منها بالصحة والغنى عن الناس.

* * *

مَا جَاءَ فِي الْغَيْبَةِ

١٧٩٨ - مَالِكُ عَنِ الْوَلِيدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ صَيَّادٍ أَنَّ الْمُطَّلِبَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حَوَيْطِبٍ^(١) الْأَمْخَزُومِيَّ أَخْبَرَهُ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا الْغَيْبَةُ؟ فَقَالَ رَسُولُ

١٧٩٨ - أخرجه أبو داود برقم ٤٨٧٤، ٤/٢٧٠ كتاب الأدب، باب في الغيبة عن أبي هريرة. الترمذى برقم ١٩٣٤، ٤/٣٢٩ كتاب البر والصلة، باب ما جاء في الغيبة عن أبي هريرة. أحمد ٢٠/٣٨٤ عن أبي هريرة. الدارمى ٢/٢٩٩ عن أبي هريرة. البيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٤٧ عن أبي هريرة. البغوي في شرح السنة ١٣/١٣٩ عن أبي هريرة.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى: المطلب بن عبدالله بن حويطب، وإنما هو المطلب بن عبدالله بن حنطب، كذلك قال ابن وهب، وابن القاسم، وابن بكير، ومطرف، وابن نافع، والقعنبي عن مالك في هذا الحديث: حنطب لا حويطب، وهو الصواب إن شاء الله. وهو المطلب بن عبدالله بن المطلب بن حنطب المخزومي، عامة أحاديثه مراسيل، ويرسل عن الصحابة يحدث عنهم ولم يسمع منهم؛ وهو تابعي مدني ثقة، يقولون: أدرك جابرًا، واختلف في سماعه من عائشة؛ وحدث عن ابن عامر، وأبي هريرة، وأبي قتادة، وأم سلمة، وأبي موسى، وأبي رافع، ولم يسمع من واحد منهم. وليس هذا الحديث عند القعنبي في الموطأ، وهو عنده في الزيادات، وهو آخر حديث في كتاب الجامع من موطأ ابن بكير، وهو حديث مرسل؛ وقد روى العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ مثله. انظر: التمهيد ١٠/٤٥١.

اللَّهُ ﷻ: «أَنْ تَذُكَّرَ مِنَ الْمَرْءِ مَا يَكْرَهُ أَنْ يَسْمَعَ» قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷻ: «إِذَا قُلْتَ بَاطِلًا، فَذَلِكَ الْبُهْتَانُ».

الشرح: سؤال الرجل النبي ﷺ عن الغيبة، يحتمل والله أعلم، أن يكون لما سمع فيها من النهي من قول الله عز وجل: ﴿وَلَا يَغْتَابَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ [الحجرات: ١٢] فسأل النبي ﷺ عن الغيبة المنهى عنها ليجتنبها، فقال له النبي ﷺ: «الغيبة أن تذكر من المرء ما يكره أن يسمع» يعنى ﷺ من أفعال المرء وأقواله وصفاته التي يكره أن يوصف بها، وربما ذم بها، فأعلمه النبي ﷺ أن هذا من الغيبة، وإن كان يقول حقاً.

وهذا لمن قاله على وجه الغيبة لا ليحذر منها أحداً، فأما من قاله فى محدث لئلا يتقول على النبي ﷺ ما لم يقل، وفى شاهد ليرد باطل شهادته، أو فى متحيل يصرف كيدته وأذاه عن الناس ويحذر منه من يغتر به، فليس هذا من الغيبة، بل هو حق أمره الله أن يقوم به.

وقد ثبت هذا المعنى فى كتاب فرق الفقهاء، وفى كتاب التعديل والتجريح، وقد قال عيسى بن دينار فى العتبية: لا غيبة فى ثلاثة، إمام جائر، وفاسق معلن بفسقه، وصاحب بدعة.

فصل: وقوله ﷻ: «إِذَا قُلْتَ بَاطِلًا فَذَلِكَ الْبُهْتَانُ» يريد أنه أشد من الغيبة لما فيه من الباطل. قال أبو عبيد الهروى: البهتان، الباطل الذى يتحير من بطلانه، يقال: بهت فلان فلاناً، إذا كذب عليه، فبهت يبهت، وبهت يبهت.

* * *

مَا جَاءَ فِيهَا يُخَافُ مِنَ اللِّسَانِ

١٧٩٩ - مَالِكُ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ وَقَاهُ اللَّهُ شَرَّ اثْنَتَيْنِ وَكَسَحَ الْجَنَّةَ» فَقَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ [لا] ^(١) تُخْبِرُنَا

١٧٩٩ - أخرجه الترمذى برقم ٢٤٠٨ ج٤/٦٠٦ كتاب الزهد، باب ٦٠ ما جاء فى حفظ اللسان عن سهل بن سعد. وذكره الزبيدى بالإتحاف ٥٠٧/٧ وعزاه الزبيدى إلى البخارى عن سهل بن سعد الساعدى.

(١) ما بين المعقوفتين ررد فى الأصل [ألا]، والصحيح فى رواية يحيى بن يحيى [لا] كما قال ابن عبد البر فى التمهيد: هكذا قال يحيى فى هذا الحديث: [لا تخبرنا] على لفظ النهى ثلاث مرات، وأعاد الكلام أربع مرات، وتابعه ابن القاسم وغيره على لفظ [لا تخبرنا] على النهى، إلا أن =

فَسَكَتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ عَادَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: مِثْلَ مَقَالَتِهِ الْأُولَى فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: [لَا] تُخْبِرْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ فَسَكَتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مِثْلَ ذَلِكَ أَيْضًا، فَقَالَ الرَّجُلُ: [لَا] تُخْبِرْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مِثْلَ ذَلِكَ أَيْضًا ثُمَّ ذَهَبَ الرَّجُلُ يَقُولُ: مِثْلَ مَقَالَتِهِ الْأُولَى، فَأَسَكَتَهُ رَجُلٌ إِلَى حَنْبِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ وَقَاهُ اللَّهُ شَرَّ اثْنَتَيْنِ وَلَجَّ الْجَنَّةَ مَا بَيْنَ لَحْيَيْهِ وَمَا بَيْنَ رِجْلَيْهِ مَا بَيْنَ لَحْيَيْهِ وَمَا بَيْنَ رِجْلَيْهِ، مَا بَيْنَ لَحْيَيْهِ وَمَا بَيْنَ رِجْلَيْهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «من وقاه الله شر اثنتين، ولج الجنة» على معنى التحذير لأتمته من شرهما، ويحتمل والله أعلم أن يريد به اختبارهما في معرفة ذلك.

وقول الرجل له: «ألا تخبرنا يا رسول الله» هكذا رواه يحيى بن يحيى وابن القاسم وروى القعنبي: «ألا تخبرنا يا رسول الله» على معنى استدعاء خبره.

قال ابن حبيب: معنى رواية يحيى بن يحيى حتى إذا أخبرهم بذلك أن يثقل عليهم الاحتراس منها، ورجا إذا سكت أن يوفقوا للعمل بها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: يحتمل عندي أن يريد بذلك أن يمسك عنهم حتى يقولوا ما يظهر لهم في ذلك، فلعله أن يوجد عندهم صواب هذا، وإسكات الرجل له عن إعادة كلامه رجاء أن يخبره النبي ﷺ بصواب ذلك، ويبين لهم وجهه، فينتهوا إليه، ويأخذوا به، وخوف أن يمنع من ذلك جواب هذا الرجل الذى تكرر جوابه، فسأل أن لا يخبرهم النبي ﷺ بشيء.

فصل: وقوله ﷺ: «ما بين لحييه وما بين رجليه» يريد فمه وفرجه، والله أعلم أن أكثر الذنوب تكون على هذين، فيدخل فيما بين لحييه الأكل والشرب، والكلام والسكوت، وتكرر النبي ﷺ لذلك على معنى التعظيم له، والتأكيد فى التحذير من ذلك، والله أعلم وأحكم.

١٨٠٠ - مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ دَخَلَ عَلَى

=إعادة الكلام عنده ثلاث مرات. وقال القعنبي: [ألا تخبرنا] على لفظ العرض والإغراء والحث، والقصة عنده معادة ثلاث مرات أيضاً؛ وكلهم قال: ما بين لحييه، وما بين رجليه ثلاث مرات.

٤٩٠ كتاب الجامع

أبي بكر الصديق، وهو يجبذ لسانه، فقال له عمر: مه غفر الله لك، فقال أبو بكر: إن هذا أوردني الموارِد.

الشرح: قوله: «إن أبا بكر الصديق رضى الله عنه كان يجبذ لسانه خاليا» يريد والله أعلم بنفسه من جهة العضو الذى كان يحذر مضرته عسى أن يمنعه ذلك من استدامة ما كان عليه، وهذا مع فضل أبي بكر الصديق ودينه وورعه، ولكن مثل أبي بكر يتعاهد هذا من نفسه، وقد قال عبدالله بن مسعود: «المؤمن يرى ذنوبه كأنه جالس تحت جبل يخاف أن يقع عليه، والفاجر يرى ذنوبه كذباب مر على أنفه».

ولذلك كان الصدر الأول إذا وقع الأمر يكرهونه، ويخوأنفسهم عليه، وأقلعوا عنه بكل ما يمكنهم. وروى عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أصبح العبد أصبحت الأعضاء تستعيز من شر اللسان، وتقول: اتق الله فينا، فإنك إن استقمت استقمنا، وإن اعوججت اعوججنا».

* * *

مَا جَاءَ فِي مُنَاجَاةِ اثْنَيْنِ دُونَ وَاحِدٍ

١٨٠١ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ قَالَ: كُنْتُ أَنَا وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ عِنْدَ دَارِ خَالِدِ بْنِ عُقْبَةَ الَّتِي بِالسُّوقِ، فَجَاءَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَنْ يُنَاجِيَهُ، وَكَيْسَ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَحَدٌ غَيْرِي وَغَيْرُ الرَّجُلِ الَّذِي يُرِيدُ أَنْ يُنَاجِيَهُ، فَدَعَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ رَجُلًا آخَرَ حَتَّى كُنَّا أَرْبَعَةً، فَقَالَ لِي وَلِلرَّجُلِ الَّذِي دَعَا: اسْتَأْجِرَا شَيْئًا، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا يُنَاجَى اثْنَانِ دُونَ وَاحِدٍ».

١٨٠١ - أخرجه البخارى فى الاستئذان ٦٢٨٨، مسلم فى السلام ٢١٨٣، أبو داود فى الأدب ٤٨٥١، ابن ماجه فى الأدب ٣٧٧٦، أحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٣٦، ٤٥٥٠، ٤٦٥٠، ٤٨٥٦، ٥٠٠٣، ٥٠٢٦، ٥٢٣٦، ٥٤٠٢، ٥٤٧٧، ٥٩٨٨، ٦٠٤٩، ٦٢٢٨، ٦٣٠٢، الدارمى فى ١٦٨٤، ذكره بالكنز بنحوه برقم ٤٣٥٣٠ وعزاه السيوطى للطبرانى فى الأوسط عن أبى هريرة، الهيثمى فى المجمع ٢٩٣/١ وعزاه الهيثمى للطبرانى فى الأوسط عن أبى هريرة، وفى الدر المنثور ٢٤٦/١.

١٨٠٢ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا كَانَ ثَلَاثَةٌ فَلَا يَتَنَاجَى اثْنَانِ دُونَ وَاحِدٍ».

الشرح: قوله ﷺ: «لا يتناجى اثنان دون واحد». قال عيسى بن دينار: معناه لا يتسارا ويتركا صاحبهما وحده، قريبا للشيطان، يظن به أنه يفتابانه أو يتكلمان عنه شيء، وفعل عبدالله بن عمر رضی الله عنه هذا مع عبدالله بن دينار، وهو خادمه وواتق به، يحتمل والله أعلم أن يكون ليقنتدى به، وينقل الحديث عنه ويحتمل أيضا أن يحمله على عمومه.

وقد روى أن هذا إنما هو في السفر. وروى أنه كان في بدء الإسلام، فلما فشا الإسلام، وأمن الناس زال هذا الحكم لزوال سببه، وحمله عبدالله بن عمر على عمومه في الحضر، وبعد تقرر الإسلام وكثرة أهله، وذلك أنه من حسن الأخلاق والأدب، وعليه أكثر الناس.

وقد روى ابن القاسم عن مالك في المزنية أنه قال: «لا يتناج ثلاثة دون واحد» لأنه نهى أن يترك واحد، ولا أرى ذلك، ولو كانوا عشرة أن يتركوا واحداً، لأن المعنى في ترك الجماعة للواحد، وفي ترك الاثنين للواحد سواء، وهو مما يقع في نفسه من اتفاقهما جميعاً على شيء إفراده بستره عنه، وإخراجهما له منه، ورواه أشهب عن مالك في العتبية، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِي الصِّدْقِ وَالْكَذِبِ

١٨٠٣ - مَالِكٌ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَكْذِبُ أَمْرَأَتِي يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا خَيْرَ فِي الْكُذِبِ» فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا

١٨٠٢ - أخرجه البخاري في الاستئذان ٦٢٨٨، مسلم في السلام ٢١٨٣، أبو داود في الأدب ٤٥٨١، ابن ماجه في الأدب ٣٧٧٦.

١٨٠٣ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٦٤، وذكره الزيلدي في الإنحاف ٥٢٤/٧ وعزاه لابن عبد البر عن عطاء ابن يسار مرسلًا.

قال ابن عبد البر: هذا الحديث لا أحفظه بهذا اللفظ عن النبي ﷺ مسندًا. وقد رواه ابن عيينة عن صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار، عن النبي ﷺ. انظر: التمهيد ٤٧٠/١٠.

٤٩٢ كتاب الجامع

رَسُولَ اللَّهِ أَعِدُّهَا وَأَقُولُ لَهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكَ».

الشرح: قول الرجل: «يا رسول الله أكذب امرأتي» يريد والله أعلم، أن يخبرها عن أمر بخلاف ما هو عليه، فقال رسول الله ﷺ: «لا خير في الكذب» يريد والله أعلم، في كذب ينافي الشرع.

وأما ما كان لإصلاح، فقد روى فيه حديث ليس إسناده بذلك: «كل الكذب يكتب على ابن آدم إلا ثلاثاً، كذب الرجل لامرأته ليرضيها، ورجل كذب ليصلح بين اثنين، ورجل كذب في خديعة حرب». وهذا الحديث من رواية شهر بن حوشب.

وقد اختلف الناس في تأويل هذا المعنى، فذهب قوم إلى تجويز الكذب على الإطلاق في هذه المواضع الثلاث، واحتجوا بقول الله عز وجل عن إبراهيم: ﴿بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ﴾ [الأنبياء: ٦٣] وقوله: ﴿إِنِّي سَقِيمٌ﴾ [الصافات: ٩٨] وما روى من قوله في سارة أنها أخته، وهذا كله جائز لأنه في الله عز وجل، وما كان من وضع يوسف الصواع في رحل أخيه ﷺ، ﴿ثُمَّ أَدْنَى أَعْيُنَهَا لِصَارِقُونَ﴾ [يوسف: ٧٠].

وقال عيسى بن دينار في المزنية: لا بأس أن يكذب الرجل امرأته في كل ما يستحيز به هواها وطواعيتها، إذا لم يذهب بكذبه شيئاً من مالها مثل أن يزين لها ما يعطيها ونحو هذا، وإن كذب. وقوله: ولا خلاف أنه من رأى رجلاً مسلماً يقتل ظلماً، ويعرف أنه ينجيه بالكذب من أن يكون في موضع فيقول: ليس هو فيه وغير ذلك أنه يجب عليه الكذب، فكيف لا يجوز له.

وقال قوم: لا يجوز شيء من ذلك إلا على معنى التورية، والإلغاز لا على معنى تعمد الكذب وقصده.

وقد تأولوا ما حكى عن إبراهيم عليه السلام من ذلك على وجوه الإلغاز. وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «في المعارض مندوحة عن الكذب». وروى ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن عن أمه أم كلثوم أنها سمعت النبي ﷺ يقول: «ليس الكذاب الذي يمشى يصلح بين الناس فينمي خيراً أو يقوله».

فصل: وقول الرجل: «أعدها يا رسول الله وأقول لها، فقال: لا جناح عليك» يحتمل أن يريد به أعدها، وأنا أعتقد الوفاء، ففرق بين المستقبل والماضي، وقد قال ابن

كتاب الجامع ٤٩٣

قتيبة: الكذب إنما هو في الماضي والخلف في المستقبل، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن الماضي لا يكون إلا كذباً، فأما المستقبل، فقد يمكنه تصديق خبره، وينصرف مذهبه إلى فعل ما أخبر به، فيكون بمنزلة من أراد أن يكذب ثم آثر أن يصدق فصدق.

١٨٠٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ: عَلَيْكُمْ بِالصِّدْقِ، فَإِنَّ الصِّدْقَ يَهْدِي إِلَى الْبِرِّ، وَالْبِرُّ يَهْدِي إِلَى الْجَنَّةِ، وَإِيَّاكُمْ وَالْكَذِبَ، فَإِنَّ الْكَذِبَ يَهْدِي إِلَى الْفُجُورِ، وَالْفُجُورَ يَهْدِي إِلَى النَّارِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ صَدَقَ وَبَرَّ وَكَذَبَ وَفَجَرَ.

الشرح: قول عبدالله بن مسعود رضى الله عنه: «عليكم بالصدق» على معنى الإغراء به والحض عليه.

وقوله: «فإن الصدق يهدي إلى البر» يريد والله أعلم إلى العمل الخالص من المآثم، ويوصل إليه.

وقوله: «والبر يهدي إلى الجنة» معناه يرشد إلى سبيلها ويوصل إليها.

قال: «وإياكم والكذب» على معنى التحذير منه.

وقوله: «فإن الكذب» وهو الإخبار بالشيء على ما ليس هو عليه يهدي إلى الفجور.

وأصل الفجور الميل عن القصد، قال الله تعالى: ﴿يَهْدِي إِلَى الْفُجُورِ أَمَامَهُ﴾ [القيامة: ٥].

قال الحسن البصرى: معناه أن يذهب في فجوره قدما قدماً، وقال غيره: يقدم الذنب ويؤخر التوبة، وقيل معناه: يكذب بما أمامه من القيامة والحساب، يقال للكاذب: فاجر كذاب، وللمكذب بالحق فاجر.

وقوله: «والفجور يهدي إلى النار» معناه يدعو إلى سبيلها ويوصل إليها.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «ألا ترى أنه يقال صدق وبر» يريد والله أعلم، أن البر مما يؤكد به الصدق ويوصف بهما الفعل الواحد لقاعل واحد، وكذلك الكذب والفجور لما كان معناه واحداً، يقال فيه كذب وفجر، فيوصف فيه الفعل الواحد، والله أعلم وأحكم.

٤٩٤ كتاب الجامع

١٨٠٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّهُ قِيلَ لِلْقَمَانِ، مَا بَلَغَ بِكَ مَا نَرَى، يُرِيدُونَ الْفَضْلَ، فَقَالَ لِقَمَانٍ: صِدْقُ الْحَدِيثِ، وَأَدَاءُ الْأَمَانَةِ، وَتَرْكُ مَا لَا يَعْنِينِي.

الشرح: قوله: «صدق الحديث، وأداء الأمانة، وترك ما لا يعنيني» يجمع أبواب الخير. قال الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ﴾ [التوبة: ١١٩].

وقال بشر بن بكر: رأيت الأوزاعي مع جماعة من العلماء في الجنة، فقلت: وأين مالك بن أنس؟ فقيل: رفع، فقلت: بماذا؟ قال: لصدقه؛ وقال ابن القاسم: كان يقال «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك».

وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه».

١٨٠٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ: لَا يَزَالُ الْعَبْدُ يَكْذِبُ وَتَنَكَّتْ فِي قَلْبِهِ نَكْتَةٌ سَوْدَاءٌ حَتَّى يَسْوَدَّ قَلْبُهُ كُلُّهُ، فَيَكْتَبُ عِنْدَ اللَّهِ مِنَ الْكَاذِبِينَ.

١٨٠٧ - مَالِكٌ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ سُلَيْمٍ أَنَّهُ قَالَ: قِيلَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «أَيُّكُونُ الْمُؤْمِنُ حَبَانًا؟» فَقَالَ: نَعَمْ، فَقِيلَ لَهُ أَيُّكُونُ الْمُؤْمِنُ بَخِيلًا؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقِيلَ لَهُ: أَيُّكُونُ الْمُؤْمِنُ كَذَابًا؟ فَقَالَ: لَا.

الشرح: قول عبدالله بن مسعود رضى الله عنه: «لا يزال العبد يكذب وتنكت في قلبه نكتة سوداء» قال أبو عبيد الهروى: النكتة، الأثر الصغير من أى لون كان، ووصفها بالسواد؛ لأنه من ألوانه الكفر، وبذلك وصف الله عز وجل وجوه الكفار في الآخرة فقال تبارك وتعالى: ﴿يَوْمَ تَبْيَضُّ وُجُوهٌ وَتَسْوَدُّ وُجُوهٌ فَأَمَّا الَّذِينَ اسْوَدَّتْ وُجُوهُهُمْ أَكْفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ فَذُوقُوا الْعَذَابَ بِمَا كُنْتُمْ تَكْفُرُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٦]

١٨٠٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٦٦.

١٨٠٦ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٦٧.

١٨٠٧ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٨٦٨.

قال ابن عبد البر: لا أحفظ هذا الحديث مسندا بهذا اللفظ من وجه ثابت، وهو حديث حسن؛ ومعناه أن المؤمن لا يكون كذابًا، يريد أنه لا يغلب عليه الكذب حتى لا يكاد يصدق، هذا ليس من أخلاق المؤمنين. انظر: التمهيد ٤٧٣/١٠.

ولذلك قال رضى الله عنه: «يسود قلبه، فيكتب عند الله من الكاذبين» يعنى والله أعلم، أن يتصل ذلك منه حتى تستوعب النكته قلبه، ولا يزول شىء منها بالتوبة، فيكتب عند الله من الكاذبين، ومعناه أنه يبعد ذلك عنه فيمنع التوبة، ولا يوفق لشىء يزيل عنه ما هو فيه، نسأل الله عز وجل العصمة.

فصل: وقوله: «أىكون المؤمن جباباً؟ قال: نعم» وكذلك فى البخيل وقال ﷺ: «إله لا يكون كذاباً».

* * *

مَا جَاءَ فِي إِضَاعَةِ الْمَالِ وَذِي الْوَجْهَيْنِ

١٨٠٨ - مَالِكٌ عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ يَرْضَى لَكُمْ ثَلَاثًا، وَيَسْخَطُ لَكُمْ ثَلَاثًا، يَرْضَى لَكُمْ أَنْ تَعْبُدُوهُ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا، وَأَنْ تَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا، وَأَنْ تَنَاصَحُوا مَنْ وَّلَاهُ اللَّهُ أَمْرَكُمْ، وَيَسْخَطُ لَكُمْ، قِيلَ وَقَالَ، وَإِضَاعَةَ الْمَالِ، وَكَثْرَةَ السُّؤَالِ.

الشرح: قوله ﷺ: «إن الله يرضى لكم ثلاثاً، أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئاً، وأن تعتصموا بحبل الله جميعاً» قال أبو عبيد الهروى: معناه بعهد الله، قال أبو عبيد الاعتصام بحبل الله تعالى ترك الفرقة، وهو المراد بقول عبدالله بن مسعود: عليكم بحبل الله، فإنه كتابه. قال: والحبل فى كلام العرب ينصرف على وجوه، منها العهد، وهو الأمان، قال الشاعر:

وإذا تجوزها حبال قبيلة أخذت من الأخرى إليك حبالها

١٨٠٨ - أخرجه مسلم فى الأفضية ١٧١٥، أحمد فى باقى مسند المكشرين ٨١٣٤، ٨٥٠١، ٨٥٨١، البيهقى بالكبرى ١٦٣/٨ عن أبى هريرة، البغوى بشرح السنة ٢٠٢/١ عن أبى هريرة، وذكره بالكنز برقم ٤٣٢٧٥، وعزاه السيوطى لأحمد ومسلم عن أبى هريرة. قال ابن عبد البر: هكذا روى يحيى هذا الحديث مراسلاً؛ لم يذكر أباه هريرة، وتابعه ابن وهب من رواية يونس بن عبدالأعلى عنه، والقعنبي، ومطرف، وابن نافع؛ وأسندته عن ابن وهب أحمد ابن صالح، والربيع بن سليمان، ذكرنا فيه: أباه هريرة. وكذلك رواه ابن بكير، وأبو المصعب، ومصعب الزبيرى، وعبدالله بن يوسف التيمى، وسعيد بن عفير، وابن القاسم، ومعن بن عيسى، وأبو قرة موسى بن طارق، والأويسى، وابن عبدالحكم، والحسينى، وأكثر الرواة عن مالك، عن سهيل، عن أبىه، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ مسنداً. انظر: التمهيد ٤٧٦/١٠.

والحبل فى غير هذا الموضع الموصلة.

وقوله ﷺ: «أن تناصحوا من ولاه الله أمركم» يريد والله أعلم، شأنكم وهم الأئمة، فإن مناصحتهم جميع المسلمين.

فصل: وقوله ﷺ: «ويسخط لكم ثلاثاً، قيل وقال». قال مالك: هو الإكثار من الكلام والإرجاف نحو قول الناس، قال فلان، وفعل فلان، والخوض فيما لا ينبغي. وقال أبو عبيد: يريد قياً وقلاً.

وقوله ﷺ: «إضاعة المال» يحتمل أن يريد بتضييعه ترك تمييزه وحفظه، ويحتمل أن يريد به إنفاقه فى غير وجهه من السرف والمعاصى. وقال مالك: إضاعة المال، أن يرزقك الله رزقاً، فتنفقه فيما حرم الله عليك.

وقوله ﷺ: «وكثرة السؤال» قال مالك: رحمه الله، لا أدرى أهو ما أنهاكم عنه من كثرة المسائل، فقد كره رسول الله ﷺ المسائل وعابها أو هو من مسألة الناس أموالهم.

١٨٠٩ - مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مِنْ شَرِّ النَّاسِ ذُو الْوَجْهَيْنِ، الَّذِي يَأْتِي هَوْلَاءَ بِوَجْهِهِ، وَهَوْلَاءَ بِوَجْهِهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «من شر الناس ذو الوجهين» وصف بذلك والله أعلم؛ لأنه يأتى هؤلاء بوجه التودد إليهم والثناء عليهم، والرضا عن قولهم وفعلهم، فإذا زال عنهم وصار مع مخالفيهم، لقيهم بوجه من يكره الأولين، ويسىء القول فيهم والذم لفعلهم وقولهم.

* * *

مَا جَاءَ فِي عَذَابِ الْعَامَّةِ بِعَمَلِ الْخَاصَّةِ

١٨١٠ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْهَلِكُ

١٨٠٩ - أخرجه البخارى فى الأدب ٦٠٥٨، مسلم فى فضائل الصحابة ٢٥٢٦، الترمذى فى البر والصلة ٢٠٢٥، أبو داود فى الملاحم ٤٣٠٣، الأدب ٤٨٧٢، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٢٩٦، ٧٤٤٤، ٧٤٩٠، ٨٠٠٨، ٨٢٣٣، ٨٨٣٦، ٨٩٢٠، ٢٧٢١٠، ٩٥٥٦، ٩٦٧٢، ٩٩٢٢، ١٠٠٥٥، ١٠٠٩٢، ١٠٣٢٢، ١٠٤١٢، ١٠٥٧٣.

١٨١٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨٧١.

وَفِينَا الصَّالِحُونَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ إِذَا كَثُرَ الْخَبِيثُ».

١٨١١ - مَالِكٌ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَكِيمٍ أَنَّهُ سَمِعَ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ يَقُولُ: «كَانَ يُقَالُ: إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَا يُعَذِّبُ الْعَامَّةَ بِذَنْبِ الْخَاصَّةِ، وَلَكِنْ إِذَا عَمِلَ الْمُنْكَرُ جَهَارًا، اسْتَحَقُّوا الْعُقُوبَةَ كُلَّهُمْ».

الشرح: قول أم سلمة رضي الله عنها لرسول الله ﷺ: «أنهلك وفينا الصالحون» يريد والله أعلم أنها اعتقدت أن بالصالحين يدفع الله عن المسيئين العذاب، ولعلها اعتقدت أن قول الله عز وجل: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُعَذِّبَهُمْ وَأَنْتَ فِيهِمْ﴾ [الأنفال: ٢٣] فتأولت في كل قوم فيهم صالح، وإنما كان ذلك لناينا ﷺ خاصاً، وأما غيره من الأنبياء، فقد أهلك قومهم مع كون النبي فيهم وينجي الله رسله، فقال رسول الله ﷺ لها: «نعم» فقد يهلك الله الأمة فيهم الصالحون «إذا كثرت الخبيث».

ويحتمل أن يكون سألت أم سلمة زوج النبي ﷺ عن هذه الأمة خاصة، واعتقدت أنها لما لم تعذب مع بقاء النبي ﷺ فيها أنها لا تهلك ما دام فيها صالح من أمة النبي ﷺ فأعلمها أنه ليس حال الصالح من أمته في ذلك حاله ﷺ وأنه قد تهلك جماعة من أمته فيها صالح وصالحون، قال الله عز وجل: ﴿وَاتَّقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبُنَ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً﴾ [الأنفال: ٢٥].

وقوله ﷺ: «إذا كثرت الخبيث» أراد إذا كان الخبيث كثيراً، ومن الخبيث الفسوق والشر وقيل الخبيث أولاد الزنى.

فصل: وقول عمر بن عبدالعزيز: «كان يقال إن الله لا يعذب العامة بذنب الخاصة» يريد قول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤].

وقوله رضي الله عنه: «ولكن إذا عمل المنكر جهاراً» يقتضى أن للمجاهرة بالمنكر من العقوبة مزية ما ليس للاستتار به، وذلك أنهم كلهم عاصون من بين عامل للمنكر، وتارك للنهي عنه، والتغيير على فاعله إلا أن يكون المنكر له مستضعفاً لا يقدر على شيء، فينكره بقلبه، فإن أصابه ما أصابهم كان له بذلك كفارة وحشر على نيته.

* * *

مَا جَاءَ فِي التَّقَى

١٨١٢ - مَالِكٌ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، وَخَرَجْتُ مَعَهُ حَتَّى دَخَلْتُ حَائِطًا فَسَمِعْتُهُ، وَهُوَ يَقُولُ وَيَبْنِي وَيَبْنِي جِدَارًا، وَهُوَ فِي حَوْفِ الْحَائِطِ: عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ بَخٍ بَخٍ، وَاللَّهُ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ لَتَتَّقِينَ اللَّهَ أَوْ لَيَعَذَّبَنَّكَ.

١٨١٣ - مَالِكٌ: أَنَّهُ قَالَ وَبَلَّغَنِي أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ كَانَ يَقُولُ: أَدْرَكْتُ النَّاسَ وَمَا يَعْجِبُونَ بِالْقَوْلِ.

قَالَ مَالِكٌ: يُرِيدُ بِذَلِكَ الْعَمَلَ، إِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى عَمَلِهِ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى قَوْلِهِ.

الشرح: قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه، وقد خلا بنفسه واعتقد أن أحدًا لا يسمعه: «عمر بن الخطاب أمير المؤمنين بخ بخ» على معنى تعظيم هذه الحال واستثنائه لها وأنه قد وصل من الرفعة في الدنيا إلى ما لا مزيد عليه، فيعرض ذلك على نفسه معظماً لنعمة الله عز وجل وذاكراً لها بما يذكر الناس له هذه الحال، وأنها حال إن لم يتق الله سبحانه وتعالى لم ينفعه، ولم ينج من عذاب الله عز وجل، وأن هذه الحال يغطه بها من لا علم له، وهى حال لا تنفعه، وإنما ينفعه التقى والعمل الصالح، وتوبيخ الإنسان لنفسه ومحاسبتها لها فى الخلاء من فعل مثل عمر بن الخطاب رضى الله عنه ومما يليق بفعله وعلمه ودينه.

لفصل: وقول القاسم بن محمد رضى الله عنه: «أدرك الناس» يريد الصحابة رضى الله عنهم «ما يعجبون بالقول».

قال مالك، رحمه الله: «إنما ينظر إلى عمله» يريد أن القول ممن لا يعمل لا يعجب به أهل الفضل، وإنما يعجبون بعمل العالم، قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ [الصف: ٢، ٣].

* * *

١٨١٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨٧٣.

١٨١٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٨٧٤.

الْقَوْلُ إِذَا سَمِعْتَ الرَّعْدَ

١٨١٤ - مَالِكٌ عَنْ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ كَانَ إِذَا سَمِعَ الرَّعْدَ تَرَكَ الْحَدِيثَ، وَقَالَ: سُبْحَانَ الَّذِي يُسَبِّحُ الرَّعْدُ بِحَمْدِهِ وَالْمَلَائِكَةُ مِنْ خِيفَتِهِ، ثُمَّ يَقُولُ: إِنَّ هَذَا لَوْعِيدٌ لَأَهْلِ الْأَرْضِ شَدِيدٌ.

الشرح: وقوله: «أن ابن الزبير» يريد عبدالله «كان إذا سمع الرعد ترك الحديث» يريد والله أعلم ارتياحاً منه وإقبالاً على ذكر الله عز وجل والتسبيح والإخبار بأن الرعد يسبح بحمده عز وجل، ويحتمل أن يكون الرعد ملكاً يزجر السحاب، على ما قاله.

* * *

مَا جَاءَ فِي تَرْكَةِ النَّبِيِّ ﷺ

١٨١٥ - مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّ أَزْوَاجَ النَّبِيِّ ﷺ حِينَ تُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَرَدْنَ أَنْ يَبْعَثْنَ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، فَيَسْأَلْنَهُ مِيرَاثَهُنَّ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَتْ لَهْنَّ عَائِشَةُ: أَلَيْسَ قَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا نُورَثُ مَا تَرَكَنَا فَهُوَ صَدَقَةٌ».

١٨١٤ - أخرجه البخاري في الفرائض ٦٧٣٠، مسلم في الجهاد والسير ١٧٥٨، ١٧٥٩، أبو داود في الخراج والإمارة والنفى ٢٩٦٨، أحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٥.
١٨١٥ - أخرجه البخاري ج٨/٢٦٨ كتاب الفرائض، باب قول النبي ﷺ: «لا نورث... إلخ»، عن عائشة، ومسلم ١٣٧٩/٣ كتاب الجهاد والسير رقم ٥١ باب قول النبي ﷺ: «لا نورث... إلخ عن عائشة».

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث مالك عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ لم يجعله عن عائشة، عن أبي بكر، عن النبي ﷺ، وكل أصحاب مالك رواه عنه كذلك، إلا إسحاق بن محمد الفروي فإنه قال فيه: عن أبي بكر الصديق عن النبي ﷺ. والصابر عن مالك ما في الموطأ عن عائشة عن النبي ﷺ، وقد تابعه على ذلك يونس بن يزيد فجعله أيضاً عن عائشة عن النبي ﷺ كرواية مالك سواء، إلا أن في رواية مالك: «وأردن أن يعثنه»، وفي رواية يونس قالت: «وأرسل إلى أبي بكر أزواج النبي ﷺ يسألنه ميراثهن ما أفاء الله على رسوله». قالت عائشة: حتى كنت أنا التي أرهمن عن ذلك فقلت لهن: ألا تتقين الله؟ ألم تسمعن رسول الله ﷺ يقول: لا نورث، ما تركنا صدقة، إنما يأكل آل محمد في هذا المال، هذا لفظ يونس. انظر: التمهيد ٥٠٤/١٠، ٥٠٥.

٥٠٠ كتاب الجامع

١٨١٦ - مَالِكُ عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَقْتَسِمُ وَرَثَتِي ذَنَائِيرَ، مَا تَرَكْتُ بَعْدَ نَفَقَةِ نِسَائِي وَمُؤْنَةِ عَامِلِي، فَهُوَ صَدَقَةٌ».

الشرح: قوله ﷺ: «لا يقتسم ورثتي ديناراً» نص على الدينار لقلته، ونبه ﷺ بما زاد على الدينار كقول الله عز وجل: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بدينار لا يؤده إليك﴾ [آل عمران: ٧٥] وقال تبارك وتعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧، ٨] على معنى التنبيه والله أعلم.

وقد روى هذا عن النبي ﷺ جماعة منهم أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وطلحة بن عبيد الله والزبير بن العوام وسعد بن أبي وقاص وعبدالرحمن بن عوف وغيرهم رضی الله عنهم.

والذي أجمع عليه أهل السنة أن هذا حكم جميع الأنبياء عليهم الصلاة والسلام. وقال ابن علية: إنما ذلك لنبينا ﷺ خاصة. وقالت الإمامية: إن جميع الأنبياء يورثون، وتعلقوا ذلك بأنواع من التخليط لا شبهة فيها، مع ورود هذا النص عن النبي ﷺ على وجهه.

قال القاضي أبو الوليد، رضی الله عنه: وقد أخبرني أبو جعفر السمناني شيخنا، رضی الله عنه، أن أبا علي بن شاذان، وكان من أهل العلم بهذا الشأن، إلا أنه لم يكن قرأ عربية، فناظر يوماً في هذه المسألة أبا عبدالله بن المعلم، وكان إمام الإمامية، وكان مع ذلك من أهل العلم بالعربية.

فاستدل أبو علي بن شاذان على أن الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لا يورثون بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة» نصب على الحال، فقال له أبو عبدالله بن المعلم: ما ذكرت أن النبي ﷺ قال: «إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة» إنما هو صدقة، نصب على الحال، فيقتضى ذلك أن ما تركه النبي ﷺ على وجه الصدقة لا يورث عنه.

ونحن لا نمنع هذا، وإنما نمنع ذلك فيما تركه على غير هذا الوجه، واعتمد على هذه

١٨١٦ - أخرجه البخاري في الوصايا ٢٧٧٦، مسلم في الجهاد والسير ١٧٦٠، أبو داود في الخراج والإمارة والفتىء ٢٩٧٤، أحمد في باقي مسند المكثرين ٧٢٦١، ٨٦٧٥، ٧٧٢٣٨.

كتاب الجامع ٥٠١

النكته العربية لما علم أن أبا علي بن شاذان لا يعرف هذا الشأن، ولا يفرق بين الحال وغيرها، فلما عاد الكلام إلى أبي علي بن شاذان، قال له: وما زعمت من أن قول النبي ﷺ: «لا نورث ما تركنا صدقة» إنما هو صدقة منصوب على الحال، وأنت لا تمنع هذا الحكم فيما تركه الأنبياء صلوات الله عليهم على هذا الوجه، فإننا أعلم فرقاً بين قوله ﷺ ما تركناه صدقة بالنصب، وبين قوله ﷺ: «ما تركنا صدقة» بالرفع.

ولا أحتاج في هذه المسألة إلى معرفة ذلك، فإنه لا شك عندي وعندك أن فاطمة رضى الله عنه وأرضاهما من أفصح العرب، ومن أعلمهم بالفرق بين قوله ﷺ: «ما تركنا صدقة» بالنصب وبين قوله: «ما تركنا صدقة» بالرفع.

وكذلك العباس بن عبد المطلب رضى الله عنه، وهو ممن كان يستحق الميراث لو كان موروثاً، وكان علي بن أبي طالب رضى الله عنه من أفصح قريش، وأعلمهم بذلك وقد طلبت فاطمة رضى الله عنها ميراثها من أبيها ﷺ فجأوبها أبو بكر الصديق بهذا اللفظ على وجه فهمت منه أنه لا شيء لها، فانصرفت عن الطلب.

وفهم ذلك العباس رضى الله عنه وكذلك علي بن أبي طالب رضى الله وسائر الصحابة رضى الله عنهم، ولم يعترض أحد منهم بهذا الاعتراض.

وكذلك أبو بكر الصديق رضى الله عنه المحتج به والمتعلق به لا خلاف أنه من فصحاء العرب العالمين بذلك لم يورد من هذا اللفظ إلا بما يقتضى المنع.

ولو كان اللفظ لا يقتضى المنع لما أورده ولا تعلق به، فأما أن يكون بالنصب يقتضى ما يقوله، فادعائك فيما قلت باطل، وأما أن يكون الرفع هو الذى يقتضيه، فهو المروى وادعاء النصب فيه باطل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملى فهو صدقة» يربد والله أعلم، أن نفقة نسائه ﷺ ثابتة فى بيت مال المسلمين، إما لأن ذلك حق من حقوقه ﷺ أو لأن ذلك حق من حقوق أزواجه رضى الله عنه عنهن لأنهن محبوسات عليه عن النكاح، قال الله عز وجل: ﴿وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً إن ذلكم كان عند الله عظيماً﴾ [الأحزاب: ٥٣] لازم لهن على حسب ما يجب لغيرهن من نساء المسلمين أو على وجه التفضيل لهن لعدم إيمانهن وهجرتهن.

وأما مؤنة عامله ﷺ فهو كل عامل يعمل للمسلمين من خليفة أو غيره، وإنما هو

٥٠٢ كتاب الجامع

عامل للنبي ﷺ لأنه عامل لأمته، وقائم بشرعه، فلا بد أن يكفى مؤتمته، ولو ضيع ذلك ضاع عياله.

وقد قال أبو بكر الصديق رضى الله عنه: قد علم قومى أن حرفتى لم تكن تعجز عن مؤتمتى ومؤنة عيالى، فسيا كل آل أبى بكر من هذا المال، ويعمل فيه للمسلمين. والله أعلم وأحكم. وقد قيل إن المراد به أن أمواله التى خصه الله بها يخرج منها نفقة عياله ومؤنة العامل ثم يكون ما بقى صدقة.

* * *

مَا جَاءَ فِي صِفَةِ جَهَنَّمَ

١٨١٧ - مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزُّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «نَارُ بَنِي آدَمَ الَّتِي يُوقَدُونَ جُزْءًا مِنْ سَبْعِينَ جُزْءًا مِنْ نَارِ جَهَنَّمَ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنْ كَانَتْ لِكَافِيَةٍ، قَالَ: إِنَّهَا فَضَّلَتْ عَلَيْهَا بِتِسْعَةِ وَسِتِّينَ جُزْءًا».

١٨١٨ - مَالِكٌ عَنْ عَمْرِو أَبِي سُهَيْلٍ بْنِ مَالِكٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ قَالَ: «أَتَرُونَهَا حَمْرَاءَ كَنَارِكُمْ هَذِهِ لَهَا أَسْوَدٌ مِنَ الْقَارِ، وَالْقَارُ الرَّفْتُ».

الشرح: قوله ﷺ: «إن نار بنى آدم التى يوقدون» تخصيص لها بذلك؛ لأن نار جهنم لا يوقدها بنو آدم، ولا يستطيعون حرارتها، فقال ﷺ: «إنها جزء من سبعين جزءاً من نار جهنم» يريد والله أعلم، حرها جزء من سبعين جزءاً من حر نار جهنم.

وقول أبى هريرة رضى الله عنه: «أترونها حمراء ككناركم هذه» يريد والله أعلم، كنار بنى آدم ثم قال: «لهى أشد سواداً من القار» أخبر رسول الله ﷺ بشدة أمرها فى الحر، وأخبر أبو هريرة عن شدة أمرها فى لونها لأن سوادها أشد فى العذاب،

١٨١٧ - أخرجه البعارى فى بدء الخلق ٣٢٦٥، مسلم فى الجنة وصفة نعيمها وأهلها ٢٨٤٣، الترمذى فى صفة جهنم ٢٥٨٩، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٢٧٣٤٢، ٢٧٢٦٠، ٩٨٤٥، الدارمى فى الرقاق ٢٨٤٧.

١٨١٨ - أخرجه مسلم فى الزكاة ١٠١٤، الترمذى فى الزكاة ٦٦١، النسائى الزكاة ٢٥٢٣، ابن ماجه فى الزكاة ١٨٤٢، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٨١٨١، ٨٧٣٨، ٩١٤٢، ٩٢٨١، ١٠٥٦٢، ١٠٥٩٦، الدارمى فى الزكاة ١٦٧٥.

كتاب الجامع ٥٠٣
فقال: «إنها أشد سوادًا من القار» والقار والقيبر الزفت، ومثل هذه لا يعلمها أبو هريرة إلا بتوقيف، والله أعلم وأحكم.

* * *

التَّرْفِيْبُ فِي الصَّدَقَةِ

١٨١٩ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي الْحَبَابِ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ، وَلَا يَقْبَلُ اللَّهُ إِلَّا طَيِّبًا، كَانَ إِنَّمَا يَضَعُهَا فِي كَفِّ الرَّحْمَنِ، يُرِيهَا كَمَا يُرِي أَحَدُكُمْ فَلُوهُ أَوْ فَصِيلُهُ حَتَّى تَكُونَ مِثْلَ الْجَلْبِ». .

الشرح: قوله ﷺ: «من تصدق بصدقة من كسب طيب» يريد حلالاً «ولا يقبل الله إلا الحلال» يريد والله أعلم، أن من تصدق بصدقة من الحرام، فإنه غير مأجور عليها، بل هو مأثوم فيه حين لم يرده إلى مستحقه.

وقوله ﷺ: «ولا يقبل الله عز وجل إلا طيباً» معناه والله أعلم، أن يعتد له بها صدقة، ويريد أن يشبهه عليها.

وقوله ﷺ: «كان إنما يضعها في كف الرحمن» يحتمل أن يريد عظم إثابة الله عز وجل له عليها وحفظه لها، وكف الرحمن سبحانه وتعالى بمعنى يمينه.

وقوله ﷺ: «فيريها له كما يري أحدكم فلو» يريد أن الله عز وجل ينمي الصدقة بتضعيف أجرها، كما ينمي الإنسان الفلوة، وهو أثنى ولد الخيل من ذكور الحمير أو فصيلة، وهو ولد الناقة؛ لأن هذا مما جرت عادة الناس بتنميته بالتربية ورجاء زيادته.

وقوله ﷺ: «حتى يكون مثل الجلب» يريد والله أعلم، يبلغ بتنمية الله عز وجل أن

١٨١٩ - أخرجه البخاري بنحوه ٢٢١/٢ كتاب الزكاة، باب الصدقة من كسب طيب عن أبي هريرة. ومسلم ٧٠٢/٢ كتاب الزكاة رقم ٦٣ باب ١٩ قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيته عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك في الموطأ مرسلًا، وتابعه أكثر الرواة عن مالك على ذلك؛ ومن تابعه ابن القاسم وابن وهب، ومطرف، وأبو المصعب، وجماعة. ورواه معن بن عيسى، ويحيى بن عبد الله بن بكير، عن مالك، عن يحيى، عن أبي الحباب، عن أبي هريرة مستندًا. انظر: التمهيد ٥٢٢/١٠.

٥٠٤ كتاب الجامع

يكون ثوابها كالجبل قال الله عز وجل: ﴿مثل الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله كمثل حبة أبتت سبع سنابل في كل سنبلة مائة حبة والله يضاعف لمن يشاء والله واسع عليم﴾ [البقرة: ٢٦١].

١٨٢٠ - مَالِكُ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي طَلْحَةَ أَنَّهُ سَمِعَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ يَقُولُ: كَانَ أَبُو طَلْحَةَ أَكْثَرَ أَنْصَارِيٍّ بِالْمَدِينَةِ مَالًا مِنْ نَخْلٍ، وَكَانَ أَحَبَّ أَمْوَالِهِ إِلَيْهِ بَيْرُحَاءَ، وَكَانَتْ مُسْتَقْبَلَةَ الْمَسْجِدِ، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدْخُلُهَا وَيَشْرَبُ مِنْ مَاءٍ فِيهَا طَيِّبٍ، قَالَ أَنَسٌ: فَلَمَّا أَنْزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢] قَامَ أَبُو طَلْحَةَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ وَإِنَّ أَحَبَّ أَمْوَالِي إِلَى بَيْرُحَاءَ، وَإِنَّهَا صَدَقَةٌ لِلَّهِ أَرْجُو بِرَّهَا وَذَخَرَهَا عِنْدَ اللَّهِ، فَضَعَهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ حَيْثُ شِئْتَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَبِخْ ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ، وَقَدْ سَمِعْتُ مَا قُلْتَ فِيهِ، وَإِنِّي أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا فِي الْأَقْرَبِينَ» فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ: أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَحَسَمَهَا أَبُو طَلْحَةَ فِي أَقَارِبِهِ وَبَنِي عَمِّهِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «كان أبو طلحة أكثر أنصاري بالمدينة مالا من نخل» يقتضى أنه يجوز للرجل الصالح الاستكثار من المال الحلال.

وقوله: «وكان أحب أمواله إليه بيرحاء» يقتضى جواز حب الرجل الصالح للمال، قال الله تبارك وتعالى: ﴿وتحبون المال حبا جما﴾ [الفجر: ٢٠] وقال عز من قائل: ﴿زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين والقناطير المقنطرة من الذهب والفضة والحيل المسومة والأنعام والحرث﴾ [آل عمران: ١٤].

١٨٢٠ - أخرجه البخارى فى الزكاة ١٤٦١، مسلم فى ٩٩٨، الترمذى فى تفسير القرآن ٢٩٩٧، ٣٠٧١، النسائى فى الوصايا ٣٦٦٢، أبو داود فى الزكاة ١٦٨٩، المناسك ١٩٧٩، أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٢٠٣٠، ١٢٣٧٠، ١٣٢٧٦، ١٣٣٥٦، ١٣٦٢٢، الدارمى فى الزكاة ١٦٥٥، الصوم ١٧١٨.

قال ابن عبد البر: هكذا قال يحيى وأكثر الرواة عن مالك فى هذا الحديث، فقسما أبو طلحة، ومن قال ذلك منهم: ابن القاسم، والقعنبي، فى رواية على بن عبد العزيز، وذكر إسماعيل بن إسحاق، هذا الحديث فى كتابه المبسوط، عن القعنبي بإسناده سواء، وقال فى آخره: فقسما رسول الله ﷺ فى أقاربه وبنى عمه. انظر: التمهيد ٥٢٦/١٠.

كتاب الجامع ٥٠٥

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه: اللهم إنا لا نستطيع إلا أن نحب ما زينت لنا، فاجعلنا ممن يأخذه بحقه فينقه فى وجهه.

وقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه لعائشة رضى الله عنها: لا أحد أحب إلى غنى منك، ولا أعز على فقراً منك.

وقرأنا هذه اللفظة على أبى ذر رضى الله عنه: بيرحاء، بفتح الراء فى الرفع والنصب والخفض والجمع، واللفظتان اسم للموضع، وليست بئر مضافة إلى موضع.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: قال لى أبو عبيدالله الصورى الحافظ: إنما بيرحاء، بفتح الباء والراء، واتفق هو وأبو ذر وغيرهما من الحفاظ على أن من رفع الراء حال الرفع، فقد غلط، وعلى ذلك كنا نقرؤه على شيوخ بلدنا، وعلى القول الأول أدركت أهل الحفظ والعلم بالمشرق، وهذا الموضع يعرف بقصر بنى حرملة، وهو موضع بفناء مسجد المدينة على ساكنها السلام.

فصل: وقوله: «وكان رسول الله ﷺ يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب» يريد عذبا، وهذا يقتضى تبسط الرجل فى مال من يعرف رضاه بذلك بالدخول إليه يتناول ما يخاف منه، وإن لم يستأمره، وقد تقدم ذكر ذلك من قبل.

قال أنس: «فلما أنزلت هذه الآية ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾ قام أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إن الله عز وجل يقول: ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾ وإن أحب أموالى إلى بيرحاء وإلها صدقة لله تعالى، وهذا يدل على أن أبا طلحة تناول هذه الآية أنها تقتضى أنه إنما ينال البر بصدقة ما يحبه الإنسان من ماله، وأن إنفاق أحب أمواله إليه أقرب فى نيل ما يجب.

وقد فعل ذلك زيد بن حارثة جاء بفرسه، وقال: هذا أحب أموالى إلى، فتصدق به. وكان الربيع بن خثيم إذا سمع سائلا يقول: اعطوه سكرًا، فإن الربيع يحب السكر.

فصل: وفى هذا أن الصدقة من جملة الإنفاق، وأن المراد بقوله عز وجل: ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾ هو الأجر والذخر الذى رجاه بما تصدق به من أحب أمواله إليه.

وقوله: «أرجو برها» يريد والله أعلم، ثواب برها، وأراد أن يضعها أيضًا فى أفضل

٥٠٦ كتاب الجامع

وجوه الإنفاق، واستعان على ذلك بإشهاد النبي ﷺ ووضعها حيث يرى، فإنه لا يرى له ولا يختار إلا الأفضل من وجوه البر.

وقوله: «هي صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله، فضعها حيث شئت» وإقرار النبي ﷺ على ذلك يدل على أن الصدقة المطلقة يصح أن تصرف إلى الوجوه التي شاء المتصدق والمستشار في ذلك، والله أعلم.

فصلاً: وقوله ﷺ: «بخ ذلك مال رايح» بالياء معجمة، هي رواية يحيى بن يحيى وجماعة الرواة. وقال عيسى بن دينار: إن كل ما انتفع به بعده في الدنيا راح عليه الأجر في الآخرة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندي أنه مال يروح عليه ثوابه. ورواه مطرف وابن الماجشون: رايح، بالياء معجمة واحدة. وقال عيسى بن دينار: معناه أن صاحبه قد وضعه موضع الربح والغنمة لثوابه والادخار لمعاده.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: «وأرى أن تجعلها في الأقربين» يريد والله أعلم أقاربه، ورأى النبي ﷺ أن ذلك أفضل وجه يصرف إليه لما فيه من الصدقة وصلة الرحم، وتقويت أهل الفضل والعلم، فقسمها أبو طلحة رضى الله عنه بين أبي بن كعب وحسان بن ثابت وكانا من أقاربه وبني عمه، والله أعلم وأحكم.

١٨٢١ - مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَعْطُوا السَّائِلَ، وَإِنْ جَاءَ عَلَى فَرْسٍ».

١٨٢٢ - مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ مُعَاذٍ الْأَشْهَلِيِّ الْأَنْصَارِيِّ،

١٨٢١ - أخرجه أحمد في مسند المدنيين ١٦١٧٥، باقى مسند الأنصار ٢٢٦٨٩، مسند القبائل ٢٦٩٠٣. الدارمى فى الصوم ١٧٠٣. عبدالرزاق فى المصنف برقم ٢٠٠١٧، ١١/٩٣ عن زيد بن أسلم، وذكره فى الكنز برقم ١٥٩٨٧ وعزاه السيوطى لابن عدى عن أبى هريرة. قال ابن عبد البر: لا أعلم فى إرسال هذا الحديث خلافاً بين رواية مالك، وليس فى هذا اللفظ مسند يحتج به فيما علمت. انظر: التمهيد ٥٣٩/١٠.

١٨٢٢ - أخرجه البخارى ٨/١٩ كتاب الأدب، باب لا تحقرن حارة لجارتها عن أبى هريرة، ومسلم ٢/٧١٣ كتاب الزكاة، باب ٢٩ الحث على الصدقة... إلخ عن أبى هريرة، أحمد ٤/٦٤ عن عمرو بن معاذ الأشهلى عن جدته، وذكره فى الكنز برقم ٢٤٩٣٧ وعزاه السيوطى للملك والبيهقى والطبرانى عن حواء بنت يزيد بن السكن.

كتاب الجامع ٥٠٧

عَنْ حَدِيثِهِ أَنَّهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يَا نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ لَا تَحْقِرَنَّ إِحْدَاكُنَّ لِجَارَتَيْهَا وَلَوْ كُرَاعٌ»^(١) شَاةٌ مُحْرَقَةٌ.

الشرح: قوله ﷺ: «أعطوا السائل وإن جاء على فرس» يريد والله أعلم، أن يكون على فرس لا غنى به عنه، وكذلك قال مالك، رحمه الله، في صاحب المسكن والخادم: لا فضل فيهما وهذا في الزكاة.

وأما صدقة التطوع، فتعطى لكل واحد من غنى وفقيراً، وقد يكون السائل ابن سبيل، ويكون على فرس، فيلزم عونه على طريقه، ويكون غازياً، فيلزم أن يعان على غزوه.

وليس من شرط الصدقة أن تصرف إلى من ليس له شيء جملة، بل تعطى من له البلغة ليبقى بها حاله أو ليلبغ بها حال الغنى، على حسب ما تصدق أبو طلحة ببيرحاء على أبي بن كعب وحسان بن ثابت إرادة غناهما وقوتهما، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «يا نساء المؤمنات».

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: هكذا قرأته على جميع شيوخنا بالمشرق: «يا نساء المؤمنات» بنصب النساء وخفض المؤمنات، وأهل بلدنا يقرؤنه يا نساء المؤمنات على أنه منادى مفرد مرفوع، والمؤمنات لأنهم رأوا أن النساء أعم من المؤمنات. وقد قال الله عز وجل: ﴿عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ [الحج: ٢٨] فأضاف البهيمة إلى الأنعام، والبهيمة أعم من الأنعام.

فصل: وقوله ﷺ: «لا تحقرن إحداكن لجارتها ولو كراع شاة محرقاً» يحتمل وجهين أحدهما لا تحقره المهدي فتمنع أن يهدى إليها القليل وهو مما ينتفع به ويحتمل أن يريد لا تحقره المهدي إليها ولتقبله على قلته، فهو أنفع لها على قلته من منعه، وأحسن فى التعاشر، والله أعلم وأحكم.

١٨٢٣ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ مِسْكِينًا سَأَلَهَا، وَهِيَ صَائِمَةٌ، وَلَيْسَ فِي بَيْتِهَا إِلَّا رَغِيفٌ، فَقَالَتْ لِمَوْلَاةٍ لَهَا: أَعْطِيهِ إِيَّاهُ، فَقَالَتْ: لَيْسَ لَكَ مَا تُفْطِرِينَ عَلَيْهِ، فَقَالَتْ: أَعْطِيهِ إِيَّاهُ، قَالَتْ: فَفَعَلْتُ، قَالَتْ: فَلَمَّا أَمْسَيْنَا،

(١) قال صاحب العين: الكراع من الإنسان، ومن الدواب، وسائر المواشى: ما دون الكعب.

أَهْدَى لَنَا أَهْلُ بَيْتِ أَوْ إِنْسَانٌ مَا كَانَ يُهْدِي لَنَا شَاةً، وَكَفَّنَهَا، فَدَعْتَنِي عَائِشَةُ فَقَالَتْ: كَلِي مِنْ هَذَا هَذَا خَيْرٌ مِنْ قُرْصِكَ.

الشرح: قولها: «أن عائشة رضى الله عنها أمرتها أنت تعطى للسائل رغيماً ليس عندها غيره، وهى صائمة» على معنى الإيثار على نفسها، والتوكل على الله عز وجل، ولعله قد كان ذلك فى عام الرمادة لما رأت بالسائل من جهد خافت عليه، وأحست فى نفسها قوة على الصبر، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقولها: «فما أمسينا حتى أهدي إلينا أهل بيت أو إنسان ما كان يهدى لنا شاة وكفنها» قال عيسى بن دينار: يريد أنها كانت ملفوفة بالرغف.

وقولها: «ما كان يهدى لنا» يريد أن عائشة رضى الله عنها لم تعلم بذلك ولم تحتسب به فتتق به وتعول عليه، ولكن الله سبحانه عوضها من حيث لم تحتسب، فقالت عائشة زوج النبي ﷺ لأمتها: «هذا خير من قرصك» تريد أن تذكرها بوجه الصواب فيما قدمته من الصدقة بالقرص؛ لأنه لم يكن عندها غيره، وأن الله قد عوضها أفضل من ذلك، وفى هذا شكر لله عز وجل وثناء عليه على حسن بلائه وفضل ما عوض به، والله أعلم وأحكم.

١٨٢٤ - مَالِكٌ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ مِسْكِينًا اسْتَطَعَمَ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ، وَبَيْنَ يَدَيْهَا عِنَبٌ، فَقَالَتْ لِإِنْسَانٍ: خُذْ حَبَّةً، فَأَعْطِهِ إِيَّاهَا، فَجَعَلَ يَنْظُرُ إِلَيْهَا، وَيَعْجَبُ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: أَتَعْجَبُ كَمَا تَرَى فِي هَذِهِ الْحَبَّةِ مِنْ مِثْقَالِ ذَرَّةٍ.

الشرح: أمر عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها للإنسان أن يعطى السائل بين يديها حبة على معنى الصدقة باليسير وإيثاره على الرد، ويرى من موضع حاجة، وقالت عائشة رضى الله عنها للذى تعجب من ذلك: «كم تر فى هذه الحبة من مثال ذرة» تريد قول الله عز وجل: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧] وهذا يقتضى أن الجزء اليسير من الحبة إذا تصدق به لم يعد المتصدق أجره، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِي التَّعْفُّفِ عَنِ الْمَسْأَلَةِ

١٨٢٥ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَزِيدَ اللَّيْثِيِّ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ

١٨٢٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستدكار برقم ١٨٨٥.

١٨٢٥ - أخرجه البعارى فى الزكاة ١٤٦٩، مسلم فى ١٠٥٣، الترمذى فى البر والصلة =

الْحُدْرِيَّ أَنَّ نَاسًا مِنَ الْأَنْصَارِ سَأَلُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَعْطَاهُمْ، ثُمَّ سَأَلُوهُ فَأَعْطَاهُمْ حَتَّى نَفِدَ مَا عِنْدَهُ، ثُمَّ قَالَ: «مَا يَكُونُ عِنْدِي مِنْ خَيْرٍ، فَلَنْ أَدَّخِرَهُ عَنْكُمْ، وَمَنْ يَسْتَعْفِفْ يُعِفَّهُ اللَّهُ، وَمَنْ يَسْتَغْنِ يُغْنِهِ اللَّهُ، وَمَنْ يَتَصَبَّرْ يُصْبِرْهُ اللَّهُ، وَمَا أُعْطِيَ أَحَدٌ عَطَاءً هُوَ خَيْرٌ وَأَوْسَعُ مِنَ الصَّبْرِ».

الشرح: قوله ﷺ: «ما يكون عندي من خير، فلن أدخره عنكم» قال عيسى بن دينار: الإدخار، والرفع في البيوت والذخائر والأجر والثواب. فمعنى قوله ﷺ: «فلن أدخره عنكم» فلن أمنعكموه وأدخره لنفسي.

قال ابن وهب: وقوله ﷺ: «ومن يستعفف يعفه الله من العفاف» يريد أنه من يمسك عن السؤال والإلحاح يعفه الله أى يصونه الله عز وجل عن ذلك.

وقوله ﷺ: «ومن يستغن يغنيه الله» يريد والله أعلم، من يستغن بما عنده من اليسير عن المسألة بمدد الله عز وجل بالغنى من عنده، ويحتمل أن يريد يغنى الله سبحانه نفسه.

وقوله ﷺ: «ومن يتصبر يصبره الله» يريد والله أعلم من يتصدر للصبر ويؤثره يعنه الله عليه ويوفقه له.

فصل: وقوله ﷺ: «وما أعطى أحد عطاء هو خير وأوسع من الصبر» يريد والله أعلم، أنه أمر يدوم به الغنى بما يعطى، وإن كان قليلاً ولأنه يفى وربما لا يفى، وامتد الأمل إلى أكثر منه ممن عدم الصبر، والله أعلم وأحكم.

١٨٢٦ - عَنْ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ، وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ، وَهُوَ يَذْكُرُ الصَّدَقَةَ وَالتَّعَفُّفَ عَنِ الْمَسْأَلَةِ: «الْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ

= ٢٠٢٤، النسائي في الزكاة ٢٥٨٦، أبو داود في الزكاة ١٦٤٤، أحمد في باقى مسند الكثرين ١٠٦٠٦، ١٠٦٧٦، ١٠٧٠٧، ١١٠٠٧، ١١٤٨٠، الدارمى فى الزكاة ١٦٤٦، البيهقى فى السنن الكبرى ٤ / ١٩٥ عن أبى سعيد الخدرى.

١٨٢٦ - أخرجه البخارى فى الزكاة ١٤٢٩، مسلم فى ١٠٣٣، النسائي فى الزكاة ٢٥٣١، أبو داود فى الزكاة ١٦٤٨، أحمد فى مسند الكثرين من الصحابة ٤٤٦٠، ٥٣٢٢، ٥٦٩٥، ٦٠٠٣، الدارمى فى الزكاة ١٦٥٢.

قال ابن عبد البر: لا خلاف علمته فى إسناد هذا الحديث ولفظه، واختلف فيه على أيوب، عن نافع: فرواه حماد بن زيد، وعبد الوارث، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر فقال فيه: اليد العليا المتعفة. انظر: التمهيد ١٠ / ٥٤٤.

٥١٠ كتاب الجامع

السُّفْلَى، وَالْيَدُ الْعُلْيَا هِيَ الْمُنْفِقَةُ، وَالسُّفْلَى هِيَ السَّائِلَةُ.

الشرح: قوله ﷺ: «وهو على المنبر وهو يذكر الصدقة والتعفف عن المسألة» يريد والله أعلم أنه كان ﷺ يذكر فضل الصدقة ويعيب المسألة، ويحض على التعفف عنها، فقال ﷺ: «اليد العليا خير من اليد السفلى» يريد والله أعلم أنها أكثر ثواباً، وتسمى يد المعطي العليا. بمعنى أنه أرفع درجة ومحلاً في الدنيا والآخرة، وهذا رسم شرعى.

ومعنى أنه بالشرع عرف، ولما كانت تسمية لا تعرفها العرب، فسرها رسول الله ﷺ بأن يد المعطي هي اليد العليا، وأن اليد السائلة هي السفلى.

وروى أيوب عن نافع عن عبدالله بن عمر عن النبي ﷺ: «واليد العليا هي المنفقة»، والأول هو الصحيح ومدح اليد المنفقة.

وذلك بأن ينفق على أهله، ويكون بأن ينفق على الأجانب ما فضل عن أهله، ويكون بأن ينفق على الأجانب، وكل ذلك من النفقة إلا أنه إنما يجب أن ينفق على الأجانب ما فضل عن أهله، فإن ضاقت حاله، فليبدأ بأهله.

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ قال: «اليد العليا خير من السفلى، وابدأ بمن تعول، وخير الصدقة ما كان عن ظهر غنى».

١٨٢٧ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرْسَلَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ بِعَطَاءٍ، فَرَدَّهُ عُمَرُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لِمَ رَدَدْتَهُ؟» فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَلَيْسَ أَخْبِرْتَنَا أَنَّ خَيْرًا لَأَحَدِنَا أَنْ لَا يَأْخُذَ مِنْ أَحَدٍ شَيْئًا؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّمَا ذَلِكَ عَنِ الْمَسْأَلَةِ، فَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ، فَإِنَّمَا هُوَ رِزْقٌ يَرْزُقُكَ اللَّهُ» فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَمَا وَاللَّيْلِ نَفْسِي بِيَدِهِ لَا أَسْأَلُ أَحَدًا شَيْئًا، وَلَا يَأْتِينِي شَيْءٌ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ إِلَّا أَخَذْتُهُ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب رضی الله عنه رد عطاءه إنما رده لما سمع من

١٨٢٧ - أخرجه مسلم بنحوه ٧٢٣/٢ كتاب الزكاة رقم ١١٢ باب ٣٧ إباحة الأخذ لمن أعطى

من غير مسألة عن عمر بن الخطاب.

قال ابن عبد البر: لا خلاف علمته بين رواية الموطأ عن مالك، في إرسال هذا الحديث هكذا، وهو حديث متصل من وجوه ثابتة عن النبي ﷺ من حديث زيد بن أسلم، عن أبيه، عن عمر ومن غير ما وجه عن عمر. انظر: التمهيد ٥٤٧/١٠.

كتاب الجامع ٥١١

النبي ﷺ أنه قال: خير لأحدكم أن لا يأخذ من أحد شيئاً فتأوله عمر بن الخطاب رضى الله عنه على العموم فى الأخذ عن مسألة وعن غير مسألة، وإنما أراد النبي ﷺ أن لا يأخذ أحد عن المسألة، ولعله ﷺ قد خاطب بذلك سائلاً.

وقوله لعمر بن الخطاب رضى الله عنه: «فأما ما كان من غير مسألة، فإنما هو رزق يوزقك الله» يريد والله أعلم، ابتدأك به من غير مسألة منك، ومعناه فلا ترده، فقال عمر بن الخطاب: «أما والذي نفسى بيده» على معنى الالتزام لما يقوله: «لا أسأل أحداً شيئاً» يريد منع المسألة.

وقوله: «ولا يأتينى شيء من غير مسألة إلا أخذته» على معنى امتثال أمر النبي ﷺ فيما قاله ونهى عنه، وحض عليه، وهذا حكم العطاء والهبة من الوجه المباح دون الوجه المحظور والمال الحرام، والله أعلم وأحكم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى فى سؤال الأمراء وغيرهم. وقد روى الزهرى عن عروة وسعيد بن المسيب أن حكيم بن حزام، قال: «سألت النبى ﷺ فأعطانى، ثم سألته فأعطانى، ثم قال: يا حكيم، إن هذا المال خضرة حلوة، فمن أخذه بسخاوة نفس بورك له فيه، ومن أخذه بإشراف نفس، لم يبارك به فيه كالذى يأكل ولا يشبع، واليد العليا من اليد السفلى. قال حكيم: فقلت: يا رسول الله، والذي بعثك بالحق لا أرزأ أحداً بعدك أبداً حتى أفارق الدنيا» فلم يأخذ عطاء فى زمن أبى بكر ولا عمر ولم يرزأ حكيم أحداً من الناس بعد وفاة رسول الله ﷺ حتى توفى.

قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه: فى العمل بهذا المال [.....] (١) أخذه وجه يجب أن يعمل به، وهو أن يعطى منه الحاجة.

وروى أبو سعيد الخدرى عن النبى ﷺ أنه قال: «إن هذا المال خضرة حلوة، فنعم صاحب المال ما أعطى منه المسكين واليتيم وذا الحاجة» كما قال النبى ﷺ.

١٨٢٨ - عَنْ مَالِكٍ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ

(١) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

١٨٢٨ - أخرجه البخارى فى الزكاة ١٤٧٠، مسلم فى ١٤٠٢، الترمذى فى الزكاة ٦٨٠،

النسائى فى الزكاة ٢٥٨٧، أحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٢٧٥، ٧٤٣٩، ٧٩٢٧، ٨٨٨٩،

٩١٤٠، ٩٧٩٦، ١٠٠٦٠.

٥١٢ كتاب الجامع

اللَّهُ ﷻ قَالَ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَنْ يَأْخُذَ^(١) أَحَدُكُمْ حَبْلَهُ، فَيَحْتَضِبَ عَلَيَّ ظَهْرَهُ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْتِيَ، رَجُلًا أَعْطَاهُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ، فَيَسْأَلُهُ أَعْطَاهُ أَوْ مَنَعَهُ».

الشرح: قوله ﷻ: «لأن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب على ظهره» على معنى التصريح بمباشرة الاحتطاب والأخذ في الأسباب.

وقوله: «خير من أن يأتي رجلاً أعطاه الله من فضله» يريد والله أعلم خصه الله عز وجل بالمال [.....]^(١) ولم يأخذه عن مسأله، فسأله هذا المذكور من فضل ما أعطاه الله تبارك وتعالى، فيحتمل أن يريد به الغنى، ويحتمل أن يريد به السلطان، ويكون معنى آتاه الله من فضله، جعل الله إليه النظر فيه، فجعل النبي ﷺ الاحتطاب أفضل من المسألة.

وقوله ﷻ: «أعطاه أو منعه» يحتمل أن يكون معناه، فرمى أعطاه إذ سأله، وربما منعه، فبين بذلك عيب المسألة لما فيها من المذلة، وربما كان معها المنع، ويحتمل أن يريد به أن الاحتطاب أفضل من السؤال مع العطية، فمع المنع أولى.

مسألة: وهذا في طلب ما ليس له قبله مثل ما إذا سأل الغنى العون، ومثل أن يسأل السلطان غنى يعطيه من ليس له قبله عطاء مرتب معنى من المعاني، أو في وقت ضيق.

وأما سؤال السلطان مع الحاجة، فجائز، قال الله عز وجل: ﴿وَلَا عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لَا أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ تَوَلَّوْا وَأَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ حَزَنًا أَلَّا يَجِدُوا مَا يَنْفِقُونَ﴾ [التوبة: ٩٢].

وأما سؤال من لهم عليه عطاء مرتب أو عدة، فإنه ليس بسؤال على الحقيقة، وإنما طالب لحقة عوضاً عن عمله، وفي العدة استنجاز لما تقدم عطاؤه له، وقد قال النبي ﷺ لجابر بن عبد الله: «لو قد جاء مال البحرين أعطيتك هكذا وهكذا، فلما ولي أبو بكر الصديق رضي الله عنه قيل أن يأتي مال البحرين ثم جاء، فقال أبو بكر: من له قبل النبي ﷺ عدة فليأتني، فأتاه جابر، فأخبره ثم ذكره بذلك مرتين، ثم قاله في ذلك: إما أن تعطى، وإما أن تبخل عني وأى داء أدوا من البخل، ثم قال لجابر: اقبض من المال

(١) قال ابن عبد البر: في حل الموطآت: «ليأخذه»، وروايته لابن نافع عن مالك: «لأن يأخذه»، وكذلك رواه مع بن عيسى، عن مالك، وهو المراد والمقصد، والمعنى مفهوم، والحمد لله. انظر: التمهيد ٥٥٣/١٠.

(١) ما بين المعرفتين بياض في الأصل.

قبضة فقبض، فعدها فوجدها خمسمائة دينار، ثم أعطاها ثانية وثالثة» إنجازاً لوعده النبي ﷺ، والله أعلم وأحكم.

وأما سؤال المحتاج في وقت غنى السائل، فإنما هو مذكر من مال له ولجماعة المسلمين لم يتعرض لواحد منهم، فيعرض بنفسه ليكون [.....] (١).

وقد قال العباس للنبي ﷺ: اعطني، فإني فاديت نفسي، وفاديت عقيلاً، فإن العباس لم يضطر إلى السؤال، وأما من اضطر إليه وضعف عن التكسب الاحتطاب، فجاز له أن يسأل، ولا يحلف قال الله عز وجل: ﴿لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِحْطَابًا﴾ [البقرة: ٢٧٣] وقد قال النبي ﷺ: «من سأل منكم وله أوقية أو عدلها سأل إحطافاً».

١٨٢٩ - عَنْ مَالِكٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي أَسَدٍ (١) أَنَّهُ قَالَ: نَزَلَتْ أَنَا وَأَهْلِي بِبَيْعِ الْعَرْقِدِ، فَقَالَ لِي: أَهْلِي أَذْهَبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَاسْأَلُهُ لَنَا شَيْئًا نَأْكُلُهُ، وَجَعَلُوا يَذْكُرُونَ مِنْ حَاجَتِهِمْ، فَذَهَبْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَوَجَدْتُ عِنْدَهُ رَجُلًا يَسْأَلُهُ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا أَجِدُ مَا أُعْطِيكَ» فَتَوَلَّى الرَّجُلُ عَنْهُ، وَهُوَ مُغْضَبٌ، وَهُوَ يَقُولُ: لَعَمْرِي إِنَّكَ لَتُعْطِي مَنْ شِئْتَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّهُ لَيَغْضَبُ عَلَيَّ أَنْ لَا أَجِدَ مَا أُعْطِيهِ، مَنْ سَأَلَ مِنْكُمْ، وَلَهُ أَوْقِيَّةٌ أَوْ عَدْلُهَا، فَقَدْ سَأَلَ الْإِحْطَافَ». قَالَ الْأَسَدِيُّ: فَقُلْتُ: لِلْقَحَّةِ لَنَا خَيْرٌ مِنْ أَوْقِيَّةٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَوْقِيَّةُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا.

قَالَ: فَرَجَعْتُ وَلَمْ أَسْأَلْهُ فَقَدِمَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ ذَلِكَ بِشَعِيرٍ وَرَيْبٍ فَقَسَمَ لَنَا مِنْهُ حَتَّى أَغْنَانَا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ.

(١) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل.

١٨٢٩ - أخرجه النسائي في الزكاة ٢٥٩٤، أبو داود في الزكاة ١٦٢٧، أحمد في مسند المدنيين

١٥٩٧٦، باقى مسند الأنصار ٢٣١٣٦.

(١) قال ابن عبد البر: هكذا رواه مالك وتابعه هشام بن سعد وغيره وهو حديث صحيح، وليس حكم الصاحب إذا لم يسم، كحكم من دونه إذا لم يسم عند العلماء، لارتفاع الجرحه عن جميعهم، وثبوت العدالة لهم، قال الأثرم: قلت لأبي عبدالله أحمد بن حنبل: إذا قال رجل من التابعين: حدثني رجل من أصحاب النبي ﷺ، ولم يسمه، فالحديث صحيح؟ قال: نعم. وقد روى عمارة بن غزوية، عن عبدالرحمن بن أبي سعيد الخدري، عن أبيه، عن النبي ﷺ نحو هذا الحديث الذي رواه عطاء بن يسار عن الأسدي. انظر: التمهيد ٥٥٩/١٠.

الشرح: قول الأسدي: «نزلت أنا وأهلي ببيق الغرقد» وأن أهله أرسلوه يسأل لهم رسول الله ﷺ شيئاً يأكلونه، وذكروا حاجتهم مع كونه ذا مال، فذلك يقتضى أن من نه من نوع المال ما يحتاج معه يوصف بأنه محتاج مثل صاحب الدابة أو الدار أو الخادم إذا لم يكن فضل عن حاجته، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فذهبت إلى رسول الله ﷺ فوجدت عنده رجلاً يسأله ورسول الله ﷺ يقول: لا أجد ما أعطيك» إظهاراً لعذره، وهو يقول: «لعمري إنك لتعطي من شئت» هذا من الأمر الممنوع لأن غضبه إذا لم يعطه ظلم وتعد وتسخط للحق.

وإنما على الإمام أن يعطيه من مال الله عز وجل بيده، فإذا لم يكن بيده شيء لم يكن عليه أن يعطيه شيئاً، وزاد من التعدي أن قال: «إنك لتعطي من شئت» ولعله كان من المنافقين أو ممن لا يستقر الإيمان في قلبه، ولو كان ممن وقر الإيمان في قلبه لم يتهم النبي ﷺ في قوله وفعله، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «إنه ليغضب علياً أن لا أجد ما أعطيه» إنكار منه ﷺ لفعله ثم ضيق عليه وعلى مثله، بعد أن كان موسعاً عليهم، فقال ﷺ: «من سأل منكم وله أوقية أو عدلها فقد سأل إلحافاً» يريد والله أعلم، إلحافاً، يقال ألحف في المسألة أى ألح فيها، ويقتضى ذلك أنه ورد على أمر قد تقرر فيه أن الإلحاف في المسألة ممنوع، فجعل من الإلحاف الممنوع سؤال من له أوقية، وهذا إنما يكون في السؤال دون الأخذ.

قال الشيخ أبو بكر: تحمل الصدقة، يريد الزكاة، ممن له خمسة أواق، وإن كانت واجبة زكاتها إذا كان ذا أعيان. وقد اختلف العلماء في ذلك على ما بينته في كتاب الزكاة، والله أعلم.

١٨٣٠ - مَالِكِ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ: «مَا نَقَصَتْ صَدَقَةٌ مِنْ مَالٍ، وَمَا زَادَ اللَّهُ عَبْدًا بِعَفْوٍ إِلَّا عِزًّا، وَمَا تَوَاضَعَ عَبْدٌ إِلَّا رَفَعَهُ اللَّهُ».

١٨٣٠ - أخرجه مسلم في البر والصلة والآداب ٢٥٨٨، أحمد في باقى مسند المكثرين ٨٧٨٢، ٩٣٦٠، الدارمى فى الزكاة ١٦٧٦.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث جماعة الرواة عن مالك، منهم: ابن وهب، وابن القاسم، والقعنبي، ومعن بن عيسى، وغيرهم؛ وهو حديث محفوظ للعلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ؛ رواه عنه جماعة هكذا، ومثله لا يقال من جهة الرأى. انظر: التمهيد ٥٧٥/١٠.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أُدْرِي أَيْرَفَعُ هَذَا الْحَدِيثُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَمْ لَا.

الشرح: قوله: «ما نقصت صدقة من مال» يريد والله أعلم، أن الصدقة لا تنقص المال لأن ما ينفق في الصدقة، فالعوض عنه من الأجر، وهو مع ذلك سبب لتنمية المال وحفظه.

وقوله: «وما زاد الله عبداً بعفو» يريد بالتجاوز عنه بمعونة الله عز وجل مما له قصاص وانتصار «إلا عزاً» يريد رفعه في قلوب الناس وقوة على الانتصار، قال تبارك وتعالى: ﴿ثُمَّ بَغَى عَلَيْهِ لِيَنْصُرَنَّهُ اللَّهُ﴾ [الحج: ٦٠].

وقوله: «وما تواضع عبد إلا رفعه الله تعالى» على حسب [.....] (١) في العفو، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول مالك، رحمه الله: «لا أدري أيرفع هذا الحديث عن النبي ﷺ أم لا؟» شك في رفعه، فأوقفه على ما لم يشك فيه، وقد أسنده إسماعيل بن جعفر عن العلاء بن عبدالرحمن عن أبيه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ.

* * *

مَا يُكْرَهُ مِنَ الصَّدَقَةِ

١٨٣١ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِأَلِ مُحَمَّدٍ، إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ».

الشرح: قوله ﷺ: «لا تحل الصدقة لآل محمد» قال ابن القاسم: لا ندري ذلك إلا في الصدقة المفروضة، ولا بأس أن يعطوا من التطوع، ومن أعطاهم شيئاً من الصدقة المفروضة، لم تجزه، وقال يحيى بن يحيى عن مالك عن نافع: ذلك في جميع الصدقات الفرض والتطوع.

وقال عيسى بن دينار: الذي أخذ به وسمعتة عمن أرضى، أن ذلك في جميع الصدقات من الأموال الناضية والغنم والحبوب وتطوع الناس.

وجه قول ابن القاسم أن لفظ الصدقة مصزوف إلى الصدقة المعهودة، وهي التي هي أوساخ الناس، فأما التطوع، فلا فرق بينها وبين الهبة.

(١) ما بين المعقوفتين بياض في الأصل.

وروجه قول ابن نافع أن لفظ الصدقة عام، فيحمل على عمومه.

ومن جهة المعنى أن حكم الصدقة غير حكم الهبة بدليل أنها تلزم من غير تعيين ولا قبول والهدية بخلاف ذلك، فإنما هي عطية ومواصلة، فلذلك اختصت بالمعين، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «لا تحل الصدقة لآل محمد» يقتضى تحريمها عليهم. وقال عيسى ابن دينار: إن لم يجد غيرها فرض له فى الجزية، فإن لم يفرض له رجوت أن يصنع [.....] ^(١) من حيث لا يحتسب، وهذا يقتضى منعه منها إلا أن يكون بموضع يستبيح فيه أكل الميتة إن كان فى موضع [.....] ^(٢).

وقوله ﷺ: «آل محمد». قال ابن القاسم: إنما ذلك فى بنى هاشم بأعيانهم دون مواليتهم، قاله مالك، رحمه الله، والشافعى. وقال عيسى بن دينار: صريحهم ومواليهم فى ذلك سواء، وبه قال عبد الملك بن الماجشون ومطرف، وبه قال أبو حنيفة والثورى.

فصل: وقوله ﷺ: «إنما هى أوساخ الناس» يريد والله أعلم، أنها تطهر أموالهم وتكفر ذنوبهم، وإنما يسوغ أخذ الفقراء لها كما يسوغ لهم عند أكثر من هذه الضرورة المحظورة من الطعام، فأراد النبى ﷺ أن ينزه آل محمد ﷺ عن مثل هذا، وأن يكون لهم الصبر أفضل مما لغيرهم، وأن تكون أمته تدعى آله بعده ﷺ بأن يعطوه من أفضل المطاعم مع أن الصدقة وجه يخرج به المال إلى المعطى؛ لأنه إعطاء لا يقترن به إكرام.

وأما الهدية، فعلى وجه الإكرام [.....] ^(٣) تكون الهبة ذلك مقتضاها، ولذلك لا تكون للعرض، ولا تكون الصدقة للعرض، وإنما هى بمعنى [.....] ^(٤) على المتصدق عليه، والله أعلم.

١٨٣٢ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعْمَلَ

(١) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

(٢) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

(٣) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

(٤) ما بين المعقوفين بياض فى الأصل.

١٨٣٢ - ذكره ابن عبد البر بالتجديد برقم ٢٣١ عن أبى بكر.

قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث جماعة الرواة فيما علمت، عن مالك مراسلاً، عن =

رَجُلًا مِنْ بَنِي عَبْدِ الْأَشْهَلِ عَلَى الصَّدَقَةِ، فَلَمَّا قَدِمَ سَأَلَهُ إِبِلًا مِنْ الصَّدَقَةِ، فَغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى عُرِفَ الْغَضَبُ فِي وَجْهِهِ، وَكَانَ مِمَّا يُعْرَفُ بِهِ الْغَضَبُ فِي وَجْهِهِ أَنْ تَحْمَرَّ عَيْنَاهُ، ثُمَّ قَالَ: «إِنَّ الرَّجُلَ لَيَسْأَلُنِي مَا لَا يَصْلُحُ لِي وَلَا لَهُ، فَإِنْ مَنَعْتُهُ كَرِهْتُ الْمَنَعَ، وَإِنْ أَعْطَيْتُهُ أَعْطَيْتُهُ مَا لَا يَصْلُحُ لِي وَلَا لَهُ، فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَا أَسْأَلُكَ مِنْهَا شَيْئًا أَبَدًا».

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً من بني عبد الأشهل على الصدقة» يحتمل أنه استعمله عليها لأن الصدقة تحمل له، وهل يستعمل عليها أحد من آل النبي ﷺ.

فصل: وقوله: «فلما قدم سأل إبلًا من الصدقة» يحتمل والله أعلم، أنه سأل في أجرة عمله أكثر مما يستحقه ويحتمل أنه سأل زيادة على أجرته مما غيره أحق به منه أو مما ليس هو بأهل له، «فغضب رسول الله ﷺ حتى عرف الغضب في وجهه» معناه، والله أعلم، أنه بلغ منه الغضب إلى أن أبداه، وظهر عليه وأنكر على الرجل سؤاله بأن قال له: «إن الرجل ليسألني ما لا يصلح لي ولا له» يريد ﷺ ما لا يصلح لي أن أعطيه إياه، ولا يصلح له أن يأخذه.

فصل: وقوله ﷺ: «فإن منعه كرهت المنع» يقتضى أنه كان يكره أن يمنع ما يسأله، وإن كان مما لا يصلح أن يمنعه؛ لأنه يكره المنع جملة لكنه سأل ما لا يصلح منعه لحق الله عز وجل مع كراهيته للمنع، فقال الرجل، ويقال إنه أبي بن كعب: «لا أسألك منها شيئاً أبداً»، قاله على وجه الإقلاع والتوبة والانتفاء عما نهى عنه، والله أعلم وأحكم.

١٨٣٣ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ: أَذْلَنِي عَلَى بَعْضِ مِنَ الْمَطَايَا اسْتَحْمِلُ عَلَيْهِ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقُلْتُ: نَعَمْ جَمَلًا مِنَ الصَّدَقَةِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ: أَتُحِبُّ أَنْ رَجُلًا بَادِنًا فِي يَوْمٍ حَارٍّ غَسَلَ لَكَ مَا تَحْتَ إِزَارِهِ وَرُفْعِيهِ، ثُمَّ أَعْطَاكَ فَشَرِبْتَهُ، قَالَ: فَغَضِبْتُ، وَقُلْتُ: يَغْفِرُ اللَّهُ لَكَ،

=عبدالله ابن أبي بكر. ورواه أحمد بن منصور التلي، عن مالك، عن عبدالله بن أبي بكر، عن أنس. انظر: التمهيد ٥٧٨/١٠.

٥١٨ كتاب الجامع
أَتَقُولُ لِي مِثْلَ هَذَا؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ: إِنَّمَا الصَّدَقَةُ أَوْسَاخُ النَّاسِ يَغْسِلُونَهَا
عَنْهُمْ.

الشرح: قول أسلم لعبدالله بن الأرقم: «أدللني على بعير من المطايا» أى ظهرًا من
المطايا، يريد ما يمتطى ويركب لقوته وحسن مشيته.

وقوله: «أستحمل عليه أمير المؤمنين» دليل على استجازة أن يسأل الإمام شيئاً من
المال كأن يعمل به لله عز وجل [.....] (١) أن صاحب بيت المال، ولأنه احتاج
إليه لركوبه فيما يخصه، ويمتلك رقبته، ولذلك امتنع بنو اسرائيل من الصدقة، فلما
قال له أسلم: «نعم جهل من الصدقة» يريد الذى يصلح له يوافق مراده جهل من
الصدقة.

فصل: وقوله: «أحب أن رجلاً يادنا فى يوم حار غسل لك ما تحت إزاره ورفقيه
فشرهته» قصد إلى البادن لأنه يكون أكثر عرقاً ووضراً من النحيف، وذكر اليوم الحار
لأن العرق ووضر البدن يكون فيه أكثر، وذكر ما تحت الإزار والرفقين لأنه أقدر
موضع فى الجسد لأنه أكثره عرقاً وسخاً مع الغسل والإنقاء، فكيف مع العرق فى
اليوم الحار لعلمه أن مال الصدقة أقيح الأموال وأقدرها، ومما يجب أن يستعفف عنه
المسلم الغنى عنها، ولذلك قال: «إنما الصدقة أوساخ الناس» يريد أوساخ أموالهم ومما
يتطهر بها، وأن الآخذ لمال الصدقة يحمل وسخها عن أرباب الأموال المخرجين لها
والمطهرين أموالهم بها، فمن كان فقيراً أبيضت له لضرورته، ومن كان غنياً عدم
الضرورة المبيحة له، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِي طَلَبِ الْعِلْمِ

١٨٣٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ لُقْمَانَ الْحَكِيمَ أَوْصَى ابْنَهُ، فَقَالَ: يَا بُنَيَّ، جَالِسِ
الْعُلَمَاءَ وَزَاجِمَهُمْ بِرُكْبَتِكَ، فَإِنَّ اللَّهَ يُحْيِي الْقُلُوبَ بِنُورِ الْحِكْمَةِ كَمَا يُحْيِي اللَّهُ
الْأَرْضَ الْمَيِّتَةَ بِوَابِلِ السَّمَاءِ.

الشرح: قول لقمان لابنه: «جالس العلماء وزاجمهم بركبتك» يريد القرب منهم

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

كتاب الجامع ٥١٩

بمجالسته لهم حتى يأخذ بأيديهم، ويتعلم من حكمتهم، ولا يفوته من قولهم ما يفوت من بعد عنهم، وإن كان مجالسًا لهم.

وقال في المستخرجة بأثر قوله: «وزاجهم بروكبتك»: فلعل الرحمة تنزل عليهم، فتصيبك معهم، ولا تجالس الفجار لئلا ينزل عليهم سخطه فيصيبك معهم.

مسألة: والمجالسة للعلماء إذا كانت قريبة، فإنما تكون على وجهين، أحدهما: لمن ليس في قدرته تعلم العلم، فإنه يجالسهم تبركًا بمجالستهم، وانحيازًا إليهم ومحبة فيهم، وربما جرى من أقوالهم ما يحتاج إليه، فتحملة حاجته إليه على أن يعيه ويحفظه أو يستثبت فيه حتى يفهمه، وربما سألهم عن مسألة مما لا يسعه جهله، فيأخذها عنهم، وأما من كان في قوته تعلم العلم ورزق عونًا عليه ورغبة في تعلمه فيجالسهم ليأخذ عنهم ويتعلم من علمهم.

فصل: وقوله: «وإن الله عز وجل يحیی القلوب بنور الحكمة» يريد والله أعلم إحيائها بالإيمان والخشوع والطاعة لله عز وجل ويربها الكفر والفسوق وانتهاك محارم الله تعالى.

وقوله «كما يحيى الأرض الميتة بوابل السماء» يريد والله أعلم، أن نور الحكمة تغزر القلوب حياة بالطاعة بعد أن كانت ميتة بالمعصية كما أن وابل السماء وهو غزير قطرها يحيى الأرض بالنبات والمياه والخصب بعد موتها، وكذلك ما يحدث إليه في القلوب من حياتها بنور الحكمة هو فضل الله عز وجل.

* * *

مَا يُنْقَى مِنَ دَعْوَةِ الْمَظْلُومِ

١٨٣٥ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اسْتَعْمَلَ مَوْلَى لَهُ يَسْمَى يُدْعَى هُنْبَا عَلَى الْجَمِي، فَقَالَ: يَا هُنْب، اضْمُم جَنَاحَكَ عَنِ النَّاسِ، وَأَتَقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ، فَإِنَّ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ مُجَابَةٌ، وَأَدْخِلْ رَبَّ الصُّرَيْمَةَ وَالْغَنِيمَةَ، وَإِيَّايَ وَنَعَمَ ابْنِ عَفَّانَ وَابْنَ عَوْفٍ، فَإِنَّهُمَا إِنْ تَهَلَّكَ مَا شِئْتُهُمَا يَرْجِعَانِ إِلَى الْمَدِينَةِ إِلَى زَرْعٍ وَنَخْلٍ، وَإِنَّ رَبَّ الصُّرَيْمَةَ وَالْغَنِيمَةَ إِنْ تَهَلَّكَ مَا شِئْتَهُ يَأْتِنِي بَيْنِيهِ، فَيَقُولُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، أَفَتَارِكُهُمْ أَنَا لَا أَبَا لَكَ، فَالْمَاءُ وَالْكَأُ أَيَسْرُ عَلَيَّ

٥٢٠ كتاب الجامع

مِنَ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ، وَأَيْمُ اللَّهِ إِنَّهُمْ لَيَرَوْنَ أَنَّ قَدْ ظَلَمْتُهُمْ إِنَّهَا لِبِلَادِهِمْ وَمِيَاهُهُمْ قَاتَلُوا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَسْلَمُوا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلَا الْمَالُ الَّذِي أَحْمِلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمَيْتُ عَلَيْهِمْ مِنْ بِلَادِهِمْ شَيْئًا.

الشرح: قوله «أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمل مولى له يدعى هنباً على الحمى» يعنى أنه استعمله على حمايته لإبل الصدقة وهذا الحمى قيل هو النقيع بالنون وقد روى أن النبي ﷺ حمى النقيع لخليله لما فى ذلك من المنفعة للمسلمين فوصى عمر بن الخطاب هنباً فيما استعمله فيه، فقال: «يا هنب أضمم جناحك عن الناس» يريد والله أعلم كف عنهم [.....] (١).

فصل: قوله رضى الله عنه: «واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مجابة» وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ: «دعوة المظلوم مستجابة».

وقوله: «وأدخل رب الصرمة والغنيمة» يريد والله أعلم، فقراء المسلمين والصرمة والغنيمة. قال عيسى بن دينار: هى الأربعون شاة. وقال غيره قوله: الصرمة من الغنم خطأ، وإنما الصرمة من الإبل العشرون إلى الأربعين، «وإياك ونعم ابن عفان وابن عوف» لكونهما من الأغنياء، فلا يخاف عليهما الضياع ولا الحاجة بذهاب ماشيتهما؛ لأن مالهما من غير الماشية كثير، والفقير تلحقه الحاجة بذهاب ماشيته لأنها جميع ماله، «فيأتيه بنيه»، فيكرر مسألته له: «يا أمير المؤمنين، يا أمير المؤمنين»، ولا يمكن عمر بن الخطاب رضى الله عنه تركهم يموتون جوعاً لما قلده الله من أمرهم.

فصل: وقوله: «فالماء والكأ أسر على من الذهب والورق» يريد والله أعلم، أنه لا بد أن يقوم بهم إن احتاجوا إليه، فما دامت ماشيتهم يستغنون عنه بالماء والكأ لأن برعى الكأ وشرب الماء تبقى ماشيتهم، فإن ذهبت وأتوه، لم يعنهم إلا بالذهب والورق والماء والكأ أسر عليه وأخف مونة.

فصل: وقوله: «وأيم الله أنهم ليرون» يريد ليظنون «أنى قد ظلمتهم» فى معنى لهم رعيها وحمايتها لماشية الصدقة أنها لبلادهم ومياههم يريد أن تلك الأرض التى نحميها لجماعة المسلمين قاتلوا عليها فى الجاهلية أكثر من غيرهم، وأسلموا عليها فى الإسلام، فهى باقية لهم من جملة حقوقهم، فليس لأحد أن يستبد بها دونهم إلا لمثل ما فعله عمر ابن الخطاب رضى الله عنه من المنفعة التى تعمهم وتشملهم؛ أن إبل الصدقة تصرف

(١) ما بين العقوفين بياض فى الأصل.

كتاب الجامع ٥٢١

إلى فقرائهم، ويحمل عليها مسافرهم ويستغنى بها عن سؤالهم وأموالهم، ومع ذلك فإنني أسمح بها في بعض الوقت لفقرائهم لئلا يعود عليهم كلهم إن ذهب ماشيتهم، وإنما قال ذلك عمر بمعنى أنها بلاد لجميع المسلمين، وأنها مخصوصة لمنفعة أخرى، وأعم نفعاً.

وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا حمى إلا لله ورسوله» يريد أنه ليس لأحد أن ينفرد عن المسلمين بمنفعة تخصه، وإنما يحى لحق الله ورسوله ﷺ أو من يقوم مقامه من خليفته، وذلك إنما هو فيمن كان في سبيل الله عز وجل أو لدين نبيه ﷺ .

* * *

أَسْمَاءُ النَّبِيِّ ﷺ

١٨٣٦ - مَالِكُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لِي خَمْسَةُ أَسْمَاءَ: أَنَا مُحَمَّدٌ، وَأَنَا أَحْمَدُ، وَأَنَا الْمَاحِي الَّذِي يَمْحُو اللَّهُ بِئِيَ الْكُفْرَ، وَأَنَا الْحَاشِرُ الَّذِي يُحْشِرُ النَّاسَ عَلَى قَدَمِي، وَأَنَا الْعَاقِبُ».

الشرح: قوله ﷺ: «لِي خَمْسَةُ أَسْمَاءَ أَنَا مُحَمَّدٌ» لقول الله عز وجل: ﴿مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ﴾ [آل عمران: ١٤٤].

وقوله: «وَأَنَا أَحْمَدُ» لقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَمُبَشِّرًا بِرَسُولٍ يَأْتِي مِنْ بَعْدِي اسْمُهُ أَحْمَدُ﴾ [الصف: ٦].

١٨٣٦ - أخرجه البعاري في المناقب ٣٥٣٢، تفسير القرآن ٤٨٩٦، مسلم في الفضائل ٢٣٥٤، الترمذي في الأدب ٢٨٤٠، أحمد في مسند المدنيين ١٦٢٩٢، ١٦٣٢٩، الدارمي في الرقاق ٢٧٧٥، البيهقي في دلائل النبوة ١٥٤/١ عن جبير بن مطعم، أبو نعيم في تاريخ أصفهان ١٥٢/٢ عن جبير بن مطعم. وذكره الزبيدي في الإتحاف ٢٠٢/٢ وعزاه لمالك. قال ابن عبد البر: هكذا روى هذا الحديث يحيى مرسلاً، لم يقل: عن أبيه، وتابعه على ذلك أكثر الرواة للموطأ، ومن تابعه على ذلك، القعنبي، وابن بكير، وابن وهب، وابن القاسم، وعبدالله بن يوسف، وابن أبي أويس. وأسنده عن مالك، معن بن عيسى، ومحمد بن المبارك الصوري، ومحمد بن عبدالرحيم، وابن شروس الصنعاني، وعبدالله بن مسلم الدمشقي، وإبراهيم ابن طهمان، وحبيب، ومحمد بن حرب، وأبو حذافة، وعبدالله بن نافع، وأبو المصعب، كل هؤلاء رواه عن مالك مسنداً عن ابن شهاب، عن محمد بن جبير بن مطعم، عن أبيه. انظر: التمهيد ٥٨٥/١٠.

٥٢٢ كتاب الجامع

وقوله ﷺ: «وأنا الماحي» وفسر ذلك هو ﷺ بأنه الذي يمحو الله به الكفر؛ لما وعده الله من أن يظهره على الدين كله، فيكون ما آتاه منه هو الظهور على الدين كله بمعنى الغلبة عليه؛ لغلبة من جاوره منه وظهوره عليه، ويحتمل أن يريد به محوه من مكة وظهوره على من كان فيها من الكفر وظهور دينه فيها.

فصل: وقوله ﷺ: «وأنا الحاشر» وفسر ذلك بأنه يحشر الناس على قدمه. وقد قال الخطابي معنى القدم هاهنا الدين يقال كان هذا على قدم فلان، أى على دينه، فيكون الحديث على هذا أن زمن دينه آخر الأزمنة، وأنه عليها تقوم الساعة ويكون الحشر لا تنسخ شريعته ناسخة، ولا يتأصل للممته كفر والله تعالى، وشاهدًا على أمته والأمم، قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ [المطففين: ٦] وقال عز من قائل: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾ [البقرة: ١٤٣].

وقوله ﷺ: «وأنا العاقب». قال أبو عبيد: قال سفيان: العاقب، آخر الأنبياء. وفى العتبية عن مالك: لا بأس أن يكنى الصبى، فقيل أكنيت ابنك أبا القاسم، قال: أميا أنا، فما فعلته، ولكن أهل البيت يكتونه، فما أرى بذلك بأسًا.

[تم]

* * *

المحتويات

٣	كتاب العقول.....
٧	العمل في الدية.....
١١	ما جاء في دية العمد إذا قبلت وحنابة المجنون.....
١٦	ما جاء في دية الخطأ في القتل.....
٢١	ما جاء في عقل الجراح في الخطأ.....
٢٥	ما جاء في عقل المرأة.....
٢٩	عقل الجنين.....
٣٦	ما فيه الدية كاملة.....
٤١	ما جاء في عقل العين إذا ذهب بصرها.....
٤٤	ما جاء في عقل الشجاج.....
٥١	ما جاء في عقل الأصابع.....
٥٤	جامع عقل الأسنان.....
٥٧	العمل في عقل الأسنان.....
٥٨	ما جاء في دية جراح العبد.....
٦٢	ما جاء في دية أهل الذمة.....
٦٥	ما يوجب العقل على الرجل في خاصة ماله.....
٦٦	الباب الأول: في معرفة العاقلة وصفة تحملها للدية.....
٦٨	الباب الثاني في صفة العمد وتمييزه من الخطأ.....
٧٦	ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه.....
٨٥	جامع العقل.....
٩٩	ما جاء في الغيلة والسحر.....
٩٩	الباب الأول في قتل الجماعة بالواحد.....
١٠٠	الباب الثاني في قتل الغيلة.....
١٠٣	ما يجب في العمد.....
١٠٧	القصاص في القتل.....

المحتويات	٥٢٤
١١٢.....	العفو فى قتل العمد.....
١٢٢.....	القصاص فى الجراح.....
١٢٨.....	ما جاء فى دية السائب وجنايته.....
١٣١.....	كتاب الحدود.....
١٣١.....	ما جاء فى الرجم.....
١٥٠.....	ما جاء فىمن اعترف على نفسه بالزنا.....
١٥٥.....	جامع ما جاء فى حد الزنا.....
١٥٩.....	ما جاء فى المعتصبة.....
١٥٩.....	ما جاء فى القذف والنفى والتعريض.....
١٧١.....	ما لا حد فيه.....
١٧٨.....	ما يجب فيه القطع.....
١٩٠.....	ما جاء فى قطع الأبق والسارق.....
١٩١.....	ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان.....
١٩٦.....	جامع القطع.....
٢١٤.....	ما جاء فى الذى يسرق امتعة الناس.....
٢٢٦.....	مالا قطع فيه.....
٢٣٨.....	كتاب الجامع.....
٢٣٨.....	الدعاء للمدينة وأهلها.....
٢٤٠.....	ما جاء فى سكنى المدينة والخروج منها.....
٢٤٨.....	ما جاء فى تحريم المدينة.....
٢٥١.....	ما جاء فى وباء المدينة.....
٢٥٤.....	ما جاء فى إجلاء اليهود من المدينة.....
٢٥٧.....	جامع ما جاء فى أمر المدينة.....
٢٥٩.....	ما جاء فى الطاعون.....
٢٦٥.....	النهى عن القول بالقدر.....
٢٧٧.....	جامع ما جاء فى أهل القدر.....
٢٨٠.....	ما جاء فى حسن الخلق.....
٢٨٩.....	ما جاء فى الحياء.....
٢٩٠.....	ما جاء فى الفضب.....
٢٩٣.....	ما جاء فى المهاجرة.....
٢٩٩.....	ما جاء فى لبس الثياب للجمال بها.....
٣٠٤.....	ما جاء فى لبس الثياب المصبغة والنهب.....
٣٠٦.....	ما جاء فى لبس الخنز.....

٥٢٥	المحتويات
٣١٠	ما يكره للنساء لبسه من الثياب
٣١٣	ما جاء فى إرسال الرجل ثوبه
٣١٥	ما جاء فى إرسال المرأة ثوبها
٣١٦	ما جاء فى الانتعال
٣١٩	ما جاء فى لبس الثياب
٣٢٢	ما جاء فى صفة النبى ﷺ
٣٢٤	ما جاء فى صفة عيسى بن مريم عليه السلام والدجال
٣٢٦	ما جاء فى السنة فى الفطرة
٣٢٩	النهى عن الأكل بالشمال
٣٣٠	ما جاء فى المساكين
٣٣١	ما جاء فى معنى الكافر
٣٣٤	النهى عن الشرب فى أنية الفضة والنفخ فى الشراب
٣٣٧	ما جاء فى شرب الرجل وهو قائم
٣٣٨	السنة فى الشرب ومناولته عن اليمين
٣٤٠	جامع ما جاء فى الطعام والشراب
٣٦٧	ما جاء فى أكل اللحم
٣٦٩	ما جاء فى لبس الخاتم
٣٧١	ما جاء فى نزع المعاليق والجرس من العين
٣٧٣	الوضوء من العين
٣٧٦	الرقية من العين
٣٧٨	ما جاء فى أحر المريض
٣٨١	التعوذ والرقية من المرض
٣٨٤	تعالج المريض
٣٨٧	الغسل بالماء من الحمى
٣٨٨	عيادة المريض والطيرة
٣٩٣	السنة فى الشعر
٣٩٩	إصلاح الشعر
٤٠١	ما جاء فى صبغ الشعر
٤٠٣	ما يؤمر به من التعوذ
٤٠٦	ما جاء فى المتحابين فى الله تعالى
٤١٣	ما جاء فى الرؤيا
٤١٨	ما جاء فى الرد
٤٢٠	العمل فى السلام

المحويات	٥٢٦
٤٢٣.....	ما جاء فى السلام على اليهودى والنصرانى
٤٢٥.....	جامع السلام
٤٢٩.....	باب الاستئذان
٤٣٣.....	التشميت فى العطاس
٤٣٦.....	ما جاء فى الصور والتماثيل
٤٣٧.....	ما جاء فى أكل الضب
٤٤٠.....	ما جاء فى أمر الكلاب
٤٤٢.....	ما جاء فى أمر الغنم
٤٤٦.....	ما جاء فى الفأرة تقع فى السمن والبدء بالأكل قبل الصلاة
٤٥٠.....	ما يتقى من الشوم
٤٥٣.....	ما يكره من الأسماء
٤٥٩.....	ما جاء فى الحجامة وأجرة الحمام
٤٦٤.....	ما جاء فى قتل الحيات وما يقال فى ذلك
٤٦٨.....	ما يؤمر به من الكلام فى السفر
٤٦٩.....	ما جاء فى الوحدة فى السفر للرجال والنساء
٤٧٢.....	ما يؤمر به من العمل فى السفر
٤٧٤.....	الأمر بالرفق بالمملوك
٤٧٦.....	ما جاء فى المملوك [وهيته]
٤٧٧.....	ما جاء فى البيعة
٤٨٠.....	ما يكره من الكلام
٤٨٣.....	ما يؤمر به من التحفظ فى الكلام
٤٨٤.....	ما يكره من الكلام بغير ذكر الله تعالى
٤٨٧.....	ما جاء فى الغيبة
٤٨٨.....	ما جاء فيما يخاف من اللسان
٤٩٠.....	ما جاء فى مناجاة اثنين دون واحد
٤٩١.....	ما جاء فى الصدق والكذب
٤٩٥.....	ما جاء فى إضاعة المال وذى الوجهين
٤٩٦.....	ما جاء فى عذاب العامة بعمل الخاصة
٤٩٨.....	ما جاء فى التقى
٤٩٩.....	القول إذا سمعت الرعد
٤٩٩.....	ما جاء فى تركة النبى ﷺ
٥٠٢.....	ما جاء فى صفة جهنم
٥٠٣.....	الترغيب فى الصدقة

المحتويات	٥٢٧
ما جاء في التعفف عن المسألة	٥٠٨
ما يكره من الصدقة	٥١٥
ما جاء في طلب العلم	٥١٨
ما يتقى من دعوة المظلوم	٥١٩
أسماء النبي ﷺ	٥٢١